

فقه ۵، ص ۳۲۱-۳۲۳ (مطابق چاپ کنگره)

اندار؛ اسقاط و کم کردن مقداری از وزن مبیع به جهت ظرف آن.
اگرچه احتمال زیاده و نقصان در اصل وزن مبیع وجود دارد، انداز جایز است بالاجماع.

اقوال در مسأله انداز (۶ قول)؛

- شیخ طوسی و دیگران: انداز با دو شرط جایز است؛ اولاً ظرف از ظرفی باشد که در آن انداز نزد تجار متعارف باشد و ثانیاً علم به زیاد بودن مقدار کسرشده نداشته باشیم (احتمال نقصان باشد).
- همان قول اول + علم به نقصان هم نباید داشته باشیم.
- انداز به مقدار متعارف جایز است، چه علم به زیاده و نقصان داشته باشیم یا خیر. اما اگر متعارفی وجود نداشته باشد، حتماً باید مقداری که شود که احتمال به زیاده و نقصان در آن وجود دارد، نه علم.
- اگر احتمال زیاده و نقیصه در آن وجود داشته باشد جایز است مطلقاً (چه تراضی باشد یا خیر)، اما اگر علم به زیاده و نقیصه باشد، مشروط به تراضی است.
- قول چهارم + علم به نقیصه هم نیاز به تراضی دارد.
- اگر انداز غرر به شمار آید، جایز نیست، اگر غرر به شمار نیاید جایز است.

نکته؛ در جایی که مظلوف را با ظرفش وزن می‌کنیم و معامله فقط روی مظلوف واقع می‌شود، در این جا یک صورت از محل بحث خارج است و آن این که مبیع را بدون علم به وزن دقیق آن به قیمتی معین بفروشیم (وزن مبیع با ظرف آن معلوم باشد، اما وزن خالص آن معلوم نباشد و این خللی به معامله وارد نکند و بیع غرری نشود).

ص ۳۲۳-۳۲۴

تصویر مسأله انداز به دو نحو صورت گرفته است:

– انداز بعد از اتمام عقد است؛ اگر مظلوف بر اساس وزن فروخته شود، وزن در قیمت تاثیر دارد، اگر دانستن وزن ظرف و مظلوف با هم برای ما کافی باشد و مشتری ثمن دقیق مبیع را نداند و نیاز به انداز برای تعیین مقدار ثمن باشد، در این صورت انداز لازم نیست، زیرا معامله قبل از تعیین دقیق ثمن تمام شده است و انداز صرفاً برای تعیین مقدار ثمن است.

– انداز سبب تعیین وزن جعلی مبیع به صورت خالص باشد و تنها با انداز وزن مبیع معلوم گردد؛ در واقع انداز شرط صحت معامله باشد. البته تعیین مقدار خالص و دقیق مبیع لازم نیست.

مستفاد از **صريح** بعضی عبارات فقها؛ سازگاری اندار با **وجه دوم**.
 مثل کلام **کاشف الغطاء**: حکم اندار منوط به **غرر** است، سپس ایشان اعتراض کرده‌اند به **علامه** که **تراضی** را موجب صحت بیع انداری می‌دانند و می‌گویند تراضی رفع غرر نمی‌کند.
 از برخی عبارات نیز **ممکن** است چنین مطلبی **استظهار** شود.
 مثل عبارت **فخرالمحققین**: «يجوز الانداز للظروف بما يحتمل الزيادة و النقيصة فقد استثنى من المبيع أمر مجهول و استثناء المجهول مبطل للبيع إلا في هذه الصورة فإنه لا يبطل إجماعاً» بعد از فاء تفریع **استثناء از مجهول متفرع بر جواز انداز** شده‌است، یعنی **جواز انداز** ثابت است پس **استثنا مجهول از مبيع** واقع شده و اشکال ندارد. این مطلب با **وجه دوم** سازگار است زیرا می‌گفتیم **انداز شرط صحت** بیع است.
 اگر **وجه اول** در نظر فخرالمحققین صحیح بود (انداز برای تعیین ثمن است) باید می‌فرمود **بیع مظلوف بدون طرف جایز** است پس **استثنا مجهول لازم** است (برای تعیین ثمن).
فتأمل: بسیاری از محشین؛ عبارت فخرالمحققین با **وجه اول** نیز سازگار است، زیرا **جهل به مثنی و جهل به ثمن** هر دو از اقسام جهل است و در هر دو صورت **استثنا مجهول** می‌تواند **متفرع بر هر کدام** بشود.

اما غیر از موارد مذکور عبارات بسیاری از فقها با **وجه اول** سازگار است.
 -عبارت **محقق و علامه** در قول چهارم؛ **اعتبار تراضی** را اختصاص داده‌اند به صورتی که **علم** به مخالفت مقدار مندر با **وزن واقعی** ظرف وجود دارد و اگر مقدار مندر **محتمل الزيادة و النقيصة** باشد **تراضی** در آن شرط نیست. این بیان با **وجه** ثانی سازگار نیست، زیرا اگر انداز برای **احراز وزن مبيع و تصحیح عقد** باشد، انداز **قبل از بیع** نیز **تراضی** در آن شرط است حتی اگر انداز به مقدار **ما يحتمل الزيادة و النقيصة** باشد.

ص ۳۲۴-۳۲۶

عبارت **محقق ثانی و شهید ثانی** **وجه اول** را تایید می‌کند؛ در قول **پنجم** دلیل ایشان در **اعتبار تراضی** در فرض **علم** به زیاده یا نقصان مقدار مندر نسبت به مقدار واقعی ظرف، این است که انداز **بدون تراضی** موجب **تضییع مال** است.
شیخ انصاری: این دلیل ایشان با **وجه اول** سازگار است، زیرا طبق **وجه ثانی انداز قبل از عقد** و برای **تصحیح عقد** است و انداز قبل از عقد سبب **تضییع مال** نیست.
 پاسخ به **کاشف الغطاء** (مبنای ایشان: انداز موجب غرر، جایز نیست)؛
 اگر انداز مقدار متعارفی که **يحتمل الزيادة و النقيصة** است، **غرر** نیست (که همین گونه است)، در فرض **علم** به زیاده و نقیصه اگر بین طرفین **تراضی** باشد، چنین چیزی قبل از عقد **غرر** نیست.

جایگاه **وجه اول انداز** در بحث **تعیین عوضین**:

این بحث جزء متفرعات بحث **تعیین** است؛ در مورد انداز **جایز** است که وزن مبیع را به تنهایی و به صورت **خالص علم** نداشته باشیم (اگرچه در **موارد دیگر تعیین دقیق** وزن لازم است).

بنابر وجه اول، **علم به مجموع** برای صحت معامله کافیست. بر خلاف وجه **دوم** انداز که مثل موارد دیگر **علم** به وزن مبیع **لازم** است، البته با این تفاوت که در این وجه، تعیین وزن **تقریبی** به واسطه انداز نیز جایز است، بر خلاف **سایر موارد** که تعیین وزن **دقیق** مبیع در آن‌ها لازم است.

عبارتی از **محقق اردبیلی** که از آن وجه **اول** برمی‌آید؛

ایشان در تفسیر بحث انداز فرموده: مراد از بیع انداز این است که بیع ظرف و مظروف با هم، جایز است، البته در صورتی که پس از معامله، **مقدار ظرف** را ولو **تخمینی** کم کنیم. مقداری که قصد کم کردن آن را داریم نیز یا باید **احتمال برابری** در آن وجود داشته باشد (علم به زیاده و نقیصه نداشته باشیم) یا اگر **علم** داریم مقدار **تفاضل اندک** باشد.

شیخ انصاری: ظاهر کلام ایشان نیز وجه **اول** است، زیرا ایشان بیع را به مجرد دانستن **وزن مجموع** مجاز دانستند.

ص ۳۲۶_۳۲۸

کلام **صاحب حدائق** نیز با وجه **اول** سازگار است. ایشان در رد قول دوم (برای جواز انداز، علم به نقیصه نیز مثل علم به زیاده نباید وجود داشته باشد) می‌فرماید نقیصه را نمی‌توان با زیاده مقایسه کرد، چراکه انداز حق مشتری است، لذا در فرض علم به زیاده، مشتری حق ندارد بیش از مقدار واقعی وزن ظرف را کسر بکند.

شیخ انصاری: بیان ایشان در رد قول ثانی **صحیح** نیست، زیرا **ظرف و مظروف** با هم به وزنی معلوم معامله شده است و اگر بیع با قیمت **کلی معین** انجام شده باشد، به **انداز** نیاز نیست و اما اگر **کیلویی** یا **رظلی** معامله انجام شده باشد (علی وجه التوسعیر) اگرچه **انداز** برای **تعیین ثمن** لازم است، اما آن‌چه بر **مشتری** از ابتدا **واجب** است، **ثمن مقدار معلوم** مبیع است (که نمی‌دانیم) و **انداز** حق **بایع** است، زیرا حق **بایع** را نمی‌دانیم و به طور کلی به مقدار ظرف و مظروف با هم علم داریم. مرحوم **صاحب جواهر** نسبت به موثقه **حنان** معتقد است که **تراضی** شرط نیست، زیرا در این روایت ذکر نشده است.

شیخ انصاری: **مفروض** در سوال راوی **تراضی** است، زیرا در روایت آمده «فیحسب لنا النقصان لمكان الزقاق» و **محاسبه‌کننده** یا خود **بایع** است یا **وکیل او** و هر دو راضی به انداز هستند و در طرف دیگر نیز مشتری به مقدار انداز هر چه بیشتر باشد راضی است (بیان اول).

والتحقیق؛ مورد سوال در این روایت این است که آیا **انداز** به یکی از وجوه **سه‌گانه** صحیح است؟

-ممکن است معامله در روایت به گونه‌ای بوده که **زقاق** برای خود **مشتری** بوده **مجاناً**.

-ممکن است معامله در روایت به گونه‌ای بوده که **بایع** قیمت **زقاق** را برای **مشتری** حساب کرده است.

-ممکن است معامله در روایت به گونه‌ای بوده که **مشتری** باید **زقاق** را به **بایع** **برمی‌گردانده** است.

هر یکی از سه صورت فوق که باشد، وقتی کسی از **صحت معامله‌ای** از امام سوال می‌کند، طبعاً به آن معامله **راضی** بوده‌است و امام هم که صحت آن را تایید فرموده‌اند مرادشان این نبوده که بفرمایند **اگر تراضی** هست معامله صحیح است.

ص ۳۲۸-۳۲۹

شیخ انصاری در بیان وجه دلالت روایت بر صحت انداز مع التراضی: **شرطی** که در بیان امام آمده‌است برای بیان **کفایت تراضی** در انداز است. در واقع تنها شرطی که برای **فلا بأس** ذکر شده، **تراضی** است.

بحثی درباره انتهای روایت اول؛ «ان کان یزید و ینقص فلا بأس»

-ممکن است مراد از زیاده و نقیصه در مقدار مندر، در **شخص معامله خاص** باشد، به این معنا که اگر به عنوان مثال ده زقاق روغن داریم، **مجموع مقدار مندر** زیادتر و یا کمتر باشد.

-ممکن است مراد از زیاده و نقیصه در مقدار مندر، در **شخص معامله خاص** باشد، به این معنا که اگر به عنوان مثال ده زقاق روغن داریم، به ازای **هر ظرفی** یک مقدار انداز کنیم که این مقدار مندر از هر ظرف در آن کم و زیاد باشد.

-ممکن است مراد از زیاده و نقیصه در مقدار مندر، مربوط به **شخص معامله خاص** نباشد، بلکه در **نوع معاملات** که بایع انجام می‌دهد، مقدار مندر در برخی زیاد و در برخی کم می‌شود.

شاهد صحت احتمال اول؛ ظاهر «یزید و ینقص» این است که ضمیر آن به **مرجع واحد** بازمی‌گردد (مجموع مقدار مندر) لذا **احتمال دوم** را رد می‌کند و «و» به معنای «أو» است.

شاهد صحت احتمال دوم؛ ظاهر معنای «و» معنای خودش است، نه «أو» لذا یعنی **نفس زیاده و نقیصه** هر دو در معامله اتفاق افتاده‌است، بنابراین احتمال اول و سوم رد می‌شود.

شاهد صحت احتمال سوم؛ روایتی از علی بن عطیه «إِنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ السُّنَنِ ثُمَّ نَكِيلُهُ فَيَزِيدُ قَالَ «وَرُبَّمَا نَقَصَ عَلَيْنَا» قُلْتُ نَعَمْ بنابراین بر قَالَ «فَإِذَا نَقَصَ يَرُدُّونَ عَلَيْنَا» قُلْتُ لَا قَالَ «لَا بَأْسَ». از این روایت معلوم می‌شود **رویه عمومی** یزید و ینقص بوده‌است. اساس احتمال سوم، معنای روایت است که در **بیشتر** معاملات مقدار مندر **زاید** بر ظرف باشد **جایز** نیست، مگر از باب **هبه** یا **ابراء ذمه** یا **تراضی**

نکته: تفاوت هبه و ابراء در سه مورد است؛ **هبه** عقدی **مستقل** است، نیاز به **صیغه** و **ایجاب** و **قبول** دارد و در آن در هبه غیر ارحام، امکان **رجوع** وجود دارد و بر **عین** واقع می‌شود، بر خلاف ابراء که لزوماً روی **عین** واقع نمی‌شود، **رجوع** در آن وجود ندارد و **عقد** به شمار نمی‌آید.

ص ۳۲۹-۳۳۱

بر اساس **احتمال سوم** معنای روایت این گونه است؛ اگر مقدار **مندر** به گونه‌ای باشد که گاهی در **بعضی** از معاملات **زاید** و در برخی معاملات **ناقص** است، **اشکالی** ندارد، اما اگر مقدار **مندر دائماً زاید** از وزن ظرف است، **جایز** نیست مگر به صورت **هبه** یا **إبراء** بخشی از ثمن یا حداقل به صورت **تراضی**، البته به شرطی می‌توان سراغ تراضی رفت که در **قسم اول** (تارة یزید و تارة ینقص) **تراضی** را شرط ندانیم، اما اگر در **قسم اول** نیز **تراضی** را شرط بدانیم دیگر مشکل **قسم دوم** (فقط یزید و لاینقص) را نمی‌توان با **تراضی رفع** کرد، زیرا **قسم دوم** در برابر **قسم اول** است. چگونه می‌شود **قسم اول** متوقف بر **تراضی** نباشد؟

به این بیان که **بایع** و **مالک** به مقتضای **عادت** حتی بدون اطلاع خریدار مقداری **متعارف** را **کم** کند و بحث **تراضی** هم مطرح نباشد.

جمع‌بندی شیخ انصاری

مقتضای **قاعده** در انداز، بدون توجه به **اخبار**؛ اگر در مقدار **مندر**، احتمال **زیاده** و **نقیصه** هر دو وجود داشته باشد، انداز **جایز** است.

در مقدار **مظروف** باقی‌مانده، **اصل عدم زیاده** مبیع بر مقدار باقی‌مانده است. برخی از محشین این اصل را به **اصل برائت ذمه** مشتری از **زاید** بر این مقدار، برگردانده‌اند. به تعبیر دیگر می‌توان گفت **اصالت عدم استحقاق بایع** بیش از مقدار باقی‌مانده.

البته اصل و استصحاب تا جایی معتبر است که **کشف خلاف** مقدار **مندر** در واقع نشود. در صورتی که علم به **زیاده** **نقیصه** داریم؛ اگر در مقدار **مندر متعارفی** وجود داشته باشد و متعاقبین **علم** به آن داشته باشند، بر اساس همان **متعارف** بر همان **عقد واقع** می‌شود، و در صورت **جهل** یا نبود مقدار **متعارف**، **جایز** نیست مگر در صورت **تراضی**.

طبق **موثقه حنان** مقدار **مندر** باید **متعارف** باشد، زیرا فضای روایت این است که مقدار **متعارف** وجود دارد و **ملاک محاسبه** است.

ص ۳۳۱-۳۳۳

نکته: اگر بر اساس **اخبار**، **انداز** را **جایز** دانستیم و پس از انداز **کشف خلاف** شد، ظاهر روایت این است که **جواز** انداز، **واقعی** است و با **کشف خلاف**، **جبران** لازم نیست.

اشکال: اگر انداز **واقعی** است، **علت نهی** امام از ارتکاب انداز در صورت **علم** به **زیاده** چیست؟

پاسخ: این فرمایش امام مربوط به زمانی است که مقدار **زیاده** مورد **مسامحه** نباشد، اما اگر عرفاً مورد **مسامحه** باشد، **اشکالی** ندارد. ضمناً این که بگوییم **بایع** خود بر این مقدار انداز **زاید علم** داشته و با **رضایت** خود آن را به مشتری داده‌است، کافی نیست،

زیرا **بایع** در این موارد **گمان** می‌کرده مقداری زاید بر وزن واقعی به مشتری داده. **حق مشتری** بوده‌است، حال آن‌که حق او نبوده و بایع نیز علم نداشته‌است.

دو قید مستفاد از **اخبار**؛ انداز **متعارف** باشد و **علم** به زیاده نداشته باشیم. بنابراین بر اساس اخبار اگر یکی از این دو **قید** نباشد، **اخبار** نمی‌تواند جواز **اندار** را ثابت کند.

سوال؛ آیا در صورت نبود این دو قید، می‌توان جواز انداز را به دلیلی دیگری اثبات کرد؟ اگر احتمال زیاده و نقصان باشد، اما متعارف نباشد، بر اساس قواعد و اصول، انداز جایز است، اما در صورت کسب خلاف جبران لازم است. اگر مقدار انداز متعارف بود، اما علم به زیاده داشته باشیم، به دلیل انصراف (عقد منصرف به مقدار متعارف است)، انداز جایز است. اشکال در انصراف؛ انصراف در صورتی قابل اخذ است که به حدی نباشد که مثل شرط ضمن عقد بشود. اگر انصراف به حدی قوت دارد که مثل شرط ضمن عقد باشد اشکالی ندارد و انداز جایز است. نکته: احکام مذکور شامل همه ظروف می‌شود، نه فقط ظرف سمن و زیت، البته همه ظروفی که بیع مبیع در آن ظروف متعارف باشد. آیا حکم انداز را در غیر ظرف می‌توان تسری داد؟ امکان تعدی به غیر ظروف و ظروفی که خود آن ظروف در بیع مقصود است، وجود دارد. اما تعدی این حکم به همه موارد صحیح نیست.

بیع مظلوف به همراه ظرف (ظرف جزئی از مبیع است)

اگر **علم** به وزن **مجموع** داشته باشیم اما علم به وزن هر یک جداگانه نداشته باشیم نیز چنین بیعی **جایز** است إجماعاً. بعضی شافعیه و حنابله گفته‌اند چنین بیعی جایز نیست، زیرا اولاً **وزن مظلوف** جداگانه معلوم نیست. ثانیاً **ظرف** در معامله **موزون** نیست، ثالثاً **قیمت ظرف و مظلوف** نیز **متفاوت** است فلذا **غرر** لازم می‌آید و بیع **باطل** است.

ص ۳۳۳-۳۳۴

نظر شیخ انصاری:

۱- وقتی در صورت **علم** به وزن **مجموع**، بیع مظلوف به تنهایی با انداز **جایز** است، بیع آن **منظماً به ظرف** نیز **جایز** است، زیرا دلیل و مانعی وجود ندارد.

ممکن است گفته شود **ظرف موزون** نیست که این مشکل نیز باتوجه به **مشاهده** آن مانعی ندارد.

۲- هر گاه دو شیء به یکدیگر ضمیمه بشود و **وزن مجموع معلوم** باشد، اما معامله به نحوی باشد که بدون دانستن **وزن** آن‌ها **مستقلاً**، معامله **جایز** نباشد؛

گاهی **غرر** لازم می‌آید، در این صورت معامله **جایز** نیست.

گاهی **غرر** لازم نمی‌آید، اما ممکن است **مانع دیگری** مطرح شود؛ **نص** و **اجماع** داریم که **مکیل** و **موزون** باید کیلی و

وزنی و به مقدار **معلوم** معامله شود. شیخ این **مانع** را نمی‌پذیرند، زیرا نص و اجماع دال بر **معلوم بودن جزء جزء** مبیع نیست و

وزن **مجموع** کفایت می‌کند، فلذا چنین معامله‌ای **جایز** است.

۳_ در یک طرف بیع آن منفرداً با علم به مجموع صحیح است اما در طرف دیگر صحیح نیست. مثل بیع نقره انگشتی که در ساخت آن موم استفاده شده است و موم (شمع)؛ بیع انگشتر به تنهایی جایز، نیز موم اگر **تابع** محسوب بشود بیع آن **جایز** است.

ص ۳۳۴-۳۳۸

اگر لازم باشد بدانیم ظرف و مظروف هر کدام چقدر معامله شده تا ثمن ظرف را به مالک (مشتري) برگردانیم، سه صورت وجود دارد؛

- اگر قیمت را برای **مجموع** (ظرف+مظروف) تعیین کرده باشیم، باید قیمت ظرف و مظروف را هر یک جداگانه قیمت و سپس **نسبت سنجی** کنیم و این نسبت را بر قیمت المسمی وارد کنیم.

