

تحلیل روشمند متون

بخش اول :

مکاسب مرحوم شیخ اعظم، از ابتدای خیارات (قسمت اول)

ارائه دقیق فرمایشات مرحوم شیخ اعظم

با اشاره به مراحل و روش‌های ایشان در حل مسائل فقهی

به هدف فهم بهتر متن و توانایی بر استخراج روش‌های استنباط مرحوم شیخ اعظم

مناسب برای طلابی که دوره مقدماتی #روش_شناسی_اجتهاد را گذرانده‌اند

سید محمد رضا واعظی

۱۴۰۳

در اینستاگرام @talabegi

٣	القول فى الخيار و أقسامه و أحكامه.....
٣	مقدمتان: الأولى [الخيار لغةً واصطلاحاً].....
٣	[التعريف الأول للخيار الاصطلاحى].....
٤	[المناقشة فى التعريف الأول و الجواب عنه].....
٤	[تعريف آخر للخيار و المناقشة فيه].....
٧	[تفاوت الكلمات فى الاستظهار من لفظ الخيار].....
٧	[الثانية [الأصل فى البيع اللزوم].....
٧	[كلام العلامة فى توجيه أصاله اللزوم].....
٩	[المحتملات فى المراد من «الأصل».....
١٢	[تبيين جريان ادلة أصالة اللزوم، فى غير البيع من العقود].....
١٣	[تفصيل العمومات الدالة على اللزوم].....
٢٥	[إذا شك فى عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز].....
٢٤	فى أقسام الخيار.....
٢٧	الأول فى خيار المجلس.....
٣٠	مسألة [ثبوت خيار المجلس للوكيلين].....
٣١	[الخيار للوكيل فى مجرد إجراء العقد].....
٣٧	[بررسى حق خيار براى موكل در اين فرض].....
٣٨	[بررسى حق خيار براى وكيل مستقل در تصرف مالى].....
٣٩	[بررسى حق خيار براى موكل در اين صورت].....

- ۴۰.....[بررسی نحوه سقوط خيار در فرض وجود خيار برای وکیل و موکل]
- ۴۱.....[بررسی چگونگی حصول غایت افتراق در فرض وجود خيار برای موکل ها]
- ۴۱.....[بررسی حق خيار برای وکیل غیرمستقل در تصرف مالی]
- ۴۳.....[بررسی حق خيار برای وکیل، در صورت مستقل در تصرف مالی شدن بعد از عقد]
- ۴۴.....[بررسی حق خيار برای فضولی ها]
- ۴۶.....[بررسی حق خيار برای مالک ها در صورت بیع فضولی]

القول فی الخيار و أقسامه و أحكامه

مقدمتان: الاولى [الخيار لغة واصطلاحاً]^۱

الخيار لغة: اسم مصدرٍ من «الاختيار»^۲

[التعريف الاول للخيار الاصطلاحی]

عُلبَ في كلمات جماعة من المتأخرين في «ملك فسخ العقد»^۳ على ما فسره به في موضع من الإيضاح^۴.

^۱ مساله شناسی، موضوع شناسی، خيار. (اشاره به نوع کلمه از حیث صرفی و ریشه آن برای رسیدن به معنا + برای ادعای خود دلیل ذکر نکرده اند و شاید به تبادل و بداهت آن واگذار کرده اند).

^۲ به طور متعارف ابتدا معنای لغوی و سپس معنای اصطلاحی -اگر معنای اصطلاحی وجود داشته باشد- یا مستعمل فیه در فقه را بیان می کنند. به طور متعارف ارتباطی بین معنای لغوی و اصطلاحی یا مستعمل فیه وجود دارد.

^۳ نفس انتخاب، اختیار و گزینش -نه قدرت بر انتخاب-.

^۴ ابتدا نوع کلمه از حیث صرفی و سپس معنا مورد اشاره قرار گرفته است. توجه شود که چهار علامت برای معنای حقیقی ذکر شده است و حدود ۹ مرحله و روش برای کشف معنای لغوی در مباحث روش شناسی مورد اشاره قرار گرفته است.

^۵ در مورد معنای اصطلاحی: (۱) بررسی شود که آیا معنای اصطلاحی وجود دارد یا در تمام استعمالات همان معنای لغوی با قرائن جانبی مورد استعمال واقع شده است. (مرحوم ایروانی و خوبی اصل وجود معنای اصطلاحی برای «خيار» در فقه را منکر هستند و استعمال آن را در فقه به معنای لغوی می

فیدخل [۱] ملك الفسخ في العقود الجائزة^{۱۰} و [۲] في عقد الفضولي، و [۳] ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث،^{۱۱} و ملك العمّة و الخالّة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت،^{۱۲} و ملك الأمّة المزوّجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت،^{۱۳} و ملك كلّ من الزوجين للفسخ بالعيوب.^{۱۴}

دانند - بر خلاف نظر امثال سيدنا الامام الخميني ره-). ۲) اصطلاح برای چه زمان، مکان و علم و افرادی است؟ در چه زمان و مکان و علمی این لفظ بر معنای اصطلاحی قابل حمل است؟ ۳) کتب اصطلاح نگاری در راستای کشف معانی اصطلاحی نگاشته شده اند. ۴) راه های کشف معنای لغوی در کشف معنای اصطلاحی نیز موثر است.

^۱ این نحوه تعبیر شاید اشاره به وضع تعینی داشتن این اصطلاح داشته باشد، یعنی کثرت استعمال مجازی در کتب فقهی در معنای خاص منجر به تولید معنای اصطلاحی شده است و ممکن است اشاره به کثرت استعمال در این معنای خاص باشد (مستعمل فیه) ولو به مرحله وضع نرسیده باشد. ^۲ در ادامه اشاره می فرمایند که این معنا از تبادر (تبادر فقیه که حاصل از ارتباط مستمر با منابع فقهی است) حاصل شده است. ظاهراً تبادر از متون معیار مراد است و متون معیار در این اصطلاح، عبارات علماء فقه می باشد.

^۳ در ادامه مرحوم شیخ «ملك» را گاهی به قدرت معنا می کند و گاهی آن را «اعمّ از حق» تلقی کرده اند و برخی آن را به «سلطنت و استیلاء» تفسیر کرده اند [استیلاء، احاطه بر شیء است و قدرت، توانایی انجام فعل]. ر.ک. سيدنا الامام الخميني ره، كتاب البيع، ج ۱، ص ۳۸. البته باید دقت شود که مراد فخرالمحققین که این تعریف را ذکر کرده اند یا مرحوم شیخ که این تعریف را پسندیده اند از این لفظ کدام معناست. در ادامه به معنای حق و قدرت اشاره می شود.

^۴ فسخ عقد، امر اعتباری یا نفی امر اعتباری است.

^۵ لم نثر عليه إلا في كلام فخر المحققين قدس سره في الإيضاح، الذي ذكره المؤلف رحمه الله. [در حالی که در عبارت مرحوم شیخ «جماعة» آمده است].

^۶ فخر المحققين، فرزند علامه حلی، قرن هشتم. / راه تحصیل معنای اصطلاحی: تتبع در کلمات محققین.

^۷ إيضاح الفوائد ۱: ۴۸۲.

^۸ رابطه معنای اصطلاحی با لغوی: ۱) سید یزدی: معنای لغوی اعم مطلق است و شامل معنای اصطلاحی (انتخاب فسخ) نیز می شود. ۲) سيدنا الامام الخميني ره: حقّ انتخاب قابل جعل است نه خود انتخاب و لذا معنای اصطلاحی حقّ انتخاب فسخ است - نه انتخاب فسخ - پس رابطه ای از نسب اربعه بین معنای لغوی و اصطلاحی وجود ندارد.

^۹ نقدهای متعارف به تعاریف: ۱. اجلی و اعرف نبودن. ۲. تعریف برای لوازم و امور جانبی شیء است نه خود شیء. ۳. مانع اغیار نیست. ۴. جامع افراد نیست.

^{۱۰} به قرینه ادامه عبارت که می فرماید «و لعلّ التعبير...» و با توجه به وضوح عدم اصطلاح خیار در عقود جایز و عقد فضولی و ... [پیش فرض مستشکل]، استفاده می شود که این تعبیر برای اشکال به تعریف است. اشکال از نوع مانع اغیار نبودن. (ذکر موارد نقض نیازمند تسلط بر فقه و سالهای تلاش و زحمت در ابواب مختلف آن است).

و لعلّ التعبيرُ «المَلِك» للتمييز على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام، فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و التسلّط على فسخ العقود الجائزة، فإنّ ذلك من الأحكام الشرعيّة لا من الحقوق؛ و لذا لا تورّث و لا تسقط بالإسقاط.^{۱۳}

- ^۱ با این که مصداق خيار اصطلاحی نیست (مرحوم ایروانی). عقد یا جایز حکمی است یا جایز حقی و خیاری که حکماً لازم است.
- ^۲ جواب مرحوم خوئی: مالک در این مثال انتساب عقد به خودش را دفع می کند - نه این که عقد را فسخ کند و مالک حقّ فسخ باشد. در نتیجه داخل در تعریف نخواهد بود. [مالک ردّ یا اجازة است - نه فسخ اصطلاحی-].
- ^۳ در معامله ای که در هنگام مریضی منجر به موت رخ داده است، ما زاد بر ثلث ما ترک، منوط به اذن ورثه است البته برخی این اذن را مشروط کرده اند به مواردی که معامله به ضرر ورثه باشد.
- ^۴ مانند مثال قبل است و لذا داخل در تعریف نیست.
- ^۵ جواب مرحوم خوئی: مانند مثال عقد فضولی است و لذا داخل در تعریف نیست.
- ^۶ مصداق خيار نیست؟ این احتمال که با عیب نکاح، عقد جایز شده وجود دارد، ضمن این که اعمال فسخ از زمان اعمال فسخ است - بر خلاف سایر عقود که شاید از همان زمان عقد باشد.
- ^۷ مرحوم ایروانی: «حقّ شفعه» نیز با این تعریف داخل در اصطلاح خيار خواهد بود، در حالی که مصداق خيار نمی باشد.
- ^۸ ردّ اشکال عدم مانعیت برای اغیار به دو طریق: (۱) اغیار ادعایی داخل در معرف هستند و در حقیقت مصداق اغیار نیستند. (۲) اغیار داخل در معرف نیستند. از راه دوم در اینجا استفاده شده است. استفاده حداکثری از معنای لفظ «ملک» شده است و صرفاً برای بیان توانایی فسخ، استفاده نشده است. [مرحوم سید یزدی: حقّ مرتبه ضعیف ملکیت است. در نتیجه «ملک» مطلق شامل حقّ می شود (گفته شده است اگر متعلق عین خارجی باشد، ملکیت شدید هنگامی استعمال می شود که شیء خارجی مالیت داشته باشد و اگر مالیت نداشته باشد، ملکیت ضعیف یا حقّ اطلاق می شود) + مرحوم ایروانی: ملکیت افاده سلطنت می کند که این سلطنت در حقّ وجود دارد اما در حکم وجود ندارد (ر.ک. نقد مرحوم ایروانی و کلمات مرحوم خوئی.
- ^۹ سه مقدمه: (۱) حقّ و حکم فرق دارند. (۲) ملک فقط شامل حقّ می شود. (۳) فسخ در عقد جایز و عقد فضولی، حکم است و حقّ نیست.
- ^{۱۰} مرحوم سید یزدی: حکم اعتباری است که ملکیت، سلطنت و حق همراه آن نیست، مثل اعتبار جواز شرب خمر.
- ^{۱۱} برای اطلاع بیشتر از فرق بین حق و حکم، رجوع شود به حاشیه سید یزدی، ج ۲، ص ۲ - حاشیه محقق همدانی، ص ۴۵۱ و همچنین حاشیه مرحوم اصفهانی بر مکاسب، ج ۱، ص ۱۸ و ۴۳ و کتاب البیع امام خمینی، ج ۱، ص ۳۸.
- ^{۱۲} روشن است که «حکم» به ارث نمی رسد و امکان اسقاط آن وجود ندارد، چرا که جعل و رفع آن به دست شارع است، اما حقّ ممکن است به ارث برسد و ممکن است به ارث نرسد، همانطور که ممکن است امکان اسقاط داشته باشد و ممکن است امکان اسقاط نداشته باشد؛ به عنوان مثال گفته شده است که زوج حقّ استمتاع از زوجه دارد و این حقّ به ارث نمی رسد و امکان اسقاط نیز ندارد. (ر.ک حاشیه مرحوم اصفهانی، ج ۱، ص ۱۸ و کتاب البیع امام خمینی، ج ۱، ص ۳۸ و حاشیه مرحوم پایانی در ابتدای کتاب البیع مکاسب، ج ۲، ص ۷، تعلیقه ۱۲). بنابراین گفته شده است از عدم ارث گذاشتن و عدم امکان اسقاط، نمی توان «حکم» بودن را ثابت کرد و صرفاً از به ارث گذاشتن یا امکان اسقاط می توان «حقّ» بودن را ثابت کرد.
- ^{۱۳} ر.ک حاشیه مرحوم شهیدی، ج ۳، ص ۴۰۴.

[تعريف آخر للخيار و المناقشه فيه]

و قد يعرف بأنه: ملك إقرار العقد و إزالته.^٣

و يمكن الخدشه فيه بأنه:^٤

إن أريد من «إقرار العقد» إبقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرک؛ لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه؛ إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين.^٥

و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ، ففيه: أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار؛^٦ مع أن ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإن لكل منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً.^٣

^١ علمائی متاخر از فخر المحققین این تعریف را ارائه کرده اند و گویا ضعفی در تعریف اول احساس کرده اند که تعریف را تغییر داده اند. با مقایسه این تعریف با تعریف سابق و اشکالاتی که به تعریف سابق وارد شده است، می توان مراد دقیق علماء از این تعریف را به دست آورد. گفته شده است این تعریف برای عدم ورود نقضهایی باشد که مرحوم شیخ مطرح کرده اند، یعنی این تعریف سلطنت بر اقرار عقد (به تفسیر دوم از تعریف که در ادامه ذکر خواهد شد) را نیز افاده می کند - که خارج کننده عقود جایزه است -.

^٢ اقرار عقد با رها کردن (تفسیر اول) یا اسقاط حق خیار (تفسیر دوم) و ازاله عقد با فسخ کردن. + دو تغییر نسبت به تعریف سابق: (١) استفاده از لفظ ازاله به جای فسخ شاید به دلیل وضوح بیشتر این لفظ. (٢) اضافه کردن قید «اقرار العقد» که مرحوم شیخ نسبت به این اضافه اشکال دارند.

^٣ عرفه بذلك الفاضل المقداد فی التنقیح ٢: ٤٣، و السید الطباطبائی فی الریاض ٨: ١٧٧، و صاحب الجواهر فی الجواهر ٢٣: ٣.

^٤ تأمل در احتمالات مختلف و متعدد در کلام علماء برای رسیدن به مطالب عمیق و صحیح.

^٥ ذکر «ملك ازاله العقد» کافی بود (تطویل بلا دلیل از اشکالات تعریف است) یا تعریف اول نیز این معنا را افاده می کرد و نیازی به تغییر دادن تعریف نبود - علاوه بر این که تعریف طولانی تر و سخت تر شده است - تعریف اول گفته بود «قدرت بر فسخ عقد»، یعنی قدرت بر فسخ و ترک فسخ عقد. تعریف شما هم چیزی بیشتر از این مطلب را نرسانده است.

نقد مرحوم شهیدی: اگر «ملك» در تعریف اول به معنای قدرت است، پس شامل حکم هم می شود - در حالی که شما برای دفع اشکال، ملك را حق تفسیر کردند - و نمی توان گفت فقط شامل حق می شود. در «حکم» هم قدرت بر فسخ وجود دارد.

^٦ یک حقیقت و صفت واقعی خارجی است که هم با فعل و هم با ترک نسبت دارد.

^٧ تعریف مشهور از قدرت: ان شاء فعل و ان شاء ترک.

^٨ اینگونه نیست که فقط قدرت بر فعل باشد یا فقط قدرت بر ترک باشد و بر طرف مقابل قدرت وجود نداشته باشد. اگر صفت انتساب به یک طرف داشته باشد، «قدرت» نیست.

^٩ تعریف دوری خواهد بود، چرا که خیار به «ملك اقرار عقد با اسقاط خیار یا ازاله عقد با اعمال خیار» تعریف شده است. (تعریف اجلی و اعرف نیست).

[تفاوت الكلمات في الاستظهار من لفظ الخيار]

ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق في كلمات المتأخرين، وإلا فإطلاقه في الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و سلطنة الرجوع في الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.^٦

الثانية [الأصل في البيع اللزوم]^٧

[كلام العلامة في توجيه اصاله اللزوم]

ذكر غير واحد تبعاً للعلامة في كتبه: أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم؛^[١] لأن الشارع وضعه مفيداً^[٢] لنقل الملك، و الأصل الاستصحاب،^[٣] و الغرض تمكّن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و إنما يتم باللزوم لئلا من من نقض صاحبه عليه، انتهى.

^١ جواب مرحوم سيد: اسقاط خيار سبب اقرار عقد است و سبب در تعريف نيامده است. اين تعريف، تعريف خوبی است و خارج کننده عقود جايزه است.

جواب مرحوم ايروانی: می توان خيار را به «ملك الزام عقد با اسقاط حق فسخ» معنا کرد تا اشكال به وجود ندارد. اين تعريف، تعريف خوبی است و خارج کننده عقود جايزه است.

^٢ استفاده از قرينه مقابله برای استظهار از عبارت: تعريف جامع افراد نيست (داخل در معرف می باشد ولی داخل در معرف نمی باشد).

^٣ جواب مرحوم سيد يزدي و شهیدی و خوبی: [با توجه به قرينه لبی مقدم بر قرينه مقابله] اقرار عقد نسبی و از طرف خودش مراد است. اشكال مرحوم سيد به تعريف: صرف مالکيت بر فسخ برای صدق خيار کافی است و به مالکيت اقرار عقد نیازی نيست [اگر حق اسقاط خيار را نداشته باشد، باز هم خيار صدق می کند].

^٤ معنای خيار در كلام امام الطائفة سيدنا الخمينی ره: «حق انتخاب فسخ». «ملك» را به «حق» و «فسخ» را به «انتخاب فسخ» تغيير داده اند. صاحب خيار، فسخ را انتخاب می کند و فسخ به قرارداد عقلاء و شارع رخ می دهد. برای بحث متعلق خيار ر. ک سيدنا الامام الخمينی، كتاب البيع، ج ٤، ص ١٣.

^٥ راجع الوسائل ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ١ و ٢، و ١٣: ٣٣٦، الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات، الحديث ٦.

^٦ نکته روشی: در مقام استظهار از ادله، لازم است احتمال تفاوت آنچه امروز از لفظ استظهار می شود (معنای اصطلاحی یا وضع جديد) و آنچه در زمان صدور دليل، استظهار می شده است (معنای لغوی و وضع ابتدایی)، بررسی گردد و غفلتاً حمل بر مستظهر از كلمات فقها نشود.

^٧ مساله شناسی، فهم مفردات، معنای «بيع» سابقاً بيان شده است و معنای «اصل» در ادامه بررسی خواهد شد. اما در مورد «لزوم»، از بیانات و ادله چنین استفاده می شود که لزوم حکمی - قابل جمع با جواز خياری - مراد نيست، بلکه لزوم فعلی مراد است که همراه با نفی خيار است.

^٨ مساله شناسی، اشاره به تاريخچه طرح مساله در فقه با تتبع و تحقيق در متون علماء.

^٩ منهم: الشهيد قدس سره في القواعد و الفوائد ٢: ٢٤٢، القاعدة ٢٤٣، و الفاضل المقداد في التنقيح ٢: ٤٤، و المحقق السبزواری في كفاية الأحكام: ٩٢ بلفظ: «الأصل في العقود اللزوم» و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٣.

أقول: المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان.^۱

۱. لم نقف عليه في كتبه، عدا القواعد ۲: ۶۴، و التذكرة التي ذكرها المؤلف قدس سره.
- ۲ بسیاری از ادله ذکر شده در کلمات مرحوم علامه نزدیک به استحسان، قیاس و مصالح مرسله است و ظاهراً مقتضای دوران ایشان در تعامل با اهل سنت بوده است.
- حدس ما از روش تحصیل ادله در کلام ایشان: (۱) تامل در وضع ابتدایی بیع. (۲) توجه به حالت سابق. (۳) بررسی آثار و لوازم غرض از بیع.
۳. من «ش» و المصدر.
- ۴ مرحوم شهیدی: شارع در مورد بیع وضع تاسیسی نداشته است و ظاهراً مراد وضع تقریری است.
- وضع شارع از ادله نقلی یا تقریر بناء عقلاء استفاده شده است؟
- مراد وضع ابتدایی است یا وضع استمراری را هم در بر می گیرد؟ به نوع تفسیر و تبیین استصحاب در مقدمه دوم مبتنی است و این نکته که «و الاصل الاستصحاب» تکمیل استدلال اول است یا استدلال مجزایی است. [توجه به احتمالات مختلف عبارت].
- ۵ طبق تاریخ بحث استصحاب، گفته شده است که قدماء استصحاب را اماره و بر اساس بناء عرف و عقلاء حجت می دانسته اند.
- مستصحب چیست؟ وضع ابتدایی شارع یا بقاء ملکیت ثمن برای بایع و مضمن برای مشتری یا ...
- در ادامه استدلال به استصحاب بقاء آثار در مقام اشاره خواهد شد و مراحل و روش های نقد آن بیان می شود.
- ۶ سیره یا ارتکاز عقلاء یا وضع بیع نزد عقلاء اینگونه است.
- نقد: غرض از بیع تمکن از تصرف یا صرف مالکیت است - اعم از مالکیت متزلزل یا مالکیت مستقر - بیع برای اعم از غرض تام و غرض ناقص وضع شده و مورد استفاده عقلاء قرار می گیرد.
- ۷ در فرض فقدان فسخ طرف مقابل، مالک با خیال راحت در مال تصرف کرده و مثلاً اگر خانه ای خریده است، اسباب کشی می کند یا اگر ماشینی خریده است، معایش را بر طرف می کند. اگر خیار وجود داشته باشد، چنین اقداماتی را انجام نخواهد داد. (مقدمه عقلی؟) / نقد مرحوم ایروانی: با جواز بیع نیز غرض تام از بیع حاصل است ولو بعد از فسخ اگر کالا موجود نباشد - مثل آن که برنج مبیع بوده است و آن را خورده است - ضامن خواهد بود. همچنین اگر این مقدمه صحیح باشد، ثبوت خیار نیز با غرض از بیع منافات خواهد داشت و شرط منافی عقد، باطل است، و التالی باطل.
۸. التذكرة ۱: ۵۱۵.
- ۹ مرحله مسأله شناسی / معنای مفردات مسأله / مراد از «اصل» / با تامل و تتبع و تحقیق در کلمات علماء.
- ۱۰ این احتمال که اصل به معنای «مقتضای اولی» - اعم از این که اماره باشد یا اصل - باشد، مدنظر قرار نگرفته است. احتمالاتی که در ادامه مطرح می شود را می توان ادله برای مقتضای اولی در نظر گرفت.

