

بسم الله الرحمن الرحيم

شرح جلد پنجم مکاسب (خيارات)

تا مساله مسقطات خيار

مجموعه درسگفتارهای فقهی

استاد علی فرحانی

تنظیم: سید محمد هاشمی

۹.....	درس اول/معنای لغوی و اصطلاحی خیار
۹.....	معنای لغوی و اصطلاحی خیار
۹.....	دو تعریف از خیار و بررسی جامعیت و مانعیت آن
۹.....	تعریف لفظی خیار
۹.....	اولین تعریف اصطلاحی: ملک فسخ العقد
۱۰.....	عدم مانعیت این تعریف و مصادیق نقض آن
۱۰.....	ملاک استفاده از مثال نقض در تعاریف فقهی
۱۱.....	پاسخ شیخ به نقوض شش گانه
۱۱.....	تفکیک حق و حکم؛ مقدمه ای برای پاسخ
۱۲.....	نظر استاد در دفع تمام اشکالات توسط شیخ
۱۲.....	تبیین نظر شیخ در معنای لغوی خیار
۱۳.....	بررسی دقیق معنای «غلب» در عبارت
۱۶.....	درس دوم/بررسی تعریف اصطلاحی دوم خیار
۱۶.....	دفع اشکال از تعریف فخر المحققین
۱۷.....	تفاوت تعریف حدی و رسمی عناوین فقهی و اثر آن در بحث فعلی
۱۷.....	دفع کامل اشکال از تعریف اول
۱۸.....	عقد بودن وصیت نزد مشهور
۱۸.....	اشکال بر تعریف بنابر مختار شیخ در تفاوت ملک و حق
۱۸.....	تعریف دوم خیار (ملک اقرار العقد و ازالته)
۱۸.....	معنای اقرار العقد و اشکال به تعریف با توجه به معنای اول اقرار
۱۸.....	نقدی بر نگاه فلسفی برخی محشین مکاسب
۱۹.....	نقدی بر اشکال ملا عبدالله مامقانی به نظر شیخ
۲۰.....	بررسی تعریف بر اساس معنای دوم اقرار
۲۰.....	بررسی نکات عبارت
۲۱.....	درس سوم/جمع بندی معنای خیار – آغاز «اصالت اللزوم فی البیع»

۲۱	جمع بندی دو تعریف خیار نزد شیخ.....
۲۱	بررسی پایان عبارت در سایر استعمالات خیار (ثمَّ إنّ ما ذکرناه من معنى الخيار...)
۲۱	نکته در عبارت شیخ (معنای جامع بین خیار مصطلح و سایر استعمالات خیار)
۲۲	مقایسه استعمال خیار در روایات
۲۲	جمع بندی نهایی نسبت به عبارت شیخ
۲۳	الثانیه: اصالت اللزوم فی البیع
۲۳	فقه منصوص و ماثور و حجیت اصاله اللزوم
۲۳	بررسی اصل لزوم در کتب فقها
۲۳	کتاب علامه حلی اولین سند اصل لزوم
۲۴	معانی محتمل لفظ اصل در عبارت علامه
۲۴	معنای اول اصل: اصل به معنای رجحان
۲۴	اشکال شیخ به معنای اول
۲۵	معنای دوم اصل: قواعد عامه
۲۵	اشکال شیخ به معنای دوم
۲۵	بررسی استدلال علامه بر اصل لزوم
۲۶	اشکال بر تقریر مشهور از عبارت شیخ
۲۷	درس چهارم/بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه
۲۷	معنای اول اصل و اشکال آن
۲۸	معنای دوم اصل: قاعده مستفاد از عمومات
۲۸	نحوه بررسی سیر تاریخی پیدایش یک قاعده در فقه
۲۹	معنای سوم اصل: استصحاب
۲۹	طرق مختلف توجیه عبارت شیخ در جمع استصحاب وجودی و عدمی
۳۰	توجیه مناسب مرحوم مظفر در تفسیر عبارت
۳۰	معنای چهارم اصل: معنای لغوی
۳۰	پیشینهی بحث از این معنا

۳۰	توضیح اصل به عنوان معنای لغوی
۳۰	تبیین تفاوت حق و حکم در عدم جواز بیع دارای خیار
۳۱	پاسخ اشکال خلط حقیقت و اعتبار به شیخ
۳۳	درس پنجم/بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه
۳۳	بررسی نظر علامه در عوامل خروج از لزوم
۳۳	توجیه محقق کرکی در تصحیح عبارت علامه و اشکال شیخ
۳۴	اشکال شیخ به توجیه محقق کرکی در جامع المقاصد
۳۴	بررسی احتمال دوم در عبارت علامه
۳۵	اشکال شیخ به احتمال دوم و رد اشکال محشین بر شیخ
۳۶	لزوم تحقیق در معنای غرامت
۳۷	درس ششم/بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه حلی
۳۷	بررسی ارزش معانی اصل
۳۷	بررسی اصل به معنای استصحاب
۳۷	بررسی اصل به عنوان معنای لغوی
۳۷	بررسی معنای دوم اصل (عمومات)
۳۸	بررسی آیه «اوفوا بالعقود»
۳۹	اشکالات دلالت «اوفوا بالعقود» بر لزوم
۴۱	بررسی آیه «احل الله البيع»
۴۱	بررسی آیه «... الا تجاره عن تراض»
۴۱	اشکال کلی شیخ به استدلال بر این عمومات
۴۳	درس هشتم/بررسی نسبت جواز و لزوم با حقیقت بیع
۴۳	دلالت حدیث سلطنت بر لزوم
۴۳	تفاوت ادله امضا و تاسیس و اثر آن در ادله لزوم بیع
۴۳	مفروض بودن لزوم عرفی بیع
۴۴	اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه در فرض بحث

۴۴	پاسخ به اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه در عمومات
۴۵	پاسخ به اشکال تهافت در کلام شیخ انصاری
۴۵	پاسخ اول
۴۵	پاسخ دوم با استفاده از بیان آخوند در جامع صحیح و اعم
۴۶	بیانات مختلف شارع در انواع مختلف تصرف در موضوع عرفی
۴۶	ارتباط این راه حل و قسم رابع وضع
۴۷	درس نهم/استدلال بر لزوم معاطات بر اساس حدیث سلطنت
۴۷	دلالت حدیث سلطنت بر لزوم
۴۷	بررسی دلالت روایت بر لزوم عقد
۴۷	تفاوت مختار شیخ در جلد پنجم و ششم مکاسب
۴۸	بررسی شواهد صدق شرط در الزام ضمنی
۴۹	استدلال بر روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا»
۴۹	دلیل استصحاب بر لزوم عقد
۴۹	اشکال به استصحاب بقای اثر
۵۰	پاسخ شیخ به اشکال استصحاب سببی
۵۰	امکان وجود علقه غیر ملکی بین عین و فرد
۵۱	درس دهم/ بررسی قول علامه در سبق در اصل عدم لزوم
۵۱	بررسی نظر علامه در اصل عدم لزوم در سبق و رمایه
۵۱	بررسی امکان استصحاب عدم حدوث اثر برای اثبات لزوم
۵۲	ابتنای نقد شیخ بر جعله بودن سبق در نگاه علامه
۵۲	بررسی اصل لزوم عقد در شبهه مصداقیه
۵۳	عدم اثبات نوع عقد به واسطه استصحاب بقای اثر
۵۶	درس یازدهم/ فی اقسام الخیار – خیار مجلس
۵۶	اقسام خیار
۵۶	تاریخچه احصاء خیارات در کتب فقهی

۵۷		خيار مجلس و روايات دال بر آن
۵۷		مشكل سندی و دلالي روايت غياث بن ابراهيم
۵۸		نقش نظام اصولی در تحليل های فقهی فقها
۵۸		دليل عدم توسعه دليل ارشادی در اين فرع
۵۹		امر اول: شمول ادله خيار مجلس نسبت به وكيل
۵۹		تاريخچه تحليل حقيقت و كالت
۶۰		بررسی ادله خيار نسبت به وكيل
۶۰		حكم خيار مجلس برای اقسام وكيل
۶۱		درس دوازدهم/ احكام خيار برای وكيل در مجرد اجرای صيغه
۶۱		خيار در وكيل مجری صيغه
۶۱		قرينه اول: عدم تبادل از نص
۶۱		قرينه دوم: عدم سلطه وكيل بر مال
۶۲		قرينه سوم: مقارنت خيار مجلس و خيار حيوان در برخی ادله
۶۲		قرينه چهارم: بررسی حکمت خيار
۶۳		قرينه پنجم: عدم شمول ساير ادله خيار
۶۳		قرينه ششم: عدم دخول در اطلاق عبارت علامه
۶۳		نقد نظريه مقابل و جمع بندی نهایی
۶۴		ثبوت خيار برای موکل در فرض وكيل مجری صيغه
۶۶		درس سیزدهم/ احكام خيار برای وكيل متصرف
۶۶		حكم وكيل متصرف
۶۷		حكم وكيل مستقل محض و فی الجملة
۶۷		حكم اين صورت در صورت استقلال خيار از بيع
۶۸		حكم اين صورت در صورت وابستگی خيار به بيع
۶۸		جمع بندی ملاک ها در خيار وكيل
۶۹		مساله خيار برای موکل وكيل متصرف

۷۰	صدق مجلس عقد بر اجتماع موکلین
۷۱	بحث ولی شرعی و ولی حقوقی در مباحث حقوقی جدید
۷۲	درس چهاردهم/ حکم خیار برای فضولی
۷۲	عدم ثبوت خیار برای فضولی
۷۲	دلیل عدم ثبوت خیار برای فضولی
۷۲	بررسی نظر صاحب جواهر در نفی خیار برای فضولی
۷۳	جمع بندی استدلال شیخ و رد استدلال صاحب جواهر
۷۴	بیان دیگری از دو پاسخ نهایی شیخ به صاحب جواهر
۷۴	صدق بیع بر سلم قبل از قبض و تحلیل ماهیت بیع نزد شیخ
۷۴	نظر مختار استاد در معنای بیع نزد شیخ
۷۵	ثبوت خیار برای مالک اصلی پس از اجازه
۷۶	یکسان بودن حکم فضولی غاصب و غیر غاصب
۷۷	درس پانزدهم/ ثبوت خیار در وحدت موجب و قابل
۷۷	ثبوت خیار در وحدت موجب و قابل
۷۷	فروض متصور در این بحث
۷۸	دلیل نافی خیار در صورت مساله
۷۸	نقد شیخ بر دلیل اول نافی
۷۸	نقد شیخ بر دلیل دوم نافی
۷۹	دلیل سوم به نفع نافی
۸۰	دلیل دیگری برای مثبتین و نقد آن
۸۰	جمع بندی دلایل طرفین
۸۰	عدم مسقط بودن افتراق بر فرض ثبوت خیار مجلس
۸۲	درس شانزدهم/ اختصاص خیار مجلس به بیع
۸۲	اختصاص خیار مجلس به بیع
۸۲	بررسی کلام شیخ طوسی در مبسوط

۸۳	توجیه کلام شیخ طوسی توسط شهید اول و نقد شیخ بر آن
۸۴	توجیه کلام شیخ طوسی توسط شیخ انصاری
۸۵	درس هفدهم/ بررسی مبدا زمانی تحقق خیار مجلس
۸۵	بررسی مبدا زمانی تحقق خیار مجلس
۸۵	نحوه دخالت قبض و اقباض در عقد
۸۶	بررسی رابطه قبض و اقباض و صرف و سلم
۸۷	تصحیح خیار مجلس بر اساس وجوب مولوی تقابض
۸۸	توضیح اصولی این بحث
۸۸	تصحیح خیار مجلس بر اساس وجوب شرطی تقابض
۸۹	عبارات دروس و تذکره و مبسوط در پذیرش خیار مجلس قبل از قبض
۸۹	بررسی ثبوت خیار مجلس در عقد فضولی

درس اول / معنای لغوی و اصطلاحی خیار

الخيار لغة: اسم مصدرٍ من «الاختيار»، غلبَ في كلمات جماعةٍ من المتأخرين في «مِلْكِ فسخ العقد»
«(۱) على ما فسّره به في موضعٍ من الإيضاح» (۲)، فيدخل ملك الفسخ في العقود الجائزة و في عقد
الفضولي، و ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث، و ملك العمّة و الخالّة لفسخ العقد على بنت
الأخ و الأخت، و ملك الأمّة المزوّجة من عبدٍ فسخ العقد إذا أعتقت، و ملك كلّ من الزوجين للفسخ
باليوب.

معنای لغوی و اصطلاحی خیار

مرحوم شیخ، دو مقدمه را در ابتدای ورود به بحث اصلی فقهی خیارات مطرح می کند. مقدمه اول بیان مطلب مای خیارات است. تعریف و ماهیت خیار اینجا بیان شده است. قاعدتا این طور است که در این مقام، معنای لفظی مفهومی که با آن مواجهیم بررسی می کنیم و در قدم بعد معنای واقعی و حقیقی آن را بررسی می کنیم. یعنی همان مسیری که در منطق وجود داشت، ابتدا شرح اللفظ و سپس شرح الاسم بررسی می شد. اینجا هم شیخ ابتدا لفظ خیار و بعد ماهیت خیار اصطلاحی در بیع را بررسی می کنند، طبیعاتا باید جامعیت و مانعیت تعریف بررسی شود.

دو تعریف از خیار و بررسی جامعیت و مانعیت آن

شیخ در اینجا دو تعریف بیان می کند و با جرح و تعدیل نشان می دهد که تعریف اول خوب است، اما مانعیت کامل ندارد. سپس تعریف دوم، که تعریف صاحب جواهر است را بررسی می کنند و به آن بیش از تعریف اول اشکال می کنند، نتیجه این می شود که شیخ تعریف اول را بیشتر قبول دارد ولی در نهایت در عبارت دالی بر دفع تمام اشکالات تعریف اول وجود ندارد. هر سه مرحله، یعنی تعریف لفظی، مای شارحه و بحث جامعیت و مانعیت تعریف مورد نقض و ابرام فقها واقع شده است.

تعریف لفظی خیار

در مورد مرحله ی اول کار، که بیان تعریف لفظی خیار است، شیخ ترجیح می دهد که بگوید خیار در معنای لغوی اسم مصدر از اختیار است. اسم مصدر یا حاصل مصدر جایی است که نتیجه منطقی مصدر بدون انتساب به فاعل مورد نظر واقع شود. اختیار به معنای انتخاب است.

اولین تعریف اصطلاحی: ملک فسخ العقد

در مرحله دوم در مای شارحه: شیخ تعریفی از فخر المحققین نقل می کنند که فخر فرموده خیار، «ملک فسخ العقد» است. یعنی فرد مالک حق فسخ است. کلمه ی حق را من از سایر عبارات فخر و سایر فقهایی که این تعریف را به کار برده اند اضافه کردم. بر اساس آن عبارات این به دست می آید که آنها فسخ را حقی دیده اند که یکی از اطراف، مالک آن می شود.

عدم مانعیت این تعریف و مصادیق نقض آن

این تعریف قطعا خياراتی که می خواهیم بحث کنیم را می گیرد. مثلا متبایعین، خيار مجلس دارند، یعنی مالک حق فسخ هستند. مثلا در خيار شرط می شود برای یک طرف یا دو طرف مالکیت حق فسخ وضع کرد. پس تعریف خيارات ما را می گیرد. در مقدمه ثانی، بحث خواهیم کرد که چند خيار در فقه داریم و خواهیم گفت که تعداد خيارات استقرایی است. شرح لمعه چهارده خيار بیان کرد شيخ در اینجا تبعا للمشهور هفت خيار مطرح می کند و سایر خيارات را محکوم حکم آن می داند.

این تعریف مانعیت ندارد، شش مصداق نقض در بیان شيخ برای این تعریف وجود دارد:

مصادق اول: عقود جائزه، گفتیم عقود جائزه خيار ندارند، چون گفتیم خيار در جایی مطرح است که عقد لازم است الا من جهه الخيار، یعنی لولا العقد، عقد لازم است. عقود جائزه قابل فسخ هستند، مثلا در هبه حق رجوع وجود دارد. اما طبق این تعریف، این رجوع و حق فسخ در هبه باید خيار شمرده شود، چون مشمول تعریف «ملک فسخ العقد» است. هبه عقد است، با رجوع فسخ می شود و فرد هم مالک این حق است. در حالی که قطعا در فقه به این حق رجوع خيار نمی گویند. پس نباید داخل تعریف شود. پس تعریف مانع از این مصداق نیست.

مصادق دوم: فضولی: در این عقد، مالک حق فسخ دارد. ولی این حق فسخ به این علت است که عقد متزلزل است و نباید خيار محسوب شود.^۱

مصادق سوم: در جایی که میتی بیش از یک سوم مال را وصیت کرده است، یعنی عقد صحیح وصیت اتفاق افتاده است. در اینجا وارث حق دارد وصیت را در بیش از یک سوم فسخ کند. اگر به این اختیار وارث، حق فسخ وارث در مازاد از یک سوم گفته شود، آن گاه مشمول تعریف بالا می شود در حالی که این حق نیز در فقه خيار محسوب نمی شود. اینکه وصیت را ایقاع هم می گویند اشکالی ندارد چون ایقاع هم عقد است. این حق فسخ هم مشمول تعریفی که بالا در مورد خيار گفته شده می شود در حالی که خيار نیست. با این نگاه منجزات مریض، وصیت، فضولی های زمان حیات میت نیز مصداق این مورد هستند. ولی مثال اوضعی که می تواند لو خلی و طبعه به ذهن بیاید بحث وصیت میت در بیش از یک سوم است.

ملاک استفاده از مثال نقض در تعاریف فقهی

البته اگر کسی قائل شد که این عقد توسط میت فضولی است، می شود آن را در ضمن مصداق دوم دانست. ولی بحث این است که در مثال نقض نمی توان آن را بر اساس قول مختار در یک کتاب فقهی بیان کرد. بعدا بحث می کنیم که آیا جامعیت و مانعیت عناوین کتب فقهی قرار است بر اساس نظر مشهور درست شود، یا نظر مختار یا اساسا بر اساس آنچه در منابع روایی آمده است؟ این بحث در ابتدای کتاب البیع مطرح شد، گفتیم آیا اینجا بیع در برابر اجاره منظور است یا بیع موضوع احل الله البیع، یا بیع صحیح شرعی دارای اثر مد نظر است؟ در همانجا شيخ به عنوان مثال نقض به فقها می گفت شما بعد ها از «احل

^۱ البته بر اساس اصطلاحی که می گویند این رد است مصداق نقض نمی شود و بر اساس اصطلاح کسانی که به این می گویند فسخ، مصداق نقض است.

الله البیع» برای صحت اجازه استفاده می کردید، در حالی که همه شما بیع را طوری تعریف کردید که شامل اجازه نشود. که خود شیخ پاسخ داد که در تعریف باب فقهی، در مقام شمولیت تمام مباحث مطروحه در همان باب فقهی - مثل بیع - هستیم که در آن، تعریف باید شامل مسائل کتاب البیع باشد و شامل مسائل کتاب اجازه نباشد، ولی وقتی به «احل الله البیع» تمسک می کنیم، بیعی که موضوع ادله امضا است را توضیح می دهیم. همین را در مورد خیار نیز می گوییم. در اینجا هم، خیار موضوع ادله مطرح نیست بلکه اصطلاح فقهی متاخر مدنظر است. لذا باید علی ما هو المشهور به تعریف و نقض و ابرام آن بپردازیم. و جامعیت را بر این اساس درست کنیم. قدر متیقن مشهور این است که وارث، مالک حق فسخ در مازاد یک سوم است.

مصدق چهارم: در جایی که زوج، زوجه ای دارد، ولی زوج بدون اجازه همسرش نکاح دیگری با زنی که خواهرزاده یا برادر زاده زوجه ی اول است بر قرار می کند. در اینجا زوج اول حق فسخ نکاح دارد. حالا این «عدم اجازه» حیث تعلیلی حکم است یا حیث تقییدی؟ یعنی در باب فضولی وارد می شود یا نه؟ این محل بحث است و بستگی به استظهار از دلیل دارد. شاید از عبارت «عدم اجازه» در دلیل استفاده شود که این حکمت حکم است، نه اینکه این جزو موضوع حکم باشد. جایی یقیناً وارد باب فضولی می شود که قید موضوع باشد. در آن صورت این مصداق نیز باید ذیل فضولی بیاید. اما به هر حال در اینجا همین قدر کفایت می کند که زوج حق فسخ نکاح بنت الاخ یا بنت الاخت را دارد، همین که حق فسخ دارد مشمول تعریف بالاست در حالی که به آن خیار نمی گویند.

مصدق پنجم: اگر عبد و امه ای ازدواج کنند و بعد امه آزاد شود حق فسخ نکاح را دارد. در حالی که این هم به اصطلاح فقهی خیار نیست ولی مشمول تعریف بالا می شود.

مصدق ششم: جایی که زوج و زوجه به خاطر عیب حق فسخ نکاح دارند.

پاسخ شیخ به نقوض شش گانه

تفکیک حق و حکم؛ مقدمه ای برای پاسخ

شیخ می گوید این شش مورد نقض است. ایشان سعی می کنند مقداری از تعریف دفع اشکال کنند. می گویند این تعریف اشاره دارد به بحث دیگری در فقه در تفکیک حق و حکم.^۱ شیخ می گوید در ابتدای کتاب بیع، فرقی بین حق و حکم شرعی درست کردیم. حکم شرعی حکم الله است، توقیف حکمی دارد و قابل اسقاط و انتقال نیست. شیخ می گوید یکی از مصادیق بین انتقال، توریث است. لذا در حقوق وقتی دیدید فقهی می گوید قابل انتقال و توریث نیست، عطف خاص بر عام کرده چون یکی از مصادیق انتقال توریث است، انتقال مصادیق دیگری نیز دارد: انتقال صلحی، انتقال بالشکره، انتقال معاوضی بیعی، انتقال قهری، انتقال ارثی.

^۱ عرض کردیم وقتی داریم تعریف را بررسی می کنیم سوالی وجود دارد که جامعیت و مانعیت را علی مذهب چه کسی بیان می کنیم؟ از همینجا اشکالات و مخالفت هایی با نظر شیخ شده است که شاید به همین نکته برگردد. مثلاً به شیخ می گویند بیان شما در اینجا با مختار خودتان در معنای حق و معنای ملک سازگاری ندارد. این را باید بعداً بررسی کنیم و با بررسی درست شاید معلوم شود که اصلاً اشکالی به شیخ وارد نیست.

اگر به یاد داشته باشید شیخ سه دسته حق درست کرد:

(الف) حقی که قابل اسقاط و انتقال نیست: مثل ولایت و حضانت

(ب) حقی که قابل اسقاط باشد و قابل انتقال نباشد: حق شفعه

(ج) حقی که قابل اسقاط باشد و قابل انتقال هم باشد جز انتقال بیعی (چون مال نیستند): مثل حق تحجیر

شیخ در اینجا می گوید، در آنجا فرقی بین حکم و حق داریم، حق قابل انتقال و توریث و اسقاط است.^۱ یا حداقل یکی از این سه را دارد. که در این صورت حق شفعه چون یکی از این سه را دارد حق است و حکم نیست. شیخ میگوید شاید تعبیر به ملک در تعریف خیار برای این است که بگویند خیار حق است و حکم نیست بر این اساس سه مصداق از مصادیق نقض در بالا رد می شود چون حکم هستند: مثل بحث میت، فضولی و اثر عقود جائزه. یعنی این سه دسته اساساً از تعریف خارج هستند و نقضی بر تعریف وارد نمی کنند چون مصداق حق نیستند. در این جمع بندی برخی نتیجه گرفتند که شیخ در نهایت سه اشکال را دفع کرده و سه مصداق نقش باقی مانده است.

نظر استاد در دفع تمام اشکالات توسط شیخ

حالا حرف ما این است که حتی اگر قبول کنیم که ظهور عبارت شیخ فقط دفع سه اشکال است و از سوی دیگر بپذیریم که حق باید حداقل اسقاط یا انتقال داشته باشد و قبول کنیم که سه مصداق نقض دیگر هم توسط ذی الحق قابل اسقاط نیستند آنگاه ولو شیخ سه اشکال دیگر را صریحاً دفع نکرده باشد ولی با این توضیح آن اشکالات نیز مرتفع می شوند. و می گوئیم آن سه تا هم حکم هستند. چون قابل اسقاط نیستند. البته اگر این را بپذیریم اشکال باقی می ماند.

تبیین نظر شیخ در معنای لغوی خیار

«القول فی الخیار و أقسامه و أحكامه مقدمتان: لا ولی [فی معنی الخیار] الخیار لغه: اسم مصدر من «الاختیار»،»

همین مقدار از عبارت نیاز به توضیح دارد، دلیل این که معنای لغوی خیار، اسم مصدر اختیار است چیست؟ آیا این استعمال حقیقی یا موضوع له خیار است؟ یا یکی از موارد استعمال است؟ آیا مثل تعریف بیع در مکاسب این معنا هم از کتاب مصباح استفاده شده است؟ شیخ به این جنبه پرداخته است؟ همانطور که حقیقت اختیار و چستی آن در اینجا بحث نشده است. در

^۱ حالا اگر کسی حواش به آن عبارات (اقسام سه گانه حق) باشد می گوید خود شیخ گفت برخی حقوق قابل انتقال نیستند، پس اینجا چطور از امکان انتقال حق (بر خلاف حکم) استفاده می کنند؟ ولی این اشکال به این صورت منفع نیست چون باید قبل از آن مبایمان را روشن کنیم که جامعیت و مانعیت تعریف باید بر اساس قول مختار باشد یا قول مشهور؟

اینجا سید یزدی بر خلاف روش معمول خودش، وارد بحث های فلسفی حقیقتِ اختیار شده است. بعداً مرحوم محقق اصفهانی و محقق نایینی و امام هم اینجا بحث کرده اند. ولی این طور مباحث ربطی به مراد شیخ ندارد. اینکه دأب شده افراد در حاشیه مکاسب نظر مختار خود را بنویسند کار خوبی است و لی این لزوماً ربطی به مراد شیخ ندارد. ما نباید دچار شک گرایی در متن شویم. و در نهایت مثلاً معلوم نشود که شیخ در حدیث رفع، دلالت حدیث را می پذیرد یا نه؟ به هر حال نویسنده این کتاب مراد جدی داشته است او مؤسس یک مکتب است امکان ندارد طوری نوشته باشد که ظهور کلام خودش معلوم نباشد. از صدر و ذیل کلام شیخ در اینجا و در شروط متعاقبین بر نمی آید که وقتی دارد در مورد اختیار بحث می کند، آن دقایق فنی فلسفی را در نظر گرفته باشد. به نظر ما تبیین شیخ این است: اختیار یک موضوع عقلایی، دارای حکمی عقلایی است، به طوری که همه ی عقلای می فهمند معامله ی اگرایی یا عندالاضطرار باطل است چون «عن طیب نفس» و اختیار نبوده است. ولو شما از جهت فلسفی بین اختیار و طیب نفس و مراتب نفس شناسی آنها اختلاف فلسفی قائل باشید. ولی این ها ربطی به موضوع اختیار نزد عقلا، که دارای آثار عقلایی است، ندارد. این را هر کس درمیان جامعه ی عقلایی و در عرصه ی عمل معاملات باشد، می فهمد و وارد بحث فلسفی آن نمی شود. به نظر می آید شیخ هم ناظر به آن نکات فلسفی نیست. فقط نکته ای وجود دارد، آن هم این است که شیخ وارد استدلال بر این نشدند که چرا معنای لغوی خیار این است. در حالیکه در نقاطی از مکاسب، شیخ بحث لغوی کرده است، مثل ابتدای کتب بیع، بحث غرر، بحث عیب، ضرر و ... چرا شیخ در اینجا چنین بحثی نکرده است؟

وقتی کسی به عبارات لغویون مثل مصباح و مجمع البحرین نگاه کند، می بیند که آنها گفته اند خیار مرادف اختیار است، نه اینکه اسم مصدر از اختیار باشد. پس شیخ یک گام فراتر رفته و معانی لغویون را نپذیرفته است. یعنی خود ایشان نظری در اینجا دارند. حالا شیخ به چه دلیلی به این معنا رسیده است؟ ظاهر اولیه تعبیر شیخ هم این است که در مقام بیان موضوع له خیار است. این مطلب باید بررسی شود.

«غُلِبَ فِی کَلِمَاتِ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ»

بررسی دقیق معنای «غلب» در عبارت

معنای اصطلاحی در اینجا معنای اصطلاحی مرتجل و بی ارتباط با گذشته نیست، بلکه نسبتی با معنای لغوی دارد. برخی گفته اند «غلب» یعنی این معنای اصطلاحی مصداقی از معنای لغوی است، یعنی اینجا سلطه و اختیار بر فسخ دارد و این مصداق همان معنای لغوی است. یعنی اینجا مانند لفظ منقول است و مصداق معنای لغوی است.

اما این تفسیر از «غلب» شاید درست نباشد، در این بین چیزی گم شده است. در مکاسب می خواهیم کلمات نویسنده را بفهمیم. وقتی شیخ حق را معنا کرد، سه دسته حق گفت و بیان کرد که اینها عوض قرار نمی گیرند بعد ملاک این حرف را

در بحث بیع الدین و غیر آن گفت و چند بار نشان داد که حق، سلطنت فعلیه است^۱ و آنجا نتیجه می گرفت که چون حق سلطنت است پس ملک نیست. ظاهر عبارت شیخ این بود که ملک از مقوله ی سلطنت نیست. و این دو تا غیر از حکم هستند و موضوع حکم هستند. اینجا اگر قبول کردیم شیخ، ملک را غیر از سلطنت می داند. در اینجا اگر بگوییم معنای این تعریف «ملک حق فسخ العقد» است این جمله نزد شیخ بی معناست. این جمله نزد کسانی معنا دارد که حق و ملک را سلطنت می دانند. ولی نزد شیخ معنا ندارد. چون اگر حق باشد، همین که حق است اثر ملک را دارد، یعنی در تملک فرد است و مال کس دیگری نیست و سلطه دارد. ولی اگر بگوییم ملک است دیگر نمی توانیم بگوییم صاحب خیار، سلطه دارد چون نزد شیخ ملک سلطه نیست. حالا اگر گفتیم ملک معنای سلطه ندارد وجه اتصال معنای لغوی و اصطلاحی به هم می خورد. می خواستیم بگوییم معنای لغوی در فضای انتخاب و اختیار است، اختیار یعنی سلطه. بعد گفتیم این معنای اصطلاحی مصداقی از همان معنای لغوی است. که این ملک باید سلطه باشد، حق هم سلطه است. تمام مطالبی هم که در حواشی وجود دارد بر این مبناست که حق و ملک و اختیار همه از قبیل سلطه باشند، ولی این خلاف نظر شیخ است. زیرا شیخ در اولین برخورد ملک و حق را جدا کرد و در ملک سلطنت قائل نشد. بله در عبارات محقق اصفهانی و امام و صاحب جواهر و ... می توان «غلب» را به عنوان مصداق به معنای لغوی برگرداند ولی در نگاه شیخ این ممکن نیست چون ملک را از قبیل سلطه نمی داند.

«فی «مُلکِ فسخِ العقد» علی ما فسرّ به فی موضعٍ من الإیضاح، فیدخل ملک الفسخ»

برخی همینجا گفته اند: «و حق الفسخ»، چون در نگاه آنها بین حق و ملک فرقی نیست، و اثر گذاری فقهی را هم از سلطه گرفته اند و چون ملک و حق سلطه هستند اثر دارند، ولی نزد شیخ این قیود فرق دارند و حق غیر از ملک است.

«و ملک العمّة و الخالة لفسخ العقد علی بنت الأخ و الأخت،»

اگر می گفت «ملک الزوجه لفسخ العقد» بهتر بود و با قرینه بعدی شامل عمه و خاله می شد.

«و ملک الأمّة المزوّجۀ من عبدٍ فسخ العقد إذا أُعتقت، و ملک کلٍّ من الزوجین للفسخ بالعیوب.»

^۱ که تمرکز استدلال بر «سلطنت» بود نه قید فعلیت.

در کتاب النکاح اینجا کلمه ی خیار به کار می رود ولی آن خیار به اصطلاح روایات است نه خیار به اصطلاح کتب فقهی. این که در جامعیت و مانعیت، اصطلاحات فقهی و تبویب ها را بحث می کنیم نشان می دهد که خود فقه یک علم استدلالی است، فقه غیر از منابع فقه است. منابع کتاب و سنت است. تفکیک این دو آثار بسیار دارد. پس وقتی در کتاب و سنت بحث می کنیم یکسری قواعد پیاده می شود و در کتب فقهی رویه بحث متفاوت است.

درس دوم/ بررسی تعریف اصطلاحی دوم خیار

و لعلّ التعبير بـ «المُلْك» للتنبيه 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. وقد يعرف بأنّه: مُلْك إقرار العقد و إزالته و يمكن الخدش فيه بأنّه: إن أُريد من «إقرار العقد» إيقاؤه على حاله بترك الفسخ، فذكره مستدرّك؛ لأنّ القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه؛ إذ القدرة لا تتعلّق بأحد الطرفين. و إن أُريد منه إلزام العقد و جعله غير قابلٍ لأن يفسخ، ففيه: أنّ مرجعه إلى إسقاط حقّ الخيار، فلا يؤخذ في تعريف نفس الخيار، مع أنّ ظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، فينتقض بالخيار المشترك، فإنّ لكلّ منهما إلزامه من طرفه لا مطلقاً.

دفع اشكال از تعريف فخر المحققين

گفتیم تعریفی در عبارت فخر آمده بود که پیش از او نبوده است، اشکالاتی بر این تعریف بیان شد در ادامه عباراتی که ناظر به دفع اشکالات از تعریف است بررسی می کنیم:^۱

«و لعلّ التعبير بـ «المُلْك» للتنبيه على أنّ الخيار من الحقوق لا من الأحكام»

شیخ در حال توجیه تعریف از نظر فخر است و می فرماید شاید تعبیر به ملک در نظر فخر، برای تنبیه به این است که خیار از حقوق است و از احکام نیست. چون نزد فخر ملک و حق هر دو از قبیل سلطنت هستند.^۲ در ابتدای بیع دو اصطلاح رایج وجود داشت، یکی این که گفته شود حق، ملک ضعیف است و اینکه برخی می گفتند حق و ملک هر دو سلطنت هستند.^۳ پس تعبیر به ملک می تواند تعبیر به حق باشد. چون اگر قرار بود دو مقوله ی جدا باشند تعبیر به ملک دلالت بر حق نمی کرد.

« فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الردّ لعقد الفضولي و التسلّط على فسخ العقود الجائزة،»

^۱ بحث حق و ملک هم قابل تأمل است، در اینجا کسانی مثل میرزا عبدالفتاح مامقانی در نهاییه المقال سعی کرده اند، کل مطلب را با سلطنت توضیح دهند، برخی محشین دیگر هم بدون توجه به نگاه شیخ در تفاوت ملک و حق، به راحتی عبارت را معنا کرده اند. باید در اینجا به جمع بندی رسید. و عبارت مقابل این در بیع بررسی شود.

^۲ نزد شیخ این گونه نیست، ولی شیخ در مقام تبیین نظر فخر المحققین است.

^۳ حالا باید بررسی شود که آیا واقعا می توان قائل شد که حق سلطنت ضعیف و در نتیجه ملک ضعیف است؟

شیخ می فرماید «یخرج من قبیل» این دو مورد، یعنی شیخ می گوید آنچه از قبیل حکم باشد از تعریف خارج است لذا می تواند تمام مصادیق نقض را رد کند نه اینکه فقط این دو را رد کرده باشد. یعنی چون سایر مصادیق نقض هم حکم هستند با این بیان از تعریف خارج می شوند و دیگر نقض به حساب نمی آیند.

«فإنّ ذلك من الأحكام الشرعیّة لا من الحقوق؛ ولذا لا تورث ولا تسقط بالإسقاط.»

پس شیخ می فرماید آن اشکالاتی که از قبیل اجازه در فضولی و فسخ عقود جائز هستند، خارج هستند اینجا شیخ این مطلب را به صورت ضابطه بیان کرده است. ضابطه هم حکم بودن است.^۱ و ضابطه ی حکم هم عدم توریث و عدم اسقاط است.^۲

تفاوت تعریف حدی و رسمی عناوین فقهی و اثر آن در بحث فعلی

اگر به فرض این را ضابطه ی مختار شیخ ببینیم مسئله ای به وجود می آید. گاهی ضابطه ی حق را جوهری و حقیقی ارائه می کنیم و گاهی ضابطه ی حق را عرضی و رسمی مطرح می کنیم. مثلاً گاهی فقیه می گوید ماهیت حق سلطنت است ولی ماهیت حکم سلطنت نیست. بعد گفتند لذا در حکم، الزام سازی از نفس حکم به دست نمی آید بلکه از طرف حاکم محقق می شود چون در ذات حکم سلطه ای وجود ندارد. این تحلیل ماهوی و جوهری حکم است. مثل آن کسی که می گفت حق ملک ضعیف است. او هم در مقام تحلیل ماهیت حق بود. و مثل کسی که می گوید «حکم يتعلق بالافعال و حق يتعلق بالاعیان»، و می گوید حکم به عین نمی خورد. لذا اگر در دلیلی حکم به عین می خورد باید آن را توجیه می کردیم، مثلاً در دلیل «حرمت علیکم الخمر»، اگر حرمت به خمر بخورد معنا ندارد بلکه منظور حرمت «شرب» خمر است که یک فعل است. یعنی فعلی در تقدیر می گیریم. اینها همه تحلیل جوهری بودند. ولی تحلیلی که در اینجا داریم، تحلیل بالاثار است، یعنی بحث اسقاط و ارث را که اثر است برای شناخت حق ارائه کرده ایم.

دفع کامل اشکال از تعریف اول

ما گاهی با فقهی بحث می کنیم و می گوییم ضابطه ی شما در حق و حکم غلط است ولی گاهی در فرض پذیرش ضابطه ی یک فقیه می خواهیم لوازم قول این فقیه را بررسی کنیم. اینجا اصل قول بر مدار اسقاط و انتقال است. در نگاه این فقیه (مثل فخر المحققین)، لازمه این است که هر جا اسقاط و انتقال ممکن باشد، حق و هر جا این دو ممکن نباشد، مصداق حکم است. حال اگر با این نگاه به مصادیق شش گانه ی نقض در فقه نگاه کنیم می بینیم هیچکدام قابل انتقال نیستند. اینها قابل اعمال و عدم اعمال هستند ولی قابل اسقاط نیستند. لذا بر اساس این تعریف از حق، همه حکم هستند و از ذیل تعریف خارج می شوند. مثلاً در بحث قابلیت فسخ نکاح بنت الاخ و بنت الاخت، تذکره علامه و مشهور تعبیر به خیار کرده اند.

^۱ مرحوم سید حسین لاری همین را به عنوان ملاک فهمیده و بعد شروع به اشکال کرده و فرموده بر این اساس تعریف مانع نیست. (التعلیقه علی المکاسب، ج ۲، ص ۲۷۳)

^۲ البته اگر ملاک را این بگیریم، قسم اول حقوق که شیخ در بحث بیع فرمود اشکال پیدا می کند، چون قسم اول مثل حق حضانت در نگاه شیخ قابل اسقاط و توریث نبود ولی مصداق حق هم هست. البته فعلاً کاری به این مطلب نداریم و اشکالی نمی گیریم.

عقد بودن وصیت نزد مشهور

نکته ای هم از جلسه سابق این که علامه و فخر و صاحب جواهر وصیت را عقد می دانند. لذا اشکال به این که وصیت ایقاع است و از ذیل تعریف به این دلیل خارج است، مرتفع است.

اشکال بر تعریف بنابر مختار شیخ در تفاوت ملک و حق

تنها یک اشکال مطرح است که در جلسه سابق نیز مطرح شد: این بحث فقط بر اساس قول کسی درست است که بین حق و ملک قائل به جامع باشد. ولی شیخ این دو را در مقابل هم می دانست.

تعریف دوم خیار (ملک اقرار العقد و ازالته)

«و قد یعرف بآنه: ملک اقرار العقد و ازالته»

تعریف قبل «ملک فسخ العقد» بود و در اینجا «ملک اقرار العقد و ازالته» است. در اینجا ملک همان ملک، عقد همان عقد و ازاله همان فسخ است.^۱ پس تنها یک عنصر تعریف متفاوت است و آن اقرار است. این تعریفی است که قبل از فخر بزرگان فقه به آن قائل بودند، فخر تعریفی آورد و عده ای به آن قائل شدند. ولی عده ای از فقها بر همان تعریف اول که پیش از فخر رائج بود باقی ماندند. مانند: صاحب ریاض، صاحب جواهر و صاحب حدائق

معنای اقرار العقد و اشکال به تعریف با توجه به معنای اول اقرار

شیخ می گوید یا اقرار به معنای قدرت بر انجام است یا ایجاد لزوم در عقد است. و بر اساس هر دو معنا تعریف اشکال دارد. شیخ می گوید اگر اقرار به معنای قدرت بر انجام باشد چیز جدیدی نیست و صرفاً قید توضیحی است. اقرار العقد و ازاله العقد در مقابل هم هستند. به قرینه ی مقابله، اقرار یعنی عدم الفسخ^۲ این معنا به قرینه ی مقابله فهمیده می شد، و نیازی به آن نبود.

نقدی بر نگاه فلسفی برخی محشین مکاسب

در همین جا عده ای از محشین مکاسب مثل مرحوم امام، محقق اصفهانی و آقای مظفر بحث مفصلی کرده اند، که دلیل رد اقرار توسط شیخ این است که اقرار، عدم الازاله و عدم الفسخ است پس فعل نیست و اراده هم به فعل عدمی نمی خورد. عده ای هم در مقابل پاسخ داده اند که اگر قرار باشد اختیار به عدم تعلق نگیرد، اختیار باطل است چون در هنگام اختیار طرفین باید برای مختار، موجود و ممکن باشند. کلام دسته ی اول از جهت فلسفی درست است، قائلین به نظر دوم در تصویر اختیار

^۱ البته ازاله در فقه اعم از فسخ و رد است ولی در اینجا همان فسخ را مدنظر داریم.

^۲ البته نه عدم فلسفی که امام و آقای اصفهانی و مظفر گفتند.

الهی مشکل پیدا می کنند چون خداوند افعالی روی مصلحت و حکمت بالغه دارد، و او طرد حکمت بالغه نمی کند و همیشه این افعال را انجام می دهد. موجوداتی که مبادی عالیه‌ی عالم هستند نیز به همین شکل عمل می کنند. چون به علم حضوری درک مصلحت می کنند و خطا در حریمشان معنا ندارد. لذا همیشه فعل دارای مصلحت را انجام می دهند. آخوند هم که در بحث طلب و اراده متوقف شد به خاطر همین بحث ها بود. و دلیلش هم این است که این آقایان، فاعل را تنها فاعل بالقصد دیده اند در حالی که در فلسفه هشت نوع فاعل داریم. و این اشکالات بر اساس سایر فواعل اساسا وارد نیست.

ولی کل این بحث منظور نظر شیخ نیست، شیخ دارد در همان فضای فاعل بالقصد و با فهم عرفی از اختیار بحث می کند. عرف در مورد اختیار خدا و شئون آن بحث نمی کنند. آنچه در عرف مطرح است، همین است که یک طرف وجودی و یک طرف عدمی وجود دارد و عرف اصلا ناظر به بحث های فلسفی نیست. خود مرحوم امام می فرمود فیلسوف می گوید بقاء جوهر بلا عرض محال است ولی راوی رفت پیش امام و گفت پس از شستن لباس رنگ خون باقی مانده است ولی امام معصوم در پاسخ فرمود این خون نیست. چون اصلا فضای عرف و عقل متفاوت است. و خون در نگاه فلسفی غیر از صدق عنوان خون در نگاه عرفی است.

شیخ می گوید اگر اقرار به معنای قدرت باشد قید اضافی است، چون همین که یک طرف (فسخ) گفته شود کافی است و با قرینه مقابله طرف مقابل هم فهم می شود.

نقدی بر اشکال ملا عبدالله مامقانی به نظر شیخ

قدرت را از معنای ملک می گیریم یا از مقابله‌ی معنای اقرار و ازاله؟ در تعریف قبلی اقرار وجود نداشت. ولی قدرت در تعریف وجود داشت. اگر ملک را سلطنت بدانیم، اختیار در خود معنای سلطنت وجود دارد. یعنی قبل از اینکه به قید اقرار برسیم سلطنت وجود دارد. این مربوط به تعریف سابق است یعنی در تعریف سابق که اقرار نبود قدرت را از سلطه استفاده کردیم. ولی در این تعریف قدرت از جای دیگری می آید.

مرحوم ملا عبدالله مامقانی گفته است این تعریف درست است و قید، توضیحی نیست.^۱ چون فقها در تعریف، قدرت عقلی - عرفی را نگفته اند. بلکه ما چیزی به نام قدرت شرعی هم داشتیم که در بحث اجتماع امر و نهی و ضد خواندیم. معنای قدرت شرعی، جعل السلطه من قبل الشارع بود. شارع قدرتی را که فرد برای خودش می دید نفی می کرد مثلا می گفت استطاعت نداری پس قدرت شرعی بر حج نداری. آقای مامقانی هم می گوید اینجا قدرت شرعی منظور است که شاید باشد و شاید نباشد. و شارع جعل ازاله یا اقرار کرده است. پس اشکال شیخ وارد نیست و قید اقرار هم قید زائدی نیست.

نظر استاد: این هم باز عبارت شیخ نیست کاری به صحت کلی حرف او نداریم ولی شیخ این را نگفته است. شیخ گفت ما حقی به نام خیار داریم، حقی خیار یعنی این که بتوانیم معامله را تثبیت کنیم یا آن را فسخ کنیم. مثلا خیار حیوان از طرف بایع لازم است ولی از طرف مشتری می تواند فسخ یا تثبیت کند. شیخ می گوید این مطلب به معنای قدرت بر طرفین داشتن است. و اصلا عنوان قدرت در تعریف نبود. با توجه به آنچه گفتیم این قدرت غیر از قدرت حاصل از معنای ملک است که به

^۱ نه‌ایه المقال فی تكملة غایة الأمال، ص ۴

سلطنت باز می گشت و در تعریف اول مد نظر بود. این یک قدرت دیگر است. مثلا در خیار حیوان مشتری می توانست عقد را رد یا تثبیت کند و این یعنی قدرت دارد. شیخ می گوید فقط تعریفان را کوتاه کنید قید آن توضیحی است و نیازی به آن نیست.

بررسی تعریف بر اساس معنای دوم اقرار

حالا کل این بحث در زمانی است که اقرار به معنای قدرت باشد. شیخ می گوید شاید بگوییم اقرار به معنای «ایجاد لزوم عقد است». فرض می کنیم از جانب بایع خیارى نداریم پس از جانب او معامله لازم است و از جانب مشتری خیار داشته باشیم، اگر مشتری این خیار را اعمال نکند معامله لازم می شود چون در فقه معاملات به طور کلی لازم اند الا من جهه الخیار.

با این معنا از اقرار هم تعریف مورد خدشه است زیرا در این حالت تعریف این گونه می شود: «ملک عدم اعمال الخیار - عدم الفسخ - و الفسخ». اگر این شد توالی فاسده زیادی دارد. کسی گفته تالی فاسد آن دور است چون خیار در تعریف خودش آمده است. فقیه دیگری هم گفته خیار در تعریف نیامده ولی دور مضموری پیش می آید. چون در معنای اقرار سراغ اسقاط خیار رفتیم. برخی هم می گویند تعریف «اخفی معرفه» است. به هر حال تالی فاسد دارد.

اشکال دوم این است که برخی مصادیق خیار با این تعریف دچار مشکل می شود. مانند خیار مشترک. مثلا هم بایع و هم مشتری خیار دارند. در این صورت اسقاط خیار توسط مشتری معامله را فقط از جانب او لازم می کند نه مطلقا. در حالی که می خواستیم بگوییم خیار چیزی است که عقد را مطلقا اقرار و لازم کند.

بررسی نکات عبارت

«لأنَّ القدرَةَ على الفسخ عين القدرَةَ على تركه؛ إذ القدرَةُ لا تتعلَّق بأحد الطرفين»

در جلسه قبل بیان کردیم که اینجا حواشی ای داریم که توضیح فلسفی داده اند. بیان کردیم که ولو آن بیان در فلسفه درست باشد ولی ربطی به منظور شیخ ندارد و فقه ندارد. مضافا اینکه در این بحث ما با فاعلی کار داریم که قدرتش يتعلق به طرفین که فاعل بالقصد است.

« ففیه: أنَّ مرجعه إلى إسقاط حقَّ الخیار، فلا يؤخذ فی تعریف نفس الخیار، »

در وجه «لا یؤخذ» می شود گفت توالی فاسد زیادی دارد، یا دور، یا دور مضمور، یا اخفی معرفه بودن، که در جلسه سابق بیان کردیم.

درس سوم / جمع بندی معنای خیار – آغاز «اصالت اللزوم فی البیع»

ثمَّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق فى كلمات المتأخرين، و إلاّ فإطلاقه فى الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الردّ لعقد الفضولى و سلطنة الرجوع فى الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.

جمع بندی دو تعریف خیار نزد شیخ

به نظر می آید شیخ از تعریف اول کمی راضی تر از تعریف دوم است. البته اگر قالبی نگاه کنیم می گوئیم شیخ هر دو تعریف را رد کرد. ولی ذیل اشکال تعریف اول شیخ فرمود «لعل التعبير بالملك...» برای حل از قبیل اجازه و رد باشد که البته فقط دو مصداق را گفت ولی تعریف دوم را کاملاً کنار گذاشت. حالا یک راه این است که بگوئیم شیخ در تعریف مردد است کما اینکه برخی گفته اند و واقعا این با ظاهر اولیه عبارت اوفق است. ولی اگر بیشتر بررسی کنیم می گوئیم شیخ با قرینه ی «ما كان من قبيل» و عبارت «لذا...» که در ذیل عبارت گفت، و با امعان نظری که در فقه انجام دادیم، می خواهد بگوید آن شش نقض، همه حکم هستند و حق نیستند در این صورت همه ی آنها از تعریف «ملك فسخ العقد» خارج می شوند و اشکال تعریف اول به طور کلی دفع می شود و تعریف سالم می ماند. ولی یک اشکال باقی ماند که همه ی این بحث ها در صورتی است که ملک و حق هر دو از مقوله ی سلطنت باشند. در حالی که آنچه از بیان شیخ در باب بیع وجود دارد عدم پذیرش این بیان است.

بررسی پایان عبارت در سایر استعمالات خیار (ثمَّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار...)

شیخ در قسمت آخر عبارت می گوید آنچه پیرامون آن بحث کردیم خیار مصطلح فقها بود که بعدها بر سر تعداد آن بحث می شد. این معنا از خیار همان است که در پایان کتاب متاجر از قدیم می آمد و برخی می گفتند مختص بیع است و برخی می گویند در تمامی ابواب جاری است. ولی هم در روایات و هم در اصطلاح خود فقها در غیر این مصطلح خیار، لفظ خیار به کار رفته است. و همه ی آنها از مقوله ی سلطنت هستند. شیخ می گوید کاری به آنها نداریم:

ثمَّ إنّ ما ذكرناه من معنى الخيار هو المتبادر منه عند الإطلاق فى كلمات المتأخرين، و إلاّ فإطلاقه فى الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الردّ لعقد الفضولى و سلطنة الرجوع فى الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.

نکته در عبارت شیخ (معنای جامع بین خیار مصطلح و سایر استعمالات خیار)

این طور به نظر می رسد که در اینجا سازمانی بر این اساس درست شده است که خیارى وجود دارد که حق یا ملک است برای فسخ عقد. و این همان خیار مصطلح فقهای متاخر است. اما یک مصطلح و لفظی از خیار نیز داریم که در لسان معصوم و لسان فقها شایع است که آن به معنای سلطنت است. حال اگر شیخ به عبارت خودش عنایت کند، خود ایشان حق را سلطنت

دید، چه اشکالی دارد که بگوییم خیار مشترک معنوی است و در کلی سلطنت استعمال شده است. و همه ی استعمالات خیار نیز مصادیق همین کلی سلطنت هستند.

این اشکال با اشکال پیشین متفاوت است. در بحث قبل گفتیم، شیخ حق را از قبیل سلطنت فعلی دانست، از آن مطلب این به دست می آمد که شیخ ملک را غیر از حق می داند، چون ملک را سلطنت نمی داند. ما در آنجا به شیخ گفتیم اگر از ملک نام می برید از حق در کنار آن نامی نبرید. چون حق سلطنت است ولی ملک از قبیل سلطنت نیست. فخر المحققین هم فرموده بود: ملک فسخ القعد و نامی از حق نبرده بود.

اما اشکالی که در اینجا داریم این است که فرض کنیم، شیخ کاری به اختلاف حق و ملک ندارد، و ملک و حق را یکی دیده است. ایشان تصریح کرده که خیار حق است، پیش از این نیز شیخ فرموده بود حق، سلطنت فعلیه است. در این صورت می توان سایر خیاراتی که به معنای سلطنت هستند را نیز مصادیق کلی خیار بدانیم. چو سلطنت در حق و حکم و ... می آید. اگر این را بگوییم اشکالات به تعریف کاملاً منتفی می شود. چون مصادیق نقض همه بر این اساس که خیار این باب را از خیار مطرح در روایات و اجازه و رد فضولی و ... تفکیک کنیم، محل اشکال بودند. ولی اگر بتوانیم جامعی بین همه ی آنها درست کنیم تعریف «ملک فسخ العقد» شامل تمام موارد سلطنت بر فسخ می شود. و این تعریف هم خیار مصطلح متأخرین، هم خیار مستعمل در روایات و هم خیار در باب اجاز و رد را در بر می گیرد.

مقایسه استعمال خیار در روایات

مثلاً روایت معروف خیار مجلس این گونه است: «البیعان بالخیار حتی یفترقا» لسان این روایت نشان می دهد که سلطنت بر فسخ دارند. مانند همین روایت روایتی از امام باقر (ع) داریم: «قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عَ عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوْجَهُمَا وَلَيَّانٍ لَهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ فَقَالَ النِّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ»^۱. اگر درست به این روایت نگاه کنیم، معلوم می شود که خیار در این روایت مانند «البیعان بالخیار» است و در لسان این دو هیچ تفاوتی نیست. روایت اول خیار مصطلح متأخرین است، ولی اگر درست بررسی کنیم، خیاری که در روایت آمده است - و از احکام است نه حقوق - نیز مانند آن است. پس نیازی نیست تعریف خیار، را طوری طراحی کنیم که شامل خیاری که مثلاً در باب نکاح در این روایت آمده بود نباشد.

جمع بندی نهایی نسبت به عبارت شیخ

به نظر می آید باید از ابتدای کتاب البیع قبول می کردیم ملک و حق هر دو سلطنت هستند. و عقلاً مفهومی به نام سلطنت دارند که با آن کار می کنند، و مفاد «الناس مسلطون» هم همین است و نباید مثل محقق نایینی این روایت را فلسفی معنا کرد. خیار هم مانند ملک و حق، سلطنت است. این سلطنت مصادیقی دارد، برخی مصادیق خیار به معنای سلطنت را معصوم در احکام، برخی را در حقوق و برخی را هم در ملک پیاده کرده است. نظیر این مطلب روایات دیگری در باب هبه هم داریم: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: أَنْتَ بِالْخِيَارِ فِي الْهَبَةِ مَا دَامَتْ فِي يَدِكَ»^۲

^۱ الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱

^۲ تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۱۵۸

الثانيه: اصالت اللزوم في البيع

ذكر غير واحدٍ تبعاً للعلامة في كتبه: أنَّ الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأنَّ الشارع وضعه [مفيداً] لنقل الملك، و الأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كلِّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنَّما يتمُّ باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه، انتهى.

فقه منصوص و ماثور و حجيت اصاله اللزوم

در گذشته سبکی برای نگارش فقه وجود داشت که فقه ماثور یا منصوص نامیده می‌شد. مثل نهاییه شیخ و مراسم سلار. در این فقه، فقها تا جایی که می‌توانستند اصل روایت را می‌آوردند. ارزش این کتب، ارزش یک کتاب روایی بدون سند است. (مثل تحف العقول یا تفسیر عیاشی که می‌گویند بی سند هستند). با مبنای کسانی که ملاک را تراکم ظنون یا وثوق می‌دانند، ممکن است برخی از این نصوص را با شهرت عملی یا فتوایی قدما حجت کنیم و مثل یک روایت دارای سند و حجت بدانیم. این روش از حجیت بخشی روش نادری نیست. مخصوصاً برخی قواعد فقهی که سند شیعی ندارد از این مسیر حجت شده اند، مانند نظر مشهور در «نهی النبی عن بیع الغرر» و مانند نبوی مشهور در ابتدای مکاسب و مثل برخی مطالبی که صاحب وسائل از ذکری شهید آورده است.

بررسی اصل لزوم در کتب فقها

حالا جمله «الأصل في البيع اللزوم» یا «الأصل في العقد اللزوم»، را اگر بتوانیم در متون منصوص مثل قه منصوص پیدا کنیم. یک نوع ارزش دارد. و اگر این جمله را بتوانیم در کتب فقهی از قرن سه و چهار به بعد پیدا کنیم یک نوع ارزش دیگر دارد.^۱ اگر بتوانیم بگوییم این جمله «الأصل في البيع اللزوم» را از مفید (۴۱۳) است، بعد سلار دیلمی (۴۴۷)، بعد گام به گام به ابوالصلاح حلبی و بعد شیخ طوسی (۴۶۰)، بعد راوندی، ابن حمزه (۵۶۰)، محقق حلی (۶۷۶)، بعد علامه حلی، پیدا کنیم یک ارزشی خاصی دارد. در کتاب البيع دو عبارت شنیدیم: الأصل في البيع اللزوم، الأصل في العقد اللزوم، حالا کدام عبارت آمده است؟ این خودش موثر است. این مقدمات بحث بود.

کتاب علامه حلی اولین سند لزوم

شیخ می‌فرماید ظاهر این است که اولین کسی که این عبارت را به کار برده، علامه است که در قرن هشتم می‌زیسته است. اگر این باشد، پس این عبارت، ماثور یا منصوص از قدما - مستقلاً یا به عنایت روایت - نیست. پس اینجا دیگر راحت می‌توانیم اجتهاد کنیم و دیگر دلیل لفظی در اینجا نداریم که وصل الیهیم دلیل لم یصل الینا. علامه در دو کتاب تذکره و قواعد این اصل را بیان کرده است. من بررسی کردم، بعد از این دو کتاب برخی مثل شهید اول در قواعد و فوائد، محقق کرکی و شهید ثانی در مسالک مستقلاً به آن پرداخته اند. برخی ها هم در ضمن استدلال ها این عبارت را مفروغ گرفته اند، یعنی دلیل فتوای خود را اصل لزوم دانسته اند و گفته اند: «لان الأصل في البيع اللزوم». اما در عبارات بعدی ها به اجماع تمسک شده است یعنی دلیل این قاعده را اجماع دانسته اند. حالا شیخ هم سعی می‌کند با تمامی عبارات این سه دسته کار کند. پس اولین موضع این قاعده تذکره است، در تذکره علامه چهار جمله ی اصلی گفته است، این چهار جمله یکی مدعاست و سه تای دیگر حمل بر دو دلیل شده است.

^۱ شیخ در رسائل می‌فرمود: اجماع گاهی معقد دارد، گاهی ندارد، گاهی اجماع لفظی دارد که مجمع علیه است و گاهی اجماع لفظ مشخص ندارد مضمونی است.

معانی محتمل لفظ اصل در عبارت علامه

بعد از این نقل مرحوم شیخ می گویند چون علامه گفته: «الاصل...» باید بدانیم معنای کلمه ی اصل چیست؟ شیخ می گوید برای این کلمه شش معنا قابل تصویر است.

معنای اول اصل: اصل به معنای رجحان

اولین معنا، معنایی است که محقق در جامع القاصد بیان کرده اند. از عبارت محقق کرکی این به دست می آید، که خواسته این معنا را به علامه حلی نسبت دهد، یعنی محقق در شرح قواعد این طور این قاعده را معنا کرده است. محقق اصل را رجحان معنا کرده است و می گوید معنای قاعده این است که رجحان در بیع لزوم است. این رجحان هم کمی و هم کیفی می تواند معنا شود. رجحان کیفی یعنی این که، به دلیل شرف و سیادت بیع، چون در سایر عقود و ایقاعات لزوم داریم در بیع هم به طریق اولی لزوم داریم. رجحان عددی هم به این صورت که تعداد بیع های لازم بیش از جائز است. ظاهر عبارت محقق کرکی رجحان عددی است، ظاهر عبارت علامه هم رجحان عددی است.

قاعده «الظن بالشئ...» دلیل حجیت و مصحح تطبیق اصل به معنای رجحان

قاعده «الظن بالشئ» یلحقه بالاعم الاغلب» در اینجا هم دلیل حجیت اصل به معنای رجحان و هم تتمه ی این اصل و عامل تطبیق آن است. یعنی وقتی رجحان با لزوم است هر جا در لزوم بیع شک کردیم آن مورد را ملحق به بیع لازم می کنیم. چون بیع لازم اعم و اغلب است. پس هر جا رجحان درست شود، از باب قاعده «الظن بالشئ» یلحقه بالاعم الاغلب»، فقیه می تواند حکم به الحاق کند. پس اصل یعنی عند الشک بنا را بر لزوم بگذار. دلیل هم «الظن بالشئ» یلحقه بالاعم الاغلب» است. دلیل حجیت این قاعده هم در جای خود ثابت شده است. پس این قاعده «الظن بالشئ...» دو کاربرد دارد، اول این که تکمیل اصل می کند. یعنی در اصل لزوم - طبق معنای اول - می گوییم رجحان با لزوم است ولی ثمره ی این اصل زمانی معلوم می شود که شک بین لزوم و جواز یک بیع خاص داریم و در صقع نفس می دانیم که راجح در بیع لزوم است در اینجا فرد مشکوک اللزوم را ملحق به مورد اغلب - بیع لازم - کنیم. عامل چنین الحاقی قاعده «الظن بالشئ...» است. اینجا برای متمم اصل لزوم یک واسطه می خواهیم، واسطه همین قاعده «الظن بالشئ» یلحقه بالاعم الاغلب» است. پس اولاً تطبیق این اصل به معنای راجح، در فقه بر دوش قاعده «الظن بالشئ...» است. ثانیاً دلیل حجیت این اصل همین قاعده «الظن بالشئ...» است. به شرطی که این قاعده را از ظنون معتبر بدانیم. یا اینکه آن را از باب حجیت مطلق الظن در باب انسداد حجت بدانیم.

شیخ عبارت را مندمج آورده است، و در عبارت معلوم نیست که محقق کرکی این معنا از اصل را به صورت احتمال گفته یا به علامه نسبت داده؟ رجحان کمی قائل شده است یا کیفی؟ شیخ می گوید «المستند فی تصحیحه الی الغلبه»، که واضح نیست تصحیح در تطبیق است یا کاربری؟ ما توضیحی دادیم تا عبارت روشن شود.

اشکال شیخ به معنای اول

شیخ می گوید اگر منظورتان غلبه افرادی است^۱ بدیهی است که لزوم در افراد غلبه ندارد. چون در اکثر بیوع خیاراتی وجود دارد، این که بیعی از اول انشاء لازم باشد نادر است. مگر اینکه بگویید غلبه ازمانی مدنظر است. یعنی بگویید همه بیع ها تا زمانی که مزیل بیاید قرار است باقی بماند. در مدت عمر این بیع چند روز آن جائز است؟ خیار حیوان سه روز است، خیار

^۱ که گفتیم باید افرادی باشد ظاهر نزاع هم در آن است تا در هر فرد خاص مشکوک از بیع بتوان اصل را جاری کرد.

مجلس هم زمان محدودی دارد. بله اگر شرط کنند تا سه ماه جائز باشد^۱، پس از جهت زمانی اغلب در دائره بیوع شرعیه لزوم است و جواز نیست. شیخ می گوید این درست است ولی فایده ای برای بحث ما ندارد.

معنای دوم اصل: قواعد عامه

این معنا همان بحثی است که در کتاب البیع داشتیم. در کتاب البیع از «أوفوا بالعقود»، اصالت لزوم در عقود نتیجه گرفتیم. از «أحل الله البيع» نیز اصالت لزوم در بیع را نتیجه گرفتیم. خصوصاً با مبنای شیخ که از وجوب تکلیفی حلّیت، اباحه تصرف و از اباحه تصرف، حکم وضعی صحت را استفاده می کرد و حکم جعلی را حاصل حکم تکلیفی می دانست. «أحل» اباحه جمیع تصرفات را می داد که نتیجه اش صحت و ملکیت بود. که آنجا هم اصل لزوم نتیجه می شد، چون حکم، حلّیت جمیع تصرفات است و برخی تصرفات مانند وطی، عتق، احراز استطاعت و ... متوقف بر لزوم بیع هستند. پس اصل در بیع لزوم است. ثمره این بحث این بود که در اطلاق افرادی و ازمانی می توانستیم از لزوم استفاده کنیم. مثلاً اصل در بیع سلف لزوم است. یا در اطلاق احوالی، مثل این که یکی از متبایعین بعد از بیع بگوید «فسخت»، اطلاق «أحل الله البيع» می گوید فسخ این فرد نافذ نیست. پس عمومات ما هم اصالت اللزوم فی العقد را می دهند و هم اصالت اللزوم فی البیع را.

اشکال شیخ به معنای دوم

شیخ می گوید این هم حرف خوبی است ولی غیر از عبارت علامه است.

بررسی استدلال علامه بر اصل لزوم

«الثانیة [الأصل فی البیع اللزوم] ذکر غیر واحد تبعاً للعلامة فی کتبه: أن الأصل فی البیع اللزوم.»

کلام شیخ در اینجا صحیح است. و عین این عبارت را از فقیه دیگری پیش از علامه نداریم.

قال فی التذکره:

گفتیم علامه چهار جمله دارد که جمله اول را حمل بر مدعای و سه جمله دیگر را دلیل دانسته اند.

الأصل فی البیع اللزوم؛

این جمله مدعاست.

^۱ که البته اشتراط زمان و طول مدت آن باید عقلایی باشد.

لأنَّ الشارع وضعه [مفيداً] لنقل الملك،

این جمله دوم است.

و الأصل الاستصحاب،

این جمله سوم است

والغرض تمكّن كلِّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، و إنما يتمُّ بالزوم ليأمن من نقض
صاحبه عليه، انتهى.

این جمله چهارم است.

آقایان گفته اند یک دلیل استصحاب است و یک دلیل غرض است، که غرض از بیع فقط به لزوم حاصل می شود پس اصل در بیع لزوم است. دلیل استصحاب هم، به دو صورت اماری و اصل عملی می تواند تقریر شود.

اشکال بر تقریر مشهور از عبارت شیخ

یا بگوئید «لان» بر دلیل اول آمده و سه دلیل در اینجا داریم یعنی «لان الشارع وضعه ...» دلیل اول باشد، یا بگوئید هر سه یک دلیل است که با یک «لان» توضیح داده شده است.^۱

ان قلت: جمله دوم (لان الشارع وضعه مفیداً) صغرای استصحاب است و تثبیت اصل ملک را معلوم می کند.

پاسخ استاد: آیا تا به حال سابقه داشته در کتب فقهی در توضیح حالت سابقه ی استصحاب از «لِم» استفاده کنند؟ اینجا لم را آورده است و گفته «لان الشارع وضعه ...»، حالت سابقه را معمولاً این طور توضیح می دهند که «بعت، اشتریت» که آمد معامله قرار بوده، جاری باشد، شک می کنیم که اثرش باقی است و استصحاب اثر می کنیم.

باید گفت ظاهر این است که اینجا سه دلیل داریم، هم این که «لان» ظاهرش برای سه جمله است. جمله اول «لِم» من قبل الشارع را می گوید، می گوید شارع در محکمه ی خودش بیع را مفید لزوم وضع کرده است. دارد جمله دوم که استصحاب است که معلوم است، جمله ی سوم هم بناء عقلاً را توضیح می دهد.

^۱ که خلاف ظاهر است

درس چهارم / بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه

معنای اول اصل و اشکال آن

أقول: المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معاني الأول: الراجح، احتمله في جامع المقاصد مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة

برای روشن شدن عبارت شیخ، عبارت جامع المقاصد را می خوانیم: «أى: بناؤه على اللزوم لا على الجواز، وإن كان قد يعرض لبعض أفراد الجواز،...»^۱ تا اینجا محقق کرکی اسمی از راجحیت، نیاورده است. شیخ از این بخش از عبارت ایشان در اصل به معنای لغوی بهره می برد ولی در معنای اول اصل به این جمله اشاره نمی کند. در این عبارت ظاهر این است که طبیعت بیع لزوم است.

«أو أن الأرجح فيه ذلك، نظراً إلى أن أكثر أفراده على اللزوم.»

و این قسمت دوم است که مدنظر شیخ است. شیخ قسمت اول را نگه داشت و فرمود و در ضمن معنای لغوی می گویند معنای لغوی می تواند طبع و ذات باشد.

الأول: الراجح، احتمله في جامع المقاصد

شیخ می گوید «احتمله»، چون جامع المقاصد با «أو» فرمود یعنی محقق کرکی بعد از معنای اول از راجحیت نام می برد. به همین دلیل شیخ این معنا را به صورت تردیدی آورده است.

