

سید مصطفی محقق داماد

اصل لزوم در عقود
و مجاری آن در فقه امامیه

یکی از قواعد فقهی قاعده اصالة اللزوم در عقود است. و معنای آن به طور اجمال این است که: اصل در کلیه عقود اعم از تملیکی و عهده‌ی لازم بودن آن است. مطالب این قاعده ذیلاً در ضمن سه مبحث بررسی می‌گردد.

مبحث اول:

معنای اصل در این قاعده

واژه اصل در اینجا می‌تواند به یکی از معانی چهارگانه زیر استعمال شده باشد:

اول: رجحان و اغلبیّت: بدین ترتیب اصالة اللزوم یعنی

این که در اغلب موارد عقود لازم هستند نه جایز صاحب جامع المقاصد

مستند اصالة اللزوم را غلبه دانسته است.

دوم: قاعده: اصل لزوم همانند اصل طهارت و اصل براءت، قاعده‌ای خواهد بود که مستفاد از کتاب و سنت است و در هنگام شک به آن رجوع خواهد شد.

سوم: استصحاب: یعنی این که در صورت فسخ احد از متعاملین ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب بقای اثر عقد است و نتیجه آن لزوم عقد خواهد بود.

چهارم: این که معنای لغوی واژه بیع و بنای عرفی و شرعی آن بر لزوم است، یعنی مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند بنای آنها بر آن است که مالک اولیه رابطه‌اش با مال قطع و نسبت به آن همانند اجنبی گردد و خیارات حقی است خارجی قابل اسقاط. برخلاف عقد هبه که قابل رجوع است و قابلیت رجوع از احکام شرعی و غیر قابل اسقاط می‌باشد. یا به عبارت دیگر در اینجا نظیر آن است که گفته می‌شود اصل در اجسام استداره است.^۱

معنای اصل در معانی چهارگانه فوق از نظر نتیجه فقهی یکسان نیست. زیرا اگر اصل لزوم قاعده‌ای باشد مستفاد از کتاب و سنت نظیر آیه: «اوفوا بالعقود» و یا روایتی از قبیل «لا یحل مال امرؤ لایطیب نفسه و یالناس مسلطون علی اموالهم» در این صورت از ادله اجتهادی به

۱. مکاسب شیخ، آغاز خبارات، چاپ تبریز، ص ۲۱۴.

شمار خواهد رفت و مفاد آن هم نظیر قاعده لا ضرر حکم واقعی خواهد بود. ولی چنانچه اصل لزوم مستفاد از استصحاب باشد در این صورت از ادله فقاهتی محسوب شده و مفاد آن هم حکم ظاهری خواهد بود.

مبحث دوم:

مستندات قاعده

برای این قاعده دو دسته مستند ذکر شده است، یک دسته دلایل اجتهادی و دسته دیگر دلایل فقاهتی. در توضیح باید بگوییم دلایلی که ما را به واقع راهنمایی می کند، امارات یا دلیل فقاهتی هستند و دلایلی که ما را به واقع راهنمایی نمی کنند بلکه تنها رفع تکلیف می کنند و بیان کننده حکم ظاهری هستند دلیل اجتهادی می باشند. حال به مستندات این قاعده می پردازیم:^۲

۱. حدیث شریف نبوی از طریق زید شحّام و سماعه از امام صادق (ع) در خطبه حجة الوداع: «لایحلّ دم امرؤ مسلم ولا ماله الا بطیب نفسه»^۲ یعنی خون هیچ فرد مسلمان و نیز مال او حلال نیست مگر با رضایت خودش.

۲. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به مفتاح الکرّامه، متاجر، ص ۵۳۷؛ نهاية المقال تألیف عبدالله ممقانی، ص ۵؛ جامع الشتات، ص ۵۲۹؛ منیة الطالب، ج ۲، ص ۱۳۳؛ نخبة الازهار، تقریر درس شریعت اصفهانی، نوشته محمد حسین سبحانی.

۳. حدیث به گونه فوق در وسایل الشیعه باب ۳ از ابواب مختلف آمده است ولی در توقیع شریف آمده است:

این روایت با توجه به عموم آن و این که متعلق عدم حلیت ذکر نشده دلالت می‌کند بر منع هرگونه تصرف در اموال دیگران خواه تصرفات متلفه باشد یا غیرمتلفه و خواه ناقله یا غیرناقله، و به عبارت دیگر خواه تصرف فیزیکی باشد یا حقوقی، نیاز به کسب رضایت مالک آن دارد و بدون تحصیل رضایت صاحب مال هرگونه تصرف ممنوع است. استدلال این است که: وقتی شخصی به موجب بیع مالک کالایی می‌شود چنانچه تردید کنیم که آیا این عقد لازم است تا مالک قبلی نتواند بدون رضایت مشتری آن را تملک نماید، یا جایز است تا مالک قبلی بتواند تملک نماید؛ به استناد این روایت می‌گوییم فسخ معامله و تملک مال غیرتصرف است و تصرف در مال دیگران نیاز به رضایت قبلی دارد، بنابراین اقدام به فسخ توسط مالک قبلی بلااثر خواهد بود. در اینجا نتیجه می‌گیریم که در تمامی موارد ذکر شده عقد لازم است و فسخ آن جایز نیست مگر آن که دلیل خاصی برخلاف آن اقامه شود. البته ذکر این نکته لازم است که این حدیث برای لازم دانستن عقود تملیکی مفید است و برای عقود غیرتملیکی نمی‌توان بدان استناد نمود. زیرا در عقود عهدی مانند نکاح نتیجه عقد تملیک مال نیست تا تصرف در آن مال نیازی به رضایت طرف مقابل داشته باشد.

انتقاد:

بر این دلیل ایرادی وارد شده است بدین توضیح که: در مورد

«لا یحلّ لاحد ان یتصرّف فی مال غیره بغیر اذنه»

(وسائل ج ۶ باب ۳ از ابواب انفال حدیث ۶: عوالی اللئالی، ج ۱، ص ۱۱۳، حدیث ۳۰۹، با زیادی کلمه «مسلم» بعد از مال امری.)

شک در لزوم و جواز عقد، در حقیقت شک در آن است که آیا فسخ رافع اثر عقد است یا خیر؟ بنابراین وقتی که اظهار فسخ و اقدام به آن شده احتمال آن است که عقد جایز بوده و با اقدام به فسخ، عین به ملک مالک نخستین برگشته است و روی این حساب نمی توان به استناد عموم حدیث لایحلّ بگوییم: مالک نخستین نمی تواند در عموم به خاطر آن که مال غیر است تصرف کند زیرا مال غیر بودن عین محلّ تردید است و تمسک به عموم در این مورد به اصطلاح اصول فقه، تمسک به عام در شبهه مصداقیّه عام می باشد. و این از نظر فنّ اصول کاری ناشایست است و نظیر آن است که امر قانونی بگوید: همه دانشجویان از سربازی معافند، چنانچه در مورد شخصی تردید کنیم که آیا وی دانشجو است یا خیر، تمسک به عموم مزبور و حکم به معافیت او به استناد عموم، جایز نیست.

