

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

«و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرّقين حين العقد: افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافي و لو بمسمّاه ارتفع الخيار، فلا يعتبر الخطوة؛ و لذا حكى عن جماعة التعبير بأدنى الانتقال.»

3- مسقط سوم: إفتراق متبايعين

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: یکی از مسقطات خيار مجلس إفتراق است و إجماع قائم است بر اینکه این إفتراق مشروط به دلالت بر رضایت نیست، یعنی إفتراق دال بر رضایت معامله را مسقط نیست، بلکه إفتراق مطلقاً اعم از اینکه دال بر رضایت به معامله باشد یا نباشد، مسقط خيار مجلس است.

معناى افتراق مسقط

بعد اینجا چند مطلب را راجع به افتراق بیان کرده‌اند؛ معناى حقیقی افتراق در موردی است که یک التصاق و اتصالی در کار باشد، که اگر آن اتصال و التصاق از بین رفت، إفتراق صدق می‌کند، در حالی که در ما نحن فيه متبايعين از اول مفترقاً عقد را می‌خوانند و این چنین نیست که متبايعين ملتصقاً و متصلأً به یکدیگر عقد را بخوانند، یکی این طرف نشسته است و دیگری در طرف مقابل و از اول بینشان إفتراق حاصل است. پس إفتراق مسقط معنائش چی است؟

شیخ(ره) فرموده: مراد از إفتراق یعنی آن هیئت اجتماعی حاصله عند العقد، که اگر آن هیئت به هم بخورد، یعنی آن هیئت و شکلی که در حین عقد از ترکیب این دو نفر به وجود آمده به هم خورد، این إفتراق می‌شود.

حال که معناى افتراق روشن شد، آیا در إفتراق مقدار معینی لازم است یا نه؟ این دو نفر که روبه‌روی هم نشسته بودند، یکی گفت: «بعثت» و دیگری گفت: «إشتریت»، اگر أحدهما به اندازه‌ی یک قدم حرکت کرد، آیا مقدار یک قدم در إفتراق کفایت می‌کند یا نه؟ در اینجا سه نظریه وجود دارد؛

اقوال در صدق افتراق

یک نظریه‌نظریه‌ی مرحوم شیخ(ره) است که فرموده: به نظر ما مسمای افتراق کافی است، ولو اینکه مسمای إفتراق به کمتر از یک قدم حاصل شود، که در کلمات بعضی از فقهاء تعبیر شده به «أدنى الإنتقال»، یعنی کوچکترین إنتقال و تغییر در تحقق

إفتراق کافی است.

نظریه‌ی دوم نظریه عده‌ای مثل صاحب مفتاح الکرامه (ره) است که گفته‌اند: أقل مقدار إفتراق یک قدم است، که باید حرکت کند.

مرحوم شیخ (ره) فرموده: صاحب مفتاح الکرامه (ره) دیده که فقهای دیگر وقتی می‌خواهند برای إفتراق مثال بزنند، به خطوه مثال زده‌اند، که این تمثیل ایشان را فریب داده است.

فقهای مثل شیخ طوسی (ره) در کتاب خلاف و برخی دیگر از فقهاء کلمه‌ی خطوه را آورده‌اند، اما این ذکر خطوه بنا بر غالب است، یعنی غالباً وقتی إفتراق می‌خواهد حاصل شود، انسان یک قدم حرکت می‌کند، و الا خطوه موضوعیتی ندارد.

نظریه‌ی سوم این است که یک قدم هم کافی نیست و ملاک در تحقق إفتراق صدق عرفی إفتراق است، مثلاً اگر در خیابان باشند، با دو قدم هم إفتراق حاصل می‌شود، اما اگر در منزل باشند، إفتراق عرفی با خروج از منزل است، یا در خیابان، کنار مغازه انسان جنسی را از بایع می‌خرد، که إفتراق به همین است که یک قدم حرکت کند و برود.

پس نظریه‌ی سوم این است که ملاک در إفتراق صدق عرفی است و یک خطوه و دو خطوه، یک قدم و دو قدم در إفتراق کفایت نمی‌کند.

