

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«ثم إنه يظهر من المختلف في مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة: أن الأصل عدم اللزوم، و لم يردّه من تأخّر عنه إلا بعموم قوله تعالى [*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*](#)، و لم يُعلم وجهٌ صحيحٌ لتقرير هذا الأصل.»

وجه «فتأمل» در کلام شیخ(ره)

مطلبی که از بحث گذشته باقی ماند، بیان وجه «فتأمل» در کلام شیخ(ره) است، که برای آن در حواشی دو وجه ذکر شده؛ وجه اول این است که «فتأمل» اشاره دارد به اینکه همین اشکالی که به این استصحاب وارد کردیم، همین اشکال به استصحابی که بر اصالة اللزوم بیان کردیم هم وارد است.

اشکال این بود که شما به استصحاب تمسک می‌کنید، در حالی که «الأصل دليل حيث لا دليل». شما می‌گویید: بعد از تمام شدن خيار مجلس، شک می‌کنیم که آیا کلی خيار باقی هست یا نه؟ کلی خيار را استصحاب می‌کنیم، اشکال این است که اینجا جای استصحاب نیست، چون در اینجا دليل داریم که «إذا افترقا وجب البيع»، در خود روایت آمده که وقتی بايع و مشتري از هم جدا شدند، بيع لازم می‌شود.

خوب همین اشکال به استصحاب مرحوم شیخ(ره) هم وارد است، که با وجود [*أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*](#) و این ادله و امارات، دیگر جایی برای اینکه به استصحاب استدلال کنیم باقی نمی‌ماند.

وجه دوم که دقیق‌تر است و ما هم در بیان مقصود قائل به استصحاب به این مسئله اشاره کردیم، که «فتأمل» هم به آن اشاره دارد، که این استصحاب، استصحاب کلی قسم ثالث است و در رسائل و اصول الفقه مرحوم مظفر(ره) خواندید که اگر مستصحب یک امر شخصي و جزئي باشد، استصحاب، استصحاب شخصي می‌شود، زید قبلاً زنده بوده و حالا شک می‌کنیم که آیا زید حیات دارد یا نه؟ حیات زید را استصحاب می‌کنیم، که این استصحاب شخصي می‌شود.

اما اگر مستصحب یک امر کلی باشد، در این صورت استصحاب کلی می‌شود، که مرحوم شیخ(ره) برای استصحاب کلی در رسائل سه قسم بیان کرده؛ که یکی از آن موارد که استصحاب کلی قسم ثالث است، که اینجا مورد نیاز است و عبارت است از اینکه اگر مثلاً یقین داریم که دیروز انسان کلی در ضمن فردی به نام زید در این خانه بوده، امروز یقین داریم که زید رفته، اما نمی‌دانیم آیا فرد دیگری از افراد انسان در آن خانه جای زید آمده، تا بگوییم: کلی انسان باقی است و یا اینکه فرد دیگری نیامده است؟

در اینجا عده‌ای استصحاب را جاری کرده گفته‌اند: دیروز در این خانه کلی انسان در ضمن فردی به نام زید بوده و امروز یقین داریم که زید رفته، اما شک داریم که آیا فرد دیگری به نام عمر در این خانه آمده یا نه؟ کلی انسان را استصحاب می‌کنیم، که به این استصحاب می‌گویند: استصحاب کلی قسم ثالث در مقابل کلی قسم اول و دوم که این را در رسائل خواندید.

ما نحن فيه هم از این قبیل است، بنا بر آن احتمال سومی که مرحوم شیخ(ره) در کلام قائل داد، بعد از آن که بیع واقع می‌شود، کلی خیار در ضمن فردی به نام مجلس محقق شده، حال که خیار مجلس از بین رفته شک می‌کنیم که آیا کلی خیار در ضمن فرد دیگری، -ولو برای ما نامعلوم هم باشد- محقق است یا نه؟ بقاء خیار را استصحاب می‌کنیم، که در عبارت شیخ(ره) هم به همین تعبیر بود که در احتمال سوم فرموده: «بقاء الخيار» یعنی کلی خیار.

«فتأمل» اشاره دارد به اینکه این استصحاب، استصحاب کلی قسم ثالث است و نظر مرحوم شیخ در رسائل این بود که استصحاب کلی قسم ثالث جریان ندارد.

