



## تقریرات درس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۳-۱۳۹۲

جلسه پنجم؛ شنبه ۱۳۹۲/۷/۶

### حکم منع از عمل حرّ بعد از معاوضه

در این فرض ظاهراً سیره‌ی عقلائی بر ضمان و جبران خسارت وجود دارد؛ زیرا عمل حرّ بعد از معاوضه مالیت پیدا می‌کند، پس طبق قاعده اگر کسی آن را تلف کرد ضامن است؛ چه به نحو ضمان شرعی - در جایی که قرارداد و معاوضه شرعی باشد - و چه به نحو ضمان عقلائی - در جایی که در عرف عقلاء بحث کنیم - . اما سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که ظالم و مانع از عمل، نسبت به چه کسی ضامن است، آیا نسبت به مستأجر یا نسبت به اجیر حرّ؟

در جواب می‌گوییم: اگر مستأجر و صاحب کار، اجاره را فسخ نکند در این صورت اجیر اجرة المسمّی را - اگر نگرفته باشد - از مستأجر می‌گیرد و ظالم نسبت به مستأجر ضامن است و باید اجرة المثل - نه اجرة المسمّی - عمل اجیر را به مستأجر بدهد؛ چون مستأجر مالک عمل حرّ بود و ظالم این عمل را که مال است ضایع کرده، پس مستأجر می‌تواند اجرة المثل را که ممکن است بیشتر، کمتر و یا مساوی با اجرة المسمّی باشد از ظالم به عنوان خسارت بگیرد.

اما اگر مستأجر عقد اجاره را فسخ کند - که ممکن است در موارد زیادی اتفاق بیفتد؛ چون آنچه برای مستأجر مطلوب بوده عمل اجیر است و حال که اجیر نتوانسته این عمل را تحویل بدهد ولو به منع ظالم، مستأجر می‌تواند عقد را فسخ کند - در این صورت اجیر باید اجرة المسمّی را که از مستأجر گرفته به او

برگرداند<sup>۱</sup> و بعید نیست ظالم نسبت به اجیر، ضامن اجرة المسمی می باشد؛ چراکه طبق سیره‌ی عقلاء اجرة المسمی<sup>۲</sup> فی الجملة داخل در ملک اجیر شده بود و ظالم باعث شد آن چه به ملک اجیر آمده به وسیله‌ی فسخ مستأجر از ملکش خارج شود، لذا سیره‌ی عقلاء بر ضامن اجرة المسمی وجود دارد، گرچه مسأله نیاز به تأمل بیشتر دارد.

### نظر مختار در عوض واقع شدن عمل حرّ

همان طور که بیان کردیم مرحوم شیخ قائل شدند که بلا خلاف منافع می تواند عوض واقع شود، که از آن جمله، عمل حرّ است، ولی ایشان به خاطر مشکلی عمل حرّ را تخصیص به ذکر کردند و فرمودند: «اگر عمل حرّ قبل از معاوضه مال باشد می تواند عوض واقع شود، اما اگر مال نباشد در صحت عوض واقع شدن آن اشکال است»، اما طبق مبنای ما که بیان کردیم عمل حرّ قبل از معاوضه مال نیست، باید بگوییم عمل حرّ نمی تواند عوض واقع شود! در حالی که تقریباً واضح است که عمل حرّ عوض واقع می شود و به جز عده‌ای، خلاف قابل اعتنایی در مسأله نیست، پس حلّ آن به چیست؟

حلّ مسأله به این است که در بیع لازم نیست عوض قبل از معاوضه مال باشد، بلکه حتی اگر به خود بیع مال شود کفایت می کند؛ چراکه این امور از اعتباریات و عرفیات است و در نظر عرف اگر چیزی به سبب خود بیع و تعهدی که ایجاد می کند مورد رغبت قرار بگیرد، همین مقدار در صدق مال و صحت ثمن واقع شدن کفایت می کند.

لذا برای حلّ مسأله احتیاج نیست همانند عده‌ای قائل به عدم اشتراط مالیت در عوض شویم، چنان که برخی قائل به عدم اشتراط مالیت در معوض هم شده‌اند.<sup>۳</sup> اما بحث از این که آیا در عوض و معوض مالیت

---

۱. این فرض در صورتی است که اجیر قبل از عمل، اجرة المسمی را از مستأجر تحویل گرفته باشد، و اگر اجرة المسمی را تحویل نگرفته باشد و در ذمه‌ی مستأجر باشد، با فسخ عقد ذمه‌ی مستأجر بری می شود و ظالم نسبت به اجیر ضامن است. (احمدی)

۲. در این صورت چون ظالم باعث تلف اجرة المسمی بر اجیر شده، پس همان اجرة المسمی را ضامن است، برخلاف صورت قبل که عمل را تلف کرده بود و ضامن اجرة المثل بود.