ادله قائلین به نظریه سوم

قائلین به قول سوم دو دلیل آورده‌اند؛ که دلیل اول إنصراف است و گفته‌اند: این روایت که می‌گوید: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا» درست است که إطلاق دارد و مسمای إفتراق، یعنی خطوه و خطوتین را هم شامل می‌شود، اما از این مسمی و خطوه انصراف دارد.

«یفترقا» به دلالت لفظی و إطلاقی شامل مسمی و خطوه هم می‌شود، اما از این دو مورد انصراف دارد، در نتیجه باید بیش از یک خطوه باشد، که ضابطه‌ای که می‌گوییم این است که: باید صدق عرفی داشته باشد.

دلیل دومشان روایتی از امام هشتم (علیه السلام) است که حضرت فرمودند: «فلما استوجبتهما قمت فمشیت خُطًی لیجب البیع حین اُفترقنا»، زمینی را خریدم و بعد چند قدم راه رفتم تا بیع لازم شود، که در این روایت حضرت نمی‌فرمایند: یک قدم راه رفتم، بلکه فرمودند: چند قدم راه رفتم، پس معلوم می‌شود که یک قدم کافی نیست.

نقد و بررسی این دو دلیل

مرحوم شیخ (ره) هر دو دلیل را رد کرده و فرموده‌اند: اما انصراف ممنوع است، چون انصراف باید منشأ روشنی داشته باشد.

در باب انصراف در اصول می‌گویند: اگر منشأ انصراف کثرت استعمال باشد، این قابل قبول است، اما اگر غیر از کثرت استعمال باشد، قابل قبول نیست.

به عبارت دیگر انصرافی در مقابل إطلاق قیام می‌کند، که منشأ آن کثرت استعمال باشد و در غیر از این مورد، إطلاق به حال

خودش باقی می‌ماند.

اما در جواب از روایت فرموده: این روایت دلیل نیست، زیرا اگر بخواهیم بگوییم که: از مفهوم روایت استفاده کنیم که چند قدم باید باشد و یک قدم کافی نیست، این مبتنی بر این است که مفهوم لقب را حجت بدانیم، چون در جای خودش خواندید که این گونه قیود از نظر اصولی عنوان لقب را دارد و در جای خودش هم ثابت شده است که مفهوم لقب حجت ندارد.

بنابراین قول سوم باطل شد، قول دوم هم که قول مفتاح الکرامه بود باطل شد، پس مختار و نظریه‌ی شیخ(ره) ثابت می‌شود که در باب إفتراقی که مسقط خیار مجلس است، مسمای إفتراق کافی است، که به أدنی الانتقال حاصل می‌شود.

تطبیق عبارت

«و معنی حدوث افتراقهما المسقط مع کونهما متفرّقین حین العقد»، این «و معنی» می‌خواهد جواب از این سؤال را بدهد که شما که می‌گویید: إفتراق مسقط است، اصلاً متبایعین در حین عقد إفتراق لغوی دارند، بایع این طرف نشسته و مشتری آن طرف و إفتراق در جایی به وجود می‌آید که قبلاً اتصال و التصاق باشد، که مرحوم شیخ(ره) در جواب فرموده: معنای حدوث إفتراقی که مسقط است، در حالی که بایع و مشتری در حین عقد جدای از یکدیگر هستند، «افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حین العقد»، -این خبر آن «و معنی» است- این است که إفتراق نسبت به آن هیئت اجتماعی حاصله برای آن دو در حین عقد حاصل شود.

هیئت اجتماعی یعنی حساب کنیم که فاصله‌ی این دو نفر مثلاً چه مقدار است، اگر این فاصله‌ای که الآن در حین عقد بوده، بعد از عقد به هم بخورد، یعنی هیئت اجتماعی‌ی حال العقد به هم خورده است.