توضیح عبارتی در کلام مرحوم علامه(ره)

مطلب دیگری که مرحوم شیخ(ره) در اینجا بیان کرده‌اند این است که در اینجا باید در دو مقدمه بحث کنیم، در مقدمه‌ی دوم تا اینجا از عمومات زیادی و از طرق دیگر اثبات کردیم که اگر در معامله‌ای شک کنیم که آیا لازم است یا نه؟ یک اصلی به نام اصالة لزوم داریم، که هم در بیع جاری است و هم در غیر بیع.

اما مرحوم علامه(ره) در کتاب مختلف در مسئله‌ی شک در عقد سبق و رمایه فرموده: در عقد سبق اگر شک کنیم که آیا عقد مسابقه لازم است یا جائز؟ أصل عدم لزوم است، درست نقطه‌ی مقابل آنچه که تا حالا گفتیم.

دیگرانی هم که بعد از مرحوم علامه(ره) آمده‌اند، کلام ایشان را با *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* رد کرده‌اند، یعنی گفته‌اند که نوبت به اصل نمی‌رسد و ما آیه شریفه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* را داریم که می‌گوید: هر عقده‌ی لازم است.

اما مرحوم شیخ(ره) فرموده: باید ببینیم که این اصل عدم لزوم چه وجهی دارد؟ با قطع نظر از اینکه *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* این اصل را ناپود می‌کند، اما آیا خود اینکه الأصل عدم اللزوم، یک وجه فنی و علمی دارد یا نه؟ که ایشان فرموده: هر چه دقت کردیم، «لم يعلم له وجه»، وجهی که قابل بیان باشد پیدا نکردیم، فقط در معاملاتی که اثر آن معاملات تملیک و یا تسلیط نیست، این اصل جریان دارد.

تا اینجا وقتی می‌خواستیم لزوم را استصحاب کنیم، می‌گفتیم: یک عقده‌ی به نام بیع واقع شده، که این بیع اثری به نام تملیک دارد، حال اگر بعد از مدتی بایع گفت: «فسخت»، شک می‌کنیم که با «فسخت»، آیا اثر بیع که عبارت از تملیک بود، از بین رفته یا نه؟ اثر بیع را استصحاب می‌کنیم، یعنی قبل از «فسخت» تملیک وجود داشت و بعد از «فسخت» هم این جنس در ملک مشتری است.

اما عقود داریم که اثر فعلی روشنی ندارد، که بتوانیم آن اثر را استصحاب کنیم، مثل عقد مسابقه، که اگر دو نفر با هم عقد مسابقه یا جعاله منعقد کنند، بعد از عقد هنوز ملکیت و تملیکی محقق نشده، تا زمانی که سابق، یعنی برنده، برنده بودنش محقق نشود چیزی ملک او نمی‌شود، یعنی باید مسابقه انجام شود و سابق مشخص شود، تا بعد این جنس ملک سابق شود، اما تا قبل از آن که سابق مشخص شود، خود این عقد مسابقه یک اثر منجز و بالفعل ندارد، که بخواهیم آن اثر را استصحاب کنیم، لذا در این معاملات استصحاب اثر عقد نداریم و لذا مانعی ندارد که بگوییم: اصل در این معاملات جواز است.

پس روشن شد که اصل عدم اللزوم فقط در عقودی جریان دارد که اثر فعلی به نام تملیک ندارد، اما هر عقدی که اثر دارد و اثرش هم تملیک باشد، در آنجا دیگر اصل عدم اللزوم امکان جریان ندارد، بلکه باید اثر عقد را استصحاب کنیم.

جریان اصالة اللزوم در شبهات حکمیه و موضوعیه

مطلب دیگری مرحوم شیخ(ره) فرموده این است که: این اصالة اللزوم را از این عمومات استفاده کردیم، هم در شبهات حکمیه جریان دارد و هم در شبهات موضوعیه.

از این عمومات، ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*** ***أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ*** و ***إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ***، اصلی را به نام اصالة اللزوم استفاده کردیم، که اگر موردی شبهه‌ای حکمیه باشد، که مثلاً نمی‌دانیم که آیا اجاره از عقود لازمه است یا نه؟ یعنی شبهه‌ای ما از حیث حکم شرعی است که نمی‌دانیم شارع اجاره را از عقود لازمه قرار داده یا نه؟ عاریه را از عقود لازمه قرار داده یا نه؟ هر جا که شک در حکم شرعی داریم، اصالة اللزوم جریان دارد.