- بیع **مجموع** به مبلغی معین، اما **هر کیلو** مظروف به مقدار معین (مثلاً مجموع ۱۰ کیلو معامله شود)، در این صورت باید مظروف خالص را با انداز تعیین (مثلاً یک کیلو را انداز کنیم و وزن خالص را ۹ کیلو در نظر بگیریم) و مبلغ را به ازای هر کیلو مظروف محاسبه کنیم.

_ ظرف و مظروف با **هم کیلویی** به مقدار معین معامله شود، شهید ثانی در مسالک فرموده به ازای مقدار انداز، باید از قیمت تعیین شده در معامله به ازای هر کیلو، از ثمن کم شود (چراکه قیمت ظرف و مظروف برابر در نظر گرفته شده، بنابراین اگر ده کیلو معامله شده بود و هر کیلو ۱۰ هزار تومان و ظرف یک کیلو بود، ده هزار تومان از قیمت کل مجموع کم می شود). شیخ انصاری می فرماید اگر مراد شهید این باشد، درست است.

اما اگر مراد بایع و مشتری این باشد که اگر مثلاً ظرف یک کیلو و مظروف نه کیلو باشد، در هر یک کیلو، ده درصد به ازای ظرف و نود درصد مظروف باشد، در این صورت قیمت ظرف و مظروف **برابر** نیست و باید ظرف و مظروف را در بازار **تقویم** و **نسبت سنجی** کنیم.

به عبارتی شیخ انصاری می فرماید قسم سوم، دو حالت دارد؛

حالت اول: بایع ظرف و مظروف (مبیع) را یک **مجموع** و **یک شیء** به شمار آورده و قیمت ظرف و مظروف را **برابر** قرار می دهد و مبیع با ظرفش را به قیمت هر کیلو ده هزار تومان می فروشد در این حالت چون قیمت ظرف و مظروف مساوی فرض شده (هم شیره کیلویی ده هزار تومان لحاظ شده هم ظرف کیلویی ده هزار تومان)، فقط **وزن ظرف** را به دست می آوریم و با وزن مجموع می سنجمیم و به مبلغ و قیمت ظرف می رسیم، پس در این حالت کلام شهید ثانی و شیوه محاسبه ایشان **صحیح** است.

حالت دوم: ظرف و مظروف را به نحو **مربک** معامله کنند و مرکب از این دو جزء (ظرف و مظروف) را کیلویی ده هزار تومان فروخته شود یعنی مرکبی که هر جزئش قیمت **متفاوت** دارد در این حالت مبیع مرکب از ظرف و مظروف فروخته می شود

و چون ممکن است قیمت ظرف و مظروف متفاوت باشد، لذا باید قیمت هر کیلو بین ظرف و مظروف **توزیع** شود و هر کدام به اندازه ثمن المثل خودشان محاسبه شوند.

معروف میان برخی فقها؛ **استحباب تفقه** در احکام تجارت

ظاهر عبارت برخی؛ **وجوب**

کلام شیخ مفید؛ استنباط وجودی از دو آیه شریفه لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ وَقَوْلِهِ تَعَالَى أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ، انفاق طیب و پرهیز از خبیث لازمه اش **علم** به آن است. نیز شناخت ربا از بیع. نظر خود مرحوم شیخ نیز متمایل به **وجوب** است.

ص ۳۳۸-۳۴۰

ظاهر کلام شیخ مفید، **وجوب تفقه** در مسایل تجارت است. عده‌ای به خاطر استعمال **ینبغی** در کلام شیخ مفید، استفاده **استحباب** کنند، اما این **صحیح** نیست، باتوجه به سایر عبارات ایشان، ظاهر نظر ایشان **وجوب** است. خواسته‌اند نکته: محدوده وجوب، یادگیری احکام **مبتلا** به است.

اشکال: ممکن است کسی بگوید من هر موردی را که **احتمال حرمت** می‌دادم، به دنبال **یادگیری** احکام آن می‌روم.

شیخ انصاری: **صرف احتمال** وجود حرامی در مجموعه‌ای از تجارتات، موجب **وجوب** یادگیری احکام آن است. اگر فرد حین ارتکاب معامله حرام، **التفات** به حرمت آن نداشته باشد نیز مستحق **عقاب** است. اگر بپذیریم به خاطر **عدم التفات عقاب** نمی‌شود، اشکالی به وجود می‌آید؛ فقها در مورد معاملات، **اصالة الفسادی** هستند، لذا هم‌چنان **عدم التفات** موجب **رفع عقاب** نیست.

تحصیل **علم** و رفع جهل **واجب** است حتی بنا بر قول مقدس **اردبیلی** که **عقاب غافل** را **قیح** می‌داند. **عدم عقاب جاهل مقصر** نه به خاطر فعل **حرام** و نه به خاطر **ترک تعلم**، قابل قبول نیست، حداقل به خاطر یکی از این دو علت، جاهل مقصر عقاب می‌شود. چراکه ادله تحریم و عقاب ثابت است و این ادله جاهل و عالم را شامل می‌شود.

+ **روایات** وجوب طلب علم بر هر مسلمانی، بنابراین عقاب چنین فردی قیح نیست.

+ اگر کسی به وجود **حرام فی الجملة** التفات داشته باشد، از نظر **عرف** نیز عقاب او **قیح** نیست. موید: اصل در معاملات **فساد** (استصحاب عدم نقل و انتقال) است.

باتوجه به **روایات** ذکر شده و **اصل** فساد، وجوب معرفت معامله صحیحه در بحث بیع و تجارت، **وجوب شرعی** است نه صرفاً وجوب از باب مقدمه ترک حرام.

اشکال: وقتی **مشهور** قائل به **استحباب** تفقه شده‌اند، این حتماً دلیلی داشته‌است و نمی‌توان آن را کنار گذاشت و قائل به وجوب شد.

شیخ **انصاری:** ممکن است قول مشهور ناظر به استحباب تفقه در **تمام مسایل** و با جزئیات باشد، نه **مسایل مبتلا به**.

شاهد **استحباب** در تمام المسائل؛ قوله علیه السلام فی مقام تعلیل وجوب التفقه: إن الربا أخفی من دیب النملة علی الصفا.

شاهد **وجوب تحصیل** موارد مبتلا به؛ قول الصادق علیه السلام فی الروایة المتقدمة: من لم یتفقه ثم اتجر تورط فی الشبهات.

ظاهر تفقه در این جا، تفقه از روی **تقلید** است، زیرا غایت آن **تخلص از حرام** است و این با تقلید صحیح می‌شود. اگرچه ظاهر تفقه به صورت کلی تفقه از روی اجتهاد است.

اشکال

از طرفی ادله ای داریم که طلب **مطلق علم** واجب است و این شامل احکام **عبادات** و **معاملات** ... می‌شود و لازمه این نوع تحصیل، اجتهاد و صرف وقت زیاد است. از طرفی دیگر ادله‌ای دال بر وجوب اکتساب مال حلال برای انفاق واجب النفقه، وجود دارد. این دو با یکدیگر قابل **جمع** نیست.

پاسخ: طلب روزی بر **غیر طالب علم** (به نحو تفصیلی) واجب است.

طالب علم باید به خدا **توکل** کند و تکیه بر **اسباب** نداشته باشد که اسباب وبال اوست و بر احدی از خلق خدا نباید تکیه کند، باید کلید آموزش را به دست خدا بسپارد.

عن النبی صلی الله علیه و آله وسلم: قد تکفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره به این معنا که **دیگران** برای **کسب روزی** باید سعی و تلاش کنند و **طالب علم** باید **طلب علم** کند و **خلوص** و قصد قربت داشته باشد.

أمیر المؤمنین علیه السلام یقول: أیها الناس اعلموا إن کمال الدین طلب العلم و العمل به ألا و إن طلب العلم أوجب علیکم من طلب المال إن المال مقسوم مضمون لکم قد قسمه عادل بینکم و ضمنه لکم و سیفی لکم و العلم مخزون عند أهله و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه إلى آخر الخبر

عن أبی جعفر علیه السلام قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم: یقول الله عز و جل و عزتی و جلالی و عظمتی و کبریائی و نوری و علوی و ارتفاع مکانی [لا یؤثر عبد هواه علی هواهی إلا شنت علیه أمره و لبست علیه دنياه و شغلت قلبه بها و لم أوته منها

إلا ما قدرت له و عزتی و جلالی و عظمتی و نوری و علوی و ارتفاع مکانی لا یؤثر عبد هوای علی هواه إلا استحضتته ملائکتی و کفلت السماوات و الأرض رزقه و کنت له من وراء تجارة کل تاجر و أنته الدنيا و هی راغمة إلى آخر الحدیث.

ص ۳۴۶-۳۴۹

نقد جمع صاحب حدائق

سخن ایشان و روایاتی که ذکر کردند، قدرت **رفع تعارض** میان روایات باب وجوب علم و وجوب کسب روزی حلال را ندارد.

جمع شیخ انصاری

طلب علم و طلب رزق هر یک، **پنج حکم** دارد (احکام خمسسه)؛
اولاً **مستحب** از این دو با **واجب تراحم** نمی کند. کما این که واجب **عینی** با واجب **کفایی تراحم** نمی کند و کما این که در دو واجب عینی و دو واجب کفایی نیز مشکلی به وجود نمی آید و باید به سراغ **اهم** رفت.
چه بسا کسب کاسب، مقدمه تحصیل فرد دیگری باشد. در دو مستحب نیز باید **فواید** هر یک را بررسی کرد.
نهی شدن حضرت داود علیه السلام از اکل از بیت المال نیز به جهت این بوده که کسب حلال با وظایف نبوت، **تراحم** و منافاتی نداشته است.

ص ۳۴۹-۳۵۳

تلقی رکبان: مواجه شدن و به استقبال کاروان تجاری رفتن

رکبان؛ جمع **راکب**

اصل **مرجوحیت** تلقی رکبان بدون اختلاف، اما در **حرمت** یا **کراهت** آن اختلاف است.
اکثر قائل به **کراهت** شده اند.

علامه: ظاهر نهی از اکل، بیان **فساد** معامله است، البته فساد و بطلان معامله قائلی ندارد مگر مرحوم **اسکافی**. بلکه اتفاق داریم بر خلاف نظر اسکافی و اصحاب به روایت سوم عمل نکرده اند. لذا باید **نهی** در این روایت و نیز سایر روایات را حمل بر **کراهت** کنیم، زیرا اولاً کراهت موافق با اصل **جواز** است ثانیاً این روایات **ضعف سندی** دارد و از باب تسامح در ادله سنن نهی حمل بر کراهت می شود و ثالثاً **حرمت مخالف مشهور** است.

حد تلقی رکبان

بر اساس **روایات و سخن مشهور**، **کمتر از ۴ فرسخ** کراهت دارد، بیش از آن کراهت ندارد. رأس ۴ فرسخ نیز کراهت ندارد (غایت در معنی داخل نیست).

ظاهر عبارت علامه در منتهی، کراهت در **رأس ۴ فرسخ** است (اذا زاد علی ذلک). علتی که علامه برای قول خود آورده این است که اگر فرد ۴ فرسخ برود و ۴ فرسخ برگردد، می شود سفر و **سفر تجاری** به شمار می آید.

شیخ **انصاری**: اگرچه ظاهر «این زاد» این است که خود ۴ فرسخ **مکروه** نیست، اما این مسامحه است. ضمن اینکه تشخیص رأس ۴ فرسخ دشوار است.

ص ۳۵۳-۳۵۵

شروط صدق تلقی

۱- در صدق عنوان تلقی، **قصد تلقی** شرط است.

۲- متلقی **قصد معامله** داشته باشد.

برخی شرط سومی را ذکر کرده اند و آن این که اهل کاروان از قیمت شهر **آگاه** نباشند.

و برای اثبات این مدعای خود گفته اند ظاهر تعلیل روایت دوم (لایتلقی احدکم...) بیان همین شرط دوم است.

اما این سخن قابل قبول نیست، زیرا؛

اولاً در روایت، قبل از عبارت «والمسلمون...» دو عبارت است: «**تلقی**» و «**لایبیع حاضر لباد**» و ممکن است عبارت

«والمسلمون...» مربوط به عبارت **دوم** باشد.

ثانیاً جمله «والمسلمون...» **بیان حکم شرعی** تلقی نیست.

سوال؛ در این صورت علت نهی از تلقی چیست؟

پاسخ؛ ممکن است علل مختلفی داشته باشد، از جمله؛

- **مسامحه** کاروان در **میزان**؛ برخی کاروانها قبل از رسیدن به شهر، در هنگام کیل و وزن، جهت جلب مشتری **مقدار**

بیشتری به مشتری می داده اند و نهی به جهت این است که مقدار زیاده به **همه** مردم برسد، نه به **دلال**.

- جلوگیری از **احتکار** و **حبس** کالا

- فزونی کالا در شهر و مقابل دید مردم قرار گرفتن آن، موجب **کنترل قیمتها** می شود و... .

آیا در صیغه ای که متلقی می خواند تفاوتی وجود دارد و موجب تغییر حکم آن می شود (مثلاً متلقی مصالحه کند و...)?

تفاوتی وجود ندارد، مگر قصد متلقی **هبه معوضه** باشد.

اگر قصد متلقی **خرید** کالای کاروان نباشد، بلکه جهت **بیع مالی** به آنان، یا **اجاره مسکن** و **مغازه** به آنان و... حکم

کراهت برقرار نیست.

آری اگر مناط کراهت عبارت «والمسلمون...» باشد، در این صورت چه بسا بیع و اجاره و... نیز **کراهت** داشته باشد. کما

این که مناط کراهت تلقی، لزوم **غبن جاهل** باشد (دیدگاه برخی از عامه).

نظر شیخ **انصاری**؛ اظهر این است که بیع و اجاره اشکالی ندارد و کراهت فقط در **شراء متلقی** است.

در هر صورت اگر در معامله متلقی، **غبن فاحشی** اتفاق بیفتد، **خیار غبن** ثابت است.

ص ۳۶۰-۳۵۵

ناجش، منجوش، واشمه و مؤتشمه در لسان شارع ملعون هستند.
واشمه: خالكوب، مؤتشمه: کسی که حال در بدنش کوبیده می‌شود.
معنای **نجش** در کلام مرحوم صدوق: کسی که **اراده بیع** کالا را ندارد، قیمت را بالا ببرد به قصد این که دیگران تشویق بشوند و قیمت را بالا ببرند و بخرند. عمل ناجش عمل **خائنانه** است. بالاتفاق نجش **حرام** است.
تدابیر نیز **حرام** است.
اگر انسان از کالایی **اعراض** کند تا از چشم دیگران بیفتد و خود با قیمت پایین آن را بخرد، این **تدابیر** است.

مسئله دفع مال به غیر جهت مصرف در امور خیر

در مورد مالی که به فردی داده می‌شود تا در راه خیر صرف شود (غیر از **خمس** و **زکات واجب** که دافع و مدفوع له **ولایتی** بر مال ندارند که در این مورد بحثی نیست) و نظر دهنده‌ی مال در صرف آن مهم است؛
آیا فرد گیرنده مال، مال را برای خود نیز می‌تواند صرف کند؟
اگر **قرینه** بر صرف آن برای **خود** نباشد، **جایز** نیست. اگر **قرینه** بر جواز صرف آن باشد نیز **اشکالی** ندارد و به قرینه عمل می‌شود.
مشکل؛ گاهی **اعتقاد** دافع و مدفوع علیه **متفاوت** است و در تشخیص **مصدق** تفاوت ایجاد می‌شود:
_ اگر **عنوان**، موضوعیت داشته باشد نه **افراد**، تفاوت نظر اشکالی به وجود نمی‌آورد.
_ اگر **عنوان علی وجه الداعی** اخذ شده باشد و **افراد** موضوعیت داشته باشند، **اعتقاد دافع** مهم است و نظر او باید رعایت شود.

اگر **قرینه‌ای** بر اخذ یا عدم اخذ مدفوع علیه نباشد و کلام متکلم مطلق باشد، اقوال؛

۱- **تحریم** الاخذ **مطلقاً** (مقدار کمتر هم برای خود نمی‌تواند بردارد)

۲- **جواز** اخذ مقدار **اقل** و نه بیش از دیگران

۳- **توقف**

۴- **تفصیل** به جواز؛ اگر به صیغه **صَّعَه فیهِم** باشد، اخذ برای مدفوع علیه **جایز** است، اما اگر به صیغه **إِدْفَعَه** باشد، اخذ برای او **جایز** نیست.

۵- اگر دافع بگوید این مال، **برای فقراست**، اخذ مدفوع علیه برای خود **جایز** است (در صورتی که مدفوع علیه فقیر باشد). اگر بگوید **ادفعه الی الفقرا**، اگر دافع به فقر مدفوع علیه **علم** دارد، اخذ **جایز** نیست، اما اگر **علم** ندارد، **جایز** است.

ص ۳۶۰-۳۶۳

ادله تحریم

۱- **ظاهر** لفظ، وقتی کسی می‌گوید این مال را به دیگران **اعطا کن**، یعنی برای **خود** چیزی بر ندارد. موید: در بحث **نکاح** اگر زنی، مردی را **وکیل** در تزویج خود کند، ظاهرش این است **تزویج** به **غیر وکیل** باید باشد و اگر وکیل زن را به **نکاح خود** درآورد، این عقد **باطل** است.

۲- روایت «لَا يَأْخُذُ شَيْئاً...»

ادله تجویز

- ۱- **عنوان** مهم است و اگر معطی مال قیدی ذکر نکند، **ظاهر** در این است که گیرنده مال برای خود نیز می‌تواند بردارد.
- ۲- روایت مورد تمسک قائلین به تحریم نیز با روایاتی دیگر **معارض** است.

جمع‌بندی شیخ انصاری

اگر بخواهیم دلالت **لفظیه** را ملاک قرار بدهیم، باید به سراغ **ظهور عرفی** برویم و ببینیم طبق ظهور عرفی مراد دافع چیست. اگر بخواهیم **روایات** را ملاک قرار بدهیم؛
اولاً این بحث **تعبدی** نیست و شارع نمی‌خواهد بر خلاف نظر دافع حکمی بدهد. لذا اولی این است که اخباری که دال بر **جواز** است حمل بر صورتی کنیم که نظر **دافع** تجویز بوده‌است و اخباری را که دال بر **تحریم** است نیز دال بر نظر **دافع** بر تحریم کنیم.
بنابراین در این صورت نیز باید به سراغ **ظهور عرفی** برویم.
اما اگر ظهور **عرفی** وجود نداشته باشد، اخذ مدفوع له **جایز** نیست.

ص ۳۶۷-۳۶۳

معنای لغوی **احتکار**: جمع کردن و حبس کردن طعام به قصد گران شدن آن

در مورد **مرجوحیت** احتکار اختلافی نیست، اما در مورد **تحریم** آن اختلاف است. از نظر مرحوم شیخ آقوی **تحریم** است، البته به شرط عدم وجود **باذل** کفایت. دلیل ایشان روایاتی است که ذکر کرده‌اند. کراهت هم در حرمت و هم در کراهت استعمال می‌شود، اما در این روایت دو قرینه دال بر حرمت وجود دارد؛

۱- تقیید «یکره» به عدم وجود باذل و حال آن که **کراهت مقید** به عدم وجود **باذل** نیست.

اشکال؛ ممکن است مراد **کراهت شدید** باشد.

پاسخ؛ این برداشت خلاف **ظاهر** است.

۲- مراد از «بأس» در شرط اول در روایت، تحریم است، زیرا در مورد **کراهت** کسی **اختلافی** ندارد و اصل **کراهت** ثابت است، بنابراین **بأس** به معنای **تحریم** است. لذا به قرینه بأس، «یکره» نیز به معنای تحریم است. برخی روایات نیز موید تحریم است.

مثل «أیما رجل اشتری طعاماً فحبسه أربعین صباحاً یرید به الغلاء للمسلمین، ثم باعه و تصدق بثمانه لم یکن کفارةً لما صنع»^۱.

۱. الأمالی للطوسی: ۶۷۶، الحدیث ۱۴۲۷، و عنه فی الوسائل ۱۲: ۳۱۴، الباب ۲۷ من أبواب آداب التجارة، الحدیث ۶.

وجود بنی فضال در سند روایات، به دلیل وجود تایید روایت آنان از ناحیه امام عسکری علیه السلام (خدوا ما رووا و ذروا ما رأوا)، فطحنی مذهب بودن آنان موجب ضعف سندی نمی شود.

علت مؤید بودن؛ روایت مشکل دلالتی دارد، چراکه کفاره فقط مربوط به حرام نیست، کفاره در مورد مکروه و بلکه مباح نیز وجود دارد.

ص ۳۶۷-۳۷۱

موارد احتکار (احتکار در چه چیزهایی صادق است)؛

بر اساس لغت و روایات، به **طعام** اختصاص دارد.

بعضی از روایات **کشمش**، **گندم**، **جو** و **خرما** آمده است.

بعضی روایات؛ موارد چهارگانه فوق + **روغن زیتون**

بعضی روایات؛ موارد چهارگانه فوق + **سمن**

بعضی روایات؛ هر **شش** مورد

شیخ **انصاری** در **سمن** و **غلات** اختلافی نیست، بعضی **نمک** را نیز گفته اند گرچه در روایات درباره نمک چیزی نداریم، اما به جهت مضمون برخی روایات که در آن احتکار تعلیل شده به موارد **طعام نیاز مردم**، عده ای نمک را نیز به دلیل فحوای تعلیل اضافه کرده اند.

