انتشارات الامام الحسن بن علی علیه السلام

تقریرات درس مکاسبِ

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد هشتم

شبكة الفكر
alfeker.net

تقریرات درس مکاسب

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد هشتم

فیاضی، عبدالحسین، ۱۳۴۶ - تقریر کنندهٔ درس استاد علی محمدی خراسانی.
تقریرات درس مکاسب استاد علی محمدی خراسانی، با کوشش عبدالحسین فیاضی.- قم: الامام الحسن بن علی علیه‌السلام، ۱۳۹۰.
۹ مجلد.
ISBN 978-964-7686-05-1(ج.۸) ۵۱۲ص
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: به صورت زیرنویس
۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. تقریرات درس مکاسب استاد محمدی خراسانی. ۲. فقه شیعه. الف. انصاری، مرتضی، مکاسب. شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب. تقریرات -

شناسنامهٔ کتاب

☐ نام کتاب: تقریرات درس مکاسب (جلد ۸)
☐ با کوشش عبدالحسین فیاضی
☐ ناشر: الامام الحسن بن علی علیه‌السلام
☐ نوبت چاپ: سوم/۱۳۹۰
☐ تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه
☐ قیمت: ۷۲۰۰ تومان
☐ چاپخانه: یاران
☐ صحافی: زرّین

مرکز پخش:
۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

فهرست مطالب

القول فی الخیار و اقسامه و احکامه

قوله: مقدّمتان: ۱۵

قوله: الاولی: ۱۵

قوله: فیدخل: ۱۶

قوله: و لعّل: ۱۷

قوله: و یمکن: ۱۸

قوله: ثم انّ: ۲۰

قوله: الثانیه: ۲۰

قوله: اقول: ۲۱

قوله: و فیه: ۲۲

قوله: و ممّا ذکرنا: ۲۵

قوله: بقی الکلام: ۲۶

قوله: نعم: ۲۷

قوله: لکنّه: ۲۸

قوله: و یمکن: ۲۸

قوله: و لکنّه: ۲۹

قوله: ثمّ انّ: ۳۰

قوله فمنها قوله تعالی اوفوا بالعقود: .. ۳۲

قوله: بل قد: ۳۳

قوله: و ممّا ذکرنا: ۳۴

قوله: و اضعف: ۳۵

قوله: و من ذلک: ۳۵

قوله: و منه یظهر: ۳۶

قوله: فدلالة: ۳۷

قوله: و منها: ۳۸

قوله: و ممّا ذکرنا: ۳۹

قوله: و منها: ۴۰

قوله: و منها: ۴۱

قوله: لکن: ۴۲

قوله: و منها: ۴۳

قوله و قد عرفت: ۴۳

قوله: و ردّ: ۴۵

قوله: فتأمل: ۴۷

قوله: ثم انّه: علّامه ۴۸

قوله: ثمّ انّ: ۴۹

قوله: و لکن: ۵۱

کلام در انواع خیارات: ۵۲

خیار مجلس

قوله: لا خلاف: ۵۴

قوله: و الموثّق: ۵۵

قوله و لا فرق: ۵۶

قوله: و تنقیح: ۵۶

مسأله اوّل ۵۷

قوله: اقول: ۵۸

قوله: و الظاهر: ۶۲

قوله: و من جمیع ذلک: ۶۳

قوله: و اضعف منه: ۶۳

قوله: و علی المختار: ۶۳

قوله: فالا قوی: ۶۴

قوله: و العبرة: ۶۴

قوله: و ان کان: ۶۵

قوله: و هل یثبت: ۶۵

قوله: و حینئذٍ: ۶۶

قوله: و لیس المقام: ۶۶

قوله: ثم علی المختار: ۶۷

قوله: و ان لم یکن: ۶۸

قوله: و فی ثبوته: ۶۹
قوله: ثمّ هل: ۶۹
قوله: و ممّا ذکرنا: ۷۰
قوله: نعم: ۷۱
قوله: و یندفع: ۷۱
قوله: نعم: ۷۲
قوله: خصوصاً: ۷۳
قوله: و یکفی: ۷۳
قوله: نعم: ۷۳
قوله: فتأمل: ۷۴
قوله: و لا فرق: ۷۴
مسألهٔ دوّم: ۷۵
قوله: و احتمال: ۷۶
قوله: و جعل: ۷۷
قوله: مبنّی: ۷۷
قوله: خلافاً: ۷۷
قوله: و لولاها: ۷۸
قوله: الاّ انّ: ۷۸
قوله: و منه: ۷۸
قوله: الاّ ان: ۷۹
قوله: و بالجمله: ۷۹
قوله: نعم: ۷۹
قوله: والاوی: ۸۰
قوله: ثمّ: ۸۰
مسألهٔ سوّم: ۸۰
مسألهٔ چهارم: ۸۱
قوله: و احتمل: ۸۲
قوله: و لعّل: ۸۳
قوله: لکّن: ۸۳
قوله: و الذّی یخطر: ۸۳
قوله: و صرّح: ۸۴
قوله: فتأمل: ۸۴
مسألهٔ پنجم: ۸۴
قوله: و مقتضاه: ۸۵
قوله: و لااشکال: ۸۵
قوله: و یمکن: ۸۷
قوله: فلو فرض: ۸۸
قوله: قال فی التذکره: ۸۸
قوله: و ممّا ذکرنا: ۸۹

مسقطات خیار مجلس

مقام دوّم: ۹۱
مسألهٔ اوّل ۹۱
قوله: و قد یتخیّل: ۹۲
قوله: و هو ضعیف: ۹۲
قوله: و نحوه: ۹۳
قوله: اذ فیه: ۹۳
قوله: بل الوجه: ۹۴
قوله: لانّها مسوقة: ۹۴
قوله: بل التأمل: ۹۴
قوله: و یشهد لما ذکرنا: ۹۵
قوله: و الروایة: ۹۶
قوله، و کیف کان: ۹۷
قوله: نعم قدیستشکل: ۹۷
قوله: و لکن شیئی: ۱۰۰
قوله: امّا الاوّل: ۱۰۰
قوله: و امّا الثانی: ۱۰۱

قوله: مع انّ:..... ۱۰۲
قوله: نعم يبقى الكلام: ۱۰۳
قوله: بل و لا لمقتضى العقد: ۱۰۴
قوله: و محلّ ذلک:..... ۱۰۴
قوله: كما لو اشترطا:..... ۱۰۵
قوله: و امّا عن الثالث:..... ۱۰۵
قوله: و يمكن:..... ۱۰۵
قوله: ثم انّ:..... ۱۰۶
قوله: و حينئذٍ:..... ۱۰۷
قوله: و الاحتمال الاوّل:..... ۱۰۸
قوله: و الاولى:..... ۱۱۰
قوله: بقى الكلام:..... ۱۱۰
قوله: اقول: ۱۱۲
قوله: نعم:..... ۱۱۳
قوله: و كيف كان:..... ۱۱۳
قوله: والعقد الّلاحق:..... ۱۱۴
قوله: فانّ من باع:..... ۱۱۵
فرع:..... ۱۱۵
قوله: اقول: ۱۱۶
مسألهٔ دوّم: ۱۱۸
قوله: ثمّ انّ:..... ۱۱۹
قوله: و على هذا: ۱۲۰
مسألهٔ سوّم:..... ۱۲۰
قوله: والاولى: ۱۲۲
قوله: نعم:..... ۱۲۲
قوله: و كانّه: ۱۲۳
قوله: و عليه يحمل:..... ۱۲۴
قوله: ثمّ انّه لا اشكال:..... ۱۲۴
قوله: و هذاليس:..... ۱۲۵
قوله: نعم لو اقتضت:..... ۱۲۵
مسألهٔ چهارم:..... ۱۲۶
قوله: و معنى حدوث:..... ۱۲۷
قوله: فاذ احصل: ۱۲۷
قوله: ثمّ اعلم: ۱۲۸
مسألهٔ پنجم: ۱۲۹
قوله: و لكن يمكن:..... ۱۳۱
قوله: مع انّ:..... ۱۳۲
قوله: و منه يظهر:..... ۱۳۲
قوله: و الحاصل: ۱۳۳
قوله: فالاولى: ۱۳۳
قوله: او يقال:..... ۱۳۴
مسألهٔ ششم:..... ۱۳۵
قوله: و مبنى الاقوال: ۱۳۷
قوله: و اعلم انّ:..... ۱۳۸
قوله: حيث قال:..... ۱۳۸
قوله: و هذا الكلام:..... ۱۴۰
قوله: لكنّ العبارة: ۱۴۱
قوله: و كيف كان: علّامه ۱۴۱
قوله: و لكن: ۱۴۲
قوله: و دعوى:..... ۱۴۳
قوله: ممنوعةٌ:..... ۱۴۴
قوله: و ظاهر الصحيحه: ۱۴۴
قوله: و هو الّذى ينبغى:..... ۱۴۵
قوله: فتأمّل: ۱۴۵
قوله: و عبارة الخلاف:..... ۱۴۶
قوله: مع انّ:..... ۱۴۶

قوله: و لعلّ نظر الشیخ: ۱۴۶
قوله: ثمّ انّه یظهر: ۱۴۷
مسألهٔ هفتم: ۱۴۸
قوله: و لعلّه: ۱۴۸
قوله: و فیه: ۱۴۸
مسألهٔ هشتم: ۱۴۹
قوله: و لعلّه: ۱۵۰
قوله: بل سقوط: ۱۵۰
قوله: فتأمّل: ۱۵۰

۲ـ خیار حیوان

قوله: و یشکل: ۱۵۳
قوله: و علی کلّ حال: ۱۵۳
قوله: و فی منتهی خیاره: ۱۵۴
قوله: ثم انّه: ۱۵۴
قوله: و کیف کان: ۱۵۵
مسألهٔ اوّل: ۱۵۶
قوله: و عن سیدّنا المرتضی: ۱۵۹
قوله: و بها تخصّص: ۱۶۰
قوله: و امّا ما ذکر: ۱۶۲
قوله: و امّا الشهرة: ۱۶۲
قوله: و اجماع الغنیه: ۱۶۳
قوله: و لکن الانصاف: ۱۶۳
قوله: نعم هنا قول ثالث: ۱۶۴
قوله: و لا ینافیه: ۱۶۵
قوله: و لا ینافی: ۱۶۶
قوله: و لا ینافیها: ۱۶۶
قوله: و لا صحیحة: ۱۶۷
قوله: لکن الاشکال: ۱۶۷
مسأله دوّم: ۱۶۸
مسألهٔ سوّم: مبدء خیار حیوان: ۱۶۹
قوله: نعم ربّما یستدلّ: ۱۷۱
قوله: و یرّد الاصل: ۱۷۲
قوله: ثمّ انّ المراد: ۱۷۴
قوله: و تمثیله: ۱۷۵
قوله: ثمّ انّ: ۱۷۶
مسألهٔ چهارم: ۱۷۶
قوله: و قیل: ۱۷۷
قوله: بل نقول: ۱۷۸
مسألهٔ پنجم: مُستقِطات خیار حیوان: . ۱۷۹
قوله: و استّدل: ۱۸۰
قوله: اقول: ۱۸۱
قوله: و هو فی غایة الاشکال: ۱۸۲
قوله: و ان کان المراد: ۱۸۳
قوله: و دعوی: ۱۸۴
قوله: ثم انّ قوله: ۱۸۴
قوله: و الاستحلاف: ۱۸۵
قوله: اذا عرفت هذا: ۱۸۶
قوله: کما اذا دلّ الحال او المقال...: . ۱۸۹
قوله: ثمّ انّ الاحتمالین: ۱۹۰
قوله: الاّ انّهما بعید ان: ۱۹۰
قوله: و قد صرّح: ۱۹۲
قوله: فاندفع: ۱۹۳
قوله: و امّا المعنی الرابع: ۱۹۳
قوله: الاّ انّ المستفاد: ۱۹۴
قوله: قال فی المقنعه: ۱۹۴
قوله: هذا ما حضرنی: ۱۹۸

قوله: لکن یبقی: ۱۹۸
قوله: و منه یظهر: ۱۹۹
قوله: من عدم انفکاک: ۲۰۰
قوله: بانّ الغالب ....: ۲۰۰
قوله: اذفیه انّ ....: ۲۰۰
قوله: امّا الاستشهاد: ۲۰۰
قوله: و ممّا ذکرنا: ۲۰۱
قوله: و ما فیهما: ۲۰۳
قوله: فتأمّل: ۲۰۳
قوله: و قدافتی: ۲۰۴
قوله: و بالجمله: ۲۰۴
۳ـ خیار شرط:
قوله: فمن الاولی: ۲۰۶
مسألهٔ اوّل: ۲۰۷
قوله: قال فی التذکرة: ۲۰۸
قوله: نعم یشترط: ۲۰۸
قوله: و لا عبرة: ۲۰۹
قوله: و لعلّ هذا: ۲۱۰
قوله: نعم الجهالة: ۲۱۰
قوله: و یشیر الی ما ذکرنا: ۲۱۱
قوله: و ربّما یستدّل: ۲۱۱
مسألهٔ دوّم: ۲۱۳
قوله: و فیه ما تقدّم: ۲۱۵
قوله: و الانصاف: ۲۱۶
قوله: نعم قدروی: ۲۱۷
قوله: ثم انّه ربمّا: ۲۱۸
مسأله سوّم: ۲۱۹
قوله: فیجوز: ۲۲۰
قوله: و لو جعل مبدئه: ۲۲۰
قوله: و عن الشیخ: ۲۲۱
قوله: نعم یمکن: ۲۲۱
قوله: و لکن: ۲۲۱
مسألهٔ چهارم: ۲۲۲
قوله: و لو جعل الخیار: ۲۲۳
قوله: بخلاف ما لو وکلّ: ۲۲۳
قوله: و عن الوسیله: ۲۲۴
قوله: و فی الدروس: ۲۲۴
قوله: ثمّ انّه ذکر: ۲۲۵
قوله: ثمّ انّه ربما: ۲۲۶
مسألهٔ پنجم: شرط استیمار: ۲۲۷
قوله: و ممّا ذکرنا یتضح: ۲۳۰
قوله: ثمّ فی اعتبار: ۲۳۰
مسألهٔ ششم: بیع خیار: ۲۳۱
قوله: اذا عرفت: ۲۳۲
امر اوّل: ۲۳۲
قوله: و المراد: ۲۳۲
قوله: و هو محتمل: ۲۳۵
قوله: و الاظهر: ۲۳۶
امر دوّم: ۲۳۶
قوله: و فی جواز: ۲۳۸
قوله: فعلی الاوّل: ۲۳۸
قوله: علی الثانی: ۲۳۹
قوله: و امّا الثالث: ۲۳۹
قوله: و ان کان الثمن کلّیاً: ۲۳۹
امر سوّم: ۲۴۱
امر چهارم: ۲۴۳

قوله: و یسقط ایضاً: ٢٤٥
قوله: و یسقط ایضاً: ٢٤٥
قوله: و المحکی: ٢٤٦
قوله: و المحکّی: ٢٤٧
قوله: و ان کان قادراً: ٢٤٧
قوله: و ناقش بعض: ٢٤٨
قوله: اقول: ٢٤٨
قوله: و امّا بناءُ: ٢٤٩
قوله: و هو مورد الموثّق: ٢٤٩
قوله: و امّا الثانی: ٢٥٠
قوله: اونقول: ٢٥٠
قوله: نعم: ٢٥٠
قوله: و امّا المناقشه: ٢٥١
امر پنجم: ٢٥٢
قوله: و نمائه: ٢٥٣
قوله: و الظاهر: ٢٥٣
قوله: و یحتمل: ٢٥٤
قوله: ثم انّه: ٢٥٤
قوله: و لو تلف الثمن: ٢٥٥
قوله: الاّ ان یمنع: ٢٥٥
قوله: و انّما المخالف: ٢٥٦
قوله: نعم: ٢٥٦
قوله: و ان کال التلف: ٢٥٦
قوله: ثمّ ان قلنا: ٢٥٧
امر ششم: ٢٥٨
قوله: اقول: ٢٦١
قوله: و کیف کان: ٢٦٢
قوله: و دعوی: ٢٦٣
قوله: مدفوعة: ٢٦٣
قوله: و مّما ذکرنا: ٢٦٤
قوله: و لو اشتری: ٢٦٤
قوله: و یجری مثلها: ٢٦٥
قوله: و لیس فی قبول: ٢٦٥
امر هفتم: ٢٦٦
قوله: و یجوز: ٢٦٧
امر هشتم: ٢٦٧
قوله: نعم لو اشترط: ٢٦٩
قوله: فتأمل: ٢٧٠
قوله: و یجوز: ٢٧٠
مسألهٔ هفتم از مسائل خیار شرط... ٢٧٠
قوله: امّا الایقاعات: ٢٧٢
قوله: قیل: ٢٧٢
قوله: فالاولی: ٢٧٣
قوله: و الرجوع فی العِدّة: ٢٧٤
قوله: و مرجع هذا: ٢٧٤
قوله: و بالجمله: ٢٧٤
قوله: و ممّا ذکرنا: ٢٧٥
قوله: و لااقّل من الشک: ٢٧٧
قوله: و امّا العقود: ٢٧٧
امّا دسته اوّل: ٢٧٧
قوله: و امّا حکم الصدقة: ٢٨٠
قوله: وکیفکان فالاقوی: ٢٨١
قوله: و لو شک: ٢٨١
قوله: و توهّم: ٢٨١
قوله: و منه الصلح: ٢٨٢
قوله: و منه الضمان: ٢٨٢

قوله: و منه الرهن: ۲۸۲
قوله: و منه الصرف: ۲۸۳
قوله: و من الثالث: ۲۸۴
قوله: و اعلم: ۲۸۴
قوله: و منه یظهر: ۲۸۵
قوله: و ذکر فیهما: ۲۸۵
قوله: و فیه نظر: ۲۸۵
قوله: و ذکر فی المبسوط: ۲۸۵
قوله: اقول: و الاظهر: ۲۸۵

۴ـ خیار غَبْن

قوله: و تسمیة: ۲۸۹
قوله: و المراد: ۲۸۹
قوله: و الظاهر: ۲۹۰
قوله: بخلاف الجهل: ۲۹۰
قوله: ثمّ انّ ثبوت الخیار: ۲۹۰
قوله: و استدّل فی التذکره: ۲۹۱
قوله: و یضعّف: ۲۹۴
قوله: بل قد یکون: ۲۹۴
قوله: و لو ابدل: ۲۹۴
قوله: و مقتضی الایه: ۲۹۵
قوله: لکن یعارض: ۲۹۶
قوله: الاّ ان یقال: ۲۹۶
قوله: و یمکن: ۲۹۶
قوله: و استدّل ایضاً: ۲۹۷
قوله: اقوی ما استدّل: ۲۹۸
قوله: و لکن یمکن: ۲۹۹
قوله: فیکون: تشبیه: ۳۰۰
قوله: و یحتمل: ۳۰۰
قوله: فالمبذول: ۳۰۱
قوله: و ما ذکرنا: ۳۰۱
قوله: و حاصل: ۳۰۲
قوله: ثمّ انّ المبذول: این ۳۰۲
قوله: و من هنا ظهر: ۳۰۲
قوله: ثم انّ الظاهر: ۳۰۴
قوله: و ان لم یبلغ: ۳۰۴
قوله: الّا ان یعارض: ۳۰۵
قوله: فتأمل: ۳۰۵
قوله: و قد یستّدل: ۳۰۶
قوله: و الانصاف: ۳۰۷
قوله: فالعمده: ۳۰۸
قوله: ثم انّ: ۳۰۹
مسألهٔ اوّل: ۳۰۹
قوله: ثمّ انّ: ۳۱۰
قوله: و یشکل: ۳۱۱
قوله: و من انّ مقتضی: ۳۱۱
قوله: و ممّا ذکرنا: ۳۱۲
قوله: ولو اقدم: ۳۱۲
قوله: ولو اقدم علی ما: ۳۱۳
قوله: ثم ان المعتبر: ۳۱۳
قوله: و اشکل منه: ۳۱۴
قوله: نعم: ۳۱۴
قوله: و لو ثبت: ۳۱۵
قوله: ثم انّه: ۳۱۵
قوله: ثم انّ الجهل: ۳۱۶
قوله: و لا یمکن: ۳۱۷
قوله: هذا کلّه: ۳۱۸

قوله: و قد یشکل: ۳۱۸
قوله: الّا ان یقال: ۳۱۹
قوله: و لو اختلفا: ۳۲۰
قوله: الامر الثانی: ۳۲۲
قوله: وحدّه: ۳۲۲
قوله: ثم الظاهر: ۳۲۳
قوله: بقی هنا شیئی: ۳۲۴
قوله: و الاظهر اعتبار: ۳۲۴
قوله: نعم: ۳۲۵
قوله: اشکال: ۳۲۵
قوله: اقول: ۳۲۷
قوله: و منها: ۳۲۸
قوله: و منها: ۳۲۹
قوله: و منها: ۳۳۰
قوله: و منها: ۳۳۱
مسألهٔ دوّم: ۳۳۲
قوله: و قولهم یسقط: ۳۳۳
قوله: و ممّا یؤید الاوّل: ۳۳۳
قوله: و یؤیّده: ۳۳۴
قوله: ولکن لا یخفی: ۳۳۵
قوله: فیکون: ۳۳۵
قوله: ثمّ انّ الآثار: ۳۳۶
قوله: و المتتبع: ۳۳۷
قوله: و تظهر ثمرة: ۳۳۷
قوله: ثم انّ ما ذکر ناه: ۳۳۸
قوله: و قد یستظهر: ۳۳۸
قوله: لکن الاستظهار: ۳۳۹
قوله: و امّا خیار الرؤیة: ۳۳۹
مسأله سوّم: ۳۳۹
قوله: و امّا الاسقاط: ۳۴۱
قوله: و امّا اسقاط: ۳۴۳
قوله: و لا یقدح: ۳۴۴
قوله: و لا یقدح: ۳۴۵
قوله: نعم قد یشکل: ۳۴۶
عامل دوّم: ۳۴۶
قوله: و لعّل توجیه: ۳۴۸
قوله: لکن الاقوی: ۳۴۸
قوله: و امّا خیار الرؤیة: ۳۵۰
قوله: فتأمّل: ۳۵۰
قوله: و کیف کان: ۳۵۱
عامل سوّم ۳۵۱
قوله: الّا ان یقال: ۳۵۲
قوله: فتأمّل: ۳۵۲
قوله: او ندعّی: ۳۵۳
قوله: لکّن الانصاف: ۳۵۳
قوله: ثم انّ الحکم: ۳۵۴
عامل چهارم: ۳۵۴
قوله: و استدّل: ۳۵۶
قوله: و یمکن ان یوجّه: ۳۵۶
قوله: و تضرّر المغبون: ۳۵۶
قوله: مع انّ اخراج: ۳۵۷
قوله: و لکن اعترض: ۳۵۷
قوله: و الانصاف: ۳۵۸
قوله: ثمّ انّ مقتضی: ۳۵۸
قوله: ثم انّ: ۳۶۰
قوله: ولو اتّفق: ۳۶۱

قوله: و ربمّا يبنيان:..... ۳۶۱
قوله: و كذا الوجهان:..... ۳۶۲
قوله: و فى لحوق:..... ۳۶۲
قوله: و لو لم يعلم:..... ۳۶۲
قوله: و كذا:..... ۳۶۲
قوله: و فى لحوق الامتزاج:..... ۳۶۳
قوله: و كذا لو تغيّرت:..... ۳۶۳
قوله: و امّا تصرّف الغابن: ۳۶۴
قوله: و حينئذٍ:..... ۳۶۴
قوله: من وقوع العقد: ۳۶۵
قوله: و من انّ وقوع العقد:..... ۳۶۵
قوله: و من انّه لا وجه:..... ۳۶۶
قوله: و كذا الحكم:..... ۳۶۶
قوله: ثمّ انّ:..... ۳۶۷
قوله: ثم على القول: ۳۶۸
قوله: و لو تصرّف: ۳۶۹
قوله: و منه مالو وجد:..... ۳۷۰
قوله: من انّ: ۳۷۴
قوله: و من انّ الغرس:..... ۳۷۵
قوله: فيكون:..... ۳۷۵
قوله: و من انّ الغرس:..... ۳۷۵
قوله: و قياس: ۳۷۶
قوله: فاسد:..... ۳۷۶
قوله: فالتحقيق: ۳۷۶
قوله: فافهم:..... ۳۷۷
قوله: و يبقى الفرق: ۳۷۸
قوله: ثم اذاجاز:..... ۳۷۸
قوله: و امّا لو اختار:..... ۳۷۹
قوله: و امّا الزرع:..... ۳۸۰
قوله: فتأمّل:..... ۳۸۰
قوله: ولو طلب:..... ۳۸۰
قوله: ولو كان التغيّر بالامتزاج: ۳۸۱
قوله: و ان كان الامتزاج بالجنس:... ۳۸۲
قوله: بقى الكلام فى حكم التلف:.. ۳۸۴
قوله: و حكمها انّه:..... ۳۸۴
قوله: و لو تلف ما فى يد الغابن:... ۳۸۶
قوله: و لو تلف:..... ۳۸۸
قوله و ان كان باتلاف:..... ۳۸۹
قوله: هذا قليل:..... ۳۹۰
مسألهٔ چهارم:..... ۳۹۰
قوله: و حكى عن بعضٍ: ۳۹۱
قوله: و فيه:..... ۳۹۲
قوله: نعم لو استدّل: ۳۹۲
قوله: والحاصل:..... ۳۹۳
قوله: و تعرّضهم: ۳۹۳
قوله: و من دلالة حديث:..... ۳۹۴
قوله: نعم يبقى الاشكال:..... ۳۹۴
مسألهٔ پنجم: فور و تراخى:..... ۳۹۵
قوله: اقول و يمكن الخدشه:..... ۳۹۷
قوله: نعم لو فرض:..... ۴۰۰
قوله: كما انّ فى الصورة الاولى: ... ۴۰۰
قوله: ثم لا يخفى:..... ۴۰۰
قوله: و بذلک يظهر:..... ۴۰۱
قوله: الّا ان يدّعى: ۴۰۱
قوله: فقد ظهر ايضاً:..... ۴۰۲
قوله: اذا عرفت:..... ۴۰۲

قوله: و امّا استناد القول: ۴۰۳
قوله: و امّا ما ذکره: ۴۰۵
قوله: الّا ان یدعّی: ۴۰۵
قوله: ثم انّه بنی: ۴۰۶
قوله: او انّ اللزوم: ۴۰۷
قوله: و لا یخفی انّ: ۴۰۸
قوله: و امّا ذکره اخیراً: ۴۰۸
قوله: ثم انّه قد علم: ۴۰۹
قوله: و هذالیس: ۴۱۰
قوله: مضافا الی ما: ۴۱۰
قوله: و فیه تأمل: ۴۱۰
قوله: ثم انّ مقتضی: ۴۱۱
قوله: ثم ان الظاهر: ۴۱۳
قوله: کترک الفحص...: ۴۱۴
قوله: قال فی التذکرة: ۴۱۵
قوله: فان اراد: ۴۱۵

۵ـ خیار تأخیر

قوله: و الاصل فیه: ۴۱۷
قوله: و ظاهر هذه: ۴۱۸
قوله: اقول: ۴۱۹
قوله: الاّ انّ: ۴۲۰
قوله: و کیفکان: ۴۲۰
قوله: و لا اقلّ من الشک: ۴۲۱
قوله: و توهّم: ۴۲۱
قوله: ثم انّه یشترط: ۴۲۲
قوله: لکن فی الریاض: ۴۲۳
قوله: ثم انّه لو کان: ۴۲۴
قوله: و لو قبضه المشتری: ۴۲۵
قوله: و ان ادّعی: ۴۲۷
قوله: لکنه مشکل: ۴۲۷
قوله: کدعوی شمولها: ۴۲۷
قوله: ولو مکّن المشتری: ۴۲۷
قوله: و ربّما یستظهر: ۴۲۸
قوله: و فی کون قبض: ۴۲۸
شرط دوّم: ۴۲۹
قوله: و ربّما یستدّل: ۴۲۹
قوله: و القبض بدون الاذن: ۴۳۰
قوله: نعم لو کان: ۴۳۰
قوله: و ربّما یقال: ۴۳۱
قوله: و فیه نظر: ۴۳۱
قوله: فتأمّل: ۴۳۲
قوله: و لو اجاز المشتری: ۴۳۲
قوله: و یترتب: ۴۳۲
شرط سوّم: ۴۳۲
شرط چهارم: ۴۳۳
نکتهٔ اوّل: ۴۳۴
نکتهٔ دوّم: ۴۳۴
قوله: و امّا معقد اجماع: ۴۳۵
قوله: فافهم: ۴۳۸
قوله: فقد ظهر: ۴۳۸
قوله: و ربمّا ینسب: ۴۳۸
قوله: و فیه انّ: ۴۳۹
قوله: و کیف کان: ۴۳۹
قوله: ثم انّ هنا اموراً: ۴۴۰
قوله: منها: ۴۴۰
قوله: و کیف کان: ۴۴۱

قوله: و اوجه ما يقال: ۴۴۱
قوله: و فيه بعد تسليم: ۴۴۲
قوله: الاّ ان يراد: ۴۴۳
قوله: و قد يفصّل: ۴۴۳
قوله: و دعوى: ۴۴۴
قوله: مدفوعة: ۴۴۴
قوله: و وجه ضعف: ۴۴۵
قوله: و لذا لاينافى: ۴۴۶
قوله: و منها: ۴۴۶
قوله: و فيه انّ المناط: ۴۴۷
قوله: نعم: ۴۴۷
قوله: و منها: ۴۴۷
قوله: ولا دلالة: ۴۴۸
قوله: ثمّ انّ مبدء: ۴۴۹
مسألهٔ اوّل: ۴۴۹
قوله: و يشكل: ۴۵۱
قوله: و هو حسن: ۴۵۳
قوله: و لو فرض: ۴۵۴
وله: و دعوى: ۴۵۴
قوله: و لا يعبد دعوى: ۴۵۵
عامل چهارم: ۴۵۵
قوله: و هل يشترط: ۴۵۵
قوله: و هل يسقط: ۴۵۶
قوله: و ليس الضرر: ۴۵۷
قوله: و بالجمله: ۴۵۸
قوله: و ما تقدّم: ۴۵۸
مسألهٔ دوّم: ۴۵۹
قوله: فتأمّل: ۴۶۰
قوله: ثمّ على تقدير: ۴۶۰
مسألهٔ سوّم: ۴۶۱
قوله: و قد يعارض: ۴۶۲
قوله: لكن النّبوى: ۴۶۳
قوله: و لو تلف فى الثلاثة: ۴۶۳
قوله: ولو مكّنه: ۴۶۴
قوله: قال الشيخ فى النهاية: ۴۶۵
مسألهٔ چهارم: ۴۶۶
قوله: و من هنا: ۴۶۷
قوله: لكن ظاهر النص: ۴۶۸
قوله: لكن المراد: ۴۶۸
قوله: و لاجل ذلك عبّر: ۴۶۸
قوله: ثم الظاهر: ۴۷۰
قوله: و حكم الهلاك: ۴۷۰
قوله: ثم انّ المراد: ۴۷۰
قوله: و لو لم يحدث: ۴۷۱

۶- خيار رؤيت

قوله: و لا بدّ: ۴۷۳
قوله: و قد يستدّل: ۴۷۴
قوله: اقول: ۴۷۴
قوله: ثم انّ: ۴۷۶
قوله: و حكى عن بعض: ۴۷۶
قوله: و لايخفى: ۴۷۶
مسألهٔ اوّل: ۴۷۷
قوله: و الظاهر انّ: ۴۷۸
قوله: و ربّما يترائى: ۴۷۹
قوله: و يمكن ان يقال: ۴۷۹
قوله: ثم انّ الاوصاف: ۴۸۰

قوله: و اشکل من ذلک: ۴۸۱
قوله: ولا اجد فی المسألة: ۴۸۲
قوله: ولیس فیما ادعّاه: ۴۸۲
قوله: ثمّ انّه یمکن: ۴۸۳
قوله: و یمکن ان یقال: ۴۸۳
قوله و یمکن ان یقال: ۴۸۴
قوله: ثمّ انّ الخیار: ۴۸۵
قوله: و یضعّف: ۴۸۵
قوله: و اضعف من هذا: ۴۸۶
قوله: و لا یبعد: ۴۸۶
قوله: و علی تقدیر وجود: ۴۸۷
قوله: عدا ما فی مجمع البرهان: ۴۸۷
قوله: و یضعّف: ۴۸۷
قوله: الّا ان یقال: ۴۸۸
قوله: و من هنا: ۴۸۹
قوله: مع انّ: ۴۸۹
قوله: مجازفة: ۴۹۰
قوله: و اثبات الخیار: ۴۹۰
قوله: و یمکن ان یقال: ۴۹۱
قوله: فتأمل: ۴۹۲
قوله: نعم هنا اشکال: ۴۹۲
قوله: و ان خالف: ۴۹۳
قوله: فتأمل: ۴۹۳
مسأله دوّم: ۴۹۳
قوله: و قد بیّناً سابقاً: ۴۹۴
مسألهٔ سوّم: ۴۹۵
قوله: و لو شرط: ۴۹۶
قوله: من کونه موجباً: ۴۹۶
قوله: و من انّ دفع: ۴۹۷
قوله: و العلم بالمبیع: ۴۹۷
قوله: و لو کان: ۴۹۸
قوله: و انّما جاز: ۴۹۸
قوله: و اقتصار هم: ۴۹۹
قوله: فحینئذٍ: ۴۹۹
قوله: خصوصاً علی ما: ۴۹۹
قوله: ثم انّه قد یثبت: ۵۰۰
قوله: لکنّ الانصاف: ۵۰۰
قوله: و اقوی الاقوال: ۵۰۱
قوله: و امّا قیاس هذا: ۵۰۱
قوله: و الضابط فی ذلک: ۵۰۲
قوله: و ممّا ذکرنا: ۵۰۳
قوله: و ظهر ایضاً: ۵۰۳
قوله: و الضابط: ۵۰۳
قوله: مع امکان: ۵۰۳
قوله: و ظهر ایضاً: ۵۰۴
مسألهٔ چهارم: ۵۰۵
قوله: و بذلک ظهر: ۵۰۷
مسألهٔ پنجم: ۵۰۸
مسأله ششم: ۵۰۹
قوله: و یمکن: ۵۱۰
قوله: و کیف کان: ۵۱۰
قوله: و یمکن دفع ذلک: ۵۱۰
مسأله هفتم: ۵۱۱

«بسم اللّه الرحمن الرحیم»

خیارات

القول فی الخیار و اقسامه و احکامه

بخش اوّل کتاب مکاسب دربارهٔ مکاسب محرمّه بود که در پنج نوع بیان شد. بخش دوّم دربارهٔ بیع و شروط آن بود که در سه بخش عنوان شد. بخش سوّم پیرامون خیارات است که در سه قسمت ذکر می‌شود: ۱ـ بیان معنی و تعریف خیار ۲ـ بیان انواع و اقسام خیارات (که برخی پنج و عدهٔای مثل شیخ اعظم در مکاسب هفت و بعضی مثل شهید در شرح لمعه چهارده قسم بیان کرده‌اند.) ۳ـ بیان احکام و مسائل شرعیّهٔ خیارات.

قوله: مقدّمتان:

قبل از هر مطلبی دو مقدّمهٔ بیان می‌کنند و ظاهر تعبیر آن است که این دو مقدمّه غیر از سه مطلب اصلی باب خیارات و مقدّمهٔ آنها است در حالی که مقدّمهٔ اول همان مطلب اول و بیان تعریف خیار است و لذا مناسبت‌تر این بود که تنها مقدّمهٔ دوّم را بـه عـنوان مقدّمهٔ بحث خیارات آورده و سپس مقدّمهٔ اوّل را به عنوان یکی از سه قسمت باب ذکر می‌نمودند ولی به صورت مقّدمه آورده‌اند و کسی را از لحاظ اعمال سلیقه نتوان محکوم کرد.

قوله: الاولی:

مقدّمهٔ اوُلیٰ در بیان معنای خیار است و در مجموع به چهار معنای لغوی و اصطلاحی اشاره می‌کنند: ۱ـ معنای لغوی: واژهٔ خیار در اصل لغت عرب اسم مصدر از باب اختیار است و مصدر آن اختیار می‌باشد و به معنای قدرت و سلطنت داشتن و مجبور نبودن است و فاعل مختار کسی را گویند که اگر بخواهد بکند و اگر نخواهد نکند و خیار نیز به همین معنا است با این تفاوت که در مصدر جهت صدور از فاعل و انـتساب بـه فـاعل

منظور و ملحوظ است و در اسم مصدر از این جهت قطع نظر شده و به اصل قدرت و سلطنت داشتن نظر شده است.

۲ـ در لغت به معنای مطلق قدرت داشتن و مسلّط بودن و مالک امری از امور بودن است البته امری که از افعال اختیاری انسان باشد. ولی در اصطلاح گروهی از متأخران منجمله فخر الدین در ایضاح چنین تعریف شده: الخیار ملک فسخ العقد[1] یعنی خیار عبارتست از مالک بودن فسخ عقد و قدرت داشتن بر ازاله و ابطال عقد است. فی المثل وقتی می‌گوئیم: بایع خیار دارد منظور آن است که می‌تواند معامله را فسخ کند پس در اصطلاح قدرت و سلطنت خاصّی (بر فسخ بیع) اراده شده است. ضمناً کلمهٔ «غُلِّب» اشاره به این است که: معنای مذکور یک معنای تعیینی نیست که فقها، از روز اوّل خیار را برای آن وضع کرده باشند بلکه در اثر کثرت استعمال در آن معنی حقیقت شده و دارای وضع تعیّنی است.

قوله: فیدخل:

این فراز در واقع اشکال به تعریف مذکور است: در منطق گفته‌اند باید تعریف به‌امر مساوی باشد و معرِّف باید مساوی با معرَّف باشد نه اعمّ از آن و تعریف به اعمّ صحیح نیست و اشکال مزبور به همین امر است که تعریف خیار، تعریف به اعم بوده و مواردی را شامل است که در اصطلاح بر آنها خیار اطلاق نمی‌شود. و به دیگر سخن: مانع اغیار نیست. و آن موارد عبارتند از شش مورد:

۱ـ باب عقود جایزهٔ: در عقود جایزه (هبه، وکالت، عاریه و...) نیز طرفین یا یکی از آن دو (اگر از یک طرف جایزه باشد) قدرت بر فسخ عقد دارند و تعریف مذکور صادق است در حالی که چنین قدرت و سلطنتی از باب خیار مصطلح (که از حقوق است نه احکام و توضیح آن خواهد آمد.) نیست.

۲ـ باب عقد فضولی: در بیع فضولی هم مالک اصلی پس از آگهی از معامله می‌تواند بیع فضولی را فسخ و ابطال کند و مالک فسخ عقد است در حالی که اصطلاحاً به این توانایی و سلطنت بر فسخ خیار اطلاق نمی‌شود.

---

۱. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۲.

۳ـ باب عقد مورّث: این فراز را دو گونه می‌توان محاسبه کرد:

الف: شخصی به عقد وصیّت (اگر از عقود باشد) نصف یا کلّ اموال خویش را برای دیگری وصیّت کرده است در اینجا نسبت به مازاد بر ثلث، اختیار در دست وارث است و می‌توانند عقد مورِّث خویش را ابطال کنند پس وارث مالک فسخ عقد است ولی در اصطلاح دارای خیار نیست و به این سلطنت خیار گفته نمی‌شود.

ب: شخصی در مرض موت تمام اموالش را هبه یا وقف و... نموده است، باز بنابر اینکه تصرّفات منجّزهٔ مریض تنها از ثلث نافذ است نه بیشتر، نسبت به مازاد، اختیار دست و ارث است و مالک فسخ عقد است و تعریف مزبور صادق است در حالی که اصطلاحاً چنین سلطه‌ای خیار نیست.

۴ـ باب نکاح دختر برادر یا خواهر همسر: فرض کنید زید با هند ازدواج کرده و سپس بدون اجازهٔ هند با دختر برادر او یا با دختر خواهرش هم ازدواج کرد، چنین نکاحی منوط به اذن همسر او است که نسبت به برادر زاده، عمّه و نسبت به خواهر زاده خاله، محسوب می‌شود و او مالک فسخ عقد نکاح است و مشمول تعریف مذکور است ولی خیار به آن اطلاق نمی‌شود.

۵ـ کنیزی در دوران برده بودن از سوی مولی به عقد نکاح غلامی در آمد و پس از مدّتی به یکی از اسباب عتق، آزاد شده است چنین زوجه‌ای مخیّر است که بماند و با عبد زندگی کند و یا عقد نکاح را ابطال کرده و از او جدا شود، پس وی مالک فسخ عقد است ولی خیار مصطلح بر آن اطلاق نمی‌شود.

۶ـ در کتاب نکاح عیوبی ذکر شده که هر گاه یکی از آنها در زن با شوهر پیدا شد دیگری حق دارد از او جدا شود و عقد نکاح را بهم بزند، باز او مالک فسخ عقد است ولی در اصطلاح خیار بر این مالکیّت اطلاق نمی‌شود. پس تمام این موارد در اطلاق تعریف مذکور داخل می‌باشند و تعریف مذکور تعریف به اعّم است.

قوله: و لعّل:

این فراز در واقع پاسخ اشکال مذکور است و آن اینکه: در تعریف مذکور کلمهٔ ملک آمده یعنی شخص ذی الخیار مالک فسخ عقد است و زمام امر عقد بدست او است و این تعبیر برای تنبیه بر این مطلب است که خیار از حقوق است (که زمام امر حق در دست

صاحب حقّ است و می‌تواند آن را اِعمال کند یا اسقاط نماید و مرتبهٔ ضعیفی از ملکیّت را دارد.) نه از احکام شرعیّه (که زمام امرش به دست شارع است و تا موضوعش باقی باشد حکم هم خواهد بود و غیر از شارع احدی قدرت بر اسقاط و نفی آن ندارد.) و تفاوت عمدهٔ حق و حکم در آثار و لوازم و احکام آن دو است که مشهور گفته‌اند: حق قابل اسقاط است ولی حکم قابل اسقاط نیست و ربطی به مُسقِط ندارد تا اسقاط کند. و نیز حق قابل انتقال به ارث است ولی حکم شرعی قابل ارث بردن نیست بلکه تا موضوعش باشد حکم هم هست (تا علّت باشد معلول هست) و به محض انتفاء موضوع، حکم آن نیز منتفی می‌شود. و شش مورد مذکور تماما از احکام شرعی است یعنی در عقود جایزه شخص واهب یا موکّل و... شرعاً قدرت و سلطنت دارد و مجاز به فسخ است و جواز فسخ حکم شرعی است و قابل اسقاط نیست و در عقد فضولی هم قدرت مالک اصلی بر اجازه یا فسخ از احکام شرعی است و هکذا در موارد دیگر. پس با آوردن کلمهٔ ملک تمام آن موارد از تحت خیار مصطلح و تعریف آن خارج می‌شوند و به عقیدهٔ شیخ اعظم تعریف مذکور قابل قبول است.

۳ـ تعریف دوم از مرحوم صاحب جواهر و عدّه‌ای از بزرگان است که فرموده: الخیار ملک اقرار العقد و ازالته[۱] یعنی خیار عبارتست از مالک بودن انسان و قدرت داشتن او بر اقرار و ابقاء عقد یا ازاله و فسخ آن، فی المثل بایع خیار دارد یعنی هم می‌تواند عقد بیع را به حال خودش ابقاء کند و هم می‌تواند آن را ازاله و ابطال نماید.

قوله: و یمکن:

تعریف مزبور یک کلمهٔ اضافی دارد (ملک اقرار العقد) و مرحوم شیخ از همین نقطه به تعریف مذکور خدشه کرده و می‌فرماید: منظورتان از اقرار العقد چیست؟ اگر مراد ابقاء عقد بر حال خودش است یعنی شخص ذی الخیار هیچ دخل و تصّرفی در عقد نکند و آن را فسخ نکند و به حال خودش واگذارد، در این صورت افزودن آن در تعریف مستدرک و زیادی است و نیاز نداریم و بخش دوّم یعنی ملک از الة العقد کافی است چرا که مالکیّت یعنی قدرت و سلطنت داشتن از اموری است که دو طرف دارد و هرگز به یک

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳ و ریاض المسائل ج ۸، ص ۱۷۷، و التنقیح، ج ۲، ص ۴۳.

طرف تعلّق ندارد (اگر قدرت بر فعل تنها باشد و بر ترک نباشد نامش قدرت نیست و شخص، فاعل مختار نیست بلکه فاعل موجب است. و اگر قدرت بر ترک تنها باشد تارک موجب است.)

آنگاه قدرت بر فسخ عقد یا عین قدرت بر ترک فسخ و ابقاء عقد بر حال خودش است (به تعبیر شیخ) و یا ملازم با آن است و لازمهٔ عقلی قدرت بر فسخ قدرت بر فعل است (به تعبیر حواشی[1]) و به هر حال ذکر آن لغو و زاید است و اگر منظورتان از اقرار صرف ابقاء عقد علی حاله و ترک فسخ نیست بلکه مراد تثبیت و تحکیم آن و الزام لازم قرار دادن) آن است یعنی قدرت دارد کاری کند که عقد غیر قابل فسخ باشد خواهیم گفت: اقرار بدین معنی بازگشت به اسقاط حق الخیار دارد و راه دیگری ندارد و عقد را غیر قابل فسخ قرار دهد یعنی حق الخیار خویش را اسقاط کند، آنگاه اشکال این است که اوّلاً چنین چیزی در تعریف خود خیار اخذ نمی‌شود زیرا باعث دوری بودن تعریف می‌شود و خود خیار در تعریف خودش آمده و گویا گفته‌ایم: الخیار ملک اسقاط حق الخیار اوازالته... و نیز اسقاط خیار از آثار و احکام و لوازم خیار است و چنین چیزی رتبه‌اش پس از خیار است و اموری که از احکام خیار و متأخّر از آن باشند در تعریف خود خیار اخذ نمی‌شوند و چنین تعریفی صحیح نیست.

و ثانیاً: ازاله و فسخ عقد عبارتست از منتفی شدن عقد از هر دو طرف و همینکه ذی الخیار معامله را فسخ کرد مطلقاً و به کلّی از بین می‌رود، پس به قرینهٔ مقابله باید الزام و اقرار عقد هم به معنای لازم قرار دادن عقد باشد مطلقاً و از هر دو طرف و این معنی به باب خیارهای مشترک نقض می‌شود، بیان مطلب: گاهی خیار مخصوص یک طرف است در این فرض ذی الخیار اگر فسخ نکند معامله کلاً باطل می‌شود و اگر اسقاط خیار کند از هر دو طرف لازم می‌شود، ولی گاهی خیار طرفینی است و هر دو دارای خیار می‌باشند) مثل خیار مجلس که هر دو دارند و...) در این فرض چنین نیست که اگر یکی از دو طرف اسقاط خیار کرد و معامله را لازم کرد مطلقاً لازم شود بلکه فقط از طرف او لازم می‌شود نه از ناحیهٔ دیگری و برای دیگری حق فسخ محفوظ است. پس اقرار به معنای

---

۱. هدایة الطالب، ص ۴۰۵.

الزام مطلق، این مادّه نقض را هم دارد.

۴ـ قوله: ثم انّ:

معنای دیگری هم برای خیار در لسان روایات و کلمات فقهاء وجود دارد که از معنای لغوی آن محدودتر و از تعریف اصطلاحی آن (ملک فسخ العقد) وسیعتر است و آن اینکه: گرچه واژه خیار هرگاه به طور مطلق و خالی از قرینه استعمال می‌شود همان معنای اصطلاحی متبادر است ولی منحصر به آن نیست و فراوان به معنای سلطنت و قدرت استعمال، می‌شود چه این سلطنت از ناحیهٔ حق باشد که ملک ذی الحق است و زمام امرش بدست او است که در خیار مصطلح بود و چه از ناحیه حکم شرعی باشد که زمام امرش بدست شارع است و لذا بر سلطنت واهب و موکل و.... در عقود جایزه هم خیار اطلاق می‌شود و گفته می‌شود آنها مخیّر و مختارند و شرعاً مجاز هستند که هبه یا وکالت و... را فسخ کنند، و نیز بر سلطنت مالک اصلی در بیع فضولی هم اطلاق می‌شود و مالک اصلی مختار و مخیّر است که عقد فضولی را فسخ کند در حالی که این اختیار و سلطنت از ناحیهٔ حکم شارع است نه حق مالکی، ولی معنای مصطلح و مورد نظر درباب خیارات همان معنای دوّم است که مورد قبول شیخ اعظم هم بود.

قوله: الثانیه:

مقدّمهٔ دوّم دربارهٔ تأسیس اصل است: می‌دانیم که بیع گاهی جایز و متزلزل و قابل فسخ است و در مواردی لازم و غیر قابل فسخ است ولی سخن در این است که اصل اوّلی در باب بیع چیست؟ آیا اصل در بیع لزوم و لازم بودن است مگر بیوعی که به دلیل خاص خارج شده و جواز آنها اثبات شده؟ یا اصل در بیع جواز و تزلزل است مگر در مواردی که به دلیل خاص لزوم ثابت شده است؟ قبل از پاسخ به سؤال مزبور این پرسش مطرح است که هدف از تأسیس اصل چیست؟ فایدهٔ آن در کجا ظاهر می‌شود؟ در جواب باید گفت:

تأسیس اصل برای موارد شک سودمند است، یعنی مواردی که به دلیل خاص بیعی لازم یا جایز شده بحثی ندارد و ما تابع دلیل هستیم و مواردی که شک می‌کنیم که فلان بیع لازم است یا جایز؟ از اصل استفاده کرده و حکم فرد مشکوک را بدست می‌آوریم.

وامّا اصل در بیع، علّامه ره در کتابهای خویش (قواعد، تذکره و...[۱]) فرموده: اصل در بیع لزوم است و دیگران هم از ایشان پیروی نموده و اصل در بیع را لزوم و غیر قابل فسخ بودن دانسته‌اند[۲] و جناب علّامه در تذکره برای اصل مزبور به دو دلیل استناد کرده:

۱ـ واژه بیع در اصل لغت عرب برای نقل و تملیک و مبادلهٔ مالی به مالی وضع شده و شارع مقدّس نیز بیع را برای همین معنی وضع کرده (البته وضع شارع تأکیدی است نه تأسیسی) و وقتی بیعی محقّق شد و بایع متاعی را به خریداری فروخت و صیغهٔ بیع را اجرا کرد حتماً متاع ملک مشتری می‌شود و پس از فرض ملکیّت شک می‌کنیم که اگر فروشنده پشیمان شد یا به هر دلیل رجوع کرد و معامله را فسخ کرد آیا ملکیّت مشتری از بین می‌رود یا نه؟ از استصحاب بقاء ملک استفاده می‌کنیم و بنا را بر ملک مشتری می‌گذاریم و می‌گوئیم: فسخ بایع تأثیری ندارد، و لزوم هم جز این چیزی نیست.

۲ـ غرض اصلی از بیع و تجارت و فلسفهٔ حقیقی داد و ستد آن است که انسانها و طرفهای معامله بتوانند با خاطری آسوده در آنچه به چنگ می‌آورند و به آنها منتقل می‌شود دخل و تصرّف نمایند (بایع در پول و مشتری در جنس) و هیچ نگرانی نداشته باشند و این غرض وقتی تأمین می‌شود که معامله لازم باشد تا هر طرف ایمن باشد از اینکه طرف دیگر معامله را فسخ نکند و در صورت جواز و تزلزل این غرض تأمین نمی‌شود و طرف آسوده خاطر نیست و نقض غرض از معامله است، پس غرض از بیع ایجاب می‌کند که حکم به لزوم آن شود.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در صدد بیان معنای اصل بر آمده و می‌فرماید: اینکه علّامه و دیگران گفته‌اند: الاصل فی البیع اللزوم، معنای این اصل چیست؟ در مجموع چهار احتمال ذکر می‌کند که برخی از آنها مناقشه دارد

۱ـ محقّق ثانی در جامع المقاصد احتمال داده که اصل به معنای راجح باشد یعنی در باب بیع لزوم رجحان دارد و مظنون و ظاهر است و احتمالش قوی است و سپس برای

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱ ص ۵۱۵، ج ۲، ص ۶۴.

۲. شهید در قواعد و فوائد، ج ۲، ص ۲۴۲، و صاحب جواهر در جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳.

تصحیح این احتمال به غلبه استناد کرده و فرموده: در باب بیع لزوم غالب است و جواز نادر است (و قاعده این است که: الظنّ یلحق الشیئی بالاعم الاغلب، پس فرد مشکوک را به فرد غالب ملحق کرده و حکم به لزومش می‌کنیم،) پس اصل در بیع لزوم است یعنی این احتمال قویتر است و هر جا شک کردیم حکم به لزوم می‌کنیم.[۱]

قوله: و فیه:

معنای مزبور با دلیل آن که غلبه باشد باطل است و نمی‌تواند مراد از اصل باشد و در مجموع سه اشکال دارد: الف: از نظر کبری بر فرض غلبه‌ای باشد حجّت نیست و ارزشی ندارد و حکم فرد مشکوک را روشن نمی‌کند زیرا غلبه گمان آور است و گمان در شریعت ارزشی ندارد مگر دلیل قاطع و پشتوانه داشته باشد که ندارد. (این اشکال را مرحوم شیخ متعرّض نشده)

ب: از نظر صغری هم می‌پرسیم منظورتان از غلبه لزوم در بیع به چه اعتبار است؟ آیا غلبه به لحاظ افراد است، یا غلبه به لحاظ از مان؟ اگر مراد غلبهٔ افرادی است (یعنی مدّعی هستید که بیوعی که در عالم واقع می‌شود غالباً لازم بوده و لزوماً منعقد و محقّق می‌شوند:) می‌گوئیم: ما اصل غلبه را قبول نداریم زیرا غالب بلکه اغلب قریب به اتفاق بیعها جایزاً منعقد می‌شوند نه لازماً و این جواز تزلزل یا به خاطر خیار مجلس است که در نووع بیوع وجود دارد و یا به خاطر خیار حیوان است که در معاملهٔ حیوان وجود دارد و یا به خاطر خیار شرط است که طرفین ملتزم شده‌اند و... پس نمی‌توان گفت: الغالب اللزوم.

و اگر مراد غلبهٔ ازمانی است [یعنی روی هر فرد از بیع که تکیه کنید در زمان قلیلی جایز و متزلزل است مثلاً در زمانی که مجلس معامله باقی است و تفرّق حاصل نشده یا در سه روز اوّل در مورد حیوان، یا در یک ماه اوّل به خاطر شرط، و... و پس از آن تا ابد لازم می‌شود و قابل فسخ نیست.] خواهیم گفت: غلبهٔ ازمانی را قبول داریم ولی این غلبه سودی ندارد زیرا هدف از تأسیس اصل این شد که حکم فرد مشکوک روشن شود و اگر غلبهٔ ازمانی شد حکم فرد مشکوک روشن نمی شود زیرا اصل لزوم است یعنی راجح و

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۳.

مظنون و غالب بر حسب زمانها لزوم است آن هم از حیث بقاء و استمرار،امّا اگر در فردی شک کردیم که از اوّل که منعقد می‌شود لازم است یا جایز، غلبهٔ مزبور حکم این فرد را روشن نمی‌کند پس فایده‌ای ندارد

ج: معنای مزبور برای اصل با کلام مؤسّس اصل یعنی علّامه ره مناسبتی ندارد زیرا علّامه در قواعد پس از تأسیس اصل لزوم فرموده: ما از این اصل در باب بیع خارج نمی‌شویم مگر برای دو امر که یکی ثبوت خیار است و دیگری ظهور عیب است[1] و اگر این دو نباشند باقی بر اصل بوده و حکم به لزوم می‌کنیم. حال معنای کلمهٔ لایُخرج... این است که همهٔ بیوع داخل در این اصل هستند و اگر آن دو امر نبود حتماً حکم به لزوم آنها می‌شد و آن دو باعث استثناء هستند. (ضمناً ذکر ظهور عیب پس از ثبوت خیار که به نظر می‌آید از باب ذکر خاص پس از عام باشد بعداً در فرازی تبیین خواهد شد.) در حالی که اگر مراد از اصل غالب و راجح باشد بدان معنی است که غالب بیعها لازمند و طبعاً افراد نادر در مقابل فرد غالب خواهند بود نه اینکه داخل در آن باشند و این معنی با تعبیر علّامه به «لایُخرج» سازگار نیست پس تفسیر محقّق ثانی از اصل، تفسیری است که صاحب و مؤسّس اصل یعنی علّامه بدان رضایت نمی‌دهد.

۲ـ اصل به معنای قاعده باشدامّا نه قاعدهٔ عقلی بلکه قاعدهٔ لفظی‌ای که از عمومات و اطلاقات مستفاد است و اصل لزوم است یعنی قاعدهٔ کذائی حکم به لزوم می‌کند و عمومات و اطلاقات حکم به لزوم می‌کنند مثل عموم آیهٔ «اوفوا بالعقود» که وجوب وفا به هر عقدی را شامل است و لازمهٔ وجوب وفا لزوم است و حکم فرد مشکوک را هم روشن می‌شود و مثل «المؤمنون عند شروطهم» و... که مفید لزوم هستند. و کلمهٔ «بعض الافراد» اشاره به عموم یا اطلاق افرادی است و کلمهٔ «فی بعض الاحوال» اشاره به اطلاق احوالی است که در بیع واحد به لحاظ حال قبل از ظهور غبن یا عیب حکم به لزوم شود و به لحاظ حال بعد از ظهور عیب یا غبن حکم به جواز شود و اگر در بعض احوال یعنی حال قبل از ظهور شک کردیم از اصل و قاعدهٔ مزبور استفاده می‌کنیم. مرحوم شیخ می‌فرماید: اصل به این معنی باشد در جای خود پسندیده و نیکو است ولی با استدلال

---

۱. قواعد، ج ۲، ص ۶۴.

علّامه در تذکره برای اصل مزبور متناسب و سازگار نیست زیرا علّامه به استصحاب استدلال کرده است و اگر مرادش از اصل، قاعدهٔ مستفاد از عمومات و اطلاقات بود، خوب بود به خود عمومات استناد کند که دلیل اجتهادی هستند نه به استصحاب که اصل عملی است و از حیث رتبه متأخر از آنها است.

۳ـ اصل به معنای استصحاب باشد (که در کلام علّامه هم بود.) و اصل لزوم است یعنی استصحاب می‌کنیم این مطلب را البته خود لزوم که حالت سابقهٔ یقینی ندارد تا همان را استصحاب کنیم و لذا می‌فرماید: منظور این است که عقد بیعی واقع شده و ملکیّتی که اثر آن باشد حاصل شده حال بدنبال آن بایع مثلاً معامله را فسخ کرد و ما شک می‌کنیم که اثر مزبور باقی است یا با فسخ مرتفع شد؟ استصحاب بقاء اثر یا استصحاب عدم ارتفاع آن جاری می‌کنیم. پس اصل در بیع لزوم است یعنی استصحاب چنین اقتضا می‌کند. مرحوم شیخ این احتمال را نیز تحسین کرده و می‌پسندد.

۴ـ اصل در الاصل فی البیع اللزوم به معنای لغوی کلمه باشد (اصل در لغت به معنای ریشه و پایه و اساس هر چیزی است.) یعنی وضع و حال بیع و بنای اصلی و اوّلیِ آن و پایه و اساس بیع که از روز اوّل بر آن بنیان گذاری شده چه در نزد عرف و عقلای عالم و چه در نظر شارع مقدّس، عبارتست از لزوم، طبیعت بیع اینگونه است که لو خلّی و طبعه اقتضای لزوم دارد و لازم بودن لازم ذاتِ بیع است و هرگز از آن جدا نمی‌شود (همانطوری که صدق و راستی لو خلّی و طبعه مقتضی حُسن است یا کذب لو خلّی و طبعه مقتضی قبح است و...) و اگر احیاناً در مواردی و یا در زمانهایی خیاری در بیع راه یافته و باعث تزلزل آن گردیده، یک امر عارضی و خارج از مقتضای ذات و طبیعت است و یک حقّی است که به جعل طرفین یا یک طرف قرار داده شده و با اسقاط ذی الخیار قابل سقوط است، با تصرّف او ساقط می‌شود، با انقضاء زمان خیار ساقط می‌شود و... و آنکه می‌ماند همان مقتضای طبیعت بیع است که لزوم باشد.

و در این جهت باب بیع دقیقاً به عکس باب هبه است در هبه و مانند آن از عقود جایزه، جواز و تزلزل مقتضای ذات و طبیعت آنها است و حکم اصلی و اوّلی آنها جواز است و چون حکم است قابل اسقاط هم نیست و گاهی بنا به دلایلی هبهٔ لازم می‌شود. ولی در بیع، لزوم و غیر قابل فسخ بودن مقتضای ذات است و حکم اصلی بیع همین

است و تزلزل حقّی است خارج از بیع و لذا با اینکه در همهٔ بیعها خیار مجلس وجود دارد و برای مدّت کمی بیع متزلزلاً منعقد می‌شود ولی منافاتی با اصل مزبور نداشته و باز هم بنای اوّلیِ بیع و مقتضای طبیعت آن لزوم است و خیار مجلس یک حقّی است که شارع مقدس برای طرفین منظور کرده و خارج از مقتضای بیع بوده و قابل انفکاک هم هست. آری اگر بیع در اوّل انعقادش شرعاً محکوم به جواز رجوع بود و حکم اصلی و اوّلی آن تزلزل بود. و جواز رجوع و فسخ، حکم شرعیِ بیع بود نه حق خارج از بیع، جا داشت کسی بگوید: این جواز و تزلزل با بنای بیع بر لزوم منافات دارد ولی چنین نیست و جواز رجوع یک حقّی است خارج از مقتضای طبیعت بیع.

تشبیه: مسأله بیع و اقتضای لزوم و عروض جواز دقیقاً مثل مسأله جسم طبیعی در فلسفهٔ طبیعی است که می‌گویند: هر جسمی مقتضای طبیعتش آن است که کروی شکل باشد و اگر مانعی جلوی آن را نگیرد کروی خواهد بود ولی در اثر قسر قاسر و فشار عامل خارجی غالباً اشکال دیگری از مکعب و مخروط و... پیدا می‌کند، بیع هم ولو غالباً در خارج جایزاً منعقد شود ولی اصل در آن لزوم است.

قوله: و ممّا ذکرنا:

مرحوم صاحب وافیه (فاضل تونی) با مشهور مخالفت کرده و اصل را در بیع بر جواز گذاشته نه بر لزوم و دلیل ایشان وجود خیار مجلس است که در نوع بیعها هست و باعث می‌شود که از اوّل امر جایز و متزلزل منعقد شوند[1]. مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر مرادشان این است که خیار مجلس منافات دارد با این مطلب که بنای بیع بر لزوم باشد، خواهیم گفت: از ما ذکرنا روشن شد که هیچ منافاتی در کار نیست و اگر منظور ایشان از اصل عدم لزوم، استصحاب عدم لزوم باشد (در زمان انعقاد که بیع به خاطر خیار مجلس جایز است، پس از تفرّق از مجلس معامله در بقاء جواز شک می‌کنیم، استصحاب بقاء جواز یا استصحاب عدم لزوم جاری شود.) خواهیم گفت: به زودی خواهد آمد که اینجا جای استصحاب نیست. (زیرا اوّلاً موضوع عوض شده و قبل از تفرّق و پس از آن دو موضوع جدا است و جای استصحاب نیست و ثانیاً دلیل اجتهادی می‌گوید: و اذا فترفا

---

۱. الوافیه، ص ۱۹۸.

فقد وجب البیع ... و حکم به لزوم پس از تفرّق می‌کند و نوبت به استصحاب نمی‌رسد.) در نتیجه اصل در بیع لزوم است.

قوله: بقی الکلام:

علامّه‌ﷺ در دو کتاب قواعد و تذکره بدنبال تأسیس اصل (الاصل فی البیع اللزوم) و اثبات آن (به دو دلیلی که گذشت) فرموده: از اصل مذکور در دو مورد و به سبب دو عامل خارج شده و با آن مخالفت می‌کنیم: ۱ـ ثبوت خیار ۲ ظهور عیب[۱] به این عبارت اشکالی وارد شده که ظاهر کلام علّامه این است که ظهور عیب یک سبب مستقّل است برای تزلزل بیع، غیر از ثبوت خیار و در مقابل او است و با کلمهٔ «اَوْ» عطف شده که ظهور در مغایرت دارد در حالی که ثبوت خیار عامّ است زیرا خیار اسباب و عواملی دارد از قبیل: ظهور غبن، ظهور عیب، تأخیر و... و ثبوت خیار همهٔ اینها را شامل است و با این حساب شامل ظهور عیب هم می‌شود و آنهم فردی از ثبوت خیار است پس چگونه چیزی را که از افراد ثبوت خیار است قسیم آن و در مقابل قرار داده‌اند؟ آیا قسم الشیئی قسیم شیئی می‌شود؟ آیا ذکر ثبوت خیار ما را از افزودن «او ظهور عیب» مستغنی نمی‌کرد؟ سرّ این مقابله و عطف به او در کلام علّامه چیست؟ توجیهاتی برای این امر ذکر شده که در مجموع سه توجیه در مکاسب آمده و مرحوم شیخ به هر سه توجیه ایراد دارند:

۱ـ توجیه محقّق ثانی در جامع المقاصد[۲]: این عطف ظهور عیب بر ثبوت خیار از نوع عطف خاص بر عام [و ذکر خاص پس از عام است که به خاطر اهتمام به خاص چنین می‌کنند و نظیرش در کلام فصحاء و حتّی در قرآن کریم آمده آنجا که می‌فرماید: فیها فاکهة و نخل و رمّان[۳]] بنابراین ایرادی به علّامه نیست.

مرحوم شیخ در تضعیف توجیه مزبور می‌فرماید: اگر علّامه اوّل می‌فرمود: ثبوت اسباب و موجبات خیار (که عام وکلّی است و ظهور عیب هم یکی از اسباب خیار است) سپس می‌فرمود: «او ظهور عیب» جا داشت کسی بگوید این از باب عطف خاص بر عام

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۱۵، قواعد ج ۲، ص ۶۴.
۲. جامع المقاصد، ص ۴، ص ۲۸۲. ۳. سورهٔ الرحمن/ ۶۸.

است ولی اوّل فرمود: ثبوت خیار و خود خیار را آورد که مسبّب است و برای خود اسباب و عواملی دارد و سپس فرمود: «او ظهور عیب» که این فردی از خیار نیست تا ذکر خاص بعد از عام باشد بلکه ظهور عیب سبب برای ثبوت خیار است و سبب غیر از مسبّب است پس عطف آن بر ثبوت خیار از نوع عطف خاص بر عام نسیت بلکه از نوع عطف مباین بر مباین است.

۲ـ قوله. نعم:

این نیز توجیه محقّق ثانی است[۱] ولی مرحوم شیخ به صورت «نعم...» آورده و ظاهر تعبیر به «نعم» آن است که شیخ می‌خواهد به بیان دیگر همان توجیه اوّل و عطف خاص بر عام را تصحیح کند در حالی که چنین نیست و می‌خواهند توجیه دیگری برای اصل عطف ظهور عیب بر ثبوت خیار درست کنند که ضمناً از نوع عطف مباین بر مباین باشد و ذکر «او ظهور عیب» بجا و لازم باشد، بیان مطلب: علّامه در تذکره چنین فرموده: ما از اصل لزوم بیع به دو سبب خارج می‌شویم:

الف: ثبوت خیار برای هر دو طرف (در خیار مشترک مثل خیار مجلس) یا یک طرف (در خیار مختّص مثل خیار غبن که مخصوص مغبون است) که سبب جواز و تزلزل بیع می‌شود، آن هم با این قید که هیچ عیب و نقصی در یکی از عوضین پیدا نشده که موجب خیار و تزلزل شود بلکه ثبوت خیار صرفاً برای تروّی (فکر و اندیشه کند و اگر بداحاصل و پشیمان گردید در مدّت مجلس معامله یا در سه روز خیار حیوان و... معامله را فسخ کند.) است.

ب: ظهور عیب و نقصی در یکی از عوضین که همین امر سبب خیار و تزلزل شود[۲]. و حاصل توجیه دوّم بر اساس عبارت تذکره این است که: خروج از اصل لزوم فقط به خاطر تزلزلی است که عقد پیدا می‌کند و منشأش هم خیار است منتهی آن ثبوت خیاری که در ناحیهٔ معطوف علیه آمده، منظور خیاراتی است که به موجب جعل متعاقدین (مثل خیار شرط مثلاً) یا جعل شارع (خیار مجلس مثلاً) ثابت شده و تزلزل به این لحاظ است نه بر اساس وجود نقص و عیبی در یکی از عوضین و آن خیاری که در

---

۱. جامع المقاصد، ص ۴، ص ۲۸۲.　　۲. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۱۵.

ناحیه معطوف (ظهور عیب) مطرح است که موجب خیار است، منظور خیاری است که منشأش نقص یکی از عوضین باشد نه چیز دیگر، آنگاه با این قیود و خصوصیات معطوف و معطوف علیه از یکدیگر جدا می‌شوند و میان آن دو مغایرت پیدا می‌شود و عطف مباین بر مباین می‌شود.

قوله: لکنّه:

مرحوم شیخ به این توجیه هم سه اشکال دارند:

اوّلاً آن را ناتمام می‌دانند زیرا از لحاظ حکمت خیار فرقی میان دو قسم نیست و در هر دو حکمت تروّی است و از لحاظ مجعول به جعل شارع بودن نیز فرقی میان آن دو نیست، خیار عیب هم مجعول به جعل شارع است نه اینکه صرفاً به خاطر نقص و عیب در یکی از دو عوض باشد. پس توجیه مزبور نا تمام است.

و ثانیاً نسبت به کلام علّامه در قواعد، تکلّف و خود را به زحمت انداختن است زیرا نیاز به حذف و اضمار پیدا می‌کند که از خیار «سبب الخیار» اراده شود و سپس این اطلاق هم تقیید شود به سبب خیاری که کان للتروّی لالنقص فی احد العوضین و این امور بر خلاف اصل عدم تقدیر و اضمار است. و ثالثاً اگر آن دو مباین و غیر هم شدند بر عبارت تذکره اشکال می‌شود که ایشان در امر اوّل (خیارات) هفت فصل منعقد کرده و در فصل هفتم مبسوطاً پیرامون خیار عیب بحث کرده در حالی که اگر این غیر از بقیّهٔ خیارات است باید در امر ثانی و باب جدا بحث شود نه در ادامهٔ امر اوّل، و در قواعد همین‌کار را کرده که در امر اوّل خیارات و در امر ثانی راجع به ظهور عیب بحث کرده و لذا ما به قواعد معترض نیستیم‌امّا به تذکره اعتراض داریم و بر اساس این توجیه جا داشت بحث خیار عیب را جدا می‌کردند

۳ـ قوله: و یمکن:

توجیه سوّم از خود شیخ اعظم است: ممکن است بگوئیم: ذکر ظهور عیب پس از ثبوت خیار و عطف آن بر ثبوت خیار کاملاً بجا و لازم و از باب عطف مباین بر مباین است و اگر علّامه (ره) ذکر نمی‌کرد کلامش ناقص بود، بیان مطلب: در سایر خیارات فقط ذی الخیار حق دارد که تمام معامله را فسخ کند یا از حق خویش بگذرد و کلّ معاوضه را امضا کند و راه سوّمی وجود ندارد، ولی در خصوص خیار عیب علاوه بر خیار فسخ داشتن

مطلب دیگری هم وجود دارد که چه خیار فسخ فی الکلّ ثابت باشد و چه نباشد آن مطلب ثابت است و جداگانه دلیل دارد و آن مسألهٔ ارش است که ظهور عیب باعث ارش می‌شود و مشتری می‌تواند تفاوت صحیح و معیب را از ثمن المسمّٰی کسر کند. بنابر این می‌توان گفت در عرض خیارات که با تزلزل معامله می‌شوند، عیب نیز مستقّلاً موجب تزلزل می‌شود با این‌تفاوت که سایر خیارات موجب تزلزل کلّ معامله می‌شوند و عیب موجب تزلزل بعض معامله می‌شود و سبب می‌شود که مجموع ثمن من حیث المجموع سالم نمانده و بدست بایع نرسد بلکه بخشی از آن به مشتری برگردد. بنابر این ذکر ظهور عیب و عطف آن بر ثبوت خیار بجا است و در حقیقت عوامل تزلزل بیع دو عامل مستقّل و جدای از یکدیگر است: یکی خیار که انواعی دارد و دیگری عیب که موجب ارش است.

قوله: و لکنّه:

مرحوم شیخ به این توجیه هم رضایت نمی‌دهند و مناقشه می‌کنند و آن اینکه: در باب حقیقت ارش دو مسلک وجود دارد: ۱ـ مسلک بعضی اینست که ارش حقیقتاً بخشی از ثمن المسمّٰی است و اگر مشتری خواست ارش بگیرد از خود ثمن باید داده شود و در نتیجه به همان نسبت معامله منفسخ و باطل می‌شود. ۲ـ مسلک عدّهٔ دیگر اینست که ارش جز از ثمن نیست بلکه خارج از معامله بوده و به عنوان غرامت شرعی است که به دلیل خاص تعبّدی ثابت شده و عند المطالبه بر بایع واجب می‌شود که ارش را بپردازد و لازم هم نیست از خود ثمن المسمّٰی باشد بلکه از مال دیگر هم بدهد کافی است (نظیر این بحث در باب دیه نیز وجود دارد که آیا عوض واقعی است یا غرامت شرعی؟) حال تفصیل این بحث در پایان مبحث خیار عیب با عنوان «القول فی الارش» خواهد آمد و در اینجا اجمال قضّیه این است که: اگر ارش واقعاً جزء ثمن باشد، کماهو مذهب بعض العامّه[1] ثبوتش سبب تزلزل بیع است و مشتری می‌تواند به همان نسبت معامله را فسخ کند.

ولی مذهب علّامه ره که صریحاً در کتابهایش آمده این است که ارش غرامت

---

۱. به نقل علّامه در تذکره، ج ۱، ص ۵۲۵.

شرعی است و خارج از ثمن است و طبق این مسلک ثبوت ارش موجب تزلزل بیع نمی‌شود و بایع ملزم نیست که از خود ثمن بدهد و معامله به همان نسبت منفسخ شود. بنابر این توجیه مزبور با مبنای خود علّامه نمی‌سازد و ایشان ثبوت ارش را سبب تزلزل نمی‌دانند. پس همچنان اشکال باقی ماند که چرا علّامه ظهور عیب را جدای از ثبوت خیار و در مقابل آن قرار داد؟

(به نظر می‌رسد همان توجیه اوّل که از محقّق ثانی نقل شد توجیه وجیهی است که عطف خاص بر عام باشد ... و اشکال شیخ اعظم که فرمود: در کلام علّامه ثبوت اسباب الخیار نیست تا عامّ باشد و ظهور عیب مصداقی از آن و خاص باشد بلکه ثبوت نفس خیار است ... این اشکال قابل جواب است به اینکه مراد علّامه از ثبوت خیار، ثبوت سبب خیار باشد و مسبّب را (خیار) آورده و سبب را اراده کرده باشد و این فراوان است و در اصول هم شما به خبر واحد و ظاهر کتاب و ... ظن خاص اطلاق می‌کنید در حالی که اینها اسباب و موجبات ظنّ هستند نه خود ظن ولی مسبّب گفته و ارادهٔ سبب می‌کنید یا سبب را آورده و ارادهٔ مسبّب می‌نمائید و محذوری ندارد.)

قوله: ثمّ انّ:

دانستیم که اصل در بیع لزوم است، و دانستیم که اصل چهار معنی دارد. حال سخن در دایرهٔ شمول اصل مزبور است: آیا اصل لزوم مخصوص بیع است یا معاملات و عقود و ایقاعات و عهود دیگر را نیز شالم است؟ مرحوم شیخ بر اساس چهار معنی محاسبه می‌کنند:

امّا اصل به معنای چهارمش: (به معنای لغوی کلمه که بنای بیع و مقتضای طبیعت آن ... بود) مخصوص بیع است و اگر در مصداقی از مصادیق بیع شک کردیم که مفید لزوم است یا جواز از این اصل استفاده می‌کنیم زیرا بنای عرفی و شرعی بیع از روز اوّل محرز و مسلّم است که بر لزوم نهاده شده و خیار یک حق خارجی است که عارض بر بیع می‌شود و دلیل می‌خواهد و هر کجا دلیل نبود به مقتضای اصل بر می‌گردیم و در حقیقت می‌گوئیم مقتضی موجود است و مانع هم مفقود است (و به قول مرحوم سیّد: و هر عقد و معاوضه‌ای که مثل بیع باشد یعنی بنای اوّلی و مقتضای طبیعت آن عرفاً و شرعاً روشن

باشد که بر لزوم است، مثل نکاح و اجاره و...[۱]

وامّا نسبت به معاملاتی که مقتضای طبیعت آنها بر لزوم استوار نشده باشد (البته عرفاً که در کلیّت معاملات به قول مرحوم ایروانی اصل بر لزوم است ولی صرف بنای عقلائی کافی نیست و باید امضای شرع هم پای آن باشد.[۲]) بلکه یا شرعاً بر حواز مستّقر شده است مثل هبه که عکس بیع بود و قبلاً هم در توضیح معنای چهارم آوردیم. و در اینجا تکلیف روشن است که اگر در مصداقی از مصادیق هبه شک کردیم حکم به جواز می‌کنیم. و یا شرعاً وضع معامله‌ای روشن نیست که حکم اصلی آن چیست؟ لزوم، یا جواز، در اینجا جای اصل لزوم به معنای چهارم نیست زیرا شک ما بر می‌گردد به اینکه: حکم شرعی فلان معامله چیست؟ آیا شارع حکم به لزوم کرده؟ یا به جواز؟ هر کدام که باشد دلیل می‌طلبد، نه جای اصل لزوم است و نه جای اصل جواز. پس محدودهٔ اصل به معنای رابع روشن شد.

وامّا اصل به معنای اوّلش: اینکه از آغاز رد شد و ما قبول نکردیم که اصل به معنای راجح و غالب باشد.

و امّا اصل به معنای سوّمش یعنی استصحاب: این نیز عمومیّت دارد و مختصّ به بیع نیست بلکه در سایر عقود و ایقاعات نیز جاری می‌شود، فی المثل اجاره‌ای واقع شده و مستأجر مالک سکنای منزل تا یک سال شده و موجر قرار داد را یک طرفه و بدون رضایت مستأجر فسخ می‌کند، الان شک می‌کنیم که اثر اجاره یعنی ملکیّت مستأجر مرتفع شد یا کماکان باقی است؟ استصحاب بقاء اثر و عدم ارتفاع آن بوسیلهٔ فسخ، جاری می‌شود و هکذا در نکاح و... و در خصوص بیع هم قبلاً در توضیح معنای سوّم محاسبه کردیم.

وامّا اصل به معنای دوّم یعنی قاعده‌ای که از عمومات و اطلاقات بدست می‌آید و مفاد ادلهٔ اجتهادیّه است: اصل به این معنی نیز عمومیّت دارد و مخصوص بیع نیست زیرا ادله آن کلّی و عام هستند و بیشتر آنها سایر عقود و بلکه ایقاعات را نیز می‌گیرد. (گرچه قلیلی از آنها مخصوص بیع است مثل احلّ اللّه البیع، البیّعان بالخیار و... که

---

۱. حاشیه بر مکاسب (خیارات)، ص ۳. ۲. حاشیه بر مکاسب (کتاب الخیارات)، ص ۳.

خواهد آمد.) حال مرحوم شیخ می‌فرماید: ما این عمومات و مطلقات را یک بار در مبحث معاطات به مناسبت آوردیم ولی برای بار دوّم در اینجا (با توضیحات بیشتر) آنها را ذکر می‌کنیم تا مطلب را بر طالبش آسان کرده باشیم (و هم نکات جدیدی عائدش شود.) اینک بیان این عمومات و اطلاقها:

۱ـ قوله فمنها قوله تعالی اوفوا بالعقود[۱]:

یکی از عموماتی که دالّ بر لزوم هر عقدی است، آیهٔ و فای به عقد است، کیفیّت استدلال به آیه: سه بیان در رابطه باآیه ذکر می‌کنند:

بیان اوّل از خود مرحوم شیخ است: کلمهٔ «اوفوا فعل امر است و ظهور در وجوب دارد ای یجب الوفاء، وکلمهٔ «العقود» جمع باالف و لام است و مفید عموم است ای کلّ عقد، و معنای عقد هم یا مطلق عهد است (چه فعلی مثل معاطات و چه قولی، چه عهد مشدّد و چه غیر مشدّد، چه عقد مصطلح که دو طرف دارد و چه ایقاعات که یکطرفی است پس مثل نذر و عهد و یمین را نیز شامل است.) و در صحیحهٔ ابن سنان هم امام صادق علیه السلام عقود را به عهود تفسیر فرموده‌اند.[۲] و یا خصوص چیزی است که لغتاً و عرفاً بر آن عقد گفته می‌شود که خصوص عهد مشدّد است آنهم دارای دو طرف ایجاب و قبول، پس قدر مسلّم عقود شامل عقود مصطلح از قبیل اجاره و نکاح و... می‌شود و مخصوص بیع نیست. و معنای و فاکردن هم عبارتست از عمل نمودن به مفاد و مقتضای عقد، یعنی آنچه را صیغهٔ عقد به دلالت لفظی (مطابقه، تضمن، التزام که ظهوری و حجّت هستند.) بر آن دلالت دارد و قطع نظر از حکم شارع از صیغه استفاده می‌شود بدان وفاکن و آنها را اجراء و عملی و پیاده کن و انجام بده (نظیر اینکه شما نذر کردید که یک ماه در ساعت معیّنی تلاوت قرآن کنید، وفای به نذر آن است که دقیقاً مفاد نذرتان را عملی سازید.) با توجه به معنای مفردات آیه از لحاظ هیئت و مادّه، اینک در قالب مثالی مطلب را دنبال می‌کنیم:

اگر عقد شما از عقودی است که مفید تملیک است و شما با انشاء این عقد مالتان را به دیگری تملیک کردید (بیع یا اجاره مثلاً) وفای به عقد آن است که به مقتضا و آثار این

---

۱. سورهٔ مائده، ۱.
۲. تفسیر قمی، ج ۱، ص ۱۶۰.

تملیک پایبند و عامل باشیدیعنی آثار مالکیّت دیگری (مشتری مثلاً در بیع) را بر این مال مرتب سازید و در نتیجه امساک این مال و ندادن آن به مشتری نقض مفاد عقد است، دخل و تصرّف در این مال بدون اجازه و رضایت مشتری نقض مفاد عقد است. و طبعاً وقتی وفای به عقد و عمل به مقتضای آن واجب شد پس مخالفت با آن و نقض عقد وزیر پاگذاشتن آن و تصرّفات کذائی حرام خواهد بود (از باب اینکه امر به شیئی مقتضی نهی از ضدّ آن است).

آنگاه در ادامهٔ استدلال به آیه می‌گوئیم: آیه قیدی ندارد که چه نوع دخل و تصرّفی حرام است؟! بلکه از این ناحیه اطلاق دارد و مطلق دخل و تصرّف در آن مال را برای بایع حرام می‌کند و از جمله دخل و تصرّفی راکه بایع در مال می‌کند پس از فسخ یک جانبه و بدون جلب رضایت مشتری است، این نیز مشمول اطلاق آیه و حرام است و اگر اینهم حرام شد پس کشف می‌کنیم از اینکه معامله لازم است (از لازم به ملزوم می‌رسیم آنهم ملزوم مساوی که هر جا لزوم باشد این تصرّفات حرام است و هرگاه اینها حرام بود لزوم هم ثابت است.) و الّا وجهی برای حرمت این تصرّفات نبود، اگر معامله جایز و متزلزل بود چرا بدنبال فسخ هم بایع نتواند تصرّف کند؟ پس ما از آیهٔ وفای به عقد حرمت مطلق تصرّفات راکه حکم تکلیفی است بدست آوردیم و سپس از راه حکم تکلیفی به حکم وضعی استدلال کردیم (دلیل انّی و استدلال از لازم مساوی بر ملزوم و کشف ملزوم) و ثابت کردیم لزوم بیع را و هکذا در اجاره و نکاح و... که آیهٔ مذکور اختصاص به بیع ندارد.

قوله: بل قد:

تا به حال بر این مبنا بود که حکم وضعی جدای از حکم تکلیفی و قابل جعل است و در آیه به ملازمه حکم وضعی را بدست آوردیم (مبنای مشهور) ولی حال می‌گوئیم: اصلاً حکم وضعی قابل جعل نیست و صد درصد انتزاعی است و از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود و آنچه از آیه مستفاد می‌شود همان وجوب و فای به عقد و حرمت مطلق تصرفّات در مبیع است (برای بایع پس از بیع) و از این حرمت یک فساد و بطلان فسخی انتزاع می‌شود که معلوم می‌شود فسخ بایع بی اثر بوده و موجب انفساخ عقد نشده وگرنه

فساد فسخ یک حکم جدایی نیست. (مبنای شیخ که در اصول تحقیق کرده‌اند.[۱])

۲ـ قوله: و ممّا ذکرنا:

بیان دوّم در رابطه با مدلول آیه: علّامه ره در کتاب مختلف[۲] در باب سبق و رمایه این بحث را مطرح کرده که: آیا عقد مسابقه مفید لزوم است یا خیر؟ عدّه‌ای گفته‌اند عقد سبق مثل عقد جعاله و بلکه مصداقی از آن بوده و مفید جواز است. و عدّه‌ای آن را مثل اجاره مفید لزوم دانسته و به آیهٔ «اوفوا بالعقود» استدلال کرده‌اند. جناب علّامه در اعتراض به این گروه فرموده: آیهٔ مزبور دالّ بر لزوم عقد نیست بلکه مفاد آیه این است که باید به عقدتان وفا کنید یعنی بر طبق مقتضای آن عمل کنید آنگاه اگر مقتضای عقد لزوم باشد (مثل باب بیع و اجاره و...) باید بر طبق آن عمل شود لزوماً و اگر مفاد آن جواز باشد باید بر طبق آن عمل شود جوازاً (و به قول مرحوم سیّد در حاشیه: طبق کلام علّامه ره امر «اوفوا» ارشادی خواهد بود و نظیر این است که بگوییم: باید بر طبق تکالیف الهی عمل شود آنگاه اگر این تکالیف وجوبی است باید به نحو وجوب به آنها عمل شود و اگر استحبابی است باید به نحو استحباب با آن بر خورد شود که جواز ترک هم دارد[۳]) آنگاه به عقیدهٔ علّامه آیهٔ وفای به عقد هم با لزوم می‌سازد و هم جواز و خصوص لزوم کلّیهٔ عقود از آن بدست نمی‌آید.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از بیان اوّلی که ما داشتیم، وجه ضعف این بیان روشن می‌شود و آن اینکه مفاد آیه وجوب و وفا و عمل بر طبق مفاد و مقتضای عقد است، ولی اگر لزوم یا جواز در خود عقد قید شود و بگوید: «بعتک هذا الکتاب بکذا لزوماً» یا بگوید: «بعتک.. جوازاً»، خصوصیّت لزوم یا جواز هم در مدلول و مقتضای عقد داخل می‌شود و معنای وفای به عقد این است که با همهٔ قیود مأخود در عقد باید وفا شود ولی فرض ما جائی است که فقط گفته، «بعتک هذا الکتاب بکذا» و سخن از لزوم یا جواز به میان نیاورده در اینجا «اوفوا بالعقود» می‌گوید باید بر طبق مفاد عقد عمل شود و مفاد عقد اصل تملیک و نقل کتاب است به مشتری در برابر صد درهم مثلاً. و در این مضمون

---

۱. فرائد الاصول، ص ۳۵۰.
۲. مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۵۵.
۳. حاشیهٔ مکاسب سیّد، ص ۳، بخش خیارات.

و محتوا سخن از لزوم و جواز نیست (البتّه طبق معنای چهارم از معانی اصل، لزوم، مبنای اولی بیع و لازمهٔ طبیعت آن است ولی فعلاً در معنای دوّم آن یعنی قاعدهٔ مستفاد از عمومات و اطلاقات بحث داریم.) آنگاه لزوم وجواز از احکام شرعیّه و خارج از مضمون عقد می‌شوند و دلیل شرعی می‌طلبند و ما مدّعی هستیم که از خود آیهٔ اوفوا بالعقود لزوم استفاده می‌شود به بیانی که گذشت.

۳ـ قوله: و اضعف:

بیان سوّم دربارهٔ آیهٔ وفا به عقد: برخی از فقهاء که از نظر مدعّا با ما موافق هستند و اصل دلالت آیه را بر لزوم قبول دارند، در مقام بیان و استدلال دقّت لازم را نکرده و دچار خطا شده‌اند و آن این که: آیهٔ شریفه دو حکم را دلالت دارد: یکی تکلیفی که وجوب عمل به مقتضای عقد و حرمت نقض آن باشد و دیگری فساد و بطلان و لغویّت فسخ یک طرف بدون رضایت طرف دیگری و ظاهر بیان این بعض آن است که: هر دو حکم را در عرض هم و به دلالت مطابقی دلالت دارد.

مرحوم شیخ در رد این بیان می‌فرماید: همانطوری که در بیان اوّل گذشت مدلول مطابقی آیه یک حکم است و آن حکم تکلیفی وجوب وفا و حرمت نقض است و ما به دلالت التزامی و بالملازمه حکم وضعی فساد فسخ را از آن بدست آوردیم (استلزام عقلی) به بیانی که گذشت و گرنه کجای آیه ظهور در فساد و بطلان فسخ دارد؟! (التبه شاید مراد این بعض هم این باشد که مفهوم از آیه دو حکم است ولی به این نحو که یکی مدلول مطابقی و مفاد مستقیم و معنای اصلی آیه است که حرمت نقض باشد و دیگری مدلول تبعی و ملازمی آیه است که فساد فسخ باشد و الاّ اگر مرادش آن باشد که شیخ ره بر داشت کرد و ظاهرش نیز همان را نشان می‌دهد، باید گفت: علاوه بر اشکال شیخ، اشکال دیگری دارد که استعمال لفظ واحد در اکثر از معنای واحد باشد و در اصول خواندیم که چنین چیزی از محالات است.)

قوله: و من ذلک:

دومیّن آیه‌ای که برای اثبات اصالة اللزوم به آن استدلال شده و مخصوص بیع است آیهٔ

حلیّت بیع است که می‌فرماید: «احلّ اللّه البیع»[۱] کیفیّت استدلال: عدهٔ ای حلیّت در آیه را حلیّت وضعی یعنی صحّت گرفته‌اند ولی شیخ می‌فرماید: مراد حلیّت و اباحهٔ تکلیفی است (زیرا هم کلمهٔ احلّ ظهور در آن دارد و هم در مقابلش فرموده: «و حرّم الربوا» و به قرینهٔ مقابله مراد حرمت و حلیّت تکلیفی است.) البتّه حلیّت امضائی نه تأسیسی زیرا قبل از شرع اسلام هم نزد عقلاء عالم بیع حلال و جایز بوده، حال معنای آیه این است که خداوند بیع را حلال کرده است امّا چه چیز بیع را؟ چه امری از امور مربوط به بیع را؟ چه نوع تصرّفی از تصرفّات مربوط به بیع را؟ از این ناحیه آیه اطلاق دارد و جمیع تصرّفات را در همهٔ احوال و ازمنه شامل می‌شود و یکی از این تصرّفات، تصرّفی است که مشتری در مبیع انجام می‌دهد آنهم پس از فسخ بایع بدون رضایت مشتری (چون با رضایت او اقاله و تفاسخ طرفینی است و محذوری ندارد.) حال شک می‌کنیم که پس از فسخ یک طرفهٔ بایع آیا تصرّف مشتری در مبیع حلال است یا نه؟ به اطلاق آیه حکم به حلیّت و جوار آن می‌کنیم و اگر این تصرّفات حلال بود کاشف از این است که آن فسخ بایع لغو و باطل و بی اثر است و وجودش کالعدم می‌باشد و لزوم هم غیر از این نیست که قابل فسخ نباشد و صد بار هم طرف رجوع کند و فسخ نماید، معامله باطل نمی‌شود. پس آیهٔ مزبور هم به بیانی که ذکر شد بر اصل لزوم در بیع دلالت دارد.

قوله: و منه یظهر:

سومّین آیه‌ای که برای قاعدهٔ لزوم به اطلاق آن استدلال شده آیهٔ تجارت است که در ادامه‌اش فرموده: «الّا ان تکون تجارةً عن تراضٍ»[۲] کیفیّت استدلال: به حکم این مستثنی، تجارت ناشی از تراضی طرفین سبب جواز اکل و تصرّف هر کدام از طرفین است در آنچه از دیگری به او منتقل شده، پس مشتری حق دارد در مبیع تصرّف کند و تصرّفش اکل مال به باطل نیست، امّا چه نوع تصرّفی و در چه حالی از احوال و در کدام زمان از ازمنه برای او جایز و حلال است؟ آیه از این حیث اطلاق دارد یعنی هر نوع تصرّفی و در هر زمانی و هر حالی از احوال، و یکی از این تصرّفات تصرّفی است که مشتری در مبیع می‌کند پس از فسخ یک جانبهٔ بایع، و اطلاق آیه می‌گوید: این تصرّف نیز

---

۱. سورهٔ بقره، ص ۲۷۵.
۲. سورهٔ نساء، ص ۲۹.

حلال و جایز است و اکل مال به باطل نیست، و لازمهٔ حلیّت این تصرّف آن است که پس فسخ بایع لغو و بی‌اثر است و لزوم یعنی همین که فسخ یک طرف فاسد و بی اثر بوده و موجب انفساخ معامله نشود. پس این آیه نیز با الملازمه بر لزوم دلالت دارد.

قوله: فدلالة:

تا به حال سه آیه را مطرح ساختیم و نتیجهٔ هر سه آیه این شده که اصل در عقود یا بیع و تجارت لزوم است و در هر سه آیه از اطلاق استفاده کردیم و از راه حکم تکلیفی به ملازمه به حکم وضعی رسیدیم پس دلالت هر سه به یک منوال است ولی دو آیهٔ اخیر (آیه حلیّت بیع و آیه تجارت) قابل مناقشه می‌باشند به این بیان مقدمّه: حکم حدوثاً و بقائاً تابع موضوع است و تا زمانی که موضوع باشد حکم نیز هست و همینکه موضوع معدوم یا مشکوک شد حکم نیز معدوم یا مشکوک می‌گردد با این مقدّمه می‌گوئیم:

موضوع در آیهٔ حلیّت بیع، خود بیع و معامله است و در دوّمی تجارت از روی تراضی است و پیش از فسخ یک طرفهٔ بایع این موضوع محرز است و اگر شک کنیم شک در امر زائدی است و از اطلاق آیه استفاده می‌کنیم و این شرط لازم در تمسّک به هر عام یا مطلق است، امّا پس از فسخ بایع الان شک داریم که این فسخ مؤثر شد یا نه؟ آیا حلیّت تصرّف و اکل مال به باطل نبودن را مرتفع کرد یا نه؟ حق نداریم به اطلاق آیه استناد کنیم زیرا پس از فسخ اصل بیع یا تجارت بودن مشکوک است و تا احراز نشود نتوان گفت این تصرّفات حلال است یا نه؟ وگرنه تمسّک به عام یا مطلق در شبههٔ مصداقیه، دلیل عام خواهد بود که به اتفاق کلمه جایز نیست. و لذا ناگزیر از استحصاب بقاء آثار (ملکیّت و جواز تصرّفات) استفاده کنیم و در این صورت اصل و قاعدهٔ مذکور صد درصد قاعدهٔ لفظی و مستفاد از عموم و اطلاق نخواهد بود که مطلوب و مدعّای ما است.

(البته نظیر این اشکال به آیهٔ وفای به عقد هم شده که پس از فسخ بایع اصل عقد و وفای به آن مشکوک است و موضوع محرز نیست تا وجوب و فائی ثابت شود یا خیر؟ ولی در آنجا پاسخ داده‌اند که: همینکه وفا واجب شد و نقض مضمون حرام باشد به قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع استفاده می‌کنیم که دائماً و در هر زمانی حرام است و حتّی پس از فسخ را نیز می‌گیرد و بالملازمه دال بر لغویّت فسخ می‌شود و... ولی اینهم اشکالش این استکه: حرمت نقض از باب دلالت امر به شیئی بر نهی از ضدّ است و از

نظر متأخرین امر به شیئی مقضی نهی از ضدّ نیست و لذا استدلال به آیهٔ او فواهمناتمام است.)

قوله: و منها:

چهارمین آیه‌ای که برای قاعدهٔ لزوم بدان استدلال شده صدر آیهٔ تجارت است: «و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل»[1] بیان استدلال: اکل اعمّ از اکل اعتباری (تصرّف کردن) و اکل خارجی و حقیقی است که در بعضی از اموال وجود دارد و منظور مطلق تصرّف در مال دیگران است. و باطل هم به معنای عرفی کلمه است (و شرعاً معنای جدیدی پیدا نکرده تا بر آن حمل شد.) یعنی بیهوده، بدون جهت، بدون مجوّز، نادرست (کسی که به زور مال کسی را بگیرد عقلا می‌گویند کار درستی نکردی) و کلمهٔ «الباطل» یا الف و لامش استغراقی است ای کلّ وجه من وجوه الباطل و یا الف و لام جنس است که بر هر فردی از افراد باطل صدق می‌کند، آنگاه معنای آیه این است که: تصرّف در اموال دیگران به هر شکلی اشکال، باطل و به هر نحوی و وجهی از انحاء و جهات، باطل و در هر زمانی و در هر حالی حرام است (نهی لا تأکلو مفید حرمت است) آنگاه آیه به عمومش شامل می‌شود آنجائی را که بایع مثلاً پس از تمام شدن معامله پشیمان شده و بدون رضایت مشتری معامله را فسخ می‌کند و سپس در مال مشتری دخل و تصرّف می‌نماید، این نیز مشمول آیه و اکل مال به وجهی از وجوه باطل است و بر بایع حرام است و از راه حرمت این تصرّف، کشف می‌کنیم که فسخ و رجوع بایع لغو و فاسد و بی اثر بوده (وگرنه تصرّف جایز می‌شد» و معنای لزوم جز این نیست که قابل فسخ نباشد.

البته مواردی داریم که و لو از نظر فهم عرف، اکل مال به باطل شمرده می‌شود ولی شارع مقدّس اذن و ترخیص داده و این نه بدان معنی است که این موارد هم واقعاً اکل مال به باطل است و موضوعاً داخل است ولی حکماً خارج شده، خیر اگر چیزی واقعاً اکل مال به باطل بود حکمش حرمت است و استثنا ندارد. بلکه بدان معنی است که این موارد در واقع و عند اللّه اکل مال به باطل نیست و موضوعاً و تخصّصاً بیرون است و عرف و عقلا اشتباه کرده و خیال کرده‌اند که اینها از مصادیق باطل‌اند و شارع آنها را

---

۱. سورهٔ نساء، ص ۲۹.

تخطئه کرده و اشتباهشان را بر ملا می‌کند. و آن موراد عبارتند از:

۱ـ حق المارّه: کاروانی که از مسیری عبور می‌کند و درختان میوهٔ باغات به درون راه سایه افکن شده و کاروان از زیر درختان عبور می‌کند در اینجا با شروطی که در باب خودش بیان شده کاروان حق دارند از این میوه‌ها استفاده کنند، و از نظر عرف چنین استفاده‌ای از مصادیق اکل مال به باطل است ولی شارع در آن ترخیص و اذن داده و بیان کرده که این اکل مال به باطل نیست

۲ـ حق الشفعه: شریکی حصّهٔ مشاع خویش را به فرد ثالثی فروخته، شریک دیگر تا مطلّع شد اخذ به شفعه کرده و بدون رضایت مشتری حصّه دیگری را به ملک خویش در می‌آورد، در اینجا هم عرفا چنین کاری از مصادیق اکل مال به باطل است ولی شرع مقدّس اذن داده و بدین وسیله عرف را تخطئه کرده است.

۳ـ حق الخیار معامله تمام شد و عرفاً لازم گشت و بایع حق ندارد آن را فسخ کند و مبیع را به ملک خود برگرداند و عرفاً اکل مال به باطل است ولی در مواردی شارع بنا به مصالحی برای او حق الخیار قرار داده و به او اذن در فسخ داده است و اینهم از موارد تخطئه عرف است.

حال در ما نحن فیه هم مطلب همین است یعنی عرفاً فسخ بایع و سپس تصرّفش در مبیع، اکل مال به باطل است و... به همان بیانی که در استدلال ذکر شد، آری اگر دلیل خاص شرعی بر جواز و تزلزل داشتیم چنانکه در عقود جایزه داریم (چه آنها که اوّلاً و با لذات جایز می‌باشند و چه آنها که ثانیاً و بالعرض جایز هستند.) حکم به جواز می‌کردیم و این دلیل کاشف از این بود که در واقع واهب یا بایع مثلاً نسبت به عین حقّی دارد و عرف از آن خبر ندارد، ولی فرض ما موردی است که چنین دلیلی نداریم و لذامی گوئیم: عرفاً تصرّف بعد از فسخ اکل مال به باطل است شرعاً هم مانعی نرسیده و آن را تجویز نکرده پس به عموم و اطلاق آیه ثابت می‌شود که حرام است و از این راه بی اثر بودن فسخ را کشف می‌کنیم و معنای لزوم هم همین است.

قوله: و ممّا ذکرنا:

تا به حال به عمومات و اطلاقات آیات استناد می‌کردیم و از این به بعد به روایات که آنها نیز دلیل اجتهادی هستند استناد می‌کنیم: یکی از این روایات که پنجمین دلیل می‌باشد

حدیث نبوی (ص) است: لا یحّل مال امرء مسلم الاّ عن طیب نفسه[۱] کیفیت استدلال به این حدیث از وجه استدلال به آیهٔ لاتأکلوا روشن شد و آن اینکه: مال هیچ مسلمانی بدون رضایت و طیب نفس او برای دیگران حلال نیست و تنها در صورت رضایت مالک، تصرّف در آن مال حلال است و گرنه حرام می‌باشد و این مفهوم از این حیث اطلاق دارد که چه تصرّفی؟ در چه زمانی؟ در چه حالی؟ و به اطلاقش هر تصرّفی را در هر زمانی شامل است و یک از آنها تصرّفی است که بایع (مثلاً) پس از فسخ یک جانبهٔ معامله در مبیع انجام می‌دهد بدون رضایت مشتری، این نیز حرام است و از راه حرمت کشف می‌کنیم که فسخ بایع بی تأثیر بوده (وگرنه چرا این تصرّفها حرام باشد؟!) و معنای لزوم نیز همین است که اثر مالکیّت مشتری باقی است و با فسخ بایع مرتفع نشده و قابل ارتفاع هم نیست.

قوله: و منها:

دومیّن روایت و در واقع ششمین دلیل از ادلهٔ اصل لزوم بیع، حدیث سلطنت است: «الناس مسلّطون علی اموالهم»[۲] کیفیّت استدلال: اصل سلطنت انسانها بر مالشان قبل از شریعت اسلام نیز بوده و لذا شارع مقدّس مؤسس نیست بلکه نقش تاکیدی و امضائی دارد و همان را که عرف قائل بود امضا کرده است. پس مردمان عرفاً و شرعاً بر اموال خویش سلطنت دارند، امّا چه نوع سلطنتی؟ در چه زمان و حالی؟ از این جهات حدیث اطلاق دارد و حذف متعلّق مفید عموم است یعنی هر نوع سلطنت، پس انسانها سلطنت عامّه دارند و کسی حق مزاحمت در اموال آنها را ندارد، و هر آنچه با این سلطنت عامّه منافات داشته باشد باطل ومردود است، یکی از امور منافیه با سلطنت مالک عبارتست از جواز و تزلزل عقد و اینکه بایع بتواند عقد را فسخ کند و مال را از دست مشتری بگیرد و به ملک خویش در آورد و... که همهٔ اینها با سلطنت عامّه منافی است و چون سلطنت عامّه ثابت است تمام این منافیات مردود و باطل خواهد بود و بایع حق فسخ و اخذ و تملّک و تصرّف ندارد و معنای لزوم جز این نیست.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۳۱، ص ۴۲۵، حدیث ۳، عو الی اللآلی، ج ۲، ص ۱۱۳، حدیث، ۳۰۹.
۲. بحار الانوار، ج ۲، ص ۲۷۱، حدیث ۷.

(محقّق اوّل در شرایع[۱] و علّامه در پاره‌ای از کتابهایش[۲] در باب قرض فتوی داده‌اند که پس از تحقّق قرض، قرض دهنده حق رجوع ندارد و برای این مطلب استدلال کرده‌اند به اینکه: قرض مملّک است و مقترض مالک قرض شده و الناس مسلطون علی اموالهم و لذا مقرض حق ندارد آنرا پس بگیرد.)

قوله: و منها:

سوّمین حدیث و هفتمین دلیل از ادلهٔ لزوم بیع، حدیث نبوی دیگری است که می‌فرماید: «المؤمنون عند شروطهم»[۳] عده‌ای از فقهاء منجمله مقدّس اردبیلی در مجمع الفائدة[۴] به این حدیث استناد کرده و حکم به لزوم بیع کرده‌اند و بیانشان این است که: شرط در لغت عرب به معنای مطلق التزام و تعهّد و چیزی را به عهده گرفتن است چه التزامهای ابتدائی و استقلالی که در ضمن عقدی نیست و ربطی به چیز دیگر ندارد بلکه ابتدا به ساکن و مستقل است و چه التزامهای ضمنی و تبعی که در ضمن عقدی صورت می‌گیرد و مثلاً در ضمن عقد بیع یا اجاره یا نکاح و... چیزی را به عهده می‌گیرد و نامش شرط ضمن العقد است.

آنگاه طبق معنای مذکور می‌گوئیم: عقد (عقد بیع مثلاً یا اجاره و...) نیز نوعی شرط و التزام و تعهّد است که هر کدام از طرفین ملتزم می‌شوند که عوض را فراهم کرده و به دیگری تحویل دهند و... و مشمول حدیث نبوی می‌شود «ای المؤمنون عند عهود هم و عقود هم،» و معنای اینکه مؤمنان نزد عهد و پیمانهای خویش هستند و پای آنها می‌ایستند، آن است که: وفای به عهد واجب است و نشانهٔ ایمان است و باید پای عقد بایستند، و اگر پایبندی به عقد واجب است، به حکم اینکه امر به شیئی مقتضی نهی از ضدّ است، تخلّف و تعدّی از عهد و عقد حرام می‌شود و ضمناً این حرمت تعدّی مطلق است یعنی هر نوع تعدّی و تجاوز و تخطّی را شامل می‌شود و از جملهٔ این تعدّی‌ها همان است که بایع یک طرفه معامله را فسخ کند و در مبیع تصرّف کند که پای عقدش نایستاده و اطلاق حدیث این را هم تحریم می‌کند و از اینجا کشف می‌کنیم که پس فسخ بایع لغو و

---

۱. شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۶۸.
۲. تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۶.
۳. تهذیب، ج ۷، ص ۳۷۱، حدیث ۱۵۰۳.
۴. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۳۸۳.

بی اثر بوده و هو معنی اللزوم (به همان بیان که به آیهٔ اوفوا بالعقود استدلال شد به این حدیث نیز استناد شد.)

قوله: لکن:

مرحوم شیخ این استدلال را قبول ندارند و می‌فرمایند: متبادر از کلمهٔ شرط عبارتست از شرطها و التزامهای تبعی و در ضمن عقدی از عقود، و اطلاق ندارد و التزامهای ابتدائی و استقلالی را شامل نیست تا به درد ما بخورد و عقود را هم بگیرد و برای این مدعّا دو شاهد از روایات و یک شاهد از قول اهل لغت می‌آورند که در مجموع سه شاهد می‌شود:

۱ـ امام سجّاد(ع) در دعای توبه پس از اینکه از خداوند تقاضا می‌کند که توبه‌اش را بپذیرد و... عرض می‌کند: «و لک یا ربّ شرطی اَلّا اعود فی مکر و هک و عهدی ان اهجر جمیع معاصیک[1]» یعنی متقابلاً در برابر قبول توبه از طرف تو، من نیز ملتزم می‌شود که هرگز به مکروه تو و (کاری که تو از آن کراهت و نفرت داری) بر نگردم و تعهّد می‌کنم که کلیّهٔ معاصی تو را ترک کنم. که بعضی گفته‌اند این شرط و تعهّد در ضمن قبول توبه است و امام گویا می‌فرماید: تو ای خدایا توبه‌ام را بپذیر ضمناً من هم تعهّد می‌کنم که چنین و چنان کنم، پس شرط در کلام امام سجّاد(ع) در شرط ضمنی استعمال شده است.

۲ـ در اوایل دعای ندبه پس از اینکه می‌خوانیم: «اللهّم لک الحمد علی ماجری به قضائک فی اولیائک الذیّن استخلصتهم لنفسک و دینک اذ اخترت لهم جزیل ما عندک من النعیم المقیم الذی لازوال له و لا اضمحلال» سپس می‌فرماید: «بعدان شرطت علیهم الزهد فی درجات...» و این شرط ضمنی و در ضمن جعل ولایت برای انبیاء و اولیاء و اعطای نعمتهای جاویدان و بی زوال است که آن مقامات را دارید، در ضمن باید زهد در دنیا را هم مراعات کنید. باز کلمهٔ شرط در کلام امام زمان(ع) در دعای ندبه در شرط ضمنی استعمال شده است

۳ـ قاموس اللغة می‌گوید: شرط عبارتست از الزام و التزام چیزی در ضمن بیع و

---

۱. صحیفهٔ سجادیّه دعای سی ام، ص ۱۶۶.

مانند آن[۱] که سخن از ضمنی و تبعی بودن به میان آورده و کلمهٔ «فی البیع و نحوه» بدان دلالت دارد. بنابر این‌حدیث مزبور قابل استدلال نیست و دلیل بر لزوم اصل بیع یا عقد دیگر نمی‌باشد. (البتّه این مطلب منافات دارد با آنچه بعداً در القول فی الشروط خواهد آمد که آنجا شرط را به مطلق الزام و التزام تفسیر کرده‌اند.)

قوله: و منها:

چهارمین روایت و هشتمین دلیل اجتهادی از ادلهٔ لزوم بیع، اخباری است که در باب خیار مجلس وارد شده که یکجا می‌گوید: «البیّعان بالخیار مالم یفترقا»[۲] و مفهومش این است که به محض تفّرق از مجلس، خیاری نیست و بیع برای همیشه لازم است. جای دیگر صریحاً می‌گوید: «فا ذا افترقا وجب البیع»[۳] و جای دیگر می‌گوید: پس از رضایت طرفین به معامله (وسقوط خیار مجلس) دیگر خیاری نیست و معامله لازم است[۴] در ضمن این روایات با اصل به معنای چهارم سازگارتر است که مقتضای طبیعت بیع لزوم است و خیار مجلس‌خارجی است و به محض ارتفاع آن اصل لزوم مستقر می‌شود... ولی به هر حال چون از دلیل اجتهادی بدست می‌آید نامش قاعدهٔ لزوم است.

این بود مجموعهٔ آیات و روایاتی که بیشتر آنها عموماً (در ضمن دلالت بر سایر عقود بر بیع هم دلالت داشتند.) و بعضی از آنها خصوصاً (مخصوص بیع بودند مثل: احلّ اللّه ابیع، البیّعان بالخیار و...) بر اصل لزوم در باب بیع دلالت داشتند و مطلوب ما همین است.

قوله و قد عرفت:

برای اصل چهار معنی ذکر شد که معنای اوّل باطل بود و سه معنای دیگر صحیح و قابل قبول بود و طبق هر سه معنی تکلیف بیع روشن می‌شود که اصل در بیع لزوم است: امّا اصل به معنای چهارم که قبلاً تبیین شد و دیدیم که مقتضای طبیعت بیع لزوم بود. وامّا

---

۱. القاموس، ج ۳، ص ۳۶۷ مادّهٔ شرط.
۲. وصائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۵، باب اوّل حدیث اوّل.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۶، حدیث چهارم.
۴. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۶، حدیث سوّم.

اصل به معنای دوّم هم مبسوطاً بیان شد و به حکم هشت دلیل ثابت کردیم که شرعاً بیع مفید لزوم است و قاعدهٔ اوّلی این است. و امّا اصل به معنای سوّم یعنی استصحاب: این نیز قبلاً تشریح شد که اصل لزوم است به این معنی که ملکیّت مشتری نسبت به مبیع پس از فسخ بایع نیز باقی است، بدیگر سخن: اثر عقد کماکان باقی و بر قرار است و مرتفع نشده و معنای لزوم جز این نیست.

حال گاهی گفته می‌شود: در قبال استصحاب مذکور، استصحاب دیگری قابل جریان است و آن عبارتست از استصحاب بقاء علقهٔ مالک اصلی (بایع مثلاً) بر عین، یا استصحاب عدم ارتفاع علاقهٔ مالک اوّل از عین بدین معنی که قبلاً بایع نسبت به مبیع علاقه و ارتباطی داشت حال بعد از فروختن و سپس رجوع و فسخ کردن شک می‌کنیم که آیا علاقهٔ او باقی است یا مرتفع شد؟ اصل عدم ارتفاع جاری می‌کنیم.

سؤال: دلیل این اصل چیست؟ جواب: از ظاهر کلمات علماء بر می‌آید که اتّفاق نظر دارند بر این مطلب که در مواردی که معامله متزلزل و خیاری است و جناب بایع حق الخیار دارد علاقهٔ او به کلّی از عین منقطع و مسلوب نگشته هر چند بسیار ضعیف شده و طناب ملکیّت تبدیل به موئی شده است و همان علاقهٔ قبلی باقی است و می‌تواند فسخ کند و آن را مستحکم و قوی سازد، و بحث ما در فرضی است که وجود چنین حقّی محرز نیست زیرا شک در لزوم و جواز داریم و اصل لزوم و جواز هم در سایه تعارض جاری نمی‌شوند نوبت می‌رسد به اینکه علاقهٔ ملکیّت باقی است یا نه؟ اگر لازم بود علقه قطع شده بود و اگر جایز بود علقه باقی بود و چون محرز نیست علقه هم مشکوک البقاء است و جای استصحاب بقاء علقهٔ مالک اصلی است و در نتیجه اگر فسخ کرد فسخش صحیح و مؤثر بوده و معامله را باطل می‌سازد و ملکیّت مشتری را بهم می‌زند و نتیجهٔ این استصحاب عدم لزوم است و با استصحاب لزوم تعارض و تنافی دارد و بلکه بر آن حکومت و تقدّم دارد (زیرا اصل سببی است و بر اصل مسبّبی مقدّم است، بیان مطلب:

شک ما در اینکه بعد از فسخ بایع آیا ملکیّت مشتری باقی است یا نه؟ اثر العقد بر قرار است یا نه؟ مسبّب از شک در بقاء علاقهٔ مالک اصلی و ارتفاع آن است و در ناحیهٔ سبب وقتی بقاء علاقهٔ مالک، استصحاب شد نوبت به استصحاب ملکیّت مشتری

نمی‌رسد و حتماً مالکیّت او با فسخ بایع باطل شده است. پس جای استصحاب لزوم نیست.

قوله: و ردّ:

در پاسخ سخن مذکور و اجراء استصحاب بقاء علاقه و حتّی حکومت آن بر استصحاب لزوم می‌گوئیم: منظورتان از بقاء علاقهٔ مالک چیست؟ چهار احتمال وجود دارد و هر کدام که مراد باشد مبتلا به اشکال است:

۱ـ منظورتان این است که پس از بیع هم خود ملکیّت بایع باقی و برقرار است جوابش آن است که: این از محالات است زیرا بیع قطعاً صحیح و مؤثر بود و عبا به ملک مشتری منتقل شد و معقول نیست که هم زمان بر ملک بایع هم باقی باشد و اجتماع دو مالک بر ملک واحد شخصی محال است.

۲ـ منظور این است که: و لو پس از بیع خود ملکیّت باقی نسیت و به مشتری منتقل شده ولی آثار و متفرّعات ملک کما کان برای بایع باقی و محفوظ است و لذا می‌تواند فسخ کند و به ملک خویش برگرداند. اشکال این احتمال هم آن است که: ملک، اصل و این آثار فرع است و معقول نیست که اصل برود ولی فروعات باقی بماند.

۳ـ منظور این است که پس از بیع، مالکیّت بایع و آثار آن تماماً به مشتری منتقل شده ولی بایع سلطنت دارد که معامله را فسخ کند و مجدّداً مال را به ملک خود در آورد و اعادهٔ ملک نماید. اشکال این احتمال آن است که: سلطنت بر اعاده قبل از بیع بوده یا پس از آن حادث شده؟ امّا پیش از بیع، چنین سلطنتی معقول نیست و مالک بودن با سلطنت بر اعاده جمع نمی‌شود زیرا اعاده به ملک فرع بر خروج از ملک است و تا مال از ملک بایع در نیامده اعاده به ملک معنا ندارد تا سلطنت بر آن معقول باشد. و امّا پس از بیع، حدوث چنین سلطنتی دلیل می‌طلبد و در مواردی که خیار برای بایع مسلّم شده این سلطنت دلیل دارد ولی در ما نحن فیه فرض ما این است که دلیلی نداریم و بر فرض شکّ در وجود و عدم این سلطنت، اصل عدم حدوث جاری می‌شود و وجهی برای استصحاب به این معنی نیست.

۴ـ منظور همان باشد که قبلاً از فاضل تونی نقل شد: پس از بیع مادام المجلس باقیاً بایع خیار مجلس و سلطنت بر فسخ و اعادهٔ ملک دارد و پس از تفرّق از مجلس معامله

شک در بقاء خیار و سلطنت مزبور داریم استصحاب بقاء خیار جاری کنیم و بگوئیم باز هم این حق محفوظ است و اگر اِعمال کرد و معامله را فسخ کرد، مبیع به ملک او بر می‌گردد. این احتمال هم سه اشکال دارد:

۱ـ در مواردی که در معامله خیار مجلس نیست (چه ذاتاً و بالاصالة در مثل بیع دین علی من هو علیه و چه بالعرض که در سایهٔ اسقاط خیارات پیش از عقد یا در ضمن عقد، خیار مجلس ساقط شده و پس از بیع ولو مجلس باقی باشد خیاری ندارد.) و قطع به عدم داریم جای استصحاب بقاء خیار نیست پس دلیل اخصّ از مدّعا است. مدّعا کلیّت اصل عدم لزوم است ولی دلیل شما بعض موارد را شامل نشد.

۲ـ چه در بیع خیار مجلس باشد یا نه بر یک مبنای اصولی جای استصحاب بقاء خیار نیست. توضیح مطلب: در اصول این بحث مطرح بود که اگر عامّی داشتیم که ازمانی بود و مثلاً صد روز را شامل بود سپس بدلیل خاص روز دهم از حکم عام خارج شد و روز یازدهم شک کردیم که حکم خاص کما کان ادامه دارد یا جای رجوع به عام است؟ در اینجا اگر عموم عام نسبت به ازمنه استغراقی و انحلالی باشد و هر زمان و روزی یک فرد جدا باشد نسبت به روز یازدهم و غیره اگر شک کردیم جای مراجعه به عام است نه جای استصحاب که موضوعش عوض شده است و اصالة العموم تکلیف فرد مشکوک را روشن می‌سازد و از باب شک در تخصیص زائد است. ولی کلام در فرضی است که عموم عام نسبت به صد روز (مثلاً استمراری باشد یعنی یک حکم است که از روز اوّل تا روز صدم ادامه دارد اینجا است که اگر به دلیل خاص در روز دهم این حکم قطع شد و حکم دیگری آمد و روز یازدهم شک کردیم جا دارد بحث کنیم که جای استصحاب حکم خاص است یا جای عموم عام؟ و در اصول تفصیلاً بحث شده و هر کدام دلایلی دارد که فعلاً درصدد آن نیستیم و باید رسائل دیده شود[1] حال که این مطلب روشن شد می‌گوئیم:

بنابر اینکه در این موارد جای مراجعه به عموم باشد در ما نحن فیه هم نسبت به زمان شک (پس از تفرق از مجلس و فسخ کردن بایع) جای استصحاب خیار مجلس

---

۱. فرائد الاصول، ص ۳۷۵.

نیست بلکه جای مراجعه به عموم اوفوا بالعقود است که همهٔ از منهٔ پس از عقد را می‌گیرد و نیم ساعت اوّل که مجلس عقد باقی بود بدلیل خاص خارج شده و در زائد بر آن اگر هم شک کنیم جای عموم اوفوا بالعقود است که مفید لزوم است. باز استصحاب خیار رد شد.

۳ـ پس از اینکه اخبار متواتر داریم مبنی بر اینکه خیار مجلس مادام فی المجلس است و پس از تفرّق قطعاً معامله لازم می‌شود و جای خیار نیست، دیگر نوبت به استصحاب بقاء خیار نمی‌رسد با وجود دلیل قطعی اجتهادی که جای اصل نیست. در نتیجه: اصل یعنی استصحاب بقاء علاقهٔ مالک به هر نحوی که محاسبه شد، باطل و مردود شد و استصحاب لزوم بلامعارض و سالم از اصل سببی حاکم می‌شود و طبعاً قابل جریان خواهد بود.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به این که جواب دوّم و سوّم شما نا تمام است زیرا از فرض بحث خارج شدید، مفروض بحث ما جائی بود که عموم و دلیل اجتهادی نباشد یا از آن قطع نظر شود و فقط روی اصل تکیه کنیم و گرنه باطرح دلیل اجتهادی نه جای استصحاب علاقهٔ مالک است و نه جای استصحاب لزوم و بقاء اثر عقد است و هر دو بر کنار می‌شود نه اینکه استصحاب مخالف برود و استصحاب موافق بماند.

(نکته: جواب چهارمی از استصحاب بقاء خیار می‌توان داد و آن اینکه: پس از مجلس که بایع پشیمان شده و معامله را فسخ کرده و شما استصحاب بقاء خیار می‌کنید، می‌پرسیم: این چه نوع خیاری است؟ آیابقاء خیار مجلس را استصحاب می‌کنید؟ این فرد قطعاً مرتفع شده و مقیّد به مجلس بود و با قطع به عدم جای استصحاب نیست چون شک در بقاء نداریم. یا خیار دیگری را استصحاب می‌کنید؟ این فرد هم طبق مفروض بحث ما از اوّل مشکوک الحدوث است و یقین سابق نداریم تا استصحاب کنیم. یا کلّی و طبیعی خیار را استصحاب می‌کنید؟ اینهم که از نوع استصحاب کلّی قسم ثالث است و در اصول به اثبات رسیده که چنین استصحابی قابل جریان نیست[۱] بنابر این هر طوری

---

۱. فرائد الاصول، ص ۳۷۲.

که حساب کنیم استصحاب بقاء خیار جاندارد و قابل جریان نیست. و استصحاب لزوم حاکم و جاری است.)

قوله: ثم انّه: علّامه

در مختلف در باب عقد مسابقه این بحث را مطرح کرده که: آیا این عقد از عقود لازمه است؟ یا از عقود جایزه؟ خودش فرموده: اصل عدم لزوم است[۱] و متأخرین از علامّه[۲] در مقام رد آن تنها به این اکتفا کرده‌اند که: «اوفوا بالعقود» به عمومش عقد مسابقه را نیز شامل و دالّ بر لزوم آن است. ولی شیخ می‌فرماید: نه علّامه تقریر روشنی از اصل عدم لزوم ارائه کرده و برای آن دلیل آورده و نه متأخرین توضیح روشنی در ارتباط با شمول آیهٔ «اوفوا» دارند و لذا خودما چنین می‌گوییم:

اگر عقد از عقودی باشد که مفید تملیک فعلی و به مجرّد عقد است (مثل بیع و اجاره) یا مفید تسلیط فعلی است و لو تملیک نباشد (مثل وکالت که وکیل مسلّط بر تصرّف در مال موکّل است ولی مالک نیست.) در اینجاها پس از شک در بقاء ملکیت و سلطنت، جای استصحاب بقاء ملکیت و سلطنت است که همان استصحاب لزوم باشد و با فسخ یک طرف از بین نمی‌رود. مگر طرفین تراضی به فسخ داشته باشند که نامش اقاله است. ولی اگر عقد از عقودی باشد که نه مفید ملکیّت فعلی و نه سلطنت فعلی است و صرفاً ملکیّت و سلطنت تعلیقی درست می‌کند مثل عقد سبق و رمایه که اگر طرف برنده شد و به خط پایان مسابقه زودتر از دیگری رسید یا تیر را بیشتر به هدف زد آنگاه مالک جایزه می‌شود نه از آغاز عقد (وصیّت نیز چنین است که پس از مرگ موصی، موصیٰ له مالک می‌شود.) در اینگونه موارد سخن علّامه صحیح است و اصل عدم لزوم است یعنی اگر پس از عقد و قبل از رسیدن به پایان خط یک طرف مسابقه را بهم زد و رجوع کرد باید گفت رجوح صحیح است چون هنوز ملکیتی و سلطنتی نیامده تا استصحاب بقاء داشته باشد (مگر کسی استصحاب تعلیقی را جاری بداند.) وگرنه کلام علامه و اصل عدم لزوم کلیّت ندارد و به درد غیر مسابقه و مرامات نمی‌خورد.

---

۱. مختلف الشیعه، ج ۶، ص ۲۵۵.

۲. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۳۲۶ و جواهر الکلام. ج ۲۸، ص ۲۲۳.

قوله: ثمّ انّ:

دانستیم که مقتضای عمومات و مطلقات لزوم است (در خصوص بیع یا در کلّیهٔ عقود) حال در چه مواردی به عمومات مزبور استناد کرده و حکم به لزوم عقد می‌کنیم؟ در مواردی که به دلیل خاص یقین داریم که فلان عقد شرعاً مفید لزوم است به همان دلیل عمل می‌شود و تابع دلیل هستیم و نوبت به عمومات و اصالة العموم نمی‌رسد. و در مواردی که به دلیل خاص یقین به عدم لزوم فلان عقد پیدا کردیم و قاطع شدیم که از عقود جایزه است یا حجّت معتبری جواز را ثابت کرد (مثل هبه) باز تابع دلیل هستیم و حکم به جواز می‌کنیم و جای استناد به عمومات لزوم نیست. انّما الکلام در موراد شک است که نوبت به تمسّک به عمومات می‌رسد و موارد شک هم دو مورد است:

۱ـ در شبهات حکمیّه که شک ما در حکم شرعی است و نمی‌دانیم آیا شارع حکم به لزوم کرده یا خیر؟ اینجا به عمومات لزوم مراجعه کرده و به حکم اصالة العموم حکم به لزوم فلان عقد می‌کنیم، فی المثل در عقد مسابقه دلیلی بر لزوم یا جواز آن قائم نشده و حکم شرعیِ آن برای ما مشکوک است و از عمومات استفاده می‌کنیم (و نیز اگر وضع کلّی عقدی روشن است که مفید لزوم است، مثلاً بیع است و لزوم آور ولی در نوع خاصّی از آن مثلاً بیع نسیه شک داریم که اینهم مفید لزوم است یا خیر؟ باز شبههٔ حکمیّهٔ است و باید شارع حکم آن را بیان کند و با عمومات مزبور حکمش را بیان کرده و آن لزوم است.)

۲ـ در شبهات موضوعیّهٔ مصداقیّهٔ که شک ما در حکم فرد خارجی است که نامش فرد مردّد است و نمی‌دانیم آیا مفید لزوم است یا نه؟ مثلاً تملیکی در خارج صورت گرفته ولی نمی‌دانیم که به نحو هبه بوده تا جایز باشد و واهب حق رجوع داشته باشد؟ یا به نحو بیع است تا لازم بوده و بایع حق فسخ نداشته باشد؟ در اینجا چه باید کرد؟

مقدمه: در اصول بخشی داشتیم که آیا تمسک بعام در شبهات مصداقیه دلیل خاص جایز است یا نه؟ فی المثل عام می‌گوید: «اکرم العلماء» و خاص می‌گوید: «لاتکرم الفاسقین منهم» و حاصل جمع آن دو این است که: اکرام علمای غیر فاسق واجب است و اکرام دانشمندان فاسق حرام است آنگاه در خارج صدها فرد داریم که عالم غیر فاسق‌اند و اکرامشان حرام است و خاص نسبت به آنها حجیّت دارد و چند مصداق هم داریم که

عدالت و فسق آنها مشکوک است و اینها را فرد مردّد می‌گویند حال آیا نسبت به این موارد (شبههٔ مصداقیّه) حق داریم به عموم عام تمسّک کنیم یا نه؟ به مشهور نسبت داده شده که تمسّک به عام در شبهات مصداقیّه جایز است. ولی متأخّرین نوعاً تمسّک به عام را در شبهات مصداقیّه جایز نمی‌دانند و هر کدام دلیل دارند که در جای خود مطرح است[۱]، با حفظ این مقدّمه می‌گوئیم:

ما نحن فیه از همین قبیل است: عموماتی داریم که مفید لزوم هر عقدی هستند و دلایل خاصّی داریم مبنی بر اینکه عقد هبه مفید لزوم نیست و الان در خارج تملیکی صورت گرفته که نمی‌دانیم آیا بیع است تا از عقود لازمه باشد؟ یا هبه است تا از عقود جایزه باشد؟ در این فرد مردّد باید بر مبانی مذکور در اصول مشی کنیم: اگر مثل مشهور تمسّک به عام را در شبهات مصداقیّه جایز دانستیم، در اینجا هم نسبت به فرد مردّد از اصالة العموم در «اوفوا بالعقود» و مانند آن استفاده کرده و حکم به لزوم می‌کنیم و چون دلیل اجتهادی و اصل لفظی است مثبتات آن نیز حجّت است یعنی بدین وسیله بیع بودن آن تملیک هم ثابت می‌شود و تمام احکام و آثار بیع هم مترتّب می‌شود که عوض داشتن باشد، ضمانت عند التلف باشد و...

و امّا اگر مبنای متأخّران را انتخاب کردیم و گفتیم تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّه جایز نیست، در اینجا نسبت به تملیک مزبور نه جای استناد به عمومات لزوم است و نه جای تمسّک به خصوصات هبه، و حکم فرد مشکوک را از خارج باید بدست آورد و آن اینکه دست ما از دلایل اجتهادی کوتاه شده و نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل عملی حکم به لزوم آن تملیک می‌کند به این معنی که علی الفرض اصل تملیک مسلّم است و کتاب ملک بکر شده ولی لزوم و جواز یا بیع یا هبه بودن آن مشکوک است در بیع و هبه بودن نتوان اصل جاری کرد چون معارض دارد، در خود لزوم و جواز نیز جای اصل نیست، چون حالت سابقهٔ یقینی ندارند. نوبت می‌رسد به اینکه بگوئیم: قبل از فسخ کردن ملکیّت آمده و پس از فسخ شک می‌کنیم، اثر عقد و تملیک را که ملکیّت گیرندهٔ کتاب باشد استصحاب می‌کنیم و بدین وسیله لزوم را که حکم شرعی باشد نتیجه

---

۱. کفایة الاصول، ج ۱، ص ۳۴۲ ـ ۳۴۵.

می‌گیریم.

مگر در صورتی که پیش از استصحاب مذکور (که اصل حکمی است) و در رتبهٔ قبل از آن یک اصل موضوعی داشته باشیم که در ناحیهٔ موضوع جاری می‌شود و حکم را روشن کند که در این صورت نوبت به استصحاب مذکور یا هر اصل حکمی دیگر نمی‌رسد. مثلاً تملیکی محقّق شده و مجّانی هم هست ولی شک داریم که به نحو هبه بوده تا جایز باشد؟ یا به نحو صدقه تا لازم باشد؟ و هر دو تملیک مجّانی است با این تفاوت که در هبه قصد قربت معتبر نیست ولی در صدقه معتبر است، آنگاه شک در لزوم و جواز داریم ولی این فرع بر قصد قربت است و در رتبهٔ قبل شک در قصد قربت داریم و اصل عدم قصد قربت جاری می‌شود و صدقه بودن نفی می‌گردد و قهراً هبهٔ جایز بودن ثابت می‌شود و تملیک مزبور قابل فسخ و رجوع می‌گردد. ولی در مواردی که چنین اصل موضوعی در کار نباشد نوبت به استصحاب لزوم می‌رسد به بیانی که ذکر شد.

قوله: و لکن:

البتّه باید توجّه داشت که: استصحاب مزبور یک اصل حکمی است و تنها نتیجه‌اش لزوم و بقاء اثر عقد است امّا اینکه بدنبال آن ثابت کند که تملیک مزبور به نحو عقد لازم بوده و بیع بوده نه هبه، و در نتیجه تمام آثار و احکام بیع را دارد، اصل مزبور قدرت اثبات اینها را ندارد زیرا اصل مثبت می‌شود که حجّت نیست، آنگاه نسبت به احکام و آثار هر یک از هبه که جایز است و بیع که لازم است و با اصل مزبور ثابت نشد باید به اصلِ عملیِ متناسب با همان مورد و حکم مراجعه کنیم، برای نمونه دو مثال می‌آورند:

۱ـ پس از تملیک مزبور و بناگذاری بر لزوم، الان گیرنده مالک کتاب است و دهنده هم حق فسخ ندارد ولی آیا عوضی به گردن گیرنده می‌آید (که اثر بیع و تملیک معاوضی است) یا نه؟ مشغول الذمّه به عوض می‌شود یا خیر؟ نسبت به این اثر در اصل وجوب عوض و اشتغال ذمّه به عوض شک داریم و جای اصل برائت است و می‌گوئیم: اصل برائت ذمّهٔ گیرنده است از عوض دادن و این همان اثر هبه است که عوض ندارد و تملیک مجانّی است و اصل برائت در نتیجه با هبه هماهنگ شد.

۲ـ تملیکی صورت گرفته و هر دو قبول دارند که به عقد فاسد بوده، ضمناً مال هم در دست گیرنده تلف شده، الان آیا شخص گیرنده ضامن است یا خیر؟ دهنده می‌گوید:

عقد فاسد ما بیع بوده پس طرف ضامن است (کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده) و گیرنده می‌گوید: عقد فاسد ما هبه بوده پس من ضامن نیستم (کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده) و شک در ضمان و عدمش داریم و عمومات لزوم هم فقط اصل لزوم و بقاء ملک را ثابت کرد ولی بیع یا هبه بودن را ثابت نکرد پس نسبت به ضمان و عدم آن چه کنیم؟ باید به سراغ ادلهٔ ضمان برویم:

اگر دلیل ضمان قاعدهٔ «علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی» باشد (و ضمناً تمسّک به عام را هم در شبههٔ مصداقیّه جایز بدانیم) اینجاید قابض را می‌گیرد چون محرز نیست که ید او مجّانی و امانی باشد و اطلاق علی الید او را ضامن می‌کند. ولی اگر دلیل ضمان قانون اقدام بر ضمان باشد در اینجا جای ضمان نیست چون اقدام شخص بر ضمان محرز نیست و مدعی است که هبه بوده، یا اگر دلیل ضمان قانون علی الید باشد و ما تمسّک به عام را در شبههٔ مصداقیّه جایز ندانیم (شبهه مصداقیّه دیگری است: علی الید هریدی را شامل است چه معاملی و معاوضی و به چه مجّانی و باب هبه و غیره از یدهای مجانّی تخصیص خورده و تملیک مورد بحث ما فرد مردّد است که آیا از مصادیق عام است یا از مصادیق خاص؟ و لذا تمسک به علی الید از باب تمسّک به عام در شبهه مصداقیّه می‌شود.) دست ما از ادلّهٔ اجتهادی ضمان کوتاه می‌شود و نوبت به اصل عملی می‌رسد باز اصل عملی برائت ذمّه از ضمان است که شک در ضمان گیرنده داریم و الاصل عدم الضمان، الاصل برائة الذمّه من الضمان و...

نتیجه: کاملاً روشن شد که عمومات لزوم مجرایش چه مواردی است.

کلام در انواع خیارات:

دو مطلب مقدّمی تمام شد و در مقدّمه اوّل با معانی و تعاریف خیار آشنا شدیم، اینک وارد مقام ثانی یعنی بحث از انواع و اقسام خیارات می‌شویم که در باب بیع مطرح است که تمام اینها مخصِّص عمومات لزوم هستند: خیارات فراوان است و معمولاً در کلمات فقهاء به صورت پراکنده ذکر شده و هر کسی طبق سلیقه اقسامی را ذکر کرده و از اقسامی صرف نظر کرده است: محقّق در شرایع فرموده: الخیار خمسة اقسام...[1]، در مختصر

---

۱. شرایع، ج ۲، ص ۲۱.

النافع فرموده: الخیار ستّة اقسام...[۱]، نوع فقهاء در کلمات خویش هفت قسم را ذکر کرده‌اند منجمله علّامه در قواعد[۲] و...، عدّه‌ای که در صدد استقصاء همهٔ اقسام بودند بیش از هفت قسم ذکر کرده‌اند تا آنجاکه شهید در لمعه چهارده قسم را بر شمرده‌اند[۳] و تازه بعضی از اقسام را ذکر نکرده است (شاید منظور شیخ این باشد که شهید ثانی در آخر خیارات شرح لمعه در ذیل خیار تفلیس فرعی را در رابطه با طلبکار میّت ذکر کرده و فرموده: جاداشت که اینهم قسم مستقّلی شمرده شود و در نتیجه اقسام خیار پانزده تا شود[۴] پس منحصر به چهارده هم نیست.) به هر حال شیخ اعظم می‌فرماید: ما از مشهور پیروی کرده و به هفت قسم از اقسام خیارات (خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار غبن، خیار عیب، خیار تأخیر، خیار رؤیت) اکتفا می‌کنیم و معتقد هستیم که سایر انواع خیارات مستحق بحث جدا نمی‌باشند و احکام و مسائل آنها از همین هفت قسم دانسته می‌شود. (فی المثل یکی از خیارات خیار ما یفسد لیومه است که حکمش از خیار تأخیر دانسته می‌شود. یا یکی از اقسام خیار، خیار تدلیس است که حکمش از خیار غبن دانسته می‌شود و...) و لذا بحث اقسام خیارات را در هفت قسم تنظیم کرده و جدا جدا بحث می‌کنیم:

---

۱. مختصر النافع، ص ۱۲۱.
۲. قواعد، ج ۲، ص ۶۴.
۳. لمعهٔ دمشقیّه، ج ۳، ص ۴۴۷ به بعد.
۴. لمعهٔ دمشقیّه، ج ۳، ص ۵۱۱.

۱ـ خیار مجلس:

قسم اوّل از اقسام سبعهٔ خیارات، خیار مجلس است و الف و لام «المجلس» برای عهد است. ای مجلس البیع اوالعقد و المعامله و در واقع این عنوان سه کلمه دارد: ۱ـ خیار. ۲ـ مجلس. ۳ـ بیع (خیار مجلس البیع) واژه خیار را قبلاً تعریف کردیم، کلمهٔ بیع هم در اوّل کتاب البیع مبسوطاً بیان شد، امّا کلمهٔ مجلس: مجلس: مجلس از مادّهٔ جلوس و به معنای نشستن است و ظاهرش این است که: اگر جلوس صدق کرد یعنی طرفین نشسته معامله کردند خیار مجلس هست وگرنه نیست، در حالی که قطعاً نشسته بودن موضوعیّتی ندارد، خوابیده یا ایستاده هم معامله کردند باز خیار هست، ملاک، اجتماع در یک مکان است نه هیئت جلوس یا قیام و...، لذا شیخ می‌فرماید: مراد از مجلس خصوص مکان جلوس نیست مطلق مکان متعاملین در حال انشاء بیع است (چه جالس باشند، چه قائم و...) (و حتّی این هم مراد نیست که حتماً در مکانی ایستاده باشند یا در همان نقطه‌ای که عقد خوانده‌اند همان جا باشند بلکه اگر در حال قدم زدن و راه رفتن هم عقد را بخوانند باز تا با یکدیگر هستند و متفرّق و جدا نشده‌اند خیار مجلس هست.) و اگر تعبیر به خیار مجلس شده از باب تعبیر به فرد غالب است که غالباً معاملات نشسته انجام می‌گیرد و طرفین در مکانی می‌نشینند و صحبتهای مقدّماتی را می‌کنند تا راضی می‌شوند، سپس انشاء بیع می‌کنند (و تعبیر عام که در همهٔ موارد صادق باشد تعبیر اجتماع است به جای مجلس یعنی خیار اجتماع طرفین برای بیع که در روایات هم روی اجتماع و تفرّق تکیه شده.

سؤال: چرا خیار مزبور را به مجلس بیع اضافه کرده و خیار المجلس گفته‌اند؟ جواب: برای اینکه خیار مزبور مخصوص مجلس عقد و اجتماع به منظور بیع است و همین که مجلس به هم خورد یعنی طرفین از هم جدا شدند دیگر خیار مجلسی نیست. (آری خیارات دیگر ممکن است و فعلاً مورد بحث ما نیست.)

قوله: لا خلاف:

پس از روشن شدن عنوان بحث (خیار المجلس) می‌گوئیم: از نظر فقه امامیّه ثبوت خیار مجلس از مسلّمات است واحدی در آن اختلاف ندارد و اخبار مستفیضه نیز بر ثبوت آن

دلالت دارد[۱] پس اصل مشروعیّت خیار مجلس جای بحث نیست.

قوله: و الموثّق:

روایتی داریم که موثّقه است و راوی آن غیاث بن ابراهیم از امام صادق (ع) و او از امام باقر(ع) و او از امام علی(ع) است که حضرت فرموده: اذ صفق الرّجل علی البیع فقد وجب[۲] هنگامی مردی بادیگری بر امر بیع دست داد بیع واجب و لازم می‌شود (ضمناً اطلاق دارد و فرض عدم تفرق را هم می‌گیرد و طبق نسخهٔ وسائل الشیعه کلمهٔ «و ان لم یفترقاهم» دارد و صریح است که ولو مجلس معامله باقی هم باشد خیاری نیست.) حال این روایت با روایات مستفیضه مخالف است و بر نفی خیار مجلس دلالت دارد پس چه باید کرد؟ شیخ اعظم دو راه پیشنهاد می‌کنند:

۱ـ یا باید این حدیث را طرح کرد (زیرا معارض با اخبار فراوان است که مورد عمل مشهور و بلکه همهٔ فقها شیعه هستند و از این حدیث اعراض شده و آنها را حج و حجّت هستند و این حدیث مرجوع و لا حجّت)

۲ـ و یا باید توجیه و تأویل نمود (به اینکه یا منظور از وَجَبَ، وجوب و لزوم مصطلح نباشد بلکه منظور معنای لغوی آن یعنی «ثَبَتَ» باشد که با دست دادن و انعقاد عقد، بیع ثابت و محقّق می‌شود ولی مستلزم لزوم نیست و اعمّ از لزوم و جواز است. و یا چیزی در تقدیر باشد و منظور این باشد که: وَجَبَ البیع ای لَزِمَ بشرط عدم الخیار، نه اینکه مطلقاً بیع لازم باشد و فرض شرط مذکور منافاتی با اخبار خیار مجلس ندارد زیرا آنهابدون این شرط حکم به خیار می‌کنند و این حدیث با این شرط حکم به لزوم می‌کند.) و به هر حال باید به نوعی در حدیث مذکور دخل و تصرّفی بکنیم.

(البتّه به قول مرحوم شهیدی در حاشیهٔ: در این حدیث دو احتمال وجود دارد: ۱ـ مراد از تصیفق بر بیع عبارت باشد از انشاء و ایجاد بیع بدین وسیله که طبق این احتمال مراد این است: به محض انشاء بیع: معامله لازم می‌شود و خیاری نیست آنگاه با اخبار دیگر منافات پیدا کرده و نوبت به طرح یا تأویل می‌رسد. ۲ـ مراد از تصفیق و دست دادن

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۳۴۵ - ۳۴۷ باب اوّل هفت روایت.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۷ باب اوّل حدیث هفتم.

بر بیع، انشاء بیع نیست بلکه بیع قبلاً انشاء شده و در آن زمان رسم بوده که برای لزوم بیع و اسقاط همهٔ خیارات با هم دست می‌دادند و این دست دادن کنایه از رضایت به بیع و اسقاط هر گونه حق الخیار بود و شواهدی از قول اهل لغت بر این احتمال می‌آورند، و اگر مراد این شد منافاتی با اخبار دیگر ندارد و چون این حدیث می‌گوید وقتی طرفین راضی به معامله شدند و خیارات را اسقاط کردند لازم می‌شود و ما هم این را قبول داریم و اخبار خیار فرض نبود چنین الزام و اسقاطی را می‌گیرد منافاتی نیست تا نیاز به توجیه و تأویل باشد و به ظاهر حدیث اخذ می‌شود.[۱])

قوله و لا فرق:

اصل مشروعیّت خیار مجلس در فقه ما مسلّم شد، ضمناً خیار مجلس مخصوص بیع است و در سایر معاملات جاری نیست (بعداً بحث خواهد شد) ولی در باب بیع اختصاص به بعض انواع بیع ندارد بلکه در تمام اقسام بیع (نقد، نسیه، سلم، صرف و...) جاری است و ادلهٔ آن اطلاق دارد. و نیز در تمام انواع مبیع (کلّی، شخصی، جنس، نقد و...) جاری است و اختصاص به نوع خاصی ندارد و تنها چند مورد شخصی استثناء شده و به دلایل خاصی در آنها خیار مجلس راه ندارد و در مسأله سوّم از مسائل خیار مجلس خواهد آمد و یکی از آنها «شراء من ینعتق علیه» است (مشتری یکی از پدر یا مادر راکه برده بودند خریداری کرد در اینجا خیار مجلس راه ندارد و نمی‌تواند معامله را فسخ کند زیرا به محض تحقّق شراء برای یک لحظه عبد ملک مشتری شد و به طور قهری آزاد شد و ازملک او خارج شد، و فسخ کردن معنی ندارد.)

قوله: و تنقیح:

در باب خیار مجلس دو مقام از بحث وجود دارد:

۱ـ مسائل و احکام خیار مجلس از ابعاد و زوایای مختلف

۲ـ مسقطات خیار مجلس یا عواملی که موجب سقوط آن می‌گردد. در مقام اوّل پنج مسأله و در مقام دوّم هشت مسأله خواهیم داشت و در مجموع سیزده مسأله می‌شود:

---

۱. هدایة الطالب، ص ۴۱۲.

مسأله اوّل

مسأله اوّل از مسائل خیار مجلس پیرامون این مطلب است که: متعاقدین یعنی موجب و قابل یا بایع و مشتری گاهی هر دو مالک اصلی هستند و گاهی هر دو وکیل مالک هستند (عنوان کلّی این است که مأذون باشند یا به اذن مالکی که وکالت است و یا به اذن شرعی که ولایت است و در مثل اولیاء تصرّف از پدر، جدّ پدری، وصّی، حاکم شرع و عدول مؤمنان مطرح است ولی فعلاً در کلام شیخ وضع وکیلها مطرح است و ظاهراً ولی را در حکم مالک اصلی دانسته‌اند و بحث جدائی ندارد و همان احکام را دارد.) وگاهی هر دو فضولی هستند (البته صور دیگری نیز وجود دارد که یکی مالک و دیگری وکیل باشد، یکی مالک و دیگری فضولی، یکی وکیل و دیگر فضولی، ولی حکم اینها از همان سه صورت کلّی در کلام شیخ دانسته می‌شود.) پس سه صورت تصویر شد، و بحث در این است که کدامیک از این اقسام حق الخیار مجلس دارند و کدامها ندارند؟

امّا قسم اوّل یا مالک اصلی: اگر معامله میان دو مالک اصلی واقع شود یعنی هم فروشنده مالک اصلی مبیع است و هم خریدار مالک واقعی ثمن است، در این صورت بلا اشکال طرفین خیار مجلس دارند و قدر متیقن از ادّله خیار مجلس همین فرض است (اگر اجمال داشته باشند) و یا مصداق اکمل و بارز همین فرض است (اگر اطلاق و ظهور داشته باشند کما هوالحق) و در انیجا بحثی نیست.

و امّا قسم دوّم یا وکیل‌ها: ابتدا می‌فرماید: در حق وکیل‌ها نیز خیار مجلس فی الجمله (با قطع نظر از اقسامی که دارد.) ثابت است ولی سخن در این است که وکلاء سه گروه می‌باشند (مبسوطاً در بیان شیخ اعظم خواهد آمد.) آیا خیار مجلس مطلقاً و برای هر سه گروه ثابت است یا برای بعضی از آنها ثابت است؟ مسأله اختلافی است، در این رابطه نخست کلامی از علّامه در تذکره نقل می‌کنند، و سپس تحقیق خویش را عرضه می‌کنند.

کلام علامّه: اگر وکیل متاعی را خریداری کند یا بفروشد (فرضی که یک طرف وکیل و دیگری اصیل است یا فرضی که هر دو وکیل‌اند امّا وکیل تامّ الاختیار که حق دخل و تصرّف و بیع و شراء در مال موکّل دارند.) و یا دو وکیل تعاقد کنند و با یکدیگر عقد را بخوانند (در قبال جملهٔ قبل یا مراد این است که هر دو وکیل باشند و هیچکدام اصیل

نباشند و یا مراد این است که هر دو وکیلی هستند که صرفاً در تعاقد و اجراء صیغه وکالت دارند نه در جهات دیگر.) در هر حال حق الخیار مجلس (به فتوای علامّه) هم برای وکیل‌ها (که فاعل مباشری هستند) ثابت است و هم برای موکّل‌ها (که فاعل تسبیبی هستند.) ثابت است البته به شرط حضور آنها در مجلس معامله (پس در عرض هم وکیل‌ها جدا و موکّل‌ها جدا خیار دارند و هر کدام زودتر اقدام و اعمال خیار نمود همان مؤثر است ...) و اگر موکّل‌ها در جلسه حاضر نباشند خیار مجلس فقط به وکیل‌ها تعلّق می‌گیرد. بنابراین اگر پس از معامله و فی المجلس یکی از وکیل‌ها مرد (و موکّل حاضر بود، خیار منحصر به او می‌شود) و اگر موکل غائب بود، خیار از وکیل به موکّل منتقل می‌شود (و هر کجا که باشد می‌تواند اعمال خیار کند و همانجا برای او مجلس محسوب می‌شود.)

دلیل انتقال این است که: در جای خود در احکام الخیار خواهد آمد که خیار قابل ارث بردن است و به وارث بایع منتقل می‌شود، آنگاه اگر از مورّث به وارث منتقل می‌شود پس از وکیل به موکّل به طریق اولی منتقل می‌شود زیرا مالکیّت موکّل قویتر از مالکیّت وارث است. (مالکیّت وارث طولی و تعلیقی است یعنی در طول مالکیّت مورّث و معلّق به موت آن است ولی مالکیّت موکّل فعلی و تبخیزی است و قبل از موت وکیل هم فعلاً او مالک است پس چرا به او منتقل نشود.)

سپس علّامه فرموده: شافعی‌ها در این مسأله دو قول دارند: ۱ـ خیار مجلس فقط برای موکّل ثابت است. ۲ـ خیار مذکور فقط برای وکیل ثابت است. پایان کلام علّامه در تذکره[۱].

قوله: اقول:

و امّا تحقیق شیخ اعظم: ایشان وکلاء را به سه گروه تقسیم می‌کنند و حکم هرکدام را از لحاظ خیار داشتن جداگانه بیان می‌کنند ۱ـ قسم اول وکیلی که صرفاً در اجراء صیغهٔ بیع وکالت دارد و جز این هیچ اختیار و سلطنتی برای او نیست (دقیقاً مثل روحانیِ محضر داری که از سوی زوجین فقط وکیل در انشاء عقد ازدواج است.) در اینجا یک بحث این

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۱۸.

است که: اینگونه وکیل‌ها خیار مجلس دارند؟ یا خیر؟ و بحث دیگر این است که: موکّل این وکیل‌ها خیار مجلس دارند یا خیر؟

بحث اوّل: شیخ اعظم هماهنگ با گروهی از فقیهان از قبیل محقّق ثانی[۱] و شهید ثانی[۲] معتقدند که: اینگونه وکیل‌ها خیار مجلس ندارند و برای اثبات این مطلب پنج دلیل می‌آورند که به ترتیب کتاب توضیح می‌دهیم:

۱ـ تبادر: در روایات خیار مجلس روی عنوان «البیّعان، البایع و المشتری» تکیه شده و متبادربه ذهن از این تعبیرها غیر از وکیل در مجرّد اجراء عقد است زیرا مراد فروشندهٔ واقعی و خریدار واقعی است و وکیل کذائی فروشنده یا خریدار حقیقی نیست، و بایع و مشتریِ حقیقی مالک‌ها هستند که به تسبیب، بیع و شراء می‌کنند و وکیل تنها آلت و ابزاری در دست آنها است که صیغه را اجراء کند و کنار برود و بیش از این حق و اختیاری ندارد، پس از تعابیر مذکور غیر از این وکیل متبادر است و شامل این وکیل نیست (و دلیل دیگری هم بر خیار مجلس داشتن او نداریم و بر فرض شک اصل عدم خیار جاری می‌شود.)

جناب محقّق ثانی مدّعی شده: اطلاقات خیار مجلس از چنین وکیلی و اصولاً از عاقد وکیل انصراف دارد و تنها عاقد مالک را شامل است و دلیل ایشان بر انصراف غلبه است (غالباً در خارج بیع و شراء توسّط مالک‌ها انجام می‌گیرد.)[۳] البته ما این سخن را قبول نداریم (دلیل آن غلبه بود که از لحاظ صغروی و کبروی مخدوش است:

امّا صغری: اصل غلبه را انکار می‌کنیم و بیع وکیل‌ها و فضولی‌ها و اولیاء تصرّف هم خیلی زیاد است و غلبهٔ وجود با بیع و شراء مالکها نیست.

و امّا کبری: هر غلبه‌ای ارزش ندارد، اگر غلبهٔ استعمال باشد ارزش دارد و ظهور می‌آورد ولی غلبهٔ وجودی منظور محقّق ثانی است که اعتباری ندارد.) و در ادامه ثابت خواهیم کرد که بیّعان یا بایع و مشتری بر برخی از اقسام وکیل‌ها اطلاق می‌شود ولی اینکه بر همهٔ اقسام وکلاء اطلاق شود (حتّی بر وکیل در اجراء صیغه) مورد قبول نیست.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۵۸.
۲. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۱۹۴ ـ ۱۹۵.
۳. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۶.

۲ـ مفاد ادلّهٔ خیار مجلس و سایر خیارات این است که فرد ذی الخیار یک حق و سلطنتی دارد نسبت به مالی که از ملک او به دیگری منتقل شده (مثلاً بایع نسبت به مبیع) و می‌تواند اعمال خیار کند و معامله را فسخ کند و مجدّداً مبیع را که از ملکش در آمده، به ملک خود برگرداند و اعادهٔ ملک نماید. ولی تمام اینها فرع بر این است که نخست ذی الخیار این قدرت و سلطنت را داشته باشد که در مالی هم که به او منتقل شده (مثلاً بایع در ثمن یا مشتری نسبت به مثمن) تصرّف کند و آن را به طرف مقابل رد کند تا مال خودش را برگرداند و تا قدرت بر رد «ما انتقل الیه» نداشته باشد نمی‌تواند «ما انتقل عنه» را پس بگیرد. (در حقیقت قدرت بر رد منتقل الیه موضوع و سلطنت بر استرداد منتقل عنه حکم است و ادلهٔ اخیار فقط حکم را بیان می‌کند و موضوع باید از خارج احراز شود و مفروغ عنه باشد وگرنه هیچ حکمی برای خود موضوع درست نمی‌کند که خودش هم بر آن مترتب شود، و در مورد وکیل در اجراء عقد موضوع نیست و وی قدرت بر تصرّف در «ما انتقل الیه» ندارد چون تأم الاختیار نیست، پس حق فسخ کردن هم ندارد، و معنای خیار نداشتن همین است.

سه تنظیر: الف: مشتری عبدی را خریده و فی المجلس شک دارد که آیا از کسانی است که بطور قهری آزاد می‌شوند یا خیر؟ در اینجا نمی‌تواند به ادلهٔ خیار مجلس استناد کرده و برای خود خیار مجلس قائل شود و سپس اعمال خیار کند و پولش را پس بگیرد، زیرا باید قدرت و سلطنت بر ردِّ مبیع به بایع داشته باشد که ندارد زیرا شاید این عبد تا به ملک او در آمد به طور جبری آزاد شده و وی حق ندارد در انسان آزاد دخل و تصرّف کند.

ب: متاعی را خریده و احتمال می‌دهد که مصرف کردن آن در نفقهٔ واجب و لازم، واجب باشد باز حق ندارد به حکم ادّلهٔ خیار مجلس معامله را فسخ کند زیرا شاید صرف مبیع در راه نفقه، واجب شده و حق ندارد آن را به بایع برگرداند و اگر سلطنت بر رد این ندارد پس سلطنت بر رد عوض آن هم که در دست بایع است ندارد.

ج: عبدی خریده و احتمال می‌دهد که به خاطر نذر فوری آزاد کردن آن واجب باشد و جایگزین هم ندارد، باز حق الخیار مجلس ندارد زیرا باید قدرت بر رد این عبد به بایع داشته باشد تا حق الخیار پیدا کند و بتواند پولش را پس بگیرد و در اینجا قدرت

مزبور محرز نیست زیرا شاید عتق آن واجب گردیده و وی حق دخل و تصرّف در این عبد را ندارد و موضوع یا شرط خیار مجلس محرز نیست تا نوبت به خیار مجلس برسد.

۳ـ دلیل سومّ این است که: در پاره‌ای از روایات که در باب خیار حیوان خواهد آمد خیار مجلس مقرون به خیار حیوان ذکر شده (مثلاً فرموده: المتبایعان بالخیار ثلاثة ایام فی الحیوان و فی غیره حتّی یفترقا[۱]) و درخیار حیوان هیچ فقیهی راضی نیست که کسی بگوید و به او نسبت دهد که خیار حیوان برای وکیل در اجرای عقد نیز ثابت می‌باشد، خیر قطعاً ثابت نیست، پس خیار مجلس نیز چنین است و برای وکیل کذائی ثابت نست.

(سؤال: آیا می‌خواهید خیار مجلس را به خیار حیوان قیاس کنید؟

جواب: هرگز در صدد قیاس نیستیم که در مذهب ما باطل است.)

سؤال دیگر: آیا مسألهٔ اطلاق و تقیید در کار است و می‌خواهید بگوئید: روایات مذکور در باب‌خیار مجلس اطلاق دارند و وکیل کذائی را هم شاملند و اخبار موجود در خیار حیوان مقید است به غیر وکیل کذائی و با آن مقیدها این مطلقها را قید می‌زنید و بر غیر وکیل کذائی حمل می‌کنید و نتیجه می‌گیرد که وکیل کذائی خیار مجلس ندارد؟

جواب: خیر از این باب هم نیست (زیرا اوّلاً موضوع دو تا است و اگرخیار حیوان مقیّد بود دلیل آن نیست که خیار مجلس هم مقیّد باشد و ثانیاً اصلاً در خیار حیوان هم چنین تقییدی و جود ندارد تا سخن از حمل مطلق بر مقیّد به میان آید،)

سؤال سوّم: پس از چه باب اخبار خیار مجلس را به غیر وکیل کذائی حمل می‌کنید؟

پاسخ: به قرینهٔ وحدت سیاق این کار را می‌کنیم: در همهٔ خیارات موضوع، بیّعان یا متبایعان و یا بایع و مشتری و متعاقدان و مانند اینها است و در باب خیار خیار حیوان و سایر خیارات از کلمات مزبور مالک اصلی یا وکیل تامّ الاختیار اراده شده و وکیل در اجرای عقد متفاهم عرفی نیست آنگاه‌خیار مجلس نیز یکی از آنها است و همان تعبیرها را دارد پس حتماً مراد از این الفاظ همه جا یکی است، وخیار مجلس هم مال وکیل کذائی نیست.

۴ـ حکمت و فلسفهٔ‌خیار مجلس و مانند آن عبارتست از تروّی یعنی شارع مقدّس

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۹، حدیث اوّل.

در حق مالکها ارفاق نموده و این امتیاز را به آنان داده است تا در فاصلهٔ زمانی معیّنی (ما دامی که از یکدیگر جدا نشده‌اند یا تا سه روز و ...) دوباره بیندیشند و آنچه راکه به حال آنان سودمندتر است انتخاب نمایند و اگر صلاح را در فسخ دیدند فسخ نمایند، این حکمت موجب می‌شود که ثبوت خیار مجلس برای وکیل کذائی بعید باشد زیرا او در این جهات سهمی ندارد و با اجرای عقد و کالتش هم تمام شده و تعبیر به تُبعّد بجای «تمنع» برای آنست که آنچه ذکر شد حکمت خیار بود نه علّت آن و لذا احتمال ضعیف هم دارد که بدون حکمت نیز حکم و حق خیارباشد. ولی غالباً نیست،

۵ـ ادلهٔ سایر خیارات (خیار غبن و عیب و ...) نیز شاهد دیگری بر عدم‌خیار مجلس برای وکیل کذائی است زیرا در آن خیارات هیچ فقیهی هر کس که طعم فقه را چشیده باشد) فتوا نداده به ثبوت خیار غبن «مثلاً» برای وکیل کذائی، به قرینه وحدت سیاق خیار مجلس نیز چنین است. (در واقع دلیل اوّل و سوم و پنجم درکلام شیخ اعظم به یک دلیل بر می‌گردد و دلیل چهارم هم که از راه حکمت وارد شدند ناتمام بود زیرا حکم تابع حکمت نیست. و عمده دلیل دوّم و آن سه دلیل است که یکی حساب می‌شوند و دو دلیل قابل قبول دارند و آن سه هم که از راه ظهور و تبادر و متفاهم عرفی وارد شدند به یک امر و جدانی استناد کرده‌اند که ممکن است کسی ادّعا کند که نزد من اعمّ از مالک و وکیل کذائی متباد راست و انصراف به غیر این وکیل ندارد و بهترین دلیل همان وجه ثانی است.)

قوله: و الظاهر:

جناب علّامه بطور مطلق فرمود: لوا شتری الوکیل اوباع ... تعلّق الخیار بهما ... و ظاهر اطلاق این بود که حتّی وکیل در اجرای عقد هم‌خیار مجلس دارد. ولی ما به پنج دلیل آن را رد کردیم و لذا در صدد توجیه کلام علّامه بر آمده و می‌گوئیم: وکیل کذائی در اطلاق کلام علّامه داخل نیست زیرا تعبیر به خریدن یا فروختن وکیل درکلام علامّه، ظهور در تصرّف وکیل به بیع و شراء دارد که دو قسم بعدی از اقسام وکیل است و آنها را دارای‌خیار می‌داند نه قسم اوّل را.

(البته درکلام علّامه بدنبال تعبیر مذکور چنین آمده بود: او تعاقد الوکیلان ... یعنی وکیلها اجرای عقد کنند و صیغهٔ معامله را بخوانند. که ظاهرش وکیل کذائی است و

توجیه شیخ اعظم این فراز را اصلاح نمی‌کند و به نظر می‌آید که علّامه از کسانی است که برای مطلق وکیل خیار مجلس قائل است.)

قوله: و من جمیع ذلک:

صاحب حدائق (نیز مثل علامه) معتقد شده که‌خیار مجلس برای وکیل کذائی ثابت است[۱] شیخ ره می‌فرماید: با پنج وجهی که آوردیم ضعف این نظریّه روشن شد.

قوله: و اضعف منه:

صاحب حدائق مسألهٔ را تعمیم داده و فرموده: نه تنها وکیل کذائی خیار مجلس دارد حتّی اگر موکّل او را از اعمال خیار و فسخ کردن معانعت هم بکند باز او خیار مجلس دارد زیرا به محض اینکه او مجری عقد شد و متعاقدان یا متبایعان بر او صدق کرد شرعاً خیار مجلس پیدا می‌کند و منع موکّل آن را از بین نمی‌رود، شارع اجازه داده و با منع شارع ممنوع می‌شود نه با منع دیگران.[۲] شیخ ره می‌فرماید: این تعمیم ضعیف‌تر از سخن قبلی است زیرا اختیارات وکیل شرعاً در محدودهٔ اجازه و ترخیص موکّل است و معنی ندارد که با منع موکّل هم او اختیار داشته باشد.

قوله: و علی المختار:

به عقیدهٔ ما وکیل در اجرای عقد خیار مجلس ندارد ولی آیا موکّل‌ها در فرض مزبور خیار مجلس دارند یا نه؟ دو وجه در این رابطه مطرح است:

۱ـ موکّل‌ها خیار مجلس ندارند زیرا متبادر از کلمهٔ بیّعان در اخبار خیار مجلس خصوص متعاقدین (مجریان عقد است و موکّل‌ها عاقد نیستند (مباشرتاً نیستند و تسبیباً هستند.) پس نصّ شامل اینها نیست. (توجّه دارید که مسألهٔ تبادر و ظهور و متفاهم عرفی امری وجدانی است و لذا هر دو گروه به نفع خودشان ادعّا می‌کنند، در اصول هم در باب مشتقّ و صحیح و اعمّ همین سخن مطرح بود، در اینجا هم شیخ اعظم مدعّی شد که متبادر از نص غیر وکیل کذائی است و این مستدل مدعّی شد که متبادر خصوص متعاقدین است و وکیل کذائی را شامل می‌شود و هیچکدام برهانی نیست.) و طرفدار وجه مذکور شاهدی آورده که اگر کسی قسم خورده که فلان مال را نفر و شد و بعد به

---

۱. الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۴. ۲. آدرس قبلی.

وکیل اجازهٔ بیع داد و گفت تو اجرای صیغه کن و خودش مستقیماً انشاء بیع نکرد قسم خود را حنث نکرده و کفّاره هم ندارد چون برخود او عاقد و بایع و انشاء کنندهٔ بیع اطلاق نمی‌شود.

۲ـ وکیل‌ها در فرض ما (وکیل در اجرای عقد) هیچ نقشی ندارند و صرفاً به منزلهٔ آلت و ابزاری هستند برای موکّل‌ها و زبان آنها هستند وگرنه فروشنده و خریدار اصلی مالکها هستند (و به اصطلاح سبب از مباشر قویتر است) و لذا بیّعان حقیقی خود موکّل‌ها هستند و نصّ آنها را می‌گیرد و خیار مجلس هم مال آنها است. و اینکه گفتید: بر موکّل‌ها واژهٔ متعاقدین اطلاق نمی‌شود ما قبول نداریم و این اطلاق در عرف شایع است، شاهد شیوع هم این است که اگر کسی به شما خبر داد که فلانی منزلش را فروخت هرگز به ذهن شما نمی‌آید که خودش فاعل مباشر بود و انشاء بیع کرد بلکه اعمّ از مباشرت و تسبیب به ذهن می‌آید. و اینکه وجه اوّل می‌گفت: با بیع وکیل، موکّل حنث قسم نکرده... حرف باطلی است. چه کسی فتوا به عدم حنث داده؟ حق این است که حنث شده.

قوله: فالا قوی:

با بحثهای مذکور ما معتقدیم که خیار مجلس برای موکّل‌ها ثابت است البته به یک شرط و آن اینکه: موکّلها در مجلس عقد حضور داشته باشند (زیرا در نصّ غایت را تفرّق و افتراق قرار داده و افتراق فرع بر اجتماع است و تا موکّل‌ها در جلسهٔ عقد حضور و اجتماع نداشته باشند افتراق هم معنا و مفهوم درستی نخواهد داشت.

و منظور از مجلس عقد هم همان مکانی است که وکیل‌ها در آنجا اجراء صیغه می‌کنند (منزل، بنگاه، حجرهٔ تجارت، مغازه و...) و موکّل‌ها باید در آن مکان حضور داشته باشند و عرفاً صدق کنند که اینها در مجلس عقد بودند نه اینکه در هنگام اجرای عقد در هر نقطه‌ای از نقاط عالم بودند همانجا برای آنها مجلس معامله محسوب شود و خیار مجلس داشته باشند بلکه باید عرفاً صدق کند که اینها در مجلس معامله و زیر همان سقف هستند تا خیار مجلس برای آنها پیدا شود.

قوله: و العبرة:

وقتی خیار مجلس مال موکّل‌ها است و غایت آن هم افتراق است طبعاً افتراق موکّل‌ها ملاک خواهد بود و موجب سقوط خیار است نه افتراق وکیل‌ها. پس تا موکّل‌ها از

یکدیگر جدا نشوند خیار مجلس باقی است.

۲ـ قوله: و ان کان:

تا به حال قسم اوّل از اقسام وکیل تکلیفش روشن شد که وکیل در اجرای عقد بود و خیار مجلس هم نداشت و امّا قسم دوم: وکیل در مجرّد انشاء نیست بلکه وکیل در تصرّفات مالی است که نوع وکلاء از این قسم هستند و خود این دو قسم دارد: قسمی که فعلاً مطرح است وکیلی است که تامّ الاختیار است و نه تنها حق دارد مال موکّل را بفروشد بلکه حقّ اقاله دارد، حق دارد اگر صلاح دید فسخ کند و... دقیقاً مثل موکّل عمل می‌کند و تمام اختیارات او را دارا است [نظیر عامل مضارب که سرمایه را از شما می‌گیرد و به تجارت می‌پردازد و حق هر نوع دخل و تصرّف و معامله و فسخ و... را دارد، و نظیر اولیاء تصرّف در اموال افراد قاصر از اطفال و مجانین و... که استقلال در تصرّف دارد و مثل مالک اصلی با مراعات اصلح عمل می‌کند.] حال آیا چنین وکیلی خیار مجلس دارد؟ دو وجه مطرح است:

۱ـ آری دارد زیرا نصّ (البیّعان بالخیار...) او را شامل است چون او واقعاً بایع یا مشتری است نه اینکه آلت و ابزار بی‌اراده‌ای باشد و صرفاً مجری عقد باشد.