پاسخ:

پاسخ این اشکال این است که ما نمی خواهیم بگوییم که تصرفات بایع در عین به استناد عموم لایحلّ بعد از اقدام به فسخ جایز نیست تا گفته شود مال غیر بودن عین بعد از فسخ محلّ تردید است، بلکه می گوییم وقتی شک داریم در جواز و عدم جواز فسخ، چون تملک عین توسط مالک قبلی از طریق اقدام به فسخ، خود تصرف در مال غیر است، مقتضای عموم حدیث لایحلّ، آن است که این تصرف ممنوع است و آثار حقوقی بر آن ترتب نخواهد شد و به عبارت دیگر قبل از فسخ، قطعاً مبیع مال غیر است، حال که نمی دانیم عقد جایز است تا فسخ جایز باشد یا لازم است تا فسخ ممکن نباشد به استناد حدیث لایحلّ

می‌گوییم: تملک عین از طریق فسخ خود یکی از مصادیق تصرف در مال غیر است و به این طریق لزوم عقد را اثبات می‌نماییم.

۲. قاعده تسلیط

مفاد قاعده تسلیط سلطه مالک است بر مال خود و چون سلطه مالک مطلق است و مقید به بعضی از تصرفات نشده است، لذا اقتضا می‌کند عموم تسلط مالک را بر انحاء تصرفات در مال خود، و لازمه عموم تسلط مالک عدم جواز تصرف غیر مالک است چرا که جواز تصرف غیر مالک بدون رضای مالک با عموم تسلط مالک منافات دارد و بالنتیجه، حدیث دلالت دارد بر آن که مالک اصلی پس از انتقال و قطع سلطه او، نتواند مجدداً رجوع کند و در مال تصرف نماید و این است معنای لزوم زیرا طرف مقابل را از اقدام به فسخ و تصرف در عین ممنوع می‌سازد.^۴ بسیاری از فقیهان برای لزوم بعضی عقود به همین قاعده تمسک کرده‌اند از جمله محقق حلی^۵ در عقد قرض و علامه حلی در جای دیگر.^۶

انتقاد:

بر این دلیل نیز ایراداتی وارد گردیده است که باید مورد بررسی قرار گیرد:

الف. همان اشکال وارد بر دلیل قبل: با این توضیح که بعد از

۴. مکاسب، ص ۲۱۵، ۸۵.

۵. شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۶۸.

۶. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۴ (الملک سبب لاطلاق التصرف).

اقدام به فسخ، این مطلب که آیا عین مال دیگری است یا خیر؟، محل تردید است زیرا محتمل است که فسخ مؤثر باشد و بنابراین مجدداً عین به مالک نخستین عودت یابد و در نتیجه تصرف مالک نخستین، تصرف در مال خویشتن باشد نه تصرف در مال دیگری.

پاسخ:

پاسخ این اشکال همان است که در دلیل قبلی گفته شد مبنی بر این که ما نمی خواهیم با تمسک به قاعده تسلیط حکم کنیم که تمسک به فسخ ممنوع است. یعنی مالک نخستین نمی تواند با اقدام به فسخ مالی را که انتقال داده دوباره تملک نماید و به عبارت دیگر اقدام به فسخ و تملک عین از مصادیق تصرف در مال دیگری است و به استناد قاعده تسلیط این اقدام را نامشروع می دانیم. در نتیجه استنتاج می کنیم عدم جواز فسخ را که مفاد اصل لزوم است.

ب. مفاد حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» آن است که مالک محجور نیست بلکه می تواند در مال خود تصرف مشروع بنماید ولی حدیث مزبور بر امضای جمیع تصرفات دلالت ندارد. و نیز بر استمرار سلطنت فعلیه برای مالک و بقای آن حتی پس از رجوع مالک نخستین، دلالت ندارد.^۷

پاسخ:

واردکنندگان این ایراد به همین بیان اصل قاعده تسلیط را از

۷. سید ابوالقاسم خوبی، مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۱۳۷.

حجیت ساقط می‌دانند که ما در جای خود اعتبار قاعده را به اثبات رسانده‌ایم. ولی در اینجا لازم است این مطلب را اضافه کنیم که امضای تصرفات مشروعه نزد عقلا برای موضوع مورد سخن کافی است زیرا عدم جواز اقدام احد طرفین به فسخ بدون رضایت طرف مقابل، بی‌گمان یکی از مصادیق آن می‌باشد. و اما استمرار سلطه مالک، مقتضای اطلاق است.

۳. آیه شریفه اوفوا بالعقود

در سوره مائده آیه دوّم، خداوند فرموده است: «وفا کنید به عقود»، در بیان استدلال به این آیه، دو مطلب باید توضیح داده شود: اول آن که منظور از عقد چیست؟ و دوّم آن که معنای وفای به عقد یعنی چه؟

واژه عقد در لغت به معنای عهد است ولی نه مطلق عهد، بلکه منظور عهد محکم و موثّق و مشدّد است^۸ و به عبارت دیگر عقد، عهدی را گویند که در آن طرفین دارای تعهد می‌شوند و آن عهدی است که با تصمیم بر استحکام و تشدید آن انعقاد می‌یابد. این واژه از ریشه عقد به معنای بستن ریسمان اتخاذ شده است^۹ و استعمال آن در عهد قلبی از باب تشبیه و استعاره است، گویی عقد قلبی به بستن طناب و ریسمان تشبیه شده است و همانگونه که باز کردن گره ریسمان مشکل است، همینطور هم باز کردن عهد قلبی که عبارت است از برگشتن از آن و بهم زدن آن مشکل است. باید توجه داشت که منظور این آیه عقد در

۸. القاموس المحیط فیروزآبادی، ج ۳، ص ۲۷۰: مکاسب شیخ، ص ۸۵.

۹. مفردات راغب اصفهانی: «العقد الجمع بین اطراف الشی و ذلک فی الاجسام الصلیبه کعقد الحیل».

اصطلاح فقها یعنی آنچه که مرگب از ایجاب و قبول است، نمی باشد بلکه منظور همان معنای لغوی و عرفی است زیرا قرآن مجید با زبان عرف سخن می گوید نه با اهل فنّ و اصطلاح.

بنا به مراتب مذکور، عقود اذنی یعنی عقودی که طرفین بنا بر تشدید و استحکام ندارند و صرفاً دوامشان بستگی به بقای اذن دارد مشمول این آیه به خودی خود نمی باشند زیرا آیه شریفه از اوّل عهدی را شامل می شود که مبتنی بر توثیق و استحکام باشد اعم از عقود تملیکیه مانند بیع و عقود عهدیه مانند نکاح و ایقاعات مانند ابراء، طلاق و امثال آن که در آن بازکردن گره قلبی محتاج به یک عمل دیگری به نام فسخ است. بر خلاف عقود اذنی که هیچگونه تشدید و استحکام و توثیق در آنها وجود ندارد و به مجرد رجوع از اذن، گره باز می شود انحلال صورت می گیرد و انشای فسخ را که عبارت است از بازکردن گره لازم ندارد.

خلاصه آن که بررسی موارد استعمال واژه عقد در قرآن مجید چنین نشان می دهد که عقد و معاهده همان التزام در مقابل التزام است، و این معنا عقود اذنیّه را به طور کلی شامل نمی شود نه آن که عقد به معنای هر عمل حقوقی است که با ایجاب و قبول واقع می گردد تا شامل عقود تملیکیه و عهدیه و اذنیّه بشود و خروج عقود اذنیّه از طریق تخصیص انجام گیرد. چرا که در این صورت ایراد تخصیص اکثر مطرح خواهد شد که از امور مستهجن و ناشایست محسوب است. بنابراین خروج عقود اذنیّه تخصّصاً خارج است نه تخصیصاً.

در مورد دوّم یعنی وفای به عقد باید بگوییم منظور از آن اجرای عقد یا به عبارت دیگر قیام به مدلول عقد است. به این معنی که اگر

عقد تملیکی باشد، اجرای مدلول آن عبارت است از مترتب ساختن اثر حاصله از عقد. اثر عقد تملیکی عبارت است از انتقال مبیع به مشتری، در این جریان اگر بایع وفای به عهد کند معنایش این است که مبیع را ملک مشتری بداند و به او تسلیم کند و مشتری متقابلاً ثمن را ملک بایع بداند و به او تسلیم کند و طرفین تصرفات طرف دیگر را از حین عقد در اموال انتقال داده شده به دیگری مجاز و تصرفات خود را در آن غیرمجاز بدانند و اگر عقد تملیکی نبوده بلکه عهدهای بوده است مثل عقد نکاح اثر این عقد رابطه زوجیت است و با انجام عقد، زوج و زوجه بایستی اقدام به انجام لوازم زوجیت نمایند.

حال با توجه به معنای عقد و معنای وفا، در این آیه شریفه که امر به وفا شده است برحسب نظریه مختار در اصول فقه صیغه عقد حقیقت در وجوب است بنابراین آیه دلالت می‌کند بر اجرای مدلول عقد و مترتب ساختن آثار عقد، به عبارت دیگر آنان باید ملزم و متعهد باشند به ترتب آثار عهد و فسخ و برهم زدن آن ممنوع است و این همان لزوم عقد است زیرا معنای آن این است که کسی نمی‌تواند، عمل به مدلول عقد نکند و با توجه به این که فسخ یعنی بهم زدن معامله و عدم اجرای مدلول عقد، پس کسی که ملزم به وفای عقد است برایش فسخ عقد مجاز نیست، مدلول آیه شریفه این است که: کلیه عقود واجب الوفاء و لازم است مگر آن که بر جواز آن عقد دلیلی خاص اقامه گردد که در این صورت نقش مخصص بر عموم آیه را دارد. به عنوان مثال اگر دلیلی اقامه گردد که هبه عقدی است جایز یا آن که عقد بیع قبل از انقضای مجلس جایز است، این گونه ادله و نصوص نسبتش به آیه اوفوا بالعقود نسبت تخصیص است.

از آنچه گفته شد، نتیجه می‌گیریم که اولاً عقود اذنیّه که مفادش طبعاً و ذاتاً شدت و استحکامی ندارد، از اول از شمول مدلول آیه شریفه بیرون است و به اصطلاح اصولی تخصّصاً خارج است ولی خیاری شدن عقود لازمه و نیز عقود جائزه تملیکی مانند هبه و معاطات و مانند آنها تخصّصاً خارج است زیرا که از طریق دلایل و نصوص خاصّه از عموم آیه شریفه بیرون رفته‌اند.

انتقاد:

بر این استدلال ایرادی نظیر ایراد وارده بر سایر دلایل وارد گردیده است و آن این که تمسک به عموم «اوفوا» پس از فسخ از قبیل تمسک به عام در شبهات مصداقیّه عام است، چرا که پس از فسخ، بقای عقد مورد تردید است، چون محتمل است که فسخ مؤثر و عقد منحل شده باشد، بنابراین عقدی باقی نمی‌ماند تا به مصداق وجوب وفای قرار گیرد.

پاسخ:

پاسخ این است که با توجه به معنای وجوب وفا این ایراد مردود است چرا که امر به وفا در این آیه شریفه امری است مولوی که لازمه آن حکم وضعی به لزوم عقد است بنابراین با وجود چنین امر مولوی اثر فسخ منتفی است چرا که مؤثر بودن فسخ و انحلال عقد با وفای به عقد منافات دارد.

۴. آیه حرمت اکل مال بالباطل

برای اصل لزوم به آیه «لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا ان تكون تجارة عن تراض منكم» (نساء ۲۵) استدلال شده است. توجیه استدلال به صدر آیه به شرح زیر است:

پس از انجام عقد و انتقال مالکیت رجوع هریک از طرفین و اخذ اموال بدون رضایت مالک، از مصادیق اکل مال بالباطل است و فسخ آن مؤثر نخواهد بود. مفاد آیات ۱۸۸ از سوره بقره و ۱۶۱ از سوره نساء مؤید همین مطلب می باشد.

توجیه استدلال به ذیل آیه چنین است:

به موجب ذیل آیه شریفه، جواز اکل اموال تجارت با تراضی معتبر شناخته شده است و بی تردید اقدام به فسخ از جانب احد طرفین معامله از مصادیق تجارت با تراضی نمی باشد.^{۱۰}

انتقاد:

بر این دلیل ایراداتی وارد شده است که ذیلاً مورد نقد و بررسی قرار می گیرد:

اول: آیه شریفه درصدد منع اکل مال از طریق باطل واقعی و عندالله است نه باطل عرفی، بنابراین چنانچه در موردی تردید کنیم که آیا واقعاً باطل است یا نه، نمی توان به عموم تمسک کرد چرا که از مصادیق تمسک به عام در شبهات مصداقیه عام است.

۱۰. مکاسب همانجا؛ نخبه الازهار، تقریر درس شریعت اصفهانی، ص ۴۱ و ۴۲ (چاپ قم)؛ حاشیه سید بر مکاسب، ص ۳۱۱.

باسخ:

به نظر می‌رسد که الفاظ استعمال شده در کتاب و سنت محمول به معانی عرفیه است نه جز آن و جای تردید نیست که هر یک از طرفین معامله چنانچه پس از عقد بخواهد بدون رضایت طرف دیگر اقدام به فسخ بنماید نزد خردمندان اکل مال بالباطل محسوب است و مصادق تجارت با تراضی نمی‌باشد.

دوم: به این آیه برای اصل لزوم در عقود تملیکیه می‌توان استدلال کرد ولی برای عقود عهدیه دلالت ندارد، چرا که در عقود عهدیه نقل و انتقال اموال مطرح نیست تا اکل مال بالباطل صدق نماید.

سوم: انحصار سبب حلّیت در تجارت به رضایت، موجب تخصیص اکثر است چرا که اسبابی نظیر، اباحه، ارث، هدیه، وصیت، جماله و امثال آن، از مصادیق تجارت نمی‌باشد و حمل جمله تجارة عن تراض به کلیه اعمال و وقایع حقوقی امری خلاف ظاهر بلکه غیرممکن است. بنابراین نتیجه می‌گیریم که حصر در این آیه نسبی است، نه حقیقی یعنی ذیل آیه به ذکر یکی از مصادیق غیرباطل مذکور در صدر پرداخته است نه تمام مصادیق آن.

۵. آیه احلّ الله البیع

توجیه استدلال به این آیه چنین است: حلّیت به معنای نفوذ بیع و امضای آن است به نحوی که نزد خردمندان رایج است، و بنای

۱۱. قران کریم، سوره بقره، آیه ۲۷۵.

خردمندان آن است که پس از عقد هیچیک از طرفین بدون توافق دیگری مجاز به فسخ نمی باشد و شرع نیز همین بنا را امضا نموده است.

انتقاد:

ایراد شبهه مصداقیه در این آیه نیز همانند دلایل پیشین وارد گردیده است که به همان نحو می توان بدان پاسخ داد مبنی بر این که امضای بیع به نحو رایج نزد عرف و عقلا، موجب نفی اثر فسخ می باشد. ولی ایرادی که مهمتر به نظر می رسد این است که آیه شریفه در مقام بیان امضای شرعی بیع به مطلق احکام عرفی و عقلایی آن نمی باشد، بلکه در مقام بیان تفاوت میان بیع و ربا است بنابراین در موارد مشکوک نمی توان به اطلاق آن تمسک نمود.

۶. حدیث البیعان بالخیار مالم یفترقا و اذا افترقا لزم البیع

به مضمون فوق احادیث بسیار از رسول الله (ص) و نیز از علی (ع)، حضرت صادق (ع) و علی بن موسی الرضا (ع) وارد گردیده است تا آنجا که شیخ انصاری آن را متواتر دانسته است.^{۱۲} اهل سنت نیز در مراجع خود آورده اند چنانکه ابن ماجه بابی بدین مضمون

۱۲. وسائل باهه‌ای اول، دوم و سوم خیارات، ج ۱۲، ص ۳۴۶؛ کافی، ج ۵، ص ۱۷۰؛ سنن ترمذی، ج ۳، ص ۵۴۷.

۱۳. مکاسب خیار مجلس، معاطاة، ص ۸۵.

تبویب نموده است^{۱۴} و تواتر اجمالی آن بعید به نظر نمی‌رسد. توجیه استدلال آن است که، به موجب این احادیث بیع پس از جدایی طرفین معامله لازم و غیرقابل فسخ است و هرچند به موجب سایر خیارات غیر از خیار مجلس، به موجب ادله مربوطه عموم تخصیص می‌خورد ولی نسبت به منع جواز فسخ از غیر طریق خیارات مشروعه، عموم به قوت خود باقی خواهد ماند.

انتقاد:

ایرادی بر این دلیل وارد شده است که این دلیل فقط افتراق موجب لزوم و پایان خیار مجلس را می‌رساند، بدین معنی که خیاری که برای متبایعین قبل از افتراق وجود داشت دیگر وجود ندارد و عقد از این جهت لازم می‌باشد ولی این مطلب نمی‌رساند که عقد از جمیع جهات لازم است حتی از جهت عروض کلیه موجبات فسخ.^{۱۵} ولی به نظر می‌رسد که این ایراد وارد نیست، زیرا جمله «و اذا افتقر قالزم البیع» که در مقام بیان حکم بیع پس از افتراق است ظهور دارد که بیع از جمیع جهات لازم است و سایر موجبات خیار به جز خیار مجلس، همانطور که در صمن استدلال گفته شد، دلایل مخصّص این عام محسوب شوند، و نتیجه عقد، به جز در موارد خیارات منصوصه محکوم به لزوم خواهد بود.

البته باید تصدیق کرد که این دلیل نمی‌تواند برای اصل لزوم به معنای عام و جاری در تمام عقود مفید باشد، چرا که صرفاً دال بر لزوم

۱۴. سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۳۶.

۱۵. نخبه الازهار، تقریرات شریعت اصفهانی، نوشته محمدحسین سبحانی، ص ۴۶.

عقد بیع می باشد.

۷. بنای عقلا

رویه جاری زندگی عقلا، چنین است که هرگاه عقد و پیمان می بندند برآنند که آن را مراعات کنند و بدون توافق دیگری منحل نسازند و اصولاً مادام که پیمان به گونه قابل اعتماد و لازم الرعایه نباشد، نام پیمان بر آن نمی نهند و به دیگر سخن عقد و عهد تعهدی است در مقابل تعهد که طرفین خود را ملزم به مراعات آن بدانند و نباید این گونه عقود و عهود را با عقود اذنیّه، نظیر وکالت، عاریه، هبه، ودیعه و امثال آنها مقایسه کرد چرا که ماهیت این عقود اعطا در قبال اعطای متقابل با تعهد طرفین بر رعایت آن نمی باشد.

خلاصه آن که بنا و عرف عقلا بر لزوم معاملات در حقیقت ناشی از طبع و هویت اولیّه آنها است نه آن که حکمی است که شرع خارج از معاملات مترتب نموده باشد این نکته نیز فراموش نشود که لزوم معاملات با اشتراط خیار توسط طرفین برای مدت معین هیچگونه منافاتی ندارد.^{۱۶}

قاعده استصحاب

یکی از دلایل پشتوانه اصل لزوم، قاعده استصحاب است^{۱۷} که

۱۶. حاشیه سید بر مکاسب، ص ۵۶۵ «... مقتضی البیع عرفاً لزومه دائماً»: منیه الطالب، ج ۲، ص ۱۳۴.

۱۷. نهاية المقال، عبدالله ممقانی، ص ۵؛ نخبة الازهار (تقریرات شریعت اصفهانی، نوشته محمد حسین سبحانی)، ص ۴۷، چاپ ۱۱، قم؛ رساله الاستصحاب، امام خمینی، ص ۸۲.

یک دلیل فقه‌ای است برخلاف دلایل پیش که دلایل اجتهادی بودند. استصحاب در مورد شک در لزوم و جواز عقد، دلالت بر لزوم دارد. باید به این نکته توجه داشت که دلایلی که قبلاً ارائه شد فقط در عقود تملیکیه جاری می‌شد اما استصحاب اختصاص به عقود تملیکیه ندارد. توجیه استصحاب چنین است:

پس از آن که عقدی میان طرفین منعقد شد چنانچه تردید کنیم در این که آیا می‌توان عقد را منحل نمود یا نه و به عبارت دیگر آیا عقد مزبور جایز است تا بتوان آن را منحل کرد یا لازم است و انحلال آن ممکن نیست، مقتضای قاعده استصحاب بقای استمرار رابطه منعقد شده خواهد بود، مادام که دلیلی محکم برخلاف آن اقامه نگردد. به دیگر سخن مقتضای استصحاب حکم به عدم اثر فسخ است که نتیجه این مطلب همان لزوم عقد است. به بیان دیگر، پس از وقوع عقد، یقین حاصل است که عوضین به طرفین عقد منتقل شده و رابطه مالکیت هریک از طرفین از عین منتقل شده، قطع گردیده و به جای آن با طرف دیگر رابطه مالکیت برقرار گشته است حال چنانچه چنین شک کنیم که آیا با گفتن احد از طرفین جمله «فسخ کردم عقد را» بدون رضایت دیگری، عقد منفسخ می‌گردد یا خیر؟ مقتضای قاعده استصحاب آن است که مالکیت متیقن سابق که به موجب عقد وجود یافته، باقی خواهد بود.

نقد و بررسی

بر دلیل استصحاب، ایراداتی وارد شده است که ذیلاً مورد

بررسی قرار می‌گیرد:

اول: شک فوق از قبیل، شک در مقتضی است و استصحاب در مواقع شک در مقتضی جاری نمی‌گردد.

توضیح این که: به نظر ایرادکننده، علت آن کسه پس از گفته شدن «فسخ کردم» توسط احد از طرفین، ما نسبت به بقای ملکیت و عدم آن تردید داریم، آن است که حدود توان و ظرفیت عقد منعقدشده برای ما مورد تردید است، یعنی آن که نمی‌دانیم آیا عقد واقع شده از عقود است که علیرغم گفته شدن جملاتی از قبیل فوق، اثرش همچنان باقی است یا آن که عقد مزبور از چنین توانی برخوردار نمی‌باشد. چنانچه برای ما ثابت باشد که عقد مزبور از عقود جایز است، تردید در عدم بقای اثر وجود ندارد و اگر ثابت باشد که عقد مزبور از عقود لازم است در بقای اثر تردیدی نخواهد بود. بنابراین تردید موجود ناشی از جهل به نوع عقد است، و این از قبیل شک در مقتضی است که استصحاب در این گونه شکوک جاری نمی‌گردد.

پاسخ:

اولاً: عدم جریان استصحاب در موارد شک در مقتضی تنها نظر شیخ انصاری است و به نظر بسیاری دیگر از فقیهان، استصحاب در تمامی اقسام شک جریان دارد.^۸

ثانیاً: شک در اینجا از قبیل شک در رافع است نه مقتضی، زیرا تردید در رافعیت عمل انجام شده از سوی فاسخ است نه در اقتضای

۸. رجوع شود به رساله الاستصحاب، امام خمینی، ص ۸۲.

عقد، چرا که فرض این است که اگر جمله «فسخ کردم» از سوی وی صادر نمی‌شد، بی‌تردید ملکیت حاصله در زمان عقد به حال خود باقی می‌ماند. بنابراین تردید در آن است که آیا رافع اثر عقد موجود شده است یا خیر. بنابراین مورد از قبیل شک در رافع است نه شک در مقتضی.

دوّم: این استصحاب از قبیل نوع دوّم از استصحاب کلی است که در اصول فقه جریان آن مورد اشکال و بحث است و آن این است که، مورد استصحاب مردّد باشد میان دو فرض، که در یک فرض بقای آن قطعی و در فرض دیگر فنا و زوال آن قطعی است و تردید ناشی از آن است که معلوم نیست که متیقّن سابق که می‌خواهد مورد جریان استصحاب قرار گیرد در ضمن کدام فرض متحقق بوده است. و در مسأله مورد بحث چنین تطبیق می‌گردد؛ آنچه به یقین محقق بوده ملکیت کلی بوده که دو فرض می‌تواند داشته باشد و معلوم نیست، در قالب کدام یک از دو مصداق محقق گردیده، یکی ملکیت متزلزله (جایز) و دیگری ملکیت مستقر (لازم) چنانچه ملکیت در نوع متزلزل محقق گردیده، در حالت فعلی، یعنی پس از صدور عمل فسخ از فاسخ، یقیناً، فانی و زایل است و چنانچه در قالب ملکیت لازم و مستقر محقق بوده، در وضع فعلی یقیناً باقی است و این نوع استصحاب جاری نیست، چرا که فردی که می‌تواند باقی باشد، وجود سابق آن، مورد تردید و محکوم به اصالت عدم است، و فرد دیگر اگر هم وجود داشته در سابق، در وضع فعلی متیقناً فانی و زایل است. پس استصحاب بلاوجه است.

پاسخ:

اولاً: در استصحاب کلی قسم ثانی، چنانچه اثر بر کلی، یعنی قدر مشترک میان افراد مترتب باشد جریان استصحاب بلاشکال است. آنچه محل اشکال است، آنجا است که اثر بر فرد مترتب باشد نه بر قدر مشترک و مسأله مورد بحث اثر بر قدر مشترک مترتب است. چرا که برای ما کافی است، همان قدر مشترک، یعنی اصل ملکیت که متیقناً در سابق متحقق بوده است، استصحاب گردد، زیرا آثار مورد نظر، مثل جواز تصرف و امثال آن، از آثار ملکیت می باشد، که قدر مشترک میان هر دو نوع از مصادیق آن است و نیازی به تعیین فردی معین از افراد کلی مزبور وجود ندارد.

ثانیاً: تقسیم ملکیت به دو فرض متزلزل و مستقر، ناشی از سبب تحقق آن یعنی عقد است و حقیقت مسبب یعنی ملکیت، چنین تنوعی در آن قابل تصور نمی باشد.

توضیح این که: بی تردید ملکیت به موجب مقررات شرعی در بعضی از موارد قابل زوال است، مثل ملکیت ناشی از عقد هبه و بیع خیاری، و در بعضی موارد قابل زوال نیست مثل بیع لازم. ولی این تنوع و گوناگونی، ناشی از سبب مملک، یعنی عقد است، که شرع در یک مورد حکم به جواز رجوع نموده و در مورد دیگر حکم به عدم جواز رجوع، و حقیقت ملکیت با جواز رجوع و عدم آن متنوع نمی گردد، بلکه همان یک نوع است، خلاصه آن که، جواز رجوع و عدم آن از احکام شرعیّه

سبب است، نه مسبب." ۱۹

پس با توجه به مراتب، دو ایراد فوق موجه به نظر نمی‌رسد.

سوم: این ایراد موجه به نظر می‌رسد که اگرچه به موجب

استصحاب می‌توان به عدم تأثیر فسخ و بقای اثر بعد از فسخ، حکم کرد، ولی این امر عنوان خاصی از عقود لازم را برای عقد اثبات نمی‌کند و به دیگر سخن، استصحاب اگرچه فواید و آثار لزوم یعنی عدم تأثیر فسخ در رفع اثر عقد را به اثبات می‌رساند ولی عقد را متصف به عنوان خاصی از عقود لازم نمی‌کند به گونه‌ای که بتوان گفت عقد مزبور شرعاً از مصادیق فلان عقد لازم است، زیرا استنتاج عنوان خاص از طریق ترتب آثار لزوم به وسیله استصحاب که از اصول عملیه است از مصادیق چیزی است که در اصطلاح اصول فقه اصل مثبت می‌نامند.

توضیح این که: مقتضای استصحاب عدم تأثیر فسخ و استمرار اثر عقد بعد از انشای فسخ است. این امر اگرچه از نظر واقعی مستلزم آن است که عقد از عقود لازم باشد چرا که اگر واقعاً عقد جایز باشد بایستی با فسخ اثر عقد از بین برود و عقد منحل گردد. ولی این یک لازمه عقلی است و از حدود توان اثباتی استصحاب بیرون است در حالی که چنانچه این آثار نه از طریق استصحاب که یک اصل عملی است بلکه از طرق امارات و ادله اجتهادی به اثبات رسیده بودند، این لازمه واقعی ثابت می‌شد زیرا ادله اصول مثبت لوازم واقعی خود نمی‌باشند. این ایراد بر دلایل پیش وارد نیست چرا که آنها دلایل اجتهادی بودند

۱۹. مکاسب شیخ، چاپ تبریز، ص ۸۵.

و دلایل اجتهادیّه وقتی اقامه گردند تمام لوازم عقلیه و واقعیه آنها نیز به اثبات می‌رسد. به هر حال استصحاب اگرچه فسخ را بی‌اثر سازد ولی عقد را متّصف به عنوان لزوم نمی‌کند تا آثار خاصّ این عنوان را بتوان مترتّب نمود. برای توضیح این مطلب و آگاهی به ثمره عملی آن به مثال زیر توجه فرمایید:

هرگاه عقدی انجام شود و پس از آن میان طرفین بر اثر آن که عقد مزبور بیع بوده یا هبه، اختلاف حاصل گردد، در این مورد اگرچه استصحاب ما را به این نتیجه می‌رساند که عقد مزبور قابل فسخ نیست، ولی مثبت آن نیست که عقد انجام شده، بیع بوده است تا آثار بیع بر آن جاری گردد.

ممکن است سؤال کنید که چنانچه این موضوع در دادگاه مطرح شود، دادگاه چگونه تعیین تکلیف خواهد کرد؟

پاسخ:

پاسخ این است که قاعده کلی یکنواخت در این خصوص وجود ندارد بلکه دادگاه حسب انطباق مورد بر هر یک از اصول و قواعد فقهی بایستی اتخاذ تصمیم نماید. مثلاً در همین مثال چنانچه اختلاف بر سر مطالبه عوض باشد که طبعاً مدّعی بیع خواهان عوض معامله و طرف معامله مدّعی هبه، منکر بدهکاری خود خواهد بود، با توجه به اینکه شک در اشتغال ذمه مدّعی هبه وجود دارد دادگاه با استناد به اصل برائت، حکم به برائت خواهد داد مگر این که مدّعی بیع بینه محکمی بر اثبات مدّعی خویش اقامه نماید.

از طرف دیگر در همین مثال، چنانچه عقد انجام شده به طور متیقّن

فاسد باشد ضمان که از آثار عقد بیع است و یا عدم ضمان که از احکام هبه است، از طریق استصحاب معلوم نمی‌گردد بلکه بایستی برای حلّ مشکل به اصول دیگری توسّل جست.

توضیح این که: به موجب قاعده «مایضن بصحیحه، یضمن بفاسده و ما لایضن بصحیح یضمن بفاسد»، اگر عقد فاسد انجام شده بیع باشد متصرف ضامن و مسؤول مال تصرف شده است و به موجب همین قاعده اگر عقد مزبور هبه باشد متصرف مسؤول نخواهد بود. حال که در بیع و یا هبه بودن عقد مزبور تردید وجود دارد، قهراً در ضمان و عدم آن هم تردید خواهد بود، سخن در این است که چنانچه به منظور تعیین تکلیف در خصوص لزوم و جواز، اصل استصحاب جاری گردد. از چه چیز رفع تردید می‌کند؟ پاسخ آن است که، اصل استصحاب صرفاً آثار لزوم را مترتب می‌سازد و هرچند عقلاً این امر مستلزم آن است که عقد مزبور بیع باشد ولی اثبات این امر حجیت شرعیّه ندارد و از مصادیق «اصل مثبت» است. پس برای تعیین تکلیف در خصوص موضوع اخیر یعنی، ضمان و عدم ضمان از چه طریقی باید عمل کرد؟

پاسخ این سؤال بستگی دارد به آن که مستند فقهی قاعده «مایضن» را چه بدانیم.^{۲۰} چنانچه مستند فقهی قاعده مزبور قاعده ضمان ید باشد، طبعاً در مانحن فیه که تردید در ضمان و عدم است باید به عموم ضمان ید تمسک و حکم به ضمان نمود. ولی چنانچه مستند فقهی آن قاعده را نه قاعده ضمان ید بلکه اقدام گیرنده عین و ورود او در معامله به قصد تعهد و مسؤولیت (قاعده اقدام) محسوب

۲۰. رجوع نمود به بحث قاعده «مایضن» بحثهای نگارنده.

گردد، نتیجتاً تردید در اشتغال و برائت ذمه گیرنده عین خواهد بود که بی گمان محلّ اجرای اصل برائت خواهد بود، و دادگاه حکم بر برائت گیرنده عین صادر می کند مگر آن که طرف مقابل با بیّنه شرعیّه خلاف آن را به اثبات رساند.^{۲۱}

مبحث سوم:

مجرای قاعده لزوم

هرگاه در جواز و لزوم عقدی تردید شود به موجب این قاعده حکم به لزوم عقد می گردد تا دلیل خلاف آن ثابت شود.

موارد تردید در جواز و لزوم عقد

مورد اوّل: این که تردید می شود عقدی شرعاً لازم است یا جایز و این در مواردی است که اصل مشروعیت آن عقد برای ما مسلم است. النهایه تردید در جواز و لزوم آن وجود دارد مثل آن که تردید کنیم عقد مزارعه لازم است یا جایز و دلیل مشخصی بر لزوم یا جواز در دست داشته باشیم. به موجب این قاعده باید حکم به لزوم عقد مزارعه داد مگر آن که دلیل محکمی برخلاف آن اقامه گردد.

مورد دوّم: هرگاه عقدی لزوم آن برای ما مسلم باشد، چنانچه به جهتی از جهات، پس از انجام عقد تردید در خیار شدن آن ایجاد شود، مقتضای این قاعده آن است که حکم به عدم جریان خیار یعنی لزوم عقد
۲۱. رجوع شود به مکاسب، ص ۲۱۶.

بدهیم. مثل آن که در مورد عقد نکاح که مسلماً در دسته عقود لازمه قرار دارد، چنانچه با حدوث بعضی از عیوب زوج یا زوجه که در نصوص ذکر نشده تردید در حدوث خیار و عدم آن حاصل گردد اگر دلایل شرعیه برای ما تعیین تکلیف ننماید، با استناد به قاعده لزوم، حکم به لزوم داده می شود و نتیجه می گیریم که این گونه عیوب موجب خیار نمی گردد.

مورد سوم: هرگاه به خاطر احتمال آن که چیزی در لزوم عقد مدخلیت داشته باشد، در جواز یا لزوم عقدی تردید کنیم، مثلاً در مورد عقد رهن تردید کنیم که آیا قبض شرط لزوم است یا خیر؟ به موجب این قاعده عدم اعتبار این شرط را نتیجه می گیریم.

در این مورد تردید ما به خاطر آن است که در اعتبار امری در لزوم عقد تردید وجود دارد مثل آن که نمی دانیم آیا برای لزوم عقد در وصیت (با فرض این که وصیت عقد باشد) قبض موصی له شرط است یا نه؟ در این گونه موارد با اجرای قاعده لزوم، عدم اعتبار شرط مزبور را نتیجه می گیریم، یعنی می گوئیم اصل لزوم عقد است خواه شرط مزبور (قبض) محقق شود یا خیر؟

مورد چهارم: این است که در عقد لازمی در یک مقطع زمانی خیار (جواز عقد) ثابت باشد، و بعد از آن زمان در بقای خیار و یا بازگشت به لزوم اصلی تردید شود، در این صورت نیز با استناد اصل لزوم حکم به لزوم خواهد شد و چنانچه استصحاب جاری گردد، عقد محکوم به جواز خواهد بود.

تحلیل مورد چهارم: در موارد سه گانه قبل برای اجرای اصل لزوم همانطور که ملاحظه شد مشکلی وجود نداشت ولی در مورد چهارم اجرای اصل لزوم چندان روشن نیست چرا که در بعضی صور اصل لزوم با اصل استصحاب در تعارض قرار می گیرند که در بعضی موارد اصالة اللزوم و در بعضی موارد دیگر استصحاب جاری است.

برای این که دقیقاً مبین گردد که در این گونه موارد مرجع برای تعیین تکلیف چه اصلی خواهد بود لازم است نخست به موارد زیر که نمونه هایی از همین مورد چهارم است توجه شود:

۱: بایع به علت مغبون شدن دارای خیار می گردد، حال اگر تردید کنیم در این که این خیار فوری است یا دوام دارد، یعنی بعد از مقطع اول و اطلاع بر غبن که یقیناً بایع خیار داشته اینک تردید باشد که آیا عقد به لزومش برمی گردد یا آنکه حالت جواز و خیاری بودن باقی می ماند؟

۲: در خیار مجلس که یقیناً قبل از بهم خوردن مجلس عقد خیاری و جایز است ولی بعداً اگر به جهتی تردید کنیم در زوال یا بقاء خیار مثل آن که وکیل های طرفین مجلس را ترک گفته اند و موکلین هنوز در مجلس حضور دارند و یا بالعکس موگلهها مجلس را ترک کردند ولی وکلا حضور دارند. آیا اصل لزوم حاکم است یا استصحاب؟

۳: در عقد هبه که از عقود جایز است چنانچه پس از عقد و حدوث تصرف غیرمتلفه تردید کنیم که آیا جواز باقی است یا عقد لازم

و غیر قابل رجوع است، مقتضای قواعد حقوقی چیست؟ آیا قاعده
اصالة اللزوم حاکم است یا خیر؟
به عبارت دیگر در مورد چهارم امر دایر است میان عمل به عموم
عام یا تمسک به استصحاب حکم دلیل مخصّص.

توضیح این که: در این مورد از یک طرف عامی وارد شده است
که عبارت است از آیه «اوفوا بالعقود» و یا دلایل نظیر آن که مورد
بحث قرار گرفت و از سوی دیگر خاصی وارد شده است که عبارت
است از دلیل خیار، حال در مقام تردید باید تمسک به استصحاب حکم
خاص کرد یا به عموم عام؟ و به اصطلاح اصول فقه آیا مرجع عمل به عام
است یا مرجع عمل به خاص؟ در اینجا دو نظر است:

بعضی از فقها می گویند مرجع در اینجا عمل به عام است تا دلیل
برخلاف آن اقامه گردد" و بعضی دیگر معتقدند مرجع در اینجا عمل به
حکم خاص یعنی استصحاب حکم مخصّص است. بنابراین اتخاذ نظر در
این مسأله موکول به خطّ مشی اصولی است. اگر در مبحث اصول فقه
گفتیم در موارد شبهات مصداقیّه مخصّص مرجع عموم عام است باید به
عموم اوفوا بالعقود عمل کرد و اگر گفتیم مرجع مفاد عمل به خاص است
نمی توان به عموم عام عمل نمود.

به نظر می رسد همه موارد یکسان نیست بلکه موارد مختلف
است، در بعضی موارد بایستی عمل به عموم نفی لزوم کرد و در بعضی

۲۲. محقق گرگی، جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۸:

«اقتصاراً علی مقدار الضروری فی مخالفة لزوم البیع و الاستصحاب یقتضی
عدم الفوریة والأوّل اولی، لان العموم فی افراد العقود یتتبع عموم الازمته و الا لم ینتفع

بعموم»

موارد عمل به استصحاب حکم مخصّص یعنی بقای جواز و خیار.^۳ به فروض زیر توجه کنید:

فرض اوّل:

گاهی دلیل جواز که نقش مخصّص بر اصل لزوم را ایفا می کند، فرد عقد را از تحت عموم دلیل لزوم خارج می سازد، یعنی می گوید این فرد از عقد جایز است. مثل عقد هبه که به موجب دلیل خاص از تحت عموم اصل لزوم خارج شده است. در این موارد چنانچه به جهتی (مثل وقوع تصرف در عین موهوبه) در بقای جواز (که حکم مخصّص است) تردید حاصل شود، مرجع، استصحاب حکم مخصّص یعنی جواز است نه عمل به عموم اصل لزوم. توجیه اصولی این مطلب آن است که، کاربرد عموم اصل لزوم جایی است که در خروج و عدم خروج فردی از تحت عموم تردید وجود داشته باشد در حالی که در مثال مورد بحث در خروج عقد هبه از تحت عموم عام به هیچ وجه تردیدی نیست، بلکه خروج آن مسلّم و قطعی است، النهایه تردید در آن است که آیا پدیده تصرف غیرمتلف الزام آور است یا خیر؟ چنانچه تصرف غیرمتلف، ملزم باشد، در حقیقت جواز عقد تبدیل به لزوم شده است و در غیر این صورت، چنین نخواهد بود. در این گونه موارد جای تمسک به عموم اصل لزوم نیست.

به بیان دیگر تمسک به عام در مواردی کاربرد دارد که تردید در اصل تخصیص یا تخصیص زاید وجود داشته باشد، که می گوئیم اصل و ظاهر عام دالّ بر عدم تخصیص و یا تخصیص زاید است. ولی در مسأله

۲۳. مکاسب، ص ۲۳۴ به بعد.

مورد بحث مسلم است که فرد عقد هبه به نحو تخصیص از عموم اصل لزوم خارج شده و عقدی جایز می باشد، و تردید در بقای حکم این فرد است. بنابراین از موارد تمسک به عام نیست بلکه مرجع استصحاب حکم مخصّص خواهد بود.^۳

فرض دوّم:

برخلاف مورد قبل، دلیل جواز عقد که نقش مخصّص بر عموم اصل لزوم را ایفا می کند، چنین نیست که فرد عقد را از تحت عموم لزوم خارج سازد، بلکه لسان دلیل بر تخصیص زمانی دلالت دارد و عقد را در مدّت معینی محکوم به جواز می سازد و آغاز مدّت از زمان عقد است مثل آن که دلیل خیار مجلس که بر جواز عقد در مقطع قبل از تفرّق طرفین، دلالت دارد. چنانچه مثلاً عقد با وکیل انجام شده و موکلین از مجلس خارج شده اند و تردید در بقای خیار و زوال آن وجود دارد. و یا در خیار حیوان که دلیل خیار دال بر جواز عقد در مدّت سه روز از تاریخ عقد است. چنانچه به علّت تصرّف تردید در بقای خیار و سقوط آن وجود داشته باشد، در اینگونه موارد که خود خیار معلوم و شک و تردید در پیدایش مسقط و زوال خیار است، مرجع استصحاب حکم مخصّص یعنی خیار خواهد بود.^۴

فرض سوّم:

همان فرض دوّم، یعنی تخصیص زمانی و از زمان عقد ولی با این

۲۴. مکاسب همانجا.

۲۵. مکاسب همانجا.

تفاوت که شک در پیدایش مسقط خیار نباشد بلکه در خود خیار شک و تردید و وجود داشته باشد. مثل آنکه در فوریت و تراخی خیار تدلیس تردید باشد، در اینجا مرجع، عموم دلیل لزوم است نه استصحاب زیرا با وقوع عقد توأم با تدلیس، حکم خیار ثابت است و عقد در این مرحله محکوم به جواز است. این حکم مسلماً تا زمان آگاهی مشتری بر تدلیس ادامه دارد. ولی پس از این مرحله حکم جواز و خیار مورد تردید و شک خواهد بود. ولی ناگفته پیداست که شک در جواز عقد در این زمان به شک در تخصیص عام نسبت به این فرد برگشت خواهد نمود و نمی‌توان جواز بیع و خیار را استصحاب نمود. چرا که مفاد دلیل، جواز بیع حیوان نیست بلکه مفاد دلیل خیار، تفیید تخصیص زمانی و خروج بیع از تحت عموم عام در یک مقطع خاص و معین می‌باشد. پس در اینجا تردید در تخصیص زاید است و در این اصل عدم تخصیص حکمفرما خواهد بود و در نتیجه به عموم لزوم عمل خواهد شد.

فرض چهارم:

همان فرض سوم، یعنی دلیل خیار نقش تخصیص زمانی را ایفا کند ولی آغاز زمان جواز از حین عقد نباشد بلکه عقد به طور لازم منعقد شود ولی پس از انقضای مدتی به جهتی عقد خیاری و جایز گردد و بعداً در دوام و بقای جواز تردید حاصل گردد. در اینجا مرجع استصحاب حکم مخصّص است نه عموم عام. مثلاً: در خیار غبن، بنا بر آن که با ظهور غبن خیار ثابت شود و ظهور غبن سبب شرعی برای ثبوت خیار باشد،^{۲۶} حال چنانچه تردید شود که آیا خیار غبن فوری است یا دوام دارد؟ در

۲۶. در خیار غبن دو نظر است، یکی اینکه ظهور غبن شرط برای ثبوت خیار است که به موجب این

اینجا مرجع استصحاب حکم مخصّص است. در استدلال بر این امر چنین می‌گوییم که: فرد از حین وجود به وصف لزوم محقق شده و عام به عموم خود باقی بوده و پس از آن به موجب دلیل خاص تخصیص خورده و جایز شده است. بنابراین شک در بقای جواز به شک در تخصیص فردی برگشت نمی‌کند و لذا اگر استصحاب حکم مخصّص که جواز است، جاری بشود مرتکب تخصیص زاید نشده‌ایم. به عبارت دیگر استصحاب حکم جواز، تخصیصی دیگر بر عام لزوم نیست بلکه با توجه به این که تخصیص به صورت فردی بوده و مقطع زمانی در حکم مخصّص ملحوظ نشده بنابراین استمرار حکم مخصّص یعنی جواز تخصیص فردی جدید و یا زاید نسبت به عام محسوب نمی‌گردد بلکه همان فرد خارج شده پیشین است که حکمش استمرار یافته است.^{۲۷}

ایراد شیخ انصاری بر استصحاب:

به نظر شیخ انصاری، استصحاب از جهت دیگر با مشکل روبرو است و قابل جریان نیست، و لذا فوریت خیار به نظر ایشان موجه‌تر است. بیان مشکل به شرح زیر است:

احراز بقای موضوع در قاعده استصحاب، مسلماً شرط لازم برای جریان قاعده مزبور است یعنی مادام که قطع به بقای موضوع وجود نداشته باشد، استصحاب حکم سابق وجاهت ندارد. و در مانحن فیه تردید در بقای موضوع وجود دارد. به جهت آن که شاید موضوع برای

نظر قبل از ظهور غبن خیار ثابت خواهد بود. دیگر این که ظهور غبن کاشف است که بنابراین خیار از آغاز بیع محقق است (رجوع شود به مکاسب شیخ، خیار غبن، ص ۲۳۴ به بعد).

۲۷. برای تفصیل بیشتر نسبت به تفاوت میان فرض سوّم و چهارم رجوع شود به حاشیه ملّا محمد کاظم خراسانی بر مکاسب شیخ انصاری، مبحث خیار غبن.

حکم خیار، شخص مغبونی باشد که قادر بر جبران ضرر وارده به هیچ وجه نباشد، و چون در این مورد برای شخص مغبون، چنین فرصتی حاصل شده و امکان رفع ضرر برای وی بدست آمده و علی‌رغم چنین فرصتی مبادرت به فسخ ننموده، بنابراین با انقضای فرصت مزبور، دیگر شخص مغبون متّصف به وصف و قید ملحوظ در موضوع نمی باشد و موضوع تغییر یافته تلقی می گردد و محلی برای جریان استصحاب نخواهد بود. و با عدم جریان استصحاب، اگرچه به نظر ایشان با توجّه به مطالب پیش به علت مجروح شدن عام، محلی برای تمسک به عام نمی باشد، ولی چون نتیجتاً تردید در تأثیر فسخ وجود دارد، اصل عدم تأثیر فسخ جاری خواهد شد و حاصل آن فوریت خیار است.^{۲۸}

ولی ایراد شیخ انصاری توسط محققین متأخر مورد نقد قرار گرفته و به طرق مختلف به آن پاسخ داده اند از جمله آن که: بقاء معروض مستصحب برای استصحاب کافی است و لازم نیست که موضوع قضیه لفظیه با جمیع حدود و قیود باقی باشد، توضیح این که هرگاه مثلاً نصّ شرعی چنین اقامه گردد: آب متغیّر با نجاست، نجس است. چنانچه آبی به وسیله نجاست تغییر حالت یافته و سپس زایل شده و به حالت اول برگردد، حال چنانچه در بقای نجاست و عدم آن تردید کنیم در اینجا اگرچه موضوع قضیه لفظیه در متن نصّ شرعی «آب متغیّر» است و این موضوع با قید و شرطش باقی نیست (چون تغییر خود را از دست داده) ولی برای اجرای استصحاب لازم نیست (چون تغییر خود را از دست داده) ولی برای اجرای استصحاب لازم نیست موضوع قضیه با جمیع قیود و شروط باقی بماند، همین که آب، همان آب سابق است، می توان

۲۸. مکاسب همانجا.

گفت موضوع حقیقتاً باقی است و مشکلی برای جریان استصحاب وجود ندارد. و ذکر وصف (تغیّر) در متن دلیل شرعی اشاره به حکمت و علت حکم است و نقش دیگری ندارد.

در مسأله مورد گفتگو نیز موضوع از همین قرار است چرا که وقتی گفته می‌شود «مشتري مغبون زیان دیده و غیرقادر بر جبران خیار فسخ خواهد داشت» اگرچه موضوع در این قضیه لفظیه، مشتري با قید مغبون و زیان دیده و غیرقادر بر جبران می‌باشد ولی آنچه معروض این قیود و صفات است، ذات شخص مشتري است و بنابراین چنانچه به جهتی از جهات مانند عدم مبادرت به فسخ در زمان اول در بقا و دوام خیار تردید شود، بی‌گمان استصحاب جاری خواهد بود چرا که شخص مشتري، حقیقتاً کماکان باقی است و قید غبن و تضرر قید برای او نیست بلکه در موضوع قضیه لفظیه برای تبیین علت حکم بیان گردیده است.^{۲۹}

۲۹. حاشیه سید محمد کاظم یزدی بر مکاسب، ص ۵۱۵.