همچنین در شبهات موضوعیه، مثلاً می‌دانیم که بیع از عقود لازمه است و هبه از عقود جائزه است، حال بین دو نفر نقل و انتقالی واقع شده، اما نمی‌دانیم که آیا این نقل و انتقال به عنوان بیع بوده تا لازم باشد و یا به عنوان هبه بوده تا جائز باشد؟ که در اینجا هم شبهه، شبهه موضوعیه است و مرحوم شیخ(ره) فرموده: اصالة اللزوم جریان دارد، مگر اینکه بگوییم: تمسک به عام در شبهه‌ای مصداقیه جایز نیست.

اشکال تمسک به عام در شبهه‌ای مصداقیه در شبهه موضوعیه

اگر کسی بگوید که: عمومی به نام ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*** داریم، که این عموم به عقود جائزه، مثل هبه و عاریه تخصیص خورده است، الآن در این مورد معین خارجی، - چون شبهات موضوعیه همیشه روی یک مورد معین خارجی می‌آید، برخلاف شبهات حکمیه، که مثلاً نمی‌دانیم کلی اجاره لازم است یا نه؟ اما در شبهه‌ای موضوعیه می‌گویید این نقل و انتقال بین زید و عمر آیا بیع بوده تا لازم باشد یا هبه بوده تا جائز باشد؟ - اگر بخواهیم اصالة اللزومی را که از این عموم استفاده کردیم جاری کنیم، این تمسک به عام در شبهه‌ای مصداقیه می‌شود.

عموم ما ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*** است و خاص ما عقود جائزه مثل هبه است، الآن یک فرد خارجی داریم، که مرد است بین «دخوله فی العام و دخوله فی الخاص»، در اینجا قدما گفته‌اند که: تمسک به عام در شبهه‌ای مصداقیه مانعی ندارد، اما محققینی مثل خود مرحوم شیخ(ره) تمسک به عام در شبهه‌ای مصداقیه را جایز نمی‌دانند.

حال در شبهه موضوعیه چه کنیم؟ اگر در شبهه‌ای موضوعیه نتوانستیم اصالة اللزومی را که از عمومات استفاده می‌کنیم جاری کنیم، آیا راه دیگری برای لزوم داریم یا نه؟ مرحوم شیخ(ره) فرموده: بله، به استصحاب پناه می‌بریم.

مثلاً بین این دو نفر در این شکی نیست که یک نقل و انتقال و تملیک و تملکی واقع شده است، زید یک جنسی را داده به عمر تملیک کرده و عمر هم گرفته، اما نمی‌دانیم که آیا به عنوان بیع بوده و یا هبه؟ حال که نمی‌توانیم از راه عمومات لزوم را استفاده کنیم، اثر عقد را استصحاب می‌کنیم، یعنی می‌گوییم: عقد اینها مفید تملیک بود و حال شک می‌کنیم آن تملیک قابل به هم زدن است یا نه؟ تملیک را استصحاب می‌کنیم و استصحاب اثر عقد همان عبارت اخروی لزوم است.

بعد مرحوم شیخ فرموده‌اند: در رسائل گفتیم که: اصل حکمي در صورتي جاري است که در آن مورد یک اصل موضوعي جاري نباشد، این مثال را هم می‌زدند که مثلاً گوشتي در کنار جاده افتاده، شک کنیم که آیا حلال است یا حرام؟ در اینجا نمی‌توانیم اصالة الحلیة را جاري کنیم، چون در اینجا یک اصل موضوعي داریم، در این گوشت شک می‌کنیم که آیا تذکيه شده یا نه؟ اصل عدم تذکيه است.

با وجود اصل موضوعي، دیگر نوبت به اصل حکمي نمی‌رسد، همان مسئله‌ي سببي و مسببي است، که نسبت موضوع به حکم نسبت سبب به مسبب است، نسبت علت به معلول است، یعنی به منزله علت است، لذا باید اول تکلیف را در علت درست کنیم، که اگر گفتیم: این گوشت معین خارجي تذکيه نشده است، حرام است و اگر گفتیم که: تذکيه شده است، حلال می‌شود، که در شک در تذکيه و عدم تذکيه، اصل عدم تذکيه جاري است.

