

## بررسی و نقد قلمرو ادله فقهی ارث خیار

حیدر باقری اصل\*

### چکیده

قانون مدنی هر یک از اختیارات را بعد از فوت مورث قابل انتقال به وارث دانسته است. این نظر، به اجماع فقیهان نیز نسبت داده شده است، اما تحقیق حاضر نشان خواهد داد که ادعای اجماعی بودن چنین حکمی، با اختلاف مشهور فقیهان در ارث خیار زوج برای زوجه، شرط برای اجنبی، جبهه برای غیر پسر بزرگ، و مجلس بیع با فوت یکی از متعاقدين متعارض است و از آنجا که طریق اصلی سنجش صحت و بطلان یک مسأله فقهی، بررسی ادله آن مسأله است، لذا باید قلمرو ادله فقهی به ارث رسیدن خیار بررسی شده تا موضع حقوق امامیه در ارث خیار از آن ادله تحصیل و ارائه گردد. مقاله حاضر درصدد این کار برآمده و آن را با روش استنباط از منابع معتبر حقوق امامیه و استناد به روش کتابخانه‌ای به انجام رسانده است و این مطلب، مهم‌ترین یافته تحقیق محسوب می‌شود.

**کلیدواژه:** خیار، ارث، حق، حکم، ادله فقهی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

\* استاد گروه حقوق دانشگاه تبریز bagheriasll@gmail.com

تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۲۹ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۲/۰۷

## ۱- مقدمه

اصل انتقال ارث خیار به ورثه، فی الجمله مورد اتفاق نظر فقهاست، به طوری که برخی از آنان بر موروثی بودن خیار، ادعای اجماع کرده و نوشته‌اند: «جمیع انواع خیار از نظر ما [امامیه] موروثی است، زیرا از جمله حقوق مانند حقّ شفّعه و قصاص است» (تذکره الفقهاء/۵۳۶/۱) و «زمانی که صاحب خیار فوت کند، خیار از هر نوعی که باشد به وارث او منتقل می‌شود» (شرائع الاسلام/۲۷۸/۲). قانون مدنی ایران (ماده ۴۴۵) نیز بر این امر تصریح کرده و مقرر داشته است: «هر یک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود». با این وصف، برخی از فقها در بعضی از مصادیق ارث خیار مخالفت نموده‌اند (ایضاح الفوائد/۴۸۱/۱)، برای مثال، در ارث خیار: ۱- زوج برای زوجه (قواعد الاحکام/۶۸/۲)، ۲- شرط برای شخصی غیر از متعاملین (قواعد الاحکام/۱۶۸/۱؛ تذکره الفقهاء/۵۱۸/۱)، ۳- حبوه برای غیر پسر بزرگ (قواعد الاحکام/۶۸/۲)، ۴- مجلس بیع با فوت یکی از متعاقدین (ایضاح الفوائد/۴۸۱/۱؛ ریاض المسائل/۲۰۳/۸) میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین، اطلاق حکم ماده ۴۴۵ ق.م مبنی بر قابل ارث بودن هر خیاری و نیز نسبت دادن این قول به اجماع فقها با وجود اختلافی بودن ارث در موارد مذکور، ناسازگار، و بلکه متعارض است.

این اختلاف نظر فقها موجب می‌شود که اطلاق حکم به ارث رسیدن هر خیاری، محلّ تأمل و حتّی مشکوک گردیده و تحقیقی مستقلّ برای رسیدن به قول صحیح در ارث خیار ضروری شود و به این سؤال پاسخ داده شود که کدام ادلّه فقهی اثبات می‌کنند که اگر صاحب خیار بمیرد حقّ خیار از وی، به ارث ورثه او می‌رسد و قلمرو ثبوت خیار برای وراثت تا کجاست؟

مقاله حاضر در پاسخ این سؤال اصلی تحقیق به بررسی و نقد قلمرو ادلّه فقهی ارث خیار پرداخته است. با این استدلال که طریق اصلی سنجش صحّت و بطلان مسأله فقهی، بررسی ادلّه آن است، لذا باید قلمرو ادلّه فقهی ارث خیار مورد بررسی قرار گیرد تا موضع حقوق امامیه از ادلّه آن تحصیل شده و به این ترتیب، حکم موارد اختلافی در ارث خیار معلوم شود و در نتیجه، تعارض پیش گفته حلّ گردد.

نتیجه تحقیق حاضر خواهد توانست راه گشای قضات در تفسیر ماده ۴۴۵ قانون مدنی قرار گرفته و خلأ موجود در این ماده را نسبت به موارد اختلافی جبران نماید، زیرا اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نیز ماده ۳ قانون آئین دادرسی در امور مدنی، قضات دادگاه ها را به رسیدگی دعاوی، وفق قوانین مکلف کرده اند. بنابراین، تحقیق حاضر زمینه تفسیر ماده ۴۴۵ ق.م. و امکان صدور حکم دادرسی مطابق ادله فقهی ارث خیار با روش استنباط از منابع معتبر حقوق امامیه را فراهم خواهد نمود.

## ۲- ادله ارث خیار

ادله مختلفی اثبات می کنند که خیار بعد از فوت صاحب آن، به ارث ورثه می رسد. این ادله عبارت اند از: اجماع، آیات و روایات ارث و مقتضای اصل. هر کدام از این ادله را به عنوان دلیل ارث خیار مطرح کرده و مورد نقد و ارزیابی قرار می دهیم.

### ۲-۱- اجماع

مهم ترین دلیل به ارث رسیدن تمامی انواع خیار، اجماع فقهاست. این اجماع گاهی از برخی فقها صریحاً (ریاض المسائل/۲۰۳/۸)، و گاهی به ظهور (السرائر/۲/۲۴۹)، و گاهی از بعضی به اجماع محقق و یا محکی (تذکره الفقهاء/۱/۵۳۶-۵۳۷)، و از عده ای فقها با نفی شبهه (مسالك الافهام/۱/۱۸۱) و از جمعی دیگر از فقها به لفظ «قیل بلا خلاف» (ریاض المسائل/۱/۵۲۷) بیان شده است.