الأول: المراجع، احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة.^۴

^۱ از ادله مطرح شده، می توان مراد قائل را کشف کرد و این نشان دهنده تاثیر مرحله ادله بر مرحله مسأله شناسی است. در مورد هر احتمال دو سوال قابل طرح است: (۱) این احتمال مراد مرحوم علامه و علماء بوده است؟ (۲) این احتمال فی نفسه صحیح است؟
^۲ گمان و احتمال بیشتر - بر اساس حجیت مطلق ظن یا ظن خاص الحاق مشکوک به اعم اغلب -
^۳ محقق ثانی یا کرکی، قرن ۱۰، جامع المقاصد فی شرح القواعد از منابع مهم مکاسب مرحوم شیخ است. اصل این احتمال با تتبع تحصیل شده است و قائل دارد.
^۴ . جامع المقاصد ۴: ۲۸۲.

^۵ ادعا: «رجحان (گمان) لزوم در بیع». اما دلیل: [دلیل یابی با تتبع کلمات علماء / تفکیک دقیق مقدمات و چینش صحیح آنها با تامل و دقت]:
۱/ غلبه در بیع لزوم است. ۲/ این اغلیت موجب اطمینان یا گمان به داخل بودن فرد مشکوک در اعم اغلب می شود. ۳/ اطمینان حجیت دارد یا بناء عقلاء در این موارد بر الحاق شیء مشکوک به اعم اغلب است. این سیره با عدم ردع شارع حجیت دارد.
[روش نقد / تحلیل دقیق مقدمات، بررسی صحت و سقم آنها و تطابق آنها با مدعا]:
نقد مقدمه اول / اشکالات مرحوم شیخ ناظر به این مقدمه است [استقصاء احتمالات مراد از آن و بررسی تطابق دلیل با مدعا]:
مراد:

(۱) غلبه افرادی (اکثر افراد و مصادیق بیع لازم هستند): اغلب افراد بیع لزوم حکمی دارند، در حالی که محل بحث ما لزوم فعلی است: لزوم فعلی در اغلب افراد بیع مقبول نیست بلکه جواز فعلی در اغلب افراد عقد - به دلیل جواز حکمی یا جواز فعلی با خیار مجلس، خیار حیوان و ... - ثابت است.
(۲) غلبه ازمانی: هر فردی از بیع لحاظ شود، از زمان انعقاد تا قیام قیامت، مقدار زمان اندکی مشتمل بر خیار و جواز است - مثلاً تنها سه روز در بیع حیوان - غالب زمانها بعد از بیع، لزوم حاکم است و خیار منتفی است. پس اگر در زمانی وجود خیار مشکوک بود، آن زمان حمل بر غالب (لزوم) می شود (هر چند احتمال این معنا در کلام علامه یا محقق کرکی داده نشود، لکن به عنوان احتمال قابل طرح باید مورد بررسی قرار گیرد): محل بحث ما کشف لزوم یا جواز افراد بیع - مثل بیع معاطاتی - است. مورد شک ما، فرد بیع است نه زمان خاصی بعد از وقوع بیع. [وارد بودن یا وارد نبودن این اشکال مورد اختلاف علماء است. ر. ک کلمات مرحوم سید یزدی، مرحوم ایروانی، مرحوم شهیدی و مرحوم خوبی. + اشکال صغروی: اول ازمنه عقدها اگر لحاظ شود - به دلیل خیار مجلس - غلبه با جواز است]. اضافه بر این که این معنا با عبارت مرحوم علامه سازگار نیست و در نتیجه نمی تواند مراد ایشان باشد - که در ادامه اشاره خواهد شد -.

نقد مقدمه دوم [عدم تطابق تام دلیل با مدعا]: گاهی با وجود اغلیت لزوم، بیع دارای خصوصیتی است که گمان به لازم بودن آن حاصل نمی شود. مقدمه اخص از مدعا را ثابت می کند.

نقد مقدمه سوم [بررسی اصل صحت مقدمه ادعائی]: حجیت اطمینان در این موارد پیشفرض اصولی است که به آن نمی پردازیم، اما در مورد سیره عقلاء، اصل ثبوت آن ثابت نیست.

و فيه: أنه [١] إن أراد غلبة الأفراد، فغالبا ينعقد جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، [٢] و إن أراد غلبة الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكه؛ مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله: أو إنما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب.^٣

[٢- القاعدة المستفادة من العمومات]

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال،^٤ و هذا حسن،^٥ لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل.^٦

[٣- الاستصحاب]

الثالث: الاستصحاب^٧ و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما و هذا حسن.^٨

[٤- وضع البيع]

الرابع: المعنى اللغوي بمعنى أن وضع البيع و بناءه عرفاً و شرعاً على اللزوم و سيرورة المالك الأول كالأجنبي،^٩ و إنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً لأحدهما أو لهما، يسقط بالإسقاط و بغيره. و ليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط.^{١٠}

^١ علاوه بر این که با ادله مرحوم علامه سازگاری ندارد و نمی تواند مراد علامه و تابعین ایشان باشد (مرحوم ایروانی).

^٢ مرحوم شیخ در ادامه این عبارت علامه را شرح می کنند.

^٣ القواعد ٢: ٦٤.

^٤ دلیل عدم تناسب: بیان شد غالب زمانهای بعد از بیع، خيار منتفی است و زمان مشکوک به غالب ملحق می شود و بنابراین اصل بر لزوم است. زمانی که خيار ثابت می شود، علم به جواز بیع وجود دارد و جزو زمانهای نادر -در مقابل غالب- تلقی می شود و این زمان، از ابتدا داخل در اصل نبود و لذا تعبیر «خروج» با تفسیر ارائه شده سازگاری ندارد. (ر.ک مرحوم شهیدی).

^٥ یا اطلاعات - مثل اوفوا بالعقود یا تجارة عن تراض - که در ادامه مورد اشاره و بررسی قرار خواهند گرفت.

^٦ بعض افراد مثل بیع معاطاتی و بعض احوال مثل بیع کالا با عیبی که تاثیر معتنا به در قیمت و غرض از آن کالا ندارد.

^٧ أشار إليه الشهيد الثاني في تمهيد القواعد: ٣٢، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣: ٣ بلفظ: «و يمكن كونه بمعنى القاعدة».

^٨ صحت و سقم این ادعا به تفصیل در ادامه بیان خواهد شد.

^٩ پس نمی تواند مراد مرحوم علامه و تابعین ایشان باشد.

^{١٠} در ادله تمسک به عمومات و اطلاعات لفظی دیده نمی شود.

^{١١} صرح بذلك العلامة قدس سره في عبارته المتقدمة عن التذكرة.

^{١٢} در ادامه مورد نقد و بررسی قرار می گیرد.

وَمِنْ هُنَا ظَهَرَ: أَنَّ ثُبُوتَ خِيَارِ الْمَجْلِسِ فِي أَوَّلِ أَزْمَنَةِ انْعِقَادِ الْبَيْعِ لَا يَنَافِي كَوْنَهُ فِي حَدِّ ذَاتِهِ مَبْنِيًّا عَلَى الْإِجْرَامِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ حَقًّا خَارِجِيًّا قَابِلًا لِلانْفِكَاكِ. نَعَمْ، لَوْ كَانَ فِي أَوَّلِ انْعِقَادِهِ مُحْكُومًا شَرْعًا بِجَوَازِ الرَّجُوعِ بِحَيْثُ يَكُونُ حَكْمًا فِيهِ، لَا حَقًّا مَجْعُوعًا قَابِلًا لِلسَّقُوطِ، كَانَ مَنَافِيًّا لِبِنَائِهِ عَلَى الْإِجْرَامِ. فَالْأَصْلُ هُنَا كَمَا قِيلَ نُظِيرَ قَوْلِهِمْ: إِنَّ الْأَصْلَ فِي الْجَسْمِ الْاسْتِدَارَةُ، فَإِنَّهُ لَا يَنَافِي كَوْنُ أَكْثَرِ الْأَجْسَامِ عَلَى غَيْرِ الْاسْتِدَارَةِ لِأَجْلِ الْقَاسِرِ الْخَارِجِيِّ.

وَمِمَّا ذَكَرْنَا ظَهَرَ وَجْهَ النَّظَرِ فِي كَلَامِ صَاحِبِ الْوَافِيَّةِ، حَيْثُ أَنْكَرَ هَذَا الْأَصْلَ لِأَجْلِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ.^١ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ أَنَّ الْأَصْلَ بَعْدَ ثُبُوتِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ بَقَاءَ عَدَمِ الْإِجْرَامِ، وَسَيَأْتِي مَا فِيهِ.

..... ١٠

^١ وَضَعُ ابْتِدَائِي عَرَفَ وَ قَرَّادَ عَقْلًا بَرِ اَيْنَ كَهْ مَقْتَضَايِ اُولَى وَ طَبِيعَتِ بَيْعٍ، لَزُومِ وَ عَدَمِ خِيَارِ بَاشَدِ وَ ثُبُوتِ خِيَارِ نِيَاظَمَدِ قَاسِرِ خَارِجِيِّ اسْت. دَلِيلُ: (١) سِيرَةُ عَقْلًا بَرِ اسَاسِ هَمِينِ وَضَعُ ابْتِدَائِي شَكْلَ كَرَفْتِهِ اسْت. (٢) قَاعِدَةُ مَقْتَضَى وَ مَانَعِ. شَكْكَ دَرِ وَجُودِ مَانَعِ مَسَاوِي عَدَمِ مَانَعِ اسْت. ^٢ [حَدَسُ دَلِيلُ اَيْنِ ادْعَا:] بِنَاءُ شَرْعٍ چِگونَه بَهْ دَسْتِ آمَدَه اسْت؟ (١) عَمُومَاتِ: رَجُوعِ بَهْ مَعْنَايِ دُومِ مَگَرِ امْضَاءِ سِيرَه بَاشَد. (٢) سَكُوتِ تَقْرِيرِي سِيرَه عَقْلًا. (٣) سِيرَه يَا ارْتِكَازِ مَتَشْرَعَه كَه كَاشَفِ از بِنَاءِ شَارِعِ اسْت. ^٣ دَرِ عَدَمِ امْكَانِ فِسخِ عَقْدِ.

^٤ قَابِلِ انْفِكَاكِ وَ عَرُوضِ - دَرِ مَقَابِلِ ذَاتِي - دَلِيلُ [بَرْرِسِي خِصَائِصِ اَيْنِ حَقِّ]: سَقُوطِ بَا اسْقَاطِ از خِصَائِصِ خَارِجِيِّ بُوْدَنِ اسْت. ^٥ قَالَ الشَّهِيدِيُّ قَدَّسَ سِرَّهُ: «قَدْ حَكِيَ هَذَا الْوَجْهَ عَنِ السَّيِّدِ الصَّدْرِ فِي مَقَامِ تَوْجِيهِ مَرَادِ الشَّهِيدِ قَدَّسَ سِرَّهُ مِنْ قَوْلِهِ: "الْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ الْإِجْرَامُ" كَيْ يَنْدَفِعَ عَنْهُ إِيرَادُ الْفَاضِلِ التُّونِيِّ عَلَيْهِ بِانْكَارِهِ الْأَصْلَ، لِأَجْلِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ»، (هُدَايَةُ الطَّالِبِ: ٤٠٦)، وَ رَاجِعِ شَرْحِ الْوَافِيَّةِ (مَخْطُوطٌ): ٣٢٣. ^٦ مَدْعَا: بِنَاءِ اُولَى بَيْعِ - عَرَفَا وَ شَرْعًا - بَرِ لَزُومِ اسْت. صَاحِبِ الْوَافِيَّةِ كَلَامِي كَه دَارَايِ دُو تَفْسِيرِ اسْت:

(١) ثُبُوتِ خِيَارِ مَجْلِسِ بَا ادْعَايِ بِنَاءِ اُولَى بَيْعِ بَرِ لَزُومِ مَنَافَاتِ دَارَدِ. اَيْنِ كَلَامِ مُورَدِ قَبُولِ نَيْسْت؛ چِرا كَه رُوشَنِ شَدِ بِنَاءِ اُولَى يَعْني ثُبُوتِ خِيَارِ بَهْ حَقِّ خَارِجِيِّ اسْت - نَهْ حَكْمِ شَرْعِي بَرَايِ ذَاتِ بَيْعِ - وَ دَرِ نَتِيجَه بِنَاءِ اُولَى بَرِ لَزُومِ مَنَافَاتِي بَا خِيَارِ مَجْلِسِ نَدَارَدِ. (٢) ثُبُوتِ خِيَارِ مَجْلِسِ بَاعْثِ مِي شُودِ كَه بَعْدِ از خِيَارِ مَجْلِسِ اصْلِ بَرِ بَقَاءِ عَدَمِ لَزُومِ بَاشَد. تَفْسِيرِ دُومِ بَعْدَهَا مُورَدِ نَقْدِ وَ بَرْرِسِي قَرَارِ مِي كِيرِدِ. ^٧ دَرِ مَقَابِلِ حَقِّ خَارِجِيِّ. يَعْني حَقِّ مَجْعُوعِ خَارِجِيِّ قَابِلِ اسْقَاطِ نَبَاشَد، بَلْكَه حَكْمِ شَرْعِي بَرَايِ طَبِيعَتِ وَ ذَاتِ بَيْعِ بَاشَد. ^٨ نَسْبَهَ الشَّهِيدِيِّ إِلَى شَارِحِ الْوَافِيَّةِ، انظُرْ شَرْحَ الْوَافِيَّةِ (مَخْطُوطٌ): ٣٢٣.

^٩ الْوَافِيَّةُ: ١٩٨.

^{١٠} مَقْدَارِي از مَتَنِ كِتَابِ دَرِ اَيْنِ بَخْشِ حَذْفِ شُدِه وَ مُورَدِ تَحْلِيلِ رُوشْمَنْدِ قَرَارِ نَگَرَفْتَه اسْت.

[تبيين جريان ادلة اصالة اللزوم، في غير البيع من العقود]^١

ثم إنَّ «الأصل» بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشكِّ في ثبوت خيارٍ في خصوص البيع؛ لأنَّ الخيار حقٌّ خارجيٌّ يحتاج ثبوته إلى الدليل. أمَّا لو شكَّ في عقدٍ آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه؛ لأنَّ مرجع الشكِّ حينئذٍ إلى الشكِّ في الحكم الشرعى.

و أمَّا الأصل بالمعنى الأوّل فقد عرفت عدم تمامه.^٣

و أمَّا بمعنى الاستصحاب فيجرى في البيع و غيره إذا شكَّ في لزومه و جوازه.

و أمَّا بمعنى القاعدة فيجرى في البيع و غيره؛ لأنَّ أكثر العمومات الدالّة على هذا المطلب يعمّ غير البيع، و قد أشرنا في مسألة المعاطاة إليها، و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب.^{٦٥}

^١ از مراحل مهم نقد و بررسی ادله : مقایسه محدوده دقیق نتیجه استدلالها و مقتضای هر اصل با مدعاست تا اعم یا اخص یا مساوی بودن آن کشف شود. (استدلالها علاوه بر بیع، دیگر عقود را نیز شامل می شوند؟).

^٢ و هر عقدی که بناء عرف و شرع بر لزوم در آن معلوم باشد.

^٣ برای امور بی فایده نباید وقت را تضييع کرد.

^٤ مثل اوفوا بالعقود و المسلمون عند شروطهم، در مقابل تمسک به اخبار خيار مجلس.

^٥ البته مباحثی که در این بخش ارائه می شود با مباحث ذیل بیع معاطات کمی متفاوت است.

^٦ مرحله جمع آوری و بررسی ادله / روش بسیار مهم و کلیدی و عمده در مسائل غیرمستحدثه، رجوع به تحقیقات علماء طی قرنهای متمادی و کار عمیقی که با احاطه علمی خودشان بر روی مسائل انجام داده اند. هر چه تتبع بیشتر باشد، فقه قویتر و متقن تر خواهد بود.

فمنها: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ دَلٌّ عَلَى وَجوب الوفاء بكلِّ عقد. والمراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان^۵ المرويّة في تفسير عليّ بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغَةً وعرفاً. أو المراد بوجوب الوفاء، العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب

^۱ روش تحصیل نزد اولین شخصی که به آن تمسک کرده است: تسلط بر آیات و ادله لفظی به همراه دقت در تطبیق موضوع آیه شریفه (عقود) در محل بحث و تناسب حکم (لزوم وفاء) با حکم مساله (لزوم).

تمسک به ظواهر قرآن مبتنی بر قبول حجیت ظواهر کتاب در علم اصول است.

بررسی دلیل نقلی لفظی دارای سه مرحله است: ۱) صدور: قطع به صدور الفاظ قرآن از ذات اقدس الهی که مربوط به علوم قرآنی و کلام است. ۲) جهت صدور: در مقام بیان واقع است - نه تقیه یا جدل -، به دلیل اصل اولی عقلایی و عدم جریان تقیه در مورد قرآن و عدم ظهور در جلد. ۳) دلالت: در این بخش و برای استظهار به این نکات توجه شده است: وضع الفاظ، قرائن متصل و منفصل، اطلاق، لوازم کلام. در مورد مراد از مفردات، کلمات عقد (وضع و روایت تفسیری)، هیئت امر و وفاء مورد بررسی قرار گرفته است و «باء» و «ال» شاید به دلیل وضوح بررسی نشده است. سپس مراد از ترکیب بیان شده است. اطلاق نسبت به فرض بعد از فسخ مورد توجه قرار گرفته شده است و در نهایت از حکم تکلیفی لازمه حکم وضعی استفاده شده است.

^۲ المائدة: ۱.

^۳ کشف معنای حقیقی یا مجازی لفظ در مقام، به کمک وضع یا قرائن.

^۴ روایت تفسیری، قرینه منفصل برای فهم مراد آیه شریفه است. (البته روایات دیگری نیز در تفسیر این آیه شریفه وجود دارد که در این کتاب مورد اشاره قرار نگرفته است و تتبع تام از قرائن ارائه نشده است).

^۵ برای تمسک به این روایت تفسیری، تمام مراحل تمسک به یک دلیل لفظی از صدور، جهت صدور و دلالت باید طی شود.

پیشفرض اصولی تمسک به این روایت، حجیت روایات تفسیری حمل کننده ظواهر آیات بر خلاف ظاهر است، با این ادعا که ادله خبر ثقه شامل این اخبار نیز می شود.

برای حیث صدور این روایت باید گفت اولاً حجیت این روایت مبتنی بر حجیت روایات کتاب تفسیر قمی است. اگر انتساب متن موجود از این کتاب به شخص ثقه ای مثل علی بن ابراهیم بن هاشم قمی ثابت شد، در مرحله بعد باید سند روایت مورد بررسی قرار گیرد. ثانیاً این روایت در تفسیر عیاشی نیز ذکر شده است و سند آن با سند موجود در تفسیر قمی کمی متفاوت است و ممکن است شبهه ای را در سند ایجاد کند. (تفاوت دو سند در ارسال و اسناد - ولو نصر بن سوید مستقیماً بسیار از عبدالله بن سنان روایت نقل کرده است -).

برای جهت دلالت و بررسی مدلول روایت ر.ک. کلمات مرحوم شهیدی و مرحوم امام خمینی.

^۶ تفسیر القمی ۱: ۱۶۰.

^۷ در مورد معنای ترکیب ها و انصرافهای عرفی، از تعبیر معنای لغوی استفاده نمی شود و معنای عرفی به کار برده می شود. اضافه بر این که گاهی مراد از لغوی معنای مطرح شده نزد اهل لغت است و مراد از عرف، تبادر اهل لسان. گاهی نیز از آن دو یک معنا اراده می شود.