حالا آیا اصل عدم تذکيه درست است یا نه؟ منشأش چیست؟ آن هم یک بحث مفصلي دارد، اما وقتی اصل عدم تذکيه که یک اصل موضوعي است، جریان پیدا کرد دیگر نوبت به اصالة الحلیة که یک اصل حکمي است نمی‌رسد.

در اینجا هم مرحوم شیخ (ره) همین را فرموده که: اصالت اللزوم یک اصل حکمي است، لزوم و جواز از احکام شرعيه است و این اصل حکمي در جايي جاري است که اصل موضوعي نداشته باشیم، یعنی اگر یک اصل موضوعي در کار بود، که آن اصل موضوعي اثبات کند که این عقد، عقد جائز است، دیگر نوبت به این اصالة اللزوم نمی‌رسد.

بعد مواردی را ذکر کرده فرموده‌اند: مواردی را داریم که مثلاً کسی مالی را به زید داده، بعد شک می‌کنیم که آیا این مالی که به زید داده، هبه کرده و یا صدقه بوده است، که اگر هبه بوده، عقد جائز است و اگر صدقه باشد، عنوان لزوم دارد، که در اینجا می‌گوییم: اصل جاري در موضوع داریم.

فرق بین هبه و صدقه در این است که هبه نیاز به قصد قربت ندارد، اما صدقه قصد قربت نیاز دارد، شک می‌کنیم که آیا دهنده‌ي این مال به زید قصد قربت کرده یا نه؟ اصل عدم قصد قربت است، همان استصحاب عدم ازلی است، که اصل این است که قصد قربتی در کار نبوده، که نتیجه‌اش این می‌شود که این مال به عنوان هبه داده شده و هبه هم از عقود جائزه است.

لذا در چنین مواردی که اصل جاري در موضوع داریم دیگر نوبت به اصل جاریه در حکم به نام اصالة اللزوم نمی‌رسد.

عدم اثبات بیع بودن معامله به واسطه اصالة اللزوم

بعد مطلب دیگری بیان کرده فرموده‌اند: این اصلي که در حکم جاري می‌شود به نام اصالة اللزوم، در جايي که اصل موضوعي نداریم، مثلاً نقل و انتقالي واقع شده، حال شک می‌کنیم که آیا لازم است یا نه؟ اصل لزوم است و اثر عقد را استصحاب می‌کنیم.

اما این اصل حکمي فقط صفت لزوم را اثبات می‌کند، ولي اینکه معامله بیع است یا هبه را اثبات نمی‌کند، چون اگر بخواهد عنوان بیع یا هبه را اثبات کند، این اصل مثبت می‌شود، بلکه فقط می‌گوید که: این اثر تملیک را داشت، الان هم همان اثر را استصحاب می‌کنیم، که این می‌شود لزوم.

اما لزوم عادتاً مساوي با بيع است، يعني لازمه عايش اين است که اين معامله هبه نباشد و بيع باشد، ولي در جاي خودش خوانديد که استصحاب و اصول شرعيه، لوازم غير شرعي را اثبات نمي‌کند، لذا ديگر اثبات نمي‌کند که اين کاري که کرده، اسمش بيع بوده و هبه.

اگر بيع يا هبه بودن مشخص نشود، در اينجا مشکلاتي پيدا مي‌کنيم؛ که يك مشکلش اين است که اين گيرنده‌اي که اين مال را گرفته، اگر اين معامله در واقع بيع بوده، بايد در مقابلش يك عوضي به بايع به عنوان ثمن بدهد و اگر در واقع هبه بوده، نياز به دادن عوض ندارد، حال با اصالة اللزوم وقتي که بيع يا هبه بودن را مشخص نکرديد، اين مشکل را چطور حل کنيم؟

مرحوم شيخ(ره) مي‌فرمايد اينها راه‌هاي ديگري دارد، که مثلاً در همين مورد شک مي‌کنيم که آيا ذمه‌ي اين شخص که اين مال را گرفته، به عوض مشغول است يا نه؟ اصل براءت از ضمان است، اصل اين است که ذمه‌اش به چيزي مشغول نيست.

تطبيق عبارت

«فتأمل» عرض کرديم که دو وجه دارد، و توضيح هر دو وجهش را هم که دقيق بود، مفصل بيان کرديم.

