جلسه اول ـ معاملات مستحدثه ـ 28/6/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### عنوان دوم : شروط غيرمنصفانه

بحث در قواعد عامۀ معاملات منتهی به جهت دوازدهم از جهات بحث در اکراه شد که مربوط به تطبیق مانعیت اکراه بر بعضی از عقود مستحدثه بود. تطبیق اول یعنی تطبیق مانعیت اکراه بر عقود الاذعان در سال گذشته بیان شد.

تطبیق دوم شروط غیر منصفانۀ در قرار دادها است که بحث از آن باقی مانده است.

برای اینکه معلوم شود که موضوع بحث و مورد کلام کجا هست قبل از وارد شدن در اصل بحث و بیان حکم أخذ شروط غیر منصفانه در قرار دادها ، ابتداء بعنوان مقدمه توضیحی برای محل بحث بیان میشود.

همانطور که در جلسات سالهای قبل بیان شد بنابر این بود که بحث در عقود مالیۀ مستحدثه در سه مرحله انجام بشود :

مرحلۀ اول بیان منهج دراست و روش تحقیق و شیوۀ استنباط در مسائل مستحدثه بود که در همان جلسات اولِ این مباحث توضیح آن بیان شد و در تقریرات بحث هم موجود است.

مرحلۀ دوم بیان قواعد عامۀ معاملات است که بر معاملات مالیۀ مستحدثه هم حاکم هستند.

مرحلۀ سوم بحث هم بررسی عناوین خاص معاملات مستحدث است که ممکن است این عناوین خاصه تحت یک عنوان عامّی مانند معاملات بانکی و یا معاملات بازار بورس مندرج شوند و یا اینکه مندرج تحت این عناوین نباشند بلکه خودشان یک عنوان مستقلی باشند مانند قراردادهای آتی و یا عقود الاختیار.

در مرحلۀ دوم از بحث که بیان قواعد عامۀ معاملات است بعد از بیان و بحث از چهار امر بعنوان مقدمه ـ که عبارت بودند از : ملک ، مال ، حق و عقد ـ بنا بر این شد که مطالب اصلیِ این مرحله ـ یعنی مرحلۀ بیان قواعد حاکم بر معاملات ـ در چهار فصل مطرح بشوند :

فصل اول مربوط به بررسی مقتضای دلیل اجتهادی و اصل عملی در قراردادها بود ، از جهت شک در صحت و فساد و یا شک در لزوم و جواز قراردادها. که این فصل در سالهای گذشته مورد بحث قرار گرفته است.

فصل دوم مربوط به بیان مقومات و ارکان و شرائط معتبر در عقود و قرار دادها بود.

فصل سوم هم مربوط به اسباب انحلال و فسخ قراردادها است.

فصل چهارم هم مربوط به احکام مقبوض به عقد فاسد است به این بیان که اگر معامله فاسد شد ، حکم وضعی و حکم تکلیفیِ این مقبوض به عقد فاسد چیست؟

در فصل دوم که مربوط به بیان مقومات و ارکان عقد بود گفته شد که : پنج امر بعنوان مقومات عقد قابل التزام است که عبارتند از : اراده و قصد ، ابراز اراده و صیغۀ تعاقد ، متعاقدین و دو طرف عقد ، عوضین و مورد عقد و در نهایت هم مضمون و موضوع عقد.

در جلسات گذشته مطالب مربوط به مقوم اول و دوم ـ یعنی اراده و قصد و ابراز اراده و صیغۀ عقد ـ بیان شد. نسبت به مقوم سوم که شروط متعاقدین بود بنابر این شد که از سه امر بحث بشود :

امر اول اهلیت متعاقدین در اجراء عقد بلحاظ خصوصیات واقعیه ای که در متعاقدین ملاحظه میشود ، بود مانند بلوغ ، رشد و ...

امر دوم شرطیت مالک بودن متعاقدین نسبت به مورد عقد بود.

امر سوم هم شرطیت اختیار متعاقدین و یا مانعیت اکراه از صحت عقد بود.

بحث ما در مرحلۀ سوم ـ یعنی شرائط متعاقدین ـ به امر سوم ـ یعنی شرطیت اختیار و یا مانعیت اکراه ـ رسیده بود و بیان شد که در این امر سوم مجموعاً دوازده جهت جای بحث دارد که ما از یازده جهت آن در سال گذشته بحث کردیم و به جهت دوازدهم از بحث رسیدیم که مورد بحث در آن تطبیق مانعیت اکراه بر بعضی از معاملات مستحدثه بود.

بنابر این شد که ما در این جهت دوازدهم از دو تطبیق بحث بکنیم : تطبیق اول : عقود الاذعان و قراردادهای الحاقی و یا انضمامی بود که بحث از آن هم در جلسات سال گذشته بیان شد.

اما تطبیق دوم عبارت بود از شروط غیر منصفانه ای که در قرار دادها مندرج میشود که تعبیر عربی آن هم « الشروط التعسفیه » است.

موضوع بحث و مورد کلام در این تطبیق دوم این است که : آیا شروط غیر منصفانه ای که در قرار دادها مندرج میشود مانند مابقی شروط لزوم وفاء دارند و با استناد به ادله ای مانند « المومنون عند شروطهم » نافذ و لازم الرعایه هستند و یا اینکه این شروط لزوم رعایت ندارند و نافذ نیستند بلکه ملغی حساب میشوند و یا اینکه نه تنها لزوم رعایت ندارند بلکه حتی موجب بطلان اصل قرار داد میشوند ؟

در این محل بحث بنا بر این است که در سه مقام بحث بشود :

مقام اول مربوط به مفهوم ، مقومات و مؤلفه های شروط غیر منصفانه است یعنی شاخص ها و نشانه های شروط غیر منصفانه چه چیزی است؟ بعبارت دیگر مقام اول تعیین محل نزاع است که مورد نزاع در نفوذ و عدم نفوذ ، چه شرطی است؟

مقام دوم از بحث مربوط به حکم شروط غیر منصفانه است که آیا این شروط غیر منصفانه مانند مابقی شروط مندرج تحت قراردادها نافذ و لازم الرعایه هستند مطلقا و یا اینکه مطلقا نافذ نیستند و ملغی حساب میشوند بلکه حتی ممکن است که موجب بطلان عقد مشتمل بر اینچنین شرطی بشوند و یا اینکه در این مواردی که شرط غیر منصفانه در قرارداد واقع شده است قانون و یا محاکم حق تعدیل این شروط غیر منصفانه را دارند و میبایست این شروط را به حدّی برسانند که شرط منصفانه حساب شوند. یعنی این شروط غیرمنصفانه الغاء کلی نمیشوند ولی تعدیل میشوند.

مقام سوم هم تطبیقات و فروع شرط غیر منصفانه است به این بیان که چه مواردی است که به عنوان شرط غیر منصفانه محسوب میشوند و حکمی که در مرحلۀ دوم بدست آوردیم بر آن مترتب میشود.

##### **مقام اول : مفهوم شروط غيرمنصفانه ،مؤلفه های آن وتعيين محل نزاع**

اما مقام اول که بیان مفهوم شرط غیر منصفانه است ؛ توضیح اجمالی « شرط غیر منصفانه » این است که : شرط غیر منصفانه شرطی است که یکی از دو طرف معامله با اتکاء بر تفوق و برتری ای که نسبت به طرف آخرِ معامله دارد و از موضع بالاتری برخوردار است آنرا ـ یعنی آن شرط را ـ به طرف مقابل تحمیل میکند و آن طرف آخر ناچار است که معامله را با این شرط قبول بکند. به این معنا که هرچند در اصل انجام قرارداد دو طرف مختار هستند و هریک میتواند تصمیم بگیرد که این قرارداد را انجام بدهد یا نه ، ولی یکی از دو طرف قرار داد بخاطر قدرت برتری که دارد و یا بخاطر انحصاری که نسبت به مورد معامله دارد شرطی را در قرارداد مندرج میکند که این شرط غیر منصفانه و برخلاف انصاف و وجدان است. و طرف آخر هم از آنجا که به مورد عقد احتیاج مبرم دارد و جای دیگری هم وجود ندارد که این نیاز او را برطرف بکند لذا عقد را به ناچار با شرط غیر منصفانه اش قبول میکند. این تعریف اجمالی « شرط غیر منصفانه » است.

این مطلب و نظریه که شرط غیر منصفانه برخلاف مابقیِ شروط مندرج تحت قراردادها لزوم رعایت ندارد و میبایست از مابقی شروط جدا شود ابتداء در قرن هفدهم میلادی در بعضی از کشورها مانند دادگاههای انگلستان مطرح شده است و بعداً در قوانین کشورهای دیگر هم مطرح شده است. پس ابتداء این مطلب در حقوق انگلستان مطرح شده است که قواعد حقوقی و قضائیِ آنها بر اساس حقوق کامن لا است مطرح شده است و بعد از آن این مطلب در قوانین مدنیِ کشورهای دیگر اروپایی و حتی اسلامی ـ مانند مصر و عراق ـ هم وارد شده است.

قبل از ادامه بحث ابتداء توضیحی نسبت به تعبیری که در مورد حقوق انگلستان بیان شد و گفته شد که نظام حقوقیِ آنها بر اساس حقوق کامن لا است بیان میکنیم و تفاوت آن را با سیستم قضائیِ کشورهای دیگر که از حقوق رومی ژرمنی تبعيت می کنند توضیح میدهیم و بعد به ادامه بحث میپردازیم.

سیستم حقوقی و قضایی که در کشورهای مختلف حاکم است به دو قسم تقسیم میشود :

در بعضی از کشورها سیستم حقوقی و قضائیِ حاکم « حقوق کامن لا » است و در بعضی دیگر از کشورها سیستم حقوقی و قضائیِ حاکم « حقوق رومی و ژرمنی » است.

کشورهایی مانند انگلیس ، آمریکا ، استرالیا و ایرلند کشورهایی هستند که حقوق آنها حقوق کامن لا هستند ولی کشورهای دیگر از جمله کشورهای اسلامی از این سیستم قضائی و حقوقی پیروی نمیکنند بلکه از حقوق رومی و ژرمنی پیروی میکنند.

فرق بین این دو قسم از حقوق و سیستم قضائی هم این است که : در سیستم قضائی و حقوقیِ کامن لا ، اینگونه نیست که یک قانون مدوّن شده ای از قبل وجود داشته باشد و قضات موظف باشند که طبق آن حکم کنند بلکه در این سیستم قضائی قانون از رأی دادگاه ها بدست می آید. به این بیان که در دادگاه ها و پرونده ها قضات به یک احکامی میرسند و احکامی صادر میکنند و بعداً از این احکام بعنوان منبع قانونی در پرونده های دیگر هم استفاده میشود و در واقع مشابه سازی میشود.

ولی در سیستم قضائی و حقوقیِ رومی و ژرمنی حکم قضایی میبایست بر اساس قانون مدنیِ نوشته شده باشد و آن قانون است که اصل است ـ که از مصادر خاص أخذ شده است ـ نه اینکه نظرات و احکام قضات اصل باشد.

حال باتوجه به این مطلب گفته میشود که این نظریۀ شروط غیر منصفانه ابتداء در حقوق انگلستان که از سیستم قضایی « کامن لا » پیروی میکند مطرح شده است و بعد از آن در حقوق اتحادیه اروپا و آمریکا وارد شده است و بعد از آن هم به حقوق کشورهای دیگر سرایت کرده است و گفته شده است که : این شروط غیر منصفانه ملغی و بی اثر هستند و میبایست به قرارداد بدون در نظر گرفتن این شرط غیر منصفانه عمل بشود. و در حقوق بعضی دیگر از کشورها هم ذکر شده است که محاکم و داد گاه ها حقّ تعدیل این شروط را دارند.

در کلمات برای این شروط غیر منصفانه سه مثال ذکر کرده اند :

مثال اول این است که گفته اند : شخصی در فصل زمستان بدنبال خانه است و موجر به او میگوید که : من خانه را به تو اجاره میدهم به این شرط که برای سال های آینده بتوانم به هر میزانی که میخواهم مبلغ اجاره را اضافه بکنم. این شرط از جمله شروط غیر منصفانه است.

مثال دوم این است که گفته اند : پیرمرد هفتاد سالۀ مهاجری که به کشور دیگری که پسرش در آنجا زندگی میکند میرود و با زبان آن کشور آشنا نیست و اطلاعی از قوانین آنها ندارد و با این حال قراردادی را با بانک امضاء می کند و بر اساس آن تمام تعهدات فرزندش را تضمين ميکند و پس از آن متوجه میشود که تعهدات و بدهی های فرزندش آنقدر زياد است که ناگزيراست تنها سرپناه خود را به بانک بدهد.

مثال سوم هم این است که گفته اند : در این قراردادهایی که بعنوان اجارۀ به شرط تملیک تنظیم میشود شرط بشود که اگر حتی یک قسط به تأخیر افتاد مالک بتواند از تملیک خانه امتناع بکند.

اینها مثالهایی است که برای شرط غیر منصفانه ذکر کرده اند.

حال مورد بحث این است که : ما زمانیکه به این عقود مشتمل بر شرط غیر منصفانه نگاه کنیم میبینیم که اینها واجد تمام شرائط صحت عقد هستند مثلاً هر دو طرف عاقل و بالغ و مختار هستند و هیچگونه غرر و اکراه و تدلیسی هم در کار نیست ولی شرطی دارد که با ملاحظۀ آن شرط این عقد به دور از انصاف است ، آیا در این موارد میتوان بلحاظ قانونی حکم به بطلان و فساد این شرط کرد و آن را کنار گذاشت یا اینکه در این موارد قانون و دادگاه میتواند این قرار داد را تعدیل بکند وشرط را از حالت غیر منصفانه اش خارج بکند و یا اینکه میتواند بخاطر این شرط اصل عقد را بکلی ملغی بکند یا نه؟

پس مورد بحث و محل نزاع این است که : اگرخود عقد دارای شرائط صحت باشد و بحسب ذاتش مشکلی نداشته باشد ولی دارای شرط غیرمنصفانه ای باشد ، حکم این شرطِ غیر منصفانه چیست؟ آیا این شروط ملغی و کأن لم یکن حساب میشوند ؟ یا اینکه تعدیل میشوند بگونه ای که منصفانه باشند؟ و یا اینکه این شروط مانند مابقی شروط نافذ هستند و بحسب قاعدۀ عام حکم به نفوذ این عقد میشود؟ این محل و مورد نزاع است .

حال برای اینکه معلوم بشود که چه شرطی غیر منصفانه و داخل محل نزاع است ابتداء میبایست مؤلفه ها و مقومات شروط غیر منصفانه را بیان بکنیم و ببینیم که شرط غیر منصفانه چه چیزی است؟

بحسب آنچه که در حقوق کشورهای مختلف وارد شده است برای شرط غیر منصفانه خصوصیاتی بیان شده است. مثلاً بر اساس دستور العمل شمارۀ (13/93 ) شورای اتحادیۀ اروپا که در پنج آوریل سال 1993 میلادی در مورد شروط غیر منصفانۀ در قراردادها تنظیم شده ، ودر مقايسه با حقوق کشورهايی که از حقوق کامن لا تبعيت ميکنند از جامعيت بيشتری برخوردار است در مادّۀ سه آن دستور العمل غیر منصفانه بودن شروط با این ممیزات و مؤلفه ها بیان شده است و گفته اند که : شرط غیر منصفانه شرطی است که بطور مشخص مورد مذاکرۀ دو طرف قرار نگرفته است و با حسن نیت در قراردادها نيز مخالفت دارد و منجر به عدم تعادل جدّی بین حقوق و تعهدات ناشیِ از قراردادها میشود. و یا اینکه بحسب بعضی از تعبیرات « موجب عدم تعادل بین عوضین » میشود و به ضرر مصرف کننده ميباشد . و اگر در مجموع به عوضین نگاه بشود یک امر غیر متعادلی دیده میشود که شخص منصف و با وجدان حاضر به پذیرش او نمیشود. در آن دستور العمل برای شروط غیر منصفانه این خصوصیات بیان شده است.

از این عبارت و امثال آن از عبارات دیگری که در قوانین مدنی کشورهای دیگر برای شروط غیر منصفانه بیان شده است چهار مؤلفه و شاخص برای شرط غیر منصفانه بدست می آید :

###### **مؤلفه اول شروط غيرمنصفانه**

مؤلفه و مقوم اول این است که : این شرط مورد مذاکره واقع نشده است بلکه یکطرف که قوی در معامله است بدون توافق با دیگری شرط را در قرار داد گنجانده است و به دیگری اجازۀ مذاکره و تعدیل آن را نمیدهد و میگوید که یا معامله را با این شرط قبول میکنی و یا اینکه معامله ای در کار نیست.

###### **مؤلفه دوم شروط غيرمنصفانه**

مقوم و شاخص دوم که از این عبارات وامثال آن استفاده میشود این است که : این شرط میبایست منجر به این بشود که بین حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد برای طرفين تعادل وجود نداشته باشد. آنچه که طرف قوی از دست میدهد مقدار کمی است و چیزی که بدست می آورد بسیار زیاد است و در مقابل طرف ضعیف آنچه را که از دست میدهد مقدار زیادی است و چیزی که بدست می آورد بسیار کم است. این هم مقوم دوم شرط غیر منصفانه بود.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه دوم ـ معاملات مستحدثه ـ 29/6/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

در جلسه قبل دو خصوصیت شرط غیر منصفانه که از عباراتِ دستور العمل حقوقی کشورهایی که حکم به الغاء شرط غیر منصفانه کرده اند \_ مثل دستور العمل شورای اتحادیۀ اروپا \_ استفاده ميشود را بیان کردیم.

###### **مؤلفه سوم شروط غيرمنصفانه**

خصوصیت و مقوم سومی که از این عبارات ـ بویژه از عبارات دستور العمل شورای اتحادیه اروپا ـ برای شرط غیر منصفانه بدست می آید این است که : میبایست عدم تعادل بین آنچیزی که شخص از دست میدهد و آنچیزی که بدست می آورد به ضرر مصرف کننده و طرف ضعیف معامله باشد ولی اگر که معامله چه به جهت ذاتش یعنی از جهت عوضین ـ ثمن و مثمن ـ و یا بملاحظۀ شرطی که در ضمن معامله قرارداده میشود به نفع طرف ضعیف غیر متعادل باشد و طرف ضعیف سود بسیاری کند ، این اشکالی ندارد و نهایتاً از مصادیق قرارداد محاباتی ـ یعنی مصداق احسان به طرف ضعیف ـ میشود.

پس آنچه که محل نزاع و بحث است این است که شرطی که در قرارداد گنجانده میشود و موجب عدم تعادل میشود ، این شرط و عدم تعادل به نفع طرف قوی معامله باشد که دارد از قدرت و برتری خودش سوء استفاده میکند.

###### **مؤلفه چهارم شروط غيرمنصفانه**

خصوصیت و مؤلفۀ چهارمی هم که از این عبارات حقوقی برای شرط غیر منصفانه بدست می آید این است که : قرار دادن این شرط در قرار داد برخلاف مقتضای حسن نیتِ معتبرِ در انجام معامله باشد.

توضیح اینکه : در شرط غیر منصفانه طرف قوی قرارداد از ضعف و احتیاج مبرم طرف ضعیف سوء استفاده میکند و برخلاف رفتار صادقانه و حسن نیت اقدام به انجام معامله با این شرط غیر منصفانه میکند و در واقع این کار او مصداق سوء استفادۀ از معامله میشود.

در واقع برگشت این خصوصیت و مقوم چهارم به این است که : قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه قراردادی است که در آن سبب و انگیزۀ انجام معامله ، سبب و انگیزۀ صحیح و مُجازی نیست بلکه آنچه که در انجام معامله مؤثر است انگیزۀ سوء و قبیح است. کما اینکه بعداً گفته میشود یکی از ارکان صحت معامله بحسب قوانین مدنی بعضی از کشورها سبب و انگیزۀ اقدام به معامله است و اینگونه نیست که سبب و انگیزه شخص در صحت و فساد معامله بی تاثیر باشد بلکه معاملۀ با سبب و انگیزۀ سوء ، معاملۀ نافذ و معتبری نیست. این هم مقوم و خصوصیت چهارم شرط غیر منصفانه بود.

حال با توجه به این مقومات و مؤلفه های چهارگانۀ شرط غیر منصفانه ـ که در حقوق و قوانین مدنی بعضی از کشورها به آنها اشاره شده است ـ میبایست ببینیم که حکم این شروط چیست ؟

باتوجه به توضیحاتی که داده شد محل نزاع این شد که : در قرارداد مشتمل بر شروط اگر اصل قرارداد مشکلی نداشته باشد و واجد شرائط صحت باشد ولی در ضمن قرارداد شرطی قرارداده بشود که دارای این خصوصیات و مؤلفه های چهارگانه است ، آیا این شرط مانند مابقی شروط نافذ است و یا اینکه این نحوه از شروط نافذ نیستند؟ پس در مقام اول مفهوم و خصوصیات شرط غیر منصفانه بيان شد و محل نزاع نيز مشخص شد.

##### **مقام دوم : حکم شروط غيرمنصفانه**

حال میبایست به سراغ مقام دوم از بحث که بحث از حکم این شروط غیر منصفانه است برویم. گفته شد که نسبت به حکم این شروط غیر منصفانه چهار احتمال وجود دارد : احتمال اول این است که : این شروط مانند مابقی شروط نافذ باشند.

احتمال دوم این است که : این شروط فاسد هستند و به آنها اعتنایی نمیشود ولی قرارداد مشتمل بر آنها معتبر و نافذ است.

احتمال سوم این است که : این شروط هم خودشان فاسد هستند و هم موجب فساد معامله و قرارداد میشوند.

احتمال چهارم هم این است که : حاکم شرع ـ بحسب شریعت اسلامی ـ و یا محاکم قضایی بحسب قوانین مدنی ـ میبایست این شرط غیر منصفانه را تعدیل کند و آن را از حالت غیر منصفانه در بیاورد و تبدیل به شرطی متعادل کند.

اینها احتمالات چهارگانه نسبت به حکم شروط غیر منصفانه است.

حال برای بررسی حکم این نحوه از شروط ابتداء میبایست مقتضای قاعدۀ اولیه و عام بیان بشود و بعد ببینیم که اگر مقتضای قاعدۀ اولیه صحت و نفوذ این شروط مانند مابقی شروط بود ، آیا در مقابل این اطلاقات و قاعدۀ اولیه دلیل خاصی بر عدم نفوذ این شروط وجود دارد که بوسیلۀ آن از مقتضای قاعده رفع ید بشود یا اینکه چنین دلیل خاصی وجود ندارد و ناچاراً میبایست به همان مقتضای قواعد اولیه رجوع کرد؟

باتوجه به توضیحی که در مورد مفهوم و مؤلفه های شروط غیر منصفانه بیان کردیم ، معلوم میشود که مقتضای قاعده یعنی مقتضای اطلاق ادلۀ شروط ـ مثل المؤمنون عند شروطهم و امثال آن ـ این است که : اینگونه شروط مانند مابقی شروط نافذ و صحیح هستند. چرا که مفروض در محل نزاع این است که : اولاً اصل قرارداد ـ که متضمن شرط است ـ واجد تمام شرائط صحت هست یعنی مثلاً هم عوضین در آن معلوم هستند ، هم به جهت مملوکیت و أهلیت انجام معامله طرفین معامله و ... مشکلی ندارند. و ثانیاً عنوان شرط هم بر این شرطی که در قرار داد مندرج شده است صادق و منطبق است و مشمول ادلۀ نفوذ شروط میشود.

بنابراین باتوجه به خصوصیات محل نزاع تمام شرائط صحت در این قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه وجود دارد. مثلاً اگر در ضمن عقد اجارۀ به شرط تملیک شرط بشود که اگر مستأجر تأخیری در پرداخت اقساط بکند موجر بتواند از تملیک امتناع بکند \_ بنا بر اينکه اجاره به شرط تمليک عقد صحيحی است \_این عقد با شرطی که در آن قرار داده شده است ـ که از آن به شرط غیر منصفانه تعبیر میشود ـ آن شرائط هشتگانۀ صحت الشروط را که مرحوم شیخ در مکاسب بیان فرموده اند ـ که عبارت بود از این که : مقدور باشد ، مخالف کتاب و سنت نباشد ، مجهول نباشد ، مستلزم محال نباشد و... ـ دارد و محل بحث این است که آیا این غیر منصفانه بودن شرط میتواند حکم را تغییر بدهد یا نه؟

فلذا معلوم است که مقتضای اطلاقات ـ مانند المؤمنون عند شروطهم ـ و قواعد عامه این است که این شرط هم ـ که واجد شرائط هشتگانه است ـ مانند مابقی شروط نافذ و صحیح است. و اینگونه نیست که یکی از شرائط صحت شرط این باشد که دو طرف بر وجود و عدم آن مذاکره کنند ، مذاکره ای نبودن شرط موجب عدم صحت آن نمیشود بلکه المؤمنون عند شروطهم مقتضی صحت هر شرطی است که در ضمن عقد قرارداده بشود و آن شرائط هشتگانه را داشته باشد. بنابراین در مرحلۀ بررسی مقتضای قواعد عامه و اطلاقات معلوم شد که مقتضای اطلاقات و قواعد، صحت این چنین شرطی است که از آن تعبیر به شرط غیر منصفانه میکنند چرا که در اینجا شخص با اختیار خودش ملتزم به این شرط شده است و اجباری در کار نبوده است.

با این توضیحی که در مقام بیان مقتضای قواعد و اطلاقات ذکر شد معلوم میشود اینکه در بعضی از مقالات حقوقی برای بطلان شرط غیر منصفانه اینچنین استدلال کرده اند که : این شروط غیر منصفانه مستلزم غرر در معامله است و غرر هم موجب بطلان معامله است فلذا این شرط غیر منصفانه صحیح نیست بلکه موجب فساد معامله میشود ؛ تمام نیست.

و همچنین اینکه گفته اند : شرط غیر منصفانه شرط غیر مقدور للمکلف است فلذا از این جهت فاقد یکی از شروط هشتگانۀ صحت شرط است و شرط باطلی است ؛ تمام نیست.

همچنین اینکه در بعضی از مقالات برای اثبات بطلان این شروط غیر منصفانه بیان شده است که : معاملات متضمن شرط غیر منصفانه از مصادیق غبن در معامله است و از آنجا که معاملۀ مورد غبن صحیح و نافذ نیست لذا الزامی نسبت به این شروط غیر منصفانه وجود ندارد ؛ ین استدلال هم تمام نیست.

این استدلالها تمام و صحیح نیستند و در واقع خروج از محل بحث هستند چرا که محل بحث و مورد نزاع جایی است که : اصل معامله واجد شرائط صحت هست و شرط مذکور در این معامله هم واجد شرائط هشتگانه هست ، و ما میبایست ببینیم که این شرطِ غیر منصفانه بلحاظ آن خصوصیات و مقومات چهارگانه اش چه حکمی دارد؟

پس مقتضای اطلاق ادلۀ شروط و قواعد عامه ، صحت و لزوم رعایت این شروط است چرا که این شرط حین الانعقاد به همراه علم و رضایت مشروطٌ علیه بوده است.

بعد از این مرحله نوبت به این میرسد که آیا در مقابل این اطلاقات و قواعد عامه وجه و دلیل خاصی برای رفع ید از این اطلاقات و قواعد عامه و حکم به بطلان و فساد این شروط وجود دارد یا نه؟

###### **وجوه بطلان شروط غيرمنصفانه**

برای بطلان شرط غیر منصفانه ـ با آن خصوصیات و مقومات چهارگانه اش ـ به وجوه متعددی استدلال شده است که میبایست هریک جداگانه بررسی شود.

عمدۀ وجوهی که در این مقام ذکر شده است پنج وجه است :

**وجه اول: منافات با حسن نيت معتبر در معامله دارد**

وجه اولی که برای بطلان شرط غیر منصفانه بلکه بطلان قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه ذکر شده است ـ که هم در کتب و مقالات عامه که درصدد بیان حکمِ فقهیِ این مسئله هستند و هم در مقالات حقوقی بعضی از حقوق دانان فارسی زبان بیان شده است ـ عبارتست از اینکه : این شرط با حسن نیت معتبر در معامله منافات دارد. بعبارت دیگر: این شرط از موارد سوء استفادۀ طرف قوی از وضعیت نامناسب و احتیاجِ مبرم طرف ضعیف است ، و این امر با حسن نیت معتبر در قرارداد منافات دارد فلذا معاملۀ مشتمل بر این شرط معاملۀ صحیح و نافذی نیست.

مناقشه و اشکال در این وجه این است که : همانطور که در ابتداء فصل دوم از بحث قواعد عامه معاملات که در صدد بیان مقومات و ارکان عقد بود ، بیان شد : اگر چه بحسب حقوق و فقه وضعی یکی از ارکان و مقومات صحت عقد « سبب و انگیزۀ اجراء عقد » است ولی بلحاظ فقهی ـ هم بلحاظ فقه عامه و هم بلحاظ فقه امامیه ـ سبب و انگیزه از مقومات عقد بحساب نمی آید.

در همان بحث بیان شد که : ولو در بعضی از کلمات حقوقدانان این مطلب به فقه امامیه نسبت داده شده است که سبب و انگیزه هم جزء مقومات عقد است و گفته اند : از آنجا که بحسب فقه امامیه « اعانۀ بر إثم » از محرمات در شریعت است و حرمت دارد کما اینکه محقق در المختصر النافع فرموده اند ، از این قاعده استفاده میشود که شرط صحت معامله این است که معامله منجرّ به انجام فعل حرامی نشود. و این به این معناست که : حسن نیت و عدم سوء نیت شخص از مقومات عقد است.

در کلمات سنهوری در الوسیط هم بیان شده است که : باتوجه به اینکه فقه اسلامی اخلاق گرا است و موازین اخلاقی در فقه اسلامی رعایت میشود این امر مقتضی این است که یکی از ارکان و مقومات صحت معامله « سبب و انگیزۀ متعاقدین در انجام معامله » باشد و بگوییم که شرط صحت معامله این است که سبب و انگیزه متعاقدین ، انگیزۀ مجاز و مباحی باشد ولی اگر که انگیزه و سبب متعاقدین امر سیّء و حرامی باشد این معامله دیگر معاملۀ باطلی است.

اینها توجیهاتی است که در بعضی از کلمات ذکر شده است برای اینکه اثبات بکنند که در فقه و شریعت اسلامی هم سبب و انگیزۀ متعاقدین ، از ارکان و مقومات عقد است لکن در همان اوایل فصل دوم از بحث ،این مطلب مورد اشکال و مناقشه قرار گرفته و بیان شد که : مقومات عقد همان پنج امریست که بیان شده و سبب بعنوان یکی از مقومات عقد بحساب نمی آید. که انشاء الله در جلسۀ آینده توضیح بیشتری بیان خواهد شد.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه سوم ـ معاملات مستحدثه ـ 4/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

مقدمه

در جلسه گذشته وجه اولی که در کلمات بعضی ازنويسندگان عامه و همچنین بعضی از حقوقدانان برای « عدم اعتبار شرط غیر منصفانه » ذکر شده است بیان شد و گفته شد که آنها برای این جهت به « اعتبار حسن نیت در معامله » تمسک کرده اند. به این تقریب که گفته اند : از شرائط صحت معامله این است که معامله با حسن نیت منعقد شده باشد و در مواردی که شرط غیر منصفانه در ضمن عقد گذاشته میشود این « حسن نیت معتبر در معامله » وجود ندارد چرا که اندراج این شرط در معامله از موارد سوء استفادۀ طرف قوی معامله از احتیاج مبرم طرف ضعیف معامله است. این اصل وجه بود.

مناقشه در وجه اول

مناقشه و اشکال در این وجه هم این است که : تمامیت این وجه برای بطلان معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه متوقف بر این است که : یکی از ارکان و مقومات صحت معامله « سبب و انگیزۀ طرفین عقد از انجام معامله » باشد ، در اینصورت است که میتوان از اين وجه در محل بحث استفاده کرد ولی اشکال در این است که : سبب و انگیزه متعاقدین از انجام عقد دخالتی در صحت و فساد عقد ندارد. توضیح این مطلب هم قبلاً در اوائل فصل دوم که مربوط به بیان ارکان و مقومات عقد بود ، بیان شد که : هرچند بحسب فقه وضعی و قوانین موضوعه یکی از ارکان معامله « سبب و انگیزۀ متعاقدین از انجام معامله » است و گفته اند که : اگر سبب و انگیزه ، سبب و انگیزۀ صحیحی باشد معامله صحیح است ولی اگر سبب ، سبب سیّء و از باب سوء استفاده باشد معامله صحیح نیست ؛ هرچند بحسب قانون اینچنین است ولی از نظر فقهی « سبب و انگیزۀ متعاقدین از انجام معامله » از ارکان معامله حساب نمیشود. بلحاظ فقه امامیه که این مطلب مشخص است که « سبب و انگیزه متعاقدین » از ارکان عقد نیست. و بلحاظ فقه عامه هم ولو که بر اساس فقه مالکی و حنبلی « سبب و انگیزۀ متعاقدین » از ارکان عقد بحساب آمده است ولی بحسب فقه حنفی و شافعی این مطلب پذیرفته نشده است.

 در نتیجه با توجه به اینکه بلحاظ فقهی ـ حداقل فقه امامیه ـ سبب و انگیزه از ارکان عقد نیست و تاثیری در صحت و فساد عقد ندارد چنانچه سبب انجام معامله سیّء و محرّم هم باشد ، این امر موجب بطلان معامله نمیشود. بلکه چنانچه اصل عقد و معامله بر اساس مضمونی که دارد واجد شرائط صحت باشد وهمچنین شروط موجود در معامله هم شرائط هشتگانۀ صحت را داشته باشند ، در اینصورت معامله ، معاملۀ مؤثر و صحیحی خواهد بود.

**بررسی وجه اول از نظر فقهی**

این مطلب که آیا بحسب فقه سبب و انگیزۀ متعاقدین از ارکان و مقومات عقد هست یا نه؟ در گذشته بحث شده است ولی بصورت اجمالی در اینجا هم بيان میشود.

در کلمات بعضی از حقوقدانان برای توجیه تاثیر سبب و انگیزه متعاقدین در صحت عقد بلحاظ فقهی به دو وجه اشاره شده است :

دلیل اول برای اثبات اعتبار سبب و انگیزه بلحاظ فقه

سنهوری در کتاب مصادر الحق گفته است که : باتوجه به اینکه عوامل دینی ، خُلقی و ادبی در فقه اسلامی مؤثر هستند و بعبارت دیگر فقه اسلامی اخلاق گرا است ، این مطلب مقتضی این است که در فقه اسلامی به انگیزه و باعث و سبب دافعِ اطراف معامله اعتنا بشود و سبب و انگیزه اشخاص در صحت و فساد معامله اثر داشته باشد.

سنهوری مقدمهً مسئله را اینگونه بیان کرده است ولی در ادامه خودش گفته است که : ولو طبع مسئله مقتضی اینچنین مطلبی است ولی عملاً ما وقتی که به مذاهب فقهی نگاه بکنیم میبینیم که نظریۀ دخالت « سبب و انگیزۀ شخصی » در فقه حنفی و شافعی نمود پیدا نکرده است ولی در دو مذهب حنبلی و مالکی این مطلب و نظریه بیان شده است. این وجه اول برای اثبات « اعتبار سبب و انگیزۀ متعاقدین در صحت عقد » بود که در آن به اخلاق گرا بودن فقه اسلامی استدلال شده است.[[1]](#footnote-1)

اشکال به دلیل اول

در فقه العقود به این وجه اشکال شده است ، و توضیح و تکمیل اشکال مذکور در فقه العقود این است که : این مطلب که فقه اسلامی ، فقه اخلاق گرا است و در آن به معیارهای اخلاقی اهمیت داده شده است ملازمۀ با این مطلب ندارد که سبب و انگیزۀ متعاقدین در صحت و فساد معامله تاثیر داشته باشد. ـ بعبارت دیگر : مجرد اخلاق گرا بودن فقه اسلامی مستلزم دخالت سبب و انگیزه در صحت معامله نیست. ـ چرا که هرچند در فقه به موازین اخلاقی اهمیت داده شده است و مثلاً بیان شده است که در معامله نباید به دیگران ظلم و اجحاف بشود و یا در معامله نباید دیگران مورد ضیق قرار داده شوند و ... ، ولی إعمال این قواعد و احکام اخلاقی متوقف و منوط به این نیست که اینها در صحت و فساد معامله هم دخالت داشته باشند. شارع مقدس برای جلوگیری از ارتکاب امور غیر اخلاقی از احکام تکلیفیه استفاده کرده است و با حکم تکلیفی مردم را از کار غیر اخلاقی منع میکند و این امر با باطل بودن معامله ملازمه ندارد بلکه ممکن است که انجام اصل معامله و یا قرار دادن شرطی در ضمن معامله به جهت اخلاقی و حکم تکلیفی کار حرامی باشد ولی از جهت وضعی شارع مقدس آن معامله را بخاطر مصالحی امضاء بکند. و توجیه این مطلب هم این است که : ولو فعل ، فعل غیر اخلاقی است و از جهت تکلیفی حرام است ولی مصلحت در تنفیذ و ابقاء معامله است نه در ابطال و الغاء معامله.

هرچند ـ همانطور که قبلاً در مباحث مربوط به بیع و معاملۀ مضطر اشاره شد ـ در بعضی از روایات آمده است که یکی از منکرات این است که انسان در مقام سوء استفادۀ از اضطرار افراد باشد و به دنبال افراد مضطر بگردد و اشیاء آنها را به ثمن بخس بخرد ولی با این وجود اینکه شارع معامله و بیع مضطر را ابطال بکند مصلحت ندارد بلکه مصلحت در امضاء و نفوذ معاملۀ مضطر است. چرا که ابطال معامله مضطر بلحاظ شرعی به تسجیل الاضطرار علی المؤمنین برمیگردد و در واقع برگشتش به این است که : شارع میخواهد مؤمنین در اضطرار باقی بمانند و حاجات آنها رفع نشود. با این توضیح که : اگر معامله با شخص مضطر که برای بیماریِ خود و یا فرزندش محتاج به پول است و میخواهد خانه اش را به قیمت پایین تری بفروشد ، معاملۀ باطلی باشد دیگر افراد اقدام به معامله با این شخص نمیکنند و در اینحالت شخص راه و چاره ای برای برطرف کردن اضطرارش ندارد. فلذا بطلان شرعی معامله با مضطر به تسجیل الاضطرار علی المؤمنین برمیگردد که با شریعت سمحۀ سهله سازگاری ندارد.

بنابراین اینگونه نیست که حرام بودن و غیر اخلاقی بودن سبب و انگیزۀ طرفین معامله مستلزم بطلان معامله باشد بلکه ممکن است که علی رغم حرام بودن و غیر اخلاقی بودن سبب و انگیزه مصلحت در تنفیذ و امضاء و صحت معامله باشد.

در محل بحث هم که در ضمن معامله « شرط غیر منصفانه » قرار داده میشود مسئله به همین نحو است. مثلاً اگر در ضمن عقد اجارۀ به شرط تملیک یک شرط غیر منصفانه قرارداده بشود ، در اینجا هم نمیتوان گفت که این شرط غیر اخلاقی موجب فساد و بطلان معامله میشود چرا که فرض این است که انعقاد قرار داد بنحو طبیعی و به عرف بازار برای شخص مستاجر ممکن نیست و این شخص برای حفظ از مثلاً سرمای زمستان و بی سر پناهی ناچار است که به چنین قراردادی تن بدهد ، فلذا اگر شارع در اینجا حکم به بطلان اینچنین معامله ای بکند این امر موجب میشود که این مستاجر بی سر پناه بماند و کسی با او معامله نکند. فلذا در اینجا هم مصلحت اقوی در این است که اصل معامله صحیح باشد ولو از نظر تکليفی حکم شود که این عمل موجرحرام است.

در نتیجه نمیتوان گفت که : از آنجا که شارع و فقه اسلامی اخلاق گرا است لذا « سبب و انگیزۀ متعاقدین » از ارکان معامله است و این مطلب ، مطلب تمام و صحیحی نیست. این وجه اول برای اثبات اعتبار سبب و انگیزۀ طرفین معامله در صحت عقد بود.

دلیل دوم برای اثبات اعتبار سبب و انگیزه از نظر فقه

دليل دومی که مخصوصاً بر اساس فقه امامیه برای تاثير سبب در صحت وفساد معامله به آن استدلال شده است این است که گفته اند : بر اساس فقه امامیه حتماً سبب و انگیزۀ متعاقدین میبایست از ارکان صحت وضعیِ معامله باشد چرا که در کلمات فقهاء امامیه مانند مرحوم محقق ، مرحوم علامه و ... آمده است که :از مصادیق و موارد معاملۀ باطل و مکاسب محرمه جائیست که « از معامله یک امر حرامی قصد بشود » و معامله از مصادیق « إعانۀ بر إثم » باشد.

مثلاً مرحوم محقق در مختصر النافع در بیان اینکه ما چند نوع « ما یکتسب به » داریم فرموده اند که : یک قسم از اقسام « مایکتسب به » ، « ما یکتسب به حرام » است و در مقام بیان انواع حرام « ما یکتسب به » فرموده اند : الثالث ما یقصد به المساعده علی الحرام کبیع السلاح لأعداء الدین فی حال الحرب و قیل مطلقا ، و اجاره المساکن و الحمولات للمحرمات و بیع العنب لیعمل خمراً و الخشب لیعمل صنماً و یکرَه بیعه ممن یعمله ـ یعنی اگرمعامله عنب و خشب به شرط ساختن خمر و صنم باشد حرام است و اگر معامله اینها به شرط ساخت خمر و صنم نباشد ولی خريدار اين کار را انجام ميدهد کراهت دارد ـ »

مرحوم علامه در قواعد هم در بیان اقسام معاملۀ حرام فرموده اند که : الثانی : کلّ ما یکون المقصود منه حراماً. ـ یعنی هر معامله ای که مقصود از آن حرام است ، حرام است ـ کالعود و آلات القمار کالشطرنج ، و هیاکل العباده کالصنم و بیع السلاح لأعداء الدین و إن کانوا مسلمین ، و إجاره السفن و المساکن للمحرمات ، و بیع العنب لیعمل خمراً و ....

پس مرحوم علامه در بیان اقسام مکاسب محرمه فرموده اند که : مواردی که از معامله یک امر حرامی قصد بشود ، جزء مکاسب محرمه است و از باب « إعانۀ بر اثم » حکم به حرمت این معاملات میشود. و ظاهر از این کلمات این است که مراد و مقصود این اعلام از « حرمت معامله » در این موارد « بطلان و فساد معامله » است.

بنابراین باتوجه به این کلمات فقهاء مشخص میشود که : اگر مایقصد من المعامله جائز نباشد و یک امر باطل و حرامی باشد ، معامله هم باطل خواهد بود. و این امر نشان دهندۀ این است که : یکی از اموری که در صحت و فساد معامله دخالت دارد « سبب و انگیزه متعاقدین از انجام معامله » است فلذا ما میبایست سبب و انگیزۀ متعاقدین از انجام معامله را از ارکان و مقومات عقد بدانیم.

اشکال به دلیل دوم

مناقشۀ در این دليل دوم ـ همانطور که قبلاً در بحث حکم اعانۀ بر اثم بیان شد ـ این است که : تمامیت این وجه برای اثبات « تأثیر سبب و انگیزه متعاقدین در صحت معامله » متوقف بر دو مقدمه است :

اولاً میبایست ثابت بشود که « اعانه براثم » بعنوانه از محرمات در شریعت است و نهی و منعی که نسبت به آن وارد شده است منع لزومی است و نه تنها در حدّ کراهت و نهی تنزیهی.

و ثانیاً ـ بعد از پذيرش مقدمۀ اول و این که موارد اعانۀ بر اثم حرمت تکلیفی دارد ـ میبایست ثابت بشود که حرمت تکلیفیِ اعانۀ بر اثم با فساد و حرمت وضعی ملازمه دارد.

اگر این دو مقدمه ثابت بشوند و تمام باشند نتیجۀ مورد نظر ثابت میشود و إلا فلا.

لکن هر دو مقدمه محل اشکال و منع است.

در مقدمۀ اول گفته شدکه میبایست ثابت بشودکه « اعانۀ بر اثم » بعنوانه ازمحرمات شریعت است ؛ مناقشۀ نسبت به این مقدمه این است که : گرچه عده ای از فقهاء در باب معاملات برای اثبات حرمت معامله به این وجه استدلال کرده اند که اعانۀ بر اثم حرام است و کأنّ این را از مسلمات گرفته اند که خود « إعانۀ بر اثم » از عناوین محرّم در شریعت است ولی اینگونه نیست که این مسئله مورد اتفاق باشد بلکه برخی از متأخرین مانند مرحوم ایروانی ، مرحوم خویی و مرحوم تبریزی در حرمت إعانۀ بر اثم بعنوانه و مستقلاً اشکال کرده اند و فرموده اند که ما دلیلی بر اعانۀ بر اثم بعنوانه نداریم بلکه آنچه که دلیل بر آن دلالت میکند « مشارکت در انجام إثم و گناه » است و آیۀ « و لاتعاونوا علی الاثم و العدوان » هم به چیزی بیش از نهی از شرکت در انجام إثم و عدوان دلالت نمیکند. که این مطلب در گذشته مفصلاً توضیح داده شد.

پس مقدمۀ اول ـ یعنی حرمت إعانۀ بر اثم بعنوانه و مستقلاً ـ مورد قبول همۀ فقهاء نیست بلکه محل خلاف است و عده ای از فقهاء متأخر آن را نپذیرفتند.

مقدمۀ دوم این بود که : حرمت إعانۀ بر إثم تکليفا با فساد و بطلان معامله ملازمه دارد.

این مقدمه هم محل اشکال است و مناقشۀ در آن هم تفصیلاً در اصول در بحث نواهی در فصل اقتضاءُ النهی للفساد بیان شده است که : بین نهی از عبادت و نهی از معامله تفصیل وجود دارد به این بیان که : نهی از عبادت مقتضی فساد و بطلان عبادت هست ولی نهی از معامله مقتضی فساد معامله نیست.

توضیح مطلب اینکه : از آنجا که صحت عبادت محتاج به مطلوبیت و امربه عمل است چنانچه از یک عبادتی نهی بشود این نهی کاشف از مبغوضیت عمل است و عمل مبغوض نمیتواند مصداق مأموربه و عبادت باشد ، فلذا هر کجا که نهی تکلیفی و حرمت تکلیفیِ یک عبادتی احراز شد فساد و بطلان عبادت هم نتیجه گرفته میشود.

ولی در باب معاملات اینگونه نیست. هرچند که نهی از انجام معامله کاشف از مبغوضیت صدور معامله از شخص هست و از آن حرمت تکلیفیِ انجام معامله بدست می آید ولی این نهی از انجام معامله و حرمت تکلیفیِ انجام معامله ملازمۀ با فساد ندارد چرا که ما دلیلی بر این مطلب نداریم که : معاملۀ صحیح و نافذ مشروط به این است که صدورش از اطراف معامله علی وجه الحسن باشد و مبغوض نباشد بلکه ممکن است که صدور معامله از شخص مبغوض باشد ولی در عین حال مصلحت در امضاءِ این معامله ای که مبغوضاً صادر شده است ، باشد.

پس از آنجا که احتمال این مطلب داده میشود که در امضاء معامله ای که مبغوضاً صادر شده است مصلحت وجود داشته باشد لذا نهی تکلیفی معامله موجب خروج معاملۀ مورد نهی از اطلاقات و عمومات صحت نمیشود.

بر این اساس در آن بحث اصولی فرموده اند که : نهی از معامله مقتضی فساد معامله نیست.

در نتیجه اگر ما بتوانیم بر اساس بعضی از فتاوا ملتزم به مقدمه اول بشویم ولی اشکال و مناقشه نسبت به مقدمۀ دوم تمام است و نمیتوان این دلیل دوم را هم پذیرفت.

اینها مطالب مربوط به وجه اول از وجوهی بود که برای بطلان و عدم اعتبار « شرط غیرمنصفانه » بیان کرده اند.

**وجه دوم برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه**

وجه دومی که برای بطلان « شرط غیر منصفانه » ذکر شده است و یا میتوان بیان کرد ، عبارتست از اینکه ما از همان راهی که برای بطلان عقود الاذعان بیان شده است پیش بیاییم. در مورد عقود الاذعان بیان شده بود که این عقود صحیح و نافذ نیستند چرا که مصداق « عقد اکراهی » هستند. حال به همان تقریب و به همان کیفیت نسبت به « شرط غیر منصفانۀ » مندرج در معاملات هم گفته میشود که معامله و قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه ، معامله و قرارداد اکراهی است و از آنجا که معاملۀ اکراهی بواسطۀ ادله ایی مانند حدیث رفع ـ رفع ما استکرهوا علیه ـ و امثال آن محکوم به بطلان است لذا این عقد و قرار داد مشتمل بر شرط غیر منصفانه هم قرارداد باطلی است.

دو تقریب برای مصداقیت عقد مشتمل بر شرط غیر منصفانه برای عقد اکراهی

اما اینکه تقریب و توضیح مصداقیت عقد مشتمل بر شرط غیر منصفانه به چه نحوی است ؟ در همان بحث عقود الاذعان بیان شد که : برای صغرای مسئله یعنی برای اثبات مصداقیّت عقود الاذعان للعقد الاکراهی دو تقریب بیان شده است و آن دو تقریب در اینجا هم پیاده میشود.

تقریب اول

تقریب اول این بود که : عقد اکراهی در مقابل عقد اختیاری است و اختیار در انجام معامله به این است که معامله از جانب هر دو طرف با رضایت و طیب نفس انجام بشود در مقابل انجام معامله با کراهت و عدم رضاء. با توجه به این مطلب گفته میشود که : در مثل عقود الاذعان که قراردادن قیود و بندهای قرارداد از جانب موجب است و قابل حق هیچگونه دخالت در این شروط ندارد و بخاطر احتیاج مبرم خودش تَن به این معامله داده است ، نسبت به این معامله گفته میشود که این معامله از روی طیب نفس و رضایِ باطنی نیست.

نسبت به عقد مشتمل بر شرط غیر منصفانه هم همین مطلب گفته میشود. مثلاً نسبت به عقد اجارۀ به شرط تملیکی که یک شرط غیر منصفانه در ضمن آن قرار داده شده است گفته میشود که : عقد صحیح ، عقد اختیاری و از روی طیب نفس است و این مستاجری که این عقد اجاره با این شرط غیر منصفانه را پذیرفته و قبول کرده است این قبول او از روی رضایت و طیب نفس نیست بلکه بخاطر ناچاری است که به این معامله تَن داده است. فلذا در مجموع این معامله مصداق معامله و عقد اختیاری نیست بلکه معامله و عقد اکراهی حساب میشود. این یک تقریب برای اثبات اکراهی بودن عقد مشتمل بر شرط غیر منصفانه بود.

تقریب دوم

تقریب دوم هم این است که گفته اند : هرچند وجود تهدید در صدق اکراه و اکراهی بودن معامله نقش دارد و اگر عمل بدون تهدید از جانب شخص صادر بشود این عمل مصداق عمل اکراهی نخواهد بود ولی آن تهدیدی که موجب صدق اکراه میشود تنها تهدید از ناحیۀ « اشخاص » نیست و اینگونه نیست که تهدید از جانب شخص خاص در صدق اکراه موضوعیت داشته باشد بلکه اگر تهدید بخاطر عوامل خارجی و تکوینی هم باشد و خصوصیات خارجیه شخص او را وادار به این کار بکند ، این عمل او هم مصداق عقد اکراهی است.

این هم تقریب دوم برای مصداقیت عقود مشتمل بر شرط غیر منصفانه للعقد الاکراهی بود.

والحمدلله ربّ العالمین.

جلسه چهارم ـ معاملات مستحدثه ـ 5/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

مقدمه

وجه دوم برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه بلکه بطلان معاملۀ مشتمل بر شروط غیر منصفانه این بود که معاملۀ مشتمل بر این شروط مصداق عقد اکراهی است فلذا این معاملات باطل هستند.

همانطور که معلوم است این استدلال مشتمل بر یک کبری و یک صغری است. در کبرای این استدلال که بطلان عقد اکراهی باشد بحث و اشکالی وجود ندارد و همانطور که قبلاً ـ در جهت چهارم از جهات بحث در اکراه ـ بیان شد تمام است.

عمدۀ بحث در صغرای این استدلال است که در آن ادعا شده است که « معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه » مصداق عقد اکراهی است. بیان شد که برای اثبات صغرویت این معاملات برای عقد اکراهی دو تقریب وجود دارد :

تقریب اول این بود که : عقد اکراهی مقابل عقد اختیاری است و اختیار در عقد به این معناست که طرفین معامله با رضایت و طیب نفس اقدام به انجام معامله بکنند و حال اینکه در موارد اشتمال عقد بر شروط غیر منصفانه طیب نفس و رضایِ باطنی در کار نیست.

تقریب دوم هم این بود که : هرچند که برای صدق اکراه مجرد عدم رضاء باطنی کافی نیست بلکه تهدید به ضرر جزء مقومات اکراه است و در صدق اکراه مدخلیت دارد ولی لازم نیست که این « تهدید به ضرر » حتماً از جانب اشخاص باشد بلکه اگر که این « تهدید به ضرر » بخاطر اوضاع اقتصادی ، وضعیت خاص اقتصادی شخص و عوامل طبیعی هم وجود داشته باشد این امر برای اینکه این عمل ، مصداق عمل اکراهی باشد کافی است. مثالی که برای اثبات این جهت در کتب حقوقی آمده است ـ همانطور که قبلاً هم بیان شده ـ این است که گفته اند : اگر در دریا یک کشتی در حال غرق شدن باشد و صاحب کشتیِ دیگر برای نجات افراد کشتی اول شرط غیر منصفانه ای قرار بدهد مثلاً پول گزافی را طلب بکند ؛ در اینجا ولو تهدید از ناحیۀ شخص خاصی نیست بلکه خصوصیات و اوضاع طبیعی منجر به این تهدید شده است ولی برای جریان حکم اکراه که بطلان معامله باشد فرقی نیست که تهدید از ناحیۀ انسان خاص باشد و یا اینکه منشأ تهدید اوضاع طبیعی و اجتماعی و... باشد.

این هم تقریب دوم برای مصداقیت معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه للعقد اکراهی بود.

بررسی وجه دوم

لکن هیچ یک از این دو تقریب تمام نیست و ما نمیتوانیم محل بحث را از مصادیق و صغرای عقد اکراهی بدانیم. چرا که باتوجه به اینکه موضوع بطلان در ادله ـ مخصوصاً حديث رفع که دلیل اصلی برای بطلان عقد اکراهی است ـ « عنوان اکراه » است و در دلیل رفع عنوان « ما استکرهوا علیه » أخذ شده است لذا میبایست ببینیم که آیا این عنوان « اکراه » بر محل بحث صادق است یا نه؟

در محل بحث عنوان اکراه صادق نیست چرا که در جهت اول از جهات بحث در اکراه بیان شد که عنوان « اکراه » دارای مقوماتی است که اگر آن مقومات در موردی وجود داشته باشد عنوان اکراه نسبت به آن مورد صادق است و إلا عنوان اکراه صادق نیست و به تبع حکم اکراه ـ که در معاملات بطلان باشد ـ هم ثابت نخواهد بود.

مقومات پنجگانۀ صدق عنوان « اکراه »

همانطور که گفته شد با تحلیل مفهوم اکراه لغهً و عرفاً متوجه میشویم که اکراه دارای پنج مقوم است که صدق اکراه متوقف وجود همۀ این پنج خصوصیت و مقوم است :

مقوم اول از مقومات اکراه این بود که : میبایست در مقابل شخص مجبور و مکرَه شخص و انسان دیگری وجود داشته باشد که شخص اول را بر ارتکاب عمل حرام و یا بر انجام معاملۀ خاص اکراه و اجبار بکند و إلا اگر شخص و انسان اکراه کننده ای در بین نباشد دیگر عنوان اکراه صادق نخواهد بود ولو که شخص بحسب شرایط خاصش مجبور به انجام عمل باشد. بله در بعضی از این موارد که شخص بخاطر عامل غیر انسانی مجبور به انجام کاری میشود عنوان « اضطرار » صادق است ولی عنوان « اکراه » صادق نیست.