نتیجه‌ی فرمایش شیخ(ره) این می‌شود که افتراقی که مسقط خیار مجلس است، إفتراق حقیقی مراد نیست، بلکه إفتراق نسبی و اضافی مراد است، یعنی إفتراق به نسبت به هیئت اجتماعی حاصل شود، «فإذا حصل الافتراق الإضافی و لو بمسمّاه ارتفع الخيار»، حال وقتی که إفتراق اضافی حاصل شد، و لو مسمای إفتراق باشد، خیار از بین می‌رود. پس نظر شیخ(ره) این است که مسمای إفتراق کافی است.

حال در اینکه به چه مقدار إفتراق محقق می‌شود سه نظریه وجود دارد؛ یکی مسمی است، «فلا يعتبر الخطوة»، لذا یک قدم معتبر نیست، «و لذا حکى عن جماعةٍ التعبير بأدنى الانتقال.» و لذا از جماعتی حکایت شده که تعبیر به أدنی الانتقال کرده‌اند، یعنی به کمترین إنتقال هیئت اجتماعی به هم خورد، ولو کمتر از یک قدم هم باشد.

بعد شیخ(ره) فرموده: «و الظاهر...»، که این رد بر قول کسانی است که قائل به إعتبار خطوه هستند «أن ذکره فی بعض العبارات لبيان أقلّ الأفراد»، یعنی ذکر خطوه در بعض از عبارات برای بیان اقل افراد است، «خصوصاً مثل قول الشيخ فی الخلاف: «أقلّ ما ينقطع به خيار المجلس خطوة»»، خصوصاً مثل قول شیخ(ره) در خلاف که فرموده: أقل چیزی که خیار مجلس با آن منقطع می‌شود خطوه است، «مبنى على الغالب فی الخارج»، این «مبنى» خبر «أن ذکره» است، یعنی ظاهر ذکر خطوه مبنى بر غالب در خارج است، یعنی در بین فقهاء دو تعبیر داریم، بعضی در مقام بیان اقل الأفراد هستند و بعضی در مقام بیان تمثیل، که شیخ(ره) فرموده: هر دو مبنى بر غالب هست، هم آنهایی که در مقام بیان اقل افراد هستند، چون غالباً با یک خطوه محقق می‌شود، ذکر خطوه را به میان آورده‌اند و آنهایی هم که در مقام تمثیل هستند، چون غالباً با یک خطوه محقق می‌شود، به خطوه مثال زده‌اند و الا خطوه موضوعیتی ندارد. پس مبنى خبر آن آن است.

«أو في التمثيل لأقل الافتراق»، یعنی ذکر خطوه در بعضی از عبارات برای تمثیل برای اقل افتراق است که فرموده‌اند: این هم مبنی بر غالب است، اما عبارت در اینجا مقداری روشن نیست و این بیانی هم که عرض می‌کنیم، بیان مرحوم سید(ره) است.

ایشان فرموده: «من يريد الإقتصار على أقل الأفراد»، کسی که می‌خواهد اقل افراد را بیان کند، خطوه را گفته است، که این مبنی بر غالب است و بعد فرموده: «و من يريد التمثيل لأقل الأفراد» و کسی هم که می‌خواهد برای اقل افراد مثال بزند، «يمثل بالخطوه غالباً و إن كان يمكن التمثيل بالأقل» این هم از باب غلبه به خطوه مثال زده است، در حالی که تمثیل به کمتر از خطوه هم امکان داشته است.

«فلو تباعا في سفينتين متلاصقتين»، این تفریع برای آن «لو بمسمّاه» است، یعنی حال که گفتیم: در افتراق مسمی کافی است، اگر در دو کشتی چسبیده به هم بیع کنند، به این صورت که بایع در این کشتی و مشتری در آن کشتی باشد، «کفی مجرد افتراقهما»، مجرد افتراق دو کشتی کافی است، یعنی و لو اینکه این دو کشتی به اندازه‌ی یک نیم قدم از هم جدا شوند، این کافی است.

«و يظهر من بعض اعتبار الخطوة»، این بعض صاحب مفتاح الکرامه(ره) است که خطوه را معتبر دانسته است، «اغتراراً بتمثيل كثير من الأصحاب»، که فریب تمثیل کثیری از أصحاب را خورده است.