مستنداً في تصحيحه إلى الغلبة

که گفتیم هم معنای تصحیح تطبیق را می تواند داشته باشد و هم معنای حجیت را.

و فيه: أنه إن أراد غلبه الأفراد، فغالبها ينقذ جائزاً لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط، وإن أراد غلبه الأزمان، فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة؛

^۱ جامع القاصد، ج ۴ ص ۲۸۲

البته غلبه ازماني نسبت به برخي حالات و ازمان شايد نافع باشد، همانطور كه گفتيم آيه «احل الله البيع» مطلق است پس هم به درد احوال و هم ازمان مي خورد. شايد اين به درد اطلاق ازماني بخورد ولي آنچه معمولاً مورد شك واقع مي شود افراد است.

مع آنه لا يناسب ما في القواعد من قوله: وإنما يخرج من الأصل لأمرين: ثبوت خيار أو ظهور عيب

عبارت علامه پيرامون اصل لزوم نيز با اطلاق ازماني مناسبت ندارد. اين عبارت علامه اشاره دارد كه منظور افراد است نه ازمان.

معناي دوم اصل: قاعده مستفاد از عمومات

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات التي يجب الرجوع إليها عند الشك في بعض الأفراد أو بعض الأحوال.

نحوه بررسی سیر تاریخی پیدایش یک قاعده در فقه

اين معنا را اولين بار شهيد ثانی در مسالك فرموده بعد از ايشان، محقق اردبیلی در مجمع الفوائد پس از ايشان نيز جواهر و سيد رياض به اين معنا اشاره کرده اند. يعنی اين معنا تقريباً حدود ۱۵۰ سال بعد از علامه طرح شده است. حالا آيا واقعاً سیر تاريخی را اين طور می شود بيان کرد؟ اگر دقت کرده باشد در کتاب البيع مکاسب، آنجا كه شيخ می خواست نظر محقق کرکی را در ملکيت متزلزل رد کند، نشان داد تبادل عرفی از «احل الله البيع» ملکيت لازمه است. سپس به سراغ تبادل عرفی رفت. بعد برای اين مطلبی آورد - مانند غرضی كه در عبارت تذکره ديروز خوانديم - فرمود اگر کسی گفت «احل الله البيع» يعنی بيع، حلال است، چه مثل شيخ حليت تکلیفی به دست آورد و چه مانند سايرين از ابتدا صحت نتيجه بگیرد، عرف در نهايت مراد جدی از اين جمله را اين می فهمد كه بيع يعنی عقد معاوضی و نتيجه آن ملکيت است كه اين اصل را می ساخت. بعد هم فرمودند ملکيت تا لزوم فاصله ای ندارد، و وقتی ملك به دست می آيد لزوم به دست می آيد، چون ملکيت متزلزل يك چیزی است كه ما در فقه به علت برخی محذورها درست كرديم. و اصلاً بدون آن محذورها قابل تصور نيست. پس ملکيت لازم، طبع اولی و اصل اولی است. كه شيخ اين را به علامه و شيخ طوسی و ... نسبت داد.

اگر اين توضيحات را از شيخ داشته باشيم نمی توان گفت اين معنا از شهيد ثانی شروع شده است. بله شهيد ثانی اولين بار اين معنا را ذيل كلمه اصل آورده است. ولی از گذشته در توضيح «احل الله البيع» و «وفوا بالعقود» لزوم را توضيح می داده اند. و اتفاقاً در آن زمان بسيار محکمتر توضيح می دادند، کأنّ متبادر از «احل الله البيع» واقعاً لزوم باشد. نکته جالب اين است كه شهيد اول در قواعد فرموده: «الأصل في البيع اللزوم و كذلك في العقود». يعنی هم بيع را فرموده و هم عقد را، یکی از احل الله البيع و دیگری از وفوا بالعقود استفاده شده است. پس قاعده درست بوده و مستفاد از دليل اجتهادی بوده است.

لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل.

شیخ می گوید این با عبارت تذکره جور در نمی آید، خصوصا آنجایی که علامه به استصحاب تمسک کرد. البته این حرف شیخ زمانی درست می شود که استصحاب نزد علامه هم اصل عملی باشد.

معنای سوم اصل: استصحاب

عبارت یک جمله است:

و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما

در این جمله سه مسئله وجود دارد:

الف) استصحاب

ب) مرجعه،

ج) اصالة عدم ارتفاع اثر

ظاهر این است که در اینجا استصحاب وجودی را لو خلی و طبعه می توانیم توضیح دهیم. از طرفی استصحاب عدم ارتفاع اثر، استصحاب عدمی است که ارکان خودش را دارد. حالا چرا شیخ فرموده مرجع استصحاب به آن استصحاب عدمی است؟ اگر نتوانیم برای استصحاب، ارکان وجودی توضیح دهیم مجبوریم بگوییم فقط استصحاب عدمی داریم و اصل به معنای استصحاب در واقع اینجا به استصحاب عدم ارتفاع اثر باز می گردد. در این صورت «مرجه» هم معنا می شود. اما اگر بتوانیم برای استصحاب وجودی ارکان داشته باشیم سوالی پیش می آید که چرا باید آن را به استصحاب عدمی ارجاع دهیم، و کلمه «مرجه» چه معنایی دارد؟ صورت توضیح این عبارت به سه شکل تبیین شده است:

طرق مختلف توجیه عبارت شیخ در جمع استصحاب وجودی و عدمی

الف) برخی به طور مستقیم ارکان استصحاب عدمی را گفته اند.

ب) برخی فقط ارکان استصحاب وجودی را گفته اند و به «مرجه» اشکال کرده اند.

ج) برخی ارکان هر دو را گفته اند و خواسته اند مرجعه را توجیه کنند.

آنچه می خواهیم با استصحاب اثبات کنیم لزوم است، پس لزوم نباید در ارکان بیاید بلکه باید نتیجه استصحاب باشد. اگر بخواهیم استصحاب وجودی را توضیح دهیم می گوییم، وقتی سبب شرعی عقد بیع محقق شود اثر با آن می آید، بعد از اگر یکی از متعاقدين اقدام به فسخ کند، شکی پیش می آید که آیا اثر عقد هنوز باقی است و آیا این فسخ مزیل اثر است؟ در اینجا استصحاب بقای اثر می کنیم یعنی هنوز اثر معامله باقی است. و این به معنای لزوم است.

اگر بخواهیم استصحاب عدمی را توضیح دهیم می گوییم: وقتی که اصلا سبب و ایجاب و قبولی نبود، اثری هم نبود، ارتفاع اثری هم نبود، حالا که سبب منعقد شد و اثر آمد، اگر یکی از اطراف معامله اقدام به فسخ کند در ارتفاع اثر شک می کنیم، شک می کنیم که ارتفاع اثر آمده است یا نه؟ استصحاب عدم ارتفاع اثر می کنیم و لزوم به دست می آید. با این بیان هر دو استصحاب در اینجا جریان می یابد.

اینجا سوال پیش می آید که «مرجه» در عبارت چه معنایی دارد؟ اینجا عده ای اشکال کرده اند، حتی کسانی که قائل به حجیت استصحاب عدمی هستند نیز اشکال کرده اند، چون حتی قائلین به استصحاب عدمی زمانی این استصحاب را جاری می دانند که استصحاب وجودی جریان نداشته باشد.

توجیه مناسب مرحوم مظفر در تفسیر عبارت

یکی از بهترین حرفهایی که در توجیه بدون اشکال «مرجه» وجود دارد، عبارت آقای مظفر است، ایشان می گوید اگر عبارات شیخ را استقراء کنیم می بینیم شیخ، خیلی جاها اصل های وجودی را با «مرجه» به عدم ارجاع داده است. بعد ترجیح داده بگوید منظور شیخ از «مرجه» تفسیر است، نه اینکه واقعا بخواهد، استصحاب وجودی را منتفی کند. بلکه استصحاب عدمی مفسر استصحاب وجودی است.

معنای چهارم اصل: معنای لغوی

پیشینه ی بحث از این معنا

مرحوم فاضل تونی صاحب وافیة جمله ی «الاصل فی البیع اللزوم» را آورده، بعد خواسته کلمه اصل را معنا کند، این عبارت را هم از شهید نقل کرده است. بعد اشکال کرده که این اصل ثابت نیست، چون غالب موارد بیع خیار دارند - حداقل خیار مجلس دارند - و در نتیجه جائزند. سید صدر که از مشهورترین شارحین وافیة است سعی کرده با همان جمله اول محقق کرکی در جامع المقاصد^۱، پاسخ دهد. شیخ خواسته در معنای لغوی همان توضیح سید صدر را پیروانند، به صورت معنای لغوی اصل ارائه کند و با این ارائه، اشکال فاضل تونی را پاسخ دهد. البته مرحوم تونی ذیل بحث اصولی این را مطرح کرده ولی الان به بحث فقهی ما مربوط است.

توضیح اصل به عنوان معنای لغوی

شیخ می فرماید معنای لغوی یعنی این که وقتی کلمه بیع وضع شد و به استعمال عرفی رسید و شارع هم قبول کرد، همه ی این سیر وضع و استعمال عرفی مشتمل بر لزوم بود. یعنی اصل و طبع اولی بیع نزد عقلا لزوم بود. سوال پیش می آید که خیار چیست که در اغلب افراد هم موجود است؟

تبیین تفاوت حق و حکم در عدم جواز بیع دارای خیار

شیخ می گوید یکبار دیگر باید فرق حق و حکم را دوباره کنیم. یکی از محکمترین عبارات شیخ در حق و حکم اینجاست. شیخ می گوید حکم همان اعتبار شارع است، گاهی شارع روز اولی که ماهیتی اعتبار می کند، به حکم شرعی در آن جواز شرط می کند یعنی به گردن ملکف می گذارد که این عقد جائز است. یعنی از روز اول در ذات و ماهیت این عقد جواز به وجود می آید. مثل هبه، که از ابتدا نزد شارع حکمش جواز شد. اینجا طبع اولی عقد جائز است. ولی گاهی شارع در عقد دیگری در ذات و طبعش حکم جواز نمی کند. ولی پس از تحقق ذات، سلطنت بر فسخ را خارج از ذات عقد جعل می کند که این همان حق است، لذا قابل اسقاط نیز هست چون ربطی به ذات عقد ندارد. پس همین که از ذات عقد بیرون بیاید برای ما کافی است. در نتیجه این بحث که اصل در بیع لزوم است یعنی ذات و طبع بیع در زمان انعقاد لازم است. حق به عنوان لازم خارجی که عرض مفارق هم هست قابل جدا شدن است.

^۱ «أی: بناؤه علی اللزوم لا علی الجواز، و إن کان قد یعرض لبعض افراده الجواز، ..»

همانجا اشکالی در وافیه شد که این چگونه طبعی است که اغلب محقق نمی شود؟ چطور جواز را خارج از ذات می دانید در حالیکه با اغلب افراد بیع همراه هست؟ همانجا سید صدر این را تنظیر کرد با جمله فلاسفه که گفتند، «الاصل فی الجسم الاستداره»، فلاسفه می گویند اگر قدرت خارجی به صورت نامتوازن بر جسم وارد نشود جسم حالت دایره خواهد داشت. پس اصل در اشیاء مادی استداره است گرچه اغلب افراد دایره نباشند و تحقق خارجی اجسام اغلب خلاف اصل باشن. پس شیخ در اینجا چند کار انجام داد:

(الف) شیخ از این بحث معنای لغوی برای اصل حاصل کرد.^۱

(ب) تبیین حق و حکم را بر اساس تحلیل ذات بیع انجام داد.

(ج) شیخ نشان داد لزوم ذاتی و طبعی بیع منافاتی با این که اغلب افراد جائز باشند ندارد.

(د) شیخ، فرق حق و حکم را به ملاکی مستحکم بیان کرد، و در ملاکش از نتیجه ی خودش بهره برد؛ اینکه اسقاط و انتقال ملاک حق است.

الرابع: المعنى اللغوى، بمعنى أن وضع البيع و بناءه

معنای بناء این است که استعمال لو خلی و طبعه بیع هم بر همان اساس وضع است، یعنی عرف هم از همان وضع تبعیت کرده و حقیقت شرعیه هم وجود ندارد.

.... و ليس البيع كالهبة التي حَكَمَ الشارعُ فيها بجواز رجوع الواهب، بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصلاً و

بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط

یعنی از روز اول در ذات اعتبار شده است.

پاسخ اشکال خلط حقیقت و اعتبار به شیخ

برخی اینجا اشکال گرفته اند که این خلط حقیقت و اعتبار است و اعتباریات ذاتی ندارند تا اینگونه در موردش بحث شود. این اشکال وارد نیست، اعتباریات، ذات به معنای ذاتی ایساغوجی ندارند ولی اعتبار مقومی دارد که ملاک آن هم غرض معتبر است، اگر آن مقوم نباشد غرض از دست می رود، این بیع ذاتی دارد که عرف، یا عرف به اضافه امضای شارع آن را اعتبار کرده است. این همان مقوم اولیه در بیع است. اگر مقوم را قبول نداشته باشید، چگونه از جامع صحیح و اعم در اصول بحث می کردید؟ در جامع صحیح و اعم گفتیم اگر چیزی را محقق و مقوم مسمای صلوه قرار دادیم دیگر قابل حذف نیست، لذا به محقق قمی گفتیم اگر جامع ارکانی دارید دیگر نمی توانید ارکان را حذف کنید، در حالی که صلوه بی رکوع هم داریم. پس جامع شما غلط است چون مقوم و اعتبار اولیه نباید از بین رود. پس خلط حقیقت و اعتبار در اینجا وجود ندارد. در بحث فعلی

^۱ جای دیگری هم داریم که اصل به معنای لغوی باشد، در ابتدای مصباح الفقاهاه محقق خوبی، جایی که ایشان خواست عبارت شیخ را در «الاصل فی البيع كما فی المصباح...» توضیح دهد بیان کرد که در کلمات لغویون کلمه اصل خیلی اوقات به معنای موضوع له می آید. این معنا از اصل خودش قرینه ای برای استنباط موضوع له از کلمات لغویون است.

نیز گاهی در ذات معتبر جواز وجود است. در این صورت، هبه عقد جائز است. شیخ می گوید اگر چیزی داخل ذات رفت قابل حذف نیست.

و من هنا ظهر: أنَّ ثبوت خيار المجلس في أول أزمته انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبنياً على اللزوم؛ لأنَّ الخيار حقٌّ خارجيُّ قابلٌ للانفكاك. نعم، لو كان في أول انعقاده محكوماً شرعاً بجواز الرجوع بحيث يكون حكماً فيه، لا حقاً مجعولاً قابلاً للسقوط،

این بیان شیخ بر اساس کلامی است که از ابتدای خیارات فرمود چون نزد ایشان، هر حقی قابلیت اسقاط دارد.^۱ این نکته موید است که همه را به سلطنت ارجاع دهیم - که در جلسه سابق بیان شد - در این صورت مسائل آینده هم حل می شود. می گوییم یک سلطنت داریم اگر این سلطنت در ذات آمد، حکم خواهد بود و قابل اسقاط نیست، و اگر سلطنت خارج از ذات جعل شد، مصداق حق می شود.

إِلَّا أَنْ يَرِيدَ أَنْ الْأَصْلَ بَعْدَ ثُبُوتِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ بَقَاءَ عَدَمِ اللَّزُومِ، وَ سَيَأْتِي مَا فِيهِ.

شیخ می گوید در عبارت صاحب وافیه ممکن است بگوییم ایشان خواسته این را رد کند، که وقتی خیار مجلس به پایان رسید شک می کنیم در لزوم یا جواز، در اینجا استصحاب عدم لزوم می کنیم. ممکن است منظور صاحب وافیه این باد. شیخ می گوید این را باید بعداً بحث کنیم که استصحاب قرار است حالت سابقه اش را از خیار مجلس بگیرد یا از طبع اولی عقد؟

^۱ البته در ابتدای بیع شیخ این را نگفت فعلاً از آن چشم می پوشیم. که همان اشکالی است که فعلاً نسبت به شیخ باقی است.

درس پنجم/ بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه

بررسی نظر علامه در عوامل خروج از لزوم

«بقي الكلام فى معنى قول العلامة فى القواعد و التذكرة: «إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب».

گفتیم چون اصل بحث از عبارات علامه در تذکره و قواعد بود شیخ هم همان بحث را سایه به سایه دنبال می کند. اینجا بیشتر پیرامون بحث عبارتی علامه است و چندان بحث دشواری ندارد. مرحوم علامه در پایان عبارتی که از او نقل شد عبارتی دارد پیرامون وجوهی که در آن از اصالت لزوم عبور می کنیم ایشان فرمود: «إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب». مرحوم شیخ اشکالی دارند، که این دو قسم مقابل هم نیستند. اگر منظور علامه از ظهور عیب، عیب باشد نباید آن را مقابل این قسم قرار دهد، چون قسم اول شامل تمام اختیارات است.

توجیه محقق کرکی در تصحیح عبارت علامه و اشکال شیخ

«و توجیهه بعطف الخاص على العام كما فى جامع المقاصد غير ظاهر؛ إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار، بل عطف على نفسه، و هو مباین له لا أعم، نعم، قد يساعد عليه ما فى التذكرة من قوله: وإِنما يخرج عن الأصل بأمرين أحدهما: ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص فى أحد العوضين، بل للتروى خاصة. والثانى: ظهور عيب فى أحد العوضين «(۱)، انتهى».

در توجیه این تقسیم، شیخ از جامع المقاصد که شرح قواعد است نقل می کند که این عطف خاص بر عام است و از این جهت تقسیم درست است.

شیخ در پاسخ می گوید در عبارات اعلام عطف خاص بر عام وجود دارد ولی در اینجا نمی شود قبول کرد، چون اگر گفته بود اسباب خيار و بعد می فرمود: «از جمله آنها ظهور عیب است»، می شد عبارت را توجیه کرد. ولی خيار غیر از ظهور عیب است، خيار مسبب از برخی اسباب است یکی از آن اسباب ظهور عیب است، لذا کنار هم قرار گرفتن این دو محل بحث است. و این عطف خاص بر عام نیست.

شیخ در ادامه، مویدی برای توجیه جامع المقاصد از عبارت تذکره می آورد، در عبارت تذکره دو قسم درست شده ولی ظاهر آن تباین ملاکی ای دارد که کمک می کند متوجه شویم، که علامه در هر دو قسم در مورد خيار صحبت می کند. خروجی عبارت تذکره این است که در جایی خيار لا من جهة النقص و در جای دیگر خيار من جهة النقص است. اگر ما از عبارت علامه این دو را بفهمیم، می توانیم این را قرینه ای کنیم که در قواعد هم علامه منظور از دو قسم از خيار است.

شاید سوال شود که چرا علامه به عیب و غیر عیب تقسیم کرد؟ چرا به شرط و غیر شرط تقسیم نکرد یا سایر اختیارات؟ پاسخ این است که از بین اختیارات، موردی که بیش از سایرین عقلایی است که شاید حکم شارع در آن را اصلاً در برخی روایات حمل بر ارشاد یا امضاء «ما عند القلاء» کنیم خيار عیب است. در سایر اختیارات موثنه ی بیشتری داریم. لذا می شود خيار را تقسیم کرد به جایی که من جهة النقص است که عقلایی تر است و آنچه من غیر جهة النقص است.

در عبارت «بل للتروی خاصّة» کلمه «تروی» گشته برداری از عبارت علامه در تذکره است. علامه در تذکره ذیل این عبارت آورده است که «و مقصود الخيار التروی لدفع الغبن عن نفسه.»^۱ تروی به معنای تامل و مکث است، علامه خودش توجیه کرده و فرموده خيار برای «تروی» و مکث و دفع غبن است. شیخ همان تعبیر را وام گرفته و اینجا آورده است. نکته مهم دیگر این است که در «و الثانی» هم کلمه ی خيار نیامده است. این مهم است.

اشکال شیخ به توجیه محقق کرکی در جامع المقاصد

«لکنه مع عدم تمامه تکلف فی عبارة القواعد؛ مع أنه فی التذکره ذکر فی الأمر الأول الذی هو الخيار فصولاً سبعه بعدد أسباب الخيار، و جعل السابح منها خيار العیب، و تکلم فيه كثيراً. و مقتضى التوجیه: أن يتکلم فی الأمر الأول فیما عدا خيار العیب.»

شیخ دوباره به توجیه محقق کرکی در جامع المقاصد سه اشکال می گیرد:

اشکال اول: در ابتدا شیخ فرموده است: «مع عدم تمامه». در اینجا شیخ می گوید بحث ما در مقدمه ی دوم خيارات در اصالت لزوم بیع است. بحث بر سر لزوم بیع بود، حالا می خواهیم ببینیم «الاصل فی البیع اللزوم، الا من جهة...» یعنی استثناء های اصل لزوم را می خواهیم معلوم کنیم یعنی می خواهیم مصادیق تزلزل را در برابر لزوم معلوم کنیم. پس دعوا در مصادیق تزلزل است. در اینجا یکی از مصادیق تزلزل خيار است، یکی دیگر از موارد هم فضولی است، که گفتیم اجازه فضولی حکم است و حق نیست و ربطی به خيار ندارد. یک مورد دیگر (تمام بحث در توجیه عبارت جامع القاصد بود) نظر محقق کرکی در معاطات بود. محقق کرکی می خواست در معاطات ملکیت متزلزل درست کند که شیخ انتساب این حرف را به گذشتگان نپذیرفت. پس مصادیق منحصر تزلزل، خيار نیست. وقتی عبارت را این طور معنا کنیم داریم به سمت اشکال کردن می رویم. چون عبارت این بود که «لا یخرج الا بامرین» یعنی یک حصری داریم برای بیع متزلزل درست می کنیم. یعنی جز این دو مورد، عامل دیگری باعث تزلزل نیست. در حالی که این طور نیست و عوامل تزلزل منحصر در خيار نیست.

اشکال دوم: «و فيه تکلف»: در عبارت تذکره علامه در قسم دوم، نامی از خيار نیآورده است، اینجا هم در قسم دوم اثری از خيار نیست. در تذکره هم همین است یعنی آخر عبارت نیاز به تقدیر دارد و بدون دغدغه درست نمی شود.

اشکال سوم: در خود کتاب تذکره، در قسم اول استثناء - لا من جهة النقص - علامه هفت خيار بحث کرده که یکی از آنها خيار عیب است. پس معلوم می شود منظور از قسم دوم خيار عیب نیست.

بررسی احتمال دوم در عبارت علامه

«و یمکن توجیه ذلک: بأن العیب سببٌ مستقلٌ لتزلزل العقد فی مقابل الخيار، فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضى العیب و إن لم یثبت خيار الفسخ، موجبٌ لاسترداد جزءٍ من الثمن، فالعقد بالنسبة إلى جزءٍ من الثمن متزلزلٌ قابلٌ لإبقائه فی ملک البائع و إخراجہ عنه، فی مقابل الآخر.»

^۱ تذکره الفقهاء، ج ۱۱، ص ۱۳

شیخ می گوید پس باید به سراغ احتمال دوم در عبارت علامه برویم.^۱ شیخ می گوید ممکن است بگوییم منظور از قسم اول در عبارت علامه خیار مطلق است و منظور از قسم دوم ارش است. اولین سوال این است که دعوا بر سر مصداق تزلزل است مگر ارش مصداق تزلزل است؟ شیخ می گوید بله این قائل دارد شیخ اینجا از یک ملازمه افتاده می کند - این ملازمه در عبارت مخفی است - شیخ میگوید در ارش دو مبنا وجود دارد:

الف) ارش غرامت مستقل است و ربطی به معامله ندارد، و فقط برای جبران است.
ب) ارش جزء ثمن است شیخ می گوید بر مبنای این تفسیر دوم، لازمه جزء ثمن بودن این است که معامله نسبت به بخشی از ثمن متزلزل است می تواند امضا شود یا تراضی شود، یا ارش گرفته شود و از ملک بایع برگردد. شیخ می گوید اگر گفتیم جزء ثمن است یعنی در معامله یک جزء ثابت و یک جزء متزلزل داریم. شیخ می گوید به عنایت بخش متزلزل می توانیم بگوییم عقد متزلزل شد، چون لزوم حکم عقد بما هو مجموع بود، ولی الان این تجزیه به یک لزوم و یک تزلزل شد، به این عنایت می توانیم بگوییم ارش یکی از مصادیق تزلزل است.
اشکال شیخ به احتمال دوم و رد اشکال محشین بر شیخ

«لکنه مبنی علی کون الأرض جزءاً حقیقیّاً من الثمن كما عن بعض العامة ليتحقق انفساخ العقد بالنسبة إليه عند استرداده. وقد صرح العلامة فی کتبه: بأنّه لا يعتبر فی الأرض کونه جزءاً من الثمن، بل له إيدأله؛ لأنّ الأرض غرامه. و حينئذٍ فثبوت الأرض لا یوجب تزلزلاً فی العقد.»

شیخ می گوید اشکال این است که ارش واقعا غرامت است و خود علامه هم در قواعد تصریح کرده که ارش غرامت است. عده ای بر کلام شیخ حاشیه زده اند که ملازمه را قبول نداریم می گویند. این حکم نتیجه ی منطقی صرف این قسم نیست، سید یزدی این را فرموده، مرحوم مامقانی هم خواسته به سید پاسخ دهد، صاحب ارشاد هم همین را گفته است. یعنی گفته اند، اگر بگوییم ارش غرامت است هم ملازمه ای ندارد که هیچ ربطی به معامله نداشته باشد یعنی با نفی ملازمه ی بالا هم می توان قائل شد که ارش به معامله مربوط است و باعث تزلزل می شود. یعنی قول به غرامت لزوماً، ارش را از معامله منفک نمی کند. لذا اگر کل عقد خراب شد ارش هم بر می گردد، این طور نیست که بگوییم ارش هیچ ربطی به عقد نداشته و قابل استرداد نیست. پس ارش جدا از عقد نیست. از جهت عقلایی اشکالی در معامله باعث تولد ارش شده است، چه بگوییم ارش حکم مستقلی است و لازم نیست از جنس ثمن باشد، بلکه از هر جایی غرامت را پردازی ولو از سایر اموال صحیح است، چه بگوییم از خود ثمن است، چون عین شخصی مبیع مشکل پیدا کرده بخشی از عین ثمن را باید برگردانید، در هر دو صورت ارش و عقد به هم پیوند دارند و زائیده از یک معامله عقلایی هستند لذا اگر اصل معامله از بین رفت، ارش هم باید برگردد. این حرف سید یزدی است البته مامقانی هم پاسخی داده است.

^۱ کتابهای متعارف دو سنخ نوشتار دارند، یک سنخ مهندسی آموزشی شده اند، که خاصیت آنها تقسیم بندی منظم است، یک سری کتابها اساساً آموزشی نوشته نشده اند بلکه داستان سرایی علمی هستند، کتابهایی که داستان سرایی هستند را اگر بخواهید آموزشی کنید بخشی از مطالب حذف می شوند. مثلاً در همین جا می توانستیم بگوییم شیخ در عبارت علامه دو جواب بیان کرده است. ولی اگر دسته بندی می کردیم، وجه اتصال مباحث به هم می خورد، این در عبارات شیخ متعدد است، که اگر دسته بندی شود جهات اتصال از بین می رود. لذا این طور کتابها را نمی توان به آن شکل دسته بندی کرد. حالا در اینجا حرف آخر شیخ این است که این توجیه محقق کرکی اصلاً منظور نظر علامه نیست. یعنی با گام هایی که طی کردیم معلوم می شود که علامه اصلاً چنین معنایی اراده نکرده است. این مهارت تجمیع قرائن برای حصول اطمینان بعدها در بررسی روایات بسیار مهم و قابل استفاده است.

ما می‌خواستیم بگوییم حواشی مضر به اشکال شیخ نیست، شیخ نخواستہ نظر مختار خودش را در ارش بیان کند، بلکه خواسته بررسی کند که آیا این توجیه می‌تواند عبارت علامه را توضیح دهد؟ اما با بررسی عبارت دیگر علامه که در آن ارش را غرامت می‌داند و جزء ثمن نمی‌داند نشان می‌دهد که این توجیه به درد علامه نمی‌خورد. بله تنها راه این است که نشان دهیم در عبارات علامه بین جزء ثمن بودن و جزئیت ارش برای معامله ملازمه‌ای برقرار نیست - یعنی توضیح که در عبارت سید یزدی بود - آن وقت صرف قول به غرامت معنایش این نیست که علامه ارش را بخش مقومی از معامله نمی‌داند در نتیجه احتمال دوم در عبارت می‌تواند موجه شود، یعنی قسم اول خیار و قسم دوم ارش باشد و این دو در نظر علامه اسباب تزلزل معامله باشند. در نتیجه این نکته سید و صاحب هدایه جواب به شیخ در توجیه عبارت علامه نیست، چون شیخ خواسته عبارت علامه را توجیه کند. در هر صورت شیخ می‌گوید این احتمال دوم هم مد نظر علامه نیست.

لزوم تحقیق در معنای غرامت

باید تحقیق شود که غرامت یا غیر غرامت چه ارتباطی با تزلزل و عدم تزلزل دارد؟ با بیان ما معلوم شد «جزء من الثمن» دو معنا می‌تواند داشته باشد، یکی این که جزء من الثمن یعنی چیزی جایش نباشد و یکی اینکه به معنای مفتوح بودن پرونده معامله باشد که در این صورت شاید کسی غرامت را هم ادامه پرونده همان معامله بداند. تحقیق این است که ببینیم ارش از باب دین است و در کلیات می‌رود یا از باب تکمیل عقد خارجی است، اگر کسی گفت غرامت مستقل و کلی است، دیگر ابدال معنا ندارد، چون ابدال به این است که ارش به خود معامله خورده باشد. باید این مسئله تحقیق مستقل و کاملی کرد.

درس ششم/ بررسی معانی محتمل اصل در بیان علامه حلی

بررسی ارزش معانی اصل

ثم إن «الأصل» بالمعنى الرابع إنما ينفع مع الشك في ثبوت خيار في خصوص البيع؛ لأن الخيار حق خارجي يحتاج ثبوته إلى الدليل. أما لو شك في عقد آخر من حيث اللزوم و الجواز فلا يقتضى ذلك الأصل لزومه؛ لأن مرجع الشك حينئذ إلى الشك في الحكم الشرعي. و أما الأصل بالمعنى الأول فقد عرفت عدم تمامه. و أما بمعنى الاستصحاب فيجری فی البيع و غیره إذا شك في لزومه و جوازه.

عبارت علامه را توضیح دادیم. از اینجا شیخ می خواهد ارزش هر کدا از معانی اصل را بررسی کند، شیخ معنای اول اصل به معنای راجحیت را پیش از این باطل کرد. معنای دوم اصل، قاعده بود که شیخ در پایان از آن بحث می کند.

بررسی اصل به معنای استصحاب

معنای سوم استصحاب بود، به نظر می آید شیخ می خواهد بگوید موضوع استصحاب ما اثر مطلوبه از عقد است. که طبعاً این می شد که در حالت سابقه تمام مقتضی موجود بود و اثر مترتب شد در آن بعد با قول «فسخت» یکی از متبایعین شک به وجود می آید پس از آن استصحاب اثر سابق می کنیم، که در واقع بی اثر کردن «فسخت» و ثابت شدن لزوم است. اگر استصحاب این طور توضیح داده شود، موضوع استصحاب دیگر لزوم نیست بلکه اثری است که از قبل در عقد موجود بوده است. شیخ هم در معاطات و هم در بحث فعلی و هم در خیار شرط این را توضیح می دهد. شیخ می گوید لزوم و جواز داخل موضوع عقد نیستند، لذا لزوم در مستصحب نیست، تا اشکال اصل مثبت یا تحصیل حاصل پیش آید. بلکه موضوع، اثر مترتب بر عقد است. نتیجه این استصحاب لزوم است. با این بیان این استصحاب دیگر اصل مثبت نیست. شیخ می گوید اگر این استصحاب درست شود، هم شامل بیع و هم سایر عقود می شود. سابقاً بیان کردیم که شیخ هم «اصالت اللزوم فی البيع» و هم «اصالت اللزوم فی کل عقد» را مطرح می کند.

بررسی اصل به عنوان معنای لغوی

معنای چهارم، معنای لغوی بود. یعنی اینکه بنای عرف و شرع بر این است که طبع اولی بیع لزوم است و خروج از لزوم نیاز به دلیل دارد. شیخ می گوید این مختص به بیع است. چون می گوییم بنای عرف بر این است که طبع اولی بیع لزوم است. و این بنا در سایر عقود در اینجا ثابت نشده است.

بررسی معنای دوم اصل (عمومات)

و أما بمعنى القاعدة فيجری فی البيع و غیره؛ لأن أكثر العمومات الدالة على هذا المطلب يعم غير البيع، و قد أشرنا في مسألة المعاطاة إليها، و نذكرها هنا تسهيلاً على الطالب:

بررسی آیه «أوفوا بالعقود»

[الاستدلال بآیه أوفوا بالعقود/فمنها: قوله تعالى أوفوا بالعقود دلّ على وجوب الوفاء بكلّ عقد. والمراد بالعقد: مطلق العهد كما فسّر به في صحيحه ابن سنان المروّيه في تفسير عليّ بن إبراهيم أو ما يسمّى عقداً لغّة و عرفاً.]

شیخ در اینجا دوباره برخی عمومات را بحث می کند. اولین آیه در اینجا «أوفوا بالعقود» است. مقدمه اصلی حرف شیخ در این آیات که در معاطات و شروط صحت شرط هم فرموده است این است که لزوم و جواز خارج از نطاق عقد هستند، چه این دو از احکام عرفی باشند و چه از احکام شرعی باشند. البته شاید کسی این مبنا را قبول نداشته باشد، و لزوم و جواز را داخل موضوع بداند. این مطالب باید در بحث تزلزل عقد استظهار شود. ولی شیخ می گوید لزوم و جواز دو حکم شرعی هستند که لاحق به عقد هستند. این مبنای شیخ است و همه جا این مبنا را مطرح کرده اند. این آیه یک یک موضوع دارد که عقد است و یک حکم دارد که وجوب وفاء است.

تحلیل موضوع «أوفوا بالعقود»

بحثی وجود دارد که آیا می توان معنای موضوع له یا مستعمل فیه را از روایت بگیریم؟ روایتی داشتیم در تفسیر عیاشی که ابن سنان از امام صادق علیه السلام پرسیده بود معنای أوفوا بالعقود چیست؟ امام فرموده بود عقد به معنای عهد مدنظر است. که سند روایت مورد مناقشه بود. و برخی می گفتند گرچه سند مخدوش است و از روایت نمی توان حکمی به دست آورد ولی می توان از این روایت برای فهم مورد استعمال لفظ عقد و تشخیص آن بهره برد.

