

## بازخوانی و نقد ادله اختصاص خیار مجلس به بیع

دکتر مهدی موحدی محب<sup>۱</sup>

استادیار دانشگاه سمنان

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۸/۲۳ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۰/۱۰/۱۰)

### چکیده

در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی، اختصاص خیار مجلس به بیع، از مسلمات شمرده می‌شود تا جایی که بعضی آن را از ضروریات فقه امامیه می‌دانند و برخی بر آن ادعای اجماع کرده‌اند؛ اگر چه کسانی چون مالک و ابوحنیفه اساساً ثبوت آن را به شکل مشهور، انکار کرده و از برخی چون شافعی، قول به تفصیل دیگری هم نقل شده است. از آن جا که معاملات، اموری توقیفی و تعبدی نیستند و واگذار به عرف عقلا بوده و نوعاً ملاک احکام آن توسط عقلاء قابل فهم است، در این مجال ضمن بیان اقوال موجود در خصوص خیار مجلس و مرور ادله و مستندات آن‌ها، به نقد هر یک پرداخته و نظریه تعمیم خیار مجلس به تمامی عقود لازم (به جز نکاح) را، به همراه شواهد و مؤیدات آن، تبیین نموده و با الغاء خصوصیت از عقد بیع، آن را شامل همه عقود لازمی که ملاک جعل خیار مجلس در آن وجود دارد می‌دانیم.

**کلیدواژه‌ها** بیع، خیار مجلس، تنقیح مناط، الغاء خصوصیت، عقود لازم، عرف عقلاء.

### بیان مسأله

در فقه و به پیروی از آن، قانون مدنی، خیار مجلس در زمرهٔ اختیارات مختص به بیع دانسته شده است.

در مادهٔ ۳۹۷ قانون مدنی آمده است: «هر یک از متبایعین بعد از عقد، فی‌المجلس و مادام که متفرق نشده‌اند، اختیار فسخ معامله را دارند.»

هم‌چنین، مادهٔ ۴۵۶ این قانون مقرر می‌دارد: «تمام انواع خیار در جمیع معاملات

1. Email: movahedimoheb@gmail.com.

لازمه، ممکن است موجود باشد، مگر خیار مجلس و... که مخصوص بیع است». در حقیقت، پایان مدت خیار و حق فسخ برای طرفین، جدایی آن دو و به هم خوردن مجلس عقد دانسته شده است. اگر چه گروهی از مسلمانان از جمله مالکیه و حنفیه با ثبوت این خیار مخالفت کرده‌اند، اما در فقه امامیه، بر ثبوت و تشریح آن اتفاق نظر وجود دارد تا جایی که برخی آن را از ضروریات فقه امامیه به شمار می‌آورند (سبحانی، ۳۵) که مستند فقهی آن روایت مشهور «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» است که از طریق شیعه و اهل سنت نقل شده است. (احمد، ۹/۲ و ۷۳؛ حرّ عاملی، ۳۴۶/۱۲). همچنین در اختصاص این خیار، به بیع و راه نداشتن آن در بقیه عقود، اتفاق نظر وجود داشته و جز قول به تفصیلی که از شافعی نقل شده، قول مخالفی مبنی بر تعمیم و تسری آن به بقیه عقود وجود ندارد.

در این پژوهش، ضمن بیان اقوال موجود در مسأله و مستندات هر یک، و بیان برخی ملاحظات وارد بر آن‌ها، قول به تعمیم خیار مجلس به جمیع عقود معاوضی (که نوعاً لازم هستند) ترجیح داده می‌شود.

### مروری بر اقوال و نقد و بررسی آن‌ها

۱. انکار خیار مجلس؛ عده‌ای چون مالک و ابوحنیفه، در عین نقل روایت مزبور و تأیید صدور آن از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) معتقدند که خیار مجلس به عنوان خیاری مستقل در هیچ یک از عقود راه نداشته و تنها عامل انعقاد عقد به طور لزوم، ایجاب و قبول است. (ابن قدامه، ۶/۴)

این گروه، در برخورد با حدیث «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» دست به تأویل زده‌اند و گفته‌اند: «خیار المجلس لا یشیت إلا بالشرط، فاذا تم العقد بینهما من غیر شرط الخیار اصبح لازماً سواء أقاما بالمجلس أو تفرقا و انما الذی للعاقده فی المجلس بدون شرط هو خیار القول، فاذا قال البایع: بعته، فله ان یرجع قبل ان یرجیه مشتری». (کاشف الغطاء، ۱/ ۴۷۹) خیار مجلس، جز با اشتراط آن ثابت نیست، بنابراین اگر عقد به اتمام برسد، بدون آن که شرطی مبنی بر داشتن خیار مجلس، بین آن دو، مورد توافق قرار گیرد، عقد، لازم (و غیر خیاری) خواهد شد؛ چه طرفین، در مجلس عقد بمانند و چه از هم جدا شوند و تنها که عاقد، در مجلس عقد دارد، «خیار قول» است. به این ترتیب که هرگاه فروشنده بگوید: «به تو فروختم» (یعنی ایجاب عقد را بگوید)، پیش از آن که

خریدار به او پاسخ دهد (و قبول را بگوید)، فروشنده می‌تواند از گفته خود برگردد (و ایجاب را پس بگیرد)؛ و در جای دیگر در دفاع از نظر خود یکی از دو احتمال «اختصاص روایت نبوی مذکور به مسأله خاص مورد سؤال» و یا «عدم صحت روایت» را مطرح ساخته‌اند (ابن رشد حقیه، ۱۶۹/۲)

در واقع، ثبوت خیار مجلس را در عقد، متوقف بر اشتراط آن می‌دانند و معتقدند تنها خیاری که عاقد در مجلس عقد (بدون اشتراط) دارد، این است که با بیع پیش از پاسخ مشتری می‌تواند از ایجاب خود برگردد.