«ثم إنّه يظهر من المختلف في مسألة أنّ المسابقة لازمة أو جائزة»، اين «ثم» يعني تا اينجا زحمت کشيديم و اصلي را به نام اصالة اللزوم درست کرديم، اما از کلمات علامه(ره) در مختلف در اين مسئله که آيا مسابقه لازم است يا جائز؟ آيا عقد سبق و رمايه لازم است يا جائز؟ ظاهر مي‌شود که «أنّ الأصل عدم اللزوم»، اصل عدم اللزوم است، «و لم يرده من تأخّر عنه إلّا بعموم قوله تعالى ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ***»، و کساني هم که متأخر از علامه(ره) بوده‌اند نگفته‌اند که: اين حرف باطلاي است و آن را رد نکرده‌اند مگر به عموم قوله تعالى ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ***، که گفته‌اند: اين اصل به درد نمي‌خورد چون ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*** داريم.

شيخ(ره) خواسته بگويد: فقهايي که بعد از علامه(ره) نگفته‌اند که: اين اصل ريشه ندارد، بلکه گفته‌اند: اين اصل يك معارض قوي چون ***أَوْفُوا بِالْعُقُودِ*** دارد، که به طور کلي آن را از بين مي‌برد، چون اماره است و اماره هر جايي که بيايد ديگر اصل جايي ندارد.

اما نگفته‌اند که: وجه اين اصل چيست؟ آيا ريشه‌ي علمي و فني دارد يا نه؟ «و لم يُعلم وجهٌ صحيحٌ لتقرير هذا الأصل.»، يك وجه روشني براي بيان اين اصل دانسته نشده است، «نعم، هو حسنٌ في خصوص عقد المسابقة و شبهه ممّا لا يتضمّن تمليكاً أو تسليطاً»، بله اين در خصوص مسابقه و شبه مسابقه مثل عقد جعاله حسن است، که از عقودي هستند که متضمن تمليك يا تسليط نباشند.

تسليط اثر ملکيت است و يك معنايي اعم از تمليك هم هست، مثلاً در باب عاريه بر استفاده سلطنت پيدا مي‌کنيد، منتهي ملک شما نمي‌شود.

«ليكون الأصل بقاء ذلك الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين.»، عقودي که اثر تمليك ندارند، که بخواهيم آن اثر را استصحاب کنيم، تا أصل بقاء آن اثر و عدم زوال آن اثر، بدون رضاي طرفين باشد و بخواهيم بگويم که: اين زائل مي‌شود.

تا به حال که استصحاب لزوم کرده مي‌گفتيم که: يك عقدي بوده و تمليك هم اثر عقد بوده، حال اين آقا گفته: «فسخت»، شک مي‌کنيم که آيا تمليك از بين رفت يا نه؟ أثر عقد را استصحاب مي‌کنيم، اما در عقد مسابقه، تا سابق و برنده مشخص نشود اثري ندارد، بايد مسابقه را انجام دهند و بعداً برنده مشخص شود، لذا در واقع تمليك نبوده است.

حاشیه مرحوم محقق ایروانی(ره) از حواشی بسیار دقیق و عمیق بر مکاسب است، که اصلاً بعضی آن را قوی‌ترین حاشیه‌ی مکاسب می‌دانند و تعجب این است که این شخصیت علمی تمام مدت عمرش به 45 سال نرسید و الآن افکار و نظریات ایشان که در حاشیه‌ی مکاسب و یا در حاشیه‌ی کفایه است، یکی از نظریات محوری در بحث‌های خارج است، که مورد بحث قرار می‌گیرد.

ایشان در حاشیه‌ی مکاسب در اینجا فرموده‌اند که: چطور عقد مسابقه اثر ندارد؟ عقد مسابقه تملیک دارد، اما تملیکش، تملیک تعلیقی است، یعنی اگر بر دی مال تو است، که مگر این اثر نیست؟ ما این حرف را نمی‌فهمیم، منتهی مسئله را در باب استصحاب تعلیقی بردند، که یک بحث دیگری است.

«ثم إنَّ ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم»، این عمومات هم در شبهه‌ی حکمیه جاری است و هم در شبهه‌ی موضوعیه، «إنَّما هو في الشك في حكم الشارع باللزوم»، یعنی هم در جایی که نمی‌دانیم آیا شارع حکم به لزوم کرده و نه؟ «و يجري أيضاً فيما إذا شك في عقد خارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز»، و همچنین وقتی در یک عقد خارجی شک شود که مثلاً عقدي واقع شده و نقل و انتقالي واقع شده، نمی‌دانیم این عقد و نقل و انتقال، آیا بیع است تا لازم باشد یا هبه است تا جائز باشد؟ شیخ(ره) فرموده: این اصالة اللزوم در این شبهات موضوعیه هم جاری است.