مقوم و خصوصیت دومی که در صدق اکراه مدخلیت دارد این است که : میبایست اکراه بر نفس معامله واقع بشود و آن معامله ای مصداق عقد اکراهی است که اکراه مکرِه و اجبار مجبِر بر نفس معامله واقع شده باشد و إلا اگر مکرِه شخص را برنفس المعامله اکراه نکند بلکه بر امر دیگری غیر از معامله اکراه بکند که شخص مکرَه برای تهیۀ آن مورد ناچار به انجام معامله باشد ، این معاملۀ او مصداق معاملۀ اکراهی نیست. مثلاً اگر مکرِه به شخص بگوید که باید به من صد میلیون بدهی و مکرَه برای تهیه این مال چاره ای جز فروش خانه اش نداشته باشد و برود و این کار را بکند ، این معامله و فروش خانه اش مصداق معاملۀ اکراهی نیست. در این مورد هم گفته میشود که : ولو ممکن است که عنوان معاملۀ اضطراری بر این معامله صادق باشد ولی عنوان اکراه بر این معامله صادق نیست و از راه مصداقیت این معامله برای عقد اکراهی نمیتوان حکم به بطلان آن کرد.

مقوم سوم این بود که : میبایست اکراه مکرِه همراه با توعید و تهدید به ضرر باشد که اگر مثلاً فلان کار و یا فلان معامله را انجام ندهی این ضرر به تو وارد خواهد شد. و إلا اگر مکرِه تنها تعبیری آمرانه بکار ببرد و مکرَه از این تعبیر بترسد ولی در تعبیر او توعید و تهدید به ضرر وجود نداشته باشد در اینصورت دیگر عنوان « اکراه » صدق نمیکند.

مقوم چهارم هم این بود که : میبایست وضعیت طرفین به نحوی باشد که شخص مکرَه علم یا ظن و یا حداقل خوف این را داشته باشد که اگر فعل مکرهٌ علیه را انجام ندهد ضرر متوعدٌ الیه به او وارد خواهد شد.

مقوم پنجم هم این بود که : میبایست وضعیت بنحوی باشد که شخص مکرَه نتواند در مقابل اجبار و اکراه مکرِه به سهولت از ضرر متوعد علیه فرار بکند و خوف این را داشته باشد که در صورت ترک عمل مکرهٌ علیه ضرر بر او مترتب میشود و إلا اگر مکرِه تهدید به ضرر بکند ولی مکرَه بتواند فعل اکراهی را ترک بکند و در عین حال از ترتب ضرر متوعد علیه فرار بکند ، در اینصورت دیگر عنوان اکراه صادق نخواهد و اگر در این موارد مکرَه فعل مکره علیه را انجام بدهد عنوان « اکراه » برفعل او صادق نیست و به تبع حکم اکراه که در تکلیفیات جواز ارتکاب و در معاملات بطلان باشد بر فعل مترتب نمیشود.

اینها مقومات پنجگانۀ صدق اکراه بود.

عدم تطبیق مقومات اکراه بر معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه

باتوجه به این مطلب نسبت به محل بحث میگوییم که : هیچ یک از این مقومات پنجگانۀ اکراه در مورد معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه وجود ندارد. چرا که در قرار داد و معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه هیچ شخصِ انسانی خاصی در بین نیست که طرف ضعیف را وادار به انجام معامله بکند ،بلکه طرف قوی در این معامله اجباری به انجام معامله نمیکند بلکه پیشنهاد میکند که مثلاً من چنین خانه ای دارم و آن را بنحو اجاره به شرط تملیک در اختیار تو میگذارم ولی با این شرط که اگر تأخیر در پرداخت بکنی من بتوانم از تمليک خانه در آخر مدت امتناع کنم ، تو میتوانی این قرار داد را با این شرط قبول بکنی و میتوانی کلا قرارداد را رها کنی. پس در محل بحث مقوم اول اکراه یعنی اجبار از ناحیۀ شخصِ انسانی در کار نیست.

به تبع انتفاء مقوم اول ، مقومات دیگر هم در اینجا منتفی است.

مقوم دوم این بود که اکراه میبایست بر نفس المعامله واقع بشود. نسبت به این مقوم هم گفته میشود که اساساً در محل بحث اکراه از ناحیۀ شخص خاصی در بین نیست تا اینکه شما بخواهید بدنبال مورد اکراه بگردید که آیا مورد اکراه نفس المعامله است و یا چیز دیگری است که معامله برای تهیه آن انجام ميگيرد .

مقوم سوم که تهدید و توعید به ضرر باشد هم در بین نیست.

مقوم چهارم هم که مکرَه میبایست علی تقدیر ترک فعل ، علم و یا ظن و یا خوف به ترتب ضرر داشته باشد هم در محل بحث وجود ندارد.

مقوم پنجم هم که عدم امکان تفصی باشد هم که معلوم است در محل بحث وجود ندارد چرا که اساساً ضرری در کار نیست تا اینکه نوبت به امکان التفصی عن الضرر برسد.

پس عنوان عقد اکراهی در مورد این عقد مشتمل بر شرط غیر منصفانه صادق نیست چرا که هیچ یک از مقومات پنجگانۀ عنوان اکراه در آن وجود ندارد.

هرچند ممکن است که نتیجۀ حاصل از برخی مقدمات در محل بحث وجود داشته باشد ولی ما برای ترتیب احکام موضوعاتی که در ادله ذکر شده است میبایست ببینیم که عنوانی که موضوع الحکم در دلیل ذکر شده است وجود دارد یا نه؟ و صرف اینکه نتیجۀ حاصل در بعضی از مقومات موضوع در محل اشکال و محل نزاع وجود دارد موجب تمسک به دلیل آن موضوع نمیشود بلکه اینچنین کاری از باب اسراء حکم یک موضوع به موضوع آخر است که امر ممکن و مجازی نیست چرا که ملاکات احکام که در دست ما نیست تا اینکه ببینیم آیا آن ملاکی که در معاملۀ اکراهی وجود داشت و بخاطر آن ملاک شارع حکم به بطلان کرد در این محل نزاع که لایصدق علیه الاکراه وجود دارد تا اینکه حکم به بطلان بکنیم یا نه ؟

و بحسب وجدان هم احتمال خصوصیت داده میشود که وجود و صدق اکراه در ثبوت حکم به بطلان دخالت داشته باشد ولی اگر آن اضطرارها و نتیجه ها از جهت دیگری غیر از اکراه ثابت باشند در آن موارد دیگر حکم به بطلان ثابت نباشد.

بلکه در این موارد موافق با اعتبار هم همین است که : در جائیکه انسان و شخص خارجیِ تهدید کننده ای وجود نداشته باشد و تهدید بواسطۀ امر آخری مانند وضعیت اقتصادیِ خود شخص و یا بخاطر بلایای طبیعی پیدا شده باشد ، در اینجا نباید حکم به بطلان معامله بشود چرا که همانطور که بیان شد اگر در این موارد شارع حکم به بطلان بکند معنایش تسجیل الاضطرار علی المؤمنین میشود که مخالف با شریعت سهلۀ سمحه است.

در نتیجه محل بحث که معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه باشد مصداق عقد اکراهی نیست و مقومات اکراه در آن وجود ندارد و ولو بعضی از نتائج مقومات اکراه در محل بحث وجود دارد ولی این مقدار برای اسراء حکم از عنوان اکراه به عنوان محل بحث کافی نیست چرا که ملاکات احکام دردست ما نیست و ما احتمال خصوصیت عنوان اکراه را میدهیم فضلاً از اینکه در محل بحث اعتبار و مقتضای ادله هم این است که ما قائل به تفصیل بشویم.

پس اشکال اصلی نسبت به هر دو تقریب این شد که : عنوان اکراه که موضوع ادله قرار گرفته است دارای مقوماتی است که در محل بحث وجود ندارند.

عدم تطابق محل بحث با عنوان اکراه حتی در نتائج

علاوه بر اینکه ما وقتی که به بعضی از خصوصیات محل نزاع نگاه میکنیم و آنها را با مقومات اکراه میسنجیم ، میبینیم که بحسب نتیجه هم اینها با همدیگر مختلف هستند. چرا که از مقومات اکراه این بود که شخص مکرِه وعید و تهدید به ضرر میدهد ولی در محل بحث یعنی معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه اینگونه نیست که ترک معامله مستلزم ضرر باشد بلکه در اینجا با قطع نظر از معامله و فی حدنفسه ضرر و احتیاج مبرم موجود است ـ در همان مثال کشتی با قطع نظر از معاملۀ با طرف دیگر ضرر وجود دارد و مترتب میشود ـ ولی اگرشخص معامله را انجام بدهد آن ضرر مرتفع میشود. پس در محل بحث انجام معامله موجب دفع ضرر میشود و ترک معامله موجب میشود که شخص نفعی نبرد و در دفع ضرر منتفع نشود نه اینکه ضرر از ناحیۀ ترک المعامله وارد بشود.

پس در محل بحث ضرر با قطع نظر از معامله موجود است ولی اقدام و انجام معامله موجب دفع ضرر میشود و اینگونه نیست که ترک معامله موجب ترتب ضرر بشود تا اینکه بخواهد در نتیجه با مقومات عقد اکراهی یکسان و مساوی باشد.

نتیجه بررسی وجه دوم

پس این وجه دوم که میخواست از راه بطلان عقد اکراهی حکم به بطلان عقود مشتمل بر شرط غیر منصفانه بکند ، وجه تمام و صحیحی نیست.

**وجه سوم برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه**

وجه سومی که برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه و یا بطلان عقود مشتمل بر شروط غیر منصفانه بیان شده است وجهی است که در کلام بعضی از نويسندگان مقالات حقوقی( که با وجود عدم تخصص در فقه مع الاسف در مورد حکم شرعی و فقهی هم نظر داده اند و دخالت کرده اند) ذکر شده است

وجه سوم این است که گفته اند : معاملۀ مشروط به شرط غیر منصفانه از مصادیق معاملۀ اضطراری است و سوء استفادۀ از اضطرار مؤمن هم از منهیات در شریعت است و این نهی هم منحصر در تکلیف نیست بلکه به وضع هم کشیده میشود و اینچنین قراردادی محکوم به بطلان است.

این وجه هم مانند وجه دوم مشتمل بر یک کبری و یک صغری است. صغرای این استدلال این است که میگوید : معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه مصداق معامله اضطراری است چرا که شخص احتیاج مبرم به ضروریات زندگیش دارد و برای تأمین آنها به این قرار دادی که مشتمل بر شرط غیر منصفانه است تن میدهد و آن را قبول میکند.

کبرای استدلال هم این است که : عقد اضطراری ، عقد باطل است.

**بررسی وجه سوم**

همان طور که قبلاً بیان شد نسبت به « عقود الاذعان » هم از این وجه استفاده شده بود. در بررسی این وجه گفته میشود که : برخلاف وجه دوم مناقشه و اشکال در این وجه در قسمت صغرای استدلال نیست چون بالوجدان مشخص است که شخص معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه را از باب ضرورت و اضطرار انجام میدهد ؛ بلکه کبرای این استدلال است که محل اشکال و مناقشه است.

به این بیان که : ولو این معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه مصداق معاملۀ با مضطر هست ولی بلحاظ کبروی معامله و عقد اضطراری محکوم به بطلان نیست بلکه عقد اضطراری مشمول اطلاقات و عمومات صحت معامله است و ادلۀ رافعه که بر بطلان معامله فی مواردٍ خاصه دلالت میکنند شامل این عقد اضطراری نمیشود. فلذا ما نسبت به عقود اضطراری موظف هستیم که به اطلاقات و عمومات مراجعه بکنیم.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه پنجم ـ معاملات مستحدثه ـ 12/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### مقدمه

وجه سومی که برای بطلان شروط غیر منصفانه بلکه قرار داد مشتمل بر شرط غیرمنصفانه بیان شده این است که گفته اند : قرار داد مشتمل بر این شروط مصداق معاملۀ اضطراری است و معاملۀ اضطراری هم باطل است و نتیجه این میشود که این عقود و معاملات باطل هستند.

در بررسی این وجه بیان شد که این وجه مشتمل بر یک صغری و یک کبری است وگفته شد که : برخلاف وجه دوم ، اشکال و مناقشه در این وجه در قسمت صغرای استدلال نیست و بالوجدان مشخص است که شخص این معاملۀ مشتمل بر شرط غیر منصفانه را از باب ضرورت و اضطرار انجام میدهد ؛ بلکه کبرای این استدلال است که محل اشکال و مناقشه است چرا که اطلاقات و عمومات صحت شامل عقد با مضطر میشود.

#### توضیح اشکال به وجه سوم

توضیح مطلب این است که : همانطور که در گذشته بیان شد برای بطلان معاملۀ اضطراری به دو دسته از روایات استدلال شده است که استدلال به هر دو دسته از روایات برای این جهت محل مناقشه و اشکال است.

##### دستۀ اولِ روایات دالّ بر بطلان عقد مضطر

دستۀ اول از روایاتی که به آنها برای بطلان عقد اضطراری استدلال شده است روایاتی است که در آنها از مبایعۀ با مضطرین نهی شده است و این امر از منکرات قرار داده شده است ، که این روایات در باب چهل از ابواب آداب التجارۀ وسائل ذکر شده است.

###### روایت اول

یکی از آن روایات حدیث چهارم باب چهل است که از نهج البلاغۀ شریف نقل میکند و در نهج البلاغه هم بعنوان کلمۀ چهارصد و شصت و هشت در قسمت کلمات قصار حضرت (ع) نقل شده است.

امیرالمؤمنین (ع) فرموده اند : « یأتی علی الناس زمانٌ عضوض یعضّ الموسر فیه علی ما فی یدیه و لم یؤمر بذلک قال الله عزوجل و لاتنسوا الفضل بینکم ـ یعنی یک زمانی خواهد آمد که گزنده و سخت است و اشخاص توانمند اموالشان را در چنگالشان نگه میدارند و آنها را رها نمیکنند در حالیکه آنها مأموربه این کار نشده بودند بلکه مأمور به فضل بودند ـ بعد از این حضرت (ع) در مقام بیان خصوصیات آن زمان میفرمایند که : « تَنْهَدُ فِيهِ الْأَشْرَارُ وَ تُسْتَذَلُّ الْأَخْيَارُ ـ یعنی اشرار به جایگاههای خوب میرسند ولی أخیار ذلیل میشوند و مورد اهانت قرار میگیرند ـ وَ يُبَايِعُ الْمُضْطَرُّونَ، وَ قَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وآله وسلم) عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّينَ.» محل استشهاد همین قسمت اخیر از روایت است که حضرت (ع) مبایعۀ با مضطرین را بعنوان یک صفت ناپسند و بد آن زمان ذکر میکنند و بعد هم میفرمایند که رسول الله (ص) از بیع با مضطرین نهی فرموده اند.

###### روایت دوم

روایت دیگر حدیث دوم باب چهل است که موثقه ابی ایّوب است که صاحب وسائل نقل میکند از مرحوم شیخ به اسنادش از حسن بن محمد بن سماعه از احمد بن حسن میثمی از معاویه بن وهب از ابی ایّوب از ابی عبدالله (ع). قال : « یأتی علی الناس زمانٌ عضوض یعضّ کلّ إمرءٍ علی ما فی یده و ینسی الفضل و قد قال الله عزوجل : و لاتنسوا الفضل بینکم ثمّ فی ذلک الزمان اقوامٌ یبایع المضطرّین اولئک هم شرار الناس » یعنی این کسانی که با مضطرین معامله میکنند شرار الناس هستند.

خب این یکی از السنۀ نهی و منع از شیء است که معصومین (ع) بفرمایند : یک چنین افرادی خواهند آمد که چنین کارهای بدی میکنند و آنها شرار الناس هستند.

این دستۀ اول از روایات بود که در آنها از معامله و بیع با مضطر نهی شده است.

##### دستۀ دوم روایات دالّ بر بطلان عقد مضطر

دستۀ دوم از روایات هم حدیث رفع اکراه معروف است ـ که در اصول در بحث برائت مطرح میشود ـ که به السنۀ مختلفی بیان شده است و یکی از نقلهایش « رفع تسعه » است و یکی از فقرات وارد در آن حدیث « رفع ما اضطرّوا الیه » است.

خب این ها دو دسته از روایاتی هستند که به آنها برای اثبات بطلان معاملۀ با مضطرین استدلال شده است.

##### تقریب استدلال به دستۀ اول از روایات

تقریب استدلال به دستۀ اول از روایات این است که : در این روایات از معاملۀ با مضطرین نهی شده است و نهی از معامله هم ظاهر در این است که ارشاد به فساد معامله است.

در اصول و فقه در موارد متعددی این قاعده بیان شده است که : هرچند نهی تکلیفی از معامله ملازمۀ با فساد معامله ندارد ولی ظاهر نهی وارد در باب معاملات این است که : این نهی ، نهی ارشادی است و میخواهد ارشاد به فساد معامله بکند. بر این اساس از آنجا که در این روایات دستۀ اول از معامله و بیع با مضطرین نهی شده است ، این نهی ارشاد به فساد معامله دارد. و به این نحو مدعا تمام میشود. این تقریب استدلال به دستۀ اول از روایات بود.

##### تقریب استدلال به دستۀ دوم از روایات

تقریب استدلال به دستۀ دوم از روایات که حدیث رفع بود هم این است که : معنای فقرۀ « رفع ما اضطرّوا الیه » این است که : در شریعت فعل مضطرّ الیه رفع شده است ؛ و با توجه به اینکه فعل اضطراری در خارج واقعیت دارد لذا معنای « رفع فعل اضطراری » این است که : فعل اضطراری حکم ندارد. بعبارت دیگر : « رفع ما اضطرّوا الیه » میگوید که احکامی که با قطع نظر از اضطرار برای فعل وجود دارد در صورت طرّوِ اضطرار دیگر وجود ندارد. رفع هم در این فقرۀ « ما اضطروا الیه » رفع واقعی است یعنی در صورت اضطرار فعل حکم واقعی ندارد.

بنابراین اگر فعل مضطرّ إلیه ، فعل تکوینی باشد و فی حدنفسه حرمت داشته باشد مثل شرب خمر ، طرّو اضطرار موجب میشود که حرمت این فعل برداشته شود. در واقع در اینصورت حدیث رفع اضطرار میگوید : این فعلی که فی حدنفسه حرام بوده ولی مکلف بخاطر اضطرار مجبور به انجام آن شده است ، دیگر حرمت ندارد.

و اگرفعل مضطرّ إلیه از قبیل معامله باشد ـ که در مورد آن حکم وضعی ثابت است و نه حکم تکلیفی ـ در اینصورت رفع به حکم وضعی میخورد.

بعبارت دیگر : « رفع ما اضطروا إلیه » بنحو مطلق دلالت بر این میکند که فعل مضطرّ الیه هیچ حکمی ندارد نه حکم تکلیفی دارد کما هوالحال در مثال « أکل میته » و نه حکم وضعی دارد کما هو الحال در عقدی که از روی اضطرار انجام بشود.

این تقریب استدلال به این دو دسته از روایات بود.

#### بررسی استدلال به هر دو دسته از روایات

لکن استدلال به هر دو دسته از روایات محل مناقشه و اشکال است :

##### اشکال به استدلال به دستۀ اول از روایات

نسبت به استدلال به دستۀ اول از روایات که در آنها از مبایعۀ با مضطرین نهی شده بود ، گفته میشود که : هرچند در این روایات از مبایعۀ با مضطرین نهی شده است و بحسب قاعدۀ عام نهی از معامله ظاهر در ارشاد به فساد است ولی از آنجا که در مقابل این روایاتی که ظاهر در فساد معاملۀ با مضطرین هستند روایاتی وجود دارد که دلالت میکنند که : بین معاملۀ اکراهی و معاملۀ اضطراری فرق است ، معاملۀ اکراهی باطل است ولی معاملۀ اضطراری صحیح است ؛ لذا نمیتوان به روایات دالّ بر فساد معاملۀ اضطراری عمل کرد بلکه میبایست بین آن روایات و روایات دالّ بر صحت معاملۀ اضطراری جمع کرد.

و جمع بین این دو دسته از روایات هم به این نحو است که : میبایست نهی وارد در این روایات دستۀ اول را حمل بر کراهت بکنیم.

روایت دالّ بر صحت هم در همان باب چهل ذکر شده است که روایت اولش صحیحۀ عمر بن یزید است. مرحوم صدوق به اسنادش از عمربن یزید ـ که سند مرحوم صدوق به عمر بن یزید هم تمام است ـ قال قلت لأبی عبدالله (ع) : جعلت فداک إنّ الناس یزعمون أنّ الربح علی المضطر حرامٌ و هو من الربا ـ یعنی سود گرفتن و استفادۀ از معاملۀ با مضطر مصداق ربا است و حرام است ـ قال (ع) : و هل رأیت أحداً یشتری غنیّاً أو فقیراً إلّا مِن ضرورهٍ »

حضرت (ع) در جواب فرموده اند : هرکس که در بازار برای خرید چیزی میرود بخاطر احتیاجش این کار را میکند و إلا اگر احتیاج نداشت که آن کالا را نمیخرید ، فلذا از آنجا که نوع معاملات بازار بخاطر ضرورت است اینگونه نیست که شارع این معاملات را باطل قرار داده باشد . بعد هم حضرت (ع ) در ادامه فرموده اند که : « یا عمر قد أحلّ الله البیع و حرّم الربا » یعنی ربا حرام است ولی بیع مطلقا جایز است هرچند که بیع با مضطرین باشد. این روایت ، حدیث اول باب چهل است.

و صاحب وسائل هم در آخر باب چهل فرموده اند که : روایات دالّ بر منع از معاملۀ با مضطرین حمل بر کراهت میشوند بخاطر روایاتی که دالّ بر جواز معاملۀ با مضطرین هستند.

این مناقشۀ اول نسبت به دستۀ اول از روایاتی بود که دلالت بر نهی از معاملۀ با مضطرین میکردند.

##### دفاع از استدلال به دستۀ اول از روایات برای اثبات حرمت مبایعۀ با مضطرین

در بعضی از مقالات حقوقی ـ در غیر محل بحث ـ ادعا شده است که ما در مقام جمع بین این دو دسته از روایات نباید جمع حکمی بکنیم و بگوییم : روایات دالّ بر منع را حمل برکراهت میکنیم. بلکه این مورد ، محل جمع موضوعی است به این نحو که میگوییم : آن روایاتی که دلالت بر نهی از معاملۀ با مضطرین میکنند مربوط به جائیست که شخص آخر ـ یعنی طرف مقابلِ مضطر ـ بخواهد از اضطرار شخص مضطر سوء استفاده بکند و اضطرار او را وسیله ای برای سود زیادی و غیر منصفانۀ خودش قرار بدهد.

ودر مقابل آن روایت عمربن یزید که دلالت بر جواز معاملۀ با مضطر میکرد هم مربوط به جائیست که طرف مقابلِ با مضطر بدنبال سوء استفادۀ از مضطر نباشد بلکه بخواهد بنحو متعارف بازاری با او معامله بکند.

گفته اند که ما میبایست بین این دو دسته از روایات اینچنین جمع بکنیم و با وجود این جمع موضوعی تنافیِ بین این دو سته از روایات حل میشود و دیگر نوبت به جمع حکمی نمیرسد و فرمایشی که صاحب وسائل مطرح کردند تمام نیست.

##### مناقشه و اشکال نسبت به دفاع از استدلال به دستۀ اول از روایات

در اشکال به این کلام گفته میشود که : بله در موارد جمع بین الدلیلین با وجود جمع موضوعی نوبت به جمع حکمی نمیرسد لکن مورد بحث از موارد جمع موضوعی نیست چرا که ما وقتی که به این دو دسته و طائفۀ از روایات ـ که در ظاهر با همدیگر تنافی دارند ـ نگاه میکنیم آنچه که در این دو طائفۀ از روایات موضوع حکم قرار گرفته علی حدٍّ سواء است که در یک طائفه بنحو مطلق از آن نهی و منع شده است و در طائفۀ دیگر بنحو مطلق نسبت به آن حکم به صحت شده است.

و باتوجه به اینکه هر دو طائفه نسبت به یک موضوع بنحو مطلق بر خلاف همدیگر حکم میکنند دیگر ما دلیلی نداریم که بخواهیم کلٌّ من الطائفتین را به یک قیدی تقیید بزنیم و بخواهیم اینگونه تنافی را حل بکنیم.

بعبارت دیگر : این جمع موضوعی ای که شما بیان کردید جمع تبرعی است که اعتباری ندارد. و حتی کسانی که از باب « الجمع مهما امکن اولی من الطرح » قائل به جمع تبرعی شده اند هم این مطلب را در جایی گفته اند که : نسبت به مورد تنافی جمع دیگری وجود نداشته باشد. و باتوجه به اینکه در محل بحث جمع حکمی مورد دارد دیگر این قاعدۀ « الجمع مهما أمکن » هم در اینجا پیاده نمیشود و در اینجا نمیتوان به سراغ جمع تبرعی رفت.

بنابراین این جمع حکمی ای که مرحوم صاحب وسائل بیان کرده اند تمام و صحیح است هم بنابر نظر صحیح که میگوید : ما در جمع بین ادله احتیاج به شاهد داریم و جمع بدون شاهد هیچ اعتبار وحجیتی ندارد.و هم بنابر نظر کسانی که بر اساس قاعدۀ « الجمع مهما امکن اولی من الطرح » قائل به حجیت و اعتبار جمع تبرعی شده اند ، چرا که آنها هم در صورتی جمع تبرعی را حجت میدانند که هیچ جمع دیگری وجود نداشته باشد در حالیکه در محل بحث جای جمع حکمی وجود دارد.

##### جمع دیگری بین روایات دالّ بر منع و روایات دالّ بر صحت معاملۀ با مضطر

در جمع بین این دو دستۀ از روایات ـ روایات مانعه و جائزۀ معاملۀ با مضطرین ـ بعضی گفته اند که : ما بین حکم معامله بحسب طرف قوی ـ شخص مقابلِ مضطر ـ و حکم معامله بحسب طرف ضعیف ـ یعنی خود مضطر ـ تفصیل میدهیم ، به این نحو که میگوییم : معاملۀ با مضطر نسبت به طرف قوی معامله که از اضطرار مضطر سوء استفاده کرده است ، محکوم به حرمت و بطلان است ولی نسبت به طرف ضعیف معامله که بخاطر اضطرارش مجبور به انجام معامله شده است محکوم به صحت است. و در حقیقت به این نحو بین دو طائفۀ از اخبار هم جمع میشود.

##### اشکال و مناقشۀ نسبت به جمع اخیر

لکن همانطور که قبلاً بیان شده است این جمع قابل قبول نیست و مناقشه و اشکال در آن این است که : معامله و عقد متقوم به طرفین است و نمیتوان از جهت صحت و فساد بین طرفین معامله تفصیل دارد فلذا معامله واحده اگر صحیح باشد بلحاظ هر دو طرف معامله صحیح است و اگر فاسد باشد بلحاظ هر دو طرف معامله فاسد است و تفکیک در صحت و فساد معامله بین طرفین معامله معنایی ندارد.

بعبارت دیگر : این عقد و معامله ای که متقوم به طرفین است یا مشمول « اوفوا بالعقود » هست که در اینصورت نسبت به هر دو طرف صحیح است و یا اینکه مشمول « اوفوا بالعقود » نیست که در اینصورت معامله نسبت به هیچ طرفی صحیح نیست. و این معنا که ما بخواهیم بین دو طرف معامله از جهت صحت و فساد معامله تفصیل بدهیم ، قابل التزام نیست.

##### نتیجۀ مناقشۀ اول نسبت به دستۀ اول از روایات

بنابراین مناقشۀ اول در استدلال به دستۀ اول از روایات که از معامله و مبایعۀ با مضطرین نهی میکردند این است که : ولو ظاهر این روایات فی حدنفسه فساد وضعی مبایعۀ با مضطرین است ولی بخاطر وجود روایات معتبره ای که دلالت بر صحت معاملۀ با مضطرین میکنند ، میبایست حکم به صحت معاملۀ با مضطرین بکنیم و در مقام جمع بین این دو دسته بگوییم که معاملۀ با مضطرین مکروه است. این مناقشۀ اول نسبت به استدلال به روایات دستۀ اول بود.

##### مناقشۀ دوم نسبت به دستۀ اول از روایات

مناقشۀ دوم نسبت به استدلال به طائفۀ اول از روایات که از مبایعۀ با مضطرین نهی کرده اند ، این است که : حتی اگر که ما روایات معارض با این روایاتِ ناهیه نداشتیم و ما بودیم و این روایات ناهی از معاملۀ با مضطرین ، باز هم نمیشد که ما قائل به بطلان معاملۀ اضطراری بشویم چرا که معنای ابطال معاملۀ اضطراری ـ که در آنها مثلاً شخص برای معالجۀ خودش و یا فرزندش خانه اش را میفروشد ـ از جانب شارع ، تسجیل الاضطرار و ابقاء الاضطرار علی الشخص است و این مطلب مخالف با شریعت سهلۀ سمحه است.

این مناقشه مطلبی است که مرحوم سید در حاشیۀ مکاسب فرموده اند. ایشان فرموده اند که : ما در موارد اکراه میتوانیم ملتزم به بطلان معاملۀ اکراهی بشویم ولی در موارد اضطرار نمیتوانیم ملتزم به بطلان معاملۀ اضطراری بشویم چرا که بطلان معاملات اضطراری از جانب شارع مستلزم تأکید و تشدید اضطرار بر شخص است و به این معناست که خواست شارع ابقاء المضطر علی حاله است.

و الحاصل : أنّ شرع الحکم لمّا کان لأجل الامتنان و التوسیعِ علی العباد فلابدّ أن یکون المعامله الاضطراریه غیر مرفوع الاثر ـ یعنی از آنجا که احکام مجعول در شریعت برای توسعۀ بر مکلفین است ما نمیتوانیم قائل به بطلان معاملۀ اضطراری بشویم ـ و إلا لزم تضییقٌ أشد حیث أنّه محتاجٌ الی تحصیل المال من جههِ الضروره.

این هم اشکال ومناقشۀ دوم در استدلال به روایات طائفۀ اول بود.

#### بررسی استدلال به « رفع ما اضطروا الیه » برای اثبات بطلان معاملۀ اضطراری

دستۀ دوم از روایاتی که به آنها برای بطلان معاملۀ اضطراری استدلال شده است ، استدلال به فقرۀ « رفع ما اضطرّو الیه » حدیث رفع است. و هرچند که حدیث رفع نقلهای متعددی دارد و در بعضی از آنها سه مورد ، در بعضی شش مورد و در بعضی نُه مورد رفع شده است ولی این فقرۀ « رفع اضطرار » در نوع این روایات وجود دارد.

آیا استدلال به این فقرۀ « رفع ما اضطروا الیه » با آن تقریبی که بیان شد که ما هو المرفوع در این فقره احکام اضطراری است و این هم اطلاق دارد هم شامل حکم تکلیفی میشود و هم شامل حکم وضعی میشود ، تمام است یا نه؟

##### مناقشۀ اول در استدلال به « رفع ما اضطروا الیه » برای اثبات بطلان معاملۀ اضطراری

مناقشۀ اول در استدلال به این روایت این است که : از آنجا که حدیث رفع ، حدیث امتنان است و در جایی جریان پیدا میکند که رفع الحکم امتنان علی المکلف باشد و در صورتی که از رفع الحکم خلاف امتنان بر اشخاص لازم بیاید دیگر جاری نمیشود ، لذا میبایست در مورد « رفع ما اضطروا الیه » بین حکم تکلیفی و حکم وضعی تفصیل بدهیم. به این بیان که : با استناد به این فقره از روایت حکمِ تکلیفیِ فعل اضطراری برداشته میشود مثلاً اگر شخص اضطرار نسبت به أکل میته و دیگر محرمات داشت ، با این روایت حرمت این افعال برداشته میشود ،ولی با استناد به این فقره نمیتوان حکمِ وضعیِ فعل اضطراری را برداشت چرا که معنای رفع و برداشتن صحت معاملۀ با مضطرین این است که شخص در اضطرارش باقی بماند و از آنجا که این بقاء بر اضطرار خلاف امتنان بر مکلفین است لذا حدیث رفع در مورد احکام وضعی جاری نمیشود. این یک مناقشه نسبت به استدلال به طائفۀ دوم از روایات است .

##### مناقشۀ دوم در استدلال به « رفع ما اضطروا الیه » برای اثبات بطلان معاملۀ اضطراری

مناقشۀ دوم همان اشکال و مناقشه ای است که مرحوم سید در حاشیۀ مکاسب مطرح فرمودند و در مناقشۀ نسبت به دستۀ اول از روایات هم مطرح شد.

مرحوم سید فرموده اند : اگر کسی اشکال بکند که : حدیث رفع اطلاق دارد و اطلاق آن مقتضی این است که هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی برداشته شود ؛ در جواب او گفته میشود : رفع و برداشته شدن حکم نسبت به حکم تکلیفی قابل التزام است ولی نسبت به حکم وضعی قابل التزام نیست چرا که رفع صحت از معاملۀ اضطراری تشدید و تسجیل الاضطرار علی المکلف است که با شریعت سمحۀ سهله سازگاری ندارد .

##### مناقشۀ سوم در استدلال به « رفع ما اضطروا الیه » برای اثبات بطلان معاملۀ اضطراری

مناقشۀ سوم نسبت به استدلال به حدیث رفع برای اثبات بطلان معاملۀ با مضطرین این است که : ولو بپذیریم که حدیث رفع اضطرار از جهت رفع حکم تکلیفی و وضعی اطلاق دارد ولی باتوجه به اینکه از نظر عقلائی و بحسب سیرۀ عقلاء بیع اضطراری ـ که در آن شخص بخاطر اضطرار و نجات خودش یا فرزندش مجبور به معامله میشود ـ صحیح است ، بخاطر این سیره و بناء عقلاء بر خلاف نمیتوان به این اطلاق دلیل لفظی تمسک کرد. بعبارت دیگر : ولو با قطع نظر از این سیره اطلاق وجود دارد ولی چون نسبت به بخشی از این مورد اطلاق سیرۀ برخلاف وجود دارد مقتضای جمع بین اطلاق لفظی و سیرۀ برخلاف نسبت به بعض از مورد اطلاق این است که اطلاق دلیل لفظی را حمل بر غیر مورد سیره بکنیم. کما هو الحال درآیات ناهیِ از عمل به ظن بالنسبهِ الی سیرۀ عقلائی که برحجیت خبر ثقه قائم شده است. به این بیان که : ولو خبر ثقه از مصادیق ظن است ولی عقلاء به آن عمل میکنند و باتوجه به اینکه در مورد بخشی از دلیل لفظی سیرۀ برخلاف وجود دارد ، این سیره حکم را در مورد بحث و نزاع اثبات میکند و اطلاق دلیل لفظی هم نمیتواند رادع این سیره باشد و به وسیلۀ این سیرۀ غیر مردوعه از اطلاق رفع ید میشود.

پس همانطور که در مورد آیات ناهیۀ از عمل به ظن بالنسبه الی سیرۀ عقلاء بر حجیت خبر ثقه آن گونه عمل شد و در مقام توضیح بیان شد که : اگر در مقابل سیره اطلاق باشد ، عقلاء این اطلاق را رادع نمیگیرند و آن را از مورد سیرۀ خودشان منصَرَف میدانند ؛ به همین نحو در محل بحث هم گفته میشود که سیرۀ عقلاء برصحت معاملۀ با مضطرین است و ما حتی اگر اطلاق دلیل لفظی یعنی حدیث رفع را نسبت به رفع حکم وضعی بپذیریم میبایست آن را بر غیر مورد سیره حمل بکنیم.

##### مناقشۀ چهارم در استدلال به « رفع ما اضطروا الیه » برای اثبات بطلان معاملۀ اضطراری

مناقشۀ چهارم هم این است که : حتی اگرحدیث رفع در رفع حکم از فعل مضطر الیه اطلاق داشته باشد و هم حکم تکلیفی و هم حکم وضعی را شامل بشود ولی از آنجا که ما در باب چهل از ابواب آداب التجارۀ در وسائل روایت معتبرۀ عمربن یزید را داریم که دلالت بر صحت معاملۀ اضطراری میکند ، بوسیلۀ این روایت صحیحه از اطلاق حدیث رفع بالاضافه الی الحکم الوضعی رفع ید میشود.

اطلاق حدیث رفع بالنسبه الی حکم التکلیفی سرجایش باقی است چون نسبت به آن دلیلی برخلاف نداریم بلکه از جهت تکلیفی غیر از حدیث رفع ادلۀ دیگری که در مورد اضطرار وارد شده ، همۀ آنها بیان کننده این هستند که حرمت با اضطرار برداشته میشود ولی این اطلاق حدیث رفع بالنسبۀ الی حکم الوضعی بوسیلۀ صحیحۀ عمربن یزید قید میخورد.

### نتیجۀ بحث

نتیجه این میشود که : بمقتضای صناعت حکم مستفاد از مجموع ادله صحت معاملۀ اضطراری و جواز آن من حیث حکم وضعی است. و ما چه اینکه قائل به کراهت معاملۀ با مضطرین بشویم و چه اینکه قائل به حرمت معاملۀ با مضطرین بشویم ، این امر ضرری به صحت وضعی معاملۀ با مضطرین نمیزند چرا که هیچ یک از آن دو وجهی که برای بطلان معاملۀ اضطراری به آنها استناد کرده اند ، تمام نیستند. والحمدلله ربّ العالمین.

جلسه ششم ـ معاملات مستحدثه ـ 18/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

در مقام بیان وجوهی بودیم که به آنها برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه یا بطلان عقد مشتمل بر شروط غیر منصفانه استدلال شده است ، تا به اینجا سه وجه را بیان و بررسی کردیم.

#### وجه چهارم : مصداق اکل مال به باطل است

وجه چهارمی که برای این جهت به آن استدلال شده است ، این است که گفته اند : باتوجه به اینکه در این شروط غیرمنصفانه و یا در قرار داد مشتمل بر این شروط ، یکطرف معامله از ضعف طرف دیگر معامله سوء استفاده میکند و علی خلاف الانصاف چیزی از او بدست می آورد که با چیزی که به او اعطاء میکند قابل مقایسه نیست لذا این بهره مند شدن طرف قوی از طریق قرارداد مشتمل بر این شروط مصداق « أکل مال به باطل » است و معلوم است که « أکل مال به باطل » در شریعت مجاز نیست بلکه حکم به بطلان و عدم صحت و نفوذ آن میشود.

پس باتوجه به آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل إلا أن تکون تجارهً عن تراض » گفته میشود که : صدر آیه ـ یعنی قسمت مستثنی منه آیه ـ نهی از اکل مال به باطل میکند و این نهی ارشاد به فساد هست یعنی تملک مال از راه باطل را منع میکند و آن را ابطال میکند و این منفعت زیادی که طرف قوی در این معاملات مشروط به شرط غیر منصفانه بدست می آورد مصداق أکل مال به باطل است. فلذا به این جهت حکم به ابطال و عدم نفوذ این معاملات میشود.

این تقریب استدلال به آیۀ شریفه برای ابطال این شروط غیر منصفانه است. در بعضی از مقالات هم استدلال به همین نحو اجمالی ذکر شده است و در آن بیان نشده است که آیا مورد تطبیقِ آیۀ شریفه خود شرط است و یا اینکه قرارداد و معاملۀ مشتمل بر این شرط است؟ و در مقام تأکید و تأیید اینکه میتوان با این آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم ... » حکم به بطلان معاملۀ مشتمل بر شروط غیر منصفانه کرد ، به کلمات فقهاء در بعضی از موارد استشهاد کرده اند که اعلام برای اثبات بطلان بعضی از معاملات به این آیۀ شریفه استدلال کرده اند. مثلاً گفته اند : در این بحث که آیا مالیّت داشتن و منفعت محللّه داشتن مبیع ـ عند عامّة العقلاء ـ شرط صحت بیع هست یا نه؟ بعضی فقهاء گفته اند که : مبیع حتماً میبایست منفعت محللّه ای داشته باشد که مورد رغبت عقلائی باشد چرا که در غیر اینصورت شیء مالیتی ندارد و وقتی مالیّت نداشت گرفتن ثمن در مقابل آن از مصادیق « اکل مال به باطل » میشود که در آیۀ شریفه از آن نهی شده است. این یک مورد بود که هم در کلمات فقهاء متقدم وارد شده است و هم در کلمات فقهاء متأخر مثلا علامّه در نهاية الاحکان فرموده است « شرط صحت مبیع این است که : مما ینتفع به منفعهً معتبره فی نظر العرف العقلاء ـ و وجهش را هم اینگونه بیان کرده است ـ فإنّ ما لامنفعهَ فیه لایعدّ مالاً فکان أخذ المال فی مقابلته قریباً من أکل المال بالباطل ».[[2]](#footnote-2) مرحوم فخر المحققین در ایضاح هم شبیه به همین عبارات علامّه را بیان کرده است.[[3]](#footnote-3) در کتب فقهیۀ دیگر هم برای اعتبار مالیّت در مبیع به این آیۀ شریفۀ «و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » استدلال شده است.

باتوجه به این مطلب گفته اند که : پس این آیۀ شریفه میتواند دلیل برای بطلان همۀ مواردی باشد که در آنها شخص در مقابل چیز ارزش داری که میگیرد چیز کم ارزشی بدهد.

البته فقهاء در موارد دیگری هم به این آیۀ شریفه استدلال کرده اند مثلاً در مورد اجاره فرموده اند که : از شرائط صحت اجاره این است که آن عملی که انجام میشود مورد غرض عقلائی باشد و إلا أخذ الاجره بر آن مصداق « اکل مال به باطل » است.

بر این اساس نسبت به شروط غیر منصفانه اینگونه گفته میشود که : در محل بحث فرض این است که این شرط خارج از حدّ انصاف است فلذا گرفتن مال بخاطر آن مصداق أکل مال به باطل است. بعبارت دیگر : مراد و مقصود از باطل در این آیۀ شریفه « ما یعدّ عند العرف باطلاً » است و این سود زیاد گرفتن از شخص در مقابل یک امر ناچیز هم عند العرف از مصادیق اکل مال به باطل حساب میشود.

يکی ديگر از مواردی که از این آیۀ شریفه استفاده شده است ، مثلاً در موردی که شخص حقی نسبت به شیء ندارد ولی به زور و به جزاف به دیگری میگوید که اگر فلان مال را به من بدهی من از حقم میگذرم ، مثل اینکه شخصی در راه پلۀ مکان عمومی بایستد و بگوید هر کس بخواهد از اینجا رد بشود باید فلان مقدار به من پول بدهد ، این از مصادیق « أکل مال به باطل » میشود چرا که استفادۀ از پله ها اختصاص به شخص خاص ندارد.

همچنین برای اثبات بطلان بعضی از معاملات مستحدث هم به همین دلیل یعنی مصداقیت آنها برای أکل مال به باطل ، استدلال کرده اند:

مثلاً نسبت به اوراق قرعه کشی ـ که تعبیر عربی آنها « یانصیب » است ـ گفته شده است که : این نحوه شرکت در قرعه کشی برای رسیدن به جایزه ، جائز و صحیح نیست و این معامله ، معاملۀ باطلی است چرا که مصداق « أکل مال به باطل » است.

همچنین بعضی از آقایان در جواب به این سؤال که : آیا وارد شدن در شرکت های هِرَمی و معاملات این شرکتها و گرفتن سود از این راه صحیح است یانه ؟ همچنین در بازاریابی شبکه ای هم که در آنها شخص یک چیزی را از شرکت میخرد و چند نفر را هم معرفی میکند که از آن شرکت خرید بکنند و شرکت بابت این نفراتی که بواسطۀ نفر اول آمده اند و خرید کرده اند به نفر اول سود میدهد و همچنین اگر آن مشتری ها و نفرات بعدی هم بروند و مشتریهای جدید بیاورند به آنها هم سود علی حدّه ای داده میشود ، نسبت به این بازاریابی های شبکه ای هم سؤال شده است که آیا صحیح هستند یا نه؟

بعضی از اعلام برای بطلان و عدم صحت این معاملات به آیۀ شریفه استدلال کرده اند و فرموده اندکه : این معاملات صحیح نیست چرا که از مصادیق « أکل مال به باطل » است.

پس یکی از وجوه منع از معاملات مشتمل بر شروط غیر منصفانه آیۀ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل » است که در بعضی از مقالات برای تأیید این استدلال به کلمات فقهاء ـ در موارد دیگر ـ هم استشهاد شده است.

آیا این استدلال برای اثبات مدعا یعنی بطلان شروط غیر منصفانه یا بطلان قرارداد مشتمل بر شروط غیر منصفانه ، صحیح است یا نه؟

در مناقشۀ به این استدلال گفته میشود که : ابتدا باید معلوم شود آیا مقصود از استدلال به این آیۀ شریفه اثبات بطلان خود شرط غیر منصفانه است یا اینکه مراد و مقصود اثبات بطلان معاملۀ مشتمل بر این شرط غیر منصفانه است؟

اگر مقصودتان ابطال شرط ـ دون المعامله ـ باشد و میخواهید بفرمایید که خود این شرط واجد شرائط صحت نیست چرا که خود قرار دادنِ این شرط در معامله مصداق « اکل مال به باطل » است ؛ در اینصورت مناقشه و اشکال نسبت به آن واضح است چرا که در باب شروط معاملات اینگونه نیست که گرفتن نفع و یا مالی از مشروط علیه متوقف بر وجود معاوضه باشد بلکه آنچه که از راه شرط بدست می آید تعهد به تملیک مال و یا نفع خاصی است.با قطع نظر از شرط هر شخصی مختار است که مال خودش را هرچند گزاف و زیاد باشد به دیگری تملیک بکند ولو تملیک مجانی و بدون عوض ، لذا اگر شخص این امر ـ یعنی تملیک مال زیاد مجاناً ـ را بعنوان شرط در ضمن معامله قرار بدهد این شرط ، واجد شرائط ثمانیۀ صحت است. مثلاً اگر شخصی کتابش را به دیگری بفروشد و در ضمن این بیع شرط بکند که مشتری برای او خیاطت بکند و یا اینکه شرط بکند که در تقدیر خاص بر مشتری لازم است که مقداری از مالش را به او تملیک بکند ، اینها که مشکلی ندارد بلکه تمام شرائط صحت را دارد. چرا که نفع رساندن و یا تملیک مال به دیگری ولو مجاناً یک امر جائزی است و هرشخصی میتواند این کار را انجام بدهد فلذا قرار دادن آن به عنوان شرط در معامله مشکلی ندارد.

در محل بحث ـ شرط غیر منصفانه ـ هم در مثل آن اجارۀ به شرط تملیک ، شرط غیر منصفانه این بود که : اگر مستأجر در پرداخت یکی از اقساط ـ ولو قسط آخر ـ تأخیر بکند مالک میتواند از تملیک امتناع بکند ؛ نسبت به این مورد گفته میشود که : همانطور که خود تملیک در اختیار شخص است ، امتناع از تملیک هم مجاز است و محذوری ندارد فلذا شخص میتواند این امر را بعنوان شرط در معامله قرار بدهد.

بعبارت دیگر : در بهره مند شدن مشروط له از راه شرط این امر معتبر نیست که در مقابل منفعتی که او از طریق این شرط میبرد یک منفعت و یا مالی هم او به دیگری بدهد. ، اینچنین امری جزء شرائط صحت شروط نیست.

پس اگر بخواهید بواسطۀ استدلال به آیۀ شریفه خود شرط ـ دون المعامله ـ را ابطال بکنید و بفرمایید خود این شرط مصداق اکل مال به باطل است ، مناقشۀ در آن این است که در سائر موارد گرفتن مال از راه شرط متوقف بر معاوضه نیست بلکه اگر مضمون شرط یکطرفه و بنحو تملیک مجانی هم باشد صحیح است و یک امر مجاز و مشروع در شریعت است.

ولی اگر که مقصودتان در استدلال به آیۀ شریفه این باشد که : در اینجا که شخص معامله و قراردادی انجام داده که بلحاظ نفس معامله ارکان و شروط صحت را دارد ولی بخاطر وجود این شرط غیر منصفانه در مجموع که به این قرار داد نگاه بشود ، برداشت عرف از این قرار داد این است که شخص دارد به سبب باطل مال دیگری را میگیرد و این قرار داد با این شرط غیر منصفانه اش بلحاظ عرفی سبب صحیحی برای أخذ آن منفعت و مال کثیر نیست ، بلکه مصداق اکل مال به باطل است ـ به همان نحوی که در مثل قراردادهای یانصیب استدلال شده است ـ ؛ در اینصورت اشکال و مناقشه ای که در این تقدیر به استدلال میشود ، این است که : هرچند مستفاد از آیۀ شریفه این است که : تملک مال یکدیگر دو نحوه دارد : یک نحوه اش این است که افراد از راه تجارهً عن تراض و قراردادهای مبتنی بر توافق طرفین مال همدیگر را تصاحب کنند ؛ که این طریق راه صحیح و مجازی برای تملک است.

 و نحوه دیگرش هم این است که : افراد بدون توسط قرارداد مشروع اموال دیگران را تصاحب کنند ؛ که این طریق راه غیر مجازی برای تملک است.

{ در مورد استفادۀ این دو نحوه از آیۀ شریفه هم قبلاً بیان شده است که : اینکه نقش کلمۀ « بالباطل » در آیۀ شریفۀ « لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل » چیست؟ در مجموع دو احتمال معتنا به نسبت به آن وجود دارد :

احتمال اول این است که : آیه بفرماید شما مال همدیگر را به سبب باطل تملک نکنید ولی تملک مال یکدیگر از راه تجارهً عن تراض و از راه معاملات مبتنی بر توافق و تبانی مانعی ندارد.

احتمال دوم و بیان دیگر نسبت به صدر آیۀ شریفه این است که اینگونه گفته شود که : این کلمۀ « بالباطل » در حقیقت تعلیلی است که بجای موضوع ذکر شده است و در حقیقت مفاد آیه این است که : مال همدیگر را تملک و تصاحب نکنید فأنّه باطلٌ مگر در جائیکه این تملک و تصاحب مال همدیگر از راه تجارهً عن تراض. }

علی أی حالٍ هرچند که از آیۀ شریفه اینچنین استفاده میشود که : تملک مال همدیگر از راه اسباب باطله مجاز و صحیح نیست و تنها عقود و معاملات مشتمل بر تراضی هستند که سبب صحیح برای تملک و اکل هستند ، ولی اشکال این است که : بله در آیۀ شریفه « أکل مال » به دو قسم تقسیم شده است یک قسم اکل مال به سبب باطل است و قسم دیگرش أکل مال به سبب صحیح است ولی باتوجه به اینکه در این موارد محل بحث شخص این منفعت کثیر را از راه قرار داد بیع و اجاره بدست می آورد ـ هرچند از راه شرط در ضمن این قرار دادها باشد ـ و اینگونه نیست که این شرط غیر منصفانه باعث بشود این قراردادها از تحت عناوین بیع و اجاره خارج بشوند ، با توجه به این مطلب دیگر معنا ندارد که ما بخواهیم برای اثبات بطلان این معاملات آنها را مصداق « اکل مال به باطل » قرار بدهیم.

پس مانحن فیه ـ قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه ـ از مصادیق قرار دادهای صحیح و داخل در عنوان « تجارهً عن تراض » است ـ البته بنابر اینکه مراد و مقصود از « تجارهً عن تراض » هر معامله ای باشد که از روی تراضی انجام گرفته است ـ و با این وجود دیگر داخل در قراردادهایی که سبب باطل هستند قرار نمیگیرد.

حال اگر کسی بگوید : اینگونه نیست که مراد از « تجارهً عن تراض » همۀ قراردادهای صحیح باشد بلکه مراد از آن « خصوص خرید و فروش به قصد استرباح » است و معاملات دیگر را شامل نمیشود چرا که عنوان « تجارت » شامل غیر بیع نمیشود ، در اینصورت هم اشکال به استدلال به آیۀ شریفه برای اثبات بطلان عقود مشتمل بر شرط غیر منصفانه این است که : در اینصورت ولو آیۀ شریفه از آنجا که سبب صحیح را در « تجارهً عن تراض » حصر کرده است دیگر شامل اجاره و ... نمیشود ولذا اجارۀ به شرط تملیک( مثلا) مصداق « تجارهً عن تراض » نیست بلکه مصداق صدر آیه است و بحسب این آیۀ شریفه از معاملات باطله به شمار می آید ولی بوسیلۀ دلیل منفصلی که دلالت بر صحت اجاره و .... میکند این عقود از تحت اطلاق و عموم « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل » خارج میشوند.

حاصل بحث این شد که : اگر که مراد از « تجارهً عن تراض » مطلق معاملات مردم و عرف باشد در اینصورت نفس همین آیه دلالت بر این میکند که این عقود مشتمل بر شروط غیر منصفانه صحیح هستند. و اگرمراد از « تجارهً عن تراض » خصوص بیع به قصد استرباح باشد در اینصورت ولو نفس آیه بملاحظه ذیل شامل عقود مشتمل بر شروط غیر منصفانه نمیشود بلکه این عقود مشمول صدر آیه میشوند و میبایست حکم به بطلان آنها بشود ولی بوسیلۀ دلیل خارجی ـ که ادلۀ صحت اجاره و ... باشدـ این عقود از صدر آیۀ شریفه که دلالت بر بطلان میکرد خارج میشود و بعد از خروج اینها از صدر آیۀ شریفه دیگر وجهی ندارد که ما بخواهیم برای اثبات بطلان این عقود به آیۀ شریفه استدلال بکنیم.

نسبت به غیر محل بحث یعنی شرکتهای هرمی و یا بازاریابی شبکه ای هم گفته میشود که : از آنجا که در این معاملات یک قرار دادی بعنوان بیع و اجاره و... انجام میشود و در ضمن این قرار داد یک شرط اینچنینی قرارداده شده است که سود به سرشاخه ها و ... برسد ، لذا این قرارداد مصداق « اکل مال به باطل » نخواهد بود. بلکه یا مستقیماً در ذیل آیه شریفه ـ یعنی تجارهً عن تراض ـ قرار میگیرد و یا اینکه ملحق به ذیل آیۀ شریفه قرار میگیرد و با این وجود دیگر معنا ندارد که ما بخواهیم برای بطلان آنها به صدر آیۀ شریفه استدلال بکنیم.

نسبت به مثال « یانصیب » که در آن هم برای اثبات بطلانش به آیۀ شریفه و مصداقیت آن لأکل المال بالباطل استدلال شده است ، در کلمات مرحوم حلّی مناقشاتی آمده است که در جلسۀ آینده بیان خواهد شد.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه هفتم ـ معاملات مستحدثه ـ 19/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

 در جلسه گذشته مناقشات نسبت به وجه چهارم که در صدد اثبات بطلان معاملات مشتمل بر شروط غیر منصفانه بوسیلۀ استدلال به آیۀ شریفۀ « و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل .... » بود را بیان و بررسی کردیم.

به مناسبت مصداقیت این معاملات مشتمل بر شروط غیر منصفانه برای آیۀ شریفه بیان شد که موارد دیگری هم وجود دارد که برای بطلان آنها به آیۀ شریفه استدلال شده است و از باب أکل مال به باطل حکم به بطلان آنها شده است.

البته استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان بعضی از موارد مانند اعتبار مالیت در مبیع ، استدلال صحیحی بود ولی استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معاملات شرکتهای هرمی و بازاریابی شبکه ای و همچنین برای اثبات بطلان خرید اوراق قرعه کشی به دید بخت آزمایی که در عربی از آنها به « یا نصیب » تعبیر میشود ، جای مناقشه و اشکال دارد .