**ملاحظه:** تأویل فوق از روایت مشهور به گونه‌ای است که روایت، کنار گذاشته شده و این در حقیقت، به اجتهاد در مقابل نص می‌نماید. (کاشف الغطاء، همان؛ سبحانی، ۳۷) در حالی که قائلین به ثبوت و تشریح خیار مجلس معتقدند که این خیار، صرف نظر از اشتراط در عقد، ثابت بوده و خیاری مستقل در ردیف بقیه عقود است نه آن که از باب اشتراط در عقد و خیار شرط معتبر باشد؛ که اگر، حق فسخ عقد در مجلس عقد، در قالب شرط ضمن عقد نیامد، عقد، غیر خیاری و لازم باشد؛ و ظاهر از روایت نیز جز این نیست.

**۲. تفصیل منسوب به شافعی؛** وی در این تفصیل، خیار مجلس را در عقودی چون بیع مطلق و سلم، صلحی که موضوع آن معاوضه است، هبه معوض و نیز در اجاره، طبق یکی از اقوال، ثابت می‌داند (رافعی، ۲۹۴/۸؛ نووی، ۱۷۸/۹؛ کاشف الغطاء، ۴۸۲/۱) و در حواله، وقف، نکاح و برخی انواع صلح، ثابت نمی‌داند.

وی دلیل این تفصیل را این گونه بیان می‌کند که، ثبوت خیار مجلس در دسته اول، به لحاظ ظاهر خبر است که منظور، روایت مشهور «البیعان بالخیار...» است و این‌ها از جمله «بیوع» هستند. اما دلیل عدم ثبوت خیار مجلس در دسته دوم را این می‌داند که در این گونه عقود، پیش از جدا شدن طرفین، نیازی به تأمل پیرامون عقد نیست و در عقد حواله نیز دلیل عدم ثبوت خیار را این گونه بیان می‌کند: «... لِإِنْهَا لَيْسَتْ عَلَى قَوَاعِدِ الْمَعَاوِضَاتِ إِذْ لَوْ كَانَتْ كَذَلِكَ لَبَطَلَتْ لِأَنَّ بَيْعَ الدِّينِ بِالْدِّينِ لَا يَجُوزُ» (رافعی، ۲۹۷/۸) زیرا در (عقد حواله)، قواعد عقود معاوضی جاری نیست زیرا اگر این گونه باشد (و حواله، معاوضی تلقی شود)، باطل خواهد بود چرا که (در آن صورت)، بیع دین به دین بوده، که چنین بیعی هم جایز نیست.

**ملاحظه:** در خصوص قول به تفصیلی که از شافعی نقل شد، باید گفت، با توجه به

روایت مشهور «البیعان بالخیار...» و استنباط ویژه‌ای که در ادامه از لفظ «بیع» خواهد آمد، نمی‌توان آن را صحیح دانست؛ ضمن آن که این سخن قابل قبول نیست که در عقود دسته دوم (در قول دوم) غالباً پیش از جدا شدن طرفین، نیازی به تأمل پیرامون عقد نیست.

**۳. قول به اختصاص خیار مجلس به بیع؛** این قول که فقهای امامیه در خصوص آن اتفاق نظر دارند، موضوع خیار را «بیعان» به معنای دو طرف عقد بیع دانسته و بیع را نیز به معنای خاص خود که «تملیک عین، در مقابل عوض معلوم» است می‌داند و نه صلح، نه هبه معوض، نه اجاره و نه هیچ عنوان دیگری را، مشمول این حکم نمی‌داند چرا که معتقدند دلیلی مبنی بر ثبوت خیار مجلس در آن‌ها وجود ندارد؛ و چون این خیار، خلاف قاعده و امری استثنایی تلقی شده، از این‌رو بر مورد یقینی، که بیع به معنای خاص آن است، اکتفا می‌شود.

بنابراین به طور خلاصه، دلایل اختصاص خیار مجلس به بیع را می‌توان در سه ردیف بیان نمود:

الف - در روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» موضوع خیار، «بیعان» است نه عنوانی دیگر.  
ب - فقدان دلیلی دال بر ثبوت خیار مجلس در سایر عقود لازم و باقی بودن آن‌ها بر اصل لزوم.

ج - اجماع امامیه (علم الهدی، ۳۶۵)

بر این اساس، تفسیری که از روایت فوق به عمل آمده، این باور را در فقیهان ایجاد کرده که هیچ یک از دو طرف عقد لازم، مسلط بر فسخ آن نیست؛ مگر آن که دلیلی بر ثبوت حق فسخ برای یک یا دو طرف عقد دلالت کند. در «خصوص عقد بیع»، روایت فوق، مستند ثبوت خیار مجلس و ایجاد حق فسخ برای طرفین دانسته شده، اما در مورد بقیه عقود، چنین دلیلی در دست نیست. البته همان‌طور که گفته شد محل بحث به طور مشخص، عقود لازمند؛ زیرا اساساً در عقود جایز به خاطر تسلط دو طرف بر فسخ عقد، جعل خیار، لغو و بی‌معنا خواهد بود.

**ملاحظه:** بر این نظریه ملاحظاتی چند مطرح است که در قالب نظریه مورد اختیار در ادامه، مطرح می‌گردد.

**۴. نظریه مورد اختیار؛** خیار مجلس در تمامی عقود لازم (به جز نکاح) ثابت است؛ تبیین دلایل این نظر در قالب موارد زیر به طور خلاصه بیان خواهد شد.

**الف - معنایی که برای لفظ «بیع» ذکر کرده‌اند، مفهومی در مضمون «تملیک عین در**

مقابل عوض» است. (فراهیدی، ۲/۲۶۵) در واقع می‌توان این‌گونه گفت که لفظ بیع، برای این معنا وضع شده و حقیقت در آن است و اساس استدلال قول به اختصاص این خیار به بیع، همین معناست.