«بناءً على أنَّ المرجع في الفرد المردد بين عنواني العامِّ والمخصَّص إلى العموم»، البته بنا بر اینکه تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه را درست بدانیم، یعنی بنا بر اینکه مرجع در فرد مشکوک بین عنوان عام و مخصص را که نمی‌دانیم از مصادیق عام است یا از مصادیق مخصص، عموم عام بدانیم.

«و أمّا بناءً على خلاف ذلك»، اما بنا بر خلاف این مطلب که نظر شیخ(ره) هم همین است که تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه جایز نیست، دیگر به این عمومات نمی‌توانیم مراجعه کنیم، «فالواجب الرجوع عند الشك في اللزوم إلى الأصل»، بلکه باید سراغ اصل عملی برویم، «بمعنى استحباب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين»، که همان استصحاب أثر عقد و عدم زوال اثر به مجرد فسخ أحد المتعاقبين است.

گفتیم که: استصحاب اثر و لزوم یک اصل حکمی است و در اصل حکمی قانون این است که در مواردی جاری است که در آن مورد اصل موضوعی نداشته باشیم، «إلا أن يكون هنا أصل موضوعي يثبت العقد الجائز»، مگر آنکه اصل موضوعی داشته باشیم یعنی اصلی که در ناحیه موضوع جاری می‌گردد، که عقد جائز را اثبات کند. «كما إذا شك في أنَّ الواقع هبة أو صدقة»، مثلاً کسی یک پول یا مالی را به زید داده و نمی‌داند که این را هبه کرده یا صدقه داده، البته هبه یک معنای عامی دارد که صدقه هم یکی از مصادیقش است، صدقه یعنی هبه‌ای که در آن قصد قربت معتبر است، حال شک می‌کنیم این که این مال را داده قصد قربت کرد یا نه؟ «فإنَّ الأصل عدم قصد القرية»، استصحاب عدم ازلی داریم، که اصل عدم قصد قربت است، «فيحكم بالهبة الجائزة»، لذا می‌گوییم: این چیزی که به تو داده هبه است.

پس یک اصلی جاری شد که هبه بودن از آن استفاده می‌شود و با وجود اصل موضوعی دیگر نوبت به اصل حکمی نمی‌رسد.

«لكن الاستصحاب المذكور إنّما ينفع في إثبات صفة اللزوم»، با این «لكن...» دوباره می‌رویم سراغ همان استصحاب، یعنی مثل اینکه تا اینجا در پرانتز بود، یعنی استصحاب اثر عقد که همان اصل حکمی است، فقط لزوم را اثبات می‌کند، «و أمّا تعيين العقد اللازم حتّى يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أُريد تعيين البيع عند الشك فيه و في الهبة فلا»، اما بیع بودن را ثابت نمی‌کند تا اینکه سایر آثار عقد لازم بر آن مترتب گردد، که یک اثر بیع مثلاً این است که در مقابل مالی که مشتری گرفته، ضامن است که عوضی را به بایع بدهد. یعنی استصحاب لزوم دیگر در اثبات بیع بودن یا هبه بودن نافع نیست. که جهش را از خارج

عرض کردیم که چون اگر بگوییم: این استصحاب بیع بودن را اثبات می‌کند، بیع اثر عادی لزوم است، وقتی که اثر عادی شد، این اصل مثبت می‌شود.

«بل يُرجع في أثر كلِّ عقدٍ إلى ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه»، بلکه باید به نسبت به هر اثری به اصول عملیه دیگر رجوع کنیم، «فإذا شكَّ في اشتغال الذمَّة بالعوض حكم بالبراءة التي هي من آثار الهبة»، اگر مثلاً نمی‌دانیم آیا بیع بود تا ذمه‌ی مشتری مشغول به عوض باشد؟ حکم به براءت که از آثار هبه هست می‌شود.