۲ـ خیر ندارد زیرا نصوص به عاقدی که مالک باشد انصراف دارند و دلیل انصراف هم غلبه است... این قول قبلاً از زبان محقّق ثانی مطرح شد و رد شد و غلبه هم که دلیل ایشان بود از حیث صغری و کبری باطل بود.

قوله: و هل یثبت:

آیا در کنار وکیل‌ها که خیار مجلس دارند موکّل‌ها نیز خیار مجلس دارند یا خیر؟ باز دو وجه مطرح است:

۱ـ خیر، موکّل‌ها خیار مجلس ندارند به همان دلیل که در قسم اوّل از وکلاء مطرح شد که متبادر از نصّ متعاقدین است و آن بر وکیل‌ها صادق است نه موکّل‌ها و همان شاهد عدم حنث قسم را هم آورده‌اند و پاسخ همان است که آنجا آوردیم.

۲ـ آری موکّل‌ها هم خیار مجلس دارند و دو دلیل دارد: ۱ـ از ادلهٔ خیاراست استفاده می‌شود که خیار حقّی است برای صاحب مال که شارع در حق او ارفاق کرده و به او خیار داده است و موکّل‌ها صاحب مال‌اند پس خیار مجلس دارند.

۲ـ ثبوت خیار برای وکیل‌ها استقلالی و اصالةً که نیست بلکه استنابی و نیابةً است یعنی چون نایب مالک هستند خیار دارند پس خود منوب عنه به طریق اولی باید دارای خیار مجلس باشد. مگر یکی ادّعا کند که مباشر عقد بودن در ثبوت خیار مجلس دخیل است و برای غیر مباشر ثابت نیست، تا نتیجه بگیرد که برای موکّل ثابت نیست ولی هیچ دلیلی نداریم که حتماً باید فاعل مباشر باشد، پس برای غیر مباشر هم می‌تواند ثابت باشد. و لذا شیخ اعظم وجه ثانی را تقویت می‌کنند که ثبوت خیار مجلس برای موکّل‌ها باشد به همان دو دلیلی که ذکر شد.

قوله: و حینئذٍ:

حال که موکّلها نیز خیار مجلس دارند باید بدانیم که گاهی از یک طرف معامله (مثلاً طرف بایع) یا از هر دو طرف خیار مجلس برای اشخاص متعدّدی ثابت می‌شود (به این نحو که مالک اصلی یا موکّل به شخصی وکالت تامّه داده و حتّی به او اذن در توکیل هم داده و آن شخص هم فرد ثالثی را به وکالت برگزیده و اختیار بخشی از اموال موکّل را به او داده است و این فرد ثالث مالی از اموال موکّل را که تحت اختیارش بود می‌فروشد، در اینجا، هم خود این وکیل که بایع مباشری است خیار مجلس دارد و هم موکّل او یا وکیل اوّلِ مالک و هم خود مالک اصلی هر سه خیار مجلس دارند زیرا هر سه مشمول نصّ می‌باشند، و چه بسا وکیل دوّم هم وکیل سوّمی بگیرد و هلّم جرّاً و در هر فرضی تعداد اشخاصی که دارای خیار باشند بیشتر می‌شود. و همین محاسبات در جانب مشتری هم پیاده می‌شود که از این طرف اشخاص متعدّدی خیار داشته باشند.) آنگاه با توجّه به اینکه یک حق بیشتر نیست و یک متعلّق بیشتر ندارد و چند نفر علی البدل حق دارند لذا هر کدام زودتر اقدام کرد و اعمال خیار نمود دیگران حقّ الخیاری نخواهند داشت چه این یک نفر معامله را امضا کند و حق الخیار را اسقاط کند که کلّاً ساقط می‌شود و چه معامله را فسخ کند که کلّاً منفسخ می‌شود و نوبت به اشخاص دیگر از این طرف نمی‌رسد چون دیگر حقّی نیست تا آنها اعمال کنند.

قوله: و لیس المقام:

اگر کسی بگوید: ما شنیده‌ایم که هرگاه مجیز با فاسخ تعارض کردند (یکی طرف معامله را امضا و اجازه کرد و خیارش را ساقط کرد و طرف دیگر معامله را فسخ کرد) قول فاسخ

مقدّم است حتّی اگر اوّل اجازه باشد و دوّم فسخ بیاید و لا حق بر اجازه باشد. و روی این اصل در مورد بحث باید گفت: اگر یکی از سه نفر سبقت گرفت و معامله را امضا کرد و اسقاط خیار نمود و نفر دیگر بعد آمد و از خیار استفاده کرد و معامله را فسخ کرد باید قول فاسخ مقدّم باشد و فسخ او نافذ باشد، پس چرا حکم به سقوط خیار بقیّه کردید؟

در پاسخ می‌گوئیم: ما نحن فیه صغرای آن کبرای کلّی نیست زیرا تقدیم فاسخ بر مجیز در جایی است که دو طرف در کار است و یک طرف (بایع مثلاً) از طرف خود معامله را امضا می‌کند و دیگری (مشتری مثلاً) از طرف خود معامله را فسخ می‌کند در اینجا فسخ مقدم است زیرا امضا بایع از طرف خودش است و ربطی به مشتری ندارد و مُسقط حق او نیست ولی ما نحن فیه یک طرف است و هر سه نفر از یک طرف یک حق دارند و هر کدام جلو افتاد و اعمال کرد آن حق ساقط می‌شود و نوبت به اِعمال دیگران نمی‌رسد.

قوله: ثم علی المختار:

حال که موکّلها خیار مجلس دارند (و مکرّر دانستیم که خیار مجلس مغیّا به غایت تفرّق از مجلس است، آنگاه) این سؤال مطرح می‌شود که ملاک در تفرّق چیست؟ چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ ملاک تفرّق موکّلها از مجلس خودشان باشد یعنی وکیلها در مجلسی عقد را خواندند، موکّلها در همان مجلس باشند یا همزمان با اجرای عقد در مجلس دیگری مجتمع باشند، هر کجا که باشند همان مجلس ملاک است و تا موکّلها از آن مکان متفرّق نشده‌اند خیار مجلس دارند، (البته این احتمال با قطع نظر این شرطی است که شیخ اعظم برای خیار موکّلها قائل شدند و آن حضور در مجلس عقد بود، وگرنه با لحاظ آن شرط جای این احتمال نیست.)

۲ـ ملاک تفرّق موکّلها از مجلس عقد باشد یعنی فرض این است که آندو در مجلس عقد حاضرند و پس از عقد چه وکیل‌ها متفرّق بشوند یا نه مهم نیست و تا موکّلها در آنجا هستند و عرفاً تفرّق حاصل نشده خیار دارند.

۳ـ ملاک تفرق متعاقدین است و تفرق موکل‌ها مهم نیست چه در مجلس عقد باشند و چه در جای دیگر، چه پس از عقد متفرق شوند یا نه، تأثیری ندارند و مهم تفرض

وکیل‌ها است که خیار مجلس تابع آن است.

۴ـ ملاک تفرّق جمیع است: تا وکیلها در مجلس عقد حضور دارند و مجتمع هستند، خیار مجلس هست، و تا موکلّها مستقلاً متفرّق نشده‌اند خیار مجلس هست، و تا یکی از موکلّها با یکی از وکیلهای طرف دیگر حضور دارند و متفرّق نشده‌اند باز خیار هست و هنگامی که همه متفرّق شدند یعنی وکیلها رفتند و موکلّها هم رفتند و لا اقّل از یک طرف (مثلاً طرف بایع) هم موکل و هم وکیل از مجلس عقد رفتند خیار فسخ ساقط می‌شود، (مرحوم شیخ همین وجه را اختیار می‌کنند زیرا مراد از «المتبایعان» یا «البیّعان» جنس بایع و مشتری است و فرض این است که بر هر یک از دو وکیل که فاعل مباشری هستند و دو موکّل که فاعل تسبیبی‌اند و یک موکل و یک وکیل صادق است و همه مشمول نصّ بوده و دارای خیارند و وقتی همه متفرّق شدند خیاری نیست.)

۳ـ قوله: و ان لم یکن:

قسم سوم از اقسام وکلاء وکیلی است که نه فقط مجری عقد است و نه تامّ الاختیار است که قبل از معامله و در حین معامله و پس از آن اختیار و سلطنت داشته باشد بلکه وکیل در معامله است یعنی موکّل به او وکالت داده که این فرش را از طرف موکّل بفروشد یا این اختیار را داده که فلان متاع را برای موکّل خریدار کند، که وکیل در بیع یا وکیل در شراء است و پس از آن هیچ حقی ندارد. آیا خیار مجلس برای چنین وکیلی ثابت است؟

مرحوم شیخ و دیگران فرموده‌اند: چنین وکیلی خیار مجلس ندارد امّا در نحوهٔ استدلال فرق دارند: محقّق ثانی فرموده: عنوان «بیّعان» یعنی بایع و مشتری از چنین وکیلی انصراف دارد و فقط عاقد مالک را شامل می‌شود و منشأ انصراف را غلبه دانسته که قبلاً مطرح شد و رد شد حال ما که می‌گوئیم: این وکیل خیار مجلس ندارد نه به خاطر انصراف مذکور است بلکه بخاطر دلیل دوّم از ادلهٔ عدم خیاری است که در قسم اوّل و در وکیل در اجرای عقد ذکر کردیم و اجمال مطلب اینکه: مفاد ادلهٔ خیار این است که ذی الخیار سلطنت دارد و می‌تواند مالی را که از او به دیگری منتقل شده برگرداند و مجدّداً به ملک خویش در آورد و این فرع بر آن است که وی بتواند آنچه را از دیگری به او منتقل شده به صاحبش مسترد کند و استرداد «منتقلٌ عنه» فرع بر امکان رد «منتقل الیه» است و این موضوع باید از خارج محرز شود و مفروغ عنه باشد و با ادلهٔ خیار اثبات نمی‌شود

(هیچ حکمی موضوعش را اثبات نمی‌کند.) و در مورد وکیل کذائی چنین سلطنتی بر رد مالی که به موکّل رسیده، ثابت و محرز نیست تا خیار مجلس برایش ثابت شود و بر فرض شک در چنین تمکّنی اصل عدم جاری می‌شود نه عمومات و اطلاقات خیار که موضوع آن محرز نیست.

کما اینکه ادلهٔ خیار نمی‌تواند مخصّص عموم سلطنت باشد زیرا فرض این است که پس از خریدن، موکّل مالک کتاب شده و عموم «الناس مسلّطون علی اموالهم» می‌گوید: موکّل بر این مال سلطنت دارد و اعمال خیار کردن با این عموم منافی است و می‌خواهد مخصّص عموم باشد و تا ثبوت خیار محرز نشود ادلهٔ خیار نمی‌تواند مخصّص این عموم باشد و به حکم عمومات، نسبت به وکیل کذا اصالة اللزوم جاری می‌شود.

قوله: و فی ثبوته:

آیا موکّل‌ها خیار مجلس دارند یا نه؟ همان دو وجهی که در قسم اوّل و ثانی از اقسام وکیل ذکر شد در این قسم نیز می‌آید و حق این است که: خیار مجلس دارند. و آیا ملاک افتراق وکیلها یا موکّلها است؟ از مجلس عقد یا مجلس موکّلها؟ همان چهار احتمال و همان انتخاب قول چهارم در اینجا نیز می‌آید.

قوله: ثمّ هل:

برخی از حقوق قابل نقل و انتقال اختیاری است مثل حق التحجیر، حق سکنای مدرسه و... و برخی از حقوق به هیچ وجه قابل انتقال به دیگری نیست مثل حق قصاص و برخی حقوق مثل حق الخیار قابل نقل قهری می‌باشند و به ارث برده می‌شوند ولی سخن در این است که آیا قابل نقل و انتقال اختیاری هم هستند؟ به دیگر سخن آیا در مواردی که فقط موکّل دارای خیار مجلس است می‌تواند این حق را به وکیلش تفویض کند به طوری که خود موکّل اجنبی شود و وکیل شرعاً و قانوناً دارای خیار مجلس باشد؟ یا قابل تفویض نیست؟

شیخ اعظم حق الخیار را قابل تفویض نمی‌دانند به این دلیل که نصوص می‌گوید: «البیّعان بالخیار» و منحصر می‌کند خیار مجلس را به بیّعان و گیرم که بایع یا مشتری بر عاقد (وکیل در عقد و معاملهٔ تنها که قسم اوّل و سوّم بود) هم صدق کند ولی ظاهر اخبار (اگر اطلاق داشته باشند) و یا قدر متیقن از آنها (اگر مجمل باشند) این است که خیار

مجلس برای عاقد عند العقد و همزمان با انشاء بیع ثابت می‌شود و امّا ثبوت لاحق که بعداً با تفویض درست شود، مشمول نصوص باب نیست و دلیل دیگری هم بر خیار مجلس نداریم پس قابل تفویض نیست.

آری قابل توکیل هست یعنی حق الخیار مال خود موکّل است ولی پس از تصمیم بر فسخ، اجرای صیغهٔ فسخ را به وکیل واگذار کند یا کلاً او را وکیل کند که حق داری فسخ کنی یا امضا و اسقاط کنی اینها بلا مانع است زیرا امور مذکور قابل نیابت است و لزومی ندارد که خود انسان مباشراً انجام دهد ولی فرق توکیل با تفویض آن است که در توکیل اصل حق الخیار مال موکّل است و هر لحظه بخواهد وکالت را از وکیل می‌گیرد و وکیل در حقیقت مجری صیغهٔ فسخ یا امضا است.

قوله: و ممّا ذکرنا:

اگر متعاقدان هر دو مالک اصلی باشند قطعاً مشمول نصوص خیار مجلس بوده و خیار مجلس دارند و اگر هر دو وکیل باشند سه صورت تصویر شد که در قسم اوّل و سوّم خیار مجلس برای وکیل‌ها ثابت نشد و در قسم ثانی ثابت شد ولی در هر سه صورت موکّل‌ها خیار مجلس داشتند به بیانی که گذشت. و امّا اگر متعاقدان هر دو فضولی باشند یعنی هم موجب و هم قابل نه مالک‌اند و نه مأذون از جانب او بلکه اجنبی و فضولی هستند و با عین خارجی دیگران یا بر ذمّهٔ دیگران انشاء بیع کرده و ایجاب و قبول را خوانده‌اند در اینجا یک بحث این است که آیا خود فضولی‌ها خیار مجلس دارند یا خیر؟ و بحث دیگر اینست که آیا مالکهای اصلی خیار مجلس دارند؟

امّا فضولی‌ها: بر مسلک گروهی که بیع فضولی را از ریشه باطل می‌دانستند پر واضح است که خیار مجلس موضوع ندارد و اصلاً معامله‌ای منعقد نشده تا خیار مجلسی باشد. ولی سخن بر مبنای مشهور است که بیع فضولی را صحیح (صحّت تعلیقی که معلّق به اجازهٔ مالک است نه تنجیزی و فعلی که بدون اجازه هم مؤثّر و نافذ باشد.) می‌دانستند: آیا فضولی‌ها بر این مسلک خیار مجلس دارند یا نه؟ مرحوم شیخ اشاره‌ای به قولی مخالف ندارد و ظاهرشان این است که همهٔ متفّق می‌باشند که فضولی‌ها خیار مجلس ندارند، امّا در مقام استدلال عدّه‌ای چنین گفته‌اند: موضوع خیار مجلس عنوان متبایعان یا بیّعان است و در نصوص فرموده: المتبایعان بالخیار... و این عنوان بر

فضولی‌ها صادق نیست آنها نه خود واقعاً بایع‌اند و نه کارشان بیع است زیرا بیع عبارتست از نقل و انتقال و مبادله و تملیک و در بیع فضولی بدون اجازهٔ مالک اصلی نقلی وجود ندارد و فعلاً چیزی به کسی منتقل نشده است، پس بر کار آنها بیع و بر خودشان بایع و بیعّان صدق نمی‌کند و وقتی موضوع نبود حکم هم نیست یعنی خیار مجلس هم ندارند[۱].

مرحوم شیخ از این دلیل جواب می‌دهند: بیع نقل و مبادله و تملیک است ولی نه تملیک و نقل شرعی (که بر بیع صحیح تام فعلی مترتب است) تا بر کار فضولی صدق نکند، بلکه نقل و تملیک عرفی ملاک است و بر کار فضولی صدق می‌کند زیرا او هم حقیقتاً انشاء بیع می‌کند نه اینکه فقط صوری و ظاهری باشد و در بیع فضولی مسأله سوّم این بحثها گذشت که از این جهت بیع فضولی کمبودی ندارد، کمبود از ناحیهٔ رضا و طیب نفس مالک است که با اجازهٔ لا حق درست می‌شود. بنابر این عنوان متبایعان بر فضولی‌ها نیز صادق است و علی القاعده باید خیار مجلس باشد. پس دلیل مذکور ناتمام است.

قوله: نعم:

البته ظاهر روایات باب خیار مجلس آن است که خیار مزبور فرع بر حصول ملکیّت شرعی است و تا نباشد خیاری نیست (زیرا خیار مجلس مثل سایر خیارات شرعی، تأسیسی و به حکم شارع است و بر بیع صحیح تامّ و مفید نقل و انتقال شرعی مترتّب است و حکم شرعی بر بیع ناقص و فاسد و بی اثر که مترتّب نیست.) و این معنی (ملک شرعی) در مورد بیع فضولی منتفی است زیرا تا اجازهٔ مالک اصلی ضمیمه نشود ملکیّتی نیست و در نتیجه فضولی از ظاهر اخبار بیرون است و دلیل دیگری هم نداریم که توسّط آن خیار مجلس را برای فضولی ثابت کنیم.

قوله: و یندفع:

ولی این ظاهر اخبار هم مثل قول مستدّل قبلی مندفع است به اینکه: در باب بیع صرف تا تقابض فی المجلس نیاید ملکیّتی نیامده و تقابض شرط ملکیّت است و در بیع سلم نیز تا

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۹.

ثمن فی المجلس به قبض بایع نرسد ملکیّتی نیست و لو یک ساعت از اجرای عقد گذشته باشد. آنگاه مقتضای ظاهر اخبار مذکور این است که در این دو باب تا پیش از قبض و اقباض خیار مجلس نباشد در حالی که احدی بدان ملتزم نشده و قطعاً باطل است و همه می‌گویند خیار مجلس در همهٔ انواع بیوع و منجمله در بیع صرف و سلم ثابت است پس نتوان به ظاهر اخبار اخذ کرد و ناگزیر باید بر نقل و ملکیّت عرفی حمل کرد که در بیع فضولی هم وجود دارد و صدق می‌کند.

و نیز اشکال دیگر این است که: بر مسلک مشهور به نفس عقد، ملکیّت حاصل می‌شود (در غیر فضولی) ولی بر مبنای شیخ طوسی تا مدّت خیار منقضی نشود شرعاً طرفین مالک نمی‌شوند[1] بنابر این تا خیار مجلس تمام نشده اصلاً ملکیّتی نیست و طبق ظاهر اخبار باید گفت خیار مجلسی هم نیست در حالی که خود شیخ طوسی هم طرفدار خیار مجلس است پس معلوم می‌شود ملاک بیع شرعی و نقل شرعی نیست بلکه نقل عرفی ملاک است و بر کار فضولی هم صادق است و علی القاعده باید آنها هم خیار مجلس داشته باشند. پس از راه ظاهر اخبار یا عدم صدق متبایعان نمی‌توانیم ثابت کنیم که فضولی خیار مجلس ندارد.

آری از راه دلیلی که در قسم اوّل و سوّم از اقسام وکیل آوردیم می‌توان ثابت کرد که فضولی خیار مجلس ندارد و آن اینکه: مفاد ادلهٔ الخیار این است که شما قدرت و سلطنت دارید که فسخ کنید و آنچه را به دیگری منتقل کرده‌اید برگردانید ولی مشروط بر اینکه متقابلاً قدرت هم داشته باشید تا آنچه را از دیگری به شما منتقل شده به صاحبش عودت دهید و در فضولی چنین قدرتی وجود ندارد پس مشمول ادلّهٔ خیار مجلس نیست و بلکه اگر وکیل کذائی مشمول ادله نبود فضولی به طریق اولی مشمول نیست.

قوله: نعم:

خیار مجلس برای فضولی‌ها ثابت نشد امّا آیا مالکهای اصلی خیار مجلس دارند یا نه؟ مالکها اگر هر دو یا یکی از آن دو معاملهٔ فضولی را رد کردند که معامله باطل می‌شود و نوبت به خیار مجلس هم نمی‌رسد. ولی اگر هر دو اجازه کردند بر این فرض بعید نیست

---

۱. خلاف، ج ۳، ص ۲۲، مسأله ۲۹.

که خیار مجلس داشته باشند زیرا پس از امضا و اجازه آن دو به منزلهٔ بایع و مشتری می‌شوند و عنوان متبایعان بر آنها صدق می‌کند و خیار مجلس هم مال متبایعان است، منتها اگر اجازه را کاشفه بگیریم ملاک مجلس عقد خواهد بود و همان شرط حضور در مجلس عقد معتبر است که اگر مالکهای اصلی فی المجلس حاضر بودند و مطلع شدند و اجازه دادند خیار مجلس دارند وگرنه نه، و اگر اجازه را ناقله بگیریم بعید نیست که ملاک مجلس اجازه باشد ولو یک ماه پس از عقد فضولی چون بالحوق اجازه و آمدن جزء مؤثّر، تازه عقد کامل شد وگویا تازه مجلس عقد منعقد شده و مادام که طرفین در مجلس اجازه هستند خیار مجلس دارند.

قوله: خصوصاً:

در باب اجازه بر مسلک ناقله بودن، رأی مشهور این بود که اجازه عقد جدید نیست بلکه امضای عقد قدیم است ولی باید بیاید و متمّم عقد است ولی بر مسلک برخی اجازه عقد جدید و مستأنف است و گویا هم اکنون ایجاب و قبول انشاء می‌شود بر این اساس پر واضح است که مجلس اجازه ملاک است و خیار مجلس مال این مجلس است. (البته این مبنا را ما در بیع فضولی قبول نکردیم که اجازه عقد جدید باشد.)

قوله: و یکفی:

بنابر این که اجازه عقد جدید باشد می‌گوئیم: اگر یک طرف اصیل (بایع مثلاً) با یک طرف فضولی در مقام انشاء معامله هستند و مالک اصلیِ ثمن هم در مجلس معامله حاضر است و به محض اینکه بایع اصیل گفت: بعتک این کتاب را به صد تومان در ذمّهٔ فلانی، آن فلانی هم شنید و هنوز طرف فضولی نگفته: اشتریت یا قبلت و...، مالک اصلی گفت: رضیت یا اجزت و... باید همین کافی باشد زیرا اجازه اگر عقد جدید است و قائم مقام ایجاب و قبول می‌شود باید به طریق اولی جانشین قبول تنها بشود و به دنبال آن خیار مجلس هم برای اصیل‌ها ثابت می‌شود.

قوله: نعم:

تا به حال بحث‌ها بر این فرض بود که اجازه فقط امضای اصل بیع فضولی است و مفادش صحّت بیع است نه لزوم آن، ولی این احتمال وجود دارد که اجازه به معنای امضا و تنفیذ بیع سابق و التزام به آن باشد به ویژه اگر با لفظ «التزمتُ» باشد که به معنای ملتزم شدن و

بیع را لازم کردن است و اگر این شد اجازه یعنی اسقاط خیارات و الزام بیع و بدنبال آن خیار مجلس معنی نخواهد داشت.

قوله: فتأمل:

اشاره به بطلان احتمال مزبور است زیرا اجازه به هر لفظی که باشد رضایت به اصل بیع و تأثیر آن است نه رضایت به لزوم عقد، و اجازه از خود عقد مباشری که بالاتر نیست، در خود عقد هم منظور رضایت به اصل نقل و انتقال است نه لزوم آن و اسقاط خیارات، اجازه هم که قائم مقام عقد است رضایت به خود عقد و التزام به اصل بیع است نه التزام به سقوط خیارات ....

قوله: و لا فرق:

در بیع فضولی سه مسأله داشتیم: ۱ـ فضولی متاعی را برای مالک اصلی بفروشد آن هم بدون نهی سابق ۲ـ همان فرض ولی با نهی سابق ۳ـ فضولی متاع غیر را برای خود می‌فروشد یا از باب جهل مرکّب که خیال می‌کند ملک خودش است و یا از باب ادّعای مالکیّت که معمولاً در افراد غاصب و سارق است و این مسأله خیلی محلّ بحث و جنجال بود و بالاخره ما در هر سه مسأله حکم به صحّت کردیم و لذا بر آن اساس در اینجا می‌گوئیم:

فرقی میان فضولی غاصب و غیر غاصب نیست و در هر دو خود فضولی خیار مجلس ندارد و مالک اصلی دارد. متفرع بر این اگر دو نفر فضولی انشاء بیع کردند و معامله تمام شد بعداً هر دو هم راضی شوند و اقاله و تفاسخ کنند ارزشی ندارد و معاملهٔ آن دو را از قابلیّت لحوق اجازهٔ مالک خارج نمی‌کند زیرا آنها حقّی و سلطنتی ندارند تا فسخشان مؤثّر باشد و لذا تفاسخ آن‌ها وجودش کالعدم است و عقدشان به صحّت تعلیقی باقی است. امّا اگر در اثناء عقد، فسخ و رد بیاید اثر دارد یعنی بایع فضولی پس از ایجاب بیع و پیش از قبول فضولی دیگر گفت: من ایجابم را ابطال کردم، معامله را رد می‌کنم و... بدین وسیله معامله باطل می‌شود و سرّ مطلب آن است که باید میان ایجاب و قبول موالات باشد و فصل به اجنبی مخلّ است و صورت و هئیت اتصالیّه را فرو می‌پاشد و از این جهت مبطل و قادح است که عقد جامع شرائط صیغه منعقد نشده است.

مسألهٔ دوّم:

مسألهٔ اوّل از مسائل خیار مجلس بر این فرض بود که عاقدها دو نفرند که یکی موجب و دیگری قابل است. حال گاهی هر دو مالکند و گاهی هر دو ولایت دارند و گاهی هر دو وکیل‌اند و گاهی هر دو فضولی‌اند و گاهی مختلفین هستند که حکمش از صور قبلی دانسته می‌شود و بحث این فرض گذشت. ولی مسألهٔ دوّم بر این فرض است که عاقد یک نفر است که هم از طرف بایع ایجاب بیع را می‌خواند و هم از طرف مشتری قبول بیع را و در حقیقت هم موجب است و هم قابل، هم بایع است و هم مشتری ولی به دو اعتبار: این مسأله دوازده صورت دارد به این نحو که: عاقد واحد یا برای خودش عقد می‌خواند (برای خودش بفروشد یا برای خودش خریداری کند ولی ما روی شراء مسأله را پیاده می‌کنیم) و یا برای دیگری خریداری می‌کند و در هر یک از دو صورت یا از خودش (متاع خودش را) خریداری می‌کند و یا از دیگری خریداری می‌کند و در هر یک از چهار صورت یا این خریدن به عنوان ولایت است (بر دیگری ولایت دارد) یا به وکالت است و یا به عنوان فضولی و در مجموع دوازده صورت متصوّر است:

از دوازده فرض چهار فرض که مربوط به فضولی باشد از بحث ما خارج است و دیدیم که فضولی خیار مجلس ندارد. و از هشت صورت باقیمانده هم دو فرض از محالات است که برای خودش از خودش خریداری کند چه ولایةً و چه وکالةً، هر دو باطل است و معنی ندارد که انسان متاع خویش را برای خویش خریداری کند. و شش صورت باقی می‌ماند که در این مسأله مورد بحث است:

۱ـ برای خودش از دیگری خریداری کند و بر دیگری ولایت داشته باشد

۲ـ همان فرض ولی از دیگری وکالت دارد.

۳ـ برای دیگری از خودش خریداری کند و بر دیگری ولایت داشته باشد

۴ـ همان فرض ولی وکالت دارد.

۵ـ برای دیگری از دیگری خریداری کند و بر هر دو ولایت دارد

۶ـ همان فرض و از هر دو وکالت داشته باشد (و یا از یکی وکیل و بر دیگری ولیّ باشد) البته در فرض وکالت هم وکیل قسم اوّل یا سوّم نباشد که در مسأله قبل ذکر شد و خیار نداشتند بلکه وکیل قسم ثانی یعنی مستقلّ در تصرّف باشد که خیار مجلس داشت.

حال در این شش صورت بحث در این است که: آیا خیار مجلس برای عاقد واحد هم ثابت است (همانگونه که برای عاقد متعدّد ثابت بود) یا خیر؟ در این رابطه دو نظریّه مطرح است:

۱ـ عدّه‌ای از بزرگان متقدّم و متأخّر طرفدار ثبوت خیار مجلس برای عاقد واحد هستند و برای این مدّعا استدلال کرده‌اند به اینکه در لسان نصوص و روایات، خیار مجلس و سایر احکام بیع، روی عنوان بایع و مشتری تکیه شده و بایع به عنوان اینکه بایع است احکامی دارد و مشتری بودن احکامی دارد (و عنوان بایع و مشتری بودن حیثیّت تقییدی هستند و ذات که زید یا بکر باشد نقشی ندارد و تمام موضوع جهت بایع و مشتری بودن است) و دو عنوان مذکور بر عاقد واحد صادق است زیرا از آن جهت که چیزی را از ناحیهٔ خود یا دیگری به ولایت یا وکالت می‌فروشد نامش بایع است و از آن حیث که همان چیز را برای خود یا برای دیگری خریداری می‌کند نامش مشتری است بنابر این تمام احکامی که بایع و مشتری دارند عاقد واحد نیز دارد و یکی از آنها خیار مجلس است که برای بایع و مشتری ثابت است و این فرد نیز هم بایع است و هم مشتری پس خیار مجلس دارد.

قوله: و احتمال:

اگر کسی بگوید در لسان روایات کلمهٔ متبایعان یا بیّعان آمده که تثنیه هستند و ظهور در اثنینیت دارند و بر دو فرد دلالت دارند و ظاهرشان این است که طرفین معامله و بیع دو نفر باشندکه هر کدام مستقلاً و جدای از دیگری (بشرط الانفراد) از طرف خویش یا موکّل و مولّیٰ علیه خود انشاء بیع بنمایند و لا اقلّ این محتمل است که باید دو نفر باشند و هر یک علیحده انشاء معامله کنند (که فعلاً معترض روی این تکیه کرده است) بنابر این مواردی را که عاقد واحد باشد و دو عنوان بایع و مشتری به یک فرد قائم و بر یک فرد منطبق باشند شامل نمی‌شوند و یا شاید شامل نشوند و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، پس از نصوص، حکم عاقد واجد دانسته نمی‌شود و دلیل دیگری هم بر خیار مجلس نداریم تا حکم عاقد واحد را دلالت کند؛ پس باید گفت: عاقد واحد خیار مجلس ندارد.

قوله: مندفع: گروه اوّل (طرفداران ثبوت خیار) در جواب از این احتمال می‌گویند:

استقراء و تتبّع مصادیق مختلف خلاف این را می‌گوید: ما وقتی احکام بایع و مشتری را در سایر موارد تتبّع می‌کنیم می‌بینیم تمام آنچه برای بایع بما هو بایع و برای مشتری بما هو مشتری ثابت شده برای عاقد واحد هم از آن حیث که بایع و مشتری است ثابت است، آنگاه به حکم استقراء می‌گوئیم: خیار مجلس هم برای عاقد واحد ثابت است و به احتمال مذکور که شاید تعدّد دخیل باشد و... اعتنا نمی‌کنیم.

قوله: و جعل:

اگر کسی بگوید: در روایات خیار مجلس تفرّق را غایت خیار مجلس قرار داده و فرموده‌اند: حتّی یفترقا... و تفرّق فرع بر تعدّد و اثنینیّت است و تا دو نفر نباشند تفرّق ممکن و غایت قید حکم است و تا قید نباشد حکم هم نیست پس خیار مجلس در جائی است که عاقدها دو نفر باشند و در عاقد واحد جاری نیست.

قوله: مبنّی:

گروه اوّل از این اشکال هم جواب داده‌اند به اینکه: «قید حتّی یفترقا» و غایت مذکور: قید غالبی و مبنی بر غالب است و از آنجا که غالباً در خارج متعاقدین دو نفر هستند این غایت ذکر شده وگرنه مدخلیّتی در حکم ندارد و در موارد نادر هم که عاقد واحد است و اصلاً تفرّق معقول نیست باز خیار مجلس ثابت است.

۲ـ قوله: خلافاً:

عدّه‌ای از بزرگان نیز طرفدار عدم خیار مجلس شده و فرموده‌اند: عاقد واحد خیار مجلس ندارد. و مرحوم شیخ نیز همین را تقویت کرده و به دو دلیل هم استناد می‌کنند که قبلاً در کلام گروه اوّل گذشت:

۱ـ موضوع در روایات کلمهٔ بیّعان و متبایعان است و تثنیه بر دو فرد دلالت دارد و ظاهر نصوص فرض تعدّد است (آنهم تعدّد حقیقی نه اعتباری) بنابر این دو نفر بودن موضوعیّت دارد و حکم خیار بر آن بار شده و با نبود آن حکم هم نابود است پس عاقد واحد خیار ندارد.

۲ـ غایت در روایات هم کلمهٔ «حتّی یفترقا» است که افتراق فرع بر تعدّد است و در عاقد واحد تعدّدی نیست تا افتراق باشد و وقتی غایت و قید حکم نبود خود حکم خیار هم نیست پس عاقد واحد خیار ندارد.

قوله: و لولاها:

مرحوم شیخ روی دلیل اوّل خیلی تکیه ندارند و دلیل دوّم برای ایشان مهمّ است و لذا می‌فرماید: اگر مسألهٔ غایت نبود ممکن بود که مشکل تثنیه را حلّ کنیم و بگوئیم: تثنیه و دو نفر بودن موضوعیّت ندارد و طریق به سوی بیان احکام هر یک از دو عنوان بایع و مشتری است و فرض این است که دو عنوان مزبور بر عاقد واحد صادق است و او متبایعان اعتباری است و همین کافی است و دلیل طریقیّت آن است که عرف و عقلا فرق نمی‌گذارند میان این تعبیر که بگوئیم: «المتبایعان ...» یا بگوئیم: «البایع و المشتری کذا ...» و همانطوری که تعبیر دوّم طریق و عنوان مشیر است و هدف صدق عنوان بایع و مشتری است، تعبیر اوّل نیز مراد همین است.

قوله: الاّ انّ:

ولی غایتی که در آخر حدیث آمده مانع از استظهار مزبور و حمل متبایعان بر بیان حکم بایع و مشتری است زیرا حتّی یفترقا مفهومش آن است که خیار مجلس هست تا زمانی که در خارج طرفین از یکدیگر جدا شوند و تفرّق حاصل شود و وقوع تفرّق فرع بر امکان آن است وگرنه امر محال که وقوع ندارد، و در عاقد واحد تفرّق ممکن نیست پس هرگز واقع نخواهد شد. پس حکم خیار هم در اینجا نیست و مخصوص تعدّد عاقد است که تفرّق ممکن است.

قوله: و منه:

اگر کسی بگوید: در ادبیّات عرب خواندیم که کلمهٔ حتّی هم بر سر امر ممکن داخل می‌شود مثل: «**اکلت السمکة حتّی رأسها**» و هم بر سر امر محال داخل می‌شود مثل: «**حتّی نری اللّه جهرةً.**»[1] که رؤیت خداوند با چشم سر از محالات است، و فرقی به حال کلمهٔ حتّی ندارد، حال در ما نحن فیه هم «حتّی یفترقا» نسبت به عاقد واحد از این قبیل باشد و بر امر محال داخل شده باشد، پس «حتّی یفترقا» معنایش امکان تفرّق نیست تا بگوئید عاقد واحد را شامل نمی‌شود بلکه با امتناع تفرّق هم می‌سازد پس «**البیّعان بالخیار حتّی یفترقا**» عاقد واحد را نیز شامل است و او هم خیار مجلس دارد.

---

۱. سورهٔ بقره، آیه ۵۵.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از فراز قبلی پاسخ این شبهه روشن شد که این حرفها در ادبیّات بجا است ولی ظهور عرفی و عقلائی برای ما حجّت است و ظاهر کلمهٔ «حتّی یفترقا» فرضی است که تفرّق ممکن است و صورت ممتنع را شامل نیست تا عاقد واحد را بگیرد.

قوله: الآ ان:

مگر کسی بگوید: جملهٔ «حتّی یفترقا» غایتی است که مخصوص صورت تعدّد عاقدان است و تنها در آن فرض سخن از افتراق مطرح است نه اینکه کلیّت داشته باشد و همه جا غایت باشد و در نتیجه در عاقد واحد چون تفرّق ممکن نیست، بگوئیم خیار هم ندارد و غایت مزبور مخصّص حکم خیار باشد به صورت تعدّد عاقدها، پس فرض وحدت عاقد از این غایت خارج است و بدون آن نیز خیار مجلس ثابت است. (این نیز بعید است زیرا در همهٔ روایات خیار مجلس این غایت آمده و اگر بعضی از آنها مطلق و بدون غایت بود و برخی مغیّا بود جای این ادّعا بود که مقیّدها را به صورت تعدّد عاقد حمل کنیم و مطلق‌ها را نیز در جای خود بگیریم و بگوئیم مطلق و مقیّد هر دو مثبت هستند و تعارضی ندارند و به هر دو می‌شود عمل کرد، ولی چنین مطلقی نداریم و همه جا سخن از تفرّق است و ظاهرش این است که تفرّق غایت و قید خیار مجلس است و در عاقد واحد این قید نیست پس حکم هم نیست.)

قوله: و بالجمله:

گروه اوّل یا مشهور برای اثبات مدّعای خود (ثبوت خیار مجلس) نمی‌توانند از ظاهر نصوص استفاده کنند چون تعبیر «متبایعان» و تعبیر «حتّی یفترقا» ظهور در خلاف حکم آنها دارند به بیانی که گذشت.

قوله: نعم:

بعید نیست کسی به تنقیح مناط استناد کند و بگوید: مناط ثبوت خیار در فرض تعدّد عاقدها عبارتست از مسأله تروّی و انتخاب اصلح ... و همین مناط در عاقد واحد نیز راه دارد و به وحدت مناط حکمشان هم واحد است و خیار مجلس دارند. ولی این نیز مشکل است زیرا ما علم به مناطات احکام که نداریم تا تنقیح مناط قطعی بدست آوریم و تنقیح مناط ظنّی هم که ارزشی ندارد. پس از این راه هم سخن مشهور به کرسی ننشست.

قوله: والاوی:

بالاخره پس از بحثهای مزبور جناب شیخ به پیروی از جامع المقاصد[۱] و دیگران توقّفی می‌شوند و می‌گویند: ما نمی‌دانیم که خیار مجلس برای عاقد و احد ثابت است یا نه؟ (زیرا در موضوع نص کلمهٔ متبایعان آمده بود و احتمال دارد تثنیه و تعدّد موضوعیّت داشته باشد نه طریقیّت، و نیز غایت هم با احتمالاتی روبرو بود و به ویژه اینکه گروه اوّل آن را قید غالبی گرفتند و لذا هیچ طرف قابل استدلال نیست پس جای توقّف است، و وقتی دستمان از دلیل خاص کوتاه شد به سراغ اصل اوّلی در معاملات و در خصوص بیع می‌رویم که اصالة اللزوم باشد و در فرض وحدت عاقد حکم به لزوم معامله و بیع و سقوط خیار مجلس می‌کنیم.)

قوله: ثمّ:

بر فرض مبنای مشهور را اخذ کرده و خیار مجلس را برای عاقد و احد هم قائل باشیم، می‌گوئیم: با توجّه به اینکه در عاقد واحد تفرّق امکان ندارد سقوط خیار مجلس بوسیلهٔ تفرّق هم معنی ندارد و لذا خیار مجلس کماکان باقی است تا زمانی که یکی دیگر از مسقطات خیار مجلس بیاید (مثل اسقاط قولی خیار، تصرّف در یکی از عوضین به نحو ناقل که

اسقاط فعلی است و... که مبسوطاً در مقام ثانی خواهد آمد.)

مسألهٔ سوّم:

در اوّل‌خیار مجلس اشاره شد به اینکه: خیار مجلس در همهٔ انواع بیعها و نیز همهٔ اقسام مبیع‌ها جاری است به جز موارد خاصّی که استثناء شده و در آنها خیار مجلس ثابت نیست و اینک در مسأله سوّم به سه مورد از این مستثنیات اشاره می‌کنند: ۱ـ شراء من ینعتق علیه که قبلاً نیز به آن اشاره شد و کسی که یکی از عمودین خود را خرید تا معامله محقّق شد به طور قهری آنها آزاد می‌شوند و قابل برگشت به ملکیّت نیستند و خیار مجلس هم معنی ندارد. ۲ـ شراء عبد مسلمان از مولای کافر که پس از خریدن قابل برگشت دوباره به ملک کافر نیست تا خیار مجلس بیاید. ۳ـ عبدی با مولایش قرار داد

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۷.

بسته که در ازای پرداخت فلان مبلغ آزاد شود و رفت و کار کرد و پول داد و خودش را خرید و آزاد کرد باز به محض خریدن و آزاد شدن قابل برگشت دوباره به مملوک بودن نیست و خیار مجلس و فسخ معنی ندارد. (و موارد دیگری نیز هست که یک یک آنها قابل بحث است و چون این موارد از محلّ ابتلای ما فعلاً بیرون است لذا از طرح این مسأله صرف نظر می‌کنیم.

مسألهٔ چهارم:

مسأله چهارم از مسائل خیار مجلس دربارهٔ این است که: خیار مجلس در خصوص بیع قطعاً ثابت است و بایع و مشتری دارای چنین خیاری هستند ولی در سایر عقود (از اجاره و نکاح و...) به اتّفاق فقهاء امامیّه خیار مجلس وجود ندارد (و دلیل مطلب این استکه: خیار مجلس به تأسیس شارع مقدّس است و تعابیری که از شارع رسیده عبارتست از: «البیّعان، المتبایعان، البایع و المشتری» و این تعابیر فقط باب بیع را شامل است و غیر آن را شامل نیست، فی المثل به موجر و مستأجر متبایعان اطلاق نمی‌شود. به زوجین یا وکیل آنها در نکاح، بیّعان و مانند آن اطلاق نمی‌شود و دلیل دیگری هم نداریم تا بوسیلهٔ آن خیار مجلس در سایر عقود ثابت شود و بر فرض شک از از اصل لزوم استفاده می‌کنیم، در نتیجه در سایر عقود، خیار مجلس ثابت نیست.) و بزرگانی بر این مطلب ادعّای اجماع فرموده‌اند که از جملهٔ آن شیخ طوسی در کتاب خلاف است که صریحاً فرموده: خیار مجلس در باب وکالت و عاریه و وودیعه و مضاربه و... ثابت نیست[۱] و در کتاب مبسوط هم مکرّر به این امر تصریح کرده که خیار مجلس مخصوص بیع است و در غیر آن جاری نیست[۲].

ولی یکجا که سخن از عقودی به میان آورده که در کدامها خیار مجلس می‌آید و در کدامها نمی‌آید، بدنبالش فرموده: امّا عقد وکالت و ودیعه و عاریه و مضاربه و جعاله (تماماً از عقود جایز می‌باشند) هیچ مانعی از ورود خیار مجلس و خیار شرط وجود ندارد[۳] مرحوم قاضی ابن برّاج هم نظیر سخن شیخ طوسی را دارد. و این بر خلاف

---

۱. خلاف، ج ۲، ص ۳ مسأله ۱۲.
۲. مبسوط. ج ۲، ص ۸۲ ـ ۸۱.
۳. مبسوط، ج ۲، ص ۸۲.

اجماعات مذکور و نصوص مزبور و تصریحات خود شیخ طوسی است.

مضافاً به اینکه اصلاً چنین چیزی معقول نیست و تحصیل حاصل است زیرا در عقود جایز ذاتاً جواز فسخ وجود دارد و همیشگی هم هست یعنی در مجلس عقد یا بعد از آن در مدّت شرط یا پس از آن علی کلّ حالٍ طرفین یا یک طرف حق دارند عقد را به هم بزنند و این جواز لازمه لاینفک آن عقود است آنگاه نوبت نمی‌رسد به ثبوت خیار مجلس و شرط و جواز فسخ عرضی که با جعل متعاقدین یا شارع می‌خواهد درست شود و بر عقد عارض شود، قبل از آن ذاتاً و دائماً قابل فسخ هستند و جعل خیار و حکم به جواز فسخ بالعرض، هم لغو و بی فایده است و هم تحصیل حاصل است که از محالات می‌باشد، با وجود این اشکال اساسی چگونه شیخ طوسی و قاضی ابن برّاج فرموده‌اند: خیار مجلس و شرط در این عقود جایزه جاری و ساری هستند و مانعی ندارند؟!.

قوله: و احتمل:

در مجموع سه توجیه برای سخن شیخ طوسی شده تا محذور مزبور مندفع شود:

توجیه اوّل از مرحوم شهید اوّل در کتاب دروس است: منظور شیخ طوسی از خیار مجلس و شرط در مثل وکالت و عاریه... عدم جواز تصرّف است تا زمانی که خیار مذکور منقضی شود[1] (بیان مطلب: خیار مصطلح دو اثر روشن دارد: یکی جواز فسخ ذی الخیار است و دیگری عدم جواز تصرّف دیگری در مدّت خیار است، فی المثل مشتری در مدّت خیار بایع حق ندارد در مبیع تصرّف کند بگونه‌ای که منافی باشد با رجوع بایع، و شیخ طوسی که فرموده: در وکالت و مانند آن خیار مجلس یا شرط وجود دارد منظورش به لحاظ جواز فسخ نیست تا کسی اشکال کند که این امر ذاتی وکالت و مانند آن است و نیازی به جعل و مانند آن ندارد... بلکه منظورش به لحاظ منع از تصرّف است یعنی در مدّت مجلس عقد وکالت یا عاریه یا مضاربه و... وکیل حق ندارد در مال موکل تصرّف کند، عامل مضارب حق ندارد در مال التجارة تصرّف کند و... وخیار داشتن به این اعتبار است.)

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۶۶.

قوله: و لعّل:

از آنجا که خود کلام شهید در توجیه کلام شیخ، کلّی است و سر بسته فرموده: «عدم جواز التّصرف ...» و ممکن است کسی خیال کند که نه وکیل حق تصرّف دارد و نه موکّل، نه صاحب سرمایه و نه عامل مضارب و... جناب شیخ اعظم کلام شهید را تفسیر و توجیه می‌کنند که لابد مراد ایشان از منع از تصرّف، نسبت به طرف قابل (وکیل، عامل مضارب و...) است وگرنه نسبت به موجب (مالک اصلی یا موکل و...) منع از تصرّف معنی ندارد زیرا او در هر حال چه قبل از وکالت و چه پس از آن، قبل از عاریه دادن یا پس از آن، مالک است و «الناس مسلطّون علی اموالهم» پس وی ممنوعیّتی ندارد و تنها طرف قابل ممنوع است.

قوله: لکّن:

توجیه شهید اوّل قابل قبول نیست زیرا حاصل سخن ایشان این است که: خیار مجلس در این عقود هم جاری و ساری است ولی نه به لحاظ اثر جواز فسخ بلکه به لحاظ اثر عدم جواز تصرّف، در حالی که شیخ طوسی مکرّر تصریح کرده که اصلاً خیار مجلس مخصوص بیع است و در سایر عقود به لحاظ هیچ اثری جاری و ساری نیست.

قوله: و الذّی یخطر:

توجیه دوّم از شیخ اعظم است: گاهی عقد وکالت و عاریه و... مستقلاً و ابتدائاً انشاء می‌شوند و در ضمن عقد دیگری نیستند (مثلاً موکّل می‌گوید: وکلّتک فی کذا و کذا. وکیل هم می‌گوید: قبلت التوکیل) در اینجا خیار مجلس معقول نیست چون جواز فسخ ذاتی دارند. و گاهی در ضمن عقد بیع به عنوان شرط ضمنی مطرح می‌شوند (مثلاً می‌گوید: بعت... یا اشتریت... و ضمناً شرط می‌کنم که مرا در فلان امر وکیل کنی، یا فلان متاع را به من عاریه دهی و...) اینجا است که شرط مزبور تا بع مشروط یعنی خود بیع است و اگر بیع فسخ شد آن وکالت یا اعارهٔ ضمنی هم باطل و منفسخ می‌شود و اگر بیع امضاء و الزامی شد آنها هم الزامی می‌شوند.

و منظور شیخ طوسی از راه یافتن خیار مجلس د روکالت و مانند آن، همین صورت است و در واقع ثبوت خیار مجلس در آنها تبعی و به تبع بیع است نه اصلی و استقلالی البتّه در کلام شیخ طوسی شاهدی بر این توجیه نیست و ظاهرش این است که در عقد

وکالت و لو استقلالی باشد خیار مجلس می‌آید و سخن از ضمنی و تبعی بودن مطرح نیست ولی برای توجیه کلام بزرگان و خروج آن از محذور ناچار به این توجیه دست می‌زنیم و شاهدی هم در کلام شیخ طوسی بر این توجیه می‌توان پیدا کرد و آن باب رهن و ضمان است که فرموده: اگر رهن یا ضمان مطلق نباشد و مقیّد باشد یعنی در ضمن عقد بیع باشد خیار مجلس و شرط در آن دو می‌آید (به تبع بیع)[۱] و شاید همین جمله الهام بخش شیخ اعظم بر توجیه مزبور شده است.

قوله: و صرّح:

توجیه سوّم: ابن ادریس در سرائر فرموده: خیار مجلس و شرط در عقود مزبور (وکالت و...) ثابت می‌شود (ظاهرش خیار مصطلح است) ولی بعد چنین استدلال کرده: این عقود جایزه هستند پس فسخ آنها در هر وقتی (در مجلس یا پس از آن) جایز است، از این استدلال فهمیده می‌شود که مرادش خیار مصطلح نیست که جواز فسخ عرضی دارد و محدوده خاصّ خودش (مادام المجلس) می‌باشد بلکه مرادش خیار به معنای لغوی یعنی اختیار و قدرت بر فسخ است که با جواز ذاتی هم می‌سازد یعنی عقد از عقودی است که نظر به ذاتش قابل فسخ است و طرف می‌تواند بهم بزند. پس مرادش خیار مصطلح نیست.[۲] شیخ اعظم می‌فرماید: شاید منظور شیخ طوسی هم همین باشد پس اشکالی نیست.

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: ظاهر کلام شیخ خیار مصطلح است و این توجیهات تماماً بر خلاف ظاهر است. در پایان: ما بتوانیم کلام شیخ طوسی را توجیه کنیم یا نه، اصل مطلب مسلّم است که خیار مجلس مخصوص بیع است و در سایر عقود جاری و ساری نیست و دلیل آن در اوّل همین مسأله ذکر شد.

مسألهٔ پنجم:

مسأله پنجم از مسائل خیار مجلس دربارهٔ مبدء خیار مجلس است: خیار مجلس از چه زمانی ثابت می‌شود؟ آیا از لحظهٔ عقد؟ یا از زمانی که نقل و انتقال و ملکیّت حاصل

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۷۹ ـ ۸۰. ۲. سرائر، ج ۲، ص ۲۴۶.

شده و اثر بر بیع مترتّب شده؟ می‌فرماید: مبدء و سرآغاز خیار مجلس از زمان انشاء عقد است و به محض انشاء ایجاب و قبول، متبایعان خیار مجلس پیدا می‌کنند. دلیل مطلب: در روایات باب تمام موضوع برای خیار صدق عنوان متبایعان و بیعّان است و به محض اجراء صیغه قطعاً بر آن دو بیعّان صدق می‌کند و بر عمل آنها بیع صدق می‌کند و وقتی تمام موضوع حاصل شد حکم هم که خیار مجلس باشد مترتّب می‌شود زیرا موضوع نسبت به حکم به منزلهٔ علّت تامّه نسبت به معلول است و با آمدن علت تامّه حصول معلول حتمی و قطعی است.

قوله: و مقتضاه:

آیا مطلب مذکور در سایر بیعها غیر از بیع صرف و سلم (که این ویژگی را دارند که تا قبض فی المجلس در سلم یا تقابض فی المجلس در صرف حاصل نشود ملکیّتی شرعاً نیست و طرفین مالک نشده‌اند.) ثابت است یا در بیع صرف و سلم هم مطلب همین است؟ در بیع صرف یا سلم اگر بلافاصله پس از عقد قبض و اقباض حاصل شود مشکلی نیست زیرا ملکیّت آمده و جا دارد بگوئیم خیار مجلس هم می‌آید و تا طرفین در جلسهٔ عقد حضور دارند ملکیّت آنها متزلزل است ولی کلام در فرضی است که بلافاصله قبض و اقباض نشده و هنوز طرفین مالک نشده‌اند آیا باز هم از لحظهٔ عقد خیار مجلس دارند؟ و اساساً چنین خیاری آیا لغو و بی فایده نیست؟ می‌فرماید: ظاهر نصوص که اطلاق و عموم دارند و ظاهر فتاوای فقهاء که به صورت کلّی فتوا به جریان خیار مجلس در انواع بیع داده‌اند، بیع صرف و سلم را هم شامل است و دلالت دارد که در اینها نیز خیار مجلس از لحظهٔ عقد ثابت است.

قوله: و لااشکال:

مرحوم شیخ می‌فرماید: باید باب بیع صرف و سلم و جریان خیار مجلس در آن دو را بر اساس دو مبنا محاسبه کنیم: در آن دو باب قبض یا تقابض مسلّماً واجب است و باید باشد ولی سخن در این است که آیا وجوب قبض و اقباض صرفاً یک وجوب تکلیفی محض است که مخالفت با آن حرام و معصیت الهی است وگرنه مبطل بیع نیست؟ یا یک وجوب وضعی و شرطی یعنی شرط صحّت بیع است و اگر نیاید معامله باطل می‌شود نه اینکه حرام الهی ارتکاب شده و معصیتی تحقّق یابد؟ عدهٔای وجوب تقابض را تکلیفی

دانسته و به دلائلی چند استدلال کرده‌اند که شیخ اعظم به دو دلیل اشاره می‌کنند:

۱ـ لزوم ربا: این دلیل از علّامه است در باب بیع صرف از کتاب تذکره[۱] و توضیح آن بگونه‌ای که خالی از اشکالات باشد این است: در موردی که عوضین هم جنس باشند (در هم به در هم، دینار به دینار معاوضه شود نه درهم به دینار) اگر از دو طرف قبض و اقباض صورت نگیرد، ربائی نیست، اگر از هر دو طرف در مجلس معامله داد و ستد حاصل شود باز ربا نیست ولی اگر یک طرف قبض داد و طرف دیگر در مجلس قبض نداد و بعداً قبض داد این شبیه بیع درهم به درهم است به صورت بیع نسیه که یک طرف نقد است و طرف دیگر نسیه و با توجه به این که: «**انّ للاجل قسطاً من الثمن**،» ربای حکمی پیش می‌آید یعنی باز هم ربای حقیقی نیست که یک طرف صد درهم و دیگری نود درهم بدهد ولی ربای حکمی و شبیه ربا است که یک طرف بعداً درهمها را می‌دهد و گویا در مقابل، هم درهمها را گرفته و هم مقداری از مدّت را که صد درهم در برابر صد درهم و چند روز تأخیر واقع شده و این ربای حکمی است. آنگاه بنابر اینکه ربای حکمی هم مثل ربای حقیقی حرام باشد در اینجا اگر تقابض حاصل نشود ربا پیش می‌آید و ربا حرام است، پس تقابض واجب شرعی است تا خذر کنیم از ربای حرام.

۲ـ وجوب وفای به عقد: آیهٔ «**اوفوا بالعقود**» می‌گوید باید به عقدتان وفا کنید و پای آن بایستید: حال بگوئیم: وفای به عقد در بیع صرف به این است که طرفین ثمن و مثمن را به قبض یکدیگر بدهند و چون وفا واجب است پس این اقباض هم واجب است و ترک آن حرام و معصیت مولی است.

حال اگر به حکم دو دلیل مذکور تقابض وجوب تکلیفی پیدا کرد و ترک آن حرام و معصیت شد، می‌گوئیم: بر این مبنا اشکال ندارد که خیار مجلس در بیع صرف و سلم هم بیاید و در آنجا هم از لحظهٔ عقد طرفین مخیّر باشند و جعل خیار لغو نیست، زیرا ثمره و فایدهٔ خیار این خواهد بود که: فسخ جایز است و اگر جایز شد پس تقابض واجب نیست و ترک آن معصیت مولی نخواهد بود، از باب سالبهٔ به انتفاء موضوع یعنی وجوب تقابض موضوعش که عقد باشد منتفی است پس تقابض واجب نیست تا مخالفت آن

---

۱. تذکرة الفقاء، ج ۱، ص ۵۱۱.

معصیت و حرام باشد، و همین اندازه اثر برای جعل خیار کافی است که آن را از لغویّت خارج سازد.

تا به حال بر مبنای وجوب تکلیفی تقابض محاسبه کردیم. و امّا بر مبنای دوّم: عدّه‌ای وجوب قبض و اقباض را صرفاً یک وجوب شرطی و شرط صحّت می‌دانند و برای آن وجوب تکلیفی قائل نیستند یعنی می‌گویند: اگر تقابض فی المجلس به دلخواه طرفین حاصل شد که معامله صحیح است ولی اگر حاصل نشد تا زمانی که از هم جدا شدند خود به خود معامله باطل می‌شود (زیرا قبض در مجلس شرط صحّت بود و با انتفاء شرط مشروط هم منتفی می‌شود.) و این هم شرعاً حرام نیست بلکه جایز است که بدون تقابض متفرّق شوند، آری اگر بخواهند معامله صحیح باشد باید تقابض هم بیاید.

حال بر این مبنا که مبنای حق است حکم به ثبوت خیار مجلس در بیع صرف و سلم از لحظهٔ عقد مشکل است زیرا خیار مجلس باید مثمر ثمر و مفید فایده باشد تا شارع مقدّس آن را جعل کند وگرنه لغو و عبث بوده و از حکیم صادر نمی‌شود، و بر مبنای مذکور فایده و اثر خیار مجلس قبل از تقابض و از اوّل عقد، خیلی روشن نیست زیرا هدف از خیار این است که ذی الخیار بتواند معامله را به هم بزند و مالی را که از دست داده و از ملک او خارج و به ملک دیگری منتقل شده، مجدّداً به ملک خویش عودت دهد و بر مبنای مذکور تا تقابضی نیاید اصلاً متاع از ملک بایع و ثمن از ملک مشتری منتقل نشده تا قابل عودت باشد بلکه کماکان هر مالی به ملک مالک خویش باقی است و هرکدام شرعاً بر مال خویش سلطنت دارند و بدون اِعمال خیار هم حق تصرّف دارند و دیگری در مال آنها هیچ حقّی ندارد و لذا نیازی به خیار مجلس نیست پس جعل و ثبوت آن از لحظهٔ عقد لغو و عبث است.

قوله: و یمکن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: بر مبنای مذکور هم می‌توان برای خیار مجلس از لحظهٔ عقد اثر و فایده‌ای ثابت نمود تا لغو نباشد و آن در مسأله قابلیّت لحوق قبض و اقباضِ مُمَلِّک و عدم قابلیّت آن است، بیان مطلب: پس از عقد صرف تا مجلس باقی است عقد مذکور قابلیّتِ آن را دارد که به دنبالش قبض و اقباض صورت بگیرد و طرفین مالک شوند و اگر حاصل نشد تا مجلس به هم خورد این قابلیّت منتفی می‌شود آنگاه اگر خیار مجلس بعد

از تقابض بیاید که بحثی نیست ولی اگر قبل از تقابض ثابت شد، چنانچه اعمال خیار نکند باز بحثی نیست ولی اگر اعمال خیار کرد فایده‌اش این است که عقد قبلی باطل شد و پس از فسخ کردن، لحوق تقابض هم اثری ندارد و عقد مذکور با فسخ از قابلیّتِ این لحوق افتاد و این است اثر خیار مجلس.

قوله: فلو فرض:

حال که فایدهٔ خیار مجلس بر مبنای مذکور هم روشن شد می‌گوئیم: اگر در متن عقد شرط سقوط خیار مجلس کنند، بدنبال آن پس از معامله و قبل از تقابض صد بار هم طرف انشاء فسخ کند فایده‌ای ندارد و قابلیّت مذکور برای عقد ثابت است در حالی که اگر شرط سقوط نبود، اِعمال خیار و فسخ کردن مؤثر بود و قابلیّت مزبور را نابود می‌کرد.

قوله: قال فی التذکره:

در این فراز سه جمله از سه فقیه بزرگ نقل می‌کنند مبنی بر اینکه خیار مجلس در بیع صرف هم از لحظهٔ عقد شروع می‌شود نه پس از تقابض، و چون این سه جمله واضح است به ترجمهٔ تحت اللفظی قناعت می‌کنیم:

۱ـ کلام علّامه در تذکره: اگر به دنبال بیع صرف تقابض فی المجلس هم حاصل شد سپس طرفین بیع صرف را در همان مجلس اجازه و امضا کردند (یعنی ملتزم شدند و خیار مجلس خویش را اسقاط کردند) حتماً عقد صرف لازم و غیر قابل فسخ می‌شود. و اگر پیش از تقابض فی المجلس عقد را اجازه و الزامی کردند (و خیار را ساقط کردند) باز هم معامله لازم می‌شود و پس از آن صد بار هم در مجلس معامله انشاء فسخ کنند فایده‌ای ندارد و قابل نیست که عقد را به هم بزنند (همین جمله محلّ شاهد است که اجازهٔ قبل از تقابض باشد یعنی خیار مجلس قبل از قبض و اقباض هم هست وگرنه اسقاط مفهوم نداشت چون اسقاط ظهور دارد در تعلّق به شیئی ثابت و متحقّق.) و به دنبال لزوم معامله با اسقاط خیار، بر دو طرف است که تقابض هم داشته باشند، آنگاه اگر با تراضی از یکدیگر جدا شدند و قبض و اقباض نکردند نامش اقاله و تفاسخ طرفینی است و اشکالی ندارد و حکم به معصیت آن دو یا یکی از آن دو هم نمی‌شود. (چون بالاتر از تفاسخ پس از قبض و اقباض که نیست و این جایز است پس آن هم جایز است و

اقالهٔ فعلی است نه قولی) و اگر یکی از آن دو بدون رضایت دیگری از مجلس معامله رفت همان یکی معصیت کرده و پای عقد لازم نایستاده و از واجب (تقابض) تخلّف کرده است.(۱)

۲ـ کلام شهید اوّل در دروس: خیار مجلس در بیع صرف ثابت است چه تقابض حاصل شده باشد یا نه (همین فراز محلّ شاهد است که پیش از تقابض هم خیار مجلس هست، پس، از لحظهٔ عقد است) آنگاه اگر طرفین پیش از قبض و اقباض ملتزم به صرف شدند (یعنی خیار مجلس را ساقط کردند) به دنبالش تقابض واجب است و اگر یکی از آن دو پس از التزام فرار کرد و مجلس را به هم زد معصیت کرده و عقد خود به خود فسخ می‌شود و اگر پیش از التزام فرار کرد معصیتی نکرده (چون تقابض در این فرض وجوب تکلیفی که ندارد تا مخالفت با آن معصیت باشد، وجوب شرطی هم پس از التزام پیدا می‌کند.) و محتمل است بگوئیم: مطلقاً یعنی حتی پس از التزام هم اگر فرار کرد و مجلس را به هم زد باز معصیتی نباشد زیرا تا تقابض نیاید عقد لازم نمی‌شود ولو طرفین اسقاط خیار کنند.(۲)

۳ـ شیخ طوسی هم در مسبوط صریحاً فرموده: تخایر (خیار طرفینی) در بیع صرف پیش از تقابض هم ثابت است.(۳)

قوله: و ممّا ذکرنا:

در مورد عقد دو فضولی در مسأله اوّل گفتیم که خود فضولی‌ها خیار مجلس ندارند ولی مالکهای اصلی به شرط حضور در مجلس معامله خیار مجلس دارند ولی آیا از لحظهٔ عقد فضولی خیار مجلس دارند یا از زمان اجازه؟ همین اشکالی که در بیع صرف و سلم بر مبنای عدم وجوب تقابض تکلیفاً... مطرح شد در مورد خیار مجلس مالکهای اصلی هم مطرح است که تا اجازه نکنند عوضین از ملک مالکین خارج نمی‌شود و به ملک آنها باقی است و سلطنت هم دارند و بدون نیاز به اعمال خیار و فسخ حق تصرّف دارند و دیگری در مال آنها حقّی ندارد، با این اوصاف جعل خیار مجلس برای مالکها از لحظهٔ

---

۱. تذکرة الفقهاء ج ۱، ص ۵۱۸.
۲. دروس، ج ۳، ص ۲۶۷.
۳. مسبوط، ج ۲، ص ۷۹.

عقد فضولی، لغو و بی فایده است و باید گفت: مبدء خیار مالکها از زمان اجازهٔ آنها است و لا فرق که اجازه را ناقله بدانیم یا کاشفه (زیرا ثبوت خیار وابسته به اثر داشتن آن است آن هم وابسته به اجازه و تحقّق آن است چه کاشفه و یا ناقله)

در پایان می‌فرماید: احتمال هم دارد که در هر دو صورت (کشف یا نقل) خیار مجلس از زمان عقد باشد و فایده هم داشته باشد که مسأله قابلیّت است یعنی اگر مالک اصلی پس از عقد فضولی و قبل از اجازه، آن را فسخ کند این عقد قابل نخواهد بود که با لحوق اجازهٔ بعدی مؤثر باشد و اگر فسخ نکند قابلیّت مذکور باقی خواهد ماند، پس همان اثر و فایده در این جا هم هست و مانعی ندارد که خیار مجلس از لحظهٔ بیع باشد چه در بیع فضولی و چه در بیع صرف و سلم و چه در سایر بیعها، چه بر مبنای مشهور که عقد را مملّک می‌دانند و چه بر مبنای شیخ طوسی که انقضاء خیار را مملّک می‌داند.

مسقطات خیار مجلس

مقام دوّم:

تا به حال در مقام اوّل یعنی مسائل خیار مجلس بحث می‌کردیم که طیّ پنج مسأله این احکام بیان شد. و امّا مقام دوّم در باب خیار مجلس دربارهٔ عواملی است که موجب سقوط خیار مجلس می‌شوند، مرحوم علّامه در تذکره چهار عامل را آورده:

۱ـ متعاقدان در متن عقد شرط سقوط خیار مجلس کنند، بدنبال این شرط ضمنی خیار مجلس منتفی می‌شود.

۲ـ پس از معامله و در مجلس عقد اسقاط خیار کنند و به زبان بگویند: اسقطت خیاری و... ۳ـ تفرّق و جدا شدن هم که در روایات به عنوان غایت ذکر شده بود یکی دیگر از مسقطات است.

۴ـ تصرّف یک طرف در مالی که به او منتقل شده یا تصرّف هر دو در منتقل الیه نیز موجب سقوط است[۱] البته با تفاصیلی که خواهد آمد، و در ارتباط با این عوامل مطالبی را در هشت مسأله ذکر می‌کنیم:

مسألهٔ اوّل

مسألهٔ اوّل دربارهٔ شرط سقوط خیار مجلس در ضمن عقدی از عقود (است چه همین عقد باشد و در ضمن آن بگوید: به شرط نبود خیار مجلس و چه در ضمن عقد دیگری بگوید: بعتک فلان متاع را به شرط اینکه در بیع قبلی که در همین مجلس انجام دادیم‌خیار مجلس نداشته باشی و...) آیا شرط سقوط خیار مجلس یکی از عوامل و مسقطات خیار مجلس است؟ شیخ اعظم می‌فرماید: تا آنجاکه من تتبّع کرده‌ام مخالفی در اصل مسقط بودن شرط سقوط، وجود ندارد و سیّد بن زهره درکتاب غنیه بر این امر دعّای اجماع کرده[۲] امّا مدرک اصلی باب، عموم خبری است که مستفیض است (از سه حدیث متجاوز و به حدّ تواتر نرسیده) و در بعض روایات دارد: «المؤمنون عند شروطهم»[۳] و در بعض دیگر به جای مؤمنون کلمهٔ مسلمون آمده[۴]

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۱۷.　　۲. غنیة، ص ۵۸۷، سطر ۱۲، «جوامع فقهیّه»

۳. وسائل اشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ ـ ۳۵۴ باب ۶ روایات ۱ و ۲ و ۵.

کیفیّت استدلال: حدیث مذکور به عمومش (کلمهٔ شروطهم جمع مضاف و مفید عموم است) شرط سقوط خیار مجلس را نیز شامل می‌شود و بر وجوب و فای به آن دلالت می‌کند و وجوب و فافرع به صحّت و مؤثر بودن این شرط است و آن در فرضی است که مسقط خیار باشد وگرنه اگر باز هم خیار مجلس موجود باشد شرط مذکور لغو و عبث بوده و وجوب وفا نخواهد داشت.

قوله: و قد یتخیّل:

مرحوم صاحب جواهر فرموده: ما در اینجا دو دسته عمومات و مطلقات داریم: ۱ـ عمومات ادلهٔ شروط که به عمومش شرط سقوط خیار را نیز شامل می‌شوند و بر وجوب وفای به آن دلالت می‌کنند ۲ـ عمومات ادلهٔ خیار مجلس (البیعان بالخیار و...) که به عمومش بیع کذائی را هم که ضمن آن شرط سقوط خیار شده، شامل می‌شوند و دلالت می‌کنند که بایع و مشتری خیار مجلس دارند خواه شرط سقوط بکنند یا نه و میان دو دسته عموم و خصوص من وجه است، مادّه افتراق ادلهٔ شروط: سایر شرطهای ضمنی غیر از شرط سقوط خیار است، مادّهٔ افتراق ادلّهٔ خیار بیعهایی است که در ضمن آن‌ها شرط سقوط‌خیار نشده است؛ و مادّهٔ اجتماع بیعی است که در ضمن آن شرط سقوط شده که دلیل شرط به عمومش می‌گوید: این شرط هم لازم الوفاء است پس خیار ساقط می‌شود و دلیل خیار می‌گوید: در این بیع هم خیار مجلس هست و شرط مذکور لغو است، و ادلّهٔ شروط در مورد تعارض بر ادلهٔ خیار رجحان دارند به این دلیل که فتوای اصحاب با آنها موافق است و اجماع مؤیّد و معاضد و مرجّح آن است.[۵]

قوله: و هو ضعیف:

مرحوم شیخ بیان صاحب جواهر را رد کرده و می‌فرمایند: دو دستهٔ مذکور ترجیحی بر یکدیگر ندارند: نه ترجیح دلالی دارند چون هر دو به عموم و اطلاق مادّهٔ اجتماع را می‌گیرند. و نه رجحان سندی دارند چون هر دو خبر واحد مستفیض هستند. و مسأله موافقت فتوای اصحاب با ادّله شروط هم نمی‌تواند مرجّح باشد زیرا ما کتابهای فقهاء را دیده‌ایم که همهٔ آنها فتوا به سقوط خیار مجلس داده‌اند ولی صریحاً مستند خویش را

---

۴. آدرس قبلی.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۱۲.

همین ادلهٔ شروط دانسته‌اند، پس اجماع مذکور مدرکی است و چنین اجماعی ارزش مرجّح بودن ندارد. پس نتوان از راه معارضه و سپس ترجیح یکی بر دیگری پیش آمد.

قوله: و نحوه:

بعضی‌ها برای اثبات این مطلب که شرط سقوط، مسقط است به عموم آیهٔ او فوا بالعقود[1] استدلال کرده‌اند به این بیان که: آیه می‌گوید: وفای به عقد واجب است و عقد اسم مجموع ایجاب و قبول است با همهٔ اجزائی که دارند (بعت هذا الکتاب بمأة در هم... اشتریته بکذا...) و شرط ضمن عقدم هم گرچه ما هیتاً شرط است و خارج از مشروط است ولی از آنجا که در ضمن عقد آمده مثل جزئی از اجزاء عقد می‌ماند و حکم جزء را پیدا کرده و به حکم آیهٔ و فابه عقد، به مجموع عقد به ضیمهٔ شرط در ضمن آن باید وفا کرد و اگر وفای به شرط هم لازم است یعنی نقض آن و مخالفت با آن حرام است پس باید پای کلّ عقد و از جمله پای شرط ضمن عقد بایستد و آن را به هم نزند و چون وجوب وفا کاشف از صحّت عقد و شرط، و نفوذ آن دو است پس خیار مجلس ساقط می‌شود و گرنه صحّت و نفوذ شرط لغو خواهد بود. (البته لازم نیست ما از این راه وارد شویم که شرط ضمنی کالجزء است... بلکه شرط حقیقتاً خارج از مشروط و قدیم آن و عقد مقیّد به آن است و همین کافی است زیرا عموم اوفوا می‌گوید به عقد وفا کنید و از این حیث که عقد مطلق باشد یا مقیّد باشد عموم دارد و حذف متعلّق مفید عموم است پس به عقد مقیّد هم باید وفا کنید و وجوب وفا کاشف از صحّت است، الکلام الکلام.)

قوله: اذ فیه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این استدلال هم مثل سخن صاحب جواهر ضعیف است زیرا اگر شما از عموم «او فوا بالعقود» استفاده کنید. جا دارد کسی بگوید: ادلهٔ خیار مجلس اخصّ از این عمومات است (زیرا اوفوا بالعقود هر عقدی را می‌گیرد و از جمله به عمومش بیع را، در بیع هم نسبت به هرخیار عموم دارد و منجمله نسبت به خیار مجلس و از لحاظ از منه نیز عموم دارد و به عمومش زمان خیار جلس را می‌گیرد. ولی روایات «البیّعان بالخیار...» مخصوص بیع و مخصوص مجلس معامله است و صد در صد اخصّ

---

۱. سورهٔ مائده، ۱.

از عمومات است و قانون تقدیم خاص بر عام و تخصیص عام بوسیلهٔ خاصّ است و علی القاعده باید حکم به ثبوت خیار مجلس شود نه سقوط آن، پس جای عمومات وفای به عقد نیست.

قوله: بل الوجه:

پس دلیل مسقط بودن شرط سقوط، آیهٔ «اوفوا بالعقود» نیست بلکه دلیل منحصر به عموم «المؤمنون عند شروطهم» می‌باشد و در عین حال این عمومات بر عمومات البیّعان بالخیار (که عامیّن من وجه هستند) تقدّم دارند و سرّ مطلب این است که اصلاً این دو دسته متعارض نیستند و دلیل خیار مجلس با عموم و فا به شرط تعارض ندارد و عموم وفا به شرط مقدّم است منتهی به دو بیان این را ذکر می‌کنند:

۱ـ قوله: لانّها مسوقة:

بیان اوّل از باب مقتضی و مانع است: ادلهٔ خیار مجلس (البیّعان بالخیار) در مقام بیان این مطلب است که بیع اگر خودش باشد و مانع خارجی نباشد مقتضی خیار مجلس است و حکم اصلی شرعی آن خیار داشتن است. ولی ادلهٔ وفا به شرط مانع می‌شود و دلالت می‌کند که اگر طرفین شرط سقوط کردندخیار ساقط می‌شود و قانون مقتضی و مانع این است که اگر مانعی نباشد مقتضی تأثیر می‌کند و حکم‌خیار مجلس به فعلیّت می‌رسد و اگر مانعی تحقّق یافت آن حکم در مرحلهٔ اقتضا می‌ماند و به فعلیّت نمی‌رسد و می‌دانیم که دلیل مانع با دلیل مقتضی تعارضی ندارند و اوّلی تقدم دارند و جلوی فعلیّت را می‌گیرد.

۲ـ قوله: بل التأمل:

بیان دوّم: بر فرض ادّلهٔ‌خیار در مقام بیان حکم اقتضائی نباشد بلکه بیانگر حکم فعلی باشد و می‌خواهد بگوید: مطلقاًخیار مجلس هست چه شرطی بر خلافش با شد یا نه، ولی باز ادلهٔ وفا به شرط از باب حکومت بر آنها مقدّم می‌شوند، بیان مطلب: ضابطهٔ حکومت این است که یکی از دو دلیل (دلیل حاکم) ناظر به دلیل دیگر (محکوم) باشد و برای دخل و تصرّف در آن وارد شده باشد (چه به نحو توسعه و چه تضییق) بگونه‌ای که اگر دلیل محکوم نباشد دلیل حاکم لغو و عبث می‌گردد و این ضابطه بز کلیّهٔ ادلهٔ عناوین ثانویّه نسبت به ادلهٔ عناوین اوّلیّه صادق است.

فی المثل ادلّهٔ عناوین اوّلیّه که حکم را روی عناوین و موضوعات به عنوان اصلی و اوّلی‌اش برده، می‌گوید: وضو واجب است، غسل واجب است، روزه واجب است و... ولی دلیل عنوان ثانوی می‌گوید: لا ضرر و لا ضرارفی الاسلام یعنی ما در اسلام حکم ضرری یا حرجی نداریم، این دلیل بر مجموع ادلهٔ مزبور مقدّم است و حکومت دارد و اگر آن احکام به عنوان اوّلی برای روزه و وضو و... نبود این حکم هم به عنوان ثانوی معنی نداشت. یا دلیل عنوان اوّلی می‌گوید: گوشت خوک حرام است، خوردن گوشت مردار حرام است، نوشیدن شراب حرام است و... ولی دلیل عنوان ثانوی می‌گوید «رفع ما اضطّروا الیه، رفع ما استکرهوا اعلیه و...» اکراه و اضطرار از عناوین ثانوی هستند و بر مجموع ادلهٔ مزبور که به عنوان اوّلی حرمت را بیان می‌کرد مقدّم می‌شود، یا دلیل عنوان اوّلی می‌گوید: نماز شب مستحب است، صدقه مستحب است، روزهٔ ماه رجب و شعبان مستحب است و... ولی دلیل عنوان ثانی می‌گوید وفای به نذر و عهد و یمین واجب است و همین کارها معنون به عنوان متعلق نذر بودن می‌شوند و به این عنوان طاری و عارضی و ثانوی واجب می‌شوند، ما نحن فیه هم یکی از همین مورد است که ادلهٔ خیار مجلس متضمّن بیان حکم خیار است برای بیع به عنوان اوّلی آن که بیع باشد و دلیل و فای به شرط متضمن حکم بیع به عنوان ثانوی و دارای شرط کذا بودن است و نتیجه آن است که لو لا الشرط خیار مجلس بود و مع الشرط وضع فرق می‌کند.

البته کسی نگوید که دلیل خیار مجلس هم نباشد باز دلیل وفای به شرط لغو نیست زیرا شروط دیگر غیر از شرط سقوط خیار را شامل است، پس حکومتی نیست جوابش آن است که مجموع ادلهٔ مشروطات را در نظر بگیرید و ادلّهٔ وفای به شرط را نسبت به مجموع بسنحید نه نسبت به هر کدام جداجدا و نسبت به مجموع روشن تست که اگر مشروطها بدون شرط حکمی نداشتند با شرط عوض نمی‌شدند و دلیل وفای به شرط مطلب جدیدی نداشت و لغو بود. پس تقدیم از باب حکومت است.

قوله: و یشهد لما ذکرنا:

شاهد حکومت مزبور، استشهاد امام(ع) است در روایات فراوان که با دلیل شرط به جنگ احکام اصلی و اوّلی مشروطات رفته و حکم به جواز مخالفت با آنها کرده است و یکی از آن روایات صحیحهٔ مالک بن عطیّه است: مردی پدری دارد که مملوک است و

این پدر همسری دارد که او نیز کنیز است ولی با موالی خویش قرار داد کتابت بسته که در قبال پرداخت مبلغی آزاد شود (و می‌دانیم که وقتی آزاد شد اختیار فسخ نکاح بدست او است و اگر خواست با شوهر مملوک زندگی می‌کند وگرنه جدا می‌شود.) حال فرزنداین مملوک به زن پدرش می‌گوید: من حاضرم شما را کمک کنم تا باقیماندهٔ مال الکتابه را بپردازی به شرط اینکه تو هم پس از آزاد شدن خیار فسخ نداشته باشی و نکاح را فسخ نکنی، او نیز قبول می‌کند و چنین شرط و تعهد میان آن دو بسته می‌شود و فرزند مال الکتابه را با همان شرط می‌پردازد وزن آزاد می‌شود، حال آیا خیار فسخ دارد یا نه؟ امام صادق(ع) فرمود: «لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم»[1] یعنی آن زن خیار فسخ ندارد، زیرا مسلمانان باید به شرط خود وفا کنند، ملاحظه می‌کنید که امام (ع) برای نفی خیار فسخ به عموم وفای به شرط استناد می‌کنند یعنی به این دلیل خیار فسخ ندارد و اگر این دلیل حاکم و مقدّم نبود چنین استدلالی بجا نبود.

قوله: و الروایة:

تنها مشکل حدیث این است که: شروط دو دسته‌اند: ۱ـ شرطهای ابتدائی و استقلالی. ۲ـ شروط ضمن و تبعی، و اجماعی است که شروط ابتدائی وجوب وفا ندارد (و مثل وعده است که وفای به آن شرعاً واجب نیست تا تخلّف از آن عقاب داشته باشد) و مورد حدیث هم چنین موردی است که فرزند مملوک ابتدا به ساکن چنین شرطی کرده نه در ضمن عقدی از عقود، ولی حلّ مشکل این است که حدیث را حمل می‌کنیم بر شروط ضمنی و می‌گوئیم: لا بدّ منظور این است که شرط نفی خیار فسخ در ضمن عقد لازمی بیاید، یا منظور فرض مصالحه است که فرزند به زن پدر می‌گوید: من این مبلغ را می‌دهم تو هم از حقّت صرف نظر کن و مصالحه بابش واسع است و در حقوق هم جاری می‌شود.

(البّته اوّلاً از کجا که مطلب مذکور اجماعی باشد و شرط ابتدائی واجب الوفاء نباشد تا نیاز به توجیه باشد، و ثانیاً از راه او لویّت پیش می‌آئیم که اگر شرط ابتدائی وجوب وفا دارد پس شرط ضمنی به طریق اولی.)

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۶، ص ۱۱۲، باب ۱۱ از ابواب مکاتبه حدیث اوّل.

قوله، و کیف کان:

توجیه مزبور تمام باشد یا نه، اصل استدلال شاهد مدعّای ما است که ادلهٔ وفای به شرط حکومت دارد بر ادلهٔ خیار فسخ و نوبت به معارضه و اخذ به راجح نمی‌رسد زیرا امام (ع) خیلی صریح فرمودند: خیار فسخ نیست زیرا المسلمون عند شروطهم یعنی به این دلیل خیار فسخ نیست و این را مقدّم داشتند.

قوله: نعم قدیستشکل:

مدعّا این شد که: شرط سقوط خیار در ضمن عقد موجب سقوط خیار مجلس است و دلیل عبارت شد از عمومات «المؤمنون عند شروطهم»، حال اصل کبرای کلّی مسلّم است و برخی از شروط واجب الوفا هستند و دلیل آنها همین عمومات است ولی استدلال به این عمومات در ما نحن فیه (شرط سقوط خیار) مبتلا به اشکال است و مقام ما نمی‌تواند صغرای آن کبرای کلّی باشد و اشکال از جهات عدیده است (سه جهت):

۱ـ اشکال دور: هر شرطی که وجوب وفا ندارد و مشمول عمومات مزبور نیست، بلکه اگر شرط در ضمن عقد لازم باشد لزوم وفا دارد (مثلاً عقد اجاره از لحاظ خیار مجلس لازم است و خیار مجلس ندارد حال در ضمن آن اگر شرط خیاطت و کتابت و مانند آن کنند و بگویند: «آجر تک داری سنةً بکذا و اشترط ان تخیط ثوبی و...» لازم الوفا است آنگونه که خود عقد اجاره لازم الوفا است.) امّا اگر در ضمن عقد جایز شرطی ذکر کنند (مثلاً در ضمن هبه یا وکالت یا جعاله و...) لزوم وفا ندارد زیرا چنین شرطی بالاتر از مشروط فیه (عقدی که در ضمن او این شرط آمده) که نیست، شرط فرع و تابع است و فرع زائد بر اصل، و تابع بالاتر از متبوع که نداریم، خود عقد که اصل است وجوب وفا ندارد تا چه رسد به شرطی در ضمن آن که فرع و تابع است و چنین شرطی همانند وعده است که شرعاً وجوب وفا ندارد و تخلّف آن عقاب ندارد. در نتیجه لزوم وفا به شرط وابسته به لزوم عقد است و تا عقد لازم نباشد شرط در ضمن آن لازم نخواهد بود، متقابلاً در ما نحن فیه می‌خواهیم لزوم عقد را هم از راه وجوب وفا به شرط سقوط خیار ثابت کنیم و این دور است که لزوم شرط وابسته به لزوم عقد و لزوم عقد وابسته به لزوم شرط است و دور هم که باطل است پس شرط سقوط از شروط فاسد و باطل است و از عموم «المؤمنون عند شروطهم» خارج شده و وجوب وفا ندارد.

۲ـ از بعد دیگر باز دو دسته از شرطها از عمومات لزوم وفا به شرط خارج شده‌اند و وجوب وفا ندارد:

الف: شروطی که با مقتضای عقد منافات داشته باشند، فی المثل مقتضای عقد بیع تملیک و تملّک و نقل و انتقال و بدنبالش سلطنت بر منتقل الیه و تصرف در آن و... می‌باشد حال بایعی بگوید: این کتاب را به شما می‌فروشم منوط به اینکه به ملک شما منتقل نشود، یا شما بر آن سلطنت پیدا نکنید و... اینها بر خلاف مفاد و مدلول و مقتضای عقد است و شرط باطل محسوب می‌شوند.

ب: شروطی که مخالف با کتاب و سنّت باشد، مثلاً بگوید: «بعتک هذه الاعناب بشرط ان تجعله خمراً یعنی انگورها را می‌فروشم به شرط اینکه آنها را شراب بسازی، چوبها را می‌فروشم به شرط اینکه از آنها صلیب و صنم بسازی، زن به مرد بگوید: با تو ازدواج می‌کنم به شرط اینکه اختیار طلاق بدست تو نباشد و... تمام این شرطها خلاف کتاب و سنّت است و شرعاً نافذ نیستند، شرطی که حلالی را حرام یا حرامی را حلال کند خلاف شرع است و لزوم وفا ندارد.

حال مستشکل می‌گوید: شرط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد بیع بر خلاف سنّت است زیرا سنّت می‌گفت: «البیعّان بالخیار مالم یفترماً» یعنی بایع و مشتری خیار مجلس دارند و مفاد شرط سقوط این استکه: آن دو خیار مجلس نداشته باشند و چنین شرطی وجوب وفا ندارد و اصلاً صحیح نیست بلکه از شروط باطله است و خود شرط، فاسد و ساقط است و به حکم اطلاق دلیل خیار، کماکان خیار مجلس ثابت است.

(البته در کلام شیخ اعظم سخن از خلاف سنّت بودن شرط سقوط، به میان نیامده بلکه سخن از مخالف بودن آن بامقتضای عقد به میان آمده که تعبیر دقیقی نیست و لذا هم مرحوم سیّد در حاشیه[۱] و هم مرحوم شهیدی در حاشیه[۲] به شیخ اعتراض کرده‌اند که: منظورتان از مقتضای عقد چیست؟ آیا مراد مدلول عقد است که ملکیّت و نقل باشد؟ اگر این است که شرط سقوط خیار منافاتی با آن ندارد بلکه سبب استقرار و

---

۱. حاشیهٔ سیّد بر مکاست، بخش خیارات. ص ۱۱.
۲. هدایة الطالب الی اسرار امکاسب، ص ۴۱۹ و ۴۲۰.

لزوم آن است. یا مرادتان مقتضای عرفی عقد است و شرط سقوط را منافی با حکم عرفی عقد می‌دانید؟ اگر این باشد باز منافاتی نیست بلکه تأیید و تأکید است زیرا حکم عرفی عقد از این ناحیه لزوم است و عقلاء خیار مجلس قائل نیستند تا شرط سقوط با آن منافی باشد، عقلاء طرفدار لزومند و اصالة اللزوم هم این را حکم می‌کرد و شرط سقوط هم تأکیدی بر آن است نه خلاف آن. یا مرادتان متقضای شرعی عقد و مقتضای عقد شرعی است و شرط سقوط را با حکم شرعی عقد منافی می‌دانید و می‌گوئید: شارع فرموده: «البیّعان بالخیار...» و شرط سقوط با آن تنافی دارد؟ اگر این باشد پس بر می‌گردد به مخالف کتاب و سنّت بودن نه منافی با مقتضای عقد بودن که معنای خاص خودش را داشت، و به هر حال منظور روشن است که هر کدام باشد شرط باطل بوده و وجوب وفا ندارد تا موجب سقوط خیار مجلس و لزوم عقد شود.)

۳ـ اسقاط مالم یجب: اسقاط خیار سه نوع است:

الف: پس از انعقاد بیع و ثبوت خیار مجلس مستقّلاً یا در ضمن عقد دیگر آن خیار مجلس قبلی اسقاط شود، این بلا مانع است زیرا خیاری ثابت شده و با اسقاط مرتفع می‌شود و اسقاط هم فرع بر ثبوت امری است.

ب: پیش از انعقاد بیع و ثبوت خیار مجلس اسقاط خیار کند، چنین چیزی لغو و نامعقول است زیرا اسقاط مالم یجب «ای مالم یثبت» است و هنوزخیار نیامده پیشاپیش آن را اسقاط و رفع می‌کند و این محال است.

ج: در حال انعقاد بیع و در اثناء عقد، شرط سقوط خیار یا اسقاط آن نماید، این نیز مثل نوع قبلی لغو و باطل و نا معقول است زیرا تا عقد کامل نشود که خیار مجلسی نمی‌آید تا اسقاط شود پس هنوز خیار نیامده می‌خواهیم برداریم و رفع و اسقاط نمائیم باز اسقاط مالم یجب است. و بعض الشافعیّه به همین دلیل گفته‌اند: شرط سقوط خیار در ضمن عقد، جایز (نافذ و مؤثر) نیست و مسقط خیارنمی باشد.

نتیجهٔ هر سه اشکال: مقام بحث ما یعنی شرط سقوط خیار به حکم اشکالات مزبور مشمول عموم وفا به شرط نیست و نتوان به حکم این عمومات چنین شرطی را صحیح و مؤّثر و لازم الوفا دانست و حکم به سقوط خیار مجلس نمود.

قوله: و لکن شیئی:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این وجوه سه گانه هیچکدام مانع از تمسّک به عمومات وفا به شرط در مقام بحث ما نمی‌شوند و هر سه قابل جواب هستند:

قوله: امّا الاوّل:

پاسخ اشکال اوّل: از یک زاویه ما پنج نوع شرط داریم:

۱ـ شرطهای ابتدائی: شروطی که در ضمن عقدی از عقود نباشند (نظیر شرط عدم خیار فسخ در صحیحهٔ مالک بن عطیّه که قبلاً ذکر شد) اینگونه از شرطها به حکم اجماع، وجوب وفا ندارد و از عموم وفا به شرط خارج شده‌اند و همانند وعده هستند که لزوم وفا ندارد ولوا اخلاقاً تخلّف از آن بداست.

۲ـ شروطی که در ضمن عقود جایز ذکر می‌شوند آنهم عقودی که ذاتاً جایز هستند یعنی حکم اصلی و اوّلی آنها جواز و تزلزل است و از روز اوّل بر جواز پایه گذاری شده‌اند (نظیر هبه، وکالت، عاریه، و دیعه، جعاله و...) اینگونه از شروط هم وجوب وفا ندارند و دلیل آن در قسم سوّم ذیلاً خواهد آمد.

۳ـ شروطی که در ضمن عقود جایز بالعرض ذکر می‌شوند یعنی در ضمن عقدی که ذاتاً مفید لزوم است ولی بالعرض و در سایه خیار از خیارات جایز و متزلزل شده (مثل عقد بیع که حکم اصلی‌اش لزوم است ولی فعلاً در سایهٔ خیار مجلس یا حیوان و... جایز می‌باشد.) ضمناً بگونه‌ای باشد که پس از شرط هم جواز و تزلزل عقد به حال خود باقی باشد، مثلاً در ضمن عقد بیع شرط خیاطت جامه بنماید که با وجود آن هم عقد بیع تا مجلس معامله باقی است جایز و متزلزل است، یا اگر مبیع حیوان است تا سه روز متزلزل است و... انیگونه از شروط هم وجوب وفا ندارند، و اساساً میان جواز و تزلزل خود عقد و لزوم شرط در ضمن آن، منافات است و قابل جمع نیستند زیرا شرط تابع عقد و در ضمن آن است و به منزلهٔ قیدی است برای عقد (قید حقیقی صفت و موصوف است مثل بعتک عبداً کاتباً یا بعتک البیع الفلانی و شرط خیاطت در ضمن بیع از این قسم نیست که وحدت مطلوب باشد بلکه التزامی در التزام دیگر است ولی به منزلهٔ تقیید است. و قبلاً هم فرمودند کالجزء که وجه آن بیان شد.) و معقول نست که مبتوع جایز باشد ولی تابع لازم باشد، زیرا بدان معنی است که هم شرط ضمنی تابع عقد هست و هم تابع نیست و

این تناقض است. پس این شرط نیز واجب الوفا نیست و از عموم «المؤمنون عند شروطهم» خارج است.

[۴ـ شرطی که در ضمن عقد لازم باشد که قبلاً در طرح اشکال با مثال ذکر شد حتماً وجوب وفا دارد و فعلاً کاری به آن نداریم و عقد مشروط فیه لزومش محرز است و شرطی هم ضمناً آمده.]

۵ـ شرطی که در ضمن عقد مفروغ اللزوم نیست ولی مفاد شرط بگونه‌ای است که به نفس این شرط لزوم می‌آید و لزوم عقد عین مؤدّای این شرط است و التزام دیگری در ضمن التزامی به عقد نیست بلکه یک التزام است و آن التزام به لزوم عقد است و ما نحن فیه از این قسم است زیرا شرط سقوط خیار مجلس مورد بحث ما است و سقوط‌خیار عین لزوم عقد است و شرط سقوط کردن یعنی شرط لزوم نمودن، چنین شرطی مشمول عموم وفا به شرط هست و اصالة العموم در آن این را شامل می‌شود و لزوم وفا دارد و این لزوم وفا به شرط، عین لزوم خود عقد است نه غیر آن، در نتیجه تابع از متبوع منفک نشده، قید از مقیّد جدا نشده که یکی لازم باشد و دیگری جایز بلکه با همین شرط سقوط و شمول ادلهٔ وفا به شرط، هم شرط لازم شده و هم عقد که لزوم آن دو عین هم شدند (آنگاه دور هم لازم نمی‌آید زیرا لزوم عقد عین لزوم شرط سقوط است نه غیر آن تا وابسته به آن باشد و بر فرض غیریّت، لزوم عقد وابسته به لزوم شرط سقوط است ولی لزوم شرط وابسته به لزوم عقد نیست تا دور باشد بلکه وابسته به عموم وفا به شرط است که آنهم این مورد را شامل است پس دوری در کار نیست،)

قوله: و امّا الثانی:

حاصل کلام شیخ در جواب از اشکال ثانی تا قوله «نعم یبقی الکلام»، این است که: شرط سقوط خیار مجلس کردن مخالف کتاب و سنّت نیست تا وجوب وفا نداشته باشد. زیرا اگر شرط عدم خیار در ضمن عقد بخواهد مخالف سنّت (البیّعان بالخیار...) باشد دو شرط دارد و بر دو امر مبتنی است:

۱ـ سنّت یعنی دلیل خیار که «البیّعان» است اطلاق داشته باشد و موضوعش (البیّعان) طبیعت عقد من حیث هی یعنی طبیعت مطلقهٔ ساریه و شامله باشد که منظور این می‌شود: بایع و مشتری خیار مجلس دارند مطلقاً چه شرط سقوط کرده باشند یا نه.

۲ـ دلیل وجوب وفای به شرط (المؤمنون...) هم بر ادلهٔ خیار حاکم و مقدّم نباشد و دایرهٔ آنها را کوچک نکند با این دو شرط به اطلاق سنّت اخذ می‌شود و شرط مذکور (شرط سقوط) مخالف سنّت می‌شود و لزوم وفا ندارد (و به تعبیر شیخ: شرط مذکور با مقتضای عقد منافی می‌شود که منظورشان مقتضای شرعی یا حکم شرعی عقد است و همان بهتر که تعبیر خلاف سنّت بودن بکار برده شود.) ولی هر دو شرط یا امر مذکور نا تمام است، اولاً چنانکه قبلاً در اصل استدلال به عمومات آوردیم، مفاد ادلّهٔ خیارات (البیّعان بالخیار) این نیست که بایع و مشتری مطلقاًخیار دارند، و عقد بیع مطلقاً موجب خیار مجلس است و هر گزخیار از آن جدا نیست بلکه مفادشان این بود که: عقد بیع مقتضی برای خیار مجلس است و لوخلّی و طبعه موجب خیار است یا به تعبیر الان: بشرط لا موجب خیار مجلس است یعنی بشرط عدم سقوط خیار و با شرط سقوط کردن جای خیار مجلس نیست. اگر شما بگوئید: ظاهر اطلاقی دلیل خیار (البیعان بالخیار...) این است که خود عقد بیع علّت تامّهٔخیار مجلس است و جزء یا شرط دیگری در کار نیست پس همینکه بیع آمد خیار می‌آید و مقید به قیدی نیست و بشرط لا نیست بلکه لا بشرط است و اطلاق دارد و با شرط سقوط هم خیار مجلس می‌آید.

خواهیم گفت: ظهور اطلاقی همین است ولی متبادر از این تعبیرها جز این است (منظور انصراف است یعنی این تعابیری که دلیل احکام اولیّه هستند و حکم را روی اشیاء به عنوان اصلی برده‌اند به حکم غلبه تماماً مقیّد و بشرط لا هستند یعنی صوم مستحب است بشرط عدم نذر، روزه واجب است لولا الضرر و... اینجا هم عقد بیع موجب خیار است لولا شرط سقوط کردن،) بنابر این اطلاقی نیست و صورت شرط سقوط را شامل نیستند تا شرط مذکور منافی و مخالف سنّت باشد.

قوله: مع انّ:

و ثانیاً بر فرض اطلاقی باشد، شرط ثانی (نبود دلیل حاکم) منتفی است و چنانکه قبلاً آوردیم دلیل شرط دلیل عنوان ثانوی است و ادلهٔ عناوین ثانوی بر ادلهٔ عناوین اولیّه حکومت دارند و دایرهٔ آنها را محدود می‌کنند و نتیجه این می‌شود که: «البیّعان بالخیار ما لم یشترطا السقوط»، تنها در فرض عدم شرط سقوط خیار دارند ولیٰ فرض اشتراط سقوط مشمول عمومات وفا به شرط است و باید وفا شود و نتیجه‌اش سقوط خیار

است. (از این مطلب مرحوم شیخ تعبیر به جمع کرده و فرموده: جمع میان دلیل خیار و دلیل شرط ... که منظور جمع عرفی است و یکی از مصادیق جمع عرفی در اصول مورد حاکم و محکوم است که دلیل حاکم قهراً مقدم است و موجب تضییق دایرهٔ محکوم است و در مورد تصادق به دلیل حاکم عمل می‌شود و در نتیجه دلیل محکوم مال فرض نبود حاکم است و عقد بیع علّت تامّهٔ خیار نیست تا شرعاً تخلّف خیار از عقد بیع محال باشد بلکه حمل بر مقتضیِ می‌شود ولو لا الشرط اثر می‌گذارد و موجب خیار می‌شود نه با شرط سقوط.

قوله: نعم یبقی الکلام:

وجه جمع مزبور موجب توهّمی شده که در این فراز به بیان آن و دفعش پرداخته‌اند: امّا توهّم: اگر بخواهیم میان ادلهٔ شروط (المؤمنون...) با عمومات کتاب و سنّت (البیّعان بالخیار و...) به نحو مزبور جمع کنیم و عمومات کتاب و سنّت را بر بیان مقتضیِ حمل کنیم و ادلهٔ شروط را حاکم و مقدّم بداریم لازمه‌اش این است که در عالم هیچ شرطی مخالف کتاب و سنّت نباشد، زیرا روی هر شرطی که دست بگذاریم (حتّی اموری از قبیل شرط تخمیر انگورها، صلیب و صنم سازیِ بتها، بدست مرد بودن طلاق و... که حرمت آن‌ها مسلّم است.) همان جمع می‌آید به این نحو که: کتاب و سنّت می‌گوید: شراب کردن انگورها حرام است، بُت ساختن چوبها حرام است، آلات قمار و لهو و لعب ساختن آن‌ها حرام است و...، چه در ضمن عقدی شرط بشوند یا نه. و دلیل شرط می‌گوید: اگر همین امور در ضمن عقدی شرط شد باید بدان وفا شود و چون دلیل شرط حاکم است نتیجه این می‌شود که آن کارها قطع نظر از شرط حرام هستند و با شرط ضمنی وجوب وفا دارند و حرام نیستند، و ادلهٔ حرمت اینها هم بیان مقتضیِ می‌کند که اینها مقتضیِ حرمت هستند ولو لا الشرط حرام هستند و مع الشرط حرام نیستند بلکه واجب الوفا هستند، پس هیچ شرطی مخالف کتاب و سنت نخواهد بود که حرام بالفعل را حلال یا حلال فعلی را حرام کند، و در نتیجه آن همه روایاتی که در باب خود خواهد آمد که شروطی که خلاف کتاب و سنّت باشد باطل و غیر واجب الوفا هستند، تمام اینها لغو و عبث و بی مورد خواهد بود و این با شأن امام نمی‌سازد. پس جمع مزبور این محذور و تالی فاسد را دارد و لذا قابل قبول نیست.

قوله: بل و لا لمقتضی العقد:

این فراز از بحث ما خارج است ولی به مناسبت ذکر شده که: نه تنها مقتضای جمع مزبور یعنی حکومت ادلهٔ شروط این شد که هیچ شرطی بر خلاف کتاب و سنّت نباشد... بلکه لازمه‌اش این است که اصولاً شرط بر خلاف مقتضای عقد هم نداشته باشیم، بیان مطلب: عقد بیع فی نفسه مقتضیات و آثاری دارد که نقل و انتقال و تملیک و تملّک و سلطنت بر منتقلٌ الیه و جواز تصرّف و... باشد، حال اگر کسی در ضمن عقد شرط عدم ملکیّت و عدم سلطنت و... بکند، بگوئیم: عموم وفای به شرط می‌گوید به این شرط وفا کن و حکومت دارد بر ادلهٔ مشروطات که «البیع موجب للملک و...» و نتیجه آن است که لولا الشرط عقد بیع این آثار را دارد و اگر شرط عدم کردیم دیگر این آثار نیست و مانعی آمده و جلوی مقتضی را گرفته آنگاه این شروط مخالف مقتضای عقد نیست زیرا عقد بدون شرط آن اقتضاها را داشت نه با شرط مذکور و...، و اَحدی بدین امر ملتزم نیست.]

قوله: و محلّ ذلک:

پاسخ توهّم: گرچه جای این بحث در مبحث شروط (القول فی الشروط) است ولی اجمال جواب این است که: اگر متعلّق شرط حکمی از احکام شرعیّه باشد مثلاً شرعاً تخمیر انگورها و صلیب ساختن چوبها حرام است و شرط به چنین امری تعلّق گرفته قطعاً چنین شرطی خلاف کتاب و سنّت است، و با شرط حلال الهی حرام یا حرام الهی حلال نمی‌شود و لزوم وفا هم ندارد و اخباری که می‌گوید: «الّا شرطاً احلّ حراماً او حرّم حلالاً...» مربوط به اینگونه از شروط است و لغو هم نیست. و امّا اگر متعلّق شرط حقّی از حقوق باشد که زمام امرش بدست ذی الحق است و ما نحن فیه از این قسم است زیرا خیار حقّی از حقوق است و لذا قابل اسقاط است و قابل انتقال به دیگران است (به ارث که انتقال قهری باشد نه به چیز دیگر) و سقوط خیار یا حق امری است مشروع و ممکن و خلاف شرع نیست زیرا زمام امرش بدست ذی الحق است و اگر بخواهد آن را ساقط می‌کند و در نتیجه: شرط سقوط خیار نمودن از شروطی نیست که خلاف کتاب و سنّت باشد تا وجوب وفا نداشته باشد.

قوله: کما لو اشترطا:

تنظیر: اگر در ضمن عقدی دیگر شرط سقوط خیار عقد دیگر نمایند یعنی معامله‌ای شده و طرفین خیار مجلس دارند و فی المجلس معاملهٔ دیگری کرده و ضمن آن شرط می‌کنند که خیار مجلس معاملهٔ قبلی ساقط شود، این قسم اجماعی است که ساقط می‌شود و شرط ضمنی لزوم وفا دارد پس معلوم می‌شود شرط سقوط خیار از شروط مخالف کتاب و سنّت نیست وگرنه در ضمن عقد دیگر هم نمی‌آمد، پس در ضمن همین عقد هم بیاید محذوری ندارد.

قوله: و امّا عن الثالث:

حاصل اشکال سوّم این شد که شرط سقوط کردن در متن عقد لغو و بی فایده است چون هنوز خیاری و حقّی نیامده تا قابل اسقاط باشد....

پاسخ این است که: در جواب اوّل از اشکال ثانی گفتیم که «البیّعان بالخیار» یعنی عقد بیع مقتضی برای خیار است و به شرط خلّو از شرط موجب خیار است نه مطلقا، آنگاه با توجّه به آن می‌گوئیم: فایدهٔ شرط در ضمن عقد اثبات مانع نیست تا شما بگوئید هنوز چیزی نیامده تا مانع تراشی کرده و آن را برداریم و این اسقاط ما لم یحب است، بلکه فایدهٔ شرط ابطال و دفع مقتضیِ است یعنی اگر شرط سقوط نمی‌کردند عقد بیع مقتضیِ خیار مجلس بود و شرط سقوط جلوی این مقتضیِ را گرفت و همین اندازه فایده دارد و لغو هم نیست.

قوله: و یمکن:

علاوه بر جوابهای جدا از اشکال دوّم و سوّم که تا به حال آوردیم، می‌توان به برکت صحیحهٔ عطیّة بن مالک پاسخ دیگری داد و ثابت کرد که شرط سقوط خلاف سنّت نیست، زیرا در صحیحهٔ امام(ع) برای لزوم وفا به شرط عدم خیار فسخ زوجه پس از آزادی، به عموم «المؤمنون» استناد کردند و اگر شرط مزبور خلاف سنّت بود امام(ع) حکم به لزوم وفا نمی‌کردند و نیز اگر اسقاط ما لم یجب جایز نبود که امام نمی‌فرمود: «لا یکون لها الخیار المسلمون عند شروطهم،» چون در مورد صحیحه نیز تا مال الکتا به را نپردازد و آزاد نشود خیاری پیدا نمی‌کند و پس از حریّت خیار فسخ دارد ولی قبل از آن شرط سقوط خیار کرده و امام(ع) هم تأیید کرد و فرمود شرط درستی است و زوجه باید

وفا کند و خیار فسخش ساقط می‌شود و به عموم وفا به شرط استناد کردند. پس اسقاط ما لم یجب ایرادی ندارد. (اصولاً در امور اعتباری فرض ثبوت امری در ظرف خودش می‌شود و حکم به اسقاط آن قبلاً می‌گردد.)

قوله: ثم انّ:

تا اینجا اصل مطلب مسلّم شد که: یکی از مسقِطات خیار مجلس، شرط سقوط است و دلیل آن هم عمومات وفای به شرط شد و اشکالات آن هم پاسخ داده شد. حال مطلب دیگر این است که: شرط سقوط خیار به سه صورت متصوّر است که هر کدام احکام خاصّ خود را دارند:

۱ـ در متن عقد شرط عدم خیار نمایند یعنی بایع «مثلاً» به مشتری بگوید: این کتاب را به شما فروختم به شرط اینکه از ابتدا خیار مجلسی در میان نباشد و منظور مشهور از شرط سقوط خیار مجلس، همین عدم ثبوت خیار از ابتدای امر است نه اینکه خیاری بوده و ما برداشتیم و ساقط کردیم که سقوط فرع بر ثبوت باشد بلکه اصلاً از ابتدا خیاری نباشد. این قسم از شرط حتماً صحیح و نافذ و لازم الوفاء است و بدین وسیله خیار مجلس ساقط می‌شود، و نام این را اصطلاحاً شرط نتیجه می‌گذارند، و با نفس این اشتراط خیار مجلس ساقط می‌شود، و به تعبیر دقیق‌تر: خیار از اوّل ثابت نمی‌شود.

۲ـ در متن عقد شرط عدم خیار نمی‌کنند و نمی‌گویند معامله می‌کنیم به شرط اینکه از ابتدا خیار نداشته باشیم، بلکه خیار مجلس محفوظ است ولی شرط عدم فسخ بنمایند یعنی مثلاً بایع به مشتری بگوید: این کتاب را به شما فروختم و ملتزم می‌شوم که معامله را فسخ نکنم و از حقّم استفاده نکرده و اعمال خیار نکنم، در این صورت اگر شرط کننده یا مشروط علیه یعنی بایع به التزامش وفا کرد و معامله را فسخ نکرد تا مجلس تمام شد که بحثی نیست معامله صد در صد لازم است. ولی اگر تخلّف کرد و پای شرطش نایستاد و گفت: من حق الخیار خود را ساقط نکرده‌ام، خیارم باقی است و فقط ملتزم شده بودم از آن استفاده نکنم حالا می‌خواهم اِعمال خیار کرده و معامله را فسخ کنم، و فسخ کرد از نظر تکلیفی قطعاً مرتکب حرام شده و ترک واجب کرده و وفای به شرط ننموده و گناهکار و مستحق عقوبت است ولی از نظر وضعی آیا فسخ او نافذ و صحیح و مؤثّر است؟ یا باطل و لغو بی اثر است؟ دو احتمال وجود دارد:

الف: به احتمال قوی فسخ نافذ نیست زیرا وی ملتزم شده و شرط کرده که فسخ نکند و بدنبال آن عموم «المؤمنون عند شروطهم» وجوب وفا را به گردنش بار کرده و هر واجبی اجبار بردار است و می‌شود از باب نهی از منکر و امر به معروف او را وادار به وفا کرد، یا از باب اینکه مشروط له حقّی پیدا کرده می‌تواند او را به وفای به شرط ملزم کند و دیگر این بایع آن بایع قبل از شرط نیست و سلطنت تامّه ندارد که اگر خواست معامله را فسخ کند، از این روی فسخش نافذ نیست. نظیر مالی که انسان نذر کرده که صدقه بدهد و طبعاً به دنبال انعقاد نذر باید بدان وفا کند و مالش را صدقه بدهد و دیگر سلطنت تامّه بر آن ندارد که بخواهد بفروشد و اگر فروخت نه تنها گناه کرده بلکه اصلاً بیع هم منعقد نمی‌شود. در ما نحن فیه هم فسخ، حکم این بیع را دارد.

ب: احتمال هم دارد که فسخ بایع نافذ باشد چرا که مقتضی موجود و مانع هم مفقود است، امّا وجود مقتضی: فرض این است که اصل خیار را ساقط نکرده پس حق الخیار محفوظ است و عمومات البیّعان بالخیار اینجا را می‌گیرد و دلالت می‌کند که وی دارای خیار فسخ است. و امّا نبود مانع: مانع فقط التزام و شرط عدم فسخ است که اینهم جلو صحّت فسخ و تأثیر آن را نگرفته و موجب فساد فسخ نیست زیرا اگر نهی مستقیماً به خود معامله یعنی فسخ کردن (معامله به معنای اعمّ) بار می‌شد و دلیل می‌گفت: «لا تفسخ» ممکن بود کسی بگوید چنین نهیی دال بر فساد فسخ و ارشاد به بطلان آن است ولی نهی به عنوان دیگری تعلق گرفته که تخلّف از شرط باشد و این عنوان بر ما نحن فیه یعنی فسخ منطبق می‌شود ولی آن نهی یک نهی تکلیفی است و فقط می‌گوید تخلّف حرام است و بدنبال آن فسخ هم که مصداق تخلّف باشد حرام است ولی در معاملات ملازمه‌ای میان حرمت تکلیفی و فساد وضعی وجود ندارد. پس مانعی نیست که اگر فسخ کرد، معامله باطل می‌شود. و نظیری هم که در احتمال اوّل ذکر شد مورد قبول این احتمال نیست و آن‌جا را هم می‌گوید: بیع مالی که متعلّق نذر واقع شده و منذور التصدق است، حرام است چون مصداق حَنْثْ نذر است و کفّاره هم دارد ولی فاسد و باطل نیست چون مستقیماً ذات المعامله منهی نیست تا ارشاد به فساد باشد.

قوله: و حینئذٍ:

بنابر احتمال دوّم (که فسخ نافذ باشد) شرط عدم فسخ هیچ فایده‌ای ندارد به جز اثر

تکلیفی گناه و استحقاق عقوبت برای متخلّف و مشروط علیه، امّا فایدهٔ دیگری که بر تخلّف از سایر شروط ضمن العقدی مترتّب است بر این یکی مترتب نیست، بیان مطلب: اگر فرضاً بایع در ضمن عقد ملتزم شده بود که برای مشتری خیاطی انجام بدهد و پس از معامله این شرط را عملی نمی‌کرد و تخلّف می‌کرد نه تنها گناهکار بود بلکه آقای مشتری (مشروطه له) سلطنت بر فسخ پیدا می‌کرد و حق الخیار تخلّف شرط داشت ولی در ما نحن فیه که شرط ضمن عقد خود عدم فسخ است، اگر بایع تخلّف کرد و فسخ نمود (و فرض هم این است که نافذ می‌دانیم) معامله به هم خورد و دیگر چیزی نمانده تا خیار تخلّف شرط برای مشتری پیدا شود و بخواهد به هم بزند، این نامعقول و تحصیل حاصل است و لذا فایده‌ی دیگری بر آن مترتب نیست.

قوله: و الاحتمال الاوّل:

به عقیدهٔ شیخ اعظم احتمال اوّل (عدم نفوذ فسخ) قوّت دارد به این دلیل که عموم وفای به شرط (المؤمنون عند شروطهم) همانگونه که از لحاظ افرادی عام است و هر شرطی را می‌گیرد مگر مواردی که استثنا شده و قبلاً به آنها اشاره شد، همچنین از لحاظ از مانی نیز عام است یعنی تا دامنهٔ قیامت باید به این شرط وفا شود و تخلّف از آن حرام است و به عمومش حتّی ما بعد فسخ بایع را هم شامل می‌شود و حکم به لزوم وفا به شرط می‌کند و هر آنچه خلاف این باشد حرام می‌شود و در نتیجه فسخ بایع لغو و بی اثر است چون پس از آن هم وجوب وفا به قوّت خود باقی است، و معنای عدم نفوذ جز این نیست.

تنظیر: ما نحن فیه نظیر مطلبی است که در اوایل خیارات در رابطه با اصالة اللزوم مطرح شد که یکی از ادلهٔ آن آیهٔ «اوفوا بالعقود» بود و کیفیّت استدلالش اجمالاً این بود که وفا به عقد در هر زمانی واجب است و نقض آن حرام است و از جملهٔ نقض‌ها تصرّف بعد از فسخ یکجانبه (بدون رضایت طرف دیگر) است که به اطلاق آیه این نیز حرام است و این کاشف از بطلان و بی تأثیر بودنِ فسخ یکطرف است و....

۳ـ صورت سوّم عبارتست از شرط اسقاط نمودن یعنی بایع مثلاً در متن عقد شرط کند که پس از معامله خیار مجلس را ساقط نمایم (این را شرط فعل گویند، چون اسقاط فعل مکلّف است و جداگانه پس از معامله باید بگوید: «اسقطتُ خیاری» تا ساقط شود و

به صرف اشتراط در متن کافی نیست بر خلاف شرط نتیجه که به نفس اشتراط، عدم خیار ثابت می‌شد و نیازی به انجام کاری پس از عقد نبود.) در اینجا سه صورت درست می‌شود:

۱ـ پس از معامله به شرطش که واجب الوفا بود وفا کرد و خیار مجلس را اسقاط نمود: این صورت روشن است زیرا معامله حتماً لازم و واجب می‌شود و قابل فسخ نیست. بدون التزام مذکور هم اسقاط بعدی مُسقط است تا چه رسد به همراه التزام بودنِ آن.

۲ـ پس از بیع نه تنها به شرطش وفا نکرد و خیار را اسقاط ننمود بلکه صد در صد تخلّف کرد و معامله را فسخ کرد، آیا چنین فسخی نافذ است؟ در پاسخ می‌فرماید:

همان دو احتمالی که در صورت دوّم (شرط عدم فسخ) مطرح شد، همراه با دلیل هر یک در این صورت هم مطرح است و مختار ما همان است که عدم نفوذ باشد با همان دلیل عموم از مانعِ وفا به شرط.

۳ـ پس از بیع اسقاط خیار نکرد ولی معامله را هم فسخ ننمود و فعلاً سکوت کرده، سخن در این است که آیا مشروط له یعنی طرف مقابل (مشتری مثلاً که اشتراط اسقاط از سوی بایع، به نفع مشتری است) خیار تخلّف شرط پیدا می‌کند؟ یا خیر؟ (البته فرض را باید اینطور بگیریم که خیار مجلس ندارد و جلوتر اسقاط کرده و یا اگر دارد فعلاً قطع نظر از آن می‌خواهیم بدانیم خیار تخلّف شرط دارد یا نه؟) در این رابطه هم دو احتمال وجود دارد:

۱ـ آری، خیار تخلّف شرط دارد به این دلیل که اسقاط خیار شرط شده بود و بایع پس از عقد بلا فاصله اسقاط خیار ننمود و سکوت کرد پس تخلّف از شرط کرده و موجب خیار طرف مقابل است.

۲ـ خیر، خیار کذائی ندارد به این دلیل که هدف اصل معامله از شرط اسقاط این بود که معامله کماکان باقی و برقرار باشد و فرض این است که این مقصود حاصل است و تا انقضاء مجلس هم حاصل بود پس تخلّف شرطی واقعاً صورت نگرفته تا خیار کذا ثابت شود. پس مشروط له خیار تخلّف شرط ندارد.

قوله: و الاولی:

مرحوم شیخ می‌فرماید: بهتر است مسأله را بر دو مبنای مذکور در صورت ثانیه مبتنی کنیم: اگر فسخ بایع (مشروط علیه یا مُشْتَرِطْ) را نافذ نمی‌دانیم: اینجا تخلّف شرطی نشده زیرا هدف از اسقاط خیار حاصل است و مطمئناً معامله به حال خود باقی و بر قرار است و به هم نمی‌خورد. ولی اگر فسخ او را نافذ می‌دانیم و هر لحظه ممکن است فسخ کند و معامله کماکان متزلزل است و چه بسا خود بایع بمیرد و برای مشتری درد سر درست شود و با ورثهٔ او درگیر شود و... لذا اگر اسقاط خیار نکرد تخلّف کرده و مقصود از بیع و شرط اسقاط، حاصل نشده پس ظاهراً و باطناً تخلّف صدق می‌کند و مشتری هم خیار تخلّف شرط خواهد داشت.

قوله: بقی الکلام:

شرط سقوط خیار به هر یک از سه صورت آن (عدم خیار، عدم فسخ، اسقاط خیار) از نظر تقدم و تأخر و معیّت با عقد بیع سه فرض پیدا می‌کند که هر کدام حکمی دارد:

۱ـ شرط مزبور پس از معامله و در ضمن عقد دیگر مطرح می‌شود: چنین شرطی بالاجماع صحیح و نافذ و لازم الوفا است، و خیار مجلس عقد اوّل را ساقط می‌کند، و فعلاً هم مطرح نیست.

۲ـ شرط مزبور در ضمن معامله مطرح می‌شود: این همان است که از اوّل مسأله تا به حال مورد بحث ما است و دیدیم که چنین شرطی صحیح است و وجوب وفا دارد و مُسقط خیار مجلس نیز می‌باشد.

۳ـ شرط مزبور پیش از معامله مطرح شود یعنی هنوز شروع به انشاء بیع و ایجاب و قبول نکرده‌اند و مشغول مقاولات و مذاکرات قبل از بیع هستند شرط سقوط هم نمودند و سپس معامله کردند، آیا چنین شرطی هم نافذ و واجب و موجب سقوط خیار مجلس است یا خیر؟ دو احتمال مطرح است:

۱ـ از کلام مشهور استفاده می‌شود که شرط سقوط اگر بخواهد تأثیر گذار باشد و خیار را ساقط کند باید در ضمن عقد باشد و پیش از آن مُسْقِط نیست به این دلیل که موضوع «المؤمنون...» شروط است، و باید موضوع محقّق شود تا وجوب وفا یعنی حکم بر آن بار شود، و نسبت به شروط ابتدائی و پیش از عقد اصل صدق شرط محرز نیست

(و سابقاً از قول اهل لغت آوردیم که شرط الزام و التزام ضمنی را گویند نه مطلق التزام را) پس دلیل «المؤمنون» این شروط پیش از عقد را شامل نیست و تمسّک به آنها از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّهٔ دلیل عام است و فرض این است که دلیل دیگری هم نداریم تا وجوب وفا به شرط سابق را دلالت کند. پس رأی مشهور روشن شد.

۲ـ امّا از کلام شیخ طوسی رحمه‌الله و قاضی ابن برّاج رحمه‌الله استفاده می‌شود که: شرط متقدّم بر عقد هم مؤثر است و موجب سقوط خیار مجلس می‌گردد. امّا کلام شیخ طوسی: طبق نقل علّامه ره در مختلف: شیخ در خلاف چنین فرموده: اگر پیش از عقد شرط کنند که میان آن دوخیار مجلسی نباشد این شرط صحیح و مؤثر است و موجب سقوط خیار مجلس می‌گردد و معامله هم با خود ایجاب و قبول لازم می‌شود یعنی نیازی به اسقاط خیار بعد از معامله نیست، چون شرط مزبور از نوع شرط نتیجه است نه شرط فعل، به بیانی که گذشت.) سپس شیخ طوسی فرموده: برخی از پیروان شافعی در این مسأله مخالفت دارند، سپس فرموده: دلیل ما بر صحّت و نفوذ شرط سابق عبارتست از:

الف: نه مانع عقلی از این شرط وجود دارد که مخالف مقتضای عقد باشد و نه مانع شرعی وجود دارد که خلاف کتاب و سنّت باشد، بنابر این وجهی ندارد که نافذ و مؤثر نباشد.

ب: بر فرض شک در جواز و عدم جواز آن هم از اصل اوّلی در اشیا، که اصالة الاباحة و الجواز باشد استفاده کرده و حکم به جواز این شرط می‌کنیم و اگر جایز و مشروع شد حتماً صحیح و مؤثر خواهد بود.

ج: عمومات وجوب وفای به شرط هم چنین شرطی را شامل می‌شود، پس در حقیقت مقتضی موجود است و مانع مفقود است چرا شرط سابق مؤثر نباشد؟! پایان کلام شیخ طوسی در خلاف[۱].

و نظیر این مطلب از مرحوم قاضی در جواهر الفقه نقل شده[۲] مرحوم علّامه بدنبال نقل کلام شیخ طوسی در کتاب مختلف فرموده: به نظر ما فتوای شیخ طوسی ایراد دارد زیرا شرط تنها در صورتی ارزش و اعتبار دارد و مؤثر است که در متن عقد

---

۱. خلاف، ج ۲، ص ۵، مسأله ۲۸.
۲. جواهر الفقه، ص ۴۸۲، (الجوامع الفقیّه).

واقع شود نه در خارج عقد و پیش از آن، آری در صورتی هم که قبل از عقد باشد به یک شرط صحیح است و آن اینکه: پیشاپیش گفتگو کرده و ملتزم به سقوط خیار شده باشد و بعد معامله را بر همان شرط واقع سازند، این مانعی ندارد.[۱]

قوله: اقول:

مقدّمه: [معامله بر اساس شرط سابق سه صورت دارد: ۱ـ در متن عقد اشاره‌ای به شرط سابق بکنند، مثلاً بایع بگوید: بعت علی ما ذکر ۲ـ اشارهٔ قولی نکرده ولی قصد و نیّت آن دو، بیع به شرط سابق است و در متن عقد بناگذاری قلبی بر آن دارند ۳ـ در متن عقد نه ذکری و اشاره‌ای به شرط سابق شده و نه بنای قلبی بر آن دارند، بلکه بطور کلّی از آن غافلند یا خود را به تغافل زده و قطع نظر از آن معامله را انشاء می‌کنند. که در مکاسب به این صورت سوّم اشاره‌ای نشده و گویا به عقیدهٔ شیخ اعظم: بالاجماع این فرض از بحث خارج است و شرط سابق مؤثر نیست ولی برخی از محشّین مثل مرحوم سیّد اصرار دارند که مراد شیخ طوسی یا همین فرض است و یا اطلاق دارد و اینن را هم شامل است[۲] با حفظ این نکته می‌گوئیم:] منظور علّامه از «تبایعا علی ذلک الشرط» چیست؟ اگر منظور این است که معامله بر اساس همان شرط سابق باشد به این نحو که در متن عقد اشاره‌ای به آن شده باشد می‌گوئیم: اینکه جای بحث ندارد و همان شرط مذکور در متن عقد است که همه قبول دارند و آن را مسقط می‌دانند (و معنی ندارد که علّامه اوّل بگوید: شرط وقتی ارزش دارد که در متن عقد بیاید، سپس با کلمهٔ نعم این صورت را استثنا کند، زیرا استثنا از خود شیئی است و معنایش اینست که: شرط اگر در متن عقد بیاید مؤثر است مگر زمانی که در متن عقد بیاید،، این باطل است.) و اگر منظور این است که در متن عقد شرط را نیاورده‌اند و صرفاً با بناگذاری قلبی بر آن معامله کرده‌اند و این صورت را علّامه صحیح می‌داند، خواهیم گفت: منظور شیخ طوسی هم همین است وگرنه فرض غافل بودن از شرط سابق، از بحث خارج است. (بنابر این سخن علّامه مغایر با سخن شیخ طوسی نیست تا حاشیه و نقدی بر آن محسوب شود.)

---

۱. مختلف، ج ۲، ص ۱۷۲.
۲. حاشیه بر مکالست بخش خیارات، ص ۱۲.

قوله: نعم:

تا به حال بر این اساس بحث می‌کردیم که مراد شیخ طوسی احتمال ثانی باشد (بناگذاری ...) ولی حال مدعّی هستیم که، می‌تواند احتمال اوّل مراد شیخ طوسی باشد (ذکر شرط سابق و تکرارش در متن عقد و لو به اشاره) و اینکه در کلام شیخ کلمهٔ قبل العقد بود «لو شرطا قبل العقد ...»، منظورشان پیش از شروع عقد نیست بلکه مراد پیش از تمام شدن عقد است (یعنی در اثنای عقد که مراد مشهور نیز همین است.) و دو شاهد بر این ادعّا داریم:

۱ـ استدلال شیخ در خلاف که فرمود: «لا مانع من هذا الشرط» و به نبود مانع تمسّک کرد (و از نظر فنّی وقتی به نبود یا فقدان مانع استناد می‌کند که مقتضی موجود باشد وگرنه با نبود اقتضا یا شک در آن نوبت به فقد مانع می‌رسد، و وجود مقتضی هم فرع بر صدق شرط است زیرا موضوع وجوب وفا شرط است، و تا صدق نکند دلیلی بر وجوب وفا نیست و مقتضی ناتمام است، و صدق شرط هم در صورتی است که در ضمن عقد باشد. با این حساب منظور شیخ هم صورت ذکر شرط در ضمن عقد است تا صدق محرز و مقتضی مسلّم شود و نوبت به استدلال به فقد مانع برسد.)

۲ـ شیخ طوسی پس از نقل رأی امامیّه بر جواز، فرمود: بعضی از اصحاب شافعی مخالفت کرده و شرط مذکور را مسقط خیار نمی‌دانند، و علّامه در تذکره صریحاً فرموده: محلّ خلاف شافعی در شرط ضمن عقد است و وقتی شیخ این‌ها را مقابل خودش می‌داند معنایش آن است که نفی و اثبات بر یک مورد وارد شده وگرنه خلاف و نزاع لفظی خواهد بود نه معنوی، و چون اینها در شرط ضمن عقد نزاع دارند پس شیخ هم در همین جا حکم به صحّت می‌کند؛ در نتیجه منظور شیخ هم صورتی است که شرط سابق ولو به اشاره در ضمن عقد بیاید نه صورتی که به کلّی در متن عقد ترک شود و نیاید (بناگذاری باشد یا نه) پس شیخ طوسی با مشهور مخالف نیست و هر دو قبول دارند که باید شرط در ضمن عقد بیاید تا مؤثر باشد.

قوله: و کیف کان:

ما کوشش کردیم تا رأی شیخ و قاضی را با فتوای مشهور موافق سازیم ولی حالا می‌گوئیم: چه بتوان میان آن دو آشتی داد یا نه، عقیدهٔ خود ما این است که شرط سقوط

اگر در متن عقد باشد مؤثر و مسقط است، ولی اگر سابق بر عقد باشد و در متن عقد بدان اشاره‌ای نشود تأثیری ندارد (حتّی اگر با بناگذاریِ قلبی انجام شود.) سرّ مطلب آن است که: شرط سابق بر عقد یا ماهیّتاً از نوع وعده دادن به التزام است یعنی فعلاً التزامی نیست و صرفاً بایع وعده می‌دهد که در آینده ملتزم خواهد شد که آن هم وجوب وفا ندارد. و یا اگر هم التزام فعلی است از نوع التزام تبرعّی (ابتدائی و بدون مناط است نه ضمنی و مربوط به غیر) که آن نیز وجوب وفا ندارد (زیرا دلیل ندارد.) و لذا شرط سابق از حیث تأثیر گذاری و مسقط خیار مجلس بودن وجودش کالعدم است و باید در متن عقد بیاید تا مؤثّر باشد، (البتّه این عقیدهٔ شیخ اعظم است وگرنه برخی از محشین مثل مرحوم سیّد فرموده‌اند: شرط چه ابتدائی و استقلالی باشد و چه ضمنی و تبعی در هر حال التزام صدق می‌کند و مشمول ادلهٔ لزوم وفا به شرط است و مسقط خیار مجلس است.[1])

قوله: والعقد اللّاحق:

گویا کسی می‌گوید: چه مانعی دارد که با بناگذاری بر شرط سابق معامله کنند و مسقط خیار مجلس هم باشد و نیازی به اشاره به آن در متن عقد نباشد؟ نظیر متعلّقات کلام عقدی که در جای خود مسلّم است که در بیع باید عوض و معوّضی باشد ولی اگر قبلاً مشخّص شده، در متن عقد ذکر لازم نیست و مجرّد «بعت و اشتریت» با بناگذاری قلبی بر عوضین کافی است، و نیز نسبت به سایر قیود عوضین از قبیل «معلومیّت، قدرت بر تسلیم، سلامت از عیب و...» که با بناگذاری بر آنها معامله صحیح است و ذکرش در متن عقد لازم نیست. در ما نحن فیه هم چنین باشد چه محذوری دارد؟

شیخ در جواب می‌فرماید: فرق شرط سقوط با متعلّقات کلام عقدی در این است که: اینها به خودی خود از متعلّقات کلام عقدی هستند و عوضین که مقوّم بیع می‌باشند، سایر شروط شرط صحّت بیع هستند و لذا از قبیل محذوف نحوی هستند که با نصب قرینه بر حذف بلامانع است (و موارد زیادی در ادبیّات مبتدا خذف می‌شد و قرینه بر آن دلالت داشت مثلاً می‌پرسند: زید چه کاری دارد؟ می‌گوئیم: دبیر است. یعنی زید دبیر

---

۱. حاشیة المکاسب بخش خیارات، ص ۱۳.

است ولی به سبب وضوح زید را حذف کرده و در تقدیر گرفته‌ایم، متعلّقات عقد هم در نیّت هست، ولی شرط سقوط از اموری نیست که بنفسه از متعلّقات کلام عقدی باشد تا نیازی به ذکر نباشد و در نیّت بودن کافی باشد، شرط سقوط بخواهد از متعلّقات کلام عقدی و مربوط به التزام به معامله باشد باید به جعل متکلّم باشد (به صراحت در متن عقد بیاورد و یا به اشاره) و گرنه التزام مستقّلی خواهد بود که لزوم وفا ندارد و اصولاً نامش التزام نیست (التبه به عقیدهٔ شیخ بربناگذاری قلبی بر شرط سابق التزام نمی‌گویند ولی به عقیدهٔ محقّق ایروانی این نیز التزام است و کافی است ...[1]) تا وجوب وفا بیاورد.

قوله: فآن من باع:

در این فراز مطلب مزبور را (شرط اگر ضمنی نباشد التزام نیست و وفا ندارد) با مثال توضیح می‌دهند: کسی که خانه‌اش را می‌فروشد و شرط سقوط خیار نمی‌کند و صرفاً بنای قلبی بر نبودن خیار دارد، عرفاً نمی‌گویند: انشاء بیع او مقیّد است و در ضمن بیع ملتزم شده به سقوط خیار، تا وجوب وفا بیاید، ولی کسی که در متن عقد می‌گوید: منزل را فروختم بنابر اینکه خیار مجلس نداشته باشم این انشاء از اوّل مقیّد به نبود خیار است و شرط مذکور لزوم وفا دارد و عرفاً شرط و التزام بر آن صادق است. پس حاصل شرط سقوط عبارتست از الزام (ملزم شدن یا ملزم کردن دیگری) در ضمن التزامی (التزام به بیع) با این خصوصیّت که دومّی (التزام به اصل معامله) مقیّد به اوّلی باشد (شرط ضمنی) نه اینکه شرط یک التزام مستقّلی باشد سابق بر عقد بیع و بیع هم التزام دیگری باشد مطلق و بدون تقیید به شرط عرفاً. خلاصه: شرط ضمنی را شرط گویند نه شرط استقلالی و ابتدائی و سابق بر عقد را و تفصیل این بحثها درباب شروط خواهد آمد.

فرع:

تا به حالی واضح شد که شرط سقوط خیار مجلس در ضمن عقد در متن آن صحیح و نافذ و مسقط است، حال علّامه در تذکره فرموده: در فقه یک مورد داریم که شرط نبود خیار در ضمن عقد در آنجا نافذ و صحیح نیست (چه سقوط خیار مجلس را شرط کنند و چه سقوط خیارات دیگر را) و آن مورد نذر عتق است که فردی عبدی دارد و نذرکرده که

---

۱. حاشیة المکاسب، بخش خیارات، ص ۱۲.

او را آزاد کند، این نذر به دو صورت قابل انعقاد است:

۱ـ به صورت مطلق بگوید: «للّه علّی ان اعتقک»

۲ـ به صورت مشروط بگوید: «للّه علّی ان اعتقک ان بعتک»، یعنی اگر تو را فروختم حتماً آزادت کنم بدنبال این نذر اگر عبد را نفروشد که بحثی نیست (در نذر مطلق باید وفا کند و آزاد نماید و در نذر مشروط هم وفا لازم نیست چون وجوب وفا مشروط به بیع است و تا شرط نیاید مشروط هم نمی‌آید.) و اگر بفروشد ولی به بیع جایز و متزلزل و خیاری باز بحثی نیست (در نذر مطلق باید معامله را فسخ کند و به نذرش وفا کند. در نذر مشروط هم شرط که بیع باشد حاصل شده پس باید فسخ کند و به نذرش وفا کند.) ولی اگر عبد منذور العتق را فروخت و در ضمن عقد شرط سقوط خیارات نمود و گفت: فروختم این عبد را بنابر اینکه هیچ خیاری نداشته باشم و معامله از طرف من از هر حیث لازم باشد، آیا چنین شرطی صحیح است یا نه؟ چنان بیعی صحیح است یا نه؟ سه نظریّه وجود دارد که به هر نظر در کلام علّامه اشاره شده:

۱ـ عقیدهٔ خود علّامه این است که شرط سقوط خیار شرط فاسدی است (خلاف سنّت است) زیرا جلوتر نذر کرده و منعقد شده و وجوب وفا هم آمده و باید وفا کند، و با شرط سقوط خیار نمی‌تواند به نذرش وفا کند، زیرا معامله لازم می‌شود و عبد قابل برگشت به ملک بایع نیست و تا برنگردد عتق ممکن نیست «لاعتق الاّ فی ملک» و لذا شرط مذکور فاسد است و به عقیدهٔ علّامه شرط فاسد، مفسد عقد است، پس بیع مزبور هم باطل و فاسد است و در نتیجه شرط وفای به نذر و آزاد کردن که بیع صحیح بود محقّق نشده پس عتق هم واجب نیست.

۲ـ به قول بعضی از علمای امامیّه شرط مذکور فاسد است ولی موجب فساد و بطلان عقد نیست پس اصل بیع صحیح است و شرط نذر محقّق شده و باید از باب مقدّمهٔ واجب معامله را فسخ کند و عبد را آزاد کند.[1]

۳ـ قوله: اقول:

رأی شیخ اعظم: در باب نذری که به عین خارجی تعلّق گرفته (در قبال نذر به ذمّه که به

---

۱. تذکرة الفقهاء ج ۱، ص ۴۹۵.

صورت کلّی نذر می‌کند که عبدی را آزاد کنم) بحث است که پس از نذر (مثلاً نذر کرده که فلان مالش را صدقه بدهد یا فلان عبدش را آزاد کند.) آیا ناذر حق دارد در مال منذور تصرفّات منافی با نذر انجام دهد (مثلاً عبد را بفروشد، منذور التصدّق را به دیگری هبه کند و...) یا مجاز نیست؟ دو مبنا وجود دارد:

۱ـ پس از انعقاد نذر، ناذر سلطنت تامّه بر مال ندارد و حتماً باید به نذرش وفا کند و کلیّهٔ تصرفاتی که منافی با نذر باشد باطل و فاسد و غیر نافذ است.

۲ـ پس از نذر هم یک وجوب وفای تکلیفی به گردن ناذر می‌آید و اگر به نذرش وفا نکرد حنث نذر کرده و کفّاره باید بدهد، ولی این مانع از صحّت و نفوذ تصرفات بعدی نیست یعنی پس از نذر هم می‌تواند عبد را بفروشد و اگر فروخت معامله‌اش صحیح است ولو گناهی مرتکب شده و کفّاره‌ای هم باید بدهد.

در باب شرط نیز همین دو مبنا وجود دارد مثلاً اگر کسی شرطی کرد که معامله را فسخ نکند و خیار نداشته باشد ولی بعداً تخلّف کرد و معامله را فسخ کرد، آیا تصرف منافی با شرط نافذ و صحیح است و فسخ او مؤثر است؟ یا باطل و فاسد است، همان دو مبنا در اینجا هم هست و نظر شیخ اعظم قبلاً در بیان صورت دوّم از سه صورت شرط سقوط، بیان شد که وفای به شرط لازم است و تخلّف از آن جایز نیست و تصرّفات منافی با آن ممنوع و باطل است.

حال بر مبنای دوّم در باب نذر و شرط در ما نحن فیه مشکلی نیست زیرا بر فرض از نذرش تخلّف کند و عبد را بفروشد بیع صحیح است و بابت نذر کفارّه باید بدهد، و یا اگر از شرط تخلّف کرد و معامله را فسخ کرد فسخ صحیح است ولو بابت تخلّف شرط مرتکب گناه شده، ولی بنابر مبنای اوّل در باب نذر و در باب شرط که تصرّف منافی را باطل می‌دانست، در ما نحن فیه کارگره می‌خورد و مشکل پیدا می‌شود زیرا از طرفی نذر کرده که آزاد کند و بیع با شرط عدم خیار، تصرف منافی با نذر است و باطل می‌شود، و از طرفی شرط عدم خیار کرده و تصرف منافی با آن یعنی فسخ بیع و مخالفت با شرط باطل است و دلیل «المؤمنون» می‌گوید حق ندرای فسخ کنی و جمع میان عمل به نذر و شرط هم ممکن نیست و سراز تناقض در می‌آورد، و لذا دلیل باب نذر با دلیل باب شرط تعارض می‌کنند و قواعد باب متعارضین باید اعمال شود.

مسألهٔ دوّم:

یکی از مسقطات خیار مجلس عبارت شد از شرط سقوط کردن در متن عقد، که در مسأله اوّل به تفصیل ذکر شد. یکی دیگر از مسقطات خیار مجلس عبارتست از اسقاط قولی خیار پس از عقد، یعنی وقتی معامله انجام شد و هنوز در مجلس معامله هستند و طرفین خیار مجلس دارند، هر کدام یا یکی از آن دو خیارش را اسقاط کند و بگوید: «اسقطت خیاری»، نه تنها اسقاط کذائی از مسقطات است بلکه می‌توان گفت: مسقط حقیقی (به معنای حقیقی کلمه) همین اسقاط قولی است زیرا شرط سقوط بدان معنا بود که از اوّل خیار مجلسی نباشد و سالبه به انتفاء موضوع باشد و نام آن را مسقط گذاشتن مسامحی است چون هنوز خیاری ثابت نشده تا آن را اسقاط و رفع کنیم، و لذا بعض شافعی‌ها می‌گفتند: این اسقاط مالم یجب است. ولی در ما نحن فیه فرض این است که معامله تمام شده و خیار مجلسی محقّق گردیده و با اسقاط قولی می‌خواهیم ساقطش کنیم و برداریم و این اسقاط حقیقی است. حال آیا اسقاط قولی مسقط است؟

جواب: آری صد در صد مسقط است و دلیل آن چهار امر است

۱ـ اجماع که دلیل مستقّل است و مدرکی هم نیست و لذا می‌فرماید: بعد از اجماع دلایل دیگری هم داریم.

۲ـ فحوای باب تصرّف: در باب خیار حیوان و شرط خواهد آمد که به حکم نصّ، تصرّف در مبیع موجب سقوط خیار مجلس بایع است زیرا کاشف از رضایت او به معامله و امضا بیع از سوی او است و به این مناط مسقط است. حال اگر تصرف کذائی مسقط است پس اسقاط قولی به طریق اولی مسقط است چون قول است و دلالتش بر رضایت طرف، قوی‌تر از تصرّف می‌باشد که فعل است.

۳ـ قاعده‌ای است که نزد فقهاء از مسلّمات است و آن اینکه: هر صاحب حقّی می‌تواند حق خود را اسقاط کند و از خیر آن بگذرد. حال مدرک این قاعده چیست؟ (می‌توان گفت: مدرکش عرف و عقلاء و بنای آنهاست ولی جناب شیخ مدرک دیگری دست و پا کرده و می‌فرماید:) شاید مستند، فحوای قاعدهٔ سلطنت باشد، بیان مطلب: قانون سلطنت می‌گوید: «الناس مسلطون علی اموالهم»، یعنی مردم بر مالشان که از اعیان است سلطنت دارند (آن هم سلطنت تامّه که بخواهد بفروشد، وقف کند، هبه کند

و...) حال اگر بر مالشان مسلّط هستند پس بر حقوق مربوط به اموالشان (که یک امر اعتباری و از متعلّقات مال است) به طریق اولی مسلّط هستند (چون حق پایین‌تر و ضعیف‌تر از مال است که عین خارجی و جدای از مالک به وجود منحازی موجود است و معذلک بر او سلطنت دارد تا چه رسد به حق که امر اعتباری است و وجود جدا ندارد.) منتها باید تسلّط بر حق را معنا کرد: در مواردی از قبیل حق التحجیر، حق السبق و... سلطنت داشتن به معنای رفع ید کردن، اسقاط حق نمودن، منتقل کردن آن به دیگری و... می‌باشد ولی در امثال ما نحن فیه که سخن از حق الخیار است این ویژگی را دارد که قابل انتقال به دیگران به نقل اختیاری (نه قهری مثل ارث) نیست و لذا سلطنت دارد یعنی می‌تواند حقّ خیارش را اعمال کند و معامله را به هم بزند و می‌تواند آن را اسقاط کرده و از آن رفع ید بنماید و معامله را فسخ نکند. در نتیجه اگر بر مال مسلّط است بر این حق که از توابع مال است به طریق اولی مسلّط است و معنای مسلّط بودن هم ذکر شد. پس قابل اسقاط است و با اسقاط خیار ساقط می‌شود.

۴ـ اسقاط بعد از عقد نوعی التزام و تعهّد به سقوط است و بدان معنی است که من ملتزم هستم که معامله را به هم نزنم از نوع التزام ابتدائی و استقلالی هم هست (زیرا در ضمن عقد که نیامده پس از عقد و در کلام جدا ذکر شده) آنگاه بنابر این که شرط، مخصوص التزامهای ضمنی نباشد و مطلق الزام و التزام را شامل شود ولو ابتدائی و استقلالی، ما نحن فیه را شامل می‌شود و به حکم «المؤمنون عند شروطهم» وفای به این شرط و عهد و التزام، لازم، و نقض آن حرام است پس خیارش ساقط می‌شود و فسخ هم بکند نافذ نیست.

قوله: ثمّ انّ:

حال سقوط با اسقاط قولی حتمی شد ولی با چه لفظی باشد؟ آیا لفظ خاصّی دارد و حتماً باید «اسقطتُ و ابطلتُ» باشد؟ یا اعمّ است؟ می‌فرماید: ملاک لفظی است که دارای ظهور عرفی باشد و به یکی از دلالات معتبر در نزد عرف و عقلاء (صریح باشد یا ظاهر، مطابقی باشد یا تضمنی و یا التزامی، منطوقی باشد یا مفهومی که همه از دلالات عرفی هستند.) بر اسقاط دلالت کند و لفظ خاص و صریح لازم نیست و دلیل این مطلب سه امر است.

۱ـ فحوای قاعدهٔ سلطنت: در باب نقل و انتقال خود اموال در بحث شروط صیغه از کتاب البیع، ذکر شد که انشاء بیع به لفظ صریح لازم نیست و به هر لفظی که ظهور عرفی در نقل و تملیک معاوضی داشته باشد کفایت می‌کند...، حال اگر نسبت به نقل خود عین، لفظ دارای ظهور و متفاهم عرفی کافی باشد نسبت به اسقاط حق که اضعف است به طریق اولی لفظ کذائی کافی است و نیازی به نص صریح ندارد.

۲ـ فحوای پاره‌ای از افعال در معاملات فضولی: در فضولی این مطلب مسلم است که باید اجازهٔ مالک اصلی باشد ولی اجازه گاهی قولی است و گاهی فعلی از افعال است که حق رد و فسخ مالک را ساقط می‌کند. مثلاً عبد مولی بدون اذن مولی ازدواج کرده، بعداً که مولی فهمید سکوت کرد، همین سکوت کافی است زیرا علامت رضا است یا پس از بیع فضولی، مالک اصلی در مالی که به او منتقل می‌شود تصرّفی کند که علامت رضا به بیع باشد باز کفایت می‌کند، یا دختر باکره را فضولی به عقد کسی در آورد و او وقتی فهمید سکوت کند باز سکوت علامت رضا است. حال وقتی این کارها علامت رضا باشد و حق فسخ طرف را به هم بزند، پس اسقاط قولی با الفاظی که ظهور و متفاهم عرفی دارند به طریق اولی مُسقط خیار است.

۳ـ بر اسقاط خیار با الفاظ دارای ظهور و دلالت عرفی، اسقاط صدق می‌کند «صغری» و اسقاط هم به چهار دلیل حتماً مُسقِط بود «کبری» پس با الفاظ مذکور خیار ساقط می‌شود و لفظ خاصّی لازم نیست «نتیجه».

قوله: و علی هذا:

متفرع بر مطلب فراز قبل: اگر یکی از دو طرف گفت: من از ناحیهٔ هر دو خیار مجلس را اسقاط کردم و طرف مقابل هم گفت: «رضیتُ» یعنی به این اسقاط راضی شدم، کفایت می‌کند و خیار هر دو ساقط می‌شود زیرا رضایت او به اسقاط خیار طرف، خودش اسقاط خیار است عرفاً و گفتیم که اسقاط به هر لفظی که باشد مُسقِط است.

مسألهٔ سوّم:

این مسأله در واقع از فروعات مسألهٔ قبلی است: حال که اسقاط خیار به هر لفظی جایز است اگر یکی از طرفین به دیگری امر کرد و گفت: تو یک طرف را اختیار کن یا فسخ را و یا امضا را، آیا با گفتن «اِخْتَرْ» و با امر به اختیار طرف مقابل، خیار مجلس خود امر کنندهٔ

ساقط می‌شود یا خیر؟ نخست باید دید هدف آمر از امر «اِخْتَرْ» چیست؟ سه احتمال دارد:

۱ـ قصدش تملیک و نقل خیار خودش به طرف دیگر معامله باشد.

۲ـ قصدش تفویض و توکیل خیار به او باشد.

۳ـ قصدش اختبار و امتحان طرف و به دست آوردن حالِ او باشد که می‌خواهد فسخ کند یا امضا نماید. با حفظ این نکته در پاسخ آن پرسش می‌گوئیم: مسأله سه صورت دارد:

۱ـ اگر به دنبال امر به اختیار، طرف فسخ را اختیار کرد و معامله را فسخ کرد که بحثی نیست و معامله منفسخ می‌شود زیرا خود مأمور هم خیار فسخ دارد و در فسخ کافی است که یک طرف فسخ کند تا معامله کلاً به هم بخورد.

۲ـ اگر مأمور امضا را اختیار کرد و گفت: «امضیتُ»، قطعاً خیار خود مأمور ساقط می‌شود، زیرا اسقاط خیار کرد و معامله را از طرف خودش لازم کرد ولی آیا از طرف آمر هم لازم می‌شود و او هم حق فسخ ندارد؟ به چهار قول در این رابطه اشاره می‌کنند:

الف: خیار آمر هم ساقط می‌شود مطلقاً (در قبال تفصیل بعدی) و ظاهر اکثر فقها همین است بلکه شیخ طوسی در خلاف ادعّای اجماع کرده[1] (زیرا کلمهٔ اختر ظهور در اظهار رضایت به کار طرف است و معنایش این است که تو هر طرف را اختیار کردی من بدان راضی هستم و از قبیل فرعی است که در مسأله قبل داشتیم که یکی می‌گفت: «اسقطت خیارنا» و دیگری می‌گفت: رضیت ...)

ب: اگر کلمهٔ اختر و امر مزبور را به قصد تملیک گفته و هدف این بود که خیارش را به طرف منتقل کند (گر چه شرعاً قابل نقل نیست) خیارش ساقط می‌شود (چون ارادهٔ نقل خیار ملازم با ارادهٔ زوال حق از خودش می‌باشد پس ساقط می‌گردد.) ولی اگر به قصد مزبور نباشد ساقط نمی‌شود چه قصد تفویض باشد یا نه.

ج: مطلقاً خیارش باقی است و ساقط نمی‌شود (چون اختر یعنی شما انتخاب کن ولی معنایش این نیست که من خیاری نداشته باشم و نمی‌خواهم اعمال خیار کنم و...)

---

۱. خلاف، ج ۳، ص ۲۱، مسأله ۲۷.

د: اگر قصد تفویض (توکیل اعمال‌خیار به مخاطب که او را وکیل خود کند و کار را به او واگذار کند.) دارد باز مثل قصد تملیک است و خیار آمر ساقط می‌شود ولی اگر صرفاً قصد امتحان و اختبار و استکشاف حال دارد خیارش ساقط نمی‌شود.

۳ـ و اگر بدنبال امر به اختیار، مأمور سکوت کرد و فعلاً هیچ طرفی را اختیار نکرده است، تا سخنی بر زبان نیاورده خیار مجلس خود مأمور باقی است و دلیلش روشن است زیرا حقّی داشته هنوز هم اعمال یا اسقاط نکرده و وجهی برای زوال آن نیست. ولی آیا به صرف امر به اختیار، خیار مجلس خود آمر ساقط می‌شود، سه قول است:

الف: خیر خیار مجلس او هم باقی است مطلقاً (به هر قصدی که «اختر» بگوید).

ب: اگر به قصد تملیک‌خیار گفته: (اختر)، خیار آمر ساقط است و اگر به قصد تفویض یا استکشاف حال گفته، خیارش باقی است (زیرا هنوز وکیل کاری نکرده تا خیار موکّل ساقط شود) و مختار علّامه همین است[۱]

ج: خیار او ساقط می‌شود مطلقاً (چون امر به اختیار، ظهور دارد در اعراض آمر از حق خودش) و مختار شیخ طوسی همین است.

قوله: والاولی:

عقیدهٔ شیخ اعظم در مسأله: کلمهٔ «اختر» فعل امر است و برای طلب وضع شده است و معنای موضوع له‌اش این است که: من آمر و متکلّم از شمای مخاطب و مأمور می‌خواهم که یکی از دو طرف معامله را انتخاب نمایید، یا معامله را فسخ کنید یا امضا مفاد اختر همین است و بس، و امّا اینکه مفادش تملیک و نقل‌خیار به دیگری باشد (و در نتیجه خود آمر خیاری نداشته باشد) یا معنای اختر تفویض امرخیار به دیگری باشد (تا باز هم خود آمر خیار نداشته باشد) و یا معنای آن امتحان طرف و استکشاف حال او باشد (تا در نتیجه خیار آمر باقی باشد) کلمهٔ «اختر» بر هیچ کدام از اینها دلالت ندارد و معلوم نیست که انگیزهٔ آمر از امر به اختیار کدام است.؟

قوله: نعم:

قرینهٔ لفظی که بر هیچکدام نیست ولی قرینهٔ حالیّه احتمال سوّم را تقویت می‌کند یعنی از

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۵۱۸.

حال آمر پیدا است که منظورش از «اختر» گفتن امتحان طرف و بدست آوردن رأی و نظر او است و اگر این‌احتمال احراز شد پس خیار خود آمر باقی است. (البتّه این صرف ادعّا است که کسی بگوید از حال آمر چنین استظهار می‌شود و دو احتمال دیگر را کنار بزند و حق، اجمال خطاب است و باز نتیجه‌اش بقاء خیار آمر است، و بر فرض شک از استصحاب بقاء استفاده می‌شود.)

قوله: وکانّه:

از بعض شواهد می‌توان استفاده کرد که در صدر اوّل و عصر پیامبر (ص) و امامان(ع) کلمهٔ اختر ظهور در تملیک داشته و معنایش این بوده که گوینده به این وسیله زمام امر چیزی را به مخاطب تملیک یا تفویض نموده (و شاید مشهور بر این اساس فتوا دادند که به مجرّد «اختر» گفتن خیار آمر ساقط شود.) و آن بعض شواهد باب طلاق است که از نظر فقه اهل سنّت اگر مردی به زنش بگوید: «اختری نفسک او انا» یعنی یا خودت را اختیار کن و جدا شو یا مرا اختیار کن و بمان و زندگی کن و بدنبال آن زن بگوید: «اخترت نفس» یعنی خودم را اختیار می‌کنم، به صرف این، بینونت وجدائی حاصل می‌شود و زن از مرد جدا می‌شود زیرا مرد با گفتن اختیار کن، زمام امر طلاق را به دست زن داد و به او تملیک کرد او هم طلاق را اختیار کرد و جدا شد.

ولی در فقه امامیّه این کافی نیست و با اختیار طلاق، طلاق شرعی حاصل نمی‌شود و دلائلی در جای خود دارد[1] و از روایتی هم مستفاد است که بینونت حاصل می‌شود[2] به هر حال اختیار در باب طلاق ظهور در تفویض و تملیک دارد و این قرینه است بر دلالت آن بر تملیک، آنگاه اگر از نظر عرف و عقلاء این ظهور تمام بود و لفظ «اختر» دلالت عرفی بر تملیک خیار به طرف داشت، لازمه‌اش سقوط خیار آمر است و اگر چنین ظهور و دلالتی محرز نشد وجهی برای زوال خیار آمر نیست وکماکان می‌تواند از حق الخیار خویش استفاده کند.

---

۱. التهذیب، ج ۸ ص ۸۷، حدیث ۲۹۹.

۲. وسائل اشیعه، ج ۱۵، ص ۳۳۸، باب ۴۱، حدیث ۱۱.

قوله: و علیه یحمل:

در برخی از اخبار خیار مجلس آمده: بایع و مشتری خیار مجلس دارند تا زمانی که از یکدیگر جدا نشوند و ذیلش آمده: «او یقول احدهما لصاحبه اختر»[1] یعنی با افتراق مسقط است، و با اینکه یکی از طرفین معامله به دیگری بگوید: «اختر» که بدین وسیله‌هم خیار ساقط می‌شود. و این‌روایت بر خلاف مدعّای ما است که: «اختر» تنها بر طلب اختیار دلالت دارد نه چیز دیگر... و لذا مرحوم شیخ می‌فرماید:

اوّلاً در صحّت و سقم حدیث اشکال داریم (یا به خاطر عامی بودن و یا به خاطر نقل آن در اللئالی که مورد طعن و قدح است هم خود کتاب عوالی و هم صاحب آن.)

و ثانیاً بر فرض عوا صحّت، باید حمل کنیم بر فرضی که دلالت عرفی تمام باشد و به برکت قرینه، ظهور در تملیک یا تفویض داشته باشد وگرنه به قصد استکشاف حال باشد موجب سقوط خیار نیست.

قوله: ثمّ انّه لا اشکال:

از آغاز مسأله تا اینجا روی کلمهٔ «اختر» کار می‌کردیم که مفادش چیست؟ آیا موجب سقوط خیار آمر می‌شود یا نه؟

این بحث تمام شد، اینک بر می‌گردیم به اصل مطلب که یکی از مسقطات خیار مجلس اسقاط قولی بود، حال اگر طرفین هر دو اسقاط‌خیار کردند معامله صد در صد لازم می‌شود ولی اگر یک طرف خیارش را اسقاط کرد آیا بدین وسیله‌خیار طرف دیگر ساقط می‌شود؟ قطعاً خیر، زیرا هر کدام استقلالاً خیار دارند و خیار این ربطی به‌خیار آن ندارد تا با سقوط آن، این هم ساقط شود. حال که خیار دیگری باقی است پس می‌تواند اعمال‌خیار کند و معامله را فسخ کند و اگر یک طرف اجازه و امضا کرد و طرف دیگر معامله را فسخ کرد عقد منفسخ می‌گردد زیرا پرواضح است که قاعده همین است که فسخ شود زیرا او خیار دارد و معنای خیار داشتن این است که می‌تواند فسخ کند و اگر فسخ کرد نافذ است.

---

۱. مستدرک اوسائل، ج ۲، س ۴۷۳. باب ۲ حدیث ۳.

قوله: و هذالیس:

مسأله‌ای داریم که در جای خود خواهد آمد و قبلاً هم در آغازین مسألهٔ خیار مجلس بدان اشاره شد و آن این که: اگر اجازه و فسخ یا قول مجیز «اجزت» با قول فاسخ «فسخت» تعارض کردند کدام مقدّم است؟ مشهور فسخ را مقدّم داشته و قول فاسخ را ترجیح داده‌اند، حال در ما نحن فیه که گفتیم: اگر یکی اسقاط خیار کرد و دیگر فسخ نمود عقد منفسخ می‌شود آیا از مصادیق تعارض مذکور است؟ شیخ می‌فرماید: خیر، اینجا از آن باب نیست زیرا در تعارض باید متعلّق یا موضوع واحد باشد و از یک موضوع، دلیل، حکمی را نفی کند و دلیل دیگر آن حکم را اثبات کند و در ما نحن فیه متعلّق فسخ و اجازه متعدّد است: متعلّق اجازه، حق مجیز و متعلق فسخ، حق فاسخ است و تعارضی ندارند، پس از آن باب نیست و علی القاعده است که فاسخ خیار مجلس دارد و مقتضای خیار داشتن این است که فسخ او نافذ باشد.

قوله: نعم لو اقتضت:

اگر مایلید مصادیق تعارض اجازه و فسخ را بشناسید ذیلاً چهار مثال می‌آوریم: ۱ـ فرض کنید خیار از یک طرف است و با اجازه و امضای یک طرف و اسقاط خیار معامله کلاً لازم می‌شود ولی از همین یکطرف دو یا چند نفر حق الخیار دارند به اینکه وکیل طرف معامله کرده است و هم خود وکیل خیار دارد و هم موکّل، آنگاه اگر یکی جلوتر اعمال خیار کرد و امضا یا فسخ نمود همان مؤثر است و نوبت به بعدی نمی‌رسد چون یک حق بیشتر نبود که آنهم اعمال شد، ولی اگر هر دو همزمان با هم اقدام کردند و نسبت به حق واحد یکی گفت: «اجزت» و اسقاط خیار کرد و دیگری گفت: «فسخت» و معامله را به هم زد اینجا از موارد تعارض قول مجیز و فاسخ است.

۲ـ هر دو طرف خیار مجلس دارند و از هر دو طرف یا از یک طرف افراد متعدّدی خیار دارند (هم وکیل و هم موکّل مثلاً) باز همان محاسبات قبل می‌آید که اگر وکیل و موکل یک دفعه و با هم یکی اجرای فسخ و یکی اجازه داد تعارض در می‌گیرد.

۳ـ تصرّف ذی الخیار در عوضین دفعةً واحدة: فرض کنید عبدی را به جاریه‌ای فروخته و عبد داده جاریه گرفته سپس در مدّت خیار مجلس یک جا و به صیغهٔ واحده هر دو را آزاد کرد و گفت: «اعتقتکما فی سبیل الّله»، این تصرّف به نحو عتق، نسبت به عبد،

فسخ معامله محسوب می‌شود زیرا تا فسخ نکند و عبد به ملک او در نیاید اعتاق هم برای او صورت نمی‌گیرد (لا عتق الاّ فی ملک) و نسبت به جاریه اجازه و امضا است زیرا تا اسقاط خیار نکند و معامله لازم نشود و جاریه ملک طلق او نشود آزادی برای او صورت نمی‌گیرد. باز از مصادیق تعارض اجازه و فسخ می‌شود.

۴ـ مورّث مرد وخیار مجلس او به ورثه رسید و ورثه چند نفر می‌باشند که هر کدام نسبت به کلّ معامله حق امضا یا فسخ دارند و اختلاف کردند یعنی عدّه‌ای امضا کردند و عدّه‌ای فسخ کردن با از موارد تعارض قول مجیز با قول فاسخ است. حال در این موارد و امثال اینها چه باید کرد؟ علّامه در همه اینها فسخ را بر اجازه مقدم داشته است[۱] ولی دلیل تام و تمامی ارائه نکرده است و چون فعلاً جای این بحث نیست وارد آن نمی‌شویم و موکول به آینده می‌کنیم.

مسألهٔ چهارم:

یکی دیگر از مسقطات خیار مجلس، افتراق یا تفرّق طرفین معامله است و به محض اینکه متفّرق و از یکدیگر جدا شدندو مجلس معامله منقضی شد خیار مجلس هم تمام می‌شود و در واقع افتراق مسقط نیست بلکه از باب سالبه به انتفاء موضوع است، و دلیل مسقط بودن افتراق روشن است، زیرا در نصوص خیار مجلس که قبلاً آوردیم صریحاً فرموده بود: «البیّعان بالخیار مالم یفترقا و اذا افترقا وجب البیع» ضمناً لازم نیست این جدا شدن از یکدیگر همراه با رضایت وطیب نفس به لزوم بیع باشد بلکه همین که می‌توانست فسخ کند و نکرد و به هر دلیل افتراق حاصل شد، خیار ساقط می‌شود و تنها از ظاهر صحیحهٔ فضیل از امام صادق علیه السلام قید رضایت به بیع فهمیده می‌شود که فرموده: «فاذا افترقا فلاخیار لهما بعد الرضا منهما»[۲] (ولی مرحوم شیخ به این روایت توجّهی ندارند، شاید به این دلیل که مشهور از آن اعراض کرده و رضایت را اعتبار نکرده‌اند و روایت هر اندازه معتبر باشد اگر مورد اعراض بود از ارزش آن کاسته می‌شود.) پس تفرّق به هر قصدی که باشد مسقط است و چه بسا التفات و توجّه هم لازم نیست، زیرا

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۵۱۸.

۲. وصائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۶، باب ۱ حدیث ۳۰.

اگر دو جسم هم از یکدیگر فاصله پیدا کنند افتراق و تفرّق که باب افتعال و تفعّل و برای مطاوعه است، صدق می‌کند.

قوله: و معنی حدوث:

با توجّه به اینکه طرفین در هنگام معامله هم از یکدیگر جدا و هر کدام در مکانی ایستاده یا نشسته یا در حال حرکت می‌باشند و چنان نیست که چسبیده به هم باشند و از یکدیگر جدا شوند و افتراق یعنی جدا شدن که فرع بر اجتماع و اتصّال و التصاق است، آنگاه معنای حدوث افتراق چیست؟ مگر نه این است که از اوّل هم جدا بودند؟ می‌فرماید معنای افتراق آن است که: آن هیئت اجتماعیّه‌ای که در حال معامله داشتند (چه خوابیده چه نشسته، چه ایستاده چه سواره، چه پیاده چه در حال مشی و چه سکون و...) از بین برود و اجتماع مبدّل به افتراق شود.

قوله: فاذ احصل:

ملاک در افتراق و تفرّق چیست؟ سه قول در مسأله وجود دارد:

۱ـ رأی شیخ اعظم این است که: مسمّای افتراق کافی است یعنی همین اندازه که افتراق و جدائی صدق کند ولو کمترین مرتبهٔ آن باشد (مثلاً یک سانتیمتر از یکدیگر فاصله بگیرند) موجب سقوط خیار است و لازم نیست که یک گام یا چند گام از یکدیگر جدا شوند و در برخی از تعابیر سخن از «ادنی الانتقال» است یعنی کمترین میزان و مقدار انتقال کافی است. و اینکه عدّه‌ای فرموده‌اند: دست کم باید به اندازهٔ یک قدم از یکدیگر فاصله بگیرند نه از باب اینکه گام موضوعیّت دارد بلکه از باب اینکه غالباً در خارج افتراق با یک گام بر داشتن حاصل می‌شود تعبیر به خطوه کرده‌اند، یا از باب مثال است که غالباً وقتی می‌خواهند برای کمترین مرتبه مثال بزنند به گام مثال می‌زنند وگرنه حکم دائر مدار یک گام نیست. بنابر این اگر دو نفر در دو کشتی چسبیده به هم معامله کردند به محض اینکه دو قایق یا کشتی از هم جدا شدند معامله لازم می‌شود و افتراق حاصل شده، و دلیل شیخ اطلاق کلمهٔ افتراق است که بر همهٔ اینها صدق می‌کند و مقول به تشکیک است و از سر سوزنی جدا شدن تافر سنگها فاصله گرفتن را شامل است.

۲ـ عدّه‌ای یک گام را ملاک دانسته و به کمتر راضی نشده‌اند و گفته‌اند حتماً باید به اندازه یک گام جدا شوند تا افتراق صدق کند ولی اینها فریب مثال آوردن مشهور به

خطوه را خورده‌اند که در بالا وجه آن روشن شد. و گرنه دلیلی بر آن نداریم.

۳ـ عدّه‌ای ملاک را عرف گرفته و گفته‌اند: یک گام هم کافی نیست و باید عرفاً صدق کند که آن دو از یکدیگر جدا شدند و دلیل اینها دو امر است:

۱ـ اطلاق کلمهٔ افتراق، انصراف به بیش از یک گام دارد و در نتیجه دست ما از اطلاق کوتاه می‌شود و شک می‌کنیم که با یک گام خیار مجلس ساقط شد یا نه؟ استصحاب بقاء جاری می‌شود.

۲ـ در بعض روایات آمده که امام(ع) معامله‌ای کرد سپس بر خواست و چند گام برداشت تا معامله لازم شود و به یک گام اکتفا نکرد[۱] پس ملاک صدق عرفی است و لا اقل به حکم این روایت که جمع آورده باید سه گام بردارد. ولی مرحوم شیخ هر دو دلیل را رد می‌کند:

امّا انصراف: وجهی برای انصراف نیست و افتراق مقول به تشکیل است و همه را شامل است و انصراف ظهوری که منشأش کثرت استعمال باشد نداریم، و غلبهٔ وجود خارجی هم که ارزش ندارد.

و امّا روایت: اوّلاً در آن مورد شخصی، امام چند گام برداشته و معلوم نیست ملاک کلّی باشد و ثانیاً جملهٔ امام(ع): «قمت فمشیت خطاءاً» جملهٔ لقبیّه است و مفهومش این نیست که پس یک خطوه کافی نسیت زیرا اثبات شیئی نفی ماعدا نمی‌کند مگر از ناحیهٔ قلّت بشرط لا باشد که محرز نیست. پس حق به نظر شیخ اعظم مسمّای افتراق است. (البته این دقّتهای عقلی را نتوان ملاک گرفت و به اندازهٔ سر سوزنی فاصله را افتراق عرفی دانست و مسقط حساب کرد و لذا به نظر می‌آید که صدق عرفی ملاک باشد.)

قوله: ثمّ اعلم:

معنای افتراق را دانستیم که به هم خوردن هیئت اجتماعیّه و از بین رفتن آن بود حال این معنی به دو صورت قابل تحقّق است:

۱ـ هر دو طرف از مکان معامله حرکت کنند و هر کدام به سمت و سویی غیر از سمت و سوی طرف دیگر حرکت کنند که به محض حرکت هر دو افتراق حاصل

---

۱. وسائل الشیعه. ج ۱۲، ص ۳۴۷ باب ۲ حدیث ۳.