از طرفی یک معنا هم، معنای مصطلح عقد یعنی همان «شدّ طرفی الحبل» بود. در این معنا هم بحث هایی وجود داشت زیرا که استعمالاتی در لسان شارع داریم که از لفظ عقد استفاده شده ولی به معنای عقد مصطلح استعمال نشده است. مانند «و لا تَعَزُّمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ». در حالی که انصراف اولیه معنای عقد هم در استعمالات آن همان معنای مصطلح است. در این صورت یا باید یک معنای جامع درست کنیم تا همه موارد استعمال مثل عقده النکاح و عقد اصطلاحی را شامل شود یا باید یکی را اصل بگیریم و دیگری استعمال مجازی شود و بعد در مورد نوع آن مجاز بحث کنیم.

شیخ متعرض این بخش نمی شود. ظاهر عبارت شیخ این است که ایشان بین این دو معنا (عهد و عقد) تناقضی نمی بیند. این اختلافات مبتنی بر بیانات متاخرین از است. شیخ می خواهد این عهد را یا موافق با عقد قرار دهد و یا حتی عقد را جامع تر ببیند که عهد مصداق آن شود. این سازمان شیخ است. در این صورت «عقد» به معنای گره زدن دو چیز به هم است چه این دو شیء، خارجی و محسوس باشند و چه غیر محسوس و معنوی باشند. اگر تعین خارجی آن محسوس باشد به آن عقد می گویند و اگر تعین خارجی آن غیر محسوس باشد غالباً عهد نامیده می شود گرچه اشکالی ندارد به آن عقد نیز بگویند اما جامع آن کلمه عهد است. با این تفسیر مشکل نکاح هم حل می شود. ولی تمام این توضیحات ربطی به بحث فعلی ما ندارد. چون این بحث، فقه اللغه آیه است و ما الان از این بحث گذشته ایم و قبول داریم که «العقود» جمع محلی به لام است و عموم عقود (بیع و غیر بیع) ما را در بر می گیرد.

بررسی حکم «اوفوا بالعقود»

و المراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالاته اللفظية، نظير الوفاء بالنذر، فإذا دلّ العقد مثلاً على تملك العاقد ماله من غيره وجب العمل بما يقتضيه التملك من ترتيب آثار ملكية ذلك الغير له، فأخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه كذلك نقض لمقتضى ذلك العهد، فهو حرام، فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون 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، فيستدلّ بالحكم التكليفي على الحكم الوضعي أعني فساد الفسخ من أحدهما بغير رضا الآخر، و هو معنى اللزوم

حکم در این آیه وجوب وفاء است، شیخ می گوید اگر موضوع، عقد باشد، شارع حکم کرده که به آن باید وفا شود. در این صورت، پس از فسخ معامله از سوی یکی از طرفین شک می کنیم که از وجوب وفاء خارج شده ایم یا نه؟ در این صورت عموم وجوب وفاء برای آن پس از فسخ نیز حاکم است. یعنی اصالت عموم جاری است. عموم وجوب وفاء کل آنات را (قبل و بعد از فسخ) در بر می گیرد و حجت معتبری برای خروج بخشی از آنات هم وجود ندارد، پس بعد از فسخ نیز عموم وجوب وفاء به عقد وجود دارد؛ در نتیجه فسخ بی اثر است. بی اثر بودن فسخ به معنای لزوم عقد است و با این تصویر آیه دلالتش تمام می شود. در این توضیح لزوم در موضوع نبود، بلکه موضوع به علاوه حکم به علاوه اصالت العموم بی اثری فسخ را نتیجه می دهد. این بی اثری همان اثر لزوم را دارد، پس می توانیم با این توضیح و با استفاده از عموم «اوفوا بالعقود» حکم به اصل لزوم کنیم.^۱

در این عبارت شیخ می فرماید: «و المراد بوجوب الوفاء: العمل بما اقتضاه العقد في نفسه بحسب دلالاته اللفظية»، تا بعد از این در رد کلام علامه به او بگوید من هم متوجه تمرکز بر موضوع هستم ولی موضوع نزد من شامل لزوم و جواز نیست. در عبارت: «فإذا حرم بإطلاق الآية جميع ما يكون نقضاً لمضمون العقد» این «جميع ما يكون ...» از جمع محلی به لام عقود در نیامده است بلکه از عدم تخصیص حکم به دست می آید. یعنی دال در ناحیه حکم است و احکام دلالت تصدیقی دارد. در عبارت «بغير رضا الآخر»، آمده است چون اگر با رضایت باشد قطعاً تصرف مباح است ولی سوال این است که آیا این عقد جدید است؟ آیا این تراضی می تواند مزیل حکم لزوم شارع باشد؟

اشکالات دلالت «اوفوا بالعقود» بر لزوم

و ممّا ذكرنا ظهر ضعف ما قيل: من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد: العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز
«۳»، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم. توضیح الضعف: أنّ اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد،

^۱ لزوم مراد جدی آیه نیست، بلکه از مدالیل آیه است. باید بررسی شود که این دلالت، اقتضاء است یا تنبیه یا اشاره و نحوه حجیت آن چگونه است؟

و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع. نعم، هذا المعنى أعنى: وجوب
الوفاء بما يقتضيه العقد فى نفسه يصير بدلالة الآية حكماً شرعياً للعقد، مساوياً للزوم

اشكال اول: علامه در مختلف گفته است عقد موضوع است و حكم وجوب وفاء است و وجوب وفاء به نفس اين موضوع تعلق
مى گيرد، لذا بايد ابتدا موضوع معلوم باشد. اين موضوع نيز يا لازم است يا جائز، لذا معنى ندارد با حكم وجوب به وفاء، لزوم
را نتيجه بگيريم.

پاسخ شيخ به اشكال اول: پيش از اين پاسخ داديم كه لزوم و جواز اساساً خارج از نطاق عقد هستند بنابر اين اين مستشكل با
شيخ اختلاف مبنایى دارد.

و أضعف من ذلك: ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآية على اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة
لمتابعة المشهور و هو: أن المفهوم من الآية عرفاً حكمان: تكليفي و وضعي. و قد عرفت أن ليس
المستفاد منها إلا حكم واحد تكليفي يستلزم حكماً وضعياً.

اشكال دوم: از توضیحی كه بیان شد بر مى آید كه يك حكم تكلیفی به نام وجوب وفاء وجود دارد كه از آن بی اثر بودن فسخ
را نتیجه مى گیریم و سپس لزوم را به دست مى آوریم. مدلول صریح آیه حكم تكلیفی است. اشكال اين است كه آیه دو حكم
مى دهد يك حكم تكلیفی و يك حكم وضعی. (اشكال مستشكل اين است كه حكم وضعی در کنار تكلیفی به دست مى آید).

پاسخ شيخ: اولاً در مبنای ما حكم وضعی از تكلیفی به دست مى آید.^۱ ثانياً در اين آیه هم اين مبنا موافق ظاهر آیه بود. يعنى
اين اشكال با استظهار ما هم نمى سازد. يعنى ظاهر آیه حكم تكلیفی است و مراد جدی آیه لزوم نیست. ثالثاً^۲ ممكن است
بگوئيم شما مدلول آیه را به چه نوع دلالتی دو حكم قرار مى دهيد؟ اين سوال ادامه توضيح سابق است كه گفتيم مراد جدی
در اين آیه يك حكم است، حكم دوم ملازم اين حكم اول است.^۳ مستشكل مدلول آیه را دو حكم دانسته ولى به كيفيت
دلالت اشاره نكرده است. نزد شيخ حكم دوم – حكم وضعی – از نطاق دلالت لفظی خارج است. حال اگر كسى هر دو حكم
را در نطاق دلالت لفظی دانست بايد دید هر دو را هم عرض مدلول آیه مى داند يا اينكه با ترتب اين دو را بر آیه حمل مى
كند. اگر اين دو دلالت هم عرض شد بايد به باب استعمال لفظ در اكثر برويم.

نكته ديگر اين كه الف و لام «العقود» عموم افرادی را افاده مى كند. اين عموم افرادی قطعاً عموم ازمانی در بر دارد، يعنى
اين بحث را روى آنات پياده مى كنيم. اينجا بايد ببينيم اين بحث كه روى آنات پياده شده آیا به اين معناست كه عموم ازمانی
هم روى لفظ پياده شده يعنى از مقام تصور به دست مى آید يا از اطلاق و شروط تصديق به دست مى آید؟ به اين مطلب در
عبارت اشاره نشده است.

^۱ در ادله اقوال استصحاب در قول كسانى كه بين حكم وضعی و تكلیفی تفكيك كرده اند اين را خواهيم خواند.

^۲ اين ديگر در عبارت نیست.

^۳ در استصحاب در امر ثالث شيخ فرمود مفاهيم جزو ملازمات غير مستقلة است.

بررسی آیه «أحل الله البيع»

و من ذلك يظهر لك الوجه في دلالة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ عَلَى الزُّرْمِ، فَإِنَّ حَلْيَهُ الْبَيْعِ الَّتِي لَا يَرَادُ مِنْهَا إِلَّا حَلْيُهُ جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ الْمَتَرْتِبَةُ عَلَيْهِ الَّتِي مِنْهَا مَا يَقَعُ بَعْدَ فسخ أَحَدِ الْمُتَبَايَعِينَ بغير رضا الْآخَرِ مُسْتَلْزَمَةٌ لِعَدَمِ تَأْثِيرِ ذَلِكَ الْفَسْخِ وَ كَوْنِهِ لَعَوًّا غَيْرَ مُؤَثِّرٍ.

آیه بعد «أحل الله البيع» است و تقریر استدلال بر آن هم مانند استدلال سابق است. می گوئیم در موضوع بیع لزومی وجود ندارد، اما وقتی آیه^۱ در مقام اباحه جمیع تصرفات است و اطلاق دارد، بعد از فسخ، سوال داریم که آیا دلیل اباحه تصرف، آن بعد از فسخ را شامل می شود یا نمی شود؟ دقیقاً مانند آیه قبل پاسخ می دهیم که شامل می شود. چون موضوع بیع است، حکم نیز حلیت جمیع تصرفات است. بعد از فسخ با همان اصالت اطلاق حلیت جمیع تصرفات (حتی تصرفات متوقف بر ملک) اتفاق می افتد.

بررسی آیه «... الا تجاره عن تراض»

و منه يظهر وجه الاستدلال على لزوم بإطلاق حليّة أكل المال بالتجارة عن تراض^۵، فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ التَّجَارَةَ سَبَبٌ لِحَلْيِهِ التَّصَرُّفُ بِقَوْلٍ مُطْلَقٍ حَتَّى بَعْدَ فسخ أَحَدِهِمَا مِنْ دُونِ رِضَا الْآخَرِ

نحوه استدلال بر این آیه هم مانند آیه سابق است «الا تجاره عن تراض» اطلاق دارد و این اطلاق آن بعد از فسخ را نیز شامل می شود.

اشکال کلی شیخ به استدلال بر این عمومات

فدلالة الآيات الثلاث على أصالة لزوم على نهج واحد، لكن الإنصاف أن في دلالة الآيتين بأنفسهما على اللزوم نظراً

در مقام اشکال دو عبارت از ایشان در اینجا وجود دارد:

الف) «فی دلالة ... نظراً» یعنی استظهار اطلاق نمی کنم.

ب) «.... لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب، و لا ينفع الإطلاق»^۲ یعنی اگر شک آمد نمی شود به دلیل لفظی تمسک کرد بلکه باید استصحاب بقای اثر کرد.

در تفسیر و توضیح عبارت شیخ گفته اند منظور ایشان از اشکال، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه است. یعنی بعد از فسخ اساساً در تحقق بیع شک داریم، لذا شبهه مصداقیه است. زمانی از اصالت عموم و اطلاق می شود استفاده کرد که مثلاً در

^۱ در معاطات شیخ فرمود این آیه مفید اباحه مطلق تصرفات است و چون برخی تصرفات متوقف بر ملک است، پس آیه مفید ملکیت است. یعنی صحت شرعی از آن حاصل می شود.

^۲ این قسمت از عبارت در متن مکاسب چاپ کنگره وجود ندارد ولی در نسخه دیگری از مکاسب موجود است و در پاورقی همین چاپ نیز آورده شده است: «لكن يمكن أن يقال: إنه إذا كان المفروض الشك في تأثير الفسخ في رفع الآثار الثابتة بإطلاق الآيتين الأخيرتين لم يمكن التمسك في رفعه إلا بالاستصحاب، و لا ينفع الإطلاق». مکاسب،

دلیل «اکرم العلماء الا الفساق» در عالم بودن زید شک نداشته باشیم و شک فقط در فسق زید باشد. بعد عده ای گفتند همین را در «اووفوا بالعقود» می شود گفت و برخی گفتند این اصلا اختصاصی به اطلاق و عموم ندارد بلکه طور کلی در دلالت تصدیقی و مراد جدی به هیچ دلیلی نمی توان در شبهه مصداقیه اش تمسک کرد.

ما گفتیم دو نقل در عبارت وجود دارد، یکی «فیه نظر» و یکی این که نیاز به استصحاب داریم، توضیح سوم هم این است که شبهه مصداقیه عامل اشکال شیخ است. که البته تصریحی به توضیح سوم در عبارت وجود ندارد.

اگر تنها عبارت اشکال «فیه نظر» بود، می توانستیم آن را به بیان شیخ در قطع و ظن بازگردانیم. در آنجا و در بحث اصول لفظیه می گفتیم اصول لفظیه، اصل عملی نیستند و حجیت آنها از بناء عقلا می آید. بناء عقلا تعبدی ندارد، یعنی اصالت اطلاق و عموم و ... زمانی مفید هستند که ظهور ساز باشند. به طوری که وجدانا مراد جدی را احراز کنند و شک از بین برود. شاید مراد شیخ از «فیه نظر» این است که برای آن بعد از شک استظهار اطلاق نمی کنیم. و دلیل آن را هم نیاورده است. یعنی صرفا از «فیه نظر» تمسک به عام در شبهه مصداقیه در نمی آید. بله از عبارت دوم شاید بتوان شبهه مصداقیه را استشمام کرد. چون در آن عبارت می گوید بیع نیست، مگر این که استصحاب شود و وجه بیع نبودن همان تمسک به عام در شبهه مصداقیه است.

در نتیجه سه نوع عبارت پیدا شد:

الف) فیه نظر

ب) استصحاب

ج) تمسک به عام در شبهه مصداقیه

کسانی که سومی را در تفسیر گفته اند اولی را هم مخدوش کرده اند.

درس هشتم/بررسی نسبت جواز و لزوم با حقیقت بیع

دلالت حدیث سلطنت بر لزوم

و منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم» فإن مقتضى السلطنة التي أمضاها الشارع: أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه؛

نحوه استدلال با استفاده از این روایت این گونه است: در فرض بحث ایجاب و قبول محقق شده و سبب شرعی به وجود آمده است، اگر فسخ یکی از متعاقدين بخواهد معارض این عقد شود نیاز به دلیل دارد و اصل عدم آن است زیرا در این روایت نبوی اگر صدق «مالهم» شود عموم روایت می گوید «الناس مسلطون على أموالهم».

ولذا استدلل المحقق في الشرائع على عدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه: بأن فائدة الملك التسلط.

عقد قرض اولاً ایجاب و قبول می خواهد ثانیاً فقها گفته اند این عقد، تملیکی است.^۱ محقق گفته وقتی ایجاب قبول در قرض محقق شد اگر مقرض بخواهد فسخ کند با سلطه ای که قرض گیرنده برایش ایجاد شده است مخالفت کرده و عموم «الناس مسلطون ...» این اجازه را نمی دهد.

و نحوه العلامة في بعض كتبه. و الحاصل: أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالاً لغيره و أخذه منه بغير رضاه منافي لهذا العموم:

این چنین جوازی مخالف سلطه ای است که با دلیل اجتهادی برای مالک جدید ثابت شده است. بلکه اگر دلیلی بر جواز وجود داشته باشد، فسخ نافذ است. مانند خیارات که دلیل معتبر بر جواز عقد به واسطه آن داریم ولی در غیر این صورت دلیل اجتهادی حاکم است.

تفاوت ادله امضا و تاسیس و اثر آن در ادله لزوم بیع

مفروض بودن لزوم عرفی بیع

در استدلال قبلی گفتیم «حرمت الاكل بكل وجه يسمي باطلا عرفاً». در این دو استدلال تمرکزمان بر سر یک امر عرفی است که از طرف شارع امضا شده است. اگر دقت کنیم معلوم می شود در همه استدلال ها یک نکته وجود دارد که با فرض آن بحث می کنیم. گاهی این نکته را پر رنگ نمی کنیم و اسمش را «امضاء ما عند العرف» می گذاریم و آن را تحقیق نمی

^۱ ولو تملك محض نباشد چون قرض در فقه یک جنبه اخروی نیز داشت و صرفاً تملیک و تملك مادی نبود ولی به هر حال اصل تملیک را داشت.

کنیم. برخی که خواستند این را تحقیق کنند مورد اعتراض واقع شدند که این تحقیق به معنای خروج از ادله امضا و ورود به باب تاسیس است.

آن نکته مفروض در استدلال های سابق این است که نزد عرف، معامله لازم است. فرض این است که طرفین معامله با طیب نفس می خواهند در آنچه دارند تصرف کنند یعنی علقه طرف اول را به طور کامل از شیء قطع کنند. به همین دلیل شیخ عبارت مصباح را در تعریف بیع - مبادله مال بمال - مناسب دانست. معنای این تعریف قطع علاقه سابق است و این معنای لزوم است. اگر این نکته را نداشته باشیم اشکال علامه باقی می ماند. ما این نکته را گاهی نمی گوییم چون معتقدیم اینها ادله امضا است و معلوم است و چون گفته نمی شود گاهی مورد اشکال واقع می شود. اگر کسی این نکته را توجه نکند، در دلیل «اوفوا بالعقود» می گوید ابتدا موضوع را ثابت کنید زیرا حکم مثبت خصوصیات موضوع نیست.

اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه در فرض بحث

به همین دلیل کسانی که توجه به لزوم عرفی موضوع یعنی بیع ندارند در فرض بحث و پس از فسخ می گویند معلوم نیست عقد باقی باشد چون عقد حادث که محل بحث نیست. عقد سابق نیز با فسخ قطع شده است. به همین دلیل تمسک به عمومات برای اثبات ادامه عقد در این فرض تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. چون اصل «عقد» یا «بیع» بودن این عقد زیر سوال رفته است لذا نمی توان از حکم «احل» یا «اوفوا» برای آن بهره برد. این اشکال سید یزدی است. لذا این اشکال ادله را از کار می اندازد مثلاً در اینجا می گوییم «البیع حلال» یا «مباح جمیع التصرفات المترتبة علیه».^۱ این دلیل زمانی کارایی دارد که موضوع یعنی بیع ثابت شود. در اینجا با فسخ شک می کنیم که بیع هنوز وجود دارد؟ شاید علقه های سابق بازگشته باشد. اینجا استفاده از این عموم، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است. این اشکال در دلیل «لا تاكولوا اموالکم...» هم جاری است در اینجا شک داریم با فسخ، تجارت هنوز باقی است تا جواز اکل بیاید. بنابراین در اینجا هم اشکال تمسک به عام در شبهه جریان دارد. این اشکال زمانی به وجود می آید که عقد را یک ماهیت اختراعی تعبیدی بدانیم و لزوم وجواز هم دو حکم شرعی لاحق به آن باشند. در این دیدگاه، معتبر می تواند اعتبار لزوم یا جواز کند و در فرض بحث معلوم نیست که جواز اعتبار شده است یا لزوم؟ این نگاه سید یزدی است که مساوی با تاسیسی دیدن دلیل است.

پاسخ به اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه در عمومات

نگاه عرفی این گونه است که آنچه نزد عرف است توسط شارع امضا شده است. به همین دلیل باید دید دقیقاً چه چیزی نزد عرف عقد یا بیع شناخته شده است؟ در این نگاه عرف می گفت دست از کالا بردارید و طرف مقابل مسلط بر این شیء شود. این که شارع به هر شکلی حکم جواز و لزوم صادر کند ممکن است. اما آنچه نزد عرف بود حاوی لزوم بود. در پایان بحث معاطات، شیخ عبارتی از مسالک نقل می کرد که در قوه عبارت مرحوم مظفر در پایان صحیح و اعم در باب معاملات بود.^۲ مرحوم مظفر در اصول فقه فرمود حتی اگر بگوییم در معاملات صحیحی شویم. اجمال دلیل رخ نمی دهد. چون صحیح شرعی و عرفی در معاملات متفاوت اند. شیخ نیز همین مطلب را از مسالک شهید نقل و تأیید کرد. مرحوم مظفر هم در واقع حرف شیخ را زد.

^۱ با این فرض که حکم را تکلیفی یا وضعی بدانیم.

^۲ اصول الفقه للمظفر، ص ۶۱

با این نگاه معاملات دو پله دارند. «احل الله البيع» بیع صحیح است ولی این بیع، بیع صحیح نزد عرف است. توسعه و تضییق و تقیید این بیع نیاز به بیان شارع دارد. در این صورت در «احل الله البيع» مثلاً این گونه می‌گوییم که «البيع مباح لجميع التصرفات المترتبة عليه» این بیع، بیع عرفی است. در بیع عرفی لزوم وجود داشت. به همین دلیل در فرض بحث پس از فسخ نیز عقد جریان دارد و اشکال علامه دیگر وارد نیست. همه اینها به خاطر این است که ماهیت معامله غیر از عبادت است، در معامله دو پله وجود دارد. به همین دلیل باید ماهیت عرفی معامله مورد توجه قرار گیرد. در ما نحن فیه، خود بیع عرفی حاوی لزوم است. به همین دلیل پیش از حکم شارع لزومی در بیع وجود دارد. در دلیل «أوفوا بالعقود» هم همین بیان جریان دارد. چون ادله معاملات، امضای آن چیزی است که نزد عرف موجود است. در این صورت به مجرد شک در تصرف لاحق حکم به آنچه می‌کنیم که نزد عرف موجود بوده است. حکم شارع هم به موضوع عرفی تعلق گرفته است نه شرعی. اگر موضوع، شرعی بود باید می‌دیدیم موضوع لزوم دارد یا جواز؟ ولی در اینجا موضوع عرفی است، و همانطور که شیخ در معاطات فرموده است در همان موضوع عرفی لزوم وجود دارد. اینجا اگر شارع بخواهد جعل جواز کند نیاز به دو بیان دارد، یعنی باید با قرینه صارفه، لزوم را از عقد بگیرد و با قرینه معینه جواز را برای بیع ثابت کند.^۱

پاسخ به اشکال تهافت در کلام شیخ انصاری

شاید با این تفسیر، در کلام شیخ تهافتی به نظر برسد. ایشان از طرفی می‌گویند جواز و لزوم دو حکم لاحق هستند - یعنی مساله را تاسیسی دیده است - و از طرفی گفته است که طبع اولی بیع لزوم است. بیانی که تا اینجا داشتیم با بیان دوم شیخ جمع می‌شود.

پاسخ اول

پاسخ اول: اولاً سلمنا که اشکال وارد باشد، جمع بندی کل عبارات شیخ بیشتر با قول به طبع اولی بیع همراه است. یعنی این دیدگاه که لزوم و جواز حکم لاحق باشد در عبارات شیخ ضعیفتر است.

پاسخ دوم با استفاده از بیان آخوند در جامع صحیح و اعم

پاسخ دوم: در جلسه قبل گفتیم شاید بشود پاسخ دیگری نیز داد. اگر گفتیم موضوع ما عرفی و حکم ما شرعی است و گفتیم تصرف شارع در موضوع ممکن است. می‌توان گفت تصرف در موضوع از نوع تصرفات تحدیدی نیست. در صحیح و اعم کفایه^۲ آخوند چند جامع معرفی می‌کند، در یکی از جوامع از اوزان عرفیه بحث می‌شود مثلاً یک کیلو یا دو کیلو، بعد بحث می‌شود که عرف در تسمیه یک کیلو تسامح می‌کند، یا نمی‌بیند و بر وزنی اطلاق یک کیلو می‌کند که قطعاً یک کیلوی دقیق نیست. آخوند آنجا می‌فرمود اینها تصرف تحدیدی نیستند بلکه تسامح در تطبیق با حفظ معنا هستند. همین مطلب را شاگردان آخوند در نقاط مختلف پیاده کردند. یعنی آخوند می‌گوید در محدوده ای (مثلاً ۵ گرم) اضافه و کم می‌شود ولی این تصرف، جعل نیست یعنی ۱ کیلوگرم همان ۱۰۰۰ گرم است ولی بدون جعل روی ۱۰۱۰ گرم هم تطبیق می‌شود. قبلاً گفته بودیم هر نوع امضا و تصرفی در موضوع عرفی از طرف شارع، جعل محسوب می‌شود.

^۱ کسانی که می‌خواستند از اطلاق در ما نحن فیه استفاده کنند ارتکازشان همین لزوم عرفی بیع است. کسانی هم که گفته‌اند تمسک به عمومات، تمسک به عام یا دلیل در شبهه مصداقیه است هم ناخودآگاه به این قائل شده‌اند که لزوم و جواز حکم لاحق است و در موضوع عرفی خبری از آن نیست.

^۲ کفایه الاصول، طبع آل البیت، ص ۲۶: «رابعها أن ما وضعت له الألفاظ ابتداء هو الصحيح التام الواجد لتمام الأجزاء و الشرائط إلا أن العرف يتسامحون كما هو دیدنهم و يطلقون تلك الألفاظ على الفاقد للبعض تنزيلاً له منزلة الواجد ...»

بیانات مختلف شارع در انواع مختلف تصرف در موضوع عرفی

اگر این بیان را بپذیریم یعنی بپذیریم که در ادله امضا شارع مقدس بدون تصرف در موضوع، با احکام لاحقه تغییراتی در موضوع به وجود می آورد. ولی این تغییرات از نوع تصرف تحدیدی نیست، بلکه از نوع تغییراتی است که آخوند به آن تسامح در تطبیق می گفت، آن گاه می توان چند نوع حکم شارع بر موضوعات عرفی را تصویر کرد:

(الف) یک نوع این است که شارع موضوع عرف را بگیرد و به آن چیزی اضافه یا از آن کم کند این نوع تصرف، تصرف تحدیدی است.

(ب) یک شکل دیگر این است که تسامح در تطبیق کنیم یعنی ذهن دیگر سخت گیری در تطبیق بر موضوع نمی کند. این نوع دخالت شارع، خطاب شرعی خاص خود را می خواهد.

(ج) نوع دیگر این است که شارع بگوید اصلاً به موضوع کاری ندارم، موضوع، عرفی است ولی مصلحتی هست که شما نمی بینید. و شارع آن را می داند و آن را بر موضوع اعمال می کند. این لسان، لسان تخصیص است.

در این صورت نوع بیان شارع در موضوع عرفی انحاء مختلفی دارد. به همین دلیل باید ببینیم حکم شرعی در این موارد چگونه است. برخی خطابها تصریح دارند که جعل عرض مفارق می کنند و ربطی به موضوع ندارند، مثل خطاباتی که اثبات حقوق یا مثلاً خیار فسخ می کنند. برخی خطابات عرض لازم جعل می کنند، ولی به موضوع دست نمی زنند و ربطی به طبع اولی موضوع ندارد. برخی خطابات نیز واقعا در طبع اولی تصرف می کنند. اشکالی ندارد، که منظور از حقوق جواز و لزوم به موضوع از قبیل همین عرض لازم باشد که آن هم از نوع تسامح در تطبیق باشد یعنی بدون اینکه در طبع اولی دخالت کند. البته نمی گوئیم منظور شیخ این است، عبارت شیخ صریح است اگر مجمل بود می شد چنین احتمالی داد. این بیانی که مطرح شد بیان حضرت امام (ره) بود. با بیانی که گفتیم می شود اشکال دلالت آیات را رفع کرد. این بیانات روی «عقد» هم پیاده می شود.

ارتباط این راه حل و قسم رابع وضع

اگر کسی بتواند در علم اصول قسم رابع وضع را ممکن بداند، و قسم رابع را عرفی بداند و بگوید غالب استعمالات عرفی که موضوع له ساز هستند از قبیل قسم رابع هستند و اقسام اربعه را هم اقسام اربعه جعل نداند بلکه اقسام اربعه وضع به تعریف آخوند - یعنی حاصل مصدری وضع - باشد. و نتیجه این شود که لفظ «عقد» در ابتدا برای معامله ی پایاپای و زمختی که هیچ انعطافی ندارد وضع شده و کم کم شکل های آن عوض شده و به جایی رسیده که جوامع عرفی کم کم با هم ارتباط پیدا کردند و سپس روابط بین اجتماعات گسترده تر شد. این ترابط ها کم کم عناوین را توسعه و تضییق داد تا زمانی که این به محکمه شارع رسید. از اینجا اصول باید بگوید شارع نسبت به این موضوع چه کرده است؟ دخالت شارع از قبیل تحدید درون موضوعی است یا تسامح در تطبیق به نظر آخوند است یا از قبیل تخصیص حکمی است؟ و با اختیار نظر خود به سراغ معانی ادله برود. علامه طباطبایی در المیزان فرموده الفاظ برای ارواح معانی وضع شده اند، این بیان علامه نیز به همین نتیجه می رسد.

امام این نکات را در بحث خیارات و بعد در ابتدای بیع مطرح کرده است. بخش دیگری از این بحث هم در آثار اصولی ایشان آمده است یعنی در جایی که در امکان تصرف یک حاکم در حکم دیگر بحث می کند. و پاسخ به این سوال که آیا شارع در موضوع عرف تصرف می کند یا حکمی در رتبه ثانوی صادر می کند؟

درس نهم/ استدلال بر لزوم معاطات بر اساس حدیث سلطنت

دلالت حدیث سلطنت بر لزوم

و منها: قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم». وقد استدلل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبیلی قدس سره بناءً على أن الشرط مطلق الإلزام والالتزام ولو ابتداءً من غير ربط بعقد آخر، فإن العقد على هذا شرط، فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدي عنه^١، فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم في أوفوا بالعقود. لكن لا يبعد منع صدق الشرط في الالتزامات الابتدائية، بل المتبادر عرفاً هو الإلزام التابع،

بررسی دلالت روایت بر لزوم عقد

اگر بتوانیم اثبات کنیم که کلمه شرط بر عقد یا بر بیع صادق است، می توان گفت «المؤمنون عند شروطهم» به این معناست که این بیع «على ذمتهم او يجب عليهم الوفاء به» یعنی «المؤمنون عند بيعهم او البيع على ذمتهم». شیخ می گوید اگر صدق عنوان شرط بر بیع درست شد همان مکانیزم استدلال در «أوفوا بالعقود» در این دلیل نیز جاری می شود. اینجا کلمه شرط دو استعمال دارد. فقها این را در توضیح خیار شرط بیان می کنند. در مکاسب نیز در ابتدای جلد ششم شیخ چند صفحه در این باب بحث کرده است.^٢ و عبارت آنجا مکمل این عبارت است. در مقدمه اول بحث در این است که آیا ظاهر اطلاق شرط فقط بر شروط ضمنیه درست است یا بر شرط و الزام ابتدایی هم اطلاق می شود؟ آیا مطلق الزام، شرط است یا فقط الزام ضمنی^٣ مصداق شرط است؟ شیخ می گوید اگر بتوانیم شرط را بر الزام ابتدایی اطلاق کنیم، هر الزام و التزامی مصداق عنوان شرط می شود و آن گاه بیع و عقد هم نوعی التزام و شرط است. در این صورت می توان از «المؤمنون عند شروطهم» استفاده کرد و بیع و غیر بیع را نیز شامل می شود.

تفاوت مختار شیخ در جلد پنجم و ششم مکاسب

شیخ در اینجا ضمن استناد به قاموس می فرماید اگر کسی موارد استعمال کلمه شرط را بررسی کند می بیند که این لفظ در الزام و التزام ابتدایی به کار نمی رود. شیخ در خیار شرط مفصل از این نظریه عبور می کند و حتی عبارت قاموس را توجیه می کند. عبارات زیادی نیز از باب نکاح و نذر و ... می آورد تا نشان دهد شارع شرط را در الزام ابتدایی استعمال کرده است. نتیجه بیانات شیخ در جلد ششم این است که یا به عنوان اهل اللسان از این کثرت استعمال نتیجه می گیریم که استعمال شرط در مطلق الزام بدون قرینه و حقیقی است و تبادر از شرط مطلق الإلزام است. یا حداقل از این استعمالات متوجه می

^١ باید در فقه اللغة بررسی کنیم که مدلول این روایت وجوب است یا حرمت یا مطلق حکم الزامی؟

^٢ کتاب المكاسب ج ٦، ص: ١١

^٣ الزام ضمنی، الزامی است که در ضمن عقد دیگری محقق شود. مثل این که بگوییم «بعت بشرط کذا».

شویم که در لسان شارع مقدس ظهور شرط در شرط مطلق است، حال چه این استعمال حقیقی باشد چه مجازی. پس عبارات شیخ در اینجا ناقص است و نظر شریفشان در آن جا عوض می شود و با آن عبارات شیخ، این دلیل هم تام می شود.

كما يشهد به موارد استعمال هذا اللفظ حتى في مثل قوله عليه السلام في دعاء التوبة: «وَلَا يَرْبُّ شَرْطِي أَنْ لَا أَعُودَ فِي مَكْرُوهٍ، وَعَهْدِي أَنْ أَهْجُرَ جَمِيعَ مَعَاصِيكَ»، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي أَوَّلِ دَعَاءِ النَّدْبَةِ: «بَعْدَ أَنْ شَرِطْتَ عَلَيْهِمُ الزَّهْدَ فِي دَرَجَاتِ هَذِهِ الدُّنْيَا» كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ تَأَمَّلَهَا.

بررسی شواهد صدق شرط در الزام ضمنی

شیخ در عبارت «وَلَا يَرْبُّ شَرْطِي أَنْ لَا أَعُودَ فِي مَكْرُوهٍ» معتقد است اینجا هم مثل یک معامله با خدا بر سر غفران است که شرط آن عدم عود است. یعنی شرط ضمنی است. و در عبارت «بَعْدَ أَنْ شَرِطْتَ عَلَيْهِمُ الزَّهْدَ فِي دَرَجَاتِ هَذِهِ الدُّنْيَا» منظور معامله ای برای ارتقای درجه معصوم بوده است که شرط ضمنی آن زهد است. اما در هر دو شاهد باید ببینیم آیا اصلاً محل بحث در آن معامله است؟ چون اگر استظهار کردیم که شرط در الزام ضمنی می آید، الزام ضمنی نزد عقلا در معامله معنا دارد. به همین دلیل بین عقد و عهد فرق گذاشتیم و گفتیم عقد «شُدُّ طَرَفِي الْحَبْلِ مُحَسَّوسًا» است.