تا اینجا دو قول بیان شد، قول سوم آن است که «و عن صريح آخر التأمل في كفاية الخطوة»، این قائلین به قول سوم در کافی بودن یک قدم تأمل کرده و گفته‌اند: ملاک در افتراق صدق عرفی است و برای افتراق در هر موردی، باید ببینیم که صدق عرفی اش به چیست؟

بعد دو دلیل آورده‌اند؛ دلیل اول این است که «لإنصراف الإطلاق إلى أزيد منها»، إطلاق کلمه‌ی «افتراق» به بیشتر از یک خطوه انصراف دارد.

اگر اطلاقی داشته باشیم و گفتیم که: انصراف دارد «من هذا، إلى هذا»، باید در این کلمه‌ی «من و إلى» دقت کنیم، وقتی می‌گوییم که: این إطلاق به این انصراف دارد، یعنی موردش همین افراد است و وقتی می‌گوییم که: از این انصراف دارد، یعنی این از مورد إطلاق خارج است.

در ما نحن فيه هم گفته‌اند که: به بیش از یک خطبه انصراف دارد، «فيستصحب الخيار»، که خيار را إستصحاب می‌کنیم، یعنی بعد از اینکه یک قدم حرکت کرد، شک می‌کنیم که آیا خيار مجلس به هم خورد یا نه؟ خيار را إستصحاب می‌کنیم.

مؤید و دلیل دوم این است که «و يؤيده قوله(عليه السلام) في بعض الروايات»، که حالا تعبیر به تأیید و یا دلیل خیلی فرقی نمی‌کند، یعنی مؤید این عدم کفایت خطوه قول امام(علیه السلام) در بعضی از روایات است که فرمودند: «فلما استوجبتها»، که این کنایه از این است که وقتی بیع را تمام کردند و ضمیر در «إستوجبتها» به أرض می‌خورد، که در روایت دارد که امام(علیه السلام) می‌فرماید: یک زمینی خریدم، «فلما استوجبتها» إستیجاب یعنی طلب الإیجاب که کار مشتری هست و ایجاب کار بایع است و مشتری به بایع می‌گوید: ایجاب را بخوان تا قبول را بگویم، یعنی وقتی که بیع را تمام کردند، «قمت فمشيت خطى ليحب البيع حين افتراقنا»، وقتی که جدا شدیم، بلند شدم و چند قدم راه رفتم تا بیع واجب شود.

در این روایت امام(علیه السلام) فرموده: چند قدم راه رفتم، که معلوم می‌شود که یک قدم کافی نیست.

«و فيه: منع الانصراف و دلالة الرواية.» اما ما انصراف را قبول نداریم، چون گفتیم که: از نظر اصولی انصرافی به درد می‌خورد که منشأ آن کثرت استعمال باشد و چون دلالت روایت مبتنی بر مفهوم لقب است، که حجیت ندارد.

کفایت حرکت یک طرف در حصول افتراق

مطلب دیگر که بیان می‌کنند این است که آیا در افتراق حرکت هر دو لازم است یا نه؟ مرحوم شیخ(ره) فرموده: در باب افتراق حرکت هر دو لازم نیست، این چنین نیست که بایع از یک طرف و مشتری هم از یک طرف دیگر حرکت کند، تا بگوییم که: افتراق شده است، بلکه اگر بایع در مغازه‌اش نشسته و مشتری حرکت کرد، افتراق حاصل می‌شود.

اشکال قوام افتراق به دو طرف

اگر بگویید افتراق مصدر باب إفعال است و بعلاوه در روایت هم آمده که «ما لم یفتراقا»، یعنی هر دو افتراق پیدا کنند، که ظهورش در این است که هم این افتراق پیدا کند و هم دیگری.

به عبارت دیگر هم روایت و هم خود افتراق که لفظی است که قائم بر دو طرف است و یک طرفه نمی‌شود، مثلاً تنها در اتاق نشستید، بعد بلند شوید از این اتاق بیرون بروید، نمی‌شود که بگویید که: من افتراق پیدا کردم. لذا افتراق قائم به دو طرف است.