حد زمانی احتکار

روایتی؛ در فراوانی ۴۰ روز، در کمیابی، ۳ روز

دروس؛ احتکار در فرض **حاجت مردم** حرام است و مظنه این احتکار و حاجت مردم، در گرانی ۳ روز و در ارزانی ۴۰ روز است.

سخن شهید در دروس بیشتر مورد تایید شیخ انصاری است و ایشان می فرمایند از فرمایش شهید (مظنه...) برمی آید عدد ۳ و ۴۰

تعبدی نیست و این سخن درستی است.

ص ۳۷۱- تا انتهای جلد چهارم

آیا احتکار انحصار دارد به اینکه شخصی طعام را بخرد یا اگر ارث ببرد، هبه بگیرد و... و احتکار کند، حکم حرمت جریان دارد؟

باتوجه به مضمون روایات، شراء خصوصیت ندارد و معیار **کمیبود** و در **دسترس مردم نبودن** است.

موید نخست: معنای **لغوی** احتکار مطلق جمع و حبس طعام است.

موید دوم: روایت اول ص ۳۶۶ ذکر شد «ان یترک الناس لیس لهم طعام»^۱، موید این است که شراء **خصوصیت** ندارد.

۱. الوسائل ۱۲: ۳۱۳، الباب ۲۷ من أبواب آداب التجارة، الحدیث ۲.

اقسام احتکار از جهات مختلف و حکم آن ۱- به جهت حصول: - خود شخص طعام را تحصیل می‌کند؛ - از ابتدا به غرض حبس طعام است - به غرض حبس نیست. - طعام برای او تحصیل می‌شود ۲- به جهت مقصود: - گاهی مقصود از حبس، اضرار جانی به مردم است. - گاهی مقصود از حبس، اضرار مالی به مردم است. - گاهی مقصود از حبس، رسیدن به سرمایه اولیه خودش است. گاهی حبس، مستلزم گرانی است به قصدی غیر از اضرار. ۳- به انتظار ایام گرانی است و فی الحال هیچ اثری در گرانی ندارد؛ - گاهی به قصد بیع به قیمت بالاتر است. - گاهی به قصد کمک به مردم است.

اجبار محتکر

اجبار محتکر به بیع حتی اگر قائل به حرمت احتکار نباشیم اگرچه معقول به نظر نمی‌رسد و این مورد را باید استثنا کرد. اقوال در مورد تعیین قیمت برای محتکر؛ اجماع بر عدم تعیین جواز تعیین قیمت بر عهده محتکر مگر اجحاف بخواهد کند تعیین قیمت بر عهده محتکر، در صورت اجحاف نیز باید او را اجبار بر کاهش قیمت کنیم تا رفع اجحاف شود، اما تعیین قیمت هم‌چنان بر عهده خود محتکر است.

از آداب تجارت

انسان در طلب روزی اعتدال و اقتصاد را رعایت کند.
اجمال فی الطلب: اعتدال در طلب.

پایان جلد چهارم

جلد پنجم

ص ۱۱-۱۲

ساختار بحث خیارات

دو مقدمه در معنای خیار و تاسیس اصل (لزوم) و سپس بحث از هفت خیار
معنای خیار؛ **اسم مصدر** برای **اختیار** (نتیجه مصدر، قطع نظر از انتساب به فاعل)، یعنی **گزینش**.
در **اسم مصدر**، **فاعل** لحاظ نشده است. در **مصدر** لحاظ **فاعل** شده است.

اختیار؛ مصدر (با توجه به انتساب به فاعل)، یعنی **برگزیدن**

تعریف نخست از خیار

خیار؛ ملک فسخ العقد.

اشکال مرحوم شیخ به این تعریف: این تعریف **مانع غیر** نیست؛

- ۱- متعاقدين در عقود جائزه مالك فسخ هستند، حال آن كه به چنين چيزى خيار گفته نمى شود.
 - ۲- مالك بودن متعاقدين در عقد فضولى؛ در عقد فضولى، مالك حق رد عقد را دارد، اما به آن خيار نمى گويند.
 - ۳- وارث مالك فسخ عقد نسبت به مازاد ثلث در عقد **وصيت** است. يا معامله **بيعى** كه مورث در زمان **مرض فوت** خودش مازاد بر ثلث انجام داده، البته در صورتى كه معامله مازاد بر ثلث در زمان مرض مشرف به موت را باطل بدانيم.
 - ۴- اگر مردى زوجه‌اى دارد و بخواهد بچه برادر يا بچه خواهر زوجه‌اش را هووى او قرار بدهد، بايد از زوجه‌اش اذن بگيرد.
 - ۵- اگر كسى امه خود را به نكاح عبرى درآورد، امه پس از عتق مى تواند نكاح خود با عبد را فسخ كند.
 - ۶- اگر كسى زوج يا زوجه‌اى اختيار كرد و پس از نكاح پى به عيبى در طرف مقابلديد، مى تواند عقد خود را فسخ كند.
- البته ممكن است بگوئيم **فخرالمحققين** اين موارد را نمى خواهد به عنوان خيار ذكر بكنند، زيرا بعضى از اين موارد حق و برخى حكم است.

تفاوت حق و حكم

حق: واجدیت و دارایی است، با اسقاط ذی‌الحق ساقط می‌شود و به ارث هم می‌رسد.

حكم: تكلیف است، با اسقاط ساقط نمی‌شود و به ارث هم نمی‌رسد.

ممكن است موارد نقض مذکور و مانند آن از قبیل **حكم** باشد، نه **حق**.

تعريف دوم برای خيار

ملك اقرار عقد و فسخ آن (امضا و ازاله عقد)

دو اشكال بر اين تعريف؛

۱- اگر مراد از اقرار عقد، اين است كه عقد را به حال خود **رها** كرد و آن را **فسخ** نكرد، صرف عدم فسخ، عقد تثبیت می‌شود و اين گفتن ندارد. اختيار طرف وجود و عدم دارد. اختيار ترك فسخ همان ملك ازاله فسخ است. كسى قدرت داشته باشد كه عقد را ابقا كند، بنابراین ذكر «ازالته» بلافائده است.

اگر مراد الزام عقد باشد (به معنای اسقاط حق فسخ)، اين برمی‌گردد به **اسقاط خيار** و اين **تعريف الشىء به نفس** است.

۲- صاحب خيار **همیشه حق الزام** ندارد، اگر خيار **طرفینی** باشد، **الزام** معنا ندارد لذا اين تعريف در خيار **مشترك** وارد نمی‌شود. زيرا ظاهر الزام، الزام هر دو طرف است.

معنایی که برای خیار ذکر شد، معنایی است که **عند الاطلاق** در کلمات **متاخرین** عرفاً متبادر به ذهن می باشد وگرنه اطلاق خیار در **اخبار** و کلمات **قدما** دال بر **سلطنت** اجازه و رد در عقد فضولی و رجوع در عقد هبه و دیگر افراد سلطنت شائع است. نکته: باتوجه به اصطلاح علما خیار حق است نه حکم، اما در اخبار خیار به مواردی که حکم است نیز اطلاق شده است.

ص ۱۲-۱۴

مقدمه دوم؛ اصالة اللزوم فی البيع

در موارد **شک** نیازمند رجوع به **اصل** هستیم.

بسیاری از علما به تبع **علامه**، فرمودند که اصل در **بیع لزوم** است، زیرا؛

۱. شارع **بیع** را مفید **نقل** و **انتقال** قرار داده است. هرگاه در این **نقل** و **انتقال** شک ایجاد شده، **استصحاب بقاء اثر** (بقاء نقل) می شود، لذا **اصل لزوم** خواهد بود.

۲. **غرض** از **بیع**، **تصرف** در مالی است که مورد معامله واقع شده و این **غرض** وقتی تمام و کامل است و **نقض غرض** نمی شود که **بیع** باشد.

مطابق کلمات فقها شیعه، «اصل» قابلیت چهار معنا دارد:

۱- **راجح** در **بیع**، یعنی آن چه در **بیع راجح** است **لزوم** می باشد، به دلیل **غلبه**. معنای مورد نظر جامع المقاصد.

عبارت جامع المقاصد در کلام مرحوم شهیدی: «إِنَّ الْأَرْجَحَ فِيهِ ذَلِكَ نَظراً إِلَى أَنَّ أَكْثَرَ أَفْرَادِهِ عَلَى اللَّزُومِ».

شیخ انصاری: این معنا درست نیست؛

-اگر مراد ایشان **غلبه افرادی** **بیع** است، بالعکس اکثر افراد **بیع جایز** است.

-اما اگر مراد ایشان **غلبه ازمانی** **بیع** باشد، آری اغلب **بیعها لازم** است اما این **غلبه کاربردی** برای ما ندارد، زیرا؛

اولاً **غلبه ازمانی** **شک** در **افراد** را برطرف نمی کند.

ثانیاً این که **غلبه ازمانی** با عبارت **قواعد** نیز **منطبق** نیست؛

اشکال

۱. شهیدی تبریزی، میر فتاح. خطاط طاهر خوشنویس. مصحح احمد میرزآقا. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری. ، هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب (هدایة الطالب إلى أسرار المكاسب: القول في الخيارات)، قم - ایران، دار الكتاب، جلد: ۳، صفحه: ۴۰۵

-عدم انطباق عبارت قواعد با کلام محقق ثانی اشکالی ندارد.

مامقانی: خیار مربوط به اول عقد است نه زمان های متاخر بعد از انعقاد عقد تا ما بخواهیم با ثبوت خیار از غلبه زمانی خارج بشویم و بحث از ثبوت خیار مربوط به ابتدای وقوع عقد است.

عبارت مامقانی: «وجه عدم مناسبت به لما في القواعد هو ان الخيار انما يثبت من أول وقوع العقد لا في الأزمنة المتأخرة حتى يكون ثبوته في شيء منها خروجاً عن الغلبة بحسب الأزمان فتدبر!».

-در عبارت کتاب «ثبوت خیار أو ظهور عیب»، ظهور عیب مگر غیر از ثبوت خیار است؟

پاسخ: ممکن است از باب عطف خاص بر عام باشد. اما عطف خاص بر عام هم نیست!

ص ۱۴-۱۶

الثانی القاعدة المستفادة...

۲- قاعده‌ی مستفاد از عمومات کتاب و سنت. همان قاعده‌ای که از اوفوا با عقود، تجارة عن تراضف احل الله البيع و... برمی آید.

و فرقی ندارد شک ما در افراد بیع باشد یا احوال آن.

این اصل، اصل عملی نیست.

این معنا، معنای خوبی است، اما با آن چه که علامه فرموده متفاوت است و تناسبی با آن ندارد.

۳- استصحاب مرجع این استصحاب به اصالت عدم ارتفاع اثر عقد به مجرد فسخ یکی از آن دو بازمی‌گردد. هذا حسن (اما شیخ در آینده این وجه را رد می‌کنند).

این همان اصلی است که علامه فرموده است.

این معنا نیز معنای خوبی است.

۴- معنای لغوی، به این معنا که وضع اولیه و بناء متعاقدين عرفاً و شرعاً بر لزوم است.

نه به این معنا که معنای لغوی خود کلمه بیع به معنای لزوم باشد.

۱. مامقانی، محمدحسن بن عبدالله. محشی حیب الله بن محمد علی رشتی. نویسنده مرتضی بن محمد امین انصاری. ۱۳۲۳ ه.ق.، غایة الآمال فی شرح المکاسب و البیع، قم - ایران، مجمع الذخائر الاسلامیة، جلد: ۳، صفحه: ۴۸۷

خیاری که برای هر یک از طرفین جعل می شود نیز خارج از حقیقت بیع، حق و قابل اسقاط است، بر خلاف احکامی که از ناحیه شارع جعل می شود و قابل اسقاط نیست، مانند هبه و... .

ثبوت خیار مجلس در ابتدای بیع نیز به عنوان حق خارجی قابل انفکاک و اسقاط است و حکم غیرقابل اسقاط نیست. مگر این که کسی خیار مجلس را حکم و غیرقابل اسقاط بداند که احدی به آن قائل نشده است.

اشکال

باتوجه به این که خیار مجلس در همه بیع ها وجود دارد چگونه اصل در معاملات لزوم است؟

لزوم بناء اولیه است نه به لحاظ غلبه افراد و موارد و باتوجه به این که خیار مجلس نیز حقی خارجی و قابل اسقاط است، منافاتی با این اصل اولیه ندارد. بنابراین سخن فاضل تونی که اصل لزوم را به خاطر وجود خیار مجلس انکار کرده است صحیح نیست مگر این که بخواهد اصل بعد ثبوت خیار مجلس را استصحاب بقاء عدم لزوم بداند که اینی صحیح نیست.

اشکال

ظاهر عبارت علامه «ثبوت خیار او ظهور عیب»، این است که ظهور عیب، غیر از ثبوت خیار است، ظهور عیب مگر غیر از ثبوت خیار است؟

محقق ثانی: این عطف خاص بر عام است.

شیخ انصاری: اگر مرحوم علامه ظهور عیب را عطف بر اسباب خیار (عام) می فرمود، سخن محقق ثانی درست بود اما ایشان قبل از ظهور عیب فرموده ثبوت خیار و عطف بر نفس خیار کرده اند، لذا سخن محقق ثانی صحیح نیست.

ص ۱۶-۱۷

نعم قد یساعد...

ظاهر یساعد علیه، رجوع ضمیر به عطف خاص بر عام است. اما چنین مطلبی درست نیست زیرا دو موردی که در عبارت تذکره ذکر شده، متباینین هستند نه خاص و عام. مطابق سخن مرحوم شهیدی این ضمیر بازمی گردد به ظهور عطف و مشکل آن (رفع مشکلی که در عبارت علامه بود؛ ثبوت خیار او ظهور عیب).

مطابق عبارت تذکره، با دو چیز از اصالت لزوم خارج می شویم؛

_ ثبوت خیار للتروی (اندیشیدن) خاصه

_ ظهور عیب

این عبارت تذکره در توجیه عبارت علامه در قواعد آمده است، بدین نحو که ثبوت خیار، به جعل متعاقدين و یا به اصل شرع است و ظهور عیب مربوط به جایی است که سبب خیار، عیب باشد.

شیخ انصاری توجیه فوق را قبول ندارند، زیرا آن را دارای سه اشکال می دانند؛

۱- در صورت فوق برخی از اختیارات بلا تکلیف باقی می ماند، مثل خیار غبن زیرا نه به جعل اصل شریعت است و نه به جعل متعاقدين، نیز خیار تخلف شرط.

۲- چنین توجیهی تکلف دارد.

۳- عبارت تذکره نیز مشکل دارد؛

خود علامه خیار عیب را از مصادیق قسم اول (ثبوت خیار) به شمار آورده است.^۱ حال آن که مقتضای توجیه تذکره این است که علامه می بایست در قواعد در قسم اول از خیار عیب بحثی نمی فرمود.

توجیه شیخ انصاری

در خیار عیب، علاوه بر فسخ، حق مطالبه ارش نیز وجود دارد، بر خلاف سایر اختیارات. لذا عیب یک سبب مستقل برای تزلزل عقد، در مقابل خیار فسخ است و مشتری می تواند عقد را بر هم زند و یا عقد را ابقا کند و ارش بگیرد. با وجود عیب، عقد نسبت به جزئی از ثمن متزلزل است و مشتری می تواند این جزء را ابقا کند یا پس بگیرد. بنابراین ثبوت خیار مربوط به خیار فسخ و ظهور عیب ناظر به تزلزل عقد و ارش در خیار عیب است.

اشکال این توجیه

در مورد ارش اختلاف مبنا وجود دارد؛

_ ارش جزء حقیقی برای ثمن است (یعنی با وجود خیار عیب، در صورت تصمیم به اخذ ارش، بخشی از ثمن پس گرفته شده و عقد نسبت به این مقدار متزلزل شده است). در این صورت عقد متزلزل است و توجیه فوق صحیح است. نتیجه این مبنا این است که در صورت مطالبه ارش، مطالبه کننده می تواند آن بخش از عین ثمنی را که داده، طلب کند.

اما این مبنا صحیح نیست.

_ ارش جزء حقیقی برای ثمن نیست. در این صورت عقد متزلزل نیست و توجیه فوق صحیح نیست. نتیجه این مبنا این است که مطالبه کننده نمی تواند عین ثمنی را که داده مطالبه کند.

۱. تذکره، ج ۱۱، ص ۵

ثم إن الأصل...

آیا بر اساس معانی مذکور، اصل لزوم فقط شامل بیع می شود یا سایر عقود را نیز دربرمی گیرد.

لزوم به معنای چهارم فقط در خصوص بیع کاربرد دارد، زیرا ثبوت خیار خارج از حقیقت بیع و نیازمند دلیل خاص است، بنابراین در سایر عقود که خیار وجود ندارد، عند الشک اقتضاء لزوم نیز وجود ندارد.

اصل به معنای اول نیز نا تمام است.

اصل به معنای سوم (استصحاب بقاء اثر)، در سایر عقود نیز جاری است، به شرطی که اصل عقد اثر شرعی را داشته باشد سپس شک کنیم با فسخ آن اثر برداشته شده یا خیر

اصل به معنای دوم (قاعده مستفاد)، باتوجه به این که اکثر عمومات شامل غیر بیع نیز می شود، لذا معنای دوم هم بیع و هم غیر بیع را شامل می شود.^۱

ادله اصالة اللزوم

آیه اوفا بالعقود

مراد از عقود

-مراد مطلق عهود است، چه عهد میان خالق و مخلوق و چه عهد میان بندگان، این معنا وسیع تر است.

-هر آن چه که عرفاً به آن عقد گفته می شود. بیع و غیر بیع را شامل می شود.

مراد از وجوب وفا؛ لازم است مکلف عمل کند به آن چه خود عقد فی نفسه اقتضا می کند. به عنوان مثال مقتضای دلالتی بیع، تملیک مال توسط عاقد به طرف مقابل است و طرفین معامله باید ملتزم به این مقتضا باشند.

این وجوب التزام حکم تکلیفی است که از آن حکم وضعی نیز انتزاع می گردد؛ فساد فسخ یک طرفه عقد بدون رضایت دیگری که این همان لزوم عقد است.

رفع دو اشکال به واسطه مطالب فوق

مرحوم در علامه در مختلف: معنای وجوب وفای به عقد، یعنی باید در هر مورد به شارع رجوع کرد. اگر شارع عقد را جایز دانست، عمل به جواز و اگر شارع عقد را لازم دانست، باید به لزوم عمل کرد.

۱. مکاسب، ج ۳، ص ۵۱-۵۶

شیخ انصاری: مراد از وجوب وفای به عقد، وجوب وفا به مقتضای عقد فی نفسه است، لذا باید دید مقتضای خود عقد به حسب دلالت لفظیه چیست.

برخی اصل دلالت آیه بر لزوم را پذیرفتند، اما گفته اند آیه عرفاً متضمن دو حکم است؛ حکم تکلیفی وجوب وفاء و حکم وضعی فساد فسخ.

شیخ انصاری: آیه تنها متضمن حکم تکلیفی است و حکم وضعی از این حکم تکلیفی انتزاع می گردد.

این سخن شیخ انصاری برگرفته از مبنایی است که ایشان دارند و آن این که احکام وضعیه به جعل شارع و قابل وضع و جعل نیست. و قد اتعب الشیخ نفسه الشریفه... (مرحوم نائینی).

ص ۱۹-۲۰

آیه احل الله البيع

به واسطه اطلاق حلیت بیع، جمیع تصرفات مترتب بر بیع نیز حلال است و این شامل تصرف بعد از فسخ یک جانبه یک طرف نیز می شود و این یعنی فسخ یک طرفه اثر ندارد و بیع لازم است.

آیه لاتاكلوا... إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم

محل استدلال خصوص استثناء به بعد هست، یعنی إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم.

استدلال به این آیه بر اصالت اللزوم متوقف بر سه مطلب است؛

۱_ مراد از اكل تصرف است.

۲_ مراد از باطل در آیه شریفه، باطل عرفی است و باطل عرفی یعنی هر چیزی که عرف بگوید: ناحق و باطل است، یعنی عرف بگوید که: این باطل است.

۳_ اگر معامله ای واقع شد و بعد از معامله بایع بخواهد با گفتن: «فسخت» جنسش را از مشتری بگیرد و در آن تصرف کند، عرف این تصرف را باطل می داند.

لكن الانصاف

میان آیه اول و دو آیه اخیر تفاوتی وجود دارد. دو آیه اخیر خودشان فی نفسه دلالت بر لزوم ندارد، اما آیه اول فی نفسه دلالت بر لزوم دارد، به دلیل دو ویژگی؛

- اوفوا صیغه امر است.

-العقود جمع محلی به ال و مفید عموم است. این عمومیت زمانی هم می تواند باشد و شامل زمان بعد از فسخ یک جانبه نیز می شود.

اما دو آیه اخیر در مقام بیان اصل مشروعیت بیع و تجارت عن تراض است و اطلاق و عمومی که مفید لزوم باشد، ندارد. و در صورت تمسک به این دو آیه اشکال تمسک به عام در شبهه مصداقیه لازم می آید، مگر این که به استصحاب تمسک کنیم.

صدر آیه لاتاکلوا

ممکن است این بخش از آیه خودش دال بر لزوم باشد؛

این دلالت دارد اکل اموال به باطل (تصرف به هر وجهی که عرفاً باطل باشد) حرام است.