اما سؤال این است که آیا این لفظ دارای معنای مجازی هم هست یا خیر؟ و اگر معنای مجازی دارد، آن معنا کدام است و در مسیر استدلال بر نظریه برگزیده، چه نقشی دارد؟

ب - با گذاری در آیاتی از قرآن کریم (که لفظ بیع و مشتقاتش در آن یافت می‌شود)، و با مرور معنا و تفسیر آن‌ها به دست می‌آید که این لفظ، به معنای دیگری غیر از معنای گفته شده در بند الف، به کار رفته است. آیاتی چون:

- یا ایها الذین آمنوا إذا نودی للصلوة من یوم الجمعة فاسعوا الی ذکر الله و ذروا البیع ذلکم خیر لکم إن کنتم تعلمون (الجمعه / ۹)

- یا ایها الذین آمنوا أنفقوا مما رزقناکم من قبل أن یأتی یوم لا بیع فیہ ولا خله ولا شفاعه و الکافرون هم الظالمون (البقره / ۲۵۴)

- ... إلا أن تكون تجاره حاضره تديرونها بینکم فلیس علیکم جناح ألا تکتبوا وأشهدوا إذا تبایعتم ولا یضار کاتب ولا شهید... (البقره / ۲۸۲)

- قل لعبادی الذین آمنوا یقیموا الصلوة وینفقوا مما رزقناهم سراً و علانیه من قبل أن یأتی یوم لا بیع فیہ ولا خلال (الابراهیم / ۳۱)

- ... أحلّ الله البیع وحرّم الربوا.. (البقره / ۲۷۵)

و آیاتی از این دست که لفظ بیع را به کار برده‌اند؛ اما مقصود آن‌ها، معنای حقیقی بیع که «تملیک عین در مقابل عوض معلوم» است، نبوده، بلکه منظور، آن‌گونه که از سیاق آیات شریفه و از قرینه لفظ «تجاره» که در آیه شریفه آمده «و اذا رأوا تجاره أو لهواً انفضوا إليها و ترکوک قائماً، قل ما عند الله خیر من اللهو و من التجاره و الله خیر الرازقین» (الجمعه/ ۱۱) برمی‌آید که «معامله» است. به عنوان مثال، بنا بر وجوب نماز جمعه هنگام ندا و دعوت به آن، هیچ فقیهی، فتوا نداده که تنها «تملیک عین در مقابل عوض معلوم» حرام است و اجاره و صلح و دیگر عقود، منظور آیه شریفه نبوده است.

وانگهی اگر هم گفته شود «بیع» به عنوان روشن‌ترین و رایج‌ترین مصادیق از کارهای بازدارنده از نماز جمعه در آیه شریفه است، زبانی به مجازی بودن استعمال (با علاقه تغلیب) وارد نخواهد آمد. (طباطبائی، ۱۹/۲۷۵-۲۷۳).

در بقیه آیات نیز بیع، خصوصیتی نداشته و خصوص بیع - که تملیک عین در مقابل عوض معلوم است - منظور نبوده، بلکه یا به معنای تجارت و معامله و داد و ستد آمده یا دست کم به عنوان رایج‌ترین نوع و شاخص معاملات و از باب تغلیب، ذکر شده که در هر دو صورت، مؤید نظریهٔ تعمیم خواهد بود. چرا که این تغلیب را می‌توان در فهم روایت «البیعان بالخیار...» نیز، نظر به عدم خصوصیت عقد بیع، مورد توجه قرار داد.

در آیهٔ شریفه «... احل الله البيع و حرم الربوا...» نیز خداوند متعال در مقام مقایسهٔ ربا (که حرام است) با بقیهٔ معاملات (که حلال‌اند) بر آمده است و «بیع» در بین معاملات رایج، خصوصیتی ندارد که تنها حلیت آن اعلام شود، بلکه بیع در این جا به معنای مطلق معامله (همهٔ معاملات رایج) است که در مقابل ربای حرام، قرار گرفته است. (گرجی، ۴۰/۱)<sup>۱</sup> حتی اگر گفته شود که خصوصیت آن، رایج‌تر بودن آن است، بدان معنا خواهد بود که با علاقه و رابطه «تغلیب»، مجازاً در معنای «معامله» به کار رفته که به تأیید نظریهٔ مورد اختیار خواهد انجامید.

بنابراین، به طور خلاصه باید گفت که لفظ بیع، علاوه بر معنای حقیقی‌اش - که «تملیک عین در مقابل عوض معلوم» است - در یک معنای مجازی نیز استعمال شده است. البته از آن جا که «بیع»، حقیقت شرعی ندارد، معنای دوم، مجازی است.

**ج -** لفظ «بیع» که در روایت مشهور به کار رفته به معنای کسی است که عقد بیع را منعقد می‌کند و «بیعان» یعنی دو طرف عقد بیع؛ حال، سؤال این جاست که پس از فراغ از این که بیع، دارای یک معنای حقیقی و معنایی مجازی است، از کجا دانسته شود که استعمال لفظ «بیع» (که از مشتقات آن است) در معنای حقیقی است یا مجازی؟ اگر این استعمال، حقیقی باشد، قول به اختصاص خیار مجلس به بیع، قوت گرفته و تأیید خواهد شد، اما اگر گفته شود که استعمال، در این جا همچون آیات قبل، مجازی است، قول به تعمیم و تسری خیار مجلس به تمامی عقود لازم، تأیید خواهد گردید.

**د -** ممکن است گفته شود که برای کشف مراد متکلم در این که آیا استعمالش حقیقی است یا مجازی، باید به اصول لفظی (و در این جا به أصالة الحقیقة) رجوع کرد؛ که در آن صورت، قول به «اختصاص این خیار به بیع» قوت خواهد گرفت.