ضمان و عدم ضمان عقد فاسد در ما نحن فيه

مورد دیگری را هم شیخ(ره) مثال زده، که یک عقدی در خارج واقع شده است، اولاً نمی‌دانیم که بیع بوده یا هبه بوده؟ اما یقین داریم آن عقد، عقد فاسدی بوده است، حال که یکی از شرایط صحت را نداشته، «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»، حال اگر بیع باشد، بیع از عقود است که چون در صحیحش ضمان است در فاسدش هم ضمان است، یعنی ضمان معاملی که مشتری ضامن است در مقابل این جنس به بایع پول بدهد و بایع هم ضامن است در مقابل پول جنس را به مشتری بدهد.

حال اگر این بیع فاسد شد، همانطوری که در صحیحش ضمان است، در فاسدش هم ضمان است، یعنی اگر این مبیع در دست مشتری تلف شد و بعد معلوم شد که عقد بیع فاسد بوده، در اینجا مشتری ضامن است.

اما در هبه چون در صحیحش ضمان نیست و عوض مقابل ندارد، پس ضمان معاوضی ندارد، لذا در فاسدش هم ضمان نیست.

الآن این عقدی که در خارج واقع شده، فرضاً عقد فاسدی هم بوده، ما از حیث ضمان چه کنیم؟ چون گفتیم: راهی نداریم بر اینکه اثبات کنیم بیع یا هبه است؟ حال در این عقدی که واقع شده و جنس هم دست مشتری بوده و تلف هم شده، از نظر مسئله‌ی ضمان چه باید بکنیم؟

شیخ(ره) فرموده: باید ببینیم که مستند این قاعده چیست؟ قاعده‌ی «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» مستندش چیست؟ که در کتاب البیع دو مستند برای این قاعده بیان کرده‌اند؛ یکی عموم «علي الید ما أخذت حتی تودی» و دوم اقدام بر ضمان است.

اگر گفتیم که: مستند ضمان «علي الید» است، موضوع آن ید است و چون مشتری هم در اینجا بر این مال ید داشته و مال در دستش تلف شده، عموم «علي الید» می‌گوید که: این مشتری ضامن است حال چه معامله‌اش بیع باشد یا هر چیز دیگری که برای ما روشن نیست.

اما اگر مستند در ضمان و در آن قاعده اقدام بر ضمان باشد، یعنی برای این می‌گوییم که: مشتری ضامن است، که بر ضمان اقدام کرده، که در اینجا شک می‌کنیم که این که جنس را از بایع گرفته بر ضمان اقدام کرده یا نه؟ اصل این است که اقدام نکرده است.

بعد مرحوم شیخ(ره) صورت سومی را هم بیان کرده است، که مستند را همان عموم «علي الید» قرار دهیم، که می‌گوید: اگر انسان بر مال غیر ید پیدا کرد و در دستش تلف شد ضامن است، اما در جایی که کسی مالش را به انسان هبه می‌کند، اگر مال در دست متهب، یعنی گیرنده‌ی هبه تلف شد ضامن نیست.

در اینجا اگر مالی که در خارج گرفته، نمی‌داند که آیا مصداق هبه است یا نه؟ اگر بخواهیم به عموم «علي اليد» تمسک کنیم، تمسک به عام در شبهه‌ی مصداقیه می‌شود که جایز نیست.

تطبیق عبارت

«و إذا شكّ في الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان»، اگر با وجود فساد عقد در ضمان شک شود، یعنی فرض می‌کنیم این عقدي که بین این دو نفر واقع شده، عقد فاسد بوده است، اما نمی‌دانیم بیع بوده یا هبه، اگر این جنس در دست مشتری یا گیرنده تلف شد ضامن است، «لعموم «علي اليد» إن كان هو المستند في الضمان بالعقود الفاسدة»، البته اگر «علي اليد دليل» و مدرک ضمان در عقود فاسده باشد.

«و إن كان المستند دخوله في «ضمان العين»»، اما اگر مستند اقدام بر ضمان باشد، «أو قلنا بأنّ خروج الهبة من ذلك العموم مانعٌ عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقاً لها»، این «أو قلنا» یعنی مستند ما همان عموم «علي اليد» باشد، اما بگوییم: خروج هبه از آن عموم، در موردی که احتمال می‌دهیم که مصداق برای هبه باشد، مانع از رجوع به این عموم است، «كان الأصل البراءة أيضاً»، که اصل برائت است و این «إيضاً» یعنی همانطور که في إشتغال ذمه به عوض شک کنیم.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين