

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## تقریرات درس خارج اصول

### حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسی طباطبائی نردوی دامت برکاته

دوره‌ی دوم - سال یازدهم - سال تحصیلی ۹۳-۹۴

جلسه ۱۲ - یکشنبه ۹۳/۷/۲۰

#### بیانی از شهید صدر علیه السلام برای اثبات جواز حقی<sup>۱</sup>

وقتی معامله‌ای مانند بیع انجام می‌شود با تحلیل آن متوجه خواهیم شد که بایع در واقع دو عمل انجام می‌دهد:

۱. تملیک مطابقی: یعنی بایع مال خود را به مشتری منتقل می‌کند.

۲. تملیک التزامی و بالملازمه: یعنی بایع ملتزم می‌شود که التزام به اینکه آن مال فروخته شده مال مشتری باشد و ثمن مال او باشد، در اختیار او نیست و به طرف مقابل منتقل شده است و در حقیقت بایع و مشتری دو التزام دارند؛ بایع ملتزم است مبیع ملک مشتری بشود و نیز ملتزم است که التزام او برای همیشه

---

۱. بحوث فی علم الأصول (تقریرات شاهرودی)، ج ۵، ص ۴۸۳:

و ثانیاً- بالإمكان إثبات الجواز الحقی بلا ضرر ابتداء، و ذلك باعتبار انه فی قبال اللزوم الحقی الّذی هو عبارة عن تملیک الالتزام. توضیح ذلك: ان البیع بالمطابقة تملیک للمال و بالالتزام یستنبط تملیک هذا الالتزام للطرف الآخر أيضاً كما ملکه المال و هذا هو اللزوم الحقی فی قبال ما إذا لم یملکه التزامه بالملک كما فی موارد شرط الخيار فیبقى الجواز الحقی ثابتاً، و قد یفرض ان الشارع لا یمضی تملیکه للالتزام هذا و لو فی الجملة كما فی خيار المجلس و الحيوان، و فی قبال ذلك الجواز الحکمی و اللزوم الحکمی و هما حکمان شرعیان من دون نظر إلى التزام المتعاملین، فالأول من قبیل جواز الهبة، و الثانی من قبیل لزوم النکاح و لذا لا تصح الإقالة فیہ لكون لزومه حکماً شرعياً لا حقاً وضعه المتعاقدان. فإذا اتضح ذلك قلنا: بان الضرر ینشأ من إمضاء الشارع لتملیک الالتزام الّذی هو اللزوم الحقی فنفيه یكون بنفی إمضائه الّذی یساق الجواز الحقی لا محالة.

و بهذا عرف أيضاً تخریج إرث الخيار الثابت بلا ضرر فانه:

أولاً- یکنفی فیہ مالیه الجواز الناشئة من إمكان إسقاطه و بذل المال بإزائه.

و ثانیاً- انه لو کان یشرط فی موضوع الإرث ان یكون مالاً أو حقاً فقد عرفت إمكان استفادة الجواز الحقی من لا ضرر ابتداء فیورث.

از اختیار او خارج شده و به مشتری منتقل شده است و این دو التزام، به نحو مناسب در طرف مشتری هم وجود دارد. لهذا بیع، لازم است؛ یعنی هم عین از ملک بایع خارج شده است و هم اختیار فسخ بیع از دست بایع خارج شده است و بالجمله بایع در مقابل مشتری دارای دو التزام است:

۱. التزام به اینکه مبیع ملک مشتری باشد.

۲. التزام به اینکه التزام اول در اختیار مشتری و ملک اوست.

حال اگر در معامله ای تملیک دوم از سوی بایع صورت نگیرد و تنها مبیع مثلاً کتاب را به مشتری تملیک کند و برای خودش خیار فسخ قرار دهد، در حقیقت یک تملیک وجود دارد و تملیک دوم وجود ندارد؛ یعنی التزام به اینکه آن مال، مال مشتری باقی باشد همچنان در اختیار بایع است.