در پاسخ می‌توان گفت: درست است که مرجع فهم مراد متکلم، اصول لفظی هستند، اما این رجوع در شرایطی صحیح و مطابق با سیره عقلاست که هیچ‌گونه قرینه‌ای بر

۱. مصاحبه و نقد و نظر، شماره ۱، ص ۴۰ (به نقل از: علی دوست، ۱۳۸۵: ۴۰۵، پاورقی ۲).

تعیین معنای مجازی در بین نباشد (قمی، ۲۹) حال آن که قرائن متعددی دال بر اراده معنای مجازی در این مورد وجود دارد؛ بنابراین وجهی برای رجوع به اصول لفظی به نظر نمی‌رسد.

**ه -** در راستای روشن شدن این مطلب، نکاتی مطرح می‌شود که با در نظر گرفتن مجموع آن‌ها نظریه مورد اختیار تأیید خواهد گردید:

**نکته اول)** مقوله معاملات، اموری تعبّدی و توقیفی نیستند تا نتوان با کشف ملاکات آن‌ها، به تفریع احکام مربوط به آن‌ها پرداخت.

مرحوم مراغی در العناوین می‌نویسد: «آن المعاملات، لیست مبنیه علی التبعّد و الاختراع و إنما ه أمور مجعولة عند العقلاء علی نحویتهم به النظام، و الشارع قرّهم علی ذلک...» (مراغی، ۲/ ۲۷۵؛ مغنیه، ۳/ ۱۵۸).

بنابراین، معاملات اموری هستند که برای اداره زندگی اجتماعی بین عقلاً قرارداد شده‌اند و شارع نیز این رویه را پذیرفته و تقریر کرده است...

**نکته دوم)** در مورد خیار مجلس نیز، اساساً می‌توان گفت که همانند دیگر خیارها، یک تأسیس حقوقی از جانب شارع مقدس نیست. اگر چه اعتقاد به تأسیسی بودن آن نیز به نظریه مورد اختیار لطمه‌ای وارد نمی‌آورد، چرا که مناط آن، تأمل بیشتر در مورد عقد، برای تشخیص و رعایت هر چه بیشتر مصلحت دو طرف، از اقدام به معامله و گریز از غبن بوده و با تنقیح مناط، می‌توان حکم را به موارد دیگر - که مناط حکم در آن‌ها وجود دارد - بدون هیچ مشکلی تسری داد. در واقع، عرف تا پیش از جدا شدن طرفین معامله، برای او حقّ تجدیدنظر در اراده اعلامی، قائل است.

در حقیقت، پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) با این بیان (البیعان بالخیار مالم یفترقا)، فسخ معامله را در مجلس انعقاد آن، مجاز اعلام فرموده‌اند تا ملاک لزوم معامله، ایجاب و قبول به ضمیمه جدایی و تفرق دو طرف عقد باشد؛ تا در نظر عرف که کم‌تر با امور اعتباری صرف، سروکار داشته و بیشتر با واقعیات خارجی مانوس است، امری قابل پذیرش بوده و بدین ترتیب، مراودات تجاری آنان سامان یافته و انتظام بیشتری یابد؛ ضمن آن که عرف نیز با این حکم، چندان بیگانه نبوده و معامله را تا قبل از تفرق و جدایی، متزلزل و قابل فسخ می‌داند و این رویه‌ای عقلایی و رایج است. (البته در

معاملات مکتوب، وجود این رویه قابل تأمل است)<sup>۱</sup> از جمله این قبیل احکام می‌توان به قاعده فقهی «تلف المبیع قبل قبضه فهو من مال بايعه» اشاره کرد که آن را هم، فقها، حکمی استثنایی می‌دانند این قاعده نیز در مورد مطالبی که گفته شد صادق است؛ هر چند تراضی برخلاف آن نیز نافذ است زیرا از قواعد مربوط به نظم عمومی نیست (کاتوزیان، ۳۱۴) البته نمی‌توان نقش شارع را در انتظام این باور عقلایی و تثبیت آن نادیده گرفت.

**نکته سوم)** همان‌طور که گفته شد، مناط تشریح خیار مجلس، فراهم آوردن فرصت بیشتر برای تأمل پیرامون عقد از سوی هر یک از دو طرف، برای گریز از غبن، بیان شده است و اساساً باب معاملات، اموری عقلایی بوده، احکام و علل آن برای عقلا قابل فهم است. از این رو می‌توان از عقد بیع در خصوص این حکم، الغاء خصوصیت کرده و خیار مجلس را به دیگر عقود لازم تعمیم داد، زیرا عقد بیع خصوصتی از این حیث نداشته تا شارع مقدس، خیار مجلس را به آن اختصاص دهد بلکه ملاکی که در عقد بیع، سبب تشریح خیار مجلس است، در سایر عقود لازم نیز وجود دارد. چرا که این‌گونه عقود، نوعاً

۱. این سخن را می‌توان این‌گونه تحلیل کرد که وجود هر چیزی که در نظر عرف، سبب تثبیت و لزوم معامله باشد (قول یا فعل) جایی برای خیار مجلس باقی نخواهد گذارد؛ که البته در طرف فسخ نیز می‌توان این‌گونه گفت (مواد ۴۵۰ و ۴۵۱ ق.م.)؛ و شاید بتوان تصفیق (این که هر یک از دو طرف معامله، پس از انعقاد آن، دست خود را به دست دیگری بزند) را از مصادیقی است که عرفاً سبب سقوط خیار مجلس و لازم شدن عقد بیع بوده است و با این بیان این روایت با قول به ثبوت خیار مجلس، منافاتی نداشته و نیازی به کنار گذاردن روایتی که تصفیق را عامل لزوم عقد دانسته نیست؛ همان‌طور که برخی در عین چنین احتمالی، این کار را کرده‌اند. (سبحانی، ۳۶)؛ اما روایت: «عن غیاث بن ابراهیم عن جعفر عن أبیه عن علی<sup>(ع)</sup>؛ قال علی<sup>(ع)</sup>؛ اذا صفق الرجل عن البیع، فقد وجب و ان لم یفتراً» (طوسی، ۱۳۹۰: ۳/ ۷۳، ح ۴)