نقد و بررسی این اشکال

شیخ(ره) فرموده: در اینجا دو طرف را برایتان درست می‌کنیم و دو طرف به این است که یکی بلند می‌شود و حرکت می‌کند و دیگری هم سر جایش ساکن می‌نشیند و سکون هم فعل من الأفعال است.

به عبارت دیگر اگر دیگری هم همراهش حرکت کند، به طوری که همان هیئت اجتماعی حال العقد را محفوظ نگه دارند، چه بسا در اینجا خیار مجلس ساقط نمی‌شود، اما اگر أحدهما حرکت کرد و دیگری ساکن بود، در اینجا افتراق حاصل می‌شود و همین مقدار کافی است.

تطبیق عبارت

«ثمّ اعلم أنّ الافتراق علی ما عرفت من معناه»، بنا بر آنچه که در معنای افتراق بیان کردین که معنای افتراق همان به هم خوردن هیئت اجتماعی حال العقد بود، «یحصل بحركة أحدهما و بقاء الآخر فی مكانه»، که به حرکت یکی و بقاء دیگری در مکانش حاصل می‌شود، «فلا يعتبر الحركة من الطرفين فی صدق افتراقهما»، چون در روایت دارد که «ما لم یفتراقا»، که این ظهور شدیدی دارد در اینکه افتراق باید مستند به هر دو باشد، اما شیخ(ره) فرموده: در صدق افتراق حرکت هر دو لازم نیست.

«فالحركة من أحدهما لا یسمی افتراقاً حتّی یحصل عدم المصاحبة من الآخر»، حرکت یکی تا اینکه دیگری با او مصاحبت نکند افتراق نیست، یعنی اگر دیگری هم همراهش بلند شد و آن فاصله‌ای که در حین عقد بود رعایت کردند و محفوظ نگه داشتند، در اینجا افتراق حاصل نمی‌شود.

«فذاً الافتراق الخارجی من المتحرّک»، ذات افتراق خارجی حرکت از متحرک است، «و اتّصافها بكونها افتراقاً من الساکن.»،

اما إتصاف این ذات حرکت، اگر بخواهد به إفتراق فعل ساکن متصف شود، یعنی دیگری که سر جای خودش ساکن نشسته است، این سبب می‌شود که حرکت دیگری صفت إفتراق را پیدا کند.

حرکت اولی که از آن به ذات الإفتراق تعبیر می‌کند، این حرکت زمانی صفت إفتراق را پیدا می‌کند که دیگری سر جای خودش بنشیند، یعنی همین مقدار که با متحرک مصاحبت نکرد، همین عدم المصاحبه سبب می‌شود که فعل او إتصاف به إفتراق پیدا کند.

«و لو تحرّك كلٌّ منهما كان حركة كلٍّ منهما افتراقاً بملاحظة عدم مصاحبة الآخر»، اما اگر هر دو حرکت کردند، یکی از این طرف و یکی از طرف دیگر، حرکت هر کدام را إفتراق می‌گوییم، اما به ملاحظه عدم مصاحبت دیگری.

«و كيف كان، فلا يعتبر في الافتراق المسقط حركة كلٍّ منهما إلى غير جانب الآخر»، در عبارت بعضی از فقهاء آمده که در إفتراقی که مسقط خیار است، نه تنها باید هر دو حرکت کنند، بلکه هر دو هم باید به جانبی غیر جانب دیگری حرکت کنند، که شیخ(ره) فرموده: «كيف كان...» یعنی و چه حرکت یک نفر را کافی بدانیم یا ندانیم، اینکه بگوییم: در إفتراق باید حرکت هر کدام از این دو به غیر جانب دیگری باشد، معتبر نیست.

«كما تدلّ عليه الروايات الحاكية لشراء الإمام(عليه السلام) أرضاً»، بر این عدم إعتبار، روایاتی که حاکی از شراعی امام(علیه السلام) برای زمین است دلالت دارد، «و أنّه عليه السلام قال: «فلما استوجبتها قمت فمشيت خطي ليجب البيع حين افترقنا»»، همین روایتی که الآن خواندیم، که اصلاً در این روایت حرکت دو نفر نبوده و فقط حرکت امام(علیه السلام) بوده است، «فأثبت افتراق الطرفين بمشيه(عليه السلام) فقط.»، که امام(علیه السلام) إفتراق طرفین را به مشی خود ثابت کرده است.

امام(علیه السلام) فرمودند: «حين افترقنا» در حالی که تنها کسی که حرکت کرده، خود امام(علیه السلام) بوده است، پس حرکت خودش را موضوع برای إفتراق هر دو قرار داده است.

إفتراق إكراهی و إضطراری

مسئله دیگر این است که آیا إفتراق إكراهی و إضطراری هم مسقط خیار مجلس هست یا نه؟ شکی نداریم که إفتراق إختیاری مسقط خیار مجلس است، اما اگر إفتراقی، إكراهی بود، إكراه معنایش این است که مکرهی در کار است، مثلاً مکره می‌گوید: خودت مجلس عقد را ترک کن و اگر ترک نکنی کتکت می‌زنم یا آبرویت را می‌برم و یا وعیدی نسبت به او می‌دهد، اما در باب إكراه، مانند بیع مکره، فعل را خود مکره انجام می‌دهد.

در باب بیع مکره، مکره به إختیار خودش می‌گوید: «بعت»، اما منشأ این إختیار یک إكراه خارجی است، یعنی در باب إكراه تنها چیزی که وجود ندارد، طیب نفس است.

اما إفتراق إضطراری معنایش این است که خودش دیگر إختیار ندارد، فقهاء وقتی می‌خواهند برای إضطرار مثال بزنند می‌گویند: مثل حرکت ارتعاشی ید، مریضی که دستش خود به خود رعشه و حرکت دارد، این فعل ارتعاش مستند به خودش نیست و نمی‌گویند که این فعل را این مریض انجام می‌دهند، بلکه یک فعل غیر اختیاری است که چه بخواهد و چه نخواهد دستش رعشه دارد.

حال بحث در این است که اگر اضطراراً دست و پای کسی را را گرفتند و از مجلس عقد بیرون بردند، آیا إفتراق إكراهی یا

إضطرابی مسقط هست یا نه؟

دو دلیل بر عدم مسقطیت إفتراق إکراهی

مرحوم شیخ(ره) فرموده: بعضی از فقهاء دو دلیل آورده‌اند بر اینکه إفتراق إکراهی مسقط خیار نیست، دلیل اول مسئله تبادر است که گفته‌اند: این روایت که می‌گوید: «البیعان بالخیار ما لم یفترقا»، «یفترقا» ظهور و تبادر دارد که یک فعل مستند به فاعل باشد، در نتیجه جایی که مستند به فاعل نیست، که مثال به إکراه زده‌اند، خارج از مورد روایت است.

دلیل دوم این است که به حدیث رفع استدلال کرده‌اند، یعنی «رفع ما استکره علیه» یعنی آنچه که اکراه بر آن شدند، این برداشته شده است.

اما حدیث رفع فقط أحكام تکلیفیه را برمی‌دارد، یعنی مثلاً اگر وجوبی باشد که بخواهیم با آن مخالفت کنیم، عقابش را برمی‌دارد، اما أحكام وضعیه را مثل صحت و فساد بر نمی‌دارد، که یکی از أحكام وضعیه هم خیار و عدم خیار است و می‌خواهید بگویید که: حدیث رفع می‌گوید: إفتراق إکراهی مسقط خیار نیست، اما این یک حکم وضعی است و حدیث رفع أحكام وضعیه را بر نمی‌دارد.

نقد و بررسی این ادله

شیخ(ره) هر دو دلیل را مورد مناقشه قرار داده فرموده‌اند: اما این اشکال وارد نیست و قبلاً گفتیم که: به حسب بعضی از روایات حدیث رفع أحكام وضعیه را هم برمی‌دارد. در روایتی هست که کسی را مکره بر طلاق می‌کنند، از امام(علیه السلام) سؤال می‌کند که این آیا طلاق صحیح است یا نه؟ امام(علیه السلام) می‌فرماید: نه طلاقش صحیح نیست و بعد به حدیث رفع استدلال می‌کنند، پس معلوم می‌شود «رفع ما استکره علیه» أحكام وضعیه را هم برمی‌دارد.

اما در مورد دلیل اول که تبادر بود، بلکه قبول داریم که از «یفترقا» حال إختیار تبادر می‌کند، اما همان گونه که توضیح دادیم در إکراه إختیار وجود دارد و فعل مکره یعنی فعلی که از روی إختیار مکره صادر می‌شود.

نظر مرحوم شیخ(ره)

بعد شیخ(ره) فرموده: نتیجه می‌گیریم که إفتراق إکراهی هم مسقط خیار مجلس هست، که اگر إفتراق إکراهی مسقط خیار مجلس بود، إفتراق اضطراری هم مسقط است، چون فقیهی نداریم که بین این دو تفصیل داده باشد، یا گفته‌اند که: هر دو مسقط نیست و یا گفته‌اند که: هر دو مسقط هست.

علاوه بر این عدم قول به فصل و عدم تفصیل، وقتی به فتاوی فقهاء مراجعه کنیم، بعضی از فقهاء تصریح کرده‌اند که إفتراق اضطراری هم مسقط خیار مجلس هست.

تطبیق عبارت

«مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه»، معروف این است که اگر از روی اکراه إفتراق پیدا شد، به درد نمی‌خورد،

البتة مشهور دو قید دارند؛ یکی اینکه إفتراق از روی إکراه باشد و دوم اینکه «إذا منع من التّخاير أَيْضاً»، ممنوع از تخاير هم باشند، یعنی کاری کردند که اینها نمی‌توانند لب باز کنند و بگویند که ما به این معامله راضی هستیم یا نیستیم.

شیخ(ره) دوباره نظریه‌ی مشهور را توضیح داده فرموده‌اند: «سواء بلغ حدّ سلب الاختيار أم لا»، اعم از اینکه این إکراه به حدی برسد که إختيار هم سلب شود، یعنی دست و پایش را ببندند و از مجلس عقد بیرونش ببرند یا به سلب إختيار نرسد و فقط تهدیدش کردند.

حال چرا گفته‌اند که: این إفتراق مسقط نیست؟ «لأصالة بقاء الخيار»، چون شک می‌کنیم که آیا خيار باقی است یا نه؟ أصل بقاء خيار است.

(سؤال و پاسخ استاد محترم) این «لأصالة بقاء الخيار» خودش یک دلیل است که وقتی شک کنیم که حال که از روی إکراه جدایش کردند، آیا خيارش باقی است یا نه؟ بقاء خيار را استصحاب می‌کنیم، منتهی این استصحاب دلیل اصلی نیست بلکه دلیل اصلی دو دلیل دیگر است.

«بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار»، فاعل مختار مثل إنسان که در مقابل فاعل مضطر است، یعنی در روایت که فرموده: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»، آن را به فاعل مختار إسناد داده و تبادر می‌کند که باید إفتراق إختیاری باشد.

«مضافاً إلى حديث «رُفِعَ ما استكرهوا عليه»»، مضافاً به حدیث رفع که بگوئیم: أحكام تکلیفیه، مثل وجوب و حرمت را برمی‌دارد، اما أحكام وضعیه را بر نمی‌دارد، اما شیخ(ره) فرموده: «و قد تقدّم في مسألة اشتراط الاختيار في المتبايعين»، در کتاب البیع در مسئله‌ی إشتراط إختيار در متابعین گذشت که «ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعي المحمول على المكلف»، «ما يظهر» فاعل تقدم است، یعنی چیزی که از آن ظاهر می‌شود که «رفع» عمومیت دارد و شامل حکم وضعی محمول بر مکلف هم می‌شود.