این دو عبارت برای شیخ شاهد است، دلیل اصلی ایشان تبادر است. با استعمالات مخالف این استعمال نمی توان دلیل شیخ را نقض کرد چون در عرض تبادر، تبادر قرار می گیرد نه سایر استعمالات. به همین دلیل اگر بخواهیم بگوییم شرط در مطلق الزام حقیقت است باید به تبادر یا سایر علامات حقیقت و مجاز تمسک کنیم. در این فضا «لَا يَبْعَدُ» شیخ باید معنا شود. «لَا يَبْعَدُ» در کتاب لغت در واقع بو کشیدن برای رسیدن به معنای حقیقی در وضع و رسیدن به ظهور در استعمال است. لذا در مقام تعیین معنا از لفظ چه در مراد جدی و چه موضوع له نمی توان با خط کش تعیین کرد بلکه باید بررسی کاملی انجام داد تا به نتیجه برسیم و در اینجا است که می گوییم «لَا يَبْعَدُ». چون بحث لغت و وضع و استعمال غیر از برهان فلسفی و منطقی است.

مع أَنَّ كَلَامَ بَعْضِ أَهْلِ اللُّغَةِ يُسَاعِدُ عَلَى مَا ادَّعَيْنَا مِنَ الْإِخْتِصَاصِ فِي الْقَامُوسِ: الشَّرْطُ الْإِزَامُ الشَّيْءُ وَالتَّزَامُهُ فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ.

برخی گفته اند چون شیخ قول لغوی را حجت نمی داند از تعبیر «يُسَاعِدُ عَلَى مَا ادَّعَيْنَا» استفاده کرده است، برخی هم گفته اند چون شیخ دلیل تام یعنی تبادر قطعی داشت دیگر نیازی به این دلیل نبود. چون قول لغوی اماره ظنی است. در هر صورت در عبارت قاموس نیز تعبیر «فِي الْبَيْعِ» آمده است. این قید در مقام تعریف، احترازی است و نشان میدهد عقد ضمنی مد نظر است.

شیخ دقیقاً همین مکانیزم را در باب شرط در جلد ششم پیاده می کند و به سراغ روایات می رود. ولی روایاتی که اساساً در باب عقد هستند نه مانند دو بخش از ادعیه که در اینجا مثال زده شد. البته در پایان آن بحث اختلافی بین محشین وجود دارد، که مختار شیخ در نهایت اثبات اعمیت مطلق شرط نزد شارع است یا شیخ در آنجا به تبادل رسیده است که مطلق شرط مد نظر است. بحث پیرامون نظر شیخ را به جلد ششم موکول می کنیم/

استدلال بر روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا»

فی آن «البیعان بالخیار ما لم یفترقا»، و آنه «إذا افترقا وجب البیع»، و آنه «لا خيار لهما بعد الرضا»
«۵». فہذہ جملہ من العمومات الدالۃ علی لزوم البیع عموماً أو خصوصاً

برخی در مفهوم گیری و حجیت مفهوم این روایت مباحثی دارند اما نیازی به بحث نیست چون مفهوم روایت «البیعان بالخیار» به صورت صریح و منطوقی در روایت منقول از حلبی آمده است که می فرماید: «إذا افترقا وجب البیع». در روایت دیگری نیز آمده است: «لا خيار لهما بعد الرضا» که به قرینه «بعد الرضا» منظور همان بعد الافتراق است. این روایت نیز با این نگاه دال بر لزوم است. در پایان شیخ می فرماید این عمومات بر لزوم بیع «عموماً أو خصوصاً» دلالت می کند یعنی چه مطلق عقد و چه خصوص بیع.

دلیل استصحاب بر لزوم عقد

و قد عرفت أن ذلك مقتضى الاستصحاب أيضاً. و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع
علاقۃ المالك «۷»، فإن الظاهر من کلماتہم عدم انقطاع علاقۃ المالك عن العین التي له فیہا
الرجوع، و هذا الاستصحاب حاکم^۱ علی الاستصحاب المتقدم المقتضى للزوم. و رد بآنہ: إن أريد بقاء
علاقۃ الملك أو علاقۃ تنفرع علی الملك، فلا ريب

قبل از این استصحاب را از شیخ خواندیم. موضوع استصحاب، اثر بود. تقریر استصحاب در این باب این است که ما یقین سابق به ترتب اثر داشتیم بعد از فسخ شک می کنیم و استصحاب بقای اثر می کنیم که این بقای اثر مساوی لزوم است.

اشکال به استصحاب بقای اثر

برخی به این استصحاب اشکال کردند.^۲ گفتند استصحاب اثر در اینجا مسبب از این است که فسخ نافذ نامعلوم باشد. چون اگر فسخ نافذ باشد نوبت به شک نمی رسد. پس استصحاب به این علت جاری است که نفوذ فسخ نامعلوم است یعنی رکن دوم استصحاب نتیجه شک در تاثیر فسخ است بنابراین اگر بتوانیم شک در تاثیر فسخ را با استصحاب دیگری حل کنیم، این استصحاب حاکم بر استصحاب بقای اثر خواهد بود. آن استصحاب حاکم، استصحاب بقای علقه است. در این استصحاب می گفتند مالک، قبل از عقد با شیء علقه ای داشت بعد از انعقاد عقد شک می کنیم که این علقه کاملاً نابود شد یا هنوز بخشی

^۱ سوالی را باید در اصول رسیدگی کنیم: حکومت استصحاب سببی حکومت اصطلاحی در برابر ورود است یا از نوع دیگری است؟

^۲ این مطلب به تفصیل در ادله معاطات آمد.

از آن باقی است؟ اینجا استصحاب بقای علقه می کنیم که اثر آن نفوذ فسخ است. لذا دیگر نوبت به استصحاب بقای اثر نمی رسد.

پاسخ شیخ به اشکال استصحاب سببی

شیخ به این اشکال پاسخ می دهد. طبق بیان ایشان در اینجا سه فرض وجود دارد: یا علقه مورد نظر علقه‌ی ملکیت^۱ است.^۲ یا منظور سلطنت بر اعاده عین است تا بتواند عین را دوباره به ملک خودش بر می گرداند. یا این علقه، علقه باقیمانده از خیار مجلس است.

اگر منظور بقای علقه مالکیت است بر اساس آن استصحاب نداریم چون با ایجاد سبب تام (بیع) آن علقه از بیع رفته است یعنی یقین به رفع آن داریم. اگر منظور از علقه، سلطنت بر رد عین باشد، این علقه اساساً حالت سابقه ندارد. چون «اعاده العین فی الملک» متفرع بر خروج عین از ملک است یعنی باید آن عقد تام بوده باشد تا عین از ملک خارج شود، در این صورت سلطه ثانویه بر اعاده نیاز به دلیل دارد که در خیار و در هبه جائزه دلیل داریم ولی در اینجا مفروض عدم دلیل است.^۳

فرض سومی نیز در اینجا وجود دارد در فرض سوم می گوییم در لحظه انعقاد بیع، مجلس بیع وجود دارد. وی یکی از خیارات، خیار مجلس است. در این صورت می توان گفت بیع اساساً از ابتدا جائز منعقد شده است. یعنی روایت خیار مجلس برای آن اول بعد از انعقاد بیع دلیلی برای سلطنت بر اعاده عین درست کرده است. بعد از تمامیت مجلس اگر در بقای این سلطنت شک کنیم آن خیار را استصحاب می کنیم. اما شیخ این فرض را نیز رد می کند و به آن سه اشکال می گیرد:

اولاً: شاید متباین از ابتدا شرط کنند که خیار مجلس نداشته باشند.

ثانیاً: شاید شک به وجود آمده لزوماً شک استصحابی نباشد یعنی شاید در این فرض دلیل اجتهادی داشته باشیم. اگر «اوفوا بالعقود» در آن بعد از مجلس نافذ بود که هست دیگر خبری از خیار مجلس نیست.

ثالثاً: اصلاً خود روایات خیار مجلس نافی شک است چون تصریح می کند که بعد از پایان مجلس خیار از بین می رود: «إذا افترقا وجب البیع»

امکان وجود علقه غیر ملکی بین عین و فرد

شیخ در عبارت فرموده است: «و ربما يقال: إن مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك» یعنی چه علقه ملکی چه سلطنت بر اعاده باشد. به تعبیر حضرت امام گاهی شیء با فرد علقه ای دارد در حالیکه آن شخص مالک هم نیست. این را در تعریف مبادله مال بمال بحث کردیم. در آنجا «بیع» را به «مالین» نسبت دادیم نه «شخصین». حتی شیخ که در تعریف تصرف کرد و فرمود «و الظاهر اختصاص المعوض بالعین»، در اصل اینکه اضافه به مالین است تصرفی نکرد. این توضیح ثمراتی در بیع موقوفات و اموال زکوی و سهامی عام امروز (که اشخاص هیچکدام مالک نیستند) موثر است.

^۱ البته اینجا باید بحث کنیم این علقه، علقه ملکیت است یا مالیکت، در کتاب البیع اینها دو نوع علقه بودند.

^۲ یا علقه مالکیت یا علاقانی که متفرع بر مالیکت هستند.

^۳ پیش از این دیدیم که شیخ مرجع استصحاب را این گونه توضیح می داد: «مرجع الی اصالت عدم ارتفاع الاثر» آنجا سوال پیش آمد که چرا شیخ استصحاب را عدمی معنا می کند؟ پاسخ هایی نیز به این سوال داده شد. پاسخ دیگری که به این سوال می توان داد این است که منظور عدمی کردن استصحاب نبود بلکه شیخ بنا داشت موضوع استصحاب را که اثر است منقح کند. چون در آنجا موضوعات دیگری را استصحاب کنیم. به نظر شیخ استصحاب عدم اثر بر خلاف آن موضوعات، هم ارکان تامی دارد و هم به اصل مثبت نمی انجامد.

درس دهم / بررسی قول علامه در سبق در اصل عدم لزوم

بررسی نظر علامه در اصل عدم لزوم در سبق و رمایه

ثمَّ إِنَّهُ يَظْهَرُ مِنَ الْمَخْتَلَفِ فِي مَسْأَلَةِ أَنَّ الْمَسَابِقَةَ لَازِمَةٌ أَوْ جَائِزَةٌ: أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ اللِّزُومِ، وَ لَمْ يَرِدْ مِنْ تَأَخَّرَ عَنْهُ إِلَّا بَعْمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، وَ لَمْ يُعْلَمْ وَجْهُ صَحِيحٌ لِتَقْرِيرِ هَذَا الْأَصْلِ. نَعَمْ، هُوَ حَسَنٌ فِي خُصُوصِ عَقْدِ الْمَسَابِقَةِ وَ شَبِهِهِ مِمَّا لَا يَتَضَمَّنُ تَمْلِيكًا أَوْ تَسْلِيطًا؛ لِيَكُونَ الْأَصْلُ بَقَاءَ ذَلِكَ الْأَثَرِ وَ عَدَمِ زَوَالِهِ بِدُونِ رِضَا الطَّرَفَيْنِ.

اشکالی اینجا وجود دارد. گفتیم اولین کسی که جمله «الاصل في العقد للزوم» را به کار برده است مرحوم علامه در تذکره و مختلف است. اما خود علامه در مختلف فرموده در سبق و رمایه حکم به جواز می کنیم چون اصل در معامله عدم لزوم است. شیخ می گوید اولاً این مطلب با بیان اول علامه تناقض دارد. ثانیاً، وقتی به عبارات متاخرین نگاه می کنیم آن ها اشکال به اصل جواز را اوفوا بالعقود دانسته اند یعنی گفته اند اصل جاری نیست چون مخالف اوفوا بالعقود است. شیخ می گوید ولی در گذشته برای توضیح اصالت لزوم از اصل عملی هم بهره بردیم لذا اصل جواز حتی با چشم پوشی از «اوفوا بالعقود» نیز جاری نیست و اصل لزوم ثابت است. «لم يعلم» هم در عبارت بر می گردد به همان مطلبی که پیش از این گفتیم و اصل اولی را با استصحاب تقریر کردیم و بر این اساس حتی بدون عمومات، اصل عدم لزوم که در کلام علامه آمده است مردود است. شیخ سپس «نعم» می گوید و استدراک می کند. ایشان می فرماید شاید کسی بگوید در برخی عقود که اثر خارجی دارد مثل بیع که تملیک را محقق می کند یا اجاره که تسلط بر منافع ایجاد می کند، و اثر خارجی ایجاد می شود در اینجا می توان در هنگام شک اثر را استصحاب کرد. ولی در برخی عقود مانند جعاله از ابتدا اثر خارجی محقق نیست. سبق و رمایه هم به همین شکل است چون از ابتدا اصلاً مسابقه ای رخ نداده تا سابق معلوم شود. به همین دلیل نمی توان مانند بیع و اجاره در اینجا نیز استصحاب اثر کرد. بر همین اساس شیخ می گوید شاید محمل کلام علامه در سبق و رمایه همین مساله باشد.

بررسی امکان استصحاب عدم حدوث اثر برای اثبات لزوم

شاید در اینجا سوالی مطرح شود که آیا می تواند استصحاب عدم حدوث اثر را جاری دانست و بر اساس آن قائل به جواز شد؟ پاسخ این است که در استصحاب عدمیات یکی از مبانی کسانی که استصحاب عدم ازلی را اصلاً حجت نمی دانستند این بود که دائماً استصحاب عدمی با یک استصحاب وجودی تعارض می کند و تساقط پیش می آید. کسانی که این استصحاب را حجت می دانند - مانند محقق خویی - می گویند در جایی به استصحاب عدمی می رسیم که در آن رتبه هیچ اصل وجودی نداشته باشیم لذا تا تنقیح و فحص تمام استصحاب های وجودی صورت نگیرد نمی توانیم استصحاب عدمی را جاری کنیم. شیخ در دو جا به این مطلب اشاره کرده است. یکی در استصحاب زمانیات در نزاع با نراقی^۱ در قید یا ظرف بودن زمان و یکبار ذیل تنبیه استصحاب کلی.^۲

^۱ رسائل، ج ۳، ص ۲۰۸

^۲ رسائل، ج ۳، ص ۱۹۱

ابتنای نقد شیخ بر جعاله بودن سبق در نگاه علامه

این مطلبی که شیخ در مورد مسابقه گفت و علامه هم بیان کرد متوقف بر چند اصل موضوع در خود سبق و رمایه است. مثلاً: آیا سبق و رمایه عقدی مستقل است؟ این مطلب اجماعی نیست برخی گفته اند عقد مستقل است چون فقها باب مستقلی باز کرده اند و برخی هم گفته اند عقد مستقلی نیست. برخی از آن ها که گفته اند سبق و رمایه عقد مستقلی نیست حجیت آن را از باب جعاله دانسته اند و برخی گفته اند از باب اجاره است. این دو قول هنوز هم قائل دارد. مثلاً می گویند این دو نفر در این مسابقه در حکم اجیر نسبت به میزبان و برگزارکننده مسابقه هستند لذا میزبان باید سایر شئونات آنها را تقبل کند. آنها که قائل به جعاله اند می گویند در این مسابقه اگر کسی به هدف نزند چیزی به دست نمی آورد در حالی که در اجاره این گونه نیست. اشکالاتی هم که به علامه در خصوص سبق وارد شد همه مبتنی بر یکی از مبانی در باب سبق و رمایه است. ثمره این حرف این است که ما یکبار می خواهیم قول مختار بگوییم مثلاً سبق را جعاله می دانیم و می گوییم جعاله از مقوله عقود هستند که اثر خاص ندارد.^۱ در این صورت وقتی اثر ندارد استصحاب بقای اثر جاری نیست و بعد می شود بحث کرد که استصحاب عدمی داریم یا نه. این مطلب ربطی به نوع عقد ندارد صرف اثبات عدم اثر کافی است. ولی اگر کسی گفت سبق از باب اجاره است، دیگر نمی تواند اثر را نفی کند زیرا اجاره نمی تواند اثر نداشته باشد، آن گاه باید به سراغ راه دیگری برویم و اثر آن را تصویر کنیم. اینجا وارد بحث احکام تعلیقی می شویم یکی از تنبیهات استصحاب، استصحاب احکام تعلیقی است که در رسائل هم بحث داشتیم که آیا استصحاب فقط در تجیزی ها جاری است یا در تعلیقی ها هم جاری است. اما قبل از استصحاب احکام تعلیقی، اگر کسی گفت سبق از باب اجاره است خود سبق باید اثر داشته باشد و باید ببینیم این اثر تعلیقی است یا تجیزی. لذا تمام بحث های شیخ مبتنی بر یک مبناست و اگر بخواهیم کلام علامه را توجیه کنیم که غرض «نعم» شیخ است باید بگوییم علامه سبق را از باب جعاله و بی اثر می داند.

بررسی اصل لزوم عقد در شبهه مصداقیه

ثم إنَّ 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 الجائر، بناءً على أنَّ
المرجع في الفرد المردد بين عنواني العام والمخصص إلى العموم. 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 الجائر، كما إذا شك في أن الواقع هبة أو
صدقة، فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة

شیخ می گوید یکبار اصالت اللزوم را در حکم شرعی پیاده می کنیم مثل این که در عقدی شک می کنیم فسخ نافذ است یا نیست. ولی یکبار این اصل را در شبهه مصداقیه پیاده می کنیم. مثلاً قبض و اقباضی در خارج رخ داده ولی شک داریم که این مصداق هبه است یا صدقه، و می دانیم که صدقه عقد لازم و هبه عقد جائز است. وقتی در مصداق بحث می کنیم چند

^۱ باز جواز و لزوم مساله دیگری است اینکه جواز و لزوم به اثر خاص وصل شود خودش محل بحث است.

فرض وجود دارد. گاهی دوران بین دو عقد است ولی گاهی تردید در دو قسم یک عنوان است در صورتی که یکی لازم و یکی جائز است مثل شک بین هبه به رحم و غیر رحم. لذا مطلب را اینجا کلی طرح می کنیم. و بعد از باید روی هر مساله تعیین موضع کنیم. مثلاً در جایی که دو قسم از یک عنوان محل بحث باشد، شاید دلیل اولی عنوان، خودش تعیین کننده باشد، مثلاً شاید اصلی در هبه داشته باشیم که طبق آن «الأصل فی الهبه انها لازمه او جائزه». ولی در اینجا کلی بحث می کنیم.

شیخ تمام این فروض را در بحث توضیح می دهند. ایشان می گوید عده ای در اینجا با عموم «اوفوا» کار می کنند و برخی هم اشکال می کنند که تمسک به «اوفوا»، تمسک به دلیل در شبهه مصداقیه است. اگر کسی این را گفت می گوید دلیل اجتهادی نداریم و باید به سراغ اصل عملی برویم. در اصل عملی شاید بگوییم اصل حاکم داریم و شاید هم قائل شویم که اصل حاکم نداریم. اگر اصل حاکم نداشته باشیم استصحاب بقای اثر می کنیم و کلی لزوم اثبات می شود. و اگر گفتیم اصل حاکم داریم به اصل حاکم که اصل موضوعی است عمل می کنیم. شیخ دوران بین صدقه و هبه را به عنوان موردی که اصل موضوعی داریم مثال می زند و می فرماید اگر بگوییم اصل، عدم قربت است چون می دانیم صدقه متوقف بر قصد قربت است پس خروجی این اصل موضوعی اثبات هبه می شود.^۱

البته در هبه و صدقه دوباره باید مبنا معلوم شود مثلاً کسی شاید بگوید هبه و صدقه دو عنوان متباین اند نه اقل و اکثر به حسب اجزاء. یعنی نسبت آن دو به شرط شیء و لا بشرط نیست. این اصل موضوعی بنا بر این بود که هبه لا بشرط و صدقه بشرط شیء باشد، تا با نفی صدقه هبه ثابت شود. ولی اگر متباین باشند دیگر از نفی صدقه، هبه ثابت نمی شود در این صورت اثبات هبه، اصل مثبت است. چون در اینجا این طور می شود که فقط دو عقد داریم و با نفی یکی، دیگر ثابت می شود. ولی اگر این دو بشرط شیء و لا بشرط باشند تصویر این گونه است که هبه و صدقه در اصل تملیک مجانی مشترکند و صدقه اضافه ای به نام قصد قربت دارد در اینجا نفی قصد قربت، تملیک مجانی را ثابت می کند که منطبق بر هبه می شود و این اصل مثبت نیست. پس این بیانات باز هم مبتنی بر مختار هر فقیه است. مشهور قائل است که صدقه و هبه نسبت به هم به شرط شیء و لا بشرط هستند ولی صاحب جواهر این دو عقد را متباین می داند. پس اگر اصل موضوعی نداشته باشیم به سراغ استصحاب بقای اثر می رویم.

در عبارت: «كما إذا شك في أن الواقع هبة أو صدقة، فإن الأصل عدم قصد القرية، فيحكم بالهبة الجائزة». استصحابی که شیخ تصویر می کند در اجزاء و شرایط است، استصحاب در اجزا و شرایط هیچ گاه اصل مثبت نیست. این مطلب در قواطع و موانع صلو و صوم ثمره دارد. مثلاً با استصحاب نفی جزء کرده و اثبات صحت یا تمامیت صلو می کنیم. برخی اثبات صحت را اصل مثبت می دانند ولی تمامیت را اصل مثبت نمی دانند چون تمامیت به عنوان کل و جزء بر می گردد ما نفی جزء کردیم و نفی جزء همان اثبات کل است. و این اصلاً اصل مثبت نیست. این طور نیست که هر جا لفظی عوض شود اصل مثبت پیش آید.

عدم اثبات نوع عقد به واسطه استصحاب بقای اثر

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

^۱ البته این شاید اصل مثبت باشد ولی اینجا لزوماً مختار شیخ نیست.

عقد إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه، فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة، وإذا 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 احتمل كونه مصداقاً لها، كان الأصل البراءة أيضاً.

استصحاب بقای اثر، کلی لزوم عقد را ثابت می کند ولی عنوان خاص این معامله را در شبهه مصداقیه ثابت نمی کند. زیرا اثبات عنوان خاص معامله، اصل مثبت است. حال اگر این استصحاب فقط کلی لزوم را ثابت کرد باید دید آثار عنوان خاص عقد را چه سرانجامی پیدا می کند؟ مثلاً عنوان اول، بیع و عنوان دوم هبه است و هر کدام آثار خاصی دارند. شیخ در اینجا دو مثال از آثار را هم مطرح می کند. یک مثال اشتغال ذمه به ادای عوض است که اثر بیع است. اگر آن عقد خاص، بیع باشد، ذمه متعاقد به اعطای عوض مشغول است. شیخ می گوید اگر با استصحاب بقای اثر بیاییم عنوان بیع ثابت نمی شود لذا آثار خاصه بیع هم ثابت نمی شود. اگر با دلیل اجتهادی عنوان بیع را ثابت می کردیم آثار آن هم جاری می شد. اثر دیگری که شیخ مثال می زند ضمان است. فرض کنیم عقد محل بحث فاسد شود حکم ضمان چیست؟ در ضمان - در بیع هم چند جا داشتیم - یکبار ضمان را به عنوان باب فقهی می خوانیم. و گاهی آن را در ضمن سایر ابواب می خوانیم. ضمان جزو مسائل فقهی است که اگر در یک باب خاص بخوانیم تلقی کامل نمی شود چون مسقطات و مثبتات ضمان در فقه پخش است و در باب ضمان به طور کامل نیامده است. لذا بهتر این است که ضمان را به صورت قاعده فقهی ناظر به تمام ابواب بخوانیم. مثلاً یکی از مثبتات ضمان اتلاف است: «من اتلف مال الغير فهو له ضامن»، اتلاف ناظر به فاعل است بنابراین استناد به فاعل باید صادق باشد، تا ضمان صدق کند. یکی دیگر از مثبتات ضمان قاعده «على اليد» است. این قاعده اعم از اتلاف است. یکی از بحث ها در آنجا این است که خود قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» جزو مثبتات ضمان است یا تنقیح مجاری ضمان می کند؟ اگر بگوییم فقط تنقیح مجرا می کند - که نظر شیخ هم ظاهراً همین است - یعنی هر عقدی که صحیحش ضمان آور باشد فاسدش هم ضمان آور است ولی اینکه ضمان آن چیست را معلوم نمی کند. این معنای آن است که بگوییم فقط تنقیح مجرا می کند ولی اگر مثبت باشد باید نوع را معلوم کند مثلاً در «من اتلف» نوع ضمان، ضمان واقعی است ولی در عقود معاوضی، مثبت ضمان، ضمان مسمی است. ضمان «على اليد» اعم است، با عقد معاوضی جمع می شود و ضمان مسمی را ثابت می کند، با «من اتلف» هم جمع می شود و ضمان واقعی را ثابت می کند. پس مثبت ضمان چیزی است که نوع ضمان را معلوم کند. یکی دیگر از مثبتات ضمان، اقدام علی الضمان است. شیخ در اینجا با دو مورد از مثبتات کار می کند، با اینکه در مورد فاسد سخن می گوید ولی با قاعده «ما يضمن بصحيحه ...» کار نمی کند. این نشانگر این است که شیخ این قاعده را مثبت ضمان نمی داند. بلکه فقط منقح مجرا می داند.

شیخ می گوید ممکن است کسی بگوید اگر عموم «ووفوا» بیع بودن معامله محل بحث را ثابت کند ضمان هم ثابت می شود ولی اگر با اصل عملی آمدم، شاید کسی بگوید در اینجا حداقل عموم «على اليد» جاری است و چون جاری است ضمان داریم. شیخ می گوید اگر این باشد ضمان ثابت می شود. ممکن است کسی بگوید عموم «على اليد» نداریم ولی مثبت دیگری برای ضمان داریم که اقدام علی الضمان است. ولی اقدام علی الضمان مشکوک است چون اگر این معامله هبه باشد اقدام علی الضمان نبوده است ولی اگر بیع باشد اقدام علی الضمان وجود دارد. چون این اقدام مشکوک است برائت نسبت به ضمان

جاری است. البته شاید بتوان گفت این اشکال بر «علی الید» هم وارد است چون علی الید هم یک طرف ید ضمانی و یک طرف ید غیر ضمانی - هبه - جاری است.

در عبارت: «فإذا شك في اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة» شیخ «التي ...» را می گوید و به واسطه آن می خواهد تعریضی هم داشته باشد. به نظر ایشان در جایی که اصل عملی داریم و رفع تحیر می کنیم این طور نیست که چون موضوع لزوم بود آثاری هم که تا آخر پیاده می شوند باید لازم باشند. مثل وضو با آب مشکوک به نجاست که پس از آن استصحاب طهارت دست می کنیم پس دست و صورت را طاهر می دانیم ولی از طرفی استصحاب عدم حدوث سبب شرعی طهارت می کنیم لذا وضو را محقق نمی دانیم. و این مطلب هیچ اشکالی ندارد چون مقام رفع تحیر است. اصلاً اصل موضوع را احراز نمی کنیم. این مطلب برمی گردد به مجرای همان قاعده که آیا موضوع در همه جا - حتی اصول عملیه - علت حکم است. اگر این طور باشد حتی اگر با استصحاب موضوعی ثابت شد دیگر از احکام آن نمی توان تخطی کرد. باید سعه ی دلیلی که می گوید موضوع علت حکم است را باید بررسی کنیم. آیا علیت موضوع برای حکم فی الواقع است یا فقط در محکمه شارع؟ و تا کجا در محکمه شارع این قاعده جاری است؟ این مطلب را هم در مفاهیم و هم در استصحاب احکام عقلی و شرعی هم داشتیم. شیخ با همین قاعده استصحاب احکام عقلی را باطل می کند در اصول فقه هم ابتدا در مفاهیم با این بحث آشنا شدیم.

درس یازدهم / فی اقسام الخيار – خيار مجلس

اقسام خيار

فی اقسام الخيارو هی کثیرة إلا أن أكثرها متفرقة، و المجتمع منها فی کل کتاب سبعة، و قد أنهاها بعضهم إلى أزيد من ذلك، حتى أن المذكور فی اللمعة مجتمعاً أربعه عشر، مع عدم ذكره لبعضها، و نحن نقتفی أثر المقتصر علی السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحقّ عنواناً مستقلاً، إذ ليس له أحكام مغایرة لسائر أنواع الخيار، فنقول و بالله التوفیق. الأول فی خيار المجلس و المراد بـ «المجلس» مطلق مكان المتبايعین حین البيع، و إنما عبر بفرد الغالب، و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذی هو الافتراق. و لا خلاف بین الإمامیة فی ثبوت هذا الخيار، و النصوص به مستفیضة. و الموثق الحاکي لقول علی علیه السلام: «إذا صفق الرجل علی البيع فقد وجب» مطروح أو مؤول. و لا فرق بین اقسام البيع و أنواع المبيع. نعم، سیجیء استثناء بعض أشخاص المبيع كالمنعتق علی المشتري. و تنقیح مباحث هذا الخيار و مسقطاته یحصل برسم مسائل:

تاریخچه احصاء خيارات در کتب فقهی

از گذشته عدد متفاوتی در کتب فقهی در تبویب خيارات بر شمرده می شده است. ولی در ناحیه حکم، خيار تمام موارد خيارات (که تا ۱۴ تا هم می رسد) گفته می شود. پس اگر در اینجا فقط بخشی از خيارات را نام می بریم به این معنا نیست که شیخ سایر خيارات را قبول ندارد. محقق به پنج خيار اشاره کرده در متن و شرح لمعه چهارده خيار شمرده شده است، در جامع المقاصد نیز هشت خيار احصا شده ولی مشهور از هفت خيار نام می برند. حتی جواهر در تتمه عناوین دیگری را نیز اضافه کرده است.^۱

در عبارت «علی السبعة كالمحقق و العلامة قدس سرهما لأن ما عداها لا يستحقّ عنواناً مستقلاً» برخی حاشیه زده اند که محقق در شرایع فقط پنج مورد گفته است. اولاً شاید اشکال وارد باشد و سهوی در متن مکاسب باشد ولی در کتبی مانند جواهر و مسالک که شروح شرایع هستند تا هفت خيار آمده است و شاید شیخ نگاهی به آن شروح دارند. در عبارت «و إنما عبر بفرد الغالب» منظور این است که شاید متعاقدين در حال راه رفتن باشند یا در بیابان باشند، ولی غالب این است که در مجلسی حضور دارند.

در عبارت «و إضافة الخيار إليه لاختصاصه به و ارتفاعه بانقضائه الذی هو الافتراق» ضمیرها به مجلس بر می گردد.

شیخ فرموده است «و النصوص به مستفیضة» اگر تحقیق شود شاید از مطاوی سایر ادله غیر از این ۶ روایتی که صاحب وسائل آورده است ادله ای پیدا شود که خيار مجلس را مفروغ عنه گرفته باشند، که خود آنها به فحوی می توانند به روایات این باب اضافه شوند. یا استفاده هایی که امام از قول حضرت رسول دارد مثل قال: اذا افترقا وجب. که در ضمن روایات ابواب

^۱ برخی حقوقدانان چون حساسیت بیشتری در حقوق دارند به دنبال این خيارات رفته اند. مانند عبدالرزاق سنهوری که مولف کتاب الوسیط فی شرح القانون المدنی للمصر است. کتاب دیگری هم دارند به نام مصادر الالتزام فی الفقه. که شرط را بر شرط ابتدایی تطبیق می دهد. برخی از اینها تا حدود چهل حق خيار را در فقه شمرده اند. لذا عدد خیلی مورد حساسیت نیست بلکه مناطها مهم هستند.

دیگری مثل مضاربه و بیع و ... آمده و در این باب قابل استفاده است. البته در اینجا چندان بحثی نداریم چون ثبوت این خیار ضروری است.

خیار مجلس و روایات دال بر آن

اولین خیاری که شیخ بیان می کند، خیار مجلس است. این خیار از جهت دلیل و مدعا از واضح ترین خیارات است. در فصل اول ابواب خیار، هفت روایت آمده که شش مورد از این روایات دال بر خیار مجلس اند.

مشکل سندی و دلالتی روایت غیاث بن ابراهیم

این هفت روایت سند معتبر دارند و فقط روایت هفتم از جهت سندی گرچه معتبر است ولی موثق شمرده می شود. سند این روایت اینگونه است: باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی اشعری قمی - که از ثقات و اجلاء است - عن احمد بن محمد بن خالد برقی - که در اسناد کافی به صورت احمد بن محمد بدون لقب می آید که یا احمد بن محمد بن عیسی است و یا احمد بن محمد بن خالد برقی که هر دو از ثقات هستند. البته کشی، نقدی بر احمد بن محمد بن عیسی دارد که البته نجاشی و شیخ طوسی این نقد را حمل بر این کرده اند که این نقد و نقض نیست بلکه گفته است که روایاتی که از امام عسکری (ع) در کودکی شنیده محل بحث است. علامه در خلاصه الاقوال خوب این بحث را مطرح کرده است - عن غیاث بن ابراهیم - نفر بعد عن غیاث است، که در برخی نسخ غیاث و در برخی نسخ غیاث بن ابراهیم، آمده است اگر غیاث بن ابراهیم باشد شیعه و زیدی و ثقه است ولی اگر غیاث باشد چون در یک طبقه اند هم غیاث بن کلوب سنی و هم غیاث بن ابراهیم را می گیرد و هر دو هم ثقه هستند چون از غیاث بن کلوب هم روایت زیاد داریم و توثیق هم شده است - عن جعفر عن ابیه عن علی قال: ... که همین روایتی است که در متن آمده است.

چهار قرینه بر موثق بودن این روایت وجود دارد: اولاً یکی از روات این روایت یعنی غیاث بن ابراهیم تمیمی زیدی بوده است، ثانیاً تعبیری است که در مورد امام به کار رفته «جعفر» است. معمولاً شیعه وقتی از امام صادق روایت نقل می کند از تعبیر «ابا عبدالله» استفاده می کند، در حالی که زیدیه و اهل سنت گاهی امام را «جعفر» خطاب می کردند. ثالثاً وقتی در مجلس روایت فردی حضور دارد که امامت امام را قبول ندارد امام سند روایت را تا کسی که آن فرد قبول دارد جلو می برد مثلاً اگر مخاطب سنی است تا پیامبر پیش می رود و اگر زیدی باشد تا امیرالمومنین پیش می رود. و در این روایت امام صادق (ع) سند را به امیرالمومنین (ع) رسانده است. رابعاً این روایت مشکل متنی هم دارد، مشکل این روایت - که از حضرت امیر علیه السلام است - این است که امام فرموده: «إذا صفق الرجل فقد وجب البيع»^۱. امروز هم گاهی رایج است که در پایان مذاکرات دست می دهند و شبیه امضا است. اگر این گونه باشد از جهت زمانی اختلاف ایجاد می شود یعنی ممکن است طرفین در پایان معامله با هم دست دهند ولی نشسته باشند و مجلس به هم نخورده باشد در حالیکه در روایت دیگر داریم «إذا افترقا وجب البيع». یعنی تا زمانی که در مکان و مجلس واحد هستند خیار باقی است. ارزش خیار هم به ارزش زمان خیار است. پس زمان در این خیار بسیار مهم و غیر قابل چشم پوشی است. در حالی که طبق این دو روایت زمان خیار متفاوت است. فتوای مشهور در فقه هم به استناد همان شش روایتی است که افتراق را شرط می داند. لذا فتاوی متفاوتی اینجا وجود دارد. شیخ طوسی این روایت را در استبصار در کنار سایر روایات دیگر آورده و آن را توجیه و تاویل کرده و اشکال سندی و صدوری نکرده است و «وجوب البيع» را به معنای ملکیت - نه لزوم - گرفته است. مرحوم صاحب جواهر در اینجا احتمال تقیه داده است. علامه مجلسی هم از ملامحمدتقی مجلسی احتمال تقیه را نقل کرده است. در هر صورت

باید این روایت را مهجور بدانیم که قطعاً این است و قدما به آن فتوا نداده اند. پس سند روایت قابل اتکا ست ولی شهرت قدمایی برخلاف آن است که سبب هجر روایت نزد مشهور می شود،^۱ عده ای احتمال تقیه داده اند مثل مجلسیین و صاحب جواهر، شیخ و علامه در مختلف هم تلاش بر توجیه داشته اند.