مؤید دیگر این احتمال، قسمت دوم این روایت است: «... عن النبی<sup>(ص)</sup> أنه قال: «البیعان بالخیار مالهم یفتراً، أو یقول أحدهما لصاحبه: إختراً.» (نوری طبرسی، ۲۹۹/۱۳) که بر اساس آن حتی پیش از تفرق، عامل دیگری (که همان درخواست اختیار یکی از فسخ یا امضاء از جانب یکی از طرفین به دیگری است) به عنوان یکی از مصادیق ساقط کننده خیار معرفی شده است.

بر این اساس، به نظر می‌رسد، بسته به نگاه عرف، می‌توان امضاء مبیعه‌نامه یا قرارداد و تنظیم سند را به منزله اسقاط خیار مجلس تلقی نمود. همچنین در خصوص عقد با مکاتبه نیز برخی معتقد به راه نیافتن خیار مجلس در آن هستند. (کاتوزیان، ۳۲۰) که در مورد اخیر، منظور ما آن است که در ایجاب و قبول، به مکاتبه اکتفا شود. در حالی که مقصود ما آن است که پس از ایجاب و قبول لفظی و در مجلس عقد، مفاد عقد، مکتوب شده و به امضاء طرفین برسد.

مبنی بر مغاینه بوده و دو طرف، سود و زیان خود را قبل از ورود در معامله و پیش از لازم شدن آن برای گریز از غبن می‌سنجند.

مرحوم بجنوردی در مقام ردّ قول کسانی که معتقدند برای ایجاد حقّ شفعه، لزوماً باید حصه مشترک، با بیع، منتقل شود، می‌نویسد: «ولکن أنت خبير بأن ذكر البيع من باب أحد النواقل، و اختصاص الذكر به لأنه هو الغالب في النواقل عند اهل العرف. و احتمال هذا المعنى يكفى في عدم ظهوره في اختصاص كون الناقل هو البيع في ثبوت هذا الحق». (بجنوردی، ۱۸۵/۶) یعنی، ذکر بیع [و ضروری دانستن نقل حصه با بیع برای ثبوت حق شفعه] به این دلیل بوده که بیع یکی از اسباب نقل [ملک] است و این که تنها، بیع را ذکر کرده‌اند به این دلیل بوده که بیع، نزد عرف، رواج بیشتری دارد و بیشترین موارد نقل ملک، با بیع صورت می‌گیرد. بنابراین همین که چنین احتمالی [در خصوص تکیه بر بیع، در ایجاد حق شفعه] وجود دارد کافی است که بگوییم برای ایجاد این حق، لزوماً نباید انتقال، با بیع صورت گیرد.

بنابراین از نظر ایشان، ذکر کلمه بیع را از این باب می‌دانند که این ناقل در بین مردم رواج و غلبه بیشتری دارد نه آنکه خصوصیتی برای آن مطرح باشد. و همین قاعده در مورد «البیعان بالخیار» نیز صادق است.

**نکته چهارم** اگر هم به علت حکم، تصریح نشده باشد، در حقیقت، با تنقیح مناط و تعمیم به سایر عقود لازم، دست به یک قیاس جلیّ می‌زنیم که قیاس به الغاء فارق نیز هست. (قلعه‌جی، ۳۷۲).<sup>۱</sup>

در اصول فقه، تنقیح مناط قطعی را حجت دانسته‌اند اما تنقیح مناط ظنی، نظر به این که از مقوله ظن است نیازمند جعل حجیت از سوی شارع است. اگر این تنقیح مناط، قطعی باشد که قطع، ذاتاً حجت است و مشکلی در بین نیست، اما اگر هم ظنی باشد، نظر به این که باب معاملات، واگذار به عرف عقلاست، و اکثر بلکه همه تنقیح مناط‌های عقلاء، ظنی است و شاید نتوان به مناط احکام آن گونه که به دقت عقلی، مورد نظر است دست یافت، می‌توان حجیت این قبیل موارد را از باب استناد به سیره عقلاء که در معاملات پذیرفته شده است، بدست آورد. چرا که معتقدیم، ملاک و مناط احکام در معاملات، عقلایی و قابل دست‌یابی است و اگر اجازه تسری حکم در این موارد داده نشود، این چیزی جز اعتقاد به تعبدی بودن احکام معاملات نخواهد بود؛ که التزام به آن

۱. ما تبادرت علته الی الفهم عند سماع حکم - ما قطع بنفی الفارق.

بسیار مشکل است. حتی اگر به مواردی از تنقیح مناط که توسط فقهای امامیه صورت گرفته و چه بسا قطعی تلقی می‌شوند، توجه شود، به دست می‌آید که در آنجا نیز قطع به این که علت حکم، وصف معینی است، ایجاد نمی‌شود؛ مثل تسری حکم حرمت «رشوه دادن به قاضی» به «هدیه دادن به او» توسط شیخ انصاری، که دلیل آن را نیز «تنقیح مناط» بیان کرده‌اند (انصاری، ۱/۲۴۶) و یا تسری حکم «لزوم یمین استظهاری در دعوی بر میت» به «دعوی طفل» که شهید ثانی انجام داده و دلیل آن را «اتحاد طریق» دو مسئله عنوان کرده است (شهید ثانی، ۳/۱۰۵).