اشکال

اگر باطل را عرفی معنا کنیم، برخی موارد عرفاً اکل مال به باطل به شمار می آید، اما شارع اجازه تصرف داده است. مثل اکل ماره، خیار حیوان، خیار مجلس و حق شفعه.

پاسخ

هر موردی که شارع اجازه داده، تصرف و اکل باطل نیست و در غیر این موارد باید به عرف رجوع کرد.

در مانحن فیه نیز اگر یک طرف بدون رضایت طرف مقابل بیع را فسخ کند، این عرفاً اکل مال به باطل به شمار می آید و این یعنی عقد لازم است.

روایت لایحل مال امرء

اگر فاسخ بخواهد با فسخ یک جانبه مال را بدون طیب نفس طرف مقابل از او بگیرد، این لایحل شامل او می شود.

ص ۲۰-۲۲

روایت الناس مسلطون

مقتضای سلطنت مطلقه این است که اخذ مال مردم از ید مالک و تملک کردن این مال بر آخذ، بدون اینکه مالک راضی باشد (فسخ یک جانبه) جایز نیست. بنابراین جواز فسخ با عموم الناس مسلطون سازگار نیست.

شبهه همین استدلال را فقها (محقق در شرائع) در باب قرض ذکر کرده اند و گفته اند مقرض پس از قرض دادن نمی تواند به مقرض رجوع کند، زیرا قرض موجب ملکیت می شود.

[اشکال استاد لنکرانی: شیخ(ره) فرموده: سلطنت مطلقه است و وجه استدلال هم در همین است، اگر این سلطنت، سلطنت فی الجمله و ابتدایی بود، این فرمایش درست بود، اما سلطنت مطلقه است و می‌گوید: مردم بر مالشان مطلقاً، یعنی همه‌ی انواع سلطنت را دارند، که یکی این است که اگر بایع با «فسخت» می‌خواست جنس را پس بگیرد، این سلطنت دارد و در مقابلش می‌ایستد. سوال حقیر؛ کجا شیخ فرمودند سلطنت مطلقه؟!]

والحاصل...

خلاصه‌ی مطلب این که اگر بخواهد عقد جایز باشد، عقد جایز یعنی فاسخ مسلط باشد بر تملک، یعنی مالک شدن آنچه که از او منتقل شده، یعنی مالی که منتقل شده و رفته به ملک مشتری و مال غیر شده است، یعنی اینکه فاسخ بر أخذ این مال از غیر، به غیر رضای او مسلط باشد، این با عموم و اطلاق سلطنت در این حدیث منافات دارد.

و المومنون عند شروطهم

یعنی یجب علی المومن که به شرط خود عمل کند. شرط هم شامل شرط ضمن عقد و هم خود عقد و معامله می‌شود(الزام و التزام ابتدایی). اگر شرط را این گونه معنا کنیم این روایت برای استدلال بر لزوم عقد صحیح است. اما اگر شرط به معنای الزام تابع باشد، این استدلال به درد مانحن فیه نمی‌خورد.

مرحوم شیخ در این جا با تمسک به دو شاهد از صحیفه سجادیه و دعای ندبه، الزام را به معنای الزام تابع می‌دانند. بعض لغویون نیز معنای الزام را الزام تابع می‌دانند.

این سخن مرحوم شیخ با نظر ایشان در سایر مواضع مخالف است.^۱

اخبار مستفیضه

«البیعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما» و روایات مشابه آن که بعضاً تصریح در لزوم بیع دارد.

ص ۲۲-۲۴

استصحاب

استصحاب بقا اثری که اصل معامله دارد.

برخی گفته اند یک استصحاب حاکم بر این استصحاب داریم و آن استصحاب عدم انقطاع علاقه مالک اولیه از عین است.

۱. در باب معاطات و شروط. مکاسب، ج ۶، ص ۱۲؛ أنّ المتبادر من قوله: «شَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ كَذَا» لَيْسَ إِلَّا مَجْزِدَ الْإِلْزَامِ.

زمانی که بیع انجام شد، نقل و انتقال اجمالی اصل ملک قطعی و نحوه لزومی یا جوازی بودن آن مورد شک است. معنای شک در لزوم و جواز این است که نمی دانیم ارتباط مالک اولیه با عین منقطع شده یا خیر، عدم انقطاع مالک اولیه از عین را استصحاب می کنیم فلذا جواز فسخ یک ثابت می شود.

شیخ انصاری

در مورد علاقه در این سخن چهار احتمال است؛

- ۱- استصحاب بقاء علاقه ملک. این احتمال صحیح نیست، زیرا زوال ملک قطعی است.
- ۲- علاقه ای که متفرع بر ملکیت است. این احتمال نیز صحیح نیست، زیرا وقتی زوال ملکیت قطعی است، هر نوع علاقه متفرع بر آن نیز شک در آن از بین می رود.
- ۳- سلطنت اعاده عین به ملک مالک. این احتمال حالت سابقه یقینی ندارد، زیرا اعاده عین مربوط به زمانی است که مال از ملک انسان خارج شود. قبل از بیع که مال در ملک خود مالک بوده و پس از بیع نیز اصل این سلطنت مورد شک است.
- ۴- استصحاب بقاء خیار مجلس طرفین. این احتمال نیز صحیح نیست، زیرا؛
اولاً نقض دارد مثل مواردی که متعاقبین در هنگام بیع خیار مجلس را اسقاط کرده باشند.
ثانیاً اخبار متواتره ای داریم که پس از تفرق، خیار مجلس ساقط می شود.
ثالثاً باتوجه به وجود عمومات، جایی برای استصحاب نیست.
مرحوم علامه در مختلف در بحث عقد سبق و رمایه فرموده اصل عدم لزوم است.
متاخرین از علامه برای رد ایشان، فقط به اوفوا بالعقود تمسک کرده اند/ ف نه سایر دلایلی که ما ذکر کردیم.

شیخ انصاری

ما وجهی برای ادعای علامه نیافتیم. فقط در یک موضع می توان سخن ایشان را پذیرفت و آن این که در عقد، تملیک و تسلیطی وجود نداشته باشد.

[استاد هاشمیان: این فرمایش انتهایی شیخ در دفاع از علامه ظاهراً صحیح نیست، زیرا اولاً عقد متضمن تسلیط و تملیک هم که نباشد، بالاخره اثر دیگری دارد و همان را می توان استصحاب کرد. ثانیاً اگر استصحاب را نیز کنار بگذاریم، عمومات وجود دارد.]

ثم إن ما ذكرنا...

عموماتی که ذکر شد در شبهات حکمیة جریان دارد. نیز اگر در جایی شک کنیم که مصداقی از عقد خارجی از مصادیق عقد لازم است یا عقد جایز، این عموماً جاری است، البته در صورتی که تمسک به عام در شبهه مصداقیه را جایز بدانیم.

بسیاری از متأخرین تمسک به عام در شبهه مصداقیه را قبول ندارند، لذا در چنین مسئله‌ای نمی‌توانند به برای اصالت لزوم به عموماً رجوع کنند، اما می‌توانند به استصحاب تمسک کنند.

استصحاب نیز در صورتی جاری است که اصل موضوعی وجود نداشته باشد. وگرنه اگر اصل موضوعی وجود داشته باشد استصحاب نیز کارایی ندارد.

مثلاً اگر کالایی را به کسی داده باشیم، شک کنیم این اعطا هبه بوده یا صدقه که قصد قربت در آن شرط است (هبه عقد جایز و صدقه عقد لازم است). اگر کسی اصل عدم قصد قربت را جاری دانست، حکم می‌شود که کالای اعطا شده، هبه است و در نتیجه استصحاب مثبت لزوم جاری نمی‌شود.

لكن الاستصحاب المذكور

استصحاب بقاء اثر عقد و عدم زوال اثر، نافع است و باعث می‌شود لزوم را ثابت کنیم. اما باید توجه داشته باشیم که مثبتات آن جریان ندارد. به عنوان مثال در شک میان بیع یا هبیهف استصحاب بقاء اثر، صرفاً لزوم و ملزومات آن را ثابت می‌کند، اما بیع بودن آن و آثار بیع را ثابت نمی‌کند.

اگر عقد به دلیلی کشف شود که فاسد بوده و ما در ضمان شک کنیم، اگر عقد بیع باشد به دلیل ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده ضمان دارد. اما اگر هبه باشد به دلیل ما لا یضمن... ضمان ندارد. حال اگر در ضمان شک کنیم، نمی‌توانیم به واسطه استصحاب اثر و اثبات لزوم عقد، بیع بودن و ضمان را ثابت کنیم.

مبنای قاعده ما یضمن بصحیحه

-قاعده علی الید. باتوجه به این قاعده می‌توان در مسئله فوق ضمان را ثابت کرد. البته اگر تمسک به عام در شبهه مصداقیه را نپذیریم، با قاعده علی الید نیز نمی‌توانیم ضمان را اثبات کنیم.

-قاعده اقدام. در این صورت نمی‌توان ضمان را ثابت کرد، زیرا چه بسا عقد مشکوک هبه بوده و در این صورت فرد طرف معامله اقدام بر ضمان نکرده است.

اقسام خیار

الاول فی خیار المجلس

فالمراد بالمجلس

مراد از مجلس؛ محل مجلس بخصوصه نیست، بلکه مطلق مکان متباین است و تعبیر به مجلس به اعتبار فرد غالب است. اضافه خیار به مجلس، لامیه و به مفید اختصاص است. یعنی خیار اختصاص به مجلس دارد و با خروج از مجلس، خیار از بین می‌رود. مراد از خروج مجلس هم افتراق ابدان است و نفس خروج از مجلس بدون افتراق ابدان مد نظر نیست. در اصل ثبوت خیار مجلس اختلافی نیست.

اشکال در روایات

روایتی داریم که ظاهر آن عدم ثبوت خیار مجلس است؛ الموثق الحاکمی لقول علیّ علیه السلام: «إذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب»^۱

یا این روایت را باید طرح کنیم و یا آن را تاویل کنیم و فقد وجب را به معنای مالک شدن بدانیم.

[استاد هاشمیان: برخی نیز صفت را به معنای اسقاط خیار می‌دانند. مثل مرحوم قمی طباطبایی در عمدةالمطالب. مرحوم صاحب وسائل نیز چهار جمع را ذیل این روایت هفتم ذکر کرده‌اند.]

اجمالی از مسائل پنج‌گانه خیار مجلس

در وجود خیار مجلس فرقی میان اقسام بیع و انواع مبیع نیست، مگر مواردی که به جهت ویژگی خاصی استثنا شده است، مثل این که مبیع عبدی باشد که پدر مشتری باشد (خرید عبدی که منعقد علی مشتری است).

۱- آیا خیار مجلس برای وکیل هم ثابت است؟

۲- اگر عاقد یک نفر باشد (بایع به مشتری وکالت دهد یا یک فرد وکیل از ناحیه دو نفر گردد)، خیار مجلس به چه نحوی است؟

۳- مستثنیات خیار مجلس

۴- خیار مجلس در عقود دیگر غیر از بیع نیز وجود دارد؟

۵- مبدأ خیار مجلس

مسئله لا اشکال...

۱. الوسائل ۱۲: ۳۴۷، الباب الأوّل من أبواب الخیار، الحدیث ۷.

آیا وکیلین حق خیار مجلس دارند؟

حق خیار برای وکیل به صورت فی الجمله است. اما در محدوده آن اختلاف است.

اگر وکیل در مجلس عقد بمیرد و موکل غایب باشد، حق خیار مجلس به موکل به ارث می رسد، زیرا ملکیت حق خیار برای موکل قوی تر از ملکیت ورثه وکیل است.

وکیل اقسامی دارد؛

[وکیل مستقل در تصرفات مالیه

-وکیل در تصرفات مالیه بدون اختیار تام] حکم این دو قسم در آینده می آید.

-صرفاً وکیل در اجرای صیغه؛ ظاهر این است که خیار مجلس ندارد. به دلیل؛

دلیل اول

تبادر از نص «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» و دیگر روایات. زیرا وکیل در اجرای صیغه، یکی از بیعان به شمار نمی آید.

البته مرحوم کاشف الغطاء قائل است که «البیعان» به خصوص عاقدی که مالک باشد انصراف دارد و منشأ انصراف آن هم غلبه است. اما مرحوم شیخ انصاری این سخن را قبول ندارند.

ص ۲۹-۳۰

مضافاً إلى أن...

دلیل دوم

مفاد ادله خیار مجلس برای کسی ثابت است که بتواند آن جنسی که به طرف خودش آمده، به طرف مقابل تحویل دهد و حال آن که وکیل در مجرد در اجرای صیغه نمی تواند این جنس را به طرف مقابل منتقل کند.

مثال

-اگر مشتری عبدی را بخرد و سپس شک کند این عبد، پدر خودش هست یا خیر، در این صورت ما نمی توانیم به جهت ادله خیار، قائل به عدم عتق بشیم. زیرا احتمال دارد که این عبد پدر او باشد و با خرید این عبد او آزاد شده باشد.

-اگر مشتری چیزی بخرد و شک کند واجب است آن را صرف نفقه کند یا خیر، الکلام الکلام.

-اگر کسی نذر فوری برای عتق عبد دارد و احتمال می دهد جای دیگری عبدی پیدا نکند...، الکلام الکلام.

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

دلیل سوم

خیار مجلس در روایات متعدده، در کنار خیار حیوان آمده است. این روایات به نحوی است که فقها از آن برداشت نکرده اند که وکیل در مجرد اجراء صیغه، خیار حیوان داشته باشد، لذا چنین وکیلی خیار مجلس هم ندارد.

نکته: نمی توان این بحث را از مصادیق تعارض مطلق و مقید به شمار آورد.

مرحوم صاحب عروة: اساساً مورد خیار حیوان و خیار مجلس متفاوت است و این دو ارتباطی به یکدیگر ندارند تا از مصادیق تعارض اطلاق و تقیید باشند و عام بودن خیار مجلس و خاص خیار حیوان (اختصاص آن به مشتری نه وکیل) ربطی به یکدیگر ندارند.

سیاق جمیع این اخبار که میان خیار حیوان و خیار مجلس جمع کردند، در می یابیم که همان گونه که خیار حیوان برای وکیل نیست، خیار مجلس نیز برای او وجود ندارد.

حواشی در مورد این نکته سخنان مختلفی گفته اند.

دلیل چهارم

حکمت خیار مهلتی برای متبایعین است، بر این اساس وکیل مجرد در اجراء شامل این ارفاق و مهلت نیست.

دلیل پنجم

توجه به ادله سایر خیارات نیز این را می رساند که ثبوت این خیارات برای چنین وکیلی سزاوار نیست.

ظاهر عبارت علامه در تذکره که خیار را برای وکیل ثابت می دانستند، این است که مراد ایشان وکیل مجرد در اجراء صیغه نیست، بلکه وکیلی است که اختیار خرید و فروش نیز بر عهده اوست.

اضعف از قول به ثبوت خیار برای وکیل در مجرد اجراء صیغه این است که بعضی گفته اند مالک حق منع وکیل از اعمال خیار را ندارد! چراکه حق خیار برای مصلحت مالک وضع شده است و منع او از بر عهده گرفتن چنین حقی بر خلاف حکمت است.

ص ۳۰-۳۲

و علی المختار...

اگر وکیل در مجرد اجراء صیغه، خیار نداشته باشد، موکل حاضر در مجلس خیار دارد یا خیر؟

-خيار ندارد. زیرا مراد از کلمه بیعان در روایت، متعاقدان است (کسانی که عقد بیع را می خوانند). شاهد آن مسئله‌ای در باب قسم است که اگر کسی قسم بخورد و صیغه آن را وکیلش بخواند، اگر موکل بر خلاف قسم خود عمل کند، این حث قسم به شمار نمی آید (نظر محقق در شرائع و برخی فقهای دیگر).

-خيار دارد. در مانحن فیه وکیلین همچو آلت فعل هستند، زیرا صرفاً مجری صیغه اند و تصمیم گیرنده نیستند و این شایع است که بیع را به خود موکلین نسبت بدهند. شاهدهی که ذکر شد نیز مورد قبول نیست.

نظر شیخ انصاری

موکلین در صورت حضور در مجلس عقد، خيار دارند و ملاک افتراق هم افتراق خود موکلین از مجلس و یکدیگر است.

قسم دوم وکیل؛ وکیل در تصرفات مالیه

این قسم از وکیل استقلال و اختیار تام در این تصرفات دارد، به گونه‌ای که حتی اختیار فسخ را نیز شامل می شود.

خيار مجلس برای چنین وکیلی ثابت است. لعموم النص. بیعان چنین وکیلی را نیز شامل می شود.

اگر کسی ادعا کند مراد از البیعان خود مالک ها هستند، این سخن صحیحی نیست، به خصوص اگر ادعای تبادر آنان، مستند به غلبه باشد. زیرا؛

اولاً معامله وکلا و اولیا کم نیست. لذا غلبه تبادرساز نیست و این طرف نیز غلبه دارد.

ثانیاً مؤید این مطلب این است که وکیل تام الاختیار بیع به شمار می آید شاهدهی که در مورد عدم تحقق حث قسم ذکر شد، در این جا صادق است.

خيار برای موکلین نیز ثابت است، زیرا؛

-مطابق ادله خيار، خيار حق صاحب مال است.

-طریق اولویت؛ وقتی نایب خيار دارد، به طریق اولی موکل نیز خيار دارد.

اگر سخن فوق را بپذیریم، گاهی یک عقد واحد از ناحیه چند نفر (از یک یا چند جهت) خيار پیدا خواهند کرد. در این صورت اگر یکی از صاحب خيارها تصمیم به اعمال خيار کند، خيار سایرین ساقط خواهد شد و فرقی ندارد که تصمیم او بر لزوم باشد یا فسخ.

اشکال

فسخ بر اجازه مقدم است.

در صورتی فسخ بر اجازه مقدم است که فسخ مربوط به یک طرف معامله و اجازه مربوط به طرف دیگر باشد، بر خلاف مانحن فیه که فسخ و اجازه هر دو مربوط به یک طرف است.

در صورتی که چند نفر خیار مجلس داشته باشند، ملاک تفرق چیست؟

-تفرق موکل ها از مجلس خودشان نه مجلس عقد، البته در صورتی که حضور آنان در مجلس خود نه مجلس عقد را کافی بدانیم.

-تفرق وکلاء از مجلس عقد.

-تفرق موکل ها از مجلس عقد

-تفرق وکلاء از مجلس عقد

-تفرق همه صاحبان خیار. این وجه به نظر مرحوم شیخ اقوی است.

قسم سوم؛ وکیل در تصرفات مالیه اما نه به نحو اختیار تام

این قسم اختیار فسخ را شامل نمی شود.

ص ۳۲-۳۵

و این لم یکن...

نوع سوم وکیل؛ وکیل در تصرف مالی اما نه به نحو مستقل

ظاهر این است که چنین وکیلی خیار مجلس ندارد. اما نه به دلیل عدم شمول اطلاق ادله خیار مجلس، بلکه ممکن است این ادله، چنین وکیلی را نیز شامل بشود.

دلیل ما بر عدم ثبوت خیار برای چنین وکیلی، این است که سابقا گفته بودیم کسی حق اعمال خیار دارد که بتواند ما منتقل الیه را به طرف مقابل معامله رد کند و در مورد چنین وکیلی حداقل شک داریم که آیا می تواند ما منتقل الیه را به طرف مقابل معامله رد کند یا خیر و این شک موجب عدم ثبوت خیار مجلس می شود.

ادله خیار در این جا نه می تواند سلطنت بر رد ما منتقل عنه را ثابت کند و نه می تواند موجب تخصیص الناس مسلطون بشود.

الناس مسلطون در مانحن فیه دلالت دارد بر این که موکل بر ما منتقل الیه مسلط است، این تسلط موجب می شود بگوییم وکیل حق رد این مال منتقل شده به طرف مقابل معامله را ندارد و این ادله خیار موجب تخصیص این دلالت نیست.

در این که خیار مجلس برای موکل ها ثابت هست یا خیر همان دو وجه سابق هست.

در اینکه معیار افتراق از مجلس عقد چیست نیز همان مباحث سابق برقرار است. البته در مانحن فیه فقط موکل خیار مجلس دارد

نه وکیل.

اگر در فرضی که موکل خیار مجلس دارد و وکیل خیار مجلس ندارد، آیا موکل می‌تواند خیار خود را به وکیل تفویض کند؟ گاهی موکل، وکالت در اعمال خیار یا تصمیم‌گیری به وکیل می‌دهد. این صورت مورد قبول است. گاهی موکل اصل خیار را به وکیل تفویض می‌کند. این صورت قبول نیست. اگر یک یا دو فضولی معامله را انجام دهند، فضولین نیز خیار مجلس ندارند، ولو اگر اجازه را کاشفه بدانیم (زیرا اگر اجازه را ناقله بدانیم در واقع اجازه موجب نقل و انتقال است، اما در صورتی که کاشفه بدانیم، اگرچه امروزه شرط است اما خود عقد موجب نقل و انتقال ملکیت است).

صاحب جواهر نیز به همین قول قائل شده، اما به دلیل این که فضولی اساساً یکی از متبایعان به شمار نمی‌آید تا شما البیعان بشود.