نسبت به مثال شرکتهای هرمی در جلسه قبل توضیح داده شد که : ولو همانطور که بعضی بالصراحه فتوای به بطلان آنها داده اند و بعضی دیگر هم بنحو احتیاط وجوبی حکم به عدم جواز آنها داده اند ، اصل عدم جواز این معاملات قابل قبول است ولی استدلال به آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » برای اثبات بطلان این معاملات صحیح نیست بلکه میبایست برای اثبات بطلان آنها به دنبال دلیل دیگری برویم ، که شاید در انتهاء بحث به این وجوه اشاره بکنیم.

به مثال و مورد دوم رسیدیم که اوراق قرعه کشی و « یانصیب » بود که برای ابطال این معامله هم به آیۀ شریفۀ « ولاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » استدلال کرده اند.

بحث در این است که : آیا استدلال به آیۀ شریفه برای ابطال این معامله صحیح است یا نه؟

##### اشکالات مرحوم حلی به استدلال به آيه حرمت اکل مال به باطل برای بطلان خريد اوراق يانصيب

مرحوم حلّی در کتاب بحوثٌ فقهیه فرموده اند : استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معامله و خرید و فروش اوراق « یانصیب » ، استدلال صحیح و تامی نیست بلکه دو اشکال به این استدلال وارد است.

تقریب استدلال به آیۀ شریفه برای اثبات بطلان خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ اوراق یانصیب ـ این بود که : در آیۀ شریفه آمده است که اگر اسباب شرعیه وسیلۀ تملک اموال دیگران باشد این مانعی ندارد و ممضا است ، ولی اگر مال افراد بوسیلۀ اسباب باطله تملک بشود ، این امر مورد امضاء شارع نیست بلکه شارع حکم به بطلان این معاملات میکنند. با توجه به این مطلب نسبت به خرید و فروش اوراق قرعه کشی و یانصیب گفته میشود که : این معامله مصداق سبب شرعی نیست فلذا داخل در صدر آیه است که حکم بطلان آنها شده است.

اشکال اول نسبت به این استدلال این است که : شما در تقریب استدلال اینچنین فرض کردید که این معاملۀ اوراقِ یا نصیب از اسباب شرعیه و مصداق « تجارهً عن تراض » نیست فلذا از اسباب باطله است ؛ لکن ما از عدم دخول این معامله در « تجاره عن تراض » منع میکنیم و میگوییم که این معامله هم از مصادیق « تجارهً عن تراض » است. وجه و دلیل بر این مطلب هم این است که : ظاهر آیۀ شریفه به قرینۀ مقابلۀ بین « سبب باطل » و « تجارهً عن تراض » این است که : هر معامله ای که با رضایت طرفین حاصل بشود ، مصداق تجارت عن تراض است و صحیح است و در مورد بحث هم که شرکت خاصی قرعه کشی قرار میدهد و اوراقی را به این جهت میفروشد و مردم هم آنها را به غرض رسیدن به جایزۀ بزرگ و مهم میخرند ، دراینجا این خرید و فروش اوراق با تراضی طرفین انجام میشود فلذا این معامله ، معاملۀ صحیح و مجازی است. این اشکال اول است .

اشکال دوم هم این است که فرموده اند : ما حتی اگر بپذیریم که این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ اوراق یا نصیب ـ از مصادیق « تجاره عن تراض » نیست و همچنین بپذیریم که با قطع نظر از ادلۀ منفصله این آیۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » دلالت بر بطلان این نحوه از معاملات و مصداقیّت این نحوه از معاملات برای « أکل مال به باطل » میکند ولی باتوجه به اینکه ما ادلۀ منفصلۀ دیگری مثل آیۀ شریفۀ « اوفوا بالعقود » برای تصحیح معاملات داریم که هر معامله ای که از جانب مالکین صادر بشود را امضاء میکند ، با تمسک به آن میگوییم :معاملۀ اوراق یا نصیب از عقود صحیحۀ لازم الوفاء است و به این نحو در « لاتاکلوا اموالکم بالباطل » تخصیص اتفاق می افتد و از « اکل مال به باطل » خارج میشود.

البته تعبیر وارد در کتابِ « بحوثٌ فقهیّه » ، تعبیر « تخصص » است چرا که صدر آیه میگوید : أکل مال به باطل نکنید ، حال اگر که آیۀ « اوفوا بالعقود » این معامله اوراق قرعه کشی را شامل بشود این عقد میشود عقد و سبب صحیح و مشروع و در اینحالت دیگر موضوعاً از « أکل مال به باطل » خارج است.

بعبارت دیگر : همانطور که در آن کتاب آمده است ما با قطع نظر از دلیل منفصل ممکن بود بگوییم که این معاملۀ اوراق یانصیب مصداق أکل مال به باطل است اما بعد از دلالت آیۀ شریفۀ « اوفوا بالعقود » بر صحت کلّ عقدٍ و منها این عقد ، این معامله سبب شرعی میشود و تخصصاً از موضوع اکل مال به باطل خارج میشود.

بر این اساس ما نمیتوانیم برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق یا نصیب به آیۀ شریفه « لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» استدلال بکنیم.

اینها دو اشکال و دو مناقشه ای بود که مرحوم حلّی نسبت به استدلال به آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق یانصیب مطرح کرده اند.

##### جواب از اشکالات مرحوم حلّی

نسبت به مناقشه و اشکال اول ایشان که فرموده اند : عنوان « تجارهً عن تراض » شامل این معاملۀ اوراق یانصیب میشود ، گفته میشود که : این فرمایش ایشان قابل التزام نیست چرا که حتی اگر مراد از « تجاره عن تراض » مطلق معامله ای باشد که مبتنی بر تراضی طرفین است در عین حال شامل این معاملۀ اوراق قرعه کشی ـ أی : اوراق یا نصیب ـ نمیشود. چرا که ولو هر معاملۀ مبتنی بر تراضی بحسب ذیل آیۀ شریفه ممضای عند الشرع باشد ولی این تعبیر ـ أی : تعبیر « إلا تجارهً عن تراض » ـ مانند آیۀ « اوفوا بالعقود » اشارۀ به عناوین خاصه ای است که در آن زمان محقق بوده است. ولو که این تعبیر اطلاق هم داشته باشد و بنحو قضیۀ حقیقیه شامل کلّ عقدٍ و معاملهٍ فی أیِّ زمانٍ بشود ولی در جاییکه معاملۀ انجام شده مصداق یکی از عناوین معاملی معهوده ای باشد که مورد امضاء قرار نگرفته است دیگر نمیتوان از این آیۀ « اوفوا بالعقود » یا آیۀ « تجاره عن تراض » صحت این معامله را استفاده کرد.

بعبارت دیگر : چنانچه کیفیت واقع شدۀ در خارج مصداق یکی از عناوینِ معاملیِ خاص باشد ولی شرط صحت آن عنوان معاملی را نداشته باشد در اینصورت نمیتوان با تمسک به « اوفوا بالعقود » حکم به صحت اینچنین معامله ایی کرد.

توضیح اینکه : مثلاً در مورد عقد بیمه که افراد ماهیانه مبلغی میپردازند و در مقابل ادارۀ بیمه هم متعهد به این شده است که عند وقوع المرض یا خسارت مقداری از آنها را جبران بکند ، گفته شده است که : چنانچه با توجه به خصوصیات عقد بیمه ، آن را تحلیل بکنیم و به این نظر برسیم که حقيقت آن همان « هبۀ مشروطه » است و مضمون آن چیزی غیر از هبۀ مشروطه نیست ـ به این نحو که شخص ماهانه مقداری را هبه میکند به شرط اینکه اگر مرض و یا خسارتی اتفاق افتاد ادارۀ بیمه جبران بکند ـ در اینصورت اگر این عقد بیمه واجد تمام شرائط صحت « هبۀ مشروطه » باشد با تمسک به ادلۀ هبه حکم به صحت عقد بیمه هم میکنیم.

ولی اگر فرض بکنیم که این عقد بیمه واجد همۀ شرائط هبۀ مشروطه نیست و مثلاً از ادله حجیت هبه شرطی برای هبۀ مشروطه استفاده شده است که این عقد بیمه واجد آن نیست ، در اینصورت آیا میتوان گفت که : این عقد بیمه ای که واقعش هبۀ مشروطه است ولی شرط صحت هبۀ مشروطه را ندارد و ما از راه هبه نمیتوانیم حکم به صحت به آن بکنیم با تمسک به « اوفوا بالعقود » تصحیح میشود؟ به این نحو که بگوییم : ولو ما نتوانستیم این عقد مستحدث ـ أی : بیمه ـ را از طریق مصداقیتش برای هبۀ مشروطه درست بکنیم ولی از آنجا که « اوفوا بالعقود » میگوید : هر عقدی که از جانب متعاقدین مع تراضی انجام بشود فی أیّ زمانٍ صحیح است ، نسبت به عقد بیمه هم میگوییم این عقد مشمول « اوفوا بالعقود » است چرا که از جانب متعاقدین و از روی رضایت واقع شده است ، و به این نحو عقد بیمه تصحیح میشود.

آیا اینچنین تقریب و استدلالی صحیح است؟

در جواب گفته میشود که این استدلال صحیح نیست چرا که هر چند « اوفوا بالعقود » و « تجارهً عن تراض » بنحو قضیۀ حقیقیه باشند ولی اگر آن عنوان معاملی ای که این عقد مصداق آن است بنفسه مورد ردع شارع قرار گرفته باشد و شارع حکم به صحت آن نکرده باشد دیگر معنا ندارد که ما بخواهیم از راه دیگری حکم به صحت آن بکنیم.

بله ، یک وقت مضمون انشائی تغییر میکند و مثلاً دیگر مصداق هبۀ مشروطه نیست در اینصورت میتوان به « اوفوا بالعقود » برای صحت آن تمسک کرد ولی اگر مضمون انشائی تغییر نکند و بنا باشد همان مضمون که شارع حکم به عدم صحت آن کرده است را با « اوفوا بالعقود » درست بکنیم ، این دیگر مجاز نیست وآن دلیلی که مقتضی بطلان هبۀ مشروطۀ فاقد شرط است مقتضای آن دلیل این است که اين معامله از نظر شارع قابل امضاء نیست ولو اسم دیگری روی آن قرار داده شود.

حال باتوجه به این مطلب در محل بحث میگوییم که : حتی اگر آیۀ شریفۀ « تجارهً عن تراض » اطلاق هم داشته باشد و شامل هر معاملۀ مبتنی بر توافق و تراضی بشود نهایتاً شبیه به « اوفوا بالعقود » میشود بر اين اساس اگر معاملۀ مبتنی بر توافق و تراضی بحسب مضمون انشائیش مصداق عقد خاصی باشد ولی واجد شرط صحت آن عقد نباشد ، در اینصورت دیگر دلیل « تجاره عن تراض » و « اوفوا بالعقود » نمیتواند شامل آن بشوند و حکم به صحت آن بکنند.

نسبت به محل بحث یعنی خرید اوراق قرعه کشی ـ یا اوراق یا نصیب ـ گفته میشود که : این معامله برای رسیدن به سود کلان و جایزۀ گران قیمت است. در تحلیل مضمون آن گفته میشود که : این معامله حقیقتاً مصداق شراء و خرید ـ أی : بیع ـ است و شخص در این معامله اوراق را میخرد و باتوجه به اینکه خود این اوراق مالیت ندارند بلکه تنها علامت شمارۀ خاصی هستند لذا بیع ، بیع باطلی است و در اینحالت دیگر دلیل « اوفوا بالعقود » این موردی که بحسب مضمون انشائیش بیع است ولی شرط صحت بیع ـ که مالیت داشتن مبیع باشد ـ را ندارد را شامل نمیشود و نمیتوان آن را از باب مصداق عامّ « تجاره عن تراض » و « اوفوا بالعقود » تصحیح کرد.

پس مناقشه و اشکال اول مرحوم حلّی که فرمودند : این معاملۀ اوراق قرعه کشی از مصادیق « تجارهً عن تراض » است ، تمام نیست و اشکال نسبت به آن این است که ما نمیتوانیم در اینجا به عموم « تجارهً عن تراض » استناد کنیم.

اشکال دوم ایشان نسبت به استدلال به آیۀ شریفۀ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق قرعه کشی این بود که فرموده اند : حتی اگر بپذیریم که « تجارهً عن تراض » اختصاص به معاملۀ خاصه ـ یعنی اختصاص به بیع و شراء واجد شرائط ـ دارد و شامل همۀ عقود نمیشود و همچنین بپذیریم که این معاملۀ اوراق قرعه کشی فی حدنفسه داخل در صدر آیۀ شریفه و مصداق « اکل مال به باطل » است ولی دلیل « اوفوا بالعقود » ـ يعنی دلیل منفصل ـ با شمولش نسبت به این مورد آن را از مصداقیت برای « اکل مال به باطل » خارج میکند. تعبیر ایشان در اینجا « تخصص » است البته تعبیر دقیق در اینجا « ورود » است چرا که معامله فی حدنفسه مصداق اکل مال به باطل است ولی آیۀ شریفه می آید و موضوع را عوض میکند و به برکت این دلیل تعبدی دیگر عنوان « اکل مال به باطل » در مورد آن صادق نخواهد بود.

مناقشه و اشکالی که نسبت به این فرمایش مرحوم حلّی وارد است این است که : اگر این مضمون معاملیِ انشاء شده مصداق عقدی باشد که شارع نسبت به آن نظری نداده باشد ، در اینصورت میتوان از باب عقد مستحدث وشمول آیۀ « اوفوا بالعقود » نسبت به آن حکم به صحت کرد.

ولی اگر این مضمون معاملیِ انشاء شده مصداق عقدی باشد که شارع نسبت به آن نظر داده است و فرموده باشد که اینچنین مضمون معاملی ای واجد شرائط صحت نیست ، دراینصورت دیگر « اوفوا بالعقود » نمیتواند شامل آن بشود و آن را تصحیح بکند تا اینکه به این وسیله آن از مصداقیت « اکل مال به باطل » خارج شود.

بر این اساس این دو اشکالی که مرحوم حلّی در بحوثٌ فقهیّه مطرح کردند ، تمام نیست.

و این مطلبی که بعنوان مناقشه در کلام ایشان بیان شد از مطالبی است که بعنوان قاعدۀ عام در ابواب مختلف معاملات قابل جریان است. یعنی در باب مضاربه ، مساقات و ... مسائلی شبیه به این مورد پیدا میشود که : مثلاً عقد انجام شده بحسب مضمون انشائیش مصداق مضاربه است ولی واجد شرائط صحت مضاربه نيست و نميتوان از ادلۀ صحت مضاربه صحت آن را هم بدست آورد ، در اینصورت نمیتوان گفت : ولو که این عقد از باب مضاربه صحیح نیست ولی « اوفوا بالعقود » که شامل این عقد میشود و ما میتوانیم از این طریق این عقد را تصحیح بکنیم.

در جائیکه مضمون انشائیِ معامله مضمون مضاربه باشد و ادلۀ مضاربه حکم به بطلان و عدم صحت اینچنین عقد مضاربه ای بکنند دیگر ما نمیتوانیم به « اوفوا بالعقود » تمسک بکنیم.

بله اگر مضمون انشائی را که مثلاً در مضاربه « دفع المال للتجاره » است را عوض بکنیم و مضمون واقع شده را در قالب مثلاً « صلح » قرار بدهیم ، در اینصورت اگر این مضمون جدید مصداق عقدی از عقود متعارفه مثل عقد صلح باشد از راه عقد صلح آن را تصحیح میکنیم ولی اگر این مضمون جدیدِ انشاء شده خودش عقد جدیدی باشد که سابقه نداشته و شارع هم نسبت به آن نظری نداده است ، در اینصورت از « اوفوا بالعقود » کمک گرفته میشود و حکم به صحت آن میشود.

ولی اگر مضمون انشاء شده داخل در عقدی از عقود معهوده باشد ولی شرائط صحت آ« را نداشته باشد و شارع آن عقد معهود را با فقدان این شرط باطل اعلام کرده باشد ، در اینصورت دیگر نمیتوان برای تصحیح این عقد از « اوفوا بالعقود » استفاده کرد.

بنابراین استدلال به آیۀ شریفۀ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ....» برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق قرعه کشی ـ ای : اوراق یانصیب ـ صحیح و تام است. و گفته میشود که : در آیۀ شریفه اسباب أکل مال غیر ـ يعنی : معاملات ـ به دو قسم تقسیم شده است : یک قسم اسباب باطله و قسم دیگر معاملات مبتنی بر تراضی. و از آنجا که این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ یانصیب ـ داخل در « تجارهً عن تراض » نیست لذا تملک مال دیگری از این راه مصداق « اکل مال به باطل » است.

اضافه بر اینکه برای اثبات بطلان و عدم جواز این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ أی : یانصیب ـ میتوان به ادلۀ قمار هم تمسک کرد چرا که باتوجه به اینکه خود اوراق قیمتی ندارند اینکه اشخاص در مقابل این اوراق پول بدهند تا اینکه در قرعه کشی شرکت کنند حقیقتاً به « قمار » برمیگردد. حقیقت قمار به این است که درآن رهان باشد ، و لوبعضی در صدق قمار « لعب » را هم معتبر دانسته اند ولی ادله ای که در باب قمار وارد شده اند از آنها استفاده ميشود وجود « رهان » براس صدق قمار کافی است ، باتوجه به این مطلب ادلۀ قمار شامل محل بحث میشود. اضافه بر اینکه در روایاتی که ذیل آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» وارد شده هم تعبیر « قمار » وارد شده است هرچند که روایات ضعیف هستند.

این هم وجه و دلیل دوم برای بطلان خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ يعنی : اوراق یا نصیب ـ بود.

نسبت به شرکتهای هرمی و بازاریابی شبکه ای هم همانطور که بیان شد : ولو ما بوسیلۀ آیۀ شریفۀ « ولاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» نمیتوانیم حکم به فساد این معاملات بکنیم ولی اینگونه هم نیست که این معاملات جایز و صحیح باشند.

وجه عدم صحت و فساد این معاملات هم این است که : این عقود و معاملات مراحلی را طی کرده اند. در آن مرحلۀ اول که این شرکتهای هرمی تأسیس شدند ، هیچ جنسی در معامله وجود نداشت بلکه تنها معرفی اشخاص به شرکت بود. بعد از اینکه مبتلای به اشکال شدند برای تصحیح کردن عقدشان چیزی را در بین قراردادند تا اینکه خرید و فروش بر روی آن انجام شود و عقد ، عقد شرعی ای حساب بشود و در ضمن عقد شرط هایی قراردادند تا اینکه به همان مقاصدشان برسند.

باتوجه به این مطلب گفته میشود که : این شرکتهای هرمی بحسب ظاهر جدیدی که دارند موافق با احکام شرعی هستند و شرائط صحت معاملات در آنها رعایت شده است ولی نکتۀ اینکه اعلام و مراجع فتوای به جواز این معاملات نداده اند ، این است که : آن مقاصدی که این شرکتها داشته اند نشان دهندۀ این است که این قراردادهایی که میبندند واقعشان به همین نحوی نیست که شرائط صحت در آنها رعایت شده باشد بلکه شرکتها از این ظاهر رعایت احکام شرعی برای رسیدن به مقاصد خودشان استفاده میکنند و از اين طريق عده ای به اموال کلانی ميرسند وعده ای هم بد بخت و بيچاره ميَوند . فلذا بخاطر اینکه در واقع چنین سوء استفاده هایی صورت میگیرد و تجربه نشان داده است که این شرکتها بدنبال مقاصد خاص خودشان هستند لذا دیگر نمیتوان فتوای به جواز داد و برای انجام شدن این نحوه از معاملات راه را باز کرد. بر اين اساس بعضی از اعلام اینچنین تعبیر کرده اند که : ما اجازۀ ورود در این معاملات را نمیدهیم. که مضمون آن همان احتیاط وجوبی است.

والحمدلله رب العالمین

جلسه هفتم ـ معاملات مستحدثه ـ 19/7/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

 در جلسه گذشته مناقشات نسبت به وجه چهارم که در صدد اثبات بطلان معاملات مشتمل بر شروط غیر منصفانه بوسیلۀ استدلال به آیۀ شریفۀ « و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل .... » بود را بیان و بررسی کردیم.

به مناسبت مصداقیت این معاملات مشتمل بر شروط غیر منصفانه برای آیۀ شریفه بیان شد که موارد دیگری هم وجود دارد که برای بطلان آنها به آیۀ شریفه استدلال شده است و از باب أکل مال به باطل حکم به بطلان آنها شده است.

البته استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان بعضی از موارد مانند اعتبار مالیت در مبیع ، استدلال صحیحی بود ولی استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معاملات شرکتهای هرمی و بازاریابی شبکه ای و همچنین برای اثبات بطلان خرید اوراق قرعه کشی به دید بخت آزمایی که در عربی از آنها به « یا نصیب » تعبیر میشود ، جای مناقشه و اشکال دارد .

نسبت به مثال شرکتهای هرمی در جلسه قبل توضیح داده شد که : ولو همانطور که بعضی بالصراحه فتوای به بطلان آنها داده اند و بعضی دیگر هم بنحو احتیاط وجوبی حکم به عدم جواز آنها داده اند ، اصل عدم جواز این معاملات قابل قبول است ولی استدلال به آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » برای اثبات بطلان این معاملات صحیح نیست بلکه میبایست برای اثبات بطلان آنها به دنبال دلیل دیگری برویم ، که شاید در انتهاء بحث به این وجوه اشاره بکنیم.

به مثال و مورد دوم رسیدیم که اوراق قرعه کشی و « یانصیب » بود که برای ابطال این معامله هم به آیۀ شریفۀ « ولاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » استدلال کرده اند.

بحث در این است که : آیا استدلال به آیۀ شریفه برای ابطال این معامله صحیح است یا نه؟

##### اشکالات مرحوم حلی به استدلال به آيه حرمت اکل مال به باطل برای بطلان خريد اوراق يانصيب

مرحوم حلّی در کتاب بحوثٌ فقهیه فرموده اند : استدلال به این آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معامله و خرید و فروش اوراق « یانصیب » ، استدلال صحیح و تامی نیست بلکه دو اشکال به این استدلال وارد است.

تقریب استدلال به آیۀ شریفه برای اثبات بطلان خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ اوراق یانصیب ـ این بود که : در آیۀ شریفه آمده است که اگر اسباب شرعیه وسیلۀ تملک اموال دیگران باشد این مانعی ندارد و ممضا است ، ولی اگر مال افراد بوسیلۀ اسباب باطله تملک بشود ، این امر مورد امضاء شارع نیست بلکه شارع حکم به بطلان این معاملات میکنند. با توجه به این مطلب نسبت به خرید و فروش اوراق قرعه کشی و یانصیب گفته میشود که : این معامله مصداق سبب شرعی نیست فلذا داخل در صدر آیه است که حکم بطلان آنها شده است.

اشکال اول نسبت به این استدلال این است که : شما در تقریب استدلال اینچنین فرض کردید که این معاملۀ اوراقِ یا نصیب از اسباب شرعیه و مصداق « تجارهً عن تراض » نیست فلذا از اسباب باطله است ؛ لکن ما از عدم دخول این معامله در « تجاره عن تراض » منع میکنیم و میگوییم که این معامله هم از مصادیق « تجارهً عن تراض » است. وجه و دلیل بر این مطلب هم این است که : ظاهر آیۀ شریفه به قرینۀ مقابلۀ بین « سبب باطل » و « تجارهً عن تراض » این است که : هر معامله ای که با رضایت طرفین حاصل بشود ، مصداق تجارت عن تراض است و صحیح است و در مورد بحث هم که شرکت خاصی قرعه کشی قرار میدهد و اوراقی را به این جهت میفروشد و مردم هم آنها را به غرض رسیدن به جایزۀ بزرگ و مهم میخرند ، دراینجا این خرید و فروش اوراق با تراضی طرفین انجام میشود فلذا این معامله ، معاملۀ صحیح و مجازی است. این اشکال اول است .

اشکال دوم هم این است که فرموده اند : ما حتی اگر بپذیریم که این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ اوراق یا نصیب ـ از مصادیق « تجاره عن تراض » نیست و همچنین بپذیریم که با قطع نظر از ادلۀ منفصله این آیۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » دلالت بر بطلان این نحوه از معاملات و مصداقیّت این نحوه از معاملات برای « أکل مال به باطل » میکند ولی باتوجه به اینکه ما ادلۀ منفصلۀ دیگری مثل آیۀ شریفۀ « اوفوا بالعقود » برای تصحیح معاملات داریم که هر معامله ای که از جانب مالکین صادر بشود را امضاء میکند ، با تمسک به آن میگوییم :معاملۀ اوراق یا نصیب از عقود صحیحۀ لازم الوفاء است و به این نحو در « لاتاکلوا اموالکم بالباطل » تخصیص اتفاق می افتد و از « اکل مال به باطل » خارج میشود.

البته تعبیر وارد در کتابِ « بحوثٌ فقهیّه » ، تعبیر « تخصص » است چرا که صدر آیه میگوید : أکل مال به باطل نکنید ، حال اگر که آیۀ « اوفوا بالعقود » این معامله اوراق قرعه کشی را شامل بشود این عقد میشود عقد و سبب صحیح و مشروع و در اینحالت دیگر موضوعاً از « أکل مال به باطل » خارج است.

بعبارت دیگر : همانطور که در آن کتاب آمده است ما با قطع نظر از دلیل منفصل ممکن بود بگوییم که این معاملۀ اوراق یانصیب مصداق أکل مال به باطل است اما بعد از دلالت آیۀ شریفۀ « اوفوا بالعقود » بر صحت کلّ عقدٍ و منها این عقد ، این معامله سبب شرعی میشود و تخصصاً از موضوع اکل مال به باطل خارج میشود.

بر این اساس ما نمیتوانیم برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق یا نصیب به آیۀ شریفه « لاتاکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» استدلال بکنیم.

اینها دو اشکال و دو مناقشه ای بود که مرحوم حلّی نسبت به استدلال به آیۀ شریفه برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق یانصیب مطرح کرده اند.

##### جواب از اشکالات مرحوم حلّی

نسبت به مناقشه و اشکال اول ایشان که فرموده اند : عنوان « تجارهً عن تراض » شامل این معاملۀ اوراق یانصیب میشود ، گفته میشود که : این فرمایش ایشان قابل التزام نیست چرا که حتی اگر مراد از « تجاره عن تراض » مطلق معامله ای باشد که مبتنی بر تراضی طرفین است در عین حال شامل این معاملۀ اوراق قرعه کشی ـ أی : اوراق یا نصیب ـ نمیشود. چرا که ولو هر معاملۀ مبتنی بر تراضی بحسب ذیل آیۀ شریفه ممضای عند الشرع باشد ولی این تعبیر ـ أی : تعبیر « إلا تجارهً عن تراض » ـ مانند آیۀ « اوفوا بالعقود » اشارۀ به عناوین خاصه ای است که در آن زمان محقق بوده است. ولو که این تعبیر اطلاق هم داشته باشد و بنحو قضیۀ حقیقیه شامل کلّ عقدٍ و معاملهٍ فی أیِّ زمانٍ بشود ولی در جاییکه معاملۀ انجام شده مصداق یکی از عناوین معاملی معهوده ای باشد که مورد امضاء قرار نگرفته است دیگر نمیتوان از این آیۀ « اوفوا بالعقود » یا آیۀ « تجاره عن تراض » صحت این معامله را استفاده کرد.

بعبارت دیگر : چنانچه کیفیت واقع شدۀ در خارج مصداق یکی از عناوینِ معاملیِ خاص باشد ولی شرط صحت آن عنوان معاملی را نداشته باشد در اینصورت نمیتوان با تمسک به « اوفوا بالعقود » حکم به صحت اینچنین معامله ایی کرد.

توضیح اینکه : مثلاً در مورد عقد بیمه که افراد ماهیانه مبلغی میپردازند و در مقابل ادارۀ بیمه هم متعهد به این شده است که عند وقوع المرض یا خسارت مقداری از آنها را جبران بکند ، گفته شده است که : چنانچه با توجه به خصوصیات عقد بیمه ، آن را تحلیل بکنیم و به این نظر برسیم که حقيقت آن همان « هبۀ مشروطه » است و مضمون آن چیزی غیر از هبۀ مشروطه نیست ـ به این نحو که شخص ماهانه مقداری را هبه میکند به شرط اینکه اگر مرض و یا خسارتی اتفاق افتاد ادارۀ بیمه جبران بکند ـ در اینصورت اگر این عقد بیمه واجد تمام شرائط صحت « هبۀ مشروطه » باشد با تمسک به ادلۀ هبه حکم به صحت عقد بیمه هم میکنیم.

ولی اگر فرض بکنیم که این عقد بیمه واجد همۀ شرائط هبۀ مشروطه نیست و مثلاً از ادله حجیت هبه شرطی برای هبۀ مشروطه استفاده شده است که این عقد بیمه واجد آن نیست ، در اینصورت آیا میتوان گفت که : این عقد بیمه ای که واقعش هبۀ مشروطه است ولی شرط صحت هبۀ مشروطه را ندارد و ما از راه هبه نمیتوانیم حکم به صحت به آن بکنیم با تمسک به « اوفوا بالعقود » تصحیح میشود؟ به این نحو که بگوییم : ولو ما نتوانستیم این عقد مستحدث ـ أی : بیمه ـ را از طریق مصداقیتش برای هبۀ مشروطه درست بکنیم ولی از آنجا که « اوفوا بالعقود » میگوید : هر عقدی که از جانب متعاقدین مع تراضی انجام بشود فی أیّ زمانٍ صحیح است ، نسبت به عقد بیمه هم میگوییم این عقد مشمول « اوفوا بالعقود » است چرا که از جانب متعاقدین و از روی رضایت واقع شده است ، و به این نحو عقد بیمه تصحیح میشود.

آیا اینچنین تقریب و استدلالی صحیح است؟

در جواب گفته میشود که این استدلال صحیح نیست چرا که هر چند « اوفوا بالعقود » و « تجارهً عن تراض » بنحو قضیۀ حقیقیه باشند ولی اگر آن عنوان معاملی ای که این عقد مصداق آن است بنفسه مورد ردع شارع قرار گرفته باشد و شارع حکم به صحت آن نکرده باشد دیگر معنا ندارد که ما بخواهیم از راه دیگری حکم به صحت آن بکنیم.

بله ، یک وقت مضمون انشائی تغییر میکند و مثلاً دیگر مصداق هبۀ مشروطه نیست در اینصورت میتوان به « اوفوا بالعقود » برای صحت آن تمسک کرد ولی اگر مضمون انشائی تغییر نکند و بنا باشد همان مضمون که شارع حکم به عدم صحت آن کرده است را با « اوفوا بالعقود » درست بکنیم ، این دیگر مجاز نیست وآن دلیلی که مقتضی بطلان هبۀ مشروطۀ فاقد شرط است مقتضای آن دلیل این است که اين معامله از نظر شارع قابل امضاء نیست ولو اسم دیگری روی آن قرار داده شود.

حال باتوجه به این مطلب در محل بحث میگوییم که : حتی اگر آیۀ شریفۀ « تجارهً عن تراض » اطلاق هم داشته باشد و شامل هر معاملۀ مبتنی بر توافق و تراضی بشود نهایتاً شبیه به « اوفوا بالعقود » میشود بر اين اساس اگر معاملۀ مبتنی بر توافق و تراضی بحسب مضمون انشائیش مصداق عقد خاصی باشد ولی واجد شرط صحت آن عقد نباشد ، در اینصورت دیگر دلیل « تجاره عن تراض » و « اوفوا بالعقود » نمیتواند شامل آن بشوند و حکم به صحت آن بکنند.

نسبت به محل بحث یعنی خرید اوراق قرعه کشی ـ یا اوراق یا نصیب ـ گفته میشود که : این معامله برای رسیدن به سود کلان و جایزۀ گران قیمت است. در تحلیل مضمون آن گفته میشود که : این معامله حقیقتاً مصداق شراء و خرید ـ أی : بیع ـ است و شخص در این معامله اوراق را میخرد و باتوجه به اینکه خود این اوراق مالیت ندارند بلکه تنها علامت شمارۀ خاصی هستند لذا بیع ، بیع باطلی است و در اینحالت دیگر دلیل « اوفوا بالعقود » این موردی که بحسب مضمون انشائیش بیع است ولی شرط صحت بیع ـ که مالیت داشتن مبیع باشد ـ را ندارد را شامل نمیشود و نمیتوان آن را از باب مصداق عامّ « تجاره عن تراض » و « اوفوا بالعقود » تصحیح کرد.

پس مناقشه و اشکال اول مرحوم حلّی که فرمودند : این معاملۀ اوراق قرعه کشی از مصادیق « تجارهً عن تراض » است ، تمام نیست و اشکال نسبت به آن این است که ما نمیتوانیم در اینجا به عموم « تجارهً عن تراض » استناد کنیم.

اشکال دوم ایشان نسبت به استدلال به آیۀ شریفۀ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ... » برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق قرعه کشی این بود که فرموده اند : حتی اگر بپذیریم که « تجارهً عن تراض » اختصاص به معاملۀ خاصه ـ یعنی اختصاص به بیع و شراء واجد شرائط ـ دارد و شامل همۀ عقود نمیشود و همچنین بپذیریم که این معاملۀ اوراق قرعه کشی فی حدنفسه داخل در صدر آیۀ شریفه و مصداق « اکل مال به باطل » است ولی دلیل « اوفوا بالعقود » ـ يعنی دلیل منفصل ـ با شمولش نسبت به این مورد آن را از مصداقیت برای « اکل مال به باطل » خارج میکند. تعبیر ایشان در اینجا « تخصص » است البته تعبیر دقیق در اینجا « ورود » است چرا که معامله فی حدنفسه مصداق اکل مال به باطل است ولی آیۀ شریفه می آید و موضوع را عوض میکند و به برکت این دلیل تعبدی دیگر عنوان « اکل مال به باطل » در مورد آن صادق نخواهد بود.

مناقشه و اشکالی که نسبت به این فرمایش مرحوم حلّی وارد است این است که : اگر این مضمون معاملیِ انشاء شده مصداق عقدی باشد که شارع نسبت به آن نظری نداده باشد ، در اینصورت میتوان از باب عقد مستحدث وشمول آیۀ « اوفوا بالعقود » نسبت به آن حکم به صحت کرد.

ولی اگر این مضمون معاملیِ انشاء شده مصداق عقدی باشد که شارع نسبت به آن نظر داده است و فرموده باشد که اینچنین مضمون معاملی ای واجد شرائط صحت نیست ، دراینصورت دیگر « اوفوا بالعقود » نمیتواند شامل آن بشود و آن را تصحیح بکند تا اینکه به این وسیله آن از مصداقیت « اکل مال به باطل » خارج شود.

بر این اساس این دو اشکالی که مرحوم حلّی در بحوثٌ فقهیّه مطرح کردند ، تمام نیست.

و این مطلبی که بعنوان مناقشه در کلام ایشان بیان شد از مطالبی است که بعنوان قاعدۀ عام در ابواب مختلف معاملات قابل جریان است. یعنی در باب مضاربه ، مساقات و ... مسائلی شبیه به این مورد پیدا میشود که : مثلاً عقد انجام شده بحسب مضمون انشائیش مصداق مضاربه است ولی واجد شرائط صحت مضاربه نيست و نميتوان از ادلۀ صحت مضاربه صحت آن را هم بدست آورد ، در اینصورت نمیتوان گفت : ولو که این عقد از باب مضاربه صحیح نیست ولی « اوفوا بالعقود » که شامل این عقد میشود و ما میتوانیم از این طریق این عقد را تصحیح بکنیم.

در جائیکه مضمون انشائیِ معامله مضمون مضاربه باشد و ادلۀ مضاربه حکم به بطلان و عدم صحت اینچنین عقد مضاربه ای بکنند دیگر ما نمیتوانیم به « اوفوا بالعقود » تمسک بکنیم.

بله اگر مضمون انشائی را که مثلاً در مضاربه « دفع المال للتجاره » است را عوض بکنیم و مضمون واقع شده را در قالب مثلاً « صلح » قرار بدهیم ، در اینصورت اگر این مضمون جدید مصداق عقدی از عقود متعارفه مثل عقد صلح باشد از راه عقد صلح آن را تصحیح میکنیم ولی اگر این مضمون جدیدِ انشاء شده خودش عقد جدیدی باشد که سابقه نداشته و شارع هم نسبت به آن نظری نداده است ، در اینصورت از « اوفوا بالعقود » کمک گرفته میشود و حکم به صحت آن میشود.

ولی اگر مضمون انشاء شده داخل در عقدی از عقود معهوده باشد ولی شرائط صحت آ« را نداشته باشد و شارع آن عقد معهود را با فقدان این شرط باطل اعلام کرده باشد ، در اینصورت دیگر نمیتوان برای تصحیح این عقد از « اوفوا بالعقود » استفاده کرد.

بنابراین استدلال به آیۀ شریفۀ « لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ....» برای اثبات بطلان معاملۀ اوراق قرعه کشی ـ ای : اوراق یانصیب ـ صحیح و تام است. و گفته میشود که : در آیۀ شریفه اسباب أکل مال غیر ـ يعنی : معاملات ـ به دو قسم تقسیم شده است : یک قسم اسباب باطله و قسم دیگر معاملات مبتنی بر تراضی. و از آنجا که این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ یانصیب ـ داخل در « تجارهً عن تراض » نیست لذا تملک مال دیگری از این راه مصداق « اکل مال به باطل » است.

اضافه بر اینکه برای اثبات بطلان و عدم جواز این خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ أی : یانصیب ـ میتوان به ادلۀ قمار هم تمسک کرد چرا که باتوجه به اینکه خود اوراق قیمتی ندارند اینکه اشخاص در مقابل این اوراق پول بدهند تا اینکه در قرعه کشی شرکت کنند حقیقتاً به « قمار » برمیگردد. حقیقت قمار به این است که درآن رهان باشد ، و لوبعضی در صدق قمار « لعب » را هم معتبر دانسته اند ولی ادله ای که در باب قمار وارد شده اند از آنها استفاده ميشود وجود « رهان » براس صدق قمار کافی است ، باتوجه به این مطلب ادلۀ قمار شامل محل بحث میشود. اضافه بر اینکه در روایاتی که ذیل آیۀ شریفۀ « و لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» وارد شده هم تعبیر « قمار » وارد شده است هرچند که روایات ضعیف هستند.

این هم وجه و دلیل دوم برای بطلان خرید و فروش اوراق قرعه کشی ـ يعنی : اوراق یا نصیب ـ بود.

نسبت به شرکتهای هرمی و بازاریابی شبکه ای هم همانطور که بیان شد : ولو ما بوسیلۀ آیۀ شریفۀ « ولاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» نمیتوانیم حکم به فساد این معاملات بکنیم ولی اینگونه هم نیست که این معاملات جایز و صحیح باشند.

وجه عدم صحت و فساد این معاملات هم این است که : این عقود و معاملات مراحلی را طی کرده اند. در آن مرحلۀ اول که این شرکتهای هرمی تأسیس شدند ، هیچ جنسی در معامله وجود نداشت بلکه تنها معرفی اشخاص به شرکت بود. بعد از اینکه مبتلای به اشکال شدند برای تصحیح کردن عقدشان چیزی را در بین قراردادند تا اینکه خرید و فروش بر روی آن انجام شود و عقد ، عقد شرعی ای حساب بشود و در ضمن عقد شرط هایی قراردادند تا اینکه به همان مقاصدشان برسند.

باتوجه به این مطلب گفته میشود که : این شرکتهای هرمی بحسب ظاهر جدیدی که دارند موافق با احکام شرعی هستند و شرائط صحت معاملات در آنها رعایت شده است ولی نکتۀ اینکه اعلام و مراجع فتوای به جواز این معاملات نداده اند ، این است که : آن مقاصدی که این شرکتها داشته اند نشان دهندۀ این است که این قراردادهایی که میبندند واقعشان به همین نحوی نیست که شرائط صحت در آنها رعایت شده باشد بلکه شرکتها از این ظاهر رعایت احکام شرعی برای رسیدن به مقاصد خودشان استفاده میکنند و از اين طريق عده ای به اموال کلانی ميرسند وعده ای هم بد بخت و بيچاره ميَوند . فلذا بخاطر اینکه در واقع چنین سوء استفاده هایی صورت میگیرد و تجربه نشان داده است که این شرکتها بدنبال مقاصد خاص خودشان هستند لذا دیگر نمیتوان فتوای به جواز داد و برای انجام شدن این نحوه از معاملات راه را باز کرد. بر اين اساس بعضی از اعلام اینچنین تعبیر کرده اند که : ما اجازۀ ورود در این معاملات را نمیدهیم. که مضمون آن همان احتیاط وجوبی است.

والحمدلله رب العالمین

جلسه نهم ـ معاملات مستحدثه ـ 2/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

وجه پنجم برای بطلان شروط غیر منصفانه در قراردادها ، استدلال به ادلۀ حرمت ظلم و عدوان بود که در جلسۀ قبل اصل استدلال و همچنین بعضی از اشکالات نسبت به آن بیان شد. البته همانطور که بیان شد کبرای استدلال که حرمت ظلم باشد جای اشکال ندارد ولی صغرویت محل بحث برای این کبرا تمام نیست.

اشکال سوم به استدلال این بود که : تمسک به ادلۀ حرمت ظلم در مثل محل بحث از قبیل تمسک به دلیل در شبهۀ مصداقیۀ خود دلیل است که هیچ کس قائل به صحت آن نیست. اگر چه در تمسک به دلیل عام در شبهۀ مصداقیۀ مخصص اختلاف نظر وجود دارد ولو در این مورد هم نوعاً قائل به عدم جواز هستند لکن بعضی در این مورد قائل به جواز شده اند ، ولی نسبت به عدم جواز تمسک به دلیل در شبهۀ مصداقیۀ خود دلیل هیچ شک و تردیدی وجود ندارد.

تقریب و توضیح اشکال این بود که : باتوجه به اینکه حقیقت ظلم ، تضییع و عدم رعایت حق است و صدق ظلم در هر موردی متوقف بر این است که در مرتبۀ سابق حقی برای شخص وجود داشته باشد تا اینکه سلب آن حق مصداق ظلم بشود ، لذا در مواردی که ما شک داریم که آیا در آن مورد حقی وجود دارد یا نه ؟ نمیتوانیم به ادلۀ حرمت ظلم تمسک بکنیم.

بعبارت دیگر : باتوجه به اینکه حق داشتن و سلب حق که ظلم است از عناوین قانونی و اعتباری ای است که بحسب مقنین و معتبرین مختلف ، مختلف میشود لذا اگر در خطاب شارع عنوان « ظلم » اخذ شده باشد برای تمسک به این دلیل در یک مورد و اثبات ظلم بودن آن مورد میبایست در مرتبۀ قبل حق بودن آن مورد بنظر شارع ثابت باشد تا اینکه بتوان به آن دلیل أخذ کرد. و صرف اینکه به اعتبار عقلاء امری مصداق ظلم باشد ـ تا زمانیکه امضاء شارع نسبت به آن احراز نشده باشد ـ برای تمسک به ادلۀ حرمت ظلم کافی نیست.

در مثل محل بحث هم توضیح اشکال این است که : در این قرارداد مشتمل بر شروط غیر منصفانه ما احتمال این را میدهیم که هم شرط و هم معاملۀ مشروط به شرط غیر منصفانه ، صحیح باشند و اگر این شرط و معاملۀ مشروط به آن صحیح باشند ـ کما اینکه مقتضای اطلاقات هم همین است ـ دیگر برای طرف ضعیف در معامله حقی وجود ندارد تا اینکه تضییع آن ، سلب حق و ظلم بحساب بیاید و الان هم که شک در صحت و فساد آنها داریم نمیتوانیم به ادلۀ حرمت ظلم تمسک بکنیم چرا که تمسک به ظلم در این موارد شک از قبیل تمسک به دلیل در شبهۀ مصداقیۀ خود دلیل میشود که هیچ کس ملتزم به آن نشده است. این اصل اشکال سوم بود که در جلسه قبل بیان شد.

یک قسمت از توضیح اشکال باقی مانده است که میبایست تکمیل بشود ، و آن این است که : مراد از اینکه گفتیم « ظلم یک عنوان اعتباری و قانونی است و به اعتبار معتبرین و مقننین مختلف میشود » این نیست که همۀ مصادیق ظلم از مصادیق قانونی و اعتباری هستند بلکه یقیناً برای ظلم یک مصادیق واقعی وجود دارد که صدق ظلم در آن موارد متوقف بر اعتبار مقنن و معتبر نیست و نسبت به این مصادیق واقعی مشخص است که تمسک به ادلۀ حرمت ظلم اشکالی ندارد. مثلاً تصرف در اعضاء بدن انسان دیگر مانند مجروح کردن و یا شکستن استخوان شخص دیگر از باب جنایت ، قطعاً از مصادیق ظلم بحساب می آید و ظلم بودن اینگونه تصرفات متوقف بر اعتبار معتبر و جعل قانون نیست بلکه با قطع نظر از اعتبار هم عنوان « ظلم » صدق میکند چرا که با قطع نظر از اعتبار، شخص نسبت به اعضای بدن خودش « ملکیت تکوینی » دارد و این موجب میشود که « حق » تکویناً و با قطع نظر از اعتبار برای شخص پیدا بشود در اینحالت مشخص است که از بین بردن و هتک این حق بدون اینکه محتاج به اعتبار معتبرین باشد ، مصداق ظلم خواهد بود.

پس در موردی که حق تکوینی با قطع نظر از اعتبار محرز است ، میتوان به ادلۀ حرمت ظلم تمسک کرد و تمسک به ادلۀ ظلم در این مورد دیگر آن اشکال تمسک به دلیل در شبهۀ مصداقیۀ خود دلیل را ندارد.

بله در این مواردی که حق تکویناً و باقطع نظر از اعتبار وجود دارد ، ممکن است که مقننین و معتبرین بحسب قانون خودشان آن را در یک موردی حق حساب نکنند بعبارت دیگر احتمال این وجود دارد که مقنن و یا معتبری وجود اینچنین حقی که تکویناً و با قطع نظر از اعتبار وجود دارد را ردع بکند و آن را کالعدم بحساب بیاورد ولی در این موارد ـ بخلاف سائر موارد ـ آنچه که محتاج دلیل است الغاء این حق است و اگر دلیل بر الغاء این حقوق تکوینی پیدا نشد دیگر تمسک به ادلۀ حرمت ظلم برای اثبات حرمت تصرف عدوانی نسبت به این حقوق ، اشکالی ندارد.

پس ولو معتبرین و مقننین میتوانند در این حقوق تکوینی تصرف بکنند و آنها را کالعدم بحساب بیاورند ولی در اینصورت آنچه که محتاج به دلیل است الغاء این حقوق تکوینی است و ما برای عدم تمسک به ادلۀ حرمت ظلم محتاج به دلیل هستیم برخلاف موردی که مصداق تکوینیِ حق نباشد بلکه اعتباراً و قانوناً حق دانسته شده است در این مورد ما نمیتوانیم به صرف عدم ردع این حقوق به ادلۀ حرمت ظلم تمسک کنیم بلکه آنچه که در این موارد محتاج به دلیل است اثبات این حقوق است فلذا تمسک به ادلۀ حرمت ظلم در این موارد قبل از اثبات حق بودنشان مبتلا به اشکال تمسک به دلیل در شبهۀ مصداقیۀ خود دلیل است.

مثال برای جائیکه مقنن و معتبر در حق تکوینی تصرف کرده است هم این است که : باتوجه به آنچه که در ادله مثل موثقه سماعه آمده است ، آنچه که موجب احترام دَم است « اسلام » است ـ البته بحسب قاعدۀ اولیه و با قطع نظر از ذمّه و معاهده و... ـ از اینجا مشخص میشود که کافر حقن دَم واحترام دَم ندارد ، وقتی کافر احترام دم نداشت و در واقع حقن و احترام دَم نسبت به کافر إلغاء شده است دیگر تصرف در اعضاء او مثل قطع و جرح و کسر اعضاء او از عنوان ظلم خارج میشود.

بله ممکن است که ادلۀ دیگری وجود داشته باشد که از اذیت کردن کفّار منع کرده باشد مثل ادله ای که در مورد حرمت مُثله کردن وارد شده است یا ادله ای که نهی از القاء سم در آب آشامیدنی کفار کرده است ، ولی این نهی ها از باب مصداقیت این موارد برای ظلم نیست و محل بحث ما در این است که در چه مواردی تمسک به ادلۀ حرمت ظلم صحیح است ، و در چه مواردی صحيح نيست .

بنابراین در مواردی که ظلم مصداق واقعی و تکوینی داشته باشد دیگر حق داشتن شخص متوقف بر اعتبار معتبرین و مقننین نیست و سلب اینچنین حقی مصداق ظلم است و در این موارد میتوان به ادلۀ حرمت ظلم تمسک کرد إلا اینکه بنظر مقنن و معتبر خاص این حق الغاء شده باشد. این یک نکته ای بود که میبایست نسبت به اشکال سوم بیان میشد.

نکتۀ دیگری که نسبت به اشکال سوم وجود دارد این است که : باتوجه به توضیحی که در مورد موارد جواز و عدم جواز تمسک به ادلۀ حرمت ظلم داده شد معلوم میشود که : معنا و مقتضای این اشکال انکار حسن و قبح عقلی نیست. یعنی این اشکال مستلزم انکارِ قبیح بودن ظلم و حَسَن بودن عدل نیست چرا که مفاد آن بحث، مستقل بودن عقل به قبیح بودن ظلم و حسن بودن عدل است و این یک کبرای صحیح و قابل التزام است ولی اینکه ظلم در کجا اتفاق می افتد دیگر آن بحث به این جهت نپرداخته است ، عقل در این مورد وجود و ثبوت حق در مرحلۀ قبل را برای تحقق عنوان ظلم لازم میداند. و بحسب نوع موارد محق بودن و حق داشتن به اعتبار معتبرین است و اینگونه نیست که وجودات واقعی داشته باشد.

بنابراین معنای این اشکال سوم انکار حسن و قبح عقلی نیست.

اینها هم مطالب مربوط به وجه پنجم از وجوهی بود که برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه بیان شده است.

وجه ششم برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه در قرار دادها ، تمسک به ادلۀ ولایت فقیه است.

تقریب استدلال این است که : باتوجه به اینکه خاستگاه و مبدأ و منشأ اولیِ ابطال این شروط غیر منصفانه که دادگاه کشورهای تابع حقوق کامن لو مثل انگلستان هستند ، برای محاکم و دادگاه ها حق ابطال این نحوه از قراردادها که مشتمل بر شروط غیر منصفانه هستند را قرار داده اند و گفته اند : دادگاه ها میتوانند این نحوه از عقود را یا لغو و یا تعدیل بکنند ، این امر ـ یعنی اینکه شروط غیر منصفانه بحسب منشأ و خواستگاه اولی شان ارجاع به محاکم شده است ـ نشان دهندۀ این است که امضاء و یا ابطال این نحوه از عقودِ مشتمل بر شروط غیر منصفانه از امور عامّه ای است که مرتبط به مصالح عمومی جامعه است. وقتی کشف شد که این مسئله از امور عامّه ای است که به مصالح عمومی جامعه برمیگردد ، گفته میشود : در شریعت اسلام ولایت بر امور عامّه در اختیار و تحت ولایت فقیه عادل قرار داده شده است لذا فقیه بر اساس مصلحت و ضرورتی که در بین وجود دارد میتواند حکم به ابطال این قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه بکند.

پس ولو بحسب احکام اولیۀ شریعت این نحوه از عقود فی حدنفسه صحیح باشند ولی ادلۀ ولایت فقیه مقتضی این است که فقیه ـ علی القولین نسبت به دائرۀ ولایت فقیه که آیا منحصر به دائرۀ ضرورت است و یا اینکه نسبت به موارد وجود مصلحت عمومیت دارد ـ میتواند ضرورتها و یا مصالح عامّه ـ ولو به حدّ ضرورت نرسند ـ را در نظر بگیرد و حکم به ابطال این نحوه از معاملات بکند. بنابراین ادلۀ ولایت فقیه قابلیت این را دارد که بوسیلۀ آنها حکم به ابطال شروط غیر منصفانه بشود.

این تقریب استدلال به ادلۀ ولایت فقیه برای اثبات بطلان شروط غیر منصفانه است.

از باب مثال و بیان نظیری که امروزه در محافل حقوقی و تقنینی نيزمورد بحث است ، گفته میشود : با استناد به ادله ولایت فقیه ميتوان حکم کرد به اینکه اسناد غیر رسمی و غیر محضری ای که به شکل قولنامه ای انجام میشود ملغی و کالعدم است. فقیه میتواند برای جلوگیری از مفاسد حکم به ملغی بودن و بی اثر بودن قراردادهای قولنامه ای بکند تا اینکه مردم ملزم به این بشوند که املاک خودشان را حتماً ثبت محضری بدهند.

آیا تمسک به ادلۀ ولایت فقیه برای اثبات بطلان این موارد ـ یعنی شروط غیر منصفانه و معاملات قولنامه ای ـ صحیح است یا نه؟

مناقشه و اشکالی که نسبت به این وجه ششم وجود دارد همان مناقشه ایی است که قبلاً نسبت به تمسک به ادلۀ ولایت فقیه برای امضاء شخصیت حقوقی ، مطرح شده است.

در آن بحث بیان شد که بعضی گفته اند : فقیه حق این را دارد که شخصیت حقوقی را بعنوان یک اعتبار خاص ، اعتبار بکند و بعد از اعتبار او تبعاً آثار حقوقی و قانونی آن هم بار میشود و به این وسیله تصرفات متولی شخصيت حقوقی تصرفات نافذ و صحیحی میشود.

در مناقشه به این استدلال ـ همانطور که در فقه العقود اجمالاً آمده است ـ بیان شد که : به هر دلیلی که ما ولایت فقیه را اثبات بکنیم ـ چه به ادلۀ لفظیه و چه از راه امور حسبیه ـ مفهوم و متفاهم از این اعطاء ولایتی که از ناحیۀ شریعت به فقیه داده شده است ـ که به حیثیت قانونی و اعتباری برمیگردد و بر این اساس مسئلۀ ولایت فقیه مسئلۀ فقهی و قانونی است و ربطی به مسئلۀ کلامی ندارد ـ این است که : این ولایت محدود به حدّی است که خروج علی نظام التشریع حساب نشود و اینگونه نیست که مطلق باشد بنحوی که نقض احکام اولیۀ شریعت را نتیجه بدهد. بعبارت دیگر : آن ولایتی که در نظام تشریع به فقیه داده شده است شامل موارد نقض احکام خود شریعت نمیشود.

و در همان جا بیان شد که : این مطلب اختصاص به شریعت و قانون اسلام ندارد بلکه در هر قانون و شریعتی اگر در کنار قوانین و تشریعات ابتدائی برای شخص ویا طائفه ای ولایت قرارداده شود متفاهم عرفی از این اعطاء ولایت این است که : این ولایت در محدودۀ احکام شریعت ثابت است و نه در حدّی که شامل فرض تصادم با آن شریعت باشد ، در فقه العقود این تعبیر آمده است : « نه در حدّی که خروج علی ذلک النظام باشد » بلکه ولایت شخص با حفظ چهارچوب ها است.

نکتۀ عقلائیِ این اختصاص و عدم اطلاق ولایت از جانب نظام تشريعی این است که : احکام ابتدائیِ شریعت که خداوند متعال آنها را جعل کرده است بر اساس مصالح و مفاسد جعل شده اند ، حال اگر در کنار این جعل احکام برای وقایع متعدد یکی از قوانین این شریعت این باشد که شخص خاصی میبایست متابعت بشود و او ولایت دارد مثل اینکه گفته بشود پدر ، زوج و ... ولایت دارند و یا اینکه یکی از قوانین و احکام این باشد که : افراد بايد به تعهدات ، نذرها و عهدهای خودشان عمل کنند ؛ در این موارد معنای اعطاء ولایت و لزوم عمل به تعهدات و پیمان ها این است که : در صورتی که این إعمال ولایت در چهارچوب شریعت باشد ، این ولایت لازم الاتباع است نه بنحو مطلق. مثلاً معنای لزوم اطاعت پدر در شریعت این نیست که پدر اطاعت بشود حتی اگر امر به ارتکاب معصیت و حرام و یا ترک واجب بکند. بلکه بمعنای لزوم اطاعت پدر در چهارچوب مقررات شریعت است.