در این‌جا نیز با الغاء خصوصیت از بیع، به تنقیح مناط پرداخته و حکم خیار مجلس را از بیع به عقودی که مناط خیار مجلس (تفکر و تأمل در انجام معامله برای رعایت هر چه بیشتر مصلحت خود و جلوگیری از غبن و معرفی علامتی محسوس و قابل قبول نزد عقلاء برای لازم دانستن عقد) را دارند، تسری داده می‌شود. در حقیقت، شارع مقدس، تفرق و جدایی دو طرف از یکدیگر را به عنوان یکی از مصادیق یک علامت محسوس و پذیرفتنی نزد عقلاء برای لازم شمردن عقد، معرفی و اعلام نموده است.

شاهد بر این گفته نیز آن است که در روایتی که پیش‌تر بدان اشاره شد، تصفیق نیز به عنوان یکی از مصادیق آن علامت، اعلام شده بود.

و بر همین اساس، تنظیم سند و مکتوب نمودن معامله را نیز به عنوان عامل «لازم نمودن عقد» (حتی پیش از تفرق)، شناسایی گردید.

در باب اسباب سقوط خیار مجلس نیز گفته شده که تصرف مشتری در مبیع به معنای رضایت او به معامله و سبب سقوط خیار خواهد بود. این بدان معناست که پیش از آن، به او این فرصت داده شده بوده که، برای رعایت مصلحت خود و گریز از غبن، در اطراف معامله و جزئیات آن تأمل بیشتری کند و این، از مجموعه روایات باب خیار، به خصوص روایتی که محدث نوری به نقل از «قطب راوندی در لب اللباب» نقل نموده (نوری طبرسی، ۱۳/۲۹۸ ح ۵، ۶، ۷، ۸)؛ و از مضمون آن به روشنی پیداست که فرصت

۱. حدیث ۵ از باب ۱ از ابواب خیار (باب ثبوت خیار المجلس للبایع و المشتري، ما لم يفترقا): القطب الراوندي في لب اللباب: عن النبي (صلى الله عليه و آله)، أنه بايع الناس على النصح لكل مسلم، فكان إذا اشترى شيئاً، قال: «ان كان الذي أخذنا منك خيراً مما أعطيناك، فأنت بالخيار».

حدیث ۶: الشيخ ابو الفتوح الرازي في تفسيره عن النبي (صلى الله عليه و آله) أنه قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا».

حدیث ۷: و عنه (صلى الله عليه و آله)، قال: «البيع عن التراضي والخيار بعد الصفقة، و لا يحل لمسلم أن يغش مسلماً»

فسخ معامله - با تکیه و عنایت به (خیار مجلس)، که به طرفین اعطاء شده است - برای در نظر گرفتن مصلحت خود و گریز از غبن بوده و نیز با تکیه و عنایت به منشأ عقلاییی خيارات که پیش‌تر از آن سخن گفتیم این مطلب، به روشنی پیداست؛ بنابراین با الغاء خصوصیت از عقد بیع، در این خصوص، و با توضیحاتی که گذشت، می‌توان این مناط و ملاک را در عقود دیگر نیز جستجو کرده و در صورت فراهم بودن آن، حکم خیار مجلس را در آن نیز ثابت دانست. از این رو قول به تفصیلی که از شافعی نقل شد، پذیرفته نیست؛ زیرا دلیلی بر آن وجود ندارد.

**نکته پنجم)** از آثار و نتایج اختصاص خیار مجلس به بیع آن است که یک معامله، هر چند از حیث نتیجه، با عقد بیع یکی باشد (مثل صلح یا هبه معوض)، اما چون عنوان «بیع» ندارد، خیار مجلس نیز در آن راه نداشته و به محض انعقاد، لازم و غیر قابل فسخ خواهد بود.

در ماده ۷۵۸ قانون مدنی آمده است: «صلح در مقام معاملات هر چند نتیجه معامله را که به جای آن واقع شده است می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه آن همان نتیجه بیع خواهد بود؛ بدون آنکه شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

به نظر می‌رسد اختصاص خیار مجلس به بیع، به شکلی که در فقه و قانون مدنی آمده و پافشاری بر چنین مواردی که برای عقلاء و در عرف معاملی آنان توجیه قابل فهمی ندارد؛ و استناد به روایتی خاص، و استثنایی دانستن آن، موهم این معناست که معاملات نیز اموری توقیفی بوده و مبنای اعتقاد به ثبوت خیار مجلس، تنها در بیع، چیزی جز تعبد نیست؛ در حالی که این‌گونه نبوده و معاملات جز در مواردی خاص که تصحیحی توسط شارع صورت گرفته (مثل حرمت ربا، حرمت برخی انواع نکاح جاهلی و نهی از غرر در معاملات) که ملاک آن نیز توسط عقلاء قابل فهم است، واگذار به آنان بوده، قضاوت عرف از سوی شارع، به عنوان ملاک و معیار پذیرفته شده است.

و - اساساً اختیار دو طرف در تراضی برخلاف حکم خیار مجلس (ماده ۴۴۸ قانون مدنی) سبب می‌شود تا «تعمیم و تسری این خیار به سایر عقود معاوضی» علاوه بر نکات

→ حدیث ۸: و عنه (صلی الله علیه و آله)، قال: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا، فأن صدقا و بینا و بورک لهما فی بیعهما، و إن کتما و کذبا محق بیعهما». و روایات فراوانی که از آن‌ها مناط تشریح خیار مجلس به روشنی پیداست.

و ملاحظات پیش گفته، حکمی عقلانی و در راستای احتیاط و رعایت بیشتر مصلحت دوطرف باشد. چرا که تصرف در مال دیگری، لزوماً باید با طیب خاطر او و با اسباب ناقل مورد تأیید و امضای شارع - هر چند از باب امضای روش عقلاء - صورت بگیرد.

