

بازپژوهی ماهیت اسقاط حق در فقه و حقوق^۱

احمد رضا حسنخانی *

ابوالقاسم نقیعی **

سید محمد صدری ***

احمد باقری ****

چکیده

اصل قابلیت اسقاط حق از جمله اصول پذیرفته شده در حقوق خصوصی است. هر صاحب حقی می‌تواند با امان - نظر در اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) و قاعده تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) در قالب یک عمل حقوقی نسبت به اسقاط حق خود مبادرت نماید؛ مگر این که اسقاط مزبور، مخالف با قواعد و قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. در آموزه‌های فقهی گزاره «الحقُّ قابلٌ للإسقاط» از جمله گزاره‌های کلی است که می‌توان از آن به عنوان یک قاعده فقهی یاد نمود. در خصوص ماهیت اسقاط حق و کیفیات آن نظریات گونه‌گونی مطرح گردیده است اما در نهایت می‌توان اذعان نمود که حق چه در معنای سلطنت باشد و چه ملکیت یا نوع و مرتبه ای از آن، صاحب حق مالک و مسلط بر آن می‌باشد و اقتضای این امر، توانایی و قدرت صاحب حق بر اعمال انواع تصرفات در حق است که از جمله این تصرفات اسقاط حق است. این پژوهش درصدد واکاوی ماهیت اسقاط حق و پذیرش آن به عنوان یک قاعده فقهی با دقت نظر در نظریات فقهان و حقوقدانان می‌باشد که در نوع خود تحقیقی نو به حساب می‌آید.

کلید واژه‌ها: حق، اسقاط، قاعده فقهی، حقوق قابل اسقاط.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۸/۰۲/۱۴) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۹/۰۴/۰۱)

* دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، مرکز تهران، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

** دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

da.naghbi@motahari.ac.ir

*** دانشیار گروه فقه و حقوق اسلامی، مرکز تهران، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

**** استاد گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۱- مقدمه

فقیهان امامیه از دیرباز ویژگی اسقاط حق را در ضمن مباحث خیارات، حق شفعه و شروط ضمن عقد و نیز در تمییز حق از حکم مطرح کرده اند. عمده فقیهان و حقوقدانان اسقاط یا جواز اسقاط حق را به عنوان یکی از ویژگیهای اساسی و احکام حق، مورد توجه قرار داده اند و برخی در تشخیص مصادیق حق از حکم، مراجعه به آثار را مطرح و قابلیت اسقاط را به عنوان یکی از علائم قطعی برای امتیاز آن دو برشمرده‌اند. (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۷؛ حکیم، ۱۳۸۴، ۴، ۴۹) بعضی از فقها جواز اسقاط را مساوق با حق دانسته‌اند. (مدرس اصفهانی، بی تا، ۴؛ یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۷؛ آملی، ۱۴۱۳، ۱، ۹۲) اسقاط حق همچنین در بحث از انواع حق و مسئله تقسیم حق از جهت داشتن قابلیت و عدم قابلیت اسقاط، نقل و انتقال مورد توجه قرار گرفته است.

تاکید فقها بر قابلیت اسقاط حق در حالی است که یکی از ویژگی‌های اساسی حکم این است که مکلف باید تا زمانی که مکلف است، در برابر آن خاضع باشد و قدرت اسقاط یا نقل و انتقال آن را ندارد. به عبارت دیگر، حکم از آنجا که مجعولی است شرعی که دوام آن تابع تحقق و بقای موضوع است، قابل اسقاط نیست؛ اما حق که برای شخص جعل شده است و امتیازی برای اوست، از این قابلیت برخوردار است.

ویژگی اسقاط پذیری حق تا آنجا مورد توجه قرار گرفته است که برخی متأخرین عبارت «ان لكل ذي حق إسقاط حقه» را در قالب یک قاعده فقهی بحث نموده اند و به مستنداتی بر حجیت این قاعده تمسک نموده اند. (مصطفوی، ۱۴۱۷، ۱، ۳۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۸۴؛ تسخیری، ۱۴۲۶، ۲، ۱۷۳) به موجب این قاعده، توانایی صاحب حق این است که بتواند از امتیاز و استیفای حق خود صرف نظر کند و امتیازی که نتوان آن را از بین برد، در زمره تکالیف است. (یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۶) فقیهان و حقوقدانان در کنار ویژگی اسقاط پذیری حق، دو ویژگی دیگر نقل پذیری و انتقال پذیری حق را نیز مطرح نموده‌اند.

این قاعده علیرغم شهرت بین فقها، از جانب برخی نیز مورد اشکال و تردید واقع شده است، بدلیل آن که عنوان حق بر مواردی اطلاق شده است، که قابلیت اسقاط ندارند مانند حق ولایت، حضانت و ... لذا عمومیت و ذاتی بودن اسقاط پذیری را مورد تردید قرار داده اند. به عبارت دیگر بین این قاعده و تقسیم بندی ارائه شده توسط فقها مبنی بر حقوق قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط، تنافی ظاهری وجود دارد.

۲- مفاهیم

۲-۱- حق در لغت

حق واژه ای است عربی که کاربرد گسترده ای در حوزه های مختلف و در معانی زیاد و به صورتهای مختلف وصف، مصدر و اسم مصدر به کار رفته است که مشهورترین این معانی عبارتند از: نقیض و مقابل باطل؛ ثابت و مشتقات آن؛ واجب و ثابت؛ یقین و قطع پیدا کردن به چیزی پس از آن که انسان در مورد آن در شک و تردید بوده است؛ خصومت و دشمنی؛ شدت و محکم کاری؛ حق خداوند متعال است یا از اسماء و صفات باری تعالی؛ سزاوار و لایق بودن به چیزی؛ وسط و میان هر چیزی؛ مالک شدن؛ اسم برای قرآن (زبیدی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۷۹؛ فیومی ۱۴۲۵، ۱، ۱۴۳؛ ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱۰، ۴۹؛ طریحی، ۱۴۰۸، ۱، ۵۴۶-۵۴۵)

برخی لغت شناسان عرب برای ریشه حق، دو معنای اصلی ذکر کرده اند: یکی استحکام و استواری (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۲، ۱۵) و دیگری موافقت و مطابقت (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۲۶۴). عده ای هم با بررسی معانی این واژه در لغت نامه های مختلف، معنایی که در همه کاربردهای آن لحاظ شده است را، ثبوت به همراه مطابقت با واقع دانسته اند، که این قید در مفهوم تمامی مصادیق آن در نظر گرفته شده است (مصطفوی، ۱۳۶۸، ۲، ۲۶۲). نتیجه نهایی این که اکتفا به یک معنا برای کلمه حق دقت لازم را نخواهد داشت و به نظر ترکیبی از مفهوم ثبوت و اولویت و شایستگی در این مورد راهگشاست.

۲-۲- حق در اصطلاح

فقها و حقوق دانان ضمن بحث از حق دیدگاه های مختلفی در زمینه تعریف اصطلاحی حق بیان نموده اند که پذیرش هر کدام از این دیدگاه ها، آثار فقهی خاصی را به دنبال خواهد داشت. بسیاری از فقیهان سلطنت را ماهیت، جوهره و گوهر ذاتی حق دانسته اند (تبریزی، ۱۳۷۴، ۱۰؛ توحیدی، ۱۳۷۸، ۲، ۳۹؛ صفری فروشانی، ۱۳۷۴، ۱۶۰؛ اراکی، ۱۴۱۵، ج ۱: ۹) و این نظر را معروف بین فقها می دانند. (اصفهانی، ۱۴۱۸، ۱، ۲۰) اگر چه تعابیر آنها درباره نوع این سلطنت و ویژگی ذاتی آن مختلف است و با تقریرهای مختلفی صورت گرفته است. در برخی آثار فقهی، حق را سلطنت فعلی (انصاری، ۱۴۲۰، ۳: ۹؛ حجت

کوه-کمره‌ی، ۱۴۰۹، ۲۳) و سلطه و سیطره فعلی دارنده حق بر «متعلق حق» و «من علیه الحق» دانسته و در برخی دیگر حق را سلطنت ضعیف در مقابل سلطنت کامل و متوسط دانسته اند (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۶؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۱، ۱۳). برخی فقیهان امامی حق را به معنای ملک و مساوق با آن یا مرتبه ضعیفی از ملک یا نوعی از آن دانسته‌اند. در نتیجه صاحب حق نسبت به آنچه زمام آن در دست او است، مالک می‌باشد. (مامقانی، ۱۳۵۰، ۳؛ یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۵؛ حکیم، ۱۳۸۴، ۴، ۴۶؛ ایروانی، ۱۳۸۴، ۱، ۷۳؛ آملی، ۱۴۱۳، ۱، ۹۲؛ همدانی، ۱۴۲۰، ۴۵۱) قائلان این دیدگاه در خصوص نسبت سلطنت و ملک دو دیدگاه دارند، بعضی از آنها معنای سلطنت و ملک را متباین و متقابل می‌دانند و لذا حق را به معنی سلطنت در مقابل ملک معنا و تفسیر می‌کنند و برخی دیگر سلطنت را مترادف معنای ملک می‌دانند و لذا حق را به معنای ملک و از مراتب ملک به شمار می‌آورند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۱: ۱۳). برخی دیگر از فقها، قوام حق را به اعتباری بودن آن دانسته‌اند و بدون آنکه تعریفی از حق ارائه دهند، به ذکر این نکته که حق اعتباری خاص و مغایر با حکم، ملک و سلطنت است، اکتفا کرده‌اند (خراسانی، ۱۴۰۶، ۴، ۱؛ اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۴۴؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱: ۲۱). برخی با انکار تفاوت ماهوی میان حق و حکم، هر دوی آنها را امری اعتباری و تفاوت آنها در آثار ناشی از تفاوت در نوع جعل و اعتبار شارع به استناد مصالح و ملاک‌های واقعی احکام می‌دانند. به عبارت دیگر ایشان حق را مجعول شرعی قابل اسقاط می‌دانند (توحیدی، ۱۳۷۷، ۲، ۴۴-۴۷). از نظر دیگری حق امری مجعول و وضعی ارفاقی است که از ویژگی‌های آن قابل اسقاط بودن آن و نیز داشتن طرف است. در حالیکه حکم تکلیفی این گونه نیست و ارفاقی محسوب نمی‌شود و هیچگاه قابل اسقاط نیست (صدر، ۱۴۱۶، ۳، ۲۲۷). حق در اصطلاح اکثر حقوق‌دانان و شارحان قانون مدنی به نوعی اختیار، توان و سلطه تفسیر گردیده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۴۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳، ۱۶۶۹؛ حائری شاه باغ، ۱۳۷۶، ۲، ۱۵) چنانکه دکتر امامی در تعریف حق می‌نویسد: «حق عبارت است از سلطنت و اقتدار برای کسی در انجام و عدم انجام کاری» (۱۳۶۶، ۱، ۳۹-۳۸) در غالب تعریف‌هایی که از حق می‌شود قبل از هر چیز بر این عناصر اصلی تکیه شده است. بدیهی است که پذیرش هر کدام از این دیدگاه‌ها آثار متفاوتی خواهد داشت که خود موضوع مقاله جداگانه‌ای است، اما حق را به هر کدام از معانی فوق بگیریم قابلیت اسقاط حق برای آن متصور است.