باتوجه به این نکتۀ عقلائی که اختصاص به شریعت اسلام ندارد بلکه نسبت به همۀ مواردی که قانون وجود دارد ، محکَّم است ،گفته میشود : این ولایتی که برای فقیه قرار داده شده است اختصاص به محدوده و جایی دارد که از این إعمال ولایت خلاف حکم اولی شریعت لازم نیاید و آن در جايی است که شارع تکلیف الزامی ندارد.

توضیح اینکه : شارع مقدس در بعضی وقایع الزام به فعل کرده ، در بعضی از وقایع هم الزام به ترک کرده است ولی در بعضی از موارد شارع الزام به فعل و ترک نکرده است بلکه آن عمل را مباح و یا مستحب و مکروه قرار داده است در این موارد فقیه حق دخالت دارد. ونتیجه اش به تعبیر مرحوم صدر این میشود که ولایت فقیه اختصاص به « منطقه الفراغ » و امور ترخیصی دارد. منطقه الفراغ جائیست که شارع حکم الزامی به ایجاب أو تحریم ندارد ، در این منطقه الفراغ که خود اشخاص مختار هستند و میتوانند آن کار را انجام بدهند و همچنین میتوانند آن کار را انجام ندهند فقیه حق دخالت دارد و میتواند بگوید که این کار را انجام بده و لازم است و یا اینکه بگویداین کار را انجام نده. و اطاعت فقیه هم در این موارد لازم و واجب است. مثال معروفش هم مالیات دادن است ، به این بیان که : اینکه کسی بخواهد از پول خودش به دیگری بدهد ، یک امر مباح و متساوی الطرفین است لذا در اینجا فقیه حق دخالت دارد و میتواند امر بکند و با امر فقیه برمکلف لازم است که مالیات بدهد و امر را اطاعت بکند.

پس فقیه نسبت به منطقه الفراغ حق دخالت دارد ولی نسبت به احکام الزامیه حق دخالت ندارد.

مرحوم تبریزی اینچنین تعبیر میکردند که : حتی ولایت پیامبر اکرم (ص) و ائمۀ معصومین (ع) هم در دائرۀ امور ترخیصیه است چرا که این ولایتی که به این حضرات معصومین (ع) داده شده است از باب اولی بالانفس است و اولویت به انفس مربوط به اموری است که در اختیار خود شخص باشد و خود شخص بتواند انجام بدهد و یا ترک بکند ، یعنی مربوط به امور و تکالیف غیر الزامی است. و پیامبر (ص) و ائمۀ معصومین (ع) نسبت به این مواردی که خود اشخاص حق دخالت دارند اولی بالانفس شده اند. بنابراین ولایتی که برای پیامبر (ص) و ائمۀ معصومین (ع) هم قرار داده شده است در همان محدودۀ افعال ترخیصی و منطقه الفراغ است و نسبت به افعال الزامی خود پیامبر (ص) و ائمه معصومین (ع) هم ولایت ندارند تا اینکه در طول ولایت ایشان ، این ولایت به فقیه داده شود.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه دهم ـ معاملات مستحدثه ـ 3/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

در جلسه گذشته بیان شد که مناقشه و اشکالی که در استدلال به ادلۀ ولایت فقیه برای محل بحث و نظائر آن مانند امضاء شخصیت حقوقی و عدم اعتبار معاملۀ قولنامه ای ، میشود این است که : ما از هر راهی که ولایت را برای فقیه اثبات کنیم ـ چه از باب امور حسبیه اثبات بشود و چه به دلیل نقلی اثبات بشود ـ قطعاً ولایت او محدود به چهارچوب احکام شریعت است یعنی فقیه تنها در چهار چوب احکام شریعت حق امر و نهی دارد و اوامر او متابعت میشود و بیش از این ولایتی ندارد ، چرا که متفاهم عرفی از اعطاء ولایت به شخص یا طائفۀ خاصه ـ در هر نظام قانونی و تشریعی ای که اتفاق بیفتد ـ این است که : آن شخص و یا آن طائفه در همان محدودۀ ثابت در آن نظام تشریعی و تقنینی ولایت دارد و اینگونه نیست که ولایت او اطلاق داشته باشد بطوری که حتی اگر با احکام دیگر آن قانون و شریعت هم تصادم داشته باشد بازهم ولایت برای او ثابت باشد و بتعبیر فقه العقود محدوده ولایت افراد تا جايی است که « خروج علی ذلک النظام » نباشد.

همچنین بیان شد که مرحوم تبریزی در این قسمت فرموده اند : حتی ولایت پیامبر اکرم (ص) و ائمۀ معصومین (ع) هم اینقدر وسیع نیست که موارد تصادم با احکام ابتدائی و اولی شریعت را شامل بشود و بتوانند واجبات را حرام و محرمات را واجب گردانند چرا که ولایتی که به معصومین (ع) اعطاء شده است از باب اولویت بالمؤمنین من انفسهم اعطاء شده است و این اولویت بالانفس در جایی جاری است که خود مؤمن اختیار و ولایت داشته باشد و اختیار مؤمن در دائرۀ احکام غیر الزامی است که مرحوم صدر از آن به « منطقه الفراغ » تعبیر کرده است ، دراین مورد است که معصومین (ع) ولایت دارند و میتوانند این غیر الزامی ها را لازم بکنند. پس حتی ولایت ثابت برای معصومین (ع) هم اینچنین قیدی دارد و نباید مخالف با احکام الزامی شریعت باشد تا چه رسد به ولایتی که برای فقیه ثابت است.

پس اشکال اول به استدلال به ادلۀ ولایت فقیه برای اثبات بطلان شروط غیرمنصفانه این است که : ولایت ثابت در هر نظام تشریعی و قانونی برای شخص و یا طائفه ای محدود به رعایت قوانین آن شریعت است و اینگونه نیست که موارد تصادم با قوانین شریعت را هم شامل بشود و نسبت به آنها اطلاق داشته باشد.

اشکال دوم این است که : ولو با اشکال اول مشخص شد که ادلۀ ولایت فقیه اطلاق ندارند ولی حتی اگر در ادلۀ ولایت فقیه چنین اطلاقی وجود داشته باشد که فقیه در هر موردی که ضرورت اقتضاء بکند میتواند امر و نهی بکند و اعمال ولایت بکند حتی اگر نسبت به آن مورد ، حکم الزامیِ به جعل اولی برخلاف وجود داشته باشد مثل اینکه در آن مورد حکم وجوبی باشد ولی فقیه بخواهد حکم به منع بکند ویا اینکه حکم اولی حرمت باشد و فقیه بخواهد حکم به لزوم انجام آن عمل بکند ؛ حتی اگر ادلۀ ولایت فقیه اینچنین اطلاقی هم داشته باشد بازهم این ادلۀ مطلقه بوسیلۀ ادلۀ منفصله قید میخورند و آن هم ادلۀ کثیره ای است که مضمون آنها این است که « لا طاعهَ لمخلوقٍ فی معصیه الخالق ». یعنی اگر امر و اتباع مخلوق مصداق معصیت خالق باشد در اینصورت دیگر حق اطاعت برای مخلوق ثابت نیست.

این مضمون در کتب مختلفی که بعنوان مرجع أخذ حدیث هستند وارد شده است مثل رسالۀ حقوق امام سجاد (ع) ، کتاب سلیم بن قیس. در محاسن برقی هم باب خاصّی قرار داده شده است با این عنوان که « لاطاعه لمخلوقٍ فی معصیه الخالق » و روایاتی در آن باب نقل کرده که مشتمل بر روایات معتبره است یکی از روایات مطرح شده در آنجا صحیحۀ محمدبن مسلم است که در آن آمده است « لا دین لِمن دان بطاعه من عصی الله » یعنی در جائیکه اطاعت شخص عصیان خداوند متعال باشد ، آن شخص حق اطاعت شدن ندارد و چنین حقی برای او ثابت نیست.

و همچنین در نامۀ امام رضا علیه السلام به مأمون آمده است که : « برّ الوالدین واجبٌ و إن کانا مشرکین و لا طاعه لهما فی معصیه الخالق و لغیرهما فأنّه لاطاعه لمخلوقٍ فی معصیه الخالق ».

همچنین نسبت به آیۀ شریفه « إتخذوا أحبارهم و رهبانهم أرباباً من دون الله » در یک روایتی در محاسن آمده است که : مراد از اینکه مردم آنها را بعنوان « ارباب » حساب کرده اند این نیست که مردم آنها را پرستیده اند و عبادت کرده اند بلکه مراد این است که آنها نظری برخلاف حکم الهی داشتند و مردم هم از آنها متابعت کرده اند و به این جهت است که عنوان « إتخاذ أرباب » در مورد آنها بکار رفته است.

در صحیحۀ ابی بصیر از امام صادق (ع) نقل شده است : « فِي قَوْلِ اللَّهِ‏ {اتَّخَذُوا أَحْبارَهُمْ وَرُهْبانَهُمْ أَرْباباً مِنْ دُونِ اللَّهِ}‏ فَقَالَ وَاللَّهِ مَا صَلَّوْا لَهُمْ وَلَا صَامُوا وَلَكِنَّهُمْ أَحَلُّوا لَهُمْ حَرَاماً وَحَرَّمُوا عَلَيْهِمْ حَلَالًا فَاتَّبَعُوهُمْ»[[4]](#footnote-4).

بر این اساس بوسیلۀ این روایات و ادلۀ منفصله اطلاق روایات ولایت فقیه تقیید زده میشود و گفته میشود که : إعمال ولایت از جانب فقیه در جایی ثابت است و مشروعیت دارد که مخالف با اطاعت خداوند متعال نباشد. پس اشکالی که بواسطۀ این ادلۀ منفصله به استدلال به ادلۀ ولایت فقیه در محل بحث وارد میشود این است که : اینچنین حقّی برای فقیه ثابت نیست که بگوید « قرار داد مشتمل بر شروط غیر منصفانه باطل است و من آن را الغاء میکنم و کأن لم یکن میکنم » و یا اینکه بگوید « من این قراردادی که فی حد نفسه واجد شرائط صحت است را الغاء میکنم » ، ادلۀ ولایت فقیه اینچنین حقی را برای فقیه اثبات نمیکند.

البته اینکه فقیه بخواهد بخاطر وجود ضرورت و مصلحت از راههای دیگری جلوی امور دارای مفسده را بگیرد ، این مشکلی ندارد و راه برای این مسئله باز است مثل اینکه برای جلوگيری از خرید و فروش قولنامه ایِ املاک از راه امر و نهی به ادارات وسازمانهای مرتبط وارد شود و به آنها فرمان بدهد : به اشخاصی که بنحو قولنامه ای و غیر رسمی معامله میکنند خدماتی مانند آب ، برق ، مجوز ساخت و .... ندهند ، با چنين مقرراتی عملاً کسی بدنبال معاملات قولنامه ای نمیرود.

پس آنچه که محل بحث است این است که : فقیه حق ابطال این معاملات را ندارد و نمیتواند بگوید که اینچنین معامله ای صحیح نیست ولی از راه های دیگری ـ یعنی اموری که مربوط به خرید و فروش است نه اصل خرید و فروش ـ میتواند جلوی این کار را بگیرد و بخاطر وجود ضرورت و یا وجود مصلحت ـ بحسب اختلافی که در میزان ولایت فقیه وجود دارد ـ جلوی این اموری که در آنها مفسده وجود دارد را بگیرد.

البته ممکن است که در خصوص محل بحث که شروط غیر منصفانه باشد اشکال صغروی بشود که : باتوجه به اینکه در وجوه قبلی بیان شد که در مواردیکه در ضمن قرارداد شرط غیر منصفانه ای قرار داده میشود در مجموع این قرارداد به نفع طرف ضعیف است لذا ابطال اینچنین قراردادی و یا جلوگیریِ از این قرارداد بمعنای تسجیل و تشدید اضطرار علی المکلف است و ادلۀ رفع اضطرار این موارد را شامل نمیشود. و این نکته موجب میشود که بلحاظ صغروی هم در اینجا اشکال شود که : اگر فقیه بخواهد از راههای دیگری ـ غیر از ابطال اصل معامله ـ جلوی معامله را بگیرد عملاً افراد ضعیف در اضطرار باقی میمانند و کسی حاضر نمیشود که با آنها قرارداد ببندد و موارد احتياج و اضطرارشان را به آنها بدهد و نتیجه اش بقاء طرف ضعیف در مخمصه و اضطرار میشود. پس ممکن است که در محل بحث بلحاظ صغروی هم اشکال بشود.

تا به اینجا معلوم شد که هیچ یک از این وجوه شش گانه ای که برای ابطال قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه بیان شده است ، تمام نیست.

در کنار این وجوه بعضی دیگر از وجوه هم برای اثبات ابطال قرارداد مشتمل بر شروط غیر منصفانه ذکر شده است که قابل طرح نیستند چرا که اساساً خارج از موضوع بحث هستند. مثل اینکه بعضی گفته اند ما با دلیل « نهی النبی (ص) عن الغرر » حکم به بطلان این شروط غیر منصفانه میکنیم. بعضی دیگر هم گفته اند که « ما از راه غیر مقدور بودن شرط حکم به بطلان و فساد این شروط غیر منصفانه میکنیم ».

این وجوه جای بحث ندارد چرا که خارج از محل بحث هستند چرا که محل بحث در شروط غیر منصفانه جايی است که شرط مأخوذ در معامله آن شروط ثمانیۀ صحت شروط که مرحوم شیخ بیان کرده اند را داشته باشد و مشکلش این باشد که غیر منصفانه است. ولی اگر در جایی این شروط غیر منصفانه فاقد آن شروط ثمانیۀ صحت شروط باشد مثل اینکه با مقتضای عقد سازگاری نداشته باشد یا مقدور شخص نباشد ، اینها از محل بحث خارج هستند.

بر این اساس ما نمیتوانیم به این وجوه تمسک کنیم چرا که اولاً خارج از محل بحث هستند و محل بحث جايی است که شرط فی حدنفسه صحیح باشد و مشکلش تنها غیر منصفانه بودنش باشد. و ثانیاً اگر که این وجوه تمام باشد نهایت چیزی را که اثبات میکند اینست که شرط مأخوذ در معامله شرط باطل و غیر نافذی است ولی دیگر نمیگوید که معاملۀ مشتمل بر آن هم باطل است. مثلاً اگر در یک معامله ای شرط غیر مقدور بگذارند آن شرط ، شرط باطلی است ولی بطلان شرط به بطلان معامله منتهی نمیشود.

 نتیجه بحث در مقام دوم این شد که : هیچ یک از این وجوهی که برای اثبات بطلان معاملات مشتمل بر شرط غیر منصفانه بیان شده است ، تمام نیست و به مقتضای صناعت بايد حکم به صحت و نفوذ این شروط بکنیم.

##### تعديل قرارداد مشتمل بر شروط غير منصفانه

از بحث در مقام دوم يک مطلب باقی مانده است که میبایست بررسی شود ، و آن عبارتست از اینکه : در بعضی از مقالات و نيز بعضی از احکام قضائی در مورد شروط غیر منصفانه گفته شده است : محاکم حق تعدیل قرار دادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه را دارند و میتوانند با تغییر در مضمون قرارداد آن را به حدّی برسانند که دیگر از حالت غیر منصفانه بودن خارج بشود.

بحث در این است که : آیا این حق تعدیل برای محاکم یا حاکم شرع قابل توجیه است یا نه؟ والحمدلله رب العالمین.

جلسه یازدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 9/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

##### تعديل قرارداد مشتمل بر شروط غير منصفانه

در جلسه گذشته بحث به اینجا رسید که : در بعضی از دستورات قضائی و یا در بعضی از مقالات نسبت به قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه بیان شده است که : این قراردادها میبایست تعدیل بشوند و محاکم و قضات حق تعدیل این قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه را دارند به این نحو که این قراردادها را تبدیل به قرارداد با شرط منصفانه بکنند.

بحثی که از مقام دوم از بحث در شروط غیر منصفانه باقی مانده ، این است که : آیا تعدیل قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه به عقود با شروط منصفانه جا دارد و صحیح است یا نه؟

برای روشن شدن این بحث میبایست ابتداء آن بحث کبرویِ تعدیل قرار دادها بنحو مطلق ـ چه مشتمل بر شرط غیر منصفانه باشند و چه مشتمل بر شرط غیر منصفانه نباشند ـ مطرح بشود و راه حل هایی که برای تعدیل قراردادها گفته شده است بیان و بررسی شود که آیا آن راه حل ها صحیح است یا نه؟

##### تعديل قرارداد ها

بنابراین ابتداء بحث میکنیم از اینکه : اساساً تعدیل قراردادها به چه معنا معقول و قابل قبول است و به چه معنا معقول و قابل قبول نیست ؟ و نسبت به آن تعدیل هایی که فی حدنفسه معقول و قابل قبول است بحث میشود که آیا در مقام اثبات دلیلی بر توجیه این تعدیل معقول وجود دارد یا نه؟

این بحث از تعدیل قراردادها یک بحث مهم حقوقی است که حقوقدانان به جهت صناعی در توجیه آن به مشکل برخورده اند و در کلام آنها وجه صحیحی برای تعدیل قراردادها بیان نشده است.و هرچند بعضی از فقهاء ما در بعضی از کتب فقهیه شان راه حلی هایی برای مثل « ثمن شناور » مطرح کرده اند که آن راه حل ها برای تعدیل قراردادها هم قابل تطبیق است ولی در کتب حقوقی راه حل صحیح و موجهی برای تعدیل قرار دادها بیان نشده است.

مسئلۀ تعدیل قراردادها از اینجا پیدا شده است که : در بعضی از موارد قرارداد و عقدی که از ناحیۀ متعاقدین منعقد میشود ، در حین حدوثش مشکلی ندارد ولی با طروّ حوادثی ابقاءِ این قرار داد به حالت اولی خودش بنحوی است که احد الطرفین مبتلا به ضرر فاحشی میشود ، لذا در این موارد بدنبال راهی برای نجات این شخص از آن قراردادی که بنحو اولی بسته شده است گشته اند و به این نحو بحث از تعدیل قراردادها مطرح شده است. بعنوان مثال اگر آهن فروشی با دیگری قرارداد ببندد که در یک سال آینده به او فلان مقدار آهن بدهد و پول وعوض آن را هم به قیمت همان روزِ معامله مشخص کند ولی در سال بعد قیمت آهن چند برابر بشود و آن شخص آهن فروش برای تهیۀ آهنها و تحویل به مشتری مبتلا به ضرر فاحش بشود ، آيا در این موارد راهی برای تغيير آن قرار داد اولیّه که موجب ضرر زیاد میشود وجود دارد بنحوی که او به آن قرارداد منعقد شده عمل بکند ولی متضرر به ضرر فاحش نشود یا نه ؟

گفته اند که این موارد جای تعدیل قرارداد است یعنی آن قرارداد سابق با متن و محتوای خاص تبدیل به قراردادی میشود که دیگر در آن قرارداد جهت مفسده و ضرر زیاد نباشد. به این بیان که در همان مثال گفته شود که آهن فروش ملزم به تحویل آهنها هست ولی با ثمنی که بمقتضای قیمت روز تعیین میشود نه ثمنی که مربوط به یکسال پیش بوده است. یعنی در این موارد معامله ای که قبلاً منعقد شده ، الغاء نمیشود ولی تبدیل به معامله و بیع جدید با ثمن و عوض دیگری میشود.

پس مقصود از تعدیل قرار داد این است که : باتوجه به ضرر و مفسدۀ زیادی که بر قرارداد به حالت اولیه اش مترتب میشود در مفاد و یا شروط قرارداد تغییر داده شود بنحوی که دیگر آن ضرر و مفسده بر قرارداد مترتب نشود.

##### اقسام تعديل قرارداد

اما اینکه در این موارد ، تعدیل قرار داد به چه نحو و کیفیتی إعمال میشود ؟

گفته اند که : تعدیل قرارداد به سه قسم تقسیم میشود و سه نوع تعدیل قرارداد داریم :

قسم اول تعدیلِ توافقی یا قراردادی است. قسم دوم تعدیل قانونی است. قسم هم تعدیل قضائی است.

در قسم اول یعنی تعدیلِ توافقی (قراردادی) خود طرفین معامله از قبل احتمال زیاد شدن قیمت ها را در نظر میگیرند و با توجه به آن با یکدیگر تبانی و توافق میکنند که الان قیمت آهن فلان مقدار است ولی اگر قیمت بالاتر رفت آهن هم به قیمت روز معامله میشود.

در قسمِ دوم یعنی تعدیل قانونی ، ولو خود طرفین معامله تغییر قیمت را پیش بینی نکرده اند و در همان ابتداء توافق و تبانی ای بر تعدیل قیمت صورت نگرفته است ولی بر اساس قانون محکَّم در بلد آن قراردادی که قبلاً انجام شده ولی فعلاً موجب تضرر زیاد میشود میبایست تبدیل به قراردادی بشود که دیگر مستلزم این تضرر زیاد نباشد. پس در این نحوه از تعدیل ، لزوم تعدیل بر اساس قاعدۀ عامّی است که در قانون مدنی آن بلد وجود دارد. و در حقیقت این قاعده حاکم بر قواعد دیگری است که در آن قانون وجود دارد چرا که بحسب قواعد دیگر ، قراردادها و معاملات با همان مضمونی که در ابتداء داشته اند لازم الوفاء هستند ولی این قاعده بعنوان قاعدۀ حاکم بر قواعد دیگر میگوید اگر از مضمون اولی یک قرارداد بواسطۀ اموری مانند جنگ ، شرایط اقتصادی و ... ضرر فاحش و زیادی متوجه یکطرف معامله بشود ، این معامله میبایست تعدیل بشود.

قسم سوم یعنی تعدیل قضائی هم این است که : اگر مضمون اولی معامله بواسطۀ اموری مانند جنگ ، شرائط اقتصادی و ... موجب ضرر زیاد بر یکطرف بشود محاکم و قضات حق این را دارند که مضمون اولی معامله را بنحوی تغییر بدهند که دیگر این ضرر فاحش برای احد الطرفین وجود نداشته باشد.

اینها سه قسم و سه نوع برای تعدیل قراردادها است.

حال کلام و بحث در این است که : آیا تعدیل قرار داد به یکی از این انحاء ثلاثه وجه دارد و قابل التزام است یا نه؟

بعبارت دیگر : باتوجه به اینکه بحسب حکم عام عقلائی و همینطور حکم شرعی که میگوید هر قراردادی که در زمان حدوثش مشتمل بر مضمونی بود و شرائط صحت را داشت ، آن قرار داد با همان مضمونش لازم الوفاء است چرا که دو طرف با اختیار خودشان به این عقد ملتزم شده اند ، باتوجه به این مطلب به چه وجه و دلیلی میتوان به تعدیل قرار دادها به یکی از آن سه نحوی که بیان شد ، ملتزم شد ؟

در این قسمت برای تعدیل قراردادها دو احتمال وجود دارد که یک معنا و احتمال اساساً معقول و قابل التزام نیست ولی معنای دوم معقول است و میتوان به آن ملتزم شد لکن میبایست دید که آیا شرائط تحقق او اثباتاً وجود دارد یا نه؟

احتمال و معنای اول برای تعدیل قراردادها ـ که احتمال غیرمعقول و غیرقابل التزامی است ـ این است که گفته شود : آن قرارداد و بیعی که قبلاً با ثمن مثلاً یک میلیاردی محقق شده است همان بیع باقی باشد ولی ثمن در آن بیع ده میلیارد بشود. این معنای از تعدیل معامله و قرارداد معقول و قابل التزام نیست چرا که موضوعِ ادله ای که دلالت بر صحت و لزوم وفاء به قراردادها میکنند عقد است با همان مضمون و مفادی که حین حدوث آن وجود دارد و دو طرف حین حدوث قرارداد به آن ملتزم شده اند.

بنابراین باتوجه به اینکه موضوع نفوذ و لزوم رعایت عقد عقلائاً و شرعاً عقد با مضمون حدوثی است اگر طرفین بخواهند بعد از مدتی برای آن عقد سابق یک ثمنی غیر از ثمن قبلی قرار بدهند ، معلوم است که این امر ولو با توافق طرفین باشد ، ارزشی ندارد.

شبیه به این مطلب در باب نکاح هم بیان شده است که : اگر در یک نکاح مهریۀ خاصی مثل یک میلیون تومان قرارداده شده باشد و بعداز مدتی زوج را سرزنش بکنندکه چرا مهریه را کم قرار داده ای و زوج بخواهد مهریه را چندین برابر بکند ، این امر ممکن نیست و زوج ولو با رضایت خودش نمیتواند مهریۀ واقع شده در عقد را تغییر بدهد چرا که آنچه که موضوع ادلۀ لزوم وفاء است ، آن مضمون و شروطی است که حین حدوث در ضمن عقد قرار داده شده است ولی بعد از حدوث عقد با مضمون و شروط خاص نمیتوان آن عقد سابق را تغییر داد و این تغییر بعد از حدوث موضوع ادلۀ نفوذ عقد قرار نمیگیرد ولو که طرفین راضی به این جهت باشند.

همچنین بر همین اساس گفته میشود که : اگر عقد نکاحی بدون ضمیمه شدن شروط بین زوجین خوانده شود و بعد از آن به آنها گفته شود که بیایید و این شروط خاص که مثلا در دفترچه های عقود است را امضاء بکنید ، در اين صورت این شروط امضاء شده از قبیل شروط ضمن عقد که لازم الوفاء هستند نمیشوند بلکه از قبیل شروط ابتدائی میشوند که لازم الوفاء نیستند.

نکته ای که در همۀ این موارد وجود دارد ، این است که : آنچه که بحسب اعتبار عقلاء و بحسب مستفاد از ادلۀ شرعی ، موضوع لزوم وفاء است عقد با مضمون حادث شده اش است و عقد حادث شده با مضمون خاص را نمیتوان تغییر داد و در مضمونش دست کاری کرد به این نحو که مثلاً شرط در ضمن آن را تغییر داد و یا اینکه شرطی را به آن اضافه کرد.

در نتیجه اگر مراد از تعدیل قرارداد این چیزی باشد که در کلمات حقوقدانان و همچنین قوانین بعضی از کشورها آمده است که : آن عقد سابق باقی باشد ولی در مضمون آن دست کاری بشود حال یا خود متعاقدین مضمون عقد را عوض کنند و یا اینکه قانون این کار را بکند و یا اینکه محاکم قضائی مضمون عقد را عوض کنند ، هیچ یک از اینها معقول و قابل التزام نیست نه عقلائاً و نه شرعاً. این احتمال اول در مورد تعدیل قراردادها بود.

احتمال دوم در معنای تعدیل قراردادها که احتمال معقول و ممکن الالتزامی است ، این است که : درست است که قرارداد اول با یک مضمون خاص حادث شده است و لزوم وفاء دارد ولی اینگونه نیست که لزوم وفاء نسبت به قرارداد الی الابد و بنحو مطلق ثابت باشد بلکه ممکن است که بقاءً کاری انجام بشود که آن عقد سابق از بین برود و عقد جدیدی منعقد بشود.

بعبارت دیگر تعدیل قرارداد بمعنای دوم این است که : بر اساس توافق خود دو طرف و یا بر اساس قانون عام محکّم در بلد و یا بر اساس حکم قضائی ، عقد سابقی که الان موجب ضرر زیاد یکطرف میشود ولو بالاقاله فسخ بشود و یک عقد جدید با مضمون جدید منعقد بشود.

پس ولو مضمون عقد سابق قابل تغییر نیست و نمیتوان در مضمون آن دست برد و آن را تعدیل کرد ولی راه حل در این موارد این است که : آن عقد سابق ولو بالأقاله منحل بشود و یک عقد جدید با مضمون جدید منعقد بشود که در آن عقد دیگر این ضرر فاحش برای یکطرف وجود نداشته باشد.

این معنای معقول از تعدیل قراردادها است که بحسب مقام ثبوت قابل التزام است ولی اینکه آیا این معنایِ تعدیل بحسب مقام اثبات هم قابل تطبيق است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : تطبیق و جریان این معنا بحسب مقام اثبات بر هر مورد ـ و هر عقدی ـ متوقف بر وجود سه شرط در آن مورد ـ عقد ـ است :

شرط اول این است که آن عقدی که قبلاً منعقد شده و الان موجب تضرر احد الطرفین شده است عقد و قرارداد صحیح و واجد شرائطی بوده باشد تا اینکه احتیاج به فسخ و اقاله داشته باشد و بتوان بعد از اقاله و فسخ عقد جدیدی منعقد بشود.

شرط دوم این است که : در آن عقد برای أحد الطرفین و یا شخص ثالث ـ قاضی و یا قانون و ... ـ حق انحلال و فسخِ معامله وجود داشته باشد تا اینکه به جهت وضعی تصرف او تصرف نافذی باشد.

شرط سوم هم این است که : علاوه بر وجود حق فسخ معاملۀ قبلی برای أحدالاطراف ، حق ایجاد معاملۀ جدید هم در عقد گنجانده شده باشد. یعنی یکطرف معامله علی رغم رضایت طرف آخرِ معامله حق این را داشته باشد که از جانب او قرارداد جدیدی منعقد کند.

پس تعدیل قرارداد بمعنای دوم که ثبوتاً امر معقول و ممکنی است اگر اثباتاً بخواهد در یک موردی تطبیق بشود و جریان پیدا بکند متوقف بر این است که این سه شرط در آن مورد وجود داشته باشد و إلا اگر یکی از این سه شرط وجود نداشته باشد دیگر وجهی برای جریان تعدیلِ بمعنای دوم وجود ندارد.

حال بحث در این است که آیا میتوان این شروط ثلاثه ای که برای تعدیلِ معامله بمعنای دوم بیان شده است را نسبت به یک عقدی تأمین کرد و از اين طريق مضمون ابتدائی آن را تغییر داد یا نه؟

##### تخريج فقهی قسم اول تعديل (تعديل قراردادی)

همانطور که بیان شد بعض الاعلام در منهاجشان در این بحث که آیا خريد از فروشگاه قبل از رسيدن فاکتور خريد فروشنده صحيح است يا نه ؟ که شبيه مسأله « ثمن شناور » ، فرموده اند : با تعیین حق فسخ برای أحدالطرفین میتوان از اشکال فرار کرد به این شکل که مثلاً در آن مثال فروش آهن ، فروشنده برای خودش حق فسخ قرار بدهد به این شکل که بگوید : من آهن را به یک میلیارد به تو میفروشم ولی اگر قیمت آهن بنحو فاحش تغییر کرد من حق فسخ معامله را دارم. این راه حلی است که در منهاج بعض الاعلام آمده است و معلوم است که موردِ این راه حل تنها تعدیلِ توافقی و قراردادی است ولی توجیه برای تعدیل قانونی و قضائی حساب نمیشود.

 بحث در این است که آیا این راه حل به همین مقدار میتواند تعدیل را توجیه کند و با قراردادن حق فسخ آن غرض معاملیِ طرفین از تعدیل بدست می آید یا نه؟

اشکالی که نسبت به این راه حل بیان میشود این است که : این راه حل و قرار دادن حق فسخ برای فروشنده غرض معاملی در بین را تأمین نمیکند ، چرا که این راه حل نهایت چیزی را که ثابت میکند امکان « فسخ معامله » است بدون اینکه لازم باشد فروشنده کالا را تحویل به مشتری بدهد مثلاً نسبت به مثال آهن گفته میشود که : این حق فسخ برای فروشنده نهایتاً موجب این میشود که او معامله را فسخ بکند بدون اینکه بخواهد آهنها را به قيمت گزاف بخرد و تحویل به خریدار بدهد در حالیکه غرض معاملی و مقصود این بود که بعد از تعدیل هم فروشنده ضرر نکند و هم فروش کالايی انجام داده باشد تا از اين طريق سود متعارف از خرید و فروش را بدست آورده باشد .

پس این راه حل که برای طرفین حق فسخ قرار داده شود منتج آن نتیجۀ مقصود نیست مگر اینکه به این حق فسخ ، در ضمن عقد لازم وکالت فروشنده در فروش آهن آلات به ثمن مناسب در آن زمان خودش هم اضافه شود یعنی وکالت فروشنده شرط شده باشد. آن هم وکالت بنحو شرط النتیجه شبیه آن وکالتی که در موارد خاصه ای برای زن در عقد نکاح قرار میدهند که زن با وکالتی که از ناحیۀ زوج دارد بتواند خودش را طلاق بدهد حتی اگر زوج در آن زمان راضی به این طلاق نباشد. در این موارد این وکالتِ بنحو شرط النتیجه برای صحت طلاق کافی است در حالی که شوهر در زمان طلاق رضایت قلبی به این طلاق ندارد.

پس اگر فروشنده علاوۀ بر حق فسخ یک مأذونیّت و وکالت بنحو شرط النتیجه هم داشته باشد و از جانب خریدار مأذون و وکیل باشد که عند طروّ حادثه مانند جنگ ، شرایط اقتصادی خاص و ... بتواند از جانب او آهن را به قيمتِ مناسب بخرد ؛ در اینصورت غرض معاملی در بین تأمین میشود.

بنابراین این راه حلی که بعض الاعلام بیان کردند ما را به تمام مقصود معاملیِ طرفین نمیرساند بلکه محتاج به ضمیمه شدن وکالتی است که بیان شد.

راه حل و طریق دیگری که ایشان در منهاجشان برای حل مشکل خريد از فروشگاه ها قبل از رسيدن فاکتور خريد بیان کرده اند ، این ست که فرموده اند : در این موارد معامله با ثمن معیّن انجام میشود مثلاً فروشنده میگوید که من این مقدار آهن را به قیمت یک میلیارد به تو میفروشم که دو ماه ديگر تحويل دهم ولی در ضمن این معامله شرط بشود که اگر قیمت بازار ترقی کرد و بالا رفت و موجب ضرر فاحش فروشنده شد در اینصورت بر خریدار لازم باشد که مابه التفاوت ثمن المسمی با ثمن مناسب با زمان تحویل را تدارک بکند.

البته این راه حل اگر فی حد نفسه هم مورد قبول قرار بگیرد ولی عملاً تعدیل قرارداد را توجیه نمیکند ولی آن غرض معاملیِ در تعدیل قرارداد بوسیلۀ آن تأمین میشود.پس اگر این راه حل فی حدنفسه صحیح هم باشد تنها مقصود معاملی را تأمین میکند ولی مورد را بلحاظ عنوان از موارد تعدیل معامله قرار نمیدهد.

اما اینکه آیا این راه حل فی حدنفسه صحیح است یا اینکه قراردادن شرطی که در آن وجود دارد موجب فساد وعدم صحت آن میشود ؟

در جواب گفته میشود که : در مواردی فساد شرط موجب فساد عقد هم میشود. اگرآن عملی که در ضمن معامله شرط شده است بلحاظ قیمت مقدارش معلوم نباشد مثلاً اگر در ضمن بیع شرط بشود که بایع یا مشتری برای دیگری خیاطت ثوب بکند ولی خیاطت انواع مختلفی داشته باشد که بلحاظ قیمت بین آنها تفاوت فاحشی وجود داشته باشد در اینصورت این شرط مجهول میشود و جهالت این شرط به خود معامله هم سرایت میکند.

در حقیقت در این مورد ولو از جهت اسمی معلوم است که ثمن معامله به چه مقدار است ولی مقدار حقيقی ثمن به ملاحظۀ آن خیاطت مجهول است و در نهایت موجب میشود که کلّ معامله غرری بشود.

پس اشکالی که نسبت به این طریق دوم وجود دارد این است که : این راه حل از موارد جهالت و فساد در شرط است که به فساد قرارداد هم سرایت میکند.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه دوازدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 10/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

##### تخريج فقهی قسم اول تعديل (تعديل قراردادی)

در بررسی صحت و نفوذ تعدیل قراردادها و اینکه آیا بلحاظ کبروی تعدیل قراردادها ـ ولو فی الجمله ـ قابل التزام است یا نه؟ بیان شد که : برای تعدیل قرارداد دو معنا محتمل است که یکی از این آنها معقول نیست و نمیتوان به آن ملتزم شد ولی معنای دیگر که به فسخ عقد و انعقاد عقد جدید با مضمونِ بدون محذور برمیگردد بلحاظ ثبوتی امکان التزام دارد ولی تطبیق آن نسبت به هر مورد وعقدی متوقف بر وجود شرائط سه گانه بود : شرط اول این بود که عقد فی حدنفسه صحیح باشد تا اینکه الغاء و فسخ آن معنا و مورد داشته باشد.

شرط دوم این بود که أحد الطرفین و یا شخص ثالث حق فسخ و الغاء قرارداد قبلی را داشته باشد.

شرط سوم هم این بود که احد الطرفین یا شخص ثالث حق انعقاد عقد جدید با مضمون و محتوای خاص را داشته باشد.

حال میبایست بررسی کنیم که هریک از آن سه نوع تعدیلی که بیان کردیم ـ تعدیل توافقی(قردادی) ، تعدیل قانونی و تعدیل قضائی ـ در کجا و چه موردی شروطشان محقق میشود؟

همانطور که در جلسۀ قبل بیان شد بعض الاعلام رحمه الله ـ مرحوم آقای سید محمد سعید حکیم ـ در منهاج الصالحین در قسمت شروط عوضین و بیان شرطیت معین بودن عوضین ، در مورد « خرید از فروشگاه ها قبل از آمدن صورتحساب و لیست خرید « فاکتور» دو راه حل بیان کردند که اگر این دو راه حل در آن مورد تمام باشد در محل بحث هم میتوان از آنها استفاده کرد.

محل کلام ایشان جائیست که شخص از فروشگاه شیئی را میخرد ولی فروشگاه هنوز فاکتور خرید را در دست ندارد و قیمت را نمیداند ، و او آن شیء را میخرد به همان ثمن و مقداری که در فاکتور وجود دارد. یعنی بیع را انجام میدهند به انتظار قائمه الشراء(لیست خريد) و منتظر این هستند که لیست خرید بیاید و قیمت شیء را مشخص بکنند.

ایشان نسبت به این مورد فرموده اند که : با توجه به اینکه معیّن و معلوم بودن عوضین از شروط صحت معامله است لذا اینچنین معامله ای محل اشکال است .

(مسألة 16): يترتّب على ما سبق الإشكال فيما قد يجري عليه بعض الناس من البيع بانتظار قائمة الشراء، بأن يوقع الطرفان البيع من دون تعيين للثمن و ينتظران في تعيينه وصول قائمة الشراء و الاطلاع عليها. [[5]](#footnote-5)

 لکن میتوان از این اشکال به دو طریق تخلص و رهایی پیدا کرد :

راه حل اول ـ همانطور که در جلسه قبل بیان شد ـ این بود که : معامله به ثمن معیّن و مشخصی انجام میشود مع اشتراط الفسخ لأحدٍ الطرفین أو لکلیهما لو ظهر أنّ الثمن غیر مناسبٍ للقائمه. یعنی معامله را با یک ثمن مشخصی انجام میدهند ولی برای یکطرف یا هر دو طرف حق فسخِ قرارداد میگذارند که اگر مشخص شد که ثمن به اندازۀ قیمت شیء نبوده است معامله را فسخ کنند.این طریق اول بود.

طریق دومی که ایشان بیان کرده اند هم این بود که : معامله را با یک ثمن معیّنی منعقد بکنند به شرط اینکه اگر مشخص شد که ثمن داده شده با قیمت اصلی کالا مختلف است ، بایع و یا مشتری میبایست ما به التفاوت را برگرداند.

 (مسألة 17): يمكن التخلص من الإشكال المتقدم بأحد وجهين:

الأول: إيقاع المعاملة بثمن معين مع اشتراط الفسخ لأحد الطرفين أو لكليهما لو ظهر أن الثمن غير مناسب للقائمة.

الثاني: إيقاع المعاملة بثمن معين مع اشتراط التدارك ببذل الفرق من البائع أو المشتري لو ظهر أن الثمن غير مناسب للقائمة. [[6]](#footnote-6)

این دو راه حلّی است که ایشان در آن مسئله بیان کرده اند و اگر این دو راه حل تمام باشد ، این راه حل ها در محل بحث که تعدیل معامله باشد هم می آید به این نحو که در طریق اول میگوییم : دو طرف ضمن اینکه به مبلغ خاصّ و معیّنی قرار داد میبندند این شرط را هم قرار میدهند که : اگر مشخص شد که در زمان تحویل مثلاً قیمت آهن آلات کم و یا زیاد شده است یکطرف و یا هر دو طرف حق فسخ معامله را دارند.

و یا در طریق دوم میگوییم که : دو طرف آهن آلات را به قیمت معینی معامله میکنند به شرط اینکه اگر قیمت بازاری در زمان تحویل ترقی کرد خریدار آن مقدار را تدارک بکند و یا اگر قیمت بازاری در زمان تحویل کم شد بایع مابه التفاوت را به خريدار بپردازد .

آیا این دو طریقی که ایشان بیان کرده اند ، تمام است یا نه؟

در جلسۀ قبل نسبت به طریق اول بیان شد که : ولو این راه حل برای رفع ضرر از طرف متضرر از بقاء معامله مفید است و موجب خلاصی او از ضرر میشود ولی غرض معاملیِ در بین محقق نمیشود چرا که فروشنده میخواست خرید و فروشی انجام بدهد که در آن سود متعارفی نصیبش بشود ، در حالیکه با این راه حل و فسخ معامله این غرض تأمین نمیشود مگر اینکه در کنار شرط خیار و فسخی که برای یکطرف و یا هر دو طرف قرار داده میشود ، وکالت خرید از جانب مشتری بنحو شرط نتیجه به بایع داده شود و در ضمن عقد این هم گنجانده شده باشد. در اینصورت فروشنده بر اساس خیارش معامله قبلی را فسخ میکند و بر اساس وکالتش که بنحو شرط نتیجه دارد معاملۀ جدید را از طرف مشتری منعقد میکند. در اینجا ولو مشتری راضی به معاملۀ دوم هم نباشد ولی از آنجا که قبلاً در ضمن عقد صحیح به طرف مقابل وکالت بنحو شرط النتیجه داده است و این وکالت قابل عزل نیست لذا عدم رضايت او ضرری به صحت معامله ندارد .

پس راه حل اول برای تمام شدن محتاج به ضمیمه شدن وکالت بنحو شرط النتیجه است و إلا مجرد قرار دادن خیار و حق فسخ لأحد الطرفین أو لکلیهما مشکل را حل نمیکند.

راه حل دوم ایشان این بود که معامله با قیمت مشخص منعقد بشود ولی در ضمن آن شرط بشود که اگر بعداً با آمدن فاکتور مشخص شد که قیمت متفاوت است ـ و یا در محل بحث در زمان تحویل قیمت بازاری زیاد شد و یا کم شد ـ مشتری و یا بایع میبایست آن ما به التفاوت را تدارک بکند.

اشکال و مناقشۀ نسبت به این راه حل ـ همانطورکه در جلسۀ قبل بیان شد ـ این است که : در بعضی از موارد فساد شرط به اصل معامله هم سرایت میکند مثلاً اگر شرط غرری باشد و یا اینکه چیزی را بعنوان ثمن معامله قرار بدهند که میزان آن مشخص نیست و مردد بین قلیل و کثیر است ، این شرط نه تنها شرط را بی اثر میکند بلکه معاملۀ مشروط به این شرط را هم بی اثر میکند چرا که در مجموع معامله غرری میشود.

در آن بحث که آیا فساد شرط موجب فساد عقد میشود یا نه؟ اعلام فرموده اند : ولو فساد شرط بنحو مطلق موجب فساد عقد نمیشود ولی اگر وجه فسادی که در شرط وجود دارد به عقد سرایت بکند ، در این صورت فساد شرط به عقد هم سرایت میکند. از باب مثال هم گفته اند که : اگر شرط مذکور در عقد بنحوی باشد که موجب بشود اشخاص وقتی به این عقد نگاه میکنند ، آن را معاملۀ غرری بدانند در اینصورت شرط موجب فساد معامله هم میشود.

حال نسبت به محل بحث گفته میشود که : اگر معلوم نباشد که آن قیمتی که شخص بعداً میبایست بپردازد ، چه مقدار است و این امر را بعنوان شرط در ضمن معامله قرار بدهند ؛ این امر موجب میشود که ثمن در این معامله بلحاظ مجموع معیّن و مشخص نباشد. بله اسماً و بلحاظ صورت معامله یک ثمن خاصّ و معیّنی قرار داده شده است ولی در مجموع بملاحظۀ شرطی که در معامله قرار داده شده است معامله ، معاملۀ غرری حساب میشود چرا که مقدار ثمن در آن معلوم نیست.

این اشکالی بود که در جلسۀ قبل هم نسبت به راه حل دوم بیان شد.

لکن علاوۀ بر این اشکال ، اشکال دیگری هم نسبت به بعضی از موارد پیدا میشود.

آن اشکال این است که : چنانچه ثمن تعیین شدۀ در معامله ، ثمن کلّی در ذمّه باشد و بعنوان دین برعهدۀ مشتری باشد در اینصورت شرط تدارک به این نحوی که در راه حل دوم بیان شد ، صحیح نیست چرا که مشمول ادله ای میشود که گفته اند : « بابت تاخیر در اداء دین نباید چیز اضافه ای گرفت ».

حداقل یک روایت صحیحه به این مضمون داریم که صاحب وسائل آن را در باب سی و دوم از کتاب الدِین از مرحوم صدوق نقل کرده است. همچنین این حدیث را بعنوان حدیث اول باب هفت از کتاب الصلح هم از مرحوم شیخ و هم از مرحوم کلینی و هم از مرحوم صدوق نقل کرده است. این روایت را محمد بن مسلم از امام باقر (ع) نقل میکند و حلبی هم آن را از امام صادق (ع) نقل میکند.

در باب هفت از کتاب الصلح صاحب وسائل این روایت را از مرحوم شیخ نقل میکند و میفرماید : محمد بن الحسن بأسناده عن الحسين بن سعید عن فضاله عن أبان عن محمد بن مسلم عن أبی جعفر (ع).و عن إبن أبی عمیر عن حمّاد عن الحلبی عن أبی عبدالله (ع).

و در آخر روایت هم فرموده است که : « رواه الکلینی عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن إبن أبی عمیر » و همینطور « رواه الصدوق بأسناده عن أبان ».

متن روایت این است که : « أنّهما قالا (ع) ـ یعنی امام باقر (ع) و امام صادق (ع) فرمودند ـ فی الرجل یکون علیه الدین الی أجل المسمی ـ یعنی شخصی از دیگری پولی را مثلاً به مدت دو سال قرض گرفته است و یا اینکه از فروشگاه جنسی خریده است و میبایست دو سال دیگر پول او را بدهد ـ فیأتیه غریمه و یقول أنقد لی من الذی لی کذا و کذا و أضع لک بقیّته ـ طلبکار پیش او می آید و میگوید فلان مقدار از پول من را نقداً پرداخت کن و من هم باقی ماندۀ آن را به تو میبخشم ـ أو یقول أنقد لی بعضاً و أمد لک فی الأجل فیما بقی علیک ـ یعنی مقداری که از تو طلب دارم را الان نقداً پرداخت کن و باقی مانده را که قرار بود دو ساله پرداخت کنی ، سه ساله پرداخت کن ـ فقال (ع) : لا أری به بأساً ما لم یزدد علی رأس ماله شیئا و یقول الله فلکم رؤوس اموالکم لا تَظلمون و لا تُظلمون » ـ یعنی هرگونه تغییر اخذ دین از مدیون مانعی ندارد مگر اینکه بخواهند به اصل دین اضافه بکنند ولی اگر تغییراتی که داده میشود منجر به اضافه شدن اصل دین بشود و مثلاً بگوید که من این ده میلیونی را که قرار بود دو ساله بدهی را از تو سه ساله میگیرم ولی دوازده میلیون میگیرم ، این جایز نیست ـ »

پس از این روایت شریفه این قاعدۀ عام استفاده میشود که : هرگونه تغییری در نحوه پرداخت دین و در زمان پرداخت دین جایز است ولی به شرط اینکه زیادی أخذ نشود و أخذ زیادی ممنوع است. و بر همین اساس قرار دادن جریمۀ تأخیر در پرداخت قرض و غیر قرض جایز نیست و حرام و ممنوع است.

حال باتوجه به این قاعده ای که از روایت محمد بن مسلم و روایت حلبی بدست می آید به محل بحث که تعدیل قراردادها یا بیع انتظاراً لقائمه الشراء باشد ، برمیگردیم و میگوییم که : اگر آنچه که بعنوان ثمن در معامله معیّن و مشخص شده است کلی فی الذمه باشد و بعنوان نسیه در ذمّۀ شخص قرار گرفته باشد در اینصورت معنای شرط تدارک مابه التفاوت این است که : اگر قیمت بازاری در زمان تحویل زیاد شد و یا مشخص شد که قیمت شیء در فاکتور بیشتر بوده ، مدیون میبایست زیادی را پرداخت بکند ؛ و این معنا مشمول این حدیث است که میگوید هرگونه أخذ زیادی از مدیون جایز نیست.

بله اگر ثمن معین شده در معامله أخذ و قبض شده باشد و در ضمن معامله شرط بشود که در صورت اختلاف قیمت میبایست ما به التفاوت را بپردازد ، در اینصورت دیگر این اشکال دوم وارد نیست و این مورد مشمول این روایت محمد بن مسلم و حلبی نمیشود.

بنابراین اگر در محل بحث در ضمن بیع سلف ـ که در آن شرط است که ثمن در مجلس عقد أخذ بشود ـ شرط بشود که : اگر قیمت این آهن آلات در زمان تحویل زیاد بشود مشتری میبایست این مابه التفاوت را تدارک بکند ، در اینصورت دیگر اشکال دوم به این معامله وارد نمیشود.

همچنین چنانچه در ضمن خرید و فروش خانه شرط بشود که اگر خریدار در زمان معیّنی که برای او قرار داده شده است ، پول را پرداخت نکند بابت هر روز تأخیر میبایست فلان مقدار به فروشنده اضافه بدهد ، این جایز نیست و مشمول روایت محمد بن مسلم و حلبی است. ولی اگر در ضمن معاملۀ فروش خانه که در آن آمده است فروشنده میبایست یک ماه بعد از قرارداد خانه را تحویل مشتری بدهد ، شرط بشود که بابت هر روز تأخیر بعد از این یک ماه میبایست فلان مقدار بدهد ؛ این شرط بلا اشکال است و مشمول روایت محمد بن مسلم و حلبی نمیشود چرا که مربوط به أداء دین نیست تا اینکه أخذ زیادی نسبت به آن مشکل داشته باشد.

بر این اساس اشکال دوم در جایی وارد است که ثمن در معامله ، ثمن کلی و بعنوان دین بر ذمّۀ مشتری باشد.

تا به اینجا نتیجه این شد که : در قسم اول از تعدیل ـ که تعدیل توافقی و قراردادی است و بر اساس پیش بینی طرفین معامله انجام میگیرد ـ میتوان فرض و صورتی را در نظر گرفت که در آن شروط سه گانه ای که بیان کردیم رعایت شده است و آن فرض هم همان راه حلّ اولی است که مرحوم آقای سید محمد سعید حکیم در منهاجشان بیان کرده اند البته با اضافه شدن وکالت بنحو شرط النتیجه. و در اینصورت تعدیل توافقی و قراردادی قابل التزام است و تطبیق میشود.

##### تخريج فقهی قسم دوم تعديل (تعديل قانونی)

قسم دوم از تعدیل قراردادها ، تعدیل قانونی بود. توضیح آن ، این بود که : در بعضی از موارد خود طرفین قرارداد تغییر قیمت را پیش بینی نکرده اند ولی قانونگذار در موارد خاصی بنابر مصالح اجتماعی و منافع عمومی نسبت به مفاد قرارداد قبلی بازبینی میکند. یعنی چون میبیند که بقاء آن قرارداد قبلی به همان کیفیت سابق موجب ضرر زیاد یکطرف میشود لذا حکم میکند که : اینچنین قراردادی میبایست تبدیل به یک قرارداد جدیدی بشود که خالی از این ضرر زیاد است. این معنا و تعریف تعدیل قانونی است.

آیا تعدیل قانونی اصل و اساسی دارد و میتوان ملتزم به صحت و نفوذ آن شد یا نه؟

در این قسمت هم همانطور که قبلاً بیان شد ، گفته میشود که : نسبت به این تعدیل قانونی دو معنا محتمل است : معنای اول از تعدیل قانونی این است که قانون گذار حکم کند قرارداد قبلی خودبخود ـ بدون فسخ و انعقاد قرارداد جدید ـ تبدیل به قرارداد جدیدی بشود که دیگر ضعف آن قرارداد قبلی را نداشته باشد. این یک معنا برای تعدیل قانونی است که ظاهر آنچه که از کلمات حقوقدانان هم استفاده میشود ، همین معنا است فلذا اینچنین تعبیر کرده اند که « قانون گذار از قبل این مسئله را پیش بینی میکند و بر اساس مصالح عمومی ای که در نظر میگیرد حکم میکند که میبایست مفاد قرارداد تغییر بکند و تبدیل به مفادی بشود که در آن جهت ضرر زیاد وجود ندارد ».

لکن همانطور که گفته شد این تعدیل نه بحسب بناء عقلاء و نه بحسب قواعد شریعت ما ، چنین چیزی در باب معاملات راه ندارد و نه عقلائاً و نه شرعاً نمیتوان به آن ملتزم شد.

اما معنای دوم از تعدیل قانونی این است که : از آنجا که بقاء قرارداد قبلی موجب ضرر است لذا مَن بیده الأمر در بلد حق این را دارد که قرارداد قبلی را فسخ بکند و قرارداد جدیدی ببندد و در بستن قرارداد جدید احتياج به اجازه گرفتن از بایع و مشتری ندارد.

و تطبیق این معنا بحسب شریعت اسلام این است که : فقیه در این موارد حق این را دارد که قرارداد قبلی را فسخ و ابطال بکند و قرارداد جدیدی منعقد بکند که در آن جهت ضرر وجود ندارد.

این هم معنای دوم از تعدیل قانونی بود.

آیا این معنا قابل التزام هست و با توجه به ادلۀ ولایت فقیه میتوان ملتزم به این معنا شد و گفت که در این موارد فقیه حق اینچنینی دارد یا نه؟

مرحوم تبریزی در امثال این موارد فرموده اند که : فقیه تنها ولایت تکلیفیه دارد یعنی ولایتش محدود به امر و نهی است و ولایت وضعیه ندارد به این معنا که خودش در انشاء و ایجاد معامله وتصرفات اعتباری مباشرت کند .

والحمدلله رب العالمین.

جلسه سیزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 16/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

بحث به اینجا رسید که : آیا تعدیل و تغییرِ قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه از حالت قبلی به حالتی که از عنوان شرط غیر منصفانه خارج بشود ، قابل التزام هست یا نه؟

برای بررسی این مطلب بنابر این شد که ابتداء با قطع نظر از شرط غیر منصفانه بحث شود : آیا قرارداد منعقد شدۀ با مضمون و شرائط خاص قابلیت این را دارد که در زمان متأخر تعدیل بشود به نحوی که محتوا و یا شرائط آن عوض بشود ، یا اینکه چنین امری قابل التزام نیست؟

در این قسمت بیان شد که باتوجه به اینکه تعدیل قراردادها را به سه قسمِ تعدیل قراردادی (توافقی)، تعدیل قانونی و تعدیل قضائی تقسیم کرده اند میبایست هریک از این اقسام را جداگانه بررسی کنیم.