بنابراین شهید صدر رحمته الله علیه معتقد است در هر بیعی دو تملیک وجود دارد. آری، در مواردی شارع تملیک دوم یعنی التزام به بیع را امضاء نمی کند و بیع متزلزل باقی می ماند، مانند مواردی که خیار مجلس یا خیار حیوان وجود دارد.

در مقابل نیز مواردی وجود دارد که اصلاً التزام در اختیار موجب نیست بلکه به حکم شارع است؛ مثلاً در هبه وقتی کسی چیزی را به غیر ذی رحم هبه می کند در واقع تملیک التزام وجود ندارد و جواز رجوعی وجود دارد که حکم شارع است و در اختیار واهب نیست. یا در نکاح، شارع حکم به لزوم نکاح کرده است، لهذا اقاله در آن وجود ندارد و کاری به التزام متعاقدين ندارد. بنابراین جواز و لزوم حکمی در مواردی ربطی به التزام متعاقدين ندارد، ولی در مواردی جواز و لزوم حقی وجود دارد که منشأ آن التزام متعاقدين است.

**به عنوان مثال:** اگر بایعی کتاب خودش را نادانسته به قیمت کم به نحو غیر تسامحی به مشتری فروخته باشد دو التزام انجام داده است:

۱. التزام به اینکه این کتاب ملک مشتری است.

۲. التزام به اینکه التزام اولی نیز در اختیار مشتری باشد.

التزام دوم حق بایع و در اختیار او بوده است و به تملیک مشتری در آورده است. در ما نحن فیه از آنجا که معامله ضرری است حقی از بایع به صورت ضرری به مشتری منتقل شده است، پس ضرر حقی ثابت است و لاضرر این التزام دوم را برمی دارد. با برداشتن این ضرر معنایش این است که التزام دوم در اختیار بایع

باقی است و ملک او می‌باشد، لهذا می‌تواند اسقاط کند یا منتقل کند و یا به ارث برده شود و تمام نکته در این بود که التزام دوم چیزی بود که در اختیار او بود و به مشتری منتقل کرده است، ولی شارع با لاضرر این نقل را برداشته است. بنابراین حق مذکور برای بایع باقی می‌ماند، پس با لاضرر جواز حقی ثابت می‌شود.

### **نقد و بررسی فرمایشات شهید صدر رحمته الله در اثبات جواز حقی**

شهید صدر رحمته الله در این راهکار تلاش وافر انجام داده است. هرچند اصل این مطلب در کلمات سید خوئی رحمته الله وجود دارد با این حال باید گفت:

آیا انصافاً در یک بیع دو نقل و انتقال رخ می‌دهد؟! (ولو یکی بالمطابقه و دیگری بالالتزام باشد) به گونه‌ای که بتوان حکم هر یک را جدا کرد؟

آیا تا به حال این معنا به ذهن یک نفر از عرف عقلاء که حتی اهل تدقیق باشد خطور کرده است که در بیع کتاب در مقابل قلم، دو تملیک صورت می‌گیرد؟! چنین معنایی وجود ندارد و بیع از این حیث یک امر بسیط است و قبلاً در تحلیل بیع بیان شد که بایع ملک را از خود افناء می‌کند؛ زیرا ملکیت یعنی وابستگی تمام هویت شیء به مالک خود و مالک این وابستگی را افناء می‌کند و سپس آن رابطه را برای مشتری ایجاد می‌کند و این در کار در نظر عرف و عقلاء یک امر بسیط است و با این انتقال، تمام هویت عین به دیگری وابسته می‌شود، لامحاله بعد از انتقال، هیچ‌کس حتی بایع سابق با آن مال رابطه‌ای ندارد و اگر می‌بینید در جاهایی شارع با عرف رابطه‌ای را باقی گذاشته است امری استثنائی است.