شیخ انصاری

بیع به معنی نقل عرفی است، نه شرعی و نقل عرفی در بیع فضولی وجود دارد، لذا فضولی احد المتبایعین به شمار می‌آید. اشکال

در ظاهر اخبار خیار مجلس، مفروض این است که ملکیت شرعی حاصل شده و پس از این خیار ثابت است و در بیع فضولی ملکیت شرعی حاصل نشده است.

اگر کسی این مبنا را بپذیرد، این اشکال وارد است.

اگر صدق متبایعان بر فضولی نشود، تالی فاسد دارد و آن این که در بیع صرف و سلم، قبل القبض، خیار نباشد چراکه ملکیت در این عقود قبل القبض حاصل نمی‌شود. و حال آن که فقها در این عقود نیز قبل القبض خیار را ثابت می‌دانند. بنابراین نقل عرفی کفایت می‌کند.

تعلیل صاحب جواهر با بعضی از مبانی فقها نیز سازگار نیست، مثلاً مبنای شیخ طوسی این است که مادامی که خیار وجود دارد، ملکیتی حاصل نشده است.

دلیل شیخ انصاری

اگر کسی قائل شد که برای وکیلین نوع سوم خیار وجود ندارد، به طریق اولی برای فضولین خیار وجود نخواهد داشت.

ممکن است بگوییم مالکین بعد از اجازه بیع فضولی، خیار مجلس دارند، البته به شرط حضور در مجلس عقد.

بنابر مبنای نقل، ممکن است بگوییم ملاک، مجلس اجازه است.

البته اگر اجازه را عقد مستانف بدانیم، اگر یک طرف اصالتاً عقد را انشا بکند و طرف دیگر بعد از قبول فضولی اجازه بدهد و عرفاً مجلس واحد باشد، هر دو مالک خیار مجلس دارند.

احتمال دیگری نیز می‌توان بیان کرد؛ خود اجازه به معنای اسقاط خیار و التزام به عقد باشد، خصوصاً اگر فرد با الفاظی مثل التزامت اجازه دهد.

در مورد عدم ثبوت خیار برای فضولی، فرقی ندارد غاصب باشند یا نباشند.

لو کان العاقد...

آیا اگر بایع از طرفین، واحد باشد، خیار مجلس هست یا خیر؟ در صورت ثبوت خیار، معیار افتراق چیست؟

صور دارای قابلیت تصویر

لنفسه عن نفسه، این صورت معنا ندارد.

لنفسه عن غیره، مثل این که از جانب غیر به خودش بفروشد.

لغیره عن نفسه، از جانب خودش مال خود را به غیر بفروشد.

لغیره عن غیره

معامله از طرف غیر یا برای غیر می تواند ولایتاً یا وکالتاً باشد.

فرض بحث؛ در وکالت، وکالت به نحوی باشد که در فرض تعدد، برای وکیل خیار مجلس وجود داشته باشد (وکالت مستقل در تصرف).

در این موارد سوال این است که آیا عاقد واحد من الطرفین آیا خیار دارد یا خیر؟

قولان

شیخ طوسی، قاضی و دیگران

عاقد واحد من الطرفین خیار دارد از هر دو طرف زیرا این عاقد هم بایع و هم مشتری به شمار می آید و هر حکمی برای بایع و مشتری ثابت است، برای عاقد واحد نیز وجود دارد.

اشکال

احتمال دارد ثبوت خیار مجلس برای هر یک از بایع و مشتری است به شرطی که هر یک جداگانه عقد را انشاء کرده باشند.

پاسخ

این احتمال صحیح نیست، زیرا در سایر احکام متباین نیز چنین شرطی وجود ندارد.

اشکال

ظاهر معنای «البيعان بالخيار حتى يفترقا» این است که امکان تفرق در بايع و مشتری وجود داشته باشد و در عاقد واحد امکان افتراق وجود ندارد.

پاسخ

قید «حتى يفترقا» مربوط به مورد غالب است و قید احترازی نیست.

علامه در تحریر و عده‌ای دیگر

برای عاقد واحد خيار مجلس ثابت نیست.

شیخ انصاری نیز می‌فرماید چنین قولی خالی از قوت نیست. زیرا هم موضوع روایت فرض تعدد است به دلیل ظاهر «البيعان» و هم غایت روایت به دلیل ظاهر «حتى يفترقا» که افتراق متبايعين مستلزم تعدد است. اگرچه قسمت نخست کمتر به درد استدلال برای عدم ثبوت خيار می‌خورد.

بنابراین ثبوت خيار مجلس مربوط به صورتی است که امکان فرض غایت (فرض افتراق) وجود داشته باشد و ظاهراً مورد غالب بودن «حتى يفترقا» را نیز نیازمند دلیل می‌دانند.

اشکال

کلمه «حتى» همان گونه که بر ممکن داخل می‌شود، بر محال نیز داخل می‌شود، مثل آیه شریفه لَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ (اعراف- ۴۰). در مانحن فیه نیز «حتى» هم بر ممکن و هم بر محال، ممکن است داخل شده باشد.

پاسخ

ظاهر تقييد به «حتى يفترقا» جایی است که امکان افتراق وجود داشته باشد و دلیل و قرینه ای برای دست برداشتن از معنای ظاهری روایت نداریم.

مگر این که کسی بگوید تفرق در روایت غایت برای خصوص فرض تعدد است، اما اگر بیعان واحد باشد، چنین غایتی برای آن ثابت نیست. اما ظاهر لفظ بر خلاف این سخن است.

«مسئله قد یستثنی...» از احکام عبد و اماء است، لذا حذف گردید.

موضوع این مسئله این است که خيار مجلس در بعضی از معاملات وجود ندارد؛

۱- مشتری کسی را بخرد که به محض خرید او، آزاد شود. مثل این که فرزند، پدر خود را بخرد.

کانال صُدا @soda96

www.soda96.ir

۲- عبد مسلمانی که از کافر خریداری می شود.

۳- عبد خودش خودش را بخرد.

ص ۴۶-۴۹

مسئله لا یتبث...

آیا خیار مجلس فقط در بیع است یا در معاملات دیگر نیز خیار مجلس وجود دارد؟

شیخ انصاری: نزد علماء شیعه خیار مجلس در غیر بیع ثابت نیست، برخی نیز مثل شیخ طوسی در خلاف ادعای اجماع کرده اند.

اما شیخ طوسی مبسوط فرموده‌اند در مورد دخول خیار مجلس در وکالت، ودیعه، عاریه، قراض (مضاربه) و جعاله، مانعی وجود ندارد.

اشکال

مقدمه: پنج معامله فوق از عقود جائزه است.

خیار مجلس در این عقود جائزه چه اثری دارد؟

علامه در تذکره جازماً فرموده خیار در این عقود معنا ندارد.

شهید اول در دروس

شاید مراد شیخ طوسی این بوده که اگر در این عقود خیار مجلس وجود نداشته باشد، طرف مقابل می تواند در مال تصرف کند و الا فلا.

شیخ انصاری

چه بسا مراد شهید جواز و عدم و جواز تصرف قابل است نه موجب، زیرا موجب مالک است و عدم جواز تصرف او معنا ندارد.

انصاف

معنای شهید اول، مراد شیخ طوسی نیست. زیرا شیخ طوسی در موارد متعددی در مبسوط فرموده خیار مجلس مختص بیع است نه هیچ معامله دیگری.^۱

توجیه شیخ انصاری

مراد شیخ طوسی مربوط به جایی است که این عقود جائزه در ضمن یک عقدی مثل عقد بیع شرط بشود. در این صورت بیع خیار دارد و این عقود جائزه به خاطر وابستگی به این عقد بیع، منوط به همین خیار است.

اگرچه توجیه ما خلاف ظاهر است، اما مستفاد از مطالب قبل و بعد ایشان همین مطلب است و قرینه‌ای هم در تأیید این معنا هست. ایشان در بحث رهن و ضمان همین معنا را ذکر فرموده‌اند.

مراد شیخ طوسی هر چه که باشد، در هر حال خیار مجلس برای سایر عقود غیر از بیع، ثابت نیست.

ص ۴۹-۵۱

مسئله مبدأ...

مبدأ خیار مجلس چه زمانی است؟

ممکن است کسی بگوید مبدأ خیار مجلس، زمان عقد نیست بلکه زمانی است که عقد اثر می‌گذارد. زیرا ممکن است به محض وقوع عقد، عقد اثر خود را نگذارد، مثل بیع صرف و سلم که تا تقابض و قبض فی المجلس صورت نگیرد، عقد اثرگذار نخواهد بود.

شیخ انصاری

مبدأ خیار مجلس از حین عقد است، به دلیل البیعان بالخیار که ظاهر آن این است که بیع علت تامه برای تحقق خیار است.

ظاهر فتاوی و مقتضای این روایت این است که در بیع صرف و سلم نیز خیار مجلس حین العقد حاصل می‌شود.

اشکال

چگونه خیار مجلس قبل از اتمام معامله و حصول نقل و انتقال، ثابت می‌شود؟

پاسخ

دو حالت مصور است:

۱. راجع المبسوط ۲: ۸۰-۸۲، و فیه بعد الحکم بعدم دخوله فی الحوالة و الإجارة و العتق هكذا: «لأنه يختص البيع» و «لأنه ليس ببيع» و «لأنَّ خيار المجلس يختص البيع».

-قبض و اقباض در بیع صرف و سلم، وجوب تکلیفی باشد، نه وجوب شرطی. ممکن است از باب اوفوا بالعقود یا از باب لزوم ربا وجوب تکلیفی داشته باشد. در هر صورت علت وجوب تکلیفی هر چه که باشد، اشکالی لازم نمی آید چراکه ممکن است اثر بر بیع صرف و سلم بار نشده باشد، اما خیار مجلس حاصل شده باشد. زیرا اگر قبض و اقباض اتفاق نیفتاده باشد، اگر خیار مجلس اعمال نشود، بقض و اقباض واجب است و در صورت اعمال خیار، وجوب ساقط می شود.

-اما اگر فقیهی وجوب تکلیفی را قبول نداشته باشد، اثر خیار مجلس مخفی است؛

اگر قبل از قبض و اقباض، اعمال خیار شود، عقد از قابلیت لحوق قبض مملک خارج می شود(اثر عقد از بین می رود و اگر قبض و اقباض هم پس از عقد صورت بگیرد، اثر ندارد).

باتوجه به این که گفتیم مبدأ خیار مجلس زمان عقد است، معلوم می شود در بیع فضولی اگر دو طرف معامله فضولی باشند و مالکین در مجلس عقد حاضر باشند، مبدأ خیار مجلس برای این دو مالک زمان اجازه است(البته اگر خیار را برای مالیکن بدانیم)، چه اجازه را ناقله بدانیم و چه کاشفه. گرچه بنابر کاشفه بودن، احتمال خلاف نیز می رود.

ص ۵۱-۵۳

القول فی مسقطات الخیار

مسقطات خیار مجلس

۱- اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد

۲- شرط اسقاط خیار بعد از عقد

۳- تفرق

۴- تصرف

اشتراط سقوط خیار در ضمن عقد

هیچ خلاقی در اصل این بحث نیست و بر آن اجماع داریم. قبل از اجماع دلیل هم بر این مطلب داریم و آن المؤمنون عند شروطهم. بنابراین اجماع مدرکی است و اعتباری ندارد و دلیل اصلی ما همین «المؤمنون» است.

صاحب جواهر دو اشکال بر این دلیل وارد کرده است؛

اشکال اول

بین «المؤمنون...» و عموم ادله خیار تعارض وجود دارد. زیرا «المؤمنون...» دلالت دارد شرط سقوط خیار موجب سقوط خیار است و عموم ادله البیعان بالخیار دلالت دارد متبایعین چه شرط سقوط کنند چه نکنند، خیار ثابت است. اما به واسطه مرجحات ما «المؤمنون» را مقدم می‌کنیم.

شیخ انصاری

این اشکال مورد قبول نیست، بر فرض قبول هم ترجیح سندی و دلالی برای تقدیم «المؤمنون» نداریم و اگر عمل مشهور بخواهد مرجح باشد، عمل مشهور در صورتی مرجح است که احتمال بدهیم نزد مشهور دلیلی وجود داشته که ما به آن دسترسی نداریم. وگرنه اگر بدانیم مستند عمل آنان چه بوده و ما آن مستند را نپذیریم، صرف عمل مشهور حجت نیست.

اشکال دوم

شرط ضمن عقد کالجزء است و اوفوا بالعقود دلالت دارد باید به تمام عقد جزء و شرطاً عمل شود، لذا باید به شرط سقوط خیار نیز عمل شود و در نتیجه ادله خیار کنار می‌رود.

شیخ انصاری

این سخن صاحب جواهر نیز ضعیف است. ادله خیار مخصص اوفوا بالعقود است و اگر ادله خیار را بخواهیم کنار بگذاریم، کل باب خیارات را باید کنار بگذاریم.

نظر شیخ انصاری

اولاً تعارض میان این دو دلیل را قبول نداریم.

ثانیاً دلیل تقدیم دلیل «المؤمنون» با فرض این که مستند سقوط خیار با شرط ضمن عقد را اجماع بدانیم، این است که «البیعان بالخیار» توان معارضه با المؤمنون را ندارد. زیرا ادله خیار به قاعده اولیه و اصل شریعت خیار را اثبات می‌کند. یعنی خیار ثابت است لولا المانع و به عبارتی ادله خیار حکم مقتضی و المؤمنون حکم مانع را دارد.

تامل در «المؤمنون» اقتضا می‌کند که بگوییم مراد از دلیل شرط، رفع ید از احکام اصلیه‌ای است که برای مشروطات ثابت است قبل از این که در حیز شرط قرار بگیرد، وگرنه بعد از این که در حیز شرط قرار می‌گیرد، بر دلیل «البیعان بالخیار» حکومت دارد.

ص ۵۳-۵۴

و منها صحیحة...

شاهد بر حکومت، صحیحه مالک بن عطیه است.

کنیزی با مولای خود (کنیز، زن پدری است که خودش مملوک است)، عبد مکاتبه خوانده است. پسر آن پدر با کنیز شرط می کند که به کنیز کمک مالی کند تا عقد مکاتبه اش را تمام کند و در عوض کنیز پس از عتق، نکاح خود را با پدر این پسر بهم نزند و کنیز قبول می کند. امام درباره این مسئله فرمودند کنیز در این صورت خیار ندارد و باید به شرط وفا کند.

اشکال در روایت

ظاهر شرط عدم خیار فسخ نکاح در این روایت، شرط ابتدایی است زیرا اعطاء مال به کنیز برای مکاتبه، عقد نیست و فقها بالاجماع شرط ابتدایی را واجب العمل نمی دانند.

پاسخ

باتوجه به وجود اجماع بر خلاف، این روایت را باید حمل کنیم بر صورتی که این شرط در ضمن عقد لازم واقع شده باشد، اگرچه چنین چیزی در روایت نیامده و خلاف ظاهر است. یا باید به عنوان مثال بیعی را به عنوان عقد لازم تصویر کنیم یا حمل کنیم بر مصالحه بر اسقاط خیار در مقابل مالی که فرزند به کنیز داده است.

اشکال بر استدلال به المومنون... در مانحن فیه

- ۱- شرط در صورتی واجب الوفاء است که در ضمن عقد لازم باشد، لذا در صورتی که شرط ابتدایی یا در ضمن عقد جائز باشد، لازم العمل نیست. شرط سقوط خیار در عقدی واقع می شود که خیاری است (یعنی جایز است) لذا چنین شرطی لازم العمل نیست و با شرط اسقاط خیار نمی توان عقد جائز را به لازم تبدیل کرد.
- ۲- شرط سقوط خیار مجلس، مخالف مقتضای عقد و مخالف سنت است و شرط مخالف مقتضای عقد و مخالف سنت لازم العمل نیست.
- ۳- استدلال بعضی شافعیه؛ اسقاط خیار در ضمن عقد، در واقع اسقاط مالیم یجب است. زیرا در صورت اتمام عقد، خیار ثابت می شود و اسقاط آن قبل از اتمام، در واقع اسقاط چیزی است که هنوز واقع نشده است.

ص ۵۴-۵۵

هذا ولکن شیء...

رد اشکال اول

شرط اسقاط خیار مجلس لازمه اش تبدیل عقد به عقد لازم است و این اشکالی ندارد. شروطی که لازم العمل نیست، سه دسته است؛

- شروط ابتداییه که مثل وعده است.

- شرطی که در ضمن عقد جائز بالذات باشد.

- شرطی که در ضمن عقد جائز بالخیار واقع شده باشد. البته در صورتی که این عقد با وجود این شرط بر جواز خود باقی بماند. یعنی شرط اسقاط خیار نباشد. زیرا حکم به لزوم شرط و جواز عقد با یکدیگر جمع نمی شود و شرط تابع عقد است.

اما اگر نفس مؤدای شرط لزوم آن باشد، لزوم چنین شرطی با عموم المومنون ثابت است و عین لزوم عقد خواهد بود.

رد اشکال دوم

خیار حقی برای متعاقدين است که این حق را خود عقد اقتضا دارد. البته عقد اقتضا وجود خیار مجلس را دارد مادامی که مانعی وجود نداشته باشد. خیار نهایتاً مقتضی فسخ را ایجاد می کند. لذا ثبوت خیار با وجود مقتضی فسخ، منافاتی با مقتضای عقد ندارد. به عبارتی دیگر آن چه مقتضی خیار است، عقد بشرط لا است. عقدی که شرط سقوط خیار در آن باشد، یعنی برای ثبوت خیار مانع وجود دارد و آن عقد اساساً خیار ندارد.

اشکال به این جواب

نتیجه سخن فوق این است که بگوییم هیچ شرطی که مخالف مقتضای عقد و مقتضای کتاب و سنت باشد، وجود ندارد، زیرا با همین قید بشرط لا می توان آن را از مخالفت خارج کرد.

پاسخ

نص و اجماع داریم که خیار یک حق مالی است و قابلیت ارث بردن و اسقاط را دارد. تفصیل این بحث نسبت به سایر شروط و معیار مخالفت در باب شروط خواهد آمد.

رد اشکال سوم

آن چه متبادر از نص البیعان بالخیار است، صورتی است که اشتراط و اقدام بر عدم خیار نشده باشد. اما اگر اشتراط عدم خیار شده باشد، خیار مجلس از ابتدا متولد نمی شود، نه این که خیار محقق شود و سپس اسقاط بشود. لذا در این صورت اسقاط ما لم یجب نیست.

ثم إن هذا...

- مسقط اول، اشتراط سقوط خيار در ضمن عقد بود.
بحث فوق به سه صورت متصور است که نخستین صورت مقصود ماست.
۱- عدم خيار مجلس، شرط بشود؛ بعث بشرط ان لايثبت خيار المجلس. مراد مشهور همین صورت است.
مراد از اشتراط سقوط (ظاهر آن رفع است)، عدم ثبوت خيار مجلس است (ظاهر آن دفع است) و مراد علما در اینجا از سقوط همین عدم ثبوت است.
۲- اشتراط عدم فسخ؛ بعث بشرط ان لا افسخ فی المجلس. در این احتمال خيار ثبوت پیدا کرده است و بعد ساقط شده است.
دو وجه در صورت استفاده از خيار؛
آیا فاسخ مرتکب حرام شده است یا فسخ او تأثیر ندارد؟
- احتمال اول؛ معنا ندارد وفاء به شرط واجب باشد و در عین حال فرد مسلط بر فسخ باشد. در این صورت فسخ اثر ندارد. و جواب وفاء به شرط مستلزم وجوب اجبار فاسخ بر التزام به ترک فسخ است. لذا فسخ او اثر ندارد.
- احتمال دوم؛ فسخ نافذ است، به دلیل این که البیعان بالخيار عام است (چه شرط عدم فسخ بشود و چه نشود) و التزام به ترک فسخ نیز موجب فساد فسخ نمی شود و نهایتاً فاسخ مرتکب حرام شده است.

اشکال

مطابق احتمال دوم، به دلیل تخلف شرط توسط فاسخ، خيار تخلف شرط برای طرف مقابل وجود دارد.

پاسخ

پیش از ثبوت خيار تخلف شرط، عقد فسخ شده و ثبوت خيار دیگر ثمره‌ای ندارد.

البته احتمال اول اوفق به قواعد است.

۳- شرط اسقاط خيار

عدم الفسخ به تنهایی کفایت نمی کند.

مقتضای این شرط وجوب اسقاط خيار پس از عقد است.

اگر مشروط علیه خيار را اسقاط نکند و فسخ کند، همان دو احتمال سابق در اینجا نیز مطرح است و اقوی این است که فسخ نافذ نیست.

اگر به صرف این که مشروط علیه خیار را اسقاط نکند، اگرچه عقد را فسخ هم نکند، آیا برای مشروط له خیار تخلف شرط ثابت می شود؟ وجهان.

ص ۵۷-۵۸

و هل للمشروط...

اگر فرد شرط را اسقاط نکند، آیا برای طرف مقابل (مشروط له) خیار تخلف شرط وجود دارد؟ وجهان.

- خیار تخلف شرط ثابت است. زیرا تخلف از شرط رخ داده است.

- خیار تخلف شرط ثابت نیست (عدم جواز فسخ به خیار تخلف شرط). زیرا اگرچه در ضمن عقد، اسقاط خیار شرط شده، اما این به هدف عدم اعمال خیار بوده و اکنون نیز اعمال خیار نشده و هدف محقق شده است. لذا خیار تخلف شرط وجود ندارد.