می‌شود.

۲ـ یکی از دو طرف در مکان معامله بماند و دیگری از آنجا حرکت کند و به نقطهٔ دیگر منتقل شود باز افتراق حاصل شده و خیار مجلس ساقط می‌شود، حال می‌فرماید: در حصول غایت یعنی افتراق، حرکت هر دو طرف لازم نیست بلکه حرکت یکی و سکون دیگری در مکان معامله نیز کفایت می‌کند و دلیل مطلب روایت امام باقر(ع) است که فرمود: زمینی را خریداری کردم و پس از معامله خودم به تنهائی بر خاستم و چند گام دو رشدم تا معامله لازم شود[1] که امام (ع) حصول افتراق را به مشی و حرکت خودش اثبات کرده و منوط نموده است. ضمناً از کلام شیخ به وضوح استفاده می‌شود که افتراق معنای سلبی و عدمی دارد و آن عبارتست از عدم مصاحبت یکی با دیگری در مقابل اجتماع، و در توضیح آن می‌فرماید: مجرّد حرکت هر کدام به سمتی نامش افتراق نیست، افتراق آن است که: هر کدام به سویی حرکت کنند و دیگری همراه آن نرود و مصاحبت نکند، یا یکی حرکت کند و دیگری همراهی نکند که صرف حرکت یکی افتراق نیست باید عدم مصاحبت دیگری هم ضمیمه شود تا نامش افتراق باشد.

مسألهٔ پنجم:

این مسأله نیز در ارتباط با افتراق و تفرّق است که یکی از مسقطات خیار مجلس بود و دربارهٔ این است که: گاهی افتراق طرفین از مجلس معامله صد در صد ارادی و اختیاری و با طیب خاطر و میل باطنی است، چنین تفرّقی حتماً مسقط خیار مجلس است و مصداق اکمل «اذا افترقا وجب البیع» همین فرض است. ولی گاهی افتراق اکراهی و اجباری است یعنی دیگری طرفین را مجبور می‌کند که از این مکان متفرّق شوند چه اجبار به حدّ اضطرار و الجاء برسد و بطور کلّی از طرف سلب اراده و اختیار کند، یعنی چند نفر مأمور کشان کشان اینها را از یکدیگر جدا کنند و یا به حدّ اضطرار نرسد یعنی صرفاً ستمگری آنها را تهدید به قتل یا ضرر مالی و مانند آن کرد و آنها از ترس جان یا مالشان تصمیم گرفته و از آنجا متفرّق شدند که نامش اکراه است. خود افتراق اجباری و زوری هم دو گونه است:

---

۱. آدرس قبلی.

گاهی طرفین نسبت به تفرّق مکره شده‌اند ولی نسبت به تخایر (اعمال خیارکردن به امضا یا فسخ) اکراه و اجباری و منعی نیست و کسی آنها را تهدید نکرده که حق اعمال خیار هم ندارید، باز اگر اعمال خیار نکردند و تفرّق اکراهی حاصل شد به فتوای اصحاب خیارشان ساقط می‌شود.

ولی گاهی منع تخایر هم اجباری است یعنی نه تنها مجبورند جدا شوند که مجبورند اعمال خیار هم نکنند، باز چه این ممنوعیّت به سر حدّ الجاء و اضطرار برسد و مأمورها دست و دهان او را هم ببندند و نگذارند اعمال خیارکند و یا به حدّ اکراه باشد و صرفاً تهدید کنند که اگر فسخ یا امضا را به زبان آوری زبانت را قطع می‌کنیم و... حال بحث ما در چنین فرضی است که هم بر اصل تفرّق مکره شده‌اند و مجبورند جدا شوند وگرنه طیب نفس ندارند، و هم نسبت به منع از تخایر ملزم و مکره شده‌اند و حق تخایر هم ندارند، آیا به مجرّد تحقّق چنین تفرّقی خیار مجلس ساقط می‌شود یا خیر؟

معروف در میان اصحاب و فقهای شیعه آن است که این افتراق مسقط نیست و بدین وسیله خیار مجلس ساقط نمی‌شود، و برای این مدّعا دلایلی اقامه شده که در مجموع شش دلیل از عبارت مکاسب مستفاد است که به ترتیب ذکر می‌کنیم:

۱ـ تبادر: در اخبار خیار مجلس افتراق را به خود بیعّان نسبت داده و فرموده: «**البیعّان بالخیار ما لم یفترقا و اذا افترقا وجب البیع**» که فاعل افترقا همان بیعّان است و آنها فاعل عاقل مختار هستند که به اراده و اختیار خود فعلی را انجام می‌دهند و قاعده این است که هرگاه فعلی (از قبیل: اکل، شرب، ضرب، قتل و...) به فاعل مختار اسناد داده می‌شود ظهور در فعل اختیاری دارد و متبادر همین است و اجباری و اضطراری بودن عارضی و ثانوی است و قرینه لازم دارد. روی همین قاعده از «اذا افترقا» افتراق ارادی و اختیاری و با طیب نفس طرفین، متبادر است و آن اطلاق به این صنف منصرف است، و در نتیجه صورت افتراق اکراهی و اضطراری مشمول این روایات نیست، و دلیل دیگر هم که نداریم، نوبت به اصل عملی می‌رسد و آن استصحاب بقاء خیار است زیرا قبل از تفرّق اجباری خیار مجلس بود، بعد از آن شکّ در بقاء داریم، استصحاب بقاء جاری می‌شود پس کماکان خیار مجلس باقی است و تفرّق کذائی مسقط نیست.

۲ـ حدیث رفع: در فرازی از حدیث رفع آمده: «**رفع ما استکر هوا علیه**»[۱] و ظاهرش این است که فعل اکراهی از امّت اسلامی برداشته شده و نتوان اخذ به ظاهر کرد وگرنه کذب لازم می‌آید و لذا به حکم دلالت اقتضاء چیزی باید مقدّر باشد که به قولی مقدّر خصوص مؤاخذه و آثار تکلیفی است، ولی علی التحقیق در علم اصول[۲] و در شرط متعاقدین از کتاب بیع مکاسب[۳] وجهی برای اختصاص نیست و مقدّر جمیع آثار است چه اثر وضعی و چه تکلیفی و روی این مبنا در ما نحن فیه استدلال به فراز مذکور می‌شود به این بیان که: افتراق اکراهی رفع شده یعنی اثر آن مرفوع است و آن اثر عبارتست از اسقاط الخیار که اگر اختیاری و با طیب نفس بود مسقط بود ولی حالا که اکراهی و اضطراری شده مسقط نیست. و هو المطلوب.

قوله: و لکن یمکن:

مرحوم شیخ گر چه اصل مدّعا را قبول دارد که تفرّق کذائی موجب سقوط خیار مجلس نبود و بعداً هم به چهار دلیل استناد خواهد کرد ولی دو دلیل مذکور را قبول ندارد و از دلیل اوّل دو پاسخ می‌دهند:

۱ـ قبول داریم که وقتی فعلی به فاعل مختار مستند شد، فعل اختیاری تبادر می‌کند ولی اختیاری بودن دو معنی دارد:

الف: به معنای ارادی بودن در مقابل اضطراری یعنی گاهی فعلی صد در صد اضطراری و بدون اراده است مثل اینکه کسی را کشان کشان ببرند، یا به زور دست و پایش را ببندند و از بلندی پرت کنند و... که اسناد فعل به خود او صوری و ظاهری و مستند به جسم او است نه نفس و روح و ارادهٔ او، وگاهی فعلی ارادی و ناشی از تصمیم و ارادهٔ خود انسان است خواه طیب نفس و میل باطنی هم داشته باشد و یا میل باطنی ندارد و علی رغم کراهتی که دارد اراده می‌کند و انجام می‌دهد مثل کارهای اکراهی، مثلاً برای رفع شرّ ستمگر کاری را انجام می‌دهد.

ب: به معنای طیب نفس داشتن و با میل باطنی انجام دادن که اخصّ از ارادی و

---

۱. خصال صدوق، ج ۲، ص ۴۱۷، باب التسعه.
۲. کفایة الاصول، ج ۲، ص ۱۷۵.
۳. مکاسب (بیع)، ص ۱۱۸.

اختیاری به معنای اوّل است، حال جا دارد کسی ادّعا کند که متبادر از افتراق اختیاری، اختیار به معنای اوّل است نه معنای ثانی که قید اضافی هم دارد که طیب نفس باشد و وقتی متبادر این شد پس حدیث «اذا افترقا وجب البیع»، افتراق اکراهی را نیز شامل است چون از ارادهٔ مکره ناشی می‌شود و به این اعتبار اختیاری یعنی ارادی است و به ضمیمهٔ عدم قول به فصل افتراق اضطراری نیز داخل می‌شود یعنی آن نیز مُسقط است (البته همه اینها بر فرضی است که تنها افتراق، اکراهی باشد و نسبت به تخایر و عدم تخایر، منع و اکراه و اضطراری در میان نباشد وگرنه حکمش در ادامه خواهد آمد.)

۲ـ قوله: مع انّ:

بر فرض که متبادر از «افترقا» افتراق اختیاری به معنای اخصّ کلمه باشد (با طیب نفس و میل باطنی) ولی فتوای اصحاب غیر از آن است و به این ظهور عمل نکرده زیرا اصحاب به اتفاق کلمه فرموده‌اند: افتراق حتی اگر اضطراری (صد در صد بدون اراده هم باشد تا چه رسد به اکراهی) هم باشد مُسقِط خیار مجلس است البته مشروط بر اینکه نسبت به تخایر و اعمال خیار ممانعتی در بین نباشد. و وقتی اصحاب از ظهور حدیث اعراض کردند، آن ظهور ارزشی ندارد سپس شاهدی از کلام شیخ طوسی در مبسوط[۱] و محقّق ثانی در جامع المقاصد[۲] می‌آورند که نیازی به بیان ندارد.

قوله: و منه یظهر:

از جواب دوّم دلیل اوّل، پاسخ دلیل دوّم یعنی استناد به حدیث رفع نیز داده شد که اینجا جای حدیث رفع نیست زیرا اگر حدیث رفع جاری شود مفادش این است که: تفرّق اگر اکراهی یا اضطراری شد اثرش که اسقاط خیار باشد مرتفع می‌گردد (مطلقاً یعنی چه تمکّن از تخایر باشد یا نباشد) در حالی که معروف بین الاصحاب غیر از این بود، فتوای اصحاب این بود که اگر تخایر میسور باشد و طرف اعمال خیار نکند خیارش ساقط می‌شود چه تفرّق اختیاری باشد و چه اضطراری و اکراهی، پس ظاهر حدیث رفع هم بر خلاف فتوای اصحاب است.

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۸۴.
۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۳.

قوله: و الحاصل:

به طور کلّی چهار صورت متصوّر است:

۱ـ تفرق اختیاری و با طیب نفس باشد، تخایر نیز اختیاری و میسور باشد و سر تا پا اختیاری باشد چنین تفرّقی حتماً مسقط است.

۲ـ تفرّق اجباری، عدم تخایر هم اجباری باشد چنین تفرّقی حتماً و به اتّفاق کلمه مُسقِط نیست.

۳ـ تفرّق اجباری ولی تخایر اختیاری باشد و اعمال خیار نکند چنین تفرّقی مُسقِط است و فتوی الاصحاب همین است.

۴ـ تفرّق اختیاری ولی عدم تخایر اجباری است باز اگر متفرّق شدند حتماً خیار مجلس ساقط می‌شود و تنها در صورت ثانی مُسقِط نیست و موضوع عدم سقوط مرکب از دو امر اجباری است و هر کدام که اجباری نبود خیار ساقط می‌شود.

آنگاه با این فتوا نه جای استدلال به تبادر مزبور است و نه جای استدلال به حدیث رفع است به بیانی که گذشت.

قوله: فالاولی:

در این فراز چهار دلیل دیگر برای مسقط نبودن افتراق اکراهی مذکور در صدر مسأله می‌آورند:

۱ـ شهرت محصَّله که خود ما تحصیل کرده‌ایم و در اوّل مسأله گفتیم: «المعروف ...» به ضمیمهٔ اجماع منقول که دیگران فتوای اصحاب را حکایت و نقل کرده‌اند و قبلاً در و «الحاصل» بدان اشاره شد، و به عقیدهٔ شیخ اعظم اجماع منقول به تنهائی حجّت نیست ولی به ضمیمهٔ شهرت محصَّله حجّت می‌شود.

۲ـ تفرّق، اکراهی و اضطراری باشد یا اختیاری و ارادی باشد مهمّ نیست و قبلاً متبادر بودن تفرّق اختیاری را رد کردیم ولی باید این تفرّق از رضایت طرفین به اصل معامله ناشی شود و رضایت طرفین به معامله احراز شود، دلیل این مطلب تبادر است (منظور شیخ از تبادر متفاهم عرفی است یعنی از اطلاق افتراق عرفاً افتراق ناشی از تراضی به بیع فهمیده می‌شود)و چون در مورد بحث رضایت به اصل بیع احراز نشده پس غایت حاصل نشده تا مُسقِط خیار مجلس باشد پس خیار باقی است.

۳ـ در صحیحهٔ فضیل فرموده: «**فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما.**»[۱] (سایر اخبار خیار مجلس قید «بعد الرضا» نداشت و مطلق بود و ادّعای تبادر و انصراف کردیم ولی این حدیث صریحاً قید مذکور را دارد.) در این جمله دو احتمال وجود دارد که هر کدام بیان و وجهی را تشکیل می‌دهند.

احتمال اوّل: در جملهٔ شرطیّهٔ مذکور، شرط مرکّب از دو جزء باشد: ۱ـ افتراق «اذا افترقا» ۲ـ رضایت به بیع «بعد الرضا» منتها جزای شرط در وسط دو جزء شرط آمده و این در لغت عرب شایع است و مانعی ندارد، نظیر: «ان سافرت فقصّر بعد خفاء الاذان»، «ان افطرت فاعتق رقبةً بعد کون الافطار عمداً و بالاختیار»، «و...» طبق این احتمال معنای حدیث این است که اگر طرفین از یکدیگر جدا شدند و این جدایی همراه با رضایت آن دو به بیع بود، خیار مجلس ساقط می‌شود، مفهومش این است که اگر این دو شرط مرکّب با هم نبودند چه هیچ کدام نباشند، و چه یکی نباشد مشروط هم نیست یعنی خیار ساقط نمی‌شود، و در مورد بحث ما با هم نیستند زیرا طرفین هم بر تفرّق مکره شده‌اند و هم بر ترک تخایر و اعمال خیار مکره شده‌اند و لذا رضایت به معامله محرز نیست تا مُسقِط خیار باشد و بر فرض شک هم جای استصحاب بقاء خیار است. ضمناً رضایت به بیع باید متّصل به افتراق باشد یعنی همزمان با افتراق باید رضایت هم باشد و آن در صورتی است که یک آن قبل از تفرّق، رضایت به بیع باشد تا اتّصال احراز شود و در حقیقت تفرّق از رضایت سرچشمه بگیرد و الاّ الان متفرّق شوند و یک ساعت بعد رضایت حاصل شود ارزشی ندارد و مُسقِط خیار نیست بالاجماع.

۴ـ قوله: او یقال:

احتمال دوّم در حدیث این است که: شرط مرکّب نیست و دو جزء ندارد بکله بسیط و امر وحدانی است که در ظاهر و بر حسب مقام اثبات و استکشاف، تفرّق شرط است و دنبال ادات شرط آمده «اذا افترقا» ولی در واقع و به حسب مقام ثبوت، رضایت به معامله شرط سقوط خیار است و سقوط منوط به آن است وافتراق کاشف نوعی از رضایت است که در نوع موارد که اکراه و اجباری نیست و به میل و التفات جدا می‌شوند از این راه

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۶، باب ۱، حدیث ۳.

پی به رضایت و امضا می‌بریم و از این جهت که طریق است شرط واقع شده و گرنه موضوعیّت ندارد (نه تمام موضوع و نه جزء موضوع) در نتیجه مفاد حدیث این است که: اگر طرفین از یکدیگر جدا شدند چه اختیاراً و چه با اکراه و اجبار و حتّی اضطرار، ولی منع از تخایر نشده‌اند و تمکّن از فسخ دارند و معذلک فسخ نکردند و جدا شدند، این تفرّق با تمکّن از فسخ، کاشف نوعی از رضای آن دو به عقد است و خیارشان ساقط می‌شود ولی در مورد بحث ما فرض این است که از تخایر منع شده‌اند و کاشف از رضا نداریم وقتی رضایت نبود یا احراز نشد چه جزء شرط باشد و چه تمام شرط، بدنبالش سقوط خیار هم نخواهد بود و به این دلیل ما می‌گوئیم: «لا اعتبار بالافتراق عن اکراهٍ اذا منع من التخایر».

مسألهٔ ششم:

مسأله پنجم مربوط به اکراه طرفین بر تفرّق و ترک تخایر بود که حکمش روشن شد. مسأله ششم مربوط به اکراه یکی از دو طرف است: اگر یکی از دو طرف مکره و مضطر شد که از دیگری جدا شود و مجلس معامله را ترک گوید و از اعمال‌خیار هم منع شد و طرف دیگر در مجلس معامله باقی ماند، از دو حال خارج نیست:

۱ـ دیگری هم منع شد از اینکه با رفیقش مصاحبت و همراهی کند و به او هم گفتند:

تو باید در همین مکان بمانی و حق ندرای با طرف معامله همراه شوی، نه تنها باید بمانی بلکه حق اعمال‌خیار هم نداری که در واقع هر کدام به نوعی مکره شده‌اند، یکی بر رفتن و دیگری بر نرفتن، حکم این فرض در مسألهٔ پنجم روشن شد و در واقع مصداقی از آن مسأله است زیرا هر دو مکره شده‌اند بر افتراق و بر ترک تخایر (نهایت گاهی به این نحو است که هر دو باید از این مکان بروند و هر کدام به سمتی بروند و از یکدیگر جدا شوند و گاهی به این‌نحو است که یکی باید حرکت کند و دیگری نباید همراهی کند، ولی هر دو افتراق اکراهی است) و چنین تفرّقی موجب سقوط‌خیار مجلس نیست و هر دوخیار دارند.

۲ـ دیگری مختار است و از مصاحبت یا عدم آن منع نشده و می‌تواند همراه رفیق خود برود تا مجلس معامله به هم نخورد و یا به اختیار خود با او نرود و در آنجا بماند یا

جای دیگر برود تا مجلس به هم بخورد و تفرّق حاصل شود، آیا چنین افتراقی که از یک سو اختیاری است مسقط خیار مجلس می‌باشد؟ می‌فرماید: در این مسأله اقوالی وجود دارد، و قبل از هر سخنی دو نکته را باید مدّ نظر قرار دهیم

۱ـ در پایان مسأله چهارم آوردیم که: در صدق و تحقّق افتراق لازم نیست که هر دو حرکت کنند و هر کدام به جهتی غیر از جهت دیگری بروند، بلکه کافی است که یکی از مجلس بیرون رود و دیگری او را همراهی نکند.

۲ـ در آغاز و انجام مسألهٔ پنجم آوردیم که: صرف اکراه بر تفرّق کافی نیست و مسقط بودن آن را رفع نمی‌کند بلکه باید علاوه بر آن، از تخایر هم منع شود تا بگوئیم: خیار مجلس باقی است و الاّ با تمکّن از تخایر، اگر اعمال خیار نکرد و جدا شد خیار ساقط است چه به اختیار جدا شود یا به اکراه و اجبار. پس دو امر معتبر است. با حفظ این دو نکته می‌گوئیم: صورت مسأله دو فرض دارد:

۱ـ یکی از آن دو مکره شود هم به تفرّق و رفتن از مجلس معامله و هم به ترک تخایر ولی دیگری مختار باشد در ماندن و رفتن، اعمال‌خیار و عدم آن

۲ـ عکس فرض اوّل، یعنی یکی از آن دو مکره شود بر ماندن در مجلس عقد و بر ترک تخایر و دیگری آزاد و مختار باشد که بماند تا مجلس معامله به هم نخورد و یا برود تا هیئت اجتماعیّه باطل شود. و محّل کلام صورت اوّل است و حکم صورت ثانی هم از حکم صورت اوّل دانسته خواهد شد. حال در صورت اوّل آیا چنین تفرّقی که از یک طرف اکراهی است و از طرف دیگر اختیاری است موجب سقوط خیار مجلس است یا خیر؟ در مسألهٔ چهار قول وجود دارد که هر کدام را عدّه‌ای از بزرگان فرموده‌اند:

۱ـ بدین وسیله خیار هر دو ساقط می‌شود

۲ـ چنین تفرّقی مسقط نیست و خیار هر دو طرف (مکره و مختار) ثابت است.

۳ـ خیار مختار ساقط است ولی خیار مکره باقی است

۴ـ تفصیل علّامه در تحریر: اگر مختار در مجلس معامله بماند، ما دامی که در آنجا است گویا هر دو در مجلس هستند و خیار هر دو ثابت است و اگر از مجلس برود گویا هر دو متفرّق شدند و خیار هر دو ساقط می‌شود، پس ملاک سقوط و ثبوت خیار مجلس، ماندن و رفتن طرف مختار است و طرف مکره ملاک نیست.

قوله: و مبنی الاقوال:

چهار قول مذکور بر چه اساسی مبتنی هستند؟ مبنای اقوال این است که در روایات خیار مجلس غایت خیار را افتراق قرار داده «مالم یفترقا فا ذا افترقا وجب البیع» و حصول افتراق به سه صورت متصوّر است:

۱ـ از اختیار طرفین سرچشمه بگیرد و هر دو به اختیار جدا شوند

۲ـ هر دو به اکراه و اجبار جدا شوند (با فرض منع از تخایر)

۳ـ یکی از آندو و به اختیار و دیگری به اکراه جدا شوند، صورت دوّم که از بحث خارج است و در مسأله قبل معلوم شد که به اتفّاق کلمه اگر همراه با منع از تخایر باشد مسقط نیست وگرنه مسقط است. باقی می‌ماند صورت اوّل و سوّم، و این بحث مطرح می‌شود که حصول غایت (افتراق) متوقّف است بر این که افتراق از اختیار هردو باشد تاخیار مجلس کّلاً ساقط شود؟ یا از اختیار و رضایت یکی هم بود کفایت می‌کند و مسقط است؟ در صورت اوّل هم دو احتمال پدید می‌آید:

یا اختیار هرکدام از قبیل عام استغراقی و انحلالی است یعنی اختیار وارادهٔ هرکدام مسقط‌خیار او است، نتیجهٔ این احتمال، قول سوم از چهار قول است که‌خیار مختار ساقط می‌شود چون تفرقّش و نرفتن او با رفیق از روی اختیار بوده وخیار مکره باقی است.

و یا از قبیل عام مجموعی است و اختیار هر دو با هم و من حیث المجموع مسقط خیار است و تفرّق اگر از اختیار هر دو بود غایت حاصل شده و خیار ساقط می‌شود. نتیجهٔ این فرض، قول دوّم است که ثبوت خیار هر دو باشد زیراکه اختیار هر دو مجموعاً حاصل نشده و یکی تفرقّش از اختیار سرچشمه نگرفته، و در صورت دوّم هم که در حصول غایت کافی است که تفرّق احدهما از روی اراده و اختیارش باشد باز دو فرض مطرح می‌شود:

یا در صدق تفرّق لازم و معتبر است که یک فعل وجودی انجام شود و طرف مختار هم حرکتی کند و از مجلس برود.

یا فعل عدمی و ترک اختیاری هم کافی است یعنی همین اندازه در مجلس بماند و به جائی نرود؟ بنابر لزوم فعل وجودی، نتیجه، قول چهارم است که اگر شخص مختار از

مجلس برود خیار هر دو ساقط می‌شود و اگر بماند خیار هر دو باقی است. و بنابر کفایت ترک اختیاری، نتیجه، قول اوّل است که سقوط خیار هر دو باشد.

قوله: و اعلم انّ:

در بیان اقوال، به علّامه در تحریر قول چهارم نسبت داده شد که تفصیل میان بقاء مختار در مجلس عقد و رفتن او به اختیار از مجلس بود که اگر باقی باشد تا هست‌خیار مجلس برای هر دو ثابت است و اگر رفت خیار مجلس هر دو ساقط می‌شود. حال ظاهر کلام فخر الدین فرزند علّامه‌ﷺ در ایضاح الفوائد این است که قول علّامه مغایر با قول دوّم (ثبوت خیار برای هر دو) و قسیم آن نیست بلکه همان است و علّامه هم طرفدرا قول دوّم است زیرا از دو شقّ مذکور در قول چهارم: تنها شقّ اوّل (بقاء مختار در مجلس) مورد نزاع است که موجب سقوط خیار می‌شود یا نه؟ وگرنه شقّ دوّم (ذهاب مختار از مجلس عقد) از مورد نزاع خارج است و اجماعاً چنین ذهابی موجب سقوط‌خیار هر دو است. و در بخش اوّل هم که علّامه فتوا به ثبوت خیار هر دو دادند، پس رأی علّامه مغایر با قول ثانی نیست.

قوله: حیث قال:

گویا کسی می‌پرسد: از کجا می‌گوئید: ظاهر کلام ایضاح الفوائد این است که ذکر شد؟ در جواب می‌فرماید: از اینجا که فخر الدین ابتدا کلام پدر را در تحریر نقل کرده و آن اینکه: اگر یکی از دو طرف معامله حمل شود (او را به زور از مجلس معامله ببرند، کنایه از اکراه و اجبار است) و از اعمال‌خیار هم منع شود، خیار او ساقط نمی‌شود البتّه «علی اشکال» (منشأ اشکال این است که اگر غایت خصوص تفرّق اختیاری باشد در اینجا نسبت به مکره چنین تفرّقی منتفی است پس مسقط نیامده و خیار او باقی است ولی اگر غایت مطلق تفرّق باشد اعمّ از اختیاری و غیر اختیاری، در اینجا هم حاصل است پس باید ساقط شود.)

و امّا طرف دیگر که ثابت است و حمل نشده و به جای دیگر منتقل نشده بلکه در مجلس معامله است، اینهم اگر مکره باشد بر ماندن و منع شود از مصاحبت و همراهی با طرف دیگر و نیز منع شود از تخایر و اعمال خیار، بازخیار او ساقط نمی‌شود (البته جا داشت بگوید: «علی اشکال»، مثل صورت قبل، ولی از آنجا که فتوای اصحاب بر این

است که هر دو مکره شدند خیارشان ساقط نیست لذا این فرض اجماعی می‌شود و جای «علی اشکال» نیست.)

و اگر این طرف مختار باشد در ماندن و رفتن، در اعمال‌خیار یا ترک آن و ممنوعیّتی نداشته باشد و معذلک به اختیار خود با طرف مکره مصاحبت نکند خیار او ساقط می‌شود زیرا افتراق که غایت است چه خصوص افتراق اختیاری باشد و چه اعمّ باشد، بر این مفارقت و عدم مصاحبت صدق می‌کند پس خیار او ساقط می‌شود و بدنبالش خیار اوّلی هم که مکره بود ساقط می‌شود و تفکیکی در میان نیست. (شاید به این دلیل ساقط می‌شود که ملاک، افتراق اختیاری است آن هم اختیار هر دو لازم نیست بلکه افتراق اختیاری احد هما کافی است و در اینجا حاصل شده پس غایت‌خیار مجلس تحقّق یافته پس خود خیار مجلس هم ساقط می‌شود.

این بود که کلام علّامه در تحریر[1] جناب فخر الدین در شرح این کلام فرموده: چهار بحث را به عنوان مبانی این مطلب باید منظور کنیم:

۱ـ آیا اکوان اربعه (حرکت و سکون و اجتماع و افتراق) بقاء دارند یا حادث و متجدّد هستند؟ یعنی جسمی که برای مدتّی در مکانی سکون دارد آیا یک سکون است که از لحظهٔ اوّل حادث شده و همچنان بقاء و استمرار دارد یا سکونهای متعدّد و متوالی است که آن به آن و لحظه به لحظه پشت سر هم حادث و نو می‌شوند؟ و هکذا حرکت از قم تا تهران مثلاً آیا یک حرکت ممتّد و مستمّر است یا هر لحظه حرکت جدیدی غیر از حرکت لحظهٔ قبل است؟

۲ـ بر فرض که اکوان اربعه باقی و مستمر باشند آیا در بقاء و استمرارشان نیازمند به مؤثر هستند همانگونه که در اصل حدوث محتاج به مؤثر بودند؟ یا در بقاء روی پای خود ایستاده و مستّقل و مستغنی از مؤثر می‌باشند؟

۳ـ آیا افتراق یا تفرّق یک امر ثبوتی و وجودی است یا امر سلبی و عدمی و عدم مصاحبت و عدم اجتماع است؟

۴ـ عدم مطلق حتماً نیازی به علّت و مؤثّر ندارد چون باطل محض و نیستی صرف

---

۱. تحریر، ج ۱ ص ۱۶۶.

ولا شیئی خالص است. ولی آیا عدم مقیّد و مضاف (مثل عدم حرکت، عدم اجتماع و...) نیز علّت نمی‌خواهد و معلّل به علّتی نیست؟ یا چنین عدمی به لحاظ اضافه‌اش به امر وجودی حظّی از وجود دارد و علّت می‌طلبد؟ حال در جای خود این چهار مطلب باید بحث و بررسی شود، فخر الدین فرموده:

در ما نحن فیه ثبوت یا سقوط خیار فرد مختار و ثابت و باقی در مجلس روی این مبانی چهارگانه دور می‌زند به این‌بیان:

اگر در بحث اوّل عدم بقاء اکوان را اختیار گردیم و گفتیم سکون به عنوان یکی از اکوان باقی نیست بلکه متجدّد و حادث است و لحظه به لحظه پدید می‌آید و قهراً نیاز به علّت دارد که خود شخص ساکن یا جسم ساکن باشد، بنابر این شخص مختار، فاعل فعل و مؤثر اثر است و بالا جماع‌خیار مجلس او ساقط می‌شود.

و اگر بقاء اکوان را اختیارکردیم با در بحث دوّم چنانچه قائل شدیم که اکوان در بقاء نیز علّت می‌طلبند، این سکون و ثبات مختار در مجلس معامله، محتاج به فاعل و مؤثر است که شخص مختار باشد و باز از باب اینکه او فعلی انجام داده و تأثیری گذارده بالاجماع‌خیار مجلس او ساقط می‌شود.

و اگر بقاء اکوان و استغناء از مؤثّر را اختیارکردیم، بر حسب ظاهر شخص مختار فاعل فعلی نیست تا خیارش ساقط شود و لذا بستگی دارد که افتراق را امر وجودی بگیریم یا امر عدمی؟ اگر امر وجودی باشد از آنجاکه فرد مختارکاری نکرده پس افتراق حاصل نشده پس خیارش ساقط نمی‌شود. ولی اگر امر عدمی باشد باز اگر در بحث چهارم گفتیم عدم، نیاز به علت ندارد پس فرد مختار کاری نکرده و تأثیری نگذاشته و خیارش باقی است و اگر گفتیم عدم، علّت می‌خواهد باز مختار مؤثر در عدم است و خیارش ساقط می‌شود. و نظر خود فخر الدین سقوط خیار مختار است، چون وی در اصل مفارقت مختار است و تفرّق اختیاری ولو از یک طرف مسقط است.[1]

قوله: و هذا الکلام:

شیخ اعظم می‌فرماید: گرچه بناگذاریهای فخر الدین مورد مناقشه واقع شده زیرا احکام

---

۱. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۲ - ۴۸۳.

شرعی بر این دقّتهای عقلی فلسفی مبتنی نیست و بر موضوعات عرفی مبتنی است ولی از این جهت صریح است که اگر شخص مختار کاری بکند خیارش ساقط می‌شود بنابر این اگر وی به اختیار خودش از مجلس معامله برود اجماعاً خیار او ساقط می‌شود. حال خیار شخص مکره باقی است یا نه؟ ظاهر کلام فخر الدین آن است که: خیار مجلس مکره هم ساقط می‌شود (زیرا کلام علّامه را در تحریر نقل کرد که در آخرش سخن از ملازمه بود و آن را تقریر و امضا کرد و رد ننمود.) بنابر این قول سوّم که به شیخ طوسی در خلاف و به مرحوم قاضی نسبت داده شد که اینها تفصیل داده‌اند و خیار مختار را ساقط دانسته ولی خیار مکره را باقی دانسته‌اند ناتمام است.

قوله: لکنّ العبارة:

در عین حال که تفصیل رد شد ولی عبارت خلاف، ظهور در این قول به تفکیک دارد زیرا فرموده: اگر هر دو طرف یا یکطرف مکره به تفرّق شوند ولی منع از تخایر نشده‌اند و می‌توانند اعمال خیار و فسخ کنند و نکردند تا جدا شدند خیار هر دو ساقط می‌شود و یا خیار خصوص متمکّن از فسخ ساقط می‌شود[1] (محلّ شاهد همین جا است) و اگر تفکیک بین خیار مکره و مختار جایز نبود شیخ طوسی این جمله را اضافه نمی‌کرد پس معلوم می‌شود ایشان طرفدار تفکیک است. ولی امر به تأمّل می‌کنند که در ادامهٔ بحث در فرازی وجه آن بیان خواهد شد.

قوله: و کیف کان: علّامه

طرفدار قول چهارم باشد یا قول دوّم، شیخ طوسی قائل به جواز تفکیک باشد یا نه، ما رأی خود را بیان کنیم: و دو نظر داریم: ۱ـ ابتدائی ۲ـ نهایی، در نظر بدوی معتقدیم که خیار مجلس برای هر دو ثابت است و خیار مختار هم باقی است نه ساقط، این همان قول دوّم از چهار قول است و سه دلیل هم داریم:

۱ـ اصالة البقاء: پیش از اکراه یک طرف بر تفرّق، خیار مجلس بود پس از آن شک می‌کنیم، استصحاب بقاء جاری می‌شود.

۲ـ گرچه ما نسبت به خود تفرّق قبول نکردیم که ارادی و اختیاری باشد و گفتیم:

---

۱. خلاف، ج ۳، ص ۲۶، مسأله ۳۵.

تفرّق اکراهی و بلکه اضطراری هم مسقط است ولی متبادر و متفاهم عرفی از اذا «افترقا ...» عبارتست از افتراقی که همراه با رضایت طرفین به اصل معامله باشد و در فرض ما که یکی مکره شده این تراضیِ طرفینی نیست پس غایت حاصل نشده پس خیار مجلس ساقط نیست، حتّی خیار مجلس شخص مختار هم ساقط نیست زیرا افتراق غایت خیار است و امر واحدی است و اگر حاصل شده پس خیار مجلس کلّاً ساقط می‌شود و اگر حاصل نشده پس خیار کلّاً باقی است و وجهی برای تفصیل نیست.

۳ـ خصوص صحیحهٔ فضیل به صراحت فرموده: «**اذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما**» که کلمهٔ «منهما» یعنی رضایت هر دو معتبر است و باید افتراق، از رضایت هر دو و با تراضی طرفینی باشد، و در ما نحن فیه رضایت یک طرف است نه هر دو طرف پس غایت حاصل نشده تا خیار ساقط شود و کماکان خیار هر دو باقی است.

قوله: و لکن:

نظر نهایی شیخ: در نظر نهایی معتقدیم که خیار مجلس هر دو طرف (مکره و مختار) ساقط می‌شود و ثبوت خیار را قبول نداریم زیرا هر سه دلیل آن قابل جواب است:

امّا استصحاب بقاء خیار: قاعده این است که «الاصل دلیل حیث لا دلیل» یعنی اگر دلیل اجتهادی نباشد جای اصل است وگرنه نوبت به اصل نمی‌رسد و در ما نحن فیه دلیل اجتهادی داریم که خود روایات خیار مجلس باشد که فرموده: «اذا افترقا وجب البیع» و در ما نحن فیه تفرّق یا افتراق صدق می‌کند، زیرا به عقیدهٔ ما لازم نیست تفرّق هر دو اختیاری و از روی اراده و رضا به تفرّق باشد بلکه اضطراری هم باشد تفرّق حاصل می‌شود و وقتی صدق کرد به حکم اخبار، خیار مجلس ساقط می‌شود و نوبت به استصحاب بقاء نمی‌رسد.

و امّا تبادر افتراق همراه با رضایت به اصل بیع: در روایات که سخن از رضا به بیع نیست و سخن از افتراق است ولی ما از خارج ادّعا کردیم که متفاهم عرفی افتراق از روی طیب نفس به اصل معامله است و قدر مسلّم اصل رضا و طیب نفس باید باشد ولو در یک طرف معامله و امّا لزوم رضایت هر دو طرف دلیل ندارد و با اطلاق روایات هم نمی‌سازد و لازم نیست، و در ما نحن فیه رضایت یک طرف هست پس کافی است که خیار هر دو ساقط شود چون غایت خیار مجلس که افتراق از رضایت باشد حاصل

است.

و امّا صحیحهٔ فضیل: ظاهر صحیحه این است که تراضیِ طرفین معتبر است و هر دو باید افتراقشان از روی رضایت به عقد باشد (کلمهٔ بعد الرضا منهما صریح است ولی سرّ تعبیر به ظهور آن است که در این کلمه دو احتمال وجود دارد:

۱ـ مقابله مجموع به مجموع یعنی مجموع رضایت طرفین معاً موجب سقوط خیار هر دو می‌شود و اگر مجموع حاصل نشد خیار ساقط نمی‌شود چه رضایت یک طرف باشد یا نه.

۲ـ مقابله به نحو توزیع یعنی رضایت هر کدام نسبت به خیار خودش مستقلاً ملاک باشد پس رضایت یکی حاصل است و موجب سقوط خیارش می‌شود و رضایت دیگری نیست پس خیارش ساقط نیست و چون احتمال ثانی هم هست لذا تعبیر به ظهور کرد که اوّلی ظاهر است.)

ولی این صحیحه معارض دارد و آن ظهور اطلاقی روایتِ امام باقرعليه‌السلام است که زمینی را خریداری کرده بودند و سپس فرمودند: «قمتُ فمشیتُ خطائاً لیجب البیع حین افترقنا» یعنی من که یک طرف معامله هستم برخاستم و چند گام رفتم تا افتراق حاصل شود و در نتیجه معامله لازم شود، در اینجا امام‌عليه‌السلام مناط در حصول افتراق و در نهایت، لزوم بیع را افتراق یک طرف دانسته و از طرف خودشان افتراق با رضایت است ولی نسبت به طرف دیگر سکوت کردند و حدیث بیانی ندارد که آیا او ملتفت بود و با امام همراهی نکرد یا اصلاً غافل بود؟ و بر فرض التفات آیا به اختیار همراهی نکرد یا به اکراه؟ حدیث از این جهات اطلاق دارد یعنی چه او ملتفت باشد یا غافل در هر حال یک طرف که به اختیار جدا شد معامله لازم می‌شود پس رضایت طرف دیگر مطرح نیست و این حدیث با صحیحه که رضایت هر دو را لازم می‌دانست معارض است.

قوله: و دعوی:

اگر کسی بگوید: اطلاق روایت امام باقرعليه‌السلام، به فرض التفات طرف و عدم مصاحبتِ اختیاری انصراف دارد و شامل فرض غفلت و عدم شعور نمی‌شود پس او هم ملتفت بوده و به میل خود همراهی نکرده و کاشف از رضایت و امضای او نسبت به بیع است و هر دو راضی هستند.

قوله: ممنوعةٌ:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ادّعای انصراف ممنوع است زیرا انصراف منشأ می‌طلبد و منشأش یا غلبهٔ وجود فرد مذکور است که غالباً ملتفت است و یا غلبهٔ استعمال است، اوّلی از حیث صغروی قبول است و غلبهٔ وجودی دارد ولی ارزش ندارد و سند انصراف نمی‌شود، و دوّمی از حیث کبری قبول است که اگر غلبهٔ استعمالی باشد حتماً باعث انصراف است ولی از حیث صغری باطل است و غلبهٔ استعمالی نیست و تعبیر «قمت فمشیتُ ...» معنایش التفات یا عدم التفات طرف دیگر نیست تا کثیر الاستعمال در آن باشد یا نه، تعبیر دیگری هم نسبت به طرف مقابل نیامده تا کثرت استعمال در التفات او داشته باشد. پس روایت به اطلاقش باقی است و معارض با صحیحه است.

قوله: و ظاهر الصحیحه:

گویا کسی می‌گوید: ظاهر صحیحه (وجه تعبیر به ظهور گذشت) اخصّ از ظاهر روایت امام باقر علیه السلام است زیرا صحیحه رضایت هر دو را مطرح کرده «بعد الرضا منهما» که مخصوص فرضی است که هر دو ملتفت و متوجّه باشند و رضایت به اصل معامله داشته باشند. ولی روایت اطلاق دارد و فرض رضای دیگری و غفلت او هر دو را شامل است و قانون تقدیم خاص بر عام است، پس باید به صحیحه اخذ کنیم و حکم به لزوم رضایت هر دو بکنیم. مرحوم شیخ می‌فرماید: گرچه ظاهر صحیحه اخصّ است ولی از ظهور روایت دیگر (که در مقام بیان بود و غیر از مفارقتِ یکی از دیگری، قید دیگری نیاورد و اگر مدخلیّت داشت می‌آورد.) در اطلاق رفع ید نمی‌کنیم زیرا این ظهور به پنج شاهد و مؤیّد، قابل تأیید است و بزرگان در فروع بسیاری به مقتضای ظاهر آن فتوا داده‌اند:

۱ـ اگر یکی از دو طرف در مجلس معامله بمیرد و طرف دیگر به اختیار خویش مجلس را ترک کند، فقهاء عظام بدون اختلاف نظر، فتوا به سقوط خیار هر دو داده‌اند، و اگر رضایت هر دو معتبر بود چنین فتوایی جا نداشت و حتّی محقّق ثانی در جامع المقاصد[1] قطع به سقوط پیدا کرده و استدلال هم کرده به اینکه:

غایت خیار مجلس که افتراق باشد بدین وسیله حاصل شده پس هر دو خیار ساقط

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۸۹.

می‌شود، با اینکه همین محقّق ثانی در ما نحن فیه که یکی مکره به تفرّق شده و دیگری به اختیار مصاحبت نکرده، فتوا به ثبوت خیار هر دو داده ولی در آن فرع فتوا به سقوط داده (گویا تناقضی در دو فتوا مشاهده می‌شود و این اعتراضی به محقّق ثانی است.)

۲ـ اگر یکی از طرفین در حالی که رفیقش در مجلس معامله خوابش برده یا غافل و سرگرم کاری است، بدون توجّه رفیق از او جدا شد و مجلس معامله را ترک کرد باز بلا خلاف فتوا به سقوط خیار هر دو داده‌اند با اینکه تنها رضایت یک طرف به اصل معامله محرز است و دیگری در سایهٔ خواب یا غفلت رضایتی ندارد. پس رضای یکی کافی است.

۳ـ سیّد عمید الدین ادّعای اجماع کرده بر اینکه خیار مجلس هر دو ساقط می‌شود و خود اجماع منقول گرچه دلیل جدا نیست ولی در حدّ مؤیّد و شاهد ارزش دارد.

۴ـ از مبانی چهار گانه‌ای که فخر الدین برای قول پدرش ذکر کرد نیز قدم به قدم استفاده می‌شد که اگر طرف مختار به اختیار خویش فعلی انجام دهد و تأثیری بگذارد و مثلاً از مجلس معامله برود حتماً خیار هر دو ساقط می‌شود و اختلافی نیست و تنها فرض عدم تأثیر و بقاء در مجلس محلّ بحث بود، ولی به هر حال این مسلّم است که رضایت هر دو لازم نیست.

۵ـ ظاهر قواعد علّامه هم این بود که خیار مختار ساقط می‌شود و به تبع آن خیار مکره نیز ساقط می‌شود و این را بر آن مترتب کرد و بعداً نقل خلاف نکرد یعنی این اتّفاقی است که خیار مکره هم ساقط می‌شود و در هر حال رضایت هر دو برای سقوط لازم نیست. پس ظاهر روایت محفوظ است و باید از خیر صحیحه گذشت.

قوله: و هو الّذی ینبغی:

مرحوم شیخ هم همین را تأیید کرده و سزاوار فتوا می‌دانند که با رفتن مختار از مجلس معامله یا عدم مصاحبت اختیاریِ او، خیار هر دو ساقط می‌شود، زیرا غایت خیار مجلس افتراق است که امر واحدی است و این غایت اگر حاصل شده خیار مجلس کلاً ساقط است، اگر حاصل نشده پس خیار مجلس هر دو باقی است.

قوله: فتأمّل:

اشاره به همان دو احتمال است که مقابله مجموع به مجموع مسقط باشد پس رضایت هر

دو با هم مُسقط خیار هر دو است و یا مقابله به نحو توزیع باشد که رضایت هر کدام مسقط خیار خودش باشد پس در ما نحن فیه وجهی برای سقوط هر دو نیست.

قوله: و عبارة الخلاف:

قبلاً عبارت شیخ در خلاف نقل شد و ظهور در تفصیل و قول سوّم داشت که تفکیک باشد (خیار مختار ساقط و خیار مکره باقی) ولی فرمودند: «فتأمل»، و این فراز فعلی در حقیقت بیان وجه تأمّل است و آن اینکه: شاید منظور شیخ طوسی از سقوط خیار مختار و متمکّن از تخایر، این بود که از حیث تمکّن از تخایر و ترک آن خیارش ساقط می‌شود و خیار غیر متمکّن از این حیث ساقط نیست ولی قطع نظر از جهات دیگر، و شاید خیار مکره از جهت ملازمه میان آن دو (منشأ ملازمه وحدت غایت است که اگر حاصل است هر دو خیار می‌رود و گرنه نه) ساقط شود و شیخ طوسی کاری به این جهت نداشت پس منافاتی نیست که خیار هر دو ساقط شود و شیخ هم طرفدار تفصیل نباشد.

قوله: مع انّ:

شاهدی است بر توجیه مذکور: بلا شک عبارت شیخ در خلاف «لو اکرها او احدهما علی التفرق بالا بدان علی وجه یتمکنان من الفسخ و التخایر فلم یفعلا بطل خیار هما او خیار من تمکّن» این فرض را که قبلاً در مؤیّد دوّم آوردیم شامل است که یکی از حیث اکراه متمکن نیست و دیگری از این حیث متمکّن است ولی هر دو یا یکی از آن دو از جهت غفلت و جهل به حکم و مانند آن متمکّن نیستند، اینجا اگر اعمال خیار نکردند خیار هر دو باطل می‌شود (با اینکه رضایت هر دو نیست و رضایت یکی هست.) حال یا باید عبارت شیخ را توجیه کنیم و حمل کنیم بر فرضی که ما گفتیم که با قطع نظر از حکم مکره آن فتوا را داده تا مجاز شود و یا اگر به ظاهرش ابقاء کردیم و تفکیک را پذیرفتیم باید به مورد مذکور (فرض نوم و غفلت و...) تخصیص بزنیم چون در آنجا سقوط خیار از دو طرف است و مخالف ندارد و چون مجاز، شایع است و تخصیص نسبت به آن نادر است ما مجاز را مرتکب می‌شویم تا رأی و کلام شیخ طوسی با دیگران یکی باشد.

قوله: و لعلّ نظر الشیخ:

توجیه دیگر: شاید منظور شیخ و قاضی از آن سخن این باشد که افتراق اختیاری غایت سقوط خیار است ولی نه مجموع اختیار و رضای هر دو برای مجموع خیار آن دو بلکه

هر کدام مستقلاً یعنی افتراق مستند به خیار هر کدام، مسقط خیار خود او است و در نتیجه یکی مکره است و افتراقش مسقط نیست و دیگری مختار است و تفرّقش موجب سقوط است. شیخ اعظم این استنباط را تحسین می‌کنند و لکن می‌فرماید: با ظاهر نصّ (صحیحه فضیل) هماهنگ نیست و ظاهرش مقابله مجموع با مجموع است که رضای هر دو با هم موجب سقوط خیار هر دو است نه هر کدام جدا جدا و بر نحو توزیع. پس به عقیدهٔ شیخ اعظم خیار هر دو ساقط می‌شود.

قوله: ثمّ انّه یظهر:

فرض اکراه یکی از طرفین و مختار بودن طرف دیگر دو صورت داشت:

۱ـ صورت اصل مسأله که یکی مکره شده بر تفرّق و رفتن از مجلس معامله و منع شده از اعمال خیار ولی دیگری مختار است که در مجلس بماند یا از مجلس برود، با مکره مصاحبت کند یا از او جدا شود، و به اختیار جدا شد تا به حال حکم این صورت مطرح شد و عقیدهٔ شیخ اعظم سقوط خیار هر دو بود،

۲ـ صورت عکس مسأله: یکی مکره شده بر بقاء و ماندن در مجلس عقد و منع هم شده از تخایر، ولی دیگری مختار بود که بماند و مصاحب باشد یا برود و مفارق باشد و وی به اختیار خویش مفارقت کرد و از مجلس رفت، آیاخیار هر دو ساقط می‌شود؟ یا هر دو ثابت است؟ و... شیخ اعظم می‌فرماید: از مطالبی که در صورت اصل مسأله آوردیم حکم صورت عکس هم دانسته می‌شود و آن اینکه بر مبانی‌ای که فخر الدین مسأله را بر آنه مبتنی کرد باید بگوئیم: خیار هر دو ساقط می‌شود زیرا در صورت عکس، شخص مختار فعل وجودی انجام داده (حرکت و ذهاب از مجلس) و بلا خلاف در این فرض‌خیار هر دو ساقط بود. ولی بر اساس بحثی که خود ما در مبنای اقوال اربعه داشتیم که تفرّق اختیاری به اختیار هر دو ملاک است یا به اختیار احد هما... همان اقوال و همان مبانی و ادلّه در این صورت هم جاری است.

و به عقیدهٔ ما فتوا به سقوط خیار هر دو در این صورت اقویٰ و اولی از حکم به سقوط در صورت اصل است (زیرا مدرک اصلی ما اطلاق روایت امام باقر بود که آنهم موردش همین صورت عکس است که یکی (امام) به اختیار مفارقت کرد و نسبت به دیگری ساکت است که آیا ملتفت بود یا غافل؟ وبر فرض التفات به اختیار با امام همراه

نشد یا به اکراه و اجبار ترک مصاحبت کرد؟ همه را می‌گیرد پس صورت اکراه را هم شامل است و معذلک خیار هر دو ساقط می‌شود، و اگر این مورد از باب مثال باشد برای صورت اصل مسأله هم به این حدیث می‌توان استدلال کرد و گرنه مخصوص صورت عکس است و در هر حال به درد این صورت می‌خورد و از این جهت حکم به سقوط در این صورت قوی‌تر است چون در هر حال دارای دلیل است.

مسألهٔ هفتم:

تفرّق اکراهی درد و مسأله قبل بررسی شد و آن اینکه: اگر هر دو طرف مکره باشند خیارشان باقی است و اگر یک طرف مکره بود طبق بعضی از اقوال خیار هر دو یاخیار خصوص مکره باقی بود،حال بر این مبنا مسأله هفتم مطرح می‌شود که اگر پس از مدّتی اکراه و اجبار زائل شد و طرفین به حال اختیار برگشتند تکلیف چیست؟ شیخ طوسی و جماعتی فتوا داده‌اند به اینکه پس از زوال اکراه، خیار مجلس می‌آید و ضمناً تا زمانی که مجلس زوال اکراه (هر کدام در هر نقطه‌ای و مکانی که باشند، وقتی رفع اکراه شد همان مکان، مجلس زوال محسوب می‌شود چه نزدیک هم باشند یا دور) باقی باشد (و از آن نقطهٔ معیّن بیشتر فاصله نگیرند) خیار مجلس هم امتداد دارد و باقی است.

قوله: و لعلّه:

دلیل این جماعت آن است که: افتراقی که در حال اکراه و اجبار حاصل شده و جودش کالعدم است و گویا اصلاً مفارقتی حاصل نشده و گویا هنوز طرفین در مجلس عقد هستند و هیئت اجتماعیهٔ محفوظ است در نتیجه حکم مجلس هم که‌خیار بود کماکان باقی است چون موضوع تنزیلاً و کأنّ باقی است.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در رد استدلال مذکور سه کلمه دارند:

۱ـ موضوع اصلی که مجلس معامله و هیئت اجتماعیّه بود قطعاً و وجداناً با افتراق مذکور، منتفی شده و از بین رفته و جای تنزیل نیست، ما بالعیان مشاهده می‌کنیم که این دو طرف آن هیئت اجتماعیّه در حال بیع را ندارند پس وجهی برای بقاء موضوع نیست

۲ـ و اینکه شما گفتید: مجلس زوال اکراه به منزلهٔ مجلس عقد است، ما قبول نداریم و دلیلی نداریم که شارع این را به منزلهٔ آن قرار داده باشد و همان احکام را داشته

باشد.

۳ـ آری از آنجا که انتفاء موضوع خیار یعنی مجلس معامله اکراهی و به زور بوده به حکم حدیث رفع چنین افتراقی اثر ندارد و رافع خیار نیست و در نتیجه حدّ اکثر می‌توان گفت: حکم مجلس که خیار باشد باقی است نه خود مجلس معامله که قطعاً به هم خورده است حال که خود خیار باقی است تا چه زمانی خیار دارند؟ غایت خیار تا چه زمانی است شیخ طوسی فرمود: تا زمانی که مجلس زوال امتداد دارد، شیخ اعظم می‌فرماید: نصوص از بیان غایت این خیار ساکت است و همین اندازه می‌گوید: خیار باقی است ولی تا کی؟ معلوم نیست و در کلیّه مواردی که خسار مسلّم و ثابت باشد ولی از ادله غایت و امد آن مستفاد نباشد دو وجه وجود دراد:

۱ـ این‌خیار فوریّت دارد یعنی باید بلافاصله و در اولیّن فرصت ممکن (آنِ پس از زوال اکراه) اعمال خیار کند و گرنه خیارش ساقط می‌شود. دلیل این وجه: اصل‌خیار داشتن خلاف اصل اوّلی در بیع (اصالة اللزوم) است و در اموری که خلاف اصل باشد به قدر متیقّن اکتفا می‌شود و قدر متیقّن همان آنِ پس از زوال اکراه است و در ما زاد بر آن به عموم «اوفوا بالعقود» رجوع کرده و حکم به لزوم می‌نمائیم.

۲ـ این خیار تراخی دارد یعنی فوری و فوتی نیست و می‌توان تأخیر انداخت و کماکان امتداد دارد تا زمانی که یکی از مسقطات خیار مجلس (اسقاط قولی، تصرّف) بیاید، و دلیل این وجه استصحاب بقاء خیار است (و این از بحثهای اصولی معروف است که اگر عامیّ نسبت به مدّتی تخصیص خورد آیا در زاید بر آن مدّت به عموم عام باید اخذ کنیم یا جای استصحاب حکم خاصّ است؟)

مسألهٔ هشتم:

آخرین مسأله در باب خیار مجلس: یکی دیگر از مسقطات‌خیار مجلس تصرّف است (یعنی یکی از دو طرف یا هر دو در مجلس معامله در مالی که به آنها منتقل شده تصرّف کنند، مثلاً بایع در ثمن تصرّف کند یا مشتری در مثمن تصرّف کند.) البته راجع به کیفیّت آن و اینکه چه نوع تصرّفی مسقطیّت دارد؟ به تفصیل در خیار حیوان و خیار شرط بحث خواهیم کرد. و فعلاً به صورت مجمل و سر بسته اصل مسقط بودن تصرّف را مورد کنکاش قرار می‌دهند: آیا تصرّف هم از مسقطات‌خیار مجلس است؟ عدهٔای از بزرگان

قدما و متأخرّین فتوا به مسقط بودن داده و حتّی ادعای اجماع هم شده که تصرّف مسقط خیار مجلس است.

قوله: و لعلّه:

شیخ اعظم می‌فرماید: در خصوص خیار مجلس نصّی نداریم که تصرّف مسقط باشد پس مدرک جماعت مذکور چیست؟ می‌فرماید: شاید مدرکشان عموم تعلیل در حدیث باب خیار حیوان باشد که فرموده: اگر مشتری در چیزی که خریداری کرده در مدّت خیار حیوان و در ظرف کمتر از سه روز احداث حدثی کند یعنی تصرفی بنماید، پس این کار علامت رضای او به اصل معامله است (این تعلیل است) پس شرطی نیست یعنی خیاری ندارد[1] و علّت موجب تعمیم است پس هر احداث حدثی و تصرّفی که علامت رضا باشد هر خیاری را ساقط می‌کند پس خیار مجلس هم بدین وسیله ساقط می‌شود. و در باب خیار شرط نیز یکی از مسقطات آن را تصرّف قرار داده‌اند با اینکه در آنجا هم نصّ خاصی وارد نشده و تنها مدرک همین عموم تعلیل حدیث مذکور است.

قوله: بل سقوط:

تا به حال از عموم تعلیل استفاده می‌کردیم، حال می‌گوئیم: بلکه می‌توان نسبت به خصوص خیار مجلس مشتری از خود روایت مذکور استفاده کرد نه از عموم تعلیل آن، زیرا روایت فرمود: اگر مشتری در کمتر از سه روز احداث حدثی کند (که شامل مجلس معامله هم می‌شود.) پس راضی است، پس فرمود: «فلا شرط» ای «فلا خیار» که خصوص خیار حیوان را نفی نکرد بلکه مطلق خیار را نفی کرد، و این اطلاق خیار مجلس را هم شامل می‌شود، پس سقوط خیار مجلس را هم شامل می‌شود، پس سقوط خیار مجلس مشتری به وسیلهٔ تصرّف، از نفس روایت مستفاد است.

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینکه: در اینگونه موارد جای اطلاق نسیت و جملات ما قبل قرینه است و روشن می‌کند که مراد نفی خیار حیوان است نه نفی هر خیاری (نظیر «اذا افترقا وجب البیع» که مراد وجوب بیع از ناحیه خیار مجلس است نه لزوم بیع به نحو مطلق و از جمیع

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۳۵۰ باب ۴ حدیث اوّل.

نواحی،) پس از همان عموم تعلیل می‌توان کمک گرفت و گرنه خود حدیث دلیل آن نیست که تصرّف مسقط خیار مجلس باشد.

(پایان خیار مجلس)

۲ـ خیار حیوان

قسم دوّم از اقسام سبعهٔ خیار، خیار حیوان است: درفقه اسلامی اصل ثبوت و مشروعیّت خیار حیوان مسلّم است و قدر مسلّم ثبوت آن برای مشتری (خریدار حیوان) است که در میان فقهای امامیّه خلافی در آن نیست ولی ثبوت آن برای بایع (فروشندهٔ حیوان) محلّ خلاف است که در مسألهٔ اوّل از سلسله مسائل خیار حیوان خواهد آمد ولی قبل از آن باید موضوع بحث روشن شود: موضوع، خیار حیوان است و کلمهٔ خیار در اوّل مبحث خیارات معنی شد و کلمهٔ حیوان از جهتی عام و از جهتی خاصّ است:

امّا جهت عام: منظور از حیوان عبارتست از هر موجود دارای حیات (جاندار) چه حیوانات و جانداران کبیر و عظیم الجثّه مثل گاو و گوسفند و شتر و... (چهار پایان) و چه موجودات صغیر و کوچک از قبیل ملخ، زنبور عسل، ماهی، زالو، کرم ابریشم [و... که دارای منافع محلّلهٔ معتدّه می‌باشند و بیع و شراء آنها صحیح است] و دلیل این عموم و شمول عبارتست از نصّ وفتوی:

امّا نصّ: بعداً روایت را می‌خوانیم که در بعضی تعبیر به «الحیوان» کرده که جنس حیوان مراد است و بر همهٔ آنها قابل صدق است و در بعضی تعبیر به «فی الحیوان کلّه» کرده که بازکلمهٔ «کلّه» مفید عموم است و در بعضی تعبیر به «الحیوانات» کرده که جمع با الف و لام و مفید عموم است.

و امّا فتوا:

فتاوای فقهاء هم درکتابهای فقهی همین تعابیر روایات را دارد و سخن از حیوان به قول مطلق است و وجهی برای اختصاص آن به چهار پایان و انعام وجود ندارد.

و امّا جهت خاص: قسمی از حیوانات، مقصود اصلی عرف و عقلاء از خریدن آنها حیات آنها است یعنی استفاده‌های در حال حیات که با حفظ حیات بشود از آنها استفاده کرد، البته «فی الجمله» یعنی قطع نظر از اینکه مقصود حیات آنها باشد تا آخر عمرشان مثل اسب و قاطر و حمار و... که هدف رکوب و بارکشی از آنها است نه اکل لحم آنها، و یا مقصود حیات آنها باشد تا مدتّی از زمان مثل گاو و گوسفند و شتر و... که مشتری خریداری می‌کند تا برای مدتّی از شیر و پشم و کرک و مو و برّهٔ آنها استفاده کند و بعد هم

که حیوان پیرشد آن را چاق کرده و ذبح می‌کند و از گوشت آن استفاده می‌کند.

و قسمی از حیوانها با اینکه در حال بیع داری حیات است ولی هدف اصلی استفاده‌های در حال حیات نیست و به عنوان حیوان بودن خریداری نمی‌شودبه عنوان گوشت بودن خریداری می‌شود مثل ماهی‌ای که از آب بیرون آورده شده که فعلاً دارای حیات است ولی به زودی خواهد مرد و خریدار هم گوشت را می‌خواهد و یا ملخی که در ظرف خاصّی حفظ و نگهداری می‌شود که باز به زودی می‌میرد و هدف اصلی لحم آن است حال منظور از حیوان در ما نحن فیه خصوص قسم اوّل است و قسم ثانی را شامل نیست زیرا کلمهٔ حیوان از آن منصرف است و آن قسم مشمول نصوص و فتاوا نیست.(۱)

قوله: و یشکل:

در واقع قسم ثالثی از حیوانات است که نظر به ذاتش قابل بقاء است و استفاده‌های حلال در حال حیات دارد ولی نظر به امر عارضی و بالعرض از این قابلیّت افتاده و مشرف به موت است، مثل آهویی که شکارچی با تیر آن را زخمی کرده یا سگ شکاری او را گاز گرفته و زخمی کرده و به زودی خواهد مرد آیا خیار حیوان از این هم انصراف دارد و مخصوص حیوانی است که بالعرض هم قابل بقاء و ادامهٔ حیات باشد یا شامل این نوع هم می‌شود؟

شیخ می‌فرماید: مسأله مبتلا به اشکال است: نظر به ذاتش داخل در بحث است و خیار حیوان دارد و نظر به امر عارضی و در شرف موت بودن که هدف گوشت آن است، خارج از بحث است و حیوان از آن منصرف است.

قوله: و علی کلّ حال:

در سایر موارد این مطلب مطرح است که اگر مبیع پیش از اینکه به قبض مشتری برسد دردست بایع تلف شد، بایع ضامن است «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه» و نیز این بحث مطرح است که اگر متاعی در مدّت‌خیار تلف شود، آنکس که خیار ندارد ضامن است «کلّ مبیع تلف فی زمن الخیار فهو ممّن لاخیار له» حال در ما نحن فیه نسبت

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۷، باب سوّم از ابواب خیار.

به حیوانی که در شرف موت است (شکار) و مشتری هم می‌داند و اقدام می‌کند و قصدش هم حیات و زنده بودن حیوان یا حیوان زنده نیست بلکه می‌خواهد از گوشت آن استفاده کند، آیا اگر پس از معامله و قبل از قبض مشتری، تلف شد بایع ضامن است؟ یا اگر پس از قبض و در مدّت خیار تلف شد، کسی که خیار ندارد (یعنی باز هم بایع علی المشهور) ضامن است؟ مثل سایر موارد؟

می‌فرماید: چنین مردن و زهاق روحی (بیرون شدن روح از بدن) تلف از بایع محسوب نمی‌شود و کسی نمی‌گوید در دست او تلف شد یا از او تلف شد یا او متلف است و... تا ضامن باشد. [البته مسأله شقوقی دارد که در جای خود باید محاسبه شود که قبل از رسیدن به شکار، زهاق روح شده یا پس از آن؟ اگر بعد بوده آیا وظیفهٔ بایع بوده که حیوان را سر ببرد یا وظیفهٔ مشتری است؟ هر کدام حسابی دارد.]

قوله: و فی منتهی خیاره:

در همین مواردی که حیوان مشرف به موت است، اگر گفتیم باز هم‌خیار حیوان برای مشتری ثابت است، آیا غایت و منتهای آن تا چه زمانی است؟ اگر تا سه روز لا اقل زنده باشد که تکلیف روشن است و پایان خیارش مثل پایان‌خیار سایر حیوانات تا سه روز است ولی اگر در کمتر از سه روز بمیرد، ین بحث می‌آید و در آن وجوه و اقوالی ذکر شده: ۱ـ خیار مشتری تا سه روز امتداد دارد چون یا خیار حیوان دارد یا ندارد، اگر دارد به حکم اخبار، خیار حیوان سه روز است.

۲ـ تا هنگام مرگ حیوان، خیار حیوان دارد، بنابر اینکه خیار به خود عین خارجی تعلّق می‌گیرد و عین حیوان تا لحظهٔ مرگ او باقی است.

۳ـ تا پس از مرگ هم‌خیار هست ولی فوری است و یک آن پس از مرگ می‌تواند اعمال‌خیار کند.

۴ـ تراخی دارد و تا زمانی که یکی از مسقطات نیاید خیارش باقی است و این دو وجه اخیر مبتنی بر بحثی است که در پایان مسأله هفتم از مسائل‌خیار مجلس گذشت که جای تمسّک به عام است یا جای استصحاب حکم خاص؟.

قوله: ثم انّه:

حیوانی که مبیع واقع شده مثل سایر مبیع‌ها دو قسم دارد:

۱ـ شخصی و معیّن یعنی حیوان معیّنی را در خارج با اشارهٔ حسّی معامله می‌کند و می‌گوید: این حیوان را به شما فروختم

۲ـ کلّی فی الذمّه یعنی یک حیوان کلی را با ذکر او صافی که رافع غرر و جهالت باشد مورد معامله قرار می‌دهد و بعد از معامله حیوانی به ذمّهٔ فروشنده می‌آید و باید مصداق آن را در خارج پیدا کند و تحویل مشتری دهد. حال‌خیار حیوان قطعاً در حیوان شخصی و مبیع جزئی می‌آید و مصداق اکمل است ولی آیا مخصوص حیوان شخصی است یا عمومیّت دارد و حیوان کلّی را هم شامل است و در آنجا هم خیار حیوان می‌آید، دو وجه وجود دارد:

۱ـ اختصاص، مرحوم شیخ می‌فرماید در نظر نهائی و با تأمّل همین قسم به ذهن می‌آید و قرائن ما را به این قسم سوق می‌دهند (تعبیراتی در روایات هست که با مبیع شخصی می‌سازد مثل ان احدث حدثاً و...) و حکمت‌خیار مجلس نیز همین را تأیید می‌کند زیرا حکمت این است که مشتری حال حیوان را ملاحظه کند و در ظرف سه روز اگر عیوبی دارد از آن مطلّع شود و بتواند معامله را فسخ کند و این در مبیع شخصی میّسر است که بلافاصله تحویل می‌گیرد و در طول سه روز به خوبی آن را امتحان می‌کند و با مبیع کلّی سازگار نیست زیرا چه بسا روز آخر و ساعت آخر و یا حتی پس از سه روز تحویل دهد و مشتری خیارش تمام شده باشد بدون انیکه امتحان کرده و از عیوب مخفی آن با خبر شود.

۲ـ شامل مبیع کلّی هم می‌شود و نظر ابتدائی به روایات و فتاوا همین را تأیید می‌کند زیرا اطلاق دارد و هر یک از حیوان معیّن و کلّی را شامل می‌شوند. (ولی بعد از تأمّل نظر همان است که اوّل گفتیم.) البته احدی از فقهاء به این دو امر تصریحی نکرده و فقط از کلام بعض معاصرین قول اوّل استظهار می‌شود و شاید همین اقوی باشد چون متعارف در معاملهٔ حیوان همین است و کلام معصوم حمل بر فرد متعارف شود مناسب‌تر است.

قوله: و کیف کان:

سخن در اینکه چه کسی خیار حیوان دارد؟ بایع یا مشتری؟ مدّت آن چقدر است؟ مبدء خیار حیوان از چه زمانی است؟ یا پانش تا چه زمانی است؟ چه عواملی موجب سقوط‌خیار حیوان می‌گردد؟ اینها مطالبی است که در خیار حیوان مطرح است و نیاز

دارد به ترسیم مسائلی که در جمع پنج مسأله خواهد بود.

مسألهٔ اوّل:

خیار حیوان از آن کیست؟ آیا مخصوص صاحب الحیوان است چه بایع باشد و چه مشتری؟ یا مخصوص مشتری است؟ یا مشترک میان آن دو است و همانند خیار مجلس برای هر دو ثابت است؟ سه قول در مسأله وجود دارد:

۱ـ قولی که میان قدما و متأخران مشهور می‌باشد، اختصاص خیار حیوان به مشتری است و این‌قول از شیخان (شیخ مفید ره و شیخ طوسی) و صدوقان (پدر یعنی علّی بن با بویه و پسر یعنی محمّد بن علی بن بابویه) و ابن جنید اسکافی و ابن حمزهٔ طوسی و شامیون خمسه (ابو الصلاح حلبی، قاضی ابن برّاج، شهید اوّل، شهید ثانی و محقّق ثانی) و حلیّون سته (ابن ادریس، محقق اوّل، علامّه، فرزندش فخر الدین، ابن سعید حلی و فاضل مقداد) و از معظم متأخرین نقل شده است.

[قبل از ورود در دلائل قول مشهور دو نکته را از مرحوم شهیدی نقل می‌کنیم: ۱ـ دربارهٔ شامیّون خمسه: اقول قال بعض قد اصطلحوا علی التعبیر بالشامییّن بالتثنیه عن الحلبی و القاضی و بالشامییّن الثلاثه عنهما مع الشهید و بالار بعة عنهم مع الکرکی و بالخمسة عنهم مع الشهید لثانی و بالستّة عنهم مع صاحب المدارک و بالسبعة عنهم مع صاحب المعالم و بالثمانیة عنهم مع العلائی ابن الکرکی و بالتسعة عنهم مع البهائی و بالعشرة عنهم مع الشیخ حسین والدالبهائی و بالا حد عشر عنهم مع المیسی و بالا ثنی عشر عنهم مع الشیخ محمد بن صاحب المعالم.

۲ـ و در مورد حلیّون ستّة و انمّا اصطلحوا فی الحّلی بصیغة الجمع فیطلق الحلیّان علی بن ادریس و المحقّق و الحلیّون الثلاثة علیهما مع العلامّة و الاربعة علیهم مع الفخر و الخمسة علهیم مع ابن سعید و الستة علیهم مع السیوری المقداد و السبعة علیهم مع ابی العباس ابن فهدو الثمانیة علیهم مع ابن القطان و التسعة علیهم مع العمیدی و العشرة علیهم مع و الداالعلّامه و الاحد عشر علیهم مع ابن طاووس و الاثنی عشر علیهم مع ابن سعید الاکبر جدّ المحقّق.[1]]

---

۱. هدایة الطالب، ص ۴۲۹ ـ ۴۳۰.

و امّا دلایل قول مشهور: ۱ـ ادعای اجماع از سیّد ابن زهره در غنیه و شهید اوّل در دروس [۲ـ استدلال به عمومات لزوم از قبیل اوفوا بالعقود و ...: این عمومات دالّ بر لزوم بیع است در هر زمانی از ازمنه چه در زمان مجلس معامله و چه در ظرف سه روز و... سپس به دلیل خاص مدّت مجلس معامله خارج شده و در آن مدّت طرفین هر دو خیار مجلس دارند و در ما زاد بر آن علی القاعده باید اصالة العموم جاری کنیم ولی نسبت به مازاد هم تا سه روز باز به دلیل خاص برای مشتری خیار حیوان ثابت است ولی نسبت به بایع شک در ثبوت داریم از عموم «اوفوا بالعقود» استفاده کرده حکم به لزوم می‌کنیم.]

۳ـ عمومات ادلّهٔ خیار مجلس که می‌گفت: «و اذا افترقا و جب البیع»، و شامل بیع حیوان هم می‌شد و مفادش این بود که به محض حصول افتراق، بیع از هر حیث لازم می‌گردد و هیچکدام خیاری ندارند، باز به دلیل خاص [اخباری که خواهد آمد] مشتری از این اطلاق و عموم استثنا شده و برای او تا سه روزخیار حیوان هست، ولی بایع خارج نشده و دلیلی بر تخصیص نداریم، بر عموم «اذا افترقا وجب البیع» رجوع می‌کنیم.

۴ـ عمومات لزوم بیع به شکل دیگری مورد استدلال شیخ اعظم واقع شده: دو فرد داریم: ۱ـ مواردی که بایع خیار مجلس ندارد یا اصالةً و اوّلاً و بالذات، مثل موارد مستثنیات که قبلاً در مسأله سوّم از مسائل مقام اوّل خیار مجلس ذکر شد. و یا بالعرض یعنی در سایهٔ اشتراط (بشرط سقوط کردن) خیار مجلس ندارد.

۲ـ مواردی که بایع خیار مجلس دارد. حال عموم اوفوا بالعقود» نسبت به فرد اوّل محکّم است زیرا از ناحیهٔ خیار مجلس که خیالمان راحت است و ندارد و از ناحیهٔ خیار حیوان هم عمومات از اوّل حاکم و استثنائی نسبت با بایع ندارد، ولی نسبت به فرد دوّم مورد بحث است که خیار مجلس که داشت آیا بعد از مجلس تا سه روز استصحاب خیار جاری است یا عموم «اوفوا» حکم به لزوم می‌کند؟ احدی قائل به فصل نشده که در فرد اوّل عموم اوفوا بیاید و جاری شود و حکم به نفی خیار حیوان برای بایع کند ولی در فرد دوّم نیاید و جاری نشود پس به ضمیمهٔ عدم الفصل در اینجا هم حکم به عدم خیار بایع می‌شود. و احتمال فرق میان دو صورت نیست تا یکجا خیار حیوان برای بایع ثابت یا محتمل باشد و جای دیگر نباشد.

۴ـ مضافاً به دلایل مذکور، روایاتی چند ظهور در اختصاص خیار حیوان به مشتری

دارند که ذیلاً آنها را ذکر می‌کنیم:

۱ـ صحیحهٔ فضیل بن یسار از امام صادق(ع): به امام (ع) عرض کردم: شرط (خیار) در حیوان چیست؟ حضرت فرمود: سه روز است برای مشتری: عرض کردم: در غیر حیوان چطور؟ فرمود: هر دو طرف دارای خیار هستند تا از یکدیگر جدا نشده‌اند و هنگامی که جدا شدند هیچ کدام خیار ندارند مشروط بر این که تفرّق از رضایت آن دو به بیع ناشی شود.[۱]

این حدیث به برکت سئوال و جواب اوّل، دالّ بر اختصاص خیار به مشتری است (به زودی خواهد آمد که دلالت مفهومی است) و به برکت سئوال و جواب دوّم که به طور مطلق فرمود: فلا خیار و هر گونه خیاری را برای طرفین پس از افتراق، در بیع غیر حیوان نفی کرد، شامل می‌شود فرضی را که حیوان ثمن باشد و تنها در فرض مبیع بودن حیوان، خیار تا سه روز آنهم برای مشتری هست و در غیر این صورت که مبیع حیوان نیست چه ثمن حیوان باشد یا نه، نفی خیار کرد پس جواب اول رد قول دوم از اقوالی است که می‌آید و جواب دوم ردّ قول سوم است که خیار برای صاحب حیوان قائل است.

۲ـ روایت علی بن اسباط از امام رضا(ع) که تالی تلو صحیحهٔ قبلی است در ظهور در اختصاص خیار حیوان به مشتری (یعنی یکدرجه ظهورش از آن کمتر است، چون صحیحه مسبوق به سئوال بود سؤال از مدّت خیار وسائل کرد و امام(ع) در جواب مضافاً به بیان مدّت، متعرّض من له الشرط شدند که مشتری باشد و این وجهی ندارد جز برای دفع توهمّ، ولی در این حدیث ابتدا به ساکن مشتری را ذکر کرده و خیار حیوان را برای او تعرّض کرده و به آن پایه از ظهور نیست و می‌توان حمل بر بیان فرد غالب و شدید الحاجه نمود و لذا اوّلی قوی‌تر است) و حضرت فرمود: خیار در مورد حیوان (که حیوان مورد معامله واقع شده) سه روز است آن هم برای مشتری[۲] حال اگر خیار حیوان اطلاق داشت و برای بایع هم ثابت بود تعبیر به مشتری ناپسند بود مگر یک نکتهٔ روشن داشته باشد و به نظر مستدل ندارد پس تقیید برای کشف از عدم اطلاق است و احترازی است

---

۱. وسائل اشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۹، باب سوّم حدیث ۵.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۰ باب سوّم حدیث ۸.

و مفهوم دارد.

۳ و ۴ ـ روایت صحیحهٔ حلبی از امام صادق علیه السلام[۱] و صحیحهٔ ابن رئاب از امام صادق علیه السلام[۲] که نیازی به بیان ندارد و طرز دلالت آن دو مثل روایت ابن اسباط است.

۵ـ صحیحهٔ دیگر ابن رئاب که در کتاب قرب الاسناد نقل شده و راوی از امام صادق علیه السلام می‌پرسد: مردی کنیزی (حیوان عبارت شد از کلّ ذی حیاةٍ پس جاریه را هم شامل است) خریداری کرده است، خیار حیوان برای چه کسی است؟ برای مشتری؟ یا برای بایع؟ یا برای هر دو؟ امام علیه السلام فرمود: خیار فقط برای مشتری است که تا سه روز مهلت دارد و وقتی سه روز سپری شد و اِعمال خیار نکرد معامله لازم می‌گردد.[۳] این حدیث اظهر احادیث است که راوی کاملاً در سئوال تفصیل داد و تشقیق نمود و امام علیه السلام در جواب از میان سه شق مشتری را اختیار کرد.

۲ـ قوله: و عن سیدّنا المرتضی:

قول دوّم در مسأله آن است که سیّد مرتضی (ره) و سیّد ابن طاووس فرموده‌اند خیار حیوان برای بایع نیز ثابت است و همانطوری که خیار مجلس برای هر دو ثابت بود هکذا خیار حیوان نیز برای هر دو ثابت است. و در مجموع سه دلیل برای این گروه ذکر شده:

دلیل اوّل: اجماع منقول: سیّد مرتضی در کتاب انتصار[۴] بر این امر ادّعای اجماع کرده است.

دلیل دوّم: استصحاب جواز: پس از معاملهٔ حیوان مادامی که طرفین در مجلس معامله بودند خیار مجلس برای هر دو ثابت بود و معامله از هر دو طرف جایز بود، پس از تفرّق از مجلس شک داریم که آیا باز هم تا سه روز جواز معامله از طرفین و برای هر دو ثابت است یا جواز مرتفع شده؟ استصحاب می‌کنیم بقاء جواز و تزلزل را برای هر دو طرف.

(ممکن است کسی بگوید: آنکه ثابت بود خیار مجلس بود و اینکه مورد نزاع است

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۹، باب ۴، حدیث ۱.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۰، باب ۴، حدیث ۱.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۰، باب ۳، حدیث ۹.
۴. انتصار، ص ۴۳۳، مسأله ۲۴۵.

خیار حیوان است و ربطی به هم ندارد و یکی نیستند که استصحاب بقاء جاری شود بلکه دو نوع خیار جداگانه هستند، جوابش این است که: این از نوع استصحاب کلّیِ قسم ثالث است که فردی از کلّی محقّق شد و کلّیِ طبیعی در ضمن آن موجود شد، پس از مدّتی آن فرد قطعاً مرتفع شد ولی احتمال می‌دهیم که همزمان با حدوث فرد اوّل فرد دیگری از کلّی موجود شد یا همزمان با ارتفاع فرد اوّل فرد دیگری موجود شد که اگر شده باشد قطعاً باقی است و زائل نشده و لذا احتمال می‌دهیم کلّی هم در ضمن آن موجود شده باشد، در اینجا نسبت به خصوص این فرد یا آن فرد جای استصحاب نیست زیرا ارکان استصحاب ناتمام است ولی نسبت به خود کلّی استصحاب جاری می‌شود و ارکان تامّ است. ما نحن فیه هم از این قبیل است که فردی از کلّیِ خیار قطعاً محقّق شد (خیار مجلس) و پس از تفرّق، این فرد قطعاً مرتفع شد ولی احتمال می‌دهیم که همزمان با حدوث خیار مجلس فرد دیگری از کلّی (خیار حیوان) موجود شد (بنابر اینکه مبدء خیار حیوان از لحظهٔ عقد باشد) یا همزمان با زوال فرد اول فرد ثانی موجود شد) بنابر اینکه مبدأ خیار حیوان از لحظهٔ افتراق باشد) و طبیعیِ خیار در ضمن آن باقی باشد، اینجا خصوص خیار مجلس قابل استصحاب نیست زیرا قطعاً مرتفع شده و خصوص خیار حیوان برای طرفین از اوّل مشکوک است ولی کلّیِ خیار قابل استصحاب و اثر هم مستقیماً برای خود کلّی ثابت است. البتّه بنابر این که استصحاب کلّی قسم ثالث قابل جریان باشد که محلّ بحث آن در علم اصول است.)

دلیل سوّم صحیحهٔ محمّد بن مسلم است که صریحاً امام می‌فرماید: متبایعان (بایع و مشتری) هر دو تا سه روز در مورد حیوان خیار دارند و در غیر حیوان هم تا زمانی که از هم جدا شوند خیار دارند[1] دلالت این حدیث بر اشتراک خیلی روشن است.

قوله: و بها تخصّص:

مرحوم شیخ با همین صحیحه به جنگ تمام ادلهٔ قول اوّل می‌روند:

دو دسته از ادلهٔ قول اوّل عبارت بود از عمومات لزوم که یا به قول مطلق حکم به لزوم معامله می‌کردند و مقیّد به بعد از افتراق نبودند، مثل «اوفوا بالعقود» و یا بعد از

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۴۹، باب ۳، حدیث ۳.

افتراق دالّ بر لزوم بودند و می‌گفتند: «اذا افترقا وجب البیع»، آنگاه به برکت چهار روایتی که در قول اوّل ذکر شد این عمومات یک بار نسبت به مشتری تخصیص خوردند که پس از افتراق هم تا سه روز خیار داشت و نسبت به بایع هم یک بار دیگر به برکت این صحیحه تخصیص می‌خورند که او نیز تا سه روز خیار دارد و پس از تخصیص وجهی برای استدلال به عمومات لزوم نسبت به بایع، نمی‌ماند.

و امّا نسبت به روایت چهارم از آن روایات که صحیحهٔ ابن رئاب بود: از آنجا که هم صحیحهٔ ابن رئاب دلالتش بر اختصاص قوی بود (نصّ یا اظهر) و هم صحیحهٔ ابن مسلم دلالتش بر اشتراک قوی است (نص یا اظهر) لذا جای جمع دلالی نیست و کاملاً متعارض هستند و باید به سراغ معالجات سندی و مرجّحات دیگر برویم و مرحوم شیخ به دو دلیل صحیحهٔ ابن مسلم را بر صحیحهٔ ابن رئاب ترجیح می‌دهند:

اوّلاً راویِ این صحیحه، محمّد بن مسلم است و راوی آن صحیحه، ابن رئاب است و بزرگان صریحاً فرموده‌اند: روایت امثال زراره‌ها و محمّد بن مسلم‌ها و مانند اینها بر روایات دیگر افراد مورد وثوق مقدّم و راجح است (زیرا اینها وثاقت و صداقت و عدالت و فقاهتشان از دیگران بیشتر است.)

و ثانیاً روایت ابن مسلم در کتب اربعهٔ شیعه آمده که معتبره هستند ولی روایت ابن رئاب در «قرب الاسناد» آمده که مورد التفات و توجّه اصحاب نیست و بزرگان از آن اعراض کرده‌اند، و لذا صحیحهٔ ابن مسلم بر آن رجحان دارد و باید به این صحیحهٔ فتوا داد.

و امّا سه رویات صحیحهٔ دیگر: (صحیحهٔ فضیل و صحیحهٔ حلبی و صحیحهٔ دیگر ابن رئاب) اینها گرچه صحیحه هستند و بزرگانی مثل حلبی آن‌ها را نقل کرده‌اند و سنداً با صحیحهٔ ابن مسلم برابر می‌باشند ولی قبل از معالجات سندی راه دیگری داریم و آن اینکه: دلالت صحیحهٔ ابن مسلم بر اشتراک به منطوق است و ظهور منطوق می‌گوید: «المتبایعان...» ولی دلالت آن سه صحیحه بر اختصاص مفهومی است (یا مفهوم حصر است که باید ادوات حصر از قبیل انّما لا و الاّ و... باشد و لام اختصاص کافی نیست زیرا ممکن است لام برای غایت باشد. و یا مفهوم وصف است در جایی که معتمد بر موصوف باشد مثل «صاحب الحیوان المشتری...» که مفهومش طرد غیر مشتری است و

یا مفهوم لقب باشد در جایی که وصف تکیه بر موصوف نکرده و فرموده: «الخیار للمشتری» و در مباحث اصولی خوانده‌ایم که وصف و لقب مفهوم ندارد و یا اضعف مفاهیم است و اثبات شیئی نفی ماعدا نمی‌کند.) ولا ریب که دلالت منطوقی قوی‌تر از دلالت مفهومی و اظهر است (صغری) و لا ریب که اظهر بر ظاهر مقدّم است و با وجود اظهر نوبت به ظاهر نمی‌رسد (کبری) و چون تقدیم اظهر بر ظاهر از نوع جمع دلالی است قانون این است که: «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» و نوبت به ملاحظهٔ مرجحّات سندی و خارجی از قبیل اکثر و اشهر بودن آن روایات نمی‌رسد.

پس صحیحهٔ ابن مسلم را باید اخذ کنیم و ظاهر آن سه روایت را تأویل ببریم و بگوئیم: ذکر مشتری برای احتراز از بایع نیست بلکه برای بیان فرد شد ید الحاجة است و در واقع قید، قید غالبی است زیرا غالباً مبیع، حیوان است و مشتری در صدد فسخ معامله بر می‌آید و وقتی عیب خفی پیدا کرد به سراغ بایع می‌رود و... از این جهت تقیید به مشتری نمود وگرنه مخصوص مشتری نیست. پس صحیحهٔ ابن مسلم بر تمام آن عمومات و اطلاقات و خصوصات مقدّم شد.

قوله: و امّا ما ذکر:

بعضی‌ها خواسته‌اند به عکس عمل کرده و بگویند: ما ظاهر آن صحاح ثلاث را می‌گیریم و فتوا به اختصاص خیار حیوان به مشتری می‌دهیم و این صحیحهٔ ابن مسلم را توجیه می‌کنیم و می‌گوئیم: اینکه فرموده: «المتبایعان...» منظور آن نیست که هر دو خیار دارند بلکه مراد این است که خیار میان دو طرف است و به هر دو مربوط می‌شود به این نحو که لَهِ یکی و علیه دیگری است و به این اعتبار خیار میان مجموع است و لذا «المتبایعان» گفته.

مرحوم شیخ می‌فرماید این سخن در نهایت درجهٔ سقوط از درجهٔ اعتبار است زیرا صد در صد خلاف ظاهر کلمهٔ «المتبایعان بالخیار» است که ظهور در ثبوت خیار برای هر دو دارد (نظیر البیّعان بالخیار ما لم یفترقا و...) پس کماکان صحیحهٔ ابن مسلم مقدّم است.

قوله: و امّا الشهرة:

یکی از ادلهٔ قول اوّل شهرت محقّقه (محصّله و معلومه) بود که چند جواب دارد: اوّلاً

شهرت فتوائی ذاتاً حجّت نیست، ثانیاً بر فرض حجیّت، شهرت فتوائی مثل اجماع منقول یا محصّل است و بالاتر از آن که نیست و همانطور که اجماع مدرکی ارزش ندارد، شهرت مدرکی هم ارزش ندارد و ما علم به مدارک و مستندات مشهور داریم که همان اخبار و عمومات لزوم بود و پاسخش را دادیم.

و ثالثاً این شهرت به ضرر سیّد مرتضی نیست زیرا پس از سیّد تحقّق یافته است.

ان قلت: شاید اخبار مشهور مرجّح دیگری داشته که ذکر نکرده‌اند و به سبب آن مرجّح اخبار را گرفته‌اند.

قلت: ما احتمال چنین مرجّحی را نمی‌دهیم و اگر بود حتماً تعرّض می‌کردند.

قوله: و اجماع الغنیه:

آخرین دلیل قول اوّل، اجماع منقول سیّد بن زهره بود که پاسخش این است: اوّلاً اجماع منقول ذاتاً حجّت نیست، ثانیاً آن هم مدرکی است، ثالثاً مفاد اجماع این است که: خیار حیوان بالاجماع برای مشتری ثابت است ولی اثبات شیئی نفی ما عدا نمی‌کند و مفادش این نیست که این خیار مخصوص مشتری است و برای بایع نیست و چون اجماع دلیل لبّی است به قدر متیقن باید اکتفا کرد که ثبوت للمشتری باشد نه نفی از بایع، و رابعاً اجماع ابن زهره با اجماع سیّد مرتضی در انتصار تعارض دارد و اجماع سیّد صریحاً بر ثبوت خیار برای بایع دلالت داشت، و در سایهٔ تعارض سقوط می‌کنند.

قوله: و لکن الانصاف:

تا اینجا تمام کوشش خود را در جهت تقویت قول ثانی و تضعیف قول اوّل یعنی قول مشهور بکار بردیم. ولی از اینجا ورق بر می‌گردد و انصاف این است که: اخباری که مشهور بدان استناد کردند (در قول اوّل که پنج خبر بود) گرچه هر یک به تنهائی ظهورش در اختصاص خیار حیوان به مشتری به پای صحیحهٔ محمّد بن مسلم نمی‌رسد ولی من حیث المجموع ظهورشان کمتر از ظهور صحیحه نیست (مخصوصاً که در میان آن‌ها صحیحهٔ ابن رئاب هم بود که دلالتش قوی بود، و بقیّه هم در مقام تحدید و اعطاء ضابطه بودند وسائل می‌پرسید: «ما الشرط فی الحیوان؟ و...» و امام در جواب می‌فرمود: سه روز برای مشتری که تقیید در این مقام نشانهٔ اختصاص است) و وقتی از حیث ظهور و دلالت مساوی شدند می‌گوئیم:

اوّلاً اخبار مشهور رجحان دارد زیرا هم شهرت روایی دارند که حتّی خود محمّد بن مسلم هم که روایت «المتبایعان بالخیار» را نقل کرده، روایات مشهور را هم نقل کرده که دلیل بر شهرت بالای روایتیِ آن‌ها است و هم شهرت عملی دارند و مشهور بر آنها عمل کرده‌اند و از این روایت اعراض کرده‌اند و اینها موجب رجحان اَخبارِ قول مشهور می‌گردد و نوبت به صحیحهٔ ابن مسلم نمی‌رسد.

ثانیاً بر فرض که رجحان نباشد و دو دسته روایات مساوی باشند باید گفت: تعارضا و تساقطا و نوبت می‌رسد به عمومات لزوم وفای به عقد (که می‌گوید: اوفوا بالعقود، یا می‌گوید: اذا افترقا وجب البیع) و قدر مسلّم از این عمومات، مشتری خارج شده و تا سه روز خیار حیوان دارد ولی خروج بایع مشکوک است از اصالة العموم استفاده کرده و حکم به لزوم بیع از سوی بایع می‌کنیم. بنابر این قول دوّم (قول سیّد مرتضی) ضعیف و غیر قابل اعتنا است.

۳ـ قوله: نعم هنا قول ثالث:

در مساله قول ثالثی وجود دارد و آن اینکه: ما روی عنوان مشتری تکیه نمی‌کنیم، روی عنوان متبایعان هم تکیه نداریم بلکه روی عنوان «صاحب الحیوان» تکیه داریم و می‌گوئیم: در معاملهٔ حیوان هر کدام که پس از معامله، حیوان به او منتقل می‌شود و او مالک حیوان می‌شود و بر او «صاحب الحیوان» اطلاق می‌شود همان طرف خیار حیوان دارد چه مشتری باشد یا بایع یا هر دو، آنگاه اگر حیوان در معامله مبیع واقع شود و به مشتری منتقل شود، پس از معامله وی صاحب حیوان است و خیار حیوان مال او است. و اگر حیوان ثمن واقع شود و به بایع منتقل شود، بایع صاحب حیوان می‌شود و خیار حیوان مال او است. و اگر در معامله‌ای هم ثمن و هم مثمن هر دو حیوان بود، پس از معامله هر دو صاحب حیوان هستند و خیار حیوان برای هر دو ثابت است. پس ملاک صاحب حیوان شدن است.

دلیل این قول اطلاق صحیحهٔ محمّد بن مسلم است که می‌فرماید: «المتبایعان بالخیار مالم یفترقا»، سپس می‌فرماید: «و صاحب الحیوان بالخیار ثلثة ایّام»[1] و کلمهٔ

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۳۴۵ باب اوّل حدیث ۱.

«صاحب الحیوان» اطلاق دارد و هر یک از مشتری یا بایع یا هر دو را شامل است و هر کدام صاحب حیوان شوند خیار خواهند داشت.

قوله: و لا ینافیه:

مرحوم شیخ در این فراز نهایت کوشش را در تأیید قول ثالث و صحیحهٔ مذکور بکار می‌گیرند و چهار اشکال و جواب را مطرح می‌سازند:

اشکال اوّل: گرچه «صاحب الحیوان» در صحیحهٔ ابن مسلم مطلق آمده بود ولی در موثقّهٔ علیّ بن فضّال از امام رضا(ع) مقیّد به مشتری شده و فرمود: «صاحب الحیوان المشتری بالخیار ثلاثة ایّام[1]» و قانون تقدیم مقید بر مطلق و تقیید مطلق به مقیّد است و نتیجه آن است که: هر صاحب حیوانی دارای خیار حیوان نیست بلکه خصوص صاحب حیوانی که مشتری باشد و به شراء حیوان به او منتقل شود خیار حیوان دارد. پس قول ثالث باطل شد.

پاسخ اشکال: چنین نیست که هر جا مطلقی و مقیّدی دیدیم بلافاصله مطلق را حمل بر مقیّد کنیم و تقیید بزنیم بلکه اگر مطلق و مقیّد متنافیان باشند و نتوانیم به ظاهر هر دو اخذ کنیم نوبت به تقیید می‌رسد مثل: «اعتق رقبةً و لا تعتق الرقبة الکافرة»، اینجا نتیجهٔ دو دلیل آن است که عتق خصوص رقبهٔ مومنه واجب است ولی اگر متنافیان نباشند نوبت به حمل و تقیید نمی‌رسد و به هر دو اخذ می‌شود فی المثل مطلق می‌گوید: «فی الغنم زکاةٌ» و مقیّد می‌گوید: «فی الغنم السائمة زکاة و میان آن دو منافاتی نیست و اثبات شیئی نفی ما عدا» نمی‌کند و «فی الغنم السائمة زکاة» معنایش این نیست که غنم غیر سائمه یعنی معلوفه زکات نداردو از این حیث ساکت است، و اطلاق مطلق، این فرد یا صنف را هم شامل است آری اگر جملهٔ وصفیّه مفهوم داشته باشد و مفهومش این باشد که غنم غیر سائمه زکات ندارد با اطلاق تنافی پیدا می‌کند و باید تقیید شود ولی در علم اصول به ثبت رسیده که جملهٔ وصفیّه مفهوم ندارد پس منافاتی هم ندارد. (تا انیجا را شیخ اعظم متعرّض نشده‌اند).

و ثانیاً بر فرض وصف مفهوم داشته باشد باز میان مطلق و مقید در ما نحن فیه

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۳۴۹ باب ۳ حدیث ۲.

تعارضی نیست زیرا هر وصفی که مفهوم ندارد، خصوص و صفی مفهوم دارد که قیدش قید غالبی نباشد و برای بیان غالب افراد نباشد (مثل «وربائبکم اللاتی فی حجورکم» که قید غالبی است) و گرنه قید غالبی صرفاً بیان گر این است که غالب افراد مطلق چنین خصوصیّتی دارند ولی مفادش انحصار حکم به این غالب افراد نیست و ما نحن فیه از این قبیل است زیرا غالباً در معامله، حیوان مبیع واقع می‌شود و طبعاً به مشتری منتقل می‌شود و وی صاحب حیوان می‌شود و از این باب مقیّد به مشتری شده نه اینکه مشتری بودن موضوعیّت داشته باشد و خیار حیوان مخصوص او باشد، پس اطلاق به قوّت خود باقی است و صاحب حیوان هرکس باشدخیار حیوان دارد ولی غالباً صاحب حیوان آقای مشتری است.

قوله: و لا ینافی:

اشکال دوّم: مطلقی پیدا شد (صحیحهٔ ابن مسلم) و مقیّدی (موثّقهٔ ابن فضّال) و دوران امر است میان اینکه ما اطلاق را بگیریم و تقیید را حمل بر بیان غالب افراد بنماییم و یا عکس آن عمل شود یعنی تقیید را بگیریم و بوسیلهٔ آن از اطلاق مطلق صرف نظرکنیم و آن را حمل بر بیان غالب افراد کنیم یعنی بگوییم منظور مطلق هم همین مقیّد است و در واقع حکم برای مقیّد ثابت است ولی اینکه در ظاهر قید را نیاورده برای آن است که نیازی نبوده و غالباً صاحب حیوان مشتری است و به وضوح آن اعتماد کرده و نیازی به ذکر ندیده است پس از اطلاق مطلق می‌گذریم و ظاهر مقیّد را حفظ می‌کنیم.

پاسخ اشکال: غلبه مراتبی دارد (غلبهٔ افرادی یا وجود خارجی، غلبهٔ استعمال) و بعضی از مراتب آن (مرتبهٔ نازله که غلبهٔ وجود باشد) موجب حمل مقیّد بر آن فرد غالب می‌شود (چنانکه ما مقیّد را بر این حمل کردیم) ولی این مرتبه موجب صرف نظر از اطلاق و حمل آن بر مقیّد نمی‌شود (آن طور که معترض منظورش می‌باشد) زیرا غلبهٔ وجودی گرچه در جانب مشتری است و غالباً صاحب حیوان او است ولی ارزشی ندارد و جلوی اطلاق را نمی‌گیرد و غلبهٔ استعمالی هم ندراد تا موجب انصراف مطلق شود. پس مانع و رادعی از اخذ به مطلق نیامد.

قوله: و لا ینافیها:

اشکال سوّم: در قبال مطلق مذکور که می‌گفت: صاحب حیوان خیار دارد چه مشتری

باشد یا بایع یا هر دو، روایات فراوانی داشتیم (پنج رویات که در قول مشهور ذکر شد) مبنی بر اختصاص خیار حیوان به مشتری، آیا اینها با آن اطلاق منافاتی ندارند و سبب تقیید مطلق نمی‌شوند؟

پاسخ: اینها هم منافاتی ندارند زیرا می‌توان تقیید به مشتری را برای بیان غالب افراد دانست و قید را قید غالبی دانست زیرا غالباً در معامله یکی از عوضین حیوان و دیگری غیر حیوان است. غالباً هم حیوان مبیع واقع می‌شود و غیر حیوان ثمن واقع می‌شود و اگر فرموده: للمشتری، از باب این است که غالباً تنها او صاحب حیوان است و خیار مال او است به عنوان صاحب حیوان بودن نه به عنوان مشتری بودن و موارد کمی هم ممکن است صاحب حیوان بایع یا هر دو باشند که باز خیار حیوان برای اینها ثابت می‌شود.

قوله: و لا صحیحة:

اشکال چهارم: در قول دوّم صحیحهٔ دیگری از محمّد بن مسلم آوردیم که دلالت داشت بر ثبوت خیار للمتبایعین و می‌گفت: «المتبایعان بالخیار...» ولی صحیحه‌ای که فعلاً در قول ثالث مطرح شد می‌گفت: صاحب حیوان خیار دارد چه هر دو یا یکی از آن دو، آیا آن صحیحه با این صحیحه منافاتی ندارد؟

پاسخ: آن صحیحه را هم می‌شود توجیه کنیم و بگوئیم: این مال جائی است که عوضین هر دو حیوان باشند و در چنین موردی صحیحهٔ فرموده: «المتبایعان...» که باز عنوان متبایعان موضوعیّت ندارد و صاحب حیوان بودن ملاک است و چون هر دو صاحب حیوان هستند لذا متبایعان فرموده، پس منافاتی با صحیحهٔ مورد بحث ما ندارد. (البتّه خود شیخ تصریح کرده که این توجیه فی نفسه بعید است و هیچ شاهدی ندارد و صرفاً برای رفع منافات با صحیحهٔ دیگر است ولی راه دیگری هم برای رفع منافات هست و آن عکس توجیه شیخ است که کسی بگوید: ملاک متبایعان است و اینکه صحیحهٔ قول ثالث فرموده: «صاحب الحیوان...» مال جائی است که هر دو طرف صاحب حیوان باشند وگرنه صاحب حیوان بودن موضوعیّتی ندارد.)

قوله: لکن الاشکال:

تا اینجا مرحوم شیخ تلاش کرد تا اطلاق صاحب الحیوان بالخیار حفظ شود و سایر روایات را که ظاهرش با این اطلاق منافی بود به نحوی از انحاء توجیه کرد، ولی حالا

می‌فرماید: انصاف این است که اصل اطلاق آن صحیحه محرز نیست تا ما به اصالة الاطلاق تمسّک کنیم، و علّت نبود اطلاق آنست که به احتمال قوی این مطلق به خصوص مشتری منصرف باشد و انصراف مانع از اطلاق باشد.

(التبه توضیح نداده‌اند و جا دارد بگوییم: منظورتان از انصراف چیست؟ اگر منشأ آن را غلبه وجود می‌دانید، اصل غلبه آری ولی هرگز موجب انصرف نیست و مانع از اطلاق نمی‌شود. و اگر منشأ را غلبهٔ استعمال می‌دانید این صرف ادعّا است که کسی بگوید: صاحب الحیوان غالباً در مشتری استعمال شده است. بهتر آن است که بگوئیم: روایات قول مشهور، هم تعدادش بیشتر است و هم شهرت روایی و عملی دارد و هم موافق با عمومات کتاب و سنّت است، از این جهت بر صحیحهٔ مذکور رجحان و تقدّم دارند.)

به هر حال پس از تضعیف قول ثانی که خیار حیوان را برای هر دو می‌دانست، و قول ثالث که‌خیار حیوان را برای صاحب حیوان می‌دانست و لو بایع باشد، به این نتیجه می‌رسیم که اطلاقات و عمومات لزوم به قوّت خویش باقی است و تنها نسبت به مشتری تخصیص خورده‌اند و نسبت به بایع مشکوک است و از اصالة العموم استفاده می‌کنیم و می‌گوییم: نسبت به بایع معامله لازم است و وی حق الخیار حیوان ندارد و پس از تفرّق از مجلس دست وی کوتاه می‌شود. در نتیجه چاره‌ای جز فتوا بر طبق قول مشهور (اختصاص خیار حیوان به مشتری) نداریم.

مسأله دوّم:

آیا خیار حیوان در جمیع موارد تا سه روز است؟ یا در بعض موارد بیش از آن است؟ از نظر مشهورخیار حیوان همه جا تا سه روز است چه مبیع حیوانی از حیوانات باشد و چه آدمی باشد مثل عبد و امة (مراد از حیوان عبارت شد از ذی حیات و موجود حیّ) و دلیل این قول اطلاقاتی است که می‌گفت: «فی الحیوان کلّه شرط ثلاثة ایّام ...» و جاریه را هم شامل می‌شد، یا «الشرط فی الحیوانات، ...» که جاریه را هم شامل می‌شد و از همه و اضحتر صحیحهٔ ابن رئاب بود که در مورد جاریه بود و حضرت فرمود: «نظرة ثلاثة ایّام فاذا مضت ثلاثة ایّام فقد و جب الشراء»، ولی در مقابل مشهور برخی از بزرگان (ابن زهره و ابو الصلاح حلبی) فرموده‌اند: در خصوص جاریه مدّت خیار مدّت استبراء آن

است (اگر حیض می‌بیند ملاک این است که یک بار حیض و سپس پاک شود و اگر در سنّ کسانی است که حائض می‌شوند ولی او حیض نمی‌بیند باید ۴۵ روز صبر کند و این کار را بایع باید انجام دهد و پس از ۴۵ روز ترک جماع به منظور استبراء و طلب برائت رحم از حمل، حق دارد بفروشد و اگر نکرد مشتری باید صبر کند... و مدّت خیار را این مقدار دانسته‌اند، حتیّ ابن زهره ادعّای اجماع کرده است.

و چه بسا همین قول به عدهٔ‌ای از اکابر (شیخ مفید، شیخ طوسی، سلاّر) هم نسبت داده شده زیرا آنها فتوا داده‌اند که اگر پس از معامله تا ۴۵ روز کنیز بمیرد بایع ضامن است و از این فتوا کشف می‌کنیم که: معلوم می‌شود مدّت خیار این اندازه است و مورد، صغرای کبرای کلّی «کلّ مبیع تلف فی زمن الخیار هو ممّن لا خیار له» است و الاّ اگر مدّت خیار سپری شده و جهی برای ضمان بایع نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: من دلیلی بر اصل این فتوا (ضمان تا مدّت استبراء) پیدا نکردم تا به درد شما در ما نحن فیه بخورد و از این راه مدّت خیار را کشف کنید، و اجماع غنیه هم که منقول است و ارزشی ندارد. پس حق این است که مدّت خیار در جمیع مواردی که حیوانی معامله می‌شود تا سه روز بیشتر نیست.

مسألهٔ سوّم: مبدء خیار حیوان:

مدّت خیار حیوان معلوم شد (سه روز) ولی مبدء آن از چه زمانی است؟ آیا از هنگام وقوع عقد است و به محض انشاء عقد بیع، مشتری یا صاحب حیوان یا هر دو طرف (بنابر اختلاف اقوال در مسألهٔ اوّل) خیار حیوان پیدا می‌کند و از آن لحظه تا سه روز امتداد دارد؟ یا از لحظهٔ تفرّق و جدایی طرفین، خیار حیوان شروع می‌شود و تا این لحظه فقط خیار مجلس دارند؟ دو قول مطرح است:

۱ـ از نظر مشهور مبدء خیار حیوان از زمان وقوع عقد است و بنابراین قول سه فرض پیدا می‌شود:

الف: مجلس معامله تا سه روز امتداد پیدا کند و در پایان سه روز از هم جدا شوند، در این فرض خیار مجلس و حیوان با هم منقضی می‌شود ولی هر کدام به ملاک خودش یکی به ملاک تفرّق و دیگری به ملاک گذشت سه روز.

ب: مجلس معامله قبل از سه روز منقضی شود و متفرّق شوند در اینجا خیار مجلس

تمام می‌شود ولی خیار حیوان کماکان تا سه روز باقی است و فرض «الف» نادر است و این فرض غالب و کثیر است.

ج: مجلس معامله پس از سه روز، منقضی شود، در اینجا خیار حیوان در پایان سه روز تمام می‌شود ولی خیار مجلس کماکان باقی است و تا تفرّق نیاید باطل نمی‌شود که اینهم فرض نادری است.

دلیل قول مشهور: اطلاق قول امام علیه السلام: «**الشرط فی الحیوان ثلاثة ایّام و فی غیره حتی یفترقا**»[۱] است. وجه استدلال: متبادر از جملهٔ دوّم، این است که مبدء خیار مجلس بلافاصله پس از انعقاد بیع است و به قرینهٔ مقابله یا وحدت سیاق، از جمله اوّل نیز همین متبادر است و ذیل هر کدام اطلاق دارد یعنی جملهٔ اوّل می‌گوید: خیار حیوان سه روز است (مطلقاً یعنی چه مجلس معامله باقی باشد یا نه، متفرّق بشوند یا نه) و جملهٔ دوّم می‌گوید: خیار مجلس تا لحظهٔ افتراق است (باز مطلقاً یعنی چه افتراق قبل از سه روز حاصل شود و چه در پایان روز سوّم و چه پس از آن) و این اطلاقها با یکدیگر تنافی ندارد تا از خیر یکی بگذریم و مقیّد کنیم به فرض بعد از تفرّق بلکه به ظاهر هر دو اخذ می‌شود، و یکی خیار حیوان را تا سه روز می‌داند مطلقاً یعنی خیار دیگری باشد یا نه، و دیگری خیار مجلس را تا افتراق می‌داند مطلقاً یعنی خیار دیگری باشد یا نه و به هر کدام در موردش عمل می‌شود.

۲ـ ولی ابن زهره (ره) مبدء خیار حیوان را از لحظهٔ افتراق طرفین دانسته[۲] و شیخ طوسی[۳] ابن ادریس حلّی[۴] هم در خیار شرط (که خواهد آمد) مبدء آن را از لحظهٔ افتراق دانسته‌اند، ولی استدلالی آورده‌اند که در خیار حیوان نیز جاری است و لذا می‌توان به گردن آنها گذاشت که: آنها نیز مبدء خیار حیوان را از حین تفرّق می‌دانند.

و آن استدلال این است که: خیار وقتی می‌آید که عقد ثابت باشد «صغری» و عقد وقتی ثابت می‌شود که تفرّق حاصل شود (وگرنه قبل از تفرّق ثابت نیست) «کبری» پس خیار وقتی می‌آید که تفرّق حاصل شود و قبل از آن خیار شرط یا حیوان یا هر خیار دیگر

---

۱. وسائل، ج ۱۲، ص ۳۵۱، باب ۴، حدیث ۱.
۲. غنیة، ص ۲۲۰.
۳. مبسوط، ج ۲، ص ۸۵.
۴. سرائر، ج ۲، ص ۲۴۷.

نمی‌آید «نتیجه».

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما این ادّعا را نفهمیدیم (منظور شما از ثبوت عقد چیست؟ اگر مراد اصل وجود و تحقّق آن است که کبرای استدلال ناتمام است، زیرا قبل از تفرّق هم عقد ثابت و محقّق شده و جای تردید نیست. و اگر منظورتان از ثبوت، لزوم عقد است خواهیم گفت: آیا لزوم تنجیزی را می‌گویید که عقد بالفعل از هر حیث لازم باشد؟ در این صورت صغرای دلیل ناتمام است زیرا که اگر عقد لازم، فعلی شده دخول خیار در آن معنی ندارد و تناقض است. و اگر مراد لزوم تعلیقی است یعنی لولا الخیار عقد لازم باشد خواهیم گفت کبریٰ ناتمام است زیرا قبل از تفرّق هم عقد لزوم لولائی دارد زیرا بیع است و بر حسب طبیعت، از اوّل لازم و از عقود لازمه است. پس علی کلّ حالٍ این استدلال ناتمام است.

قوله: نعم ربّما یستدلّ:

طرفداران قول دوّم (که مبدء خیار حیوان را از لحظهٔ تفرّق می‌دانند) در مجموع به شش وجه استدلال کرده‌اند:

۱ـ وجه اوّل همان بود که از زبان شیخ طوسی نقل و نقد کردیم.

۲ـ استصحاب بقاء خیار: فرض کنیم پس از معاملهٔ حیوان تا یک روز مجلس باقی بود و خیار هم بود و پس از آن هم تا دو روز دیگر خیار حیوان هست ولی شک داریم که پس از آن یک روز و این دو روز که در مجموع از اوّل سه روز گذشته، آیا یک روز دیگر هم خیار حیوان باقی است یا سر سه روز منقضی شد؟ اگر مبدء خیار از لحظهٔ عقد باشد منقضی شده، و اگر از لحظهٔ تفرّق باشد باقی است و چون هیچکدام محرز نیست شک در بقاء پیدا می‌کنیم و استصحاب بقاء جاری می‌شود (استصحاب وجودی) یا استصحاب عدم ارتفاع خیار جاری می‌شود (استصحاب عدمی).

۳ـ استصحاب عدم حدوث: قبل از معاملهٔ حیوان، خیار حیوانی نبود چون موضوع نداشت و سالبهٔ به انتفاء موضوع است، پس از معامله تا لحظهٔ تفرّق شکّ در حدوث خیار حیوان پیدا می‌کنیم، استصحاب عدم حدوث جاری می‌کنیم و نتیجه می‌گیریم که خیار حیوان از لحظهٔ تفرّق و بلافاصله پس از آن حادث می‌شود نه قبل از آن.

۴ـ اگر قبل از تفرّق و از لحظهٔ عقد خیار حیوان هم ثابت باشد (خیار مجلس هم که

هست) لازم می‌آید دو سبب مستقّل (مجلس و معاملهٔ حیوان) بر مسبّب واحد (خیار، جواز، تزلزل) اجتماع کنند و دو علّت مستقّل یک معلول داشته باشند و اجتماع دو علت تامّ و مستقّل بر معلول واحد از محالات است. بنا چار باید گفت: تا هنگام تفرّق، خیار مجلس و پس از آن فقط خیار حیوان ثابت است.

۵ـ روایات (عبدالرحمن و عبد اللّه بن سنان در حاشیهٔ سیّد (ره)[۱]) می‌گوید: در ظرف سه روز اگر حیوان تلف شد بایع ضامن است و از مال او تلف شده و از طرفی این قاعده هم مسلّم است که اگر مبیع در زمان خیار مشترک تلف شود مشتری ضامن است نه بایع، آنگاه اگر مبدء خیار حیوان را از لحظهٔ افتراق به حساب آوریم و از حالا تا سه روز باشد مشکلی نیست زیرا در تمام این سه روز، خیار مخصوص مشتری است و قاعده این است که: هر مبیعی که در زمان خیار تلف شد، آن که خیار ندارد (بایع علی المشهور) ضامن است و اشکالی نیست ولی اگر مبدء خیار حیوان را از لحظهٔ عقد بدانیم مشکل پیدا می‌شود زیرا شاید قبل از تفرّق، حیوان تلف شد که در ظرف سه روز تلف شده و طبق روایات باید بایع ضامن باشد ولی طبق قاعدهٔ مذکور مشتری ضامن است زیرا در زمان خیار مشترک تلف شده است و این تناقض است پس باید مبدء را از حین تفرّق بگیریم تا مشکلی پدید نیاید.

قوله: و یرّد الاصل:

مرحوم شیخ از همه این ادّله جواب می‌دهند: امّا از دو استصحاب:

اوّلاً این دو اصل هستند و «الاصل دلیل حیث لا دلیل» و با وجود اطلاقی که در طرف مشهور بود و بدان استناد کردند و دلیل اجتهادی بود نوبت به اصل نمی‌رسد.

ثانیاً استصحاب دوّم اصل مُثْبِت است زیرا نتیجه‌اش حدوث خیار پس از تفرّق است و سپس اثر شرعی بار می‌شود و اصل مثبت حجّت نیست.

و امّا از دلیل پنجم: اینکه اخبار فرموده: تلف در سه روز از بایع است حمل بر غالب می‌شود یعنی غالباً حیوان پس از مدّتی در روز دوّم و سوّم و خلاصه پس از تفرّق می‌میرد و کم است که قبل از تفرّق و بلافاصله بمیرد و لذا نادر را کالمعدوم دانسته‌اند و همان

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۱، باب ۵.

حکم غالب را بیان کرده‌اند وگرنه در مورد نادر یعنی تلف قبل از تفرّق حتماً مشتری ضامن است چون در زمان خیار مشترک است، پس از این دلیل نتوان استکشاف کرد که مبدء خیار حیوان پس از تفرّق است.

و امّا از دلیل چهارم یا اجتماع و تداخل اسباب: مقدّمه: آیا خیارات گوناگون (خیار مجلس، خیار حیوان و...) ماهیّات و انواع مختلف و متفاوتی هستند؟ (مثل انسان و فرس و بقر و...) یا یک ماهیّت نوعیّه هستند؟ علی التحقیق مبنای دوّم صحیح است زیرا در تعریف خیار گفتیم؟ «ملک فسخ العقد» و این تعریف در همهٔ خیارات بطور یکسان وجود دارد پس همه یک ماهیّت دارند (البته تعریف با جنس بودن خیار برای انواع گوناگون هم می‌سازد) و بر فرض که ماهیّت واحده باشد و افراد گوناگون داشته باشد آیا اتّحاد وجودی هم دارد یعنی در خارج هم خیارات متعدّد اگر همزمان شدند به یک وجود موجودند و یک فرد است؟ یا تعدّد وجودی دارند و چند فرد هستند که همزمان موجود می‌شوند؟ شیخ اعظم در جواب روی احتمال اوّل تکیه کرده، با حفظ این مقدّمه می‌گوئیم:

اگر خیارات انواع گوناگون و هیات مختلفه باشند که تعدّد اسباب محذوری ندارد زیرا یک سبب (مجلس) مسبّبش خیار مجلس است که نوع جدایی است و سبب دیگر (حیوان) مسبّبش خیار حیوان است که نوع دیگری است و هرگز تداخلی نیست و اجتماع دو سبب بر یک مسبّب نیست، بلکه هر سببی مسبّبی دارد (و لذا با اسقاط یکی دیگری اسقاط نمی‌شود.)

و اگر خیارات ماهیّت واحده باشند و اتحاد ماهوی و وجودی داشته باشند باز هم کذلک یعنی لابأس بالتعدّد زیرا یا شما اسباب و علل شرعی و عرفی (و در یک کلام اعتباری) را فقط معرّفات و علامات و کاشفات می‌دانید نه مؤثّرات، در این صورت که هیچ مانعی ندارد که دو یا چند امر علامت یک چیز باشند. و اگر اسباب شرعی را مثل علل و عقلی تکوینی می‌دانید که واقعاً مؤثر هستند می‌گوئیم: گرچه در صورت و ظاهر اجتماع دو سبب و مؤثر بر یک مسبّب و اثر پیش می‌آید ولی واقعاً چنین نیست زیرا این اسباب استقلالی در تأثیرشان وقتی است که سبب دیگر نباشد (بشرط لا) و الّا اگر سبب دیگر همزمان با آن محقّق شد (مثل ما نحن فیه که سبب هر دو خیار از لحظهٔ عقد است)

هر کدام جزء سبب شده و مجموعاً تأثیر می‌گذارند و دو سبب مستقل نیست بلکه یک سبب مرکّب است و اگر یکی سابق و دیگری لاحق بود همان که سابق است اثر می‌گذارد و لاحق تأثیری ندارد چون تحصیل حاصل است و در هر حال اجتماع دو سبب مستقّل بر یک مسبّب واحد نیست، تا محذوری باشد.

۶ـ دلیل ششم بر این فرض است که دو خیار اتحاد وجودی ندارند و تعدّد وجودی دارند و مثلان هستند و مستدّل می‌گوید: اگر از اوّل عقد، هر دو باشند سر از اجتماع مثلین در می‌آورد که آنهم محال است.

مرحوم علّامه در تذکره جوابی داده که به سخن ما برمی‌گردد و آن اتحاد وجودی است و خیار را یکی دانسته و جهات را (جهت مجلسیّت و حیوانیّت و...) متعدّد دانسته پس اجتماع مثلین پیش نمی‌آید (و بر فرض که پیش آید در امور اعتباری چندان مشکلی ندارد و در حقایق تکوینی چنین چیزی محال است.)

قوله: ثمّ انّ المراد:

معلوم شد که مبدء خیار حیوان از لحظه عقد و معامله است نه از هنگام تفرّق، حال بحث دیگری بر مبنای مشهور مطرح است که با بیان مقدّمه‌ای ذکر می‌کنیم: در نوع معاملات به محض اجراء صیغهٔ بیع، ملکیّت می‌آید و هر کدام مالی را که به آن دو منتقل شده مالک می‌شوند ولی در پاره‌ای از معاملات، ملکیّت، مدّتی پس از عقد می‌آید و مشروط به تقابض و قبض است و آن در باب بیع صرف و سلم است که تا قبض و اقباض در مجلس معامله صورت نگیرد هیچکدام مالک عوض دیگری نمی‌شوند حال ممکن است پس از عقد بلافاصله قبض صورت پذیرد باز بحثی نیست ولی ممکن است دو ساعت، یا نیم روز، کمتر یا بیشتر طول بکشد (و مجلس معامله کماکان باقی باشد) سپس داد و ستد صورت بگیرد. در اینجا کاملاً میان زمان انشاء صیغه با زمان تملّک فاصله است.

با حفظ این مقدّمه می‌گوئیم: مبدء خیار حیوان از نظر مشهور عبارت شد از زمان عقد نه تفرّق، ولی مراد از زمان عقد چیست؟ آیا مراد زمان اجراء صیغه است؟ (تنظیر: مثل عقد فضولی بر مبنای ناقله بودن اجازه که از لحظهٔ اجازه است چون الان عقد کامل شد و الان خیار می‌آید. آری بر مبنای کاشفه بودن از حین عقد است...) یا مراد زمان

ملک است و اگر تعبیر به زمان عقد کرده‌اند به لحاظ این است که معمولاً زمان عقد و زمان تملّک یکی است و کم است که یکی نباشد؟ دو وجه وجود دارد:

۱ـ مرحوم شیخ به پیروی از بعض المعاصرین وجه دوّم را استظهار می‌کنند و زمان ملکیّت را ملاک می‌دانند (شاید به این دلیل که در روایات صاحب حیوان را دارای خیار دانسته و تا مالک نشود این عنوان صدق نمی‌کند.) و در این وسط فرعی را از قول بعض المعاصرین می‌آورند که ثمره دو قول محسوب می‌شود و آن اینکه:

اگر حیوانی (پیشاپیش تسلیم کند در بیع سلف) در مقابل طعامی (ده من گندم) که منظور این است که حیوان ثمن باشد و طعام مثمن و طبعاً پس از معامله بایع صاحب حیوان می‌شود نه مشتری و در مسأله اوّل از سه قولی که بود مختار ما قول سوّم باشد و بگوئیم: خیار حیوان برای صاحب حیوان است آنگاه مبدء خیار حیوانِ بایع الطعام پس از قبض حیوان تا سه روز است (ولی اگر از لحظهٔ مجرّد انشاء صیغه باشد چه بسا از چند ساعت قبل از قبض، اجراء عقد شده و مبدء خیار از آن وقت است.)

قوله: و تمثیله:

سئوال: چرا بعض المعاصرین مثال زد به «لو اسلم حیواناً فی طعامٍ» و حیوان را ثمن حساب کرد تا ناچار بشود خیار حیوان را برای صاحب حیوان بداند؟ چرا عکس آن را فرض نکرد و نگفت: «لو اسلم طعاماً فی حیوانٍ» که طعام ثمن باشد و از پیش داده شود و حیوان مثمن باشد که بعداً داده می‌شود و صاحب حیوان هم مشتری می‌شد و بر مبنای مشهور هم درست بود و ناچار نبودیم قول ثالث را بگیریم؟

پاسخ: علّت آن است که در فرض عکس، مبیع حیوان کلّی بود زیرا در بیع سلم همیشه چنین است که مبیع فعلاً کلّی است و به ذمّهٔ بایع می‌آید و در آینده باید مصداقش را معیّن کند و بپردازد، و بر مسلک این بعض در حیوان کلّی خیار حیوان نیست و تنها در حیوان شخصی خیار حیوان می‌آید و لذا آن طور فرض کرد تا حیوان معیّن باشد که الان در مجلس معامله تسلیم می‌شود و خیار هم می‌آید ولی برای صاحب حیوان، و در اوّل خیار حیوان هم این مطلب گذشت که خیار حیوان مختصّ به حیوان شخصی است یا در کلّی هم می‌آید؟

۲ـ قوله: ثمّ انّ:

در باب خیار مجلس نیز این بحث‌ها گذشت و آن‌جا فقهاء فرمودند که در بیع صرف و سلم قبل از قبض و اقباض هم خیار مجلس دارند (زیرا دلیل می‌گفت: «المتبایعان بالخیار» و به محض اجراء عقد بر طرفین عنوان «متبایعان» صادق است و تمام موضوع خیار همین است پس خیار هم می‌آید) و این سخن به معنای آن است که مالک شدن، شرط خیار داشتن نیست و قبل از آن هم خیار می‌آید، حال در ما نحن فیه هم می‌گوئیم:

از زمان مجرّد صیغه خیار حیوان می‌آید و مالک شدن شرط نیست. البتّه باید خیار مزبور دارای فایده و ثمره باشد و مبسوطاً در خیار مجلس در مورد بیع صرف قبل از قبض گذشت که اگر وجوب تقابض را تکلیفی بدانیم باز خیار قبلی فایده دارد و اِعمالش سبب می‌شود که این وجوب تقابض ساقط شود و مخالفتِ آن معصیت شمرده نشود. ولی اگر وجوب تقابض را شرطی بدانیم کار مشکل‌تر بود ولی به هر حال فایده‌ای تراشیدیم که لو لا اِعمال الخیار عقد قابلیّت دارد که پس از تقابض موجبِ ملکیّت شود و با اِعمال خیار آن قابلیّت می‌رود.

مسألهٔ چهارم:

مقدّمه: کلمهٔ «یوم» در لغت عرب اسم قطعهٔ معیّنی از زمان است که شرعاً از اذان صبح تا اذان مغرب و عرفاً از طلوع تا غروب آفتاب است و «لیل» نام قطعهٔ دیگری از زمان است که مقابل یوم است. و استعمال «یوم» در مجموع شب و روز مجازی است. حال در روایات کلمهٔ «ثلاثة ایّام» آمده یعنی خیار حیوان سه روز است و فرضهای گوناگون در اینجا مطرح می‌شود:

۱ـ اگر اوّل صبح روز شنبه (مثلاً) معامله کرده‌اند تا غروب روز دوشنبه خیار حیوان دارند و طبعاً در این وسط دو شب (یکشنبه و دو شنبه) قرار می‌گیرد که قطعاً در آن سه روز داخل بوده و خیار حیوان در این دو شب هم ثابت است ولی نه از باب اینکه این دو شب در مفهوم کلمهٔ «یوم» داخل هستند و لفظ «یوم» در آنها هم استعمال شده است (زیرا «یوم» مقابل «لیل» است نه دالّ بر آن) بلکه از باب اینکه یک خیار حیوان است که از صبح شنبه ثابت شده و کماکان استمرار دارد تا پایان روز سوّم و چنین نیست که قطع و وصل شود و شب یکشنبه نباشد و دوباره روز یکشنبه حادث شود و...، و اجماع دالّ بر

استمرار آن است و لذا دو شب وسط به تبع داخل می‌باشند و اصالت ندارند.

۲ـ اگر وسط روز شنبه معامله کردند که شنبه کامل نیست و منکسر است یعنی کسری دارد و ناقص است در اینجا سخن از تلفیق مطرح می‌شود و از ظهر شنبه تا ظهر یکشنبه یکروز و از ظهر یکشنبه تا ظهر دو شنبه روز دوّم و تا ظهر سه شنبه روز سوّم محسوب می‌شود و طبعاً در این لا به لا سه شب هم وجود دارد که مثل دو شب فرض اوّل داخل هستند ولی نه از باب استعمال لفظ «یوم» در آنها بلکه از باب استمرار خیار واحد و...

۳ـ اگر در شب معامله کنند (اوّل شب یا نیمهٔ شب و...) باز از همین لحظه خیار حیوان شروع می‌شود ولی نه از باب دلالت کلمهٔ «یوم» بر این زمان بلکه از باب اینکه مبدء خیار حیوان از لحظهٔ عقد است و عقد از حالا واقع شده و کماکان ادامه دارد تا سه روز کامل، و طبعاً باز سه شب هم داخل است و خیار حیوان در آنها ثابت است به همان دلیلی که در دو فرض قبل ذکر شد. ولی سه روز کامل باید باشد. و محتمل است که به مقداری که از شب عقد باقیمانده (نیمی از شب یا دو ساعت از شب مانده بوده معامله کردند) از روز سوّم کسر شود و روز سوّم ناقص شود و دو روز و نصف مثلاً خیار داشته باشد. ولی این احتمال باطل است زیرا در روایات سخن از «ثلاثة ایّام» است نه دو روز و اندی، و ظاهر کلمهٔ «یوم» هم قطعهٔ خاص از زمان است و اطلاق آن بر مقداری از شب اوّل تا جای روز سوّم را بگیرد خلاف ظاهر لفظ «یوم» است.

قوله: و قیل:

ما گفتیم: مراد از «ثلاثة ایّام» سه روز کامل است و شب دخالتی ندارد ولی اگر در اثناء این سه روز بود تبعاً داخل می‌شود. امّا بعضی‌ها فرموده‌اند: منظور از «ثلاثة ایّام» سه شبانه روز است یعنی سه روز با سه شب به این دلیل که میان سه روز، دو شب قطعاً وجود دارد و این دو شب اصالتاً داخل هستند یعنی کلمهٔ «یوم» نسبت به آنها در مجموع شبانه روز استعمال شده، آنگاه شب سوّم هم حتماً باید داخل باشد تا مفردات جمع (یومٌ و یومٌ و یومٌ که مفردات کلمهٔ ایّام هستند.) در استعمال واحد در معانی مختلف استعمال نشوند و از دو تا شب و روز و از یکی روز تنها اراده نشود که خلاف وحدت سیاق است. و لذا

شب سوّم هم داخل است تا سه شبانه روز باشد و مفردات هماهنگ بشوند.[۱]

مرحوم شیخ می‌فرماید: منظورتان از شب سوّم کدام است؟ آیا مرادتان لیلهٔ متقدّمه است یعنی شب عقد خوانده‌اند و این شب متقدّم بر روزها و شبهای دیگر است و می‌خواهید بگویید این هم داخل است و خیار حیوان دارد؟ اگر این باشد مطلب خوبی است و ما هم قبول داریم ولی با تعلیل شما نمی‌سازد که گفتید: «لدخول اللیلتین اصالة فتدخل الثالثه ...» و بر شب اوّل که ثالثه اطلاق نمی‌شود و معمولاً بر شب آخر اطلاق می‌شود.

یا اینکه مرادتان لیلهٔ اخیره است یعنی صبح عقد خوانده‌اند و سه روز که می‌گذرد و شب در وسط است آنگاه پس از روز سوّم هم باید شب بگذرد و خیار منقضی شود تا به دنبال هر روزی شبی آمده باشد؟ اگر این باشد می‌گوئیم: خروج شب سوّم و نیامدن خیار در آن، باعث نمی‌شود که مفردات جمع، معانی مختلف پیدا کنند زیرا اصولاً نسبت به یوم اوّل و دوّم هم ما عقیده نداریم که در مجموع شبانه روز استعمال شده باشند و «لیل» هم داخل باشد بلکه می‌گوئیم: «یوم» همه جا در معنای خودش (قطعه‌ای از زمان ...) به کار رفته ولی دو شب وسط تبعاً داخل هستند زیرا خیار واحد است و بالاجماع استمرار دارد و قطع و وصل نمی‌شود و دلیل خارجی داریم که اجماع باشد نه اینکه لفظ «یوم» در آنها استعمال شده باشد، پس مفردات اختلاف پیدا نکرد تا کسی اشکال کند.

قوله: بل نقول:

کلمهٔ روز یا در خصوص نهار (یک روز کامل) استعمال می‌شود که فرض اوّل همین بود، یا در مقدار یک روز کامل از دو روز به کار می‌رود که تلفیقی باشد امّا اینکه در مجموع شب و روز (۲۴ ساعت) استعمال شود دلیل ندارد، یا در مقدار شب و روز (دو روز یا دو شب که هر کدام ۲۴ ساعت می‌شوند) استعمال شود باز دلیل ندارد، و یا در باقی ماندهٔ از نهار استعمال شود ولی تلفیقی مطلقاً یعنی نه تنها تلفیق با نصف روز بعدی، بلکه تلفیق با مقداری از شب به کار رود مثلاً از نصف شب تا نصف روز (۱۲ شب تا ۱۲ روز)

---

۱. مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۸۵.

هم به کار نمی‌رود. بنابر این از خود لفظ «یوم» شبانه روز اراده نشده تا سخن بحر العلوم را بپذیریم، شبهای وسط از اجماع که دلیل خارجی است اراده شده و از ظهور «ثلاثة ایّام» که استمرار و اتّصال ایام را به یکدیگر دلالت دارد اراده شده است و گویا به جای «ثلاثة ایّام» که استمرار و اتّصال ایام را به یکدیگر دلالت دارد اراده شده است و گویا به جای «ثلاثة ایّام» چنین فرموده: خیار حیوان استمرار دارد تا زمانی که ۳۶ ساعت از روز سپری شود که قطعاً شب‌های وسط داخل است ولی تبعاً و به حکم استمرار و عدم انقطاع. (البتّه ۳۶ ساعت در روزهای معتدل با شب است که هر کدام دوازده ساعت باشد وگرنه در روزهای کوتاه و بلند مطلب فرق می‌کند و چه بسا باید گفت تا زمانی که ۴۰ ساعت یا ۴۵ ساعت یا ۳۲ ساعت از روز بگذرد و....

مسألهٔ پنجم: مُسقِطات خیار حیوان:

چه عواملی باعث سقوط خیار حیوان می‌شوند؟ مرحوم شیخ سه عامل را در این مسأله ذکر کرده‌اند:

۱ـ شرط سقوط کرده: اگر در ضمن عقد بیع شرط کنند که خیار حیوانی نباشد، خیار ساقط می‌شود و عموم «المؤمنون عند شروطهم» اینجا را می‌گیرد. و تفصیل این مسأله در خیار مجلس گذشت. و فرعی را که اینجا بدان اشاره دارند این است که: اگر شرط کنند سقوط کلّ خیار حیوان را بحثی نیست ولی اگر شرط سقوط بعض بنمایند یعنی شرط کنند که دو روز خیار حیوان نباشد یا یک روز نباشد (مثلاً) عدّه‌ای حکم به صحّت و نفوذ این شرط و لزوم وفا به آن کرده‌اند و از نظر شیخ اعظم هم بلا مانع است. (زیرا سه روز خیار حقّی است که شارع مقدّس برای مشتری قائل شده و زمام امر حق به دست ذیحق است و هر مقداری را که بخواهد اسقاط می‌کند و باقیمانده را ابقاء می‌نماید.)

۲ـ اسقاط قولی بعد از عقد: در ضمن عقد شرط سقوط نکردند ولی پس از عقد و در ظرف مدّت سه روز، صاحب حقّ، حق خویش را اسقاط نمود و گفت: «اسقطت خیاری»، باز خیار ساقط می‌شود و این نیز مبسوطاً در باب خیار مجلس گذشت.

۳ـ یکی از مسقطات خیار حیوان تصرّف است: اگر مشتری در ظرف سه روز در حیوان تصرّف کند، خیار حیوان ساقط می‌شود و اصل مسقط بودن تصرّف مسلّم است

البته «فی الجمله» یعنی قطع نظر از اینکه چه نوع تصرّفی و به چه ملاکی مسقطیت دارد که به تفصیل خواهد آمد. و دلیل مسقط بودن عبارتست از اجماع فقهاء و پیش از آن نصوص و روایات دلیل سقوط هستند (و اجماع دلیل جداگانه نیست و مدرکی است.):

۱ـ صحیحهٔ ابن رئاب: اگر مشتری قبل از سپری شدن سه روز در جاریه، حدثی احداث کند این رضایتی از او (نسبت به معامله) است و خیار هم ندارد. پرسیده شد: حدث چیست؟ امام فرمود: آن است که مشتری دست به جاریه بزند و او را لمس کند (شاید کنایه از جماع باشد) یا او را ببوسد و یا به مواضعی از بدن او که پیش از خریدن و مالک شدن حق نداشت نگاه کند، نگاه بنماید[۱] (و مراد از احداث حدث تصرّف است، پس تصرّف مسقط است و جزئیّات بیشتری خواهد آمد.)

۲ـ صحیحهٔ صفّار: به امام عسکری علیه السلام نامه نوشتم و در آن از مردی پرسیدم که چهار پایی را از مردی خریده سپس در آن احداث حدثی نموده: مثلاً سم حیوان را گرفته، او را نعل کرده یا تا فرسنگها سوارش شده است، آیا باز هم تا سه روز باقی است حق الخیار دارد و می‌تواند معامله را فسخ کند و حیوان را به صاحبش برگرداند؟ امام علیه السلام در جواب مرقوم فرمودند: اگر در حیوان احداث حدثی نموده معامله لازم شده و حق فسخ کردن ندارد.[۲]

۳ـ در ذیل صحیحهٔ ابن رئاب که در مسأله اوّل گذشت چنین آمده: به امام عرض کردم: اگر مشتری جاریه را بوسیده یا لمس کرده باشد چطور؟ فرمود: اگر بوسیده یا لمس کرده یا به مواضعی که بر غیر مالک حرام است نگاه کرده خیار منقضی شده و دیگر حق فسخ کردن ندارد و معامله لازم شده[۳].

از هر سه روایات استفاده می‌شود که که پس از احداث حدث خیار حیوان ساقط می‌شود.

قوله: و استدّل:

قبل از ورود در مفاد اخبار و روایات، کلامی از علّامه را مورد نقد و بررسی قرار

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۱، حدیث اوّل، باب چهارم.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۱، حدیث دوّم، باب ۴.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۳۵، حدیث ۳، باب ۴.

می‌دهیم: مدّعای علّامه با ما یکی است و ایشان هم تصرّف را مسقط می‌دانند ولی در مقام استدلال پس از استدلال به اجماع، یکجای تذکره فرموده: تصرّف دلیل رضا (کاشف از رضا است) و بدین جهت مسقط است (در حقیقت تصرّف موضوعیّت ندارد بلکه طریقیت دارد و اصل رضایت قلبی به بقاء معامله است.) در جای دیگر فرموده: تصرّف نشانهٔ رضایت مشتری به لزوم عقد است. (باز تصرّف طریق است.) و در جای دیگر فرموده: تصرف اجازه و امضای معامله است (منتها اجازهٔ فعلی نه قولی) و از این روی مسقط است.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ می‌فرماید: در روایات سخن از احداث حدث بود (ان احدث حدثاً فلا شرط و...) نه سخن از تصرّف: ولی فقهاء و از جمله علّامه تعبیر به تصرّف کرده‌اند و آن را به ملاک کشف از رضایت، موجب سقوط خیار حیوان دانسته‌اند، و لذا باید دید مراد از حدث چیست؟ تا سخن علّامه را بر این اساس تحلیل کنیم: دو احتمال ذکر می‌کنند:

۱ـ مقدّمه: بارها گفته‌ایم که هر نوع تصرّفی (کوچک و ناچیز یا بزرگ و...) در ملک و مالی بدون اینکه انسان مالک آن باشد یا لااقّل از ناحیهٔ شرع یا مالک مجاز و مأذون باشد، حرام است و روایات می‌گوید: «**لایحّل مال امرءٍ مسلم الّا بطیب نفسه**» و در این جهت فرقی میان مصادیق تصرّف نیست، از خفی‌ترین مصادیق تا عالی‌ترین و واضح‌ترین آنها، حتّی در بیع فضولی گذشت که عدّه‌ای طرفدار بطلان بیع فضولی بودند و می‌گفتند: بیع فضولی از ریشه باطل است و منوط به اجازهٔ مالک نیست و یکی از دلایل بطلان را این ذکر می‌کردند که: بیع فضولی تصرّف در ملک غیر است و چنین تصرّفی حرام است و از راه حرمت به فساد منتقل می‌شوند...

البته مرحوم شیخ این را نپذیرفتند ولی به هر حال نشان دهندهٔ حرمت هر نوع تصرّفی در مال غیر است.

با این مقدّمه می‌گوئیم: احتمال اوّل این است که: منظور از حدث مطلق تصرّفاتی باشد که بدون مالک بودن یا از ناحیهٔ مالک مأذون بودن، حرام می‌باشند و شاهد این اطلاق آن است که در روایات، نگاه به مواضعی از جاریه را هم از جملهٔ احداث حدث ذکر کرد که در ظاهر حدث هم نیست.

لازمهٔ این احتمال: مطلق تصرفات در مملوک موجب سقوط است (چه کوچک، چه بزرگ، قبل از علم به عیب یا پس از آن، با التفات به مدّت خیار بودن و بدون آن و...) و در عبارات علّامه شواهدی بر این احتمال وجود دارد:

الف: در باب خیار عیب فرموده: اگر مملوک معیوب را استخدام کند و به خدمت بگیرد و لو برای کارهای سبک و ناچیز، مثلاً بگوید: آب بیاور، جامه‌ام را به من بده، درب منزل را ببند و... حق رد او ساقط می‌شود (و فقط حق ارش باقی می‌ماند) سپس قول بعضی شافعی‌ها را آورده که آنها می‌گویند: با این کارهای ناچیز حق رد ساقط نمی‌شود به این دلیل که این کارها گاهی از غیر مملوک هم تقاضا می‌شود (به عبد دیگران یا انسانهای آزاد دیگر هم گفته می‌شود که آب بیاور و...) علّامه این رأی را تضعیف کرده و فرموده: مطلق تصرّف مسقط رد است.(۱)

ب: جای دیگر فرموده: اگر رکاب یا زین یا دهنه و مانند آن‌ها روی چهار پا (اسب مثلاً) باشد و مشتری آنها را بر ندارد حق ردّش باطل می‌شود زیرا خود این ابقاء، نوعی استعمال و انتفاع از دابّه است و مسقط رد است.(۲)

ج: جای دیگر صریحاً فرموده: استخدام عبد و بلکه مطلق تصرّف (و لو استخدام صدق نکند) از مشتری چه پیش از علم به عیب و چه پس از آن مانع از رد است و حق رد را ساقط می‌کند(۳) (و لو حق ارش محفوظ است.)

از این عبارات به خوبی می‌توان فهمید که به عقیدهٔ علّامه مطلق تصرّفات کوچک و بزرگ چه دالّ بر رضایت او به لزوم عقد باشند و چه نباشند موجب سقوط خیار رد می‌شوند.

قوله: و هو فی غایة الاشکال:

مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر منظور علّامه این احتمال باشد باید بگوییم: این مطلب در غایت اشکال است و چهار اشکال را ذکر می‌کنند:

الف: از کلمهٔ حدث چنین معنای عامّی متبادر نیست (زیرا حدث یعنی امر جدید و

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۱۹.
۲. همان، ص ۵۲۸.
۳. همان، ص ۵۳۸.

حادثی که دارای اثر باشد و برای مدّتی اثر آن باقی باشد، مثل سوراخ کردن گوش جاریه، ثقب انف او، بریدن قسمتی از گوش حیوان، رنگ کردن جامه، بریدن پارچه، سفید کاریِ منزل و...، نه مطلّق تصرّفات ریز و درشت حتی مثل آب بیاور و... که هیچ حدثی در او احداث نشده است.) و مدرک شما هم این روایات است پس اخبار بر این احتمال تطبیق نمی‌کند.

ب: مطلق تصرفات که کاشف از رضایت به لزوم عقد نیست تا صغرای استدلال شما باشد که «**و کلّ تصرفٍ کاشفٍ عن الرضا مسقطٌ**» (زیرا چه بسا غافل بوده و زین را از روی اسب بر نداشته یا برای امتحان از جاریه یا عبد خواسته که آبی بیاورد و... تا مقدار مطیع بودن او را بفهمد، نحوهٔ راه رفتن او را ببیند و...).

ج: اصولاً کم است یا اصلاً نیست موردی که در تمام طول سه روز مشتری کوچکترین کاری به کار جاریه یا حیوان نداشته باشد تا بگوئیم خیار حیوانش باقی است، و معمولاً چنین است که همان آناتِ اولیّهٔ پس از معامله تصرّفی می‌کند و حدّاقل حیوان را از بایع می‌گیرد و به منزل می‌برد... و اگر بنا باشد به مجرّد کمترین دخالتی خیار حیوان ساقط شود پس اصلاً چرا جعل و تشریع شده؟ مگر نه این است که چنین جعل خیاری لغو است و از حکیم صادر نمی‌شود (و تعبیر به کاللغو برای این است که شاید در عالم، موارد انگشت شماری هم باشد که هیچ تصرّفی نکند و خیارش بماند ولی این اصلاً به حساب نمی‌آید.) پس نتوان گفت مطلق التصرّف مسقط است.

د: فقهاء فرموده‌اند: حکمت خیار حیوان آن است که چه بسا حیوان عیوب خفیّه‌ای دارد (گوش او سنگین است، یک چشم او نابینا است و...) و مشتری در آن معامله متوجّه نمی‌شود و معمولاً در ظرف دو سه روز ملتفت می‌شود، و فرصتی به او داده‌اند که معامله را فسخ کند و جبران خسارت کند، حال تحقّق این حکمت، و اطلاع از این عیوب حفیّه، بدون دخل و تصرّف امکان ندارد. پس نتوان گفت هر تصرّفی مسقط است.

۲ـ قوله: و ان کان المراد:

احتمال دوّم این است که: مراد از حدث مطلق تصرّفات باشد (نامش استخدام باشد یا نه، کوچک یا بزرگ و...) ولی مشروط بر اینکه کاشف از رضایت مشتری به معامله و

لزوم عقد باشد (شاهد این احتمال تعبیری است که در صحیحهٔ ابن رئاب بود که فرمود: «**ان احدث حدثاً فذلک رضا منه فلا شرط**،» و کلمهٔ «**فذلک رضا منه**» در معرض تعلیل برای «لا شرط» است و علّت نبودن خیار را رضایت به لزوم عقد دانسته) و از استدلال علّامه نیز به وضوح همین احتمال مستفاد است، زیرا در سه کلمه‌ای که از ایشان نقل کردیم هم جا سخن از رضایت بود: «دلیل الرضا»، «دلیل الرضا بلزوم العقد» و....

طبق این احتمال اشکال این است که: دیگر نباید به قول مطلق بگویید: هر تصرّفی مسقط است و سه شاهدی که از علّامه برای احتمال اوّل آورده‌ایم با اراده کردن ایشان احتمال دوّم را، منافات دارد و آن شواهد نشان می‌دهد که هر تصرف مسقط است چه کاشف از رضایت باشد و چه نباشد. پس هر کدام که باشد اشکال به علّامه (ره) وارد است.

قوله: و دعوی:

اگر کسی به حمایت از علّامه بگوید: کلیّهٔ تصرّفات کوچک و بزرگ (و مواردی که به عنوان مثال در کلمات علّامه ذکر شد: «ناولنی الثوب»، «اغلق الباب» و...) بر حسب طبیعت اوّلیهٔ خود (لوخلّی و طبعه) کاشف از رضایت هستند مگر مانعی بیاید و استثنائاً برخی از آن موارد کاشف از رضا نباشند (مثل امتحان کردن، غفلتاً تصرفی کردن و...) وگرنه ذاتاً اینها علامت رضایت می‌باشند و علّامه و دیگران که این مثالها را آورده‌اند به ملاحظهٔ مقتضای ذات و طبیعت آنها است پس اینها اشکال بر علّامه نمی‌شود و منافاتی با ارادهٔ احتمال ثانی ندارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: و «هو کماتری» یعنی ادّعای گزافی است و قبول نداریم که هر تصرّفی نظر به ذاتش کاشف از رضا است «بل الامر بالعکس» یعنی نوعاً تصرّفاتی که در ظرف مدّت خیار انجام می‌گیرد کاشف از رضا نیست و با شکّ و تردید و برای امتحان و مانند آن صورت می‌گیرد پس کشف نوعی از رضایت ندارد و اشکال به علّامه (ره) وارد است.

قوله: ثم انّ قوله:

عمده دلیل ما بر مسقط بودن تصرّف، اخباری است که بدانها اشاره شد و تا به حال روی کلمهٔ احداث حدث قدری بحث شد که مراد از حدث چیست؟ و مرحوم شیخ دو

احتمال ذکر کردند و ظاهراً احتمال ثانی را قبول دارند.

حال کلمهٔ دیگری که در صحیحهٔ ابن رئاب بود کلمهٔ «فذلک رضا منه» بود، منظور از این رضایت به عقد و معامله چیست؟ آیا منظور رضایت به اصل عقد است؟ خیر، زیرا این رضایت از آغاز اجرای صیغهٔ بوده و به طیب نفس انشاء بیع کرده‌اند و چنین نیست که با تصرّف حاصل شود.

آیا منظور رضایت به اثر عقد یعنی ملکیّت است؟ خیر، زیرا آن نیز به مجرّد عقد حاصل شده و تا معامله فسخ نشود کماکان باقی است و از بین نمی‌رود و معنا ندارد که با تصرّف این رضایت درست شود که تحصیل حاصل است. پس مراد چیست؟

مراد از رضایت به عقد عبارتست از التزام به بقاء عقد و عدم فسخ آن، یا به تعبیر دیگر راضی به عقد هستم یعنی ضد آن را که فسخ کردن باشد کراهت دارم و نمی‌خواهم فسخ کنم، و به دیگر سخن: راضی به لزوم عقد هستم. و روایت عبداللّه بن حسن از رسول خدا صلی الله علیه و آله هم شاهد این معنی است که مردی عبدی را با خیار سه روز خریداری کرده بود در ظرف مدّت خیار عبد مرد، چه کسی ضامن است؟ حضرت فرمود: بایع مشتری را قسم می‌دهد و از او می‌خواهد که قسم بخورد که راضی به معامله نبوده (محّل شاهد است و واضح است که مراد از راضی بودن یا نبودن، التزام به عقد و عدم آن است نه اینکه رضایت به اصل عقد باشد.) اگر قسم خورد ضرر به بایع می‌خورد و مشتری ضامن نیست[1] (زیرا کلّ مبیع تلف فی زمن الخیار فهو ممّن لاخیار له).

قوله: و الاستحلاف:

نکتهٔ قضائی: از اینکه سخن از استحلاف و امر به قسم و طلب نمودن قسم به میان آمده که بایع از مشتری بخواهد که قسم بخورد، کاشف از این است که در مورد نزاع ادّعایی از سوی بایع مطرح است که می‌گوید: مشتری راضی و ملتزم به لزوم عقد بود و پس از انقضاء خیار، تلف شده پس خود مشتری ضامن باشد و بایع ضامن نیست تا ثمن را پس دهد، و انکاری از سوی مشتری وجود دارد که منکر التزام به لزوم است پس تلف در زمان خیار بوده و ضرر به بایع می‌خورد. و درست شدن ادّعا و مدّعی در ما نحن فیه که

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۲، باب ۵، حدیث ۴.

به دنبالش احلاف و قسم دادن مطرح می‌شود مبتنی بر یکی از دو مبنا است:

۱ـ در مسموع بودن ادّعا جزم لازم نیست که قاطعانه مدّعی باشد که مشتری راضی بوده و من یقین دارم، بلکه ادّعای به نحو تهمت و احتمال که شاید راضی بوده هم کافی است و صدق مدّعی می‌کند و نوبت به قسم دادن می‌رسد.

۲ـ در مسموع بودن دعوا جزم لازم است و بگوئیم: در مورد حدیث بایع جازم بوده به التزام مشتری به لزوم و لذا رسول خدا فرمود: «قسم بدهد ...» و نوعاً در باب قضاوت همین را اختیار کرده‌اند که باید به نحو جزم باشد وگرنه ادّعا صادق نیست.

قوله: اذا عرفت هذا:

عمده دلیل مسقط بودن تصرّف، اخبار بود که سه روایت ذکر شد و در صحیحهٔ ابن رئاب این جمله آمده بود: «ان احدث المشتری فیما اشتری حدثاً قبل الثلاثة ایّام فذلک رضا منه و لا شرط له» و در ارتباط با این جمله نکاتی را ذکر می‌کنند:

نکتهٔ اوّل: مراد از احداث حدث چیست؟ این را قبلاً ذکر کردیم و دو احتمال دادند که در بحث با علاّمه گذشت.

نکتهٔ دوّم: مراد از «فذلک رضا منه» رضایت به چیست؟ این نیز در فراز قبلی بیان شد.

نکتهٔ سوّم: جملهٔ مزبور یک قضیّهٔ شرطیه است و فعل شرط عبارتست از «اَحْدَثَ حدثاً ...» و در جزای شرط دو کلمه آمده: ۱ـ «فذلک رضا منه» ۲ـ «و لا شرط له»، آیا هر دو با هم جزاء و جواب شرط هستند؟ یا هیچکدام جزا نیستند؟ یا اوّلی جواب شرط است؟ یا دوّمی؟ مرحوم شیخ در رابطه با این دو کلمه، چهار احتمال مطرح می‌کنند که هرکدام از حیث نتیجه با دیگری فرق دارد:

احتمال اوّل: جملهٔ «فذلک رضا» منه جواب شرط باشد و منظور امام علیه السلام این باشد که: اگر مشتری در حیوانی که مبیع است در ظرف سه روز خیار حیوان، احداث حدثی نمود یعنی تصرّفی کرد به هر قصدی که باشد (به انگیزهٔ اختبار و امتحان، به داعی حفظ حیوان از هلاکت، به نیّت رضا و التزام به معامله) این تصرّف شرعاً رضایت و التزام به بیع شمره می‌شود ولو عرفاً التزام به معامله محسوب نشود ولی شرع مقدس تعبّداً و تنزیلاً آن را رضا و التزام حساب کرده و گویا التزام واقعی است و به دنبال تحقق التزام ولو

تعبدی و تنزیلی خیار حیوان هم ساقط می‌شود و جای تردید نیست. طبق این احتمال مطلّق تصرّف در مبیع موجب سقوط خیار شرط می‌گردد، به هر نیّتی که تصرّف صورت پذیرد.

احتمال دوّم: جواب شرط جملهٔ «لا شرط له» باشد و در حقیقت گویا فرموده: «ان احدث حدثاً فلا شرط له‌ای فلا خیار له او سقط الخیار و...» و جملهٔ «فذلک رضا منه» که در وسطِ شرط و جزاء آمده در حقیقت توطئه و تمهید و مقدّمه چینی برای بیان جزاء است (نظیر این مطلب را در اصول در رابطه با جملهٔ و الّا فانّه علی یقینٍ من وضوئه و لا ینقض الیقین بالشک[۱] در صحیحهٔ زراره داشتیم که در اصول فقه[۲] و رسائل[۳] و کفایه[۴] بیان شده است) منتها امری که به عنوان توطئه و تمهید ذکر می‌شود یا حکمت حکمی است که در جزاء ذکر شده و یا علّتِ آن است و فعلاً بنابر احتمال حکمت بحث می‌کنیم و می‌گوئیم:

اصل حکم این است که: اگر مشتری تصرّفی نمود خیار حیوانش ساقط می‌شود و باز هم مثل احتمال اوّل حکم اطلاق دارد یعنی به هر قصدی که این تصرّف صورت پذیرد مُسقِط است ولی حکمت سقوط خیار آن است که این تصرّف کاشف از رضایت مشتری به لزوم و التزام او به معامله است و معمولاً حکمت، امر غالبی است و بیانگر غالب افراد است یعنی غالباً تصرّف کاشف از رضا است و مسقط خیار است، و اگر حکمت شد حکم دائر مدار آن نیست و چه بسا موارد نادری هم باشد که تصرّف نشانهٔ التزام به معامله نباشد بلکه یقین به عدم رضا هم داشته باشیم ولی در آن موارد هم حکم هست، پس باز مطلق تصرّف موجب سقوط است.

تنظیر: در باب خیار مجلس هم قبلاً گذشت که صحیحهٔ فضیل می‌گفت: «فاذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما» و دو احتمال داریم: ۱ـ شرط در قضیّه مرکب از دو امر باشد: یکی افتراق و دیگری رضایت هر دو به معامله. ۲ـ شرط بسیط باشد که افتراق است و جزاء شرط «لا خیار» است و کلمهٔ «بعد الرضا منهما» بیان حکمت و مناط سقوط خیار

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۱۷۴ ـ ۱۷۵، باب اوّل، حدیث ۱.
۲. اصول فقه، ج ۳ و ۴، ص ۲۹۸.
۳. فوائد الاصول، ص ۳۲۹ ـ ۳۳۰.
۴. کفایة الاصول، ج ۲، ص ۲۸۲.

است که غالباً افتراق، بعد از رضا به اصل معامله است و نادراً هم ممکن است چنین نباشد ولی باز هم افتراق مسقط است (البته اگر علّت باشد جای این حرف نخواهد بود.)

(نکته: تعبیر به «لکنّه توطئة لحکمة الحکم و تمهید لها» مسامحه دارد زیرا «فذلک رضا منه» توطئه برای خود حکم است که «لا شرط له» باشد ولی توطئه برای حکمت حکم نیست زیرا خودش حکمت است نه اینکه مقدّمه چینی برای بیان حکمت باشد و لذا بهتر بود بفرماید: لکنّها حکمة للحکم لا علّة تامّه».)

نتیجه احتمال اوّل و احتمال دوّم هر دو این است که: هر تصرّفی مسقط خیار حیوان است چه تصرّفی که یقیناً دالّ بر رضایت به لزوم باشد و این جهت محرز باشد و چه تصرّفی که یقیناً دالّ بر عدم رضایت باشد و چه تصرّفی که نمی‌دانیم دالّ بر رضایت هست یا نیست، همین که تصرّف کرد این تمام موضوع است برای سقوط خیار حیوان.

احتمال سوّم: جزاء شرط جملهٔ «لا شرط له» باشد و جملهٔ «فذلک رضا منه» توطئه باشد برای بیان جزاء و جمله هم صرفاً یک حکم تعبّدی شرعی نیست بلکه خبر دادن از یک واقعیّت است یعنی واقعاً این تصرّف کاشف از رضایت قلبی مشتری به معامله است و ضمناً علّت تامّه حکم است نه صرفاً بیان حکمت حکم.

فرق علّت با حکمت در این است که: اگر حکمت باشد حکم دائر مدار آن نیست و به اطلاقش باقی است چنانکه توضیح دادیم، ولی اگر علّت تامّه باشد حکم نفیاً و اثباتاً، سعةً وضیقاً دائر مدار آن خواهد بود چنانکه توضیحش خواهد آمد. ضمناً علّت سقوط خیار هم رضایت شأنی نوعی است یعنی از آن‌جا که فلان نوع از تصرّفات (جاریه را حامله کند، خانه را سفید کند و...) کاشف نوعی از رضایت به معامله است و نوعاً این تصرّفات از هرکس صادر شود دلیل بر رضایت است لذا مُسقط خیار است و شخص مطرح نیست که در مورد فلان شخص این تصرّف علامت رضایت او نباشد بلکه نوع ملاک است و این تصرّف شأنیّت دارد که در حق همه دالّ بر رضا باشد، حالا در مورد فلان شخص در اثر موانعی دالّ بر رضایت نیست، و همین که کاشف نوعی از رضا بود علّت تامّه سقوط خیار است و وقتی علّت شد قانون علّت این است که:

از جهتی موجب تقیید و تخصیص حکم می‌شود یعنی هر تصرّفی موجب سقوط خیار نیست بلکه خصوص تصرّفاتی که کاشف نوعی از رضایت به لزوم باشد مُسقِط

خیار است و امّا آنها که چنین نباشند (مثل سوار شدن برای امتحان، بردن مرکب برای حفظ جان او، امر به آب آوردن برای آزمایش و...) مسقط خیار نیستند (بر خلاف احتمال اوّل و دوّم) و ما نحن فیه از قبیل مثال معروف می‌شود که «لا تأکل الرّمان لأنّه حامض» و علّت موجب تخصیص و تضییق اطلاق لا «تأکل الرّمان» به خصوص انار ترش می‌گردد.

چه اینکه متقابلاً از جهتی موجب تعمیم و توسعهٔ حکم می‌شود یعنی تمام موضوع خود علّت است که رضایت و التزام باشد و تصرّف موضوعیّتی ندارد پس هر آنچه که دالّ بر رضایت به معامله باشد مُسقط خیار حیوان است چه تصرّف بر آن صدق بکند یا نه، مثلاً در معرض بیع قرار دادن: اگر مشتری در ظرف سه روز، حیوان را در معرض فروش بگذارد خود این تصرّف نیست ولی کاشف نوعی از رضایت به معامله است، یا به بایع اذن در تصرّف دهد که باز تصرّف نامیده نمی‌شود ولی کاشف از رضایت او است که ملک طلقش شده و حق دارد اذن در تصرّف بدهد و....

پس هر آنچه که کاشف نوعی از رضایت باشد مسقط خیار حیوان است چه نامش تصرّف باشد چه نباشد، و هر آنچه کاشف نوعی نیست مسقط نیست چه تصرّف باشد و چه نباشد. پس مسقط خیار حیوان هر کاری است که ظهور نوعی در رضایت داشته باشد و قضاوت عرفی این است که این دلیل بر رضا است.

نظیر باب ظهور الفاظ در معانی آن‌ها که به حسب فهم عرف ظهور نوعی دارد و نوع عقلاء از کلام این را می‌فهمند مگر در موردی قرینه‌ای بر خلاف باشد وگرنه «لو لا القرینه و لو خلّی الکلام و طبعه» این دلالت را دارد.

قوله: کما اذا دلّ الحال او المقال...:

مثال برای ظهور الفاظ نیست بلکه مثال برای «لم یدّل فی شخص المقام» است.

احتمال چهارم: تمام حرفها که در احتمال سوّم بود در اینجا هم هست که جملهٔ «فذلک رضا منه» علّت حکم است منتها در احتمال سوّم علّت، رضایت شأنی و نوعی بود به بیانی که گذشت و در این احتمال، علّت، رضایت فعلیِ شخصِ است و اطلاق حکم به سقوط خیار مقیّد به این علّت است یعنی در شخص هر موردی که تصرّف کاشف از رضای فعلی مشتری به معامله باشد خیارش ساقط می‌شود و در واقع هر

چیزی که بالفعل دالّ بر رضایت شخص مشتری باشد (بالقوّه و شأنیّت کافی نیست) مُسقط خیار حیوان است و اگر رضایت فعلی نبود (ولو عمل یک عملی است که شأنیّت دارد که علامت رضا باشد) خیار حیوان ساقط نمی‌شود. پس باز هم هر تصرّفی موجب سقوط نیست بلکه خصوص تصرّفاتی که دالّ بر رضایت شخص مشتری باشد مسقط است.

قوله: ثمّ انّ الاحتمالین:

پس از ذکر چهار احتمال در صدد انتخاب یکی از آنها بر می‌آیند:

احتمال اوّل و دوّم که نتیجهٔ هر دو این بود که: «کلّ تصرّفٍ مسقطٌ» سه مؤید دارد:

۱ـ با اطلاق سایر اخبار موافقند گرچه در صحیحهٔ ابن رئاب کلمهٔ «فذلک رضا منه» بود ولی در سایر روایات این قید نبود و به طور مطلق حکم به سقوط خیار به وسیلهٔ تصرّف کردند و این اطلاقات مرجّح این دو احتمال است.

۲ـ اطلاقات کلمات پاره‌ای از بزرگان: علّامه‌ﷺ در تذکره مطلق تصرّف را مسقط قرار داد و قبلاً سه نمونه از عبارات ایشان گذشت، بزرگان دیگری مثل محقّق ثانی و شهید ثانی هم کلامشان مطلق است و اینها موجب ترجیح دو احتمال مذکور می‌شوند.

۳ـ اطلاق برخی از معاقد اجماعات: بعداً عبارات فقهاء را خواهیم آورد و برخی از آن‌ها به قول مطلق ادّعای اجماع کرده‌اند بر اینکه تصرّف مسقط است (کاشف از رضایت باشد به کشف نوعی یا شخصی یا نباشد) این نیز مؤیّد احتمال اوّل و دوّم است.

قوله: الاّ انّهما بعید ان:

ولی چند شاهد دیگر داریم که احتمال اوّل و دوّم را تضعیف کرده و ارادهٔ آندو را بعید می‌سازند:

۱ـ احتمال اوّل و دوّم از ظاهر خبر (صحیحهٔ ابن رئاب) بدور می‌باشند (احتمال اوّل می‌گفت: تصرّف مطلقاً رضایت به معامله محسوب می‌شود و «فذلک رضا منه» یعنی تعبّداً این را رضایت بدان، در حالی که ظاهر کلام که جملهٔ خبریّه است اخبار از یک واقعیّت است که رضایت قلبی مشتری باشد نه صرفاً بیان یک حکم شرعی تعبّدی. و احتمال دوّم می‌گفت: «فذلک رضا منه» توطئه برای جواب شرط و بیان حکمت حکم است، در حالی که ظاهر کلام علّت بودن را می‌رساند زیرا حکمت حکم دخیل در حکم

نیست و حکم منوط به آن نیست ولی علّت حکم دخیل در حکم است و حکم دائر مدار آن است، و ظاهر آوردن این جمله میان شرط و جزاء و منوط کردن جزاء به آن، این است که این رضایت دخیل در حکم است و این با علّت بودن می‌سازد.) پس ارادهٔ این دو احتمال از ظاهر صحیحه بعید است و ناگزیر باید یکی از دو احتمال ۳ یا ۴ مراد باشد که خواهد آمد.

۲ـ احتمال اوّل و دوّم با اکثر کلمات فقهاء مخالف است زیرا ظاهر کلمات فقهاء این است که اگر تصرّف برای امتحان کردن یا برای حفظ حیوان از هلاکت باشد مسقط خیار حیوان نیست (در حالی که طبق احتمال ۱ و ۲ باید هر تصرّفی به هر انگیزه‌ای مسقط باشد.)

۳ـ ظاهر بسیاری از کلمات فقهاء که خواهیم آورد، آن است که دلالت تصرّف بر رضایت و کاشفیّت آن از التزام مشتری به معامله، شرط مسقط بودن تصرّف است و تا کاشف از رضا نباشد مسقط نیست البته «فی الجمله» یعنی قطع نظر از رضایت نوعی یا شخصی که در دو احتمال سه چهار مطرح است. (در حالی که طبق دو احتمال قبل مطلق تصرّف مسقط بود.)

۴ـ به قدری احراز رضایت مشتری به معامله و التزام او به بیع، مسلّم است که عدّه‌ای از فقهاء اصلاً سخن از تصرّف به میان نیاورده‌اند (چون موضوعیّت ندارد) و مستقیماً سخن از احراز رضایت به میان آورده‌اند و فرموده‌اند: هر چیزی که که دالّ بر رضایت مشتری و کاشف از رضایت او باشد کفایت می‌کند چه تصرّف نامیده بشود (که طریق به سوی رضایت است) و یا عرفاً نامش تصرّف نباشد، مثل بوسیدن کنیز که عرفاً نمی‌گویند در جاریه تصرّف کرد و احداث حدث نمود ولی از آن‌جا که نشانهٔ رضایت مشتری به معامله است کفایت می‌کند. پس معلوم می‌شود تمام مناط رضایت است و همین موضوعیّت دارد و اگر سخن از تصرّف مطرح شده برای خاطر این است که دالّ بر رضا و کاشف از آن است و طریقیّت دارد.

۵ـ از روایت سکونی از امام صادق علیه السلام از امام علی علیه السلام نیز همین مطلب استفاده می‌شود که ملاک تصرّف نیست بلکه رضایت مشتری است از هر راهی که حاصل شود، زیرا در این روایت عرضه کردن بر بیع، و مبیع را در مدّت خیار در معرض فروش

گذاشتن، اجازه محسوب شده و مسقط خیار است در حالی که عرفاً به آن حدث و تصرّف گفته نمی‌شود.

(متن روایت: انّ امیر المؤمنین علیه السلام قضی فی رجل اشتری ثوباً بشرط الی نصف النهار فعرض له ربح فاراد ان یبیعه قال لیشهدانّه رضیه فاستجوب ثمّ لیبعه ان شاء فان اقامه فی السوق فلم یبع فقد وجب البیع علیه[۱] شاهد در همین جملهٔ اخیر است که به محض اقامه در بازار و عرضه کردن برای بیع، خیارش ساقط می‌شود و معامله لازم و غیر قابل فسخ می‌گردد، حتّی اگر کسی پیدا نشود و مبیع را خریداری نکند.)

۶ـ فقهاء فرمودند: هر تصرّفی در مبیع که اگر از ناحیهٔ مشتری انجام می‌گرفت اجازه و امضاء بیع به حساب می‌آمد (و عرف آن را دلیل بر امضای بیع از سوی مشتری می‌دانست) همان تصرّف اگر از ناحیهٔ بایع نسبت به مبیع انجام شود (فرض کلام موردی است که بایع هم خیار دارد.) فسخ بیع محسوب می‌شود.

کیفیّت استشهاد: اگر تصرّف تعبّداً و به خاطر وجود نصّ (اخباری که در اوّل مسألهٔ تصرّف ذکر شد) مسقط خیار بود آن هم مطلقاً و هر تصرّفی، جا نداشت فقهاء از مورد نصّ که مشتری است «ان احدث المشتری حدثاً...» به بایع تعدّی کنند و تصرّف او را فسخ بدانند چراکه در مورد بایع نصّی وارد شده که: «ان احدث البایع حدثاً فذلک کراهةٌ منه ...» در حالی که تعدّی کرده‌اند پس معلوم می‌شود تصرّف مسقط تعبّدی نیست بلکه مناط رضایت است و لذا جا دارد بگوئیم: اگر بایع همین تصرّفات را بنماید نشانهٔ کراهت او به معامله است و به دنبال آن آناً ما قبل از تصرّف معامله فسخ شده و وی در مال خویش تصرّف کرده است.

قوله: و قد صرّح:

کسی نگوید که فسخ باید قولی باشد و فعل یا تصرّف فسخ نیست، زیرا علاّمه در تذکره فرموده و مورد قبول دیگران هم هست که فسخ هم مثل اجازه دو قسم دارد: ۱ـ قولی ۲ـ فعلی و برای فعلی از هر دو قسم به تصرّف مثال زده است، پس فسخ فعلی هم داریم.[۲]

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۹، باب ۱۲ حدیث ۱.
۲. تذکرة، ج ۱، ص ۵۳۷.