دلالت اللفظیة، نظیر الوفاء بالذکر، فإذا دلّ العقد مثلاً علی تملیک العاقد ماله من غیره وجب العمل بما یقتضیه التملیک من ترتیب آثار ملکیت ذلک الغیر له، فأخذہ من یدہ بغیر رضاه و التصرف فیہ كذلك نقض لمقتضی ذلک العهد، فهو حرام.^۵

فإذا حرم بإطلاق الآیة جمیع ما یکون نقضاً لمضمون العقد - و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه - كان هذا لازماً مساوياً للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما، فیستدل بالحکم التکلیفی علی الحکم الوضعی أعنی فساد الفسخ من أحدهما بغیر رضا الآخر، و هو معنی اللزوم.^۶

و ممّا ذکرنا ظهر ضعف ما قیل: من أنّ معنی وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما یقتضیه [العقد] من لزوم و جواز، فلا یتّم الاستدلال به علی اللزوم.

^۱ پس یا در معنای حقیقی استعمال شده است (عقد معاملی مورد نظر) و یا در معنای مجازی (مطلق عهد که شامل عقود محل بحث می شود). علی ای حال شامل محل بحث می شود و از آنجایی که بحث ما تفسیری نیست و فقهی است، بررسی نمی شود که مراد جدی کدام یک از این دو معناست.

اولاً برای تحلیل معنای لغوی و عرفی عقد ر.ک. مرحوم شهیدی، ج ۳، ص ۴۰۷ و سیدنا الامام الخمینی، کتاب البیع، ج ۴، ص ۲۴.

ثانیاً در مورد رابطه مطلق عهد و عقد امام الطائفة سیدنا الخمینی - قدس الله روحه القدوسی - معتقدند که رابطه اعم مطلق نیست، بر خلاف نظر مرحوم سید یزدی و شهیدی و امثال آنها.

^۲ (۱) برای تحلیل معنای وفاء ر.ک. مرحوم شهیدی / ج ۳ / ص ۴۰۸ و مرحوم ایروانی / ج ۲ / ص ۳ و مرحوم سیدنا الامام الخمینی / ج ۴ / ص ۲۸ و مرحوم آقای خویی. (۲) «ال» افاده استغراق دارد. (۳) هیئت امر برای انشاء بحث وضع شده است.

^۳ وجوب استفاد از هیئت امر بر اساس وضع یا اطلاق یا اما اولاً تطبیق این قاعده اصولی مبتنی بر پذیرش مولوی تکلیفی بودن عبارت است. اگر ارشادی یا مولوی غیر تکلیفی باشد، افاده وجوب نخواهد داشت. ثانیاً متوقف بر عدم وجود قرینه بر خلاف در مقام است.

^۴ نقد مرحوم ایروانی: مصداق غضب است - نه نقص عقد - [دقت در صدق مفاهیم عرفی در مقام]

^۵ ترک واجب (وفای به عقد) و عصیان است و از باب ضد عام (نقض عقد ضد عام برای وفای به عقد است)، حرام می باشد.

^۶ چه قبل فسخ و چه بعد از فسخ.

^۷ توجه به لوازم کلام.

^۸ شرعاً و عرفاً حرمت تصرف غیر وجهی جز مالکیت این شخص ندارد. پس حرمت تصرف لازمه اش نفی مالکیت فسخ کننده است که لازمه اش بطلان فسخ است که لازمه اش نفی خیار است که لازمه اش لزوم فعلی بیع است. پس اصل در بیع لزوم است.

^۹ نقد مرحوم سید: بعد از فسخ شک داریم عقد همچنان باقی است یا خیر. تمسک به «اوفوا بالعقود» در این مرحله تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام خواهد بود. [نباید فراموش شود که تمسک به اطلاق بعد از قبول مصداقیت محل بحث برای معنای موجود در دلیل لفظی است].

^{۱۰} برای استظهار صحیح باید به کلمات علماء مراجعه شود و نکات استظهاری و قرائن ذکر شده در کلمات ایشان جمع آوری شود. راه تحصیل کلمات ایشان نیز جستجوی موضوعی (مراجعه به کلمات ایشان ذیل همین مساله) یا جستجوی لفظی (آیه شریفه در کلمات ایشان جستجو می شود و بررسی

توضیح الضعف: أن اللزوم و الجواز^۳ من الأحكام الشرعیة للعقد، و لیس من مقتضیات العقد فی نفسه مع قطع النظر عن حکم الشارع. نعم، هذا المعنی أعنی: وجوب الوفاء بما یقتضیه العقد فی نفسه یصیر بدلالة الآیة حکماً شرعیاً للعقد، مساویاً للزوم^۴.

و أضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفتن لوجه دلالة الآیة علی اللزوم - مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعه المشهور - و هو^۵: أن المفهوم من الآیة عرفاً حکمان: تکلیفی^۶ و وضعی^۷.

و قد عرفت أن لیس المستفاد منها إلاً حکم^۸ واحد^۹ تکلیفی^{۱۰} یتلزم حکماً وضعیاً^{۱۱}.

می شود که در ذیل چه مسائلی به بحث استظهاری این آیه شریفه پرداخته اند) است. در مرحله تتبع کلمات علماء، مرحوم شیخ به دو ادعا بر می خورد و در مقام نقد و بررسی آن بر می آیند.

۱. قاله العلامة قدس سره فی المختلف ۶: ۲۵۵.

۲. وفای به عقد جایز به چه معناست؟ تصرف بدون فسخ حرام است یا بعد از فسخ مانعیت برای فسخ کننده اشکال دارد.

۳. جواز ذاتی مثل هبه.

۴. در بررسی ادعا، ابتدا مقدمات استدلال را از یکدیگر تفکیک می کنیم. این ادعا یک صغرا دارد و یک کبرا. صغرای مستفاد از تحلیل عرفی و عقلایی بیع این است که لزوم و جواز از مقتضیات عقد هستند. کبرای مستفاد از استظهار این است که هر چه مقتضای عقد باشد، وجوب عمل دارد. مرحوم شیخ نسبت به کبرای استظهاری اشکالی ندارند و آن را قبول می کنند. اما صغرای استدلال با همان تحلیل عرفی و عقلایی انکار می شود. مقتضای عقد با -مثلاً در بیع- چیست؟ (۱) تملیک لزومی: این مبنا باطل است. [ر.ک. کلمات مرحوم شیخ در بحث معاطات]. (۲) صرف تملیک و لزوم یا جواز، حکم جانبی است که به مقتضای عقد توسط عقلاء یا شارع ضمیمه شده است: این مبنا صحیح است. در نتیجه دلیل وجوب عمل به مقتضای عقد (صرف تملیک) مطلقاً و حتی بعد فسخ را افاده می کند که لازمه اش لزوم است. [اشکال (با توجه به این که مبانی و نظرات باید با یکدیگر انسجام و همخوانی داشته باشد): قبلاً بیان شد که طبیعت اولی عقد، لزوم است و حق فسخ نیازمند حق خارجی و قاصر جانبی است. جواب (تلاش برای جمع بین نظرات مرحوم شیخ): لزوم یک حکم جانبی -و خارج از مقتضای عقد- است که به طبیعت اولی همراه عقد است. پس این دو کلام با یکدیگر تنافی ندارند].

۵. یعنی: ما نشأ من عدم التفتن.

۶. لم نقف علی قائله.

۷. فهم مرحوم شیخ از کلام قائل -با توجه به نقدی که به این بیان دارند-، دو حکم در عرض یکدیگر است -نه در طول-. [تامل و تتبع در احتمالات موجود از مراد قائلین به این کلام. به عنوان مثال ر.ک. فرمایش مرحوم ایروانی در مقام]

۸. راجع الصفحة المتقدمة.

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى أحلّ الله البيع على اللزوم، فإنّ حليّة البيع التي لا يراد منها إلّا حليّة جميع التصرفات المترتبة عليه التي منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر مستلزماً لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغواً غير مؤثراً.^{٣٣}

و منه يظهر وجه الاستدلال على اللزوم بإطلاق حليّة أكل المال بالتجارة عن تراض، فإنّه يدلّ على أنّ التجارة سببٌ لحليّة التصرف بقولٍ مطلق حتّى بعد فسخ أحدهما من دون رضا الآخر.

فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد، لكن الإنصاف أنّ في دلالة الآيتين بأنفسهما على اللزوم نظراً.^{٣٤}

١. البقرة: ٢٧٥.

٢. مراحل استظهار [تأمل در چینش مقدمات به نحوی که ما را به نتیجه مطلوب برساند]: (١) مراد از مفردات: حلیت ظهور در حکم تکلیفی دارد (ظهور اولی به ضمیمه قرینه مقابله با «حرّم الربا»). (٢) متعلق حلیت: این حلیت به افعال تعلق می گیرد. به قرینه مقابله با «ربا (زیاده)» حلیت به کالای مورد معامله در بیع تعلق گرفته است و مراد از آن جمیع تصرفات در آن کالا است. (٣) اطلاق حلیت تصرفات نسبت به بعد از فسخ. (٤) لازمه حلیت تصرفات، بطلان فسخ و لزوم بیع است. مقدمات سوم و چهارم شبیه استدلال به آیه شریفه «اوفوا بالعقود» است. از این رو در ابتدای عبارت می فرمایند «و من ذلك يظهر».

٣. حلیت بعد فسخ دلیلی جز مالکیت و بطلان فسخ ندارد.

٤. ١. استقصاء احتمالات در مراد از بیع در آیه شریفه و سپس بررسی نقاط ضعف و قوت در استظهار هر کدام از آنها: (١) سبب. (٢) مسبب. (٣) تسبب. (٤) مسبب به نسبت انشاء. (٥) کالای تملک شده به سبب بیع. / ٢. احتمالات در مراد از حلیت: (١) تکلیفی. (٢) وضعی. (٣) اعم. ر.ک. مرحوم ایروانی و مرحوم خویی.

٥. وجه دلالت: (١) مفردات: «اکل» کنایه از تصرف و تملک و ناظر به تصرفات بعد از تجارت عن تراض. (٢) ... باقی مقدمات مثل آیه شریفه سابق.

٦. المستفاد من قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» النساء: ٢٩.

٧. فی «ش» بدل قوله «لكنّ الإنصاف .. إلخ» عبارة: «لكنّ يمكن أن يقال: إنّه إذا كان المفروض الشكّ في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلّا بالاستصحاب، و لا ينفع الإطلاق». و قد وردت هذه العبارة في «ف» فی الهامش.

٨. بررسی احتمالات اشکال مدنظر مرحوم شیخ با توجه به مقدمه اطلاق در استدلالهای سابق:

(١) از این حیث در مقام بیان نبوده و اطلاق ندارد. به قرینه تقابل با «اکل مال بالباطل» ناظر به اصل جواز تملک با تجارت عن تراض و به حدود ملکیت

است و اطلاقی نسبت به بعد از فسخ و تصرفات بعد از آن ندارد. / بررسی شود این اشکال به استدلال به آیه اول وارد نیست؟

(٢) بعد از فسخ، اصل مصداقیت برای بیع و تجارت عن تراض بودن مشکوک است و لذا تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام خواهد بود. / بررسی شود

این اشکال به استدلال به آیه اول وارد نیست؟

و منها: قوله تعالى وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ دَلَّ عَلَى حَرْمَةِ الْأَكْلِ بِكُلِّ وَجْهِ يَسْمَى بَاطِلًا عَرَفَاءً، وَ موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل، فَإِنَّ أَكْلَ الْمَارَّةِ مِنْ ثَمَرِ الْأَشْجَارِ الَّتِي يَمْرُ بِهَا بَاطِلٌ لَوْلَا إِذْنُ الشَّارِعِ الْكَاشِفِ عَنْ عَدَمِ بَطْلَانِهِ، وَ كَذَلِكَ الْأَخْذُ

(۳) این عام یا مطلق قطعاً دارای مخصص یا مقید لبی یا لفظی است به عقودی که خیار در آنها ثابت است. شكّ در وجوب خیار یعنی تمسك به عام در شبهه مصداقیه مخصص، مگر مخصص عناوین خاص برخی عقود - مثل هبه معوضه - باشد.

۱. روش تحصیل دلیل: تتبع در کلمات علماء یا دقت در تطبیق عنوان موجود در دلیل لفظی بر محل بحث (عنوان «باطل» همانطور که در ادامه بیان خواهد شد).

۲. البقرة: ۱۸۸.

۳ روش استدلال به دلیل لفظی برای رسیدن به اصل لزوم با استفاده از بررسی مفردات، تطبیق عناوین در محل بحث و توجه به لازمه کلام (مراجعه شود به مکاسب، ج ۳، ص ۵۵ از چاپ کنگره):

(۱) نهی دلالت بر حرمت دارد - اگر مولوی تکلیفی باشد -.

(۲) «أكل» کنایه از تصرف است.

(۳) «باء» برای سببیت است - نه مقابله - (مرحوم شیخ در برخی مباحث مخصوصاً در مکاسب محرمة، «باء» را برای مقابله می دانستند).

(۴) «باطل» به معنای فاسد عرفی است.

(۵) تصرف در مال با فسخ، مصداق تصرف در مال غیر به سبب باطل عرفی است و عرف چنین حقی را قائل نیست و مال را همچنان ملک طرف مقابل می داند. [استدلال مخصوص مواردی است که بناء عرف بر عدم حق فسخ محرز است و صرفاً در مقام کشف نظر شارع هستیم] پس این تصرف حرام است.

(۶) لازمه حرمت تصرف، بطلان فسخ و لزوم بیع است و وجه عقلانی دیگری برای حرمت تصرف بعد از فسخ قابل تصور نیست.

[مطالبی که باید در مقام نقد و بررسی بر آنها دقت کرد:]

(۱) [مقدمه چهارم] موضوع له «باطل» چیست؟

(۲) [مقدمه چهارم] مستعمل فيه «باطل» در مقام چیست؟ باطل نزد متعاقدين، باطل نزد عقلاء یا باطل نزد شرع؟

(۳) [مقدمه پنجم] «باطل» اطلاق دارد و شامل امثال فسخ می شود یا فقط اسباب باطل ابتدائی - اصل عقدها مثل بیع و مضاربه و ... - را بیان می کند و ناظر به فسخ نیست.

(۴) [مقدمه پنجم] توهم و دفعی که در ادامه مرحوم شیخ بیان می کنند].

۴ وهم مقدر: در برخی موارد نزد عرف، فسخ باطل است اما شارع حق فسخ را قرار داده و معتبر دانسته است - مثل خیار حیوان تا سه روز - پس این دلیل دارای مخصص است و مفاد بعد تخصیص اینگونه است «اکل مال به باطل عرفی حرام است مگر شارع اذن داده باشد». در محل بحث فرض این است که اذن شارع مشکوک است. بنابراین تمسك به عام در محل بحث مصداق تمسك به عام در شبهه مصداقیه مخصص خواهد بود.

[چند سوال در مقام نقد و بررسی:]

بالشفعة والخيار؛ فإن رخصه الشارع في الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لذوى الخيار والشفعة؛ و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإن أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفاً؛ نعم، لو دلّ الشارع على جوازه كما في العقود الجائزة بالذات أو بالعارض كشف ذلك عن حق للفاسخ متعلق بالعين.^۲

[الاستدلال برواية لا يحل مال امرئ مسلم]

و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه».^۴

- (۱) [رابطه جعل شارع با معنای باطل] جعل شارع در مصداقیت چیزی برای «باطل» اثرگذار است (باطل مراعی و لولایی) یا خیر؟ به عنوان مثال صدق غصب متوقف بر عدم اذن مالک است. آیا صدق غصب متوقف بر عدم اذن شارع نیز می باشد؟ در مورد باطل نیز آیا می توان گفت باطل بودن خيار حيوان - به عنوان مثال - متوقف بر عدم جعل این خيار توسط شارع است و اگر شارع خيار حيوان جعل کرد، دیگر مصداق باطل نیست؟
- (۲) [دقت در مقتضای مقدمات] مقتضای مقدمات مطرح شده، تخصیص است یا تخصص؟ (نقد مرحوم شيخ ناظر به این مطلب است که در ادامه بیان خواهد شد).
- (۳) [دقت در عنوان تخصیص] بر فرض صحت تخصیص، عنوان تخصیص چیست؟ اگر عنوان «خيار حيوان» (اکل مال به باطل اشکال دارد مگر در فسخ با خيار حيوان)، روشن است که حق خيار مشکوک - مثل خيار مجلس - مصداق مخصص نیست و تمسک به عام صحیح است. اما اگر عنوان «اذن شارع» باشد، همانطور که مستشکل بیان کرد، تمسک به عام دارای شبهه است.
- (۴) [اجرای شرایط قواعد اصولی] در تطبیق قواعد اصولی بر مسائل فقهی باید انواع و شروط به دقت مورد بررسی قرار گیرد. در تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص، اگر مخصص لیبی باشد یا لفظی منفصل باشد، باز هم تمسک به عام دارای اشکال است؟].
- ۱ دفع وهم: شارع عرف را در مصداق یابی تخطئه کرده است و به مردم یاد داده است که این مورد مصداق باطل نیست و لذا تخصصاً این موارد خارج هستند - نه تخصیصاً - (ر.ک. مرحوم سید یزدی و مرحوم ایروانی).
- ۲ حاشیه مرحوم شهیدی: «أقول ينبغى أن يراد من الحق ما يعم الحكم والحق المقابل له كى يصح بالقياس إلى العقود الجائزة بالذات و كذلك ينبغى أن يضيف إلى العين قوله أو العقد أو بقول بدل هذه العبارة عن حق الأخذ و المتملك».
- ۳ در استدلال به روایات، بحث از حجیت نیز نیاز است که در کتاب به آنها اشاره ای نشده است.
۴. عوالی اللآلی ۲: ۱۱۳، الحدیث ۳۰۹. [ابن ابی جمهور احسائی، قرن ۱۰، اختلاف در اعتبار مولف و البته روایات آن مرسل است].
- ۵ وجه استدلال شبهه ادله لفظی سابق است و با استفاده از مفاد مفردات، اطلاق، صدق عنوان در مقام و تمسک به لازمه، مدعا ثابت می شود:
 - (۱) حلیت ظهور در حلیت تکلیفی، پس عدم حلیت یعنی حرمت.
 - (۲) حرمت به فعل تعلق می گیرد، پس مراد حرمت تصرفات در مال است.
 - (۳) الغاء خصوصیت از «امرء» و شمول نسبت به زن به قرینه تناسب حکم و موضوع یا ادعای شمولیت این لفظ از ابتدا نسبت به «زن»، شبهه لفظ «انسان».
 - (۴) الغای خصوصیت از لفظ «مسلم» تا شامل یهودی و نصاری و ... نیز بشود. اگر این الغای خصوصیت صحیح نباشد - که ظهور عرفی ندارد و صحیح نیست - دلیل تنها شامل عقودی می شود که طرف مقابل مسلمان است و از این جهت اخص از مدعا خواهد بود.
 - (۵) اطلاق این حرمت شامل بعد از فسخ نیز می شود.

و منها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الناس مسلطون على أموالهم» فَإِنَّ مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه؛ و لذا استدلل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه: بأن فائدة الملك التسلط^٤ و نحوه العلامة في بعض كتبه^٥.

و الحاصل: أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالاً لغيره و أخذه منه بغير رضاه منافٍ لهذا العموم.

و منها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم»^٦ و قد استدلل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلي قدس سره بناءً على أن الشرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرطاً، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في أو فوا بالعقود.

٦) بعد از فسخ - به دليل بطلان فسخ نزد عرف - ثمن همچنان مال بايع و مثن همچنان مال مشتری است (صدق عنوان) [استدلال مخصوص مواردی است که عدم حق فسخ نزد عرف مسلم و نزد شارع مشکوک است].

٧) حلیت تصرف منحصر در فرض طیب نفس طرف مقابل است. پس اگر راضی به فسخ نباشد، تصرف حرام است.

٨) لازمه حرمت تصرف، بطلان فسخ و لزوم عقد است. (سیر از حکم تکلیفی به حکم وضعی).

اشکالهای و جوابهای بسیاری دارد که شبیه ادله سابق است.

١) عوالی اللالی ١: ٢٢٢، الحدیث ٩٩، و ٤٥٧، الحدیث ١٩٨.

٢) روش تحصیل این دلیل لفظی، مانند روش تحصیل ادله سابق است.

روش استدلال: آنچه نزد عرف مال آن شخص است. بعد از فسخ نیز - به دليل بطلان فسخ نزد عرف - همچنان مال آن شخص است. [این دلیل - مانند ادله سابق - مخصوص مواردی است که علم داریم حق فسخ نزد عرف وجود ندارد]. + سلطنت مالک ملازمه دارد با عدم جواز تصرف غیر. + اطلاق دلیل شامل بعد از فسخ نیز می شود. + تلازم بین عدم جواز تصرف غیر و بطلان فسخ. اگر فسخ کنند و سپس در مال تصرف کند، منافی سلطنت آن شخص است و لذا این تصرف بعد از فسخ مردود است و در نتیجه معلوم می شود که حق فسخ وجود نداشته و معامله لازم بوده است. [اشکالها و جوابها مانند ادله سابق با این تفاوت که برخی گفته اند مراد از سلطنت صرف نفی مهوریت مالک است و ملازمه ای با عدم جواز تصرف غیر ندارد].

٣) شاهد از کلام بزرگانی چون محقق و علامه - رحمه الله علیهما - برای استظهار، موید و تقویت کننده استظهار مورد ادعا است.

٤) الشرائع ٢: ٦٨.

٥) راجع التذكرة ٢: ٦، و فيه بعد الحكم بعدم جواز رجوع المقرض بعد قبض المستقرض هكذا: «صيانة لملكه».

٦) الوسائل ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحدیث ٤.

لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل [١] المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع، [٢] كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبة: «وَلَكَّ يَا رَبُّ شَرْطِي أَنْ لَا أَعُودَ فِي مَكْرُوهِكَ، وَ عَهْدِي أَنْ أَهْجُرَ جَمِيعَ مَعَاصِيكَ»^١، و قوله عليه السلام في أول دعاء الندبة: «بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا»^٢ كما لا يخفى على من

١. مجمع الفائدة ٨: ٣٨٣، و منهم المحدث البحراني في الحدائق ١٩: ٤.

٢. روش دليل يابی، تتبع در کلمات علماء یا بررسی مصداقیت محل بحث (بیع) برای عناوین موجود در ادله لفظی.

روش استدلال:

(١) معنای لغت: شرط به معنای مطلق الزام و التزام است. [توجه داشته باشیم که ذهنیت فارسی ما از این کلمه ممکن است با متبادر نزد عرف

متفاوت باشد]. التزام و الزام مطلق شامل التزام متعلق به شیء دیگر - مثل شرط ضمن عقد - و التزام ابتدایی - مثل نذر و عهد - می شود.

(٢) التزام ابتدایی شامل خود عقد می شود. عقد التزام ضمن شیء دیگری نیست. [نقد مرحوم شیخ ناظر به این مقدمه است] / نقد مرحوم خوبی:

عرف عقد را مصداق مطلق شرط نمی داند، پس حتی اگر از نظر لغت شامل شود، از این مصداق انصراف دارد.

(٣) دقت در مقام بیان روایت: [اخبار در مقام انشاء و امر به وقوف عند الشروط شده است یا وقوف نزد شرط از لوازم ایمان است و کسی که

چنین وقوفی ندارد، مومن نیست (اشاره به گناه کبیره بودن در حدی که کفر عملی است) - مثل تعبیر المومن لایزنی - پس] وجوب وقوف عند الشرط

(التزام به مفاد عقد) را افاده می کند و تعدی از آن مطلقاً (تصرف در مال بعد فسخ) حرام یا ترک واجب است، چرا که عرفاً زیرپا گذاشتن التزام به مفاد

عقد است. (نقد مرحوم ایروانی: شبیه تعبیر «المومن اذا عهد وفا» است که وجوب را افاده نمی کند و لسان اخلاقی و توصیه ای دارد).

(٤) روایت نسبت به بعد از فسخ اطلاق دارد.

(٥) لوازم کلام: لازمه وجوب التزام به مفاد عقد، بطلان فسخ و لزوم عقد است.

٣ مرحله نقد و بررسی دلیل با استفاده از نقد و بررسی مقدمه اول استدلال که ناظر به معنای «شرط» است. مستعمل فيه «شرط» - طبق اصل حقیقت -

مساوی معنای حقیقی آن است. معنای حقیقی آن - با استفاده از علائم حقیقت مثل تبادل، اطراد و قول لغوی - شامل التزامات ابتدایی نمی شود. بنابراین

روایت شریف شامل التزامات ابتدایی نمی شود. البته شک در شمول معنای شرط نسبت به التزامات ابتدایی برای عدم امکان تمسک به آن کافی است.

٤ ادله و شواهد برای معنای لغوی / ١. تبادل ٢. اطراد و بررسی استعمالات. ٣. کلام بعض اهل لغت.

٥ صرف شاهد چرا که اولاً استعمال معنایی در مورد یک مصداق، نافی اعم بودن موضوع له و مستعمل فيه آن نیست، همانطور که اگر زید در خانه

باشد، می توان گفت «فی الدار انسان». در این مثال انسان در معنای عام استعمال شده است، هر چند مصداق خارجی آن انسان جزئی و دارای خصائص

شخصی است. بنابراین ممکن است استعمال حقیقی در معنای عام باشد. ثانیاً حتی اگر مستعمل فيه معنای خاص باشد، چند استعمال نمی تواند معنای

حقیقی را افاده کند و استعمال اعم از حقیقت است. برای تحصیل اطراد، تتبع جامع و کامل ضروری است. بنابراین ممکن است استعمال مجازی باشد.

ثالثاً وجود استعمال مخالف لفظ «شرط» در التزام ابتدایی مانع از حصول اطراد برای کشف موضوع له است. (ر.ک. مرحوم سید یزدی و مرحوم

ایروانی).

٦ بعد از «فاقبل توبتی» و استظهار مرحوم شیخ این است که در ضمن قبول توبه چنین شرطی گذاشته شده است.

٧. الصحیفة السجّادية: ١٦٦، من دعائه علیه السلام فی ذکر التوبة و طلبها.

تأملها. [۳] مع أن كلام بعض أهل اللغة يساعد على ما ادعينا من الاختصاص، ففي القاموس: الشرط إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه.^۵

[الاستدلال بأخبار خيار المجلس]

و منها: الأخبار المستفیضة في أن «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»^۸ و أنه «إذا افترقا وجب البيع»،^۹ و أنه «لا خيار لهما بعد الرضا»^{۱۳}.

فهذه جملة من العمومات الدالة على لزوم البيع عموماً أو خصوصاً.^{۱۰}

^۱ بعد از عبارت: «الَّذِينَ اسْتَخْلَصْتَهُمْ لِنَفْسِكَ وَ دِينِكَ، إِذِ اخْتَرْتَ لَهُمْ جَزِيلَ مَا عِنْدَكَ مِنَ النَّعِيمِ»^{۱۰} «الْمُقِيمِ، الَّذِي لَا زَوَالَ لَهُ وَ لَا اِضْمِحَالًا». استظهار مرحوم شیخ این است که در ضمن استخلاص و اختیار جزیل ما عندک، شرط شده است.

^۲ مصباح الزائر: ۴۴۶، و عنه فی البحار ۱۰۲: ۱۰۴.

^۳ چرا صرف کمک کننده و موید؟ اولاً قول لغوی حجیت ندارد. ثانیاً حجیت قول لغوی منوط به عدم تعارض با قول لغوی دیگری است و تمسک به قول لغوی نیازمند تتبع تام در اقوال لغوی هاست.

^۴ القاموس المحيط، فیروزآبادی مجد الدین محمد بن یعقوب، قرن ۸. کتاب لغت تاج العروس شرح این کتاب می باشد.

^۵ القاموس ۲: ۳۶۸، مادة (الشرط).

^۶ اشاره به بُعد مقتضی حجیت روایات بر اساس اطمینان و وثوق به صدور -در مقابل وثاقت راویان یا خبر و شهادت قداماء بر صحت خبر- استفاضه ناشی از تعدد در تمام طبقات سلسله سند می باشد. استفاضه -مانند تواتر- به لفظی، معنوی و اجمالی تقسیم می شود. البته حجیت فعلی روایت متوقف بر فقدان مانع -مانند معارض، اعراض مشهور و...- نیز می باشد.

^۷ کذا فی «ق»، و الوجه فیہ الحکایة، و فی «ش» و مصححة بعض النسخ «ن»: «البيعين».

^۸ الوسائل ۱۲: ۳۴۵ ۳۴۶، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ۱، ۲ و ۳، و ۳۵۰، الباب ۳ من الأبواب، الحديث ۶، و المستدرک ۱۳: ۲۹۷ ۲۹۸،

الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ۴، ۶ و ۸، و ۲۹۹، الباب ۲ من الأبواب، الحديث ۳.

^۹ در مرحله دلالت به وجود مفهوم در روایت باید توجه شود. این دلیل دارای مفهوم غایت است و نافی خيار - به طور مطلق چه خيار مجلس و چه غیر آن- بعد از افتراق می باشد. / نقد و بررسی با توجه به شرایط اطلاق گیری: مرحوم آخوند و ایروانی از سوی منکر اطلاق هستند لزوم را اضافی و ناظر به خيار مجلس می دانند -نه لزوم مطلق- و از سوی دیگر میرزا و مرحوم خوئی قائل به اطلاق.

^{۱۰} الوسائل ۱۲: ۳۴۶، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ۴، و ۳۴۸، الباب ۲ من الأبواب، الحديث ۵.

^{۱۱} منطوق این روایت، لزوم بیع و عدم حق فسخ بعد از افتراق را افاده می کند.

^{۱۲} الوسائل ۱۲: ۳۴۶، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ۳.

^{۱۳} نکره در سیاق نفی افاده عموم دارد و تمام خيارها را منتفی می کند، البته قرینه صدر این روایت اثبات کننده خيار مجلس است.

^{۱۴} . عموماً او خصوصاً: فی التعبير اغلاق، ای فی خصوص البيع او یعم سائر العقود.

وقد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً.^٢

وآربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك، فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالك عن العين التي له فيها الرجوع، وهذا الاستصحاب حاكم على الاستصحاب المتقدم مقتضى للزوم.^٥

ورُدُّ بآنه:

إن أريد بقاء علاقة الملك أو علاقة تنفرع على الملك، فلا ريب في زوالها بزوال الملك.^٧

^١ استصحاب ملكيت بايع بر ثمن و ملكيت مشتري بر مثن بعد از اعمال فسخ. (جمع آوری استصحاب با توجه به تمام حالات سابق مفید برای اثبات یا رد مدعا).

^٢ . برای توضیح بیشتر در مورد استدلال به استصحاب برای اصاله اللزوم، رجوع کنید به کتاب مکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ٣، ص: ٥١.

^٣ مراحل نقد و بررسی استصحاب:

(١) مشخص کردن نوع استصحاب، مثل این که استصحاب در شبهات حکمیه است یا موضوعیه، استصحاب جزئی است یا کلی و اگر کلی است از قسم اول است یا دوم یا سوم، استصحاب در شک در مقتضی است یا شک در مانع و ...- حجیت برخی از این اقسام مورد تردید واقع شده است. در مقام استصحاب از نوع شبهه حکمیه جزئی شک در مانع است.

(٢) بررسی وجود ارکان استصحاب یعنی یقین سابق، شک لاحق و بقاء موضوع.

(٣) اثر از لوازم عقلی نباشد و به اصطلاح اصل مثبت نباشد.

(٤) اصل سببی حاکم در مقام وجود نداشته باشد. اشکال مطرح شده ناظر به وجود اصل سببی حاکم در مقام است.

^٤ شک در بقاء ملکیت ناشی از شک در حق فسخ است و شک در حق فسخ ناشی از شک در قطع علقه مالک اول و با استصحاب، حجت بر بقاء علقه مالک اول و حق فسخ ثابت می شود و شک در بقاء ملکیت را ادعاء از بین می برد. (حکومت).

^٥ سه تفسیر در کلام مرحوم شیخ برای این استصحاب مطرح می شود که در آنها مستصحب، زمان یقین سابق و زمان شک لاحق هر کدام جداگانه باید بیان شود. اما احتمال چهارمی وجود دارد که در کلام مرحوم شیخ به آن اشاره نشده است. (اهمیت استقصاء تمام احتمالات در کلام علماء). شاید مراد گوینده این است که علقه مالکیت -قطعا یا احتمالا- تشکیکی و دارای مراتب است و مرتبه قوی آن فقط قبل از عقد بوده است و مرتبه ضعیف آن بعد از عقد احتمال بقاء دارد که استصحاب می شود -شبهه استصحاب کثیرالشک که از مرتبه اعلی نزل کرده است اما شاید همچنان بر مرتبه اسفل باشد که چون عرفاً فرد واحد است، استصحاب می شود- ر.ک. کلمات مرحوم سید، مرحوم ایروانی و مرحوم شهیدی. / نقد: چنین مرتبه ضعیفی در شرع و عرف جعل نشده است و لذا احتمال بقاء وجود ندارد. صرفاً شک در حدوث حق فسخ وجود دارد که اصل عدم آن جاری است.

^٦ مثل تسلط یا جواز تصرف بر ملک.

^٧ بعد از عقد و قبل از فسخ. یقین سابق با یقین لاحق نقض شده است و یقین دوم امکان استصحاب دارد. (نقد به انکار رکن دوم یعنی شک لاحق).

و إن أُريد بها سلطنة إعادة العين في ملكه، فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملك، أو إنما تحدث بعد زوال الملك لدلالة دليل؛ فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها.

و إن أُريد بها العلاقة التي كانت في مجلس البيع، فإنها تستصحب عند الشك، فيصير الأصل في البيع بقاء الخيار، كما يقال: الأصل في الهبة بقاء جوازها بعد التصرف، في مقابل من جعلها لازمة بالتصرف، ففيه - [1] مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه في المجلس، [2] بل مطلقاً بناءً على أن الواجب هنا الرجوع في زمان الشك إلى عموم «أوفوا» لا الاستصحاب⁵: [3] أنه لا يجدى بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق، فيبقى ذلك الاستصحاب سليماً عن الحاكم.⁶

¹ «اعاده عين به ملكيت» وقتی معنا دارد که ملکیت منتفی باشد، و الا تحصیل حاصل خواهد بود. قبل از بیع، «علقه اعاده عين به ملكيت» وجود ندارد، چرا که ملکیت وجود دارد. بعد از بیع این عقله مشکوک الحدوث است و اصل بر عدم آن حکم می کند. در نتیجه این استصحاب فاقد رکن یقین سابق است.

² ظاهراً مرحوم شیخ تنها به خيار مجلس نظر دارند اما می توان مطلق خيارهای مقترن به عقد - اعم از خيار مجلس و خيار حیوان و ... - را مدنظر داشت. ³ دلیل اخص از مدعاست. (از نقدهای عمومی به انواع ادله).

⁴ عدم یقین سابق (رکن دوم) در برخی مصادیق.

⁵ عموم امثال «أوفوا بالعقود»، عموم ازمانی بوده و تمام زمانهای بعد را شامل می شده است. محدوده ثبوت خيار مجلس به دلیل خاص از این محدوده خارج شده است. اما بعد از افتراق که دلیل خاص وجود ندارد، عموم همچنان زنده است و لزوم و عدم حق فسخ را نتیجه می دهد. / نقد و بررسی: (1) گفته شده عموم ازمانی این ادله محل تامل است و ظهور در عموم افرادی دارند. (2) تمسک به استصحاب با این فرض قابل طرح است که وجود اماره انکار شده باشد.

⁶ نقد بر اساس انکار رکن دوم یعنی شک لاحق. تفاوت با اشکال قبل در این است که در اشکال قبل به عمومات لزوم بیع تمسک شد و در این اشکال صرفاً به ادله اتمام خيار مجلس با افتراق تمسک شده است و از عمومات صرف نظر شده یا دلالتشان انکار شده است.

⁷ پس استصحاب حاکم جاری نیست. / توجه به تمام حالات سابق و استصحابهای متصور: ممکن است ادعا شود که با علم به وجود خيار دیگری مثل خيار حیوان همراه با خيار مجلس، استصحاب این خيار جاری است (استصحاب جزئی) یا با احتمال ثبوت خيار دیگری همراه با خيار مجلس با حدوث عقد، بعد از افتراق استصحاب یا با احتمال حدوث خيار دیگری با افتراق استصحاب کلی حق فسخ (کلی قسم سوم) جاری است.

⁸ فی «ش» و هامش «ف» زیاده: «فتأمل».

ثم إنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة: أن الأصل عدم اللزوم؛ و لم يرد من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالى «أوفوا بالعقود»^٧، و لم يعلم وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم، هو حسن في خصوص عقد المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تملكاً أو تسليطاً؛ ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.^{١٣}

^١ [تتبع كلمات علماء در ابواب مختلف و یافتن مباحث ایشان در ارتباط با مسأله محل بحث:] یافتن کلامی از مرحوم علامه که با مبنای «اصل لزوم در عقود» و مقتضای ادله آن همخوانی ندارد و نقد بررسی آن.

^٢ [منابع مهم در جمع اقوال:] کتاب مختلف الشیعه مرحوم علامه کتاب مهمی در جمع اقوال شیعه است، همانطور که کتابهای منتهی المطب و تذکره - همچون خلاف مرحوم شیخ - منابع مهمی در جمع اقوال اهل تسنن می باشند. در مرحله جمع آوری ادله رجوع به این کتب بسیار مفید است. ^٣ طرفین یا شخص ثالث پولی قرار می دهند که هر کس برنده مسابقه شد، مالک آن پول شود. در مسابقه، بعد از عقد و قبل از پایان مسابقه، ملکیت فعلی نیست بلکه تقدیری است.

^٤ [دقت در زمانهای مختلف بعد از عقد و تفاوت آنها:] این سوال در محدوده عقد تا قبل از پایان مسابقه یا در محدوده عقد تا قیام قیامت قابل طرح است. وجهی که مرحوم شیخ برای توجیه کلام شیخ مطرح می کنند تنها محدوده عقد تا قبل از پایان مسابقه را در بر می گیرد. بعد از پایان مسابقه، برنده مالک شده است و استصحاب ملکیت جاری است.

^٥ . المختلف ٦: ٢٥٥.

^٦ . راجع جامع المقاصد ٨: ٣٢٦، و الجواهر ٢٨: ٢٢٣.

^٧ . المائدة: ١.

^٨ در حالی که ادله دیگری نیز در مقام وجود دارد که ذیل بحث از اصل لزوم بیان شدند.

^٩ ضرورت تامل و تحقیق برای کشف ادله محتمل در نظر مرحوم علامه، بعد از استقصاء احتمالات از مراد ایشان. [از تاثیرات مرحله جمع آوری اقوال بر مرحله جمع آوری ادله این است که قول علماء ممکن است ذهن انسان را به ادله ای سوق دهد که قبل از آن مورد توجه نبودند]. ^{١٠} . فی «ش»: «و لم یکن».

^{١١} [استقصاء احتمالات:] اگر مراد اصل لزوم در تمام عقود باشد، وجه صحیح ندارد و وجه باطل دارد - مثل استصحاب حاکم که بیان شد. - اگر مراد اصل لزوم در خصوص مسابقه و شبهه مسابقه - که با صرف عقد ملکیت یا تسلیط حاصل نمی شود مثل جعله - دارای وجه است که در ادامه بیان می شود. [دقت در تفاوت مسابقه و سایر عقود و تاثیر تفاوت در مسأله مدنظر].

^{١٢} در مثل مسابقه، عقد موجب انتقال ملکیت نیست و تا وقتی مسابقه به پایان نرسیده است، تملیکی یا تسلیطی رخ نداده است.

^{١٣} [تصویر دقیق مسأله و بررسی جریان یا عدم جریان ادله سابق در مقام از جمله استصحاب (تامل در حالات سابق مفید در مقام):] اگر صرف عقد متضمن تملیک - مثل بیع - یا تسلیط - مثل اجاره - باشد، استصحاب و عموماً اصل لزوم و بقاء اثر را افاده می کند. در غیر این صورت - مثل مسابقه و جعله -، اصل عدم لزوم است چون با صرف نظر از عموماً، اثری وجود ندارد تا استصحاب شود، بلکه استصحاب ملکیت مالک اول جاری است. [نقدهای مطرح شده: ١. توجه به آثار محقق شده بعد از عقد: عقد بدون اثر نمی شود و استصحاب همان اثر جاری است. در عقد مسابقه التزام فعلی

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم إنما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم، و يجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز، بناءً على أن المرجع في الفرد المراد بين عنواني العام و المخصص إلى العموم.^٣

و أما بناءً على خلاف ذلك، فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل، بمعنى استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين، إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة.

لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع في إثبات صفة اللزوم، و أما تعيين العقد اللازم حتى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا، بل يرجع في أثر كل عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال

است ولو ملتزم تقديري است و استصحاب همین اثر جاری است. ر.ک. مرحوم سید یزدی، شهیدی و مرحوم خویی: ٢. توجه به تمام استصحابها و حالات سابقه و انواع استصحابهای مفید در مقام (جریان استصحاب تعلیقی): قبل از فسخ اگر کسی برنده می شد، مالک بود. بعد از فسخ شک می کنیم برنده مالک می شود یا خیر، استصحاب جاری است. ر.ک. مرحوم خویی.]

^١ [مساله شناسی:] تا کنون محل بحث شبهه حکمیه بود و اکنون بحث از شبهات موضوعیه است. حکم روشن است که هبه جایز است و بیع و صدقه لازم. لکن مصداق خارجی مشتبه شده است و مشخص نیست عقد خارجی محقق شده، مصداق هبه است یا صدقه یا مردد است بین این که هبه باشد یا بیع.

^٢. أو الجائز «مشطوب علیها فی «ق»».

^٣ [جمع ادله، عمومات، بررسی امکان یا عدم امکان تمسک به آنها:] دلیل «اوفوا بالعقود» قاعده کلی را افاده کرد ولی با «الهبه جایزه» تخصیص خورد (مخصص لفظی منفصل). نتیجه این است که «همه عقدها لازم هستند مگر هبه». شک در هبه بودن عقد، یعنی شک در شبهه مصداقیه مخصص. آیا در این شک ها تمسک به عام جایز است؟ جواب این سوال به مبنای اصولی باز می گردد. اگر جواب مثبت بود، تمسک به عام نتیجه لزوم را به همراه دارد. اگر جواب منفی بود و امکان تمسک به امارات وجود نداشت، باید سراغ اصل عملی رفت.

^٤ جمع ادله، اصول عملیه، استصحاب، جمع آوری حالات سابقه مفید در مقام، استصحاب اثر (ملکیت). بعد از فسخ عقد شک حاصل می شود که ملکیت جابه جا می شود یا خیر. استصحاب بقاء ملکیت جاری است.

