

بررسی صحت و بطلان قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب

حیدر باقری اصل*

استاد گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه تبریز، تبریز، ایران

(دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۴ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۲/۱۰)

The Study of Validity and Nullity of Contract of Waiver of Guarantee for Non-Realized Option

Heydar Bagheri Asl*

Professor, Faculty of Law & Social Sciences, University of Tabriz, Tabriz, Iran

(Received: 05/Jul/2022

Accepted: 30/Apr/2023)

Abstract

Although the validity of contract of option's waiver after emergence of option isn't consensus by Juris consults and surely the content of 448 article of civil law must be observed to the validity of contract of option's waiver after emergence of option, But the issue of validity and nullity of contract of waiver of guarantee for non-realized option has conflicted intensely among Juris consults and in this case contradictory opinions have raised. The contract of waiver of guarantee for non-realized option means that parties of waiver of option enter to agreement before its emergence—whether before contract or meanwhile contract or after the contract- with one of the methods of waiver of option. Theories of Juris consults in validity and nullity of contract of waiver of guarantee for non-realized option haven't been evaluated by researchers but sometimes in admit of juridical topics it have only done an incomplete discussion about a special option for contract of waiver of guarantee for non-realized option. Therefore recent research have studied the validity and nullity of contract of waiver of guarantee for non-realized option and also the content of 448 article of civil law, on the strength of descriptive method and inference of Imamieh juridical texts and achieved to this result that contract of waiver of guarantee for non-realized option and also the content of 448 article of civil law, is valid according to the statement of the selected theory of research and it is void according to the statement of other Juris consults theories.

Keywords: Waiver, Emergence of Option, Contract, Indisputable Option, Guarantee for Non-Existence Option.

چکیده

هرچند صحت قرارداد اسقاط خيارات بعد از ظهور خيارات، مورد اتفاق نظر فقیهان است و باید قدر مسلم مفاد ماده ۴۴۸ قانون مدنی را نیز به قرارداد اسقاط خيارات بعد از ظهور خيار، ناظر دانست، اما مسئله «صحت و بطلان قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب»، مورد اختلاف شدید فقیهان قرار گرفته و آرای متعارضی در این خصوص پدید آمده است. قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب به این معناست که طرفین اسقاط خيار را پیش از ظهور آن، با یکی از روش‌های اسقاط خيار - اعم از پیش از عقد، یا در ضمن عقد و یا بعد از عقد - قرارداد نمایند. نظریه‌های فقیهان در صحت یا بطلان قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب از سوی محققان مورد ارزیابی قرار نگرفته، بلکه تنها گاهی در لابه‌لای مباحث فقهی یک خيار خاص به مناسبتی از قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب، بحث ناقص شده است. از این‌رو، تحقیق حاضر به بررسی صحت و بطلان قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب و نیز مفاد ماده ۴۴۸ قانون مدنی با استناد به روش توصیفی و استنباط از متون فقهی امامیه پرداخته و به این نتیجه رسیده است که قرارداد اسقاط خيار ما لم یجب و نیز اطلاق مفاد ماده ۴۴۸ قانون مدنی، طبق تقریر نظریه مختار تحقیق، صحیح و طبق تقریر سایر نظریه‌های فقیهان باطل است.

کلیدواژه‌ها: اسقاط، ظهور خيار، قرارداد، خيار مسلم، خيار ما لم یجب.

مقدمه

یکی از احکام و مقررات مشترکِ خیارات، قرارداد اسقاط خیار است. (نائینی، ۱۴۱۸: ۳/ ۱۲۹-۱۳۰؛ نراقی، ۱۳۶۹: ۱۴/ ۳۹۵) هرچند صحت قرارداد اسقاط خیار بعد از ظهور آن، مورد اجماع فقیهان است (حلی، بی تا: الف، ۱، ۵۱۹-۵۲۰؛ شهید ثانی، بی تا: ۳/ ۴۵۱؛ شوشتری، ۱۳۲۲: ۲۴۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۳، ۶۸) و بحث آن در لابه‌لای متون فقهی آمده است (باقری اصل، ۱۳۹۰: ۳۱۹)، ولی آنان در صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب؛ - یعنی قرارداد اسقاط خیار که هنوز ظهور نیافته است - اختلاف شدیدی دارند. از این‌رو، تحقیق حاضر به صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب، مربوط است. قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب به این معناست که طرفین اسقاط خیار را با یکی از روش‌های اسقاط خیار - اعم از پیش از عقد، یا در ضمن عقد و یا بعد از عقد - تراضی نمایند که هنوز ظاهر نشده است. (مراغه‌ای، بی تا: ۳۳۰؛ امامی، ۱۳۷۱: ۱/ ۵۳۸)

در صورت انجام تحقیق در صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب؛ - یعنی قرارداد اسقاط خیار که هنوز ظهور نیافته است - می‌توان گفت: محققان، نظریه‌های فقیهان را در یک تحقیق مستقل مورد بررسی و ارزیابی قرار نداده‌اند و تنها گاهی برخی از محققان در لابه‌لای بحث یک خیار خاص، به مناسبتی از مسئله تحقیق، بحث کرده است. (نراقی، ۱۳۶۹: ۱۴/ ۳۹۵-۳۹۶؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۱۸۲) تنها یک مقاله به اسقاط خیارات نوشته شده، ولی متأسفانه به جنبه اسقاط خیار ما لم یجب؛ یعنی خیار که هنوز ظهور پیدا نکرده، نپرداخته است. (بیگدلی، ۱۳۸۹: ۱۹۱-۲۴۳) در این مقاله مسئله تحقیق تنها در غالب یک اشکال در میان تعداد اشکال دیگر مطرح شده و بیان گردیده است: «اگر در ضمن عقد شرط شود که خیار ساقط باشد، بلااشکال و مانع است، اما به این استدلال اشکالاتی وارد شده است. از جمله: ... اسقاط خیارات، اسقاط مالم یجب است؛ زیرا خیار بعد از بیع حاصل می‌گردد و اسقاط حق خیار ضمن خود بیع اسقاط قبل از ایجاد است» (همان: ۱۹۳)؛ آنگاه به این اشکال چنین پاسخ داده شده است: «اولاً نفس بیع، موجد خیار نیست، بلکه مقتضی، عدم‌الشرط است. اگر شرط اسقاط خیار است، در واقع اصولاً مقتضی ایجاد نشده است، نه آنکه مانع ایجاد شده باشد. به عبارتی شرط اسقاط خیارات منع است، نه دفع (انصاری، ۱۳۸۳: ۵/ ۲۲۹)؛ ثانیاً صحیحه مالک بن عطیه نیز بر جواز آن دلالت دارد (همان: ۲۳۰)؛ ثالثاً در عقود امور از امور اعتباری است و صرف

اعتبار، عقلاً کافی برای صحت امر اعتباری است، همین که مقتضی عرفاً نزد عقلاً فراهم می‌باشد، کافی است (سبحانی، ۱۴۱۴: ۷۲)؛ رابعاً صحیحه سلیمان بن خالد دلالت بر اسقاط ما لم یجب نبودن اسقاط خیارات دارد (همان)؛ خامساً شیخ طوسی در خلاف، فتاوی بسیاری آورده‌اند که دلالت بر جواز اسقاط خیارات دارد. (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۱/ ۱۹۳-۱۹۵) در مجموع به نظر می‌رسد که با توجه به آنکه سبب خیار قطعاً ایجاد شده و همزمان با وقوع عقد سبب خیار و در نتیجه معقول بودن اسقاط آن نزد شرع و عقلاً پذیرفته شده است، اسقاط خیارات، اسقاط مالم یجب نیست. به این ترتیب قاعده کلی بدون اشکال باقی مانده و می‌توان خیارات را حین عقد و پس از آن اسقاط نمود». (بیگدلی، ۱۳۸۹: ۱۹۵-۱۹۶) بنابراین گزارش، مقاله مزبور تنها به اسقاط خیارات پرداخته؛ ولیکن به بررسی اسقاط خیارات ما لم یجب که موضوع مقاله حاضر است، نپرداخته است.