نظر شیخ انصاری

این مسئله بستگی دارد به این که؛

- اگر مشروط علیه به جای اسقاط، معامله را فسخ کند، فسخ او را موثر ندانیم، اسقاط هم که نکند، خیار تخلف شرط وجود ندارد، زیرا عدم فسخ محقق است و هدف همین بوده است.

- اگر فسخ او را موثر بدانیم، حتی اگر فسخ هم نکند، با صرف عدم اسقاط، خیار تخلف شرط برای طرف مقابل ثابت است. زیرا اگر فسخ او موثر باشد، طرف مقابل معامله (مشروط له) بالاتکلیف و عقد متزلزل باقی می ماند و عدم اسقاط مخالف با مصلحت مشروط له است.

بقی الکلام...

مشهور این است که تاثیر شرط منوط است به این که شرط در متن عقد بیاید. نه این که شرط در گفت و گوهای پیش از عقد باشد.

اگر پیش از عقد شرط ذکر بشود، دلیلی بر لزوم وفاء به آن نداریم، ضمن این که در اصل شرط بودن آن خدشه وجود دارد، زیرا شرط به موردی گفته می شود که در ضمن عقد بیاید، همان طور که سابقاً ذکر شد.^۱

در مقابل از شیخ طوسی و قاضی نقل شده که فرمودند شرط متقدم نیز مؤثر است.

۱. مکاسب، ج ۶، ص ۲۱ و ۲۲

مرحوم علامه در مختلف فرمودند شرط باید در ضمن عقد بیاید. آری اگر قبل از عقد درباره شرط گفت‌وگو شد و سپس در متن عقد به آن اشاره شد، چنین شرطی لازم العمل است.

شیخ انصاری

اگر بیع به نحو علی ذلک الشرط انجام شود، این از فرض شیخ طوسی خارج است. اما اگر مراد علامه این است که متبایعین صرفاً قصد بر شرط کنند، مراد شیخ طوسی همین است و نیاز نبود ایشان با «نعم» سخن ایشان را بازگو کنند.

ص ۵۸-۶۱

نعم یحتمل...

آری احتمال دارد مراد شیخ طوسی اشاره به به شرط متقدم، در ضمن عقد باشد، به دلیل؛

-ایشان در دلیل خود در مقابل شافعیه فرمودند: دلیلنا أنه لا مانع من هذا الشرط. اگر مراد ایشان صرف قصد شرط متقدم باشد، مانع وجود دارد. زیرا چنین شرطی که در ضمن عقد نیست، اثری ندارد.

-شیخ طوسی سخن خود را در مقابل شافعیه فرمود و سخن شافعیه این بود که آنان شرط را در متن صحیح نمی دانستند چراکه اگر در متن بیاید می شود اسقاط ما لم یجب، بنابراین مقصود شیخ این است که شرط در متن عقد بیاید ولو بالاشاره.

خلاصه

اگر کسی به عنوان مسئله در خلاف، استدلال شیخ طوسی بر جواز و استدلال شافعیه بر منع، توجه کند برای او قطع حاصل می شود مراد شیخ طوسی صورتی است که شرط متقدم در عقد به آن اشاره شود.

حال مراد شیخ طوسی هر چه که باشد، نظر شیخ انصاری این است که اگر شرط در متن عقد ذکر نشود ولو بالاشاره چنین شرطی فایده و اثری ندارد.

علت لزوم ذکر شرط در متن عقد؛

اگر شرط قبل از عقد باشد و در عقد ولو بالاشاره ذکر نشود، اگر بخواهد وجوب وفاء داشته باشد از دو حال خارج نیست:

۱- به نفس اشتراط سابق لازم است. این درست نیست، زیرا؛

-این شرط وعده ابتدایی است که لازم الوفاء نیست.

-این شرط التزام بالفعل است تبرعاً (در ضمن عقد لازم نیست)، این صورت نیز لازم العمل نیست.

۲- شرط بالقصد و در ذهن بوده است، شرط ذهنی و قصدی نیز الزام آور نیست.

فرع

مرحوم علامه در تذکره موردی را برای عدم جواز اشتراط نفی خیار مجلس در متن عقد، ذکر کرده است.

موردی که شرط سقوط خیار در ضمن عقد نافذ نیست؛

جایی که مولا نذر بکند عبدش را در صورتی که فروخت، آزاد کند.

به محض فروش عبد، بایع خیار مجلس دارد، به خاطر نذرش هم که شده باید خیار مجلس را اعمال کند و عبدش را آزاد کند، اما اگر شرط اسقاط خیار در ضمن عقد کند، دیگر نمی تواند عقد را فسخ کند تا به نذر خود عمل کند.

البته طبق مبنای کسانی که شرط فاسد را مفسد عقد نمی دانند.

اگر شرط فاسد را مفسد عقد بدانیم، بیع صحیح نیست. زیرا مخالف نذر بایع است.

شیخ انصاری

کلام علامه مبتنی بر این است که نذر معلق بر عین موجب بشود که ناذر مسلط بر تصرفات منافی با نذر نباشد.

سابقاً ذکر کردیم که شرط نیز همانند نذر است. یعنی اگر شرطی شد که تصرفات منافی با آن شرط باطل است. لذا نسبت به یک عینی شرطی بشود و بیع مخالف آن شرط باشد، بیع باطل است.

مرحوم شهیدی درباره «و قد مرَّ أن الاقوی...»: شیخ می خواهد بفرماید که در مانحن فیه تراحم اتفاق می افتد. مگر کسی بگوید نذر به دلیل تقدم زمانی مقدم است و تراحم پیش نمی آید. اما در تراحم تقدم زمانی تاثیر ندارد.

ص ۶۱-۶۳

مسئله و من المسقطات...

اسقاط خیار مجلس بعد از عقد، مسقط حقیقی است، هیچ مخالفی هم بر این مطلب وجود ندارد.
ادله؛

_اجماع.

_روایتی که دلالت دارد بر سقوط خیار به واسطه تصرف در ثمن یا مثن، زیرا تصرف نشانه رضایت بر بیع است. بنابراین اگر کسی لفظاً اسقاط خیار کند به طریق اولی مسقط خیار است زیرا اسقاط لفظی، بیان رضایت است.

_قاعده «لکل ذی حق اسقاط حقّه»، شاید دلیل این قاعده، «الناس مسلطون» باشد، وقتی مردم بر مال خود مسلط اند به طریق

اولی بر حقوق خود مسلط هستند، زیرا حق نسبت به مال در جهت ملکیت ضعیف تر است، لذا نسبت به حقوقی که مرتبط با مال هست، تسلط اولویت دارد.

الناس مسلطون علی حقوقهم، قابلیت نقل و انتقال را ندارد و شامل نقل و انتقال نمی‌شود و لذا تسلط بر حقوق تنها شامل اسقاط می‌شود، زیرا وقتی نقل و انتقال را شامل نمی‌شود، دیگر چیزی جز تسلط بر اسقاط باقی نمی‌ماند.

ممکن است بر اساس یک مبنای فقهی بتوان برای سقوط خیار مجلس با اسقاط بعد از عقد، به «المومنون عند شروطهم» استدلال کرد.

«أسقطت خياری» بعد از عقد، از شروط ابتدایی است، اگر «المومنون عند شروطهم» شامل شروط ابتدایی هم بشود، این مورد را نیز شامل می‌شود. البته شیخ خود این دلیل و مبنا را قبول ندارند.

اسقاط بعد از عقد، با هر لفظ و دلالتی ولو منایه مفهمه باشد، کافی است. زیرا؛

-وقتی با تصرف که فعل است، خیار ساقط می‌شود به طریق اولی با کنایه اشاره البته در صورتی که عرفاً دال باشد، خیار ساقط می‌شود.

-فحوای روایاتی که برخی از افعال را اجازه عقد فضولی کافی دانسته‌اند. مثل: اگر کسی فضولاً باکره‌ای را به عقد دیگری درآورد، مجرد سکوت باکره موجب صحت و امضای عقد خواهد بود.

-هر لفظ دال عرفی، صدق اسقاط می‌کند. بنابراین ادله سابق شامل آن می‌شود زیرا انسان ذی حق تسلط بر اسقاط حق خود دارد و این لفظ کنایه و اشاره نیز اسقاط محسوب می‌شود.

ص ۶۳-۶۵

مسئله لو قال...

بایع و مشتری خیار مجلس دارد، اگر آمر به فردی (مأمور) بگوید «اختر»؛

صورت اول؛ مأمور فسخ را اختیار کند.

در این صورت عقد فسخ شده و خیار معنا ندارد و دیگر اراده آمر بر امضا هم اثری ندارد.

صورت دوم؛ مأمور عقد را امضا کند.

در این صورت خیار ساقط می‌شود.

اما اختلاف در این است که آیا خیار آمر باقی است یا خیر؟ سه قول وجود دارد:

- اگر امر اراده تملیک خیار به مامور را کرده باشد، خیار امر هم ساقط می‌شود.

- چه امر اراده تملیک خیار به مامور را کرده باشد و چه نکرده باشد، خیار او ساقط می‌شود.

- اگر امر اراده تملیک خیار به مامور را نکرده باشد، خیار امر باقی است مطلقاً (چه اراده کشف نظر مأمور را داشته باشد و چه اراده تفویض (شبهه وکالت بوده و با تملیک متفاوت است) به مامور را)

صورت سوم؛ مأمور سکوت کند و نه عقد را امضا کند و نه فسخ کند.

خیار مأمور اجماعاً باقی است و سکوت نیز نشانه رضایت نیست.

در مورد خیار امر سه قول وجود دارد:

- خیار باقی نیست مطلقاً (چه اراده تملیک کرده باشد و چه نکرده باشد)

- خیار باقی است به شرط عدم اراده تملیک

- خیار باقی است مطلقاً

نظر شیخ انصاری

کلمه «اختر» به حسب وضع لغوی و بدون قراین خارجی، فقط به معنای طلب اختیار یکی از دو طرف فسخ یا امضا است. اگرچه ظاهر عرفی آن به معنای استکشاف حال است. اما تملیک و تفویض از آن در نمی‌آید.

فارغ از معنای وضعی، قرآینی داریم که کلمه «اختر» ظاهر در تملیک امر به مخاطب است و این از برخی روایات باب طلاق استفاده می‌شود، مثل روایتی از زراره از امام باقر علیه السلام؛ «عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: قُلْتُ لَهُ رَجُلٌ خَيَّرَ امْرَأَتَهُ قَالَ إِنَّمَا الْخِيَارُ لَهَا مَا دَامَا فِي مَجْلِسِهِمَا فَإِذَا تَفَرَّقَا فَلَا خِيَارَ لَهَا^۱». بنابراین اگر دلالت کلمه اختر بر تملیک را پذیرفتیم همین که امر بگوید اختر، خیار او ساقط می‌شود.

در بعضی اخبار نیز آمده «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر».

نکته: مرحوم شیخ انصاری در صفحه ۶۱ فرمودند حقوق قابلیت نقل و انتقال را ندارند^۲، اما در اینجا فرمودند خیار به تملیک دیگری در می‌آید. شاید مراد شیخ اراده تملیک از جانب امر باشد، نه تملیک شرعی و بحث بر این است که اگر امر اراده تملیک خیار به دیگری را داشته باشد، آیا خیار ساقط می‌شود یا خیر.

۱. طوسی، محمد بن الحسن، تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان) - تهران، چاپ: چهارم، ۱۴۰۷ ق.

۲. لا معنی لتسلط علی مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل.

ثم إنّه لا اشكال...

اسقاط خيار توسط یکی از طرفین، موجب اسقاط خيار طرف دیگر نیست.

نتیجه: در مواردی که یک طرف اجازه می دهد و طرف دیگر اجازه می دهد، فسخ مقدم بر اجازه است. زیرا مقتضای ثبوت خيار، این است که فسخ نافذ باشد، ولو طرف مقابل نپذیرد.

اگر یکی بگوید فسخ و دیگری بگوید اجزت، آیا این مورد از موارد تعارض فسخ و اجازه است تا فسخ را بر اجازه مقدم کنیم؟
شیخ این مورد را از موارد تعارض بین اجازه و فسخ نمی دانند زیرا تعارض بین اجازه و فسخ، مربوط به جایی است که خيار یک طرف را دو فرد مختار باشند اعمال کنند یا نکنند.

برخی از موارد باب تعارض:

-دفعه واحده یک نفر اجازه بدهد و یکی فسخ کند. زیرا اگر هر کدام از فسخ یا اجازه اگر از نظر زمانی مقدم باشد، چه بسا همان نافذ و مقدم باشد.

-ذوالخيار دفعة واحدة تصرف در عوضین کند. مثل بیع عبد در مقابل جاریه و عتق هر دو در آن واحد که این موجب تعارض فسخ و اجازه است.

-ورثه صاحب خيار در فسخ و اجازه اختلاف کنند(بعضی اجازه دهند و بعضی فسخ کنند).

علامه در جمیع صور فوق فسخ را بر اجازه مقدم کرده است و شیخ در این باره می فرماید لم یظهر له وجه تام.

مرحوم شهیدی: این سخن علامه وجه دارد. معنای خيار اختیار میان فسخ و ترک فسخ است و تعارض میان فسخ و اجازه در واقع تعارض میان فسخ و عدم فسخ است که در این صورت فسخ مقدم است، چراکه عدم چیزی نیست تا مقدم بشود.

مسقط سوم؛ افتراق متبایعین

لازم نیست افتراق متبایعین ظهور در ابراز رضایت متبایعین داشته باشد.

ظاهر برخی اخبار طبق نظر برخی: افتراق باید نشانه رضایت به بیع باشد. مثل روایت فضیل از امام صادق علیه السلام؛ «ما الشرط فی غیر الحيوان قال: ... فإذا افترقا فلا خيار لهما بعد الرضا»^۱ این روایت حاکی از این است که افتراق باید ناشی از رضایت باشد. اما به قید موجود در این روایات اعتنا نشده است. این قید از باب وارد مورد غالبی در خارج یا تمثیل است.

۱. الوسائل ۱۲:۳۴۶، الباب الأوّل من أبواب الخيار، الحديث ۳.

معنای افتراق

افتراق مازاد بر افتراقی که متبایعین در مجلس عقد با یکدیگر داشته‌اند.

بعضی از فقها مثل شیخ طوسی یک خطوه را اقل افتراق بیان کردند.

نظر شیخ انصاری در مورد مقدار این افتراق مازاد

حتی کمتر از یک گام هم می‌تواند موجب سقوط خیار شود. خطوه موضوعیت ندارد.

برخی گفته‌اند یک گام و بیشتر کفایت نمی‌کند بلکه باید مقداری باشد که افتراق حاصل شود. این قول را برخی روایات تأیید می‌کند. مثل «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ إِنِّي ابْتِغْتُ أَزْضًا فَلَمَّا اسْتَوْجَبْتُهَا قُمْتُ فَمَسَيْتُ خَطًّا ثُمَّ رَجَعْتُ فَأَرَدْتُ أَنْ يَجِبَ الْبَيْعُ.»^۱

علت مؤید بودن روایت این است که فعل امام این قدر توان ندارد تا لزوم چند قدم برداشتن برای تحقق افتراق را ثابت کند (اثبات شیء نفی ما عداه نمی‌کند).

اما این سخن صحیح نیست، زیرا اطلاق افتراقریال انصراف به بیش از خطوه ندارد و روایت نیز بر بیش از یک خطوه بودن دلالتی ندارد، به دلیلی که ذکر شد.

سید علی در ریاض

افتراق به عرف بستگی دارد و افتراق عرفی ملاک است، نه یک گام و کمتر یا بیشتر از آن.

نکته: افتراق از مجلس عقد اعتبار ندارد، افتراق متبایعین ملاک است (افتراق ابدان).

ص ۶۷-۷۰

ثم اعلم...

افتراق با حرکت یکی از طرفین حاصل می‌شود و حرکت هر دو لازم نیست. البته حرکت احدهما در صورتی کافی است که طرف دیگر همراه او حرکت نکند. نیز حرکت خصوصیت ندارد، بلکه مهم عدم مصاحبت است.

آیا افتراق اکراهی موجب سقوط خیار می‌شود؟

۱. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۸، قم، چاپ: اول، ۱۴۰۹ ق.

مشهور میان فقها این است که افتراق از روی اکراه در صورتی که مکزه منع از تخایر بشود، اثری ندارد و فرقی ندارد این اکراه به حد سلب اختیار برسد یا نرسد.

گاهی اکراه فقط در افتراق است، اما در تصمیم و اراده فرد (تخایر)، اکراه وجود ندارد و گاهی اکراه هم در افتراق و هم در تخایر است.

ادله؛

—استصحاب بقاء خیار

نکته: استصحاب برای جایی است که دلیلی نداشته باشیم و حال آن که در این جا دلیل وجود دارد که ظاهراً چون مرحوم شیخ این دلایل را قبول ندارند، به اصل تمسک کرده‌اند.

—متبادر از روایات افتراق اختیاری است. از کلمه افتراق در روایات، افتراق اختیاری متبادر است.

—حدیث رفع؛ «رفع ما استکرهوا علیه» و سابقاً ثابت کردیم که این حدیث، حکم وضعی را نیز رفع می‌کند. چراکه خود ائمه علیهم‌السلام نیز برای رفع حکم وضعی به حدیث رفع استناد فرمودند.

اشکال شیخ بر این دو دلیل

تبادر و حدیث رفع نمی‌تواند دلیل بر حکم فوق باشد.

اشکال تبادر؛

اولاً مراد از افتراق، افتراق اختیاری در برابر افتراق اجباری است که فعل فرد به شمار نمی‌آید (فاعل به اختیار نیست). اما مکزه فاعل به اختیار شامل این تبادر نیست.

نکته؛ افتراق اضطراری هم موجب عدم اسقاط خیار نیست، زیرا اگر باشد موجب خرق اجماع مرکب می‌گردد. چرا که فقها میان اضطراری و اکراهی فرقی قائل نشده‌اند.

ثانیاً به فتاوی فقها که رجوع می‌کنیم، افتراق اضطراری را نیز به شرطی که مکزه توان اسقاط خیار را داشته باشد، موجب اسقاط خیار می‌دانند. زیرا همین که می‌توانست بگوید فسخت و نگفت، دال بر امضای بیع است.

ص ۷۰-۷۲

و منه یظهر...

رد استدلال به حدیث رفع

استدلال به حدیث رفع بر این اساس بود که اگر شخص متمکن از فسخ و امضا باشد، مکزه به شمار نمی آید، بلکه مختاری است که خود فسخ نکرده است. از این استدلال معلوم می شود استدلال به حدیث رفع، برای رفع حکم از مکزه نیز صحیح نیست، زیرا خود فقها اعتراف دارند حتی مکزه و مضطر نیز داخل در عموم افتراقاً هستند، فقط شرطش این است که متمکن از اختیار فسخ باشند.

و الحاصل

بیان دیگر برای رد دلیل اول و دوم

فتوای علما؛ اگر تفرق حاصل بشود بیا اکراه نسبت به دو امر (اکراه نسبت به اصل تفرق و اکراه نسبت به ترک اختیار فسخ و امضا)، این تفرق مسقط خیار نیست.

دلیل این فتوا تبادل و حدیث رفع نیست، زیرا فرض این است که تفرق اضطراری هم مسقط خیار است. البته اضطراری در صورتی که مضطر امکان اختیار فسخ و امضا را داشته باشد.

استدلال بر فتوای فقها؛

-اجماع محکی و شهرت محققه که جابر اجماع محکی است.

-متبادر از تفرق در روایت ما لم یفتراقاً، تفرقی است که از روی رضایت باشد. لذا اگر تفرق اضطراری هم از روی رضایت باشد کفایت می کند.

صحیحه فضیل نیز دلالت بر مطلب فوق دارد. عبارت بعد الرضا منهما دلالت دارد افتراقی موجب سقوط خیار مجلس است مه همراه رضایت باشد، اگرچه شیخ انصاری سابقاً (ص ۶۶) درباره این روایت سخن دیگری فرموده بودند و در اینجا نیز به نحو احتمال این را فرموده اند. لذا سپس می فرمایند که ممکن است بگوییم بعد الرضا در روایت اشاره دارد به این که سقوط خیار مجلس منوط به این است که رضایت به عقد حاصل بشود. همان رضایتی که کشف از افتراق بایع و مشتری می کند. لذا افتراق مسقط است زیرا افتراق نوعاً حاکمی از رضایت است.

بنابراین رضایت باید متصل به تفرق باشد تا موثر باشد وگرنه رضایت بعد از تفرق ثمره ای ندارد.

اگر یک طرف معامله اکراه بر تفرق و نیز منع از تخایر بشود؛

-گاهی طرف دوم نیز اکراه می شود، این افتراق مسقط نیست.

-گاهی طرف دوم مورد اکراه نیست، در این صورت اقوالی مطرح است.

نکته ۱: سابقاً ثابت کردیم که افتراق اختیاری وقتی ثابت می‌شود که یکی اختیاراً حرکت کند و دیگری همراه او نرود (ثم اعلم، ص ۶۷).

نکته ۲: با اکراه بر تفرق، وقتی خیار مجلس باقی می‌ماند که مکزه از تخایر نیز منع شود. وگرنه اگر مکزه در تخایر منع نشود و اختیار داشته باشد و فسخ را اختیار نکند، خیار ساقط می‌شود.