شیخ انصاری می نویسد: «انواع خیار بدون اختلاف بین فقهای امامیه، به ارث می رسد» (المکاسب/۱۰۹/۶)، همچنان که در ریاض المسائل (۲۰۲/۸) و ظاهر مجمع الفائده و البرهان (۷۰/۱۹) چنین آمده است. البته ابن زهره (غنیة النزوع/۲۲۱) و ابن ادریس (السرائر/۲/۲۴۹) اجماع را تنها در ارث خیار مجلس و شرط ادعا کرده اند و شیخ انصاری، مبتکر این قول را صاحب غنیة دانسته و می نویسد: «دیگر فقیهان این نظریه را از وی گرفته و تبعیت کرده اند» (المکاسب/۱۰۹/۶).

در نقد این دلیل باید گفت: اولاً- اگر اجماع، به اجماع مدرکی متهّم نشود، حجّت و دلیل در مقام بحث خواهد بود (مستند الشیعه/۴۱۲/۱۴)، ولی همان طور که می‌دانیم اجماع در صورت وجود ادلّه دیگر، به مدرکی بودن موصوف شده و در نتیجه، از شمار ادلّه مثبت مسأله خارج می‌گردد، زیرا اگر دلیل معتبر دیگری در مسأله‌ای یافت شود، محور استدلال برای اثبات مسأله، همان دلیل خواهد بود و اجماع در چنین مواردی کنار گذاشته شده، و حکم مسأله مطابق با آن دلیل صادر می‌گردد؛ ثانیاً- دلیلیّت اجماع در صورتی نیز تضعیف می‌شود که بدانیم ارث خیار زوج برای زوجه (قواعد الاحکام/۶۸/۲)، شرط برای شخصی غیر از متعاملین (قواعد الاحکام/۱۶۸/۱؛ تذکره الفقهاء/۵۱۸/۱)، جبهه برای غیر پسر بزرگ (قواعد الاحکام/۶۸/۲)، و مجلس بیع با فوت یکی از متعاقدین (ایضاح الفوائد/۴۸۱/۱؛ ریاض المسائل/۲۰۳/۸) میان فقها اختلافی است. بنابراین، اطلاق حکم اجماع در قابل ارث بودن هر خیاری و نیز نسبت دادن این قول به اجماع فقها، در تعارض با اختلافی بودن ارث در موارد مذکور است؛ ثالثاً- اجماع، دلیل لّبی است و در صورت شک، باید قدر متیقّن آن را اخذ نمود که در این صورت، باید موارد اختلافی فوق را از قلمرو ارث خیار خارج کرد و تنها به ارث خیار در غیر موارد مذکور رأی داد، زیرا قدر متیقّن ارث خیار از دلیل اجماع، همین مقدار است.

به نظر ما ارزش اجماع مدرکی، تنها برداشت و تفسیر مشترک فقها از ادلّه مسأله است. بنابراین، اگر اعتبار دیگر ادلّه اثبات گردیده و در نتیجه، اجماع کنار گذاشته شود، اجماع از معنای اصطلاحی خود به عنوان «دلیل» خارج خواهد شد، ولی چنین اجماعی بیانگر یا تفسیر مشترک فقها از ادلّه مسأله بوده، و یا در مسأله، شرط ضمنی عقلایی وجود دارد که اجماع مذکور حاکی و کاشف از آن است. بررسی تحقیق حاضر نشان داده است که احتمال دوم در مسأله، قوی است.

## ۲-۲- عموم آیات ارث

قرآن کریم، مسأله اصل ارث و بخشی از احکام آن، به ویژه سهم ورثه را در آیات متعدّد بیان کرده است؛ از جمله آیه: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

الْأَثْنَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَ لِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَكَذَلِكَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكَدَّ وَوَرِثَةُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ... : خداوند درباره فرزندانان به شما سفارش می کند که سهم (میراث) پسر، به اندازه سهم دو دختر باشد و اگر فرزندان شما، (دو دختر و) بیش از دو دختر باشند، دو سوم میراث از آن آنهاست و اگر یکی باشد، نیمی (از میراث)، از آن اوست؛ و برای هر یک از پدر و مادر او، یک ششم میراث است، اگر (میت) فرزندی داشته باشد و اگر فرزندی نداشته باشد و (تنها) پدر و مادر از او ارث برند، برای مادر او یک سوم است (و بقیه از آن پدر است) و اگر او برادرانی داشته باشد، مادرش یک ششم می برد...» (نساء/۱۱) و آیات دیگر.<sup>۱</sup>

نحوه استدلال به این آیات برای اثبات ارث خیار چنین است که طبق این آیات، خود مال مورث به ارث وارث می رسد، پس حقوق مالی مورث به طریق اولی و قیاس اولویّت، به ارث وارث می رسد، زیرا حقوق مالی، به تبع خود مال است و در صورتی که خود مال به ارث برسد، به طریق اولی حقوق آن نیز به ارث خواهد رسید.

همچنین برخی از آیات دیگر در قرآن وارد شده اند که بر مطلب مذکور به طور غیر مستقیم دلالت دارند، زیرا هر چند در این آیات از ارث صحبتی نشده است، ولی مفسران و فقها آنها را ناظر به ارث دانسته اند؛ از جمله آیه: «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ» و خویشاوندان نسبت به یکدیگر، در احکامی که خدا مقرر داشته، (از دیگران) سزاوارتر هستند؛ خداوند به همه چیز داناست» (انفال/۷۵)؛ و آیه: «وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»

۱- از جمله آیه: «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَتْ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَهُنَّ وَكَدَّ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يَوْصِيَنَّ بِهَا أَوْ دِينَ وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ لَكُمْ وَكَدَّ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ...» (نساء/۱۲)؛ و آیه: «يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ أَمْرٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَكَدَّ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَكَدَّ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَتْ وَ إِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ...» (نساء/۱۷۶).

وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيَّ أُولِيَاءِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا: و خویشاوندان نسبت به یکدیگر از مؤمنان و مهاجران در آن چه خدا مقرر داشته اولی هستند؛ مگر این که بخواهید نسبت به دوستانتان نیکی کنید (و سهمی از اموال خود را به آنها بدهید)؛ این حکم در کتاب (الهی) نوشته شده است» (احزاب/۶).