ضرورت دوم تحقیق در قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب به نظریه فقیهان شافعی مربوط است؛ زیرا نظر فقیهان شافعی آن است که خیار بعد از قرارداد چون عقد بیع حاصل می‌گردد. از این‌رو، اسقاط حق خیار، ضمن خود قرارداد چون بیع، اسقاط قبل از ایجاد است. (زحیلی، ۱۴۱۸: ۲۵۷) این مسئله سبب شده است که آنان اسقاط خیار را در شرط ضمن هیچ عقدی نپذیرند (همان)، درحالی که فقیهان امامیه در این مسئله اختلاف نظر دارند. (نراقی، ۱۳۶۹: ۱۴/ ۳۹۵-۳۹۶؛ انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۱۸۲) این اختلاف نظر در میان سایر فقیهان مذاهب فقهی اهل سنت نیز وجود دارد؛ برای مثال، برخی حنفی‌ها، اسقاط را در خیار شرط و عیب شرط، اسقاط ما لم یجب ندانسته و آن را تجویز کرده‌اند. (همان؛ بیگدلی، ۱۳۸۹: ۱۹۵-۱۹۳) بنابراین، باید نظرات موجود در این خصوص مورد تحقیق قرار گیرد و صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب روشن و تبیین شود.

ضرورت دیگر تحقیق در صحت و بطلان نظریه‌های فقیهان در اسقاط ما لم یجب، به مفاد ماده ۴۴۸ قانون مدنی مربوط است. به این توضیح که هرچند اطلاق این ماده، قرارداد اسقاط کلیه خیارات را با روش ضمن عقد، قانونی می‌داند و طبق اطلاق این ماده، حتی قرارداد اسقاط خیار که ظهور پیدا کرده است، صحیح تلقی می‌شود، ولی این اطلاق ماده مزبور باید به قدر مسلم مفاد آن حمل شود و مقصود ماده به صحت قرارداد اسقاط خیار حمل گردد که ظهور پیدا کرده است، اما قرارداد خیار که هنوز ظهور پیدا نکرده است، مورد و محل مشکوک مفاد این ماده تلقی می‌شود. از این‌رو، ماده مزبور نیز

یجب، یک وصف حقیقی است. به این استدلال که خیار هنوز ایجاد نشده است، ولی وجود و عدم وجود خیار گونه دوم، وابسته به مبنای فقیهان است؛ زیرا عده‌ای از فقیهان (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/ ۲۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۴/ ۳۰۲-۳۰۳) این نوع خیار را به دلیل حدوث سبب خیار، تحقق یافته فرض می‌کنند و عده‌ای دیگر (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۴۲) این نوع خیار را با رد نظریه فقیهان مزبور، تحقق نیافته فرض می‌کنند.

قرارداد اسقاط هرخیاری و از جمله، خیار ما لم یجب با سه روش انجام می‌شود: الف) ضمن عقد؛ ب) بعد از عقد و پیش از ظهور خیار؛ ج) پیش از عقد. همه صورت‌های مزبور، داخل اختلاف فقیهان است.

تحلیل یادشده اثبات می‌کند که قرارداد اسقاط خیار در سه زمان قابل تصور است: یکی، قرارداد اسقاط خیار بعد از به وجود آمدن آن. مثال چنین قرارداد اسقاط خیار، در اسقاط خیار مجلس، بعد از افتراق از مجلس عقد بیع است؛ دیگری، قرارداد اسقاط خیار همزمان با ایجاد آن. مثال چنین قرارداد اسقاط خیار، در خیار مجلس همزمان انعقاد عقد بیع اتفاق می‌افتد؛ سوم، قرارداد اسقاط خیار، قبل از ایجاد آن است که از آن، به اسقاط خیار مالیم یجب یا اسقاط خیار غیرمسلم نیز تعبیر می‌شود. اسقاط خیار ما لم یجب به معنای از بین بردن خیار معدوم است که هنوز ایجاد نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۶۰۰) و مثال آن در قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن با روش ضمن عقد، یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) و یا پیش از عقد است.

در مورد صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش‌های یادشده، مشکلاتی وجود دارد که برخی بین همهٔ خيارات مشترک‌اند و بعضی به خیار خاص، اختصاص دارند و از آنجایی که نوشتار حاضر در صدد قاعده‌سازی در بحث است، لذا از مشکلات اختصاصی بعضی از خيارات، صرف‌نظر کرده و بحث خود را به مشکلات مشترک معطوف می‌کند.

هرچند فقیهان در مورد احکام عموم خيارات بحثی از صحت یا بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب به میان نیاورده‌اند، ولی بررسی اقوال آنان در لابه‌لای تک‌تک خيارات نشان می‌دهد که فقیهان در صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش‌های مزبور، اختلاف نظر دارند و تا سه گروه و نظریه را در مسئله پدید آورده‌اند. مشهور، اسقاط خیار ما لم یجب را با هر سه روش، باطل (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۱۸۲) و غیرمشهور، اسقاط خیار ما لم یجب را با هر سه روش، صحیح می‌دانند (همان) و برخی (شیخ انصاری) نیز به نظریه توقف در

مانند سایر مواد قانونی به صحت و بطلان قرارداد قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب - یعنی خیاری که هنوز ظهور پیدا نکرده - به صراحت نپرداخته است و وفق دستور ماده سوم قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید به منابع معتبر حقوق امامیه، مراجعه شود و حکم مسئله مزبور نیز تبیین گردد. بنابراین، علاوه بر اصل مسئله، در تفسیر مفاد ماده یادشده نیز خلأ علمی وجود دارد.

این تحقیق یک سؤال اصلی و چند سؤال فرعی دارد: سؤال اصلی آن است که در حقوق امامیه، صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب چگونه توجیه می‌شود؟

سؤال‌های فرعی تحقیق عبارت‌اند از:

۱. کدام صورت‌ها برای قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب متصور است و حکم هر کدام چیست؟
۲. مشکلات قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب چیست؟
۳. فقیهان کدام راه حل‌ها را برای صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب ارائه داده‌اند؟
۴. ایرادات راه حل‌های فقیهان در صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب چیست؟
۵. کدام راه حل جدید از حقوق امامیه، قابل استخراج است تا مشکلات موجود را پایان دهد و اقوال محققان را تجمیع نماید و راه حلی برای حقوقدانان، قضات و وکلای دادگستری در صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و نیز در تفسیر ماده ۴۴۸ قانون مدنی باشد؟

تحقیق حاضر به بررسی پاسخ سؤال‌های یادشده با استناد به روش توصیفی و استنباط از متون فقهی امامیه پرداخته و ضمن نقد و ارزیابی سایر نظریه‌ها، نظریه تحقیق را در این خصوص از منابع فقهی امامیه، تحصیل نموده و ارائه کرده است. مهم‌ترین نوآوری ویژه تحقیق حاضر، آن است که نظریه جدیدی را در تصحیح مشروعیت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب ارائه کرده است.

تقسیم و تقریر محل نزاع فقیهان در مسئله تحقیق

خيارات از جهت حدوث به مسلم و غیرمسلم، تقسیم می‌شوند. خیار مسلم، عبارت از خیاری است که به یقین، تحقق و ظهور پیدا کرده است و خیار غیرمسلم - که به آن خیار ما لم یجب نیز گفته می‌شود - بر دو گونه است: گونه نخست، عبارت از خیاری است که یقین به عدم تحقق و ظهور آن باشد و گونه دوم، عبارت از خیاری است که تحقق و ظهور آن، مشکوک است. توصیف خیار گونه نخست به خیار غیرمسلم یا ما لم

مسئله رأی داده‌اند، مشروط بر این که اجماعی بر صحت، وجود نداشته باشد. (همان: ۲۳۴) توجیهاات هر دو گروه نخست در صحت یا بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب - با هر کدام از روش‌های یادشده - با مشکل مواجه است؛ به طوری که انطباق نظریه صحت یا بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را با مقررات حاکم بر حقوق اسلامی و موضوعه ایران ناممکن می‌سازد. این وضعیت نسبت به نظریه توقف نیز، وجود دارد؛ زیرا توقف در فتوا به معنای توقف نظری است و مجتهد در عمل یا پیرو نظریه صحت است و یا پیرو نظریه بطلان. بنابراین، باید از طرح و بررسی نظریه توقف به منظور جلوگیری از اطاله کلام پرهیز نمود و بحث را پیرامون دو نظریه صحت و بطلان متمرکز کرد.