۲-۳- اسقاط در لغت

سقط در لغت به معانی متفاوتی آمده است که عبارتند از: افکندن، انداختن، زایل کردن، سقوط کردن در چیزی به معنای واقع شدن در آن، افتادن از بالا به پایین، رفع و ازاله، ناچیز و بی مقدار، فرومایه، پست و لئیم و کودن (طریحی، ۱۴۰۸، ۲، ۳۸۴-۳۸۵؛ فیومی، ۱۴۲۵، ۱، ۱۴۶). برخی اعتقاد دارند که معنای اصلی این واژه، واقع شدن یا نازل شدن یا فرو افتادن یک چیز (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۳، ۸۶) دفعتاً و بدون اختیار است اعم از این که در امور مادی باشد یا امور معقول (مصطفوی، ۱۳۶۸، ۵، ۱۵۱). از بین معانی فوق آنچه با موضوعات حقوقی مرتبط است همان معنای رفع و ازاله است.

۲-۴- اسقاط در اصطلاح فقهی و حقوقی

اسقاط در کلمات فقها با اضافه به برخی عناوین، مانند جنین، تکلیف، عقاب و حق به کار رفته است. اسقاط حق به معنای دست برداشتن از حق ثابت برای خود و نادیده گرفتن آن است. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۵، ۱، ۵۱۰-۵۱۱). در تعبیر دیگری اسقاط به معنی عدم بقای حق است برای مدعی نسبت به مدعی علیه در آنچه ادعا می کند (توحیدی، ۱۳۷۸، ۶، ۲۸۷) از نظر حقوقدانان اسقاط، قطع طرف تعلق از متعلق آن است؛ به عبارت دیگر اسقاط یک عمل حقوقی یکجانبه است که به موجب آن صاحب حق به طور ارادی و با قصد و انشای یک طرفه حقی را که نسبت به چیزی داراست ساقط می کند و از آن چشم می پوشد. برای مثال کسی که در عقدی صاحب حق خیاری شده، می تواند یک طرفه و به اراده خود آن را ساقط کند. بدین ترتیب اسقاط در مقابل انتقال حق به کار می رود؛ چنان که گفته می شود، اصل این است که حقوق قابل انتقال و اسقاطند، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۹۲)؛ در تعبیر دیگری مقصود از اسقاط حق، از اعتبار انداختن حقی اعم از مالی و غیرمالی (طاهری؛ انصاری، ۱۳۸۴، ج ۱، ۲۷۲)؛ عفو و گذشت انسان از حقی که بر ذمه دیگری دارد و از بین بردن حقی توسط صاحب حق (بر وزن إفعال) که نوعی ایقاع است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۴۳). در مجموع می توان گفت: اسقاط حق عملی است ارادی که موجب زوال مستقیم حق از سوی دارنده آن می گردد.

در برخی متون حقوقی بجای اسقاط از زوال ارادی حق استفاده شده است. به طور کلی، زوال حق بردوگونه است: ۱. زوال ارادی حق که در این نوع عامل زایل کننده حق با اراده خود در قالب یکی از اعمال

حقوقی - عقد، ایقاع یا شرط ضمن عقد - حق خود را از بین می‌برد که بعضی از آن تحت عنوان سقوط تعهدات در ماده ۲۶۴ قانون مدنی مطرح شده است مثل ابراء که شخص طلبکار از حق خود به اختیار صرفنظر می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۰۶)، ۲. زوال قهری حق بر عکس مورد قبلی، در تمام مواردی که سببی غیر از اراده صاحب حق، موجب زوال آن گردد مثل قانون، مرور زمان مسقط حق اقامه دعوی، مالکیت مافی الذمه، تهاتر و... با زوال قهری حق مواجه هستیم، اما معمولاً در کتب فقهی، مواد قانونی و تالیفات حقوقی، از اصطلاح اسقاط حق استفاده می‌کنند. در قانون مدنی ایران نیز، به پیروی از این قاعده فقهی در ماده ۲۴۵، حقوق حاصله از شرط را و در ماده ۴۰۳ حق خیار را قابل اسقاط دانسته است. اگر چه قانونگذار در کنار کلمه اسقاط (ماده ۸۲۲ ق.م.ا)، از کلمات و عبارات مختلفی مانند «سقوط» (ماده ۴۴۸ ق.م.ا)؛ ساقط کردن (تبصره ۲ م ۱۹ ق.ت.د.ع و ا) و «صرفنظر کردن» (مواد ۹۶۰ و ۲۸۹ ق.م.ا) نیز استفاده کرده است. همچنین از مصدر بخشیدن برای دلالت بر اسقاط حق تمتع از زوجه در نکاح موقت - بذل مدت - سخن به میان آمده است. در مواد (۲۳۰ و ۲۶۸ ق.م.ا) هم از کلماتی مانند «گذشت» و «عفو» برای بیان اسقاط حق اقامه دعوی و اسقاط حق قصاص استفاده شده است.

۳- مفاهیم مرتبط با اسقاط

در کنار اصطلاح حق، واژه‌های دیگری مانند صلح، عفو، اعراض و ابراء نیز هستند که مکمل این مفهوم بوده یا دارای تشابه معنایی با این واژه هستند که فهم این مفهوم را ساده تر می‌کند. اسقاط اغلب در قالب ابراء یا اعراض به صورت مصادیق بارز آن ظاهر می‌گردد، که به طور معمول ابراء را در مورد اسقاط حق دینی و اعراض را برای اسقاط حق عینی به کار می‌برند.

۳-۱- اعراض

اعراض در لغت به معنای روی گرداندن (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۵۵۹) و هم چنین چشم پوشیدن مالک است از مال خود که مالک از سلطه خود نسبت به مال خویش چشم می‌پوشد و به موجب این عمل، آن مال جزء مباحات می‌شود و قابل تملک از طریق حیازت است. (ابن فارس، ۱۴۰۴، ۴، ۲۷۱) در تعبیر دیگری اعراض عبارت است از اسقاط حق شخصی نسبت به شیء، به اراده صاحب حق (شهیدی، ۱۳۷۷، ۱۳۰). اعراض، یکی از ایقاعات است که نیاز به انشاء دارد (قزوینی، ۱۴۱۴، ۲۹۰).

اعراض از حقوقی مانند حق خیار، شفعه و اختصاص (حق اولویت) که قابل اسقاط می‌باشند، موجب سقوط حق است. برای مثال، اگر کسی زودتر از دیگران در مکانی عمومی مانند مسجد حضور یابد، دیگری نمی‌تواند او را از آن مکان بلند کند، مگر شخص به قصد اعراض آن جا را رها کند که در این صورت، حق او ساقط می‌شود (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۳۸، ۷۸-۸۱؛ ۸۹-۹۴) اعراض ممکن است با سببی قهری واقع شود مانند آنکه مال به سببی قهری از حیطة تصرف مالک خارج شود و مالک از یافتن و تصرف مالش ناامید گردد یا اینکه مالک با اختیار خود و با وجود آنکه امکان تصرف مالکانه نیز دارد از مال اعراض می‌کند. خروج مال با سبب قهری از مالکیت مالک سبب خروج مال از مالکیت او نبوده و این مورد جزو اعراض مصطلح فقهی نمی‌باشد بلکه اعراض فقط اعراض اختیاری و ارادی را شامل می‌شود (محمد زاده رهنی و همکاران، ۱۳۹۳، ۷۴). در اینکه آیا با اعراض مال از مالکیت مالک خارج می‌شود و فرد دیگری می‌تواند آن را تملک کند یا خیر بین فقیهان و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. یک دیدگاه این است که اعراض باعث زوال مالکیت می‌گردد و دیدگاه دیگر این است که صرف اعراض سبب زوال مالکیت نمی‌گردد و تا زمانی که مال در معرض تلف قرار نگرفته یا شخص دیگری هنوز قصد تملک و اقدام برای احیای آن را نکرده است، مالک می‌تواند از اعراض خود رجوع کند، هر چند قصد اعراض کرده باشد (عیدی، یاسر و همکاران، ۱۳۹۵، ۱۰۳).

۳-۲- ابراء

إبراء از ماده براء در لغت به معنای خلاص کردن و آزاد کردن است و به معنای بیزار کردن از عیب و رهنابیدن از دین و حق نیز می‌آید خواه حق مالی باشد یا غیرمالی (ابن منظور، ۱۴۰۵، ۱، ۳۱-۳۲). ابراء در اصطلاح ایقاعی است که در آن شخصی که صاحب دینی می‌باشد از حق دینی خود می‌گذرد. شهید ثانی می‌فرماید: «وهو إسقاط ما فی ذمة الغير من الحق» (عاملی، ۱۴۱۰، ۳، ۱۹۳). ماده ۲۸۹ قانون مدنی ابراء را صرف نظر کردن داین از حق خود به صورت اختیاری تعریف کرده است و آن را اسقاط دین از طرف داین می‌داند. در میان فقهای شیعه معروف است که حقیقت ابراء، اسقاط حق است نه تملیک دین به مدیون (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲، ۴۵۷)، لیکن در اینکه عقد است یا ایقاع، اختلاف است. قول دوم مشهور است (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۸، ۱۶۵). لذا کسانی که ابراء را اسقاط حق می‌دانند، آن را ایقاع محسوب می‌کنند و

در ایجاد آن قبول یا رضایت مدیون را شرط صحت نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۹، ۲، ۴۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۶، ۱۵). در ابراء، طلبکار از حق خود می‌گذرد و آن را نباید با مبادله طلب اشتباه کرد. در اثر ابراء بدهکار، هیچ چیزی بدست نمی‌آورد. کاری که بدین گونه حق را به رایگان از صاحب آن می‌گیرد و به دیگری هم نمی‌دهد در اصطلاح «اسقاط حق» می‌نامند (قدیمی و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۰۶).