۳. حاشیة المکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۵:

اقول: حاصل غرضه آنه لا إشکال فی جواز عمل الحرّ عوضاً فی البیع إذا کان بعد وقوع المعاوضة علیه كما إذا کان أجیراً لغيره فإنه يجوز لذلك الغير أن يجعله عوضاً فی البیع فإنه حينئذ لا إشکال فی كونه مالاً عرفياً لأنه مملوك لذلك الغير ... و أما عمل الحرّ قبل وقوع معاوضة علیه إذا أريد جعله عوضاً فی البیع فهو مبنى على كونه معدوداً من الأموال أولاً فعلى الأول لا إشکال أيضاً و على الثانی ففيه إشکال و إن كان يعدّ مالاً بعد البیع إذا قلنا بصحته لاحتمال اعتبار كون العوضين مالاً قبل البیع قلت أما الابتناء فيمكن منعه بل الحقّ ذلك فإنه لا دليل على اعتبار أزيد من كون العوضين ممّالاً له مالمّا بمعنى صحّة مقابلته بالمال و الاستفادة من تعريف المصباح ليس أزيد من ذلك و إلا فهو غير مقبول منه و لذا يصحّ بلا إشکال

شرط است یا نه - کما این که تعریف مصباح المنیر اشاره به اشتراط مالیت داشت - و این که آیا رغبت یک نفر به شیئی برای صدق مالیت کافی است یا نه، إن شاء الله در آینده خواهد آمد.

## حکم عوض واقع شدن حقوق

مرحوم شیخ<sup>۱</sup> بدون این که تعریف حق و فرق آن با ملک و حکم را بیان کند، در یک تقسیم بندی حقوق را به سه قسم تقسیم کرده و حکم هر کدام را بررسی می کنند. این اقسام عبارتند از:

### اقسام حقوق در کلام شیخ<sup>۲</sup>

#### ۱. حقوقی که قابل معاوضه‌ی با مال نیست

ظاهر تعبیر شیخ<sup>۳</sup> این است که قسم اول از حقوق، قابل معاوضه است ولی نه در مقابل مال - یعنی مجاناً منتقل می شود - به قریبه‌ی این که در قسم دوم می فرمایند حقوقی که اصلاً قابل نقل نیستند.<sup>۴</sup> حقوق

---

إجارة الحرّ نفسه مع أنّ الإجارة أيضا لا بدّ وأن يتعلّق بالمال فإنّها أيضا تمليك مال في مقابل مال إلّا أن يقال نمنع ذلك بل الإجارة تسليط على عين لينتفع بها و أيضا يصحّ الصّح عليه و أيضا يصحّ بيع الكلّي في الذّمة مع أنّه مثل عمل الحرّ في هذا الإشكال فإنّه لا يقال له إنّه ذو مال من جهة إمكان أن يملك ألف منّ من الحنطة في ذمّته بألف درهم مثلا و بالجملة نمنع اعتبار كون المتعيّن مالا عرفيّا قبل البيع فعلا بل اللّازم كونه ممّا له ماليّة بمعنى صحة بذل العوض في قبالة و هذا من الوضوح بمكان.

✓ الحاشية الأولى على المكاسب (للخوانساري)، ص ۱۶:

و لكنّ الانصاف منع هذا الاحتمال اذ غاية ما دلّ الدليل على اعتباره هو كون العوضين مالا قبل العقد بمعنى صحّة مقابلته بالمال و إليه يرجع كلام صاحب المصباح و آلا فلا يصحّ اجارة الحرّ نفسه اذ لا اشكال في أنّ الإجارة من المعاوضات و لا بدّ فيها من كون العوضين مالا قبل العقد و لا يصحّ أيضا بيع الكلّي في الذّمة إذ هذا الاشكال جار فيه فأنّه قبل العقد ليس بشيء حتّى يكون مالا فعلا بل أنّما يصير مالا فعليّا بعد العقد مع انعقاد الإجماع على صحّة بيعه.

۱. كتاب المكاسب، ج ۳، ص ۸:

و أمّا الحقوق، فإن لم تقبل المعاوضة بالمال كحقّ الحضانة و الولاية فلا إشكال، و كذا لو لم تقبل النقل، كحقّ الشفعة، و حقّ الخيار؛ لأنّ البيع تمليك الغير. و لا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه؛ لأنّه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط؛ و لذا جعل الشهيد في قواعده «الإبراء» مردداً بين الإسقاط و التمليك.