در نقد و ارزیابی این استدلال ممکن است گفته شود: تمسک به عموم آیات فوق و اثبات ارث خیار با این مطلب، منوط به این است که پیش از استدلال به عموم آیات مذکور، حق بودن خیار و نیز حق قابل انتقال بودن آن به اثبات برسد؛ برای مثال، به جلوس در بازار و مساجد، حق جلوس در بازار و مساجد گفته می‌شود، ولی چنین حقی به علت وابسته بودن بر شخصیت شخص استفاده کننده، هیچ وقت انتقال نمی‌یابد و در نتیجه، از حقوق ماترک میت محسوب نمی‌شود، اما حقوقی که بر شخصیت شخص میت وابسته نباشند امکان انتقال به ورثه از طریق ارث وجود دارد. بنابراین، پیش از تمسک به عموم آیات مذکور برای اثبات به ارث ماندن، باید حق بودن آنها و نیز حق قابل انتقال بودنشان اثبات گردد، و گرنه تمسک به عموم آیات فوق برای اثبات به ارث ماندنشان، تمسک به عام در شبهه مصداقیه بوده، و چنین تمسکی به اجماع اصولیان و فقها باطل است. در نتیجه، تمسک به عموم آیات مذکور علاوه بر این که دلیل نخواهد شد، بلکه مؤید بحث نیز نخواهد بود و در نتیجه، سخن فقهای که تمسک به عموم آیات مذکور را برای اثبات به ارث رسیدن خیار، مؤید می‌دانند، نه دلیل (ریاض المسائل ۲۰۳/۸)، ضعیف خواهد بود.

### ۲-۳- عموم روایات ارث

اخباری که بر ارث رسیدن خود مال دلالت می‌کنند در حد تواتر بوده و فقهی در این مسأله، شبهه‌ای نکرده است، ولی در برخی از مسائل ارث، مثل ارث خیار- که از حقوق مالی محسوب می‌شود، نه خود مال- می‌توان مناقشه روا داشت. برای نمونه، می‌توان در روایت زیر که یکی از ۵۸ روایت باب «موجبات ارث» است مناقشه کرد. کلینی این روایت را با سند صحیح از عدّه‌ای از اصحاب خود از احمد بن محمد، و او

از ابن محبوب، و او از ابن بکیر، و او از زراره، و او از امام صادق(ع) چنین نقل می‌کند: «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: وَ لِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَّ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ؛ قَالَ: إِنَّمَا غَنِيَّ بِذَلِكَ أَوْلُوا الْأَرْحَامَ فِي الْمَوَارِيثِ وَ لَمْ يَعْزِ أَوْلِيَاءَ النَّعْمَةِ، فَأَوْلَاهُمْ بِالْمَيْتِ أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ مِنَ الرَّحِمِ الَّتِي يَجْرُهَا إِلَيْهَا: زراره گوید: از امام صادق(ع) شنیدم که می‌فرمود: و برای هر کدام، موالی قرار دادیم از چیزهایی که پدر و مادر و نزدیکان بجای می‌گذارند. حضرت فرمودند: منظور از آن، فامیل رحمی در موارث هستند و صاحبان نعمت منظور نیست؛ بنابراین، نزدیک ترین فامیل رحمی به میت، از دیگران سزاوارتر می‌باشد (وسائل الشیعه/۴۱۴/۱۷، حدیث ۱).

شاید این مناقشه سبب شده است که مرحوم طباطبائی، استدلال به عمومات روایات ارث را برای اثبات به ارث رسیدن خیار، مؤید تلقی کند (ریاض المسائل/۲۰۳/۸)، یا مرحوم نراقی، اثبات امر مذکور را به اثبات حق بودن خیار و حق قابل انتقال بودن آن منوط نماید (مستند الشیعه/۴۱۳/۱۴). مناقشه ما با این سخنان نیز همان مناقشه در نحوه استدلال به آیات است و توضیح آن در نظریه تحقیق بیان خواهد شد.

فقه‌ها، روایت دیگری را برای اثبات ارث خیار مطرح می‌کنند که به روایت نبوی شهرت دارد. متن این روایت بدین گونه است: «مَا تَرَكَ الْمَيْتُ مِنْ حَقِّ فَهُوَ لِوَارِثِهِ: هر حقی را که میت باقی گذارد برای وارث اوست». جماعتی از فقهای امامیه، این حدیث را بدون سند در آثار مکتوب خود نوشته‌اند (مستند الشیعه/۴۱۳/۱۴؛ ریاض المسائل/۲۰۳/۸؛ المکاسب/۱۰۹/۶؛ مفتاح الکرامه/۵۹۰/۴). جستجوی این حدیث در کتب حدیثی امامیه نتیجه نداد و نتوانستیم آن را در جوامع روایی خودمان بیابیم، ولی متن این حدیث در کتب روایی اهل سنت نقل شده و در کتاب «سنن ابن ماجه» آمده است (سنن ابن ماجه/۹۱۴/۲، حدیث ۲۷۳۸)، همچنین احمد بن حنبل، این حدیث را با کمی تفاوت در «مسند» خود نقل کرده است (مسند احمد بن حنبل/۴۵۳/۲).

نحوه برخورد فقهای امامیه در مورد اسناد این روایت، نشان می‌دهد که آنان مفاد این حدیث را پذیرفته‌اند؛ به عنوان مثال، مرحوم نراقی در مورد این حدیث می‌

نویسد: «و گاهی [برای اثبات ارث جمیع خیارات] به حدیث نبوی مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ حَقِّ فَهْوٍ لَوَارِثِهِ استدلال می‌شود، و این در صورتی درست است که ثابت گردد خیار، جزو ماترک میّت است و بعد از فوت باقی می‌ماند» (مستند الشیعه/۱۴/۴۱۳).

این استدلال نشان می‌دهد که ایشان، سند این حدیث را با اشکال مواجه ندانسته است، زیرا وی امکان تمسک به حدیث را در صورت ماترک بودن خیار و بقای آن تا بعد از فوت میّت، صحیح دانسته است. این نحوه برخورد فقها نسبت به حدیث مذکور، از سوی سایر فقها نیز مشاهده می‌شود. صاحب ریاض، ضعف این حدیث را با عمل مشهور منجبر دانسته و نوشته است: «[انواع خیارات به ارث می‌رسد] به خاطر حدیث نبوی مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ حَقِّ فَهْوٍ لَوَارِثِهِ، که با عمل علمای اعلام، منجبر شده است» (ریاض المسائل/۲۰۳/۸).

در نقد و ارزیابی این روایت می‌توان گفت: مشکل عدم سند این حدیث، طبق قاعده «جبران نبودن سند و ضعف آن با عمل مشهور فقها» جبران می‌شود و استناد به این روایت برای اثبات ارث ماترک میّت، یک امر درست و مطابق روش استنباط فقهی است، ولی سؤال مهم در مقام بحث آن است که آیا خیار، جزو «ماترک» میّت است تا در صورت فوت مورث باقی بماند؟ برخی از فقها، درباره ماترک بودن خیار مشکوک بوده، و استدلال به این روایت را برای اثبات به ارث رسیدن خیار در صورتی صحیح اعلام کرده‌اند که «ثابت گردد خیار، جزو ماترک میّت است و بعد از فوت باقی می‌ماند» (مستند الشیعه/۱۴/۴۱۳). بنابراین، پیش از استناد به این روایت برای اثبات ارث خیار، باید ماترک بودن خیار اثبات گردد، و سپس به روایت مذکور تمسک شود.

## ۲-۴- مقتضای اصل

برخی از فقها، انتقال خیار میّت به ورثه را مقتضای اصل دانسته و این اصل را به «اصل شرع» معنا کرده‌اند (ریاض المسائل/۲۰۳/۸). بنابراین، طبق اصل شرع، تمام انواع خیار، اعم از این که جعل آن به شروط متعاقدین و یا طبق جعل اصل شارع باشد، بدون



اختلاف نظر فقها، به ارث ورثه می‌رسد، بلکه گفتار فقها در اجماع به معنای فوق بر این بیان، ظهور دارد و حتی برخی از فقها به این مطلب تصریح کرده‌اند (همان).

در نقد و ارزیابی دلیل «اصل به معنای مقتضای شرع» باید گفت: خود این اصل از ادله فقهی تبعیت می‌کند و دلیل فقهی مستقلی نیست. توضیح این‌که، اگر مطابق ادله فقهی اثبات شود که خیار به ارث می‌رسد، اصل مذکور، دلیل جداگانه‌ای در مسأله نخواهد بود، همچنان‌که اگر اثبات شود که ادله فقهی مسأله، ارث خیار را اثبات نمی‌کند، اصل مذکور به عنوان دلیل فقهی جداگانه، مثبت مسأله نخواهد شد.

بعضی از فقها، اصل دیگری را در خیار مجلس مطرح کرده‌اند که همان اصل استصحاب است. نحوه استدلال به استصحاب در خیار مجلس چنین است: خیاری که برای خود شخص میت با بیع تحقق یافته است، تنها با افتراق میت از طرف دیگر حی، مرتفع می‌شود و معیار از بین رفتن خیار مذکور، صدق افتراق بر جدایی آن دو است، ولی اگر او فوت کند و درباره از بین رفتن آن خیار ثابت، با حصول فوت او شک داشته باشیم، وجود خیار سابق را استصحاب کرده و نتیجه می‌گیریم که اصل استصحاب، اقتضای بقای خیار را دارد و اگر خیار او باقی باشد، بدون شک، بلکه با اجماع فقها و عموم ادله ارث، به ارث وراثت می‌رسد. البته ثبوت اختصاصی آن به متباین در نقطه آغاز و بالذات، با انتقال آن به وراثت در نقطه پایان و بالعرض، منافاتی ندارد (همان). در اینجا اصل را طور دیگری نیز می‌توان تبیین نموده و بگوئیم: ما استصحاب را در تزلزل ملکیت طرف حی، جاری نموده و احتجاج می‌کنیم که استصحاب تزلزل ملکیت او به اجماع مرکب، موجب ثبوت خیار برای وارث است، زیرا هر فقهی که تزلزل ملکیت یک طرف را به علت وجود خیار طرف دیگر می‌پذیرد وجود خیار طرف دوم را اثبات می‌کند؛ بنابراین، می‌توان اقتضای استصحاب مذکور را اثبات‌کننده انتقال خیار از میت به وارث او تلقی نمود.

در نقد و ارزیابی هر دو نوع استصحاب مذکور باید بگوئیم: اگر ارث حقوق مالی را همانند خود مال، موضوع استصحاب قرار دهیم، در صورت فوت مورث و

طرح مسأله وارث، با تغییر موضوع استصحاب از مورث به وارث مواجه خواهیم شد. بدین بیان که در اینجا موضوع استصحاب در یقین سابق، حقوق مالی برای مورث است، ولی این موضوع در ارث خیار، از خود مورث به وارث تغییر یافته است، لذا شکک لاحق، در همان موضوع یقین سابق نیست. بنابراین، ارث خیار وارث، در طول مورث حتی به طور ضعیف نیز استمرار نمی‌یابد؛ از اینرو مرحوم نراقی، تغییر موضوع- به طوری که استصحاب را غیر صحیح می‌کند- را موجب ضعف استدلال به عمومات ارث به منظور اثبات به ارث رسیدن خیار دانسته است (مستند الشیعه/۴۱۳/۱۴؛ البته اگر استصحاب کلی قسم سوم را حجت بدانیم (فرائد الاصول/۶۲۶-۶۲۴؛ أصول الفقه/۳۳۰-۲۲۳)، صاحب حقوق مالی- اعم از این که مورث باشد یا وارث- را می‌توان استصحاب نمود، ولی به نظر ما کار به اینجا نمی‌رسد، زیرا اشکال مذکور در صورتی وارد است که حق بودن خیار ارث و در نتیجه، جزو حقوق ماترک شدن آن، مانند حق جلوس در بازار و مساجد، مورد شکک واقع شود و با این حالت، ما نتوانیم حق بودن و نیز حق قابل نقل بودن آن را پیش از تمسک به استصحاب اثبات کنیم، اما مطابق نظریه تحقیق، اگر حق بودن خیار ارث و در نتیجه، جزو حقوق ماترک شدن آن را پیش از تمسک به استصحاب اثبات نمائیم، در این صورت، اشکال مذکور پیش نخواهد آمد؛ بنابراین، اشکال پیش از اثبات حق بودن خیار و حق قابل انتقال بودن آن، وارد می‌باشد.

