

تحلیل فقهی استقرار و تزلزل ملکیت در معاطات

مهدی غلامی

کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی

Lawyer.mehdi@gmail.com

چکیده

با عنایت به اینکه اصول عملیه یکی از مستمسکات اثبات استقرار و تزلزل در معاطات توسط شماری از فقهای عظام شیعه بشمار می رود، فلذا لازم است موضوع مذکور را در دیدگاه سید مصطفی خمینی ره و دیگر فقها مورد تحلیل فقهی قرار دهیم.

واژه‌های کلیدی: استقرار، تزلزل ملکیت، معاملات

مقدمه

۱. استقرار در اصول عملیه

وَأَنَّ الْمَسْأَلَةَ - من حيث الأدلة الاجتهادية والعملية - كيف تكون؟ وسيتعرض لمفاد الأولى، وقال في مقتضى الثانية باستصحاب الملكية، وَأَنَّ فسخ المشتري أو البائع لا يفسخ، لعدم الدليل على الانفساخ، ومقتضى الشك بقاؤها. وقد أُورد إشكالات في المقام:

فمنها: أن استصحاب الكلي - القسم الثاني - غير جار، والمسألة من هذا القبيل. ومنها: أنه لا أثر لهذا الاستصحاب، لان الامر الجامع بين الملكيتين ليس من المجعولات الشرعية والاحكام الالهية. ومنها: أنه لوه فرضنا جريان الاستصحاب الكلي فهو هنا غير جار، لان الجامع بينهما غير معقول، لاختلافهما في تمام ذاتهما، وهما متفاوتان في هويتهما ومتباينان في الحقيقة، ضرورة أن المستقية هي ما لا تزول بالمزبل، والمتزلزلة هي ما تزول به، ولا جامع بين هذين الامرين. ومنها: أنه من الشك في المقتضى، وحجية الاستصحاب فيه محل الاشكال. والظاهر جريانه لتمامية شرائطه وأركانه. وما قيل في محله: من عدم جريان القسم الثاني فهو تام، إلا أن العرف لا يساعد عليه، ونفى الجامع بين القصير والطويل عقلا، لا يوهرث نفيه عند العرف على ما تقرر في محله^۱

مسئله_ ملكيت در معاطات_ از لحاظ دليلهای اجتهادی و اصول عملیه چگونه است؟ و به امید خداوند بعداً نسبت به مفاد دليلهای اجتهادی مطالب عرضه ميشود.

امام خمینی (ره) فرمودند: مقتضای دليلهای اصول عملیه خريدار يا فروشنده فسخ نميشود. زیرا دليلی بر فسخ شدن وجود ندارد و پیامد شک در فسخ شدن یا نشدن، فسخ نشدن میباشد.

امام (ره) در اینجا برخی از اشکالات را وارد نموده:

از جمله اینکه استصحاب کلی قسم دوم در اینجا جاری نیست و مسئله به همین گونه است و از زیرا قدر مشترک و جامع میان دو ملکیت از چیزهایی، جمله اینکه این استصحاب فایده ای ندارد نیست که شارع آن را جعل و تشریح کرده باشد و از آن جمله: اگر جاری شدن استصحاب کلی را به فرض بپذیریم در اینجا جاری نمیشود زیرا قدر مشترک میان دو ملکیت عقلانی نیست زیرا این دو ملکیت از لحاظ ذاتی با یکدیگر اختلاف دارند و آندو از جهت هویت متفاوت و درحقیقت متنوع هستند زیرا ملکیت مستقر و دائمی جایی است که با یک مانع از بین نرود و ملکیت متزلزل جایی است که با یک مانع از بین برود و مسلماً هیچ وجه اشتراکی میان ایندو نیست و نیز از آن جمله شک در مقتضی و حجیت (اعتبار) استصحاب در این شک محل اشکال بوده است. و ظاهر جاری بودن استصحاب در هنگام شک در مقتضی است بجهت تمام بودن شرایط و ارکان استصحاب در آن و جز اینکه عرف آنرا نمیپذیرد، اگرچه، آنچه که گفته شده مبنی بر جاری نبودن قسم دوم صحیح است عرف نبودن دلالت عقلی بر صحت جمع میان شخص کوتاه و بلند را می پذیرد.

الف) تحلیل فقهی

اگرچه هدف از این گفتار تبیین نکته نظرهای فقهای عظام (قدس ارواحهم الشریفه) در خصوص ولیکن از آنجا که این مبحث در رابطه با اصول عملیه می باشد، تزلزل ملکیت در معاطات است نگارنده بر خود لازم می داند، ابتدا تعریفی از اصول عملیه آورده و سپس به تبیین موضع و نکته نظرهای علما، در رابطه با این اصول و استصحاب ملکیت پردازد.

ب) اصول عملیه

علامه حلی (ره) در تعریف اصول عملیه می فرماید: اصل عملی، دلیل ثانوی است که فقیه در حالت عدم بدست آوردن دلیل محرز به آن رجوع می کند^۲ و همچنین در کتاب «حداثق الناظره» آمده؛ اصول عملیه قواعد فقهی است که از تعدادی روایت

^۱ امام خمینی (ره)، الاستصحاب، ناشی: موهسه نشی و حفظ آثار امام (ره) - تهران، چ اول ۱۴۱۷ه ق، ص ۸۴-۸۶.

^۲ حلی، حسن «علامه حلی». منتهی المطلب، ناشر: آستان قدس رضوی (ع)، چ اول ه ق ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۵۹.

صحيح از اهل البيت (ع) اخذ شده است و بناچار هر فقيه در هنگام عاجز شدن دليل اجتهادی در بدست آوردن حکم شرعی، باید به آنها رجوع کند^۳ و همچنین در شرح کتاب «حدائق الناظره» آمده: اصول عملیه قواعدی است که فقيه بعد از تفحص و عجز در بدست آوردن دليل حکم شرعی به آنها رجوع می کند^۴

مخالفان:

بعد از درک مفهوم اصول عملیه باید دانست؛ که امام خمینی (ره) به جاری بودن استصحاب نوع دوم به هنگام شک در ملکیت معاطات رای داده و دلیلشان اینست که؛ دليل جامع بين دو ملکیت، از احکام شرعی نیست و جمع بين دو ملکیت غیرمعقول است چرا که آن دو در تمام ذات و هویت متفاوت و مختلف هستند^۵

موافقان:

جناب آقای میرزا شیرازی در اینباره می فرماید؛ خيار و سلطنت مشتری بر فسخ مترتب و متفرع بر وقوع عقد است بنابراین قطع کننده و تفاوت دهنده ای بين استصحاب ملکیت با فسخ نیست و نهایت اتفاقی که ممکن است بیفتد این است که تعارض بين دو اصل ملکیت و فسخ پیش آید و هیچکدام ثابت نشود و اما در رابطه با سببیت باید گفت که سببیت حق است ولیکن باید دانست که جایز بودن در فسخ مترتب بر وقوع عقد است و این با اصل عدم وجود عقد نمی خواند و ثابت نمی شود، بلکه اگر جواز فسخ بر نفس نفی وجوب یا موضوع آن یعنی عدم وجود عقد مترتب بود، استصحاب ملکیت با فسخ را نمی توانستیم جمع ببندیم. آنچه گفته شد نشان دهنده حال تمسک به عموماً مقتضی لزوم عقد حاکم بر اصول عملیه است^۶. اگرچه این مثال میرزای شیرازی (ره) در رابطه با معامله بدون دیدن مال بود، ولیکن از این نظر هم اوصاف معاطات را دارد و هم در رابطه با شک در فسخ و استصحاب در اصول عملیه است، فلذا نگارنده ترجیح داد که این نظر در ابتدای تحلیل گنجانده شود. نظر دیگری که جای تأمل دارد، نظر شیخ اصفهانی (ره) است، که فرقی بين انشاء فسخ و یا عدم آن یعنی همان استصحاب ملکیت به هنگام شک در فسخ قائل نیستند و براحته بیان می دارند که فرقی نمی کند که انشاء فسخ مشکوک مخالف اصول عملیه باشد یا مخالف مفاد واقعی قرارداد و فقط قائل به بقای اثر در عقد هستند، آنهم بدون الزام وفای بعهد به این شکل که؛ بعد از انشاء فسخ مشکوک، هیچ شکی نمی ماند جز شک در باقی ماندن اثر عقد و حرمت تصرف در چیزی که در اثر عقد انتقال یافته و حرمت فسخ کننده در تصرف در چیزی که از او انتقال یافته و در ادامه می افزاید؛ اصل بقاء اثر و عدم حرمت تصرف و منع است، زیرا سبب جدیدی بر مشغول الذمه شدن نیست و اگر تفاوتی بين تقدم و تأخر دو اصل ملکیت و استصحاب نباشد، اگرچه متقارن هستند، تفاوتی در انشاء فسخ نیست^۷. براحته می توان فهمید که منظور ایشان فسخ است و نه استصحاب ملکیت، در واقع در اینجا استصحاب کلی، قسم دوم بکار رفته است، و این برخلاف نظر امام (ره) می باشد. شیخ محمد علی اراکی در اینباره می فرماید: ظاهر عدم امکان اجتماع نفس مفاد دو اصل در نفی لزوم وفاء و نفی جواز استرداد در مورد ملکیت شخصی در معامله است، به این دليل که قطعاً ملک فروشنده یا باید انتقال پیدا کند که لازم الدفع می شود، یا باید برگردد که جائز الاسترداد است و در هر دو امر به طور قطع اختلاف است و این جدای از اثر دو اصل است. ایشان معتقدند که اگر اصول عملیه نبودند، در اصل متناقض ارتفاع می یافتند، ولیکن بر فرموده امام (ره) که اصول عملیه را در استصحاب ملکیت بعد از فسخ مشکوک بنا بر اصالة اللزوم دخیل می دانند، بدین گونه مورد اشکال قرار می دهند که؛ اصل عدم وقوع عقد است، بنابراین اصل جایز بودن است، و اشکال دیگر که در کلام امام (ره) می یابند؛ عدم تعرض آن به نفی یا اثبات خيار است و گرنه مشخص می کرد، و بدین شکل وجهی برای حکومت به هیچ وجه نیست، بنابراین شکل در بقاء ملک بعد از فسخ مشتری، مسبب ثابت شدن حق خيار و عدم آن است و فرض نیز بر این است که شک سببی بعد از اجرای اصول عملیه پابرجاست، و نهایت چیزی

^۳ محقق البحرانی، الحدائق الناظره، پیشین ص ۱۴۴.

^۴ ایروانی، محمد تقی، شرح الحدائق الناظره، ناشر: موسسه نشر اسلامی - قم، بی جا، بی تا، ج ۹، ص ۳۶۳.

^۵ امام خمینی (ره)، الاستصحاب، پیشین، ص ۸۴-۸۶.

^۶ شیرازی، محمد تقی، حاشیه المکاسب، ناشر: منشورات شریف رضی - بی جا، بی جا، بی تا، ج ۲، ص ۳۸.

^۷ شیخ اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۴، ص ۵۰.

که پیش می آید، اینست که فایده اصل عملیه عدم وجوب وفاء و برگشتن ملکیت به خریدار است (یعنی مال به صاحب اولش که فروشنده است برمی گردد) و استصحاب باقی ماندن ملکیت برای فروشنده بعد از فسخ است. ایشان درباره استناد امام (ره) و دیگر بزرگان به آیات و احادیث شریف: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۸ و «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^۹ و «المؤمنون عند شروطهم»^{۱۰} درباره استصحاب ملکیت خریدار، می فرماید، همه این آیات و احادیث شامل عموم حرمت خوردن اموال غیر است که شامل عموم «أَلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»^{۱۱} و «لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه»^{۱۲} و «الناس مسلطون علی أموالهم»^{۱۳} است. بنابراین استصحاب ملکیت برای فروشنده است نه خریدار^{۱۴}. بزرگان دیگری نیز، اگرچه قائل به استفاده از استصحاب ملکیت در اصول عملیه بوده اند ولیکن یا این استصحاب را برای خریدار دانسته اند یا اطلاق لزوم معامله را رد کرده اند و معتقدند شرایطی دارد. از جمله این بزرگان سیدمحمد روحانی^{۱۵} و سید محمد صدر^{۱۶} و سید بجنوردی^{۱۷} هستند، و از جمله نظرهای دیگر، که می توان گفت در مواضعی موافق نظر امام (ره) می باشند، نظر شیخ نجفی خوانساری در کتاب «منیة الطالب فی شیخ المکاسب» است، البته ایشان معتقدند؛ می شود فسخ و لزوم را در یک معامله با هم جمع بست ولی در اصول عملیه با امام (ره) موافقت و می فرمایند؛ واجب بودن لزوم بر یک شخص، جایز بودن بر طرف دیگر معامله را نفی نمی کند، یعنی اگر گرفتن ثمن از طرف یکی منوط و وابسته به تملک مبیع توسط فرد مقابل باشد بعد از تملک مبیع، لزومی بر فروشنده مترتب نمی شود، زیرا نتیجه مقابله جمع با جمع است. همانطور که در آیه شریفه آمده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^{۱۸} پس هر کس ملزم به رعایت عقد از طرف خودش است و بدین معنا نیست که اگر یک طرف فسخ نکند، طرف دیگر نتواند فسخ کند، بلکه اگر شک در وجوب التزام پیش آمد می توان در اصول عملیه بین آنها تفکیک کرد و مقتضای آن استصحاب ملکیت است و تأثیری در اصل فسخ نیست^{۱۹}. آیت ... مدنی (ره) در تعلیق خود بر کتاب «المتاجر» شیخ انصاری (ره) در چند جمله کوتاه می فرمایند؛ مراد از استصحاب ملکیت در اصول عملیه اثبات لزوم مطلق عقد است، ولیکن این اثبات، به هیچ وجه آن لزوم را از اصول قرار نمی دهد، مگر اصل اثبات شده اصول عملیه که شک در مقام عملی را برای مکلف بر طرف می کند^{۲۰}. شیخ صادق طهوری نیز معتقد است اگر شک در وجوب التزام (همان شک در جایز بودن یا لازم بودن) پیش آمد، اصل استفاده از اصول عملیه است، که باعث ایجاد استصحاب ملکیت برای مشتری یا همان لزوم قرارداد است^{۲۱}، و این نزدیکترین نظریه به نظر امام (ره) است، و از جمله نظرهای موافق آن می توان به فرمایشات آمده در کتاب «موسوعه الفقه الاسلامی»^{۲۲} و کتاب «وسیله الوصول الی حقائق الاصول»^{۲۳} اشاره کرد.

ج) مفهوم استصحاب

- ۸سوره مائده، آیه ۱.
- ۹سوره بقره، آیه ۲۷۵.
- ۱۰حر عاملی، وسائل الشیعه، پیشین، ص ۱۵۰.
- ۱۱سوره نساء، آیه ۲۹.
- ۱۲امینی نجفی، عبدالحسین احمد، الغدیی، ناشی: دارالکتب العیسی- بیوت، بی جا، بی تا، ج ۶، ص ۱۱۵.
- ۱۳احسانی، ابن ابی جمهور، عوالی اللئالی، پیشین، ص ۱۶۵.
- ۱۴اراکی، محمدعلی، کتاب البیع، ناشی: موهسه فی طبیب الحق- قم، بی جا، ۱۴۱۵ ه ق، ج ۲، ص ۳۰۱.
- ۱۵روحانی، سیدمحمد، المیتقی الی فقه الارقی، پیشین، ص ۳۶۷؛ همان، ج ۲، ص ۳۱۳-۳۱۴.
- ۱۶صدر، سیدمحمد، ماوراء الفقه، ناشر: المحبین للطباعه والنشر- قم، چ سوم ۱۴۲۷ ه ق، ج ۳، ص ۳۱۱ و ۳۱۵؛ همان، ج ۴، ص ۲۲۵ و ۳۳۸.
- ۱۷سیدبجنوردی، القوهاعد الفقهی، پیشین، ج ۶، ص ۱۰۵.
- ۱۸سوره مائده، آیه ۱.
- ۱۹نجفی خواهانسر، محمد، منیة الطالب فی شیخ المکاسب، پیشین، ج ۲، ص ۸۰.
- ۲۰مدنی کاشانی، آقارضا، تعلیقیه شریفه علی بحث الخیارات و الشروط من کتاب المتاجر، پیشین، ص ۱۳.
- ۲۱موسسه دائره المعارف اسلامی، موسوعه الفقه اسلامی طبقاً لمذهب اهل البیت (ع)، ناشر: نویسنده- قم، چ اول ۱۴۲۶ ه ق، ج ۲، ص ۲۷.
- ۲۲سیادت، حسن، وسیله الوصول الی حقائق الاصول، ناشر: موسسه نشر اسلامی- قم، چ اول ۱۴۱۹ ه ق، ص ۶۵.

استصحاب: حکم مکلف به باقی بودن شی و عمل به آثار بقاء آن در مواردی که به انجام شدن شی یقین ولی به باقی بودن آن شک داریم، است.

استصحاب متشکل از موضوع و محمول است:

موضوع: یقین به انجام داریم ولی شک به بقاء است.

محمول: حکم به بقاء شی و به ترتیب آثار بقای آن در حال شک است که حقیقت استصحاب در آن فعل مکلف است^{۲۴}. و در کفایت الاصول: بدین شکل معنی شده که: استصحاب حکم شارع مقدس در لزوم بقاء شی و ترتیب آثار بقای آن در هنگام شک است^{۲۵}.

ادله حجیت استصحاب:

ادله حجّت بودن استصحاب بر سه دسته اند^{۲۶}:

۱. در نزد عده ای: احادیث است.

امام علی (ع) «لاتنقض الیقین بالشک^{۲۷}» یقین را با شک برطرف نکنید. امام صادق (ع) «من کان علی یقین، فشک. فلیقین علی یقینه^{۲۸}» هر کس در وجود شی یقین داشت، و بعد شک کرد، پس بر یقین بماند.

۲. در نزد عده ای: آراء عقلا است، یعنی حکم عقل به آن.

۳. در نزد عده ای: ظن به بقای یقین است. و اما تقسیمات استصحاب که بر سه دسته است:

(اول) به اعتبار نفس شی.

(دوم) به اعتبار دلیل دال بر ثبوت مستصحب

(سوم) تقسیمات به اعتبار شک طارئ در بقاء مستصحب

(د) تزلزل در اصول عملیه

ودعوی: لغویة الاستصحاب، غیر مسموعه، لان الجامع الانتزاعی لیس من المجموعات الشرعیة فی التکالیف الالزامیة، کالجامع بین الحرمة والوجوب، بخلاف الجوامع الاعتباریة العقلانیة فی الموضوعات العرفیة، فالملکیة من الجوامع العرفیة بین الملکیتین، وبقاؤها مع قطع النظر عن الخصوصیات ربما یستلزم الاثر، ولا حاجةً إلى الازید منه بنظر العرف فی مفاد قوله (علیه السلام): «لا تنقض الیقین بالشک^{۲۹}» وتوهم: عدم وجود الجامع، مضروب عنه، لان الملکیتین لیستا متقابلتین بالسلب والایجاب، ولا بالعدم والملکة، بل هما اعتباران وجودیان مختلفان فی الحكم العقلانی والاثر، من غیر فرق بینهما ذاتا، مع أن الاختلاف فی الهویة والذات، لا یورث نفی الجامع إذا کان الاثر مترتبا علی ذلك الجامع البعید أيضا. وما قرع سمعک من الشبهة فی المسألة لاجل أنها من الشک فی المقتضى مدفوع: أولاً: بعموم حجیته. وثانیاً: بأن المسألة من قبیل الشک فی الرفع، لان الکلام فی أن هذه الملکیة - سواء كانت متزلزلة أو مستقره - لا تزول إلا بالفسخ، وهذا هو معنی کون الشبهة فی بقائها من قبیل الشک فی الرفع، كما لا یخفی^{۳۰} والذی هو التحقیق منا فی مقامه: أن الاستصحاب فی القسم الثانی جار عقلا وعرفا والتفصیل فی محله^{۳۱}، وما تخيله من عدم جریانه عقلا خال عن التحقیق، وأن الاثر المقصود فی الاستصحاب لیس الحكم

۲۴ مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، ناشر: الهادی، قم، چ پنجم ۱۴۱۳ ه ق، ص ۳۳.

آخوند خراسانی، کفایة الاصول، ناشر: موسسه آل البيت (ع) قم، چ اول ۱۴۰۹ ه ق، ص ۴۱۷.

۲۶ مشکینی، علی، اصطلاحات الاصول، پیشین، ص ۲۲.

۲۷ شیخ طوسی، الاستبصار، ناشر: دارالکتب اسلامی-تهران، چ چهارم ۱۳۶۳ ش، ج ۱، ص ۳۷۳.

۲۸ شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، پیشین، ج ۱، ص ۶۰.

۲۹ حی عاملی، وسائل الشیعه، پیشین، ج ۸، ص ۲۱۷.

۳۰ امام خمینی (ره)، کتاب البیع، پیشین، ج ۱، ص ۹۴-۹۹.

۳۱. خمینی، سید مصطفی، تحریرات فی الاصول، پیشین، ج ۸، ص ۴۶۴.

التكليفى المجعول من قبل الشرع ، بل هوه الاعم منه ومن كل ما يكون التعبد به موجبا للآثر كالجوامع الانتزاعية ، ولذلك تجر الاصول فى عدم الاحكام الكلية مع أنها ليست مجعولة . فما اشتهر : أن المستصحب لابد وأن يكون حكما شرعيا أو موضوعا ذا حكم شرعى^{۳۲} ، غير تام ، لجريان الاصول الموضوعية فى الاعدام المضافة لنفى الاثر عن المضاف إليه . والوالد كان يعتقد بذلك ، إلا أنه لا يلتزم به فعلا ، فالملكية الانتزاعية تستصحب والائى متيتب عليها . اللهم إلا أن يقال : بأن الجامع بين الوجوهيين الشيعيين موهرد الاثى ، لان بقاء الالزام تعبدا موضوع للزوم الطاعة والاطاعة ، بخلاف الجامع بين الموضوعيين وإن كانا من الاحكام الوضعية كالملكية ، لعدم الاثر له . نعم ، ربما يمكن دعوى مساعدة العرف على مثل ذلك الجامع ، وأنه يعتبره فى المتعددات المملوكة ، فتأمل جدا . وربما ينفعك بعض الكلام فى جريان الاستصحاب الشخصى فى المسألة، كما لا يخفى . ومن تلك الاشكالات: أن استصحاب الملكية محكوم لاستصحاب عدم حدوث الملكية المستقية ، لتسبب شكه من شكه^{۳۳} . و فيه: أنه من المثبتات الواضحة ، ضرورة أن نفى الفرد لا يكون أثره الشرعى نفى الكلى، سواء قلنا بأن الطبيعى موجود بذاته ، أو قلنا بأن الفرد علته وجود الطبيعى، فإنه على الثانى واضح ، وعلى الاول هما مختلفان فى عالم الاعتبار والموضوعية للحكم، فتدبر^{۳۴}.

ترجمه

سید (ره) می فرماید: ادعای لغو بودن استصحاب کلی قسم دوم در اینجا پذیرفته نیست. زیرا وجه مشترک انتزاع شده، بر خلاف وجوه مشترک قراردادی عقلی در موضوعات عرفی از چیزهایی نیست که شارع مقدس در تکالیف الزامی مانند حرمت و وجوب آن را جعل کرده باشد. پس ملکیت از وجوه مشترک عرفی میان دو ملکیت خریدار و فروشنده است و باقی بودن ملکیت صرف نظر از ویژگیهای آن چه بسا باعث نتیجه و اثر میشود و نیازی به بیشتر از آن از نگاه عرف نیست. به فرموده حضرت ع: یقین را به وسیله شک نقض نکن. و توهم و گمان وجود نداشتن وجه مشترک پذیرفته نیست. زیرا دو ملکیت خریدار و فروشنده بصورت سلب و ایجاب (منفی و مثبت) مقابل یکدیگر نیستند و نیز تقابل آنها بصورت عدم و ملکه (نیستی و وجود) نیست مانند ورود سیاهی و سفیدی در یک مکان بلکه این دو ملکیت وجودشان بصورت اعتباری و قراردادی است و در حکم عقلایی و نتیجه با یکدیگر فرق دارند بدون اینکه از لحاظ ذاتی فرق داشته باشند. علاوه بر اینکه اختلاف در ماهیت و ذات باعث نمیشود که وجه مشترک منتفی شود هرگاه نتیجه و اثر مترتب بر آن وجه مشترک دور باشد و شک و شبه در مسئله بخاطر اینکه استصحاب ملکیت از نوع شک در در مقتضای عام ، پذیرفته نمیشود. زیرا اولاً حجیت آن حجیت استصحاب در شک ، مقتضی است است و ثانیاً اینکه این مسئله از قبیل شک در وجود رافع و برطرف کننده میباشد زیرا بحث در اینکه این ملکیت خواه متزلزل باشد یا مستقر از بین نرود جز بوسیله فسخ خریدار یا مشتری و این همان معنای شک و تردید در باقی بودن ملکیت از قبیل شک در وجود برطرف کننده میباشد، همانطور که واضح است و رای درست در مسئله اینست که استصحاب در قسم دوم از لحاظ عقلی و عرفی جاریست که شرح آن در کتاب تحریرات فی الاصول آمده است و آنچه که برخی بدون تحقیق میباشد و فایده و اثر ، گمان کرده اند که از لحاظ عقلی این استصحاب جاری نیست

مطلوب در استصحاب فقط حکم تکلیفی تشریح شده از سوی شارع نیست. بلکه اعم از حکم تکلیفی و احکام دیگر است و پذیرفتن تعبدی استصحاب باعث نتیجه و اثر می شود مانند وجوه مشترک انتزاعی و از این جهت اصول عملیه با وجود اینکه از سوی شارع تشریح نشده اند ولی در هنگام نبودن احکام کلی شرعی جاری میشوند پس آنچه مشهور گفته اند که: مسئله استصحاب شده حتماً بخاطر جاری بودن اصول عملیه موضوعی در ، باید حکم شرعی یا موضوع دارای حکم شرعی باشد از بین بردن اثر و نتیجه از چیزی که به آن اضافه شده است ، تمام نیست و مرحوم امام (ره) به این مسئله اعتقاد داشتند جز اینکه از لحاظ فعلی به آن پایبند نبودند بنابراین ملکیت برداشت شده استصحاب میشود و آثار نیز بر آن مترتب میشود. جز اینکه گفته

۳۲. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، پیشین، ص ۳۹۴ و ۴۲۲؛ کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، ناشی: موسسه نشر اسلامی - قم، چ اول، ۱۴۰۹ ه ق،

ج ۴، ص ۳۹۷ و ۵۷۵.

۳۳. سید یزدی، حاشیة المکاسب، پیشین، ص ۷۳.

۳۴. امام خمینی (ره)، کتاب البیع، پیشین، ص ۹۶-۹۷.

شود که وجه مشترک میان دو وجوب شرعی مورد اثر و نتیجه است زیرا بر خلاف وجه مشترک میان دو موضوع، باقی بودن التزام و پایبندی تعبدی همان موضوع لزوم اطاعت از شارع مقدس است اگرچه جزء احکام وضعیه مانند ملکیت باشند زیرا اثر و نتیجه ای ندارد بلکه چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف بر این وجه مشترک صحنه میگذارد و آن را در کالاها و مبیعهایی که مورد خرید و فروش قرار میگیرند معتبر میدانند، پس خوب دقت کن و چه بسا برخی از سخنها در جاری شدن استصحاب شخصی و موردی در این مسئله برای تو فایده داشته باشد همانطور که واضح است و از جمله این اشکالات این است که استصحاب ملکیت محکوم می شود بدلیل استصحاب پدید نیامدن ملکیت مستقر و دائمی (پدید نیامدن ملکیت دائمی بر استصحاب ملکیت حاکم و مقدم است) زیرا که شک در ملکیت از شک در حادث نشدن ملکیت مستقر پدید آمده است. و در آن است (جواب داده میشود) که این مطلب از مسائل روشن و بدیهی است زیرا منتفی شدن فرد باعث منتفی شدن عنوان کلی نمیشود. چه بگوییم فرد تبعی از لحاظ ذات موجود باشد یا بگوییم فرد علت وجود امر طبیعی است زیرا مبنا بر قول دوم روشن است و بر مورد اول آندو در عالم قرار دادی و موضوعیه برای حکم، اختلاف دارند.

تحلیل فقهی:

اگرچه اصل در پایان نامه حاضر تحلیل فقهی نظرات سید مصطفی (ره) است، ولیکن همانطور که پیش از این توسط نگارنده تبیین گردید، در گفتارهایی که همچون گفتار حاضر، نظر امام (ره) اعم از نظر فرزند بزرگوارشان است، نظرات امام (ره) تحلیل فقهی گشته و نظرات سید مصطفی (ره) به آنها ارجاع داده می شود، فلذا گفتار حاضر به گفتار اول از همین مبحث ارجاع داده می شود

نتیجه گیری:

آنچه در این مبحث مورد توجه امام خمینی (ره) و فرزند گرانقدرشان قرار گرفت بر چند گروه تقسیم می گردد که از جمله آنها، استصحاب ملکیت، اصول عملیه، فسخ مشتری یا بایع، شک، استصحاب کلی قسم دوم و جایگاه آن در مورد بحث هم از نظر عرفی و هم عقلی بود، ولیکن امام (ره) فقط از لحاظ عرفی آن را تایید می نمودند و همچنین وجه مشترک ملکیت خریدار و فروشنده، استصحاب ملکیت، شک در مقتضا، ملکیت متزلزل و مستقر، فایده و اثر مطلوب در استصحاب، پذیرفتن تعبدی بودن استصحاب و حکم شرعی داشتن مسئله استصحاب، می باشد که با توجه به اینکه محل بحث ما، ملکیت در معاطات است، فلذا از طریق اصول عملیه به بیان نظرات، بزرگان در اینباره، اکتفا کردیم.

مبحث دوم: از منظر استصحاب:

با عنایت به اینکه استصحاب یکی از مستمسکات اثبات استقرار و تزلزل در معاطات توسط شماری از فقهای عظام شیعه بشمار می رود، فلذا نگارنده بر خود لازم می داند موضوع مذکور را در دیدگاه سید مصطفی خمینی ره و دیگر فقها مورد تحلیل فقهی قرار دهد.

الف) استصحاب شخصی و جزئی

ما أفاده السيد الوهالد - مد ظله - في مسألة جریان الاستصحاب الشخصي في الملكية الحاصلة بالمعاطاة ، المرددة بين المتزلزلة والمستقرة

«فقال: يمكن دعوى عدم جريانه ، لاجل أن الملكية اعتبار مقولة الأضافة أو الجدة ، وهما لا يتقبلان الاشداد والضعف ، وليستا ذات مراتب ، فهي من الكليات ذات الانواع ، فلا يعقل جريان الاستصحاب الشخصي ، لان الموجود في الخارج : إما صنف المتزلزل ، أو المستقر ، وحيث لا يعلم الخصوصيات الفردية ، فلا يعلم الشخص حتى يستحب ، وما هو المتيقن هو الجامع بينهما ، وهي نفس الملكية . فما أفاده الشخص من استصحاب الجزئي في غير مقامه . ولنا دعوى جريانه بتقريب منا : وهوه أن الملكية ليست من المقولات قطعا ، واحتمال كونها اعتبار إحدى المقولتين ، مدفوع: بأن المقولات متأخر زمان العلم بها عن اعتبار الملكية ، فعندما يعتبرها العقلاء لم يكن يعلم بالمقولات أحد من الفلاسفة بالضرورة ، فضلا عن أهل السوق والبوادی وكونها اعتبار المقولة ، لا يستلزم سريان جميع أحكام المقولة إليها ، حتى لا تكون ذات مراتب ، ولم يجر فيها التشكيك الخاصی

. فالحق أنه اعتبار من غير لحاظ المقولته في ذلك ، ولا شبهة أنها كسائر العقود والاعتباريات ، ليست من العلل والمعالي التكوينية ، حتى يكون في البين تأثير وتأثر ، فيقال : بأن الملكية معلول العقد كمعلوليه الحيازة للنار و أمثالها^{۳۵}»

ترجمه

آنچه که پدر بزرگوار (امام خمینی ره) در مسئله جاری شدن استصحاب شخصی در ملکیت پدید ملکیتی که میان متزلزل و مستقر مردد میباشد. امام (ره) فرمودند که ادعای، آمده بوسیله عقد معاطات زیرا ملکیت از جریان اضافه یا جده میباشد و این دو، جاری نشدن این نوع استصحاب امکان دارد امر بصورت شدید و ضعیف در برابر یکدیگر نیستند و مراتب مختلف شدت و ضعف ندارند و این در صورتیست که استصحاب شخصی از جمله کلیاتی است که دارای انواع مختلف می باشد. پس جاری شدن استصحاب شخصی (موردی) با عقل سازگار نیست. زیرا ملکیت در خارج یا بصورت متزلزل و ویران است یا بصورت دائمی و برای اینکه خصوصیات فردی فاش نگردد، شخص تا استصحاب نشده، مشخص نمی گردد و آنچه مورد یقین است جمع کننده بودن استصحاب شخصی بین این دو تفاوت است، و این خود ملکیت است. و آنچه درباره استصحاب جزئی گفته شده در غیر جایگاه خود است. و ادعای جاری بودن آن در بحث ملکیت با اثبات آن از طرف ما است (امام ره) و آن اینکه بطور تاکید ملکیت از نوع مقولات فلسفی نیست و احتمال بودن ملکیت بعنوان یکی از دو جریان (جریان اضافه و جده) صحیح نیست زیرا علم به جریانات فلسفی مانند اضافه دیرتر از زمان علم به اعتبار ملکیت است، پس هنگامی که عقلاء آن را جزء مقولات فلسفی پنداشتند ضرورتاً کسی از فلاسفه اطلاعی از مقولات (جریانها) نداشت، جدای از اهل بازار و صحرا نشینان که آن را اعتبار ملکیت می شمردند، یعنی ملکیت یکی از مسائل عرفی و اعتبار اهل بازار میباشد و دلیل اعتبار جریان آن باعث نمیشود همه احکام جریانهای فلسفی جریان داشته باشد، تا دارای مراتب نشود و تشکیک در آن راه پیدا نکند. پس حق آن است که ملکیت اعتباری است بدون لحاظ مقوله فلسفی در آن و شکی نیست مسئله ملکیت مانند سایر عقود و مسائل قرار دادی است و از علتها و معلولهای تکوینی نیست تا تاثیر و اثر پذیری داشته باشد پس گفته میشود که ملکیت معلول عقد است مانند معلول بودن حرارت برای آتش و امثال آن

ب) تحلیل فقهی

و اما در رابطه با استصحاب شخصی در ملکیت مردد بین متزلزل و مستقر که حاصل از معاطات است ادعائیت که امام (ره) دلایل فرض جاری نبودن آن را بیان می فرمایند؛ امام (ره) اشکال وارده بر استصحاب شخصی را چند بعدی نبودن ملکیت معرفی می کند و بزرگان دیگر هر کدام به نوعی در این رابطه سخن به میان آورده اند، فلذا نگارنده بر خود لازم می بیند که قبل از تحلیل فقهی بحث، به بررسی این موضوع بپردازد که: آیا ملکیت از جمله حقایقی است که دارای مراتبی است یا خیر؟ و فقط دو نوع دارد؟ هیچکدام و ملکیت امریست واحد و استقرار و تزلزل در آن دخیل نیست. برای پاسخگویی به این پرسش باید دانست که؛ عقلاء بر این موضوع که ملکیت دارای مراتب نیست متفقند، یعنی اعتقاد ندارند که ملکیت مانند نور یکبار شدید است و یکبار ضعیف و استدلالشان اینست که مگر می شود فرد یکبار مالک باشد و یکبار خیلی مالک؟ و اما مورد دوم؛ که گفته شد، انواع در خود ملکیت است و لزوم و جایز بودن نیز در خود ملکیت است و نه بلحاظ سببی، این نیز خلاف ضرورت در نزد عقلاست. و اما اینکه گفته شود؛ اعتبار مورد اول و دوم در سبب آنهاست و همزمان نیز قائل به اعتبار قسمتی از سبب باشیم، مانند سخنی که می گوید: وجوب مقدمه با استفاده از گوشه ای از وجوب آخر جمله است^{۳۶}، مورد قبول نمی باشد^{۳۷} و باید دانست که هر اراده ای از مبادی و منابع خود سرچشمه می گیرد^{۳۸}، حتی اگر هدف از اراده دوم رسیدن به

۳۵ امام خمینی (ره)، کتاب البیع، پیشین، ص ۹۹ و ۱۰۰.

۳۶ کاظمی خراسانی، محمد علی، فوائد الاصول، پیشین، ج ۱، ص ۲۶۲.

۳۷ قدیری، محمد حسن، تقریرات بیع، ناشر: تنظیم و نشر آثار امام (ره) - تهران، چ اول، ۱۴۱۸ ه ق، ص ۵۹.

۳۸ امام خمینی (ره)، منهاج الوصول، پیشین، ج ۱، ص ۲۲۴-۲۲۷.

مراد اول باشد و اعتبار گرفتن قسمتی از قسمت دیگر معنی ندارد^{۳۹} و اما اینکه گفته شود؛ که با فرض اعتبار در سبب، مسبب نیز معتبر شود، این نیز لغو است، زیرا با این فرض اعتبار اول حاصل می شود.

در این بین دو احتمال می ماند؛

اول: اینکه لزوم و جواز از احکام عقد هستند، زیرا که اگر استنادشان به ملکیت بود، ملکیت نیز به وسیله عرض و مجاز بدست می آمد.

دوم؛ عکس مورد اول است، یعنی لزوم و جواز از احکام ملکیت هستند، بصورتی که اگر استنادشان به عقد بود، عقد نیز به وسیله عرض و مجاز بدست می آمد. و ظاهر نظر عقلاء بر مورد اول است.

نتیجه اینکه عقلاء ملکیت را یک قسم بیشتر نمی بینند و لزوم و جواز اعتباری دیگر در نزد آنهاست و از احکام ترتیب یافته هستند، یعنی یا بر عقد همانطور که بظاهر مشخص است یا بر ملکیت مترتب می شوند^{۴۰} که بر این شکل عده ای از بزرگان استصحاب شخصی را در آن جاری و عده ای دیگر فرض خلاف آن استصحاب شخصی را دخیل نمی دانند.

مخالفین

بعد از درک معنای ملکیت و استصحاب شخصی در آن، باید دانست که، امام (ره) ادعای جاری نشدن این استصحاب را با این احتمال قبول (البته بعداً رد کردند) کردند که؛ ملکیت یا اضافه است یا جده و هر دو اینها شدت و ضعف ندارند، و استصحاب شخصی در تردد بین آنها باشد، منظور امام (ره) اینست که اضافه یا جده هر دو به یک معنی هستند و هر دو را می توان جمع بست، حال که استصحاب شخصی یکی از دو مورد متزلزل یا مستقر بودن ملکیت را قبول می کند نه هر دو را، (برای درک بهتر این موضوع باید فرق استصحاب شخصی با کلی قسم دوم را دانست)، همانطور که در مبحث گذشته عرض شد، استصحاب کلی قسم دوم مردد بین دو فرد مختلف الهویه است، مانند فیل و پشه، بشکلی که بقای یکی از آنها در یک مکان حتمی است و از بین رفتن دیگری مسلم است، ولیکن اگر اختلاف در مکان بود و نه در هویت، مانند اینکه حیوانی داشته باشیم و تردید کنیم که در صحرا است و گرگ او را خورده یا در اطاق است و سالم می باشد، این را استصحاب شخصی گویند^{۴۱}.

موافقین

در موافقت با این بحث و مخالفت با رای امام خمینی ره، شیخ علی کاشف الغطاء می فرماید: استصحاب شخصی مردد بین دو فرد کوتاه و بلند نیست و استصحاب فرد مردد به آنچه مردد است. غیر معقول است^{۴۲}. امام (ره) نیز اگرچه به جاری بودن استصحاب جزئی که مترادف استصحاب شخصی است رای داده اند، ولیکن برای روشنتر شدن موضوع احتمالات قبول رای قائلین به جاری نبودن استصحاب شخصی در مورد بحث را مورد کنکاش قرار داده و می افزایند: ملکیت از اضافه وجوه است و هر دو به یک معنیست و جمع می شود، حال که استصحاب شخصی جمع نمی بندد، شیخ حسین حلی نیز استصحاب شخصی را در ملکیت معاطات مردد قبول ندارند و دلیلشان اینست که استصحاب شخصی در رابطه با دو نتیجه متفاوت از یک موضوع است و شیخ علی کاشف الغطاء نیز به همین دلیل آن را نمی پذیرند، آیت... خوانساری نیز در اینباره می فرماید؛ قصد عاقد در عقود تملیکی به ملکیت درآوردن است و کاری جز این نمی کند، و حق در اصالة اللزوم بودن در عقد و اتحاد حقیقت ملکیت است و اختلاف در سبب به ملک درآورنده (فروشنده) است به طوری که شارع مقدس حکم به لزوم در بعضی اسباب و به جایز بودن در دیگری داد، و اگر اختلاف در حقیقت ملک بود، استصحاب شخصی استفاده می شد، حال که اینگونه نیست^{۴۳}. البته فقهای بسیاری مانند امام (ره) جاری بودن استصحاب شخصی را در مورد بحث تصدیق کرده اند، از جمله شیخ قدیری که آن را جاری می دانند و می افزایند به زمان اعتبار ملکیت متقدم بر زمان کشف مقولات است، و لازمه اعتبار مقوله درک آن

۳۹ قدیری، محمدحسن، تقریرات البیع، پیشین، ص ۶۰.

۴۰ همان

۴۱ حلی، حسین، شرح دلیل العروة الوثقی، بی نا- بی جا، بی جا، ۱۳۷۹ ه ق، ج ۱، ص ۲۳۸.

۴۲ کاشف الغطاء، علی، النور الساطع فی الفقه النافع، بی نا- نجف اشرف، بی جا، ۱۳۸۴ ه ق، ج ۲، ص ۱۵۱.

۴۳ نجفی خوانساری، موسی، منیت الطالب فی حاشیة المکاسب، پیشین، ص ۱۴۷.

است، و نه غیر از آن. و اضافه می کنند که: هیچ مانعی وجود ندارد که اضافه و جده را دو ملکیت فرض کنیم مانند عمامه و پیراهن. (لازم به ذکر است که جده (الجده) به معنای پوشاندن کامل است) نه اینکه ملکیت خود مقوله باشد تا قابل تخصیص نگردد و چه مانعی هست در اینکه ملکیت مراتبی داشته باشد مثل نور ضعیف و نور قوی و نتیجه اینکهاستصحاب شخصی در آن بکار می رود^{۴۴}، محقق رشتی نیز با این نظر موافقند^{۴۵} البته ناگفته نماند که این جواب در برابر فرموده مرحوم اصفهانی (ره) آمده، چرا که ایشان نیز جاری بودن استصحاب شخصی در مورد بحث را قبول دارند ولیکن استدلالشان به اینگونه است که برخلاف فرموده امام(ره) که معتقدند هم استصحاب شخصی و هم کلی نوع اول جریان دارند_ معتقدند که فقط استصحاب شخصی جریان دارد و استصحاب کلی جریان ندارد و استدلالشان این است که ملکیت اعتبار مقوله است، یا جده یا اضافه و می افزایند واضح است که مقولات همگی اجناس عالی هستند پس چگونه می شود ملکیت را فرض کرد؟ با وجود اینکه لازمه فرض دو مقوله بودن جنس بالاترین است که هر دو را شامل شود و این خلاف است، و نتیجه می گیرند که ملکیت یک امر است و تعدد ندارد و فقط استصحاب شخصی در آن جریان دارد^{۴۶}، اختلاف موجود بین محقق اصفهانی و شیخ قدیری این است که شیخ قدیری، اشکال وارد را بر فرض اینکه ملکیت خود مقوله است نه زیر مجموعه آن می داند و معتقد است دلیلی بر این فرموده محقق اصفهانی نیست^{۴۷}، بزرگان دیگری نیز هستند که با نظر محقق اصفهانی موافقند از جمله این بزرگان شیخ انصاری انصاری (ره) می باشد که با جاری بودن استصحاب شخصی در مورد بحث موافقند و با این استدلال که ملکیت یک امر واحد اعتباریست و حکم موضوع خود را نه تشکیل می دهد و نه تقسیم می کند و حقیقت آن را تغییر نمی دهد، به این نتیجه می رسد که استصحاب شخصی در اینجا جاری است و نه استصحاب کلی، البته بزرگان دیگر این موضوع را بصورت گسترده تر مورد کنکاش قرار داده اند از جمله این بزرگان سیدجعفر مروج است که در اینباره اعتقاد دارند که استصحاب شخصی درباره وجود یا عدم وجود یک فرد سخن می گوید و اساس اینکه ملکیت مردد بین متزلزل و مستقر یعنی بین لازم و جایز دو فرد است، ممنوع می باشد، زیرا ضرورتاً ملکیت صورت گرفته که خیار است خود به خود، بعد از اتمام زمان جواز یا تصرف خریدار (همانطور که در بحث خیار مجلس نیز توضیح داده شد) به لازم تبدیل می شود پس موضوع ما دو فرد نیست که از حیثه استصحاب شخصی خارج شود^{۴۸}. البته از نظر نگارنده این استدلال سید جزائری ضعیف است، چرا که ایشان در بالای همین استدلال ذکر می کنند که؛ تبدیل خود به خود ملکیت جایز به لازم با از بین رفتن جایز و بوجود آمدن لازم نیست که استصحاب کلی قسم دوم باشد، زیرا انعدام یکی و به وجود آمدن دیگری مستلزم دلیل جداگانه ایست و حقیقت عدم وجود دلیل دیگری است. پس فرد یکی است و دو مکان دارد یا مستقر یا متزلزل^{۴۹} و این در حالیست که واضح می نماید که تبدیل جایز به لازم، از بین رفتن یک موضوع و لازم شدن بقای یک موضوع دیگر است که همان استصحاب کلی است. البته شیخ اصفهانی نیز در دفاع از استصحاب شخصی می فرماید؛ در ملکیت حاصل از معاطات متردد بین متزلزل و مستقر، استصحاب شخصی جریان دارد نه استصحاب کلی و این بخاطر اینست که ملکیت اعتبار مقوله یا جده است و یا اضافه. و واضح است که مقولات همگی جنس عالی هستند، پس چگونه ممکن است که جده و اضافه دو ملکیت فرض شود؟! با وجود اینکه لازمه ملکیت جمع میان هر دو آنهاست و لازمه آنها جنسی است که بالاتر از آنها باشد که شامل هر دو گردد. پس ملکیت یک امر است و متعدد نیست و در آن استصحاب شخصی جریان دارد^{۵۰}. میرزا علی غروی در تقریرات بحث سید خوئی از کتاب «شیخ المکاسب و البیع» می فرماید؛ ظاهر اینست که استصحاب شخصی در مورد بحث جریان دارد و دلیلشان اینست که؛ ملک امری اعتباری واحد است و نهایت امر این است که عرف از آنچه که از مفاسد و مصالح می بیند گاهی عقد را مستمر یا همان لازم

۴۴ قدیری، محمد حسن، تقریرات البیع، پیشین، ص ۵۸ و ۵۹.

۴۵ رشتی، حبیب الله، کتاب القضاء، ناشر: دارالقرآن_قم، بی جا ۱۴۰۱ ه. ق، ج ۲، ص ۹۴.

۴۶ محقق اصفهانی، حاشیه المکاسب، پیشین، ج ۱، ص ۲۲.

۴۷ قدیری، محمد حسن، تقریرات البیع، پیشین، ص ۵۸ و ۵۹.

۴۸ جزائری مروج، سیدجعفر، شرح هدی لطالب الی شرح المکاسب، پیشین، ص ۵۰۵.

۴۹ جزائری، مروج، سیدجعفر، شرح هدی الطالب الی شرح المکاسب، پیشین، ص ۵۰۴.

۵۰ محقق اصفهانی، حاشیه المکاسب، پیشین، ص ۲۲.

می داند و گاهی آن را موقت می شمارد البته این موقت بودن را عرف تا زمانی قبول دارد که حق فسخ وجود دارد و به آن جایز گفته شود، ایشان اینگونه نتیجه می گیرند که؛ لزوم و جواز دو حکم شرعی هستند که مترتب بر امر اعتباری عرف می باشند، و حکم موضوع خود را تنظیم یا تقسیم نمی کنند و حقیقت خود را تغییر نمی دهند، بعنوان مثال حرمت و جواز مترتب بر شرب خمر که بر سالم حرام و بر مریض جایز است و این درحالیست که حقیقت شراب خواری تغییری پیدا نمی کند و تقسیم نیز نمی گردد. ایشان در ادامه می افزایند؛ حکم به استمرار آن امر اعتباری و به انقطاع آن اختلافی بحسب موارد و اسباب پیدا می کند، مثلاً حقیقت هبه، با اینکه یکی است و با وجود اینکه هدیه دهنده یکی است، ولیکن اگر آن هدیه به اقرباء مانند پدر، مادر و خواهر و برادر داده شود حکم به جواز آن داده می شود، البته این مثال از نظر نگارنده رد است، زیرا معاطات، معامله ایست دوطرفه و هبه خیر، که میرزای غروی با استناد به آن (هبه) می افزاید، تملیک نیز مانند هبه یکیست ولی انواع مختلف دارد یعنی اگر بصورت مصالحه باشد شرعاً لزوم پیدا می کند ولی اگر هبه باشد به غیر اقربا رحمی جایز می شود و این همان استصحاب شخصی است^{۵۱}. سید خویی نیز با این نظر موافقت و می فرماید؛ اصل در معاطات لزوم است و در استدلال به اصالت لزوم در ملکیت حاصل از معاطات باید دانست که اگر فرض کردیم؛ ملکیتی با بیع معاطاتی بدست آمد و سپس در زوال آن ملکیت بوسیله فسخ یکی از آن دو فروشنده و خریدار شک کردیم، اقتضای استصحاب بقای آنست، که از نظر ایشان این استصحاب شخصی است و در اینجا به کار می رود و استدلالشان اینست که؛ ملکیت حقیقتی واحد دارد و اگر این ملکیت بر بیع و امثال آن از عقود معاوضی مترتب شد و شک به زوال یا بقای ملکیت کردیم، حکم به بقای آن بوسیله استصحاب می دهیم، و ملکیت حاصل از معاطات حقایق متعدد ندارد تا استصحابش کلی باشد، ایشان می افزایند؛ و اما تزلزل و استقرار باعث اختلاف در حقیقت ملکیت و ماهیت آن نمی شوند، بلکه این دو از حکم شارع بوسیله جواز فسخ عقد و عدم آن منتزع هستند. ایشان، منشاء این اختلاف را اختلاف عناوین معاطاتی می داند که خود موضوعی است برای حکم شارع به ملکیت، نه اختلاف حقیقت ملکیت^{۵۲}. بزرگان دیگری نیز هستند که با نظر جاری نبودن استصحاب شخصی در مورد بحث مخالفند از جمله این بزرگان سید بجنوردی^{۵۳} و میرزا ابی الحسن مشکینی^{۵۴} و... هستند که به علت رعایت اختصار به همین میزان اکتفا می شود.

ج) نتیجه گیری:

امام خمینی (ره) درباره دلیل های لزوم معاطات استصحاب را اختیار می فرماید و در این باره نظرشان اینست که بعد از حصول ملکیت توسط معاطات شک به جواز یا لزوم معاطات برمی گردد که آیا نتیجه بسبب معاطات ملکیتی مستقر است، بصورتی که با فسخ زائل نشود؟ یا اینکه ملکیتی غیرمستقر است که با فسخ زائل می شود؟ پس امر ملکیت حاصل دائر بودن مسئله بین دو فرد بلند و کوتاه است و بعد از فسخ و شک در تأثیر آن امر به استصحاب ملکیت برمی گردد و ارکان استصحاب از جهت حصول ملکیتی ثابت، کامل هستند و امام (ره) براساس اصل استصحاب نتیجه لزوم معاطات را می گیرند^{۵۵}. بعد از بیع دلیل دوم برای لزوم معاطات حدیث شریف «الناس مسلطون علی أموهالهم»^{۵۶} است، زیرا مقتضای سلطنت خارج نشدن مال از ملکیت شخص بدون اختیار او است، پس جائز بودن معاطات باعث تملک شخص دیگر برای ملکیت و سلطنت صاحب مال بدون اذن او می شود و این خلاف سلطنت مطلق است. پس معاطات عقدی لازم است^{۵۷}.

۲. لزوم ملکیت و جواز آن در اثبات استصحاب شخصی

۵۱ غروی، علی، التنقیح فی شرح المکاسب و البیع، ناشر: موسسه احیاء آثار و نشر آثار امام (ره) تهران، چ اول ۱۴۲۵ هـ ق، ج ۳۶، ص ۹۵ و ۹۶.

۵۲ سیدخوئی، مصباح الفقه، پیشین، ج ۲، ص ۱۴۷.

۵۳ سیدبجنوردی، القواعد الفقهیه، پیشین، ج ۴، ص ۱۳۴، همان، ج ۵، ص ۲۴۰.

۵۴ مشکینی، ابن الحسن، حاشیه کفایه الاصول آخوند خراسانی، ناشر: دارالحکمه قم، چ اول ۱۴۱۶ هـ ق، ج ۴، ص ۲۹۸.

۵۵ امام خمینی (ره)، البیع، پیشین، ص ۵۱.

۵۶ احسانی، ابن ابی جمهور، عوالی اللالی، پیشین، ص ۱۶۵.

۵۷ موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، تقریرات البیع، پیشین، ص ۹۲.

وهكذا لا شبهة في أن لزوم الملكية وجوهازها ، ليس من الاثار القهيبية الحاصلة من لزوم العقد وجوهازه ، « ولا مبدءا تكوهينيا للزوم العقد وجوهازه ، حتى يكوهن لزوم السبب من آثار لزوم المسبب ، أو يستند إليه بالمجاز والعيض ، أو يكوهن اللزوم مستندا إلى السبب بالذات وإلى الملكية بالعيض وهكذا . بل التحقيق : أن اللزوم والجوهاز من اعتبارات الاسباب والعقود ، ويكوهن عند العقلاء العقود على صنفين : لازمة وجائزة والملكية الحاصلة من العقود ليست شديدة وضعيفة حتى يتوههم التشكيك الخاصي فيها ، بل السبب إذا كان عقدا لازما ، فهو يوهث الملكية الغير المنفكة بالفسخ ، وإذا كانت عقدا جائزا فهو يوهث الملكية المنفسخة بأسبابه ، وذلك ليس معناه اشتداد المعنى الاعتبار ، كما يتصوهر في ماهيات الحقيقية ، بل الزوال وعدمه من آثار الاسباب . فالملكية الحاصلة من العقد الميديد بين الجوهاز واللزوم ، هي الملكية الشخصية ، لان الجوهاز واللزوم ليسا من الجهات الدخيلة في النقل والانتقال ، بل العقد بعنوهانه دخيل في النقل ، وإيجاد الملكية والجوهاز واللزوم الطارئ عليه ، لا مدخلية له في النقل بالضيورة . وإن شئت قلت : لوه فيضنا أن المسألة من قبيل المسائل التكهينية ، وأن العقود تؤثي في معا ليلها ، فالذ هوه المؤثي ليس الجوهاز واللزوم بالقطع واليقين ، بل المؤثي هوه الحيثية العقدية ، فالاستصحاب الشخصي جار لعدم اختلاف الاثي بين العقد اللازم والمتزلزل ، بل الملكية الحاصلة منهما معنى واحد شخصي ، واعتبار خاص جزئي ، وجوهاز الفسخ وانتقال الملكية وزوالها من آثار خصوصية الجهة الناقلة ، وهوه اللزوم والجوهاز ، فلا تغفل . ثم إنه إذا جبي الاستصحاب الشخصي ، يمكن إجاء الكلي القسم الاول منه ، كما لا يخفى^{۵۸}»

ترجمه

و نیز شکی نیست در اینکه لزوم ملکیت و جایز بودن آن از آثار و نتایج اجباری و قهری پدید آمده از لزوم یا جواز عقد نیست و مبدء تکوینی برای لزوم یا جواز عقد وجود ندارد تا اینکه لزوم دلیل ملکیت از آثار لزوم مسبب ملکیت و عقد باشد یا بصورت مجاز و عرضی به آن مستند باشد یا لزوم مستند به دلیل ذاتی یا ملکیت عرضی باشد بلکه رای درست آن است که لزوم و اجازة ملکیت از اعتباریات و دلایل عقود می باشد و عقود و قراردادهای در نزد عقلاء بر دو گونه است . عقود لازم و عقود جائز . ملکیت پدید آمده از عقود بصورت شدید و ضعیف نیست تا تشکیک و مشکک بودن در آن توهم شود بلکه اگر دلیل عقد لازم باشد باعث ملکیتی می شود که قابل فسخ از سوی فروشنده و خریدار نیست و اگر عقد جائز باشد دلیل ملکیتی میشوند که بوسیله اسباب فسخ منتقل میشود و این معنایش شدید بودن معنای اعتباری نسبت همانگونه که در ماهیتهای حقیقی است بلکه ظاهر شدن یا نشدن ملکیت از اسباب آن پدید می آید. پس ملکیت پدید آمده از عقد که میان جواز و لزوم عقد مردد است همان ملکیت شخصی می باشد زیرا جواز و لزوم عقد از دلایلهایی در انتقال ثمن و مضمن نیستند بلکه گره عقد با عنوان خودش در انتقال مال دخالت دارد و به وجود آوردن ملکیت و جواز و لزوم پدید آمده در آن دخالتی در انتقال ثمن و مضمن ندارد و اگر خواستی بگو اگر مسئله از مسئله های تکوینی باشد و اینکه عقود در معلولهای آن موثر باشد پس بطور قطع و یقین، جواز و لزوم موثر بر ملکیت نیست بلکه موثر همان عنوان عقد است پس استصحاب شخصی به خاطر نبودن اختلاف نفر و نتیجه میان عقد لازم و متزلزل در آن جاری می معنای واحد شخصی و اعتبار خاص جزئی میباشد واجازة ، باشد. بلکه ملکیت پدید آمده از آن دو فسخ عقد و جابجایی ملکیت و زوال آن از آثار نقل دهنده یعنی لزوم و جواز است پس غافل نباش. سپس هنگامی که استصحاب شخصی جاری شود جاری شدن استصحاب کلی قسمت اول از آن امکان دارد همانطور که پنهان نیست.

الف) تحلیل فقهی

اگرچه تحلیل فقهی مبحث گذشته شامل گفتار حاضر نیز می شود، و مبحث استصحاب شخصی مرتبت با لزوم و جواز است، ولیکن نگارنده بر خود لازم می داند گفتار حاضر را از دید موشکافانه تری مورد بررسی قرار دهد، ابتدا باید دانست که از دیدگاه امام (ره) لزوم ملکیت و جواز آن از آثار قهریه حاصل از لزوم عقد و جواز آن نیست و به این علت استصحاب شخصی در مورد بحث که لزوم و جواز از جهات داخلی در نقل و انتقال نیستند، بلکه این عقد است که دخیل در ، جاریست نقل است و ایجاد ملکیت و جواز و لزوم داخل در عقد هستند و نه در نقل. چیزی که موثر است حیثیت عقدی است و استصحاب شخصی بعلت

۵۸ . امام خمینی (ره)، کتاب البیع، پیشین، ص ۱۰۰ و ۱۰۱.

عدم اختلاف اثر بین عقد لازم و متزلزل جاری است. اگرچه امام (ره) لزوم و جواز آن را از آثار قهریه حاصل از لزوم و جواز عقد نمی داند ولیکن زوال و عدم آن را از آثار اسباب به حساب می آورند، که در اینباره سید (ره) با وجود موافقت با اصل فرمایشات امام (ره) ولیکن لزوم و جواز را از آثار اسباب حساب نمی کنند، به زبان ساده تری هم می توان فرمایشات امام (ره) را بیان کرد، ولیکن کمی دقت می‌خواهد، که بی شک خوانندگان این مطالب خود اساتید دقت هستند،

مخالفین

از منظر امام (ره) لزوم و جواز ملکیت نه از آثار لزوم و جواز عقد است و نه تکوین کننده آن، و نه می توان گفت لزوم سبب یا همان ملکیت از آثار لزوم مسبب که عقد است باشد، بلکه لزوم و جواز از اعتبارات اسباب و عقود است و نه آثار، شاید در نزد خوانندگان این سوال پیش بیاید که چه فرقی هست بین آثار و اعتبارات؟ نگارنده برای جواب این سوال به مثالی که امام (ره) زده اند، تکیه کرده و با آن این فرق را توضیح می دهد، اگر بخواهیم لزوم و جواز را از آثار عقد بیندازیم باید شدت و ضعف را در عقد قبول کنیم، بطوری که یکجا بگوییم ملکیت است و یکجا بگوییم خیلی لکیت است، حال که مالک یکدانه گندم با مالک یک کشور هر دو به یک اندازه ملکیت دارند، ولیکن باید دانست که از اعتبارات اسباب به این شکل است که؛ اگر عقدی لازم است، باعث ملکیت لازم و غیر منفک می شود و اگر جایز است باعث ملکیتی قابل انفساخ یا فسخ می شود، که این لزوم و جواز از اعتبارات عقد گرفته شده نه از آثار آن. امام (ره) با این استدلال به جاری بودن استصحاب شخصی می رسند، چرا که معتقدند که جواز و لزوم از جهاتی دخیل در نقل و انتقال نیستند، بلکه داخل در عقد و از اعتبارات آنند و عقد داخل در نقل و انتقال است و، ایجاد ملکیت و جواز و لزوم از آثار آن می باشد و این خلاصه ای بود از برداشت نگارنده از فرمایشات امام (ره). سید کاظم خلخالی (ره) در اینباره با نظر امام (ره) موافقت و در تقریر بحث میرزا حبیب الله رشتی می فرماید؛ لزوم و جواز از احکام شرعی عقد هستند و از مقتضیات عقد نمی باشند، استناد سید به آیه «**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**»^{۵۹} است که شرعی بودن را می رساند^{۶۰} و این برخلاف تصور سید(ره) است که اعلام می دارند لزوم و جواز از احکام عقلانی هستند و نه شرعی. سیدخلخالی می افزاید؛ همانا لزوم و جواز از موضوع حکم (عقد) گرفته نشده اند و اگر حکم وجوب تعلق به عقد گرفت معنی آن وجوب مقتضی و مدلول عقد می شود و مدلول و مقتضی چیزی جز ملکیت و حصول نقل مال از خریدار برای مشتری و بالعکس نیست، سیدخلخالی (ره) وجوب وفا بر ملکیتی که مدلول عقد است را اینچنین معنی می کند که: وجوب وفا بر ملکیت مدلول عقد، عبارت است از تربت آثار ملکیت از جمله حرمت تصرف بدون رضایت دیگری به طور مطلق چه قبل از فسخ و چه بعد از فسخ^{۶۱}. خلاصه گفتار ایشان را به این شکل می توان قید کرد که: عقد طبیعتی واحد دارد و مقتضای آن طبیعتی واحد است، طبیعتی که در آن تعدد نباشد و بطور کل در آن تعدد راه نداشته باشد، چه در جواز و چه لزوم تا حکم به آنها تعلق نگیرد^{۶۲}. به نظر می‌رسد نزدیک‌ترین نظر به دیدگاه امام (ره) همین نظر سید خلخالی (ره) است.

موافقین

از جمله موافقین لزوم ولکیت و جواز آن در استصحاب شخصی میرزا حبیب الله رشتی است، که نظرات ایشان و فقهای عظام هم نظر با ایشان به تفصیل در گفتار پیشین آمد، فلذا نگارنده از تکرار می پرهیزد.

۳. جایگاه لزوم و جواز در استصحاب شخصی

این مطلبی است که محقق ماهر و متخصص در مسئله (مرحوم امام خمینی ره) فرمودند و اگرچه در اصل مسئله با او موافق هستیم اما باید به این نکته اشاره کنیم که لزوم و جواز از احکام عقلایی عقد میباشد نه از آثار و نتایج عقد و دخالتی در تاثیر عقد ندارد و در نتیجه عقد قیده‌های موثری نیستند و نیز جز حدود ملکی موثر نمیباشد و صفت استقرار و تزلزل عقد از صفات اعتباری و قراردادی برداشته شده دو حکم ثابت عقود هستند و اینکه مرحوم امام ره گمان کرده که دو بحث استقرار و

۵۹سوره مائده، آیه ۱.

۶۰خلخالی، سیدکاظم، فقه امامیه (قسم خیارات)، پیشین، ص ۱۳.

۶۱همان.

۶۲خلخالی، سیدکاظم، فقه امامیه (قسم خیارات)، پیشین، ص ۱۴.

تزلزل از قیود موثر در عقد هستند اگر چه دخالتی در تاثیر ندارد تام و کامل نیست همانگونه که منتفی بودن مراتب شدت و ضعف خاص از ملکیت باعث منتفی بودن تشکیک عام یعنی شدت و ضعف عام نمی شود و لذا مرحوم سید محمدکاظم یزدی (ره) در ملحقات العروه الوثقی و همچنین بزرگان زیادی در کتب خود فرموده اند ملکیت دارای مراتب گوناگون است و مقصود او اختلاف و گوناگونی ملکیت در احکام و آثار ملکیت است و مرحوم والد در حاشیه خود بر کتاب ارث ملا هاشم خراسانی (ره) این قول را برگزیده که ملکیت بر چمن زارهای روستاها و اطراف شهر ضعیف میباشد، بنابراین مراجعه شود. سپس ملازمه میان جاری شدن استصحاب شخصی و کلی قسم اول پذیرفته نیست همانطور که در محل بحث مورد قبول نیست زیرا در ادعای باقی بودن ملکیت شخصی صحیح است ولی ملکیت کلی بنا به استصحاب شخصی هیچ اعتباری ندارد. و بیان آن با رجوع به ضرب المثلها مشخص میشود در جملاتی مانند: خبر از وجود زید در خانه، آگاهی از وجود انسان در خانه می دهد (وجود انسان در خانه معلوم است) پس هرکدام به صورت جداگانه استصحاب میشود و اثر مطلوب و مقصود بر آن مترتب میشود و چه بسا یکی از این دو از دیگری بی نیاز باشد و یا استصحاب شخصی از کلی یا برعکس بنا به تفصیلی که در محل خود مقرر شده است و اما اگر به وجود ملکیت خانه برای زید به وسیله عقد معاطاتی علم حاصل شود پس علم به ملکیت کلی نسبت به خانه حاصل نمیشود بلکه به ملکیت اضافه شده به خانه علم پدید می آید. و اضافه به مورد شخصی و جزئی مانند مسئله جزئی پدید می آید. بله، ادعای جاری شدن استصحاب شخصی در جای دیگر امکان دارد و آن بعد از علم مذکور است که مالکیت زید نسبت به چیزی دانسته شود و هرگاه عقد بیع فسخ شود در باقی بودن عنوان ملکیت شک میشود ولی بر اساس استصحاب شخصی نیست و ادعای کافی بودن یکی از دو استصحاب و بی نیازی آن از دیگری معقول نیست. پس آگاه باش و تفکر کن

تحلیل فقهی

آنچه از این گفتار برداشت می شود، این است که، سید (ره) در انتقاد و بررسی کل مبحث استصحاب شخصی و فرمایش امام (ره) برآمده اند و از آنجایی که در تحلیل فقهی قسمت های مذکور^{۶۳} نظرات موافق و مخالف ارائه گردید، فلذا از تکرار پرهیز می شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- ۱) جبار گلباغی ماسوله، سید علی، درآمدی بر بی عرف، ه ۸۳۷۱ چ اول، ناشر: مؤسسه نشر اسلامی - قم، چ اول، ۱۳۷۸ ه ق، ج ۲.
 - ۲) دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران، بی جا، بی تا، ج ۱.
 - ۳) قرشی، سیدعلی اکبر، قاموس قرآن، ناشر: دارالکتاب اسلامی - تهران، بی جا، ۱۳۵۴ ه ش، ج ۵ و ۶.
 - ۴) همو، مفردات نهج البلاغه، ناشر: نشر قبله - تهران، چ اول ۱۳۷۷ ش، ج ۱.
 - ۵) معین، محمد، فرهنگ معین، ناشر: انتشارات امیرکبیر - تهران، چ اول ۱۳۵۰ ه ش، ج ۱.
- (ب) منابع عربی:
- ۱) قرآن کریم.
 - ۲) صحیفه سجادیه.
 - ۳) آملی، محمدتقی، کتاب المکاسب و البیع، ناشر: موسسه نشر اسلامی - قم، بی جا، بی تا، ج ۱.
 - ۴) ابن تیمیّه، احمد، مجموع الفتاوی، ناشر: موسسه عبدالرحمن بن محمد - ریاض، چ سوم ۱۳۸۱ ه ق، ج ۳۴.
 - ۵) ابن عبدالقادر، عادل، العرف، ناشر: دار المسلمین - مکه، چ سوم ۱۹۹۷ م، ج ۱ و ۲.
 - ۶) ابن عربی، محمد، احکام القرآن، ناشر: بجای - قاهره، چ دوم ۱۹۷۲ م، ج ۳.
 - ۷) ابن علامه، ایضاح الفوائد، ناشر: موسسه اسماعیلیان، بی جا، چ اول ۱۳۸۹ ه ش، ج ۳.
 - ۸) ابن قیّم جوزیه، محمد بن ابی بکر، زاد المعاد فی هدی خیر العباد ناشر: دار العلم للملایین - بیروت، چ چهارم، ۱۹۸۲ م، ج ۵.

^{۶۳}مبحث حاضر، گفتار اول و دوم.