و الحاصل: أنّه يعقل أن يكون مالكا لما في ذمّته فيؤثر تمليكه السقوط، و لا يعقل أن يتسلط على نفسه. و السرّ: أنّ هذا الحقّ سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفها بشخص واحد، بخلاف الملك، فإنّها نسبة بين المالك و المملوك، و لا يحتاج إلى من يملك عليه حتى يستحيل اتّحاد المالك و المملوك عليه، فافهم.

۲. بسیاری از محشین مکاسب، ظاهر کلام شیخ انصاری<sup>۵</sup> را در این جا توجیه کرده اند، که لباب کلامشان این چنین است:

در یک تقسیم ثنائی می گوئیم: حقوق یا قابل اسقاط نیستند - و به تبع آن قابل نقل هم نیستند - مثل حق حضانت و ولایت، و یا قابل اسقاط هستند که خود دو قسم دارد؛ یا قابل نقل اختیاری نیستند مانند حق شفعه و حق خیار و یا قابل نقل اختیاری هستند مانند حق تحجیر. بنابراین با

قسم اول مانند حق حضانت و ولایت است، که حق حضانت مثلاً برای مادر است و بعد به پدر می‌رسد و در برخی صور ممکن است به افراد دیگر برسد؛ یعنی معاوضه می‌شود ولی نه در مقابل مال، هم‌چنین حق ولایت پدر بر فرزندش، ولایت جد پدری بر نوه‌اش و ولایت حاکم بر جامعه.

### نقد کلام شیخ رحمته در قسم اول از حقوق

در نقد کلام مرحوم شیخ می‌گوییم: این که ممکن است چیزی قابل معاوضه باشد ولی نه در مقابل مال، این کبری قابل تصدیق است، اما امثله‌ای که جناب شیخ ذکر کردند، از مصادیق این کبری نیست؛ خصوصاً حق ولایت؛ مثلاً پدر نمی‌تواند حق ولایت فرزندش را به دیگری بدهد و خودش دیگر حق نداشته باشد! بله، می‌تواند دیگری را وصی یا وکیل کند، اما نمی‌تواند ولایت را از خود سلب کرده و به دیگری منتقل کند؛ نه مجاناً و نه بالعوض. حق حضانت هم این‌چنین است؛ مثلاً مادر می‌تواند از حق خود صرف نظر کند تا نوبت به پدر برسد، اما نمی‌تواند بگوید من حق حضانت را به زید واگذار می‌کنم. بنابراین مثال‌هایی که جناب شیخ ذکر فرمودند، اصلاً قابل معاوضه نیستند و بلکه بعضی از آن‌ها قابل اسقاط نیز نیست، مگر آن‌که بگوییم مقصود شیخ از قسم اول حقوقی است که نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل، چنان‌که بعضی تذکر داده‌اند.

---

پذیرش این بیان، می‌توان گفت بعضی از اشکالات به کلام شیخ وارد نیست.

✓ حاشیه‌ی مکاسب (للیزدی)، ج ۱، ص ۵۷:

حاصله أن الحق ثلاثة أقسام منها ما لا يقبل الإسقاط ولا النقل حتى يمكن مقابله بالمال وهذا لا إشكال في عدم جواز جعله عوضاً ومنها ما يقبله ولكن لا يقبل النقل وهذا أيضاً كذلك ومنها ما يقبله أيضاً وهذا فيه إشكال هذا وقد يتخيل أن مراده قدس سره من القسم الأول ما لا يقبل المعاوضة وإن كان قابلاً للإسقاط أو النقل فيكون إشارة إلى ما مرّ نقله عن جماعة من عدم جواز جعل العوض في مقابل حق القسم وإن قلنا بجواز إسقاطه ونقله المجاني وفيه ما لا يخفى فإنه مع أنه غير صحيح في حدّ نفسه خلاف ظاهر العبارة فإن الظاهر أن مراده قدس سره ما ذكرنا فتدبر.

✓ حاشیه‌ی کتاب مکاسب (للأصفهانی)، ج ۱، ص ۵۳:

المقابلة بين عدم قبول الحق للمعاوضة عليه وعدم قبوله للنقل، باعتبار أنه وإن لم يقبل النقل، لكنه ينتفع بسقوطه عنه كحق الخيار وحق الشفعة، في قبال ما لا ينتفع بسقوطه لعدم قبوله له كحق الولاية.