ممکن است که شخصی استصحاب را چنین تبیین نماید که چون ملکیت صاحب خیار به او مترزلاً منتقل شده است، لذا این ترزل ملکیت او بعد از فوت نیز استصحاب می‌شود. اما در مقام نقد این استصحاب باید بگوئیم: این استصحاب، خود با اصالت و استصحاب عدم حدوث خیار برای وارث یا غیر وارث که مزیل ترزل است، در تعارض است، زیرا وصف «ملک» طوری نیست که برای هر کسی خیار اثبات گردد (مستند الشیعه/۴۱۳/۱۴). بنابراین، در نقد و ارزیابی کلی تمسک به استصحاب می‌توان گفت: از آنجایی که خیار، خلاف اصل لزوم در عقود و بیع است، لذا باید ادله انتقال آن، مانند ادله ثبوت خیار در عقود، امور یقینی باشند؛ به طوری که اگر دلیل کافی برای

مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۹ - شماره ۱۶ - بهار و تابستان ۹۶ - ۱۰۳

انتقال خیار خاصی پیدا نشود، اصل لزوم عقد بر زمان بعد از فوت شخص، حاکم خواهد بود (قواعد الاحکام/۶۴/۲) و نوبت به استصحاب نخواهد رسید. البته، همان طور که بیان خواهد شد طبق نظریه تحقیق، این اشکال نیز وارد نیست؛ از اینرو شیخ انصاری این امر را تنها با اجماع ممکن دانسته و نوشته است: «اثبات این امر به غیر اجماع، مشکل است و تمسک کردن در آن به استصحاب بقای حق و عدم انقطاع خیار با فوت ذی حق، از آن نیز مشکل تر است، زیرا قوام حق مستحق است» (المکاسب/۱۱۱/۶-۱۱۰).

### ۳- نظریه تحقیق در ارث خیار

نظریه تحقیق در ارائه دلیل مبنی بر ارث خیار، به مسأله «حق بودن» خیار و «حق قابل انتقال بودن» آن مربوط است. با این استدلال که حق بودن خیار و نیز حق قابل انتقال بودن خیار، نقش مستقیمی در ارث خیار دارد.

توضیح این که یکی از احکام عمومی خیارات آن است که در زمان حیات صاحب خیار از او به دیگری قابل انتقال نیستند، ولی با این وصف، قابل اسقاط در ضمن عقد و اعراض بعد از عقد بوده و فقها در این دو حکم اختلافی ندارند، اما آنان در مسأله امکان انتقال خیارات به ورثه میّت اختلاف دارند. اساس انتقال پذیری و قابل اسقاط بودن خیارات اولاً، به حق بودن آنها بر می گردد، زیرا اگر خیارات، حکم (آمره قانونگذار) باشند، نه قابل انتقال خواهند بود و نه قابل اسقاط؛ و ثانیاً، به حق قابل اسقاط بر می گردد، زیرا اگر خیار حق باشد، ولی از نوع حق قابل اسقاط نباشد، انتقال و ساقط نخواهد شد. بنابراین، ابتدا باید معلوم گردد که خیار حق است، نه حکم شرعی و ثانیاً باید ثابت گردد که خیار از نوع حق قابل انتقال و اسقاط است، نه از نوع غیر قابل انتقال و اسقاط، و آنگاه اثبات شود که خیار قابل ارث است.

#### ۳-۱- حق بودن خیار

به نظر می رسد که خیار، از نوع «حق» است، نه از نوع «حکم»، زیرا ادله موجود اثبات می کنند که خیار در زمان حیات صاحب خیار در ضمن عقد، قابل اسقاط و بعد

از عقد، قابل اعراض است، در حالی که «حکم»، هیچ کدام از دو ویژگی را نمی پذیرد، به عنوان مثال، اجازه در عقد فضولی، جواز رجوع در عقود جایز - چون هبه - قابل انتقال از شخص با اسقاط در زمان حیات و ارث در زمان وفات نیستند، زیرا آنها حکم بوده و حکم شرعی در زمان حیات شخص، قابل اسقاط و در زمان وفات او قابل ارث نیست. به طوری که یکی از ادله، اجماع فقها بر سقوط خیار با اسقاط صاحب آن در زمان حیات اوست.

شیخ انصاری، قیام اجماع مذکور بر قابل اسقاط بودن خیار در زمان حیات صاحب خیار را بی نیاز از قیام اجماع بر نفس حکم دانسته است (همان)، زیرا نتیجه سقوط خیار با اسقاط آن است که عقل، حق بودن خیار را از آن کشف کند، نه حکم بودن آن را؛ با این استدلال که سقوط با اسقاط، از ویژگی های حق است و حکم، چنین ویژگی را ندارد؛ این است که ابن زهره در انتقال خیار، به نقش حق بودن خیار استدلال کرده و نوشته است: «خیار حق برای میت است، لذا طبق ظاهر قرآن به ارث مورث می رسد» (غنیه النزوع/۲۲۱).

### ۳-۲- قابل انتقال بودن خیار

حال اگر خیار را حق بدانیم، این سؤال پیش می آید که آیا از نوع خیار قابل انتقال با اسقاط و ارث است و یا از نوع حق غیر قابل انتقال با اسقاط و ارث؟ پاسخ سؤال مذکور، وابسته به این است که آیا خیار، جزو ماترک میت تلقی شده، و بعد از او باقی ماند؟ که در این صورت، روایت نبوی مشهور «مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ حَقٍّ فَهُوَ لِوَارِثِهِ» اثبات خواهد نمود که خیار از نوع حق قابل انتقال با اسقاط در زمان حیات و قابل ارث بعد از فوت صاحب آن است؛ این است که مرحوم نراقی در تمسک به حدیث نبوی عامه: «مَا تَرَكَ الْمَيِّتُ مِنْ حَقٍّ فَهُوَ لِوَارِثِهِ»، برای اثبات قابل ارث بودن خیار می نویسد: «این امر در صورتی درست است که ابتدا ثابت گردد خیار از ماترک میت است و بعد از فوت باقی می ماند» (مستند الشیعه/۴۱۳/۱۴).

دلیل تحقیق بر قابل انتقال بودن خیار آن است که عرف، بر حق بودن خیار و نیز حق قابل انتقال بودن خیار با اسقاط در زمان حیات و قابل ارث بودن آن در زمان فوت صاحب آن داوری می‌کند. بنابراین، طبق داوری عرف، خیار بر ماترک میت صدق می‌کند (المکاسب/۱۱۱/۶-۱۱۰)، زیرا حقوق سه نوع اند: الف- قابل نقل و اسقاط، ب- غیر قابل نقل و اسقاط، ج- قابل اسقاط، ولی غیر قابل نقل. مثال حقوق قسم نخست، حق تحجیر و مضاجعه است و نمونه قسم دوم، حق حضانت، ولایت و حیازت است و مثال قسم سوم، حق شفعه و خیار است (ایصال الطالب/۹/۵-۶).