نقش سبب خیار در قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و راه حل فقیهان در آن

مشهور فقیهان قرارداد اسقاط هر نوع خیاری که ظهور نیافته است را با یکی روش‌های مزبور، باطل دانسته‌اند. به این استدلال که خیار در زمان قرارداد اسقاط خیار، ثبوت و ظهور پیدا نکرده است تا قابل اسقاط باشد. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۱۸۲) عده‌ای از فقیهان، راه این حل مشکل را در این نظر دیده‌اند که تحقق سبب خیار را برای تحقق خیار کافی بدانند و صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را با یکی از دو روش ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) به حصول سبب خیار مشروط نمایند (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/ ۲۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۴/ ۳۰۲-۱۸۲)، اما عده‌ای از فقیهان، استدلال مزبور را برای تحقق خیار، رد نموده و معتقد شده‌اند: تحقق سبب یک شیء - و از جمله خیار - برای تحقق اصل آن کافی نیست. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۴۲)

طبق نظر نخست، باید خیاری که سبب آن، تحقق یافته است، به احکام خیار مسلم، عطف شود و احکام خیار مسلم بر چنین خیاری جاری گردد و در نتیجه، قرارداد اسقاط چنین خیاری، صحیح باشد، اما طبق نظر دوم، تحقق خیار حتی با تحقق سبب خیار نیز، مشکوک خواهد بود و باید احکام چنین خیاری به خیار ایجاد نشده عطف گردد و از جمله، قرارداد اسقاط چنین خیاری، باطل تلقی شود.

توجیه حقوقی صحت قرارداد اسقاط ما لم یجب در صورت ایجاد سبب آن، این است که گفته شود: «تحقق سبب چیزی به منزله ایجاد خود اوست و با این وضع، می‌توان قرارداد اسقاط آن را نمود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱/ ۳۷۳) و چنین

قراردادی را صحیح تلقی کرد. فقیهان در منظور از «تحقق سبب خیار»، اختلاف نظر دارند. عده‌ای منظور از تحقق سبب خیار را همان تحقق و انعقاد عقد دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/ ۲۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۴/ ۳۰۲-۳۰۳)، ولی بعضی از فقیهان، منظور از تحقق سبب خیار را چیزی غیر از عقد، تلقی کرده و آن را مانند ضرر ناشی از لزوم عقد و یا ضرر ناشی از تأخیر ثمن دانسته‌اند. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۲۳۳) طبق نظر نخست، هنگامی که عقد تشکیل می‌گردد، گفته می‌شود: سبب خیار، تحقق دارد. به این استدلال که سبب خیار، انعقاد عقد است (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳/ ۲۷۶؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۴/ ۳۰۲-۳۰۳)؛ در این صورت، باید احکام چنین خیاری به خیار مسلم، عطف گردد و از جمله، قرارداد اسقاط آن صحیح باشد. همچنین طبق نظر دوم، خیار، زمانی تحقق می‌یابد که ضرری از عقد ناشی گردد و خیار بعد از تحقق ضرر، تحقق یابد. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۲۳۳) در این صورت نیز، باید احکام چنین خیاری به خیار مسلم، عطف گردد و از جمله، قرارداد اسقاط آن، صحیح تلقی شود.

فقیهان راه حل مزبور را در قرارداد اسقاط خیار غبن و عیب به کار گرفته و انعقاد عقد غبنی و عیبی را برای قرارداد اسقاط خیار غبن و عیب کافی دانسته‌اند. شیخ انصاری این قول را تقویت کرده و مثال آن را برائت فروشنده از غبن و عیب، قبل از علم به آن دو دانسته است. به این استدلال که این نوع اسقاط خیار، مسبب از وجود غبن و عیب است که با عقد تحقق می‌یابد، نه ظهور غبن و عیب که بعد از عقد، پدید می‌آید. (همان: ۱۸۲)

همچنین عده‌ای از فقیهان راه حل مزبور را در قرارداد اسقاط خیار حیوان و شرط ارائه داده‌اند. توضیح اینکه عده‌ای از فقیهان مبنای ثبوت خیار را از زمان افتراق متعاقدين از مجلس عقد دانسته‌اند؛ برای مثال، برخی از فقیهان (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۲۰) مبدأ خیار حیوان را افتراق از مجلس عقد اعلام کرده و بعضی دیگر (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/ ۲۴۷) مبدأ خیار شرط را افتراق از مجلس عقد دانسته‌اند. به این استدلال که خیار شرط با خیار حیوان در این جهت متحدند. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۹۲) طبق این مینا، قرارداد اسقاط خیار حیوان و شرط، پیش از افتراق از مجلس عقد، ممکن نیست؛ زیرا با مشکل اسقاط ما لم یجب، مواجه است، درحالی که قول مشهور، مبدأ خیار حیوان را از زمان عقد می‌داند. (شهید ثانی، بی تا: ۳/ ۴۵۰) شهید اول، ۱۴۱۲، این قول را برگزیده (همان) و شهید ثانی این قول را اقوی دانسته است. (همان) طبق این قول، «اگر متعاقدين تا

قولشان بر این مبناست که سبب خیار تأخیر ثمن، عقد است و عقد، قبل از سه روز، تحقق دارد، اما فقیهانی که سبب خیار تأخیر ثمن را تحقق وجود ضرر می‌دانند، قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن را در ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار)، منع خواهند کرد.

فقیهان، شبیه دو وجه یادشده را در مسئله قرارداد اسقاط خیار رؤیت قبل از رؤیت، قائل شده و آن را با شرطیت و سببیت رؤیت تحلیل کرده‌اند. بدین بیان که اگر رؤیت، شرط تحقق خیار باشد، قرارداد اسقاط آن به مجرد تحقق سبب که همان عقد است، ممکن می‌شود، چنان‌که شیخ انصاری نیز این قول را قوی دانسته است (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۲۵۸-۲۵۹)، ولی اگر رؤیت، سبب تحقق خیار باشد و شرط یا قرارداد اسقاط آن در ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) شود، سه قول در شرط و قرارداد یادشده پدید خواهد آمد: یک قول، آن را فاسد و موجب افساد عقد اعلام خواهد نمود؛ قول دوم، آن را صحیح خواهد دانست و قول سوم، آن را موجب فساد شرط، نه افساد عقد معرفی خواهد نمود. علامه حلی در تذکره (۱/ ۴۶۷)، شهید اول در دروس (۳/ ۲۷۶)، محقق ثانی در جامع المقاصد (۴/ ۳۰۳) و نراقی در مستند الشیعه (۱۴/ ۴۰۸)، قول اول را داده‌اند؛ علامه حلی در قواعد (۲/ ۵۰۷) و فیض کاشانی در مفاتیح السرائع (۳/ ۷۲)، قول دوم را ارائه کرده‌اند و شیخ طوسی (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴/ ۷۳۲) و فاضل آبی در کشف الرموز (۱/ ۴۷۴) قول سوم را در شرط فاسد طرح کرده‌اند.

در نقد و ارزیابی ادعای کفایت تحقق سبب خیار در قرارداد اسقاط خیار با روش‌های ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) باید گفت: این مسئله اختلافی فقیهان است و قبول هر نظریه به مبنای آن وابسته است. از این‌رو، گفتار یادشده، راه حل مشترک و قاعده کلی برای خیارات ایجاد نمی‌کند؛ بلی صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار را مبنایی می‌کند.

تعلیقی بودن اسقاط خیار ما لم یحب و راه حل فقیهان در آن

اشکال دیگر قرارداد اسقاط خیار ما لم یحب با روش‌های ضمن عقد و یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) به تعلیقی بودن آن، مربوط می‌شود. به این استدلال که قرارداد اسقاط تعلیقی در عقود، باطل است (مراغه‌ای، بی‌تا: ۳۳۰)، چه برسد اسقاط تعلیقی در ایقاعات که به قیاس اولویت (و به طریق اولی) باطل خواهد بود؛ زیرا حتی اگر عقود، تعلیق را بپذیرد، ولی حقیقت

سه روز از یکدیگر افتراق نکنند، مدت خیار حیوان آنان منقضی می‌شود». (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۹۲)

فقیهان دلیل این گفتار را روایت صحیح محمدبن مسلم می‌دانند که مقرر می‌کند:

«شرط [خیار] در حیوان، سه روز و در غیر حیوان، تا افتراق است». (حرعاملی، ۱۳۸۷: ۱۲/ ۳۴۹)

ظاهر روایت مزبور بر این دلالت دارد: خیاری که با تفرق متعاقبین پایان می‌یابد در حیوان، تا سه روز استمرار پیدا می‌کند و چون بسیار واضح است که مبدأ خیار مجلس از حین عقد است، پس باید مبدأ خیار حیوان نیز چنین باشد. پس قرارداد اسقاط خیار در زمان تحقق عقد نباید مشکل داشته باشد.