۳-۳- نسبت و رابطه مفاهیم فوق

اسقاط نسبت به ابراء و اعراض اعم مطلق است و در موارد یادشده به کار می‌رود، بدین بیان که موضوع اسقاط می‌تواند هم شامل حقوقی باشد که متعلق آن عین معین است و هم حقوقی که متعلق آن ذمه دیگری است و موضوع ابراء فقط حقوقی است که متعلق آن ذمه است، لذا به چشم‌پوشی از حق شفعه و حق سکنی، اسقاط اطلاق می‌شود، ولی ابراء گفته نمی‌شود. نتیجه سقوط و ابراء، فراغ ذمه من علیه الحق از حق است تا ابد (توحیدی، ۱۳۷۸، ۶، ۲۸۷). بین اعراض و ابراء نیز شباهت‌ها و تفاوت‌هایی وجود دارد. شباهت آنکه هر دو از ایقاعات هستند و صاحب حق، از امتیاز خود صرف‌نظر می‌کند، بدون اینکه آن را به دیگری واگذار کند. اما تفاوت بین اعراض و ابراء در این است که ابراء ویژه اسقاط حق دینی، ولی اعراض سبب سقوط حق عینی می‌باشد و دیگر اینکه اعراض، بیشتر در مورد رها کردن و گذشتن از حق مالکیت به کار می‌رود، ولی در سایر حقوق، مانند حق انتفاع، ارتفاق، رهن و تحجیر نیز شایع است، با این اوصاف، اعراض از حق می‌تواند با مصادیق ابراء تداخل‌های فراوان پیدا کند. به نظر می‌رسد استفاده از تعبیری مانند عفو، اعراض و ابراء برای اسقاط عملاً ناظر به اسباب است.

۴- مدارک قاعده اسقاط حق

قائلان به قاعده اسقاط حق بر اعتبار آن به آیاتی از قرآن (آل عمران، ۱۳۴؛ شوری، ۴۲؛ بقره، ۲۳۷)؛ روایات (کلینی، ۱۳۶۷، ۷، ۳۵۸؛ ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۳، ۱، ۲۲۲؛ مجلسی، ۱۴۰۳، ۲، ۲۷۲)؛ اجماع (توحیدی، ۱۳۷۸، ۶، ۱۳۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۹، ۵، ۱۹۲؛ انصاری، ۱۴۱۵، ۵، ۶۱) و بناء و سیره عقلا استناد نموده‌اند و بدین بحث مشروعیت بخشیده‌اند که بر هر کدام از این ادله اشکالاتی نیز وارد است (مصطفوی، ۱۴۱۷، ۳۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ۲، ۳۶؛ نجفی، ۱۹۸۱، ۲۵، ۲۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۹، ۵، ۱۹۱).

علاوه بر موارد فوق در اثبات اسقاط پذیری حقوق می‌توان صرفاً به ماهیت حق و نفس دلیل تشریح

حق به عنوان دلیل مستقلاً تمسک نمود(ایروانی، ۱۴۱۷، ۲، ۱۰۷). خوبی در ذیل بحث مسقطات خیار و استناد به قاعده «لکل ذی حق اسقاط حقه»، در ابتدا برای اثبات خود این قاعده به قاعده تسلیط تمسک می نماید، ولی در ادامه از این نظر عدول کرده و چنین می فرماید: «و فيه اما لمن له الخيار حق لاسقاطه أو لا أي أن هذا الخيار الثابت له اما من قبيل الحقوق أو من قبيل الحكم فان كان منه قبيل الحقوق فلا يحتاج الى التمسك بفحوى دليل السلطنة أو بمنطوقه فان معنى الحقوق هو كون ذی الحق مسلطاً علی حقه بحيث يفعل فيه ما يشاء و ان لم يكن من قبيل الحقوق بل من قبيل الحكم فلا يقبل الاسقاط سواء كان هذا دليل السلطنة أم لا»(توحیدی، ۱۳۷۸، ۶، ۱۴۰)، مد نظر در عبارت، جمله شرطیه اول است که اگر حق را از جمله حقوق بدانیم، نیازی به تمسک به مفهوم اولویت یا منطوق دلیل تسلیط نیست چرا که معنای حقوق آن است که صاحب حق مسلط بر حقیق است به گونه ای که هر چه اراده نمود بتواند انجام دهد و اگر آن را از قبیل حکم بدانیم پس اسقاط پذیر نیست خواه این به دلیل سلطنت باشد یا نباشد. محقق نائینی نیز در این باره معتقد است: «همانا حقیقت حق عبارت از سلطنت بر شیء است و این که زمام شیء به دست صاحب حق باشد به گونه ای که قدرت بر اعمال و اسقاط را داشته باشد»(نائینی، ۱۴۱۳، ۱، ۹۲). بدیهی است که این معنای حق در واقع همان مقتضای حق است و عملاً اشکالی بر آن مترتب نمی باشد.

۵- قاعده اسقاط حق در بیان فقیهان و حقوقدانان

برخی از محققان اسقاط حق را با عنوان یک قاعده در کتب خود مطرح نموده و اینکه هر صاحب حقی می تواند حقیق را اسقاط یا امضاء نماید را به عنوان معنا و مفهوم این قاعده بیان نموده اند(مصطفوی، ۱۴۱۷، ۳۷؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۸۴؛ تسخیری، ۱۴۲۶، ۲، ۱۷۳). برخی دیگر از فقها به فراخور مباحث و به صورت ضمنی بدین قاعده استناد نموده اند(خوانساری، ۱۳۷۷، ۱، ۴۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۶؛ جوادی آملی، ۱۳۸۵، ۲۵). شهید اول اسقاط حق را به عنوان یک ضابطه بیان نموده و می فرماید: «والضابط فیه: أن کل ما للعبد إسقاطه، فهو حق العبد، و ما لا، فلا، کنحریم الربا و الغرر؛ ضابطه در حق این است که هر آنچه اسقاط آن برای بنده جایز است، آن حق بنده است و آنچه این گونه نیست، مانند تحریم ربا و بیع غرری، حق نیست»(شهید اول، بی تا، ۲، ۴۳). مرحوم حکیم نیز به تبع شیخ انصاری در بیان تفاوت بین حق و حکم، اسقاط حق را از جمله احکام حق می داند و عبارت

«لکل ذی حق اسقاط حقه» را یک قاعده عقلی دانسته است (حکیم، ۱۳۸۴، ۴، ۴۹). محقق اصفهانی در موارد متعددی در کتاب حاشیه مکاسب و نیز کتاب اجاره خود به این قاعده استناد کرده است (۱۴۰۹، ۱، ۷۷۰؛ ۱۴۱۹، ۴، ۴۰۸؛ ۵، ۱۹۲). وی به صورت ویژه در رساله حق و حکم با توجه به مبنای خود پس از این که در ملاک بودن این سه ویژگی - به عنوان آثار حق - تردید می‌کند، در نهایت درباره اسقاط پذیری حق می‌نویسد: «انصاف آن است که هیچ موردی را نمی‌یابیم که حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در قابل اسقاط بودن آن تردید شود، چه برسد به این که به غیرقابل اسقاط بودن آن یقین پیدا کنیم؛ هم چنان که در مورد حق ولایت و نظایر آن به صرف این که از آن‌ها به حق تعبیر شده، موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم اگر چه مسلم است که در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده است» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۵۱-۵۲).

سبزواری در ذیل بحث حضانت و اینکه حق حضانت قابل اسقاط، نقل و انتقال به عوض و به غیر است به این قاعده استناد نموده و می‌نویسد: «من أن لكل ذی حق إسقاط حقه إلا ما خرج بالدلیل و لا دلیل کذلک فیجوز الاسقاط مع المصلحة فیہ» (سبزواری، بی تا، ۲۵، ۲۸۲).

در نظرات حقوقی نیز حقوقدانان از جمله مهم‌ترین مشخصه حق را قابلیت اسقاط می‌دانند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۱۱۵)؛ یکی از مؤلفین در این زمینه می‌گوید که چون اراده حلاق است و هم می‌تواند به نفع دیگری حق به وجود آورد و هم می‌تواند حقی را که خود دارد معدوم نماید؛ بنابراین، صاحب اراده می‌تواند حق خود را ساقط نماید مگر این که در مورد معین، قانون مانع اسقاط حق شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۲۱۸). از مجموعه نظرات فقهی و حقوقی چنین به دست می‌آید که غالب فقها و حقوق دانان مدلول قاعده «ان لكل ذی حق اسقاط حقه» را به عنوان یک دلیل قطعی بر قابل اسقاط بودن حق مطرح و به صورت مستقیم و غیر مستقیم در آثارشان به این قاعده استناد نموده اند و علیرغم اشکالات یاد شده در ضمن برخی ادله فوق، می‌توان به این نکته پی برد که این قاعده از قواعد عقلایی بوده و بنای عقلا مهم ترین مدرک و مستند آن می‌باشد. از جهت دیگر عدم ردع و منع شارع به منزله تایید آن بوده و نقش شارع در این قاعده نقش امضایی است.

۶- حالات و ویژگیهای اسقاط حق

حق ممکن است از طریق عمل حقوقی از نوع ایقاع از بین برود که به این امر اسقاط حق گویند و گاه

به نحو قهری و از طریق وقایع حقوقی این امر صورت گیرد که به آن سقوط گویند. منظور از اسقاط، اعدام شیء بعد از بوجود آمدن آن است (مظفر، بی تا، ۲، ۱۸۲)، لذا اسقاط ماهیتاً در زمره ایقاعات و یک عمل حقوقی یک‌جانبه است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۵۰۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۹۲).

۱-۶- اسباب اسقاط

سبب سقوط یا عام است که نوع حقوق را در بر می‌گیرد، مانند شرط سقوط در ضمن عقد و اسقاط توسط صاحب حق، و یا خاص که در بعضی حقوق جریان دارد، مانند جدا شدن دو طرف معامله در خصوص حق خیار مجلس؛ تصرف در مال خریداری شده که موجب سقوط خیار می‌گردد و سوگند خوردن منکر که موجب سقوط حق دعوا می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۵، ۴، ۴۹۳).