شیخ در عبارت دو صفت مطروح و موول را نسبت به این روایت بیان کرده است، مطروح بر اساس نظر کسانی است که که اعراض قدما را تمسک کرده اند یا کسانی که در جهت صدور خدشه کرده اند و گفته اند این روایت تقیه ای است مانند مجلسیین و جواهر. موول، همان نظری است که شیخ طوسی دارد یعنی روایت را تاویل کرده است. به نظر عبارت شیخ در استبصار و تهذیب در توجیه یکی است. شیخ گاهی در تهذیب روایات مسنده و معتبره را می آورد و آن روایات تهافت داخلی هم دارند ولی ایشان متعرض آن نمی شود و فقط ذیل روایات مفتی بها فتوایش را نقل می کند و بعد در استبصار آن ها را جمع می کند. ولی به نظر می آید شیخ یک توجیه را پیرامون این روایت در تهذیب و هم در استبصار نقل کرده است. که همین توجیه را صاحب و سائل نیز ذیل روایات باب آورده است و فرموده «و قد حمله الشیخ ...». در هر صورت به همان روایات شش گانه فتوا داده شده است و این روایت کنار گذاشته شده است.

نقش نظام اصولی در تحلیل های فقهی فقها

تحلیل بیانات فقها تابع نظامات اصولی آنهاست. برای مثال باید مبنایمان در مقبوله عمرو بن حنظله را معلوم کنیم، «... و اترک الشاذ النادر فان المجمع علیه لا ریب فیه». آقایان «مجمع علیه» را به علت مقابله با شاذ حمل بر شهرت کردند. حال باید دید آن شهرت چه ارزشی دارد؟

یکی از مبانی، تعیین تکلیف این روایت است. اجمالاً این روایت مفتی بها نیست. در مورد شیخ پیش از این گفته ایم که مبنایش از ابتدا تراکم ظنون برای رسیدن به وثوق بوده است، جایی با شهرت و اجماع منقول کار می کند و گاهی هم نمی کند. این مبنا انصافاً قابل دفاع است و با سبک های مختلفی می توان به آن رسید. روش امام، آیت الله بروجردی و آیت الله شبیری نیز همین است گرچه با مبانی مختلفی به این روش رسیده اند.

شیخ از ابتدای کتاب قطع گفت ما در پی «ما یوجب القطع بالمطلوب» هستیم. این تعبیر در اصول «ما یوجب القطع بالحجه» است. که منظور، حجج واسطی است یعنی حجت نسبت به ادله. در فقه این تعبیر به صورت «ما یوجب القطع بالفتوی» می آید. شیخ برای حصول قطع بسیاری از قرائن را در کنار هم می گذارد. در همین بحث، اکثر محشین به شیخ اشکال کرده اند که شاید در مبنای خودشان درست باشد ولی این اشکالات به شیخ وارد نیست. شیخ می گوید در هر صورت اصل خیار مجلس اشکالی ندارد و تنها حدود و ثغور آن محل بحث است. که در پنج امر آن را بررسی می کنند.

دلیل عدم توسعه دلیل ارشادی در این فرع

شاید سوال شود که دلیل خیار در اینجا ارشادی است چرا دلیل را با فهم عقلایی توسعه و تضییق ندهیم؟ پاسخ این است که این مطلب که در دلیل ارشادی سعه و ضیق مدلول تابع دلیل مرشد الیه است اجماعی است و بحثی در آن نیست. ولی ارشاد غیر از امضاست. امضا حکم مولوی است. اگر این طور شد این تازه ابتدای بحث است که کسی از روایات خیار مجلس استظهار ارشاد یا استظهار امضا کند. راه صحیح تولید نظریه این است که اولاً مبادی یک نظریه درست چیده شود و ثانیاً قبل از حکم، لوازم نظریه تصور شود تا ببینیم آیا می شود به لوازم نظریه ملتزم شد.

^۱ البته محقق خویی چنین ارزشی برای شهرت قائل نیست.

اگر استظهار کسی این بود که این روایات ارشادی است معنایش این است که شارع احدی از عقلاست و حکم جدایی ندارد. این استظهار آسانی نیست و بسیار موونه دارد. کافی است در چنین استظهاری شک کنیم. اگر ثابت کنیم رابطه استظهار امضا و ارشاد اقل و اکثر است یعنی امضا، کم موونه تر است در هنگام شک همان استظهار امضا محکم است. و اگر رابطه اقل و اکثر نداشته باشند و استظهار طرفین ممکن نشود دلیل مجمل می شود.

مثلا فرض کنیم عقلا خیار را تا زمان بسته شدن کامل عقد قائل شوند - نه تا پایان مجلس - در اینجا دلیل امضایی می تواند این نگاه عقلا را امضا کند ولی به آن توسعه ای تا پایان مجلس (بعد از انعقاد معامله) دهد. دلیلش هم همین شش روایت باشد. در این صورت حتی اگر نگاه عقلایی را همین فرض بدانیم شارع امکان توسعه آن را دارد و این صناعست درستی است. اساسا امضا به معنای شانیت تصرف برای شارع مقدس است. امضا جعل و تصرف است.

امر اول: شمول ادله خیار مجلس نسبت به وکیل

مسألة لا إشكال فی ثبوتہ للمتبايعین إذا كانا أصیلین، ولا فی ثبوتہ للوکیلین فی الجملة. و هل یثبت لهما مطلقاً؟ خلاف. قال فی التذکرۃ: لو اشتری الوکیل أو باع أو تعاقد الوکیلان تعلّق الخیار بهما و بالموکّلین مع حضورهما فی المجلس، و إلّا فبالوکیلین، فلو مات الوکیل فی المجلس و الموکّل غائب انتقل الخیار إلیه؛ لأنّ ملکہ أقوى من ملک الوارث. و للشافعیّة قولان^۱: أحدهما: أنّه يتعلّق بالموکّل، و الآخر: أنّه يتعلّق بالوکیل، انتهى. أقول: و الأولى أن یقال: إنّ الوکیل إن کان وکیلاً فی مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخیار لهما وفقاً لجماعه منہم المحقّق و الشہید الثانیان لأنّ المتبادر من النصّ غیرهما و إن عمّمانہ لبعض أفراد الوکیل و لم نقل بما قیل تبعاً لجامع المقاصد بانصرافه

تاریخچه تحلیل حقیقت وکالت

نکته: هر وقت می خواهیم وارد باب دیگری از فقه شویم و متن یک فقیه را تحلیل کنیم باید مبنای او را نسبت به آن باب بدانیم. در این بخش وارد باب وکالت شویم. تفسیر و تحلیلی که از وکالت شده مهم است. تا دوره ای از فقه کمتر کسی ماهیت وکالت را تحلیل می کرد چون آن زمان چندان موارد مشتبه برای وکالت وجود نداشته است تا نیازی به تحلیل وکالت باشد. از دوره ای به بعد تحلیل ها شروع شد. یکی از تعاریفی که برای وکالت وجود دارد و ظاهراً عبارت شیخ هم اجمالاً مبتنی بر این معناست و محقق اصفهانی هم در حاشیه مکاسب آن را تذکر داده، این است که در وکالت اعطای حدّ ید وکیل به موکل و سلطه او به موکل صورت می گیرد. یعنی وکیل همان موکل و در طول اوست. با این تحلیل، وکالت یک معنای عقلایی است که موضوع ادله امضا است. ممکن است شارع کلیتش را امضا نکرده باشد و فقط در برخی نقاط آن را امضا کرده باشد. در این صورت به عقلا به صورت طبیعی در بسیاری از امورشان از وکالت استفاده می کنند. ولی شارع در عبادات اصل را بر عدم وکالت قرار داده است مگر در جایی مانند حج که دلیل خاص داریم. اما در معاملات شارع سیره عقلا را نسبت به وکالت امضا کرده مگر در جایی که دلیل خاص داشته باشیم. با این تحلیل عدم ردع شارع در ادله خیار - که جزو معاملات است - برای اثبات جواز وکالت کافی است. اما اگر بگوییم اصل اولی دلیل، وکالت را مجاز ندانسته و در نتیجه اصل را عدم

^۱ شافعی دو کتاب دارد یکی مقدم و یکی متاخر. برخی می گویند دوره ای که شافعی در بغداد کتاب دوم را می نوشته بسیار از حوزه تفکر شیعی متأثر بوده است به همین دوم به فقه شیعه نزدیکتر است.

حجیت وکیل بدانیم و بین باب معاملات و عبادات تفکیک نکنیم و بگوییم در کل فقه شارع در موارد متعدد از وکالت نهی کرده است و این قرینه عامه ای تشکیل می دهد که اصل عدم رضایت شارع به وکالت است. دیگر نمی توان از عدم ردع شارع اثبات وکالت را نتیجه گرفت.^۱ ممکن است استظهارمان از عبارات شیخ این باشد که به روال اول وکالت را می بیند و سیره شارع در عبادات را غیر از سیره شارع در معاملات می بیند.

در عبارت «لا اشکال» نشان می دهد شیخ وکالت را به توضیح محقق اصفهانی توضیح می داده است، نه به سبکی که صاحب جواهر قائل شد و وکالت را جداگانه تصویر کرد و فرمود ادله از وکالت انصراف دارد و شامل وکالت نمی شود. لذا می فرماید «فی الجملة» یعنی وکیلی که از جهت عقلایی هم اختیارات به او تفویض شده است در برابر وکیل مجری صیغه که خود عقلا به او چنین اختیاری نداده اند. اساسا شیخ در عبارت از علامه استفاده می کند و می فرماید: «قال فی التذکره» تا از صاحب جواهر عبور کند و علامه را با خود همراه می کند.

بررسی ادله خیار نسبت به وکیل

صاحب جواهر جزو کسانی است که بحث را منحصر کرده است و می گوید ادله منصرف به متعاقدين است، بر این اساس ادله شامل وکیل نمی شود. پس اصل در معامله وکیل، لزوم است و خیار مجلس برای وکیل وجود ندارد. شیخ با صاحب جواهر موافق نیست چون طبق توضیح محقق اصفهانی از عبارت شیخ، ید وکیل نسبت به موکل ید طولی است و عنوان ثانوی و مستقل نیست و اصل اولی هم در معاملات امضا است و عدم ردع کافی است. و ادعای انصراف در عناوین هم پذیرفته نیست. پس با این توضیح نسبت به ماهیت وکالت و ادله امضا، دلیل خیار مجلس می تواند شامل وکیل نیز شود.

حکم خیار مجلس برای اقسام وکیل

در فقه از دو نوع وکیل سخن می گوییم. گاهی وکیل، مفوض و گاهی فقط مجری صیغه است و همه اختیارات را ندارد. شیخ می گوید مجموعه قرائنی را می آوریم که از آن وثوق حاصل می شود که ادله شامل وکیل مجری صیغه نیست. البته شیخ عباراتی از علامه در تذکره نقل می کند که دال بر شمول ادله نسبت به وکیل به صورت فی الجملة است یعنی راه صاحب جواهر را نمی رود.

^۱ این توضیح مقداری از آن از محقق اصفهانی و محقق خویی و آیت الله سید کاظم حائری در فقه العقود است.

درس دوازدهم / احکام خیار برای وکیل در مجرد اجرای صیغه

خیار در وکیل مجری صیغه

أقول: و الأولى أن يقال: إن الوكيل إن كان وكيلًا في مجرد إجراء العقد، فالظاهر عدم ثبوت الخيار لهما وفاقًا لجماعهم المحقق و الشهيد الثانيان^١؛

شیخ بین وکیل مجری صیغه و وکیل مفوض تفکیک می کنند، و وکیل مجری صیغه را خارج از ظهور ادله خیار می داند، اما چون ملاک شیخ تراکم ظنون است. اینجا از قرائنی برای اثبات این بیان استفاده می کند.

قرینه اول: عدم تبادر از نص

لأن المتبادر من النص غيرهما و إن عَمَّنَاهُ لِبَعْضِ أَفْرَادِ الْوَكِيلِ و لم نقل بما قيل تبعًا لجامع المقاصد بانصرافه بحكم الغلبة إلى خصوص العاقد المالك

قرینه اول: متبادر از نص وکیل مجری صیغه نیست. البته نه اینکه مطلقاً از روایت وکیل به دست نیاید. یعنی شیخ مخالف جواهر و جامع المقاصد است که تصویر دیگری از وکالت ارائه می کند و روایت را شامل وکیل نمی دانند. ولی گفتیم از عبارت شیخ این بر می آید که ید وکیل ید طولی مالک است و عنوان «بیعان» وقتی مالک اصیل را می گیرد وکیل را نیز شامل می شود، ولی وکیل مجری صیغه چون اختیاری در اموال ندارد واقعاً نمی تواند مصداق عنوان «بیعان» شود.

قرینه دوم: عدم سلطه وکیل بر مال

مضافاً إلى أن مفاد أدلة الخيار إثبات حق و سلطته لكل من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلط لو لم يكن مفروضاً عنه في الخارج. أ لا ترى: أنه لو شك المشتري في كون المبيع ممن ينعق عليه لقراءة أو يجب صرفه لنفقة أو إعتاقه لنذر، فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه لأدلة الخيار، بزعم إثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه.

خیار تسلط بر حق فسخ است، نتیجه این سلطه امکان بازگرداندن اموال است. این سلطه پس از این است که بپذیریم هر فرد بر مالی که به واسطه معامله به دستش رسیده است مسلط است. ولی وکیل مجری صیغه چنین سلطه ای ندارد. لذا اساساً معنا ندارد که چنین وکیلی بتواند معامله را فسخ کند. شیخ برای این قرینه شاهی هم می آورد، ایشان می فرماید اگر مبیع برای مشتری «ممن ینعق علیه» باشد که عتق آن بر مشتری واجب است، یا مشتری کفاره ای بر گردن دارد که بلافاصله پس از دریافت عبد باید آن را آزاد کند - به هر حال وضعیت به شکلی باشد که مشتری باید مبیع را بلافاصله مصرف کند - حال آیا می شود در اینجا گفت چون مشتری خیار دارد و لازمه خیار این است که بتواند مبیع را به بایع برگرداند، حق ندارد تا

خيار منقضى نشده است مبيع را مصرف کند؟ (مثلا عمودين را آزاد کند يا صرف در كفاره کند) خير اين طور نيست بلکه به محض چنين نقل و انتقالی خيار از بين می رود. اين بدین معناست که فرد بايد ابتدا سلطه «ما انتقل الى نفسه» داشته باشد تا بعد از آن با ادله خيار، سلطه بر «ما انتقل الى الآخر» برای او ثابت شود.

بايد توجه داشت که شيخ در اینجا بر اساس مبنای خودش در تراکم ظنون بحث می کند. شيخ در اصول مبنایی دارد که «ما يوجب القطع بالمطلوب» حجت است. حجت نزد شيخ وصف حکم فقهی قرار می گیرد - همانطور که مظفر در پايان استصحاب بيان کرد - بر اين اساس، شيخ در اين فرع فقهی ظنون را تجمع می کند تا ببيند در نهايت آيا می توان به وثوق رسيد؟ منظور از قطع هم در اینجا اطمینان است. در اینجا هيچ کدام از قرائن شيخ به تنهایی حجت نيست ولی تجمع آن باعث وثوق می شود.

قرينه سوم: مقارنت خيار مجلس و خيار حيوان در برخی ادله

هذا مضافاً إلى ملاحظته بعض أخبار هذا الخيار المقرون فيه بينه وبين خيار الحيوان، الذي لا يرضى
الفقيه بالتزام ثبوته للوكيل في إجراء الصيغة، فإنَّ المقام وإن لم يكن من تعارض المطلق والمقيد إلا
أنَّ سياق الجميع يشهد باتِّحاد المراد من لفظ «المتبايعين» ؛

در یکی از روایات باب، خيار حيوان و مجلس با هم نقل شده است، ولی روایات دیگر مطلق هستند. از طرفی در بيع حيوان هيچ فقهی برای وکیل مجری صیغه خيار حيوان قائل نيست. از طرفی شيخ قائل به وحدت سياق در اين روايت هست، ايشان بر همین اساس نتیجه می گیرد که اين روايت شامل مجری صیغه نمی شود.

ان قلت: روایات دیگر مطلق هستند و شامل مجری صیغه می شوند.

پاسخ: حمل مطلق بر مقید می کنیم و روایات را از اطلاق خارج می کنیم.

اما شيخ اين پاسخ را درست نمی داند، چون لسان اين روایات نسبت به هم تفسیری و اطلاق و تقيیدی نيست. شيخ می گوید پس مطلقات بر ظهور خود هستند و یک مقید هم داریم، در نتیجه دوران، بين چندین مطلق و یک مقید است. اینجا می توان گفت چون مطلق ها بیشتر هستند و ظهور بیشتری دارند به مطلق فتوا دهيم. اشکالی ندارد که مجری صیغه خيار مجلس داشته باشد ولی خيار حيوان نداشته باشد. اما شيخ می فرماید، پاسخ حمل مطلق بر مقید را قبول ندارم، اما باز هم می گويم مجری صیغه خيار ندارد، چون اگر کسی به لسان کل اين روایات نگاه کند، وحدت سياق را در کل روایات می بيند، لسان روایات مطلق هم با لسان روايت مقید یکی است.

قرينه چهارم: بررسی حکمت خيار

مع أنَّ ملاحظته حکمة الخيار تبعد ثبوته للوكيل المذكور

نکته دیگر این است که حکمت ادله خیار جبران پشیمانی متعاقد است. این حکمت در مورد مجری صیغه جاری نیست چون کار او فقط همان اجرای صیغه است.

قرینه پنجم: عدم شمول سایر ادله خیار

مضافاً إلى أدلته سائر الخيارات، فإنّ القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه.

حتی لسان سایر ادله خیار (غیر مجلس) هم همین است و شامل مجری صیغه نیست. فلذا اساساً امکان حکم به خیار برای مجری صیغه نیست.

قرینه ششم: عدم دخول در اطلاق عبارت علامه

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

ظاهر این است که وکیل مجری صیغه داخل در عبارت علامه نیست، ظهور آن عبارت این بود که افعالی را به وکیل نسبت می داد که فراتر از وکیل مجری صیغه بود. پس معلوم می شود منظور علامه هم وکیل مجری صیغه نبوده است.

نقد نظریه مقابل و جمع بندی نهایی

و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوتها للوكيلين المذكورين، كما هو ظاهر الحقائق. و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم: أنّ الخيار حقّ ثبت للعاقدة بمجرد إقراره للعقد، فلا يبطل بمنع الموكل.

شیخ می فرماید نتیجه این است که دلیل شامل مجری صیغه نیست. شیخ در ادامه نقطه مقابل را هم نقد می کند. قائل قول مقابل می گوید ظهور «بیعان» در متعاقدان است، وکیل مجری صیغه همین که اذن مالک را گرفت و وارد مجلس معامله شد، متعاقد محسوب می شود. اذن مالک متعاقد بودن را درست می کند، دلیل هم گفته «البیان» و آن را نیز مطلق گفته چه موکل به او اجازه دهد یا امضا کند، یا نکند. پس چون «بیع» بر وکیل مجری صیغه صدق می کند، این وکیل داخل در موضوع روایات باب است و بر این اساس تمام احکام متعاقد در این دلیل را شامل می شود و خیار را می تواند پیاده کند چه موکل راضی شود چه نشود. شیخ می گوید این اضعف از نظر قبلی است، چون ید وکیل، طولی بود. وکیل یک حکم مستقل تعبدی در مقابل موکل ندارد. این طور نیست که وکالت یک باب فقهی مجزا و بی ربط به موکل باشد.

ثبوت خیار برای موکل در فرض وکیل مجری صیغه

و على المختار، فهل يثبت للموكلين؟ فيه إشكال: من أن الظاهر من «البيعين» في النص المتعاقدان، فلا يعمّ الموكلين؛ وذكروا: أنه لو حلف على عدم البيع لم يحث ببيع وكيله. و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآلة للمالكين، و نسبة الفعل إليهما شائعه، و لذا لا يتبادر من قوله: «باع فلان ملكه الكذائي» كونه مباشراً للصيغه. و عدم الحث بمجرد التوكيل في إجراء الصيغه ممنوع. فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما في مجلس العقد، و 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 كـ لسانى الموكلين، و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين. هذا كله إن كان وكيلًا في مجرد إيقاع العقد.

در اینجا شیخ وارد گام بعد می شود. این همان فرعی است که پیش از این در عبارت تذکره در مورد حکم موکل نقل کردیم. در اینجا بحث موکل آغاز می شود که فروعی داشت: ثبوت خیار برای موکلی که در مجلس باشد، موکلی که خارج از مجلس باشد، موکل در صورتی که وکیل بماند. شیخ دو فرع اول را بررسی می کند.

شیخ تا اینجا فرمود ید وکیل نسبت به موکل، طولی است. لذا اگر یک وکیل مفوض در اینجا داشته باشیم ادله خیار مجلس شامل آن می شود. حال در صورتی که بخواهیم برای وکیل مجری صیغه هم حق خیار قائل شویم باید ببینیم حکم موکل چه می شود؟^۱ صورت دیگر هم در جایی است که برای مجری صیغه خیاری قائل نشدیم یعنی در خارج دو وکیل مجری صیغه داریم که معامله ای انجام داده اند، آیا در اینجا چون این دو خیار ندارند، به طور کلی خیار مجلس منتفی است؟

شیخ ابتدا از فرع اخیر آغاز می کند. ایشان می گوید ظاهر ادله خیار این است که قید مجلس ضروری است. یعنی قوام این خیار به مجلس واحد است لذا در هر صورتی نباید مجلس منتفی شود. در اینجا دو قول وجود دارد: برخی گفتند این خیار برای موکل ثابت است و برخی گفته اند ثابت نیست. آنها که می گویند ثابت نیست، صاحبان همان قول اضعفی هستند که بحث کردیم. آنها می گویند «بیع» به معنای «متعاهد» است و در فرض ما موکل «متعاهد» نیست لذا دلیل خیار شامل آن نمی شود. لذا عبارت «من أن الظاهر من «البيعين» في النص المتعاقدان» اشاره به یکی از مبانی است. برای مثال سید یزدی در اینجا با شیخ مخالف است و معتقد است ظهور کلمه بیع در متعاهد مباشر است. در بحث اضعفیت هم قولی که شیخ رد می کرد دو رکن داشت یکی این که می گفتند بیع، همان متعاهد است و دیگر این که جعل حق تعبدی برای «بیع» شده است لذا می گفتند تمام الموضوع اطلاق دلیل را باید گرفت و با آن کار کرد. شیخ دومی را رد کرد و اولی (ظهور «بیع» در «متعاهد») را نیز می خواهد رد کند البته رد کردن آن مشکل است. شیخ چندان روی رکن اول کار نمی کند بلکه در عبارت به سراغ رکن دوم می رود: «و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآلة للمالكين». قائلین به ثبوت خیار برای وکیل مجری صیغه، شاهی هم

^۱ در وکیل متصرف هم از این فرع بحث خواهیم کرد.

برای این قول می آورند. می گویند در باب حنث یمین و نذر می گوییم اگر کسی نذر کند یا یمین جاری کند که بیعی را انجام دهد، ولی وکیل او این معامله را انجام دهد، حنث یمین و نذر نکرده است. چون ظهور کلمه بیع در متعاقد است.

پاسخ شیخ، همان بیان سابق است. به نظر ایشان این وکیل ید طولی دارد، پس این وکیل در واقع خود موکل است و حیث استقلالی ندارد. و شاهد را هم قبول نداریم و ما شاید بگوییم حنث اتفاق می افتد. مولف در نهایت این را تقویت می کند که دو موکل حق خیار دارند ولی به شرطی که مجلس واحدی وجود داشته باشد. حال، اگر دقیقا در مکان وکیلین نباشند باید عرفا جایی باشند که صدق مجلس واحد کند. مثلا می توانیم این طور تصویر کنیم، که دو وکیل در اتاقی در حال معامله هستند در حالی که دو موکل در اتاق مجاور آنها هستند.

درس سیزدهم / احکام خيار برای وكيل متصرف

حكم وكيل متصرف

هذا كله إن كان وكيلًا في مجرد إيقاع العقد. وإن كان وكيلًا في التصرف المالي كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً في التصرف في مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له، لعموم النص. ودعوى تبادر المالكين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة، فإن معاملته الوكلاء والأولياء لا تحصي. وهل يثبت للموكلين أيضاً مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة؟ إشكال: من تبادر المتعاقدين من النص، وقد تقدم عدم حث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله. ومن أن الاستفادة من أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار في بعض النصوص: كون الخيار حقاً لصاحب المال، شرع إرفاقاً له، وأن ثبوته للوكيل لكونه نائباً عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه، إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد، فلا يثبت لغير المباشر. ولكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة.^١ وحينئذ فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة من طرف واحد أو من الطرفين، فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقيين بلزوم العقد أو بانهضائه، وليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز. ثم على المختار من ثبوته للموكلين، فهل العبرة فيه بفرقهما عن مجلسهما حال العقد، أو عن مجلس العقد، أو بفرق المتعاقدين، أو بفرق الكل، فيكفي بقاء أصيل مع وكيل الآخر في مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الأخير. وإن لم يكن مستقلاً في التصرف في مال الموكل قبل العقد و بعده، بل كان وكيلًا في التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له: اشتر لي عبداً فالظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل، لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك، بل لما ذكرنا في القسم الأول: من أن إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطة كل من العاقدين على ما نقله عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه، فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه، ولا لتخصيص ما دل على سلطة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكة الأصل. وفي ثبوته للموكلين ما تقدم. والأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت في سابقه. [هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل؟] ثم هل للموكل بناءً على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى؟ الأقوى العدم؛ لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعائد في صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده. نعم، يمكن توكيله في الفسخ أو في مطلق التصرف فسخاً أو التزاماً.

در بحث وکالت، به بحث وکیل مجری صیغه رسیدیم. در آنجا در مورد خیار نسبت و نسبت به موکل بحث کردیم. دو قسم از اقسام وکیل باقی می ماند: وکیل مستقل و به تعبیر فقها وکیل مفوض، و وکیل -به تعبیر شیخ- مستقل فی الجملة - به تعبیر فقها مفوض در عقد معاوضی -. این قسم معقول است امروزه نیز عقلا برای همه امور یک وکیل قرار نمی دهند. در مورد هر دو قسم هم نسبت به خیار وکیل باید سخن گفت و هم خیار موکل.

حکم وکیل مستقل محض و فی الجملة

حکم این صورت در صورت استقلال خیار از بیع

شیخ در مورد وکیل مستقل محض می فرماید اولاً بحث ها و ملاک های گذشته در اینجا نیز جاری است. ثانیاً در مورد وکیل مستقل محض ملاک عمومی در فقه نیابت است. نیابت، گاهی حکمی شرعی و تعبدی است مانند نیابت ولی، که قابل اسقاط هم نیست. گاهی نیز نیابت به فعل اختیاری متعاقدين است که وارد باب وکالت می شود. شیخ می گوید وقتی کسی وکالت مستقل دارد طبعاً می تواند خیار مجلس را از طرف موکلش داشته باشد. فقط نکته ای وجود دارد که شیخ در مقام رد و اثبات بیان می کند و معلوم می شود که برای شیخ مهم است. شیخ می فرماید اگر گفتیم وکیل مستقل محض از موکل نیابت دارد، آیا می توان گفت نیابت تمام الموضوع بحث است؟ - که در وکیل مجری وجود نداشت - یا تمام الموضوع بحث بر سر صدق عنوان دلیل است که بگوییم انصراف یا اطلاق دارد؟ ثالثاً شیخ مطلب دیگری نیز دارد که ملاک مهم دیگری برای ایشان است و به شرطی که هر سه ملاک برای شیخ محرز شود خیار را جاری می داند. سومین ملاک همان موید دوم نفی خیار برای مجری صیغه است.^۱ گفتیم خیار، سلطه بر استرداد مال از طرف دیگر را درست می کند، این سلطه متفرع بر این است که فرد بتواند چیزی را که در دست دارد برگرداند، که دلیل آن یا بدهت است یا فحواى ادله خیار. یعنی لسان ادله خیار که معنای استرداد را طرح می کنند متضمن معنای رد هم هستند. وقتی به این مقدمه به صورت کلی نظر کنیم - فارغ از عبارت شیخ - بحث ما از دو حال خارج نیست. یا می گوییم خیار جزو همان عقدی است که بحث در آن بود یا اینکه خیار را مستقل از عقد معنا بدانیم. اگر گفتیم خیار حقیقتی مستقل از عقد است اگر وکیل کاملاً مفوض باشد یعنی هم قبل و هم حین و هم بعد از عقد حق تصرف داشته باشد، با اینکه خیار از تصرفات بعد از عقد است و دیگر حین العقد معنا نمی شود، اما چون وکیل محل بحث، مستقل در تصرف است و بعد از عقد هم می تواند تصرف کند،^۲ خیار برای او جاری است. اما در این صورت، خیار برای وکیل مستقل فی الجملة مورد تامل است، چون این وکیل فقط در عقد معاوضی مفوض بود و فقط در حین عقد امکان

^۱ بعد از شیخ کسی از این نقشه خارج نشده است یعنی بحث فنی و اجتهادی مبتنی بر یکی از این مقدمات است هر کس هر سه را بپذیرد می پذیرد و هر کس یکی را رد کند رد می کند یکی ماهیت وکالت است، یکی مساله صدق دلیل است و الان مساله سوم

^۲ که شیخ نیز در عبارت «یشمل فسخ المعاوضه بعد تحقّقها» به آن اشاره کرد و فرمود: «بعد»، تا تصرف بعد از انعقاد عقد را بگیرد که همان تصرف در خیار است. ایشان در همین جا وکیل مستقل را به «العامل فی القراض» تشبیه می کند. یعنی مانند مضاربه، البته به شرط اینکه مضاربه را مرکبی از یک عقد و یک وکالت بدانیم، جایی که می گوییم سرمایه از یک طرف و کار از طرف دیگر، و به عامل می گوییم تو حق تصرف در مال داری، آیا به او وکالت به عنوان باب وکالت می دهیم یا این وکالت جزء خاصی از یک عقد خاص به نام مضاربه است؟ در این صورت باید ببینیم ادله وکالت شامل وکالتی که جزء مضاربه است نیز می شود؟ یعنی آیا آن ادله جزیی از مضاربه که شبیه وکالت است را نیز می گیرد؟ در اینجا شاید شمول ادله وکالت را نسبت به وکالت درون مضاربه منکر شویم. ولی اگر وکالت درون مضاربه را عقدی مجزا از مضاربه بدانیم قطعاً شاهد مثال بحث ما - وکیل مفوض - خواهد بود. البته شاید هم بگوییم صرف تفویض در اینجا برای شاهد مثال کافی است همانطور که در مثال بعد یعنی ولایت قاصرین نیز، باب ولایت هیچ ارتباطی به باب وکالت ندارد.

تصرف داشت. پس این وکیل نه به علت عدم صدق دلیل، بلکه به علت عدم قابلیت تصرف خیاری نمی تواند از خیار استفاده کند.

حکم این صورت در صورت وابستگی خیار به بیع

ولی اگر کسی گفت خیار از مقومات خود عقد است - یعنی اگر سعه عقد در عقود لازم را کثرت تر تصویر کردیم - می تواند بگوید حتی وکیل مستقل فی الجملة حق خیار دارد. برخی محشین همین را گفته اند. ولی شیخ چون قائل است که خیار امر مستقلی است فتوا می دهد که وکیل مستقل فی الجملة حق خیار ندارد.

در عبارت شیخ می فرماید: «بل کان وکیلاً فی التصرف علی وجه المعاوضه كما إذا قال له: اشتر لی عبداً فالظاهر حیثئذ عدم الخیار للوکیل» باید معلوم کنیم در نهایت خیار که از لواحق است، آیا لاحق به معنای استقلال از عقد است یا به این معناست که مقوم سبب نیست؟ از عبارات شیخ بر می آمد که مقوم سبب نیست نه اینکه در رتبه بعد از عقد محقق می شود. یعنی تاخر رتبه عقلی مدنظر است نه تاخر رتبه خارجی. اگر این قول را بپذیریم کلام شیخ در اینجا مخدوش می شود چون حقیقت «حین العقد» کثرت می شود یعنی بازه زمانی خود عقد طولانی تر می شود، نه اینکه خیار به بعد از عقد منتقل شود.

شیخ در استدلال بر عدم خیار برای وکیل متصرف فی الجملة می فرماید «و لا لتخصیص ما دلّ علی سلطنه الموکّل علی ما انتقل إلیه المستلزمه لعدم جواز تصرف الوکیل فیه برده إلی مالکة الأصلی». شیخ می گوید فرض اولی این است که «الناس مسلطون علی اموالهم» و کس دیگری حتی در مال فرد ندارد چه وکیل و چه غیر وکیل. حال این فرد می خواهد دست وکیل را در تصرف باز کند و چون عقد وکالت ممضات از نظر شارع است شرعاً نیز دست وکیل در تصرف باز می شود. حال اگر گفتیم شک داریم که وکیل در آن بعد امکان تصرف دارد یا نه؟ متیقن از تصرف وکیل همان مورد وکالت است. پس در قبل و بعد از آن مورد متیقن، دلیل «الناس مسلطون علی اموالهم» جاری است و وکیل حق تصرف ندارد. یعنی شمول و اطلاق این دلیل قبل و بعد از حین عقد را می گیرد. پس ادله وکالت عموم قاعده سلطنت را در محدوده حین العقد تخصیص می زند و بقیه افراد یا ازمان به حال خود باقی است. این مطلب با ادله دیگر مانند «لا یحل مال امرء...» هم قابل بحث است.