ز - اجماعی که برای اثبات اختصاص خیار مجلس به بیع به آن استناد شده، نیز با این ایراد مواجه است که اجماعی مدرکی و مستند بوده و چنین اجماعی اعتبار مستقل ندارد؛ بلکه باید به مدرک و دلیلی که احتمالاً مورد رجوع اصحاب اجماع بوده، مراجعه کرده و بر اساس آن و دیگر ادله موجود، حکم شرعی را استنباط نمود. (مظفر، ۹۳-۹۴/۲).

ح - «تحلیل معنای مجازی بیع» و «تنقیح مناط حکم و الغاء خصوصیت از بیع» هر یک می‌توانند ما را به نظریه مورد اختیار (تعمیم خیار مجلس به همه عقود لازم که ملاک جعل خیار مجلس در آن‌ها وجود دارد)، رهنمون شوند.

نکته ششم) ممکن است این اشکال مطرح شود که نظریه تعمیم در صورتی کامل و قابل پذیرش است که ثابت شود لفظ «البیعان» اختصاص به طرفین عقد بیع ندارد بلکه به معنای طرفین معامله است؛ در حالی که اثبات معنای مجازی برای واژه «بیع»، لزوماً به معنای تسری این مطلب به واژه بیع که مشتق از همان ماده است نمی‌باشد. در پاسخ خواهیم گفت: هنگامی که ما گستره معنایی «بیع» را با لحاظ تمامی آنچه گفته شد، اثبات کردیم، در خصوص (البیعان بالخیار مالم یفترقا) می‌توان گفت: خیار مجلس و مناط اعتبار آن در شرع (تأمل بیشتر برای فرار از غبن و تأمین مصلحت طرفین) قرینه‌ای آشکار بر اراده معنای مجازی «طرفین معامله» از واژه (بیعان) است؛ و کسی که معتقد به غیر از این (یعنی معتقد به تغییر معنای مجازی ماده بیع، در اثر قرار گرفتن در این صیغه خاص) باشد، باید براین مدعا (یعنی بازگشت به معنای حقیقی)، دلیل موجهی ارائه کند در غیر این صورت، در مورد (بیعان) نیز ناگزیر باید تابع قرائن بوده و از معنای حقیقی چشم پوشید.

در واقع، در روایت (البیعان بالخیار مالم یفترقا) از ماهیت حکم و مطالعه جوانب آن، به موضوع و حیطة معنایی آن روشن می‌شود.

از سوی دیگر، مستند ما در تعمیم خیار مجلس، منحصر به اثبات معنای مجازی برای واژه «بیع» نیست؛ بلکه - همان‌طور که به تفصیل بیان گردید - تنقیح مناط خیار مجلس و الغاء خصوصیت از عقد بیع نیز نظریه تعمیم را تأیید و اثبات می‌نماید.

### نکته ششم) نظریه تعمیم را تأیید و اثبات می‌نماید.

#### خیار مجلس و عقد نکاح

پس از تبیین نظر برگزیده، لازم است، به این سؤال نیز پرداخته شود که آیا خیار مجلس، شامل عقد نکاح خواهد شد تا هر یک از زوجین، در مجلس عقد بدون نیاز به طلاق یا اسباب دیگر انحلال، بتواند عقد را به هم بزنند؟

پاسخ به این پرسش، با توجه به ملاحظات زیر، منفی است و باید گفت که خیار مجلس شامل این عقد نمی‌گردد و عقد نکاح بلافاصله پس از انعقاد، لازم بوده و جز با طلاق، بذل یا سپری شدن مدت و یا فسخ در موارد خاص، قابل انحلال نیست.

**ملاحظه ۱:** می‌توان عقد نکاح را موضوعاً از شمول روایت «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» خارج دانست؛ به این دلیل که اساساً به طرفین عقد نکاح، بیعان اطلاق نمی‌گردد و اگر چه در یک تقسیم بندی کلی، نکاح نیز در زمره معاملات به شمار می‌رود، اما انگیزه‌ها، اهداف و چارچوب متفاوت و نگاه ویژه به عقد نکاح، سبب تمایز آن از سایر عقود گشته تا جایی که شمول خیارمجلس را در مورد آن، با دشواری و تکلفی آشکار مواجه می‌سازد.

**ملاحظه ۲:** تفاوت روشنی که عقد نکاح با دیگر عقود معاوضی دارد و باز هم سبب خروج موضوعی آن از بحث خیار مجلس می‌گردد این است که هدف و نتیجه طبیعی در عقد نکاح، اجتماع در طرف است نه افتراق آن‌ها؛ چرا که یکی از عوضین که بضع زوجه (جمیع استمتاع) است با خود او (که یکی از متعاقدان است) اتحاد وجودی دارد (هر چند در مورد زوج نیز به لحاظ شرکت او در تناسل و تولد، با اندکی تفاوت، همین‌گونه تحلیل می‌شود)؛ به خلاف دیگر معاملات، که طرفین عقد از موضوع آن جدا بوده و تفرق و جدایی دوطرف معنادار خواهد بود. به دیگر سخن، در بقیه عقود، پس از انعقاد عقد، با فاصله کمی، طرفین به طور طبیعی و معمول، از یکدیگر جدا می‌شوند؛ اما در عقد نکاح عکس آن صادق است.

**ملاحظه ۳:** شاهد دیگر بر مدعای عدم اطلاق «بیعان» بر طرفین عقد نکاح این است که در روایت، آن‌جا که از ورود در معامله دیگری نهی شده، بحث خواستگاری و بیع به طور جداگانه ذکر شده است. (صدوق، ۵/۴؛ بخاری، ۱۳۶/۶ احمد، ۲۱/۲؛ شافعی، ۱۷۳)<sup>۱</sup>

۱. ... نهی النبی ص أن یبیع بعضکم علی بیع بعض و لا یخطب الرجل علی خطبة أخیه حتی یتبرک الخاطب قبله ... / لا یخطب الرجل علی خطبة أخیه / لا یبوع أحدکم علی بیع أخیه و لا یخطب علی خطبة أخیه.