ص ۷۲-۷۴

فحینئذِ نقول...

یک صورت مسئله این بود: اکراه یک طرف معامله بر تفرق و نیز منع او از تخایر، اما طرف دیگر معامله مختار است.

صورت دیگر مسئله: یک طرف اکراه بر نشستن بر مجلس عقد باشد و منع از تخایر شود، اما طرف دوم مخیر باشد.

چهار قول در دو صورت فوق مطرح است؛

-سقوط خیار هر دو

-ثبوت خیار برای هر دو

-سقوط خیار مختاراً خاصه

-ثبوت خیار برای هر دو در صورتی که مختار در مجلس بماند و سقوط خیار هر دو در صورتی که مختار مجلس را ترک کند.

مبانی اقوال فوق

دو مبنای اصلی در این مسئله وجود دارد؛

۱- این که در روایت افتراق متبایعین غایت برای خیار هر دو قرار گرفته است (البیعان بالخیار)، یعنی افتراق مسقط خیار متوقف بر این است که افتراق از روی اختیار هر دو حاصل بشود. بنابراین بنا باشد خیار هر دو ساقط بشود، باید افتراق هر دو از روی اختیار باشد.

در این مبنا دو احتمال وجود دارد:

-اختیار هر کدام از طرفین مسقط خیار اوست، ولو برای اسقاط خیار هر دو نیاز به اختیار هر دوست. در این صورت قول سوم صحیح است.

-سقوط خیار هر کدام متوقف بر مجموع اختیار هر دوست. در این صورت قول دوم صحیح است.

۲- افتراق اختیاری یک طرف برای سقوط خیار هر دو کافی است.

در این مبنا نیز دو احتمال وجود دارد:

- افتراقی که مسقط خیار هر دوست، لازم است که فعل وجودی و حرکت صادر به اختیار یکی از طرفین باشد. در این صورت قول چهارم صحیح است.

- افتراقی که مسقط خیار هر دوست، به ترک و عدم حرکت نیز حاصل می شود. در این صورت قول اول صحیح است.

ص ۷۴-۷۵

و اعلم أن ظاهر الايضاح...

ظاهر سخن فخرالمحققین (فرزند علامه) در ایضاح القواعد این است که قول چهارم و قول دوم یکی است و متفاوت نیست. زیرا قول دوم می گوید خیار برای هر دو متبایع ثابت است و در قول چهارم (سخن علامه در تحریر) در فرض بحث ما خیار برای هر دو ثابت است.

سخن علامه در قواعد

اگر یکی از دو نفر مکره به ترک مجلس و منع از تخایر فسخ بشود، خیار مکره ساقط نمی شود. اما فردی که در مجلس باقی مانده اگر مکره نباشد و منع از تخایر هم نشود، اما فسخ را اختیار نکند، خیار او ساقط و به تبع آن خیار مکره نیز ساقط می شود.

مبنای فخرالمحققین

اکوان اربعه: حرکت، سکون، اجتماع و افتراق

- اگر اکوان را باقی بدانیم، به این معنا که اگر کسی طی لحظاتی در یک جا ساکن است، این مدت یک سکون واحد متصل بهم به شمار می آید.

در این صورت:

الف) اگر بقاء سکون مثل اصل آن نیاز موثر داشته باشد و موثر در بقاء نیاز باشد، در این صورت خیار کسی که در مجلس ثابت نشسته است، ساقط می شود. چراکه موثر در این فرض ثابت فی المجلس است و سکون او فعل وجودی به شمار می آید.

ب) اگر بقاء سکون مثل اصل آن نیاز موثر نداشته باشد، بلکه موثر در حدوث کافی است، در این صورت در صورتی که افتراق را امر وجودی بدانیم، خیار ثابت در مجلس ساقط نمی شود. زیرا سکون او در مجلس فعل وجودی به شمار نمی آید.

- اگر اکوان را باقی ندانیم، به این معنا که اگر کسی طی لحظاتی در یک جا ساکن است، این مدت یک سکون واحد متصل بهم نیست و هر لحظه سکون مستقل از سکون در لحظه بعدی است. در این صورت خیار کسی که در مجلس ثابت نشسته است، ساقط می شود.

- آیا افتراق امری وجودی است یا عدمی؟

اگر افتراق امر وجودی باشد...؛ در قسمت (ب) حکم آن ذکر شد.

اگر افتراق امر عدمی باشد، در مورد عدم محض نیازمند علت نیست، اما در مورد عدم مضاف مثل سکون اختلاف است که آیا علت نیاز دارد یا خیر؛

اگر قائل بشویم امر عدمی مضاف نیازمند علت نیست، خیار ثابت فی المجلس باقی است.

اگر قائل بشویم امر عدمی مضاف نیازمند علت است، خیار ثابت فی المجلس ساقط می شود.

نقد سخن فخرالمحققین

در احکام فقهی، نباید تدقیقات فلسفی و عقلی را به کار برد.

ص ۷۵-۷۶

و ظاهره...

صریح عبارت فخرالمحققین در این است که اگر فرد باقی در مجلس، اختیاراتاً مجلس را ترک کند، هیچ اختلافی در سقوط خیار نیست و ظاهراً مراد ایشان خیار هر دوست.

ظاهر کلام ایشان، مانند عبارت قواعد، این است که خیار طرفین عقد وابسته به یکدیگر است.

شیخ طوسی نیز قائل به همین قول هستند.

فتأمل

برخی گفته اند اشاره دارد به توجیه همین عبارت خلاف که شیخ انصاری در انتهای ص ۷۷ ذکر خواهند کرد.

جمع بندی

قول تحریر (چهارم) و قول دوم یکی است.

اظهار در بادی نظر؛ بقاء خیار برای هر دو در صورت فرض اصل مسئله، زیرا بر فرض عدم الدلیل، استصحاب بر آن دلالت می کند. بلکه دلیل بر آن وجود دارد. روایت مذکور، از آن متبادر است که تفرق باید با رضایت هر دو باشد. ضمن این که صحیحه فضیل نیز دال بر سقوط خیار به واسطه رضایت هر دو بود.

اما اصل عملی قابل خدشه است؛ به دلیل این که یکی مکرهاً از مجلس بیرون رفته و دیگری در مجلس باقی مانده، تفرق صدق می کند.

در مورد صحیحه فضیل نیز می توان گفت اگرچه این صحیحه ظاهر در اعتبار رضایت هر دوست، اما باتوجه روایت امام باقر علیه السلام که صرف مشی خودشان را بدون این که رضایت طرف مقابل را معتبر بدانند، سبب برای صدق افتراق قرار دادند، بنابراین رضایت هر دو طرف نیاز نیست و رضایت احدهما کافی است.

اشکال

روایت امام باقر علیه السلام عام و مطلق و ظاهر صحیحه فضیل اخص است و بین عام و خاص، باید عام را حمل خاص نمود.

پاسخ

اگرچه ظاهر صحیحه اخص است، اما در عین حال نمی تواند عام را تخصیص بزند، زیرا ظهور روایت امام باقر علیه السلام مویذات متعددی دارد که اطمینان حاصل می شود صحیحه مربوط به مورد خاص است.

ص ۷۶-۷۸

و ظاهر الصحیحة...

مویذاتی که موجب ترجیح روایت امام باقر علیه السلام است؛

_ اگر بعد از معامله یکی از طرفین بمیرد و طرف دوم سپس مجلس را ترک کند، ظاهر کلام فقها این است که هیچ اختلافی ندارند در این که خیار هر دو ساقط می شود.

_ اگر یکی از متبایعان از دیگری جدا بشود در حالی که آن دیگری خواب است، خیار هر دو ساقط می شود.

_ عمیدالدین اجماع کرده که اگر یکی مکرهاً مجلس را ترک کند و دیگری به اختیار باقی ماند، خیار هر دو ساقط می شود.

_ اختلافی در عدم اعتبار رضایت طرفین وجود ندارد و رضایت یک طرف برای سقوط خیار کافی است و آنچه در آن اختلاف بود این بود که آیا بقای اختیاری و عدم مصاحبت فردی که در مجلس باقی مانده، افتراق محسوب می شود یا خیر.

_ ظاهر قواعد؛ سقوط خیار مکره متوقف بر خیار ماکث است. پس معلوم می شود سقوط خیار احد المتبایعین کافی است.

کانال صدا @soda96

www.soda96.ir

ظاهر کلام شیخ طوسی در خلاف این بود که سقوط خیار یکی متوقف بر خیار دیگری نیست و ایشان قائل به تفکیک بودند.

اما ظهور کلام خلاف از استحکام لازم برخوردار نیست.

این ظهور قابل توجیه است؛

مراد شیخ طوسی سقوط خیار متمکن از تخایر است از این جهت که اختیار و تمکن دارد، با قطع نظر از حال نفر دیگر.

موید این توجیه؛ عبارت ایشان شامل بعضی از صور می شود که بطلان خیار در آن صور مختص متمکن نیست. مثل آن که مکره قبل از این که اکراه برای او اتفاق بیفتد، خیار خود را تفویض به طرف کرده باشد و سپس اکراه برای او حاصل شود. در این صورت نیز خیار هر دو ساقط می شود.

در واقع مرحوم شیخ طوسی سقوط خیار متمکن را لا بشرط اراده کرده باشد یعنی سقوط خیار متمکن بشرط عدم سقوط خیار غیر متمکن نیست، بلکه با سقوط خیار غیر متمکن نیز قابلیت جمع را دارد.

احتمالی در کلام شیخ طوسی و قاضی؛

افتراق مستند به اختیار هر دو، که در روایت غایت سقوط خیار هر کدام قرار گرفته است از باب مقابله جمع به جمع است، نه از باب مقابله مجموع به مجموع به این معنا که افتراق هر کدام مسقط خیار خودش است.

اگر قراین مذکور وجود نداشته باشد این احتمال، احتمال خوبی است، اما با وجود قراین و مویدات مذکور، این احتمال مساعد ظاهر نص نیست.

ص ۷۸-۸۳

ثم إنّه یظهر...

اصل مسأله ذکر شد؛ شخصی که از محل بیع خارج می شود در افتراق و ترک تخایر، مکره و ماکث، مختار بود.

عکس مسأله؛ ماکث، مکره و تارک، مختار است.

مطابق بیان ایضاح، هر دو خیار ساقط می شود. ایشان مسئله مبتنی کردند بر بقاء وعدم بقاء اکوان و وجودی و عدمی دانستن

افتراق. در عکس مسئله شخص مختار همان است که مجلس را ترک کرده، لذا قطعاً خیار هر دو ساقط می شود.

مطابق مبانی مذکور در عکس مسأله نیز اختلاف است.

نظر شیخ؛ اقوی سقوط هر دو خیار است، زیرا در اصل مسئله نیز به خاطر روایت امام باقر علیه السلام حکم به سقوط خیار هر دو

می شدف لذا به طریق در عکس مسئله که تارک، مختار است، خیار هر دو ساقط می شود.

مسأله هفتم

مسئله لول زال الاكراه

طرح مسئله‌ای بنابر عدم سقوط خيار در فرض اكراه

شيخ طوسی: خيار امتداد دارد به امتداد مجلس زوال.

سخن شيخ انصاری در توجیه قول شيخ طوسی

شاید مراد شيخ طوسی این بوده که گویا متبایعین بعد از زوال اكراه هنوز در مجلس عقد مجتمع هستند، زیرا فاصله ای که به واسطه اكراه به وجود آمده كالعدم است.

شيخ انصاری در نقد سخن شيخ طوسی

هیئت اجتماعیه‌ای که در هنگام عقد موجود بود، وجود ندارد و مجلس عقد وجود ندارد، اما حکم خيار مجلس به حکم شرع باقی است. نص هم از غایت خيار ساکت است. بنابراین به هیئت اجتماعیه مجلس عقد نمی توان تمسک کرد.

دو راه وجود دارد؛

- متبایعین در حد فور خيار دارند (فوریت عرفی)، زیرا بیش از آن دلیلی ندارد.

- نیز می توان به استصحاب وجود خيار تمسک کرد؛ خيار هست تا زمانی که مسقط دیگری حاصل شود.

تصرف؛ مسقط دیگر خيار مجلس

شاید دلیل اسقاط خيار مجلس به تصرف، همان دلیلی باشد که از روایات مربوط به خيار حیوان مستفاد است (زیرا در مورد سقوط خيار مجلس به تصرف، نصی نداریم). در مورد خيار حیوان آمده تصرفی که نشانه رضایت باشد، موجب اسقاط خيار حیوان است.

فتأمل

برخی گفته اند چه بسا اشاره دارد به این که «فلا شرط» در روایت یعنی فلا خيار حیوان و نمی شود به خيار مجلس تسری داد.

ص ۸۳-۸۶

الثانی خيار الحيوان

اختلافی میان فقها نیست که خيار حیوان برای مشتری ثابت است.

بر اساس ظاهر نص و فتاوی، خيار حیوان هر ذی نبات حیوانی را شامل می شود.

خرید و فروش حیوان بر دو گونه است؛

-حیوان، حی آن مورد نظر است.

-حیوان، لحم آن مقصود است.

بعید نیست که بگوییم مراد حیوانی است که مقصود حیات آنست، اگرچه در آینده قصد لحم آن هم باشد.

اشکال

خروج از خیار حیوان در مواردی که مانند ماهی مخرج از آب است، این در جایی که حیوان به جهت عارضه‌ای مانند صید مشرف به مرگ است، مشکل است.

محشین به فرمایش شیخ انصاری اشکال کرده‌اند و وجه این اشکالی که ایشان فرموده‌اند معلوم نیست.

در مورد حیوانی که مقصود از آن لحم است، اگر قبل از قبض یا در زمان خیار ولو بعد از قبض مشتری، تلف بشود، قاعده التلف و تلف المبیع فی زمن الخیار ممن لا خیار له در آن جاری نیست.

در فرض عدم بقاء حیوانی که مقصود از آن لحم است، در مورد منتهای خیار سه قول ذکر شده است؛

-همان سه روز است، زیرا عقد باقی و متعلق خیار هم خود عقد است. اقوی الوجوه همین وجه است.

-زمان مرگ است، زیرا متعلق خیار حیوان، حیوان است و در صورت تلف حیوان به لحم تبدیل می شود.

-تا وقتی است که مسقط دیگری بیاید، ولو بیش از سه روز شود و سه روزی که در روایات ذکر شده به جهت تغلیب است.

ثم إنّه هل یختص...

آیا خیار حیوان اختصاص به عین مشخص خارجی دارد یا در جایی که بیع روی کلی فی الذمه رفته باشد نیز خیار حیوان وجود دارد؟

متبادر از اطلاعات این است که اختصاص به معین خارجی دارد. ضمن این که در برخی معاهدات استدلالات شده به این که حکمت خیار حیوان، آگاهی از عیوب خفیه حیوان است و این حکمت در حیوان کلی وجود ندارد.

شیخ انصاری: اگرچه ظاهر کلام فقها اختصاص به معین است، اما تصریحی در کلام فقها به این مطلب وجود ندارد در نظر اولیه کلی را نیز شامل می شود و البته برخی از معاصرین آن را مختص به معین خارجی دانسته‌اند و اقوی هم همین است.

کلام در خیار در سه بحث است؛

-خیار حیوان متعلق به کیست؟

-مدت خیار از حیث مبدا و منتهی

-مسقطات خیار حیوان

در مورد بحث نخست، سه قول مطرح است؛

-مشتری، قول مشهور، برخی ادعای اجماع کرده‌اند.

-مشتری و بایع

-هیچ یک، ملاک آخذ حیوان است.

دلیل قول اول

استدلال به عمومات؛ در برخی روایات داریم... فإذا افترقا و جب البیع (عام خاص به بعد الافتراق)، این روایت شامل بیع حیوان و غیر آن نیز مشتری و بایع می شود، در مورد ثبوت خیار حیوان برای مشتری دلیل جداگانه داریم، در بایع شک داریم، لذا به عمومات (اوفوا بالعقود که عام در همه موارد است) تمسک کرده و در خصوص بایع، عقد را لازم می دانیم. بنابراین قدر متیقن از خیار حیوان، ثبوت آن برای مشتری است.

ص ۸۶-۸۹

و یدلّ علیه ایضاً...

روایات خاصه

۱- صحیحه فضیل؛ شرط در حیوان، سه روز برای مشتری است.

نکته ۱: این روایت ظهور دارد که خیار حیوان برای مشتری است. اگرچه لقب مفهوم ندارد، اما از این که امام در مقام تحدید فرمودند خیار حیوان برای مشتری است، ثابت می شود خیار حیوان برای بایع نیست.

نکته ۲: در خیار غیر حیوان برای بعد از افتراق، امام به طور مطلق از بایع و مشتری نفی خیار کردند. در هر دو مورد نیز صورتی را که مبیع، شیء دیگری غیر از حیوان و ثمن حیوان است، شامل می شود.

بنابراین قول دوم و سوم رد می شود، چراکه آخذ حیوان بودن ملاک برای ثبوت خیار حیوان است.

۲- روایت علی بن اسباط که ظهور کمتری نسبت به روایت اول دارد؛ اگر حکم خیار حیوان مطلق باشد، ذکر قید للمشتري قبیح است. بنابراین باید این قید حمل بر قید احترازی نمود.

علت ظهور کمتر روایت دوم

در روایت اول سخن امام مسبوق به سوال راوی است و پاسخ امام وجهی ندارد مگر برای دفع توهّم عموم خیار حیوان برای بایع.

اما در روایت دوم فرمایش امام در پاسخ به سوالی نیست و می توان قید للمشتري را حمل بر مورد غالب کرد.

۳- صحیحہ حلبی در من لایحضر الفقیه

۴- صحیحہ ابن رثاب از امام صادق علیه السلام

۵- صحیحہ ابن رثاب عن قرب الاسناد؛ این روایت اظهر از کل است.

علت اظهر بودن

زیرا همه فروض در این روایت مطرح شده است و اگر صریح نباشد، اظهر است.

قول دوم

مرحوم سید مرتضی و ابن طاووس: طرفین خیار حیوان دارند.

ادله

سید مرتضی ادعای اجمع کرده است.

استصحاب جواز عقد بعد از خیار مجلس (استصحاب کلی نوع سوم)

صحیحہ محمد بن مسلم؛ المتبايعان بالخيار ثلاثة ايام في الحيوان

پاسخ به ادله قول نخست

با وجود صحیحہ محمد بن مسلم، عمومات لزوم، تخصیص می خورد (به بعد از سه روز).

اشکال

صحیحہ ابن رثاب (روایت پنجم) متعارض با این روایت است.

پاسخ

صحیحہ محمد بن مسلم، از لحاظ سندی ارجح است، زیرا محمد بن مسلم فقیه است و نقل روایت توسط فقیه با فرد عادی متفاوت است.

ضمن این که روایت محمد بن مسلم در کتب اربعه آمده، اما روایت ابن رثاب در کتب اربعه نیامده است و اکثر از فقها هم به کتاب قرب الاسناد التفاتی ندارند.

روایات ۱-۳ نیز از نظر سندی متکافی با روایت محمد بن مسلم است.

شیخ انصاری

انصاف این است که روایاتی که خیار حیوان را مختص مشتری می داند، از حیث ظهور به منطوق روایت محمد بن مسلم نمی رسد. لذا روایت محمد بن مسلم مقدم است و روایات متقدم حمل بر مورد غالب می شود.

تعداد بیشتر روایات نیز موجب تقدیم آن روایت بر صحیحه محمد بن مسلم نمی شود و ظهور روایت بر تعدد و کثرت روایت مقدم است.

و أما ما ذکر...

برخی گفته اند صحیحه ابن مسلم قابل تاویل است؛ خیار مشتری علی البایع سه روز است.

اشکال

این سخن در غایت سقوط است.

شهرت محققه و اجماع محکیه بر قول اول نیز نمی تواند جابر ضعف روایات دال بر قول و موجب ضعف قول سید مرتضی باشد، چراکه در زمان سید مرتضی چنین شهرتی وجود نداشته است.

ضمن این که شهرت در مانحن فیه نمی تواند حجت باشد، زیرا در شهرت، اگر مستند مشهور معلوم باشد و احتمال وجود مرجحی برای قول مشهور نباشد، در این جا ملاک مستند مشهور است، نه خود شهرت و ما در مانحن فیه احتمال وجود مرجحی که به دست ما نرسیده باشد، وجود ندارد.

مضاف بر این که ادعای اجماع در اینجا متعارض با اجماع ادعایی سید مرتضی است.

لکن الانصاف...

قول اول مناسب تر است؛ حجیت مجموع روایات پنج گانه کمتر از صحیحه ابن مسلم نیست (مبنای تراکم ظنون). خصوصاً این که قول مشهور شهرت روائیه دارد و این موجب قوت مضمون روایات است.

ضمن این که محمد بن مسلم روایتی دارد که منطبق بر قول مشهور است.

بر فرض تکافؤ نیز مرجع عموم ادله لزوم عقد است و مشتری قدر یقینی در ثبوت خیار حیوان برای اوست.

نعم هنا قولُ ثالث...

این قول از قول دوم چه بسا قوی تر باشد و آن این که آخذ حیوان خیار دارد، چه بایع باشد و چه مشتری. به دلیل صحیحه محمد بن مسلم؛ و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة ايام و صاحب حيوان یعنی من انتقل اليه الحيوان.