بحث از قسم اول یعنی تعدیل توافقی و قراردادی تمام شد و بیان شد که میتوان با بعضی از وجوه ملتزم به این نحوه از تعدیل شد. و آن وجه صحیح برای تعدیل توافقی هم این بود که : در ضمن قرارداد اول برای طرفین و یا احد الطرفین هم خیار فسخِ قراردادِ اول را قرار بدهند و هم در ضمن قرارداد اول وکالت بنحو شرط النتیجه و مأذونیت أحد الطرفین در اجرای معاملۀ جدید با محتوا و شرائط جدیدی را قرار بدهند. این فرض و صورتِ قابل التزام از تعدیل توافقی و قراردادی است.

##### تخريج فقهی قسم دوم تعديل (تعديل قانونی)

بحث به قسم دوم از تعدیل یعنی تعدیل قانونی رسید. بیان شد که یک معنا از تعدیل قانونی قابل التزام نیست و آن این است که قانون حاکم بر بلد بگوید که : اگر یک قراردادی منعقد بشود ولی بقاء آن موجب تضرر و اجحاف نسبت به یکطرف معامله باشد ، این قرارداد بصورت خودبخود و قهری تبدیل به یک قرارداد جدیدی میشود که دیگر در آن جهت ضرر وجود نداشته باشد. مثلاً اگر در سی سال پیش در عقد نکاح مهریه زن یکصد هزارتومان قرار داده شده است ، از آنجا که این پول در این زمان مقدار ناچیزی است و اجحاف نسبت به زن حساب میشود این مهریه بصورت خود بخود و بدون نیاز به توافق جدید تغییر میکند و تبدیل به مهریه ای میشود که مناسب با این زمان است.

در جلسه قبل بیان شد که گرچه ظاهر کلمات حقوقدانان همین معنا است ـ و همین مثالی که بیان شد را ذکر کرده اند ـ ولی این معنا توهم محض است و التزام به آن نه بحسب بناء عقلاء و نه بحسب قواعد شرعیه ای که در ابواب معاملات حاکم است ، ممکن نیست.

معنای دومی که برای تعدیل قانونی وجود دارد ، که از حد توهم خارج است و ثبوتاً قابل التزام است این است که گفته شود : قانونگذار در جاییکه طرفین معامله این تغییر قیمت را پیش بینی نکرده باشند ، بحسب مصالح عام این حق را به کسی که امر به ید او است ـ مثل حاکم ـ میدهد که قرارداد قبلی را الغاء بکند و یک قرارداد جدید با متن و محتوای جدید که دیگر در آن اجحاف نسبت به یکطرف نباشد را ایجاد بکند. این معنای دوم برای تعدیل قانونی است.

حال اگر چه این معنا توهم محض نیست و ثبوتاً قابل التزام است ولی آیا این معنا بلحاظ اثباتی در دائرۀ احکام شریعت و با ملاحظۀ ادلۀ ولایت فقیه قابل اثبات هست یا نه؟ به این معنا که بگوییم : فقیه در این مواردی که قرارداد قبلی موجب تضرر و اجحاف نسبت به یکطرف معامله میشود ، حق این را دارد که علی رغم عدم رضایت بعضی از اطراف معامله عقد سابق را فسخ بکند و قرارداد جدیدی منعقد بکند.

آیا بر اساس ادلۀ ولایت فقیه چنین حقی و چنين شأنی برای فقیه ثابت است یا نه؟

همانطور که در جلسه قبل بیان شد ، اینکه فقیه اینچنین حقی دارد که بدون اذن دو طرف معامله و بر اساس مصلحت و یا ضرورتی که تشخیص میدهد از جانب آنها معامله که امر انشائی است را ایجاد بکند و یا اینکه اینچنین حقی ندارد ؟ این بحث در حقیقت برمیگردد به اینکه آیا ولایت ثابت برای فقیه تنها درحدّ ولایت تکلیفیه است و فقیه تنها حق امر و نهی دارد ویا اینکه فقیه علاوه بر ولایت تکلیفیه ، ولایت وضعیه هم دارد و میتواند نسبت به امور وضعیه که منوط به رضایت خود اشخاص است هم إعمال ولایت بکند و بجای آن شخصی که اختیار امر به دست او است ، تصمیم بگیرد و متصدی انشاء معامله بشود ؟

آیا ولایت ثابت للفقیه تنها در حدّ ولایت تکلیفیه است و یا اینکه ولایت نسبت به امور وضعیه هم برای فقیه ثابت است؟

##### **ثبوت ولايت وضعيه برای فقيه در منطقة الفراغ**

تقریب و بیان این مطلب که ولایت فقیه شامل امور وضعیه هم میشود واختصاص به امور تکلیفیه ندارد - همانطور که در فقه العقود در بحث امضاء و اعتبار شخصیت حقوقی بیان شده[[7]](#footnote-7) ـ این است که : همانطور که نسبت به امور تکلیفیه پذیرفتیم که فقیه در منطقه الفراغ حق تدّخل دارد و میتواند در جائیکه حکم الزامی ای وجود ندارد إعمال ولایت بکند و در این محدوده امر و نهی بکند ، نسبت به امور وضعیه و احکام وضعیه هم میگوییم که : از آنجا که احکام وضعیه علی قسمین هستند : در بعضی از موارد ثبوت حکم وضعی ربطی به رضایت خود شخص ندارد مثل اینکه ملاقات با نجس موجب نجاست میشود در این جهت رضایت و فعل مکلف تاثیری ندارد ولی در بعضی دیگر از موارد احکام وضعیه منوط به رضایت اشخاص است ، باتوجه به این مطلب میگوییم که : هرکجا که تحقق حکم وضعی منوط به رضایت و عدم رضایت شخص باشد ، در اینجا فقیه از باب اولویتی که دارد حق دخالت و إعمال ولایت دارد و مقتضای اولویت و ولایت فقیه بر مؤمنین ـ که در طول ولایت معصومین (ع) است ـ این است که : تصرفات فقیه در این موارد ـ یعنی احکام وضعیه ای که منوط به رضایت اشخاص است ـ نافذ است.

پس چه در امور تکلیفیه و چه در امور وضعیه هرکجا که ثبوت امر منوط به رضایت خود مؤمن بود و اختیار خود مؤمن در آن اثر داشت فقیه هم حق دخالت در آن امور را دارد و تصرفات او در این قسمتها نافذ است.

بر این اساس اگر شخصی مال خودش را نمیفروشد ولی فقیه مصلحت بداند که مال او میبایست فروخته شود ، در اینجا فقیه حق این را دارد که متصدی بیع این کالا بشود. ولو صاحب کالا إذن و رضایت به این بیع ندارد ، ولی از آنجا که فقیه اولویت بر مؤمنین دارد تصرفات او نافذ است.

همچنین در غیر معامله هم مطلب به همین نحو است مثلاً در اجراء طلاق بحسب حکم اولی اختیار به دست زوج است ولی اگر در جایی ضرورت و یا مصلحت عمومی ای وجود داشت که شخص زنش را طلاق بدهد ولی زوج راضی به این عمل نيست ، در اینجا فقیه میتواند از جانب زوج زنش را طلاق بدهد.

پس تقریب ثبوت ولایت وضعیه للفقیه این است که : آن ادله ای که ولایت را برای فقیه اثبات کرده اند فقیه را اولای نسبت به مؤمنین قرارداده اند فلذا هرکجا که خود مؤمنین ولایت داشته باشند ، فقیه در آنجا اولی بالتصرف است و بر این اساس معاملات او صحیح است.

لکن مرحوم آقای تبریزی در بحث ولایتِ فقیه ازکتاب ارشاد الطالب فرموده اند که : حتی ولایت ثابتِ برای رسول الله (ص) و معصومین (ع) هم در حدّ ولایت تکلیفیه و امر و نهی است و نه ولایت وضعیه مگر در موارد خاصّه مانند طلاق زن در جائیکه شوهر امتناع از اعطاء نفقه میکند.

و در آنچه که از سیرۀ رسول الله (ص) و معصومین (ع ) نقل شده است هم اینچنین چیزی معهود نیست که معصومین (ع) چنین تصرفاتی انجام داده باشند مثل اینکه در موردی که ولیّ مقتول حق قصاص دارد و قصاص منوط به مطالبۀ ولیّ مقتول است در اینجا رسول الله (ص) و یا معصومین (ع) مطالبه قصاص بکنند ؛ اینچنین چیزی در سیرۀ معصومین (ع) وجود ندارد. همچنین نسبت به ابراء ذمه مديون درجايی که دین خود را مطالبه می کند و امثال این موارد در سیرۀ معصومین (ع) چنین چیزی وجود ندارد بخواهند در این موارد اعمال ولایت بکنند.

بعد هم فرموده اند که : اساساً این امر خیلی بعید است که چنین ولایتی برای معصومین (ع) ثابت باشد بلکه آن مقدار ولایتی که از دلیل ولایت برای رسول الله (ص) و معصومین (ع) ثابت است در حدّ ولایت تکلیفیه و امر و نهی است و نه ولایت وضعیه که بخواهند انشاء معامله بکنند.

پس حتی برای پیامبر (ص) و معصومین (ع) هم اینچنین ولایتی وجود ندارد تا چه رسد به اینکه بخواهد برای فقیه چنین ولایتی وجود داشته باشد. این یک دلیل برای عدم ثبوت ولایت وضعیه للفقیه بود.

وجه دیگری هم در اینجا وجود دارد و آن این است که : در یک روایت معتبره ای در باب صلاة الجنازه آمده است که : « درجائیکه مؤمنی از دنیا رفت و درآنجا سلطان من سلطان الله حضور داشت ، در این مورد فهو أحقّ بالصلاه علیها إن قدّمه ولیّ المیّت و إلا فهو غاصب »

مستفاد از این روایت این است که : رسول الله (ص) و ائمۀ معصومین (ع) که متیقن از « سلطان الله » هستند نمیتوانند علی رغم رضایت و إذن ولیّ میت نماز میت بخوانند.

این روایت در باب بیست و سوم از ابواب صلاه الجنازه آمده است. مرحوم صاحب وسائل نقل میکند از مرحوم شیخ بإسناده از محمد بن احمد بن یحیی از ابراهیم بن هاشم از نوفلی از سکونی از امام صادق (ع) عن آبائه علیهم السلام : قال : قال امیرالمؤمنین (ع) « إذا حضر سلطانٌ من سلطان الله جنازهً فهو أحقّ بالصلاه علیها إن قدّمه ولیّ المیّت و إلا فهو غاصب »

مرحوم تبریزی فرموده اند : بر اساس این روایت حتی نسبت به نماز میت که مستند به إذن ولی میت است هم اینچنین نیست که خود معصوم (ع) مباشرت و تصدی داشته باشد و بفرماید که از آنجا که من ولایت دارم إختيار من مقدم بر إختيار ولیّ میت است. فلذا مستفاد از این روایت این است که ولایتی که برای رسول الله (ص) و معصومین (ع) قرارداده شده است در حد امر و نهی و ولایت تکلیفیه است نه اینکه بخواهند خودشان مباشرت در امور داشته باشند. این وجهی است که مرحوم تبریزی در ارشاد الطالب بیان کرده اند و بر این اساس فرموده اند : ولایت وضعیه حتی برای معصومین (ع) هم ثابت نیست فضلاً از اینکه بخواهد برای فقیه ثابت باشد و فقیه بتواند مباشرت در تصرف داشته باشد.

آیا استدلال به این روایت برای مدعا تمام است یا نه؟

در بحث صلاه المیّت این بحث مطرح شده است که : صلاه میت در اختیار چه کسی است ؟ و آیا امام الاصل (ع) اولویت به صلاه علی المیت دارد یا نه؟

در آن بحث این روایت سکونی مطرح شده است که بحسب برداشت ابتدائی دلالت بر این دارد که : امام معصوم (ع) نسبت به این امور ولایتی ندارد. ولی از این استدلال به این روایت خاصه جواب داده شده است به اينکه : معنایِ عباراتی که در این روایت آمده است این نیست که امام معصوم (ع) حق و ولایت بر صلاه میت ندارد بلکه مستفاد از آن به عکس است و در واقع روایت میفرماید : هرچند ولیّ میت اختیار تجهیز میّت و صلاه علی المیّت را دارد و هرکسی را بخواهد میتواند مقدم برای نماز بکند ولی این در جائیست که امام معصوم (ع) حاضر بر جنازه نشده باشد اما اگر امام معصوم (ع) حاضر بر جنازه شده است لازم است که ولیّ میت از امام معصوم (ع) تقاضا بکند که حضرت (ع) نماز میت را بخواند و اگراینچنین کاری نکند « ولیّ میت غاصب » است.

بنابراین اگر مراد از «سلطان من سلطان الله » امام معصوم (ع) باشد ، روایت اینگونه معنا میشود که « إذا حضر سلطانٌ من سلطان الله جنازهً فهو أحق بالصلاه علیها ، إن قدّمه ولیّ المیت فهو و إلا ـ یعنی اگر ولیّ میت امام (ع) را مقدم نکند در اینصورت ولیّ میت غاصب است. » و در واقع ضمیر « هو » به ولیّ المیت برمیگردد و نه به امام معصوم (ع).

اینکه مراد از این روایت چیست ؟ عدّه ای از فقهاء متعرض این روایت شده اند : از جمله مرحوم فیض در وافی فرموده اند : مراد از « سلطان من سلطان الله » امام معصوم (ع) است چرا که سلطنت امام (ع) بر عباد از جانب خداوند متعال است و از جانب خداوند متعال به امام (ع) سلطنت ذاتیه و حقیقیّه داده شده است.

و در ادامه فرموده اند : جزاء جملۀ شرطیۀ اول که گفته است « إن قدّمه ولیّ المیت » حذف شده است و در واقع جزاء این جملۀ شرطیه این است « إن قدّمه ولی المیّت فقد قضی ما علیه و به وظیفه اش عمل کرده است » ، و اینکه بعد از آن آمده است « و إلا فهو غاصب » این عبارت جزاء جملۀ شرطیه اول نیست بلکه مراد از آن این است که : و إلا اگر ولیّ میت به وظیفه اش عمل نکرد و امام (ع) را مقدم نکند حق امام (ع) را غصب کرده است. این کلام مرحوم فیض در وافی بود.

مرحوم مجلسی اول در روضه هم روایت را به همین نحوی که مرحوم فیض بیان کرده اند ، معنا کرده است و فرموده است که : از آنجا که مراد از « سلطانٌ من سلطان الله » امام معصوم (ع) است ، یجب أن یرجع الضمیر ـ در فهو غاصب ـ الی ولی المیت.

در مرآت هم فرموده اند که : این تعبیر « و إلا فهو غاصب » به ولیّ میت برمیگردد چرا که باتوجه به اینکه رسول الله (ص) اولی بالمؤمنین من الانفس است و یثبت للأمامِ (ع) ما یثبت للرسول الله (ص) من الولایه لذا معلوم است که با حضور امام معصوم (ع) حق ایشان است که نماز میت را بخوانند و لو ولی میت فی حدنفسه حق تعیین را دارد ولی این ولایت او مربوط به جائیست که معصومین (ع) حاضر نباشند. فلذا این عبارت « و إلا فهو غاصب » را میبایست اینگونه معنا کنیم که : « و إن لم یقدّمه الولی فالولیّ غاصبٌ ».

البته مرحوم مجلسی در آخر بحث ـ در کتاب مرآت ـ فرموده اند که : از آنجا که این مسئله مربوط به بیان وظیفه و شأن امام (ع) است اولی این است که متعرض به این مسائل نشویم لسوء الأدب و قلّه الجدوی ـ یعنی کم فایده است ـ چرا که در صورت حضور امام (ع) که دیگر نیازی به فتوای غیر ایشان نیست و در صورت غیبت امام (ع) هم که دیگر این بحث فایده ای ندارد.

اما باتوجه به محل بحث مشخص است که این قسمت اخیر از فرمایش مرحوم مجلسی تمام نیست چرا که ولو در این روایت از ولایت معصومین (ع) بحث شده است ولی اگر این روایت دلالت بر این داشته باشد که امام معصوم (ع) در این موارد ولایت بالتصدی و المباشره ندارد این امر در تعیین دائرۀ ولایت فقیه مؤثر است. و اینگونه نیست که این تعیین دائرۀ حق معصوم (ع) در زمان غیبت بلافایده باشد کما اینکه مرحوم تبریزی فرمودند ما از این روایت اینچنین استفاده میکنیم که در این موارد معصومین (ع) ولایت وضعیه ندارند و بالتبع و به طریق اولی ولایتی هم برای فقیه در این موارد ثابت نیست. پس با توجه به این مباحث اینگونه نیست که بحث از این روایت بی فایده باشد و اثری برآن مترتب نشود.

علی ای حالٍ و با قطع نظر از قسمت اخیر فرمایش مرحوم مجلسی ، اشکالی که نسبت به استدلال به این روایت برای نفی ولایت وضعیه للمعصومین (ع) میشود این است که : مراد و مقصود از عبارات روایت این نیست که امام معصوم (ع) بدون إذن ولیّ میت حق خواندن صلاه المیت را ندارد بلکه مفاد روایت به عکس است و میفرماید : اگر ولیّ میت امام (ع) را مقدم نکند این کار او غصب حق امام (ع) است.

و مؤید این معنا هم این است که مفاد روایات دیگری که در آن باب وجود دارد این است که : نماز میت در اختیار ولیّ المیت است اما امام معصوم (ع) اولی است.

در معتبرۀ طلحه بن زید که در همان باب بیست و سوم نقل شده است ، آمده است که : کلینی از علی بن ابراهیم از أبیه از محمد بن یحیی از طلحه بن زید از ابی عبدالله (ع) : قال « إذا حضر الامام الجنازه فهو أحقّ الناس بالصلاه علیها » یعنی ولایت ولی میت مربوط به جائیست که امام (ع) حاضر نباشد و إلا امام (ع) أحق به خواندن نماز است.

پس مفاد روایات دیگر هم مؤید این معنایی است که اعلام برای روایت سکونی کرده اند و الا در بین روایت معتبره ای نداریم که بگوید : صلاه الامام (ع) علی المیّت مقید به إذن و رضایت ولیّ المیت است.

بله در کتاب فقه الرضا (ع) عبارتی است که صراحت بر این دارد که امام معصوم (ع) اینچنین حقّی ندارد. در فقه الرضا در باب صلاه علی المیّت آمده است که : « واعلم أنّ أولی الناس بالصلاه علی المیّت الولی أو مَن قدّمه الولی فأن کان فی القوم رجلٌ من بنی هاشم فهو أحق بالصلاه إذا قدّمه الولی فأن تقدم من غیر أن یقدمه الولی فهو غاصبٌ »این عبارت فقه الرضا است.

مرحوم صدوق در فقیه هم فرموده است که پدرم ـ علی بن بابویه ـ در رساله اش به من اینگونه فرموده است که «إعلم یا بُنی أنّ أولی الناس بالصلاه علی المیت .... » و همین عباراتی که در فقه الرضا بیان شده است را ذکر کرده اند.

و باتوجه به اینکه این عباراتی که مرحوم صدوق از پدرش ـ یعنی علی بن بابویه ـ نقل میکند بعینها در کتاب فقه الرضا آمده است لذا عدّه ای از محققین گفته اند که : فقه الرضا در حقیقت همان رسالۀ علی بن بابویه است. و شاهدش هم همین است که در موارد متعددی میبینیم که عین همان عبارتی در که فقه الرضا وجود دارد در رسالۀ علی بن بابویه هم هست.

در مقنع هم مرحوم صدوق همین مطلب را بیان کرده اند.

بر این اساس ما در بین روایات معتبره ، روایتی که دلالت واضح بر این داشته باشد که حق امام معصوم (ع) بر صلاه علی الجنازه متوقف بر اذن ولیّ میت است نداریم.

باتوجه به اینکه ما دلیل معتبری بر تحدید ولایت معصومین (ع) و نفی ولایت وضعیۀ معصومین (ع) پیدا نکردیم لذا میبایست مقتضای قاعده را حساب بکنیم ، مقتضای اطلاق « النبی أولی بالمؤمنین من أنفسهم » این است که : اگر مؤمنین به امر و نهی رسول الله (ص) عمل نکردند ، خود ایشان اینچنین حقّی دارد که مباشرتاً عمل بکنند.

اما اینکه برای فقیه هم چنین ولایتی نسبت به امور وضعیه ـ در کنار امور تکلیفیه ـ ثابت است یا نه؟ این برمیگردد به اینکه دلیل دالّ بر ثبوت ولایت للفقیه چه چیزی است؟ آیا دلیل دالّ بر ولایت فقیه روایات وادلۀ لفظیه است ویا اینکه دلیل ولایت فقیه دليل حسبه است ؟ اگر دلیل ، دليل حسبه باشد ، این دلیل محدود به موارد ضرورت است و همه موارد وجود مصلحت را شامل نمی شود . والحمدلله رب العالمین.

جلسه چهاردهم ـ معاملات مستحدثه ـ 17/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

##### ثبوت ولايت وضعيه برای فقيه در منطقة الفراغ

در این بحث که : آیا تعدیل قانونی قراردادها با مبانی و قواعد فقه امامیه قابل توجیه است یا نه ؟ بیان شد که : تعدیل قانونی بمعنای اول که تعدیل قهریِ قرارداد سابق به قرارداد بدون نقص بود ، توهم محض است و قابل التزام نیست ، نه با قواعد عقلائی در باب معاملات سازگاری دارد و نه با قواعد شرعیۀ حاکم بر معاملات .

اما تعدیل قانونیِ بمعنای دوم که : بر اساس قانون محکم در بلد در مواردی که بقاء قرارداد قبلی موجب تضرر أحد الطرفین باشد ، مَن بیده الامر (حاکم ) حق این را داشته باشد که قرارداد قبلی را فسخ بکند و قرارداد جدید را با مضمون و شرائط جدید منعقد بکند ، این معنا از تعدیل قانونی با مبانی و قواعد فقه امامیه قابل توجیه است.

با این تقریب و توضیح که : بر اساس ادلۀ ولایت فقیه در منطقه الفراغ در جائیکه خود مؤمنین ولایت بر تصرف در اموالشان داشته باشند یعنی اختیار انجام و یا ترک فعل به دست خود مؤمنین باشد ، در این موارد فقیه ولایت دارد و بر اساس ولایتی که دارد هم میتواند از راه امر و نهی وارد بشود که از آن تعبیر به ولایت تکلیفیه فقیه میشود و هم میتواند از راه مباشرت به تصرف اعتباری وارد بشودکه از آن تعبیر به ولایت وضعیه فقیه در منطقه الفراغ میشود.

البته با توجه به محدود بودن ولایت فقیه به منطقه الفراغ ولایت وضعی فقیه مربوط به جائیست که آن امر وضعی به اختیار مکلفین باشد مثل بیع ، هبه و ....، ولی احکام وضعیه ای که مرتبط به رضایت مکلفین نیست و بدون اینکه اختیار مکلفین در آن نقشی داشته باشد ، ثابت نسبت به موضوعش است مانند تنجس شیء طاهر با ملاقات با شیء نجس و یا مثل اینکه اتلاف مال غیر موجب ضمان میشود ، در این موارد دیگر ولایت فقیه مورد ندارد.

پس رأی و نظر فقیه در امور وضعیه ای که به دست مکلفین است نافذ است حتی بنحوی که فقیه خودش مباشرت به آن امر وضعی داشته باشد. البته با آن قیودی که برای إعمالِ ولایت فقیه وجود دارد که یا باید مورد از موارد ضرورت ملمّه باشد یا اینکه مصلحت عامّه در کار باشد و إلا در غیر این موارد که ولایتی برای فقیه نیست.

پس نتیجه بحث این شد که : تعدیل قانونیِ قراردادها بمعنای دوم با ادلۀ ولایت فقیه به این نحوی که بیان شد قابل توجیه است. منتهی اینکه فقیه تا چه حدّی حق مباشرت به این تصرفات اعتباری دارد؟ این امر منوط و متوقف بر این است که :دلیلِ ولایت فقیه را چه بدانیم ؟ اگر دلیل ، دلیل لفظی باشد در اینصورت ولایت فقیه دائر مدار تحقق مصلحت عامّه است ولو ضرورتی در کار نباشد. ولی اگر دلیل ، دلیل حسبه بود در اینصورت ولایت فقیه تنها در جایی ثابت است که از موارد ضرورت باشد و صرف وجود مصلحت عامّه که موجب تحسین عمل میشود برای إعمال ولایت کافی نیست.

همچنین در جسلۀ قبل بیان شد : اینکه مرحوم آقای تبریزی فرموده اند : ولایت وضعیه برای فقیه ثابت نیست و فقیه نمیتواند مباشرت در تصرفات اعتباری داشته باشد ، چرا که این ولایت وضعیه حتی برای رسول الله (ص) ائمۀ معصومین هم ثابت نیست تا چه رسد به اینکه بخواهد برای فقیه ثابت باشد ؛ این فرمایش ایشان تمام نیست چرا که اطلاق « النّبی أولی بالمؤمنین من أنفسهم » مقتضی این است که در جائیکه خودِ مؤمن اختیار و ولایت دارد ـ یعنی منطقه الفراغ ـ رسول الله (ص) و معصومین (ع) در آن موارد أولای بالتصرف هستند چه اینکه مورد از موارد تصرف و ولایت تکلیفیه باشد و فقیه بخواهد امر و نهی بکند و امر ونهی او لازم الرعایه باشد و چه اینکه مورد از موارد تصرفات و ولایتِ وضعیه باشد، هر دوی اینها از اطلاق « النبیّ اولی بالمؤمنین من انفسهم » استفاده میشود.

فلذا أعلام ـ مانند مرحوم مجلسی ـ نسبت به آن روایت سکونی که مربوط به نماز میّت بود و در آن این عبارت : « إن قدّمه ....و إلا فهو غاصب » آمده بود ، فرموده اند : این مسئله از واضحات و مسلمات است که اینچنین ولایتی برای رسول الله (ص) و معصومین (ع) ثابت است فلذا نمیتوان این روایت را بگونه ای معنا کرد که نتیجۀ آن نفی ولایت امام (ع) و عدم جواز مباشرت امام معصوم (ع) به اقامۀ صلاه میت ـ بدون اجازۀ ولی میت ـ باشد.

اینها مطالبی بود که در جلسۀ قبل بیان شد.

آنچه که مهم در مسئله است این است که : اطلاق « النبی أولی بالمؤمنین من أنفسهم » مقتضی این است که ولایت رسول الله (ص) و معصومین (ع) هم در امور تکلیفیه است و هم در امور وضعیه است و در مقابل این اطلاق دلیل مقیّدی وارد نشده است.

مرحوم آقای تبریزی ـ بحسب کتاب ارشاد الطالب و مطالبی که بصورت شفاهی میفرمودند ـ در مجموع سه وجه برای عدم ولایت رسول الله (ص) و معصومین (ع) در امور وضعیه بیان کرده اند که هیچ یک از آنها تمام نیست و هیچ یک از اینها نمیتواند اطلاق « النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم » را قید بزند و آن را اختصاص به امور تکلیفیه بدهد.

وجه اولی که مرحوم آقای تبریزی بیان کرده اند : عدم معهودیت مباشرت معصومین (ع) به تصرف در اموال و اعراض مردم است. مثلاً اینچنین اتفاقی نیفتاده است که معصوم (ع) بجای مردم اموالشان را فروخته باشد و یا اینکه بدون رضایت زوجین نکاحی را منعقد کرده باشد و یا اینکه طلاقی را جاری کرده باشند.

و اگر کسی بگوید : ما با استناد به قضیۀ سمره بن جندب میگوییم : در اینجا رسول الله (ص) مباشرت در تصرف کرده است و اینگونه نیست که در اینجا إعمال ولایتشان در حدّ امر و نهی باشد به این شکل که به سمره گفته باشند « برو و نخلت را بکن » بلکه حضرت (ص) به انصاری امر کردند که برو و نخل سمره را بکن وبينداز جلوی او ، و از اینجا مشخص میشود که رضایت سمره در این مورد نادیده گرفته شده است و علی رغم خواستۀ سمره حضرت (ص) در مال او تصرف وضعیه کرده اند.

در جواب این اشکال میگوییم که : این امر حضرت (ص) به انصاری که فرمودند « تو برو و نخل سمره را بکن » ، امر ولایی نبوده بلکه امر بحسب احکام اولیه است چرا که در اینجا در حقیقت برای انصاری تزاحم بود بین « وجوب تحفظ بر عرضش » و « حرمت تصرف در ملک غیر یعنی سمره » و در تزاحم بین این دو مورد اگر « وجوب تحفظ بر عرض » أهم از « حرمت تصرف در ملک غیر » نباشد لا أقلش این است که این دو با همدیگر مساوی هستند و در موارد تساوی و احتمال أهمیت شخص میتواند آن کار را انجام بدهد. پس ایشان فرموده اند : این امر رسول الله (ص) از باب إعمال قواعد باب تزاحم بود چرا که بر انصاری لازم بود که تحفظ بر عرضش بکند. و اینگونه نیست که حضرت (ص) در این مورد إعمال ولایت کرده باشند.

و در آخر هم به عبارت صاحب وسائل استشهاد کرده اند و فرموده اند : صاحب وسائل عنوان باب را این قرار داده است که « بصورت کلی هرکسی که لهُ نخلةٌ فی ملک الغیر میبایست برای دسترسی به او اجازه بگیرد و إلا صاحب الحائط میتواند نخل او را بکند » و این یعنی صاحب وسائل هم برداشتش از این روایت بیان حکم شرعی مورد بوده است نه اینکه حضرت (ص) بخواهند حکم ولایی بکنند.

این وجه اولی بود که مرحوم آقای تبریزی بیان کردند که عبارت بود از : عدم معهودیت مباشرت معصومین (ع) در تصرف در اموال و نفوس مردم بدون إذن و رضایت آنها.

وجه دومی که ایشان بیان کرده اند ، این است که فرموده اند : اینکه اینچنین ولایتی برای رسول الله (ص) ومعصومین (ع) ثابت باشد یک امر بعید و غیر قابل التزامی است. ایشان در ارشاد الطالب فرموده اند « إنه لا أظن لأحدٍ ألألتزام بأنّ للنبی (ص) القصاص إذا ترکه ولیّ المیّت و لم یطالب به أو أبراءِ المدیون عن دِینه مع مطالبة الدائن ».

پس وجه دومی که ایشان بیان کردند این است که : این امر بعید و غیر قابل التزام است که در نظام تشریعیِ اسلام یک چنین حقّی برای رسول الله (ص) و ائمۀ معصومین (ع) قرار داده شده باشد که بتوانند در امور وضعیۀ مربوط به عباد مباشرت در تصرف داشته باشند مثل اینکه زن کسی را بدون رضایت شوهرش طلاق بدهند و زن را به نکاح دیگری در بیاورند یا اینکه مال شخص را بدون رضایتش بفروشند و یا اینکه طلب شخص را با قطع نظر از رضایت او ابراء بکنند و ...

وجه سومی هم که ایشان به آن استدلال کرده اند همان موثقۀ سکونی است که در جلسۀ قبل از آن بحث شد.

پس در مجموع از کلمات مرحوم آقای تبریزی اینچنین استفاده میشود که : این سه وجه ، مانع از تمسک به اطلاق « النبی أولی بالمؤمنین من انفسهم » است.

لکن هیچ یک از این وجوه ثلاثه نمیتوانند مقید اطلاق « النبی أولی بالمؤمنین من أنفسهم » باشند :

وجه اولی که بیان کردند « عدم معهودیت » بود. مراد ایشان میبایست این باشد که : ما جایی ندیدیم و برای ما نقل نشده است که رسول الله (ص) و یا معصومین (ع) اینچنین تصرفات وضعی ای انجام داده باشند مثل اینکه بدون رضایت طرفین عقدی را منعقد کرده باشند و یا بدون رضایت زوجین نکاحی را منعقد کرده باشند و ...

اگر که اشکال در همین حدّ باشد ، جواب از این وجه این است که : صرف عدم نقل دلالت بر این نمیکند که چنین چیزی واقع نشده است بلکه ممکن است که واقع شده باشد ولی برای ما نقل نشده باشد.

جواب دیگر از این وجه این است که : اگر بپذیریم که این عدم نقل کاشف از عدم وقوع هم هست ، لکن باتوجه به اینکه ولایتی که برای رسول الله (ص) و معصومین (ع) و همچنین در طول ایشان برای فقیه ثابت است بنحو مطلق نیست بلکه مقید به قیودی است و میبایست جایی فرض بشود که حداقل مصلحت عامّه ـ اگر نگوییم ضرورت ـ چنین اقتضائی دارد که إعمال ولایت بکنند لذا میگوییم : واقعه ای که در آن مصلحت عامه ای وجود داشته باشد و چنین اقتضایی داشته باشد که رسول الله (ص) و یا معصومین (ع) إعمال ولایت بکنند ، اتفاق نیفتاده است. یعنی از آنجا که مصلحت عامّۀ اینگونه ای وجود نداشت لذا معصومین (ع) هم إعمال ولایت نکرده اند فلذا اینکه هیچ موردی برای مباشرت معصومین (ع) در این امور نقل نشده است ممکن بخاطر عدم تحقق قیدش باشد. و یا اینکه ولو مصلحت عامّه هم وجود داشت ولی یک جهت دیگری در بین بود که مانع از إعمال ولایت بود.

پس وجه اول ایشان نمیتواند جلوی اطلاق « النبی اولی بالمؤمنین من انفسهم » را بگیرد.

امر و وجه دومی که ایشان بیان کردند این بود که فرمودند : اینکه کسی بگوید : رسول الله (ص) و معصومین (ع) مستقیماً میتوانند در اموال و أعراض مردم تصرف بکنند ، یک امر بعید و غیر قابل التزامی است.

لکن این وجه هم نمیتواند جلوی اطلاق « النبی أولی بالمؤمنین من أنفسهم » را بگیرد چراکه اگر این دلیل فی حدنفسه اطلاق داشته باشد ، بمقتضای این اطلاق اخذ میشود و مجرد استبعاد ثبوتِ ولایت وضعیه موجب رفع ید از آن اطلاقی که دلالت بر ثبوت ولایت در امور وضعیه میکند ، نمیشود.

بله شاید مقصود مرحوم آقای تبریزی این باشد که : اگر ما بگوییم که پیامبر (ص) و معصومین (ع) نسبت به اموال و نفوس مردم ـ علی رغم رضایت آنها ـ ولایت دارند ؛ از این کلام اینگونه برداشت میشود که : ولو اموال و اعراض مردم بین خودشان حریم دارد و خودشان میبایست این حریمها را رعایت بکنند ولی اموال و اعراض آنها برای پیامبر (ص) و امام (ع) حریم ندارد و آنها به هر نحوی میتوانند تصرف بکنند ؛ و این امرِ قابل التزامی نیست. ممکن است که این معنا مورد نظر مرحوم آقای تبریزی باشد.

لکن جواب نسبت به این قسمت این است که : ولایت داشتن پیامبر (ص) و امام (ع) نسبت به اموال و أعراض مردم بگونه ای که علی رغم اختیار خود مکلفین حق تصرف در اموال و أعراض شان داشته باشند ، سر از مباح بودن و حریم نداشتن اموال و أعراض مردم برای پیامبر (ص) و امام (ع) در نمی آورد چرا که ولایتی که برای پیامبر (ص) و امام (ع) قرارداده شده در جائیست که ضرورت و یا مصلحت عامّه مقتضیِ تصرف آنها باشد و اگر ضرورت و مصلحت عامّه ای نباشد ولایتی هم در کار نیست و اینگونه نیست که در موارد خواست شخصی ایشان هم ولایت وجود داشته باشد. بنابراین از ثبوت ولایت وضعیه برای پیامبر (ص) و امام (ع) در اموال و أعراض چنین معنایی در نمی آید که : اموال و أعراض مردم برای ایشان حلال و مباح است فلذا ثبوت ولایت وضعیه در این موارد امر قابل التزامی است.

امر و وجه سومی که ایشان بیان کردند هم موثقه سکونی بود که در جلسۀ قبل بیان شد که این روایت نمیتواند جلوی اطلاق « النبی اولی بالمؤمنین من أنفسهم » را بگیرد و آن را قید بزند. چرا که ولو این روایت بلحاظ سند تمام است ولی بلحاظ دلالت ، دلالت واضحی بر این نداشت که امام معصوم (ع) بدون إذن و رضایت ولیّ میت حق اقامۀ صلاه میت را ندارد. و همین مقدار کافی است برای اینکه نتواند جلوی اطلاق ادلۀ مثبتۀ ولایتِ وضعیه را بگیرد.

نتیجه این شد که : تعدیل قانونیِ قراردادها بمعنایِ دومش ـ که عبارت بود از اینکه : مَن له الامر قرارداد قبلی را فسخ بکند و قرارداد جدیدی ببندد ـ با مبانی و قواعد فقه امامیه قابل توجیه است و میتوان آن را با ادلۀ ولایت فقیه اثبات کرد ، البته با همان حدود و قیودش یعنی در جائیکه ضرورت و یا مصلحت عامّه چنین اقتضائی داشته باشدکه فقیه عقد قبلی را فسخ بکند و عقد و قرارداد جدیدی ببندد.

بحث بعد مربوط به قسم سوم از تعدیل یعنی « تعدیل قضائی » است ، تعدیل قضائی در جائیست که نه خود طرفین حوادث آينده و زیاد شدن قیمت را پیش بینی کرده اند و نه در قانون محکَّم در بلد چنین مطلبی پیش بینی شده است ولی قاضی و محاکم با توجه به کلیّاتی که نزدشان است در بعضی از موارد از باب رعایت عَدل و احتراز از ظلم مصلحت میبینند که قرارداد قبلی که دارای نقص بود را تعدیل و تبدیل به قراردادی بکنند که فاقد جهت نقص و ضعف است. آیا این تعدیل قضائی قابل توجیه هست یا نه؟ والحمدلله رب العالمین.

جلسه پانزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 23/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

 در این بحث بودیم که آیا تعدیل قراردادها با اقسام ثلاثه ای که داشت ـ تعدیل توافقی ، قانونی و قضائی ـ با مبانی و قواعد فقه امامیه قابل توجیه هست و تخریج فقهی ای برای آنها وجود دارد که بعنوان کبری و قاعدۀ عام قابل التزام باشد یا اینکه اینچنین نیست ؟

بحث از تعدیل توافقی و تعدیل قانونی در جلسات قبل تمام شد و نسبت به هر دو قسم بنحو قاعدۀ عام و کبری گفته شد که : توجیه و تخریج فقهی برای صحت و نفوذ هر یک وجود دارد. قسم اول یعنی تعدیل توافقی (قراردادی) از راه قراردادن حق فسخ به اضافۀ شرط مأذونیت در انعقاد قرارداد جدید ، درست شد. قسم دوم یعنی تعدیل قانونی هم از راه ادلۀ ولایت فقیه درست شد البته بنابر اینکه ولایت وضعیه هم برای فقیه ثابت باشد. گفته شد باتوجه به اینکه میتوان ولایت وضعیه را هم برای فقیه ثابت دانست و گفت که فقیه حق مباشرت در تصرفات اعتباری در اموال مردم را دارد ـ البته با آن قیود و شروطی که بیان شد ـ لذا فقیه حق فسخ معامله قبلی و انعقاد معاملۀ جدید را دارد.

کلام به قسم سوم از تعدیل یعنی تعدیل قضائی رسید. آیا تعدیل قضائی قابل التزام است و میتوان آن را بر اساس قواعد توجیه کرد یا نه؟

تعریفی که در کتب حقوقی از تعدیل قضائی شده است ، این بود که : در بعضی از موارد نه طرفین قرارداد تعدیل قرارداد را پیش بینی کرده اند و نه قانون محکم در بلد تعدیل در قرارداد را پیش بینی کرده است ، فلذا در بعضی از موارد ضرورت مقتضی این است که قاضی و محکمه با استفاده از قواعد و اصول کلی حقوقی در مفاد قرارداد تصرف بکند و آن را بنحوی که مناسب با شرائط خاص فعلی وجدید است تعدیل بکند تا اینکه از بی عدالتی و ورود ضرر به طرف خاص جلوگیری بکند. این تعریف تعدیل قضائی بود.

حال بحث در این است که : آیا قاضی چنین حق و جایگاهی دارد که در مفاد قراردادی که قبلاً با توافق و تراضی طرفین انجام شده است ، تصرف بکند و آن را تعدیل بکند یا اینکه چنین حق و جایگاهی ندارد؟

همانطور که در دو قسم قبلی توضیح داده شد ، تعدیل قرارداد به دو نحو قابل تصویر است : تصویر و معنای اول برای تعدیل قرارداد این است که : قراداد سابق منحل و فسخ نشود بلکه همان قرارداد سابقی که حدوثاً موجب ضرر نبود ولی بقائاً موجب ضرر شد ، در مفاد همان قرارداد سابق تغییر و تعدیل صورت بگیرد و محتوای جدیدی پیدا بکند.

نسبت به این تصویر و معنا از تعدیل قرارداد گفته میشود که : این نحوه از تعدیل و تغییر در قرارداد مخالف با قواعد عقلائی و قواعد شرعی است چون مستفاد از قواعد عقلائی و شرعی موجود در باب معاملات این است که : معامله با محتوایی که حین الحدوث دارد لازم الرعایه و لازم الوفاء است و بعد از حدوث معامله با محتوای خاص حتی با توافق طرفین هم نمیتوان مفاد و مضمون معاملۀ قبلی را تغییر داد.

فلذا این تصویر و معنا همانطور که نسبت به دو قسم دیگر از تعدیل ـ یعنی تعدیل توافقی و قانونی ـ قابل التزام نبود همچنین نسبت به تعدیل قضائی هم قابل التزام نیست بلکه توهم محض است و نمیتوان ملتزم به این شد که قاضی و دادگاه حق این را دارد که در مفاد قرارداد سابق تصرف بکند و آن را تعدیل بکند و به عقد مناسب با وضعیت جدید در بیاورد.

تصویر و معنای دوم از تعدیل قضائیِ قرار داد ـ که در دو قسم قبلی گفتیم ثبوتاً قابل التزام است ولی اثباتاً محتاج به تحقق شرائط است ـ این است که : قاضی و دادگاه قرارداد سابق را فسخ بکند و علی رغم رضایت طرف قویِ در معامله ، قرارداد جدیدی با مضمونِ مناسب با شرائط جدید منعقد بکند.

نسبت به این تصویر و معنا از تعدیل قضائی گفته میشود که : این تصویر بلحاظ ثبوتی مشکلی ندارد و مخالف با قواعد عقلائی یا شرعی نیست بلکه قابل تصویر است ولی بحث در این است که : آیا اثباتاً شرائط این تعدیل از جانب قاضی فراهم هست و عملاً قاضی بحسب قوانین مختلف چنین حقی دارد ـ که در بعضی از موارد قرارداد قبلی را فسخ بکند و قرارداد جدیدی منعقد بکند ـ یا نه؟

در این قسمت ممکن است که بحسب قانون مدنیِ حاکم بر بعضی کشورها قاضی چنین حقی داشته باشد و بتواند در شرائط خاص قرارداد سابق را فسخ بکند و قرارداد جدیدی ببندد ، ولی بحث در این است که آیا بر اساس فقه امامیه و شریعت اسلام قاضی بما هو قاضی چنین حقی دارد و میتواند در اموال مردم اینچنین تصرفاتی انجام بدهد یا نه؟

اشکالی که در این قسمت وجود دارد این است که : شأن قاضی ـ باتوجه به تعریفی که در ابتداء کتاب القضاء ، برای قضاء در مقابل إفتاء بیان شده است ـ این نیست که مباشرت در چنین تصرفاتی داشته باشد.

توضیح اینکه : در قضاوت ، قاضی حکم کلیِ شرعی را تطبیق بر مورد خاص و محل نزاع میکند و نتیجه را تعیین میکند فلذا در نوع کتب ، قضاء را اینچنین تعریف کرده اند که « القضاء ولایة الحکم شرعاً لِمَن له أهلیة الفتوی بجزئیّات القوانین الشرعیة علی أشخاص معیّنة ». پس قضاوت به این معناست که قاضی احکام کلیّه را در نظر میگیرد و آنها را نسبت به محل نزاع تطبیق میکند و حکم جزئی میدهد.

مثلاً قاضی این حکم کلیِ شرعی که « تصاحب بر مال دیگری بدون سببِ شرعی موجب ملکیت نیست » را در نظر میگیرد و باتوجه به این مطلب در جائیکه بین دو طرف در ملکیت نسبت به شیئی نزاع شده است و برای قاضی بوسیلۀ شاهد و یا یمینی که در بین است اثبات شده است که در اینجا سبب ناقله محقق شده است و یا سبب ناقله محقق نشده است ، حکم به ملکیت أحد الطرفین میکند.

بنابراین شأن قاضی تطبیق احکام کلیه بر موارد جزئی و خاصه است که مورد نزاع و تخاصم قرار گرفته است.

در مقابل قضاوت ، فتوا وجود دارد. فقیه در مقام فتوا ـ برخلاف قضاوت ـ کاری به خصوصیات افراد و جزئیات ندارد بلکه بنحو کلی حکم میکند که مثلاً عقد مع التراضی موجب ملکیت میشود و یا ملاقات با نجس موجب نجاست میشود.

حال باتوجه به این مطلب که شأن قاضی بما أنه قاضٍ تطبیق احکام کلی شریعت بر موارد خاصّه است لذا در محل بحث قاضی چنین حقی ندارد که چنین تصرفاتی انجام بدهد و بگوید : من باتوجه به شرائط و ضرری که به أحد الطرفین وارد میشود عقد سابق را فسخ میکنم و علی رغم خواستۀ طرف قوی معامله یک قراردادجدیدی منعقد میکنم.

بله اگر گفتیم که اجتهاد در قضاوت شرط است ـ کما اینکه در تعریفاتی که برای قضاء بیان شده است یکی از خصوصیات قاضی را این قرارداده اند که میبایست اهل فتوا باشد ـ در اینصورت فقیه بما أنّه فقیه ـ نه بما أنّه قاضٍ ـ بر اساس آنچه که در توجیه تعدیل قانونی بیان شد ، حق اینچنین تصرفات اعتباری را دارد.

باتوجه به این توضیح معلوم میشود که : تعدیل قضائی بحسب شریعت اسلام و فقه امامیه بعنوان یک قسم در مقابل تعدیل قانونی ـ که قبلاً توجیهش با ادلۀ ولایت فقیه بیان شد ـ نیست بلکه در واقع به همان تعدیل قانونی برمیگردد.

بله اگر تعدیل قضائیِ بمعنای اول را در نظر بگیریم که در آن قاضی بدون فسخ قرارداد حکم به این میکند که قرارداد مضمون جدیدی پیدا بکند ، این معنای از تعدیل قضائی در مقابل تعدیل قانونی قرار میگیرد و قسم جداگانه ای خواهد بود چرا که تعدیل قانونی این بود که قانون گذار این تغییر را پیش بینی بکند و بنحو قاعدۀ عام حکم به تغییر شکل این نحوۀ از قراردادها بکند ولی در تعدیل قضائی بمعنای اول شخص قاضی این کار را انجام میدهد و قرارداد را از حالت قبلی به حالت جدیدی تبدیل میکند ؛ لکن اشکال این است که تعدیل قضائی بمعنای اول ـ مانند تعدیل قانونی و توافقیِ بمعنای اول ـ توهم محض و غیر قابل التزام است.

علاوه بر اینکه ما حتی اگرملتزم به این تصویر و معنا برای تعدیل قضائی بشویم و نگوییم که اساساً این معنایِ از تعدیل بحسب مقام ثبوت قابل التزام نیست بازهم بحسب مقام اثبات وجه و دلیل صحیح و تمامی برای التزام به آن وجود ندارد و این وجوهی که در این مقام بیان کرده اند در واقع از قبیل « باطل فوق باطل » و « ظلماتٌ بعضها فوق بعض » است.

عمدۀ وجوهی که برای اثبات این معنا و تصویر از تعدیل قضائی ـ که قاضی بتواند در خود قرارداد سابق تصرف بکند و مضمون آن را تغییر بدهد ـ بیان کرده اند ، سه وجه است :

وجه اولی که بیان کرده اند ، این است که گفته اند : از راه شرط ضمنی و از جهت حوادث پیش بینی نشده به قاضی این حق تعدیل داده میشود.

به این معنا که : تراضیِ دو طرف معامله در حین حدوث معامله مشتمل بر یک شرط ضمنی است و آن این است که : ما در صورتی به این معامله پایبند و ملتزم هستیم که این وضعیت متعارف باقی باشد ولی اگر بخاطر جنگ یا بحران های اقتصادی و .... ، وضعیت متعارف عوض شد و این تغییر وضعیت موجب تضرر أحد الطرفین شد ، ما دیگر نسبت به عقد التزامی نداریم. و این شرط ضمنی مبنای حق قاضی برای تعدیل قراردادها است. [[8]](#footnote-8)

نسبت به این وجه گفته میشود که : علاوه بر اینکه اصل مدعا ـ که قاضی بتواند در قرارداد سابق تغییر ایجاد بکند ـ ثبوتاً قابل التزام نیست و باطل است ، اين وجه هم مبتلا به اشکال است و اشکال در آن هم همان وجهی است که سنهوری در کتاب نظریه العقد بیان کرده است.[[9]](#footnote-9) سنهوری در آنجا گفته است که : عمدۀ قانون دانان و حقوقدانان بلاد این نظریۀ « شرط ضمنی و حوادث پیش بینی نشده » را قبول نکرده اند. و وجه عدم پذیرش شان هم این است که : افراد وقتی که قراردادهای طولانی مدت ـ که در معرض حوادث مختلف هستند ـ را انجام میدهند ، چنانچه از حوادث آینده نگرانی داشته باشند میبایست نگرانی شان را بوسیلۀ شرط در ضمن قرارداد ذکر و برطرف بکنند و إلا اگر شرطی در ضمن معامله قرار ندهند و نسبت به این قضیه ساکت باشند ، این امر نشان دهندۀ این است که : آنچه که در نظر آنها اهمیت داشته تنها « تعادل ثابت در زمان حدوث معامله » است و به بعد از آن نظری ندارند.

بر این اساس نوع حقوقدانان این نظریۀ « شرط ضمنی و حوادث پیش بینی نشده » را بعنوان یک مبنای صحیح برای حق تعدیل قاضی ، قبول نکرده اند.

مبنا و وجه دیگری که بوسیلۀ آن خواسته اند حق تعدیل قاضی بمعنای اول را اثبات کنند ، این است که گفته اند : اگر در این موارد که بواسطۀ اموری مثل جنگ یا بحران اقتصادی و ... ضرر قابل توجهی به یکطرف وارد میشود ، قاضی حق تصرف و تعدیل قرارداد را نداشته باشد ، این امر مستلزم عدم تعادل در عوضین و مغبون شدن احدالطرفین میشود فلذا قاضی برای جلوگیری از مغبون شدن احدالطرفین بقائاً حق دارد که معامله را بنحوی تعدیل بکند که دیگر این ضرر معتنا به بوجود نیاید.[[10]](#footnote-10)

اشکال به این وجه دوم هم این است که : آنچه که در مورد « غبن » موضوع اثر است « تساوی و عدم تساوی مالیّت عوضین در زمان اجراء عقد » است و إلا اگرعوضین در زمان اجراء عقد بحسب مالیّت متساوی بودند ولی بعد از آن بخاطر امری تساوی از بین برود و یک عوض قیمتش بیشتر از عوض دیگر بشود ، این دیگر غبن بحساب نمی آید. بعبارت دیگر : ملاک در غبن عدم تساوی عوضین در زمان اجراء معامله است و إلا اگر این عدم تساوی بعد از انجام معامله پیش بیاید این امر موجب صدق « غبن » نیست.

مبنا و وجه سومی که برای توجیه تعدیل قضائی به معنای اولش بیان کرده اند ، این است که گفته اند : التزام به مضمون قرارداد سابق و اینکه طرف قوی بخواهد حق خودش را مطالبه بکند ، این امر با حسن نیّت معتبر در معامله سازگاری ندارد بلکه یک نوع سوء استفادۀ از ضعف طرف مقابل است فلذا موجب میشود که قاضی ـ بعنوان حلال مشکلات در موارد مخاصمه ـ حق تعدیل معامله را داشته باشد.[[11]](#footnote-11)

اشکال نسبت به این وجه این است که : تمامیت این وجه متوقف بر این است که سبب یکی از مقوماتِ صحت معامله باشد در حالیکه قبلاً بیان شد که سبب از امور مقوم معامله نیست و اینکه معامله بلحاظ تکلیفی به وجه حسن انجام بشود و یا اینکه به وجه قبیح انجام و منعقد بشود تاثیری در صحت و فساد معامله ندارد فلذا نمیتوان این امر را بعنوان مبنای تعدیل قضائی قرار داد .

نتیجه این شد که : هیچ یک از این وجوه ثلاثه برای توجیه تعدیل قضائی بمعنای اول ـ که در آن به قاضی این حق داده شده است که در مضمون قرارداد سابق تصرف بکند و آن را تبدیل به امر آخری بکند ـ تمام نیست و در حقیقت اضافه کردن باطل به باطل دیگر است چرا که اولاً اصل مطلب و تصویرِمدعا ثبوتاً امر قابل قبول و قابل التزامی نیست بلکه مخالف با قواعد عقلائی و شرعی حاکم در باب معاملات است و ثانیاً این وجوهی که بحسب مقام اثبات بیان شده اند هم هیچ کدام تمام نیستند و باطل اند.

بنابراین بحسب فقه امامیه تعدیل قضائی بمعنای اول که قابل التزام نیست چرا که هم اصل تصویرش و هم ادله ای که برای اثبات آن بیان شده است ، تمام نیست. و تعدیل قضائیِ بمعنای دوم هم امر مستقل وجداگانه ای در مقابل تعدیل قانونی نیست بلکه به تعدیل قانونی برمیگردد و اگرتعدیل قانونی را توجیه کردیم میتوانیم تعدیل قضائی را از همان باب توجیه کنیم.

حال باتوجه به اینکه گفتیم تعدیل نوع اول و نوع دوم ـ یعنی تعدیل توافقی و تعدیل قانونی ـ فی حد نفسه (و متوقفاً علی وجود الشرائط) ممکن است ، میبایست ببینیم که آیا در این قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه جای إعمال تعدیل قرارداد هست یا نه؟

والحمدلله رب العالمین.

جلسه شانزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 24/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

بحث به اینجا رسید که : باتوجه به اینکه از مباحث قبلی روشن شد که تعدیل به نحو توافقی و قانونی ـ بمعنای دومشان ـ قابل التزام هستند و میتوان با شروط و قیودی به آنها ملتزم شد ، به این نحو که : نسبت به تعدیل توافقی گفتیم که شرط تحققش این است که میبایست در قرارداد اول ، هم برای أحد الطرفین حق فسخ قرارداده بشود و هم وکالت بنحو مأذونیت ـ شرط نتیجه ـ در انعقاد قرارداد جديد برای شخص قرارداده شود.

همچنین نسبت به تعدیل قانونی هم گفتیم که از راه ادلۀ ولایت فقیه ـ البته بنابر اینکه ولایت وضعیه هم برای فقیه ثابت باشد ـ میتوان این نحوه از تعدیل را توجیه کرد. و نسبت به تعدیل قضائی هم گفتیم که به تعدیل قانونی برمیگردد و چیز مستقلی در مقابل آن نیست.

حال باتوجه به این مطلب میبایست به محل بحث برگردیم و ببینیم که : آیا در محل بحث یعنی قرارداد مشتمل بر شروط غیر منصفانه جای تعدیل قرار داد هست ـ کما اینکه در بعضی از مقالات و دستور العملهای قضائی آمده است که محاکم و قضات حق این را دارند که قرارداد با شرط غیر منصفانه را تعدیل بکنند و آن را تبدیل به قرارداد با شرط منصفانه بکنند ـ یا اینکه نمیتوان تعدیل توافقی(قراردادی) یا قانونی را نسبت به محل بحث تطبیق کرد؟

بعنوان مثال ـ که قبلاً هم بیان شده است ـ اگر کشتی ای در حال غرق شدن بود و از کشتیِ دیگری درخواست نجات کند و صاحبان کشتیِ دیگر شرط بگذارند که اگر فلان مبلغ گزاف را بپردازید ما حاضر به نجات شما هستیم ، در اینجا آیا میتوان بعداً قرارداد منعقد شده را تعدیل کرد و آن تعدیل بنحو توافقی و یا قانونی را نسبت به آن تطبیق کرد یا نه؟

نکتۀ اولی که در این قسمت میبایست بیان شود این است که : تنها تعدیل قانونی و یا تعدیل قضائی ـ که به تعدیل قانونی برمیگشت ـ ممکن است بر محل بحث یعنی قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه تطبیق بشود ، و الا معلوم است که تعدیل توافقی بر محل بحث تطبیق نمیشود و محل بحث صغرویاً خارج از تعدیل توافقی است. چرا که تعدیل توافقی( قراردادی) به این معنا بود که : خود متعاملین در همان قرارداد اول این حالتِ تغییر قیمت را پیش بینی کرده باشند و در معامله شرط قرار داده باشند که اگر تفاوت قیمت حاصل شد میبایست مابه التفاوت پرداخت بشود ، در حالیکه در محل بحث یعنی قرارداد مشروط به شرط غیرمنصفانه معلوم است که پیش بینی تفاوت قیمت از جانب طرفین انجام نشده است بلکه طرف ضعیف بخاطر احتیاجش مجبور است که قرارداد را با شرط غیرمنصفانه بپذیرد و اینگونه نیست که در قرارداد راه فرار از شرط پیش بینی شده باشد و إلا اگر چنین راه فراری در قرارداد وجود داشته باشد ، طرف قوی اقدام به معامله نمیکند. بنابراین اساساً تعدیل توافقی با فرضِ قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه سازگاری ندارد و موضوعاً از آن خارج است.

آن تعدیلی که نسبت به محل بحث ـ قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه ـ احتمال تطبیق دارد ، تعدیل قانونی و یا تعدیل قضائی است. به این بیان که : هرچند که خود طرفین معامله در قرارداد راه فرار از این اجحاف و عدم انصاف را پیش بینی نکرده اند ولی به حکم قانون و یا بر اساس رأی دادگاه این قرارداد مشتملِ بر شرط غیر منصفانه تعدیل بشود و تبدیل به معامله با شرط منصفانه بشود.

آیا تعدیل قانونی یا تعدیل قضائی بر قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه تطبیق میشود یا نه؟

نکته دومی که میبایست بیان شود ، این است که : هیچ یک از این دو قسمِ تعدیل ـ یعنی تعدیل قانونی و تعدیل قضائی ـ هم منطبق بر قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه نمیشود.

به این بیان که : ولو تعدیل قانونی و به تبع آن تعدیل قضائی را فی حدنفسه صحیح و نافذ بدانیم ولی اینها بر قرارداد مشتمل بر شرط غیر منصفانه قابل تطبیق نیستند. وجه و دلیل عدم امکان تطبیقشان هم این است که : همانطور که نسبت به تمسک به دلیل اضطرار برای اثبات بطلان قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه گفته شد که : دلیل رفع اضطرار نمیتواند صحت قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه را از بین ببرد و موجب بطلان آن بشود چرا که همانطور که مرحوم سید فرموده بودند : اگر دلیل رفعِ اضطرار بخواهد حکم وضعی \_ يعنی صحتِ معاملۀ صادر از اضطرار\_ را بردارد این امر موجب تسجیل اضطرار بر شخص مضطر و ابقاء او بر اضطرار میشود و این چیزی نیست که با شریعت سهلۀ سمحه سازگاری داشته باشد ، فلذا حدیث رفع نمیتواند صحت معاملۀ اضطراری را بردارد.

بله حدیث رفع احکام تکلیفیۀ مربوط به فعل مضطرٌّ إلیه را برمیدارد مثلاً اگر فعل حرامی مورد اضطرار باشد ، حدیث رفع حرمت و عقوبت بر آن را برمیدارد ولی حکم وضعی یعنی صحت معامله را برنمیدارد چرا که جریان حدیث رفع نسبت به حکم وضعی موجب تسجیل الاضطرار علی المکلف میشود و مخالف با سمحه و سهله بودن شریعت است.

حال باتوجه به این مطلب نسبت به تعدیل قانونی و قضائیِ قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه میگوییم که : تعدیل قانونی و تعدیل قضائی در مورد قراردادهای مشتمل بر شروط غیرمنصفانه قابل تطبیق نیست چرا که اگر در این مواردی که قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه منعقد میشود چنین راه حلی وجود داشته باشد و شخص بتواند با مراجعۀ به حاکم و قاضی طرف آخر را محکوم بکند و سود زیاد را از او پس بگیرد ، در اینصورت دیگر کسی اقدام به قراداد با این شخصی (که مجبور به قرارداد شرط غیر منصفانه شده است ) نمیکند. مثلاً در همان مثال کشتی اگر قانون برای طرف ضعیف چنین حقی قراداده باشد که بتواند بعداً مراجعه بکند و مال گزافی را که به صاحبان کشتیِ دیگر داده است ، پس بگیرد در اینصورت دیگر طرف قوی هیچ وقت حاضر به معامله با کشتیِ در حال غرق نمیشود و خودش را به زحمت نمی اندازد ، و این موجب میشود که طرف ضعیف در حال اضطرارش باقی بماند که مخالف با شریعت سمحۀ سهله است. بعبارت دیگر : اگر قراردادی که بین دو کشتی بسته میشود یک قرارداد صحیح و لازمی نباشد ، آن طرف قوی هیچ وقت راضی به انعقاد قرارداد با طرف ضعیف نمیشود و این موجب تسجیل الاضطرار بر طرف ضعیف میشود.

پس همان نکته ای که موجب میشود دلیل رفع اضطرار نتواند صحت این قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه را از بین ببرد ، همان دلیل میگوید که تعدیل قانونی و قضائی بر قراردادهای مشتمل بر شروط غیر منصفانه تطبیق نمیشود چرا که اگر قانوناً بشود که این قراردادها را تعدیل کرد کسی آن را انجام نمیدهد و شخص مضطر در اضطرارش باقی میماند.

نتیجه بحث این شد که : ولو فی الجمله و در بعضی از موارد تعدیل قانونی و قضائیِ قراردادها کبرویاً قابل التزام است ولی در مورد قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه قابل تطبیق نیستند فلذا اینکه بعضی از حقوقدانان (و دربعضی از دستورالعملهای قضائی) گفته اند که : محاکم و قضات حق تعدیل قراردادهای مشتمل بر شروط غیرمنصفانه را دارند ؛ وجه و اساسی ندارد و تمام نیست. این هم مطلب آخرِ مربوط به مقام دوم از مباحث مربوط به قراردادهای مشتمل بر شرط غیر منصفانه بود.

### مقام سوم : تطبيقات شروط غيرمنصفانه

همانطور که ابتداء بحث بیان شد بنابر این شده بود که مباحث مربوط به قراردادهای مشتمل بر شرط غیرمنصفانه در سه مقام مطرح شود : مقام اول مربوط به تبیین مفهوم شرط غیر منصفانه و بیان مقومات و علائم شرط غیر منصفانه بود.

مقام دوم مربوط به حکم قراردادهای مشتمل بر شرط غیرمنصفانه بود ، هم از جهت اصل قرارداد و هم از جهت شروطی که در قرارداد مندرج شده اند.

که این دو مقام تا به اینجا مطرح شدند.

مقام سوم از بحث هم مربوط به تطبیقات شروط غیرمنصفانه است. به این بیان که بلحاظ مصداقی و تطبیقی ـ نه مفهومی ـ در چه صورتی شرط ، شرط غیرمنصفانه بحساب می آید تا اینکه آن حکمی که در مقام دوم برای معاملات مشتمل بر شرط غیرمنصفانه بیان شده است بر آن مورد صادق باشد.

هرچند در مقام اول که مربوط به تبیین مؤلفه ها و مقومات شروط غیر منصفانه بود بنحو کلی علائم و نشانه های شرط غیر منصفانه بصورت کلی بیان شد و در مجموع \_ با استفادۀ از کتب حقوقی و دستورالعمل های قانونی\_ مشخص شد که شرط غیر منصفانه چهار مقوم و خصوصیت دارد :

مقوم اول این بود که گذاشتن این شرط در قرارداد بر اساس مذاکره و گفتگویِ بین طرفین نباشد بلکه طرف قوی در قرارداد شرط را از قبل تعیین میکند و به طرف ضعیف میگوید من قرارداد با این شرط را با تو انجام میدهم يا قرارداد را با اين شرط قبول کن ويا اگر شرط را قبول نمیکنی معامله ای انجام نمیشود.

مقوم و خصوصیت دوم شرط غیر منصفانه این بود که : وجود این شرط موجب بشود که بین حقوق و تعهداتی که برای هریک از دو طرف وجود دارد تعادل وجود نداشته باشد یعنی آنچه که طرف قوی بدست می آورد به مراتب بیش از آنچیزی است که از دست میدهد و در مقابل طرف ضعیف آنچه را که بدست می آورد به مراتب کمتر است از آنچیزی که از دست میدهد.

خصوصیت و مقوم سوم شرط غیرمنصفانه این بود که : آن عدم تعادلی که در خصوصیت دوم بیان شد به نفع طرف قوی و به ضرر طرف ضعیف باشد ولی اگر این عدم تعادل به این نحو باشد که به نفع طرف ضعیف و به ضرر طرف قوی باشد در اینصورت دیگر به این شرط ، شرط غیرمنصفانه گفته نمیشود بلکه این قرارداد و شرط مصداق احسان و معاملۀ محاباتی میشود و مشکلی ندارد.

مقوم و خصوصیت چهارم هم این بود که : گنجاندن این شرط در قرارداد برخلاف حسن نیت معتبر در قرارداد و از باب سوء استفادۀ از ضعف طرف مقابل باشد.

اینها مقومات و خصوصیات شرط غیر منصفانه بنحو کلی و قاعدۀ عام بود که در مقام اول بیان شد ولی بحث در مقام سوم در این است که : مصادیق و تطبیقات این علائم و مقومات کجا هست ؟

در این قسمت ولو که بحسب قوانین مختلف موارد خاصّی ذکر شده است ولی در مادّۀ سوم از دستور العملی که شورای اتحادیۀ اروپا برای شروط غیرمنصفانه بیان کرده اند ، بعد از اینکه خصوصیات و مقومات شرط غیر منصفانه بنحو قاعدۀ عام بیان شده است هفده مورد از مواردی که شرط در آن موارد شرط غیرمنصفانه بحساب می آید ، بیان شده است.

#### تطبيق اول :

اولین مورد و مصداقی که بیان کرده اند ، این است که گفته اند : شروطی که هدفشان سلب یا محدود کردن مسؤولیت فروشندۀ کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات در قبال صدمات جسمانی و یا فوت ناشی از فعل و یا ترک فعلِ وی باشد. یعنی اگر در قرارداد آمده باشد که فعل یا عدم فعل فروشنده ـ طرف قوی ـ موجب مرگ و یا صدمات جسمیِ طرف ضعیف بشود ، در اینصورت طرف قوی مسؤولیتی نسبت به طرف ضعیف ندارد ؛ این از مصادیق شروط غیرمنصفانه است.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه هفدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 30/8/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

در مقام سوم از بحث در شروط غیر منصفانه بودیم که مربوط به بیان تطبیقات و مصادیقی بود که بعنوان شرط غیر منصفانه ذکر شده است.

بیان شد که در مادّۀ سوم دستورالعمل شورای اتحادیۀ اروپا هفده مورد بعنوان مصادیق شروط غیرمنصفانه بیان شده است که اینها از جمله شروط غیر منصفانه هستند و قضات و محاکم حق إلغاء این شروط و یا تعدیل قرارداد مشتمل بر این شروط را دارند.

آیا همۀ این هفده مورد از مصادیق شرط غیر منصفانه هستند یا اینکه بعضی از آنها مصداق شرط غیر منصفانه هستند و بعضی دیگر از محل نزاع خارج اند؟

هرچند بررسی این بحث بملاحظۀ عنوان « شرط غیرمنصفانه » و از جهت مصداقیتشان برای شرط غیر منصفانه مهم و موضوع اثر نیست چون وقتی که بحسب قواعد عامه نتوان قائل به بطلان عقود مشتمل بر شروط غیر منصفانه شد ، دیگر این بحثها اهميتی ندارند ولی فائده و اثر بحث در این مصادیق این است که : در این بحث بصورت کلی حکم شروطِ مندرج در عقود معلوم میشود ، يعنی بايد دید که با قطع نظر از غیر منصفانه بودن این شروط ، اگر این شرطها در معامله ای قرارداده شوند لازم الوفاء و صحیح هستند یا اینکه صحیح و لازم الوفاء نیستند ؟ و اگر لازم الوفاء و صحیح نیستند نکتۀ اشکال آنها چیست؟ همچنین بايد دید در فرضی که این شروط لازم الوفاء نباشند ، آیا اشکال تنها به ناحیۀ شرط برمیگردد و موجب میشود که شرط ساقط بشود ولی عقد سرجایش باقی بماند ؟ یا اینکه قراردادن این شروط هم موجب بطلان شرط و هم موجب بطلان قرارداد مشتمل بر آن میشود ؟ این جهت مهم در بحث است.

بله بنابر اينکه شروط غير منصفانه حکم خاص داشته باشند ، این جهت که این امور هفده گانه مصداق شرط غیرمنصفانه هستند یا نه ؟ هم قابلیت بحث دارد و میبایست بحسب مقومات چهارگانه ای که برای شرط غیر منصفانه بیان شده ـ که در جلسه قبل هم به آن اشاره شد ـ آن را بررسی کرد ولی مهم در بحث همان قسمت اول است .

#### تطبيق اول شرط غيرمنصفانه

مورد و مصداق اولی که در آن دستور العمل برای شرط غیر منصفانه ذکر شده این است که گفته اند : شروطی که هدف آنها سلب یا محدود کردن مسؤولیت فروشندۀ کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات ـ يعنی طرف قوی معامله ـ در قِبال صدمات جسمانی یا فوت ناشی از فعل یا ترک فعل وی باشد .

حال میبایست دید که : آیا این نحوه از شروط که مقصود از آنها سلب و یا محدود کردن مسؤولیت است فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودن صحیح است و اشکال آن تنها غیر منصفانه بودن آنها است و یا اینکه این نحوه از شروط با قطع نظر از غیر منصفانه بودن هم شروط صحیحی نیستند؟

باتوجه به اینکه این شروط سلب مسؤولیت از فروشنده ـ طرف قوی ـ میکند و میگوید که : حتی اگر فعل یا ترک فعل او ـ بنحوی که ضرر به او استناد داده شود ـ سبب برای صدمۀ جسمانی یا فوت دیگری ـ طرف ضعیف ـ بشود ، او ضامن نیست ؛ لذا این نحوه از شروط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنشان ، شروط صحیحی نیستند.

چرا که با قطع نظر از این شرطِ « عدم ضمان » اگر کار شخص ـ فعل یا عدم فعل او ـ موجب صدمۀ جسمانی یا فوت دیگری بشود ـ بنحوی که این صدمه یا فوت استناد به شخص آخر داده بشود ـ این امر موجب ضمان یعنی قصاص یا دیه است. حال میبایست دید که آیا این نحوۀ از شرط گذاشتن صحیح است و با شرط « عدم ضمان » و شرط « رفع یا تحدید مسؤولیت » این ضمان از بین میرود یا نه؟

در جواب گفته میشود که این شرط ، شرط صحیحی نیست و نمیتواند مسؤولیت شخص در قبال کاری که انجام داده را از بین ببرد چرا که این نحوۀ از شرط گذاری در حقیقت به « اسقاط حق » برمیگردد یعنی طرف ضعیف با این شرط میگوید که : من از الان و قبل از اینکه جنایتی واقع بشود حقی که در صورت ضرر از جانب تو بر من بوجود می آید را اسقاط میکنم ، و از آنجا که « اسقاط حق » قبل از بوجود آمدن « حق » صحیح نیست و از قبیل « اسقاط ما لم یجب » است لذا این نحوه از شرط گذاری هم صحیح نیست. البته محذور « اسقاط ما لم یجب » مربوط به جنایتی است که موجب صدمه جسمانی به شخص ضعیف بشود چرا که در اینصورت است که برای طرف ضعیف حق قصاص یا دیه ثابت میشود ولی اگر جنایتی که طرف قوی انجام میدهد موجب فوت طرف مقابل بشود در اینصورت دیگر اساساً طرف ضعیف که مرده است حقی ندارد تا اینکه اسقاط آن از قبل از قبیل « اسقاط ما لم یجب » باشد بلکه این حق قصاص و یا دیه مربوط به ورثه است فلذا محذور در این مورد « اسقاط حق توسط غیر ذی حق » میشود.

بنابراین این شرط اولی که در آن دستورالعمل بعنوان مصداق شرط غیر منصفانه بیان شده است شرطی است که فی حدنفسه و باقطع نظر از غیرمنصفانه بودنش ، شرط صحیحی نیست چرا که یا از مصادیق « اسقاط ما لم یجب » است و یا از مصادیق « اسقاط حق توسط غیر ذی الحق » است. فلذا جا ندارد که این مورد اول را بعنوان یک مصداق از مصادیق شرط غیر منصفانه مطرح بکنیم چرا که همانطور که بیان شد مقصود از شرط غیرمنصفانه شرطی است که فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش تمام شرائط عامّۀ صحت شروط را دارد و تنها مشکلی که دارد غیر منصفانه بودنش است.

{ نکته اول : اگر شرطی که در ضمن قرارداد گذاشته میشود مستقیماً مربوط به « عدم ضمان » باشد به این نحو که بگوید : « اگر جنایتی که شرعاً موجب ضمان است را انجام دادی ضامن نیستی » ، معلوم است که اینچنین شرطی شرط نافذی نیست. چرا که برخلاف حکم کلی شریعت است و بحسب شریعت ما « شرط مخالف با کتاب و سنت » حساب میشود. نظیر این میشود که در باب اجاره ـ که مستاجر امین نسبت به عین مورد اجاره است و اگر تعدّی و تفریطی نسبت به آن نکرده باشد ضامن نیست ـ در ضمن عقد اجاره شرط بکنند که مستأجر ولو تعدی و تفریطی نکرده باشد نسبت به عین مورد اجاره ضامن باشد. مشخص است که این شرط ، شرط باطلی است چرا که حکم ثابت در شریعت نسبت به این مورد « عدم ضمان » است فلذا شرط خلاف آن ، شرط خلاف کتاب و سنت میشود که باطل است.

آن نحوه از شرطی که احتمال دارد نافذ باشد این است که ما شرط عدم الضمان را به « اسقاط حق » برگردانیم که در اینصورت هم همان اشکالی که بیان شد وارد میشود. }

{ نکته دوم : در این موارد میتوانند شرط تدارک قرار بدهند ـ البته تنها در جایی که جنایت در حدّ صدمه باشد نه در جائیکه جنایت منجر به فوت بشود ـ مثل اینکه طرف قوی در معامله بگوید « من با تو معامله میکنم به این شرط که اگر جنایتی از جانب من به تو رسید ولو که من ضامن هستم ولی خود تو میبایست آن را تدارک بکنی » و یا اینکه بگوید « اگر جنایتی از جانب من به تو وارد شد تو میبایست ذمّۀ من را ابراء بکنی » این نحوه از شرط گذاشتن صحیح است ولی تنها در حدّ شرط فعل است ـ نه شرط نتیجه ـ و معنای شرط فعل این است که : اگر طرف مقابل این شرط را عمل کرد و انجام داد و تدارک کرد یا ابراء کرد در اینصورت ذمّۀ جانی بریء میشود ولی اگر تدارک نکرد و ابراء نکرد این دین برعهدۀ جانی باقی است و او میبایست تدارک بکند و بعد از مرگ او ورثه بايد از ترکه او دين او را ادا کنند . }

این عنوان و مصداق اولی بود که در آن دستور العمل آمده است.

#### تطبيق دوم شرط غيرمنصفانه

عنوان و مصداق دومی که در آن دستور العمل آمده است ، این است : شروطی که مسؤولیت فروشندۀ کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات را حتی در فرض تخلف از اجرای کلی یا جزئی تعهد و یا کافی نبودن عملِ انجام شده ، سلب یا محدود بکند.

آیا این شرط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودن شرائط صحت را دارد یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : مقتضای لزوم قرارداد این است که دو طرف میبایست به مفاد قرارداد عمل بکنند مثلاً اگر شخصی در ضمن بیع مالش را به ثمن معیّن به دیگری بفروشد میبایست مبيع را به مشتری تحويل بدهد (تسليم مبيع به مشتری) و همچنین وفاء به معامله از جانب مشتری هم اینست که ثمن را تسلیم بایع کند.

و یا در عقد اجارۀ بر عین صاحب العین وموجر میبایست عین را تحویل به مستأجر بدهد تا او از آن استفاده بکند و یا در عقد اجارۀ بر اعمال اگر کسی اجیر دیگری شده است میبایست عملش را به دیگری تحویل بدهد.

پس اجرای تعهد و وفاء به عقد به تسلیم مورد عقد به طرف مقابل است. و اگر شرط خاصی در معامله قرار داده نشده باشد چنانچه یک طرف معامله نسبت به تعهدی که در معامله دارد عمل و وفاء نکند برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد میشود. بعبارت دیگر : لزوم معامله منوط به وفای طرف مقابل به تعهدش است و إلا اگر به تعهدش وفاء نکند طرف دیگر حق فسخ معامله را دارد.

حال باتوجه به اینکه اگر شرطی در معامله قرار داده نشده باشد حکم تخلف از اجراء مفاد قرارداد اینچنین است ، سوال این است که : آیا با قراردادن شرط میتوان این مسؤولیتِ تخلف را برداشت ؟ یعنی آیا طرف قوی میتواند در ضمن معامله اینچنین شرط بگذارد که « من با تو معامله میکنم و این کتاب را به قیمت صد تومان به تو میفروشم به شرط اینکه حتی اگر من کتاب را به تو تحویل ندادم تو حق فسخ قرارداد را نداشته باشی » یا اینکه اینچنین شرط گذاری ای صحیح نیست؟

در جواب گفته میشود که : باتوجه به اینکه خیار داشتن طرفِ ملتزم به عقد بخاطر تخلف طرف مقابل، از باب شرط ارتکازی است و دلیل خاص و امر تعبدی ای در کار نیست ، و این شرط ارتکازی در جایی اثر میکند که طرف مقابل عدم التزام خودش به آن را اعلام نکرده باشد ولی اگر او عدم التزامش به معامله را اعلام کرده باشد و دیگری هم آن را پذیرفته باشد ، در اینصورت دیگر شرط ارتکازی وجود ندارد لذا این نحوه از شرط گذاری در معامله فی حدنفسه مشکلی ندارد.

ولی اشکال در این جهت است که : آیا این نحوه شرط گذاشتن در معامله مصداق شرط غیر منصفانه هست یا نه؟ در این قسمت گفته میشود که : بله در این مورد یک عدم تعادلی بین منافع و مسؤولیتهای دو طرف پیدا میشود ولی این مقدار از عدم تعادل موجب نمیشود که شرط از قبیل شروط غیر منصفانه قرار داده بشود .

والحمدلله رب العالمین

جلسه هجدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 1/9/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

در جلسه قبل دو مورد از مواردی که در آن دستورالعملِ شورای اتحادیۀ اروپا بعنوان مصداق شروط غیرمنصفانه بیان شده اند مورد بحث و بررسی قرار گرفت.

قبل از بحث از تطبيق و مصداق سوم یک مطلبی نسبت به تطبيق اول بیان میکنیم و بعد به ادامۀ بحث میپردازیم.

نسبت به تطبيق اول گفته شد که : شروطی که هدفشان سلب و یا محدود کردن مسؤولیت فرشنده کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات در قبال صدمات جسمانی و یا فوت ناشی از فعل و یا ترک فعل او باشد ، از مصادیق شرط غیر منصفانه هستند.

از این عبارت استفاده ميشود : همانطور که اگر فعل و کار شخصی موجب صدمۀ جسمانی و یا فوت شخص آخر بشود ، این کار او موجب ضمان او میشود همينطور هم اگر ترک فعل شخص موجب صدمۀ جسمانی و یا فوت شخص آخر بشود این ترک فعل هم ضمان آور و مسؤولیت آور است ؛ فلذا اگر در شرطی بیان بشود که اینچنین ترک فعلی موجب ضمان نباشد این شرط ، شرط غیر منصفانه خواهد بود.

آنچه که جای بحث دارد این است که : اینکه اگر فعل انسان موجب صدمه و یا مرگ دیگری بشود این امر ضمان آور است و موجب قصاص و یا دیه میشود ، امر مشخص و واضحی است. ولی بحث در این است که : اگر ترک فعل انسان موجب این بشود که به شخصی صدمه وارد بشود یا اینکه فوت بکند ، آیا در این موارد تارک فعل ضامن است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : اینکه اگر انسان بتواند با انجام کاری عضو بدن شخص دیگر یا نفس دیگری را از تلف شدن نجات بدهد و حفظ بکند ، این کار بر او واجب است ؛ این جای تردید و شک ندارد و اگر این کار را انجام ندهد قطعاً معصیت از او صادر شده است و مستحق تعزیر است.

کلام در این است که : آیا در این موارد ـ که ترک فعل شخص موجب صدمه یا فوت دیگری شده است ـ علاوه بر تعزیر و استحقاق عقوبت ضمان هم بر شخص ثابت است و او میبایست قصاص شود و یا دیه بدهد یا نه؟ در این قسمت گفته میشود که : در اینجا ضمان ثابت نیست چرا که ضمان در جایی ثابت است که استناد جنایت به شخص ثابت باشد و در جاییکه ترک فعل سبب وقوع جنایت باشد ، جنایت به تارک فعل استناد داده نمیشود. مثلاً اگر در تصادفی شخصی مصدوم بشود و راننده فرار بکند و شخص آخر هم حاضر باشد ولی کمک به مصدوم نکند و این امر موجب قطع عضو و یا فوت مصدوم بشود ؛ در اینجا این قطع عضو و یا فوت به تارک فعل نسبت داده نمیشود.

بله اگر حدوث و پیدایش جنایت مستند به شخص باشد و همین شخص هم با اینکه تمکن از جلوگیری از تلف شدن مجنی علیه دارد این کار را نکند مثلاً ضربه ای به دست دیگری بزند و بتواند با بردن او به بیمارستان از قطع دست او جلوگیری بکند ولی این کار را نکند ، در اینصورت جنایت و قطع عضو به این شخص استناد داده میشود ولی اگر صدمه ای که به شخص آخر وارد شده است بوسیلۀ شخص ثالثی باشد و یا بخاطر حوادث طبیعی باشد ولی شخصی میتوانست با رساندن او به بیمارستان موجب عدم قطع عضو او بشود ولی این کار را نکند ، در اینصورت دیگر جنایت به این تارک عمل استناد داده نمیشود.

بر این اساس اینکه در تطبيق اول گفته شده است که لولا الشرط در موارد ترک فعل هم مسؤولیت متوجه شخص تارک فعل میشود ، مطلب تمامی نیست بلکه محل اشکال و مناقشه است.

این نکته ای بود که از بحث در تطبيق و مصداق اول باقی مانده بود.

#### تطبيق سوم :

 مصداق سوم برای شرط غیر منصفانه که در آن دستورالعمل آمده این است : قراردادی که مصرف کننده را به اجرای تعهدات متعهد و ملتزم کند اما تعهدات فروشندۀ کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات را منوط به اراده و میل شخصیِ او نماید .

آیا این شرط فی حدنفسه و باقطع نظر از غیر منصفانه بودنش شرط صحیحی است یا نه ؟ و آیا این شرط از شروط غیرمنصفانه بحساب می آید یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : نسبت به مفاد این قرارداد یعنی عدم الزام فروشنده به اجراء تعهداتش ، دو احتمال وجود دارد :

احتمال اول این است که : مراد از ملزم نبودن فروشنده و طرف قوی به اجراء تعهداتش این باشد که : در عین اینکه بمقتضای قرارداد ملتزم و متعهد به انجام عمل شده است ـ یعنی تعهد از او صادر شده است ـ ، شرط بکند که او بتواند به تعهدی که کرده است عمل نکند.

نسبت به این احتمال گفته میشود که صدر و ذیل آن با همدیگر سازگار و قابل جمع نیست. چرا که مرجع این شرط یا إلغاء تعهد است که نتیجۀ آن این میشود که او اساساً تعهدی ندارد ـ که در اينصورت مخالف با مقتضای عقد است ـ و یا اینکه بحسب این شرط در واقع میگوید ولو تعهد من سرجایش باقی است ولی من الزامی به اجراء آن تعهد ندارم.چرا که وقتی شخص تعهد کرده است مقتضای عقد لزوم وفاء به این تعهد است فلذا اگردر فرض بقاء تعهد بگوید من به تعهدم وفاء نمیکنم، در حقیقت شرط مخالف با حکم شرعیِ در آن مورد کرده است و از موارد مخالفت شرط با کتاب و سنت بحساب می آید.

پس این شرط « عدم الزام طرف قوی به اجراء تعهداتش » در یک تقدیر به نفی اساس تعهد برمیگردد و در تقدیر دیگر به شرط مخالف با کتاب و سنت برمیگردد و علی أی حالٍ در این موارد با حفظ و بقاء تعهد در متن قرارداد این شرط ، شرط صحیحی حساب نمیشود. پس بنابر احتمال اولی که نسبت به این شرط داده میشود این شرط فی حدنفسه و باقطع نظر از غیر منصفانه بودنش ، شرط باطل و غیرصحیحی است.

احتمال دومی که نسبت به این شرط « عدم الزام یکطرف به اجرای تعهداتش » داده میشود ، این است که او در واقع میگوید : من مسؤولیت « عدم اجرای تعهدم را قبول نمیکنم » یعنی ولو بحسب قاعدۀ اولیه من اگر تعهدم را اجراء نکنم طرف مقابل حق فسخ معامله را دارد ولی با این شرط من این مسؤولیت را نمیپذیرم. در حقیقت ميگوید که : با تخلف و عدم اجرای تعهداتِ من طرف مقابل خیار و حق فسخ معامله را ندارد.

نسبت به این شرط گفته میشود که این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی است.

ولی آیا این شرط ، شرط غیر منصفانه بحساب می آید یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : ولو در این عقد بحسب شرطی که در آن هست تعادل بین حقوق و تعهدات طرفین رعایت نشده است بلکه برای یکطرف نفع و سعۀ بیشتری قرارداده شده است ولی این عدم تعادل به حد و اندازه ایی نیست که موجب بشود معامله از حدّ معاملۀ منصفانه خارج بشود و تبدیل به معاملۀ غیر منصفانه بشود.

پس بنابر احتمالِ دوم نسبت به مورد سوم ، این شرطی که در معامله قرارداده شده است فی حدنفسه صحیح است و بلحاظ شرط غیرمنصفانه هم ، خصوصیات شرط غیرمنصفانه در آن وجود ندارد.

#### تطبيق چهارم :

تطبيق و مصداق چهارمی که برای شرط غیر منصفانه در آن دستورالعمل آمده این است : شرطی که به فروشنده حق میدهد که درصورت فسخ قرارداد توسط خریدار و یا دریافت کنندۀ کالا یا خدمات ، مبلغ پرداختی توسط او را تصاحب کرده و به وی بازنگرداند در حالیکه چنین حقی برای خریدار و یا دریافت کنندۀ خدمات در صورت فسخ قرارداد از ناحیۀ فروشنده منظور نشده باشد .

یعنی در ضمن خرید کالا و یا قرارداد ارائۀ خدمات که در ابتداء یک مبلغی و جزئی از ثمن یا اجرت از جانب مصرف کننده داده میشود ، اینگونه شرط بگذارند که : اگر مصرف کننده معامله را فسخ کرد این مقدار پولی که ابتداء داده قابل پس گرفتن نیست و مال فروشنده باقی میماند ولی چنانچه فروشنده معامله را فسخ بکند ، او جریمه ای نداشته باشد و براحتی بتواند فسخ را انجام بدهد.

آیا اینچنین شرطی فی حدنفسه و با قطع نظر از غیرمنصفانه بودنش شرط صحیح و نافذی است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : این شرط در حقیقت مصداق قراردادن عربون و واقولی در معامله است.

همانطور که در مباحث قبلی بیان شد تصویرها و تخریجهای مختلفی برای عربون وجود دارد که تفصیل بحث موکول به همان مباحث است ولی بصورت اجمالی گفته میشود که : دو صورت واضح برای قراردادن عربون و واقولی در قرارداد وجود دارد.

صورت اول این است که درضمن قرارداد اینگونه بگویند که : یکطرف یا هر دو طرف میتوانند معامله رافسخ بکند ولی هر طرف که فسخ کرد میبایست این مقدار خاص بعنوان جریمه بپردازد. پس در صورت اول مبلغ واقولی را « جریمۀ فسخ قرارداد » قرار میدهند.

صورت دوم این است که در ضمن قرارداد اینگونه بگویند که : یکطرف یا هر دو طرف خیار در فسخ معامله دارند ولی خیار او بنحو مطلق نیست بلکه مشروط و منوط به اين است که مبلغ معیّنی را به طرف مقابل بدهد و إلا حق فسخ ندارد. پس در صورت دوم مبلغ واقولی را « شرط خیار فسخ » قرار میدهند.

حال بر این اساس نسبت به محل بحث ـ یعنی مورد چهارمی که برای شروط غیرمنصفانه بیان شده است ـ گفته میشود که : این أخذ مالی که از طرف ضعیف صورت میگیرد ، دو صورت و دو فرض دارد :

یک صورت این است که در قرارداد اینگونه گفته شود که : اگر طرف ضعیف فسخ کرد از باب جریمۀ فسخ میبایست مبلغی بپردازد.

وصورت دوم هم این است که در قرارداد اینگونه گفته شود که : شرط نفوذ فسخِ طرف ضعیف اینست که مبلغی را به طرف مقابل بدهد و إلا فسخش نافذ نیست.

حال میبایست دید که حکم این دو صورت چیست ؟ و آیا چنین شرط گذاشتنی فی حدنفسه صحیح است یا نه؟

صورت اول این بود که مبلغ خاصی بعنوان «جریمۀ فسخ » قرارداده بشود ، آیا این شرط صحیح است یا نه ؟

نسبت به این صورت گفته میشود که : چنانچه مضمون این شرط این باشد که « اگر طرف ضعیف معامله را فسخ کرد میبایست فلان مبلغ را به طرف مقابل بدهد » ، این مضمون فی حدنفسه مشکل و محذوری ندارد چرا که اعطاء مال به دیگری که از محرمات در شریعت نیست تا شرط آن شرط مخالف با کتاب و سنت باشد.

ولی مشکلی که در اینجا وجود دارد این است که : این شرط لزوم وفاء ندارد چرا که آن شرطی لازم الوفاء است که در ضمن عقد و التزام در ضمن التزام باشد ولی اگر شرط ، شرط ابتدائی و غیر تابع للألتزام الآخر بود دیگر لزوم وفاء ندارد.

باتوجه به این مطلب گفته میشود که : چنانچه مفاد شرط این باشد که این « لزوم اعطاء مال » بعنوان « جریمۀ فسخ » است ، این شرط لزوم وفاء ندارد چرا که قبل از فسخ معامله که مورد برای این شرط وجود ندارد و بعد از فسخ معامله هم این شرط از شرط ضمن معامله خارج میشود و تبدیل به شرط ابتدائی میشود که لزوم وفاء ندارد.

{ نکته : لذا نسبت به شرط در ضمن عقد جائز گفته اند که : این شرط تا زمانیکه عقد باقی باشد و فسخ نشده باشد شرط لازم الوفائی است ولی اگر یکطرف معاملۀ جائزه را فسخ کرد دیگر شرط از التزام در ضمن التزام آخر در می آید و تبدیل به شرط ابتدائی میشود که لزوم وفاء ندارد.}

پس اگر این « لزوم اعطاء مال به طرف مقابل » بعنوان « جریمۀ فسخ » قرارداده بشود ، این شرط ولو صحیح و نافذ است ولی لزوم وفاء ندارد.

ولی اگر این « لزوم اعطاء مال به طرف مقابل » را بعنوان « شرط حق فسخ » قرار بدهند ـ نه جریمۀ فسخ ـ یعنی بگویند : تو در صورتی میتوانی فسخ بکنی که فلان مبلغ را بپردازی. آیا این شرط فی حدنفسه صحیح و نافذ است یا نه ؟

نسبت به این شرط هم گفته میشود که این شرط فی حدنفسه صحیح و نافذ است و « المومنون عند شروطهم » همانطور که شرط خیار مطلق را شامل میشود شرط خیار مقید و مشروط را هم شامل میشود.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه نوزدهم ـ معاملات مستحدثه ـ 14/9/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

بحث به بررسی مصداق پنجم از مصادیقی که در دستور العمل شورای اتحادیه اروپا بعنوان مصداق شرط غیر منصفانه قرار داده شده است ، رسیده است.

در جلسات قبل هم بیان شد که مهم در بحث تطبيقات شرط غيرمنصفانه این است که : حکم این موارد و مصادیقی که در این دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه ذکر شده اند فی حدنفسه و با قطع نظر از غیرمنصفانه بودنشان چیست؟ آیا لزوم وفاء دارند یا فاسد هستند ؟ و اگر فاسد هستند آیا موجب فساد عقد هم میشوند یا اینکه فساد تنها مربوط به همین شرط است و به عقد سرایت نمیکند ؟ البته در کنار این امر ، مصداقیت این شروط برای شروط غیرمنصفانه هم بررسی خواهد شد .

#### تطبيق پنجم :

تطبيق و مصداق پنجمی که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیرمنصفانه ذکر شده است ، این است : شرطی که خریدار را در صورت عدم انجام متعهدُ به به پرداخت خسارتی گزاف و فاحش إلزام نماید.

 یعنی شرط کنند اگر طرفِ ضعیف تعهدی که در معامله پذیرفته است را انجام ندهد ـ مثلاً در موعد مقرر ثمن را به فروشنده پرداخت نکند و یا در موعد مقرر أجرت خدمت و عمل را نپردازد ـ بابت این تخلف و تأخیر در انجام تعهد میبایست یک مبلغ گزافی را بعنوان خسارت به طرف مقابل بپردازد. گفته اند که این شرط از مصادیق شرط غیر منصفانه است و حکم شروط غیر منصفانه در مورد آن پیاده میشود.

در بررسی این مصداق و مورد پنجم گفته میشود : باتوجه به اینکه تعهدی که خریدار در قرارداد بیع دارد تسلیم ثمن به فروشنده است و در همۀ موارد بیع بصورت کلی بایع میبایست مبیع را تحویل مشتری بدهد و مشتری هم میبایست ثمن را تحویل به فروشنده بدهد. و نوعاً هم در قراردادها مال کلی بعنوان ثمن قرار داده میشود و کمتر اتفاق می افتد که طرفین مالِ شخصی و خارجی را ثمن معامله قرار بدهند بعنوان مثال و توضیح گفته میشود که : حتی اگر انسان به میوه فروشی برود و بیست هزارتومان را از جیبش در بیاورد و بگوید به اندازۀ بیست هزارتومان به من میوه بده ، بازهم این معامله به ثمن شخصی نیست بلکه به ثمن کلی است یعنی میوه را به بیست هزارتومن کلی میخرد و آن پولی که از جیبش در می آورد بعنوان وفاء به ثمن است و شاهد بر کلی بودن ثمن در اینجا هم این است که اگر پولی که او به فروشنده میدهد عیبی داشته باشد فروشنده نمیگوید که معامله را فسخ ميکنم بلکه میگوید یک پول دیگری بده و این نشان دهندۀ این است که معامله بر ثمن خاص و شخصی واقع نشده است بلکه بر ثمن کلی واقع شده است و این پولی که داده میشود از باب وفاء به ثمن است. بله اگر ثمن از نقود نباشد بلکه معامله کالا به کالا باشد دراینجا ثمن شخصی معنا دارد ولی در خرید و فروش اجناس به نقود و پول ، ثمن شخصی در کار نیست بلکه ثمن در این موارد ثمن کلی است.

حال باتوجه به اینکه نوعاً ثمن در قراردادها مال کلی است و در نتیجه تعهد شخص به پرداخت ثمن از باب أداءِ دِین میشود یعنی پرداخت ثمن یا أجرت بعنوان دِین بر عهدۀ خریدار یا گیرندۀ خدمات قرار میگیرد و او میبایست بر اساس حالی بودن و یا نسیه ای بودنِ معامله ثمن یا أجرت را در زمان مقررش بپردازد مثلاً اگر معامله بیع باشد میبایست ثمن را در زمان مقررش بپردازد و اگر معامله برای گرفتن خدمات باشد که حقیقتش به اجاره برمیگردد شخص استفاده کننده میبایست أجرت را در زمان مقررش بپردازد و وفاء به دِین بکند ، باتوجه به این مطلب که وفاء شخص به تعهدش از باب « وفاء به دِین » است میبایست این شرط پنجم را ملاحظه بکنیم که : اگر چنین شرطی در ضمن قرارداد بیع گذاشته شود که اگر خریدار در انجام تعهدش تخلف بکند و در موعِد مقرر ثمن معامله را نپردازد ، میبایست فلان مقدار مال بعنوان خسارت بدهد و یا اینکه در ضمن قرارداد گرفتن خدمات ـ که به اجاره برمیگردد ـ گفته شود که اگر استفاده کننده از خدمت ، در موعد مقرر أجرت را ندهد و تأخیر بیندازد میبایست مبلغ گزافی را بعنوان جریمه بدهد ، اینچنین شرط گذاشتنی فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش صحیح و نافذ است یا نه؟

اشکالی که نسبت به این شرط وارد میشود این است که : باتوجه به اینکه ثمن و أجرتی که در نوع معاملات قرار داده میشود ، مال کلی است و در نتیجه مالی که پرداخته میشود بعنوانِ أداءِ دِین است لذا نمیتوان هیچ مبلغ اضافه ای ـ هرچند که کم باشد ـ بابت تخلف وتأخیر دریافت کرد ، واین شرط ، شرط باطلی است و لزوم وفاء ندارد.

توضیح مطلب این است که : در فقه امامیه با استناد به صحیحۀ حلبی و محمدبن مسلم هرگونه تغییر در کیفیتِ اداء دین مانعی ندارد مگر اینکه آن تغییر کیفیت منجر به این بشود که « چیزی زائد بر اصل الدین به دائن داده شود » .

تعبیر در صحیحه حلبی این بود که « لا أری به بأساً مالم یزدد علی رأس ماله شیءٌ یقول الله تعالی : فلکم رؤوس أموالکم لاتَظلمونَ و لاتُظلمون » و بر اساس این روایت نسبت به این مصداق پنجم گفته میشود که : ولو مبلغی که بعنوان جریمه قرارداده شده است مبلغ گزافی نباشد بازهم این شرط فی حد نفسه شرط باطلی است و غیر منصفانه وگزاف بودن آن تأثیری در این بطلان ندارد.

حاصل مطلب این شد که : باتوجه به اینکه ثمن و اجرت در نوع معاملات « مال کلی » است و در نتیجه پرداخت ثمن و اجرت بعنوان « أداء دین » است لذا اگر برمشتری و یا دریافت کنندۀ خدمات ، چنین شرطی گذاشته شود که در صورت تخلف ویا تأخیر میبایست مبلغی را بعنوان جریمه و خسارت بپردازد ، این شرط به « زیادی گرفتن برای تاخیر در اداء دین » برمیگردد که بحسب فقه امامیه شرط باطلی است و با توجه به تعبیر روایت که فرمود « لا تظلمون و لاتظلمون » ربا حساب میشود. این حکم مصداق پنجم بود بر اساس نوع موارد که ثمن در معامله را مال کلی قرار میدهند.

اما چنانچه ثمن در معامله ، ثمن شخصی باشد و یا اینکه این شرطِ پرداختِ خسارت در صورتِ تخلفِ از تعهد را برعلیه فروشنده در قراردادها بگذارند یا بعبارت دیگر دریافت خسارت بخاطر تخلف از تعهد نسبت به تسلیمِ « عین » مورد معامله باشد و نه دِین مورد معامله ، به این نحو که مثلاً در ضمن معاملۀ بیعِ خانه بگویند بر فروشنده لازم است که خانه را در عرض یک ماه تخلیه کند و إلا میبایست بإزاء هر روز تأخیر فلان مبلغ را بپردازد ، در اینصورت دیگر این شرط فی حدنفسه مشکلی ندارد چرا که مفاد صحیحۀ حلبی و صحیحۀ محمد بن مسلم مربوط به مال کلی و دِین است ولی نسبت به عین و مال شخصی اینچنین دلیلی نداریم بلکه مقتضای اطلاقات مانند « اوفوا بالعقود » و « المومنون عند شروطهم » این است که در این موارد هم عقد و هم شرط در ضمن آن صحیح است. بعبارت دیگر : با قطع نظر از شرط در ضمن معامله این امر که فروشنده یک میلیون به خریدار بدهد بدون اینکه در مقابل چیزی از او بگیرد ، فی حدنفسه مشکلی ندارد چرا که نه مخالف با کتاب و سنت است و نه از مصادیق أحلّ حراماً و حرّم حلالاً است. فلذا شرائط صحت شرط در این موارد وجود دارد و اگر این را بعنوان شرط در ضمن معامله قرار بدهند « المومنون عند شروطهم » میگوید که میبایست به آن وفاء بشود.

بنابراین نتیجه این شد که : اگر این شرط بر علیه مشتری و دریافت کنندۀ خدمات باشد ـ کما اینکه مفروض در این مصداق پنجم همین است ـ این شرط باتوجه به صحیحۀ حلبی و محمد بن مسلم فی حد نفسه شرط باطلی است چراکه به گرفتن زیادی برای تأخیر در اداء دین برمیگردد. البته این شرط ، شرط باطلی است که بطلان آن به اصل العقد سرایت نمیکند.

ولی اگر شرط بر علیه فروشنده و ارائه کنندۀ خدمات قرار داده شود به این نحو که مثلاً قرار بر این بوده که کولرها را در ابتدای شب نصب کنند و اگر تخلف و یا تأخیر کنند مبلغی را بعنوان جریمه بپردازند ، در اینصورت این شرط فی حدنفسه مشکلی ندارد فلذا میبایست بررسی کنیم که آیا این شرط ، شرط غیر منصفانه ای هست تا بشود از این جهت حکم به بطلان آن کرد یا نه ؟

در این قسمت هم گفته میشود که : از مقومات شرط غیر منصفانه این بود که عدم تعادل بین حقوق و تعهدات به ضرر طرف ضعیف باشد و إلا اگر به ضرر طرف قوی باشد دیگر مصداق شرط غیر منصفانه نیست بلکه مصداق احسان و معاملۀ محاباتی است ، و باتوجه به این مطلب گفته میشود که در محل بحث این عدم تعادل به ضرر طرف ضعیف نیست بلکه به ضرر طرف قوی در معامله است فلذا مورد از موارد شرط غیر منصفانه نیست. اینها مطالب مربوط به عنوان و مصداق پنجم بود.

#### تطبيق ششم

تطبيق و مصداق ششمی که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است ، این است: شرطی که صرفاً برای فروشندۀ کالا یا عرضۀ کنندۀ خدمات حق فسخ قرارداد را اعطاء کند اما چنین حقی برای خریدار یا دریافت کنندۀ خدمات منظور ننماید ، یا شرطی که به فروشنده حق دهد که در صورت فسخ قرارداد مبالغ پرداخت شده توسط خریدار را حتی بابت خدماتی که هنوز انجام نداده و یا کالایی که هنوز تسلیم نکرده است ، تصاحب نماید.

نسبت به قسمت اول اين تطبيق که تنها برای یکطرف حق فسخ قرار داده شده است ، گفته میشود که : این شرط فی حدنفسه از نظر فقه امامیه مشکلی ندارد و لازم نیست که حتماً برای دو طرف خيار وحق فسخ قرار بدهند بلکه اگر تنها برای یکطرف حق فسخ قرار بدهند اين شرط هم صحیح است. همچنین بلحاظ منصفانه یا غیر منصفانه بودن این شرط هم گفته میشود که : این شرط از مصادیق شرط غیر منصفانه نیست چون هرچند که یک عدم تعادلی بین تعهدات و حقوق طرفين وجود دارد ولی این عدم تعادل به حدّی نیست که این مورد را از مصادیق شرط غیر منصفانه قرار بدهد چرا که صرف اینکه یکطرف بتواند معامله را فسخ بکند و طرف دیگر نتواند معامله را فسخ بکند موجب نمیشود که معامله غیر منصفانه باشد. این مطالب مربوط به قسمت اول بود.

اما قسمت دوم تطبيق ششم این بود که : شرط کنند که اگر طرف ضعیف معامله را فسخ کند دیگر آن مقدار پولی را که تحویل داده است را نمیتواند پَس بگیرد بلکه فروشنده و یا ارائه کنندۀ خدمات آن مقدار از ثمن را تصاحب میکند.

نسبت به این شرط گفته میشود که : این شرط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش شرط باطلی است چرا که در حقیقت به این برمیگردد که : در مورد فسخ و إقاله ، معامله فسخ شود و ردّ تمام العوضین به مالک قبلی صورت نگیرد ، در حالیکه بر اساس روایاتی که در فقه امامیه وجود دارد مقتضای فسخ و إقالۀ معامله این است که هر یک از عوضین بتمامه به مالک قبلی اش برگردد و إقالۀ به زیاده و وضیعه باطل است.

البته هرچند که إقالۀ به وضیعه و زیادی باطل است ولی در عین حال گفته شده است که یک راههایی وجود دارد تا اینکه افراد به غرض بازاری برسند.

مثل اینکه فروشنده برای إقاله کردنش شرط بگذارد و بگوید : من إقاله نمیکنم مگر اینکه فلان مقدار به من پول بدهی. و یا اینکه مبلغی را بعنوان جعاله بر اصل إقاله قرار بدهند. در اینصورت گفته اند که : این کار مشکلی ندارد بلکه مشمول اطلاقات است و از این جهت میتوان حکم به صحت آن کرد.

بر این اساس مرحوم خویی در منهاج در عین اینکه در مسئلۀ 307 فرموده اند : « لا تجوز الإقاله بزیادهٍ عن الثمن أو المثمن أو نقصانٍ فلو أقال کذلک بطلت و بقی کلّ من العوضین علی ملک مالکه ـ فسخی محقق نمیشود و اقاله باطل است ـ » ولی در مسئلۀ 308 فرموده اند که : گرفتن مالِ دیگری غیر از عوضین در مورد إقاله مانعی ندارد. عبارت ایشان این است « إذا جعل له مالاً فی الذّمه أو فی الخارج لیقیله بأن قال له : أقلنی ولک هذا المال أو أقلنی و لک علیّ کذا نظیر الجعاله فالأظهر الصحه » و همین طور در مسئلۀ 309 فرموده اند : « لو أقال بشرط مال معین أو عملٍ ـ یعنی عملی که قیمت دارد ـ کما قال للمستقیل ـ کسی که از دیگری تقاضای إقاله میکند ـ أقلتک بشرط أن تعطینی کذا أو تخیط ثوبی فقبل صح ».

پس آنچه که در باب إقاله ممنوع است این است که جزئی از عوضین به مالک قبلی اش بر نگردد ولی اگر آن مال إضافه در قالب جعاله ویا در قالب شرط در ضمن إقاله گرفته شود ، این مانعی ندارد.

بنابراین نسبت به قسمت دوم از مصداق ششم گفته میشود که این شرط به إقاله و فسخ برمیگردد و در فقه امامیه گرفتن زیادی و وضیعه از طريق خود إقاله صحیح نیست ولی اگر بخواهند با شرط و جعاله زیادی بگیرند ، این مانعی ندارد. این حکم این شرط با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش بود.

اما آیا این شرط که تنها برای یکطرف قرارداده شده است ـ چنانچه فی حدنفسه صحیح باشد ـ از مصادیق شرط غیر منصفانه است یا نه؟

در این قسمت هم گفته میشود که : ولو در اینجا بین حقوق و تعهدات طرفين عدم تعادل وجود دارد ولی این مقدار از عدم تعادل موجب نمیشود که مورد از مصادیق شرط غیر منصفانه باشد.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیستم ـ معاملات مستحدثه ـ 15/9/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### تطبيق چهاردهم :

مصداق و مورد چهاردهم از مصادیقی که در آن دستورالعمل بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است این است : « شرطی که تعهدات ارائه کنندۀ خدمات را در قِبال آنچه کارگزارانش پذیرفته اند محدود و یا مشروط نماید .»

موضع اول از بحث در این است که : آیا این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی است یا نه؟

برای روشن شدن مطلب ابتداء میبایست ببینیم که مراد و مقصود از محدود کردن و مشروط کردن تعهدات چیست ؟

در این قسمت گفته میشود که : حقیقت محدود و مشروط کردن تعهد به این برمیگردد که تعهد مطلق نباشد بلکه در تقدیر خاصّی باشد. مثلاً فروشنده در ابتداء متعهد شده میشود که مبیع را در محل خاص تحویل بدهد ، ولی بعد بگویند که : این تعهد در صورتی است که هوا بارانی نباشد و یا ...

حال باتوجه به این توضیح گفته میشود که : تحدید و مشروط کردن تعهد اگر در همان زمان انعقاد و انجام معامله اتفاق بیفتد یعنی در ضمن معامله با اضافه کردن قیود و تبصره هایی تعهد را محدود و مشروط کرده باشند ، این مشکلی ندارد و صحیح است.

ولی اگر این محدود کردن و مشروط کردن تعهدات بعد از انجام معامله باشد یعنی ابتداء معامله را با یک تعهد خاصی منعقد کرده باشند و بعد از آن بخواهند این تعهد را محدود به حالت خاصی بکنند ، در اینصورت اگر این محدود کردن از ناحیۀ مشروط علیه باشد مشخص است که این کار او هیچ ارزش و اثری ندارد. ولی اگر این محدود کردنِ تعهد قبلی از ناحیۀ مشروط له باشد مثلاً خود مشروط له بگوید : این تحویل مبیع در مکان خاص در صورتی است که هوا بارانی نباشد و إلا اگر هوا بارانی بود نیازی نیست که شما مبیع را به مکان خاص بیاورید ، در این تقدیر این در حقیقت إغماض از شرط در تقدیر خاص میشود. و همانطور که مشروط له میتواند نسبت به وفاء به شرط بنحو مطلق إغماض بکند و کلاً شرط را نخواهد همچنین میتواند که در یک تقدیر خاص هم عمل به شرط را مطالبه نکند و در آن تقدیر ترک تعهد و عمل به شرط را اجازه بدهد.

بنابر این در اینصورت این شرط و مصداق چهاردهم فی حدنفسه مشکلی ندارد فلذا میتوان بحث را به موضع دوم کشاند که : آیا این شرط ، شرط غیرمنصفانه ایی است یا نه؟

در این قسمت هم گفته میشود که : با این شرط ولو عدم تعادلی بین حقوق و تعهدات طرفين قرارداد پیدا میشود ولی این عدم تعادل به اندازه ای نیست که موجب بشود مورد از موارد شروط غیرمنصفانه بشود.

این هم مطالب مربوط به شرط و مصداق چهاردهم بود.

#### تطبيق هفتم :

بحث به مورد و مصداق هفتم از مصادیقی که در دستور العمل شورای اتحادیه اروپا بعنوان شرط غیر منصفانه مطرح شده است ، رسیده بود.

شرط هفتم که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه آمده است ، این است :« شرطی که به فروشندۀ کالا یا عرضه کنندۀ خدمات حق فسخ قرارداد را برای زمانی نامحدود إعطاء کند بدون اینکه از قبل اخطاریۀ قابل قبولی را ارسال کند ، مگر آن که دلایل قابل قبولی برای این امر ـ فسخ بدون اطلاع قبلی ـ وجود داشته باشد.»

نسبت به این مورد هم مانند مصادیق قبلی میبایست در دو موضع بحث بکنیم. یک بحث در این است که : آیا اینچنین شرطی فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش ، شرط صحیح و نافذی است یا نه ؟ و بحث دوم هم در این است که : اگر فی حدنفسه شرط صحیحی باشد آیا مصداق شرط غیر منصفانه هست یا نه؟

نسبت به قسمت و موضع اول از بحث گفته میشود که : با توجه به اینکه بحسب فرض در این معامله برای أحد الطرفین شرط خیار قرار داده شده است و شرط خیار هم شرط صحیح و نافذی است و هیچ یک از موانع صحت شرط و موجبات بطلان شرط ـ مانند أحل حراماً و حرّم حلالاً ـ در آن وجود ندارد لذا این شرط مشمول ادلۀ عام دالّ بر لزوم رعایت شروط میشود.

ولی آنچه که در این مصداق هفتم جای بحث دارد این است که : آیا آن شرطی که رعایت آن لازم است و مشمول ادلۀ لزوم رعایت شروط میشود تنها شرط خیاری است که محدود باشد و در یک زمان خاص ثابت باشد و یا اینکه شرط خیاری که نامحدود و الی الابد باشد هم نافذ و لازم الرعایه است؟

در این قسمت هم نوع أعلام شرط خیار إلی الابد را پذیرفته اند ولی در مقابل مرحوم نائینی در این قسمت فرموده اند : نه تنها این شرطِ خیارِ إلی الأبد ، شرط صحیحی نیست بلکه موجب فساد و بطلان عقد هم میشود. مرحوم نائینی برای این ادعا دو دلیل بیان فرموده اند :

دلیل اولشان این است که فرموده اند : شرط خیار إلی الابد برای یکطرف موجب غرری شدن اصل عقد و معامله میشود و مشخص است که بیع و معاملۀ غرری باطل است. مثلاً اگر خانه ای فروخته شود به شرط اینکه بایع هر زمان که إراده کرد ـ إلی الأبد ـ بتواند معامله را فسخ کند ، این موجب غرری شدن معامله میشود.

دلیل دومشان هم این است که فرموده اند : شرط و جعلِ خیار إلی الأبد با مقتضای عقد منافات دارد و مشخص است که یکی از شرائط صحت الشرط این است که مخالف با مقتضای عقد نباشد و إلا اگر شرط مخالف با مقتضای عقد باشد ، شرط باطلی است.

اما اینکه چرا شرط خیار إلی الأبد مخالف با مقتضای عقد است ؟ مرحوم نائینی فرموده اند : معاملۀ بیع که در آن شخص مالش را در مقابل ثمن معیّنی میفروشد ، یک مدلول مطابقی دارد که عبارتست از : حصول الملکیه للمشتری در مقابل ثمن.

ولی در کنار این مدلول مطابقی ، برای بیع یک مدلول التزامی هم وجود دارد و آن این است که : هر دو طرف میبایست ملتزم و پایبند به عقد باشند.

ایشان فرموده اند : هرچند که در خود إنشاء البیع ، التزام الطرفین به عقد نیامده است ولی مدلول التزامی هر قراردادی این است که طرفین میبایست ملتزم به آن باشند.

بعبارت دیگر : اینکه دو طرف عقد در هیچ برهه ای از زمان به مفاد عقد التزام نداشته باشند ، این امر مخالف با مدلول التزامی اصل عقد و قرارداد است. و از آنجا که اگر در معامله ای شرط خیار الی الابد قرار داده بشود ، معنای این شرط الخیار إلی الأبد این است که طرفین در هیچ زمانی ملتزم به مفاد عقد نیستند لذا این شرط با مقتضای عقد مخالف است و منافات دارد.

این دو وجهی است که مرحوم نائینی برای اثبات بطلان شرط خیار الی الابد به آنها استناد کرده اند.

لکن نسبت به هر دو وجه اشکال و مناقشه شده است :

نسبت به وجه اول که میگفت این شرط ـ یعنی شرط خیار الی الأبد ـ موجبِ غرری شدن معامله و عقد میشود ، مرحوم آقای خویی فرموده اند : صرف اینکه زمان حق فسخ معلوم نباشد و یا حق فسخ را إلی الأبد به یکطرف بدهند موجب غرری شدن معامله نمیشود چرا که غرر به معنای ریسک و خطر کردن است ولی اگر شخص مالش را به قیمت بازاریِ مشخصی بفروشد ولی در معامله برای یکطرف حق فسخ طولانی یا إلی الأبد قرار بدهند موجب نمیشود که عقلاء نسبت به او بگویند که : او ریسک کرده است ، خطر کرده است.

مناقشۀ نسبت به وجه دوم مرحوم نائینی که فرمودند : این شرط مخالف با مقتضای عقد است ، هم این است که : مقتضای عقد « اصل حصول ملکیت » است که در کلام مرحوم نائینی از آن به مدلول مطابقی تعبیر شده است اما التزام یا عدم التزامِ به مضمون جاری شده ربطی به مضمون و مقتضای عقد ندارد بلکه حکم عقد است که بحسب عقود مختلف ، این حکم هم مختلف میشود. در بعضی از عقود یعنی عقود جائزه التزام به عقد لازم نیست و طرفین میتوانند رجوع کنند و در بعضی از عقود یعنی عقود لازمه هم چنانچه شرط خلاف نشده باشد التزام به عقد لازم است و طرفین حق رجوع ندارند.

پس التزام و عدم التزام طرفین به مقتضا و مفاد عقد ربطی به مضمون عقد ندارد تا اینکه شما آن را مدلول التزامی عقد بدانید بلکه اینها بعنوان حکم عقد هستند و بر این اساس در مورد عقود جائزه مانند هبه ، عاریه و ... برای هر دو طرف إلی الأبد حق رجوع وجود دارد و مشخص است که این حق رجوع در هبه مخالف با مضمون عقد نیست.

در نتیجه نسبت به شرط هفتمی که بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است ، گفته میشود که : این شرط به شرطِ فسخ إلی الأبد برمیگردد و شرط الفسخ إلی الأبد فی حدنفسه مشکلی ندارد و صحیح است. بله اگر مدّت حق فسخ مبهم باشد ، شرط کردن اینچنین حق فسخی صحیح نیست ، ولی این هم موجب بطلان عقد نمیشود بلکه تنها شرط صحیح و نافذ نیست.

اما جهت و قسمت دوم از بحث این بود که آیا این شرط ، شرط غیر منصفانه بحساب می آید یا نه؟ نسبت به این قسمت هم گفته میشود که : ولو با قراردادن این شرط در معامله بین حقوق و تعهدات طرفین عقد عدم تعادل بوجود می آید ولی این مقدار از عدم تعادل که أحد الطرفین إلی الأبد خیار داشته باشد و بتواند بدون إخطار قبلی عقد را باطل بکند ، به حدّی نیست که موجب بشود شرط ، شرط غیر منصفانه باشد.

#### تطبيق هشتم :

شرط و مصداق هشتمی که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه آمده است ، این است : «شرطی که بدون درخواست مصرف کننده حق تمدید خودکار قرارداد را به فروشندۀ کالا یا عرضه کنندۀ خدمات إعطا میکند و یا حتی در فرضی که برای خریدار کالا و یا دریافت کنندۀ خدمات زمانی را برای درخواست تمدید در نظر گیرد ، این زمان به حدّی کوتاه باشد که غیر منصفانه بنظر برسد.»

مثلاً اگر در قرارداد اجارۀ هتل آمده باشد که این قرارداد به مدت شش ماه است و در ضمن آن شرط کنند که صاحب هتل بدون احتیاج به رضایت مشتری حق تمدید قرارداد را دارد و میتواند قرارداد را تمدید بکند.

و یا اینکه مثلاً فروشندۀ جزء با فروشندۀ کلّ و کارخانه قرارداد میبندد که : به مدّت شش ماه و در هر ماه پنج یخچال را به او بفروشد. ولی در ضمن این قرارداد شرط میکنند که صاحب کارخانه حق این را داشته باشد که بتواند این قرارداد را تمدید کند یعنی برای شش ماه دوم هم هر ماه پنج یخچال به او بفروشد.

نسبت به این مورد هم میبایست در دو موضع بحث بشود : موضع اول این است که آیا این شرط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش شرط صحیح و نافذی است یا اینکه شرط باطلی است و آن تمدیدی که بعداً از جانب یکطرف اتفاق می افتد بی اثر است ؟

موضع دوم هم این است که : اگر این شرط ، شرط صحیحی باشد آیا مصداق شرط غیرمنصفانه است یا نه؟

نسبت به موضع اول از بحث گفته میشود که : باتوجه به اینکه تمدید قرارداد حقیقتاً به إیجاد و انشاء معاملۀ جدید بعد از تمام شدن معاملۀ قبلی برمیگردد و صحت هر معامله و هر عقدی متوقف بر این است که ناشی از توافق و تراضی طرفین باشد لذا چنانچه یکطرف بخواهد بدون أخذ رضایت طرف مقابل معامله را تمدید کند و قرارداد جدیدی منعقد بکند ، این معاملۀ جدید صحیح نیست بلکه قرارداد جدید حتماً میبایست به رضایت طرف آخر باشد.

البته ما هو الدخیل در صحت معامله رضایت بالمباشره و در زمان عقد نیست بلکه رضایت بالوکاله وقبل از انعقاد عقد هم برای صحت معامله کافی است و وکیل میتواند معاملۀ دوم ـ يعنی : تمدید ـ را انجام بدهد. فلذا اگر در قرار داد اول با قراردادنِ یک شرط مستأجرِ هتل به موجر و صاحب هتل وکالت بدهد که تو میتوانی بعد از اتمام قرارداد اول ، قرارداد جدیدی ببندی در اینصورت دیگر این انعقاد قرارداد جدید و تمدیدِ قرارداد صحیح خواهد بود. البته برای تأمین غرض بازاری این وکالت میبایست بنحو شرط النتیجه در ضمن عقدی قرارداده بشود تا اینکه قابلیت فسخ نداشته باشد ولی اگر این وکالت بنحو مستقل باشد این وکالت نمیتواند غرض بازاری را تأمین بکند چرا که شخص ـ مستأجر ـ میتواند بعد از مدتی وکالت خودش را پس بگیرد و در وکالت رجوع کند.

بر همین اساس میتوان صحت بعضی از عقود مستحدث مانند عقد إختیار المعامله را با همین شرط إعطاء الوکاله ثابت کرد. مثلاً اگر شخص در ضمن یک عقد صحیحی به دیگری وکالت بدهد که تو میتوانی بعد از شش ماه مالت را به قیمت مناسب در آن زمان به من بفروشی و از جانب من هم معامله را قبول کنی ، در اینصورت این عقدی که بعد از شش ماه منعقد میشود عقد صحیحی است ولو که طرف خریدار در شش ماه بعد رضایتی نسبت به آن نداشته باشد.

پس این شرطِ حق تمدید قرارداد اگر بعنوان شرط وکالت در ضمن عقد صحیحی قرار بگیرد ، فی حد نفسه شرط صحیحی است.

اما بنابر صحیح بودن این شرط ، آیا این شرط از مصادیق شرط غیر منصفانه هست یا نه؟

در این قسمت هم گفته میشود که : اگر شرط را بنحوی فرض بکنیم که مثلاً صاحب هتل میتواند معاملۀ جدید را به أیّ ثمنٍ کان منعقد بکند ، در اینصورت شرط ، شرط غیرمنصفانه میشود. ولی اگر شرطی که در ضمن قرارداد واقع شده است این باشد که وکیل یا همان صاحب هتل میتواند به قیمت متعارف در بازار قرارداد جدید را منعقد کند ( تمدید نمايد) در اینصورت دیگر این شرط مصداق شرط غیر منصفانه نخواهد بود.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیست و یکم ـ معاملات مستحدثه ـ 21/9/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### تطبيق نهم :

بحث به تطبيق و مصداق نهم از مصادیقی رسید که در دستور العمل شورای اتحادیۀ اروپا بعنوان شرط غیرمنصفانه قرار داده شده است.

عبارتی که در مورد نهم گفته آمده است ، این است : «شرطی که مصرف کننده را بصورت قطعی متعهد به تعهداتی میکند که فرصت واقعی برای آشنایی با آنها پیش از انعقاد قرار داد وجود نداشته است . »

یعنی خریدار یا مصرف کننده بدون اینکه اطلاعی نسبت به مفاد شرط و تعهدات داشته باشد ، شرط را قبول میکند ـ.این اصلِ مورد و مصداق نهم است .

لکن در ذیل این مورد نهم ، مواردی را استثناء کرده اند.

یکی از مواردی که استثناء شده است ، این است که گفته اند : اگر در معامله شرط بشود که یکی از دو طرفِ معامله ـ یعنی طرف قوی در قرارداد ـ بعداً بتواند شرائط مندرج در قرارداد را با توجه به مصلحت و دلایل موجهی که دارد به دلخواه خودش بصورت یکطرفه تغییر بدهد ، در اینصورت دیگر این شرط مشکلی ندارد و آنچه که در مورد نهم بیان شده است شامل این مورد نمیشود.

ذیل مورد نهم گفته اند : « به استناد قسمت «ب» بند دوم جدول ضمیمه این موضوع شامل آن قسم از قراردادهای ارائۀ خدمات مالی نمیشود که در آنها در صورت وجود دلیل موجه ، حق تغییر نرخ سود قابل پرداخت توسط مصرف کننده یا سایر هزینه های خدمات مالی به ارائه کنندۀ خدمات مالی داده میشود ؛ مشروط بر آنکه ارائه کنندۀ خدمات مالی ملزم باشد که طرفهای دیگر قرار داد را در أسرع وقت از تغییر نرخ سود قابل پرداخت یا سایر هزینه ها مطلّع نماید و اين حق برای طرفهای ديگر قرارداد نيز محفوظ باشد که قرارداد را در اسرع وقت منحل نمايد . » یعنی اگر شرط بشود که حق تغییر بدست فروشنده است و فروشنده با دلایل موجه میتواند در معامله تغییر ایجاد بکند ، مشکلی ندارد ولی میبایست طرف یا طرفهای ديگر معامله را سریعاً از اين امر مطلع کند.

در آخر عبارتشان هم آمده است : « همچنین این بند ـ یعنی بند دوم که ضمیمه و استثناء است ـ شامل شروطی است که به فروشندۀ کالا و یا ارائه کنندۀ خدمات حقّ تغییر یکجانبۀ شروط قراردادی را حتی در صورتی که زمان آن نامشخص باشد ، إعطاء می نمايد ، مشروط بر اينکه فروشنده ملزم به مطلع کردن مصرف کننده با اخطار معقول باشد و مصرف کننده نيز در صورت تحقق آن ، حق فسخ قرارداد را داشته باشد. »

حال باتوجه به مجموع صدر و ذیلی که در این شرط نهم وجود دارد ، بررسی این شرط که آیا فی حدنفسه و باقطع نظر از غیر منصفانه بودن صحیح است یا نه ، در دو قسمت انجام میشود :

قسمت اول مربوط به این است که : اگر تعهدی در معامله وجود داشته باشد ولی طرف مقابل ـ که طرف ضعیف است ـ نسبت به آن اطلاع کافی نداشته باشد ، آیا این تعهد و شرط ، شرط صحیح و نافذی است یا باطل است ؟

قسمت دوم هم مربوط به تغییر یک جانبۀ مضمون قرار داد و یا تغییر یک جانبۀ شروطِ مذکور در ضمن عقد است ، آیا اینچنین تغییراتی در مضمون عقد یا شرط ضمن عقد صحیح و نافذ هستند یا نه؟

اما قسمت اول (آیا جهل و بی اطلاعی یک طرفِ عقد ـ خریدار یا مصرف کنندۀ کالا ـ نسبت به شرط مشکلی ندارد و اینچنین شرطی صحیح است ؟یا اینکه جهالت شرط موجب بطلان شرط میشود ولی عقد متضمن بر شرط صحیح است؟ یا اینکه جهالت شرط موجب بطلان شرط بلکه موجب بطلان عقدِ مشتمل بر شرط هم میشود؟

همانطور که مرحوم شیخ در مکاسب در قسمت شروط صحت شرط فرموده اند : در کلمات فقهاء امامیه یکی از شرائط صحت شرط ، معلومیّت شرط و عدم جهالت نسبت به شرط است بگونه ای که جهالت شرط موجب بطلان عقد میشود. مرحوم شیخ در مکاسب هم عنوان را اینچنین قرار داده است « الشرط السادس : أن لا یکون الشرط مجهولاً جهالهً توجب الغرر فی البیع لأنّ الشرط فی الحقیقه کالجزء من العوضین » بعد هم یک عبارتی را از مرحوم علامه در تذکره نقل کرده اند ، که ایشان فرموده اند : هم جهالت نسبت به عوضین و هم جهالت نسبت به لواحق عوضین موجب بطلان معامله میشود. و بعد بر این مطلب این را متفرع کرده اند که : اگر در معامله شرط مجهولی قرارداده بشود ، این امر موجب بطلان معامله میشود.

مرحوم شیخ در مقام تحقیقِ بحث که : آیا شرط مجهول صحیح است ؟ یا باطل است؟ و یا علاوه بر باطل بودن مبطل عقد هم هست ؟ دو مطلب بیان کرده اند :

مطلب اول این است که فرموده اند : اصلِ اینکه شرط مجهول باطل است و صحت خود شرط منوط و مشروط به معلومیّت است ، جای اشکال ندارد و امر مسلّمی است چرا که دلیلی که بر بطلان غرر دلالت میکند اختصاص به بیع ندارد و ما در کنار « نهی النبی (ص) عن بیع الغرر » دلیل دیگری داریم که بر نفیِ مطلق غرر دلالت میکند و این دلیل برای باطل کردن هر شرط و التزام مجهول و غرری کافی است. یعنی « نهی النبی عن الغرر» مقتضی این است که هر التزامِ غرری باطل است چه اینکه آن التزام مصداق بیع باشد و چه آن التزام مصداق شرط باشد.

پس فرمایش اول مرحوم شیخ این است که : ولو جهالت و غررِ شرط به خود بیع سرایت نکند ولی خود شرطِ غرری و مجهول ، شرط باطلی است و دلیل « نهی النبی عن الغرر » که در آن بنحو مطلق از غرر نهی شده است دلالت بر بطلان شرط مجهول میکند. فلذا فقهاء در ابواب معاملات حتی وکالت هم به این دلیل « نهی النبی عن الغرر » استدلال کرده اند و فرموده اند که : وکالت مجهول باطل است چرا که عنوان غرر که در آن روایت مطلقه وارد شده است شامل وکالت مجهول هم میشود.

بعد مرحوم شیخ فرموده اند که : بنابراین بطلان شرط مجهول از این جهت نیست که جهالت شرط بیع را باطل میکند و با از بین رفتن بیع ، شرط آن هم از بین میرود و باطل میشود بلکه وجه بطلان شرط مجهول ، جهالت خود شرط است فلذا بعضی قائل به این شده اند که : شرط مجهول باطل است ولی اینکه آیا معامله را باطل میکند یا نه ؟ در این قسمت اشکال کرده اند. در ادامه هم فرموده اند « فإنّ العلامه فی التذکره ذکر فی شرط عملٍ مجهولٍ فی عقد البیع أنّ فی بطلان البیعِ وجهین مع الجزم ببطلان الشرط ـ یعنی در این موارد که یک عمل مجهول شرط قرار گرفته است علامه جازماً فرموده است که شرط باطل میشود ولی نسبت به بطلان عقدی که در آن عقد این شرط قرار گرفته است فرموده اند که دو وجه وجود دارد ـ » این فرمایش مرحوم شیخ در قسمت اول بود که فرمودند : شرط مجهول باطل است و دلیل بر بطلان آن هم دلیل نفی الغررِ مطلق است که شامل شرط هم میشود.

ولی در نهایت و در مقام بیان مقتضای انصاف فرموده اند : لکن انصاف این است که : جهالت شرط در همۀ موارد موجب جهالت و غرری بودن عقد هم میشود و بواسطۀ این غرری بودن عقد ، عقد باطل میشود و مشخص است که شرط در ضمن عقد باطل هم لزوم وفاء ندارد. توضیح فرمایش مرحوم شیخ این است که : شرطی که در قرارداد گذاشته میشود لامحاله به نفع یکی از دو طرف است یعنی یا به نفع بایع است و یا به نفع مشتری است. اگر شرط مجهولِ به نفع بایع باشد ، در اینصورت آنچه که بایع به مشتری میدهد ـ یعنی مبیع ـ معلوم و مشخص است ولی آنچه که مشتری به بایع میدهد مشخص نیست چرا که مشتری در مقابل مبیع ، ثمن تعیین شده بعلاوۀ آن شرطی که مجهول بوده است را میدهد. پس جهالت شرط به جهالت عوضین برمیگردد و این موجب بطلان عقد و معامله میشود.

و اگر شرطِ مجهول به نفع مشتری باشد قضیه بعکس میشود یعنی در اینصورت آنچه که مشتری به بايع میدهد معلوم و مشخص است ولی آنچه را که بایع میدهد مجهول است چرا که او در حقیقت در مقابل ثمن ، مبیع را به اضافۀ شرط مجهول به مشتری میدهد.

بر این اساس مرحوم شیخ فرموده اند : « جهاله الشرط تستلزم فی العقد دائماً مقداراً مِن الغرر الذّی یلزم مِن جهالته جهاله أحد العوضین ».

این فرمایش و مختار مرحوم شیخ در این قسمت بود که : آیا شرط مجهول صحیح است یا نه؟ و اگر صحیح نیست آیا موجب بطلان عقد میشود یا نه؟

لکن این فرمایش مرحوم شیخ در کلمات اعلام بعدی محل اشکال و مناقشه قرار گرفته است و نوعاً اینچنین اشکال کرده اند که : اینگونه نیست که جهالت شرط همیشه موجب جهالت أحدالعوضین و در نتیجه موجب غرری بودن معامله بشود ، بلکه شروط انحاء مختلفی دارند.

در بعضی از موارد جهالت شرط به جهالت عوضین هم سرایت میکند و در نتیجه موجب میشود که اصل معامله غرری باشد مثلاً ـ همانطور که در کلام مرحوم خویی هم وارد شده است ـ اگر شرط بکنند که مشتری خیاطت ثوب انجام بدهد ولی معلوم نباشد که چه لباسی را باید بدوزد ، آیا میبایست قمیص بدوزد که أجرتش به یک میزانی است ؟ یا اینکه میبایست جُبّه بدوزد که أجرتش به میزان دیگری است ؟ و ... ، در اینجا جهالت نسبت به قیمت دوخت موجب میشود که آن مقداری که مشتری میبایست بعنوان ثمن به بایع إعطاء بکند مجهول باشد. پس در بعضی از موارد جهالت شرط به جهالت عوضین هم سرایت میکند و موجب غرری بودن معامله میشود.

اما در بعضی از موارد هم جهالت شرط موجب سرایت جهالت به عوضین نمیشود. مثلاً اگر خیاری را در عقد شرط بکنند ولی مدت خیار معلوم نباشد ، در اینصورت شرط جهالت دارد ولی موجب جهالت در عوضین نمیشود چرا که خیار داشتن أحد الطرفین به مدتِ مجهول موجب کمی و یا زیادی أحدالعوضین نمیشود.

بنابراین اگر شرط به خصوصیت أحدالعوضین برگردد یا اینکه به یک امر آخری برگردد که موجب تأثیر در أحدالعوضین میشود در اینصورت جهالت شرط موجب جهالت عقد و در نتیجه بطلان عقد هم میشود ولی اگر شرط تأثیری در أحدالعوضین نداشته باشد در اینصورت دیگر جهالت شرط موجب جهالت عقد و در نتیجه بطلان آن نمیشود.

پس اعلام در اشکال به مرحوم شیخ فرموده اند که : نمیتوان بنحو مطلق شرط مجهول را موجب فساد و مبطل عقد دانست.

حال بحث بعدی در این است که : باقطع نظر از اینکه جهالتِ شرط به جهالتِ عقد هم سرایت میکند و موجب بطلان عقد میشود یا نه ، آیا شرطِ مجهول فی حدنفسه شرط صحیح و لازم الوفائی است یا اینکه باطل است و لزوم وفاء ندارد؟

در این قسمت گفته میشود که : شرط مجهول فی حدنفسه باطل است و قابل تصحیح نیست.

یک وجه برای این مطلب همان فرمایش مرحوم شیخ است که فرمودند : ما دلیل « نهی النبی عن الغرر » را داریم که مطلق غرر را نفی کرده است فلذا در مورد شرطِ مجهول هم از این دلیل استفاده میکنیم و میگوییم : در شرط مجهول أحدالطرفین به یک امر غرری ملتزم شده است و نسبت به او گفته میشود که او در شرط کردن خطر کرده است ، فلذا مشمول دلیل « نهی النبی عن الغرر » میشود و حکم به بطلان آن میشود. بنابراین اگر کسی بدون اطلاع و آشنایی به شرط ، تعهدی انجام بدهد این شرط لازم الوفاء نیست.

بر اساس این فرمایش مرحوم شیخ میتوان نسبت به عقود نکاحی که در این أزمنه انجام میشوند که در ضمن عقد نکاح یک دفترچه ای که شروط متعددی در آن هست را به دست زوج میدهند و او بخاطر خصوصیات آن زمان بدون اطلاع از آنها تنها شروط را امضاء میکند ، میتوان نسبت به آنها گفت که : این شروط مجهول و غرری هستند و لازم الوفاء نیستند.

البته در خصوص مثال ازدواج به لحاظ نوع موارد اشکالی وجود ندارد چرا که نوعا عقد نکاح از طریق وکالت انجام میشوند و وکیل هم از این شروط اطلاع دارد. و لازم نیست که حتماً خود شخص مطلع از این شروط باشد.

این وجه اولی بود که برای بطلان شرطِ مجهول در کلام مرحوم شیخ وارد شده است.

لکن نسبت به این وجه اشکال شده است که : در کتب روایی ما چنین روایتی که در آن بنحو مطلق آمده باشد « نهی النبی(ص) عن الغرر » وارد نشده است. آنچه که در کتب روایی ما وارد شده است « نهی النبی(ص) عن بیع الغرر » است که این روایت هم بلحاظ سندی محل اشکال است و قابل التزام نیست.

بر این اساس مرحوم خویی در کتاب الاجاره فرموده اند که : ما شرطیت و إعتبارِ « عدم جهالت شرط » و « لزوم معلوم بودن شرط » در معاملات را از راه دیگری اثبات میکنیم.

ایشان فرموده اند : از آنجا که معاملات عقلائیه من البیع و الاجاره و نحوهما مبنی بر این است که دو طرف در مقام انجام معامله نسبت به اصلِ مالیّت اموالشان تحفظ دارند و تنها میخواهند آن را تبدیل بکنند مثلاً کسی که میخواهد کتابش را بفروشد او در حقیقت نسبت به مالیّت کتابش تحفظ دارد ولی میخواهد این مالیّتی که در ضمن کتاب داشته را تبدیل به مالیّت در ضمن پول و ثمن بکند ، فلذا طرفین معامله بین مالیّت عوضین تساوی میبینند. و این تساوی بین مالیّت عوضین بمنزلۀ شرط ارتکازی است که عقد مبتنی بر آن است و احتیاج به تصریح به آن نیست. و شاهدبر این مطلب هم ثبوت خیار غبن برای مغبون است ، چون ثبوت خیار غبن بخاطر این است که ارتکازاً در معاملات چنین شرطی وجود دارد که بايد بین مالیّت عوضین تساوی باشد .

پس در معاملات رایج بین عقلاء شخص مالیّت مال خودش را در نظر میگیرد و با اطلاع از مالیّت مالش آن را با شیء دیگری که بلحاظ مالیّت مساوی با مال خودش است ، عوض میکند و اینگونه نیست که عقلاء بدون در نظر گرفتن مالیّت مال خودشان اقدام به معامله بکنند و شاهد بر در نظر گرفتن مالیّت هم این شرط ارتکازی است که موجب خیار غبن در معاملات میشود.

حال باتوجه به اینکه در معاملات رایج بین عقلاء تساویِ مالیّت عوضین در نظر گرفته میشود ، از اینجا معلوم میشود که اقدام عقلاء به معامله ـ بیع ، اجاره و ... ـ در جایی است که خصوصیات عوضین معلوم باشد و إلا اگر خصوصیات و میزان مالیّت عوضین معلوم نباشد اقدام به معامله نمیکنند. بر این اساس از آنجا که ادلۀ عامّۀ صحت معاملات مانند « احل الله البیع » ، « اوفوا بالعقود » و ... در مقام امضاء عقود عقلائیه هستند و تنها مواردی را شامل میشوند که عقلاء نسبت به آنها إقدام میکنند لذا این ادله ، معامله ای که عوضین در آن معلوم نباشد را شامل نمیشود.

بعبارت دیگر : اوفوا بالعقود آن عقودی را تنفیذ و امضاءِ شرعی میکند که در میان عقلاء رایج باشد و با توجه به اینکه معاملۀ بدون معلومیّت عوضین رایج بین عقلاء نیست طبعاً « اوفوا بالعقود » شامل آن نمیشود.

مرحوم آقای خویی باتوجه به این مطلب در کتاب الاجاره فرموده اند : پس معاملۀ بر امر مجهول که متضمن غرر باشد مثل اینکه یک شیء زرد رنگ که مردد بین طلا و غیر طلا است را مبیع یا ثمن قرار بدهند ، از حدود معاملاتی که رایج بین عقلاء است خارج است لذا مشمول ادلۀ عامّۀ صحت عقود نمیشود.

پس ولو ما دلیل لفظی مطلقی نداریم که از معاملۀ غرری نهی کرده باشد ولی باتوجه به این مطلب که عقلاء معامله ای که در آن یکی از عوضين مجهول باشد را انجام نمیدهند ، لذا معاملات غرری و مجهول از تحت ادلۀ عامّۀ صحت عقود خارج میشوند و حکم به بطلان آنها میشود و به این ترتیب نتیجه گرفته میشود که : عدم الغرر شرط صحت همۀ معاملات أعم از بیع ، اجاره و .... است و اینگونه نیست که تنها غرر در خصوص بیع نفی شده باشد. این فرمایش مرحوم خویی بود.

البته ایشان این مطلب را در کتاب الاجاره برای اثبات اعتبار وشرطیت معلومیّت منفعت بیان کرده اند ، آیا این مطلب در مورد شرط هم ثابت است یا نه؟

ممکن است نسبت به شرط هم گفته شود که : عقلاء در جایی ملتزم به شرط میشوند که حدود شرط معلوم باشد ولی اگر حدود شرط معلوم نباشد دیگر عقلاء ملتزم به آن نمیشوند و به اصطلاح چک سفید به افراد نمیدهند. بنابراین از آنجا که ادلۀ لزوم وفاء به شروط مانند « المؤمنون عند شروطهم » ناظر به شروط عقلائیه است و تنها شروط عقلائیه را امضاء و تنفیذ میکند لذا شامل این شرطِ مجهول که حدود آن معلوم نیست و عقلاء إقدام به آن نمیکنند ، نمیشود.

بر این اساس بعداً هم خواهد آمد که تعیین عوضین از مقومات معامله است و شارع حکم به لزوم وفاء به عقد مبهم و غیرمعیّن نمیکند چرا که عقد مبهم رایج عندالعقلاء نیست فلذا ادلۀ امضاء که ناظر به عقود رایج بین عقلاء است آن را شامل نمیشود. بنابر اين اگر کسی مالش را بنحو مردد اجاره بدهد و بگوید خانه را یکماهه به این مبلغ و دو ماهه به این مبلغ اجاره میدهم ومعیّن هم نکند که اجاره اش یکماهه است و یا دوماهه است این اجاره باطل است. یا اینکه بگوید مال را به نقد به این مقدار میفروشم و به نسیه به این مقدار میفروشم ولی احدالطرفین را مشخص نکند ، این بیع باطل است و ادلۀ امضاء این معامله را شامل نمیشود.

در نتیجه نسبت به اینکه آیا شرط مجهول فی حد نفسه (و با قطع نظر از ابطال معامله) ، باطل است یا نه؟ گفته میشود که : ولو در منابع حديثی اماميه روایت مطلقی که غرر را بنحو مطلق نفی بکند وجود ندارد ولی با این دلیلی که مرحوم آقای خویی بیان کرده اند میتوانیم ثابت کنیم که شرط مجهول باطل است.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیست و دوم ـ معاملات مستحدثه ـ 22/9/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

بحث در قسمت اولِ مصداق نهم از مصادیقی بود که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است.

در قسمت اول بحث در این بود که : آیا جهالت شرط موجب فساد عقد هم میشود یا نه؟ و اگر موجب فساد عقد نباشد آیا جهالت شرط موجب بطلان و فساد خود شرط میشود یا نه؟

در این قسمت بیان شد که : اگر شرطی که در ضمن معامله قرار داده میشود بنحوی باشد که جهالتِ شرط در مجموع و بحسب دید عرفی موجب جهالت نسبت به عوضین هم حساب بشود و عرف در مجموع این معامله به همراه شرطش را غرری ببیند ، در اینصورت جهالت شرط موجب جهالت در عقد و بطلان عقد میشود.

ولی اگر جهالت شرط موجب جهالت أحد العوضین و غرری بودن اصل معامله نشود بلکه عرف این شرط را یک امر مباین و مستقل از عقد حساب بکند که جهالتش به جهالت أحدالعوضین سرایت نمیکند ، آیا این شرط باطل و فاسد یا نه؟

در جلسه قبل بیان شد که : گاهی جهالت نسبت به شرط ـ یعنی همان تعهد و التزامی که شخص در ضمن معامله داده است ـ موجب میشود که خود شرط ـ نه معاملۀ متضمن آن ـ حالت غرری پیدا بکند و به اصطلاح در این موارد گفته میشود که : شخص با این شرطی که پذیرفته است به دیگری چک سفید داده است ؛ در اینصورت چنانچه فرمایش مرحوم شیخ را پذیرفتیم و گفتیم که روایتی که در آن از مطلق غرر نهی شده است ـ یعنی « نهی النبی(ص) عن الغرر » ـ قابل استناد است ، بوسیلۀ همین روایت حکم به فساد و بطلان این شرط میکنیم. و إلا اگر همانطور که بیان شد گفتیم که سند این روایت مشکل دارد و ما چنین روایتی در منابع امامیه نداریم ، میبایست به سراغ آن دلیلِ جایگزینی که مرحوم آقای خویی بیان کرده اند ، برویم. البته آن دلیلی که مرحوم آقای خویی بیان کردند در صورتی قابل استناد است که خود التزام و شرط امر مجهولِ مطلق و بمنزلۀ چک سفید باشد ، چرا که در این موارد است که عقلاء إقدام به پذیرش چنین شرطی نمیکنند فلذا این شرط از تحت عمومات دالّ بر نفوذ شرط مثل « المومنون عند شروطهم » که ناظر به شروطِ رایج عند العقلاء است ، خارج میشود ولی اگر شرط مجهول باشد ولی جهالتش به اندازه ای نباشد که غرری حساب شود یا بعبارت دیگر بمنزلۀ چک سفید باشد که عقلاء ملتزم به آن نمیشوند با اين دليل نمينوان حکم به بطلان وفساد آن کرد .

لذا این فرمایش و دلیلی که مرحوم آقای خویی بیان کردند برای اینکه ما یکی از شرائط صحت شرط را معلومیّت شرط بدانیم ، کافی نیست چرا که ممکن است که شرط مجهول باشد ولی جهالتش به اندازه ای نباشد که غرری حساب شود و بمنزلۀ چک سفید باشد .

توضیح مطلب این است که : جهالت نسبت به معاملات به دو نحو قابل تصویر است : گاهی جهالت نسبت به معامله به نحوی است که موجب غرر میشود و گاهی جهالت نسبت به معامله به این اندازه نیست یعنی در معامله جهالت وجود دارد ولی جهالت موجود در معامله به اندازه ای نیست که موجب شود به آن معامله ، معاملۀ غرری گفته شود.

باتوجه به این مطلب گفته میشود که : در بعضی از معاملات و عقود معلومیّت از هر دو جهت شرطیت و اعتبار دارد یعنی در آن معاملات هیچ نحوه جهالتی نباید وجود داشته باشد ولو آن جهالت از نظر عرفی موجب غرر نشود ولی در بعضی از معاملات و عقود اینگونه نیست یعنی آنچه که در آنها شرطیت و إعتبار دارد این است که : نباید در آنها جهالتی که بنظر عرفی موجب غرر میشود وجود داشته باشد ولی اگر جهالتی که در آنها وجود دارد کمتر از میزان غرری بودن باشد ، این میزان از جهالت مضّر به معامله نیست.

بعنوان مثال آنچه که در باب بیع ـ باتوجه به ادله ای که در مورد آن وجود دارد ـ شرطیت دارد این است که : هیچ نحوه جهالتی نباید در آن وجود داشته باشد ولو آن جهالت از نظر عرفی موجب غرر نشود بلکه میبایست از جمیع جهات معلوم باشد.

بر این اساس گفته اند که : چیزی که با کیل و وزن خریده میشود میبایست مقدار آن از جهت کیل و وزن معلوم باشد و چنانچه این شیء را بدون اینکه وزن آن را مشخص کنند بفروشند حتی اگر این امر موجب غرر و تنازع هم نشود باز هم معامله باطل است. مثلاً اگر فروشنده یک کارتن میوه را بدون اینکه آن را وزن بکند جلوی مشتری بگذارد و بگوید من این کارتن میوه را به تو به این ثمن میفروشم و مشتری هم قبول کند و با رضایت آن کارتن میوه را بخرد با اينکه غرر و خطر کردن وجود ندارد ؛ بازهم حکم به بطلان این معامله میشود.

همچنین در باب نکاح موقت ـ برخلاف نکاح دائم ـ هم شرط است که مهریه از جمیع جهات و خصوصیات معلوم باشد و هیچ نحوه جهالتی ولو موجب غرر نشود در آن وجود نداشته باشد.

در مقابل آنچه که در باب نکاح دائم شرط است این است که : مهریه معلوم باشد و جهالتی که موجب غرر میشود در آن وجود نداشته باشد یعنی امری نباشد که مورد تنازع واقع بشود ولی مشخص بودن مهریه از جمیع جهات در نکاح دائم شرط نیست.

حال با توجه به این مطلب که در مورد معاملات بود نسبت به شرط هم میگوییم که : جهالت شرط گاهی بنحوی است که موجب میشود خود شرط غرری حساب بشود یعنی التزام به آن ، التزام همراه با ریسک و غرر حساب میشود ولی گاهی جهالت شرط به این اندازه نیست یعنی موجب نمیشود که شرط غرری بحساب بیاید مثلاً اگر شرطِ حق فسخ و خیار برای أحد الطرفین قرار بدهند ولی مدت و میزان آن را مشخص نکنند که تا چه زمانی این حق خیار وجود دارد ؛ در اینجا نسبت به این شرط جهالت وجود دارد ولی جهالت آن موجب نمیشود که به این شرط و التزام ، التزام غرری و به همراه ریسک گفته بشود.

بر اين اساس آن دلیلی که مرحوم آقای خویی برای إعتبار و شرطیت معلومیت شرط بیان کردند تنها آن شروطی که غرری باشند را شامل میشود یعنی آن دلیل میگوید اگر شرط غرری شد ، آن شرط فاسد و باطل است ولی دیگر نسبت به آن شرطی که در آن جهالت وجود دارد ولی آن جهالت به میزانی نیست که به آن غرری گفته شود ، این دلیل نمیتواند فساد و بطلان آن را ثابت کند.

پس باتوجه به اینکه عنوان وارد در « المومنون عند شروطهم » عنوان شرط است و مراد از آن شرطِ رائج عندالعقلاء است ، این دلیل به اطلاقش شامل شرطی که مجهول باشد ولی جهالت آن به حدّی نباشد که در نظر عرف غرری حساب بشود، هم میشود و دلالت بر صحت و نفوذ آن ميکند .

بله چنانچه جهالت عقد یا شرط موجب بشود که آن عقد یا شرط قابل عمل کردن و وفاء نباشد در اینصورت ادلۀ صحت عقود و صحت شروط این شرط یا عقد را شامل نمیشود ، دلیل این مطلب هم همان نکته ای است که در مباحث اصولی در موارد متعددی بیان شده است که : جعل حکمی که قابل وصول به مکلف نباشد ویا بعد از وصول قابلیت امتثال نداشته باشد ، لغو است. و هرکجا به حکمی برخورد کردیم که آن حکم در خارج قابل پیاده کردن نباشد این امر موجب میشود که ما کشف بکنیم که در مقام ثبوت چنین حکمی وجود ندارد.

از باب تطبیق در بحث اجتهاد و تقلیدِ عروه این مسئله هست که : اگر معامله ای واقع شده باشد که بنظر اجتهادی یا تقلیدیِ أحدالطرفین آن معامله صحیح است ولی بنظر اجتهادی یا تقلیدیِ طرف آخر آن معامله باطل است ، حکم این معامله در مجموع چیست ؟

یا مثلاً اگر نکاحی واقع شده باشد که این نکاح بحسب نظر اجتهادی یا تقلیدیِ زوج صحیح است ولی بنظر اجتهادی یا تقلیدیِ زوجه باطل است ، حکم این نکاح چیست؟

نوع اعلام از جمله مرحوم سید در این قسمت فرموده اند : این معامله یا نکاحی که برای یکطرف قابل رعایت نیست حتی بلحاظ طرف آخر که بنظر او معامله یا نکاح صحیح هست هم باطل است چرا که عقد متقوم به طرفین است و این عقد متقوم به طرفین بلحاظ هر دو طرفِ معامله قابل ترتیب اثر دادن نیست.

هرچند بعض الاعلام در خصوص این مسئله ـ یعنی مسئلۀ اختلاف طرفین عقد در اجتهاد یا تقلید ـ فرموده اند : هرکدام از اینها بر طبق وظیفه خودش عمل بکند و مثلاً اگر زوج که معتقد به صحت است قدرت این را داشت که بر نکاح ترتیب اثر بدهد ، این کار را بکند ولی زوجه که معتقد به فساد است به اختیار خودش نمیتواند تمکین بکند ولی اگر مجبور شد ، این از باب الجاء است و حساب دیگری دارد.

ولی همانطور که کثیری از اعلام فرموده اند ، صحیح این است که : ترتیب آثار در این موارد ممکن نیست.

علی ای حالٍ این مسئلۀ اختلاف طرفین عقد در نظر ، یک تطبیق بود ولی قاعدۀ عام که مورد پذیرش جمیع است ، این است که : اگر حکمی در مقام عمل برای افرادی که مبتلای به آن هستند قابلیت موافقت و ترتیب اثر دادن را نداشته باشد از این امر کشف میکنیم که در مقام ثبوت چنین حکمی وجود ندارد.

بعداً هم در بحث شرائط عوضین در این بحث که : آیا تردید در عقد و بیع موجب بطلان عقد میشود یا نه؟ همین مطلب گفته میشود که : از آنجا که عقد مردد قابلیت لزوم وفاء ندارد لذا ادلۀ امضاء مانند « اوفوا بالعقود » «أحل الله البیع » و ... عقد و بیع مردد را شامل نمیشود.

هرچند اینگونه نیست که عنوان « فرد مردد » در هیچ کجا موضوع اثر نباشد بلکه ممکن است که در بعضی از موارد موضوع اثر باشد مثلاً در بحث تعادل و تراجیح نسبت به اینکه آیا بوسیلۀ دو دلیل متعارض نفی ثالث میشود یا نه؟ این بحث مطرح شده است که : آیا دلیل حجیت در موارد تعارض أحدهمای لابعینه را میگیرد یا نه ؟ در آنجا بعضی از اعلام مانند مرحوم اصفهانی فرموده اند : دلیل حجیت أحدهمای لابعینه را نمیگیرد چرا که أحدهمای لابعینه لاوجود له و لا ماهیه له ، یعنی حقیقتی ندارد تا اینکه موضوعِ حکمی از احکام قرار بگیرد ، و به این ترتیب این احتمال که در موارد تعارض از باب حجیت أحدهمای لابعینه نفی الثالث بشود را نپذیرفته اند و مرحوم آقای خویی هم این مطلب ایشان را پذیرفته اند.

ولی در مقابل به ایشان جواب داده شد که : بله أحدهمای لابعینه وجود واقعی وحقیقی ندارد ولی از نظر ترتیب آثار عقلائی در بعضی از موارد عنوان « احدهما » عند العقلاء موضوع اثر است و شاهدش هم این است که خود مرحوم آقای خویی در کتاب الخمس فرموده اند : اگر شخصی نسبت به مال مختلط به حرام در مقدار مال حرام شک بکند مثلاً مشخص است که ده درصد این مال حرام و مالِ غیر است ولی نمیداند که ده درصد دیگر هم مال غیر است یا نه؟ در اینجا نسبت به ده درصدی که مشکوک و مردد است بین اینکه مال خود شخص است یا مال غیر است ، قاعدۀ ید جاری میشود و بر اساس قاعدۀ ید اثبات میشود که : مقدار حرام همان ده درصد یقینی و معلوم است.

و یا اینکه در باب طهارت فرموده اند : اگر کسی به این نحو علم اجمالی داشته باشد که : یقین دارد که يکی از دو لباس نجس است ولی نسبت به لباس ديگر هم احتمال طهارت آن را ميدهد و هم احتمال نجاست را ، در اینجا اصاله الطهاره و قاعدۀ طهارت در أحدهمای لابعینه جاری میشود چرا که بر آن اثر مترتب میشود و اثر آن ، این است که : با اجرای قاعدۀ طهارت در احدهمای لابعینه ، اگر با هر دو لباس نماز بخواند تکلیف از گردنش ساقط است چرا که با اجرای اصاله الطهاره و خواندن نماز با هر دو لباس احراز میکند که نمازش را با ثوب طاهر به حکم ظاهری خوانده است. و همین مقدار از اثر کافی است برای اینکه نسبت به فرد مردد اصاله الطهاره جاری بشود.

ولو در بعضی از موارد میتوان ملتزم به این شد که فرد مردد موضوع حکم قرار میگیرد ولی نسبت به اینکه آیا عقد مردد قابلیت صحت را دارد یا نه ؟ گفته میشود که : باتوجه به اینکه بر صحت عقد مردد اثری مترتب نمیشود لذا ادلۀ امضاء شامل آن نمیشود.

باتوجه به این مطالب نسبت به شرط که محل بحث در این مورد نهم است ، گفته میشود که : اگر جهالت در شرط به اندازه ای نباشد که شرط غرری بشود و همچنین به اندازه ای هم نباشد که غیر قابل عمل کردن باشد ، مشمول ادلۀ صحت شروط مثل « المومنون عند شروطهم » میشود.

بر این اساس نوعاً در کلمات فقهاء متأخر در قسمت شرائط صحت شرط بیان شده است که : از شرائط صحت شرط اینست که مجهول نباشد ولی آنچه که مضرّ است جهالت موجب الغرر است ولی مطلق الجهالۀ در شرط مضرّ به صحت شرط نیست. مرحوم آقای خویی هم در منهاجشان فرموده اند که : « بل الظاهر جواز شرط أمرٍ مجهولٍ أیضاً إلا إذا کانت الجهالة موجبة لأن یکون البیع غرریا فيفسد البيع حينئذ ».

این مطالب مربوط به قسمت اول مصداق نهم بود.

اما قسمت دوم از مصداق نهم که ذیل مصداق نهم آمده است ، این بود که : اگر شرط شده باشد که احد الطرفین ـ طرف قوی معامله ـ بتواند در صورت داشتن دلیل موجه شروط معامله را تغییر بدهد ، این مشکلی ندارد و بر اساس آن شرط ، طرف قوی حق دارد شروطی که حین حدوث معامله گذاشته شده بود را در صورت وجود مصلحت عوض بکند و تغییر بدهد هرچند که بعد از تغییر مشتری میتواند کلّ معامله را رد کند یا اینکه با همین شرط تغییر داده شده ، بپذیرد. گفته اند که : در اینصورت دیگر این شرط از مصادیق شرط غیرمنصفانه نیست.

حال بحث در این است که : آیا تغییر در عقد بعد از انعقاد عقد صحیح است و میتوان حکم به صحت این شرط کرد یا نه؟

جواب نسبت به این قسمت قبلاً بیان شده است که : آن شرطی که موضوع وجوب وفاء است شرطی است که در حین حدوث عقد در ضمن عقد قرار داده شده است و یا اینکه بعنوان شرط ارتکازی عقد مبنیّاً بر آن شرط منعقد شده است ولی شروطی که بعد از تمام شدن قرارداد به معامله اضافه میشوند لزوم وفاء ندارند حتی اگر با توافق و تراضی طرفین اضافه شوند.

بر این اساس نسبت به عقدنامه های نکاح گفته میشود که : اگر ابتداء صیغۀ عقد را بخوانند و بعد از تمام شدن و اجرای صیغۀ عقد بخواهند شروطی را به آن اضافه بکنند ، بر این شروط اضافه شده هیچ اثری مترتب نمیشود حتی اگر بصورت توافقی آن شرط را قرار بدهند. چرا که آن شرطی که معتبر و لازم الوفاء است شرط در ضمن عقد است که در متن عقد ذکر شده است و عقد در حال اجراء مبنی بر آن باشد و یا اینکه اگر مذکور در عقد نیست از قبیل شروط ارتکازی باشد که عقد مبنیّاً بر آن منعقد شده باشد و إلا شرطی که از این قبیل نباشد لازم الوفاء نیست.

در نتیجه نسبت به قسمت دوم از مورد نهم گفته میشود که : هیچ وجهی برای صحت این شروطی که طرف قوی میخواهد آنها را بعداً به معامله اضافه کند ، وجود ندارد حتی اگر با توافق و تراضیِ طرفین باشد.

در آخرِ مورد نهم هم آمده است که : همچنین این بند شامل شروطی است که به فروشندۀ کالا یا ارائه کنندۀ خدمات حق تغییر یکجانبۀ شروط قراردادی را حتّی در صورتی که زمان آن نامشخص باشد ، إعطاء می نماید.

و حکم این قسمت هم مانند قسمت قبلی است و نسبت به آن گفته میشود که : هیچ وجهی برای صحت این شروطی که بعداً به معامله اضافه میشوند وجود ندارد.

در نتیجه نسبت به قسمت اول مورد و مصداق نهم که مربوط به شرط مجهول بود گفته میشود که : شرط مجهول چنانچه غرری نباشد و موجب غرر در معامله هم نشود ، صحیح است. فلذا در خصوص این قسمت نوبت به این میرسد که ببینیم : آیا میتوان از باب غیر منصفانه بودن حکم به بطلان این شرط مجهول بکنیم یا نه؟ جواب اين سؤال هم معلوم است چون صرف مجهول بودن شرط با فرض عدم صدق غرر موجب غيرمنصفانه بودن نميشود .

#### تطبيق دهم :

مورد و مصداق دهمی که در آن دستورالعمل بعنوان شرط غیرمنصفانه بیان شده است، این است : «شرطی که به فروشندۀ کالا یا عرضه کنندۀ خدمات حق تغییر شرائط قراردادی را بصورت یکجانبه و بدون هیچ گونه دلیل معتبری که در قرارداد به آن اشاره شده باشد ، اعطاء مینماید. در واقع فروشنده حق خواهد داشت که بدون آنکه در قرارداد دلایل موجهی برای آن ذکر شده باشد شروط قراردادی را بصورت یکجانبه تغییر بدهد.

نسبت به این مورد و شرط دهم هم گفته میشود که : اگر مراد از این مورد دهم تغییر و دستکاری در شروطِ قرارداد باشد بنحوی که به تغییرِ عوضین برنگردد ، در اینصورت حکم این مورد همان حکمی است که نسبت به قسمت دوم از مورد نهم بیان شد که : شروطی که بعد از انعقاد عقد گذاشته میشوند موضوع لزوم وفاء نیستند و هیچ اثری بر آنها مترتب نمیشود.

و اگر مراد از این مورد دهم دستکاری و تغییر در متن قرارداد باشد بنحوی که به تغییر عوضین برگردد ، در اینصورت هم این مورد به مورد یازدهم برمیگردد که بعداً خواهد آمد.

بر این اساس مصداق و شرط دهم در یک تقدیر از مصادیق استثناء از شرط نهم میشود و در یک تقدیر از مصادیق شرط یازدهم میشود.

#### تطبيق يازدهم :

مصداق و مورد یازدهمی که در آن دستورالعمل بعنوان شرط غیرمنصفانه قرار داده شده است ، این است : شرطی که به فروشندۀ کالا یا عرضه کنندۀ خدمات حق بدهد که اوصاف و ویژگی های کیفیِ موضوعِ قرارداد را که در قرارداد تعیین شده است تغییر داده و کالا یا خدمات را با کیفیتی که خودش تعیین میکند عرضه نماید .»

 این شرط از مصادیق شرط غیرمنصفانه ذکر شده است. مثلاً اگر مبیع در قرارداد ماشین با خصوصیات خاصّه بود ، فروشنده با شرطی که به نفع او گذاشته شده است حق این را داشته باشد که خصوصیات ماشین را تغییر بدهد و یا خصوصیت دیگری جایگزین بکند که از جهت مالی هزینۀ کمتری برای او دارد. این مفاد مصداق و مورد یازدهم بود.

اشکال نسبت به این مورد هم این است که : این شرط فی حدنفسه وبا قطع نظر از غیر منصفانه بودنش، شرط صحیحی نیست چرا که آنچه که موضوعِ امضاء است هم به بنای عقلا و هم به حسب ادله شرعيه « حدوث عقد بما له من المضمون » است یعنی عقد با همان مضمون حدوثی اش موضوع وجوب وفاء و ترتیب اثر است و عقدی که مثلاً در یک هفته قبل منعقد شده است معنا ندارد که بصورت يک طرفه يا با توافق طرفين تبديل به عقد ديگر شود ، اگر بعد از يک هفته در آن تغيير داده شود موضوع ادلۀ امضاء نیست فلذا حتی با تراضی هم نمیتوان در مضمون عقد تغییر ایجاد کرد. مگر اینکه همانطور که قبلاً بیان شد این تغییر متن عقد و خصوصیات موضوعِ عقد به فسخ عقد قبلی و انشاء عقد جدید برگردد و إلا مجرد توافق طرفین عقد برای تغییر مضمون عقد هیچ ارزشی ندارد و اثری بر آن مترتب نمیشود.

والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیست و سوم ـ معاملات مستحدثه ـ 5/10/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### تطبيق دوازدهم :

بحث به مصداق و مورد دوازدهمی رسید که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه ذکر شده است.

شرط دوازدهم این است: « شرطی که بر اساس آن قیمت کالا در زمان قرارداد مشخص نبوده و به هنگام تحویل آن مشخص شود و یا اگر هم در زمان انعقاد قرارداد قیمت مشخص شود فروشندۀ کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات حق داشته باشد که قیمت را در زمان تحویل افزایش دهد بدون آنکه در صورت فاحش بودن اختلاف قیمت مورد توافق با قیمت تعیین شده توسط فروشنده ، حق فسخ قرارداد را به خریدار یا دریافت کنندۀ خدمات بدهد.»

این مصداق دوازدهمی است که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه ذکر شده است.

همانطور که مشخص است این مصداق دو قسمت دارد ، در قسمت اول شرطی در معامله گذاشته شده است که بر اساس آن قیمت کالا و یا قیمت خدمتی که انجام میشود مشخص نیست مثلاً در بیع در وقت انعقاد قرارداد ثمن مشخص نیست و یا در اجاره در وقت انعقاد قرارداد أجرت مشخص نیست بلکه قیمت ها در زمان تحویل کالا یا خدمت توسط فروشنده کالا و یا عرضه کنندۀ خدمات مشخص میشود.

در قسمت دوم هم شرطی در معامله گذاشته شده است که بر اساس آن فروشنده و یا عرضه کننده خدمات میتواند قیمتی که در ابتدای معامله بر آن توافق شده است را تغییر بدهد بدون اینکه خریدار یا مصرف کنندۀ خدمات حق فسخ داشته باشد و بتواند از این معامله ای که قیمتش تغییر داده شده است فرار کند.

حال میبایست این مصداق دوازدهم را مانند مصادیق قبلی در دو موضع و دو مرحله بررسی کنیم :

موضع اول از بحث این است که : آیا این شرط ـ در هر دو قسمت از این مصداق دوازدهم ـ فی حد نفسه و با قطع نظر از غیرمنصفانه بودنش صحیح و به حکم اطلاقات شروط لازم الوفاء است یا اینکه این شرط فی حدنفسه باطل است و اثری بر آن مترتب نیست؟

موضع دوم از بحث هم این است که : در صورت صحیح بودن این شرط آیا این شرط مصداق شرط غیر منصفانه هست یا نه؟

اما در موضع اول از بحث گفته میشود که : شرطی که در قسمت اول از این مصداق دوازدهم بیان شده عبارتست از اینکه : قیمت کالا یا خدمات در حین انعقاد قرارداد مشخص نشود بلکه قیمت در زمان تحویل کالا یا خدمات معیّن بشود. مشخص و واضح است که این شرط فی حدنفسه شرط فاسدی است و معامله ای که در آن قیمت کالا یا خدمات معین و مشخص نشود معاملۀ باطلی است چرا که از شرائط صحت معامله معلومیّت و تعیین عوضین است و مشخص نبودن ثمن در بیع و مشخص نبودن أجرت در قرارداد اجاره موجب بطلان معامله میشود.

در نتیجه این شرطی که در قسمت اول از مصداق دوازدهم بیان شده فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش شرط باطلی است.

بر همین اساس مشخص میشود که : اینکه در بعضی از موارد خودرویی از طریق ثبت نام خریده میشود ولی قیمت نهایی خودرو در وقت ثبت نام معیّن نیست بلکه موکول به زمان تحویل است ، این نحوه از معامله معاملۀ باطلی است و در این موارد بیع صحیحی اتفاق نمی افتد.

 وقتی که بیع و معامله صحیح نبود آن پولی که متقاضیِ خودرو به اسم پیش پرداخت به فروشنده داده است در حقیقت مصداق قرض است یعنی این مال به فروشنده تملیک شده است ولی نه تملیک مجانی بلکه تملیک مع الضمان ، که این تملیک مع الضمان همان حقیقت قرض است. و وقتی که این اعطاء مال به فروشنده حقیقتاً مصداق قرض بود به تبع آثار قرض بر آن مترتب میشود نه آثار پیش پرداخت ثمن خرید خودرو. این در صورتی است که قیمت خودرو در ابتداء مشخص نشود و تعیین قیمت او موکول به زمان تحویل خودرو باشد.

ولی چنانچه در قرارداد ابتدائی قیمت نهایی خودرو معیّن و معلوم باشد و بعد شخص بعنوان پیش پرداخت پولی را به فروشنده بدهد ، این اعطاء مال در حقیقت پرداخت ثمن خودرو است و خريدار بخشی از پول ماشین را به فروشنده داده است و در اینصورت دیگر این پیش پرداخت مصداق قرض نمیشود.

از جمله آثاری که بر قرض بودن این مال مترتب میشود ، تعلق خمس به این مال است. یعنی اگر معامله ، معاملۀ صحیحی باشد و شخص بحسب وضعیت زندگی خودش احتیاج به این داشته باشد که چنین مقدماتی را طی بکند یعنی ابتداء ثبت نام بکند و بخشی از ثمن را بپردازد تا بعد به ماشین دلخواه خودش برسد ، این پولهایی که از قبل پرداخت میکند مصداق صرف در مؤونه میشود و مانند جایی میشود که انسان برای ساخت خانه ابتداء در یکسال زمین را میخرد بعد در سال بعد قسمتی از خانه را میسازد و کذلک در سالهای آینده تا اینکه بعد از پنج سال مثلا خانه آمادۀ سکونت میشود ؛ در این مورد آن پولهایی که شخص در این پنج سال صرف در ساخت خانه کرده است مصداق صرف در مؤونه است یعنی شخص فائده را صرف در مؤونه کرده است و خمس ندارد.

همچنین در باب تهیّۀ جهیزیه برای دختر قبل از ازدواج باتوجه به اینکه متعارف این است که جهیزیه بصورت تدریجی تهیّه میشود ، در اینجا آن مقداری از پول که صرف خرید اجناس شده است مصداق صرف در مؤونه است و خمس ندارد.

پس اگر معاملۀ ماشین معاملۀ صحیحی باشد این پرداخت بخشی از ثمن در ابتدای قرارداد مصداق صرف در مؤونه است و خمس ندارد ولو که ماشین را بعد از یکسال به او بدهند.

ولی اگر معاملۀ ماشین معاملۀ باطلی بود یعنی بخاطر عدم تعیین قیمت ماشین معامله باطل بود در اینصورت همانطور که بیان شد این پولی که شخص بعنوان پیش پرداخت به فروشنده داده است حقیقتاً مصداق قرض است و در جائیکه شخص فائدۀ بدست آمدۀ خودش را به دیگری ـ چه محتاج باشد و چه محتاج نباشد ـ قرض بدهد در صورتی که سال بر او بگذرد این پول متعلق خمس میشود.

در نتیجه نسبت به شرطی که در قسمت اول از مصداق دوازدهم بیان شد گفته میشود : از آنجا که باتوجه به این شرط قیمت کالا یا اجرت خدمت در ابتداء و حین قرارداد معلوم و مشخص نیست لذا این نحوه شرط گذاشتن در معامله فی حدنفسه باطل است.

این مطالب مربوط به قسمت اول از مصداق دوازدهم بود.

اما شرطی که در قسمت دوم از مصداق دوازدهم بیان شد ، این بود که : ولو در زمان انعقاد قرارداد ثمن کالا و یا اجرت خدمات معین و مشخص است ولی در ضمن معامله شرط میشود که فروشندۀ کالا و یا ارائه دهندۀ خدمات حق این را دارد که در زمان تحویل قیمت را افزایش بدهد و طرف مقابل هم ملزم است که این معامله را بپذیرد و حق فسخ معامله را ندارد.

آیا این شرط فی حدنفسه شرط صحیح است یا نه؟

نسبت به این قسمت هم گفته میشود که : همانطور که در ذیل مصداق یازدهم و همچنین قبلاً در بحث تعدیل قراردادها بیان شد ، چنانچه معامله ای با مضمون خاص و تعیین عوضین به نحو خاص منعقد شده باشد أحد الطرفین و یا حتی طرفین مع التراضی و التوافق هم نمیتوانند معامله را تبدیل به معاملۀ دیگری با مضمون جدید بکنند چرا که آنچه که ـ هم بحسب بناء عقلاء و هم بحسب ادلۀ شرعیه ـ موضوع صحت و نفوذ عقود و قراردادها است عقد بما له من المضمون الحدوثی است و عقد با هر مضمونی که حادث شده است ادلۀ لزوم و صحت عقد آن را شامل میشود و آن توافقی که بعداً صورت میگیرد نمیتواند نفوذ عقد سابق را از بین ببرد.

بنابراین ما اگر این شرطی که در قسمت دوم مصداق دوازدهم وارد شده است را باتوجه به عباراتی که در مورد آن آمده است در نظر بگیریم این شرط ، شرط باطل و غیر قابل التزامی است.

اما همانطور که قبلاً در بحث تعدیل قراردادها بیان شد بعض الاعلام در منهاجشان برای تصحیح معامله در فروشگاههایی که میخواهند بر اساس فاکتور خرید جنسشان را بفروشند ولی هنوز فاکتور خرید نرسیده است ، دو راه حل بیان کردند چرا که اگر بخواهند از ابتداء قیمت را معیّن نکنند و تعیین قیمت را موکول به رسیدن فاکتور و قائمه الشراء بکنند در اینصورت معامله صحیح نیست.

راه حل اول این بود که فرمودند : ابتداء معامله را به یک ثمن معیّنی برقرار و منعقد میکنند ولی در ضمن معامله شرط میشود که احد الطرفین یا کلا الطرفین در صورتی که ثمن تعیین شده مناسب با فاکتور خرید نباشد حق فسخ داشته باشند مثلاً اگر فروشنده بعد از آمدن فاکتور ببیند که جنسش را خیلی ارزان تر از قیمت بازاری داده است بتواند معامله را فسخ بکند و یا اینکه خریدار بعد از آمدن فاکتور ببیند که جنس را خیلی گران تر از قیمت اصلی خریده است بتواند معامله را فسخ بکند.

راه حل دومی که بیان کردند این بود که : معامله به ثمن معیّن و مشخصی انجام بشود ولی در ضمن معامله شرط کنند که آن طرفی که بحسب فاکتور کالا نفع بیشتری به او رسیده است ، ضرر طرف مقابل را تدارک بکند مثلاً اگر فروشنده جنس را به یک میلیون بفروشد ولی بعداً معلوم بشود که قیمت آن بحسب فاکتور یک میلیون و دویست هزار تومان بوده مشتری میبایست این مابه التفاوت را تدارک بکند. و همچنین اگر خریدار جنس را به یک میلیون و چهارصد خریده باشد ولی بعداً معلوم بشود که قیمت بحسب فاکتور یک میلیون و دویست هزارتومان بوده فروشنده میبایست این ما به التفاوت را تدارک بکند. این هم راه حلّ دومی بود که ایشان در آن بحث مطرح کردند.

قبلاً هم بیان شد که اگر این دو راه حلی که ایشان در آن بحث بیان کردند تمام باشند میتوان از آنها در بحث تعدیل قراردادها هم استفاده کرد در این محل بحث که مصداق دوازدهم باشد هم میتوان از آنها استفاده کرد.

ولی آیا این دو راه حل تمام است و مشکل را در آن مثال انتظار فاکتور خرید در فروشگاهها حل میکند یا نه؟

قبلاً بیان شد که : راه حل اول بصورت فی الجمله صحیح است ولی تمام غرض معاملی طرفین را تأمین نمیکند چرا که غرض فروشنده از فروش این است که جنسش را بفروشد و دیگر در مغازه باقی نماند لذا اگر معامله بنحوی باشد که خریدار حق فسخ داشته باشد و بتواند معامله را فسخ بکند در اینصورت این غرض معاملی تامین نمیشود.

پس صرف قراردادن حق فسخ برای یکطرف و یا هر دو طرف معامله ولو از ضرر احدالطرفین جلوگیری میکند ولی غرض معاملی در بین را تأمین نمیکند مگر اینکه علاوه بر شرط حق فسخ برای احد الطرفین یا کلا الطرفین یک شرط دیگری هم به معامله اضافه شود و آن این است که : مثلاً فروشنده بعد از آمدن فاکتور خرید چنانچه قیمت قرارداده شده در معامله مناسب با فاکتور خرید نبود حق این را داشته باشد که معامله را فسخ بکند و از جانب مشتری وکیل باشد که با قیمت مناسب با فاکتور معاملۀ جدیدی را انجام بدهد. که در آن معاملۀ دوم فروشنده کالا را به مشتری میفروشد و از جانب مشتری هم وکالهً قبول میکند. و همچنین اگر بعد از آمدن فاکتور مشخص شود که مشتری ضرر کرده است او بتواند معامله را فسخ بکند و با وکالتی که از جانب فروشنده دارد بتواند معاملۀ جدیدی را با قیمت مناسب با فاکتور منعقد کند.

پس اگر حق الفسخی که بعض الاعلام بعنوان راه حل بیان کردند به وکالت بنحو شرط النتیجه و در ضمن عقد ـ که قابلیت عزل را ندارد ـ ضمیمه بشود ، راه حل را تمام میکند و با این راه حل میتوان به تمام غرض معاملی دست پیدا کرد.

در اینصورت با استفاده از این راه حل میتوان در این قسمت دوم از مصداق دوازدهم هم مشکل را حل کرد و اگر شرطی که قرار میدهند به این نحو باشد ، این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی خواهد بود. فلذا نوبت به این میرسد که آیا این شرطِ صحیح از جهت غیر منصفانه بودن اشکال دارد یا نه؟

و در این قسمت هم که در واقع موضع دوم از بحث است ، گفته میشود که : اگر مقداری که اضافه میکند فاحش و گزاف باشد این شرط مصداق شرط غیر منصفانه خواهد بود فلذا هر حکمی که نسبت به شرط غیر منصفانه بیان کردیم نسبت به این مورد هم خواهد آمد.

پس نسبت به راه حل اولی که بعض الاعلام بیان کردند گفته میشود که : این راه حل صحیح است ولی فی الجمله و نیاز به تکمیل و تصحیح دارد.

اما راه حل دوم ایشان این بود که فرمودند : طرفین معامله را به قیمت معیّن و مشخصی انجام بدهند ولی در ضمن معامله شرط میکنند که اگر کشف شد که قیمت تعیین شده مناسب با فاکتور کالا نیست طرفی که سود اضافه ای برده است میبایست مقدار اضافی را تدارک بکند و به طرف مقابل بدهد.

نسبت به این راه حل هم قبلاً بیان شده است که : این راه حل از دو جهت مبتلا به اشکال است :

اشکال اولی که نسبت به این راه حل وارد میشود این است که : در بعضی از موارد جهالت شرط موجب غرری بودن معامله میشود و اگر معامله غرری شد دیگر فساد شرط به فساد عقد هم سرایت میکند. حال نسبت به این شرطی که در راه حل دوم قرار داده شده است گفته میشود که : این شرط تدارک مجهول است و مقدار آن معلوم نیست که آیا اولاً تدارکی باید انجام بشود یا نه؟ و ثانیاً اگر تدارک لازم است میزان تدارک معلوم و مشخص نیست. و یا اینکه معلوم نیست که آن کسی که میبایست تدارک بکند چه کسی است ؟ آیا فروشنده میبایست تدارک بکند و یا اینکه مشتری میبایست تدارک بکند ؟ همۀ این خصوصیات در این شرطی که بعنوان راه حل قرار داده شده است مجهول است و این جهالت در شرط موجب غرری شدن اصل معامله میشود.

همانطور که اگر در ضمن خرید کالا شرط خیاطت بشود و مثلاً خیاطت مشتری للثوب را شرط بکنند و مشخص نباشد که مشتری چه نوع لباسی را میبایست بدوزد و قیمت آن معلوم نباشد ، دراینجا این شرط فاسد است و موجب غرری شدن اصل معامله میشود همچنین این شرط تدارک هم که خصوصیات و مقدار و کسی که میبایست آن را انجام بدهد معلوم نيست شرط فاسد است و موجب فساد و غرری شدن اصل معامله میشود و در مجموع اگر کسی به این معاملۀ مع الشرط نگاه بکند میگوید که : مقدار عوضین در این معامله معلوم و مشخص نیست. این اشکال اول به راه حل دوم بود.

اشکال دومی که به راه حل دوم وارد میشود این است که : اگر ثمن تعیین شدۀ در معامله ثمن کلی باشد نه ثمن شخصی و مال معیّن خارجی ، در مواردی که مال بصورت دِین بر عهدۀ مشتری قرار میگیرد ، اگر در معامله شرط شده باشد که ولو در بعضی از تقادیر بر مشتری لازم است که علاوه بر آن ثمنِ معیّن شده یک مال اضافه ای هم بپردازد ، این قسمت مشمول آن قاعده ای میشود که از صحیحۀ حلبی و محمد بن مسلم استفاده میشود که حضرت (ع) در آن میفرماید : هر گونه تغییر در کیفیت أداءِ دِین مشکلی ندارد مالم یزدد علی رأس ماله شیئا.

پس این راه حل دوم در بعضی از موارد مواجه با این اشکال میشود.

نتیجۀ بحث در این قسمت دوم از مصداق دوازدهم این شد که : اگر به همان ظاهر عباراتی که در مورد این قسمت دوم بیان شده است اکتفاء بشود یعنی شرط اینچنین باشد که احد الطرفین بتواند معاملۀ اول را تغییر بدهد و آن را تبدیل به معاملۀ جدیدی بکند ؛ در اینصورت معلوم است که این شرط ، شرط فاسدی است.

ولی اگر آنچه که در قسمت دوم آمده است به این نحو توجیه بشود که : أحد الطرفین یعنی فروشنده یا ارائه دهندۀ خدمات میتواند معاملۀ اول را فسخ بکند و بر اساس وکالتی که بنحو شرط النتیجه دارد معاملۀ جدیدی با قیمت جدیدی ببندد ، در اینصورت این شرط در قسمت دوم فی حدنفسه صحیح خواهد بود.

و از جهت اینکه مصداق شرط غیر منصفانه است یا نه ؟ این هم دائر مدار این است که : آن قیمت جدیدی که برای معامله قرار میدهد مبلغ گزافی باشد و یا مبلغ گزافی نباشد.والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیست و چهارم ـ معاملات مستحدثه ـ 6/10/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

#### تطبيق سيزدهم :

بحث به مورد و مصداق سیزدهم از مصادیقی رسید که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است. مصداق سيزدهم اين است : « شرطی که به فروشنده و یا عرضه کنندۀ کالا یا خدمات اختیار انطباق یا عدم انطباق کالا یا خدمت ارائه شده را با شروط قراردادی اعطاء مینماید و یا اینکه حق انحصاری تغییر هریک از شروط قرارداد را به فروشندۀ کالا یا عرضه کنندۀ خدمات اعطاء میکند.»

این مصداق هم مانند بعضی از مصادیق قبلی دو قسمت دارد : قسمت اولش این است که : شرط موجب بشود که اختیار انطباق و عدم انطباق کالا با آن حدود و خصوصیات تعیین شده به دست فروشنده باشد.

و قسمت دوم هم این است که : شرط موجب بشود که فروشنده حق تغییر شروط مندرج در قرار داد را داشته باشد.

حال میبایست هر یک از این دو قسمت را از دو جهت بررسی بکنیم : جهت اول این است که : آیا این شرط فی حدنفسه و باقطع نظر از غیر منصفانه بودنشان شرط صحیحی هست یا نه؟ و جهت دوم هم این است که : در صورت صحیح بودن این شرط فی حدنفسه آیا این شرط مصداق شرط غیرمنصفانه هست یا نه؟

اما قسمت اول : آیا شرطی که در آن بیان شده است که فروشنده اختیار تطبیق شروط بر مورد و کالای خاص یا خدمت خاص را داشته باشد ، این شرط فی حدنفسه شرط صحیح و قابل التزامی است یا نه ؟

قاعدۀ عام در این موارد این است که : اگر معامله بر مبیع کلی منعقد بشود نه بر عین شخصی مثلاً ماشین با اوصاف خاص و خصوصیات معين و یا یخچال با اوصاف خاص و خصوصیات معين مورد معامله قرار بگیرد ، در اینصورت آنچه که در مقام إعطاء به مشتری تحویل داده میشود میبایست مصداق آن کلی باشد مثلاً آن ماشین یا یخچال میبایست خصوصیات و صفات آن کلی را داشته باشد و إلا اگر آن خصوصیات و صفات در کالا نباشد این تحویل وفاء نسبت به معامله حساب نمیشود و مشتری الزامی نسبت به دریافت آن ندارد.

و بر همین اساس است که در بحث اجاره و غیر اجاره در فرق بین شرط و قید در کلام اعلام از جمله مرحوم خویی بیان شده است که : چنانچه مورد معامله امر کلی باشد هر چیزی که بعنوان شرط برای مبیع ذکر شده است ، قید مورد معامله حساب میشود و اگر آنچه که فروشنده تحویل مشتری میدهد فاقد آن شروط مطرح شده در معامله باشد آنچیزی که او تحویل داده مصداق وفاء به مورد معامله نیست و طرف مقابل الزامی نسبت به دریافت و قبول آن ندارد. و اینگونه نیست که در این مورد که مبیع فاقد شروط مطرح شده است ، این تحویل فروشنده مصداق وفاء به معامله باشد ولی طرف مقابل خیار و حق فسخ داشته باشد. این قاعدۀ عام و کلی است در مواردی که مبیع و مورد معامله یک امر کلی باشد.

حال باتوجه به این قاعده شرطی که در قسمت اول از این مصداق سیزدهم بیان شده است را بررسی میکنیم.

شرط این بود که : اختیار تطبیقِ موردِ معامله بدست فروشنده باشد و خود او تعیین بکند که این شیء خاص مصداق مورد معامله است.

باتوجه به آن قاعدۀ عام نسبت به این شرط میگوییم : چنانچه خصوصیات ذکر شدۀ برای مبیع از جهت انطباق بر مصادیق و عدم انطباق بر مصادیق واضح باشد و جای شک و اختلاف نباشد دیگر معنا ندارد که بگوییم تشخیص انطباق و تطبیق با فروشنده است مثلاً اگر مورد معامله یک یخچال با حجم خاص و موتور خاص و مشخص باشد ، دیگر معنا ندارد که بگوییم تشخیص انطباق و تطبیق با فروشنده است. و نمیتوان قائل به این شد که : باتوجه به شرطی که در معامله قرارداده شده است هر چه که فروشنده بعنوان مصداق مبیع بدست خریدار بدهد ، خریدار میبایست تبعیّت بکند و آن را قبول بکند ولو که بلحاظ واقع و نظر عرف آن چیزی که او تحویل مشتری میدهد مصداق برای کلیِ مورد معامله نباشد. بنابراین اگر مراد از شرطی که در این قسمت اول بیان شده است چنین شرطی باشد ، این شرط فی حدنفسه شرط باطلی است چرا که در صورتی وفاء به معاملۀ واقع بر مبیع کلی محقق میشود که ما یؤتی خارجاً خصوصیت مبیع کلی را داشته باشد و وقتی که بنظر عرف عام این یخچال تحویل داده شده خصوصیت تعیین شده را ندارد اینکه فروشنده بگوید که بنظر من این یخچال مصداق همان مبیع کلی است و من حکم به این میکنم که این یخچال آن خصوصیات مذکور را دارد ، این فایده ای ندارد و اینچنین شرطی ، شرط باطلی است و اثری بر آن مترتب نمیشود.

ولی اگر اوصاف و خصوصیاتی که برای مبیعِ کلی ذکر شده است در مرحلۀ انطباق و تطبیق بر مصادیق خارجی عند العرف محل تردید و شک باشد یعنی بعضی یک مصداق خاص را مصداق آن مبیع کلی با خصوصیات ذکر شده بدانند ولی بعضی دیگر این مورد را مصداق آن مبیع کلی با خصوصیات ذکر شده ندانند ، در اینصورت اگر در معامله شرط بشود که تشخیص تطبیق به دست فروشنده باشد ؛ این شرط فی حدنفسه صحیح است و مشکلی ندارد.

ونظیر اینکه اختیار تشخیص بدست شخص خاصی باشد در بحث تصرفات ولیّ در اموال مولی علیه مثل فرزند است ، در آن مورد گفته شده است که : تصرفات ولیّ میبایست به مصلحت فرزند باشديا حداقل مفسده نداشته باشد ولی تشخیص این مصلحت و عدم مفسده با ولیّ است. و یا نسبت به ولایت پدر و جدّ پدری بر نکاح باکره گفته شده است که : این تزویج میبایست به مصلحت دختر باشد و مفسده نداشته باشد ولی تشخیص مصلحت دختر با ولیّ او(پدر يا جدّ پدری) است. یعنی اگر این تزویج نزد عرف عام عقلاء دارای مفسده باشد ـ مثل اینکه زوج معتاد و فقیر و پیر و ... باشد ـ در اینصورت پدر يا جَدّ پدری چنین حقی ندارد که بخواهد دختر را به تزویج آن زوج در بیاورد ولی اگر در به مصلحت بودن و یا به مصلحت نبودن این تزویج خاص عند عرف عام اختلاف نظر وجود داشته باشد ، در اینصورت تشخیص مصلحت و عدم مفسده با ولیّ است و اگر او در این مورد مصلحت ببیند میتواند تزویج را انجام بدهد.

پس نسبت به شرطی که در قسمت اول از این مصداق سیزدهم بیان شده است ، گفته میشود که : اگر مراد از این شرط این باشد که فروشنده میتواند هرچیزی را بعنوان مصداق مبیع کلی با خصوصیات ذکر شده در قرارداد تحویل مشتری بدهد ولو که عدم انطباق آن شیئی که تحویل مشتری داده با مورد معامله واضح و روشن باشد ، این شرط فی حدنفسه شرط باطلی است

ولی اگر مراد از این شرط این باشد که : در مواردی که عند عرف عام نسبت به مورد خاصّی شک باشد که آیا از مصادیق مبیع کلی با خصوصیات ذکر شده در قرارداد هست یا نه ؟ در اینجا تشخیص انطباق با فروشنده است و او میتواند این مورد خاص که عند العرف محل شک است را بعنوان مصداق لمبیع کلی تحویل مشتری بدهد ؛ این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی است و مشکلی ندارد.

و در فرض و تقدیر صحت این شرط هم نوبت به موضع دوم از بحث میرسد که : آیا این شرط از مصادیق شرط غیر منصفانه هست یا نه؟ در این قسمت هم گفته میشود که : بله اگر اختیار تشخیص بدست فروشنده باشد یک عدم تعادلی محقق میشود ولی این مقدار از عدم تعادل ، عدم تعادل فاحشی نیست تا اینکه بخواهد مصداق شرط غیرمنصفانه باشد.

این مطالب مربوط به قسمت اول از مصداق سیزدهم بود.

قسمت دوم از این مصداق سیزدهم این بود که : در معامله شرط بشود که فروشنده یا ارائه دهندۀ خدمات حق تغییر شروط را داشته باشد. یعنی یک شروطی حین انعقاد معامله قرار داده شده است ولی باشرطی که در معامله گذاشته شده است طرف قوی اختیار این را داشته باشد که این شروط را تغییر بدهد.

اینکه آیا این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی است یا نه ؟ حکم این قسمت از مطالب قبلی مشخص میشود چرا که همانطور که قبلاً بیان شده است آنچه که موضوع وجوب وفاء و نفوذ عقد و شرط است « عقد و با مضمون حدوثی اش » است.

بعبارت دیگر : موضوع لزوم وفاء آن شرطی است که در متن عقد ذکر شده است و یا عقد مبنیّاً علیه واقع شده است ولی اگر شرطی از ابتداء در عقد ذکر نشده باشد و بعد از انعقاد معامله بخواهند آن را در معامله بگنجانند ، این شرط هیچ اثری ندارد و شرط ضمن عقد حساب نمیشود هرچند که با توافق طرفین باشد.

بله اگر در حین انعقاد معامله به نفع یکطرفِ معامله شرطی گذاشته شود ، مشروط له میتواند از این حقش إغماض بکند ولی تغییر شرط وجهی ندارد و قابل التزام نیست. پس در نتیجه شرطی که در قسمت دوم مصداق سیزدهم بیان شده است فی حدنفسه شرط باطلی است و نوبت به این نمیرسد که بخواهیم بررسی کنیم که آیا این شرط ، شرط غیرمنصفانه ایی هست یا نه؟

این مطالب مربوط به مصداق سیزدهم بود.

#### تطبيق پانزدهم :

مصداق و مورد پانزدهمی که در آن دستورالعمل بعنوان شرط غیرمنصفانه بیان شده است ، این است : «شرطی که مصرف کننده را به انجام تعهدات خود ملزم مینماید حتی در فرضی که هنوز فروشندۀ کالا و یا ارائه کنندۀ خدمات به تعهدات خود عمل نکرده است . »

آیا این شرط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیرمنصفانه بودنش صحیح است یا نه؟

از آنجا که مقتضای اطلاق عقد ـ باتوجه به شرط ارتکازی ای که وجود دارد ـ این است که : هر یک از دو طرف میبایست چیزی که از کیسۀ او منتقل شده است را به دیگری إعطاء بکند مثلاً در بیع بر بایع لازم است که مبیع را تحویل به مشتری بدهد و برمشتری لازم است که ثمن را تحویل به بایع بدهد ، لذا اصل معامله با قطع نظر از شرط مقتضی این است که : هریک از طرفین میبایست به تعهدات خودش عمل بکند و اگر یکطرف مثلاً بایع از تحویل مبیع به مشتری امتناع کرد طرف مقابل يعنی مشتری هم میتواند به تعهداتش عمل نکند و امتناع از تسلیم بکند. ولی بحث در این ست که : چنانچه در معامله ای اینچنین شرط بگذارند که : بر مشتری لازم است که ثمن را تحویل به بایع بدهد حتی اگر بایع از تحویل مبیع به مشتری امتناع کرده باشد و به تعهداتش عمل نکرده باشد ؛ آیا این شرط محذور دارد یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : اگر این شرطی که ذکر شد با مقتضای اصل العقد منافات و مخالفت داشت در اینصورت حکم به بطلان شرط بلکه حکم به بطلان عقد میکردیم ولی از آنجا که این شرط مخالفت و منافات با اصل العقد ندارد بلکه تنها با اطلاق العقد منافات و مخالفت دارد لذا محکوم به بطلان نیست بلکه فی حدنفسه صحیح و نافذ است.

بنابراین باتوجه به اینکه لزوم انجام تعهد و تحویل و تسلیم شیء به طرف مقابل اثر اطلاق عقد است نه اصل العقد یعنی اگر معامله بصورت مطلق و بدون شرط منعقد شده باشد هر یک از طرفین میبایست به تعهد خودش عمل بکند و آنچیزی که معامله کرده است را به دیگری تحویل بدهد و اگر یکطرف امتناع از تحویل و تسلیم بکند طرف دیگر هم ملزم به تسلیم نیست بلکه میتواند معامله را فسخ بکند ، اینها اثر اطلاق هستند نه اثر اصل العقد لذا با قراردادن شرط در معامله این اطلاق قابل رفع ید است. بر این اساس این شرط فی حدنفسه مشکلی ندارد چرا که مضمون آن مخالف با متقضای اصل العقد نیست بلکه مخالف با اطلاق العقد است که میتوان بوسیلۀ شرط از آن رفع ید کرد.

اما اینکه آیا این شرط مصداق شرط غیرمنصفانه است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : ولو در این مورد که بایع مبیع را تحویل مشتری نمیدهد ولی مشتری ملزم به تحویل ثمن به بایع است در اینجا اعتباراً جمع بین عوض و معوض نشده است چرا که بالاعتبار مشتری مالک آن شیء است و بایع موظف است که بالاخره آن را به مشتری تحویل بدهد فلذا اگر بمیرد ورثه موظف هستند که آن شیء را به مشتری تحویل بدهند ، ولو اعتباراً جمع بین عوض و معوض نشده است ولی عملاً این اتفاق افتاده است یعنی هم مبیع و هم ثمن در اختیار فروشنده قرار گرفته است فلذا ممکن است که در اینجا بگوییم که : عدم تعادل فاحش بین حقوق و تعهدات در اینجا صادق است و موجب میشود که شرط از مصادیق شرط غیر منصفانه باشد. بنابراین اگر قائل به بطلان شرط غیر منصفانه بودیم در اینجا هم از این جهت میتوانیم حکم به بطلان شرط بکنیم. این هم مطالب مربوط به مصداق و مورد پانزدهم بود.

#### تطبيق شانزدهم :

مصداق و مورد شانزدهم از مصادیقی که در آن دستور العمل بعنوان شرط غیر منصفانه بیان شده است این است : «شرطی که به فروشندۀ کالا و یا ارائه کنندۀ خدمات حق انتقال تعهدات و حقوق قراردادیِ خود را به دیگری بدون موافقت مصرف کننده إعطا میکند مشروط به آنکه به کاهش تضمینهای مصرف کننده بینجامد .»

آیا این شرط فی حدنفسه و با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش صحیح است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : ابتداء میبایست ماهیت و حقیقت انتقال تعهدات و حقوق به دیگری معلوم بشود تا اینکه بتوانیم حکم آن را بیان کنیم.

اینکه شخص بخواهد تعهدی که در ضمن معامله کرده را بوسیلۀ دیگری انجام بدهد و یا حقی که بواسطۀ معامله حق استیفاء او را داشته را بخواهد بوسیلۀ دیگری استیفاء کند به حسب يک احتمال برمیگردد به اینکه : شخص در حقیقت میگوید که : آنچیزی که من نسبت به آن تعهد میدهم فعل مباشری من نیست بلکه من میتوانیم این تعهد را بوسیلۀ دیگری هم انجام بدهم. در قسمت استیفاء حقوق هم این شرط در حقیقت برمیگردد به اینکه : شخص در حقیقت میگوید : آنچه که برای من قرارداده شده است و برای من شرط شده است استیفاء خصوص من بالمباشره نیست بلکه دیگری هم میتواند آن را استیفاء بکند. این يک احتمال در معنای انتقال تعهدات و حقوق است.

حال میبایست ببینیم که : این نحوه شرط گذاری که منجر به این میشود که دیگری هم بتواند به تعهد أحدالطرفین معامله عمل بکند و یا حق أحدالطرفین معامله را استیفاء بکند ، صحیح است یا نه؟

در این قسمت گفته میشود که : اگر آنچه در اصل قرار داد وارد شده بود انجام تعهد و استیفاء حق بالمباشره بود و بعد از انعقاد قرارداد شخص بخواهد با نیابت این کارها را انجام بدهد ، این صحیح نیست و شخص این حق را ندارد

ولی اگر در ضمن اصل قرارداد شرط بشود که : اینکه من میبایست این تعهد را انجام بدهم و یا این حق را استیفاء بکنم در این کارهای من مباشرت لازم نیست بلکه من میتوانم بالاستنابه هم این کارها را انجام بدهم ، در اینصورت دیگر این شرط مشکلی ندارد. والحمدلله رب العالمین.

جلسه بیست و پنجم ـ معاملات مستحدثه ـ 12/10/1402 ـ

بسم الله الرحمن الرحیم

بحث به مصداق شانزدهم از مصادیقی رسید که در آن دستورالعمل شورای اتحادیۀ اروپا بعنوان شرط غیرمنصفانه قرار گرفته است.

عنوان مصداق شانزدهم این بود که گفته اند : حقی که به فروشندۀ کالا یا ارائه کنندۀ خدمات ، حق انتقال تعهدات و حقوق قراردادی خود را به دیگری بدون موافقت مصرف کننده اعطاء میکند مشروط بر آنکه به کاهش تضمینهای مصرف کننده بيانجامد.

همانطور که در جلسه قبل بیان شد برای تعیین حکم این شرط فی حدنفسه ـ و با قطع نظر از غیرمنصفانه بودنش ـ ابتداء میبایست ماهیت و حقیقت انتقال تعهدات و انتقال حقوق به دیگری مشخص شود و إلا اگر ماهیت و حقیقت انتقال تعهد و شرط مبهم باشد دیگر مجالی برای بحث از حکم آن وجود ندارد.

در جلسه قبل برای « انتقال تعهد و حق به دیگری » یک معنا بیان شد و آن عبارت بود از اینکه : لازم نباشد که شخص خودش مباشرهً عمل مورد تعهد را انجام بدهد بلکه بتواند از راه شخص آخر و بالاستنابه به تعهدی که داده است وفاء بکند. کما اینکه پیمانکار که مثلاً تعهد به ساخت خانه برای صاحب زمین میکند ، تعهد او انجام و ساخت خانه بالمباشره نیست بلکه أعم از مباشره و استنابه است و غالباً هم به این نحو است که پیمانکار دیگری را اجیر میکند و به این طریق خانه را میسازد. پس یک معنا برای انتقال تعهد این است که : شخص آن عملی که انجام دادن آن بمقتضای اصل عقد و یا بمقتضای شرط در ضمن عقد بر عهدۀ او است را بوسیلۀ دیگری انجام بدهد.

همچنین در قسمت انتقال حق هم یک معنا این است که : در مواردی که بمقتضای اصل عقد یا بمقتضای شرط در ضمن عقد برای شخص حقِ انتفاع از عین و یا استیفاء از عمل دیگری قرار داده شده است ، خود مشروطٌ له استیفائش را به دیگری واگذار بکند و دیگری هم بتواند این حق را استیفاء بکند.

این معنای اولی است که ممکن است از « انتقال تعهد و انتقال حق » اراده شده باشد. چنانچه مراد از انتقال تعهد و انتقال حق که در مورد و مصداق شانزدهم بیان شده است ، این معنا باشد یعنی در قرارداد اینچنین شرط شده باشد که مباشرت لازم نیست بلکه دیگری هم میتواند این تعهد فروشنده را انجام بدهد و یا حق را استیفاء بکند ؛ در اینصورت مشخص است که این شرط فی حدنفسه مشکلی ندارد. البته چنانچه در قرارداد مباشرت خود شخص شرط شده باشد در اینصورت بعد از انعقاد و تمام شدن قرارداد دیگر تغییر شرط و قرارداد ممکن نیست حتی اگر در این قسمت توافق بکنند. این معنای اول از انتقال تعهد و حق بود.

لکن این معنای از انتقالِ تعهد و انتقالِ حق خلاف ظاهر از لفظ « انتقال » است چرا که ظاهر از « انتقالِ تعهد » این است که : ولو در ابتداء بمقتضای شرط ضمن عقد خود شخص ـ مثلاً فروشنده ـ متعهد و مسئول انجام عمل بود ولی بعد از انتقالِ تعهد دیگر او هیچ مسئولیتی ندارد و تمام مسئولیت متوجه شخصی است که تعهد به او انتقال داده شده است.

و همچنین ظاهر از « انتقالِ حق » هم این است که : ولو در ابتداء بمقتضای عقد یا شرط ضمن عقد این حق برای خود شخص ـ فروشنده یا خریدار ـ بود ـ مثلاً حق تصرف در خانه را داشت یا حق انتفاع از عمل دیگری را داشت ـ ولی بعد از انتقالِ حق دیگر او هیچ حقی ندارد بلکه ذی حق شخص آخری است که حق به او انتقال داده شده است. این معنایِ دوم انتقال تعهد و انتقال حق است که موافق با ظاهر تعبیر « انتقال » است.

حال میبایست باتوجه به این معنایِ ظاهری از « انتقال تعهد و انتقال حق » ببینیم که : آیا انتقال تعهد و یا حق از شخص به شخص دیگر فی حدنفسه و باقطع نظر از شرط شدن آن در ضمن عقد بحسب ادلۀ حاکم بر معاملات صحیح و نافذ است یا نه؟

نسبت به انتقال تعهد از شخصی به شخص دیگر بنحوی که بعد از انتقالِ تعهد دیگر شخص اول هیچ مسئولیتی نداشته باشد و تمام مسئولیت متوجه منتقل إلیه باشد ، گفته میشود که : این معنا ثبوتاً قابل التزام نیست چرا که تعهد و التزام چنانچه بخاطر سببی از اسباب مِن العقد أو الشرط و ... محقق بشود ، تا زمانیکه آن سبب باقی باشد تعهد و التزامِ حاصل از آن سبب هم ثابت است و این شخص متعهد حق نقل تعهدش به دیگری ندارد و معنا ندارد که شخص در قالب معامله و معاوضه بخواهد تعهدش را به دیگری منتقل بکند. بعبارت دیگر : چیزی در معاملات و معاوضات قابلیت نقل از یک شخص به شخص دیگر را دارد که لَه و به نفع شخص باشد و هرچند در بعضی از این موارد هم انتقال جایز نیست ـ مانند حق الشفعه ـ ولی علی ای حالٍ مقتضی برای انتقال وجود دارد ولی چنانچه شیء برعلیه و به ضرر شخص باشد آن شیء قابل انتقال به دیگری نیست مگر آن مواردی که در قالب « عقد حواله » قرار بگیرد و إلا در غیر مورد حواله شخص نمیتواند آنچیزی که به عهده گرفته است را به دیگری نقل بدهد.

بنابراین باتوجه به اینکه انتقالِ تعهد به این معنای دوم فی حدنفسه معنا ندارد لذا قراردادن آن بعنوان شرط در ضمن معامله هم مُلغی و بی اثر است مگر آن مقداری که در قالب « عقد حواله » قرار میگیرد و إلا قابل التزام نیست. این مطالب مربوط به حکم انتقالِ تعهد بود.

اما نسبت به انتقال حق ، آیا شخص میتواند حقش را به دیگری منتقل بکند به این نحو که بعد از انتقال شخص اول دیگر حقی نداشته باشد و صاحب حق منتقل إلیه باشد یا نه ؟

برای حل این قسمت میبایست به بحث تقسیمات حق و مناط و ملاکی که برای قابلیت نقل حق بیان شده است برگردیم.

همانطور که در بحث از عنوان حق ، خصوصیات مربوط به حق ، اقسام و آثار حق بیان شده است مقصود و مراد از حقی که در نقل به دیگری مورد بحث است و میتواند به دیگری منتقل بشود ، یک اعتبار عقلائی و قانونی خاصی در مقابل حکم شرعی است فلذا مطلق جواز تصرف در عین حق حساب نمیشود مثلاً اینکه مالک راضی به جواز تصرف دیگری در ملکش یا کتابش و ... است ، این جواز تصرف جواز حقّی نیست تا اینکه قابلیت اسقاط ، نقل و ... را داشته باشد بلکه حکم شرعی ای است که در این مورد خاص وجود دارد.

پس مقصود و مراد از حقی که قابلیت اسقاط یا نقل دارد یک اعتبار قانونی و عقلائیِ خاصی است در مقابل حکم مانند اعتباری که در مورد مِلک میشود به این معنا که : مالک بودن یک امر اعتباری و قانونی است و اینگونه نیست که یک امر تکوینی باشد ، حق هم یک اعتبار خاصّی مانند اعتبار ملکیت است. حال اینکه حقیقت و ماهیت این اعتبار چه چیزی است ؟ آیا سلطنت است ؟ یا ملکیت ناقصه است ؟ یا اولویت بالتصرف است ؟ اینها مباحثی است که در گذشته بیان شده است.

علی ای حالٍ این مقدار مسلم است که مراد از حقی که قابلیت اسقاط ، نقل و... را دارد یک امر اعتباریِ خاصی در مقابل حکم شرعی است.

حال بحث در این است که : چنانچه حقّی مانند حق الشفعه ، حق الخیار ، حق التحجیر و ... بواسطۀ یکی از اسباب ثابت بشود ، آیا قابلیت انتقال به دیگری رادارد یانه ؟

أحسن ماقیل در این مقام فرمایش محقق اصفهانی است که در مقام بیان معیار و ملاکِ حقی که قابلیت نقل دارد فرموده اند : ما میبایست ادلۀ مثبتۀ حق برای شخص را با توجه به ارتکازات عقلائی و مناسبات حکم و موضوع بسنجیم و ببینیم که : آیا در ثبوت این حق برای شخص ، خصوصیتی برای صاحب حق بنحو حیثیت تقییدیه ملاحظه شده است یا اینکه خصوصیتی بنحو حیثیت تقییدیه ملاحظه نشده است؟ چنانچه بحسب ارتکازات عقلائیه و مناسبات حکم و موضوع در ثبوت حق للشخص ، خود شخص موضوعیت و خصوصیت داشته باشد بنحوی که شخص مقوّم ثبوت حق باشد در اینصورت این حق قابلیت نقل به دیگری را ندارد ولی چنانچه در ثبوت حق للشخص برای صاحب حق خصوصیتی که حیثیت تقییدیه و مقوم موضوع باشد ملاحظه نشده باشد در اینصورت این حق قابلیت نقل به دیگری را دارد.

از باب مثال و تطبیق در فرق بین حق الشفعه و حق التحجیر بیان شده است که : حق تحجیر قابلیت نقل به دیگری را دارد یعنی کسی که زمینی را للأحیاء تحجیر کرده است او میتواند این حقش را در مقابل عوض یا به غیر عوض به دیگری منتقل بکند. ولی حق شفعه قابلیت نقل به دیگری را ندارد چرا که در ثبوت حق شفعه لأحدالشریکین ، برای او یک خصوصیتی ملاحظه شده است که آن خصوصیت مقوم است فلذا قابلیت نقل به دیگری را ندارد و آن خصوصیت این است که : بحسب مناسبت حکم و موضوع متفاهم عرفی از علتِ قرار دادن حق شفعه برای أحدالشریکین این است که : این حق برای أحد الشریکین قرار داده شده است تا اینکه او از معاملۀ شریک آخر با دیگری متضرر نشود و مجبور نباشد با کسی که دوست ندارد شریک بشود ؛ و این وجه و علت در مورد غیر از شریک وجود ندارد فلذا معنا ندارد که صاحب حق شفعه بخواهد حقش را به دیگری منتقل بکند.

ولی در حق التحجیر اینگونه نیست چرا که هرچند زحمتی که شخص برای تحجیر کشیده است در ثبوت حق برای او خصوصیت دارد و اگر او این زحمت را نمیکشید این حق برای او ثابت نمیشد ولی این خصوصیت یعنی زحمت تحجیر را کشیدن ، حیثیت تعلیلیه برای ثبوت حق است نه حیثیت تقییدیه به این معنا که : این خصوصیت موجب میشود که شخص این حق را پیدا بکند و اینگونه نیست که موجب اختصاص حق به تحجیر کننده بشود بنحوی که او قابلیت انتقال حقش به دیگری را نداشته باشد. بر این اساس حق التحجیر ، حق قابل نقل هست ولی حق الشفعه ، حق قابل نقل نیست. این معیار و ضابطه ای است که مرحوم اصفهانی برای حق قابل انتقال و حق غیر قابل انتقال بیان کرده اند.

حال بر اساس این معیار و ضابطه برای « حق قابل انتقال » گفته میشود که : حقی قابل انتقال است که اولاً از سنخ اعتبار قانونی خاص ـ در مقابل حکم ـ باشد و ثانیاً در ثبوت آن اعتبار برای صاحب حق ، شخص صاحب حق بنحو حیثیت تقییدیه خصوصیت نداشته باشد.

ولی اگر آن جواز تصرف و جواز استیفائی که برای شخص قرارداده شده است از سنخ حق نباشد بلکه از سنخ حکم شرعی باشد و یا از سنخ حق باشد ولی از حقوقی باشد که خصوصيت شخص صاحب حق در ثبوت آن حق حیثیت تقییدیه دارد و آن حق قابلیت نقل به دیگران را ندارد ، در اینصورت دیگر نقل حق معنا ندارد.

حال باتوجه به این مطلب نسبت به شرطی که در مصداق شانزدهم گفته میشود که : اگر آن حقی که انتقال آن شرط شده است از قبیل حکم شرعی باشد ـ مانند امکان استیفاء منفعت و جواز تصرف در عين ـ این امر اساساً حق بمعنای خاص نیست تا اینکه قابلیت نقل آن معنا داشته باشد فلذا اگر چنین شرطی گذاشته شود ، این شرط فی حدنفسه شرط باطلی است. این مطالب مربوط به مصداق و شرط شانزدهم بود.

مصداق هفدهم از مصادیقی که در آن دستور العمل شورای اتحادیه اروپا بعنوان شرط غیر منصفانه قرار داده شده است این است : « شرطی که موجب محروم کردن مصرف کننده از توسل به اقدامات قانونی یا راهکارهای قانونیِ دیگر ميشود ، به ویژه اگر موجب شود مصرف کننده فقط حق داشته باشد دعوا را تنها نزد داوری مطرح کند که به دلیل فقدان شرائط داوری مشمول قانون داوری نیست یا اینکه شرط موجب محدود کردن حق استناد مصرف کننده به مدارک و مستنداتِ در اختیار او شود یا در فرضی که تکلیف اثبات ادعا با طرف مقابل مصرف کننده است ، این تکلیف در نتیجه شرط بر عهدۀ مصرف کننده قرار گیرد.»

آیا این شرط فی حدنفسه و باقطع نظر از غیرمنصفانه بودن صحیح است یا نه؟

نسبت به این عنوان که « شرط سبب محروم کردن أحدالطرفین از إقدام قانونی و مراجعه به محاکمِ صالحه برای استیفاء حقش بشود » ، دو احتمال وجود دارد : احتمال اول این است که : شرط بشود که شخص عند الدعوی و الاختلاف حق رجوع به مَحکمه را نداشته باشد ویا حق رجوع به محکمۀ صالحه و قانونی را نداشته باشد و تنها بتواند به محاکم غیر صالحه و غیرقانونی مراجعه بکند.

احتمال دوم هم این است که : شرط بشود که او مراجعه به محاکم نکند یعنی از قبیل شرط فعل باشد و نه شرط حکم.

نسبت به احتمال اول یعنی اینکه شرط بکنند شخص حق مراجعه به محاکم یا محاکم قانونی را نداشته باشد ، گفته میشود که : مشخص است که این شرط ، شرط فاسدی است چرا که باقطع نظر از این شرط هر شخصی عند الاختلاف با دیگری حق مراجعۀ به محاکم را دارد و مدعی میتواند به محکمۀ شرعیه مراجعه بکند و با اقامۀ بیّنه یا قسم (در صورت امتناع منکر از قسم) حق خودش را استيفاءکند ، حال باتوجه به اینکه اشخاص فی حدنفسه چنین حقّی دارند چنانچه در ضمن معامله شرط بشود که : شخص دیگر این حق را نداشته باشد ؛ این میشود از قبیل شرط مخالف با کتاب و سنت است و مصداق « أحلّ حراماً و حرّم حلالاً » است. و مثل این است که در ضمن عقد نکاح بنحو شرط حکم ، شرط شده باشد که حق طلاق به دست زوجه باشد و مشخص است که این شرط ، شرط مخالف با کتاب و سنت است چرا که « الطلاق بید مَن أخذ بالساق ».

پس این شرط هفدهم بحسب احتمال اول ، با قطع نظر از غیر منصفانه بودنش شرط باطل و غیرنافذی است.

اما چنانچه این شرط در قالب شرط الفعل قرار بگیرد به این نحو که در معامله شرط کرده باشند که : شخص عندالدعوی و الاختلاف به محاکم مراجعه نکند ، این شرط فی حدنفسه شرط صحیحی است. کما اینکه اگر در عقد نکاح اینچنین شرط شود که : زن بر اساس وکالتی که از جانب شوهر دارد بتواند طلاق بدهد ، این شرط صحیح است. و همچنین در هرجائیکه امر فعل به دست شخص باشد میتوان آن عمل را بنحو شرط الفعل به دوش او گذاشت و این مشکلی ندارد.

پس اگر این شرط عدم مراجعه به محاکم اگر بعنوان شرط الفعل باشد ، شرط صحیحی است ولی اثر آن تنها در حدّ حکم تکلیفی است ولی رجوع او وضعاً مانعی ندارد. بر این اساس حتی اگر در قرارداد نوشته شود که خریدار یا مصرف کننده حق رجوع به محاکم رسمی را ندارد بازهم او میتواند به مراجع و محاکم قانونی مراجعه بکند و حق اثبات دعوی برای او ثابت است.

البته در کلمات مرحوم نائینی و مرحوم حکیم آمده است که : شرط حتی اگر از قبیل شرط الفعل باشد هم اینگونه نیست که اثر او تنها در حد حکم تکلیفی باشد بلکه در این موارد شخص از جهت حکم وضعی هم مالک عمل نمیشود. بر این اساس اگر در ضمن خرید و فروش فروشنده بر مشتری شرط بکند که او این متاع را به شخص آخری نفروشد و خودش استفاده بکند ، این مشتری به خاطر این شرط مالک بیع نیست و اگر بیع را انجام بدهد این بیع او فایده ندارد. و یا مثلاً اگر شرط بکنند که شخص عند الدعوی رجوع به محاکم نکند ، رجوع او به محاکم وضعاً هم موضوع اثر نیست. پس بر اساس این مبنای مرحوم نائینی و مرحوم حکیم در موارد شرطِ فعل هم اثر وضعی مترتب میشود ولی بنابر نظر نوع محققین که در مورد شرط تنها ملتزم به حکم تکلیفی شده اند دیگر اثر وضعی مترتب نمیشود.

به این نحو بحث و بررسیِ مصادیق هفده گانه ای که دردستورالعمل شورای اتحادیه اروپاآمده است ، تمام شد.

در آن دستور العمل ذیل بیان این مصادیق هفده گانه یک مطلبی بعنوان تبصره و استثناء ذکر شده است و گفته اند که : این غیر منصفانه بودن و باطل و بی اثر بودن شامل معاملات زیر نمیشود. یعنی در این معاملاتی که بیان میشود ولو یکی از آن شروط هفده گانه را گذاشته باشند ، آن شرط مؤثر است. مثلاً در معاملات اوراق بهادار قابل انتقال ، اسناد مالی و محصولات و خدمات ديگری که قیمت آنها به نوسانات نرخ سهام در بازار تغییر بورس وابسته است و کنترل آنها در اختيار فروشنده يا ارائه کنندۀ خدمت نيست میتوان آن شروط هفده گانه را قرار داد و در این موارد حکم به باطل و بی اثر بودن شروط غیرمنصفانه نمیشود.

لکن نسبت به این قسمت هم گفته میشود که : چنانچه شرط غیر منصفانه فی حدنفسه مشکل داشته باشد و باطل باشد دیگر استثناء کردن این موارد وجهی ندارد بلکه در این موارد هم شرط باطل خواهد بود ، فلذا استثناء این موارد صحیح نیست.

هذا تمام الکلام نسبت به حکم شروط غیرمنصفانه بود که البته این بحث بعنوان یک ملحق و یک فرع از فروع بحث مانعیت اکراه و یا شرطیت اختیار در معامله مطرح شده بود.

تا به اینجا سه رکن از ارکان معامله بحث و بررسی شد بحث بعدی مربوط به رکن چهارم از ارکان معامله که عوضین باشد ، است.

والحمدلله رب العالمین.

1. - مصادر الحق ج4ص36-37 [↑](#footnote-ref-1)
2. - نهاية الاحکام ج2ص465 [↑](#footnote-ref-2)
3. - ايضاح الفوائد ج1ص401 [↑](#footnote-ref-3)
4. . المحاسن ‏1: 246. [↑](#footnote-ref-4)
5. - منهاج الصالحين (للسيد محمد سعيد) ج‌2 ص 49 [↑](#footnote-ref-5)
6. - همان [↑](#footnote-ref-6)
7. - فقه العقود؛ ج‌1 ص102-103 و أمّا إذا لاحظنا دائرة الأحكام الوضعيّة فالمتّجه أيضا تفصيل يشبه التفصيل الذي ذكرناه بلحاظ الأحكام التكليفيّة، فمتى ما كان الحكم الوضعي كالصحّة و البطلان قد ربط أمره برضا الشخص و عدم رضاه كان معنى ولاية الوليّ على هذا الشخص أنّ رضاه و منعه أولى بالتحكيم من رضا نفس ذلك الشخص و منعه، و متى ما لم يكن كذلك عدّ إعمال الولاية في ذلك خروجا على نظام الشريعة. فمثلا صحّة البيع و بطلانه منوطان برضا المالك بالمبادلة و عدمه، و عندئذ يكون من حقّ الوليّ أن يبيع مال المولّى عليه من دون إذنه إذا رأى المصلحة في ذلك فيصحّ البيع، أو أن يمنع عن البيع لمصلحة في ذلك فيبطل البيع رغم رضا‌ المالك، فكما أنّ الأب من حقّه بيع مال الصغير لمصلحته أو المنع عن البيع و إن رغب الطفل في ذلك فتدور صحّة البيع و بطلانه مدار رأي الأب و منعه كذلك الوليّ الفقيه الذي نسبته الى الامّة كنسبة الأب الى أطفاله يجوز له عند ما يرى المصلحة في التدخّل أن يتدخّل في تصحيح بعض البيوع أو إبطاله. أمّا إذا لم يكن الحكم الوضعي مرتبطا برضا الشخص و منعه كما في الطهارة و النجاسة فولاية الوليّ على شخص ما أو على المجتمع لا تعني سيطرته على هذه الأحكام الوضعيّة بالنسبة للمولّى عليه بحيث يطهّر النجس و ينجّس الطاهر مثلا، فإنّ هذا خروج على نظام الشريعة. [↑](#footnote-ref-7)
8. -قواعد عمومی قراردادها (دکتر کاتوزيان) ج3ص81-84 [↑](#footnote-ref-8)
9. -نظرية العقد ص696 [↑](#footnote-ref-9)
10. -قواعد عمومی قراردادها(دکتر کاتوزيان) ج3 ص84-84 [↑](#footnote-ref-10)
11. - همان ص87-91 [↑](#footnote-ref-11)