شارع در بعضی موارد رابطه را به نحو حق برای مالک اول نسبت به مبیع قائل شده است، مانند خیار مجلس. ولی در مواردی که شارع این رابطه را قائل نشده است و امضاء نقل نموده است، نهایت چیزی که می‌توان گفت آن است که اگر به طور استمراری این معامله ضرریه باشد استمرار مورد امضاء نیست و به تعبیر دیگر لزوم این عقد برداشته می‌شود و برداشتن لزوم، مساوی اثبات حق نیست و نمی‌توان گفت وقتی تملیک حق با لاضرر برداشته می‌شود آنچه باقی می‌ماند جواز حقی است؛ زیرا علی الغرض دلیل دیگری بر این مطلب وجود ندارد. لهذا این وجه نیز ناتمام است.

### **بیان دیگری در اثبات خیار غبن از طریق تخلف خیار شرط**

فرموده‌اند اگر لاضرر هم نبود می‌توانستیم اثبات خیار غبن نماییم، حتی اگر از طریق دیگر (اجماع) نتوانیم اثبات نماییم؛ زیرا مشکل قضیه‌ی خیار غبن آن است که هیچ روایت خاصه‌ای در اثبات آن وجود ندارد. نقل

شده اسکافی در اثبات خيار غبن مناقشه نموده است<sup>۱</sup>، هرچند خلاف اسکافی نمی تواند به بحث ضربه ای بزند. اما نقل شده است که جناب محقق حلّی رحمته الله نیز در درس خود در اثبات خيار غبن مناقشه کرده اند<sup>۲</sup>، هرچند در کتب خود مانند شرایع مناقشه ای ندارند<sup>۳</sup>، لذا برخی در اثبات خيار غبن دچار تشویش شده اند.

اصل این راه کار برای اثبات خيار غبن به کلمات علامه حلّی برمی گردد<sup>۴</sup> و در سخنان اعظم دیگری مانند محقق نائینی<sup>۵</sup> و سید خویی<sup>۶</sup> و شهید صدر رحمته الله نیز وجود دارد.

---

۱. مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۵، ص ۴۴:

مسألة: النجش: و هو الزيادة لزيادة من واطأه البائع - حرام، لكن لا يبطل البيع بمجرد، نعم يثبت الخيار مع الغبن.

و قال ابن الجنيد: النجش في البيوع يجري مجرى الغش والخديعة و هو يبطلها إذا كان من البائع، فإن كان من الواسطة لزم البيع و لزمه الدرك في الضرر إذا دخله على المشتري.

۲. شهيد اول، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج ۳، ص ۲۷۵:

و ربما قال المحقق في الدرس: بعدم خيار الغبن، و يظهر من كلام ابن الجنيد ...

۳. شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۶:

الرابع خيار الغبن: من اشترى شيئاً و لم يكن من أهل الخبرة و ظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به كان له فسخ العقد إذا شاء و لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاء في الأمة و العتق و لا يثبت به أرش.

۴. تذكرة الفقهاء (ط - الحديث)، ج ۱۱، ص ۶۸:

مسألة ۲۵۲: الغبن سبب ثبوت الخيار للمغبون عند علمائنا و به قال مالك و أحمد لقوله (عليه السلام): «لا ضرر و لا ضرار في الإسلام». و لقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ و معلوم أنّ المغبون لو عرف الحال لم يرض.

✓ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۶، ص ۲۹۰:

و قد استدلت العلامة في التذكرة على ثبوت هذا الخيار بقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ بدعوى ان المعاملة الغبنية ليست تجارة عن تراض إذا علم المغبون بالحال لم يرض بها أصلاً و حيث ان ما كان مفقوداً اعنى التساوى في المالية انما هو وصف من أوصاف المبيع الذي هو قيد له و ليس من الأركان فقد انه لا يوجب البطلان بل يوجب الخيار كما هو واضح.

۵. منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ۲، رساله قاعدة لا ضرر (تقريرات خوانساری)، ص ۲۱۷:

ثمّ إن منشأ ثبوت الخيار للمغبون هو تخلف الشرط الضمني الذي هو عبارة عن اشتراط تساوى المالىين في المالية إلّا بمقدار يسير يتسامح فيه فإذا كان المعاملة غبنية صح الاستدلال على عدم لزومها بأدلة نفي الضرر لأن فقد الشرط الذي اشترط ضمنا ضرر على من له الشرط فإن الضرر عبارة عن نقص ما كان المتضرر واجداً له.