بنابراین، حق غیر قابل نقل و اسقاط، عبارت از حقی است که از هر جهتی مقوم آن، وجود شخص و حیات اوست، همانند حق جلوس در بازار و مسجد و نیز حق خیار مجعول برای شخص اجنبی و حق تولیت و نظارت آن. از آنجا که چنین حقوقی غیر قابل انتقال و اسقاط اند، لذا به ارث هم نخواهد رسید، اما حق قابل نقل و اسقاط، عبارت از حقی است که به هیچ وجه مقوم آن، وجود شخص و حیات او نیست، همانند حق تحجیر و مضاجعه، لذا قابل انتقال با اسقاط در زمان حیات و قابل ارث در زمان فوت صاحب آن است. همچنین حقوقی که قابل اسقاط، ولی غیر قابل نقل اند عبارتند از حقوقی که از یک جهت، وابسته به شخصیت شخص و از جهت دیگر، غیر وابسته به شخصیت اوست، همانند حق شفعه و خیار، لذا قابل انتقال با اسقاط در زمان حیات و قابل ارث در زمان فوت صاحب آن است. این است که بسیاری از فقها بر قابل انتقال بودن با اسقاط در زمان حیات و قابل ارث بودن در زمان فوت صاحب خیار تصریح کرده‌اند، برای مثال، علامه حلی نوشته است: «خیار از نظر ما [امامیه] موروثی است، زیرا آن در جمیع انواع خود، همانند شفعه و قصاص، جزو حقوق است؛ قول شافعی نیز همین است؛ مگر در خیار مجلس» (تذکره الفقهاء/۱/۵۳۶).

### ۳-۳- قابل ارث بودن خیار

چند دلیل، قابل ارث بودن خیار را اثبات می‌کند: یکی از ادله مثبت ارث خیار، شرط ضمنی عقلایی مبنی بر ارث خیار است که متعاقدين ضمن عقد بر آن تعهد

می‌بندند. مطابق این شرط ضمنی، متعاقدین در عقد خاصی تعهد می‌نمایند که خیار برای کدام یک از طرفین عقد وجود داشته، و در صورت فوت ذوالخیار، به ورثه او منتقل گردد. داوری عرف مردم و عقلایی محیط معاملات، این شرط ضمنی را تأیید می‌کند. شارع مقدس، این شرط ضمنی عقلایی را با عموم آیات و روایات رضایت، تأیید کرده است: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱)؛ و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» (نساء/۲۹)؛ و «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» (بقره/۱۸۸)؛ و حدیث نبوی «لَا يَحِلُّ دَمٌ أَوْ مَالٌ أَمْرِيٌّ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسِهِ: خون و مال شخص مسلمان حلال [بر دیگری] نیست، مگر از روی خوشنودی او» (عوالی اللالی/۱۱۳/۲).

نحوه استدلال بر عمومات فوق، برای اثبات شرط ضمنی عقلایی ارث خیار به این بیان است که، عرف مردم و عقلای جامعه در هر خیاری، شرط ضمنی عقلایی دارند که در عقد خاص، برای کدام یک از طرفین عقد وجود داشته باشد و این خیار در صورت فوت او به ورثه میت منتقل گردد. شارع، این شرط عقلایی و عرف قرارداده را مطابق عموم ادله مذکور در خیار امضاء کرده، و عمومات ادله فوق بر آن دلالت می‌کند. بنابراین، می‌توان گفت: تعلیق اباحه تصرف به تجارت در کتاب و مواضع و مباحثه در سنت مطابق عموم آیات و روایت مذکور، بر انتقال خیار به وارث دلالت می‌کند، و به نظر می‌رسد که این ادعا را از گفتار برخی فقها می‌توان دریافت (ریاض المسائل/۲۰۳/۸).

ممکن است کسی اشکال نماید که اولاً- اثبات شرط ضمنی عقلایی با داوری عرفی، مورد تشکیک است، و ثانیاً- قلمرو شرط ضمنی عقلایی تنها در خیار جعلی است که متعاقدین مقرر می‌کنند، ولی در خیار شرعی و معین شده شارع، جاری نیست؛ ولی توجه به دلیل بعدی این دو اشکال را مرتفع می‌سازد.

دلیل دوم مثبت قابل ارث بودن خیار، همان اتفاق نظر فقها در مسأله است. توضیح این که فقها در قابل ارث بودن خیار، اتفاق دارند. شیخ انصاری در این مورد

نوشته است: «بعد از مشاهده سخن اتّفاقی فقها در قابل انتقال بودن خیار، ادّعی حقّ غیر قابل انتقال بودن خیار، تکلف است».

ممکن است که شخصی اجماع فقها در ارث خیار را مدرکی تلقّی نماید، لیکن نظریه تحقیق در اجماع مذکور فقها به مستشکل آن است که این اجماع را نباید اجماع اصطلاحی تلقّی نمود تا با مشکل مدرکی بودن مواجه شویم، بلکه اجماع فقها در مسأله را یا باید بیانگر وجود شرط ضمنی عقلایی تلقّی نمود که اجماع مذکور حاکی و کاشف از آن است، و یا کاشف از برداشت و تفسیر مشترک فقها برای حقّ بودن خیار و حقّ قابل انتقال بودن آن و نیز حقّ قابل ارث بودن آن معنا کرد. این تفسیر از بعضی متون فقهی نیز استفاده می‌شود؛ برای مثال، شهید ثانی، خیار را حقّ قابل انتقال و ارث معرفی نموده است، زیرا در توجیه قول محقّق حلی در «شرائع» که نوشته است «اگر صاحب خیار بمیرد، خیار او از هر نوع که باشد به ورثه منتقل می‌شود» (شرائع الاسلام/۲/۲۷۸)، خیار را اولاً، حقّ و ثانیاً، حقّ قابل انتقال دانسته و نوشته است: «هیچ شبهه ای نیست که خیار، به ارث می‌رسد مطلقاً (هر خیاری)، زیرا خیار، همانند شفعه و قصاص، حقّی از حقوق است» (مسالک الافهام/۳/۲۱۳-۲۱۴).

هرچند که این تفسیر از اجماع، برخلاف ظاهر کلام فقها باشد، ولی ارزش اتّفاق فقها را در مسأله صفر نمی‌کند، چنان‌که ادّعی مدرکی بودن اجماع و کنار زدن آن چنین نتیجه‌ای در پی دارد.

آنگاه نظریه تحقیق در تفسیر از اجماع اهمّیت پیدا می‌کند که بدانیم - چنان‌که شیخ انصاری تصریح فرموده است - اثبات به ارث رسیدن خیار با دلیلی غیر از اجماع، مشکل است و تمسّک در آن به استصحاب بقای حقّ و عدم انقطاع خیار با فوت ذی حقّ از آن نیز مشکل‌تر است، زیرا قوام حقّ مستحقّ است، [ولی] در هر صورت، اجماع منعقد در خود حکم کفایت می‌کند (المکاسب/۶/۱۱۱-۱۱۰)، هرچند تحقیق حاضر ادلّه دیگری را نیز برای اثبات ارث خیار ارائه داد، ولی توجیه اتّفاق مذکور فقها و ارجاع آن به شرط ضمنی عقلایی مبنی بر این‌که «متعاقدين در عقد خاصّ، تعهد

می نمایند که خیار برای کدام یک از طرفین عقد وجود داشته باشد و این خیار در صورت فوت او به ورثه میت منتقل گردد» امر معقول و وجهی است؛ با این استدلال که شرط ضمنی عقلایی مذکور، با مفاد اجماع فقها یکی بوده و هر دو، به یک مشرب باز می گردند، و از آنجا که اتفاق فقها در ارث رسیدن هر خیری است، لذا تشکیک در شرط ضمنی عقلایی مذکور و نیز اختصاص شرط ضمنی عقلایی به خیار جعلی و انصراف آن از خیارات شرعی، مرتفع می شود.

### ۳-۴- قلمرو ارث خیار

فقها قلمرو ارث خیار را به تمامی خیارات کشانده و با ادعای اجماع نوشته اند: «جمیع انواع خیار از نظر ما [امامیه] موروثی است، زیرا آن از جمله حقوق همانند حق شفعه و قصاص است» (تذکره الفقهاء ۵۳۶/۱) و «زمانی که صاحب خیار فوت کند، خیار از هر نوعی که باشد به وارث او منتقل می شود» (شرائع الاسلام ۲/۲۷۸). قانون مدنی نیز بر این امر در ماده ۴۴۵ خود چنین تصریح کرده است: «هر یک از خیارات، بعد از فوت، منتقل به وارث می شود». با این وصف، برخی از فقها در بعضی از مصادیق ارث خیار، مخالفت نموده اند (ایضاح الفوائد ۱/۴۸۱)، برای مثال، در ارث خیار زوج برای زوجه (قواعد الاحکام ۲/۶۸۲)، خیار شرط برای شخصی غیر از متعاملین (همان ۱/۱۶۸؛ تذکره الفقهاء ۱/۵۱۸)، خیار حبه برای غیر پسر بزرگ مورث (قواعد الاحکام ۲/۶۸۲) و خیار مجلس بیع (ایضاح الفوائد ۱/۴۸۱) میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

بنابراین، اطلاق حکم مذکور، اعم از ادعای اجماع بر آن و یا تصریح ماده ۴۴۵ قانون مدنی، ناسازگار، و بلکه متعارض با قول فقهای است که در بعضی از مصادیق ارث خیار مخالفت نموده اند، زیرا این اختلاف موجب می شود که اطلاق حکم به ارث رسیدن خیار، محل تأمل، و حتی مشکوک گردیده و تنها ارث خیار را «فی الجمله» اثبات نماید و در نتیجه، این سؤال را پیش آورد که قلمرو ثبوت ارث خیار برای وراثت تا کجاست؟



نظریه تحقیق در قلمرو ارث خیار و پاسخ سؤال مذکور آن است که موارد اختلاف فقها در قلمرو ارث خیار، به «حق بودن» و «حق قابل انتقال بودن خیار» مربوط می‌شود، زیرا - چنان که بیان شد - حق بودن خیار و نیز حق قابل انتقال بودن خیار، نقش مستقیمی در ارث خیار دارد. در نتیجه، اگر برای فقها معلوم شود که موردی چون خیار مجلس عقد، حق قابل انتقال است در آن مورد، به ارث خیار معتقد خواهند شد، و در غیر این صورت، آن را غیر قابل ارث معرفی خواهند کرد (ریاض المسائل/۲۰۳/۸)، همچنین اگر خیار شرط را برای شخصی غیر از متعاملین، حق، و آن هم حق قابل انتقال بدانند، ولی برای متعاقدين، حق، و آن هم حق قابل انتقال ندانند، در این صورت، خیار مذکور را تنها برای شخص اجنبی از عقد قابل ارث خواهند دانست (قواعد الاحکام/۱۶۸/۱؛ تذکره الفقهاء/۵۱۸/۱). بنابراین، طبق نظریه تحقیق، معیار تعیین قلمرو ارث خیار، همان تعیین حق بودن خیار و نیز حق قابل انتقال بودن آن است، چنان که توضیح آن پیشتر بیان شد. البته مواردی نیز وجود دارند که به سبب دلیل خاص خود، استثناء شده‌اند و ارث خیار از سوی زوجه (جامع المقاصد/۳۰۵/۴) و یا ارث خیار حبوه بر غیر پسر بزرگ (قواعد الاحکام/۶۸/۲) از آن موارد می‌باشند.

## نتیجه گیری

مطابق نتایج و یافته‌های این تحقیق، هر چند ادله مختلفی بر ارث خیار دلالت دارند، ولی برای تمسک هر کدام از آنها ابتدا باید اثبات شود که خیار، حق و نیز حق قابل انتقال است. اجماع اصطلاحی فقها نیز از این حکم استثناء نیست، زیرا اجماع با مدرکی بودن مواجه است. بنابراین، اگر استدلال ارث خیار را به شکل یک قضیه منطقی بیان کنیم صغرای این قضیه چنین است: «فلان خیار از نوع حق قابل انتقال است» و کبرای آن این گونه است: «هر حقی از حقوق قابل انتقال بعد از فوت صاحب آن به ارث وارث او می‌رسد» و نتیجه این قضیه چنین است: «فلان خیار بعد از فوت صاحب آن به ارث وارث او می‌رسد».

نظریه تحقیق، صغری و کبرای این قضیه را با تمسک به ادله مربوط اثبات نمود. بنابراین، اگر در موردی، صغرای قضیه یعنی «فلان خیار، حق و یا از نوع حق قابل انتقال است» اثبات نشود، در این صورت، تمسک به کبرای آن یعنی «هر حقی از حقوق قابل انتقال بعد از فوت صاحب آن به ارث وارث او می‌رسد» نیز اثری نخواهد داشت. برای مثال، اگر حق از نوع حق جلوس در مسجد و بازار باشد، تمسک به کبرای قضیه اثری نخواهد داشت، زیرا حق جلوس در مسجد و بازار بر شخصیت شخص وابسته است و چنین حقی، قابل نقل و انتقال از طریق اسقاط و ارث نیست، همچنین است حکم موردی که اثبات شود حق نبوده، و بلکه حکم است.

بنابراین، اثبات ارث خیار را باید به اثبات حق بودن خیار و حق قابل انتقال بودن آن منوط کرد که همان اثبات صغرای قضیه است و شرط پیشین تمسک به ادله ارث برای اثبات ارث خیار را اثبات قبلی دو مطلب مذکور اعلام نمود که همان اثبات کبرای قضیه است.

هر چند که فقها بر حق بودن خیار، حق قابل انتقال بودن و نیز حق قابل ارث بودن آن ادعای اجماع کرده اند، ولی نظریه تحقیق این شد که این اجماع را نباید به اجماع اصطلاحی معنا کرد، زیرا چنین امری با مدرکی بودن اجماع مذکور مواجه است، بلکه باید آن را به برداشت و تفسیر مشترک فقها از حق بودن خیار، حق قابل انتقال و نیز حق قابل ارث بودن آن معنا نمود، زیرا عرف ناظر بر معاملات، چنین حکمی را در ارث دارد و تحقیق حاضر از آن به شرط ضمنی عقلایی یاد کرد.

کار فقها در گزارش از اجماع، تنها بیان حکم مورد اتفاق عرف مذکور در مسأله یا بیان مشترک از شرط ضمنی عقلایی مذکور است. شارع مقدس، این حکم عرفی یا شرط ضمنی عقلایی را با عموم ادله ناظر بر عقود، امضاء کرده و به حکم عرفی و شرط ضمنی عقلایی متعاقدين، مشروعیت بخشیده است. بنابراین، باید نظریه تحقیق را معیار به ارث رسیدن خیار و حتی قلمرو آن قرار داده و ابتدا صغرای قضیه مذکور، یعنی حق بودن و نیز حق قابل انتقال بودن خیار را در هر موردی تعیین نمود، و

سپس ادله مذکور را برای اثبات کبرای قضیه فوق، مورد تمسک قرار داد. نکته‌ای که اهمیت داشته و تحقیق بر آن تأکید نمود آن است که اجماع فقها در ارث خیار، به معنای کاشف حکم عرف در حق بودن ارث خیار و نیز حق قابل انتقال یا تشخیص صغرای قضیه استعمال می‌شود، نه اجماع اصطلاحی فقها، زیرا اجماع اصطلاحی فقها در اینجا با مدرکی بودن مواجه است، ولی سایر ادله در تشخیص کبرای قضیه استعمال می‌شود. شاید به این دلیل است که شیخ انصاری، اثبات حکم ارث خیار را (با سایر ادله) بدون اجماع فقها مشکل می‌داند و سخن او در قلمرو تعیین صغرای قضیه، صحیح است، چنان‌که در تعیین کبرای قضیه پیش از اثبات حق بودن خیار و حق قابل انتقال بودن آن نیز صحیح می‌باشد، ولی بعد از اثبات حق بودن خیار و حق قابل انتقال بودن آن، سخن صحیحی نیست، زیرا تمسک به سایر ادله بعد از چنان اثباتی، با اشکال مواجه نخواهد بود. بنابراین، سخن ایشان فی الجمله صحیح است.

## منابع

- قرآن کریم.

- ابن ابی‌جمهور، محمد بن علی بن ابراهیم احسانی، **عوالی الآلی العزیزیه فی الأحادیث الدینیّه**، تحقیق مجتبی عراقی، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۳ ق.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، **السوائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۲، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق.
- ابن حنبل، احمد، **مسند أحمد**، ج ۲، بیروت، دار صا، بی تا.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، **غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع**، تحقیق ابراهیم بهادری، قم، مؤسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۷ ق.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید بن ماجه، **سنن ابن ماجه**، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت، دار الفکر، بی تا.
- اردبیلی، احمد (مقدّس اردبیلی)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الاذهان**، تحقیق مجتبی عراقی، علی پناه اشتهاردی و حسین یزدی اصفهانی، ج ۱۹، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۳ ق.

- انصاري (شيخ)، مرتضى، **المكاسب**، ج ٦، تنظيم گروه تحقيق آثار شيخ انصاري، مجمع الفكر الاسلامي، قم، ١٤٢٠ ق.
- \_\_\_\_\_، **فرائد الاصول**، تحقيق عبدالله نوراني، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤٠٧ ق.
- جبي عاملي، زين الدين بن علي (شهيد ثاني)، **مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ١ و ٣، تحقيق و نشر مؤسسه معارف اسلامي، قم، ١٤١٣ ق.
- حرّ عاملي، محمد بن حسن، **تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعه**، تصحيح محمد رازي، ج ١٧، بيروت، دار احياء التراث، ١٣٨٧ ق.
- حسيني عاملي، سيد محمدجواد، **مفتاح الكرامه في شرح قواعد العلماءه**، تحقيق محمدباقر خالصي، ج ٤، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤١٩ ق.
- حسيني شيرازي، سيد محمد، **إيصال الطالب**، ج ٥، تهران، مؤسسه اسماعيليان، ١٤٨٠ ق.
- حلّي، حسن بن يوسف بن مطهر اسدي (علامه)، **قواعد الأحكام في معرفه الحلال و الحرام**، ج ١ و ٢، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤١١ ق.
- \_\_\_\_\_، **تذکره الفقهاء**، ج ١، المكتبه الرضويه لاحياء الآثار الجعفريه، قم، بی تا.
- حلّي، نجم الدين جعفر بن حسن (محقق)، **شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج ٢، بيروت، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ١٤١٥ ق.
- طباطبائي، سيد علي، **رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل**، ج ٨، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٤ ق.
- فخرالمحققين، محمد بن حسن بن يوسف بن مطهر حلّي، **إيضاح الفوائد في شرح إشكالات القواعد**، ج ١، قم، مؤسسه مطبوعاتي اسماعيليان، ١٣٨٨ ق.
- محقق ثاني (كركي)، علي بن حسين، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ج ٤، قم، تحقيق و نشر مؤسسه آل البيت (ع)، ١٤٠٨ ق.
- مظفر، محمدرضا، **أصول الفقه**، ج ٢، ج ٢، نجف، دار النعمان، ١٣٨٦ ق.
- نراقي، ملا احمد، **مستند الشيعه**، ج ١٤، تهران، المكتبه المرتضويه، ١٣٦٩ ق.