در هر صورت، اینجا دو گروه مخالف و موافق تشکیل شده و برخی بر صحت قرارداد اسقاط خیار و بعضی بر بطلان قرارداد اسقاط خیار رأی داده‌اند. از این‌رو، اگر کسی - مانند علامه حلی - مبدأ شرط را بعد از افتراق متعاقبین از مجلس عقد بداند، به عدم جواز قرارداد اسقاط خیار شرط قبل از تفرق معتقد خواهد شد، چنان‌که علامه به آن تصریح کرده است. (حلی، بی‌تا: الف، ۱/ ۵۲۰).

همچنین فقیهان راه حل مزبور را در قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن نیز به کار برده‌اند. توضیح این که خیار تأخیر ثمن در کالاهای با دوام، سه روز و بی‌دوام یا مصرفی روزانه، یک روز است. اگر کسی بخواهد قرارداد اسقاط این خیار را در ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) نماید، با مشکل قرارداد اسقاط ما لم یحب، مواجه می‌شود. به این استدلال که تأخیر ثمن در زمان انعقاد عقد تحقق ندارد. نظر قول مشهور فقیهان با همین استدلال بر منع قرارداد اسقاط خیار یادشده است. هرچند عده‌ای از فقیهان دیگر می‌پذیرند که ظهور خیار تأخیر ثمن، بعد از سه روز خواهد بود، ولی تحقق عقد را برای ظهور سبب خیار تأخیر ثمن و نیز ظهور سبب خیار را برای قرارداد اسقاط آن، کافی می‌دانند. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/ ۲۳۳)

توجه نظر این دو گروه چنین است که عده‌ای از فقیهان، سبب پیدا شدن خیار تأخیر ثمن را ضروری می‌دانند که از تأخیر ثمن، پیش می‌آید و این ضرر، بعد از سه روز، تحقق می‌یابد (همان)، اما مشهور، عقد را سبب خیار تأخیر ثمن می‌دانند. بنابراین، فقیهانی که نظیر شهید اول (۱۴۱۲: ۳/ ۲۷۶) و محقق ثانی (۱۴۰۸: ۴/ ۳۰۲-۳۰۳)، قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن را در ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) می‌پذیرند،

قرارداد اسقاط خیار (مثلاً) عیب، غبن و رؤیت در ضمن عقد یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار)، غرر حاصل می‌شود و غرر، موجب بطلان قرارداد تبعی مزبور (صیمری، ۱۴۲۰: ۲۸۸ / و حتی مطابق نظر برخی از فقیهان، موجب ابطال قرارداد اصلی نیز می‌شود. (شهید اول، ۱۴۱۲: ۳ / ۲۷۶)

برخی از فقیهان راه حل مشکل غرری بودن قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را با روش توجیه غرر ارائه داده و در نهایت به صحت قرارداد اسقاط چنین خیاری رأی داده‌اند؛ برای مثال، هرچند محقق ثانی ابتدا در این مسئله تردید رواداشته، ولی در نهایت، صحت قرارداد یادشده را استظهار کرده است. (محقق ثانی، ۱۴۰۸: ۴ / ۳۰۲-۳۰۳) همچنین شیخ انصاری نیز طرفدار صحت چنین قراردادی است و غرر را در کلام شهید چنین توجیه کرده است: «غرر، به اعتبار جهل به مقدار مالیت مبیع - مانند جهل به صفات مبیع - است؛ زیرا وجه اینکه جهل به صفات مبیع، غرر است، همان رجوع جهل یادشده به مقدار مالیت مبیع است. از این رو، جهل به صفاتی که در قیمت دخالتی ندارد، غرر نیست». (انصاری، ۱۴۲۰: ۵ / ۱۸۳) بنابراین، شیخ انصاری غرر مورد ادعای شهید را عبارت از جهل به صفاتی می‌داند که در قیمت مبیع دخالتی ندارد، لذا آن را غرر تلقی نمی‌کند (همان: ۱۸۴) و در دلیل اقوی بودن این قول و نیز عدم لزوم غرر از قرارداد اسقاط خیار می‌نویسد: «اگر مجرد جهل به مقدار مالیت مبیع، غرر می‌بود، بیع با شک در قیمت، صحیح نمی‌شد؛ همچنین ارتفاع غرر از این بیع، به‌خاطر خیار نیست تا قرارداد اسقاط آن، موجب ثبوت غرر باشد و اگر چنین می‌بود، هیچ وقت بیع، صحت پیدا نمی‌کرد. به این دلیل که ثبوت خیار برای خروج از غرر، کفایت نمی‌کند، زیرا خیار، حکم شرعی است و حکم شرعی، موضوع غرر را مرتفع نمی‌سازد [به این دلیل که غرر، یک امر عقلی و یا عرفی است و حکم تعبّدی شرعی، آن را از بین نمی‌برد]؛ وگرنه هر بیع غرری - مانند بیع مبیع مجهول و متعذر از تسلیم آن - با ثبوت خیار، صحت پیدا می‌کرد». (همان: ۱۸۳-۱۸۴).

در نقد و ارزیابی ادعای غرری بودن قرارداد اسقاط

خیار با روش‌های مزبور باید گفت: اختلاف در غرری بودن اسقاط خیار ما لم یجب به تعیین مصداق غرر بازگشت می‌کند. برخی قرارداد اسقاط ما لم یجب را غرری و بعضی غیرغرری دانسته‌اند. از آنجایی که مسئله، اختلافی است و قبول یا رد آن به مبنای آن وابسته است و چنین راه حلی، قاعده کلی و مشترک در همهٔ خیارات، ایجاد نمی‌کند، لذا باید از آن صرف‌نظر شود.

ایقاعات (اسقاط)، تعلیق را نمی‌پذیرد؛ برای مثال، اگر کسی بگوید: «اگر فلان شخص مفقود، پیدا شود، همسر من، مطلقه باشد». طلاق با این جمله، واقع نمی‌شود و دلیل آن، تعلیق صیغهٔ طلاق با جملهٔ یادشده است، لذا اگر بگوید: «اگر بیع غنبی بود، غابن یا مغبون از غبن بری است» صحیح نخواهد بود. دلیل عدم صحت اسقاط یادشده، این است که تعلیق، مستلزم ایجاد چیزی در حال حاضر و تحقق وجود آن، بعد از حصول معلق‌علیه است، درحالی‌که ایقاع (اسقاط)، ایجاد است و معقول نیست که ایجاد از وجود، تأخر داشته باشد.

راه حل این اشکال، آن است که گفته شود: تعلیق دو نوع است: مجازی (شکلی) و حقیقی. تعلیق مجازی و شکلی، آن است که تحقق معنای انشا بر آن (انشای معلق)، متوقف باشد و به این ترتیب، آن انشای معلق با معنای انشا، منافات ندارد. مثل این که کسی به یقین بداند مریم زن اوست و با این علم بگوید: «اگر مریم زن من باشد، مطلقه باشد». در جملهٔ شرطی و تعلیقی یادشده، معنای طلاق بر زوجه بودن مریم برای او، متوقف است. این نوع تعلیق به علت اینکه در حقیقت، تعلیق محسوب نمی‌شود، اشکالی ندارد؛ زیرا اگر به جملهٔ یادشده دقت نماییم، حقیقت جملهٔ یادشده به صفت، نه تعلیق، رجوع می‌کند و معنای آن چنین است: «زن من مریم، مطلقه باشد». تعلیق حقیقی، آن است که تحقق معنای انشا بر انشای معلق، متوقف نباشد و به این ترتیب، تحقق معنای انشا با انشای معلق، منافات دارد. این نوع تعلیق، مبطل عقد و ایقاع است. مثال این نوع تعلیق آن است که کسی مشکوک است مریم، زن اوست، بگوید: «اگر مریم زن من باشد، مُطَلَّقه باشد». شیخ انصاری در مکاسب (۵ / ۱۸۲) تعلیق موجود در بحث را از نوع نخست دانسته و از آن، رفع اشکال کرده است.

در نقد و ارزیابی این راه حل اسقاط خیار ما لم یجب

باید گفت: این رفع منافات در قرارداد اسقاط خیارات مسلم و یقینی، مفید خواهد بود، نه در اسقاط خیار ما لم یجب که مشکوک است؛ و از آنجایی که ثبوت اکثر خیارات در زمان عقد مشکوک‌اند، لذا در این موارد، تعلیق، از نوع دوم خواهند شد و قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب به دلیل تعلیقی حقیقی بودن، باطل خواهد گشت.

غرری بودن قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و راه حل فقیهان در آن

اشکال دیگر قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش‌های ضمن عقد و یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار)، آن است که از

زمینه اعتبارات حقوقی برخلاف امور تکوینی می‌تواند هم به گذشته و هم به آینده تعلق می‌گیرد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۳۷۳/۱)

در نقد و ارزیابی راه‌های یادشده باید گفت:

هرچند عده‌ای از حقوقدانان برای صحت قرارداد اسقاط خیاراتی که بعد از عقد به وجود می‌آیند به راه حل آقای نجفی (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ش ۳۶۱) و یا به استدلال جعفری لنگرودی در مبسوط ترمینولوژی حقوق (۳۷۳/۱) متوسل شده‌اند، ولی راه حل جعفری لنگرودی برخلاف قاعده تبعیت شرع از عقل است که ممنوع عقلی را مانند ممنوع شرعی می‌کند و نیز در دو راه حل نخست باید گفت: اگر این دو راه حل مطابق نظریه مختار تحقیق تفسیر شوند، منطبق بر واقعیت اراده متعاقدين در قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب خواهند شد؛ در غیر این صورت، منطبق بر اراده متعاقدين نخواهند بود. بدین بیان که: اولاً اسقاط، پایان دادن به تعهد ایجادشده به‌طور قطعی است. بنابراین، اسقاط به معنای بقای اذن تا زمان عقد - که از سوی آقای نجفی مطرح شده است - غیرموجه است. ثانیاً، اسقاط به پدیده ایجادشده یقینی، تعلق می‌گیرد و موجب از بین رفتن تعهد یقینی می‌شود. بنابراین، استعمال اصطلاح اسقاط از سوی آقای خوانساری در «از بین بردن سبب ایجاد حق احتمالی»، غیرموجه است. بلی اگر کسی راه‌های یادشده را منطبق با راه حل و نظریه تحقق حاضر توجیه نماید، گفتارهای فقیهان مزبور راه حل پذیرش پیدا خواهند کرد، چنان‌که توضیح آن بیان خواهد شد.

مخالفت اجماع با صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و اشکالات آن

عده‌ای از فقیهان بر بطلان قرارداد اسقاط ما لم یجب، ادعای اجماع کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸: ۴۲) و عقیده به صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با اجماع فقیهان مخالف است.

در نقد و ارزیابی مخالفت اجماع فقیهان با صحت

قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب باید گفت: اولاً به نظر می‌رسد که اشکال نخست ادعای اجماع فقیهان در مسئله، این است که با وجود عقیده غیرمشهور فقیهان امامیه مبنی بر صحت اسقاط خیار ما لم یجب، نباید به اجماع اعتنا شود. ثانیاً چنین اجماعی به علت مدرکی بودن، رد می‌شود. ثالثاً اجماع از ادله لُبّی است و تنها باید به قدر متیقن آن، استناد نمود و قدر متیقن آن، بطلان قرارداد اسقاط خیار است که سبب آن ایجاد نشده باشد، لذا اجماع یادشده، شامل قرارداد اسقاط

محالیت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و راه حل فقیهان در آن

بعضی از فقیهان، بر این عقیده‌اند که عقل انسان، قرارداد اسقاط خیار را - که هنوز تحقق نیافته است - محال می‌داند. به این استدلال که: اولاً، اراده به چیزی که معدوم است، تعلق نمی‌گیرد؛ ثانیاً، تصور از بین بردن چیزی که وجود ندارد، ممکن نیست. (انصاری، ۱۴۲۰: ۵/۲۳۴)

شیخ انصاری راه حل مشکلات یادشده را در تمسک به اجماع دیده و در مقابل اشکالات مزبور نوشته است: «اگر اجماعی از فقیهان در قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن در ضمن عقد [و یا بعد از عقد و پیش از ظهور خیار] باشد، چنان‌که بعضی از فقیهان، آن را حکایت کرده‌اند، به صحت قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن در ضمن عقد [و یا بعد از عقد و پیش از ظهور خیار] معتقد می‌شویم؛ در غیر این صورت، باید در آن توقف نمود». (همان)

در نقد و ارزیابی تمسک به اجماع باید گفت: تمسک

به اجماع در مقابل محالیت عقلی غیرمقول است و علاوه بر این، باید تحقق چنین اجماعی را طوری توجیه کرد تا مقابل دلیل عقل قرار نگیرد؛ برای مثال، توجیه خوانساری در این خصوص به شرح ذیل قابل توجه است:

خوانساری راه حل دیگری به مشکل یادشده ارائه داده است. بدین بیان که اگر منظور از قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب، از بین بردن مقتضی و سبب ایجاد حق خیار باشد، اشکال قرارداد اسقاط خیار مالیم یجب خودبه‌خود، مرتفع می‌گردد. به این بیان که در این فرض، با انشای اسقاط، مقتضی ایجاد حق خیار از بین می‌رود و در نتیجه، حقی به وجود نخواهد آمد تا بحث از اسقاط آن در آینده مطرح باشد. (خوانساری، ۱۳۶۴: ۳/۱۴۸)

همچنین نجفی راه حل این مشکلات را چنین ارائه کرده‌اند: «اگر منظور از [قرارداد] اسقاط حق شفعه، قبل از حصول متعلق آن باشد، قول صحیح‌تر، عدم [صحت قرارداد] اسقاط حق شفعه است؛ زیرا تأثیر انشاء، قبل از حصول متعلق آن، غیرقابل تصور است، ولی اگر مراد از اسقاط حق شفعه، قبل از بیع، اذنی باشد که فعلاً و حکماً تا زمان عقد باقی است، صحت [قرارداد] اسقاط آن با چنین فرضی، موجه به نظر می‌رسد». (نجفی، ۱۹۸۱: ۳۷/۲۳۰)

راه حل برخی از محققان حقوق موضوعه ایران در اشکالات یادشده این است که نباید موجودات اعتباری حقوقی را با امور طبیعی تکوینی مقایسه کرد؛ زیرا رضای اشخاص در

خیاری نمی‌شود که سبب آن، تحقق یافته است.

می‌گیرد، هرچند در متن اسمی از آنها برده نمی‌شود، ولی عقد بر بنیان آن واقع می‌شود. (همان: ۲۸)

بنابراین، اگر قرینه‌ای شرط ابتدایی را به عقد ارتباط دهد، چنین شرط ابتدایی به دلیل قرارداد ضمنی، صحیح خواهد بود. نمونه شرط غیرمرتبط با عقد همان شرطی است که مشهور فقیهان مشروعیت آن را رد می‌کند و شرح حال چنین شرطی در فوق گذشت و نمونه شرط ابتدایی که با عقد مرتبط است عبارت از شرطی است که متعاقدين عقد را مقرون به آن شرط انعقاد نمایند و به اصطلاح شروط تبانی - مقابل شروط دواعی یا انگیزه - باشد.

