بسم الله الرحمن الرحیم

یکشنبه 24/08/94

جلسه 1214

بحث راجع به اشکال محقق عراقی بود که فقهاء ولو به حسب ظاهر استدلال کرده اند بر اثبات خیارات به لاضرر و لکن لاضرر با اثبات خیار در معاملات تناسب ندارد، در مثل تبعّض صفقه اصلا ضرر صدق نمی کند، و در مثل خیار غبن ضرر هست بر مغبون ولی لاضرر فقط نفی لزوم می کند از بیع الغبن، این اعم است از اینکه جواز حکمی پیدا کند بیع الغبن مثل جواز هبه یا جواز حقی پیدا کند که نامش خیار است که قابل اسقاط است و قابل ارث است و قابل مصالحه است، لاضرر نمی تواند اثبات کند خصوص جواز حقی را، ولی فقهاء خیار غبن را به عنوان جواز حقی قبول کرده اند، معلوم می شود دلیلشان لاضرر نبوده است.

در جواب گفته شد که لاضرر جواز فسخی را اثبات می کند در بیع الغبن که قابل اسقاط هست، تقریب هایی برای این مطلب بود، از جمله این تقریب که ما در نوشته های گذشته مان بود که دیروز به اشتباه به بحوث نسبت دادیم، که تشبیه جواز فسخ در مورد بیع غبن به سائر خیارات عقلائیه بود، که می گفتیم وقتی که ارتکاز عرف از جواز فسخ در معاملات جواز حقی هست دلیل شرعی هم وقتی بگوید یجوز الفسخ عرف به حسب آن ارتکازش جواز حقی می فهمد، و بعد اشکال کردیم به این مطلبی که خودمان در گذشته گفته بودیم، گفتیم این مطلب درست نیست چون دلیل جواز فسخ دلیل خاص نیست تا عرف استظهار کند که این هم بر وزان خیارات عقلائیه است، بلکه دلیل لاضرر است که یک دلیل عام است و هیچ ظهوری در اینکه جواز فسخ جوازی است که حقی است ندارد.

و لکن تقریب های دیگری بود برای اثبات اینکه جواز فسخی که با لاضرر اثبات می شود قابل اسقاط است، وقتی قابل اسقاط بود پس مالیت هم پیدا می کند، چون من علیه لخیار غرض عقلائی پیدا می کند که بذل مال بکند تا مغبون اعمال فسخ نکند و راضی بشود به بیع الغبن، وقتی شد مال در بحوث گفته اند قابل ارث هم هست، چون ما ترکه المیت من مال فلوارثه.

ما اشکال کردیم، گفتیم درست است که خیار غبن مال می شود اما ما ترک بودنش اول الکلام است، در اعیانی که ملک میت هست صدق عرفی ما ترک واضح است چون عین مال باقی می ماند، ولی در حق اگر آن حق متقوم باشد به میت عرفا با موت این میت از بین می رود و دیگر ما ترکه المیت صادق نیست، ما در هیچ تعبیری نداریم که حق المیت ینتقل الی وارثه، آنچه که داریم همین است که ما ترکه المیت فلوارثه.

ولذا آقای خوئی در بحث ارث الخیار در مصباح الفقاهة فرموده اند اگر ما دلیلی مثل اجماع و تسالم بر ارث الخیار نداشتیم به عمومات ارث نمی توانستیم تمسک کنیم برای اثبات ارث الخیار، چون شبهه مصداقیه ما ترکه المیت هست.

دلیل اجماع هم که ایشان فرموده ممکن است کسی در آن مناقشه کند که در مثل خیار غبن این اجماع ثابت نیست، چون آنی که متضرر است میت است نه ورثه او، او بود که مال باخته بود، خانه ای را که پنجاه میلیون می ارزید خرید به صد میلیون، خوب خیار غبن داشت چون متضرر بود، ولی اگر متوجه نشد تا فوت کرد خوب ورثه او ضرری نکرده اند، اگر صد میلیون پدرشان رفت بجایش خانه پنجاه میلیونی ملک پدرشان شد می شود قلت نفع نه ضرر.

مرحوم آقای خوئی فرموده اند که می شود ما از یک راه اثبات کنیم که خیار غبن برای ورثه مغبون هم ثابت است، آن راه این است که در بعض روایات وصیت آمده است که وصیت به بیش از ثلث جائز نیست یعنی نافذ نیست چون اضرار به ورثه است با اینکه این هم عدم النفع است نه اضرار، همینکه تعبیر شد اضرار می فهمیم که وارث را وجود تنزیلی مورّث قرار داده اند، کانه وارث حقش هست این مال که از مورّث برای او به ارث می رسد که اگر به او نرسد ضرر است، پس ورثه مغبون هم صحیح است بگوئیم متضرر هستند و لاضرر شامل آنها هم می شود.

 **اقول:** این فرمایش به نظر ما ناتمام است، چون اینکه ایشان فرمود که در روایت آمده که وصیت به بیش از ثلث نافذ نیست چون اضرار به ورثه است صحیحه هشام و حماد و حفص عن ابی عبدالله علیه السلام است: من اوصی بالثلث فقد اضر بالورثة، نه من اوصی بازید من الثلث که آقای خوئی نقل کرد، من اوصی بالثلث فقد اضر بالورثة، حالا از من اوصی بالثلث فقد اضر بالورثه کراهت وصیت به ثلث استفاده می شود و الا ثلث حق میت است، این زیان زدن در فرض استیعاب وصیت به ثلث قطعا زیان زدن مسامحی است برای بیان کراهت استیعاب وصیت نسبت به ثلث، یک بیان مسامحی است، و الا اضرار حقیقی نیست لاوجدانا و لاتعبدا، چون حق میت است وصیت به تمام ثلث، یک بیان کنائی است که شما که از تمام حقت استفاده می کنی و وصیت می کنی به تمام ثلث این زیان بر ورثه است، در حالی که وجدانا و تعبدا زیان نیست، وجدانا که قطعا ضرر نیست، می ماند اضرار تعبدی، خوب این هم شارع بگوید هذا اضرار تعبدا به لحاظ احکام اضرار که یکی از آنها حرمت است اینکه محتمل نیست.

برفرض ما دلیل داشته باشیم که وصیت به بیشتر از ثلث اضرار به ورثه است، خوب اشکال ندارد وصیت به بیشتر از ثلث تضییع حق ورثه است، اگر دلیل داشتیم وصیت به بیشتر از ثلث اضرار به ورثه است ملتزم می شدیم می گفتیم تضییع حق ورثه کرده، چون میت به بیشتر از ثلث حق ندارد وصیت کند، شارع حق قرار داده برای ورثه که اذا قال بعد وفاتی فلیس له الا الثلث حقی ندارد میت به بیشتر از ثلث، اگر وصیت بکند که منشأ تضییع حق ورثه بشود خوب مسلم اضرار به ورثه است، اما وصیت به تمام ثلث او اضرار مسامحی است فوقش منشأ حکم کراهتی می شود، ربطی ندارد به بحث تنزیل الوارث منزلة المورّث فی الغبن، این را ما از کجا استفاده کنیم.

ممکن است در حل این مشکل بگوئیم که ارتکاز عقلاء حقوق میت را قابل ارث می دانند، ارتکاز عقلاء حق میت را ما ترک میت می دانند و به ارتکاز عقلاء قابل ارث است مگر مواردی که لحاظ بشود تقیید لحاظی بشود حصر این حق در خود میت، اگر تقیید لحاظی بشود حصر یک حق در میت مثل شرط الخیار برای شخص ثالث، یا شرط در عقد صلح که متصالح مادام الحیاة حق فسخ دارد که تقیید لحاظی شد که مادام الحیاة متصالح حق الفسخ دارد، در اینجائی که تقیید لحاظی می شود و حصر حق بر میت لحاظ می شود بله اینجا ما ترک صدق نمی کند، اما در جائی که حصر حق بر میت لحاظ نشود بعید نیست در ارتکاز عقلاء وارث قائم مقام مورّث بشود در جمیع حقوق.

و ممکن هم هست کسی بگوید عرفا در موارد غبن هم اگر خیار به ورثه منتقل نشود عرفا ورثه هم متضرر شده اند، چون ما معتقدیم که گاهی عدم النفع مصداق ضرر است، و آن در جائی است که مقتضی قریب به فعل برای نفع محقق بشود یک شخصی مانع بشود از فعلیت نفع، اگر کسی یک نانوائی داشت در محل شما به طور طبیعی نانش را می پخت و می فروخت و زندگیش را تأمین می گرد اگر یک نانوای دیگر بیاید در مقابل مغازه او نانوائی بزند و بازار آن نانوای اول را کساد کند هر عرفی می گوید این نانوای دوم به نانوای اول ضرر زد، نمی خواهم بگویم هر اضراری حرام است، عرضه و تقاضا و بازار رقابت در تجارت این طبق سیره عقلائیه بی اشکال هست، اما عرفا می گویند اضرَّ به، پس اینطور نیست که هر عدم النفعی ضرر بر او صادق نباشد، بلکه جائی که مقتضی قریب به فعل داریم برای نفع و مانع از نفع ایجاد شد عرفا می گویند ضرر کرد مثل همین مثال نانوا، ولذا بعید نیست این ورثه مغبون هم اگر نتوانند اعمال خیار بکنند می گویند ما ضرر کردیم پدرمان صد میلیون داشت اشتباه کرد رفت خانه پنجاه میلیونی خرید تا می خواست متوجه بشود یا همان لحظه ای که متوجه شد سکته کرد و مرد، ولذا ما متضرر شدیم، این خالی از وجه نیست.

ولی عمده تکیه ما به همان ارتکاز عقلائی است در صدق ما ترک بر حقوقی که تقیید لحاظی نشود حصرش بر میت، مثل شرط الخیار للشخص الثالث که البته ممکن است اصلا در این مثال مناقشه بشود، چون شرط الخیار للثالث حق آن ثالث نیست بلکه حق شرط کننده است، من اگر در ضمن عقد بیع شرط بکنم که پدرم خیار فسخ داشته باشد این حق من است نه حق آن ذوالخیار، او مشروط له است، حق شرط برای شارط هست، اما آن مثال دوم که زدیم شرط المتصالح که متصالح در عقد صلح شرط می کند خیار مادام الحیاة را او مثال خوبی است، یا مثال حق القسم، زنی حق القسم دارد چون شوهرش تجدید فراش کرده دو تا زن دارد، کسی که دو تا زن دارد هر کدام از این زنهایش حق القسم دارند از هر چهار شب یک شب برای این است و یک شب برای آن دیگری، حال یکی از این زنها مرد، فرزند این متوفاة بگوید حق القسمش به من منتقل شد من نمی گذارم که در این شب این شوهر این متوفاة برود با زن دومش باشد مگر اینکه بیاید یک پولی بدهد تا من حق القسمش را ببخشم، این عرفی نیست، چون حق القسم لحاظ شده برای خصوص زوجه، منتقل نمی شود به ورثه زوجه که بخواهند از شوهر آن زن مطالبه مالی بکنند تا راضی بشوند به اسقاط حق القسم مادرشان مثلا.

{سؤال؟ جواب: موارد بیع مهاباتی یا هبه شخص در زمان حیاتش اگر قبل از مرض متصل به موت باشد که مسلم نافذ هست حتی در تمام مالش، این بحث ندارد، ولی اگر صدق عرفی را حساب کنید آنجا هم عرفا ضرر صدق می کند، پدری قبل از فوتش تمام اموالش را ببخشد به شخصی، ورثه عرفا می توانند بگویند این پدر ما به ما ضرر زد این عرفی است، حالا این اضرار حلال است بحث دیگری است ولی اضرار بعید نیست صدق کند}.

پس ارث خیار الغبن بعید نیست که مشمول عمومات ارث باشد، چون ارتکاز عقلاء وقتی گفت این قابل ارث است می شود مصداق ما ترک، وقتی مصداق ما ترک شد به حسب ارتکاز عرفی عمومات ما ترکه المیت فلوارثه شاملش می شود.

اما اصل اثبات خیار غبن با تمسک به قاعده لاضرر:

راه هایی هست برای اثبات خیار غبن توسط قاعده لاضرر، که راه متعارفش تطبیق لاضرر هست بر ضرر مالی مغبون.

ایرادهایی گرفته شده به تمسک به لاضرر بر اثبات خیار غبن به ملاک ضرر مالی مغبون:

**ایراد اول:** ایرای است که آقای خوئی هم پذیرفته است، گفته اند ضرر نقص مالی است، نقص مالی با صحت بیع الغبن حاصل شد نه با لزوم آن، بله لزوم بیع الغبن مانع از جبران و تدارک نقص مالی است، اما آنی که سبب تحقق نقص مالی بود حکم شارع بود به امضاء بیع الغبن، همینکه بیع الغبن امضاء شد صد میلیون این مغبون تبدیل شد به یک خانه پنجاه میلیونی، پنجاه میلیون ضرر کرد، لاضرر اگر بخواهد جاری بشود باید صحت بیع الغبن را بردارد، و این هم خلاف تسالم اصحاب است، پس نمی شود بیائید لاضرر را برای نفی لزوم پیاده کنید با اینکه لزوم تأثیری در حدوث ضرر ندارد.

جواب هایی از این ایراد داده شده است:

**جواب اول از سید یزدی است در حاشیه مکاسب:** ایشان فرموده ما دو تا حکم مترتب داریم یکی صحت بیع الغبن دیگری لزوم آن، لزوم بیع الغبن متأخر هست طبعا از صحت بیع الغبن، و وقتی که ضرر با نفی لزوم قابل رفع باشد که شارع اگر بگوید بیع الغبن لازم نیست ضرر رفع بشود همین ضرر حادث رفع بشود وجهی ندارد که لاضرر بیاید حکم متقدم را رفع کند، اطلاق دلیل حکم متقدم را می گیرد تا می رسد به این حکم متأخر، این حکم متأخر اثباتش می شود تثبیت ضرر، لاضرر این حکم متأخر را که برداشت ضرر رفع می شود دیگر.

**محقق اصفهانی فرموده:** این مطلب درست نیست، اشکال این است که اصلا لاضرر نفی حدوث ضرر می کند، و حدوث ضرر در بیع الغبن با حکم به صحت بود نه با حکم به لزوم، اصلا لزوم مشمول لاضرر نیست، آنوقت شما می فرمائید که وقتی لاضرر لزوم را برداشت وجهی ندارد که صحت را بردارد! اصلا لزوم مشمول لاضرر نیست، چون لزوم منشأ حدوث ضرر نبود بلکه صحت بیع بود که منشأ حدوث ضرر بود.

**جواب دوم از محقق اصفهانی:** خود محقق اصفهانی اینجور جواب داده است، فرموده به نظر ما بعد از اینکه لاضرر نمی تواند صحت بیع الغبن را بردارد وجهی ندارد بگوئیم لزوم را نمی تواند بردارد، بقاء الضرر ضررٌ، چرا می گوئید فقط لاضرر حدوث ضرر را نفی می کند و الا بقاء ضرر را نفی نمی کند، چرا؟ لاضرر شامل ضرر می شود هم ضرر حدوثی را می خواهد رفع کند و هم ضرر بقائی را می خواهد رفع کند، چون ضرر هم بر بقاء ضرر صادق است و هم بر حدوث ضرر، لازم نیست که ضرر آخری باشد، بقاء الضرر ضررٌ لازم نیست که بقاء الضرر ضررٌ آخر باشد، حالا لاضرر نمی تواند حدوث ضرر را در بیع الغبن رفع کند، چون رفع حدوث ضرر به این است که بگوید این بیع الغبن صحیح نیست و این خلاف تسالم اصحاب است و خلاف امتنان بر مغبون هم هست، چون اگر بیع الغبن باطل باشد چه بسا این مغبون مایل بود و مصلحتش را در این می دید که راضی بشود به بیع الغبن، بالاخره درست است که مغبون شده اما در مجموع می چربد که راضی بشود به این بیع الغبن، در حالی که اگر نفی صحت بکنند دیگر مغبون اختیار از دستش می رود و بیع می شود باطل، پس لاضرر نفی صحت بیع الغبن نمی تواند بکند چون خلاف تسالم است و خلاف امتنان بر مغبون، اما نفی بقاء ضرر چرا نتواند بکند، با حکم به لزوم ضرر ابقاء می شود ضرر بر مغبون، خوب لاضرر بقاء ضرر را هم شامل می شود و وجهی ندارد بگوئیم بقاء ضرر را شامل نمی شود.

{سؤال؟ جواب: سید یزدی گفت اگر اینطور بود که ما دو تا حکم مترتب بر هم داشتیم اطلاق دلیل حکم متقدم بلامانع است و لاضرر متعین است که حکم متأخر را بردارد، اما این را حساب نکرد که مستشکل می گفت اصلا حکم متأخر که لزوم بیع الغبن است مصداق لاضرر نیست، لاضرر حدوث ضرر را بر می دارد که با صحت بیع حاصل شده است، محقق اصفهانی نقطه ضعف اشکال را پیدا کرد، گفت کی می گوید لاضرر فقط حدوث ضرر را رفع می کند و بقاء الضرر مصداق لاضرر نیست، کی این را گفته، نگفت لا حدوث للضرر بلکه گفت لاضرر که هم شامل حدوث ضرر می شود و هم شامل بقاء ضرر، حالا اگر حدوث ضرر مشکل داشت و بخاطر تسالم اصحاب و مانند آن نشد مشمول لاضرر بشود چرا لاضرر بقاء ضرر را رفع نکند؟}.

 **اقول:** به نظر ما حق این بود که محقق اصفهانی اینجور بیان می کرد، می گفت **اولا:** صحت متزلزله اصلا ضرر نیست، اگر بیایند به این مغبون بگویند بیع الغبن صحیح علی وجه الجواز لا علی وجه اللزوم، کی این مغبون می گفت من از این حکم متضرر شدم؟ چون می گویند آقا تحت اختیار خودت هست دوست نداری بگو فسخت تمام می شود، نفوذ بیع الغبن به نحو متزلزل که مغبون بتواند آن را فسخ کند کی عرف این را حکم ضرری می بیند، اصلا با صحت متزلزلۀ بیع الغبن ضرر صادق نیست، ضرر به این است که حکم بشود به صحت بیع به نحو لازم و غیر متزلزل.

{سؤال و جواب: اگر مغبون جاهل بماند و ورثه اش هم جاهل بمانند آنوقت اصلا نمی شود ضرر را از این مغبون برداشت، لاضرر ضرری را بر می دارد که قابل رفع باشد}.

پس صحت علی وجه التزلزل در مورد مغبونی که عالم می شود به غبن بگویند بیع الغبن صحیحٌ متزلزل و امره بیدک و تحت اختیارک ان شئت فافسخ دوست داری فسخ کن این حکم حکم ضرری نیست به نظر عرف، چون اختیار این بیع الغبن به دست مغبون است از حیث بقاء و عدم بقاء.

پس صحت علی وجه التزلزل حداقل در مورد مغبونی که عالم به غبن باشد، بلکه مغبون جاهل به غبن هم همین است اگر بگویند صحیح متزلزل امره بیدک و تحت اختیارک این حکم ضرری نیست به نظر عرف.

**ثانیا:** برفرض حکم به صحت منشأ حدوث ضرر بشود اما لزوم بیع هم منشأ شدت ضرر است نه منشأ بقاء آن فقط، اگر شارع بیاید بگوید بیع الغبن جائز است این ضررش اخف است اگر ضرر باشد، حداقل برای جاهل به غبن شما اگر ادعا کنید ضرر است ضررش اخف است از اینکه شارع بگوید بیع الغبن لازم است، از لحاظ کیفی ضرری که ناشی است از حکم به لزوم بیع الغبن اشد است و اعمق است از ضرر ناشی از حکم به صحت متزلزله بیع الغبن، لاضرر اگر بقاء ضرر را هم شامل نشود اما شدت ضرر را که شامل می شود و نفی می کند حکمی را که منشأ شدت ضرر است.

این را برای این عرض می کنم که با این دو جواب ما که یکی این بود که صحت بیع الغبن به نحو متزلزل عرفا حکم ضرری نیست چون امرش به ید مغبون است و در اختیار اوست لذا عرف این را حکم ضرری نمی بیند، مخصوصا اگر بگوئیم ضرر آنی است که موجب سوء حال و ضیق نفس می شود، مغبون می گوید در اختیار خودم گذاشته اند چه سوء حالی و چه ضیق نفسی، ثانیا برفرض حکم به صحت منشأ حدوث ضرر بشود اما حکم به لزوم منشأ شدت ضرر است، این را برای این عرض کردم که دیگر کسی اشکال نکند که ظاهر لاضرر نفی حدوث ضرر است و اصلا لاضرر بقاء ضرر را شامل نمی شود، تشبیه کند بگوید آقا دیروز من پولم گم شد هنوز هم پیدا نشده هیچ عرفی نمی گوید هذا یتضرر فی کل آنٍ آنٍ، بلکه همان لحظه ای که گم شد ضرر کرد این شخص دیگر بقاء او ضرر نیست، این الآن می شود مثل آدم بی پول، اگر این حرف را هم قبول کنیم که بعدا بحث می کنیم که ضرر مالی عبارت است از آن لحظه حدوث نقص مالی، بعد از او این شخص می شود مثل یک شخص بی پول اینجور نیست که آنا فآنا ضرر صادق باشد، اگر این را هم بگوئیم و بقاء نقص مالی را استمرار ضرر عرفا ندانیم و یا لاضرر را بگوئیم شامل استمرار ضرر نمی شود و فقط شامل حدوث ضرر می شود، اما بیان ما این است که یا اصلا حدوث ضرر با حکم به لزوم بیع الغبن شده و یا لااقل شدت ضرر با این حکم به لزوم بیع الغبن می شود، و لاضرر می تواند حکم به لزوم را بردارد، بقیة الکلام انشاء الله فردا.