۶. مصباح الأصول (ط - مؤسسه احياء آثار)، ج ۱، ص ۶۲۲:

و المدرك لخيار الغبن هو تخلف الشرط الارتكازي الثابت في المعاملات العقلانية من تساوى العوضين في المالية، فإن البناء الارتكازي من العقلاء ثابت على التحفظ على الهوى و المالية عند تبديل الصور و الشخصيات لأغراض و حوائج تدعوهم إليه، فلو فرض نقصان أحد العوضين عن الآخر في المالية بحيث ينافى و يخالف هذا الشرط الارتكازي، ثبت خيار تخلف الشرط. نعم، النقصان اليسير لا يوجب الخيار، لكونه ثابتاً في غالب المعاملات المتعارفة. و التفصيل موكول إلى محله.

در هر حال مطلب را با ذکر دو مقدمه بیان می‌کنیم.

### بیان مطلب در ضمن دو امر

۱. همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، در هر معامله‌ای مثل بیع، متعاملین شرطی ارتكازی را قبول دارند که آنچه خرید و فروش می‌شود باید از لحاظ قیمت مناسب یکدیگر باشد و نوعاً این چنین است که هیچ‌کس حاضر نیست چیزی را مثلاً به دو برابر قیمت خریداری کند و این شرط ارتكازی در همه‌ی معاملات وجود دارد.

۲. هرگاه شرطی مورد تخلف قرار گیرد (در بیع و امثال آن) آن کسی که شرط به ضرر او مورد تخلف قرار گرفته است اختیار تخلف شرط دارد.

پس شخص مغبون می‌تواند با اعمال اختیار تخلف شرط، معامله را به هم بزند و فسخ کند و اختیار غبن یک اختیار مستقل نیست. نظیر اینکه کسی در معامله‌ای شرط کند که فردا نهار مرا دعوت کنی، حال اگر دعوت صورت گیرد به شرط عمل شده است و إلا تخلف شرط نموده و برای شخص متضرر اختیار می‌آورد ولو اصلاً قاعده‌ی لاضرر در میان نباشد.

بنابراین هر کس قائل شود که شروط ارتكازیه‌ی واضحه به منزله‌ی شروط مذکوره است و تخلف شرط موجب اختیار است، می‌تواند اختیار غبن را به نحو اختیار تخلف شرط اثبات کند.

و جوه دیگری نیز ذکر شده است که در جای خود باید از آنها بحث شود.

مقرر: سید حامد طاهری

ویرایش و استخراج منابع: محمد عبدالهی

---

۱. بحوث فی علم الأصول (تقریرات شاهرودی)، ج ۵، ص ۴۸۴:

الوجه الثانی - تطبیقه علیه بلحاظ الضرر الحقی لأن العقلاء یرون للمغبون حقاً علی فسخ العقد فسلبه عنه ضرر علیه فنطبق القاعدة بهذا الاعتبار فتكون إمضاء لحق الخيار المجمعول عقلاً.

و هذا التخریج یسلم عن أهم المناقشات المتقدمة علی الوجه الأول و ملاک جعل العقلاء لحق الخيار یمكن ان یکون یاحدی صیاعات: الصیاعة الأولى - ان یجعلوا الغبن منشأ لحق الخيار للمغبون ابتداء.

الصیاعة الثانیة - ان یکون هذا الخيار بملاک تخلف الشرط الضمنی، لأن المتعاقدين یشرط کل منهما علی الآخر ضمناً انحفاظ مالیه ماله فی العوضین و عدم غبنه فیه، و العرف یری ان فوات هذا الشرط یکون موجبا لضمانه، و ضمانه یکون بالخيار و حق الفسخ، و قد أشار إلی هذه الصیاعة المحقق العراقی (قده) ...