✓ حکیم، سید محسن طباطبایی، نهج الفقاهة، ص ۹:

الظاهر بقريته المقابلة لما بعده كون عدم قبوله المعاوضة ولو بنحو يستتبع السقوط وحينئذ فلا بد أن يكون عدم قبوله لذلك من جهة عدم كونه ما لا عند العلاء ....

✓ هدى الطالب في شرح المكاسب، ج ۱، ص ۸۹:

ظاهر كلمة «المعاوضة» هو المبادلة بين المبيع وبين الحق، لكنه غير مراد هنا بقريته ما سيأتى في القسم الثاني من الحق غير القابل للنقل، فيكون المقصود بالمعاوضة هو إسقاط الحق، وإطلاق المعاوضة عليه من جهة وقوع إسقاط الحق عوضاً عن المبيع. (احمدى)

## ۲. حقوقی که اصلاً قابل نقل نیست

قسم دوم از حقوق، حقوقی است که قابل نقل و انتقال نیست، مثل حق خیار و حق شفعه.<sup>۱</sup> جناب شیخ می‌فرماید چون این حقوق قابل نقل و انتقال به دیگری نیست پس عوض هم نمی‌تواند واقع شود؛ زیرا بیع «تملیک الغیر» است، به عبارت دیگر تملیک در مقابل تملیک - یعنی تملک - است و [تملیک از دو طرف، مستلزم نقل مبیع به مشتری و نقل ثمن به بایع است، پس] همان‌طور که اگر چیزی قابل نقل نباشد نمی‌تواند مبیع واقع شود، همان‌طور ثمن هم نمی‌تواند واقع شود.

البته مراد شیخ انتقال اختیاری است و الا انتقال قهری به ارث مانعی ندارد - و خود شیخ بعداً تصریح می‌فرماید - و حالا که نمی‌توان نقل اختیاری کرد، پس عوض هم واقع نمی‌شود.

### اشکال صاحب جواهر<sup>۲</sup>

صاحب جواهر<sup>۳</sup> بر این کلام که «حقوق قابلیت نقل و انتقال را ندارد پس نمی‌تواند عوض واقع شود»، اشکال کرده و می‌فرماید: بعضی موارد وجود دارد که شیء نمی‌تواند به ملک دیگری منتقل شود، اما مشهور قبول دارند بیع آن صحیح است و آن «بیع الدین علی من هو علیه» است؛ مثلاً زید به عمرو بدهکار است و ذمه‌ی زید مشغول است، در این جا عمرو می‌تواند مالکیتی را که نسبت به ذمه‌ی زید دارد به خود زید بفروشد، در حالی که کسی نمی‌تواند مالک ذمه‌ی خودش باشد و معنا ندارد، پس در عین این که قابل نقل و انتقال نیست، گفته‌اند بیعش صحیح است، لذا چنین حقوقی هم می‌تواند عوض واقع شود و قابلیت نقل، شرط نیست.<sup>۲</sup>

جواد احمدی

۱. حق شفعه آن است که دو نفر با هم - نه بیشتر - زمین یا غیر منقولی را شراکتاً به نحو مشاع بخرند که اگر یک طرف بخواهد سهمش را بفروشد، شریک دیگر حق پیدا می‌کند با همان ثمن، معامله را فسخ کند و خودش سهم شریکش را بخرد.

۲. جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۰۹:

و عن بعض المتأخرین اعتبار عینة العوضین، و هو وهم نشأ من قولهم: البیع لنقل الأعیان، و لیس المراد به علی العموم بل خصوص المعوض، کقولهم فی الإجارة لنقل المنافع نعم فی شرح الأستاد اعتبار عدم کونه حقاً مع أنه لا یخلو من منع لما عرفته من الإطلاق المزبور المقتضی لکونه کالصلح الذی لا إشکال فی وقوعه علی الحقوق، فلا یبعد صحة وقوعها ثمناً فی البیع و غیره، من غیر فرق بین اقتضاء ذلك سقوطها کبیع العین بحق الخیار و الشفعة علی معنی سقوطهما، و بین اقتضائه نقلها کحق التحجیر و نحوه، و کان نظره رحمه الله فی المنع إلی الأول باعتبار معلومیة کون البیع من النواقل لا من المسقطات بخلاف الصلح، و فیہ أن بیع الدین علی من هو علیه لا یرب فی اقتضائه حینئذ الإسقاط و لو باعتبار أن الإنسان لا یملک علی نفسه ما یملکه غیره علیه، الذی بعینه یقرر فی نحو حق الخیار و الشفعة، و الله أعلم.