جمع بندی ملاک ها در خیار وکیل

پس شیخ در کل این بحث با سه ملاک اساسی کار می کند:

الف) ماهیت وکالت

ب) مساله صدق دلیل

ج) مساله سلطه بر رد و در رتبه بعد استرداد

شیخ با هر سه مقدمه در بحث کار می کند.

با این توضیح:

وکیل مستقل مفوض:

الف) ماهیت وکالتش مشکلی ندارد.

ب) عنوان دلیل هم بر آن صادق است. چون گفتیم حتی اگر منظور از «بیعان» متعاقدان باشند، باز هم وکیل، مصداق متعاقد است و مشکلی در صدق عنوان ندارد.

ج) از جهت سلطه بر رد و استرداد بعد از عقد هم وکیل مستقل سلطه دارد و مشکلی ندارد.

اما در وکیل مستقل فی الجملة:

الف) ماهیت وکالتش مشکلی ندارد.

ب) دلیل هم شامل او می شود.

ج) ولی سلطه بر رد ندارد چون ما خیار را بعد از عقد و دارای حقیقتی مستقل می دانیم و او فقط در حین عقد و معاوضه وکالت دارد.

مساله خیار برای موکل وکیل متصرف

در مورد موکل:

الف) خودش مالک اصیل است و اساسا خیار برای او تشریع شده است.

ب) صدق دلیل هم جاری است چون شیخ گفت قبول نداریم که متبادر از عنوان بیع صرفا متعاقدين باشند لذا حث یمین را هم قبول نداریم پس مشکلی از این جهت نداریم.

ج) سلطه هم داریم و از این جهت مشکلی نیست.

د) از طرفی مباشرت نیز ضروری نیست لذا در بیان شیخ: «إِلَّا أَنْ يَدْعَى مَدْخِلِيَّةَ الْمَبَاشَرَةِ لِلْعَقْدِ، فَلَا يَثْبِتُ لَغَيْرِ الْمَبَاشَرِ» این الا استدراک از قبل نیست. بحث در این نیست که مباشر وکیل یا موکل است بلکه یعنی در انعقاد خیار شرط دیگری به نام مباشرت نیز وجود دارد. این شرط غیر از نسبت وکیل و موکل است. ملاک وکالت اثبات حق برای وکیل و موکل می کند ولی سایر قیود باب مثل مباشرت هم باید موجود باشد. البته شیخ مدخلیت مباشرت را از ابتدا نپذیرفت.

لذا شیخ خیار برای موکل را می پذیرد و می فرماید: «و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوّة» یعنی یعنی خیار برای موکل هم ثابت است البته باید مجلس برقرار باشد که در ادامه از آن بحث می کنیم.

در این صورت افراد مختلف می توانند حق خیار داشته باشند، حتی وکالت طولی هم ممکن است یعنی وکیل، کس دیگری را به عنوان وکیل در وکالت خود تعیین کند. وکالت طولی هم عقلایی است و در مباحث جدید هم وجود دارد. شاید وکیل دوم از وکیل اول در مساله ای خاص متخصص تر باشد.

صدق مجلس عقد بر اجتماع موکلین

تنها مشکل در موکل - در صورتی که وکیل مباشر عقد باشد - صدق عنوان مجلس عقد بر مجلس مالکین اصلی است. که پیش از این گفتیم مراد از مجلس، صدق عرفی مجلس است شاید در اتاق دیگری باشند ولی عرفاً جزو مجلس باشند یا نباشند. شیخ مساله مجلس را در این قسمت عبارت بیشتر می پروراند. شیخ ثبوتاً این مطلب را شرح می دهد و می گوید ممکن است بگوییم مجلس موکل ها کافی است چه صدق مجلس عقد بر آن جاری شود چه نشود. که شیخ این را نپذیرفت و گفت ما به دنبال صدق مجلس عقد هستیم. اگر می گفتیم مجلس موکل ها کافی است سوالی پیش می آمد که قوام خیار به مجلس موکلین است یا به مجلس متعاقدين؟ اما اگر گفتیم مجلس عقد ملاک است یا موکل ها در مجلس عقد هستند یا نیستند، اگر در مجلس نباشند خیاری هم ثابت نیست چون مجلس عقد صادق نیست. اما اگر موکل ها در مجلس عقد حاضر باشند باز هم سوالی پیش می آید که آیا قوام خیار به موکلین است یا به متعاقدين؟

برای پاسخ این سوال باید به سراغ ماهیت وکالت برویم. در ماهیت وکالت می گفتیم، وکیل همان موکل است پس در واقع در این مجلس مفروض، مجموعه متعاقدان اول و مجموعه متعاقدان دوم وجود دارد. که یکی موکلین هستند و دیگری وکیلین. در این صورت فرقی نمی کند که مجموعه اول صادق باشد یا مجموعه دوم، یا یک نفر از مجموعه اول و یک نفر از مجموعه دوم، چون وکیل عین موکل است. یعنی اگر موکل ها فقط باقی باشند خیار باقی است و حتی اگر یکی از وکیل ها و یکی از موکل ها باقی باشد باز هم خیار باقی است. تنها شرط این است که از هر طرف یک نفر در مجلس عقد باشد بنابراین اگر دو نفر از یک طرف باشند مورد قبول نیست.

با توجه به این نظریه فرع دیگری تولید می شود. اگر همه تا آخر مجلس باقی باشند، و از هر طرف معامله دو نفر باشند و مفروض هم این است که قول همه آنها نفوذ دارد. اگر یکی از طرف اول عقد را امضا یا فسخ کرد یعنی کاری کرد که باعث سقوط خیار شود، نفر دوم همین طرف عقد حقش ساقط می شود. چون ملاک روی افراد نبود بلکه روی طبیعی متعاقد اول و دوم بود و با هر فردی محقق شود نافذ است.

شیخ احتمال دیگری نیز می دهد ایشان می گوید، در فقه ثابت شده که اگر بین متعاقدين یکی فسخ کند و دیگری اجازه دهد قول فاسخ مقدم است چون اصالت تقدم فسخ داریم تا حق خیار محفوظ بماند. حال اگر از یک طرف عقد یکی فسخ کند و یکی اجازه دهد آیا باز هم فسخ مقدم است؟ شیخ می فرماید در اینجا این طور نیست. آن قاعده در جایی بود که جواز و فسخ بین طرفین باشد ولی در اینجا بحث در یک طرف است و هر کس فسخ کرد یا اجازه داد حق نفر دوم منتفی است.

بحث ولی شرعی و ولی حقوقی در مباحث حقوقی جدید

در عبارت شیخ : «فیکفی بقاء أصیلٍ مع وکیل الآخر فی مجلس العقد؟ وجوه، أقواها الآخر.» و در مجموع این مباحث فعلا از فضولی بحث نشد، با توجه به بحث های حقوقی جدید می توانیم این بحث را در مورد مطلق نائب یا ولی طرح کنیم چه ولی شرعی و چه ولی حقوقی. ولی حقوقی در نظامات حقوقی وجود دارد شورای نگهبان سعی کرده است این عنوان را تحت برخی عمومات شرعی مندرج کند. مثل بحثی که در سهامی خاص وجود دارد که در آن هیات مدیره مالک سهام است و هر یک از اعضا به صورت مشاع مالکند. در سهامی عام، عزل و نصب هیات مدیره در اختیار دولت است. اگر صرفا دولت بود و شرکت دخالت نمی کرد می گفتیم حکم حاکم مسلمین بر انفال و ... است. ولی اگر عنوان شرکت مطرح شد، بحث متفاوت می شود. مثلا در یک دولت جدید، وزیر جدید کل هیات مدیره یک شرکت را عزل و افراد دیگری را نصب می کند. حال این هیات مدیره جدید در مورد اموال این شرکت چه حقی دارند؟ در معامله صدق مالک و مملوک چگونه می شود؟ اینجا چون مالک اول معلوم نیست، وکالت را نمی توان مطرح کرد. ولی در سهامی خاص عنوان وکالت قابل طرح است. چون مالک اول معلوم است و می توانستند وکالت دهند. امروز می گویند ولایت حقوقی در نظامات جدید وجود دارد. این مدیر عامل ولایت حقوقی دارد و حق تصرف دارد - شبیه ولایت در وقف - این را یا باید به نظام دولت و حکومت و بیت المال و اجازه از طرف حاکم برگرداند یا اینکه سهامی عام را با ادله عمومی فقه توجیه کرد. پس این سه فرض را در انحاء دیگر غیر از وکالت نیز می توان پیاده کرد.

درس چهاردهم / حکم خیار برای فضولی

عدم ثبوت خیار برای فضولی

و ممّا ذکرنا اتّضح عدم ثبوت الخیار للفضولیین و إنّ جعلنا الإجازة کاشفةً، لا لعدم صدق «المتبايعین»؛ لأنّ البيع النقل و لا نقل هنا کما قيل لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفی، و هو موجودٌ هنا. نعم، ربما کان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، و هذا المعنى منتفٍ فی الفضولی قبل الإجازة. و یندفع أيضاً: بأنّ مقتضى ذلك عدم الخیار فی الصرف و السلم قبل القبض، مع أنّ هذا المعنى لا یصحّ علی مذهب الشیخ القائل بتوقّف الملك علی انتضاء الخیار. فالوجه فی عدم ثبوته للفضولیین فحوی ما تقدّم: من عدم ثبوته للوکیلین الغير المستقلّین.

مشهور فقها قائل به عدم ثبوت خیار برای فضولیین هستند. قبلاً گفتیم گاهی مشکل بحث از نظر شیخ انصاری، صدق عنوان دلیل است و گاهی در قابلیت مورد است. مشهور فقها در «البیعان بالخیار» از صدق عنوان استفاده می کردند. ولی شیخ مثلاً در وکالت، ماهیت وکالت را تحلیل می کرد و آن را فاقد قابلیت می دانست. صاحب جواهر نماینده کسانی بود که دلیل را صادق نمی دیدند، شیخ نیز نماینده کسانی است که مورد را - مثلاً وکالت یا فضولی - دارای قابلیت نمی داند. شیخ میگوید در فضولی اجازه را کاشف یا ناقل می دانیم - کشف هم گاهی حکمی بود و گاهی حقیقی - شیخ انصاری، قائل به نقل است ولی می فرماید اگر به نقل هم قائل نشویم باید به کشف حکمی قائل شویم.^۱ شیخ می گوید بنا بر هیچ مبنایی (چه کشف و چه نقل) نمی توان برای فضولی خیار قائل شد.

دلیل عدم ثبوت خیار برای فضولی

شیخ می گوید دلیلی که بر اساس آن خیار را برای وکیل غیر مستقل متنفی دانستیم اینجا هم به طریق اولی جاری است. ما گفتیم سلطه بر مالی که در دست وکیل است و آن را منتقل می کند و به عوض آن چیزی به ملکشان وارد می شود. پیش از این گفتیم، وکیل مجری صیغه اصلاً سلطه ای بر اعطای مال ندارد، وکیل «متصرف فی العقد» نیز گرچه سلطه بر اعطا دارد ولی سلطه ای بر رد مال ندارد.^۲ یعنی چیزی که در دست داشتند را نمی توانستند برگردانند لذا شیخ گفت خیار در اینجا برای این وکیل معنا ندارد. شیخ می گوید فضولیین حتی مجوز اولیه ای که وکیل داشت هم ندارند. لذا در فضولی ها خیار به طریق اولی معنا ندارد.

بررسی نظر صاحب جواهر در نفی خیار برای فضولی

و ممّا ذکرنا اتّضح عدم ثبوت الخیار للفضولیین و إنّ جعلنا الإجازة کاشفةً، لا لعدم صدق «المتبايعین»؛ لأنّ البيع النقل و لا نقل هنا کما قيل لاندفاعه بأنّ البيع النقل العرفی، و هو موجودٌ هنا. نعم، ربما کان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعاً بالبيع، و هذا المعنى منتفٍ فی الفضولی قبل

^۱ کشف حکمی هم موجه جزئیّه آثار از زمان انتقال بود.

^۲ این بحث در درس قبل، ذیل وکیل متصرف فی الجملة بررسی شد.

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

صاحب جواهر می گوید در اینجا صدق دلیل وجود ندارد. زیرا صدق عنوان بیع متفرع بر صدق عنوان نقل است، در اینجا صدق نقل منتفی است، پس صدق بیع نداریم فلذا «البیعان بالخيار» جاری نیست. در عبارت شیخ، ظاهر عبارت یک پاسخ، یک «نعم»، و یک جواب دیگر و باز هم جواب دیگری است. با یک قرائت می توان گفت این دو جواب اخیر جواب «نعم» هستند.^۱ با قرائت دیگری می توان گفت، این دو جواب اخیر، دو پاسخ مستقل برای حرف صاحب جواهر هستند. در این صورت سه جواب به جواهر در عبارت وجود دارد. ظاهراً هر دو صورت را می توان در تفسیر عبارت پذیرفت.

پاسخ اول شیخ مبتنی بر این است که مراد از نقل، نقل عرفی باشد لذا می فرماید نقل عرفی داریم پس بیع داریم پس «البیعان» جاری است. چون واقعا نقل فضولین هم نقلی عرفی محسوب می شود. البته اثر این نقل به دست شارع است.

شیخ در «نعم» می گوید، ظاهر اخبار باب خيار مجلس یا اخبار عمومی بیع، می گوید ظاهر از ملک و نقل، ملک و نقل شرعی است. ظاهر این است که خيار مجلس رتبه اش پس از تحقق ملک شرعی است^۲ پس پاسخ به صاحب جواهر، به مجرد نقل عرفی کافی نیست.

شیخ بر این نعم دو نقض می آورد:

نقض اول: در بیع صرف و سلم به فتوای مشهور، قبل از قبض ملک مِمضات شرعی نداریم، برخی هم تصریح کرده اند نقل هم نداریم، چون نقل شرعی منحصر در بیع شرعی به اسباب شرعی است. در بیع سلم نیز پیش از قبض، چون قبض و اقباض صورت نگرفته، سبب شرعی نداریم پس بیع شرعی و نقل نیز نداریم. در نتیجه خيار نیز وجود ندارد. در حالی که قطعاً خيار در این بیع ثابت است. پس در فقه جایی وجود دارد که پیش از سبب موثر شرعی خيار ثابت می شود.

نقض دوم: مرحوم شیخ طوسی در بیع خیاری، قائل شده است که تا انقضای مدت خيار ملک ثابت نمی شود. پس اتفاقاً ایشان خيار را متفرع بر ملک نمی داند بلکه ملک را متفرع بر خيار می داند.

جمع بندی استدلال شیخ و رد استدلال صاحب جواهر

شاکله بحث این طور است که در فضولین قائل به عدم ثبوت خيار شدیم، شیخ گفت مورد - یعنی بیع فضولی - قابلیت خيار ندارد. دلیل جواهر این بود که چون نقل منتفی است پس بیع منتفی است لذا «البیعان» جاری نیست. شیخ گفت نقل عرفی داریم و همین کافی است و باعث می شود «البیعان» جاری باشد. در «نعم» گفته شد که در بیع نقل شرعی شرط است نه عرفی، و آنچه از اخبار خيار مجلس به دست می آید این است که، ثبوت خيار بعد از ثبوت اثر شرعی است.^۳ و حسب فرض

^۱ همانطور که که کلاتر و هدایه گفته اند.

^۲ برخی در حاشیه گفته اند منظور اخبار «لا بیع الا فی ملک» است برخی هم گفته اند منظور اخبار مجلس است که خيار را متفرع بر بیع به معنای اسم مصدر و حاصل اثر دانسته اند.

^۳ عبارت شیخ محمل هر دو تفسیر با استفاده از هر دو دسته اخبار است. هر دو را باید گفت.

فضولیین تا قبل از اجازه، امکان نقل شرعی را ندارند. شیخ نیز در ادامه پاسخ می دهد که منظور از نقل، نمی تواند نقل شرعی باشد چون در بیع سلم قبل از قبض، ملک شرعی محقق نشده پس نباید خیاری باشد حال آنکه فقها قائل به خیاری و دیگر آن که بنابر نظر شیخ طوسی بعد از انقضای خیاری، ملک حاصل شود پس خیاری قبل از ملک شرعی ثابت شده است. پس باید قائل شویم ابتدا یک نقل و ملک عرفی داریم سپس خیاری داریم و سپس ملک و نقل شرعی داریم. در نتیجه خیاری متفرع بر ملک عرفی است نه ملک شرعی. با این بیان این دو جواب، پاسخ به نعم است.^۱

بیان دیگری از دو پاسخ نهایی شیخ به صاحب جواهر

شیخ در عبارت فرموده «یندفع ایضا»، ایشان قبلاً فرموده بود «لاندفاعه» بعد فرمود «و یندفع ایضا». این نوع عبارت می تواند به صورت دو پاسخ مجزا به صاحب جواهر هم فهم شود. پس می توان بیان دیگری نیز در تفسیر عبارت داشت: در این بیان شیخ دو احتمال در کلام صاحب جواهر داده است یکی این که ایشان منظورش، نقل عرفی باشد و دیگر اینکه ایشان منظورش نقل شرعی باشد. در این صورت نقل عرفی برای ثبوت خیاری کافی و صحیح است ولی نتیجه اش خلاف نظر صاحب جواهر است. لزوم نقل شرعی برای ثبوت خیاری هم از نظر شیخ درست نیست. حال در عبارت با «نعم» به نقل شرعی اشاره شده و با «یندفع» به آن پاسخ داده شده است. یعنی شیخ یک بسته برای نقل عرفی و یک بسته برای نقل شرعی طراحی کرده است. در این صورت دو پاسخی که ذیل «یندفع» آمده، هم پاسخ به نعم است و هم پاسخ به جواهر است به شرطی که در عبارت جواهر دو احتمال وجود داشته باشد. در این صورت ظاهر عبارت هم بیشتر حفظ می شود.

صدق بیع بر سلم قبل از قبض و تحلیل ماهیت بیع نزد شیخ

شیخ معتقد است، سلم پیش از قبض بیع محسوب می شود. ولی اثر شرعی پس از تمامیت سبب می آید. ما در اینجا احکام فضولی را مفروض گرفته ایم. در فضولی اثر پس از اجازه محقق می شود. نزاع در فضولی قبل از اجازه است یعنی جزء سبب محقق است. در سلم هم همین است، قطعاً پس از قبض و تکمیل سبب، بیع صادق است و اثر شرعی محقق می شود. ولی اینکه قبل از قبض سلم چه وضعی دارد، محل بحث است. باید دید وقتی شیخ در ابتدای کتاب، بیع را تحلیل می کرد کدام بیع را می گفت؟ و در معنای «انشاء تملیک» کدام بیع را مد نظر داشت؟ و در «احل الله البیع» کدام را می گفت؟ بعد از آن باید معلوم کنیم در سلم قبل از قبض کدام بیع صادق است؟

نظر مختار استاد در معنای بیع نزد شیخ

به نظر بنده، شیخ وقتی بیع را به مبادله تعریف می کرد، کتاب البیع را از کتاب اجاره جدا می کرد لذا فرمود: «و الظاهر اختصاص المعوض بالعین». اما ایشان در تعریف بیع به انشای تملیک بیع لغوی را معنا کرد. وقتی به سراغ «احل الله البیع»^۲ رفت - یعنی بیع موضوع دلیل سعی کرد آن دو را به هم برگرداند، لذا چند بار در عبارت تملیک و نقل را مانند هم قرار داد و فرمود همه این تعبیر اشاره به آن فعل عرفی دارند. لذا در بحث با صاحب مقایس فرمود این بخش از کلام صاحب مقایس که خواسته اقباض را به صورت شرط متاخر بیع درست کند، و توجه به قید دوم داشته خوب است. چون یک طرف - بایع -

^۱ ماجرای فضولی همان ماجرای شرط متاخر در مقدمه واجب است که طبق برخی روایات آثاری بعد از تحقق محقق می شد، و با صنعت سازگاری نداشت. لذا هم کشف حقیقی نمی توان قائل شد. هر توجیهی آنجا وجود داشت اینجا نیز باید مطرح شود.

^۲ که برای فقیه مهم است.

به تنهایی کفایت نمی کند. چون بیع عقد است و ایقاع نیست. ما فقط اشکالی به مقایسه داشتیم که نیازی نیست این مطلب قید تعریف شود. لذا شیخ می گوید حتی در تعریف ما که فقط از «تملیک» نام برده شده است منظور فقط فعل بایع نیست. لذا شیخ در معاطات فرمود بیع یک جنبه جوانجی و یک جنبه جوارحی دارد. جنبه جوانجی بیع، قصد است و جنبه جوارحی آن، قبض و اقباض است و هر کدام از دو جنبه مفقود باشد مشکل به وجود می آید و اساساً مشکل معاطات همین بود. در این صورت بیع قبل از قبض در بیع سلم، بیع نیست. یعنی بیع کاملی نیست چون نصف سبب آمده و نصف دیگر محقق نشده است. و مانند غسل لیلی زن مستحاضه است که فقط نصف سبب در آن می آید و بخش دیگر سبب نیامده است.

به طور کلی لازم است به صورت حلی ماهیت بیع را روشن کنیم، برای مثال برخی در حاشیه بر این عبارت مکاسب ذیل نظر شیخ طوسی گفته اند، شیخ طوسی ملک لازم را متوقف بر انقضای خیار دانسته است. ولی این صحیح نیست زیرا جناب شیخ انصاری، در بحث معاطات نشان داد که اساساً ممکن نیست کسی قائل شود ملک به لازم و جائز تقسیم می شود. توضیح داد که این خلاف بدها است یعنی امکان ندارد شیخ طوسی هم به این قائل شده باشد. بدیهی است که در فقه ملک شرعی بعد از خیار محقق می شود. به همین دلیل هر چه نقضی جلو برویم کار حل نمی شود باید حلی از ابتدای بیع شروع کنیم. برای این کار باید از حلقه اول مباحث شیخ یعنی تعریف بیع به «مبادله مال بمال» بحث را آغاز کنیم. شیخ می گوید موضوع ادله امضا بیع عرفی است پس بیع ماخوذ در آیه، بیع و نقل عرفی است و بعد با «احل» حکم شرعی امضا می شود. پس ملک شرعی به تعدد دال و مدلول محقق می شود. خود عنوان بیع در آیه «نقل عرفی» را گفته است. نزاع صاحب جواهر هم صدق عنوان «البیعان» است. شیخ می گوید شما از ابتدا در پی بیع عرفی بودید، چرا در اینجا می خواهید صدق بیع شرعی پیدا کنید؟ شیخ خودش از ابتدا می گفت فقط یک اثر داریم آن هم ملک و نقل شرعی است. در اثر با شارع هستیم ولی در موثر، دو سبب داریم یکی عرفی و دیگری شرعی.

ثبوت خیار برای مالک اصلی پس از اجازه

نعم، فی ثبوته للمالكین بعد الإجازة مع حضورهما فی مجلس العقد وجه. و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل، له وجه. خصوصاً على القول بأن الإجازة عقد مستأنف، على ما تقدم توضيحه فی مسألة عقد الفضولی. و یکفی حينئذ الإنشاء أصالةً من أحدهما، و الإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفاً. نعم، یحتمل فی أصل [المسألة] أن تكون الإجازة من المجیز التزاماً بالعقد، فلا خیار بعدها خصوصاً إذا كانت بلفظ «الترمت»، فتأمل.

در مالک دو قول وجود دارد، اینکه مالک می تواند خیار داشته باشد مقتضای قاعده اولی باب است ولی مشکل ما قابلیت خیار برای مالک نیست بلکه بحث صدق مجلس است. نزاع اصلی در اینجا این است که مجلس در این فرض، مجلس اجازه است یا مجلس عقد؟ اگر گفتیم مجلس عقد مدخلیت دارد، باید بگوییم مالکین باید در مجلس عقد باشند.^۱ اما اگر گفتیم ملاک مجلس اجازه است، تصویر عقلایی دارد. به این صورت که این که فضولی ها امروز معامله کنند و مالکین روز دیگری اجازه

^۱ حالا اینکه چطور این را تصویر کنیم بحث دیگری است.

دهند. شیخ می گوید البته احتمالی داریم، آن هم این است که وقتی مالک - خصوصا با صیغه التزم - اجازه می دهد، این اجازه به معنای امضای معامله باشد و جایی برای فسخ و ثبوت خیار باقی نماند. ولی در ادامه شیخ می فرماید «فتامل» که این اشکال وارد نیست، یعنی درست است که صیغه «اجزت» و «التزمت» متفاوت است ولی «التزمت» به مراد جدی مالک بستگی دارد و اینجا مراد جدی در اتمام سبب شرعی بیع است - نه لزوم معامله - به همین دلیل پس از اتمام سبب شرعی نوبت به دلیل خیار می رسد و خیار ثابت می شود. در نهایت می توان گفت شیخ متمایل به این است که مجلس مورد نظر برای ثبوت خیار در این فرض، مجلس اجازه باشد.

شاید کسی بپرسد که در مجلس اجازه صدق «بیع» بر طرفین وجود ندارد. در پاسخ باید گفت این در صورتی است که «بیع» را عاقد بدانیم، قبلا شیخ یکبار «بیعان» را بر متعاقدين پیاده کرد و بعد هم یکبار از متعاقدين آن را منصرف کرد. می شود با فرض دوم بحث کرد.

در عبارت «نعم، فی ثبوته للمالکین بعد الإجازة مع حضورهما فی مجلس العقد وجه»، ظاهرا این «وجه» به اصل خیار برای مالکین نمی خورد بلکه مربوط به قید «حضورهما فی مجلس العقد» است دلیل این تفسیر وجه بعدی است. عبارت «علی ما تقدّم توضیحه فی مسألة عقد الفضولی» اشاره به آن دارد که اجازه شبیه عقد مستقل باشد و مبیعه فضولیین سبب مستقل نباشد.

یکسان بودن حکم فضولی غاصب و غیر غاصب

و لا فرق فی الفضولیّین بین الغاصب و غیره، فلو تبایع غاصبان ثمّ تفاسخا لم یزل العقد عن قابلیّته
لحوق الإجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة، والله العالم

وقتی فضولیین را با همان معنای متعارف فقهی بحث کردیم، دیگر فرقی بین فضولی غاصب و غیر غاصب نیست. اگر گفتیم مجلس اجازه ملاک است، چه معامله غاصبین امضا شود، چه یک غاصب و یک مالک و چه فضولیین غیر غاصب. فقط مجلس اجازه ای باید باشد. با این توضیح اگر در خود مجلس عقد بین غاصبین نزاع شد و معامله به هم خورد، دیگر صورت عقدی به وجود نمی آید که خیار متفرع بر آن باشد. پس اگر غاصبین «بعت» و «اشتریت» گفتند نوبت به اجازه مالکین می رسد.

درس پانزدهم / ثبوت خیار در وحدت موجب و قابل

ثبوت خیار در وحدت موجب و قابل

مسألة لو كان العاقد واحداً لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولايةً أو وكالةً على وجهٍ يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان ولياً أو وكيلاً مستقلاً في التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدین و المحقق الثانی و المحقق المیسى و الصیمرى و غیرهم، ثبوتُ هذا الخيار له عن الاثنين؛ لأنّه بائعٌ و مشتريٌّ، فله ما لكلٌ منهما كسائر أحكامهما الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين.^۱

این مساله تتمه بحث سابق است، به همین دلیل برخی انتقاد کرده اند که این بحث می توانست ذیل بحث قبل بیاید. در مطلب قبل می خواستیم به ازای هر عنوانی بحث را جدا کنیم، سه نوع وکیل داشتیم سه بحث می کردیم. اگر بنا بود بحث یکسان مطرح شود، این موضوع هم تتمه همان مباحث سابق است و نیازی به عنوان مستقل نداشت.

بحث این است که اگر پیش از این پذیرفتیم که برای وکیل هم خیار ثابت شده است - ولو در برخی صور - سوالی پیش می آید که اگر جایی اتحاد خارجی موجب و قابل وجود داشت و تفاوت طرفین به اعتبار بود، اگر مثل شیخ طوسی می خواستیم بحث کنیم می گفتیم هر جا اتحاد موجب و قابل باشد بیع صحیح نیست، و بحث منتفی بود. و اگر خیار را برای وکیل کاملاً منتفی می کردیم، باز هم بحث منتفی بود. اما اگر اتحاد موجب و قبول را باطل ندانیم و برای وکیل مفوض یا ولی، حق خیار قائل شویم سوال پیش می آید که در جایی که اتحاد موجب و قابل باشد حق خیار مطرح است؟

این بحث به دو شکل قابل طرح است، برخی در این بحث اشکال ثبوتی و لمی کرده اند، گفته اند ماهیت خیار مجلس به شکلی است که قائم به دو نفر است و این ماهیت را از ادله خیار مجلس می فهمیم. اگر این گونه لمی حرف زدیم دیگر نوبت به استظهار از دلیل نمی رسد. مرحوم شیخ بحث را این گونه طرح نکرده بلکه بحث را اثباتی کرده و بر لسان دلیل برده است. آیا لسان دلیل صورت اتحاد موجب و قابل را شامل می شود؟ شیخ از بسیاری از فقها - حتی فقهای اقدمین - قول به ثبوت خیار در این صورت و از برخی دیگر از فقها نفی آن را نقل می کند و در نهایت نیز توقف می کند. پس طرح نزاع شیخ، اثباتی است نه ثبوتی و با استظهار دلیل کار می کند.

فروض متصور در این بحث

حالا این بحث در ظاهر هشت فرض می تواند داشته باشد:

۱- اگر جایی بایع اصیل باشد و در عین حال وکیل مشتری باشد

۲- بایع اصیل باشد، و در عین حال ولی مشتری باشد

۳- مشتری اصیل باشد، و در عین حال وکیل بایع باشد

۴- مشتری اصیل باشد، و در عین حال ولی بایع باشد.

۵- آن فرد وکیل بایع و وکیل مشتری باشد.

۶- آن فرد ولی بایع و مشتری باشد.

۷- آن فرد وکیل بایع و ولی مشتری باشد

۸- آن فرد ولی بایع و وکیل مشتری باشد.

پس موضوع بحث، اتحاد موجب و قابل با تغایر اعتباری است. این بحث دو مقدمه داشت: اول این که این اتحاد را بپذیریم و دیگر اینکه خیار را برای وکیل یا ولی صحیح بدانیم. طرح نزاع هم می تواند ثبوتی یا اثباتی باشد، که شیخ اشاره ای به جنبه ثبوتی نکرده است. در طرح بحث هم هشت فرض مطرح کردیم.

دلیل نافین خیار در صورت مساله

و احتمال کون الخيار لكل منهما بشرط انفرادهما بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين بشخص واحد،
مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين، و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبني على الغالب.

ابتدا دلیل نافین را مطرح می کنیم زیرا مثبتین باید این دلیل را منتفی کنند. مخالفان یکبار می توانند به عنوان «البیعان» تمسک کنند و بگویند این تشنیه، ظهور در تعدد دارد. و گاهی به غایت یعنی «حتی یفترقا» تمسک می کنند چون ظهوری قوی در تعدد دارد. و نشان می دهد باید دو نفر باشند.

نقد شیخ بر دلیل اول نافین

شیخ دلیل اول را به نفع مثبتین رد می کند و می گوید تشنیه ی «البیعان» مبنی بر غالب است، یعنی چون معمولاً دو فرد در معاملات داریم روایت نیست بر همان اساس صادر شده است. و الا تمام الموضوع، تعدد و دو نفر بودن نیست. شاهد این مطلب این است که تشنیه قرار است تعدد عنوانی را مطرح کند، که نتیجه آن تعدد حکمی است. چون در ما نحن فیه دو عنوان بایع و مشتری وجود دارد، شارع در تقنین می گوید «البیعان» یا می فرماید «البایع و المشتري»، یعنی تعدد عنوان را مطرح می کند تا تعدد حکم درست شود. بنابراین تعدد عنوان لزوماً دال بر تعدد افراد نیست. البته در عبارت شیخ استدلال و نفی آن به این نظم مطرح نشده است.

نقد شیخ بر دلیل دوم نافین

مخالفین ثبوت خیار دلیل دیگری هم داشتند و «حتی یفترقا» را ظاهر در مفروض بودن تعدد می دانستند. شیخ می فرماید غایت، ظهور در تعدد دارد اما دو نکته را باید دقت کرد:

نکته اول: «حتی» دو نوع مدخول دارد، گاهی بر ممکنات وارد می شود و گاهی هم بر محالات وارد می شود. مثلاً «لا افعَل هذا الفعل حتّی تفعل کذا» یعنی انجام کار را معلق بر کاری محال می کند. گاهی هم بر ممکن وارد می شود. شیخ می گوید ضروری نیست این «حتّی» بر مدخول ممکن وارد شود بلکه می تواند بر مدخول محال نیز وارد می شود.

نکته دوم: این اعمیت «حتّی» مقدمه استظهار دیگری است: نمی گوییم «حتّی» ظهور در تعدّد ندارد، بلکه چون «حتّی» اعم است، پس غایت حکم نیست بلکه «حتّی» غایتی برای مصداق غالبی است. یعنی «حتّی» غالباً در ممکنات می آید که نتیجه آن نیز تعدّد است. حال می توانیم بگوییم «حتّی» به عنوان اثر مصداق غالبی خود (ممکنات) تعدّد می دهد. اما حکم، مختص به صورتی که مدخول ممکن است نمی شود، تا حکم از اختصاص بیفتد، چون «حتّی» بین طرفین - محال و ممکن - مردّد است.^۱ شیخ می گوید این تمام کلامی است که می شود به نفع مثبتین و نافین اقامه کرد.