^٥ [مراحل نقد و بررسی استصحاب، فقدان اصل سببی:] شک در بقاء ملکیت (لزوم) ناشی از شک در صدقه یا هبه بودن عقد است و این شک ناشی از شک در وجود یا عدم قصد قربت [دقت شود که شرط صدقه قصد قربت است، اما شرط هبه، عدم قصد قربت نیست و می تواند با قصد قربت محقق شده باشد]. اگر اصل عدم قصد قربت جاری شود، پس هبه بودن و در نتیجه جواز (اثر شرعی) ثابت می شود. [مراحل نقد و بررسی استصحاب، اصل مثبت: با توجه به علم اجمالی بین صدقه یا هبه بودن عقد، هبه بودن اثر عقلی مستصحب (عدم قصد قربت) است و اثبات هبه بودن، اصل مثبت است و حجیت ندارد، مگر ادعا شود که واسطه حقی است. ر.ک. مرحوم سید یزدی]

الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة،^١ أو إذا شك في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان؛ لعموم «على اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة، وإن كان المستند دخوله في «ضمان العين» أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلك العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمال كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

في أقسام الخيار^٦

والهي كثيرة إلا أن أكثرها متفرقة،^٨ والمجتمع منها في كل كتاب سبعة،^٩ وقد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور في اللمعة مجتمعاً أربعة عشر،^{١٠} مع عدم ذكره لبعضها، ونحن نفتى أثر المقتصر على السبعة كالمحقق^{١١} والعلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحق عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغايرة لسائر أنواع الخيار، فنقول وبالله التوفيق

^١ اگر وجود اصل سببی انکار شد، دقت شود که استصحاب آثار عقلی خود - از جمله نوع عقد - را اثبات نمی کند.

^٢ تعبیر دقیق تر اثبات نتیجه لزوم (بقاء ملکیت) است - نه خود لزوم -.

^٣ در مورد هر اثری - مثل لزوم یا ضمان - ادله خاص آن اثر از امارات و اصول عملیه باید مورد بررسی قرار گیرد. (مثالهای ذکر شده در فرض عدم تنازع است).

^٤ [تصویر مسأله و بررسی مجرای اصل عملی در مقام: تردید بین بیع و هبه موجب تردید بین اشتغال ذمه به عوض و عدم اشتغال ذمه خواهد بود که مجرای اصل براءت است. [بررسی شرایط جریان براءت: شرط اجرای براءت، عدم علم به اصل تکلیف است. در نتیجه اگر مالک سابق مال خود را مطالبه کرد، علم اجمالی داریم یا بیع بوده است و باید عوض تحویل او شود یا هبه بوده است و باید عین مال به او تحویل شود. علم اجمالی به اشتغال ذمه مانع جریان براءت است].

^٥ [تصویر مسأله و بررسی امارات و اصول جاری در مقام: عقد مردد بین بیع و هبه، فاسد بوده است. اگر بیع فاسد بوده باشد، ضمان ثابت است و اگر هبه فاسد باشد، ضمان ثابت نیست. برای رفع تردید در ضمان باید به قواعد کلی ضمان و اصل عملی مراجعه شود. دو فرض مطرح می شود: (١) مستند ضمان، عموم علی الید است و هبه از آن خارج شده لکن شبهه سبب عدم تمسک به عام نمی شود: تمسک به عام پس ضمان. اگر تمسک به عام مورد پذیرش نباشد، محل بحث مجرای اصل براءت است. (٢) مستند «ادخال انسان خودش را در ضمان است»: شک در صدق عام و عدم امکان تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام و نوبت به براءت می رسد.

^٦ بحث در انواع حق فسخ ثابت شده در شریعت بر خلاف اصل لزوم است.

^٧ تتبع و تحقیق اجمالی در کلمات و ادله برای یافتن اقسام خیار لازم است.

^٨ در بخشهای مختلف مباحث مکاسب به آنها اشاره شده است.

^٩ خیارات که یکجا و منظم در بخش خیارات کتب مکاسب مورد اشاره قرار گرفته اند.

^{١٠} .اللمعة الدمشقیة: ١٢٧.

^{١١} مثل خیار تبعض صفقه، خیار تعذر تسلیم، خیار تدلیس، خیار ما یفسد لیومه و ...

الأول في خيار المجلس^٦

والمرادُ «المجلس» مطلق مكان المتبايعين حين البيع، وإنما عبّر بفرده الغالب، وإضافة الخيار إليه [المجلس] لاختصاصه [الخيار] به [المجلس] وارتفاعه [الخيار] بانقضائه [المجلس] الذي هو [انقضاء المجلس] الافتراق.

والا خلاف بين الإمامية في ثبوت هذا الخيار،^٢ والنصوص^٣ به مستفيضة.^٤

^١ انتخاب روش بحث بر اساس اشاره به خياراتي که غالب علماء در این بحث مطرح کرده اند و عدم اشاره به ما بقى خيارات به این دلیل که احکامی مغایر با سایر خيارات - که مطرح خواهند شد - ندارند.

^٢ قال في الشرائع (٢: ٢١): «أما أقسامه فخمسة»، و قال في المختصر النافع (١٢١): «و أقسامه ستة». و لم نقف على قول له بالسبعة.

^٣ القواعد ٢: ٦٤، التذكرة ١: ٥١٥، و الإرشاد ١: ٣٧٤.

^٤ بعضا در ضمن مباحث به آنها اشاره شده است.

^٥ تکمله: اگر اصل وجود آنها نیازمند بحث نباشد و ثبوت احکام سایر خيارات برای آنها روشن باشد، ممکن است ادعا شود مستحق عنوان مستقلى نیستند.

^٦ اصل عنوان خيار مجلس توسط علماء مطرح شده و از بحثهای مهم «خيارات» است.

^٧ مرحله مساله شناسی خيار مجلس، موضوع شناسی: مراد از «خيار» بیان شد و اکنون مراد علماء از «مجلس» بیان می شود و توضیح داده می شود که مراد معنای لغوی آن نیست. [راه تحصیل مراد استعمالی و مراد جدی در کلمات علماء: بررسی توضیحات ایشان، مثالها، ادله و ... که ذیل این خيار بیان کرده اند].

^٨ خيار یعنی حق فسخ. مجلس یعنی مطلق مکان بيع - چه نشسته باشند و چه ایستاده و چه دراز کشیده -. در حقیقت این خيار، «خيار مکان بيع» است اما به آن «خيار مجلس» اطلاق شده، چرا که غالبا در مکان بيع در حال جلوس هستند و «مجلس» محقق شده است.

مرحوم ابروانی: مراد از مجلس، مکان بيع نیست بلکه هیئت و نسبت مکانی حاصل برای دو طرف هنگام بيع است. بنابراین عدم مفارقت مکان معتبر نیست [مثل وقتی که معامله در حال راه رفتن رخ می دهد] و در نتیجه مجلس و اجتماع عرفی معتبر نیست. خيار تا زمانی است که از یکدیگر افتراق پیدا کنند نه این که از مکان افتراق پیدا کنند.

مرحوم شهیدی: عنوان خيار اجتماع برای این خيار عنوان بهتری است و با لسان روایات نیز تطابق بیشتری دارد.
^٩ اشاره به وجه نامگذاری.

^{١٠} مساله اول: اصل ثبوت خيار مجلس. [تفکیک مسائل به روش ذکر «فی الجملة» (اصل ثبوت خيار مجلس) و سپس «بالجملة» و بیان تفصیل و مسائل فرعی].

جمع اقوال: عدم خلاف (با تتبع در کلمات علماء).

جمع ادله: [عدم خلاف (تحصیل آن با کمک گرفتن از مرحله جمع اقوال) + نصوص مستفیضة (جمع دلیل لفظی با تتبع در کلمات علماء و ابواب کتب حدیثی فقهی مرتبط با این بحث که می شود باب اول از ابواب خيارات و مسائل الشیعه)].

^۱ مراتب اقوال: اجماع، عدم خلاف، عدم وجدان خلاف، مشهور، اشهر. در اجماع همه علماء در مورد مساله سخن گفته و موافقت خود را اعلام کرده اند، اما در عدم خلاف، مخالفی در مساله وجود ندارد - ولو عدۀ کمی از علماء اصلاً متعرض این مساله نشده باشند.

انواع ذکر شده برای اجماع - مانند دخولی، لطفی، تقریری و حدسی - برای عدم خلاف نیز قابل طرح است و روشن است که تقدم اجماع بر عدم خلاف، ناظر به نوع واحد از آنها است، یعنی به عنوان مثال اجماع حدسی مقدم بر عدم خلاف حدسی است.

تحصیل هر کدام از انواع اجماع و عدم خلاف تفاوت اندکی با یکدیگر دارد و به عنوان مثال تحصیل اجماع لطفی - بر خلاف حدسی - نیازمند تتبع در اعصار مختلف نیست. همانطور که نقدهای این انواع با یکدیگر متفاوت است.

^۲ عدم خلاف - مانند اجماع محصل و با همان مبانی و استدلالها - ممکن است دلیل بر حکم شرعی باشد و قطع به حکم را حاصل کند، مگر حجیت اجماع - و همچنین عدم خلاف - مستند به ظواهر اخباری مثل «المجمع علیه لاریب فیه» و امثال آن باشد که در آن صورت از ظنون خاصه خواهد بود.

اجماع محصل از ادله قطعی و اجماع منقول از ادله ظنی است. ضرورت و تسالم از ادله قطعی هستند که مقدم بر اجماع محصل می باشند.

مراحل نقد و بررسی اجماع: (۱) تعیین نوع اجماع: باید مشخص شود که اجماع ادعا شده، لطفی است، ملازمه عادی است، تقریری است، بر اساس حساب احتمالات است یا غیر آنها. کشف صغرا و حجیت کبرای و شرایط حجیت در این اجماع ها متفاوت است. (۲) ثبوت صغرا: وجود صغرای اجماع باید احراز شود. (۳) حجیت اصل کبرا: اصل حجیت این نوع اجماع بررسی شود، به عنوان نمونه اگر اجماع لطفی فاقد حجیت باشد، در این مرحله به بطلان مبنای آن اشاره می شود. (۴) تطبیق شرایط حجیت کبرا در مقام: اگر اصل حجیت کبرا فی الجمله مورد قبول باشد، شرایط حجیت کبرا در محل بحث تطبیق شود. به عنوان مثال اگر شرط حجیت ملازمه عادی، «مدرکی یا محتمل المدرکی نبودن» است، در این مرحله این شرط در مقام مورد بررسی قرار می گیرد.

^۳ مراد ادله نقلی است و اصطلاح نصّ در مقابل ظاهر اراده نشده است.

^۴ راجع الوسائل ۱۲: ۳۴۵، الباب الأوّل من أبواب الخيار

^۵ ناظر به بُعد حجیت دلیل و موجب اطمینان و وثوق به صدور است. دلیل لفظی باید مقتضی حجیت را دارا باشد که مقتضی حجیت با اطمینان به صدور یا وثاقت راویان یا شهادت قدماء بر صحت خبر است. در مقام از استفاضه برای اطمینان به صدور و اثبات مقتضی حجیت استفاده شده است. ادعای استفاضه نیازمند تتبع و بررسی است.

^۶ با بررسی کلمات علماء و روایات در مقام با روایتی برخورد می کنیم که دلیل بر انکار اصل ثبوت خیار مجلس است.

روایت مصداق خبر ثقه است و در نتیجه مقتضی حجیت را دارد. اما ثبوت مقتضی برای حجیت فعلی کافی نیست و عدم مانع نیز باید مورد بررسی قرار گیرد. اگر اعراض مشهور مانع از حجیت فعلی روایت تلقی شود، این روایت فاقد حجیت فعلی خواهد بود و تعارض با عدم خلاف و اخبار مستفیضه نخواهد داشت. اما اگر اعراض مشهور مانع از حجیت فعلی تلقی نشود و مانع دیگری از حجیت تصور نشود، تعارض رخ می دهد. تعارض مستقر با دلیل اقوی یا مساوی خود از موانع حجیت فعلی است.

اگر عدم خلاف و نصوص مستفیضه مفید قطع باشند. روشن است که قطع با ظنّ خاصّ تعارض نخواهد داشت. حجیت ظنون خاصه - بر اساس ادله ای مثل سیره عقلاء - مخصوص فرض عدم قطع بر خلاف مفاد آنها است.

اگر عدم خلاف دلیل ظنی باشد - و به عنوان مثال بر اساس اخبار حجت شده باشد - تعارض ادله حجیت عدم خلاف با ادله حجیت خبر ثقه رخ خواهد داد.

و لا فرق بين أقسام البيع^۸ و أنواع المبيع^۹، نعم، سيجىء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعق على المشتري.^{۱۰}

و تنقيح مباحث هذا الخيار و مسقطاته يحصل برسم مسائل^{۱۱}!

نصوص مستفیضه نیز اگر مصداق ظن خاص باشند، با خبر واحد متعارض خواهند بود و قواعد جمع عرفی و سپس تعارض باید جاری شود.
^۱ شخصی به نام غیاث بن ابراهیم در سند واقع شده است که اگر همان مترجم مرحوم شیخ در رجال باشد، «بتری» (از فرقه های زیدیه) دانسته شده است.

^۲ بررسی دلالی، کشف معانی لغات :

(۱) صفق به معنای زدن دستها به یکدیگر است (رسم عرب هنگام انجام معامله) و استظهار شده که کنایه از انشاء و ایجاد عقد است. مرحوم آقای خوئی ادعا می کنند که کنایه از لزوم بیع با اسقاط خیار است که در این صورت معارض ادله خیار مجلس نخواهد بود. (کشف معانی کنایی در زمان صدر اسلام کار ساده ای نیست و گاهی با مراجعه بسیار به کتب لغت نیز حاصل نمی شود).

(۲) وجب : استظهار شده است که مراد از آن لزوم و انکار خیار و حق فسخ است. مرحوم ایروانی وجب را به معنای ثبت دانسته است - اعم از لزوم و جواز - با این تبیین، مفاد روایت تعارضی با نصوص مستفیض نخواهد داشت.

^۳ گام اول بررسی دلالت، یافتن متن صحیح و کامل روایت است. در ادامه روایت آمده است «وَإِنْ لَمْ يَفْتَرَقَا». این قید امکان جمع عرفی با حمل مطلق (موثقه / چه افتراق حاصل شده باشد و چه رخ نداده باشد) بر مقید (نصوص مستفیضه) را از بین می برد.

^۴ الوسائل ۱۲: ۳۴۷، الباب الأول من أبواب الخيار، الحدیث ۷.

^۵ بعد از مرحله جمع آوری ادله، مرحله حل تعارض ادله است. در این مرحله ابتدا به جمع عرفی، سپس به ترجیح و در نهایت تساقط یا تخییر باید پرداخته شود. ادعای مرحوم شیخ این است که جمع عرفی بین دو دسته دلیل وجود ندارد. در مقام ترجیح، روایات مستفیضه دارای مرجح است به دلیل قطعی بودن یا شهرت روایی یا شهرت عملی یا نقل اعدل یا موافقت با سنت قطعی. بنابراین مفاد موثقه فاقد حجیت است و در نتیجه این روایت طرح یا تاویل برده می شود.

^۶ احتراماً حمل بر خلاف ظاهر می شود - ولو به این مفاد خلاف ظاهر تمسک نمی شود؛ چرا که قابل انتساب به معصوم ع نیست - مثلاً گفته می شود که مراد از وجوب، ثبوت است یا صفق به معنای اسقاط خیار است یا مراد فرضی است که عدم خیار شرط شده یا خیار مجلس و دیگر خیارات وجود ندارد.

^۷ مساله جدید : ثبوت خیار مجلس برای مطلق بیع و مطلق مبیع، مگر برخی استثناءها که در ادامه مطرح خواهد شد. دلیل این ادعا، با توجه به ادله ثبوت خیار مجلس روشن می شود. اطلاق ادله شامل تمام بیع ها و مبیع ها می شود. این اطلاق باید مورد بررسی قرار گیرد.

^۸ مثل بیع سلف یا بیع نقد یا بیع نسیه و همچنین بیع معاطات یا بیع با صیغه.

^۹ مثل بیع حیوان یا ما یفسد لیومه یا ...

^{۱۰} شخصی که پدرش - که عبد است - را بخرد، بعد از بیع آزاد می شود و هیچ کس مالک پدرش نمی شود. در ادامه به تفصیل در مورد این مبیع بحث خواهد شد.

^{۱۱} روش های تولید سوال از یک موضوع - که در موضوعات مستحدثه بسیار مورد نیاز است - : (۱) مقایسه موضوع با موضوعات مشابه. (۲) حوادث مبتلابه و استفتائات مردمی. (۳) توجه به اقسام و اصناف موضوع. (مثلاً توجه به این که متباین اصلی هستند یا وکیل یا فضولی). (۴) و

مسأله [ثبوت خيار المجلس للوكيلين]

لا إشكال في ثبوته للمتبايعين إذا كانا أصيلين، أو لا في ثبوته للوكيلين في الجملة.^٣ و هل يثبت لهما مطلقاً؟ خلاف.

قال في التذكرة: لو اشترى الوكيل أو باع أو تعاقد الوكيلان تعلق الخيار بهما و بالموكلين مع حضورهما في المجلس، و إلا فبالوكيلين، فلو مات الوكيل في المجلس و الموكل غائب انتقل الخيار إليه؛ لأن ملكه أقوى من ملك الوارث. و للشافعية قولان: أحدهما: أنه يتعلق بالموكل، و الآخر: أنه يتعلق بالوكيل، انتهى.

^١ [توجه به صور اثرگذار در بحث فقهی و تفکیک آنها از یکدیگر، با دقت در مفردات مسأله (متبايع) و اقسام آن مفردات و همچنین اطلاعات فقهی و بررسی اجمالی ادله (نقش حضور در مجلس عقد):]

بايع یا مشتری ممکن است مالک یا ولی یا وصی یا وکیل باشد. اگر مالک باشد، یا متعاقد است (قدرمیتقن از ادله) یا متعاقد نیست و اگر متعاقد نیست، یا در مجلس حاضر است یا در مجلس حاضر نیست. وکیل نیز اقسامی دارد که -با توجه به تفاوت ادله و احتمال جدی تفاوت در حکم- باید ثبوت خيار مجلس برای آنها جداگانه مورد بررسی قرار گیرند.

^٢ مالک باشند. ممکن است مراد ایشان از «اصلي» شامل ولی و وصی نیز باشد.

^٣ برخی اقسام وکیل (قسم سوم که در ادامه خواهد آمد) روشن است که خيار مجلس دارد.

^٤ دو وکیل که دو طرف عقد قرار گرفته و بايع و مشتری هستند.

^٥ محل نزاع و اختلاف (فهم دقیق مسأله مورد بحث توسط علماء):

ثبوت خيار برای وکیل ها به شکل مطلق و در تمام فروض و شرایط، اختلافی است. برخی ثبوت خيار برای وکیل را مطلقاً - تمام اقسام وکیل - پذیرفته اند و برخی صرفاً برای برخی اقسام وکیل این خيار را قائل هستند. در ذیل بحث از هر قسم، باید ثبوت خيار برای وکیل و همچنین موکل مورد بحث قرار گیرد. (اشاره مختصر به اقوال در مسأله، اما وجوه متصور برای مسأله به تفصیل در اینجا مطرح نشده است).

^٦ تتبع و ملاحظه کلام مرحوم علامه -به عنوان یکی از بزرگان فقه- برای یافتن مسأله محل بحث، تفکیک مسأله در کلام ایشان، یافتن اقوال و ادله.

^٧ هر دو طرف معامله وکیل باشند.

^٨ به نظر مرحوم علامه، وکیل علی ای حال دارای خيار مجلس است و موکل اگر در مجلس حاضر باشد دارای خيار مجلس است و الا اگر وکیل در مجلس فوت کند، خيار به مالک منتقل می شود و الا خیر.

^٩ به ادله اشاره نشده است. راه یافتن دلیل در مقام، بررسی ادله و اخباری است که خيار مجلس را ثابت کرده اند به همراه راههای کلی کشف دلیل مثل تمسک به عموماً (عمومات لزوم بيع) یا مسائل مشابه و ... شاید صدق «البيعان» و قید «إذا افتراقا...» دلیل مرحوم علامه برای این فتاوا بوده است.

^{١٠} از مراحل جمع آوری ادله، توجه به مسائل مشابه در فقه است که نیازمند تسلط جامع بر فقه و آشنایی با مباحث مختلف آن دارد (سرایت حکم از موضوعی به موضوع دیگر).

در فرض فوت مالک در مجلس، خيار مجلس به وارث منتقل می شود -ولو غائب است- [فعلاً در حد ادعای مرحوم علامه این گزاره را قبول می کنیم]. بوسیله اولویت عقلی یا سایر روشهای سرایت حکم از موضوعی به موضوع دیگر، کشف می شود که در فرض فوت وکیل، خيار مجلس به

أقول: ٤ أو الأولى أن يقال: إنَّ الوكيل [١] إن كان وكيلاً في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهماً وفقاً لجماعه منهم المحقق والشهيد الثانیان^٥

مالک منتقل می شود؛ چرا که مالک نسبت به وراثت اقوائیت در ملکیت دارد [مالک از هنگام عقد، مالک بوده است و وارث جدیداً مالک شده است]. ملکیت در نظر ایشان یا امر مشکک است یا تعبیر تسامحی استعمال شده است. شاید مراد اقوائیت در انتقال حق فسخ باشد.

روش نقد اولویت قطعی: یافتن تفاوتی که مانع حصول قطع به اولویت شود:

وارث، مالکی است که خودش یا وکیلش معامله را انجام نداده است و شاید این نکته حداقل جزئی از علت برای انتقال اختیار به وارث باشد. ولی در محل بحث وکیل به نیابت از موکل معامله را انجام داده است و این نکته وجود ندارد (تردید در ثبوت مناط حکم در محل بحث).

برای نقد ر.ک. مرحوم ایروانی و همچنین مرحوم سید یزدی، ج ٢، ص ٥.

^١ بیان شد که تذکره از منابع کشف اقوال عامه است. شافعی تقریباً هم عصر وجود مقدس امام رضا - علیه الصلاة والسلام - بوده است.

^٢ [دقت در احتمالات محل بحث قائل و استقصاء آنها برای یافتن قول ادعا شده:]

قول اول که صرفاً اثبات اختیار برای موکل و نفی اختیار برای وکیل است، یا مطلق است و تمام اقسام وکیل را مدنظر دارد یا برخی اقسام وکیل. همچنین یا مطلق است و تمام فروض را مدنظر را دارد یا تنها فرض حضور موکل در مجلس یا فقط فرض غیبت موکل در مجلس را اراده کرده است. قول دوم که اختیار را برای وکیل ادعا کرده است، یا برای مطلق وکیل این ادعا مطرح شده است یا ناظر به برخی اقسام وکیل است. همچنین این ادعا یا مطلق است یا فقط زمان غیبت موکل در مجلس را اراده کرده است یا فقط زمان حضور موکل مدنظر است. البته به قرینه تقابل این دو قول در کلام مرحوم علامه، ظاهراً هر دو قول یک فرض را لحاظ کرده‌اند.

ظاهراً ناظر به صدر بحث و فرض حیات (قول دوم اختیار را برای وکیل مطرح می‌کند): مطلقاً موکل دارای اختیار است - چه موکل در مجلس باشد و چه غائب باشد - یا فقط در فرض حضور موکل در مجلس مراد است. در مورد قول دوم نیز این سوال مطرح است که وکیل مطلقاً دارای اختیار است یا فقط در فرض حضور موکل یا فقط در فرض غیبت موکل دارای اختیار است. (مراجعه شد ولی قول شافعی در این مساله پیدا نشد).

^٣ التذکره ١: ٥١٨.

^٤ از مراحل مساله شناسی، تجزیه مسائل و تفریع فروع است. در این مرحله بر اساس انواع وکیل که از حیث فقهی و ادله بحث متفاوت هستند، مساله تفکیک می‌شود. گاهی مساله (آیا اختیار مجلس برای وکیل ثابت است؟) به ظاهر واحد است اما فقیه توانمند با دقت در آن می‌تواند تشخیص دهد که باید آن را به شقوق مختلف تقسیم کند، چرا که هر شق ممکن است ادله و جواب منحصر به خود را داشته باشد. در مساله محل بحث نیز باید انواع وکیل‌ها از یکدیگر تفکیک شده و مسائل آنها جداگانه طرح شود.

^٥ مثل وکیل در اجرای صیغه نکاح که هیچ اختیاری از خود ندارد و صرف ابزاری برای اجرای صیغه است. آیا شارع برای او حق اختیار جعل کرده است؟

^٦ وکیل و موکل [با توجه به مطالبی که در ادامه بیان می‌شود، مشخص می‌شود که مراد موکل در فرضی است که در مجلس حاضر نیست].

^٧ اشاره به موید برای این قول از کلمات سایر فقهاء عظام.

^٨ جامع المقاصد ٤: ٢٨٥، و المسالک ٣: ١٩٤ ١٩٥.

۱- لأن المتبادر من النصّ غيرهما أو إن عمّمناه لبعض أفراد الوكيل^۳ و لم نقل بما قيل تبعاً لجامع المقاصد^۵ بانصرافه^۶ بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك^۸.

۲- مضافاً إلى أن مفاد أدلة الخيار إثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلّطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغاً عنه في الخارج! أ لا ترى: أنه لو شكّ المشتري في كون المبيع ممّن ينعق عليه

^۱ [مرحله دلیل یابی، راه یافتن دلیل برای مساله، عمومات و ادله خاصه مقام:]

اصل عدم ثبوت خيار است. اگر ادله لفظی اثبات کننده خيار شامل این شخص نشوند یا در شمولش نسبت به این فرد تردید واقع شود، مطابق اصل باید عمل کرد.

چرا ادله لفظی شامل این وکیل نمی شود؟ برای استظهار از مفردات در یک عبارت باید به موضوع له، انصراف لفظ، مستعمل فيه آن در عبارت با توجه به قرائن و اطلاق آن توجه کرد.

تبادر ادعایی مرحوم شیخ ظاهراً برای مرحله مستعمل فيه است. متبادر از «البيعان» در ادله خيار مجلس شامل وکیل و موکل غائب از مجلس نمی شود. وجه تبادر بیان نشده است و توضیح نداده اند که چرا «البيعان» شامل وکیل در اجرای صیغه عقد یا مالک غیر حاضر در مجلس نمی شود. شاید به نظر ایشان عدم تناسب حکم (ثبوت خيار) با موضوع (وکیل در اجرای صیغه عقد) و استبعاد مرتکز در اذهان عرف مانع از شکل گیری اطلاق دلیل نسبت به این شخص می شود - با این که مصداق «البيع» است - / ر.ک به نقد مرحوم ایروانی.

در مورد مالک شاید مصداق «البيع» نباشد یا اگر مصداق آن است، «البيع» در دلیل مقید به «حضور در مجلس» است به قرینه «إذا افترقا...».

البته برای تصدیق این استدلال باید تمام اخبار باب را بررسی کرد و اخباری وجود دارد که ظاهر آن عمومیت خيار مجلس برای هر بايع و مشتری است. «أَيُّمَا رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ رَجُلٍ بَيْعًا - فَهُمَا بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا - فَإِذَا افْتَرَقَا وَجَبَ الْبَيْعُ».

^۲ وکیل در اجرای صیغه عقد و مالکی که در مجلس حاضر نیست.

^۳ المراد بهذا «البعض» هو الوكيل في التصرف المالي، غاية الآمال: ۴۸۸.

^۴ قاله المحقق التستري في مقابس الأنوار: ۲۴۱ [اسد الله شوشتری، قرن ۱۲ و ۱۳، صاحب كشف القناع في حجية الاجماع، مرجع شيعه بعد از مرحوم شيخ جعفر كاشف الغطاء].

^۵ جامع المقاصد ۴: ۲۸۶. [تتبع اقوال و یافتن منشأ آنها]

^۶ در مرحله دلالت، توجه به معنای لغوی کافی نیست و باید انصراف و مناشیء آن نیز مدنظر قرار گیرد.

^۷ [استقصاء احتمالات مدنظر قائل و بررسی تک تک آنها:]

اگر مراد غلبه وجودی باشد و ادعا این است که غالباً بايعها، مالک هستند، کبرا و منشأئیت غلبه وجودی برای انصراف قابل انکار است. اگر مراد غلبه استعمالی باشد و بايع غالباً در معنای بايعی که مالک است استعمال می شود، صغراً قابل انکار است. شاید این نکته نقد مرحوم شیخ به این کلام بوده است.

^۸ با قبول این بیان، ادله شامل هیچ قسمی از اقسام وکیل نخواهد شد.

لقرابةً أو يجب صرفه لفقّه أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز ردّه على البائع و عدم وجوب عتقه.^۲

^۱ در بررسی ادله لفظی باید دقت کرد که آنها به چه مطلبی ناظر هستند و آن را اثبات می کنند و چه مطلبی را پیشفرض گرفته اند و به تعبیری چه چیزی موضوع است و چه چیزی حکم.

ادله خيار با فرض این که «کسانی تسلط بر آنچه به دست آورده اند را دارند» (موضوع)، «تسلط بر بازپس گیری آنچه از دست داده اند» (حکم) را ثابت می کنند. پس «تسلط بر بازپس گیری» مشروط به «تسلط بر آن چیزی است که به دست آمده» و استرداد فرع تسلط بر رد آن چیزی است که تحصیل شده است. دلیل موضوع خود را اثبات نمی کند و «تسلط بر شیء تحصیل شده» از دلیل خارجی باید ثابت شود. [حدس وجه ادعای مرحوم شیخ با توجه به حقیقت خيار و ملازمات آن : حقیقت «خيار»، سلطنت بر بازپس گیری کالا است که فرع بر «سلطنت بر بازپس دادن عوض آن» است. این فرعیت «قید لبی متصل» برای کلام خواهد بود که جلوی اطلاق «بیعان» را می گیرد و نتیجه آن اختصاص «بیعان» در روایت، به «بیعانی است که تسلط بر مال اخذ شده دارند و می توانند آن را پس بدهند»].

وکیل در اجرای عقد، تسلطی بر کالای تحصیل شده ندارد و لذا تسلط برای بازپس گیری برای او ثابت نمی شود.

[روش نقد ادعای مرحوم شیخ : انکار حقیقت ادعائی برای خيار و انکار فرعیت و ملزوم خيار :

(۱) حقیقت خيار «ملک فسخ عقد» است -نه سلطنت بر بازپس گیری کالا- . ملک فسخ عقد، فرع بر «تسلط بر کالای تحصیل شده» نیست. بنابراین دلیل لفظی فاقد قید لبی متصل است و اطلاق «بیعان» فاقد قید است. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی.

(۲) سلطنت بر بازپس گیری کالا، فرع سلطنت بر حلّ عقد -نه سلطنت بر مال اخذ- . البته می توان گفت وکیل در مجرد اجرای عقد، سلطنت بر حلّ عقد را ندارد و در نتیجه با این بیان نیز خيار برای او ثابت نیست. ر.ک. حاشیه مرحوم سید].

^۲ شاهد یا دلیل برای ادعا به روش بررسی تالی فاسد انکار ادعا در برخی مصادیق :

اگر ادله خيار «تسلط بر مال تحصیل را» پیش فرض نگیرد (موضوع نباشد)، بلکه آن را اثبات کند (حکم باشد)، در مواردی که مشتری شک دارد مبيع عبدی است که به خاطر نسبت خویشاوندی آزاد خواهد شد یا شک دارد مبيع -به خاطر نذر- نفقه دادن یا آزاد کردن او واجب است، دلیل خيار «تسلط بر آن عبد یا کالای مشکوک را» افاده می کند و با تمسک به ادله خيار، ثابت می شود که عبد و کالا در سلطه خریدار است و عبد آزاد نمی شود و کالا و جوب صرف ندارد.

لکن التالی باطل و روشن است که نمی توان به ادله خيار برای اثبات عدم عتق عبد یا عدم وجوب صرف کالا تمسک کرد. فالمقدم و مبنای شما باطل است.

اما بنا بر مبنای مرحوم شیخ که «ثبوت سلطه بر کالا» پیشفرض گرفته شده است، در امثال این موارد نمی توان به ادله خيار تمسک کرد، چرا که ثبوت سلطه بر کالا مشکوک است.

[روش نقد اینگونه ادله : (۱) انکار مصداقیت این موارد برای مدعا. (۲) ارائه خصوصیت خاص برای این مصادیق که آنها را از سایر مصادیق جدا می کند.

(۳) انکار توالی ادعایی. (۴) انکار فاسد بودن توالی مطرح شده :

۳- هذا مضافاً إلى ملاحظه بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه و بين خيار الحيوان، الذي لا يرضى الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغه، فإنّ المقام و إن لم يكن من تعارض المطلق و المقيد إلا أنّ سياق الجميع يشهد باتّحاد المراد من لفظ «المتبايعين»^۲

۱/ خصوصيت خاصّ این مثالها : ادله خيار به «من يعتق عليه لقرابه» و «ما يجب صرفه لنذر» تخصيص خورده است و تمسك به این ادله در موارد مشکوک ذکر شده، تمسك به عام در شبهه مصداقيه مخصص است و از این رو جایز نیست. اما در سایر مثالها، تمسك به عام جایز است و تسلط بر کالای تحصیل شده را ثابت می کند. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی.

۲/ انکار فاسد بودن تالی : ادله خيار این تسلط را ثابت می کنند و حتی در فرض علم به اعتناق عبد به دلیل قرابت یا وجوب صرف به خاطر نذر نیز این تسلط و حقّ خيار، وجود دارد. ر.ک. حاشیه مرحوم سید یزدی و مرحوم خویی.

۱ الوسائل ۱۲: ۳۴۵، الباب الأول من أبواب الخيار، الأحاديث ۱، ۵ و ۳۵۰، الباب ۳ من الأبواب نفسها، الحديث ۶. «مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ص الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَفْتَرِقَا وَ صَاحِبُ الْحَيْوَانِ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ».

۲ توجه به قرینه وحدت سياق بین عبارات و روایات همخوانده در بررسی ادله نقلی:

تمام ادله لفظی باید مورد بررسی قرار گیرد، چرا که ممکن است یکی از اخبار نکته ای را افاده کند که در دیگر اخبار مورد اشاره قرار نگرفته باشد و آن نکته بتواند در فهم سایر اخبار مفید باشد.

در روایت مورد اشاره، خيار حيوان برای صاحب حيوان ثابت شده است. از این رو وکیل خيار حيوان ندارد.

از سویی اقتران خيار مجلس و خيار حيوان موجب شکل گیری قرینه وحدت سياق در این دلیل شده و چنین افاده می کند که خيار مجلس برای صاحب کالا است - نه وکیل -.

در ادامه دو بیان برای تکمیل استدلال قابل ارائه است :

۱) حمل مطلق بر مقید : این روایت، خيار مجلس را فقط برای صاحب کالا ثابت می کند. دیگر اخبار خيار مجلس مطلق هستند و این خيار را برای مطلق بیعان اثبات می کنند، لکن اطلاقتان حمل بر قید در این روایت می شود.

نقد (فقدان شرایط حمل مطلق بر مقید) : دو دلیل مثبتین هستند و دلیل مقید دارای مفهوم نبوده و تنافی با اطلاق ندارد و لذا به هر دو دلیل باید اخذ کرد و حجیت اطلاق باقی است.

۲) روایات با سياق واحد : این روایت با دیگر روایات مثبت خيار مجلس سياق واحدی دارد (روایات همخوانده) و چنین استظهار می شود که همگی در مقام بیان یک قانون واحد با موضوع واحد هستند. بنابراین دیگر روایات نیز اطلاق نداشته و همگی اشاره به موضوع در این روایت دارند و خيار مجلس را فقط برای صاحب کالا ثابت می کنند.

[روش نقد :

۱) انکار ثبوت وحدت سياق در روایت مذکور : در روایت ذکر شده، وحدت سیاقی ثابت نیست و دو حکم مجزای خيار مجلس و خيار حيوان برای دو موضوع متفاوت - یعنی البيعان و صاحب الحيوان - حمل شده اند. ر.ک. کلمات مرحوم خویی.

۲) انکار وحدت سياق بین اخبار خيار مجلس : این ادعا که اخبار خيار مجلس همگی در مقام بیان عنوان واحد برای موضوع خيار مجلس هستند، قابل استظهار نیست.

۴- مع أن ملاحظه حکمه الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور؛^۱

۵- مضافاً إلى أدلة سائر الخيارات، فإن القول بثبوتها لموقع الصيغه لا ينبغي من الفقيه.^۲

۳) انکار نتیجه اخذ شده از وحدت سیاق مورد ادعا: نتیجه وحدت سیاق بین اخبار می تواند حمل مقید بر مطلق باشد - نه بالعکس - و چنین ادعا شود که مراد جدی از روایت به ظاهر مقید به صاحب کالا، مطلق بیعان است.

۱) [مرحله دلالت لفظی: ثبوت خيار خلاف اصل و نیازمند دلیل است. دلیل خيار مجلس، دلیل لفظی است و مصداق ظهور. شمولیت دلیل خيار مجلس نسبت به وکیل مجری صیغه عقد باید بررسی شود و باید دید که آیا اطلاق این ادله شامل چنین وکیلی می شود یا خیر. برای تمسک به اطلاق، مقدمات حکمت یعنی در مقام بیان بودن و عدم قید باید احراز شود. اثبات یا احتمال قرینه ای که احراز اطلاق را با مشکل مواجه کند، مانع از تمسک به اطلاق است.

برای استظهار اطلاق باید تمام قرائن از جمله «قرائن لبی متصل» مدنظر قرار گیرند، از جمله «ارتکازات عقلایی ناشی شده از حکمت احکام و قوانین». در نتیجه برای استظهار باید به فلسفه و حکمت عقلایی قوانین التفات داشت.

«فرصت دادن به معامله گر برای پشیمان شدن» حکمتی است که از خيار مجلس به ذهن عقلاء خطور می کند. این حکمت برای معامله گری است که در بیع و تعیین مقدار ثمن و مثنی و ... نقش داشته است. وکیل در مجری عقد مصداق چنین معامله گری نیست.

حکمت خيار سبب ارتکاز عقلایی عدم تناسب ثبوت خيار مجلس برای وکیل مجری صیغه عقد می شود و چنین افاده می کند که این حکم تناسبی با این موضوع ندارد. این ارتکاز مانع از استظهار اطلاق از ادله نسبت به وکیل مجری صیغه است یا موجب انصراف ادله از آن می شود. بنابراین شمولیت ادله خيار مجلس نسبت به وکیل مجری صیغه استظهار نمی شود و اصل عدم خيار است.

[روش نقد:

۱) انکار حکمت ادعایی و احتمال حکمتهایی عقلایی که با ثبوت خيار برای وکیل مجری عقد سازگار باشد. به عنوان مثال مرحوم ایروانی معتقدند: حکمت خيار، «فرصت دادن برای صلاحدید شخص در ابطال عقد» است که می تواند توسط اجنبی رخ دهد. این حکمت با ثبوت خيار برای وکیل مجری صیغه سازگاری دارد.

۲) انکار تحقق ارتکاز عقلایی با حکمت ادعایی.

۳) انکار مانعیت ارتکاز عقلایی برای شکل گیری اطلاق. قرینه قابل اتکائی که نزد عرف مانع اطلاق شود، وجود ندارد و عرف از «المتبايعان» در ادله خيار مجلس معنایی مطلق استظهار کرده که شامل وکیل مجری صیغه عقد می شود.

۲ دو احتمال در مراد ایشان که هر دو مربوط به مرحله دلالت لفظی و شمولیت آن نسبت به موضوع محل بحث است [تامل در احتمالات مختلف مراد گوینده و وجوه به ذهن رسیده و استقصاء آنها]:

۱) [در استظهار از ادله تمام قرائن از جمله قرائن لبی متصل ناشی از ارتکازات متشرعی به دست آمده از سایر احکام فقهی مشابه باید مورد لحاظ قرار گیرد. بنابراین تسلط بر مسائل و روایات مشابه در رسیدن به استظهار صحیح موثر است:] ادله سایر خيارات - که شامل وکیل مجری صیغه نمی شود - ارتکاز متشرعی را ایجاد می کند که چنین شخصی حق خيار ندارد. این ارتکاز متشرعی قرینه محتمل لبی متصل است که مانع از احراز مقدمه دوم مقدمات حکمت (عدم قید) و استظهار اطلاق ادله خيار مجلس نسبت به آن می شود یا موجب انصراف دلیل است.

[روش نقد:

و الظاهر عدم دخوله في إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة^٣، فإن الظاهر من قوله: «اشترى الوكيل أو باع» تصرف الوكيل بالبيع و الشراء، لا مجرد إيقاع الصيغ.

و^٤ من جميع ذلك^٥ يظهر ضعف القول بثبوتة للوكيلين المذكورين،^٦ كما هو ظاهر الحدائق^٧.

و أضعف منه^٨ تعميم الحكم بصورة منع الموكل من الفسخ بزعم^٩: أن الخيار حق ثبت للعاقدة بمجرد إجرائه للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

١. انكار شكل گیری ارتكاز متشرعه به دلیل تفاوت خیارات در موضوع با یکدیگر. به عنوان مثال مرحوم خوئی فرموده اند: خیارها نسبت به یکدیگر تفاوت موضوع دارند و ارتباطی با یکدیگر ندارد. بنابراین ادعای مطرح شده باطل است.

٢. انکار مانعیت ارتكاز متشرعه برای شكل گیری اطلاق. بنابراین قرینه قابل اتکاء نزد عرف برای مانعیت استظهار اطلاق منفی است و عرف استظهار اطلاق خواهد داشت.]

٢) [در استظهار از ادله باید به روایات هم سیاق به عنوان قرائن لفظی منفصل توجه کرد:] ادله خیارات سیاق واحدی دارند. سایر خیارات شامل وکیل مجری صیغه نمی شوند. سیاق واحد قرینه ای است که مانع استظهار اطلاق ادله خیار مجلس نسبت چنین شخصی می شود. [روش نقد:

١. انکار سیاق واحد اخبار. اشکال مرحوم خوئی که موضوع خیارها را متفاوت و بدون ارتباط بیان فرموده بودند می تواند ناظر به این روش نقد باشد.

٢. انکار مانعیت سیاق واحد برای شكل گیری اطلاق.]

^١ دلیل دیگری در ادامه بیان می شود که در این بخش مورد اشاره واقع نشده است. «اگر وکیل حق فسخ داشته باشد، سلطنت مالک بر مالش مقید می شود». دلیل «الناس مسلطون...» نافی خیار مجلس برای چنین وکیلی است. تحلیل و روش نقد این دلیل در ادامه بیان خواهد شد، لکن تاکید می شود که در مرحله جمع آوری ادله باید تمام ادله قابل طرح مورد توجه قرار گیرد.

استقصاء همه ادله از این رو اهمیت دارد که اولاً احتمال دارد تمام ادله جز یک دلیل مورد قبول واقع نشود. ثانیاً ممکن است هر دلیلی محدوده خاصی از مدعا را به اثبات برسد. ثالثاً تکثیر دلیل در مقام تعارض می تواند مفید واقع شود.

^٢ در مرحله جمع اقوال علماء و برای فهم دقیق عبارات ایشان باید اولاً دقت کافی در عبارات ایشان با جمع قرائن مختلف صورت گیرد و ثانیاً با مقایسه دقیق محل بحث، شمولیت کلام علماء نسبت به محل بحث بررسی شود. دقت در عبارت علامه چنین نتیجه می دهد که کلام ایشان شامل مقام نمی شود؛ چرا که برای کسی که صرفاً مجری صیغه است، تعبیر «اشتری» و «باع» به کار نمی رود. این تعابیر مخصوص شخصی است که در بیع و شراء نقش دارد و تصمیم گیر است.

^٣. تقدّم في الصفحة ٢٨ (چاپ کنگره).

^٤ مرحله نتیجه گیری.

^٥ به نحو عام استغراقی و تک تک ادله یا به نحو مجموعی و تراکم ظنونی.

^٦ وکیل بایع و مشتری که هر دو صرفاً مجری صیغه عقد هستند.

^٧. الحدائق ١٩: ٧. [شاهد از نظر علماء برای تقویت قول].

و علی المختار^۴، فهل یثبت للموکلین؟^۵ فیه إشکال:

من أن الظاهر من «البیعین» فی النص المتعاقدان، فلا یعمّ الموکلین؛ و ذکرُوا: أنه لو حلف علی عدم البیع لم یحث بیع وکیله.^۶
و من أن الوکیلین فیما نحن فیہ کالآله للمالکین، و نسبة الفعل إلیهما شائعه،^۷ و لذا لا یتبادر من قوله: «باع فلان ملکه الکذائی»
کونه مباشراً للصیغه. و عدم الحث بمجرّد التوکیل فی إجراء الصیغه ممنوع.^۸

^۱ مساله دیگر [تفکیک مسائل با توجه به اصناف موضوع با تتبع در کلمات علماء، دقت در ادله و توجه به قیود و شروطی که از حیث فقهی احتمال تفاوت در حکم با یکدیگر را دارند]: وکیل در اجرای صیغه عقد که موکل او را از اعمال خیار مجلس منع کرده است، خیار مجلس دارد؟ عدم جریان ادله مثبت خیار - مثل انصراف و خلاف حکمت - در فرض منع وکیل توسط موکل از اعمال خیار واضحتر است.

^۲ قول به خیار مجلس برای وکیل در اجرای صیغه عقد بدون منع مالک از فسخ.

^۳ [تحصیل دلیل برای ثبوت خیار / بررسی شمولیت ادله لفظی خیار مجلس نسبت به موضوع بحث (مرحله دلالت لفظی):] وکیل مجری صیغه عقد - که توسط موکل از اعمال خیار منع شده است - مصداق «بیع» است و اطلاق ادله خیار مجلس شامل این فرد می شوند. طبق این ادله شارع برای او این حق را قرار داده شده است - نه مالک - و مالک نقشی در اثبات یا نفی آن ندارد.

[روش نقد: نفی مقدمات حکمت و انکار استظهار اطلاق از دلیل لفظی همانطور که سابقاً بیان شد].

^۴ [مساله شناسی / توجه به پیش فرض مساله، یعنی عدم ثبوت خیار برای وکیل مجری صیغه عقد] وجه ذکر این قید و مختص کردن بحث به فرض عدم ثبوت خیار برای وکیل مجری عقد: شاید به این جهت که این مساله در فرض ثبوت خیار برای وکیل مجری عقد دارای شبهات اضافه ای است، مثل ثبوت خیار واحد برای افراد متعدد یا ظهور اخبار در خیار برای دو نفر - نه بیشتر - . بحث از این مساله با مختار مرحوم شیخ این شبهات را ندارد و نیازی به طرح و رد این شبهات نیست.

^۵ از آنجایی که اصل عدم ثبوت خیار است، بررسی صدق و تطبیق ادله مثبت خیار راه حلّ این مسأله است.

^۶ قول عدم خیار مجلس مطلقاً. دلیل: عدم شمولیت ادله لفظی. [روش استدلال: دقت در الفاظ دلیل لفظی، معنا و تطبیق آن در مقام:] بیع به معنای متعاقد و مجری صیغه عقد (عاقد مباشر) است و در نتیجه شامل موکل نمی شود.

^۷ [شاهد و منبه برای تبادر عرفی جهت تقویت ادعای مطرح شده با بررسی استعمالات و فهم عرفی از آنها:] بررسی استعمالات ما را به این مثال می رساند که شخصی که قسم خورده است که بیع انجام ندهد. با بیع وکیل در اجرای صیغه عقد، حث قسم نکرده است.

^۸ قول به خیار مجلس مطلقاً. دلیل: شمولیت ادله لفظی. [روش استدلال: دقت در الفاظ دلیل لفظی، معنا و تطبیق آن در مقام:] متبایعان و بیعان بر موکل ها صدق می کند.

^۹ [جمع احتمالات اهداف متصور از بیان این گزاره:] شیوع نسبت فعل به موکل ممکن است در مقام ارائه دلیل یا در مقام ارائه شاهد ایراد شده باشد.

اگر دلیل باشد (شیوع استعمال دلیل بر مصداقیت حقیقی موکل برای «متبایع»): شیوع استعمال که به حدّ اطّراد رسیده است یا استعمالی که فاقد عنایت است، دلیل بر حقیقی بودن استعمال است. شیوع استعمال یا استعمال فاقد عنایت «متبایع» و «بیع» بر موکل اطلاق شده است. بنابراین موکل، مصداق حقیقی این معانی است.

فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد، أو المراد به مجلسهما المضاف عرفاً إلى العقد، فلو جلس هذا في مكان و ذاك في مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين، فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما، إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلساً لذلك العقد، بحيث يكون الوكيلان كلساني الموكّلين، و العبرة بافتراق الموكّلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين.^٦

هذا كلّ إن كان وكيلاً في مجرد إيقاع العقد.

[بررسی حق خيار برای وکیل مستقل در تصرف مالی]

وإن كان وكيلاً في التصرف المالي كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة^١ بعد تحققها -نظير العامل في القراض^٢ و أولياء القاصرين^٣- فالظاهر^٤ ثبوت الخيار له، لعموم النص.^٥

اگر شاهد باشد (شیوع استعمال شاهد بر مصداقیت حقیقی موکل برای «متبایع»): اطلاق شائع این الفاظ به موکل شاهی بر مصداقیت حقیقی موکل برای این معانی است، هر چند استعمال اعم از حقیقت است و این اطلاق ها نمی تواند مصداقیت حقیقی را به اثبات برسد.

^١ [شاهد از استعمالات برای تنبّه بر تبادل عرفی از این الفاظ / بررسی لوازم قول مخالف]: اگر الفاظ محلّ بحث ظهور در عاقد مباشر و مجری صیغه عقد داشتند، از این الفاظ مباشرت در عقد و اجرای صیغه عقد استفاده می شد. لکن التالی باطل و با استعمال این الفاظ، مباشرت در اجرای عقد فهمیده نمی شود.

^٢ این عبارت در مقام ردّ شاهد برای قول مخالف (انکار مصداقیت موکل برای متبایع) است. [رجوع به وجدان عرفی که معیار در صحت و سقم شاهد عرفی ادعا شده است]: ادعا شده بود حنث قسم رخ نداده است، در حالی که وجدان عرفی حکم به حنث قسم می کند.

^٣ قول سوم و مقبول نزد مرحو شیخ: تفصیل بین حضور موکل در مجلس عقد و عدم حضور او. خيار مجلس تنها در فرض حضور برای او ثابت است.

^٤ [بررسی دلیل این ادعا / دقت در قرائن لفظی صدر و ذیل برای استظهار]: ذیل روایت (ما لم یفتراق) قرینه برای مقید بودن صدر (متبایعان) است و در نتیجه موضوع خيار مجلس، «متبایعی هستند که مجتمع می باشند تا زمان افتراق». افتراق از یکدیگر وقتی معنا دارد که اجتماعی محقق شده باشد. این موضوع بر موکلی که در مجلس عقد حاضر است، صدق می کند. بنابراین موکلی که مجتمع در مجلس عقد است و در آن مجلس حاضر است، خيار مجلس دارد.

[روش نقد / دقت در میزان ضیق شدن موضوع دلیل لفظی با قید ادعا شده: «ما لم یفتراق» قید برای «متبایعان» است - نه مجلس عقد-. خيار مجلس برای «متبایعی است که مجتمع باشند» - اعم از این که این اجتماع در مجلس عقد باشد یا نباشد-. «در مجلس عقد بودن» این اجتماع از دلیل استفاده نمی شود و قید زائدی است که در اخبار به آن اشاره نشده است. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و مرحوم خوبی].

^٥ عرفاً گفته شود در مجلس عقد هستند یا مجتمع برای عقد هستند -ولو با فاصله نشسته اند-.

^٦ در روایت افتراق کسانی غایت خيار مجلس قرار داده شده است که دارای خيار مجلس باشند. دو وکیل خيار مجلس نداشتند تا اجتماع یا افتراقشان تاثیر در خيار داشته باشد.

^٧ مساله شناسی / شرح موضوع: وکیل مستقل در تصرف و دارای اختیار در تعیین میزان ثمن یا مثن -نه این که صرفاً مجری صیغه عقد باشد-.

وَدَعْوَى تَبَادُرِ الْمَالِكِينَ مَمْنُوعَةٌ،^٧ لخصوصاً إِذَا اسْتَدْتِ إِلَى الْغَلْبَةِ، فَإِنَّ مَعَامَلَةَ الْوَكَلَاءِ وَالْأَوْلِيَاءِ لَا تَحْصَى.

[بررسی حق خیار برای موکل در این صورت]

و هل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما^٨ كما تقدّم عن التذكرة^٩؟ إشكال^{١٠}:

من التبادر المتعاقدين من النصّ، وقد تقدّم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع و كيله.

^١ البته در ادامه بحث خواهند شد که آیا حقّ فسخ قابل واگذاری به وکیل می باشد یا خیر. این عبارت یا ناظر به پذیرش شرعی امکان واگذاری حقّ فسخ به وکیل است یا به نظر عرف ادعای حقّ فسخ برای وکیل شده است - با قطع نظر از امضای این ادعا توسط شارع یا عدم امضاء آن -.
^٢ قراض به معنای مضاربه است و عامل در مضاربه، اختیار تام دارد که با پول هرگونه صلاحدید تصرف کند. شبیه مقام که اختیار تام وجود دارد.
^٣ صبی، مجنون و سفیه.
^٤ گمان قوی یا ظهور لفظ.

^٥ روش دلیل یابی: (١) بررسی شمولیت ادله خیار مجلس نسبت به مقام: مصداق المتبايعان و البيعان می باشد. (سلطنت بر کالای تحصیل شده در طول سلطنت مالک به او رسیده است). (٢) بررسی جریان یا عدم جریان ادله مطرح شده در مسائل مشابه (مساله سابق) در مقام.
^٦ [دلیل یابی، تتبع کلمات علماء، تحصیل دلیل مخالفین:] انصراف ادله به مالکین - نه وکیل یا ولی یا وصی - به دلیل غلبه وجودی یا غیر آن (همان کلام محقق کرکی ذیل مساله سابق).

^٧ [روش نقد:] ادعای انصراف را برای اساس وجدان عرفی خود - که معیار تصدیق و تکذیب انصراف است - انکار می کنیم، مخصوصاً اگر این انصراف منتسب به غلبه وجودی باشد که دارای اشکال صغروی و کبروی است.
اشکال صغروی: کثرت معاملات غیر مالک بسیار است و غلبه وجودی معاملات مالکی، هر چند اصل آن انکار نمی شود، اما این غلبه در حدی نیست که موجب انصراف شود. مصادیق منصرف عنه باید بسیار کم و نادر باشند تا ذهن متوجه آن مصادیق نشود و انصراف شکل بگیرد. ندرت به این مقدار قابل انکار است.

[اشکال کبروی: غلبه وجودی موجب انصراف نیست].

^٨ مساله شناسی: آیا خیار مجلس برای موکل حاضر در مجلس عقد - در فرض وجود وکیل مستقل در تصرف مالی - ثابت است؟ (فرض عدم حضور موکلها در مجلس عقد در گذشته مطرح شد). پیش فرض مساله: وکیل دارای خیار مجلس است.

^٩ تقدّم فی الصفحة ٢٨.

^{١٠} راه دلیل یابی: (١) بررسی شمولیت ادله ثبوت خیار نسبت به موکل. (٢) بررسی ادله مطرح شده در مساله مشابه (مساله سابق در مورد وکیل معجری صیغه عقد). (٣) تأمل در ملازمات مساله و پیش فرض ها.

ای که سابقاً مطرح شد در مقام به ضمیمه ادله اضافه ای که با تأمل یا تتبع تحصیل شده است.

^{١١} وجه برای عدم ثبوت خیار مجلس برای موکل: بررسی شمولیت ادله ثبوت خیار نسبت به موکل نشان می دهد که ادله شامل او نمی شود. لفظ بیع و متعاقد در این ادله شامل بایع و مشتری مباحثی که اراده او مستقیم در بیع نافذ است، می شود. شاهد این تبادر، عدم حنث قسم با بیع وکیل شخصی است که بر ترک بیع قسم خورده است. (در مساله سابق مطرح و نقد شد).

و من آن‌ها استفاده از مستفاد من ادله سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص^٢ كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرعاً إرفاقاً له، و أن ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلة مباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر.

و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة.

[بررسی نحوه سقوط خيار در فرض وجود خيار برای وكيل و موكل]

و حينئذٍ لقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة^٤ من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانفساخه،^٥ و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز.^٦

^١ وجه برای ثبوت خيار مجلس برای موكل : استفاده از دليل ٥ (هم سياقی با سایر خيارات) ، دليل ٣ (قرینه وحدت سياق با خيار حيوان)، و دليل ٤ (حکمت جعل خيار) در ذیل مساله و كيل مجرى صيغه عقد. برای شرح و نقد آنها به مساله سابق رجوع شود.

^٢ . راجع الصفحة ٢٩، الهامش الأول.

^٣ . في «ش»: «شرعاً».

^٤ تأمل در کیفیت استدلال و بیان آن با وجه فنی فقهی قابل رجوع به حجت : ملازمه قطعی (تحصیل با دقت در ملازم پیش فرض مسأله) : ثبوت خيار برای و كيلی - به خاطر نیابت از مالک در عقد-، ملازمه قطعی دارد با ثبوت خيار برای موكل و منوب عنه. (می توان این بیان را مصداق اولویت قطعی تلقی کرد).

روش نقد (تردید در حیث تعلیلی مطرح شدن برای ثبوت خيار برای و كيل و احتمال سایر وجوه): شاید خيار برای و كيل به خاطر مباشرت عقد جعل شده است. شاید خيار حق اصالی برای و كيل از ناحیه شارع است - نه به عنوان نیابت از مالک- . موكل مباشر عقد نیست و نمی توان قطع به ثبوت خيار مجلس برای او در شریعت را تصدیق کرد. ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی و شهیدی.

^٥ وجهی که نتیجه اش ثبوت خيار برای موكل است. در ادامه اشاره می کنند که این مبنا را اختیار کرده اند.

^٦ توجه به لوازم حکم شرعی مورد قبول : ثبوت خيار برای اشخاص متعدد از طرف فقط بایع یا فقط مشتری یا از هر دو طرف. که خيار برای و كيل و موكل ثابت است.

^٧ موكل و و كيل و حتی و كيلهای طولی متعدد.

^٨ توجه به لوازم مسأله موجب کشف حکم دیگری می شود : نتیجه سبقت در اعمال خيار چیست؟

^٩ تأمل در احتمالات متصور در مراد از «اعمال خيار» : (١) فسخ : فسخ کردن یک شخص نافذ است و حق خيار شخص دیگر در لزوم عقد (با اسقاط خيار) یا فسخ آن از بین می برد. (٢) فسخ یا اسقاط : اعمال خيار - با اسقاط خيار و لازم شدن عقد از یک طرف یا با استفاده از حق خيار و فسخ عقد- نافذ است و شخص دیگر خياری ندارد، چرا که با لزوم عقد از طرف آنها (بایع یا مشتری) یا انفساخ عقد، حق خياری برای شخص دوم باقی نمانده است. برای هر طرف عقد تنها یک حق خيار ثابت است.

[بررسی چگونگی حصول غایت افتراق در فرض وجود خیار برای موکل ها]

ثمّ علی المختار^۳ من ثبوته للموکلین، فهل العبرة فيه^۱ بتفرّقهما عن مجلسهما حال العقد، أو [۲] عن مجلس العقد، أو [۳] بتفرّق المتعاقدين، أو [۴] بتفرّق الكلّ، فيکفی بقاء أصیل مع وکیل الآخر فی مجلس العقد؟^۸ وجوه، أقواها الأخير.^۹

[بررسی حق خیار برای وکیل غیر مستقل در تصرف مالی]

وإن لم یکن مستقلاً فی التصرف فی مال الموکل قبل العقد وبعده، بل کان وکیلاً فی التصرف علی وجه المعاوضة - كما إذا قال له: اشتر لی عبداً-.

^۱ مساله تقدیم فاسخ بر مجیز در جایی است که یک طرف حق اجازه دارد و طرف دیگر حق فسخ. فاسخ و مجیز دو طرف عقد واقع شده اند - نه یک طرف عقد - . بنابر احتمال دوم در مراد از «اعمال خیار» می توان گفت: اینگونه نیست که همواره فسخ بر اجازه مقدم شود، چرا که هر طرف تنها یک حق دارد و با فسخ یا اسقاط سابق، حق خیاری برای دیگری وجود نخواهد داشت. ر.ک. حاشیه مرحوم سید یزدی، ج ۲، ص ۶ و مصباح الفقاهه مرحوم خوئی، ج ۶، ص ۸۵.

^۲ فی «ش» زیاده: «فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين، و هذا فرض من جانب واحد».

^۳ مساله جدید: بنابر ثبوت خیار برای وکیل ها و موکل ها، افتراق که غایت خیار مجلس است چگونه محقق خواهد شد؟

^۴ [تامل در وجوه متصور برای جواب مساله:] بر اساس دو معیار می تون وجوه مساله را تصویر کرد: (۱) افتراق چه کسی ملاک است؟ وکیل، موکل، هر دو، یکی از آن دو؟ احتمال آخر در کلام مرحوم شیخ ذکر نشده است. (۲) اگر افتراق موکل موثر است، افتراق او از مجلس عقد معیار است یا افتراق از مجلس با موکل دیگر؟

^۵ ولو در مجلس عقد نباشد؛ بنابر بر ثبوت خیار مجلس برای موکلها در فرض عدم حضور در مجلس عقد است یا بنابر عدم خیار مجلس برای موکل ها، اما افتراق آنها را موجب سقوط خیار مجلس وکیلها بداند. در نتیجه افتراق موکلها موجب سقوط خیار وکیلها می شود، اما افتراق وکیل ها موجب سقوط خیار حتی خود وکیلها هم نمی شود. ر.ک. حاشیه مرحوم شهیدی.

^۶ شبیه قول اول با قید در مجلس عقد بودن. اجتماع و افتراق وکیلها نقشی در سقوط خیار ندارد.

^۷ معیار افتراق وکیلهاست - چه موکلها در مجلس عقد مجتمع باشند و چه مجتمع نباشند -.

^۸ وجه این قول که نقد سایر وجوه است (تطبیق دقیق مفاد اخبار در مقام): خیار مجلس تا زمان عدم افتراق «بیعان»، ثابت است و با بقاء یک شخص از هر طرف، عدم افتراق «بیعان» محقق است و در نتیجه خیار باقی است. [نقد مرحوم سید یزدی (عدم تشخیص دقیق معیار از اخبار): معیار عدم تفرق بیعان نیست بلکه صدق تفرق بیعان است و لذا با تفرق یک نفر نیز غایت صدق می کند و خیار همگی ساقط می شود. همچنین ر.ک. مرحوم ایروانی، ج ۲، ص ۸.

^۹ سوالاتی برای تفکر:

سوال ۱: هر کس متفرق شد، خیار شخص خودش ساقط می شود یا خیار شخص متفرق شده همچنان باقی است؟ [بررسی ظهور اخبار و فهم عرفی از غایت خیار برای هر شخص]

سوال ۲: بررسی فرض شک در سقوط خیار مجلس. [بررسی قواعد کلی و اصول عملیه].

فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل،^٤ لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول: من أن إطلاق أدلة الخيار مسوقاً لإفادته سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكّنه من ردّ ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا

^١ [مسأله شناسی، تفریح فروع]: بیان شد مسأله «آیا وکیل خیار مجلس دارد»، با توجه به اصناف مختلف «وکیل»، مناسب است مسأله به فروعی تفکیک شود. با استقصاء انواع وکیلها با دقت در انواع وکالت های عقلایی و عرفی و اطلاع بر احکام فقهی، سه نوع وکیل از یکدیگر تفکیک شد تا بررسی حقّ خیار مجلس برای ایشان به طور جداگانه انجام گیرد: (۱) مجری صیغه عقد. (۲) مستقل در تصرف. (۳) غیر مستقل در تصرف. اکنون نوبت به بررسی خیار مجلس در معامله ای است که وکیل در آن غیر مستقل در تصرف است.

[موضوع شناسی، بیان شباهت و تفاوت با سایر اقسام برای فهم بهتر موضوع]: برای درک بهتر موضوع مسأله (وکیل غیر مستقل در تصرف) تفاوت این قسم از وکیل با دو قسم دیگر بیان می شود. تفاوت این قسم با قسم اول در اختیار داشتن وکیل برای انتخاب مبیع و مقدار قیمت. اما تفاوت با قسم سابق در این است که وکیل مستقل در تصرف، در انتخاب اصل معاوضه و نوع آن تام الاختیار بود و می توانست معاوضه ای انجام ندهد یا به جای بیع، از هبه معاوضه یا مضاربه استفاده کند. لکن در مقام، تنها وکیل در اجرای بیع است.