و این نشان از آن دارد که: **اولاً:** نکاح از موضوع له لفظ بیع خارج است. و **ثانیاً:** از لفظ بیع، همه عقود معاوضی و معاملات و بیوع اراده شده است؛ زیرا نمی‌توان پذیرفت که از ورود در بیع دیگری نهی شده باشد اما ورود در عقد اجاره یا معاوضه دیگری مجاز باشد؛ چرا که واضح است که همه آنها از یک ملاک پیروی می‌کنند و بیع در این‌جا خصوصیتی ندارد و به راحتی می‌توان از آن الغاء خصوصیت نمود؛ و این شاهد دیگری بر نظر مورد اختیار است.

### نکته آخر

با عنایت به آن چه در مورد مناظ خیار مجلس گفته شد، چه بسا بتوان با توسعه دایره آن، که البته از ضابطه عقلایی پیروی می‌کند، آن را در مورد تمامی اعمال حقوقی دارای اثر شرعی، ثابت دانست چرا که تأمل در خصوص جوانب عمل حقوقی مورد نظر، با هدف تأمین مصلحت و جلوگیری از غبن، می‌تواند حتی در مواردی چون طلاق و ابراء نیز مطرح باشد؛ با این تفاوت که در اعمال حقوقی‌ای که دو طرفه نیستند، ممکن است پایان مهلت خیار، یا مکتوب نمودن آن دانسته شود و یا انصراف و فراغت ذهن از آن مطلب و یا تفرق شهود و موضوع ایقاع؛ هر چند توسعه دامنه خیار مجلس تا این حد، قابل تأمل به نظر می‌رسد؛ چرا که ممکن است هدف از تشریح آن (که جعل عاملی محسوس برای اعلام لزوم معامله است) تأمین نشود. ضمن آن که اطلاق «بیع» به آن‌ها حتی از باب مجاز، به لحاظ فقدان قرینه قابل اعتماد، مواجه با تکلف است. اما در عین حال، در این مورد نیز اعتبار عقلایی می‌تواند تعیین کننده باشد و اگر ملاک و مناط خیار در این جا نیز احراز گردد، در آن صورت، ثبوت خیار مجلس نیز بعید نخواهد بود.

### نتیجه

۱. قول به انکار خیار مجلس پذیرفته نیست.
۲. لفظ بیع حقیقت شرعی نداشته اما از باب تغلیب، بعضاً به همه معاملات اطلاق می‌گردد.
۳. با الغاء خصوصیت از بیع و تنقیح مناط، می‌توان خیار مجلس را به بقیه عقود لازم که ملاک جعل خیار مجلس در آن‌ها وجود دارد، تسری داد.

۴. ملاک خیار مجلس که تأمل بیشتر برای رهایی از غبن است در بقیه عقود لازم نیز وجود دارد.
۵. خیار مجلس شامل نکاح نمی‌گردد ولی قول به تفصیل در مورد بقیه عقود فاقد وجهت است.

### فهرست منابع

#### \* القرآن الکریم.

۱. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، بیروت، دارالکتب العربی، بی‌جا، بی‌تا.
۲. احمد، بن حنبل، مسند، بیروت، دار صادر، بی‌جا، بی‌تا.
۳. انصاری، مرتضی بن محمد امین، المکاسب، قم، تحقیق تراث الشیخ الأعظم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
۴. بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیه، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
۵. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحیح البخاری، بیروت، دار الفکر، بی‌جا، ۱۴۰۱ ق.
۶. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی‌جا، بی‌تا.
۷. حسینی مراغی، میرسید عبدالفتاح، العناوین الفقهیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق.
۸. رافعی، عبد الکریم، فتح العزیز فی شرح الوجیز، دارالفکر، بی‌جا، بی‌تا.
۹. سبحانی، جعفر، المختار فی أحكام الخیار، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، بی‌جا، ۱۴۱۴ ق.
۱۰. شافعی، محمد بن ادريس، المسند، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی‌جا، بی‌تا.
۱۱. صدوق، ابن بابویه، من لایحضره الفقیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۰۴ ق.
۱۲. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌جا، بی‌تا.
۱۳. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، الاستبصار فیما اختلف من الاخبار، تهران، دارالکتب الاسلامیه، بی‌جا، بی‌تا.
۱۴. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، قم، انتشارات داوری، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
۱۵. علم الهدی، سید مرتضی، مسائل الناصریات، تهران، رابطه الثقافه و العالقات الاسلامیه، بی‌جا، ۱۴۱۷ ق.

۱۶. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. قرطبی (ابن رشد حفیه)، ابو الولید محمد بن احمد بن رشد، *بدایه المجتهد و نهایه المقتصد*، بیروت، دارالفکر، بی جا، ۱۴۱۵ ق.
۱۸. قلعه جی، (قلعجی)، محمد، *معجم لغه الفقهاء*، طهران، دار النفاثس، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
۱۹. قمی گیلانی، میرزا ابوالقاسم، *قوانین الأصول*، بی جا، بی نا، چاپ سنگی، بی تا.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر میزان، چاپ نهم، ۱۳۸۳ ش.
۲۱. کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر المجله*، بی جا، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۲.
۲۲. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، مکتبه بصیرتی، چاپ پنجم، ۱۴۰۸ ق.
۲۳. مغنیه، محمد جواد، *فقه الامام جعفر الصادق (ع)*، قم، مؤسسه انصاریان، بی جا، ۱۴۲۰ ق.
۲۴. نوری طبرسی، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بی جا، مؤسسه آل البیت، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.
۲۵. نووی، محی الدین، *المجموع فی شرح المهدب*، بیروت، دارالفکر، بی جا، بی تا.