دلیل سوم به نفع نافین

خلافاً للمحکّی فی التحریر من القول بعدم، و استقریه فخر الدین قدّس الله سرّه، و مال إلیه المحقّق الأردبیلی و الفاضل الخراسانی و المحدث البحرانی، و استظهره بعض الأفاضل ممّن عاصرناهم، و لا یخلو عن قوّة بالنظر إلی ظاهر النصّ؛ لأنّ الموضوع فیهِ صورة التعدّد، و الغایه فیهِ الافتراق المستلزم للتعدّد، و لولاها لا مکن استظهار کون التعدّد فی الموضوع لبيان حکم کلّ من البائع و المشتري کسائر أحكامهما؛ إذ لا یفرّق العرف بین قوله: «المتبايعان کذا» و قوله: «لکلّ من البائع و المشتري»، إلّا أنّ التقييد بقوله: «حتّی یفترقا» ظاهر فی اختصاص الحکم بصورة إِمکان فرض الغایه، و لا یمكن فرض التفرّق فی غیر المتعدّد. و منه یظهر سقوط القول بأنّ کلمه «حتّی» تدخل علی الممكن و المستحيل، إلّا أنّ یدعی أنّ التفرّق غایه مختصّه بصورة التعدّد، لا مختصّه للحکم بها

شیخ در ادامه نکته‌ی دیگری به نفع نافین مطرح می کند که می تواند دلیل سومی برای آنها باشد. - تا اینجا دو دلیل بیان شد: یکی تشبیه «البیعان» و دیگری ظهور غایت در تعدّد - شیخ در جمع بندی با ترکیبی از دلیل اول و دوم دلیل سومی ارائه می کند و می گوید درست است که «البیعان» به تنهایی ظهور در تعدّد دارد، ولی در دلیل دوم، حتی کسی که خواست تعدّد را نتیجه نگیرد پذیرفت که «حتّی یفترقا» به نحوی ظهور در تعدّد دارد. در نتیجه به دلیل ظهور «حتّی» کلمه «البیعان» باید ظهور در تعدّد داشته باشد.^۲ یعنی مناسبت حکم و موضوع اجازه اعمیت «البیعان» از صورت ممکن و مستحیل را نمی دهد. چون مساله فقط قابلیت قید «حتّی» برای پذیرش ممکن و مستحیل نیست بلکه مناسبت حکم و موضوع در ظهور نهایی سرنوشت ساز است. لذا نمی توان گفت «حتّی» اعم از مستحیل و ممکن است چون مساله اساساً «حتّی» نیست. در نتیجه ظهور روایت در تعدّد دو نفری است نه وحدت اعتباری. پس ظاهر روایت موافق قول کسانی است که در اتحاد موجب و قابل

^۱ شاید سوال شود، آیا این تفسیر به معنای اجمال «حتّی» است یا به معنای ظهور «حتّی» در اعمیت کلی است یعنی مصداقی کلی که شامل ممکن و محال باشد؟ یا اینکه در «حتّی» استعمال فی اکثر داریم و این ها دو فرد مستعمل فیهِ هستند؟ شیخ به این وجه مطلب اشاره نکرده است.

^۲ برخی حقوقدانان معاصر در اینجا گفته اند می توان افتراق را حکمی معنا کرد. ولی حرف شیخ درست است چون افتراق عنوان محسوس است و افتراق حکمی در آن معنا ندارد. مانند بحثی که در «وفوا بالعقود» مطرح شد و گفتیم عقد، ظهور در عهد مشدّد حسی دارد.

خیار را قبول ندارند. باید توجه داشت که روایت «البیعان بالخیار حتی یفترقا» جزو روایات تقنینیه است، این روایات با روایاتی که در آن به سوال شخصی یک سائل پاسخ داده می شود و برای استفاده در فقه باید دلیل اشتراک مکلفین در حکم را روی آن پیاده کنیم،^۱ متفاوت است. در روایات تقنینی به راحتی نمی توان از ظهورات اولیه و قیود آن دست برداشت. چون در قاعده تقنینی همه قیود برای حکم آمده است و قید توضیحی عادی در آن وجود ندارد. به همین دلیل نمی توان به راحتی از قید «حتی یفترقا» عبور کرد و این موید بیان این استدلال است. بنابراین جمع بندی شیخ در اینجا این است که این روایت ظهور در ثبوت خیار برای فرض محل بحث ندارد.

دلیل دیگری برای مثبتین و نقد آن

و بالجمله، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكلاً. نعم، لا یبعد بعد تنقیح المناط، لكن الإشكال فيه. و الأولى التوقف، تبعاً للتحرير و جامع المقاصد

شیخ در ادامه می فرماید کسانی که در اینجا خیار را می پذیرند می توانند به مناط خیار مجلس تمسک کنند.^۲ ملاک خیار مجلس این است پیش بینی راهی برای متعاقبین است که در صورتی پشیمانی از معامله خود بازگردند. این مناط هم صورت تعدد فرد و هم صورت وحدت موجب و قابل را شامل می شود. شیخ سپس می گوید این مطلب درست است ولی این مناط آن قدر قوت ندارد که با قاطعیت در مقابل ظواهر اصل روایتی که به ما مناط را داده است - «البیعان بالخیار حتی یفترقا» - و از آن نفی خیار در صورت وحدت موجب و قابل به دست می آید، بایستد.

جمع بندی دلایل طرفین

این نکته آخر اگر به معنای انکار مناط باشد، شیخ باید بپذیرد که در اینجا خیار نداریم و به راحتی به نفی خیار فتوا دهد. ولی این طور به نظر می رسد که شیخ مناط را به طور کامل کنار نمی گذارد. به همین دلیل در نهایت می فرماید نظر حق، «توقف» در این مساله است.

شیخ در عبارت می فرماید: «و بالجمله، فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكلاً»، با اینکه قول به عدم خیار هم تکرار قائل داشت، اما شیخ حکم دوم را مشهور می داند چون این حکم مربوط به زمان علامه به قبل بوده است. شهرت زمانی محقق است که به زمان شیخ طوسی و پیش از او تا زمان اصول اربعمائه برگردد. همان بحثی که شیخ با صاحب مقایس در حجیت خبر واحد داشت.

عدم مسقط بودن افتراق بر فرض ثبوت خیار مجلس

ثم لو قلنا بالخيار، فالظاهر بقاءه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفريق.

^۱ که در بحث من قصد خودش محل بحث بود در نزاع با میرزای قمی

^۲ ادله امضا و معامله هم مثل ادله عبادات نیست که تعبد محض باشد.

البته بر مبنای کسانی که در اینجا خیار مجلس را جاری می دانند دیگر افتراق نمی تواند جزو مسقطات خیار باشد، چون افتراق، ظهور در تعدد طرفینی دارد که در اینجا سالبه به انتفاء موضوع است. لذا چنین فقیه‌ی باید در اینجا بگوید خیار مجلس کماکان باقی است تا زمانی که یکی دیگر از مسقطات آن را منتفی کند.

درس شانزدهم / اختصاص خیار مجلس به بیع

از مساله مستثنیات خیار عبور می کنیم زیرا هر سه فرع آن مربوط به مبیع بودن عبد است. ، اول اینکه مبیع احد العمودین یا فرق یازده گانه ای باشد که مملوک فرد نمی شود، دوم این که عبد مسلم به کافر فروخته شود و دیگری این که عبد بخواهد خودش را بخرد.

اختصاص خیار مجلس به بیع

مسألة لا يثبت خيار المجلس في شيءٍ من العقود سوى البيع عند علمائنا، كما في التذكرة، و عن تعليق الإرشاد و غيرهما. و عن الغنية: الإجماع عليه. و صرح الشيخ في غير موضعٍ من المبسوط بذلك أيضاً، بل عن الخلاف: الإجماع على عدم دخوله في الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة

مساله بعد جریان خیار مجلس در سایر عقود است. یک مساله پیاده شدن خیار مجلس در عقود لازمه و دیگری پیاده شدن این خیار در عقود جائزه است. شیخ در مورد اصل مساله بحثی تفصیلی نکرده است و ظاهر عبارت این است که پیاده نشدن خیار مجلس در هر دو قسم عقد اجماعی است. البته در پایان عبارت فرموده اند: «لا اشكال في المساله»، یعنی شبه بداهتی داریم حالا یا به خاطر اجماع یا بداهت عدم صدق دلیل. از عبارت «من العقود سوى البيع عند علمائنا» بر می آید که شیخ بر اجماع تمرکز کرده است نه صدق عنوان «البیان». برخی محشین در تفسیر عبارت عدم صدق «البیان» را هم مطرح کرده اند. اما این دلیل دوم در عبارت نیست ثانیاً قابل تامل است. اولاً باید ببینیم منظور از «البیان» واقعا متعقدان در بیع است؟ ثانیاً در ابتدای بیع شیخ نشان داد «احل الله البيع» اطلاقی دارد که شامل اجاره اجیر و منافع فعل اختیاری می شود. اگر کسی آن دلیل را در غیر بیع استفاده کرد مبنایش طبعاً این می شود که مراد از بیع در لسان دلیل غیر از بیعی است که فقها در تبویب کتاب گفته اند. و آن بیع به معنای عرفی می تواند شامل سایر عقود هم شود. حالا اگر شیخ چنین عمومی دیده باشد به خاطر عنوان «البیان» بحث را مختص بیع نمی کند و عدم صدق نمی تواند دلیل اختصاص خیار مجلس به بیع باشد. پس اصل دلیل همان اجماع است. «عند علمائنا» هم یکی از الفاظ اجماع است.

بررسی کلام شیخ طوسی در مبسوط

. إلّا أنّه في المبسوط بعد ذكر جملةٍ من العقود التي يدخلها الخيار و التي لا يدخلها قال: و أمّا الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانعٌ، انتهى. و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضي. و لم يُعلم معنى الخيار في هذه العقود، بل جزم في التذكرة: بأنّه لا معنى للخيار فيها؛ لأنّ الخيار فيها أبداً

تنها یک مساله باقی می ماند و آن عبارتی از شیخ طوسی است که باید بررسی شود. پس اصل مساله این است که در غیر بیع چه جائز و چه لازم خیار مجلس نداریم. شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع بر عدم وجود خیار مجلس در عقود غیر از بیع است در مبسوط هم در برخی عبارات تصریح کرده که خیار مجلس مختص به بیع است. فقط در جایی از مبسوط بخشی از عقود جائزه مانند وکالت و مضاربه را مثال زده و فرموده خیار مجلس و شرط در آن ها جاری می شود. مشهور هم از زمان علامه تا امروز حاشیه زده اند که ثمره حق خیار، اساساً در عقود جائزه موجود نیست چون این عقد از اصل جائز است. جالب است که شیخ این مطلب را در عقود لازمه مثل اجاره هم نفرموده بلکه در عقود صرفاً جائز بیان کرده اند.^۱

توجیه کلام شیخ طوسی توسط شهید اول و نقد شیخ بر آن

و احتمال فی الدروس: أن یراد بذلك عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار. و لعلّ مراده التصرف المرخص فيه شرعاً للقابل فی هذه العقود، لا الموجب؛ إذ لا معنى لتوقف جواز تصرف المالك فی هذه العقود على انقضاء الخيار، ولأنّ أثر هذه العقود تمكّن غیر المالك من التصرف، فهو الذی یمکن توقّفه على انقضاء الخيار الذی جعل الشیخ قدّس سرّه أثر البیع متوقّفاً علیه لكن الإنصاف: أن تتّبع کلام الشیخ فی المبسوط فی هذا المقام یشهد بعدم إرادته هذا المعنى، فإنّه صرح فی مواضع قبل هذا الکلام و بعده باختصاص خیار المجلس بالبیع.

شهید اول که شاگرد فخر است تلاش کرده کلام شیخ را توجیه کند. ایشان فرموده شیخ پیش از این فرموده بود در بیع، تصرف در عوضین بعد از انقضای خیار معتبر است چون بعد از انقضای خیار است که ملکیت شرعی حاصل می شود. شاید در اینجا هم منظورش همین است. یعنی شاید در عقود جائزه هم تصرف منوط بشود به انقضای زمان خیار.

شیخ ابتدا به کلام شیخ طوسی نکته ای اضافه می کند و می فرماید شیخ طوسی انقضای خیار را در بیع سبب تحقق ملکیت می دانست زیرا در بیع تبادل املاک وجود دارد. ملک طرفین نزد یکدیگر بود و تا انقضای خیار صبر می کردند و فرض هم این بود که هر یک از دو شیء به طرفین منتقل شده است. ولی در مساله فعلی مثلاً در مضاربه یک نفر مالک اصلی و طرف دیگر عامل است و اساساً سرمایه از ملک مالک خارج نمی شود. جواز عقد هم به این معناست که مالک در هر لحظه ای حق تصرف داشته باشد. پس این توجیه شما اگر توجیه خوبی هم باشد در طرف مقابل (یعنی قابل) مد نظر است نه در موجب، پس برای طرفین نمی توان این را گفت چون موجب از ابتدا حق تصرف را دارد. بعد شیخ می فرماید اصل این توجیه غلط است و واقعاً با عبارت شیخ طوسی جمع نمی شود چون شیخ در پیش از این مطلب و بعد از آن تصریح کرده که خیار مجلس مختص بیع است. پس نمی شود عبارت را این گونه توجیه کرد.

^۱ برخی در ذیل عبارت «بل جزم فی التذکره: بأنّه لا معنى للخيار فيها؛ لأنّ الخيار فيها أبداً» گفته اند در بیع وقتی می گوییم خیار مجلس و حیوان و شرط وجود دارد، سه خیار داریم ولی ثمره هر سه، واحد است. حال چه اشکالی دارد در اینجا هم جواز را که ثمره ی واحدی است از دو منشأ بدانیم، یکی حکم جواز من قبل العقد داشته باشیم چون عقد ما ذاتاً جائز است و دیگری هم حکم جواز من قبل الخيار؟

توجیه کلام شیخ طوسی توسط شیخ انصاری

و الذى يخطر بالبال: أنَّ مراده دخول الخيارين فى هذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقد البيع، فتنفسخ بفسخه فى المجلس؛ و هذا المعنى و إن كان بعيداً فى نفسه، إلا أنَّ ملاحظه کلام الشيخ فى المقام يقربه إلى الذهن، و قد ذكر نظير ذلك فى جریان الخيارين فى الرهن و الضمان و كيف كان، فلا إشكال فى أصل هذه المسألة.

شیخ انصاری می فرماید می توان توجیه دیگری ارائه کرد که شاید کمی بعید به نظر برسد ولی با برخی تصریحات شیخ طوسی سازگار است. شیخ طوسی در باب ضمان و رهن عباراتی دارد، مثلاً ایشان ضمان را به دو نوع مطلق و مقید تقسیم می کند و یا رهن را به «رهن بدین» و «رهن فی بیع» تقسیم می کند. یعنی یک قسم ضمان و رهن، ضمان و رهنی است که در ضمن یک عقد بیع شرط شده باشد. شیخ می گوید می توان این طور گفت که مرحوم شیخ طوسی برای برخی عقود اشتراط در ضمن بیع را یک قسم دیده است. در این صورت در چنین معامله ای، خیار مجلس در بیع پیاده می شود و چون شرط هم تابع بیع است، محکوم به حکم بیع می شود. لذا شیخ طوسی فرموده در قسمی که ضمان در ضمن بیع است تا زمان انقضای مجلس فرصت هست که متعاقدين عقد فسخ کنند و اگر فسخ کنند دیگر ضمان هم جاری نیست. با این توضیح بحث فعلی در ثبوت خیار در برخی عقود جائزه نیز می تواند از این قبیل باشد. یعنی در این مضاربه و عاریه و ... هم زمانی خیار مجلس جاری است که در ضمن بیع باشد. مویدش هم این است که خیار شرط را عطف بر خیار مجلس کرده است.

در پایان این عبارت مصنف می فرماید: «فلا إشكال فى أصل هذه المسألة». بسیاری این اجماع را محتمل المدرک می دانند. و ارزش آن را انکار می کنند. اما شیخ وثوق به وجود این فتوا - اختصاص خیار به بیع - بین فقها دارد. شیخ اینجا فقط اجماع را دلیل بر بحث نمی داند و قالبی نگاه نمی کند بلکه در بررسی نظرات فقها به وثوق می رسد. و اساساً اگر مدرکی وجود داشته باشد، نمی تواند خلاف فهمی باشد که شیخ به دست آورده است، چون ممکن نیست همه آن فقها بر خلاف آن مدرک فتوا داده باشند و مدرک معتبری باشد. این همان بحث «دخالت شهرت در فهم» است. شیخ و آیت الله بروجردی و امام به این مطلب قائلند. البته مبانی این بزرگان مختلف است.

درس هفدهم / بررسی مبدا زمانی تحقق خیار مجلس

بررسی مبدا زمانی تحقق خیار مجلس

نحوه دخالت قبض و اقباض در عقد

بحث است که خیار مجلس از زمان انعقاد عقد به وجود می آید یا از زمان قبض و اقباض؟ باید ابتدا به خود قبض و اقباض نگاهی کنیم و بعد وارد شویم. این مطلب در غیر صرف و سلم اجماعی است. در صرف و سلم اختلافی پیش آمده ولی این اختلاف شامل کل این بحث می شود. یعنی باید پیش از پرداختن به صرف و سلم اتخاذ مبنایی در این باب شود و آن این است که برای قبض و اقباض چه دخالتی در عقد قائل هستیم.^۱

اینجا باید چند مطلب رسیدگی شود:

الف) قبض و اقباض از جهت حکم وضعی چه اثری دارد؟

ب) قبض و اقباض از جهت حکم تکلیفی چه اثری دارد؟

این دو بحث مجزاست که البته بر هم منوط شده اند. اجمالی از طرح کلی این بحث را مطرح می کنیم. عده ای از فقها یا به دلیل اینکه مانند شیخ حکم وضعی را منتزع از تکلیفی می دانسته اند یا به خاطر ظهور «اوفوا بالعقود» که مفاد آن، وجوب تکلیفی وفای به عقد است. آن ها گفته اند وجوب وفای به عقد یعنی وفای به آثار لاحقۀ عقد واجب است. یکی از این آثار قبض و اقباض است. لذا از اینجا نتیجه گرفته اند که قبض و اقباض وجوب تکلیفی و نفسی و مولوی دارد. این وجوب را شاید منشا انتزاع حکمی وضعی بدانیم و بگوییم قبض و اقباض شرط صحت است، برخی گفته اند متمم عقد است و برخی گفته اند جزو سبب است. این معنا در سایر عقود اجمالا مورد انکار است، یعنی گفته اند قبض و اقباض اثر لاحق است و عصیان از آن حرمت تکلیفی دارد ولی مشکلی برای صحت عقد به وجود نمی آورد. پس در سایر عقود اجمالا^۲ قبض و اقباض دخالتی در حکم وضعی ندارد. اما قبض و اقباض در صرف و سلم دخالت دارند چون روایات خاصه داریم. البته در سلم بیشتر شهرت داریم تا روایت. ولی در صرف روایت داریم که در آن امام دستور به تقابض «یدا بید» داده است. بنابراین چون در سایر بیع ها، قبض و اقباض شرط نیست راه هموار است. چون در آنها عقد تام می شود و سبب به وجود آمد و نقل شرعی، حکما اتفاق می افتد و از همان لحظه خیار مجلس داریم و با تمام قواعد سابق سازگار است چون عقد تمام شده است.

^۱ این بحث را فعلا با توجه به صرف و سلم پیاده می کنیم ولی جا دارد که به صورت جامع نقش قبض و اقباض را در بیع تحقیق کنیم.

^۲ می گوییم اجمالا، چون شیخ بحثی با صاحب مقایس داشت و این موارد را علی ای حال از قبیل شرط متاخر می دانست حالا اینکه شرط صحت هم باشد بحث دیگری است.

بررسی رابطه قبض و اقباض و صرف و سلم

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد؛^۱ لأن ظاهر النص كون البيع علة تامّة، و مقتضاه كظاهر الفتاوى
شمول الحكم للصرف و السلم قبل القبض

ولی در صرف و سلم که روایت در تقابض داریم،^۲ باید ببینیم تقابض چه دخالتی دارد؟ ممکن است کسی بگوید از این روایات فقط وجوب تکلیفی تقابض را می فهمیم. در این صورت صرف و سلم تفاوتی با سایر عقود نمی کند. ولی اگر کسی گفت فقط وجوب شرطی^۳ می فهمیم.^۴ مساله متفاوت می شود.

شیخ می فرماید ابتدا باید بررسی کنیم که وجوب تقابض یا قبض برای صرف یا سلم را مولوی بدانیم یا شرطی؟ اگر همین بحث به ثمر برسد ممکن است بحث به سرانجام برسد. مثلاً اگر فرض کنیم که وجوب تکلیفی مولوی مدنظر است یعنی با همان عقد - پیش از تقابض - سبب تام حاصل می شود، در این صورت خيار هم از زمان عقد است و مشکلی وجود ندارد. اما اگر بگوییم تقابض، وجوب شرطی دارد یعنی عقد پیش از تقابض سبب را تام نمی کند، اگر بخواهیم بنا بر گذشته صحبت کنیم - که می گفتیم خيار ثمره سبب تام است و پس از حصول سبب تام نقل و صدق عنوان بیع، خيار می آید - باید بگوییم خيار از حین عقد جاری نیست. ولی برخی با اینکه وجوب را شرطی دیده اند خواسته اند با تمسک به اجماع، تحقق خيار از حین عقد جاری بدانند.

این دسته باید دو کار اصلی انجام دهند:

اول: باید گذشته را توجیه کنند. چون دو بدیهی داریم: یکی اجماعی است که خيار مجلس را از حین عقد می داند و یک بدیهی که از گذشته داشتیم که تا سبب تام نشود خيار محقق نمی شود.

دوم: این دسته از فقها همچنین باید برای این اجماع دلیل عقلایی بتراشد چون بحث ما امضای عقلاست و صرف تعبد کافی نیست. یعنی چینی اجماعی باید ثمره ای برای خيار پیش از تقابض درست کند.

شیخ در عبارتش به کار اول - جمع دو بدیهی - نمی پردازد ولی ثمره را هم قبل از تقابض و هم بعد از آن تصویر می کند. بعد از تقابض که قطعاً ثمره دارد، ولی نزاع اصلی بر سر قبل از تقابض است. شیخ ثمره قبل از تقابض را نیز هم بنابر وجوب مولوی - گرچه آسان است و نیازی به تصویر آن نیست - و هم بنابر وجوب شرطی تصویر می کند. با این توضیحات آسان

^۱ ص ۴۹

^۲ که در مورد صرف تقابض داریم و در سلم قبض ثمن داریم.

^۳ در اطلاعات اصولی ما گاهی چیزی مبهم می ماند، گاهی می گوئیم وجوب ارشادی به جزئیت و شرطیت و گاهی می گوئیم وجوب شرطی. وجوب شرطی اعم از ارشادی است و ممکن است مولوی هم باشد. مثلاً نظر محقق خویی این است که برخی وجوب ها نفسی اند یعنی مولوی اند ولی ضمنی اند یعنی جزء و شرط را می گویند در هر صورت وجوب شرطی مساوی با ارشاد نیست. البته کسی مثل آخوند وجوب را یا نفسی اصلی می داند یا اینکه اگر به مقدمه خورد قطعاً ارشادی می داند. بهترین جایی که بیان ایشان را می توان یافت در بحث جامع صحیح و اعم ذیل «ان قلت» و «قلت»ی از شیخ و پاسخ به او است که آخوند بحث جامع بسیط یا مرکب یا بسیط مرکب را مطرح می کند. البته جای اصلی این بحث در اقل و اکثر است ولی در آنجا با روایات کار می شود ولی در بحث صحیح و اعم بیشتر جنبه کلی و نقشه بحث مدنظر است. ولی محقق خویی و صاحب قوانین و شیخ - بر اساس انتسابی که محقق خویی به ایشان می دهد - نظر دیگری دارند. و وجوب شرطی را مساوی ارشاد نمی دانند.

^۴ باید ببینیم وجوب شرطی همیشه ارشادی است؟ نه همیشه وجوب شرطی ارشادی نیست گاهی مولوی است.

ترین فرض این است که برای قبض، وجوب مولوی قائل شویم و ادامه کار آسان است ولی اگر وجوب را شرطی بدانیم به مشکل بر می خوریم و باید خیار را به درستی تصویر کنیم.^۱

تصحیح خیار مجلس بر اساس وجوب مولوی تقابض

و لا إشكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض في المجلس في الصرف و السلم و جوباً تكليفاً، إمّا لزوم الربا
كما صرح به في صرف التذكرة و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملّكاً؛ لأن ثمره الخيار
حينئذٍ جواز الفسخ، فلا يجب التقابض

شیخ وجوب تکلیفی مولوی را با دو بیان توضیح می دهد:

بیان اول، بیانی است که علامه در تذکره پیرامون لزوم ربا و تحفظ از آن دارد.

بیان دوم هم بیان «اوفوا بالعقود» است که پیش از این هم شیخ از آن بحث کرده است.

علامه در تذکره فرموده اگر فرض کنیم در بیع صرف قبض شود ولی اقباضی اتفاق نیفتد، طبعاً طرف دوم باید با یک فاصله زمانی اقباض کند، این به معنای نسبه شدن معامله است. فقها هم اجماع داشتند که «للاجل قسط من الثمن» و زمان ارزشی جداگانه پیدا می کند. بنابراین مثلاً یک طرف ده گرم طلا است و طرف دیگر ده گرم طلا به اضافه زمان داده است که این زیاده و ربا است. علامه می گوید تنها راه عدم تحقق ربا، تقابض فی المجلس است. و چون حرمت ربا تکلیفی است وجوبی هم که اینجا وجود دارد تکلیفی است. البته بسیاری اینجا اشکال کرده اند.

بیان دوم: شیخ چون قائل بود حکم وضعی از تکلیفی انتزاع می شود پیش از این سعی کرد نشان دهد «اوفوا» ظاهر در وجوب وفای به عقد به صورت تکلیفی است پس ظاهر «اوفوا بالعقود» اثبات یک وجوب تکلیفی مولوی است. عقد همان «بعت اشتریت» است و وجوب وفای به عقد هم به معنای انجام و ترتب آثار عقد است. اولین اثر عقد - «بعت اشتریت» - هم تقابض است. پس وجوب تکلیفی تقابض از وجوب تکلیفی وجوب وفا ثابت می شود.

شیخ می گوید البته شاید در همین جا هم این وجوب تکلیفی با این که تقابض شرط صحت باشد منافاتی نداشته باشد. این را می توان از عبارت «و إمّا لوجوب الوفاء بالعقد و إن لم يكن بنفسه مملّكاً» فهمید این عبارت نشان می دهد که شیخ در «لا اشکال» به وجوب نفسی ضمنی هم توجه داشته است. لذا باز هم باید از صورتی بحث کنم تقابض شرط صحت باشد. بلکه در سایر بیع ها اجماع داشتیم که شرط صحت نیست ولی در اینجا اجماع نداریم بلکه روایاتی نیز دال بر این که شرط صحت است، داریم.^۲

شیخ می گوید معنای شرطیت این است که پیش از تقابض ثمره و سبب تامی وجود ندارد. ایشان می گوید می توان ثمره ای درست کرد. به این صورت که بگوییم بنابراین که وجوب مولوی و تکلیفی باشد خیار قبل از تقابض مسقط وجوب تکلیفی

^۱ گرچه با توضیح ابتدای جلسه معلوم شد قائل شدن به وجوب مولوی لزوماً نفی شرطیت نیست.

^۲ البته اگر این روایات را هم توانستیم حل کنیم باز مشکل حل می شود.

است. چون موضوع «وفوا»، عقد یعنی «بعت اشتریت» بود. پس از تحقق این موضوع، تکلیف یعنی وجوب وفای بع عقد به فعلیت می رسد و این به معنای وجوب انجام تقابض است. یعنی دلیل، وجوب تقابض را بر ذمه می آورد. حال اگر پیش از تقابض قائل به خیار شویم معنای آن این است که خیار موضوع وجوب تقابض را از ذمه خارج می کند، پس ثمره خیار پیش از تقابض برائت از اشتغال ذمه است.

توضیح اصولی این بحث

در علم اصول در باب اجزاء می گفتیم وقتی تکلیف به فعلیت رسید راهی برای سقوط آن جز اتیان یا امتثال نیست. در اینجا عصیان به این است که تقابض نکنیم. امتثال هم اعمال تقابض است. ولی این که راهی به نام خیار درست شود و نتیجه اش برائت ذمه باشد معنایش این است که نه اتیان محقق شده و نه امتثال. برخی این را در علم اصول تعقیب کردند و گفتند لازمه این اتفاق تنافی بین دلیلی است و مولای حکیم این کار را نمی کند یعنی نوعی استحاله گیری از جانب مولا برای آن تصویر کردند. آخوند در کفایه راه حلی داشت، ایشان می فرمود شارع نمی تواند بعد از فعلیت تکلیف، در وادی امتثال دخالت کند و تکلیف را از بین ببرد ولی شارع می تواند در ناحیه علل حکم دخالتی کند تا موضوع امتثال را منتفی کند. حال محل بحث ما می تواند از مصادیق همان راهی باشد که آخوند می گوید. اگر در اصول در اینجا استحاله پیش می آمد راه بحث فعلی ما کاملاً بسته می شد.

تصحیح خیار مجلس بر اساس وجوب شرطی تقابض

أَمَّا لَوْ قُلْنَا بَعْدَ وَجوبِ التَّقَابُضِ وَ جَوَازِ تَرْكِهِ إِلَى التَّفَرُّقِ الْمَبْطُلِ لِلْعَقْدِ، فَفِي أَثَرِ الْخِيَارِ خُفَاءٌ، لِأَنَّ الْمَفْرُوضَ بَقَاءَ سُلْطَنِهِ كُلِّ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ عَلَى مَلَكَهٖ وَ عَدَمَ حَقِّ لَأَحَدِهِمَا فِي مَالِ الْآخَرِ. وَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ أَثَرُ الْخِيَارِ خُرُوجَ الْعَقْدِ بَفَسْخِ ذِي الْخِيَارِ عَنْ قَابِلِيَّةِ لِحُوقِ الْقَبْضِ الْمَمْلُوكِ، فَلَوْ فَرضِ اشْتِرَاطِ سَقُوطِ الْخِيَارِ فِي الْعَقْدِ لَمْ يَخْرُجِ الْعَقْدُ بَفَسْخِ الْمَشْرُوطِ عَلَيْهِ عَنْ قَابِلِيَّةِ التَّأْثِيرِ

در وجوب شرطی کار سخت تر است چون سبب ما تام نیست شیخ ابتدا می گوید فیه خفاء، یعنی شاید بگوییم ثبوت خیار در چنین فرضی ثمره ندارد. چون سبب تام نیست و طرفین مسلط بر مال خود هستند و نیازی به خیار نیست. اما شیخ می گوید باز هم می توان ثمره ای تصویر کرد. دلیل اینکه شیخ در اینجا هم به دنبال ثمره می رود این است که در عبارات فقها کسانی هستند که قائل به خیار در این فرض شده اند و شیخ می خواهد برای آن قول ثمره ای تصویر کند. دلیل دیگر این است که اجماعی وجود دارد که در تمام بیع ها خیار مجلس از حین عقد منعقد می شود. عده ای در اینجا گفته اند اجماع دلیل لبی است و به قدر متیقن آن اکتفا می کنیم و قدر متیقن در غیر مورد صرف و سلم است. ولی این نظر صحیح نیست زیرا در اینجا اجماع معقد دارد و در آن تصریح شده که خیار از حین عقد محقق می شود و نمی توان صرف و سلم را جدا کرد. یا باید همه را قبول کرد یا همه را رد کرد. در توضیح ثمره ایشان می فرماید ممکن است این طور بگوییم که با تحقق «بعت و اشتریت» جزء علت محقق شده ولی شرط یعنی تقابض هنوز نیامده است، اگر خیاری در این بین نباشد، جزء دوم علت هنوز امکا دارد که به جزء اول متصل شود و سبب تام شود ولی اگر خیار به وجود آید این قابلیت برای جزء بعدی از بین می رود. این را شیخ از عبارات علامه یا شهید استفاده می کند.

در متن از عبارت «فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصی» هم وجوب تکلیفی شرطی به دست می آید.

عبارات دروس و تذکره و مبسوط در پذیرش خيار مجلس قبل از قبض

قال فی التذکره: لو تقابضا فی عقد الصرف ثم أجازا فی المجلس لزم العقد، وإن أجازا قبل التقابض فکذلک، و علیهما التقابض، فإن تفرقا قبله انفسخ العقد، ثم إن تفرقا عن تراضٍ لم يحکم بعصیانهما، فإن انفرد أحدهما بالمفارقة عصی، انتهى. و فی الدروس: یثبت یعنی خيار المجلس فی الصرف، تقابضا أو لا، فإن التزما به قبل القبض وجب التقابض، فلو هرب أحدهما عصی و انفسخ العقد، و لو هرب قبل الالتزام فلا معصیه. و یحتمل قویاً عدم العصیان مطلقاً؛ لأنّ للقبض مدخلاً فی اللزوم فله ترکه، انتهى. و صرح الشیخ أيضاً فی المبسوط بثبوت التخیار فی الصرف قبل التقابض. و ممّا ذکرنا یظهر الوجه فی کون مبدأ الخيار للمالکین الحاضرين فی مجلس عقد الفضولیین علی القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما علی القول بالنقل، و کذا علی الكشف، مع احتمال کونه من زمان العقد.

در عبارت دروس هم «و لو هرب قبل الالتزام فلا معصیه» این هرب به معنای اعمال خيار است لذا معصیتی نیست.

در عبارت دروس شهید می فرماید: «و یحتمل قویاً عدم العصیان مطلقاً؛ لأنّ للقبض مدخلاً فی اللزوم فله ترکه» گفته اند مراد از لزوم، همان لزوم در مقابل جواز است، می گویند پس از صیغه عقد، با آمدن تقابض سبب تام می شود. پس از آن بحث می شود که این مملک شرعی لازم است یا جائز؟ می گوئیم «الاصل اللزوم الا من جهت الخيار». زمانی سوال جائز یا لازم بودن طرح می شود که سبب تام باشد. و چون قبض در سلم یا تقابض در صرف جزء اخیر علت تامه است هر چه در سبب تام دخالت دارد در لزوم و جواز هم دخالت دارد. این احتمال یعنی به هم زدن بیان علامه و شهید که پیش از این بیان شد و بر اساس آن می گفتند تا سبب تام نشود خيار حاصل نمی شود.

این عبارات تذکره و دروس و مبسوط، چند فرع داشتند. شیخ نمی خواست بگوید فتوایش با آنها یکی است، بلکه برای ایشان این مهم بود که آنها قبل از تقابض خيار را فرض کرده اند، ولو در نتیجه اختلاف فتوا وجود داشته باشد.

بررسی ثبوت خيار مجلس در عقد فضولی

و ممّا ذکرنا یظهر الوجه فی کون مبدأ الخيار للمالکین الحاضرين فی مجلس عقد الفضولیین علی القول بثبوت الخيار لهما من زمان إجازتهما علی القول بالنقل، و کذا علی الكشف، مع احتمال کونه من زمان العقد.

شیخ بحث فضولی را هم از تذکره نقل می کند. ایشان می گوید در بیع فضولی اجازه - کاشفا یا ناقلا - قطعاً لازم است. حالا شاید کسی بگوید تا اجازه نیاید صدق بیع نداریم پس خيار نداریم. شاید کسی بگوید بر اساس اجماع پیشین، خيار من حین العقد محقق می شود و عقد هم اسم برای فعل فضولیین است پس از لحظه عقد فضولیین، خيار داریم. که البته در این فرض

باید برای خیار ثمره بیابیم. پس هر دو وجه سابق اینجا جاری است. شیخ بحث دیگری نیز داشت که شیخ بحثی داشت که در فضولی، مجلس اجازه معتبر است یا مجلس عقد، ظاهراً با این عبارت مجلس عقد را تقویت می کند: «کون مبدأ الخیار للمالکین الحاضرين فی مجلس عقد الفضولیین»