۲-۶- نحوه اعمال و ابراز اسقاط

در اسقاط شخص نسبت به امتیاز یا مصونیت یا آزادی خود دخل و تصرف حقوقی می‌کند، لذا نیازمند اذن یا رضایت دیگری نیست و با اعلام اراده ذی‌حق، مبنی بر از بین بردن آن میسر می‌شود و اصولاً تابع تشریفات خاصی نیست؛ مگر این که در مواردی قانونگذار اسقاط حق را به رعایت تشریفات خاصی منوط کرده باشد. اسقاط مانند اعمال حقوقی دیگر باید به گونه‌ای ابراز گردد، تا مترتب اثر باشد و صرف قصد و نیت در تحقق آن کافی نیست (صفایی، ۱۳۸۳، ۳۰۶). از سویی اسقاط مانند فسخ است و با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۹۹ قانون مدنی می‌توان دریافت، که اسقاط نیز به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید، حاصل می‌گردد. در نتیجه اسقاط نیز نیازمند قصد انشاء است و این قصد باید به نحوی ابراز گردد. دیوان عالی کشور در رأی مورخه ۱۳۱۶/۴/۳ به شماره ۷۴۶ در مورد فسخ، این مقرر را به صراحت یادآور شده و آورده است، «فسخ معامله محتاج به انشاء فسخ است و خبر از فسخ مثبت وقوع آن نخواهد بود» (صفایی، ۱۳۸۳، ۳۰۹).

اسقاط به چند طریق ممکن است تحقق پیدا کند که عبارتند از: ۱. اسقاط صریح: آن است که صاحب حق با بیان صریح، جمله‌ای بگوید که به طور مطابقی بر اغماض و صرف نظر کردن او از حق خود دلالت داشته باشد. مثل این که صاحب خیار بگوید از حق فسخ خود گذشتم، یا از حق رجوع خود صرف نظر کردم. به این نوع، اسقاط لفظی نیز گفته شده است. ۲. اسقاط ضمنی: آن است که ذوالحق به انجام دادن

عملی مبادرت کند که به دلالت التزامی بر انصراف و چشم‌پوشی او از حقیقت دلالت کند. مثل اینکه کسی که در عقد بیعی دارای حق خیار فسخ است، مبیع را به دیگری انتقال دهد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۹۳). قانون مدنی ایران در ماده ۲۴۵ در مورد حقوق حاصل از شروط گفته است: «اسقاط حق حاصل از شرط، ممکن است به لفظ باشد یا به فعل، یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید» و نیز در ماده ۴۰۳ درباره اسقاط حق خیار آمده است: «اگر بایع به نحوی از انحاء مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که مقصود التزام به بیع بوده است، خیار او ساقط خواهد شد». با توجه به این آراء می‌توان به راحتی نتیجه گرفت، که اسقاط از مقوله انشاء است، نه اخبار و انشاء نیازمند اراده و ابراز است و صرف قصد و نیت در تحقق آن کافی نیست.

۳-۶- قلمرو اسقاط حق

قلمرو اسقاط حق بسیار وسیع بوده و در حوزه‌های مختلف حقوقی از آن سخن به میان آمده است. نمونه‌های محدودی از مصادیق آن مانند اعراض از حق مالکیت، اسقاط حق انتفاع و ارتفاق و... بیانگر گستره اسقاط حق در حقوق عینی می‌باشند. در زمینه حقوق دینی، اسقاط حق مرور زمان (م. ۷۶۶ ق. آ. د. م.)؛ اسقاط حق فسخ در عقود جایز (م. ۶۷۹ ق. م.)؛ اسقاط حق فسخ شرکت (م. ۱۳۷ ق. ت.)؛ اسقاط حق حبس و بسیاری حقوق دیگر از وسعت بحث و کثرت مصادیق اسقاط حق در حقوق دینی می‌باشد. در حقوق خانواده، اسقاط حق نفقه، اسقاط حق گرفتن مهر از سوی زوجه و نیز اسقاط حق رجوع به زوجه در عده طلاق رجعی و .. از مصادیق بحث اسقاط حق هستند. در حقوق کیفری نیز مواردی مانند اسقاط حق قصاص از سوی مجنی علیه (م. ۳۶۵ ق. م.)، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم قابل گذشت (م. ۱۰۰ ق. م.) و ... داخل در بحث اسقاط حق می‌شوند.

۴-۶- حالات اسقاط نسبت به زمان وقوع آن

اسقاط یک حق با در نظر گرفتن زمان وقوع ایقاعی چون اسقاط و همچنین پیدایش خود ماهیت اعتباری حق بر سه قسم به شرح ذیل می‌باشد: ۱. اسقاط حق بعد از به وجود آمدن آن؛ مانند اسقاط حق شفعه بعد از بیع؛ ۲. اسقاط حق همزمان با ایجاد آن؛ مثل اسقاط خیار مجلس در زمان بیع؛ ۳. اسقاط حق قبل از ایجاد و پیدایش آن؛ مثل اسقاط حق شفعه قبل از بیع. در مورد مصادیق اسقاط در گروه اول و دوم مخالفتی با آن وجود ندارد و در فقه و حقوق چنین اسقاطی پذیرفته شده است، اما در مورد مصداق سوم

یعنی اسقاط یک حق قبل از پیدایش آن، بحث های فراوانی انجام شده است. فقها و حقوقدانان این نوع اسقاط حق را، ذیل عنوان اسقاط «ما لم یجب» مطرح کرده‌اند. اصولاً روح حاکم بر قوانین به این نحو است که حق را قبل از ایجاد نمی‌توان ساقط کرد. با وجود این هرگاه عرفاً سبب ایجاد حقی فراهم شده باشد، پذیرش اسقاط حق مزبور ممکن است. در حقیقت در این حالت اسقاط به معنای ایجاد مانع بر سر راه شکل‌گیری و پیدایش حق است. اسقاط ما لم یجب بیشتر در مورد اسقاط خیارات قبل از عقد، ابراء دینی که هنوز به وجود نیامده و... مطرح شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۳۷۳).

۶-۵- حدود آزادی اراده در اسقاط حق

با توجه به اصل حاکمیت اراده (ماده ۱۰ قانون مدنی) و قاعده تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی) و پاره ای اصول و قواعد دیگر به اختصار می‌توان گفت: هر صاحب حقی می‌تواند در قالب یکی از اعمال حقوقی مبادرت به اسقاط حق خود نماید، مگر اینکه اسقاط مزبور مخالف با قواعد امری (نظم عمومی، قوانین امری و اخلاق حسنه) باشد. همچنین، در رعایت ماده ۹۵۹ ق.م. باید گفت: اسقاط حقی جایز است که جزئی باشد. بنابراین اسقاط تمام یا قسمتی از حقوق به طور کلی باطل است (مولودی قلاچی، ۱۳۷۹، ۹۳).

۷- حقیقت اسقاط

حقوق مفاهیمی هستند که برای تحقق خود نیاز به متعلق دارند و به اصطلاح از امور «ذات التعلق» هستند و به طبع به امور زیر وابسته‌اند: ۱. طرف نسبت و اضافه؛ یعنی طرفی که حق به او اسناد داده می‌شود و به اصطلاح طرفی که حق برای او و به نفع او جعل و اعتبار شده که به آن «ذی الحق» و «صاحب سلطنت» گفته می‌شود. ۲. طرف تعلق که از آن به متعلق (مسلط علیه) تعبیر می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۲، ۲۹۲-۲۹۱).

حال در اسقاط حق این سؤال پیش می‌آید که آیا اسقاط حق به رفع آن اضافه حقی و نسبت است یا رفع ذی‌الحق است از طرفیت حق یا رفع متعلق حق از طرفیت حق؟ فقیهان در مورد حقیقت اسقاط حق، دو احتمال بیان نموده‌اند.

۷-۱- احتمال اول

اسقاط حق همان عفو و چشم‌پوشی از حق و عدم اعمال آن می‌باشد. شیخ هادی تهرانی می‌گوید: «حقیقت اسقاط عفو است پس اسقاط جریان پیدا نمی‌کند مگر در مورد سلطنت بر غیر» (به نقل از

صفری فروشانی، ۱۳۷۴، ۱۶۰). دیگری می‌نویسد: «مرجع اسقاط، که به معنای عفو است، عبارت است از قطع طرف تعلق از متعلق آن و مورد آن تنها انسان است» (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۱، ۱۵). مدرس اصفهانی در ضمن بیان تفاوت و اختلاف بین سلطنت حقیقه بر عین و شخص می‌فرماید: «فرق میان سلطنت حقیقه بر عین و سلطنت حقیقه بر شخص در این است که سلطنت بر عین صلاحیت اسقاط ندارد، بر خلاف سلطنت بر شخص؛ زیرا بازگشت اسقاط به عفو و ارجاع امر شیئی به خود آن است و این معنی در سلطنت بر اموال و اعیان خارجی معقول نیست، بر خلاف سلطنت بر اشخاص» (مدرس اصفهانی، بی تا، ۷). از مجموعه این تعبیر بر می‌آید که اسقاط درباره اعیان و اموال صدق نمی‌کند و تنها در مورد انسان قابل اعمال است. محقق اصفهانی در نقد این احتمال چنین می‌فرماید: «اما اسقاط، پس مراد از اسقاط عفو نیست، چنانکه بعضی از علما گمان برده‌اند، پس این معنی اگر چه با سلطنت بر غیر- انسان- مناسبت دارد، لکن در بسیاری از افراد حقوق، متصور نیست و مناسبت ندارد، از آن جمله حقوق، حق تحجیر است که مسلماً قابل اسقاط است، در حالی که متعلق سلطنت در چنین حقی غیر- انسان- نیست» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۴۵). به نظر می‌رسد این تعریف از اسقاط به سبب آن ناظر است؛ چرا که یکی از اسباب آن عفو است و غالباً در اسقاط حق از ذمه اشخاص، به خصوص در مسائل جزایی از این اصطلاح استفاده می‌گردد.

۷-۲- احتمال دوم

این احتمال توسط محقق اصفهانی که دقیق‌تر از دیگران وارد این بحث شده و به نظر احتمال صحیحی است مطرح شده است، بدین بیان که حق به لحاظ ماهیت همان اضافه اعتباری است، اسقاط آن نیز به معنای اسقاط این اضافه است. اسقاط اضافه به دو صورت محقق می‌شود: یکی اینکه خود اضافه رفع گردد یا اینکه مورد حق از طرف اضافه کنار گذاشته شود (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۴۵). ایشان در پاسخ به این سوال که اسقاط حق به معنی رفع اضافه خاص یا اخراج مورد از طرف بودن آن برای این اضافه است، چنین می‌فرماید: «در مورد حقیقت اسقاط امکان دارد برخی معنای دوم- اخراج شخص یا طرف از این که یکی از دو طرف اضافه باشد- را ترجیح دهند؛ چرا که رفع حق در بعضی موارد معقول نیست و این بدان دلیل است که در آن موارد، حق با وجود آن که وحدت دارد ولی قیام آن به واسطه افراد متعدد است. مثلاً در ارث حق شفعه اگر برخی از ورثه حق خود را اسقاط کنند همچنان حق سایرین باقی است و از آنجا که حق واحد نه متعدد می‌شود و نه تجزیه بردار است و معنای بسیطی دارد، در نتیجه اسقاط حق به این

معنا است که یکی از ورثه خودش را از طرف اضافه شخص خارج کرده و بقیه ورثه در طرفیت اضافه باقی بمانند» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۴۶).

ایشان بعد از ذکر این وجه می‌فرماید: «اما قول صواب آن است که اسقاط، رفع اضافه است که لازمه آن خروج طرف از طرفیت اضافه است نه این که اسقاط عین خروج طرف و شخص از طرفیت اضافه باشد؛ چرا که اگر مراد از اسقاط حق، اسقاط طرف اضافه باشد آنگاه سقوط طرف اضافه منافی با ثبوت آن است اما اگر سقوط طرف اضافه به واسطه رفع اضافه باشد آنگاه ثبوت و سقوط آن با یکدیگر متنافی نیستند» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۴۶).

اصفهانی در ادامه می‌فرماید: «به طور کلی اسقاط مانند نقل، به نفس حق اضافه می‌شود و حقی که مقابل عین و منفعت است نفس اضافه است نه متعلق آن. اما حقیقت نقل اعتباری، خارج کردن شیء از طرف اضافه ملکیت خود به طرف اضافه ملکیت دیگری است؛ یعنی از یک طرف اضافه به طرف دیگر اضافه انتقال می‌یابد و نقل نفس اضافه صحیح نیست چرا که اضافات به اطراف خود تشخیص پیدا می‌کنند و شخص عین است که قابلیت نقل دارد و نه اضافه؛ یعنی اگر نقل متعلق به طرف حق باشد صحیح است. برای مثال صاحب حق، زمین تحجیر شده را از طرف اضافه حقی خود به طرف اضافه دیگری خارج می‌کند» (همان، ۴۷).

برخی دیگر اساساً این پرسش را در مورد حقیقت اسقاط که آیا رفع اضافه است یا رفع ذی الحق یا متعلق حق از طرفیت اضافه، پرسشی ناصحیح می‌دانند؛ به خاطر این که حق اصلاً قابل انفکاک از متعلق خود و ذی الحق بما هو ذی الحق نیست و رفع هر کدام به معنای رفع هر سه مفهوم می‌باشد. به اعتقاد ایشان حق مفهومی ذات اضافه است به گونه‌ای که مضافاً الیه در قوام و ماهیت آن موجود بوده و اصلاً نمی‌توان حق را بدون مضافاً الیه که همان محقوق و متعلق حق است تصور کرد. کما این که نمی‌توان حق را بدون ذی الحق بما هو ذی الحق تصور کرد (مدرسی، ۱۳۹۳، ۲۱۰-۲۱۱).

۸- اقسام حق از نظر وضعیت اسقاط، نقل و انتقال

فقیهان و حقوق دانان اسلامی حق را از جهات مختلف مورد تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند. صورت بندی حقوق بر اساس آثار از جمله این جهات است. حقوق را به اعتبار هر یک از ویژگی‌هایش - جواز اسقاط،

جواز نقل و انتقال به واسطه ارث- می توان به اقسام مختلفی تقسیم نمود. علت عمده اختلاف در این صورت بندی از جهت تعداد و تنوع در واقع به دو عامل اساسی در این زمینه باز می گردد:

۱- اختلاف در قبول یا رد این ویژگی ها برای حق: به عنوان نمونه قابلیت اسقاط را برخی به عنوان یک ویژگی ذاتی برای حق دانسته اند تا جایی که در تعریف حق، به بیان این ویژگی اکتفا نموده اند و در مقابل، برخی دیگر عقیده دارند که ممکن است حق، در عین حق بودن، فاقد این قابلیت باشد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ۱، ۱۹؛ مدرس اصفهانی، بی تا، ۴)، لذا اختلاف در این ویژگی ها در تعداد اقسام و نحوه دسته بندی آنها موثر است.

۲- اختلاف در ادله هر یک از اقسام: مواردی که به عنوان فتاوی فقها برای هر یک از اقسام عنوان گردیده، به لحاظ ادله ای که نسبت به آنها استدلال شده است، محل اختلاف اند. به عنوان مثال، بعضی از فقها، با استناد به روایتی استدلال نموده اند که حق شفعه قابلیت انتقال قهری به ارث را ندارد و ورثه حقی در این زمینه نخواهند داشت (طوسی، ۱۳۸۷، ۳، ۱۱۳). ولی در مقابل بعضی از فقها، به قابلیت انتقال حق شفعه به ورثه تصریح نموده و شهید ثانی، ضمن استدلال به این نظریه و تقویت آن و اشاره به ضعف سند روایت مورد استناد شیخ طوسی، این حق را مانند حق خیار و حق قصاص دارای قابلیت انتقال قهری به ارث عنوان نموده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴، ۴۱۲). طبعاً این نوع اختلاف نظرات، در قبول یا رد اقسام حقوق به لحاظ قابلیت های مذکور نقش خواهد داشت. (حسینی، ۱۳۸۷، ۱۲۴-۱۲۵).

حقوق با توجه به آثار فوق، در مقام تصور و ثبوت در زمره یکی از این اقسام قرار می گیرند: ۱- حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل (چه با عوض و چه بدون عوض) و انتقال را دارد؛ ۲- حقوقی که فقط قابلیت اسقاط را دارند؛ ۳- حقوقی که فقط قابلیت نقل را دارند؛ ۴- حقوقی که فقط قابلیت انتقال (به واسطه ارث) را دارند؛ ۵- حقوقی که قابلیت اسقاط و نقل را با هم دارند؛ ۶- حقوقی که قابلیت اسقاط و انتقال را با هم دارند؛ ۷- حقوقی که قابلیت نقل و انتقال (به واسطه ارث و ...) را با هم دارند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ۳۱). قابل ذکر است که صورت بندی فوق بر این فرض استوار است که در هر حقی حداقل یکی از آثار سه گانه فوق وجود دارد؛ یعنی به اصطلاح منطقی بر سبیل منع خلو هیچ حقی خالی از یکی از این سه ویژگی نمی باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ۵). صور فوق تنها به حسب مقام ثبوت قابل تصور است، اما در مقام اثبات فقهای متأخر صور دیگری را تصویر کرده اند (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۸؛ خمینی، ۱۴۱۰، ۱،

۲۹-۲۷) که به برخی از آنها اشاره می‌شود.

الف- شیخ انصاری در کتاب مکاسب به مناسبت بحث عوض قرار گرفتن حقوق، آنها را از حیث قابل نقل و انتقال بودن و نیز قابل معاوضه بودن با مال، در قالب یکی از عقود (مانند عقد بیع)، به سه دسته تقسیم نموده است: ۱- حقوقی که قابل معاوضه با مال نیستند مانند حق حضانت و ولایت؛ ۲- حقوقی که قابل نقل نیستند، هرچند در مواردی انتقال قهری آنها ممکن است، مانند حق شفعه و حق خیار؛ ۳- حقوقی که قابل انتقال هستند، ولی مال به شمار نمی‌روند و در قرارداد بیع (مثلاً) قابل معاوضه با مال نیستند، هرچند در عقد صلح می‌توانند معاوضه شوند، مانند حق تحجیر (انصاری، ۱۴۱۵، ۳، ۹۸).

ب- بر پایه تقسیم‌بندی برخی فقها، از جمله طباطبائی یزدی (۱۳۷۸، ۱، ۵۶) و بحرالعلوم (۱۴۰۳، ۱،

۱۶-۱۷) حقوق به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال بر شش قسمند که عبارتند از:

۱- حقوقی که قابل اسقاط و نقل و انتقال نیستند (مانند حق اُبُوت و حق ولایت حاکم)؛ ۲- حقوقی که قابل اسقاط اند، اما نقل و انتقال نمی‌یابند (مانند حق ناشی از غیبت، ایذاء با ضرب و شتم و اهانت) که برخی از دانشمندان معاصر این دو مثال را قابل ایراد می‌دانند و این دو را در زمره احکام غیرقابل سقوط به شمار می‌آورند (گرچی، ۱۳۶۴، ۳۷-۳۸)؛ ۳- حقوق قابل اسقاط که تنها با ارث منتقل می‌شوند (مانند حق شفعه بنا بر وجهی)؛ ۴- حقوقی که هم قابل اسقاط اند و هم قابل نقل و انتقال (مانند حق خیار و حق قصاص)؛ ۵- حقوقی که اسقاط و نقل آن بدون عوض جایز است بنا بر قولی مانند حق قسم؛ ۶- حقوقی که در قابلیت اسقاط یا نقل و انتقال آنها تردید وجود دارد مانند حق نفقه اقارب مانند ابوبین و اولاد، حق رجوع در عدّه طلاق رجعی، حق فسخ به استناد عیب در نکاح، حق سبق در امام جماعت برای امام راتب، و حق مطالبه در قرض، ودیعه و عاریه، حق عزل در وکالت، حق رجوع در هبه، حق فسخ در عقود جایز مثل شرکت و مضاربه. سید یزدی با اینکه در بیان دیگر اقسام حقوق با مرحوم بحرالعلوم هم نظر است، حق بودن قسم اول از اقسام فوق را مورد تردید قرار داده و می‌گوید: «ممکن است بگوئیم: این قسم از حقوق و یا بعضی از مثالهایی که برای آن ذکر می‌شوند، در زمره احکام اند نه حقوق» (۱۳۷۸، ۱، ۵۶) و این نشان می‌دهد که ایشان قابلیت اسقاط را از آثار حق می‌داند. محقق نایینی نسبت به قول سید یزدی مناقشه کرده که چرا در تعریف حق در ابتدای سخنش حق را نوعی سلطنت، و قابل اسقاط بودن را لازمه ذاتی آن شمرده، اما در تقسیم حقوق، برخی حقوق را غیرقابل اسقاط قلمداد کرده است و چنین می‌گوید: «معقول

نیست که موردی از نوع حق باشد و در عین حال غیر قابل اسقاط، پس اطلاق حق بر مثالهای مذکوره مانند اطلاق حق بر سایر احکام است (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۴۲).

ج- محقق اصفهانی معتقد است اگر در جایی اعتبار حق در جهت منافع ذی حق بوده، نه من علیه الحق، در این صورت اسقاط صحیح به نظر می‌رسد. تقسیم حقوق از نظر وی عبارت است از: ۱- حق غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال مانند حق ولایت حاکم و وصایت وصی، ایشان در پایان رساله خود درباره این قسم می‌نویسد: «انصاف آن است که هیچ موردی را نمی‌یابیم حق بودن آن مسلم و قطعی باشد و در قابل اسقاط بودن آن تردید شود چه برسد به این که به غیر قابل اسقاط بودن آن یقین پیدا کنیم؛ هم چنان که در مورد حق ولایت و نظایر آن به صرف این که از آن‌ها به حق تعبیر شده، موجب نمی‌شود که آن را حق بدانیم اگر چه مسلم است که در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده است» (محقق اصفهانی، ۱۴۱۹، ۱، ۵۱). نتیجه آنکه این قسم و مثال‌های آن از جمله حقوق نبوده و از احکام هستند. ۲- حق قابل اسقاط و نقل بلاعوض و غیر قابل انتقال به ارث، حق قسم از مصادیق این قسم است که به وصف زوجه بودن متصف است و نقل آن از یک زن به زن دیگر صحیح است، اما انتقال آن به ارث معنا ندارد، زیرا این حق متعلق به زوجه بوده مادامی که زنده است و این امکان وجود ندارد که وارث او، در جایگاه خاص او قرار گیرد. ۳- حق قابل اسقاط، نقل و انتقال مانند حق تحجیر که موانع موجود در نقل حق خیار و حق شفعه، در آن وجود ندارد. ۴- حق قابل اسقاط و انتقال و غیر قابل نقل. مانند حق خیار، حق شفعه که انتقال حق - بر خلاف نقل آن - به سبب ارث صحیح است چه آن که جانشینی وارث به جای مورث در اخذ به شفعه یا اخذ به خیار معقول است.

۹- اشکالات مطرح در زمینه اسقاط حق

الف- مراجعه به آثار برای تشخیص حق از حکم

برای تشخیص حق از حکم از سوی صاحب‌نظران اسلامی ملاک‌ها و ضوابط مختلفی ارائه شده است. برخی عقیده دارند که برای تشخیص حق از حکم باید به آثار آن توجه کرد، چنانچه این آثار قابل اسقاط، نقل و انتقال باشد، این سلطه و توانایی حق است در غیر این صورت از مصادیق حکم خواهد بود. برخی به دیدگاه مذکور ایراد وارد کرده‌اند و گفته‌اند اولاً این نحوه تشخیص مستلزم دور است، زیرا قابلیت نقل و انتقال متوقف بر آن است که حق بودن سلطه و توانایی محرز باشد و احراز این امر نیز خود

متوقف بر قابلیت نقل و انتقال و اسقاط است. ثانیاً: این درست است که حکم چیزی است که قابل نقل، انتقال و اسقاط نیست، ولی بدان معنی نیست که همه حقوق قابل نقل و انتقال هستند، زیرا همه اقسام حق این ویژگی را ندارند و پاره ای از آنها فاقد این قابلیت هستند و به سخن دیگر، هر چند آنچه قابل اسقاط و انتقال باشد «حق» است، این طور نیست که هر چه قابل انتقال و اسقاط نباشد «حکم» باشد (یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۶).

ب- تنافی بین قاعده و حقوق غیر قابل اسقاط

چنانکه در تقسیمات حق از حیث آثار گذشت، فقها سه اثر را برای حق برشمرده اند. برخی اشکال کرده اند در صورت سلب همه آثار مانند حق ولایت و حق وصایت، آیا باز می توان اطلاق عنوان حق بر این موارد کرد؟ از جهت دیگر بین قاعده و تقسیم بندی ارائه شده توسط فقها مبنی بر حقوق قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط، تنافی ظاهری وجود دارد؛ چرا که اگر قاعده عمومیت داشته باشد و قابلیت اسقاط از لوازم جدانشدنی و جوهره اصلی حق باشد تقسیم فوق معنا نخواهد داشت. صاحب نظران در پاسخ اشکالات فوق راه حل های متفاوتی ارائه نموده اند. برخی اسقاط پذیری حق را ویژگی ای عام برای حقوق و غیر قابل استثناء می دانند و لذا در صدد توجیه حقوق غیر قابل اسقاط برآمده و برخی دیگر اسقاط پذیری را ویژگی ای استثناء بردار و مشروط و غیرذاتی به شمار آورده اند و برخی دیگر با ادله ای متفاوت در صدد رفع این اشکال برآمده اند که در ادامه قائلان هر دیدگاه و ادله شان به تفصیل بیان می شود.

دیدگاه اول:

قائلان این دیدگاه معتقدند قابلیت اسقاط ویژگی ذاتی و عمومی حقوق نیست، بلکه قابلیت حقوق برای اسقاط به دو شرط سلبی مشروط است و در صورت فقدان این دو شرط، حق اسقاط پذیر می باشد (مدرس اصفهانی، بی تا، ۸؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۱، ۱۷-۱۸). شرط اول: منشاء انتزاع حق، علت تامه آن نباشد، مانند سلطنت خداوند بر بندگان، اولویت پیامبر و ائمه علیه السلام بر مؤمنان از خودشان، ولایت فقها، ولایت آب و جد و ولایت زوج بر زوجه. لذا اگر منشأ و موجب حق - که صاحب حق و سلطان بر حق می باشد - علت تامه برای اثبات حق باشد، در این حالت، اسقاط یا نقل و انتقال حق امکان پذیر نیست، چون معلول از علت تامه خود تخلف نمی پذیرد و انفکاک معلول از علت تامه محال است. این شرط با تعابیر مختلفی توسط فقیهان بیان شده است (صفری فروشانی، ۱۳۷۴، ۱۶۰-۱۶۱؛ مدرس اصفهانی، بی تا، ۵-۹). شرط دوم: اگر

منشأ و موجب حق از قبیل مقتضی باشد، نه علت تامه، این حق در صورتی قابل اسقاط است که دارای دو شرط دیگر باشد که عبارتند از: ۱- قصوری در کیفیت حق به حسب جعل وجود نداشته باشد، بدین معنا که حق متقوم به شخص معین یا عنوان خاصی نشده باشد (یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۶؛ صفری فروشانی، ۱۳۷۴، ۱۶۱-۱۶۰) مانند فرض واگذاری حق التولیه و حق الوصایه توسط واقف یا موصی به شخص یا عنوان خاصی که در این صورت، عدول از آن و واگذاری موقوفه به غیر جایز نخواهد بود و نیز در حق الوصایه که اعتبار حق از شخص خاص تعدی نمی‌کند. نیز حق ولایت حاکم، حق مضاجعت و حق شفعه، که مختص عنوان خاصی است، قابل انتقال به غیر حاکم، غیر زوج و زوجه و غیر شریک نیست، لذا طبق این دیدگاه حقوق و نظایر آن می‌تواند در عین حال که حق است، غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال هم باشد. ۲- «دلیلی که موجب اختصاص آن است در میان نباشد، مانند حق خیار مطلق» (بحر العلوم، ۱۴۰۳، ۱، ۱۸) که برای اعمال آن شرط نشده باشد که فقط صاحب حق خیار می‌تواند آن را عملی نماید و در نتیجه، کسی که این حق به او انتقال می‌یابد بر اسقاط آن قدرت ندارد. محقق یزدی در این مورد می‌فرماید: «طبیعت حق مقتضی اسقاط و جواز نقل است چرا که مفروض این است که صاحب حق مالک و مسلط بر آن است، اما منع -در مواردی که قابل اسقاط یا نقل نباشد- ناشی از دو امر است: دلیل تعدی و یا قصور در کیفیت جعل حق» (۱۳۷۸، ۱، ۵۶). نتیجه آنکه حق می‌تواند در عین حال که حق است، غیر قابل اسقاط هم باشد و قابلیت اسقاط از ویژگی‌های ذاتی و عمومی حقوق نیست، بلکه اگر موجب حق نه علت تامه و نه حق مجعول مختص و متقوم به شخص معین یا عنوان خاصی باشد، اسقاط و نقل و انتقال آن جایز است، زیرا مقتضی موجود است و مانع (تامه یا اختصاص) مفقود مانند خیار مطلق.

در ارزیابی و بررسی این دیدگاه می‌توان گفت: ۱- طرفداران این دیدگاه بین امور تکوینی و اعتباری و تشریحی خلط نموده‌اند؛ چرا که علت تامه-چنان که از موارد و تعریف آن روشن است- که وجود معلول دائر مدار وجود آن است، در امور عینی و تکوینی مصطلح و قابل تصور است، اما در امور اعتباری این گونه نیست. ۲- مواردی که به عنوان ضابطه در این دیدگاه بیان شد در مقام ثبوت است و در مقام اثبات مورد توجه نیست چرا که نمی‌توان از نفس دلیل حق، علیت یا اقتضا را کشف کرد و ضابطه ای وجود ندارد که بگوییم موجب ولایت حاکم علت تامه است و موجب حق خیار مقتضی است. ۳- بر فرض اینکه رابطه علیت و معلولیت را به نحو مذکور بین صاحب حق و من علیه الحق قابل تصویر بدانیم، صرف تصور نمودن

و فرض یک حقیقت دلیل بر وجود آن در واقع نیست. لذا به این نیازمندیم که بررسی نماییم آیا در واقع نیز حق بر این اساس است یا خیر؟ در حالی که هیچ استدلالی برای اثبات این معنی نداریم که رابطه در مثالهای ذکر شده رابطه بین علت و معلول باشد (حسینی، ۱۳۸۷، ۷۹). ۴- برخی دیگر از فقها اصل اشکال را بر مثال‌هایی که در این دیدگاه بیان شده وارد نموده‌اند و مواردی مانند حق ولایت، وصایت و تولیت را از مصادیق احکام دانسته‌اند که در ادامه بحث خواهد شد.

دیدگاه دوم:

برخی فقیهان قابلیت اسقاط را مقوم و مساوق با حق دانسته‌اند و تعریف خود از حق را به گونه‌ای بیان کرده‌اند که بدون در نظر گرفتن این ویژگی اساساً حقی قابل تصور نباشد (یزدی، ۱۳۷۸، ۱، ۵۶)، چنانکه میرزای نائینی در تعریف خود می‌گوید: «و بالجمله قوام الحق بقابلیته للإسقاط» و در ادامه چنین آمده است: «فان كون الشی حقاً و غیر قابل للإسقاط لا یعقل» که معقول نیست چیزی حق بوده، اما غیر قابل اسقاط باشد (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۷). مدرس اصفهانی نیز چنین می‌نویسد: «حق نحوه‌ای از سلطنت است که بذاته سقوط به واسطه اسقاط را اقتضا می‌کند» (بی تا، ۴). محقق نائینی در این زمینه می‌فرماید: «گاهی برخی احکام از روی مسامحه عنوان حقوق به خود می‌گیرد در حالی که حکمی هستند از طرف شارع و قانونگذار مانند حق مومن بر مومن و حق همسایه بر همسایه و حق استمتاع از زوجین و حق سبق و رمایه و حق وصایت و حقوقی از این قبیل» (خوانساری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۰۷). این عقیده ناشی از تلقی سلطنت و قدرت و یا امتیاز در حق است که از آن، واگذاری امر به شخص متبادر می‌شود.

به تعبیر دیگر مواردی مثل حق حضانت و حق ولایت از جمله احکام و حق به معنای عام آن هستند. توضیح آن که نگاهی به روایات معصومین (ع) و عبارات فقیهان امامی نشان می‌دهد که حق در اصطلاح فقهی آن دارای دو معناست؛ نخست: حق در معنای عام آن که شامل ملک، حکم و حق به معنای خاص می‌باشد. شاهد این مدعا مواردی نظیر حق ابوت، حق ولایت برای حاکم، حق وصایت، حق حضانت و نظایر آن است که گرچه در لسان اخبار و کلمات فقها از آن به حق تعبیر شده لکن همه از مصادیق حکم است. دوم: حق به معنای خاص آن که در مقابل ملک و حکم است (فروغی، ۱۳۹۱، ۳). قابل ذکر است که کسانی که حق را در مقابل ملک و حکم می‌دانند مقصودشان از حکم، حکم تکلیفی است که از آن با تعبیر حکم شرعی و حکم شارع نیز یاد می‌کنند. اما در صورتی که ما حکم را به معنای عام آن اعم از تکلیفی و

وضعی بدانیم روشن است که حق - به مانند ملکیت - از اقسام حکم وضعی بوده و به این اعتبار حکم اعم از حق به معنای خاص - معنای دوم - می شود. لذا زمانی که سخن از آثار و ویژگی های حق نظیر اسقاط، نقل و انتقال حق می رود مقصود آن است که حق به عنوان حکم وضعی دارای این خصوصیات است در مقابل حکم تکلیفی که فاقد این ویژگی ها است (فروغی، همان). نتیجه نهایی اینکه آن چه قابل اسقاط نیست در واقع حکم است (ایروانی، ۱۴۱۷، ۲، ۱۰۷)، زیرا مجعول در آن ها، سلطنت برای صاحب حق یا ملک برای وی نیست و آنچه در این تقسیمات مقسم واقع شده، حق به معنای عام یعنی ما یسمی بالحق بوده است. برخی دیگر با اینکه جواز نقل و اسقاط را مقتضای ذات حق نمی دانند، معتقدند سلطنت بر نقل و اسقاط از احکام عقلایی حق است که با انتقاء همه آن، اعتبار کردن حق بی معنی و منتفی است (خمینی، ۱۴۱۰، ۴۴-۴۷).

در بررسی این دیدگاه می توان گفت اسقاط پذیری حقوق توسط صاحب حق حداقل چیزی است که صاحب حق می تواند آن را درباره حق خودش اعمال نماید و در مواردی که عنوان حق وجود دارد، ولی صاحب حق بر اسقاط آن قدرت ندارد، اراده دیگری حاکم است که نفوذ اراده و اسقاط صاحب حق را تحت الشعاع قرار می دهد و آن اراده شارع و مقنن است. هر جا که چنین اراده ای حاکم باشد، متعلق آن حکم، تکلیف و وظیفه است، اگر چه عنوان حق را داشته باشد. اگر به واسطه این عنوان شائبه حق بودن این موارد وجود دارد، در مقابل، ملاک و معیار حکم و تکلیف بودن آنها که عدم قابلیت اسقاط حاکی از آن است، قوی تر از این عنوان است (حسینی، ۱۳۸۷، ۸۳).

دیدگاه سوم:

محقق اصفهانی نیز ضمن پذیرش غیر قابل اسقاط بودن برخی حقوق، به نحو دیگری استدلال نموده و معتقد است برای یافتن حقوق قابل اسقاط باید لسان دلیل؛ مناسبت حکم و موضوع و مصالح و حکمت هایی که مقتضی آن حکم هستند مانند مصلحت ارفاق در حق خیار مورد بررسی قرار گیرد. برای مثال اعتبار حق ولایت و وصایت، به منظور رعایت حال مولی علیه و موصی است نه رعایت حال ولی و وصی، لذا اسقاط آن مناسب نمی باشد؛ به عبارت دیگر حاکم در اینجا من له الحق نیست، تا بتواند از این حق اعراض، یا آن را اسقاط یا منتقل کند (۱۴۱۹، ۱، ۴۹-۵۰). با توجه به همین امر اگر در جایی اعتبار حق در جهت منافع ذی حق بوده، نه من علیه الحق، در این صورت اسقاط صحیح به نظر می رسد.

در بررسی و ارزیابی دیدگاه فوق می توان گفت اگر چه این دیدگاه به لحاظ اثباتی بدون اشکال است، اما معلوم نیست به لحاظ ثبوتی و عالم واقع نیز علت عمده عدم اسقاط پذیری برخی حقوق اقتضای مصالح و حکمت های مربوط به من علیه الحق در تعیین آن حق باشد و چه بسا علل دیگری نیز دخیل باشد. از جهت دیگر بر اساس بیان محقق اصفهانی حقی که به عدم قابلیت آن برای اسقاط حکم شده است، به صاحب حق مورد نظر متعلق نیست تا این قابلیت را داشته باشد. مثلاً در حق حاکم، ملاک را رعایت حال مولی علیه هم قرار داده و در حق وصایت، تاکید نموده که عدم جواز انتقال آن مصلحت موصی و موصی له است نه وصی، در حالی که این حق برای حاکم و وصی است والا دلیلی نداشت که حق را به آنها اضافه نمایند و برای علقه حق طرف قرار بدهند. اگر می بینیم که در این موارد، صاحبان حقوق بر اسقاط حقوق خود قادر نیستند، دلیل دیگری دارد و آن مسئولیت و تکلیف آنان در قبال «من علیهم الحقوق» می باشد و این حاکی از حکم بودن این دسته از حقوق است نه اینکه حق باشند و در عین حال قابلیت اسقاط نداشته باشند (حسینی، ۱۳۸۷، ۸۲).

دیدگاه چهارم

برخی دیگر از فقیهان حق را ملازم قابلیت اسقاط یا دیگر آثار نمی دانند و این آثار را از لوازم دائمی حق نمی دانند. مامقانی بر خلاف نظر مشهور اعتقاد به این ملازمه را توهم می شمارد. به عقیده ایشان فرق اساسی میان حق و حکم این است که حق به شخص تعلق دارد و در جعل آن، رابطه میان شخص و مجعول لحاظ شده است و قائم به اوست، برخلاف حکم که گر چه متوجه مکلفان است، اما آنچه در آن لحاظ شده است، ربط میان مجعول و موضوع است و این ربط، قائم به عنوان موضوع است، نه شخص، مانند حرمت شراب و حلیت نان. بر این اساس ممکن است ملحوظ ربط بین شخص و مجعول باشد، اما هیچ کدام از آثار بالا مترتب نشود، یعنی حق با اسقاط ساقط نشده و با ناقل به غیر و با فوت به وارث منتقل نشود، این امر یا به جهت مانعی است که در اینجا وجود دارد مانند حق استمتاع و یا به جهت قوت ارتباط و علقه است، مانند حق ربوبیت و مولویت و ابوت، بلکه در مطلق اقسام ولایت. لذا هر حقی موروث و ساقط شدنی و قابل انتقال نیست و نه هر چه به ارث نمی رسد و ساقط نمی شود و انتقال نمی یابد حکم می باشد. ایشان در نهایت می گوید درباره این آثار در هر موردی باید دلیل آن را جستجو کرد و ضابطه ای کلی وجود ندارد (۱۳۵۰، ۳-۴).

در بررسی این دیدگاه می‌توان گفت مثال‌های ارائه شده برای حقوق غیر قابل اسقاط مانند حق ابوت، حق ولایت، حق حضانت و حق استمتاع همه از سنخ احکام هستند، لذا عدم قابلیت اسقاط به حکم بودن این موارد بر می‌گردد.

اشکال دیگر این که ضابطه‌ای برای تشخیص حق و حکم از لحاظ آثار بیان نمی‌کند، البته از مثال‌ها فهمیده می‌شود که به نظر مرحوم امامقانی اگر خود شخص لحاظ شده باشد، حتی به صورت عنوانی نه قضیه شخصیه، حق جعل می‌شود؛ اما اگر عنوان امری لحاظ شده باشد و از مکلف فعل و ترک خواسته شود، حکم جعل می‌شود (رحمانی، ۱۳۹۱، ۶۸).

۷- نتیجه‌گیری

- اسقاط حق عملی است ارادی که موجب زوال مستقیم حق از سوی دارنده آن می‌گردد و ماهیتاً در زمره ایقاعات و یک عمل حقوقی یک‌جانبه است و اصولاً تابع تشریفات خاصی نیست که اغلب در قالب ابراء یا اعراض به صورت مصادیق بارز آن ظاهر می‌گردد.

- عمده فقیهان و حقوقدانان اسقاط یا جواز اسقاط حق را به عنوان یکی از ویژگی‌های اساسی و احکام حق، مورد توجه قرار داده‌اند، به گونه‌ای که برخی در تشخیص مصادیق مشتبه حق از حکم، مراجعه به آثار را مطرح نموده و قابلیت اسقاط را به عنوان یکی از علائم قطعی برای امتیاز آن دو برشمرده‌اند چنانچه این مصادیق قابل اسقاط، نقل و انتقال باشد، از موارد حق بوده و در غیر این صورت از مصادیق حکم خواهند بود.

- ویژگی اسقاط‌پذیری حق تا آنجا مورد توجه قرار گرفته است که برخی متأخرین عبارت «ان لكل ذي حق إسقاط حقه» را در قالب یک قاعده فقهی بحث نموده و بر اعتبار این قاعده به آیاتی از قرآن و روایات، اجماع، مقتضای مفهوم حق و بنا و سیره عقلا استناد نموده‌اند. از بررسی مجموعه مستندات می‌توان به این نکته پی برد که این قاعده از قواعد عقلایی است و بنای عقلا مهم‌ترین مدرک و مستند آن می‌باشد. از جهت دیگر عدم ردع و منع شارع به منزله تأیید آن بوده و نقش شارع در این قاعده نقش امضایی است.

- فقیهان در چیستی حقیقت اسقاط حق و این که آیا اسقاط حق به رفع آن اضافه حقی و نسبت است یا رفع ذی‌الحق است از طرفیت حق یا رفع متعلق حق از طرفیت حق دو احتمال بیان نموده‌اند که به

نظر احتمال دوم از قوت بیشتری برخوردار است.

• صورت بندی متعددی از حقوق به لحاظ قابلیت اسقاط و نقل و انتقال انجام شده که علت عمده تفاوت، اختلاف در قبول یا رد این ویژگی ها برای حق و نیز اختلاف در ادله هر یک از اقسام اعتبار می باشد. در این تقسیم بندی ها نوعاً برخی حقوق را غیر قابل اسقاط، نقل و انتقال دانسته اند، لذا برخی اشکال نموده اند که بین قاعده اسقاط حق و تقسیم بندی ارائه شده توسط فقها مبنی بر حقوق قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط، تنافی ظاهری وجود دارد؛ چرا که اگر قاعده عمومیت داشته باشد و قابلیت اسقاط از لوازم جدانشدنی و جوهره اصلی حق باشد تقسیم فوق معنا نخواهد داشت. چهار دیدگاه در این زمینه مطرح شد که برخی اسقاط پذیری حق را ویژگی ای عام برای حقوق و غیر قابل استثناء و لذا در صدد توجیه حقوق غیر قابل اسقاط برآمده و برخی دیگر اسقاط پذیری را ویژگی ای استثناء بردار و مشروط و غیرذاتی به شمار آورده اند و برخی ادله دیگری بیان نمودند. دیدگاه مقبول آن است که آن چه قابل اسقاط نیست در واقع حکم است، زیرا مجعول در آن ها، سلطنت برای صاحب حق یا ملک برای وی نیست و آنچه در این تقسیمات مقسم واقع شده، حق به معنای عام یعنی ما یسمى بالحق بوده است و تعبیر مجازی است.

فهرست منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- آملی، محمد تقی (۱۴۱۳). المکاسب والبیع، تقریر: إبحاث الاستاذ الاعظم آية الله العظمی المیرزا محمد حسین الغروی النائینی. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- ۳- ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۳). عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة. تصحیح: مجتبی عراقی. قم: سید الشهداء.
- ۴- ابن فارس، احمد بن فارس زکریا (۱۴۰۴). معجم مقاییس اللغة. تحقیق: عبدالسلام محمد هارون. بی جا: مکتبه الاعلام الاسلامی.
- ۵- ابن منظور (۱۴۰۵). لسان العرب. قم: نشر ادب الحوزه. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵). کتاب البیع. قم: موسسه الامام الصادق(ع) اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۹). حاشیه المکاسب. تحقیق: شیخ عباس محمد آل سباع القطیفی. بی جا: چاپخانه علمیه

پنج

- همو، الاجاره (۱۴۰۹). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- اصفهانى، محمد تقى (بى تا). رساله الضابط بين الحق والحكم. تهران: چاپ سنگى.
- امامى، سيد حسن (۱۳۶۶). حقوق مدنى. تهران: كتاب فروشى اسلاميه.
- أنصارى، شيخ مرتضى (۱۴۱۵). المكاسب. تحقيق: لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم. قم: المؤتمر العالمى بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأنصارى.
- ايروانى، محمد باقر (۱۴۱۷). دروس تمهيدية فى القواعد الفقهية. قم: دار الفقه للطباعة والنشر.
- بحر العلوم، سيد محمد (۱۴۰۳). بلغة الفقيه. شرح وتعليق: سيد محمد تقى آل بحر العلوم. تهران: مكتبة الصادق.
- تسخيرى، محمدعلى (۱۴۲۶). القواعد الاصولية و الفقهيه على مذهب الاماميه. تهران: مجمع عالمى تقريبات بين المذاهب الاسلاميه.
- تبريزى، شيخ جواد (۱۳۷۴). ارشاد الطالب. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- توحيدى، محمد على (۱۳۷۸). مصباح الفقاهة. تقرير ابحاث سماحة آية الله العظمى سيد أبو القاسم موسى خويى. نجف: مطبعة حيدريه.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر (۱۳۷۸). مبسوط در ترمينولوژى حقوق. تهران: كتابخانه گنج دانش.
- همو، ترمينولوژى حقوق (۱۳۸۰). تهران: كتابخانه گنج دانش.
- همو، مكتب هائى حقوقى در حقوق اسلام (۱۳۷۰). تهران: كتابخانه گنج دانش.
- جوادى أملی، عبد الله (۱۳۸۵). حق و تكليف در اسلام. قم: مركز چاپ و انتشارات اسراء.
- حائرى شاه باغ، سيد على (۱۳۷۶). شرح قانون مدنى ايران. تهران: گنج دانش.
- حجت كوه كمرى، سيد محمد (۱۴۰۹). البيع. مقرر: شيخ ابوطالب التجليل التبريزى. قم: مؤسسه نشر اسلامى.
- حسينى، سيد عبدالرحيم (۱۳۸۷). رساله اى در باب حق و حكم. تهران: شركت چاپ و نشر بين الملل.
- حكيم، سيد محسن (۱۳۸۴). مستمسك العروة الوثقى. بيروت: دار احياء التراث العربى.
- خوانسارى، موسى (۱۴۱۸). منية الطالب فى شرح المكاسب (تقريرات ميرزا محمدحسين نائينى). قم: مؤسسه النشر الاسلامى.
- خمينى، سيد روح الله (۱۴۱۰). البيع. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- راغب اصفهانى، حسين بن محمد (۱۴۱۲). مفردات الفاظ قرآن. محقق: صفوان عدنان الداودى. دمشق: دار القلم الدار الشاميه.
- رحمانى، امير (۱۳۹۱). بررسى فقهى مديريت در روابط زن و شوهر. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامى (وابسته

به دفتر تبلیغات اسلامی).

- زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴). تاج العروس. تحقیق: علی شیری. بیروت: دارالفکر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (بی تا). مهذب الاحکام فی بیان حلال و الحرام. قم: دار التفسیر.
- صفری فروشانی، نعمت الله (۱۳۷۴). رساله حق و حکم و شرح حال شیخ محمد هادی تهرانی. مجله نامه مفید. ۴
صدر، سید محمد (۱۴۱۶). ماوراء الفقه. بیروت: دارالاضواء.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۳). دوره مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها. تهران: نشر میزان.
- طاهری، مسعود و انصاری، محمدعلی (۱۳۸۴). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: انتشارات محراب فکر.
- طریحی، فخرالدین (۱۴۰۸). مجمع البحرین. تحقیق: السید احمد الحسینی. بی جا: مکتب النشر الثقافه الاسلامیه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. تحقیق: محمد باقر بهبودی. طهران: مکتبه مرتضویه.
- عاملی، زین الدین بن علی (شهید الثانی) (۱۴۱۰). الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: انتشارات دآوری.
- همو، مسالک الأفهام (۱۴۱۳). قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول) (بی تا). القواعد و الفوائد. محقق / مصحح: سید عبد الهادی حکیم. قم: کتابفروشی مفید.
- عبدی، یاسر؛ اصغری آقمشهدی، فخر الدین (۱۳۹۵). تحلیل فقهی فروش کالاهاى متروکه توسط گمرک در حقوق ایران، ۴۴، ۹۹-۱۱۴
- فروغی، سید علیرضا (۱۳۹۱). آثار و ویژگی های حق از دیدگاه فقه امامیه و قانون مدنی. دو فصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی. ۱.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۲۵). المصباح المنیر. قم: دارالهجره.
- قدیمی، روح الله؛ داورزنی، حسین (۱۳۹۲). ابراء در حقوق پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق. فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، ۳۱، ۱۰۳-۱۱۸
- قزوینی، علی (۱۴۱۴). صیغ العقود و الایقات. قم: انتشارات شکوری.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). مقدمه علم حقوق. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب (۱۳۶۷). الفروع من الکافی. تصحیح: علی اکبر غفاری. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- گرگی، ابوالقاسم (۱۳۶۴). حق و حکم و فرق میان آنها. فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی. ۱.
- مامقانی، ملا عبد الله بن محمد حسن (۱۳۵۰). نهایه المقال فی تکمله غایه الامال. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳). بحار الأنوار. تحقیق: السيد إبراهيم الميانجي، محمد الباقر البهبودی. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۹). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: انتشارات استقلال.

محقق داماد یزدی، سید مصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محمدزاده رهنی، محمد رضا؛ ستایش مهر، شکوفه (۱۳۹۳). اعراض از ملک از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه،

۳۶، ۷۳-۸۴

مدرس اصفهانی، میرمحمد تقی (بی تا). رساله الضابط بین الحق و الحکم. تهران: چاپ سنگی.

مدرسی، سید محمد رضا (۱۳۹۳). البیع، بررسی گسترده فقهی بیع. قم: دارالتفسیر.

مصطفوی، حسن (۱۳۶۸). التحقيق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۱۷). مائتة قاعدة فقهية معنی و مدرکا و موردا. قم: مؤسسه نشر اسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱). القواعد الفقهیه. قم: مدرسه امام امیر المومنین.

مولودی قلاچی، محمد (۱۳۷۹). اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. ۴۷.

نجفی، شیخ محمد حسن (۱۹۸۱). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

همدانی، رضا بن محمد هادی (۱۴۲۰). حاشیه مکاسب. تصحیح محمد رضا انصاری قمی. قم: ناشر محمد رضا

انصاری قمی.

هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۵). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف

فقه اسلامی.

یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸). حاشیه مکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی