جلسه 641

دوشنبه 11/07/90

أعوذ باللّه من الشیطان الرجیم بسم اللّه الرحمن الرحیم الحمد للّه ربّ العالمین و صلّی اللّه علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین سیّما بقیّة اللّه فی الأرضین و اللّعن علی أعدائهم أجمعین.

بحث در فرع دوم بود که اگر بدانیم مالی از زید به عمرو منتقل شده است، ولکن اختلاف بشود بین این دو، زید بگوید بعتک هذا الکتاب مثلا، عمرو بگوید بل وهبتنی ایاه، مشهور گفته اند این باب تداعی هست ونوبت به تحالف می رسد.

ما عرض کردیم که ممکن است بگوئیم اینجا باب تداعی نیست، بلکه زید مدعی استحقاق ثمن هست از عمرو، و نیز مدعی خیار هست علی تقدیر امتناع عمرو از اداء ثمن. و عمرو منکر این دو مطلب هست. استصحاب عدم هبه هم اثبات نمی کند که عمرو بدهکار است. اگر استصحاب عدم هبه اثبات می کرد عمرو بدهکار است به ثمن، خب ما می گفتیم عمرو حرفش خلاف اصل شرعی است، ولکن استصحاب عدم هبه که اثبات اشتغال ذمه عمرو را به ثمن نمی کند. پس عمرو می شود منکر اشتغال ذمه به ثمن، زید که می گوید بعتک هذا الکتاب می شود مدعی اشتغال ذمه عمرو به ثمن. پس زید می شود مدعی و عمرو می شود منکر. وهمینطور در مورد خیار، عمرو منکر خیار است برای زید، وزید مدعی خیار است.

ولکن یک شبهه قویه ای مطرح شد، وآن این است که ما از بناء عقلاء ومعتبره اسحق بن عمار استفاده کردیم که در موارد انتقال مال به شخصی واستیلاء آن شخص بر این مال غیر، اگر ندانیم که این استلاء علی وجه الضمان بوده یا علی وجه المجان، اصل بر عدم مجانیت است اصل بر ضمان است.

این مطلب که مطرح می شود اصلا برنامه عوض می شود. آنوقت به لحاظ اینکه زید می خواهد مطالبه بکند به ثمن، می خواهد اثبات بکند که عمرو ضامن ثمن هست، عمرو هم می خواهد انکار کند ضمانش را نسبت به ثمن، خب طبق این بیان عمرو می شود مدعی مجانیت و زید می شود منکر مجانیت. ولکن به لحاظ خیار قضیه برعکس است، زید مدعی حق الخیار است و عمرو منکر حق الخیار. پس از حیث استحقاق ثمن زید می شود منکر مجان وقولش مسموع است با یمین، ولی به لحاظ ادعای ثبوت حق الخیار برای او، زید می شود مدعی حق الخیار. باز برگشت به باب تداعی. باز شد همان حرف مشهور. به لحاظ اینکه زید وقتی گفت بعتک هذا الکتاب غرضش الزام عمرو بود به اداء ثمن، مستفاد از معتبره اسحق بن عمار و ارتکاز عقلاء این بود که عمرو مدعی مجانیت است، او باید بینه بیاورد بر عدم ضمان ثمن. اما زید می شود منکر مجانیت، قولش مقبول است بیمینه. اما به لحاظ اینکه می خواهد اثبات کند که من حق الفسخ دارم عند عدم اداء الثمن، او می شود مدعی. باز باب، باب تداعی شد.

وهمینطور طبق آن مبنایی که آقای خوئی قائل بود، باز باب تداعی است چطور؟

آقای خوئی فرمود: به لحاظ استحقاق ثمن، زید مدعی استحقاق ثمن است، قول عمرو که انکار می کند اشتغال ذمه اش را به ثمن موافق با استصحاب است، چون ایشان معتبره معتبره اسحق به عمار را فقط در مورد خودش قبول دارد در اختلاف اینکه ودیعه بود یا قرض بود که مورد روایت اسحق بن عمار است، وتعدی به جاهای دیگر نمی کند. پس به لحاظ استحقاق ثمن زید می شود مدعی استحقاق ثمن، اما به لحاظ اینکه زید می گوید اگر عمرو ثمن نداد من حق فسخ دارم، ما به گردن آقای خوئی گذاشتیم که طبق مبانی شما زید که می گوید من خیار فسخ دارم در حقیقت انکار می کند جعل ملکیت بعد الفسخ را. عمرو که می گوید تو خیار نداری او ادعا می کند جعل ملکیت مطلقه لما بعد الفسخ را. استصحاب هم که می گوید جعل نشده بود ملکیت مطلقه لما بعد الفسخ. پس قول زید که می گوید من خیار دارم می شود موافق اصل شرعی. از این لحاظ می شود منکر. باز باب می شود باب تداعی. به لحاظ ادعای ثمن آقای خوئی می گویند این زید مدعی استحقاق ثمن است واین خلاف استصحاب عدم اشتغال ذمه عمرو است به ثمن. ولی به لحاظ اینکه می گوید من خیار فسخ دارم، طبق مبانی آقای خوئی این آقای زید قولش موافق اصل است، اصل عدم جعل ملکیت زائده لما بعد الفسخ.

اقول: البته ما این فرمایش آقای خوئی را قبول نداریم، ما معتقدیم خیار غیر از جعل حق الخیار چیز دیگری نیست. وقتی بیع می کند به شرط خیار انشاء می کند ملکیت مطلقه را، منتهی برای خودش حق الغاء قرار می دهد. تهافت در کار نیست. تهافتی نیست که من اعتبار بکنم ملکیت مطلقه را برای مشتری نسبت به این کتاب، می گویم من اعتبار می کنم ولکن برای خودم حق الغاء نسبت به این اعتبار قرار می دهم که هر وقت خواستم الغاء کنم این اعتبار را.

ایشان فکر می کند این تهافت است، از یک طرف به او بگویم من خیار فسخ دارم یعنی بعد از فسخ من شمای مشتری دیگر مالک نیستی نسبت به کتاب، از آن طرف بگویم من انشاء می کنم تو مالک کتابی چه قبل از فسخ من و چه بعد از فسخ من. ایشان می گوید این تهافت است، از یک طرف می گوئی آقای مشتری بعد از فسخ من چون جعل خیار کردم برای خودم تو دیگر مالک کتاب نیستی، از آن طرف انشاء بکنم که آقای مشتری تو مالک کتاب هستی چه قبل از فسخ من و چه بعد از فسخ من و این تهافت است.

می گوئیم نخیر هیچ تهافتی نیست. اعتبار می کند ملکیت مطلقه را ولکن برای خودش حق الغاء نسبت به این اعتبار قرار می دهد که هر وقت خواست الغاء کند این اعتبار را. ثمره اش این است که اصلا موضوع می شود برای حق الغاء.

سؤال وجواب: اطلاق رفض القیود است جمع القیود که نیست. می گوید تو مالک این کتابی. قید که نمی زند که مالکی قبل از فسخ من. تو مالک این کتابی که اقتضای ابدی بودن می کند. بعد می گوید البته من حق دارم هر وقت خواستم این اعتبار خودم را الغاء بکنم. من اعتبار کردم ملکیت مطلقه شما را، اما معنایش این نیست که من حق الغاء نداشته باشم. بعد از اینکه آمدم فسخ کردم یعنی آن اعتبار خودم را الغاء کردم. در همان مثال دائم بشرط خیار، اول می گوید ما ازدواج دائم می کنیم، ولکن اگر من خلاف آنچه از خودت گفتی بودی من حق خیار در نکاح دارم. اگر اینجور بگوید آیا این تهافت است که از یک طرف می گوید ما ازدواج دائم می کنیم، واز آن طرف می گوید ولکن اگر معلوم شد که تو سالم نیستی من حق فسخ دارم؟ هیچ تهافت عرفی نیست. اعتبار می کند ازدواج دائم را، نه اینکه می گوید من اگر فسخ کردم باز هم فسخ من نافذ نیست و تو هنوز هم زوجه من هستی. این را که نمی گوید. اعتبار کردن که من اعتبار شخصی می کنم ازدواج دائم را، ولی به نظر عقلائی و متشرعی را، بعد از اینکه من فسخ کردم این عقد نکاح را بخاطر حق الخیار، دیگر این اعتبار من بقاءا نافذ نیست، نه اینکه از اول من اعتبار ازدواج دائم نکردم.

جالب این است که ما ازدواج بشرط الخیار را آن شرطش را نافذ نمی دانیم، چون لزوم در نکاح را لزوم حکمی می دانیم، ولی آقای خوئی فرموده شرط خیار هم فاسد است در عقد نکاح و هم مفسد عقد نکاح است. چرا؟ چون طبق همان مبنای خودش فرموده این شد زوجیت مقیده به مادام عدم الفسخ. اینکه می گوید ازدواج می کنیم به شرط اینکه من خیار فسخ داشته باشم یعنی انشاء می کنم زوجیت محدوده و مغیی به مادام عدم الفسخ را. بعد آقای خوئی می گوید ما همچنین ازدواجی در اسلام نداریم. ازدواج در اسلام یا موقت به زمان است یا دائم است. اما این ازدواج مقید به مادام عدم الفسخ یا مقید به مادام عدم مجیء زید من السفر این ازدواج اصلا در اسلام مشروع نیست. ما یا نکاح بات یعنی دائم داریم یا نکاح غیر بات داریم که همان نکاح موقت است که باید وقت و أجلش ذکر بشود.

اقول: جناب آقای خوئی! این اصلا عرفی نیست که فرمودید ازدواج به شرط خیار بازگشتش به تحدید زوجیت است. او اصلا می گوید من ازدواج دائم می کنم، همینکه می گوید ازدواج دائم می کنم موضوع درست می کند برای حق الغاء. باید یک اعتبار مطلقی باشد تا من او را الغاء بکنم یا نکنم.

پس این فرمایش در مبنای حق الخیار تمام نیست.

سؤال وجواب: انشاء اطلاق دارد و لکن این انشاء را من حق دارم الغاء کنم و بعد از الغاء این بله این انشاء من دیگر بقاءا نافذ نخواهد بود. اما نافذ بودن اعتبار غیر از خود اعتبار است. من اعتبارم مطلق است اما نمی گویم این اعتبارم عقلاءا وشرعا نافذ است حتی بعد از اعمال حق الخیار. مثل آن آقایی که می گوید من شما را پنج ساله متولی مدرسه قرار دادم و لکن من حق دارم هر وقت مصلحت دیدم شما را عزل کنم، آیا عرفا یعنی او متولی قرار داد مادام عدم العزل؟ نه، اعتبار کرده است آن آقا متولی است پنج ساله، اعتبار مطلق است، در عین حال برای خودش حق الغاء آن اعتبار را قرار می دهد، یعنی من حق دارم که از نفود آن اعتبار جلوگیری بکنم و الغاء بکنم آن اعتبار را. خود الغاء عرفا فرع بر وجود آن اعتبار است، فرع بر این است که آن اعتبار اقتضاء بقاء دارد می آید آن اعتبار را الغاء می کند یعنی از اثر می اندازد.

یک مطلبی هم عرض کنم: ما یک عرضی به آقای خوئی داریم، می گوئیم برفرض فرمایش شما در خیار که شرط الخیار تحدید المنشأ هست بپذیریم، اما یک مطلبی هست وآن این است که ما به نظرمان می آید اینکه شما می گوئید به عرف که می گوئیم مدعی را معنا کن، می گوید مدعی کسی است که قولش مخالف حجت است، ولی شارع می گوید من در مصادیق حجت خودم نظر دارم، ولذا در محیط شرعی مصداق مدعی آن کسی است که قولش مخالف است با حجت شرعیه. ایشان در فقه بر اساس همین مشی می کند.

اقول: می گوئیم جناب آقای خوئی انصافا این فرمایش شما درست نیست. عرفا مدعی کسی است که عند العقلاء ملزم به اثبات است. حرفی می زند علیه طرف مقابل که عقلاء او را ملزم به اثبات می دانند ولو اثر شرعی با آن موافق باشد.

مثلا زن و شوهری تازه عقد بسته اند و این دختر خانم هنوز در خانه پدر هست. یک وقت شوهر آمد به قاضی شکایت کرد که این خانم تمکین نمی کند از من. قاضی می گوید خانم چرا تمکین نمی کنی؟ خانم می گوید ما عقد بسته ایم خانه پدر هستم، متعارف نیست تمکین کامل در دوران عقد بستگی، شرط ارتکازی است، کما اینکه شرط ارتکازی است که این آقا اسقاط می کند حق نفقه مرا، از طرف من هم شرط ارتکازی است که من جق تمکین کامل را اسقاط می کنم برای او. متعارف این است. قاضی می گوید حرف درستی می زنی.

به آن آقا داماد می گوید شما چه می گوئی؟ می گوید من موقع عقد به خانم گفتم که من این شرط را قبول ندارم.

از نظر عرف مدعی کیست؟ مدعی این داماد است که ادعا می کند برخلاف ظهور اطلاقی عقد نکاح در عرف ما که اقتضاء می کند شرط ارتکازی عدم حق استمتاع را در دوران عقدبستگی، این داماد ادعا می کند نصب قرینه بر خلاف را، او ملزم به اثبات است که قرینه بر خلافی که می گوئی نصب کردم ثابت کن. در حالی که طبق مبنای آقای خوئی نخیر، این دختر خانم مدعی است. چرا؟ برای اینکه شرعا هر زوجی از زوجه اش حق استمتاع دارد مگر زوجه شرط بکند سقوط این حق را. استصحاب هم می گوید این زوجه شرط نکرده است سقوط این حق را شرعا. این استصحاب عدم اشتراط ثبوت حق به نفع شوهر است.

لایقال: استصحاب می کنیم عدم نصب قرینه بر خلاف را.

فإنه یقال: این اصل مثبت است. استصحاب عدم نصب قرینه بر خلاف بخواهد اثبات کند وجود شرط ارتکازی را وسقوط حق الاستمتاع را، می شود اصل مثبت، چون اثر شرعی او نیست.

در حالی که عرف این شوهر را ملزم به اثبات می داند.

به نظر ما المدعی من هو ملزم بالاثبات عقلاءا، وکسی که ادعای خیار می کند او ملزم است به اثبات در مانحن فیه، ولو قولش موافق استصحاب عدم جعل ملکیت لما بعد الفسخ باشد.

سؤال وجواب: ما می گوئیم اصلا مفهوم مدعی یعنی: من یدعی شیئا علی الآخر ویکون ملزما بالاثبات عقلاءا. اصلا مدعی مفهومش این است.

یک مطلبی هم آقای سیستانی دارد او را هم عرض کنیم: آقای سیستانی می فرماید: ما اول باید نگاه کنیم به ظاهر حال. در همین بحث اختلاف در اینکه زید می گوید بعتک هذا الکتاب عمرو می گوید بل وهبتنی ایاه. باید ظاهر حال را ببینیم چیست. مثلا یک وقت پدر و پسر هستند، خب اینجا ظاهر حال نیست که پدر فروخته و نبخشیده. اما یک وقت پدر وپسر نیستند، ظاهر حال عدم بخشش این کالای گران قیمت هست. پس کسی که قولش مخالف ظاهر حال است می شود مدعی. بله اگر هیچ کدام از این دو ادعا مخالف ظاهر حال نبود، آنوقت نوبت می رسد به همان معیار که مدعی کسی است که قولش مخالف حجت شرعیه است. والا تا ظاهر حال مطرح است معیار ظاهر حال است.

اقول: طبق این مبنا هم نتیجه روشن است، ولی این مبنا ضابطه مند نیست. ظهور حال هم که ایشان می گوید نه ظهور حال معتبر، نه، ایشان ظهور حال غیر معتبر می گوید. چون اگر ظهور حال معتبر بگوید که می شود همان حجت شرعیه. این اصلا ضابطه مند نیست. طرف قیافه اش می خورد به اینکه ببخشد یا نمی خورد؟ فرق می کند. اینها را مطرح کردن در دادگاه شدیدا اختلاف درست می کند که قاضی باید نگاه کند به ظاهر حال طرف. این ظاهر حال ها با اختلاف افراد و اختلاف شهرهائی که این افراد در آنها زندگی می کنند شدیدا مختلف می شود، یک جا ظاهر حال این است که اینها سخاوتمند هستند و یک جا ظاهر حال این است که سخاوتمند نیستند، آنوقت این قاضی نمی داند چکار بکند. اینها خیلی بعید است.

مطلب سوم: آقای خوئی فرمود که در تداعی تحالف که شد لایبعد که بگوئیم انفساخ می شود عقد انفساخا واقعیا. یعنی تداعی که شد زید گفت ایها القاضی والله لم اهب هذا الکتاب من عمرو، قسم می خورد بر نفی دعوای دیگری، عمرو هم می گوید ایها القاضی والله لم یبعنی هذا الکتاب. قاضی هم می گوید لابیع و لاهبة. آقای خوئی می گوید بعد حکم می کنیم به انفساخ عقد، بیع هم بود منفسخ و هبه هم بود منفسخ انفساخا واقعیا. انفساخ واقعی که شد کتاب بر می گردد به ملک زید، مشکلی نیست. واقعا مال زید است و به هر کسی بدهد مال خود اوست. دیگر مخالفت تفصیلیه پیش نمی آید که می گفتید چطور زید در این کتاب تصرف کند با اینکه می داند مال عمرو است، چطور به دیگران بدهد دیگران تصرف کنند با اینکه می دانند مال عمرو است. نه، دیگر شد مال زید.

اقول: جناب آقای خوئی! به چه دلیل می گوئید تحالف موجب انفساخ واقعی می شود؟ اینکه خلاف ظاهر روایات است که قضاء قاضی مغیر حکم الله باشد. و ربما بعضکم الحن بحجته من بعض، فأیّ رجل قطعت له قطعة من مال اخیه فإنما قطعت له قطعة من النار. چه وجهی دارید شما می گوئید انفساخ واقعی؟

بله نقض حکم حاکم جائز نیست، یعنی من مالک با اینکه می دانم مالک هستم حق ندارم در ملکم تصرف کنم بعد از قضاء قاضی بر علیه من، این قبول است، اما این فقط در مواردی است که به نفع من حکم می شود در اموال در حقوق، من هم می توانم رفع ید کنم از این مال یا از این حق. روایت هم داریم که إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر فقد ذهب بحقه. ذهب بحقه در خود روایت دارد یعنی حق الدعوی، یعنی بعد از این دیگر نمی تواند در دادگاه دیگر شکایت کند، نمی تواند تقاص کند، دیگر حق دعوایش از بین رفت. نه اینکه حق واقعی اش از بین رفت. یعنی اگر این منکر قسم خورد که این کتاب مال شما نیست، بعد از مدتی پشیمان شد آمد گفت ببخشید اعتراف می کنم این کتاب مال شماست، واقعا حکم الله واقعی عوض شده است ودیگر این کتاب مال شما نیست؟ چون شما راضی شدید به قسم او ذهب بحقه الواقعی یعنی ملکیت واقعی شما از بین رفت؟ این خلاف ظاهر است. ذهب بحقه یعنی شما از جهت حقوقی حق اقامه دعوی در دادگاه و حق تقاص ندارید. اما حکم الله که عوض نمی شود.

آن هم بعضی جاها که واقعا بحث اموال و حقوق است می گوئیم حق ندارید تقاص کنید. اما یک وقت در دادگاه مردی منکر طلاق است، زن می گوید جناب قاضی به خدا طلاق داد دو تا شاهد عادل هم بود، اما آن دو شاهد عادل شهید شدند یا از ایران رفته اند نمی دانم کجا رفته اند. قاضی می گوید من چکار کنم، راهش این است که به شوهر بگویم قسم بخور که طلاق ندادی. شوهر هم می گوید به خدا قسم طلاق ندادم. قاضی هم می گوید باید بروی با این آقا زندگی کنی. از نظر فقهی مصیبتی است، این خانم می گوید آقای قاضی من می دانم زن این نیستم، این شارلاتان و شیاد است، اصلا می خواهد به این وسیله با من زنا بکند. قاضی می گوید من دیگر کاری نمی توانم بکنم من حکم می کنم که تو باید بروی خانه این آقا.

ما طبق موازین فقهی معتقدیم که این خانم باید سعی کند فرار کند از دست این آقا. اگر قاضی بگوید فرار کنی مأمور می فرستم، این خانم می گوید هر کسی به وظیفه خودش عمل می کند، ما فرار می کنیم تو هم مأمور بفرست. نمی تواند تن به زنا بدهد. اصلا چه بسا بعد از آن طلاق رفته شوهر کرده، شوهر دارد، اصلا نمی تواند با این مرد عقد مجدد بخواند. چکار کند؟

اینکه برخی آقایان در کتاب القضاء فی الفقه الاسلامی فرموده اند: عنوان ثانوی درست می شود که این زن باید تمکین کند از این شوهر، چون هرج و مرج لازم می آید.

این حرف درست نیست. حالا ما با این قوانین خیلی جلو هرج و مرج ها را می توانیم بگیریم؟ حالا در حد حفظ نظام یک قوانینی تصویب می کنند، اما ما اینقدر مراعات حفظ نظام بکنیم که این زن برود تن به زنا بدهد؟ حالا این زن هم فرار کند مثل بقیه فراری ها. واقعا اینکه ما بگوئیم این زن به عنوان ثانوی باید برود و تمکین کند از این مرد چه بسا شیاد که هر وقتی هم که با او مباشرت کند بگوید دیدی چه قسم دروغی خوردم گیرت آوردم، واقعا این مشکل است.

پس اینکه آقای خوئی فرموده اند که تحالف موجب انفساخ واقعی عقد است، ما هیچ دلیل نداریم.

بله در مانحن فیه یک چیزی می شود گفت، وآن این است که: این آقای زید که می گوید من بیع کردم این کتاب را به عمرو، بعد که قاضی بنابر تحالف گفت لابیع ولا هبة وکتاب را داد دست زید، زید که کتاب را می گیرد این یعنی چی؟ او می گوید من به نظر خودم بیع کردم، عمرو هم پول را نداده، من حق دارم فسخ کنم این بیع را. چکار دارم قاضی بر چه اساسی حکم به انفساخ کرد، من یک راهی دارم برای فسخ واقعی، وآن این است که من معتقدم این کتاب را فروخته ام به عمرو، چون عمرو ثمن را نمی دهد حق الفسخ دارم و فسخ می کنم. اگر بیع باشد از این راه می شود انفساخ واقعی. اما عمرو می گوید هبه لازمه بوده و کتاب مال من است. از نظر عمرو این کتاب مال عمرو است ولی چون قاضی حکم کرده حق گرفتن این کتاب را از زید ندارد نقض حکم قاضی می شود. خب کتاب را نگیر از زید، مگر آدم هر چیزی را که مالش بود باید به زور از دیگران بگیرد. برای خدا با اینکه مال تو است اغماض کن و نگیر. زید هم می گوید چون من بیع کرده بودم حق فسخ دارم فسخ می کنم. انفساخ واقعی از نظر زید توجیهش این است.

اما اگر آمدیم گفتیم که با عدم اداء ثمن توسط مشتری بایع خیار ندارد که مشهور می گویند، مگر در بیع نقد که روایت گفته إن جاء بالثمن ثلاثة ایام و الا فلا بیع له، بایع حق فسخ دارد. مشهور اینجور می گویند دیگر. می گویند اگر بیع نسیه بود، شما ماشینت را فروختی به عمرو چک یک هفته ای گرفتی، بیع مؤجل. ماشین را او تحویل گرفت شما رفتی بانک می بینی حسابش خالی است. می آیی می گوئی فسخ می کنم و ماشین را پس می گیرم. به آقای خوئی و تبریزی ره وآقای سیستانی بگوئی می گویند بله حق داری، شرط ارتکازی است که اگر مشتری ثمن را نداد پس بگیری. اما مشهور می گویند نه، فقط حق خیار عدم اداء ثمن در آن مورد نص است، آن هم در بیع حال است، در بیع مؤجل نمی توانی بیع را فسخ کنی. برو دادگاه شکایت کن، اگر توانستی پولت را بگیری فهو، اگر بجائی نرسید بحث تقاص پیش می آید با شرائطش بحث دیگری است، اما حق فسخ نداری.

خب طبق این مبنای مشهور باید بگوئیم آقای زید! تو می خواهی تقاص بکنی تقاص کن، تقاصت هم خلاف حکم قاضی نیست اشکال ندارد، قاضی گفته مال توست حالا تو از باب حکم واقعی نگیر از باب تقاص بگیر.

پس در اینجا انفساخ واقعی توجیه دارد، اما نمی شود گفت که هر کجا تحالف بود ینجر الی انفساخ العقد واقعا. این کبرای شما وجهی ندارد.