اشکال

این روایت با موثقه ابن فضال منافات دارد؛ صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة ايام

جواب

قید مشتری وارد مورد غالب است.

اشکال

در صحیحه محمد بن مسلم نیز می توان گفت مطابق وارد مورد غالب، مراد صاحب حیوان، مشتری است.

پاسخ

گاهی ممکن است غلبه مورد در خارج آن قدر توان داشته باشد که قید را بر مورد غالب حمل کند، اما توان این که کلام مطلق را مقید کند نداشته باشد.

البته قول سوم به قوت قول دوم نمی رسد.

باتوجه به این صحیحه ابن مسلم، با روایات پنج گانه منافاتی ندارد، زیرا آن روایات قابلیت حمل بر مورد غالب را دارد. کما این که با صحیحه قبلی محمد بن مسلم نیز تنافی ندارد به این وجه که بگوییم در صحیحه قبلی، ثمن و مثن هر دو حیوان باشد.

صحیحه اخیر اطلاق آن مورد اشکال است از این جهت که صاحب الحيوان انصراف قوی به مشتری دارد.

بنابراین قول اول ترجیح دارد و عمومات لزوم غیر از مشتری در خیار حیوان، مخصصی ندارد.

در مورد خرید و فروش عبد و امه نیز سه روز خیار وجود دارد. البته برخی مدت خیار امه را مدت استبراء دانسته اند، بلکه ابن زهره ادعای اجماع دارد. اما این قول مستندی ندارد و شهرت نیز بر خلاف آن است.

مبدأ خیار حیوان

اقوال

من حين العقد تا سه روز، لذا اگر افتراق تا سه روز حاصل نشود، خیار حیوان منقضی می شود، اما خیار مجلس ثابت است.

دلیل

ظاهر فرمایش امام؛ «ان الشرط فی الحيوان ثلاثة ايام و فی غیره حتی یفترقا»

وجه ظهور: حضرت منتهای هر دو خیار را بیان فرمودند و این یعنی مبتدای هر دو خیار یکی است. در خیار مجلس یقین داریم خیار از حین عقد است.

نقل از ابن زهره

خیار حیوان از حین تفرق است.

مرحوم شیخ طوسی و ابن ادریس دلیلی در خیار شرط آوردند که قول ابن زهره از استدلال آنان استفاده می شود.

استدلال آنان؛ اولی این است که بگوییم خیار شرط از زمان تفرق به بعد ثابت است. زیرا خیار شرط وقتی ثابت می شود که عقد تمام شده باشد و وقتی عقد تمام می شود که افتراق حاصل شده باشد.

شیخ انصاری

این تعلیل صحیح نیست؛ خیار مجلس نیز خیار است و چنین ضابطه ای در آن وجود ندارد. نیز ادله ای داریم که بر اساس آن قابلیت جمع چند خیار بیا هم وجود دارد و فایده چند خیار این است که اگر یکی ساقط شود، دیگری بر سر جای خود باقی است.

ادله دیگری نیز مطرح شده است؛

۱- استصحاب عدم ارتفاع خیار حیوان با انقضاء سه روز از حین عقد

۲- استصحاب عدم حدوث خیار حیوان بعد از عقد. این استصحاب اصل مثبت است، زیرا نتیجه عقلی عدم حدوث از ابتدا این است که خیار حادث نشده باشد.

لزوم اجتماع سببین بر اجتماع واحد

سبب اول وجود مجلس و عدم تفرق و سبب دوم حیوان بودن مبیع است. مسبب واحد خیار مجلس است.

سبب اول با مبیع بودن حیوان با هم جمع شدند و یک مسبب را ایجاد کرده‌اند و حال آن که دو سبب دو مسبب را ایجاد می کند. لذا نمی توان گفت در خیار مجلس، خیار حیوان هم وجود دارد. بنابراین از ابتدای عقد خیار حیوان وجود ندارد.

۳- دو تا قاعده مستفاد از ادله است؛

-تلف حیوان تا قبل از سه روز از جیب بایع است.

-تلف مبیع در خیار مشترک از جیب خود مشتری است. کما این که تلف ثمن از جیب خود بایع است. زیرا ملک خود آنان است.

اگر از حین عقد خیار حیوان وجود داشته باشد، از طرفی فرد از حین عقد تا تفرق هم خیار مجلس دارد و هم خیار حیوان، قاعده اول می گوید اگر تا قبل از افتراق مبیع تلف بشود، از جیب بایع است و قاعده دوم می گوید چون هر دو خیار مجلس دارند، از جیب مشتری است.

ص ۹۳-۹۵

وُیُرد الاصل...

استصحاب در صورتی حجت است که دلیل نداشته باشیم، حال آن که در این جا دلیل و اماره وجود دارد. ضمناً استصحاب دوم اصل مثبت است.

رد دلیل چهارم

آن ادله ای که می گوید تلف حیوان در سه روز از جیب بایع است، باید حمل بر غالب موارد شود، زیرا غالباً حیوان در مجلس عقد از بین نمی رود.

اشکال استاد

اگر حمل بر مورد غالب شود، آیا اگر در مجلس عقد مبیع تلف شود بر عهده مشتری و پس از آن تا سه روز بر عهده بایع است؟
رد دلیل سوم

خیار مجلس و خیار حیوان از دو حال خارج نیست؛

-ماهیتاً متفاوت اند. در این صورت تعدد آن ها مانعی ندارد و می شود اجتماع سبب و مسبب

-ماهیتاً یکی هستند. در این صورت نیز تعدد اشکالی ندارد، به این نحو که سبب، اعتباری و از معرفات هستند نه از قبیل تکوینیات تا اشکال پیش می آید. یا به این نحو که ولو اسباب شرعیه علت و موثر هستند، اما استقلال هر یک در علیت در تاثیر متوقف است بر این که یا مقارن با دیگری نباشد و یا دیگری بر او سبقت نگیرد.

مراد از زمان عقد که خیار از آن لحظه آغاز می شود، مجرد خواندن صیغه است؟

در این صورت در عقد فضولی ولو قائل به نقل باشیم، خیار از ابتدای زمان عقد است، ولو مالک به فاصله چند روز اجازه دهد.

و یا مراد زمان ملکیت است؟

ظاهر از روایات این است که خیار از زمان ملکیت است و کسی که مالک نیست خیاری برای او ثابت نمی شود.

کاشف الغطاء نیز همین استظهار را از روایات داشته است. ایشان گفته بنابراین که خیار از زمان ملک باشد، در اگر طعام کلی در بیع سلم در مقابل حیوان به عنوان ثمن فروخته شود، مبدأ خیار حیوان زمانی است که حیوان قبض بشود، زیرا در بیع سلم قبل از قبض ملکیت حاصل نمی شود.

البته سخن ایشان بر این مبناست که خیار حیوان برای اخذ حیوان باشد، ولو اخذ بابع باشد.

شیخ انصاری: از کلام ایشان برمی آید که ایشان خیار حیوان را مختص حیوان معین خارجی می داند، چراکه حیوان را به عنوان ثمن، به صورت معین خارجی بیان کردند و نه به نحو مبیع کلی.

فقها فرمودند در بیع صرف (تقدین) خیار مجلس جاری است، حتی قبل از قبض (یعنی در واقع حتی قبل از ملکیت). معنای این کلام این است که فقها در خیار مجلس، ملکیت را لازم نمی دانند.

اشکال

خیار بدون ملکیت چه اثری دارد؟

پاسخ

اگر قبض و اقباض را واجب تکلیفی بدانیم، واجب تکلیفی با اسقاط خیار ساقط می شود، اما اگر واجب تکلیفی ندانیم، ثبوت اثر مشکل می شود.

معنای ثلاثه ایام چیست؟

دو چیز بقینی است؛

- دو شب وسط قطعا داخل است، به جهت استمرار در خیار حیوان که این استمرار به اجماع یا ظاهر ادله استفاده می شود.
- اگر معامله وسط روز انجام شود، در فرض تلفیق بعض روز اول با روز چهارم، تمام لیالی سه گانه وسط داخل در ثلاثه ایام است. لذا اگر در اول روز خیار شروع بشود، انتهای روز سوم خیار تمام می شود (سه روز و دو شب)، اما اگر وسط روز خیار شروع بشود، خیار می شود سه روز و سه شب.

مورد اختلاف در صورتی است که معامله در شب واقع و خیار در شب شروع شود؛

- ظاهر این است که خیار از زمان عقد ثابت است.

- نیز احتمال دارد که به مقداری که از شب عقد تا روز باقی مانده، از روز سوم کم کنیم، اما چنین احتمالی مشکل است، زیرا اطلاق یوم به چنین روزی که بخشی از آن مربوط به روز و بخشی مربوط به شب است و سه روز کامل نمی شود.

ص ۹۵-۱۰۰

قیل و المراد...

مرحوم عاملی

مراد از ایام ثلاثه شبانه روز است. در این که دو شب وسط داخل است بحثی نیست، لذا شب سوم هم باید داخل باشد وگرنه تالی فاسد دارد و آن اینکه ثلاثه ایام یعنی یوم و یوم و یوم و اگر روز سوم دارای شب نباشد، لازمه اش این است که مفردات ایام در یک استعمال واحد معانی مختلف پیدا کند.

شیخ انصاری

اگر مراد ایشان از ليله ثلاثه سابق بر ایام باشد (در صورتی که عقد شب انجام شده باشد)، این سخن درست است اما نه به دلیلی که ایشان گفتند بلکه به دلیل استمرار در ظهور ادله و اجماع است.

اما اگر مراد ایشان از دخول ليله ثلاثه ليله اخيره باشد، این سخن صحیح نیست، زیرا از خروج ليله اخيره (لاحقه) اختلاف مفردات جمع در استعمال واحد لازم نمی آید. زیرا در دو روز نخست نیز قبول نداریم که یوم در یوم و ليله استعمال شده باشد، بلکه یوم یا استعمال شده در خصوص نهار (در موردش که عقد در روز واقع شده باشد) با در مقدار نهار در دو نهار در صورتی که عقد در وسط روز انجام شده باشد.

دو شب وسط داخل است، اما نه به خاطر اینکه یوم به معنی یوم و ليله باشد. مراد از ثلاثه ایام سه روز به علاوه شبهای همراه آن است.

سقوط خیار حیوان به واسطه اموری

- شرط سقوط خیار در ضمن عقد

- اسقاط خیار بعد از عقد

- تصرف در حیوان

در مسقط بودن تصرف فی الجمله هیچ اختلافی نیست.

به دلیل سه روایت و این که تصرف نشانه رضایت به بیع است و نیز اجماع.

نکته: در این خیار امکان شرط سقوط بعضی از سه روز صحیح است. البته اگر خیار را از حیث زمانی متعدد بدانیم، نه امر واحد مستمر بسیط

شیخ انصاری

معنای حدث در روایت اول

۱- مطلق تصرفاتی که در غیر مالک جایز نیست.

عبارتی از علامه موید همین مطلب است:

استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غیر المملوک بأن المسقط مطلق التصرف شیخ انصاری در ادامه می فرماید مسقط بودن مطلق تصرفاتی به نحوی که علامه فرمود مشکل است و چنین معنایی از روایت ابن رثاب بر نمی آید. این مقدار تصرف حداقلی نیز دلالت بر رضایت به لزوم عقد ندارد.

ضمن اینکه مملوک خریداری شده منفک از مطلق تصرفاتی به این معنا نیست. و این اصل حکمت جعل خیار را از بین می برد. حکمت جعل خیار حیوان این است که از وضعیت و امور خفیه آن اطلاع پیدا کند تا اگر به درد او نمی خورد آن را پس بدهد و بدون برخی تصرفات اطلاع از وضعیت.

ص ۱۰۰-۱۰۳

وإن كان المراد...

۲- تصرف دال بر رضایت

یکی از مواردی که موید این معناست، عبارت فذلک رضاً منه در خود روایت است. ضمن این که علامه برای سقوط خیار به تصرف به همین معنا استدلال کرده اند. اگرچه این معنا با اطلاق کلام علما منطبق نیست.

ممکن است کسی این اشکال را این گونه برطرف کند؛ هر تصرف مالکانه ای خودبه خود دال بر رضایت است.

اما این ادعا صحیح نیست و این گونه نیست که هر تصرف مالکانه ای دال بر رضایت باشد.

مراد از عبارت فذلک رضاً منه؛

-مراد رضایت به اصل عقد و ملکیت نیست، زیرا رضایت به این دو با انجام عقد حاصل شد.

-مراد رضایت به عقد به معنای التزام به آن و کراهت از فسخ است.

شاهد

روایت عبدالله بن الحسن...؛ «قال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله في رجل اشترى عبداً بشرطٍ إلى ثلاثة أيامٍ فمات العبد في الشرط، قال: يستحلف بالله تعالى ما رضيه، ثم هو بريء من الضمان»^۱ ۲.

«ما» در «ما رضیه»؛ ما نافیه، یعنی راضی به التزام به عقد و عدم فسخ نشده است.

علت استحلاف این است که فضا، فضای اختلاف میان متبایعین بوده است.

چهار احتمال در معنای این روایت

-فذلک رضاً منه، جواب شرط است. معنای آن این نیست که رضایت در خارج اتفاق افتاده باشد و شارع دارد حکم می کند که هر نوع تصرفی رضایت به شمار می آید(حکم تبعیدی).

-فذلک رضاً منه جواب شرط نباشد، بلکه توطئه برای جواب شرط که «و لا شرط» است، باشد. علت وجود عبارت فذلک رضاً منه حکمت حکم به سقوط خیار است.

بر اساس دو معنای فوق هر تصرفی مسقط به شمار می آید.

۱. الوسائل ۱۲: ۳۵۲، الباب ۵ من أبواب الخيار، الحديث ۴.

۲. انصاری، مرتضی بن محمد امین. مجمع الفکر الاسلامی. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم، ۱۴۱۵ ه.ق.، المکاسب (انصاری - کنگره)، قم - ایران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ۵، صفحه: ۱۰۰

-جمله فذلک رضاً منه دلالت بر رضایت نوعیه دارد. این عبارت علت نفی خیار است، نه حکمت و قاعده می گوید العلة تعمم و تخصص.

نتیجه: هر جا تصرف، دلالت نوعیه بر رضایت وجود داشت، در حصول رضایت کفایت می کند.

-فذلک رضاً منه، اخبار از واقع و علت سقوط خیار است، اما این علت سقوط خیار نفس رضایت فعلی شخص متصرف است.

این یعنی هر جا تصرف شخصی دلالت بر رضایت او کند، خیار ساقط است، اما اگر دلالت نکند، ولو دال بر رضایت نوعیه باشد، خیار او ساقط نیست. در این صورت حتی لازم نیست تصرف انجام شود، بلکه هر چیزی که نوعاً رضایت به شمار آید، این دال بر سقوط خیار است.

شیخ انصاری

احتمال اول و دوم با روایات و کلام برخی از فقها و برخی از مقاعد اجماعات منطبق است. اما این دو احتمال با ظاهر خود روایت ابن رئاب سازگار نیست و با کلام اکثر فقها سازگار نیست.

موید اول

برخی حکم کردند که دلالت بر رضایت کافی است ولو تصرف نباشد. مثلاً این که فردی جاریه ای بخرد و جاریه مولای خود را ببوسد و مولا هم او را عتاب نکند.

موید دوم

روایت داریم عرضه کردن کالا در معرض بیع، اجازه و رضایت به شمار می آید و حال آن که در عرف تصرف به شمار نمی آید.

موید سوم

علما حکم کرده اند که هر تصرفی که اجازه مشتری در مبیع محسوب بشود، همان تصرف می تواند فسخ بایع نیز به شمار آید.

اگر تصرف مشتری مسقط تعبدی باشد، در این صورت تعدی حکم به بایع وجهی ندارد، بنابراین این یعنی حکم را تعبدی نمی دانند.

برخی گفته اند تصرف فی نفسه مسقط است، نه به خاطر دلالت بر رضایت، زیرا اصحاب تصرف را در مقابل اجازه قرار داده اند و چون اجازه احتیاج به رضایت دارد، لذا پس دیگر تصرف نیارمند رضایت نیست.

اما این سخن صحیح نیست، زیرا ظاهر کلام اصحاب این است که هر یک از تصرف و اجازه موجب اسقاط خیار است به جهت همین دلالت بر رضایت و این مقابله وجهی ندارد.

ص ۱۰۳-۱۰۸

و أما المعنى الرابع...

احتمال چهارم در معنای فذلک رضاً منه

اظهار از معنای روایات، همین معنای چهارم است. بلکه شهید اول در دروس به این معنا جزم پیدا کرده است.

موبد

در روایت عبدالله بن الحسن، ظاهر آن رضایت فعلی خود شخص است، نه نوعی.

ظاهر بعضی از کلمات اصحاب نیز همین است.

اما مستفاد از تتبع در فتاوی فقها، این است که حکم سقوط خیار منوط به رضایت فعلی شخص نیست. اظهار بودن معنای

چهارم نسبت به معنای سوم نیز وجهی ندارد.

بنابراین معنای سوم متعین است.

معنای سوم: خود تصرف دلالت بر التزام به عقد دارد اگرچه در خصوص مقام رضایت شخص مشتری محرز نشود. ملاک رضایت

نوعیه است و بنابراین تصرف اجازه فعلیه در برابر اجازه قولیه است.

عباراتی از علما نیز همین معنای سوم را می رسانند.

لکن یقی الاشکال المتقدم

اکثر مثال هایی که در نصوص و فتاوی مطرح شده، دلالت نوعی بر التزام ندارد. یعنی نوع مردم این تصرفات را تصرف مسقط

نمی دانند.

ص ۱۰۸-۱۱۰

و منه یظهر...

مرحوم شیخ در صفحه ۹۹ استبعادی را ذیل کلامه علامه در تذکره (هر تصرفی مسقط است) بیان کردند و آن این که اشتراء حیوان معمولاً منفک از این تصرفات حداقلی نیست و اگر هر تصرفی بخواهد مسقط باشد، ماندن خیار حیوان بسیار نادر و جعل آن خواهد شد.

برخی خواسته اند این استبعاد را دفع کنند؛

غالب تصرفاتی که در کلام علامه ذکر شده، با عدم رضایت به لزوم عقد واقع می شود. فلذا معنای التزام به عقد نیست و خیار ساقط نمی شود و لغویتی که شمای شیخ انصاری گفتید، لازم نمی آید.

پاسخ شیخ انصاری

این که غالب تصرفات همراه عدم رضایت به لزوم عقد است، با ظاهر روایت سازگار نیست، زیرا در روایت سقوط خیار حیوان معلق به مطلق حدث (فذلک رضاً منه) شده بود و اگر بخواهیم این مطلق حدث را مقید کنیم و بگوییم غالب تصرفات دلالت بر رضایت نمی کند و روایت فرموده تصرفاتی که دال بر رضایت است، مسقط خیار حیوان است، این تخصیص اکثر است و صحیح نیست.

بیع الخیار: بیع مبیع به شرطی که اگر طی مدت معینی بایع بتواند ثمن را به مشتری برگرداند، بیع فسخ شده و مبیع به بایع برگردد.

بالاجماع در چنین بیعی، تصرف بایع در ثمن مسقط خیار نیست، زیرا تصرف او تصرف از روی التزام به عقد نبوده است. حال عده‌ای خواسته‌اند از این اجماع استفاده کنند و بگویند هر تصرفی مسقط خیار نیست.

اشکال این استشهاد خواهد آمد (در فقه ۶، ص ۱۳۷)، اجمالاً؛

اولاً بناء متعاقدين در بیع الخیار، تصرف بایع در ثمن است.

ثانیاً ثمن بیع الخیار معمولاً کلی است، نه معین خارجی و بایع در کلی بما هو کلی تصرف نکرده است.

دسته دیگری از روایات دلالت دارد بر این که تصرف موجب سقوط خیار نیست؛

برای جمع میان این دو دسته روایت، گفته شده روایاتی که تصرف را موجب اسقاط خیار می داند، مراد از آن تصرفاتی است که دال بر رضایت است. روایاتی که دال بر عدم سقوط خیار به واسطه تصرف است، مراد تصرفی است که دال بر رضایت نباشد.

رد این جمع

حمل روایات دسته اول بر تصرف دال بر رضا، موجب تخصیص اکثر و مستهجن است.

اشکال

برخی روایات دسته دوم مورد فتوای اصحاب نیست.^۱

پاسخ

۱. «إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها برد معها ثلاثة أمداد، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء»؛ الوسائل ۱۲: ۳۶۰، الباب ۱۳ من أبواب الخیار، الحدیث الأوّل.

ممکن است این روایات حمل بر استحباب شود و نیز عمل اصحاب به قسمتی از روایت نیز اشکالی ندارد. ضمن این که شیخ طوسی به همین روایات عمل کرده است.

فتأمل

عمل به بخشی از روایت و عدم عمل به بخش دیگر آن، مربوط به جایی است که آن دو بخش با یکدیگر متفاوت باشد و بهم ارتباطی نداشته باشد، بر خلاف روایت مانحن فیه.

و بالجمله

جمع میان نصوص و فتاوایی که تصرف را به دلیل دال بر رضایت بودن مسقط خیار می داند و نصوص و فتاوایی که تصرف را دال بر رضایت نمی داند، اما آن را مسقط خیار می داند، در غایت اشکال است.

پایان محدوده ترم دوم