[تفریح فروع، دقت در موضوع و کمک گرفتن از فروعات ذیل مسائل مشابه]: بررسی خیار مجلس در معامله ای که وکیل در آن غیر مستقل در تصرف است، در ذیل چند مسأله قابل پیگیری است: (۱) وکیل خیار مجلس دارد؟ (۲) موکل خیار مجلس دارد؟ (۳) پایان و غایت خیار چه زمانی است؟ این سه مسأله از یکدیگر تفکیک شده و به ترتیب در کلام مرحوم شیخ مطرح می شوند.

^۲ گمان حجت یا مستظهر از ادله لفظی.

^۳ که وکالت از قسم سوم است.

^۴ راه جمع آوری دلیل، تطبیق ادله خیار مجلس در محلّ بحث به همراه توجه به ادله مطرح شده در مسائل مشابه (قسم اول و دوم وکیل).

^۵ [بررسی شمولیت ادله خیار مجلس نسبت به وکیل غیر مستقل در تصرف]: شمولیت «بیعان» و «متعاقدان» در ادله خیار مجلس نسبت به وکیل قسم سوم، نیازمند اطلاق است. اگر مقدمات اثبات اطلاق، انکار انصراف است. انصراف مانع اطلاق می باشد. ممکن است ادعا شود ادله خیار مجلس نسبت به مقام بحث انصراف دارد. [استقصاء احتمالات تمسک به انصراف]: دو احتمال در مراد از انصراف وجود دارد: (۱) البیعان منصرف به مالکان است. همان کلام محقق کرکی که ذیل قسم اول وکیل مطرح شد و مورد نقد قرار گرفت. (۲) البیعان شامل این نوع وکیلها نمی شود. [نقد و بررسی انصراف، بررسی منشأ انصراف]: هر انصراف ادعائی باید منشأ انصراف عرفی داشته باشد. منشأ انصراف ممکن است غلبه وجودی، غلبه استعمالی یا تناسب حکم و موضوع یا ... باشد. غلبه وجودی منشأ قابل قبولی برای انصراف نیست و سایر مناشیء ذکر شده، در مقام وجود ندارند. بنابراین انصراف فاقد منشأ صحیح است و ادعای آن مردود می باشد.

^۶ و هو الوکیل فی إجراء لفظ العقد فقط، راجع الصفحه ۲۸ و ۲۹.

^۷ دلیل دوم مطرح شده در قسم اول از وکیل: ادله حقّ خیار را برای کسی ثابت می کنند که تمکن از ردّ ما انتقل الی موکله را داشته باشد. چنین تمکنی در مقام برای وکیل به اثبات نرسیده و مشکوک است. بنابراین شمولیت وکیل نسبت به موضوع خیار مجلس مشکوک است و ادله خیار مجلس نمی تواند حقّ خیار را برای وکیل به اثبات برساند.

التمكّن عند الشكّ فيه، و لا لتخصيص^١ ما دلّ على سلطنة الموكلّ على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصلي.

و في ثبوته للموكلين ما تقدّم.

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه^٢.

[بررسی حق خيار برای وکیل، در صورت مستقل در تصرف مالی شدن بعد از عقد]

ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حقّ خياری؟ الأقوى العدم؛ لأنّ المتیقّن من الدلیل ثبوت الخيار للعاقده^٣ في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده^٤.

^١ «لا تنهض ادله الخيار ايضاً لتخصيص...»: این کلام مرحوم شیخ اشاره ضمنی به دلیل جدید برای اثبات عدم خيار مجلس است. این دلیل با توجه و دقت در لوازم و جوه مسأله (لازمه ثبوت خيار برای وکیل، عدم سلطه مالک بر کالای خود است) و مقایسه آن با قواعد عامّ فقهی تحصیل شده است. ادله ای مانند «الناس مسلطون علی اموالهم» که سلطه کالا را برای مالک آن به اثبات می رساند و از سایرین نفی می کند، نافی ثبوت خيار برای وکیل هستند.

حال مرحوم شیخ می فرماید با توجه به این که ادله خيار مجلس سلطه بر ردّ را پیشفرض گرفته است — نه این که آن را اثبات کند — و با توجه به این که طبق قاعده سلطنت، وکیل سلطه بر ردّ کالای موکل ندارد، ادله خيار مجلس شامل وکیل نمی شود و این ادله تنافی با قاعده سلطنت ندارد. البته اگر تمکن بر ردّ توسط ادله خيار مجلس ثابت می شد، می توانست مخصّص برای قاعده سلطنت تلقی شود و جمع قاعده سلطنت و ادله خيار اینگونه باشد: «مردم بر اموالشان مسلط هستند و دیگران جواز تصرف در اموالشان را ندارند، مگر وکیل غیر مستقل در تصرف که تمکن از ردّ کالای موکل را در زمان خيار مجلس دارد».

خلاصه آن که ادله خيار، تسلط وکیل بر کالای اخذ شده را ثابت نمی کند و موجب تخصیص ادله سلطنت مالک بر اموالش نیست، بلکه تسلط بایع بر پس دادن کالا را فرض می گیرد. در نتیجه ادله خيار شامل این وکیل نمی شود، بلکه قاعده سلطنت نافی حق خيار این وکیل است.

^٢ مسأله دوم: خيار برای موکل ها ثابت است؟ این مسأله با مسأله «ثبوت خيار برای موکل ها در جایی که وکیل از قسم دوم است» شباهت دارد و همان مطالب در این مسأله نیز جاری است و در نتیجه از تکرار پرهیز می شود. [بسیار باید دقت شود که تفاوت مسائل موجب تفاوت ادله و نتیجه نشود. گاهی شباهتهای فراوان مسائل مانع از توجه به تفاوتهای ریزی می شود که موجب تفاوت در جواب مسأله هستند].

^٣ مسأله سوم: غایت و پایان خيار چه زمانی است؟

^٤ آنفاً [مسأله سابق].

^٥ مسأله جدید: در فرضی که موکل خيار دارد و وکیل فاقد خيار است، آیا امکان تفویض و نقل خيار موکل به وکیل وجود دارد؟ [موضوع شناسی / توجه به قیود و شروط موضوع مسأله در نظر موکلف]: تفویض و نقل قبل از عقد، شبهه «نقل ما لم یملک» را دارد، اما بعد از عقد این شبهه وجود ندارد. محل بحث مرحوم شیخ، نقل بعد از عقد است. (ر.ک. حاشیه مرحوم ایروانی در مقام).

راه یافتن دلیل برای این سوال:

نعم،^۳ یمكن توکیله فی الفسخ أو فی مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

[بررسی حقّ خیار برای فضولی ها]

و [۱] مّا ذکرنا أنّ عدم ثبوت الخیار للفضولیین و إنّ جعلنا الإجازة کاشفۀ، [۲] لا لعدم صدق «المتبایعین»؛ لأنّ البیع النقل و لا نقل هنا - کما قیل^۱ - لاندفاعه بأنّ البیع النقل العرفی، و هو موجودٌ هنا.

(۱) وجود قاعده یا اصل عام برای امکان نقل هر حقی یا هر خیاری یا هر خیار مجلسی: چنین دلیلی یافت نشد. (مرحوم ایروانی: «اوفوا بالعقود» اثبات کننده امکان نقل است).

(۲) وجود دلیل خاص در مساله مانند خبر واحد: چنین دلیلی یافت نشد.

(۳) استفاده از نفس ادله اثبات کننده خیار مجلس: اصل عدم خیار است و ادله لفظی اثبات کننده خیار مجلس برای بیعان از هنگام عقد هستند و از این ادله ثبوت خیار برای کسی بعد از عقد قابل استفاده نیست. اگر امکان نقل وجود داشته باشد، یعنی ثبوت خیار برای عاقد بعد از عقد ممکن است، اما ادله ثبوت خیار، امکان تحقق چنین حقی را بعد از عقد اثبات نمی کنند. بنابراین دلیلی وجود ندارد شخصی که از ابتداء خیار ندارد بعد از عقد صاحب خیار شود.

(۴) قاعده و اصل اولیه (امارات یا اصول عملیه): اصل عدم خیار است. بنابراین امکان نقل خیار به وکیل وجود ندارد.
^۱ وکیل در محل بحث.

^۲ لحوق خیار للعاقد بعد العقد.

^۳ حل مشکل و ارائه راه حل های فقهی برای حصول غرض و صاحب خیار شدن وکیل بعد از عقد (وکیل شدن در اعمال حقّ خیار): نقل خیار ممکن نیست، اما عقد وکالت بستن برای خیار ممکن است. وکیل عقد مستقلاً خیار ندارد (حق استقلالی بعد از نقل)، بلکه وکیل صاحب خیار در حق فسخ شده است (حق وکالتی). دلیل صحّت این وکالت، عمومات صحّت وکالت است.

^۴ [تفکیک مسأله بر اساس اصناف موضوع]: مساله خیار مجلس در معاملات، بر اساس اصناف معاملات باید تفکیک شده و به مسائل ریزتری تبدیل شود. از این رو مرحوم شیخ در مقام بررسی ثبوت خیار مجلس و برخی احکام آن ابتدا معاملات که مالک در آنها عاقد است و سپس معاملاتی که وکیل انجام می دهد را بررسی کردند و اکنون نوبت به معاملات فضولی می رسد.

مساله اول: آیا عاقد فضولی دارای خیار مجلس است؟

مساله شناسی:

۱/ از مراحل مساله شناسی، یافتن مسائل مرتبط با مساله است که موجب فهم بهتر مساله می شود و در دلیل یابی نیز ممکن است مفید باشد. مساله «ناقل یا کاشف بودن اجازه مالک» مرتبط با این مساله است. ناقل بودن اجازه، این سوال را مطرح خواهد کرد که عقد یا اجتماع برای عقد در چه زمان و مکانی محقق شده است.

۲/ از مراحل مساله شناسی، تفکیک فروع است. ثبوت خیار قبل از اجازه و بعد از اجازه مالک از یکدیگر قابل تفکیک هستند و ثبوت خیار بعد از اجازه مالک دارای شبهه و اشکال اضافه است. ادله لفظی، خیار را برای عاقد در هنگام عقد ثابت می کنند لا لحوقه له بعده - همانطور که قبلاً بیان شد -

دلیل یابی :

(۱) بررسی ادله اقامه شده ذیل مسائل مشابه، مثل خیار مجلس برای وکیل (مما ذکرنا ...) : اثبات خیار با فرض تسلط بر پس دادن کالاست. عاقد فضولی چنین تسلطی ندارد و در نتیجه فاقد خیار است، حتی اگر اجازه کاشف باشد و مصداقیت شخص فضولی برای عناوین عاقد و بیع، روشن باشد. مرحوم شیخ این دلیل را می پذیرند.

(۲) تتبع در کلمات علماء (لا لعدم صدق ...) : [بررسی ادله خیار مجلس و کشف عدم شمولیت موضوع ادله نسبت به فضولی] صدق متبایعان متوقف بر صدق بیع است. بیع، نقل است و در جایی صدق می کند که نقل رخ دهد. در عقد فضولی نقل رخ نمی دهد. پس بیع رخ نداده است. پس متبایع صدق نمی کند. پس ادله شامل مقام نمی شود. [اضافه بر این که اصل بر عدم خیار است]. در نتیجه فضولی فاقد خیار است.

[نقد دلیل با نقد مقدمات:] بیع اصطلاح جدیدی در شرع ندارد و به همان معنای عرفی استعمال می شود. بیع به معنای نقل عرفی است. عقد فضولی، نقل عرفی می باشد. [شاید مراد ایشان این است که بیع به معنای مقتضی نقل عرفی است و عقد فضولی مقتضی نقل عرفی می باشد؛ به ویژه اگر اجازه کاشف باشد].

(۳) بررسی شمولیت ادله خیار مجلس نسبت به مقام (نعم، ربما كان ...) : قبول می کنیم که بیع عرفی است، اما ملکیت شرعی حاصل نمی شود و ادله خیار مجلس، خیار را در بیع هایی که ملکیت شرعی هنگام عقد حاصل می شود، ثابت می کنند. / تامل و حدس زدن وجه این ادعا: (۱) [شمولیت نیازمند اخذ به اطلاق است و اطلاق نیازمند در مقام بیان بودن:] این ادله در مقام بیان نبوده، اطلاق نداشته و قدرمتیقن از آن ها، بیع هایی است که ملکیت شرعی هنگام عقد حاصل می شود. (۲) [شمولیت نیازمند اخذ به اطلاق است و اطلاق نیازمند فقدان قید و وجه عرفی برای انصراف:] تناسب حکم خیار با موضوع عاقد بیع یا ظهور بیع در عاقد بیعی که اثر بالفعل محقق است (بیع برای نقل بالفعل وضع شده است) یا ... چنین افاده می کند که «بیعان» در روایت مقید است.

از سویی در بیع فضولی، اجازه همواره بعد از بیع است و هنگام بیع، ملکیت شرعی جابه جا نمی شود. اضافه بر این که قبلا بیان فرمودند که ادله ثبوت خیار، این حق را برای عاقد در زمان عقد ثابت می کند، لا لحوقه له بعده. بعد از اجازه، حصول ملک شرعا حاصل است لکن خیار برای فضولی ثابت نیست.

روش نقد :

(۱) انکار مقدمات و پذیرش در مقام بیان بودن و انکار کردن قرینه تناسب حکم و موضوع.

(۲) بررسی لوازم دلیل با تسلط بر فقه و ابواب و مسائل مختلف آن و کشف اعم بودن دلیل از مدعا و شمولیت نسبت به محدودای که قابل التزام نیست (تالی فاسد در فرض پذیرش دلیل). [اعم بودن دلیل نسبت به مدعا فی نفسه اشکالی ندارد، اگر التزام نسبت به بخش اعم مانعی نداشته باشد:] ثبوت خیار مواردی که ملکیت با عقد حاصل نشده است - مثل بیع صرف و سلم که ملکیت بعد از قبض و اقباض منتقل می شود - از مسلمات است یا به دلیل اجماع یا سیره متشرعه یا اولویت نسبت به سایر بیعها یا ... مورد قبول واقع شده است. بنابراین یا اخبار در این معنا ظهور ندارند، یا این ظهور به قرائن خارجی و دلیل اقوی فاقد حجیت است و مراد خصوص بیعی که بالفعل محصل ملکیت شرعی است، نمی باشد.

نقد بر اساس عدم قبول تلازم ادعا شده : ادعا شده است که ظهور اخبار در حصول ملک شرعی با بیع، مستلزم انکار خیار مجلس در بیع صرف و سلم است؛ در حالی که ظهور اخبار در حصول ملک شرعی با بیع، مستلزم عدم دلالت اخبار بر اثبات خیار مجلس در بیع صرف و سلم است - نه انکار خیار مجلس در این بیع ها - این لازمه قابل التزام است. اخبار مثبت خیار مجلس در بیع صرف و سلم نیستند، بلکه ثبوت خیار مجلس در این بیع ها از اجماع یا سیره متشرعه یا ... استفاده شده است.

[۳] نعم، ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، وهذا المعنى منتفٍ في الفضولي قبل الإجازة.

و يندفع أيضاً: بأن مقتضى ذلك عدم الخيار في الصرف أو السلم قبل القبض، مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار.^{۵۴}

فالوجه في عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم: من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين.

[بررسی حق خيار برای مالک ها در صورت بیع فضولی]

نعم، ففی ثبوته للمالکین بعد الإجازة مع حضورهما فی مجلس العقد وجه^{۵۵}. و اعتبار مجلس الإجازة علی القول بالنقل، له وجه^{۵۶}. خصوصاً علی القول بأن الإجازة عقدٌ مستأنف، علی ما تقدم توضیحه فی مسألة عقد الفضولی.

۱. قاله صاحب الجواهر ۲۳: ۹.

۲. بیع نقود.

۳. مقابل نسیه. (ابتدا پول پرداخت می شود و کالا بعداً تحویل گرفته می شود).

۴. الخلاف ۳: ۲۲، المسألة ۲۹ من کتاب البیوع.

۵. مرحوم شیخ طوسی معتقد است خيار با ملکیت جمع نمی شود و ملکیت بعد از پایان خيار تحقق می یابد، در حالی که مدعی این استدلال معتقد است ملکیت باید حاصل شود تا خيار وجود داشته باشد. این دو قول قابل جمع نیستند و نشان می دهد مرحوم شیخ طوسی با این فهم و استظهار از ادله موافق نبوده است یا این ظهور را فاقد حجت می دانسته است. البته کسی که این مبنای مرحوم شیخ طوسی را انکار کند، اشکال به او وارد نخواهد بود.

۶. مساله: مالکها در عقد فضولی خيار مجلس دارند؟

مساله شناسی، تفکیک فروع: با اطلاعات فقهی و معاملاتی و بررسی کلمات علماء و ادله باید مساله را بر اساس عوامل اثرگذار در حکم به فروع جزئی تر تفکیک کرد:

(۱) زمان ثبوت خيار:

۱/ قبل اجازة: مالکین مصداق بايع نیستند و روشن است که ادله خيار شامل آن ها نمی شوند. ۲/ بعد رد: مالکین مصداق بايع نیستند و روشن است که ادله خيار شامل آنها نمی شوند. ۳/ بعد اجازة: ثبوت خيار در این فرض قابل تأمل است. شاید مصداق بايع و متعاقد باشند، اما شبهه عدم ثبوت خيار مجلس هنگام عقد و لحوق آن بعد از عقد وجود دارد.

(۲) مکان ثبوت خيار:

اجتماع و عدم افتراق از کدام مجلس معیار، خيار مجلس است؟ مجلس عقد یا مجلس اجازة؟ اگر مجلس عقد معیار است، مالک از هنگام عقد باید در آن مجلس حاضر باشد یا حضور بعد از عقد کافی است؟

این سوال به مساله «کاشف یا ناقل بودن اجازة» مرتبط است. اگر اجازة کاشف باشد، معیار بودن حضور در مجلس عقد و اگر اجازة ناقل باشد، معیار بودن مجلس اجازة، تقویت می شود.

[دقت شود که طبق ادله خيار مجلس، معیار عدم افتراق از مجلس عقد است یا عدم افتراق از زمان صدق بیع؟ ر.ک. کلمات مرحوم خوئی در مقام.]

و یکفی حیثیند الإنشاء أصالةً من أحدهما، و الإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلسٌ عرفاً.

نعم،^۴ یحتمل فی أصل [المسألة] أن تكون الإجازة من المجیز التزاماً بالعقد، فلا خيار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ «التزمت»، فتأمل.

و لا فرق فی الفضولیین بین الغاصب و غیره؛ فلو تبایع غاصبان ثم تفاسخا لم یزل العقد عن قابلیة لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة، و الله العالم.

^۱ وجه مقرب [شمولیت ادلة خيار]: در مجلس عقد، «بیعان» بر دو مالک و «عدم افتراق» آن دو صدق می کند و اطلاق ادله خيار شامل مقام می شود. وجه مبعد [عدم شمولیت ادله خيار]: خيار مجلس حین العقد برای مالک ثابت نیست، چرا که هنوز اجازه نداده و متعاقد نمی باشد. ادله در اثبات خيار بعد از عقد ظهوری ندارند. (لا لحوقه له بعده).

^۲ وجه مقرب: ظهور ادله در عدم افتراق از مجلسی که نقل و انتقال در آن رخ می دهد. بنا بر ناقل بودن اجازه، نقل و ملکیت شرعی در مجلس اجازه رخ می دهد.

وجه مبعد: ادله در معیار بودن عدم افتراق از مجلس عقد ظهور دارند. مجلس اجازه، مجلس عقد نیست.

^۳ حال که معیار حضور در مجلس اجازه است، در ثبوت خيار مجلس، صدق متعاقد و بیع نقش دارد و فرقی نمی کند هر دو طرف عقد فضولی باشند و مالکان با اجازه معامله را تصحیح کنند (هر دو مجیز باشند و در مجلس اجازه حاضر)، یا یک طرف اصیل باشد و عقد را انشاء کند و طرف دیگر مالک مجیز، به شرط آن که انشاء اصیل و اجازه مالک در مجلس واحدی اجتماع داشته باشند. اجازه از یک طرف باشد، مجلس اجازه صدق می کند.

^۴ تصدیق ثبوت خيار برای مالک مجیز متوقف بر فقدان مسقطات خيار مجلس است. باید حقیقت اجازه و لوازم آن و مصداقیت آن برای مسقطات خيار مجلس بررسی شود. اگر اجازه صرفاً انشاء یا اجازه عقد باشد -نه دفع یا اسقاط خيار-، شبهه ای از این حیث وجود ندارد. اما اگر اجازه به معنای التزام به عقد باشد و لازمه اش دفع حق فسخ، بعد از اجازه خیاری ثابت نیست. ر.ک. مرحوم سید یزدی و مرحوم شهیدی.

^۵ مساله ثبوت خيار در عقد فضولی، با توجه به اصناف فضولی، قابل تفکیک به فروعی جزئی تر است، مثل عقد فضولی غاصب و غیر غاصب. این دو فضولی یک تفاوت اساسی دارند. بیع غاصب، برای خودش است و بیع فضولی عادی، برای مالک. لکن این فرق، فارق در مساله ما ایجاد نمی کند و موجب تفاوت ادله و حکم نمی شود. در نتیجه تفکیک فروع در این حالت مورد نیاز نیست.

^۶ شروط اجرای عقد رعایت نشده است و عقد فضولی رخ نداده است. اگر عقد رخ نداده باشد، شبهه ثبوت خيار مجلس وجود ندارد.