قوله: فاندفع:

گاهی گفته می‌شود: ما در اینجا دو عامل داریم که در عرض هم موجب سقوط خیار حیوان می‌شوند: ۱ـ اجازهٔ قولی یا رضایت به معامله ۲ـ تصرّف فعلی چه کاشف از رضا باشد یا نه مسقط است، و میان آن دو عموم و خصوص من وجه است: رضایت باشد ولی تصرّف نباشد مثل عَرْض بر بیع که قبلاً ذکر شد. یا تصرّف باشد ولی رضایت و امضای بیع نباشد مثل تصرّفات امتحانی یا برای حفظ از هلاک. و یا هر دو با هم باشند که در اکثر موارد از تصرّفات مُغیِّره چنین است. پس هر کدام جداگانه مسقط هستند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: ممّا ذکرنا روشن شد که تصرّف در مقابل رضایت نیست و استقلال ندارد مهمّ رضایت و اجازه است چه قولی باشد یا فعلی، تصرّف هم اگر کاشف بود ارزش دارد و الّا فلا. پس احتمال اوّل و دوّم از چهار احتمال در معنای «ان احدث حدثاً فذلک رضا منه و لا شرط له»، رد شد.

قوله: و امّا المعنی الرابع:

از میان چهار احتمال، احتمال چهارم (رضایت شخصی علّت سقوط خیار باشد) اظهر الاحتمالات است (شاید به این جهت که کلمهٔ رضا ظهور در رضایت فعلی و شخصی دارد، مشتقّات ظهور در فعلیّت دارند، و ضمیر منه نیز به شخص مشتری بر می‌گردد نه به نوع مشتری‌ها) و علاوه بر اظهر بودن مؤیّداتی دارد:

۱ـ شهید اوّل در دروس جزم به همین احتمال پیدا کرده است[۱]

۲ـ روایت نبویِ سابق «قال یستحلف باللّه تعالی ما رضیه ...» نیز مؤیّد همین احتمال است زیرا مفهوم کلام این است که: اگر راضی بوده به معامله پس تلف هم از مال خود مشتری است و واضح است که مرا در رضایت فعلی است نه شأنی وگرنه با فعل ماضی نمی‌آورد.

۳ـ ظاهر برخی کلمات از فقهاء هم که خواهد آمد با رضایت فعلی و شخصی سازگارتر است.

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۷۲.

قوله: الاّ انّ المستفاد:

با اینکه احتمال رابع را تقویت کردیم ولی متأسفّانه وقتی فتاوای فقهاء را رسیدگی می‌کنیم به این نتیجه می‌رسیم که بالا جماع حکم به نفی خیار را به رضایت فعلی و شخصی منوط نکرده و رضای نوعی و شأنی را ملاک است، علاوه بر اینکه اظهر بودن احتمال چهارم نسبت به دو احتمال اوّل و دوّم صحیح است و نسبت به احتمال سوّم قبول ندرایم. (شاید به این دلیل که برخی از مشتقّات ظهور در شأنیّت و قابلیّت دارند نه فعلیّت، و شاید «رضا» از این قسم باشد، و ضمیر منه نیز به مشتری بر می‌گردد ولی نه به شخص او بلکه به او به عنوان اینکه یکی از مشتری‌ها است و نوعاً تصرّف آنها کاشف از رضایت ...).

در نتیجه از میان چهار احتمال مذکور، احتمال سوّم تعیّن پیدا می‌کنیم و ما همین را اختیار می‌کنیم که هر تصرّفی که به حسب نوع و طبیعتش کاشف از رضایت باشد مسقط است هر چند در مورد فلان شخص صد تصرّف کذائی هم کاشف از رضا نباشد چون و سواس دارد یا فراموش کار است ...

قوله: قال فی المقنعه:

در این فراز عبارات فروانی از فقهاء عظام نقل می‌کنند که مؤید احتمال سوّم است و تصرّفی را که کاشف از رضایت باشد مسقط دانسته‌اند نه مطلق تصرّف را:

۱ـ شیخ مفید در مقنعة[۱]: اگر حیوان در ظرف سه روز هلاک شود بایع ضامن است و از مال او تلف شده (به حکم کلّ مبیعٍ تلف فی زمن الخیار فهو من مال من لاخیار له) مگر در یک صورت و آن اینکه: مشتریً در ظرف سه روز در حیوان تصرّفی بنماید که کاشف از رضایت او به معامله باشد (که پس از آن معامله لازم شده و تلف از مشتری است نه از بایع).

سپس در جای دیگر برای تصرّف مسقط مثالی زده که روشن گر است و آن اینکه: مشتری در ظرف سه روز به مواضعی از بدن جاریه نگاه کند که برای غیر مالک حرام است[۲] (چنین تصرّفی نوعاً کاشف از رضایت است و ظهور عرفی در رضایت دارد و

---

۱. مقنعه، ص ۵۹۹.　　۲. همان، ص ۵۹۳.

لذا مسقط است).

۲ـ شیخ طوسی در مبسوط در احکام عیوب فرموده: اگر مبیع حیوان باشد و عیبی به آن اصابت کرده باشد مشتری حق رد دارد (خیار عیب) و در طریقی که حیوان را می‌برد تا به بایع تحویل دهد و معامله را فسخ کند می‌تواند سوار شود، آب دهد، علوفه بدهد، شیر او را بدوشد و استفاده کند و اگر در این فاصله بچّه‌ای آورد مال مشتری است (زیرا فسخ به هم زدن عقد است از حین فسخ نه از اوّل پس تا فسخ نکرده منافعش مال مشتری است و حق استیفاء دارد.) سپس فرموده: با همهٔ این کارها حق رد ساقط نمی‌شود زیرا سه عامل موجب سقوط حقّ رد است:

الف: راضی به عیب باشد که رضایت مسقط است (محلّ شاهد)

ب: پس از علم به عیب رد کردن را ترک کند و بلافاصله رد نکند و لو مردّد است و راضی هم نیست ولی تأخیر مسقط است.

ج: نزد مشتری عیب جدیدی پیدا کند که عیب حادث مانع است از رد به عیب قدیم و نوبت به ارش می‌رسد. و کارهای مذکور از این سه قسم نیستند تا مسقط خیار رد باشند.[۱]

۳ـ سیّد ابن زهره در غنیة: اگر مبیع در مدّت خیار هلاک شد ضرر به بایع می‌خورد (روی قاعدهٔ کلّ مبیع تلف...) مگر مشتری تصرفی بکند که کاشف از رضایت او به معامله باشد.[۲]

۴ـ عبارت ابو الصلاح حلبی در کافی مثل غنیه است و نیازی به ذکر ندارد.[۳]

۵ـ ابن ادریس حلّی در سرائر: در معاملهٔ حیوان تا سه روز خیار حیوان وجود دارد مگر در سه صورت:

الف: مشتری در این سه روز تصرّفی بکند که کاشف از رضایت او باشد (محلّ شاهد)

ب: یا تصرفی بکند که موجب نقصان قیمت عین شود. مثل تقبیل و لمس جاریه یا

---

۱. مبسوط ج ۲، ص ۱۳۹.
۲. الجوامع الفقهیه، ص ۵۸۸.
۳. الکافی فی الفقه، ص ۳۵۳.

تدبیر آن.

ج: یا تصرّفی بکند که امثال آن اجرت دارد مثل رکوب دابّه، استعمال حمار و...

و منظور از تدبیری که حق رجوع را منتفی می‌سازد آن است که اوّل نذر تدبیر کند سپس وفای به آن واجب شود و بدنبال آن بگوید: «انت حرّ بر وفاتی» که دیگر حق رجوع ندارد و با این تصرّف مبیع از ارزشش کم می‌شود.(۱)

و در جای دیگر فرموده: خیار حیوان تا زمانی است که مشتری تصرّف نکند در حیوان تصرّفی که دالّ بر رضایت او باشد آنهم در عادت و عرف که رضای نوعی را می‌رساند و محّل شاهد همین است.) که مسقط است(۲)

۶ـ علامّه رحمه‌الله در تذکرة: ایشان وقتی برای اصل حکم (سقوط خیار حیوان با تصرّف) استدلال کرده، چنین فرموده: تصرّف دلیل بر رضایت مشتری به لزوم معامله است(۳) (و لذا مسقط است، باز ملاک تصرّف کاشف از رضا است).

در جای دیگر علامّه فرموده: اگر مشتری به منظور استرداد حیوان به بایع سوار آن شود (در مسیر رد سوارش شده) چه مسافت کم باشد و چه طولانی فرقی ندارد و این سوار شدن کاشف از رضایت مشتری به معامله نیست (تا مسقط خیار او باشد).

سپس فرموده: اگر به حیوان آب دهد یا سوارش شود تا او را کنار رودخانه برده و سیراب نماید و بعد از آن، به صاحب اصلی‌اش یعنی فروشنده پس دهد باز این کارها علامت رضایت مشتری به معامله نیست، ولی اگر در بین راه حیوان را بدو شد و از شیرش استفاده کند، به نظر علامّه چنین تصرّفی علامت رضایت به معامله است (و در نتیجه خیار حیوانش ساقط می‌شود. باز سخن از تصرّف کاشف از رضا است).

۷ـ و همین علامّه ره در کتاب تحریر در باب خیار عیب و اینکه اگر مشتری در مبیع معیوب تصرّفی کرد حق ردّش ساقط می‌شود (و تنها حق دارد ارش بگیرد) فرموده: و نیز اگر مبیع را به کار بگیرد (مثلاً بارکشی کند) و یا در آن تصرّفی کند که دالّ بر رضا باشد حق ردّش ساقط می‌شود.(۴)

---

۱. سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.
۲. همان، ص ۲۷۷.
۳. تذکره، ج ۱، ص ۵۲۹.
۴. تحریر، ج ۱، ص ۱۸۴.

۸ـ شهید در دروس فرموده: تصرّف مسقط خیار است ولی بعضی‌ها مواردی را استثنا کرده‌اند از قبیل رکوب چهار پا برای امتحان، آرد کردن گندم با چهار پا (که با او سنگ آسیاب را بگردانند) برای امتحان، دو شیدن شیر آن برای امتحان و اینکه چقدر شیر دارد، اینها مسقط نیستند، خود شهید هم فرموده: این استثنا بجا است و بعید نیست[۱] (باز سخن از این استکه: هر تصرّفی مسقط نیست و خصوص تصرّفی که امتحانی نیست و دالّ بر التزام به بیع باشد مسقط است.)

۹ـ محقّق ثانی فرموده: اگر شخص ذی الخیار بدون علم و آگاهی و توجّه در مبیع تصرّفی کند، مثلاً گمان می‌کرد کنیز اصلی خودش می‌باشد نه کنیزی که تازه خریده و در او تصرّفی کرد و بعد معلوم شد که این همان جاریهٔ تازه خریده و متعلّق خیار است، یا غافل شد از اینکه این را تازه خریده و خیار حیوان دارد و بدون توجّه تصرف کرد، آیا اینگونه تصرّفات موجب سقوط خیار می‌شوند؟ محلّ تردّد است و دو وجه دارد:

۱ـ آری، به دلیل اطلاق برخی از روایات مبنی بر این که هر تصرفی مسقط است.

۲ـ خیر زیرا وی قصد لزوم بیع را نداشته و ندانسته تصرّفی کرده و اگر ملتفت بود چنین نمی‌کرد و تصرّفی مسقط است که علامت رضایت باشد.[۲]

همین محقّق ثانی جای دیگر فرموده: تصرّفاتی از قبیل سوار شدن برای امتحان یا برای بر طرف کردن چموشی حیوان یا برای خوف از ظالم (سوار شده و گریخته) یا برای استرداد آن به بایع مسقط نیستند، (چون علامت رضایت نمی‌باشند.)

سپس فرموده: آیا حمل دابّه (بار کشیدن با آن) برای امتحان، تصرّف محسوب می‌شود (تا مسقط باشد؟ یا خیر؟ بعید نیست که این نیز تصرّف نباشد (چون علامت رضایت نیست) و اگر قصدّ رد دارد ولی قبل از آن شیر حیوان را می‌دوشد و برای خود بر می‌دارد آیا این کار تصرّف مسقط محسوب می‌شود؟ فرموده: محّل اشکال است و منشأ اشکال این است که شیر ملک مشتری است (تا فسخ نکرده نمائات مال او است) و حق دارد آن را استخلاص کند و برای خود بر دارد یا حیوان را خلاص و راحت کند (پس خیارش ساقط نمی‌شود.) (و احتمال دیگر این است که این تصرّف مسقط باشد برای

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۷۲.　　۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۵.

اطلاق روایات باب تصرّف و احداث حدث).

و در جای دیگر فرموده: تصرّف مسقط آن تصرّفی است که مقصود از آن تملّک مبیع باشد نه امتحان کردن یا حفظ آن از هلاکت، مثلاً سوار شده که سیرابش کند تا از تشنگی نمیرد که اینها مسقط نیستند.(۱)

جناب شیخ اعظم می‌فرماید: منظور محقّق از «ما کان المقصود منه التملّک» چیست؟ (قطعاً مراد اصل حدوث تملّک نیست زیرا قبل از تصرّف هم از لحظهٔ بیع، مشتری مالک مبیع شده و تصرّف علّت محدثه نیست) بلکه یا مراد بقاء تملّک است یعنی تصرّف برای بقاء تملّک و به هم نخوردن معامله است و یا منظور استفاده‌های مالکانه است که شخص به عنوان مالک این انتفاعات را می‌برد نه به عنوان حفظ و برای امتحان و مانند آن.

قوله: هذا ما حضرنی:

این بود مجموعهٔ عباراتی که از فقهاء عظام در این مسأله پیدا کردیم و تمام آنها روی رضایت تکیه کرده بود و تصرّف کاشف از رضا را مسقط دانسته بود و چنانچه قبلاً گفتیم مراد معنای سوّم یعنی رضایت نوعی است پس هر تصرّفی که لو خلّی وطبعه و بر اساس ما هیّت و ذاتش ظهور در رضایت دارد و قضاوت عرفی این است که چون راضی است چنین تصرّفی می‌کند، اینها مسقط هستند و اسقاط فعلی است و مواردی که قرینهٔ خاص داریم که فلان تصرّف از روی رضایت نبوده خارج و مستثنا است وگرنه نوع آن مقتضی رضایت بود.

قوله: لکن یبقی:

در این فراز مشکله‌ای را طرح می‌کنند: بر مبنای ما کبرای کلّی مستفاد از نصوص و فتاوای فقهاء این شد که هر تصرفی که کاشف نوعی از رضایت به لزوم معامله باشد موجب سقوط خیار حیوان است و تصرفّات غیر کاشفه از رضایت موجب سقوط نیستند، ولی در بسیاری از مثالهای مذکور در نصوص (رکوب دابّه، نظر به جاریه و...) و در فتاوای قوم (رکوب دابّه، دوشیدن شیر آن، حمل و بارکشیدن با چهارپا و...) با اینکه

---

۱. همان، ص ۳۰۴.

اینها کاشف از رضایت نبودند و چه بسا غافل بوده و تصرّف کرده یا اصلاً جازم به رد بوده و در طریق رد سوار شده یا در طریق رد شیر را دوشیده و.... و قطعاً ضایت به معامله نداشته، مع ذلک نصوص و فتاوا اینها را مسقط خیار دانسته‌اند و این مثالها با آن کبرای کلّی منافات دارند و با احتمال اوّل ودوّم در معنای حدیث سازگار ترند تا احتمال سوّم و چهارم، پس منافات و تنا قضی مشاهده می‌شود میان آن کبرای کلّی با این مثالهای متعدّد.

(مرحوم شیخ حلّ مشکل نمی‌کنند ولی شاید بتوان گفت: مثالهای مذکور در نصوص از قبیل نظر به جاریه، تقبیل یا لمس آن و رکوب دابّه تا چند فرسخ، همگی کاشف نوعی از رضایت هستند و قبول نداریم که مطلقاً مسقط باشند، پس اینها که علی القاعده است و با کبرای کلّی منافاتی ندارند، و مثالهای مذکور در فتاوا نیز بعضاً از این قبیل است و بعضاً هم به اختلاف اجتهاد مجتهدین، مختلف و متفاوت است و شاید به فتوای کسی اینها علامت رضا باشند و به فتوا دیگری نباشند و مناقشه در مثال صدمه‌ای به کبرای کلّی مستدّل و مبرهن نمی‌زند.)

قوله: و منه یظهر:

سابقاً در بحثی که با علامّه داشتیم گفتیم: اگر مراد شما از حدث، مطلق تصرّفات باشد (کوچک و بزرگ، به هر نیّتی که باشد) چهار اشکال دارد و ایراد سوّم ما این بود که: با توجّه به اینکه معمولاً در ظرف سه روز تصرّفی از مشتری صورت می‌گیرد (وکم است که اصلاً تصرّفی نکند) و اگر مطلق تصرّف مسقط باشد لازم می‌آید جعل و تشریع خیار حیوان به مدّت سه روز لغو و عبث باشد که از حکیم صادر نمی‌شود.

حال مدافعی خواسته این استبعاد ما را حواب دهد و گفته: غالب تصرّفاتی که در ظرف سه روز انجام می‌گیرد همراه بالتزام به معامله نیست و نوعاً امتحانی و مانند آن است و چنین تصرّفاتی مسقط خیار حیوان نیست پس لغویّتی پیش نمی‌آید و جعل خیار تا سه روز بیهوده نخواهد بود. (البته مدافع بر مبنای خودش جواب می‌دهد نه بر مبنای علامّه).

مرحوم شیخ می‌فرماید: این دفاع ناتمام است زیرا محذور دیگری در ناحیهٔ تعلیل پدید می‌آید که آن را با مقدّمه توضیح می‌دهیم: در اصول خواندیم که تخصیص اکثر

قبیح و مستهجن است یعنی اینکه مولی عامّی را بگوید سپس نود در درصد افراد آنرا را با استثنا و تخصیص خارج کند و تنها ده درصد در تحت عامّ باقی بماند چنین چیزی مضحک است و جا دارد بگوئیم: از اوّل همان درصد محدود را بازگو کن نه اینکه عام یا مطلق بگوئی و سپس ناچار شوی اکثر افراد را خارج کنی، با این مقدّمه می‌گوئیم:

در ما نحن فیه حکمی داریم (لا شرط له یعنی نبود خیار) و موضوعی دارد (احداث حدث) (و امام به طور مطلق فرموده: «انی احدث حدثاً فلاشرط له» و سپس تعلیلی برای این مطلق آورده «فذلک رضامنه» آنگاه اگر موارد کمی از تصرّف و احداث حدث کاشف از رضا نباشد استثنای آنها محذوری ندارد و علی القاعده است و تعلیل برای مطلق بجا است ولی اگر غالب موارد چنین باشد، ابتدا مطلقی را گفتن و آنرا معلّل به رضایت نمودن و سپس محدود کردن آن مطلق و خروج غالب موارد، قبیح و مستهجن است که علتی که مال افراد قلیلی از مطلق حدث است برای مطلق افراد ان علّت واقع شده است و لذا این محذور پیدا می‌شود.

(البته پاسخی نمی‌دهند ولی حق این است که ما اصل دفاعیه را قبول نداریم که نوع و غالب تصرّفات در مدّت خیار علامت رضا نباشد بلکه به عکس نوع تصرّفات علامت رضا است زیرا همان ساعات اولّیه، اختبار و امتحان تمام می‌شود و تصرّفات روز دوّم و سوّم معمولاً همراه با رضایت است و ادعّای مدافع باطل است.)

قوله: من عدم انفکاک:

بیان اصل استبعاد و اشکال ما به علامّه است.

قوله: بانّ الغالب ...:

بیان دفع این اشکال و دفاع از علامّه است.

قوله: اذفیه انّ ....:

بیان وجه نظر و اشکال در دفاع مزبور است.

قوله: امّا الاستشهاد:

بعضی‌ها که در اصل مدعّا با ما موافق می‌باشند و تصرّفی را مسقط می‌دانند که کاشف از رضا باشد، برای اثبات این مدعّا شاهدی آورده‌اند که مورد قبول ما نیست و آن شاهد از

باب خیار شرط است: در مسألهٔ ششم از مسائل خیار شرط بحثی به عنوان بیع‌خیار داریم و اجمال مطلب این است که: شخصی نیاز مبرم به پول دارد و برای رسیدن به پول منزلش را به این نحو می‌فروشد که: این خانه را به یک میلیون تومان فرختم به شرط اینکه اگر تا یک ساعت دیگر مبلغ ثمن را به مشتری تحویل دادم حق فسخ داشته باشم، پس از معامله در ثمن دخل و تصرّف می‌کند و رفع نیاز می‌کند و معذلک تا یکسال‌خیار فسخ دارد زیرا تصرف او در ثمن به قصد التزام به بیع نبوده بلکه برای رفع نیاز فوری بوده و از اوّل قصدش این بوده که مثل ثمن را (چون عین آن مصرف شده) مسترد کند.

حال از اینجا می‌فهمیم که تصرّف ذی الخیار در مدّت خیار در مالی که به او منتقل شده اگر به قصد رضایت به معامله نباشد موجب سقوط خیار او نمی‌شود و این‌شاهدی می‌شود بر ما نحن فیه که تصرّف مشتری در حیوان هم اگر بدون رضایت به معامله باشد مسقط‌خیار حیوان نیست، مرحوم شیخ می‌فرماید: «فیه ما سیجیئی»: یعنی ما این شاهد را قبول نداریم و وجه آن به زودی در خیار شرط خواهد آمد. (در خصوص بیع خیار، طرفین از اوّل توافق کرده‌اند که بایع در این پول تصرّف کند و بعد از آن هم تا یکسان خیارش باقی باشد، و ما نحن فیه فرض نبود چنین توافقی است پس مورد شاهد بر ما نحن فیه نیست.)

قوله: و ممّا ذکرنا:

اگر کسی بگوید: ما دو طایفه روایت داریم: ۱ـ اخباری که دلالت می‌کرد بر اینکه تصّرف مسقط است و آن سه روایت بود که در صدر مسأله آوردیم. ۲ـ اخباری که دلالت دارد بر اینکه تصرّف در ظرف سه روز موجب سقوط خیار نیست و آنها سه روایت می‌باشند که الان بدانها اشاره می‌کنیم:

الف: روایت عبدالّله بن حسن از رسول اکرم(ص): «قال رسول الّله(ص) فی رجل اشتری عبداً بشرط الی ثلاثة ایّام فمات العبد فی الشرط قال یستحلف باللّه تعالی ما رضیه ثم هو برئی من الضمان».[۱]

کیفیت استدلال: رسول خدا(ص) استفصال نکرده و نپرسید که آیا مشتری قبل از

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۲، باب ۵ حدیث ۴.

تلف عبد، تصرّفی در آن کرده بود یا خیر؟ و به طور مطلق فرموده: قسم بخورد که راضی نبوده و ملتزم نشده بود... و ترک استفصال مفید عموم است یعنی چه تصرّفی کرده باشد و چه نکرده باشد خیارش ساقط نمی‌شود... پس تصرّف مسقط نیست.

ب: صحیحهٔ حلبی: مردی گوسفندی خریداری کرده و تا سه روز نگهداشته سپس آن را به بایع برگردانده، امام فرموده: اگر در آن سه روز از شیر گوسفند استفاده کرده باید ضمن ردّ گوسفند سه مُدّ (سه کیلو شیر یا بدل آن) را هم رد کند و اگر شیری نبوده پس چیزی به گردن مشتری نیست.[۱]

وجه استدلال: در بخش اوّل که سخن از استفاده از شیر حیوان بود، قهراً تصرّف هم کرده (دوشیدن) و معذلک فرمود می‌تواند خود حیوان را رد کند یعنی تصرّف مانع از رد نیست و مسقط خیار نمی‌باشد.

ج: و خبر دیگر نیز مثل خبر فوق است[۲] و نیازی به توضیح و بیان ندارد.

حال دو طایفه روایت داریم که دستهٔ اوّل می‌گوید: تصرّف مسقط است و دستهٔ دوّم می‌گوید: تصرّف مسقط نیست و کسی بگوید این دو طایفه تنافی دارند و جمع میان آن دو به این است که: طایفهٔ اوّل را حمل کنیم بر آن تصرّفاتی که علامت رضایت و التزام هستند و طایفهٔ دوّم بر تصرّف غیر کاشف از رضا حمل شود که باز هم نتیجه به نفع ما است و تصرّف کاشف از رضا مسقط است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از جوابی که قبلاً به مدافع از علامّه دادیم، و جه فساد این جمع روشن می‌شود زیرا با توجّه به اینکه غالب تصرّفات در ظرف سه روز ناشی از التزام نیست، اگر مطلقات را حمل کنیم بر تصرّف کاشف از رضایت، تعلیل در صحیحهٔ ابن رئاب قبیح و مستهجن خواهد بود که برای مطلق، این تعلیل را آورده در حالی که در واقع مخصوص موارد نادر از تصرفّات است که کاشفیّت دارند... .

---

۱. وسال الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۶۰، باب ۱۳ حدیث ۱.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۶۰ باب ۱۳ حدیث سوّم.

قوله: و ما فیهما:

این فراز جواب از اشکال مقدّر است، امّا اشکال: در دو خبر اخیر سخن از این بود که همراه با رد خود گوسفند سه کیلو شیر هم باید به بایع رد کند (بابت شیرهای استفاده کرده) در حالی که از نظر قواعد و به فتوای مشهور، مشتری در این سه روز مالک گوسفند بوده و منافعش ملک او بوده و حق استیفاء داشته و ضامن هم نیست (غاصب نیست و یدش عدوانی نیست تا ضامن باشد) پس منظور از رد این مقدار شیر برای چیست؟

در جواب می‌فرمایند: اوّلاً شاید این فراز را حمل بر استحباب کنیم و بگوییم رد این مقدار مستحب است نه واجب و وقتی مستحّب شد محذوری ندارد و می‌تواند رد نکند، پس خلاف فتوا نیست، و ثانیاً بر فرض نتوانیم حمل بر استحباب کنیم می‌گوئیم: دو مطلب است: ۱ـ رد خود گوسفند. ۲ـ شیرهای استفاده شده، و مشهور از این جهت دوّم به حدیث عمل نکرده‌اند ولی این باعث نمی‌شود که کلّاً روایت را رد کنیم و از جهت اوّل هم عمل نکنیم، خیر از ناحیهٔ رد گوسفند بدان عمل می‌شود و مدّعای ما را ثابت می‌کند که تصرّف غیر کاشف از رضایت، موجب سقوط خیار حیوان نیست.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه هر دو جواب ناتمام است. امّا اوّلی: حمل بر استحباب دلیل می‌خواهد که نداریم و مشهور فتوا به استحباب نداده‌اند و وانگهی کلمهٔ «یرّد» یکبار آمده و معقول نیست که نسبت به رد خود گوسفند به معنای جواز یا وجوب باشد و نسبت به رد سه مدّ به معنای استحباب باشد که استعمال در اکثر است.

و امّا دوّمی: اگر دو مطلب مزبور در دو جملهٔ جداگانه آمده بود جاداشت بگوئیم: به روایت نسبت به یک جمله عمل شده و به جمله دیگر عمل نشده ولی هر دو در یک جمله آمده و فرموده: «یرّد معها ثلاثة امداد» و اگر نسبت به رد سه مدّ به جملهٔ مزبور عمل نشده پس کلّاً این جمله کنار می‌رود و جای تفکیک نیست.

(مرحوم شیخ محاسبهٔ جدایی برای جمع بین روایات ندارند و به نظر می‌آید در خود این سه روایت اخیر قرائنی وجود دارد که تصرّفات، ناشی از رضایت به معامله نبوده و لذا مسقط نیست و مطلقاتِ دسته اوّل هم با صحیحهٔ ابن رئاب که معلّل بود تقیید

می‌شود و حکم دائر مدار علّت است و اشکال مستهجن بودن علّت هم به این نحو حلّ می‌شود که اصل فرضی را که موجب این اشکال شد قبول نکنیم که غالب تصرّفات ناشی از التزام نباشند ...).

قوله: و قدافتی:

اگر کسی گوسفندی غیر مُصرّاتی را (گوسفندی که چند روز شیر او را ندوشیده‌اند و شیر در پستانها جمع شده و مشتری خیار می‌کند خیلی شیر دارد) بفروشد و پس از دوشیدن شیر آن، مشتری عیبی در آن بیابد آیا حق رد دارد یا نه؟ شیخ طوسی در مبسوط فتوا داده که بدین وسیله خیار مشتری ساقط نمی‌شود و حق رد محفوظ است ولی بعضی گفته‌اند حقّ رد ندارد زیرا در گوسفند تصرّف کرده و شیر آن را دوشیده و بعد از تصرّف حقّ ندارد.[۱]

قوله: و بالجمله:

این فراز حاصل و خلاصه فراز قبلی یا وجه الجمع مزبور نیست و لذا تعبیر و «بالجمله» زیبنده نیست و در واقع بیان همان اشکالی است که قبلاً در فراز «لکن یبقی الاشکال ...» ذکر شد و یکبار دیگر در اینجا با آب و تاب تکرار می‌کند و جمع میان نصوص و فتاوا و کبرای کلّی مستفاد از آنها را با بسیاری از مثالهای موجود در نصوص و فتاوا در غایت اشکال می‌دانند و معتقدند که قابل جمع نیست ولی ما قبلاً در همان فراز از این اشکال پاسخ دادیم و معتقدیم که قابل جمع هستند و منافاتی نیست و در اینجا تکرار نمی‌کنیم.

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۱۲۵ ـ ۱۲۶.

۳ـ خیار شرط:

قسم سوّم از انواع خیارات، خیار شرط است؛ گاهی منظور از خیار شرط همان خیار اشتراط یا تخلّف شرط است که جناب شیخ در مکاسب به صورت جدا از آن بحثی نکرده و اجمال مطلب این است که در ضمن بیع شرطی شده مثلاً شرط خیاطت یا کتابت و... و مشروط علیه پس از معامله از این شرط تخلّف کرده، مشروط له خیار تخلّف شرط دارد. و در ما نحن فیه این قسم منظور نیست.

و گاهی منظور از خیار شرط عبارتست از خیاری که به سبب اشتراط آن در ضمن عقد ثابت می‌شود و در حقیقت «شرط الخیار» است نه «خیار الشرط» به هر حال منظور این است که: فروشنده متاعی را می‌فروشد و در ضمن بیع برای خود شرط خیار می‌کند و می‌گوید: می‌فروشم به شرط اینکه تا فلان مدّت خیار فسخ داشته باشم و اگر خواستم معامله را فسخ کنم. حال اصل صحّت و مشروعیّت آن در شریعت مسلّم است و مخالفی در میان امامیّه ندارد. (البته خیار مجلس و حیوان خیار شرعی تأسیسی بودند و خیار شرط امضائی است.) و اندازه معیّنی ندارد که حتماً سه روز یا ده روز یا یکماه جعل خیار کند بلکه منوط به تراضی طرفین است که تا یکماه جعل خیار کند یا تا یکسال و...

دلائل مشروعیّت: ۱ـ اجماع منقول به خبر مستفیض که بیش از سه نفر نقل اجماع کرده‌اند ۲ـ اخبار و روایات که منبع اصلی در باب می‌باشند و اجماع هم مدرکی و مستند به همین روایات است و آنها دو دسته می‌باشند:

۱ـ اخبار عامّه که به صورت عموم هر شرطی را تجویز می‌کنند و رعایت آن را لازم می‌دانند مگر مواردی که در این اخبار استثنا شده و از شروط باطل و غیر مشروع هستند (شروط مخالف کتاب و سنّت) و به عمومشان شرط خیار را هم که مورد بحث ما است شامل می‌شوند،

۲ـ اخبار خاصّه که مخصوص بعضی از افراد مسأله خیار شرط می‌باشند و کلیّت و عمومیّت ندارند و نمونه‌هایش در ضمن بیان مسائل خیار شرط خواهد آمد و برای نمونه اشاره می‌کنیم به حدیث سکونی از امام صادق از امام علی(ع) که قبلاً در بیان پنج شاهد بر ردّ احتمال اوّل و دوّم در معنای «ان احدث حدثاً فذلک رضامنه و لا شرط له» در خیار

حیوان ذکر شد و موردش معاملهٔ پارچه بود با شرط خیار نمودن تا نصف روز.

قوله: فمن الاولی:

اینک نمونه‌هایی از اخبار عامّه را ذکر می‌کنیم:

۱ـ خبری که به صورت مستفیض (راویان آن از سه نفر متجاوزند) نقل شده و ادعّای تواتر آن هم بعید نیست و آن اینکه: «انّ المسلمین عند شروطهم»[۱] یعنی مسلمانان پای شرطشان هستند و از آن تخلّف نمی‌کنند و بدان وفا دارند و عموم «شروطهم» شرط خیار را هم که مورد بحث ما می‌باشد شامل است و بر صحّت و نفوذ آن دلالت دارد.

۲ـ در صحیحهٔ ابن سنان بدنبال جملهٔ مذکور این جمله را افزوده: «الاّ کل شرط خالف کتاب اللّه فلا یجوز»[۲] یعنی همهٔ شروط، لزوم وفا دارند مگر هر شرطی که بر خلاف قرآن باشد که نافذ نیست. (مثلاً شرط کند که انگورها را خمر کنند یا خمر را بنوشد، چوبها را بت درست کنند یا بتها را بپرستند و... که اینها مخالف قرآن می‌باشند.)

۳ـ در موثّقهٔ اسحاق بن عمّار بدنبال جمله مذکور فرموده: «الاّ شرطاً حرّم حلالًا او حلّل حراماً»[۳] یعنی هر شرطی لزوم وفا دارد مگر شرطی که حلالی را حرام کند یا حرامی را حلال کند (کنایه از اینکه مخالف کتاب و سنّت و دریک کلام خلاف شرع باشد.) باز از شروط باطله بوده و لزم وفا نخواهد داشت.

۴ـ ابن سنان صحیحهٔ دیگری دارد که چنین است: «من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب اللّه فلا یجوز علی الذّی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم فیما و افق کتاب اللّه»[۴] یعنی هر کس شرط کند چیزی را که بر خلاف قرآن است چنین شرطی علیه مشروط علیه نیست و بر او نافذ نخواهد بود وجوب وفا نمی‌آورد، و مسلمانان تنها باید به شروطی وفا کنند که موافق کتاب اللّه باشد. حال ممکن است کسی بگوید: ما سه نوع شرط داریم:

۱ـ شرطی که مخالف کتاب الهی است یعنی بر خلاف ظاهر آیه‌ای از قرآن است.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ۶ حدیث ۱ و ۳.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ۶ حدیث ۲.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۳۵۳ باب ۶ حدیث ۵.
۴. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ۶ حدیث اوّل.

۲ـ شرطی که مخالف کتاب خدا نیست ولی موافق هم نیست زیرا قرآن در آن رابطه سخن نگفته و ساکت است.

۳ـ شرطی که موافق کتاب الّه است و قرآن در آن باره چیزی گفته و عموم یا اطلاق دارد و شرط هم با آنها هماهنگ است. حال صحیحهٔ مزبور تنها قسم سوّم را که موافق کتاب است لازم الوفا می‌کند در حالی که بالاجماع قسم ثانی هم لزوم وفا دارد و تنها قسم اوّل، از شروط باطله است، پس چه باید کرد؟ در جواب می‌فرماید: مراد از «ما وافق کتاب الّه» خصوص موافق نیست بلکه معنای سلبی دارد یعنی «مالم یخالف کتاب اللّه» و شامل قسم ثانی هم می‌شود و دلیل این توجیه و تأویل عبارتست است:

۱ـ اجماع قائم است که شرط غیر مخالف قرآن لازم الوفا است و لو موافق ایجابی نباشد.

۲ـ قرینهٔ مقابله: اوّل فرمود: من اشترط شرطاً مخالفاً لکتاب اللّه ... سپس در مقابل آن فرمود: «و المسلمون ... فیما و افق کتاب اللّه» و چون این جمله قسیم آن و نقطهٔ مقابل آن است پس به معنای مخالف نبودن است و تقابل سلب و ایجابی دارند و لذا از این ناحیه مشکلی نیست و البته تفصیل این مطالب که از روایات چه چیزی مستفاد است و کدام شرط مخالف است و کدام موافق؟ و... در مبحث «القول فی الشروط» خواهد آمد و فعلاً در صدد بیان احکام و مسائل خیار شرط هستیم که از شروط مخالف کتاب و سنّت نیست و بیان مجموعهٔ مسائل خیار شرط در هفت مسأله خواهد بود:

مسألهٔ اوّل:

گاهی زمان خیار شرط (خیار فسخی که در ضمن عقد شرط شده) متصّل به عقد است یعنی گفته: «بعت هذا الکتاب» و شرط می‌کنم که از هم اکنون تا ده روز خیار فسخ داشته باشم. و گاهی منفصل از عقد است یعنی گفته: فروختم این ماشین را و شرط می‌کنم که از فردا تا ده روزخیار فسخ داشته باشم که زمان عقد امروز است و زمان خیار از فردا شروع می‌شود. حال در فقه امامیّه از این ناحیه فرقی نیست که زمان خیار، متصل به عقد باشد یا منفصل از عقد باشد و هر دو قسم شرط‌خیار، صحیح و نافذ می‌باشند و دلیل مطلب عمومات ادلّهٔ شروط است که می‌گوید: «المسلمون عند شروطهم» و قید نکرده که شروط متصّل یا منفصل و لذا به عمومشان هر دو قسم را شامل می‌شوند.

قوله: قال فی التذکرة:

علامّه در تذکره فرموده: اگر امروز معامله می‌کنند ولی برای فردا جعل خیار می‌کنند در فقه ما صحیح است ولی شافعی از اهل سنّت این را صحیح نمی‌داند و می‌گوید: باید زمان خیار متصّل به عقد باشد و اگر منفصل بود صحیح نیست. و دلیل شافعی این است: اوّل که عقد انشاء شد معامله لازم است و بعد از مدّتی (از فرد امثلاً) دوباره می‌خواهد جایز و متزلزل باشد و چنین چیزی معقول نیست و منفصل بودن زمان خیار این لازم و تالی فاسد را دارد. مرحوم علامّه در پاسخ فرموده:

اوّلاً این امر مانعی ندارد (مقتضی موجود است و آن عمومات ادلهٔ شروط است و مانع هم مفقود است زیرا مانع شرعی نداریم که دلیلی گفته باشد: باید زمان خیار متصّل باشد، و مانع عقلی هم نداریم زیرا لزوم از ذاتیّات و لوازم ذات بیع نیست تا قابل انفکاک نباشد بلکه امر اعتباری است و زمام امرش به دست اعتبارکننده است و مانعی ندارد که عقلاء یا شارع چنین اعتبارکنند که مدّتی لازم باشد و سپس جایز شود).

ثانیاً سخن شافعی مادّهٔ نقض فراوان دارد که برای نمونه به دو مورد اشاره می‌کنند:

۱ـ خیار تأخیر: بایع متاعی را فروخته و مشتری رفته که ثمن را بیاورد. اگر تا سه روز نیاورد بایع حق دارد معامله را فسخ کند و آن را به دیگری بفروشد ملاحظه می‌کنید که تا سه روز معامله لازم است و پس از آن جایز می‌شود.

۲ـ خیار رؤیت: متاع یا حیوانی را با ذکر او صاف فروخته‌اند یا با رؤیت قدیمه فروخته‌اند و بعداً که تحویل می‌دهند مشتری می‌بیند که این آن نیست که قبلاً دیده بود و او صافش فرق کرده باز پس از رؤیت حق الخیار پیدا می‌کند و تا مشاهده نکرده معامله لازم است.[1] پس فرقی میان متصّل و منفصل نیست.

قوله: نعم یشترط:

متصّل بودن یا منفصل بودن دخیل نبود ولی تعیین مدّت کاملاً دخیل است یعنی باید در متن عقد زمان خیار راکاملاً معیّن کنند مثلاً بگوید: از حالا تا ده روز، یا از فردا تا ده روز یا تا یکماه یا تا یکسال خیار داشته باشیم و...، پس اگر طرفین توافق کردند که خیار فسخ

---

۱. تذکره، ج ۱ ص ۵۲۰.

داشته باشند ولی تا مدّت مجهول و نا معلومی (مثلاً تا زمان قدوم حاجی‌ها، تا زمان آمدن مسافر، تا سر خرمن، تا فصل در و کردن، تا برگ ریزان، تا درختان شکوفه دهند، تا میوه دهند، تا خرماها بدّ و صلاح شوند و...) چنین معامله‌ای قطعاً باطل است.

و دلیل آن اوّلاً اجماع است و ثانیاً غرری شدن معامله است که به عقیدهٔ شیخ اگر در معامله از جهتی از جهات (از ناحیه ثمن یا مثمن یا سایر متعلّقات عقد) جهالت راه یافت آن معامله غرری است و معاملهٔ غرری هم که در شریعت باطل است و «نهی النبی(ص) عن بیع الغرر»[۱]

قوله: و لا عبرة:

اگر کسی بگوید: عرف و عقلاء و اهل معامله در مثل معاملهٔ طلا و مانند آن مسامحه ندارند و دقیق باید وزن و مقدار را بدانند و نیز در مقام تنازع و مخاصمه و محکمه مسامحه ندارند و اهل مداقّه هستند و حتی یک ساعت و دو ساعت را هم حساب می‌کنند ولی نوعاً در مواقع عادی که نزاعی نیست و... بنا را بر مسامحه گذاشته و مرتکب برخی از معاملات غرری می‌شوند و به غرری بودن و جهالت اعتنا نمی‌کنند و اصراری بر علم و تعیین ندارند، فی المثل زمینی را مشاهده می‌کند و حدس می‌زند که یک هکتار باشد و معامله می‌کند، یا صبرهٔ گندمی را حدس می‌زند که ده خروار است و معامله می‌کند که نامش بیع جزافی است در حالی که اینها از امور کیلی و وزنی و متری و... می‌باشند ولی با حدس و تخمین معامله می‌کنند و به غرر و جهالت (که حتماً موجود است و معمولاً حدس دقیق نیست و کم و زیاد دارد) اعتنا نمی‌کنند، یا مثلاً مبیعی را که قدرت بر تسلیم ندارند و نمی‌دانند که آیا بایع خواهد توانست آن را به مشتری تحویل دهد یا نه؟ (مثل پرندهٔ در آسمان) معذلک معامله می‌کنند و به این غرر و جهالت توجّه نمی‌کنند، یا ثمنی که احتمال می‌دهند تفاوت ناچیزی با ثمن و قیمت واقعی داشته باشد و یا مثمن چنین باشد و... به این احتمالها توجّه نکرده و معامله می‌کنند، حال کسی بگوید: شرعاً هم چنین باشد و در ما نحن فیه هم عرف و عقلاء مدّت مجهول را در عقدشان ذکر می‌کنند و تا سر خرمن یا تا فصل در و... را می‌آورند و به جهالت و غرر

---

۱. وسائل الشیعه، ۱۲، ص ۳۲۰، باب ۴۰ حدیث ۳ و سخن بیهقی ج ۵، ص ۳۳۸.

موجود اعتنا نمی‌کنند پس مانعی نباشد و تعیین دقیق مدّت لازم نباشد.

مرحوم شیخ در پاسخ می‌فرماید: این گونه مسامحات عرفی شرعاً اعتباری ندارد و قابل اعتنا نیست و شاهد مطلب تتبّع در ابواب گوناگون فقه است که همه جا سخن از تعیین دقیق مدّت و اجرت و عوضین و... مطرح است وگرنه باید بیع جزاف یا بیع متاعی که متعذّر التسلیم است و... شرعاً جایز باشد و غرری نباشد (چون عرف در اینها مسامحه دارند) در حالی که حتماً غرری است و در «کتاب البیع» در بحث شروط عوضین مبسوطاً بیان شد. بنابر این در ما نحن فیه هم باید مدّت خیار دقیقاً تعیین شود و حواله به مجهول صحیح نیست و ذکر مدّت به نحو مجمل قابل قبول نمی‌باشد.

قوله: و لعلّ هذا:

مرحوم کاشف الغطاء جمله‌ای دارد که می‌گوید: دایرهٔ غرر در شریعت تنگ‌تر از دایرهٔ غرر در عرف است[1] و این جمله را یک بار در کتاب البیع در بحث «بیع صاعی از صبره‌ای» بیان کردیم، اینجا هم یک بار دیگر بیان می‌کنیم: منظور کاشف الغطاء این نیست که واژهٔ غرر غیر از مفهوم عرفی و لغوی که داشت، یک مفهوم شرعی هم دارد و حقیقت شرعیّه شده در معنای محدودتر که دایره‌اش کوچکتر است، زیرا قطعاً چنین نیست واحدی نگفته که غرر معنای شرعی پیدا کرده است. بلکه منظورشان همان است که در فراز قبلی ذکر شد که: عرف و عقلاء معاملاتی را تجویز نموده و بر آن اقدام می‌کنند که شارع مقدّس آنها را تجویز نکرده و مسامحهٔ عرفی را رد کرده است پس از نظر شرعی دایرهٔ اقدام محدود است و معاملاتی که شرعاً خالی از غرر باشد کمتر است از معاملاتی که عرفاً خالی از غرر باشد.

قوله: نعم الجهالة:

جهالتی که تا به حال مطرح شد و شارع بدان راضی نشد و مسامحهٔ عرف را رد کرد، آن جهالتهایی بود که غالباً منجر به نزاع و کشمکش می‌شوند و در مواقع عادی عرف مسامحه می‌کند وگرنه عند النزاع ابداً مسامحه نمی‌کند و شارع برای جلوگیری از همین نزاعها امر به دقّت و تعیین نمود ولی گاهی جهالتهایی داریم که غالباً منجرّ به نزاع

---

۱. در شرح قواعد ایشان این مطلب یافت نشد.

نمی‌شود و کم است که سر از تنازع در آورد (به قدری کم است که اصلاً به حساب نمی‌آید و النادر کالمعدوم) مثل اختلاف پیمانه‌ها در مکیل، یا میزانهاو وزنها در موزون که چندان تفاوت قابل توجّهی ندارند و خیلی خیلی ناچیز است، چنین جهالتی شرعاً هم غرر محسوب نمی‌شود وگرنه اگر این نیز غرر محسوب شود برای بندگان عسر و حرج و مضیقه درست می‌شود که شارع مقدّس بدان راضی نیست.

قوله: و یشیر الی ما ذکرنا:

از جمله شواهدی که مدّعای ما را بیان می‌کنند (یعنی دلالت دارند که باید مدّت دقیقاً معیّن باشد و اعتباری به مسامحات عرفی نیست.) اخبار باب بیع سلم است[۱] و مخصوصاً موثّقهٔ غیاث که می‌گوید: اشکالی ندارد که معامله سلم به این نحو انجام گیرد که کیل و پیمانه (اگر مکیل است) کاملاً معلوم باشد و اَجَلْ و مدّت نیز معلوم باشد. ولی به این نحو که بگوید: تا فصل خرمن کوبی یا تا فصل درو کردن و چیدن زراعت، صحیح نیست[۲] در حالی که به عرف و عقلاء که مراجعه می‌کنیم از این معاملات فراوان دارند که جنس را پیش خرید می‌کنند و مدّت را سر خرمن یا برگ ریزان یا فصل درو و مانند آن ذکر می‌کنند و جاهلند به حکم شرعی که شرعاً چنین معامله‌ای صحیح نیست، پس مسامحات عرفی و اقدامات آنها به بعض معاملات ملاک نیست.

قوله: و ربّما یستدّل:

مرحوم صاحب جواهر که در مدّعا با ما موافق است و می‌گوید: باید مدّت خیار شرط معلوم و معیّن باشد، در مقام استدلال چنین فرموده: اشتراط مدّت مجهول (قدوم الحاج و...) مخالف کتاب و سنّت است زیرا چنین اشتراطی غرری است و غرر خلاف کتاب و سنّت است (سنّت می‌گوید: «نهی النبی عن بیع الغرر»[۳] و کتاب می‌گوید: «ما آتاکم الرسول فخذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا»[۴]) و طبعاً این اشتراط باطل است پس باید مدت معلوم باشد تا این محذور پیش نیاید.[۵]

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۵۷ ـ ۵۹، باب سوّم.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۵۸، باب ۳، حدیث ۴.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۳۰، حدیث ۳، و سنن بیهقی، ج ۵، ص ۳۳۸.
۴. سورهٔ حشر، ۷.
۵. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۲.

مرحوم شیخ در رابطه با عبارت مذکور دو احتمال می‌دهند:

۱ـ احتمال قوی همین است و در خود عبارت جواهر قرینه وجود دارد که منظورش همین باشد و آن اینکه: این شرط غرری است و مشمول کبرای کلّیِ «نهی النبی عن بیع الغرر» است و در واقع منظورشان غرری بودنِ بیع و مخالف کتاب و سنّت بودنِ بیع است ولی از راه غرری بودن شرط و مخالف کتاب و سنّت بودنِ آن پیش آمده‌اند و این صغری و کبری تناسب ندارند و دو مطلب جدا را بیان می‌کنند زیرا غرری بودن شرط، نتیجه‌اش بطلان خود شرط است و به دنبال آن می‌خواهید به بطلان بیع برسید و این مبتنی است بر این که شرط فاسد مفسد عقد باشد یا نه، و علی المبنی است ولی غرری بودن خود بیع نتیجه‌اش مستقیماً بطلان بیع است و طبعاً وقتی بیع باطل شد شرط ضمن آن هم لغو و عبث و باطل می‌گردد و معقول نیست که بماند، پس از راه غرری بودن شرط به بطلان بیع رسیدن مبنائی است.

۲ـ محتمل است که مراد صاحب جواهر از غرری بودن و مخالف کتاب و سنّت بودن شرط، بطلان خود شرط است به عنوان یک التزام و انشاء چه در ضمن بیع باشد یا نه، بیع باطل باشد یا نه، اصلاً کاری به بیع ندارند و می‌خواهند بگویند: خود شرط غرری است و کبرای کلّی هم «نهی النبی عن بیع الغرر» نیست بلکه «نهی النبی عن الغرر» است که کلمهٔ بیع ندارد و به اطلاقش هر امر غرری از جمله شرط مزبور را شامل است[۱] و در نتیجه شرط خیار در مدّت مجهول باطل است ولو بیع غرری و باطل نباشد.

مرحوم شیخ می‌فرماید و لکن چه بخواهید و چه نخواهید غرر از شرط به خود بیع سرایت می‌کند و بیع هم غرری و باطل می‌شود آنگاه شما به جای اینکه مستقیماً روی غرری شدن خود بیع تکیه کنید و بگوئید: شرط مجهول موجب غرری شدن بیع می‌شود (و کاری به فساد و بطلان و غرری بودن خود شرط نداشته باشید) روی غرری بودن شرط تکیه کردید و از آن راه ناگزیر به غرری بودن بیع هم می‌رسید و این اکل از قفا

---

۱. به قول مرحوم آقای خوئی‌ﷺ این روایت را علاّمه به صورت مرسله نقل کرده ولی ثابت نیست. مصباح الفقاهه، ج ۶، ص ۲۰۹.

است که با اینکه مستقیماً می‌توان به غرری بودن بیع استدلال کرد، با واسطهٔ غرری بودن شرط بر آن استدلال کرده‌اید و به جای اینکه لقمه را مستقیماً در دهان بگذارید از پشت سر گردانده و با زحمت به دهان رسانده‌اید.

مسألهٔ دوّم:

این مسأله در حقیقت دنبالهٔ مسأله قبل است: در مسأله قبل گفته آمد که مدت زمان خیار شرط باید به دقّت تعیین شود و هر گونه غرر و جهالتی در مدّت شرط خیار، سبب غرری شدنِ خود معامله و بطلان آن می‌گردد. و اینک در مسأله می‌گوئیم: به نظر ما در بطلان عقد بوسیلهٔ شرط خیار مجهول، فرقی میان صور ذیل نیست:

۱ـ مدّت را در متن عقد بیاور ولی مقیّد به امر مجهولی بنماید مثلاً بگوید: «بعت و اشترط ان یکون لی الخیار حتّی قدوم الحاج» یعنی تا زمان آمدن حاجیان خیار داشته باشم که زمان قدوم حجّاج معلوم نیست.

۲ـ اصلاً مدت را در متن عقد نیاورد و صرفاً بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که خیار داشته باشم ولی اصلاً سخن از مدّت معلوم یا مدّت مجهول به میان نیاورد.

۳ـ مدّت را در متن عقد بیاورد ولی به نحو مطلق و مرسل یعنی مقیّد نکند به امر معلوم یا مجهولی، مثلاً بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که مدّتی خیار داشته باشم ولی اصلاً سخن از مقدار و اندازهٔ آن به میان نیامده است.

درهر سه فرض بیع باطل است زیرا هر سه در این جهت مساوی‌اند که معامله غرری می‌شود و مشمول ادلهٔ بطلان بیع غرری می‌گردد. (به عقیدهٔ شیخ اعظم: از هر زاویه‌ای که جهالت در گوشه‌ای از عقد نفوذ کند کلّ عقد را غرری و باطل می‌سازد.)

در مقابل قول مذکور عدّه‌ای از بزرگان قدماء از قبیل شیخ مفید رحمه‌الله و سیّد مرتضی رحمه‌الله و شیخ طوسی رحمه‌الله و دیگران فرموده‌اند: در صورت اوّل بیع باطل می‌شود، ولی در صورت ثانی باطل نیست و محکوم به صحّت است و مدّت خیار هم سه روز تعیین می‌گردد و نسبت به صورت ثالث حرفی نزده‌اند ولی بعید نیست که به نظر اینان، حکم صورت ثانی را داشته باشد. و عدّه‌ای از متأخّران از قبیل شهید اوّل در دروس، سیّد بحر العلوم در مصابیح، صاحب مفتاح الکرامه و مرحوم صاحب جواهر همین قول را برگزیده‌اند و در مجموع چهار دلیل آورده‌اند:

دلیل اوّل: اجماع منقول: چهار تن از متقدّمان (سید مرتضی، ابن زهره، قاضی، شیخ طوسی) ادّعای اجماع نموده‌اند بر اینکه در صورت ثانی بیع صحیح است و مدّت خیار شرط هم سه روز است.

دلیل دوّم: شیخ طوسی در کتاب خلاف پس از استناد به اجماع فرموده: و «اخبار الفرقه»[1] یعنی روایاتی هم از سوی محدّثین امامیّه داریم که دلالت بر تعیین سه روز دارند و به برکت اینها فتوا به صحّت بیع و تعیین سه روز دادیم.

شیخ اعظم می‌فرماید: گرچه شیخ طوسی در کتاب خلاف اصلاً اشاره‌ای به این اخبار نکرده و برای نمونه یکی را هم نقل نکرده ولی همین که به عنوان یک فقیه عادل ادّعا می‌کند که: «و اخبار الفرقة» و نقل اخبار می‌کند خود این به منزله وجود خبرهای مرسله است و ما این حکایت را در این حدّ می‌پذیریم، منتها حدیث مرسل نزد ما حجّت نیست و با اجماعات منقوله در دلیل اوّل این ضعف جبران می‌شود. (در واقع دلیل اوّل و دوّم روی همرفته یک دلیل می‌شود.)

دلیل سوّم: از صاحب جواهر است: ما در میان ادله و منابع هرچه گشتیم چیزی را که مخالف با این حمل و مانع از آن باشد (حمل بر سه روز) نیافتیم پس مانعی ندارد.

و اگر کسی بگوید: بزرگترین مانع غرری شدن بیع است که موجب بطلان است، در جواب می‌گوئیم: پس از وجود اخبار و روایات (همان اخباری که شیخ طوسی بدان اشاره کرد) شرعاً حدّ و مرز مدّت خیار معلوم می‌گردد و غرری بودن مندفع می‌شود و مانعی از صحّت بیع نخواهد بود.

و اگر کسی بگوید: متعاقدین که علم به این تحدید شرعی نداشتند تا همان را قصد کنند و با علم به آن مطلق بیاورند تا حمل بر سه روز شود. خواهیم گفت: علم متعاقدان شرط نیست و نظیرش را در باب خیار حیوان داریم که نوعاً مسلمانان به اصل خیار حیوان جاهلند و معذلک شارع حکم به خیار حیوان کرده و نیز بر فرض اجمالاً بدانند خیار حیوانی هست ولی نسبت به مدّت آن جاهل می‌باشند و معذلک این جهل قادح نیست و شرع به خیار حیوان تا سه روز حکم کرده و تحدید شرعی غرر را برداشته

---

۱. خلاف، ج ۹، مسأله ۲۵.

است.[۱]

دلیل چهارم: صاحب مفتاح الکرامه فرموده: پس از تحدید شرعی اصلاً جهالتی نیست تا قادح باشد بلکه جهل به علم بدل می‌شود و ما یقین داریم که در چنین صورتی مدّتی خیار شرعاً سه روز است و علم که آمد جهالت و غرر می‌رود و ما نحن فیه تخصّصاً از موضوع معاملهٔ غرری بودن خارج می‌شود و طبعاً مندرج در ادلهٔ بطلان بیع غرری هم نخواهد شد.[۲]

قوله: و فیه ما تقدّم:

مرحوم شیخ از جمیع ادلهٔ اربعه پاسخ می‌دهند:

امّادلیل اخیر (کلام مفتاح الکرامة): مبسوطاً در شرط سوّم از شروط عوضین (قدرت بر تسلیم، شرط صحت بود و تعذّر تسلیم، مبطل بیع بود لا جل الغرر...) ذکر شد که عنوان معاملهٔ غرری یا بیع غرری از عناوین و موضوعات شرعیّه نیست که مانند صوم و صلوة و... معانی جدید شرعی داشته باشد و حقیقت شرعیّه باشد تا اگر یکجا خود شارع حدّ و مرزی را مشخّص کرد شما بفرمایید: اینجا دیگر غرر صدق نمی‌کند. بلکه از موضوعات عرفیّه است یعنی عرف بگوید: فلان معامله غرری است و شارع حکم به فساد و بطلان را روی این موضوع مترتب کرده و فرض این است که در ما نحن فیه عنوان «بیع الغرر» عرفاً صدق می‌کند و اگر از خود طرفین معامله هم بپرسید، خواهند گفت: ما مدّت را نمی‌دانیم و سر بسته گفته‌ایم: مدّتی خیار شرط باشد و...

وقتی موضوع محرز شد و صدق عرفی مسلّم گردید می‌گوئیم: گیرم که به دلیل خاص ثابت شود که شارع حکم به بطلان نکرده و حکم به صحّت نموده و مدّت را سه روز معیّن کرده، این یک امر علی القاعده نیست و متعاقدان سه روز را قصد نکرده‌اند تا بگوئیم: عقود هم تابع قصود است و این مورد تخصّصاً از موضوع غرر خارج است. بلکه آنها صرف وجود ثبوت خیار را اراده کرده‌اند، پس غرر محفوظ است آنگاه اگر بدلیل خاص حکم به صحّت شد و مرز خاصّی برای آن مجهول معیّن گردید، این دلیل مخصّص عمومات نفی غرر و ادلهٔ بطلان بیع غرری خواهد بود و این مورد را حکماً از آن

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۴.
۲. مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۵۶۲.

ادله بیرون می‌برند اینکه موضوعاً و تخصّصاً خارج سازد و تحدید مرز یا یک تحدید تعبّدی است و تعبّداً خیار شرط در اینگونه موارد محدود به سه روز می‌شود (نظیر باب وصایای مبهمه که اگر وصیّت کرد که جزئی از مالم را به فلانی بدهید شرعاً حمل بر $\frac{1}{10}$ یا $\frac{1}{7}$ شده، یا اگر وصیّت به سهمی از مال نمود حمل بر $\frac{1}{8}$ شده و یا وصیّت به شیئی بر $\frac{1}{6}$ شده است و تعبّداً ما می‌پذیریم.) و یا موجب تحدید تعبّدی خیار شرط هم نیست تا هر جا اطلاقی بود بر این حمل شود بلکه صرفاً حکم خاصّی است که برای موضوع خاصّ ثابت شده و آن فرض اهمال مدّت خیار است (صورت ثانی از سه صورت مذکور در صدر مسأله) و حتیّ به درد فرض اطلاق مدّت (صورت سوّم) نیز نمی‌خورد. حاصل کلام اینکه: سخن در تخصیص ادلهٔ نفی غرر با اخبار تحدید شرعی است نه در تخصیص آن که از کلام مفتاح و حتّی جواهر مستفاد می‌شد.

قوله: و الانصاف:

حال آیا عمومات نفی غرر در ما نحن فیه مبتلا به تخصیص شده یا خیر؟ مخصّصی اگر باشد یا اجماعات منقوله در صدر کلام و دلیل اوّل این گروه است و یا اخباری است که شیخ طوسی بدانهااشاره کرد و انصافاً اینها قادر به تخصیص آن عمومات نمی‌باشند:

امّا اخبار: از اینکه شیخ طوسی در خلاف سر بسته اشاره کرده که اخباری داریم و ابداً متعرّض آنها نشد و نیز در دو کتاب حدیثی خویش (تهذیب و استبصار) اصلاً روایتی به این مناسبت نقل نکرده. ما به این نتیجه می‌رسیم که: روایت خاصّی در این رابطه نرسیده و منظور شیخ طوسی هم از «اخبار الفرقه» همان اخبارخیار حیوان است که ایشان طبق اجتهاد و استنباط خویش از آنها این مطلب را فهمیده است (به این بیان: روایت می‌گوید: الخیار یا الشرط فی الحیوان ثلاثة ایّام للمشتری اشترط او لم یشترط»، شیخ طوسی از این کلام استفادهٔ حصر کرده که منحصراً در حیوان خیار تا سه روز است مطلقاً چه شرط بکند یا نه، مفهومش این است که: پس در غیر حیوان چنین نیست که مطلقاً سه روز باشد بلکه اگر شرط بکند و مدّت را هم معیّن نکنند بر سه روز حمل می‌شود.)

ولی این اجتهاد شیخ است و برای ما حجّت نیست مضافاً به اینکه اصل استنباط ناتمام است زیرا حصری در کلام نیست تا مفهوم‌گیری شود. پس اصلاً روایات خاصّی

مبنی بر حمل بر سه روز نداریم، آنگاه اینکه در دلیل اوّل و دوّم این گروه سخن از جبران ارسال و ضعف سند با اجماعات بود، این نیز نا تمام است زیرا اوّل باید حدیث مرسلی باشد تا اشکال سندی یا دلالتی داشته باشد و اجماعات منقوله این ضعف‌ها را جبران کنند ولی در ما نحن فیه اصل وجود چنین خبری مجهول است و بر فرض که در واقع باشد ولی دلالت آن بر ما نحن فیه معلوم نیست و شاید به عقیدهٔ ما اصلاً دلالت نکند و لذا جای اعتماد بر منجبر یعنی اخبار و روایات نیست و تنها مسألهٔ جابر یعنی اجماع منقول مطرح است که آن نیز ایراداتی دارد:

اوّلاً اجماع منقول حجّت نیست.

ثانیاً ما اجمالاً می‌دانیم که اجماع کنندگان بر همین برداشتها و استنباط‌های شخصی خویش از اخبار اعتماد کرده‌اند (مثل استنباط شیخ طوسی که ذکر شد.) و در واقع اجماعشان مدرکی است و ارزش ندراد.

و ثالثاً در فرازهای قبلی علامّه فقط از شیخ طوسی این قول را نقل کرد نه از دیگران که این نیز وهنی بر اجماع است.

و رابعاً اجماع ابن زهرة و قاضی نوعاً مستند به اجماع سید مرتضی در انتصار است و لذا تقلیدی است و ارزش ندارد.

و خامساً نوع متأخرین با آن مخالفت کرده‌اند و برای ما که اجماع حدسی را قبول داریم هرگز حدس به قول معصوم نمی‌آورد و ارزشی ندارد.

قوله: نعم قدروی:

روایتی از طریق اهل سنّت و در کتب آنها نقل شده که به عنوان دلیل پنجم می‌آوریم و آن اینکه: شخصی به نام حنان بن منقذ به خاطر ضربه‌ای که بر سرش وارد آمده بود در معاملات فریب می‌خورد و مغبون می‌گردید، رسول خدا(ص) به او فرمود: وقتی معامله کردی بگو: «لا خلابة یعنی لا خدیعة»، خدعه و مکری نباشد و حضرت برای او سه روزخیار قرار داد[۱] یا فرمود: «لک الخیار ثلاثاً»[۲] حال کسی از این استفاده) کند و بگوید: هر جا تعیین نبود ملاک سه روز است.

---

۱. صحیح نجاری، ج ۲، ص ۱۳. ۲. صحیح مسلم، ج ۵، ص ۱۱.

ولی پاسخ این است که: این روایت هم از نظر سند مشکل دارد که از طریق عامه نقل شده و ما حجیّت آن را قبول نداریم و از نظر دلالت نیز ایراد دارد زیرا اوّلاً قضیّهٔ شخصی است و قابل توسعه نیست.

ثانیاً مربوط به خیار غبن است (به قرینهٔ لاخلابة) و ربطی به خیار شرط ندارد.

ثالثاً درخیار غبن نیز مورد عمل نیست زیرا مدّت‌خیار غبن که سه روز نیست.

اگر بگوئید: اجماعات منقوله این ضعفها را جبران می‌کند خواهیم گفت: با توجه به مخالفت معظم متاخرین از علامّه تا امروز، چه جای جبران است؟! و با این خبر ضعیف نتوان از عموم نفی غرر صرف نظر کرد و آنها را تخصیص زد.

در نتیجه: ما قائل به بطلان هستیم و همان طور که در صدر مسأله آوردیم در هر سه صورت بیع باطل می‌شود زیرا هر سه مورد معامله غرری است و در اسلام باطل و منهی است.

قوله: ثم انّه ربمّا:

در فرضی که مدّت خیار شرط مجهول باشد (به سه صورتی که در اوّل مسأله ذکر شد) در واقع سه قول مطرح است:

۱ـ قول شیخ اعظم و مشهور متأخرین که عبارت شد از بطلان عقد و شرط هر دو.

۲ـ قول عدّه‌ای از قدماء و متأخرین که هم عقد و هم شرط را صحیح دانسته و بر سه روز حمل کردند.

۳ـ قولی که در این فراز مطرح است: شرط مجهول فاسد و باطل است (شاید به این دلیل که: خود این شرط غرری است و مشمول کبرای کلّی «نهی النبّی عن الغرر» است که در مسأله قبل درکلام صاحب جواهر این احتمال داده شد.) ولی خود بیع صحیح است و وجهی برای بطلان آن نیست.

شیخ اعظم می‌فرماید: شاید دلیل صحّت بیع این باشد که به عقیده این عده شرط فاسد مُفسد عقد نیست و لذا وجهی برای بطلان عقد نیست و به عمومات صحت و لزوم متوسّل می‌شویم. ولی این سخن نا تمام است زیرا اوّلاً این مبنا قابل مناقشه است و در باب شروط خواهد آمد که خیلی‌ها شرط فاسد را مفسد عقد می‌دانند و ثانیاً بر فرض که شرط فاسد مفسد نباشد در مواردی است که فساد شرط به خود مشروط یا عقد سرایت

نکند و موجب خلل و نقصان در عقد نشود (مثلاً گفته: خانه را به شما فروختم و شرط می‌کنم که این انگورها را برایم شراب درست کنی، اینجا شرط خلاف کتاب و سنّت است و جا دارد کسی بگوید خود شرط فاسد شرط است و لزوم وفا ندارد ولی بیع را باطل نمی‌کند، بیع منزل که ایرادی ندارد.) ولی اگر فساد شرط بگونه‌ای است که سرایت به عقد می‌کند و موجب فساد عقد می‌شود اینجا جای تفکیک نیست و ما نحن فیه از این قبیل است زیرا جهالت به مدّت شرط سبب می‌شود که اصل بیع غرری و باطل باشد چه شرط مجهول خودش فاسد باشد یا نه، وقتی مشروط باطل شد قهراً شرط هم لغو می‌شود. پس اینجا جای تکلیف نیست و حق آن است که هم بیع فاسد است و هم شرط لغو است.

مسأله سوّم:

مسأله سوّم از مسائل خیار شرط در بارهٔ مبدء خیار شرط است که نظیر این بحث درخیار حیوان گذشت، خیار شرط از چه زمانی شروع می‌شود؟ آیا از لحظهٔ عقد؟ یا از هنگام تفرّق متعاقدین و به هم خوردن جلسهٔ عقد و انقضاء خیار مجلس؟

سه فرض قابل تصویر است.

۱ـ صریحاً در متن عقد آغاز خیار شرط را از زمان خود عقد قید کنند و مثلاً بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که از هم اکنون تا سه روزخیار شرط داشته باشم، این فرض را مرحوم شیخ متعرّض نیست ولی حکم فرض بعدی را دارد که الان می‌آید.

۲ـ صیغهٔ عقد را از این ناحیه (مبدء خیار شرط) مطلق بگذارند و تعیین نکنند، مثلاً سر بسته بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که سه روز یاده روز خیار فسخ داشته باشم یا بگوید: تا ده روزخیار فسخ داشته باشم که پایان مشخص است ولی آغاز معیّن نیست که از چه زمانی؟ از زمان عقد؟ یا از زمان افتراق؟ اینجا محلّ بحث است و رأی مشهور و شیخ اعظم «ره» این است که: مبدء خیار شرط از هنگام عقد است و به محض اتمام صیغه، مدّت خیار شرط آغاز می‌شود، به دلیل اینکه از اطلاق صیغهٔ بیع و شرط در ضمن آن همین امر متبادر است یعنی متفاهم عرفی همین است و اگر این انشاء را به عرف و عقلاء بدهیم فوراً قضاوت می‌کنند که منظور متعاقدین از هنگام عقد تا مدّت کذا است و غیر این متبادر نیست.

۳ـ صریحاً در ضمن عقد آغاز خیار شرط را از یک زمان منفصلی قرار بدهند (که در مسأله اوّلی فرمودند: لا فرق بین زمان متصّل و منفصل) مثلاً بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که فردا یا از فردا تا ده روز خیار داشته باشم در اینجا هم مبدء خیار شرط، همان اوّلین جزء زمان مقرّر است یعنی در مثال مزبور از اوّل فردا خیار دارد (حال از طلوع فجر صادق و اذان صبح باشد که مراد فردای شرعی و روز شرعی است یا از اوّل طلوع آفتاب باشد که مراد روز عرفی است.)

قوله: فیجوز:

حال که زمان منفصل هم ایرادی ندارد اگر مبیع حیوان باشد که سه روز خیار حیوان دارد یک وقت می‌گوید: پس از سه روز تا ده روز خیار شرط داشته باشم که بحثی نیست ولی یک وقت می‌گوید: پس از انقضاء خیار حیوان تا ده روز خیار شرط داشته باشم، آیا اینهم صحیح است؟ می‌فرماید: این مبتنی بر دو مبنای مذکور در خیار حیوان است:

۱ـ مبدء خیار حیوان از حین عقد باشد کماهو المشهور بر این مبنا جعل خیار شرط از زمان انقضاء خیار حیوان صحیح است زیرا زمان عقد کاملاً معلوم است و از آن زمان تا پایان سه روز هم دقیقاً معلوم است و از پایان سه روز و انقضاء خیار حیوان هم تا ده روز صد در صد معلوم است و هیچ غرر و جهالتی نیست که مانع شود.

۲ـ مبدء خیار حیوان از حین تفرّق باشد «کما علیه الشیخ الطوسی ره» بر این مبنا جعل مزبور صحیح نیست زیرا زمان تفرّق معلوم نیست تا به دنبالش سه روز خیار حیوان و انقضاء خیار حیوان معلوم باشد تا به دنبالش جعل خیار شرط معلوم باشد، و غرر پیش می‌آید و موجب بطلان است.

قوله: و لو جعل مبدئه:

این جمله دو گونه معنی می‌شود:

۱ـ همانکه در مبنای دوّم خیار حیوان ذکر شد و ضمیر مبدئه به خیار حیوان برگردد

۲ـ ضمیر به خیار شرط برگردد و فرع جدائی باشد و آن اینکه: اگر مبدء خیار شرط را از حین تفرّق قرار دهد و بگوید: فروختم و شرط می‌کنم از لحظهٔ افتراق تا ده روز خیار داشته باشیم باز باطل است چون مدّت مجهول است و ما نمی‌دانیم تفرّق چه زمان حاصل می‌شود و به دنبالش دو روز، کی تمام می‌شود و غرر مبطل بیع است.

قوله: و عن الشیخ:

در قبال قول مشهور که اطلاق را بر زمان عقد حمل کردند و گفتند: متبادر همین است، جناب شیخ طوسی و ابن ادریس حلّی مبدء خیار شرط را از هنگام تفرّق دانسته‌اند نه از حین عقد که در خیار حیوان نیز همین رأی را داشتند و دلیل این گروه قبلاً ذکر شد که شش دلیل بود و دلیل اوّل از شیخ طوسی (ره) بود که: «**الخیار یدخل اذا ثبت العقد و العقد لم یثبت قبل التفرق ...**» و ما در همان بحث این ادّله را بی‌جواب نگذاشتیم و پاسخ قاطع داده و رد کردیم، پس وجهی برای قرار دادن مبدء خیار از هنگام تفرّق وجود ندارد.

قوله: نعم یمکن:

خیار مجلس خیار شرعیِ تأسیسی بود و تابع دلالت دلیل بودیم و دلیل می‌گفت: «**البیّعان بالخیار ...**» و به محض اجراء عقد، عنوان متبایعان صدق می‌کرد و خیار مجلس از حین عقد شروع می‌شد. و خیار حیوان نیز چنین بود. ولی خیار شرط این ویژگی را دارد که خیار شرعیِ تأسیسی نیست بلکه عرفی است که شرع هم امضا کرده است و در عرف شایع است که متعاقدین برای حکمتها و مصالحی چنین شروطی دارند، آنگاه ممکن است کسی بگوید: متبادر از جعل خیار شرط این است که اگر این خیار نباشد بیع لازم می‌شود و از ناحیهٔ دیگر خیاری نیست و لذا بایع یا مشتری اصرار دارند که از ناحیهٔ شرط خیار بیاورند که لولا الشرط خیاری نیست (یا به دیگر بیان غرض جاعل و مشروط له از جعل خیار این است که متمکّن باشد از فسخ و راهی داشته باشد و اگر شرط نکند راهی ندارد.) آنگاه با وجود خیار دیگر (مجلس مثلاً) امکان فسخ بدون جعل خیار شرط نیز موجود است، و نیز بدون آن هم معامله لازم نمی‌شود، پس وجهی برای آن نیست و بجا است بگوئیم: منظور شارط، زمان پس از مجلس است و برای آن زمان فکری کرده و خیاری جعل می‌نماید (آنگاه این سخن به نفع قول شیخ طوسی (ره) تمام می‌شود).

قوله: و لکن:

ولی این سخن دو ایراد دارد:

۱ـ اشکال نقضی: لازمهٔ این حرف آن است که آنجا که مبیع حیوان است و طرف شرط خیار می‌کند باید بگوئیم: مبدء خیار شرط از زمان انقضاء خیار حیوان است و پس از سه روز شروع می‌شود، زیرا تا سه روز خیار حیوان هست و نیازی به خیار شرط

نیست و هدف تأمین است...، در حالی که احدی به این لازم ملتزم نشده و در مورد حیوان، بر پس از سه روز حمل نکرده است.

۲ـ اگر جاعل خیار شرط شرعاً به خیار مجلس واقف باشد و می‌داند که چنین خیاری در اسلام وجود دارد، جا دارد کسی بگوید: چنین کسی وقتی شرط خیار می‌کند منظورش پس از تفرّق است نه قبل از آن و برای بعد فکر می‌کند. ولی نوعاً مسلمانان جاهل به خیار مجلس هستند و لذا وقتی معامله می‌کند و می‌گوید: به شرط اینکه تا سه روز یا ده روز خیار داشته باشم، از همان لحظه بیع را قصد می‌کند نه پس از تفرّق را، آنگاه مراد و مقصود او از هنگام بیع است و شما به گردن او می‌گذارید و علیه او حکم صادر می‌کنید که از هنگام تفرّق باشد در حالی که او این را قصد نکرده پس «**ما قُصد لم یقع و ما وقع لم یقصد**»، و عقود هم تابع قصود است، دلیل خاص تعبّدی هم نداریم که خلاف مقصود آنها حکم کنیم، اجتماع دو یا چند خیار در زمان واحد هم که مانعی ندارد. پس وجهی برای قرار دادن مبدء خیار شرط از لحظهٔ تفرّق، وجود ندارد و حق با مشهور و قول اوّل است.

مسألهٔ چهارم:

شرعاً همانطوری که خیار شرط برای خود متعاقدین (هم بایع و هم مشتری یا یکی از آن دو) قابل جعل است و قدر متیقّن همین است، از نظر فقه امامیّه برای اجنبی و فرد ثالث نیز قابل جعل است (و منظور از این جعل، صرف توکیل نیست که اجنبی وکیل باشد و موکّل هم خیار شرط داشته باشد بلکه تولیت و تفویض است یعنی فقط اجنبی خیار شرط دارد و زمام امر عقد از حیث امضا و فسخ به دست او است و طرفین خیار شرط ندارند، چون برای خویش که جعل نکرده‌اند، برای اجنبی جعل نموده‌اند.) و علّامه در تذکره فرموده: اگر کسی عبدش را بفروشد و برای خود عبد، خیار شرط جعل کند (که عبد هم طرف عقد نیست یعنی موجب یا قابل نیست و لو مبیع است و در بیع مطرح است ولی حکم اجنبی را دارد نسبت به متعاقد بودن) شرعاً هم بیع و هم شرط صحیح است[1] (ولی شافعی در یک قولش حکم به بطلان هر دو کرده) و دلیل ما بر صحّت

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۲۱.

عبارتست از همان عمومات ادلهٔ شروط «المؤمنون عند شروطهم» که این شرط الخیار للاجنبی را نیز شامل می‌باشند و این شرط خلاف کتاب و سنّت نیست و تخیّلی هم که شده در ادامه پاسخ داده خواهد شد.

قوله: و لو جعل الخیار:

حال برای اجنبی که خیار می‌کنند گاهی برای یک نفر است، تکلیف روشن است و آن اینکه: همین شخص خیار دارد و اگر فسخ کرد معامله باطل می‌شود و اگر امضا کرد لازم می‌گردد ولی گاهی برای دو یا چند نفر جعل خیار می‌شود (که خود این سه فرض دارد و مرحوم ایروانی در حاشیه آنها را ذکر فرموده است[1] ولی شیخ اعظم تنها یک فرض را آورده آن اینکه:) هر کدام از این افراد استقلالاً خیار شرط دارند در چنین فرضی اگر همه بر امضای بیع و اسقاط خیار شرط خویش اقدام نمودند و اتّفاق نظر پیدا کردند حتماً معامله لازم می‌شود و اگر همگی فسخ کردند حتماً منفسخ می‌شود ولی اگر بعضی از آنها امضا نمودند و برخی فسخ کردند، چه فسخ فاسخ مقدّم بر امضای مجیز باشد و چه متأخر از آن باشد در هر حال فسخ مقدم و مؤثر است و حکم به بطلان می‌شود زیرا آنکه امضا می‌نماید و خیار شرط را اسقاط می‌کند، او خیار خویش را اسقاط کرده و از حق خویش گذشته و حقوق سایرین به او مربوط نمی‌شود و لذا حق الخیار شرط دیگران باقی است و می‌توانند اعمال کنند و معامله را به هم بزنند.

قوله: بخلاف ما لو وکّل:

تا به حال سخن از تولیت و تفویض بود، حال سخن از توکیل است، اگر یکی از طرفین برای خویش خیار شرط جعل کرد و ضمناً جماعتی را هم در اعمال خیار وکیل خویش قرار داد و به آنها این اختیار و اذن را داد که اگر خواستند معامله را فسخ یا امضا کنند ولی حق الخیار خود موکل هم باقی است و ساقط نشده و به دیگران تفویض نشده اینجا است که اگر یکی از وکلاء یا موکّل سبقت گرفت و اقدام به فسخ یا امضا نمود همان مقدم است و نوبت به تصرف وکلای بعدی نمی‌رسد زیرا یک حق بود که آن هم اعمال شد و دیگر حقّی نیست و موضوعی ندارد تا دیگران تصرّف کنند و اعمال خیار نمایند.

---

۱. حاشیهٔ ایروانی، ص ۲۱ ـ ۲۲، بخش خیارات.

قوله: و عن الوسیله:

ابن حمزهٔ طوسی در کتاب وسیله عبارت مجملی دارد که از سوی محشّین عالی مقام مکاسب، گوناگون معنی و تفسیر شده و ما در اینجا خلاصهٔ سخن مرحوم شهیدی[1] را در تفسیر این عبارت ذکر می‌کنیم:

اگر خیار شرط برای متعاقدین هر دو با هم بود (من حیث المجموع یک خیار داشتند) در اینجا چنانچه هر دو متفّقاً امضا یا فسخ نمایند تصرّفشان نافذ است ولی اگر اختلاف پیدا کنند (یکی اجازه کند و دیگران فسخ نماید) هیچ کدام تأثیر نگذاشته و حق خیار اجتماعی آن دو به قوّت خود باقی است و تا زمان خیار باقی باشد می‌توانند بر یک طرف متفّق و مجتمع شوند.

و اگر خیار شرط برای غیر متعاقدین (اجنبی) باشد (که منظور خیار مصطلح یعنی «ملک فسخ العقد او ابقائه» نیست و اجنبی حق ندارد مستقیماً فسخ یا امضا کند بلکه به این نحو است که او مختار است برای طرفین تعیین تکلیف کند یعنی اگر اختیار نمود امضا را به دنبال آن طرفین باید اجازه کنند و اسقاط خیار نمایند و اگر اختیار کرد فسخ را آنها باید فسخ کنند.) آنگاه در این فرض اگر اجنبی راضی به بیع شد بیع نافذ است یعنی طرف معامله باید اجازه و امضا را اختیار کند و خیارش را ساقط کند و اگر راضی نشد بلکه راضی به فسخ بود اینجا به تعبیر ابن حمزه: مشتری مخیّر است که فسخ کند یا امضا نماید، و ذکر مشتری (مبتاع) از باب مثال است وگرنه بایع هم در فرضی که او برای خویش این گونه جعل خیار نموده همانند مشتری است واین حرف‌ها در مورد بایع پیاده می‌شود، و اگر هر دو چنین خیاری جعل کردند برای هر دو همین حرفها مطرح است.

قوله: و فی الدروس:

شهید اوّل در دروس فرموده: جعل خیار برای اجنبی به نحو انفراد و استقلال (فقط برای اجنبی) مانعی ندارد و اگر طرفین یا یکی از آن دو برای اجنبی جعل خیار نمود، اختیار عقد با او است اگر خواست فسخ می‌کند و اگر خواست امضا می‌کند و در هر حال کسی حق اعتراض ندارد (مشتری یا بایع حق ندارند بگویند: چرا فسخ را اختیار کردی؟ یا چرا

---

۱. هدایة الطالب، ص ۴۴۰.

امضاء کردی؟ زیرا او صاحب خیار است و در اِعمال آن مجاز می‌باشد.)

و نیز جعل خیار برای اجنبی به اضافهٔ طرفینِ معامله یا یکی از آن دو، بلا مانع است یعنی هم اجنبی و هم خود بایع و مشتری خیار شرط داشته باشند که گاهی مجتمعاً خیار دارند و همه باید امضا یا فسخ کنند و فسخ یا امضا بعض فایده‌ای ندارد، چنانکه در کلام وسیله هم بود. و گاهی هر کدام مستقلاً خیار دارند که فعلاً این فرض مطرح است. و در این صورت اگر همه متفّقاً امضا کردند معامله لازم می‌گردد و اگر همه متفّقاً فسخ کردند باطل می‌شود و اگر اختلاف پیدا کردند و اجنبی مورد مخالفت واقع شد و طرفین با او مخالفت کردند فعل او (تصرّفش به فسخ یا اجازه) معتبر است و بر فعل طرفین مقدّم می‌شود وگرنه ذکر اجنبی در عقد بی فایده می‌شود.[1] و از آن جا که جملهٔ اخیر کلام شهید مجمل است مرحوم شیخ با «اقول» در صدد تفسیر آن بر آمده و می‌فرماید: فرض مخالفت دو صورت دارد:

۱ـ طرفین یا یکی از آن دو فسخ کنند و اجنبی امضا کند، در این فرض حتماً قول فاسخ مقدم است.

۲ـ طرفین امضا کنند و اجنبی فسخ کند، در این فرض هم اگر فعل طرفین مقدّم باشد حتماً ذکر اجنبی در ضمن عقد، بی فایده خواهد بود و لذا برای خروج از لغو بودن قول اجنبی مقدّم است و علی القاعده نیز هست که تقدیم فاسخ بر مجیز باشد.

قوله: ثمّ انّه ذکر:

اجنبی که خیار فسخ پیدا می‌کند آیا باید مصلحت جاعل را مراعات کند؟ یعنی اگر بایع برای او جعل خیار کرده، در مقام اعمال خیار باید مصلحت بایع را مراعات کند، و اگر مشتری جاعل است، مصلحت مشتری را و اگر هر دو برای اجنبی جعل خیار کرده‌اند باید مصلحت هر دو را مراعات کند؟ یا مطلقاً مختار و مجاز است و حق فسخ یا امضا دارد ولو به مصلحت جاعل نباشد؟

عدّه‌ای مراعات مصلحت را لازم دانسته‌اند شاید به این دلیل که از اطلاق صیغهٔ جعل خیار للاجنبی همین فرض متبادر است. (منظور انصراف است در وکالت حتماً باید

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۶۸.

وکیل مصلحت موکّل را رعایت کند، در تولیت و تفویض هم غالباً چنین است و این غلبه، سبب انصراف مطلق به این صورت شود.)

ولی جناب شیخ این را قبول ندارند و انصرافی که منشأش غلبهٔ وجود باشد ارزش ندارد ولو لا القرنیة الخاصّه بر مراعات مصلحت، مقتضای اطلاق صیغه، عدم لزوم مراعات است زیرا طرفین او را حَکَمْ قرار داده و به حکم او راضی شده‌اند و مقتضای تحکیم این است که هرچه او حکم کرد همان درست است به مصلحت جاعل باشد یا نباشد پس مراعات مصلحت لازم نیست.

از اینجا حکم فرع دیگری هم روشن می‌شود که اگر امر دائر شد میان صالح و اصلح که مثلاً فسخ کردن به مصلحت است ولی امضا بیشتر به مصلحت جاعل است و اصلح است، بعضی گفته‌اند باید مراعات اصلح کند به این دلیل که اجنبی امین است و عدم مراعات اصلح منافات با امین بودن دارد.

ولی شیخ اعظم می‌فرماید: «فیه نظر» زیرا ما اصل مراعات مصلحت را لازم ندانستیم تا چه رسد به لزوم مراعات اصلح عند الدوران... که به طریق اولی لازم نیست.

قوله: ثمّ انّه ربما:

به عقیدهٔ ما و جمهور امامیّه جعل خیار شرط برای اجنبی صحیح بود و تا به حال بحث شد ولی ممکن است کسی خیال کند یا کسانی خیال کرده‌اند که اشتراط خیار برای اجنبی باطل است زیرا چنین شرطی خلاف کتاب و سنّت و باطل است.

بیان مطلب: آن مقداری که شرعاً دلیل داریم عبارت است از صحّت فسخ به سبب یکی از سه عامل: ۱ـ به سبب اقاله یا تفاسخ طرفین.

۲ـ به وسیلهٔ خیار اصلی که از اوّل شرعاً و به اصل شرع در معامله ثابت است مثل خیار مجلس و حیوان که دلایل آنها گذشت.

۳ـ به وسیلهٔ خیار عارضی ثابت می‌شود مثل «بیع الخیار» که در مسأله ششم خواهد آمد و پس از رد ثمن به مشتری، بایع حق فسخ پیدا می‌کند. و قدر مسلّم ازثبوت فسخ برای متعاقدین است و آنها حق فسخ دارند، پس برای اجنبی ثابت نشده و لذا جعل خیار فسخ برای او خلاف کتاب و سنّت است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: (اوّلاً: در اوّل خیار شرط ذکر شد که این گونه از شروط نه

مخالف کتاب و سنّت است و نه موافق و آنکه باطل است قسمی است که مخالف با ظهور کتاب باشد نه آنکه موافق با ظاهر است یا نه موافق و نه مخالف است و ما نحن فیه از این قبیل است. و این نیز لزوم وفا دارد و صحیح است.

و ثانیاً: نه شرعاً و نه عقلاً هیچ مانعی از جعل خیار برای اجنبی و اختیار فسخ را به او دادن نیست، زیرا شرعاً گرچه طرفین حق فسخ دارند ولی منحصر به آن‌ها نیست و شرط نیست که حتماً طرفین باشند بلکه غیر آنها هم اگر حقّی در عقد پیدا کردند فسخشان نافذ است و عقلاً هم منعی و استحاله‌ای وجود ندارد و کافی است که فاسخ حقّی داشته باشد یا در عین، مثل مالکها و ورّاث آنها و یا در عقد، مثل اجنبی که برای او جعل خیار شده و بیش از آن لازم نیست. پس جعل خیار برای اجنبی صحیح است و اگر فسخ کرد نافذ است.

و نظیرش در مورد زوجه است که شوهرش زمینی را فروخته و خیار شرط قرار داده و سپس در مدت خیار مرده، این خیار به ورثهٔ او و از جمله همسرش منتقل می‌شود و زوجه نیز خیار فسخ را به ارث می‌برد و حق فسخ دارد با اینکه اگر هم فسخ کند و زمین بر گردد حقّی از عین ندارد و از اموال غیر منقول ارث نمی‌برد. «فلا مانع من جعل خیار الشرط للاجنبی.»

مسألهٔ پنجم: شرط استیمار:

این مسأله مستقیماً به بحث ما مربوط نیست ولی به مناسبت بحث از جعل خیار شرط برای اجنبی، این نیز مطرح شده و آن شرط استیمار است که بایع، علیه مشتری می‌تواند چنین شرطی بنماید، چه اینکه مشتری هم علیه بایع چنین می‌تواند بکند و هر دو نیز علیه یکدیگر می‌توانند شرط استیمار کنند. حال مراد از استیمار چیست؟ دو تفسیر برای آن ذکر می‌کنند:

۱ـ منظور آن است که مشروط علیه (کسی که به ضرر او شرط استیمار شده) از اجنبی و فرد ثالث طلب امر و اذن نماید و به هر چه اجنبی امر کرد و اذن داد به همان عمل کند و طبق آن مشی نماید. مثلاً اگر بایع به مشتری بگوید: فروختم به شما و خیار شرط یک ماه را هم برای شما قبول دارم که شما خیار فسخ داشته باشید ولی به شرط استیمار از زید یعنی اگر خواستید اعمال خیار کنید نخست باید از زید اذن بگیرید و به

آنچه او امر کرد اقدام کنید که خیار شرط واقعی برای مشتری است و از این ناحیه «مشروط له» است نه «مشروط علیه» ولی خیارش معلّق و مشروط به استیمار از اجنبی است و به این اعتبار «مشروط علیه» است که علیه او شرط استیمار شده است. در این مثال خود خیار شرط برای مشتری صریحاً ذکر نشده. ولی مثال دیگر این است که بایع بگوید: فروختم و برای فلانی شرط استیمار کردم که اگر شمای مشتری خواستید فسخ کنید اوّل باید از او استیمار و استیذان کنید، که در اینجا صریحاً و بالمطابقه خیار شرط مشتری ذکر نشده ولی لازمهٔ شرط استیمار، وجود خیار شرط است وگرنه استیمار معقول نیست (مثال مزبور مربوط به فرضی بود که بایع علیه مشتری شرط استیمار کند و عکس آن هم فرض و مثال دارد که مشتری علیه بایع چنین کند یا هر دو علیه یکدیگر که نیازی به ذکر و بیان ندارد و با مقایسه روشن می‌شود.)

۲ـ منظور این است که: لازم نیست شمای مشتری استیمار کنید و از اجنبی اذن بگیرید ولی اگر ابتدا به ساکن او امر کرد باید از امرش پیروی کنید یا منظور این باشد که چه شما طلب امر کنید و او در پاسخ شما امر به امضا یا فسخ کند و چه شما طلب امر نکردید و اجنبی خودش ابتدا به ساکن امر به یک طرف نمود باز باید امتثال کنید و این در حقیقت ایتمار (باب افتعال) است نه استیمار (باب استفعال) و در هر حال اجنبی فقط حق امر کردن دارد و حق خیار فسخ و مستقیماً فسخ کردن ندارد.

حال در چنین فرضی اگر مشروط علیه (در مثال ما مشتری است) بدون استیمار و استیذان از اجنبی اقدام به فسخ کرد و معامله را فسخ نمود قطعاً فسخ او نافذ نیست چرا که خیار فسخ او معلّق و مشروط به استیمار است و با انتفاء شرط، مشروط هم منتفی است و بدون آن اصلاً خیار فسخی ندارد تا فسخ او نافذ باشد.

و امّا اگر استیمار کرد و از اجنبی طلب امر نمود دو صورت تصویر می‌شود:

۱ـ اجنبی امر به اجازه و امضا بیع نمود و نظرش را این گونه اعلام کرد، در این فرض نیز مشتری حق فسخ ندارد و فسخ او قطعاً نافذ نیست زیرا اوّلاً هدف از اشتراط استیمار، مجرّد استیمار و طلب امر کردن که نیست (که فقط به اجنبی مراجعه کند و از او بخواهد که اذن بدهد و همینکه استیمار کرد کاری به امر اجنبی نداشته باشد و اختیار با مشتری باشد) بلکه هدف این است که به آنچه اجنبی امر کرد ملتزم باشد و بر طبق آن مشی کند

و فرض این است که او امر به امضاء نموده پس مشتری حق فسخ و مخالفت با امر اجنبی را ندارد.

و ثانیاً بر فرض که منظور بایع از این شرط، مجرّد استیمار و پرسش باشد (و لو اجنبی سکوت کند یا امر به خلاف کار مشتری نماید) باز هم موجب نمی‌شود که مشتری مالک فسخ باشد و بتواند معامله را فسخ کند زیرا شرط استیمار نه به دلالت مطابقه و نه به دلالت التزامیه بر ثبوت خیار فسخ به مجرّد استیمار، دلالت ندارد و بر فرض شک هم از اصل لزوم استفاده می‌شود و حکم به لزوم می‌شود.

(مرحوم شیخ سخن از لزوم امضا ندارند و شاید حکم این باشد که امضا هم لازم نیست و تنها مالک امضاء می‌شود و اگر خواست امضا می‌کند و اسقاط خیار می‌نماید و گرنه سکوت و صبر می‌کند تا مدّت یکماه استیمار بگذرد و خود به خود خیار شرط ساقط شود. و از صورت ثانی که خواهد آمد حکم این صورت روشن‌تر می‌شود).

۲ـ و امّا اگر مشتری از اجنبی استیمار کرد و وی امر به فسخ نمود و گفت: نظر من این است که معامله را فسخ کنی، آیا شرعاً بر مشتری فسخ واجب می‌شود؟ می‌فرماید: خیر واجب نیست و حدّاکثر ملک فسخ می‌آید و از این به بعد مشتری می‌تواند فسخ کند و اگر فسخ کرد نافذ است ولی اینکه باید فسخ کند، بایدی در میان نیست زیرا از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا طرف دیگر معامله (بایع که شارط است و علیه مشتری شرط استیمار کرده) راضی به فسخ نیست و نمی‌خواهد معامله باطل شود در اینجا که پر واضح است که فسخ واجب نیست زیرا اگر بخواهد فسخ واجب باشد لابد به خاطر حق فسخی است که به معامله تعلّق گرفته و آن حق فسخ باید ادا شود و در ما نحن فیه حق فسخ یا برای اجنبی و فرد ثالث است و باید مشتری آن را ادا کند و وفا نماید و یا برای متعاقدان است، و فرض این است که برای اجنبی نیست زیرا او فقط حق استیمار دارد نه فسخ کردن، و متعاقدین هم که راضی به فسخ نیستند و قاصد آن نمی‌باشند تا حقّی باشد و وجوب اداء به صاحب حق داشته باشد، پس وجوب فسخ دلیل ندارد.

۲ـ و یا طرف دیگر راضی به فسخ است و آن را از مشتری طلب می‌کند و می‌گوید: من با تو طی کردم که به امر دیگری باشد و دیگری امر به فسخ کرده پس حق دارم از تو

بخواهم که فسخ کنی، در اینجا هم بر فرض که حقّی برای بایع پیدا شود و او مسلّط بر طلب باشد و مشتری حق او را ندهد، حدّاکثر خیار تخلّف شرط برای بایع پیدا می‌شود و می‌تواند معامله را فسخ کند نه اینکه بتواند مشتری را ملزم به فسخ نماید و بر مشتری فسخ کردن واجب باشد.

حاصل اینکه شرط استیمار و بدنبال آن امر به فسخ از سوی اجنبی فقط ملک فسخی درست می‌کند و اگر از هر دو طرف شرط استیمار شده هر دو حق فسخ دارند و اگر از یک طرف است همان یکطرف حق فسخ دارد و می‌تواند فسخ کند، امّا وجوب فسخ دلیلی ندارد.

قوله: و ممّا ذکرنا یتضح:

تا به حال حکم شرط استیمار بیان شد و امّا شرط اتیمار: بایع مثلاً با مشتری شرط کند که تو حق خیار فسخ داری به شرط اینکه اگر فلانی به تو امر کرد طبق امر او حرکت کنی چه تو از او طلب امر کنی و او در جواب امر کند و چه ابتدائاً نزد تو آمده و امر به امضاء یا فسخ کند، در هر حال باید از امر او متابعت کنی. در این فرض نیز مثل فرض قبلی صوری وجود دارد و همان احکام مطرح است که اگر امر به امضا کرد حق فسخ ندارد و اگر امر به فسخ کند حق فسخ دارد....

قوله: ثمّ فی اعتبار:

آیا اجنبی و مستأمَر که از سوی بایع (مثلاً) حق امر یافته، در مقام امر کردن حتماً باید مصلحت شارِط (بایع) را رعایت کند و اگر امضا به صلاح او است امر به امضاء کند و اگر فسخ به صلاح او بود امر به فسخ کند؟ یا رعایت مصلحت او لازم نیست؟

دو وجه در مسأله وجود دارد:

۱ـ آری، رعایت مصلحت لازم است زیرا همین صورت از اطلاق خطاب متبادر است یعنی اطلاق به این صورت انصراف دارد زیرا غالباً چنین چیزی برای رعایت مصالح شارط است.

۲ـ خیر، لازم نیست زیرا خطاب اطلاق دارد و گفته: «اشترط الاستیمار» و نگفته: «مع ملاحظه المصلحة ...» و انصراف مزبور هم موجب رفع ید از اطلاق نیست زیرا انصراف بدوی است نه ظهوری و استعمالی. خود شیخ اعظم همین وجه را تقویت

می‌کنند مگر در مواردی که قرینهٔ خاصّی بر لزوم رعایت مصلحت باشد مثل قرینهٔ حالیّه که از حال شارط پیداست که هدفش از اشتراط استیمار مراعات مصلحت است و مثل قرینهٔ مقالیّه که به زبان آورده و گفته: به شرط استیمار از فلانی که خبره است و بهتر از من مصلحتم را تشخیص می‌دهد و....

مسألهٔ ششم: بیع خیار:

یکی از مصادیق خیار شرط عبارتست از خیار شرطی که کلمهٔ «بیع» به او اضافه می‌شود و «بیع الخیار» گفته می‌شود و تعریفش آن است که: شخصی به خاطر ضرورت و نیاز مبرمی که پیدا کرده ماشین یا منزل یا وسیلهٔ ضروری دیگری را می‌فروشد و مدّتی برای خودش شرط خیار می‌کند و می‌گوید: فروختم ولی شرط می‌کنم که اگر تا مدّت یک سال بهای منزل را به شما برگردانم: شما هم منزل را به من برگردانید و معامله را فسخ کنیم و طرف هم قبول می‌کند. (وگاهی هم پیشنهاد از سوی خود مشتری است که در اثر رفاقت و دوستی می‌گوید: من منزل شما را خریدم ولی تا سه سال به شما مهلت می‌دهم و اگر در طول سه سال پولم را به من برگرداندید من منزل را به شما تحویل دهم) این بیع را بیع الخیار می‌گویند. آیا چنین بیعی مشروع است؟

آری شرعاً جایز است و دلایل مطلب عبارتست از: ۱ـ اجماع که بزرگان ادّعا کرده‌اند

۲ـ اخبار عامّهٔ شروط ضمنی که در آغاز خیار شرط بدانها اشاره شد از قبیل: «المسلمون عند شروطهم و...» و شرط خیار مذکور در این مسأله نیز از مصادیق شرط است و عموم ادلهٔ شروط این را شامل است و خلاف کتاب و سنّت هم نیست تا اشکال داشته باشد.

۳ـ اخبار خاصّه‌ای که در خصوص مسألهٔ بیع الخیار وارد شده و جناب شیخ چهار روایت را نقل کرده‌اند: ۱ـ موثّقهٔ اسحاق بن عمّار[۱] ۲ـ روایت معاویة بن میسره[۲] ۳ـ روایت سعید بن یسار[۳] ۴ـ روایت ابو الجارود از امام باقر علیه السلام که متن خود روایات نیازی

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۵، باب ۸ حدیث اوّل.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۵، باب ۸، حدیث سوّم.
۳. فروع کافی، ج ۵، ص ۱۷۲، حدیث ۱۴.

به بیان ندارد و دلالت همهٔ آنها بر صحّت بیع کذائی واضح است.

قوله: اذا عرفت:

مرحوم شیخ پس از نقل روایات می‌فرماید: توضیح این مسأله از جمیع جهات منوط به این است که در اموری سخن بگوئیم که در مجموع هشت امر را بیان می‌کنند:

امر اوّل:

در این بیع و در روایاتِ آن همه جا سخن از رد ثمن است که اگر بایع ظرف مدّت مقرّر پول را آورد و به مشتری رد کرد حق دارد مثمن را تحویل بگیرد و معامله را فسخ کند و...، و بدون رد ثمن حق مطالبهٔ مثمن ندارد، پس رد ثمن در خیار شرط کذائی دخیل است ولی باید دید رد ثمن در چه چیزی دخالت دارد؟ احتمالات پنج تا است:

۱ـ رد ثمن در اصل ثبوت خیار برای بایع، دخیل و معتبر است و به این عنوان مأخوذ و ملحوظ شده، حال به نحو تعلیق دخیل باشد یعنی رد ثمن شرط حصول خیار برای بایع باشد و بگوید: «اِنْ رددتُ الثمن ...» یا به نحو توقیت دخیل باشد یعنی وقت رد ثمن وقت ثبوت خیار است و ظرف ثبوت خیار هنگامی است که ثمن را به مشتری رد کند «البته توقیت هم مصداقی از تعلیق است و در واقع معلّق به وقت کذائی است و ماهیّتاً یکی می‌باشند ولی از آنجاکه در روایات سخن از وقت ردّ است «الی وقتٍ بیننا و بینهم... ان جاء بالمال الموقّت و...» لذا مسألهٔ توقیت هم مطرح شده» متفرّع بر این احتمال پس پیش از رد ثمن اصلاً خیاری نیست و بعداً محقّق می‌شود زیرا «اذا انتفی الشرط انتفی المشروط» و طبعاً در این فرض همیشه مدّت خیار منفصل از عقد است زیرا بلا فاصله پس از بیع که رد ثمن نمی‌شود تا بلا فاصله هم خیار پیدا شود بلکه پس از مدّتی ثمن را فراهم کرده و تحویل مشتری می‌دهد و لذا پس از مدّتی خیار هم می‌آید حال مدّت کوتاه، باشد (ده روز دیگر) یا بلند باشد (ده ماه دیگر مثلاً)

قوله: و المراد:

ضمناً منظور از رد ثمن این نیست که حتماً بایع ثمن را به دست مشتری بدهد و او هم قبول کند بلکه منظور این است که از ناحیهٔ بایع آنچه در رد ثمن دخیل است انجام شده و مبلغ را مهیّا کرده و نزد مشتری آورده و آن را دو دستی به مشتری تقدیم می‌کند حال مشتری هم قبول کند و بگیرد و یا ابا و امتناع کند و نگیرد، در هر حال خیار فسخ برای

بایع حاصل می‌شود.

۲ـ رد ثمن قید اصل خیار نیست، اصل خیار مطلق است و از اوّل بیع آمده و مشتری در هر لحظه لحظهٔ این یک سال (مثلاً) خیار فسخ دارد و لذا هر لحظه بخواهد اسقاط هم می‌کند (این ثمرهٔ خیار داشتن است) ولی فسخ بایع وقتی مؤثر و نافذ و صحیح است و موجب بطلان بیع می‌شود که همزمان با رد ثمن یا آنِ پس از رد ثمن باشد و پیش از آن فسخش اثر ندارد پس سلطنت بر اعمال حق الخیار بعداً حاصل می‌شود وگرنه خود خیار از قبل آمده و فایده‌اش ذکر شد.

(تفاوت احتمال اوّل و دوّم از نوع تفاوت واجب مشروط و واجب معلّق در علم اصول است: در واجب مشروط بر مسلک مشهور اصل وجوب و تکلیف مشروط است و تا شرط حاصل نشود اصلاً وجوب و تکلیفی نیست و بعد از حصول شرط، از سوی مولی امر و تکلیف می‌آید، مثل امر به حج نسبت به استطاعت، و احتمال اوّل در ما نحن فیه از این قبیل است که تا ردّ ثمن نشود اصلاً خیاری نیست. و در واجب معلّق اصل وجوب فعلی و حالی است ولی واجب و صحّتِ عمل و امتثالِ واجب، استقبالی و در آینده است مثل حج نسبت به موسم آن که پس از استطاعت وجوب آمده ولی هنوز چهار ماه دیگر به موسم حج باقی است و تا موسم نیاید امتثال ندارد. و احتمال دوّم در ما نحن فیه از این قبیل است که اصل خیار از اوّل آمده ولی اِعمال آن به نحوی که مؤثر باشد پس از رد ثمن می‌آید.)

۳ـ در دو احتمال قبل رد ثمن زمینه سازی می‌کرد برای فعلی شدن خیار و به دنبال آن فسخ قولی کردن، و بدون فسخ مبیع به بایع بر نمی‌گشت ولی در این احتمال خود رد ثمن فسخ بیع محسوب می‌شود و به این عنوان معتبر و دخیل است البتّه فسخ فعلی است نه قولی و مبتنی است بر اینکه فسخ فعلی هم مؤثر باشد و اگر خود این عمل فسخ محسوب می‌شود باید گفت: فسخ انشاء است و انشاء احتیاج به قصد دارد و باید بایع به قصد فسخ این کار را بکند تا فسخ محقّق شود وگرنه محقّق نمی‌شود. مرحوم صاحب ریاض اخباری را که دلالت دارند بر عود مبیع به بایع به مجرّد رد ثمن، بر این احتمال

حمل کرده است.[۱]

۴ـ بالاتر از فسخ فعلی بودن که منوط به اراده و قصد بود، اصولاً رد ثمن موجب انفساخ بیع است و به دنبال آن، بیع خود به خود منفسخ می‌شود بدون اینکه نیازی به قصد انشاء و مانند آن باشد و در فسخ دخیل نیست بلکه در انفساخ دخیل است و سبب انفساخ است (شبیه شراء من ینعتق علیه که به هر قصدی باشد مبیع به طور قهری آزاد می‌شود چه مشتری بخواهد یا نخواهد.) آنگاه در سه احتمال قبل وقتی می‌گفتیم: بایع خیار فسخ دارد خیار مصطلح بود که حق دارد معامله را به هم بزند و مالک فسخ عقد است، ولی در این احتمال وقتی می‌گوئیم بایع خیار فسخ دارد منظور این نیست که مستقیماً و بالمباشره مالک فسخ است و فسخ می‌کند بلکه منظور سلطنت بر سبب انفساخ است که رد ثمن باشد و می‌تواند رد ثمن کند و همین که سبب آمد مسبّب هم به دنبالش می‌آید و قهری است.

از روایت معاویة بن میسره همین احتمال استظهار می‌شود (زیرا سئائل این طور فرض کرد که پس از رد ثمن، «الدارّ دارک» یعنی خانه خانهٔ بایع است و نیازی به فسخ نیست و خود به خود معامله باطل شده، امام علیه السلام نیز این را امضا و تقریر کرد و فرمود: «له شرطه ...» البته احتمال هم دارد که از روایت معاویه احتمال ثالث (ردّ ثمن فسخ فعلی باشد) استفاده شود زیرا «الدّار دارک» یعنی خود به خود فسخ شده یا بایع به قصد فسخ ردّ ثمن کرده و فسخ فعلی صورت گرفته است و با هر دو احتمال می‌سازد.

و نیز روایت سعید بن یسار و موثّقه اسحاق بن عمّار هم ظهور در احتمال ثالث دارند (زیرا در روایت سعید آمده بود: «ان جاءت بالثمن رد المبیع الی بایعه ...» و در روایت اسحاق آمده بود: «ان جاء به رد الشراء ...» و هر کدام از اینها کنایه از فسخ بیع هستند.)

سیّد بن زهره هم در غنیه مسأله را به همین عنوان (انفساخ عقد ...) ذکر کرده است که مؤیّد احتمال چهارم است: ایشان در خیار شرط این مسأله ششم را نیاورده و در باب شروط جایزی که در ضمن عقد آورده می‌شود ذکر کرده و فرموده: بیع خیار این است که

---

۱. ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۸۹.

متاعی را بفروشد و بر مشتری شرط کند که اگر تا فلان وقت پول را آوردی مبیع از آن تو باشد (یعنی خود به خود معامله باطل شود و مبیع ملک تو شود نه اینکه فسخ و ابطالی در میان باشد.)[۱]

۵ـ رد ثمن شرط وجوب اقاله بر مشتری باشد یعنی گرچه صریحاً سخن از اقاله نیست ولی منظور طرفین از شرط رد ثمن از سوی بایع، و استرداد مثمن از سوی مشتری به بایع، همین اقاله است و گویا بایع با رد ثمن استقاله و طلب اقاله می‌کند و مشتری هم با قبول شرط، خود را ملتزم و متعهّد ساخته که به استقالهٔ او جواب مثبت داده و اقاله یعنی فسخ طرفینی نماید و کانّ بایع می‌گوید: «اَقِلْنی»، مشتری هم می‌گوید: «اَقَلْتُکَ و ...» ابن حمزهٔ طوسی در وسیله هم تعبیری دارد که صریح در اقاله است و نیازی به توضیح ندارد.[۲] آنگاه به دنبال استقالهٔ بایع، اگر مشتری با میل و طیب نفس اقاله نمود و مبیع را به بایع داد که بحثی نیست ولی اگر ابا و امتناع کرد، در قدم اوّل حاکم شرع او را ملزم و مجبور به اقاله می‌کند و در قدم دوّم اگر باز هم تسلیم نشد حاکم شرع از طرف او اقاله می‌کند، و اگر این هم میسّر نشد (به دلیل عدم دسترسی به حاکم و ...) خود بایع استقلال در فسخ پیدا می‌کند و حق دارد یکجانبه معامله را فسخ کند و این حق الخیار تخلّف شرط است.

قوله: و هو محتمل:

در روایت سعید بن یسار و اسحاق بن عمّار یک احتمال این بود که منظور فرض سوّم یعنی فسخ فعلی باشد و یک احتمال فرض چهارم بود که گذشت و اینک محتمل است مراد از وجوب رد مبیع بر مشتری عند رد الثمن ...، فرض پنجم باشد و ذکر رد ثمن و متقابلاً رد مثمن در واقع کنایه و از باب ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم است (ردّ و بدل کردن ثمن و مثمن لازم اقاله است و اقاله ملزوم آنها و ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم شده است.) نه اینکه منظور از وجوب رد مبیع به بایع از نوع تملّک بایع نسبت به مبیع باشد آن هم به مجرّد فسخ که احتمال اوّل و دوّم آن را مطرح می‌کرد بلکه احتمال پنجم مراد است.

---

۱. الجوامع الفقهیّه، ص ۵۸۶، غنیة النزوع، ص ۲۱۵.
۲. الجوامع الفقهیّه، ص ۷۰۷، سطر ۲۱، وسیله، ص ۲۴۹.

قوله: و الاظهر:

از میان پنج احتمال مزبور، احتمال دوّم که رد ثمن شرط فسخ باشد، از کلمات بیشتر بزرگان استفاده می‌شود و آنها رد ثمن را قید فسخ دانسته‌اند ولی به عقیدهٔ شیخ اعظم به جز احتمال چهارم بقیّهٔ احتمالات صحیح است و رد ثمن می‌تواند شرط اصل خیار باشد، شرط فسخ باشد، خودش فسخ فعلی باشد، شرط اقاله باشد. و امّا احتمال چهارم مبتلا به اشکال است و آن اینکه شرعاً هر مسبّبی از راه سبب خاصّی حاصل می‌شود و از غیر آن طریق مشروعیّت ندارد، فی المثل بیع و مبادله و تملیک از راه انشاء قولی یا فعلیِ تملیک حاصل می‌شود، فسخ از راه انشاء قولی یا فعلی حاصل می‌شود و.... حاصل همانطور که اصل انعقاد بیع بدون سبب باطل است هکذا انفساخ آن بدون سبب شرعی هم باطل است و فسخ قولی یا فعلی باعث انفساخ هست ولی رد ثمن شرعاً سبب انفساخ نیست و لذا حکم به انفساخ در واقع از باب تحقّق مسبّب بدون سبب است که شرعاً باطل است و لذا شرط مذکور مخالف کتاب و سنّت است و اشکال دارد ولی احتمالات دیگر منعی ندارد. پس هرکدام می‌تواند از اشتراط ثمن اراده شود.

امر دوّم:

دوّمین امری که در اطراف بیع الخیار قابل بحث می‌باشد، راجع به خود ثمنی است که در ضمن عقد، رد آن به مشتری شرط دانسته شده (حال شرط اصل خیار باشد یا شرط فسخ باشد و یا احتمالات دیگری که در امر اوّل ذکر شد.) این ثمن یا کلّی و در ذمّه است (ذمّه مشتری کما هو الغالب که چیزی را خریداری می‌کند و ثمن آن را یک امر کلّی قرار می‌دهد و به ذمّه‌اش می‌آید و باید از هر کجا شده مصداق آن را فراهم کند و تحویل دهد.) و یا شخصی و عین خارجی است، و در هر یک از دو صورت یا بایع ثمن را از مشتری قبض کرده و یا هنوز قبض نکرده است در مجموع در اصل مسأله چهار صورت درست شد:

۱ و ۲ـ هنوز بایع ثمن را قبض نکرده (چه ثمن کلّی که به ذمّهٔ مشتری آمده و چه ثمن شخصی) آیا خیار فسخ دارد؟ اوّل می‌فرماید: آری، خیار فسخ دارد هر چند که هنوز رد ثمن محقّق نشده و دلیل خیار داشتن آن است که رد ثمن موضوعیّت ندارد و طریق است برای اینکه مجوّزی برای فسخ پیدا شود و در این دو فرض که ثمن نزد مشتری یا به ذمّهٔ

او است، این مجوزّ وجود دارد و مناط رد ثمن هست سپس باید بتواند اعمال اخیار کند و به دیگر سخن رد ثمن مطلقاً شرط نیست بلکه بر فرض قبض ثمن، رد آن شرط و لازم است و در اینجا قبضی نشده تا ردّ شرط باشد پس در این فرض رد ثمن شرط نیست و بدون آن نیز فسخ و خیار می‌آید. (آنگاه متفرّع بر این احتمال: اگر در طول مدّت معیّن (یکماه یا یکسال) ثمن به قبض بایع نرسید و خیار فسخ هم داشت و اعمال خیار نکرد معامله لازم می‌گردد و خیار بایع ساقط می‌شود.)

سپس می‌فرماید: احتمال هم دارد که قبل از قبض خیار شرط نداشته باشد چرا که شرط، رد ثمن است و رد ثمن فرع بر قبض ثمن است و تا قبضی نباشد ردّی هم نیست و وقتی شرط نبود مشروط هم نابود است پس قبض باید بیاید تا شرط میسور باشد و خیار فسخ بیاید و لذا هنوز خیار نیامده.

۳ـ ثمن شخصی و عین خارجی است و بایع هم آن را از مشتری قبض کرده است و در ضمن بیع شرط رد ثمن شده ... خود این چهار صورت پیدا می‌کند که در مکاسب سه صورت آمده:

۱ـ در متن عقد خصوص رد عین ثمن را شرط کنند و مشتری بگوید: اگر تا یکسال عین ثمن را به من برگرداندی، مبیع را به شمار مسترّد می‌کنم.

۲ـ خصوص رد بدل را (مثل یا قیمت) شرط کنند که این‌نیز ممکن است و چه بسا غرض عقلائی هم در آن باشد و جا داشت مرحوم شیخ این را ذکر کند ولی تعرّض نکرده‌اند.)

۳ـ در متن عقد خصوص رد عین یا خصوص رد بدل را شرط نکند بلکه اعم از آن دو را شرط کند که خود این سه شعبه دارد: الف به صورت ترتب و طولیت ردّ عین و بدل در طول یکدیگر بیاورد و بگوید: شرط می‌کنم که در قدم اول خود عین ثمن را رد کنی و در قدم دوّم اگر امکان رد عین نبود بدل آن را مستردکنی ضمناً عدم تمکّن از ردّ عین هم به سبب عامل دیگری غیر از خود بایع است یعنی در سایهٔ تلف قهری و سماوی است یا در سایهٔ اتلاف اجنبی است و ربطی به بایع ندارد و به سبب اتلاف خود بایع نیست.

ب: همان فرض قبلی با این تفاوت که عدم تمکّن از رد عین مطلق باشد یعنی چه به سببی خارج از ارادهٔ بایع که آفت سماوی و اتلاف اجنبی باشد و چه به سبب دخالت

خود بایع باشد که تصرّف و اتلاف کرده است، در هر حال خیار فسخ دارد.

ج: به صورت عرضیّت و در عرض هم بودن و تخییر بیاورد و بگوید: شرط می‌کنم که یا خود عین ثمن را رد کنم و یا بدل آن را، که با وجود امکان رد عین هم سخن از رد بدل مطرح است و در طول آن نیست. البته این شعبهٔ سوّم مبتلا به اشکال است و آن اینکه فسخ شرعاً (از نظر حکم شرعی) و لغتاً (از نظر معنی و مفهوم عرفی) به معنای رد خود عین است البته تا حدّ امکان، و در اینجا فرض این است که رد خود عین میسور است و نوبت به اشتراط رد بدل در عرض آن نمی‌رسد.

قوله: و فی جواز:

همینجا فرع کوچکی مطرح می‌کنند که اگر ثمن مثلی باشد آیا حتماً بدل آنهم باید مثلی باشد و اگر شرط می‌کند که عند التعذر بدل را بدهد باید شرط کند که مثل آن را رد می‌کنم یا می‌تواند در مثلی سخن از رد قیمت به میان آورد و بگوید قیمت آن را رد می‌کنم و به عکس اگر قیمتی است سخن از اداء مثل به میان آورد و نه قیمت شیخ می‌فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد:

وجه اوّل یا جواز اشترط قیمت در مثلی یا مثل در قیمی: دلیل جواز عمومات ادلهٔ شروط است که این را نیز می‌گیرد.

وجه دوّم یا عدم جواز: آن مقدار که با فسخ ثابت می‌شود این است که اگر عین موجود است همان را رد کند و اگر عین تلف شد) بدل آن را و بدل مثلی مثل است نه قیمت، کما اینکه بدل قیمی قیمت است نه مثل

۴ـ شرط رد ثمن را مطلق بیاورد یعنی تصریح نکند به رد خصوص عین یا بدل و یا اعمّ از آن دو.

قوله: فعلی الاوّل:

حکم صورت اوّل از چهار صورت: تنها با رد خود عین خیار فسخ برای بایع می‌آید و لاغیر، زیرا خصوص این، شرط شده است و متفرّع بر این اگر عین ثمن در دست بایع تلف شد خیاری نخواهد داشت (زیرا اذا انتفی الشرط انتفی المشروط) ضمناً فرقی میان سه صورت ذیل نیست:

الف: تلف به آفت سماوی باشد. ب: به اتلاف اجنبی باشد، ج: و به طریق اولی به

اتلاف خود بایع باشد که به منزله امضای بیع و اسقاط خیار است. در هر سه صورت خیار ساقط می‌شود مگر کسی بگوید: هدف از اطلاق اشتراط رد عین که بایع به قول مطلق شرط کرد و مقیّد به تلف قهری یا اتلاف و... نکرده، این است که جلوگیری کند از اتلاف بایع و این را موجب سقوط خیار فسخ بداند که اگر هدف این شد در فرض تلف قهری یا اتلاف اجنبی خیار باقی است و به قول مطلق ساقط نمی‌شود. ولی جناب شیخ در آن نظر و اشکال دارند که وجهی برای این حمل نیست و نتوان اطلاق را محدود کرد پس مطلقاً خیار باقی است.

قوله: علی الثانی:

از چهار صورت مذکور صورت ثانی را شیخ اعظم متعرّض نشده و حکمش از صورت رابع که خواهد آمد، دانسته می‌شود. و حکم صورت ثالث را ذکر می‌کنند که طبق تقسیم خود ایشان صورت ثانی است و خودش سه شعبه داشت و شعبهٔ سوّم مبتلا به اشکال به‌بود و دیگر صحیح و قابل قبول بود و حکمش روشن است که اگر چنین شرطی نمود و علی الفرض رد عین متعذر بود حتماً نوبت به رد بدل می‌رسد و باید مثل یا قیمت را رد کند.

قوله: و امّا الثالث:

از چهار صورت این صورت چهارمی است ولی به بیان شیخ اعظم صورت سوّم است که اطلاق رد ثمن باشد :اوّل می‌فرماید: مقتضای ظاهر شرط «ان جئت بالثمن ...» آن است که خود عین ثمن را رد کند نه بدل آن را (شاید منظور تبادر و متفاهم عرفی باشد که از کلمهٔ «الثمن» همین را می‌فهمیم و الف و لام هم برای عهد باشد یعنی ثمن معهود و معیّن خارجی) ولی بعد می‌فرماید: اطلاق شرط لزوماً بر عین خارجی حمل نمی‌شود و شاید بر ثمن کلّی (که قابل صدق بر عین و بدل می‌شود) حمل شود (و الف لام برای جنس باشد و شاید با فلسفهٔ بیع الخیار هم بهتر بسازد که در ادامه و در صورت چهارم اصل‌از صور مسأله بیان خواهد شد.)

قوله: و ان کان الثمن کلّیاً:

صورت چهارم از چهار صورت اصل مسأله آن است که ثمن عین خارجی نیست و کلّی در ذمّه است و خود این دو شعبه دارد:

الف: ثمن در ذمّهٔ خود بایع باشد (به این صورت که مشتری از بایع یک میلیون طلبکار است و بر ذمّهٔ او مالک است و او ندارد که بپردازد و لذا مجبور است ماشین یا منزل را به جای یک میلیون به مشتری و طلبکار بفروشد و پس از معامله مشتری مالک ماشین و بایع مالک ثمن می‌شود و به ذمّهٔ او می‌آید.)

و ظاهر روایت سعید بن یسار نیز که در صدر مسأله بیع خیار ذکر شد همین فرض است که ثمن در ذمّهٔ بایع است (منتها نه به این نحو که طلبکاری و بدهکاری بوده، بلکه به این نحو که بایع زمینی یا منزلش را به مبلغی فروخته بود و پول را از مشتری گرفته بود و به ذمّه‌اش آمده بود که بعداً آن مبلغ را به مشتری رد کند.)

حکم این قسم آن است که: رد ثمن به اداء ما فی الذمّه است و پس از آن حق فسخ پیدا می‌کند ضمناً فرقی ندارد که اداء ما فی الذمّه به عنوان عین ثمن تلقّی شود یا بدل ثمن باشد که حق همین است، و دلیل آن این است که: وقتی بایع ماشینی را به مبلغی که در ذمّهٔ خویش بدهکار است فروخت، مشتری مالک ماشین شد و بایع مالک ذمّهٔ خویش گردید و از آنجا که معنا ندارد که انسان علیه خودش و بر ذمّهٔ خودش چیزی را مالک باشد و خودش طلبکار و بدهکار باشد نتیجهٔ مالکیّت ذمّهٔ خویش، سقوط ما فی الذمّه است، و سقوط به منزلهٔ تلف است، پس گویا عین ثمن تلف شده، بنابراین مراد از رد ما «فی الذّمه» که در ضمن عقد شرط کرده رد بدل آن است نه عین آن.

ب: ثمن در ذمّهٔ بایع نباشد (بلکه در ذمّهٔ مشتری باشد که به یک میلیون تومان ماشین بایع را خریده و باید پول را فراهم کند و بدهد، یا به ذمّه فرد ثالثی است که مشتری از او طلبکار است و ثمن را ما فی ذمّة الغیر قرار داده است.) و ضمناً بایع آن را قبض کرده (یعنی فردی از کلّی را قبض هم کرده است.) باز این فرض صوری دارد:

۱ـ در متن عقد، رد خود همین فرد مقبوض را شرط کند، حکمش همان است که در اشتراط ردّ عین گفته آمد که تا عین این فرد موجود است حق رد دارد و همین که عین تلف شد چه به تلف سماوی و چه به تلف آدمی چه اجنبی و چه بایع، خیار ساقط می‌شود و مبسوطاً گذشت.

۲ـ در متن عقد، رد بدل آن فرد را شرط کند (یا اعّم از فرد و بدلش که مراد همین است) و حکمش از قبل دانسته شد که سه شعبه داشت: با عدم تمکّن... با تمکّن از رد

خود آن فرد ... .

۳ـ در متن عقد رد ثمن را به طور مطلق شرط کند و خصوص عین یا بدل فرد مقبوض را عنوان نکند که بیشتر هم بیع الخیار در خارج از این نوع است، و حکمش این است که از اطلاق کلام اعم از رد عین و رد بدل فهمیده می‌شود و دلیل آن تبادر است و منظورشان از تبادر، انصراف است و منشأ انصراف هم غلبه است که در خارج غالباً چنین است که ثمن را مصرف می‌کنند و طبعاً نوبت به بدل می‌رسد، حال رد اعم هم یا مطلقاً جایز است چه عین فرد مقبوض موجود باشد یا نباشد و یا در صورت فقدان آن فرد جای بدل است.

و از روایات متقدّمه نیز رد اعم فهمیده می‌شود زیرا مورد روایت معاویة بن میسره و موثّقه اسحاق عبارت بود از یکسال و سه سال که معلوم است بایع پول را که می‌گیرد برای مصرف می‌گیرد نه برای امانت داری تا این مدّت طولانی، پس اخبار هم اطلاق دارند ولی قدر متیقّن از آنها صورت فقدان عین و تلف آن است که نوبت به بدل می‌رسد وگرنه با وجود عین جای بدل نیست. (البته قدر متیقّن منشأ لازم دارد و اگر قدر متیقن تخاطبی باشد ارزش دارد وگرنه قدر متیقن خارجی جلو اطلاق را نمی‌گیرد و حق این است که با امکان رد فرد مقبوض هم، رد بدل جایز است نظیر باب قرض که پس از اقتراض، طرف، مالک دراهم و دنانیر می‌شود و در مقام اداء با وجود عین آنها هم می‌تواند از درهم و دینارهای دیگر بپردازد و رد عین لازم نیست.)

امر سوّم:

در چه مواردی مجرّد رد ثمن کافی نیست و باعث فسخ نمی‌شود و نیاز به فسخ قولی داریم؟ مطلب مبتنی است بر پنج احتمالی که در امر اوّل ذکر شد و آن اینکه:

بنابر احتمال پنجم که ردّ ثمن شرط اقاله باشد اصلاً رد ثمن و حتی فسخ بعدی از سوی بایع موجب فسخ نیست و اصولاً بایع خیاری ندارد و این مشتری است که با اقاله کردن معامله را فسخ می‌کند.

و بنابر احتمال چهارم (ردّ ثمن موجب انفساخ باشد) و احتمال سوّم (ردّ ثمن فسخ فعلی باشد.) پر واضح است که رد ثمن کافی است و نیازی به فسخ بعدی نیست. و مرحوم شیخ این احتمالات را متعرّض نشده، و تنها بنابر احتمال ثانی مسأله را طرح کرده

که اگر رد ثمن را شرط فسخ دانستیم ظاهرش این است که خود رد ثمن کافی نیست و موجب فسخ نمی‌شود ولو بایع به قصد فسخ و تملیک و تملّک این فعل را انجام دهد و حتماً نیاز به فسخ بعدی است و رد ثمن مقدّمه و شرط فسخ است نه خود آن (و به طریق اولی بنابر احتمال ثانی که رد ثمن شرط اصل خیار باشد که باز ردّ ثمن کافی نیست و بدنبال آن خیار می‌آید و بدنبال آن فسخ و اعمال خیار که آمد کار را تمام می‌کند.) حال دلایلی برای این مدّعا (عدم کفایت رد ثمن ...) ذکر شده که در مکاسب سه دلیل مطرح است:

۱ـ این قسم از خیار که در بیع الخیار مطرح است فردی از افراد خیار شرط است منتها خیار شرط گاهی مطلق است «بعت و اشترط الخیار سنةً» و گاهی معلّق به امری غیر از رد ثمن است و گاهی معلّق به رد ثمن است که در ما نحن فیه مطرح است پس این هم مصداق خیار شرط است (صغری) و کبرای کلّی هم این است که: هر خیاری تا فسخ نکند و اعمال نکند باقی است و ساقط نمی‌شود، پس این خیار شرط هم باقی است و صرف رد ثمن کافی نیست.

۲ـ رد بما هو رد دالّ بر فسخ نیست اصلاً (نه بالمطابقه نه بالملازمه) (شاید به این دلیل که ردّ ثمن اعّم از قصد فسخ داشتن است و شاید به نیّت امانت باشد و اعم دالّ بر اخصّ نیست و شاید به این دلیل که رد ثمن فعل است و فعل اجمال دارد و دالّ بر فسخ نیست.) پس کفایت نمی‌کند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: آری اگر دلالت و قرینه‌ای نباشد حرف شما خوب است ولی اگر قرینهٔ عرفیّه داشتیم بر اینکه رد ثمن به نیّت فسخ باشد و هدف بایع این باشد و این رد کاشف از رضایت او باشد، به اینکه مثمن مال او و ثمن ملک مشتری شود، چرا کافی نباشد؟ مخصوصاً اینکه اصحاب در مواردی مثل تعریض مبیع برای بیع، حکم به فسخ می‌کنند و تعریض را فسخ می‌دانند با اینکه فرد خفی است و دلالتش بر فسخ خیلی روشن نیست تا چه رسد به رد ثمن که فرد جلّی است نسبت به تعریض و به طریق اولی باید کافی باشد.

۳ـ رد ثمن حداکثر دالّ بر ارادهٔ فسخ است که بایع قصد فسخ دارد و می‌خواهد معامله را به هم بزند ولی دالّ بر خود فسخ نیست زیرا اراده فسخ غیر از مراد است که

خود فسخ باشد، پس رد ثمن کافی نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این دقّتهای عقلی را نکنید، عرفاً اگر کسی به نیّت فسخ رد ثمن کند آن را فسخ فعلی می‌شمارند و بیش از این لازم نیست علاوه بر اینکه از روایت هم کفایت فسخ فعلی مستفاد است زیرا روایات می‌گفت: اگر رد ثمن کرد بر مشتری رد مثمن واجب می‌شود و اگر فسخ صدق نکند که رد مثمن واجب نیست. بلکه روایت معاویة بن میسره (که می‌گفت: الدار دارک) ظهور در انفساخ داشت یعنی به محض رد ثمن بایع مالک‌دار شد و خود به خود معامله باطل می‌شود ولی این احتمال مبتلا به اشکال بود و حمل بر فسخ فعلی کردیم، پس از این راهها نتوان گفت رد فعلی کافی نیست و حتماً باید بدنبالش فسخ قولی صورت بگیرد.

امر چهارم:

امر چهارم از اموری که پیرامون «بیع الخیار» مطرح است، راجع به مسقطات خیار شرط است (به ویژه خیار شرط معلّق بر رد الثمن که در بیع الخیار مطرح است.) و سه عامل را مطرح می‌کنند:

عامل اوّل اسقاط قولی است: این مطلب را بر اساس احتمالات پنجگانه‌ای که در امر اوّل ذکر شد محاسبه می‌کنیم (گرچه مرحوم شیخ تنها بر وجه اوّل و دوّم بحث کرده) و ترتیب طبیعی را هم رعایت می‌کنیم (گرچه شیخ اعظم اوّل بر احتمال دوّم و سپس بر احتمال اوّل محاسبه کرده) ضمناً حکم قبل و بعد از رد ثمن هر دو را مطرح می‌کنیم:

امّا بنابر احتمال اوّل که رد ثمن شرط اصل خیار باشد: پس از رد ثمن که خیار بایع فعلی می‌شود قطعاً اسقاط قولی بر می‌دارد و همانطور که قابل اعمال و فسخ کردن است هکذا قابل اسقاط و لازم شدن معامله است ولی آیا قبل از رد ثمن هم قابل اسقاط است؟

اوّل می‌فرماید: آری قابل اسقاط است زیرا سبب خیار شرط کذائی که عقد باشد (منظور از سبب مقتضی است نه علّت تامّه وگرنه علّت تامّه بر این احتمال پس از رد ثمن حاصل می‌شود) موجود شده و همین مقدار کافی است در اینکه اسقاط حق صحیح و نافذ باشد و نیازی به فعلی شدن حق الخیار نیست و فایدهٔ اسقاط هم این است که: اگر اسقاط نمی‌کرد پس از رد ثمن فسخش نافذ بود ولی حالا که اسقاط کرد پس از رد ثمن هم معامله لازم است و قابل بر هم زدن نیست.

ولی بعداً با «و لکن ...» در این مطلب مناقشه می‌کنند و آن اینکه: در باب خیار شرط و حیوان این بحث مطرح بود که مبدء خیار از زمان عقد است یا از هنگام تفرّق است و بنابر مبنای دوّم، علامّه در تذکره تصریح کرده به اینکه: اسقاط خیار حیوان یا شرط بعد از عقد و قبل از تفرّق جایز نیست (چون هنوز خیار فعلی نشده و حق نیست تا اسقاط کند) حال مقتضای این سخن آن است که در مورد بحث ما هم تا ثمن را به مشتری رد نکند اسقاطش نافذ نیست زیرا بنابر احتمال اوّل پس از ردّ ثمن حقّ الخیار فعلی می‌شود نه قبل از آن.

ولی در پایان با «الّا ان یفرّق ...» در صد و فرق میان ما نحن فیه با مورد کلام علامّه هستند و آن اینکه: در خیار حیوان و شرط بنابر اینکه مبدء آنها از زمان تفرق فریّق باشد، زمان تفرّق در اختیار ذی الخیار نیست و باید زمان بگذرد تا بیاید، خود تفرّق هم در اختیار طرف نیست زیرا شاید او که از مجلس رفت رفیقش هم مصاحبت کرده و به هیچ وجه از او جدا نشود، پس تفرّق در اختیار او نیست تا خیار در اختیارش باشد ولی در ما نحن فیه رد ثمن در اختیار بایع است و او مالک رد ثمن است و بواسطهٔ آن مالک خیار و فسخ است (قدرت بر اسباب قدرت بر مسبیّات نیز هست ولی به واسطهٔ سبب و مقدور مع الواسطه هم مقدور است.) و لذا در ما نحن فیه چون مالک خیار است اسقاطش نافذ است ولی در خیار حیوان و شرط بر مبنای مذکور چون مالک خیار نیست پس حق اسقاط هم ندارد، پس قیاس مع الفارق است.

و بنابر احتمال دوّم که رد ثمن، شرط فسخ باشد باز بعد از رد ثمن و قبل از فسخ، می‌تواند خیار شرط را اسقاط کند و قبل از رد ثمن هم قابل اسقاط است و به محض اجراء عقد هر لحظه که بخواهد خیار را اسقاط می‌کند زیرا فرض این است که خیار حقّی است برای بایع و فعلی هم شده و علّت تامّه شده و لذا می‌تواند اسقاط کند، آری فسخ کردن آن منوط به رد ثمن است.

و بنابر احتمال سوّم هم که رد ثمن خودش فسخ فعلی باشد باز قبل از رد ثمن خیار هست و قابل اسقاط می‌باشد مثل احتمال قبلی ولی پس از رد ثمن اسقاط معنی ندارد زیرا خود رد کذائی فسخ فعلی و عملی است و با همین رد معامله باطل شد و چیزی نیست تا اسقاط کند یا اعمال نماید.

و بنابر احتمال چهارم هم قبل از رد ثمن خیاری نیست تا اسقاط کند و پس از رد هم که معامله خود به خود منفسخ شده و جای اسقاط یا فسخ نیست به طریقی اولی (نسبت به احتمال سوّم).

و بنابر احتمال پنجم هم قبل از رد ثمن یا پس از آن اصلاً بایع دارای خیار نیست تا اسقاط کند و تنها حق استقاله دارد و باقی امر بدست مشتری است. آری اگر او اباو امتناع کرد بایع خیار تخلّف شرط پیدا می‌کند و این را می‌تواند اسقاط یا اعمال کند.

قوله: و یسقط ایضاً:

عامل دوّم از مسقطات خیار شرط مذکور، عبارتست از اینکه مدّت معیّنی (مثلاً یکسالی که وقت مقرر کرده‌اند برای رد ثمن) سپری شود و بایع نه عین ثمن را رد کند نه بدل آن را نبابر تفاصیل و احتمالاتی که در امر ثانی از امور مربوط به بیع الخیار گذشت که کجاها باید عین ثمن را رد کند و کجاها بدل آن را و...، در اینجا هم خیار شرطش ساقط می‌شود زیرا مدّت خیار سپری شد و مازاد بر آن خیاری ندارد و اصالة اللزوم می‌آید. البته دو فرع کوچک هم ذکر می‌کنند:

الف: اگر بایع متاعی را در مدّت مقرّر به مشتری رد کرد ولی بعداً معلوم شد که از جنس ثمن نبود، اینجا با رد این شیئی، رد ثمن صدق نمی‌کند و حق فسخ برای بایع نمی‌آید و باید از جنس خود ثمن باشد.

ب: اگر از جنس ثمن به مشتری داد ولی بعداً معلوم شد که معیوب است، اینجا رد ثمن صدق می‌کند و حق الخیار هم برای بایع می‌آید ولی از آنطرف هم برای اینکه مشتری متضرّر نشود حق استبدال و طلب بدل دارد که به بایع رجوع کند و بگوید: این جنس معیوب را بگیرد و جنس سالم به من تحویل بده.

قوله: و یسقط ایضاً:

عامل سوّم از مسقطات خیار شرط مذکور، تصرّف است اگر بایع قبل از رد ثمن، در ثمن تصرّف کرد خیارش ساقط می‌شود؛ البته نه مطلقاً و در جمیع صور و احتمالاتی که در امر ثانی گذشت، بلکه در بعض صور که سه صورت باشد:

الف: اگر شرط کرده باشد که عین ثمن معیّن را به مشتری رد کند و بایع در همان ثمن شخصی تصرّف کند این نشانهٔ رضایت او به معامله است و لذا خیارش ساقط

می‌شود.

ب: شرط کرده بود که ثمن را رد کند و مطلق آورده بود ولی ما اطلاق را بر رد عین حمل کردیم باز اگر در عین ثمن تصرّف کرد خیارش ساقط می‌شود.

ج: ثمن کلی بوده و فردی از آن را مشتری بایع داده و شرط شده که همین فرد مقبوض رد شود یا اطلاق کلام بر آن حمل شده، باز اگر در آن فرد تصرّف کرد خیارش ساقط می‌شود.

و دلیل همهٔ اینها اطلاق صحیحهٔ ابن رئاب است که در باب خیار حیوان گذشت «ان احدث حدثاً فذلک رضامنه و لا شرط» و دلالت داشت بر اینکه تصرّف کاشف از رضایت، موجب سقوط خیار است، البته مورد حدیث در خیار حیوان بود ولی فقهاء به باب خیار مجلس و خیار شرط هم تعدّی کرده بودند و در خیار مجلس هم اگر قبل از تفرّق، تصرف می‌کرد مسقط بود و هکذا در خیار شرط، پس عموم آن حدیث ما نحن فیه را شامل است که اگر در عین ثمن تصرف کرد خیارش ساقط می‌شود.

قوله: و المحکی:

ولی مقدّس اردبیلی[۱] و فاضل سبزواری[۲] فرموده‌اند: در بیع خیار، تصرّف بایع در ثمن مسقط خیار نیست و دو دلیل هم آورده‌اند:

۱ـ اصولاً بیع الخیار در اسلام برای این تشریع شده که بایع نیاز به پول دارد و خانه یا زمین را می‌فروشد تا از پولش استفاده کند و هدف انتفاع بردن است و بعد هم سر وقت پول را دادن و مبیع را پس گرفتن، و اگر بنا باشد به مجّرد تصرّف خیارش ساقط شود که نقض غرض می‌شود و تشریع چنین خیاری بی‌فایده می‌شود، چون نوعاً این تصرّفات هست.

۲ـ موثّقهٔ اسحاق بن عمّار هم موردش جائی بود که بایع نیاز مبرم به پول داشت و لذا منزل را فروخت و طبعاً کسی که نیاز به پول دارد در آن تصرّف می‌کند و در ما یحتاج خویش خرج و صرف می‌کند و معذلک امام فرمود: «لابأس بهذا ان جاء بثمنها ردّها علیه ...» یعنی خیار بایع باقی است و اگر تا یکسال (مثلاً) پول را آورد معامله فسخ

---

۱. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۴۰۲. ۲. کفاید الاحکام ص ۹۲.

می‌شود. پس در خصوص ما نحن فیه تصرّف مسقط نیست.

قوله: و المحکّی:

علامّهٔ بحر العلوم در مصابیح[۱] سخن دو فقیه مذکور را رد کرده: نخست بر آنها طعنه زده که سخن شما بر خلاف فتاوای اصحاب است که تصرّف را مسقط می‌دانند، سپس در مقام رد آن دو فرموده: تصرّف مسقط آن است که در زمان خیار باشد (وگرنه قبل از آن که مسقط نیست) و پیش از رد ثمن خیاری نیست پس تصرّفات قبلی مسقط نیست، و مشهور که تصرّف را مسقط می‌دانند، تصرّف در زمان خیار مرادشان است که پس از رد ثمن باشد، و ادلهٔ دو فقیه مذکور (دو دلیل) هیچکدام منافاتی با لزوم بیع به وسیلهٔ تصرّف پس از رد ثمن ندارد و صورت قبل از ردّ را می‌گوید که خیاری نیست وگرنه پس از رد ثمن و آمدن خیار حتماً تصرّف، مسقط خیار و موجب لزوم بیع است.

قوله: و ان کان قادراً:

این جمله در کلام مصابیح دفع دخل است: اگر کسی بگوید: قبل از ردّ ثمن هم بایع مالک خیار است زیرا قادر است بر اینکه رد ثمن کند تا خیار پیدا کند، پس تصرّف قبلی هم باید مسقط باشد. بحر العلوم در جواب فرموده:

اولاً مدار بر خیار فعلی است که پس از رد ثمن است نه بر خیار شأنی و بالقّوه و قدرت داشتن بر ایجاد آن پس قبل از رد، خیار فعلی نیست که تصرّف در زمان خیار صدق کند و مسقط خیار باشد.

ثانیاً همه جا چنین قدرتی نیست، فی المثل اگر بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که یک روز پس از گذشت یک سال، رد ثمن کنم در اینجا قبل از گذشت یکسال نمی‌تواند رد ثمن کند و فایده‌ای ندارد و لذا قادر بر سبب نیست تا قادر بر مسبّب (خیار) باشد تا بگوید تصرّفات قبلی همه در زمان قدرت بر خیار است و مسقط است.

حاصل اینکه بحر العلوم در حقیقت میان کلام مشهور و دو فقیه مذکور جمع کرده و مشهور که تصرّف را مسقط دانسته‌اند کلامشان را بر تصرّف بعد از رد ثمن حمل کرده و کلام دو فقیه را بر تصرف قبل از رد ثمن و قبل از فعلی شدن خیار حمل کرده است.

---

۱. مصابیح (خطی) ص ۱۳۹.

قوله: و ناقش بعض:

مرحوم صاحب جواهر در اعتراض به این سخن بحر العلوم که فرمود: «**و لاخیار الّا بعد الردّ**» فرموده: اوّلاً اگر مبدء خیار پس از رد ثمن باشد جهالت و غرر در معامله محقّق می‌شود زیرا ما نمی‌دانیم چه زمانی رد ثمن می‌کند تا خیار پیدا کند و غرر موجب بطلان است. و ثانیاً متفاهم عرفی در اینگونه موارد آن است که از اوّل عقد و پیش از رد ثمن هم خیار داشته باشد (مثلاً وقتی می‌گوید: فروختم و شرط می‌کنم که تا یک سال خیار داشته باشم... از این انشاء هر کس می‌فهمد که منظورش از حالا تا یک سال است.)

و ثالثاً شیخ طوسی مبنای معروفی دارد که: تا مدّت خیار (چه خیار مجلس، چه حیوان، چه شرط و...) منقضی نشود ملکیّتی نیامده و حصول نقل و انتقال منوط به سپری شدن مدّت خیار است و دلائلی هم از روایات دارد، مشهور در قبال ایشان فرموده‌اند: به مجرّد عقد ملکیّت می‌آید و منوط به انقضاء مدت خیار نیست (مگر در بیع صرف و سلم که پس از تقابض و قبض است.) و دلائلی بر ردّ شیخ طوسی آورده‌اند: که یکی از آنها همین اخبار باب بیع الخیار است مثل روایت اوّلی (مؤثقهٔ اسحاق) که امام علیه السلام فرمود: غلّه و منافع منزل در ظرف یک سال و تا پیش از رد ثمن و فسخ معامله، مال مشتری است که به تبع مالکیّت عین منزل به او منتقل شده، حال اگر مدّت خیار در بیع الخیار مجموع یک سال از اوّل عقد نباشد این روایت به ضرر شیخ طوسی نیست، زیرا او می‌گوید: قبل از رد ثمن خیار نبوده و معامله لازم بوده و مشتری مالک منزل و منافعش شده است، وقتی این روایات تضعیف کنندهٔ قول شیخ طوسی است که مدّت خیار را از لحظهٔ عقد بدانیم و کلّ این یک سال مدّت خیار باشد و معذلک امام می‌فرماید: منافع مال مشتری است که به تبع منزل است و این به ضرر شیخ طوسی است که ملکیّت را بر انقضاء مدت خیار متوقّف کرده بود.[1]

قوله: اقول:

مرحوم شیخ فتوای خویش را در آغاز ذکر کردند که تصرّف در ثمن مسقط خیار است در سه صورت که ذکر شد نه در سایر صور که مثلاً رد بدل را یا اعم را شرط کرده‌اند که

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۰.

تصرّف در عین ثمن مسقط نیست زیرا بدل دارد و آن را رد می‌کند... و حالا می‌فرماید:

ما هم در استظهار محقّق اردبیلی و فاضل سبزواری نظر و اشکال داریم، هم در رد علّامه بحر العلوم، و هم در مناقشهٔ صاحب جواهر، و به عقیدهٔ ما هر سه نظریّه قابل خدشه و محّل نظر است:

امّا بحث ما با محقّق اردبیلی و...: اطلاق و عموم حدیث «ان احدث حدثاً فذلک رضا و لا شرط له» که این جملهٔ اخیر اطلاق دارد یعنی هیچ خیاری نیست ما نحن فیه را نیز شامل است و فقهاء هم تعدّی کرده بودند از مورد حدیث و در اینجا هم دالّ بر سقوط خیار با تصرّف است و مخصّصی هم برای این عموم نیامده است.

قوله: و امّا بناءً:

در فقیه مزبور دو دلیل هم داشتند: امّا پاسخ دلیل اوّل آنها: قبول داریم که بیع الخیار برای این تشریع شده که بایع در ثمن تصرف کند... ولی می‌گوئیم: غالب متعارف در بیع الخیار آن است که ثمن کلّی است نه معیّن، و غالباً هم رد خود عین موضوعیّت و خصوصیّتی ندارد از این جهت تصرف مسقط نیست، زیرا تصرف بایع در این فرد مقبوض از کلّی نشانهٔ رضایت او به معامله نیست بلکه برای رفع ضرورت است و این گونه موارد از بحث خارج است و ما در اوّل این عامل، معیّن کردیم که کجاها تصرّف مسقط است؟ و کجاها نیست؟ مورد استدلال شما از مورد دوّم است که مسقط نیست.

قوله: و هو مورد الموثّق:

دلیل دوّم شما موثّقهٔ اسحاق بود که چهار تا جواب دارد:

۱ـ این نیز موردش همان بیع به ثمن کلّی است و الکلام الکلام.

۲ـ بر فرض که اطلاق داشته باشد و شامل ثمن معیّن هم بشود ولی باز انصراف به مورد مذکور دارد به حکم غلبهٔ آن مورد در بیع الخیار.

۳ـ ممکن است مورد روایت جایی بوده که طرفین توافق کرده بودند که با تصرّف هم خیار ساقط نشود.

۴ـ ممکن است بگوئیم: اصلاً ما یقین داریم که تصرّف بایع نشانهٔ التزام به بیع نیست و برای رفع نیازاست و در خیار حیوان مبسوطاً گذشت که ما هر تصرّفی را مسقط نمی‌دانیم، خصوص تصرّفی که علامت رضایت به لزوم بیع باشد مسقط است و در بیع

خیار نوعاً چنین نیست ولی در سه موردی که ما در صدر بحث آوردیم علامت رضا است و لذا مسقط است.

قوله: و امّا الثانی:

بحثی با علّامه بحر العلوم: اوّلاً آنچه از نصّ «**ان احدث حدثاً فذلک رضا منه و لا شرط له**» و فتوای فقهاء (در خیار حیوان عبارات آنها نقل شد) استفاده می‌شود آن است که تصرّف مسقط فعلی است و قائم مقام اسقاط قولی است و طبعاً هر کجا اسقاط قولی بجا و مسقط خیار بود، تصرّف یا اسقاط فعلی هم مسقط است و در اوائل همین امر رابع دیدیم که اسقاط قولی بعد از عقد و قبل از رد ثمن بجا و صحیح و نافذ است پس باید اسقاط فعلی هم صحیح باشد (البته تصرّفی که علامت رضا باشد که قبلاً ذکر شد.)

و ثانیاً اینکه شما فرمودید: «و لا خیار الّا بعد الردّ» یعنی خیار شرط پس از رد ثمن تحقّق می‌یابد و قبل از آن اصلاً خیاری نیست، این مبتنی بر احتمال اوّل از احتمالات خمسه‌ای است که در امر اوّل ذکر شد (ردّ ثمن شرط اصل خیار باشد و تا شرط نیاید مشروط هم نمی‌آید) ولی دلیلی بر تعیّن این احتمال نداریم و قویاً احتمال ثانی مراد است (ردّ ثمن شرط فسخ باشد) و در این صورت قبل از رد ثمن هم خیار هست.

قوله: اونقول:

یا به جای اینکه به صورت کلّی احتمال اوّل را تقویت کنیم یا احتمال دوّم را، راه دیگری داریم که مدلول جملهٔ شرطیّه «بعت و اشتراط ان رددت الثمن ...» را ملاحظه کنیم، ای چه بسا در مواردی رد ثمن شرط اصل خیار باشد (مثلاً بگوید: و اشترط بانّی ان رددت الثمن فلی الخیار) و چه بسا در مواردی شرط فسخ باشد (مثلاً بگوید: اگر ظرف یک سال ثمن کردم حق فسخ داشته باشم یا بگوید: بعتُ و شرط می‌کنم که تا یک سال خیار داشته باشم.) و هر کجا مطابق آن حکم کنیم. اگر از قبیل اوّلی است حق با بحر العلوم است و لا خیار الاّ بعد الردّ، و اگر از قبیل دوّم است سخن ایشان ناتمام است.

قوله: نعم:

در یک صورت (که خیلی نادر است) با بحر العلوم موافقیم و آن اینکه بایع اصل خیار و رد ثمن هر دو را در مدّت منفصل از عقد و جزء معینی از یک سال قرار دهد مثلاً بگوید: فروختم و شرط می‌کنم که یک روز پس از یک سال خیار فسخ داشته باشم و رد ثمن

بنمایم، البته اینجا تصرفاتی که قبل از آن یک روز انجام می‌دهد در ظرف لزوم عقد است و مسقط بودن آنها مشکل است و بلکه اسقاط قولی هم مبتلا به اشکال است و دو وجه دارد:

۱ـ اسقاط قولِ هم مسقط نیست زیرا خیاری فعلاً نیست تا بتواند اسقاط کند.

۲ـ اسقاط قولی صحیح است زیرا سبب و مقتضی خیار که خود عقد باشد محقّق شده و همین مقدار کافی است. و طبعاً اسقاط فعلی هم مبتلا به اشکال است ولی در غیر این فرض نادر، اسقاط قولی صحیح است پس فعلی هم باید قبل از رد ثمن صحیح باشد.

قوله: و امّا المناقشه:

بحثی با صاحب جواهر: جناب ایشان به علّامهٔ بحر العلوم سه اشکال داشتند که هر سه قابل جواب است: امّا اوّلی: فرمودند: اگر مبدء خیار از زمان رد ثمن باشد لازم می‌آید که مدّت خیار مجهول باشد (چون نمی‌دانیم چه زمانی رد ثمن می‌کند تا بگوئیم از فلان تاریخ تا فلان مدّت خیار دارد) و غرر و جهالت قادح است. ما می‌گوئیم: فرض این است که در زمان تسلط بر رد (یک سال) و به دنبال رد فسخ کردن (البتّه اگر بخواهد) معلوم است و در ظرف یک سال هرگاه بخواهد رد ثمن می‌کند و سلطنت بر فسخ پیدا می‌کند و اصل مدّت که یک سال باشد معلوم است و غرری نیست.

بلی علّامه در تذکره مطلبی را فرموده و آن اینکه: اگر مبدء خیار شرط از هنگام عقد باشد و اطلاق صیغه بر آن حمل شود، ما حق نداریم مبدء آن را از زمان تفرّق قرار دهیم (زیرا زمان تفرّق مجهول است و با اینکه میان زمان عقد و زمان تفرّق نوعاً فاصله‌ای نیست ولی همین مقدار از جهالت هم اشکال دارد.) حال کسی بگوید: در ما نحن فیه نباید مبدء خیار از زمان رد ثمن باشد.[1] ولی اگر تأمّل کنیم فرق ما نحن فیه را با مورد سخن علّامه می‌یابیم (تفرّق امر غیر اختیاری است و دست ذی الخیار نیست و نتوان آن را مبدء خیار قرار داد، ولی رد ثمن امر اختیاری است و می‌توان آن را مبدء خیار قرار داد.)

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۰.

و امّا دوّمی: ایشان به فهم عرف استناد کردند. ولی ما می‌گوئیم: منظور از زمان خیار عرفی (که عرف بگوید: فلان زمان، زمان خیار است و خیار متحقّق است) آن زمانی است که خیار شرعاً در آن زمان متحقّق باشد (در خیارات شرعیّه مثل مجلس و حیوان) یا به جعل متعاقدین متحقّق باشد (در خیاراتی که مجعول به جعلِ طرفین است و شارع آن‌ها را امضا کرده مثل خیار شرط) و فرض این است که در ما نحن فیه خیار جعلی است (خیار شرط است که به جعل متعاقدین است.) و شک ما در اصل تحقّق خیار قبل از رد است که آیا متعاقدین چنین خیاری جعل کرده‌اند یا نه و با وجود این شک چه جای استناد به متفاهم عرفی است عرف بر اساس جعل متعاقدین نظر می‌دهد و قضاوت می‌کند که آن هم معلوم نیست.

و امّا سخن سوّم صاحب جواهر که فهم اصحاب را از بعض روایات باب مطرح کرد که علیه شیخ طوسی از آنها استفاده شده بود و از آن نتیجه گرفت که مدّت خیار در ما نحن فیه پس از رد ثمن نیست، بلکه مجموع مدت یک سال از اوّل عقد مدّت خیار است. ما می‌گوئیم: گاهی زمان خیار متّصل به عقد است (غالباً همین است) و گاهی منفصل از عقد است (گرچه نادر است) حال از عنوان بحث شیخ طوسی و هم از استدلال او به اخبار پیدا است که معتقد است که تا زمان خیار سپری نشود ملکیّتی نیست مطلقاً چه خیار متصل و چه منفصل، و اصحاب در رد ایشان به این اخبار (موثقه اسحاق) استناد کرده‌اند که از دو حال خارج نیست: یا در ما نحن فیه مجموع زمان یک سال مدت خیار است چه قبل از رد ثمن و چه بعد از آن و معذلک روایت می‌گوید: منافع منزل مال مشتری است پس سخن شیخ طوسی ناتمام است، و یا پس ازثمن مدّت خیار است و قبل از آن نیست و در واقع زمان خیار منفصل است و معذلک روایت می‌گوید: قبل از رد ثمن، مشتری مالک منافع منزل است باز به ضرر شیخ طوسی است و احتمال اوّل متعیّن نیست تا صاحب جواهر نتیجه بگیرد که مجموع یک سال مدّت خیار است.

امر پنجم:

امر پنجم از اموری که در اطراف بیع الخیار مطرح است راجع به تلف یکی از عوضین در مدّت شرط است و این امر سه بخش دارد: ۱ـ حکم تلف مبیع ۲ـ حکم تلف ثمن ۳ـ حکم تلف هر دو.

امّا بخش اوّل: تلف مبیع نزد مشتری خود سه صورت دارد:

۱ـ قبل از رد ثمن باشد یعنی هنوز بایع، ثمن را به مشتری نداده مبیع در دست مشتری تلف شد.

۲ـ بعد از رد ثمن و قبل از فسخ معامله از سوی بایع، مبیع نزد مشتری تلف شد.

۳ـ پس از رد ثمن و بعد از فسخ معامله مبیع تلف شد. صورت سوم را ذکر نکرده‌اند زیرا حکمش روشن است و آن اینکه: پس از فسخ، مبیع ملک بایع گردیده و نزد مشتری امانت است و اگر مشتری کوتاهی کرد و در اثر افراط یا تفریط او تلف شد حتماً ضامن است یا اگر عمداً تلف کرد باز ضامن است ولی اگر او مقصّر نیست و در اثر آفت سماوی و به اجل طبیعی و تلف قهری تلف شد از بایع حساب می‌شود چون او مالک است و تلف هم از مال اوست.

و امّا در دو صورت قبل که ذکر کرده‌اند حکم این است که تلف از مشتری است و او ضامن است (و دلیل مطلب هم اطلاقات صدر مسأله است که می‌فرمود: «لو احترقت الدار... تکون من المشتری» و هم قانون «کل مبیع تلف فی زمن الخیار فهو ممّن لا خیار له»، اینجا را شامل است قطعاً، و هم قانونی است که تا فسخ نشده، مبیع ملک مشتری است و اگر تلف شد ضرر به خود او می‌رسد و او ضامن است و ربطی به بایع ندارد.)

قوله: و نمائه:

در دو صورت قبلی که ذکر شد مادامی که بایع فسخ نکرده اگر مبیع نمائات و منافعی داشته مثل سکنای منزل، رکوب مرکب و... مالِ کیست؟ می‌فرماید: نماء و منافع، مال مشتری است زیرا قاعده این است که هرکس مالکِ عین است مالک نمائات نیز هست و مالکیت نماء تابع مالکیّت عین است و تا قبل از فسخ، مشتری مالک مبیع است پس نماء هم مال او است.

قوله: و الظاهر:

آیا به واسطهٔ تلف مبیع در دست مشتری، خیار شرط بایع ساقط می‌شود یا خیر؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: خیر، ساقط نمی‌شود [هم به دلیل اطلاقاتِ صدر مسأله که می‌فرمود: له شرطه... یعنی خیار شرط بجا است و تا مدّت مضبوط (مثلاً یک سال) بایع خیار دارد و فرقی میان تلف و عدم تلفِ مبیع نمی‌گذاشت، و هم به دلیل استصحاب بقاء

خیار و هم به این دلیل که متعلّق خیار عین نیست تا با تلف آن، خیار ساقط شود، بلکه عقد است که کماکان باقی است پس بعد از تلف مبیع هم خیار بایع باقی است.] و اگر ثمن یا بدل آن را به مشتری ردّ کرد و به دنبالش اعمال خیار کرد و فسخ نمود حق دارد بدلِ مبیع را استرداد و مطالبه کند یعنی اگر مثلی بوده مثل آن را از مشتری بطلبد و اگر قیمی بوده قیمت را طلب کند.

قوله: و یحتمل:

گرچه در فراز قبلی حکم به عدم سقوط خیار کردیم ولی این احتمال هم وجود دارد که خیار او مشروط به بقاء مبیع باشد و با تلف آن، ساقط شود و دلیل این احتمال آن است که مورد خیار شرط عبارت است از اینکه بایع خود را ملزم کرده که ثمن را رد کند و مبیع را برگرداند و ظاهر این الزام آن است که بقاء مبیع شرط بقاء خیار است و «اذا انتفی الشرط انتفی المشروط»، پس اگر مبیع تلف شد خیار هم ساقط می‌شود.

قوله: ثم انّه:

بنابر احتمال مذکور که خیار شرط بایع، مشروط به بقاء مبیع بود این سئوال مطرح می‌شود که از طرفی می‌گوئیم: بقاء مبیع شرط است و مادام باقیاً خیار هست ولی سخن از اِبقاء نیست و معنایش این نیست که ابقاء لازم است و اتلاف جایز نیست بلکه معنایش این است که اگر خود به خود و اتّفاقاً باقی ماند خیار هست ولی مشتری حق دارد آن را اتلاف یا تفویت نماید، از طرف دیگر می‌گوئیم: مشتری حق ندارد شرط بایع را تفویت کند و نادیده بگیرد پس حق ندارد مبیع را تلف نماید و این حکم در احکام خیارات خواهد آمد. حال آیا میان این دو مطلب تنافی نیست که هم تفویت و اتلاف جایز باشد و هم جایز نباشد؟

می‌فرماید: خیر منافاتی نیست زیرا گرچه ظاهر شرطیّت بقاء همان است که ذکر شد ولی غرض بایع از شرط خیار این است که عین مالش را برگردانند و این غرض حاصل نمی‌شود مگر به التزام مشتری به ابقاء عین مال برای بایع، پس چون غرض این است تفویت جایز نیست و غرض را باید حفظ کرد. و حکم جواز تفویت یا عدم آن، دائر مدار غرض است.

قوله: و لو تلف الثمن:

بخش دوم از اصل مسأله مربوط به تلف ثمن است که این نیز سه صورت دارد:

۱ـ اگر ثمن بعد از ردّش به مشتری و بعد از فسخ معامله از سوی بایع، تلف شد حکمش روشن است که از مال مشتری تلف شده زیرا پس از فسخ، مشتری مالک ثمن است و اگر مالش در دست خودش تلف شد خود او ضامن است و ربطی به دیگری ندارد و چون حکم این صورت روشن است مرحوم شیخ ذکر نکرده‌اند.

۲ـ اگر بعد از رد به مشتری و قبل از فسخ بیع، ثمن در دست مشتری تلف شد حکم چیست؟ می‌فرماید: قاعده‌ای داریم که مبسوطاً در احکام الخیار خواهد آمد و آن اینکه: تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد و این قاعده عام است و هر یک از تلف ثمن یا مبیع را شامل می‌شود و روی این قاعده در مورد بحث ما، مشتری است که خیار ندارد پس اگر مبیع در دست او تلف می‌شد او ضامن بود و اگر ثمن هم در دست او تلف شود باز او ضامن است و لو هنوز ملک بایع بوده و به مشتری منتقل نشده ولی به حکم قانون مذکور، تلف از مشتری است.

قوله: الاّ ان یمنع:

صاحب جواهر﵀ مدّعی شده که قاعدهٔ مذکور مخصوص مبیع است و «کلّ مبیع تلف فی زمن الخیار فهو ممّن لاخیار له»، و ثمن را شامل نیست و دلیل این اختصاص را روایت معاویة بن میسره قرار داده که در صدر مسأله ذکر شد.[۱]

مرحوم شیخ می‌فرماید: آن روایت سه مطلب داشت که هر سه اجماعی است و هیچ کدام خلاف قاعده نیست تا این حدیث مخالف قاعدهٔ مذکور باشد:

الف: در فراز اوّل سخن از این بود که: «له شرطه» یعنی شرط خیارش بجا است و این را شیخ اعظم ذکر نمی‌کنند چون مورد نیاز نیست. ب: در فراز دوّم در جواب سئوال از اینکه: «فانّ هذا الرجل قد اصاب ...» یعنی بایع از این ثمن بهره برده ... فرمود: «هو ماله»، یعنی ثمن ملک او است و حق انتفاع دارد.

ج: و در فراز سوّم فرمود: اگر منزل تلف شود از مال مشتری است. و همهٔ اینها

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۸۸.

صحیح است ولی هیچ دلیلی بر اختصاص وجود ندارد و روایت نمی‌گوید: که تلف مبیع از مشتری است ولی تلف ثمن از او نیست تا مخالف قاعدهٔ «التلف فی زمان الخیار ممّن لاخیار له» باشد.

قوله: و انّما المخالف:

مخالف قاعدهٔ مزبور قاعدهٔ دیگری است و آن اینکه: از طرفی یک کبرای کلّی داریم که: «الخراج بالضمان» یعنی خراج و منافع در مقابل ضمانت است و هرکس مالک منافع است متقابلاً ضامن عین هم هست، و از طرفی یک صغرای اجماعی داریم که در مورد بحث ما تا زمانی که بایع معامله را فسخ نکرده ثمن ملک او است و مالک منافع و نمائات هم خود بایع است و از انضمام این صغری «بایع مالک خراج ثمن است» به آن کبری «هرکس مالک خراج است ضامن است» به این نتیجه می‌رسیم که بایع ضامن ثمن است و اگر تلف شد ضرر به او می‌رسد، در حالی که قاعده تلف می‌گفت: تلف ثمن هم در زمان خیار از مال مشتری است که دارای خیار نیست، و این دو با هم نمی‌سازند و حلّ مشکل در باب احکام خیارات خواهد آمد که کدام حاکم و کدام محکوم است؟

قوله: نعم:

پس روایت معاویه مخالف قاعده نیست ولی صرف نظر از آن دو اشکال وجود دارد:
۱ـ آیا قاعدهٔ «التلف فی زمان الخیار...» مخصوص مبیع است یا شامل ثمن هم می‌شود؟
۲ـ آیا قاعدهٔ مزبور در جمیع خیارات هفتگانه است یا در بعض از آن‌ها؟ تفصیل این مطلب نیز در احکام الخیار خواهد آمد ولی اجمال قضیّه این است که: جواب سؤال اوّل مثبت است و به عقیدهٔ بسیاری اختصاص به مبیع ندارد. و جواب دوّم منفی است و قاعده مخصوص خیار مجلس و حیوان و شرط است و در سایر خیارات جاری نیست و شرح و بسط آن خواهد آمد.

۳ـ قوله: و ان کال التلف:

اگر ثمن قبل از آنکه به مشتری رد شود، در دست بایع تلف شد چه کسی ضامن است؟ (واضح است که اگر اتلاف در کار بوده حتماً خود مُتلف یعنی بایع ضامن است) ولی اگر تلف قهری بوده اوّل می‌فرماید: تلف از بایع است و او ضامن است بنابر اینکه در امر اوّل از امور هشتگانهٔ بیع الخیار، وجه اوّل از وجوه خمسه را انتخاب کنیم و بگوئیم: قبل از

رد ثمن خیاری نیست، که علی هذا معامله لازم است و اگر ثمن تلف شد بایع ضامن است و اگر مثمن تلف شد مشتری ضامن است. ولی بعداً می‌فرماید:

هم اصل مبنا ناتمام است که ردّ ثمن شرط اصل خیار باشد و قبل از آن خیاری نباشد، (و در امر اوّل از امور ثمانیه گفته آمد که رد ثمن شرط اصل خیار نیست و شرط فعلیّت و اِعمال خیار است و از قبیل واجب معلّق دانستیم.) و هم بناگذاری صورت مذکور بر آن مبنا ناتمام است که بگوئیم: «فمن البایع»، یعنی بایع ضامن است، و دلیل بطلان آن است که:

به حکم اخبار مسأله «التلف فی زمن الخیار...» که در احکام خیارات خواهد آمد، دلیل اینکه غیر ذی الخیار (در ما نحن فیه مشتری است) مال رفیقش را ضامن است، آن است که معاملهٔ کذائی متزلزل است (یعنی در معرض تزلزل است وگرنه بر مبنای مذکور قبل از رد ثمن تزلزل فعلی نیست.) و در این جهت فرقی ندارد که تزلزل به سبب خیار متصل به عقد باشد که بر مبنای مشهور همین است و رد ثمن شرط فسخ است نه شرط اصل خیار، و یا به سبب خیار منفصل باشد که بر مبنای مذکور همین است، و تا رد ثمن نکرده اصلاً خیاری ندارد، در هر حال معامله در معرض تزلزل است و به حکم اخبار همین کافی است که غیر ذی الخیار ضامن باشد پس باز هم مشتری ضامن است.

قوله: ثمّ ان قلنا:

در فراز قبل در تلف ثمن اختلاف شد که از مشتری باشد یا از بایع؟ حال می‌فرماید: اگر قائل شدیم که تلف ثمن از مشتری است (که ما این را ترجیح دادیم) نتیجه آن است که پس از تلف ثمن، معامله خود به خود منفسخ می‌شود و مبیع به ملک بایع بر می‌گردد ولی اگر تلف را از بایع دانستیم و ضرر به او خورد آیا معامله لازم می‌شود و مبیع هم ملک لازم مشتری می‌شود و بایع حق الخیار ندارد؟ یا نه؟

مرحوم شیخ سر بسته می‌فرماید: خیار بایع باقی است (به همان دلیل که در اوائل این امر پنجم فرمود: «و الظاهر عدم السقوط...» و ما سه دلیل آوردیم.) و می‌تواند بدل ثمن تالف را رد کند و معامله را فسخ کند و مبیع را برگرداند.

ولی جا دارد تفصیل دهیم و بگوئیم اگر در متن عقد شرط شده بود که عین ثمن را به مشتری بدهد، الان با تلف آن، رد عین ثمن ممکن نیست پس خیار ساقط می‌شود. و اگر

چنین شرطی نبوده و فرقی میان رد خود ثمن یا بدل آن نبود، الان رد بدل ممکن است پس خیار هم باقی است.

و امّا بخش سوّم که تلف هر دو باشد در کتاب مطرح نشده چون حکمش از دو بخش قبلی روشن می‌شود یعنی تلف ثمن احکام خود را دارد و تلف مبیع نیز صور و احکام خود را دارد.

امر ششم:

امر ششم از امور مربوط به بیع الخیار دربارهٔ این مطلب است: قبلاً در امر اول بیان شد که رد ثمن از سوی بایع به مشتری، شرط و معتبر است و در اینکه شرط چه چیزی است؟ احتمالاتی بود که فعلاً با سه احتمال سروکار داریم: ۱ـ شرط اصل خیار باشد ۲ـ شرط فسخ و اعمال خیار باشد ۳ـ خود رد ثمن فسخ فعلی محسوب شود. و در صدر امر ششم با دو احتمال اوّل و دوّم کار داریم، و آن اینکه: بایع با رد ثمن قدرت بر فسخ پیدا می‌کند و می‌تواند بیع را فسخ کند ولی سخن در این است که: رد ثمن به کی و چه کسی موجب قدرت بایع بر فسخ می‌شود؟ در مجموع چهار صورت متصوّر است:

۱ـ در متن عقد تصریح کنند که رد ثمن فقط به خود مشتری باشد و لا غیر، به این صورت در ادامه در فراز و «کیف کان فالاقوی ...» اشاره خواهند کرد و حکمش روشن است که در این فرض خود مشتری موضوعیّت و خصوصیّت و قیدیّت، دارد و رد ثمن فقط به خود او موجب قدرت بایع بر فسخ می‌شود و خیار شرط هم خیار جعلی و تابع جعل طرفین است و هر گونه شرط کرده‌اند باید بدان وفا کنند و راه دیگری نیست.

۲ـ در متن عقد تصریح کنند که رد ثمن فقط به غیر مشتری (فلانی که امین است ....) باشد که اینهم گاهی غرض عقلائی دارند و چنین شرطی را می‌کنند باز باید طبق شرط رفتار شود و رد ثمن به غیر، موجب قدرت بر فسخ می‌شود ولی این صورت در مکاسب مطرح نیست و جناب شهیدی در حاشیه آورده‌اند[۱].

۳ـ در متن عقد تصریح به عمومیّت کنند و بگویند: اگر رد ثمن کردی به خود مشتری یا وکیل تامّ الاختیار او یا حاکم شرع یا عدول از مومنین کافی است، چه به نحو

---

۱. هدایة الطال. ص ۴۴۸.

عرضی باشد که اینها را در عرض هم و به صورت تخییر بیاورد، و چه به نحو طولیّت و ترتبّ که بگوید: در قدم اوّل به خود مشتری و اگر نشد به وکیل او و اگر نشد به حاکم شرع و...، حکم این صورت هم روشن است و طبق شرط عمل می‌شود و بایع به هر یک از این افراد که ثمن را رد کند قدرت بر فسخ پیدا می‌کند و بحثی هم نیست، رد به حاکم هم جایز و نافذ است، رد به عدول مؤمنین هم جایز است و....

۴ـ اگر در متن عقد شرط شده که ثمن را به مشتری رد کند ولی تصریح به خصوصیّت و اختصاص و انحصار نشده یعنی نگفته‌اند: فقط به مشتری و متقابلاً تصریح به عمومیّت هم نشده یعنی غیر مشتری را ذکر نکرده و مسکوت گذاشته و نفیاً و اثباتاً چیزی نگفته‌اند. در این صورت اگر رد به مشتری ممکن بود باید ثمن به خود او داده شود زیرا در متن عقد او ذکر شده و قدر متیقّن هم او است.

ولی اگر ممکن نبود یا عقلاً رد ثمن به او ممتنع بود مثلاً غایب است و دسترسی نداریم تا ثمن را به او بدهیم یا زندانی است و دسترسی نداریم و یا شرعاً مانع داریم، مثلاً دیوانه شده یا سفیه یا مریض است و... و شرعاً حق نداریم ثمن را به دست او بدهیم، در اینجا سؤال این است که آیا رد ثمن به حاکم شرع (که شرعاً ولایت دارد) جایز است و موجب قدرت بایع بر فسخ می‌شود؟ یا حتماً باید به خود مشتری باشد و به دیگران فایده‌ای ندارد؟ در مجموع سه قول مطرح است:

۱ـ مختار میرزای قمی آن است که: شرط خیار یا شرط فسخ که رد ثمن باشد با رد آن به حاکم شرع حاصل می‌شود و رد به خود مشتری لازم نیست[۱] و مختار شیخ اعظم نیز همین است که در ادامه، با دلیل خواهد آمد.

۲ـ مرحوم سیّد مجاهد استاد شیخ اعظم در کتاب مناهل فرموده: رد به حاکم کافی نیست و حتماً باید به مشتری باشد[۲] (و دلیل ایشان این است که در متن عقد رد به مشتری ذکر شده و ظهور در خصوصیت و قیدیّت و موضوعیّت دارد وگرنه چرا ذکر شده و بر فرض که ظهوری نباشد ولی قدر متیقن رد به مشتری است که مجوّز فسخ می‌شود.)

---

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۱۴۱، مسأله ۹۹. ۲. مناهل، ص ۳۳۴.

۳ـ از کلام محدث بحرانی در حدائق استفاده می‌شود که قول ثالثی هست که ظاهر اصحاب اتّفاق بر آن است و آن اینکه: در فرض غیبت مشتری، رد ثمن به هیچکس لازم نیست نه به مشتری، نه به حاکم شرع بلکه نزد خود بایع به رسم امانت می‌ماند و بایع از آن حفاظت می‌کند و همین مقدار کافی است که بتواند معامله را فسخ کند.

سؤال از کجای کلام صاحب حدائق این مطلب مستفاد است؟ جواب: از اینجا که نخست دو مطلب را از قول مشهور نقل کرده:

الف: در معاملات خیاری شخص ذی الخیار حق دارد معامله را فسخ کند و شرط هم نیست که در حضور طرف (مفسوخ علیه) باشد، پس حضور طرف شرط تأثیر و نفوذ فسخ ذی الخیار نیست.

ب: نه تنها حضور طرف لازم نیست بلکه اشهاد (شاهد گرفتن) هم لازم نیست که ذی الخیار برود و دو شاهد عادل پیدا کند و در حضور آنها صیغهٔ فسخ را بر زبان جاری کند. بنابر این به تنهائی و در خلوت هم فسخ صحیح است. صاحب حدائق به دنبال نقل این دو مطلب فرموده: ظاهر روایات (روایات بیع الخیار که در صدر مسأله گذشت) این است که حضور مشتری (طرف معامله یا مفسوخ علیه) شرط است و باید باشد تا بایع پول را به او داده و سپس معامله را فسخ کند، (از تعبیراتی که در روایات بود از قبیل: «انّی اذا جئتک ثبمنها الی سنة تردّها علیّ»، و از قبیل: «انک ان اتیتنی بمالی ما بین ثلث سنین فالدار دارک فاتاه بماله ...» و از قبیل: «فان اتاک بمالک ...» که همه جا سخن رد به مخاطب امام یعنی مشتری است. این شرط را استظهار کرده‌اند.) بنابر این فتوای مشهور که می‌گویند: با عدم حضور مشتری هم فسخ جایز است و ثمن نزد او امانت می‌ماند تا وقتی مشتری بیاید، ولو ظاهر مشهور اتّفاق بر این مطلب است ولی از سیاق اخبار و روایات باب، به دور است و روایات حضور مشتری را شرط می‌دانند. پس صاحب حدائق خودش این قول ثالث را قبول ندارد ولی به عنوان یک قول به اصحاب نسبت داده شده و ادّعای اتّفاق هم شده است.[1]

---

۱. حدائق: ج ۱۹، ص ۳۵ ـ ۳۶.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در مجموع دو اشکال به صاحب حدائق دارند:

۱ـ تا آنجا که من دیده‌ام احدی از فقهاء (غیر از میرزای قمی که قبلاً ذکر شد) صورت غیبت مشتری و حکم رد ثمن را در این صورت در مسأله بیع الخیار، متعرّض نشده و نیز این مطلب که: با غیبت مشتری هم فسخ جایز است و ثمن نزد بایع امانت می‌شود تا مشتری بیاید، از کلام اصحاب استظهار نمی‌شود، بنابر این چگونه صاحب حدائق فرمود: «ظاهر هم الاتفاق علی ذلک»؟، بلی مشهور در یک بحث کلی فتوائی دارند و آن اینکه: اصولاً در معاملات خیاری، آیا شخص ذی الخیار بدون حضور طرف مقابل، حق فسخ دارد یا حضور طرف، شرط و معتبر است؟ (و منظور به عنوان یک شرط مستقل است نه مقدّمی و طریقی به شرط دیگر) اهل سنّت و بعضی از امامیّه حضور طرف را شرط دانسته‌اند ولی مشهور امامیّه حضور را شرط ندانسته‌اند، و در این بحث کلّی اشتراط حضور طرف، یک امر مستقل است.

ولی یک بحث خاص هم در خیار شرط مورد بحث مطرح است و آن اینکه حضور مشتری معتبر است ولی هیچ منافاتی میان آن حکم کلّی و این حکم خاص نیست زیرا در خصوص این مورد شرط اصلی ثمن به مشتری است که موجب قدرت بر فسخ می‌شود و چون رد ثمن به مشتری بدون حضور مشتری تحقق‌پذیر نیست، لذا از باب مقدّمه و طریق، حضور هم معتبر است نه اینکه استقلالاً یک شرط اصلی باشد، و در آن مطلب کلّی شرط مستقّل بودن نفی شد.

۲ـ صاحب حدائق فرمود: ظاهر اخبار باب، اشتراط حضور مشتری است. ما می‌گوئیم: البته مورد همهٔ این روایات صورت حضور مشتری بود و در این فرض فرمود: «ان اتاک بمالک و...» ولی این، دلیل بر اشتراط حضور مشتری در صحّت فسخ نیست بلکه مقدمّه‌ای برای تحقّق ردّالثمن است. و شاهد مطلب که به صورت «الّا انّ» بیان کرده‌اند این است که:

خیلی وقت‌ها بایع پس از رد ثمن به مشتری بلافاصله معامله را فسخ می‌کند در اینجا در حضور او فسخ صورت گرفته ولی گاهی هم ممکن است با تأخیر این کار صورت بگیرد یعنی طرف صبح (مثلاً) ثمن را به مشتری داد ولی طرف عصر که مشتری در آنجا

حضور ندارد معامله را فسخ کرد در اینجا حضور مشتری نیست ولی اشکال ندراد، پس اگر صحبت از حضور بود برای این بود که رد ثمن محقّق شود، البته تأخیر فسخ بنابر دو احتمال اول و دوّم است که قبلاً ذکر شد و رد ثمن مغایر با فسخ بود، یعنی اوّل رد ثمن می‌کرد سپس فسخ می‌کرد، و رد ثمن شرط خیار یا شرط فسخ بود. آری اگر ردّ ثمن خودش فسخ باشد البته مورد اخبار مخصوص فرض حضور مشتری می‌شود ولی احدی از فقهای شیعه منکر این مطلب نیست که در چنین فرضی حضور لازم است. ولی باز هم حضور موضوعیّت ندارد و برای تحقّق رد ثمن است، و شاید «فافهم» اشاره به همین باشد.

قوله: و کیف کان:

به عقیدهٔ ما در صورت چهارم از چهار صورت اصلی امر ششم حق با محقّق قمی است و رد ثمن به حاکم شرع کافی است و قائم مقام مشتری می‌شود، سرّ مطلب آن است که از نظر ارتکاز عرفی و عقلائی رد به شخص مشتری موضوعیّت ندارد و اگر در متن عقد مشتری را ذکر کرده‌اند غرض این است که به نوعی ثمن به او برسد و از ذمّهٔ بایع برداشته شود تا بایع بتواند فسخ کند، حال فرق ندارد که مستقیماً به خود مشتری برسد یا به دست امین و عادلی به نام حاکم شرع برسد که برای مشتری حفظ و نگهداری می‌کند. و شاهد بر اینکه مشتری موضوعیّت ندارد آن است که: اگر مشتری بمیرد به وارث او رد ثمن می‌شود و اگر شخص مشتری خصوصیت داشت با مرگش رد ثمن هم ساقط می‌شد و معامله لازم می‌گردید ولی چنین نیست، چه این که متقابلاً در متن عقد سخن از رد بایع به میان آمده و مورد روایات ردّ بایع است ولی اگر وارث بایع هم رد ثمن کند باز کافی است، و شما نگوئید که وارث بایع، خیار مذکور را به ارث می‌برد و از این جهت که ذی الخیار است حق رد دارد، زیرا ما می‌گوئیم: اگر بایع موضوعیت داشت و تمام موضوع بود با مرگ او خیار هم نابود می‌شود چون موضوع که رفت حکم هم می‌رود، و قابل ارث بردن نیست، پس از این باب نیست بلکه از باب این است که نه بایع خصوصیّت دارد و نه مشتری بلکه غرض این است که ثمن از دست معتبری (خود بایع یا وکیل او یا وارث او...) به دست معتبری (خود مشتری یا حاکم شرعی و...) برسند و از ذمّهٔ بایع برداشته شود و لا فرق به مشتری برسد یا به ولی شرعی او یعنی حاکم.

قوله: و دعوی:

ما گفتیم باغیبت مشتری، رد ثمن به حاکم شرع نیز جایز است... حال اگر کسی بگوید: در جای خود به اثبات رسیده که باید دخل و تصرّف حاکم شرع در مال دیگران دارای مصلحت باشد و مشروعیّت آن منوط به مصلحت است و اگر مصلحت نباشد حق تصرّف ندارد، آنگاه در مورد بحث هم اگر حاکم بخواهد به نیابت از مشتری ثمن را از بایع اخذ کند و برای مشتری حفظ کند باید به مصلحت مشتری باشد در حالی که چه بسا این اخذ و قبول ثمن و سپس فسخ بایع، به صلاح مشتری نباشد و اگر به صلاح نبود حاکم حق ندارد بگیرد و ولایت ندارد، و با گرفتن او هم ثمن ملک مشتری نمی‌شود، و بعد از فسخ بایع ثمن به ملک خود بایع باقی است (مثمن را هم با فسخ می‌خواهد مالک شود و جمع بین عوض و معوض می‌شود) و لذا خوب است تفصیل دهیم که اگر صلاح باشد حق دارد قبول کند و الّا فلا....

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: این ادّعا قابل دفع است زیرا آنکه منوط به مصلحت است تصرّفات ارادی و اختیاری حاکم شرع است که ابتدائاً می‌خواهد در مال صغیر یا قاصرین دیگر دخل و تصرف کند و حتماً باید مراعات مصلحت را بکند و در ما نحن فیه چنین نیست، زیرا قبض ثمن یک تصرّف اختیاری برای ولی نیست تا منوط به مصلحت باشد و اگر بگوئید: بالاخره همین که قبول می‌کند و می‌گیرد خودش یک کار اختیاری و فرع بر مصلحت است. خواهیم گفت: اصلاً قبول هم لازم نیست، آنچه شرط فسخ بایع است اینکه: وی کسی را پیدا کند که شرعاً برای حفظ مال غائب نصب شده و آن حاکم است و پیدا کرده و همین که پیدا کرد ثمن را بر او عرضه می‌کند و او را از اخذ و قبول متمکّن می‌سازد و بیش از این لازم نیست (اصولاً اگر خود مشتری هم بود قبض و قبول معتبر نبود و تمکین معتبر بود زیرا شاید وی ابا و امتناع کند و اصلاً قبول نکند، اینکه ربطی به بایع ندارد بایع وظیفه‌اش تمکین مشتری یا وکیل او یا ولیِّ او بود و این کار را کرده و بیش از این مکلّف نیست) پس اصلاً قبول هم معتبر نیست تا شما بگوئید: قبول امر اختیاری است و باید با مراعات مصلحت باشد....

در نتیجه هیچ مانعی از رد ثمن به حاکم شرع نیست و ملاک این است که از دستی که

شرعاً مجاز است به دستی که شرعاً منصوب است برسد، خواه دهنده خود بایع باشد یا وکیل و وارث او، وگیرنده هم خود مشتری باشد یا وکیل او یا وارث او یا حاکم شرعی. اینها خصوصیّتی ندارند.

قوله: و ممّا ذکرنا:

همین بحثها که در رابطه با اخذ و رد ثمن به حاکم مطرح شد در رابطه با عدول مؤمنین نیز جاری و ساری است یعنی اگر مشتری نیست و دسترسی به حاکم شرع هم نداریم، بایع می‌تواند ثمن را به عدّه‌ای از مؤمنان عادل بدهد و آنها از باب حسبه (اموری که مطلوب شارع است و نباید زمین بماند و معطل شود و از فرد وگروه خاصی هم خواسته نشده و لذا عدّه‌ای باید از باب من به الکفایه قیام واقدام کنند و کار را قربة الی الّله انجام دهند.) این ثمن را برای مشتری غایب حفظ و حراست کنند.

دلیل مطلب همان است که در مورد حاکم شرع ذکر شد و مناط دو باب یکی است که رد به خود مشتری خصوصیتی ندارد بلکه غرض این است که این ثمن به یک دستی که شرعاً حق دارد برسد و از عهدهٔ بایع مرتفع شود، امّا به خود مشتری یا به حاکم به عدول مؤمنان باشد فرقی ندارد.

قوله: و لو اشتری:

در بیع الخیار که بایع نیاز دارد و منزل یا وسیلهٔ دیگری را می‌فروشد با شرط خیار که اگر تا یک سال رد ثمن کرد مثمن را برگرداند، طرف مقابلش پدری است که این منزل را برای فرزند صغیرش خریداری می‌کند، آنگاه بعداً که بایع ثمن را فراهم می‌کند آیا فقط باید به پدر صغیر رد کند؟ یا به جدّ پدری هم می‌تواند رد کند؟ سه وجه در این مطلب وجود دارد:

۱ـ مطلقاً رد به جدّ پدری جایز است زیرا پدر و جدّ پدری در عرض هم ولایت دارند و فرقی میان آن دو نیست و به هر کدام رد شود غرض حاصل شده و مناط واحد است.

۲ـ رد به جدّ مطلقاً جایز نیست زیرا در متن عقد تصریح شده که به مشتری یعنی پدر رد کند و جمود بر ظاهر لفظ ایجاب می‌کند که منحصراً به پدر رد کند نه به دیگری.

۳ـ اگر دسترسی به پدر دارد به او رد کند، چون در متن عقد رد به او مطرح شده و

قدر متیقّن او است و اگر دسترسی ندارد و پدر غایب است رد به جدّ پدری هم جایز است، همانطور که به حاکم شرع رد می‌کرد.

قوله: و یجری مثلها:

اگر حاکم شرعی برای صغیری متاعی را خرید و بایع با او شرط کرد که اگر تا یک سال رد ثمن کردم متاعم را به من برگردانی، حال آیا ثمن را باید به همان حاکم اوّل بپردازد؟ یا به حاکم دیگر هم رد ثمن جایز است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: همان سه وجه که در مورد رد ثمن به پدر و جدّ پدری بود، در مورد رد ثمن به حاکم دیگر نیز هست.

قوله: و لیس فی قبول:

ولی در رابطه با حاکم شرع این بحث مطرح است که: آیا مزاحمت حاکمی با حاکم دیگر جایز است یا خیر؟ آیا حاکم دیگر حق دخالت در کارهای حاکم اوّل دارد یا نه؟ (مثلاً حاکمی در امر نزاعی مشغول رسیدگی و صدور حکم است، آیا حاکم دیگر می‌تواند وارد این دعوا شود و قضاوت کند؟ یا حاکمی سرگرم دخل و تصرّف در مال صغیری است آیا حاکم دیگر می‌تواند دخالت کند و در مال همان صغیر دخل و تصرّف کند؟) این بحث در باب ولایت فقیه در «کتاب البیع» ذکر شد و رأی جناب شیخی اعظم این بود که: مزاحمت حاکم با حاکم دیگر جایز نیست.

بحث دیگر این است که: آیا در ما نحن قبول حاکم دیگر یا رد ثمن به حاکم دیگر نامش مزاحمت و دخالت حاکمی در کار حاکم دیگر است یا نه؟ ابتدا مرحوم شیخ می‌فرماید: این نامش مزاحمت نیست زیرا اصلاً ربطی به حاکم ندارد تا بگوئیم مزاحمت هست یا نه، آنچه هست اینکه: بایع شرعاً هر کس را که صلاحیت اخذ و قبول دارد (و شرعاً برای این امور نصب شده) حق دارد به او رد ثمن کند (به معنای تمکین و در اختیار گذاشتن) تا مجوّزی برای فسخ پیدا کند و حاکم دیگر هم حداکثر کاری که می‌کند، اخذ و تملّک و قبول ثمن است و دخالت دیگر ندارد تا مزاحمت شود.

البته این بحث هم در کنارش مطرح می‌شود که پس از اخذ و قبول آیا باید حاکم دوّم ثمن را به حاکم اوّل تحویل دهد یا نه؟ اوّل می‌فرماید: فوقش وجوب دفع (تکلیفی است) ولی بعداً می‌فرماید: شاید دفع به اوّلی هم واجب نباشد زیرا تصرّف اوّلی که با پول صغیر منزل را خرید یک تصرف جدا بود و تصرّف جدید که حاکم دوّم می‌کند و با

قبولش دوباره صغیر، مالک ثمن می‌شود ملک جدید و تصرّف جدید است که حاکم اوّل در این کار دخالتی ندارد تا مزاحمت با او محسوب شد.

تا اینجا اصرار بر عدم مزاحمت بود. ولی در پایان مزاحم بودن و صدق عرفی مزاحمت را ترجیح می‌دهند که این قبض و تملّک مربوط به همان معاملهٔ اوّل است و حاکم اوّل در آن دخالت دارد و تمام جهاتش مربوط به او است و حاکم ثانی حق دخالت ندارد. آنگاه اگر اخذ حاکم ثانی مزاحمت با اوّل محسوب نشود همان سه وجه می‌آید و اگر مزاحمت محسوب شد این بحث می‌آید که مزاحمت جایز است یا نه؟ اگر جایز باشد باز اخذ دوّمی صحیح است و مجوّز فسخ بایع می‌شود. و اگر جایز نباشد، ردّ ثمن به حاکم دیگر بی‌فایده است و مجوّز فسخ نمی‌شود.

امر هفتم:

در این امر سخن از رد کلّ ثمن یا بعض آن است: بالاخره مسلّم شد که رد ثمن در فسخ بیع دخیل است ولی از حیث رد تمام یا قسمتی از ثمن، صوری در مسألهٔ پیدا می‌شود:

۱ـ در متن عقد تصریح شود به اینکه تنها در صورت رد تمام ثمن حق فسخ داری، طبق شرط عمل می‌شود و تا کلّ ثمن را به مشتری رد نکند حق فسخ ندارد. (این صورت را مرحوم شیخ ذکر نکرده‌اند.)

۲ـ رد ثمن را مطلق آورده یعنی به طور سر بسته قید شده که اگر رد ثمن کردم حق فسخ داشته باشم ولی تصریح نشده که آیا کلّ ثمن را رد کردم یا بخشی از آن را هم رد کردم کافی است؟ در این فرض هم اطلاق، حمل بر رد جمیع ثمن می‌شود و از ظاهر تعبیر «رد الثمن» همین متبادر است و اطلاق هم به همین مورد منصرف است. متفرع بر این دو صورت:

اگر بخشی از ثمن را به مشتری داد حق فسخ برای بایع درست نمی‌شود و متقابلاً مشتری هم حق تصرّف در آن بعض پیدا نمی‌کند زیرا تا بایع فسخ نکند آن مقدار، ملک بایع است و به ملک مشتری داخل نشده تا حق تصرف داشته باشد. در همین فرض اگر آن بعض در دست مشتری تلف شد چه کسی ضامن است؟ می‌فرماید: بستگی دارد که این بخش رابه چه عنوانی به مشتری داده؟ اگر بر وجه امانت داده و مشتری هم افراط یا تفریط نکرده، خود بایع ضامن است و ضرر به او می‌رسد، ولی اگر به عنوان بخشی از

ثمن و بهای مبیع داده باشد و قبل از رد بقیّه در دست مشتری تلف شد مشتری ضامن است زیرا قانون «علی الید ما اخذت حتی تودّی» اطلاق دارد و «ید معاملی» را هم می‌گیرد و تنها «ید امانی» از آن مستثنا شده است.

۳ـ قوله: و لو شرط البایع: اگر از اوّل اینگونه شرط کرده‌اند که در قبال هر جزئی از ثمن که بایع به مشتری تحویل داد به همان نسبت حق دارد معاملهٔ مثمن را فسخ کند مثلاً اگر $\frac{۱}{۱۰}$ کلّ ثمن را داد در $\frac{۱}{۱۰}$ مثمن حق فسخ دارد، چنین شرطی خلاف کتاب و سنّت نیست و عموم «المؤمنون عند شروطهم» حکم به صحّت و جواز آن می‌نماید. منتها اگر مدّت معیّن (مثلاً یک سال) سپری شد و بایع نسبت به بقیّهٔ مبیع اقدامی نکرد و ثمن را رد نکرد و معامله را فسخ ننمود، مشتری خیار تبعّض صفقه پیدا می‌کند و حق فسخ دارد.

و محتمل است بگوئیم: از همان روزی که بخشی از ثمن را داد و در بخشی از مثمن معامله را فسخ کرد و متاع متبعّض شد، مشتری خیار تبعّض پیدا کرد که مرحوم شیخ همین را تقویت می‌کنند و دلیلشان این است که تبعّض صفقه، سبب خیار و تمام موضوع آن است که از حالا حاصل شده، پس حکم و مسبب و اثر آن هم که خیار باشد از حالا می‌آید و منتظر سپری شدن وقت مقرّر در عقد (یک سال) نیستیم.

۴ـ قوله: و یجوز:

می‌توانند از اوّل این گونه شرط کنند که: اگر در ظرف یک سال بخشی از ثمن را بایع به مشتری رد کرد حق داشته باشد کل معامله را فسخ کند و مبیع را به ملک خویش بر گرداند، و دلیل جواز، عمومات ادلهٔ شروط است «المؤمنون عند شروطهم ...» ضمناً فرقی ندارد که بعض معیّن باشد مثلاً بگوید: اگر در ظرف یک سال نصف پول را آوردم بتوانم فسخ کنم، یا بعض غیر معین باشد. مثلاً بگوید: اگر در طول مدّت مقرّر، بخشی از ثمن را آوردم (که بخشی یا بعضی مبهم است) حق فسخ داشته باشم، در هر حال شرط صحیح و واجب الوفاء است و باقسمتی از ثمن معامله فسخ می‌شود، و طبعاً باقیمانده از ثمن به ذمّهٔ بایع می‌آید و باید از عهده بر آید.

امر هشتم:

تا به حال از آغاز مسألهٔ بیع الخیار سخن از این بود که بایع با مشتری شرط می‌کند که اگر ثمن را رد کردم مثمن را برگردانم، و در این امر هشتم فرض مقابل آن مطرح است و آن

اینکه: اگر مشتری نیاز به وسیله دارد و فعلاً آن را خریداری می‌کند ولی قید می‌کند که اگر تا یک سال این وسیله را به فروشنده تحویل دهد بتواند پولش را پس بگیرد. این نوع از شرط نیز جایز و مشروع است و خلاف کتاب و سنّت نیست و عمومات وفا به شرط، آن را شامل می‌شود و خود این فرض صوری دارد که به ترتیب کتاب مطرح می‌کنیم.

۱ـ در متن عقد صریحاً شرط کند رد عین مثمن را و منحصر کند در آن، در این فرض تا عین موجود است حق الخیار و حق رد برای مشتری محفوظ است و به محض تلف عین، خیار او هم ساقط می‌شود. (این صورت در مکاسب ذکر نشده).

۲ـ در متن عقد به صورت کلّی بگوید: اگر در ظرف یک سال مبیع را ردکردم حق فسخ داشته باشم ولی منحصر نکرده و تصریح به تعیین آن ننموده، باز اطلاق کلام انصراف به عین مبیع دارد و از کلامش همین متبادر است و تنها با رد عین حق فسخ دارد و اگر تلف شد خیار فسخ مشتری هم ساقط می‌شود.

۳ـ در متن عقد تصریح کند به اینکه: تا یک سال اگر خود مثمن بود همان را ردکنم و اگر از بین رفته بود بدلش را ردکنم. این نیز صحیح است و بازگشت به این داردکه به هر حال در حال فسخ چیزی به عهدهٔ مشتری نماند و عین یا بدل آن را به بایع ردکند و خود را فارغ الذّمه کند و محذوری ندارد و عمومات وفا به شرط شاملش می‌شود.

۴ـ در متن عقد چنین بگوید: اگر تا یک سال بدل مثمن را ردّکردم که سخن از رد عین نیست، فرض هم این است که عین موجود است و وی تمکن دارد از رد خود عین، معذلک به سراغ ردّ بدل برود آیا این اشتراط جایز است، می‌فرماید محلّ اشکال است و وجه اشکال این است که: از طرفی اگر عمومات وفای به شرط را در نظر بگیریم اینجا را شامل است و حکم به جواز می‌کند (این وجه در متن نیامده) و از طرفی قانون فسخ این است که حتی الامکان خود عوضین جابجا شوند و به مالک اصلی برگردند بگونه‌ای که گویا اصلاً معاوضه‌ای نشده و اشتراط رد بدل با این قانون نمی‌سازد و اشتراط فسخ بر وجه غیر مشروع است و لذا صحیح نیست و وفا ندارد، و بلکه نه تنها حکماً مشروع نیست که موضوعاً هم نامش فسخ نیست (فسخ مصطلح همان است که قبلاً در قانون فسخ اشاره شد.) و لذا حکم به جواز این شرط محلّ اشکال است.

قوله: نعم لو اشترط:

این فراز تبصره‌ای برای صورت چهارم است و قبل از بیان آن پنج مطلب را به خاطر بسپاریم: ۱ـ مقتضای عقد بیع تملیک و تملّک است

۲ـ مقتضای فسخ بیع رجوع عین مثمن به بایع و عین ثمن به مشتری است.

۳ـ اگر مثمن نزد مشتری تلف شود وی ضامن است به حکم قانون «علی الید».

۴ـ در فرض تلف اگر مثلی بوده شرعاً ضامن به مثل است و اگر قیمی بوده ضامن به قیمت است

۵ـ در مقام اداء ما فی الذّمه و از عهدهٔ خسارت و ضمانت خارج شدن هم باید در مثلی مثل و در قیمی قیمت را بپردازد مگر اینکه با تراضی طرفین به جای مثل، قیمت را بپردازد یا به جای قیمت، مثل را بدهد که این بلا مانع است. با حفظ این چند مطلب می‌گوئیم: در این تبصره سه صورت ذکره شده که از آخر به اوّل بیان می‌کنیم:

۱ـ صورت سوّم این است که: مقتضای فسخ عقد رجوع عین ثمن و مثمن بود ولی مشتری با تمکن از رد عین مثمن، شرط کند رد بدل آن را و آنچه را که مقتضای عقد (فسخ عقد) نیست شرط کند چنین اشتراطی محلّ اشکال است و قبل از تبصره در صورت چهارم همین فرض مطرح بود.

۲ـ صرت دوّم این است که: از اوّل شرط کند که اگر مبیع تلف شد با اینکه مثلی است ولی من ضامن به قیمت باشم و یا با اینکه قیمی است من ضامن به مثل باشم این نیز صحیح نیست زیرا شرطی کرده که خلاف شرع است وشرعاً در مثلی ضامن به مثل است نه به قیمت و در قیمی ضامن به قیمت است نه به مثل.

۳ـ صورت اوّل این است که: قبول دارد که اگر تلف شد ضامن است و قبول دارد که اگر مثلی بود ضامن به مثل است و اگر قیمی بود به قیمت، و قبول دارد که باید در مثلی مثل را بدهد یا در قیمی قیمت را، ولی در مقام رد و اداء ما فی الذمّه شرط می‌کند که به حای مثل در مثلی، قیمت را بدهد یا به جای قیمت در قیمی، مثل بدهد و بایع راضی می‌شود و این شرط را قبول می‌کند این فرض بلا مانع و از قبیل اشتراط ایفاء ما فی الذمّه است به غیر جنس آن (یعنی مثل به ذمّه‌اش آمده ولی شرط می‌کند که قیمت را بدهد) و تعبیر (بمنزلة) برای آنست که اینجا هنوز تلف نشده تا اشتراط ایفاء فعلی باشد و فرض

تلف است و اگر تلف شد... و لذا ضمان تعلیقی و شرط هم تعلیقی است و به منزلهٔ آن است.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد که فرق صورت سوّم و دوّم را با صورت اوّل دقّت کن که یکی مربوط به مرحلهٔ اداء و دفع ما فی الذمّه است و دیگری مربوط به مرحلهٔ اصل ضمان است، یا اشاره به اینکه در صورت اوّل نباید بگوئیم: «امکن الجواز» بلکه قاطعانه باید حکم به جواز کنیم و صرف امکان فایده‌ای ندارد.

قوله: و یجوز:

به طور کلّی در بیع الخیار سه فرض مطرح است:

۱ـ بایع با مشتری شرط می‌کند که اگر تا یکسال ثمن را آوردم مبیع را به من بر گردانی که عمدهٔ مسأله در اطراف همین فرض بود و معمول و متعارف در «بیع الخیار» نیز همین است.

۲ـ مشتری با بایع شرط می‌کند که اگر تا یکسال مثمن را آوردم پولم را به من تحویل دهی که این فرض در همین امر هشتم به طور مجمل بیان شد و صوری داشت.

۳ـ هر یک از بایع و مشتری برای خود چنین شرطی می‌کنند که تا یکسال عین عوض یا بدل آن را اگر برگردانند عوض دیگر را از طرف مقابل دریافت کنند که در همین فراز اخیر بدان اشاره می‌کنند و اصل اشتراط کذائی جایز است و حکمش از دو فرض قبلی روشن می‌شود.

(مسألهٔ هفتم از مسائل خیار شرط)

هفتمین و آخرین مسأله از مسائل خیار شرط (که قسم سوّم از اقسام خیارات بود) دربارهٔ اختصاص یا عمومیّت خیار شرط است: خیار مجلس قطعاً مخصوص عقد بیع بود و از دلیل آن هم این مطلب هویدا بود زیرا می‌فرمود: «البیعان بالخیار مالم یفترقا...»، خیار حیوان نیز مخصوص بیع بود زیرا در روایات آن باب سخن از «بایع الحیوان»، «مشتری الحیوان بالخیار»، «ان احدث المشتری حدثاً...» بود که مخصوص بیع است. امّا آیا خیار شرط هم مخصوص بیع است؟ یا عمومیّت دارد و در سایر معاملات هم جاری و ساری است؟ اصل عمومیّت و عدم اختصاص مسلّم است ولی کلمات فقهاء و تعبیرات آنها در

این باب مختلف است حاصل کلمات را به بیان ذیل می‌نگاریم:

۱ـ خیار شرط در کلّیهٔ معاوضاتِ لازمه جاری می‌شود (معاوضه یعنی چیزهایی که دارای عوض و معوّض است و لازمه یعنی اموری که به مقتضای طبع و ذاتشان لازم می‌باشند و لو بالعرض و در سایهٔ جعل خیار متزلزل می‌باشند) از قبیل بیع، اجاره، مزارعه، مساقات و... (مرحوم شیخ به صلح هم مثال زده‌اند ولی صلح از معاوضات نیست و حقیقت آن تسالم طرفین است ولو یک طرف عوض نداشته باشد. و علاوه بر اینکه در ادامه خواهیم دید که صلح مورد نزاع است و فعلاً جناب شیخ اموری را که «لا خلاف و لا اشکال فیه» است بیان می‌کنند.)

۲ـ بلکه خیار شرط در کلّیهٔ عقود لازمه می‌آید چه معاوضه در آنها باشد مثل بیع و اجاره و.... و چه معاوضه نباشد مثل هبه به ذی رحم که از یک طرف عوض هست و از طرف دیگر نیست و ضمناً عقد لازم هم هست.

۳ـ بلکه خیار شرط در کلّیهٔ عقود می‌آید (چه لازمه باشند و چه جایزه)، این تعبیر اگر چه از کلام علاّمه در تذکره و از کلام بزرگان دیگر استفاده می‌شود ولی حتماً مرادشان از «کلّ عقدٍ» خصوص عقدهای لازم است زیرا عقود جایزه با لذات، نیازی به جعل خیار شرط ندارد و جعل خیار عرضی در آنها معقول نیست و تحصیل حاصل است و چیزی که ذاتاً و دائماً قابل فسخ است (مثل وکالت، عاریه، مضاربه و...) معنا ندارد که از خارج و با جعل طرفین در او تزلزل ایجاد شود و قابل فسخ شود.

۴ـ در عقود لازمه هم فرقی نیست که از هر دو طرف لازمه باشند یا از یک طرف لازمه باشند، مثل رهن که از سوی راهن لازم است و از سوی مرتهن جایز است، در اینجا مرتهن نمی‌تواند شرط خیار کند چون لغو و تحصیل حاصل است ولی راهن می‌تواند جعل خیار کند و بدون آن از سوی او لازم است و لذا جعل خیار معقول است.

۵ـ از بعض تعبیرات استفاده می‌شود که: خیار شرط در عقود و ایقاعات راه دارد زیرا اوّل فرموده‌اند: «فی کل عقدٍ» بعد مواردی را استثناء کرده‌اند که بعضی، از عقود است مثل نکاح و برخی، از ایقاعات است مثل طلاق و عتق و... پس مرادشان از عقد در «مستثنا منه» اعمّ از عقود و ایقاعات است. این بود خلاصه‌ای از کلمات قوم.

و اصل (مدرک اصلی) برای این توسعه و دخول خیار شرط در همهٔ این موارد،

عموم دلیل وفای به شرط است که «المؤمنون عند شروطهم» باشد و این عموم، شامل شرط در ضمن عقد و ایقاع، عقد لازم و جایز، عقد معاوضی و غیر معاوضی همه می‌شود و مقتضی موجود است. و مهمّ این است که ببینیم در کدام یک از موارد مذکور (در پنج بخش مزبور) مانع خاصی داریم و دلیل بر خلاف داریم و جلوی تأثیر مقتضی را می‌گیرد و مانع می‌شود از جریان خیار شرط به حکم «المؤمنون عند شروطهم ...».

قوله: امّا الایقاعات:

نخست تکلیف ایقاعات را (که یک طرفه و فقط دارای ایجاب می‌باشند) روشن کنیم: همه قبول دارند که در ایقاعات خیار شرط نمی‌آید و در این مطلب خلافی نیست، ابن ادریس هم برای این مدّعا که در طلاق (که از ایقاعات است) خیار شرط راه ندارد، به این استدلال کرده که: طلاق از عقود نیست[1] از اینجا می‌فهمیم که کبرای کلّی مسلّم و مورد اتّفاق است که اگر چیزی از عقود نبود خیار هم در آن نمی‌آید.

قوله: قیل:

دلایل مطلب: یک دلیل از زبان علّامهٔ بحر العلوم در مصابیح نقل می‌کنند: ایشان فرموده: مفهوم از شرط آن چیزی است که میان دو طرف باشد (چون شرط الزام و التزام است و دو طرف لازم دارد) برخی از اخبار باب خیار شرط هم به این مطلب تنبیه کرده‌اند (مثل صحیحهٔ ابن سنان در اوّل باب خیار شرط که می‌فرمود: «من اشترط شرطاً... فلا یجوز له و لا یجوز علی الذی اشترط علیه»...) و ایقاعات قائم به یک طرف هستند (فقط موجب باشد و انشاء ایجاب کند کافی است ولی قابلی باشد که قبول کند لازم نیست.) پس شرط در ایقاعات راه ندارد و نمی‌تواند بگوید: «اعتقتُ و اشترط ....» یا «طلقت و اشترط ...»

مرحوم شیخ این دلیل را نمی‌پذیرند و در رد آن می‌فرمایند: آنچه از روایات (همان صحیحهٔ قبلی) مستفاد است اینکه شرط قائم به دو شخص باشد: ۱ـ مشروط له ۲ـ مشروط علیه و در ایقاعات نیز دو شخص وجود دارد: (در طلاق مطلّقی هست و مطلّقه‌ای، مشروط له و مشروط علیه داریم، در عتق نیز چنین است، در ابراء نیز چنین

---

۱. سرائر، ج ۲، ص ۲۴۶.

است و ...) و امّا اینکه در شرط حتماً ایجاب و قبولی باشد دلیل ندارد و شرط بر این دو متوقف نیست و شاهدش این است که در باب عتق اگر مولی با عبدش شرط کند که تا یک سال برایم خدمت کنی تو را آزاد می‌کنم (شرط خدمت) یا در عبد مکاتب، شرط مبلغی مال می‌کند و عبد هم این شرط را قبول می‌کند و بعد عتق یک جانبه و ایجابی صورت می‌گیرد، فقهاء این را تجویز کرده و به عموم «المؤمنون» استناد کرده‌اند، پس مفهوم شرط در ایقاعات هم متصوّر است و دو شخص لازم را دارد و از این نظر قابل مناقشه نیست.

قوله: فالاولی:

خود جناب شیخ به دلایل دیگری استناد می‌کنند:

۱ـ جا دارد کسی بگوید: شرط بر ایقاعات صدق نمی‌کند و از آنها انصراف دارد و الزام و التزام در ضمن عقود را شامل می‌شود زیرا قبلاً در اوائل خیارات از زبان «قاموس اللغة» چنین آوردیم که: «الشرط الزام الشیئی و التزامه فی البیع و نحوه» که صریحاً سخن از بیع و مانند آن (عقود دیگر) دارد و شامل ایقاعات نمی‌شود.

۲ـ دلیل اصلیِ ما این است که: عمومات وفای به شرط «المؤمنون عند شروطهم» مفادشان این است که شرط مؤمن صحیح و نافذ و مؤثر است و باید به آن وفا کند و مبیّن حکم شرط هستند ولی موضوعشان شروط مشروع و جایز است و شروط غیر مشروع قطعاً نافذ نیست و وجوب وفا ندارد، و در اوّل خیار شرط هم بدان اشاره شد و در خود روایات این استثنا آمده بود: «الاّ شرطاً خالف کتاب اللّه ....» پس نخست باید مشروعیّت شرطی احراز شود سپس این عمومات جاری شوند و با خود این عموم آن مشروعیّت ثابت نمی‌شود زیرا هیچ حکمی برای خود موضوع درست کن نیست و از خارج باید موضوع احراز شود.

و در مورد بحث ما نخست باید از خارج احراز کنیم که فسخ در ایقاعات هم می‌آید و مشروع است تا بعداً بگوئیم: اگر کسی شرط فسخ نمود شرطش نافذ است و باید پای آن بایستد و حق فسخ دارد ولی متأسفانه چنین چیزی ثابت نیست و فسخ در ایقاعات مشروعیّت ندارد تا شرط آن، از شروط مشروع و جایز باشد و در ضمن ایقاع بیاید.

قوله: و الرجوع فی العِدّة:

اگر کسی بگوید: در باب طلاق این مسأله وجود دارد که تا مدّتِ عدّهٔ طلاق سپری نشده مرد حق رجوع دارد آیا این به معنای فسخ طلاق و مشروعیت فسخ در طلاق نیست؟ در جواب می‌فرماید: هرگز به معنای فسخ نیست، این رجوع در عدة یک حکم شرعی است که در برخی از طلاقها (طلاق رجعی) هست و در سایر طلاقها نیست و در همین بعض هم قابل اسقاط نیست و اگر از نوع فسخ بود باید قابل اسقاط باشد و زوج بتواند بگوید: حق فسخ خود را اسقاط کردم، در حالی که صد بار هم بگوید، جواز رجوع محفوظ است.

قوله: و مرجع هذا:

دلیل دوّم را به بیان دیگر ذکر می‌کنند: فسخ عقد یا ایقاعی اگر بخواهد مشروع باشد باید دلیل داشته باشد و در باب عقود فی الجمله (در بعضی از عقود لازمه که مبسوطاً خواهد آمد) دلیل داریم و آن جواز اقاله است که تفاسخ طرفینی است، خیار مجلس و حیوان و انواع دیگر خیارات است که در بیع و مانند آن جاری می‌شود، و اینها دلیل بر جواز فسخ و مشروعیت آن در بعض عقود است، و لذا شرط خیار یا فسخ هم در ضمن عقد بلامانع است و مشمول عمومات وفای به شرط هم می‌باشد.

ولی در ایقاعات چنین چیزی از شارع مقدس معهود و شناخته شده نیست و هیچ جا دیده نشده که شارع تجویز کرده باشد نقض اثر ایقاعی را بگوید: پس از وقوع عتق یا طلاق هم می‌توانید آن را به هم بزنید و فسخ کنید و... پس مشروعیت فسخ در اینجا محرز نیست تا اشتراط آن در ضمن ایقاع جایز باشد و عمومات المؤمنون او را شامل شود (و با عدم احراز هم تمسّک به عموم «المؤمنون عند شروطهم» نسبت به این شرط فسخ در ضمن ایقاعات، از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّه است که جایز نیست.)

قوله: و بالجمله:

همان دلیل دوّم را به بیان سوّم ذکر می‌کنند: هیچ‌گاه شرط کردن در ضمن عقد، به حکم «المؤمنون عند شروطهم»، باعث نمی‌شود که غیر سبب، سبب شود و چیزی که شرعاً سببیّت ندارد سبب شود، بلکه باید از خارج سببیّت چیزی محرز شود تا شرط کردن آن در ضمن عقد، بجا و مشمول عموم مذکور شود، آنگاه در مواردی که علم به سببیّت

داریم و می‌دانیم که فسخ سبب شرعی برای رفع اثر است مثل باب عقود، در اینجا شرط فسخ کردن شرط امر مشروعی است و عمومات وفای به شرط، حکم به صحت و لزوم آن می‌نماید ولی در مواردی که عدم العلم است و نمی‌دانیم که فسخ را شارع سبب قرار داده یا نه مثل باب ایقاعات که دلیلی بر این امر نرسیده، و اصل مشروعیّت فسخ احراز نشده تا شرطش از شروط مشروع بوده و عموم «المؤمنون» آنجا را بگیرد و تمسّک به عام در شبهه مصداقیّه نشود. در اینجا با اشتراط خیار فسخ، چنین حقی پیدا نمی‌شود و نیز در مواردی که علم به عدم داریم و می‌دانیم که فسخ در آنجا تأثیر ندارد و سبب ارتفاع اثر نیست، مثل همین باب ایقاعات بنابر اینکه لزوم در اینها حکم شرعی باشد

(در باب لزوم در عقود و ایقاعات نظر شیخ این است که: لزوم در ایقاعات، حکم شرعی است و لذا قابل تغییر نیست و با شرط خیار و فسخ از بین نمی‌رود ولی در باب عقود، مثل بیع، لزوم، حق است نه حکم و اگر حق است قابل تغییر و اسقاط است و با اقالهٔ طرفینی و مانند آن زایل می‌شود. پس جناب ایشان لزوم حکمی و لزوم حقّی قائلند. ولی از برخی حواشی استفاده می‌شود که لزوم در همه جا حکمی است نه حقّی و شارع حکم به لزوم می‌کند منتها در مواردی به دلیل خاص این لزوم قابل تغییر است و در مواردی نیست.)

همان طوری که جواز در عقود جایز حکم شرعی است و قبلاً در اوایل خیارات فرق حکم و حق را گفتیم، آنگاه اگر لزوم در ایقاعات حکم شرعی شد دیگر قابل تغییر نیست و با شرط خیار و فسخ کردن اثر ایقاع (فراق در طلاق، حریّت در عتق و...) از بین نمی‌رود و کماکان باقی است. در نتیجه خیار شرط در ایقاعات جاری نیست.

۳ـ دلیل دیگر مرحوم شیخ استناد به پاره‌ای از اجماعات است که بعضی در عتق و طلاق و بعضی در عتق و ابراء که از ایقاعات می‌باشد ادّعای اجماع کرده‌اند بر اینکه خیار شرط در اینها داخل نمی‌شود و معتق نمی‌تواند بگوید: تو را آزاد کردم و تا یکماه برای خودم خیار شرط قرار دادم که اگر خواستم عتق را فسخ کرده و دوباره تو را به ملکیّت خویش در آوردم، چنین چیزی صحیح نیست.

قوله: و ممّا ذکرنا:

ایقاع گاهی استقلالاً انشاء می‌شود که تا به حال مطرح شد و خیار شرط در آن داخل نشد

و گاهی ضمنی و تبعی است یعنی در ضمن عقدی از عقود یا ایقاع دیگری از ایقاعات است که اگر در ضمن ایقاع دیگر باشد پر واضح است که خیار شرط بر نمی‌داد، ولی حتّی اگر در ضمن عقدی هم باشد باز خیار شرط در آن نمی‌آید فی المثل صلح عقدی از عقود است و اگر صلح معاوضی باشد و طرفین مصالحه هر کدام مالی را به عنوان عوض به دیگری بپردازد، چنین صلحی ظاهراً و باطناً از عقود معاوضی است و همانگونه که در اوایل مسأله مثال زدند، خیار شرط در آن جاری می‌شود و لا اقل مورد اختلاف است که به زودی خواهد آمد. ولی اگر صلح بر عین نباشد بلکه بر دین و ما فی الذمّه باشد یک وقت به این نحو است که اصل دین را طرفین قبول دارند ولی دعوا در اقل و اکثر است و طلبکار می‌گوید من هزار تومان طلبکارم و بدهکار می‌گوید: هشتصد تومان طلبکاری و به نهصد مصالحه می‌کنند.

و تارةً در اصل اشتغال ذمّه دعوا دارند یعنی مدّعی می‌گوید من از شما طلبکارم و مدّعا علیه می‌گوید من نمی‌دانم و اظهار جهل و بی اطّلاعی می‌کند و یا قبل از ثبوت دعوا برای اینکه کار به دادگاه نکشد و حفظ حرمت اشخاص شود مصالحه می‌کنند و طرف در ظاهر می‌گوید: «**صالحتک علی ما تدعیّه بکذا**»، طرف دیگر هم قبول می‌کند و نتیجهٔ این صلح، ابراء ذمّهٔ مدّعا علیه است، چنین صلحی در ظاهر، صلح ولی در معنا مفید فایدهٔ ابراء است که ایقاع باشد و در اینجا ایقاع ضمنی و تبعی است و عقد متضمّن آن است باز فرقی ندارد، در ضمن ایقاع، شرط خیار کردن بی جا است چه استقلالی و چه ضمنی.

صیمری در غایة المرام این گونه استدلال کرده: اصل صلح برای رفع نزاع تشریع شده و شرط خیار فسخ و جواز رجوع، موجب عود نزاع می‌شود و با فلسفهٔ صلح ناسازگار است و لذا از شروطی است که با مقتضای عقد صلح منافی است «صغری» و هر شرطی که با مقتضای عقد منافی باشد لازم الوفاء نیست «کبری» پس شرط مذکور لزوم وفا ندارد «نتیجه» مطلوب نیز همین است.[1]

مرحوم شیخ می‌فرماید: منظور صیمری از کبرای مذکور همان دلیل دوّم ما است که به سه بیان ذکر کردیم و آن این که ما گفتیم: باید شرط مشروع باشد تا وجوب وفا داشته

---

۱. غایة المرام (خطی)، ج ۱، ص ۲۹۵.

باشد و مشمول عمومات شرط شود و ایشان گفته: باید شرط موافق مقتضای عقد باشد تا وجوب وفا داشته باشد و شرط موافق مقتضای عقد هم یکی از شرطهای مشروع است پس منظورمان یکی است.

قوله: و لااقّل من الشک:

بر فرض از تمام ادلهٔ مذکور دست برداریم تازه می‌رسیم به اینجا که در باب ایقاعات نه دلیلی بر جواز خیار شرط وجود دارد و نه دلیلی بر عدم جواز خیار شرط، نه دلیلی بر سبب بودن فسخ برای رفع اثر ایقاع وجود دارد و نه بر عدم آن، و در فرض شک از اصل عدم جواز، اصل عدم سببیّت استفاده می‌کنیم یا از اصل بقاء اثر ایقاع بعد از فسخ استفاده می‌کنیم که استصحاب وجودی است و باز نوبت به شرط خیار و تأثیر فسخ نمی‌رسد.

قوله: و امّا العقود:

تا به حال تکلیف ایقاعات روشن شد و امّا راجع به عقود: درکدام عقد خیار شرط جاری است؟ و درکدام عقد جاری نیست؟ به طوری کلّی عقود از این ناحیه سه قسم می‌شوند:

۱ـ عقودی که به اجماع فقهاء خیار شرط در آنها جاری نمی‌شود.

۲ـ عقودی که مورد اختلاف است و عدّه‌ای قائل به جریان خیار شرط در آنها و دسته‌ای قائل به عدم جریان هستند.

۳ـ عقودی که به اتّفاق کلمه خیار شرط در آنها راه دارد.

امّا دسته اوّل:

آن عقدی که به اتفاق کلمه خیار شرط در آن جاری نمی‌شود عقد نکاح است، فی المثل زوج یا زوجه حق ندارند بگویند: ازدواج می‌کنم مشروط بر اینکه تا یک سال خیار فسخ داشته باشم و اگر خواستم نکاح را فسخ کنم، و دلیل عدم جریان آن است که:

نکاح تنها و تنها با طلاق شرعی قابل زوال و رفع است و هیچ دلیل بر مشروعیّت اقاله و فسخ طرفینی در آن نیست که طرفین اگر تراضی کردند و تفاسخ نمودند نکاح فسخ شود (چنانچه اهل سنّت قائل به مسألهٔ تخییر هستند و می‌گویند اگر مرد و زن هر دو راضی به طلاق بودند و مرد اختیار آن را به زن داد و به زن گفت: «اختری» و وی گفت

«اخترتُ نفسی»، طلاق و جدائی حاصل می‌شود. ولی فقهاء شیعه این امور را کافی و جایز نمی‌دانند.) و اگر هم در مواردی به وسیلهٔ پاره‌ای از عیوب مرد می‌تواند از زن جدا شود یا بالعکس، باز دلیل خاصی دارد و از اینها که بگذریم، خیار شرط و مانند آن موجب فسخ نکاح نیست و این مطلب در باب نکاح مورد اتّفاق نظر فقهاء امامیّه است.

و امّا دسته دوّم: از عقودی که مورد اختلاف است مواردی را به ترتیب ذکر می‌کنند:

۱ـ باب وقف: وقف اگر بر جهات عامّه مثل مسجد و حسینیّه و... یا عناوین عامّه مثل علماء، فقراء و... باشد، از ایقاعات است و قبول لازم ندارد و طبعاً همان حکم ایقاعات را خواهد داشت. و اگر بر عنوان خاصی و افراد مخصوصی باشد مثل اولاد خودش بطناً بعد بطنٍ اینجا وقف خاص است و از عقود است و قبول می‌طلبد ولی قبول بطن اوّل کافی است و دعوا در این فرض است که آیا واقف می‌توانند بگویند: «**وقفت ارضاً و اشتراط ان یکون لی الخیار مدّة کذا**»؟ یعنی ضمن وقف برای خودش تا مدّتی خیار فسخ قائل شود و اگر خواست فسخ کند، آیا شدنی است؟ مشهور فرموده‌اند خیار شرط در ضمن وقف نمی‌آید و در مجموع به سه دلیل برای آنان استناد شده:

۱ـ وقف از اموری است که مشروط به قصد قربت است «صغری» و هر چیزی که قصد قربت در آن شرط باشد خیار فسخ در آن جاری نمی‌شود «کبری» پس در وقف خیار فسخ جاری نمی‌شود «نتیجه».

۲ـ وقف عبارتست از فکّ ملک (مالی را از ملک خویش در آوردن و گشودن علقهٔ ملکیّت) بدون عوض «صغری» (و وجه بدون عوض بودن روشن است زیرا واقف که معامله نمی‌کند بلکه ملک خویش را به اشخاص وقف می‌کند که آنان از منافع ملک انتفاع ببرند بدون اینکه تقاضای عوضی داشته باشد.) و هر چیزی که فکّ ملک بلاعوضٍ باشد خیار فسخ در آن جاری نمی‌شود. «کبری» پس در وقف خیار فسخ جاری نمی‌شود «نتیجه».

مرحوم شیخ به این دو دلیل اشکال کبری می‌کنند و می‌فرمایند: ممنوع است ولی حقیقت این است که هم اشکال کبروی است و هم صغروی.

اما در دلیل اوّل، اشکال صغروی: ما قبول نداریم که در وقف قصد قربت معتبر

باشد اگر چه احوط همین است ولی اقوی عدم اعتبار است و در باب خود باید بحث شود.

و امّا اشکال کبروی: کلیّت کبری را قبول نداریم که هر جا قصد قربت شرط شد خیار شرط نیاید، دلیل این مطلب چیست؟ ادّعای بلا دلیل است. (البته در ادامه در رابطه با صدقه خواهد آمد که این کبرای کلّی قابل قبول است و عمومات باب صدقه آن را ثابت می‌کند، و چون شیخ اعظم اشکال صغروی به این وجه ندارند و اشکال کبروی می‌گیرند و در ادامه هم از آن بر می‌گردند، می‌توان به گردن ایشان گذاشت که این دلیل را قبول ندارند و مثل مشهور خیار شرط را در وقف جاری نمی‌دانند.)

و امّا در دلیل دوّم: ظاهراً جای اشکال صغروی نیست و تنها منع کبروی دارند که کلیّت آن را نمی‌پذیرند و اینکه هر چیزی فکّ ملک بلاعوض بود لازمه‌اش عدم جریان خیار فسخ باشد این ملازمه را قبول ندارند و دلیل می‌طلبد که نداریم.

۳ـ می‌توان برای قول مشهور به بعض روایات باب وقف استدلال کرد، منجمله موثّقهٔ[۱] و روایت اسماعیل بن فضل[۲] که مفادشان این است: شخصی زمینی را وقف کرده و ضمن آن شرط کرده که اگر احتیاج پیدا کردم خودم احقّ و اولی باشم و مقدّم بر موقوف علیهم باشم، سپس واقف از دنیا می‌رود، تکلیف این زمین چیست؟ امام می‌فرماید: به ورثهٔ واقف بر می‌گردد. کیفیت استدلال:

از اینکه به ورثه بر می‌گردد می‌فهمیم که این وقف باطل بوده وگرنه وجهی ندارد که به ورثه برگردد و علّت بطلان هم چیزی جز همان شرط ضمنی نیست که فاسد و مفسد است، پس شرط خیار و فسخ کردن در ضمن وقف جایز نیست.

مرحوم شیخ در دلالت این روایات هم تأمل دارند، زیرا بحث ما در شرط خیار است که شرط فعل است و مورد روایات در شرط نتیجه است که اگر محتاج شدم خود به خود زمین به من برگردد و من استفاده کنم نه اینکه حق خیار پیدا کنم و وقف را فسخ کنم، پس آن روایات به درد مورد بحث ما نمی‌خورد و دلیل بر عدم جواز خیار شرط در

---

۱. تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۱۵۰، حدیث ۶۱۲.
۲. تهذیب الاحکام، ج ۹، ص ۱۴۶، حدیث ۶۰۷.

ضمن وقف نمی‌شود.

در برابر مشهور، از مشایخ ثلاثهٔ شیعه (صاحبان کتب اربعه) حکایت شده که اینان طرفدار جواز خیار شرط در ضمن وقف می‌باشند. پس باب وقف از عقود مورد نزاع است و اجماعی نیست. (و دلایل این بزرگواران شاید عمومات وفا به شرط باشد که همان محذورات مذکور در باب ایقاع را دارد که نخست باید مشرعیّت آن ثابت شود تا وجوب وفا بیاید وگرنه حکم موضوع درست کن نیست ...)

قوله: و امّا حکم الصدقة:

یکی از موارد اختلافی باب صدقه است، صدقه انفاقی است که توأم با قصد قربت است و حتماً در آن قصد قربت معتبر است (بر خلاف باب وقف) حال آیا شرط خیار در ضمن صدقه می‌آید یا خیر؟ مثلاً صدقه دهنده می‌تواند بگوید: «تصدقّت بمالی و اشترط لی الخیار مدّةً ...»؟ مرحوم شیخ دو کلام از علامّه نقل می‌کنند که دلیل بر وجود دو وجه یا دو قول و بالاخره دلیل بر وجود اختلاف است.

یکجا در باب وقف فرموده: در وقف الزام معتبر است و واقف حق ندارد برای خودش شرط خیار فسخ بکند و اگر چنین شرطی بکند وقف باطل می‌گردد، سپس فرموده: مثل عتق و صدقه، و از این تشبیه استفاده می‌کنیم که صدقه هم مثل وقف است و خیار شرط در آن جاری نیست.

ولی جای دیگر در مبحث خیار شرط فرموده: هبه‌ای که به قبض طرف هم رسیده با چهار شرط جایزه است و واهب حق رجوع دارد: ۱ـ به اجنبی باشد نه به ذی رحم ۲ـ معوضّه نباشد ۳ـ قصد قربت نشده باشد ۴ـ گیرنده در آن تصرّف نکرده باشد،

سپس فرموده: اگر یکی از این شروط مختّل شد، هبه لازم می‌شود و دیگر قابل فسخ نیست و این خود چهار صورت را شامل می‌شود: ۱ـ هبهٔ به ذی رحم لازم است ۲ـ هبهٔ معوضه لازم است ۳ـ هبهٔ به قصد قربت لازم است ۴ـ هبه‌ای که گیرنده در آن تصرّف کند نیز لازم است.

سپس فرموده: آیا خیار شرط در هبهٔ لازمه می‌آید؟ فرموده: «الاقرب ذلک»، یعنی

آری می‌آید و ما این را قریب به واقع و حق می‌دانیم[۱] مرحوم شیخ می‌فرماید: از این اطلاق استفاده می‌شود که در هر یک از چهار قسم هبهٔ لازمه خیار شرط می‌آید که یکی از آنها هبهٔ به قصد قربت است و همان صدقه می‌باشد که اخصّ از هبه است، پس این عبارت دلیل بر جریان خیار شرط در صدقه است.

قوله: وکیفکان فالاقوی:

نظر خود شیخ اعظم این است که: خیار شرط در صدقه نمی‌آید و دلیل آن عمومات باب صدقه است که مفادشان این است: در آنچه برای خدا داده شده رجوع جایز نیست[۲] یعنی لازم است و از این می‌فهمیم که فسخ بردار نیست تا شرط خیار و فسخ جاری شود. البته بنابر اینکه این لزوم یک حکم شرعی باشد که از ما هیّت و طبیعت صدقه جدا نیست همانند جواز که حکم شرعی است و از عقود جایزه جدا نیست. (باز اشاره دارد به لزوم حکمی و لزومی حقّی که قبلاً هم در فرازی بیان شد.)

قوله: و لو شک:

بر فرض دلیلی بر لزوم صدقه و عدم جواز رجوع در آن نداشته باشیم و شک کنیم که فسخ بردار هست یا نه؟ باز همین شک ما را بس است زیرا به محض شک در تأثیر فسخ، استصحاب بقاء اثر صدقه جاری می‌شود و فسخ بی اثر است و شرط خیار هم متفرع بر صحّت فسخ و تأثیر آن و سببیّت آن است و وقتی فسخ صحیح نبود شرط آن هم فایده‌ای ندارد و تأثیر نمی‌گذارد.

قوله: و توهّم:

اگر کسی بگوید: به برکت عمومات وفای به شرط ثابت می‌کنیم که شرط خیار در صدقه صحیح و لازم است در جواب می‌گوئیم: این توهّم واضح الاند فاع است زیرا عمومات شرط تنها حکم شرط را بیان می‌کند و موضوع ساز نیست و باید از خارج سبب بودن فسخ محرز شود تا شرط آن مشروع بوده و مشمول عموم وفا به شرط شود.

---

۱. تذکره، ج ۲ ص ۴۳۴ و ج ۱، ص ۵۲۲.

۲. وسائل الشیعه. ج ۱۳ باب ۹، حدیث اوّل و... .

قوله: و منه الصلح:

یکی از عقود مورد اختلاف از لحاظ جریان خیار شرط، عقد صلح است آیا در ضمن عقد صلح خیار شرط جاری می‌شود؟ سه قول است:

۱ـ عدّه‌ای گفته‌اند: خیار شرط در صلح مطلقاً داخل می‌شود.

۲ـ عدّه‌ای گفته‌اند: خیار شرط در صلح مطلقاً داخل نمی‌شود

۳ـ عدّه‌ای هم تفصیل داده‌اند که مختار شیخ اعظم همین است و آن اینکه: اگر صلح به معاوضه و مبادله (بیع، اجاره) تعلّق بگیرد حکم خود آن معامله را دارد و خیار شرط در آن جاری می‌شود و اگر به دین تعلّق بگیرد و نتیجه‌اش ابراء ذمّهٔ مدیون باشد حکم ابراء را دارد و خیار شرط در آن جاری نیست و بر فرض شک هم قبلاً بیان شد که استصحاب جاری می‌شود.

قوله: و منه الضمان:

ضمان درفقه شیعه عبارتست از انتقال دین از ذمّهٔ مدیون به ذمّهٔ ضامن و یکی از عقود است و ایجاب و قبول دارد، حال آیا خیار شرط در ضمن آن می‌آید یا خیر؟ مثلاً ضامن بگوید: «ضمنت لک بکذا و اشترط لی الخیار شهراً و...»؟ از عدّه‌ای از فقهاء نقل شده که خیار شرط در ضمان جاری نسیت. ولی خود شیخ اعظم می‌فرماید: جریان خیار شرط منوط به دخول تقایل و تفاسخ در ضمان است: اگر بعد از ضمان با تراضی طرفین قابل فسخ باشد پس در هنگام عقد هم شرط خیار جایز است وگرنه نه (و تفصیل این ضابطه در فراز پایانی همین مسأله خواهد آمد.)

قوله: و منه الرهن:

یکی از عقودی که از یک طرف لازم است و مورد اختلاف است که خیار شرط در آن جاری می‌شود یا نه؟ عقد رهن است: آیا راهن حق دارد در ضمن عقد رهن بگوید: این فرش را نزد شما به رهن می‌گذارم و شرط می‌کنم که تا یکماه خیار فسخ داشته باشم؟ عدّه‌ای فرموده‌اند: در رهن خیار شرط نمی‌آید، دلیلشان این است که رهن و ثیقه است و وثیقه یعنی امر محکم که برای روز مبادا است و اگر چنانچه بدهکار دنیش را نداد طلبکار بتواند از این وثیقه طلبش را نقد کند، و خیار فسخ کردن با وثیقه بودن قابل جمع نیست و منافی با مقتضای طبیعت رهن است و لذا جاری وساری نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: (رهن از بیع که بالاتر نیست، در بیع هم مقتضای طبیعت و وضع و سنگ بنای آن بر لزوم چیده شده آنهم از هر دو طرف، و مع ذلک بالعرض قابل تزلزل است و با جعل خیار جایز می‌شود.) رهن نیز و لو مقتضای وضع و بنای اوّلی‌اش شرعاً و عرفاً بر لزوم و استحکام است ولی هیچ مانعی ندارد که با تراضی طرفین و جعل خیار، جایز و متزلزل شود، و اگر خود مرتهن راضی شد به جعل خیار که محذوری ندارد، حتی می‌تواند از کلّ رهن بگذرد و مال مورد رهن را به راهن برگرداند پس مانعی نیست.

قوله: و منه الصرف:

یکی از عقودی که مورد نزاع است بیع صرف است که بیع نقد به نقد باشد آیا در ضمن آن شرط خیار می‌آید یا نه؟ مرحوم شیخ طوسی و بعض دیگر فرموده‌اند: خیار شرط در بیع صرف نمی‌آید و ادّعای اجماع هم کرده‌اند و شاید دلیل اینها همان باشد که علّامه در تذکره برای شافعی ذکر کرده است و آن اینکه:

در بیع صرف تقابض معتبر است و هدف اصلی از اشتراط تقابض و فلسفهٔ آن عبارتست از اینکه طرفین از یکدیگر جدا شوند در حالی که هیچ علقه و ارتباطی میان آن دو نمانده باشد، با این اوصاف اگر خیار شرط در آن بیاید لازمه‌اش بقاء علقه است و این با مقصود اصلی از تقابض سازگار نیست و کانّ شرط خلاف شرع است.[۱]

مرحوم شیخ به پیروی از علّامه می‌فرماید: این ملازمه ممنوع است و قبول نداریم که با شرط خیار علقه برگردد، زیرا شرط خیار فقط ملکیّت را متزلزل می‌کند وگرنه هنوز علقهٔ ملکیّت برنگشته و بعداً اگر روزی اعمال خیار کرد و معامله را فسخ نمود، جدیداً مالک آن مال می‌شود. (علاوه اصل مبنا و اساس این کبرای کلی باطل است و چه کسی گفته: فلسفهٔ اشتراط تقابض آن است که طرفین از یکدیگر جدا شوند در حالی که علقه‌ای نیست؟ هیچ دلیلی بر این مطلب اقامه نشده و صرف استحسان و حدس و گمان است و به قول مرحوم شهیدی: هذا تخرّصُ صرف[۲]» یعنی حدس محض و تخمین

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۷۹، سرائر، ج ۲، ص ۲۴۴.
۲. هدایة الطالب، ص ۴۵۲.

خالص است.) در نتیجه حق این است که خیار شرط در بیع صرف نیز می‌آید.

قوله: و من الثالث:

امّا عقودی که بالاجماع خیار شرط در آنها جاری می‌شود عبارتند از کلّیهٔ عقودی که در قسم ثانی و اوّل ذکر نشد، از قبیل عقد بیع با همهٔ اقسامش از نقد و نسیه، مگر بیع صرف که مورد اختلاف بود. و نیز مطلق اجاره‌ها (اعمّ از اجاره بر عین یا بر عمل) و در مزارعه و مساقات و....

قوله: و اعلم:

چند مورد دیگر هم مطرح شده که خیار شرط در آنها می‌آید یا نه؟ ضمناً از عقود به معنای مصطلح هم نیستند:

۱ـ باب قسمت: قسمت فرع بر شرکت است، هنگامی که دو یا چند نفر در مالی به صورت مشاع شریک باشند و سهم هیچ کدام معیّن نباشد، سخن از قسمت مطرح می‌شود و قسمت عبارتست از تعیین حصّهٔ هر یک از شرکاء در بخش معیّنی از مال مورد شرکت بگونه‌ای که در خارج سهم هر یک از سهم دیگری جدا باشد، و قسمت گاهی مشتمل بر قول است یعنی پس از اینکه سهام جدا شد شریکی به دیگری می‌گوید: این حصهٔ مال شما و آن حصه مال من، یا می‌گوید: «لک ما عندک ولی ما عندی» و شریک هم قبول می‌کند. و گاهی فعلی است یعنی پس از تعدیل و تقسیم عادلانهٔ سهام، به قید قرعه سهم هر کدام از شرکاء مشخّص می‌شود.

و در هر صورت گاهی همراه با رد است یعنی یکی از شریکها به دیگری چیزی می‌دهد، مثل اینکه دو گوسفند دارند و تقسیم کردند و به هر کدام یک گوسفند رسید ولی گوسفند یکی چهار درهم و گوسفند دیگری پنج درهم قیمت دارد، در اینجا آنکه گوسفند پنج درهمی را گرفته باید نصف درهم به دیگری بپردازد. و چه همراه با رد نباشد در فرضی که سهم هر دو دقیقاً به اندازهٔ هم است و هیچ طرف زیاده و کم ندارد. به هر حال بعضی گفته‌اند: خیار شرط در قسمت می‌آید.

شیخ اعظم می‌فرماید لابدّ در فرضی است که تراضیِ طرفین به سهام به وسیلهٔ قول حاصل شود تا در ضمن آن شرط خیار کنند و امّا تراضیِ فعلی و با قید قرعه کافی نیست زیرا شرط خیار باید در متن عقد ذکر شود و در مورد تراضیِ فعلی ذکر نمی‌شود.

قوله: و منه یظهر:

از این مطالب، تکلیف بیع معاطاتی هم روشن شد: معاطات به قولی اصلاً مفید ملکیّت نیست و مفید اباحهٔ تصرّف است و به قولی مفید ملکیّت جایزه است و بعداً به دلایلی لازم می‌شود و به قولی هم از اوّل مفید ملک لازم است، حال حتی بنابر این قول هم خیار شرط نمی‌آید، به همان دلیل که معاطات فعل است و شرط خیار باید صریحاً در متن عقد ذکر شود و با فعل تناسبی ندارد.

قوله: و ذکر فیهما:

باز همان بعض (تذکره و مبسوط) فرموده‌اند: خیار شرط در صداق و مهریّهٔ نکاح هم جاری می‌شود. شیخ اعظم می‌فرماید: شاید به این دلیل که در بعض موارد قابل فسخ است و فسخ در آن مشروعیّت دارد و آن باب نکاح صغیره است که ولیّ (پدر یا جدّ پدری) این دختر نابالغ را به نکاح کسی در آورده آن هم به کمتر از مهر المثل در اینجا دختر پس از این که بالغه شد مختار است این مهریه را فسخ کند و مهریّه‌ای در شأن خودش طلب کند. و این را دلیل بر جواز اشتراط فسخ در متن عقد بدانیم.

قوله: و فیه نظر:

وجه نظر آن است که اصلاً این مورد از ما نحن فیه اجنبی است زیرا چنین نکاح به کمتر از مهر المثلی فضولی است و اختیار عقد فضولی به دست دختر است که اگر خواست اجازه می‌کند وگرنه ابطال می‌کند نه اینکه از باب فسخ عقد صحیح باشد و سرّ فضولیّت آن است که ولیّ در اصل نکاح ولایت دارد، ولی در تزویج صغیره به کمتر از مهر المثل ولایت ندارد و لذا فضولی می‌شود و حکمش همان است که ذکر شد.

قوله: و ذکر فی المبسوط:

شیخ طوسی در مبسوط فرموده: خیار شرط در باب سبق و رمایه نیز جاری می‌شود که در ضمن عقد مسابقه یا مراعات شرط فسخ بگذارند، و دلیل جواز عموم «المؤمنون عند شروطهم» است.

قوله: اقول: و الاظهر:

در پایان ضابطهٔ کلّیِ دخول خیار شرط در عقود را بیان می‌کنند و قبل از آن اقاله را بیان

می‌کنیم: اقاله آن است که معامله‌ای انجام شده و در متن عقد هیچ قید و شرطی مطرح نشده و معامله صد در صد لازم منعقد شده ولی پس از مدّتی با توافق و تراضیِ طرفین معامله را فسخ می‌کنند و نامش اقاله یا تفاسخ طرفینی است. با دانستن این مطلب می‌گوئیم:

در هر عقدی که اقاله و تفاسخ طرفینی با تراضیِ آن دو پس از عقد، راه دارد (که کاشف از مشروعیّت فسخ و سببیّت آن برای رفع اثر عقد سابق است) در آنجا شرط خیار نمودن و از آغاز در متن عقد، اختیار فسخ به یکی از دو طرف یا به هر دو طرف دادن بلا مانع است زیرا اصل فسخ به برکت جواز اقاله، مشروع و جایز شده و سببیّت و تأثیرش محرز گردیده و شرط مشروع است و در متن عقد می‌آید و وقتی آمد، به حکم عمومات وفای به شرط، وفا به این شرط لازم می‌شود و ذی الخیار حق فسخ یا امضا پیدا می‌کند، ضمناً فرقی ندارد که مشروط علیه پس از عقد از کار ذی الخیار راضی باشد یا نه؟ رضایت فعلی و حین الفسخ لازم نیست و همین رضایت سابق و حینَ العقد کافی است و قائم مقام رضایت فعلی است و مثل آن است که هم اکنون تراضی کردند و فسخ نمودند که اقالهٔ مصطلح بود.

متقابلاً در هر عقدی که اقاله و تفاسخ طرفینی پس از عقد راه ندارد و اقاله بردار نیست (که کاشف از این است که یا فسخ قطعاً اثر ندارد و یا مشکوک است که تأثیر می‌گذارد یا نه) شرط خیار نمودن در ضمن عقد نیز اثر ندارد زیرا اوّل باید مشروع بودنِ آن ثابت شود تا وجوب وفا داشته باشد و اینجا ثابت نیست، و حتّی رضایت فعلی و حالی به فسخ هم کاری از پیش نمی‌برد تا چه رسد به رضایت سابق و حین العقد که می‌خواهد قائم مقام رضای فعلی شود و تأثیر بگذارد. این بود ضابطهٔ مرحوم شیخ که بدین وسیله وضع کلّیهٔ عقودی هم که قبلاً ذکر نشد (مثل عقد شرکت، وصیّت، شفعه و....) روشن شد که آیا خیار شرط در آنها راه دارد یا ندارد.

(البتّه ضابطهٔ جالبی است ولی جای این سؤال هست که: از کجا بفهیم که در چه عقدی اقاله راه دارد و در کجاها راه ندارد؟ این را از خارج باید به دست آوریم و مجدّداً برویم به سراغ یکایک عقود و حکم آن را از این ناحیه بررسی کنیم تا بتوانیم بگوئیم: خیار شرط در آن راه دارد یا نه؟

البتّه ضابطهٔ دیگر هم می‌توان عرضه کرد: در هر عقدی که فی الجمله یکی از خیارات مثل خیار مجلس، حیوان، عیب و... راه پیدا کند کاشف از صحّت و مشروعیّت فسخ است و شرط خیار هم در آنجا راه پیدا می‌کند این نیز راهی است. و راه دیگر این است که صرف نظر از دو ضابطهٔ قبلی، در هر عقدی دلیل خاص قائم شود مبنی بر راه یافتن خیار شرط در آن.)

«پایان خیار شرط»

۴ـ خیار غَبْن

قسم چهارم از هفت قسم خیارات، خیار غبن است، قبل از هر چیزی یک بحث موضوعی داریم و آن تبیین غبن است: واژهٔ غبن در اصل لغت به معنای خدعه، و مکر، فریب و نیرنگ آمده است، جوهری در صحاح الغة[1] گفته: «غبن» به سکون باء در مورد بیع گفته می‌شود و می‌گوئیم: بایع یا مشتری خیار غبن دارند و در فلان بیع دچار غبن شده‌اند، و غبن به فتح باء (که محرّکه است نه ساکنه) در مورد رأی و نظر اطلاق می‌شود (عرب می‌گوید: غبن بالرأی اذا نقص، فهو غبین‌ای ضعیف الرأی، و فیه غبانةای ضعف رأی). و در اصطلاح فقهاء سه تعریف می‌توان برای غبن ذکر کرد:

۱ـ تعریف مشهور: الغبن تملیک ماله بما یزید علی قیمته مع جهل الآخر»، یعنی غبن آن است که مالک، متاع خویش را به دیگری (مشتری) تملیک کند به مبلغی که بیش از قیمت واقعی آن باشد و دیگری هم از قیمت واقعی آگاه نباشد. مثلاً کالائی را که هزار تومان ارزش دارد به دو هزار تومان بفروشد و خریدار از نرخ بازار بی اطلاع باشد و خریداری کند.

۲ـ تعریف جماعتی: «الغبن تملیک ما له بما ینقص عن قیمته مع جهله بها»، یعنی غبن آن است که شخص متاع خویش را به کمتر از قیمت واقعی‌اش به دیگری تملیک کند در حالی که فروشنده از قیمت واقعی بی خبر است، مثلاً متاعی را که دو هزار تومان ارزش دارد به هزار تومان می‌فروشد و از قیمت بازار خبر ندارد (مثل آنچه در اواخر کتاب بیع در مسألهٔ تلقّی رکبان آوردیم و در ادامهٔ این باب هم بدان اشاره خواهد شد.) این تعریف را شیخ اعظم در متن نیاورده و تنها یک کلمه دارند که اشاره به این است و آن کلمهٔ «اوینقص العوض» است، در ذیل «وا لمراد بما یزید اوینقص ...».

(۳ـ تعریف جامع این است که: «الغبن تملیک المال بغیر قیمته مع الجهل بها»، که شامل هر یک از تملیک به زیاده یا نقیصه می‌شود و این تعریف اصلاً در عبارت مکاسب مطرح نیست ولی قابل ذکر است.)

---

۱. صحاح، ص ۶، ص ۲۱۷۲، مادهٔ غبن.

قوله: و تسمیة:

در تعریف اوّل تملیک کننده به زیاده را غابن و مشتری را مغبون گویند (یا در تعریف دوّم تملیک کننده را مغبون و مشتری را غابن گویند.) در حالی که غالباً تملیک کننده عالم است و قیمت واقعی را می‌داند و زیادتر می‌فروشد (یا ارزانتر خریداری می‌کند.) ولی گاهی هم ممکن است هر دو طرف جاهل به قیمت واقعی باشند که در این صورت خدعه و نیرنگی در میان نیست ولی باز هم اوّلی را غابن و دوّمی را مغبون می‌نامند و این تسمه و نامگذاری به خاطر این است که در خارج غالباً این معاوضه بر وجه خدعه و نیرنگ صادر می‌شود و یک طرف آگاهانه چنین می‌کند و موارد نادری هم که چنین نباشد عطف بر غالب کرده و باز عنوان غبن و غابن و مغبون را بکار می‌بریم. «تغلیباً لجانب الاکثر علی الاقّل».

قوله: و المراد:

اینکه در تعریف اوّل سخن از فروختن به بیش از قیمت واقعی و در تعریف دوّم فروش به کمتر از قیمت واقعی مطرح شد منظور این است که: گاهی ضمیمه‌ای در کار نیست و هیچ قید و شرطی ندارد و تنها سخن از این است که: فروختم این کتاب را به صد تومان اینجا باید قیمت واقعی کتاب همان صد تومان باشد تا بیع غبنی نشود.

ولی گاهی شرطی ضمیمهٔ یک از عوضین شده حال شرط خیار باشد یا شرط خیاطت یا بنائی کردن و مانند آن، مثلاً فروشنده می‌گوید: فروختم این منزل را به هشت میلیون و شرط می‌کنم که تا یک سال خیار فسخ داشته باشم، در اینجا و لو قیمت واقعی منزل ده میلیون است ولی نمی‌گوئیم این فروشنده مغبون شده زیرا عوض رابا شرط ضمیمه حساب می‌کنیم و معمولاً با شرط خیار متاع را ارزانتر خریداری می‌کنند و لذا شرط مذکور جای دو میلیون را پر می‌کند و معامله غبنی نیست.

یا مثلاً کتاب صد درهم ارزش دارد ولی فروشنده می‌گوید: این کتاب را به شما فروختم به پنجاه درهم به شرط اینکه عبای مرا خیاطت کنی که مزد خیاطت عبا هم پنجاه درهم است و در مجموع به اندازهٔ قیمت واقعی است در اینجا هم مغبون نیست. آری اگر مجموع عوض و شرط ضمنی و ضمیمه زیادتر از قیمت واقعی یا کمتر از آن باشد سخن از مغبون شدن مطرح می‌شود.

قوله: و الظاهر:

زیاده یا نقصان از قیمت واقعی گاهی خیلی یسیر و ناچیز است و بگونه‌ای است که اهل معامله و عرف در آن مسامحه می‌کنند و نادیده می‌گیرند مثلاً جنسی را که صد درهم ارزش دارد به صد و یک درهم یا نود و نه درهم بفروشد، ولی گاهی کثیر و قابل توجّه است و عرف در ان مسامحه نمی‌کند و تفاوت فاحش را نادیده نمی‌گیرد، مثلاً متاعی صد درهمی را به صد و پنجاه درهم بفروشد یا به پنجاه بفروشد که در هر حال تفاوت، نصف قیمت واقعی است و چیزی نیست که مردم در معاملات آن را نادیده بگیرند.

حال در صدق مفهوم غبن «تملیک بما یزید او بما ینقص ...» فرقی میان دو صورت مزبور نیست یعنی تفاوت ناچیز هم باشد غبن صادق است و صد درهمی را به صد و یک درهم بفروشد نیز خدعه و نیرنگ و تملیک بما یزید هست. ولی در حکم شرعی فرق دارند یعنی شرط ثبوت خیار غبن این است که تفاوت فاحش باشد و متاع را به زیادتر از قیمت یا کمتر از آن بفروشد آن هم زیاده و نقصان غیر قابل مسامحه و گذشت، اینجا خیار غبن می‌آید وگرنه مواردی که به زیادتر یا کمتر فروخته ولی خیلی ناچیز بوده جای خیار غبن نیست.

قوله: بخلاف الجهل:

امّا خصوصیّت جهل و ناآگاهی طرف مقابل از قیمت واقعی، در اصل صدق عنوان غبن دخیل است یعنی اگر وی جاهل بوده می‌توان گفت مغبون شده و طرف او را گول زده و خدعه کرده است، امّا اگر طرف هم عالم به قیمت واقعی است و از روی علم و عمد اقدام می‌کند و به بیش از قیمت واقعی می‌خرد یا به کمتر از آن می‌فروشد اینجا غبن و خدعه صدق نمی‌کند. (و در واقع به لحاظ علم و جهل چهار صورت پیدا می‌شود: ۱ـ هر دو عالم باشند، غبن نیست. ۲ـ هر دو جاهل باشند، غبن هست. ۳ـ در فرض بیع به زیاده خریدار جاهل باشد، غبن هست. ۴ـ در فرض بیع به نقیصه فروشنده جاهل باشد، غبن هست.)

قوله: ثمّ انّ ثبوت الخیار:

بحث موضوعی تمام شد امّا بحث حکمی: فعلاً سخن از اصل مشروعیّت خیار غبن است آیا در اسلام خیاری به نام خیار غبن داریم یا خیر؟ می‌فرماید: مشهور و معروف

میان اصحاب و فقهاء امامیّه آن است که خیار غبن با همان شرط مذکور (که زیادی یا نقصان بما لایتسامح فیه باشد) ثابت است و چنین خیاری در فقه شیعه داریم و عدّه‌ای از بزرگان بر ثبوت و مشروعیّت آن ادّعای اجماع نموده‌اند. آری تنها از محقّق اوّل در جلسه درسش حکایت شده که خیار غبن را انکار نموده، ولی شیخ اعظم می‌فرماید: به عقیدهٔ ما این انکار مخالفت محسوب نمی‌شود و محقّق را مخالف نمی‌شماریم.

(مرحوم شهیدی در حاشیه سه وجه برای این کلام شیخ آورده:

۱ـ محقّق نیز در کتابهایش فتوا به خیار غبن داده و آن را ثابت کرده بنابر این به سخنی که از جلسهٔ درس ایشان نقل شده اعتنائی نیست.

۲ـ احتمال هم می‌دهیم که انکار محقّق به معنای عدم العلم بوده یعنی در آن جلسه فرموده: نمی‌دانم و فعلاً برایم ثابت نیست نه اینکه نفی کرده و علم به عدم را ادّعا نموده باشند

۳ـ شاید منظورشان از انکار، آن نوع انکاری بوده که در کشمکش‌ها و کرّ و فرها و بحث‌ها معمولاً مطرح می‌شود و طرف قیافهٔ منکرانه‌ای به خود می‌گیرد تا ذهن مخاطب را تند و تیز کند و او را به دنبال مطلب روانه سازد[۱])

عدّه‌ای هم که سکوت کرده و اصلاً خیار غبن را مطرح نکرده‌اند (به خاطر اینکه منصوص نیست کما سیأتی) باز مخالف شمرده نمی‌شوند. آری تنها ابن جنید اسکافی خیار غبن را منع کرده که شاذّ و نادر است و بدان اعتنا و توجّهی نمی‌شود و طبق هیچ مسلکی از مسالک حجیّت اجماع، مخالف یک نفر معلوم النسب قادح نیست، بنابر این دلیل اوّل اجماع است.

قوله: و استدّل فی التذکره:

دلیل دوّمی که برای ثبوت خیار غبن ذکر شده، استدلال علّامه در تذکره است که ایشان صغری و کبرائی چیده و فرموده‌اند: شخص مغبون اگر عارف به حال و عالم به واقع بود (و می‌دانست که این متاع صد درهم ارزش ندارد) هرگز اقدام نمی‌کرد و راضی نمی‌شد که آن را به صد درهم خریداری کند. «صغری» و کبرای کلّی این است که آیهٔ تجارت

---

۱. هدایة الطالب، ص ۴۵۳.

می‌فرماید: «الاّ ان تکون تجارةً عن تراضٍ»[۱] یعنی تنها و تنها تجارتی که همراه با رضایت طرفینی باشد مجوّز اکل و تصرّف است[۲] حال اگر آن صغری و این کبری را کنار هم بگذاریم در ظاهر به این نتیجه می‌رسیم که پس بیع غبنی باطل است، زیرا در بیع باید رضایت و طیب نفس باشد و اینجا رضایت طرف نیست پس باطل است.

و لذا برای رفع این اشکال، جناب شیخ استدلال علّامه را توجیه و تفسیر نموده و می‌فرمایند: (در خیار عیب خواهد آمد که مشتری با بناگذاریِ قلبی بر صحّت و سلامتِ جنس، اقدام می‌کند و خریداری می‌نماید، آنگاه اگر پس از معامله‌و دریافت مبیع، ملاحظه نمود که جنس معیوب است اصل بیع صحیح است ولی خیار عیب دارد و در واقع از قبیل تعدّد مطلوب است و دو رضایت در کار است: ۱ـ رضا به اصل بیع این متاع که شرط صحّت بیع است و موجود است. ۲ـ رضا به سالم بودن آن که شرط لزوم و مفقود است و فقدان آن موجب بطلان بیع نیست بلکه باعث جواز و تزلزل بیع است. حال ما نحن فیه نیز از این قرار است یعنی:) شخص مبغون به خیال اینکه فلان متاع صد درهم ارزش دارد و قیمت آن مساوی با صد درهم است و متاع معنون به این عنوان (المساوی مع مأة درهم) یا (غیر الناقص عن الثمن فی المالیّه) است راضی شد و اقدام کرد و بنا را بر این گذاشته ولی بعداً فهمید که آنچه را از فروشنده دریافت نموده فاقد وصف مذکور است و به اندازهٔ مبلغی نیست که به او پرداخته است در اینجا قطعاً راضی نیست که عوض پولش همین کالای کم ارزش باشد. و علی القاعده باید معامله باطل باشد و لکن از آنجا که وصف عنوانیِ مفقود، از آن اوصافی نیست که رکنیّت داشته و نبود آن کاشف از بطلان بیع باشد (مثل نبود معوض، نبود عوض، جهل به آنها و...) بلکه از اوصافی است که نبود آن هم موجب بطلان نیست (مثل وصف صحّت، وصف خیاط بودنِ عبد و...) و لذا جای حکم به بطلان نیست (و در حقیقت دو رضا مطرح است و از نوع تعدّد مطلوب است: یکی رضا به اصل معاملهٔ این کالا و دیگری رضا به آن با وصف مساوی بودن با صد درهم، و مطلوب ثانی حاصل نشده ولی مطلوب اوّل که حاصل است و آن رکن است و وجهی برای بطلان معامله نیست).

---

۱. سوره نساء، آیهٔ ۲۹.
۲. تذکرة، ج ۱، ص ۵۲۲.

منتها از این طرف هم کسی نگوید: حالا که صحیح است باید لازم هم باشد و خیار فسخ یعنی چه؟ زیرا در پاسخ می‌گوئیم: الزام طرف به پذیرش این معامله و حکم به لزوم، مستلزم این است که او را ملتزم کنیم به آنچه که بدان راضی نیست و جبراً و اکراهاً ملتزم شود و ضرر وارده را قبول کند، اینهم صحیح نیست و قانون «لا ضرر» چنین اجازه‌ای نمی‌دهد و لذا نوبت می‌رسد به حکم به صحت بیع از طرفی و حکم به خیار فسخ از سوی دیگر. آن‌گاه با این محاسبات به نظر علاّمه مدلول آیه این است:

در فرض مزبور که به اصل بیع راضی است ولی وصف عنوانی مفقود است آیه دالّ بر بطلان بیع نیست بلکه حدّ اکثر دالّ بر عدم لزوم بیع است (آن هم به کمک لا ضرر، زیرا اگر حکم به صحت و لزوم شود که ظاهر آیه است، موجب ضرر بر مشتری می‌شود و لا ضرر جلوی آن را می‌گیرد.) آنگاه اگر بعداً مشتری متوجّه شد که مغبون شده و رضایت نداد حق دارد فسخ کند، ولی اگر راضی شد به همان عوض غیر مساوی یعنی به صد درهم که قیمت واقعیِ پارچه نیست، این رضایت بعدی همانند رضایت سابق است و گویا از روز اوّل ملتفت و راضی بود که قطعاً معامله صحیح و لازم می‌شود. و علّت الحاق رضایت لاحق به رضایت سابق، فحوا و اولویّت و مفهوم موافقتِ دو باب دیگر است:

۱ـ باب بیع فضولی: در آنجا که از اوّل مالک اصلی در جریان نبوده و فضولی متاع او را فروخته (به قیمت واقعی یا کمتر یا بیشتر) بعداً مالک متوجّه می‌شود و به فتوای مشهور اگر بیع فضولی را اجازه و امضا کرد همین رضایت لاحق کفایت می‌کند پس در مورد بحث ما که از اوّل مالک اصلی طرف عقد است و اقدام به بیع کرده و به اصل معامله هم راضی بوده و تنها وصفی از اوصاف مفقود است، اگر بعداً راضی شد به طریق اولی صحیح است

۲ـ باب بیع مکره: که شخص را مکره کرده و به زور وادار به بیع متاعش می‌کنند (به قیمت واقعی یا کمتر یا بیشتر) و بعداً که اکراه بر طرف می‌شود با میل خودش رضایت می‌دهد و بیع قبل را امضا می‌کند، حال در اینجا رضایت لاحق کافی است پس در مورد بحث که از اوّل با طیب نفس وارد معامله شده و اکراهی نبوده ولی خیال می‌کرد کالا صد درهم ارزش دارد و بعداً متوجّه شد و راضی شد به معامله، باید به طریق اولی صحیح باشد.

قوله: و یضعّف:

مرحوم شیخ پس از توجیه و سر و صورت دادن به استدلال علّامه، در صدد تضعیف و تخریب آن بر آمده و به سه بیان رد می‌کنند:

۱ـ اصولاً وصف مذکور (که متاع مساوی با صد درهم باشد و قیمت واقعیِ آن کمتر از صد درهم نباشد) از اوصاف عنوانیّه نیست که برای مبیع عنوان جدید درست کند و او را معنون به عنوان جدید کند بگونه‌ای که معامله بر کالای با این وصف واقع شود مثل آنجا که می‌گوید: «بعتک عبداً کاتباً» و ...، بلکه وصف مذکور از قبیل داعی بر اقدام است یعنی محرّک مشتری بر اقدام به شراء این است که خیال می‌کرد واقعاً متاع صد درهم ارزش دارد، و خاصیّت داعی آن است که اگر هم تخلّف کرد و چنین چیزی نبود، هیچ اثری ندارد یعنی نه موجب تزلزل بیع می‌شود و نه باعثِ بطلان می‌گردد.

۲ـ قوله: بل قد یکون:

اصولاً در خیلی جاها وصف مذکور اصلاً جنبهٔ داعویّت هم ندارد و آن مواردی است که مقصود مشتری از معامله، ذات مبیع است و امّا اینکه چقدر مالیّت دارد مهم نیست و چه بسا به خاطر اغراض شخص راضی می‌شود و متاع را به چندین برابر قیمت هم خریداری می‌کند، در اینجا که اصلاً وجهی برای تزلزل بیع وجود ندارد.

۳ـ بر فرض که وصف مذکور جنبهٔ قیدیّت داشته باشد و مبیع مقیّد و مشروط به آن باشد ولی این مقدار کافی نیست که مشتری و بایع از خارج بر این قید تبانی و توافق کرده‌اند، یا مشتری بنای قلبی بر آن دارد، بلکه باید در متن عقد ذکر شود تا لزوم وفا داشته باشد و تخلّف آن موجب خیار باشد.

(۴ـ و تازه با همهٔ اینها قبلاً اشاره شد که آیهٔ تجارت به تنهائی دلیل بر عدم لزوم نیست بلکه به کمک «لا ضرر» بر عدم لزوم دلالت دارد و در آن صورت آیه دلیل جدا نخواهد بود و دلیل اصلی همان «لا ضرر» است که به زودی خواهد آمد.)

قوله: و لو ابدل:

اگر جناب علّامه به جای استدلال به آیهٔ تجارت، به آیهٔ اکل مال به باطل یعنی «لا تأکلوا

اموالکم بینکم بالباطل»[۱] استدلال می‌کردند بهتر بود زیرا آن چهار اشکال را ندارد. و از همین جا دلیل سوّم از ادلهٔ مشروعیّت خیار غبن را شروع می‌کنیم: صغرای استدلال همان است که در دلیل دوّم آمد که: مشتری اگر بعداً آگاه شود و بداند که مغبون شده و متاع پنجاه درهمی را به صد درهم خریده حتماً راضی نخواهد بود، و کبرای کلّی هم این است که: چنین کسی که فریب خورده و مغبون شده اگر پس از تبیّن و ظهور حال و روشن شدن وضعیّت هم حق فسخ نداشته باشد و مسلّط بر رد بیع نباشد و ردّش نافذ نباشد لازم می‌آید که تصرّف بایع در آن صد درهم از مصادیق اکل مال به باطل باشد (زیرا نسبت به پنجاه درهم اضافی هیچ مجوّزی برای اکل و تصرّف وجود ندارد نه جزء قیمت واقعی است، نه مشتری راضی است که به صد درهم خریدار باشد، نه عنوان هبهٔ مجّانی دارد و....) البتّه اگر بعد از آگاه شدن، رضایت داد که همان صد درهم ثمن باشد بحثی نیست، و قبلاً به فحوای فضولی و مکره هم استدلال شد ولی اگر رضایت نداد که فرض ما است حتماً حق رد دارد وگرنه اکل مال به باطل می‌شود و موجب بطلان معامله می‌گردد.

قوله: و مقتضی الایه:

گویا کسی می‌گوید: شما چرا در ضمن استدلال، قید «بعد تبیّن خدعه» را آوردید و سخن از بعد از ظهور غبن و آگاه شدن مغبون، مطرح کردید در حالی که آیه اطلاق دارد و مطلقاً اکل مال به باطل را تحریم فرموده و قید بعد از علم و قبل از علم، در آن مطرح نیست؟! در پاسخ می‌فرمایند: آری آیه اطلاق دارد و مقتضای اطلاق همین است که اکل مال به باطل مطلقاً حرام است چه قبل از ظهور حال و تبیّن خدعه و چه پس از آن، و لکن صورت قبل از تبیّن حال به حکم اجماع خارج شده زیرا اجماعی است که قبل از آن، اکل و تصرّف حرام نیست و فرض بعد از تبیّن حال باقی می‌ماند، آن هم اگر پس از اطلاع از غبن راضی شد که بحثی نیست ولی اگر معامله را رد کرد ردّش نافذ نیست تا اکل مال به باطل نباشد. از این بیان روشن شد که آیهٔ مذکور می‌تواند دلیل بر خیار غبن باشد.

---

۱. سورهٔ نبأ، آیهٔ ۲۹.

قوله: لکن یعارض:

گرچه آیهٔ اکل مال به باطل از اشکالهای آیهٔ «تجارت» خالی است ولی اشکال دیگری دارد و آن معارضه است یعنی آیه «اکل مال به باطل» با آیهٔ «تجارت» (یا به تعبیر دیگر صدر و ذیل آیه) با یکدیگر تعارض دارند زیرا آیه «اکل مال به باطل» (یا صدر آیه) دلالت دارد که اینجا که مشتری مغبون شده و بعداً هم که فهمید راضی نیست اکل مال به باطل است و اصل معامله اشکال دارد. و آیهٔ «تجارت» (یا ذیل آیه) بنابر توجیهی که قبلاً برای آن آوردیم دلالت دارد که بیع غبن (که مغبون جاهل است ...) از موضوع تراضی خارج نیست (زیرا رضایت به اصل معامله هست و آن زیادی، معامله را از عنوان تراضی و طیب نفس بر اصل بیع خارج نمی‌کند) و فرض هم این بود که وصف مذکور از ارکان نیست تا فقدان آن مخلّ باشد.

در نتیجه این آیه می‌گوید: بیع مذکور صحیح است نه باطل و دو آیهٔ تعارض می‌کنند و اگر رجحانی نبود نوبت به تساقط دلالتها و رفع ید از دلالت دو آیه و رجوع به اصالة اللزوم می‌رسد که اصل اوّلی در بیع و مانند آن است و حکم به صحّت و لزوم می‌شود (و اگر نزد کسی این اصل ناتمام بود نوبت به اصل دیگر یعنی اصالة الفساد می‌رسد.)

قوله: الاّ ان یقال:

در ادامهٔ این فراز کلمهٔ «یخرج» آمده که طبق اکثر نسخه‌ها لاء نفی دارد «لا یخرج» و طبق بعض نسخه‌ها و نظر محقّقان بدون لاء باید باشد ای «یخرج»، آنگاه هر کدام نتیجه‌ای دارد و به نفع یک آیه تمام می‌شود: اگر «لا یخرج» باشد مراد این است که: تراضیِ طرفینی با جهل مغبون به حال (ارزشی ندارد و) باعث نمی‌شود که چنین موردی از اکل مال به باطل بودن خارج شود پس داخل در آن آیه است و آیهٔ «لا تأکلوا ...» حاکم است. و اگر «یخرج» باشد مراد این است که همین مقدار از تراضی کافی است و موجب می‌شود این معامله از اکل مال به باطل بودن در آیه و داخل در آیه «تجارت» شود و نوبت به آیهٔ «لا تأکلوا» نرسد.

قوله: و یمکن:

مقدّمه: جهل مرکّب آن است که مغبون نمی‌داند و نمی‌داند که نمی‌داند و خیال می‌کند که می‌داند یعنی خیال می‌کند که متاع صد درهم ارزش دارد غافل از اینکه چنین نیست.

و جهل بسیط یا شکّ آن است که نمی‌داند ولی می‌داند که نمی‌داند یعنی توجّه و التفات دارد و احتمال می‌دهد که این کالا صد درهم ارزش نداشته باشد ولی یقین هم ندارد و مجرّد شکّ است با حفظ این مقدّمه: تعارض قبلی که در فراز: «لکن یعارض ...» ذکر شد بر مبنای تعمیم بود که هر یک از دو آیه هم صورت جهل بسیط را شامل باشند و هم صورت جهل مرکب را و آیهٔ «اکل» در هر دو دالّ بر بطلان و آیهٔ «تجارت» دالّ بر صحت باشد. ولی تعارضی که فعلاً مطرح است بر مبنای اختصاص است، به این معنی که: آیهٔ تجارت (یا به قول شیخ آیه تراضی) که حکم به صحّت و لزوم می‌کند مخصوص فرض جهل سبیط یا شکّ است یعنی بیعی را که در آن خدعه و نیرنگ نباشد شامل است مثل اینکه مشتری که اقدام می‌کند و پارچه رابه صد درهم می‌خرد کاملاً توجه دارد و احتمال می‌دهد که کمتر ارزش داشته باشد و صد درهم چند برابر قیمت واقعی باشد و معذلک راضی می‌شود و اقدام می‌کند، که اینجا دیگر اکل مال به باطل نیست و طرف او را نفریفته زیرا او ملتفت است و می‌تواند تحقیق و پرس و جو کند و اگر نکرد خودش اقدام کرده و معامله صحیح و لازم است.

و همین آیه به ضمیمه عدم قول به فصل (کسی بین صورت شک یا جهل بسیط و نبود خدعه، با صورت جهل مرکّب و وجود خدعه فرق نگذاشته و حکم هر دو را یکی دانسته‌اند.) دلالت دارد که در فرض جهل مرکّب هم اگر اقدام کرد و به اصل بیع راضی شد باز معامله صحیح و آیهٔ نهی از اکل مال به باطل مستقیماً فرض جهل مرکّب را شامل است که چون مغبون راضی نیست پس تصرّف غابن اشکال دارد و در این صورت حکم به بطلان می‌کند، و به ضمیمه عدم قول به فصل، فرض شکّ یا جهل بسیط را شامل می‌شود و در آنجا هم حکم به بطلان می‌کند، در نتیجه اگر این ضمیمه عدم قول به فصل نبود تعارض هم نبود ولی با این ضمیمه تعارض می‌کنند و اگر رجحانی نبود نوبت به اصالة اللزوم می‌رسد. پس دلیل سوّم هم مثل دلیل دوّم ناتمام است.

قوله: و استدل ایضاً:

دلیل چهارم از ادلهٔ ثبوت خیار غبن دلیلی است که باز هم جناب علّامه در تذکره آورده و آن روایات باب تلقّی رکبان است که رسول خدا فرمود: اگر دلّالها رفتند و در وسط راه کالاهای فروشنده‌ها را خریدند، و فروشنده‌ها وقتی به شهر آمدند فهمیدند که ارزان

فروخته‌اند، خیار دارند[۱] علّامه فرموده: این خیار برای هیچ امری نیست به جز مسأله غبن که آنها مغبون شده‌اند و خیار دارند، پس این حکایت دلیل بر مشروعیّت خیار غبن است[۲] مرحوم شیخ می‌فرماید: اصلاً چنین نقلی از رسول خدا برای ما ثابت نیست زیرا در کتب معتبرهٔ حدیثی ما که نیامده تا بگوئیم: مشهور فقهاء بدان استناد کرده‌اند و ضعف سند را جبران می‌کند و تنها از طرق عامّه نقل شده و فتوای مشهور به ثبوت خیار غبن هم معلوم نیست به استناد این روایات باشد، شاید به استناد قاعدهٔ «لاضرر» باشد که دلیل بعدی است، پس ضعف سند این حکایت و روایت جبران نشد تا قابل استدلال باشد.

قوله: اقوی ما استدّل:

دلیل پنجم از ادلهٔ ثبوت خیار غبن که نسبت به سایر ادله قوی‌ترین دلیل می‌باشد قاعدهٔ «نفی ضرر» است و بزرگانی همانند علّامه در تذکره به آن استناد کرده‌اند و آن حدیث نبویِ «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام»[۳] است (پیرامون سند و دلالت آن در جاهای مختلفی بحث شده، از جمله در ملحقات مکاسب در رسالهٔ لا ضرر و در «رسائل» هم قبل از ورود در استصحاب و هکذا در «کفایة الاصول»، و فعلاً آن بحثها مطرح نیست و فرض را بر قابل قبول بودن این روایات گذارده و بدان استناد شده است.)

کیفیّت استدلال: فرض این است که معامله‌ای واقع شده و در این داد و ستد یک طرف مغبون شده است حال سه صورت متصور است:

۱ـ چنین معامله‌ای محکوم به بطلان باشد، این احتمال قبلاً ابطال شد و در توجیه استدلال به آیهٔ تراضی دانستیم که رضایت به اصل تجارت موجود است و فقدان وصف مذکور هم خللی به آن نمی‌زند و موجب فساد نیست.

۲ـ معاملهٔ کذائی محکوم به صحّت و لزوم باشد، این احتمال هم به حکم «لا ضرر و لا ضرار» مردود است زیرا حکم به لزوم یک حکم ضرری نیست و شارع مقدس حکمی که ضرری باشد تشریع نکرده است و نیز اضرار به غیر است و شارع مقدّس به احدی

---

۱. مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۴۶۹، حدیث ۳، باب ۲۹.
۲. تذکره، ج ۱، ص ۵۲۲.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۷۶، باب اوّل از ابواب موانع ارث، حدیث ۱۰.

اجازه نداده که بی جهت به دیگران ضرر وارد کند و تصرّفات او را علیه دیگران امضا نکرده و نافذ قرار نداده است بنابر این وجهی برای حکم به لزوم نیست.

۳ـ احتمال سوّم متعیّن می‌شود که معاملهٔ کذائی محکوم به صحّت و جواز و تزلزل است و به برکت لا ضرر و نفی لزوم، این معنا اثبات می‌شود که مطلوب مستدل همین است پس به حکم «لا ضرر» بیع غبنی لازم نیست و جایز و متزلزل و قابل فسخ است و شخص مغبون حق دارد آن را فسخ کند. ضمناً بیان مزبور مخصوص بیع غبنی نیست بلکه در هر بیعی که حکم به لزوم موجب ضرر بر یک طرف باشد همین استدلال جاری است و نفی لزوم می‌کند چه منشأ ضرر «غبن» باشد یا «عیب» باشد که موجب خیار عیب است و نیز چه معاملهٔ غبنی بیع باشد یا اجاره یا صلحی که در آن مسامحه روا نیست در تمام اینها اگر معامله ضرری شد به حکم لا ضرر، وجوب و لزوم مندفع است.

قوله: و لکن یمکن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این دلیل هم با تمام قوّتی که دارد قابل مناقشه است زیرا قبول داریم که به برکت «لا ضرر»، لزوم بیع منتفی می‌شود و معامله جایز و متزلزل می‌گردد ولی نتیجه‌اش لزوماً خیار غبن مصطلح نیست یعنی لازمه‌اش این نیست که: شخص مغبون خیار غبن داشته باشد و اگر خواست کلّ معامله را به همان «ثمن المسمّی» امضا می‌کند و اگر نخواست تمام معامله را فسخ کرده و ثمن را می‌گیرد. بلکه دو راه دیگر برای رفع ضرر وجود دارد که آنها نیز محتمل است و هر کدام که باشد هدف تأمین می‌شود و در نتیجه «اذا اجاء الاحتمال بطل الاستدلال» و نتیجه به نفع مستدل نیست، و امّا دو احتمال دیگر:

۱ـ به حکم «لا ضرر» فرد مغبون (مشتری مثلاً) مخیّر باشد میان امضا کلّ معامله به همان ثمن المسمّیٰ و اگر خواست بدان رضا دهد و یا عقد مزبور را در همان مقداری که زاید از ثمن المسمّیٰ است (پنجاه درهم مثلاً) رد کند و همان زائد را بگیرد (نه اینکه کلّ معامله را فسخ کند تا خیار مصطلح باشد) پس راه دیگری برای جبران ضرر و خسارت پیدا شد و با استرداد مقدار زاید هم غرض حاصل و ضرر از مغبون مندفع است. و حدّاکثر این است که‌وقتی مغبون مقدار زاید را پس گرفت، شخص غابن خیار تبعّض مال پیدا می‌کند و حق دارد بقیّه را هم فسخ کند و متاعش را بگیرد، زیرا گاهی غرض عقلائی

به مجموع صد درهم (مثلاً) تعلّق می‌گیرد و کمتر از آن به درد طرف نمی‌خورد و تبعّض مال مستقلاً موضوع خیار تبعّض است.

قوله: فیکون: تشبیه:

حال مغبون همانند حال مریض است: کسی که در مرض موت معاملهٔ محاباتی انجام می‌دهد (محابات در لغت از حبوة و به معنای بخشش بلا عوض است و در اصطلاح فقه در باب متاجر، بیع محاباتی عبارتست از بیع به کمتر از ثمن المثل، مثلاً متاعی که پنج میلیون ارزش دارد به دو میلیون بفروشد. و شراء محاباتی عبارتست از شراء به بیشتر از ثمن المثل، مثلاً متاعی که دو میلیون ارزش دارد به پنج میلیون خریداری کند.) و با همان مرض بمیرد، وقتی ورثه او خبردار شدند حق دارند در مقدار زاید معامله را فسخ کنند و سه میلیون زیادی را از فروشنده پس بگیرند بدون اینکه از عین مبیع چیزی را به طرف پس دهند و رأی اکثر همین است.

حال در ما نحن فیه هم مطلب از این قرار است یعنی مغبون معامله‌ای کرده و متاع پنجاه درهمی را به صد درهم خریداری نموده و بعداً اطلاع پیدا کرده و همانند وارث مریض، حق دارد زیادی (پنجاه درهم) را پس بگیرد بدون اینکه از مبیع چیزی به غابن رد کند.

البتّه علّامه به این فتوا اعتراض کرده که این با مقتضای معاوضه نمی‌سازد زیرا قانون معاوضه این است که اگر بخشی از ثمن به مشتری برگشت، متقابلاً باید بخشی از مثمن به بایع برگردد و الّا اگر کلّ مثمن هم کماکان، ملک مشتری باشد جمع میان عوض و معوّض در ملک مشتری می‌شود که جایز نیست. ولی به زودی جواب علّامه را خواهیم داد که این پنجاه درهم در واقع جزء عوض نیست بلکه غرامت شرعی است که بابت اضرار به غیر از غابن گرفته می‌شود و خارج از عوضین است و لذا از غیر عوض هم قابل پرداخت است.

۲ـ قوله: و یحتمل:

احتمال دوّم این است که: خود مغبون مختار نیست که مستقیماً یا معامله را کلّاً امضا کند و یا در قسمت زیادی رد کند، بلکه حق دارد غابن را به یکی از دو کار ملزم کند: ۱ـ یا از او بخواهد که کلّ معامله را فسخ کند (که‌اگر او هم قبول کرد و فسخ کردند نوعی اقاله

محقّق شده) ۲ـ و یا از او تقاضای تدارک و جبران خسارت نماید. و تدارک هم فرقی ندارد که از خود عین ثمن بدهد یا با وجود عین، بدل بپردازد و بازگشت احتمال دوّم به این است که: در قدم اوّل از غابن بخواهد که یکی از دو کار را بکند، و در قدم دوّم اگر غابن امتناع کرد و حاضر به پرداخت غرامت و جبران خسارت نشد مغبون مجاز باشد خودش اقدام کند و یک جانبه معامله را فسخ کند و در واقع در این مرحله خیار غبن پیدا می‌کند. باز هم نتیجه به نفع مستدّل نیست که از ابتدا برای مغبون خیار مصطلح قائل بود ولی دیدم که راه دیگری هم وجود دارد.

قوله: فالمبذول:

طبق هر دو احتمال مبلغ پنجاه درهمی که غابن به مغبون می‌پردازد و بذل می‌کند جزء ثمن نیست (که علّامه خیال کرده بود...) و هبهٔ مستقّل هم نیست که جداگانه غابن به مغبون می‌دهد، و بعضی‌ها خیال کرده‌اند که این هبهٔ مستقلّی است و با بذل آن هم معامله از غبنی بودن خارج نمی‌شود و به زودی دلیل آن‌ها خواهد آمد و رد خواهیم کرد، بلکه این مبلغ پرداختی، غرامت شرعی است که برای جبران خسارت و ضرر به مغبون داده می‌شود.

قوله: و ما ذکرنا:

به عقیدهٔ ما با بذل مازاد، ضرر جبران شده و معامله از غبنی بودن در آمده و دلیلی برای خیار غبن وجود ندارد. و نظیر این را علّامه﵀ در بیع مرابحه‌ای فرموده: بیع مرابحه آن است که طرف می‌گوید: این متاع را به فلان قیمت خریده‌ام و رأس المال فلان قدر است و ده یک هم سود می‌گیرم و مثلاً به صد که خریده‌ام به صد و ده می‌فروشم، و بعداً مشتری فهمید که فروشنده دروغ گفته و سرمایه هشتاد بوده نه صد، حق دارد مبلغ زیادی را که بیست و دو درهم است پس بگیرد زیرا هشتاد درهم با سود ده یک هشتاد و هشت درهم می‌شود و باقیِ بیست درهم با سودش که دو درهم باشد به مشتری عودت داده می‌شود و اگر پس داد دیگر خیاری برای مشتری نیست وگرنه حق فسخ دارد. منظور علّامه نیز همان است که در قدم اوّل بایع مخیّر است که تفاوت را بپردازد و اگر نداد مشتری خیار غبن دارد و می‌تواند کلّ معامله را فسخ کند.

قوله: و حاصل:

نتیجهٔ هر دو احتمال این شد که در صورت بذل تفاوت از سوی غابن، ضرر مشتری جبران می‌شود و نوبت به خیار غبن نمی‌رسد و قدر متیقّن از ثبوت خیار غبن، صورتی است که غابن از دادنِ زیادی امتناع بورزد وگرنه جای خیار غبن نیست، ولی نظر مستدّل این بود که از آغاز، مغبون خیار غبن اصطلاحی دارد.

قوله: ثمّ انّ المبذول: این

تفاوت و زیادی که از سوی غابن به مشتری داده می‌شود چه نام دارد؟

عدّه‌ای آن را هبهٔ مستقّل به حساب آورده‌اند و در نتیجه مدّعی شده‌اند که با پرداخت آن هم معامله کماکان غبنی است و خیار غبن باقی است و دلایل آنها در فراز بعدی ذکر خواهد شد. و عدّه‌ای مثل علاّمه آن را جزء ثمن دانسته و لذا اعتراض کرده‌اند که اگر جزئی از ثمن به مشتری برگشت باید جزئی از مثمن هم به مشتری برگردد وگرنه جمع میان عوض و معوّض در ملک واحد می‌شود که با مقتضای معاوضه و مبادله سازگار نیست.

ولی به عقیدهٔ شیخ اعظم این مقدار مبذول نه هبهٔ جدا است و نه جزء ثمن است بلکه غرامت و خسارتی است که غابن به مغبون وارد ساخته و باید از عهده بر آید و آن را تدارک نماید و اگر جبران مافات و غرامت شرعی شد دیگر لازم نیست از خود عین ثمن بدهد، بلکه با وجود عین ثمن نیز می‌تواند از خارج مبلغی را تهیّه و تحویل مغبون دهد. همانگونه که در باب خیار عیب هم سخن از ارش و تفاوت صحیح و معیب مطرح است و علی التحقیق، آن ارش نیز جزء عوض نیست بلکه غرامت شرعی است و به دلیل خاص ثابت شده و لذا از غیر ثمن هم قابل پرداخت است.

قوله: و من هنا ظهر:

آیا با بذل تفاوت (مقداری که زائد بر قیمت واقعی است یعنی پنجاه درهم در مثال بیع کالای پنجاه درهمی به صد در هم) از سوی غابن به مغبون، خیار غبن ساقط می‌شود؟ یا همچنان باقی است؟

از مطالب گذشته نظر مرحوم شیخ بدست آمد که: حتماً ساقط می‌شود و وجهی

برای بقاء آن وجود ندارد. ولی از فرمایشات فخر الدین در ایضاح[۱] و محقّق ثانی در جامع المقاصد[۲] استفاده می‌شود که: با بذل تفاوت هم خیار غبن کماکان باقی است و ساقط نمی‌شود و دو دلیل آورده‌اند: ۱ـ استصحاب بقاء: به محض تحقّق بیع غبنی و اطلاع یافتن مغبون از غبن، خیار غبن آمد و پس از پرداخت تفاوت شک در بقاء و ارتفاع آن پیدا می‌کنیم، جای استصحاب بقاء است.

۲ـ اصولاً این بذل تفاوت، جزئی از عوض نیست تا معامله در همان جزء فسخ شود و خیار هم ساقط شود، بلکه یک هبه و بخشش مستقلّی است که ربطی به اصل معامله ندارد و صد بار هم اگر غابن از این بخششها داشته باشد، موجب نمی‌گردد که معامله از غبنی بودن در آید، بلکه کماکان غبنی است و تمام موضوع برای خیار غبن است و به عقیدهٔ دو بزرگوار مذکور، هبهٔ مستقل بودن به قدری مسلّم است که حتّی اگر به عنوان بخشی از عوض به مغبون بدهد و به عنوان اینکه او استحقاق این بذل را دارد تحویل دهد، وی حق ندارد بگیرد و در فرض گرفتن حق ندارد تصرّف کند، زیرا استحقاقی ندارد، بنابر این پس از بذل تفاوت نیز خیار غبن باقی است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالبی که در فرازهای قبلی آوردیم، پاسخ این فرمایش دانسته شد و هر دو دلیل مذکور نا تمام است.

امّا دلیل دوّم: روشن شد که بذل تفاوت یک هبهٔ مستقّل نیست بلکه به عنوان غرامت و خسارت است که غابن بر مغبون وارد کرده و بعد هم جبران می‌نماید و وقتی جبران شد دیگر وجهی برای بقاء بیع غبنی و بدنبال آن بقاء خیار نمی‌ماند، و لاضرر هم جاری نمی‌شود زیرا دفع ضرر شد.

و امّا دلیل اوّل یا استصحاب: اگر به مجرّد مغبون شدن و ظهور غبن، خیار غبن به حکم «لا ضرر» مسلّم شده باشد، جا دارد شما بفرمایید: پس از بذل تفاوت هم بقاء آن را استصحاب می‌کنیم زیرا شک ما در رفع امر ثابت است. ولی احتمال هم دارد (و قدر متیقّن از لاضرر همین بود) که اگر غابن امتناع کرد و تفاوت را نداد و جبران ضرر نکرد مغبون خیار غبن داشته باشد و اگر جبران کرد اصلاً خیار غبنی نمی‌آید واین قسم دفع

---

۱. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۸۵. ۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۴ ـ ۲۹۵.

است نه رفع و شک ما در اندفاع خیار است که از اوّل ثابت نشده تا استصحاب شود، نه در ارتفاع آن که مجرای استصحاب باشد پس در فرض بذل، اصل ثبوت خیار غبن محرز نیست تا مجرای استصحاب باشد.

قوله: ثم انّ الظاهر:

در بیع غبنی «لاضرر» می‌آید و حکم به جبران و تدارک ضرر مغبون می‌نماید ولی تدارک ضرر به یکی از سه طریق شد: ۱ـ طریقی که مستدّل روی آن تکیه داشت که نتیجه‌اش خیار مصطلح بود. ۲ و ۳ طریق‌هائی که مرحوم شیخ احتمال داد که نتیجه‌اش خیار مصطلح نبود. و تا اینجا گفتیم که «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال»، حال در این فرازگامی فراتر نهاده و ادعّا می‌کنیم که دو احتمالی که ما آوردیم، دفع ضرر به یکی از آن دو اولویّت دارد و بهتر است از احتمالی که مستدّل روی آن تکیه کرد و دفع ضرر را به جعل خیار مصطلح دانست، و وجه اولویّت آن است که:

حکم به خیار مصطلح و غابن را در مضیقه قرار دادن و ملزم به فسخ معامله در کلّ کردن، نوعی ضرر در حق غابن است زیراکه غرض او از بیع متاعش رسیدن به پول و نقد رائج و بکار گرفتن آن در جهات مقاصدش می‌باشد و فسخ در کلّ، نقض این غرض و جلوگیری کردن از نیل غابن به هدف است و نقض غرض هم نوعی ضرر محسوب می‌شود و به حکم «لا ضرر» نباید چنین ضرری را مغبون بر غابن وارد سازد، و این‌تقویت کنندهٔ دو احتمال مذکور است که تفاوت را بگیرد تا پنجاه درهم اصلی در دست غابن بماند و ا و نیز به غرضش برسد.

[اگر کسی بگوید بنابر این شما باید بگوئید: دو احتمال مذکور متعیّن است و جای احتمال اوّل نیست و مغبون تنها حق دارد زیادی را بگیرد، نه فسخ فی الکل و اخذ تمام ثمن، در حالی که شما متعیّن نمی‌کنید و دو احتمال را اولی و بهتر می‌دانید و راه را برای احتمال اوّل هم باز می‌کنید. در جواب می‌گوئیم: نقض غرض ضرری نیست که دلیل مستقل بر تعیّن احتمال دو وسه باشد و حدّاکثر موجب رجحان و اولویّت است.]

قوله: و ان لم یبلغ:

باز گویا کسی می‌گوید: گاهی و بلکه خیلی وقتها غرض غابن به مجموع ثمن (صد درهم) تعلّق می‌گیرد و کمتر از آن محصّل غرض او نیست و فسخ فی الکل از سوی مغبون، نقض

غرض غابن و ضرر به او است، و نیز فسخ فی البعض و استرداد زیادی هم نقض غرض و ضرر به او است پس به حکم «لاضرر» هیچکدام نباید جایز باشد و از طرفی نفی آندو ضرر مالی در حق مغبون است و به حکم «لاضرر» باید مغبون بتواند زیادی را بگیرد، و نفی ضرر در حق غابن با نفی ضرر در حق مغبون تعارض و ساقط می‌کنند و در نتیجه نباید مغبون حق فسخ یا حق رد تفاوت را داشته باشد و احدی بدان ملتزم نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: ضرر بودن نقض غرض که در فراز قبلی «ثم انّ الظاهر» بدان اشاره شد در حدّی نیست که بتواند با ضرر مغبون معاوضه کند و موجب سقوط آن شود، (چون نقض غرض نه ضرر مالی است و نه جانی و نه عضوی و لذا فرد ضعیف از ضرر است و با ضرر قویتر معارضه نمی‌کند. یا بهتر بگوئیم: مزاحمت نمی‌کند چون سخن از تعارض نیست بلکه تزاحم است و هر دو ضرر دارای ملاک هستند) آری در حدّی است که بتواند مرجّح احتمالی بر احتمال دیگر باشد و نه حتّی تعیین کنندهٔ آن.

قوله: الّا ان یعارض:

ولی نقض غرض مذکور که ضرر برای غابن حساب شد و سبب ترجیح دو احتمال مذکور شد، معارض دارد و آن نقض غرض مغبون است زیرا گاهی مغبون هم برای غرض شخصی که دارد حاضر می‌شود متاع گران قیمت خریداری کند فی المثل برای دکور اسیون منزل می‌خواهد گلدانی یا وسیله‌ای خریدرای کند که واقعاً صد درهم ارزش دارد و از خرید شیئی ارزان قیمت استنکاف و امتناع دارد و اگر غابن جنس ارزان را به جای گران به او فروخت، باعث شده که او به غرضش نرسد و نقض غرض است و لذا نقض غرض مغبون با نقض غرض غابن (در مواردی که چنین اغراضی از دو طرف محرز شود) تعارض و تساقط می‌کنند و چیزی که مرجّح یکی از احتمالها بردیگری باشد یافت نشد. و باز می‌گردیم به فراز قبل از «ثمّ انّ الظاهر» و همان سخن را می‌گوئیم که «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» و جای رجحان نیست.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه قصد نقد رائج از سوی غابن، غرض غالب و فراوان است ولی قصد تجمّل و خریدن شیئی کذائی از سوی مغبون، نادر الوقوع است و لذا نمی‌تواند نقض چنین غرضی بانقض آن غرض معارضه کند، پس نقض غرض غابن ضرری است

که می‌تواند مرجّح یکی از دو احتمال شیخ اعظم باشد. و شاید اشاره باشد به اینکه: اصولاً ضرر عرفاً و شرعاً عبارتست از نقص مالی یا جانی یا آبروئی یا عضوی، و نقض غرض ضرر به حساب نمی‌آید تا مشمول «لاضرر» باشد و تا سخن از معارضه به میان آید و تا سخن از ترجیح بعض الاحتمالات مطرح شود.

قوله: و قد یستدّل:

ششمین و آخرین دلیلی که (جناب شیخ علی کاشف العظاء استاد شیخ اعظم ره) برای مشروعیّت غبن به آن استدلال کرده، اخبار و روایاتی است که بیان کنندهٔ حکم غبن است: سه روایت خود کاشف الغظاء نقل کرده که عبارتند از:

۱ـ امام صادق علیه السلام فرمود: «غبن المسترسل سحت»[۱] یعنی فریب دادن و خیانت نمودن به انسانی که به شما اعتماد و اطمینان کرده سحت یعنی اکل مال به باطل است.

۲ـ امام صادق علیه السلام فرمود: غبن المؤمن حرام[۲] یعنی خدعه و مکر نمودن نسبت به مؤمن حرام است.

۳ـ در روایت دیگر فرمود: «لا تغبن المسترسل فانّ غبنه لا یحّل»[۳] در حق کسی که به شما اعتماد کرده خیانت نکن زیرا خیانت به او حلال نیست.

سپس کاشف الغطاء عبارتی از مجمع البیان طریحی نقل کرده که او گفته: واژه مسترسل از استرسال گرفته شده و به معنای استیناس و اطمینان و وثوق پیدا کردن به انسان است و ریشهٔ اصلی آن به معنای سکون و ثبات و آرامش و قرار گرفتن است، (پس کسی که به تو اعتماد و اطمینان پیدا کرده در حق او خدعه و نیرنگ مکن،) سپس طریحی اشاره به دو حدیث کرده: ۱ـ «ایّما مسلمٍ استرسل الی مسلم فغبنه فهو کذا»[۴] یعنی هر مسلمانی که به مسلمان دیگر اعتماد کند و وی در حق او خیانت کند مجاز اتش چنین و چنان است. ۲ـ همان حدیث اوّل کاشف الغطاء که ذکر شد.

و از نقل کاشف عبارت طریحی را می‌فهمیم که حدیث اوّلِ مذکور در کلام طریحی

---

۱. واسئل الشیعه ج ۱۲، ص ۳۴۶، باب ۱۷ حدیث ۱.
۲. آدس قبلی حدیث ۲.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۲۸۵ باب ۲ حدیث ۷.
۴. کنزالعمال، ج ۴ ص ۳۵ حدیث ۳۲۸.

را یک روایت دیگری می‌داند که باضافهٔ سه روایت قبل، در مجموع، چهار روایت را مورد استناد قرار می‌دهد.

کیفیّت استدلال: ما باشیم و ظاهر این روایات باید بگوئیم: اکثر آن‌ها سخن از حرمت تکلیفی غبن به میان آورده و بحثی از حکم وضعی ندارند تا دلیل بر صحّت یا بطلان، و بر فرض صحت دلیل بر لزوم یا تزلزل باشند، و علی الفرض در معاملات ملازمه‌ای میان حرمت با فساد یا صحّت نیست. و تنها در یکی از آنها تعبیر به «سُحْتْ» شده که در امور مالی بکار می‌رود و به معنای اکل مال به باطل است و به قول سیّد در حاشیه از قول قاموس اللغة: «السحت بالضم و بالضمیتن الحرام و ما اخبث من المکاسب»[1] که اینهم ظهور در بطلان بیع غبنی دارد، پس از کجای این روایات صحّت و خیاری بودن مستفاد است؟ لابد باید از مطالب قبل کمک بگیریم و بگوئیم: اصل بطلان بیع مردود است زیرا مغبون هم به اصل تجارت رضایت دارد و وجهی برای بطلان نیست و تنها در خصوصیّت ارزش داشتن متاع به فلان ثمن معیّن رضایت نیست که آنهم چون از ارکان نیست پس قادح نیست (به بیانی که در استدلال به آیهٔ تجارت گذشت.) و خیالمان از بابت اصل صحّت راحت است و با تعابیر مذکور قطعاً لزوم باطل می‌شود و گرنه حرام و صحت معنی نداشت و نتیجه تعیّن احتمال صحّت و جواز بیع است.

قوله: و الانصاف:

مرحوم شیخ این استدلال را هم قبول ندارند، زیرا اوّلاً بیشتر این روایات صراحت در حرمت دارند و متبادر از حرمت هم حرمت تکلیفی و عقاب است نه حرمت وضعی و فساد، و اصلاً کاری به حکم وضعی ندارند.

ثانیاً به قرینهٔ کلمهٔ «مؤمن» یا «مسترسل» می‌توان ادّعا کرد که شاید کلمهٔ «غبن» به سکون باء نیست بلکه غبن به فتح باء و به معنای خیانت در مقام مشاوره است که مؤمن یا فردی به شما اعتماد می‌کند و با شما در کار مهّمی مشورت می‌نماید و شما خیانت می‌کنید، همانطور که در مکاسب محرّمه خواندیم که «غشّ المؤمن حرام»، و بنابراین هم اصلاً به درد ما نمی‌خورند و از بحث اجنبی است.

---

۱. حاشیة المکاسب قسمت خیارات، ص ۳۸.

ثالثاً تنها یک روایت کلمهٔ سحت دارد که با امر مالی متناسب است و به درد بیع غبنی می‌خورد نه مشاورهٔ غبنی، ولی در این روایت هم سه احتمال وجود دارد:

۱ـ منظور بیان حکم تکلیفی باشد یعنی این غابن که مبلغ صد درهم را می‌گیرد مثل خورندهٔ سحت است و همانطور که آکل السحت کارش و اکل و تصرّفش حرام و موجب عقاب است، همچنین گرفتن غابن هم حرام و عقاب آور است.

۲ـ منظور بیان حکم وضعی است ولی به این نحو که آن مبلغ زیاده بر ثمن واقعی (پنجاه درهم مثلاً) سحت و اکل مال به باطل است و معامله نسبت به آن اشکال دارد نه کلّ ثمن.

۳ـ منظور این باشد که مجموع عوض کذائی که مشتمل بر زیاده است سحت و اکل به باطل است، و معامله نسبت به کل قابل فسخ است (البته همانطور که در آیهٔ «اکل مال به باطل» قبلاً بیان شد، باید صورت خاصّی اراده شود و آن صورت پس از اطّلاع مغبون از غبن و رد معامله است وگرنه قبل از اطلاع بالاجماع «اکل مال به باطل» نبود یا حرام نبود و استثناء شده بود، بعد از اطلاع و امضا معامله هم بحثی نیست.) و استدلال به این حدیث بر اساس احتمال سوّم است ولی به نظر ما دو احتمال قبلی اولویّت دارند که مراد باشند (خصوصاً احتمال اوّل که سایر روایات هم مؤیّد و قرینهٔ آن است.) و بر فرض اولویّتی نباشد باید گفت: سه احتمال در عرض هم داریم و «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». نتیجه: این اخبار هم دلیل بر ثبوت خیار غبن نشدند.

قوله: فالعمده:

مرحوم شیخ پس از نقل و نقد و بررسی ادلهٔ مذکور (شش دلیل) می‌فرمایند: عمدهٔ دلیل ما در مسألهٔ ثبوت خیار غبن، یکی اجماع منقول است (دلیل اوّل) به ضمیمهٔ شهرت محصّله که خود تحصیل کرده‌ایم. (شگفتا اینجا اجماع محصّل هم ارزش ندارد تا چه رسد به منقول!! زیرا به احتمال زیاد مدرکی است و مدرکش همان آیات و روایاتی است که ذکر شد، و چگونه شیخ اعظم بدان اعتماد کرده‌اند.)

و یکی هم قانون لاضرر است البته قدر متیقّن پس از امتناع غابن از بذل تفاوت، خیار غبن را مطرح می‌کند. (این نیز قابل مناقشه است زیرا بر فرض که غابن امتناع کرد راه دیگری وجود دارد و آن رجوع به حاکم شرع و رفع دعوا به نزد او است تا از غابن

تفاوت را وصول کند، همانطور که اگر مغبون فسخ کند و غابن از بذل اصل ثمن امتناع کند نوبت به رجوع به حاکم می‌رسد. پس باز هم خیار غبن مصطلح، تعیّن پیدا نکرد.) (حضرات محشّین به دلیل سیرهٔ عقلاء استناد کرده‌اند که دلیل خوبی است و آن اینکه: مغبون از اوّل که اقدام کرد بنابراین گذشته بود که واقعاً متاع به صد درهم ارزش دارد، و بعد کشف خلاف شد پس حق دارد معامله را به هم بزند و نظیر آن در خیار عیب نیز مطرح است که مبسوطاً در همان باب خواهد آمد.)

قوله: ثم انّ:

تبیین تمام جوانب خیار غبن در گرو طرح پنج مسأله است:

مسألهٔ اوّل:

خیار غبن با دو شرط مشروعیّت پیدا می‌کند: شرط اوّل عبارتست از عدم علم مغبون به قیمت واقعی (اگر مغبون مشتری است که بایع متاعش را به بیش از قیمت واقعی به او تملیک کرده و وی اطلاع ندارد و نمی‌داند که قیمت اصلی این مقدار نیست، او اگر مغبون بایع است متاعش را به کمتر از قیمت واقعی فروخته از روی بی اطلاعی).

بنابراین اگر طرف عالم به قیمت واقعی است و معذلک اقدام می‌کند و با علم و عمد به بیشتر می‌خرد یا به کمتر می‌فروشد، چنین کسی خیار غبن نخواهد داشت، و بلکه اصولاً چنین بیعی غبنی نیست، زیرا در تعریف غبن قید «مع جهل الاخر» دخیل بود و مقوّم ماهیّت آن بود و با نبود جهل اصلاً غبن نیست، و بر فرض تنزّل و صدق غبن باید بدانیم که خیار غبن حتماً نیست، به دلیل اینکه طرف خودش بر ضرر خود اقدام کرده است «صغری» و قانون لاضرر در چنین ضرری حاکم نیست «کبری».

(و توضیح کبرای کلّی آن است که: اگر ضرر از ناحیهٔ شارع و مستند به حکم شرعی باشد با لاضرر بر داشته می‌شود، مثل لزوم بیع غبنی که حکم شرعی است و موجب ضرر به حال مغبون است. و نیز اگر اضرار از ناحیهٔ مسلمان دیگر باشد باز به حکم «لاضرر و لاضرار» برداشته شده و هیچ مسلمانی حق ندارد بی جهت به دیگری ضرر بزند، و نیز اگر از ناحیهٔ خود انسان باشد و ضرر جانی به خود بزند، مجاز نیست، ضرر آبروئی، مجاز نیست، ولی اگر بخواهد ضرر مالی به خود بزند و متاع کم ارزش را به قیمت گزاف خریداری کند اینجا کسی حق ندارد مزاحم او شود، «الناس مسلطوّن علی

اموالهم» و دلش می‌خواهد چنین معامله‌ای بنماید، اینجا اقدام بر ضرر خویش است و مشمول «لاضرر» نیست زیرا «ضرر» مستند به اختیار خود شخص است نه منتسب به حکم شرعی.)

قوله: ثمّ انّ:

در فرض عدم العلم یا جهل که خیار غبن می‌آید، باید توجّه داشت که خود این فرض شقوقی دارد به این نحو که: گاهی شخص به کلّی از قیمت واقعی جنس غافل است و اصلاً توجّه ندارد تا احتمال بدهد که ثمن المسمّی کمتر از قیمت واقعی است یا بیشتر یا به اندازهٔ آن است. (اصلاً چنین فرضی نادر است ولی به هر حال فرض محال یا معدوم نیست.)

و گاهی غافل نیست بلکه ملتفت و متوجّه است و قیمت واقعی در نظرش هست ولی علم به آن ندارد و نمی‌داند واقعاً این کالا چقدر ارزش دارد. حال از نظر حکم خیار غبن میان دو صورت مزبور تفاوتی نیست و در هر دو صورت مغبون خیار دارد.

و نیز گاهی طرف مسبوق به علم است یعنی قبلاً قیمت را می‌دانست و در هنگام معامله به کلی غافل شد یا الان نمی‌داند، و گاهی مسبوق به علم نیست و از اوّل هم قیمت واقعی را نمی‌دانست. باز فرقی میان این دو صورت نیست.

و نیز در فرض التفات و توجّه به قیمت واقعی هم گاهی جاهل مرکّب است یعنی قیمت اصلی را نمی‌داند و نمی‌داند که نمی‌داند و خیال می‌کند که می‌داند، و گاهی جاهل بسیط یا شاک است یعنی می‌داند که نمی‌داند. باز فرقی میان آن دو نیست.

و در فرض جهل بسیط هم گاهی طرف ظنّ به عدم زیاده (اگر مشتری است) یا عدم نقیصه (اگر بایع است) دارد یعنی احتمال قوی می‌دهد که قیمت واقعی همین باشد که در عقد تعیین شده و بیشتر یا کمتر نباشد ولی یقین هم ندارد. و گاهی ظنّ به زیاده یا نقیصه دارد یعنی هشتاد درصد احتمال می‌دهد که بیش از قیمت واقعی یا کمتر از آن باشد ولی یقین هم ندارد. و گاهی مجرّد شک است یعنی مشتری پنجاه درصد احتمال می‌دهد که زیاده در بین باشد و پنجاه درصد احتمال عدم زیاده می‌دهد، و بایع نسبت به جانب نقیصه همین دو احتمال را می‌دهد. باز فرقی نیست.

قوله: و یشکل:

از مجموع فرض‌های عدم العلم تنها دو فرض اخیر از سه فرض جهل بسیط (۱ـ ظنّ به زیاده یا نقصان. ۲ـ شک در آن) مورد اشکال واقع شده که آیا کسی که احتمال قوی می‌دهد که قیمت واقعی با ثمن تعیین شده، متفاوت باشد لااقل پنجاه درصد احتمال می‌دهد و معذلک اعتنا نکرده و تفحّص هم نمی‌کند و اقدام به معامله می‌نماید آیا خیار غبن دارد یا نه؟ وجه اشکال: از طرفی صدق می‌کند که چنین کسی اقدام بر ضرر خودش نموده و همانند عالم به قیمت واقعی است که قبلاً ذکر شد و گفتیم خیار غبن ندارد. و نه تنها از نظر حکم وضعی (صحت و لزوم، خیار داشتن یا نداشتن) مثل عالم است بلکه از نظر آثار تکلیفی هم جاهل مقصر در حکم عالم است، و اگر عمل یک عملی باشد که مستحقّ مدح و ذم باشد چه از عالم صادر شود و چه از جاهل کذائی این استحقاق می‌آید و از این جهت هم فرقی میان عالم و جاهل کذائی نیست و چنین نیست که جاهل معذور باشد.

قوله: و من انّ مقتضی:

و از طرفی به دو دلیل خیار غبن (۱ـ لا ضرر ۲ـ اجماع) که بر می‌گردیم می‌بینیم آنها عموم و اطلاق دارند یعنی «لا ضرر» موضوعش «ضرر» است و همین که «ضرر» صدق کرد دلیل لا ضرر می‌آید و نفی می‌کند، و اجماع هم به قول مطلق می‌گفت مغبون خیار دارد و تفصیلی در میان نبود، و این ادله به اطلاقشان صورت علم به ضرر و غبن و جهل به آن با همهٔ شقوقش را می‌گیرند، ولی از این عموم و اطلاق، صورت علم به ضرر و اقدام عالمانه قطعاً خارج و مستثنیٰ است و بقیّهٔ صور در تحت عموم و اطلاق داخل هستند و مخصّص و مقیدی پیدا نکرده‌اند:

بنابر این دو صورت مورد اشکال هم در عموم «لا ضرر» داخل بوده و خیار غبن در آن دو جاری است. و اینکه در وجه اوّل گفته شد: خودش اقدام بر ضرر کرده، ما قبول نداریم که هر شاکٍّ ملتفت و متوجّهی که احتمال زیاده می‌دهد و معذلک وارد معامله می‌شود، حتماً اقدام کننده بر ضرر باشد بلکه چه بسا به امید این که قیمت واقعی بیش از ثمن المسمّیٰ نباشد اقدام می‌کند و این را نتوان اقدام کننده بر ضرر نامید. و اینکه شما جاهل کذائی را از لحاظ آثار تکلیفی مثل عالم فرض کردید، قابل قبول نیست زیرا عالم

چون از اوّل با علم و عمد اقدام کرده تغییر حالت ندارد ولی جاهل چه بسا اگر بعداً بفهمد حالت دیگری پیدا می‌کند و رأیش عوض می‌شود بگونه‌ای که اگر از آغاز می‌فهمید اقدام نمی‌کرد پس قیاس مع الفارق است.

و اینکه سخن از بناگذاری بر مسامحه مطرح شد، باید بدانیم که بناگذاریِ قلبی کافی نیست و تصریح در عقد لازم است، آری اگر در متن عقد صریحاً بگوید: چه مغبون باشم یا نه، اقدام می‌کنم و به صد درهم خریدارم، این به منزلهٔ اسقاط خیار غبن است و ما هم قبول داریم وگرنه با بناگذاری بر مسامحه یا با عدم بناگذاری بر آن بلکه به امید عدم زیاده یا نقصان اقدام کرده، خیار غبن را بر نمی‌دارد.

قوله: و ممّا ذکرنا:

انسانی که جاهل به قیمت است گاهی دسترسی به خبره و آگاه به قیمت، ندارد که از او بپرسد ولی گاهی دسترسی دارد و می‌تواند از او بپرسد، آیا با قدرت بر سؤال اگر نپرسید و معامله کرد خیار غبن او ساقط می‌شود؟ می‌فرماید: از استدلالی که در وجه دوّم اشکال داشتیم روشن شد که جاهل خیار غبن دارد ولو قادر بر سؤال باشد زیرا اطلاق قاعدهٔ نفی ضرر این مورد را هم شامل است، علّامه‌ﷺ نیز در دو کتاب تحریر و تذکره همین نظر را دارد.[1]

قوله: ولو اقدم:

اگر مشتری با علم به غبن و اینکه بایع به زیادتر از قیمت واقعی می‌فروشد، اقدام کرد ولی به گمان اینکه آن زیاده به مقداری است که عرف در آن مسامحه می‌کنند و نا دیده می‌گیرند، یعنی تصور می‌کرد که زیادهٔ سیر و ناچیز است مثلاً به صد درهم که فروخته، خیال می‌کرد نود و هشت درهم قیمت واقعی است و دو درهم زیاده می‌گیرد ولی بعداً معلوم شد که قیمت واقعی نود و پنج درهم بوده و پنج اضافه گرفته که تا دو درهم زیادی را مشتری اقدام کرده و قبول کرده ولی سه درهم دیگر که آن نیز به تنهائی ناچیز است و لکن به ضمیمهٔ دو درهم مجموعاً زیادیِ غیر قابل گذشت و مسامحه است، به این گونه زیادی مشتری رضا نداده و اقدام نکرده و خبر هم نداشته، آیا خیار غبن دارد؟ آری بعید

---

۱. تحریر، ج ۱، ص ۱۶۶ و تذکره، ج ۱، ص ۵۲۳.

نیست که داشته باشد زیرا اطلاقِ «لا ضرر» این فرض را شامل است.

قوله: ولو اقدم علی ما:

اگر مشتری علم به غبن داشت و می‌دانست که زیادی غیر قابل مسامحه است مثلاً پیش خود تا ده درهم را در صد تا راضی بود که بایع زیادتر بگیرد ولی بعداً معلوم شد که حتّی بیش از این مقدار گران فروشی کرده مثلاً متاعی را به صد و بیست درهم فروخته و مشتری خیال می‌کرد صد و ده ارزش واقعیِ آن است و ده درهم که زیادیِ غیر قابل مسامحه است، بیشتر گرفته و تا اینجا را راضی بود ولی بعداً معلوم شد که بیش از ده درهم زیادی می‌گیرد که خود این بیش از ده درهم گاهی بیشتری قابل مسامحه است یعنی در واقع دوازده درهم زیادی گرفته و گاهی غیر قابل مسامحه است یعنی در واقع بیست درهم زیادی گرفته و به هر حال به بیش از ده درهم زیادی راضی نیست، آیا خیار غبن دارد؟ می‌فرماید: وجهی برای ثبوت آن هست که همان عموم لا ضرر باشد.

قوله: ثم ان المعتبر:

ملاک در مغبون شدن یا نشدن، زیاده یا نقصان، قیمت در حال عقد و معامله است یعنی اگر در حال عقد، متاع پنجاه درهمی را به صد درهم فروخته، مشتری مغبون شده و خیار غبن دارد، بنابر این اگر پس از معامله قیمت متاع ترقّی کرد و به صد تومان رسید خیار غبن ساقط نمی‌شود.

و لا فرق که پس از ظهور غبن و اطلاع مشتری از غبن و قبل از اعمال خیار و رد معامله این ارتفاع قیمت حاصل شود یا حتّی قبل از ظهور غبن قیمت بالا آید و به صد درهم برسد، در هر صورت خیار غبن می‌آید، زیرا معامله روزی که واقع شد غبنی بوده و زیادی قیمتِ بعدی در ملک خود مشتری حاصل شده و ربطی به معامله ندارد تا مسقط خیار غبن باشد. ولی احتمال هم می‌دهیم که مسقط باشد زیرا خیار فسخ و رد بیع برای تدارک ضرر بود و قبل از آنکه رد کند ضررش خود به خود جبران شد، پس مجوّزی برای رد ندارد.

و نظیر آن را در باب خیار عیب گفته‌اند که اگر فروشنده جنس معیوبی به مشتری تحویل داد و پیش از اطلاع مشتری از عیب،، آن عیب خوب شد و مبیع به حالت سلامت برگشت، طرف خیار عیب ندارد حتّی علّامه در تذکره فرموده: چه قبل از علم

مشتری و چه بعد از اطلاع او از عیب و پیش از ردّ معامله اگر عیب مبیع زائل شد، حق رد مشتری ساقط می‌شود.[۱] (حقّ ارش داشتن بحث دیگری است.) پس زیاد شدن قیمت پس از عقد آیا مسقط خیار غبن هست یا نه؟ مشکل شد و احتمال سقوط هم داده است.

قوله: و اشکل منه:

مشکل‌تر از فرض قبلی این فرض است که: دو نفر بیع صرف انجام داده‌اند و فروشنده ده دینار به صد درهم، یا صد دلار به صد هزار تومان فروخته است در حالی که در واقع قیمت ده دینار هشتاد درهم و صد دلار معادل ۸۰ هزار تومان است، بنابر این مشتری مغبون شده ولی پیش از قبض و اقباض (که شرط صحّت معاملهٔ صرفی است و تا تقابض فی المجلس نیاید طرفین مالک نمی‌شوند.) آن خسارت جبران شد یعنی ده دینار ترقّی کرد و قیمت واقعیِ آن معادل صد درهم شد یا صد دلار به صد هزار تومان رسید، در اینجا هم ثبوت خیار غبن مبتلا به اشکال است:

از طرفی چون در حال معامله طرف مغبون بوده پس خیار دارد و زیادیِ بعدی مسقط نیست. و از طرفی چون ضرر تدارک شده پس نباید خیار غبن بیاید چون «لا ضرر» جاری نیست. و وجه اَشکَلَ یعنی مشکل‌تر بودن آن است که در فرض قبلی به مجرّد عقد، مشتری مالک کتاب شده بود ولی پیش از ظهور غبن یا پس از آن و قبل از رد معامله، جبران ضرر شده بود و حکم به خیار غبن مشکل شد. ولی در این فرض تا قبض و اقباض نیاید اصلاً مشتری مالک دینارها یا دلارها نشده تا سخن از ضرر باشد و پس از قبض هم که فرض این است دینارها به صد درهم رسیده و زیانی نیست و کامل را در مقابل کامل دریافت می‌کند و وقتی دینار به ملک او منتقل می‌شود که معادل صد درهم است و ضرری نیست تا قاعدهٔ «لا ضرر» بیاید و حکم به خیار غبن کند، و لذا ثبوت خیار غبن مشکل‌تر است.

قوله: نعم:

بلی در یک صورت در بیع صرف خیار غبن می‌آید و آن اینکه بگوئیم: به مجرّد وقوع بیع، شرعاً و تکلیفاً بر طرفین قبض و اقباض واجب است و لذا بر مشتری هم واجب

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۵۴۱.

است صد درهم را به بایع بدهد، و در آن لحظه ده دینار معادل صد درهم نیست، پس بر مشتری واجب و لازم شده که زائد را در برابر ناقص تحویل دهد و این وجوب و الزام ضرری است و «لا ضرر» می‌آید. ولی این صورت هم به فتوای بعضی مثل علّامه‌ﷺ[۱] صحیح است وگرنه به فتوای مشهور اصل قبض و اقباض وجوب شرعی ندارد تا ضرری متوجّه مشتری شود آری وجوب شرطی دارد که اگر تقابض صورت نگیرد و از هم جدا شوند بیعشان باطل می‌شود.

قوله: و لو ثبت:

تا به حال فرض این بود که در حال عقد و معامله زیاده یا نقصانی بوده و موجب خیار غبن می‌شد حال اگر این زیادیِ قیمت یا نقصان قیمت پس از عقد پیدا شد، تأثیری ندارد و بالاجماع ملاک نیست و موجب خیار غبن نمی‌شود. علّامه هم در تذکره این مطلب را فرموده.[۲]

قوله: ثم انّه:

گاهی طرف معامله مستقیماً خود مالک است که تا به حال بحث شد ولی گاهی وکیل است، و این خود صوری دارد: گاهی وکیل در مجرّد اجراء صیغه و انشاء عقد است و هیچ اختیار دیگری ندارد، چنین وکیلی علم و جهلش به زیاده و نقصان اعتباری ندارد، و ملاک علم و جهل موکّل است، اگر موکّل حین العقد جاهل به قیمت بود خیار غبن دارد وگرنه نه، و گاهی وکیل در معاملاتِ شخص است یعنی از طرف موکّل اجازه دارد که برود و گفتگو کند و در تعیین قیمت‌ها با صاحبان کالاها بحث کند، و سپس اگر صلاح دید برای موکّلش خریداری نماید ولی بیش از این اختیاری ندارد.

در این فرض هم گاهی به وکیل اجازه داده شده که به قیمت عادلانه چیزی را خریداری کند در این صورت اگر به بیش از آن خریداری کند چه عالم باشد و چه جاهل معامله‌اش فضولی است و منوط به اجازهٔ بعدی مالک است.

ولی گاهی به او گفته شده که شما وکیل هستید تا هر طوری شده ماشینی برای من خریداری کنید که اطلاق این توکیل شامل شراء به از ید از قیمت واقعی هم می‌شود (و

---

۱. همان، ص ۵۱۰.
۲. همان، ص ۵۲۳.

فرض صحّت مال این مورد است و مراد صحّت فعلی است وگرنه صحّت شأنی و تعلیقی که در بیع فضولی هم وجود دارد.) آنگاه وکیل ماشینی که دو میلیون تومان ارزش دارد به دو میلیون و نیم خریداری کرد، اگر عالم به قیمت بود و چون مجاز بود اقدام نمود، خیار غبنی نیست. ولی اگر جاهل به قیمت بود و به خیال اینکه واقعاً دو و نیم میلیون ارزش دارد اقدام کرد و بعد کشف خلاف شد باز باید دید که موکّل ناظر بود و می‌دانست قیمت واقعی چقدر است و می‌دانست که وکیل به بیش از آن خریداری می‌کند و معذلک سکوت کرد و چیزی نگفت، باز خیار غبنی نیست، ولی اگر موکّل این جهت را نمی‌دانست خیار غبن می‌آید امّا نه برای وکیل که وکالت در فسخ ندارد، بلکه برای موکّل ثابت می‌شود، البته اگر وکیل تامّ الاختیار باشد و مانند ولیّ شرعیِ صغیر باشد خیار غبن برای او نیز ثابت می‌شود، برای موکّل هم ثابت است و تفصیل این صور در خیار مجلس به مناسبت گذشت.

قوله: ثم انّ الجهل:

شرط اوّلِ خیار غبن عبارت شد از جهل مغبون به قیمت واقعی، بنابر این اگر عالم باشد و اقدام بکند خیار غبنی در کار نیست، حال این پرسش پیش می‌آید که راههای اثبات جهلِ طرف کدام است؟ از کجا بفهمیم که مغبون که ادّعای جهل دارد، راست می‌گوید و واقعاً جاهل بوده پس خیار غبن هم دارد؟ از سه راه می‌توان این مطلب را بدست آورد:

۱ـ اقرار و اعتراف غابن: غابن خودش اعتراف دارد به اینکه مشتری از قیمت بازار خبر نداشت و من گولش زدم و متاع را به بیش از قیمت واقعی به او فروختم، با این اقرار، جهل طرف ثابت می‌شود و خیار غبن پیدا می‌کند، و دلیل نفوذ اقرار آن است که: «اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ». ۲ـ مغبون ادّعای جهل کند و برای اثبات آن بیّنه اقامه کند، باز اگر دو شاهد عادل شهادت دادند که فلانی واقعاً از قیمت بازار بی خبر بود، پذیرفته می‌شود و خیار غبن پیدا می‌کند، البتّه اگر بیّنه‌ای وجود پیدا بکند (چون در فرازهای بعدی خواهیم گفت که در این گونه موارد اقامهٔ بیّنه دشوار است....)

۳ـ مغبون ادّعای جهل بکند (قول مدّعی) و به دنبال آن قسم هم بخورد که جاهل بوده و بهانه نمی‌گیرد، بدین وسیله هم قول او پذیرفته می‌شود، و دلیل کفایت ادّعا به همراه قسم دو امر است:

۱ـ اصالة عدم العلم: شک داریم که وی عالم بوده به قیمت و اقدام کرده یا عالم نبوده؟ علم امر حادث است و اصل در هر حادثی که شک در حدودش آن داریم، عدم آن حادث است، یا استصحاب عدم ازلی مراد باشد. به هر حال این اصل به نفع مغبون تمام می‌شود.

اگر کسی بگوید: وقتی شخصی مدّعیِ جهالت و عدم العلم است و دیگری منکر آن است نتیجه شک در ثبوت خیار غبن و جواز و تزلزل بیع از این ناحیه است، و در شک کذائی اصل دیگری داریم به نام «اصالة اللزوم» (یعنی مقتضای استصحاب بقاء ملک بعد از فسخ مغبون، لزوم بیع است.) و به حکم این اصل باید معامله کذائی لازم باشد و نوبت به قبول قول مدّعیِ جهالت نمی‌رسد.

در جواب می‌گوئیم: «اصالة عدم العلم» بر «اصالة اللزوم» حکومت دارد زیرا شک در لزوم یا عدم لزوم مسبّب از شک در علم و عدم علم است و وقتی در ناحیهٔ سبب، اصل عدم علم جاری شد به دنبالش حکم به جواز و تزلزل و خیار غبن می‌شود و نوبت به اصل مسبّبی لزوم نمی‌رسد.

۲ـ از آنجا که مسألهٔ علم و جهل از صفات نفسانی و معنوی هستند نه از امور محسوس، خیلی جاها اقامهٔ بیّنه بر یکی از آن دو (مثلاً جهالت) دشوار است و قانون این است که: در مواردی که امری فقط از ناحیهٔ خود مدّعی قابل شناختن است و راه دیگری نیست، قول مدّعیِ با قسم پذیرفته می‌شود و اصراری بر اقامهٔ بیّنه نیست و ما نحن فیه از این قبیل است.

قوله: و لا یمکن:

گویا کسی می‌گوید: اگر مغبون مدّعیِ جهل است پس غابن هم متقابلاً منکر جهلِ طرف است و طبق موازین باب قضاء اگر مدّعی بیّنه نداشت نخست باید منکر قسم بخورد بر اینکه طرف جاهل نبوده و عالم بوده، و اگر احیاناً نکول کرد و قسم نخورد نوبت به قسمِ مدّعی می‌رسد، ولی شما در اینجا صحبت از قسم منکر و غابن نکردید بلکه قول مدّعی را با قسم مقدم داشتید، علّت چیست؟

در جواب می‌گوئیم: سبب آن است که معمولاً غابن نمی‌تواند قسم بخورد که فلانی عالم بوده زیرا جاهل به حال است و از قلب طرف خبر ندارد که او می‌داند یا نه؟ و

حدّاکثر می‌تواند قسم بخورد که نمی‌دانم فلانی عالم بود یا نه، امّا نمی‌تواند قسم بخورد که من می‌دانم که فلانی جاهل نبوده و عالم بوده است، زیرا می‌پرسیم، تو از کجا دانستی ؟! پس چون قسم منکر امکان ندارد نوبت به قسم مدّعی می‌رسد.

ولی با کلمهٔ «فتأمّل» اشاره دارند به اینکه: این مطلب کلیّت ندارد و ای چه بسا غابن بتواند علم به حال طرف پیدا کند (طرف را می‌شناسد و می‌داند که او از قیمت خبر دارد و الان چون پشیمان شده به دروغ ادّعای جهالت می‌کند.) پس امکان قسم برای منکر وجود دارد.

قوله: هذا کلّه:

حرفهائی که زدیم در مورد مغبونی بود که اهل خبره نیست و از قیمتها آگاهی ندارد، چنین کسی اگر ادعّای جهالت بنماید قابل قبول است و با قسم به نفع او حکم می‌شود، امّا اگر مغبون از اهل خبرهٔ به قیمت باشد و متاعی را خریداری کرده و سپس ادعّای جهالت و بی خبری از قیمت می‌نماید، این ادعّا از او مسموع نیست و به نفع او حکم نمی‌شود. و محقق ثانی در جامع المقاصد[۱] و شهید ثانی در مسالک[۲] همین را فرموده‌اند.

قوله: و قد یشکل:

ممکن است کسی اشکال کند و بگوید: علّت عدم قبول قول خبره و مسموع نبودن ادعّای او عبارتست از قانون تقدیم ظاهر بر اصل (ظاهر یعنی ظاهر حال خبره که حکم به علم و آگاهی او می‌کند، و اصل یعنی اصل عدم علم که می‌گوید: او عالم نبوده و ظاهر حال بر اصل مقدم است.) حال چه مانعی دارد ما اینگونه فرض کنیم که خبره از آن رهگذر که ادعای جهل دارد و ادعایش خلاف ظاهر حال است از این جهت او را مدعّی درست کنیم و سپس بگوییم: قاعدهٔ کلّی هم این است که اگر مدعّی نمی‌تواند بیّنه بیاورد و مطلب از مطالبی است که درونی و قلبی و پنهانی است و جز از ناحیهٔ خود او شناخته نمی‌شود، در اینجاها قول مدعّی با قسم او پذیرفته باشد، پس بازگشتیم به حرف قبل از «هذا کلّه» و بر اساس اشکالی که کردیم نتیجه این شد که خبره هم اگر ادعّای جهل کند و بگوید: مغبون شده‌ام از او پذیرفته می‌شود.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴ ص ۲۹۴. ۲. مسالک الافهام، ج ۳ ص ۲۰۴.

قوله: الّا ان یقال:

این فراز استدراک از و قد یشکل است و در مجموع سه ایراد بر آن مطلب دارند که به ترتیب بیان می‌کنیم:

۱ـ مقتضای تقدیم ظاهر حال بر اصل این نیست که شما نتیجه بگیرید که پس خبره مدعیِ خلاف ظاهر است و از این جهت تمام احکام مدعی برای او ثابت است (منجمله قسم با ادعّای مذکور) بلکه می‌تواند نتیجه‌اش این باشد که غابن که می‌گوید: فلان خبره دروغ می‌گوید و جاهل نبوده بلکه عالم بود، این غابن مدعیّ امری است که مطابق ظاهر حال است و از این زاویه قول او با قسم پذیرفته باشد.

اتفّاقاً این مطلب شاهدی هم دارد و آن اینکه اگر یک طرف مدعّی صحّت معامله است که قولش موافق ظاهر حال است (ظاهر حال عاقل این است که به معامله فاسد اقدام نمی‌کند و به معامله صحیح اقدام می‌کند.) و طرف دیگر ادعّای فساد و بطلان معامله را دارد که قولش مخالف ظاهر حال است، در اینجا کسی نگفته ادّعای این مدّعی با قسم پذیرفته است بلکه ادّعای مدّعی اوّل را پذیرفته‌اند و فتوی به صحّت داده‌اند. پس چنین نیست که هر کس ادّعائی بر خلاف ظاهر حال داشت حتماً او را مدّعی بدانیم و تمام احکام مدّعی را برای او ثابت کنیم.

۲ـ گیریم که وی مدّعی محسوب شود ولی اصل این قاعده که گفتید: در کلّما تعسّر اقامة البیّنه و لا یعرف الاّ من قبله یقبل قوله» کلیّت ندارد و تنها مواردی چند در فقه دلیل خاص دارد و قول مدّعی با قسم پذیرفته است وگرنه همه جا چنین نیست.

۳ـ بر فرض کلیّت قاعده مذکور، اینکه گفتید: «فلیکن هذا من هذا القبیل» یعنی ما نحن فیه از مصادیق این کبرای کلی باشد، ما این را هم قبول نداریم و جای تأمل دارد زیرا منع می‌کنیم دشوار بودن اقامهٔ بیّنه را بر علم یا جهل، چون ممکن است طرف از راههای گوناگون بتواند بفهمد که فلانی عالم به قیمت بوده، یا جاهل به قیمت بوده، و امر محالی نیست. و اگر امکان داشت حتماً باید بیّنه بیاورد و نوبت به قسم نمی‌رسد.

پس با این سه پاسخ برگشتیم به فراز قبل از «و قد یشکل ...» و همان نتیجه را گرفتیم که: مغبون اگر از هل خبره باشد ادّعای جهل از سوی او مسموع نیست و حکم به غبن و خیار غبن نمی‌شود.

قوله: و لو اختلفا:

در اینجا چهار فرع از فروع مورد نزاع طرفین معامله را ذکر می‌کنند:

۱ـ فروشنده متاعی دارد که طرفین (بایع و مشتری یا غابن و مغبون) هر دو قبول دارند که پیش از معامله هزار تومان ارزش دارد و بعد از مدّتی به همان مبلغ به مشتری فروخته شده و بعداً طرفین در قیمت واقعیِ کالا در روز معامله، نزاع دارند، یکی مدّعی است که قیمت تغییر کرده بود و دیگری منکر تغییر است که خود این دو فرض دارد:

گاهی مشتری می‌گوید: حین المعامله تنزّل کرده و به هشتصد تومان رسیده بود و من به هزار خریده‌ام پس مغبون شده‌ام و بایع منکر تغییر و غبن است.

وگاهی بایع مدّعی است که روز معامله متاع ترقّی کرده و به هزار و دویست تومان رسیده بود و من به هزار فروخته‌ام پس مغبون شده‌ام و مشتری منکر تغییر است.

در هر حال حکم این فرع آن است که: در قدم اوّل باید از اهل خبره استعلام کرده و قیمت واقعیِ روز عقد را به دست آوریم تا نزاع رفع شود. و در قدم بعدی اگر استعلام متعذّر شد قول منکر تغییر و غبن مقدّم می‌شود و دلیل آن دو امر است:

الف: اصل عدم تغییر: قبل از معامله قیمت معلوم بود و حین المعامله مورد نزاع است و استصحاب عدم تغییر جاری می‌شود و در نتیجه غبنی رخ نداده تا خیاری باشد.

ب: اصالة اللزوم پس از نزاع شک می‌کنیم که بالاخره بیع غبنی هست یا نه؟ متزلزل و جایز است یا لازم؟ و در شکّ در لزوم و جواز از اصل اوّلی که اصالة اللزوم باشد استمداد می‌کنیم و به حکم لزوم می‌کنیم.

۲ـ باز هر دو قبول دارند که متاع، قبل از معامله هزار تومان ارزش داشته و معامله به هزار تومان انجام شده ولی چند روزی پس از معامله در قیمت فعلی متاع نزاع دارند: یکی مدعّی است که الان قیمت فرق کرده و تغییری حاصل شده (به زیاده یا به نقصان، ترقّی یا تنزّل) و دیگری منکر آن است.

ممکن است بفرمائید: تغییر پس از معامله که فایده‌ای ندارد و ملاک نیست، پس نزاع مذکور لغو است. در جواب می‌گوئیم: فرض مسأله این است که هر دو توافق دارند که قیمت الان هر چه باشد در روز معامله و عقد هم قیمت همین بوده و از آن روز تا به حال تغییر نکرده، و مشتری مثلاً می‌گوید: قیمت امروز هزار تومان نیست و /۸۰۰

تومان است پس روز عقد هم همین بوده و من مغبون شده‌ام که به ۱۰۰۰ تومان خریده‌ام و خیار غبن دارم، و بایع می‌گوید: تغییری نکرده و الان هم قیمت بازار /۱۰۰۰ تومان است پس روز عقد هم همین بوده و من به قیمت واقعی فروخته‌ام و شما مغبون نشده‌ای و خیاری نداری.

حکم این فرع از حکم فرع قبلی دانسته می‌شود و هر دو یک حکم دارند و لذا جناب شیخ در مکاسب اوّل دو فرع را با هم ذکر کرده سپس حکم آندو را یکجا آورده و چون ما در فرع اوّل این حکم را آوردیم در اینجا تکرار نمی‌کنیم.

۳ـ هر دو قبول دارند که متاع پیش از معامله ۱۰۰۰ تومان قیمت داشته و به همین قیمت معامله شده و هر دو قبول دارند که تغییری (تنزّل یا ترقّی) پیش آمده ولی در تاریخ تغیّر نزاع دارند یکی می‌گوید: این تغیّر قیمت پیش از عقد بوده بنابر این مغبون شده و خیار غبن دارد زیرا جنس ۸۰۰ تومان را به ۱۰۰۰ خریده، یا ۱۲۰۰ تومانی را به ۱۰۰۰ فروخته، و دیگری می‌گوید: این تغیّر پس از عقد بوده و ربطی به معامله ندارد و در ملک مشتری کم یا زیاد شده و موجب خیار غبن نیست.

حکم این فرع نیز از حکم دو فرع قبلی دانسته می‌شود و همان دو مرحلهٔ استعلام و اصل عدم تغییر و اصالة اللزوم در اینجا مطرح است.

۴ـ هر دو قبول دارند که قبلاً ۱۰۰۰ قیمت داشته و بعد به هزار فروخته شده و بعد تغییری به کم یا زیاد پدید آمده و تاریخ تغییر هم معلوم است ولی در تاریخ عقد نزاع دارند که آیا پیش از حصول تغییر بوده تا تغییر بعدی در ملک مشتری حاصل شده باشد و موجب خیار غبن نشود؟ و یا پس از تغییر معامله کرده‌اند تا یک طرف مغبون شده باشد و خیار غبن داشته باشد؟ در متن فرض را روی مشتری برده که متاع ۸۰۰ تومانی را به ۱۰۰۰ خریده باشد.

حکم این فرع چیست؟ آیا می‌توان گفت اصل عدم و قوع عقد است تا زمان تغییر و نتیجه گرفت که پس عقد متأخر از تغییر است و پس از آن واقع شده و مشتری مغبون گردیده و خیار غبن دارد؟ می‌فرماید: اینجا جای اصل مذکور نیست زیرا اصل مثبت می‌شود (مستقیماً اثر شرعی ندارد بلکه نخست بواسطهٔ این اصل، تأخر عقد از تغییر ثابت می‌شود که اثر شرعی نیست و سپس خیار غبن مترتب می‌شود.) و اصل مثبت

حجّت نیست و لذا باز نوبت به اصالة اللزوم می‌رسد که در شک در لزوم و تزلزل بیع، از آن استفاده می‌کنیم.

قوله: الامر الثانی:

شرط دوّم از دو شرط خیار غبن آن است که تفاوت قیمت فاحش باشد یعنی قیمت واقعی بازار با قیمتی که معامله کرده‌اند خیلی متفاوت است، بنابر این اگر تفاوت فاحش نباشد خیار غبن نمی‌آید، فی المثل یک یا دو درهم در در بیست درهم تفاوت فاحش نیست و موجب غبن نمی‌شود.

[دلیل این شرط: اگر دلیل خیار غبن اجماع باشد که دلیل لبّی است قدر متقیّن از آن، فرض تفاوت فاحش است نه مطلق تفاوت. و

اگردلیل آن قادهٔ نفی ضرر باشد اوّلاً ممکن است ادعّای انصراف کرد که عنوان ضرر شامل ضرر یسیر و نا چیز و غیر فاحش نمی‌شود و ثانیاً بر فرض شمول، چون اهل معامله بر این مقدار از ضرر اقدام می‌کنند مثل کسی است که عالماً عامداً اقدام کرده و در شرط اوّل گفتیم که قاعدهٔ «لاضرر» صورت اقدام بر ضرر را شامل نیست.

و اگر دلیل بناء عقلاء باشد باز هم عقلای عالم بر چنین ضرر و تفاوتی اقدام می‌کنند و سیرهٔ عقلاء بر محاسبهٔ آن نیست بلکه بر تفاوت فاحش اقدام نمی‌کنند و ...]

قوله: وحدّه:

حدّ و مرز یا ضابطه و ملاک تفاوت فاحش چیست؟ از بعض العامّه یعنی مالک بن انس نقل شده که تفاوت تا حدّ $\frac{1}{3}$ فاحش نیست یعنی اگر متاع دو درهمی را به سه درهم بفروشد خیار غبنی نیست، ولی تفاوت به بیش از آن فاحش و موجب خیار غبن است مثلاً متاع دو درهمی را به پیش از سه درهم فروشد.

ولی به عقیدهٔ ما این ملاک هیچ مدرک و دلیلی ندارد و صرف حدسی و تخمین و گمان است و گاهی $\frac{1}{4}$ هم تفاوت فاحش است، گاهی $\frac{1}{5}$ نیز فاحش محسوب می‌شود گرچه بعضی در آن مناقشه دارند و به زودی از میرزای قمی نقل خواهیم کرد که این مقدار تفاوت هم فاحش و موجب غبن است و حق مطلب در این ملاک همان است که علامّه در تذکره از فقهاء شیعه نقل کرده که:

آن تفاوتی که مردم و اهل معامله در آن مسامحه نکرده و تغابن ندارند یعنی قبول

غبن نمی‌کنند (بلکه وقتی مطلّع شدند متاع را پس می‌آورند و طرح دعوا و شکایت می‌کنند و...) تفاوت فاحش است و آن تفاوتی که مردم از آن می‌گذرند و اهمیّتی نمی‌دهند و نادیده می‌گیرند تفاوت غیر فاحش است. و اوّلی موجب خیار غبن می‌شود ولی دوّمی نه[۱].

قوله: ثم الظاهر:

پس از تعیین ضابطه و بیان مفهوم تفاوت فاحش، می‌گوئیم: در خارج برخی از مصادیق ضرر و تفاوت هست که به اتفاق کلمه ضرر فاحش و تفاوت غیر قابل اغماض است، در اینجاها خیار غبن هست. و بعضی از مصادیق آن قطعاً تفاوت فاحش نیست و ضرر یسیرو ناچیز است، در این موارد هم حتماً خیار نیست. ولی مواردی پیدا می‌شود که تفاوت هست و زیاده یا نقصیه‌ای نسبت به قیمت واقعی وجود دارد ولی نمی‌دانیم که فاحش است تا موجب خیار غبن گردد؟ یا فاحش نیست تا موجب خیار غبن نگردد؟ در این موارد چه باید کرد؟

اوّل می‌فرماید: مرجع در این مواردت اصالة ثبوت الخیار است، منظورشان استصحاب ثبوت نیست تا کسی اعتراض کند که ثبوت خیار در این موارد حالت سابقه ندارد تا قابل استصحاب باشد، بلکه مراد اصل لفظی و اصالة العموم است یعنی عموم قاعدهٔ «لاضرر» اینجا را هم می‌گیردزیرا که اینهم ضرر است و قابل گذشت بودن آن و مسامحه کاری مردم در آن هم که محرز نیست تا از عموم «لاضرر» خارج شود، لذا شک در تخصیص زائد داریم و مجرای اصالة العموم و قاعدهٔ نفی ضرر است.

ولی بعد می‌فرماید: احتمال هم دارد که اینجا در مصادیق مشتبه به اصالة اللزوم رجوع کرده و حکم به لزوم بیع کنیم زیرا از این اصل اوّلی در بیع مطلق ضرر استثناء نشده تا این موارد هم در قاعدهٔ نفی ضرر داخل شود و حکم خیار پیدا کند، بلکه خصوص ضرر فاحش و غیر قابل گذشت، خارج شده و بیع در آن موارد لازم نیست و مصادیق مشتبه، فاحش بودنش محرز نیست تا از عموم لاضرر استفاده شود و لذا تمسّک به قانون لاضرر در این موارد، از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّه است که جایز نیست، پس

---

۱. تذکرة، ج ۱ ص ۵۲۳.

برای حکم این موارد باید به قاعدهٔ اوّلی یعنی «اصالة اللزوم» مراجعه کنیم.

قوله: بقی هنا شیئی:

حضرات فقهاء در باب معاملات (بیع غبنی، بیع متاع معیوب، و... که سخن از لاضرر مطرح می‌شود.) ملاک را ضرر مالی گرفته‌اند و کاری به اشخاص ندارند که فلان مشتری میلیاردر است و در معامله‌ای اگر متاع ۸۰۰ تومانی را به ۱۰۰۰ خریداری کرد برایش مهّم نیست، ولی آن دیگری فقیر است و همین مقدار برای او کمر شکن است، حال اشخاص مدّ نظر نیست بلکه حال نوع ملاک است (و لذا در تعریف و تحدید ضرر فاحش سخن از «مالایتسامح فیه الناس» و... مطرح شد نه شخص خاص) و معامله کذائی بر حسب نوع مردم ضرر است و لذا حکم به خیار غبن کرده‌اند و تفصیل میان افراد نداده‌اند.

ولی در عبادات و در باب وضو وقتی سخن از خریدن آب وضو به قیمت مضاعف مطرح شده ملاک را ضرر حالی گرفته و فرموده‌اند: اگر به حال شخص مکلّف ضرر ندارد و انسان ثروتمند و متمکّنی است باید به چند برابر قیمت هم که شده آب خریداری کند و وضو بسازد و تیمّم جایز نیست، ولی اگر به حال شخص دیگر ضرر دارد و انسان متمکّنی نیست، تهیّهٔ آب وضو لازم نیست و تیمّم هم کافی است. و تفصیل نداده‌اند.

آنگاه این پرسش مطرح می‌شود که لاضرر یک قاعده بیشتر نیست و یک دلیل هم که بیشتر ندارد، آنگاه اگر ملاک ضرر مالی است پس در باب وضو هم باید مطلقاً فتوا به عدم وجوب وضو و جواز تیمّم بدهند، زیرا در حق هر دو ضرر هست: و اگر ملاک ضرر حالی است پس در معاملات هم باید تفصیل دهند که این زیاده یانقصان اگر به حال طرف ضرر دارد، خیار غبن پیدا می‌کند وگرنه خیار غبن نمی‌آید، سرّ اینکه در معاملات ملاک را ضرر مالی و در عبادات ضرر حالی دانسته‌اند چیست؟.

قوله: و الاظهر اعتبار:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ملاک ضرر مالی است با قطع نظر از حال اشخاص، و فرقی هم میان معاملات و عبادات نیست. منتها اینکه در باب وضو سخن از تحمّل ضرر و پرداخت قیمت سنگینی برای آب وضو نسبت به شخص متمکّن، به میان آمده دو پاسخ

دارد:

۱ـ از باب تخصیص است زیرا هر عامّی قابل تخصیص است و عموم لاضرر هم که ملاک را ضرر مالی گرفته و فرقی میان افراد نمی‌گذارد به باب وضو تخصیص خورده به دلیل نصّ خاص که در این باب وجود دارد و موجب این تفصیل شده است[۱].

۲ـ و ممکن است از باب تخصّص بدانیم و بگوئیم: باب وضو موضوعاً از عموم لاضرر خارج است زیرا این مبلغ گزاف و چند برابری که می‌دهد و آب وضو تهیّه می‌کند، اصلاً ضرر نکرده زیرا متقابلاً اجر اخروی نصیبش شده، و در روایت هم امام علیه السلام به این اشاره دارند که با این پول، مال کثیری خریداری کرده[۲] (همان چند برابر پاداش اخروی و نعیم بهشتی منظور است.) با این حساب اصلاً ضرر نیست تا سخن از ضرر مالی و حالی مطرح باشد و سالبه به انتفاء موضوع است.

قوله: نعم:

در همین باب عبادات هم دلیل می‌گوید: باید ضرر را تحمّل کند، ولی باید بدانیم که اگر به مرز اجحاف برسد یعنی ساقی می‌بیند این انسان تاجر نیاز به آب وضو دارد فرصت را غنیمت شمرده و یک ظرف آب که یک درهم ارزش دارد به هزار درهم بفروشد که خیلی ظلم و اجحاف و بی انصافی است و موجب عسر و حرج در حق آن فرد آبرومند است، اگر به اینجا رسید به حکم قانون نفی حرج تهیّه آب و وضو گرفتن از گردن او ساقط می‌شود، نه به حکم قانون نفی ضرر.

قوله: اشکال:

در اینجا اشکالی مطرح است که در رابطه با تقسیم شهید ثانی و محقّق ثانی است: این دو بزرگوار در شرح لمعه[۳] و مسالک[۴] و جامع المقاصد[۵] در مقام بیان اقسام غبن فرموده‌اند: گاهی در معاملهٔ واحده فقط بایع مغبون می‌شود (اگر به کمتر از قیمت واقعی بفروشد) و گاهی تنها مشتری مغبون می‌شود (اگر به زیادتر از قیمت واقعی خریداری کند) و گاهی هر دو مغبون می‌شوند. و اشکال مربوط به همین قسم اخیر است که در یک

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۲، ص ۹۹۷، باب ۲۶، روایت اوّل.
۲. همان.
۳. لمعه و مشقیّه، ج ۳، ص ۳۶۷.
۴. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۵.
۵. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۵.

معامله، غبن هر دو چگونه قابل تصویر است؟. آیا امکان دارد یا خیر؟

مرحوم شیخ احمد تونی در حاشیهٔ شرح لمعه[۱] فرموده: چنین چیزی از محالات است زیرا معنای غبن بایع این است که متاع را به کمتر از قیمت واقعی بفروشد و معنای غبن مشتری آن است که متاع را به بیشتر از قیمت واقعی خریداری کند (ضمناً فرقی ندارد که عوض و معوض هر دو جنس باشند مثل بیع کتاب به پارچه، یا هر دو از نقد رایج باشند مثل بیع درهم به دینار، یا یکی نقد رایج و دیگری جنس باشد که متعارف همین است.) آنگاه معنای غبن هر دو در یک معامله آن است که بایع در بیع واحد هم متاع را به کمتر از قیمت بازار بفروشد و هم به بیشتر، مشتری هم به کمتر از قیمت خریداری کند و هم به بیشتر، ثمن المسمّی هم کمتر از قیمت واقعی مثمن باشد و هم بیش از آن، و تمام اینها تناقض و محال است.

سپس شیخ احمد امر به تأمّل نموده که آیندگان بیایند و دقّت و تأمّل کنید که این شدنی است یا نه؟ و خوشبختانه متأخرین به این تقاضا پاسخ مثبت داده و دقّت کرده‌اند و فروضی را برای تصویر غبنِ بایع و مشتری با هم، مطرح کرده‌اند که در مجموع پنج فرض را مرحوم شیخ مورد نقد و بررسی قرار می‌دهند:

۱ـ فرض محقّق قمی: از ایشان سؤال شده که منظور شهید ثانی از این جمله (که هر دو خیار غبن داشته باشد و هر دو مغبون باشند.) چیست؟ و چگونه این تصویر می‌شود؟ میرزای قمی در جامع الشتات یا اجوبة المسائل فرموده:

فرض مسأله به این صورت است: فروشنده متاعی را به چهار تومان می‌فروشد و ضمن عقد شروط می‌کند که مشتری به جای چهار تومان، هشت دینار به بایع بدهد، مشتری هم قبول می‌کند، و تمام اینها با این فرض بوده که خیال می‌کردند واقعاً متاع چهار تومان ارزش دارد، و واقعاً هشت دینار معادل چهار تومان است، ولی بعداً معلوم شد که قیمت متاع پنج تومان است، و هشت دینار هم معادل چهار تومان نیست بلکه مساوی با ۴۸ ریال است (هر دینار شش قران ارزش دارد نه پنج ریال)

در اینجا از طرفی بایع مغبون شده چون ثمن (چهار تومان) کمتر از قیمت بازار است

---

۱. شرح لمعه چاپ سنگی، ج ۱، ص ۳۷۸.

(در اینکه چه مقدار کمتر است؟ عبارت دارد: «بخمس تومانٍ» که ظاهرش یک پنجم از یک تومان یعنی دو ریال است در حالی که قطعاً مراد این نیست و ثمن، یک پنجم از کلّ قیمت را کم دارد که یک تومان باشد نه دو ریال، و لذا مرحوم شهیدی فرموده یا کلمهٔ تومان زیادی است و «بخمس» صحیح است و یا اگر هم «تومان» باشد اضافه بیانیّه است یعنی خمسی که عبارتست از یک تومان و سر این گونه معنی کردن آن سات که اگر مراد خمس یک تومان یعنی دو ریال باشد اولاً تفاوت فاحش نیست تا غبن مصطلح صدق کند، زیرا دو ریال در پنجاه ریالی $\frac{۱}{۲۵}$ می‌باشد که قابل مسامحه است و میرزا درصدد تصویر غبن مصطلح است. و ثانیاً با عباراتی که قبلاً در اوایل شرط ثانی نقل شد که: «کما سیجیئی التصریح من المحقق القمی ...» سازگار نیست زیرا در آنجا سخن از $\frac{۱}{۵}$ قیمت بود که در فرض میرزا یک تومان می‌شود نه سخن از «خمس الخمس» یعنی یک پنجم از یک پنجم تا مراد یک پنجم از یک تومان باشد که نسبت به مجموع $\frac{۱}{۲۵}$ است نه $\frac{۱}{۵}$)

و مشتری مغبون شده چون خیال می‌کرد هشت دینار معادل چهار تومان است لذا ملتزم شد و قبول کرد که هشت دینار بدهد و اگر می‌دانست معادل ۴۸ ریال است شاید راضی نمی‌شد. پس بایع در اصل بیع مغبون شده و متاع پنج تومانی را به چهار تومان فروخته و مشتری در اصل بیع مغبون نشده بلکه سود هم برده ولی در التزام به پرداخت هشت دینار به جای چهار تومان، مغبون شده، بنابراین مغبون شدن هر دو در یک معامله ممکن است[۱].

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در رد این فرضیّه می‌فرماید: آیا بیع با شرط مذکور دو معامله مستقّل است که در یکی متاعی به چهار تومان معامله شده و در دیگری چهار تومان با هشت دینار مباله شده؟ یا مجموع یک معامله است؟ اگر دو معاملهٔ مستقل باشد می‌گوئیم: در معاملهٔ اوّل فقط بایع مغبون شده نه مشتری، و در معامله دوّم فقط مشتری مغبون شده نه بایع، پس چنین نیست که در معامله واحد هر دو مغبون شده باشند، و اگر یک معامله است که حق همین سات، در یک معامله نباید تنها به عوض نظر بدوزیم بلکه باید عوض

---

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۵۹ ـ ۶۰، مسأله ۴۸.

را با شرط ضمنی جمع کنیم و حاصل جمع آن دو را محاسبه کنیم، و حاصل جمع چهار تومان به ضمیمهٔ اینکه به جای آن هشت دینار بدهد، این می‌شود که در واقع بایع در مقابل متاعش که پنج تومان ارزش دارد، چهل و هشت ریال دریافت کرده است و دو ریال در مجموع پنجاه ریال، تفاوت یسیر است و ابداً موجب خیار نیست.

و قبلاً هم در اوایل خیار غبن گفتیم که: «والمراد بما یزید او ینقص: العوض مع ملاحظه ما انضم الیه من الشرط ...» و الان هم می‌گوئیم: شرط ضمنی اثر دارد و در کم و زیاد شدن قیمت دخیل است زیرا «للشرط قسط من العوض» یعنی شرط ضمنی سهمی از عوض دارد و قسمتی از عوض در مقابل آن واقع می‌شود، و لذا باید سهم آن را هم لحاظ کنیم و نمی‌توانیم نادیده بگیریم، فی المثل اگر متاع پنج درهمی را به دو درهم بفروشد ولی در ضمن بیع شرط کند که جامه‌ام را بدوزی و اجرت خیاطت هم سه درهم باشد، در مجموع این سه با آن دو درهم عوض، معادل و مساوی با قیمت واقعی است و بایع نمی‌تواند بگوید: من ارزان فروخته‌ام پس خیار غبن دارم.

۲ـ قوله: و منها:

فرض صاحب جواهر: جناب ایشان در تصویر غبن هر دو، فرض مسأله را بدین گونه طرح کرده‌اند: فروشنده دو متاع دارد (مثلاً کتاب رسائل و کتاب مکاسب) و در عقد واحد و با یک «بعت» هر دو را می‌فروشد به این نحو که رسائل را به پنج درهم و مکاسب را به چهار درهم، که دو مبیع را به دو ثمن در یک عقد فروخته، بعداً معلوم شد که قیمت واقعی رسائل، چهار درهم و مکاسب، پنج درهم بوده، در اینجا نسبت به رسائل، مشتری مغبون شده که یک درهم زیادتر داده و نسبت به مکاسب، بایع مغبون شده که یک درهم ارزانتر فروخته، پس هر دو در یک معامله مغبون شده‌اند.[۱]

مرحوم شیخ می‌فرماید: این فرضیّه تالی تلو فرضیّه قبلی است و هم افق هستند و لذا اشکال این راه حل همانند اشکال راه حلّ قبلی است: از شما می‌پرسیم آیا معاملهٔ دو کتاب به دو قیمت، دو معامله مستقل است؟ یا یک معامله بیشتر نیست؟ اگر دو معامله جدا است باید گفت: در یک معامله فقط بایع مغبون شده (معاملهٔ مکاسب) و در دیگری

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۴.

فقط مشتری مغبون شده (بیع رسائل) و اگر مجموع یک معامله است باید حاصل جمع قیمت و بهای هر دو کتاب را با هم حساب کنیم که در مجموع دو کتاب را به ۹ درهم خریداری کرده، آنگاه اگر قیمت واقعی آن دو، همین مبلغ است که هیچ کدام مغبون نشده‌اند. و اگر متفاوت به تفاوت یسیر است باز هیچ کدام مغبون نیستند و اگر تفاوت فاحش به زیاده است یعنی هفت درهم ارزش دارد و به نُه درهم فروخته، تنها مشتری مغبون شده و اگر به نقیصه است یعنی یازده درهم ارزش دارند و به نه درهم فروخته، تنها بایع مغبون شده است و در هر حال فرضی که در یک معامله هر دو مغبون باشند، پیدا نشد.

در ضمن پاسخ، راهی برای دو معامله بودن ذکر شده و آن اینکه: اگر فرض کنیم غبن تنها از سوی مشتری بود آن هم نسبت به یکی از دو متاع مثلاً نسبت به مکاسب قیمت همان چهار درهم است و درست خریده ولی نسبت به رسائل یک درهم اضافه داده، حال آیا می‌تواند تنها در همین بخش معامله را فسخ کند؟ اگر می‌تواند پس دو معامله هستند و اگر نمی‌تواند و تنها فسخ فی الکل جایز است پس یک معامله بیشتر نیست و هو الحق.

۳ـ قوله: و منها:

فرض سوم در تصویر غبن هر دو این است که: غبن یک معنای اخصّ دارد که خصوص تملیک مال به زیادتر یا کمتر از قیمت واقعی باشد، و در اوّل خیار غبن ذکر شد. و یک معنای اعمّ دارد که مطلق خدعه و نیرنگ در معامله باشد که شامل غبن به معنای اخص یعنی تملیک مزبور می‌شود و شامل موارد دیگر هم می‌شود فی المثل متاعی را قبلاً دیده بود و الان با بناگذاری بر رؤیت سابقه خریداری می‌کند ولی بعداً معلوم می‌شود که این متاع آن متاعی نیست که قبلاً مشاهده شده بود،، این هم نوعی فریب دادن است، یا مکیل و موزون را با اِخبار بایع به کیل و وزنِ آن خریداری می‌کند و بعداً معلوم می‌شود که وی دروغ گفته و چند پیمانه کم دارد یا چند کیلو نقص دارد و... تمام اینها نوعی غبن و خدعه و فریب است.

حال راه سوّم این است که غبن را به معنای اخص نگیریم تا اشکال شود که در یک معامله غبن هر دو طرف نشاید، زیرا ممکن نیست هم تملیک به زیادتر از قیمت واقعی

باشد و هم به کمتر، بلکه به معنای اعمّ می‌گیریم تا مغبون شدن هر دو امکان‌پذیر باشد.

به این نحو که فروشنده می‌گوید: فرش کاشان را به شما فروختم به پنجاه هزار تومان، بعداً که تحویل داد مشتری می‌بیند که فرش همدان است و قیمت آن هم هفتاد هزار تومان است، در این جا از طرفی بایع مغبون شده که فرش ۷۰ هزار تومان را به ۵۰ هزار فروخته و از طرفی مشتری مغبون است که فرش کاشان می‌خواست و به جای آن فرش همدان خریداری کرده است.

یا بایع می‌گوید: این روغن ده کیلوئی را به هزار تومان فروختم ولی بعداً معلوم شد که هشت کیلو بوده ولی قیمت آن هزار و دویست می‌باشد، در اینجا بایع مغبون شده که متاع ۱۲۰۰ تومان را به ۱۰۰۰ فروخته و مشتری هم مغبون است که روغن هشت کیلوئی را به عنوان ده کیلو به او فروخته‌اند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این تصویر پسندیده است جز اینکه منظور محقق ثانی و شهید ثانی در مقام تقسیم غبن به سه قسم، غبن اصطلاحی یا به معنای اخّص است نه غبن لغوی و به معنای اعّم.

۴ـ قوله: و منها:

فرض چهارم: بعضی‌ها برای تصویر غبن بایع و مشتری هر دو، از این راه وارد شده‌اند که فرض می‌کنیم، بایع و مشتری در دو مکان هستند و جنس در هر مکانی قیمتی دارد، مثلاً مشتری داخل شهری است که توسط لشگر محاصره شده و قیمت یک من طعام در آنجا ده تومان است و بایع در خارج آن منطقه است و قیمت طعام در آنجا ۲۰ تومان است و مشتری بلدی توسّط لشگر از فروشندهٔ خارج از منطقهٔ محاصره یک من طعام به پانزده تومان خریداری می‌کند که قیمت متوسّط میان ده و بیست است، در چنین فرضی هم بایع مغبون شده که طعام بیست تومانی را به پانزده فروخته و هم مشتری مغبون شده که طعام ده تومانی را به پانزده خریده است.

مرحوم شیخ در رد این فرضیّه می‌فرماید: ملاک قیمت مکان طعام است، طعام معیّن که در یک زمان در دو مکان نیست، در یک مکان است که در فرض مذکور خارج بلد باشد و در آنجا قیمت بیست تومان است، بنابر این مشتری مغبون نشده و تنها بایع مغبون شده، آری پس از معامله و نقل و انتقال از خارج به داخل، موجب شد که از حالا

که به داخل بلد منتقل شد قیمت تنزّل کند و ده تومان معامله شود ولی سابقاً گفتیم که ملاک قیمت وقت معامله و مکان معامله است، امّا پس از معامله تغییر کرد و تنزّل یا ترقّی کرد، اینها ملاک نیست. پس باز از یک طرف غبن هست. (و اگر بنا باشد مکانهای متعدّد ملاک باشد پس در کلّیهٔ معاملات یا در اکثر آنها می‌توان غبن طرفینی را فرض کرد زیرا فلان کالا در فلان بازار کذا، در بازار دیگر کذا، در فلان شهر قیمتی، در شهر دیگر قیمت دیگر دارد، در فلان کشور کذا، در کشور دیگر کذا و... پس باید گفت: در نوع معاملات طرفین مغبون می‌شوند و خیار غبن دارند «و لا یلتزم به احد».)

۵ـ قوله: و منها:

فرض پنجم از مفتاح الکرامه است: ایشان دو مثال زده و در هر دو غبن هر دو طرف را تصویر کرده: مثال اوّل: پارچه‌ای به اسبی معامله شده، سپس فروشندهٔ پارچه می‌گوید: ارزش پارچهٔ من بیش از اسب تو بوده و من ضرر کرده‌ام پس خیار غبن دارم، و خریدار ادعّا می‌کند: ارزش پارچهٔ شما کمتر از اسب من بوده و من متضرّر شده و خیار غبن دارم، در اینجا نخست به سراغ قیمت گذار و خبره باید رفت و استعلام کرد تا دعوا رفع شود و اگر این ممکن نباشد نوبت می‌رسد به اینکه هر دو طرف ادعّا دارند و باید هر دو قسم بخورند و پس از آن به نفع هر دو حکم می‌شود یعنی هر دو خیار فسخ پیدا می‌کنند. پس موردی پیدا شد که در مقام ادعّا هر دو مغبون باشند و حکم خیار برای هر دو ثابت شود.

مثال دوّم: فروشند متاعی را به صد درهم فروخته و پس از معامله طرفین نزاع دارند: فروشنده ادعّا دارد که کالایش دویست درهم ارزش دارد و مغبون شده، خریدار هم مدعّی است که متاع شما پنجاه درهم ارزش دارد و من مغبون شده‌ام، باز اگر استعلام ممکن نبود، حکم به تحالف و سوگند دو جانبه می‌شود و سپس به نفع هر دو خیار فسخ درست می‌شود[۱]

مرحوم شیخ در رد این تصویر می‌فرماید: اوّلاً قانون تحالف این است که وقتی هر دو قسم خوردند حق الخیار هر دو ساقط شود نه اینکه برای هر دو خیار درست شود. و

---

۱. مفتاح الکرامة، ج ۴ ص ۵۷۴.

ثانیاً کلام ما در غبن واقعی است که واقعاً یک طرف یا هر دو طرف مغبون شده باشند نه غبن ادعّائی و ظاهری که طرف ادعّای غبن دارد و گرنه واقعاً چنین چیزی ثابت نشده است.

در پایان از همهٔ پنج وجه مذکور، وجه سوّم بهترین است. (زیرا اشکالش کمتر بود و تنها غبن را به معنای لغوی و اعّم گرفتن، اشکال آن بود.)

مسألهٔ دوّم:

مسأله دوّم از مسائل خیار غبن، راجع به این است که:

یک غبن واقعی داریم که از لحظهٔ معامله تحقّق می‌یابد و آن خدعهٔ یک طرف نسبت به دیگری و ملیک به زیادی یا به نقیصه است که مغبون از آن خبر ندارد، در واقع مغبون شده ولی خبر ندارد.

و یک ظهور غبن داریم که پس از معامله بلافاصله یا با فاصله کوتاه یا دراز مدّت، معلوم می‌شود که مغبون شده و اطلاع از غبن پیدا می‌کند. حال ظهور غبن به نحوی در خیار غبن دخیل است ولی آیا موضوعیّت دارد؟ به دیگر سخن آیا سببیّت دارد؟ و به بیان سوّم آیا شرط شرعی برای حدوث خیار است؟ یعنی خود غبن واقعی مقتضی است و ظهور غبن شرطیّت دارد و وقتی که شرط هم حاصل شد علّت تامّه می‌شود و معلولش هم می‌آید که خیار غبن باشد.

یا اینکه ظهور غبن طریقیّت به سوی واقع دارد و کاشف عقلی (علم عقلاً کاشفیّت دارد نه اینکه این را شارع به علم داده باشد که طریقیّت علم ذاتی او است و اعطائی نیست، به بیانی که در اوّل رسائل ذکر شده) از وجود خیار غبن و ثبوت آن از لحظهٔ معامله است؟ (یعنی در واقع از اوّل که مغبون شد، حق فسخ هم پیدا کرد ولی راهی برای کشف آن نداشت و با ظهور غبن کشف شد.) و بالجمله آیا پس از ظهور غبن تازه خیار غبن پیدا می‌کند؟ یا در واقع از اوّل معامله خیار غبن داشته و با ظهور غبن کشف از این امر کرد؟ در این باب دو وجه (در احتمال دارای دلیل و استدلال و بلکه دو قول) وجود دارد:

۱ـ ظهور غبن شرط اصل حدوث خیار است و شارع مقدس آن را سبب قرار داده

۲ـ ظهور غبن کاشفیّت دارد و عقل آن را طریق به سوی واقع می‌داند (مثل هر علم و

قطع دیگر که طریق است.) و منشأ این دو وجه عبارتست از اختلاف کلمات فقهاء در سه جهت ذیل:

۱ـ در فتاوای آنها: در مقام فتوا به خیار غبن، بعضی سخن از خود غبن واقعی به میان آورده‌اند که با احتمال ثانی می‌سازد و عدّه‌ای سخن از ظهور غبن مطرح کرده‌اند که با وجه اوّل می‌سازد.

۲ـ در معاقد اجماعات آنها: در مقام ادعّای اجماع، برخی مثل ابن زهره در غنیه فرموده: بالا جماع ظهور غبن سبب خیار است که این ادعّا با وجه اوّل می‌سازد (زیرا روی کلمهٔ ظهور و سببّیت تکیه کرده) و برخی مثل علامّه در تذکره فرموده: بالاجماع خود غبن سبب ثبوت خیار است (و روی خود غبن تکیه کرده که متبادر غبن واقعی است و از اوّل بوده، نه روی ظهور غبن که بعداً می‌آید.)

۳ـ استدلالهای فقهاء: (اگر مدرک خیار غبن اجماع باشد باید گفت: اجماع دلیل لبّی است و قدر متیقّن از آن پس از ظهور غبن است نه از لحظهٔ معامله.

و این با احتمال اوّل می‌سازد. و اگر مدرک آن، قانون لاضرر باشد که ضرر واقعی را سبب خیار دانسته و آنهم از اوّل معامله وجود داشته، با احتمال دوّم می‌سازد.)

قوله: و قولهم یسقط:

در ادامه سه شاهد می‌آورند:

۱ـ شاهد اوّل که مؤیّد وجه ثانی (کاشفیّت) است اینکه: فقهاء فتوا داده‌اند که خیار غبن با تصرّف مغبون درمالی که به او منتقل شده (مثلاً مشتری در مبیع) ساقط نمی‌شود و قطعاً مرادشان تصرّف پیش از ظهور غبن و اطلاع از غبن است (وگرنه پس از ظهور غبن بلافاصله باید فسخ کند و اگر نکرد و با اطلاع از غبن، تصرّف کرد حتماً خیارش ساقط می‌شود، زیرا چنین تصرّفی علامت رضایت است.) و می‌دانیم که سقوط فرع بر ثبوت است. پس، از اینکه می‌گویند: خیار غبن مشتری با تصرّف کذائی ساقط نمی‌شود، می‌فهمیم که قبل از ظهور غبن هم خیار هست و ساقط نمی‌شود وگرنه تعبیر به «لا یسقط» معنی نداشت. و اگر قبلاً هم خیار هست، پس ظهور غبن کاشف از آن است.

۲ـ قوله: و ممّا یؤید الاوّل:

شاهد دوّم که مؤیّد وجه اوّل است: از طرفی بحثی است که آیا غیر ذی الخیار حق دارد

در زمان خیار دیگری، در مالی که به او منتقل شده تصرّف ناقل انجام دهد (مثلاً بفروشد، هبه کند، وقف کند و بالاخره به نوعی از ملک خود به دیگری منتقل کند)؟ مسأله اختلافی است:

عدّه‌ای فتوا به صحّت این تصرّفات داده‌اند (چون ملک او است و الناس مسلطّون علی اموالهم) و عدّه‌ای فتوا به بطلان آن داده‌اند (چون چنین تصرّی موجب تفویت حّق ذی الخیار می‌شود.) این یک بحث کلّی در مطلق خیارات چه خیار غبن و چه خیار دیگر، از طرفی در مورد بحث ما اگر غابن (غیر ذی الخیار) در زمان جهل مغبون، در مالی که دست او است تصرّف ناقل انجام داد حکمش چیست؟ هیچ کس صریحاً فتوا به بطلان نداده بلکه عدّه‌ای از کسانی که در آن کبرای کلّی هم طرفدار بطلان بودند در اینجا فتوا به صحّت و نفوذ داده‌اند (وعدّه‌ای هم خداکثر سکوت کرده و فتوا به بطلان نداده‌اند) و گفته‌اند: اگر غابن تصرّف کرد و بعداً مغبون اعمال خیار کرد نوبت به بدل می‌رسد. حال اگر قبل از علم مغبون، مدّت خیار بود و غابن که غیر ذی الخیار است در مال تصرّف ناقل می‌کرد باید همان اختلاف در کبرای کلّی وجود می‌داشت و عدّه‌ای حکم به بطلان می‌کردند، در حالی که نکردند. پس معلوم می‌شود قبل از علم مغبون و ظهور غبن، اصلاً خیاری نیست و لذا تصرّف ناقل از سوی غابن صحیح است. و این با وجه اوّل می‌سازد که پس از ظهور غبن خیار حادث می‌شود.

۳ـ قوله: و یؤیّده:

شاهد سوّم که مؤیّد وجه اوّل است استدلال عدّه‌ای برای خیار غبن به حدیث نبوی درباب تلقّی رکبان است که فرموده: «انهّم بالخیار اذا دخلوا السوق[1]» و ظاهرش یک قضیّه شرطیه است که مفادش اینست: وقتی اهل کاروان وارد بازار شدند خیار غبن پیدا می‌کنند، مفهومش این است که قبل از آن خیار غبن ندارند، و می‌دانیم که ورود به بازار هم موضوعیّت ندارد که تعبّداً پیام اکرم(ص) آن را ملاک قرار داده باشد گویا فرموده: «انهّم بالخیار اذا علموا بالغبن،» پس بعد از ظهور غبن خیار می‌آید نه پیش از آن.

---

۱. مستدرک الوسائل، ج ۲ ص ۴۶۴ باب ۲۹ حدیث ۳.

قوله: ولکن لایخفی:

مرحوم شیخ درصدد توجیه کلام بزرگان و رفع اختلاف از فیما بین آنها و ارجاع هر دو وجه به یکی بر آمده و می‌فرمایند: با توجیه ظاهر یکی از دو کلام و فتوای فقهاء می‌توان وجه دیگر را برگزید و حکم کرد که مراد همه یکی است. توضیح مطلب:

منظور از خیار غبن مورد بحث (که آیا ظهور غبن شرط و سبب آن است یا کاشف از آن؟) چیست؟ آیا منظور خیار فعلی و سلطنت فعلیّه است که بالفعل در خارج شخص مغبون حق دارد معامله را فسخ یا امضا کند؟ یا منظور خیار شأنی و سلطنت شأنیّه و تعلیقی است یعنی در واقع و نفس الامر از آغاز هم مغبون حقّی دارد ولی اعمال این حق در خارج که بالفعل بتواند آنجا کند و از آن بهره برداری کند، در گرو علم و اطلاع از غبن است و تا مطلع نشود نمی‌تواند آن را اعمال کند؟ (نظیر بیع الخیار که رد ثمن در آن دخیل بود. ولی آیا شرط اصل خیار بود؟ یا شرط اعمال خیاربود؟ که مبسوطاً در مسأله ششم از مسائل خیار شرط گذشت.)

اگر منظور سلطنت فعلی باشد ما هم قبولی درایم که پس از ظهور غبن و اطلاع از آن است، و آنانکه وجه اوّل را برگزیده‌اند به این مرحله نظر دارند، و آنانکه کاشف واقعی دانسته‌اند منظورشان اثبات سلطنت فعلی از اوّل نیست بلکه منظورشان اثبات حقّی است از اوّل، و اگر منظور ثبوت حقّی باشد در واقع باید گفت که این از لحظهٔ بیع است و آنانکه منکر این معنا شده‌اند و خیار را پس از ظهور غبن دانسته‌اند منظورشان سلطنت فعلی است. و در واقع هر دو گروه قبول دارند که از اوّل حقّی برای مغبون پیدا می شود و هر دو قبول دارند که فعلیّت آن و سلطنت فعلی بر اعمال آن منوط به ظهور غبن است.

قوله: فیکون:

با این حساب کسی که جاهل به موضوع غبن است (اصلاً نمی‌داند مغبون شده یا نه؟ تملیک به زیاده یا نقیصه شده یا نه؟) مثل جاهل به حکم خیار غبن است (کسی که می‌داند مغبون شده ولی نمی‌داند که خیار غبن دارد یا نه؟) که به محض عالم شدن به حکم خیار، خیار غبن او فعلی می‌شود، و مثل جاهل به حکم خیار مجلس و خیار حیوان که تا نمی‌داند خیارش فعلی نیست و به محض آگهی از حکم شرعی آن، خیار مجلس یا حیوان او فعلی می‌شود.

قوله: ثمّ انّ الآثار:

آثار و احکام شرعیّه‌ای که برای خیار جعل و ثابت شده (چه مستقیماً مجعول شارع باشند و چه عرف و عقلاء آنها را جعل کرده و شارع مقدّس امضا کرده باشد.) از یک نظر سه دسته می‌شوند:

۱ـ آثاری که بر خیار فعلی یا حق فعلی یا سلطنت فعلیّه مترتّب می‌شود،

فی المثل یکی از احکام خیار این است که: اگر ذی الخیار در مدّت خیار در مالی که به او منتقل شده تصرّف کند خیار او ساقط می‌شود، و این اثر مال خیار فعلی است و در مورد غبن، فعلیت خیار پس از ظهور غبن است، بنا بر این اگر بعد از اطّلاع از غبن، تصرّفی نمود علامت رضایت است و خیار غبن را ساقط می‌کند، ولی اگر پیش از ظهور غبن تصرّف کرد، علامت رضا به غبن نیست و مسقط هم نیست.

و نیز یکی از آثار خیار فعلی، قضیّهٔ تلف است به این بیان که: از طرفی اجماعی است که تلف متاع در دست مغبون پیش از ظهور غبن، به عهدهٔ خود مغبون است و وی ضامن است «صغری» و کبرای کلّی‌هم این است که: تلف در زمان خیار از مالی کسی است که خیار ندارد، نتیجه آن است که: مغبون قبل از علم به غبن خیاری ندارد، پس اگر بخواهد تلف از غیر ذی الخیار باشد باید پس از ظهور غبن و فعلی شدن خیار باشد،

(البته همهٔ اینها بر فرض این است که کبرای مذکور، مخصوص خیار مجلس و حیوان و شرط نبوده و شامل خیار غبن و مانند آن نیز باشد، ولی در جای خود خواهد آمد که چنین تعمیمی صحیح نیست.)

۲ـ آثاری که بر وجود واقعی حق مترتب می‌شود، فی المثل اگر مغبون قبل از آنکه بفهمد مغبون شده، گفت: «اسقطت کلّ خیار لی» و خیار غبن را هم شامل شد، بدین وسیله خیار او ساقط می‌شود، پس اسقاط الخیار اثر وجود واقعی خیار است نه وجود فعلی و سلطنت فعلیّه، و مبسوطاً در مسأله سوّم از همین مسائل خیار غبن خواهد آمد.

۳ـ آثاری که مردّد است که آیا بر وجود واقعی حق مترتّب است یا بر وجود فعلی آن، فی المثل در زمان خیار یک طرف اگر خود ذی الخیار تصرّف ناقل انجام دهد و مالی را که به او منتقل شده بفروشد یا هبه کند و... حتماً صحیح نافذ است و خیار لد را ساقط می‌کند ولی اگر غیر ذی الخیار چنین تصرّفی بنماید آیا چنین تصرّفی صحیح است؟ از

طرفی عدّه‌ای فقهاء در کبرای کلّی فتوا به منع و بطلان این تصرّفات داده‌اند و علّت آن را چنین آورده‌اند که: این تصرّفات موجب تنویت حق ذی الخیار، از خود عین می‌شود و لذا جایز نیست، از تعبیر به حق (نه حق معلوم و فعلی و ...) می‌توان فهمید که ممنوعیّت و بطلان تصرّف کذائی بر وجود واقعی حق مترتب است چه ذی الحق از وجود چنین حقّی آگاه باشد یا نه.

از طرفی در خصوص باب غبن فرموده‌اند: تصرّفات غابن قبل از علم مغبون به غبن نافذ است و پس از علم باطل است، از این بیان استفاده می‌شود که بطلان و ممنوعیّت چنین تصرّفی بر وجود فعلی حق مترتب است و سلطنت فعلی مانع است نه حق واقعی. و لذا امر بطلان این تصرّفات مردّد است که بر کدام مرتبه مترتّب می‌شوند.

قوله: و المتبع:

قاعدهٔ کلّی این است که این آثار و احکام، به حکم دلیل برای خیار ثابت می‌شود و باید دلیل هر اثر را ملاحظه کنیم که آیا این اثر بر وجود واقعی حق مترتب است یا بر وجود فعلی، ای چه بسا از دلیل استفاده کنیم که فلان اثر و حکم، مال وجود واقعی حق است و خود حق این اثر را دارد مثل اسقاط قولی که گذشت، و چه بسا از دلیل بفهمیم که فلان اثر و حکم، مال وجود فعلی حق است یعنی علم به حق این حکم را دارد. و در هر حال باید تابع دلیل باشیم.

قوله: و تظهر ثمرة:

یکی از ثمرات دو وجه مذکور (ظهور غبن شرط شرعی برای حدوث اصل خیار باشد یا کاشف عقلی) در باب فسخ بیع ظاهر می‌شود: اگر مغبون جاهل (که هنوز اطلاعی از غبن ندارد) بدون جهت گفت: «فسخت البیع» یا گمان می‌کرد از ناحیهٔ عیب، مجلس و ... خیار دارد و به صورت کلّی گفت: «فسخت البیع» و بعد معلوم شد که خیار مجلس و مانند آن را نداشته ولی در واقع مغبون بوده و از این ناحیه خیار غبن داشته، در اینجا اگر ظهور غبن کاشف عقلی باشد فسخ قبل از علم به غبن، صحیح و مؤثر و ارزشمند است و اگر ظهور غبن شرط حدوث خیار باشد فسخ قبلی پیش از حدوث خیار است و ارزشی ندارد.

قوله: ثم انّ ما ذکر ناه:

همین دو وجهی که در رابطه با ظهور غبن مطرح شد در باب خیار عیب و ظهور عیب هم مطرح است که آیا ظهور العیب و اطلاع یافتن مشتری از معیوب بودن مبیع، شرط شرعی حدوث خیار عیب است؟ یا کاشف عقلی از ثبوت خیار عیب از لحظهٔ معامله است؟ دو وجه است و منشأ دو وجه همان است، مؤیّدات همانها است، و ثمره همان ثمره است... و لذا در خیار عیب این بحث را جدا مطرح نخواهیم کرد.

قوله: و قد یستظهر:

ولی علّامه در قواعد، فرعی را عنوان کرده که محقّق ثانی از آن، وجه اوّل (شرط شرعی بودن ظهور عیب) را استظهار کرده و جناب شیخ اعظم این استظهار را قبول ندارند.

امّا فرع علّامه: اگر فروشنده کنیزی را که معیوب بود تدلیس و آرایش کرد و به مشتری فروخت و پیش از ظهور تدلیس و علم مشتری به عیب، یک عیب جدیدی در نزد مشتری حادث شد، در این صورت حق رد مشتری ساقط می‌شود و تنها می‌تواند ارش تدلیس یا عیب قدیم را بگیرد.[1] (زیرا قاعده این است که: عیب جدید مانع از رد به سبب عیب قدیم است.)

محقّق ثانی نخست اعتراض کرده و فرمود: تقیید به قبل از علم به تدلیس جا ندارد بلکه باید گفت عیب حادث مانع از رد است مطلقاً چه قبل از علم به تدلیس بیاید و چه پس از آن، در هر حال عیب حادث را خود مشتری ضامن است و ربطی به بایع ندارد.

سپس فرموده: مگر علّامه این طور بگوید: عیب حادث اگر پس از علم مشتری به عیب قدیم باشد، خود بایع ضامن است نه مشتری، به دلیل اینکه پس از علم به عیب خیار عیب می‌آید (و قاعدهٔ کلّی هم این است که: تلف در زمان خیار از مال کسی است که خیار ندارد، و فرقی هم میان تلف کل و جزء، عین و وصف صحّت نیست.) بنابر این عیب حادث مانع از رد نیست. و ظاهر تقیید خیار به بعد از علم، آن است که: قبل از علم به عیب، خیاری نیست و لذا عیب حادث یا تلف وصف صحّت به عهدهٔ خود مشتری است و الّا اگر خیار بود که‌باز کبرای کلّی می‌آمد و می‌گفت: تلف از مال بایعی است که

---

۱. قواعد، ج ۲، ص ۷۷.

خیار ندارد، ولی علاّمه چنین حکمی نکرد[۱] نتیجه آنکه با این استظهار، علاّمه می‌خواهد بگوید: خیار عیب پس از ظهور عیب و علم به تدلیس پیدا می‌شود نه قبل از آن.

قوله: لکن الاستظهار:

مرحوم شیخ می‌فرماید: استظهار مذکور و فرق گذاشتن علاّمه میان قبل از علم و بعد از آن، مبتنی است بر کبرای کلّی «التلف فی زمن الخیار ممّن لاخیار له» ولی در احکام خیارات خواهد آمد که این قاعده کلیّت ندارد و مخصوص خیار مجلس و حیوان و شرط است و خیار عیب و غبن و... را شامل نیست، در نتیجه در خیار عیب باید گفت: تلف مبیع پس از بیع، در دستان مشتری، چه در زمان خیار باشد و چه نباشد، تلف کلّ یا بعض، قبل از ظهور عیب یا پس از آن، در همه حال روی قاعده، از ملک مشتری تلف شده و ضرر به خود او می‌خورد و او هم ضامن است نه بایع وکسی که خیار ندارد و در نتیجه مشتری بابت عیب قدیم حق ارش دارد نه حق ردّ. (و تقیید به «قبل علمه بالتدلیس» در کلام علاّمه بی وجه است.)

قوله: و امّا خیار الرؤیة:

در خیار عیب، محقّق ثانی خواست از کلام علاّمه وجه اوّل یعنی شرط حدوث بودن را استفاده کند ولی در خیار رؤیت خواهد آمد که: ظاهر علاّمه در تذکره همین است که با رؤیت مبیع بر خلاف وصف سابق، خیار رؤیت حادث می‌شوو و در نتیجه قبل از رؤیت، اسقاط خیار جایز نیست (چون اسقاط مالم یجب است.)

مسأله سوّم:

مسألهٔ سوّم از مسائل خیار غبن دربارهٔ مسقطات خیار غبن است: چه عواملی موجب می‌شوند تا خیار غبن ساقط شود؟ در مجموع چهار عامل را در این مسأله عنوان می‌کنند:

عامل اوّل: اسقاط قولی بعد از عقد: معامله تمام شده پس از آن مغبون می‌گوید: «اسقطت خیاری»، آیا اسقاط کذائی موجب سقوط خیار غبن می‌شود؟ یا خیر؟ مطلب

---

۱. جامع المقاصد ج ۴، ص ۳۵۴.

صوری دارد و به طور کلّی دو شعبه می‌شود:

۱ـ گاهی اسقاط خیار پیش از ظهور غبن است که این صورت در ادامه خواهد آمد.

۲ـ و گاهی بعد از علم به غبن است، یعنی پس از آنکه فهمید مغبون شده می‌گوید: «اسقطت خیاری»، و خود این قسم دو بخش دارد:

۱ـ گاهی اسقاط خیار بدون عوض و مجّاناً صورت می‌گیرد.

۲ـ و گاهی با عوض است یعنی مغبون از غابن مبلغی را دریافت نموده و در ازاء آن خیار غبن خویش را ساقط می‌کند که نوعی مصالحه بر حق است. و فعلاً بخش اسقاط بدون عوض مطرح است و خود این بخش دو قسمت دارد:

۱ـ مغبون کاملاً از مقدار و مرتبهٔ غبن و خصوصیّات آن آگاه است و معذلک می‌گوید: خیارم را اسقاط نمودم، در این صورت بلا اشکال اسقاط او صحیح و نافذ و موجب سقوط است و قدر متیقّن و مصداق اکمل، همین صورت است.

۲ـ مغبون اجمالاً می‌داند که متضرّر شده ولی از مقدار و اندازهٔ آن بیّ خبر است و تفصیلاً نمی‌داند، باز خود این قسم دو شعبه دارد:

۱ـ در مقام اسقاط می‌گوید: غبن و ضرر من به هر اندازه که باشد گذشتم و حقّم را ساقط کردم، خواه تفاوت فاحش و زیاد باشد (مثلاً ۲۰ درهم درصد درهم که نسبت $\frac{۱}{۵}$ می‌شود) و خواه افحش و خیلی زیاد باشد (مثلاً ۵۰ درهم درصد درهم که $\frac{۱}{۲}$ می‌شود) باز بلا اشکال اسقاطش صحیح و مؤثر و موجب سقوط خیار است.

۲ـ و گاهی به گمان اینکه تفاوت فاحش است از خیار غبن خویش می‌گذرد ولی بعد می‌فهمد که تفاوت افحش بوده و به مراتب بیشتر از اندازه‌ای بوده که وی گمان می‌کرد، (مثلاً تصور می‌کرد ده درهم مغبون شده و به این مقدار راضی شد و از حق خود گذشت ولی بعداً معلوم شد که (پنجاه درهم یا) صد درهم مغبون شده، آیا بدین وسیله حق الخیار او کلّاً ساقط می‌شود؟ اینجا است که دو وجه مطرح می‌کنند:

۱ـ خیر، ساقط نمی‌شود زیرا مغبون به این مقدار راضی نیست و طیب نفس ندارد و به گمان اینکه ده درهم مغبون شده اسقاط خیار نمود و الّا اگر از آغاز می‌دانست که صد درهم مغبون شده ابداً اسقاط نمی‌کرد. پس اسقاط مذکور فایده‌ای ندارد چون همراه با طیب نفس نیست [شبیه حق آبروئی که زید گمان می‌کرد بکر به او دشنامی داده و با

فحش هتک حرمت کرده و از حق خود گذشت ولی بعد فهمید که قضیّه بالاتر از این است و به او نسبت ناروا داده و تهمت زنا زده است. اینجا احدی نگفته با گذشتن از حق اوّل این حق نیز ساقط است و وی نمی‌تواند شکایت کند و حدّ قذف بر قاذف جاری کند.].

۲ـ آری ساقط می‌شود، به این دلیل که خیار چند حق که نیست یک حق واحد بسیط است که مسبّب از تفاوت غیر قابل گذشت می‌باشد و فرقی ندارد که تفاوت فاحش باشد یا افحش و این حق واحد هم که اسقاط شد و حق دیگری نیست تا خیار مغبون در سایهٔ آن باقی بماند. و قیاس ما نحن فیه به باب حق آبروئی، مع الفارق است زیرا در حق آبروئی دو حق جداگانه مطرح است که ذیحقّ از یکی که گمان می‌کرد، گذشته و از حق بزرگترش نگذشته و لذا باقی است. ولی ما نحن فیه چنانچه دیدیم، یک حق است نه دو یا چند حق....

قوله: و امّا الاسقاط:

و امّا بخش اسقاط خیار غبن با عوض که در حقیقت نوعی مصالحه کردن است یعنی مغبون راضی می‌شود که مبلغی از غابن بگیرد و در مقابل حق الخیار خویش را ساقط کند، آیا چنین اسقاطی (و در حقیقت چنین مصالحه‌ای) جایز و نافذ و مؤثّر است و بدین وسیله خیار مغبون ساقط می‌شود؟ یا خیر؟ این فرض نیز سه صورت دارد:

۱ـ مغبون دقیقاً عالم به مقدار و مرتبهٔ غبن است و به تفصیل می‌داند که چقدر مغبون شده (مثلاً می‌داند که متاع پنجاه درهمی را به صد درهم به او فروخته‌اند.) و معذلک مبلغی را از غابن می‌گیرد (مثلاً بیست درهم) و خیارش را اسقاط می‌کند، این قسم بلا اشکال صحیح و مسقط خیار غبن است.

(زیرا به عقیدهٔ شیخ اعظم جواز فسخ حقّی است که مغبون دارد و زمام امر هر حقّی در اختیار صاحب حق است و او هم با رضایت طرف مقابل، اقدام به مصالحه می‌نماید، صلح هم که امر مشروعی است و بابش واسع است و به حقوق هم تعلّق می‌گیرد، و لذا از صدر تا به ساقه تمام این مصالحه و اسقاط، مشروعیّت دارد و موجب سقوط می‌شود.).

۲ـ مغبون اجمالاً می‌داند که متاعی را به زیادتر از قیمت واقعی خریده و واقعاً مغبون شده ولی تفصیلاً نمی‌داند که چه اندازه مغبون شده؟ و راضی می‌شود که غبن واقعی را

به مبلغی از ثمن (مثلاً در مقابل ده درهم) اسقاط نماید و از اعمال خیار بگذرد و نمی‌داند که در واقع همین ده درهم را مغبون شده یا بیست درهم و...، ولی در مقام اسقاط می‌گوید: حق خودم را به تمام مراتبش اسقاط کردم، یعنی از صد درهم اگر نود درهم مغبون شده باشم باز اسقاط نمودم.

این نیز بلااشکال صحیح است زیرا حق مغبون است و راضی می‌شود به مبلغ کمی مصالحه کند و شارع مقدّس منع نکرده.

۳ـ مغبون اجمالاً می‌داند که فریب خورده و تفصیلاً نمی‌داند و راضی می‌شود که به ازاء مبلغی حق خیارش را مصالحه کند و از اعمال آن صرف نظر کند ولی در مقام اسقاط خیار به صورت مطلق و کلّی و سر بسته می‌گوید: «اسقطت خیاری» یا «صالحتک بسقوط خیاری علی کذا»، ولی تصریح به جمیع مراتب ندارد، و بعداً معلوم می‌شود که بیشتر مغبون شده آیا این اسقاط هم نافذ است و مصالحهٔ مزبور صحیح است؟

می‌فرماید: اگر مطلق یک منصرف عرفی داشته باشد، فی المثل متاعی را که به بیست درهم خریداری می‌کنند به طور معمول و متعارف ۴ تا ۵ درهم زیادتر ممکن است بفروشد ولی به بیش از آن گرانتر بفروشند غیر متعارف است. حال مغبون گمان می‌کرد که در کلّ ۳ یا ۴ و یا حدّاکثر ۵ درهم مغبون شده و راضی شد که در قبال دریافت یک درهم از غابن از خیار خویش بگذرد. ولی بعداً معلوم شد که خیلی بیش از اینها مغبون شده یعنی در واقع متاع دو درهمی را به بیست درهم خریده و در معامله هیجده درهم مغبون شده است که اصلاً احتمال هم نمی‌داد و باورش نمی‌شد که این اندازه فریب بخورد، آیا در چنین فرضی صلح به یک درهم صحیح است؟ می‌فرماید: سه وجه در اینجا وجود دارد:

۱ـ صلح کذائی باطل است زیرا صلح بر حق موجود (هیجده درهم) که واقع نشده (بر خیالی که ۴ یا ۵ درهم باشد واقع شده) «فما قصدلم یقع و ما وقع لم یقصد»، پس صلح مزبور صحیح نیست (در واقع از قبیل اقّل و اکثر استقلالی است که با انجام اقّل اکثر ساقط نمی‌شود و آنهم مستقّلاً لازم است.) (یا مثل حق آبروئی است که به دشنام راضی شده نه به قذف).

۲ـ این صلح هم صحیح و هم لازم است، امّا صحّت به حکم عمومات باب صلح:

«الصلح خیر»، «الصلح جایز بین المسلمین» و... و امّا حکم به لزوم، هم به دلیل «اوفوا بالعقود» است و هم به دلیل این است که خیار حق واحد و سبب واحدی دارد و آن تفاوت غیر قابل اغماض است و خودش افراد و مصادیقی دارد (فاحش، افحش) و حق واحد با مصالحه و اسقاط ساقط می‌شود و چیزی نمی‌ماند تا لازم نباشد.

۳ـ صلح مزبور صحیح ولی متزلزل و غیر لازم است: امّا صحت به حکم عمومات صلح درست می‌شود، و امّا تزلزل و جواز به این دلیل است که او خیال می‌کرد در مجموع بیست درهم، ۴ یا ۵ درهم مغبون شده لذا به گرفتن یک درهم رضایت داد، ولی اگر احتمال دهد که ده درهم مغبون شده حتماً به یک درهم رضا نمی‌دهد و اگر احتمال دهد که بیشتر مغبون شده قطعاً در مقام مصالحه خواهان مبلغ بیشتری خواهد بود و اگر بفهمد که هیجده درهم مغبون شده حتماً به یک درهم رضایت نمی‌دهد. پس به خیال اینکه غبن فاحش او مرتبهٔ نازله است به یک درهم راضی شده و در واقع دو بار مغبون شده یک بار در اصل معامله و بار دوّم در صلح، و صلح غبنی هم موجب خیار و تزلزل است و لاضرر اینجا را هم می‌گیرد. پس صحیح و متزلزل است.

مرحوم شیخ همین وجه را تقویت می‌کنند ولی بدنبال آن امر به تأمّل می‌نماید که شاید اشاره باشد به اینکه: اصل تشریع صلح برای رفع نزاع است و حکم به تزلزل و جواز، نقض غرض بوده و با فلسفهٔ صلح ناسازگار است و لذا حکم به جواز و تزلزل مشکل است پس یا باید حکم به بطلان نمود و یا حکم به صحّت و لزوم کرد.

قوله: و امّا اسقاط:

تا به حال سخن از اسقاط خیار غبن پس از علم به غبن بود. و حالا سخن از اسقاط خیار غبن پس از عقد و قبل از ظهور غبن است یعنی مشتری (مثلاً) پیش از آنکه بفهمد که مغبون شده بگوید: «اسقطت خیاری» یا بگوید: اگر در واقع مغبون شده‌ام خیارم را ساقط نمودم، آیا چنین اسقاطی صحیح است؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: ظاهراً مانعی از صحّت نیست (مقتضی هم که موجود است که وجود غبن واقعی و معامله غبنی باشد.) البتّه سه مانع ذکر شده که مرحوم شیخ هر سه را مطرح می‌کنند و جواب دهند:

۱ـ قوله: و لا یقدح:

حاصل اشکال این است که: اسقاط خیار قبل از علم به غبن از نوع «اسقاط مالم یجب» است یعنی هنوز خیاری ثابت نشده تا قابل اسقاط باشد و اسقاط هم فرع بر ثبوت است و بدون آن معقول نیست.

جواب آن است که: اگر ظهور غبن کاشف عقلی باشد که قبل از آن هم در واقع خیار غبن داشته و اسقاط آن، از نوع اسقاط ما وجب (ای ثبت و تحقّق) است و هیچ محذوری ندارد. ولی اگر ظهور غبن شرط شرعی برای حدوث خیار باشد و پیش از آن خیاری نباشد، جای اشکال مزبور هست که هنوز خیاری ثابت نشده می‌خواهیم اسقاط و رفع کنیم و این چگونه ممکن است؟ ولی به عقیده شیخ باز هم اسقاط صحیح است زیرا مقتضی یا سبب برای خیار غبن همان غبن واقعی و معاملهٔ غبنی است که قبل از علم به غبن هم هست و خیار مسبّب از غبن واقعی است و تنها شرط فعلی شدن آن، استقبالی و در آینده و پس از ظهور غبن است، و همین مقدار که مقتضی دارد کافی است که قابل اسقاط باشد و فایدهٔ اسقاط آن است که عقد مزبور را از مقتضی بودن برای خیار می‌اندازد.

سپس دو نظیر برای ما نحن فیه می‌آورند: یکی باب ابراء است که مالک به ودعی و امانت دار افراط کننده می‌گوید: تو را از ضمانت بریئی کردم، در اینجا حکم و مسبب ضمان است، موضوع و سبب و مقتضی عقد و دیعه یا عاریه است، شرط آن افراط کردن است و قبل از حصول شرط و تحقّق افراط می‌تواند بگوید: «ابرئتک عن الضمان» که اگر افراط کردی و امانت نزد تلف، تلف شد ضامن نباشی و این ابراء ذمّه قبل از حصول شرط مثل آن اسقاط خیار است پیش از ظهور غبن.

و یکی هم باب برائت بایع از عیوب است که در متن عقد می‌گوید: فروختم و ضمناً هر عیبی در مبیع باشد من ضامن نیستم، این برائت ذمّه است که در حقیقت باز می‌گردد به اینکه اگر هم در واقع عیبی باشد مشتری خیار عیب نداشته باشد، و منظور اسقاط مشتری است قبل از علم مشتری به حق، در اینجا هم حکم، خیار عیب است، موضوع و سبب آن عیب واقعی یا معاملهٔ کذائی، است و شرط آن علم به عیب است ولی پیشاپیش و قبل از علم به عیب خیار عیب مشتری اسقاط شده است و همه، این برائت

ذمّه بایع از عیوب را تجویز کرده‌اند، و ما نحن فیه هم از این قبیل است.

۲ـ قوله: و لا یقدح:

اشکال دیگر این است که: اسقاط خیار قبل از علم به غبن از نوع اسقاط تعلیقی است و اسقاط چیزی است که هنوز اصل وجود و تحقّقش معلوم نیست (و اصلاً نمی‌داند که مغبون شده یا نه) و می‌گوید: اگر مغبون شده باشم از حقّم گذشتم، و تعلیق در انشائات در عقود هم قادح بود و بالاجماع باطل شد تا چه رسد به باب ایقاعات که اسقاط خیار از آنها است و به طریق اولی قادح است.

پاسخ این است که: اگر تعلیق عقد یا ایقاع به اموری باشد که از مقتضای عقد و از دائرهٔ انشاء و مفهوم آن خارج می‌باشند، مثل تعلیق بیع به ورود مسافر، خوب شدن بیمار و... چنین تعلیقی مخلّ است ولی اگر تعلیق به اموری باشد که در مفهوم انشاء داخل هستند و در واقع و نفس الامر انشاء معلّق به آنهاهست (چه بخواهیم و چه نخواهیم) اشکالی ندارد زیرا در واقع که تعلیق هست و به زبان آوردن و تکلّم به آن هم مانعی ندارد، فی المثل شخصی شک دارد که این صد درهم مال او هست یا نه؟ می‌گوید: «ان کان هذا مالی فقد تصدّقته»، در اینجا بگوید یا نگوید در واقع باید مال او باشد تا صدقه برای او واقع شود وگرنه واقع نمی‌شود. یا شک دارد که فلان خانم، زوجهٔ او هست یا نه، در مقام طلاق احتیاطی می‌گوید: «ان کانت هذه زوجتی فهی طالق» که در واقع طلاق معلّق بر زوجیّت است چه به زبان بیاورد یا نه، یا در مقام آزاد کردن عبدی که نمی‌داند بردهٔ او هست یا نه، می‌گوید: اگر این آدم بردهٔ من است آزادش کردم که عتق در واقع معلّق بر رقیّت و بردهٔ او بودن است، یا می‌گوید: اگر طلبکار هستم ابراء کردم که ابراء فرع بر طلب است و....

ما نحن فیه هم از این قبیل است که اسقاط خیار موضوعش غبن واقعی است و لذا می‌گوید: اگر در واقع مغبون شده‌ام خیارم را ساقط کردم، که نگوید هم فی الواقع چنین تعلیقی ثابت است. و از همین قبیل است آنجا که بایع می‌گوید: اگر در واقع این مبیع عیبی دارد من برائت ذمّه داشته باشم، که برائت فرع بر وجود عیب واقعی است. یا می‌گوید: اگر این متاعی که از تو می‌خرم در واقع ملک غیر باشد (و تو غاصب و سارق یا فضولی هستی) درک و خسارت آن بر عهدهٔ تو باشد که در واقع بودن ضمانت بر عهدهٔ

بایع در فرضی است که در واقع مبیع ملک غیر باشد وگرنه خود مشتری ضامن است و...، در اینگونه موارد تعلیق و آوردن ادوات شرط محذوری ایجاد نمی‌کند.

۳ـ قوله: نعم قد یشکل:

همانطور که اسقاط خیار بعد از علم به غبن دو قسم شد: گاهی مجّانی و بدون عوض و گاهی با عوض بود، همچنین اسقاط خیار قبل از علم به غبن هم گاهی بلا عوض و گاهی با عوض است. آنگاه در خصوص اسقاط با عوض یا مصالحه اشکال سوّمی مطرح است که: وقتی مشتری عوضی را (یک درهم مثلاً) از بایع می‌گیرد و مصالحه می‌کند باید در مقابل چیزی به بایع برسد وگرنه اخذ مشتری از نوع اکل مال به باطل می‌شود و در ما نحن فیه از آنجا که نمی‌داند که مغبون شده یا نه پس نمی‌داند که عوضی به بایع برسد یا نه و لذا ۳۳اخذ درهم به عنوان مصالحه اشکال دارد. پاسخ این مشکل هم دو راه دارد:

۱ـ مشتری چیزی را به مصالحه کردنش از حق مجهول و اسقاط نمودنش حق مجهول را، ضمیمه کند (مثلاً یک قوطی کبریت هم به طرف بدهد تا اگر بعداً معلوم شد غبنی نبوده مصالحه درست باشد و درهم در قبال قوطی کبریت مصالحه شده باشد.

۲ـ یا حقوق دیگری از قبیل خیار مجلس و حیوان و مانند آن را هم که دارد کلّاً اسقاط کند و بگوید: به ازاء یک درهم هر حقّی را که دارم مصالحه کردم و از آنها گذشتم، آنگاه اگر هم بعداً معلوم شود که غبنی نبوده، محذوری نیست، چرا که یک درهم در مقابل سایر خیارات و حقوق واقع می‌شود.

ممکن است به ذهن کسی بیاید که حالا که غبن نیست آیا به نسبت این حق که معدوم و منتفی است از آن یک درهم کسر می‌شود و به بایع بر می‌گردد و در واقع یک درهم به تعداد این خیارها تقسیط و توزیع می‌شود؟ می‌فرماید: خیر جای توزیع و تفسیط نیست زیرا حقّ معدوم بر فرض وجودش قسطی از درهم در برابر او واقع می‌شود نه بر فرض عدم، پس کلّ درهم در قبال سایر حقوق واقع می‌شود.

عامل دوّم:

شرط سقوط کردن در متن عقد: یکی از مسقطات خیار غبن عبارتست از اینکه: بایع و غابن در متن عقد شرط کند که اگر هم در واقع مغبون شدی خیار غبن نداشته باشی (که در خیار مجلس هم این عامل مطرح بود و به سه نحو متصوّر بود: ۱ـ شرط عدم الخیار.

۲ـ شرط عدم فسخ. ۳ـ شرط اسقاط خیار بعد از عقد.) مشتری و مغبون هم این شرط را بپذیرد، آیا بدین وسیله خیار غبن او (و لو بعداً متوجّه شد که مغبون شده) ساقط می‌شود؟ یا خیر؟ اشکالاتی که در عامل اوّل یعنی اسقاط قولی بعد از عقد و قبل از ظهور غبن مطرح بود در اینجا هم مطرح است ک از سه جهت اشکال داشت: ۱ـ اسقاط مالم یجب است. ۲ـ اسقاط تعلیقی. ۳ـ در مورد عوض داشتن، اکل مال به باطل است، و پاسخ همان است که قبلاً آوردیم. و نیز اشکالاتی که درخیار مجلس در رابطه با شرط سقوط خیار در متن عقد ذکر شد که باز هم سه اشکال بود (اشکال اوّل که اینجا ذکر شد یعنی «اسقاط مالم یجب»، در آن جا هم آمده بود) در اینجا هم می‌آید و پاسخ‌ها همان است که آنجا بیان داشتیم، و لذا از این نواحی خیالمان راحت است و دانستیم که اینها مشکل ساز نیست و شرط سقوط خیار غبن را از مسقط بودن ساقط نمی‌کنند.

ولی از جهت دیگر اشکالی مطرح است که مخصوص خیار غبن و خیار رؤیت است (در خیار عیب و تدلیس هم می‌آید ولی در آنجا برائت بایع از عیوب، در متن عقد بلامانع است و لذا شرط سقوط که همین برائت از عیوب است، جایز و بلامانع است.) و این اشکال را شهید اوّل در دروس[1] عنوان کرده و صریحاً فرموده:

اگر طرفین معامله در متن عقد شرط کنند رفع خیار غبن یا خیار رؤیت را (کلمهٔ رفع عبارتست از برداشتن امر ثابت و با تصویر سوّم از شرط سقوط می‌سازد که در واقع شرط اسقاط خیار بعد از عقد است.) یعنی مثلاً بایع به مشتری بگوید: اگر هم مغبون شدی خیار نداشته باشی، یا اگر هم بعداً که مبیع را دیدی و واجد او صاف مذکور در متن عقد نبود خیار رؤیت نداشته باشی، چنین معامله‌ای از ریشه باطل می‌گردد چرا که غرری می‌شود.

سپس فرموده: شاید میان دو خیار غبن و رؤیت فرقی باشد و آن اینکه: در خیار غبن رفع و ازالهٔ غرر آسان است (زیرا با بذل تفاوت می‌توان غرر را بر طرف کرد ولی در خیار رؤیت آسان نیست زیرا جبران او صاف مفقوده و تحصیل آنها که مقصود از بیع می‌باشند، آسان نیست.) بعضی‌ها مثل صیمری در غایة المرام فرموده: هم عقد باطل

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۷۶.

است و هم شرط سقوط باطل است و بعضی مثل محقّق ثانی نخست مردّد شده که آیا چنین عقدی صحیح است یا باطل؟ سپس در ادامه صحّت را استظهار کرده است.[۱]

قوله: و لعّل توجیه:

مرحوم شیخ نخست کلام شهید را توجیه می‌کنند که منظور ایشان از لزوم غرر چیست؟ (سرّ اینکه درصدد توجیه بر می‌آیند، آن است که: تا آنجا که ما می‌دانیم جهل به اصل وجود عوضین، یا جهل به قدرت بر تسلیم عوضین، یا جهل به صفات کمّی و کیفی عوضین، آنها که در مالیّت دخالت دارند، اینها موجب غرر می‌شوند و درمورد بیع غبنی هیچ کدام از اینها نیست، مثمن معلوم است، ثمن المسمّی معلوم است و... پس چگونه سخن از غرری بودن به میان آمده؟ این است که می‌فرماید:)

منظور شهید از غرر، غرر به اعتبار جهل به مقدار مالیّت و ارزش مبیع است (یعنی الان که شرط سقوط خیار غبن شده مشتری نمی‌داند که واقعاً هم مبیع به همین ثمن معیّن یعنی صد درهم، ارزش دارد یا کمتر از آن است؟ پس مقدار و اندازهٔ مالیّت مجهول است.) و از این جهت مثل جهل به صفات مبیع است که در جهل به صفات هم جهل به هر صفتی که موجب غرر و بطلان نیست بلکه جهل به صفاتی که در مالیّت شیئی دخیل هستند، (صفات کمّی و کیفی) موجب بطلان است پس در آنجا هم مناط جهل به مقدار مالیّت است و همین مناط در ما نحن فیه هم هست و از این روی معامله غرری می‌شود.

قوله: لکن الاقوی:

پس از توجیه کلام شهید، درصدد بیان عقیدهٔ خودشان بر آمده و نسبت به خیار غبن می‌فرمایند: اقوی صحّت بیع است یعنی با شرط سقوط خیار، معامله غرری نمی‌شود و سخن شهید مردود است، به دو دلیل:

۱ـ اگر مجرّد جهل به مقدار مالیّت و ارزش واقعی چیزی، باعث غرری بودن و بطلان بیع گردد پس باید معاملات اکثر مردم باطل باشد (زیرا نوع مردم اقدام بر معامله می‌کنند و هر روز و شب از بازار جنس مورد حاجت خود را خریداری می‌کنند و ثمن

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۲ ـ ۳۰۳.

المسمّی مشخّص است ولی قیمت واقعی را نمی‌دانند که آیا صد درهم «مثلاً» ارزش دارد یا فروشنده خدعه می‌کند و گرانتر می‌فروشد؟! نوعاً چنین شکّی هست ولی احدی حکم به بطلان نکرده، سرّ مطلب آن است که این امر باعث غرر نیست، غرر جهل به اصل وجود عوضین یا جهل به صفات و... است که در اینجا نیستند.).

۲ـ شهید فرمود: اگر شرط سقوط کنند غرر پیش می‌آید، مفهومش آن است که اگر شرط سقوط نکنند و خیار را ساقط نکنند و وجود داشته باشد غرر نمی‌آید، یعنی اسقاط خیار موجب ثبوت غرر می‌شود و اثبات خیار موجب ارتفاع غرر می‌گردد، و این صحیح نیست زیرا کراراً گفته‌ایم که خیار یکی از احکام شرعی معاملهٔ صحیح است و باید قطع قطر از آن، معامله ذاتاً غرری نباشد و از هر جهت صحیح باشد تا بعد خیار ثابت شود، پس ثبوت خیار فرع صحت بیع است و شما می‌خواهید با ثبوت خیار صحت را درست کنید و بگوئید: اگر خیار باشد غرر از میان می‌رود و معامله صحیح می‌شود یعنی صحت بیع هم فرع وجود خیار است و این هم دور است و باطل و هم اینکه خیار حکم بیع صحیح است و موضوعش بیع صحیح و غیر غرری است و هیچ حکمی برای خود موضوع درست نمی‌کند، بلکه باید از خارج موضوع احراز شود تا حکم بیاید، پس ثبوت خیار مفید فایده نیست و بیع را از غرری بودن در نمی‌آورد و الّا اگر مفید فایده باشد لازمه‌اش آن است که در عالم همه بیعهای غرری به قید خیاری و جایز و متزلزل بودن صحیح باشند و تنها در صورت لزوم باطل باشند، در حالی که احدی بدان ملتزم نیست و همه می‌گویند: بیع غرری از ریشه باطل است و بود و نبود خیار و تزلزل، آنرا تصحیح نمی‌کند، فی المثل بیع متاعی که مجهول الوجود است قطعاً غرری و باطل است، بیع متاعی که متعذّر الوصول است و طرف قدرت بر تسلیم آن را ندارد (مثل عبد آبق) قطعاً باطل است و چنین نیست که اگر لازم بود باطل باشد و اگر جایز بود صحیح باشد.

پس از ناحیهٔ شرط سقوط کردن، بیع غرری نمی‌شود تا از این جهت مبتلا به اشکالی باشد. بنابراین شرط سقوط خیار غبن هم می‌تواند یکی از مسقطات باشد.

(شهید در ادامه احتمال فرق داد و فرمود غرر در غبن سهل الازاله است...، این سخن نیز قابل مناقشه است زیرا وقتی غرری شد کلاً باطل و فاسد است و وجهی ندارد

که اینجا رفع غرر آسان باشد و آنجا دشوار، اصلاً نوبت به این حرفها نمی‌رسد و اینها فرع بر صحّت است و با شرط سقوط، شما صحت را منکر شدید و حکم به بطلان عقد کردید.

قوله: و امّا خیار الرؤیة:

خیار رؤیت در موردی است که مشتری متاع ندیده را خریداری می‌کند و چون ندیده باید بایع آن را بگونه‌ای توصیف نماید که رافع غرر باشد و با ذکر اوصاف خریداری کند، و بعداً اگر تخلّف وصف شد و مشتری ملاحظه نمود که آن اوصاف را ندارد، خیار رؤیت پیدا می‌کند. حال آیا شرط سقوط خیار رؤیت در متن عقد صحیح است؟

اوّل می‌فرماید: خیر در اینجا شرط سقوط صحیح نیست زیرا سراز تنافی و تناقض در می‌آورد که از طرفی وجود آن اوصاف مذکور شرط صحّت معامله است و معامله با بناگذاری بر آن اوصاف از غرری بودن در می‌آید و صحیح می‌شود و از طرفی شرط سقوط بدان معنا است که: چه آن اوصاف باشد و چه نباشد معامله می‌کنیم و این تناقض است که هم وجود آنها لازم باشد و هم بناشد، هم معامله صحیح باشد و هم باطل باشد.

سپس می‌فرماید: احتمال صحّت هم وجود دارد زیرا اینها در طول هم بوده و تنافی ندارند: زیرا در وهلهٔ اوّل بابناگذاری بر اوصاف مورد نظر معامله می‌کنند و از این نظر معامله صحیح است و در وهلهٔ دوّم در ضمن معامله شرط می‌کنند که اگر هم اوصاف نبود و تخلّف کرد، مشتری خیار رؤیت نداشته باشد. (همانطوری که اگر شرط سقوط نمی‌کردند ولی پس از معامله و پیش از رؤیت، مشتری می‌گفت: بر فرض که او صاف هم نباشد من معامله را به هم نمی‌زنم و خیارم را ساقط کردم، اینکه بلامانع است، حال همین را قدری جلو انداخته و در متن عقد آورده‌اند، و چون در طول هم می‌باشند پس منافاتی ندارند.)

قوله: فتأمّل:

به زودی در خیار رؤیت خواهد آمد که تنافی هست و قابل رفع هم نیست و لذا شرط سقوط خیار رؤیت مشکل دارد و موجب بطلان معامله می‌گردد.

قوله: و کیف کان:

در پایان، جمع بندی کرده و نتیجه‌گیری نموده و در واقع دلیل دیگری بر غرری نبودن شرط سقوط خیار غبن می‌آورند و آن اینکه: اگر فرض می‌کردیم که اصلاً از اوّل هم در اسلام خیاری به نام خیار غبن تشریع نشده بوده، آیا معاملهٔ طرفین غرری بود؟ هرگز، حال تشریع شده ولی طرفین شرط سقوط نموده و آن را اسقاط کرده و برداشته‌اند، باز هم غرری پیش نمی‌آید، بنابر این یکی از مسقطات خیار غبن، شرط سقوط نمودن در متن عقد است.

عامل سوّم

یا تصرّف مغبون: یکی از مسقطات خیار غبن آن است که: مغبون پس از علم به غبن در متاعی که به او منتقل شده تصرّف نماید (تصرّف ناقل، تصرّف متلف، تصرّف انتفاعی آنگونه که مالک از ملک خود استفاده می‌کند) اگر پس از اطلاع از غبن و آگاهی از ضرر، بلافاصله معامله را فسخ نکرد بلکه شروع کردن به دخل و تصرّف در مالی که نزد او است، خیار غبن او ساقط می‌شود زیرا چنین تصرّفی نشانهٔ رضایت او به ضرر و التزام او به بیع است. و دلیل مسقط بودن این تصرّف سه امر است:

۱ـ اطلاق معقد اجماع: علماء اجماع دارند بر اینکه تصرّف ذی الخیار در مالی که به او منتقل شده (مثلاً مشتری در مبیع) به مفهوم اجازه و امضا بیع است و تصرفّش در مالی که از ملک او به دیگری منتقل شده (مشتری در ثمن) به معنای فسخ بیع است (منتها اجازه یا فسخ قولی نیست بلکه فعلی است و همین هم کافی است.) و این تعبیر علماء اطلاق دارد و از جمله باب خیار غبن را نیز شامل است. پس تصرّف مغبون در ما انتقل الیه اجازه و امضا بیع و مسقط خیار او است.

۲ـ عموم تعلیل: قبلاً در خیار حیوان صحیحهٔ ابن رئاب را آوردیم و در آن صحیحه آمده بود: «ان احدث حدثاً فذلک رضامنه و لا شرط له ...» و علّت نبود شرط (خیار) را رضایت طرف دانسته بود و کاشف از رضایت را احداث حدث دانسته بود یعنی اگر در مبیع تصرّفی نمود این نشانه رضایت مشتری به معامله است و بدنبال آن خیارش ساقط می‌شود. و قانون این است که: «العلّة تعمّم» پس همین حکم در خیار غبن هم جاری و ساری است.

۳ـ اصولاً به عقیدهٔ شیخ اعظم دلیل خیار غبن دو امر بود: ۱ـ قانون لاضرر ۲ـ اجماع، و هیچ کدام فرض تصرّف بعد از علم به غبن را شامل نیستند، امّا لاضرر: قبلاً گفتیم این قاعده فرض اقدام مشتری بر ضرر را شامل نیست و الان می‌گوئیم: فرض رضایت بعدی مشتری به ضرر مالی هم همین حکم را دارد یعنی رضایت که آمد خیار ساقط می‌شود چه از راه اقدام بر ضرر باشد (رضایت سابق) یا رضایت به ضرر قبلی و تحمّل آن باشد (رضای لاحق).

و امّا اجماع: از آنجا که دلیلی لبّی است و باید به قدر متیقّن آن اکتفا شود، قدر مسلّم فرضی است که چنین تصرّفی صورت نگرفته باشد و مغبون راضی به غبن نباشد و امّا فرض رضایت او را شامل نیست. بنابر این در مورد بحث (تصرّف پس از علم به غبن) دلیلی بر خیار غبن نداریم تا حکم به ثبوت آن کنیم.

قوله: الّا ان یقال:

این فراز استثناء از دلیل سوّم است: ما گفتیم دلیل لاضرر و اجماع ما نحن فیه را شامل نیست تا حکم به خیار کنیم حال می‌گوئیم: مگر کسی بگوید: در ما نحن فیه شک ما در دفع که نیست (یعنی شک ما در اصل ثبوت خیار و وجود مقتضی نیست تا پیشگیری کرده و خیار را نفی کنیم)شک ما در رفع است (یعنی فرض این است که معاملهٔ غبنی صورت گرفته و مغبون هم عالم به غبن شده و خیار غبن او از هر جهت فعلی شده و الان که تصرّف نمود شک می‌کنیم که آیا خیار غبن او مرتفع شد یا نه؟) و شک در رفع مجرای استصحاب است زیرا ارکان استصحاب تمام است یقین سابق به ثبوت خیار داریم، شک لا حق در بقاء آن نیز داریم، استصحاب بقاء خیار جاری می‌کنیم. در نتیجه پس از تصرّف مزبور هم کماکان خیار غبن باقی است.

قوله: فتأمّل:

حضرات صاحبان حاشیه بر مکاسب و جوهی برای تأمّل ذکر کرده‌اند که ما به بعضی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱ـ از کجا شک ما در رفع است نه در دفع؟ شاید عمر خیار غبن از ابتدامحدود بود به اینکه چنین تصرّفی و رضایتی نیاید و با آمدن آن خیار غبن اصلاً اقتضای بقاء ندارد؟! روی این احتمال شک ما در مقتضی و دفع است نه در مانع و رفع و به اعتقاد شیخ اعظم

در رسائل استصحاب در شک در مقتضی یا دفع جاری نیست.

۲ـ در استصحاب وحدت قضیهٔ متیقّنه و مشکوکه لازم است و در ما نحن فیه این رکن محرز نیست زیرا موضوع قضیهٔ متیقنه عبارت بود از مغبونی که راضی به غبن نیست و موضوع قضیهٔ مشکوکه مغبونی است که راضی به غبن است و حکم موضوعی را به موضوع دیگر کشاندن نامش قیاس است نه استصحاب.

۳ـ ما نحن فیه امرش دائر است میان استصحاب حکم خاص (خیار داشتن) یا تمسک به عموم عام (عمومات لزوم بیع از قبیل اوفوا بالعقود) و در چنین دورانی به اعتقاد عدّه‌ای عموم عام مقدّم است و نوبت به استصحاب حکم خاص نمی‌رسد.

قوله: او ندعّی:

این فراز استثناء از دو دلیل قبل (اطلاق معقد اجماع و عموم تعلیل حدیث) است و آن اینکه: در باب خیار غبن فقهاء تعبیر مشهوری دارند که می‌گویند: تصّرف مسقط خیار غبن نیست یا خیار غبن با تصرّف مغبون ساقط نمی‌شود و ظاهر تعبیر اطلاق دارد و فرض تصرّف پس از علم به غبن را نیز شامل می‌شود، آنگاه این تعبیر که ظاهراً اجماعی است دلیل بر استثنای خیار غبن باشد و بدین وسیله آن اطلاق معقد اجماع را تقیید کنیم و بگوئیم: همه جا تصرّف ذی الخیار در ما «انتقل الیه» امضا بیع است مگر در خیار غبن، و آن عموم تعلیل را تخصیص بزنیم و بگوئیم: در همهٔ خیارات رضایت که آمد خیار ساقط می‌شود مگر در خیار غبن، و این حسابش از باقی خیارات جدا است.

قوله: لکّن الانصاف:

مرحوم شیخ در پاسخ این سخن می‌فرماید: گرچه تعبیر علماء در خیار غبن اطلاق و کلیّت دارد ولی انصاف این است که صورت تصرّف پس از علم به غبن را شامل نیست و مخصوص صورت پیش از علم است و منظور فقهاء از این تعبیر آن است که در سایر خیارات تصرّف مطلقاً مسقط خیار است (پیش از علم باشد یا پس از آن) ولی در خیار غبن چنین نیست و تنها در فرض پس از علم مسقط است نه پیش از آن وگرنه پس از علم تصرّف کردن علامت رضایت است و حتماً مسقط خیار است و دلیل دارد و لذا نیازی به جدا بحث کردن ندارد، آنکه حسابش از بقیّه جدا است تصرّف قبل از علم است.

البته تحقیق مطلب به عقیدهٔ شیخ اعظم این است که: در کلّیهٔ خیارات (غبن،

تدلیس، عیب و...) اگر قبل از علم به ضرر و عیب و تدلیس و... تصرّف کرد علی القاعده باید بگوئیم: خیارش باقی است زیرا متضرّر شده و تصرّف جاهلانه هم نشانهٔ رضایت نیست تا مسقط باشد، ولی باب خیار عیب هم نص خاص دارد که تصرّف پیش از علم به عیب هم مسقط است و هم اجماع بر آن ادعّا شده و هم اینکه با پرداخت ارش و غرامت، ضرر مشتری قابل جبران است و لذا حکم به سقوط خیار حتّی به تصرف قبل از علم، بلامانع است ولی در باب خیار تدلیس و غبن چنین دلیل خاصی نداریم و علی القاعده باید بگوئیم: در این دو باب تصرّف قبل از علم به غبن مسقط خیار نیست.

قوله: ثم انّ الحکم:

و اینکه می‌گوئیم: تصرف پس از علم به غبن، مسقط است روی این اساس است که: چنین تصرّفی علامت رضایت مشتری به معامله است. پس مناط رضایت است و هر تصرّفی یا هر چیزی که کاشف از رضای مشتری و مغبون به معامله باشد موجب سقوط خیار غبن است و هر آنچه که علامت رضایت او به بیع نباشد موجب سقوط خیار غبن نیست و شک هم بکنیم استصحاب بقاء خیار جاری می‌شود.

عامل چهارم:

یکی از مسقطات خیار غبن عبارتست از تصرّف مغبون در مالی که به دست او رسیده پیش از علم به غبن، (ممکن است بپرسید: قبلاً در ضمن عامل سوّم عبارتی از قول فقهاء نقل شد مبنی بر اینکه: «لا یسقط الخیار بالتصرّف» و ما حمل کردیم بر فرض پیش از علم به غبن، و ظاهر آن عبارت این بود که به اجماع فقهاء خیار غبن با تصرّف قبل از علم به غبن ساقط نمی‌شود، مع الوصف چگونه در امر چهارم سخن از مسقط بودن همین تصرّف قبل از علم مطرح شده و مشهور متأخّران آن را مسقط دانسته‌اند؟

در پاسخ می‌گوئیم: در امر سوّم سخن از تصرّفاتی بود که موجب تلف متاع نباشند و موجب چیزی هم که در حکم تلف و به منزلهٔ آن است نباشند و در این امر چهارم سخن از تلف و آنچه در حکم تلف است، مطرح می‌باشد. به دیگر سخن: آنچه در امر سوّم گذشت، کلّی و عام بود که تصرّف قبل از علم به غبن مسقط نیست و شامل تصرّف متلف و ناقل و غیره می‌شد و آنچه در امر چهارم مطرح است به عنوان استثنائی از آن کلّی و تقییدی بر آن اطلاق است و خصوص تلف و ما فی حکمه مطرح است و در ادامه در فراز

«ثم انّ مقتضی ...» روشن خواهد شد که ملاک، هر تصرّفی است که مانع از رد متاع باشد و لذا در اوّل این امر، تصرّف مغبون قبل از علم را مقیّد کرد به تصرّفی که موجب خروج متاع از ملک متصرّف و ذی الخیار می‌شود آن هم اخراج بر وجه لزوم و به نقل لازم که قابل فسخ و رجوع نیست، مثل بیع لازم، عتق، وقف و ...)

حال که محلّ بحث روشن شد، آیا چنین تصرّفی از سوی مغبون موجب سقوط خیار غبن است؟ آنچه در کلمات محقّق اوّل و فقیهان پس از وی بدان تصریح شده عبارتست از سقوط خیار غبن با این تصرّف (ظاهر این تعبیر تعریض به فقهای پیش از محقّق است و گویا می‌خواهند بفرمایند: متقدّمان در این باب تصریحی ندارند، و لذا شیخ اعظم برای دفع این تعریض در صدد ذکر شاهدی از شیخ طوسی هستند:)

جناب شیخ طوسی فرعی را از معاملهٔ مرابحه‌ای ذکر کرده که اگر بایع بگوید: فلان کالا را یکصد درهم خریده‌ام و ده یک یا صدی ده سود می‌گیرم و به یکصد و ده درهم می‌فروشم و مشتری هم خریداری کند، سپس معلوم شود که فروشنده دروغ گفته و در واقع به هشتاد درهم خریده و باید هشتاد و هشت درهم بگیرد و بیست و دو درهم زیادی گرفته، در چنین موردی شیخ طوسی فرموده: اگر متاع در دست مشتری هلاک شود یا مشتری در آن تصرّفی نماید حقّ ردّ مشتری ساقط می‌شود[۱] (البته ظاهراً منظور تصرّف پس از علم به کذب بایع است نه قبل از آن) حال گویا کسی می‌پرسد این فرع چه ربطی به خیار غبن دارد؟

در جواب می‌فرمایند: این خیار با خیار غبن اتحّا دارند (این نیز فردی از خیار غبن است و خیار غبنی کلّ طبیعی است و اختصاصی به بیع مرابحه‌ای ندارد و کلّی با فردش اتحّاد دارند.) از کلام محقّق ثانی هم در شرح قول علامّه در قواعد همین اتحّاد استظهار می‌شود.[۲] (امّا متن عبارت قواعد چیست؟ متن کلام محقق ثانی چیست؟ و چگونه ظهور در اتحّاد دارد؟ مرحوم شیخ متعرّض نمی‌شوند و حواله به جامع المقاصد می‌دهند. و مرحوم شهیدی در حاشیه هر سه پرسش را پاسخ داده‌اند.[۳])

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۱۴۳.
۲. جامع المقاصد، ج ۴ ص ۲۹۴.
۳. هدایة الطالب، ص ۴۷۰.

قوله: و استدّل:

علامّه «ره» به نمایندگی از مشهور برای مسقط بودن تصرّف مذکور چنین استدلال کرده: با خروج متاع از ملک مغبون، امکان رد آن به غابن وجود ندارد و به همین دلیل حق رد مغبون و در واقع خیار غبن او ساقط می‌شود.[۱]

شیخ اعظم می‌فرماید این استدلال به ظاهرش قابل مناقشه است زیرا خیار غبن (یا هر خیار دیگر) مشروط به امکان رد عین نیست تا اگر چنین امکانی وجود نداشت، خیار هم ساقط شود بلکه مطلقاً خیار هست، آری اگر رد عین ممکن باشد باید خود عین رد شود و اگر ممکن نبود نوبت به بدل می‌رسد. پس با عدم امکان‌العین هم خیار باقی است. (مگر در بعض صور بیع الخیار که در مسألهٔ ششم از مسائل خیار شرط گذشت).

قوله: و یمکن ان یوجّه:

از اینجا به بعد در مجموع سه دلیل به نفع مشهور (سقوط خیار غبن با تصرّف کذائی) اقامه می‌کنند و بعد تمام آنها را مورد مناقشه قرار می‌دهند:

دلیل اوّل در واقع توجیه استدلال علامّه است که به ظاهرش ناپسند بود، و در مقام توجیه می‌فرماید: در مفاد قاعدهٔ نفی ضرر یک احتمال این است که دلیل بر خیار باشد یعنی جواز حقّی را دلالت کند و بگوید: حال که لزوم معامله ضرری است پس برداشته شده و مغبون حق دارد که معامله را فسخ کند (و ویژگی حق آن است که قابل اسقاط است، قابل انتقال به بدل است، قابل انتقال به وارث است و...) و یک احتمال این است که دلیل بر جواز حکمی باشد یعنی به عنوان حکم شرعی جواز فسخ را می‌رساند (که قابل اسقاط نیست قابل انتقال نیست و...) بلکه تابع موضوع حکم است و تا موضوع باشد حکم هم هست و قدر متیقّن از جواز شرعی تا زمانی است که رد عین ممکن باشد و همینکه رد ممتنع شد جای جواز رجوع و رد هم نیست و به این دلیل مشهور و علامّه خیار غبن را در فرض تصرف ناقل و مخرج از ملک، مسقط دانسته‌اند.

قوله: و تضرّر المغبون:

اگر کسی بگوید: در این صورت مغبون متضرّر می‌شود، چراکه پول مشتری داده و حق رد هم ندارد. در جواب می‌گوئیم: اگر جواز رد داشته باشد ضرر مغبون جبران می‌شود

---

۱. تذکرة، ج ۱ ص ۵۲۳.

ولی موجب ضرر بر غابن می‌گردد زیرا که به جای عین مال، بدل آن را به غابن می‌پردازد و این ضرر است (عقلاء گاهی خود عین مقصودشان است) و در نتیجه ضرر مغبون (از ناحیهٔ عدم ردّ) با ضرر غابن (از ناحیهٔ رد بدل) تعارض (صحیح تزاحم است چون هر دو ملاک دارند) می‌کنند و مقتضای جمع بین دو حق آن است که: تا رد عین ممکن است مغبون حق دارد عین را رد کند و تمام پولش را بگیرد و همینکه ردّ عین ممکن نبود کلّاً خیار غبن ساقط می‌شود.

قوله: مع انّ اخراج:

دلیل دوّم به نفع مشهور این است که: وقتی مغبون قبل از علم و اطلاع از غبن چنین تصرّف ناقل و یا متلفی انجام می‌دهد، بدان معنا است که راضی به ضرر است و اقدام کننده به آن است (وگرنه صبر می‌کرد و تحقیق می‌نمود و پس از اطمینان از عدم غبن اقدام می‌کرد.) و کراراً گفته آمد که قانون نفی ضرر و لو بر جواز حقّی و خیار دلالت کند، صورت اقدام بر ضرر را نمی‌گیرد، و از این روی مغبونی که چنین تصرّفاتی نموده خیار غبن او ساقط می‌شود.

دلیل سوّم هم اجماع است که در ادامه از زبان شهید ثانی ره خواهد آمد.

قوله: و لکن اعترض:

هر سه دلیل قابل جواب است و قبل از شیخ اعظم جناب شهید اوّل در متن لمعه[1] به آنهااعتراض کرده و جناب شیخ هم پسندیده و با توضیحی که دارند آن را ذکر می‌کنند: همان ضرری که قبل از تصرّف مغبون موجب خیار می‌شد (در واقع مبنای استدلال اوّل را تخریب می‌کنند که قانون لاضرر دلیل بر خیار و جواز حقّی است نه جواز حکمی) پس از تصرّف مغبون نیز موجب خیار است و مناط وجود ضرر است که هست، و اینکه در استدلال دوّم سخن از اقدام بر ضرر بود، درست نیست، زیرا مشتریِ جاهل به خیال اینکه واقعاً کالا را به قیمت واقعی خریده، به دیگری منتقل می‌کند و الاّ اگر می‌دانست مغبون شده هرگز چنین اقدامی نمی‌کرد، پس تصرّف جاهلانه علامت اقدام بر ضرر و التزام به ضرر نیست.

---

۱. لمعهٔ دمشقیّه، ج ۳، ص ۴۶۵.

و اینکه در ضمن دلیل اوّل سخن از تعارض دو ضرر مطرح شد، نا تمام است و غابن در هر حال متضرّر نیست تا ضررش با ضرر مغبون معارض باشد، زیرا اگر متاع مثلی بوده، مغبون پس از فسخ معامله، مثل آن را به غابن می‌دهد و ضرری نیست و اگر قیمی بوده، همین که در معرض بیع قرار داده و به مغبون فروخته، دلیل آن است که خود عین مورد نظرش نیست و به قیمت راضی و بلکه طالب آن است و قیمت واقعی را به او رد می‌کند و در هر حال غابن متضرّر نیست تا ضرر او معارض با ضرر مغبون باشد، و تنها مغبون متضرّر است و حق دارد رد کند، بویژه اگر ضرر مغبون خیلی زیاد و افراطی باشد (مثلاً متاع دو درهمی را به بیست درهم فروخته باشد که صد درصد به ضرر مغبون است.)

قوله: و الانصاف:

انصافاً فرمایشات شهید اوّل نیکو است و تصرّف مذکور موجب سقوط خیار غبن نیست مگر اجماعی بر سقوط باشد که شهید ثانی در شرح لمعه این حاشیه رازده[1] مرحوم شیخ هم به کلام شهید ثانی حاشیه‌ای زده و می‌فرماید: خشبختانه اجماعی هم نداریم زیرا در صدر این امر رابع دانستی که اصلاً این مطلب در کلام قدماء (فقیهان قبل از محقّق اول) عنوان نشده تا مطلب اجماعی شود (آن اجماعی که کاشف قطعی از رأی معصوم باشد که اجماع همهٔ قدماء و متأخران در همهٔ اعصار و قرون می‌باشد که موجب حدس قطعی به رأی امام می‌شود.) در نتیجه باید گفت: از نظر قاعده و عموم نفی ضرر، تصرّف کذائی چون از روی جهل به غبن بود موجب سقوط خیار غبن نیست و بر فرض شک از استصحاب بقاء خیار استفاده می‌کنیم.

قوله: ثمّ انّ مقتضی:

از نظر مشهور اگر مغبون قبل از علم به غبن در مالی که به او منتقل شده تصرّفی نمود که مانع از رد عین به غابن می‌شد (مثلاً اتلاف کرد، یا فکّ ملک نمود یعنی وقف عام کرد، یا اگر عبد بود آزاد کرد، و یا به دیگری تملیک نمود و به نقل لازم منتقل کرد یعنی فروخت و یا در ملک خود او است ولی کاری کرده که نمی‌تواند خود عین را رد کند، مثلاً

---

۱. لمعهٔ دمشقیّه، ج ۳، ص ۴۶۶.

جاریه‌ای بدستش رسیده و او را مستولده ساخته که پس از استیلاد حق رد ندارد و امّ ولد از ملک او منتقل نمی‌شود، و در یک کلام، تصرّفی که باعث امتناع رد عین شود.) خیار غبن او ساقط می‌شود، و حتّی اگر بعداً علم به غبن هم پیدا کند حق رد ندارد، و سه دلیل هم برای آن ذکر شد.

حال این بحث مطرح است که آیا حکم مذکور (سقوط خیار با تصرّف کذائی) مخصوص مشتری مغبون است یعنی اگرمغبون، مشتری بود چنین تصرّفی موجب سقوط خیار او می‌شود؟ یا فرقی ندارد و مغبون اگر بایع هم باشد همین حرفها مطرح است؟ مقتضای‌مشهور (سه دلیلی بود که ذکر شد) عدم الفرق است. (فی المثل دلیل دوّم آن‌ها مسألهٔ اقدام بر ضرر بود و در این جهت هیچ فرقی میان بایع و مشتری نیست و...)

علامّه نیز در تحریر عبارتی دارد که هیمن عدم الفرق از آن استفاده می‌شود: ایشان ابتدا فرموده‌اند: خیار غبن برای شخص مغبون ثابت می‌شود و فرقی ندارد که آن فرد مغبون بایع باشد یا مشتری، سپس فرموده: «و لا یسقط الخیار بالتصّرف مع امکان الردّ»[1] یعنی خیار غبن به واسطهٔ تصرّف (این جمله کلّی و مطلق است و تصرّف هر یک از بایع و مشتری را شامل می‌شود و مراد تصرّف مغبون است چه بایع باشد و چه مشتری) ساقط نمی‌شود ما دامی که رد عین ممکن باشد، مفهوم کلام این است که: با امتناع ردّ خیار مذکور ساقط می‌شود و محلّ شاهد ما همین مفهوم کلام است که اطلاق دارد و تصرّف هر کدام را می‌گیرد و مسقط می‌داند: ضمناً اطلاق مفهومی صورگوناگون تصرّف مانع از رد را شامل است که در اوّل این فراز (ثمّ انّ...) آوردیم و نیازی به اعاده نیست. ولی در مقابل مشهور، جماعتی حکم به سقوط خیار را با تصرّف کذائی، مخصوص مشتری دانسته‌اند و گفته‌اند: اگر مشتری مغبون تصرّف کذائی (مانع از ردّ) نمود خیارش ساقط می‌شود (شیخ اعظم نیز در اوّل عامل چهارم از مسقطات فرمودند: «الرابع من المسقطات تصرّف امشتری المغبون...» و به تبع تعبیرات قوم این تعبیر را آوردند.)

---

۱. تحریر، ج ۱ ص ۱۶۶.

ولی اینجا می‌فرمایند: منظور این جماعت از ذکر کلمهٔ مشتری چیست؟ (اگر منظور این است که چون غالباً مشتری مغبون می‌شود، او را ذکر کرده‌اند و گرنه اختصاص به او ندارد، یا مشتری را از باب مثال ذکر کرده‌اند که بحثی نیست، ولی) اگر برای مشتری موضوعیّت قائلند و حکم به سقوط خیار با تصرّف کذای را مخصوص مشتری می‌دانند، باید بگوئیم: هیچ دلیلی برای این تخصیص نداریم، مگر این سخن که کسی بگوید: مقتضای قاعدهٔ نفی ضرر، بقاء خیار است و تصرّف کذائی چون از روی جهل بوده علامت رضا نیست و مسقط نمی‌باشد، آنگاه حکم به سقوط خیار با تصرّف جاهلانه خلاف این قاعدهٔ مسلّم و منافی با عموم لاضرر و استثنائی از آن است، و در اموری که بر خلاف قاعده باشد به قدر متیقّن بسنده می‌شود و قدر مسلّم و اجماعی همین مورد مشتری است که مشهور و غیر مشهور حکم به سقوط کرده‌اند و در مورد بایع چنین اجماعی نیست و به حکم قاعده باید بگوئیم: خیارش ساقط نمی‌شود.

قوله: ثم انّ:

در کلام علامّه در تحریر حکم به سقوط خیار مقیّد شد به صورت امتناع رّد عین، یعنی تصرّفی بکند که مانع از رد عین باشد (از مفهوم کلامش استفاده کردیم.) و نیز در استدلال علامّه در تذکره سخن از عدم امکان استدراک بود یعنی علّت سقوط خیار را این دانستند که رّد عین ممکن نیست. حال از این تقییدها به این نتیجه می‌رسیم که: اگر مغبون متاع را به نقل جایز (هبه که جایز با لذات است، بیع خیاری که جایز العرض است) به دیگری منتقل کرده سپس متوجّه شد که در معاملهٔ قبلی مغبون شده، چنین نقلی مانع از رد نیست و خیار او ساقط نمی‌شود، زیرا امکان رد خود عین وجود دارد به اینکه بیع خیاری را فسخ کند یا از هبه‌ای که کرده رجوع کند و متاع را پس بگیرد و به غابن مسترد کند و نیز اگر مغبون قبل از علم به غبن مالی را که به او منتقل شده برای دیگری و صیّت کند یا اگر عبدی بوده تدبیر کند یعنی بگوید: «انت حّرٌ دبرو فاتی» باز وقتی فهمید که مغبون شده خیار غبن او ساقط نیست زیرا هنوز متاع از ملک او خارج نشده و پس از مرگ او می‌خواهد از ملک او خارج شود و ما گفتیم که خروج از ملک هم اگر جایز باشد مانع از رد نیست و مسقط خیار نمی‌باشد، تا چه رسد به این‌دو مورد که اصلاً از ملک هم خارج نشده پس به طریق اولی خیار دارد و اگر معاملهٔ غبنی را فسخ کرد عبد یا مال مزبور

را به غابن می‌دهد و مال خویش را پس می‌گیرد و در نتیجه آن تدبیر یا وصیّت از اساس باطل می‌گردد.

مرحوم شیخ هم این را تحسین می‌کنند زیرا عموم لاضرر اینجا را می‌گیرد و خیارش باقی است و مجرّد خروج از ملک هم مسقط خیار نیست چون امکان رد عین وجود دارد.

قوله: ولو اتّفق:

کنیزی به مغبون منتقل شد و در دست او مستولده شد وام ولد بودن مانع از ردّ بود ولی پس از مدّتی ولد کنیز مرد و مانع برداشته شد آیا خیار غبن و حق رد بر می‌گردد یا نه؟ دو وجه وجود دارد:

۱ـ آری حق رد دارد زیرا مقتضی که موجود (معاملهٔ غبنی) و مانع هم که مفقود شد (امّ ولد بودن) و الان وی تمکّن از رد عین دارد پس حق رد محفوظ است.

۲ـ خیر حق ندراد زیرا با استیلاد، بیع غبنی مستقرّ و لازم شد و پس از رفع مانع دوباره به حال تزلزل بر نمی‌گردد و «الشیئی لا ینقلب عمّا وقع علیه». و نیز اگر مغبون مال را به دیگری به نقل لازم منتقل کرده یعنی فروخته است ولی پس از آن به سببی از اسباب، (به سبب غبنی که در این معامله بوده یا به واسطه عیبی که در یکی از عوضین بوده: یا بواسطهٔ اقالهٔ طرفینی.) فسخ شد و دوباره متاع به دست مغبون برگشت و الان امکان رد دارد، آیا حق رد دارد یا نه؟ همان دو وجه می‌آید.

قوله: و ربمّا یبنیان:

بعضی‌ها دو وجه مذکور را مبتنی کرده‌اند بر انیکه: چیزی که زائل شده بود و مجدّداً عود کرده و برگشته (مثل ملکیّت مغبون که با معاملهٔ دوّم زائل شد و با فسخ آن برگشت) آیا مثل چیزی است که اصلاً زائل نشده؟ و گویا کماکان محفوظ بوده؟ یا مثل چیزی است که اصلاً بر نگشته؟ (رفت و برنگشت.) اگر بگوئیم: «الزائل العائد کالذی لم یزل»، در اینجا باید حکم به جواز رد کنیم و اگر بگوئیم: «کالذّی لم یعد»، باید حکم به عدم جواز نمائیم.

قوله: و کذا الوجهان:

اگر مغبون قبل از علم به غبن، «ما انتقل الیه» را به دیگری منتقل کرد و سپس همین معامله فسخ نشد که با فسخ مجدّداً ملک او شود بلکه به سبب جدیدی (ارث، صلح، هبه، معاملهٔ دیگر و...) مالک شد آیا نسبت به معاملهٔ اوّلی که مغبون شده بود خیار غبن او باقی است یا نه؟ همان دو وجه در انیجا نیز می‌آید، و اگر در صورت عود ملک به فسخ، حکم به سقوط خیار کنیم (لاستقرار البیع) باید در این صورت به طریق اولی حکم به سقوط کنیم، چون عود ملک به سبب جدید است و ربطی به معاملات قبلی ندارد و استقرار بیع اوّل صدرصد است.

قوله: و فی لحوق:

اگر مغبون قبل از علم به غبن مالی را که نزد او است (مثلاً منزلی خریده) به دیگری منتقل نکرده و نفروخته که از ملک خودش خارج شود بلکه به دیگری اجاره داده و بعد از اجاره فهمید که مغبون شده آیا اجاره مثل بیع و ملحق به آن است؟ دو وجه وجود دارد: ۱ـ آری ملحق به بیع است زیرا پس از اجاره هم امکان رد تا یکسال وجود ندارد پس خیار ساقط است.

۲ـ خیر ملحق نیست زیرا حکم عام این شد که چنین تصرّف جاهلانه‌ای مسقط خیار غبن نیست و لاضرر حکم به بقاء می‌کرد، و از این عام قدر مسلّم تصرّف مخرج از ملک (آنهم به نقل لازم) خارج شده و اجاره از این قسم نیست یعنی تصرّف مخرج و ناقل نیست و عین مال به ملک مغبون باقی است پس خیار محفوظ است.

قوله: و لو لم یعلم:

اگر مغبون منزل را اجاره داد و بعد هم علم به غبن پیدا نکرد تا زمانی که مدّت اجاره تمام شد و تازه فهمید که مغبون شده، حکم چیست؟ می‌فرماید: حق رد محفوظ است (زیرا تازه خیار غبن او فعلی شده و سلطنت فعلیّه بعد از ظهور غبن است و الان هم که امکان رد دارد و لا ضرر هم حاکم است پس منعی وجود ندارد.)

قوله: و کذا:

اگر مغبون منزل را فروخته ولی قبل از علم به غبن خود به خود معاملهٔ جدید منفسخ شد و به هم خورد (مثلاً ثمن قبل از تحویل به مغبون تلف شد و معامله منبطل شد) و تازه

فهمید که مغبون شده باز همان حکم می‌آید که خیار غبن دارد.

قوله: و فی لحوق الامتزاج:

اگر مغبون قبل از علم به غبن، مالی را که از غابن گرفته با مال دیگر ممزوج کرد (با مال خودش یا مال فرد ثالث، امتزاجی که سبب استهلاک شود مثل خلط و حلّ نمک در آب، شکر در شیر و...، یا سبب استهلاک و اضمحلال یکی نشود مثل آمیختن گندم با گندم) آیا این هم حکم بیع و نقل از ملک را دارد و مسقط است؟ سه وجه وجود دارد:

۱ـ امتزاج ملحق به بیع نیست مطلقاً ۲ـ ملحق است مطلقاً ۳ـ اگر موجب استهلاک باشد ملحق است و «فی الجمله» اشاره به همین است و اگر موجب استهلاک نباشد ملحق نیست. مرحوم شیخ وجه ثانی را تقویت می‌کنند به این دلیل که امتزاج، شرکت می‌آورد و شرکت مانع از ردّ خود عین مبیع به غابن می‌گردد و مناط سقوط خیار هم امتناع رد عین بود که در اینجا هست (البته بر مبنای مشهور وگرنه مرحوم شیخ به پیروی از شهید اوّل این را رد کردند.)

قوله: و کذا لو تغیّرت:

اگر مالی که نزد مغبون است تغییری پیدا کرد یا به نقیصه است یعنی چیزی از آن کم شده (مثلاً چاق بوده و حالا لاغر شده) این هم مثل فرع قبلی است که رد عین ممکن نیست و خیارش ساقط است. ولی گاهی تغییر به زیاده است که خود سه شعبه دارد:

۱ـ زیادیِ عینی و حقیقی که در خارج محسوس است (مثلاً گوسفند نزد مغبون چاق شده)

۲ـ زیادیِ حکمی که محسوس نیست ولی به منزلهٔ زیادیِ عینی است (مثلاً جامه‌ای را که خریده بود لکّه‌گیری و گازری کرده یا رفو نموده یا شسته و تمیز کرده یا عبدی را که خریده خیاطت و کتابت و... آموخته است)

۳ـ هم زیادیِ عینی و هم حکمی هر دو پیدا شده است. آیا چنین تغییراتی مانع از رد است؟ می‌فرماید: در قسم اوّل و سوّم که زیادیِ عینی هم هست بنابر اینکه موجب شرکت مغبون و غابن شود، حق رد ساقط است چون شرکت مانع از رد خود عین است (و بنابر عدم حصول شرکت که بحثی نیست و خود عین را با مزایایش رد می‌کند و پولش را می‌گیرد.) ولی در قسم دوّم (زیادیِ حکمی) حق رد محفوظ است ولی بلا فاصله امر

به تأمل می‌کنند که شاید اشاره باشد به اینکه زیادیِ حکمی هم به قولی موجب شرکت می‌شود و مانع از رد است و این مطلب در ادامه در فرازی خواهد آمد.

قوله: و امّا تصرّف الغابن:

تا حال از اوّل مسأله دربارهٔ تصرّفات مغبون سخن را ندیم ولی از اینجا به بعد راجع به تصرّف شخص غابن بحث می‌کنیم: اصل مطلب آن است که: تصرّف غابن در زمان خیار مغبون، باعث نمی‌شود که حق الخیار مغبون ساقط شود زیرا هیچ دلیلی نداریم که مفادش سقوط خیار مغبون به وسیلهٔ تصرّف غابن باشد، بنابر این بعد از تصرّفات غابن هم خیار مغبون باقی است و بر فرض شک، استصحاب بقاء جاری می‌شود.

قوله: و حینئذٍ:

تصرّفات غابن صور گوناگونی دارد که هر صورتی حکم خاص خود را دارد:

۱ـ تصرّف مخرج و ناقل آن هم به نقل لازم، آن هم به نحو تملیک به غیر: یعنی فرضاً مشتری که منزل یا مرکب یا غلامی خریداری کرده غابن و بایع مغبون است و قبل از آنکه مغبون بفهمد و اعمال خیار کند غابن این متاع را به فرد ثالث فروخت آن هم به بیع لازم نه بیع خیاری. ۲ـ تصرّف ناقل به نقل لازم، ولی نه به نحو تملیک به غیر، بلکه به نحو فکّ ملک، یعنی قبل از اطلاع مغبون و اعمال خیار او، غابن این متاع را که خریده وقف عام نموده یا غلامی خریده بود و آزاد کرد که اینها گشودن رشتهٔ ملکیّت هستند نه تملیک به دیگری، ولی هر دو صورت در تصرّف ناقلِ لازم بودن شرکت دارند و حکم هر دو یکی است و آن اینکه پس از این تصرّفات وقتی مغبون از غبن مطّلع شد حق اعمال خیار دارد ولی در کیفیّت آن سه وجه وجود دارد:

الف: مغبون حق دارد تصرّفات غابن را از حالا (زمانی که اعمال خیار می‌کند و معاملهٔ غبنی را فسخ می‌کند) ابطال کند یعنی تا به حال بیع یا وقف او صحیح و مؤثر بوده و از حالا که مغبون رجوع کرد، تمام آنها باطل می‌گردد و عین مال به مغبون بر می‌گردد.

ب: مغبون می‌تواند تصرّفات غابن را از اصل و اساس ابطال کند یعنی با رجوع و اعمال خیارش باعث شود که بیع غابن از روز اوّل باطل و منفسخ شود، وقف او از اساس باطل گردد و... و در نتیجه باز عین مال به ملک مغبون بر می‌گردد. همانند مرتهن و شفیع.

(در این جمله دو احتمال وجود دارد: برخی از محشّین هر دو را مثال برای ابطال از اصل دانسته‌اند و گفته‌اند: اگر راهن عین مرهونه را فروخت مرتهن حق دارد آن را از اصل به هم بزند، و نیز اگر یکی از دو شریک سهم مشاع خویش را به فرد ثالث فروخت، شریک دیگر حق دارد آن را از اوّل فسخ کند.[۱])

و بعضی دیگر از صاحبان حاشیه بر مکاسب مرتهن را مثال برای وجه دوّم و ابطال از اصل گرفته و شفیع را مثال برای وجه اوّل و ابطال من حین الفسخ دانسته‌اند و به نحو لفّ و نشر مشوّش دانسته‌اند.[۲])

ج: مغبون حق ندارد تصرّفات غابن را ابطال کند و عین مالش را برگرداند، بلکه حق دارد اعمال خیار کند و به جای عین متاع، بدل آن را از غابن دریافت کند، یعنی اگر مثلی بوده مثل و اگر قیمی بوده قیمت آن را دریافت کند:

قوله: من وقوع العقد:

دلیل وجه اوّل: جمع میان دو حق این وجه را نتیجه می‌دهد: از طرفی متاع متعلّق حق مغبون بوده (و به اصل معاملهٔ غبنی، وی حق پیدا کرده اگر چه فعلیّت آن و سلطنت فعلی یافتن، پس از ظهور غبن باشد ولی اصل حق از روز اوّل بوده) و حق او محفوظ است پس می‌تواند پس از ظهور سبب (علم به غبن) اعمال خیار کرده و متاع را به ملک خویش عودت دهد، از طرفی هم غابن مالک بوده و در ملک خویش تصرّف کرده و دلیلی ندارد که بگوئیم: تصرّف او از ریشه باطل و بی اساس باشد(بلکه دلیل بر خلاف دارد که «الناس مسلّطون علی اموالهم» باشد) و لذا نتیجه رعایت هر دو حق آن است که: تا لحظهٔ فسخ مغبون، تصرّفات غابن صحیح بوده و نمائات عین هم مال مشتری دوّم بوده و از حالا به بعد ابطال می‌شود و عین مال به ملک مغبون بر می‌گردد.

قوله: و من انّ وقوع العقد:

دلیل وجه ثانی آن است که: اوّلاً عقد غابن در متاعی که متعلّق حق غیر بوده و در واقع در ملک متزلزل واقع شده (نه ملک مستقرّ) و ملک متزلزل زمام امرش در دست ذی الخیار است، اگر امضا کرد مستقر می‌شود و اگر فسخ کرد کلّاً باطل می‌گردد و در هر حال هر

---

۱. ارشاء الطالب، ج ۴، ص ۲۰۲. ۲. هدایة الطالب، ص ۴۷۱.

نوع دخل و تصرّفی در آن منوط به امضا و اجازهٔ صاحب حق است همانند بیع راهن که منوط به اجازهٔ مرتهن است و اگر اجازه نکند از اصل باطل می‌گردد.

و ثانیاً اگر فسخ مغبون به معنای ابطال تصرّف غابن، از حال بیع بعد باشد لازمه‌اش آن است که پس از فسخ، مغبون به مشتری جدید رجوع کند و عین را از او بگیرد، در حالی که مقتضای فسخ آن است که از غابنی که طرف معاملهٔ مغبون بوده، مطالبه کند و فسخ یعنی همان ملکیّت روز اول به غابن برگردد و این با احتمال ثانی می‌سازد که ابطال من رأسٍ باشد.

قوله: و من انّه لا وجه:

دلیل وجه ثالث آن است که: تصرّف غابن صحیح و لازم است و وجهی برای تزلزل آن نیست زیرا اوّلاً در باب احکام خیارات خواهد آمد که: تصرّف غیر ذی الخیار، در مدّت خیار دیگری (در ما نحن فیه تصرف غابن در زمان خیار مغبون) صحیح و لازم است و قابل به هم زدن نیست. (این بر مبنای تعلّق خیار به عقد است نه عین) بنابر این وقتی مغبون رجوع کرد حق دارد بدل را بگیرد.

ثانیاً پیش از ظهور غبن، هنوز مغبون خیار فعلی و سلطنت فعلیّه ندارد (ولو در واقع اصل حق از اوّل آمده) و آنکه مانع از نفوذ تصرّف دیگر می‌باشد، سلطنت فعلی است که هنوز نیامده و لذا در خیار غبن و خیار عیب فقهاء فرموده‌اند: قبل از ظهور عیب یا غبن، تصرّف طرف نافذ است و قابل به هم زدن نیست. و لذا پس از اعمال خیار و فسخ بیع، نوبت به اخذ بدل می‌رسد. و مرحوم شیخ همین وجه ثالث را تقویت می‌کنند.

۳ـ قوله: و کذا الحکم:

نوع دیگری از تصرّف غابن آن است که: مبیع را از ملک خود خارج نکرده ولی تصرّفی نموده که مانع از رد عین است فی المثل جاریه‌ای را خریده و بلا فاصله مستولده شده و کنیز امّ ولد را نمی‌تواند به دیگری منتقل کند، حکم این تصرّف چیست؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: «و کذا الحکم ...» و در این جمله دو احتمال وجود دارد:

الف: منظور این است که همان سه احتمال که در دو صورت قبل بود اینجا هم هست.

ب: منظور این است که همین احتمال سوّم در اینجا هست که حق رد عین ساقط

می‌شود و نوبت به بدل (قیمت) می‌رسد. و به دنبال آن می‌فرماید: احتمال هم دارد حق الخیار مغبون بر حق استیلاء مقدّم باشد چون سبب آن که خود معاملهٔ غبنی باشد جلوتر است و قانون این است که اسبق از دو سبب را باید مقدّم بداریم. پس مغبون حق دارد معامله را فسخ کند و خود جاریه را استرداد کند.

[البته صاحبان حاشیه بر مکاسب به این احتمال اعتراض کرده و فرموده‌اند: از این جهت فرقی میان تصرّف به استیلاء با تصرّفات دیگر نیست و در آنجاها سخن از سه احتمال بود و تقدیم حق الخیار مطرح نشد ولی در استیلاء مطرح شده و اگر ملاک حق واقعی است و ظهور غبن کاشفیّت دارد باید گفت در آنجا هم این احتمال می‌آید و اگر ملاک حق فعلی است و ظهور غبن شرط شرعی است پس در استیلاء هم جای این احتمال نیست، و به هر حال فرقی ندارد.]

۴ـ قوله: ثمّ انّ:

اگر غابن تصرّف ناقل انجام دهد ولی به نقل جایز و متزلزل نه لازم و مستقرّ، مثلاً در مدّت خیار مغبون، مبیع را هبه کند یا به بیع خیاری به فرد ثالث بفروشد و..... آیا چنین تصرّفی مانع از رد است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: همان سه وجهی که در تصرّف ناقلِ لازم بود در اینجا هم هست و دلیل‌ها همان است که ذکر شد.

و اگر کسی بگوید: اینجا که نقل جایز است و قابل فسخ است و غابن می‌تواند فسخ کند و عین را به مغبون رد کند، مع الوصف چرا همان احتمالات می‌آید و سخن از رجوع به بدل مطرح می‌شود؟

در جواب می‌گوئیم: آری عقد جایز انجام شده ولی جایز و متزلزل بودن بدان معنی است که طرفین معامله حق دارند فسخ کنند (غابن و فرد ثالث) نه مغبون که نسبت به این معامله اجنبی است، و لذا نسبت به او هیچ فرقی ندارد و نقل جایز هم مثل نقل لازم است و همان احتمالات هست.

ولی مرحوم شهید ثانی در مسالک فرموده: اگر نقل جایز بود (مثل بیع خیاری) حتماً باید فسخ شود و خود عین به مغبون برگردد و در قدم اوّل خود غابن را ملزم به فسخ می‌کند و اگر امتناع کرد حاکم شرع فسخ می‌کند و اگر او نیز نبود خود مغبون حق دارد

معاملهٔ جدید را فسخ کند تا به عین مال خویش برسد.[۱]

شیخ اعظم به این فتوا اعتراض دارند و می‌فرماید: مغبون که معاملهٔ اوّلی (غبنی) را فسخ می‌کند معنای فسخ چیست؟ یا معنای فسخ آن است که خود عین مبیع به ملک او بر می‌گردد، و یا معنایش آن است که بدل آن (مثل یا قیمت) در ملک مغبون داخل می‌شود (و شقّ ثالثی وجود ندارد.) آنگاه اگر معنای فسخ دخول خود عین در ملک فاسخ باشد (لازمه‌اش انفساخ این عقد جدید و جایز است) و نیازی به فسخ ندارد تا سخن از فاسخ مطرح باشد که آیا خود غابن فسخ کند یا حاکم شرع و.... و اگر معنای فسخ دخول بدل در ملک باشد، پس از فسخ، مغبون مالک بدل شد و دلیلی ندارد که بگوئیم: او حق دارد از بدل هم رجوع به عین نماید، مگر بدل را از نوع بدل حیلوله بگیریم که فردی میان مال کسی و صاحبش حائل شده (مثلاً انگشتر او را به دریا انداخته یا گم کرده) و موقّتاً باید بدل آن را به مالک بدهد تا او استفاده کند و هر موقع اصل انگشتر پیدا شد همان را به صاحبش رد می‌کند و بدل را می‌گیرد اینجا هم از این قبیل باشد.

ولی این هم صحیح نیست زیرا در بدل حیلوله، طرف مالک بدل نمی‌شود و موقّتاً حق انتفاع دارد و با پیدا شدن عین مال، حتماً باید عین به صاحبش مسترد شود و بدل بر گردد ولی در ما نحن فیه مغبون مالک بدل می‌شود و بدین وسیله ضرر او جبران می‌شود و نوبت نمی‌رسد به اینکه سخن از رد عین به میان آید و دلیلی نداریم که مجدّداً حق دارد طرف را ملزم کند که نقل جایز را فسخ کند و عین مال را پس بگیرد و لذا قیاس مع الفارق است و فتوای شهید ثانی را قبول نداریم.

قوله: ثم علی القول:

بر مسلک خود شیخ اعظم که فسخ عقد جایز را واجب ندانستند، حال اگر تصادفاً غابن بیع جایز را فسخ کرد و عین متاع به دست او برگشت، چنانچه مغبون پس از آن، اعمال خیار کند و معاملهٔ غبنی را فسخ کند باید خود عین به او مسترد شود (زیرا هم رد عین ممکن است و هم قانون فسخ این است که خود عین برگردد.) ولی اگر پیش از آن، اعمال خیار نموده و بدل را مالک شده دوباره تملّک مبدل و خود عین دلیل ندارد تا رد آن

---

۱. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۶.

واجب و لازم باشد. و اگر چنانچه عقد جایز فسخ نشد بلکه مجدّداً غابن به سبب جدید از اسباب مملکّه مالک عین شد (یعنی فرد ثالث به او هبه کرد، یا فروخت یا مصالحه‌ای صورت گرفت و ...) آیا ردّ عین به مغبون واجب است؟ اینجا می‌فرمایند:

مطلقاً واجب نیست چه این ملکیّت جدید پس از فسخ غبون باشد و چه پیش از آن، زیرا مالکیّت غابن، به سبب جدید و ملک جدید است که از مالک جدید تلقّی کرده و ربطی به مالک قدیم ندارد، و گویا آن تملّک قبلی که از مغبون به غابن منتقل شده بود، به کلّی از بین رفت و قابل برگشت نیست و مالکیّت جدید هم که ربطی به آن ندارد. (در کلمهٔ والفاسخ ... دو احتمال هست: ۱ـ مراد مغبون باشد. ۲ـ مراد غابن باشد که اگر فسخ می‌کرد مالک عین می‌شد به سبب ملکیّت قبلی‌اش، پس از ارتفاع سبب ناقل که همان عقد متزلزل باشد، ولی در فرع مورد بحث چنین نشده که فسخی صورت پذیرد بلکه به سبب جدید مالک شده و جای رجوع عین به مغبون نیست.)

۵ـ قوله: و لو تصرّف:

اگر غابن تصرّف مغیّر انجام دهد (یعنی کاری کند که تغییری در عین پدید آید) سه صورت دارد:

۱ـ گاهی تغییر به نقیصه است (یعنی چیزی از عین کاستن)

۲ـ و گاهی به زیاده است (یعنی چیزی بر آن افزودن)

۳ـ و گاهی به نحو امتزاج است (عین را با چیز دیگر ممزوج نمودن)

امّا صورت اوّل: نقیصه خودش دو گونه است:

۱ـ گاهی نقص و کاستی‌ای است که موجب تفاوت قیمت می‌شود (مثلاً آنقدر از عین کار کشیده که معیوب شده و وصف صحّت را از دست داده که نقص موجب ارش و تفاوت است یا مثلاً پارچه‌ای را خریده بود و برای دوختن بریده است و ...) حکم این قسم آن است که: اگر مغبون معامله را فسخ نمود و کلّ ثمن را به مشتری غابن تحویل داد، متقابلاً غابن هم باید عین مبیع را به اضافهٔ تفاوت قیمتی که در سایهٔ نقص وارد، پیش آمده به مغبون بپردازد. زیرا تصرّف او موجب این نقص و کاستی شده و لذا وصف فائت را ضامن است. (همانگونه که تلف بخشی از مبیع را باید جبران کند یعنی اگر فرضاً صد من گندم خریده و ده من تلف شده، وقتی مغبون فسخ کرد بایستی نود من گندم را به ضمیمهٔ قیمت یا بدل ده منِ تالف بپردازد.)

۲ـ و گاهی نقصی است که موجب اختلاف قیمت نمی‌شود (مبیع با آن نقص مثل مبیع بدون آن نقص است و قیمت فرقی نکرده) مثلاً اسبی خریده و مقداری از موی بدن آن را قیچی کرده ولی این نقص و کاستی تأثیری در قیمت آن نگذاشته است، حکم آن است که اگر مغبون معامله را فسخ کرد و پول غابن را داد، او هم باید اسب را به مغبون تحویل دهد و بیش از آن مشغول الذمّه نیست.

قوله: و منه مالو وجد:

از نظر حکمی مثل قسم دوّم است آنجا که مشتری غابن منزلی را (مثلاً) خریداری کرده و به مدّت یک سال اجاره داده و بعداً بایع متوجّه شد که مغبون شده و اعمال خیار نمود، در اینجا تکلیف اجارهٔ یک ساله چه می‌شود؟ سه قول وجود دارد:

۱ـ به عقیدهٔ مشهور اجاره صحیح و لازم است و پس از فسخ مغبون هم باطل نمی‌شود و اجرة المسمّی هم به خود غابن که موجر است تعلّق دارد و مغبون باید صبر کند و انتظار بکشد تا مدّت اجاره به پایان برسد آنگاه حق دارد از عین انتفاع ببرد. و دلیل مطلب آن است که:

غابن با خریدن منزل مالک شد و منافع آن نیز ملک او گردید و ضمناً مالکیّت او موقّت نبود بلکه مطلق و بی حدّ و مرز است (در مقابل وقف بر بطون که هر بطنی مادام حیّاً مالک است) و مجاز بود از منافع‌دار استفاده کند و چنین کرده و قانون آن است که منافع مستوفات را پس از فسخ هم ضامن نباشد و اجارهٔ کذائی از جمله منافع مستوفات است که با عقد اجاره به ملک موجر داخل شده و حق انتفاع با او است و وجهی برای بطلان اجاره نیست.

۲ـ احتمال هم دارد که به محض فسخ مغبون، اجارهٔ غابن از همان لحظه نسبت به باقیمانده از مدّت اجاره خود به خود منفسخ شود (و محقّق قمی در باب خیار شرط همین مطلب را فرموده[1]) زیرا نمائات و منافع تابع عین است و هر کس مالک عین بود مالک نمائات هم هست، و نیز اگر مالکیّت نسبت به عین مستقر بود نسبت به منافع نیز چنین است و اگر نسبت به عین متزلزل بود نسبت به منافع هم متزلزل است، و در اینجا

---

۱. جامع الشتات، ج ۳، ص ۴۳۱، مسأله ۲۰۳.

مالکیّت غابن نسبت به عین، متزلزل است زیرا هر لحظه بیم آن می‌رود که مغبون اطلاع یافته و بیع را فسخ کند پس نسبت به منافع هم متزلزل و منوط به اجازهٔ مغبون است و اگر او معامله را فسخ کرد طبعاً اجارهٔ غابن نیز به هم می‌خورد.

مرحوم شیخ این استدلال را رد می‌کنند و می‌فرمایند: ما قبول نداریم که اگر مالکیّت عین متزلزل بود مالکیّت منفعت نیز متزلزل باشد (ملازمه‌ای بینهما نیست، آری در اصل مالکیّت باید انسان مالک عین باشد تا مالک نماء باشد ولی در کیفیّت و خصوصیّات آن ملازمه‌ای نیست و چه بسا عین را از ملک خویش در آورد ولی منافع و سکنای‌دار مدّتها در ملک او بماند با شرط ضمنی، و چه بسا عین را نگهدارد و منافع را به ملک دیگری در آورد که اجاره باشد و همین مورد بحث ما است و نسبت به منافع مستوفات در مدّت خیار قبل از فسخ، تزلزلی نیست بلکه جزماً ملک غابن بوده و حق انتفاع داشته.).

۳ـ علّامه در قواعد فرموده: اگر طرفین معامله نزاع کردند و در سایهٔ آن تفاسخ نمودند و معامله را به هم زدند و این در حالی بود که مشتری مبیع را به اجاره داده بود، اجاره تا مدّت مقرّر صحیح است و اجرة المسمّی هم ملک موجر (مشتری) است ولی اجرة المثل را باید به بایع بپردازد.[۱] (تا جمع میان حق بایع و مشتری شود.) و شارحان قواعد نیز این مطلب علّامه را تأیید کرده‌اند. (فخر الدین در ایضاح[۲] و محقّق ثانی در جامع المقاصد[۳]) ولی شیخ اعظم قبول ندارند و اشاره‌ای می‌کنند به اینکه میان فرعی که علّامه مطرح نمود (تفاسخ طرفین) با ما نحن فیه (فسخ یکجانبهٔ ذی الخیار) فرق است، ولی وجه الفرق را بیان نمی‌کنند و وعده به آینده می‌دهند (مرحوم شهیدی در حاشیه دو وجه از قول بزرگان نقل و نقد کرده است و ما تنها به وجه اوّل اکتفا می‌کنیم: فسخ به هم زدن معامله است از حالا به بعد و لذا تصرّفات پیشین را شامل نیست ولی تفاسخ ابطال بیع از روز اوّل است و لذا تصرّفات گذشته را هم باطل می‌گرداند ...[۴]).

و امّا صورت دوّم یا تغییر به زیاده: این نیز سه بخش دارد: ۱ـ تغییر حکمی صرف. ۲ـ تغییر عینی خالص. ۳ـ تغییر یا زیادهٔ حکمی و عینی با هم.

---

۱. قواعد، ج ۲، ص ۹۶.
۲. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۵۲۱.
۳. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۴۶.
۴. هدایة الطالب، ص ۴۷۲.

امّا بخش اوّل: منظور از زیادی حکمی آن است که قابل فصل و تفکیک از خود عین نباشد مثل شستن و اتو کردن یا لکّه‌گیری و گازری نمودن پارچهٔ دست دوّم، و مثل تعلیم صنعت خیاطی یا کتابت و... به عبد، که اینها را زیادی حکمی گویند و اگر در سایهٔ دخل و تصرّف غابن چنین زیادی‌ای پدید آمد، دو صورت دارد:

۱ـ گاهی زیادی دخیل در قیمت عین است و باعث می‌شود که مبیع با این زیادی قیمت بیشتری پیدا کند، مثل مثالهای مذکور که لباس تمییز و لکّه‌گیری یا رنگ شده قیمت بیشتری دارد، و هکذا عبد صنعتگر، در این صورت اگر مغبون معامله را فسخ کرد، غابن هم با او به نسبت سهمی که پیدا کرده و دخالتی که در فزونی قیمت داشته شریک می‌گردد.

فی المثل مبیع بدون این تصرّف صد درهم و با این ازدیاد صد و پنجاه درهم ارزش یافته و نسبت $\frac{1}{3}$ است و لذا غابن یک سهم و مغبون دو سهم از متاع خواهند داشت.

۲ـ و گاهی زیادی دخیل در قیمت عین نیست اینجا پس از فسخ معامله کلّ مبیع به مغبون بر می‌گردد و غابن سهمی ندارد، زیرا اگر هم تصرّفی کرده در ملک خودش بوده و برای خودش کاری کرده و عمل انسان برای خودش ربطی به دیگران ندارد که ضامن باشند، و علی الفرض تفاوت مالیّتی هم پیش نیامده تا وی سهمی داشته باشد.

و امّا بخش دوّم یا زیادی عینی خالص: زیادی عینی گاهی متصّل به عین بوده و قابل انفکاک نیست مثل چاقی گوسفند و رشد و نموّ درخت و...، مرحوم شیخ این را صریحاً تعرّض نکرده‌اند و شاید سرّ مطلب این باشد که: سخن در زیادی حاصل به فعل و تصرّف غابن است، و چاقی یار شد به فعل غابن نیست بلکه فعل الهی است و غابن با دادن علوفه به حیوان، آب به درخت و... معّدو زمینه‌ساز است نه فاعل مباشر و لذا اینها از بحث خارجند.

و شاید به این دلیل باشد که زیادی متصّل بحثی ندارد و حتماً به مغبون بر می‌گردد و ملک او می‌شود. و شاید به این دلیل که از بحث زیادی حکمی، تکلیف این بخش هم روشن شد که به نسبت چاقی یا رشد و نمو، غابن با مغبون شریک می‌شوند.

و گاهی زیادی عینی از قبیل نهال کاری در زمین، زراعت در آن، بناء و ساختمان سازی در آن و... است که قابل انفصال از عین هستند و فعلاً سخن در این گونه امور

است، و مرحوم شیخ به غرس و زرع مثال زده و هر کدام راجدا محاسبه نموده‌اند و شاید بتوان گفت ساختمان سازی هم مثل غرس است و همان احکام را دارد:

امّا غرس: مشتری زمینی را از بایع خریده و موجب غبن او شده و بعد هم در زمین نهال کاری نموده و بعد بایع متوجّه شد که مغبون شده و معامله را فسخ کرد، در اینجا عین زمین به ملک بایع بر می‌گردد ولی تکلیف نهال‌ها چه می‌شود؟ آیا مغبون بر آنها سلطنت مطلقه دارد؟ یعنی مجاز است که نهالها را از ریشه در آورد و به غابن بدهد و از این ناحیه ارشی (تفاوت قیمت نهال کاشته شده با نهال مقلوع و کنده شده) هم به گردن مغبون نمی‌آید؟ یا ابداً سلطنتی بر نهالها ندارد و حق ندارد آنها را بکند و تحویل غابن بدهد چه بدون پرداخت ارش و خسارت و چه حتّی با پرداخت آن؟ و یا حق دارد نهالها را بکند ولی مقیّد به پرداخت ارش است یعنی باید تفاوت قیمت مغروس و مقلوع را به غابن بپردازد؟ در این رابطه سه وجه است:

۱ـ سلطنت مطلقه دارد و حق قلع برای مغبون محفوظ است و ارشی هم ضامن نیست. علّامه در کتاب مختلف در مبحث شفعه همین را برگزیده[۱] و اگر شفیع اخذ به شفعه کرد و معامله را فسخ کرد و سهم شریک را به خودش منتقل کرد چنانچه مشتری نهال کاری کرده بود شفیع حق دارد آنها را قلع کند و ارشی هم ندارد.

۲ـ ابداً سلطنت بر قلع ندارد و لو راضی به پرداخت خسارت باشد (بلکه باید تا فناء غرس صبر کند و اجرة المثل زمین را مطالبه کند و یا به نوعی با بیع غرس یا صلح آن، نهالها نیز به ملک مغبون در آید) مشهور در مورد تفلیس مشتری همین وجه را برگزیده‌اند: زید از بکر زمین خریداری کرد و غبن هم در کار نبود و بلافاصله زمین را نهال کاری کرد و قبل از آنکه ثمن را به بکر بدهد مفلّس و ور شکست شد، در اینجا مشهور فرموده‌اند: فروشنده حق دارد رجوع کند و عین زمین را پس بگیرد ولی بابت نهالها حق ندارد آنها را از ریشه در آورد بلکه در زمین او می‌مانند و از این ناحیه وی اجرة المثل طلبکار است و سهم او از اجرة المثل با سایر غرما، و طلبکاران محاسبه می‌شود.

۳ـ سلطنت بر قلع دارد مشروط بر پرداخت ارش و تفاوت، و این قول مختار شهید

---

۱. مختلف، ج ۵، ص ۳۵۶.

ثانی در مسالک است در همین بیع غبنی[۱] و بعضی هم در رابطه با شفعه و عاریه این رأی را برگزیده‌اند (در عاریه به این شکل است که زید به بکر زمین را عاریه می‌دهد که وی فعلاً انتفاع ببرد و بکر آنجا را نهال کاری می‌کند و پس از مدّتی معیر رجوع می‌کند و عاریه را فسخ نموده و زمین را می‌گیرد و تکلیف نهالهای مستعیر آن است که حق دارد بکند و تحویل مستعیر بدهد البته باید ارش یعنی تفاوت قیمت منصوب و مقلوع را هم بدهد.)

قوله: من انّ:

در این فراز دو دلیل برای وجه اوّل ذکر می‌کنند:

۱ـ قیاس: اگر زید به بکر کاروانسرا یا انبار یا مغازه‌ای فروخته و داخل آن کالاهای زید وجود دارد و اگر در همان جا باشد با قیمت بیشتری خریداری می‌کنند ولی این باعث نمی‌شود که خریدار آنجا مجبور به صبر باشد بلکه حق مطالبه دارد و از مالک کالا می‌خواهد که کالایش را از آنجا ببرد و آن مکان را تخلیه کند اگر چه بردن از آنجا سبب تنزّل قیمت باشد. در ما نحن فیه هم صفت منصوب (کاشته شده و بر پا بودن) نهال در زمین مستلزم فزونی قیمت آن است (نهال کاشته شده با نهالی که در گوشه‌ای قرار گرفته باشد قیمت یکسان ندارند.) و این عبارت دیگری از بودن نهال در مکان متعلّق به دیگری (مغبون) است و همانطور که خریدار انبار حق داشت از مالک متاع بخواهد که کالایش را از آنجا منتقل کند، مالک زمین (مغبون) هم حق دارد از غابن بخواهد که نهالهایش را از ملک او بکند و منتقل کند و لو قیمت آنها خیلی کاهش می‌یابد.

۲ـ علّامه در مختلف فرموده: از آنجا که فائت (تفاوت ما بین منصوب و مقلوع) در محلّی است که در معرض زوال است لذا تدارکش واجب نیست[۲] (منظور آن است که: غابن می‌داند که بایع را مغبون کرده و هر لحظه ممکن است وی مطّلع شود و اقدام به فسخ کند و معذلک اقدام به غرس می‌کند، پس گویا بر ضرر خویش اقدام کرده و خسارتی هم که وارد می‌شود خودش ضامن است و ربطی به مغبون ندارد.)

---

۱. شرح لمعه، ج ۳، ص ۴۶۹.　　۲. مختلف، ج ۵، ص ۳۵۶.

قوله: و من انّ الغرس:

در این قسمت دو دلیل برای وجه دوّم ذکر می‌کنند:

۱ـ قیاس نهال منصوب در ملک غیر به کالای موجود در انبار دیگری، مع الفارق است زیرا کالا را از آنجا منتقل هم بکنند همان کالا است و تنها قیمت او تنزّل می‌کند ولی نهال را از زمین در آورند و به غابن بدهند، همان نهال نیست و نه تنها به دقّت عقلی بلکه به دید عرفی هم غیر از آن است زیرا نهال کاشته شده شجر و جسم نامی است، و نهال مقلوع جماد و چوب خشک است یا در شرف آن است و لذا چنین کاری در حقیقت اتلاف مال غابن است که شرعاً جایز نیست و مغبون حق قلع ندارد. (و باید با اجرة المثل و مانند آن ضرر خویش را جبران کند و تا زمان بقاء اشجار صبر کند.)

۲ـ پیامبر اکرم فرموده: «لیس لعرق ظالم من حقّ»[1] یعنی برای رگ و ریشهٔ ظالم حقّی نیست، مفهومش آن است که عرق و ریشهٔ غیر ظالم حق می‌آورد و طرف صاحب حق می‌شود و در ما نحن فیه غابن وقتی که نهال کاری کرد مالک بود نه ظالم، و این غرس برای او حقّی می‌آورد و مغبون مجاز نیست بدون رضای غابن، نهالها را قلع کند.

قوله: فیکون:

با این محاسبات ما نحن فیه از قبیل بیع ارض مغروسه است (یعنی شخصی زمینی دارد که نهالکاری کرده یا باغی دارد و الان خود زمین باغ را می‌فروشد و نهالها را نمی‌فروشد. ما نحن فیه هم با رجوع مغبون خود عین زمین به او برگردد و گویا آن را خرید ولی نهالها به ملک او داخل نمی‌شود.)

قوله: و من انّ الغرس:

دلیل وجه سوّم: جمع میان دو حق است که از طرفی غابن حق دارد چون نهال‌ها را آن وقتی که می‌کاشت در ملک خودش بود پس حق غرس داشته و از طرفی مغبون حق دارد که نهالها را قلع کند و آنچه دلخواه او است در زمین خویش انجام دهد و جمع میان دو حق آن است که: مغبون حق قلع دارد به شرط پرداخت ارش.

اگر کسی بگوید: غابن که حق اصل غرس و نهال کاری روی زمین را داشت حق بقاء آنها را نیز دارد، خواهیم گفت: این مطلب دلیل ندارد.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۱۱، باب ۳، حدیث اوّل.

قوله: و قیاس:

اگر کسی بگوید: چه مانعی دارد که سرزمین نهال کاری شده را به ساختمان اجاره داده شده مقایسه کنیم و بگوئیم: همانطور که اگر غابن منزلی را که خریده اجاره داده بود و بعداً مغبون فسخ کرد، حکم این بود که باید صبر کند تا مدّت اجاره تمام شود و اجرة المسمّی هم مال موجر یعنی غابن است و اجاره هم فسخ نمی‌شود، اجرة المثل هم به مغبون تعلّق نمی‌گیرد. همین طور در ما نحن فیه هم بگوئیم: نه تنها مغبون بدون پرداخت ارش حق قلع ندارد، هکذا با پرداخت آن نیز حق قلع نداشته باشد و غابن مالک بوده و استیفاء منفعت کرده و تا پنجاه سال هم طول بکشد باید مغبون صبر کند تا نهالها بخشکد و... و همانطور که روز اوّل حق غرس داشت، هکذا در ادامه هم حق بقاء غرس در مکان غیر را دارا باشد.

قوله: فاسد:

مرحوم شیخ در جواب قیاس مذکور می‌فرماید: این قیاس فاسد است و ما نحن فیه با باب اجاره فرق دارد، در باب اجاره به محض اینکه شخص، مالک عین شد حق دارد منافع آن را کلاً و یکجا استیفاء نماید و به اجاره دهد و به خود عقد اجاره مالک تمام اجرت شود و چنین کرده قبل از آنکه مغبون فسخ کند، ولی در ما نحن فیه غابن فقط نسبت به غرس منصوب (نهال کاشته شده) حق دارد و نسبت به بودن آن در زمین غیر و بقاء آن در ملک غیر حقی ندارد و دلیلی بر استحقاق ابقاء نداریم، پس قیاس مع الفارق است و جواز بقاء در گرو رضایت مالک به اجرة المثل گرفتن یا مجّانی ماندن است.

قوله: فالتحقیق:

پس از ذکر سه وجه با دلیلهای آنها تحقیق خودشان را بیان می‌کنند که همان وجه سوّم باشد، می‌فرماید: پس از فسخ مغبون دو مال و دو مالک داریم، یکی مغبون که مالک زمین است و دیگری غابن که مالک درختان است و هیچ کدام به نفع خودشان و علیه دیگری حقّی ندارند (یعنی مالک ارض یا مغبون حق ندارد بگوید: چرا در این زمین نهال کاری کردی؟ او می‌گوید: خریده و مالک شده بودم و حق غرس داشتم. و متقابلاً غابن نمی‌تواند بگوید: حال که غرس کرده‌ام پس حق دارم که این نهالها تا آخر عمرشان در این زمین بمانند.) و وقتی هر دو مالک بودند و هیچ کدام بر گردن دیگری حق نداشت، حق

دارند با تراضی به همین صورت بماند یعنی نهالها در زمین مغبون بمانند (مجّاناً یا با اجرت و...) و حق دارند اگر به این راضی نشدند، مال خویش را از مال دیگری تخلیص کنند (یعنی خالص و جدا سازند) آنگاه اگر مالک نهالها یعنی غابن درصدد بر آمد که درختانش را از زمین غیر بکند و به جای دیگر منتقل کند مجاز است ولی باید خسارت پر کردن و هموار نمودن حفره‌های ایجاد شده در زمین را بپردازد، و اگر مالک زمین یعنی مغبون در صدد تخلیهٔ زمین از اشجار غیر بر آمد باز مجاز است ولی باید ارش نهالها را بدهد و خسارت غابن را جبران کند و منظور ازارش، تفاوت قیمت نهال منصوب و کاشته شده با نهال مقلوع و کنده شده است که یک بار به آن نحو قیمت می‌شود که در زمین کاشته شده و یک بار به این نحو که از زمین کنده شده و تفاوت را می‌پردازد.

در عبارت شیخ اعظم کلمهٔ دائماً آمده یعنی تفاوت قیمت نهالی که منصوب در ارض است برای همیشه با نهالی مقلوع، و این کلمهٔ دائماً زمینه ساز اشکالی شده و آن اینکه: اگر نهالی با صفت منصوب بودن دائمی ملک غابن است پس باید گفت: وی حق ابقاء نهال در این مکان را هم دارد (وگرنه چرا تفاوت کذائی را می‌گیرد و مغبون ضامن است و باید بدهد؟) و اگر چنین شد که پس اصلاً حق قلع و کندن نهالها را ندارد بلکه باید آنها ابقاء شوند و مغبون اجرت زمین را بگیرد.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: آنکه مال غابن است همان غرس منصوب و نهال کاشته شده و استاده است و قید «دائماً» به معنای «ابداً و الی الابد» یعنی تا آخر عمر درختان (۵۰ سال یا ۱۰۰ سال به تناسب عمر درختان) نیست تا شما آن نتیجه را بگیرد بلکه «دائماً» از قبیل دوام ما دام الوصف است [که در قضّیهٔ دائمه وصفیّه در منطق مطرح است که «کل کاتب متحرک الاصابع دائماًای ما دام کاتباً] در اینجا هم دائماًای مادام منصوباً یعنی با اینکه حق قلع محفوظ است ولی تا زمانی که کنده نشده و منصوب است تفاوت قیمت آن با مقلوع محاسبه می‌شود و مغبون ضامن است و هرگز معنای آن حق ابقاء و عدم جواز تخلیه نیست.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه آوردن کلمهٔ «دائماً» نه تنها کمکی نکرد بلکه صدمه به مطلب ما زد و زمینهٔ اشکال شد و بدون آنهم مطلب تمام است و ابها می‌ندارد.

قوله: و یبقی الفرق:

پس عقیدهٔ شیخ نیز وجه ثالث شد که مغبون سلطنت بر قلع دارد ولی با پرداخت ارش، حال گویا کسی می‌پرسد: مشهور در مورد مشتری مفلّس فتوا دادند که اگر بایع رجوع کرد و زمین را پس گرفت نسبت به نهالهائی که مشتری در زمین غرس کرده حق قلع ندراد حتّی اگر ارش و تفاوت را بپردازد هم مجاز به قلع نیست بلکه باید صبر کند و اجرت زمین را بگیرد...، ولی در ما نحن فیه که بیع غبنی است می‌فرمائید: مغبون پس از فسخ معامله و باز پس گرفتن زمین حق دارد نهالها را قلع کند و ارش به غابن بدهد، و بلکه علامّه در باب شفعه فرمود: بدون پرداخت ارش و تفاوت هم حق قلع دارد، حال میان باب مفلّس با ما نحن فیه چه فرق است؟

شیخ اعظم می‌فرماید: شاید فرق این باشد که در باب مفلّس اوّل که زمین را خرید معامله لازم بود و ملکیّت مستقّر شد و وقتی هم که نهال کاری می‌کرد معامله لازم بود و بعد از آن مفلّس شد و معامله متزلزل شد و چون غرس سابق بر تزلزل است از قبیل بیع ارض مغروسه است که خود زمین را می‌فروشد و مشتری حق ندراد بگوید درختان را باید از زمین من در آوری، ولی در ما نحن فیه (بیع غبنی) ملکیّت غابن از اوّل متزلزل است (بالفعل بنابر کاشفیّت ظهور غبن یا بالقّوه و شأناً بنابر شرط شرعی بودن ظهور غبن) و غرس نهالها از آغاز در ملک متزلزل حادث شده و حق مغبون سابق بر آن است و لذا مجاز است که زمین را تخلیه کند ولی برای اینکه غابن هم متضرّر نشود ارش و تفاوت را به او می‌دهند.

قوله: ثم اذاجاز:

حال که قلع جایز شد (به قولی حتّی بدون ارش و به قول ما با ارش) این بحث مطرح می‌شود که آیا مباشرت جایز است یعنی مغبون حق دارد مستقیماً و بالمباشره نهالها را از ریشه در آورد و به غابن بدهد؟ یا مباشرت جایز نیست و حق مطالبه از خود مالک غرس دارد؟ سه وجه در این رابطه نقل می‌کنند:

۱ـ مباشرت جایز است (زیرا از طرفی قاعدهٔ سلطنت می‌گوید: مغبون بر مال خویش سلطه دارد و حق دارد زمین را از مال دیگری تخلیه کند، از طرفی روایات می‌گوید: تصرّف در مال دیگری باید به طیب نفس مالک باشد و بدون آن حق تصرّف

ندارد پس تصرّف مغبون در نهال غابن جایز نیست و این دو دسته دلیل تعارض و تساقط می‌کنند و در نتیجه شک در جواز مباشرت پیش می‌آید و اصالة الجواز و الحلیّة جاری می‌شود.)

۲ـ مباشرت جایز نیست بلکه حق دارد از مالک نهال بخواهد و او را ملزم به قلع سازد (زیرا نهال مال او است و تا او باشد دیگران حق تصرّف ندارند و مال او محترم است) و اگر او امتناع کرد حاکم شرع او را مجبور به قلع می‌کند (زیرا السلطان ولیّ الممتنع) و به هر حال اقدام خود مغبون روا نیست.

۳ـ مباشرت خیر، ولی حق مطالبه دارد که غابن را ملزم سازد (دلیلش گذشت) و اگر غابن امتناع کرد خود مغبون حق دارد قلع کند (زیرا در این فرض مال غابن حرمت و احترامی ندارد تا تصرّف در آن جایز نباشد) البته این سه وجه در مسألهٔ دیگری مطرح شده که مسأله ورود شاخه‌های درخت همسایه به داخل حیات همسایهٔ دیگر باشد که موجب زحمت و اذیّت همسایه را فراهم کرده و بحثی است که خود همسایه می‌تواند شاخه‌ها را قطع کند یا از مالک درخت بخواهد که او شاخه‌های درختش را قطع کند و... ولی در ما نحن فیه هم این سه وجه را ذکر کرده‌اند قیاساً به آن باب.

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: ممکن است میان دو باب فرق باشد: در مسأله شاخه‌های درخت، ورود شاخه به منزل دیگری به فعل مالک و تصرّف او نیست تا ملزم به قطع شود و خود صاحب منزل هم حق مباشرت دارد، ولی در ما نحن فیه نهال کاری به اراده و اختیار غابن و با تصرّف او انجام شده و لذا حتیّ الامکان خود او ملزم به قلع می‌شود و نوبت به مباشرت نمی‌رسد و اگر امتناع کرد صحبت از حاکم شرع یا قلع مغبون مطرح می‌شود.

قوله: و امّا لو اختار:

تا حال سخن از این بود که مالک زمین خواهان تخلیهٔ زمین بود و با پرداخت ارش این امر جایز شد و...، حال اگر مالک ارض جانب بقاء درخت در ملک خویش را برگزید [اگر راضی شد که مجّاناً بماند بحثی نیست و استحقاق اجرت ندارد ولی اگر به اصل اِبقاء راضی شده نه به مجّانی بودن.] در این صورت ابقاء جایز است ولی غابن باید اجرة المثل زمین را به مغبون بدهد زیرا حق مغبون سابق است و با اصل معامله غبنی درست

شده و از قبیل بیع ارض مغروسه نیست که حق مالک ارض لا حق و پس از غرس باشد و استحقاق اجرت نداشته باشد.

قوله: و امّا الزرع:

تا حال حکم غرس و نهال کاری بیان شد. و امّا حکم زرع: اگر غابن در زمینی که خریده تصرّف کرد و زراعت کاری نمود و سپس مغبون معامله را فسخ کرد و زمین را پس گرفت، تکلیف زراعت چه می‌شود؟

مرحوم شهید ثانی در مسالک فرموده: اینجا حق قلع و کندن زراعت محفوظ نیست و معیّناً یک راه داریم و آن اِبقاء زراعت است تا برسد و جمع آوری شود (البته بابت مدّت بقاء زراعت باید زارع و مالک زرع اجرت زمین را بدهد) و علّت تعیّن بقا، آن است که زراعت مدّت محدودی دارد که می‌رسد و جمع آوری می‌شود و لذا بقاء آن ضرری به حال مالک ارض ندارد.[1] مرحوم شیخ می‌فرماید: در واقع منظور شهید این است که اینجا جمع میان دو حق به گونه‌ای که هیچ کدام ضرر نبینند وجود دارد (مدت معلوم زراعت بماند تا به زارع ضرر نرسد و از طرفی اجرت زمین را بدهد تا به مغبون ضرر نرسد) ولی به خلاف باب نهال کاری که حکم به تعیّن بقاء به حال مغبون ضرر بود و لو اجرت زمین را هم بگیرد ولی با توجّه به اینکه مدّت بقاء شجر طولانی است (بیست یا پنجاه سال و یا بیشتر مثلاً) از این روی بقاء درختان تا این مدت طولانی به حال مغبون ضرر است و «لا ضرر» می‌گوید: حق داری قلع کنی.

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینکه: طولانی بودن یا کوتاه بودن مدّتِ بقاء و تأثیری در فرق ندارد زیرا اگر با اجرت زمین ضرر جبران می‌شود که در باب شجرهم ابقاء متعیّن می‌شود و اگر جبران نمی‌شود پس در باب زرع هم ابقاء متعین نمی‌شود. پس فرقی میان آن دو نیست.

قوله: ولو طلب:

اگر مالک نهال خواهان قلع باشد ولی مالک زمین ممانعت کند و به بهانهٔ اینکه زمین حفره حفره می‌شود و خسارت می‌بیند اجازهٔ قلع ندهد آیا چنین حقی دارد؟ دو وجه است: ۱ـ

---

۱. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۲۰۶.

آری او مالک زمین است و بر مال خویش سلطه دارد و دیگران باید به اجازهٔ او وارد زمین شوند و در آن دخل و تصرّف کنند، پس بدون اجازهٔ او غابن حق قلع ندارد.

۲ـ خیرممانعت ندارد زیرا درست است که او مالک و مسلّط بر مال خویش است ولی این باعث نمی‌شود که جلو مالک دیگر را بگیرد و از تصرّف او در ملک خودش ممانعت کند بلکه او حق دارد ولی ارش ناقص کردن زمین را باید بپردازد. و به عقیدهٔ شیخ اعظم همین وجه قویتر است.

قوله: ولو کان التغیّر بالامتزاج:

اگر غابن (مثلاً مشتری) متاعی را که از مغبون گرفته بود با متاع دیگر خویش ممزوج نمود و پس از آن مغبون متوجّه شد و معامله را فسخ کرد، تکلیف چیست؟ امتزاج دو گونه است:

۱ـ اختلاط متاع (مثلاً مبیع) با غیر هم جنس خودش.

۲ـ امتزاع با هم جنس آن، قسم اوّل خود دو شعبه دارد:

۱ـ گاهی امتزاج بگونه‌ای است که موجب استهلاک مبیع در آن شیئی دیگر می‌شود بگونه‌ای که عرفاً آن را تالف و معدوم می‌دانند: مثلاً مقداری گلاب خریداری کرده و آن را با روغن زیتون ممزوج کرده (تا روغن معطر و خوشبو و خوش طعم گردد) که پس از اختلاط، آن که فعلاً می‌ماند خود روغن زیتون است و گلاب در آن مستهلک و فانی شد و عنوان خودش را از دست داد و عرفاً آن را تلف شده می‌دانند.

حکم این صورت: پس از فسخ مغبون، حق دارد از غابن بدل آن را (مثلی است مثل و قیمی است قیمت و چون گلاب قیمی است شیخ فرموده: یرجع الی قیمته) دریافت کند (سؤال: آیا نمی‌توانیم حکم به شرکت کنیم و بگوئیم: مغبون پس از فسخ معامله، با غابن در این روغن زیتون شریک می‌شود؟ جواب: خیر، زیرا شرکت در موردی است که هر دو مال بمانند و در مورد مذکور مال مغبون عرفاً نیست شده و نمانده تا سخن از شرکت به میان آید.)

۲ـ و گاهی امتزاج بگونه‌ای است که هیچ کدام مستهلک در دیگری نیست که یکی عنوانش برود و دیگری بماند، بلکه عنوان هر دو از بین رفته و زائل شده و عنوان ثالثی پیدا کرده که هر دو با هم در ایجاد آن مؤثّرند و در واقع پس از اختلاط هم هر دو هستند.

مثلاً مقداری سرکه خریده و با مقداری عسل که داشت ممزوج کرده و سکنجبین که شربت گوارائی است تهیّه کرده است و مغبون فهمید و معامله را فسخ کرد در این صورت تکلیف چیست؟ دو وجه ذکر می‌کنند:

الف: مغبون با غابن در این شربت شریک می‌شود (شرکت قهری و ناخواسته، مثل آنجا که از اوّل اینها مال دو مالک بودند و خودشان ممزوج کرده بودند یا فضولی ممزوج کرده بود که به طور قهری شریک می‌شدند، اینجا هم که در هنگام امتزاج هر دو ملک غابن بود و پس از فسخ یکی ملک مغبون شد باز چه بخواهند و چه نخواهند شریک می‌شوند.) و تا امکان رد خود عین ولو در ضمن چیز دیگر باشد نوبت به بدل و قیمت نمی‌رسد.

ب: خیر، جای شرکت نیست و باز هم سرکه‌ها کالمعدوم و کالتالف حساب می‌شوند زیرا حقیقت و ماهیّت آن تغییر کرده، قبلاً سرکه بود و الان سرکه نیست و سکنجبین است، پس این موجود غیر از آن مبیع است و همانند تلف واقعی است که در قسم استهلاک بود حکمش آن است که خیار مغبون نسبت به استرداد خود عین مرتفع می‌شود و حق دارد قیمت را دریافت کند.

قوله: و ان کان الامتزاج بالجنس:

قسم دوّم که اختلاط به هم جنس باشد (مثلاً مقداری گندم خریداری کرده بود و با مقدار دیگری از گندم خودش مخلوط ساخته.) سه شعبه دارد:

۱ـ امتزاج به مساوی: یعنی مبیع را به متاع دیگری که هم جنس او است و از لحاظ مالیّت و قیمت و خصوصیّات مثل او است (گندم خوب با گندم خوب دیگر، یا روی با روی، متوسط به متوسط و....) ممزوج کرده است، در اینجا وقتی مغبون فهمید و اعمال خیار کرد حکم آن است که به نسبت مساوی با غابن شریک می‌شود، و با امکان رد عین یا چیزی که از هر لحاظ مثل عین است نوبت به مراجعه به بدل و قیمت نمی‌رسد و پس از شرکت، امکان تقسیم و تفکیک و رسیدن به خود عین یا از هر حیث مثل آن، وجود دارد و مقتضای فسخ همین است که نوبت به بدل نرسد.

۲ـ امتزاج به ردئی: یعنی گندمی را که خریداری کرده بود گندم خوب و عالی بود و آن را با گندم ردئی و پست و کم ارزش خویش ممزوج کرده است، در اینجا هم وقتی بایع

فهمید که مغبون شده، معامله را فسخ می‌کند و بدنبال آن باز شرکت حاصل می‌شود (فکذلک یعنی اصل شرکت می‌آید) ولی شرکت در چه چیزی؟ و به چه کیفیّتی؟ سه احتمال در آن مطرح است:

الف: در خود عین خارجی گندمها شریک است و به نسبت مساوی هم شرکت دارد یعنی اگر مثلاً یک من گندم را با یک من دیگر ممزوج کرده، هر کدام مالک یک منِ مشاع است و باید غابن یک من را جدا کند و به مغبون بدهد، ولی از آنجا که گندم خوب و عالی در سایهٔ امتزاج با گندم پست یا متوسّط از قیمتش کاسته شده و اگر مثلاً به تنهائی چهار درهم ارزش داشت حالا سه درهم ارزش دارد، این نقص و کاستی را هم غابن جبران کند و در واقع یک من گندم و یک درهم به مغبون بپردازد.

(البتّه این از جهتی ربا است زیرا غابن روزی که گندم را گرفت یک من بود و حالا که در سایهٔ فسخ ناچار است باز گرداند یک من و یک درهم است و این ربا و زیادی در معاوضهٔ هم جنس به هم جنس است و اگر ربا در مطلق معاوضات ولو معاوضهٔ قهری مثل ما نحن فیه که غابن ناچار است این گندم را به مغبون بدهد، جاری باشد باید گفت: این احتمال مبتلا به اشکال است.)

ب: در خود عین شریک است ولی تفاوتی که از ناحیهٔ ردیء بودن گندم غابن پیدا شده از خود عین خارجی جبران می‌شود (نه اینکه ارش نقصان را از خارج بپردازد،) به این نحو که گندم جیّد چهار درهم ارزش دارد و گندم ردیٔ دو درهم که در مجموع شش درهم می‌شوند و قیمت گندم مغبون دو برابر قیمت گندم غابن است، در اینجا باید اثلاثاً تقسیم کنند و دو ثلث مجموع به مغبون داده شود. (اشکال این احتمال نیز مثل احتمال قبلی است که مغبون یک من گندم داده و حالا یک من و $\frac{1}{3}$ از من دیگر را می‌گیرد و این ربا است ....)

ج: در خود عین شرکتی نیست و هر یک مالک مالی واقعیِ خود هستند و شرکت در ثمن است یعنی مجموع دو من را می‌فروشند و در آن ثمن هر کدام به نسبت مالیّت مالش شریک است یعنی اگر به شش درهم فروخته‌اند، چهار درهم سهم مغبون و دو درهم سهم غابن است. (ضمناً اینجا اشکال ربا اصلاً مطرح نیست زیرا گندم داده و الان درهم می‌گیرد نه گندم ....)

۳ـ امتزاج به اجود: غابن گندم پست و کم ارزش را خریده و با گندم خوب و گران قیمت خویش ممزوج کرده است در اینجا هم وقتی مغبون فهمید و معامله را فسخ کرد باز اصل شرکت می‌آید ولی آیا شرکت در عین یا در ثمن؟ همان سه احتمال با همان اشکالها که در صورت قبلی بود در این صورت هم مطرح است ولی به عکس، یعنی در آن‌جا زیادتر را مغبون تصاحب می‌کرد، ارش نقصان به مغبون می‌رسید و... و در اینجا به غابن می‌رسد. ضمناً احتمال اوّل از سه احتمال صورت قبل را در اینجا نیاورده‌اند که جا دارد بیاوریم و چون سه احتمال را در صورت قبل گفتیم در انیجا تکرار نمی‌کنیم.

قوله: بقی الکلام فی حکم التلف:

آنچه تا به حال مطرح شد سخن از تصرّفات ناقل و مخرج و مغیّری بود که مغبون در «ما وصل الیه» انجام می‌داد یا غابن چنین می‌کرد و حکم تصرّفات هر یک جدا جدا به تفصیل بیان شد. و امّا حکم تلف عوضین چه می‌شود؟ معامله‌ای صورت گرفته و یک طرف مغبون شده و وقتی اعمال خیار می‌کند که یکی از عوضین تلف شده است، اینجا چه باید کرد؟ به طور کلّی تلف یا در مالی است که به دست مغبون رسیده و یا در مالی است که به دست غابن رسیده (شقّ ثالثی هم هست که تلف هر دو باشد ولی حکمش از دو قسم قبل دانسته می‌شود.) و در هر یک از دو صورت مزبور یا تلف به آفت سماوی است و یا به اتلاف مغبون است و یا به اتلاف غابن و یا به اتلاف اجنبی که حاصل ضرب دو صورت اصلی در چهار صورت فرعی هشت صورت می‌شود، چهار صورت مربوط به تلفِ «ما وَصَلَ الی المغبون» و چهار صورت مال تلف «ما وَصَلَ الی الغابن» است.

قوله: و حکمها انّه:

امّا چهار صورت تلف مالی که نزد مغبون بود (فرض کنید بایع غابن است و مشتری مغبون است و متاعی که به مشتری رسیده بود نزد او تلف شده):

۱ـ تلف به آفت سماوی بوده: حکم این قسم: اگر ما باشیم و تعلیلی که در اوائل قسم چهارم از مسقطات خیار غبن (که تصرّف مغبون در «ما وَصَلَ الیه» بود به نحو تصرّف مخرج از ملک به نقل لازم) از زبان علّامه در تذکره آوردیم که سخن از عدم امکان استدراک عین بود و به این دلیل مشهور می‌گفتند: تصرّف کذائی مسقط خیار غبن است. باید در ما نحن فیه هم بگوئیم: با تلف «ما وصل الی المغبون»، خیار مغبون ساقط

می‌شود زیرا آن تعلیل در اینجا نیز می‌آید که تدارک خود عین و استرداد آن به غابن امکان‌پذیر نیست، و قانون هم این است که: «العلّة تعمّم» پس به همان دلیل باید بگوئیم: پس از تلف مالی که نزد مغبون بود، خیار او ساقط می‌شود. ولی قبلاً این تعلیل را در مورد خودش (تصرّف مغبون به نحو تصرّف مخرج از ملک) رد کردیم و گفتیم خیار داشتن مشروط به امکان استرداد عین نیست پس در غیر موردش (یعنی باب تلف که فعلاً مورد بحث ما است) به طریق اولی آن تعلیل ارزش نخواهد داشت و لذا حکم این قسم چنانکه بسیاری از فقهاء فرموده‌اند آن است که: مغبون حق رجوع دارد و اگر فسخ کرد می‌تواند عین مال خودش را (اگر موجود است) یا بدل آن را (اگر عین تلف شده) از غابن بگیرد. ولی از این طرف هم چون مال غابن در ملک مغبون و در نزد او تلف شده و او ید داشته ضامن است و باید غرامت و خسارت آن را بپردازد، و در اینکه قیمت چه روزی را بدهد؟ مورد اختلاف است و به صورت سر بسته دو احتمال را ذکر می‌کنند:

الف: قیمت روز تلف یعنی همان روزی که مال در دست مغبون تلف شده زیرا آن روز روز انتقال به قیمت است و قبل از آن خود عین موجود بوده و نوبت به قیمت نمی‌رسید.

ب: قیمت روز فسخ معامله، زیرا تا مغبون فسخ نکند که صبحت از ارجاع مال غابن و بدل یا قیمت آن به میان نمی‌آید. و احتمالات دیگری هم هست که مبسوطاً در مقبوض به عقد فاسد، در تعذّر مثل در مثلیّات یا در باب ضمان به قیمت مطرح شد.

(سؤال: چرا از قانون «التلف فی زمن الخیار ممّن لا خیار له»، استفاده نکرده و حکم به ضمان غابن نمی‌کنیم؟ جواب: این قانون مخصوص خیار مجلس و حیوان و شرط است و در خیار غبن نیست و لذا علی القاعده در دست مغبون تلف شده و به حکم علی الید ما اخذت، خود مغبون ضامن است.)

۲ـ تلف به اتلاف خود مغبون بوده: حکم همان است که در تلف به آفت سماوی گفته آمد (البته اگر اتلاف پس از علم به غبن باشد حتماً موجب سقوط خیار غبن است و کلام در اتلافی است که پیش از علم به غبن باشد.)

۳ـ تلف به اتلاف اجنبی و فرد ثالث باشد: حکم آن است که وقتی مغبون معامله را فسخ می‌کند از دو حال خارج نیست: یا قبلاً به اجنبی و متلف مراجعه کرده و بدل (مثل

یا قیمت) مالش را از او گرفته و بعداً فهمید که مغبون شده و معامله را فسخ کرد، در اینجا عین مال یا بدل آن را از غابن پس می‌گیرد و قیمت تالف را هم به غابن می‌پردازد (و باز همان بحث می‌آید که قیمت روز تلف یا روز فسخ ....) و غابن حق مراجعه به متلف ندارد زیرا او ضمانت را داده و از عهده بر آمده و مشغول الذمّه نیست. و یا قبل از مراجعه به اجنبی و اخذ خسارت، فهمید که مغبون شده و معامله را فسخ کرد و عین ثمن را از غابن پس گرفت (چون فرض این بود که مشتری مغبون شده) غابن هم حق دارد به آن تلف کننده (اجنبی) رجوع کرده و غرامت مال تالفش را از او بگیرد.

(البته منحصر نیست به رجوع به متلف چنانچه ظاهر کلام شیخ آن را می‌فهماند بلکه مختار است به هر یک از مغبون و متلف مراجعه کند زیرا هر دو بر مال او ید پیدا کردند و به حکم علی الید ضامن شدند پس حق رجوع به مغبون هم دارد التبه در نهایت مغبون هم حق دارد از متلف بگیرد و استقرار ضمانت بر اجنبی متلف است).

۴ـ تلف به اتلاف خود غابن باشد: خود این دو شعبه دارد:

۱ـ اتلاف پس از علم به غبن باشد، حکم آن است که یا مغبون معامله را فسخ نمی‌کند در این صورت قیمت مال تالف را از غابن می‌گیرد (زیرا غابن متلف است و قاعده آن است که: «من اتلف مال الغیر فهوله ضامن» و یا معامله را فسخ می‌کند، در این صورت عوضی را که نزد غابن است باز پس می‌گیرد و بابت تلف هم بدهکار نمی‌شود زیرا خود غابن تلف کرده و به خود ضرر زده و دیگری ضامن ضرر او نیست.

۲ـ اتلاف پیش از ظهور غبن باشد، حکم آنست که: یا مغبون قیمت مال تلف شده را از غابن گرفته و یا او را بریئی الذمّه ساخته و گفته: «ابرئت ذمتک» و در هر حال بعداً فهمید که مغبون شده، اگر معامله را فسخ نکرد که بحثی نیست ولی اگر فسخ نمود در هر دو فرض باید قیمت مال تالف را به غابن بپردازد (در فرض اخذ قیمت که روشن است و در فرض ابراء ذمّه هم) علماء می‌گویند: ابراء ذمّه به منزله قبض است یعنی گویا ابراء کننده که مغبون باشد، قیمت را از غابن گرفته است و طبعاً حالا که فسخ کرد و متاع خویش را پس گرفت باید قیمت عین تالف را به غابن بپردازد.

قوله: و لو تلف ما فی ید الغابن:

و امّا چهار صورت تلف ما فی ید الغابن:

۱ و ۲ـ تلف به آفت سماوی باشد یا به اتلاف خود غابن باشد، حکم آن است که: پس از ظهور غبن و فسخ مغبون، متاعی که نزد مغبون است به غابن بر می‌گردد و متقابلاً عوضی که نزد غابن بود باید به مغبون برگردد ولی چون تلف شده و قابل برگشت نیست نوبت به بدل می‌رسد و مغبون بدل مالش را از غابن می‌گیرد، یعنی اگر مثلی بوده مثل و اگر قیمی بوده قیمت آن را اخذ می‌کند ولی اینکه قیمت چه روزی را بگیرد؟ دو قول است:

الف: قیمت روز تلف را میگیرد چون تا آن روز خود عین موجود است و روزی که تلف شد سخن از قیمت مطرح می‌شود.

ب: قیمت روز فسخ را می‌گیرد زیرا تا مغبون فسخ نکند ید غابن ید ضمانت نیست و روز فسخ روز ضمان ید است مرحوم شیخ می‌فرماید: اکثر فقهاء در این مورد ملاک را قیمت روز تلف دانسته‌اند و لکن عدّه‌ای از بزرگان از قبیل شهید اوّل در دروس[۱] شهید ثانی در مسالک[۲] محدّث بحرانی در حدائق[۳] و... در مسألهٔ دیگری که فرقی با ما نحن فیه ندارد، فتوا به قیمت روز فسخ داده‌اند و آن مسأله این است: دو نفر معامله کرده و جنس به جنس را خرید و فروش کرده‌اند (مثلاً بایع گندم را فروخته و مشتری انگور را ثمن قرار داده است) سپس یکی از آن دو جنس قبض شده (مثلاً بایع انگور را گرفته) و دیگری به قبض داده نشده (هنوز مشتری گندمها را تحویل نگرفته) و قبل از قبض و اقباض گندم، بایعِ گندم که حالا مالک انگور شده، اینها را به فرد ثالثی فروخت و بیع دیگری انجام شد و پس از آنگندمها در دست بایع اوّلی قبل از قبض مشتریِ اوّل، تلف شد.

در اینجا حکم آن است که بیع اوّل (گندم به انگور) از لحظهٔ تلف گندم، خود به خود فسخ و باطل شد (زیرا قاعده این است که: «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»، و گندمها از مال بایع تلف شده و معامله خود به خود باطل شده) ولی بیع دوّم به هم نمی‌خورد و به قوّت خود باقی است (زیرا عقدی است که از اهلش یعنی مالک انگورها

---

۱. دروس، ج ۳ ص ۲۱۱.
۲. مسالک ج ۳ ص ۲۵۷.
۳. حدائق ج ۱۹ ص ۱۸۹ ـ ۱۹۰.

صادر شده و در جای مناسب واقع شده، «صَدَرَ من اهله و وقع فی محلّه»، پس مقتضی موجود است و مانع هم مفقود است، زیرا تنها مانع، تلف عوض انگورها در بیع اوّل و قبل از قبض است که موجب انفساخ بیع اوّل شد، آن هم خوشبختانه مانع نمی‌شود زیرا تلف مبیع قبل از قبض، موجب انحلال بیع از زمان تلف می‌شود نه از اوّل، و علی الفرض قبل از انفساخ بیع اوّل، بیع دوّم صورت گرفته) و چون نمی‌تواند عین انگورها را به مشتری اوّل تحویل دهد ناچار باید قیمت آنها را بپردازد و بزرگان مزبور فرموده‌اند: قیمت روز تلف غیر مقبوض ملاک است (که همان روز انفساخ بیع اوّل باشد.) نه قیمت روز تلف عینی که فعلاً بایع قیمت آن را غرامت می‌دهد یعنی عین مقبوضه که انگورها باشد، زیرا روز تلف اینها روز بیع دوّم است که بایع به مشتری دیگر فروخت و شرعاً این بیع لازم به منزلهٔ تلف است. پس در این مسأله قیمت روز فسخ (انفساخ با فسخ در اینجا فرقی از نظر حکمی ندارند) را ملاک قرار داده‌اند ولی در ما نحن فیه (بیع غبنی) ملاک را قیمت روز تلف دانستند در حالی که فرق گذاری میان دو مسأله مشکل است.

۳ـ قوله: و لو تلف:

اگر مالی که نزد غابن است به وسیلهٔ اتلاف اجنبی تلف شد و بعداً مغبون، معامله را فسخ کرد، حکم آن است که سه احتمال وجود دارد:

الف: مغبون معیّناً باید به غابن رجوع کند زیرا اوّلاً پس از فسخ، عوض به غابن رد می‌شود و مغبون عوضی را که نزدش موجود است به غابن می‌دهد پس باید معوض (خود عین اگر موجود است) یا بدل آن (اگر خود عین تلف شده) نیز از غابن گرفته شود.

و ثانیاً به محض اتلاف اجنبی، غابن مالک بدل و قیمت بر ذمّه متلف شد و حق دارد از اجنبی بگیرد، و مغبون نمی‌تواند مالک بدل به ذمّه متلف شود زیرا شیئی واحد که در عهدهٔ شخص واحد است در آن واحد ملک دو نفر نمی‌شود و اجتماع دو مالک بر یک مملوک محال است و لذا مغبون تنها حق رجوع به غابن دارد. (البته اگر مالکیّتها در طول هم و علی البدل باشد ایرادی ندارد، یعنی تا قبل از فسخ مغبون، غابن مالک ذمّهٔ اجنبی بود و از زمان فسخ معامله، مغبون مالک ما فی ذمّه المتلف باشد.)

ب: مغبون حق دارد معیّناً به اجنبیِ مُتلِف رجوع کند، بنابر اینکه پس از اتلاف هم خود عین مال بر ذمّهٔ مُتلِف می‌آید و تا زمانی که ادا نکرده خود عین بر ذمّه است و روز

اداء تبدیل به قیمت می‌شود، روی این مبنا خود عین تالف به عهدهٔ تلف کننده است و تا مغبون فسخ نکرده بود، غابن مالک عین است و بعد از فسخ، وی مالک عین بر عهدهٔ مُتلِف می‌شود و حق رجوع به اجنبی دارد.

شاهدی از کلام محقّق در شرایع[۱] و علاّمه﵀[۲] بر این احتمال می‌آورند و آن جواز مصالحه است: اگر از روز تلف قیمت عین به عهدهٔ متلف آمده باشد مصالحه به اقل یا اکثر اشکال دارد مثلاً قیمت ۵ درهم است و در مقام مصالحه آن را با چهار یا شش درهم مصالحه می‌کنند و صلح هم جنس به هم جنس ربوی است و بنابر اینکه ربا در مصالحه هم جاری باشد این صلح باطل است ولی اگر از روز اوّل خود عین به عهده آمده و روزی که قیمت می‌دهد قیمت همان عین را می‌دهد اینجا مصالحه به اقل یا اکثر بلامانع است زیرا نقد رایج در برابر جنس و عین قرار می‌گیرد و هم جنس نیستند تا ربا بیاید.

ج: مغبون مختار است که به غابن رجوع کند به همان دو دلیلی که در احتمال اوّل ذکر شد و در اینجا به دلیل دوّم اشاره می‌کنند و یا از باب «علی الید ما اخذت»، یدِ او بر عین مالِ مغبون بوده و او هم ضامن است. و یا به متلف رجوع کند از باب اینکه او نیز ید پیدا کرد و یا از باب اینکه خود عین مال مغبون بر عهدهٔ او است و پس از فسخ مغبون به او رجوع می‌کند. (همین سه احتمال در صورت اتلاف «ما فی ید المغبون» به وسیلهٔ اجنبی هم می‌آید ولی مرحوم شیخ در آنجا این احتمالها را ذکر نکردند و تنها رجوع غابن به متلف را مطرح ساختند.)

۴: قوله و ان کان باتلاف:

اگر مالی که نزد غابن بود با اتلاف خود مغبون تلف شد، چنانچه مغبون فهمید و معامله را فسخ نکرد باید غرامت مال تالف را به غابن بدهد و اگر معامله را فسخ کرد مالی را که نزد مغبون است به غابن بر می‌گرداند و عوض مال تالف را اگر به غابن داده باز پس می‌گیرد، و اگر غابن او را ابراء ذمّه نموده و نگرفته است حالا که فسخ کرد باز حق دارد قیمت را از غابن بگیرد زیرا قاعده این است که «المُبرءُ منه کالمقبوض» یعنی مالی که صاحبش شما را ابراء نموده و از شما نگرفته و منّت گذاشته و ذمّهٔ شما را برئی کرده مثل آن است که از شما گرفته است.

---

۱. شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۳۲.
۲. قواعد، ج ۲، ص ۸۷ و ارشاد، ج ۱، ص ۳۸۱.

قوله: هذا قلیل:

آنچه تا به حال در فروع تصرّف و تلف ذکر شد بخش قلیلی از مطالب فراوانی بود که در این مقام جای ذکر دارند و بحث بیشتر را حواله می‌دهیم به کلمات بزرگان در مقامات دیگر (باب غصب و ضمان ایدی). و خدا و رسول و جانشینان بر حق او دانای به احکام شرع هستند.

مسألهٔ چهارم:

آیا خیار غبن مخصوص بیع است و تنها در بیع غبنی شخص مغبون خیار دارد؟ یا عمومیّت دارد و در کلیّهٔ معاوضات مالی اعمّ از صلح، اجاره، بیع و... جاری و ساری است؟ پاسخهای گوناگونی به این پرسش داده شده:

پاسخ شیخ اعظم: بستگی دارد که دلیل خیار غبن را چه چیزی بدانیم؟ اگر دلیل خیار اجماع باشد باید گفت: خیار غبن مخصوص بیع است زیرا اجماع دلیل لبّی است و به قدر متیقّنِ آن باید اکتفا کرد و قد مسلّم باب بیع است، ولی اگر دلیل خیار قانون نفی ضرر باشد باید گفت: اختصاص به بیع ندارد زیرا «لا ضرر و لا ضرار» کلّی است و تقیید به بیع نشده، این قاعده لزوم ضرری را بر می‌دارد خواه از ناحیهٔ بیع باشد یا اجاره و یا معاوضات دیگر.

پاسخ دیگر: عدّه‌ای از بزرگان مثل فخر الدین و فاضل مقداد و فاضل قطیفی تصریح به عمومیّت کرده‌اند.(۱)

پاسخ دیگر: محقق ثانی در باب اجاره از کتاب جامع المقاصد فرموده: خیار غبن در اجاره نیز راه دارد به این دلیل که: (اجاره از معاوضات است «صغری») و خیار غبن هم از احکام و توابع معاوضه است «کبری» پس همین خیار، حکم اجاره و از توابع اجاره نیز هست «نتیجه».(۲)

پاسخ ابن فهد حلّی در مهذب البارع: خیار غبن در سایر معاوضات جاری است ولی در خصوص صلح جاری نمی‌شود، شیخ اعظم می‌فرماید: شاید به این دلیل در صلح نمی‌آید که غرض اصلی از صلح، قطع مادّهٔ نزاع است و اگر جایز و خیاری باشد و فسخ

---

۱. التنقیح، ج ۲، ص ۴۷، و....
۲. جامع المقاصد، ج ۷، ص ۸۷.

کنند نقض غرض می‌شود و لذا جایز نیست. ولی این استدلال ایراد دارد زیرا همه جا هدف اصلی از صلح قطع مادّهٔ نزاع نیست بلکه خیلی جاها برای فرار از ربا صلح می‌کنند، خیلی وقت‌ها برای اینکه جنس مکیل یا موزون را با کیل یا وزن فروختن زحمت دارد از راه مصالحه پیش می‌آیند و...[۱]

پاسخ صمیری در غایة المرام: ایشان در باب صلح قائل به تفصیل شده: اگر صلح معاوضی باشد (صلح بین دو مال که هر یک از طرفین مالی را می‌پردازد تا مصالحه شود.) حکم بیع را دارد و خیار غبن می‌آید و اگر یک طرف مغبون شد خیار دارد.

ولی اگر صلح بر اسقاط حقّی باشد پیش از اثبات آن (فردی مدّعی است که از فلان زمین، منزل، مغازه و... حقّی دارد و ذی الید انکار می‌کند ولی قبل از محکمه و دادگاه و اقامه دعوا، ذو الید راضی می‌شود مبلغی به مدّعیِ حق بدهد و مصالحه کنند و او هم می‌پذیرد).

یا اگر بر ابراء ما فی الذمّه باشد (زید از بکر طلبکار است ولی مقدار طلب مجهول است و به مبلغی مصالحه می‌کنند.) ولی بعداً معلوم می‌شود که در فرض قبلی مدّعی واقعاً ذی حق بوده و حقّش خیلی بیشتر از وجه المصالحه است، یا در این فرض ما فی الذمّه بیش از مبلغ مورد مصالحه بوده، در اینجاها پس از صلح حق الخیار داشتن محلّ تأمّل است.[۲]

شیخ اعظم می‌فرماید: شاید تأمل و اشکال به این دلیل باشد که وقتی مصالحه کرد و مبلغ مذکور را گرفت و حق خویش را اسقاط نمود یا طرف را ابراء ذمّه نمود، این بدان معنا است که حق من هرچه باشد گذشتم پس خودش اقدام بر ضرر خویش نموده و سابقاً گفته آمد که «لا ضرر» چنین کسی را شامل نیست.

قوله: و حکی عن بعضٍ:

پاسخ دیگر: عدّه‌ای چنین تفصیل داده‌اند: هر شخص عقدی که در خارج فیما بین دو نفر انجام می‌گیرد (خواه مصالحه‌ای باشد یا اجاره‌ای یا بیعی از بیوع و...) باید شخص همان عقد را ملاحظه کنیم و بنای طرفین عقد را در آن بدست آوردیم: اگر بنای طرفین روی

---

۱. المهذب البارع، ج ۲، ص ۵۳۸.　　۲. غایة المرام (خطی)، ج ۱، ص ۲۹۶.

اغراض شخصی و غیره بر مسامحه باشد یعنی اقدامشان بر معاوضه بر این اساس است که جهات مالی برای آنها مهم نیست و کم و زیاد بودن ثمن یا مثمن اصلاً مدّ نظر نیست (فی المثل منطقهٔ خوبی است و مستأجر حاضر است دو برابر قیمت واقعی، اجاره بدهد و در آنجا ساکن شود، یا چیز تجمّلی است و برای دکور اسیون منزل حاضر است به هر قیمتی خریداری کند یا داروی کمیابی است و به قیمت گزاف اقدام به خریدن آن می‌نماید و...) در چنین فرضی خیار غبن ندارد، به این دلیل که در اینجا که بنا بر مسامحه است اصلاً صدق نمی‌کند. ولی اگر از آغاز چنین بنائی در میان نیست و بعد از معامله فهمید که مغبون شده خیار غبن دارد و غبن صدق می‌کند.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: اوّلاً صدق غبن دائر مدار بناگذاری بر مسامحه و غیره نیست و در اوّل خیار غبن گفتیم که جهل به قیمت که بود غبن صادق است چه تفاوت یسیر باشد که بنابر مسامحه است و چه کثیر باشد که بنابر مسامحه نیست، آری این جهت در حکم غبن که خیار داشتن است دخالت دارد نه در صدق غبن که اگر بنابر مسامحه بود اصلاً غبن صادق نباشد. و ثانیاً در هیچ آیه و روایتی حکم شرعی روی موضوع غبن بار نشده تا ما بنشینم و بحث کنیم که کجاها غبن صادق است و کجاها صادق نیست، به جهت اینکه فتاوای قوم (اجماع که یک مدرک بود) مخصوص باب بیع است و اصلاً غیر بیع را شامل نیست (تا شما بگوئید: هر عقد شخصی ولو اجاره یا صلح و...) و لا ضرر هم (مدرک دیگر خیار) که عام است و مخصوص بیع نیست و تنها صورت اقدام بر ضرر از تحت آن خارج شده آنهم با فرض علم به ضرر که در فرض مورد نظر مفصّل چنین علمی نیست و احتمال است پس تفصیل مزبور بلاوجه است.

قوله: نعم لو استدّل:

در آغاز خیار غبن برای مشروعیّت آن به شش دلیل استناد شد که علاوه بر اجماع و لاضرر دو دسته روایات دیگر بود (حدیث تلقی رکبان، روایات غبن المسترسل سحت) که به درد احتجاج نمی‌خوردند و علاوه دو آیهٔ دیگر مورد استناد بود: ۱ـ آیهٔ تجارت که علامّه بدان استناد کرد ۲ـ آیهٔ اکل مال به باطل که شیخ اعظم بدان استشناد کرد (گرچه بعداً مناقشه کرد.) حال اگر مدرک خیار، این دو آیه باشد تفصیل مزبور بجا است و جا

دارد کسی بگوید اینها مال فرضی است که طرف اقدام بر معامله نکند در حالی که احتمال ضرر می‌دهد و بنابر مسامحه دارد، زیرا در غیر این صورت اکل مال به باطل است و... و اشکال دارد، امّا اگر اقدام کرد و چنین بنائی داشت دیگر اکل مال به باطل نیست تا موجب خیار و تزلزل شود. ولی این دو دلیل هم رد شد. پس وجهی برای تفصیل نیست.

قوله: والحاصل:

مسألهٔ اختصاص خیار غبن به بیع غبنی یا عمومیّت آن در مطلق معاوضات، خالی از اشکال نیست، زیرا از طرفی ادّله و شواهدی اختصاص را تأیید و تقویت می‌کنند که عبارتند از:

۱ـ اصالة اللزوم: اصل اوّلی در عقود و معاوضات لزوم است و در خروج از این اصل باید به قدر متیقّن بسنده کرد و قدر متیقّن بیع غبنی است که خیار غبن می‌آورد و در سایر معاوضات به اصل اوّلی بر می‌گردیم و در اجارهٔ غبنی و مانند آن حکم به لزوم می‌کنیم.

۲ـ عمده دلیل خیار غبن اجماع منقول به ضمیمهٔ شهرت محقّقه و محصّله است و معقد اجماع و شهرت، مخصوص بیع است و غیر بیع را شامل نیست.

۳ـ در خیار شرط نوعاً فقهاء تصریح کرده‌اند که مخصوص بیع نیست و عمومیّت دارد، حال اگر خیار غبن هم تعمیم داشت حتماً اکثر و مشهور تصریح به این مطلب کرده و متعرّض می‌شدند در حالی که تعرّضی نکرده‌اند پس معلوم می‌شود این خیار مخصوص بیع است.

قوله: و تعرّضهم:

اگر کسی بگوید: حضرات فقهاء در باب خیار مجلس این مطلب را متعرّض شدند که: خیار مجلس مخصوص بیع است ولی در خیار غبن متعرّض نشده‌اند آیا نمی‌توان این گونه استشهاد کرد که اگر خیار غبن هم اختصاصی بود حتماً متعرّض می‌شدند و از عدم تعرّض عمومیّت را استکشاف کنیم؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: تصریح به خصوصیت در خیار مجلس مفهومش این نیست که سایر خیارات عمومیّت دارند بلکه به خاطر نکتهٔ دیگری است و آن اینکه: عدّه‌ای از عامّه در برخی از افراد سایر عقود هم خیار مجلس را جاری دانسته‌اند، فقهاء امامیّه در

قبال آنها فرموده‌اند: خیار مجلس مخصوص بیع است ولی اثبات شیئی نفی ماعدا نمی‌کند و مفادش این نیست که سایر خیارات عمومیّت دارند، ممکن است سایر خیارات هم اختصاصی می‌باشند.

قوله: و من دلالة حدیث:

از طرفی هم وقتی «لاضرر» را ملاحظه می‌کنیم دلیل بر تعمیم است و بر نفی لزوم از مطلق معاملات غبنی دلالت دارد و مخصوص بیع نیست و بدین وسیله عمومیّت تقویت می‌شود. البتّه سابقاً در بیان ادلهٔ مشروعیّت خیار غبن، وقتی به دلیل «لاضرر» رسیدیم، مرحوم شیخ فرمودند: قدر مسلّم در فرضی که غابن امتناع بکند و تفاوت را بذل نکند مغبون حق دارد فسخ کند و مستقیماً صورت عدم امتناع را شامل نمی‌شد، ولی حالا اضافه می‌کنیم که: صورت عدم امتناع غابن از بذل تفاوت را با عدم قول به فصل درست می‌کنیم، زیرا فقهاء تفصیل نداده‌اند و آنها که خیار غبن را قائل شده‌اند در صورت بذل تفاوت یا امتناع از بذل هر دو را گفته‌اند، و منکرین هم هر دو را گفته‌اند و وقتی با «لاضرر» صورت امتناع درست شد، صورت عدم امتناع هم با ضمیمه عدم قول به فصل درست می‌شود. و نتیجه عمومیّت خیار غبن است و خوشبختانه فقهاء امامیّه برای اثبات کثیری از خیارات (خیار تدلیس، خیار تفلیس، خیار عیب، خیار تأخیر، خیار مایفسده لیومه، خیار غبن و...) به «لاضرر» استناد کرده‌اند و این هم عام است. در نتیجه به عقیدهٔ ما شمول خیار غبن نسبت به سایر معاوضات، خالی از قوّت نیست و ما عمومیّت را تقویت می‌کنیم.

قوله: نعم یبقی الاشکال:

تنها یک صورت باقی می‌ماند که قبلاً هم در فراز «و حکی التفصیل...» اشاره شد و آن اینکه: اگر کسی برای هدفهای خاصی که دارد (حاجت دینی یا دنیوی) حاضر می‌شود متاعی را خریداری کند و لو قیمت آن چند برابر باشد و به این جهات اعتنائی ندارد و بنای او بر مغابنه و مکایسه (فریب نخوردن و گران نخریدن یا ارزان نفروختن) نیست، ولی یقین هم به غبن ندارد و صرف احتمال است، آیا ادلهٔ خیار غبن که «لاضرر» باشد این فرض را هم شامل است یا خیر؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: شمول دلیل «لاضرر» نسبت به این مورد محلّ منع است (زیرا خودش اقدام کرده و قانون اقدام می‌گوید: کسی

ضامن نیست.) مگر از راه عدم قول به فصل، این صورت را هم داخل در «لاضرر» بکنیم (ولی مشکل است زیرا قبلاً قول به تفصیل از بعضی حکایت شد.) پس گویا تفصیل مزبور بجا و قابل قبول می‌شود و لو دلیل مفصّل که صدق و عدم صدق غبن بود صحیح نبود.

مسألهٔ پنجم: فور و تراخی:

آخرین مسأله در باب خیار غبن این است که: آیا خیار غبن بر فوری بودن بنا نهاده شده (به این معنی: اگر در اولّین فرصت ممکن پس از اطّلاع از غبن و ظهور غبن اعمال خیار کرد که بحثی نیست و اگر فسخ نکرد خیارش ساقط می‌شود)؟ یا بر تراخی مبتنی شده (به این معنی که لازم نیست به محض اطّلاع از غبن، فسخ کند بلکه تأخیر هم جایز است و می‌تواند فردا و پس فردا و... اعمال خیار کند)؟ در این رابطه سه مسلک از عبارت استفاده می‌شود:

۱ـ مسلک مشهور: آنان طرفدار فوریّت هستند و زمان خیار غبن را مضیّق و تنگ می‌دانند و دلیل آنها عبارتست از اینکه: اصل خیار داشتن و جواز فسخ و تزلزل بیع، خلاف اصل و قاعده است (اصالة اللزوم که اصل اوّلی در باب معاملات است و در آغاز مبحث خیارات بیان گردید) و در اموری که خلاف اصل باشند به قدر متیقّن بسنده می‌شود و در مازاد بر آن به اصل اوّلی رجوع می‌شود و قدر متیقّن از ثبوت خیار غبن، همان زمان ظهور غبن و علم به غبن است که قطعاً خیار دارد و ادلهٔ مشروعیّت خیار غبن، آن زمان را می‌گیرد و در مازاد بر آن (زمانهای متأخر) شک در ثبوت خیار داریم و به اصل لزوم بر می‌گردیم که مرجع ما در فرض شک است و از روز اوّل برای همین موارد شک تأسیس شده، نتیجه: خیار غبن فوری است و تأخیرش روا نیست و اگر تأخیر انداخت خیارش ساقط می‌شود.

جناب محقّق ثانی هم قول مشهور را تقریر و تأیید نموده و برای اثبات فوریّت به آیهٔ «اوفو بالعقود» استدلال کرده به این بیان: آیهٔ کریمه دارای دو عموم است:

۱ـ عموم افرادی که از جمع با الف و لام استفاده می‌شود (**العقود ای کلّ عقدٍ سواء کان بیعاً او اجارةً او صلحاً ... و اذا کان بیعاً سواء کان هذا البیع او ذاک البیع و...**).

۲ـ عموم ازمانی که از اطلاق و مقدّمات حکمت استفاده می‌شود زیرا مولی در مقام

بیان بود و نفرمود: «اوفوا بالعقود یوماً اواسبوعاً اوشهراً او الی مدّة کذا ...» و اگر وجوب وفا تا مقطع خاصّی از زمان بود حتماً قید می‌کرد، از اینکه تقیید نکرده و علی الفرض امکان تقیید بود و در یک کلام مقدّمات حکمت تمام بود، به این نتیجه می‌رسیم که مراد مولی همهٔ زمانها است یعنی وفای به هر عقدی از عقود در همهٔ زمانها تا روز قیامت واجب است و به عقیدهٔ محقّق عموم ازمانی تابع عموم افرادی است و عموم افرادی مستتبع و مستلزم عموم ازمانی است و خصوص آیهٔ کریمه که سخن از وفای به هر عقدی است بدون عموم زمانی و لزوم وفا در هر زمانی، اصل عمومیّت افرادی هم مخدوش است، زیرا اگر عموم زمانی نداشته باشد لازمه‌اش آن است که امروز به عقد وفا کند و فردا مجاز باشد که وفا نکند، و از دید عرف این وفا نکردن فردا در حقیقت بر می‌گردد به اینکه اصلاً به عقدش وفا نکرده پس صدق وفای به عقد یا صدق «المؤمنون عند شروطهم و ...» به این است که برای همیشه و در همهٔ زمانها به عقدش پای بند و وفادار باشد، و وقتی عموم ازمانی هم از آیهٔ استفاده شد و مفادش این شد که: به هر عقدی در همهٔ زمانها وفا واجب است، آنگاه خصوص فردی از افراد عام (عقد غبنی) در زمانی از ازمنه (آن زمانی که علم به غبن پیدا کرد) به دلیل خاص (ادلهٔ خیار غبن از اجماع و لاضرر) از عموم آیه خارج شد ولی شک داریم که آیا این فرد برای همیشه از عموم آیه خارج شده یا در زمان خاصی خارج شده و در مازاد بر آن یعنی زمانهای بعدی در تحت عموم آیه باقی است؟ محقّق ثانی فرموده: نسبت به مازاد از اصالة العموم استفاده کرده و به عموم ازمانی آیه تمسّک می‌کنیم و می‌گوئیم: وفا واجب است و حق فسخ ندارد و این همان فوریّت است که مدّعای ما بود.[1]

۲ـ در مقابل مشهور مسلک جماعتی تراخی است و فوریّت را انکار می‌کنند و دلیل آنها استصحاب بقاء خیار غبن است: زمانی که علم به غبن پیدا کرد خیار غبن هم آید و پس از آن نسبت به زمانهای بعدی (فرداها و پس فرداها) شک در بقاء پیدا می‌کنیم و ارکان استصحاب تمام است از استصحاب بقاء استفاده می‌کنیم و نتیجه جواز تأخیر است.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۸.

۳ـ صاحب ریاض چنین فرموده: اگر مدرک خیار غبن اجماع باشد نتیجه تراخی است زیرا اجماع دلیل لبّی است و قدر متیقّن زمان ظهور غبن را شامل می‌شود و حکم به خیار می‌کند و نسبت به زمانهای بعدی ساکت است و شک در بقاء خیار پیدا می‌شود و به برکت استصحاب بقاء، حکم به تراخی می‌شود. و اگر مدرک خیار غبن قانون «لاضرر» باشد نتیجه فوریّت است زیرا قانون نفی ضرر حکم ضرری را بر می‌دارد و دائر مدار ضرر است و علی الفرض با همان زمان ظهور غبن و تمکّن از فسخ (چون در فسخ اشها دو غیره معتبر نیست و بلافاصله می‌تواند رجوع کند و فسخ نماید.) دفع ضرر میسور شد و اگر فسخ نکرد و دفع ضرر ننمود خودش مقصّر است و گویا بر ضرر خویش اقدام نموده است و چنین فرضی مشمول «لاضرر» نیست پس نتیجه فور است نه تراخی.[۱]

قوله: اقول و یمکن الخدشه:

مرحوم شیخ در تمام چهار مطلب مذکور (مسلک مشهور دو دلیل داشت و به ضمیمه دلیل قول دوّم و مسلک صاحب ریاض، چهار مطلب می‌شود.) قابل مناقشه است و یک یک بیان می‌کنیم:

امّا دلیل مشهور: همه جا که جای اکتفا به قدر متیقّن و مراجعه به اصل اوّلی در مازاد مشکوک نیست، اگر دلیل خاصّی (اجتهادی باشد یا فقاهتی فرقی ندارد.) بر حکم خلاف اصل نداشتیم و مجرّد شک بود جای رجوع به اصل اوّلی است ولی در اینجا دلیل خاص داریم و آن استصحاب بقاء خیار غبن است که در قول دوّم مطرح شد و با وجود آن نوبت به اصل اوّلی (اصالة اللزوم) نمی‌رسد.

و امّا فرمایش محقّق ثانی و استدلال ایشان به عموم ازمانی آیه: ابتدا یک بحث کبروی و کلّی می‌کنیم و سپس آن را بر ما نحن فیه تطبیق می‌کنیم و اینجا را صغرای آن کبرای کلّی قرار می‌دهیم، امّا بحث کلّی: معنای عموم ازمانی آن است که حکم در همهٔ زمانها ثابت است و تا دامنهٔ قیامت ادامه دارد (چنانکه معنای عموم افرادی آن است که حکم برای همهٔ افراد عام ثابت است.) ولی سخن در این است که آیا زمانها ظرف ثبوت

---

۱. ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۲۵.

حکم می‌باشند یعنی یک حکم است که در تمام زمانها ثابت است و زمانها ظرف ثبوت حکم می‌باشند یعنی یک حکم است که در تمام زمانها ثابت است و زمانها صرفاً ظرف تداوم همان حکم اوّلی می‌باشند و بستر مناسبی هستند برای استمرار آن حکم (به گونه‌ای که اگر بر فرض محال می‌شد زمانها را از حکم یا موضوعش جدا کنیم و تجرید نمائیم، خود حکم واحد مطلوب مولی بود و زمانها نقشی نداشتند.)

یا اینکه زمانها قید ثبوت حکم هستند یعنی موضوع حکم در هر زمانی از ازمنه حکم مستقلّ و جدائی دارد و همانطوری که در عام افرادی استغراقی و انحلالی وجوب اکرام (مثلاً) برای هر فردی از افراد عالم جداگانه واجب است و به تعداد هر فردی اطاعت و عصیان و ثواب و عقاب مطرح است (افراد عرضی) همین طور هر فرد هم در هر زمانی از ازمنه حکم جدائی دارد و به تعداد هر زمان اطاعت و عصیان دارد (افراد طولی) و زمانها مُکثّر موضوع هستند و موضوع مقیّد به این زمان (اکرام زید در روز جمعه مثلاً) با موضوع مقیّد به زمان دیگر (اکرام زید در روز شنبه مثلاً) غیر از یکدیگر و دو چیز می‌باشند؟

اگر زمانها ظرف باشند نتیجه آن است که چنانچه فردی از افراد عام در زمانی از ازمنه از تحت عام اخراج و استثناء شد و ما نسبت به زمانهای بعدی شک کردیم همان حکم خاص استصحاب می‌شود و جای تمسّک به عام و اجراء اصالة العموم نیست.

مثال: دلیل عام می‌گوید: هر ربائی حرام است و ظاهرش این است که این حرمت برای افراد ربا (ربا بین پدر و پسر، زوج و زوجه، بایع و مشتری و...) در همهٔ زمانها تا قیامت استمرار دارد و زمانها ظرف استمرار حرمت هستند، حال اگر دلیل خاص آمد و گفت: میان والد و ولد ربائی نیست (کنایه از اینکه حرام نیست و حلال است.) و ما شک کردیم که آیا این حلیّت مالِ مقطع خاصّی از زمان است؟ یا برای همیشه و تا قیامت این فرد از ربا حرام نیست و حلال است؟

اینجا از استصحاب حکم خاصّ یعنی حلیّت استفاده می‌کنیم که ارکانش تمام است و جای تمسّک به عام نسبت به ازمنهٔ مشکوکه نیست، زیرا اصالة العموم در دو جا پیاده می‌شود: ۱ـ در شک در اصل تخصیص ۲ـ در شک در تخصیص زائد، و در مثال مزبور هیچ کدام تحقّق ندارد، زیرا اصل تخصیص که فرضاً مسلّم است و یقیناً فرد مذکور

استثناء شده و شک در تخصیص نداریم، همچنین شک در تخصیص زائد هم نداریم زیرا اگر فرد مذکور تا قیامت هم از عام خارج باشد یک تخصیص بیشتر نیست و زمانها ظرف همان حکم عام یا خاصّ هستند و تخصیص زیادتری پیش نمی‌آید تا جای عام باشد، بنابر این در چنین موردی جای تمسّک به استصحاب حکم خاص است، ضمناً حتّی اگر استصحاب مذکور هم مبتلا به مانع شود (فی المثل چون در حکم تکلیفی عدّه‌ای آن را جاری نمی‌دانند، یا چون در حکم کلّی است عدّه‌ای جاری نمی‌دانند، یا چون از قبیل شک در مقتضی است جاری نیست، یا چون موضوع عوض شده استصحاب جاری نمی‌شود و...) باز جای اصالة العموم نیست زیرا دو مورد تمسّک به عام را ذکر کردیم و اینجا هیچ کدام تحقّق ندارد تا جای استناد به عام باشد و باید به اصل دیگری از قبیل: اصالة الحلیّة، اصالة البرائة و مانند آن مراجعه شود.

و امّا اگر زمانها قیدیّت داشته باشند و هر زمانی فرد جدا و دارای حکم جداگانه باشد، فی المثل مولی به عبدش فرموده: «اکرم کل عالم فی کل یوم» یا «اکرم زیداً فی کلّ یوم» (فلسفهٔ دو مثال این است که: گاهی عام هم افرادی هست و هم زمانی مثل مثال اوّل، گاهی عام افرادی هست ولی ازمانی نیست مثل «اکرم العلماء یوم الجمعه» که همهٔ افراد عالم را شامل است ولی زمان اکرام فقط جمعه است نه زمانهای بعد، و این فعلاً مورد بحث ما نیست. و گاهی عام ازمانی هست ولو افرادی نیست مثل: «اکرم زیداً فی کلّ یوم» و این هم مورد بحث ما می‌تواند باشد.) و ظاهرش عام انحلالی است یعنی هر فردی از افراد عالم جدا جدا در هر روزی از روزها جدا جدا وجوب اکرام دارند، بنابر این هر روز مستقلاً دارای حکم است. آنگاه اگر فرض کردیم فردی از افراد عالم (مثلاً زید) در زمانی از ازمنه (مثلاً روز جمعه) از تحت عام مزبور استثناء شد و اکرام زید در روز جمعه واجب نبود و نسبت به روزهای بعد شک کردیم که باز هم اکرامش واجب نیست و استثناء شده؟ یا روزهای دیگر در تحت عام باقی هستند؟

اینجا نسبت به قدر متیقّن (روز جمعه) به دلیل خاص عمل می‌شود و در مازاد مشکوک (روز شنبه جدا، یکشنبه جدا و...) جای مراجعه به استصحاب حکم خاص نیست بلکه جای استفاده از عموم عام است زیرا شک ما در تخصیص زاید است (چون هر روز که خارج شود تخصیص دیگری برای عام است.) و در چنین موردی جای اصالة

العموم است، و حتّی اگر به دلایلی از اصالة العموم نتوانیم استفاده کنیم (فی المثل مخصّص مجمل بود و اجمال آن به عام سرایت کرد و سبب اجمال عام گردید و آن را از قابلیّت تمسّک انداخت) باز هم جای استصحاب حکم خاص نیست، زیرا در استصحاب وحدت قضیّهٔ متیقّنه و مشکوکه لازم است و در اینجا متیقّن فرد مستقلّی بود (روز جمعه) و مشکوک فرد دیگر و موضوع جداگانه و حکم مستقلّی دارد و در اینگونه موارد حکم موضوعی را به موضوع دیگر کشاندن نامش استصحاب نیست بلکه نامش قیاس است که در فقه شیعه از محرّمات است (و حرمت آن از ضروریّات مذهب ما است).

نتیجه: معیار این شد که در عموم ازمانی، زمانها ظرفیّت داشته باشند تا عند الشک فقط مجرای استصحاب حکم خاص باشد نه جای تمسّک به عموم عام، و یا قیدیّت داشته باشند تا عند الشک فقط مجرای اصالة العموم باشد و بس.

قوله: نعم لو فرض:

این فراز در واقع عِدل قول مصنّف: «فان اراد به....» می‌باشد که تا اینجا فرض ظرف بودن زمان را مطرح کردند و از «نَعَمْ» به بعد فرض قیدیّت را بیان می کنند و ما هر دو را توضیح دادیم.

قوله: کما انّ فی الصورة الاولی:

این جمله از بقایای صورت اوّل (ظرف بودن زمانها) است و ما در پایان همان صورت توضیح دادیم و نیازی به اعاده نیست.

قوله: ثم لا یخفی:

به نظر ما مناط فرق میان دو صورت این شد که در یکی از زمانها ظرفیّت دارند و در دیگری قیدیّت دارند، و هر صورتی حکم خاص خود را داشت، حال عموم ازمانی گاهی اطلاقی است یعنی از راه اطلاق و مقدّمات حکمت ثابت می‌شود فی المثل شارع فرموده: «الخمر حرام» ولی زمان آن را بیان نکرده و ما از راه مقدّمات حکمت نتیجه می‌گیریم که این حرمت برای همیشه و در همهٔ زمانها ثابت است، در مثال: «**کلّ رباً حرامٌ**» و در مثال «**اوفوا بالعقود**» نیز مطلب چنین است. وگاهی وضعی و لغوی است یعنی کلمه‌ای وجود دارد که از نظر وضعی و لغوی برای عموم زمانی وضع شده است مثلاً

فرموده: «**اکرم کل عالم فی کل یوم**» که کلمهٔ «کلّ یوم» برای عموم زمانی وضع شده یا فرموده: «**اوفوا بالعقود دائماً**» یا «**ابداً**» و مانند آن کلمهٔ «دائماً» یا «ابداً» برای عموم ازمانی وضع شده است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از نظر ما فرقی ندارد که عموم ازمانی اطلاقی باشد یا وضعی و لغوی باشد، ملاک فرق همان است که ما گفتیم: اگر زمانها ظرف باشند چه از اطلاق فهمیده شوند و چه از عموم وضعی و لغوی مطلب یکی است که در شکّ در زمانها بعدی جای استصحاب است نه جای عموم عام، و اگر زمانها قیدیّت داشته باشند باز چه از اطلاق فهمیده شوند و چه از وضع و لغت فرقی ندارد و در شکّ نسبت به زمانهای بعدی جای استصحاب نیست و جای عموم عام است به همان دلیلی که قبلاً در دو صورت مزبور ذکر شد.

قوله: و بذلک یظهر:

فراز قبلی زمینه سازی برای این فراز بود و آن اینکه: محقّق ثانی از عموم ازمانی آیهٔ «اوفوا بالعقود» استفاده کرد و فوریّت را نتیجه گرفت به بیانی که ذکر شد. صاحب جواهر در مقام دفع کلام محقّق ثانی فرموده: آیهٔ «اوفو بالعقود» اگر عام بود (کلمهٔ دائماً یا ابداً یا کل یوم و... داشت) جا داشت که نسبت به زمانهای بعدی از عموم عام استفاده کنید و نوبت به استصحاب نرسد ولی این جمله عام نیست بلکه مطلق است و بر اصل طبیعت دلالت دارد و نسبت به همهٔ زمانها عموم ندارد و وقتی نسبت به ازمنهٔ متأخّره ساکت بود، از استصحاب بقاء حکم خاص استفاده می‌کنیم و استصحاب با آیه تنافی پیدا نمی‌کند و نتیجه تراخی است نه فور.[1]

مرحوم شیخ می‌فرماید: از تمهید قبلی فساد سخن جواهر روشن شد زیرا دانستیم که: مطلق یا عام بودن فرقی ندارد، عموم ازمانی هم اطلاقی باشد یا وضعی و لغوی فرقی ندارد و ملاک آن است که زمانها ظرف باشند یا قید

قوله: الّا ان یدّعی:

مگر منظور صاحب جواهر از مطلق بودن این باشد که همیشه عموم ازمانی اطلاقی از

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۴۴.

نوع اوّل است یعنی زمانها در آن ظرفیّت دارند و عموم ازمانی وضعی از نوع دوّم است که زمانها قیدیّت دارند، اگر منظورش این باشد به همان ملاکی که ما ذکر کردیم بر می‌گردد و اگر جز این باشد همان اشکال را دارد که ذکر کردیم و قابل قبول نیست.

قوله: فقد ظهر ایضاً:

جناب علّامه بحر العلوم در مصابیح فرموده: در علم اصول این مطلب به ثبت رسیده که گاهی استصحاب حکم خاصّ، مخصِّص عموم عام می‌شود و توسّط استصحاب، عموم عام تخصیص می‌خورد و برای این مطلب به صورت اوّل از دو صورت مذکور در ما نحن فیه مثال زده که زمانها ظرف باشند و وجوب وفا به عقد یا لزوم عقد، حکم واحدی است که در همهٔ زمانها استمرار دارد و عموم ازمانی دارد و وقتی فردی از افراد عام در زمانی از ازمنه (مثلاً عقد غبنی در زمان ظهور غبن) از عموم عام استثناء شد نسبت به زمانهای بعد هم استصحاب بقاء حکم خاص جاری می‌شود و بدین وسیله عموم ازمانی عام تخصیص می‌خورد (و در واقع عموم عام نیز قابل جریان است ولی استصحاب خاص مانع می‌شود و جلوی جریان آن را می‌گیرد.)

مرحوم شیخ می‌فرماید از بحثهای گذشته روشن شد که این سخن ناتمام است زیرا اساساً مورد رجوع به استصحاب با مورد رجوع به عام متفاوت است، آنجا که جای رجوع به عام بود (زمانها قید باشند) اصلاً جای استصحاب نبود تا مخصص عام باشد یا نباشد، و آنجا که جای رجوع به استصحاب حکم خاص بود (زمانها ظرف باشند) اصلاً جای عموم عام نبود تا سخن از معاوضه و ممانعت یکی از دیگری باشد، حتّی اگر استصحاب هم جاری نباشد عام جاری نیست به بیانی که مبسوطاً گذشت.

قوله: اذا عرفت:

بحثهائی که تا به حال در جواب محقّق ثانی آوردیم، بحثهای کلّی و کبروی بود، و اینک بحث صغروی یا تطبیق این مطالب بر ما نحن فیه: آیا عموم ازمانی که از اطلاق آیهٔ «اوفو بالعقود» مستفاد می‌شود (مقدّمات حکمت نتیجه‌اش همین عمومیّت است زیرا مولی در مقام بیان بود و می‌توانست مقطع خاصّی را قید کند و بگوید تا فلان زمان وفا واجب است ولی قید نکرد، پس معلوم می‌شود که زمان خاصّی دخالت ندارد و برای همیشه وفا واجب است) از نوع قسم اوّل است یعنی یک وجوب وفا است که استمرار دارد و

زمانها ظرف استمرار آن حکم هستند؟ یا صدها و هزاران وجوب وفا است، و به تعداد هر زمانی یک وجوب وفائی در کار است؟

به عقیدهٔ شیخ اعظم عموم آیه نسبت به زمانهای آینده از نوع اوّل است و یک وجوب وفا است که استمرار دارد و مفاد آیه این است که هر عقدی از عقود (بیع باشد یا صلح و...، بیع زید باشد یا بکر و...) برای همیشه وجوب وفا دارد و باید به آن عقد وفادار بمانیم، حال اگر به دلیل خاصّی فردی از این عقود از عموم آیه خارج شد (مثل عقد غبنی) و وجوب وفا نداشت و شک کردیم که آیا یک آن (زمان ظهور غبن) وجوب وفا ندارد یا برای همیشه وجوب وفا ندارد و جایز است؟ اینجا اگر بگوئیم: برای همیشه هم خارج شده یک تخصیص بیشتر نخواهد بود و لذا خروج در آن ثانی و ثالث موجب تخصیص زائد نمی‌شود تا در شک در تخصیص زاید از عموم عام استفاده کنیم، بنابراین جای اصالة العموم نیست و جای استصحاب حکم خاص (خیار داشتن، جواز و تزلزل) است (نظیر استثناء عقود جایز با لذات مثل هبه و وکالت و... که از روز اوّل برای همیشه از عموم «اوفو بالعقود» خارج شده‌اند، و هر عقد جایزی یک تخصیص برای عام شمرده می‌شود، نه اینکه به تعداد زمانها صدها و هزاران تخصیص شمرده شود.) حتّی اگر به دلایلی که در فراز بعدی خواهیم آورد در ما نحن فیه استصحاب بقاء خیار جاری نشود باز جای مراجعه به عموم «اوفوا بالعقود»، نیست بلکه به اصل اولی در معاملات بر می‌گردیم که اصالة اللزوم باشد، البته نه اصل لزومی که با عمومات «اوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و... ثابت شده تا بگوئید: اینها فعلاً محلّ مناقشه است و عین متنازع فیه است، بلکه اصالة اللزومی که با استصحاب لزوم و مانند آن ثابت می‌گردد که مبسوطاً در اوّل خیارات گذشت. در نتیجه باید حکم به تراخی و جواز تأخیر نمائیم.

قوله: و امّا استناد القول:

در برابر مشهور کسانی طرفدار تراخی بودند و دلیلشان استصحاب بقاء خیار بود. (البته استصحاب جواز عقد انسب است، زیرا خیار حق است نه حکم و فعلاً سخن از استصحاب حکم شرعی است) خدشه‌ای که شیخ اعظم به این استدلال دارند آن است که: در استصحابات حکمیّه، موضوع باید محرز باشد وگرنه جای استصحاب نیست و کشاندن حکم موضوعی به موضوع دیگر قیاس می‌شود. آنگاه اگر استصحاب در

موضوع حکم جاری شود (مثل خمریّت مایع، عدالت زید و...) موضوع همان موضوع است و طرف صبح یقینی بود و الان مشکوک البقاء است و همان که متیقّن بود فعلاً مشکوک است البتّه زمانشان فرق دارد ولی زمان ظرف است و موضوع خود حیات زید است و استصحاب جاری است.

ولی اگر استصحاب در خود حکم جاری شود، گاهی حکم شرعی (که در زمان سابق متیقّن بود) مستفاد از دلیل لفظی (آیات و روایات) است مثلاً دلیل می‌گوید: «صلوة الجمعة واجبة» اینجا اگر در زمان حضور معصوم وجوب جمعه مسلّم بود و در زمان غیبت شک کردیم باز موضوع که نماز جمعه باشد محرز است و استصحاب حکم جاری است و چون دلیل ما لفظی است و ظهور یا صراحت دارد احراز و تشخیص موضوع آسان است.

وگاهی حکم شرعی مستفاد از دلیل لبّی (اجماع مثلاً) است این نیز دوگونه است: گاهی شکّ ما در رافع است و اصل اقتضاء و استعداد و قابلیّت حکم برای بقاء محرز است مثل طهارت، نجاست، ملکیّت، زوجیّت، وجوب، حرمت و... که وقتی محقّق شدند قابلیّت دارند که تا ابد بمانند مگر رافعی بیاید و آنها را بردارد، نسبت به این امور هم استصحاب بقاء جاری می‌شود چون موضوع محرز است، یا وحدت قضیّه متیقّنه و مشکوکه محرز است.

وگاهی شک ما در اصل مقتضی است که فلان شیئی بیش از این قابلیّت بقاء دارد یا نه؟ مثل جواز عقد غبنی یا خیار غبن که مردّد است که فوریّت دارد و بیش از زمان اوّل اقتضای بقاء ندارد یا تراخی دارد؟ در اینجا هم دو صورت متصوّر است:

گاهی مثل مشهور در تشخیص و احراز موضوع بنا را بر مسامحه گذاشته و پاره‌ای از قیود و خصوصیات را که محتمل الدخالة هستند ندیده می‌گیریم، فی المثل می‌گوئیم: موضوع برای خیار غبن، شخص مغبون یا شخص متضرّر است و این موضوع در زمان اوّل (زمان ظهور غبن) بود در زمان ثانی هم اگر اعمال خیار نکند باز همین موضوع هست و اگر در بقاء حکمش شک کردیم استصحاب بقاء خیار جاری می‌شود.

ولی گاهی بنا را بر تدقیق و دقّت عقلی گذاشته و می‌گوئیم: باید به دقت عقلی موضوع محرز باشد و دقّت عقلی تمام قیود را لحاظ می‌کند آنگاه کار استصحاب مشکل

می‌شود زیرا شاید موضوع خیار غبن شخص متضرّری بود که عاجز بود از تدارک ضرر خودش و لو لاثبوت الخیار قدرت تدارک نداشت و وقتی در زمان ظهور غبن خیار آمد، او متمکن شد و موضوع عوض شده پس جای استصحاب نیست بلکه قیاس کردن است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما در علم اصول تحقیق کرده‌ایم که باید موضوع به دقّت عقلی احراز شود و در ما نحن فیه محرز نیست و لذا استصحاب بقاء خیار جاری نمی‌شود. (البتّه هم مرحوم شهیدی و هم مرحوم سید در حاشیه به شیخ اعتراض کرده‌اند که: این خلاف مبنای اصولی شما است که در آنجا ملاک را در تشخیص موضوع عرف قرار داده‌اید نه دقّت عقلی ولی در اینجا سخن از دقّت عقلی به میان آوردید.)

قوله: و امّا ما ذکره:

صاحب ریاض فرمود: اگر مدرک خیار غبن «اجماع» باشد جای استصحاب خیار است و اگر «لاضرر» باشد جای حکم به فوریّت خیار و عدم جواز تراخی و عدم استصحاب است... مرحوم شیخ می‌فرماید: اینکه مدرک «اجماع» باشد یا «لاضرر» موجب فرق نیست بلکه مناط فرق همان است که ما گفتیم: اگر در احراز موضوع بنابر مسامحهٔ عرفی باشد در ما نحن فیه استصحاب خیار جاری می‌شود مطلقاً (چه مدرک اجماع باشد یا لاضرر) و اگر دقت عقلی ملاک باشد استصحاب جاری نمی‌شود مطلقا.

اتّفاقاً فرزند صاحب ریاض، جناب سیّد مجاهد در مناهل به همین مطلب اعتراف کرده که اگر مدرک «لاضرر» هم باشد قابل استصحاب است به این دلیل که شاید حدوث ضرر کافی باشد در حدوث و بقاء حکم خیار (و این جز بر مبنای مسامحهٔ عرفی نیست[1] البته در قبال احتمال مذکور این احتمال می‌آید که: حدوث ضرر علّت حدوث خیار، و بقاء آن علّت بقاء باشد و مادام متضرّراً خیار باشد و حدوث کافی نیست که هم علّت محدثه باشد و هم علّت مبقیه.)

قوله: الّا ان یدعّی:

مگر منظور صاحب ریاض هم این باشد که اگر مدرک خیار «لاضرر» بود، موضوع

---

۱. مناهل، ص ۳۲۷.

متضرّر عاجز است و بعداً قادر و متمکن شده و موضوع عوض شده و لذا جای استصحاب نیست که اگر این شده مقصود ایشان همان مقصد ما است.

قوله: ثم انّه بنی:

مرحوم شیخ علی کاشف الغطاء در خیاراتش مسألهٔ فوریت و تراخی را مبتنی کرده بر اینکه از آیهٔ «اوفوا» چه مطلبی فهمیده شود؟ دو مبنا یا احتمال در آیه داده:

۱ـ مفاد آیه استمرار لزوم و وجوب وفا باشد همانطوری که عموم افرادی دارد عموم زمانی هم داشته باشد «**أفوا بکل عقد دائماً و ابداً و فی کل زمانٍ**» و دو دلیل هم برای این احتمال از کلام کاشف فهمیده می‌شود:

الف: قطعاً مراد آیه وفای به عقد در یک آناً، نیست بلکه مراد وفای به عقد است دائماً (منظور آن است که آیه از حیث زمان اطلاق دارد و مقدّمات حکمت نتیجه‌اش دوام و استمرار ست.)

ب: مشهور نیز همین را فهمیده‌اند به این بیان که آیه می‌گوید: وفای به عقد واجب است و وفا به عقد یعنی عمل به مقتضای عقد و پایبندی به مفاد آن، و مفاد عقد، هم از نظر متفاهم عرفی و هم اساس نیّت و قصد متعاقدین دوام و استمرار است (بعت و اشتریت مفادش تملیک دائمی است نه موقتی) پس از آیه، استمرار حکم مستفاد است و معنای آیه این است: هر عقدی از عقود واجب الوفا است دائماً و برای همیشه، آنگاه اگر دلیل خاصی بر جواز و تزلزل نیامد و عموم آیه تخصیص نخورد که بحثی نیست ولی اگر دلیل خاصی بر خیار و تزلزل دلالت کرد از سه حال خارج نیست:

الف: دلیل خاصّ به زمان ماضی یعنی همان لحظه ظهور غبن است و آینده و زمانهای بعد را شامل نیست.

ب: دلیل از این لحاظ اهمال دارد یعنی نه در مقام بیان خصوص زمان ظهور غبن است و نه در مقام بیان عموم زمانها تا آخر است.

ج: دلیل از این لحاظ اطلاق دارد و همهٔ زمانها را می‌گیرد، نسبت به شقّ سوّم بحثی نیست و باید به خاص عمل کرد ولی نسبت به دو قسم قبلی فرض این است که شمول دلیل خاص نسبت به زمانهای بعدی مسلّم نیست و عموم عام «اوفوا بالعقود» به حال خود باقی است و برای زمانهای بعدی به عام تمسّک می‌کنیم

(بعداً مرحوم شیخ به این بخش اعتراض خواهند کرد که نتیجه این فرمایشات رجوع به عموم نیست زیرا حکم عام یک حکم مستمر بود و با آمدن خاص، قطع شد و اگر هم شک کردیم جای رجوع به استصحاب و طرح عموم عام است نه جای مراجعه به عام، آری اگر زمانها قید بود جای رجوع به عام بود ولی علی المشهور زمانها ظرفند.)

سپس کاشف الغطاء نظیری آورده و آن باب وجوب قصر بر مسافر است: می‌دانیم که در سفر قصر واجب است و این یک حکم عام است که از آن مواردی خارج شده، منجمله: اگر کسی در مکانی ده روز قصد اقامه داشت در حق وی قصر واجب نیست و وظیفه اتمام است، یا اگر سی روز در مکانی مردّد ماند از روز سی و یکم قصر نیست و اتمام است، یا اگر سفر معصیت بود مادامی که چنین است نماز تمام است، یا اگر در طلب گمشده قسمت قسمت راه می‌رود تا بیست فرسخ هم برود قصر واجب نیست ولی از وقتی که از معصیت بودن خارج شده از نیّت اقامه عشره به در آمد و... به عموم عام بر می‌گردیم. ما نحن فیه هم از این قبیل است و نتیجه فوریّت است.

۲ـ قوله: او انّ اللزوم:

یا اینکه مفاد آیه اصل وجوب وفا به عقد واصل لزوم است و همین اندازه می‌فرماید: عقدی که انجام دادید برای یک آن وفا کنید و فسخ نکنید و اطلاق ندارد که همهٔ ازمنه را بگیرد و لذا نسبت به زمانهای آینده ساکت است (در مقام بیان نیست و مقدمات حکمت ناتمام است.) از آن ثانی پس از عقد استصحاب بقاء ملکیّت و لزوم جاری می‌شود تا وقتی که غبن ظاهر شد و به دلیل خاص خیار غبن آمد و طرف هم فسخ نکرد، باز زمان ثانی پس از ظهور غبن پیش می‌آید و اینجا است که دو استصحاب تعارض می‌کنند: یکی از استصحاب لزوم که از قبل جاری بود و دیگری استصحاب خیار که از حالا و پس از ظهور غبن جاری می‌شود و تعارض می‌کند و استصحاب خیار مقدّم بر استصحاب لزوم است، زیرا شک در بقاء لزوم و عدم آن مسبّب از شک در بقاء خیار و تزلزل است و با وجود اصل سببی نوبت به اصل مسبّبی نمی‌رسد و نتیجه تراخی است.

(مرحوم شیخ بعداً به این بخش هم اعتراض دارند که: مضافاً به بطلان اصل مبنی که خود کاشف هم رد خواهد کرد، بناء هم باطل است یعنی در آن ثانی و ثالث پس از عقد، برای اثبات لزوم نیازی به استصحاب لزوم نداریم تا سخن از معاوضه و تقدم استصحاب

دیگر باشد، اگر چه استصحاب لزوم یکی از ادلهٔ لزوم عقود است ولی در اوّل خیارات گذشت که همگان متفّقاً (چه فوریّون و چه طرفداران تراضی) دلایل لزوم را عمومات «اوفوا بالعقود»، «المؤمنون عند شروطهم» و... می‌دانستند و منحصر به استصحاب لزوم نبود تا شما آن اشکال را بفرمائید.)

در پایان هم کاشف الغطاء از دو مبنای مذکور مبنای اوّل را تقویت کرده به این دلیل که: قبلاً عقدی حادث شد که علّت تامّهٔ لزوم و وجوب و فا بود و بدنبال آن لزوم و ملکیّت حادث شد (حادث سابق)، پس از مدتی هم که ظهور غبن شد خیار غبن حادث شد (حادث جدید) آنگاه اگر به مجرّد حدوث خیار غبن، علّت سابقه یعنی عقد زائل شود و از بین برود (خود به خود منفسخ شود) البته معلول عقد هم که لزوم باشد می‌رود و حکم به عدم اعتبار و ارزشمند بودن حادث سابق (لزوم می‌شود و جای استصحاب خیار است.

ولی حق این است که به محض حدوث خیار، عقد نابود نشده بلکه باقی است و لو متزلزل شده، اگر باقی است پس معلومش هم که ملکیّت و لزوم باشد باقی است و اگر در آن اوّل اعمال خیار نکرد نسبت به آنات بعدی مرجع ما اطلاق یا عموم آیه است نه استصحاب خیار و با وجود دلیل اجتهادی جای مراجعه به اصل نیست.

(این فراز نیز از دیدگاه شیخ اعظم قابل مناقشه است زیرا وقتی عموم استمراری شد و حکم واحد مستمر بود و زمانها ظرف بود و بعداً به دلیل خاص این استمرار قطع شد، پس از آن جای مراجعه به عام نیست بلکه استصحاب حکم خاص جاری است حتّی اگر استصحاب مشکل داشته باشد باز نوبت به عام نمی‌رسد.)

قوله: و لا یخفی انّ:

اشکال شیخ اعظم به بخش اول کلام کاشف الغطاء است که در دنبال همان بخش میان پرانتز آوردیم.

قوله: و امّا ذکره اخیراً:

اشکال شیخ به بخش دوّم کلام کاشف است که در دنبال همان بخش ذکر شد و نیازی به اعاده نیست.

قوله: ثم انّه قد علم:

تا به حال آراء قوم و ادلّه و مبانی بزرگان را در مسأله فور و تراخی در باب خیار غبن، آوردیم و اینک مختار خود شیخ اعظم: ایشان هم مثل مشهور طرفدار فوریّت است به این دلیل که: از طرفی به عقیدهٔ ما نسبت به زمان ثانی و ثالث و... (زمان اول، زمان ظهور غبن است) جای تمسّک به عموم «اوفوا بالعقود» نیست (تا کسی بگوید: با وجود دلیل اجتهادی نوبت به اصل عملی نمی‌رسد) و سرّ مطلب کراراً ذکر شد که در هر کجا که حکم واحدی در ظرف زمانها استمرار و دوام دارد و پس از مدّتی به دلیل خاصّی قطع می‌شود، از آن پس اگر هم شک در بقاء و ارتفاع آن داشته باشیم جای تمسّک به عموم عام نیست بلکه جای استصحاب حکم خاص است و....

از طرف دیگر کسی بگوید: حالا که نوبت به عام نمی‌رسد از استصحاب حکم خاص یعنی بقاء جواز و تزلزل در عقد غبنی استفاده کرده و فتوا به تراخی می‌دهیم، جای این سخن هم نیست زیرا مفصّلاً بیان شد که در استصحاب حکمی باید موضوع محرز باشد و در ما نحن فیه محرز نیست زیرا شاید موضوع حکم به جواز و تزلزل، در نظر شارع مقدس شخص متضرّری است که عاجز از تدارک است و به محض ثبوت خیار در زمان ظهور غبن، این عنوان عوض می‌شود و شخص متمکّن جای او را می‌گیرد و صدق می‌کند که: «فلانٌ صار متمکّناً»، و واضح است که با تغییر موضوع جای استصحاب نیست و جای قیاس باطل و محرّم است، پس ما به کدامین دلیل فتوا به فور می‌دهیم؟

دلیل ما یک اصل عملی دیگر است و آن اصالة فساد الفسخ، اصل عدم ترتّب اثر بر فسخ، اصل بقاء آثار عقد (ملکیّت) است. بیان ذلک: در زمان ثانی پس از ظهور غبن اگر فسخ کرد آیا فسخ او صحیح و مؤثر است یا فاسد و بی اثر؟ اصالة الفساد یعنی اصل عدم ترتب اثر جاری می‌کنیم (اصل سببی) یا اگر هم نشد اصل بقاء ملکیّت جاری می‌شود)

اصل مسبّبی است زیرا بقاء ملک و ارتفاع آن مسبب از صحّت و تأثیر و عدم تأثیر فسخ است) البتّه کسی نگوید شک ما در تأثیر فسخ در آن ثانی حالت سابقه دارد که در آن اوّل (لحظهٔ ظهور غبن) فسخ حتماً صحیح و مؤثر بود و در آن ثانی به بعد هم استصحاب بقاء تأثیر و صحّت جاری می‌کنیم، این استصحاب جاری نیست زیرا تعبیر

دیگری از همان استصحاب الخیار است که قبلاً ریشه کن شد و لذا نوبت به عدم تأثیر و فساد و بقاء ملک می‌رسد، و اگر گفتیم: بر فرض که در آن ثانی فسخ هم بکند باز ملکیّت باقی است این بدان معنا است که فسخ اثر ندارد و اگر اثر ندارد پس لزوم ثابت می‌گردد امّا از این جهت (به برکت اصل) نه از جهتی که محقّق ثانی می‌گفت که عموم «اوفوا بالعقود» باشد.

قوله: و هذالیس:

اگر کسی بگوید: به همان بلائی که استصحاب خیار مبتلا بود که موضوعش محرز نبود و جاری نشد. استصحاب بقاء ملک هم مبتلا است زیرا نمی‌دانیم که بیش از این اقتضای بقاء دارد یا با فسخ در زمان ثانی مرتفع شد؟ پس قابل جریان نیست.

در پاسخ می‌فرماید: آنجا از قبیل شک در مقتضی بود ولی در ما نحن فیه شک در رافع است چون ملکیّت وقتی آمد قابلیّت بقاء تا قیامت مست را دارد و فسخ می‌خواهد رافع باشد پس موضوع محرز است و استصحاب بقاء ملکیّت جاری می‌شود. و ما نحن فیه نظیر استصحاب بقاء طهارت پس از خروج مذی (آبی که در اثر ملاعبه با زوجه از آدمی خارج می‌شود) است که موضوع همان طهارت است و شک ما در رافعیّت موجود (مذی) است و استصحاب طهارت جاری می‌شود.

قوله: مضافا الی ما:

بعضی‌ها برای اثبات فوریّت از راه دیگری وارد شده‌اند و آن اینکه: جواز تأخیر خیار غبن منجر می‌شود به ضرر من علیه الخیار (شخص غابن) و لا ضرر این جواز را بر می‌دارد و حکم به فوریت و عدم جواز تأخیر می‌کنند. (و اختصاص به اینجا ندارد در موراد مشابه اینجا نیز مطلب همین است مثلاً در بیع فضولی، نکاح فضولی، بیع رهن و... که منوط به اجازه صاحب حق (مرتهن) یا مالک اصلی است اگر تاخیر روا باشد در حق طرف اصیل در معامله ضرر است و به حکم «لا ضرر» جایز نیست. پس به این دلیل حکم به فوریت شود.

قوله: و فیه تأمل:

مرحوم شیخ این استدلال را قبول ندارد و وجه تأمل شاید این باشد که: تأخیر در حق غابن ضرر نیست زیرا تا مغبون فسخ نکرده او مالک است و حق انتفاع و استیفاء منفعت

دارد و ضرر نمی‌بیند، و شاید این باشد که قائل به جواز تأخیر هم تا مدّت معیّنی را می‌گوید جایز است نه بیش از آن و تا ابد، تا بگوئید: این در حق غابن ضرر است. و شاید این باشد که ضرر یعنی نقص مالی و اینجا بر فرض که غابن بلاتکلیف باشد و نتواند انتفاع ببرد ولی ضرر نمی‌کند بلکه عدم النفع است.

[نکته: جناب شیخ قبلاً در اعتراض به دلیل مشهور که می‌گفتند: خیار خلاف اصل است و به قدر متیقن اکتفا می‌شود... فرمود: رجوع به اصل اوّلی در جائی است که استصحاب خیار نباشد وگرنه نوبت به این طرز استدلال نمی‌رسد، ما عرض می‌کنیم: این استصحاب را که شما رد کردید پس باید گفت استدلال مشهور هم بجا است مگر مراد شیخ اعظم همین استصحابی باشد که خودش به آن تمسّک کرد و با وجود این هم نوبت به اصل اوّلی نرسد.]

قوله: ثم انّ مقتضی:

مجموع ادّله‌ای که طرفداران فوریّت بدان استناد کردند عبارت شد از: ۱ـ سخن مشهور که خیار خلاف اصل است...

۲ـ سخن محقق ثانی و بعض دیگر که عموم «اوفوا بالعقود» را مطرح ساختند.

۳ـ سخن ما که استصحاب بقاء ملک و... جاری کردیم

۴ـ سخن اخیر که از «لاضرر» استفاده کرد. همه اینها در مدعّا موافقند و لو دلیلها و راههای اثبات مختلف است. حال این بحث مطرح است که ملاک چه نوع فوریّتی است؟ آیا ملاک فوریّت عقلی است؟ (به این معنی که به محض اطلاع از غبن یک هزارم ثانیه درنگ نکند و بلافاصله فسخ کند) یا ملاک فوریّت عرفی است؟ (یعنی مقداری درنگ هم اشکال ندارد، و پاره‌ای از امور عرفاً عذر محسوب می‌شوند و تأخیر خیار تا رفع عذر بلامانع است؟ مثل خوردن آب، بلعیدن لقمهٔ غذا، پوشیدن لباس،، بستن درب و...، و اموری شرعاً عذر است مثل اتمام نماز واجب و...)

یا از فوریّت عرفی هم وسیعتر است و ملاک این است که تا زمانی که تأخیر موجب ضرر به حال غابن نباشد بلا مانع است؟ (بنار این اگر اوّل ظهر فهمید و آمادهٔ نماز بود و نماز را خواند و سر فرصت رفت و فسخ کرد بلامانع است، اگر طرف عصر فهمید مغبون شده و فردا فسخ کرد صحیح است، اگر شب فهمید و تا صبح تأخیر انداخت بلامانع

است، و چه بسا تا یک هفته تأخیر موجب ضرر نباشد پس مانع هم ندارد که نتیجه عملاً تراضی و جواز تأخیر است امّآ نه تا ابد و برای همیشه بلکه تا مدّت خاصی)

مرحوم شیخ ملاک را فوریّت عرفی می‌گیرند نه فوریت عقلی زیرا اوّلاً در احکام دقت عقلی ملاک نیست، و ثانیاً عسر و حرج است و برداشته شده، و نه فوریّت وسیع‌تر از عرفی مثل مثالهای مذکور که دلیل ندارد. البتّه علامّه ره در تذکره در بحث خیار عیب[۱] و در باب شفعه[۲] اینگونه مثالها را آورده و ادعّای اجماع کرده که اینها نیز عذر محسوب می‌شوند و تأخیر تا این مقدار را روا دانسته است (که نیازی به بیان عبارت ایشان نیست و در متن مکاسب آمده) ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: مسأله خالی از اشکال نیست، زیرا:

اوّلاً اینها را عذر دانستن و فسخ را تأخیر انداختن دلیل می‌طلبد و ما دلیلی بر جوزا تأخیر بیش از تأخیر بیش از حدّ عرفی نداریم. اری اگر فسخ بیع از اموری بود که حتماً باید در حضور خصم باشد یا حتماً در محکمه و در مخصر قاضی باشد یا حتماً دو شاهد بگیرد و در حضور آنها فسخ کند، صد البتّه این امور نیاز به صرف مقداری وقت می‌شد و آن مقدار را معذور بود ولی در باب فسخ که اینها معتبر نیست و به محض اینکه فهمید می‌تواند به تنهائی اعمال خیار فسخ نماید و لذا اینها عذر نیست (و یا مثال به اینکه دویدن لازم نیست، قدمها را کشیده برداشتن لازم نیست اینها هم لزومی ندارند تا عذر باشند) و دلیلی بر عذر بودن این امور نیست.

ثانیاً دلیلی نداریم که بیش از حدّ عرفی، تأخیر روا باشد و دایرهٔ فوریّت وسیعتر باشد مگر کسی به «لاضرر» متوسل شود (قبلاً در «مضافاً الی ما قد یقال ...» ذکر شد.) که آنهم با «وفیه تأمل» رد شد.

در پایان می‌فرماید: انصاف این است که: اگر اجماعی بر عذر بودن امور مزبور داشتیم تسلیم هستیم چنانکه علامّه ادعّای اجماع کرد و الاّ اگر اجماعی نباشد باید فوریّت عرفی را ملاک قرار داد و در اولیّن فرصت ممکن پس از علم به غبن اعمال خیار کرد وگرنه خیار غبن ساقط می‌شود.

---

۱. تذکره، ج ۱ ص ۵۲۹.　　۲. همان، ص ۶۰۴.

(به نظر می‌آید: اینجا جای استصحاب خیار است و نتیجه‌اش تراضی است و اعتراض شیخ اعظم که موضوع محرز نیست، وارد نمی‌باشد زیرا روی دقّت عقلی تکیه کردند و ملاک در بقاء موضوع در استصحاب، عرف است نه دقت عقلی و عرف موضوع را شخص مغبون و متضرر می‌داند و قیود دیگر را دخالت نمی‌دهد ولذا موضوع کماکان محرز و استصحاب بقاء خیار یا جواز که حکم باشد، جاری و ساری است.)

قوله: ثم ان الظاهر:

بنابر فوری بودن خیار غبن، اگر کسی به دلایلی آن را تأخیر انداخت، درچه مواردی معذور است و تأخیر موجب سقوط خیار غبن نیست؟ و در چه مواردی معذور نیست و تأخیر مسقط است، در مجموع ده صورت مطرح است که هفت صورت را مرحوم شیخ متعرّض شده و ما همهٔ ده صورت با به ترتیب زیر عنوان می‌کنیم:

۱ـ مغبون عالم به همهٔ جهات (اصل غبن، خیار غبن، فوریّت آن) و ملتفت نیز باشد، چنین کسی اگر اعمال خیار را از زمان ظهور غبن تأخیر بیاندازد قطعاً معذور نیست و خیارش ساقط می‌شود.

۲ـ جاهل به همهٔ جهات مزبور باشد، چنین کسی هم قطعاً معذور است و تأخیر مسقط نیست. (مرحوم شیخ این دو صورت را تعرّض نکرده)

۳ـ جاهل به اصل موضوع: یعنی از اوّل نمی‌داند که آیا این بیع غبنی است یا خیر؟ چنین کسی معذور است و بعداً که فهمید خیار غبن دارد، و اگر کسی بگوید: چرا فحص و تحقیق نکرد تا اقدام به بیع غبنی نکند؟ خواهیم گفت: در موضوعات فحص لازم نیست و بدون آن نیز معامله صحیح است و خیار غبن دارد (وقتی که فهمید).

۴ـ جاهل به حکم خیار غبن (منظور جهل مرکب یا غفلت است وگرنه جهل بسیط یا شک خواهد آمد.) یعنی می‌دانست که مغبون شده ولی نمی‌دانست که در اسلام انسان مغبون، خیار غبن دارد و به کلّی از این حکم غافل بود و از این روی فوری اقدام نکرد و معامله را فسخ ننمود، چنین کسی در ترک عبادت و در تأخیر اعمال خیار معذور است زیرا عموم لاضرر که عمده دلیل خیار غبن بود این مورد را شامل است و وی متضرّر شده و ضمناً اقدام عالمانه به ضرر هم نکرده تا جای «لاضرر» نباشد.

سؤال: چرا روز اوّل فحص نکرد و احکام شرعی را نیاموخت تا بعداً دچار چنین

غفلت و بی خبری نشود؟ پس منشأضرر حکم شارع به لزوم نیست تا «بالاضرر» منتفی شود بلکه منشأش ترک فحص است و چون خود او مقصر است پس معذور نیست و خیارش ساقط است.

جواب: ترک فحص موجب مؤاخذه و عقوبت هست ولی منافاتی با معذور بودن شخص مغبون جاهل و غافل، ندارد زیرا فعلاً وی متضرّر است و خودش هم اقدام کننده نیست تا جای «لاضرر» نباشد.

قوله: کترک الفحص ...:

این همان صورت ثالث است که به جهت رعایت ترتیب طبیعی پیش از صورت چهارم آوردیم.

۵ـ جاهل به اصل موضوع نیست، جاهل به اصل خیار غبن هم نیست بلکه جاهل به فوریّت آن است، آیا چنین کسی اگر بلافاصله اعمال خیار نکرد و تأخیر انداخت معذور است؟ عدّه‌ای فرموده‌اند: آری معذور است و خیارش ساقط نمی‌شود و ادعّای اتفاق نموده‌اند. ولی به عقیدهٔ شیخ حکم به خیار در اینجا مشکل است زیرا کراراً گفتیم که «لاضرر» مال شخص عاجز از تدارک ضرر است و اینجا متمکّن بود زیرا درست است که جاهل به فوریّت بود و خیال می‌کرد تأخیر هم جایز است ولی قدرت بر فسخ داشت و در زمان اوّل می‌توانست به هم بزند و چنین نکرد، پس گویا خودش راضی به ضرر خویش گردیده و در چنین موردی قاعدهٔ «لاضرر» جاری نمی‌شود و نسبت به زمان ثانی و ما بعد آن شک می‌کنیم و به اصل بقاء ملکیّت و اصل فساد و بطلان وبی تأثیر بودن فسخ، مراجعه می‌کنیم که قبلاً هم به برکت همین اصل فوریّت را استفاده کردیم، در صورت مزبور هم از این اصول استفاده می‌کنیم.

۶ـ تا به حال سخن از جهل و غفلت واقعی به موضوع یا به اصل خیار یا به فوریّت آن بود. حال سخن از ادعّای جهل است یعنی جهالت و غفلت طرف محرز و مسلم نیست ولی خودش مدعّی است که جاهل و غافل بوده و لذا اقدامی نکرده و معامله را فسخ ننموده است، آیا ادعّآی او پذیرفته است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید:

اقوی قبول قول و ادعّای او است (زیرا اصل عدم علم است) مگر مدعّی از اشخاصی باشد که اهل مسأله و حکم شرعی است و اینگونه از احکام شرعی بر او

مخفی نمی‌ماند (مگر به خاطر جنون، نسیان، سفر و...) که قبول ادّعای وی مورد تأمل است (و وجه نظر آن است که: از طرفی اصل، مؤیّد ادعّای او است زیرا اصل عدم علم است و از طرفی ظاهر حال خلاف آن را می‌گوید و شاهد بر آگاهی و توجّه است و اصل با ظاهر تعارض می‌کنند.

قوله: قال فی التذکرة:

علامّه در تذکره در باب شفعه مطلبی آورده که با توجه به عدم فرق میان آن باب با ما نحن فیه، در اینجا می‌آوریم: اگر یکی از دو شریک سهم مشاع خویش را به فرد ثالثی بفروشد و سپس شریک دیگر از این معامله با خبر شود و اخذ به شفعه نکند و مدعّی باشد که اصل ثبوت حق الشفّعه را نمی‌دانسته و یا فوریّت آن را نمی‌دانسته، چنین کسی اگر تازه مسلمان شده یا در بیابان و صحرا زندگی می‌کند، ادعّایش پذیرفته است و حق الشفعهٔ او باقی است و هر موقع آگاه شد می‌تواند اخذ به شفعه نماید. ولی کسانی که از قدیم مسلمان بوده و در شهر ساکنند و اهل مسجد و مسأله هستند، ادعّای مزبور از آنانان مسموع نیست.

قوله: فان اراد:

مرحوم شیخ حاشیه‌ای به کلام علامّه دارند و آن انیکه: منظورتان از تقیید به (تازه مسلمان باشد یا با دیه نشین باشد) چیست؟ اگر منظور این است که احتمال صدق درست شود و در حق چنین کسی احتمال دهیم که راست می‌گوید و جاهل بوده و معذور است، خواهیم گفت: این اختصاص به آن دو دسته ندارد بلکه کثیری از عوام مردم وبسیاری از خواص هم از این احکام و مسائل، آگاه نیستند و احتمال صدق در حق آنها وجود دارد. و اگر منظور این است که ظهور و ظنّ به عدم علم درست کنید و می‌خواهید بگوئید: احتمال کافی نیست و باید عدم علم، مظنون باشد، خواهیم گفت: دلیل وداعی نداریم که این حرف را بزنیم بلکه صرف احتمال جهالت به ضمیمهٔ اصل عدم علم کفایت می‌کند.

۷ـ اگر کسی قبلاً حکم خیار غبن یا فوریّت آن را می‌دانسته و الان دچار نسیان شده و آن را راموش کرده و لذا به فوریّت اعمال خیار نمی‌کند، باز هم معذور است و در حکم کسی است که جاهل به حکم مزبور باشد و «لاضرر» در حق وی جاری است.

۸ـ اگر کسی مدعّی نسیان و فراموشی باشد (ولی ناسی بودن او محرز نیست) آیا ادعّای او مسموع است؟ می‌فرماید: محلّ نظر و تأمل است یعنی دو وجه راه دارد:

الف: خیر مسموع نیست زیرا اولاً او مدعّی است و باید بیّنه بیاورد و ثانیاً اصل بر ذکر و التفات است نه بر نسیان، و به احتمال نسیان اعتنا نمی‌شود.

ب: آری مسموع است زیرا نسیان و التفات از امور قلبی و باطنی است که جزاز ناحیهٔ خود شخص شناخته نمی‌شود و اقامهٔ شاهد بر آن متعذّر است و در چنین مواردی ادعّای او مسموع است.

۹ـ اگر کسی شاکّ (جاهل به جهل بسیط که التفات دارد و احتمال غبن یا خیار یا فوریّت می‌دهد) و می‌تواند بپرسد و نپرسیده، آیا معذور است؟ اوّل می‌فرماید:، این نیز معذور است زیرا متضرر شده و «لاضرر» می‌گیرد. ولی بعداً احتمال می‌دهند که معذور نباشد چون به محض التفات در زمان اول می‌توانست فسخ کند و بعداً بپرسد که شرعاً درست بوده یا نه، فسخ خیلی مؤونه ندارد و از اینکه سستی کرده و فسخ ننموده پس معذور نیست، و شاید «فافهم» اشاره به این باشد که تأخیر انداختن شاک به معنی رضایت بع معامله و اقدام به ضرر نیست تا معذور نباشد شاید به احتمال اینکه خیار ندارد یا فوری نیست تأخیر انداخته، پس معذور است.

۱۰ـ اگر کسی ادعّای شک و جهل بسیط کند همان دو وجه در ادعّای نسیان می‌اید ولی مرحوم شیخ این فرض را هم تعرّض نکرده‌اند.

پایان مباحث خیار غبن

۵ـ خیار تأخیر

قسم پنجم از اقسام خیارات، خیار تأخیر است و مورد خیار تأخیر را از زبان علّامه در تذکره[۱] می‌آوریم: هرگاه شخصی متاعی را به بیع نقد بفروشد و به دنبال بیع، مبیع را به مشتری تحویل ندهد، ثمن را نیز از مشتری تحویل نگرفته باشد، شرط تأخیر ثمن هم نکند (مبیع هم عین خارجی یا کلّیِ فی المعیّن باشد نه کلّی فی الذمّه) با این ویژگی‌ها (مبسوطاً این شروط خواهد آمد) تا سه روز معاملهٔ مزبور لازم و غیر قابل فسخ است آنگاه اگر در ظرف سه روز، مشتری ثمن را فراهم کرد و تحویلِ بایع داد که بحثی نیست و کماکان معامله بر لزومش باقی است و اگر سه روز سپری شد و مشتری ثمن را نیاورد، بایع خیار تأخیر دارد یعنی مخیّر است که بیع را فسخ کند و متاعش ا به دیگران بفروشد، و یا مجّاناً و بدون مطالبهٔ ثمن، صبر کند و انتظار بکشد و یا از مشتری پولش را مطالبه کند.

قوله: و الاصل فیه:

دلایل مشروعیّت خیار رؤیت:

۱ـ اجماع منقول: بزرگانی همانند سید مرتضی در انتصار، شیخ طوسی در خلاف، قاضی در جواهر، و دیگران ادّعای اجماع کرده‌اند (اجماع مصطلح) و بعضی دیگر از بزرگان ادّعای اتّفاق (اجمای لغوی) نموده‌اند. (البته اجماع مزبور مدرکی است و به استناد روایات خاصّه است که ذیلاً خواهد آمد و لذا دلیل مستقلّ نیست و بر همین اساس فرموده: قبل الاجماع ...)

۲ـ قاعدهٔ لا ضرر: پس از سه روز هم کماکان فروشنده صبر کند و بدون رسیدن به ثمن، حق تصرّف در مثمن هم نداشته باشد، در حق او ضرر محسوب می‌شود و حدیث نفی ضرر چنین لزومی را نفی می‌کند. و در خیار غبن نیز به همین دلیل فتوا به مشروعیّت خیار غبن دادیم، و بلکه ضرری که در خیار تأخیر، متوجّه بایع می‌شود به مراتب بیشتر از ضرر در بیع غبنی است زیرا در اینجا هنوز بایع مبیع را به مشتری نداده و هر آن

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۵۲۳.

احتمال تلف می‌رود و اگر تلف شد به حکم «التلف قبل قبضه من مال بایعه» ضرر به بایع می‌رسد و او ضامن است و از طرفی حق تصرّف در مبیع را هم ندارد زیرا فروخته و ملک دیگری شده و بدون رضایت مالکش حق ندارد تصرّف کند «لا یجوز لاحدان یتصرّف فی مال اخیه الاّ باذنه» ولی در بیع غبنی این حرفها نبود و لذا اگر در آنجا از «لا ضرر» استفاده کردیم و حکم به خیار غبن نمودیم، در اینجا به طریق اولی از «لا ضرر» حق داریم استفاده کنیم.

۳ـ اخبار خاصّه: در خصوص بیع مزبور در صدر این بحث، اخبار و روایات فراوانی داریم که مستفیضه هستند (از سه روایت متجاوز ولی در حدّ تواتر نیست.) و بر خیار تأخیر دلالت دارند، مرحوم شیخ چهار روایت را نقل می‌کنند که نیازی به ترجمه ندارند: ۱ـ روایت علی بن یقطین از امام کاظم علیه السلام[۱] ۲ـ روایت اسحاق بن عمّار از امام هفتم علیه السلام[۲] ۳ـ روایت ابن حجّاج[۳] ۴ـ روایت صحیحهٔ زراره از امام باقر علیه السلام.[۴]

قوله: و ظاهر هذه:

پس از نقل روایات مزبور، می‌فرماید: ظاهر روایات این است که: اگر تا سه روز ثمن را نیاورد، بیع خود به خود منحل و باطل می‌گردد نه اینکه جایز و متزلزل و خیاری باشد (چون تعبیر همه روایت‌های مذکور آن است که: «فلا بیع له» یا «بینهما» و ظهور در نفی جنس دارد و وقتی نفی خود جنس مراد نشد، بر نفی صحت که نزدیکتر است حمل می‌شود و نوبت به نفی لزوم نمی‌رسد.)

شیخ طوسی هم در کتاب مبسوط بطلان را فهمیده است و به متن روایات مزبور فتوا داده و در آخر کلامش تعبیر به «بَطَلَ البیع» نموده است[۵] یعنی تعبیر روایات به «لا بیع له» مفید بطلان است.

از ابن جنید اسکافی نیز قول به بطلان حکایت شده و به ایشان نسبت داده شده زیرا او نیز به لفظ روایات تعبیر کرده و در مقام فتوا فرموده: «لا بیع له»، محقّق اردبیلی در قول

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۷، باب ۹، حدیث ۳.
۲. همان، حدیث ۴.
۳. همان باب، ص ۳۵۶، حدیث ۲.
۴. همان باب، حدیث ۱.
۵. مبسوط، ج ۲، ص ۸۷.

به بطلان توقّف کرده[۱]، فاضل سبزواری در کفایة الاحکام بطلان را تقویت کرده[۲]، صاحب حدائق به بطلان جازم و قاطع شده و به جناب علّامه‌ﷺ طعنه زده که: ایشان در کتاب مختلف اعتراف کرده که روایات ظهور در بطلان دارند و معذلک مختار مشهور را برگزیده و طرفدار صحّت و جواز شده و روایات را بر نفی لزوم حمل کرده نه نفی صحّت و استدلال هم کرده به اینکه: قبل از سه روز عقد صحیح بود، پس از آن هم صحّت عقد باقی است (استصحاب صحّت.)[۳] صاحب حدائق فرموده: چطور شما با قبول ظهور روایات در بطلان، مخالفت کرده و فتوا به نفی لزوم داده‌اید؟![۴]

قوله: اقول:

شیخ اعظم در مقام قضاوت می‌فرماید: اصل ظهور روایات در فساد و بطلان بیع، بجا است و قابل انکار نیست (به بیانی که در فراز قبل گذشت) ولی به دو دلیل نظر مشهور را تقویت کرده و روایات را بر نفی لزوم حمل می‌کنیم نه بر نفی صحّت:

۱ـ فهم علماء: چنانکه دیدیم مشهور فقهاء از این روایات، نفی لزوم را فهمیده‌اند و این مطلب، معنای مذکور (نفی لزوم) را که رأی مشهور بود به واقع نزدیک می‌سازد و باعث می‌شود که از ظهور اخبار در فساد و بطلان (نفی صحّت)، صرف نظر کرده و بر نفی لزوم حمل کنیم.

(البته فهم مشهور اگر مستند به قرینهٔ خارجی است باید از آن باخبر شده و آن را ملاحظه کنیم و اگر مستند به ظاهر خود این اخبار است، ما از ظاهر اینها بطلان را می‌فهمیم و تعبّدی هم در قبال فهم مشهور نداریم و شاهدش مخالفت علّامه و متأخرین با رأی مشهور قدماء در منزوحات بئر است که به عقیدهٔ قدماء، آب چاه در حکم آب قلیل بود و به مجرّد ملاقات با نجس متنجّس می‌شد و برای هر شیئی نجسی کشیدن مقداری از آب چاه، لازم بود تا پاک شود ولی به عقیدهٔ متأخرین آب چاه در حکم آب جاری است و نجس نمی‌شود و نزح مقادیر معیّن مستحب است نه لازم.)

۲ـ ظهور تعبیری که در اکثر روایات باب آمده، بیان مطلب: در سه روایت از چهار

---

۱. مجمع الفائدة، ج ۸، ص ۴۰۵.
۲. کفایة الاحکام، ص ۹۲.
۳. مختلف، ج ۵، ص ۷۱.
۴. حدائق، ج ۱۹، ص ۴۷.

روایت فرموده: «و الاّ فلا بیع له» و نسبت به خصوص مشتری نفی بیع کرده و در این جمله سه احتمال متصور است:

۱ـ مراد نفی جنس و ماهیّت بیع باشد، این احتمال مردود است زیرا اوّلاً نفی ماهیّت از دو طرف است و باید می‌فرمود: «فلا بیع لهما» نه اینکه یک طرفی و مخصوص مشتری باشد، ثانیاً نفی ماهیّت معنا ندارد زیرا فرض این است که ماهیّت بیع محقّق شده و تا سه روز هم لازم بوده

۲ـ مراد نفی صحّت باشد که اقرب المجازات به معنای حقیقی (نفی جنس) است، این نیز باطل است زیرا صحّت قابل تبعیض و تجزیه نیست که نسبت به یک طرف، معامله صحیح باشد و نسبت به دیگری، باطل باشد و ظاهر تعبیر این است که نسبت به خصوص مشتری نفی بیع کرده نه بایع، و اگر مراد نفی صحّت بود می‌بایست بفرماید: «لا بیع لهما یا بینهما»

۳ـ مراد نفی لزوم باشد یعنی پس از سه روز اگر مشتری ثمن را نیاورد، معاملهٔ مزبور لازم نیست و لزوم امری است که قابل تجزیه و تبعیض است یعنی ممکن است نسبت به یک طرف، لازم باشد و نسبت به دیگری لازم نباشد مثل عقد رهن و...، و همین احتمال مراد است و معنای کلام این است که: اگر تأخیر کرد بیع به نفع مشتری و لهِ او لازم نیست به این معنی که بایع حق دارد فسخ کند (و اگر به نفع مشتری لازم بود وی حق فسخ نداشت.) پس با توضیحات و احتمالات، احتمال اخیر تعیّن پیدا کرد و از روایات نفی لزوم، فهمیده شد نه نفی صحّت.

قوله: الاّ انّ:

ولی در قبال سه روایت که تعبیر به «فلا بیع له» داشت، صحیحهٔ ابن یقطین که اوّلین حدیث بود، تعبیر به «فلا بیع بینهما» دارد و با نفی صحّت هم می‌سازد و بلکه همین اولی است چون اقرب المجازات است و این روایت با روایات دیگر تعارض می‌کنند و مردّد می‌شویم که حکم به نفی صحت کنیم یا نفی لزوم؟!

قوله: و کیفکان:

ولی اشکال مزبور قابل جواب است به اینکه: روایت ابن یقطین هم ظهور در نفی صحّت ندارد زیرا نفی صحت و نفی لزوم، هر دو مجاز است و اقرب المجازات بودن هم ملاک

نیست و دلیل بر اولویت نمی‌شود چون ظنّ آور است و ارزش ندارد و لذا با احتمال نفی لزوم، می‌سازد و منافاتی با بقیّه ندارد و در واقع این مجمل است و بقیّه مبیّن هستند.

قوله: و لا اقلّ من الشک:

و بر فرض که فهم علماء شاهد بر نفی لزوم نباشد ولی این مقدار ارزش دارد که موجب اجمال روایات شود و ما شک کنیم که مراد نفی لزوم است یا نفی صحّت؟ و نیز تعارض مزبور اگر هم موجب تقدّم سه روایت شود که هم اکثرند و هم اظهر در نفی لزوم (با تحلیلی که کردیم) ولی از این طرف نفی صحّت هم ظاهر و مسلّم نیست و شکّ می‌کنیم که آیا پس از سه روز صحّت باقی است یا مرتفع شده؟ آیا ملکیّت باقی است یا نه؟ آثار عقد باقی است یا نه؟ از استصحاب بقاء آثار استفاده می‌کنیم و می‌گوئیم: در آن سه روز این آثار بود پس از آن نیز انشاء اللّه باقی است و به برکت استصحاب، صحّت و جواز را نتیجه می‌گیریم.

قوله: و توهّم:

اگر کسی در این استصحاب مناقشه کند و بگوید: سخّتی که قبلاً و در ظرف سه روز بود، صحّت در ضمن لزوم بود (یعنی معامله هم صحیح بود و هم لازم) و پس از سه روز و نیاوردن ثمن، آن صحّت ضمنی قطعاً مرتفع شده و از این پس شک نداریم که معامله لازم نیست و نفی لزوم شده، تا نوبت به استصحاب برسد. (و آن صحّتی که از این پس می‌خواهد بیاید که صحّت در ضمن جواز و تزلزل باشد، از اصل و اساس، مشکوک الحدوث است و حالت سابقه ندارد که استصحاب شود. پس ارکان استصحاب مختلّ است و جاری نمی‌شود.) مرحوم شیخ در پاسخ می‌فرماید:

اگر صحّت، جنس برای لزوم و جواز بود و اینها دو نوع از انواع صحّت بودند و لزوم و جواز دو فصل از فصول صحّت بودند، حق با شما بود که جای استصحاب نیست زیرا با رفتن فصل، جنس هم از بین می‌رود و شک در بقاء نداریم.

(و ما اضافه می‌کنیم: اگر هم جنس و فصل نبودند ولی لازم و ملزوم بودند و میان آن دو، ملازمه بود باز با رفتن لزوم، صحّت هم می‌رفت و شکی در بقائش نمی‌ماند.)

ولی خوشبختانه چنین نیست و لزوم، فصل مقوّم یا لازم لا ینفکّ صحت نیست بلکه مقارن اتّفاقی است که گاهی با صحّت و در کنار او هست، همانند معاملاتی که هیچ

خیاری در آنها نباشد که هم صحیح و هم لازمند و هر کدام به دلیل خودش، وگاهی در کنار او نیست مثل معاملات خیاری که صحیح هستند ولی لازم نیستند، پس صحّت بدون لزوم هم قابل بقاء است و استقلال دارد و لذا قابل استصحاب است زیرا قبلاً و در ظرف سه روز بود و الان مشکوک البقاء است، استصحاب صحّت جاری می‌شود (ضمن اینکه جنس و فصل هم باشند باز قابل استصحاب است زیرا جنس بدون فصلی از فصول قابل بقاء نیست ولی در ضمن فصل دیگر، قابل بقاء است و فصل دیگر، جواز است که پس از سه روز، لزوم رفت ولی جواز و تزلزل می‌تواند بیاید و صحّت در ضمن آن باقی بماند و محذوری نباشد. و این مطلب مبسوطاً در معالم الاصول ذکر شد.[۱])

در نتیجه به برکت استصحاب صحّت می‌گوئیم: معاملهٔ کذائی پس از سه روز صحیح است ولی قطعاً لازم نیست و بایع خیار فسخ دارد. (استصحاب‌اش از نوع کلّیِ قسم ثانی هم می‌تواند باشد که خود کلّی، قابل استصحاب است و مبسوطاً در کفایة الاصول[۲] عنوان شده است.)

قوله: ثم انّه یشترط:

حال که اصل مشروعیّتِ خیار تأخیر ثابت شد، شروط آن را ذکر می‌کنیم: دو دسته شروط ذکر می‌کنند: دسته اوّل چهار شرط است که مورد قبول مشهور و شیخ اعظم است و نخست همین امور را بیان می‌کنند. و دستهٔ دوّم چهار شرط دیگر است که عده‌ای افزوده‌اند و مورد قبول مشهور نیست و بعداً آنها را مورد نقل و نقد قرار می‌دهند.

امّا شروط معتبر: خیار تأخیر با چهار شرط ثابت است و مشروعیّت دارد و اگر یکی از شروط نباشد خیاری نیست:

شرط اوّل یا عدم قبض مبیع: بایع در صورتی پس از سه روز خیار تأخیر دارد که در ظرف سه روز مبیع را به مشتری تحویل نداده باشد و از سوی مشتری، قبض و گرفتنِ مبیع محقّق نشده باشد، بنابر این اگر مبیع را قبض کرده باشد ولو ثمن را ده روز دیگر بیاورد، بایع خیار تأخیر ندارد (ولو حق مطالبهٔ ثمن دارد، حق اخذ مثمن به عنوان تقاّص دارد و....) دلیل اعتبار این شرط در ثبوت خیار تأخیر عبارتست از:

---

۱. معالم الاصول، ص ۹۰ ـ ۹۳.
۲. کفایة الاصول، ج ۲، ص ۳۱۱ ـ ۳۱۲.

الف: نفی خلاف: تا آنجا که ما بررسی کردیم مخالفی نیست.

ب: فرازی از صحیحهٔ ابن یقطین که فرمود: «فان قبضّ بیعه و الاّ فلا بیع بینهما» یعنی اگر بایع مبیع را (بنابر اینکه بیع به معنای مبیع باشد یعنی مصدر به معنای اسم مفعول) به مشتری داده باشد که معامله صحیح و لازم است و بحثی نیست ولی اگر به قبض نداده باشد معاملهٔ آن دو لازم نیست (نفی لزوم مراد شد.) پس روایت به وضوح بر نفی لزوم در صورت عدم قبض مبیع دلالت دارد.

قوله: لکن فی الریاض:

ولی مرحوم صاحب ریاض[1] و مرحوم صاحب جواهرﷺ این شرط را انکار نموده و فرموده‌اند: شرط اصلی عدم قبض ثمن است یعنی اگر در سه روز، بایع ثمن را از مشتری گرفته خیار تأخیر ندارد و اگر نگرفته باشد خیار تأخیر دارد چه مثمن را به قبض مشتری داده باشد یا نداده باشد، عدم قبض مبیع ملاک نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: هیچ وجهی برای این انکار نمی‌شناسم جز دو امر احتمالی که شاید این دو امر موجب انکار شده:

الف: آن منبع حدیثی که آن دو بزرگوار این حدیث را از آن اخذ کرده‌اند، جملهٔ مزبور را اصلاً نداشته و لذا منکر شرط مذکور شده‌اند و گرنه اگر این جمله را داشت دلالتش بقدری روشن است که قابل انکار نیست.

ب: و یا اگر هم این جمله در نسخهٔ آنها بوده ولی احتمال دارد به جای «قبّض بیعه»ای «مبیعه»، قَبَضَ بیِّعه خوانده باشندای قَبَض بایعه و منظور این باشد که اگر بایع متاع، ثمن را قبض کرده که خیاری نیست و اگر قبض نکرده خیار هست و با این قرائت به درد آن دو می‌خورد و عدم قبض ثمن را شرط می‌داند. ولی این احتمال دو اشکال دارد:

الف: کلمهٔ «بیِّع» به صورت تثنیه فراوان به کار رفته و در خیار مجلس هم روایات می‌فرمود: «البیّعان بالخیار....» ولی به لفظ مفرد خیلی کم و یا اصلاً در کلام عرب استعمال نشده تا این حدیث، دوّمی آن باشد و این احتمال، بیّع بودن را تضعیف می‌کند (البته باید از جناب شیخ پرسید: شما همهٔ موارد استعمال را تتبّع کرده‌اید که با این

---

۱. ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۲۵.

قاطعیّت می‌فرمایید: «بل لم یوجد»؟ وانگهی بر فرض که یافت نشود ولی واژهٔ بیّع، مفرد بیّعان است و استعمالش قیاسی است و مانعی ندارد ولو سابقه نداشته باشد.)

ب: اصولاً تشدید داشتن امر زیادی است و اگر شک کنیم از اصل عدم تشدید، استفاده می‌کنیم (و حکم به بَیْعَهٔ می‌کنیم) همان طور که شهید ثانی در شرح لمعه در قواطع نماز فرموده: یکی از قواطع، بکاء و گریه برای دنیا و فقدان عزیزان است و بحثی است که آیا «بکاء» با الف ممدوده (گریهٔ با صدا)، قاطع است یا بکا به قصر (گریه بی صدا) هم مبطل است؟ در روایت کلمهٔ «بکاء» آمده و شک داریم که امام با الف ممدوه فرموده یا مقصوره؟ از اصالة عدم المدّ استفاده کرده و حکم به مقصوره بودن، کرده و گریهٔ بی صدا را هم قاطع می‌دانیم.

(جا دارد بگوئیم: اوّلاً اصل مزبور مثبت است و حجّت نیست و ثانیاً اگر «بیعه» را تشدید ندهیم باید کلمهٔ «قبّضه» را تشدید دهیم و در ناحیهٔ «قبّض» شک در تشدید داریم و اصل عدم تشدید با اصل عدم تشدید در ناحیه «بیعه» تعارض و تساقط می‌کنند، اینها خیلی دلیل قرص و محکمی نیست.)

به هر حال از دیدگاه شیخ اعظم، قرائتِ «قبّض بیعه» درست است و به حکم این جمله، شرط اوّل را قبول دارند.

قوله: ثم انّه لو کان:

به دنبال شرط اوّل چهار فرع را دنبال می‌کنند:

فرع اوّل: گاهی عدم قبض مبیع به حق است یعنی مشتری ثمن را نداده بایع هم حق دارد مبیع را ندهد و نگهدارد و اگر امساک کرد متعدّی و ظالم محسوب نمی‌شود و خیارش ساقط نمی‌شود. ولی گاهی به ناحق است یعنی مشتری ثمن را در اختیار بایع می‌گذارد و آمادهٔ تسلیم است، امّا بایع امتناع کرده و فعلاً نه ثمن را از مشتری می‌گیرد و نه مثمن را به او تحویل می‌دهد و بدین منوال سه روز می‌گذرد، چنین عدم قبض مبیعی، موجب خیار تأخیر او نمی‌شود زیرا خیار تأخیر، ارفاقی بود در حق بایع تا بدین وسیله بتواند ضرر خویش را جبران کند (زیرا ماندن مبیع در نزد او بلاتکلیف و بلا استفاده ضرر است .....) و اگر خودش امتناع کرد قابل ارفاق نیست تا خیار تأخیر داشته باشد.

قوله: و لو قبضه المشتری:

فرع دوّم: اگر در ظرف سه روز، مشتری مبیع را قبض کرد آیا پس از سه روز، خیار تأخیر برای بایع نیست (ولو ثمن را به بایع نداده باشد)؟ در پاسخ باید گفت: بستگی دارد که چه نوع قبضی باشد: اگر قبض مبیع، با اذن و رضایت بایع باشد، قطعاً قبض عرفی و شرعی و لغوی است و خیار تأخیر منتفی است، و اگر بدون اذن بایع ولی از روی استحقاق باشد (مثل اینکه ثمن را به بایع داده و حق دارد مثمن را بگیرد و یا لا اقلّ ثمن را بر بایع عرضه کرده ولو بایع نگرفته ولی وی وظیفه‌اش را انجام داده است، باز هم حق دارد مثمن را هر کجا بیابد بگیرد و بردارد، «الناس مسلطون علی اموالهم»، و بایع حق ندارد ممانعت کند.) باز شرعاً چنین قبضی بجا است و خیار تأخیر منتفی است. ولی اگر بدون اذن بایع و بدون استحقاق مشتری، مبیع را قبض نماید (قبض فضولی است که سرقت کرده یا به زور از بایع گرفته است) آیا چنین قبضی هم موجب انتفاء خیار تأخیر می‌شود یا خیر؟ در مسأله چهار وجه وجود دارد:

۱ـ چنین قبضی مثل عدم قبض بوده و وجودش کالعدم است و خیار تأخیر بایع را بر نمی‌دارد و پس از سه روز، بایع، خیار تأخیر دارد مطلقاً (در قبال تفصیل بعدی که فرق گذاشته میان استرداد و عدم آن) و دلیل این وجه آن است که: اخبار باب، انصراف دارند به غیر این نوع از قبض (قبضی که در لسان اخبار، لزوم و عدم لزوم بیع، وابسته به آن شده قبض به حق است که با اذن بایع باشد یا با اذن شارع، و «ان قبّض بیعه» یعنی بایع با رضایت و اختیار خویش اگر مبیع را تسلیم مشتری نمود معامله لازم است و قبض بدون رضایت و بدون استحقاق را شامل نیست پس وجود چنین قبضی مثل نبود آن است و داخل در و «الاّ فلا بیع بینهما» است و خیار را بر نمی‌دارد.)

مرحوم شیخ به این وجه اعتراض دارند و می‌فرمایند: این انصراف مشکل است.

(وجه اشکال: انصراف منشأ لازم دارد، اگر منشأش کثرت و غلبهٔ استعمال لفظ «قبض» در قبض با اذن و رضا باشد، ارزش دارد و موجب انصراف می‌شود ولی قبول نداریم که کلمهٔ «قبض» در قبض اختیاری کثیر الاستعمال باشد. و اگر منشأش غلبهٔ وجود خارجی باشد یعنی در خارج در غالب معاملات، قبض مبیع، با اذن و رضایت است، این موجب انصراف قبض به قبض با اذن بشود، اوّلاً اصل غلبه محرز نیست، و ثانیاً ارزشی ندارد و موجب انصراف بدوی است نه ظهوری.

البته به مرحوم شیخ عرض می‌کنیم: اگر کلمهٔ «قَبَضَ بیعه»ای «مبیعه» بود حق با شما بود که کلمهٔ «قبض» ظهور در قبض با اذن ندارد ولی عبارت حدیث به نظر خود شما کلمهٔ «قبّض بیعه» است و باب تفعیل یا افعال، ظهور در اقباض و تسلیم و تقبیض ارادی و اختیاری دارد و قبض بدوی اذن را شامل نیست و حق با وجه اوّل است که چنین قبضی کلا قبض است، مگر کسی همان سخنی را بگوید که در ذیل شرط ثانی خواهد آمد که این تعبیرات به مناسبت بیان کار بایع است نه به مناسبت خصوصیّاتی که در خود تعابیر، از نظر ادبی مطرح است که آن هم مورد تأمل است.)

۲ـ چنین قبضی هم قبض است مطلقاً (در قبال تفصیل بعدی) بنابر این مبیع در ظرف سه روز قبض شده و شرط اوّل از شروط خیار تأخیر منتفی است و خیار تأخیر هم منتفی است. دلیل این وجه، ادّعای شمول اخبار است نسبت به این قبض: روایت اطلاق دارد و هر نوع قبضی را شامل می‌شود و این نیز قبض است پس خیار منتفی می‌شود.

مرحوم شیخ به این وجه نیز اعتراض دارند و اصل اطلاق و شمول را قبول دارند ولی کلیّت آن را قبول ندارند بلکه قیدی به آن می‌زنند تا با نظر خودشان هماهنگ باشد به این نحو که اگر چه ظاهر لفظ، شامل این قبض بشود ولی با ملاحظه مناط، خارج است زیرا مناط خیار، دفع ضرر است و این موجب می‌شود که بگوئیم: اگر با این قبض ضمانت مرتفع می‌شود پس خیاری نیست چون بی ملاک است و اگر مرتفع نمی‌شود خیار هست، پس شمول اخبار این قبض را حتی بر فرض قول به ارتفاع ضمان با این قبض، مشکل است زیرا وجود خیار بدون مناط می‌شود. پس اطلاق این قول را قبول نداریم وگرنه اصل قول فی الجمله صحیح است.

۳ـ اگر بعداً که بایع متوجّه شد که مشتری بیع را گرفته، از مشتری پس گرفت آن قبض قبلی فایده‌ای ندارد و وجودش کالعدم است ولی اگر استرداد نکرد و در واقع اجازه کرد و راضی شد که پیش او بماند، این قبض هم قبض محسوب می‌شود و خیار تأخیر منتفی می‌شود. دلیل این تفصیل از دو دلیل دو وجه قبلی، دانسته می‌شود که در هر صورت یکی از آن دو دلیل جاری است.

۴ـ تفصیل دیگر: اگر با قبض مزبور، ضمانتِ مبیع از عهدهٔ بایع (ضمانتی که به حکم «کلّ مبیعٍ تلف قبل قبضه من مال بایعه») برداشته می‌شود، این قبض هم، قبض

محسوب می‌شود و خیار تأخیر منتفی است، و اگر موجب ارتفاع ضمان بایع نیست، قبض محسوب نمی‌شود و باعث انتفاء خیار نیست.

مرحوم شیخ همین تفصیل را تقویت می‌کنند و می‌فرمایند: اگر ضمانت مرتفع شود و دیگر ضرری از ناحیهٔ مبیع، متوجّه بایع نیست تا به حکم «لا ضرر» خیار داشته باشد، البته در صورتی که بایع پس از اطلاع، مبیع را استرداد کند و از مشتری بگیرد، (چون در تفصیل چهارم فرق نمی‌گذارد میان استرداد و عدم استرداد) در این فرض دو ضرر متوجه است: یکی ضرر حفظ مبیع برای مشتری که باید مخارجی را متحمل شود و حفظ کند تا تلف نشود، و یکی ضرر نرسیدنِ بایع به پول و استفاده نبردن از آن، و این دو ضرر هم قابل جبران است به اینکه مبیع را نه برای حفظ کردن و امانت داری، بلکه به عنوان تقاّض (چون تو ثمن را نداده‌ای، من حق دارم به جای آن مثمن را بردارم و در آن تصرّف کنم.) بر می‌دارد و از این ناحیه دفع ضرر از خویش می‌نماید.

امّا اگر با این قبض ضمانت بایع مرتفع نشود، ضرر متوجّه او است. لا ضرر می‌آید و حکم به ثبوت خیار تأخیر می‌نماید، و لو اخبار خاصّه این فرض را شامل نشوند.....

قوله: و ان ادّعی:

اشاره به دلیل وجه اوّل است که قبلاً گذشت.

قوله: لکنه مشکل:

پاسخ دلیل وجه اوّل است که این نیز گذشت.

قوله: کدعوی شمولها:

اشاره به دلیل وجه دوّم و پاسخ آن است که اینها هم قبلاً ذکر شد.

قوله: ولو مکّن المشتری:

فرع سوّم: اگر بایع متاع را بر مشتری عرضه کرد و او را از گرفتن متاع، متمکّن ساخت نه اینکه ممانعت کند، ولی خود مشتری متاع را تحویل نگرفت، آیا در این فرض خیار تأخیر دارد و پس از سه روز می‌تواند بیع را فسخ کند یا ندارد؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: باز هم مسأله مبتنی است بر اینکه با تمکین مذکور، ضمان مبیع از عهدهٔ بایع برداشته می‌شود و اگر تلف هم شد وی ضامن نیست؟ یا مرتفع

نمی‌شود؟ اگر تمکین مزبور رافع ضمان است دیگر خیاری نیست چون ضرری متوجّه بایع نیست و اگر رافع ضمان نباشد خیار تأخیر هست.

قوله: و ربّما یستظهر:

صاحب جواهر﵀ فرموده: صرف تمکین بایع کافی نیست زیرا در برخی روایات، کلمهٔ «یَدَعُهُ» دارد که ظهور در این دارد که مشتری مبیع را گرفته و قبول کرده و سپس نزد بایع واگذاشته (در روایت چهارم این تعبیر بود.)

مرحوم شیخ می‌فرماید: این سخن محّل نظر و تأمل است (زیرا «یدعه» به معنای واگذاری است و اعمّ از این است که اصلاً قبول و قبض نکرده و نزد بایع واگذاشته یا قبول کرده و سپس بودیعه گذاشته، و از اثبات اعم، اثبات اخص لازم نمی‌آید. پس صرف تمکین هم کافی است.) و نظر شیخ اعظم به پیروی از مشهور آن است که: با تمکین ضمان مرتفع می‌شود و بدنبال آن خیار تأخیر هم نفی می‌گردد.

قوله: و فی کون قبض:

فرع چهارم: اگر در ظرف سه روز، بخشی از مبیع را، مشتری از بایع تحویل گرفته آیا همین اندازه کفایت می‌کند و پس از سه روز، خیار تأخیر بایع منتفی است؟ یا باید تمام مبیع به قبض مشتری برسد؟ سه وجه است:

۱ـ قبض بعض کافی نیست و مثل عدم قبض است به دلیل اینکه ظاهر اخبار قبض، قبض کلّ را مطرح کرده و فرمود: «ان قبضّ بیعه»ای «مبیعه ...» که کلمهٔ مبیع ظهور در کلّ دارد و مفادش این است که اگر کلّ مبیع به قبض مشتری رسید، معامله لازم است و خیار تأخیری نیست و اگر تمام آن به مشتری نرسید (اعّم از اینکه بخشی از آن راگرفته باشد یا نه) خیار تأخیر هست.

۲ـ قبض بعض هم کافی است و به منزلهٔ قبض کلّ است به دلیل اینکه روایات، انصراف دارند به صورتی که هیچ جزئی از مبیع را قبض نکرده باشد والّا فلا بیع بینهماای ان لم یقبض المبیع ...» و اگر بعض را قبض کرده باشد، عدم قبض مبیع صادق نیست. و اطلاق کلام گرچه هر دو را می‌گیرد ولی انصراف دارد به فرض عدم قبض مبیع اصلاً، البتّه باز انصراف قابل مناقشه است که منشأش چیست؟ کثرت استعمال؟ غلبهٔ وجود؟ و ...).

۳ـ قبض بعض نسبت به همان بعض ارزش دارد و خیار تأخیر بایع، منتفی است ولی نسبت به بعض غیر مقبوض، خیار تأخیر دارد به دو دلیل: ۱ـ همان انصراف که در وجه قبلی هم مطرح بود و مناقشه شد. ۲ـ قانون «لاضرر» که دلیل دیگر خیار تأخیر بود نسبت به بعض غیر مقبوض می‌گوید: اگر نزد بایع تلف شد بایع ضامن است و ضرر به او می‌رسد و نسبت به بعض مقبوض شمولی ندارد.

شرط دوّم:

یکی از شروط خیار تأخیر، عدم قبض مبیع بود که گذشت، یکی دیگر از شروط آن، عدم قبض ثمن است: در صورتی بایع پس از سه روز خیار تأخیر دارد که در ظرف سه روز ثمن را از مشتری نگرفته باشد وگرنه خیاری ندارد و دلیل این شرط، هم از دیدگاه روایت و هم فتاوا، مسلّم و مورد اتّفاق است: امّا روایات: در سه روایت فرمود: «ان جاء بالثمن ...» یعنی اگر مشتری در مدّت مهلت داده شده (سه روز) ثمن را آورد، معامله لازم است و اگر نیاورد خیار می‌آید، پس نیاوردن ثمن و عدم قبض آن از سوی بایع، شرط است، فتاوا نیز همین بود (منجمله فتوای علّامه در اوّل مسأله و فتوای شیخ طوسی در مبسوط که ذکر شد.) ضمناً قبض کل ثمن ملاک است و قبض بعض کافی نیست و به منزلهٔ آن است که اصلاً ثمن را نگرفته باشد و دلیل مطلب، ظاهر اخبار است که کلمهٔ «جاء بالثمن» داشت و «الثمن» یعنی ثمن معهود و ثمن المسمّی که کلّ آن را می‌گویند نه بعض را، و این ظهور، تأیید و تقویت می‌شود با فهم ابوبکر بن عیاش در روایت سوّم که روایت ابن حجاج بود (مورد روایت این بود که شخص محملی خریده بود و قسمتی از پولش را هم داده و بعد چند روزی گرفتار شده بود و وقتی آزاد شد و آمد، متوجه شد که صاحب محمل آن را به دیگری فروخته ... و با اینکه بعض پول را داده بود، قاضی از کلام امام صادق علیه السلام اینطور فهمید که قبض بعض کافی نیست و استشهاد کرد به این کلام امام که فرموده: «من اشتری شیئاً فجاء بالثمن ما بینه و بین ثلثة ایّام ...» و به نفع فروشنده حکم کرد که خیار تأخیر داشته و حق داشته محمل را بفروشد در حالی که خریدار قسمتی از پول را داده بود، یعنی قبض بعض کافی نیست.

قوله: و ربّما یستدّل:

صاحب ریاض به پیروی از علّامه در تذکره به این روایت برای کفایت نکردن قبض

بعض، استدلال کرده و آن را دلیل مستقّل این مطلب قرار داده است. ولی شیخ اعظم آن را قبول ندارد به این دلیل که اوّلاً روایت عامی و از طریق عامّه است و ارزش ندارد و ثانیاً فهم ابوبکر بن عیّاش برای ما حجّت نیست.

قوله: و القبض بدون الاذن:

اگر بایع در ظرف سه روز، با اذن و رضایت از مشتری ثمن را گرفت حتماً معامله لازم است و خیار تأخیر ندارد (چه مبیع را تحویل داده باشد یا نه) ولی اگر بدون اذن، قبض کرد (قبض فضولی یعنی سرقت کرد یا به زور از او گرفت) آیا این هم قبض است و خیار تأخیر را بر می‌دارد؟ شیخ اعظم می‌فرماید:

چنین قبضی، به منزلهٔ عدم قبض است و رافع خیار نیست به دلیل اینکه ادلهٔ خیار تأخیر اینجا را می‌گیرد: هم اخبار خاصه ظاهرش عدم کفایت این قبض است، زیرا تعبیر کرده‌اند به: «فان جاء بالثمن» که کلمهٔ «مجیئی» ظهور دارد در اینکه مشتری به میل و ارادهٔ خود، ثمن را بیاورد که در غیر این صورت معامله لازم نیست و در مفروض بحث ما به میل و ارادهٔ مشتری نبوده، و هم «لاضرر» اینجا را می‌گیرد زیرا از طرفی مبیع را تحویل نداده و اگر تلف شد به عهدهٔ بایع است و متضرّر می‌شود و از طرفی ثمن را هم آن گونه‌ای که بتواند در آن تصرّف کند، نگرفته و به زور و اجبار اخذ کرده و مجوّز تصرّف ندارد تا جلو ضررش را بگیرد و لذا «لاضرر» هم صد در صد جاری است و حکم به عدم لزوم می‌کند.

قوله: نعم لو کان:

اگر قبض ثمن از مشتری با اذن و رضایت قبلی نیست ولی به حق است یعنی پس از معامله، بایع متاع را به مشتری عرضه کرد و او را از گرفتن متاع، متمکّن ساخت و او خود نخواست و نگرفت، در چنین فرضی بایع وظیفه‌اش را انجام داده و مشتری حق ندارد ثمن را امساک کند و بایع را از اخذ آن منع کند و قبض چنین بایعی از روی استحقاق است، حال چنین قبضی خیار تأخیر را منتفی می‌سازد زیرا اصل اوّلی در معاملات لزوم است و دلیلی هم در این صورت، بر خلاف اصل مذکور نداریم، نه اخبار خاصه و نه لاضرر:

امّا اخبار خاصه: قبض از روی استحقاق، در منصرف اخبار، داخل نیست زیرا در

حکم قبض با اذن و به منزلهٔ آن است شرعاً و لذا جملهٔ «و انْ لم یجیئی فلا بیع له» این مورد را شامل نیست.

و امّا لاضرر: در فرض مزبور نه از ناحیهٔ مبیع ضرری متوجّه بایع می‌شود نه از ناحیهٔ ثمن، زیرا با عرضه کردن مبیع، تلف هم بشود او ضامن نیست، از طرفی هم پول را به حق گرفته و حق تصرف دارد و باز انتظار وصول ثمن نمی‌کشد تا ضرری متوجّه او شود. پس وجهی برای خیار تأخیر نیست.

قوله: و ربّما یقال:

گاهی گفته می‌شود: در شرط قبلی (عدم قبض مبیع) باید قبض و اقباض با رضا و اذن بایع باشد و قبض بدون اذن، فایده‌ای ندارد ولی در این شرط (عدم قبض ثمن) قبض بدون اذن و رضا هم کافی است و خیار را بر می‌دارد به این دلیل که: فقهاء در عنوان مسأله در طرف مبیع این شرط را می‌آورند که: «و لم یسلّمه» یا «ولم یقبضه» که ظهور در اقبال و تسلیم با اراده و اختیار و طیب نفس دارد یعنی بایع به میل خود مبیع را تسلیم کند... ولی در طرف ثمن، این تعبیر را می‌آورند که: «و لاقبض الثمن» و قبض، ظهور در گرفتن دارد اعم از اینکه با اذن و رضایت باشد یا با زور و اجبار باشد. پس به این دلیل قبض مبیع باید با اذن و رضا باشد ولی قبض ثمن لازم نیست با اذن و رضایت باشد.

قوله: و فیه نظر:

مرحوم شیخ این قول را رد می‌کنند و می‌فرمایند: تعابیر مذکور به مناسبت این است که عنوان مسأله را با کار بایع شروع کرده‌اند: «من باع شیئاً...» و طبیعی است که در طرف ثمن و مثمن هم، تعبیری را بیاورند که بیانگر کار او باشد، و کار او در ناحیهٔ مثمن، اقباض و تسلیم و تحویل دادن است لذا تعبیر به «و لم یسلّمه و...» کرده‌اند و در جانب ثمن، قبض و گرفتن است و لذا تعبیر به «و لاقبض الثمن» کرده‌اند، نه اینکه خصوصیّت اختیاری و با اذن بودن یا اعم بودن، مدّ نظر تعبیر کنندگان باشد. (و لذا اگر عنوان مسأله را با کار مشتری شروع می‌کردند و می‌گفتند: «من اشتری شیئاً...» طبیعی بود که بدنبالش تعبیری بیاورند که فعل مشتری را تبیین کند و آن این بود که بگویند: «و لا قبض المثمن و لا اقبض الثمن...»)

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینکه: شاید تعبیرات مذکور به خاطر خصوصیّتی باشد که در مفادشان است و صرفاً به مناسبت عنوان مسأله نباشد. (به هر حال این مسلّم نیست که کسی بتواند تفصیل دهد.)

قوله: و لو اجاز المشتری:

حالا بر مسلک ما که قبض بدون اذن را کافی نمی‌دانیم، اگر بایع بدون اذن قبلی مشتری، ثمن را قبض کرد و بعداً مشتری راضی شد و آن را اجازه نمود آیا اجازهٔ لاحق، در حکم اذن سابق است؟ می‌فرماید: آری به منزلهٔ اذن قبلی است. (با اجازهٔ لاحق، بیع فضولی تصحیح می‌شد پس به طریق اولی قبض فضولی تصحیح می‌شود.) و دلیل همان است. و بدنبال کفایت اجازه، این بحث مطرح می‌شود که آیا اجازه کاشفه است (از اینکه قبض از همان روز اوّل بجا بوده و تصرّفات قابض در ملک خودش بوده) یا مثبته است (از حالا که اجازه آمد قبض را تثبیت و اثر دار می‌کند نه از روز اوّل)؟ همان دو وجه در بیع فضولی که اجازه کاشفه باشد یا ناقله، اینجا هم مطرح است و علی القاعده در بیع فضولی هم اجازه را ناقله دانستیم و لو به حکم روایت خاص، طرفدار کشف شدیم، ولی در باب قبض، دلیل خاصی نداریم و روی همان دلایل عام، طرفدار نقل هستیم.

قوله: و یترتب:

ثمرهٔ کاشفه بودن یا مثبته بودن چیست؟ ثمره اینجا ظاهر می‌شود که: اگر روز اوّل، قبض بدون اذن آمد و روز چهارم مشتری اجازه داد، چنانچه اجازه کاشفه باشد، از روز اوّل قبض بجا بوده و خیار تأخیر منتفی است، و اگر مثبته باشد از روز چهارم می‌خواهد تأثیر بگذارد، پس در ظرف سه روز قبض صحیح محقّق نشده و خیار تأخیر ثابت است.

شرط سوّم:

یکی دیگر از شروط خیار تأخیر، آن است که در متن عقد، شرط نکنند تأخیر تسلیم ثمن یا مثمن را یعنی بگویند «بعت و اشتریت» و کار را تمام کنند و در ضمن آن شرط نکنند که مبیع را تا ده روز دیگر تأخیر بیاندازند، یا ثمن را یک ماه دیگر بپردازند و...، بنابراین اگر شرط تأخیر کردند باز خیار تأخیر نیست، زیرا ادلهٔ خیار تأخیر، صورت اشتراط تأخیر را شامل نیست: امّا اجماع: دلیل لبّی است و قدر متیقن آن جائی است که شرط تأخیر نباشد.

و امّا لاضرر: صورتی را که خود طرفین شرط تأخیر کنند و راضی به تأخیر باشند شامل نیست زیرا اقدام بر ضرر نمی‌گیرد.

و امّا اخبار خاصّه: مورد اخبار هم عموماً آنجائی بود که، شرط تأخیری در بین نباشد و نسبت به صورت شرط تأخیر تسلیم ثمن یا مثمن، ساکت بودند و بر فرض شک هم به اصل لزوم بر می‌گردیم زیرا خیار خلاف اصل است و در اموری که خلاف اصل است، به قدر متیقن اکتفا می‌شود که مورد اخبار بود (صورت عدم اشتراط) و نسبت به صورت اشتراط، به اصل لزوم بر می‌گردیم.

علاوه بر اینکه صورت اشتراط تأخیر مشمول ادّله نیست، اجماع قائم است بر اینکه شرط تأخیر نکنند البتّه «فی الجملهٔ» یعنی نسبت به خصوص ثمن اجماعی است که شرط تأخیر نکنند وگرنه خیاری نیست و لو نسبت به مثمن چنین اجماعی نباشد.

شرط چهارم:

از شروط خیار تأخیر آن است که مبیع یا عین خارجی و شیئی معیّن باشد مثل این کتاب، این فرش... و یا شبیه آن باشد (یعنی کلّی فی المعیّن باشد) مثل یک من گندم از یک صبره که مشتمل بر دهها من گندم است و از این لحاظ کلّی است ولی در محدودهٔ امر معیّنی است که همین صبرهٔ گندم باشد. بنابراین اگر مبیع، یک امر کلّی در ذمّه بود (مثلاً بایع صد من گندم به ذمّهٔ خویش فروخته است که بعداً تحویل دهد و از هر کجا که فراهم کند مانعی ندارد.) پس از گذشت سه روز و تأخیر مشتری در اداء ثمن هم، خیار تأخیری در کار نیست.

دلایل اعتبار این شروط همان ادلهٔ اصل مشروعیّت خیار تأخیر است که ذیلاً عنوان می‌شود: ۱ـ فتاوای فقهاء و معاقد اجماعات آنان: به این مناسبت عباراتی از بزرگان نقل می‌کنند که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

محقّق ثانی در جامع المقاصد فرموده: در جانب ثمن فرقی نیست که عین خارجی باشد و یا کلّی در ذمّه باشد[1] مفهوم کلام این است که در جانب مثمن فرق است و حتماً باید عین خارجی باشد.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۲۹۸.

ابن زهره هم در غنیه عبارتی دارد که دو فراز آن، شاهد مدّعای ما است: یک جا فرموده: «هذا اذا کان المبیع مما یصّح بقائه ...» و واضح ست که این تعابیر در مورد مبیع شخصی، مفهوم دارد نه کلّی. جای دیگر فرموده: تلف مبیع قبل از سه روز ...، و واضح است که این تعبیر هم در مورد مبیع شخصی و عین خارجی، مفهوم دارد وگرنه کلّی در ذمّه که تلف شدن ندارد ....

و سیّد مرتضی در انتصار، شیخ طوسی در خلاف و قاضی در جواهر معقد اجماعشان این است: «لو باع شیئاً معیّناً بثمن معیّن ...» که کاملاً روشن است که شیئی معیّن یعنی مبیع شخصی مثل این اتومبیل، آن منزل و ...، البتّه در ارتباط باتعبیر مزبور دو نکته باید روشن شود:

نکتهٔ اوّل:

در پاره‌ای از نسخه‌های کتاب جواهر مرحوم قاضی، به جای کلمهٔ شیئی معیّن، تعبیر به شیئی غیر معیّن شده که همان کلّی باشد و عدهٔای هم به حکم این نسخه، به اشتباه افتاده و به مرحوم قاضی نسبت داده‌اند که وی مدّعی اجماع بر غیر معیّن است. ولی به گمان من آن نسخه غلط است و نسخه‌هائی که «غیر» ندارد صحیح است (فانه لایحتمل اختصاص الخیار بغیر المعیّن و دعوی الاجماع علیه).

نکتهٔ دوّم:

در جانب ثمن اتفّاق کلمه وجود دارد که معیّن بودن، معتبر نیست و همانطور که محقّق ثانی فرمود: «لافرق فی الثمن بین کونه عیناً او فی الذّمه»، معذلک چرا سیّد و شیخ و قاضی در معقد اجماع خویش، کلمهٔ ثمن معیّن را آورده و ثمن را مقیّد به معیّن بودن کردند؟ مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: مراد از معیّن در باب ثمن، به معنای شخصی در مقابل کلّی نیست بلکه به معنای معلوم در مقابل مجهول است یعنی ثمن باید معلوم باشد و این واضح است زیرا اگر ثمن مجهول باشد معامله غرری و باطل است و معیّن به این معنا، اعم از کلّی و شخصی است و سه شاهد بر این مدّعا می‌آورند:

شاهد اوّل: خود بزرگان در کلماتشان، بیع را، با وصف معیّن و ثمن را، با وصف

معلوم آورده‌اند از جمله علامّه در تحریر[۱] به پیروی از شیخ طوسی در مبسوط[۲] فرموداند: «اذا اشتری شیئاً معیّناً بثمن معلوم ...» آنگاه همین شیخ طوسی در کتاب خلاف فرمود: «لو باع شیناً معیناً بثمن معیّن» و دلیل مطلب را اجماع فرقه و اخبار آنان قرار داد[۳] از طرفی هم در مبسوط آن تعبیر را داشت و فرمود: «و روی اصحابنا ...» و می‌دانیم که یک دسته روایت بیشتر نداریم و بعید است که در خلاف، چیزی را به روایات اصحاب، نسبت دهد (ثمن معیّن) و در مبسوط، چیز دیگری را (ثمن معلوم) که اعّم از معیّن و کلّی است، پس آنچه در مبسوط آورده تفسیر چیزی است که در خلاف آورده بود.

شاهد دوّم: قبول داریم که کلمهٔ معیّن در معاقد اجماعات «بثمن معیّن» ظهور در ثمن شخصی دارد و مراد، خصوص تشخّص عینی است نه اینکه مراد، صرف معلوم بودن در قبال مجهول بودن، باشد که اعمّ از کلّی و شخصی است، ولی قیام اجماع بر عدم اعتبار تعیّن و تشخّص در ثمن، قرینه می‌شود که از ظاهر کلمه، رفع ید کرده و آن را بر معلوم بودن در قبال مجهول بودن حمل کنیم.

شاهد سوّم: گاهی موصوف این وصف می‌تواند قرینه بر مراد باشد یعنی اگر کلمهٔ «مثمن و مبیع» یا «شیئی» متصف به تعیّن شود و بگوئیم: «الشیئی المعیّن» یا «المبیع المعیّن» منظور مبیع شخصی و شیئی خارجی در مقابل کلّی و مبهم است ولی اگر کلمهٔ ثمن موصوف به این وصف شود و بگوئیم: «الثمن المعیّن» منظور ثمن معلوم است.

قوله: و امّا معقد اجماع:

کلام علامّه ره در تذکرة هم که در اوّل مسأله ذکر شد و ادعّای اجماع داشت، قرینه روشنی دارد که مراد ایشان هم مبیع شخصی است زیرا کلمهٔ عین داشت «فهواحق بالعین» و عین یعنی شیئی خارجی و معیّن،

۲ـ حدیث لاضرر: دلیل دیگر خیار تأخیر، قاعدهٔ نفی ضرر بود که آن‌هم موردش مبیع شخصی است زیرا مبیع کلّی، به ذمّه می‌آید و صرفاً یک امر اعتباری است و فعلاً

---

۱. تحریر، ج ۱ ص ۱۶۷.
۲. مبسوط، ج ۲ ص ۸۷.
۳. خلاف، ج ۳ ص ۲۰ مسأله ۲۴.

چیزی نیست که بایع متعهّد به حفظ آن باشد، و اگر تلف شد ضامن باشد و از استفاده از آن محروم باشد و... همهٔ اینها در مبیع شخصی متصوّر است و شامل مبیع کلّی نمی‌شود و بر فرض شک، اصالة اللزوم جاری می‌شود.

۳ـ دلیل دیگر و عمده دلیلِ خیار تأخیر نصوص بود که چهار روایت در صدر مسأله ذکر شد اینها نیز مبیع شخصی را شامل می‌شوند زیرا دو روایت ابن یُقطین و ابن عمّار این تعبیر را داشت (یبیع البیع، اشتری بیعاً) و بر چیزی که هنوز فرخته نشده، نام مبیع گذارده بود و به علاقه اول و مشارفت بود که در شرف بیع است و عرضه شده برای بیع و این تعابیر با کلّی در ذمّه تناسب ندارد و بر آن اطلاق نمی‌شود (کلّی در ذمّه را که در معرض بیع قرار نمی‌دهند) پس مورد اینها مبیع شخصی است و روایت زراره هم متاع داشت «یشتری من الرجل المتاع» ظهور در متاع‌شخصی و عین خارجی دارد و نیز کلمهٔ «یدعه عنده» داشت که باز با مبیع شخصی دمساز است و گرنه کلّی که «یدعه عنده» (یعنی نزد بایع واگذاشت) ندارد. باقی می‌ماند روایت ابوبکر بن عیّاش که تعبیرش این بود: «من اشتری شیئاً...» مطلق آمده که هم بر شیئی معیّن صدق می‌کند و هم بر شیئی کلّی در ذمّه، ولی اینهم چندین جواب دارد: (۱ـ روایت عامی است و از لحاظ سند مشکل دارد ۲ـ بر فرض از اشکال سندی صرف نظر کنیم ممکن است سؤال سائل که از مبیع شخصی (محملی را خریدم...) بود، قرینه باشد بر مراد امام از جواب و جواب هم مربوط به مبیع شخصی باشد.

۳ـ بر فرض از اینهم بگذریم و کسی بگوید: «العبرة بعموم الجواب لا بخصوص السؤال،» ولی روایات دیگر مقیّد به مبیع شخصی بود و این روایت مطلق است و با آنها تقیید می‌شود.

۴ـ بر فرض از اینهم بگذریم و کسی بگوید: مطلق و مقیّد اگر هر دو مثبت باشند تعارضی ندارند و به هر دو عمل می‌شود ولی جواب اصلی این است که شیخ اعظم در متن فرموده و آن اینکه:) کلمهٔ «شیئی» عند الاطلاق بر موجود خارجی اطلاق می‌شود و ظهور در موجود خارجی و شخصی دارد

(منشأحمل یا از باب قدر متیقّن است که با ظهور نمی‌سازد و در فرض اجمال جای این حمل است و یا از باب انصراف است که در اثر کثرت استعمال، ظهور در شیئی معیّن

دارد و ظاهراً همین مراد است و البته قابل تأمّل است که چنین انصرافی داریم یا نه ؟!)

و کلّی در ذمّه که مبیع واقع می‌شود موجود خارجی نیست پس کلمهٔ شیئی ظهور در آن ندارد و بر آن حمل نمی‌شود، اگر کسی بگوید: در منطق خواندیم که کلّی طبیعی (مثل انسان) در خارج به عین وجود افرادش موجود می‌شود پس چگونه شما می‌گوئید: کلّی در خارج موجود نیست؟ در پاسخ می‌گوئیم: منظور از کلّی در باب بیع، کلّی طبیعی نیست تا کسی این اشکال را بکند و دلیل کلّی طبیعی نبودن، آن است که چه بسا مبیع کلّی در هنگام بیع، اصلاً وجود خارجی ندارد و معدوم است (مثلاً ده خروار انگور را وسط زمستان می‌فروشد با اینکه در این وقت انگوری نیست و بعداً در فصل تابستان پیدا خواهد شد.) در حالی که کلّی طبیعی چنین نیست یا اگر هم موجود باشد، ملک فروشند نیست و باید از دیگران خریدرای کند.

سؤال پس: کلّی در ذمّه حقیقتش چیست؟ پاسخ: کلّی در ذمّه صرفاً یک امر اعتباری است که عرف آن را اعتبار می‌کنند و شرع هم امضا کرده و شرع و عرف با این امر اعتباری مثل ملک خارجی معامله می‌کنند، و آثار ملک بر آن مترتّب می‌کنند و به خاطر همین معاملهٔ شرع و عرف است که کلمهٔ «شیئی» بر خصوص کلّی در ذمّه صدق می‌کند و طرف می‌گوید: «بعت شیئاً» یا «اشتریت شیئاً،» و یا بر اعّم از کلّی و شخصی و بر قدر جامع آن دو اطلاق می‌شود و می‌گوید: «من اشتری شیئاً ...» و در نتیجه پس از آن معاملهٔ عرف و شرع، کلمهٔ شیئی سه اطلاق پیدا می‌کند:

۱ـ بر خصوص شیئی موجود در خارج اطلاق می‌شود

۲ـ بر خصوص کلّی در ذمّه اطلاق می‌شود

۳ـ بر اعّم از آن دو هم اطلاق می‌شود ولی در عین حال بگونه‌ای نیست که اطلاقش بر خصوص موجود خارجی شخصی نیازمند قرینه باشد و عند الاطلاق مجمل باشد بلکه در اثر کثرت استعمال در شیئی خارجی، عند الاطلاق همین فرد به ذهن می‌آید. و ما نحن فیه نظیر مجاز مشهور است (مثل استعمال امر در ندب که ولو مجاز است ولی مجاز است و فراوان در روایات فعل امر در ندب بکار رفته و ویژگی مجاز مشهور، این است که در دوران امر میان حقیقت و مجاز مشهور عدّه‌ای توقّف کرده و عدّه‌ای مجاز مشهور را ترجیح داده‌اند.) در اینجا هم از شیئی، موجود معیّن خارجی اراده می‌شود. و

نیز ما نحن فیه از قبیل مطلقی است که انصراف به بعض افراد دارد، آن‌هم انصرافی که ...

(در اینجا عبارتی است که احتمالاتی داده شده: ۱ـ کلمهٔ مطلق را برداشته و به جای آن مقید را بگذرایم و بگوئیم: «لا یحوج ارادة المقیّد الی القرینه ...» یعنی انصراف به حدّی روشن است که ارادهٔ مقیّد یعنی شیئی خارجی را نیازمند به قرینه نمی‌سازد. ۲ـ لابلای ارادة المطلق، کلمهٔ فرد اضافه کرده و بگوئیم: «لا یحوج ارادة الفرد من المطلق الی القرینه» و منظور از فرد همان شیئی معیّن خارجی است. ۳ـ کلمهٔ لا را برداریم و بگوئیم: «یحوج ارادة ...» یعنی انصراف شیئی به خصوص شیئی معیّن خارجی، به قدری قوی است که ارادهٔ مطلق و قدر جامع را نیازمند قرینه می‌سازد و از قبیل مطلقی است که انصراف به فرد خاصّی پیدا کرده) در نتیجه در روایت ابی بکربن عیّاش هم احتمال قوی دارد که مراد از شیئی، شیئی معیّن خارجی باشد و کسی نمی‌تواند بگوید عبارت حدیث مطلق است و قرینه‌ای ندارد و بر فرض شک از اصل عدم قرینه استفاده می‌کنیم و به اطلاقش ابقاء می‌کنیم، زیرا فرد مذکور نیازی به قرینه ندارد تا اصل عدم قرینه جاری شود، پس روایت ابی بکر هم بر مبیع شخصی حمل شد.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه منشأ انصراف لفظ شیئی به خصوص موجود خارجی چیست؟ اگر منشأ غلبهٔ وجود داشت که ارزشی ندارد و اگر غلبهٔ استعمال است که اوّل الکلام است و قابل بحث می‌باشد.

قوله: فقد ظهر:

از بحثهائی که از آغاز شرط چهارم تا به حال نمودیم به این نتیجه می‌رسیم که: در میان ادلهٔ خیار تأخیر (اجماع، لاضرر، نصوص) دلیلی یافت نشد که مبیع کلّی را هم شامل شود و تمام آن‌ها مربوط به مبیع شخصی بود و نسبت به مبیع کلّی دلیل بر خیار تأخیر نداریم و عند الشک، اصالة اللزوم جاری می‌شود.

قوله: و ربمّا ینسب:

صاحب جواهر به اکثر فقهاء قول به تعمیم را نسبت داده که میان مبیع کلّی و شخصی فرقی نمی‌گذارند و خیار تأخیر را در هر دو جاری می‌دانند، به این دلیل که که در عنوان بحث خود کلمهٔ «مبیع» را مقیّد به کلمهٔ «شخصی» نکرده‌اند و گفته‌اند: «لو باع شیئاً ...» و

نگفته‌اند: «شیئاً معیّناً»(۱)

قوله: و فیه انّ:

مرحوم شیخ دو جواب می‌دهند: ۱ـ اگر کسی منصفانه در کلمات قوم بنگرد یا جازم می‌شود که کلام آنها مخصوص مبیع شخصی است (به خاطر تعبیراتی که دارند از قبیل علامّه در تذکره که کلمهٔ «احقّ بالعین» داشت و شیخ طوسی و دیگران که در معقد اجماع کلمهٔ «لو باع شیئاً معیّناً داشتند» و...) و یا لا اقل شک در تعمیم و تخصیص می‌کنند که مرادشان اعم از کلّی و شخصی است یا خصوص شخصی است، و عند الشک قدر متیقن را باید گرفت که حتماً مراد است.

۲ـ از طرفی هیچ فقیهی تصریح نکرده که مسأله از حیث تعمیم و تخصیص، اختلافی و دو قولی باشد (مگر شهید در دروس که فرموده: شیخ طوسی خیار تأخیر را مخصوص مبیع معیّن دانسته که ظاهرش حصر است یعنی دیگران اینگونه نیستند، در حالی که قبلاً کلام شیخ در مبسوط ذکر شد و فرمود: «روی اصحابنا...» یعنی تنها شیخ طوسی نیست و به همهٔ اصحاب نسبت داد... پس به عقیدهٔ شیخ، همگان مبیع شخصی را مطرح کرده‌اند و مسأله ذات قولین نیست، و از طرفی آن قول واحد را شیخ طوسی مشخص کرده و معاقد اجماعات مشخص کرده‌اند که تخصیص به مبیع شخصی باشد، و از طرفی آن قول واحد را شیخ طوسی مشخّص کرده و معاقد اجماعات مشخص کرده‌اند که تخصیص به مبیع شخصی باشد، و از طرف سوّم اگر تعمیم را که صاحب جواهر نسبت داده، بپذیریم، معنایش آن است که مسأله ذات القولین باشد در حالی که این خلف فرض است کسی تصریح به آن نکرده است، پس قول به تعمیم را نتوان پذیرفت و انتساب آن به اکثر قابل قبول نیست.

قوله: و کیف کان:

تامل در ادلهٔ مسأله (اجماع و «لاضرر» و نصوص) و فتاوای فقهاء، فقیه منصف را مشرف می‌سازد به اینکه قاطع شود که حکم خیار تأخیر، مخصوص مبیع شخصی است و در کلّی فی الذمّه این حکم جاری و ساری نیست.

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳ ص ۵۵.

قوله: ثم انّ هنا اموراً:

تا به حال چهار شرط از شروط خیار تأخیر که مورد قبول شیخ اعظم بود همراه با دلیل ذکر شد و اینک مضافاً به شروط مزبور، شرطهای دیگری نیز از سوی عدّه‌ای از فقهاء عظام مطرح شده که مورد قبول مرحوم شیخ نیست و در این مقام آن‌ها را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند.

قوله: منها:

یکی از آنها عبارتست از نبود خیارات دیگر برای هر دو طرف یا یکی از آن دو: در صورتی پس از سه روز تأخیر، بایع خیار تأخیر پیدا می‌کند که در ظرف سه روز، هیچ خیاری برای هیچ یک از طرفین وجود نداشته باشد (نه خیار حیوان برای مشتری، نه خیار شرط برای بایع یا هر دو، و...) بنابر این اگر لا اقل یکی از آن دو واجد خیاری بودند، نوبت به خیار تأخیر نمی‌رسد و بایع در روز چهارم چنین خیاری پیدا نمی‌کند.

حال در رابطه با این شرط سه نظریّه از متن مستفاد است:

۱ـ عدّه‌ای طرفدار این شرط بوده و آن را معتبر می‌دانند، منجمله علّامه در تحریر که صریحاً فرموده: اگر در اصل بیع و معامله یکی از طرفین خیاری داشته باشند، بایع خیار تأخیر نخواهد داشت[۱] (یعنی شرط خیار تأخیر عدم خیارات دیگر است.)

و منجمله ابن ادریس در سرائر در اصل عنوان مسأله که قیود و شروطی را ذکر کرده، این شرط را هم افزوده که: «و لم یشترطا خیاراً لاحدهما او لهما»[۲] یعنی به شرطی خیار تأخیر برای بایع ثابت می‌شود که در متن عقد شرط خیار برای یک طرف یا هر دو طرف نکرده باشند. (بنابر این اگر شرط خیار کردند جای خیار تأخیر نیست.)

البتّه ابن ادریس در عنوان مسأله، خیار شرط را قید کرده و ظاهر تقیید اختصاص است (زیرا هر قیدی در عنوان مسأله می‌آید قید احترازی است و برای احتراز از سایر خیارات است و مفادش این است که بقیّهٔ خیارات مانعی ندارد ولی خیار شرط، نباید داشته باشند.) ولی احتمال هم دارد که چون عنوان بحث ابن ادریس در غیر حیوان بوده گفته: «لو باع متاعاً...» و متاع بر حیوان اطلاق نمی‌شود. و طبعاً خیار حیوان منتفی بوده

---

۱. تحریر، ج ۱، ص ۱۶۷.
۲. سرائر، ج ۲، ص ۲۷۷.

(سالبه به انتفاء موضوع) و لذا تعبیر به «و لم یشترطا خیاراً...» کرده و الاّ این خصوصیّتی ندارد و اگر عنوان بحث را کلّی می‌گرفت، مثل علاّمه می‌فرمود: «و لم یکن فی البیع خیار لاحدهما.....»

قوله: و کیف کان:

مرحوم شیخ می‌فرماید: منظور ابن ادریس (و غیره) چه اعمّ از خیار حیوان و شرط باشد و چه خصوص خیار شرط باشد، خیار شرط هم چه مطلق الخیار باشد (یعنی شرط خیار برای سه روز بکنند که در همین سه روز یا دو روزش خیار داشته باشند، و یا برای پس از سه روز یعنی از روز پنجم مثلاً شرط خیار کرده) و چه خصوص خیاری باشد که پس از سه روز محقّق می‌شود، آنهم چه در همان سه روز، شرط خیار برای ما بعد بکنند یعنی در متن عقد یا در روز دوّم مثلاً شرط کنند که از روز پنجم خیار داشته باشند و چه پس از سه روز، خیار شرط حادث شود یعنی روز چهارم شرط خیار کنند، به هر حال میان صور مختلف قضیّه فرقی نیست، و خیار تأخیر مشروط به نبود اینها نیست، و دلیلی بر اعتبار این شرط نمی‌شناسیم.

قوله: و اوجه ما یقال:

بهترین دلیلی که می‌توانیم برای این قول بیاوریم دلیلی است که مرکّب از دو مقدّمه است (البته عبارت مرحوم شیخ بگونه‌ای است که ظاهرش دو دلیل است ولی با بیانی که خواهیم کرد و با جمع بندیِ خود ایشان در پایان، معلوم خواهد شد که یک دلیل است و دو مقدّمه دارد.) مقدّمه اوّل: اخبار خیار تأخیر انصراف دارند به فرضی که خیار دیگری نباشد و فرض وجود خیار دیگر را شامل نمی‌شوند.

مقدّمه دوّم که به منزلهٔ دلیل مقدّمهٔ اوّل است: علاّمه در تذکره در باب احکام خیار فرموده: در زمان خیار نه بر بایع تسلیم مبیع واجب است و نه بر مشتری تسلیم ثمن لازم است و اگر احیاناً یکی از آن دو، مالی را که در دست او است (مثلاً بایع مبیع را) به رفیقش تسلیم کرد، حق ندارد مشتری را مجبور به تسلیم ثمن کند و حتی حق دارد مبیع را هم که به مشتری داده استرداد کند و پس بگیرد. بر خلاف برخی از علمای عامّه که گفته‌اند: اگر تبرّعاً (به دلخواه خودش) مبیع را به مشتری داد، حق ندارد استرداد کند و بلکه حق دارد ثمن را به زور از مشتری بگیرد و تابع رضایت او هم نیست. همانگونه که

پس از انقضاء مدّت خیار و در زمان لزوم بیع این احکام هست.(۱)

حال از این فرمایش علّامه می‌فهمیم که تا زمان خیار باقی است، مشتری حق دارد ثمن را تأخیر بیاندازد و نپردازد و بایع هم حق اجبار و الزام ندارد و حق فسخ هم ندارد و حق مطالبهٔ ثمن ندارد، پس اخبار خیار تأخیر که می‌گوید: پس از سه روز، بایع حق مطالبهٔ ثمن دارد، مربوط به فرضی است که تأخیر مشتری به ناحق باشد، و تأخیر ذی الخیار به حق است نه به ناحق، پس چنین فرضی مشمول اخبار نیست و اخبار خیار تأخیر مال فرضی است که خیاری نباشد.

حاصل اینکه خیار داشتن (شرط یا حیوان...) به منزلهٔ مدّت دار کردن یکی از عوضین است (مثمن موجّل باشد در مثل بیع سلم، ثمن مؤجل باشد در مثل بیع نسیه) و تا مدت مذکور سپری نشود، طرف حق مطالبهٔ ثمن یا مثمن ندارد.

۲ـ قوله: و فیه بعد تسلیم:

قول دوّم که رأی مشهور و شیخ اعظم است اینکه: نبود خیارات دیگر، شرط ثبوت خیار تأخیر نیست و دلیل مذکور بر اشتراط هم مردود است زیرا

اوّلاً هر دو مقدّمهٔ استدلال ناتمام است (امّا مقدّمهٔ دوّم: احکامی که از علّامه در باب خیار ذکر شد قابل مناقشه است و در زمان خیار، حق فسخ عقد دارد امّا حق امساک ندارد و اگر تحویل مشتری داد حقّ استرداد ندارد، و به هر حال اینها قابل بحث است. و امّا مقدّمهٔ اوّل: انصراف هم دلیل می‌طلبد و بدون جهت کسی نمی‌تواند ادّعای انصراف نماید.)

و ثانیاً بر فرض تسلیم هر دو مقدّمه می‌گوئیم: اشتراط مزبور (نبود خیارات دیگر) دو لازم دارد که قابل التزام نیست:

الف: بنابر این قول باید گفت: سه روز تأخیر که موجب خیار تأخیر می‌شود، از لحظهٔ تفرّق آغاز می‌شود و مبدئش زمان تفرّق است زیرا تا آن لحظه خیار مجلس دارد و شرط خیار تأخیر، نبود خیارات دیگر است در حالی که به زودی خواهد آمد که این لازم، باطل است و مبدء سه روز از هنگام عقد است نه از حین تفرّق.

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۳۷.

ب: بنابر این باید گفت: در موردی که مبیع حیوان باشد، خیار تأخیر نمی‌آید زیرا در ا ینجا حتماً مشتری سه روز خیار دارد و شرط خیار تأخیر نبود خیار دیگر بود و «اذا انتفی الشرط انتفی المشروط.» در حالی که این نیز قابل التزام نیست و اجماع قائم است بر اینکه در مورد حیوان نیز خیار تأخیر می‌آید. و مدّعی این اجماع علّامه در مختلف است.[۱] البتّه شیخ صدوق در کتاب مقنع فرموده: اگر مبیع جاریه باشد پس از یک ماه تأخیر ثمن، بایع خیار تأخیر پیدا می‌کند[۲] ولی ایشان هم در اصل خیار تأخیر مخالف نیست، در مدّت آن که پس از سه روز باشد مخالف است و به استناد روایتی که بعداً خواهیم آورد پس از یک ماه را ملاک دانسته.

قوله: الاّ ان یراد:

پس از رد قول به اشتراط، در صدد توجیه کلام علاّمه در تحریر بر آمده و می‌فرماید: شاید مراد ایشاد از «و لا خیار للبایع لوکان فی البیع خیار لاحدهما» این باشد که مادامی که خیار دیگری هست، خیار تأخیر نیست و این منافاتی ندارد که پس از سه روز که خیار دیگر منقضی و منتفی می‌شود، خیار تأخیر حادث شود. پس نظر علّامه مخالف نظر ما نیست. (ولی این توجیه و تقیید به «مادام ...» خلاف ظاهر تحریر علّامه است.)

۳ـ قوله: و قد یفصّل:

برخی هم در مورد شرط مذکور قائل به تفصیل شده و میان خیار بایع و خیار مشتری فرق گذاشته به این نحو که اگر در ظرف سه روز، بایع خیار دیگری داشته باشد پس از گذشت سه روز خیار تأخیر نخواهد داشت و خیار دیگر موجب سقوط خیار تأخیر می‌گردد. ولی اگر مشتری خیار داشته باشد، مانع از ثبوت خیار تأخیر برای بایع نمی‌شود. و برای هر بخش از تفصیل، جداگانه استدلال کرده‌اند، برای بخش اول دو دلیل آورده‌اند:

۱ـ فلسفهٔ تشریع خیار تأخیر، دفع ضرر بایع است و با وجود خیار دیگر، دفع ضرر میسور است و نوبت به خیار تأخیر نمی‌رسد و در حقیقت ثبوت خیار تأخیر در این فرض لغو است.

۲ـ هم نصوص صدر مسأله و هم فتاوای قوم دلالت دارند که در ظرف سه روز اوّل،

---

۱. مختلف، ج ۵، ص ۶۸.
۲. مقنع، ص ۳۶۵.

بیع لازم است و چون اطلاق دارند ظاهرشان این است که لزوم مطلق دارد یعنی از جمیع جهات، لازم است و این در صورتی است که هیچ نوع خیاری نباشد وگرنه لزوم مطلق نخواهد بود، پس مورد نص و فتوی هم آنجائی است که بایع خیار دیگر نداشته باشد وگرنه دلیلی بر خیار تأخیر نخواهیم داشت.

قوله: و دعوی:

اگر کسی ادّعا کند که: نص و فتوی، دالّ بر لزوم بیع در ظرف سه روز می‌باشد ولی نه لزوم مطلق و از جمیع جهات تا سخن مفصل ثابت شود، بلکه لزوم مقیّد را دلالت دارد یعنی مفادش این است که در ظرف سه روز از همین ناحیهٔ تأخیر، خیاری نیست و معامله از این لحاظ لازم است و منافاتی ندارد که از سایر جهات جایز باشد، بنابراین خیار تأخیر پس از سه روز با خیارات دیگر در ظرف سه روز قابل جمع است.

قوله: مدفوعة:

مفصل در جواب می‌گوید: در ما نحن فیه سبب و مقتضی برای خیار، خود تأخیر سه روز است و خیار مسبّب از آن و حکم آن است و قاعدهٔ کلّی آن است که هیچ حکمی مقیّد به سبب خودش نمی‌شود (زیرا سبب حکم از لحاظ رتبه پیش از حکم است، همان گونه که موضوع حکم سابق بر حکم است و اگر حکمی مقید به سبب خودش شود لازمه‌اش آن است که سبب در رتبهٔ حکم و قید الحکم باشد و مقدّم بر حکم و معلول نباشد و این خلف است.) آنگاه خیار هم مقیّد به تأخیر نمی‌شود و نتوان گفت: تأخیر سبب خیار تأخیر است، بناچار باید گفت: تأخیر سبب اصل خیار و طبیعی خیار است و لازمهٔ این مطلب آن است که قبل از تأخیر سه روز، یا تأخیر کمتر از سه روز اصل و طبیعی و کلّی و جنس و مطلق خیار منتفی است یعنی لزوم، مطلق است و هو المطلوب.

دو دلیل هم برای بخش دوّم ذکر می‌کنند که عبارتند از:

۱ـ در فرض ثبوت الخیار برای مشتری، هیچ دلیلی بر سقوط خیار تأخیر از بایع نداریم تا حکم به سقوط شود، خیار مشتری دافع ضرر از بایع نیست تا موجب سقوط خیار بایع شود.

۲ـ اگر با ثبوت خیار برای مشتری، خیار بایع ساقط شود باید گفت در مواردی که مبیع حیوان است و قبض و اقباضی صورت نگرفته، هرگز بایع خیار تأخیر ندارد، زیرا

همیشه مشتری تا سه روز خیار حیوان دارد، واحدی به این لازم ملتزم نیست و اجماعی است که خیار تأخیر در چنین معامله‌ای هم ثابت است. نتیجه: خیار مشتری مانع از خیار تأخیر بایع نیست.

قوله: و وجه ضعف:

مرحوم شیخ این تفصیل را قبول ندارند (بخش دوّم بر وفق مراد است و ما نیز قبول داریم که خیار مشتری مانع نیست و نبود آن، شرط خیار تأخیر نیست. ولی بخش اوّل را قبول نداریم و در صدد رد آن هستیم.) و از هر دو دلیل این بخش جواب می‌دهند.

امّا دلیل اوّل: قبول داریم که نوع خیارات برای دفع ضرر، تشریع شده‌اند ولی خیارات دیگر برای دفع ضرر در سه روز است و خیار تأخیر برای دفع ضرر پس از سه روز است که اگر بایع باز هم ملزم به صبر و وفا باشد، متضرّر می‌شود و هرگز ضرری که از ناحیهٔ صبر بیش از سه روز مطرح می‌شود با خیار در سه روز مندفع نمی‌شود، و لذا منافاتی نیست که برای پس از سه روز خیار تأخیر داشته باشد.

و امّا دلیل دوّم: اشکال ما همان است که قبلاً به صورت «و دعوی ... »مطرح شد، البته مفصل از آن پاسخ داد ولی ما اصل ادّعا را تأیید نموده و پاسخ مفصل را نمی‌پذیریم و می‌گوئیم: کبرای کلّی (الحکم لایقیّد بالسبب) را قبول داریم ولی منافاتی ندارد با این مطلب که در ما نحن فیه، نفی خیار در سه روز یا لزوم در سه روز از ناحیهٔ ضرر تأخیر، و مقیّد به این فرض باشد و لزوم، مطلق نباشد.

(بیان مطلب: در نصوص دو جمله آمده بود: ۱ـ«ان جاء بالثمن فی الثلاثة ... .» ۲ـ«و الّا فلا بیع بینهما» جمله دوّم مفادش این شد که اگر تا سه روز پول را نیاورد، معامله لازم نیست و خیاری می‌شود یعنی تأخیر تا سه روز سبب خیار است و به قول مفصل، سبب اصل خیار است نه خیار مقیّد، آنگاه به قرینهٔ مقابله، مفاد جملهٔ قبلی آن است که تأخیر کمتر از سه روز سبب اصل خیار نیست، نه اینکه سبب نفی هر خیاری باشد و میان عدم السبب با سبب العدم زمین تا آسمان فرق است: سبب العدم یعنی مجیئی فی الثلاثه، سبب نبود هر گونه خیاری است و این همان مقصد مفصل است که لزوم مطلق در ثلاثه باشد، ولی عدم السبب یعنی تأخیر کمتر، سبب خیار نیست و مفاد جمله به قرینه مقابله با جمله دوّم، همین مطلب است آنگاه در سه روز، تأخیر سبب خیار نیست و از این

ناحیه بیع لازم است و منافاتی ندارد که شرط خیار «مثلاً» سبب خیار باشد و... پس خیار تأخیر با خیارات دیگر قابل جمع است و مانعی ندارد که از نواحی دیگر خیاری باشد.

قوله: و لذا لاینافی:

اگر مفاد نص لزوم مطلق در ثلاثه بود یعنی تنها در این فرض خیار تأخیر می‌آید، پس هرگز خیار تأخیر با خیار مجلس جمع نمی‌شد زیرا با وجود خیار مجلس، لزوم مطلق نیست پس هر جا خیار مجلس باشد خیار تأخیر نباید بیاید و هر جا خیار تأخیر بود خیار مجلس نباید باشد و در نوع موارد خیار مجلس هست پس نوبت به خیار تأخیر نمی‌رسد، در حالی که احدی این حرف را نزده و همه گفته‌اند با وجود خیار مجلس هم خیار تأخیر می‌آید ولی بحثی است که مبدء سه روز تأخیر از لحظهٔ عقد است یا از زمان تفرّق و انقضاء مجلس، که بعداً اشاره خواهد شد.

قوله: و منها:

از جمله شروطی که برخی ذکر کرده‌اند و نزد ما اعتباری ندارد، تعدّد متعاقدین است: در صورتی پس از سه روز تأخیر، بایع خیار تأخیر پیدا می‌کند که موجب و قابل متعدّد باشند، بنابراین اگر عاقد واحد بود و یک نفر از سوی بایع و مشتری انشاء عقد، نمود خیار تأخیر نمی‌آید. و دو دلیل بر لزوم تعدّد متعاقدین آورده‌اند:

۱ـ روایات خیار تأخیر مخصوص فرض تعدّد است (تعبیراتی که در روایات بود گویای این مطلب است چون می‌فرمود: «الاجل بینهما ثلاثة ایّام» و... و مورد همهٔ روایات، صورت تعدّد بود.) و فرض وحدت عاقد را شامل نبود و دلیلی بر خیار در این فرض نیست و علی القاعده به اصالة اللزوم باید رجوع کنیم.

۲ـ از طرفی خیار تأخیر با خیار مجلس جمع نمی‌شود و پس از انقضاء خیار مجلس ثابت می‌شود. و از طرف دیگر اگر عاقد، واحد باشد مجلس عقد همواره باقی است (زیرا یک نفر را نتوان دونیم کرد تا تفرّق حاصل شود.) مگر در متن عقد شرط سقوط خیار مجلس کند و یا اسقاط نماید وگرنه پس از سه روز هم باقی است، در نتیجه خیار تأخیر نمی‌آید و شرطش آن است که متعاقدین متعدّد باشند تا تفرّق و انقضاء خیار مجلس، ممکن باشد تا خیار تأخیر بیاید.

قوله: و فیه انّ المناط:

مرحوم شیخ این شرط را نیز قبول ندارند و از هر دو دلیل قول مذکور پاسخ می‌دهند:

پاسخ دلیل اوّل: در روایات سخن از تعدّد متعاقدین نبود، یا به عنوان مناط خیار مطرح نبود و مناط خیار، عدم قبض و اقباض بود که در همهٔ آنها روی این جهت تکیه شده بود و شکّی نیست که این جهت با تعدّد متعاقدین و با وحدت عاقد میسور و متصوّر است، به این نحو که بر فرض عاقد یک نفر باشد (که وکیل در مجرّد انشاء صیغه از طرفین باشد) ولی دهنده و گیرنده مالکها هستند و آن‌ها حتماً دو نفر می‌باشند و عدم قبض و اقباض فیما بین آن دو کاملاً معقول و مقبول است و وقتی مناط خیار تأخیر وجود داشت، خود خیار تأخیر هم وجود خواهد یافت.

پاسخ دلیل دوّم: اوّلاً خیار مجلس برای عاقدی که فقط وکیل در انشاء عقد باشد ثابت نیست تا مانع از خیار تأخیر باشد. و ثانیاً بر فرض ثبوت قابل اسقاط یا اشتراط عدم است یعنی در متن عقد شرط سقوط خیار مجلس کند یا پس از عقد، خیار مجلس را اساقط کند و در آن صورت منعی از تحقّق خیار تأخیر نیست (و ثالثاً اصل کبرای کلی را قبول نداریم که با وجود خیار مجلس، خیار تأخیر نیاید و حتماً پس از آن باشد.)

قوله: نعم:

تنها در یک فرض قبول می‌کنیم که با وحدت عاقد خیار تأخیر نمی‌آید، و آن فرضی است که عاقد وکیل تامّ الاختیار از دو طرف باشد و ثمن و مثمن هر دو نزد او باشد یا عاقد ولّی بایع و مشتری باشد مثل پدر، جدّ پدری، وصی آن دو، حاکم شرع، قیمّی که حاکم تعیین می‌کند و مال صغیرها در اختیار او است در این فرض خیار تأخیر نیست امّا نه از آن جهت که عاقد واحد است که قائل به شرط مزبور می‌گفت، بلکه از آن جهت که دو شرط اساسی در خیار تأخیر عبارت بود از عدم اقباض مبیع و عدم قبض ثمن در طول سه روز، و این دو شرط حاصل نیست زیرا پیش از معامله هم، ثمن و مثمن نزد عاقد است و قبض و اقباض خود به خود حاصل است. و چون این شروط منتفی است خیار تأخیر هم منتفی است.

قوله: و منها:

یکی دیگر از شروطی که برخی گفته‌اند ولی مورد قبولی ما نیست اینکه در صورتی پس

از سه روز تأخیر، خیار تأخیر برای بایع ثابت می‌شود که مبیع حیوان (مطلقاً چه جاریه و عبد و چه چهار پا) یا خصوص جاریه نباشد وگرنه خیار تأخیر پس از یک ماه تأخیر ثابت می‌شود، نه پس از سه روز، طرفدار این شرط شیخ صدوق در کتاب مقنع است که در مورد جاریه این سخن را گفته[۱] ولی علامّه در مختلف به او نسبت داده که در مطلق حیوان چنین نظری دارد[۲] (در کلام صدوق جاریه آمده، حال اگر به ظاهر تعبیر جمود کنیم حکم مذکور مخصوص جاریه خواهد بود و گر این را از باب مثال بدانیم و برای جاریه خصوصیتی قائل نشویم، حکم مزبور برای مطلق حیوان ثابت می‌شود.) و مدرک سخن صدوق هم روایتی از ابن یقطین است که فرمود: «ان جاء بالثمن فیما بینه و بین شهر و الاّ فلا بیع له»[۳]

قوله: ولا دلالة:

مرحوم شیخ در مقام اشکال می‌فرماید: در این حدیث صریحاً از عدم قبض و اقباض سخنی به میان نیامده و ندارد که مشتری مبیع را که جاریه باشد قبض کرده یا نه، قرینهٔ خارجی هم بر عدم اقباض نداریم تا روایت را بر این فرض حمل کنیم، و لذا حدیث از این ناحیه ساکت و مجمل است و دارای سه احتمال است:

۱ـ منظور همین فرض عدم اقباض باشد و در انیجا سخن از یک ماه تأخیر به میان آمده است، در این صورت حدیث مربوط به خیار تأخیر است و شرط مذکور که بیع حیوان نباشد تا پس از سه روز خیار باشد... پذیرفته است.

۲ـ مورد حدیث جائی باشد که مشتری با بایع شرط کرده که یکماه به او فرصت دهد و تأخیر ثمن از این باب باشد و در این صورت حدیث، ربطی به خیار تأخیر نخواهد داشت و مربوط به خیار تخلّف شرط می‌شود که اگر تا یکماه نیاورد تخلّف کرده و بایع خیار اشتراط با تخلّف شرط دارد.

۳ـ مورد حدیث همین باب خیار تأخیر باشد و حکم اصلی مثل سایر مبیع‌ها، تأخیر تا سه روز باشد و پس از آن خیار تأخیر ثابت شود، ولی اینکه سخن از صبر تا یکماه

---

۱. مقنع، ص ۳۶۵.
۲. مختلف، ج ۵ ص ۷۰.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲ ص ۳۵۷ باب ۹ حدیث ۶.

مطرح شده، منظور استحباب صبر باشد نه لزوم صبر، پس منافاتی با رأی مشهور هم ندارد. «و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال». و بالجمله از آنجاکه ظاهر حدیث که صبر تا یکماه را لازم دانسته، بر خلاف رأی مشهور است ناگزیر باید توجیه و محملی برای آن پیداکرد و وجه ثانی و ثالثی که ذکر شد، برخی از همین محامل بود. و علیکم به محامل دیگری که به ذهنتان می آید.

قوله: ثمّ انّ مبدء:

در خیار تأخیر، ملاک سه روز تأخیر است حال این سه روز از چه زمانی آغاز می‌شود؟ از لحظهٔ عقد؟ یا از هنگام تفرّق؟ دو وجه در این باره وجود دارد:

۱ـ از زمان افتراق، به این دلیل که در روایت فرموده: «فان جاء بالثمن بینه و بین ثلاثة ایّام» و ضمیر «بینه» به مشتری برمی‌گردد یعنی میان خود مشتری و میان سه روز، و این تعبیر از هنگام افتراق صدق می‌کند وگرنه قبل از افتراق را «بَیْنَهُ» نمی‌گویند و «بینهما» می‌گویند (مثل اینکه می‌گوئیم: بینی و بین الّه یعنی غیر از خودم و خدایم کسی خبر ندارد و شاهد نیست.)

۲ـ از زمان عقد، به این دلیل که در روایت دیگر فرموده: «الاجل بینهما ثلاثة ایّام ....» و تعبیر به «بینهما» کرده میان آن دو و سه روز مهلت است، متبادر از این تعبیر از زمان عقد است. و روایت دیگر فرموده: «فمضت ثلاثة ایّام و لم یجئی ...» که باز متفاهم عرفی، گذشت سه روز از زمان عقد است. و تعبیری هم که وجه اوّل بدان استناد کرد می‌تواند کنایه باشد از اینکه سه روز بگذرد و تقابضی حاصل نشود و منافاتی با روایات وجه ثانی ندارد.

مرحوم شیخ همین را تقویت کرده و مبدء سه روز را از زمان عقد می‌دانند.

مسألهٔ اوّل:

پس از اینکه با ادلهٔ مشروعیّت خیار تأخیر و با شروط معتبر و غیر معتبر آن آشنا شدیم وارد بیان مسائل گوناگون خیار تأخیر می‌شویم و در مجموع چهار مسألهٔ کوتاه را بیان می‌کنیم: مسألهٔ اوّل پیرامون مسقطات خیار تأخیر است: چه عواملی باعث سقوط خیار تأخیر می‌شوند؟ در مجموع پنج عامل مطرح است:

عامل اوّل اسقاط قولی خیار تأخیر پس از عقد است و دو قسمت دارد:

۱ـ اسقاط خیار پس از سه روز تأخیر: چنین اسقاطی قطعاً نافذ است و هیچ اشکال و خلافی در آن نیست (زیرا پس از سه روز تأخیر مشتری در آوردن ثمن، خیار بایع فعلی شده و چون حقّی است برای بایع و زمام امر حق در دست صاحب آن است پس بایع می‌تواند آن را اعمال کند و معامله را فسخ کند و می‌تواند اسقاط کند پس چنین اسقاطی نافذ است)

۲ـ اسقاط خیار در سه روز: یعنی روز دوّم یا سوّم معامله، بایع خیارش را اسقاط کند و بگوید: اگر مشتری پس از سه روز هم ثمن را نیاورد من خیار نداشته باشم، آیا چنین اسقاطی نافذ است؟ در این باره دو وجه ذکر شده:

۱ـ خیر، نافذ نیست زیرا از باب اسقاط مالم یحب است، بیان مطلب: سبب و مقتضی و موجب خیار تأخیر عبارتست از ضرری که از ناحیهٔ تأخیر بیش از سه روز، حاصل می‌شود و به دیگر سخن: تأخیر خاص (بیش از سه روز) باعث خیار است و هنوز این مقتضی حاصل نشده (فرض این است که سه روز تمام نشده) پس خیار هم فعلی نشده و خیاری نیست که قابل اسقاط باشد، اسقاط هم فرع بر ثبوت امری است و لذا از نوع اسقاط مالم یجب است.

قوله: و لذا: مؤیّدی برای وجه مذکور: در باب خیار شرط این بحث مطرح بود که مبدء آن از لحظهٔ معامله است یا از هنگام افتراق و جدا شدن طرفین از یکدیگر؟ بنابر اینکه از حین تفرّق باشد این بحث مطرح بود که آیا اسقاط خیار شرط قبل از تفرّق و در همان مجلس معامله، جایز است یا خیر؟ علامّه در تذکره فتوی به عدم جواز داده[1] (دلیل همان است که قبل از تفرّق، خیار شرط فعلی نشده و اسقاطش از نوع «اسقاط مالم یجب» است که معقول نیست. مسألهٔ ما نیز چنین است.) و بلکه اگر اسقاط خیار شرط قبل از تفرّق جایز نیست، اسقاط خیار تأخیر به طریق اولی در ظرف سه روز اوّل نافذ نیست. (زیرا سبب خیار شرط، اشتراط در ضمن عقد است و حاصل شده و تنها شرطش که تفرّق باشد نیامده، معذلک اسقاط آن جایز نشد، در خیار تأخیر که سبب، خود تأخیر یا ضرر حاصل از این ناحیه است و هنوز اصل مقتضی و سبب نیامده، پس

---

۱. تذکره، ج ۱ ص ۵۲۰.

عدم نفوذ اسقاط در اینجا سزاوارتر است و اولویّت دارد.)

۲ـ آری، نافذ است به دو دلیل:

الف: آنکه سبب و مقتضی هر خیاری از خیارات است خود عقد معامله است و در مسأله ما هم خود عقد سبب خیار تأخیر است و تأخیر خاص یا ضرر حاصل از آن که پس از سه روز می‌آید، شرط فعلی شدنِ خیار است نه اینکه مقتضی و مؤثر باشد. و اگر مقتضی خود عقد شد فرض این است که خود عقد آمده و اسقاط خیار تأخیر پس از حصول مقتضی، جایز و بلامانع است. و به دیگر سخن وجود مقتضی کافی است برای اسقاط خیار، ولو خود خیار فعلی نشده (و فایدهٔ اسقاط کذائی هم آن است که عقد و معاملهٔ مزبور را از قابلیّت فسخ خارج می‌سازد و پس از سه روز هم لازم است و «فسختُ» در آن تأثیر ندارد.)

ب: در عامل بعدی خواهد آمد که به قولی شرط سقوط خیار تأخیر در ضمن عقد، صحیح است و اگر شرط سقوط کردند، خیار ساقط می‌شود، بر این اساس اسقاطِ خیار پس از عقد و در ظرف سه روز، به طریق اولی نافذ خواهد بود.

عامل دوّم: یکی از موجبات سقوط خیار تأخیر عبارتست از شرط سقوط کردن در متن عقد: یعنی مشتری می‌گوید: «اشتریت» یا «قبلت» به شرط اینکه اگر تا سه روز پول را نیاوردم خیار تأخیر نداشته باشی، یا شرط می‌کنم که هیچ نوع خیاری نباشد و.... حال آیا شرط سقوط مسقط است؟ از عدّه‌ای از بزرگان مثل شهید اوّل در دروس[۱] محقّق ثانی در جامع المقاصد[۲] و حاشیه ارشاد[۳] حکایت شده که این را مسقط دانسته‌اند، شاید به این دلیل که: شرط سقوط مصداقی از مصادیق شرط و التزام ضمنی است و عموم «المؤمنون عند شروطهم» این را شامل است و حکم به وجوب وفای به آن می‌کند پس باید طرفین پای این شرط بایستند و حق ندارند معامله را فسخ کنند.

قوله: و یشکل:

در عامل قبلی سخن از اسقاط خیار در ظرف سه روز بود و وجه اوّل این بود که اسقاط

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۷۶.
۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۲.
۳. حاشیهٔ ارشاد، (خطی) ص ۲۶۰.

نافذ نیست، بنابر همان مبنائی که ذکر شد که سبب الخیار ضرر کذائی است و هنوز حاصل نشده.... حال بر این وجه، در عامل دوّم می‌گوئیم: نافذ بودن شرط سقوط، مبتلا به اشکال است زیرا عموم «المؤمنون عند شروطهم» بیانگر حکم است (وجوب وفا به شرط) و موضوع آن شروطی است که معقول و مشروع باشند نه هر شرطی، و هیچ حکمی برای خود، موضوع ساز نیست بلکه موضوع باید از خارج احراز شود تا حکم بر آن مترتّب شود،

و اینجا اوّل باید احراز کنیم که خیار تأخیر در حین معامله یا پس از آن تا سه روز قابل اسقاط است و اسقاطش مشروعیّت دارد، سپس بگوئیم: اگر شرط سقوط کردیم به حکم «المؤمنون» نافذ است و مع الاسف مشروعیّت بلکه معقولیّت آن احراز نشد پس عموم المؤمنون جا ندارد و از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّه است.

و لذا از این راه نتوان نفوذ شرط سقوط را در اسقاط خیار پذیرفت، آری اگر اجماع به عنوان یک دلیل تعبّدی بر تأثیر و نفوذ شرط سقوط، قائم شد (چنانکه برخی ادّعای اجماع کرده‌اند.) ما تسلیم می‌شویم و نه تنها شرط سقوط در ضمن عقد را مسقط می‌دانیم، بلکه اسقاط در ضمن سه روز را هم به طریق اولی مسقط می‌دانیم و اگر چنین اجماعی ثابت نشد، از نظر دلیل و استدلال، عامل مذکور قابل مناقشه است به بیانی که ذکر شد.

عامل سوّم: یکی از بواعثِ سقوط خیار تأخیر، بذل ثمن از سوی مشتری است (یعنی مشتری پول را فراهم کرده و نزد بایع آورده و پول را به او تقدیم می‌کند این نامش بذل است خواه به دنبال بذل، بایع هم ثمن را از مشتری اخذ کند و یا اخذ نکند.) حال اگر بذل ثمن در ضمن سه روز باشد که بحثی نیست و صد درصد معامله لازم است و نوبت به خیار نمی‌رسد، و اگر بذل ثمن بعد از سه روز و پس از فسخ بایع باشد، قطعاً فایده‌ای ندارد و قبل از آن بیع باطل شده است. ولی اگر بذل ثمن پس از سه روز و قبل از فسخ بیع باشد آیا مسقط خیار تأخیر بایع است که فعلی هم شده؟ یا خیر؟

علّامه در تذکره فتوی به سقوط داده و فرموده: با بذل ثمن، خیار بایع ساقط

می‌شود[۱] (شاید به این دلیل که صبر بایع بیش از این، سبب ضرر است و ضرر موجب خیار است و با بذل ثمن، ضرر بایع جبران شد و دیگر ضرری نیست که موجب خیار باشد.)

ولی بعضی از فقهاء فتوی به عدم سقوط داده‌اند و دلیلشان استصحاب است (فرض این است که سه روز، گذشته و خیار بایع، فعلی شده و بذل، پس از ساعات و دقایق و مدّتی آمده آنگاه پیش از بذل ثمن خیار تأخیر بود و پس از آن شک داریم، استصحاب بقاء خیار جاری می‌شود زیرا ارکانش تمام است.)

قوله: و هو حسن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: (اگر مدرک خیار تأخیر اجماع منقول باشد از آنجاکه دلیل لبّی است به قدر متیقّن آن اکتفا می‌شود که پیش از بذل باشد و پس از بذل را شامل نیست. ولی) اگر مدرک خیار نصوص و روایات خاصّه باشد (چهار روایتی که در صدر مسأله ذکر شد.) (چنانچه خود اخبار اطلاق داشته باشند که فرموده: «و الّا فلا بیع بینهما»، یعنی همین که تا سه روز ثمن را نیاورد معامله خیاری است مطلقاً چه پس از سه روز بذل بکند یا نه، در این فرض به خود اطلاق اخبار استناد کرده و خیار را برای بعد از بذل ثابت می‌کنیم و نوبت به استصحاب نمی‌رسد. ولی اگر چنانچه اخبار اطلاق نداشته باشند) در این فرض استناد به استصحاب نیکو است زیرا روایات نسبت به فرض بذل، و عدم بذل ساکت است و نفیاً و اثباتاً چیزی نگفته و لذا ما شک می‌کنیم که پس از بذل هم خیار هست یا نه؟ از استصحاب بقاء خیار استفاده می‌کنیم.

و امّا اگر مدرک خیار تأخیر، قاعدهٔ لا ضرر باشد، جریان استصحاب حُسنی ندارد، زیرا لا ضرر برای دفع ضرر و تدارک ضرر بایع، حکم به خیاری می‌کند و لزوم بیع را نفی می‌کند و پس از بذل مشتری، ضرری متوجّه بایع نیست تا به حکم «لا ضرر» با جعل خیار تدارک شود. پس خیار دائر مدار ضرر است، قبل از بذل، ضرر هست خیار هم حتماً موجود است و پس از بذل، ضرر نیست، پس خیار هم حتماً منتفی است و شکی نداریم تا استصحاب کنیم.

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۲۳.

قوله: و لو فرض:

اگر شما بگوئید: پس از بذل، ضرر از حالا به بعد منتفی است ولی ضرر پیش از بذل، به حال خود باقی است و بدان لحاظ «لا ضرر» حکم به خیار می‌کند. خواهیم گفت: اوّلاً دو سه ساعت یا نصف روز بعید است موجب ضرر باشد، و ثانیاً بر فرض که پیش از بذل در آن مدّت کوتاه ضرری باشد ولی موجب خیار پس از بذل نمی‌شود زیرا خیار تأخیر برای جبران ضررهای آتیه و مستقبل است وگرنه ضررهای ماضی که با بذل جبران نمی‌شود، و ضرر مستقبل هم علی الفرض با بذل، تدارک شده پس هیچ بهانه‌ای برای اجراء «لا ضرر» و حکم به خیار نیست.

وله: و دعوی:

مقدّمه: بحثی در اصول بود مبنی بر اینکه عناوین دو دسته است: برخی از عناوین به گونه‌ای است که یک آن که حادث شد حکم می آید و در بقاء و استمرار ولو عنوان، فعلی نباشد ولی حکم کماکان باقی است، مثل عنوان سارق، زانی، قاتل، شارب الخمر و..... در اینجا حدوث عنوان، علّتِ حدوث و بقاء حکم است، و بقاء حکم دائر مدار بقاء عنوان نیست. و برخی عناوین به گونه‌ای بود که حدوثاً و بقائاً، حکم دائر مدار صدق عنوان بود مثل عنوان مجتهد، عادل و.... که مادام مجتهد تقلیدش جایز است، و.... حال کسی ادّعا کند که عنوان لا ضرر از دسته اوّل است و نفس حدوث ضرر ولو آناًمّا سبب حدوث خیار می‌شود و در ادامه صدق ضرر لازم نیست و لو عنوان ضرر هم منتفی باشد باز حکمش که خیار باشد باقی است، بنابر این پس از بذل هم، خیار تأخیر باقی است و لو خود ضرر منتفی است.

در جواب می‌گوئیم: به اتّفاق کلمه، احکام شرعیّه‌ای که بر عنوان نفی ضرر مترتب است و «لا ضرر» آنها را ثابت می‌کند (خیار، جواز تیمّم، جواز افطار و....) حدوثاً و بقائاً دائر مدار صدق عنوان ضرر است و در ادامه هم مادامی که ضرر فعلی باشد حکم هست و همین که ضرر منتفی شد، حکم هم منتفی است و علی الفرض با بذل ثمن، ضرر استقبالی که موجب خیار بود منتفی است پس خود خیار هم که حکم بود منتفی می‌شود. و جای استصحاب نیست زیرا شک نداریم تا استصحاب کنیم بلکه یقین به عدم داریم.

قوله: و لا یعبد دعوی:

قبلاً اگر مستند خیار، اخبار بود استصحاب را نیکو و بجا دانستیم ولی حالا ادّعا می‌کنیم که بعید نیست اخبار هم مثل قاعدهٔ نفی ضرر، به صورت ضرر فعلی منصرف باشد و مناطش این باشد، به این بیان: روایت فرمود: «و الاّ فلا بیع ینهما» ای «ان لم یجی بالثمن فلا بیع ...» و مناط عدم لزوم یا مناط خیاری بودن و جواز و تزلزل بیع را، عدم مجیئی یا عدم حضور مشتری دانست و اگر این علّت تامّه شد حکم دائر مدار آن است یعنی تا زمانی که عدم حضور باشد عدم لزوم بیع هم هست (زیرا ضرر فعلی هست) و همین که عدم حضور نبود عدم لزوم هم نیست (چون ضرر فعلی نیست) و لزوم می‌آید و پس از بدل ثمن، مناط که ضرر فعلی باشد منتفی شد و علّت که عدم حضور بود رفت، پس حکم هم که عدم لزوم باشد می‌رود و حتماً لزوم می‌آید و تردید نداریم تا استصحاب جاری کنیم. روی این توجیه و بیان مرحوم شیخ همان قول علامّه را تقویت کرده و بذل ثمن را مسقط می‌دانند.

عامل چهارم:

یکی از موجبات سقوط خیار تأخیر، اخذ ثمن از سوی بایع است: اخذ پس از بذل است یعنی نخست مشتری ثمن را فراهم می‌کند و به بایع بذل می‌کند، سپس بایع از دست مشتری می‌گیرد، و لذا اگر در مرحله قبل، خود بذل ثمن کافی بود و خیار را ساقط می‌کرد نیازی به اخذ نیست و نوبت به آن نمی‌رسد که به عنوان یک مسقط مطرح شود. ولی اگر بذل را کافی ندانیم، نوبت به اخذ می‌رسد و گرفتن ثمن با طیب نفس موجب سقوط خیار تأخیر است زیرا که این اخذ نشانهٔ التزام و رضایت قلبی به معامله است (صغری) و کبرای کلّی هم در خیار حیوان گذشت که: هر چیزی کاشف از رضایت به معامله باشد موجب سقوط خیار هم هست پس نتیجه می‌گیریم که: اخذ ثمن مسقط است.

قوله: و هل یشترط:

ولی این بحث مطرح است که: باید یقین کنیم که اخذ ثمن از سوی بایع فقط به منظور التزام به بیع و به خاطر رضایت به معامله است؟ بنابر این اگر احتمال دادیم که به قصد عاریه و ودیعه و مانند آن گرفته، کافی نیست و مسقط نمی‌باشد، یا علم به قصد مزبور

لازم نیست و ظن فعلی و شخصی کفایت می‌کند؟ یا حتّی ظن فعلی هم لازم نیست و ظن نوعی و شأنی کافی است؟ سه وجه در این رابطه وجود دارد:

۱ـ علم لازم است زیرا تا علم نباشد موضوع سقوط خیار که التزام به بیع باشد احراز نشده و تا موضوع محرز نشود نتوان حکم به سقوط کرد.

۲ـ ظنّ فعلی کافی است زیرا نزد عرف و عقلاء چنین مظنّه‌ای، اماره و علامت بر التزام است و عقلاء به آن بسنده می‌کنند.

۳ـ ظن شأنی کافی است زیرا در باب خیار حیوان گذشت که کشف نوعی از رضایت، کافی است و لازم نیست در شخص این مورد هم ظن داشته باشیم و این کبرای کلی در آن‌جا بیان شد، و ما نحن فیه یعنی اخذ ثمن، از واضح‌ترین مصادیق آن کبرای کلّی است و نوعاً علامت رضا است و لو در مورد خاصی نباشد ولی مورد خاص ملاک نیست.

مرحوم شیخ پس از بیان سه وجه با دلیل، می‌فرماید: خیر الوجوه او سطها (ظن فعلی) و لکن اقوی الوجوه اخیرها و این جمله یک بام و دو هوا است زیرا خیر بودن که استحسانی و خوشایندی نیست بلکه به خاطر قوّت دلیل است و لذا وجهی برای خیر بودن وجه وسط نیست و همان وجه اخیر خیر الوجوه است چون قویترین است.

قوله: و هل یسقط:

عامل پنجم از مسقطات خیار که مورد قبول فقهاء نیست و لذا تعبیر به «الخامس» هم ندارد بلکه به صورت سؤال مطرح شده، مسألهٔ مطالبهٔ ثمن است: سه روز گذشت و مشتری پول را نیاورد و بایع خیار فعلی پیدا کرد ولی به جای اعمال خیار و فسخ معامله، به سراغ مشتری رفت و از او ثمن را مطالبه نمود، آیا به صرف این هم خیار تأخیرش ساقط می‌شود؟ علامّه در تذکره فتوی به عدم سقوط داده و دو دلیل آورده:

۱ـ اصل که منظور استصحاب بقاء خیار است، قبل از مطالبه خیار داشت بعد از آن نیز خیارش باقی است.

۲ـ عدم الدلیل: دلیلی بر سقوط خیار بوسیلهٔ مطالبه نداریم و عدم الدلیل دلیل

العدم[۱] (چه خوب بود اینها را یکی بدانیم یعنی نخست بگوئیم: دلیلی بر سقوط یا بقاء نداریم و سپس بگوئیم: حال که دلیلی نیست پس شک داریم و مجرای ستصحاب است.) ولی احتمال سقوط هم منتفی نیست به این دلیل که مطالبه، علامت رضایت و التزام بایع به اصل معامله است (و الاّ اگر راضی نبود که بیع را فسخ می‌کرد و نیازی به مطالبهٔ ثمن نمی‌افتاد.) و هر چیزی هم علامت رضایت به اصل بیع باشد موجب سقوط خیار است پس مطالبه هم مسقط است.

مرحوم شیخ این احتمال را قبول ندارند و حاصل فرمایش ایشان در رد این احتمال آن است که: مطالبهٔ ثمن مستقیماً و بالمطالبه که دالّ بر اسقاط نیست (معنای مطالبه رضا به معامله نیست.) پس علامت رضا بودن آن بالملازمه است که کسی بگوید: ملازمه است میان مطالبهٔ ثمن با التزام به اصل بیع، و این‌هم درست نیست زیرا مطالبه ثمن، کاشف از التزام به بیع نیست، بلکه به منظور جلوگیری از ضرر بیشتر در آینده است (و حدّ اکثر یک رضایت تعلیقی به بیع است یعنی اگر پس از مطالبه، ثمن را داد، بایع راضی می‌شود و اگر مماطله کرد تا نتوانست بپردازد، بایع راضی نمی‌شود و فسخ می‌کند.) آری ملازمه میان التزام و رضایت به ضرر استقبالی با التزام به بیع است یعنی اگر بایع ملتزم به ضرر استقبالی شد و اقدام بر تحمّل آنها نمود نشانهٔ رضایت او به بیع است و آن التزامش با اسقاط و شرط سقوط و اخذ ثمن و... حاصل می‌شود ولی اگر راضی به ضرر آتی نشد نشانه‌ای از رضایت به بقاء بیع هم نیست، و مطالبهٔ ثمن علامت رضایت به ضرر استقبالی نیست بلکه به منظور دفع ضرر آتی و جلوگیری از آن است (همانطور که فسخ هم برای همین منظور است) پس رضا و اقدام بر ضرر، احراز نشد تا رضایت به اصل بیع احراز شود و خیار تأخیر ساقط شود. بنابر این مطالبه از مسقطات نیست.

قوله: و لیس الضرر:

در این فراز دفع دخلی می‌نماید: اگر کسی بگوید در باب بیع غبنی و مانند آن (صلح غبنی یا بیع معیوب و...) پس از ظهور غبن یا عیب، و علم و اطلاع مغبون یا مشتری از غبن یا عیب اگر معامله را فسخ نکرد علامت رضا به ضرر و التزام به بیع بود، حال چه

---

۱. تذکرة ج ۱ ص ۵۲۳.

مانعی دارد که ما نحن فیه از این قبیل باشد یعنی پس از تأخیر سه روز و نیاوردن ثمن اگر بایع فسخ نکرد و مطالبهٔ ثمن نمود، نشانهٔ رضایت به ضرر و التزان به بیع باشد؟

در پاسخ می‌گوئیم: قیاس مع الفارق است زیرا ضرری که در بیع غبنی و مانند ان مطرح است، ضرر سابق است یعنی ضرری که با خود عقد بیع حادث شده و از اوّل طرف مغبون و متضرّر شده و با این وصف اگر بعداً فهمید و فسخ نکرد، علامت رضا و التزام است، ولی ضرری که در خیار تأخیر مطرح است ضرر مستقبل است و تأخیر ثمن و سپس مطالبهٔ بایع، هرگز علامت رضا به ضرر مستقبل و بدنبالش التزام به بیع نیست بلکه چه بسا برای دفع ضرر بیشتر است (و حدّ اکثر یک رضایت تعلیقی در کار است که اگر مشتری ثمن را داد راضی‌ام و گرنه فسخ خواهم کرد.)

قوله: و بالجمله:

حاصل بحث در این مسأله آن است که مطالبه موجب سقوط خیار تأخیر نیست اگر هم چیزی مسقط خیار باشد، اسقاط قولی بایع یا شرط سقوط در متن عقد است که علامت رضایت به ضرر استقبالی و التزام به بیع می‌باشند، و یا بذل ثمن از سوی مشتری و اخذ ثمن از سوی بایع است که موجب دفع ضرر مستقبل بوده و رافع خیار تأخیر هستند.

قوله: و ما تقدّم:

این فراز نیز دفع دخلی است که اگر کسی بگوید: قبلاً در خیار حیوان و شرط و غبن گذشت که: هر چیزی که علامت رضایت ذی الخیار به معامله باشد، موجب سقوط خیار است (کبری) و صغرای آن هم این باشد که مطالبهٔ ثمن هم علامت رضا است، پس باید مسقط باشد. حال چه مانعی دارد که ما نحن فیه از این قبیل باشد؟) در جواب می‌فرماید:

اوّلاً قیاس مع الفارق است زیرا در خیارات قبلی، خود عقد سبب خیار بود (منشأش هر چه باشد، تضرّر طرف به لزوم عقد باشد مثل باب خیار غبن، یا صرف تعبّد باشد مثل باب خیار حیوان و یا جهات دیگر) و پس از علم و اطلاع از غبن و تخلّف شرط، اگر فسخ نکرد علامت رضا بود ولی در ما نحن فیه خود عقد سبب الخیار نیست، تأخیر خاص یعنی تأخیر ثمن تا سه روز سبب خیار است و مطالبه یا حتی سکوت و فسخ نکردن پس از سه روز، علامت رضا نیست زیرا شاید به امید آوردن پول منتظر مانده

است.

ثانیاً در سایر خیارات هم، صغری را قبول نداریم که مطالبه علامت رضایت باشد، در هیچ کجا مطالبه دلیل بر رضایت نیست زیرا مطالبه تصرّف در ثمن نیست تا کاشف نوعی از رضایت به معامله باشد (البتّه خود ایشان قبلاً در خیار حیوان این مطلب را رد کردند که تصرف علامت رضا باشد و فرمودند: هر آن‌چه دالّ بر رضا باشد کافی است و لو تصرف نباشد و مثال زدند به تعریض متاع برای بیع، و اینجا روی تصرّف تکیه می‌کنند نا تمام است و بهتر بود بفرماید: مطالبه در هیچ جا علامت رضا نیست زیرا مطالبه می‌تواند برای دفع ضرر مستقبل باشد و حد اکثر یک رضایت تعلیقی در کار است.)

مسألهٔ دوّم:

آیا خیار تأخیر فوری است بدین معنی که پس از سه روز تأخیر، در اولّین فرصت بایع خیار فسخ دارد و اگر بلافاصله اقدام ننمود خیارش ساقط می‌شود؟ یا تراخی دارد یعنی تأخیر اعمال آن از اوّلین فرصت ممکن جایز است و می‌تواند روز چهارم اعمال خیار کند یا روز پنجم یا دهم و...؟ می‌فرماید: در باب خیار غبن. در آخرین مسأله، حکم مطلق خیار را از لحاظ فور و تراخی بیان نمودیم که دو قول بود و دلایل آن را هم ذکر کردیم (دلیل فور آیهٔ اوفوا بالعقود بود... و دلیل تراخی استصحاب خیار بود...) و عقیدهٔ خودمان فوریّت بود (امّا نه به دلیل آیهٔ وفا به عقد، بلکه به دلیل استصحاب بقاء ملکیّت و عدم تأثیر فسخ...) حال ما نحن فیه هم مصداقی از آن بحث کلّی است و علی القاعده همان دو نظر و مختار ما در اینجا می‌آید.

ولی در عین حال به دلیل خاص در خصوص خیار تأخیر طرفدرا تراضی هستیم و آن دلیل در وهلهٔ اوّل عبارتست از ظهور اطلاق نصوصی که در صدر خیار تأخیر ذکر شد که می‌فرمود: «و الّا فلا بیع له» کیفیت استدلال: معنای حقیقی کلمه، نفی حقیقت و جنس است یعنی اصلاً بیعی محقّق نشده ولی این معنا قطعاً مراد نیست زیرا بیعی محقّق شده و تا سه روز هم لازم بوده، معانی مجازی هم متعدّد است و برخی به معنای حقیقی نزدیک‌تر از بعض دیگرند و به ترتیب اقربیّت عبارتند از: ۱ـ نفی صحّت که به نفی جنس اقرب است و عدّه‌ای فتوا به بطلان دادند، ولی به عقیدهٔ مشهور و شیخ اعظم این معامله باطل نبود. ۲ـ نفی لزوم دائماً ۳ـ نفی لزوم در اوّلین فرصت ممکن و چون مجاز ثانی به

حقیقت نزدیکتر از مجاز ثالث است همان اراده می‌شود و مفاد روایات این است که: اگر تا سه روز ثمن را نیاورد بیع جایز می‌شود و از لزوم ۱می‌افتد آنهم برای همیشه یعنی تا زمانی که اسقاط نکرده یا اعمال خیار ننموده کماکان خیار باقی است و نتیجه تراخی است.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه ترجیح مجاز دوّم بر سوّم بر اساس اولّویت بود (اذا تعذّر الحقیقة فاقرب المجازات اولی بالارادة و اذا تعذّر اقرب المجاز است فالاقرب و الاقرب) که اینهم ظنّی و فاقد ارزش است و همهٔ مجازات مساوی‌اند و هیچ کدام اولویّتی ندارد. و شاید اشاره باشد به اینکه: ارادهٔ نفی دائمی لزوم، از راه اطلاق و مقدّمات حکمت میسور است (زیرا در خود نصوص کلمهٔ ابداً و دائماً نیامده) و اطلاق هم فرع بر فراهم بودن مقدمات حکمت است و این محرز نیست زیرا شاید از این جهت در مقام بیان نباشند و در نتیجه، این حیث اهمال و مسکوت گذارده شده و قدر متقیّن را باید اخذ کرد که نفی لزوم در آن اوّل باشد.

قوله: ثمّ علی تقدیر:

در مرحلهٔ دوّم بر فرض اینکه نتوانیم از اطلاق نصوص بهره ببریم (به بیانی که در وجه تأمل ذکر شده) از استصحاب بقاء خیار استفاده می‌کنیم به این نحو که: پس از سه روز تأخیر در آغاز روز چهارم خیار تأخیر فعلی شد و برای لحظاتی مسلّماً تحقّق یافت و پس از آن در آن دوم و سوّم و دهم و صدم شک داریم که باقی است یا خیر؟ استصحاب بقاء جاری می‌کنیم و اگر کسی به ما اشکال کند که سابقاً در مسأله اخیراز مسائل خیار غبن، خود شما به این استصحاب خرده گرفتید و گفتید موضوع تغییر کرده (زیرا موضوع متضرّر عاجز بوده و پس از آن اوّل، متضرّر قادر و متمکّن شده) و جای استصحاب نیست.

در جواب می‌گوئیم: در خیار تأخیر، موضوع را نص معین ساخته و آن عدم مجیئی به ثمن تا سه روز است و این‌موضوع تا صد روز هم که طول بکشد کماکان باقی است و صدق می‌کند و با احراز موضوع اگر شک در بقاء حکم آن کردیم استصحاب حکمی جاری می‌شود روی این دو دلیل ما قول به تراضی را تقویت می‌کنیم.

مسألهٔ سوّم:

این مسأله دربارهٔ تلف مبیع است و دو بخش دارد:

۱ـ تلف پس از سه روز تأخیر ثمن از سوی مشتری باشد.

۲ـ تلف در ظرف سه روز باشد. و هر کدام دو بخش دارند:

۱ـ تلف پس از قبض و اقباض باشد یعنی بایع مبیع را به قبض مشتری داد و در دست او تلف شد که این فرض تکلیفش روشن است و نیازی به ذکر ندارد و لذا مرحوم شیخ متعرّض نیست زیرا پر واضح است که پس از قبض، ملک طلق مشتری می‌شود و قاعده این است که: «المالک ضامن لماله» و ربطی به دیگران ندارد. و نیز قاعده این است که: «مَن له الغُنْم فعلیه الغرم» و نیز شرعاً ملازمه وجود دارد میان منافع و خسارات و هر کس مالک منافع است ضامن خسارات هم هست، «الخراج بالضمان».

۲ـ تلف پیش از قبض مبیع باشد و همین فرض مطرح است و مرحوم شیخ نخست فرض تلف مبیع پس از سه روز را مطرح کرده‌اند که خود دو بخش دارد:

۱ـ پس از سه روز و پس از فسخ بیع (چون خیار فعلی شد) تلف شود باز روشن است که بایع ضامن است و تمام آن قواعدی که بعد القبض برای مشتری بود، در اینجا برای بایع است.

۲ـ پیش از فسخ بیع، تلف شود حال خیار تأخیر هم باقی باشد یا باطل شده باشد در اثر اینکه فوری بوده و اعمال نکرده و باطل شده، یا تراخی هم اگر جایز بوده خود بایع اسقاط خیار نموده، یا پس از سه روز، مشتری بذل ثمن نموده و بدین وسیله خیار بایع ساقط شده، فرقی میان این صور نیست و قدر جامع همه آن است که تلف پس از سه روز و قبل از قبض مبیع و پیش از فسخ بایع است یعنی سه روز گذشت و هنوز مبیع را به مشتری تحویل نداده بود و بیع را هم فسخ نکرده بود تلف شد، آیا خود بایع ضامن است یا مشتری؟ به دو دلیل بایع ضامن است:

۱ـ اجماع منقول به خبر مستفیض (ناقلان و مدعیّان آن بیش از سه نفر می‌باشند ولی به حدّ تواتر نرسیده) و یا به قول صاحب ریاض: اجماع به خبر متواتر[1] (که دهها نفر مدعّی اجماع شده‌اند.)

---

۱. ریاض المسائل. ج ۸ ص ۱۹۵.

۲ـ حدیث نبوی که در کتب امامیّه نیامده و در کتب اهل سنّت آمده ولی عمل مشهور بلکهٔ همهٔ فقهاء شیعه ضعف سند را جبران می‌کند و از لحاظ صدور مشکلی ندارد، و آن اینکه: «کلّ مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»[۱] و اجماع دلیل لبّی است و اطلاق ندارد ولی این حدیث نبوی از جهات مذکور اطلاق دارد یعنی زمان فعلیّت خیار و بقاء آن را می‌گیرد، زمان بطلان و سقوط خیار را هم شامل است و مناط، تلف قبل القبض است و لذا گفتیم: فرقی میان جهات مزبور نیست.

قوله: و قد یعارض:

در مقابل قانون مذکور (حدیث نبوی) دو قاعدهٔ دیگر وجود دارد که ممکن است معارض قاعدهٔ مذکور باشند: ۱ـ قانون ملازمه میان نماء (منافع) و درک (خسارتِ تلف) که می‌گوید: هرکسی مالک منافع باشد ضامن خسارت است و در اینجا فرض این است که معامله‌ای انجام شده و مشتری مالک عین است پس مالک منافع، است پس خود او باید ضامن باشد، و اگر تلف شد از مال او تلف شده باشد، و ضرر به او بخورد نه به دیگران، و این بر خلاف حدیث نبوی است که می‌فرمود: خود بایع ضامن است.

سؤال: این قاعدهٔ ملازمه از کجا استفاده شده؟ پاسخ: از دو راه:

الف از راه نصّ: منظور حدیث نبوی دیگری است که از طرق عامه نقل شده ولی فقهای ما نیز بدان فتوا داده و عمل نموده‌اند آن این که «الخراج بالضمان»[۲] و چند جور معنی شده که یک معنای آن همین است که خراج یعنی منافع و در آمد در مقابل ضمانت است و هرکس منافع را می‌برد همان کس ضامن است که مشتری باشد.

ب: از راه استقراء که این راه دو گونه تفسیر شده:

الف: سیّد در حاشیه فرموده: مراد استقراء و تتبّع فتاوای فقهاء در ابواب گوناگون است.

ب: شهیدی در حاشیه فرموده: مراد استقراء نصوص متفرّقه در موارد مختلفه است و سپس نصوصی از باب خیار شرط (بیع الشرط) و رهن العبد و خیار حیوان را

---

۱. عوالی اللآلی، ج ۳، ص ۲۱۳، حدیث ۵۹۱.
۲. عوالی الآلی، ج ۱، ص ۲۱۹، حدیث ۸۹.

شاهد آورده و طبق برداشت سیّد مراد از نصّ که راه اوّل بود خصوص «الخراج بالضمان» نیست بلکه مطلق نصوص وارده در ابواب متفرّقه است.

۲ـ قاعدهٔ دیگری داریم که مورد اتفاق فقهاء است و آن اینکه: «التلف فی زمن الخیار ممّن لاخیار له» یعنی تلف مبیع یا ثمن در زمان خیار، از مال کسی است که خیار ندارد و طبق این قاعده باید تلف مبیع پس از سه روز، از مال مشتری باشد زیرا او است که خیار ندارد وگرنه بایع که خیار تأخیر دارد. باز این قاعده مخالفِ نبویِ مذکور است زیرا نبوی، بایع را ضامن می‌دانست و این قاعده، مشتری را ضامن می‌داند.

قوله: لکن النّبوی:

مرحوم شیخ از هر دو قانونِ مخالفِ نبوی پاسخ می‌دهند:

امّا از قاعدهٔ ملازمه: این قاعده اعم از نبوی است زیرا نبوی، مخصوص قبل از قبض است و این قاعده، اعمّ از قبل و بعد از قبض است و در هر حال می‌گوید: «المالک ضامن لما له»، و می‌دانیم که عام و خاص با یکدیگر تعارضی ندارند بلکه هماره خاص بر عام مقدم است و نتیجه آن است که پیش از قبض مبیع، بایع ضامن است و پس از قبض، مشتری ضامن است و ملازمه را به این صورت حمل می‌کنیم.

و امّا از قاعدهٔ دوّم: در باب احکام خیارات خواهد آمد که اوّلاً این قاعده اگر ثمن را هم شامل شود باز اعمّ از نبوی است که مخصوصِ مثمن بود و قانون همان است که خاص بر عام مقدم است. و ثانیاً این قاعده شمولش نسبت به همهٔ خیارات مورد مناقشه است و تنها خیار حیوان و شرط و مجلس را شامل است نه خیار غبن و تأخیر، و.... را پس از ما نحن فیه بیگانه است. و ثالثاً در همان موارد هم مخصوص تلف بعد از قبض است و بحث ما در تلف پیش از قبض است و در نتیجه اصلاً معارضه‌ای نیست.

قوله: و لو تلف فی الثلاثة:

و امّا اگر مبیع در ظرف سه روز که بیع لازم است، تلف شد چه کسی ضامن است؟ ضرر به کی وارد می‌شود؟ مشهور فقهاء در این فرض هم مثل فرض تلف پس از سه روز، فتوا به ضمان بایع داده و فرموده‌اند: از مال بایع تلف شده است (و طبعاً بیع خود به خود

باطل می‌شود.) و بلکه شیخ طوسی در خلاف، ادّعای اجماع نموده[۱] و چند دلیل دارند:

۱ـ شهرت محصّله مذکور به ضمیمهٔ اجماع منقول مزبور

۲ـ اطلاق حدیث نبوی «کل مبیع تلف قبل قبضه من مال بایعه» که تلف در ظرف سه روز را هم شامل است.

۳ـ سیرهٔ عقلاء نیز بر این استوار شده که تا بایع جنس را صحیح و سالم به مشتری تحویل ندهد خود بایع را ضامن می‌دانند.

۴ـ روایت خالد بن عقبه که صریحاً فرموده: تلف از مال صاحب متاعی است که متاع در منزل او است (بایع) و او ضامن است تا زمانی که مبیع را از منزل خویش اخراج نموده و به مشتری تحویل دهد....[۲].

در مقابل مشهور جماعتی از قدماء از قبیل شیخ مفید و سیّد مرتضی و سیّد بن زهره فرموده‌اند: مشتری ضامن است و دو دلیل آورده‌اند: ۱ـ اجماعی که ادّعا کرده‌اند ۲ـ قاعدهٔ «المالک ضامنٌ لماله» که همان ملازمه میان نماء و درک باشد.

مرحوم شیخ از هر دو دلیل جواب داده‌اند:

پاسخ وجه اوّل: اجماع مذکور اوّلاً معارض دارد که اجماع شیخ طوسی در خلاف باشد. و ثانیاً اصلاً موهون و سست است زیرا مشهور با این فتوا مخالفند و با وجود چنین خلاف عظیمی چه جای ادّعای اجماع است؟!

پاسخ وجه ثانی: در فراز قبلی گفته آمد که حدیث نبوی از قاعدهٔ ملازمه اخص است و مخصّص قاعده می‌شود و معارضه‌ای نیست. البته نبوی از لحاظ صدور و سند مشکل دارد چون از طریق عامّه نقل شده ولی عمل و فتوای فقهای ما بر طبق آن، ضعف سند را جبران می‌کند. نتیجه: علی کلّ حالٍ تا مبیع به قبض مشتری نرسد، خود بایع ضامن است.

قوله: ولو مکّنه:

تا به حال فرض مسأله این بود که معامله‌ای صورت گرفته و بایع مبیع را به مشتری نداده،

---

۱. خلاف، ج ۳، ص ۲۰، مسأله ۲۴. ۲. همان.

چه اینکه متقابلاً ثمن را هم از مشتری نگرفته و ظاهرش این بود که عدم اقباض مبیع، به خاطر عدم قبض ثمن بود و در واقع بایع امتناع کرد و متاع را امساک نموده تا بـه پـول برسد. حال فرض این است که پس از معامله، بایع، مبیع را در اختیار مشتری نهاد و او را از گرفتن مبیع متمکّن ساخت ولی خود او نگرفت، آیا پس از تمکین و قبل از قبض، اگر تلف شد باز بایع ضامن است؟ می‌فرماید: مسأله مبتنی بر این است که به محض تمکین و بذل، ضمان از عهدهٔ بایع مرتفع می‌شود؟ یا تا مشتری اخذ نکرده کماکان بایع ضامن است؟ اگر تمکین رافع ضمان باشد باید گفت: تلف پس از تمکین، از مال مشتری و به عقیدهٔ شیخ اعظم همین قوی است و در احکام خیار بیاید. و اگر تمکین رافع نـباشد، تلف از بایع خواهد بود زیرا عنوان «کل مبیع تلف ....» اینجا را هم می‌گیرد.

قوله: قال الشیخ فی النهایة:

این فراز مربوط به قبل از فرع تمیکن است و بجا بود که پیش از آن ذکر می‌شد، به هر حال علّامه در مختلف عبارتی را از شیخ طوسی در نهایة نقل کرده و سپس به آن اشکال کرده، و مرحوم شیخ در صدد پاسخ از علّامه، و توجیه کلام شیخ طوسی هستند:

امّا سخن شیخ در نهایه: نخست اصل صورت مسأله را ذکر کرده که هرگاه انسان متاعی را بفروشد و قبض و اقباضی هم صورت نپذیرد و مشتری برود (که ثمن را بیاورد) در اینجا تا سه روز عقد موقوف است (کسی حق ندارد آن را فسخ کند.) پس اگر در ظرف سه روز مشتری ثمن را آورد مبیع مال او است، و اگر سه روز گذشت و از خریدار و ثمن خبری نشد، فروشنده سزاوارتر است و حق دارد معامله را فسـخ نـموده و مـتاع را بـه دیگری بفروشد، سپس فرع را به صورت سه جملهٔ شرطیه آورده: ۱ـ اگر متاع در ظرف سه روز و پیش از قبض مشتری تلف شد خود بایع ضامن است (به حکم حدیث نبویِ کلّ مبیعٍ تلف ....) ۲ـ و اگر در ظرف سه روز و پس از قبض مشتری تلف شد خود مشتری ضامن است. (زیرا مال او است و المالک ضامنٌ لماله) ۳ـ و اگر پس از سه روز تلف شد علی کلّ حالٍ از مال بایع خواهد بود و ربطی به مشتری ندارد، به این دلیل که پس از سه روز بایع حق الخیار دارد.[۱]

---

۱. النهایة، ص ۳۸۵ ـ ۳۸۶.

امّا اعتراض علّامه: جمله سوّم شما کلیّت ندارد که در هر حال بایع ضامن باشد، زیرا اگر مبیع به قبض مشتری رسیده، معامله لازم گشته و وجهی ندارد که پس از قبض هم بایع ضامن باشد.(۱)

و امّا سخن شیخ اعظم: جناب علّامه خیال کرده که جملهٔ سوّم در کلام شیخ، قسیم و مقابل دو جملهٔ قبل است و دو جملهٔ قبل یکی مال پس از قبض و دیگری مربوط به پیش از قبض بود، و این به قرینهٔ مقابله و به ویژه به حکم کلمهٔ «علی کلّ حالٍ» مربوط به هر دو قسم می‌شود یعنی پس از سه روز در هر حال (چه قبض صورت گرفته باشد یا نه) بایع ضامن است. ولی این خیال به دو دلیل باطل است:

۱ـ بر خلاف اجماع است زیرا اجماعی است که پس از قبض، خود مشتری ضامن است و ربطی به بایع ندارد و شیخ طوسی خلاف اجماع نمی‌گوید.

۲ـ تعلیل شیخ هم گواه دیگری است زیرا اوّل فتوا داد که بایع ضامن است سپس دلیل آورد که: «لانّ الخیار له بعدها» و می‌دانیم که پس از سه روز و قبل از قبض مبیع، بایع خیار دارد و شرط خیار تأخیر، عدم قبض مبیع است وگرنه پس از قبض خیار ندارد «العلّة تخصّص» پس حکم به ضمان بایع هم مخصوص قبل از قبض است نه پس از آن تا اعتراض علّامه وارد باشد.

(دو نکته: ۱ـ جا دارد از شیخ اعظم بپرسیم که شما کلمهٔ «علی کلّ حالٍ» را چگونه معنی می‌کنید؟ ۲ـ تعلیل شیخ طوسی با حکم معلّل نمی‌سازد زیرا فرمود: پس از سه روز بایع ضامن است به دلیل اینکه زمان خیار او است، این مناسبتی با آن حکم ندارد و با ضمان مشتری هم می‌سازد به ویژه اینکه «التلف فی زمن الخیار ممّن لاخیار له» را هم داریم.»)

مسألهٔ چهارم:

این مسأله راجع به یکی از مصادیق خیار تأخیر و در واقع توسعه‌ای در آن است، ما تا به حال با مقولهٔ خیار تأخیر اینگونه آشنا شدیم که سه روز تأخیر موجب خیار می‌شود. ولی حال سخن از خیار تأخیر یک روز است: کالائی که معامله شده و قبض و اقباضی صورت

---

۱. مختلف، ج ۵، ص ۶۹ ـ ۷۰.

نگرفته و ثمن را مشتری تحویل نداده، گاهی از اجناسی است که روزها و هفته‌ها و ماهها قابل بقاء است و ماندن، او را فاسد نمی‌سازد، تا به حال اینگونه موارد مطرح بود و حکمش صبر تا سه روز بود و اگر تا سه روز ثمن را نیاورد خیار تأخیر برای بایع ثابت می‌شد.

و گاهی از اجناسی است که یک روز بیشتر دوام ندارند و پس از آن خراب و فاسد می‌شوند و به اصطلاح «ما یفسد من یومه» هستند مثل برخی از میوه‌ها، انواع سبزی‌ها و...، حال در این گونه موارد حکم این است که تا یک روز بایع صبر می‌کند (یعنی اگر صبح فروخته تا شب صبر می‌کند، اگر نزدیک ظهر هم فروخته تا شب صبر می‌کند و ملاک این است که به فردا نکشد.) و اگر مشتری پولش را نیاورد اوایل شب حق دارد فسخ کند و به دیگری بفروشد. و دلیل مطلب دو امر است:

۱ـ حدیث مرسلهٔ محمّد بن ابی حمزه بطائنی که مرحوم شیخ این مسأله را با آن شروع کرده و صریحاً می‌فرماید: اگر تا شب پول را آورد که هیچ و الّا «فلا بیع له»[1] و منظور نفی لزوم است به بیانی که در اوّل خیار تأخیر ذکر شد.

۲ـ قاعدهٔ نفی ضرر: از طرفی در ظرف یک روز بایع ضامن مبیع است و اگر تلف شد به او خسارت وارد می‌شود و باید از آن مواظبت کند، از طرفی هم از تصرّف در آن محروم است (چون فروخته و ملک دیگری شده) و از طرفی ثمن هم به او نرسیده تا از آن استفاده ببرد، و همهٔ اینها در حق بایع ضرر است و به حکم «لاضرر» بایع حق دارد معامله را فسخ کند و به دیگران بفروشد.

قوله: و من هنا:

اگر مدرک ما «لاضرر» شد، مناط خیار، ضرر است و موجب تعمیم حکم می‌شود یعنی به مورد نصّ که «ما یفسد من یومه» باشد اکتفا نمی‌کنیم و می‌گوئیم: اگر متاعی نصف روز قابل بقاء است و سپس خراب می‌شود تا همان نصف روز باید صبر کند و بعد خیار تأخیر دارد، و اگر تا دو روز قابلیّت دارد تا دو روز باید صبر کند و...، ضمناً در تمام موارد به مقداری صبر لازم است که تأخیر ثمن تا آن زمان به ضرر بایع نباشد و همین که تأخیر

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۹، باب ۱۱، حدیث ۱.

موجب ضرر شد صبر لازم نیست و بیع خیاری می‌شود، پس اگر تا شب خراب می‌شود مقداری قبل از غروب خیار می‌آید، و اگر تا نصف روز خراب می‌شود مدّتی پیش از نصف روز خیار می‌آید و....

قوله: لکن ظاهر النص:

این فراز استدراک از فتوای اخیر ما است: ماگفتیم: اگر تا شب فاسد می‌شود، مدّتی قبل از آن خیار می‌آید ولی ظاهر روایت مرسلهٔ مذکور این است که تا شب صبر کند و اوّل شب خیار می‌آید، در حالی که اوّل شب متاع فاسد شده و به درد نمی‌خورد و اعمال خیار برای جبران ضرر است بدین سان قابل جبران نیست. پس ظاهر نص چندان معقول به نظر نمی‌رسد.

قوله: لکن المراد:

استدراک از «لکن ظاهر النص» است و درصدد توجیه ظاهر نص است که منظور از «ما یفسد من یومه» یعنی گذشت یک شبانه روز مُفسد است و مراد از «یوم» خصوص قطعه‌ای از زمان در قبال «لیل» نیست بلکه اعّم از شب و روز است و منظور این نیست که به محض دخول شب، فاسد می‌شود بلکه منظور این است که اگر شب هم بماند، خراب می‌شود و در واقع دخول «لیل» مفسد نیست بلکه مبیت و بیوته کردن و ماندن در شب مفسد است: اگر مراد این شد، مورد حدیث جائی خواهد بود که با فرا رسیدن شب نیز هنوز قابل انتفاع است و طبعاً در چنین موردی از اوّل شب خیار تأخیر می‌آید.

قوله: و لاجل ذلک عبّر:

از اینجا تا فراز بعدی یعنی «ثمّ الظاهر ...» خلاصه‌اش این است که:

با اینکه مقصد و مقصود همگان روشن است که در اینگونه موارد تا یک روز بیع لازم است و پس از آن جایز و خیاری می‌شود، و این مطلب اجماعی است، معذلک تعبیرات فقهاء در این باب مختلف و مضطرب است، بهترین تعبیر از شهید در دروس و صدوق در من لا یحضره الفقیه است که شهید فرموده: «خیار ما یفسده المبیت ....»[1] یعنی خیار چیزی که بیتوته و شب تا صبح ماندن مفسد آن است (نه اصل دخول شب)

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۲۷۴.

طبعاً خیار هم از اوّل شب حادث می‌شود. و صدوق فرموده: در اشیائی که یک روز بمانند فاسد می‌شوند مثل سبزیجات، خربزه، میوه‌ها، عهدهٔ بایع یک روز تا شب است (منظور عهدهٔ ضمان نیست زیرا عهدهٔ ضمان پس از شب هم هست و تا وقتی قبض نداده ضامن است، بلکه مراد عهدهٔ لزوم صبر و وفا به عقد و حفظ مبیع برای مشتری است که باید این کار را بکند.) این نیز به وضوح می‌فهماند که خیار از شب می‌آید و در طول روز خیاری نیست.[۱]

البته مرحوم شیخ حرّ عاملی در وسائل این جمله را به صورت روایت زراره از امام نقل کرده است[۲] ولی در کتاب صدوق کلمهٔ «و قال ....» ندارد و احتمال دارد که فتوای خود صدوق باشد. ولی دیگران تعبیرشان نارسا است و بعضی گفته‌اند: در اینگونه موارد یک روز خیار هست «کان الخیار فیه یوماً» و مطلق آورده‌اند و بعضی غایت را ذکر کرده و گفته‌اند: «الخیار الی اللیل»، و ظاهرشان این است که از اوّل صبح تا شب خیار هست در حالی که این بر خلاف اجماع است و قطعاً مراد این جماعت هم نیست، ولی اینان در این تعبیر از کلام شیخ طوسی در نهایه پیروی کرده‌اند که صریحاً فرمود: «کان الخیار فیه یوماً» و چون بر خلاف اجماع است باید کلام شیخ را توجیه کرد که منظورش از خیار، خیار تأخیر مصطلح نیست که برای بایع پس از یک روز ثابت می‌شود، بلکه منظور خیار به معنای لغوی یعنی اختیار است که پس از معامله، مشتری مختار است تا یک روز ثمن را تأخیر بیاندازد و پس از آن مختار نیست وگرنه بیع در طول روز حتماً لازم است و خیاری نیست و روشن است.

حال کلام شیخ را توجیه کردیم ولی متأخرین که کلمهٔ خیار را در خیار مصطلح بکار می‌برند توجیهی برای کلامشان نیست و صرف متابعت از تعبیر شیخ طوسی هم وجه موجّهی نخواهد بود و بهتر بود تعبیر را عوض کنند و مثل دروس و صدوق تعبیر کنند و علی کلّ حالٍ مقصد کاملاً واضح و روشن است.

---

۱. من لا یحضر، ج ۳، ص ۲۰۳.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، صص ۳۵۹، باب ۱۱، حدیث ۲.

قوله: ثم الظاهر:

از آنجا که خیار ما یفسد من یومه فردی از افراد خیار تأخیر شد، طبعاً همان شروطی که در خیار تأخیر بود (چهار شرط اساسی که مورد قبول شیخ اعظم واقع شد) در اینجا هم مطرح است و مخصوصاً شرط چهارم (مبیع عین شخصی یا شبه عین باشد) که اگر چه در آنجا جای تأمل داشت و با قرائنی ثابت کردیم که تأمّل بی جا است ولی در اینجا جای کمترین تأمّلی نیست و به طور حتم و جزم باید گفت: این شرط معتبر است (زیرا عین خارجی با شبه عین است که قابلیّت دارد تا با گذشت یک روز فاسد شود وگرنه کلّی در ذمّه، صد سال هم بماند یک امر اعتباری است و فساد و خرابی در آن راه ندارد.)

قوله: و حکم الهلاک:

در خیار تأخیر مصطلح (تا سه روز) مسائلی مطرح بود که اینجا هم مطرح است: یکی مسأله مسقطات خیار بود که که اینجا هم هست. یکی مسأله فور و تراخی بود که اینجا نیز می‌آید. و سوّمی مسألهٔ تلف مبیع قبل از قبض بود که در اینجا نیز مطرح است و اگر پس از یک روز و قبل از قبض، متاع هلاک شد، بایع ضامن است به همان دلایلی که آنجا بود و عمدتاً حدیث نبوی بود «کل مبیع تلف قبل قبضه....» و اگر در ظرف یک روز که بیع لازم است ولی هنوز مبیع قبض نشده تلف شد باز مشهور می‌گویند: بایع ضامن است. و عدّه‌ای که در آنجا مشتری را ضامن می‌دانستند طبعاً در اینجا هم همان حرف را می‌زنند پس الکلام الکلام.

قوله: ثم انّ المراد:

فساد به معنای حقیقی کلمه عبارتست از اینکه چیزی کلّاً خراب و فاسد و ضایع شود و از حیّز انتفاع بیفتد و یا هلاک و نابود شود. ولی در اینجا مراد از «ما یفسد من یومه» فساد بدین معنی نیست زیرا مورد خیار «ما یفسد» میوه‌ها و سبزی‌ها است که غالباً با گذشت یک روز کلاً فاسد و خراب نمی‌شوند بلکه تغییر می‌کنند و تازگی و طراوت خود را از دست می‌دهند نه این که فاسد شوند. پس برای اینکه خروج مورد لازم نیاید می‌گوئیم: مراد از فساد به معنای اعم کلمه است که شامل تغییرات مزبور هم می‌شود.

قوله: و لو لم یحدث:

گاهی گذشت یک روز سبب تغییر و فسادی در خود عین می‌شود ولی گاهی تغییری در جنس پدید نمی‌آید و کماکان صحیح و سالم و باطراوت تا فردا می‌ماند ولی گذشت امروز سبب تغییر در قیمت بازار و سبب فوت بازار می‌شود (چون در هر شهری روز معیّن، روز بازار است مثل جمعه بازار، چهارشنبه بازار، و در آن روز بازار داغ و متاع قیمت مناسب دارد و پس از آن به حالت عادی بر می‌گردد.) آیا اینهم موجب خیار می‌شود؟ می‌فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد:

۱ـ آری، چون این هم عرفاً ضرر محسوب می‌شود و اگر فروشنده فردا فسخ کند و بفروشد به قیمت کمتری فروخته.

۲ـ خیر، چون این فوات نفع (سود نبردن) است نه ضرر مصطلح که از قیمت واقعی کمتر فروخته باشد.

٦- خیار رؤیت

نوع ششم از انواع خیاراتی که در مکاسب عنواه شده خیار رؤیت است، واژهٔ «خیارالرّؤیة» که به صورت مضاف و مضاف الیه ذکر شده از نوع اضافهٔ مسبّب به سبب است یعنی خیاری که مسبّب از رؤیت است (کما اینکه خیار التأخیر، خیار العیب، خیار الغبن و.... از این قبیل بوده و هستند یعنی خیاری که مسبّب از تأخیر ثمن تا سه روز است، خیاری که مسبّب از خود عیب یا ظهور آن است، خیاری که مسبّب از غبن واقعی یا ظهور آن است و....) و منظور از خیار رؤیت آن است که مشتری متاعی را که می‌خواهد خریداری کند، در حال معامله نمی‌بیند و از او غایب است ولی یک ماه قبل دیده بود و الان با بناگذاری بر آن اوصاف، خریداری می‌کند، یا قبلاً هم ندیده و بایع یا فرد ثالث برای او وصف می‌کند و با ذکر اوصاف اقدام می‌کند، و یا فروشنده می‌گوید: فلان زمین یا کنیزم و.... را فروختم به شرط اینکه چنین و چنان باشد و بعداً که جنس را به مشتری تحویل می‌دهد، مشتری می‌بیند این متاع آن اوصاف و ویژگی‌ها را ندارد در اینجا سخن از خیار رؤیت (ای رؤیة المبیع علی خلاف ما اشترطه البایع او وصفه و....) به میان می‌آید. قبل از هر سخنی این بحث مطرح است که آیا خیار رؤیت مشروعیّت دارد یا نه؟ آیا در فقه اسلام یکی از خیاراتی که در معاملات و به ویژه در بیع مطرح است خیار رؤیت است یا خیر؟ همهٔ فقهاء اصل مشروعیّت آن را قبول دارند و دلایلی چند بر آن اقامه شده که مرحوم شیخ چهار دلیل را مطرح ساخته‌اند و به عقیدهٔ خودشان عمده دلیل مطلب دو دلیل اوّل است اگر چه دلیل ثالث را با توجیهی می‌پذیرند ولی دلیل رابع را رد می‌کنند:

۱ـ اجماع: هم اجماع محقّق و محصّل داریم (که خود تحصیل اجماع نموده‌ایم) و هم اجماع منقول داریم (که دیگران نقل اجماع کرده‌اند) آن هم در حدّ استفاضه (ناقلان گروهی هستند که از سه نفر متجاوزند ولو به حدّ تواتر نمی‌رسند.)

۲ـ پیش از اجماع (این تعبیر برای آن است که اجماع مدرکی است و ارزش استقلالی ندارد) عمده دلیل مطلب قانون «نفی ضرر» است که به عقیدهٔ شیخ مثبت خیار رؤیت است (در خیار غبن هم عمده دلیل شیخ اعظم همین قاعده بود و هکذا در خیار

تأخیر) به این نحو که حکم به لزوم چنین بیعی (که فاقد اوصاف مذکور در متن عقد می‌باشد) موجب ضرر به حال مشتری است، و حدیث «لا ضرر» این لزوم را بر می‌دارد و حکم به جواز و تزلزل می‌نماید. (البتّه در فرضی که بایع اوصاف مبیع را به صورت شرط ذکر کند و بگوید: به شرط کذا و کذا و بعداً مشتری ببیند که آن شروط را ندارد، خیار تخلّف شرط هم می‌آید و از باب «المؤمنون عند شروطهم» هم می‌توان استدلال کرد.)

۳- صحیحهٔ جمیل بن درّاج از امام صادق‌علیه‌السلام مردی باغی را خریداری کرده وگاه و بیگاه وارد باغ شده و گشتی زده و خارج می‌شد تا زمانی که تمام ثمن را پرداخت، آنگاه با خیال جمع به میان باغ رفته و تمام زوایای آن را زیر و رو کرده و تفتیش نموده سپس نزد بایع رفت و از او تقاضای اقالهٔ بیع نمود و وی اقاله نکرد، حکمش چیست؟ امام صادق‌علیه‌السلام فرمود: اگر نود ونه قطعه را هم تفتیش و وارسی کرده بود و تنها یک قطعه از آن زمین و باغ را ندیده باشد (و اقدام به معامله کرده) خیار رؤیت خواهد داشت.[1]

قوله: و لا بدّ:

از آنجاکه ظاهر حدیث با قواعد نمی‌سازد زیرا وقتی قسمتی از بیع رؤیت نشده (و فرض هم این است که اشتراطی، توصیفی، رؤیت سابقه‌ای و... در میان نبوده) پس باید بیع باطل باشد زیرا که غرری است و بیع غرری فاسد است مع الوصف چگونه امام‌علیه‌السلام حکم به صحّت و خیار رؤیت نموده؟ لذا شیخ اعظم در صدد توجیه بر آمده و می‌فرماید:

باید صحیحه را بر صورتی حمل کنیم که بیع صحیح بوده و آن یکی از دو صورت است:

۱- یا مورد سؤال جائی بوده که بایع آن قطعهٔ نادیده را برای مشتری وصف کرده بود و با توصیف معامله شده بود، بنابر این غرری نیست‌که باطل باشد ۲- و یا اگر هم وصفی نبود ولی خود مشتری که ۹۹ قطعه را دیده بود آن‌ها را دلیل بر قطعهٔ صدم قرار داده و نزد خود مطمئن شده بود که آن نیز مثل اینها است و روی این بناگذاری، رفع غرر و جهالت

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۶۱، باب ۱۵، حدیث ۱.

نموده بود، با این توجیهات صحیحهٔ جمیل نیز یکی از ادلهٔ خیار رؤیت است.

۴ـ قوله: و قد یستدّل:

مرحوم صاحب حدائق برای خیار رؤیت به صحیحهٔ زید شحام از امام صادق علیه السلام استدلال کرده است، روایت راجع به مردی است که سهمیّه قصّابها را قبل از تعیین سهام خریده (یا به این نحو که عدّه‌ای از قصّابها با عدّهٔ دیگری از غیر قصّابها در گوسفندانی شریکند و فردی سهام همه قصّابها را خریده، و یا به این نحو که قصّابها مالک تعدادی گوسفند هستند و فرد ثالثی سهم یکی از آنها را قبل از تقسیم و تفریق خریداری می‌کند.) چنین بیعی چه حکمی دارد؟ امام صادق علیه السلام فرمود: تا زمانی که یقین نکرده که سهام تقسیم شده و سهم هر یک از سهام دیگر جدا شده، چنین سهمی را خریداری نکند و اگر احیاناً خریداری کرد، پس از خروج سهام (و تقسیم آنها) خیار خواهد داشت.[۱]

صاحب حدائق فرموده: توضیح مفاد این حدیث در حدیث دیگری است که شیخ طوسی در تهذیب از عبد الرحمن بن حجاج از منهال قصّاب (که مجهول الحال است) از امام صادق علیه السلام نقل کرده: راوی به امام عرض کرد: گروهی گوسفندانی را خریداری می‌کنند، سپس آنها را وارد محوطّه‌ای می‌نماید، سپس مردی جلوی درب آن محوطه می‌ایستد و گوسفندان را که در حال خروج از آن مکان هستند به این نحو تقسیم می‌کند و می‌گوید: ۱ـ ۲ـ ۳ـ ۴ـ ۵ـ، این پنج گوسفند سهم فلانی، سپس پنج تای بعدی را می‌شمارد و می‌گوید: اینها سهم دیگری و...، آیا چنین تقسیمی بجا است؟

امام علیه السلام فرمود: چنین تقسیمی صلاح نیست، وقتی بجا است که تقسیم عادلانه باشد[۲] (و این عادلانه نیست زیرا شاید پنج گوسفند لاغر نصیب فردی، و پنج گوسفند چاق نصیب دیگری شود و این عدالت نیست.)

قوله: اقول:

مرحوم شیخ می‌فرماید: دلالت صحیحهٔ زید شحّام بر خیار رؤیت معلوم نیست و ما نمی‌دانیم که مستدّل به کجای حدیث استدلال کرده زیرا در مورد حدیث سخن از

---

۱. وسائل الشیعه، ص ۱۲، ص ۳۶۲، باب ۱۵، حدیث ۲.
۲. حدائق، ج ۱۹ ص ۵۷.

خریدن سهم قصّابها است آنگاه احتمالاتی که وجود دارد سه احتمال است که طبق هیچ احتمالی به درد خیار رؤیت نمی‌خورد:

۱ـ منظور شراء سهم مشاع باشد یعنی قصّابها به صورت مشاع در گوسفندان سهم دارند و شخص، سهم یکی از آنها یا سهم همهٔ آنها را که با دیگران شرکت دارند خریداری می‌کند و به جای قصّابها، مشتری، مالک سهام می‌شود. اگر این باشد باید گفت معامله صحیح و لازم است و خیار رؤیت مفهومی ندارد و سخن از شراء عین غایب نیست.

۲ـ منظور شراء فرد مردّد باشد یعنی مشتری می‌گوید آن سهمی که بعداً جدا خواهد شد همان را خریدم و فعلاً تفکیک نشده و مردّد است میان این سهم و آن سهم، اگر این باشد که اصل بیع باطل است و شراء فرد مردّد، غرری و مبطل معامله است. و گیرم که حکم به صحّت شود، مثل احتمال قبلی باید صحیح و لازم باشد و وجهی برای جواز و تزلزل وجود ندارد.

۳ـ خود شیخ اعظم می‌فرماید: شاید منظور حدیث این باشد که مشتری عدد معیّنی را خریده مثلاً پنج تا از بیست گوسفند را (کلّی فی المعیّن نظیر یک صاع از یک صبره) و بعداً که سهام قصّابها تفکیک شد و فروشنده گوسفندها را به مشتری تحویل داد، وی خیار حیوان پیدا می‌کند که باز هم ربطی به بحث ما یعنی خیار رؤیت ندارد.

(این احتمال نیز اشکال دارد زیرا اوّلاً کلّی در معیّن در موردی است که اجزاء و افراد آن از حیث قیمت مساوی باشند، مثل یک من گندم از یک خروار، و گوسفند چنین نیست تا به این نحو معامله‌اش صحیح باشد و در حکم فرد مردّد است که باطل بود.

و ثانیاً خیار حیوان از اوّل بیع تا سه روز است نه از وقت خروج سهام که در صحیحه مطرح بود.

و روی این اشکالات، متأخّرین احتمال دیگری داده‌اند که اصلاً مراد از خیار، خیار مصطلح نیست که فرع بر صحت بیع است بلکه منظور امام علیه السلام این است که چنین معامله‌ای باطل است و بعداً که سهام مشخص شد مشتری مختار است که مجدّداً اقدام به معامله بنماید یا نه و خیار به معنای لغوی کلمه است که اختیار باشد نه به معنای مصطلح آن).

قوله: ثم انّ:

در بیع جنس غایب گاهی مشتری آن را ندیده و با توصیف بایع یا فرد ثالث خریداری می‌کند که غالب و معمول همین است، و خیار رؤیت برای مشتری ثابت می‌شود و گاهی بایع خودش متاع را ندیده (گوسفندان او نزد چوپان و در بیابان است و خود مالک مدتّها است که ندیده و...) و با وصف مشتری یا فرد ثالث می‌فروشد و سپس می‌بیند که گوسفندانش خیلی چاقتر بوده و قیمت بیشتری داشته‌اند و...، آیا در این فرض بایع خیار رؤیت پیدا می‌کند یا خیر؟ و با لجمله آیا خیار رؤیت مخصوص مشتری است یا برای بایع هم در فرض مذکور ثابت است؟ اگر ما باشیم و صحیحهٔ جمیل بن درّاج باید گفت: خیار رؤیت برای مشتری ثابت است زیرا تمام ضمیرهای مذکور در آن حدیث به مشتری (رجل اشتری...) بر می‌گردد. ولی اجماع قائم است که خیار رؤیت برای بایع هم (در فرضی که بایع ندیده و با توصیف دیگری فروخته) ثابت است (و قانون «لاضرر» هم که عمده مدرک ما بود عام است و اختصاص به مشتری ندارد.)

قوله: و حکی عن بعض:

ولی بعض مدّعی شده‌اند که از خود صحیحهٔ جمیل عمومیّت مستفاد است به این نحو که ضمیرها را به بایع بزنیم و منظور امام از «لو قلّب منها و نظر...» تقلیب و تفتیش بایع باشد به این نحو که مشتری کارگر مالک است و زمین را از نزدیک دیده و حال می‌خواهد از مالک خریداری کند و مالک شهرنشین است و ندیده زمین خودش را به توصیف مشتری اکتفا کرد و فروخت و سپس رفت و زمین را تفتیش کرد و... که بنابراین خیار رؤیت برای رفع است و وقتی برای بایع بود نتیجه آن است که جواب امام، عام و کلی است و خیار رؤیت برای هر دو ثابت است و نیازی به تمسّک به اجماع نیست.

قوله: و لایخفی:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این احتمال فی نفسه بعید است (زیرا خلاف ظاهر حدیث است که در صدر آن «رجل اشتری...» ذکر شد و متفاهم عرفی این است که تمام ضمیرها به همان رجل مشتری بر می‌گردد، و از بایع ذکری به میان نیامد تا ضمیرها به بایع برگردد. و از این بعیدتر ادّعای بعدی آن بعض است که گفت: «فیکون الجواب عامّاً...» وجه ابعّدیت بودن آن است که علی کل حال عمومیّت از حدیث مستفاد نیست زیرا یا ضمیرها

به مشتری بر می‌گردد پس خیار رؤیت فقط برای او ثابت است، و یا به بایع بر می‌گردد پس خیار برای بایع ثابت است و وجهی ندارد که برای هر دو باشد، مگر ضمیرها به هر دو برگردد که آن هم صحیح نیست. پس حدیث، خیار رؤیت را برای مشتری ثابت می‌کند و اثبات آن برای بایع از راه اجماع و لاضرر و مانند آن خواهد بود.

مسألهٔ اوّل:

پس از اثبات اصل مشروعیّت خیار رؤیت، احکام و مسائل آن را تبیین می‌کنند و در مجموع هفت مسأله ذکر می‌کنند، مسألهٔ اوّل راجع به مورد خیار رؤیت است: این خیار در چه نوع بیعی جا دارد و قابل تحقّق است؟ می‌فرماید: مورد خیار رؤیت عبارتست از بیع عین شخصیِ غائب، کلمهٔ «عین» در مقابل «دین» است و «بیع الدین علی من هو علیه» مجرای خیار رؤیت نیست، و کلمهٔ «شخصی» در مقابل «کلّی فی الذمّه» است و همانطور که در خیار تأخیر شرط شد که مبیع، عین یا شبه العین (کلّی فی المعیّن) باشد در اینجا هم شرط است و اگر کلّی در ذمّه بود مثلاً صد من گندم کلّی با خصوصیاتی فروخته بود باید مصداق آن را پیدا کند و تحویل دهد و اگر فردی را داد که فاقد آن صفات بود مشتری می‌تواند نپذیرد و خواهان فرد دیگر باشد و نوبت به خیار رؤیت نمی‌رسد. و کلمهٔ «غائب» در برابر «حاضر» است یعنی اگر شیئی حاضر را به مشتری بفروشد سخن از خیار رؤیت نیست زیرا در حال معامله می‌بیند، آری اگر متاع غایب را بفروشد صحبت از خیار رؤیت است. پس خیار رؤیت در مورد بیع عین شخصی غائب است آنگاه متاع غایب را گاهی بدون ذکر اوصاف معامله می‌کنند چنین بیعی حتماً باطل است چون غرری است و گاهی با ذکر اوصاف می‌فروشند در اینجا اگر بعداً که به مشتری تحویل شد واجد آن اوصاف بود، بیع صحیح و لازم است و اگر فاقد بعضی از آن اوصاف بود اینجا صحبت از خیار رؤیت است.

مطلب قابل توجّه این است که: مناط صحّت این بیع، ذکر چه نوع اوصافی است؟ مناطهای گوناگون در کلمات قوم مطرح است:

۱ـ مناطی که خود شیخ اعظم روی آن تکیه می‌کنند این است: صفاتی را ذکر کنند که رافع غرر و جهالت باشد و عرفاً بگویند مشتری آگاهانه اقدام کرد، پس مناط رفع غرر است.

۲ـ برخی از اوصاف مبیع در زیاد و کم شدن قیمت دخالت دارند و برخی در این جهت دخالتی ندارد و مناط، ذکر کلیّهٔ اوصافی است که در قیمت دخالت دارند و با وجود آنها قیمت بالاتر و با نبود آنها قیمت کمتر است.

۳ـ مناط بیع سلم است: در بیع سلم که متاعی را پیش فروش می‌کنند (مثلاً وسط زمستان انگورهای سال آینده یا گندمهای بهار آینده را می‌فروشند.) باید با توصیف باشد، آنگاه آن مقدار توصیفی که در بیع سلم کفایت می‌کند در بیع عین غایب هم که مورد بحث ما است کافی است و باید آن مقدار را بیان کنند.

۴ـ عدّه‌ای هم سربسته فرموده‌اند: در بیع شیئی غایب ذکر اوصاف لازم است ولی مشخّص نکرده‌اند که ذکر چه نوع اوصافی لازم است؟ آیا اوصافی که در قیمت دخیل است؟ یا اوصافی که در سلم معتبر است؟ و...

قوله: و الظاهر انّ:

شیخ اعظم می‌فرماید: منظور همه یکی است و مرجع تمام اینها به یک امر است (همان مناط اوّل که خود شیخ فرمود، یعنی منظور همه آن است که به قدری اوصاف را بیاورد که رافع غرر باشد.) و لو تعبیرها گوناگون است و شاهد یکی بودن آن است که علّامه یکجا بر ضابطهٔ اوّل ادّعای اجماع کرده، و جای دیگر بر ضابطهٔ سوّم ادّعای اجماع کرده، و اگر اینها یکی نبودند و هر مناطی غیر از مناط دیگر بود ادّعای اجماع بی وجه بود زیرا هر مناطی را عدّه‌ای ذکر کرده‌اند و مسأله مورد اتّفاق آراء نیست، و همین علّامه در جای دیگر مناط دوّم را که اختلاف قیمت است ذکر کرده و فرموده: جمیع صفات کذائی را باید ذکر کنند و...[۱].

۵ـ محقّق ثانی هم در جامع المقاصد احتیاط کرده و در مناطش چند چیز را قید کرده: الف: کلّیهٔ اوصافی که در رغبت و تمایل مشتری به خریدن دخالت دارند و موجب کم و زیاد شدن رغبت می‌شوند. ب: علاوه در قیمت دخیل هستند و موجب زیاد و کم شدن آن می‌گردند. ج: تفاوت قیمت هم در حدّی است که عرف و اهل بازار در آن مسامحه نمی‌کنند و نادیده نمی‌گیرند. د: سپس نتیجه گرفته پس هر آنچه در بیع سلم از ذکر اوصاف لازم است در اینجا هم لازم است[۲].

---

۱. تذکره، ج ۱، ص ۵۲۴ و ۴۶۷. ۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۱.

قوله: و ربّما یترائی:

به مطالبی که از آغاز مسألهٔ اوّل تا به حال ذکر شد و بویژه به مناطها و ضابطه‌ها اشکالهائی وارد شده که در مجموع چهار اشکال را مطرح کرده و پاسخ می‌دهند:

اشکال اوّل: به نظر می‌آید که میان ضابطهٔ دوّم و سوم تنافی وجود دارد و قابل جمع نیستند زیرا برابر ضابطهٔ دوّم باید کلّیهٔ صفاتی که در قیمت دخیل می‌باشند ذکر شوند و حتی یک ویژگی دخیل در قیمت فروگذار نشود، در حالی که برابر ضابطه سوّم ذکر جمیع صفات مبیع به بیع سلم لازم نیست ذکر عمدهٔ صفات کفایت می‌کند به دلیل اینکه ذکر جمیع صفات دو مجذور دارد:

۱- سر از ندرت وجود در می‌آورد و گندم با همهٔ اوصافی که ذکر کرده چه بسا در بهار آینده بیش از یک یا چند مصداق در عالم یا در آن منطقه نداشته باشد.

۲- اصولاً استقصاء همه صفات به نحو تحقیق و به دقت عقلی امری غیر ممکن است و روی این محاذیر ذکر همهٔ آنها لازم نیست، (سپس شیخ اعظم دو عبارت از علّامه نقل می‌کنند که نیازی به بیان ندارد.) آنگاه به حکم ضابطهٔ دوّم، ذکر جمیع اوصاف لازم است و به حکم ضابطهٔ سوّم، ذکر جمیع لازم نیست و این تنافی و تناقض است.

قوله: و یمکن ان یقال:

مرحوم شیخ از اشکال مذکور دو پاسخ می‌دهند:

۱- مناط همان ذکر جمیع صفات دخیل در قیمت است، و در باب بیع سلم هم اوّلاً و با لذّات و با صرف نظر از محذورات مذکور همین امر لازم است، ولی به دلیل محاذیر مذکور در باب سلم به کمتر از آن اکتفا می‌شود و در بیع شیئی غایب این محاذیر نیست زیرا وجود خارجی بالفعل دارد و کاملاً قابل توصیف به جمیع صفات است و لذا منافاتی نیست و آنها هم که اوصاف باب سلم را گفته‌اند یعنی اوصافی که لو لا المحذور المذکور باید ذکر شود، پس هر جا محذور بود ذکر جمیع لازم نیست و هر کجا نبود ذکر جمیع لازم است و منافاتی هم نیست.

۲- درست است که حضرات در بیع سلم مسامحه کرده و ذکر جمیع صفات را لازم ندیده‌اند (به خاطر دو محذور مذکور) ولی جا دارد کسی بگوید: وجهی برای این

مسامحه نیست و ذکر جمیع صفات، شرط صحت بیع است، آنهم مطلقاً شرطیّت دارد (چه در فرض تمکن و چه تعذّر) و نتیجه آن است که با تعذّر ذکر جمیع صفات، اصل بیع باطل می‌شود نه اینکه بیع صحیح باشد و هر جا ذکر جمیع ممکن بود همان لازم باشد و هر جا ذکر جمیع ممکن نبود به مقدار میسور بسنده شود.

(نظیر بحثی که در اصول داشتیم که سوره که جزء نماز است آیا مطلقاً جزء است چه در فرض تعذّر و چه تمّکن؟ یا در فرض تمکّن جزء است و عند التعذّر جزء نیست؟ و ثمره اینجا ظاهر می‌شود که اگر سوره متعذّر شد، بنابر احتمال اوّل کلّ نماز باطل می‌شود ولی طبق احتمال ثانی خود این جزء ساقط می‌شود و سایر اجزاء و شرائط را باید بیاوریم.)

طبق این جواب هم تنافی مرتفع می‌شود زیرا مناط اصلی ذکر جمیع اوصاف است و در بیع سلم هم همین است. آنگاه هر جا ذکر جمیع ممکن بود لازم است، و هر جا ممکن نبود بیع سلم باطل می‌شود.

قوله: ثم انّ الاوصاف:

اشکال دوّم: این اشکال به ضابطهٔ دوّم از ضوابط مذکور است که او صاف دخیل در قیمت را مطرح می‌کرد و آن اینکه: صفاتی که در قیمت هر چیزی دخالت دارد خیلی زیاد است و بویژه در باب عبید و اماء که کمالات انسانی آنها هم در قیمت آنها دخالت دارد و کمالات انسانی ده تا و صد تا نیست و از شماره بیرون است، با این حال منظور طرفداران این ضابطه چیست؟

اگر منظورشان این است که جمیع این اوصاف باید ذکر شود و حتّی یکی از آنها هم فروگذار نشود، اشکال این است که اوّلاً ذکر جمیع متعذّر است زیرا قابل حدّ و عدّوحصر نیست و ذکر همهٔ آنها محذور عقلی دارد، و ثانیاً بر فرض که ممکن و میسور باشد معمول و متد اول ومعروف نیست و تا به حال دیده نشده که فروشنده‌ای تمام صفات جنس را بدون استثناء ذکر کند.

و اگر منظورشان این است که معظم صفات دخیل در قیمت را ذکر کنند تا معظم الغرر برداشته شود (و لازم نیست جمیع صفات را ذکر کنند تا کلّ غرر از جمیع جهات مرتفع شود) اشکال این است که: اوّلاً این حواله بر مجهول دادن است (زیرا عنوان

«معظم الغرر» یک عنوان تشکیکی است که دارای عرض هریض و دایرهٔ گسترده است، فرض کنید اگر جنسی صد صفت دارد، از شصت صفت تا نود و نه صفت، تماماً در عنوان «معظم الغرر» داخل است و معلوم نیست که کدام مرتبه مراد است).

ثانیاً لازمه‌اش آن است که در مقام توصیف به کمتر از اوصاف باب سلم قناعت شود (فرضاً اگر در بیع سلم ذکر نود درصد صفات لازم است ولی طبق این ضابطه ذکر هفتاد در صد هم کافی است.) و این بر خلاف اجماع است و همهٔ اقوال قبول دارند که به کمتر از اوصاف معتبر در بیع سلم نمی‌توان بسنده کرد.

ثالثاً غرر عرفی (غرری که عرف و عقلاء از آن احتراز نموده(و با وجود آن اقدام به معامله نمی‌کنند) اخصّ از غرر شرعی (غرری که شارع مقدس امر به اجتناب از آن ننموده و از اقدام با آن نهی فرموده) است یعنی هر جا غرر عرفی باشد غرر شرعی هم هست و باید اجتناب شود و گرنه معامله باطل است، ولی چنین نیست که هر جا غرر شرعی بود غرر عرفی هم باشد، بلکه گاهی غرر شرعی هست و غرر عرفی نیست (فی المثل عرف در مقام تعیین قیمت سر خرمن یا وقت درو و مانند آن راکافی می‌داند ولی شرع این را غرری دانسته و اصرار دارد که باید زمان به روز و ماه تعیین شود.) آنگاه اگر مناط ذکر «معظم الصفات» و رفع «معظم الغرر» باشد لازمه‌اش اکتفا به رفع غرر عرفی است در حالی که باید ضابطه‌ای بیاورد که رفع غرر شرعی را هم شامل شود.

قوله: و اشکل من ذلک:

اشکال سوّم که مهمتر از اشکال قبلی است اینکه: توصیف شیئی غایب، قائم مقام رؤیت است یعنی اصل این است که با رؤیت معامله شود در شیئی حاضر به همین طریق معامله انجام می‌گیرد ولی برای تسهیل در امور، در شیئی غایب توصیف تجویز شده و به جای رؤیت با توصیف هم می‌توان معامله کرد، پس توصیف فرع بر رؤیت است و می‌دانیم که فرع زائد بر اصل نداریم. با این نکته اشکال این است که:

اگر در بیع شیئی غایب ذکر جمیع او صافی که در قیمت دخالت دارند یا رافع غرر هستند و یا در بیع سلم معتبر هستند لازم باشد پس باید در بیع شیئی حاضر هم اطلاع مشتری از همهٔ این صفات لازم باشد وگرنه فرع زائد بر اصل می‌شود، در حالی که در بیع حاضر چنین اطلاعات وسیعی نیست وگرنه تنها معاملهٔ عدّهٔ قلیلی که عارف به همهٔ

زوایای جنس هستند درست خواهد بود و معامله اکثری باطل خواهد بود زیرا خیلی‌ها با نگاه بر خیلی از صفات آگاه نمی‌شوند، فی المثل بانگاه حتّی سنّ جاریه قابل تشخیص نیست تا چه رسد به کمالات معنوی و انسانی او که مطلوب از معامله بوده و مشتری برای آنها پول می‌دهد، پس باید نوع معاملات کذائی باطل باشد در حالی که احدی حکم به بطلان نکرده و سیرهٔ مستمره بر خلاف آن است آنگاه اگر در بیع حاضر اطلاع از همهٔ این صفات لازم نبود در بیع غائب هم توصیف و ذکر همهٔ این اوصاف نباید لازم باشد پس چرا حکم به لزوم آنها می‌کنید؟!

قوله: ولا اجد فی المسألة:

مرحوم شیخ در پاسخ از همهٔ اشکالهای گذشته می‌فرماید: بهترین پاسخ آن است که بگوئیم: چه در بیع شیئی غائب و چه شیئی حاضر، مناط رفع غرر عرفی است یعنی آن مقدار اطلاعاتی لازم است که عرف و عقلاء آنرا کافی و رافع غرر می‌دانند (مثلاً ذکر عمدهٔ صفات مبیع کافی است) و بیش از آن لازم نیست، آنگاه اگر دو موردی دلیلی داشتیم که بیش از آن لازم است و صرف نبودن غرر عرفی کافی نیست و باید غرر شرعی هم نباشد (مثل تعیین زمان اقباض مبیع به ماه و سال نه به وقت خرمن و...) ما تابع دلیل هستیم ولی مواردی که دلیل خاصّی نباشد مناط عرف است و عرف ذکر جمیع صفات را لازم نمی‌داند و به بیان عمدهٔ صفات قناعت می‌کند. و ذکر عمدهٔ صفات هم محذوری ندارد.

قوله: ولیس فیما ادعّاه:

اگر کسی بگوید: علامّه در تذکره ادعّای اجماع کرد که ذکر جمیع صفات دخیل در قیمت لازم است و... خواهیم گفت: منظور ایشان هم ذکر اوصاف بود به مقداری که رافع غرر باشد نه بیش از آن (و شاهد مطلب یکی ذیل عبارت ایشان بود که فرمود: و «تیطرّق الجهالة ترک بعضها...» که مناط رفع غرر و جهالت است. و یکی هم کلامی از ایشان در اوّل مسأله شرط علم به عوضین است که فرموده: علماء شیعه اجماع دارند بر اینکه علم به عوضین شرط است تا مشتری بداند که در مقابل مبلغی که داده چه چیزی مالک شده

و تا در نتیجه غرر منتفی شود ...[1] و منظور علامّه از این سخن که «لیعرف مالملک ...» معرفت صد در صد نیست تا جمیع صفات لازم باشد بلکه معرفت عرفی یعنی یک معرفت وسط است که متوسّط میان اجمال و تفصیل است یعنی معرفت اجمالی کافی نیست و معرفت تفصیلی و صد در صد هم لازم نیست و معرفت وسط که همان معرفت عرفی باشد کافی است، و عرف هم با ذکر عمدهٔ صفات غرر را منتفی می‌داند.

قوله: ثمّ انّه یمکن:

اشکال چهارم: این اشکال به اصل صحّت بیع متاع غایب است به این بیان که ذکر او صاف در حقیقت از نوع تقیید مبیع است آنگاه از دو حال خارج نیست: یا متاع غایب را بدون ذکر اوصاف معامله می‌کند، در این‌فرض بیع از این جهت غرری است که مشتری جاهل به صفاتی است که در مالیّت و قیمت دخالت دارند و بیع غرری باطل است. و یا با ذکر اوصاف و در واقع مبیع مقیّد به کذا و کذا را می‌فروشد این نیز از آن جهت غرری است که مشتری جهل به اصل وجود چنین مبیعی دارد و اساساً نمی‌داند که چنین مبیع مقیّدی در خارج هست یا نه؟ و جهل به اصل وجود بالاتر از جهل به صفات موجود است، و طبعاً غرر و خطری که از این ناحیه متوجّه معامله و مشتری است، بزرگتر از غرری است که از ناحیهٔ جهل به صفات متوجّه است و باید به طریق اولی چنین غرری مبطل باشد. پس بیع الغائب مطلقاً باطل است و نوبت به صحّت و خیار نمی‌رسد.

قوله: و یمکن ان یقال:

مرحوم شیخ از اشکال مذکور به دو بیان پاسخ داده‌اند:

۱ـ ذکر اوصاف از قبیل اشتراط است نه تقیید (فرق تقیید با اشتراط در این است که اوّلاً تقیید در جائی است که مبیع، کلّی و قابل صدق بر کثیرین و در نتیجه قابل تقیید باشد، مثل «رقبة» که کلّی است و با قید «مؤمنةً» تقیید می‌شود و می‌گوئیم: «اعتق رقبةً مؤمنةً» ولی اشتراط اعّم است و در مورد مبیع کلی هم می‌آید مثلاً صد من گندم به ذمّه‌ام فروختم بنابراینکه چنین و چنان باشد، و در مورد شخصی هم می‌آید که مورد بحث ما است و می‌گوید: آن عبدی را که در این منزل دارم فروختم به شرط اینکه چنین و چنان

---

۱. تذکرة ج ۱ ص ۴۶۷.

باشد. و ثانیاً نتیجهٔ تقیید، وحدت مطلوب است یعنی ذات مقیّد بدون قید اصلاً مطلوب نیست و با این قید مطلوب است و به شرط شیئی است و لذا اگر قید نبود کلّ معامله باطل است، ولی نتیجهٔ اشتراط، تعدّد مطلوب است زیرا اشتراط التزام در التزام است و التزام به اصل بیع جدا است و التزام به شرط هم جدا است و اگر چنین شد تخلّف و نبود شرط موجب بطلان معامله نیست بلکه موجب خیار است.)

و شاهدی هم از کلام شیخ در نهایه و شهید ثانی در مسالک می‌آورند که ما نحن فیه از باب اشتراط است نه تقیید و نتیجه هر کدام روشن شد که اگر از باب اشتراط بود، نبود شرط موجب بطلان نیست.

۲ـ قوله و یمکن ان یقال:

پاسخ دوّم این است که: در کتاب بیع در باب بیع مکیل و موزون این بحث مطرح بود که مکیل حتماً باید به کیل معامله شود، و موزون به وزن، و اینها شرط صحّت بیع بود ولی همانجا مسأله‌ای طرح شد که اگر مالک خبر دهد که این گندم، چند کیل و پیمانه است یا این حلب روغن، چند کیلو است و... و مشتری او را تصدیق کند و به او اعتماد نماید این مقدار هم کافی است و معامله صحیح است و نیازی به بیع با کیل یا وزن نیست. حال نظیر آن مطلب را در اینجا می‌توان گفت که مشتری مبیع غایب را ندیده و از خصوصیات آن خبر ندارد ولی بایع که مالک باشد می‌داند و برای مشتری وصف می‌کند و در واقع از اوصاف مبیع خبر می‌دهد و مشتری هم اعتماد می‌کند و با بناگذاری بر صدق بایع معامله می‌کند.

(و لذا فقهاء فرموده‌اند: اگر نه بایع و نه مشتری از مبیع خبر ندارند و آن را ندیده‌اند و فرد ثالثی که مورد اعتماد آن دو است مبیع را برای آنها توصیف کند، آن دو می‌توانند به قول او اعتماد کرده و معامله کنند) آنگاه با این اخبار بایع و تصدیق مشتری، عرفاً غرر مرتفع است و گویا خود مشتری دیده است و وقتی غرری نبود دلیلی برای بطلان نیست. و اینکه مستشکل گفت مبیع مقیّد، اصل وجودش مجهول است و غرر بیشتر است. جوابش آن است که چنین جهل و عدم العلمی مانع از صحّت نیست (وگرنه بیع سلم کلّاً باید باطل باشد چون مشتری نمی‌داند که بایع در وقت خودش می‌تواند مبیع کذائی را پیدا کند و تحویل دهد یا نه) و وقتی مانعی از صحّت نبود عمومات «احلّ اللّه البیع» و

«تجارةً عن تراضٍ» و... پیاده می‌شود و حکم به صحّت بیع مزبور می‌کند، علاوه بر اینکه اصل صحّت این بیع اجماعی است و به جز برخی از اهل سنّت، سایر دانشمندان عامّه و عموم فقهاء امامیّه فتوا به صحّت آن داده‌اند. پس اشکال و مناقشه در اصل صحّت بی وجه است.

قوله: ثمّ انّ الخیار:

مشهور و معروف در میان فقهاء امامیّه آن است که خیار رؤیت هم مثل خیاراتی که تا به حال ذکر شد، دو طرف بیشتر ندارند و مشتری پس از اینکه مشاهده نمود که مبیع فاقد اوصاف قید شده است، مخیّر است که کلّ معامله را فسخ کند و پولش را بگیرد و یا کل معامله را مجّاناً امضا کند و راه سوّمی در میان نیست.

ولی ابن ادریس در سرائر[1] به صراحت سخن از راه سوّم به میان آورده و فرموده: ذی الخیار مجبور نیست که یا فسخ کند و یامجّانی، بلکه راه سوّمی هم دارد که مخیّر است معامله را امضا کند و بابت فقدان وصف، ارش بگیرد یعنی مبیع واجد وصف را قیمت کنند، فاقد وصف را هم قیمت کنند و تفاوت آن دو هر چه بود به همان نسبت از ثمن المسمّی به مشتری برگردد.

قوله: و یضعّف:

مرحوم شیخ قول ابن ادریس را تضعیف کرده و می‌فرماید تنها دربارهٔ وصف صحّت و سلامت مبیع، سخن از اخذ ارش است یعنی اگر دو نفر معامله کردند با این بناگذاری یا با این توصیف که مبیع سالم باشد و بعداً که مشتری تحویل گرفت دید معیوب است حق دارد ارش و تفاوت را بگیرد که آن هم از باب خیار عیب است نه خیار رؤیت و نیازی به ذکر وصف صحّت نیست بلکه بناگذاری قلبی کافی است و مبسوطاً در خیار عیب خواهد آمد. ولی بحث ما فعلاً در اوصاف کمالیه‌ای است که زائد بر وصف صحّت باشد مثل خیاطت، کتابت، هنرمندی و...، اینها است که نیاز به ذکر دارد، اینها است که تخلّف و فقدان آنها موجب خیار است و در این بخش هم دلیلی بر جواز اخذ ارش نداریم پس سخن این ادریس بی دلیل است. (نکته: جناب شیخ در خیار غبن، مهمترین

---

۱. سرائر، ج ۲، ص ۲۴۲.

دلیل را قاعده «لاضرر» قرار دادند و همانجا توضیح دادند که اگر مدرک «لاضرر باشد» نوبت به فسخ فی الکل نمی‌رسد و راه دیگری هست که با آن دفع ضرر شود و آن ارش گرفتن است، آنگاه اگر غابن از بذل تفاوت امتناع می‌کرد نوبت به فسخ فی الکل می‌رسید... حال به همان بیان در ما نحن فیه هم جا دارد کسی بگوید بااخذ ارش ضرر مشتری مندفع نمی‌شود و نوبت به فسخ فی الکل نمی‌رسد پس راه دیگری داریم که ارش باشد و قابل استدلال هم هست و تضعیف مرحوم شیخ قابل مناقشه است.)

قوله: و اضعف من هذا:

به عدّه‌ای از فقهاء (از قبیل مفید(ره) در مقنعه[۱] و شیخ طوسی(ره) در نهایه[۲] سلّار در مراسم[۳]) نسبت داده شده که اگر متاع غایب را با ذکر اوصاف معامله کردند و بعداً مشتری تحویل گرفت و ملاحظه نمود که واجد همهٔ اوصاف است، بیع صحیح و لازم است ولی اگر دید که فاقد اوصاف مزبور است معامله و بیع، مردود است (ظاهرش یعنی بالفعل مردود و باطل و فاسد است) پس مشهور خیار رؤیت را گفته و بیع را صحیح ولی جایز دانسته‌اند و عدّه‌ای آن را باطل دانسته‌اند.

قوله: و لایبعد:

مرحوم شیخ در قدم اول در صدد توجیه برآمده و می‌فرماید: احدی قائل به بطلان بیع مزبور نیست و عدّهٔ مذکور هم که تعبیر به «مردود» کرده‌اند منظور رد فعلی و بطلان نیست بلکه منظورشان رد شأنی است، یعنی چنین بیعی قابل رد و ابطال و فسخ است و قابل‌بودن مساوی است با جواز و تزلزل، و شاهد این مطلب کلامی از شیخ طوسی در خیار غبن است که فرموده: اگر متاعی را به بیش از قیمت واقعی بفروشد چنانچه مشتری عارف بوده بیع صحیح و لازم است، و اگر جاهل بوده این بیع مردود است (کلمهٔ مردود را آورده) و اجماعی است که بیع غبنی باطل نیست و همین اجماع قرینه است که «مردود» در آنجا به معنای قابل رد بودن است و مانعی ندارد که در ما نحن فیه هم منظور از «مردود» قابل رد بودن باشد نه رد فعلی و بطلان.

---

۱. مقنعه، ص ۵۹۴.
۲. النهایه، ص ۳۹۱.
۳. المراسم، ص ۱۸۰.

قوله: و علی تقدیر وجود:

در قدم دوّم بر فرض کسی که قائل به بطلان شده باشد خواهیم گفت: گفتارش ناتمام است زیرا هیچ دلیلی بر بطلان بیع نداریم به ویژه اینکه از اوّل بیع صحیح منعقد شده و پس از مدتی که قبض و اقباض آمده و مشتری دید که مبیع فاقد اوصاف است از حالا باطل باشد معنی ندارد و «الشیئی لاینقلب عمّا وقع علیه» (البته ممکن است قائل به بطلان از آغاز حکم به بطلان کند و ایراد مذکور وارد نباشد).

قوله: عدا ما فی مجمع البرهان:

تنها دلیلی که برای بطلان اقامه شده کلام مقدّس اردبیلی در مجمع الفائده است[1] که حاصلش این است: وقتی بایع مبیع غایب را توصیف کرد در حقیقت مبیع مقیّد شد و بعداً که تحویل می‌گیرد و فاقد وصف است، باید گفت این غیر از آنی است که عقد بر او واقع شده و در یک کلام: آنکه «معقودٌ علیه» است موجود نیست و آن که موجود است (مبیع فاقد) «معقود علیه» و متعلّق عقد نیست تا معامله صحیح باشد، پس چون متعلّق عقد وجود خارجی ندارد معامله باطل است.

قوله: و یضعّف:

مرحوم شیخ در تضعیف و رد سخن مقدّس می‌فرماید:

اوصاف در تقسیمی دو گونه هستند:

۱ـ اوصافی که ذاتی و داخل در ذات مبیع و مقوّم او هستند مثل طلا بودن برای طلا، عبد بودن برای عبد و....

۲ـ اوصافی که عرضی و خارج از ذات مبیع هستند مثل خیاط بودن، زیبا بودن، خوش اخلاق بودن و... و مورد بحث ما در خیار رؤیت، اوصاف عرضی و خارجی است که تخلّف آن‌ها و نبودشان موجب نمی‌شود که عرف و عقلاء بگویند این غیر از آن است، (و به قول مقدّس: معقود علیه غیر موجود است) بلکه حداکثر می‌گویند: این همان مبیع است ولی فاقد اوصافی است که بایع ذکر می‌کرد، پس استدلال مقدّس از ما نحن فیه اجنبی است. آری اگر اوصاف داخلی تخلّف پیدا کند مثلاً بگوید: آنچه را در

---

۱. مجمع الفائده، ج ۸، ص ۱۸۳.

دستم می‌باشد به عنوان طلا به شما فروختم سپس معلوم شود که نقره بوده، یا بگوید: این مالی که در منزل دارم به عنوان این که عبد حبشی است به شما فروختم، سپس معلوم شود که حمار وحشی بوده و... در اینگونه موارد عرف هم می‌گوید: معقود علیه غیر موجود است و استدلال مقدّس مربوط به این اوصاف است که از ما نحن فیه اجنبی است.

قوله: الّا ان یقال:

استدلال مقدس بر بطلان ناتمام بود ولی خود ما به نمایندگی از طرفداران بطلان این گونه استدلال می‌کنیم: درست است که فاقد وصف و واجد وصف یکی است و عرف نمی‌گوید این غیر از آن است، ولی سخن ما این است که چرا این اوصاف را ذکر می‌کنند؟ چرا بایع شرط می‌کند که مبیع چنین و چنان باشد؟ بیهوده که شرط و شروط نمی‌گذارند، ذکر اوصاف به معنای این است که قصد مشتری از بیع، مبیع با این اوصاف است و مبیع مقیّد منظور او است، وگرنه برای فاقد وصف این مقدار ثمن نمی‌داد و چه بسا اصلاً اقدام نمی‌کرد، پس مقصود و غرض مبیع با این اوصاف است و بعداً که تخلّف کرد و فاقد اوصاف بود، مقصود مشتری حاصل نشده و جان کلام اینکه: «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» و عقود هم تابع قصود است و از این نظر باطل است.

(البته ممکن است کسی بگوید: این بیان به ظاهرش با بیان مقدّس یکی است زیرا «معقود علیه» غیر موجود همان «ما قصد لم یقع» است... و لو عبارت فرق دارد و لذا محشّین مکاسب از مرحوم شهیدی و مرحوم سیّد و مرحوم ایروانی همه فرموده‌اند منظور شیخ از این استدلال آن است که: در بیع رضایت و طیب نفس شرط صحّت است «تجارةً عن تراضٍ»، «لایحّل ما امر، مسلم الاّ بطیب نفسه» و... و در ما نحن فیه رضایت مشتری مطلقه نیست یعنی چنین نیست که به اصل معامله راضی باشد چه این اوصاف باشند و چه نباشند بلکه مقیّد است یعنی به مبیع با این اوصاف راضی است و فرض این است که این اوصاف وجود ندارد و به فاقد وصف هم راضی نبوده، پس از این ناحیه که معامله فاقد یکی از شروط صحّت است فاسد و باطل باشد)

سپس شیخ اعظم شاهد و تأییدی می‌آورند: در بحث اینکه آیا شرط فاسد مفسد عقد هم هست یا نه؟ اکثر متأخرین حکم به فساد کرده و شرط فاسد را مفسد دانسته‌اند

و این بر همین اساس است که قصد، شرط مؤثر در «معقود علیه» است (یعنی مقیّد مبیع است البتّه بنابر وحدت مطلوب) یعنی رضایت طرف به مبیع با این شرط است و وقتی این شرط فاسد بود و کنار رفت پس مشروط هم فاسد می‌شود و به کنار می‌رود زیرا بدون شرط، معامله مورد رضایت نیست.

قوله: و من هنا:

مقدّس اردبیلی فرمود: اگر مبیع فاقد اوصاف بود بیع باطل می‌شود و بطلان را قانونی قلمداد کرد (معقود علیه غیر موجودٍ... یا ما قصد لم یقع ...) و علّامه نیز احتمال در یکی از مصادیق خیار رؤیت که قبلاً خود مشتری دیده بود... احتمال بطلان داد ولی مرحوم صاحب جواهر و یا مرحوم شیخ علی کاشف الغطاء در صدد دفع بطلان برآمده و فرموده‌اند: اوّلاً اوصاف در تقسیمی دو دسته است:

۱ـ اوصافی که معیّن کنندهٔ کلّی هستند یعنی مبیع، کلی و قابل صدق بر کثیرین است و ما با ذکر اوصافی آن را تقیید می‌کنیم که از نوع تقیید و وحدت مطلوب است مثلاً می‌گوید: صد من گندم کذا و کذا، فروختم....

۲ـ اوصافی که برای مبیع شخصی ذکر می‌کنند که تقیید در آن معقول نیست زیرا جزئی بما هو جزئی تقیید بردار نیست و خود این اوصاف هم دو قسم می‌باشند:

۱ـ وصفی که ذاتی و داخلی است مثل عبد بودن، امه بودن، طلا بودن و....

۲ـ وصفی که عرضی و خارجی است مثل کتابت، هنرمند بودن و....

حال که اینکه تقسیم‌ها را دانستی، کاشف الغطاء می‌فرماید: قائلین به بطلان دچار اشتباه شده و میان این اوصاف فرق قائل نشده‌اند در حالی که فرق است زیرا اگر اوصاف از قبیل وصفی باشد که برای کلّی ذکر می‌شود اینها از نوع تقیید است و تخلّف آنها قادح به اصل معامله است و اگر از قسم دوّم باشد باز اگر وصف داخلی و مقوم باشد، تخلّف آنها مبطل است، ولی اگر از اوصاف خارجی عرضی باشد تخلّف آنها مبطل نیست و حدّ اکثر موجب خیار رؤیت است.

قوله: مع انّ:

ثانیاً بر فرض تنزّل از سخن قبلی می‌گوئیم: ما نحن فیه از باب تعارض اشاره و وصف است (زیرا از طرفی اشاره می‌کند و می‌گوید: این متاعی که در منزل دارم یا آن طلایی که

در گاو صندوق دارم و...، از طرفی وصف می‌کند و می‌گوید: آن متاع چنین و چنان است.) و امر دائر است که اشاره را مقدّم داشته و حکم به صحّت بیع کنیم چون مشار الیه در خارج موجود است و یا وصف را مقدّم داشته و حکم به بطلان کنیم چون بعداً معلوم شد که مبیع فاقد این اوصاف بوده و در دوران امر میان اشاره و وصف اشاره قوی‌تر است و مقدّم می‌شود و در نتیجه وجهی برای بطلان نیست[۱]

قوله: مجازفة:

مرحوم شیخ می‌فرماید: دفاع جناب کاشف الغطاء گزافه گوئی است که هیچ حاصل و نتیجه‌ای را برای ایشان در بر ندارد (زیرا چنانکه در «الّا ان یقال» گفتیم، صحبت سر وصف کلّی و شخصی آنهم مقوم و عرضی نیست، بلکه کلام در این است که رضایت و طیب نفس، شرط صحّت معامله است و رضایت مشتری به مبیع با این‌اوصاف بوده و این حاصل نشده و به مبیع فاقد وصف هم راضی نشده تا بیع صحیح باشد و لذا باید گفت: باطل است.) و امّا سخن دیگر مدافع که بر فرض تنزّل، سخن از اشاره و وصف به میان آورد پاسخش آن است که:

اوّلاً ما نحن فیه از باب تعارض اشاره وصف نیست (زیرا تعارض این دو در موردی است که یکی از دو ظهور مراد است یا ظهور اشاره در مشار الیه محسوس و یا ظهور وصف در فلان خصوصیّت، و ما نحن فیه هر دو ظهور مراد است هم ظهور اشاره که می‌گوید این متاع را، و هم ظهور وصف که می‌گوید: این متاع من چنین و چنان است. و جای معارضه نیست.)

ثانیاً بر فرض از آن باب باشد و به قول شما اشاره مقدم باشد نتیجه‌اش حکم به صحّت و تزلزل نیست بلکه علی القاعده باید حکم به صحّت و لزوم بکنید زیرا مشار الیه موجود است و غیر آنهم ارزشی ندارد پس چرا حکم به تزلزل می‌کنید باید حکم به لزوم کنید و حال آنکه احدی به این امر ملتزم نیست.

قوله: و اثبات الخیار:

و اگر مدافع برگردد و از راه تقسیم بندی اوصاف که در بیان اوّل داشت، خیار و تزلزل را

---

۱. همان.

ثابت کند، خواهیم گفت: این برگشتن به سخن اوّل است که ما پاسخ دادیم و گفتیم که مهم رضا و طیب نفس است نه شرط یا قید بودن، وصف کلی یا شخصی بودن، وصف داخلی یا خارجی بودن.

قوله: و یمکن ان یقال:

در فراز قبلی با «الّا ان یقال...» صحّت بیع غایب با ذکر اوصاف، مورد مناقشه و اشکال واقع شد، حال در این فراز می‌خواهیم راهی برای حکم به صحّت بیابیم و آن راه استقراء است: آنچه از نصوص و اجماعات موجود در ابواب موجود در ابواب مختلف و متفرّق، بدست می‌آید آن است که: تخلّف اوصاف عرفی و غیر مقوم مبیع (که مورد بحث ما است) مبطل و قادح است چه از خارج بدست آوریم که این اوصاف لازم است (مثلاً پیش از عقد تبانی کرده‌اند) و چه در متن عقد این اوصاف را شرط کنند. و برای نمونه چهار مورد از موارد متفرّقه را ذکر می‌کنیم:

۱ـ پس از معامله معلوم شد که متاع معیوب بوده، حضرات فتوا به صحّت و خیار داده‌اند و کسی نگفته باطل است با اینکه در اینجا هم قصد مشتری به مبیع سالم تعلّق گرفته و رضا و طیب نفس به جنس سالم بوده نه معیوب، معذلک اگر معیوب در آمد باطل نیست.

۲ـ گوسفندی که شیر زیاد در پستانش مانده و این گونه می‌نمایاند که بسیار حیوان پرشیری است و مشتری هم فریب همین را می‌خورد و به قصد پر شیر بودن خریداری می‌کند و به این معامله با این خصوصیّت راضی می‌شود ولی بعداً معلوم می‌شود که چنین نبوده باز فتوا به بطلان نداده‌اند و حدّ اکثر برای مشتری حق الخیار قائل شده‌اند.

۳ـ متاعی را که ملک خود بایع است با متاعی که ملک دیگری است ضمیمه کرده و به یک معامله به مشتری می‌فروشد و مقصود مشتری هم مجموع است و رضایت او به بیع به این نحو تعلّق گرفته، ولی اگر بعداً مالک اصلیِ متاع ضمیمه، راضی نشد کسی نگفته کلّ بیع باطل می‌شود بلکه فتوا این است که نسبت به مقداری که ملک خود بایع بوده معامله صحیح است و حدّ اکثر آقای مشتری خیار تبعّض صفقه دارد.

۴ـ چیزی را که مالیّت دارد (گوسفند مثلاً یا سرکه) با چیزی که اصلاً مالیّت ندارد (خوک یا شراب مثلاً) ضمیمه کرده و یک جا به مشتری می‌فروشد، باز کسی نگفته کلّ

بیع باطل است بلکه نسبت به مقداری که مالیّت دارد حکم به صحّت کرده‌اند با اینکه مقصود مشتری مجموع من حیث المجموع بوده و به آن راضی شده بود.

نتیجه: موارد بسیاری داریم که مثل ما نحن فیه است و کسی فتوا به بطلان نداده است و استقراء این موارد به ما اجازه می‌دهد که در اینجا هم حکم به بطلان نکنیم و حکم به صحت و تزلزل بنمائیم.

قوله: فتأمل:

اشاره به اینکه: استقراء مذکور استقراء ناقص است و یقین آور نیست تا ارزشمند باشد در نتیجه حکم به صحّت بیع در ما نحن فیه مشکل پیدا کرد، و مرحوم شیخ بیش از این بحث را دنبال نکرده وتنها اشاره می‌کنند که به زودی در بحث شرط فاسد، برخی از مطالب خواهد آمد. (اگر از باب وحدت مطلوب باشد، بیع باطل است و اگر از باب تعدّد مطلوب باشد، بیع صحیح است.)

قوله: نعم هنا اشکال:

تا به حال مکرّر سخن از وصف داخلی یا مقوّم مبیع و وصف خارجی یا عرضی و غیر مقوّم به میان آمد و دانستیم که در مورد بحث ما سخن از اوصاف عرضی است اینکه این پرسش مطرح می‌شود که: تشخیص این دو دسته صفات از یکدیگر به چیست؟ آیا مناط عرفی است؟ یا دقّت عقلی است؟ و منشأ اشکال این است که مواردی را می‌بینیم که مبیع واجد وصف با فاقد وصف در حقیقت نوعیّه اتحاد دارند، و علی القاعده باید اوصاف آنها عرضی باشد که یک فرد یا صنف واجد آن وصف است و فرد یا صنف دیگر فاقد است، در حالی که عرف اینها را داخلی و مقوّم مبیع می‌داند مثل وصف مذکر یا مؤنث بودن در انسانها که اگر فروشنده بگوید: این مملوک را به شما فروختم به عنوان اینکه جاریه و مؤنث باشد سپس معلوم شد که مذکّر و عبد است، عرف می‌گوید این غیر از آنی است که مورد معامله بوده و بیع را به هم می‌زند (البتّه در مورد سایر حیوانات مثل گوسفندان شاید وصف مذکر یا مؤنث بودن را داخلی و مقوّم نداند و نبود آن را قادح نداند، و لو این هم مورد مناقشه است.) و مثل وصف رومی بودن یا زنگی بودن که اگر فروشنده‌ای بگوید: عبدی دارم که رومی است و به فلان مبلغ می‌فروشم و بعد از معامله معلوم شد که زنگی بوده نه رومی، عرف می‌گوید: این غیر از آن است و معامله را ملغی

اعلام می‌کند و ....

و متقابلاً مواردی هست که واجد وصف و فاقد وصف از دو حقیقت نوعیّهٔ متغایر هستند ولی عرف این اوصاف را عرضی می‌داند نه ذاتی و داخلی، و تخلّف آنها را موجب بطلان نمی‌داند، فی المثل مقداری روغن یا پنیر یا شیر فروخته به عنوان اینکه مال گوسفند باشد، سپس معلوم شد که مال گاو میش است، با اینکه گوسفند و گاو میش دو نوع متغایرند ولی عرف این را نمی‌بیند و می‌گوید این شیر یا پنیر یا روغن همان است که مورد معامله بوده ولی وصف از گوسفند بودن را فاقد است و نبود این وصف موجب بطلان نیست، یا مثلاً مقداری سرکه می‌فروشد به عنوان اینکه سرکه خرما باشد سپس معلوم می‌شود که سرکهٔ کشمش بوده، باز با اینکه خرما و کشمش دو نوع متغایر هستند ولی عرف اینها را لحاظ نمی‌کند و می‌گوید همین سرکهٔ خارجی مورد معامله بوده و تنها وصف از خرما بودن یا از کشمش بودن را ندارد و نبود اینها موجب بطلان نیست.

حال که قضاوت متفاوت است چه باید کرد؟ ملاک را از نظر اتّحاد نوع و اختلاف نوع چه چیزی بدانیم؟ شیخ می‌فرماید: این جهت را به عرف حواله دهیم و هر کجا را عرف، داخلی یا خارجی دانست همان ملاک است و احکامش پیاده می‌شود.

قوله: و ان خالف:

در باب ربا این مطلب مطرح است که ربوی بودن معامله شرط دارد: ۱ـ هم جنس به هم جنس. ۲ـ مکیل یا موزون بودن، و برای فرار از ربا باید تغایر میان ثمن و مثمن باشد و ملاک مغایرت نوعیه است که از دو نوع مختلف باشند. حال در ما نحن فیه ملاک عرف است و لو با ضابطهٔ مغایرتی که در باب ربا ذکر شده مخالف باشد. چون دو باب هستند و هر بابی حکم خود را دارد.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه در باب ربا هم ملاک عرف و لذا مغایرتی با آن باب ندارد.

مسأله دوّم:

آیا خیار رؤیت فوری است یا تراخی دارد؟ (معنای فوری بودن آن است که تا جنس به دست مشتری رسید و وی مشاهده نمود که این مبیع فاقد اوصافی است که بایع می‌گفت، بلافاصله و در اوّلین فرصت ممکن حق الخیار دارد. و معنای تزاخی آن است

که تأخیر خیار جایز است و در آن ثانی و ثالث و رابع و... پس از رؤیت هم خیار محفوظ است.)

اکثر فقهاء طرفدار فوریّت هستند، بلکه بعضی‌ها به همهٔ اصحاب و فقهاء شیعه نسبت داده‌اند، و بلکه علّامه در تذکره به عموم مسلمانان اعم از شیعه و سنّی نسبت داده و فرموده: به استثنای احمد حنبل باقی مسلمانان طرفدار فور هستند و احمد هم که قائل به تراخی است تا حدّ محدودی این را قائل است و آن تا زمانی است که مجلس رؤیت باقی است و امتداد دارد نه بیش از آن[۱] و خود علّامه در نهایة الاحکام این احتمال را داده است.[۲]

شیخ اعظم می‌فرماید: قائلین به فور دلیل معتبری ندارند مگر این که بگویند: اصل اوّلی در بیع لزوم است و خیار خلاف اصل است و در امور خلاف اصل به قدر متیقّن اکتفا می‌شود و قدر مسلّم همان آن اوّل رؤیت است و بیش از آن خیاری ندارند. ولی ما به این حضرات دو اشکال داریم:

۱ـ خیلی از همین بزرگان در باب خیار غبن و خیار عیب قائل به تراخی شده‌اند با اینکه در آنجاها هم این استدلال جاری و ساری است و جای این پرسش باقی است که میان خیار رؤیت با آن دو باب چه فرقی است که اینجابه دلیل مذکور فور را بر گزیدید ولی در آن دو باب به این دلیل اعتنا نکرده و تراخی را اختیار کردید؟

۲ـ در خیار رؤیت روایت خاص (صحیحهٔ جمیل) داشتیم که مطلق است و با اینکه در مقام بیان بود ولی نفرمود: خیار رؤیت دارد فوراً یا در آن اوّلی...، تقییدی نکرد و از این اطلاق استفاده می‌شود و اینکه در آن ثانی و ثالث هم خیار دارد. البتّه قبلاً در خیار تأخیر به این مطلب اعتراض داشتیم، در اینجا هم تکرار می‌کنیم و آن اینکه: معلوم نیست روایت از این جهت در مقام بیان باشد تا به اطلاقش استناد کنیم، و قد مسلّم در مقام بیان اصل خیار است.

قوله: و قد بیّناً سابقاً:

طرفداران تراخی هم برای اثبات تراخی به استصحاب خیار استناد کرده‌اند که سابقاً در

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۷.
۲. نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۵۰۸.

خیار غبن مبسوطاً بیان شد و گفتیم این نیز قابل مناقشه است زیرا موضوع عوض شده (قبلاً متضرر عاجز بود و حالا متمکن شده...) پس دلیل بر تراخی هم نداریم. (شیخ اعظم بیش از این بحثی ندارند، ولی با استفاده از فرمایشات ایشان در باب خیار غبن، می‌توان گفت که ایشان طرفدار فوریّت است به دلیل خاصّی که در همان مسأله ارائه کردند.

مسألهٔ سوّم:

این مسأله پیرامون مسقطات خیار رؤیت است: چه عواملی موجب سقوط خیار رؤیت است؟ در مجموع شش عامل را در این مسأله ذکر می‌کنند:

۱ـ ترک مبادرت: بنابر اینکه خیار رؤیت فوری باشد اگر در همان لحظات آغازین رؤیت، مشتری اعمال خیار نکند خود به خود خیارش ساقط می‌شود. (نکته: منظور از فوریّت همان فوریّت عرفی است که مبسوطاً در اواخر خیار غبن تبیین شد و در اینجا اشاره‌ای به آن مطلب دارند.)

۲ـ اسقاط قولی پس از رؤیت: اگر بعد از اینکه مشتری دید که مبیع فاقد وصف است و خیارش فعلی شد، اسقاط خیار نمود و گفت: «اسقطت خیاری»، خیارش ساقط می‌شود زیرا خیار حق او است و زمام امر حق در دست صاحب حق است.

۳ـ اسقاط فعلی یا تصرّف بعد از رؤیت: اگر بعد از مشاهدهٔ مزبور، معامله را فسخ نکرد بلکه در مبیع تصرّف نمود باز خیارش ساقط می‌شود زیرا چنین تصرفی علامت رضایت است.

۴ـ تصرّف قبل از رؤیت: اگر پیش از دیدن مبیع در آن تصرّفی کند (مثلاً بفروشد یا هبه کند و....) آیا چنین تصرّفی هم موجب سقوط خیار رؤیت است؟ سه وجه در این رابطه وجود دارد:

الف: آری مسقط است مطلقاً (در قبال تفصیل که قول ثالث باشد) بنابر اینکه تصرّف تعبّداً موجب سقوط باشد نه به مناط رضایت و کاشف از رضا بودن.

ب: خیر مسقط نیست مطلقاً، بنابر اینکه علامت رضا نیست و تعبّد را هم قبول نداریم.

ج: قول به تفصیل: اگر اسقاط قولی قبل از رؤیت مسقط باشد، تصرف کذائی هم

مسقط است وگرنه نه و سرّ مطلب آن است که تصرّف، اسقاط فعلی است و قائم مقام اسقاط قولی است و هر حکمی او داشت اینهم دارد.

۵ـ اسقاط قولی قبل از رؤیت: در مسقط بودن آن دو قول است: ۱ـ آری ۲ـ خیر، و این دو قول هر کدام مبنائی دارند، مبنای «آری» کاشف بودن رؤیت است و مبنای «خیر» سببیّت آن است یعنی اگر رؤیت بعدی کاشف از این باشد که فی الواقع از اوّل خیار رؤیت داشته پس اسقاط قولی قبل از رؤیت بجا است، و اگر رؤیت سبب اصل خیار شود اسقاط قبلی نابجا است زیرا از مقولهٔ «اسقاط مالم یجب» است.

خود شیخ اعظم می‌فرماید: اگر عقد را مقتضی و سبب برای خیار بدانیم، اسقاط مذکور بجا است و فایده‌اش آن است که عقد مزبور از قابلیّت فسخ می‌افتد. ولی اگر خود رؤیت را سبب برای خیار بدانیم، اسقاط قبل از آن فایده‌ای ندارد و از نوع «اسقاط مالم یجب» است. و خود شیخ اعظم مقتضی و سبب بودن عقد را ترجیح می‌دهند و اسقاط مذکور را نافذ و جایز می‌دانند.

۶ـ قوله: و لو شرط:

آیا شرط سقوط خیار کردن در متن عقد (مثلاً بایع بگوید: اگر هم بعداً مشاهده کردی و دیدی که فاقد اوصاف بود خیار رؤیت نداشته باشی) صحیح و جایز است و با شرط سقوط خیار ساقط می‌شود؟ یا خیر؟ مرحوم شیخ بحث را اینگونه مطرح می‌کنند: آیا شرط مزبور فاسد است (و لزوم وفا ندارد) یا فاسد نیست و صحیح است و وفای به آن لازم؟ و بر فرض فساد شرط آیا موجب فساد عقد هم می‌شود یا نه؟ در مجموع سه وجه در مسأله وجود دارد و بلکه سه قول است که هر کدام قائل دارد:

۱ـ شرط مزبور هم خود فاسد است و هم عقد مشروط را فاسد و باطل می‌کند.

۲ـ شرط مزبور نه خود فاسد است و نه موجب فساد عقد می‌شود و در نتیجه شرطی است واجب الوفا و اگر در متن عقد چنین شرطی کردند خیار رؤیت ساقط می‌شود و عقد صحیح و لازم است.

۳ـ شرط مزبور خودش فاسد است ولی موجب فساد و بطلان عقد نمی‌شود.

قوله: من کونه موجباً:

دلیل قول اوّل: شرط مزبور باعث می‌شود که بیع غرری شود و در نتیجه هم بیع باطل

می‌شود و هم شرطی که در ضمن او و تابع او است. و بیان غرری شدن از زبان محقّق ثانی در جامع المقاصد به قرار ذیل است: اصل در بیع این بود که با رؤیت و مشاهده باشد ولی چون مبیع غایب است وصف کردن قائم مقام رؤیت شده و با وصف، معامله صحیح است، آنگاه شرط سقوط معنایش این است که به این وصف کردن اعتنا نکن و وجودش کالعدم است و گویا اصلاً وصفی نبوده، در نتیجه معامله در حالی انجام شده که مبیع نه دیده شده و نه وصف گردیده و واضح است که چنین بیعی غرری و باطل است.

قوله: و من انّ دفع:

دلیل قول دوّم: شرط سقوط باعث غرری گردیدنِ بیع نمی‌شود، زیرا بود و نبود غرر دائر مدار بود و نبود خیار رؤیت نیست تا کسی بگوید: اگر خیار بود بیع غرری نیست و اگر خیار نبود بیع غرری است، و سرّ مطلب آن است که خیار، حکمی از احکام شرعیِ بیع صحیح است یعنی پس از اینکه اصل صحّت معامله مسلّم شد، سخن از این است که بیع صحیح دو گونه است: ۱ـ بیع لازم ۲ـ بیع جایز و خیاری، و خیار و تزلزل فرع بر صحّت است در حالی که غرری بودن در مرحلهٔ پیش از آن است و چگونه وجود خیار که حکم بیع صحیح است می‌تواند در موضوع خودش تأثیر گذاشته و بیع را از غرری بودن در آورد؟! و اگر بر فرض خیار داشتن رافع غرر بود لازمه‌اش این بود که در عالم کلّیهٔ معاملاتِ اشیاء مجهول و نامعلوم به شرط خیار و تزلزل، صحیح باشد در حالی که احدی به این مطلب ملتزم نیست و از شروط صحت بیع، معلوم بودن ثمن و مثمن است. در نتیجه شرط سقوط خیار موجب غرری شدن نمی‌گردد تا هم خود فاسد باشد و هم بیع را فاسد کند.

قوله: و العلم بالمبیع:

آیا با التزام مشتری به عدم فسخ بیع (شرط سقوط خیار، مفادش همین است که مشتری ملتزم شده که اگر هم بعداً معلوم شد که مبیع فاقد وصف بوده او بیع را فسخ نکند) علم به مبیع مرتفع می‌شود و بدین وسیله بیع غرری می‌شود؟ جواب: خیر، علم به مبیع با التزام مذکور از بین نمی‌رود و بیع غرری نمی‌شود، زیرا غرر آن است که مشتری بگوید: من کاری به صفات مبیع ندارم و اصلاً از آنها اطلاعی هم ندارم و مبیع دارای هر صفتی باشد من اقدام به معامله می‌کنم، چنین معامله‌ای غرری است ولی ما نحن فیه از این قبیل

نیست زیرا با وصف کردن بایع، علم به مبیع حاصل شده و الان مشتری عالم به صفات است، آری در ضمن بیع به یک التزام جدید ملتزم می‌شود که اگر هم این صفات نبود فسخ نکند وگرنه بنای اصلی و اوّلی بر وجود این صفات است.

قوله: و لو کان:

در این فراز شاهد خوبی می‌آورند برای اینکه التزام مذکور موجب غرر نیست، و آن اینکه در خیار عیب خواهد آمد که اگر بایع به مشتری بگوید: این متاع را فروختم و شرط می‌کنم که هر عیبی داشت به من مربوط نباشد (شرط برائت از عیوب) مشتری هم قبول می‌کند. همه فرموده‌اند که چنین شرطی جایز و نافذ است. حال اگر در ما نحن فیه شرط سقوط خیار منجر به غرری شدن بیع گردد، لازمه‌اش آن است که در فرع مزبور هم شرط برائت از عیوب، موجب غرر شود زیرا مفاد شرط برائت از عیوب آن است که من این متاع را می‌فروشم و کاری ندارم که سالم باشد یا نه، و این حتماً غرر است زیرا مشتری نمی‌داند که بالاخره مبیع واجد وصف صحّت است یا فاقد آن (و بلکه غرر در اینجا بزرگتر است زیرا جهل به اصل سلامت مبیع دارد و نبود وصف صحّت با نبود سایر اوصاف قابل قیاس نیست.) در حالی که احدی در آن فرع حکم به غرری شدن بیع نکرده، پس در ما نحن فیه هم جای حکم به غرر نیست.

قوله: و انّما جاز:

اگر کسی بگوید: در خیار عیب خواهد آمد که ذکر وصف صحّت لازم نیست، و اگر ذکر این وصف که مهمتر است لازم نباشد پس ذکر وصف‌های دیگر (وصف کمال یا زائد بر صحّت که مورد بحث ما است) به طریق اولی لازم نخواهد بود و بدون آن نیز باید بیع صحیح باشد.

در پاسخ می‌گوئیم: آنجا که ذکر وصف صحت لازم نیست نه برای این است که دانستن آن لازم نیست، بلکه برای آن است که قائم مقام دارد و آن اصالة السلامة است که عقلای عالم بنای عملی بر آن دارند و با این بناگذاری اقدام می‌کنند و همین امر موجب بی نیازی از ذکر می‌شود. ولی در ما نحن فیه و نسبت به اوصاف زائده، چنین بناگذاریِ عملی در میان نیست و لذا نیاز به ذکر دارد و اگر ذکر نکنند غرری می‌شود.

قوله: و اقتصار هم:

اگر کسی بگوید: چنانچه در ما نحن فیه ذکر اوصاف کمالیّه لازم باشد پس در فرض مزبور، ذکر وصف صحّت به طریق اولی باید لازم باشد. جواب می‌دهیم:

آری لازم است ولی اینکه حضرات اوصاف کمالیّه را لازم الذکر می‌دانند و اوصاف صحّت را لازم نمی‌دانند باز به خاطر این است که در رابطه با وصف صحّت، اصالة السلامة را داریم ولی در رابطه با اوصاف دیگر چنین چیزی نداریم.

قوله: فحینئذٍ:

حال که بناگذاری بر اصالة السلامة احراز شد می‌گوئیم: ما نحن فیه کاملاً شبیه شرط برائت از عیوب است: در اینجا نخست اوصاف را ذکر کرده و سپس شرط سقوط نموده و مشتری ملتزم به عدم فسخ شده، و در آن مورد نخست بناگذاری بر سلامت داشته و سپس شرط برائت نموده و مشتری ملتزم به عدم فسخ شده، آنگاه اگر در ما نحن فیه التزام مذکور منجر به غرر شود پس در آن فرض هم شرط برائت، موجب غرر می‌شود و بلکه غررش بزرگتر و فاحش‌تر است و اللازم باطل فالملزوم مثله.

قوله: خصوصاً علی ما:

شهید اوّل﵀ در دروس از شیخ طوسی و پیروان او نقل کرده که در باب برائت از عیوب می‌گویند: شرط برائت از عیوب مطلقاً جایز است حتّی اگر عیب بگونه‌ای باشد که مبیع با وجود آن به کلّی فاقد ارزش و مالیّت باشد (مثلاً بگوید: این تخم مرغها یا گردوها را فروختم و شرط می‌کنم که اگر بعداً آنها را شکاندی و فاسد بود من ضامن نباشم) و این مطلب مستلزم آن است که شیخ و اتباعش در ما نحن فیه بگویند: شرط سقوط خیار در متن عقد جایز است حتی اگر به این نحو باشد که اوصاف، نبود آن شیئی اصلاً ارزش و مالیّت نداشته باشد. و روی همین مطلب شهید و اتباع او بر شیخ و پیروانش اعتراض کرده‌اند که با این شرط سقوط (حتّی اگر فاقد ارزش باشد) بیع هم باطل می‌شود، پس چنین اشتراط برائتی صحیح نیست. ولی کلام شهید نیز اطلاق دارد که حتّی اگر مبیع مالیّت و ارزش هم داشته باشد بیع باطل است چون مطلب به این بر می‌گردد که ما اعتنائی نداریم که مبیع صحیح باشد یا فاسد، عیبش به هر اندازه‌ای که باشد، و اینهم که غرری است بلکه غررش بالاتر از غرر فقد وصف دیگر است و به طریق اولی باید باطل باشد.

قوله: ثم انّه قد یثبت:

دلیل قول ثالث (که جا داشت بفرماید: «و من انّه» تا با دلیل دو قول دیگر مناسبتر باشد)؟ قول سوّم این بود که خود شرط سقوط فاسد و باطل و لغو است ولی مشروط که عقد بیع باشد باطل نیست و به صحّت خود باقی است به دلیل این که قول سوم هم مثلِ قول دوّم این مطلب را که در قول اوّل ذکر شد قبول ندارد که فساد شرط به خاطر غرری بودنِ بیع باشد که اگر این شد خود بیع باطل می‌شود و شرط ضمنی هم فاسد می‌شود و ضمناً فرقی نیست که ما در مبحث آتی در باب شروط، شرط فاسد را مفسد بدانیم یا نه (اگر شرط فاسد را مفسد بدانیم در مرحلهٔ اوّل شرط فاسد است و فساد آن سرایت به مشروط می‌کند و سبب فساد عقد می‌شود. ولی اگر موجب غرر شود در وهلهٔ اوّل بیع باطل می‌شود و به تبع آن شرط فاسد می‌شود) ولی شرط سقوط، سبب غرری شدن بیع نمی‌گردد، بلکه علّت فساد شرط آن است که شرط سقوط در متن عقد از نوع «اسقاط ما لم یجب» است زیرا سبب خیار رؤیت خود رؤیت است که هنوز نیامده و تا سبب نیاید مسبّب نمی‌آید و تا مسبّب ثابت نشود ساقط نمی‌شود، سقوط فرع بر ثبوت است و لذا اسقاط قبل از رؤیت (شرط سقوط سه معنی داشت که در خیار مجلس گذشت و یکی از آنها شرط اسقاط بعد العقد بود که در اینجا همین مراد است) اسقاط ما لم یجب است و عقلاً صحیح نیست و از این جهت شرط سقوط لغو و باطل است (آنگاه اگر شرط فاسد را مفسد بدانیم از این جهت بیع باطل می‌شود.) ولی اگر شرط فاسد را مفسد ندانیم که ظاهراً قول ثالث طرفدار همین مطلب است و می‌گوید فساد شرط مؤثر در فساد عقد نیست، نتیجه‌اش همان است که شرط سقوط محذور دارد و فاسد است ولی خود عقد محذور ندارد، فاسد نیست پس عقد صحیح است و اگر بعداً که مشاهده کرد، اوصاف مذکور را نیافت خیار رؤیت دارد.

قوله: لکنّ الانصاف:

به عقیدهٔ شیخ اعظم قول ثالث ناتمام است و دلیلش سست است (یا به خاطر مطلبی که در فراز بعدی در تقویت وجه اوّل خواهند آورد که شرط سقوط موجب غرری شدن بیع می‌گردد... و یا به خاطر مطلبی که قبلاً گذشت که فرمودند: خود عقد سبب و مقتضی خیار است و رؤیت، شرطِ فعلی شدنِ آن است و بنابر اینِ از حینِ عقد خیار شأنی آمده و

قابل اسقاط است و از نوع «اسقاط ما لم یجب» نیست تا مبتلا به اشکال باشد.)

قوله: و اقوی الاقوال:

مرحوم شیخ از میان سه قول، قول اوّل را قویترین دانسته و با تکرار بخشی از مطالب قول ثانی (غرری بودن و نبودن، دائر مدار خیار و عدم خیار نیست .....) حاصل سخن شیخ این است که: از طرفی ذکر اوصاف (به صورت اشتراط باشد به صورت تقیید) بدان معنا است که التزام بایع به عقد، مطلق نیست، بلکه مقید یا مشروط است و در یک کلام مرتبط به آن اوصاف است و معنای بیع با این اوصاف آن است که منِ بایع تعهّد می‌کنم که این اوصاف در مبیع باشد، و از طرفی معنای شرط سقوط آن است که من تعهّدی نمی‌دهم و ملتزم نیستم که این صفات باشد بلکه ملتزم هستم به بیع مطلقاً و علی کلّ حالٍ پس هم متعهّد به وجود صفات هست و هم متعهّد به وجود آنها نیست و این تناقض آشکار است و از این دو می‌توان گفت: شرط سقوط مستلزم تناقض است و «مستلزم المحال محال» و خود شرط را کنار زد.

ولی این مقدار برای اثبات مدّعای شیخ اعظم کافی نیست و باید اضافه کنیم که این تنافی سر از غرری شدن بیع در می‌آورد زیرا گرچه ابتدا با وصف کردن مشتری عالم شد و یک علم یا اطمینان بدوی پیدا کرد ولی بلافاصله با شرط سقوط خیار این اطمینان از مشتری گرفته شد و خطر و جهالت عود کرد و الان اگر از مشتری بپرسی آیا علم به صفات مبیع داری یا نه؟ خواهد گفت: وجداناً علم ندارم و لذا بیع غرری می‌شود و فاسد و باطل است.

قوله: و امّا قیاس هذا:

قول دوّم، ما نحن فیه (شرط سقوط خیار که نوعی شرط برائت از فقدانِ صفات است) را به شرط برائت از عیوب قیاس کرد و گفت: اگر شرط سقوط خیار اشکال داشته باشد، باید شرط برائت از عیوب هم اشکال داشته باشد، و اللازم باطل فالملزوم مثله.... مرحوم شیخ می‌فرماید:

قیاس این دو باب به یکدیگر مع الفارق است زیرا در مسأله شرط برائت از عیب، بایع وصف صحّت را ذکر نکرده و هیچ تعهّدی نداده بود که مبیع دارای وصف صحت باشد و این خود مشتری بود که با بنا گذاری بر اصالة السلامة (اصل عقلائی که در بناء

عملیِ آن‌ها مطرح است) اقدام کرد و خریداری کرد و چون تعهّد قبلی از سوی بایع نبود لذا اگر در متن عقد شرط برائت از عیوب کند هیچ منافات و تناقضی پیش نمی‌آید و شرط مذکور جایز است. ولی در مسألهٔ خودمان که شرط سقوط خیار باشد، فرض این است که نخست بایع تعهّد کرده که مبیع چنین و چنان باشد و بعداً که شرط سقوط خیار می‌کند، مفادش آن است که من تعهّدی ندارم که فلان اوصاف باشد یا نه، و این تناقض آشکار است و سر از غرر در می‌آورد به بیانی که ذکر شد. قوله: نعم لو شاهده:

خیار رؤیت مصادیقی دارد، یک مصداق آن بیع شیئی غایب با توصیف بایع بود که تا به حال روی این فرد بحث می‌شد و نظر شیخ این شد که شرط سقوط خیار در این فرض صحیح نیست و موجب غرری شدنِ بیع می‌گردد. ولی مصداق دیگرش، مشاهدهٔ سابق است یعنی بایع خبری نداده و اوصافی را ذکر نکرده تا ملتزم و متعهّد شده باشد بلکه این خود مشتری است که قبلاً متاع را دیده و الان با بناگذاری بر همان رؤیت قبلی اقدام می‌کند، در این فرض اگر بایع شرط سقوط خیار بنماید اشکالی ندارد و سر از تنافی و تناقض در نمی‌آورد. کما اینکه اگر در بیع مکیل و موزون، بایع خبر دهد که این گندمها چند پیمانه است یا این روغن صد من است و مشتری هم تصدیق کند و به اعتماد برگفتهٔ بایع معامله کند باز شرط سقوط خیار (که بایع بگوید: اگر این متاع کمتر از کیل یا وزن مذکور بود شما خیار نداشته باشی) صحیح نیست زیرا اخبار به کیل یا وزن به معنای تعهّد و التزام به اندازهٔ معیّن است و شرط سقوط کردن با این تنافی دارد و سر از غرری بودنِ بیع در می‌آورد و اشکال دارد.

قوله: و الضابط فی ذلک:

ضابطهٔ کلّیِ مطلب آن است که هر کجا وصف کردن و ذکر اوصاف و خبر دادن، رافع غرر باشد در آنجاها شرط سقوط خیار، فاسد است چون موجب غرر می‌شود و هر کجا که وصف کردن رافع غرر نیست و مشتری بر ذکر وصف اعتماد نکرده بلکه بر امارات دیگر (از قبیل اصل یعنی اصالة السلامة از عیب که بنای عملیِ عقلاء است، غلبه که غالباً ظاهر و باطن متاع یکی است و این موجب ظنّ به این می‌شود که این متاع مورد معامله هم چنین باشد، و از قبیل مشاهدهٔ سابقه و....) اعتماد کرده است در اینجا شرط سقوط کردن بلا مانع است.

قوله: و ممّا ذکرنا:

شیخ طوسی و اتباعش فرمودند شرط سقوط خیار رؤیت نظیر شرط برائت از عیوب است..... و شهید و اتباعش به آن‌ها اعتراض کردند و فرمودند: میان این دو باب فرق است. حال از مطالب گذشت وجه الفرق روشن شد که در ما نحن فیه که شرط سقوط باشد جایز نیست زیرا با توصیف قبلی منافات دارد....، و شرط برائت از عیب جایز است، زیرا قبلاً بایع تعهّدی نکرده و مشتری با بناگذاری بر سلامت جنس، اقدام کرده است و شرط برائت موجب تنافی و تناقض نمی‌شود.

قوله: و ظهر ایضاً:

همچنین اگر مشتری به توصیف بایع اعتماد نکرد بلکه یقین به وجود فلان صفات در مبیع پیدا کرد و به یقین خویش اعتماد نمود در این فرض هم شرط سقوط خیار اشکالی ندارد و سر از تناقض در نمی‌آورد. کما اینکه اگر یقین صد درصد ندارد ولی اطمینان (که علم عادی و عقلائی و به منزلهٔ یقین است) به وجود صفات پیدا کرد و اقدام نمود باز شرط سقوط خیار بلامانع است، نه تناقضی در پی ندارد و نه غرری شدن بیع را.

قوله: و الضابط:

یک بار دیگر ضابطهٔ مطلب را تکرار می‌کنند و آن اینکه: هر کجا رفع غرر با توصیف و ذکر اوصاف و اشتراط آنها از سوی بایع باشد در آنجا شرط سقوط خیار جایز نیست، چون موجب عود غرر می‌شود و هر کجا که رفع غرر به غیر ذکر اوصاف (با امارات دگیر از قبیل مشاهدهٔ قبلی، یقین، اطمینان و.....) باشد، شرط سقوط جایز است چون نه موجب تنافی و نه باعث غرر است.

قوله: مع امکان:

تا به حال مرحوم شیخ در پاسخ اوّل از دلیل قول ثانی و مخصوصاً از قیاسی که کردند (ما نحن فیه را به برائت از عیوب) مفصّلاً جواب دادند و فرق گذاشتند میان ما نحن فیه و باب برائت از عیوب و ثابت کردند که در ما نحن فیه، شرط سقوط قانوناً اشکال دارد چون موجب تنافی و غرر می‌شود و در مسأله برائت از عیوب قانوناً اشکال ندارد زیرا نه تنافی و نه غرر در کار است.

ولی در پاسخ دوّم می‌فرماید: ممکن است بگوئیم علی القاعده ما نحن فیه با باب

برائت از عیوب فرقی ندارد و در هر دو باب شرط نبود خیار، سر از غرر در می‌آید و بیع غرری فاسد و باطل است ولی در ما نحن فیه دلیل خاصی نداریم که اینجا را تخصیص بزند و از عموم نهی از بیع غرر خارج کند. و در مسأله برائت از عیوب اجماع و نص داریم که شرط برائت جایز است و با اینکه بیع غرری می‌شود ولی اشکالی ندارد (موضوعاً غرری است و حکماً خارج است یعنی فاسد نیست.) و اگر کسی بگوید پس عموم نفی غرر و قانون نهی از غرر چه می‌شود؟ پاسخ می‌دهیم که: این نیز مثل سایر عمومات شرعی قابل تخصیص است و اشکالی ندارد که به باب شرط برائت از عیوب تخصیص بخورد (و عام عقلی نیست که تخصیصش از محالات باشد.) پس علی القاعده هر دو اشکال دارند ولی باب برائت از عیوب، به دلیل خاصی خارج شده است.

قوله: و ظهر ایضاً:

صاحب جواهر رحمه‌الله از کسانی است که قول ثانی را اختیار کرده و مدّعی شده که بیع با وجود شرط مذکور (شرط سقوط خیار) صحیح است و در مقام بیان دو جمله دارند: جملهٔ اوّل همان مطالبی است که قبلاً در دلیل قول ثانی آوردیم و در اینجا اعاده نمی‌کنیم. و جمله دوّم این است که چون مشتری خودش شرط سقوط را قبول کرده و راضی شده، و با رضایت به چنین معامله‌ای اقدام کرده، پس خودش بر ضرر خود اقدام کرده و ادخال الغرر کرده بر خودش[1] (و کسی که خودش اقدام کند دیگری ضامن نیست و باید پای شرطش بایستد و بیع هم صحیح و لازم است.)

مرحوم شیخ می‌فرماید: این فرمایشات هم ناتمام است، امّا جملهٔ اوّل پاسخش همان است که قبلاً دادیم و گفتیم: غرر و عدم غرر دائر مدار خود خیار نیست ولی دائر مدار سبب الخیار (اشتراط اوصاف و التزام به آنها) هست، و شرط سقوط با این التزام تنافی دارد....

و امّا جمله دوّم پاسخش این است که: رضایت مشتری و اقدام او بر بیع خطری و خود را در غرر انداختن که ملاک نیست، بیع غرری شرعاً باطل است مشتری راضی باشد یا نباشد، احکام شرعیّه که تابع رضایت من و شما نیست، تابع ملاکات خودش

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۹۶.

است.

در پایان هم می‌فرماید: مسألهٔ (جواز و عدم جواز شرط سقوط خیار) محلّ اشکال است (از طرفی توصیف کرده و غرری نیست پس باید بیع هم صحیح باشد و از طرفی شرط سقوط توصیف را کان لم یکن می‌کند پس بیع غرری می‌شود و باطل و یا اصل غرری شدن و نشدن بیع با این شرط محلّ بحث بود و لذا محلّ اشکال است.)

مسألهٔ چهارم:

در مسألهٔ سوم شش عامل از عواملی که به اتّفاق کلمه و یا به قول جماعتی مسقط خیار رؤیت بودند ذکر شد. و در این مسأله سه عامل از عوامل منفی را ذکر می‌کنند که اینها موجب سقوط خیار نمی‌باشند:

۱ـ بذل تفاوت: پس از اینکه مشتری متاع را گرفت و مشاهده کرد که فاقد اوصاف مذکور در عقد است و بایع راضی شد که تفاوت ما بین واجد وصف و فاقد وصف را بپردازد آیا بدین وسیله خیار رؤیت مشتری ساقط می‌شود و ملزم است که تفاوت را بپذیرد یا خیر؟ (البته اگر طرفین راضی شوند و به نوعی در واقع مصالحه کردند که بحثی نیست) ولی اگر مشتری نخواست تفاوت را بگیرد، مجاز است و خیار رؤیت او هم کماکان باقی است.

(شیخ اعظم دلیلی نمی‌آورند و شاید اکتفا می‌کنند به بحثی که در مسألهٔ اوّل خیار رؤیت با ابن ادریس داشتند که خیار رؤیت دو طرف دارد یا فسخ فی الکل و یا امضا فی الکل مجّاناً و طرف ثالثی به نام ارش و تفاوت ندارد.... و اینجا هم می‌خواهند بفرمایند که ارش‌گیری مشروع نیست و لذا خیار مشتری ساقط نمی‌شود. و همانجا به شیخ اعتراض کردیم که عمده دلیل شما در خیار رؤیت «لا ضرر» بود که آن هم چنانچه خودتان در خیار غبن فرمودید در قدم اوّل بذل تفاوت را مطرح می‌کند و اگر طرف امتناع کرد نوبت به خیار فسخ می‌رسد وگرنه نوبت به خیار نمی‌رسد. و روی آن مطالب باید در اینجا بپذیرد که بذل تفاوت هم موجب سقوط است.)

۲ـ ابدال یا بدل دادن: پس از اینکه معلوم شد که مبیع فاقد وصف است (پس از رؤیت) بایع راضی شود به بذل بَدَلْ و بگوید: این متاع فاقد وصف را به من برگردان و به جای آن متاع واجد وصف به شما می‌دهم و بیع را فسخ نکن، آیا با بذل بدل، خیار

مشتری ساقط می‌شود؟ می‌فرماید: خیر بدل دادن هم مسقط نیست (زیرا اگر عقد بر یک مبیع کلّی موصوف به صفاتی واقع شده بود و در خارج مصداق را می‌داد که کلی بر آن منطبق نبود نوبت به بدل دادن می‌رسید و جای خیار نبود) ولی فرض ما در معامله بر متاع شخصی است و ابدال، یکی از اسباب مملّکه نیست و تملّک بدل که متاع دیگری است نیازمند معاوضهٔ جدیدی است که بیع یا صلح یا هبه و.... باشد، و خود به خود نمی‌تواند جای عین خارجی دیگر را بگیرد. (آری اگر طرفین راضی شدند و مصالحه کردند طوری نیست.)

۳ـ شرط ابدال در متن عقد: اگر از ابتدا در متن عقد بدل دادن و جایگزینی را شرط کند یعنی بگوید: متاعی راکه در منزل دارم که چنین و چنان است یا به شرط اینکه چنین و چنان باشد فروختم و ضمناً شرط می‌کنم که اگر بعداً مبیع واجد اوصاف نبود شما حق الخیار نداشته باشی و من بدل آن را بپردازم، تکلیف این شرط چه می‌شود؟ آیا هم شرط فاسد است و هم مشروط که عقد بیع باشد؟ یا هر دو صحیح‌اند؟ یا تنها شرط فاسد است؟ مرحوم شهید در دروس به قول مطلق فرموده: «الاقرب الفساد» که ظاهر اطلاق کلام این است که هم شرط فاسد است و هم اصل بیع. ولی دلیلی نیاورده.

شیخ اعظم به نیابت از شهید می‌فرماید شاید وجه فساد این باشد که این بدلی که طرف شرط کرده، بدل از چیست؟ و در برابر چه چیزی واقع می‌شود؟ دو احتمال بیشتر نیست:

۱ـ یا در برابر ثمن است یعنی معامله ابتدا بر متاع شخصی دیگری واقع شده و ثمن مقابل مبدل قرار گرفته ولی اگر آن مبدل فاقد اوصاف بود، بدل در برابر ثمن قرار بگیرد که در واقع بازگشت به این می‌کند که اگر اوصاف نبود معاوضهٔ اوّل خود به خود باطل شود (انفساخ) و معاملهٔ دوّم خود به خود منعقد شود (آنهم معامله‌ای تعلیقی و غرری که هر کدام موجب بطلان است) و این احتمال باطل است، و هرگز شرط ابدال، چنین توان و تأثیری ندارد که معاوضه‌ای را منفسخ کرده و معاوضهٔ جدیدی را منعقد سازد (و عموم «المؤمنون عند شروطهم» هم مبیّن حکم شرط است که لزوم وفا باشد و امّا کاری به موضوع ندارد که شرط مشروع و معقول و صحیح باشد و این از خارج باید احراز شود و هیچ حکمی موضوع خود را درست نمی‌کند.)

۲ـ و یا در مقابل مبدل است که مفادش این است در وهلهٔ اوّل معامله بر ثمن و مبدل واقع شده و اگر مبدل فاقد صفات بود در درجهٔ دوّم معاوضهٔ جدیدی میان مبدل و بدل واقع شود (نه اینکه معاوضهٔ اوّلی باطل شود.) و این معاوضه با شرط بدل درست شود که این نیز هم تعلیقی است (اگر مبیع اصلی فاقد وصف بود این معاوضه و عقد جدید منعقد شود) و هم غرری است (زیرا مشتری الان که مبدل را می‌دهد و بدل را می‌گیرد و معاوضه جدیدی با شرط ابدال منعقد می‌شود واقعاً نمی‌داند که مبدل واجد اوصاف هست یا نیست.) در نتیجه شرط ابدال طبق هر یک از دو احتمال شرط فاسدی است یعنی آن اثری را که باید داشته باشد که عقد جدید درست کند، ندارد و نه تنها شرط فاسد است بلکه بیع را هم فاسد می‌کند زیرا باعث می‌شود که معاوضهٔ اصلی و اوّلی هم غرری شود و مشتری نداند که بالاخره مبدل واجد صفات هست یا نیست. پس هم شرط فاسد است و هم مشروط

قوله: و بذلک ظهر:

صاحب حدائق به شهید اشکال دارند و حاصل اشکالشان این است که در صورت شرط ابدال نباید حکم کنید که بیع و مشروط مطلقاً باطل است چه بعداً معلوم شود که مبدل و مبیع دارای صفات مذکور بوده (ظهرت الموافقه) و چه معلوم شود که فاقد آن اوصاف بوده (ظهرت المخالفة) بلکه تفصیل باید داد: اگر بعداً معلوم شد که همهٔ اوصاف را دارد بیع صحیح است و مجرّد شرط ابدال اثر ندارد و موجب بطلان نمی‌شود بلکه خود شرط لغو و بی موضوع است، آری اگر بعداً معلوم شد که آن اوصاف را ندارد ما نیز قائل به بطلان می‌شویم. (مبنای صاحب حدائق این است که اگر تخلّف وصف شد اصل بیع باطل است.) پس بیع به طور مطلق باطل نیست. آری شرط ابدال مطلقاً فاسد است چه بعداً معلوم شود که صفات بوده که نوبت به شرط نمی‌رسد و موضوع پیدا نمی‌کند و چه بعداً معلوم شود که صفات نبوده که شرط و مشروط فاسد می‌شود و باید اطلاق کلام شهید را بر بطلان شرط حکم کرد.[1]

شیخ اعظم می‌فرماید: از توضیحی که در رابطه با کلام شهید دادیم ضعف این

---

۱. حدائق، ج ۱۹ ص ۵۹.

فرمایش روشن شد زیرا بیع از اوّل غرری و باطل است و نوبت نمی‌رسد که ما منتظر باشیم که آیا بعداً موافقت ظاهر می‌شود یا مخالفت.

مسألهٔ پنجم:

آیا خیار رؤیت مخصوص بیع است و در خصوص مبیع شخصی غایب اگر او صاف مذکور در عقد نبود خیار رؤیت مطرح می‌شود؟ یا در کلّیهٔ عقودی که بر عین شخصی غایبی که با اوصاف انجام شود جاری و ساری است؟ می‌فرماید: وجهی برای اختصاص به بیع وجود ندارد و در سایر عقود هم جاری است، مثلاً در عقد صلح و اجاره نیز راه دارد (به عنوان نمونه اگر مستأجر خودش منزل مورد اجاره را ندیده و بایع برای وی اوصاف منزل را ذکر کرده و با ذکر اوصاف معامله انجام شده ولی پس از تحویل گرفتن منزل، آن اوصاف را نمی‌یابد، در اینجا هم خیار رؤیت مطرح می‌شود و...) دلیل مطلب دو امر است:

۱ـ عمده مدرک خیار رؤیت قاعدهٔ نفی ضرر است و این‌قاعده چنانکه پر واضح است اختصاص به بیع ندارد و هر گونه عقدی را که لزومش مایهٔ ضرر باشد آن را نفی می‌کند، و بر همین اساس در خیار غبن نیز حکم به عمومیّت کردند ولی در اینجا ذکری از این دلیل به میان نمی‌آورند.

۲ـ اجاره یا صلح کذائی (با ذکر اوصاف انجام شده و بعداً دیدیم که فاقد آن اوصاف است) از سه حال خارج نیست: ۱ـ یا از ریشه فاسد و باطل است ۲ـ و یا صحیح و لازم است ۳ـ و یا صحیح و جایز یعنی خیاری است. از سه احتمال مذکور، احتمال اوّل باطل است زیرا بر خلاف طریقهٔ اصحاب در سر تا سر فقه است که هیچ‌گاه در فرض تخلّف شرط یا وصف، حکم به بطلان عقد نکرده‌اند و حدّ اکثر حکم به جواز و تزلزل و خیار تخلّف کرده‌اند و نمونه هائی را قبلاً در آخر مسألهٔ اوّل از مسائل خیار رؤیت با عنوان استقراء ذکر کردند.

و احتمال دوّم نیز باطل است زیرا دلیل لزوم، آیهٔ «اوفوا بالعقود» است که می‌گوید وفای به عقد واجب و لازم است و تخلّف از آن و نقض عقد و عهد حرام است، ولی ما نحن فیه را شامل نیست زیرا اگر کسی به چنین اجاره یا صلحی (که فاقد اوصاف است) و فا نکند عرفاً نمی‌گویند وی نقض عقد کرده (زیرا عقد بر متاعی که واجد اوصاف باشد

واقع شده و اینجا عقد فاقد اوصاف است.) تا حرام باشد و بلکه اگر وفا کند و ترتیب اثر دهد و پای عقد بایستد عنوان وفا و عمل به عقد صدق نمی‌کند (از باب شبههٔ مصداقیّه است که اساساً چنین چیزی وفا به عقد هست یا نه؟) و در چنین موردی جای استناد به عموم عام نیست.

و وقتی این احتمال هم باطل شد خود به خود احتمال سوّم متعیّن می‌شود که جواز و تزلزل باشد و هوالمطلوب. پس از راه برهان سبر و تقسیم به این نتیجه می‌رسیم که در سایر عقود هم خیار رؤیت می‌آید.

مسأله ششم:

هرگاه دو نفر متاع غایبی را با ذکر اوصاف معامله کردند، و بعد از قبض و اقباض و رؤیت مبیع بر سر وصف یا اوصافی نزاع کردند به این نحو که بایع مدّعی شد که متاع همان است که وصف کرده و هیچ فرقی نکرده و اختلاف و تخلّفی صورت نگرفته (در واقع منظورش آن است که همین اوصاف موجود را تعهّد کرده وصف فاقد را اصلاً ملتزم نشده تا ضامن باشد.) متقابلاً مشتری مدعّی شد که این مبیع فاقد پاره‌ای از اوصاف و یا همهٔ اوصافی است که بایع ذکر کرده بود و مثلاً به کتابت و خیاطت عبد هم ملتزم شده بود که متاع فاقد آن است و حق الخیار دارد، در اینجا چه باید کرد؟ قول کدام یک مقدم است؟ مشتری؟ یا بایع؟

علامّه در تذکره قول مشتری را مقدّم داشته و دلیل ایشان اصل برائت ذمّه از ثمن است (اگر مبیع واجد اوصاف باشد مشتری مشغول الذمه است و باید پول را بپردازد و اگر فاقد اوصاف باشد مشتری مشغول الذمّه نیست، و چون شک داریم جای اصل برائت ذمّه از اشتغال به ثمن است و می‌تواند پول را نپردازد مگر اینکه خودش مقرّ و مَعتَرِف به وجود صفات مذکور باشد و یا بایع بیّنه و شاهد بیاورد که هر آنچه را ملتزم شده در مبیع موجود است و اگر وصفی به چشم نمی‌خورد وی اصلاً نسبت به آن التزامی نداده است[1]

ولی در کتاب مختلف این مطلب را رد کرده و فرمود: خود مشتری قبول دارد (و

---

۱. تذکرة. ۱ ص ۶۴۷

معترف است به اینکه) معامله‌ای انجام شده و صحیح هم بوده و وی مشغول الذمّه به ثمن شده و با وجود علم با اشتغال چه جای اصل برائت است؟

قوله: و یمکن:

از آنجا که ظاهر استدلال تذکره به اصل برائت ذمّه برای تقدیم قول مشتری، واضح البطلان است در این فراز در صدد توجیه بر آمده و می‌گوئیم: سابقاً در شروط غیر مقبول خیار تأخیر، از زبان علامّه آوردیم و لاحقاً نیز در احکام الخیار خواهیم آورد که در مدّت خیار، طرفین معامله مختارند و بر هیچ کدام تسلیم تسلیم مالی که در دست دارد به دیگری لازم نیست، حتی اگر یک طرف تسلیم کرده و طرف دیگر تسلّم کرده، باز بر گیرنده تسلیم لازم نیست، روی همین اصل مشاید منظور علامّه از اصل برائت ذمّه این باشد که ولو معامله انجام شده و ثمن به عهدهٔ مشتری آمده و مشغول الذمّه شده ولی در مدّت خیار تسلیم ثمن به بایع واجب نیست، نه اینکه اصلاً اشتغال ذمّه‌ای پیدا نشده باشد.

قوله: و کیف کان:

منظور علامّه هر کدام که باشد قابل مناقشه است زیرا فرض این است که معامله‌ای انجام شده و مشتری هم قبول دارد که مشغول الذمّه شده چه همهٔ اوصاف مورد نظر در مبیع باشد و چه نباشد. حدّ اکثر این است که اگر ثابت شود که برخی صفات را بایع ملتزم شده بوده و در مبیع نیست، یک سلطنت بر فسخی (حق الخیار) برای مشتری ثابت می‌شود، ولی وسط دعوا که نرخ تعیین نمی‌کنند، هنوز اصل این التزام به اثبات نرسیده و طرفین نزاع دارند، در نتیجه شک می‌کنیم که آیا چنین التزامی از سوی بایع بوده یا نه؟ اصل عدم جاری می‌شود و نتیجه‌اش بقاء اشتغال ذمّه‌ی مشتری به ثمن است، آنهم به نحو لزوم و غیر قابل فسخ بودن، پس تسلیم هم بر او واجب است، بنابر این نه جای اصل برائت ذمّه به معنای اوّل است و نه جای برائت به معنای مذکور در فراز «و یمکن ...»

قوله: و یمکن دفع ذلک:

در این فراز در صدد دفاع از علامّه و دفع مناقشهٔ مذکور برآمده و دفاعیّهٔ خویش را بر مبنایی مبتنی می‌کنند که سابقاً قبول نداشتند و آن اینکه: سابقاً در اواسط مسألهٔ اوّل که پاره‌ای اشکال و جواب مطرح بود، در پاسخ اشکال چهارم فرمودند: اوصاف گرچه در

ظاهر به صورت تقیید ذکر شوند ولی در باطن به نحو اشتراط هستند... و در اینجا عکس آن را فرموده‌اند که: اخذ صفات در مبیع و لو در معنی اشتراط است، ولی در ظاهر خطاب به عنوان تقیید اخذ شده و احکام تقیید را دارند، و این تناقض گوئی است. به دنبال مبنای مذکور می‌فرماید: مبیع مذکور که مورد نزاع است از سه حال خارج نیست:

۱ـ یا در واقع مقیّد است به صفاتی که کلّ آنها مفقود است (مثلاً خیاطت، کتابت و... در معامله لحاظ شده و فعلاً مبیع فاقد تمام آنها است.) بنابر این مشتری سلطنت بر فسخ دارد.

۲ـ و یا در واقع صفاتی در آن ملحوظ شده که هم اکنون در مبیع موجود است (ادعّای بایع همین است و می‌گوید صفاتی را که من ملتزم شده‌ام هیمن صفات موجود است وصفاتی که در مبیع نیست من به آن‌ها ملتزم نشده‌ام) در نتیجه باید معامله صحیح و لازم باشد.

۳ـ و یا در واقع صفات ملحوظ، اعّم از صفات موجود و مفقود است (یعنی پاره‌ای صفات مورد التزام در مبیع هست و برخی نیست. و ادعّای مشتری ممکن است هر یک از صورت اوّل و سوّم باشد.) نتیجه این فرض هم ثبوت خیار برای مشتری است. حال که سه احتمال شد می‌گوئیم: لزوم از احکام احتمال ثانی است که آنهم ثابت نیست و شک در آن داریم پس شک در لزوم داریم و اصل عدم لزوم جاری می‌کنیم و نتیجه به نفع مشتری است که تسلیم مبیع بر او واجب نیست، و با این بیان از تقدیم قول مشتری و وجه علامّه (اصل برائت) دفاع کردند.

مسأله هفتم:

اگر مقدرای از جامه‌ای (مثلاً پیراهن) بافته شده و شخصی با این شرط که باقیماندهٔ جامعه نیز به سبک این مقدار بافته شود، خریداری کند آیا چنین معامله‌ای صحیح است یا باطل؟ عدّه‌ای از بزرگان فتوا به بطلان بیع داده‌اند، به این دلیل که بخشی از مبیع، عین خارجی حاضر (قسمت بافته شده) است و بخشی هم در ذمّهٔ بایع و مجهول (قسمت بافته نشده) است و اصلاً نمی‌دانیم که موجود خواهد شد یا نه و از این زاویه بیع غرری و باطل است، ولی برخی هم فتوا به صحت داده‌اند و عقیده شیخ اعظم این است که نباید به نحو کلی فتوا به بطلان داد بلکه مسأله صوری دارد که سه صورت را مطرح می‌کنند، و

در هر سه حکم به صحت می‌کنند (آری صورت چهارمی هم هست که جای فتوا به بطلان است.):

۱ـ اگر مقدار بافته شده را با مقدار رشته و نخ موجود خارجی (به اندازهٔ بقّیهٔ لباس) ضمیمه کرده و مجموع را به قیمت واحد بفروشد و ضمناً شرط کند که فروشنده باقیمانده را با همین رشته‌ها ببافد. اینکه اشکالی ندارد و موجب غرر نیست.

۲ـ اگر مقدار منسوج را با مقدار معیّنی نخ ولی کلّی (اشاره به نخ موجود خارجی ندارد بلکه دو یا سه کلاف نخ کلّی که از هر جا بایع می‌تواند تهیّه کند.) ضمیمه کند و ضمناً شرط کند که اینها را مثل بعض منسوج ببافد باز اشکالی ندارد زیرا ضمیمه بعض کلّی به بعض دیگر شخصی و عین خارجی، محذوری ندارد و موجب غرر نیست.

۳ـ اگر مقدار منسوج را با مقدار معیّن دیگری که بافته شده باشد (مثلاً ده ذراع دیگر که به همان منوال نسّاجی شود) ضمیمه کند و بفروشد ولی شرط ضمنی در عبارت عقد نباشد باز اشکالی ندارد و ضمّ کلی به بلامانع است. و حدّاکثر در صورت اوّل و دوّم اگر فروشنده تخلّف کرد و بقیّه را نبافت خیار تخلّف شرط دارد. و در صورت سوّم، خیار تبعّض صفقه دارد و می‌تواند آن چند ذراع راکه بافته نشده یا به منوال دیگری بافته شده قبول نکند و خواهان ذراع منسوج باشد و اگر بایع از عهده بر نیامد خیار تبعّض دارد.

۴ـ آری اگر مقدار منسوج را با مقداری غیر منسوج ضمیمه کند و بفروشد و داخل در هیچ یک از عناوین مذکور نباشد باطل است، از باب اینکه «بیع مالیس عندک» می‌باشد و مشمول «لا تبع ما لیس عندک» است.

پایان جلد هشتم