ادله اثباتی نظریه تفصیل به این بیانند: اولاً اجماع مورد استناد فوق در تثبیت بطلان قراردادهای شروط ابتدایی، دلیل لُبی (و غیرلفظی) است و باید قدر متیقن آن را در موارد شک اخذ نمود و قدر متیقن اجماع در بطلان قراردادهای شروط ابتدایی همان شروطی غیرمرتبط با تعهد و عقد اصلی است. شاید به این دلیل است که شیخ انصاری قرارداد صحت یا بطلان شرط قبل از عقد را به تأثیر شرط متقدم در ارتباط عقد با آن شرط و عدم ارتباط یادشده منوط دانسته (انصاری، ۱۴۲۰: ۵۴/۶ و ۲۳۸) و قول معروف (همان: ۲۳۸) یا مشهور فقیهان (همان: ۵۶) را در عدم تأثیر شرط متقدم به علت عدم ارتباط عقد با شرط متقدم اعلام کرده است. (همان: ۲۳۸) ثانیاً بررسی این تحقیق نشان داده است که صحت قرارداد شروط ابتدایی به معنای شروط تبانی هم در میان قدمای فقیهان طرفدار دارد، هرچند قول غیرمشهور باشد و هم به‌عنوان قول مشهور معاصران تلقی می‌شود و قول فقیهان متأخر در پذیرش و رد شروط ابتدایی بین این دو قول، حالت تفصیل دارد؛ برای مثال، آقای حسینی عاملی صحت شروط ابتدایی را از میان متقدمان به ظاهر کتاب «خلاف» شیخ طوسی و از میان متأخران به ظاهر کتاب «مختلف» علامه حلی نسبت داده است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴/۵۳۹-۵۴۰) و این نسبت برای ظاهر «خلاف» (طوسی، ۱۴۱۷: ۳/۲۱) و «مختلف» (حلی، ۱۴۱۲: ۵/۶۳) قوی است. بنابراین، انتقاد شیخ انصاری (۱۴۲۰: ۵۸/۵ و ۶/۵۷) از حسینی عاملی (۱۴۱۹: ۴/۵۳۹-۵۴۰) در انتساب قول صحت شروط ابتدایی به «خلاف» شیخ طوسی (ط.ج، ۳/۲۱) و «مختلف» علامه حلی (۱۴۱۲: ۵/۶۳) را باید به شروط ابتدایی حمل نمود که غیرمرتبط با تعهد و عقد اصلی هستند. شاهد و قرینه صحت انتساب عقیده به صحت شروط ابتدایی مرتبط با تعهد و عقد اصلی برای شیخ طوسی، در متن کتاب «خلاف» اوست که مقرر داشته است:

مشکل تراضی بر اسقاط خیار ما لم یجب با روشن اسقاط خیار پیش از عقد و راه حل آن

مشکل تراضی طرفین بر اسقاط خیار با روش اسقاط خیار پیش از عقد - علاوه بر اشکالات قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش اسقاط خیار ما لم یجب در ضمن عقد و بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) - به ایراد بطلان چنین تراضی در عقیده مشهور فقیهان، مربوط است. توضیح اینکه این نوع تراضی اسقاط خیار پیش از عقد به منزله یک شرط قراردادی و مقدماتی تلقی می‌گردد؛ به طوری که عقد بر اساس آن شرط قراردادی و مقدماتی ساخته می‌شود. این نوع تراضی یا شرط قراردادی همان تراضی و شرط ابتدایی است که مشهور فقیهان، اجماع بر بطلان آن دارند. طباطبایی به طور صریح بر بطلان شروط ابتدایی، ادعای اجماع کرده و وفای به چنین شرطی را لازم ندانسته و نوشته است: «شروطی که قبل از عقد نکاح مورد توافق واقع می‌شود، حکمی ندارد». (طباطبایی، ۱۶/۲) شیخ انصاری نیز در این مورد نوشته است: «تبع کلمات فقیهان در باب بیع و نکاح، صدق این حکایت صاحب ریاض را کشف می‌کند». (انصاری، ۱۴۲۰: ۵۶/۶)

میرزای قمی در این خصوص نوشته است: «آنچه در بعضی فواید خود تحقیق کرده‌ام، این است که هر التزامی که مکلف بکند، وفای به آن، واجب است و التزام مکلف به نذر، یا به عهد، یا به یمین و یا به شرط در ضمن عقد، موجب لزوم عمل است؛ - به تقریبی که در رساله شرط ضمن عقد بیان کرده‌ام - و هرگاه غیر این صورت‌ها باشد، داخل در مطلق وعده می‌شود و مشهور علما، وفای به وعده را واجب نمی‌دانند و وجه دیگری برای لزوم آن نمی‌دانم». (قمی، ۱۴۱۰: ۴۸۳-۲۸۴) راه حل مسئله در قبول نظریه تفصیل است. در توضیح نظریه تفصیل باید گفت: قراردادهای شروط ابتدایی دو نوع هستند: برخی - مانند شرط ضمن عقد - با عقد ارتباط پیدا می‌کند که به آن شرط تبانی یا بنایی اطلاق می‌شود و بعضی از شروط ابتدایی چنین ارتباطی با عقد پیدا نمی‌کند که به آن شرط دواعی گفته می‌شود. داعی عبارت از غرض و فکری است که قبل از اقدام به یک عمل حقوقی در ذهن اقدام‌کننده خطور می‌کند، ولی در مقام قصد انشاکننده اظهار نمی‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۲۸۲) البته ادعای نوع نخست بودن از شرط به قرینه نیاز دارد. ارتباط این نوع شرط با عقد غالباً، به صورت تعهداتی است که در مذاکره متعاقدين پیش از عقد قرار

در نقد و ارزیابی اسقاط خیار ما لم یجب با روش اسقاط خیار پیش از عقد باید گفت: اگر صحت قرارداد شروط ابتدایی پذیرفته شود، همه مشکلات قرارداد اسقاط خیار با روش ضمن عقد و بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) به آن نیز سرایت خواهد کرد؛ زیرا قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش پیش از عقد به منزله قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش ضمن عقد و بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) تلقی خواهد شد و از آنجایی که راه حل مناسبی در قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش در ضمن عقد و بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) ارائه نشد و راه حل‌های ارائه شده با مشکل مواجه شدند، لذا وضع در قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش پیش از عقد نیز همین مشکل خواهد بود و باید به سراغ راه حل دیگری رفت.

راه حل تحقیق در تصحیح قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب

نظریه تحقیق در تصحیح قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب آن است که قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش‌های مزبور - اعم از ضمن عقد، یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) و یا پیش از عقد - از نوع اقسام شرط نتیجه است و آن، به این معناست که اگر (هر) خیار در اثر عقد، از عقد پدید آید، آن طرفین موافقت می‌کنند که بعداً و پس از موجود شدن آن خیار در آن زمان، اسقاط شود. این نحوه اسقاط خیار، همه خیارها را در برمی‌گیرد و نظریه تحقیق به‌عنوان یک قاعده کلی در هر کدام از خیارها قابل جریان است؛ برای مثال، قرارداد اسقاط خیار تأخیر ثمن که بعد از گذشت سه روز از زمان عقد، محقق خواهد شد به این معناست که آن طرفین موافقت می‌کنند که بعداً و پس از موجود شدن خیار تأخیر ثمن، در آن زمان، اسقاط شود و یا آن طرفین اسقاط خیار رؤیت را در زمان ظهور خیار رؤیت، قرارداد می‌کنند.

توافق طرفین از الآن بر اسقاط خیار در زمان ظهور خیار در آینده، در شروط ابتدایی نیز، همانند قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با روش ضمن عقد، یا بعد از عقد (و پیش از ظهور خیار) توجیه می‌شود.

ادله حاکمیت و آزادی اراده طرفین بر عقود و ایقاعات (نساء/ ۲۹؛ ماده/ ۱) و نیز قاعده سلطنت هر شخص بر اموال و حقوق خود (ابن جمهور، ۱۴۰۳: ۳/ ۲۰۸) و نیز اصل صحت، نظریه تحقیق را توجیه می‌کنند؛ زیرا طبق حاکمیت و آزادی اراده طرفین بر عقود و ایقاعات و نیز قاعده سلطنت، طرفین و مالک اختیار هر نوع تصرف و از جمله، حق قرارداد اسقاط خیار

«اگر طرفین عقد، قبل از عقد، قرارداد کنند که بعد از عقد برای آنان، خیار پدید نیاید، چنین قراردادی، صحیح است و عقد با ایجاب و قبول، لازم می‌شود، دلیل جواز چنین قراردادی، فقدان مانع در این مورد و اصل جواز شروط است و عموم اخبار شروط و جواز قراردادها، صحت چنین قراردادی را نیز در برمی‌گیرد». (طوسی، بی‌تا: ۱۹۳)

همچنین شاهد و قرینه صحت انتساب عقیده به صحت شروط ابتدایی مرتبط با تعهد و عقد اصلی برای علامه حلی، متن بیان وی در کتاب «بصره المتعلمین» است:

«اگر کسی، چیزی را بفروشد خیار مجلس برای او و مشتری، تا زمان افتراق، خواهد بود؛ مگر این که قرارداد اسقاط آن را قبل از عقد و یا بعد از آن، کرده باشند». (حلی، بی‌تا: ب، ۲۵۰)

این است که اگر طرفین، قرارداد مقدار اضافی را در بیع صرف، با روش پیش از عقد در قالب شرط ابتدایی توافق نمایند که مقدار اضافی را بعد از عقد، به طرف مقابل، هبه نماید. علامه حلی در تذکره الفقهاء (۱/ ۵۴۲) و محقق حلی در سرائع (۲/ ۴۱) به جواز این مطلب در باب بیع مرابحه، تصریح کرده‌اند و یا برخی از فقیهان به صحت قرارداد اسقاط حق شفعه قبل از بیع، رأی داده‌اند (حسینی شیرازی، ۱۹۹۸: ۷۹، ۳۷۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۷، ۴۳۱) و نیز قول مشهور فقیهان در تنفیذ وصیت زائد بر ثلث از سوی ورثه در زمان حیات موصی این است که تنفیذ مزبور، اسقاط ضمنی حق آینده ورثه است. ادعای اجماع به قول مشهور و چنین اجازه‌ای شده است. (حسینی شیرازی، ۱۳۹۸: ۶۱، ۱۶۴؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ش ۲۲۶)

تنها راه حل تجویز صحت قرارداد در قالب شروط ابتدایی و خروج از اجماع فقیهان در بطلان شروط ابتدایی، قول تفصیل است که نظر بطلان قرارداد شروط ابتدایی را به شروط ابتدایی دواعی و غیرمربوط به عقد، تفسیر کرد و نظر صحت قرارداد شروط ابتدایی را به شروط ابتدایی مرتبط به عقد، تفسیر نمود و به این ترتیب، اقوال جمیع فقیهان - و حتی قول متفاوت یک فقیه - را در مسئله با هم جمع نمود که در جایی قراردادهای شروط ابتدایی را باطل و در جای دیگر، صحیح می‌دانند. این ادعا، مطابق نظر شیخ انصاری در قراردادهای شروط ابتدایی نیز است، زیرا ایشان شرط قبل از عقد را به تأثیر شرط متقدم در ارتباط عقد با آن شرط و عدم ارتباط یادشده منوط نموده (انصاری، ۱۴۲۰: ۶/ ۵۴ و ۲۳۸) و قول معروف (همان: ۲۳۸) یا مشهور (همان: ۵۶) را در عدم تأثیر شرط متقدم به علت عدم ارتباط عقد با شرط متقدم کرده است. (همان: ۲۳۸)

تحقیق در مسئله گردید. مطابق نظریه تحقیق اثبات شد که اگر منظور از قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و اسقاط خیار که هنوز ایجاد نشده، اسقاط خیار در زمان فقدان و نیستی آن باشد، بی‌گمان چنین اسقاطی نامعقول و نامتصور و در نتیجه، باطل است، اما اگر مراد از قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب و اسقاط خیار بدین معنی باشد که (هر) خیار در آینده بر اثر عقد از عقد پدید آید، الان متعاقدين موافقت بکنند که بعداً و پس از موجود شدن آن خیار در آن زمان، اسقاط شود، مانع عقلی برای صحت این نوع قرارداد وجود نخواهد داشت.

مزیت نظریه تحقیق، آن است که اقوال همه فقیهان مخالف و موافق صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را جمع می‌کند؛ زیرا مشهور فقیهان - که قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را باطل می‌دانند - معتقدند: خیار که بعداً ظهور خواهد یافت، پیش از ظهور آن، نمی‌تواند اسقاط شود؛ چون چنین اسقاطی همان اسقاط چیزی است که هنوز تحقق نیافته است و به اصطلاح اسقاط عدم است، درحالی‌که نظریه تحقیق خود را از این فرض خارج نمود و در فضای دیگری مشکل را حل کرد، به طوری که اگر به مشهور فقیهان ارائه گردد، آنان از موضع بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب - طبق بیان خود - به صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب - طبق بیان نظریه تحقیق - تبدل رأی خواهند داد؛ همچنین فقیهانی که عقیده بر صحت قرارداد اسقاط خیار دارند که در آینده ظهور خواهد یافت، باید بین حدوث و عدم حدوث سبب خیار، تفاوت قایل شوند و قرارداد اسقاط بخشی از خیار را صحیح بدانند، نه همه آنها؛ مگر اینکه آنان از نظریه مزبور تبدل رأی نمایند و مطابق نظریه تحقیق رأی بدهند و به نظر نمی‌رسد که هیچ کدام از فقیهان موافق صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب با نظریه تحقیق مخالفت نمایند، به ویژه اینکه آنان دنبال راه حل مناسب حقوق امامیه‌اند و نظریه مزبور خود را در این مقام ارائه داده‌اند؛ همچنین راه حل آقای نجفی و خوانساری در حل مشکل قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب بر اساس نظریه تحقیق ارزیابی می‌شود؛ یعنی آنان معتقدند از الان متعاقدين توافق می‌کنند که خیار در زمان ظهور آن در آینده، اسقاط شود، هر چند الفاظ آنان این مطالب را نرساند.

بنابر یافته‌های تحقیق می‌توان ماده ۴۴۸ قانون مدنی را بر اساس نظریه تحقیق حاضر، تفسیر کرد؛ زیرا این ماده هر چند قرارداد اسقاط خیار را با روش ضمن عقد قانونی می‌داند و بیان مزبور آن، عمومیت دارد و شامل هم خیار مسلم و هم خیار ما لم یجب می‌شود، ولی نحوه قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را

خود را به نحو مزبور دارد؛ همچنین از آنجایی که برابر اصل صحت باید اعمال حقوقی را در مقام تفسیر، حمل بر معنای صحیح آنها کرد؛ زیرا مردم در اعمال و رفتار و معاملات خود به شیوه عقلا و مطابق موازین عقلی عمل می‌کنند، لذا باید منظور از اسقاط خیار ما لم یجب یا اسقاط حقوق آینده را به معنای اسقاط خیار و حق در محل ظهور و ثبوت خیار و حق، حمل کرد و آن را از لحاظ عقلی صحیح دانست؛ مگر این که - مانند مسئله نکاح - خلاف آن ثابت شود. بنابراین، هر چند صحت قرارداد اسقاط خیار بعد از ظهور خیار، قدر مسلم اجماع فقیهان است و مفاد ماده ۴۴۸ قانون مدنی نیز باید بر اساس این قدر مسلم معنی گردد، ولی اگر اجماع و مفاد ماده مزبور را مطابق نظریه تحقیق تفسیر و معنی نماییم، هر خیار که در اثر عقد، از عقد پدید خواهد آمد، آن طرفین می‌توانند موافقت نمایند که بعداً و پس از موجود شدن آن خیار در آن زمان، اسقاط شود. این نحوه اسقاط خیار، همه خیار را در برمی‌گیرد و به این ترتیب، اختلاف شدید فقیهان در مسئله «صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب» و طرح آرای متعارض پیرامون آن، راه حل مناسب حقوق امامیه و موضوعه ایران پیدا می‌کند.

بحث و نتیجه‌گیری

تحقیق حاضر، معلوم ساخت که صحت قرارداد اسقاط خیار در زمانی که ظهور یافته است، مورد اجماع فقیهان امامیه است؛ اما صحت و بطلان قرارداد اسقاط خیار که هنوز ظهور نیافته است، مورد اختلاف آنان می‌باشد.

مخالفتان صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب را مواجه با این مشکلات دانستند: ۱. اسقاط امر باطل؛ ۲. اسقاط تعلیقی؛ ۳. اسقاط غرری؛ ۴. اسقاط معدوم؛ ۵. اسقاط مخالف اجماع؛ ۶. بطلان تأثیر شروط ابتدایی.

موافقان صحت قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب، به توجیه و تأویل مشکلات مزبور دست زدند و راه حل‌های مختلفی را برای تصحیح قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب ارائه دادند تا قرارداد اسقاط خیار را با روش‌های ضمن عقد، یا بعد از عقد (و) پیش از ظهور خیار) و یا پیش از عقد، تصحیح کنند، ولی نقد و ارزیابی این راه حل‌ها، نشان داد که باید آنها را به مبانی فقیهان وابسته دانست و این مبانی مختلف آنان، اجازه پدید آمدن یک قاعده کلی را برای تصحیح قرارداد اسقاط خیار ما لم یجب نمی‌دهد.

این وضعیت راه حل‌های موجود، سبب طرح و اثبات نظریه

حراغی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ق). *وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه*. تصحیح محمد رازی. بیروت: احیاء دار التراث.

حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱۴۱۹ق). *مفتاح الکرامه*. تحقیق محمدباقر خالصی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الاولى.

حسینی شیرازی، محمدحسین (۱۹۹۸م). *موسوعه الاستدلالیه فی الفقه الاسلامی*. بیروت: دارالعلوم. چاپ دوم. حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدی [علامه] (۱۴۱۱ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. چاپ اول.

_____ (بی تا). *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*. تهران: کتابفروشی اسلامیة. چاپ اول.
_____ (بی تا). *تذکره الفقهاء*. قم: المکتبه الرضویه لاحیاء التراث الجعفریه. الطبعة الحجریه
_____ (۱۴۱۲ق). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. التحقیق: لجنه التحقیق. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الاولى.

خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۴ش). *جامع المدرک فی شرح المختصر النافع*. تهران: مکتبه الصدوق. زحیلی، وهبه (۱۴۱۸ق). *فقه الاسلامی و ادلته: الشامل للادله الشرعیة و الاراء المذهبیه و اهم النظریات*. بیروت: دارالفکر المعاصر.

سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۴ق). *مختار فی احکام الخیار: دراسه مبسوطه فی الخیار و احکامه و الشروط و النقد و التسیئه و القبض*. قم: مؤسسه الامام الصادق.

شوشتری، اسدالله بن اسماعیل شوشتری کاظمی (۱۳۲۲ق). *مقابیس الانوار و نفائس الأسرار فی احکام النبی المختار و عترته الأطهار*. تهران: چاپ سنگی.

صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ق). *غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام*. تحقیق: جعفر کوثرانی عاملی. بیروت - لبنان: دارالهادی. چاپ اول.

طباطبایی، سیدعلی (۱۴۰۷ق). *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلالیل*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الاولى.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۳۷۸ق). *حاشیه المکاسب*. دارالمعارف الاسلامیه. تهران: چاپ سنگی.

طوسی، محمدبن حسن [شیخ؛ شیخ الطائفه] (۱۴۱۷ق).

بیان نکرده است و نحوه قرارداد اسقاط آن تنها طبق نظریه تحقیق مبنای علمی دارد. بنابراین، طرفین قرارداد باید اسقاط خیار در قرارداد را از باب شرط نتیجه قرار دهند و در قرارداد خود چنین تصریح نمایند: «الان توافق می کنند که پس از موجود شدن خیار در آن زمان، خیار در آن زمان اسقاط شود».

این مقاله اثبات کرد که ماده ۴۴۸ قانون مدنی در وضع فعلی ابهام دارد و باید ابهام آن، وفق دستور ماده سوم قانون آیین دادرسی مدنی و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، با مراجعه به منابع معتبر حقوق امامیه، به شرح نظریه تحقیق تبیین گردد.

منابع

قرآن کریم.

ابن ابی جمهور، محمدبن علی بن ابراهیم احسائی (۱۴۰۳ق). *عوالی اللالی العزیزه فی الأحادیث الدینیة*. تحقیق مجتبی عراقی. قم: مؤسسه سیدالشهداء. الطبعة الاولى.

ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الثانية.

ابن زهره، حمزه بن علی الحلّی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. تحقیق ابراهیم بهادری. قم: مؤسسه الامام الصادق. الطبعة الاولى.

انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق). *المکاسب*. تنظیم گروه تحقیق آثار شیخ انصاری. قم: مجمع الفکر الاسلامی. الطبعة الاولى.

امامی، سیدحسن (۱۳۷۱ش). *حقوق مدنی*. تهران: کتابفروشی اسلامیة. چاپ یازدهم.

باقری اصل، حیدر (۱۳۹۰ش). *احکام عمومی فسخ قانون عقود لازم*. تبریز: انتشارات دانشگاه تبریز. چاپ اول.

بیگدلی، عطاءالله (۱۳۸۹). «اسقاط خیار در حقوق ایران و فقه امامیه». *پژوهش نامه حقوق اسلامی*، شماره ۳۱، صص ۱۹۱-۲۴۳.

جبعی عاملی، زین الدین [شهید ثانی] (بی تا). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. تعلیق محمد کلانتری. بیروت: دار العالم الاسلامی.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲ش). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش. چاپ ششم.

_____ (۱۳۷۸). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش. چاپ اول.

- تهران: شرکت انتشار. چاپ اول.
 _____ (۱۳۶۹ش). وصیت در حقوق مدنی ایران.
 تهران: کانون وکلای دادگستری. چاپ دوم.
 مراغه‌ای، میرعبدالفتاح الحسینی المراغی (بی‌تا). *العناوین
 الفقهیه*. تهران: چاپ سنگی.
 محقق ثانی، علی بن حسین (۱۴۰۸ق.). *جامع المقاصد فی شرح
 القواعد*. قم: تحقیق و نشر مؤسسه آل‌البتیت. الطبعة الاولى.
 محقق حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن الحلی
 (۱۴۱۵ق.). *شرائع الاسلام*. بیروت: مؤسسه المعارف
 الاسلامیه. الطبعة الاولى.
 اعداد مجموعه من کبار اساتذہ الفقہ الاسلامی (۱۴۱۱ق.).
 موسوعه جمال عبدالناصر فی الفقہ الاسلامی. مصر:
 المجلس الاعلی للثئون الاسلامیه.
 نائینی، محمدحسین (۱۴۱۸ق.). *منیه الطالب فی حاشیه
 المکاسب*. تقریرات خوانساری. قم: مؤسسه النشر
 الاسلامی. الطبعة الاولى.
 نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۹۸۱م.). *جواهر الکلام فی شرح
 شرائع الاسلام*. تحقیق و تعلیق محمد القوچانی. بیروت: دار
 الإحياء التراث العربیه. الطبعة السابعه.
 نراقی، احمد (۱۳۶۹ق.). *مستند الشیعه*. تهران: المکتبه
 المرتضویه. چاپ اول.
 الخلاف. تحقیق سیدعلی خراسانی، سیدجواد تهرانی و
 محمدمهدی نجفی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة
 الاولى.
 _____ (بی‌تا). *الخلاف*. مطبعة الاسلامیه. تهران:
 چاپ سنگی.
 عاملی، محمد جمال‌الدین مکی [شهید] (۱۴۱۲ق.). *الدروس*. قم:
 مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة الاولى.
 فاضل الآبی، حسن بن ابی‌طالب (۱۴۰۸ق.). *کشف الرموز فی
 شرح المختصر النافع*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی. الطبعة
 الاولى.
 فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف بن مطهر حلی
 (۱۳۸۸ق.). *ایضاح الفوائد*. قم: مؤسسه مطبوعاتی
 اسماعیلیان. الطبعة الاولى.
 فیض کاشانی، مرتضی (۱۴۰۱ق.). *مفاتیح الشرائع الاسلام*. قم:
 مجمع الذخائر الاسلامیه.
 قانون آیین دادرسی مدنی.
 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
 قانون مدنی ایران.
 قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق.). *جامع الشتات فی أجوبه السؤالات*.
 تهران: کیهان. چاپ دوم.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴ش.). *اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)*.

COPYRIGHTS



© 2022 by the Authors. Licensee PNU, Tehran, Iran. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY4.0) (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>)