که «ما تقدم» هم روایت صحیحہ بزنی است، که مردی را إکراهش کردند که قسم بخور که زنم مطلقه باشد، حال از امام(علیه السلام) سؤال می‌کند که اگر فلان کار را انجام داده باشم، چه حکمی دارد، که که حضرت فرمودند: فایده‌ای ندارد و بعد حضرت به حدیث رفع استدلال کردند که چون حدیث رفع از پیامبر(صل الله علیه و آله) صادر شده است.

«فلا يختص برفع التكليف»، پس إختصاص به رفع تکلیف ندارد و لذا معلوم می‌شود که حدیث رفع احکام وضعیه را هم برمی‌دارد.

«هذا، و لكن يمكن منع التبادر»، اما تبادر را منع می‌کنیم، «فإن التبادر هو الاختيار في مقابل الاضطراري»، چرا که متبادر إختیاری در مقابل إضطراری است، «الذي لم يعدّ فعلاً حقيقياً قائماً بنفس الفاعل»، البتة إضطراری که فعل حقیقی برای فاعل و قائم به نفس او نیست، «بل يكون صورة فعلٍ قائمةً بجسم المضطرّ»، بلکه فعل إضطراری یک فعل صوری است که قائم به جسم مضطر است، مثل ارتعاشی که در ید وجود دارد، که این ارتعاش فعل فاعل نیست، اما قائم به جسم مضطر است.

شیخ(ره) فرموده: «لا في مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه»، این را قبول داریم که «يفترقا» یعنی با إختيار و نه با اضطرار، و این فاعل بالاختيار در مقابل فاعل مکره نیست لذا مکره هم فاعل بالاختيار است، منتهی به إختيار خودش، فعلی را برای دفع ضرری که به آن وعده داده شده انجام می‌دهد. «فإن التبادر ممنوع»، لذا این تبادر مه فاعل بالاختيار در مقابل فاعل مکره است ممنوع است.

پس نتیجه می‌گیریم که در «یفتراقاً» فعل إفتراق إکراهی هم داخل است، «فإذا دخل الاختيارى المكره عليه دخل الاضطرارى لعدم القول بالفصل»، وقتی که فاعل مکره بر فاعل إختیارى داخل شد، فاعل إضطرارى هم داخل می‌شود، به دو دلیل؛ یکی اینکه قول به فسخ نداریم یعنی همه فقهاء؛ یا گفته‌اند هر دو مسقط نیست و یا هر دو مسقط دانسته‌اند.

«مع أنّ المعروف بين الأصحاب: أنّ الافتراق ولو اضطراراً مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكناً من الفسخ و الامضاء»، «مع» دلیل دوم است که فقهاء فتوا داده‌اند که إفتراق إضطرارى مسقط خيار است، البته با این قید که متمکن از فسخ و امضاء باشد، مثلاً دست و پایش را بسته و از مجلس می‌برند، اما می‌تواند بگوید: «فسخت»، که اگر بتواند این را بگوید: این إفتراق مسقط است، «مستدّلین علیه بحصول التفرّق المسقط للخيار.»، در حالی که إستدلال کرده‌اند بر این مطلب به اینکه تفرقی که مسقط خيار است حاصل شده است.

«قال فى المبسوط فى تعليل الحكم المذكور»، شيخ(ره) در مبسوط در تعلیل حکم مذکور که إفتراق إضطرارى مسقط است فرموده: «لأنّه إذا كان متمكناً من الامضاء و الفسخ فلم يفعل حتّى وقع التفرّق»، اگر قدرت دارد که بگوید: «فسخت» و نگفت تا اینکه تفرق حاصل شد، «كان ذلك دليلاً على الرضا و الامضاء، انتهى.»، این دلیل بر رضا و امضاء است. «و فى جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله: لتحقّق الافتراق مع التمكن من الاختيار، انتهى.»، و در جامع المقاصد در مقام در تعلیل حکم مذکور فرموده: چون إفتراق حاصل شده است و از آن طرف هم می‌توانسته بگوید: «فسخت» پس خود إفتراق إضطرارى هم مسقط برای خيار است.

وصلّى الله على محمد و آله الطاهرين