

الشيخ و ط

أو

الأوليات للشيخ في العهود

الشهيد الشيخ

محمد بن الحسين

الشيخ محمد بن الحسين





معهد الخوئي

www.alkhoei.net

info@alkhoei.net

الطبعة الثالثة

١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م

حقوق الطبع محفوظة

اسم الكتاب	 الشروط أو الإلزامات التسمية في العقود ج ٢
المؤلف	 حجة الاسلام والمسلمين السيد محمد تقى الخوئي
الطبعة	 باران
الطبعة	 الثالثة - ١٤١٥ هـ قم
الكمية	 ١٠٠٠ نسخة
السر	 يوزع مجاناً
الناشر	 عائلة الفقيد

الحمد لله رب العالمين حمدا لا يقدر على إحصائه غيره، وأفضل الصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته محمد، وعترته الطيبين الطاهرين، وصحبه الأوفياء المنتجبين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد، فقد تقدم الحديث في الفصل الأول من هذه الدراسة عن الشرط بكل ما يحويه من بحوث وما يشتمل عليه من دراسات، بدءا بمعناه وحقيقته حتى الوصول إلى أحكامه وآثاره، مروراً بتقسيماته وما يشترط في نفوذه وصحته وما يمنع منهما.

ومن الواضح ان خيار الشرط -موضوع بحث هذا الفصل- جزئي من جزئيات ذلك البحث ومصادق من مصاديقه، يجري عليه ما جرى على غيره، ويشمله كل ما قيل في وجه المنع والجواز.

الا ان الخصوصية التي يمتاز بها هذا الاشتراط وهي كون الشرط هو الخيار وفسخ العقد وإبطاله، بما يتضمن من بحوث مختصة به، كجريانه في بعض العقود اللازمة فضلا عن العقود الجائزة، ناهيك عن الإيقاعات، أوجعله للأجنبي، أولزوم تحديد مدته وضبطها، فضلا عن مبدئه وتاريخ نفوذه-جعلت من الضروري أفراد هذا الفرد بالذات بدراسة مستقلة تتضمن تلك البحوث المختصة به، لتشكل بالانضمام الى الدراسة السابقة عن الشروط بقول مطلق، بحثا متكاملا حول الشرط بكل افراده واقسامه.

والله أسأل أن يوفقني لما يجب ويرضى، انه ولي التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل.



الفصل الثاني

خيار الشرط

تعريفه:

قال الشيخ الأنصاري (قدس سره): «خيار الشرط اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد» (1).

وقال الامام الوالد رحمه الله: «خيار الشرط والمراد به الخيار المجعول باشتراطه في العقد، اما لكل من المتعاقدين، أو لأحدهما بعينه، أو لأجنبي» (2).

(1) المكاسب ج 14: 231 الطبعة الحديثة.

(2) منهاج الصالحين ج 2: 29.





أ- الإجماع.

ب- النصوص العامة الواردة في الشروط.

ج- النصوص الخاصة.

د- السيرة العقلانية.





المقام الأول

في أدلة إثباته

أ- الإجماع

لا خلاف بين الإمامية في مشروعية خيار الشرط وجوازه.

ففي الكفاية: «خيار الشرط وهو ثابت لمن شرطاه.. ولا خلاف فيه» (1).

وفي مفتاح الكرامة: «لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع كما في التذكرة» (2).

وفي الحقائق: «والأصل فيه جعد الإجماع في التذكرة- الأدلة العامة» (3).

وفي المكاسب: «ولا خلاف في صحة هذا الشرط... ونقل الإجماع عليه مستفيض» (4).

بل في الجواهر: «بالضرورة بين علماء المذهب» (5).

بل أرسله أكثر الأصحاب إرسال المسلمات، حيث بدأوا ببيان احكامه، وانه

(1) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/المقصد الرابع/الفصل الأول.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

(2) مفتاح الكرامة ج 4: 560.

(3) الحقائق ج 9: 31.

(4) المكاسب ج 14: 231.

(5) الجواهر ج 23: 32.

يعتبر فيه ان يكون مضبوطاً، كما في المبسوط(1) والقواعد(2) والمختلف(3) والشرائع(4) والمراسم(5).

بل لم نجد من ذكر خلافاً أو أشار إليه في كلماته في هذا المقام إطلاقاً.
فالحكم مما لا خلاف فيه ولا اشكال.

(1) المبسوط/بيع الثمار.

(2) القواعد/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع.

(3) مختلف الشيعة ج 2: 172.

(4) الشرائع ج 2: 16.

(5) المراسم في الفقه الإمامي ص: 172.



منها: صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز» (1).

ومنها: روايته الأخرى عنه (عليه السلام) أيضا: «عن الشرط في الإماء لا تباع ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل» (2).

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام): «في رجلين اشتركا في مال وربحا وكان المال دينا عليهما، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال والربح لك وما توى فعليك، فقال: لا بأس به إذ اشترط عليه، وإن كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل» (3).

ومنها: موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (عليه السلام) قال: «إن علي بن أبي طالب (عليه السلام) كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم. إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» (4).

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

- (1) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 2.
- (2) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 3.
- (3) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 4.
- (4) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 5.

ومنها: صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «سمعتَه يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل» (1).

ومنها: موثقة منصور بزرج- والتي تقدمت في الاستشهاد على إطلاق الشرط على النكاح- عن عبد صالح: «قال: قلت له: ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاه ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: المؤمنون عند شروطهم» (2).

هذه هي الأخبار العامة التي يمكن أن يستدل بها على صحة شرط الخيار فإنها وإن لم تكن صريحة فيه ونصاً بخصوصه، إلا أنها شاملة له بعمومها فان خيار الشرط من مصاديق الاشتراط ومن أفراده، فيشملة قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم.» هذا وفي دلالة هذه النصوص على إمضاء الشرط في متن العقد نقاط لا بد من التوقف عندها وبحثها وتنقيحها، غير أن معظم تلك البحوث لما كان متعلقاً بالاشتراط بقول مطلق وهو ما تكفله الفصل الأول من هذه الدراسة تركنا التعرض إليه هنا ثانية حذراً من التكرار.

نعم، هناك إشكالات ثلاثة ذكرها المحقق الإيرواني (قدس سره)، نتعرض إليها لارتباطها بحيثية الخيار وهي الجهة التي يمتاز بها المقام عن سائر الشروط.

الأول: دعوى كون المقام من مصاديق شرط النتيجة فلا تشمله الأخبار العامة، موضحاً ذلك بقوله: «يمكن المناقشة في دلالة الأخبار العامة على نفوذ ما هو

(1) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 1.

(2) الوسائل ج 15 باب 20 من أبواب المهور ح 4.

من قبيل شرط النتيجة الذي منه المقام، وهو شرط الخيار وثبوت حق الرجوع، بأن ظاهر الاخبار الحكم التكليفي ووجوب ان يكون المؤمن عند شرطه باستعمال الجملة الخبرية في الإيجاب أو مطلق الطلب، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة» (1) وفيه: أولاً: ان دعوى كون المقام من قبيل شرط النتيجة، أمر لا يمكننا المساعدة عليه، فان المجعول في المقام هو ثبوت حق الرجوع-على ما صرح به هو (قدس سره) في كلامه- ومرجعه الى حق اختيار رفع العقد وإبطاله، وهو فعل من أفعال المكلف.

ودعوى: ان حق الرجوع أمر مملوك للمكلف وليس بفعل من أفعاله.

مدفوعة: بجريان هذا الكلام في جميع موارد الخيارات المجعولة من قبل المتعاقدين بتمامها، كخيار الشرط وخيار الرؤية والوصف وما شاكلها، وهذا يعني عدم شمول الاخبار العامة لجميع تلك الخيارات، وهو أمر لا يلتزم به أحد.

نعم، لو كان الشرط هو انفساخ العقد بنفسه عند الشرط، كان ذلك من شرط النتيجة، الا انه خلاف صريح تعريفه (قدس سره) هو، وامراد الاعلام من محل البحث.

ثانياً: ان حديث التفصيل بين شرط الفعل وشرط النتيجة من حيث شمول الأدلة العامة له، مما لا أساس له، فان كلا منهما مشمول بتلك الأدلة، على حد شمولها للآخر، بل قد استشهد الأئمة (عليهم السلام) في بعض النصوص بقول رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «المسلمون عند شروطهم» لإثبات وجوب الوفاء في بعض موارد شرط النتيجة، على ما تقدم بيانه مفصلاً في الفصل الأول عند التعرض الى التفصيل بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2: 20.

نعم، هناك بعض الأمور والنتائج لا تتحقق إلا بأسباب خاصة ومعينة من قبل الشارع كالنكاح والطلاق، فلا ينفذ أخذها على نحو شرط النتيجة في العقود، غير أن ذلك يرجع إلى الأدلة الخاصة التي دلت على اعتبار أسباب وصيغ معينة في تحقق تلك الأمور، لا إلى قصور في الأدلة العامة عن شمولها.

الثاني: أن جعل الخيار وإعطاء حق نقض العقد أمر خارج عن إرادة المتعاقدين وصلاحيتهما، لكونه من شئون وأفعال الشارع المقدس، فإنه الذي يقرر تشريع الخيار حيث يراه صالحاً، فلا يخضع لاعتبار واشتراط المتعاقدين.

وقد أوضح ذلك بقوله: «المقام داخل في شرط فعل الله، أعني حكمه بالخيار، وهو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب: المؤمنين» (1).

وفيه: أولاً: أن الخيار الذي هو بمعنى حق الفسخ ليس من أفعال الله تبارك وتعالى، وإنما هو فعل للمتعاقدين حيث يمنح كل منهما أو أحدهما خاصة صاحبه حق نقض العقد وإبطاله، كما يشهد له عدم اختصاص عقد البيع واشتراط الخيار فيه بالمسلمين، فإنه خير شاهد على أن الخيار حق وصلاحيه يمنحها أحد المتعاقدين لصاحبه في العقد. نعم، نفوذ هذا التصرف وصحة هذا المنح والإعطاء من الناحية الشرعية يحتاج إلى إمضائه وإقراره شرعاً، إلا أنه يكفي فيه عدم الردع عنه، فضلاً عن شمول عمومات وإطلاقات أدلة الوفاء له.

ثانياً: عدم اختصاص ما ذكره (قدس سره) بخيار الشرط، فإنه يجري في جميع الخيارات المجعولة من قبل المتعاقدين - على حد ما ذكرناه في دفع الإشكال الأول -

(1) تعليقة الأيرواني على المكاسب ج 2: 20.

وهو ما يعني عدم شمول الأدلة العامة لها جميعا، وهو فاسد قطعاً، وأقل ما يلزم منه أنه لا يبقى مورداً لتلك الأدلة العامة بتاتاً، فإنها إن لم تشمل الشروط المجعولة من قبل المتعاقدين لكون مرجعها حق الخيار الذي هو فعل الله تبارك وتعالى فعدم شمولها للشروط والخيارات المجعولة من قبل الشارع، باعتبار أنها ليست من أفعال المكلفين، أوضح من أن يخفى.

والحاصل: أنا لا نرى فرقاً بين شرط الخيار الذي هو بمعنى حق الفسخ وبين سائر الشروط المجعولة من قبل المتعاقدين التي بنفس المعنى، فإذا شملت الأدلة العامة بعمومها أو إطلاقها سائر الشروط وأوجبت لزوم الوفاء بها، شملت هذا الشرط أيضاً.

الثالث: دعوى أن «المقام داخل في اشتراط ما يخالف الكتاب والسنة المستثنى من عموم «المؤمنون» ، لدلالة الكتاب والسنة على وجوب الوفاء بالبيع. وهذا اشتراط لعدم وجوب الوفاء به، وجواز حله بالفسخ» (1).

توضيحه: أن شرط الخيار وثبوت حق الفسخ للمتعاقدين أو لأحدهما يتنافى مع الكتاب العزيز في قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (2)، والسنة الشريفة في قولهم (عليه السلام): «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (3).

فإن مقتضاهما لزوم الوفاء بالعقد، وعدم جواز رفع اليد عن مؤداه، في حين أن مقتضى الشرط جواز فسخه وإبطاله، فيلغو الشرط لا محالة ويسقط عن الاعتبار، لما

(1) تعليقه الأيرواني على المكاسب ج 2: 20.

(2) المائدة: الآية 1.

(3) الوسائل ج 12 باب 1 من أبواب الخيار ح 3.

عرفته في مبحث أدلة صحة الشروط من اعتبار عدم كونه مخالفا لمقتضى الكتاب والسنة.

الا انه (قدس سره) رد هذا الاشكال بقوله: «اللهم الا ان يقال: ان اشترط الخيار، اشترط لأن يسترجع ما دفعه حيثما أراد ويأخذه ويتملكه متى ما أحب، وعموم «المؤمنون» يقتضي نفوذ هذا الاستيلاء وتأثيره في حصول الملك، كما ان عموم «أوفوا» أيضا يقتضي ذلك، ويلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه، فالشرط شرط للتملك الخارجي، وشرط للرجوع في ما أعطاه بلا مساس له بحكم الشارع، والشارع بعموم «المؤمنون» وعموم «أوفوا» يحكم بنفوذ الشرط وتأثير الفسخ في رجوع العوضين الى صاحبهما الأصليين» (1).

وفيه: ان ما افاده (قدس سره) ان كان مؤداه أن مدلول شرط الخيار هو التملك الابتدائي من جديد بعيدا عن الملكية السابقة، فيكون أشبه شيء باشتراطه على المشتري ان يبيعه المتاع مجددا متى اراده، كي لا يتنافى ذلك مع مقتضى الكتاب والسنة بلزوم العقد السابق ووجوب الوفاء به، كما قد يظهر من قوله: «فالشرط شرط للتملك الخارجي» فيرده صريح الوجدان بأن الخيار هو حق فسخ العقد السابق ورفع اليد عنه، لا التملك الابتدائي المنفصل عن سابقه.

وان كان مؤداه: ان الشرط لما كان داخلا في العقد ومن متعلقاته، وكان مقتضى (أوفوا) بالعقود) لزوم الوفاء بالعقد بجميع مؤدياته وقيوده وشؤونه، كان مفاد «المؤمنون عند شروطهم» مطابقا لمفاد (أوفوا بالعقود) تماما ومن دون ان يكون بينهما أقل تضارب أو تناف.

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2: 20.

ففيه: انه لا إشكال في كون الشرط مطلقاً-سواء أ كان مخالفاً للكتاب والسنة أم لم يكن- لدى العرف من توابع العقد وخصوصياته، ومشمولاً بدواً بعموم وجوب الوفاء بالعقد، إلا ان ذلك لا يحل مشكلة التعبد الشرعي ببطلان الشروط المخالفة للكتاب والسنة والمقتضي لتخصيص عمومات وجوب الوفاء بغير هذا القسم من الشروط.

فإنه لو سلم ان مقتضى الشرع هو الحكم بلزوم العقد بعد انقضاء خيار المجلس ووجوب الوفاء به مطلقاً، كان اشتراط خلافه منافياً للشرع ومخالفاً له وان دخل في ضمن العقد وأصبح من توابعه وخصوصياته عرفاً، كما هو الحال في سائر موارد مخالفة الشرط للكتاب والسنة، فان دخولها في متن العقد الموجب لعدّها لدى العرف من شئون العقد، والوفاء بها من الوفاء به، لا يحل مشكلة مخالفتها للعقد وبطلانها من هذه الناحية.

ان فما افاده (قدس سره) لا يمكن المساعدة عليه.

والصحيح في مقام الإجابة عن الاشكال ان يقال: ان الاحكام الشرعية الثابتة للعقود تختلف بحسب لسان أدلتها- من عقد الى آخر، فبعض تلك الاحكام مجعول على نحو لا يمكن فصله عن الصحيح من ذلك العقد، وبعض منها يجعل على نحو الاقتضاء الاولى للعقد مع احتفاظ المتعاقدين بحقهما في إلغائه وتغييره، ويعتبر عن الأول في الاصطلاح بالحكم فيما يعتبر عن الثاني بالحق.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وبعبارة اخرى: ان الاحكام الشرعية -التكليفية والوضعية- على قسمين، فقسم منها يقبل الاسقاط ويكون امره بيد المكلف ويصطلح عليه بالحق، وقسم منها لا يقبل الاسقاط ولا يكون امره بيد المكلف ويصطلح عليه بالحكم بالمعنى لأخص- والمتبع في تحديد ذلك لسان الدليل وما يستفیده الفقيه منه، وهذا هو السبب في اختلاف الفقهاء في بعض موارد اشتراط ما يخالف الآثار الأولية للعقد، بين مجوز له

وعلى هذا الأساس، فحيث ان اللزوم في أكثر العقود ومنها البيع من النوع الذي يكون امره بيد المتعاقدين -ولذا تصح الإقالة فيه- لم يكن اشتراط الخيار منافيا لمقتضى الكتاب والسنة، فإنهما لا يقتضيان اللزوم الا للعقد بطبعه الاولى ومع قطع النظر عن استعمال المتعاقدين لإرادتهما الخاصة.

الخلاصة:

يتلخص مما تقدم انه لا مانع من شمول الأدلة العامة للشرط للمقام- خيار الشرط- باعتباره أحد مصاديقه وافراده.

ج- النصوص الخاصة

لم يرد في النصوص شيء بعنوان خيار الشرط، غير ان من الممكن الاستدلال على المدعى بالنصوص التي وردت في ما يصطلح عليه عندهم ببيع الخيار، باعتباره أحد مصاديق خيار الشرط وافراده.

فمنها: موثقة إسحاق بن عمار، قال: «حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) وسأله رجل وانا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب الي من ان تكون لغيرك، على ان تشتري لي ان أنا جئتك بثمانها إلى سنة ان ترد علي، فقال: لا بأس بهذا ان جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه. قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال:

الغلة للمشتري، الا ترى انه لو احترقت لكنت من ماله»(1).

ومنها: رواية معاوية بن ميسرة، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع دارا له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاضر، فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله. قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فان ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله. وقال أبو عبد الله (عليه السلام): أ رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري»(2).

فإنه وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع، والقطع بعدم وجود خصوصية لشرط المجيء بالثمن في ثبوت الخيار بحيث يدور مداره جواز جعل الخيار وعدمه، يستكشف إمضاء الشارع المقدس لشرط الخيار من قبل المتعاقدين وجعل حق الفسخ وفق الضوابط التي يختارها.

د- السيرة العقلانية

أن ملاحظة المجتمعات البشرية -على اختلاف مذاهبها ومعتقداتها- في معاملاتها وتصرفاتها، تعطينا انطبعا واضحا بأنهم -مع قطع النظر عما يدينون به- كما يدركون بفطرتهم الحاجة الملحة إلى إنشاء العقود ووضع أطر عامة لتنظيم

(1) الوسائل ج 12 باب 8 من أبواب الخيار ح 1.

(2) الوسائل ج 12 باب 8 من أبواب الخيار ح 3.

المعاملات في ظل الحياة الاجتماعية، يدركون الحاجة الملحة -أيضا- الى فسخ بعض تلك العقود ورفع اليد عنها وفق ظروف طارئة ومتغيرات وخصوصيات حادثة بلحاظ عنصر الزمان أو المكان أو العقد أو المتعاقدين أو غيرها تفرض نفسها على العقد وتتطلب تجديد الموقف منه.

وإذا كان الإدراك الأول يفرض على عقلاء المجتمع وضع القواعد والمبادئ العامة للعقود والمعاملات، فإن الإدراك الثاني يفرض عليهم وضع الضوابط العامة لحق الفسخ وما يدخل منها في متن العقد كالاشرط، وما يطراً على العقد مما يوجب لصاحبه الخيار.

بل ان هذا الإدراك هو الأساس الوحيد لتسالم أرباب القانون المدني بجميع مذاهبهم على تصحيح الاشرط وجعل الخيار في العقد -ولو على نحو القضية الموجبة الجزئية- فإن القانون حينما يكون علمانيا لا يؤمن بما وراء الطبيعة والوحي-كما هو الغالب في مصادر القانون-لا يجد امامه سبيلا لتبرير هذا التشريع، غير الإدراك الفطري لحاجة الإنسان في معاملاته والتزاماته.

والحاصل: ان خيار الشرط ليس كخيارى المجلس والحيوان -مثلا- مما يحتاج في تشريعه الى التعبد والنص، لعدم إدراك العقلاء له بحدوده المرسومة له، بل هو على العكس منهما أمر يدركه العقلاء بفطرتهم، ويباشرونه في معاملاتهم وتصرفاتهم كعقلاء، بعيدا عن معتقداتهم وآرائهم.

ومن هنا، يكفينا عدم ثبوت الردع عنه رغم عموم البلوى به- في إثبات مشروعيته والالتزام به، سواء شملته الإطلاقات والعمومات أم لا، وسواء ثبت النص الخاص فيه أم لا.

فان كل ذلك على حد سواء، بعد ما عرفت من السيرة العقلانية وعدم ثبوت الردع عنها.

في

موارده وتطبيقاته





في

موارده وتطبيقاته

تمهيد

تنقسم المعاملات بالمعنى الأعم-واعني به مطلق القرار المرتبط باثنين ولو بلحاظ نتيجته- الى:

أ- العقود، وهي ما يكون قرار المعاملة فيها بيد اثنين.

ب- الإيقاعات، وهي ما يكون قرار المعاملة فيما بيد طرف واحد.

ثم ان العقود تنقسم بلحاظ مفادها الى:

أ- ما يفيد مفهوما معامليا خاصا يتميز به عن سائر أفراد المعاملات، ويصطلح عليه بالعقد -بالمعنى الأخص-.

ب- ما يفيد مفهوما عاما يقبل الانطباق على كثير من افراد المعاملات ويتوصل إلى إنشائها به، ويصطلح عليه بالصلح.

ثم ان العقد -بالمعنى الأخص- ينقسم بلحاظ جواز فسخه وعدمه ذاتيا الى:

1-العقود اللازمة.

2-العقود الجائزة.

وعلى ضوء هذا فالكلام في المقام الثاني يقع في ضمن مقاصد أربعة:

المقصد الأول: العقود اللازمة.

المقصد الثاني: العقود الجائزة.

المقصد الثالث: الإيقاعات.

المقصد الرابع: الصلح.







المقصد الأول

العقود اللازمة

لا اشكال ولا خلاف بين الأصحاب في صحة اشتراط الخيار في العقود اللازمة في الجملة، ودعوى الإجماع عليها في كلماتهم متضافرة، بل يبدو من غير واحد منهم كون الحكم لديهم من المسلّمات، وانها القدر المتيقن من عمومات وإطلاقات الأدلة، على ما ستعرفه عند التعرض لكلماتهم في المقصد الثاني-العقود الجائزة.

كما لا اشكال ولا خلاف بينهم في عدم جريانه في بعض العقود اللازمة بخصوصه، ودائرة الخلاف بينهم بعد ذلك في كثير من المصاديق شاسعة واسعة.

ونحن قبل التعرض لما اتفقوا على جريان الخيار أو عدمه فيه، وما اختلفوا بالنسبة إليه، نتعرض للبحث عن وجود معيار وملاك كلي يمكن الاعتماد عليه في تشخيص ما يصح فيه شرط الخيار وعدمه، لما لهذا البحث من دور مهم في فرز المصاديق المشتبهة.

وكيف كان، فقد ذكر في الكلمات ان العبرة في صحة اشتراط الخيار في العقد وعدمها انما هي بجواز التقايل في ذلك العقد وعدمه. فكل عقد يجوز فيه التقايل يصح فيه اشتراط الخيار، وكل عقد لا يصح فيه التقايل لا يصلح فيه اشتراط الخيار.

وقد اختلفت كلمات الأصحاب في الاعتراف بهذه الضابطة، فمنهم من قبلها

أصلاً وعكساً، ومنهم من رفضها كذلك، وفصل ثالث بين الأصل والعكس فاعترف بها في الأول دون الثاني.

قال الشيخ الأنصاري (قدس سره) في مقام بيان تمامية القاعدة أصلاً وعكساً- ما نصه: «والأظهر بحسب القواعد اناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد، جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ، فإن إقدامه على ذلك حين العقد كاف في ذلك، بعد ما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه، قائماً مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه وإن لم يرض فعلاً.

وأما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما، فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثراً، لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلي بعد العقد لفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً» (1). ووافقه على ذلك المحقق الإيرواني (رحمه الله)، غير أنه أضاف عليه اعتبار أن لا يكون اللزوم من مقتضيات ذات العقد. قال (قدس سره): «وأما اللازم -العقد اللازم- فاشتراط الخيار فيه مبني على أن لا يكون اللزوم من مقتضيات ذاته، بحيث تخرج المعاملة عن كونها تلك المعاملة باشتراط الخيار فيها، كاشتراطه في عقد الرهن المبني على الاستيثاق.

وأيضاً مبني على أن تكون سلطنة العقد إبقاء وحلاً كسلطنته إحداثاً بيد المتعاملين، حتى لو اجتمعا على الحل لحله، فلو لا هذه السلطنة- كما في عقد النكاح -لم يجر لهما اشتراط الخيار الذي هو في الحقيقة تفويض لهذه السلطنة لواحد وحصر لها في واحد، فكانت لذلك الواحد السلطنة التامة على سبيل الاستقلال.

ثم ان أحرزت هذه السلطنة جاز شرط الخيار، وان لم تحرز لم يجز، لان عموم «المؤمنون» مخصص بشرط خالف الشرع، والمورد محتمل الاندراج في المخصص، مقطوع الاندراج فيه ببركة استصحاب عدم جعل الشارع هذه السلطنة للمتعاقدين، ومعه كيف يتمسك بعموم «المؤمنون».

ونظير هذا الاستصحاب في إثبات الاندراج تحت عنوان المخصص أصالة البراءة في إثبات عدمه وانه باق تحت العموم فيما إذا اشترط فعلا شك في حرمة، فبأصالة البراءة عن حرمة يحكم بحليته وبقائه تحت عموم «المؤمنون» فلذا يحكم بوجوب الوفاء به تمسكا بذلك العموم.

وبالجملة: ضابط نفوذ الشرط ثبوت تلك السلطنة للمتعاقدين مجتمعين ولوبالإقالة وعدم خروج أمر المعاملة عن يديهما، فان كانت هذه السلطنة، جاز تفويض هذه السلطنة بالجعل الى واحد بجعله مستقلا في السلطات، وكان هذا هو معنى خيار الشرط، والا كان ذلك شرطا مخالفا للمشروع، ومع الشك في هذه السلطنة يرتب اثر عدمها استصحابا لحال العقل وحال ما قبل الشرع» (1).

وهناك تقريب آخر لهذه الضابطة الكلية، نقله المحقق الأصفهاني (قدس سره) عن بعض السادة الأجلة وحاصله: «ان مقتضى أدلة الشروط قطع سلطنة المشروط عليه عن الامتناع من الفسخ، وعدم كون رضاه الفعلي شرطا في تأثير الفسخ، ولا ريب ان نفي شرطية رضاه أعم من كونه سببا رافعا للعقد، بخلاف ما إذا علمنا من الخارج جواز التقايل منهما، فإنه دليل على سلطنة كل منهما على الفسخ بالتراضي، فيجدي حينئذ قطع سلطنة المشروط عليه وعدم شرطية رضاه في تأثير الفسخ، حيث علم سلطنة الآخر في نفسه على الفسخ برضا الآخر المفروض فعليته حال العقد وقيامه مقام رضاه بعده» (2).

(1) تعليقه الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات: 26.

(2) تعليقه الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات: 51.

الا ان السيد الخميني(قده) قد استشكل في صحة القاعدة عكسا، وبذلك فقد فصل في الكبرى بين أصلها وعكسها، فالتزم بان كل ما تصح فيه الإقالة يصح فيه شرط الخيار ولا عكس، إذ لا ملازمة بين عدم صحة الإقالة وعدم جريان شرط الخيار.

قال(قده) ما نصه: «ثم ان تلك الكبرى أي: كل ما تجري فيه الإقالة يصح شرط الخيار فيه، تصح أصلا، ولا دليل على صحتها عكسا.

أما الأولى: فالسر فيها ليس ما افاده الشيخ الأعظم(رحمه الله) على ما يتضح بالتأمل، بل السر ان المعاملة التي يجري فيها التقايل يستكشف منه انها تحت تصرف المتعاملين بعد تحققها ولزومها وخروج أمرها من يد كل واحد منهما، فيستكشف من ذلك بنحو الوضوح والأولية ان زمام أمرها قبل تحققها ولزومها بيدهما في ذلك.

وان شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلهما الاجتماع على رفعه بقاء فضلا عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفهما أو تصرف واحد منهما، فلازم صحة التقايل في ما يصح فيه صحة جعل الخيار فيه برضاها.

واما الثانية: فلأن من المحتمل ان يكون عقد موضوعا لحكم شرعي بعد تحققه دون ما قبله، فيكون لهما التصرف فيه حال حدوثه دون حال بقاءه، ولا راد لهذا الاحتمال.

وعليه فيصح ان يستدل بعروض التقايل على صحة جعل الخيار دون العكس»(1).

وفي قبال هذين القولين اختار بعض الاعلام عدم تمامية هذه الكبرى من رأس -أصلا وعكسا- وذكر في بيان ذلك ان «تقريب هذا التفريع بأحد وجهين:

الأول: ان نفوذ الشرط معناه إلزام المشروط عليه، وعدم جواز الامتناع منه، وتحقيق الإلزام بالشرط فرع جوازه.

الثاني: ما افاده المصنف العلامة (قدس سره) في آخر كلامه، من ان الالتزام في ضمن العقد مثلا بمنزلة رضا المتعاقدين بعد العقد، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا في انحلاله كان في ضمن العقد كافيا في أحداث السلطنة على حله، وإذا لم يكن تراضيهما بعد العقد كافيا في ذلك فلا معنى لكون التراضي في ضمن العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حله.

والجواب عن التقريب الأول ما أشرنا إليه سابقا من ان شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفية والوضعية، بل مقتضاه جعل حق الحل من المشروط له ولوبالتقابل كما في جعل الخيار في البيع للأجنبي، فإنه نافذ مع انه ليس للأجنبي جواز الحل ولا يصح منه التقايل مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، وليس جعل الخيار للأجنبي بعنوان التوكيل ليقل بكفاية التقايل من الموكل نفسه.

والجواب عن التقريب الثاني ان اعتبار كون شرط الخيار بمنزلة التراضي بالتقايل حتى لا يكون تقايل تنزيلا بضميمة حكم الشارع بوجوب الوفاء، بلا موجب لا من قبل الشارع ولا من قبل جاعل الشرط.

اما من قبل الشارع فواضح، إذ ليس إيجاب الوفاء إلا إيجاب القيام بما يقتضيه الشرط وجعل الحق الذي تسبب إليه أحدهما على الآخر يجعل الحق ابتداء، حيث انه ليس بعناية قيامه مقام التقايل، كيف وهو حق قهري على من عليه الحق لا ابتداء ولا بالآخرة. واما من قبل المشروط له والمشروط عليه، فليس الشرط المحقق لحق الخيار إلا كسائر الشروط المحققة لنحو آخر من الحق، من دون النظر الى تحصيل التراضي المحقق للتقابل بعد العقد حال العقد» (1).

أقول: اما التفصيل بين الأصل والعكس، فالظاهر انه لا أساس له ولا يمكن المساعدة عليه.

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات: 48.

ذلك ان من يحتمل ان يكون العقد موضوعا لحكم شرعي بعد تحققه خاصة بأن يحكم الشارع للعقد باللزم وخروج زمام امره عن يد طرفيه بعد تحققه، وهوما يعني عدم تأثير تقايلهما فيه، دون ما قبله بأن يكون لهما التصرف في العقد حين حدوثه وقبل ورود الإلزام الشرعي عليه ووجوب الوفاء به، يجعل الخيار لأحدهما في فسخه، عليه ان يحتمل لا محالة عكس تلك القضية أيضا -كما هو قضية الاحتمال- بأن يحتمل جعل الشارع أمر العقد بعد تحققه بيد طرفيه وتحت اختيارهما، والذي يعني نفوذ تقايلهما فيه وصحته، دون ما قبله، فلا يكون لهما جعل الخيار لأحدهما.

بل قد يكون هذا الاحتمال أقرب الى الواقع من سابقه، إذا أخذ بعين الاعتبار ما ذكر في معظم الكلمات وجها للمنع من اشتراط الخيار في جملة من العقود، من رجوعه الى قصد المتنافيين في مقام الإنشاء، وكونه منافيا لمقتضى العقد. فإنه ان ثم وجرى في شرط الخيار، فلا يجري في التقايل الذي يعتبر حالة طارئة على العقد، لا علاقة له بمرحلة الإنشاء والجعل.

والحاصل: ان احتمال المنع من شرط الخيار وإطلاق التقايل، ان لم يكن أوجه من احتمال صحة شرط الخيار والمنع من التقايل، فلا أقل من مساواته له، وعليه فلا مناص اما من الأخذ بالاحتمالين معا، والقول ببطلان الكبرى أصلا وعكسا، واما طرحهما معا والقول بصحتهما كذلك.

وحيث ان القائل اعترف بصحة القاعدة أصلا، فعليه الالتزام بصحتها عكسا أيضا وطرح ما ذكره من الاحتمال.

هذا ومن الممكن توجيه الاشكال على التفصيل في الكبرى بين الأصل والعكس ببيان آخر، هو: اننا إذا احتملنا كون العقد بعد تحققه موضوعا لحكم شرعي هو اللزوم الحكمي غير المفارق له، وعليه بنينا عدم صحة التقايل فيه، فكيف يصح لنا ان نحتمل كون أمر بقاء ذلك العقد بعد تحققه في مرحلة إنشائه وإيجاده بيد المتعاقدين بحيث يكون لهما جعل الخيار فيه، أ وليس ذلك من جعل الخيار في العقد اللازم بلزوم حكمي غير مفارق لماهيته؟

ولا أقل من احتمال ذلك، باعتبار «ان احتمال كون اللزوم فيها حكماً وكون الشرط مخالفاً للكتاب يمنع عن صحته» (1).

والحاصل: ان التفصيل في القاعدة بين الأصل والعكس غير وجيه، ولا يساعد عليه الدليل والتحقيق.

اذن فنحن امام خيارين، القول بصحة القاعدة مطلقاً أصلاً وعكساً، والقول بعدم تماميتها كذلك.

والظاهر ان القول الثاني هو، الأقرب للواقع إذا قيست الكبرى والقاعدة بالمعايير والموازن العلمية الدقيقة، فإنها لا تتم لا من حيث الفكرة والتصور وعالم الإمكان، ولا من حيث الوقوع والخارج.

اما الأول: فلما عرفت في مناقشة القول بالتفصيل من إمكان الفصل بين طرفي القاعدة وجزأيهما، فيقال بصحة التنايل ولا يقال بنفوذ شرط الخيار، أو يقال بصحة شرط الخيار ولا يقال بجواز التنايل، من دون ان يلزم في شيء منه محذور عقلي، فيعلل الثاني بما ذكره السيد الخميني (قده) من احتمال «ان يكون عقد موضوعاً لحكم شرعي بعد تحققه دون ما قبله، فيكون لهما التصرف فيه حال حدوثه دون حال بقائه» ويعلل الأول بما ذكرناه من احتمال عدم صحة الشرط بملاك منافاته لمقتضى العقد ورجوعه الى قصد المتنافيين، وصحة التنايل لعدم محذور فيه باعتبار انفصاله عن مرحلة الإنشاء.

اذن فإمكان الفصل بينهما علمياً أمر معقول ولا يصطدم بمحذور.

واما الثاني: فلأن الفصل بينهما في كلمات الاعلام ليس بعزيز، فقد اتفقت كلمة جلهم- ان لم نقل بتحقيق الإجماع- على عدم صحة اشتراط الخيار في الرهن مع التزامهم بصحة الإقالة فيه.

وذهب غير واحد منهم إلى صحة اشتراط الخيار في الإيقاع مع عدم صحة

قال السيد الطباطبائي (قدس سره): «يمكن ان يقال بعدم جريان التقاييل في البيع الخياري ما دام الخيار باقيا، لقصور أدلته عن الشمول، لأنه مع الخيار لا يكون من إقالة النادم، لإمكان رفع الندم بالفسخ من جهة الخيار، مع انه لا إشكال في جريان شرط الخيار وان كان له خيار آخر، ويمكن جريان الإقالة مع عدم جريان الشرط إذا كان منافيا لمقتضى العقد -كما في عقد الرهن- بناء على كون شرط الخيار منافيا للاستيثاق المقصود منه، فإنه لا إشكال في جريان الإقالة فيه.

والتحقيق: ان النسبة بين مورد الإقالة وخيار الشرط من حيث هما عموم من وجه، فمورد افتراق الإقالة مسألة الرهن والوقف، بناء على كون شرط الخيار فيه منافيا لمقتضاه من الدوام، فإنه على هذا لا يصح شرط الخيار، لكن لا مانع من جريان الإقالة بعد الانعقاد وتماमितه، إذا كان الموقوف عليه معيناً أو مع ولي الوقف العام.

ومورد افتراق شرط الخيار بعض الإيقاعات الذي يجري فيه شرط الخيار أو يمكن ان يجري فيه، فإنه لا معنى لجريان الإقالة فيها مطلقاً، لأنها محتاجة إلى الطرفين، والإيقاع متقوم بطرف واحد. ومع ذلك يمكن اشتراط الخيار لمن لا يكون طرفاً في الإيقاع، كأن يجعل الخيار في الطلاق للزوجة أو لنفسه وراضيت الزوجة به، وكذا في الإبراء ونحوه، وأيضاً العقد المشتمل على الخيار حسب ما عرفت.

والحاصل: ان التفكيك ممكن من الجانبين وان لم يكن واقعا، كما إذا منعنا دخول شرط الخيار في الإيقاعات مطلقاً، وقلنا بجريان الإقالة في العقد المشتمل على الخيار أيضاً، وجوزنا دخول الشرط في الرهن بدعوى عدم المناقاة» (1).

اللهم الا ان يقال: ان العبرة ليست بالإقالة التي هي فعل شخص واحد، وانما بالتقاييل الذي هو فعل اثنين بحيث يقلل كل منهما صاحبه ويرفع عنه كلفة اللزوم المفروض عليه، وهو لا يتحقق إلا إذا كان اللزوم ثابتاً للطرفين، ومعه تخرج أكثر

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب/قسم الخيارات: 34.

الموارد المذكورة في مقام النقض تخصصاً، فإن الإيقاع ذو طرف واحد، وال لزوم في الرهن والبيع الخياري لجانب واحد خاصة.

الا ان هذا يعني خروج أكثر الموارد التي استدل فيها الأصحاب على قبولها للشرط أو عدمه بالقاعدة، فإن كثيراً من تلك الموارد لا يخلو ما عن كونه من الإيقاع، أو كون اللزوم فيه من جانب واحد فقط.

نتيجة البحث

والمتحصل مما ذكرنا ان الإلتزام بقاعدة التلازم بين التقايل وشرط الخيار كضابطة كلية يحدد على ضوء أصلها وعكسها ما يصح فيه شرط الخيار وما لا يصح، مما لا دليل عليه في العقود فضلاً عن غيرها، لما عرفت من عدم الملازمة بينهما بالمعنى الدقيق- لا في مقام الثبوت ولا في مقام الإثبات.

نعم، الحقيقة التي لا تقبل الإنكار هي وجود الربط بينهما في أغلب الموارد، فإن أكثر العقود التي يصح التقايل فيها يصح فيها اشتراط الخيار والعكس بالعكس، كما يشهد له تتبع احكام العقود وملاحظة كلماتهم في مورد اشتراط الخيار والتقايل حيث انهم لم يفرقوا بينهما الا نادراً.

غير ان ذلك لا يعني وجود ضابطة كلية، واناطة الجواز وعدمه بها، وبين المقالين من الفرق ما لا يخفى.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما في بعض الكلمات من ان «الظاهر كونها- القاعدة المذكورة-من القضايا التي قياساتها معها، لأن الإقالة عبارة عن كون حل العقد وإزالته باختيار المتعاقدين ورضى منهما بعد العقد، ولا فرق عرفاً بينه وبين شرط الخيار في ابتداء العقد، إذ لا فرق بين ابتداء العقد وما بعده في هذه الجهة عند متعارف المتعاقدين، لأن حكم الأمثال فيما يجوز وما لا يجوز واحد، خصوصاً في

الاعتباريات»(1).

لوضوح الفرق بينهما، لا سيما في المورد الذي يكون فيه الشرط منافيا لمقتضى العقد فإنه لا يصح لأن مرجعه الى قصد المتنافيين، في حين انه لا محذور فيه من الإلتزام بصحة التقايل، وقد عرفت ان ذلك ليس مجرد افتراض وهمي.

على انه لم يظهر لنا وجه الخصوصية في الاعتباريات، بل الأمر على العكس من ذلك تماما، فإن أمر الاعتباري بيد المعتبر يتصرف فيه كيف يشاء ووفق ما يراه، فقد يجمع بين حقيقتين في الاعتبار وقد يفصل في الحقيقة الواحدة، وشواهد ذلك في الأحكام الشرعية أكثر من ان تحصي.

(1) مذهب الاحكام ج 17: 133.



وأخيراً، فالذي يمكن اعتماده معياراً لصحة التقايل وشرط الخيار في العقود اللازمة هو: صحتها في كل عقد لا يكون لزومه حكماً شرعياً غير مفارق له، فإنه معيار صادق في جميع الموارد بلا استثناء، إلا ما خرج بالتعبد.

ولا يرد عليه إمكان الفصل بين التقايل وشرط الخيار، لما ذكرناه من احتمال منع الثاني بملاك منافاته لمقتضى العقد ورجوعه إلى قصد المتنافيين، دون الأول حيث لا يجري فيه ذلك.

وذلك لأن المناقاة ان فرضت، فهي انما تكون بلحاظ أخذ اللزوم غير المفارق في ماهيته، ومعه كيف يمكن القول بصحة التقايل فيه، وبدونه لا محذور في شرط الخيار ولا يمكن تصور كونه منافياً لمقتضى العقد.

هذا كله بالنسبة إلى العقود اللازمة، وأما العقود الجائزة والإيقاعات ففيها حديث آخر يأتي عند التعرض إليها.



ثم ان العقود اللازمة بالقياس الى آراء العلماء في قبولها لشرط الخيار على طوائف ثلاث: الطائفة الأولى: ما اتفقت كلماتهم على دخوله فيها، كغير الصرف والسلم من البيع اللفظي، والإجارة والمساقاة والمزارعة.

الطائفة الثانية: ما اتفقت كلماتهم على عدم دخوله فيها، وذلك كالنكاح.

الطائفة الثالثة: ما اختلفت كلماتهم فيها، وهو أكثر العقود اللازمة.

ونحن نتعرض لكل طائفة على حدة لندرس وجه الحكم فيها، ومن ثمّ ملاحظة ما قيل أو يمكن ان يقال في المقام.

الطائفة الاولى:

والبحث فيها ينصب على أقسام البيع اللفظي باستثناء الصرف والسلم، وما يلحق به من الإجارة والمزارعة والمساقاة.

واما البيع المعاطاتي والصرف والسلم فسيأتي الحديث عنها في الطائفة الثالثة. والوجه فيه-مضافا الى إطلاق الأدلة العامة كقولهم (عليهم السلام): «المسلمون عند شروطهم» حيث لا يجري فيها ما احتمل أوقيل في غيرها من الموانع ومقتضيات التقييد- الإجماع والتسالم على دخوله فيها.

قال الشهيد (قدس سره) في المسالك-في مقام بيان ما لا يجري فيه خيار الشرط من العقود: «ويستثنى من البيع ما يتعقبه العتق، كشراء القريب، فإنه لا يثبت

وقال المحقق العاملي (رحمه الله) في مفتاح الكرامة: «لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع، كما في التذكرة» (2).

وقال في موضع آخر منه: «والذي يتحصل من كلامهم ان هذا الخيار يعم كل بيع لا يستعقب العتق» (3).

وقال صاحب الجواهر (قدس سره) انه: «لا خلاف ولا إشكال في ثبوت خيار الشرط فيها -الإجارة- بل ربما استظهر من التذكرة الإجماع عليه، لعموم دليله» (4).

وقال الشيخ الأعظم (قدس سره): «ومن الثالث -ما يدخله الخيار اتفاقا- أقسام البيع ما عدا الصرف، ومطلق الإجارة والمزارعة والمساقاة، وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فان الظاهر عدم الخلاف فيها» (5).

هذا ويشهد للحكم في الموارد المذكورة ما ذكره من القاعدة الكلية لتحديد موارد صحة شرط الخيار، اعني جريان التقابل فيه، حيث اتفقت كلمتهم على جريانه في البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة، فراجعها تجدها صريحة في ما ذكرناه. بل يقتضيه ما ذكرناه في مقام تحديد الضابطة أيضا، لوضوح كون اللزوم في جميع تلك الموارد حقا مرتبطا بقرار المتعاقدين، على ما يشهد له ملاحظة أحكامها ولسان أدلتها.

(1) مسالك الافهام ج 1/ احكام الخيار- خيار الشرط.

(2) مفتاح الكرامة ج 4: 560.

(3) مفتاح الكرامة ج 4: 568.

(4) جواهر الكلام ج 27: 218.

(5) المكاسب ج 15: 126.

لم نجد في كلمات الأصحاب لهذه الطائفة مصداقا تتفق كلمتهم عليه غير النكاح، حيث يظهر من غير واحد منهم دعوى التسالم على عدم دخول الخيار بالشرط فيه، «بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه» على حد تعبير صاحب الجواهر (قدس سره) (1).

- أدلته وقد ذكر الاعلام في وجه المنع عن دخول الخيار في النكاح أمورا، هي:
- 1- الإجماع والاتفاق على عدم دخول خيار الشرط في النكاح.
 - 2- عدم مشروعية التقايل فيه، لتوقف ارتفاعه شرعا على رافع خاص هو الطلاق.
 - 3- استلزامه لابتذال المرأة، وهو ضرر عليها.
 - 4- ثبوت الخيار انما هو من أجل التروّي في أمر العقد، والنكاح مسبوق بالتروّي التام، فلا وجه لثبوته فيه.
 - 5- ان في النكاح شائبة العبادة فلا يدخله الخيار، لان ما كان لله فلا رجعة فيه.
 - 6- ابتناء النكاح على الاحتياط التام، لما عرف من الشارع من شدة الاحتياط في الفروج، فلا يمكن رفع اليد عنه الا بما ثبت كونه رافعا له.
- قال الفاضل في كشف اللثام: «ولو شرط الخيار في النكاح بطل العقد في المشهور، وهو الوجه، لان فيه شائبة العبادة لا يقبل الخيار، ولم يتراضيا الا بما دخله الخيار فلم يريدوا بلفظ العقد معنى النكاح فيلغو، وابن إدريس صحح العقد وأبطل

(1) جواهر الكلام ج 29: 149.

الشرط، لوجود المقتضي وهو عقد النكاح، وإنما فسد شرط الخيار فيلغوا ولا يفسد به العقد
كغيره من الشروط، وللوجهين تردد المحقق» (1).

وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد: «وإنما لم يدخل خيار الشرط النكاح مع تناول
عموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم» للإجماع، ولأنه ليس عقد معاوضة، ليشرع له
اشتراط التروّي والاختيار، ولشدة الاحتياط في الفروج، ولأن فيه شائبة العبادة، ولأن
رفعه متوقف على أمر معين فلا يقع بغيره» (2).

وقال المحقق العاملي: «أما النكاح فلا يجري فيه خيار أصلاً إجماعاً، كما في الخلاف
والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك، لمشاكلته العبادة، وابتنائه على الاحتياط
التام، وسبق التروّي فيه على العقد، وتوقف رفعه على رافع مخصوص فلا يرتفع
بغيره» (3).

وقال الشهيدان (رحمهما الله): «ولا يجوز اشتراطه -الخيار- في العقد، لأنه ملحق
بضروب العبادات، لا بالمعاوضات، فيبطل العقد باشتراط الخيار فيه، لأن التراضي إنما
وقع بالشرط الفاسد ولم يحصل» (4).

فيما ذكر الشهيد الثاني (قدس سره) في المسالك أن: «المشهور بين الأصحاب بطلان
النكاح بشرط الخيار فيه، قطع بذلك الشيخ في المبسوط وغيره من المتأخرين، محتجين
بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبة العبادة، فالشرط
يخرجه عن وضعه.

وخالف في ذلك ابن إدريس، فحكم بصحة العقد وفساد الشرط، ووجهه ما أشار إليه من
وجود المقتضي لصحة العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه لأنه الفرض،

(1) كشف اللثام/كتاب النكاح-مبحث خيار الشرط في النكاح.

(2) جامع المقاصد ج 1: 244.

(3) مفتاح الكرامة ج 4: 568.

(4) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 5: 120.

وانتفاء المانع إذ ليس الا اشتراط الخيار فيه. وإذا كان العقد غير قابل للخيار لغا شرطه وعمل بمقتضى العقد، لأصالة الصحة فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر وعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة، فإن كل واحد من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر.

وبالغ ابن إدريس في انه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان أحد من أصحابنا، وانما هو تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب.

ووجه البطلان: ان التراضي لم يقع على العقد الا مقترنا بالشرط المذكور، فإذا لم يتم الشرط لا يصح العقد مجردا، لعدم القصد اليه كذلك. وصحة العقود مترتبة على القصد، فليس الحكم الا بطلانهما معا أو صحتهما معا، لكن لا سبيل الى الثاني لمنافاته وضع النكاح، فتعين الأول، وهذا هو الأقوى» (1).

وقد ذكر هذا الحديث بطوله العلامة (قدس سره) في المختلف، واختار ما ذهب اليه الشيخ (رحمه الله) وحمل على ابن إدريس حملة شعواء (2).

وقال صاحب الجواهر (قدس سره): «لا يصح اشتراطه -الخيار- في العقد اتفاقا في كشف اللثام وغيره، وقد أوماً إليه المصنف بقوله: خاصة، لأنه ليس معاوضة محضة، ولذا لم يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه بروية ولا وصف رافع للجهالة، ويصح من غير تسمية العوض، ومع العوض الفاسد، ولأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار، ولأن فسخه باشتراط الخيار فيه يفضي الى ابتذال المرأة وضررها، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا له.. بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه» (3).

(1) مسالك الافهام ج 1/كتاب النكاح-مبحث شرط الخيار.

(2) مختلف الشيعة ج 4: 91.

(3) جواهر الكلام ج 29: 149.

وان تأمل فيه عند مناقشته لقول ابن إدريس ببطلان الشرط خاصة، قال (رحمه الله): «وعلى كل حال فما عن ابن إدريس-من بطلان الشرط خاصة، بل قال فيما حكى عنه انه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا إجماع، بل الإجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان أحد من أصحابنا، وانما هو من تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب-، واضح الفساد بناء على ما عرفت من ان البطلان هنا للمنافاة لمقتضى العقد، لا لكونه غير مشروع في نفسه كي يختص بالبطلان في عقد النكاح كغيره من الشروط الفاسدة فيه.

اللهم الا ان يمنع ذلك، فإنه لا يخلو من تأمل»(1).

وأخيرا قال الشيخ الأعظم (رحمه الله): «فالأول-ما لا يدخله الخيار اتفاقا- النكاح فإنه لا يدخله اتفاقا، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد، وعن المسالك الإجماع عليه، ولعله لتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق، وعدم مشروعية التقايل فيه»(2).

أقول: اما ما عدا الإجماع من الوجوه التي قيلت في المنع فالإشكال فيه أوضح من ان يخفى، فإن أكثرها وجوه استحسانية لا تصلح دليلا لرفع اليد عن عموم الأدلة وتقيد إطلاقها.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

على ان حديث عدم مشروعية التقايل فيه، لتوقف ارتفاعه على رافع خاص هو الطلاق، يدفعه مضافا الى عدم تمامية القاعدة كما تقدم-ان موارد رفعه بالفسخ نتيجة للعيب، بل وتخلف الشرط في بعض الموارد -عند الأكثر- ليست بعريضة، على ما ستعرفه عند الحديث عن الإجماع في المقام.

واما استلزامه لابتذال المرأة وهو ضرر عليها، فهو حديث استحساني لا أساس له ولا يصلح لرفع اليد عن شيء من الحكم لأجله، والا فموارد جريانه لا

(1) جواهر الكلام ج 31: 106.

(2) المكاسب ج 15: 114.

تختص بفرض اشتراطه الخيار، على ان إقدام المرأة عليه ورضاهما به يمنعان من شمول أدلة نفي الضرر له.

ومثله في السقوط حديث ان الخيار من أجل التروي في العقد، والنكاح مسبوق بالتروي التام، فإنه مضافا الى كونه استحسانا لا موقع له في الاستدلال الفقهي، يقتضي عدم جريان الخيار في العقود المهمة المسبوقة بالتروي التام، وهو مما لا يلتزم به أحد. على ان المرأة لما كانت شريكة لحياة زوجها، وكان الزواج اسماً وارفعا مفهوما من مجرد العلاقة الجنسية، لم يكن التروي فيه يتحقق من دون العشرة.

واما حديث اشتماله على شائبة العبادة، فينقض بمثل البيع من أجل المعاش والمزارة ونحوهما من المعاملات المستحبة شرعا، حيث انه لا إشكال في ندبها شرعا، مع انه لا خلاف بينهم في دخول خيار الشرط فيهما.

على ان مجرد ثبوت استحباب شيء جليل حتى وجوبه- لا يعني كونه عبادة، فإنها ليست مطلق العمل المحبوب لدى الشارع المقدس، وانما هي خصوص ما يتقوم بقصد القرية بحيث لا يتحقق من دونه. ومن الواضح انه ليس من مصاديقه النكاح، فإنه وان كان محبوبا وصح إيقاعه بقصد القرية، الا انه ليس مما يتوقف عليه ويتقوم به.

على ان اشتراط الخيار في العبادات ليس من الأمور الممتنعة عقلا بحيث يتعين رفع اليد عما يقتضيه الدليل، وصرف نصه أو عمومته وإطلاقه عن ظاهره من أجل ذلك.

ويكفي في إثبات إمكانه ما دل على استحباب اشتراط الخيار في الإحرام(1) والاعتكاف(2).

وسياتي الحديث في معنى قولهم: «ما كان لله فلا رجعة فيه» عند التعرض لاشتراط الخيار في الوقف.

(1) الوسائل ج 9 باب 23 و 24 من أبواب الإحرام.

(2) الوسائل ج 7 باب 4 و 9 من أبواب الاعتكاف.

وابتناؤه على الاحتياط التام لا ينافي دخول الخيار فيه، كما هو الحال في الأموال، فإنها أيضا مشمولة بالاحتياط التام شرعا، ومع ذلك لا إشكال في ثبوت الخيار فيها. على أن الاحتياط التام لا يقتضي الجزم ببقاء النكاح وعدم نفوذ الفسخ قطعا، بل مقتضاه إيقاع الطلاق وتزويجها من جديد فرارا من محذور تأثير الفسخ.

وأما الإجماع فدعوى قيامه على عدم قبول النكاح للفسخ بالمرة-كما قد يظهر من بعض الكلمات-باطلة جزما، كيف وموارد ثبوت حق الفسخ بحكم الشارع ليست عزيزة، كموارد عيوب الزوجين التي دلت النصوص على ثبوت الخيار فيها، وكخيار الحرية في عقد نفسها إذا تزوج زوجها بأمة من غير إذنها-بناء على القول به-وكذا خيار الخالة والعمة إذا تزوج زوجها ببنت أختها أو أخيها بغير رضاها، وخيار الصغيرين بعد البلوغ إذا كان الولي قد زوجها قبله، وكخيار الأمة في نكاح نفسها إذا اعتقت وهي تحت عبد، بل قيل بثبوته لها وإن كانت تحت حر، إلى غير ذلك من الموارد.

بل ولا إجماع على عدم قبوله للفسخ الناشئ من جعل المكلف وفعله، لذهاب غير واحد من الاعلام إلى ثبوت الخيار في موارد تخلف الشرط.

قال الشهيد الأول (قدس سره) في اللمعة: «ولو شرط كونها بنت مهيبة فظهرت بنت أمة فله الفسخ» وعلله الشهيد الثاني (رحمه الله) بقوله: «قضية للشرط» (1).

وذكر نظير ذلك في اشتراط البكارة، قال الشهيد الأول: «ولو شرطها بكرا فظهرت ثيبا فله الفسخ إذا ثبت سبقه على العقد» فأوضحه الشهيد الثاني بقوله: «بمقتضى الشرط» (2).

(1) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 5: 398.

(2) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 5: 399.

يدفعها-مضافا الى منافاة ذلك لظاهر التعليل-عدم وجود نص في المقام يقتضي الخيار،
وان دل النص على نقصان مهرها على تقدير اختياره البقاء.

وأوضح من ذلك كلام صاحب الجواهر (رحمه الله) تعليقا على قول صاحب الشرائع:
«إذا تزوج امرأة وشرط كونها بكرًا فوجدها ثيبًا» قال (رحمه الله) ما نصه: «وثبت
بالإقرار أو البينة سبق ذلك على العقد كان له الفسخ، لانتفاء الشرط الذي قد عرفت ان
فائدته ذلك، ولعله لا خلاف فيه كما لا اشكال.

لكن في كشف اللثام ان ظاهر الأكثر وصريح بعض عدم الخيار، للأصل والاحتياط،
وان الثيبوبة ليست من العيوب.

وفيه: انا لم نتحقق ما حكاها، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقق
الخيار مع شرط الصفات، ككونها بنت مهيّرة ونحوها، لدليل الشرطية القاطع للأصل،
وغير متوقف على العيب حينئذ.

نعم، أطلق كثير من الأصحاب فيمن تزوج جارية على انها بكر فوجدها ثيبًا: لم يكن له
الفسخ، الا ان ذلك منهم لإمكان تجددّه بسبب خفي، كما أوما إليه المصنف، فلا ينافي
اشتراطه» (1).

وأصرح من الكل في عموم الحكم بملاك الشرط وعدم اختصاصه بما ذكر ما أفاده
العلامة (رحمه الله) في القواعد بقوله: «كل شرط يشرطه في العقد يثبت له الخيار مع
فقدّه، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال» (2).

وقد أوضحه المحقق الكركي (رحمه الله) بقوله: «لا ريب ان كلّ ما يشترط الزوج في
عقد النكاح من صفات الكمال مما لا ينافي مقصود النكاح ولا يخالف الكتاب ولا السنة
صحيح، فإذا تبين انتفاؤه وخلوها من الكمال لم يكن النكاح باطلا، لان فقد

(1) جواهر الكلام ج 30: 376.

(2) قواعد الاحكام/كتاب النكاح -الفصل الثالث في التدليس- الفرع الثاني.

الشرط لا يقتضي بطلانه، لكن يثبت للمشتراط الخيار، لأن فوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزاً.

ولو اشترط شيئاً من الصفات التي لا تعد كمالاً، كما لو شرط كونها قبيحة الصورة أوجاهلة بتدبير المنزل، فالمتجه صحة الشرط، لأن الغرض قد يتعلق بذلك، وليس فيه منافاة للكتاب ولا للسنة. فلوانتفى الشرط وظهر الاتصاف بالضد، ففي المثال المذكور ظهر كونها جميلة أوعالمة بتدبير المنزل، ففي ثبوت الخيار في ذلك وأمثاله عند المصنف إشكال: ينشأ من أن ثبوت الخيار وسيلة إلى التخلص من النقص، ولا نقص هنا فلا خيار.

ومن أن فوات الشرط المحكوم بصحته، لو لم يثبت به الخيار كان الاشتراط وعدمه سواء وهو معلوم البطلان.

وتنقيح المقام: أن صفة النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفة الكمال ويتعلق بها الغرض كما يتعلق بصفة الكمال، كما لو كان الرجل -مثلاً- كثير الأسفار وليس له من يخلفه في أهله، فرغب في قبيحة المنظر لتكون أبعد عن تطلع الأجانب إليها، وكذا لو خشي من حذق الزوجة في أمور المنزل لحوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتغلبين ونحو ذلك. وذهب الشارح الفاضل ولد المصنف إلى بطلان هذه الشروط، محتجاً ببعد النكاح عن قبول الخيار، قال: وإنما يصح شرط الحرية والنسب والبركة وما يرى في الكفارة للنص.

ولقائل أن يقول: أن النص لم يرد بثبوت الخيار باشتراط البركة، فيكون اشتراطه خروجاً عن النص، ومع ذلك فالكتاب والسنة وأردان بصحة الشرط السائع الذي لا ينافي مقتضى النكاح وما يلزم منه ثبوت الخيار بفواته، فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بالنص، فلا يتم ما ذكره.

ولو سلم، فالبعيد عن النكاح اشتراط الخيار لا اشتراط ما يقتضي فواته

الخيار، فحينئذ القول بثبوت الخيار في نحو ذلك ليس بذلك البعيد» (1) وبالجمله فثبوت الخيار في عقد النكاح لصاحب الشرط عند تخلفه ان لم يكن قول الأكثر، فلا أقل من اختيار كثير من الاعلام له.

نعم، لا يبعد في المقام دعوى الإجماع على عدم دخول خيار الشرط بخصوصه وعنوانه في النكاح، فإنه -كما يبدو- مما لم يقل به أحد من الاعلام قط. الا ان الكلام في الاعتداد بمثل هذا الإجماع بعد ما عرفت من استناد معظمهم الى وجوه وأدلة لا تصمد امام النقد.

قال المحقق الشهيد (رحمه الله): «نعم، يشكل هذا بأن الإجماع بعد احتمال كون المدرك فيه ذلك، لا يصح الاستناد اليه الا بعد صحة الاستناد الى مدركه، كما هو ظاهر. وتوقف ارتفاعه شرعا على الطلاق بنفسه محتاج الى الدليل، وليس هو إلا الإجماع عليه، والقدر المتيقن منه صورة خلوالنكاح عن شرط الخيار، فلا ينافيه جواز ارتفاعه بالخيار المشترط في ضمن عقد النكاح الثابت بعموم أدلة الشرط» (2).

بل والتشكيك صريحا في كون اللزوم فيه من الاحكام لا من الحقوق، من قبل بعض الاعلام.

قال السيد الحكيم (قدس سره): «ومثله دعوى ان اللزوم في عقد النكاح من الاحكام لا من الحقوق، فإذا كان من الاحكام كان منافيا لشرط الخيار، والشرط المنافي لمقتضى العقد باطل، فإنها لا تخلو من مصادرة، إذ لم يظهر الفرق في مرتكزات العرف بين النكاح وغيره من عقود المعاوضات» (3).

بل ويشهد له ما عرفته من التزام الأكثر بثبوت الخيار عند تخلف الشرط، فإنه إنما يكشف عن عدم كون اللزوم في النكاح حكما لا يقبل الانفكاك عنه بحال، وهو ما اخترناه ضابطا لعدم قبول العقد لشرط الخيار.

(1) جامع المقاصد ج 2: 411.

(2) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ج 2: 452.

(3) مستمسك العروة الوثقى ج 14: 405.

نعم، ذكر السيد الوالد (رحمه الله) دليلاً آخر لعدم دخول الخيار في النكاح، وهو من مبتكراته (قدس سره)، ولنعم ما أفاد.

وحاصله: أن جعل الخيار لما كان مرجعه وبحسب مقام الثبوت إلى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ لا محالة، حيث لا مجال للقول بالإهمال أو الإطلاق والشمول لما بعد الفسخ في ذلك المقام، لم يكن مجالاً للالتزام به في النكاح، فإن النكاح وبحسب مقام الثبوت لا يخلو من أحد نحويين لا ثالث لهما، فهو إما دائم ومطلق، وإما منقطع مؤقت. واشتراط الخيار يتنافى مع النحويين معاً.

أما العقد الدائم فلمنافاته مع التوقيت والتحديد الحاصل من اشتراط الخيار قهراً كما عرفت.

وأما العقد المنقطع فلمنافاة اشتراط الخيار مع لزوم ضبط المدة فيه وتحديد ما لا يقبل الزيادة والنقصان، فإن مرجع الاشتراط إلى مجهولية الأجل وتاريخ الانتهاء لا محالة. قال (قدس سره): «أن جعل الخيار لما كان يرجع إلى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ، لامتناع الإهمال وعدم معقولية الإطلاق والشمول لما بعد الفسخ - على ما تقدم بيانه مفصلاً في كتاب البيع - كانت الزوجية مقيدة وموقفة بقبل الفسخ لا محالة.

وإذا كانت كذلك حكم ببطلانه، لأن تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزيادة والنقصان من أركان العقد المنقطع، وهو مفقود في المقام بحسب الفرض حيث أن تاريخ الفسخ مجهول. وبعبارة أخرى: أن عقد الزواج لا يخلو بحسب ما يستفاد من الأدلة من قسمين، دائم ومنقطع ولا ثالث لهما. والأول غير متصور في المقام، لاستلزام جعل الخيار التقيد. والثاني يقتضي البطلان، لفقده ركناً من أركانه، وهو تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزيادة أو النقصان» (1).

(1) مباني العروة الوثقى/كتاب النكاح ج 2: 211.

وما افاده (قدس سره) تام ومتين، وهو المستند الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه في القول بعدم دخول الخيار للنكاح.

ومما ذكرناه يظهر الفرق بين النكاح وغيره من العقود كالبيع ونحوه مما يدخله خيار الشرط، فان اشتراط الخيار يقتضي في الجميع التحديد والتوقيف بحسب مقام الثبوت، الا ان أدلة بعض تلك العقود تقتضي عدم قبولها للتحديد الناشئ من الجعل، في حين ان أدلة بعضها الآخر لا تحدد ماهيته بأحد القسمين -المطلق والمقيد- وان كان مقتضى طبعه الأولي الدوام والاستمرار.

والحاصل: ان النكاح يختلف عن غيره بما ثبت فيه من تحديده ثبوتا بقسمين يابيان معا اشتراط الخيار وتوقيتهما بعدم الفسخ.

حصيلة البحث

يتلخص بحثنا -أخيرا- في ان العدة في الدليل على المنع من دخول الخيار في النكاح، هو ما افاده السيد الوالد (قدس سره) من عدم انسجامه مع ما اقتضته أدلة عقد النكاح بقسميه، فإنه لولا ذلك، ولولا الإجماع والتسالم بين الأصحاب على عدم دخول خيار الشرط بخصوصه وعنوانه في النكاح، لم يكن محذور من الالتزام بدخوله فيه، فان كل ما قيل في وجه المنع سواهما لا يصلح شيء منه لإثبات المدعى، خصوصا مع التزام جملة من الفطاحل بدخول الخيار الناشئ من تخلف الشرط فيه، فإنه ان دل على شيء فإنما يدل على عدم كون اللزوم فيه حكما غير مفارق له، ولا أقل من كسره لدعوى التسالم على كونه كذلك على ما يظهر من غير واحد منهم.

الطائفة الثالثة

هناك موارد كثيرة اختلفت كلمات الاعلام في دخول خيار الشرط وعدمه فيها،

غير انا نقتصر على ذكر الموارد التي يحظى الخلاف فيها بنوع من البحث النسبي بحيث لم يكن الخلاف فيه منحصرا بقول شاذ أورأي نادر. وكيف كان، فالبحث يقع في موارد عديدة:



1- البيع المعاطاتي

الذي يظهر من كلمات الأصحاب في وجه عدم دخول خيار الشرط للبيع المعاطاتي أمور ثلاثة:

1- ان المعاطاة لا تفيد إلا إباحة التصرف، ولا معنى لثبوت الخيار في الإباحة على ما عرفته في العقود الإذنية.

2- ان العقد المعاطاتي عقد جائز بالذات، فيكون اشتراط الخيار فيه لغوا محضاً.

3- ما افاده الشيخ الأعظم (قدس سره) بقوله: «واما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد. ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة وان قلنا بلزومها من أول الأمر أوبعد التلف، والسر في ذلك ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي» (1).

التحقيق في المقام

الظاهر انه لا وجه لترجيح أحد القولين -جواز دخول الخيار في المعاطاة وعدمه- في المقام بشكل مطلق، بل الاختيار هنا يرتبط بالمختار في حقيقة المعاطاة ومدلولها. وعلى هذا الأساس: فإن قلنا في المعاطاة بأن المقصود بها هو الإباحة المحضة وحقيقتها لا تتعدى ذلك -على ما يظهر من عبارات كثير من قدماء الأصحاب، ويقتضيه الدليل الأول -فالحق تمام الحق مع القائلين بعدم دخول الخيار الذي هو بمعنى ملك فسخ العقد

(1) المكاسب ج 15: 127- 128.

فيها، ذلك «ان المعاطاة المقصود بها الإباحة ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار، بل هي تفيد إباحة خالصة، ويجوز لكل من المتعاطيين التصرف في ما أخذه من صاحبه، ولا يكون هذا التصرف تصرفا محرما، إذ المفروض ان مالكة الأصلي قد اذن في ذلك»(1).

ومن هنا فلا تكون المعاطاة مشمولة لأدلة الخيار.

وان قلنا بان المقصود بالمعاطاة هو الملك، فقد يقال فيها بعدم دخول الخيار إياها بالشرط للوجهين الأخيرين.

الا ان هذا القول لا يمكن الاعتماد عليه.

وذلك لان: حديث لغوية اشتراط الخيار في العقود الجائزة «توهم فاسد، لأنه انما تلزم اللغوية فيما إذا لم يمكن انفكاك أحد الخيارين عن الآخر، مع ان الانفكاك بينهما من الوضوح بمكان، بديهية ان النسبة بينهما هي العموم من وجه، إذ قد يسقط خيار المعاطاة ويبقى الخيار المصطلح، وقد يسقط الثاني ويبقى الأول، وقد يجتمعان سقوطا وبقاء. واذن فلا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة ثبوتا وإثباتا، وهذا واضح لا ريب فيه»(2).

وسيأتي التعرض الى هذه الشبهة تفصيلا في المقصد الثاني ان شاء الله تعالى.

على ان المعاطاة على هذا القول -افادتها الملك- تمتاز بميزة خاصة هي انقلابها لازمة بالتصرف، فلا بأس باشتراط الخيار فيها بلحاظ حكمها بعد اللزوم، حيث يظهر الأثر في صحة إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

واما حديث ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلي فيرده: أولا: منافاته لما التزم به في المعاطاة من ثبوت جميع الخيارات في المعاطاة، بناء

(1) مصباح الفقاهة ج 2: 160.

(2) مصباح الفقاهة ج 2: 163.

على افادتها الملك بقول مطلق، أو خصوص ما لا يختص بالبيع منها على الأقل.

قال (رحمه الله): «وان قلنا بإفادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناء على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمن المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم، وعلى هذا فيصح إسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

ويحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري، لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار، وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش فتجري، لعموم أدلتها» (1).

اللهم إلا أن يكون مراده هناك خصوص الخيارات المجعولة من قبل الشارع، فلا يشمل ما يحتاج إلى الإنشاء في جعله.

ثانياً: ما افاده المحققان الأصفهاني والإيرواني (قدس سرهما) من رفض ما ذكره (قدس سره) من عدم إمكان ربط الإنشاء الفعلي بالشرط القولي.

قال المحقق الإيرواني (رحمه الله): «أما بناء على الاكتفاء بالتواطي وإنشاء العقد بانياً على الشرط فجريانه في المعاملات الفعلية مما لا سبيل إلى إنكاره، كما أن جريانه في المعاملات القولية الغير الجامعة للشرائط الراجعة إلى الإنشاء الداخلة بذلك في المعاطاة واضح، بل لا يبعد القول بدخول الشرط في المعاملات الفعلية مطلقاً، فإنه لو قال مقارناً للفعل: بشرط كذا، رابطاً قوله بفعله كفى وحصل به الربط، وكان التزامه ذلك من جزئيات الإلزام في الالتزام» (2).

وقال المحقق الأصفهاني (قدس سره): «كما أن الفعل ربما يرتبط بالقول، بل يكون من حيث احتفافه به محسوباً منه، كالقرينة الحالية، حيث أن حالها حال المقالية في القرينية وبها يكون اللفظ ظاهراً فعلاً في غير معناه الوضعي، كذلك ربما يرتبط

(1) المكاسب ج 6: 237-238.

(2) تعليقة الإيرواني على المكاسب/قسم الخيارات: 27.

القول بالفعل فيوسع دائرة دلالاته تارة ويضييقها أخرى، فإذا قال مقارنا للمعاطي- مثلا:-
على ان يكون لي الخيار، كان هذا القول المقارن مربوطا بذلك الإنشاء الفعلي وموجبا
لتقيده بالالتزام المزبور»(1).

وبعبارة أخرى: ان الشرط لا يرتبط بما ينشأ به العقد وما يبرز الاعتبار، كي يقال بعدم
إمكان ربط اللفظ بالفعل، وانما يتعلق بالمنشأ والاعتبار النفساني مع قطع النظر عما
يبرزه في الخارج. ومن هنا فإذا كان ذلك الاعتبار مقيدا في واقعة -ولوبفضل الدلالة
اللفظية عليه- ثم أنشأ ذلك المقيد بالفعل في الخارج، بأن قام الفعل مقام اللفظ في إنشاء
المدلول المتفق عليه مع تباينهما وتواطئهما حينه على الشرط، لم يكن وجه للقول بعدم
شمول أدلة الشروط له، فضلا عن القول بامتناعه وعدم تعقله.

ثالثا: ان فرض انحصار التعبير عن الشرط باللفظ ومن ثم القول بعدم جريان الخيار في
المعاطاة لعدم إمكان ارتباط الشرط القولي بالإنشاء الفعلي، مما لا مبرر له، فإنه كما
يمكن التعبير عن الإنشاء والالتزام العقدي بالفعل، كذلك يمكن التعبير عن الالتزام
التبعية لذلك الالتزام بالفعل أيضا، وخير شاهد على ذلك ما يقوم به الخرسان في مقام
إنشاء مراداتهم، بل وما يقوم به الكامل في مقام بيان ما يعتبره في نفسه مع الاطرش،
فإنه كما يتصدى لبيان أصل العقد بالإشارة والفعل يقوم ببيان شروطه في ذلك العقد
بهما أيضا.

اذن فلا وجه لدعوى عدم دخول شرط الخيار للمعاطاة بقول مطلق.

خلاصة البحث

يتلخص البحث في دخول الخيار في البيع المعاطاتي في نقاط:

الاولى: ان الحديث عن دخول الخيار في المعاطاة والبحث عنه، انما يتصور بناء على
عدم القول بكون المقصود منها وحقيقتها الإباحة المحضة، والا فالقول بعدم

(1)تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات: 51.

الثانية: ان كون عقد المعاطة جائزا قبل التصرف فيه، لا يمنع من القول بدخولها الخيار ولو بلحاظ الأثر بعد اللزوم.

الثالثة: لا مبرر لإنكار الخيار فيها بدعوى عدم ارتباط الشرط القولي بالإنشاء الفعلي، فإن الحديث في إمكان دخول شرط الخيار فيها لا يرتبط بنحو التعبير عنه في ضمنها، فقبولها للخيار أمر، وعدم تصور التعبير عنه أمر آخر. خصوصا بملاحظة ان المعاطة عندهم-ومنهم الشيخ الأعظم(قدس سره)-لا يختص بما ينشأ بالفعل محضا، بل يعم المعاملات اللفظية غير الجامعة للشرائط.

على انك قد عرفت إمكان التعبير عنه فيها باللفظ والفعل على حد سواء، لا سيما مع التزامه هو(رحمه الله) في الشرط الثامن من شرائط صحة الشروط بكفاية التواطي والتباني على الشرط وإيقاع العقد مبنيا عليه، وكونه بحكم المذكور في متن العقد، بحيث يكون من دونه تجارة لا عن تراض(1).
اذن فالصحيح في المقام هو القول بدخول الخيار للبيع المعاطاتي على حد جريانه في العقد اللفظي حرفا بحرف.



(1) راجع المكاسب/الخيارات: 282.

2- بيع الصرف

قال الشيخ في المبسوط: «أما الصرف فيدخله خيار المجلس لعموم الخبر، فاما خيار الشرط فلا يدخله أصلا إجماعا، لأن من صحة العقد القبض» (1).

وتبعه عليه ابن إدريس (قدس سره).

وقد رده العلامة (قدس سره) في المختلف بأن «الإجماع ممنوع، والتعليل ليس بجيد، فان التقابض لا يدفع خيار الشرط» (2).

أقول: الظاهر انه ليس مراد شيخ الطائفة (قدس سره) بقوله: «ان من صحة العقد القبض» كون القبض بحد ذاته منافيا لجعل الخيار، كي يدفع بأن التقابض لا يدفع خيار الشرط، والا فبطلانه أوضح من ان يخفى، إذ لازمة انتفاء الخيار في جميع موارد تحقق التقابض من العقود، بيع صرف كان أو غيره، وهوما يعني انتفاء الخيار في أغلب موارد العقود، ويجل شأن شيخ الطائفة عن الالتزام به.

وانما مراده (رحمه الله) - والله العالم - ان اعتبار التقابض في الصرف بحيث لا يصح بدونه - دون سائر العقود - يكشف عن ارادة الشارع لانهاء المعاملة بين المتعاملين وقطع العلاقة بينهما قبل التفرق، بحيث يتفرقان ولا علاقة بينهما بلحاظ العقد الذي جرى بينهما، فيتناق مع جعل الخيار المستلزم لإبقاء العلاقة.

بل ويمكن ان يقال ان إنهاء العلامة المستكشف بوجوب التقابض في المجلس، ينبئ عن كون اللزوم بعده لزوما حكما خارجا عن ارادة المتعاقدين.

الا ان دفعنا لإشكال العلامة (قدس سره) - بالصيغة التي ذكرها - وتوجيهنا

(1) المبسوط/كتاب البيع-فصل في بيع الخيار.

(2) مختلف الشيعة ج 2: 173.

لكلام الشيخ (رحمه الله) لا يعني الموافقة عليه، فإن للمناقشة في كلا دليله مجالا واسعا. اما الإجماع، فدعواه في المقام على المنع غريب منه (قدس سره)، كيف ولم يذهب الى ما اختاره أحد من أصحابنا غير ابن إدريس، بل ولم يذكره أكثر الأصحاب حتى في عداد ما اختلف في دخوله الخيار فيه، بل مقتضى عبارة الأكثر: «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح والوقف وكذا الإبراء والطلاق والعق» (1)، وعبرة الشهيد (قدس سره) في المسالك حيث لم يستثن من البيع الا ما يتعقبه العقد فقط (2)، جريانه في الصرف بلا خلاف.

نعم، تردد العلامة (قدس سره) في القواعد فيه حيث قال: «وفي ثبوته في الصرف اشكال» (3)، رغم اختياره لعبارة الأكثر في خيار الشرط، واختياره الدخول صريحا في التذكرة (4).

وكيف كان، فدعوى تحقق الإجماع على عدم دخول خيار الشرط في الصرف مقطوعة البطلان، ولا سبيل لإثباتها بوجه. واما دعوى اقتضاء وجوب التقابض لانتهاء العلاقة المنافي لجعل الخيار، فيردها منعها صغرى وكبرى.

اما الصغرى: فلما افاده المحقق الايرواني (قدس سره) بقوله: «المقدمة الأولى أشد منعاً، واني لنا السبيل الى ان المقصود من اعتبار التقابض في الصرف والسلم ان يفترقا ولم تبق بينهما علاقة، فإنه ان أريد من العلاقة استحقاق تسليم المبيع والثمن فهو

(1) كفاية الأحكام/كتاب المتاجر-احكام الخيار. وقواعد الاحكام/كتاب البيع -المقصد الخامس- المطلب الأول-الثالث خيار الشرط.

(2) مسالك الافهام ج 1/كتاب المتاجر-احكام الخيار.

(3) قواعد الاحكام/كتاب البيع -المقصد الخامس- المطلب الأول-الثالث خيار الشرط.

(4) تذكرة الفقهاء ج 7: 341.

مسلم، لكن لا يجدي في المقصود، وإن أريد ما سوى ذلك من علة فهو ممنوع» (1). وبعبارة أخرى: إن غاية ما يقتضيه وجوب التقبض هو قطع علة المتبايعين من حيث استحقاق تسليم المبيع والثمن، باعتبار أن كلا منهما قد استلم ما يستحقه قبل الافتراق، فلا موضوع لبقاء حقه في مطالبة صاحبه، ولكن أين هذا من ثبوت حق الفسخ له ومطالبة صاحبه بعده بإرجاع ما سلمه إياه بالتقبض قبل الافتراق.

وأما الكبرى: فقد منع العلامة (قدس سره) الملازمة في التذكرة (2). وأوضحه المحقق الأيرواني (قدس سره) بقوله: «أما بيان منع الملازمة بين بقاء الخيار وبقاء العلة فهو أن متعلق الخيار هو العقد، وتزلزل العقد أجنبي من بقاء العلة بين نفس المتعاقدين واستحقاق كل من صاحبه شيئاً.

نعم، بعد الفسخ بالخيار يحصل ذلك الاستحقاق، وأين ذلك مما قبل الفسخ وحال قيام العقد» (3).

أما المحقق الأصفهاني (رحمه الله) فقد أوضح المنع بقوله: «إن المقصود رفع علة الملكية، والذي يثبت بالشرط علة حقيقة، ولا منافاة بين رفع إحداها وإثبات الأخرى» (4).

والحاصل: إن قطع العلة الملكية بين كل من المتبايعين وماله بالتقبض والإقباض شيء، وثبوت الخيار لهما أو لأحدهما بحيث يكون له رفع العقد وإرجاع ما انتقل عنه إلى ملكه شيء آخر، ولا يلزم من نفي أحدهما نفي الآخر.

نعم، قد يقال بلغوية الخيار قبل القبض، لسلطنة كل من المتعاقدين على الفسخ ورفع بحد ذاته. إلا أنه توهم لا أساس له، وستعرف بطلانه في المقصد الثاني مفصلاً.

(1) تعلية الأيرواني على المكاسب/قسم الخيارات: 27.

(2) تذكرة الفقهاء ج 7: 341.

(3) تعلية الأيرواني على المكاسب/قسم الخيارات: 27.

(4) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات: 50.

يتحصل مما تقدم ان الحق في المقام هو إلحاق بيع الصرف بسائر أفراد البيع في دخول شرط الخيار فيه، وذلك لعدم وجود ما يصلح مخصصا لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط بالنسبة إليه .



3-الرهن

اختلفت كلمات الاعلام في دخول خيار الشرط للرهن، من حيث كونه منافيا للاستيثاق الذي يبدو كونه الهدف الأساس من الرهن.

فمنهم من صرح بعدم دخول الخيار فيه، ومنهم من صرح بدخوله فيه، بل لم يذكره بعضهم -كالشهيد في الدروس- حتى في عداد ما اختلف في دخوله فيه، في حين تردد فيه بعضهم كالعلامة (قدس سره) في التحرير.

قال المحقق العاملي (قدس سره): «واما ما يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن، فالشرط جار فيه في الرهن من قبل الراهن، لمكان لزومه، ويبنى الحال فيه من قبل المرتهن على الخلاف في الشرط، وظاهر المبسوط انه لا يدخله، واستشكل في التحرير وغاية المرام في الأول، لأن الرهن وثيقة للدين والخيار ينافي الاستيثاق.

ويدفعه ان الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط، فلا منافاة. وقد اعتمد الصيمري بعد ما استشكل فيه» (1).

وقال الشيخ الأعظم (رحمه الله) في المكاسب: «ومنه مما اختلف في جريان الخيار فيه- الرهن، فان المصرح به في غاية المرام عدم ثبوت الخيار للراهن، لأن الرهن وثيقة للدين والخيار ينافي الاستيثاق.

ولعله لذا استشكل في التحرير وهو ظاهر المبسوط، ومرجعه الى ان مقتضى طبيعة الرهن شرعا بل عرفا كونها وثيقة والخيار مناف لذلك.

وفيه: ان غاية الأمر كون وضعه على اللزوم، فلا ينافي جواز جعل الخيار.

(1) مفتاح الكرامة ج 4: 569.

بتراضي الطرفين»(1).

وقد أورد المحقق الايرواني(قدس سره) على هذا الدفاع بأن: «المدعى هو ان شرط الخيار وتزلزل عقد الرهن بذلك مناف للاستيثاق المقصود في عقد الرهن، فيدخل في الشرط المخالف لمقتضى العقد»(2).

وقد أوضح المحقق الأصفهاني(قدس سره) ذلك بقوله: «لا يخفى عليك ان حقيقة الرهن ان كانت هي كون الرهن وثيقة للدائن، أو كونها محبوسة على الدين ليستوفي منها الدين عند امتناع المديون، ولئلا يضرب معه الغرماء، فمقتضى حقيقته مع قطع النظر عن حكمه عرفا وشرعا أب عن دخول شرط الخيار فيه، فان قصد جعل العين محبوسة على الدين وقصد الإلتزام بحل المحبوسة قصد أمرين متنافيين، كما ان الاستيثاق وشرط السلطنة على رفع الاستيثاق متنافيان، فلا يتأتى القصد الجدي إليهما في عقد واحد.

ومنه يتضح ان صحة التقايل لا تلازم صحة اشتراط الخيار، فان التقايل وان كان إبطالا للمحبوسة ورفعاً للاستيثاق، لكنه ليس من قصد أمرين متنافيين في إنشاء واحد، فالتراضي على رفع الاستيثاق المحقق أمر، كما إذا وثق الدائن بالمديون من أول الأمر فلم يأخذ على دينه وثيقة منه، وتحصيل الاستيثاق بحيث لا يتمكن المديون من كل ما ينافيه والإلتزام بما لا يبقى معه وثوق في عين تلك الحال أمر آخر.

نعم، إذا أمكن ان يحدث فيما بعد ما لا حاجة معه الى الاستيثاق، بحيث لو كان محققا فعلا لما أقدم على أخذ الوثيقة، فحينئذ يمكن شرط الخيار معلقا على حصوله، حيث انه شرط غير مناف على ذلك التقدير.

والغرض: أن منفاة الاستيثاق للشرط داخله في منفاة الشرط مع نفس حقيقة الرهن ذاتا لا مع حكمه عرفا أو شرعا»(3).

(1) المكاسب ج 15: 124.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات: 27.

(3) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات: 50.

أقول: الظاهر انه لا إشكال في احتواء الرهن على معنى الاستيثاق والتأمين والضمان للدين، الا ان الكلام في كون ذلك من حقيقة الرهن وقوامه، كي يلزم من اشتراط الخيار فيه منافاته لمقتضى العقد، أو كونه حكمة تلازمه في أغلب افراده وان تخلفت عنه في بعضها، فلا يتنافى مع اشتراط الخيار فيه.

والذي يقتضيه التأمل في أدلة الرهن وما التزم به الأصحاب من الاحكام له هو الثاني، فقد اختار غير واحد منهم عدم اعتبار القبض فيه، في حين ذهب أكثر من اعتبار القبض الى عدم اعتبار استمراره، ففي اللعة والروضة: «ولا يشترط دوام القبض، للأصل بعد تحقق الامتثال به، فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس به، وهو موضع وفاق» (1). بل وذهب كثير من الاعلام إلى صحة الإقالة فيه من جهة المرتهن وفسخه للرهن من ناحيته دون الراهن، وعمله في الدروس والرياض بان «الفرق انه الراهن يسقط حق غيره والمرتهن حق نفسه» (2).

واختاروا صحة الرهن في زمن الخيار وإن كان الخيار للبائع. قال في اللعة والروضة: «ويصح الرهن في زمن الخيار لثبوت الثمن في الذمة وإن لم يكن مستقرا، وإن كان الخيار للبائع، لانتقال المبيع الى ملك المشتري بالعقد على الأقوى، لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره، ولأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب» (3).

بل التزموا بصحة «رهن العبد المرتد ولو عن فطرة، لأنه لم يخرج بها عن الملك، وإن وجب قتله» (4)، بل والمريض الميئوس من برئه (5)، فضلا عن العبد الجاني مطلقا (6). الى غير ذلك من الموارد التي تتنافى مع حقيقة التأمين والتوثيق.

(1) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 4: ص 59.

(2) الدروس ج 2- ص 395 ورياض المسائل ج 1: ص 586.

(3) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 4: ص 70.

(4) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 4 ص 71.

(5) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 4 ص 71.

(6) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 4 ص 71.

فإنه أي ضمان للدين مع بقاء العين المرهونة بيد الراهن نفسه من بادئ الأمر أوفي مقام الاستمرار، وأي تأمين لمال المرتهن مع حق بائعها من الراهن في فسخ العقد وإرجاعها إلى ملكه، وأين التوثيق لعدم تلف الدين مع كون الرهينة في معرض التلف، لكونه مئوساً من برئه، أو محكوماً بالقتل، أوفي معرض الأخذ بالجناية.

فإن هذا وغيره أن دل على شيء فإنما يدل على أن الاستيثاق المأخوذ في الرهن لا يشكل حقيقة الرهن وواقعه، بل هي حكمة تجري في غالب مصاديقه وأفراده.

وبعبارة أخرى: أن عقد الرهن وإن تضمن معنى التوثيق والتأمين، إلا أن التوثيق فيه ليس قواماً له بحيث لا يكون لمن له الوثيقة رفع اليد عما له، وإنما هو عقد يقتضي ثبوت هذا الحق للمرتهن، فإن شاء احتفظ بحقه بنحو لا يحتمل معه فوات شيء من دينه، وإن شاء تنازل عنه بقدر ما يريد في ابتداء العقد أو استمراره، فيكون دينه عند ارتفاع الرهن من الديون التي لم يؤخذ بإزائها وثيقة ورهن.

قال المحقق النائيني (قدس سره): «أما الرهن فلا مانع من دخوله فيه، غاية الأمر يصير الدين بعد الفسخ كالديون التي لم يجعل وثيقة لها» (1).

إذا فلا وجه لإنكار خيار الشرط في الرهن، بدعوى منافاته لطبيعته شرعاً وعرفاً، فإن الاستيثاق والتأمين ليسا من حقيقة الرهن وطبيعته وإن لازماه في أغلب أفراده.

ومنه يظهر أنه لا ضرورة بل لا وجه لتعليل دخول الخيار فيه، بأن وضع الرهن على اللزوم لا ينافي جعل الخيار بتراضي الطرفين.

كي يورد عليه: بأن «المدعى منافاة الخيار والتزلزل لحقيقة الرهن لا لحكمه، فيكون من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد» (2).

فإنه اعتراف بكون حقيقته ذلك، وقد عرفت أن الأمر ليس كذلك، ومعه فلا

(1) منية الطالب في شرح المكاسب ج 2: ص 57.

(2) فقه الصادق ج 14: ص 119.

يكون الاشتراط منافيا لحقيقة الرهن ولا من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد.

ثم إن أكثر من التزم بعدم صحة اشتراط الخيار في الرهن اختار صحة إقالة المرتهن ورفع يده عنه بحيث يصبح دينه وكأنه لم يكن بإزائه وثيقة من بادئ الأمر، وقد عرفت تعليله من قبل الشهيد الأول (رحمه الله) وصاحب الرياض (قدس سره) بأنه إنما يسقط حق نفسه.

وهذا ما يعني بوضوح عدم تمامية القاعدة الكلية التي ذكروها في مقام تحديد ما يجري فيه خيار الشرط وما لا يدخله ذلك، أعني قولهم: «كل ما تجري فيه الإقالة يصح شرط الخيار فيه» بالنسبة إليه.

وقد صرح بهذا المحقق الأصفهاني (قدس سره) في كلامه الذي نقلناه في بداية البحث، حيث قال: «ومنه يتضح أن صحة التقابل لا يلزم صحة اشتراط الخيار، فإن التقايل وإن كان إبطالا للمحبوسية ورفع الاستيثاق، لكنه ليس من قصد أمرين متنافيين في إنشاء واحد، فالتراضي على رفع الاستيثاق المحقق أمر، كما إذا وثق الدائن بالمديون من أول الأمر فلم يأخذ على دينه وثيقة منه، وتحصيل الاستيثاق بحيث لا يتمكن المديون من كل ما ينافيه والالتزام بما لا يبقى معه وثوق في عين تلك الحال أمر آخر.»

غير أن السيد الخميني (قده) اعترض على ذلك ودافع عن تمامية القاعدة، بأن الملازمة إنما هي بين صحة التقايل المتوقف على كون اللزوم من الطرفين، وشرط الخيار، فلا وجه لنقضها بالرهن الذي يكون اللزوم فيه من جانب الراهن خاصة دون المرتهن.

قال (قده): «ثم إن الرهن لما كان جائزا من قبل المرتهن فلا معنى للتقايل فيه، لأن التقايل فيما كان زمام أمره بيد الطرفين بحيث لا يفسخ إلا باجتماعهما عليه، وأما ما كان قابلا للانفساخ بفسخ أحدهما أو فسخ أحدهما فلا يجري فيه التقايل، فلا يتوهم أن الرهن مما يصح فيه التقايل ولا يصح فيه جعل الخيار، وهونقض الكبرى

وفيه: ان القاعدة المذكورة لم تثبت بفضل النص والتعبد الخاص، كي يقال انه إنما اقتضى بثبوت الملازمة في خصوص مورد التقايل من الجانبين وما كان زمام امره بيد الطرفين، فلا وجه للتعدي عنه الى ما يكون اللزوم فيه من جانب واحد خاصة.

وإنما ثبتت بفضل الأولوية ودعوى: «ان المعاملة التي يجري فيها التقايل يستكشف منه انها تحت تصرف المتعاملين بعد تحققها ولزومها وخروج أمرها من يد كل واحد منهما، فيستكشف من ذلك بنحوالوضوح والأولوية أن زمام أمرها قبل تحققها ولزومها بيدهما في ذلك.

وإن شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلهما الاجتماع على رفعه بقاء فضلا عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفهما أو تصرف واحد منهما»(2). ومن الواضح ان هذا التعليل يجري حرفيا في مورد الإقالة وما كان اللزوم فيه من جانب واحد فقط، فيقال: إن صحة الإقالة ممن العقد جائز من قبله تكشف عن ان المعاملة حتى بعد تحققها ولزومها من الجانب الآخر، تحت تصرفه، فيستكشف من ذلك بنحوالوضوح والأولوية ان زمام أمرها قبل تحققها ولزومها بيده في ذلك.

وإن شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فله رفعه بقاء فضلا عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفه.

والحاصل: ان ما يقال في وجه الملازمة بين صحة التقايل وجريان الخيار، يقال بعينه في الملازمة بين صحة الإقالة من جانب واحد خاصة واشتراط الخيار على من له الإقالة، فلا وجه للتفصيل في جريان القاعدة.

على انه(قده) مضافا الى أخذه لفظ الإقالة في بيان القاعدة، حيث قال:

(1) كتاب البيع ج 4: ص 263.

(2) كتاب البيع ج 4: ص 64.

«كل ما تجري فيه الإقالة يصح شرط الخيار فيه» (1)، والإقالة فعل طرف واحد لا الطرفين، اعترف صريحا بما ذكرناه من ثبوت الملازمة -بناء على تسليمها- مع تمكن صاحب اللزوم من رفعه وترخيص صاحبه من تعهده والتزامه، وذلك حينما قال: «يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلهما الاجتماع على رفعه بقاء فضلا عن حال الحدث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفهما أو تصرف واحد منهما.»

فان قوله: «أو تصرف واحد منهما» لا محل له غير العقد اللازم من طرف واحد خاصة، فلاحظ.

نتيجة البحث

تحصل مما تقدم انه لا محذور في دخول الخيار في الرهن، بحيث يكون لذي الخيار -الراهن- رفع الرهن وإبطاله، ويكون الدين بذلك من الديون التي لم يجعل بإزائها وثيقة. ولا ضير فيه بعد ان لم يكن الاستيثاق من حقيقة الرهن وطبيعته كما يشهد له التزامهم بصحة الرهن في موارد منافاتها للاستيثاق والضمان والتأمين أوضح من ان يخفى.

كما ظهر ان المقام من موارد انتقاض القاعدة الكبرى المدعاة بين الإقالة وشرط الخيار -عند القائلين بها- ممن لا يرى الخيار في المقام.

4-الصدّاق

المشهور بينهم، بل يكاد يصل الى حد الاتفاق، انه لا مانع من دخول الخيار في الصدّاق وحده، وانه لو اختار صاحب الخيار الفسخ، ثبت للمرأة مهر المثل مع الدخول ونصفه مع عدمه.

قال الشيخ الطوسي (رحمه الله): «واما الصدّاق فإنه إذا أصدقها وشرط الخيار اما لهما أو لأحدهما، نظرت فان كان الشرط في النكاح بطل النكاح، وان كان فيهما فكمثل، وإن كان في الصدّاق وحده كان بحسب ما شرط ولا يبطل النكاح» (1).

وقال العلامة (قده): «وان شرطه -الخيار- في المهر صح العقد والمهر والشرط» (2). ووافقه عليه الفاضل الهندي (قده) في كشف اللثام (3).

وقال المحقق (رحمه الله): «ولو شرط -الخيار- في المهر صح العقد والمهر والشرط» (4).

ووافقه عليه في الجواهر قائلاً: «واما اشتراطه في الصدّاق فلا بأس به، كما صرح به الفاضل والكركي، للعموم» (5).

وقال المحقق السبزواري (قده): «ولو شرط -الخيار- في المهر، فالمشهور صحة العقد والمهر والشرط» (6).



(1) المبسوط/كتاب البيوع فصل في بيع الخيار.

(2) قواعد الاحكام/الفصل الثاني/في الصدّاق الفاسد.

(3) كشف اللثام/كتاب النكاح/مبحث شرط الخيار في النكاح.

(4) شرائع الإسلام ج 2: ص 282.

(5) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ج 23: ص 63.

(6) كفاية الأحكام/كتاب النكاح/المطلب الخامس/البحث الثالث/المسألة الثامنة.

إلا أنه ربما يورد عليه بعدم قابلية الصداق وحده للفسخ والحل.

ودفعه الشهيد(قده) في المسالك بقوله: «وأما اشتراطه في الصداق فلا مانع من صحته، لأن الصداق ليس ركنا في النكاح، بل هو عقد مستقل بنفسه، ومن ثم صح إخلاؤه عنه، فادخاله فيه بشرط اولي.

وحينئذ فيصح الصداق والشرط معا»(1).

ووافقه عليه المحقق الكركي قائلا: «ولو شرط الخيار في الصداق صح قطعا لانتفاء المانع، لأن الصداق ليس ركنا في النكاح وإنما هو عقد مستقل بنفسه، والمقصود منه المال، فإذا شرط فيه الخيار صح ولا يبطل الصداق عندنا»(2).
وقريب منهما عبارات غيرهما.

وفيه: ان الصداق وإن لم يكن ركنا في النكاح إلا أنه ليس عقدا مستقلا بنفسه قطعا، كما يشهد له صريح الوجدان، فليس اعتبار الصداق من قبيل اعتبار الهبة في عقد النكاح. وبعبارة أخرى: ان عدم كون الصداق ركنا في عقد النكاح، لا يعني كونه عقدا مستقلا ومنحازا ومنفردا بنفسه، فإنه لا ملازمة بين الأمرين، بل الوجدان يشهد بخلافه. ومن هنا عبّر صاحب الجواهر عنه بأنه كالعقد المستقل، قال(رحمه الله): «لكون المهر كالعقد المستقل بنفسه، ومن ثم صح إخلاؤه عنه، فيندرج اشتراط الخيار فيه حينئذ تحت قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»(3).

وتبعه عليه السيد الطباطبائي(قده) حيث قال: «وأما في المهر فالظاهر جوازه، ومع الفسخ يرجع إلى مهر المثل، فيكون كما لو لم يذكر أصل المهر، فإنه ليس شرطا

(1)مسالك الافهام ج 1/كتاب النكاح/مبحث شرط الخيار فيه.

(2)جامع المقاصد ج 2: ص 422.

(3)جواهر الكلام ج 31: ص 106- 107.

في صحة العقد، وعندهم أنه بمنزلة عقد مستقل، فيجري فيه الشرط، لعموم المؤمنون» (1).

وهذا التوجيه ينسجم مع ما هو الصحيح في المقام، وعليه جمهور المتأخرين من كون الصداق التزاما ضمنيا في عقد النكاح، يقتضي الفسخ رفعه وحله عن النكاح، فينقلب العقد وكأنه لم يذكر فيه المهر بالمرة.

فهو مرتبط بالنكاح بحكم كونه التزاما تابعا ومن شؤنه وخصوصياته، وكالعقد المستقل بلحاظ أن رفعه لا يقتضي بطلان النكاح، بل ولصحة النكاح مبدئيا مع خلوه عنه. وكيف كان، فالتعبير عن الصداق بالعقد لا يخلو من العناية والمسامحة، والصحيح هو القول بكونه التزاما ضمنيا في عقد النكاح.

قال المحقق الأصفهاني «قده» تعليقا على دخول الخيار في الصداق ما نصه: «فمع أعمال الخيار في الصداق ورد المسمى يرجع إلى مهر المثل، نظرا إلى أن الصداق ليس ركنا مقوما لعقد النكاح، ولذا جاز العقد من دون تسمية المهر فيرجع إلى مهر المثل.

ومرجع رد المهر المسمى أما إلى فسخ عقد النكاح من حيث الصداق لا من حيث الزوجية - كما في الجواهر - نظرا إلى عدم تصور فسخ الصداق، فإنه ليس قابلا للفسخ من حيث عدم كونه بنفسه عقدا ليكون له الحل.

وأما إلى فسخ نفس المهر، بتقريب أنه من قبيل الالتزام الضمني بعد ما لم يكن ركنا في المعاملة بحيث يتقوم به عقد الزواج، فإنه لا محالة إذا ذكر في طي إنشاء الزوجية المتقومة بالزوج والزوجة يكون إيقاعه على مهر المسمى كإيقاع البيع على شرط من الشرائط، فمرجه إلى وقوع الالتزام بالزوجية على الالتزام بمهر مخصوص، وعليه فنفس الالتزام الضمني قابل للحل، فيكون عقد الزواج كما إذا لم يقع على

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب/ قسم الخيارات ص 33.

الصدّاق أصلاً (1).

ويلحظ على التوجيه الأول المذكور في كلامه (قده) عدم إمكان التبعض في فسخ العقد بلحاظ آثاره ومداليله، فإن كان الصّدّاق من النكاح كالزّوجية فلا مجال لفسخ النكاح بلحاظه دون لحاظها، فإنه عقد واحد، وفسخه وحله يقتضي إبطال كل ما ترتب عليه. وإن لم يكن الصّدّاق من حقيقة النكاح وواقعه، بل كان التزاماً تابعاً له، كان عبارة أخرى للتوجيه الثاني.

ثم إن الشيخ الأنصاري (قده) عطف على قوله: «وذكر فيهما -التذكرة تبعاً للمبسوط- أيضاً دخول الخيار في الصّدّاق» قوله: «ولعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما إذا زوجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظر» (2).

وعلق عليه المحقق الإيرواني (قده) بقوله: «لعل وجه النظر احتمال أن يكون ذلك من باب الرد لفعل الفضولي لا من باب الفسخ بالخيار، ولا ينافي ذلك كونه ولياً إذ لا ولاية له في التزويج بما دون مهر المثل، فكان تعيين ما دون مهر المثل منه فضولياً منوطاً بالإجازة» (3).

وكيف كان، فما أفاده المحقق الإيرواني (قده) وإن كان تاماً ووجيهاً في توجيه التردد والتأمل في الاستشهاد بتزويج الولي للبنت بدون مهر مثلها، حيث إن معنى الولاية والمفهوم من تشريعها رعاية مصلحة من لا يتمكن بنفسه من رعايتها. ومن هنا فإذا لم تكن هناك مصلحة للصغيرة تقتضي ذلك، كان تصرف الولي على خلاف الولاية والأمانة وفضولياً.

إلا أن أصل تعليل الشيخ الأعظم (قده) للحكم بمشروعية الفسخ في بعض

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 51.

(2) المكاسب ج 15: ص 38.

(3) تعليقة الإيرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 27.

المقامات مما لا يخلو من التأمل والتوقف، فإن مجرد ثبوت مشروعية الفسخ في بعض المقامات لا يعني دخول خيار الشرط فيه، ما لم يثبت كون الفسخ في تلك الموارد بعنوان التقايل-على ما اختاره(قده) من الضابطة الكلية-إلا لجرى الكلام بعينه في كثير من الموارد التي لم يلتزم فيها بدخول الخيار وأوضحها النكاح، إذ لا إشكال في مشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات.

ولعل نظره(قده) في قوله: «وفيه نظر» إلى أصل ثبوت الخيار في الصداق لا إلى استشهاده لمشروعية الفسخ في بعض المقامات، بتزويج الولي للبنت المولى عليها بدون مهر المثل، فإن فساد الاستشهاد أوضح من أن يحتمل التأمل والتردد فيه، حيث لا خلاف بينهم في بطلان الصداق، وإن اختلفوا في بطلان العقد بتبعه، بل لم ينسب القول بصحته إلا إلى الشيخ الطوسي(رحمه الله) (1).

نعم، هذا التوجيه يصطدم بمشكلة اتفاق الأصحاب -كما عرفت- على دخول الخيار في الصداق، سواء باعتباره عقدا مستقلا أم التزاما ضمنيا في العقد.

وعلى أي حال، فالحكم في المقام بدخول الخيار على القاعدة، حيث لا محذور فيه بعد أن لم يكن المهر ركنا للعقد، كما يشهد له صحته من دونه ابتداء، ومعه فلا حاجة للاستدلال بما ذكره(رحمه الله).

وأخيرا بقي إن نعرف أن الأصحاب رغم تسالمهم على جريان الخيار في الصداق، حيث أرسله أكثرهم إرسال المسلّمات، بل لم يذكر أحد منهم الخلاف فيه، لم يتعرضوا الحكم التقايل فيه، وهل يصح في الصداق أم لا؟.

قد يقال: إن صحته مقتضى التزامهم بدخول الخيار فيه.

لكنه محل تأمل، فإن رفع المهر المسمى إن كان لا إلى عوض فهو الإبراء والاسقاط، وإن كان إلى عوض وبديل عنه ولو كان هو مهر المثل، كان من المعاوضة على ما في الذمة.

(1) مباني العروة الوثقى/كتاب النكاح، ج 2: ص 284.

اللهم الا ان يقال بالفرق بين التنازل عن المسمى وإبطاله ليثبت مهر المثل، وبين رفع اليد عنه مع علمهما بثبوت مهر المثل بحكم الشارع المقدس عند خلو العقد من المهر. إلا ان عدم ذكر أحد من الأصحاب للتقايل فيه، رغم تعرضهم لفروع كثيرة حول الإبراء والاعتياض عنه، يبقى حاجزا دون القول بالتزامهم به فيه.

ومن هنا يكون المورد مصداقا آخر يضاف الى ما عرفت من موارد انتقاض الضابطة الكلية التي ذكروها لتحديد موارد جريان خيار الشرط.

خلاصة البحث:

يتلخص البحث عن دخول الخيار في الصداق، في كون الحكم بدخول الخيار هو المعروف والمشهور الذي يكاد يبلغ حد الاتفاق بينهم، بل لم يظهر منهم وجود القائل بالخلاف.

وانه ليس إلا من جهة عدم كونه ركنا في عقد النكاح، ولذا يصح خلوه منه ابتداء. وان الصحيح في حقيقته كونه شرطا والتزاما في ضمن عقد النكاح، لا عقدا مستقلا ومنحازا قائما بنفسه، على ما يظهر من بعض الكلمات. كما ظهر ان الالتزام بدخول الخيار في الصداق لا يرتبط بالالتزام بقبوله للتقايل، فان دخول الخيار فيه من المسلّمات بينهم، في حين انه لا اثر لجواز التقايل فيه في كلماتهم.

المشهور بين الاعلام عدم دخول شرط الخيار في الصدقة، وقد ألحقها الأكثر بالوقف، مستنديين في الحكم الى ما رواه موسى بن بكر عن الحكم، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ان والدي تصدق عليّ بدار، ثم بدا له أن يرجع فيها، وان قضائنا يقضون لي بها، فقال: نعم ما قضت به قضائكم، وبئس ما صنع والدك، إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه، فان أنت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك، وإن رفع صوته فاخفض أنت صوتك. قال: قلت: فإنه توفي، قال: فاطلب بها» (1).

وما رواه عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته، فقال: قال رسول الله (ص): إنما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي بقيء ثم يعود في قبئه» (2). وبمضمونها روايات أخرى.

والعمدة في الاستدلال هو قوله عليه السلام في الرواية الأولى: «إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه» حيث استظهر المشهور منه كون اللزوم وعدم جواز الرجوع حكماً شرعياً غير مفارق لماهية الصدقة وطبيعتها، نظير الجواز في العقود الجائزة بالطبع.

وإذا ثبت هذا، امتنع تطرق الخيار إليها، لمنافاته لطبيعتها واللزوم غير المنفك عنها. قال الشيخ الأنصاري (رحمه الله) ما نصه: «وأما حكم الصدقة فالظاهر أنه حكم الوقف. قال في التذكرة في باب الوقف: أنه يشترط في الوقف الإلزام، فلا يقع لو شرط

(1) وسائل الشيعة ج 13 باب 11 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ج 1.

(2) المصدر السابق ج 2.

الخيار فيه لنفسه، ويكون الوقف باطلا كالعقود والصدقة. انتهى.

لكن قال في باب خيار الشرط: اما الهبة المقبوضة فإن كانت لأجنبي غير معوض عنها، ولا قصد بها القرابة، ولا تصرف المتهب فيها، يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن اختلف أحد القيود لزممت. وهل يدخلها خيار الشرط؟ الأقرب ذلك. انتهى.

وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة.

وكيف كان، فالأقوى عدم دخوله فيها، لعموم ما دل على أنه لا يرجع فيما كان لله، بناء على أن المستفاد منه كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة، نظير الجواز للعقود الجائزة، ولوشك في ذلك كفى في عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها.

وتوهم إمكان إثبات السببية بنفس دليل الشرط، واضح الاندفاع» (1).

وقد تأمل في دلالة النص على كون اللزوم في الصدقة على نحو لا يقبل الانفكاك عنها، غير واحد من الاعلام.

قال المحقق الايرواني (قده): «ولكن في دلالاته على ذلك تأملا، غايته الدلالة على اللزوم في ذاته كدلالة عموم (أوفوا) وذلك لا ينافي تطرق الخيار اليه بالجعل» (2).

بل توقف فيها السيد الطباطبائي (قده) حيث قال: «والانصاف انه لا دلالة في هذه الاخبار على عدم جواز الاشتراط، بل الظاهر منها الرجوع من دون شرط كما لا يخفى.

وأما ما ذكره المصنف (قده) من انه يستفاد منها كون اللزوم حكما شرعيا لماهية الصدقة بحيث لا يقبل التغير فهو كما ترى، كيف وإلا كان أول دليل على الحكم في جملة من العقود والإيقاعات، فتدبر» (3).

وذكر المحقق الأصفهاني (قده): ان الكلام في ان هذا اللزوم حكم لطبيعة

(1) المكاسب ج 15 ص 118-122.

(2) تعليقه الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 27.

(3) حاشية الطباطبائي على المكاسب/قسم الخيارات ص 33.

الصدقة بحيث لا ينفك عنها بطر والشروط ونحوه، أو أنه حكم للصدقة لوخلت وطبعها المعبر عنها في كلام المصنف سابقا بالماهية بشرط التجرد عن العوارض وكونه كالجواز في العقود الجائزة كما في المتن هنا وفيما تقدم، غير مفيد في كون الصدقة من قبيل الأولى، فإن الجواز وإن لم يكن حقا قابلا للإسقاط، لكنه يتغير بتغير موضوعه بسبب لحوق تعين له، فإن الهبة مع جوازها تصير لازمة بالتصرف، فكذا الصدقة تخرج عن اللزوم بالاشتراط في ضمنها، فكونها لازمة إذا انعقدت مطلقة لا يناق في جوازها إذا انعقدت مشروطة» (1).

أقول: الذي يقتضيه الانصاف والتأمل في النص هو ما ذهب إليه الشيخ الأنصاري (رحمه الله)، فإن سياق قوله عليه السلام: «إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه» يأبى الحمل على اللزوم الاقتضائي بحيث يقال إن الصدقة لوخلت وطبعها ولم يلحقها الاشتراط لاقتضت اللزوم عدم جواز الرجوع، بل الظاهر من السياق وأداة الحصر كون ماهية الصدقة متقومة بكونها لله عز وجل، وهو ما يعني عدم إمكان تغيير الحكم مع الاحتفاظ بالعنوان، فهي إن كانت صدقة فلا رجعة فيها كيف ما كان، وإن ثبت جواز الرجوع فالعقد ليس بصدقة.

وسياتي مزيد بيان لمفاد هذه الرواية عند التعرض إليها في مبحث دخول خيار الشرط في الوقف.

وقد اعترف بهذه الحقيقة المحقق الأصفهاني (رحمه الله)، فإنه بعد ذكره لما تقدم نقله من التردد في اللزوم المستفاد من النص قال ما نصه: «نعم، لسان اللزوم يختلف، ولا يبعد أن يكون هذا التعبير بقوله عليه السلام: «ما جعل الله فلا رجعة فيه» مفيدا لكون طبيعة الصدقة المتقومة بكونها لله منافية للرجوع، وإن هذا المعنى أب عن لحوق خصوصية توجب تغير حكمه مع انحفاظ عنوانه.

فإن قلت: المنع من الرجوع في الصدقة غير المنع عن إيقاع الصدقة على وجه

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 50.

مخصوص والكلام في الثاني ومورد الأخبار الأول.

قلت: إذا كان شرط الخيار بمعنى تقييد الصدقة وكون الصدقة على وجه مخصوص، كان الأمر على ما ذكر، وأما إذا كان الشرط بمعنى الإلتزام في ضمن الإلتزام، فليس شرط الخيار من خصوصيات الصدقة، بل الإلتزام بالرجوع في الصدقة المفروض منافاته معها» (1).

على أنه يمكن أن يقال: إن إطلاق قوله عليه السلام: «فلا رجعة له فيه» يشمل الرجوع بنحو الفسخ ومطالبة المال بعده، فإنه نحومن أنحاء الرجوع إن لم يكن هو المصدق البارز له خارجاً، وهو ما يعني بطلانه وعدم تأثيره.

وبعبارة أخرى: إن تعلق النفي بالفسخ باعتباره من مصاديق الرجوع، يكشف عن عدم تأثير الفسخ والرجوع في العقد ولو في مورد اشتراط الخيار فيه، وهو ما يعني بالنتيجة - كون اللزوم ذاتياً غير مفارق لطبيعة الصدقة.

نعم، نفى السيد الطباطبائي (قدس سره) صحة صدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار قائلاً: «ثم لا يخفى أنه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن إخراج المال ليس على كل تقدير، والإخراج الخياري المتزلزل ليس إخراجاً حقيقياً، فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام» (2).

واستغرب منه المحقق الأصفهاني (قدس سره) قائلاً: «إن الرجوع الممنوع عنه في الصدقة هو الرجوع الجائز في مطلق الهبة، وليس معنى ذلك الرجوع أكل الموهوب والتصرف فيه مع بقاء المال على كونه موهوباً، بل الرجوع الحقيقي رد الملك، أعني رد الربط الملكي وحل العقد» (3).

واستغرابه (رحمه الله) في محله، فإنه ليس مراد القائل بجواز الرجوع فيها هو

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 50.

(2) حاشية الطباطبائي على المكاسب/ قسم الخيارات ص 33.

(3) تعلية الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 50.

أكل المتصدق للمال المتصدق به مع بقائه على ملك المتصدق عليه واحتفاظه على عنوان الصدقة قطعاً، وإنما المراد به فسخ العقد وإرجاع المال إلى ملكه، حاله في ذلك حال الرجوع في العقد الجائز كمطلق الهبة إلى غير ذي الرحم قبل التصرف. فدعوى عدم صدق الرجوع على فسخ الصدقة، مما لا يمكن المساعدة عليه، وهي غريبة منه (قدس سره).

وبالجملة فالمستفاد من رواية الحكم عدم دخول خيار الشرط في الصدقة، باعتبار أن اللزوم فيها حكم غير مفارق لطبيعتها، كما يشهد له قوله عليه السلام: إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه» فإنه ظاهر في تقوم الصدقة بقصد القرية والإضافة إلى الباري تعالى، وبه تختلف الصدقة عما سواها في العقود التي قد يؤتى بها بقصد القرية، أو قد يقال باعتبار قصد القرية فيها من غير تقوم ذاتها به، حيث يدخلها خيار الشرط ولا تكون من مصاديق قوله عليه السلام: «ما جعل الله عز وجل» فإنها غير مجعولة لله بحسب طبعها وذاتها وإن اتفق حصول قصد التقرب فيها طويلاً. نعم، قد يظهر من رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: «لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عز وجل» (1)، أن الصدقة أيضاً لا تتقوم بحسب ذاتها بقصد القرية، وإنما قد تقع لوجه الله تعالى، فلا يجوز الرجوع فيها، وقد لا تكون كذلك فيجوز الرجوع فيها.

إلا أن تسالم الأصحاب على اعتبار قصد القرية في الصدقة بالمعنى الأخص ودلالة رواية الحكم على كونها متمحضة في الإضافة إليه تعالى، يفرض حمل القيد على المسوق لبيان تحقق الموضوع، أو حمل الصدقة على الوقف، فإن إطلاقها عليه في لسان النصوص أمر مألوف.

(1) وسائل الشيعة ج 13 باب 11 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ج 7.

يتلخص مما تقدم ان الصدقة بالمعنى الأخص المقابل للوقف- لا يدخلها خيار الشرط. والسر فيه ليس إلا استفادة اللزوم غير المفارق للماهية من قوله عليه السلام: «إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل الله عز وجل فلا رجعة له فيه» فان ظاهره تقوم الصدقة بقصد القرية، بحيث تكون بطبيعتها مجعولة لله سبحانه وماهيتها متوقفة على الإضافة إليه تبارك وتعالى.

وبذلك تختلف عن مثل الوقف، وان اعتبر فيه قصد القرية، فضلا عن مثل البيع والنكاح إذا فرض إتيانها بقصد القرية.

فإنه فرق بين إتيان الشيء بقصد القرية أو اعتباره في صحته، وبين دخول قصد القرية في ماهية الشيء وتقومها به.



6-الضمان

مما اختلفت كلمات الاعلام في دخول الخيار فيه هو الضمان، حيث اختار المشهور دخوله فيه، في حين اختار جماعة عدمه، بل اختلفت كلمات فقيه واحد فيه، فذهب حيناً الى قبوله لشرط الخيار، وحيناً الى عدمه.

قال العلامة(قده) في كتاب الضمان من القواعد: «وشرطه -الضمان- التنجيز، فلو علقه بمجيء الشهر، أو شرط الخيار في الضمان فسد»(1).

وعلق عليه المحقق الكركي(قده) بقوله: «مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع الصحة(2)، وهو صريح التذكرة هناك، وهو الأصح، للأصل ولانتفاء المانع.

فان قيل: يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط. قلنا: هو حكم من احكام نقل المال لا أنه يتضمنه، فإذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا»(3).

وقال المحقق العاملي(رحمه الله): «أما شرط الخيار في الضمان، كأن يشترط الضامن الخيار لنفسه، فإنه يكون باطلاً كما في التذكرة وظاهر بيع المبسوط، ووجهه انه ينافي مقتضى الضمان، لان الضامن على يقين من العرامة والغرر، فتدبر.

وقال في بيع التذكرة: والضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم، ونحوه ما في بيع التحرير وضمان جامع المقاصد.

(1)قواعد الاحكام، المقصد الرابع في الضمان، المطلب الأول في أركانه.

(2)حيث لم يستثن الضمان مما يثبت فيه خيار الشرط، قال رحمه الله: «يثبت خيار في كل عقد سوى الوقف والنكاح، ولا يثبت في الطلاق ولا العتق ولا الإبراء» وهو يقتضي ثبوته في الضمان، راجع قواعد الاحكام /كتاب البيع/المقصد الخامس/المطلب الثاني.

(3)جامع المقاصد ج 1 ص 313.

واستظهر المقدس الأردبيلي من التذكرة الإجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة، قال: وعموم أدلة العقود والوفاء بها وبالشروط، دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من إجماع ونحوه.

قلت: والأمر كما ذكر، لما ذكر من العموم والأصل وانتفاء المانع، إلا ما يتخيل من ان الضمان يتضمن إبراء ذمة المضمون عنه، والإبراء لا يدخله خيار الشرط.

وجوابه: ان الضمان حكم من احكام نقل المال ولا يتضمن الإبراء، فإذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة، والا فلا، فليتأمل فيه»(1).

وقال في كتاب البيع منه ما نصه: «منها-مما لم يقم عليه دليل صالح-الضمان فمنع جريانه فيه في التذكرة والكتاب في باب الضمان، فيكون منع منه في أحد قوليه، واجازه في التذكرة والتحرير في باب البيع، ووافقه على ذلك المحقق الثاني في باب الضمان، وفصل فيه في المبسوط تفصيلا طويلا يظهر منه انه لا يدخله خيار الشرط»(2).

واختار الشهيد الأول(قده) دخول خيار الشرط للضمان، قائلا: «واختلف قولاه -العلامة- في الضمان، ولم نعلم وجه المنع مع صحيحة بن سنان: المسلمون عند شروطهم»(3). ووافقه عليه في الجواهر، حيث ذكر انه لم يجد خلافا فيه الا من الفاضل في أحد قوليه واعتبره شاذاً(4).

وهو ظاهر المكاسب أيضا، قال(رحمه الله): «ومنه-مما اختلف في دخوله الخيار - الضمان، فإن المحكي عن ضمان التذكرة والقواعد عدم دخول خيار الشرط فيه،

(1)مفتاح الكرامة ج 5 ص 352.

(2)مفتاح الكرامة ج 4 ص 569.

(3)الدروس ج 2 ص 360.

(4)جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ج 23 ص 62.

وهو ظاهر المبسوط، والأقوى دخوله فيه لوقلنا بالتقابل فيه» (1).

أقول: قد عرفت نسبة المنع في غير واحدة من الكلمات الى شيخ الطائفة (قده) في المبسوط، إلا أننا لم نتحقق من ذلك، وعبارته في المبسوط لا تساعد على ما نسب اليه. قال (رحمه الله): «وَأَمَّا الضمان، فعلى ضربين، مطلق ومقيد في دين.

فالمطلق مثل أن يكون له على رجل دين فبذل له غيره أن يضمنه له عنه، فهو بالخيار إن شاء ضمن وإن شاء امتنع، فإن ضمن لزم من جهته دون جانب المضمون عنه.

وإن كان في بيع مثل أن يقول: بعثك على أن يضمن لي الثمن فلان، أو تقيم لي به ضامناً، فإذا فعلاً نظرت فإن ضمن في مدة الخيار في البيع لزم من حيث الضمان، فإن لزم العقد فلا كلام، وإن فسخا العقد أو أحدهما زال الضمان، وإن لم يضمن حتى لزم البيع كان بالخيار بين أن يضمن أو يدع، فإن ضمن فلا كلام، وإن امتنع كان البائع بالخيار بين إمضائه بلا ضمان وبين فسخه مثل ما قلناه في الرهن سواء» (2).

ولا أعلم من أين استفاد الاعلام من هذا الكلام المنع مطلقاً، أو التفصيل في دخول خيار الشرط في الضمان، فإنه أجنبي عنه بالمرّة، وغايته ثبوت الخيار في البيع إذا اشترط فيه الضمان، وتخلّف المشروط عليه عن الوفاء بشرطه.

وإن هذا من اشتراط الخيار في عقد الضمان، وفسخه بعد تحقّقه؟!.

وكيف كان، فقد صرح السيد الطباطبائي (قده) بجواز اشتراط الخيار في الضمان، قال رحمه الله: «يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له» (3).

واعتبره السيد الحكيم (قده) هو الأصح، مضيفاً بعد ذكره لخلاف

(1) المكاسب/قسم الخيارات ص 234.

(2) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(3) العروة الوثقى ج 2 ص 353 كتاب المضاربة/المسألة الخامسة.

العلامة(قده)-ان: «الذي ينبغي ابتناء الجواز وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الأحكام، فعلى الأول يجوز الشرط، وعلى الثاني لا يجوز، لأنه مخالف للكتاب.

والمرتكزات العرفية تقتضي الأول، وهو ظاهر المانعين، فإن العلامة في التذكرة علل المنع بما عرفت، لا بكون اللزوم حكماً، وصرح بجواز شرط الخيار للمضمون له، لأن له الخيار في الإبراء والمطالبة، ولو كان اللزوم عنده حكماً لم يجز شرط الخيار حتى للمضمون له»(1).

وقد خالف فيه السيد الوالد(رحمه الله) حيث اختار عدم دخول الخيار في الضمان، موضحاً ذلك بالتعليق على كلام صاحب العروة بقوله: «على أشكال فيه بل منع، فإن الضمان لا يقاس بسائر العقود، والفرق بينهما ظاهر.

فإن نتيجة العقد إذا كانت راجعة إلى طرفيه خاصة، كان لهما رفع اليد عنه بعد ثبوته ولزومه ومن غير حاجة للخيار، وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقاييل، إلا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص الخاص، كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو أحد موجبات الفسخ، وإذا جاز لهما ذلك بالنتيجة جاز لهما جعل هذا الحق في ضمن العقد من الأول، وهو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار.

Al-Khoei Institute

وليس ذلك كله إلا لكون العقد عقدهما والحق لا يعدوهما، فلهما أن يتصرفا كيف ما شاء أما لم يرد فيه منع من الشارع المقدس.

وهذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث يكون الحق يعدوهما إليه، فإنه لا يكون لهما ذلك لعدم الولاية لهما على الثالث.

وحيث إن مقامنا من هذا القبيل، فإن عقد الضمان وإن كان قائماً بين الضامن والمضمون له، إلا أن الحق فيه يعدوهما إلى المضمون عنه، حيث تبرأ ذمته عن الدين،

(1) مستمسك العروة الوثقى ج 13 ص 280-281.

فلا يصح اشتراط الخيار فيه، إذ لا موجب لاشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً وبعد الفراغ لمجرد رضى أحد الطرفين أوهما معا به، فإنه أمر يحتاج الى الدليل، وهو مفقود» (1). ولعله بذلك ينظر الى ما أفاده أستاذه النائيني (قده) بقوله: «اما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي، لأن من أثره انتقال الدين إلى ذمة الضامن وبراءة المديون، فأرجاعه الى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر، والتقايل المتصور فيه أيضا هو بهذا المعنى» (2).

نتيجة البحث

والذي يبدولنا في المقام كون الحق مع المانعين، فإن حقيقة الضمان عندنا لما كانت نقل ذمة إلى أخرى، كان اشتراط الخيار فيه مقتضياً لاشتغال الذمة بعد براءتها وفراغها، وهو يحتاج الى الدليل الخاص، وهو مفقود.

وبعبارة أخرى: ان عقد الضمان لما كان موجبا لبراءة ذمة المضمون عنه وفراغها بانتقال الدين إلى ذمة الضامن، كان اشتراط الخيار فيه ومن ثمّ فسّخه بموجب الشرط - بناء على القول به - موجبا للتعدي على حق الغير باشتغال ذمته البريئة، وهو مما لا يمكن إثباته بأدلة الشروط.

وهذا الكلام وان كان يعم جميع أقسام الضمان، إلا انه في الضمان التبرعي الذي لا يكون للمضمون عنه دور في العقد المتضمن للشروط أصلاً أوضح، إذ لا مجال فيه لتوهم كون موافقته على العقد موافقة على الشرط أيضاً، فإن البراءة وان حصلت بفعل الغير وفضل تبرعه، إلا انه لا يعني إعطاء حق لذلك الغير وحده أو بالاتفاق مع المضمون له في اشتغال ذمة المتبرع عنه ثانياً.

(1) مباني العروة الوثقى/كتاب الضمان ص 135-136.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب/قسم الخيارات ص 57.

على ان الكلام لا يختص بالتبرع، بل يجري حتى في الضمان بالاذن وموافقة المضمون عنه على الشرط في ضمن اذنه في أصل الضمان، فان الاشتغال بعد تحقق البراءة يحتاج الى سبب خاص وليس منه الشرط.

ولا أثر لموافقة المضمون عنه على ذلك وقبوله له، بعد أن لم يكن قبوله جزء للعقد وركنا فيه، وانحصار أثره في جواز رجوع الضامن عليه بعد الأداء.

وبالجملة: فقبوله وعدمه سياتي بالنسبة إلى أصل العقد وتحقق النقل، وانما يظهر أثره في جواز رجوع الضامن عليه بعد الأداء وعدمه.

وعليه فموافقته على الشرط لا يعدو موافقة الأجنبي على اشتراط المدين في عقد الدين على الدائن بثبوت حقه عند المطالبة على الأجنبي من دون عنوان الضمان.

اللهم إلا ان يقال بعدم تحقق البراءة مبدئياً، كما قد يلوح ذلك من بعض عبارات مفتاح الكرامة، حيث ذكر انه: «إذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا»، لكنه خلاف ظاهر تسالمهم على اقتضاء الضمان بمجرد نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن.

والحاصل: ان أدلة الشروط قاصرة عن إثبات حق على غير المتعاقدين، لكونه أجنبياً عن الالتزام العقدي.

ومن هنا يظهر عدم ابتناء الجواز وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الاحكام-على ما افاده السيد الحكيم تبعا للمحقق النائيني(قده)-فان الالتزام بكون اللزوم في مورد من الحقوق لا يعني جواز إثبات حق على أجنبي عن العقد باشتراط المتعاقدين ذلك في ضمنه.

فإن غاية ما يقتضيه كون اللزوم في مورد من الحقوق، هو جواز اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر رفعه أو تحديد مفاده بنحو من الأنحاء بحيث يلزم منه إثبات شيء على صاحبه وإلزامه به، واما جواز اشغال ذمة الأجنبي عن العقد وإثبات حق عليه باتفاقهما عليه في ضمن العقد فلا يقتضيه لا كون اللزوم حقا لهما ولا أدلة الوفاء



بالشرط، ولذا لم يلتزم أحد بلزوم الوفاء على الأجنبي إذا اشترط أحد المتعاقدين على صاحبه امرا عليه في ضمن البيع ونحوه مما يكون لزومه حقيقيا حتى وان وافق الأجنبي عليه مقارنة لعقدهما.

نعم، قد يلتزم بان عدم وفائه بما تعهد به يوجب لصاحب الشرط الخيار، إلا انه أجنبي عن القول بوجوب الوفاء عليه، كما هو واضح.

ومما يؤكد الحكم في المقام عدم صحة التقايل في الضمان بين الضامن والمضمون له -طرفي العقد- على ما صرح به غير واحد منهم.

فإنه ليس إلا من جهة عدم انحصار الحق بهما وتجاوزهما الى المضمون عنه حيث يوجب التقايل اشغال ذمته ثانيا بعد تحقق فراغها.

إذا فالصحيح في الضمان هو المنع عن قبوله لشرط الخيار، لقصور أدلة الوفاء بالشرط عن شمول مثله مما يتجاوز الحق فيه طرفي العقد.



7-القسمة

معظم الأصحاب على دخول الخيار في القسمة، سواء اقتضت ردا أم لم تقتض، لوجود المقتضي وهو عموم أدلة لزوم الوفاء بالشرط، وعدم المانع.

قال الشيخ الطوسي (رحمه الله): «واما القسمة فعلى ضربين قسمة لا رد فيها، وقسمة فيها رد. وعلى الوجهين معا لا خيار فيهما في المجلس، لأنها ليست ببيع، واما خيار الشرط فلا يمنع دخوله، للخبر» (1).

وقال العلامة رحمه الله: «والقسمة لازمة ليس لأحد المتقاسمين فسخهما إلا مع الاتفاق عليه» (2).

والتعبير بـ«الاتفاق عليه» إن شمل اشتراط الخيار في متن العقد فهو المطلوب، وإن اختص بالاتفاق اللاحق عم الحكم -عندهم- اشتراط الخيار، لما ذكره من الملازمة بين صحة التقايل ودخول خيار الشرط.

وهو ظاهر كل من لم يستثنها من الحكم بدخوله في كل عقد. وتوقف فيه الفاضل الهندي (قده) حيث علق على كلام العلامة (رحمه الله) بقوله: «وفيه معه نظر» (3).

ويظهر ذلك من صاحب الجواهر (قده) أيضا حيث قال: «وفي التذكرة وجامع المقاصد دخوله -الخيار- في القسمة، سواء كان فيها رد أم لا، وفيه بحث أيضا» (4). أما الشيخ الأنصاري (قده) فقد فصل بين القسمة الحاصلة بالتراضي القولي بالسهم، والقسمة الحاصلة بالتراضي الفعلي، حيث حصر تصور اشتراط الخيار في

(1) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(2) قواعد الاحكام/كتاب القضاء/المقصد السادس/الفصل الخامس.

(3) كشف اللثام ص 350.

(4) جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ج 23 ص 65.

قال(رحمه الله): «واعلم انه ذكر في التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط في القسمة وان لم يكن فيها رد، ولا يتصور إلا بأن يشترط الخيار في التراضي القولي بالسهم، واما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط في متن العقد»(1).

أقول: لم أجد في كلمات الأصحاب وجها لمنع دخول خيار الشرط في القسمة غير ما ذكره الشيخ الأنصاري(قده)، والذي قد عرفت عدم تماميته في البحث عن دخول خيار الشرط في المعاطاة فلا نعيد.

إذا فالصحيح هو القول بدخوله إياها، لعموم أدلة النفوذ، وعدم ما يصلح مانعا عنه.

(1)المكاسب/ج 15 ص 136.



8- السبق والرماية

قال الشيخ في المبسوط: «واما السبق والرماية، فلا يدخلهما خيار المجلس، ولا يتمتع دخول خيار الشرط فيه» (1).

وعلله في المكاسب بعموم الأدلة، قال (قده): «وذكر في المبسوط أيضا دخول هذا الخيار في السبق والرماية، للعموم» (2).

واختار المحقق النائيني (قده) عدم دخول الخيار فيهما، قائلا: «أما الجعالة والسبق والرماية، فالظاهر انها غير لازمة قبل العمل، وبعده لا يمكن شرط الخيار، لاستحقاق العامل الأجرة» (3).

وما أفاده (رحمه الله) إن تم فهو إنما يتم في خصوص الجعالة، واما السبق والرماية فالظاهر لزومهما من حيث الإنشاء، فيكون اثر جعل الخيار فيهما هو إبطالهما بالفسخ، ورفع وجوب الوفاء بهما الثابت بالإنشاء.

ومن الغريب التزامه (قده) هنا بكون هذه العقود جائزة قبل العمل، مع التفاته الى ما ذكرناه والتزامه به في مبحث أصالة اللزوم في العقد.

قال (رحمه الله): «القسم الثالث من العقود، وهي العقود التعليقية، كالمسابقة والمراصة، والمساقاة، والجعالة وأمثالها. ولا إشكال في جريان الاستصحاب في هذه العقود أيضا، لأنها وإن لم تتضمن تمليكاً أو تسليطاً فعلاً، إلا أنها بعد حصول المعلق عليه فيها تحصل الملكية، فإ إنشاء التملك على تقدير السبق مقتضى لاختصاص السبق بالسابق، فإذا شك في ارتفاع هذا الأثر عن العقد بفسخ أحد المتعاقدين، فالأصل بقاؤه، بل المسلم من حجية الاستصحاب التعليقي، هذا القسم منه وما يشبهه

(1) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(2) المكاسب/ج 15 ص 126

(3) منية الطالب في حاشية المكاسب/قسم الخيارات ص 57.

وبالجملة: التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده كالحج على المستطيع لو شك في ارتفاعه عن موضوعه، فالأصل بقاءه، كما ان الملكية المنشأة على تقدير كالرمي والسبق لو شك في ارتفاعها بالفسخ، فالأصل بقاءها»(1).

على انه مناف لما اختاره هو(رحمه الله) في موضع آخر من الكتاب.

قال(رحمه الله): «ولو كان اللازم فيه -العقد العهدي- حقيا كسائر العقود، فسواء كانت تنجزية كالبيع والصلح وأمثالهما، أم تعليقية كالجعالة والسبق والرماية، يصح فيه شرط الخيار»(2).

والحاصل: ان عموم أدلة الوفاء بالشرط يقتضي دخول الخيار فيهما، وليس في البين ما يمنع عن ذلك.

ثم ان الأصحاب قد ذكروا في مطاوي كلماتهم عقودا أخرى، يلوح من بعض عباراتهم وجود الخلاف في دخول الخيار فيها، كالخلع والمبارأة والكتابة، والهبة والسلم، إلا أننا أثرنا عدم التعرض إليها، لعدم وقوفنا على خلاف يعتد به في كلماتهم.





ظاهر كلمات الأكثر عدم اختصاص خيار الشرط بالعقود اللازمة، وجريانه في العقود الجائزة أيضا.

قال العلامة(قده): «يثبت خيار الشرط في كل عقد سوى الوقف والنكاح، ولا يثبت في الطلاق ولا العتق ولا الإبراء»(1).

وقال المحقق(قده): «خيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف»(2). وقال في كفاية الأحكام: «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح والوقف والإبراء، والطلاق والعتق، وكان مستنده الإجماع ان ثبت»(3).

بل، وصريح الشيخ في المبسوط جريانه في الوكالة والعارية والوديعة والقراض والجعالة. قال(رحمه الله): «واما الوكالة والعارية والوديعة والقراض والجعالة، فلا يمنع من دخول الخيارين معا -المجلس والشرط- فيها مانع»(4). ونسب في المختلف الى ابن إدريس وابن البراج تبعيته على ذلك(5).

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

(1)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس/المطلب الثاني.

(2)شرائع الإسلام ج 2 ص 17.

(3)كفاية الأحكام/الفصل الثاني/في أحكام الخيار.

(4)المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(5)مختلف الشيعة ج 2 ص 173.

ونقل عن الخلاف التفصيل بين خيارى المجلس والشرط والالتزام بجريان الثانى فيها دون الأول(1).

إلا ان الشيخ الأنصارى(قده) بعد اختياره عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه فى كل معاوضة لازمة، ذكر كلمات الأصحاب المطلقة فى المقام وحملها على خصوص العقد اللازم، رغم اعترافه بأن إطلاقها يشمل العقود الجائزة.

قال(قده) ما لفظه: «لا اشكال ولا خلاف فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، وجريانه فى كل معاوضة لازمة، كالإجارة والصلح والمزارعة والمساواة.

بل قال فى التذكرة: «الأقرب عندي دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضة، خلافا للجمهور» ومراده ما يكون لازما، لانه صرح بعدم دخوله فى الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة، لأن الخيار لكل منهما دائما، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيها، والأصل فيما ذكر عموم: «المؤمنون عند شروطهم.»

بل الظاهر المصرح به فى كلمات جماعة دخوله فى غير المعاوضات من العقود اللازمة ولومن طرف واحد، بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة، إلا ان يدعى من الخارج عدم معنى للخيار فى العقد الجائز ولومن طرف واحد.

فعن الشرائع والإرشاد والدروس وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفاية دخول خيار الشرط فى كل عقد، سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعق.

وظاهرها ما عدا الجائز، ولذا ذكر نحوه هذه العبارة فى التحرير بعد ما منع الخيار فى العقود الجائزة.

وكيف كان، فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى ان مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة فى الكل، وانما الإخراج لمانع(2).

ولم نجد مبررا لهذا الحمل، فان مجرد ذكر نحو العبارة المذكورة فى كلماتهم فى

(1)مختلف الشيعة ج 2 ص 173.

(2)المكاسب/قسم الخيارات ص 232.

التحرير بعد منعه الخيار في العقود الجائزة لا يصلح دليلا على ارادة الكل لخصوص العقد اللازم.

كيف وقد عرفت تصريح بعض الاعلام بجريان خيار الشرط في جملة من العقود الجائزة، ومعه فما المحذور في التزام أولئك أيضا بجريانه فيها، بل يمكن القول بان عدم تعرض صاحب الكفاية(قده) لوجود الخلاف في هذا الخيار في عبارته المتقدمة من حيث شموله للعقود الجائزة وعدمه، مع تعرضه لذلك في خيار المجلس الذي سبق هذا الخيار في الذكر، يشهد لإرادته الإطلاق وجريان هذا الخيار في العقود الجائزة أيضا. قال(رحمه الله): «خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع، وفي المسالك: ان هذا مما لا خلاف فيه بين علمائنا، ومستنده ان الأصل في العقد اللزوم ووجوب الإبقاء بها، خرج البيع فبقي الباقي على أصله، والشيخ أثبتته في عقود جائزة مثل الوكالة والمضاربة والوديعة، والعقود الجائزة يصح رفعها في المجلس وبعده، فليس لخصوصية خيار المجلس ارتباط بها»(1). فان عدم تعرضه لخلاف أحد في خيار الاشتراط مع إطلاقه للعبارة بعد تعرضه لخلاف الشيخ(قده) في إثبات خيار المجلس في العقود الجائزة، لا يقل في القرينية عن ذكر العلامة لتلك العبارة بعد منعه من جريان الخيار في بعض مصاديق العقود الجائزة. والحاصل: ان تقييد إطلاقات كلمات الأصحاب وصرفها عن ظاهرها يحتاج الى الدليل، وما ذكر عن التحرير لا يكفي دليلا عليه، لا سيما بعد تصريح غير واحد من الأساطين بجريانه فيها.

وكيف كان، الذي يظهر من تتبع كلماتهم عدم الخلاف بينهم في كون مقتضى عموم أدلة الوفاء بالشرط هو النفوذ في الجميع بما فيه العقود الجائزة، وانما الخلاف بينهم في وجود المانع، ولذا قال في الدروس بعد حكايته المنع من دخول خيار الشرط

(1) كفاية الأحكام/الفصل الثاني في أحكام الخيار.

في الصرف عن الشيخ وابن إدريس (قدهما): «ولم نعلم وجه المنع مع صحيحة ابن سنان: المسلمون عند شروطهم» (1).

إذا فالمهم في المقام التعرض لما قيل في وجه المنع من جريان شرط الخيار في العقود الجائزة.

فقد ذكر الشيخ الأنصاري (قده) في وجه ذلك: «ان الخيار لكل منهما دائما، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيها» (2).

وقال أيضا: «إطلاقها - الأدلة - يشمل العقود الجائزة، إلا ان يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز ولو من طرف واحد» (3).

وقد علق عليه السيد الطباطبائي (قده) موضعا له بقوله: «هو كذلك، لما ذكره العلامة من ان الخيار لكل منهما دائما، فيكون جعل الخيار لغوا، إلا ان تصير لازمة بالعرض، فحينئذ يجوز اشتراط الخيار في ضمن عقد آخر.

فان قلت: فلم جوزتم اشتراط الخيار في العقد الخيارى كالبيع الجائز بخيار المجلس أو الحيوان؟

قلت: لحصول الفائدة، لإمكان إسقاط الخيار الثابت فيه بعد العقد، فيؤثر هذا الخيار في جواز الفسخ، وفي العقود الجائزة لا يمكن إسقاط جوازها، لانه حكم شرعي غير قابل للإسقاط، فلا ينفك الجواز الأصلي عنها ليؤثر هذا الخيار» (4).

كما أوضحه المحقق الايرواني (قده) بقوله: «ولا اشكال فيما كان جائزا وانه لا اثر لاشتراط الخيار فيه بعد جوازه في ذاته، فلئن صح شرط الخيار كان ذلك تأكيدا لما عليه العقد، كشرط النقد، وضمان الدرك في البيع» (5).

(1) الدروس ص 360.

(2) المكاسب/قسم الخيارات ص 233.

(3) المكاسب/قسم الخيارات ص 233.

(4) حاشية الطباطبائي على المكاسب/قسم الخيارات ص 32.

(5) تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 26.

وقد تعرض المحقق الأصفهاني(قده) لبيان ذلك تفصيلا فذكر ان «مرجع عدم تعقل الخيار الى أحد أمور:

الأول: كونه من تحصيل الحاصل، لحصول السلطنة على فسخها دائما بحيث لا ينفك عنها ولا يسقط بالإسقاط، وهو الفارق بين ما نحن فيه وما إذا اجتمعت في عقد حقوق متعددة، فإن البيع مع السلطنة على فسخه من حين انعقاده بخيار المجلس يصح جعل شرط الخيار فيه، لإمكان إسقاط حق خيار المجلس دون الجواز في العقد، فإنه ليس قابلا للإسقاط.

ويندفع بان شبهة تحصيل الحاصل المحال عقلا إنما تتوجه إذا أريد بشرط الخيار إيجاد الموجود بنفس العقد، واما إيجاد فرد آخر مماثل للموجود فليس من تحصيل الحاصل المحال.

الثاني: انه من اجتماع المثليين.

وقد تقدم الجواب عنه في باب خيار الحيوان. وبالجمله: هذا الاشكال لا اختصاص له بالعقد الجائز، بل جار في العقود اللازمة أيضا، فما هو الجواب هناك هو الجواب هنا، مع ان العقد اللازم الذي اجتمعت فيه حقوق متعددة اولى بهذه الشبهة، كما سيتضح مع وطوعه الخوي



الثالث: اللغوية، فإن الغرض من شرط الخيار السلطنة على حل العقد وهو بالفرد المماثل حاصل ولا يكاد ينفك عنه.

ويندفع بان الخيار المجهول بالشرط حق حل العقد، وما هو الحاصل مجرد جواز الرجوع، والفائدة المترتبة من الحق من حيث إمكان المصالحة عليه وبقاؤه مع التصرف وانتقاله الى الوارث ونحو ذلك غير متحققة في الحكم وهو مجرد جواز الرجوع.

ومن البين ان القابل لأن يكون مجعولا بالشرط ليس إلا حق حل العقد، لا السلطنة التكليفية والوضعية، فإن مرجع الاولى الى الترخيص في الرجوع، ومرجع الثانية إلى القدرة على الفسخ والرجوع لنفوذ إنشائه منه، وكلتاها هنا مترتبة على

حق الفسخ، لا أن الحق مترتب عليهما، وكون الخيار في لسان الأخبار مساوقاً للسلطنة، ولذا يطلق على جواز الرجوع في الهبة، لا ينافي أن يكون المجعول هو الحق حيث لا يعقل غيره كما عرفت.

ومن جميع ما ذكرنا يتضح أنه لا مانع من اشتراط الخيار في العقود الجائزة» (1). أقول: إن ما أفاده (رحمه الله) تام ومتمين جداً، فإن الآثار المترتبة على اشتراط الخيار في العقد الجائز من إمكان المصالحة عليه، وبقاؤه مع التصرف، والتلف، وانتقاله إلى الوارث ونحوه، لا تترتب على الجواز الثابت للعقد بالأصالة، وبهذا اللحاظ يكون الاشتراط أمراً معقولاً لا إشكال فيه.

إلا أن ذلك إنما يختص بغير العقود الإذنية القائمة بالاذن وإباحة التصرف كالوكالة والعارية والوديعة.

وليس ذلك لما أفاده المحقق النائيني (قده) من صحة سلب إطلاق العقد عنها فإنها ليست بعقود حقيقة، وإنما يطلق عليها العقد بلحاظ «كونها واقعة بين اثنين، وإلا فنفس حقيقتها متقومة بالإذن المحض» (2).

فإنها عقود حقيقة، على ما يشهد به الوجدان، وملاحظة الفهم العرفي العام والخاص. وإنما لقصور أدلة اللزوم عن شمول هذه العقود التي لا تتضمن إلا مجرد الإذن في التصرف من أحدهما والقبول من الآخر.

قال السيد الوالد «رحمه الله» في شرح قول صاحب العروة (قده): أن المضاربة جائزة من الطرفين، يجوز لكل منهما فسخها، ما نصه: «وليس الوجه فيه هو الإجماع كي يناقش بأنه غير معلوم، وإنما هو قصور أدلة اللزوم عن شمول العقود الإذنية التي لا يكون فيها أي التزام من أحدهما بشيء كي يشمل (أو فؤوا بالعقود) وأن من التزم

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 47.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 55.

بشيء فعليه ان ينهيه، وانما هي مجرد إباحة واذن في التصرف من أحدهما وقبول من الآخر كالعارية.

وعليه فمتى ما رجع الأذن في اذنه-لكونه مسلطا على ماله يتصرف فيه كيف يشاء- ارتفع الموضوع، ومعه ينتفى الحكم لا محالة»(1). نعم، لو أمكن تصور اثر للعقد بحد ذاته ومع قطع النظر عن مدلوله ومفاده، أمكن اشتراط الخيار فيه بلحاظ ذلك الأثر.

إلا أننا لم نتحقق من وجود مثل هذا الأثر، فتأمل.

ثم ان المحقق النائيني(قده) قد ذكر في مقام بيان الملاك والمعيار لما يدخله شرط الخيار وما لا يدخله من العقود ما هذا نصه: «وبالجملة كل عقد لم يكن لزومه أو جوازه حكما بل كان من جهة الإلتزام العقدي فيدخل فيه الخيار، وما ليس كذلك فلا يدخل فيه»(2). ومقتضاه دخول شرط الخيار فيما يكون جوازه حقا من العقود، وهو مما لا يمكن الإلتزام به جزما، لكونه من أظهر مصاديق تحصيل الحاصل، فان ما قيل أو يمكن ان يقال في توجيه جعل الخيار في العقود الجائزة بالذات من إمكان المصالحة عليه وعدم سقوطه بالتصرف ونحوهما، انما يختص بجعل الخيار بالعقد الجائز حكما بحيث يكون أمر جوازه خارجا عن ارادة المتعاقدين، وأما ما كان جوازه حقا ناشئا من الإلتزام العقدي- على ما يراه(قده) فلا يتصور فيه شيء مما ذكر من التوجيهات.

وغاية ما يمكن ان يقال في توجيه مراده(رحمه الله) دعوى انحصار العقود الجائزة في نظره بالجائزة حكما، وذلك لما يراه من خروج العقود الإذنية-العقود الجائزة بالجواز الحقي- من دائرة العمومات تخصصا -على ما تقدم بيانه- فليس هناك مورد كي يدخله الخيار ويلزم منه ما ذكرناه من المحذور.

(1) مباني العروة الوثقى/كتاب المضاربة ص 38- 39.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 57.

لكنها -كما تراها- بعيدة، ومناقية لظاهر قوله (قده): «فيدخل فيه الخيار، وما ليس كذلك فلا يدخل فيه» فإنه ظاهر في وجود الفرد الذي يدخله الخيار في قبال وجود الفرد الذي لا يدخله.

ثم ان ما قيل من لغوية جعل الخيار في العقود الجائزة مطلقا أوفي خصوص الإذنية منها، انما يتم بالنسبة إلى جعله لشخص المتعاقدين، واما جعله للأجنبي- مستقلا- فلا ينبغي الإشكال في صحته من هذه الناحية، أعني كون الجعل لغوا وتحصيلا للحاصل، لوضوح عدمه.

إلا ان ذلك لا يكون مبررا لتصحيح جعل الخيار في العقود الجائزة بقول مطلق. نعم، قد يعتبر هذا -جعل الخيار للأجنبي- أثرا للعقد المتضمن للإذن، فيصح جعل الخيار فيه بلحاظ هذا الأثر لا بلحاظ الإذن نفسه كي يقال بلغويته، وبهذا الملاك فقد يعمم الحكم بجواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة، للعقود الإذنية أيضا.

خلاصة البحث

يتلخص من بحثنا في اشتراط الخيار في العقد الجائر بذاته، انه لا مانع من دخول الشرط في العقود الجائزة غير الإذنية قطعا، حيث لم يصمد شيء من المحاذير المتهمة امام النقد. واما العقود الإذنية، فإن قلنا بجواز الجعل الخيار للأجنبي على نحو الاستقلال وارتضينا ذلك أثرا للعقد المتضمن للإذن، صح جعل الخيار فيها أيضا، وإلا فأدلة الوفاء واللزوم قاصرة عن شمول العقود التي لا تتضمن التزاما بشيء.





المشهور بين الأصحاب بل كاد ان يكون إجماعا عدم نفوذ شرط الخيار في الإيقاعات، مستنديين فيه -مضافا الى الإجماع- إلى وجوه يرجع بعضها الى عدم قبول الإيقاع للشرط مطلقا، وبعضها الى عدم قبوله لخصوص الخيار.

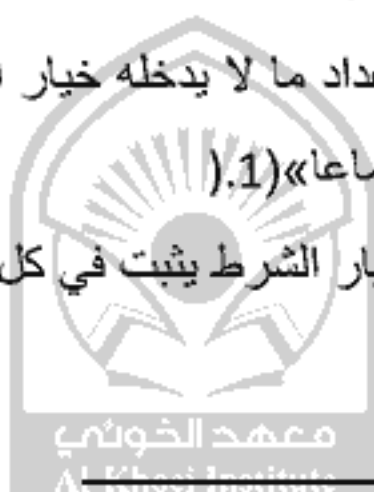
ولوضوح الموقف اتجاه كل واحد من تلك الوجوه والأدلة لا بدّ من التعرض إليها ودراستها، لنقف في النهاية على ما يقتضيه التحقيق.

الدليل الأول: الإجماع

حيث تمسك به غير واحد من اعلام الأصحاب في نفهم لدخول الخيار في الإيقاع بعنوانه أوبعض مصاديقه وافراده.

فقد ذكر شيخ الطائفة (قده) في عداد ما لا يدخله خيار المجلس والشرط: «اما الطلاق والعق فلا يدخلهما الخياران إجماعا» (1).

وقال المحقق في الشرائع: «وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف، وكذا الإبراء والطلاق والعق» (2).



(1) المبسوط/كتاب البيع/فصل في بيع الخيار.

(2) شرائع الإسلام ج 2 ص 17.

وقد علق عليه في المسالك بقوله: «وهذه المواضع محل وفاق، وهو الحجة» (1).1).

أما في الجواهر فقد علق عليه بعد ما استظهر من كلمات بعضهم أنه بملاك كونها من الإيقاعات: «ومقتضاه اطراد الحكم في الجميع وعدم اختصاصه بالثلاثة كما يوهمه الاختصار في المتن وغيره عليها ولعلها كذلك» (2).2).

وأما العلامة (قده) فقد ذكر في القواعد ما هذا نصه: «يثبت خيار الشرط في كل عقد سوى الوقف والنكاح، ولا يثبت في الطلاق ولا العتق» (3) وعلق عليه في جامع المقاصد بقوله: «أما الطلاق فلأنه مزيل لعلاقة النكاح، فلا يتصور فيه الخيار، وفي معناه الخلع والمبارأة، لأن الغرض منهما الفرقة، والمال بالعرض، وفي معنى العتق التدبير، وكذا الكتابة المطلقة على ما ذكره في التحرير والتذكرة، أما المشروطة فيثبت فيها خيار الشرط للمولى.

وفي العبد قولان، اختار الثبوت الشيخ، والعدم المصنف في التحرير، وكذا لا يثبت في الإبراء لأنه إسقاط، ولا في الوصية لأن الخيار فيها إلى الموت» (4).4).

أما المحقق العاملي (قده) فقد علق عليه بقوله: «أما الإيقاعات فلا يجري خيار الشرط وغيره في شيء منها، لا ابتناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغة والخيار ينافي ذلك، ولأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما تنبه عليه جملة من الاخبار -والإيقاع إنما يقوم بواحد، فلا يختص المنع بالطلاق والعتق والإبراء كما توهمه بعض العبارات» (5).5).

وقال في كفاية الأحكام: «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى

(1) المسالك ج 1/ خيار الشرط.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 64.

(3) قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس/المطلب الثاني.

(4) جامع المقاصد ج 1 ص 245.

(5) مفتاح الكرامة ج 4 ص 568.

النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعق، وكأن مستنده الإجماع إن ثبت» (1).

وفي المكاسب: «أما الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها» (2).
وأما المحقق البحراني (قده) فإنه بعد ما استظهر كون العمدة في استثناء ما ذكر في كلماتهم هو الإجماع، والا فما ذكروها من التعليقات لا تمنع المناقشة فإنها لا تصلح لتخصيص عموم تلك النصوص -الأخبار العامة- نقل كلام العلامة (قده) في التذكرة: «والأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافا للجمهور.»

وعلق عليه بأنه مؤذن بعدم الخلاف عند الأصحاب.

مضيفا عليه: «وقد الحق بالطلاق الخلع والمباراة، وبالعق التدبير والمكاتب المطلقة، وقد عرفت ما في الملحق به.»

وختم حديثه بقوله: «والحق أن المسألة لا تخلو عن شوب الاشكال بالنظر الى إطلاق النصوص وعدم وجود مخصص يصلح الاعتماد عليه، وإن كان الأحوط الوقوف على ما ذكروه رضى الله عنهم» (3).

أقول: الذي يظهر من ملاحظة كلمات الاعلام وتتبعا، أن دعوى ثبوت الإجماع مبدئيا على عدم صحة الشرط في الإيقاعات، فضلا عن إثبات كونه تعديدا، مجازفة لا يساعد عليها التحقيق، وذلك:

1- أن جملة من أعظم الأصحاب -كالشهيدين وصاحب الرياض- لم يتعرضوا لهذا الفرع -صحة الشرط في الإيقاع- في كلماتهم إطلاقا.

2- تخصيص معظم من تعرض للمسألة البحث بعناوين خاصة، كالطلاق والعق، أو إضافة الإبراء وما إليه إليهما.

(1) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/الفصل الثاني في أحكام الخيار.

(2) المكاسب ج 15 ص 101.

(3) الحقائق ج 19 ص 65.

ودعوى: ان ذكر الثلاثة في كلماتهم من قبيل المثال المألوف، وإلا فمقصودهم هو الإيقاع بقول مطلق، كما افاده المحقق العاملي وصاحب الجواهر.

يدفعها: اختلاف الأصحاب صريحا في إلحاق جملة من مصاديق الإيقاع إليها، كالإقالة والخلع والتدبير والوقف، فإنه إنما يكشف عن عدم وضوح عموم الحكم للإيقاع بقول مطلق.

3- تردد جملة ممن ذكر الإجماع في المسألة فيه، فهذا صاحب الكفاية يذكره بعنوان:

«وكان مستنده الإجماع» ويعقبه بقوله: «ان ثبت.»

وصاحب الحدائق ينص على عدم خلو المسألة من شوب الاشكال، لعدم وجود مخصص يصلح للاعتماد عليه، ثم يبني الحكم على الاحتياط.

وصاحب الجواهر يعطف على قوله: «ومقتضاه اطراد الحكم في الجميع وعدم اختصاصها بالثلاثة» قوله: «ولعلها كذلك.»

4- تصریح كثير من الأصحاب بجريان الشرط في الإيقاع، على اختلاف بينهم في حدوده.

فمنهم من يحدده بما عدا شرط الخيار وهم الأكثرية.

ومنهم من يعممه ليشمل شرط الخيار أيضا، كالمحقق الأصفهاني (قده) في تعليقه على المكاسب (1) والسيد الطباطبائي في حاشيته حيث ذكر: «ان مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الإيقاعات وان المانع منحصر في الإجماع (2) والسيد الروحاني (3) والسبزواري (4).

ومنهم من نص على جريانه -بما فيه شرط الخيار- في بعض العناوين الخاصة

(1) تعليقه الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 48.

(2) حاشية الطباطبائي على المكاسب/قسم الخيارات ص 32.

(3) فقه الصادق ج 14 ص 115.

(4) مهذب الاحكام ج 17 ص 132.

بما فيها بعض العناوين المذكورة في كلماتهم كأمثلة لما تسالموا على عدم جريان خيار الشرط فيه كالوقف والعق، على ما ستعرفه عند التعرض إليهما.

5- وأخيرا لو سلمنا تمامية الإجماع، فلا مجال للاعتماد عليه كدليل مستقل في قبال الأدلة الآتية، فإن دعوى كونه إجماعا تعبديا -على تقدير أصل ثبوته- لا يستند مدعوه في دعواهم الى الوجوه الأخرى المذكورة لمنع جريان خيار الشرط في الإيقاعات، لا تخلو عن مجازفة وتحكم.

الدليل الثاني: ما ذكره جملة من الأصحاب من ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين- كما نبهت عليه جملة من الاخبار- والإيقاع إنما يقوم بواحد(1).

وفيه: ما افاده الشيخ الأعظم(قده) من: «ان المستفاد من الاخبار كون الشرط قائما بشخصين: المشروط له والمشروط عليه، لا كونه متوقفا على الإيجاب والقبول، ألا ترى انهم جوزوا ان يشترط في إعتاق العبد خدمة مدة تمسكا بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» ، غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب والقبول»(2).

وقد أوضح ذلك المحقق الايرواني(قده) بقوله: «ان مفهوم الشرط لا يتحصل إلا بطرفين وقائما بجانبين، لا ان مفهومه لا يتحصل إلا بفعل شخصين أعني الموجب والقابل، لكن الظاهر عدم صدق الشرط على الالتزام والجعل والتعهد من جانب ما لم ينضم اليه القبول من جانب آخر، فالشرط يحتاج الى جعل وقبول جعل ولم أدر أي خبر دل على عدم احتياج الشرط على فعل الطرفين، مع ان هذا من المفاهيم الذي مرجعه العرف دون الاخبار، إلا ان تجتمع شرائط الشهادة.

نعم، ما ذكرناه لا يمنع عن دخول الشرط في الإيقاع، فإن الإيقاع إذا لم يحتج الى القبول لم يقتض ذلك عدم حاجة الشرط الذي هو في ضمنه الى القبول، فإذا

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 568.

(2) المكاسب ج 15 ص 103- 105.

تحقق إنشاء الإيقاع المتضمن للشرط ثم التحقق بالقبول اما للشرط فقط أو لمجموع القيد مع المقيد حصل مفهوم الشرط وشمله عموم: «المؤمنون» وان قلنا بان مفهومه هو الإلزام في الإلتزام، فان ذلك يحصل بكونه في ضمن الإيقاع الذي هو الإلتزام من جانب واحد، ولم يقيد الشرط بالإلزام في الإلتزام القائم بطرفين» (1).
والحاصل: ان الشرط لا يحتاج في تحقق مفهومه إلا الى أمرين:
أ- طرفين يقوم الشرط بينهما، مشروط له ومشروط عليه.

ب- أمر يقوم الشرط فيه ويرتبط به.

وحيث ان هذين الأمرين متحققان في خيار الشرط في الإيقاع، باعتباره ربط لتعهد قائم بين طرفين بأمر آخر موجب لتعليق ذلك الأمر على الإلتزام بالشرط من الطرف الآخر، فلا موجب لنفيه فيه وإنكار عمومه له.

الدليل الثالث: ما ذكره الشيخ الأنصاري (قدس سره) من: «إمكان منع صدق الشرط وانصرافه، خصوصا على ما تقدم عن القاموس» (2).

وتبعه عليه السيد الخميني موضحا له بقوله: «لا ينبغي الإشكال في عدم صحة مطلق الشرط فيها -الإيقاعات- ولو مثل شرط الخياطة، لأن ما يظهر من اللغويين هو أن الشرط إلزام والإلتزام في البيع ونحوه، والظاهر من الظرف ان يكون البيع حاويا له، اي يقع الشرط في ضمنه وخلال به حيث يدعى انه ظرفه وانه فيه، ومن المعلوم ان الإيقاع لا يعقل فيه ذلك، فإنه لا يعقل ان يرتبط به الشرط الواقع بعده اي بعد تماميته عنوانا وتأثيرا فضلا عن ان يكون في ضمنه وخلاله.

فما قد يقال في جواب ان الشرط الإلتزام في ضمن العقد لغة وعرفا أو انصرافا، من انه لا يجب في تحقق الشرط إلا ان يكون في ضمن الإلتزام لا في ضمن التزامين، كأنه لم يصل الى مغزى الإشكال، ضرورة ان الإيقاع لا ضمن له، بل اما غير محقق

(1) تعلية الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 26.

(2) المكاسب ج 15 ص 105-106.

أو محقق ومفروغ عنه، بخلاف العقود، فإن الظرفية ولوبنحو من الادعاء محققة فيها. ولوتوهم إمكان الضمنية في بعض الفروض النادرة كقوله: «أبرأتك وشرطت عليك كذا عن دينك» فهو-مع احتمال عدم صدق الضمنية عليه، إذ ليس المراد منها وقوع الشرط في خلال الألفاظ، بل المراد وقوعه في ضمن الإلتزام-ليس من الشروط العقلانية، ومع التسليم لا يثبت به الكلية التي هي المدعى.

ولو أغمضنا عنه فلا إشكال في عدم إحراز كون الشرط تلوا لإيقاع أن يصدق عليه الشرط لغة وعرفاً وعند العقلاء، ومعه لا مجال للتمسك بأدلة الشروط لتنفيذه. وإن قلت: بناء على ما ذكرت سابقاً من أن ماهية البيع تتحقق بإيجاب الموجب فقط، ومنزلة القبول منزلة الإجازة في العقد الفضولي، لم يكن الشرط في ضمن البيع، فلا بد من الإلتزام بأنه لا يلزم أن يكون في ضمن العقد، بل يجوز ولو وقع بعده.

قلت: إن الإيجاب محقق لمفهوم البيع، ولا تترتب عليه الآثار العقلانية إلا بعد ضم القبول إليه، فالعقد المؤثر بالحمل الشائع لا يتم إلا بعد القبول، وعليه فالشرط واقع في خلاله عرفاً، ولا يكون المفهوم من كلمات اللغويين والأصحاب والأدلة إلا مثل ذلك. نعم، لو كان شخص وكيلاً من الجانبين، فأوقع الإيجاب الذي هو تمام المعاملة بالحمل الشائع، ثم أراد إردافه بالشرط، نلتزم بعدم صحته، فلا بد في مثله من الإيجاب من قبل صاحب السلعة ثم الشرط ثم القبول ولا محذور فيه.

فتحصل مما ذكر أن الإيقاع لا يقبل الشرط مطلقاً، سواء فيه شرط الخيار وغيره» (1). أقول: أما ما افاده السيد الخميني فأساس بنيانه قائم على ما اختاره في حقيقة الشرط ونحو العلاقة القائمة بينه وبين العقد المتضمن له، فإنه لما اختار هناك كون معنى الشرط وحقيقته: «الإلتزام الذي ظرفه البيع» (2) رتب عليه عدم دخول الشرط

(1) كتاب البيع ج 4 ص 252-254.

(2) كتاب البيع ج 1 ص 86.

في الإيقاع، لعدم صلاحيته للوعائية والظرفية باعتبار كونه امرا بسيطا لا ضمن له. لكنك قد عرفت في محله بطلان هذا الادعاء في حد نفسه، فضلا عن لزومه لمحاذير لا يلتزم بها أحد، وقد تقدم بما لا مزيد عليه فلا نعيد.

غير انه يلحظ عليه في المقام -مضافا الى ذلك- أمور: الأمر الأول: انه إذا لم يكن المقصود من الضمنية الضمنية في الألفاظ بحيث يكون الشرط محفوفًا في مقام أدائه وتلفظه بألفاظ العقد الذي يتضمنه-كما صرح به- وكان من المتسالم بين العقلاء ان مدلول الكلام ومفاده لا يتم الا بانتهاء المتكلم منه، وان له ان يضيف الى كلامه ما يشاء من قيود واستثناء ما لم ينته من كلامه ويقطعه، كان الشرط المضاف إلى الإيقاع شرطًا في ضمنه لا محالة.

وعليه فلا وجه لقوله: ان الإيقاع اما غير محقق أو محقق ومفروغ عنه، فان اعتبار الإيقاع بمعزل عن الشرط المتصل به امرا محققا ومفروغا عنه ليس إلا من التمسك بمدلول بعض الكلام قبل تمامه، وهو مما تسالم العقلاء على عدم صحته.

الأمر الثاني: ان ما افاده بقوله: «فما قد يقال في جواب ان الشرط التزام في ضمن العقد لغة وعرفا أو انصرافا، من انه لا يجب في تحقق الشرط إلا ان يكون في ضمن التزام لا في ضمن التزامين، كأنه لم يصل الى مغزى الاشكال.»

تعرض لمقالة العلمين الأصفهاني والايرواني (قدهما) في دفع الإشكال بأن الشرط التزام في ضمن العقد فلا يعم ما كان في ضمن الإيقاع.

قال المحقق الأصفهاني (قده): «منها -من الموانع- ان الشرط التزام في ضمن العقد اما لغة أو عرفا ولوانصرافا.

وفيه: بناء على خروج الشروط الابتدائية عن كونها شروطا موضوعا، لا يجب في تحقق الشرط إلا ان يكون في ضمن التزام لا في ضمن التزامين مرتبطبين ليختص تحقق عنوانه بما إذا وقع في ضمن العقد» (1).

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 48.

وقال المحقق الايرواني(قده): «إلا ان يكون غرضه -المانع- منع صدق الشرط على ما كان في ضمن الإيقاع بما أنه في ضمن الإيقاع لا بما انه لا قبول فيه. ويدفعه عدم المستند لهذا المنع، أ ليس الإيقاع التزاما ولومن جانب واحد، فيكون الشرط إلزاما في التزام كما فسرهُ صاحب القاموس»(1).

وقد عرفت تعلية السيد الخميني على ما ذكره بقوله: «كأنه لم يصل الى مغزى الإشكال.»

أقول: بل الظاهر انهما ينظران الى ما هو الصحيح، المتفق عليه من قبل معظم الاعلام -ان لم نقل الكل- بأن العلاقة القائمة بين الإلزام والالتزام من جهة والبيع ونحوه من جهة اخرى، إنما هي علاقة تقييد وتعليق وربط أحدهما بالآخر، فذهب إلى إمكان الشرط في الإيقاع لتحقيق ذلك المعنى والمفهوم فيه، فالشرط فيه يعني ربط الإيقاع بذلك الشرط وتعليقه عليه، وبذلك يكونان قد وصلا الى مغزى الاشكال ودفعاه دفعا متينا وعلميا، نعم هما لم ينظرا الى ما تفرد به في معنى الشرط من الظرفية والوعائية، والذي قد عرفت عدم تماميته مبنى وبناء.

الأمر الثالث: ان ما ذكره في التفصي عن اشكال تحقق ماهية البيع بإيجاب الموجب فقط فلا يكون الشرط في ضمنه، من قوله: «أن الإيجاب محقق لمفهوم البيع، ولا تترتب عليه الآثار العقلانية إلا بعد ضم القبول اليه.. وعليه فالشرط واقع في خلاله عرفا.

لا يمكن المساعدة عليه، وذلك: أولا: ان ما يكون دخيلا في ترتب الأثر على العقد لا يكون جزءا منه ودخيلا في تحقق مفهومه، ومن ثم فلا يكون الشرط الواقع بينه وبين العقد واقعا في ضمن ذلك العقد، ولو كفى مثله في الإطلاق العرفي للزم القول بنفوذ الشرط المتوسط بين العقد بتمامه -الإيجاب والقبول- وبين القبض فيما يعتبر في تأثيره ذلك كبيع الصرف، ولا

(1) تعلية الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 26.

ثانيا: انه من الخلط بين إطلاقين للفظ البيع فان البيع يطلق تارة بلحاظ فعل الموجب وفي قبال لفظ الشراء، فيقال: البيع والشراء كما يصطلح على فاعله البائع في مقابل المشتري، وبهذا اللحاظ فليس معناه إلا الإيجاب فقط، اعني الفعل الصادر من البائع. واخرى يطلق على العقد المقتضي لمبادلة المالين في قبال سائر العناوين العقدية، وبهذا اللحاظ لا يصح إطلاقه إلا على مجموع الجزئين الصادرين من طرفي العقد- الإيجاب والقبول.

ومن الواضح الذي لا ينبغي الشك فيه ان الإطلاق في جميع ما ورد في الآيات الكريمة كقوله تعالى (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا)(1) وقوله تعالى (إِذَا تُؤَدِّي لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ)(2) وقوله تعالى (رَجُلًا لَا تُلْهِهِمْ تِجَارَةٌ وَلَا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ)(3) والنصوص الشريفة الدالة على ان ما يباع كيلا أو وزنا لا يباع جزافا(4) وغيرها، وما ورد في كلمات الفقهاء تحت عنوان البيع ككتاب البيع واحكام البيع والخيارات في البيع وغيرها، إنما هو بلحاظ المعنى الثاني قطعاً. ومعه فلا وجه لتكلف تصحيح ظرفية العقد للشرط، بكونه واقعا بين البيع وما يكون دخيلا في ترتب الآثار عليه.

الأمر الرابع: عدم وضوح ما استدركه بقوله: «نعم، لو كان شخص وكيلا من الجانبين.. إلخ» وذلك لعدم تحقق مفهوم البيع وترتب الآثار الشرعية والعقلانية عليه بمجرد اجراء الوكيل للطرفين الإيجاب وكالة عن البائع، فإن ذلك ليس إلا جزءا

(1)البقرة: الآية 275.

(2)الجمعة: الآية 9.

(3)النور: الآية 37.

(4)الوسائل: ج 12 ب 4 من أبواب عقد البيع وشروطه.

للعقد، وإذا أُرِدَفه بالشرط قبل إجرائه القبول وكالة عن المشتري كان الشرط متحققاً في ضمن البيع ووعائه، ومعه فأى فرق بين إيجابه وإيجاب صاحب السلعة حتى يلتزم فيه بعدم الصحة على خلاف اجراء صاحب السلعة نفسه.

وبعبارة أخرى: ان دور الوكيل دور الأصل، فما يصح من الثاني يصح من الأول. نعم، لو كان مقصوده من إيجاب الوكيل للطرفين، كونه تمام العقد، بحيث يكون لفظه الواحد إيجاباً وقبولاً من الطرفين، فيكون أشبه الأمور بالإيقاع، فقد يتصور لما أفاده صورة بدوية، إلا انه مضافاً الى عدم التزام أحد بصحته، لا يكون الشرط فيه خارجاً عن العقد، فان اللفظ الواحد كما يحتوي على خصوصيات العوضين نوعاً ووصفاً، كمية وكيفية، يحتوي على الشرط أيضاً على حدّ سواء، فلا وجه لمنعه. هذا كله بالنسبة الى ما افاده السيد الخميني في توجيه ما ذكره الشيخ الأعظم (قده) من منع صدق الشرط على ما يؤخذ ضمن الإيقاع، وقد عرفت عدم صلاحيته مبنى وبناء لتوجيه المنع. واما ما ذكره الشيخ الأعظم (رحمه الله) فلم يظهر له وجه يعتمد عليه وذلك: أولاً: ما عرفته في الدليل الثاني من ان الشرط لا يحتاج في تحقق مفهومه الا الى أمرين: أ- طرفين يقوم الشرط بينهما، المشروط له والمشروط عليه.

ب- أمر يقوم الشرط فيه ويرتبط به

وهما متحققان في الاشتراط في الإيقاع.

وما ذكره صاحب القاموس في تعريف الشرط من كونه الإلزام والالتزام في البيع ونحوه، فليس المقصود به ضرورة كونهما في ضمن عقد لازم، وإلا لكان التصريح به بدلاً عن قوله: «في البيع ونحوه» أبلغ وأصلح، بل المقصود به نفي شمول مفهومه للإلزام والالتزام المستقلين، وذكر البيع إنما جاء نتيجة لكونه الفرد الواضح والمصدق

المتعارف أخذ الشرط فيه والمبتلى به عند عامة الناس.

ثانياً: وضوح صدق الشرط فيما يؤخذ في الإيقاع، فإن عملية الاشتراط ليست عملية خاصة بالمتشركة، وإنما هي عملية يمارسها الكل في واقعهم اليومي مراراً، ومن الواضح المحسوس بالوجدان وقوع الاشتراط في الإيقاعات كثيراً-ولا أقل عند غير المتشركة-كالاشتراط في ضمن الطلاق بتنازل المرأة عن حقوقها، ومعه كيف يمكن دعوى منع صدق الشرط على ما يؤخذ ضمن الإيقاع.

الدليل الرابع: ما ذكره السيد الخميني من أن الفسخ والحل لا يتعلق إلا بأمر موجود ولو اعتباراً، والمعاملات بأجمعها -العقود والإيقاعات- بالمعنى السببي تتحقق في أن وتنعدم وتنتهي، فهي لا بقاء ولا وجود لها في الزمان الثاني كي تقبل الحل والفسخ. نعم، في خصوص العقود قد فرض الشارع والعقلاء للسبب وجوداً اعتبارياً بقاء، وذلك بقرينة تشريع الفسخ والإقالة فيها، فيجوز بهذا اللحاظ جعل الخيار وحق الفسخ فيها للمتعاقدين أو أحدهما.

وهذا بخلاف الإيقاعات، حيث لا دليل على بقائها الاعتباري عند الشرع والعقلاء، ومن ثم فلا مجال لجعل الخيار فيها.

قال (قده): «ولوسلمنا قبول الإيقاع للشرط في ضمنه، أوقلنا بصحة الشرط الابتدائي، فالظاهر عدم صحة شرط الخيار فيه، لأن الخيار إنما يصح في العقود، لأنها أمور اعتبارية باقية لدى الشرع والعرف اعتباراً، ولهذا نرى ثبوت الخيار فيها عند العرف والشرع. ومنه يستكشف أنها موجودة عندهما فيصح فسخه وحله.

وأما الإيقاعات فلا دليل على بقائها الاعتباري عند العقلاء أو الشرع، بل الظاهر عدم اعتبارهم ذلك. ومعه لا معنى لحله أو رفعه، والشك في ذلك كاف في عدم ثبوته.

ولا ينافي ذلك ما رجحناه في باب الفضولي من بقاء المسبب الاعتباري في الإيقاعات للفرق بين السبب والمسبب.

وما قد يقال: من ان الخيار في المقام عبارة عن رفع الشيء كرفع الملكية أو البيئونة الحاصلة بالطلاق مع ان عنوان الحل هاهنا بمعنى تفكيك المسبب عن سببه، فإذا انفكا فقد انحل أحدهما عن الآخر، وهذا معقول في الإيقاع.

يرد عليه: ان رفع البيئونة أجنبي عن خيار الفسخ، ورفع السبب فرع وجوده، ولا وجود له في الإيقاع اعتباراً عند العقلاء، فلا معنى لرفعه بخلاف العقود، ولا يكون السبب الاعتباري سبباً بحدوثه للمسبب حدوثاً وبقاءً كالسبب الإلهي حتى يصح فيه تفكيكه بقاء عن المسبب» (1).

وفيه: أولاً: ان حديث التفصيل بين أسباب المعاملات من جهة، بدعوى حكم الشرع والعرف بالبقاء في أسباب العقود اعتباراً وعدم حكمهما به في الإيقاع، وبين السبب والمسبب الاعتباري في الإيقاع من جهة أخرى بالالتزام ببقاء الثاني دون الأول، لا يرجع الى محصل.

وذلك لما تقرر في الأصول من «انه لا سبب ولا مسبب في باب المعاملات، ولا آلة ولا ذا آلة ليشكل أن إمضاء أحدهما لا يلزم إمضاء الآخر، بل المعاملات بعناوينها الخاصة من البيع والهبة وما شاكلهما أسام للمركب من الأمرين، فلا يصدق على كل واحد منهما بالخصوص كما عرفت، والمفروض إنها بهذه العناوين مأخوذة في أدلة الإمضاء كقوله تعالى (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) وقوله صلى الله عليه وآله: «النكاح سنتي» و«الصلح جائز» الى غير ذلك، فالأدلة ناظرة إلى إمضائها بتلك العناوين» (2).

«بل لا يبعد دعوى انه بحسب النظر العرفي المسامحي لا يوجد شيئان، بل شيء واحد هو ما يوجد المتعاملان من التملك بعوض، ويكون تحليل العملية إلى إنشاء معاملي ونتيجة قانونية منشأة به نظير تحليل الموجود الخارجي إلى إيجاد وجود امراً دقيقاً.

(1) كتاب البيع ج 4 ص 254.

(2) محاضرات في أصول الفقه ج 1 ص 204.

فالحاصل: ان النظر العرفي المسامحي يرى ان الملكية القانونية عبارة عن تطوير للتمليك الشخصي والنسبة بينهما نسبة البذرة إلى الشجرة»(1).

إذا فالتفصيل بين الأسباب والمسببات في المعاملات، حديث لا يرتضيه التحقيق. ثانيا: سلمنا ذلك وتنزلنا عن القول ببطلان الحديث عن الأسباب والمسببات في المعاملات، فلتحديد الموقف تجاه ما افاده دليلا على المنع، لا بد من التعرض للأراء والأقوال المذكورة في بيان المراد منهما في المقام، وهي من المباحث الأصولية التي يتعرض لها أرباب الأصول غالبا في مباحث الصحيح والأعم، والطلب والإرادة، ومفاد الجملة الخبرية والإنشائية(2).

فنقول: الأقوال في وضع أسماء المعاملات للسبب أو المسبب عديدة لكننا نقتصر على ذكر أبرزها.

1- إطلاق السبب على صيغ المعاملات، والمسبب على المعنى الحاصل منها، فالأمر الاعتباري المنشأ بالصيغة أو التعاطي - هو المسبب والذي أوجده - اللفظ أو الفعل - هو السبب.

وقد ذهب الى هذا الرأي المحقق الخراساني(قده) حيث ذكر في مبحث الطلب والإرادة ما نصه: «اما الجمل الخبرية فهي دالة على ثبوت النسبة بين طرفيها، أونفيها في نفس الأمر من ذهن أواخرج، كالإنسان نوع أوكاتب.

واما الصيغ الإنشائية فهي على ما حققناه في بعض فوائدها موجودة لمعانيها في نفس الأمر، أي قصد ثبوت معانيها وتحقيقها بها، وهذا نحو من الوجود، وربما يكون هذا منشأ لانقزاع اعتبار مترتب عليه شرعا أوعرفا آثار، كما هو الحال في صيغ العقود والإيقاعات»(3).

(1) مباحث الدليل اللفظي ج 1 ص 233.

(2) لمعرفة التفصيلات راجع محاضرات في أصول الفقه ج 1 ص 194 وما بعدها.

(3) كفاية الأصول ج 1 ص 98.

وقد أورد عليه: «انهم لو أرادوا بالإيجاد الإيجاد التكويني كإيجاد الجوهر والعرض فبطلانه من الضروريات التي لا تقبل النزاع، بداهة أن الموجودات الخارجية بشتى أشكالها وأنواعها ليست مما يوجد بالإنشاء، كيف والألفاظ ليست واقعة في سلسلة عللها وأسبابها كي توجد بها.

وان أرادوا به الإيجاد الاعتباري كإيجاد الوجوب والحرمة أو الملكية والزوجية وغير ذلك، فيرده انه يكفي في ذلك نفس الاعتبار النفساني من دون حاجة الى اللفظ والتكلم به، ضرورة ان اللفظ في الجملة الإنشائية لا يكون علة لإيجاد الأمر الاعتباري، ولا واقعا في سلسلة علله فإنه يتحقق بالاعتبار النفساني، سواء كان هناك لفظ يتلفظ به أم لم يكن»(1).

2-إطلاق السبب على ذات الاعتبار النفساني والمسبب على المنشأ والمعتبر.

ذكره المحقق الأصفهاني(قده) وردّه بما حاصله: ان التغاير بين الاعتبار والمعتبر ليس تغايرا حقيقيا، إذ لا اثينية بينهما في الواقع كي يكون أحدهما سببا للآخر والآخر مسببا عنه، بل الحدث الواحد إذا لوحظ عاريا عن جميع النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية المبنية للفاعل أو المفعول فهو المبدأ الساري -الاعتبار- وإذا لوحظ مع النسبة الناقصة المصدرية المبنية للفاعل فهو المعتبر. عهد الخوئي
Al-Khoei Institute
فالفرق بين الاعتبار والإنشاء من جهة والمعتبر والمنشأ الحاصل منهما من جهة أخرى إنما هو بحسب اللحاظ دون الحقيقة والا فهما شيء واحد(2).

3-إطلاق السبب على المعاملة الصادرة من المكلف، والمسبب على إمضاء الشارع له وحكمه بترتب الأثر عليه، وبهذا اللحاظ يقال: ان البيع -مثلا- سبب للملك شرعا. وقد أورد عليه:

(1)محاضرات في أصول الفقه ج 1 ص 93- 94.

(2)انظر نهاية الدراية ج 1 ص 57.

أولاً: بأن النسبة بينهما نسبة الحكم الى موضوعه، فان فعل المكلف موضوع لحكم الشارع لا سبب له.

ثانياً: «ان المسبب هو ما يتعلق به الإمضاء من قبل الشارع المقدس فلا يعقل ان يكون هو نفسه، وإلا لزم تعلق الإمضاء بنفسه في مثل قوله تعالى (أَخْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ) و(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «النكاح سنتي» ونحو ذلك، فان المعنى حينئذ هو ان الله سبحانه أحل البيع الذي أحله، وأوجب الوفاء بالعقد الذي أوجب الوفاء به، وان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سنّ النكاح الذي سنّه وهكذا» (1).

إذا عرفت هذا، فلا أظن ان يكون مراده من السبب في كلامه هو المعنى الثالث- نفس المعاملات والحاصل من الإنشاء- وذلك:

أ- ان إطلاق السبب بالمعنى الثالث في كلماتهم نادر جداً، لما يتضمنه من التكلف، والعناية، والمتعارف في التعبير عن المعاملة هو المسبب.

ب- تصريحه (قدس سره) في رده على المحقق الأصفهاني (رحمه الله) الذي ذكر بأن الخيار في المقام عبارة عن رفع الشيء كرفع الملكية أو البيئونة الحاصلة بالطلاق بـ «ان رفع البيئونة أجنبى عن خيار الفسخ».

حيث يظهر منه الاعتراف بإمكان رفع البيئونة-المعنى المصدري والحدث العاري عن جميع النسب في الطلاق، المعنى الثالث للسبب- غاية انه يعتبره أجنبياً عن خيار الفسخ، باعتبار ان الفسخ يرجع -حسب مبناه- الى رفع السبب، ورفع السبب فرع وجوده، ولا وجود له بقاء في الإيقاع حتى يمكن رفعه على ما تقدم بيانه منه قدس سره.

وهذا يعني ان غرضه من السبب في مثل الطلاق ليس هو البيئونة، وإلا لكان يلزمه الاعتراف بإمكان جعل الخيار في الإيقاعات أيضاً.

إذا ينحصر المراد بالسبب في كلامه بين الاحتمالين الأولين، فاما ان يكون المراد منه نفس الصيغ، واما ان يكون إنشاء المعاملات الذي له قيام صدوري بالنفس، على حدّ تعبير أرباب الأصول.

وعلى كل من التقديرين فلا شاهد لما ذكره من التفصيل في السبب بين العقود والإيقاعات، وغاية ما يمكن ان يقال فيه هو ما ادعاه من اعتبار العقلاء والشرع للبقاء والاستمرار في الأول دون الثاني، وبهذا اللحاظ يصدق الحل والفسخ فيه دونه.

وهو كما ترى تكلف لا يخلو عن تحكم واضح، فان ثبوت الخيار في العقود عند العقلاء والشرع لا يكشف بحال عن اعتبارهم البقاء تعبدا لصيغ المعاملات، أو الاعتبار والقرار اللذين هما من أفعال النفس، وذلك لعدم تعلق الخيار وحق الفسخ بهما، فإن الصيغة بعد صدورها وتحققها غير قابلة للفسخ والرفع، وكذا المعاملة بالمعنى المصدري- أعني به المبدأ بانضمام النسبة الناقصة المصدريّة، إنشاء البيع واعتباره مثلا - وانما متعلق الخيار وحق الفسخ هو نفس المعاملة، وأعني بها المبدأ العاري عن جميع النسب حتى النسبة الصدورية المضافة إلى الفاعل، وهو ما يعبر عنه في كلماتهم غالبا بالمسبب.

ومن الواضح الجلي لكل أحد ان المسبب بهذا المعنى- ما يحصل من إنشاء المنشئ- سواء في العقود والإيقاعات لا يحتاج في بقاءه بعد وجوده وتحققه الى اعتبار من العقلاء أو الشرع، بل هو باق بحسب طبعه واقتضائه، حاله في ذلك حال الأمور المتأصلة، من دون ان يكون لأحد- سواء في ذلك العرف والعقلاء والشرع- دور غير إدراك هذه الحقيقة.

فكما ان بقاء الحجر -مثلا- في المكان الذي وضع فيه يكون بحسب اقتضاء طبعه الى ان يزيله عنه رافع، وليس للعرف والعقلاء إلا إدراكه، كذلك الأمور الاعتبارية أيضا، فإنه إذا اعتبر أحد شيئا مطلقا فقد حاز ذلك الشيء وجودا في ظرفه وتحققا في عالمه، وكان مقتضى طبعه هو البقاء الى ان يلحقه اعتبار العدم، من دون فرق بين ان يكون ما تحقق به عقدا أو إيقاعا أو إنشاء تكليف أو وضع. -

فإنه لا فرق بين إنشاء الإنسان مبادلة ماله بمال آخر وتمليك العين بعوض، وبين إنشاء الرجل البيئونة بينه وبين زوجته، وبين إنشاء الشارع الوجوب بقوله: (أَقِيمُوا الصَّلَاةَ*) (1) وبين إنشاء الوضع بقوله تعالى (إِنْ إِمْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ) (2) بل وبين تحصيل الطهارة الحدثية بفعل الوضوء أو الغسل -مثلا- أو الخبثية بغسل الثوب بالماء.

فإن المنشأ والمتحصل في جميع هذه الأمثلة والموارد أمر موجود بالوجود الاعتباري وله بقاء بحسب اقتضاء طبعه، من غير حاجة إلى إنشاء أو اعتبار من العقلاء أو الشرع أو العرف.

والحاصل: أن بقاء هذه الأمور بعد تحققها وحصولها، حقيقة يدركها العقلاء من غير أن يكون لهم دور فيها.

نعم، هناك بحث فلسفي في العلة والسبب في بقاء الأشياء ودوامها -سواء في ذلك الأمور التكوينية والاعتبارية- وإن الأكوان هل هي باقية أو متجددة؟ وعلى الأول فهل يفتقر الباقي إلى السبب المؤثر أم لا؟ وإن المؤثر في البقاء هل هو نفس السبب الموجب له أولا مستقلا أو هو بانضمام اقتضاء طبع هذه الأمور -كالثقل في الحجر- أو أمر آخر كجاذبية الأرض -مثلا- أو أنها بعد التحقق والوجود لا تحتاج إلى سبب ومؤثر في البقاء؟.

وقد تعرض الأصحاب لهذا البحث في بعض المباحث الفقهية -رغم اعترافهم الصريح بعدم ابتناء الأحكام الشرعية على هذه التدقيقات العقلية- فقد نقل الشيخ الأعظم (قده) في مكاسبه عن فخر الدين في الإيضاح بناءه للحكم ببقاء خيار المجلس للباقي في مجلس العقد باختياره بعد مفارقة صاحبه له إكراهًا، حيث ذكر: «أن هذا مبني على بقاء الأكوان وعدمه، وافتقار الباقي إلى المؤثر وعدمه وإن الافتراق

(1) البقرة: الآية 43.

(2) النساء: الآية 176.

فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي الى المؤثر يسقط، لأنه فعل المفارقة. وعلى القول ببقائها، واستغناء الباقي عن المؤثر، وثبوتية الافتراق، لم يسقط خياره، لأنه لم يفعل شيئا. وان قلنا بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلل، فذلك لم يسقط، وان قلنا انه يعلل سقط أيضا»(1).

إلا انه خارج عن محور حديثنا ومحل كلامنا، فاننا لسنا بصدد بيان ما هو السبب في البقاء والاستمرار، بل المهم في الحديث إثبات بقاء هذه الأمور كي يتصور في حقها الرفع أو الحل والفسخ أو النسخ، وهو متحقق بإدراك العقلاء وشهادة الوجدان، ولا حاجة الى اعتبار المعتبر كائنا من كان.

وتوهم دلالة قولهم عليهم السلام: «حلال محمد حلال أبدا إلى يوم القيامة وحرامه حرام أبدا إلى يوم القيامة، لا يكون غيره ولا يجيء غيره»(2) على جعل البقاء الاعتباري للأحكام.

واضح الفساد، فإنه ليس بصدد إنشاء البقاء للحلال والحرام، وانما المستفاد منه نفي التلاعب بالأحكام وتغييرها بالاستحسان، ودعوى اقتضاء الزمان ونحوه له، فمدلوله عبارة أخرى عن أبدية شرعة الرسول ودوام أحكامها وعدم جواز نسخها أو تبديلها من قبل البشر.

وأخيرا يتلخص حديثنا حول الدليل الرابع في النقاط الآتية: الأولى: ان الحديث عن الأسباب والمسببات في المعاملات حديث لا يرتضيه المحققون، وانما يتعرض له المتأخرون تبعا لما فعله المتقدمون، فيطلقون السبب تارة على الصيغة، واخرى على الإنشاء القائم بالنفس، وثالثة على المنشأ أي نفس المعاملة.

الثانية: الخيار وحق الفسخ انما يتعلق بنفس المعقود بالمعنى المعاملي-ما

(1) المكاسب ج 14 ص 28-30.

(2) الكافي ج 1 باب البدع والرأي والمقاييس ج 19.

الثالثة: ان دعوى اعتبار العقلاء والشرع البقاء للأسباب في العقود، دعوى خالية عن الشاهد وفاقة للدليل، فان الأسباب بالمعنى الأول -صيغ العقود- من الأمور المتأصلة غير القارة التي توجد وتتصرم وتنعدم، ولا أثر لبقائها كي يعتبر الشارع والعقلاء لها ذلك.

وكذلك الحال بالنسبة إليها بالمعنى الثاني -إنشاء المعاملة واعتبارها- فإنها أيضا من الأمور المتأصلة، وفعل صادر من النفس يتحقق في أن ثم ينتهي وينعدم، ولا أثر لبقائها كي يعتبره العقلاء والشرع.

الرابعة: ان المسببات -ما يحصل بالإنشاء- باقية بحسب اقتضاء طبعها، سواء في ذلك ما يحصل من العقد أو الإيقاع، حالها في ذلك حال الأمور التكوينية، وليس للعرف والعقلاء فيه شأن غير الإدراك. الخامسة: ان المهم في محل البحث هو إثبات البقاء ودوام الوجود لكي يتسنى تحقق مفهوم الفسخ والحل. وأما تحقيق علة الاستمرار وإثبات اتحاد الأكوان أو تعددها مع عدم حاجة الباقي الى المؤثر، فهو بحث فلسفي لا دخل له في محل الكلام نفيا أو إثباتا.

الدليل الخامس: ما افاده المحقق الأصفهاني (قده) من: «ان الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حل إلا بين أمرين ومرتبطين وهما القراران المعاملان المرتبطان، فلا يعقل الحل إلا في العقد، فلا يعقل ملك الفسخ والحل إلا في العقد» (1).

وأجاب عنه: «ان المشروط هنا المعبر عنه بالخيار رفع الشيء كرفع الملكية أو رفع البيئونة الحاصلة بالطلاق ونحوه.

مع ان عنوان الحل لا يقتضي كون الأمرين اللذين يتقوم بهما الحل قرارين مرتبطين، بل المسبب المرتبط بسببه إذا انفك عن سببه فقد انحل أحدهما عن الآخر،

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 48.

وهذا معقول في الإيقاع» (1).

وحاصل الجواب الأول ان الخيار في الإيقاع بمعنى الحق في إبطاله ورفعته ومن الواضح ان إبطال الشيء ورفعته لا يتوقف على قرارين مرتبطين.

وحاصل الجواب الثاني: لو سلمنا كون الخيار في المقام أيضا بمعنى الفسخ والحل فلا دليل على ضرورة كون طرفي الحل قرارين معامليتين، بل يكفي فيهما كونهما أمرين مرتبطين كارتباط المسبب بسببه.

الدليل السادس: ما افاده المحقق الأصفهاني (قده) أيضا من: «ان مضامين الإيقاعات نوعا أمور عدمية كزوال الزوجية في الطلاق، وزوال الرقية في العتق، وسقوط ما في الذمة في الإبراء، وحيث انها أمور عدمية، فالرجوع والرد فيها من اعادة المعدوم، بخلاف العقود فان مضامينها أمور وجودية، فلا محالة ليس ردها والرجوع فيها من اعادة المعدوم» (2).

وقد أجاب عنه بقوله: «ان حقيقة الفسخ والرجوع لبنا تملك جديد، وإثبات الزوجية والرقية جديدا بعنوان اعادة ما كان، والا فإعادة الملكية الزائلة في البيع أيضا إعادة المعدوم، وحكم الشيء لا يسري الى عنوانه واعتباره.

ومنه علم ان توهم ان الساقط عما في الذمة لا يعود فاسد، فان الساقط لا يعود حقيقة لا عنوانا، مع كونه ملكية جديدة، واشتغالا جديدا للذمة» (3).

وبعبارة اخرى: ان التعبير بإعادة الزوجية والرقية لا يعني إعادة الفرد الذي كان وانتفى بعينه، وانما هو في الحقيقة احداث لفرد ومصدق جديد، غاية الأمر انه حيث يكون في محل الفرد السابق ومثابها له يتصف بأنه اعادة لما كان، وإلا فهو في الحقيقة فرد مستقل في قبال الفرد المعدوم.

على ان الاشكال لا يختص بمفاد الإيقاعات، فإعادة الملكية الزائلة في البيع بالفسخ أو الإقالة إعادة للمعدوم، فإن ملكية المتاع قد انسلخت عن البائع وثبتت

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 48.

(2) تعلية الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 48.

(3) تعلية الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 48.

الدليل السابع: ما ذكره المحقق النائيني(قده) في وجه عدم جريان خيار الشرط في مطلق الإيقاعات «لأنه ليس فيها التزام وعهد من الموقع ولم يلتزم بمنشئه بالتزام عهدي وعقدي، وليس وجه عدم الجريان اعتبار وقوع الشرط بين اثنين كما يظهر من بعض الأعلام حتى يرد عليه بان كون الإيقاع من طرف واحد لا يقتضي عدم وقوع الشرط في ضمنه، لإمكان اشتراط الخيار في ضمنه وقبول الآخر لهذا الشرط، بل لأن حقيقة الشرط هو إنفاذ المنشأ به بحيث يصير الشرط ضمانة لأحد العوضين، وفي الإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط اليه.

وبعبارة أخرى: ليس الشرط مجرد ذكر شيء منضمًا إلى آخر، كما لو قيل: «بعثك الدار» و«أجرتك البستان» بل يجب أن ينافي المنشأ به، وفي الإيقاعات لو أنيط أصل المنشأ به بطلت للتعليق، ولو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، لكونه حينئذ مجانيًا وبلا عوض، وغير منضم إلى أحد الطرفين»(1). وفيه: أن غاية ما يعتبر في تحقق مفهوم الشرط وصدقة هو عدم كون الإلزام والالتزام مستقلين بحد ذاتهما، بل لا بدّ فيه من كونهما مرتبطين بنحو من العلة الربطية والتقيد بالمنشأ، وهو حاصل في الاشتراط في الإيقاع، فإن الإلزام حينما يكون في ضمنه ويتعلق به الإلتزام من الطرف الآخر -القبول- بما له من وصف الارتباط، يكون مجموع الإلزام والالتزام مرتبطين بذلك الإيقاع.

وأما كونهما بحيث يعدّان ضمانة لأحد العوضين فلم يقتضه دليل، ولا شاهد عليه. وبعبارة أخرى: أن من الصحيح القول بأن الشرط ليس مجرد ذكر شيء منضمًا إلى آخر، إلا أنه لا يقتضي كون الشرط ضمانة لأحد العوضين، بل يكفي فيه

(1)منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 55.

كونه مرتبطاً على نحو متقابل مع الذي أنشئ في ضمنه، بحيث لا يكون كل منهما مستقلاً تمام الاستقلال ومنفصلاً عن صاحبه.

وهذا صادق في الإيقاع ومتحقق في الشرط في ضمنه أيضاً، فإن الشرط مرتبط بالإيقاع بحيث لا استقلال له بذاته كي يكون من الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، ولا الإيقاع أجنبي عن الشرط ومنفصل عنه، وكأنه لا دور له فيه. ودعوى رجوع هذا إلى التعليق الباطل إجماعاً.

يدفعه: مضافاً إلى عدم اختصاصه بشرط الخيار في الإيقاع، بل الكلام فيه هو الكلام في اشتراطه في العقود أيضاً، فإن اعتبار التنجيز وعدم جواز التعليق فيهما على حد سواء. أن شرط الخيار لا يرجع إلى تعليق في المنشأ عقداً كان أو إيقاعاً، فإن ملكية العين المنشأة بالبيع ملكية أبدية، والبيئونة الحاصلة بالطلاق بينونة دائمة، غاية الأمر أن لمن له الخيار أن يرفع تلك الملكية والبيئونة بإبطال البيع والطلاق ورفع اليد عنهما، نظير تأثير الإقالة في العقد حيث لا تنافي بينها وبين كون المنشأ حين الإنشاء الملكية المطلقة. والحاصل: أن العلاقة الربطية القائمة بين شرط الخيار وبين الإيقاع ليست على حد تعليق الإيقاع عليه وتوقيته به، حالها في ذلك حال اشتراطه في العقد، وإنما الربط بينهما أنه - شرط الخيار - علاقة حاصلة مع الإيقاع تحقق لصاحبها حق اختيار الفسخ ورفع اليد عن المنشأ وإبطاله وفرضه كأن لم يكن، كما هو الحال في الإقالة، غاية الأمر أن الإقالة حق طبيعي للطرفين اقتضته السيرة العقلانية وبناء العقلاء وأمضاه الشارع المقدس، وحق الفسخ حق جعلي يحتاج في ثبوته إلى اشتراطه وأخذه في ضمن الإنشاء عقداً كان أو إيقاعاً. الدليل الثامن: دعوى كون اللزوم في الإيقاعات حكماً ذاتياً لها، فلا تتغير بالاشتراط أو غيره.

ذكره المحقق الأصفهاني (قده) وأوضحه بقوله: «منها-موانع اشتراط الخيار

في الإيقاعات-عدم إمكان الاستدلال بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» من حيث استثناء الشرط المخالف، والشرط المحلل للحرام، وذلك لدوران الأمر في شرط الخيار في الإيقاع بين كونه شرطه مخالفاً أو محلاً للحرام، وعدم كونه كذلك، ولا يجوز التمسك بالعام في المصداق المردد»(1).

وبعبارة أخرى: أن اللزوم في الإيقاعات لما كان حكماً ذاتياً لا يقبل التغيير، كان اشتراط الخيار فيها من الشرط المخالف للعقد أو الشرع باعتباره محلاً للحرام الذي لا يتغير ولا يتبدل.

وبذلك فلا يكون هذا الاشتراط مشمولاً لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، بل على العكس منه فهو مشمول للمستثنى: «إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل»(2) و«إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»(3) فلا يكون نافذاً.

ويكفي في المقام -من حيث النتيجة- الشك في نحو اللزوم في الإيقاعات، إذ ما لم يثبت كونه فيها كاللزوم في العقد حقاً قابلاً للتغيير، لا يجوز التمسك في تصحيح اشتراط ما ينافيه بأدلة الوفاء بالشرط، لأنه من التمسك بالعام في المصداق المردد بين المستثنى والمستثنى منه ولا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصادقية.

وقد ردّه (قده) بقوله: «ويندفع بما مر من الزعم في محله إن شاء الله تعالى، من جريان أصالة عدم المخالفة وعدم دخول الفرد المردد تحت عنوان المخصص»(4). وكان نظره (قده) إلى أن الذي يحتاج إلى الإثبات هو كون اللزوم في الإيقاع لزوماً حكماً لا يقبل التغيير أو التبديل، كي يصدق على الشرط المنافي له كونه مخالفاً وموجباً لتحليل الحرام، فمع الشك فيه -كما هو الحال في المقام، حيث لا شاهد يقتضي

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 49.

(2) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 2.

(3) الوسائل ج 12 باب 6 من أبواب الخيار ح 5.

(4) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 49.

ذلك-يتعين التمسك بالعام، لأصالة عدم المخالفة، وعدم إحراز كون الفرد مشمولاً بعنوان المخصص.

أقول: قد تقدم الحديث عن مقتضى الأصل عند التعرض للحديث عن الشرط المخالف للكتاب والسنة، ضمن البحث عن شروط صحة الشرط فراجع. الدليل التاسع: دعوى كون اللزوم في الإيقاعات حكماً ذاتياً لها بلحاظ عدم قبولها للتقايل.

وبهذا اللحاظ يختلف هذا الدليل عن سابقه بعد اشتراكهما في الابتداء على كون اللزوم في الإيقاعات حكماً ذاتياً لا يقبل التغير والتبدل، فإن الحديث عن كون اللزوم في الإيقاعات ذاتياً بهذا اللحاظ -عدم صحة التقايل- يجري حتى لو لم تكن النصوص مذيلة باستثناء الشرط المخالف، وما يستلزم تحليل الحرام أو تحريم الحلال أو قلنا بجريان أصالة عدم المخالفة عند الشك كما تقدم تبنيه من المحقق الأصفهاني(قده) في الدليل السابق.

وكيف كان، فقد تبني هذا الدليل الشيخ الأعظم(قده) في مكاسبه، معتبراً إياه العمدة في المنع.

قال(قده) ما نصه: «فالأولى الاستدلال عليه.. بعدم مشروعية الفسخ في الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها».

والرجوع في العدة ليس فسخاً للطلاق بل هو حكم شرعي في بعض أقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده، ومرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات، فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

وبالجملة فالشرط لا يجعل غير المسبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع، أو علم عدمه، بناء على أن اللزوم في الإيقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة، فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه في متن

الإيقاع.. ولا أقل من الشك في ذلك الراجع الى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع» (1.1).

وقد تصدى الاعلام لإيضاح هذا الدليل وتقريب المراد منه.

فقد ذكر المحقق الايرواني (قده) أن: «ما أفاده مؤلف من مقدمتين:

الاولى: وهي الكبرى، منع شمول: «المؤمنون»، شرطاً غير سائغ في ذاته، لانه سيق لإيجاب ما كان جائزاً في ذاته وليس مشرعاً كعنوان الضرر والاضطرار من العناوين الثانوية المزاحمة للعناوين الأولية، فالشرط مقتض حيث لا مقتضى على خلافه، نظير «الناس مسلطون على أموالهم».

الثانية: وهي الصغرى، وهي كل عقد أو إيقاع تطرق اليه بعض الخيارات وساغ فسخه، فذلك العقد أو الإيقاع جاز اشتراط الخيار فيه، ودخل في عموم: «المؤمنون عند شروطهم» دون ما لم يكن كذلك، والإيقاع كلية من قبيل ما لا سبيل للخيار اليه. والرجوع في الطلاق الرجعي حكم شرعي لاحق، ولذا لا يقبل الإسقاط» (2.2).

أما المحقق الأصفهاني فقد أفاد: «أن شرط شيء في ضمن العقد أو الإيقاع يتوقف على مشروعية ذلك الشيء في نفسه، والفسخ علم مشروع عيته في البيع لدخول بعض الخيارات فيه، ولصحة التقايل فيه، وكذا غيره من العقود التي علم صحة التقايل فيها وان لم يعلم دخول خيار فيها شرعاً، والإيقاعات لم يثبت فيها خيار شرعاً حتى يستكشف منه مشروعية الفسخ فيها، ولا صحة التقايل فيها، وبعد عدم مشروعية الفسخ فيها ولوبالتقايل لا معنى لنفوذ شرطه.

وتقريب هذا التفريع بأحد وجهين:

الأول: ان نفوذ الشرط معناه إلزام المشروط عليه وعدم جواز الامتناع منه،

(1) المكاسب ج 15 ص 105-113.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 26.

الثاني: ما افاده المصنف العلامة(قده) في آخر كلامه من ان الإلتزام في ضمن العقد - مثلاً- بمنزلة رضى المتعاقدين بعد العقد، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافياً في انحلاله، كان في ضمن العقد كافياً في أحداث السلطنة على حله، وإذا لم يكن تراضيهما بعد العقد كافياً في ذلك فلا معنى لكون التراضي في ضمن العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حله»(1). في حين أوضحه السيد الخميني بقوله: «ان شرط رفع السبب عن محله باطل، لانه محال، وشرط رفعه بعد تحققه ليرتب عليه رجوع ما عدم، فرع كونه باقياً ومؤثراً في وجوده البقائي، وهما مفقودان، فلا بد من الإلتزام بجعل الشرط ما ليس بسبب سبباً، وما ليس بمسبب مسبباً، ضرورة ان عدم لا يعقل فيه السببية والمسببية، والإبراء تعلق بالوجود، فصارت الذمة بريئة، وبعدها لا شيء صالح للسببية والمسببية في عدم عرفاً وعقلاً، فلا بد من جعل الشرط المعدوم مسبباً وسبباً، بل لا يكفي مجرد ذلك، فلا بد من اعتبار الوجود بعد سلب سبب عدم، ودليل الشرط لا يصلح لشيء مما ذكر.

وينبغي ان يكون هذا مراد الشيخ(قده) بأن دليل الشرط لا يجعل ما ليس بسبب شرعاً سبباً، وهو حق، لأن شرط كون صيغة البيع طلاقاً أو صيغة الطلاق بيعاً، والسعال إيجاباً والعطسة قبولا، فاسد غير عقلائي ولا شرعي.

مع ان احتمال كون هذا الشرط مخالفاً للشرع كاف في عدم جواز التمسك بدليله، للشبهة المصداقية»(2).

والذي يتحصل مما تقدم: ان جميع تلك الأقوال تتلخص في ضرورة إحراز تأثير الفسخ في الإيقاع بحيث يحرز سببته شرعاً لرفعه، ليصح فرضه وإلزام الطرف الآخر

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 48.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 255- 256.

به بالشرط، وإلا فالشرط لا يجعل غير السبب سببا شرعا.

وهذه السببية إنما يمكن إحرازها عن طريق قبول المورد للتقايل، باعتبار أن التراضي المتأخر عن العقد إذا كان كافيا في حله ورفعته، كان التراضي في ضمن العقد كافيا في أحداث السلطنة على حله وفسخه.

وحيث أن هذا المعنى غير ثابت في الإيقاع باعتبار أنه لا يقبل التقايل، ولا يرتفع بالتراضي والاتفاق على حله، فلا يصح اشتراط الخيار فيه.

إلا أن هذا الدليل بتوجيهاته المختلفة لا يصمد -كسوابقه- أمام النقد، فقد أورد عليه المحقق الأيرواني (قده) بأن: «عموم: (المؤمنون) لا يقصر عن عموم مثل دليل نفي الضرر، فهو مقتض في قبال الاقتضاءات الأولية، نعم لما تذييل باستثناء الشرط المحلل للحرام وبالعكس، لم يجز الأخذ به إلا في شرط ثبت مشروعيته في ذاته، وكفاك شاهدا على ما قلناه اشتماله على هذا الاستثناء» (1).

وبعبارة أخرى: أن عمومات المؤمنون عند شروطهم ونفي الضرر وما شاكلها لا تتنافى مع مقتضيات الأدلة بالعناوين الأولية، فإن الأدلة الأولية إنما تثبت الأحكام على نحو الاقتضاء الأولي الذي يقتضيه طبع العقد لو خلي ونفسه، في حين أن هذه الأدلة إنما تثبت الحكم لذلك الشيء بلحاظ حالة طارئة له ووصف عارض عليه، فلا منافاة بين كون الشيء مباحا في حد ذاته وواجبا بلحاظ تعلق النذر أو العهد به.

نعم بلحاظ ما ورد في ذيل هذه النصوص، يعتبر أن لا يكون الشرط محرما في حد ذاته وقبل دخوله في حيز الاشتراط، كاشتراط شرب الخمر، أو إباحة زوجة المشروط عليه. ومما يشهد على صحة ما ذكرناه وجود الاستثناء: «إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» في ذيل تلك النصوص، فإنه لو لم يكن مقتضى الأدلة إثبات الأحكام للأشياء والأفعال بطبعها الأولى، ومع قطع النظر عما يطرأ عليها من تعهدات شرعية

(1) تعلية الأيرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 26.

والتزامات موجبة لتبديل الحكم الأولى، لكان الاستثناء لغوا محضاً، إذ ليس هناك ما لا يكون مشمولاً به، فإن الاشتراط -كائناً ما كان- يرجع لا محالة إلى تغيير في مدلول المعاملة بالإلزام أو جواز.

وأما إناطة جواز اشتراط الخيار بدخول شيء من الخيارات في تلك المعاملة- عقداً كانت أو إيقاعاً- وجواز فسخها بالإقالة، فلا دليل عليها، بل «ضابط عدم مخالفة شرط الخيار للشرع هو كون سلطنة حل المعاملة بيد المتعاملين ولو بالإقالة، ليكون مآل اشتراط الخيار لواحد اشتراط استقلال ذلك الواحد بهذه السلطنة، كما أن مآل اشتراطه لكل منهما هو جعل كل واحد مستقلاً بالسلطان، لا أن يكون سلطاناً واحداً قائماً بهما جميعاً لاحتاج إلى اجتماعهما في الرأي. فحينئذ يجوز اشتراط الخيار ولم يكن الشرط داخلاً في المحرم للحلال أو المحلل للحرام» (1).

والحاصل: أنه ليست العبرة في صحة اشتراط الخيار جواز التقايل الذي هو حق واحد قائم بهما جميعاً، بل العبرة بكون سلطنة حل المعاملة وإبطالها بيدهما، والذي يتلخص بكون اللزوم حقاً لهما لا يعدوهما لا حكماً شرعياً مفروضاً عليهما.

وأما المحقق الأصفهاني فقد أجاب عن الدليل على وفق التقريبين اللذين ذكرهما له، فقال: «والجواب عن التقريب الأول ما أشرنا إليه سابقاً من أن شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفية والوضعية، بل مقتضاه جعل حق الحل والإلزام، وعدم جواز امتناع المشروط عليه أثر الحق المجعول لا هو متعلق الشرط، ولا حكم نفس الشرط ابتداءً، وجعل الحق لا يجب أن يكون متفرعاً على جواز الحل من المشروط له ولو بالتقايل، كما في جعل الخيار في البيع للأجنبي، فإنه نافذ مع أنه ليس للأجنبي جواز الحل، ولا يصح منه التقايل ولو بالتراضي مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، وليس جعل الخيار للأجنبي بعنوان التوكيل، ليقال بكفاية التقايل من الموكل في نفسه.

والجواب عن التقريب الثاني: أن اعتبار كون شرط الخيار بمنزلة التراضي

(1) تعليقة الأيرواني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 26.

بالتقاييل حتى يكون تقايلا تنزيليا بضميمة حكم المشهور بوجوب الوفاء، بلا موجب لا من قبل الشارع ولا من قبل جاعل الشرط.

أما من قبل الشارع فواضح، إذ ليس إيجاب الوفاء إلا إيجاب القيام بما يقتضيه الشرط، وجعل الحق الذي تسبب إليه أحدهما على الآخر كجعل الحق ابتداء، حيث أنه ليس بعناية قيامه مقام التقاييل، كيف وهو حق قهري على من عليه الحق لا ابتداء ولا بالآخرة. وأما من قبل المشروط له والمشروط عليه فليس الشرط المحقق لحق الخيار إلا كسائر الشروط المحققة لنحو آخر من الحق من دون نظر إلى تحصيل التراضي المحقق للتقاييل بعد العقد حال العقد.

وأما ما تكرر في كلامه (قده) من أن الشرط لا يجعل غير السبب سببا شرعا، والفسخ لم يعلم سببته شرعا لرفع المعاوضة، فلا يكون باشتراطه سببا شرعا.

فمندفع: بأن الفسخ نفس رفع العقد لا أنه سبب له، وليس الكلام في سببية صيغة فسخت لحصول الفسخ بالحمل الشائع، إذ لا قصور في الصيغة، بل الصيغة المزبورة إذا صدرت ممن له الحق تكون مؤثرة، والمفروض ثبوت الحق بالشرط كسائر الحقوق الثابتة به، وليس الكلام في صيرورة نفس الشرط سببا لحل العقد، مع أن سببية الشرط للانفساخ على حد شرط النتيجة لا مانع منها عنده (قده) فيما لم يعلم له سبب مخصوص كالنكاح والطلاق مثلا- لا كالملكية والانفساخ» (1).

والحاصل: أن إناطة جواز اشتراط الفسخ بإمكان التقاييل في المعاملة -عقدا كانت أو إيقاعا- لا دليل عليها، والأحكام الشرعية الثابتة للمعاملات أحكام لها على نحو اقتضاء طبعها الأولي له، ومع قطع النظر عما يرد عليها، فلا تتعارض مع اشتراط خلافها. نعم، هناك أحكام معينة لموارد خاصة دلّ الدليل الخاص على عدم انفكاكها عنها حتى تحت العناوين الطارئة.

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 48.

استشهد غير واحد من الاعلام لإثبات جواز اشتراط الخيار في الإيقاع ببعض النصوص الواردة في موارد خاصة من الإيقاعات، ونحن نتعرض لتلك النصوص مع ذكر ما قيل في توجيه الاستدلال وردّه لنقف في النهاية على ما يقتضيه الحق والتحقيق.

واعتقد ان من الغني عن البيان ذكر ما لهذا البحث من أهمية، فإنه لو ثبت إمضاء الشارع المقدس لشرط الخيار ولو في مورد واحد من الإيقاع، لبطل كل ما تقدم من الأدلة، وكان الوقوع أدل دليل على الإمكان العقلي الذي يقابل الامتناع، والشرعي الذي يقابل كونه من الشرط المخالف، أو المحلل للحرام والمحرم للحلال.

وكيف كان، فالحديث يكون في موارد



النصوص الواردة في الاشتراط في العتق على صنفين -1: ما يتضمن الشرط بالمعنى العام.

-2 ما يتضمن اشتراط الخيار بخصوصه.

فمن الصنف الأول ما رواه أبو العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة، قال: هو حر وعليه العمالة» (1).
وعن محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن أبان مثله، إلا أنه زاد «قلت: إن ابن أبي ليلى يزعم أنه حر وليس عليه شيء، قال: كذب، إن عليا أعتق أبا نيزر وعياضا ورباحا وعليهم عمالة كذا وكذا سنة، ولهم رزقهم وكسوتهم بالمعروف في تلك السنين» (2).
وبإسناده أيضا عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل قال لغلامه: أعتقك على أن أزوجه جاريتي هذه، فإن نكحت عليها أوتسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك، فنكح أوتسرى أ عليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه. قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه على أن يزوجه ابنته وشرط عليه أن تزوجه أوتسرى عليها فعليه كذا وكذا، قال: يجوز» (3).
وعن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يقول لعبده:

(1) الوسائل ج 16 باب 10 من أبواب كتاب العتق ج 2.

(2) الوسائل ج 16 باب 10 من أبواب كتاب العتق ج 3

(3) الوسائل ج 16 باب 12 من أبواب كتاب العتق ج 1.

أعتقك على أن أزوجه ابنتي فإن تزوجت عليها أوتسريت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك وزوجه فتسرى أوتزوج، قال: عليه شرطه» (1).

ومن الصنف الثاني ما رواه إسحاق بن عمار وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويؤوجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه» (2).

أما الصنف الأول فقد تفصي بعض الأصحاب عنه بعدم ثبوت كون المورد من اشتراط العمالة في ضمن العتق ليكون دليلاً على صحة الشرط في الإيقاع، بل من الممكن أن يكون ذلك استثناء من فك الملك والتحرير كالهبة مسلوقة بالمنفعة.

وبعبارة أخرى: إن العبد لما كان بعينه وجميع منافعه مملوكاً لمولاه، وكان العتق فكاً للملك وتنازلاً عنه، كان للمولى استثناء ما يشاء عند العتق وفك ملكه.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في التفصي عن الاستدلال بالنص على جواز الاشتراط في الإيقاع.

غير أن هذا التوجيه إنما يتم بالقياس إلى النصين الأولين من الصنف الأول، ولا يتم بالنسبة لروايتي عبد الرحمن بن أبي عبد الله ومحمد بن مسلم، فضلاً عما رواه إسحاق بن عمار، فإنه لا مجال لحمل شيء منها على الاستثناء حين العتق، وظهور الاشتراط فيها أجلى من أن يخفى.

وقد تكلف بعض الأعلام بتوجيهها فذكر في توجيهه صحيحتي عبد الرحمن ومحمد بن مسلم أنه: «يحتمل فيها أن يكون التزويج والإلزام بالمائة على تقدير النكاح أو التسري كلها شرطاً في العتق، وأن يكون التزويج شرطاً فيه، والآخر شرطاً في النكاح، وأن يكون المراد من قوله: «على أن أزوجه» بمعنى أن المقابلة كانت على أن يعتقه لتزويج البنت والشرط فيه، فأعتقه وزوجه وشرط عليه ما ذكر.

ثم إن احتمال أن يكون التزويج شرطاً في العتق يبعده أن يكون ذلك الشرط

(1) المصدر نفسه ح 3.

(2) الوسائل ج 16 باب 12 من أبواب كتاب العتق ح 2.

غير معهود، بل من المستنكر عند العقلاء، فإن الأب لا يشترط على شخص أن يزوجه ابنته، ولو فرض بعيدا أن يتفق ذلك لا بدّ وأن تكون العبارة: «أعتقتك على أن تتزوج ابنتي» حتى يكون الشرط على الزوج.

والظاهر أن المولى لما رأى العبد شخصا صالحا لائقا لأن يزوجه ابنته وإنما العيب فيه هو الرقية، أراد أن يجعله عاتقا لرفع العيب والعار، ثم تزوجه بالشرط الكذائي، كما يكشف ذلك من موثقة إسحاق المتقدمة، حيث قال فيها: «ان الرجل يعتق مملوكه ويزوج ابنته ويشترط عليه كذا» وهذا أمر صحيح معقول (1).

فيها وجه دلالة صحيحة إسحاق بن عمار بأن: «الظاهر منها إرجاع الرق وردّ المعتق إليه على القول بجوازه، لا إبطال العتق وفسخه وحله، وهو واضح» (2). وظواهر التكلف والتجشم في كلامه واضحة بيّنة.

أما ما ذكره بالنسبة للصحيحين الأوليين، فيدفعه أن مجرد عدم معهودية اشتراط الأب على الولد التزوج من ابنته لا يكون مرجحا لكون الشرط شرطا في النكاح دون العتق، كيف وشرطية التزويج من ابنته أو ما عتبر عنه بالمقولة على أن يعتقه لتزويج البنت، مرتبطة بالعتق جزما سواء أ كان اشتراط المال مربوطا بالعتق أيضا أم كان مربوطا بالنكاح، فإنه يعتقه على أن يتزوج ابنته أوليتزوج ابنته، فإن نكح عليها أوتسرى يكون عليه مائة دينار.

فما استبعده وجعله مستنكرا عند العقلاء واقع على كل تقدير، ولا يرتبط بكون اشتراط المال متعلقا بالعتق أو النكاح، على أن الموجود في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله: «أعتقتك على أن أزوجك جاريتي هذه» فلا يكون مشمولا لما استبعده وجعله مستنكرا.

هذا مضافا إلى منافاته لظهور قول السائل في صحيحة عبد الرحمن: «فأعتقه

(1) كتاب البيع ج 4 ص 259.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 257.

على ذلك» في كون الشرط شرطاً في العتق لكونه سابقاً على النكاح، حيث إن المفروض أنه أعتقه ثم زوجه جاريته أو ابنته، على ما اعترف به هو (قده) أيضاً.

وبعبارة أخرى: إنه لما كان المفروض تأخر النكاح عن العتق كما هو ظاهر قول السائل في صحيحة عبد الرحمن: «فأعتقه على ذلك» وصريح قوله في صحيحة محمد بن مسلم: «فأعتقه على ذلك وزوجه» كان مقتضى قوله: «فأعتقه على ذلك» كون الشرط متعلقاً بالعتق ولو باشتراطه في ضمن ما هو شرط فيه، وإلا فلوعاد الشرط إلى النكاح وكان العتق مطلقاً لم يكن هناك ما يقتضي إلزامه به لو أراد عدم الموافقة عليه في عقد النكاح.

ومجرد ورود السؤال في رواية على نحو يكون ظاهراً في تعلق الشرط بالنكاح لا يعني لزوم إرجاع الشرط في جميع موارد الأسئلة إليه وكأنه لا يمكن غيره، وإن كان ذلك على خلاف ظاهر النص جداً كما عرفت.

وأوضح مما ذكره تكلفاً ما أفاده في توجيه صحيحة إسحاق بن عمار، فإن حمل قوله: «إن يردّه في الرق» على إرجاع المعتق إلى رقية جديدة، وكأنه استرقاق للحر ومن غير ارتباط له بسابق حاله، تعقيد لسلسلة الفهم العرفي وبساطة الدرك المحاوري، فإنه لا إشكال في استلزام كل فسخ وحل لتبديل الحالة وتغييرها إلى عكسها، فمن لم يكن قبل الفسخ مالكا يصبح مالكا، ومن كان قبله مالكا يسلب عنه الملكية، وعليه فليس من الغريب أن يقال إن الصحيحة تضمنت إرجاع الرق ورد المعتق إليه، إلا أن من الغريب دعوى كونه من غير جهة إبطال العتق وفسخه وحله، مع أن الصحيحة تضمنت تعبير «الرد» الظاهر في الإرجاع إلى ما كان عليه وكان شيئاً لم يحدث.

على أن الاسترقاق الابتدائي يتوقف على أسباب خاصة ليس منها الشرط جزماً، خصوصاً إذا كان الحر مسلماً -كما هو ظاهر مورد الرواية- إذ لم يعهد لجواز استرقاقه ابتداءً مورد على الإطلاق.

وهو ما يعني لزوم طرح الصحيحة ورد علمها إلى أهلها لتضمنها ما ثبت بالضرورة بطلانه، كيف وقد عمل معظم الأصحاب بها وأفتوا مضمونها.

قال شيخ الطائفة (قده) في النهاية: «فإن شرط عليه -المعتق- أنه متى خالفه في فعل من الأفعال، كان ردا في الرق، فخالفه، كان له رده في الرق» (1).

وقال العلامة (قده): «ولو شرط إعادته في الرق إن خالف أعيد مع المخالفة» (2). وعلق عليه الفاضل الهندي بقوله: «وفاقا للشيخ وجماعة، لأن: «المؤمنين عند شروطهم» ولأن إسحاق بن عمار سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه» (3). وفي كفاية الأحكام: «ولو شرط إعادته في الرق إن خالف ففي صحة العتق والشرط أوبطلانهما، أوصحة العتق خاصة أقوال، اختار أولها الشيخ في النهاية، وثانيها الفاضلان في النكت والمختلف، وثالثها ابن إدريس والشيخ فخر الدين.

والقول الأول لا يخلو عن رجحان لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» وخصوص موثقة إسحاق بن عمار وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام» (4).

وقال المحقق (قده): «ولو شرط على المعتق شرطا في نفس العتق، لزمه الوفاء به، ولو اشترط إعادته في الرق إن خالف أعيد مع المخالفة، عملا بالشرط» (5).

والحاصل: أن دلالة النصوص على قبول العتق للشرط بقول مطلق بما فيه شرط الخيار أوضح من أن يخفى، وما قيل في صرف ظهور دلالتها على ذلك لا يشكل إلا محاولة لتحريف مجرى ظهور النص إلى نتيجة مفروضة من بادئ الأمر، وإن استلزم

(1) النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ص 542.

(2) قواعد الأحكام/كتاب العتق/الفصل الثاني في أحكامه.

(3) كشف اللثام/كتاب العتق/الفصل الثاني في أحكامه.

(4) كفاية الأحكام/كتاب العتق/المبحث الخامس/المسألة الأولى.

(5) شرائع الإسلام ج 3 ص 90.

ذلك نوعاً من الإجحاف، أو كثيراً من العناية والتحميل.

خلاصة البحث:

وأخيراً يتلخص البحث في نقاط: الأولى: تمامية دلالة النصوص على جواز اشتراط

الخيار في العتق فضلاً عن غيره من الشروط.

الثانية: عدم تمامية دعوى الإجماع على عدم قبول العتق للشرط بقول مطلق،

أو خصوص شرط الخيار، لما عرفته من تصريح كثير من أعظم الأصحاب بجواز

اشتراط عود المعتق رقا إن هو خالف ما اشترط عليه.

«ودعوى أن الحر لا يعود رقا، لا دليل عليها على الإطلاق بحيث يشمل الحرية

المتزلزلة، كما في جملة من المقامات المذكورة في كتاب العتق وغيره» (1).

الثالثة: أن التوجيهات المذكورة لصرف ظهور النصوص بعيدة كل البعد عن مفاد

النصوص، وملامح التكلف والتجشم واضحة عليها.

(1) جواهر الكلام ج 23 ص 64.



تضمنت بعض النصوص الحكم بجواز بيع الوقف عند الحاجة اليه، ان كان الواقف قد اشترط ذلك عند إنشائه الوقف.

وقد صارت هذه النصوص موردا للأخذ والرد، والنقض والإبرام بين الاعلام، فمنهم من عمل بها على ظواهرها، ومنهم من رفضها لعلّة أو أخرى، منهم من حاول توجيهها وحملها على ما ينسجم مع ما يعتقده من المسلمات.

ونحن نتعرض أولا لذكر النصوص التي استدل بها على المدعى خفيا أو إثباتا- ومن ثمّ الأقوال والتوجيهات المذكورة في المسألة، لنقف أخيرا على ما يمكن اعتباره مقتضى التحقيق.



أما النصوص فهي:

1- صحيحة إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت إلى شيء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أويمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثا على اهله» (1).
وقد ذكر الأصحاب أن المراد بالصدقة فيها هو الوقف.

2- صحيحة محمد بن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام «في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله» (2).

3- ما ورد صحيحاً في وقف أمير المؤمنين عليه السلام: «وإنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد في حل محل لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقتضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه» (3).
وامام هذه النصوص اختلفت مواقف الاعلام ووجهات نظرهم، والأقوال التي تبناها أربعة:

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الأول: القول بصحة الوقف والشرط معاً.

الثاني: بطلانهما معاً.

الثالث: صحة الشرط وانقلاب الوقف حبساً.

(1) الوسائل ج 13 باب 3 في أحكام الوقوف والصدقات ح 3.

(2) الوسائل ج 13 باب 2 في أحكام الوقوف، والصدقات ح 1.

(3) الوسائل ج 13 باب 10 في أحكام الوقوف والصدقات ح 4.

قال الشيخ(قده) في النهاية: «ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه، كان الشرط صحيحا وكان له أن يفعل ما شرط، إلا أنه إذا مات والحال ما ذكرناه رجع ميراثا، ولم يمض الوقف»(1).

وفي المبسوط: «إذا وقف وقفا وشرط فيه ان يبيعه أي وقت شاء، كان الوقف باطلا، لانه خلاف مقتضاه، لان الوقف لا يباع»(2).

وقال العلامة في القواعد: «ولو شرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وصار حبسا وبطل وقف، بل يرجع اليه مع الحاجة ويورث، ولو شرط الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف»(3).

وقال المحقق في الشرائع: «ولو شرط عوده اليه عند حاجته، صح الشرط وبطل الوقف وصار حبسا يعود اليه مع الحاجة ويورث»(4).

وقال الشهيد الثاني(قده) في الروضة: «وكذا يبطل - لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء، أوفي مدة معينة. نعم، لو وقفه على قبيل هومنه ابتداء أوصار منهم شارك، أو شرط عوده اليه عند الحاجة، فالمروي والمشهور اتباع شرطه»(5).

وفي جامع المقاصد: «ففي صحة الشرط والعقد وبطلانهما، وصحة الشرط على أن يكون حبسا ويبطل كونه وقفا، ثلاثة أقوال للأصحاب.

الأول: صحتهما، فان حصلت الحاجة ورجع صح الرجوع وعاد ملكا، وإن لم يرجع حتى مات كان وقفا نافذا، وهو مختار السيد المرتضى في ظاهر كلامه وصريح كلام المصنف في المختلف، عملا بمقتضى العقد.

(1)النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ص 595.

(2)المبسوط/كتاب الوقوف والصدقات.

(3)قواعد الاحكام/كتاب الوقوف/المطلب الأول.

(4)شرائع الإسلام ج 2 ص 179.

(5)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 2 ص 171- 172.

الثاني: بطلانهما، وهو مختار الشيخ وابن إدريس، لأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم لم يعد إلى المالك على حال، فيكون فاسدا ويفسد به العقد.

الثالث: صحة الشرط على أن يكون حبسا لا وقفا، واختاره المصنف هنا، وفي التذكرة والتحرير، لما بينهما من الاشتراك، ولما رواه إسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام... والأصح هو الثالث» (1).

وقد بسط كل من العلامة (قده) في المختلف، والشهيد الثاني (رحمه الله) في المسالك الكلام في هذه المسألة وأقوالها وأدلتها.

قال في المختلف: «مسألة: قال السيد المرتضى: مما انفردت به الإمامية القول بأن من وقف وقفا جاز أن يشترط أنه إن احتاج إليه في حال حياته كان له أن يبيعه والانتفاع بثمنه.

وقال المفيد: متى اشترط الواقف في الوقف أنه إن احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه في مصالحه.

وللشيخ قولان. قال في النهاية: إذا شرط الواقف أنه متى احتاج إلى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه، كان الشرط صحيحا، وكان له أن يفعل ما شرط، إلا أنه إذا مات والحال ما ذكرناه رجع ميراثا ولم يمتز الوقف.

وقال في المبسوط: إذا وقف وقفا وشرط فيه أن يبيعه أي وقت شاء كان الوقف باطلا لأنه خلاف مقتضاه.

وقال سائر: فإن اشترط رجوعه فيه عند فقره كان له ذلك إذا افتقر.

وابن البراج وافق كلام الشيخ في النهاية، وابن حمزة وافق كلامه في المبسوط، وكذا ابن إدريس.

وقال ابن الجنيد: إذا اشترط الموقوف أن له الرجوع فيما أوقف وبيعه لم يصح الوقف.

(1) جامع المقاصد في شرح القواعد ج 1 كتاب الوقوف والعطايا.

لنا أصالة صحة العقد والشرط معا، ولقوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وما رواه محمد بن الحسن الصفار.. الرواية، وسأل إسماعيل بن الفضل الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله...

الرواية، ولأن الوقف المشروط سائغ إجماعا، فإذا زال الشرط الذي علق عليه الوقف لم يكن ماضيا، فإذا كان العقد قابلا للشرط والموقوف عليه قابلا للنقل عنه الى غيره فأى مانع من خصوصية هذا الشرط، ولأن الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه. احتج المانعون بأنه شرط ينافي عقد الوقف فبطل الوقف لتضمنه شرطا فاسدا.

والجواب المنع من منافاة الشرط العقد، وانما يكون منافيا لو لم يكن الوقف قابلا لمثل هذا الشرط وهو المتنازع.

واحتجاج ابن إدريس بالإجماع خطأ، فانا قد ذكرنا ان ما صرنا اليه قول أكثر علمائنا، حتى ان السيد المرتضى ادعى الإجماع عليه، واحتج بان كون الشيء وقفا تابع لاختيار الواقف وما يشترطه فيه، فإذا شرط لنفسه ما ذكرناه كان كسائر ما شرطه. واعتراض على نفسه بان هذا شرط يناقض كونه وقفا وحسبنا بخلاف غيره من الشروط، وأجاب انه غير مناقض، لانه متى لم يجز الرجوع فهو ماضى على سبيله، ومتى مات قبل العود نفذ أيضا نفوذا ثابتا، وهذا حكم ما كان مستفادا قبل عقد الوقف، فكيف يكون ذلك نقضا لحكمه وقد بينا ان الحكم باق، ولا يجوز قياس الوقف على العتق لان القياس باطل، وأيضا الفرق واقع فان العتق لا يصح دخول شرط ما من الشروط فيه والوقف يدخله الشرط كقوله هذا وقف على فلان فإذا مات فعلى فلان، وإذا صح دخول الشرط فيه، صح دخول هذا الشرط.

ثم اعترض فقال: فان قيل فقد خالف أبو علي بن الجنيد فيما ذكرتموه، وذكر أنه لا يجوز للواقف ان يشترط لنفسه بيعه له على وجه من الوجوه، وكذلك فيمن وقف عليه انه لا يجوز له ان يبيعه.

ثم أجاب عنه: بأنه لا اعتبار بابن الجنيد وقد تقدمه إجماع الطائفة وتأخر أيضا

عنه، وإنما عول في ذلك على ظنون له وحسابات وأخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها» (1). وقال الشهيد (قده) في المسالك تعليقا على قول الماتن: ولو شرط عوده إليه عند حاجته صح الشرط وبطل الوقف وصار حبسا، ويعود إليه مع الحاجة ويورث، ما لفظه: «البحث هنا يقع في موضعين:

الأول: في صحة هذا الشرط وفيه قولان: أحدهما: واختاره المعظم، بل ادعى المرتضى عليه الإجماع، صحة العقد والشرط، لعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و«المؤمنون عند شروطهم» ، وقول العسكري «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» ولخصوص رواية إسماعيل بن الفضل قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال: ان احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فإني أحق به، أله ذلك وقد جعله الله، وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل أ يرجع ميراثا أو تمضي صدقته؟ قال: يرجع ميراثا على أهله» والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقريضة الباقي، ولأن الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالإجارة.

وثانيهما: البطلان، ذهب إليه الشيخ (رحمه الله) في أحد قوليه، وابن إدريس والمصنف في النافع، لأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم لم يعد إلى المالك على حال فيكون فاسدا ويفسد به العقد به الخوئي
Al-Khoei Institute
وأجابوا عن الأول: بأن وجوب الوفاء بالعقد والكون مع الشرط مشروط بوقوعه على الوجه الشرعي، وهو عين المتنازع فيه، وصحة الشرط المذكور ممنوعة، فإنه عين المتنازع، والرواية الخاصة في طريقها إبان، والظاهر أنه ابن عثمان وحاله معلوم. وفيه: أنه لا شبهة في كون الواقع عقدا صح أم فسد، والحاصل فيه شرطا، فيتناولهما العموم، حيث لا اتفاق على بطلانهما، وإن كان من المتنازع، وهذا آت في كثير

(1) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة/المجلد الثاني ص 32.

وأما أبان بن عثمان فقد اتفقت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، فلا يقدم الطعن في مذهبه، وقد انضاف الى ذلك اتفاق الأصحاب أو أكثرهم على العمل بمضمون حديثه. ومن ذلك يظهر بطلان حجة المانع، والعجب ان ابن إدريس ادعى الإجماع على البطلان مع تصريح المرتضى عنه بالإجماع على خلافه، ووافقه المفيد والشيخ في النهاية وابن البراج وسائر وغيرهم ممن سبقه، وحينئذ فالعمل بالمشهور أجود. والثاني: على تقدير الصحة والحاجة يجوز اليه الرجوع ويصير ملكا ويبطل الوقف، وان لم يرجع أولم يحتج حتى مات يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حبسا أم يستمر الوقف على حاله؟ قولان.

اختار المصنف هنا والعلامة وجماعة الأول عملا بمقتضى الرواية الخاصة، ولاشتراك الوقف والحبس في كثير من الأحكام، ولأن الوقف لما كان شرطه التأييد الشرط ينافيه حمل على الحبس ولم يخرج عن ملك المالك، بل يورث عنه بعد موته وان لم يحتج إليه.

فإن قيل: إذا كان قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجة فإذا مات قبل حصولها ورجوعه وجب ان يبقى على ما كان، عملا بمقتضى الغاية، وإلا لزم جعل ما ليس بغاية غاية ما.

قلنا: الحاجة بتحقق الموت لانتقال الملك الى الوارث، ولا يعقل بقاء الحبس بعد الموت، والرواية تؤيد ذلك.

وذهب المرتضى والعلامة في المختلف الى الثاني، لأن صحة الشرط يقتضي العمل بمقتضاه ومقتضى العقد، فان رجع الواقف بمقتضى شرطه بطل الوقف عملا بالشرط، وإن لم يرجع ومات كان على حاله عملا بمقتضى العقد. وهذا حسن ان لم يعتبر الرواية، وإلا فالأول أحسن» (1).

(1) مسالك الافهام ج 1/ كتاب الوقوف والصدقات.

وصل بنا البحث - الى الآن- الى عدم تمامية الاستدلال بالإجماع والنصوص الخاصة على عدم جواز اشتراط الخيار في الوقف، حيث لا إجماع في المقام، واقتضاء النصوص للجواز أظهر من اقتضاءها عدمه.

بقي إن نعرف انه قد ورد في كلمات الأصحاب الاستدلال بوجهين آخرين هما: أولاً: انه يعتبر في الوقف قصد القرية وإضافته الى الله تبارك وتعالى، «وما جعل الله عز وجل فلا رجعة فيه» على ما نصت عليه رواية الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام(1) وغيرها.

ثانياً: انه فك ملك بغير عوض، فيكون من مصاديق الإيقاع الذي لا يجوز فيه اشتراط الخيار.

وقد أوضحه السيد الخميني بقوله: «واما الوقف فلا يصلح للخيار فيه، لأنه إيقاع على الأظهر، وماهيته حبس العين وتسبيل المنفعة، ولا فرق في ماهيته بين الأوقاف العامة التي قالوا بعدم الاحتياج فيها الى القبول وبين الخاصة، وإنما الاختلاف بينهما في المتعلقات لا في نفسها، فهو إيقاع في الموردين، ولا يحتاج الى القبول فيهما. ولوقلنا باحتياج الأوقاف الخاصة إلى القبول، أو احتياج الوقف مطلقاً إليه، فلا يخرج هذا القبول من الإيقاع إلى العقود، ضرورة ان اعتبار القبول ليس لأجل ان الوقف معاقدة بين الواقف والموقوف عليه، بل لأن تملك المنفعة على ما قيل لا بد فيه من القبول، ولا معنى للتملك القهري، هذا غير كون الوقف من المعاقdates، مع انه لا دليل على هذا المدعى، فيمكن ان يكون الوقف كالإرث.

(1) وسائل الشيعة ج 13 باب 11 من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح 1.

وعلى أي حال سواء كان محتاجا إليه أم لا، لا دليل على بقاءه اعتبارا عند العرف أو الشرع، بل الظاهر أنه لا يكون باقيا، بخلاف المعاهدات، لبقائها عرفا وشرعا لعدم صلاحية الوقوف مطلقا للخيار لعدم إمكان الفسخ والحل فيه، كما مرّ في الإيقاع، بل لو سلم كونه من العقود فليس من العقود التي لها بقاء اعتبارا، ولو شك في ذلك كفى في عدم صحته» (1).

وفي كلا الوجهين ما لا يخفى: أما الوجه الأول: فقد ناقش الاعلام فيه بمنعه صغرى وكبرى.

أما الصغرى: فلما ذهب إليه معظم الفقهاء من عدم اعتبار قصد القرية في حقيقته أو صحته، كما يشهد له اختيار الأكثر صحته من الكافر.

نعم، لا إشكال في رجحانه فيه، حاله في ذلك حال الأمور المحبوبة شرعا كالنكاح، بل الكسب وطلب الحلال، لكنه غير الاشتراط والاعتبار.

وأما الكبرى: فقد ردّها المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «ان التقرب بعمل في نفسه لا يمنع من شرط الخيار، كما مرّ من ان التقرب فعلا بالبيع طالبا به الحلال المرغوب فيه شرعا لا يمنع من شرط الخيار فيه قطعا، وشرطية التقرب لا تنافي ذلك بعد ان لم يكن نفس التقرب منافيا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وأما ما ورد كثيرا من ان «ما كان لله فلا رجعة فيه» فتوضيحه ان المراد بقوله عليه السلام: «ما كان لله» تارة ما وقع لله وإن أمكن ان يقع لغير الله كالبيع إذا صدر بوجه التقرب.

وأخرى: ما لا يقع صحيحا إلا لله لمكان اشتراطه بالقرية كالوقف، على القول به. وثالثة: ما لا يقع في ذاته إلا لله كالصدقة بالمعنى الأخص المقابل للوقف وللهبة، فإن التملك الذي لم يقصد به القرية هبة، لا انه صدقة باطلة، بخلاف الوقف الذي لم يقصد به القرية، فإنه وقف باطل لا أن طبيعته وحقيقته متقومة بالقرية.

فالقربة تارة شرط، واخرى كالفصل المقوم، وثالثة لا شرط ولا فصل، بل ربما تكون وربما لا تكون.

وعليه فقوله عليه السلام «ما كان الله» لا يمكن أن يراد منه كل ما يقع الله حتى يعم البيع أيضاً، ولا يراد منه ما لا يكون صحيحاً إلا الله حتى يعم الوقف، بل ما كان في نفسه الله مع قطع النظر عن اتفاق خارجي أو شرط شرعي، وليس هو إلا الصدقة التي يتقوم بكونها لله، فتأمل»(1).

إذا فالوقف خارج موضوعاً عن هذه النصوص، فإنه -وحتى على تقدير الإلتزام باعتبار قصد القربة فيه- ليس كالصدقة مما يتقوم بقصد القربة.

ومن هنا يظهر أنه لا وجه لما ذكره السيد الطباطبائي(قده) (2) وتبعه عليه المحقق الايرواني(رحمه الله) (3) من الاعتراض على الشيخ الأعظم(قده) بأن إنكاره للكبرى في الوقف يتناقض مع اعترافه بها في الصدقة.

فإنك قد عرفت الفرق بينهما، فإن الصدقة مما تتقوم بقصد القربة، على العكس من الوقف حتى على القول باعتباره فيه.

وأما الوجه الثاني: فقد منع الشيخ الأعظم(قده) الكبرى فيه(4)، وزاد عليه المحقق الأصفهاني(قده) بمنع الصغرى موضحاً ذلك بقوله: «إن الوقف وإن لزمه فك الملك إلا أنه ليس حقيقته ذلك، فإن كل نقل بيعي أو غيره يلزمه زوال ملك الناقل، بل حقيقة الوقف حبس العين المقتضي تارة لملك الموقوف عليه كما في الوقف الخاص، فإن معنى حبسها عليه باعتبار إضافة العين إليه ملكاً أو اختصاصاً، وقصر العين على أحد قصر ملكيتها عليه، كما أن الاختصاص المطلق هو الملك.

واخرى لملك الانتفاع دون ملك المنافع، كوقف المدرسة مثلاً، فإن الطلبة

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 50.

(2) حاشية السيد الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 33.

(3) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 27.

(4) المكاسب ج 15 ص 115.

يملكون الانتفاع بها، فهنا فك الملك كما في الأول، لكن ليس تمليكاً للعين والمنفعة على أحد، بل قصرها على الطلبة ملكاً وسلطنة على الانتفاع.

وثالثة جعل العين مسجداً والسلطنة على الانتفاع به بحكم الشارع لا بجعل الواقف، بل لوقيل لو وقف أرضاً للصلاة فيه لا يترتب عليه أحكام المسجد، فهنا فك ملك فقط، وهو لازم حبس العين بجعله مسجداً.

ورابعة: حبس العين لا لتمليك المنفعة ولا للانتفاع ولا من الشارع سلطنة على الانتفاع، بل لأجل تزيين المشهد كالمعلقات الموقوفة على المشاهد المشرفة لأجل التزيين، فالكل مشترك في فك الملك الذي هو لازم الحبس المطلق، وهو حقيقة الوقف المختلفة تعييناتها بخصوصيات الموارد» (1).

وكيف كان يكفينا في بطلان هذا الوجه منع الكبرى، وذلك لما عرفت - مفصلاً - من عدم الدليل على عدم قبول الإيقاع لشرط الخيار مبدئياً، فلا نعيد.

وأخيراً بقي إن نعرف أن ما أفاده السيد الخميني (قده) من عدم إمكان اشتراط الخيار في الوقف حتى بناء على اعتباره من العقود، باعتبار أنه ليس من العقود التي لها بقاء اعتباري عند العرف أو الشرع.

أمر لا يمكن المساعدة عليه بوجه، ولا التمسك بصغراه أو كبراه لإثبات المدعى والمطلوب، فإن التفصيل بين الوقف - بناء على كونه عقداً - وبين سائر العقود من جهة، والقول باعتبار العرف أو الشرع البقاء لجميع العقود سوى الوقف، ليس إلا مكابرة، ودعوى لا يعضدها شاهد أو دليل.

حصيلة البحث

بعد هذه الجولة المفصلة بين النصوص وأفكار الأعلام وأقوالهم، نجد أنفسنا أمام نتيجة حتمية هي جريان خيار الشرط في الوقف أيضاً، إذ لا شيء مما قيل في

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/ قسم الخيارات ص 50.

وجه المنع يصلح للصمود بوجه النقد، فالوجوه العقلية غير تامة، والإجماع على العدم غير متحقق قطعاً، ويكفي في بطلانه ما عرفته من السيد المرتضى(قده) وجماعة من الإلتزام بصحة الوقف والشرط صريحاً.

وما ذكر في توجيه النصوص وحملها على بطلان الوقف فقط وانقلابه حبساً، أو هو مع الشرط أيضاً، لا يخلو في أغلبه من التعسف والتكلف، حتى عبّر صاحب الجواهر(قده) عن بعضها بكونه كالخرافة(1).

هذا بالإضافة الى ما ورد في وقف أمير المؤمنين عليه السلام من جواز بيع الحسن عليه السلام للوقف ان شاء، ويؤيده ما ورد في مكاتبة الصفار: «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» ولا معارض له سوى ما يتوهم من الحكم برجوعه ميراثاً لأهله في رواية إسماعيل بن الفضل المتقدمة، الظاهر في عدم ثبوت الوقف وبطلانه.

لكنه توهم لا أساس له، فان قول السائل: «ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته» ظاهر في استخدام الواقف لحقه وشرطه، لا سيما مع مقابله بقوله: «أويمضي صدقة؟» حيث يظهر منه ان السؤال إنما هو عن نفوذ ما قام به -الرجوع في الوقف- فيعود ملكاً له، أو عدمه فيمضي الوقف ويستمر صدقة كما كان، فجاء الجواب بنفوذ ما فعله بصيغة الحكم بعوده ميراثاً لأهله في فرض هلاك الرجل وموته.

Al-Khoei Institute

وكيف كان، فتنتقيح المسألة -من ناحية الفتوى والحكم- غير ذي أهمية بالنسبة الى ما هو المهم في المقام، وأمره متروك الى مبحث شرائط الوقف في الفقه، وإنما المهم الذي نحن بصددده والذي استخلصناه من هذا البحث بوضوح انه لا إجماع على عدم قبول الوقف لشرط الخيار، كيف وقد خالف فيه جملة من أعيان الأصحاب صريحاً، بل قد عرفت من المرتضى دعوى الإجماع على جواز اشتراط البيع عند الحاجة في الوقف ونسبته إلى الإمامية.

نعم، بقي في المقام أن الشيخ صاحب الجواهر(قده) بعد ان قوى الجواز في المقام، ذكر انه «ليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف قطعاً، بل هو تقييد

للوقف بما يقتضي انتهاءه، ودوام الوقف غير شرط كما عرفته سابقاً من صحة الوقف المنقطع، ولا تعليق فيه على وجه ينافي عقد الوقف، بل هو تقييد للوقف على نحو تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا إشكال في جوازها، ضرورة رجوعه إلى جعله وقفاً ما دام غنياً عنه، فإنه بناء على مشروعية المنقطع منه، لا فرق في الأوصاف التي يكون ارتفاعها غاية بين أن تكون في الموقوف عليه أو في غيرهم، بعد اشتراكهما في اقتضاء ارتفاعهما بقاء الوقف حينئذ بلا موقوف عليه، وصيرورته من غير الموقت الذي قد عرفت بطلانه نصاً وفتوى، وليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم اعرف خلافاً في عدم جوازه، عدا عبارة في محكي التحرير لم يعلم أنها له أول للشيخ» (1).

إلا أنه يلحظ عليه: أولاً: أنه حمل لظاهر كلمات الأصحاب، بل توجيه لصريحها إلى غير مرادهم جداً، فإن عباراتهم تصرخ بأعلى صوتها بالشرطية، وإن الصحة وجواز الرجوع عنه عند الحاجة - عند قائلها - إنما هو من العمل بمقتضى الشرط، كما أن الفساد - عند قائله - ناشئ من الشرط وأخذ حق الرجوع في الوقف.

وبعبارة أخرى: أن ما أفاده (قده) لم يتم في نفسه - فهو توجيه جديد مختص به (قده) للحكم بجواز الرجوع في الوقف عند الحاجة مع ذكره في الإنشاء ومن إبداعاته، ولا يمكن حمل كلمات الأصحاب عليه لصراحته في كون الملاك في الصحة والفساد والاشتراط في الوقف بحدوده ومفهومه فمن حكم بالفساد اعتبره من الشرط المخالف لمقتضاه، ومن حكم بالصحة اعتبره شرطاً مشروعاً يجب الوفاء به عملاً بمقتضى الأدلة.

وبالجملة فظهور التعددية والاثنية بين الشرط والوقف في كلمات الفقهاء في المقام أوضح من أن يقبل الحمل على كون المنشأ أمراً واحداً هي الحصاة المعنية.

ثانياً: ان ما أفاده (رحمه الله) لا يمكن المساعدة عليه في حدّ نفسه، ذلك ان إرجاع شرط العود عن الوقف والأحقية بالمال عند الحاجة الى تقييد المنشأ بما يقتضي انتهاءه، بحيث يكون المنشأ هو الوقف ما دامه غنياً، يجري بالنسبة الى جميع الشروط بما فيها شرط الخيار لسبب معين كاستثمار الأب ونحوه، فضلاً عن الحاجة إليه-الذي هو مورد حكمه (رحمه الله).

ومعه لا يبقى مورد للفرق بينهما، فضلاً عن ان يقال: «وفرق واضح بين المقامين» (1)، فان اشتراط الخيار في جميع الموارد لا يعدوقوله: «ان احتجت إلى شيء منه فأنا أحق به»، اللهم الا ان يحصر الفرق في موارد الخيار الاعتبائي، لكنه على تقدير عدم إمكان إرجاعه إلى كون المنشأ الحصّة المقيدة بالحالة النفسية -كتقييدها بالحالة المالية- مما يقتضي انتهاءه عندها لا يصح فرقاً فارقاً بين عنوانين يفصلان الصحة والفساد، لندرته جداً، فإن الأغلب الأعم من موارد الخيار ينشأ من حاجة مالية للواقف أو من يلوذ به.

وبالجملة فصرف النصوص عن ظاهرها من جواز اشتراط الخيار في الوقف، تكلف لا يبرره شيء.



المورد الثالث: الطلاق

جواز رجوع الرجل الى زوجته المطلقة في أثناء العدة الرجعية أمر لا خلاف فيه ولا اشكال.

ويدل عليه بعد قوله تعالى (وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا)(1)، والنصوص المتضافرة، التسالم الفقهي القطعي الذي تجاوز حد الإجماع والاتفاق عليه عند علماء الإسلام وفقهائه، ليدخل في عداد المبادئ والاحكام التي يعرفها عامة الناس، وكل من له أدنى إلمام بالفقه والاحكام.

غير ان هذا التسالم على الحكم لا يعني عدم الخلاف في حقيقته، وهل انه من فسخ الطلاق ورفع بعد وقوعه كي يكون شاهدا على وقوع الفسخ في الإيقاع، أم انه حكم شرعي بحث ولا علاقة له بمفهوم الفسخ والابطال؟.

ذهب الشيخ الأنصاري(قده) الى الثاني قائلا: «والرجوع في العدة ليس فسخا للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده»(2).

وأوضحه السيد الخميني بقوله: «أما الرجوع الى الزوجية في الطلاق الرجعي



(1) البقرة الآية: 228.

(2) المكاسب ج 15 ص 106-107.

فلا يكون من حل الطلاق بلا شبهة، بل عبارة عن التمسك بالزوجية والرجوع إليها، فهو مما ثبت له شرعا، وتترتب عليه الزوجية، وتعود بلا حل في الطلاق، فلوصرح بالرجوع الى نفس الزوجية وعدم فسخ الطلاق كفى، ولهذا لو أنكر الطلاق ترجع الزوجية، ويكون الإنكار رجوعا، لكونه متمسكا بها، ولا يعقل ان يكون ذلك فسخا وحلا»(1).

أقول: الظاهر انه لا ينبغي الإشكال في صدق الفسخ على الرجعة حقيقة، فإن الفسخ ليس إلا إبطال الشيء الواقع بلحاظ وجوده الاعتباري وفرضه كأن لم يكن، وهو صادق بالنسبة إليها، إذ «إن الرجعة بعد الطلقة تجعلها بمنزلة المعدومة بالنسبة إلى اعتبار حالها قبل الطلاق»(2) فتجعل الطلاق كأن لم يكن وتعيد الزوجية السابقة إلى سابق عهدها وكأنه لم يطرأ عليها شيء، وليست «الرجعة بمنزلة التزويج الجديد»(3).

ويقتضي ذلك بوضوح قوله تعالى (وَبُغِلْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ)(4). فان التعبير بالرد ظاهر في ارجاعهن باللحاظ والملاك السابقين، وكأنه استمرار لهما، وهو ما يعني إبطال ونقض الطارئ الذي اقتضى وقف تأثير السابق وارتفاعه. ولا يختلف الحال فيما ذكرناه بين مذهب المشهور في الطلاق الرجعي من كونه رافعا للنكاح حقيقة، وكون المرأة في فترة العدة بحكم الزوجية تعبدا، وبين ما اختاره بعض الاعلام من عدم ارتفاع النكاح إلا بانقضاء العدة، وكونها في فترة العدة زوجة حقيقة، فإنه وعلى كلا التقديرين يكون الرجوع إبطالا للذي وقع، سواء أ كان ذلك تمام العلة أم جزءها، فيلغى تأثيره ويفرضه كأن لم يكن.

إلا ان ما ذكرناه لا يعنى الإلتزام بإمكان ثبوته في غير موردته أوحتى جواز

(1) كتاب البيع ج 4 ص 256-257.

(2) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 6 ص 44.

(3) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج 6 ص 45.

(4) البقرة الآية: 228.

إسقاطه في مورده، إذ لا ملازمة بينهما بالمرة، واستشهاد الشيخ الأعظم (قده) بهما على كون الرجعة حكما شرعيا في مقابل الفسخ، لم يعرف له وجه يمكن الاستناد إليه، إذ لا منافاة بين كون الرجعة فسخا وبين كونها حكما شرعيا لا يقبل السقوط في مورده فضلا عن الثبوت في غيره، فإنه يمكن الالتزام -وبكل بساطة- بكون جواز الرجوع فسخا ثبت بالحكم الشرعي بالمعنى الأخص الذي يقابل الحق فلا يقبل الإسقاط أو الثبوت في مورده.

ولقد أجاد العلامة الشهيدي (قده) حيث قال: «ان أراد منه -الفسخ- محال وجود وجعله كأنه لم يكن، فهو فسخ للطلاق قطعاً... ومجرد كون الشيء فسخا لا يلزم الثبوت في غير مورده والسقوط في مورده، وإنما يدور هذا مدار كونه حقا وحكما» (1). والحاصل: انه لا مورد للتردد في صدق الفسخ على الرجعة في الطلاق، فإنها فسخ حقيقة، غاية الأمر انه ثبت بدليل شرعي على نحول يقبل الثبوت في غير هذا المورد بل ولا السقوط فيه.

بل لولا ثبوت الإجماع على عدم ثبوت الفسخ في الطلاق في غير هذا المورد -الرجعة في العدة الرجعية- لقلنا بصحة شرط الخيار ونفوذ الفسخ فيه، إلا ان الذي يبدو ان الإجماع في المقام متحقق، حيث لم ينسب إلى أحد القول بجريانه فيه، بل ولم يظهر حتى مجرد التردد فيه، عدا ما قد يتوهم من عبارة كفاية الأحكام حيث ذكر ان «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح والوقف والإبراء والطلاق والعق، وكأن مستنده الإجماع ان ثبت» (2).

وأخيرا فإن أبين عن إطلاق الفسخ بلفظه ومادته- عليها، فلا ضير في ذلك، إذ لا مشاحة في الألفاظ، ولا تتوقف عليه مشروعية الإبطال، وإنما العبرة بالمعنى

(1) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب/قسم الخيارات ص 451.

(2) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/الفصل الثاني في أحكام الخيار.

قال العلامة الطباطبائي(قده): «والانصاف ان الرجوع فسخ للطلاق حقيقة وان لم يكن كذلك اصطلاحاً، مع انه لا يعتبر مشروعية عنوان الفسخ بل يكفي عدم لزوم العمل على طبق الطلاق وجواز إزالته ولو بعنوان الرجوع، فعلى فرض كفاية المشروعية في الجملة لا بدّ من الحكم بصحة الشرط.

والتحقيق ان المانع هو الإجماع، كما عرفت»(1).

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب/قسم الخيارات ص 32.



يتلخص البحث عن اشتراط الخيار في الإيقاع، انه لا خصوصية في الإيقاع ذاتية أو عرضية تمنع من اشتراط الخيار فيه، وان حاله حال أي التزام إنشائي آخر يمكن للمنشئ ان يشترط فيه لنفسه حق إبطاله، ورفع اليد عن مقتضاه، من غير ان يرجع ذلك الى تعليق في الإنشاء، حاله في ذلك حال سائر الموارد التي التزموا فيها بجواز اشتراط الخيار فيه وفسخ العقد.

وقد دلت الآية الكريمة على ثبوته في الطلاق، والنصوص الشريفة على جوازه في العتق والوقف، والتزم به معظم الأصحاب في بعض الموارد على نحو القضية الموجبة الجزئية، وان اختلفوا فيه سعة وضيقا، بل قد عرفت نسبة الجواز في بعض الموارد إلى الإمامية، ودعوى الإجماع صريحا عليه من قبل بعض أجلاء أعلام الطائفة من القدماء، مع تصريح غير واحد من محققي المتأخرين بجواز اشتراط الفسخ فيه.

نعم، مما لا ينكر أن الدليل الخاص في بعض الموارد- وقد يكون ذلك لسان دليل المورد- يقتضي كون لزوم المورد حكما لا يقبل الرفع والفسخ بالاشتراط، بل وقد يعم غيره من الشرائط أيضا، أويقتضي انحصار مورد الفسخ بالمورد المنصوص فقط كما هو الحال بالنسبة إلى الرجعة في الطلاق، ولا كلام لنا في لابدية اتباع ذلك الدليل في ذلك المورد بلا تردد أو تحفظ.

إلا انه غير القول بعدم قبول الإيقاع -بمفهومه وحده- للشرط بقول مطلق أو خصوص شرط الخيار، كما هو أوضح من ان يخفى، وإلا لانساب الإشكال الى ما تسالموا عليه في العقود، حيث لا يجري الخيار في بعض موارد اتفاقا.

ولا حرج في ما التزمنا به إطلاقا، حيث لا ضرورة إلى رفع اليد عن ظواهر الأدلة وخلق توجيهات وتأويلات لها وان اقتضى ما اقتضى من التكلف وتعقيد للفهم

فهل ترى ان جميع تلك التأويلات والتوجيهات-التي يصعب فهم بعضها على ذوي الاختصاص، فكيف بالسائل العرفي البسيط في فهمه وإدراكه في الآية الكريمة والنصوص الشريفة وصرفها عن ظواهرها، أولى من الالتزام بقبول الإيقاع للفسخ؟ وهل هناك آية دلت على عدم قبوله له أونص اقتضى عدم نفوذ الشرط فيه، مما يلجئنا الى تلك التكاليفات؟.

أوبقال ان جميع تلك التوجيهات التي ذكرت هومفاد الفهم العرفي ومقتضى المدلول الاولي لتلك النصوص، رغم مخالفة من خالف، ومعارضة من عارض، بل اعتراف بعضهم بمخالفته له صريحا مع التزامه به من جهة ما يراه في اشتراط الخيار في الإيقاع من محاذير عقلية أو مفهومية-أعني بها ما يرجع الى عدم صدق مفهوم الشرط عليه-عرفت عدم تماميتها؟.

أولا ترى ذلك مما ذكرناه من متابعة مسلمات ومرتكزات كامنة في النفس يصعب تجاوزها؟.

أجل الأفضل من جميع تلك التكاليفات هو الاعتراف بواقع الحال والالتزام بقبول الإيقاع بطبعه الاولي للشرط مطلقا بما فيه شرط الخيار، شأنه في ذلك شأن العقود تماما.

نعم، قد يقتضي الدليل في بعض الافراد عدم دخول الشرط فيه مطلقا أو خصوص شرط الخيار، فيكون هو المتبع بلا خلاف، إلا انه أجنبي عن القول بعدم قبول الإيقاع للشرط مطلقا أو خصوص شرط الخيار.

وأخيرا إذا كانت المشكلة في قبول الإيقاع لشرط الخيار كامنة في لفظ الفسخ بحروفه (ف. س. خ) فلا ضير في تسميته بما يشاءون، فأننا لسنا بصدد النزاع اللفظي، وإنما المهم هي النتيجة والحاصل، أعني حق ردّ صاحب الشرط إبطال العارض من طلاق أو عتق أو وقف، وردّ مورده ومتعلقه الى ما كان عليه من الحال قبل عروض هذه العوارض.

وبالجملة: فالمهم في المقام إثبات حق إرجاع ما كان الى ما كان عليه قبل عروض العارض من الزوجية بالنسبة إلى الطلاق، والعبودية بالنسبة إلى العتق، والملكية المطلقة بالقياس الى الوقف، ولا ضير في تسميته بالفسخ أو الرد أو الإبطال أو غيرها مما يدل على هذه الحقيقة، فعبارتنا شتى والمقصود أمر واحد.







«الصلح عقد شرعي للتراضي والتسالم بين شخصين في أمر من تمليك عين أو منفعة، أو إسقاط دين أو حق أو غير ذلك، مجاناً أو بعوض» وهو «عقد مستقل ولا يرجع إلى سائر العقود وإن أفاد فائدتها، فيفيد فائدة البيع إذا كان الصلح على عين بعوض، وفائدة الهبة إذا كان على عين بغير عوض، وفائدة الإجارة إذا كان على منفعة بعوض، وفائدة الإبراء إذا كان على إسقاط حق أو دين» (1).

وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم عقد الصلح إلى قسمين:

الأول: ما يؤدي نتيجة الإيقاع ويفيد فائدته، كالصلح على العتق والإبراء.

الثاني: ما يؤدي نتيجة أحد العناوين الخاصة من العقود، كالصلح على نقل عين بإزاء مال معين المفيد فائدة البيع أو غيره.

وقد اختلفت كلمات الفقهاء في قبوله لشرط الخيار والفسخ، والمشهور في الأقوال ثلاثة:

الأول: قبوله لشرط الخيار بقول مطلق.

الثاني: عدم قبوله له مطلقاً.



(1) منهاج الصالحين ج 2 ص 192.

الثالث: التفصيل بين ما يقوم مقام العقود المعهودة، ويفيد المعاوضة بين الطرفين، وبين ما يقع لقطع المنازعة فقط، فيجري في الصنف الأول دون الثاني.

قال الشيخ الأعظم (قده) في المكاسب: «ومنه-مما اختلف الأصحاب في جريان الخيار فيه-الصلح، فإن الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المذهب البارع في باب الصلح الإجماع على دخوله فيه بقول مطلق، وظاهر المبسوط كالمحكي عن الخلاف عدم دخوله فيه مطلقاً، وقد تقدم التفصيل عن التحرير وجامع المقاصد وغاية المرام، ولا يخلو عن قرب، لما تقدم من الشك في سببية الفسخ لرفع الإبراء، أو ما يفيد فائدته» (1).

وكيف كان، فقد استدلل للقول الأول بعمومات أدلة الخيار، أعني ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط، من غير مانع.

قال في كفاية الأحكام: «وهو عقد لازم على المشهور من كونه عقداً مستقلاً بنفسه إلا إذا اتفقا على فسخه، لوجوب الإيفاء بالعقود والشروط، ويجيء على قول الشيخ جوازه في بعض موارد» (2).

وقال المحقق العاملي: «والأصل في الجميع -التفاصيل- الصحة لعموم المقتضي، وهذه الأقوال -التفصيلات والمنع مطلقاً- كأنها شاذة» (3).

في حين استدلل للقول الثاني بكون الشرط منافياً للزوم غير المفارق للعقد.

وأما القول الثالث: فقد اختلفت كلمات القائلين به بين ما يظهر منه كون الملاك هو الجمع بين القولين الأولين بمعنى الإلتزام بالجواز فيما يتضمن المعاوضة لوجود المقتضي وعدم المانع، وبين ما يقع لقطع المنازعة لمنافاة الشرط لمقتضى العقد واللزوم غير المفارق له.

(1) المكاسب ج 15 ص 122-123.

(2) كفاية الأحكام-كتاب الصلح.

(3) مفتاح الكرامة ج 4 ص 569.

وبين ما يظهر منه كون الملاك هو التفصيل بين العقد والإيقاع فيجري في الأول، لأن ما يتضمن المعاوضة يكون من العقود، ولا يجري في الثاني لرجوعه إلى الإيقاع. أقول: الذي يقتضيه التحقيق والتأمل في الأدلة هو القول الأول، إذ ليس هناك ما يمنع من نص أو اعتبار من جريانه فيه وعموم أدلة نفوذ الشرط ولزوم الوفاء به، فإنه عقد يتضمن التزامين متقابلين، ولا يمنع من جريان الشرط فيه، وربطه بتعهد متقابل أو من طرف واحد خاصة مانع.

وأما القول الثاني: فلم يظهر له وجه يمكن الاعتماد عليه، بل لم أعثر على من التزم به صريحا، وكل ما يمكن أن يقال في توجيهه يرجع إلى الشق الثاني من التفصيل الذي ستعرف الحال فيه.

وأما القول الثالث: فالحديث فيه يقع في نقطتين:

الأولى: في المنع بملاك منافاته لمقتضى العقد وال لزوم غير المفارق له.

الثانية: في المنع بملاك كونه من الإيقاع.

إما النقطة الأولى: فقد نقل الشيخ الأنصاري (قده) عن الشهيد (قده) في غاية المرام قوله: «إن الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط، وإن وقع عما في الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله، لأن مشروعيته لقطع المنازعة، واشتراط الخيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير لازم.» وعلق عليه بقوله: «والكبرى المذكورة في كلامه راجعة إلى ما ذكرنا في وجه المنع عن الإيقاعات، ولا أقل من الشك في ذلك الراجع إلى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع» (1).

وأوضح المحقق الأصفهاني (قده) ذلك بقوله: «وجه الرجوع إن الغرض من

العقد إن كان منافيا لشرط الخيار يعلم منه ان اللزوم فيه لازم غير مفارق، وليس مرجع عدم مشروعية الفسخ إلا ذلك» (1).

ثم أشكل عليه بأن الكبرى في كلام الشهيد(قده) لا ترجع الى كون اشتراط الخيار في الصلح منافيا لحكم الشارع واللزوم غير المفارق، وإنما ترجع الى كونه منافيا لحقيقة العقد ومقتضاه، حيث لا يعقل الجمع بين الهدنة وإسقاط الدعوى وبين إبقاء الدعوى على حالها.

قال رحمه الله: «والتحقيق انه لا يؤول الى ما افاده(قده) لان الصلح إذا كان لأجل تلك الغاية فشرط الخيار مناف لحقيقة المسألة، وسقوط الدعوى من غير نظر الى حكمه وهو لازمة، ولو فرض عدم محكومية العقد باللزوم كان هذا الشرط منافيا لمعناه، بل القصد الجدي إلى إسقاط الدعوى وإبقائها قصد المتنافيين وهو من العاقل محال» (2).

وقد ذكر هذا الاشكال المحقق الايرواني(قده) أيضا حيث قال: «الكبرى التي ذكرها - الأنصاري- هو بطلان شرط خالف الشرع، وأين تلك من هذه الكبرى اعني بطلان شرط خالف مقتضى العقد؟ إوهي أخص من الاولى» (3).

ثم أشكل على الكبرى- على تقدير تفسيرها بمنافاة الشرط لحقيقة العقد بقوله: «لكنه ممنوع، فان الغرض من تشريع النكاح هو حفظ الإنسان، وليس شرط عدم الوطي مع مخالفته لهذا الغرض باطلا مخالفا لمقتضى العقد. وعليه فالشرط المنافي للغرض مما لم يقد دليل على بطلانه» (4).

وفي جميع ما افادوه(قدس الله أسرارهم) نقاط تستحق التوقف عندها.

أما ما افاده الشيخ الشهيد(قده) في غاية المرام، فيلاحظ عليه أن عقد الصلح

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 49.

(2) المصدر السابق نفسه.

(3) تعلية الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 27.

(4) تعلية الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص 27.

بجميع أقسامه واختلاف مداليه عقد واحد وحقيقة واحدة يفيد التراضي والتسالم على متعلقه، وليس هوفي مورد قطع المنازعة ورفع الخصومة حقيقة مختلفة عنه في مورد افادته المعاوضة أو الاذن، فليس هوفي واقعة عقودا مختلفة جمعها الاسم الواحد.

وعلى هذا الأساس فلا وجه لجعل الهدف والغاية في بعض افراده ومصاديقه دخيلا في حقيقته ومفهومه، ولو بالقياس الى ذلك المصداق، فإن حقيقة العقد لا تختلف بالقياس الى افراده.

وبعبارة اخرى: ان قطع المنازعة غاية تحصل في بعض موارد الصلح، كما يشهد له اتفاقهم على عدم اعتبار سبق النزاع والخصومة في تحققه، فلا وجه لاعتباره في مشروعيته وأخذه في مفهومه وحقيقته.

على ان في كون ذلك غاية مقومة لحقيقة الصلح-بناء على كونه في مورد قطع المنازعة مختلفا في حقيقته عنه في مورد المعاوضة-أو حكمة في تشريعه وجعله، كلاما يأتي التعرض اليه قريبا ان شاء الله.

واما ما افاده الشيخ الأعظم (قدس سره) فيرد عليه ما افاده العلماني الايرواني والأصفهاني (قدهما) من عدم رجوع ما ذكر في كلام الشيخ الشهيد (قده) الى الكبرى المذكورة من قبله -الشيخ الأنصاري صفي الله- عن الإيقاعات، اعني منافاة الشرط للزوم غير المفارق لها، وانما يرجع الى منافاته لمقتضى العقد وحقيقته.

ودعوى: رجوع ما افاده -الشيخ الأعظم- الى ذلك أيضا، حيث انه ليس مراده (قده) من كونه مخالفا للشرع كونه من قبيل اشتراط صنع الخمر في ضمن العقد المقتضي لتحليل الحرام، بل مراده هوكون اللزوم في الإيقاعات حكما غير مفارق لها، فيتحد في هذه النقطة مع ما افاده الشيخ الشهيد (رحمه الله) من كون اللزوم غير المفارق للصلح شرعا دخيلا في حقيقته.

لا ترجع الى محصل، فان الصلح ليس من العقود المستحدثة من قبل الشارع كي يكون حكم الشارع باللزوم غير المفارق دخيلا في حقيقته أيضا، وانما هو من العقود التي جرت عليها سيرة العقلاء، فان يكن للشارع دور فيه، فإنما هو بيان احكامه وما

يعتبر في إمضائه ونفوذه، من غير ان يكون ذلك دخيلا في مفهومه وحقيقته.

والحاصل: ان الملاكين-مخالفة الشرع ومخالفة مقتضى العقد- مختلفان، ولا وجه لإرجاع أحدهما إلى الآخر.

واما ما افاده المحقق الأصفهاني(قده) فيلحظ عليه ان اشتراط الخيار لا يتنافى مع القصد الجدي في إسقاط الدعوى، وليس اعتبارهما معا من قصد المتنافيين إذ ليس معنى اشتراط الخيار إبقاء الدعوى فعلا على حالها-كما افاده(قده)- وإنما معناه ملك حق إبطال ما صدر منه من الاسقاط والإبراء وهو غير إبقائها فعلا المنافي للإسقاط، وإلا لجرى ذلك في جميع موارد اشتراط الخيار في العقود وغيرها، فيكون اشتراط الخيار في البيع -مثلا- من قصد المتنافيين حيث يكون مدلوله-على ما افاده (رحمه الله)- هو تملك ما له للغير مع إبقائه في ملكه، وليس الأمر كذلك جزما، فان النقل والتمليك متحقق بالبيع، غاية الأمر ان لصاحب الشرط إبطاله ورد كل مال الى ما كان عليه.

نعم، قد يقال: ان الاسقاط والإبراء لا يقبلان الإبطال والرفع، فان اشتغال الذمة بعد فراغها يحتاج الى دليل، والشرط لا يصلح سببا له ودليلا عليه.

لكنه أجنبي عن كون الاشتراط من قصد المتباينين، فان عدم ثبوت سببية الشرط لاشتغال الذمة بعد فراغها أمر، وعدم تعقل ذلك الاشتراط في حد نفسه لكونه من قصد المتباينين أمر آخر كما لا يخفى. وستعرف بطلان هذا التوهم من أساسه قريبا إن شاء الله.

واما ما افاده المحقق الايرواني(قده)، فهو من حيث النتيجة -عدم تمامية كبرى المنع- تام ولا غبار عليه، إلا انه قد يؤخذ على استشهاده بنقض الغرض في العقود بالنكاح وان الغرض منه «هو حفظ الإنسان وليس شرط عدم الوطي مع مخالفته لهذا الغرض باطلا مخالفا لمقتضى العقد» وان «الشرط المنافي للغرض مما لم يقم دليل على بطلانه».

بأنه ليس مراد الشيخ الشهيد(قده) من التعبير بالغرض هو المعنى المحدد

لهذا اللفظ المساوق للحكمة، بل المراد به على ما تقتضيه القرائن هو حقيقة العقد وواقعه وما أنشئ من أجله.

ومن هنا فلا وجه للقول بأن «الشرط المنافي للغرض مما لم يقد دليل على بطلانه» كما لا وجه لقياس المقام بالنكاح، فإن حفظ النوع ليس من حقيقة النكاح ولا العلة المنحصرة التي يدور تشريعه مدارها، وإنما هو حكمة نوعية تتحقق في النكاح نوعاً من غير أن يوجب تخلفه خروج النكاح عن حقيقته وسقوط تشريعه، فأين ذلك من الصلح الذي حقيقته رفع الخصومة والنزاع؟.

وهذه الملاحظة وإن كانت وجهية بالقياس إلى تفسير عبارة الشيخ الشهيد (قده) إذ لا ينبغي التردد في عدم الجمود على حاق لفظ الغرض، وإن مراده (قده) منه هو ما أنشئ وشرع العقد من أجله.

إلا أن ذلك لا يعني تغييراً في النتيجة والالتزام بعدم ثبوت الخيار في الصلح. فإننا لو سلمنا عدم تمامية النقض بالنكاح - كما هو واقع الحال - باعتبار أن حفظ النوع ليس حقيقة النكاح وقوامه، إلا أن النقض بالبيع ونحوه مما لا يمكن التفصي عنه، فإن تملك المال بعوض ومبادلة المال بالمال حقيقة البيع وقوامه، فكيف يصح اشتراط رفع اليد عنه وإبطاله؟.

فإن اشتراط الخيار في الصلح إذا كان منافياً لمقتضاه من رفع النزاع والخصومة، فاشتراطه في البيع أيضاً منافٍ لمقتضاه من تملك ماله لغيره بإزاء تملكه مال غيره. ولا يمكن التفصي عن هذا الإشكال إلا بالالتزام بأن الفسخ ليس منافياً لمقتضى العقد بالمرّة، والخيار لا يعني إلا حق رفع اليد عما أنشئ مطلقاً من غير تقييد بزمان أو فعل، فهو كإقالة إنما يوجب إبطال العقد من حينه حكماً وفرضه كأن لم يقع.

على أنك قد عرفت الكلام في جعل رفع الخصومة والنزاع من حقيقة الصلح وقوامه، فإنه ليس الأمر كذلك، وما ذكره لا ينطبق إلا في بعض مصاديقه وموارده، وإنما حقيقته التراضي والتسالم على شيء، وعليه فلا يكون جعل الخيار فيه منافياً لمقتضاه وحقيقته.

والحاصل: ان التفصيل في عقد الصلح من حيث قبوله لشرط الخيار وعدمه، بين ما يتضمن المعاوضة بين طرفين، وبين ما يقع لقطع النزاع والخصومة بالالتزام به في الأول دون الثاني، مما لا يساعد عليه دليل ولا يمكن الإلتزام به، ومقتضى عموم لزوم الوفاء بالشرط جريانه فيهما معا.

النقطة الثانية: المنع بملاك كون مالا يتضمن عوضا من الإيقاع. ذكره المحقق النائيني(قده) موضحا له بقوله: «واما الصلح فلو كان في مقام المعاوضة يدخل فيه الخيار، واما لو كان في مقام الإبراء فلا يدخل فيه لأنه إيقاع، إلا ان يرجع الى المعاوضة. وهكذا لو كان في مقام قطع الخصومة، لا لأن مشروعيته لقطع المنازعة ينافي اشتراط الخيار، لان هذا حكمة لتشريع لا علة، بل لان لزومه رتب شرعا على نفس هذا العنوان لا على العقدي منه»(1).

وفيه: ان الصلح على كل تقدير من العقود، لتوقف تحققه على الإيجاب والقبول، سواء أفاد معاوضة أم إبراء، أم قطع النزاع والخصومة، ومعه لا وجه لتعليل عدم جريان الخيار فيه بكونه من الإيقاع.

وبعبارة أخرى: ان أساس المحذور في جريان شرط الخيار في الإيقاع لما كان مبنيا على قيامه بطرف واحد فلا يصلح لتضمنه التزاما خارجا عنه، إلا ان يرجع الى التعليق الباطل إجماعا، لم يجر في المقام باعتبار ان الصلح عقد ذو طرفين ويتضمن الإيجاب والقبول، فلا مانع من دخول الشرط فيه.

اللهم إلا ان يرجع ذلك الى ما أفاده في الإيقاع من كون «حقيقة الشرط إناطة المنشأ به، بحيث يصير الشرط ضمنية لأحد العوضين، وفي الإيقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط اليه»(2) باعتبار انه يجري في كل ما لا عوض فيه، بما في ذلك

(1)منية الطالب في حاشية المكاسب/قسم الخيارات ص 57.

(2)منية الطالب في حاشية المكاسب/قسم الخيارات ص 55.

العقود غير المعاوضة التي منها عقد الصلح.

لكنك قد عرفت -فيما سبق- عدم تمامية المبنى، فإنه لا دليل على اعتبار كون الشرط ضميمة للعوض بالذات، ويكفي في صدقة وتحققه كون الإلزام والالتزام مرتبطين بنحو من العلاقة الربطية بالمنشأ نفسه.

والحاصل: ان التفصيل في عقد الصلح من حيث قبوله لشرط الخيار وعدمه بين ما يقع في مقام المعاوضة، وما يقع في مقام الإبراء وقطع الخصومة، مما لا يمكن إثباته بدليل، ومقتضى عمومات الصلح والشرط جريانه في القسمين على حد سواء.

بقي في المقام تفصيل ذكره السيد الخميني (قده) وحاصله التفريق بين الصلح المتضمن للإبراء، وبين الصلح المفيد فائدة الإبراء، والالتزام بعدم جريان الخيار في الأول دون الثاني.

قال (قده): «ومما ذكرنا يظهر حال العقد المتضمن للإيقاع كعقد الصلح، إذا كان التصالح على الإبراء، كأن يقول: «صالحتك على إبراء ذمتك في مقابل كذا» وكالصلح المتضمن للإسقاط، كقوله: «صالحتك على إسقاط دعواي في مقابل كذا» مما يكون التصالح على نفس الإبراء والإسقاط، فإن هدم الإبراء والإسقاط فرع اعتبار وجودهما بعد العقد، وقد عرفت الاشكال فيه.

وأما العقد المفيد فائدة الإبراء أو الإسقاط كالصلح على ما في الذمة حيث يكون موجبا لإبرائها بعد تحقق الصلح، فالظاهر جواز الاشتراط فيه، لأنه كسائر العقود، وكغيره من موارد الصلح، وكبيع الدين على من عليه ذلك، وقد وقع الخلط في كلام الشيخ (قدس سره) وبعض آخر بين العقد المشتمل على الإيقاع والعقد الذي يفيد فائدته، فلا تغفل» (1).

وفيه أولا: ما تقدم بيانه مفصلا من ان القول بدخول الخيار في العقود لا اعتبار العقلاء البقاء لوجود أسبابها، وعدم دخوله في الإيقاعات لعدم اعتبارهم ذلك بالنسبة إليها، لا يعدو كونه ادعاء محضا لا يعضده شاهد أو دليل.

بل العمدية في وجه تفصيلهم بين العقود والإيقاعات من حيث جريان الخيار وعدمه، وهو ما طفحت به كلماتهم بتعابير مختلفة من كون اللزوم في الإيقاع لزوماً غير مفارق ومن لوازم ذاته كالجواز في العقود الجائزة، على العكس منه في العقود اللازمة غالباً. ثانياً: إن ما افاده من عدم جريان الخيار في التصالح على الإبراء لكونه من الإيقاع، يدفعه أنه من الخلط بين العقد والمنشأ، فإن الإبراء إذا أنشئ بنفسه وعنوانه مستقلاً كان من الإيقاع لا محالة، لا ما إذا أنشئ ذلك بالعقد المتضمن للإيجاب والقبول، فإن العقد لا يفقد خاصية عقديته لكون مدلوله لو أنشئ بعنوانه لكان من الإيقاع.

وبعبارة أخرى: إن الفصل بين العقد والإيقاع ليس بلحاظ المنشأ والنتيجة، وإنما هو بلحاظ ما ينشأ به ذلك المطلوب، وأنه يتحقق بفعل طرف واحد، أو يتقوم بفعل الطرفين، ومن هنا فحيث إن الصلح يتوقف تحققه على فعل الطرفين الإيجاب والقبول، كان من العقود سواء أ كان مفاده الإبراء والإسقاط أم كان مفاده المعاوضة أو غيرها.

وتوهم أن الإبراء والإسقاط إذا تحققا لا يقبلان الرفع والحل.

يدفعه أنه إن تم فهو إنما يتم في خصوص ما ينشأ بصيغة الإيقاع، حيث قد عرفت دعوى المشهور عدم إمكان تعليق إنشائه على شيء، ولا يتم في ما ينشأ بالعقد، حيث لا مانع فيه من ربط الإلتزام به، حاله في ذلك حال سائر موارد العقود.

Al-Khoei Institute

والحاصل: إن عقد الصلح بجميع أقسامه لما كان عقداً واحداً، لم يكن ضير في الإلتزام بثبوت الخيار فيه في حد ذاته، ومع قطع النظر عما يقتضيه الدليل الخاص، أياً كان مؤداه.

ثم لو تنزلنا وقلنا بتعدد حقيقة الصلح على حسب مؤداه، فتفصيله (قده) بين قول القائل: «صالحتك على إبراء ما في ذمتك في مقابل كذا» وقوله: «صالحتك على ما في ذمتك في مقابل كذا» بجريان الخيار في الثاني دون الأول، غير وجيه ولا يمكن

وذلك لان ما في الذمة ومورد الدعوى ان كان مجهولا ومتنازعا فيه بينهما، كان الصلح في المثالين مستعملا في رفع المنازعة والمخاصمة والطبيعة التي تتقوم بالزوم غير المفارق، فلا يصح جعل الخيار فيه لمنافاته له.

وان كان مورد الدعوى وما في الذمة معلوما لهما ولا نزاع فيه بينهما، كان اللفظ في الأول مستعملا لبيان الإبراء، وفي الثاني في بيع الدين على من هو عليه، فيلحق كلا منهما حكمه، فيجري في الثاني بلا اشكال وفي الأول على خلاف بينهم. إذا فما افاده(قده) من التفصيل لا يرجع الى محصل، ولا يمكن المساعدة عليه. نتيجة البحث:

ينتج مما تقدم من البحث ان عقد الصلح لما كان بجميع أصنافه واقسامه ومداليه عقدا واحدا معبرا عن حقيقة واحدة هي التراضي والتسالم على شيء، كان الحق فيه بالنسبة إلى جريان شرط الخيار فيه مع القائلين بجريانه مطلقا، سواء أ كان مفاده المعاوضة أم الإبراء أم غيرهما، كان ذلك بلا عوض وكانت فائدته فائدة الهبة أم لم يكن كذلك. ومجرد كون مفاده في بعض موارد مفاد الإيقاع، لا يعني سلب خاصية العقد منه الحاقه به.

ومما يؤيد ما ذكرناه من جواز اشتراط الخيار فيه بقول مطلق، ما ذكره جلهم من صحة التقايل فيه مطلقا، بل لم أجد من صرح بخلافه، لا سيما إذا جعلنا ذلك معيارا وملاكا لجواز اشتراط الخيار، كما تقدم.

قال العلامة في القواعد: «وهو -الصلح- لازم من الطرفين، لا يبطل إلا

باتفاقهما على فسخه» (1).1).

وقال في الشرائع: «وهو -الصلح- لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه، إلا ان يتفقا على فسخه» (2).2).

وعلق عليه في الجواهر بقوله: «بالإقالة الشامل دليلها له ولغيره» (3).3).

وفي تعليق المسالك عليه: «بمعنى دخول الإقالة فيه كما يدخل في البيع، فإذا اتفقا على التقايل وأوقعا صيغة الفسخ، بإطلاق استثناء اتفاقهما على فسخه من لزومه محمول على ما ذكرناه، لا انهما إذا اتفقا عليه صار العقد جائزا، بل في قوته، حيث ان امره بيدهما، كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل» (4).4).

وقال في الدروس: «الصلح لازم من طرفيه لا يفسخ إلا بالتقايل، أظهار الاستحقاق في أحد العوضين» (5).5).



(1) قواعد الاحكام/كتاب الصلح/الفصل الأول.

(2) شرائع الإسلام ج 2 ص 103.

(3) الجواهر ج 26 ص 219.

(4) مسالك الافهام ج 1/كتاب الصلح.

(5) الدروس ص 378/انتشارات صادقي/قم.

في من يكون له حق الخيار

وفيه مقصدان

المقصد الأول: جعل الخيار للأجنبي.

1- أدلة إثباته.

2- حقيقته.

3- في اعتبار قبول الأجنبي في تحققه له.

4- في لزوم مراعاة الأجنبي لمصلحة الجاعل.

5- جعل الخيار لعبد الأجنبي.

6- في اشتراط الاستئثار.

المقصد الثاني: تعدد من له الخيار.





1- أدلة إثباته

يبدوان جواز جعل الخيار للأجنبي في العقود التي يدخلها الخيار-من الأمور المسلمة بينهم، فقد أرسله أكثرهم في كلماتهم إرسال المسلمات، فيما ادعى غير واحد منهم الإجماع عليه صريحا، وعلة بعضهم بأنه مقتضى عموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط.

قال شيخ الطائفة (رحمه الله): «إذا باع شيئا وشرط الخيار لأجنبي صح ذلك» (1). وقال العلامة (قده): «ويجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث ولهما أو أحدهما مع الثالث» (2).

وعلق عليه المحقق العاملي (قده): «بلا خلاف في ذلك كله، كما في الكفاية، وفي التذكرة: الإجماع منا على جواز جعل الخيار للأجنبي» (3).

وقال المحقق السبزواري (قده): «خيار الشرط وهو ثابت لمن شرطاه له، سواء كانا هما معا أو أحدهما أو أجنبيا أو أحدهما مع أجنبي، ولا خلاف فيه، ومستنده عموم الأدلة» (4). وقال المحقق في الشرائع: «ولكل منهما ان يشترط الخيار لنفسه ولأجنبي وله مع

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

(1) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(2) قواعد الأحكام/كتاب التجارة/المطلب الخامس في لزوم البيع/الثالث: خيار الشرط.

(3) مفتاح الكرامة ج 4 ص 562.

(4) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/المقصد الرابع/الفصل الأول/الثالث: خيار الشرط.

الأجنبي»(1).

وعلق عليه في الجواهر: «كذلك بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم»(2).

وقال الشهيد الأول(رحمه الله): «ويجوز اشتراطه -الخيار- لأجنبي منفرداً، فلا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما»(3).

وفي اللعة والروضة: «ويجوز اشتراطه لأحدهما ولكل منهما، ولأجنبي عنهما أو عن أحدهما، ولأجنبي مع أحدهما عنه وعن الآخر ومعهما»(4).

وقال صاحب الرياض(قده): «وخيار الشرط: وهو بحسب ما يشترط لأحدهما أو لكل منهما أو لأجنبي عنهما أو عن أحدهما، أوله مع أحدهما عنه وعن الآخر، أوله معهما، بلا خلاف كما في كلام جماعة، بل عليه الإجماع في الخلاف والغنية وعن التذكرة، وهي الحجة بعد عموم الأدلة بلزوم الوفاء بالعقود بسيطة كانت أو مركبة»(5).

وفي الحدائق: «خيار الشرط ثابت لمن اشتراطه سواء كانا هما معا، أو أحدهما أو أجنبياً، أو أحدهما مع أجنبي، من غير خلاف يعرف، ومستنده عموم أدلة وجوب الوفاء بالشروط»(6).

وقال الشيخ الأنصاري(قده): «يصح جعل الخيار لأجنبي، قال في التذكرة: لوباع العبد وشرط الخيار للعبد صح البيع والشرط عندنا معا. وحكي عنه الإجماع في الأجنبي، قال: لأن العبد بمنزلة الأجنبي»(7).

(1) شرائع الإسلام ج 2 ص 16.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 34.

(3) الدروس ج 2 ص 360.

(4) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 3 ص 452.

(5) رياض المسائل ج 1 ص 525.

(6) الحدائق الناضرة ج 19 ص 38.

(7) المكاسب ج 14 ص 268.

وكيف كان، فدعوى الإجماع على جواز جعل الخيار للأجنبي، وعموم أدلة الوفاء بالشروط له في كلماتهم أوضح من أن يحتاج إلى البيان.

نعم، ربما يظهر من جماعة التوقف فيه لكونه مخالفا للمشروع، وإن اختلفت كلماتهم في صياغة الاشكال وتوجيهه.

فقد ذكره الشيخ الأنصاري (قده) بعنوان: «ثم انه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبي مخالف للمشروع، نظرا، الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ، أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس والشروط، أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين.

وهو ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا وعقلا، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وإن كان أجنبيا. فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للأجنبي في العقد.

وسيجيء نظيره في إرث الزوجة للخيار، مع عدم إرثها من العين» (1). وقريب منه ما ذكره السيد الخميني (قده) اشكالا وجوابا، حيث قال: «وربما يستشكل فيه بان ذلك مخالف لماهية الخيار المعهودة عند الشرع أو العرف سواء كان الخيار هو حق التراد الاعتباري أو حق فسخ العقد، فإن المعهود منه هو الرد في ملك الفاسخ بالفسخ أو بالتراد، فيمكن ان يقال: ان هذا الشرط مخالف للشرع والعرف.

وفيه ان الخيار هو حق متعلق بالعقد، ومع اعماله ينفسخ، ونتيجة الانفساخ رجوع كل عوض الى صاحبه، فالرجوع ليس دخيلا في ماهية الخيار حتى يقال ان جعله للأجنبي مخالف لهما» (2).

اما المحقق الأصفهاني (رحمه الله) فقد ذكر في تقريره وجهين، قال (قده): «يمكن تقريب المنع، بأن الخيار بناء على تعلقه بالعقد انما يناسب من له عقد ومن

(1) المكاسب ج 14 ص 273-274.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 216.

شأنه الوفاء به، والأجنبي عن العقد وعن الوفاء به، ولذا قلنا سابقا ان دليل الخيار مخصص لدليل الوفاء بالعقد، وانه لا يتوجه الا الى من له العقد ويجب عليه الوفاء كالمالك العاقد أو الوكيل المستقل في العقد، فدليل الوفاء بالشرط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور في ناحية الخيار، حيث لا معنى له إلا بالإضافة الى من له عقد ومن شأنه الوفاء به، فجعل الخيار لغيره بالاستقلال ممنوع دون إعطاء السلطنة على اعمال خيار من له الخيار.

بل يمكن تقريب المنع بناء على كونه حقا متعلقا بالعين، فإنه عند المصنف (قده) عبارة عن السلطنة على استرداد العين وهي عنده (قده) متفرعة على السلطنة على الرد، ولذا منع (قده) من ثبوته لغير المالك والوكيل المطلق.

ومن الواضح ان الأجنبي حيث انه أجنبي عن المال ولا سلطنة له على رده فلا معنى للخيار الذي هو مجرد السلطنة على الاسترداد» (1).

وفيه: اما التقريب الأول فهو كما ترى لا يتجاوز كونه استحسانا وأخذا بما يراه الذوق مناسبا للقول بتعلق الخيار بالعقد، ومن الواضح البديهي عدم صموده امام الإجماع، وعدم صلاحيته لتخصيص عمومات أدلة وجوب الوفاء بالشرط.

واما التقريب الثاني: فيرده ان التفكير بين المالك والأجنبي بلحاظ كون الخيار سلطنة على الاسترداد المتفرعة عن السلطنة على الرد والتي لم تثبت لغير المالك، إنما يصح فارقا لو كان مستند جعل الخيار -ولو للمالك نفسه- هو دليل السلطنة على الأموال، فإنه حينئذ يمكن أن يقال ان الأجنبي حيث لا سلطنة له على رد المال إلى البائع لا يكون له سلطنة على استرداد ما في يد البائع أيضا، بخلاف المالك نفسه.

واما إذا كان المستند فيه هو الإجماع وإطلاقات أدلة لزوم الوفاء بالشروط فحاله والمالك سيان، لشمول الدليلين لهما على حد سواء.

بل يمكن أن يقال بذلك حتى على تقدير كون المستند فيه دليل السلطنة،

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 38.

وذلك لأن المالك حيث يجعل الخيار للأجنبي يجعل له السلطنة في ردّ المال إلى البائع، فسلطنة الأجنبي وإن كانت مستقلة إلا أنها من تبعات سلطان المالك وأثاره وصورة منه، وكأنها هو، بل هي في الحقيقة وواقع الحال هو بعينه، غايته قيامه في شخص غير المالك، فهي سلطنة المالك على ردّ المال إلى البائع واسترداد ما في يده، قامت في الأجنبي بحكم جعل المالك واتباعه له، فلا يكون منافيا أو منافرا لها.

وبالجملة فالإنصاف أن شيئا مما ذكر في وجه كون اشتراط الخيار للأجنبي مخالفا للشرع، لا يصلح للاعتماد عليه في رفع اليد عن عمومات وإطلاقات أدلة وجوب الوفاء بالشروط والإجماع المحقق عليه، أو التوقف في الحكم من أجله.

2- حقيقة خيار الأجنبي

اختلفت كلمات الاعلام في حقيقة جعل الخيار للأجنبي، بعد اتفاقهم على أصل جوازه مبدئيا، كما تقدم.

فهل هو توكيل للأجنبي في استخدام الخيار الثابت للمشتراط؟ فلم لا يجوز للجاعل عزله، بل ولا مشاركته في اعمال الخيار وتنفيذه؟ مع أن الوكالة ليست إلا صورة وظلا لصلاحيّة الموكل عند الوكيل.

أو هو تمليك وجعل للحق له واقعا؟ فلم لا ينتقل إلى وارثه بموته حاله في ذلك حال سائر ما تركه الميت من أموال وحقوق؟.

أم أنه مجرد تحكيم له في اختيار الفسخ أو الإمضاء؟ إذا فما الفرق بينه وبين اشتراط الاستئثار؟.

وامام هذه الاحتمالات اختلفت مواقف الاعلام.

والحق أن عمدة مصب الحديث والأخذ والردّ بينهم هو الاحتمالان الأخيران.

أما الاحتمال الأول فلم أجد من اختاره صريحا، عدا ما يظهر من العلامة (قده) في القواعد، حيث قال: «لو شرط الخيار لأجنبي كان الفسخ إليه لا إلى

المشترط، إلا ان نقول ان شرط الخيار للأجنبي شرط له وتوكيل للأجنبي»(1).

وعلق عليه في جامع المقاصد بقوله: «وجه هذا الاحتمال ان التسلط على المبيع، والتمن من توابع الملك، فلا يكون اشتراط الخيار للأجنبي صحيحا، إلا إذا نزلناه على انه توكيل، وعموم «المسلمون عند شروطهم» جواز الاشتراط»(2).

ثم رده بأن «تنزيله على التوكيل لا ضرورة إليه، إذ الممتنع هو سلطنة الانتفاع بالمبيع لغير مالكة، أما سلطنة رفع العقد فلا مانع من ثبوته للأجنبي، وقد تدعو الحاجة إليه. فحينئذ إثبات الخيار لمشرطه لا للأجنبي لا مقتضى له أصلا، إذ لا اشعار للفظ به»(3). يضاف الى ذلك، ان الإلتزام بالتوكيل مناف لظاهر عبارات الأصحاب في عنوان البحث، حيث أخذوا فيه لفظ الجعل وعبروا بجواز جعل الخيار للأجنبي، على ما عرفته في البحث السابق.

بل هو مناف لما هو المتعارف عند الناس والعقلاء بحسب طبعهم ومرتكزاتهم الأولية في مقام اشتراط الخيار للأجنبي في معاملاتهم.

على انه لا معنى للوكالة في مورد لم يثبت الحق فيه للموكل نفسه، ضرورة ان فعل الوكيل انما يصح وينفذ بلحاظ استناده الى الموكل وإضافته اليه وكأنه فعله حقيقة، وهو لا يتحقق إلا إذا كانت للموكل سلطنة عليه في ظرفه.

إذا فلا وجه للإلتزام بالتوكيل في المقام.

وعليه فينحصر الخيار في الاحتمالين الأخيرين، أعني اما الإلتزام بكونه تحكيما، واما القول بكونه تمليكا وجعلا.

عبارات معظم الأصحاب صريحة في الأول، ففي الروضة: «واشتراط الأجنبي تحكيم لا توكيل عمن جعل عنه، فلا اختيار له معه»(4).

(1) قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس/في لزوم البيع/المطلب الثاني.

(2) جامع المقاصد ج 1 ص 247.

(3) جامع المقاصد ج 1 ص 247.

(4) الروضة البهية ج 3 ص 453.

ومثلها عبارة مفتاح الكرامة(1) بل وعبرة الرياض، غاية انه عبر انه «لا خيار له معه»(2).

وقريب منها عبارة الجواهر حيث قال: «واشترط الخيار للأجنبي خاصة تحكيم لا توكيل، وليس له الفسخ دونه»(3).

وقد أوضح المحقق النائيني ذلك بقوله: «ان جعل الخيار للأجنبي لو كان على نحو جعل الملك الحقيقي فلازمة إرث وارث الأجنبي عنه، لان ما تركه لوارثه. واما لو كان على نحو التفويض الراجع الى ان نظره متبع، وانه مالك لتسليم الإلتزام الذي هوتحت يد المالك الى الطرف أو إبقائه للمالك، فهو كالوكيل في القبض والإقباض فلا مانع عنه، وعلى هذا لا يرثه وارثه، لانه لا يملك شيئا حتى يرثه وارثه ويجب عليه أيضا مراعاة مصلحة المالك لانه ليس كسائر الملاك يتصرف كيف يشاء، وعلى هذا فثبوت الخيار به متوسط بين الملكية والوكالة، فلا يمكن ترتيب آثار الملك عليه حتى يرث وارثه، ولا ترتيب آثار الوكالة حتى يمكن عزله، بل هو نظير التولية على الوقف»(4).

إلا ان المحقق الأصفهاني(رحمه الله) اختار الثاني - التملك - وتبعه عليه بعض من تأخر عنه.

قال(قده): «والتحقيق: ان الخيار ينحل الى حق والى متعلقه وهو حل العقد، فاما ان يجعل له حق الخيار فهو تملك فقط، واما ان يجعل له حل العقد مع قيام الحق بالجاغل فهو توكيل، إذ لا حقيقة له إلا تسليط الأجنبي على العمل الذي يملكه ملكا أوحقا، وليس مع قطع النظر عن الحق وعن السلطنة التابعة لسلطنة الموكل على ماله اختصاص أوحقية للأجنبي.

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 609.

(2) رياض المسائل ج 1 ص 525.

(3) جواهر الكلام ج 23 ص 34-35.

(4) منية الطالب في شرح المكاسب ج 2 ص 42.

وتوهم إعطاء السلطنة المطلقة غير المنبئة عن سلطنة الموكل.

مدفوع بأن السلطنة سواء كانت تكليفية أم وضعية، حكم شرعي متفرعة على الملكية والحقية، وهذه ليست من الاعتبارات القابلة لجعل غير الشارع، والسلطنة المنتهية إلى الملكية والحقية سلطنة بعنوان التوكيل.

فالشق الثالث المسمى بالتحكيم غير متصور، والتحكيم بمعنى الحكم بالفسخ أو الإمضاء راجع الى خيار المؤامرة وهو أجنبي عما نحن فيه» (1).

هذه هي أقوال المسألة، وهذه هي أدلة الاعلام في اختياراتهم.
المختار في المسألة.

ونحن بعد فحص الأدلة وتدقيقها، نختار القول بالتمليك والجعل تبعاً للمحقق الأصفهاني (رحمه الله).

والسبب الأساس في هذا الاختيار يمكن تلخيصه في أمرين:

الأول: عدم سلامة القولين الآخرين -التوكيل والتحكيم- من النقد والاشكال.

الثاني: تمامية القول بالتمليك في حد ذاته، وسلامته من الإيرادات.

أما الأمر الأول: أما التوكيل، فلما عرفت من عدم تعلقه في مورد لم يثبت الحق فيه للموكل نفسه، فإن فعل الوكيل فعل للموكل قائم بشخص غيره، وكأنه هو الذي قام به، غاية الأمر كون إتيانه بالفعل في ضمن وجود وكيله لا في ضمن وجود نفسه، فلا يعقل أن تكون دائرة صلاحية الوكيل أوسع من دائرة صلاحية الموكل نفسه، فإنه قائم مقامه وممثل عنه في الفعل.

على أن الإلتزام بالتوكيل مخالف للمرتكز عند الناس في مقام الاشتراط، ومناف لظاهر عبارات الأصحاب في عنوان المسألة.

وأما ما افاده المحقق الأصفهاني (قده) وتبعه عليه السيد الروحاني من إمكان

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 39.

الالتزام بكونه توكيلاً باعتبار «أن له أن يسلطه على أعمال الحق بالتوكيل بحيث لا يشاركه في عمله، فيكون الخيار الثابت للموكل مشروطاً بعدم مباشرة أعماله» (1). فلم يعرف وجه ولا يمكن المساعدة عليه، فإنه خروج عن محل النزاع في جعل الخيار للأجنبي بعنوان التوكيل في مورد لم يثبت الخيار للمشتراط مبدئياً، وابن هذا عن توكيل الأجنبي في أعمال الخيار فقط- الثابت للمشتراط مبدئياً وإن أسقط حقه بالاشتراط العارض، أو التزم بعدم استخدامه، فإنه مما لا أشكال فيه، وليس هو من موارد انتقاض ما ذكرناه من امتناع ثبوت صلاحية للوكيل فوق صلاحية الموكل نفسه.

وكيف كان يكفي في المقام اعترافهما بكون الحمل على التوكيل خلاف ظاهر جعل الخيار للأجنبي.

وعلى أي حال فالعمدة في الأشكال في المقام ما ذكرناه.

وأما ما ذكره غير واحد من الاعلام من أن حمل اشتراط الخيار للأجنبي على التوكيل يتنافى مع عدم قدرة المشتراط على عزله.

فلا يمكن الركون إليه في نفي التوكيل، فإن مجرد عدم جواز العزل لا يستلزم نفي التوكيل بوجه، فإن الوكالة حالها حال سائر العقود الجائزة-إذنية كانت أم عهدية تمليكية- تصبح لازمة إذا وقعت موقع الاشتراط في ضمن العقد اللازم، ولا يجوز رفع اليد عنها، ولا ينفذ فسخها وإبطالها بفضل أدلة وجوب الوفاء بالشروط.

والحاصل: أن عدم جواز عزل الجاعل للأجنبي لا يتنافى بحده ذاته- مع كونه توكيلاً، لولا ما ذكرناه من الأشكال.

وأما التحكيم فيرده: أولاً: ما تقدم من المحقق الأصفهاني (قده) من دوران امره بين ما لا يكون متصوراً في حد نفسه، وبين اتحاده مع اشتراط المؤامرة.

ثانياً: أن أساس اختيار التحكيم-على ما عرفته في كلمات المحقق النائيني (قده)

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات/ص 39.

-يرجع الى الالتجاء اليه بعد عدم إمكان الإلتزام بالتوكيل أو التملك، وحيث ستعرف - في الأمر الثاني- سلامة الإلتزام بالتمليك من الإيرادات المتوهمه، ينتفي أساس هذا الاختيار.

وأما الأمر الثاني: فلكونه هو الظاهر المرتكز في الذهن في مقام اشتراط الخيار للأجنبي، بل وتقتضيه عباراتهم في المقام.

وليس في البين ما يمنع من الإلتزام بهذا القول سوى توهم اقتضائه الانتقال الى وارث الأجنبي بموته، بل وجواز مصلحته عليه في حياته، وهما ممنوعان اتفاقاً، فإنه لا إشكال في عدم انتقال حق الخيار إلى ورثة الأجنبي، وعدم جواز المصلحة عليه.

إلا ان هذا الاشكال ليس بحيث يمنع من الإلتزام بالتمليك، ولا يمكن التفصي عنه، وذلك: أولاً: ان جواز المصلحة على الحق وانتقاله إلى الورثة وعدمهما تابعان لدائرة الجعل سعة وضيقاً، وأمرهما بيد الجاعل نفياً وإثباتاً، فله ان يجعل الحق للأجنبي على نحو يصح له المصلحة عليه وينتقل بموته الى ورثته، وله ان يجعله قائماً بشخصه وذاته لا يقبل الانفصال عنه بوجه.

وبعبارة اخرى: ان ملك الأجنبي للخيار لا يستلزم جواز مصلحته عليه وانتقاله الى ورثته بعد وفاته قهراً، فإنه لا ملازمة بينهما، وجواز المصلحة عليه والانتقال الى ورثته من آثار الملك المطلق للحق دون الحق القائم بشخص المجعول له، فإنه لا ينتقل في حياته وبموافقته الى الغير فضلاً عن انتقاله بعد وفاته الى ورثته، ومصاديقه في الفقه ليست عزيزة، فالولي على الصغير والوصي عن الغير ومن ملك حق الاستمتاع بأمة الغير، ليس لهم نقل ما ملكوه من الحق إلى غيرهم، كما لا ينتقل ذلك الحق بموتهم الى ورثتهم.

والحاصل: ان العناوين القائمة بشخص معين لا تقبل الانفكاك عنه في حياته، وتنعدم بمجرد وفاته، ولا يبقى منها شيء كي يكون في جملة ما ترك الميت.

ومقامنا من هذا القبيل، فان المتبادر من جعل الخيار للأجنبي، ولوبقرينة عدم

صدوره لعبا وعبثا من العاقل-هوجعله له لنفسه وشخصه وبما هوذونظر ورأي يعتمد عليه في أمر إبرام العقد وحله.

وحيث انه حق خاص فلا معنى لنقله الى غيره بالمصالحة عليه، أوانتقاله الى ورثته بموته.

ثانيا: «ان لازم ما ذكروه انه لوصرّح الجاعل بجعل الخيار للأجنبي كجعله لنفسه، اي الخيار المعهود، لصار موروثا وقابلا للانتقال، فلوصح ذلك لا وجه لتأويل الكلمات وحمل كلام الجاعل على ما يخالف ارتكازه وجعله، ولوقلنا بان جعل الخيار المعهود صحيح ولكن لا يورث هذا الحق ولا ينتقل الى الغير فنأخذ بظاهر الكلمات ونحكم بثبوته له، وان كان لا يورث ولا ينتقل. واما دعوى بطلانه من جهة عدم قبوله للإرث والانتقال فلا وجه لها، لان انفكاك الحكمين عن بعض الحقوق غير عزيز»(1).

وبعبارة اخرى: انه لوصرّح المشتري بجعل الخيار للأجنبي على حد ثبوته له بنفسه، فاما ان يقال فيه ببطلان الاشتراط رأسا، واما ان يقال بالصحة مع جواز المصالحة عليه وانتقاله الى ورثته، واما ان يقال بصحته من دونهما. والأول لا وجه له ومناف لظاهر كلمات الأصحاب.

والثاني لوكان يصح لما كان وجه لحمل كلام الجاعل على خلاف ظاهره، بل وخلاف ارتكاز الجاعل في جعله، والأخير هوالمطلوب.

«وبالجملة: لا إشكال في ظهور معقد الإجماع في جواز جعل الخيار المعهود له، ولا في أن جعل الخيار هاهنا كجعله لنفسه أو لصاحبه، فحينئذ إن قلنا بان هذا الخيار لا يورث ولا ينتقل وان صرح الجاعل بجعله للأجنبي فلا وجه للتأويل وان لم يدل دليل على عدمهما فلا مانع من إثباتهما، ولا اشكال فيه من نقل أو عقل»(2).

ثالثا: ان عدم إمكان التفصي عنه لا يوجب جواز صرف كلام الجاعل- المشتري- الى خلاف ظاهر جعله، وأمر لا يخطر بباله حين الجعل، بل مقتضى القواعد

(1) كتاب البيع ج 4 ص 217.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 219.

فيه هو الاحتفاظ بظاهر الكلام ومراد المتكلم، مع الحكم ببطلان الاشتراط من رأس، أو التفكيك بين المجعول والأثر، عند عدم الامتناع بثبوتها معا.

خلاصة البحث:

وأخيرا يمكن تلخيص البحث في ان جعل الخيار للأجنبي عبارة عن تمليكه لحق فسخ العقد وحله، على غرار ما يثبت لأحد المتعاقدين في فرض اشتراط الخيار له.

نعم، حيث ان ظاهر الجعل للأجنبي يقتضي لحاظ خصوصيته ومميزاته في تدبير الأمور وصرفها، لم يصح له نقله الى الغير والمصالحة عليه في حياته، كما لم ينتقل الى ورثته بموته.

3- هل يعتبر قبول الأجنبي في جعل الخيار له؟

لم يتعرض قدماء الأصحاب إلى اعتبار رضي الأجنبي فضلا عن قبوله في جعل الخيار له نفيا أو إثباتا، وانما المذكور في كلمات بعضهم حكم رفضه الخيار وردّ مسئوليته لكنه أجنبي عن اعتبار قبوله في ثبوته، كما هو واضح.

نعم، لا يبعد دعوى كون ظاهر عباراتهم في عنوان المسألة: «خيار الشرط: وهو ثابت لمن شرطاه له، سواء كانا معا أو أحدهما أو أجنبيا أو أحدهما مع أجنبي» من غير تعرض لاعتبار علمه فضلا عن رضاه أو قبوله، هو عدم اعتبار شيء منها في تحقق الجعل وثبوت الخيار له.

اللهم إلا أن يقال: انه لا إطلاق لكلام الأعلام من هذه الناحية، وأنهم ليسوا إلا بصدد بيان جواز أصل الجعل، دون خصوصياته وما يعتبر في تحقيقه.

إلا أنه بعيد، وخلاف ظاهر كلامهم في تحقق الجعل بصرف اشتراطه في ضمن العقد القابل له، سواء في ذلك جعله لهما أو لأحدهما أو لأجنبي عنهما.

وانما تعرض المتأخرون من الأصحاب لهذا البحث، معللين اعتبار قبول الأجنبي له أو على أقل التقادير رضاه به، تارة بمنافاة ثبوته قهرا عليه لسلطنة الناس

على أنفسهم، باعتبار ان إثبات الخيار للأجنبي من دون أخذ رأيه في الموضوع واعتبار رضاه نوع من التحدي لسلطانه على نفسه وتجاوز عليها.

واخرى بأنه: «لوقلنا بأن جعل الخيار للأجنبي تفويض اليه أوتوكيل له فلا شبهة في احتياجه الى قبوله، واما لوقلنا بأنه تمليك فتوقفه على قبوله مبني على انحصار الملك القهري بالإرث والوقف على البطون»(1).

وبعبارة اخرى: ان جعل الخيار للأجنبي لا يخلو -كما عرفت- عن كونه اما تفويضا أوتوكيلا أوتمليكا له، والأولان يتوقف تحقيقهما على القبول بلا اشكال. وعلى الأخير فإن قلنا بانحصار موارد حصول الملك القهري بالإرث والوقف على البطون اللاحقة، اعتبر القبول فيما نحن فيه أيضا.

وان قلنا بعدم الانحصار و«حصوله من شرط النتيجة ونحوذلك من دون توقفه على قبول من جعل الملكية له، فنفس الجعل كاف في حصوله»(2) باعتبار أخذه شرطاً في عقد لازم.

والذي يقتضيه التحقيق هو عدم اعتبار رضي الأجنبي فضلاً عن قبوله في ثبوت الخيار له، وان توقف اعماله وتنفيذه خارجاً على ذلك.

وما ذكر من الدليل لإثبات اعتباره فيه غير تام، وقاصر عن إثبات المدعى.

أما الدليل الأول فيرده: ان حديث سلطنة الناس على أنفسهم، لم يثبت بدليل، فإنه إنما ذكر في كلمات الفقهاء فقط، ولم يرد في شيء من النصوص ذكره.

«على انا لو فرضنا ورود هذه الجملة في نص معتبر، فهي لا تدل على اعتبار القبول - كما هو المدعى- إذ يكفي في السلطنة قدرته على الرد، فإنه حينئذ لا تكون الملكية ملكية قهرية، ولا تنافي سلطنته على نفسه»(3).

واما الدليل الثاني فيرده: ما افاده السيد الطباطبائي(قده) من «عدم كونه

(1)منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 43.

(2)منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 43.

(3)مباني العروة الوثقى ج 2 كتاب الوصية ص 366.

الأجنبي طرفاً للعقد، إلا أن يقال أنه كما لا يصح جعل الغير مالكا لشيء لا برضاه، كذلك لا يصح جعله ذا حق بغير رضاه، وهو ممنوع حتى في الملك أيضا، فإنه يصح الوقف أو الوصية للعنوان الذي ينطبق عليه من دون رضاه، كما لو أوصى لأعلم البلد مثلاً» (1).

حيث أن المستفاد من الأدلة والنصوص «أن الوصية نافذة ولازمة على الإطلاق، ومن غير اعتبار لقبول الموصى له، حيث لم يذكر ذلك في شيء من الآيات والروايات» (2). وأوضح المحقق الأصفهاني (قده): «أن نذر الصدقة بنحو النتيجة يوجب الملكية من دون لزوم قبول من المتصدق عليه، بل الوصية التمليلية على القول الموافق للتحقيق إيقاع، ولا ينافيه جواز الرد من الموصى له، فإنه لا دخل له بلزوم قبوله المتقوم به العقد المؤثر في الملكية، بل لعل الوقف أيضا كذلك خصوصا بالإضافة إلى البطون اللاحقة، إذ لا معنى لولاية الحاكم أو المتولي الموجود على المعدومين في القبول عنهم» (3). إذا فثبت الخيار للأجنبي بجعل المتعاقدين ليس متوقفا على قبوله، فإن موارد ثبوت الملك القهري ليست بعزيزة، والأدلة غير قاصرة عن شموله بعد أن لم يكن منافيا لسلطان المجعول له وقدرته.

نعم، لو قلنا بأن حقيقة جعل الخيار للأجنبي هو التوكيل، أشكل الالتزام بصحته من دون قبوله «فإن الوكالة ليست من الإيقاعات، وإنما هي من العقود المتوقفة صحتها على الإيجاب والقبول، ومن هنا فلا ينفع في الحكم بصحة ما صدر - الفسخ أو الإمضاء في المقام - مجرد إنشاء التوكيل، ما لم يصل ذلك إلى المباشرة ويقبله» (4).

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 25.

(2) مباني العروة الوثقى ج 2 كتاب الوصية ص 366.

(3) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 40.

(4) مباني العروة الوثقى كتاب النكاح ج 2 ص 236 - 237.

إلا أنه لا وجه لإلحاق التفويض إلى التوكيل -كما فعله المحقق النائيني- فإنه من الإيقاعات وعبرة عن منح الصلاحية وإعطاء الحق، ويكفي في تحققه تفويض من له الأمر.

والحاصل: ان جعل الخيار للأجنبي لا يتوقف على قبوله وموافقته، ما لم يفسر ذلك بالتوكيل، وإلا فلا ينبغي الإشكال في اعتباره وتحقيقه، ولعل السبب في إطلاق الأصحاب للحكم بعدم اعتبار القبول فيه ناشئ مما عرفته من ضعف هذا الاحتمال وعدم اختياره، من قبلهم.

4- هل يلزم الأجنبي مراعاة مصلحة الجاعل؟

المشهور بين الأعلام لزوم مراعاة الأجنبي المجهول له الخيار لمصلحة الجاعل، بل احتمل بعضهم لزوم تحريره الأصلح.

قال المحقق العامل: «ويجب عليه -الأجنبي- تحري المصلحة في جميع الصور، فلو ظهر منه خلاف ذلك لم يمض الفسخ، ولو اختلفا قدم قوله، مع احتمال تحري الأصلح» (1).

وعلله في الجواهر تارة بكونه أميناً، وأخرى بأنه المنساق منه عرفاً من مثله. قال (قده): «الظاهر وجوب اعتماد المصلحة، لأنه أمين، فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ، بل قد يقال: ان المنساق عرفاً من مثل ذلك ما يشبه التوكيل، فيمكن احتمال مراعاة الأصلح لذلك، بناء على اعتباره فيها» (2).

واعترض في المكاسب على الأول بأنه لا يقتضي مراعاة الأصلح، قال رحمه الله: «ثم انه ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل، ولعله لتبادره من الإطلاق، وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أميناً لا يخلو عن نظر» (3).

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 609.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 35.

(3) المكاسب ج 14 ص 272.

اما السيد الخميني(قده) فقد أنكر التوجيه الثاني أيضا وأفاد: «ان الظاهر عدم لزوم مراعاة مصلحة الشارط، كان المجعول خيارا أو تحكيما، لعدم الدليل عليه، وكون ذلك غرضا للعقلاء نوعا لا يوجب الاشتراط الضمني وتعلق الجعل به، كما في سائر الأغراض العقلانية في المعاملات، ولم يجعله أمينا أو وكيلًا حتى يجب عليه مراعاتها»(1).

والسيد الطباطبائي «رحمه الله» فصل بين التوكيل من جهة حيث يجب فيه مراعاة الأصلح مطلقا، وبين التحكيم من جهة أخرى حيث قصر وجوب مراعاة المصلحة على ما إذا أخذت ذلك شرطا في جعل الخيار له.

قال(قده): «إن قلنا انه -جعل الخيار للأجنبي- من باب التوكيل فلا إشكال في وجوب مراعاة الأصلح، وإن قلنا بكونه تحكيما فالمقامات مختلفة، فقد يكون المقصود جعل الأمر بيد الأجنبي بحيث يكون صاحب حق، وحينئذ لا يجب عليه مراعاة المصلحة، وقد يكون المقصود جعل الأمر إليه بشرط مراعاتها، وهذا هو الغالب الوقوع، إذ لا داعي غالبا إلى جعل الخيار للأجنبي من حيث هو»(2).

أقول: اما بناء على كون اشتراط الخيار للأجنبي توكيلا له، فلا إشكال ولا خلاف في لزوم مراعاة المصلحة للموكل، وإن اختلفوا في لزوم مراعاة الأصلح.

واما بناء على كونه تحكيما كما هو مذهب المشهور أو تملিকা كما هو المختار فالظاهر ان الأمر كذلك، باعتبار ان «مقتضى تجرد جعل الحق للأجنبي وإن كان عدم اعتبار شيء فيه، إلا انه لما كان جعل الحق غالبا للوثوق بنظر المجعول له الخيار من حيث معرفته بما ينبغي حلا واجازة، فالإطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحا، لا مجرد جعل الحق وإن فعل ما فعل.

ومنه تعرف ان حديث الامانة ليس من ناحية التوكيل ليقال بأنه تحكيم لا توكيل، بل تأمين بتفويض أمر العقد اليه بنحو أقوى بجعل حق الخيار، فيمتاز عن

(1) كتاب البيع ج 4 ص 279.

(2) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 25.

سائر الحقوق التي يستقل بها ذوالحق»(1).

والحاصل: ان جعل الخيار للأجنبي على نحو يكون الأمر بيده يفعل ما يريد، وإن كان ممكنا في حد ذاته، إلا أنه بعيد كل البعد عن ظاهر الجعل ومنح الصلاحية، وفرض نادر لا ينبغي حمل شيء من موارد الاشتراط عليه.

5- اشتراط الخيار لعبد الأجنبي.

مقتضى القواعد العامة أنه لا فرق في جعل الخيار للأجنبي بعد المفروغية عن أصل جوازه-بين جعله لأجنبي حر، أو لعبد مملوك لأحدهما أو لغيرهما، فإن الجميع سواء في كونه أجنبيا عن العقد، وما يرد على جعل الخيار له أو يتفصى به عنه.

ومجرد الحرية أو العبودية، فضلا عن كونها لأحدهما أو لغيرهما، لا يغير في ماله دخل في الحكم شيئا.

غير أن العلامة(قده) قد ذكر في القواعد أنه «لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد أحدهما ملك المولى الخيار، ولو كان لأجنبي لم يملك مولاه ولا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى، فلو مات لم ينتقل إلى مولاه»(2).

وعلق عليه المحقق العاملي بأن «هذه الأحكام موافقة للأصول والاعتبار»(3). إلا أن الفرق غير واضح، فإن جعل الخيار للعبد أن كان تصرفا فيه ومنافيا لسلطنة المولى كان مقتضى القاعدة توقفه على رضاه فيهما، وإن لم يكن تصرفا فيه ومنافيا لحق المولى -كما هو الصحيح- لم يكن وجه للقول بعدم ثبوته له.

والحاصل: أن التفصيل المذكور بين عبد أحد المتعاقدين، وعبد الأجنبي لا مبرر له ولا يمكن إثباته بدليل.

وأوضح منه في الاشكال دعوى ثبوته للمولى في الأول، فإنه تصرف في إرادة الجاعل بلا مبرر.

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 40.

(2) قواعد الأحكام، كتاب المتاجر/المقصد الخامس/المطلب الثاني.

(3) مفتاح الكرامة ج 4 ص 592.

ودعوى ان الجعل للمملوك جعل للمولى في الحقيقة لو تمت فهي مشتركة الورود في الصورتين، فلا وجه للتفصيل بينهما.

قال المحقق الأصفهاني(قده): «ان العبد وان كان لا قدرة له على شيء كما في الآية المباركة، إلا أن الظاهر بقرينة القدرة المناسبة للأفعال ان الأفعال التسببية من العقود والإيقاعات والأفعال المهمة المباشرة لا تنفذ منه، ولا تحل له الا بإذن مولاه، إلا ان اضافة أمر إليه من الإضافات والاعتبارات الشرعية أجنبية عن مسألة عدم قدرة العبد عليه، وعدم حصول إضافة الملكية له للنص لا لعدم القدرة، فعدم ثبوت حق له لا دليل عليه، واذن المولى دخيل في إعماله لا في أصل ثبوته، فيصير بالشرط ذا حق الخيار، إلا أن إعماله في جملة أفعاله التي لا قدرة له عليها إلا بإذن مولاه.

ومن الواضح ان إناطة نفوذ فعله بإذن مولاه لا يوجب ثبوت الحق لمولاه، فإذا صار بإذن مولاه وكيلًا في عقد لشخص فهو الوكيل دون مولاه، والخيار في بيعه له لا لمولاه. ومما ذكرنا يتضح ان جعل الحق له صحيح من دون اذن مولاه، نعم ليس له التصرف بالأعمال والإسقاط إلا بإذن مولاه، ولا فرق بين عبد أحد المتعاقدين وعبد الأجنبي في ذلك، لعدم الفارق إلا بملاحظة ان الخيار ان كان لعبد أحدهما فسلطنة العبد على حل العقد الواقع بين مولاه وطرفه كالسلطنة على مولاه، بخلاف عبد الأجنبي، فإن العقد أجنبي عن مولاه، فلا يوجب سلطنته على أمر العقد سلطنته على مولاه لينافي مقام العبودية والرقية.

لكنه وجه اعتباري لو تم لاقتضى عدم ثبوت الحق له لا ثبوته لمولاه على خلاف قصد الشارط»(1).

بل لا وجه للقول بتوقف أعمال العبد للخيار ومباشرته اختيار الفسخ أو الإمضاء على اذن مولاه ورضاه، فإن أدلة سلطنة المولى على عبده وحرمة التصرف فيه

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 39.

من دون إذنه، قاصرة عن شمول أفعال العبد التي لا تتنافى مع حقوق المولى إطلاقاً كقراءة القرآن، أو الأدعية والأذكار، بل وإيقاعه لصيغ العقود وكالة عن الغير في أثناء عمله للمولى، أوفي أوقات فراغه واستراحته، فإنه لا أظن أن فقيها يلتزم بحرمة قراءة العبد الفاتحة لموتاه بدون إذن مولاه وإن لم يكن ذلك مانعاً له عن مباشرة واجباته وأداء حقوق المولى، أو يلتزم بتوقف جواز إتيانه المندوبات الذكرية على إذنه.

وليس ذلك إلا لانصراف أدلة قصور صلاحية العبد وعجزه، وحرمة تصرفاته بدون إذن مولاه عن شمول مثل هذه التصرفات، والأفعال التي لا تصطدم بوجه من الوجوه إطلاقاً مع حقوق المولى، فإن نفي قدرة العبد إنما هو بلحاظ عينه والأفعال المضافة إلى المولى والمرتبطة بنحو من الأنحاء به، كتزويجه أو طلاق زوجته وما يرتبط بالتصرف في أمواله ولوبالوقف أو الحبس فضلاً عن البيع ونحوه، وأما ما لا ارتباط له بالمولى إطلاقاً، ولم يعد تصرفاً في العبد أو ماله، فلا دليل على نفي قدرته عليه وتوقفه على إذن مولاه.

إذا فالصحيح في المقام هو الإلتزام بصحة جعل الخيار للعبد بالاشتراط وثبوت له، سواء أ كان عبداً لأحدهما أو لأجنبي عنهما، ولا يتوقف ذلك حثوتاً ولا تنفيذاً - على رضى المولى فضلاً عن توقفه على قبوله وموافقة خونه

Al-Khoei Institute

6- اشتراط الاستئثار

كما يجوز للمتعاقدین اشتراط الخيار للأجنبي «يجوز لهما اشتراط الاستئثار، بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في أمر العقد، فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداء» (1) «بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم» (2) حيث لا مانع من شمول أدلة لزوم الوفاء بالشرط له، ويقتضيه قبل كل شيء التسالم الفقهي عليه. وكيف كان، فإذا اشترط الاستئثار «لزم العقد من جهتهما، ويتوقف على أمر

(1) المكاسب ج 14 ص 279.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 35.

من سمي، فليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمره ويأمره بالرد»(1)، «فيلزم العقد بإمضاء المستأمر وسكوته إذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه، والأصل في العقد اللزوم.

أما لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعاً، نعم له العمل به على ما هو مقتضى الشرط، وليس له الفسخ قبل أمره به، لعدم حصول الشرط»(2).

وهذا مما لا خلاف فيه أيضاً ويفتضيه اشتراط المؤامرة والاستثمار، فإن مفاده ليس إلا عدم ثبوت الخيار للمشتراط قبل أمر المستأمر -بالفتح- به، فإن استأمره وأمره بالإمضاء لم يكن للمستأمر -بالكسر- مبرر في الفسخ، وإن أمره به ثبت له الخيار بمقتضى الشرط، فإن شاء فسخ وإن شاء أمضى، حاله في ذلك حال كل من ملك الحق.

نعم، نسب إلى العلامة(قده) في التحرير جواز الرد من غير أن يستأمر، معللاً له بأنه إنما ذكر الاستثمار احتياطاً(3).

لكنه واضح البطلان، فإنه على خلاف ظاهر الاشتراط، والمرتكز منه وجدانا. «ولذا حمله بعض الأفاضل على ما إذا حصل الأمر بالفسخ قبل الاستثمار، قال: الأقوى فيه ذلك، نظراً إلى حصول الغرض من الاستثمار، خلافاً لظاهر المبسوط والخلاف والتذكرة، وكنز الفوائد، وتعليق الإرشاد والمسالك، على ما حكى عن بعضها، فينتفي بانتفاء الشرط، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتب الأمر على الاستثمار، ولا بأس به»(4).

والأمر كما أفاده رحمه الله لو قصرنا مفهوم الاستثمار على طلب المشروط عليه أو المشتراط الأمر من الأجنبي، أما لو عممناه لفرض أمره ابتداءً، كما تقدم من الشيخ الأعظم(قده) فلا مبرر لتكليف التعليل بحصول الغرض.

(1) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/المقصد الرابع في الخيار/الثالث خيار الشرط.

(2) (جواهر الكلام ج 23 ص 35.

(3) (جواهر الكلام ج 23 ص 35.

(4) (جواهر الكلام ج 23 ص 35.

وهو ليس ببعيد، فإن المفهوم من المؤامرة والاستثمار، هو الانصياع لأمر من له ذلك واطاعته، سواء طلبه منه أو ابتدأه به.

ثم إن مما لا خلاف فيه بينهم أنه ليس للمستأمر -بافتح- الفسخ أو الإمضاء مباشرة، وبهذا اللحاظ يختلف المقام عن اشتراط الخيار للأجنبي.

نعم، عبارة الشهيد الأول (قده) في اللعة قد توهم الخلاف.

قال الشهيد الثاني (قده) في الروضة ما نصه: «وظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب، أن المستأمر -بفتح الميم- ليس له الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمر والرأي خاصة، فقول المصنف رحمه الله: (فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وإن سكت فالأقرب اللزوم، ولا يلزم المستأمر الاختيار) إن قرئ المستأمر بالفتح مبنيًا للمجهول، أشكل بما ذكرناه.

وإن قرئ بالكسر مبنيًا للفاعل، بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال: فسخت بعد أمره له بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالإجازة لزم، وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ، سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه لزم لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر.

وهذا الاحتمال أنسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصًا بقريته قوله: ولا يلزم الاختيار، فإن اللزوم المنفي ليس إلا عمن جعل له المؤامرة، وقوله: «وكذا كل من جعل له الخيار» فإن المجعول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار، لا المشروط له، إلا أن للمشروط له حظًا من الخيار عند أمر الأجنبي له بالفسخ.

وكيف كان، فالأقوى أن المستأمر -بافتح- ليس له الفسخ ولا الإجازة، وإنما إليه الأمر، وحكم امتثاله ما فصلناه. وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لأجنبي وجعل الخيار له واضح، لأن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل الخيار له» (1).

(1) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج 3 ص 456.

أقول: بل المتعين في كلام الشهيد الأول (قده) هو الثاني، وما ذكره الشهيد الثاني «رحمه الله» من القرينة لحمل كلامه على الأول على خلاف مطلوبه أدل، فإن لزوم الذي يحتاج نفيه الى البيان إنما هو بالقياس إلى المستأمر -بالكسر- حيث قد يتوهم ان اشتراط الاستثمار يلزمه بالفسخ إذا أمره الأمر بذلك واما المستأمر -بالفتح- فلا حاجة لبيان عدم لزوم الاختيار بالنسبة إليه، فإنه أجنبي عن العقد، واشتراط المتعاقدين لا يفرض عكس إرادته عليه شيئاً.

وكذا الحال بالقياس الى قوله «رحمه الله»: «وكذا كل من جعل له الخيار» فان دعوى كون المجعول له الخيار في المقام هو الأجنبي المستشار دون المستأمر بالكسر. يدفعها اعترافه (قده) في نهاية كلامه بأن «الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له.»

وهو كذلك، على ما يقتضيه فهم الأصحاب عموماً من المؤامرة والاستثمار، حيث صرحوا بعدم الخيار للمستأمر -بالفتح- جاعلين ذلك هو الفارق بينه وبين اشتراط الخيار للأجنبي.

والحاصل: ان الخيار عند ثبوته في الاستثمار إنما هو للمشتراط دون المستأمر -بالفتح- غاية الأمر توقفه على أمره بالفسخ مع **معهد الخوئي** **Al-Khoei Institute** ومما يشهد له تسالمهم على عدم لزوم الفسخ على المستأمر -بالكسر- عند أمره به، فإنه خير دليل على كون الخيار له بالنتيجة، وإلا لاقتضى أمر المستأمر -بالفتح- ارتفاع العقد، كما هو واضح.

إذا اتحد ذوالخيار فأمر العقد في زمن الخيار- بيده، وله فسخه وإمضاؤه، بلا خلاف فيه ولا اشكال، سواء أ كان هو أحد المتعاقدين أم أجنبيا عن العقد، وليس لغيره معارضته فيه، ويقتضيه جعل الخيار له.

وإذا تعدد ذوالخيار، سواء فيه المتعاقدان أوهما مع أجنبي، أو أحدهما معه، أو الأجنبى وحدهم، فإن اتفقوا على مصير العقد إمضاء أو فسخا، فذلك لا اشكال فيه ولا خلاف، ويقتضيه ثبوت الخيار لهم وانحصار الحق بهم.

وان اختلفوا فيما بينهم في مصير العقد فسخا وإمضاء فاختر بعضهم فسخ العقد وبعضهم إمضاءه، ففي تقديم الفاسخ منهم بقول مطلق، أو المجيز كذلك، أو يعطى الحق للسابق منهما أيا كان، أو يقدم مختار الأجنبي إذا كان المخالف له في الاختيار أحد المتعاقدين، أو يختلف الحكم باختلاف كيفية جعل الخيار للمتعدد ونحو ثبوته له؟ وجوه واحتمالات. الذي يقتضيه التحقيق هو الأخير، فإن موارد ثبوت الخيار للمتعدد وأناقته مختلفة، ولا يمكن جمعها تحت حكم واحد إطلاقا، لاختلافه من مورد الى غيره بهذا اللحاظ.

وتفصيل الكلام ان جعل الخيار للمتعدد يتصور على أنحاء.

فقد يكون ذوالخيار وكلاء ينوب كل منهم عن موكلهم في اختياره الفسخ أو الإمضاء في العقد.

ومقتضاه تعيين القول بنفوذ تصرف السابق منهم مطلقا، فسخا كان أو إمضاء، عملا بمقتضى الوكالة، فإنه إذا تحقق الأمر الموكل فيه من أحد الوكلاء- على حسب ما تقتضيه موازينها بطلت وكالة الباقيين لانتفاء موضوعها.

بل الأمر كذلك حتى بالنسبة إلى الأصيل -الموكل- نفسه، حيث لا يبقى لاختياره محل بعد تحققه من أحد الوكلاء عنه في ذلك، كما هو أوضح من ان يخفى.

فما عن بعضهم من انه «لوبادر الموكل في صورة التوكيل في الخيار فسخا أو إنفاذا- يصح ولا يبقى موضوع لخيار الوكيل، ولوبادر الوكيل الى ذلك ثم خالفه الموكل يمكن تقديم رأيه» معللا إياه بقوله: «لأن الحق له بالأصالة» (1).1).

لا وجه له وبعيد غايته، فإنه مناف لما تسالموا عليه من لزوم فعل الوكيل إذا صدر على حسب ما تقتضيه قواعد الوكالة، بل هو في الحقيقة إلغاء لدور الوكالة بقول مطلق، إذ لو ثبت للموكل جواز مخالفة الوكيل فيما صدر منه على وفق الموازين، وقلنا بتقدمه عليه حتى مع تأخره عنه زمانا لكون الحق له بالأصالة، لم يبق للوكالة مورد يصح الاعتماد عليه.

وبعبارة أخرى: ان نتيجة هذا الإلتزام حصر دائرة الوكالة في إنشاء العقود على نحو الجواز فقط، فان لم يخالفه الموكل لزم، وإلا قدم اختيار الموكل. وهو خلاف المتفق عليه بين الجميع في مفاد الوكالة، وإلى دور الفضولي أقرب منه إلى دور الوكيل.

وقد يكون ذوو الخيار أصحاب حق في الخيار على نحو الملك والاستحقاق- المعنى الذي استظهرناه في حقيقة جعل الخيار للأجنبي-وهو يتصور على أنحاء:

1- اشتراك المتعدد في خيار واحد.

وهو قد يكون على نحو ثبوته للمجموع من حيث هو مجموع، بحيث لا يكون الأحاد ذوي خيار لا في الكل ولا في البعض.

وفيه لا ينبغي الإشكال في عدم نفوذ تصرف بعضهم بمعزل عن الباقيين حيث لا خيار للأفراد والأبغاض.

وعليه فان اتفقوا على الفسخ فهو، وإلا كان مقتضى انقضاء أمد الخيار هو اللزوم.

واليه يستند من حكم بأنه «إذا تعدد الوارث للخيار فالظاهر انه لا اثر لفسخ بعضهم بدون انضمام الباقيين إليه في تمام المبيع ولا في حصته، إلا إذا رضي من عليه الخيار فيصح في حصته» (1).

وقد يكون ثبوته على نحو توزيع الحصص، بأن يملك كل منهم جزء منه، نظير ما قد يقال في إرث الخيار، ومعه فان اتفقوا على الفسخ أو الإمضاء فهو، وإلا كان مقتضى القاعدة نفوذ الفسخ في خصوص حصة الفاسخ، ويثبت لمن عليه الخيار خيار تبعض الصفقة، فله ان يفسخ في الجميع ويسترد مبيعه، وله ان يرضى بالواقع ويشارك الباقيين في المال.

2- ثبوت الخيار الواحد لكل منهم استقلالا.

وهو قد يكون على نحو قيام الحق في الجامع على نحو صرف الوجود، بان يكون الحق ثابتا لكل من يتصف بالجامع ويدخل تحت عنوانه على نحو الاستقلال، ومقتضاه نفوذ فعل السابق منهم لانتفاء الخيار حقيقة بتصرفه، ومعه فلا موضوع لاختيار الباقيين، نظير ما يقال في ولاية الأب والجد على الطفل الصغير.

وقد يكون على نحو قيام الحق في الجامع على نحو الانحلال، بحيث يكون الحق مجعولا لطبيعي المتصف بالعنوان، المقتضى انحلاله إلى كل فرد فرد، فيثبت لكل منهم حق مستقل كما هو الحال في موارد انحلال الحكم بانحلال موضوعه، ومقتضاه عدم سقوط حق أحد منهم بتنازل الباقيين، نظير ما يذكر في إرث المتعديين لحق القصاص أو القذف، فإنه «إذا مات المقذوف قبل ان يطالب بحقه أو يعفو، فلأوليائه من أقاربه المطالبة به، كما ان لهم العفو، فان تعدد الولي كما إذا مات عن ولدين أو أخوين، فعفا أحدهما كان للآخر المطالبة بالحق، ولا يسقط بعفو الأول» (2).

3- ثبوت خيار مستقل لكل واحد منهم ومرجعه في الحقيقة إلى ثبوت خيارات متعددة ومنفصلة لأشخاص متعددين، فكل منهم يملك خيارا للشرط بمعزل عن ملك

(1) منهاج الصالحين ج 2 ص 44 مسألة 169.

(2) تكملة منهاج الصالحين/مبحث حد القذف، ص 46 المسألة 205.

ومقتضاه تقدم الفاسخ على المجيز بقول مطلق، سبقه أم تأخر عنه، لأن الإجازة لا تعني إلا إسقاط المجيز لحقه في فسخ العقد، وإعلانه لالتزامه به، وهو أجنبي عن حق الآخر واختياره، فإنه نظير إسقاط صاحب خيار الحيوان خياره مع مطالبة صاحب خيار الشرط بالفسخ، أو بالعكس، حيث لا مبرر للمنع عن نفوذ فسخ من له الخيار لمجرد إسقاط الآخر حقه وتنازله عنه، بعد أن كان كل منهما موضوعا مستقلا عن الآخر. واعلم أن كلمات الاعلام في المقام مختلفة جدا، لا سيما مع ملاحظة التزاماتهم في جزئيات الموارد.

وليس السبب فيه إلا اختلاف أنظارهم في فهم المتبادر من كيفية ثبوت الخيار للمتعدد، سواء في ذلك المجعل من قبل المتعاقدين كخيار الشرط المجعل للمتعدد، أو المجعل من قبل الشارع كإرث المتعدد للخيار الواحد الذي كان ثابتا للمورث.

قال في الجواهر: «ان اتحد ذوالخيار فالأمر اليه، وإلا قدم الفاسخ ولو أجنبيا، لعدم معارضة اختيار اللزوم له، كما هو واضح» (1). وإطلاقه محمول على قيام الخيار بالجامع على نحو الانحلال أو ثبوته مستقلا لكل منهما، وإلا فلا وجه له.

ومثله ما في المكاسب: «لوجعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا في الفسخ والإجازة قدم الفاسخ، لأن مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز خاصة، بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فان النافذ هو تصرف السابق، لفوات محل الوكالة بعد ذلك» (2).

نعم، عبارة الشهيد الأول (قده) في الدروس: «ويجوز اشتراطه لأجنبي منفردا

(1) جواهر الكلام ج 23 ص 34.

(2) المكاسب ج 14 ص 269.

فلا اعتراض عليه، ومعهما أومع أحدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله، وإلا لم يكن لذكره فائدة» (1).

وتعليق الشيخ الأعظم (قده) عليها: «ولولم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته، والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائدة» (2). لا يخلوان عن إبهام وغموض، فإن محط الإشكال أن كان فرض اشتراطه له منفرداً، لم يكن وجه للتردد في اعتبار فعله، وعدم تأثير فعل مخالفه. وإن كان فرض اشتراطه له مع أحدهما، فالحكم فيه تابع لنحو ثبوت الخيار لهما، وعلى كل تقدير لا وجه لاعتبار فعله بقول مطلق.

فإن الخيار أن ثبت لهما على نحو الانضمام والمجموع، لم ينفذ فسخ أحدهما، سواء فيه الأجنبي وصاحب العقد. وإن ثبت لهما على نحو صرف الوجود، بطل اختيار اللاحق بفعل السابق. وإن ثبت للجامع على نحو الانحلال، أوثبت لكل منهما خيار مستقل، قدّم الناسخ منهما، أجنبياً أو صاحب العقد. والحاصل أن الأجنبي - على كل التقادير - مسؤول لصاحب العقد في الحقوق والأحكام، ومعه لا وجه لاعتبار ذكره عديم الفائدة، فإن مجرد نفوذ فعل صاحبه في بعض الموارد، لاستخدام حقه قبل الأجنبي أو لكون الحق ثابتاً له بمعزل عن الأجنبي، لا يعني ذلك، وإلا - بان قلنا بنفوذ فعل الأجنبي على جميع التقادير - لكان ذكر صاحب العقد معه وضميمته إليه لغوا.

ونحو عبارة الشهيد (قده) في الإبهام عبارة ابن حمزة في الوسيلة: «وخيار الشرط يكون لمن شرط له: أما للمتبايعين، أو لأحدهما، أو لغيرهما فإن شرط لأحدهما مدة معينة من الزمان كان له الخيار في المدة، فإن شرطت لهما واجتمعا على فسخ وإمضاء نفذ، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء» (3).

(1) الدروس ج 2 ص 360.

(2) المكاسب ج 14 ص 271.

(3) الوسيلة إلى نيل الفضيلة ص 273/تحقيق عبد العظيم البكاء.

فإنه لا وجه لثبوت الخيار للمبتاع بعد رفض الأجنبي المجعل له الخيار وعدم رضاه بالعقد.

اللهم إلا أن يحمل كلامه على رضي الأجنبي بثبوت الخيار له وعدمه، فيقال إن مراده (رحمه الله) أنه إن وافق الأجنبي على جعل الخيار له ورضى بذلك، نفذ البيع ولزم من جهة المتعاقدين لتحقيق الشرط بينهما، وإن ثبت للأجنبي الخيار بالاشتراط، وإن لم يرض الأجنبي بجعل الخيار له ورفضه، تخير صاحب الشرط -بائعا كان أم مشتريا- بين الفسخ والإمضاء لتخلف الشرط بينهما.

وهو وإن كان المنفذ الوحيد للتخلص من الإشكال، إلا أنه بعيد في نفسه، لاستلزامه القول باعتبار قبول الأجنبي المجعل له الخيار، وقد عرفت فيما تقدم أنه خلاف المعهود منهم، كما أن لازمة عدم تعرضه (قده) لحكم خيار الأجنبي فسخا أو إمضاء -الذي هو محل البحث-

على أنه لا وجه لحصره الخيار في فرض عدم رضي الأجنبي بالمبتاع -المشتري- فإن اشتراط الخيار للأجنبي كما يأتي منه يأتي من البائع أيضا. وكيف كان، فالأمر في تفسير العبارات وتوجيهها سهل، والعمدة في المقام ما عرفته من التفصيل بلحاظ نحو ثبوت الخيار للمتعدد وكيفيته.

- أ- اعتبارها مبدئياً في صحة الخيار، الأقوال فيه والأدلة.
- ب- اعتبار ضبط المدة عند ذكرها.
- ج- تحديد زمان الخيار بحد معين.
- د- مبدأ الخيار المجعول.
- هـ- الخيار المنفصل عن العقد.





المقام الرابع

المدة في خيار الشرط.

أ- في اعتبار تحديد مدة الخيار.

المشهور بين الأعلام اعتبار ذكر مدة الخيار وتحديد لها في صحة الاشتراط، فلو أهملت ولم تذكر أصلاً، أو ذكرت مطلقة كأن يقول البائع بعثك الدار -مثلاً- على أن يكون لي الخيار مدة، فسد الشرط.

مستندين فيه إلى النهي عن الغرر على ما أرسله الشهيد الأول (قده) في القواعد (1) أو النهي عن بيع الغرر على ما ورد في مرسلة الصدوق (قده) (2).

وقد خالف فيه جماعة من الأساطين، كال مفيد والشيخ والسيد وغيرهم حيث اختاروا الصحة، جاعلين الخيار عند الإطلاق ثلاثة أيام، مدعين عليه النص والإجماع. وقد تصدى غير واحد من الأعلام من المتقدمين والمتأخرين لمناقشة ما ذهبوا إليه والرد على دليليهم.

قال العلامة (قده) في المختلف: «خيار الشرط لا بد أن يكون مضبوطاً، فإن شرطاً خياراً وأطلقاً بطل العقد، وهو اختيار الشيخ والسيد المرتضى.

وقال في الخلاف: إذا ابتاع شيئاً فشرط الخيار ولم يسمَ وقتاً ولا أجلاً بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام، ولا خيار له بعد ذلك. وهو مذهب شيخنا المفيد، والسيد المرتضى في الانتصار، وابن البراج وأبي الصلاح.

لنا أنه شرط مجهول فيجهل الثمن بجهالته فيبطل العقد، لأن هذا الشرط غرر، إذ لا يعلم المشتري هل يحصل له البيع أم لا؟ والنبي صلى الله عليه وآله نهى

(1) القواعد والفوائد ج 2 ص 61.

(2) وسائل الشيعة ج 12 ب 40 من أبواب آداب التجارة ح 3.

عن بيع الغرر فيكون شرط ما يوجبه باطلاً، لما رواه ابن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام، قال: «المسلمون عن شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز» (1).

وفي الصحيح عن عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سمعتَه يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيها وافق كتاب الله عز وجل» (2). احتج الشيخ بإجماع الفرقة وأخبارهم.

والجواب: إن الإجماع والأخبار إنما دلّ على الثلاثة في الحيوان، أما في غيره فلا» (3). وقال الشهيد (قده): «لو أطلقاً فإنه لا يصح، خلافاً للشيخ حيث جعله مع الإطلاق ثلاثة أيام مدّعياً فيه النص والإجماع، وهما ممنوعان، أما الإجماع فواضح، وأما النص فلم نقف عليه كذلك إلا في خيار الحيوان» (4).

وقد تعرض المحقق العاملي (قده) للمسألة تفصيلاً، مستقصياً الآراء والأقوال فيها. على عادته (قده) - مؤيداً في النتيجة مختار الشيخ (قده) - قال رحمه الله: «يبقى الكلام فيما إذا أطلق الخيار كأن يقول: بعثك بكذا ولي الخيار، ولم يسمَ وقتاً ولا أجلاً مخصوصاً، وفيما إذا شرط مدة مطلقة.

أما الأولى: ففي ظاهر المبسوط والمراسم، وصريح التحرير، والتذكرة، والمختلف، وغاية المرام، والمسالك، والكفاية، أنه يبطل الشرط فيها، كما لو أنط المدة بما لا ينضبط، بل هذه أولى، لأن الإطلاق أعرق في الجهالة، مضافاً إلى أنه لو صح فاما أن يرد إلى معين ولا دليل على تعيينه، أو يدوم الخيار وهو معلوم البطلان، وقد حكى ذلك عن علم الهدى، وعن صريح المبسوط، والموجود في الانتصار ما ستسمعه، والمبسوط ما عرفته.

(1) وسائل الشيعة ج 12 ب 6 من أبواب الخيار ج 2، ح 1.

(2) وسائل الشيعة ج 12 ب 6 من أبواب الخيار ج 2، ح 1.

(3) مختلف الشيعة ج 2 ص 172.

(4) مسالك الأفهام ج 1 خيار الشرط.

وفي الكفاية نسبة هذا القول إلى الأشهر، وفي الرياض انه أشهر بين المتأخرين، ولعلهما توهما ذلك من ظاهر الوسيلة، والسرائر والشرائع والنافع واللمعة، لتضمنها اعتبار التعيين في المدة وهوليس مما نحن فيه، إذ الكلام في اشتراط المدة المعينة.

وفي المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والكافي على ما حكي، انه يصح الشرط وينصرف إلى ثلاثة أيام، وكأنه مال اليه الشهيد في الدروس، وقد حكي عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والجواهر والغنية.

وادعى في الخلاف ورود أخبار الفرقة به، وليس ما يحكيه إلا كما يرويه.

وقال في التذكرة: روى الجمهور ان حناب بن سعيد كان يخدع في البيع، فقال له النبي (صلى الله عليه وآله): «إذا بعت فقل لا خلاصة وجعل له الخيار ثلاثاً» (1). وفي رواية وجعل له بذلك الخيار ثلاثة أيام، وفي رواية: «قل لا خلاصة ولك الخيار ثلاثاً.»

وقد يستشهد على ذلك بفحوى الصحيح، الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإنه قد يعطي ان الشرط في غيره ثلاثة أيام ان اشترط الخيار ولم يعين، وليس المراد به اشتراط الثلاثة لأنها وغيرها في ذلك سواء، بل المراد مطلق الاشتراط، فتدبر.

والغرر يندفع بتحديد الشرع ولا جهالة لمكان الأول إلى العلم الحاصل من الشرع، وليس هو كالأول الحاصل من الحس، كما لو قال: «بعثك بمثل ما بعت به زيدا» فان هذا الجهل يؤول إلى العلم من الحس، وهذا أجازه أبو علي والمصنف فيما حكي عنهما ولم يرتضه الباقر فيما حكي أيضاً، والأولوية المدعاة قد تمنع لارتفاع الغرر واغتفار الجهل، والتخصيص بالثلاثة إما لانصراف الإطلاق إليها عرفاً لكونها أول مدة يتروى بها في مثله والشرع كاشف عن هذا العرف لأنه خفي، أولتعيين

(1) سنن البيهقي ج 5 ص 273، باب الدليل على ان لا يجوز شرط الخيار أكثر من

ثلاثة أيام، باختلاف يسير في المتن المذكورة.

الشارع والشرط سبب للتعيين، لأن التعيين سبب لتنزيل الشرط عليه، كما في الوصايا المبهمة، فقد ادعي فيها ان الجزء اسم للعشر، والسهم اسم للثمن، والشيء اسم للسدس، فلذلك نزلت عليها، فالشرط سبب لا مناط، والمناط في المسألة الإجماعات الأربعة، فلا أقل من ان تفيد شهرة قديمة تجبر ما أرسله في الخلاف من الاخبار، بل الشهرة القديمة متحققة لذهاب سبعة من عظمائهم اليه، وهي في مثل هذا المقام أولى بالتقديم من شهرة المتأخرين لو كانت فليتأمل.

واما الثانية: وهي ما إذا اشترط مدة مطلقة، فيحتمل البناء فيها على الخلاف المذكور، لكونه بمنزلة إطلاق الخيار، والبطلان مطلقاً، للأصل ومنع التنزيل، ولعله أولى وأشبهه»(1).

وفي الكفاية استقرب البطلان، قال (رحمه الله): «فلو أطلقاً فالأشهر الأقرب عدم الصحة، خلافاً للشيخ»(2).

ويظهر من الدروس التوقف فيه، قال (قده): «لو شرطاً الخيار ولم يعين مدة، ففي فساد العقد والحمل على الثلاثة قولان، ونقل في الخلاف الإجماع على انصرافه إلى الثلاثة»(3).

وقريب منه عبارة الرياض: «فلو شرط اختياراً وأطلقاً من دون بيان المدة بطل الشرط على الأشهر بين من تأخر، وفاقاً للمرتضى والمبسوط، للجهالة والغرر المنهي عنهما في الشرع الموجبين لجهالة الثمن أو المثل، فان للشرط قسطاً من العوض، خلافاً للمفيد فيصح وكان الخيار إلى ثلاثة أيام، وتبعه جماعة كالخلاف والانتصار والقاضي والحلي وابن زهرة العلوي مدعيًا في الظاهر الأولين صريحاً عليه الإجماع، وحجته مع اعتضاده بالكثرة وبالشهرة القديمة تقتضي المصير اليه،

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 561-562.

(2) كفاية الأحكام، كتاب التجارة، المقصد الرابع في الخيار/خيار الشرط.

(3) الدروس ج 2 ص 360.

وتخصيص ما مضى به من الأدلة، وعمله السيدان بأن الثلاثة هي المدة المعهودة في الشريعة لضرر الخيار، والكلام إذا أطلق حمل على المعهود. وفيه مناقشة» (1). وفي الحقائق حصر القائل بالصحة بالشيخ (رحمه الله)، قال (قده): «ولو أطلقا ولم يعينا مدة فالمشهور انه لا يصح، ونقل عن الشيخ الصحة وانه ثلاثة أيام مدعيا فيه النص والإجماع.

وردّ بعدم وجود خيار الثلاثة في الاخبار إلا في خيار الحيوان، وأما الإجماع فأوضح حيث لم يقل ذلك سواه» (2).

لكن صاحب الجواهر (قده) بعد تحريره للخلاف في المسألة اختار حمل الإطلاق على ثلاثة أيام، باعتبار: «أن إرسال الشيخ الأخبار المزبورة لا تقصر عن المراسيل في كتب الحديث التي من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام، فعدم الوجود فيها غير دال على العدم، فهي حينئذ مع الإجماعات المزبورة كافية في إثبات المطلوب، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخرين فضلا عن غيرهم، إذ لم نعرف مصرحا بالبطلان بعد الشيخ في أحد قوليه إلا الفاضل وثاني الشهيدين والصيمري فيما حكى عنه.

نعم، نسب إلى المرتضى وظاهر الديلمي، والمعلوم من الأول خلافه، وعبرة المتن كاللمعة والنافع والوسيلة ومحكي التحرير لا دلالة فيها، لأن اشتراط التعيين في المدة غير اشتراط المدة المعينة، ولذا لم يشر في شيء منها إلى الخلاف، مع ان الغالب في بعضها الإشارة إلى شواذ الأقوال فضلا عن مثل هذا.

فمن الغريب ما في بعض المصنفات من حكاية القول المزبور على وجه يكون به من الشواذ.

على انه ليس في الأدلة ما ينافيه، إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع وان لم يعلم به المتعاقدان، كخيار الحيوان الذي لا إشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان.

(1) رياض المسائل ج 1 ص 525.

(2) الحقائق الناضرة ج 19 ص 38.

ومن ذلك يعلم ما في دعوى أولويته بالمنع من ذي المدة غير المعينة، كالتعليل بأنه لو صحّ فاما ان يدوم الخيار وهوباطل بالإجماع، أويخص من غير مخصص.

إذ قد عرفت ان التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الإطلاق عرفاً، لكونها أقل مدة يتروى بها في مثله، والشرع كاشف، أولتعيين الشارع، والشرط سبب لا مناط كالوصايا المبهمة، ولذلك كله مال إليه في الدروس، بل جزم به العلامة الطباطبائي في مصابيح، وهو لا يخلو من قوة» (1).

ورغم ذلك كله قيل بثبوت «الخيار ابداء، وهو المحكي عن الحسن بن صالح ابن حي، ولعله موافق للقاعدة، فإن مقتضى الإطلاق ان لا يحد بحدّ وليس ذلك مشمولاً لدليل الغرر، نظير جعل الخيار لفظاً إلى الأبد» (2).

أقول: والذي يتحصل من مجموع ما تقدم ان المسألة ذات أقوال ثلاثة:

الأول: البطلان، اختاره صريحا العلامة والشهيد الثاني والسبزواري في الكفاية، ونسب الى كثير من الأصحاب.

واستدل عليه باستلزامه الغرر، باعتبار ان الإطلاق أعرق في الجهالة من الإناطة بالمدة المجهولة.

الثاني: الصحة وثبوت الخيار للمشتراط ثلاثة أيام، نسب الى المفيد (قده) والسيد المرتضى، وتبعهما الطوسي وجملة ممن تأخر عنه رحمهم الله جميعاً، مستنديين فيه الى:

1- إجماع الفرقة، بل نسب الى السيد المرتضى جعله مما تفرّدت الإمامية به.

2- النصوص الدالة عليه.

3- عدم وجود ما ينافيه في الأدلة، فإن الغرر مندفع بتحديد الشرع، والجهل يؤول إلى العلم الحاصل منه.

الثالث: الصحة وثبوت الخيار له ابداء، نسب الى الحسن بن صالح بن حي،

(1) جواهر الكلام ج 23 ص 33-34.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 212.

ومال اليه بعض المتأخرين، باعتباره موافقا للقاعدة.

وفي مقام اختيار الأرجح من هذه الأقوال، ينبغي أن يقال: انه إن تمت مقدمات الحكمة وثبت الإطلاق لاشتراط الخيار، فالمتعين هو القول الأخير، وإلا بأن ظهر الإهمال في كلام المتعاقدين، فالمتعين هو القول الأول، والحكم بالبطلان رأسا.

وأما القول الثاني، فبالرغم من ذهاب جملة من أساطين العلم اليه، واختيارهم له، لم نجد في ما ذكر في كلماتهم من الأدلة ما يحملنا على المصير اليه واختياره، خصوصا بعد اتفاق الكل على كونه خلاف القاعدة وقصد المتعاقدين.

فإن الإجماع عليه غير ثابت قطعا، كيف وقد نص غير واحد من الاعلام على البطلان فيه، بل اعتبره بعضهم ظاهر بعض كتب الشيخ نفسه أيضا.

وعلى تقدير ثبوته لا مجال للاعتماد عليه كأصل مستقل ودليل يعتمد عليه بذاته، بعد وضوح-أولا أقل الاحتمال المعتمد به-استناد المجمعين الى ما ادعى من النصوص في المقام، بل وبعض الوجوه الاعتبارية التي ذكرت في كلماتهم.

فإن مثل هذه الملاحظات يمنع عن النظر إلى الإجماع المدعى على أساس انه إجماع تعبدي يكشف عن رأى المعصوم عليه السلام، وقبوله دليلا في قبال سائر الأدلة التي ذكرت.

وأما النصوص المدعى دلالتها على المطلوب، فأمرها يدور بين احتمالات ثلاثة:

1- أن يكون المراد منها اخبار خيار الحيوان، حيث دلت النصوص على ثبوت الخيار فيه ثلاثة أيام(1) على ما أفاده العلامة(قده) في التذكرة.

2- ما ورد في قضية حبان(حنان) بن منقذ وانه كان «رجلا ضعيفا وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله صلى الله عليه وآله له الخيار فيما اشترى ثلاثا، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: بع وقل لا خلافة، فكنت

(1) راجع وسائل الشيعة ج 12 ب 3 من أبواب الخيار.

أسمعه يقول: لا خذابة لا خذابة، وكان يشتري الشيء ويجيء به أهله، فيقولون هذا غال، فيقول: ان رسول الله صلى الله عليه وآله خيرني في بيعي»(1).

3- أن يراد بها اخبار لم تصل إلينا، فإن عدم الوصول لا يدل على عدم الوجود، كما ان عدم تعرض شيخ الطائفة(قده) لذكرها في كتابيه الموضوعين لايداع الاخبار -التهذيب والاستبصار- لا يدل على عدم وجودها مطلقا، لاحتمال سقوطها نتيجة المآسي والفتن التي مرّت على المكتبة الشيعية عموما وخزانة علم شيخ الطائفة بشكل خاص، أو غيرها من العوارض والأسباب.

وقد صرح بهذا الاحتمال غير واحد من الأعلام، حيث اعتبروا ادعاء الشيخ (قده) وجود النصوص بهذا المضمون بمنزلة مراسيله المثبتة في كتبه، فيحكم بحجيتها بفضل انجبارها بعمل المشهور من الأصحاب.

وعلى جميع الاحتمالات والتقاير لا مجال للاستناد إليها في إثبات المدعى. اما على الاحتمال الأول، فبطلان الاستدلال غني عن البيان، فان تحديد الخيار الثابت في الحيوان تعبدا وبعيدا عن اتفاق المتعاقدين، لا يقتضي حمل إطلاق اشتراطهما الخيار الجعلي عليها، فان كلا منهما موضوع مستقل عن الآخر ولا يربطهما شيء.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

1-ضعفها سنداً، حيث لم ترد في شيء من كتب أحاديثنا، ولم ترد بطرقنا إطلاقاً.
2-ان مورد الرواية أجنبي عن محل البحث، اعني اشتراط الخيار بقول مطلق، أوذكر المدة على نحوالإطلاق، فإن قوله حين العقد: (لا خلافة) كناية عن شرط الخيار ثلاثة أيام-على ما ذكره العلامة(قده) في التذكرة-وبذلك يكون موردها من التصريح باشتراط الثلاثة.

3-ان الرواية-على تقدير تماميتها -بختيار الغبن- انسب دلالة منها الى خيار الشرط، فإنها إنما تضمنت إثبات الخيار ثلاثة أيام لتدارك الخديعة والغبن اللذين كان يقع فيهما حنان، وأين ذلك من إطلاق الاشتراط في خيار الشرط.

وبعبارة أخرى: ان الرواية -ان تمت- فهي ظاهرة في خيار الغبن، فان تعين العمل بها كان مقتضاها تحديد الخيار هناك بالثلاثة-وهو مما لم ينسب الإلتزام به الى أحد إطلاقا- أما تقييد إطلاق الاشتراط في خيار الشرط بها فلا وجه له ولا مبرر.

واما على الاحتمال الثالث، فالأمر فيه أوضح، فإنه بالرغم من عظمة شيخ الطائفة وجلالة قدره، لا مجال للعمل بمراسيله المذكورة في كتبه، ناهيك عن مرسله لا اثر لها في الكتب ولم يحرز أصل وجودها.

وانجبار المراسيل والاعبار الضعاف بعمل المشهور والإجماعات المحكية على تقدير تماميتها، انما يختص بمورد «قصور السند المرسل المتضحة دلالاته، أو القاصرة دلالاته، لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا، فالتعويل حينئذ على نفس الجابر، ولا حاجة الى ضم المنجبر، إذ نعلم إجمالا ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار.

ولا ريب ان المستند غالبا في إجماعات القاضي وابن زهرة إجماع السيد في الانتصار»(1).

وبعبارة أخرى: ان من المحتمل أن يكون الشيخ(قده) قد اعتمد في دعواه دلالة النصوص على حمل الإطلاق في اشتراط الخيار على ثلاثة أيام، على اجتهاده واستنباطه من الاخبار الواردة في خيار الحيوان وغيرها، بما لا يتم على تقدير وصوله إلينا، ومعه لا يبقى لمجرد دعوى دلالة النصوص على الحمل على الثلاثة مجال للاعتماد عليه.

إذا فالقول الثاني-صحة الاشتراط وحمل إطلاق الشرط على الثلاثة-لا يمكن المساعدة عليه، لعدم نهوض ما استدل به عليه لإثباته.

ومن هنا تنحصر دائرة الاختيار بين القولين الأول والثالث، فاما أن يقال بالبطلان رأساً -كما عليه الأكثر- أويقال بالصحة وثبوت الخيار له ابدأ.

والظاهر ان ثانيهما هو الأرجح، فإنه ليس هناك ما يقتضي البطلان غير دعوى استلزام الإطلاق للغرر وهو منهي عنه.

وهذه الدعوى لا يمكن إثباتها بدليل.

ذلك ان الاستدلال تارة يكون بما أرسله الشهيد الأول(قده) ونسب الى الصدوق(قده) من النهي عن الغرر(1).

واخرى بما ورد في مرسله الصدوق(قده) من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر(2).

والأول يدفعه عدم وجود المرسله في شيء من كتب الفريقين، إذ «لم توجد لا في كتبنا ولا في كتب العامة، وقد تتبعنا وفحصنا عنها في مظانها فلم نعثر عليها، فلا أساس لهذه المرسله التي تفرد بنقلها الصدوق.

ومعه لا يحتمل استناد المشهور إليها ليدعى الانجبار»(3).

والثاني يدفعه بأن النهي عن بيع الغرر وإن روي بطرق متعددة، حيث رواه الصدوق(قده) بأسانيد عديدة، إلا أنها لما كانت بأجمعها ضعافاً، لم يكن مجال للاعتماد على شيء منها.

ودعوى: انجبار ضعفها بعمل المشهور من الأصحاب بمضمونها.

مدفوعة: بعدم تسليم كبرى الانجبار أولاً، وعلى تقديره فالحكم مختص بالبيع، ولا وجه للتعدي عنه الى غيره.

اللهم إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق بينه وبين غيره.

إذا فالنهي عن الغرر سواء بقول مطلق أو عن البيع خاصة لم يثبت بدليل

(1) القواعد والفوائد ج 2 ص 61.

(2) وسائل الشيعة ج 12 ب 40 من أبواب آداب التجارة ج 3.

(3) مستند العروة الوثقى كتاب الإجارة ص 33.

معتبر، وغاية ما يمكن إثباته بفضل قاعدة انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور -على تقدير تسليمها- هو النهي عنه في خصوص البيع.

نعم، لا يبعد دعوى كون المنع عن الغرر في المعاملات قاطبة حكما عقلائيا لا يحتاج في ثبوته الى النص والتعبد الشرعي، وذلك: «أن أساس المعاملات العقلانية من البيع والإجارة ونحوهما، مبني على التحفظ على أصول الأموال، والتبديل في أنواعها، فلدى التصدي لتبديل عين أو منفعة بعوض يرون التساوي بين مالية العوض كشرط اساسي مرتكز قد بني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه.

وعلى هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هو موضح في محله.

وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر، كبيع جسم أصفر مردد بين الذهب وغيره، أو جعله اجرة، خارج عن المعاملات الدارجة بين العقلاء. وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل النفوذ والإمضاء، من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك، فان دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى» (1).

إلا أن الكلام يبقى في تطبيق ذلك على ما نحن فيه، وإثبات أن اشتراط الخيار على نحو الإطلاق ومن دون بيان مدته من الغرر الخارج عن مدار المعاملات الدارجة بين العقلاء.

فإنه لا يخلو عن تأمل، بل منع، ذلك أن الغرر لما كان بمعنى الجهالة المستلزمة للخطر، لم يكن إثبات الخيار كذلك مستلزماً له بالنسبة الى من عليه الحق، فضلاً عما له ذلك، فإنه أما ان يسلم على المتاع أو بدله-المفروض مساواتهما من حيث المالية بمقتضى اقدام العقلاء على مبادلتها في مقام المعاوضة-على كل تقدير، على حد ما يقال عند اشتراط الخيار مع تعيين المدة.

ودعوى: ان طول الزمان يقتضي نقصاً في مالية الأثمان غالباً، حيث ان الأمور المتمحضة في الثمنية-سيما الأوراق النقدية المتعارفة في زماننا-تفقد قيمتها وقدرتها

الشرائية تدريجاً، وبذلك يستلزم الضرر على صاحبه الذي يعود هو إليه.

يدفعها: ان مثل هذا الضرر غير ملحوظ بنظر العقلاء، كما يشهد له عدم لحاظه في الدين، بل وفي اشتراط الخيار مدة طويلة معلومة كعشرين سنة -مثلاً- فضلاً عما التزم به غير واحد من الأعلام من صحة اشتراطه مدى الحياة، حيث لم يلتزم أحد فيه بالبطلان بدعوى استلزامه الغرر.

وتوهم: أن صحته إنما جاءت من جهة اقدام المتعاقدين عليه حين العقد مع التفاتهما الى ما يترتب عليه.

يردّه: ان إقدامهما على الغرر -على تقدير ثبوته- لا يصحح العقد المتضمن له، وإلاّ لصح كل عقد مجهول مع اقدام المتعاقدين عليه.

ومثلها في البطلان دعوى ان تردد من عليه الخيار في مصير العقد الموجب لمنعه عن حرية التصرف فيما انتقل اليه، بالنظر لاحتمال فسخ العقد من قبل من له الخيار، ضرر عليه.

فإنه يدفعها ورود مثل هذا الضرر في اشتراط الخيار زمناً طويلاً، على ان المنع من التصرفات الناقلة في زمن الخيار أول الكلام.

وعلى هذا الأساس لا يبقى مجال للاختيار سوى الإلتزام بإطلاق الكلام وإثبات الخيار للمشتراط أبداً.

فإنه ليس هناك ما يمنع منه بعد ما عرفته من بطلان دعوى استلزامه الغرر -سوى توهم كون ظاهر اشتراط الخيار إثباته أياماً معدودة، فلا إطلاق له إلى الأبد وآخر العمر.

لكنه توهم لا أساس له، وعلى تقدير أن يكون له وجه، فهو إنما يتم بالنسبة إلى إطلاق المدة دون إطلاق أصل الخيار بان لا يذكر أصل المدة فيه، فإنه إن لم نقل بأن الاستمرار والتأبيد هو الظاهر المنصرف إليه الإطلاق، فلا أقل من شموله له ودخوله تحت مظلته، فيكون حاله حال اشتراط التأبيد فيه صريحاً.

نعم، يبقى عدم التزام أحد من الأصحاب به عائقاً امام المصير اليه، غير أن

الذي يهون الخطب ان ذلك لم يكن منهم-على ما يظهر من كلماتهم-لقصور في مقتضى هذا القول بحد ذاته، وانما كان من جهة اعتقادهم ورود التعبد بحمله على الثلاثة -على ما اختاره الأكثر- أو اعتقادهم باستلزام العمل على وفق الإطلاق الغرر. وحيث قد عرفت بما لا يقبل -الشك- عدم تمامية شيء منهما، لم يبق ما يمنع من الالتزام به.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما ذكره المحقق الايرواني(قده) في مقام التفصي عن اشكال الغرر، من إنكار شمول النهي عن الغرر للغرر الحاصل من جهالة مدة الخيار، باعتبار انه وارد في جميع موارد ثبوت الخيار بما فيه خيار المجلس.

قال رحمه الله: «إن حديث نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر لا يشمل الغرر الحاصل بجهالة مدة الخيار، وإلا بطل كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس، بل لا يضر جهالة أصل ثبوت الخيار، ولذا لا تجد أحدا يفتي ببطلان البيع بجهل المتبايعين بثبوت الخيار في الشريعة، بل الجهل بالشبهة الموضوعية لا زال حاصلًا في موارد الغبن وفي موارد العيب والتأخير والرؤية، اما كما أووصفنا، فيكون اضافة البيع الى الغرر من قبيل الإضافة إلى المفعول»(1).

فان المنع عن الغرر -على ما عرفت- ليس انهيًا شرعيًا، وإنما هو بحكم العقلاء وبنائهم في معاملاتهم وتصرفاتهم.

وعلى تقدير ثبوته -شرعا أو ببناء العقلاء- لا وجه للتفصيل بين الناشئ من جهالة الخيار وبين الناشئ من غيره، فان لسان التعبد ببناء العقلاء أب عن التخصيص والحكم بصحة المجهول أيا كان منشؤه.

وما ذكره(قده) من موارد لم يشملها المنع، ليس استثناء في الحكم الثابت للغرر أو تخصيصا لمورده بما عدا الخيار، بل الوجه فيه اختصاص موضوع بناء العقلاء كظاهر النص على المنع، بمورد كون الاقدام والالتزام المعاملي غرريا، فلا يشمل تلك

(1) تعلية الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات/ص 21.

الموارد، باعتبار كون الغرر والجهل فيها ناشئين من الحكم الشرعي، الخارج عن دائرة ما أقدم عليه المتعاملان، لوضوح انه ليس من مقومات ما أقدم عليه ولا حدوده ولا قيوده.

وبهذا اللحاظ تختلف تلك الموارد عما نحن فيه، أعني الإطلاق في اشتراط الخيار، أو ذكر المدة فيه مطلقاً، فإنه باعتبار كونه مجعولا من قبل المتعاقدين وثابتا باتفاقهما، يدخل في صميم ما أقدم عليه، فيكون لا محالة-على تقدير تسليم كونه غرريا-مشمولا للمنع الثابت ببناء العقلاء أو النص على تقدير تماميته.

ومما تقدم أيضا تعرف انه لا وجه لما ذكره صاحب الجواهر(قده) تبعا لصاحب مفتاح الكرامة -رحمه الله- من توجيه حمل إطلاق الاشتراط على ثلاثة أيام بأنه «ليس في الأدلة ما ينافيه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع» أولأنه «لا جهالة لمكان الأول إلى العلم الحاصل من الشرع.»

فإنك قد عرفت عدم ثبوت التحديد من الشرع، لعدم تمامية شيء مما يمكن الاستناد إليه في إثباته.

على ان تحديد الشارع لا يوجب انتفاء الغرر والاقدام عليه-المنهي عنه بحسب بناء العقلاء أو الشرع-ما لم يكن المتعاقدان حين الإنشاء منتبهين اليه، ومعه يخرج المورد عن محل الكلام تخصصا، ويدخل في اشتراط المدة المعلومة.

وبعبارة أخرى: انك قد عرفت فيما تقدم ان الممنوع والمنهي عنه من الغرر- ببناء العقلاء والتعبد الشرعي-ما كان الإقدام المعاملي والالتزام العقدي فيه غرريا، ولا يشمل الجهل الناشئ من الحكم الشرعي كالجهل بخيار الحيوان أو مدته، لانه ليس من مقومات ما أقدم عليه ولا من حدوده أو قيوده.

وعليه: فإذا كان الخيار الذي أقدم عليه المتعاقدان موجبا للغرر والجهالة في مرحلة ما قبل حكم الشارع بتحديدده، كانت المعاملة منهي عنها ومحكومة بالبطلان وإن ثبت تحديد الشرع للإطلاق بفترة معينة، فإنه لا يرفع الغرر عما أقدم عليه والتزاماته.

نعم، لو التفت المتعاقدان اليه قبل مرحلة الإنشاء، بحيث كان التحديد من

قصدتهما حينه، صح العقد بلا اشكال فيه، لكنه خروج عن محل الكلام.

وان أبيت إلا عن صحة العقد حتى مع عدم التفاتهما حين الإنشاء إليه، لفرض تمامية التعبد بالثلاثة -لوسلمناه- كان ذلك تخصيصا لعموم النهي عن الغرر لا محالة، وهو خروج عن محل النزاع أيضا، حيث ان المدعى خروج المورد تخصيصا، أعني انتفاء الغرر فيه، لا تخصيصا بمعنى حكم الشارع بالصحة على الرغم من بقاء الغرر والجهالة فيه.

خلاصة البحث

يتلخص بحثنا في اعتبار تحديد المدة في الخيار، ان المختار فيه هو القول بعدم اعتباره، وجواز اشتراط الخيار على نحو الإطلاق.

وليس الوجه في هذا الاختيار سوى سلامة الإطلاق في مقام الاشتراط في حد ذاته، وعدم تمامية ما يقتضي تقييده أو بطلانه.

اما الأول: فلكون المفهوم العرفي من الإطلاق في المقام هو الإرسال والاستمرار، وهما يقتضيان التأبيد وثبوت الخيار ما دام العمر، ومعه ينتفي الإجمال والغرر، ويكون حاله من هذه الجهة حال ما لو صرح به في مقام الاشتراط.

واما الثاني: فلانتفاء ما يتوهم اقتضاؤه البطلان باستلزامه الغرر والجهالة، وما يقتضي التقييد، بما دلّ على حمله ثلاثة أيام.

وفيهما معا ما قد عرفت.

فإنه لا غرر في المقام، ولا جهالة، ولا خطر على من عليه الخيار.

على ان حديث النهي عن الغرر بقول مطلق لم يثبت مبدئيا، والنهي عن البيع الغرري لم يرد بطريق معتبر، وما ثبت ببناء العقلاء لا يشمل أمثال المقام، وكفينا فيه الشك حيث يتعين معه الاقتصار على القدر المتيقن، حاله في ذلك حال سائر الأدلة اللبية. -

وقد عرفت ضعف ما قيل في توجيه الحمل على ثلاثة أيام، فإن الإجماع غير ثابت، وعلى تقدير ثبوته لا يمكن الاعتماد عليه بوصفه إجمالا تعبديا، ودعوى وجود النصوص في ذلك، لا تعدو في أحسن الأحوال- في الاعتبار مرسله مجهولة العين. وعلى هذا الأساس لا يبقى امام التمسك بالإطلاق وإثبات الخيار المشترط مدى الحياة مانع أو محذور.

نعم، الإنصاف يقتضي الاعتراف بأن ما ذكرناه إنما يتم بالنسبة للإطلاق في اشتراط الخيار، بمعنى عدم ذكر المدة أصلا، بأن يقول البائع -مثلا- : بعتك هذا المتاع على أن يكون لي فيه الخيار، حيث يجري فيه ما ذكرناه من فهم العرف للإرسال والاستمرار، دون الإطلاق في المدة، بمعنى عدم تحديدها بعد ذكرها بزمان معين، بأن يقول: بعتك هذا المتاع على أن يكون لي الخيار مدة، فإنه لا يبعد فيه دعوى كون المتفاهم العرفي من ذكر المدة عدم إرادة التأبيد، وثبوت الخيار له زمانا ومقدارا، وهوما يعني الإجمال وجهالة الشرط، فيحكم فيه بالبطلان لا محالة. وبعبارة أخرى: ان عدم تحديد المدة في الفرض الثاني لما كان مستلزما للإهمال والإجمال -بمقتضى الفهم العرفي- كان الحكم فيه مختلفا عن الفرض الأول الذي اقتضى الإطلاق فيه -بمقتضى الفهم العرفي أيضا- الاستمرار والتأبيد، فإن معلومية الاستمرار والدوام يرفع الغموض عن الشرط فيصح، على العكس من الإهمال حيث يساوق الغموض والجهالة.

إذا فالحق في المقام هو التفصيل بين فرضي الإطلاق في الخيار نفسه والإطلاق في مدته، بالالتزام بالصحة والحمل على الدوام في الأول، والبطلان في الثاني. وقد التزم بهذا التفصيل مبدئيا المحقق العاملي (قده) في مفتاح الكرامة-على ما عرفته من كلامه الذي تقدم نقله-وان خالف في حمل الفرض الأول -الإطلاق في الخيار- على ثلاثة أيام.

ب- في اعتبار ضبط مدة الخيار على تقدير ذكرها

يبدولمتتبع كلمات الاعلام ان اعتبار تحديد مدة الخيار وضبطها بما لا يقبل الزيادة والنقصان والانطباق على كثيرين، على تقدير ذكرها فيه، من الأمور المسلّمة بينهم. فقد طفحت كلماتهم بلزوم تحديد المدة في الخيار بما لا يقبل الزيادة والنقصان، وانه لو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج -مثلا- بطل العقد.

ومن الواضح اختلاف مورد هذا البحث عن السابق، فان البحث في السابق كان في اعتبار ذكر المدة، وهنا في لزوم ضبطها بعد ذكرها وعدم القول باقتضاء إطلاقها التأييد.

وكيف كان، فقد استدل عليه في كلماتهم: تارة بالإجماع ونفي الخلاف والتسالم الفقهي عليه.

ففي الجواهر تعليقا على قول المحقق: «خيار الشرط وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما، لكن يجب ان يكون مدة مضبوطة، ولا يجوز ان يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج» (1): «قولا واحدا» (2).

وفي مفتاح الكرامة تعقيبا على قول العلامة: «خيار الشرط، ولا يتقدر بحدّ، بل بحسب ما يشترطانه، بشرط الضبط، وذكره في صلب العقد، فلو شرطنا غيره كقدوم الحاج بطل العقد» (3): «بطل الشرط بالإجماع» (4).

وفي المكاسب: «بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحا» (5).

(1) شرائع الإسلام ج 2 ص 16.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 220.

(3) قواعد الأحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع/الفصل الأول في الخيار الثالث خيار الشرط.

(4) مفتاح الكرامة ج 4 ص 561.

(5) المكاسب ج 14 ص 238.

بل يظهر من أكثر الأصحاب إرسال الحكم إرسال المسلمات.

قال الشهيد الأول (رحمه الله) في الدروس: «نعم، يشترط ضبطه بما لا يحتمل التفاوت» (1).

وقال في اللعة: «خيار الشرط: وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً» (2).
وقال الشيخ الأعظم (قده): «نعم، يشترط تعيين المدة، فلو تراصيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج بطل» (3).

وذكر السيد الوالد (رحمه الله): «نعم، لا بد من تعيين مبدئها وتقديرها بقدر معين ولو ما دام العمر، فلا يجوز جعل الخيار بلا مدة، ولا جعله مدة غير محدودة قابلة للزيادة والنقيصة» (4).

وبالجملة فلم ينسب الخلاف فيه إلى أحد من الأعلام قط.
وأخرى باستلزام ذلك للغرر والجهالة، فيبطل بملاك النهي عنه ومخالفته للسنة.
قال المحقق العاملي (قده): «والنهي عن الغرر وتطرق الجهالة إلى العوضين، لجهالة الشرط، لأن الأجل له قسط من الثمن» (5).
وقال المحقق البحراني (قده): «والوجه فيه رفع الجهالة المبطل لل عقد، وإن الأجل - كما صرحوا به - له قسط من الثمن، فيؤول إلى جهالة أحد العوضين» (6).
وقال صاحب الجواهر رحمه الله: «للغرر حتى في الثمن، لأن له قسطاً منه، فيدخل في ما نهى النبي صلى الله عليه وآله، فاشتراطه مخالف للسنة وما دل على وجوب

(1) الدروس ج 2 ص 360.

(2) اللعة الدمشقية ج 3 ص 452.

(3) المكاسب ج 14 ص 237.

(4) منهاج الصالحين ج 2 ص 30 المسألة 113.

(5) مفتاح الكرامة ج 4 ص 561.

(6) الحقائق الناضرة ج 19 ص 38.

اتباعها من الكتاب»(1).

وفي المكاسب: «لصيرورة المعاملة بذلك غررية»(2).

وثالثة بمنافاته للمقصود من تشريع العقود.

قال في مفتاح الكرامة: «مع موافقة الحكمة والاعتبار، لأن العقود شرّعت، لقطع مواد

الاختلاف، والإناطة بالمختلف مثار الخلاف»(3).

وتبعه عليه في الجواهر حيث قال: «على أن مشروعية العقود لقطع الاختلاف، فلا

تناط بما هو مثاره»(4).

أقول: العمدّة في الاستدلال هو الدليلان الأولان، أما الدليل الأخير فلا يتجاوز الادعاء

المحض، ولا يعدو في حد ذاته الاستحسان والأخذ بما يقتضيه الذوق والطبع.

على أن ثبوته يقتضي المنع من الشروط بقول مطلق، لا سيما خيار الشرط حتى مع

تعيين مدته، باعتبار أن نتيجة أخذها في العقود إناطتها بما هو مثار الاختلاف.

وأغلب الظن أن الأصحاب إنما ذكروه كمؤيد لاختيارهم، وليس هو على حدّ سابقه دليلاً

على المدعى.

وكيف كان، ففي الدليلين الأولين غنى وكفاية، فإن الإجماع تام ومستحكم، بل قد عرفت

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

إرسال الأصحاب للحكم إرسال المسلمات.

وكذلك استلزامه للجهالة والغرر، فإن في إناطة الخيار بآمد غير منضبط من التردد

والجهالة، ما لا يخفى، فيكون نظير إناطته بالمدة المطلقة مشمولاً بالمنع، لبناء العقلاء

أو التعبد.

(1) جواهر الكلام ج 23 ص 32.

(2) المكاسب ج 14 ص 238.

(3) مفتاح الكرامة ج 4 ص 561.

(4) جواهر الكلام ج 23 ص 32.

وبعبارة أخرى: ان إناطة الخيار بأجل يقبل الزيادة والنقصان ليس كإطلاق الخيار يحمل على أبعد الأزمنة -وهو في الإطلاق نهاية العمر- فان المفهوم من الإطلاق هو الاستمرار والتأبيد، فيكون كاشتراطه ما دام العمر صريحا، بخلاف المفهوم من إناطته بمدة مجهولة، حيث لا يدرك العرف منه سوى الإبهام والإجمال.

وحيث ان الجهل بالشروط ينعكس على العقد المتضمن له لا محالة، لارتباطه به ودخوله في متنه بحيث يؤثر على الثمن والمثمن زيادة ونقصانا، كان الإبهام فيه موجبا للإبهام في العقد نفسه، وبه يخرج عن دائرة العقود الدارجة بين العقلاء، ويدخل في حيز المنع عن العقد الغرري عقلا نيا أو شرعا.

وهذا المعنى هو مراد بعضهم بقوله: «ان خيار فسخ العقد إذا كان مجهولا يصير العقد بحسب استقراره وتزلزله مجهولا، فالخيار لما كان من الأول متعلقا بالعقد كانت جهالته جهالته» (1).

بل وما ذكره المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «ان الالتزام البيعي قد يكون ظرفا محضا للالتزام الشرطي، فيكون الغرض من أخذه فيه تصحيح الشرط فقط، حيث ان الشرط لا في ضمن العقد أما ليس بشرط أو غير صحيح.

وقد يكون مربوطا بالاقدام المعاملي، وإذا فرض ان الاقدام المعاملي منوط به ولولم يؤخذ بنحو القيدية للمبيع، كان الجهل به موجبا لغررية الاقدام المعاملي وان لم يوجب الجهل بالمبيع، والغرض من الاقدام المعاملي إنما لا يعتنى به إذا كان غرضا خارجيا، لا ما إذا كان غرضا عقديا يربط به وان لم يرتبط المبيع به، وتفاوت المالية الموجب لتفاوت الرغبات إنما لا يضر الجهل به فيما إذا كان غرضا خارجيا في ما إذا صار غرضا عقديا» (2). والحاصل: ان غررية العقد المتضمن لشرط الخيار مدة غير مضبوطة، أوضح

(1) كتاب البيع ج 4 ص 209.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص 38.

من أن يحتاج الى تكلف البيان والتقريب، ومعها يحكم ببطلانه لخروجه عن دائرة ما تعارف عليه العقلاء، فلا يكون مشمولاً لأدلة النفوذ ووجوب الوفاء به.

ثم اعلم انه لما كان المستند في المنع عن العقد الغرري هو بناء العقلاء -على ما عرفت توضيحه- حيث لم يثبت ورود النهي عن الغرر بقول مطلق، ولم يمكن الاعتماد على ما أرسله الصدوق(قده) -على ما نسب اليه- وذكره الشهيد الأول رحمه الله، من النهي عن البيع الغرري، سنداً، فلا وجه للتمسك به في موارد الشك في شمول الحكم له، فان بناء العقلاء من الأدلة اللبية التي لا إطلاق لها ويتعين فيها الاقتصار على القدر المتيقن. نعم، لا بأس بالتمسك به على تقدير ثبوت النص فيه، ولوبفضل قاعدة انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور به.

إلا أنه -مع ذلك- انما يختص بما ثبت صدق الغرر عليه عرفاً، وكان الشك من جهة شمول المنع له وعدمه، ولو من جهة تسامح الناس فيه، وإلا فلا وجه لإثباته بالإطلاق أيضاً، لوضوح عدم تكفل الدليل لإثبات موضوعه.

ج- هل يحدد زمان الخيار بحدّ معين؟

لا خلاف عندنا في عدم تحديد خيار الشرط بحدّ معين، ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر، بل هو بحسب ما يشترطانه بشرط ضبط المدة وتحديد ما لا يقبل الزيادة والنقصان.

ففي المبسوط: «وخيار الشرط ان شرط لهما أو لأحدهما يثبت بحسب الشرط.. إذا شرطاً لكل واحد منهما ثلاثاً أو ما زاد عليه صح»(1).

وفي الشرائع: «وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما»(2).

(1) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(2) شرائع الإسلام ج 2 ص 16.

وفي الدروس: «وهو جائز لهما ولأحدهما، ولا يتقدر بالثلاثة» (1).

وفي اللمعة: «وهو بحسب الشرط» (2).

وفي الجواهر: «لا يتقدر بمدة مخصوصة» (3).

وفي المكاسب: «خيار الشرط أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، ولا خلاف في

صحة هذا الشرط، ولا في انه لا يتقدر بحدّ عندنا» (4).

وكأنه قد أخذ العبارة من العلامة (قده) في القواعد حيث قال: «خيار الشرط: ولا يتقدر

بحدّ عندنا، بل بحسب ما يشترطانه بشرط الضبط» (5).

قال في مفتاح الكرامة تعقيباً عليه: «أما انه لا يتقدر بحد فقد حكي عليه الإجماع في

الخلاف، والانتصار، والغنية، والتذكرة.

وفي الخلاف: ان أخبارنا به متواترة، وخالف الفقهاء في ذلك.

ويدل عليه بعد الإجماع الأصل بمعنيين والكتاب والسنة.. وموافقة الاعتبار لمكان وجود

الضرورة الداعية إلى الاشتراط، وطول المدة وقصرها، إلا أن يعلم عدم بقائهما إليها،

فإن يحتمل البطلان للزوم التعطيل، والصحة لأن الأجل مضبوط والخيار موروث، ولا

ريب انها لا تتقدر بقدر الحاجة، وكذا لو كان المبيع مما يفسد قبل انقضائها» (6).

وكيف كان، فلم يظهر الخلاف فيه من أحد من الأصحاب، ويقتضيه مضافاً إلى ما ذكر

من الإجماع وموافقة الاعتبار، عموم «المسلمون عند شروطهم» فإنه شامل للثلاثة

والأقل منها والأكثر على حد سواء حيث لم يثبت التخصيص.

(1) الدروس ج 2 ص 360.

(2) اللمعة الدمشقية ج 3 ص 452.

(3) جواهر الكلام ج 23 ص 32.

(4) المكاسب ج 14 ص 231.

(5) قواعد الأحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع/الثالث خيار الشرط.

(6) مفتاح الكرامة ج 4 ص 560.

إذا فالصحيح هو القول بعدم تحديد الخيار بزمان معين، وإنما هو بحسب ما يتفق عليه طرفا العقد، قلّ أم كثر، ما دام مضبوطا ومحددا بما لا يقبل الزيادة والنقصان.

د- مبدأ الخيار المجعول

المشهور بين الأعلام عموما -المتقدمين والمتأخرين- أن مبدأ خيار الشرط من حين العقد.

وقد خالف فيه شيخ الطائفة (قده) فالتزم بكونه من حين التفرق وانتهاء خيار المجلس، وتبعه عليه غيره.

قال رحمه الله: «فيكون مبدأ الشرط من حين العقد لا من حين التفرق، والأولى أن نقول أن يثبت من حين التفرق، لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق» (1).

وكيف كان، فالحديث في هذا المقام ثارة يكون في مقام الثبوت، وأخرى في مقام الإثبات وما يقتضيه إطلاق الاشتراط وعدم التصريح بالمبدأ.

أما مقام الثبوت:

فالمشهور تعين جعل مبدأ الخيار من حين العقد، باعتبار استلزام جعله من حين التفرق للغرر والجهالة المتفق على بطلانهما.

قال في الجواهر: «بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرق للجهالة، نحو ما لو صرح به، بل ربما حكي عن الشيخ الاعتراف به» (2).

وقال الشيخ الأعظم (قده): «ولو جعل مبدأه من حين التفرق بطل، لأدائه إلى جهالة مدة الخيار» (3).

(1) المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الخيار.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 91.

(3) المكاسب ج 14 ص 265.

بل استظهر صاحب الكرامة من التذكرة انه موضع وفاق بيننا وبين العامة، قال رحمه الله: «انه يلزم بطلان الشرط لو كان من حين التفرق، للجهل به، وهذا لو شرطنا أن يكون ابتدأها من حين التفرق لم يصح، كما نبه عليه في التذكرة، وظاهره انه محل وفاق بيننا وبين من خالفنا» (1).

والأمر كما افادوه -رحمهم الله- فان استلزام اناطة مبدأ الخيار المعلوم بأمر مجهول يجعله مجهولا وغرريا لا محالة، إذ لا فرق بنظر العرف والعقلاء في غررية الأجل القابل للزيادة والنقصان، بين كون التردد وقابلية التقلص والتمدد ناشئا من مبدأ الخيار أو من منتهاه.

فكما أن إناطته بقدوم الحاج مستلزم للغرر باعتبار تردده بين الأقل والأكثر، فإناطة مبدئه بأمر مردد قابل للزيادة والنقصان، يجعله مرددا بلحاظ موعد انتهائه.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما افاده المحقق الايرواني (قده) تعليقا على قول الشيخ الأعظم: «ولو جعل مبداه من حين التفرق بطل» بقوله: «بل صح ان جعل من حين التفرق إلى ثلاثة أيام، أو جعل ما يكمل مع المجلس ثلاثة أيام، أما على الأول: فللعلم بكم الخيار المجعول، وإنما المجهول كم الخيار الأصلي وهو مقدار المجلس، وأما الوقت فقد تقدم ان جهالته لا توجب الغرر، كما إذا جعل ثلاثة أيام من حين قدوم الحاج، أو من زمان الكسوف..» (2).

إذ يرد عليه: انه لا فرق في صدق الغرر بنظر العرف لتردد الأجل في الخيار بين القصير والطويل، بين ما كان نابعا من مبدأ الخيار أو من منتهاه.

على ان لازم ما افاده (قده) الحكم بالصحة لو اشترط الخيار أياما معدودات في شهر مجهول، بأن يبيعه على أن يكون له الخيار ثلاثة أيام في شهر ما، للعلم بكم الخيار المجعول، وإنما الجهالة في مبدئه وظرفه، وهو مقطوع البطلان، بل لا ينبغي الشك في سراية جهالته إلى جهالة المجعول أيضا.

(1) مفتاح الكرامة ج 4 ص 566.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب/ قسم الخيارات/ ص 21

وفي قبال هذا القول، قيل باقتضاء مقام الثبوت لكون مبدئه من حين التفرق، بل والثلاثة في الحيوان إذا كان المبيع حيوانا، معللين ذلك في كلماتهم بعدم إمكان جعله في عرض خيار آخر ثابت لهما أولللمشروط له.

وقد ذكر لبيان ذلك وجوها عقلية، تتلخص في استلزامه لمحاذير في العقد أو اعتبار المنشئ أو نفس الخيار.

فقد علله شيخ الطائفة (قده) -على ما عرفته فيما تقدم- بأن: «الخيار يدخل إذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق.»

ونحوه المحكي عن ابن إدريس في السرائر.

وأورد عليه الشيخ الأعظم (قده) بقوله: «وهذه الدعوى لم نعرفها» (1).

وأوضحه المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «فإن المراد من الثبوت إن كان ما يساوق الوجود، فهو موجود، وإن كان ما يساوق اللزوم، فإن أريد اللزوم الفعلي فمن المستحيل اجتماع اللزوم الفعلي والخيار الفعلي، وإن أريد اللزوم الاقتضائي ففيه أن نسبة خيار الحيوان وخيار المجلس إلى العقد على حد سواء، فالعقد البيعي مقتضى اللزوم، فلولا الخيار كان اللزوم فعليا، فكلا الخيارين بمنزلة المانع من مقتضى اللزوم، لا أن عدم خيار المجلس جزء مقوم للمقتضى حتى لا يتصل نوبة المانع عنه إلى خيار المجلس» (2).

والظاهر أن مراد الشيخ (قده) من تعليله واضح، فإنه -رحمه الله- بصدد بيان المحذور من ناحية العقد، وأنه لا يعقل تزلزل العقد الواحد مرتين في عرض واحد، كما لا يعقل لزومه أوجوازه الحكمي مرتين كذلك.

فإنه كما لا يجوز أن يكون عقد البيع -مثلا- لازما مرتين في آن واحد أو عقد الهبة جائزا مرتين كذلك، لا يجوز ذلك في الجواز الحقي أيضا، بأن يكون العقد متزلزلا مرتين في عرض واحد.

(1) المكاسب ج 14 ص 138.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات/ص 34.

وعليه فإذا كان العقد متزلزلاً من ناحية خيار المجلس، لم يصح أن يدخله التزلزل ثانياً باشتراط الخيار.

نعم، لا بأس بدخوله فيه بعد التفرق وارتفاع التزلزل الناشئ من خيار المجلس، لانتفاء المحذور في العقد.

وقد يصاغ هذا الاشكال بعينه بصياغة أخرى يجعل المحذور فيه في اعتبار المنشئ والجعل الشرعي.

وحاصله: أنه كما لا يعقل اعتبار لزومين أو جوازين حكمين في عقد واحد، كذلك لا يعقل اعتبار جوازين حقيين فيه في عرض واحد.

فيكون المحذور فيه في الاعتبار الشرعي لجوازين في عرض واحد.

ثم إنه قد يقال في توجيه المنع بأن الخيارات المختلفة لما كانت غير متباينة بتمام ذاتها، باعتبار أن الخيار من الماهية النوعية المختلفة بالمصنفات، كان اجتماع اثنين منها أو أكثر في عقد واحد، أو عروضهما على موضوع واحد كالمتبايعين، من اجتماع المثلين الباطل بالضرورة.

وتوهم: اتحاد الخيار في مثله، وأن تعدد سببه، بأن يكون الخيار الواحد مسبباً عن أسباب متعددة ومختلفة.

يدفعه: امتناع اجتماع السببين على مسبب واحد.

وهذا التوجيه يعود في الحقيقة إلى جعل المحذور في اجتماع الخيارين، إلى نفس الخيار، حيث يمتنع اجتماعهما لاستلزامه المحال، دون العقد أو الاعتبار.

ثم لا يخفى أنه لو تم شيء من هذه المحاذير الثلاثة ولم يمكن التفصي عنه، لتعين القول بتأخر مبدأ خيار الشرط في الحيوان عن الثلاثة المجعولة تعبدًا في بيع الحيوان.

قال الشيخ الأعظم (قده): «لو تم هذا لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجعل من حين العقد.

بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما»(1).

إلا أن الذي يسهل الأمر ويهون الخطب عدم تمامية شيء مما ذكر في توجيه المنع. فقد أجاب المتأخرون من الأعلام بأجوبة شافية ووافية عن كل تلك التوهمات، وإن اختلفوا في مقام البيان بين الإجمال والتفصيل.

فقد اختصر السيد الخميني(قده) الإجابة عنها بقوله: «إن توهم تلك المحذورات العقلية ناش من قياس التشريع والأمور الاعتبارية بالتكوين، وقياس الأحكام بالاعراض المقولية والأسباب الشرعية بالأسباب التكوينية، مع أنه قياس باطل، إذ ليس للأحكام وجود خارجي عارض على الموضوعات عروض الاعراض عليها، بل هي أمور اعتبارية ناشئة عن مصالح ومفاسد، فيمكن ويصح اعتبار الحكمين الوضعيين باعتبار المصلحتين واختلاف الجهتين.

فلا ضدية ولا تماثل بينها نحوما بين الاعراض الخارجية، وليست الأسباب الشرعية كالأسباب العقلية التكوينية حتى يمتنع اجتماعها على مسبب واحد، بل الأسباب هاهنا معارف عن موضوعات الأحكام، أو عن الحكم والنكات»(2).

في حين تصدى الاعلام للإجابة التفصيلية عن كل توجيه من التوجيهات المذكورة بخصوصه، ونقتصر في نقلها على ما أفاده السيد الخميني أيضا لاحتوائها أكثر تلك الكلمات.

قال في كتاب البيع ما نصه: «وأما التفصيل: فالجواب عن محذور تكثر التزلزل في العقد، هو أن التزلزل فيه يرجع الى كونه خياريا يصح فسخه بهذا الخيار أو بذلك، فدعوى امتناع التزلزلين ترجع الى دعوى امتناع اجتماع الخيارين -التوجيه الثالث- وهي مصادرة ظاهرة.

مع ان تزلزل العقد ليس وصفا خارجيا كتزلزل السفينة حتى لا يعقل تكثره،

(1) المكاسب ج 14 ص 266-267.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 188.

بل هو تزلزل اعتباري منشؤه كثرة حق الخيار، فلوصار ذلك منشأ للامتناع لكان ثبوت الخيار للطرفين كخيار المجلس ممتنعاً، والحل ما ذكرناه.

والجواب عن محذور اجتماع الاعتبارين، هو أن اجتماعهما إنما يمتنع مع وحدة الجهة، كالجواز في عقد الهبة، وال لزوم المطلق في عقد البيع، وأما مع كثرتها فلا محذور فيه. فاعتبار الخيار وجعله من جهة العيب، وخيار آخر من جهة الغبن، وثالث من جهة مراعاة المتعاملين حال المعاملة إلى غير ذلك، لا محذور فيه.

والجواب عن محذور اجتماع المثلين، هو أن اجتماعهما في الأحكام لا محذور فيه مع اختلاف الجهتين، وليس المثلان هاهنا كالمثلين في الأعراض حيث يمتنع اجتماعهما حتى مع الجهتين، فلا يعقل حلول البياض في جسم بجهة كونه ذا أبعاد وعروض بياض آخر عليه بجهة كونه متحيزاً، وأما في الأحكام فلا محذور فيه مع اختلاف الجهة، فيثبت خيار للبيعين بجهة العيب وآخر بجهة الغبن، وكذا يثبت حق الخيار في العقد بجهتين. فالمماثلة في الأمور الاعتبارية غيرها في المقولات» (1).

وأجاب (قده) «عن محذور اجتماع السببين على مسبب واحد -لوقيل بوحدة الخيار- بأن الأسباب الشرعية ليست كالعقلية مؤثرات وموجدات، بل هي معرفات كالمعرفات المنطقية، كقولهم: «الإنسان حيوان ناطق» و«الإنسان حيوان ضاحك» و«هو ماش مستقيم القامة» إلى غير ذلك، وجميعها معرفات لموضوع واحد بجهات مختلفة، فالأسباب والتعليقات الشرعية معرفات للموضوعات، أوحكم ونكات للجعل، لا مؤثرات وعلل واقعية حتى يمتنع اجتماعها على مسبب ومعلول واحد، فقله: «الخمير حرام لأنه مسكر» معرف للموضوع أي المسكر، لا علة لثبوت الحكم للخمير، لعدم تعقل كون شيء علة لثبوت حكم بحيث يترتب الحكم على الموضوع بهذه العلة من دون حصول المبادئ التصديقية والتصورية للحكم الذي هو

منشأ من الجاعل، وبعد الجعل أيضا اعتبار لا واقعية له في غير صقع الاعتبار، فالسببية والمسببية والعلية والمعلولية في الأحكام باطلة.

نعم، الأحكام مجعولة بالجعل الشرعي، ومعلولة لمبادئه المقررة، ولا يعقل أن تكون لها علة وراء ذلك، فقولهم في جواب الاشكال: إن العلل الشرعية معرّفات صحيح متقن (1). نعم، قد يقال إن اشتراط الخيار في بيع الحيوان مدة مساوية لمدة الخيار المجعول شرعا في الحيوان -ثلاثة أيام- لغومحض، ولا تشمله أدلة لزوم الوفاء بالشرط، فإن العقد بطبعه ومع التجرد عن الخيار يقتضي ثبوت ذلك، ومعه لا يبقى للاشتراط دور يكون بلحاظه مشمولا لأدلة الإمضاء والنفوذ.

نعم، لو كان زمان خيار الشرط أطول من زمان الخيارات المتحققة بحسب اقتضاء طبع العقد بالأصالة، صح الاشتراط وخرج عن اللغوية بلحاظ أثره فيما بعد انقضاء تلك الخيارات.

وأما ما يساوق منه فترة الخيار المجعول شرعا، فاما ان يصار فيه الى بطلانه فيقال بتبعض الخيار المشترط بالقياس الى ما يساوق منه زمن الخيار المجعول شرعا فيبطل، وما يخرج عن تلك الفترة فيصح فيه.

وقد التزم به السيد الخميني حيث قال: «ثم انه مع الجهل بالخيار، فالمبدأ من حين العقد، لكن إذا قلنا بامتناع جمع الخيارين وقلنا بتقدم أدلة خيار المجلس والحيوان على أدلة خيار الشرط -كما هو الحق- فلا بد من تقطيع خيار الشرط إذا كان زمانه أطول، كما لو جعل الخيار عشرة أيام، فيحكم ببطلانه بالنسبة لزمان الخيار الموجود، وصحته في البقية، لأن المجعول أمر ممتد قابل للتقطيع والانحلال، واما لو كان المجعول بمقدار الخيار الموجود أو أقل منه فيحكم ببطلان الشرط» (2).

(1) كتاب البيع ج 4 ص 188-190.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 215.

أُويسار فيه الى تجميد اثر الخيار المشترط في فترة الخيار المجعول شرعا، وتوقف فعليته على انقضائه.

وبعبارة اخرى: ان اشتراط الخيار عشرة أيام -مثلا- يكون بحسب مقام الإنشاء من حين العقد الى انتهاء العشرة لكنه وبحسب مقام الفعلية وترتب الأثر يكون مبداء من حين التفريق أو انقضاء الثلاثة في الحيوان.

ولعل هذا هو مقصود المحقق الايرواني (قده) بقوله: «مبدأ الخيار من حين العقد، ان كان في مقام الدلالة ما يدل على ثبوت الخيار من حين العقد- ولو كان ذلك ظاهر إطلاق عبارة الاشتراط- لكن لا اثر للشرط، ولا يوجب توجه خطاب دليل الشرط إلا بعد انقضاء الخيار الأصلي، إن بقي من مدة خيار الشرط شيء، وإلا بطل الشرط ولم يكن له أثر رأسا لثبوت الخيار في المحل ذاتا» (1).

غير ان بطلان هذا القول -لزوم اللغوية- من أساسه، يغنينا عن تكلف ما صنعه العلمان من التوجيه.

فإنك قد عرفت فيما تقدم من مبحث اشتراط الخيار في العقود الجائزة بما لا مزيد عليه- ان ثبوت حق الفسخ شرعا في مورد لا يوجب لغوية اشتراط الخيار فيه، فان هناك من الآثار للاشتراط ما يجعله امرا عقلائيا لا محذور فيه.

Al-Khoei Institute

على ان لازم كلامهما جريانه في خيار الحيوان دائما، للغوية ما يساوق منه زمن خيار المجلس، وهو ما يعني نقصا في زمن خيار الحيوان المحدد من قبل الشارع- ثلاثة أيام - حقيقة- على مبني السيد الخميني -أوعملا- على مبني المحقق الايرواني- دائما- وهو خلاف التسالم عليه بينهم.

نعم، ربما يقال بعدم ثبوت خيار المجلس في بيع الحيوان وقيام خيار الحيوان مقامه، إلا أنه خروج عن محل الفرض، وخلاف للمشهور الذي كاد يكون إجماعا، ومنهم العلمان. يضاف الى هذا كله انه لو قدر كون اشتراط الخيار زمن المجلس أو الحيوان

(1) تعلية الايرواني على المكاسب/ قسم الخيارات/ ص 21.

لغوا، لم تكن اطالة مدته الى ما بعد تلك الفترة مصححة لشمول الأدلة لموان التزامنا بتجميد أثره تلك الفترة كما فعله المحقق الايرواني-فإن أدلة النفوذ ووجوب الوفاء كما لا تشمل ما يكون بجميع اجزائه لغوا، لا تشمل الجزء اللغوم المركب منه ومن غيره، فإن الإطلاق لا يشمل اللغو على كل تقدير، مستقلاً كان أم منضمماً الى غيره، كان له اثر بالفعل أم لم يكن، فان تجميد أثره يجعل شمول الإطلاق له لغوا، وان لم يكن قبله كذلك. إلا أن لا يعني قبول ما ذهب اليه السيد الخميني من التبويض في الشمول، فإنه وان كان أوجد من مقولة التبويض في الأثر، باعتبار إخراج الجزء اللغوم مظلة الإطلاق ودائرة شموله، إلا أنه لا وجه لتقطيع الخيار بالصحة في حصته منه والبطلان في حصة أخرى.

بل لازم القول بلغويته في ذلك الجزء، القول بالبطلان في الجميع، حيث لا دليل على ثبوته في الباقي خاصة، بعد عدم قصد المتعاقدين اليه، بل وعدم التفاتهما اليه بالمرّة، على ما يقال في جعل الخيار من حين التفرق مع قصدهما له من حين العقد.

نعم، لو ثبت ما افاده(قده) من التفصيل بدليل تعدي، كان الخيار في الفترة الزائدة عن زمن خيار الحيوان ثابتاً بالجعل الشرعي خارجاً عن ارادة المتعاقدين وقصدهما، حاله

حال الخيار في الثلاثة-خيار الحيوان عهد الخوئي

Al-Khoei Institute

ومما ذكرناه يظهر انه لا وجه للحكم بالبطلان في فرض اشتراط الخيار في بيع الحيوان ثلاثة أيام خاصة، فإنه لا محذور فيه إطلاقاً.

والذي يتحصّل من جميع ما تقدم ان مقتضى القاعدة في مقام الثبوت كون مبدأ خيار الشرط من حين العقد دون التفرق، سواء فيه مورد بيع الحيوان وغيره، كان زمن الخيار المشترط ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر.

والوجه فيه عدم تمامية شيء مما ذكر في وجه المنع والامتناع، بل الأمر على العكس منه، حيث يستلزم القول بكون مبدئه من حين التفرق الغرر فيه.

وأما مقام الإثبات:

هذا كله بحسب مقام الواقع والثبوت، واما بحسب مقام الإثبات والاستظهار

من الشرط حيث يطلق ولم يصرح بمبدئه، فالمشهور بينهم-شهرة كادت تبلغ الاتفاق، بل ادعي فيه نفي الريب صريحا جعل مبدئه من حين العقد.

قال العلامة(قده): «وأول وقته عند الإطلاق من حين العقد، لا التفرق، ولا خروج الثلاثة في الحيوان»(1).

وعلق عليه في مفتاح الكرامة بقوله: «كما هوخيرة الشرائع وجامع الشرائع والمختلف والتذكرة والتحرير والإرشاد والتنقيح وغاية المرام وتعليق الإرشاد والميسية والمسالك ومجمع البرهان»(2).

وفي الجواهر تعقيا على قول الشرائع: «وقيل من حين العقد وهوأشبه»(3). قال: «وأشهر، بل هوالمشهور، لنحوما سمعته هناك -خيار الحيوان- أيضا، ويزيد هنا ان البحث في المقام راجع الى قصد المشترط وما يظهر من عبارته، ولا ريب في انسياق الإطلاق منها، كما في غير المقام مما يذكر فيه أحد المتعاقدين مدة»(4). وقال الشيخ الأنصاري(قده): «مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الإطلاق»(5).

وقال المحقق النائيني(قده): «لوجعلا مبدأه منفصلا عن العقد فهو، ولوأطلقا فمبدؤه من حين العقد»(6).

وكيف كان، فجعل مبدأ الاشتراط من حين العقد عند الإطلاق، أوضح من ان يخفى، على ما يشهد له الفهم العرفي والوجدان.

بل لم يظهر الخلاف فيه من غير الشيخ(قده) في الخلاف والمبسوط، وأبي

(1)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع/خيار الشرط.

(2)مفتاح الكرامة ج 4 ص 566.

(3)شرائع الإسلام ج 2 ص 18.

(4)جواهر الكلام ج 23 ص 91.

(5)المكاسب ج 14 ص 264.

(6)منية الطالب في شرح المكاسب ج 2 ص 41.

المكارم في الغنية، وابن إدريس في السرائر.

ولا يبعد أن يكون نظرهم الى مقام الثبوت دون الإثبات.

اللهم إلا أن يقال: «إن المتبادر من جعل الخيار جعله له في زمان لولا الخيار لزم العقد، كما أشار إليه في السرائر.

لكن هذا لو تم لاقتضى كونه في الحيوان من حين انقضاء الثلاثة، مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس، وإلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجعل من حين العقد، بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما» (1). نعم، يظهر من الشهيد الأول (قده) في الدروس التوقف فيه، حيث اقتصر على نقل القولين من غير تعليق عليهما.

قال رحمه الله: «مبدؤه من العقد عن الفاضلين، لأن قضية اللفظ، ولئلا يلزم الغرر، ومن التفرق عند الشيخ وابن إدريس حملاً على التأسيس وتفادياً من اجتماع المثليين» (2).

بل هو ظاهر السيد الوالد- (رحمه الله)- حيث اعتبر لزوم تعيين مبدئه. قال (رحمه الله) «لا يقتدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه من أي مدة كانت، قصيرة أو طويلة، متصلة أو منفصلة عن العقد».

نعم، لا بد من تعيين مبدئها وتقديرها بقدر معين» (3).

وعلى أي حال، فالأمر سهل بعد وضوح الحكم لدى العرف.

هـ- الخيار المنفصل عن العقد

كما يجوز اشتراط الخيار مدة متصلة بالعقد، يجوز اشتراط الخيار مدة منفصلة عنه، شريطة تحديدها وضبطها بما لا يقبل الزيادة والنقصان.

(1) المكاسب ج 14 ص 266- 267.

(2) الدروس ج 2 ص 360.

(3) منهاج الصالحين ج 2 ص 30 مسألة 113.

ويبدو أن الحكم متفق عليه بينهم حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد من الأصحاب قط، نعم احتمله الفاضل (قده) إلا أنه لم يظهر منه اختياره.

ففي القواعد: «يجوز جعل الخيار لهما أو لأحدهما أو لثالث ولهما أو لأحدهما مع الثالث، واختلاف المدة لوتعد صاحبه، وعدم اتصالها» (1).

وفي الدروس: «يجوز اشتراط مدة متأخرة عن العقد ويلزم بينهما» (2).

وفي المسالك: «لا فرق في المدة المشترطة بين كونها متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع

ضبطها، فلو شرطها متأخرة صار العقد لازماً بعد المجلس وجائزاً فيها» (3).

وفي الروضة: «وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً، متصلاً بالعقد أم منفصلاً،

فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس» (4).

وفي كفاية الأحكام: «ولا فرق بين كونها متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع ضبطها،

فلو شرطها متأخرة كان العقد لازماً بعد المجلس جائزاً فيها» (5).

وفي الرياض: «ولا بد أن تكون مدته -أي الخيار وكذا الاستثمار- مضبوطة غير

محتملة للزيادة والنقيضة، متصلة بالعقد أم منفصلة، ويصير العقد في الثاني جائزاً بعد

لزومه مع تأخره عن المجلس» (6).

وفي الحقائق: «يجب أن تكون المدة مضبوطة، والوجه فيه رفع الجهالة المبطللة للعقد،

وان الأجل -كما صرحوا به- له قسط من الثمن، فيؤول إلى جهالة أحد العوضين، وان

تكون متصلة بالعقد أو منفصلة عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخرة صار العقد لازماً

بعد المجلس وجائزاً فيها، أما اتصالها بالعقد فوجهه ظاهر مما تقدم في خيار الحيوان،

وأما جواز اشتراط تأخيرها فوجهه كون الشرط المذكور سائغاً،

(1) قواعد الأحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع/خيار الشرط.

(2) الدروس ج 2 ص 360.

(3) مسالك الأفهام ج 1 خيار الشرط.

(4) الروضة البهية ج 3 ص 452.

(5) كفاية الأحكام/كتاب البيع/المقصد الرابع في الخيار/خيار الشرط.

(6) رياض المسائل ج 1 ص 525.

فيصح اشتراطه»(1).

وفي الجواهر: «ولا يعتبر فيها الاتصال بالعقد، كما هو صريح بعض وظاهر إطلاق آخرين، للعموم، خلافا لما عن بعض العامة فمنعه، واحتمله الفاضل تفاديا من انقلاب اللازم جائزا.

وفيه: انه جائز وواقع في خيار التأخير وغيره»(2).

وقال في جامع المقاصد: «لا مانع من انقلاب الواجب في العقود جائزا، وقد ثبت في مواضع، فان المبيع لو تعيب قبل القبض مع فرض لزوم البيع انقلب جائزا، وكذا المبيع في التأخير»(3).

وكيف كان، فالحكم متفق عليه بينهم، ويقتضيه -مضافا اليه- عموم أدلة الشرط، إذ لا محذور يمنع من شمول عموم أدلة وجوب الوفاء بالشرط له.

قال في مفتاح الكرامة في مقام تعليل الجواز: «عملا بالأصل، وعموم الكتاب والسنة، ولا معارض»(4).

وفي المكاسب: «لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، لعموم أدلة الشرط»(5).

نعم، قد يظهر من العلامة (قده) التردد في الحكم، حيث ذكر في القواعد: «لو شرط الخيار شهرا -مثلا- بعد مضي مدة معينة، احتمل بطلان الشرط، لأن الواجب لا ينقلب جائزا، والصحة عملا بالشرط، فلا يتخير قبل انقضاء المدة»(6).

وهو المورد الذي أشار إليه الأعلام في كلماتهم، حيث ان عدم ترجيحه لأحد الاحتمالين على الآخر يكشف عن توقفه وتردده فيه.

(1) الحدائق الناضرة ج 19 ص 38.

(2) جواهر الكلام ج 23 ص 32.

(3) جامع المقاصد ج 1 ص 247.

(4) مفتاح الكرامة ج 4 ص 563.

(5) المكاسب ج 14 ص 235.

(6) قواعد الأحكام/كتاب المتاجر/المقصد الخامس في لزوم البيع المطلب الثاني.

وقد عرفت ردّ الأصحاب لدليل احتمال البطلان -جواز العقد بعد اللزوم- بعدم المانع من الالتزام به، فإنه متحقق في غير مورد.

والأمر وإن كان كما افادوه من حيث عدم تمامية دليل البطلان، إلا أن ذلك لا يدفع غرابة تردد العلامة (قده) في الحكم واحتماله للبطلان في هذا الفرع، بعد تصريحه قبل ذلك بأسطر لا تتجاوز الصفحة الواحدة من كتابه بجواز اشتراط المدة المنفصلة عن العقد، من دون تردد.

فإن جزمه بالجواز في كبرى المسألة لا ينسجم مع تردده في الفرع المذكور، لأنه ليس إلا موردا من مواردها ومصادقا من مصاديقها.

اللهم إلا أن يقال بأن جواز اشتراط المدة المنفصلة لا يستلزم بالضرورة جواز قلب اللازم جائزا، فيمكن أن يكون الأخير مقيدا للأول، بأن يقال بجواز اشتراط المدة المنفصلة ما دام لم يتصف العقد باللزوم، كاشتراطها مقارنة لآخر جزء من خيار المجلس أو الحيوان، أما إذا اتصف العقد باللزوم فلا يصح اشتراط الخيار فيه لاستلزامه قلب اللازم جائزا.

لكنه تأويل لا يساعد عليه شيء من التزامات العلامة (قده) في أقواله وكتبه، والعصمة لله تبارك وحده.

ثم إن الأصحاب بعد اتفاقهم على جواز اشتراط المدة المنفصلة، اختلفوا في جواز اشتراط التعاقب بان يشترط اللزوم وقتا والخيار وقتا متعاقبين في مدة معينة، فجوزه المشهور باعتبار أنه من مصاديق الخيار المنفصل، وجعله في المسالك أجود الوجهين، وفي الكفاية أقربهما، وذكره في الدروس احتمالا، وتوقف فيه آخرون.

قال في الدروس: «ولو شرط اللزوم وقتا والخيار وقتا متعاقبين في مدة معينة احتمل الجواز» (1).

وفي المسالك: «وفي جواز جعلها متفرقة كذلك وجهان، أجودهما ذلك» (2).

(1) الدروس ج 2 ص 360.

(2) مسالك الأفهام ج 1 خيار الشرط.

وفي الكفاية: «وفي جواز جعلها متفرقة قولان، أقربهما الجواز» (1).

وفي الحقائق: «وفي جواز جعل المدة متفرقة قولان» (2).

وكيف كان، فلم نجد لاستثناء التعاقب من جواز اشتراط المدة المنفصلة مبررا، غير توهم استظهار المرة في إطلاق الجواز، وهو كما ترى لا يساعد عليه الفهم العرفي.

قال في مفتاح الكرامة تعليقا على ما افاده الشهيد الأول (قده) في الدروس: «وكأنه استظهر الاتحاد من إطلاق الأكثر، لكن المقتضى لجواز الانفصال مدة واحدة مقتضى لجوازه متعاقبا» (3).

وفي الجواهر: «ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب، لعموم المقتضي، لكن في المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال، ولعله لاستظهار الاتحاد من الإطلاق، وفيه منع واضح» (4).

وعلى هذا الأساس فلواشترط الخيار شهرا معينا يوما ويوما لا، صح وثبت الخيار في مجموع خمسة عشر يوما من ذلك الشهر على النحو الذي اشترطه، ويكون مبدأ الخيار أول يوم من ذلك الشهر.

وتوهم بطلان العقد «للتدافع، لأن قوله: لي الخيار شهرا، يقتضي أن يكون تمام الشهر، وقوله: يوما ويوما لا، يقتضي نصفه» (5).

واضح الفساد، فإنه لا وجه للأخذ بظهور جزء من الكلام قبل تمامه، بل لا بد من الانتظار حتى يفرغ المتكلم عن أداء ما يريد، وإلحاق ما يشاء من قيود أو استثناءات موضحة لمراده.

وعليه ففي المقام ليس للجملة غير مفهوم واحد هو ثبوت الخيار له فترة خمسة

(1) كفاية الأحكام/كتاب البيع/المقصد الرابع في الخيار/خيار الشرط.

(2) الحقائق الناضرة ج 19 ص 38.

(3) مفتاح الكرامة ج 4 ص 563.

(4) جواهر الكلام ج 23 ص 32.

(5) مفتاح الكرامة ج 4 ص 563.

عشر يوما في الشهر المعين، على نحو ما بينه من التفرقة، وبذلك يكون الشهر حدا وظرفا لبيان المبدأ والمنتهى لتلك الأيام المتفرقة.



بيع الخيار

تعريفه أدلته





تعريفه:

من أفراد خيار الشرط ومصاديقه ما يضاف البيع اليه، ويصطلح عليه في كلمات الفقهاء ببيع الخيار، ويعرف في عرف العوام ببيع الشرط.

«وهو: أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة، بأن يرد الثمن فيها ويسترجع المبيع» (1).

وهذا التعبير هو الغالب في كلماتهم في مقام التعريف، وإلا فستعرف في المبحث الأول من هذا المقام-أنحاء أخذ رد الثمن شرطاً في الخيار-من الأقوال ما لا ينسجم مع ظاهر هذا التعريف على الأقل.

ولا أظن أن هناك ما يدعوى إلى التعرض لبيان كل ما قيل أويقال في تعريفه، بعد اتفاق الجميع على أن ما يذكر في مثل هذه المقامات ليس من الحد المنطقي للمعرف، ووضوح محور البحث على جميع المذاهب.



(1) المكاسب ج 15 ص 7-8.

يمتاز هذا الفرد من خيار الشرط ببيع الخيار - بعد اشتراكه مع سائر الأفراد فيما استدل له من الإجماع، وعموم أدلة الوفاء بالشرط، بوجود أدلة خاصة تقتضيه، وتدل عليه بعنوانه.

فإنه مضافا إلى الإجماع عليه بخصوصه - على ما يظهر من كلمات غير واحد منهم - تقتضيه جملة من النصوص المعتبرة الواردة في الموضوع بخصوصه.

وهذه النصوص هي - 1: صحيحة سعيد بن يسار، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نخالط أناسا من أهل السواد وغيرهم فنبيعهم ونربح عليهم العشرة اثني عشر، والعشرة ثلاثة عشر، ونؤخر «نوجب» ذلك فيما بيننا وبين السنة ونحوها، ويكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل الذي أخذ منا شراء، قد باع وقبض الثمن منه، فنعه إن هوجاء بالمال إلى وقت بيننا وبينه أن نردّ عليه الشراء فإن جاء الوقت ولم يأتنا بالدراهم فهولنا، فما ترى في الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل، وإن جاء بالمال للوقت فردّ عليه» (1).

2- خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «وإن بعت رجلا على شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك» (2).

3- موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام وسأله رجل وأنا عنده، فقال: «رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، وتكون لك أحب إلي من أن تكون لغيرك، على أن تشترط لي إن

(1) الوسائل ج 12 ب 7 من أبواب الخيار ح 1.

(2) المصدر نفسه ح 2.

أنا جئتكم بثمرتها إلى سنة أن ترد علي، فقال: لا بأس بهذا، ان جاء بثمرتها إلى سنة ردها عليه، قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، ألا ترى انه لو احترقت لكنت من ماله» (1).

4-رواية معاوية بن ميسرة، قال: «سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع دارا له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله، قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: هو ماله. وقال أبو عبد الله عليه السلام: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري» (2).

5-رواية دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام: «انه سئل عن رجل باع داره على شرط أنه إن جاء بثمرتها إلى سنة أن يرد عليه، قال: لا بأس بهذا وهو على شرطه» (3).

هذا كل ما في الباب من نصوص، وهي الأصل المعتمد في الحكم، بعد الإجماع والأدلة العامة.

وكيف كان، فلمعرفة حدود الحكم تفصيلا وضوابطه، يقع الكلام في هذا المقام في مباحث ثمانية.

(1)المصدر السابق ب 8 من أبواب الخيار ح 1.

(2)المصدر نفسه ح 3.

(3)مستدرك الوسائل -الطبعة الحجرية- ج 2 باب 6 من أبواب الخيار.



في

أنحاء أخذ ردّ الثمن شرطاً في الخيار

أ- مقام الثبوت.

ب- مقام الإثبات.





المبحث الأول- في أنحاء أخذ ردّ الثمن شرطاً في الخيار

تمهيد

لا إشكال ولا خلاف في كون ردّ الثمن عنصراً أساسياً في هذا الخيار، بحيث لا يكون الفسخ قبله نافذاً ومؤثراً، وهو مما لا بحث فيه.

وإنما البحث في هذا المقام ينصب على أنحاء وصور أخذ ردّ الثمن شرطاً في الخيار وكيفية جعله عاملاً مؤثراً فيه.

والحديث يقع تارة في مقام الثبوت وما يمكن تصوّره من الوجوه في حدّ ذاته أو ما يمكن قصده من قبل المتبايعين خارجاً.

وأخرى في مقام الإثبات، وما يشمل الدليل الشرعي من الوجوه، سواء في ذلك الأدلة الخاصة أو العامة.

أ- مقام الثبوت.

حقيقة الخيار -على ما عرفت سابقاً- هي حق فسخ العقد وإبطاله وفرضه كأن لم يكن. نعم، قد يعبر عنه في بعض الأحيان- بملك فسخ العقد، لكنه من المسامحة في التعبير، كما لا يخفى.

فما هو الحق؟

بعد اتفاق الأعلام على كون الحق من الأمور الاعتبارية والأحكام الوضعية، اختلفت كلماتهم في بيان حقيقته وتعريف ماهيته، وما يتقوم ويمتاز به عن سائر الأمور الاعتبارية من التكليف والوضع.

فقد «ذكر جماعة: أن الحق مرتبة ضعيفة من الملكية، وصاحبه مالك لشيء يرجع أمره إليه، بخلاف الحكم، فإنه مجرد جعل الرخصة في فعل شيء أو تركه، أو الحكم



وذكر طائفة: أن الحق ما يقبل السقوط والإسقاط، أو النقل والانتقال، بخلاف الحكم، فإنه لا يقبل شيئا من هذه الأمور» (1).

وقد ناقش في الأول المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «أن حقيقة الملك سواء كانت من مقولة الإضافة أو مقولة الجدة ليس لها مراتب مختلفة بالشدة والضعف، حتى يكون اعتبارها في موارد مختلفة باعتبار مرتبة قوية تارة واعتبار مرتبة ضعيفة أخرى. بيانه: أن مقولة الإضافة - كما حقق في محله - ليس لها وجود استقلالي، بل تابعة للمقولة التي تعرضها الإضافة، فإن كانت من مقولة تختلف بالشدة والضعف كالكيف - مثلا - فلا محالة تتصف مقولة الإضافة بهما تبعا، فالحرارة قابلة للشدة والضعف، فتتصف مقولة الإضافة بالأحرز وهكذا.

وإن كانت من مقولة لا تجري فيها الشدة والضعف فلا تتصف مقولة الإضافة بهما، كمقولة الجوهر - مثلا - فإن زيدا المحيط على عين في الخارج ليس له ولا لتلك العين شدة وضعف حتى تتصف إحاطة بهما بالعرض. وأما مقولة الجدة فهي لا تتصف في نفسها بالشدة أو الضعف، بل تتصف بالزيادة والنقص، فإن الهيئة الحاصلة للرأس من العمامة انقص من الهيئة للبدن من القميص، فإن الثاني أزيد إحاطة من الأول لسعة المحيط والمحاط في الثاني دون الأول. واللازم هنا هو التفاوت بالشدة والضعف، فإن شخص هذا المانع لم تتفاوت جدته باعتباره ملكا أو باعتباره حقا، فلا معنى لدعوى تفاوت مراتب الملك شدة وضعفا، وأما زيادة ونقصانا فهو أجنبي عما نحن فيه، ضرورة أن المالك للعين والمنفعة أزيد ملكا ممن يملك أحدهما.

فتبين: أن جعل الحق بمعنى الملك لا وجه له، ودعوى اختلافه بالمراتب

نعم، كونه بمعنى اعتبار السلطنة الوضعية-ممن يجعل الملك غير السلطنة- لا مانع منه، وأما من يرى أن الملك بمعنى السلطنة فالإيراد متوجه عليه أيضا»(1). وكأنه بذلك قد ردّ ما ذكره جماعة منهم المحقق الايرواني رحمه الله من: «أن الفرق بين الحق والملك بعموم الاستيلاء والسلطان وخصوصه، فالملك يكون بدخول الشيء تحت السلطان بتمام شؤنه وكافة حيثياته، والحق يكون بدخوله تحت السلطان ببعض جهاته وحيثياته.

فالشخص مسلط على أمته بأن يبيع ويهب وينكح إلى آخر التصرفات السائغة، فيقال حينئذ أن الأمة ملكه، وأيضا مسلط على زوجته في خصوص المباشعة، فيقال أن الزوجة متعلق حقه، وكذا الحال في العين المملوكة والعين المستأجرة إلى غير ذلك من موارد الحق والملك»(2).

ثم إن المحقق الأصفهاني بعد ردّه للقول بكون الحق مرتبة ضعيفة من الملك، ذكر أنه: «يمكن أن يقال- وإن لم أجد من وافق عليه صريحا- أن الحق مصداقا في كل مورد اعتبار مخصوص له آثار خاصة، فحق الولاية ليس إلا اعتبار ولاية الحاكم والأب والجد، من أحكام نفس هذا الاعتبار جواز تصرفه في مال المولى عليه تكليفا ووضعاً، ولا حاجة إلى اعتبار آخر.

فإضافة الحق إلى الولاية بيانية، وكذلك حق التولية وحق النظارة، بل كذلك حق الرهانة، فإنه ليس إلا اعتبار كون العين وثيقة شرعا، وأثره جواز الاستيفاء ببيعه عند الامتناع عن الوفاء، وحق التحجير أي المسبب عنه ليس إلا اعتبار كونه أولى بالأرض من دون لزوم اعتبار آخر، وحق الاختصاص في الخمر ليس إلا نفس اعتبار اختصاصه به في قبال الآخر من دون اعتبار ملك أو سلطنة له، وأثر الأولوية

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 1 ص 10.

(2) تعلية الايرواني على المكاسب ج 1 ص 73.

والاختصاص عدم جواز مزاحمة الغير له.

نعم، لا بأس بما ساعد عليه الدليل من اعتبار السلطنة فيه، كحق القصاص حيث قال عز من قائل (فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيَّهِ سُلْطَانًا)(1).

وكذا لو لم يكن هناك معنى اعتباري مناسب للمقام، كما في حق الشفعة، فإنه ليس إلا السلطنة على ضم حصة الشريك إلى حصته بتملكه عليه قهرا، فإن الشفع هو الضم، والشفعة كاللقة كون الشيء مشفوعا أي مضموما إلى ملكه، ولا معنى لاعتبار نفس الشفعة، وإلا كان معناه اعتبار ملكية حصة الشريك، مع أنه لا يملك إلا بالأخذ بالشفعة لا بمجرد صيرورته ذا حق، وكذا حق الخيار هو السلطنة على الاختيار، وهو ترجيح أحد الأمرين من الفسخ والإمضاء، لا اعتبار كونه مختارا، فإنه في قوة اعتبار كونه مرجحا أي فاسخا أو ممضيا مع أن لا فسخ ولا إمضاء بمجرد جعل الحق(2).

أما السيد الوالد-«رحمه الله»- فقد اختار اتحاد الحكم والحق حقيقة وماهية، باعتبار كونهما معا من الأمور الاعتبارية، وهي «وإن اختلفت من حيث الآثار اختلافا واضحا، ولكنها تشترك في أن قوامها بالاعتبار المحض».

إذا فلا وجه لتقسيم المجعول الشرعي أو العقلاني إلى الحق والحكم، لكي نحتاج إلى بيان الفارق بينهما، بل كلها حكم شرعي عقلائي قد اعتبر لمصالح خاصة، بناء على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للملاكات الواقعية.

نعم، تختلف هذه الأحكام في الأثر -كما أشرنا إليه قريبا- اختلافا ظاهرا، فبعضها يقبل الاسقاط، وبعضها لا يقبله.

والسر في هذا الاختلاف هو أن زمام تلك الأمور بيد الشارع حدوثا وبقاء، فقد يحكم ببقائه، كما حكم بحدوثه، وقد يحكم بارتفاعه ولو كان ذلك باختيار أحد

(1) الأسراء: 33.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب ج 1 ص 10-11.

نعم، المتبع في ذلك في مقام الإثبات- هو الأدلة الشرعية.
وعلى الجملة: ان الجواز واللزوم الوضعيين، كالجواز واللزوم التكليفيين، فان جميعها من الأحكام الشرعية، ولا تفاوت في ماهيتها وذواتها وان اختلفت آثارها»(1).
نعم، لا مانع من تخصيص إطلاق الحق اصطلاحاً بطائفة من الأحكام، وهي التي تقبل الإسقاط، إذ لا مشاحة في الاصطلاح.
وأظن- وإن كان الظن لا يغني عن الحق شيئاً- إن هذا الإطلاق صار سبباً لاختلاف العلماء في حقيقة الحق والحكم، وبيان الفارق بينهما»(2).
ولا وجه للإيراد عليه بأن اشتراك الحق والحكم في «كونهما معا من الأمور الاعتبارية» أو اندراجهما تحت جنس عال باعتبار «ان جميعها من الأحكام الشرعية» لا يجعلهما متحدين ماهية وحقيقة، وإلا لا تحدث ماهية الحرية والرقية، والملكية والزوجية، والحرمة والوقف، باعتبار كونها من الأمور الاعتبارية، وقوام جميعها بالاعتبار المحض، بل واتحدت حقيقة الإنسان والحجر لاندراجهما معا تحت الجسم- الجنس العالي- فإنه بعيد عن محط نظره- (رحمه الله)- جداً، وقياس مع الفارق- إذ فرق في الأمرين المندرجين تحت جنس واحد، بين المتحدين من حيث السنخية، والمختلفين من هذه الناحية.

فحيث يقال ان الجواز الحكمي متحد مع الجواز الحقي من حيث الماهية، وكذلك اللزوم الحكمي في قبال اللزوم الحقي، لكونهما معا من الأمور الاعتبارية أو كون جميعها من الأحكام الشرعية، فهو أمر يساعد عليه الوجدان ويشهد له الفهم العرفي، فإن إثبات تباين ما هما من سنخ واحد في الماهية أمر يحتاج إلى العناية والإثبات.
وأين ذلك من قياسها بالحرية في قبال الرقية، والزوجية في قبال الطلاق، بل

(1) مصباح الفقاهة ج 2 ص 46.

(2) مصباح الفقاهة ج 2 ص 47.

والحجر في قبال الإنسان، لمجرد اتحادهما في الجنس العالي.

وقد أوضح سماحته-(رحمه الله)-في أبحاثه الفقهية حقيقة الحكم والحق وما يحصل به التمايز بينهما مفصلاً.

فذكر: «ان الحق عبارة من حكم تكليفي محض أو وضعي محض يتعلق دائماً بفعل الإنسان نفسه قابل للإسقاط، فكل حكم تكليفي أو وضعي قابل للإسقاط فهو حق بالمعنى المصطلح- وكل حكم كذلك لا يقبل الإسقاط وليس أمره بيد المكلف فهو حكم بالمعنى الذي يقابل الحق.

بيان ذلك: ان الملكية-التي هي في قبال الحكم التكليفي-قد تتعلق بالأعيان الخارجية أو في الذمة، وقد تتعلق بالمنافع، سواء أكانت من قبيل الأعمال الخارجية أم كانت قائمة بعين خارجية كسكنى الدار وركوب الدابة، ولا تتعلق بفعل الإنسان نفسه، فإنه ليس من الملكية بالمعنى المصطلح وإن كان منها بمعنى السلطنة.

وأما الحقوق فهي تتعلق دائماً بفعل من له الحق نفسه، وقد يكون من عليه الحق معيناً كحق الشفعة والخيار، وقد لا يكون كذلك كحق التحجير، حيث ان من عليه الحق إنما هو جميع البشر، ولكن على كلا التقديرين لا يكون الحق إلا حكماً متعلقاً بفعل نفس من له الحق.

والفرق بينه وبين سائر الأحكام ان من له الحق له إسقاطه إذا شاء، وهو بخلاف سائر الأحكام، وإلا فليس هناك أي فرق بينهما.

والذي يدلنا على ذلك انا لا نرى أي فرق بين جواز قتل القاتل عمداً قصاصاً وجواز قتل الكافر الحربي، وكذا جواز الفسخ في البيع الخياري وجواز الفسخ في الهبة لغير الرحم، ومثله اللزوم الحقي كالبيع واللزوم الحكمي كالنكاح.

فإنه لا فرق بين هذه الأحكام من أي جهة من الجهات كانت، سوى أن الأول منها قابل للإسقاط سواء بالعفو أو إسقاط الخيارات أو الإقامة، بخلاف الثاني حيث أن أمره ليس بيد المكلف، وليس له إسقاطه، اتفق مع الطرف الآخر أم لم يتفق، فإن النكاح -مثلاً- لا يرتفع بتواطؤ الزوجين عليه، بل لا بدّ من الطلاق أو سائر

والحاصل: ان الحق ليس شيئا وراء الحكم الشرعي -التكليفي أو الوضعي- وإنما هو هوبعينه، غاية الأمر إنه متعلق بفعل الإنسان نفسه، وقابل للإسقاط من قبله، وليس هو مرتبة ضعيفة من الملكية»(1).

وبالجملة فما أفاده-«رحمه الله»- أمر عرفي لا يحتاج في إثباته إلى تحمل العناية والكلفة، ويشهد له ملاحظة موارد استعمال الكلمة في الآيات الكريمة والأمثلة العرفية، من دون أن يرد عليه شيء مما ذكر في الاشكال على الوجوه السابقة. ومعه يتعين اختياره، والالتزام بأنه هوبعينه الحكم التكليفي أو الوضعي، غايته أنه من الصنف الذي يناط أمره بيد المكلف نفسه.

وكيف كان فحيث عرفنا أن الحق صنف من الأحكام التكليفية أو الوضعية، نعود إلى صلب الموضوع لنرى ما يقتضيه دخول القيد عليه في جهة من جهاته. فنقول: ان أخذ القيد في الحكم مطلقا -سواء الوضعي أم التكليفي- لما كان موجبا للتضييق في الناحية المأخوذ فيها لا محالة، وتخصيص متعلقه -القيد- بلحاظه إلى حصتين، حصة واجدة له واخرى فاقدة، كان اعتباره وأخذه متصورا على وجوه:

الأول: أن يكون قيда في نفس الحكم -الوضعي أو التكليفي- نظير دلوك الشمس المأخوذ في وجوب الصلاة على نحو التعليق أو التوقيف، وهلاك المرء المأخوذ في إرث الأخت في قوله تعالى (إِنْ إِمْرَأٌ هَٰكَذَا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ)(2).

الثاني: ان يكون قيда في متعلق الحكم -الوضعي أو التكليفي- نظير الطهارة الحديثة المعتبرة في الصلاة، وإسلام المشتري المعتبر في نقل المصحف أو العبد المسلم اليه، حيث تعلق الحكم-جواز النقل والبيع المعبر عنه بسلطنة المالك على التصرف

(1) مباني العروة الوثقى، كتاب الوصية ص 386.

(2) النساء: 176.

-بخصوص النقل إلى المشتري المسلم، فالإسلام قيد في متعلق الحكم.

الثالث: ان يكون قيذا في موضوع الحكم -بقسميه أيضا- كالاستطاعة المأخوذة قيذا للمكلف الموضوع لوجوب الحج، والإسلام المأخوذ قيذا للإنسان الموضوع للحكم بانتقال ما تركه المورث المسلم اليه.

ثم ان القيد المأخوذ في نفس التكليف أو الوضع -بنحو التعليق أو التوقيف- يوجب تضيقا وتحصيضا فيهما لا محالة، فلا يتحققان إلا بعد تحقق القيد كما هو واضح، فلا وجوب للصلاة ولا ملكية للأخت قبل الدلوك وهلاك المرء.

وأما القيد المأخوذ في المتعلق، فهو إنما يوجب التضيق فيه مبدئيا، ويتبعه التضيق في الحكم من ناحيته، بمعنى عدم شمول الحكم لغير المتصف بالقيد من افراد الطبيعة، إلا أنه يبقى مطلقا وعلى سعة من ناحية موضوعه، فيكون ثابتا لموضوعه في جميع آتات الوقت المضروب له.

وأما القيد المأخوذ في الموضوع، فهو يوجب تضيقا في الموضوع -كما هو واضح- وتضييقا في الحكم من ناحيته، بمعنى أن غير المستطيع من افراد المكلفين خارج عن موضوع وجوب الحج، كما يوجب تضيقا في المتعلق أيضا، بمعنى كون الحج الصادر من المكلف قبل استطاعته خارجا عن متعلق الوجوب.

Al-Khoei Institute

وعليه: فلو فرضنا للوجوب وقتا محددا، لم يكن القول ببقائه على سعة، وكونه ثابتا في جميع آتات ذلك الوقت، بما فيها زمن ما قبل حصول القيد- على الاستطاعة مثلا.

والحاصل: ان تقييد الموضوع يستلزم مضافا إلى تضيق دائرة الموضوع نفسه، تقييدا في المتعلق وفي الحكم جميعا.

وبناء على ما أسلفناه يظهر أن الشق الثالث من التقييد -رجوع القيد إلى الموضوع- وإن كان احتمالا علميا في مقام تحديد مرجع القيد، إلا أنه ليس شقا علميا في قبال الاحتمالين الآخرين، باعتبار رجوعه لا محالة إلى الصورة الأولى، لاستلزامه تقييد الحكم نفسه.

وعلى هذا الأساس ينحصر الاحتمال -من الناحية العلمية- بين رجوع القيد إلى الحكم نفسه، وبين رجوعه إلى المتعلق، ويكون الفرق بينهما هو الفرق بين الواجب المشروط والواجب المعلق، على ما ذكره صاحب الفصول (قده).

إذا عرفت ما قدمناه تفصيلاً، يظهر لك أن ردّ الثمن المأخوذ قيّداً في الخيار - في محل البحث - لا يخلو أمره من أحد احتمالين:

1- كون ردّ الثمن قيّداً لنفس الحكم -حق الخيار- على وجه التعليق أو التوقيف، بحيث لا يكون قبله خيار أَوْحَق.

2- أن يكون قيّداً لمتعلق الحكم -فسخ العقد- وبذلك يبقى الحكم من ناحية الموضوع على سعته وإطلاقه، ويكون الحق ثابتاً للمشتري في جميع آتات الوقت المحدّد بما فيه ما قبل الردّ أيضاً، غاية الأمر أن متعلقه عبارة عن خصوص الحصة المقارنة لردّ الثمن أو المتأخرة عنه من الفسخ.

وأما الاحتمال الثالث، أعني أخذ ردّ الثمن قيّداً في الموضوع، بأن يجعل الخيار للبائع الراد للثمن، فهو غير وارد.

وذلك لا لما يتوهم من أن البائع -المشترط- لما كان جزئياً خارجياً وشخصاً معيناً لم يكن له إطلاق كي يقبل التخصيص والتضييق.

فإنه يدفعه بأنه وإن لم يكن له إطلاق بحسب وجوده الخارجي، إلا أنه لما كان له إطلاق وسعة بلحاظ الحالات الطارئة عليه صحّ تقييده وتضييقه بذلك اللحاظ، فيجعل الحق له في حالة ردّه للثمن دون باقي الحالات.

بل لما ذكرناه من رجوع هذا الاحتمال -في النتيجة- إلى الاحتمال الأول، حيث يكون القيد مأخوذاً في الحكم والموضوع والمتعلق جميعاً، ونتيجته عدم تحقق الحق وعدم ثبوت الخيار قبل تحقق وصف الموضوع -ردّ الثمن.

ولعل ما ذكرناه هو السبب في عدم ذكر الشيخ الأعظم (قده) لهذا الاحتمال في عداد الاحتمالات التي ذكرها في أخذ كيفية ردّ الثمن شرطاً في الخيار.

قال رحمه الله: «إن اعتبار ردّ الثمن في هذا الخيار يتصور على وجوه:

أحدها: أن يؤخذ قيداً للخيار على وجه التعليق أو التوقيف، فلا خيار قبله، وتكون مدة الخيار منفصلة دائماً عن العقد ولوبقيل، ولا خيار قبل الرد..

الثاني: أن يؤخذ قيداً للفسخ، بمعنى أن له الخيار في كل جزء من المدة المضروبة، والتسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه.

الثالث: أن يكون رد الثمن فسخاً فعلياً، بأن يراد منه تملك الثمن ليمتلك منه المبيع.

الرابع: أن يؤخذ رد الثمن قيداً لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطاً على سبب الانفساخ، لا على مباشرة الفسخ.

الخامس: أن يكون رد الثمن شرطاً لوجوب الإقالة على المشتري، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيه إذا جاء بالثمن واستقاله» (1).

ومن الواضح أن الفرض الثالث في كلامه (قده) راجع إلى الفرض الثاني، بل هو في الحقيقة فرد من أفراد ومصداق من مصاديقه.

وأما الفرضان الأخيران فهما أجنبيان عن اشتراط الخيار وخارجان عن محل البحث، وإن كان اشتراطهما في حد ذاته ممكناً، وسيأتي التعرض إليهما.

إذا ففيمما يرتبط بالمقام-اعتبار رد الثمن في الخيار-لم يذكر الشيخ الأعظم (قده) غير صورتين: أن يكون الرد قيداً للخيار، وأن يكون قيداً للفسخ مع ثبوت الخيار للمشتري -

البائع- في كل جزء من المدة المضروبة.

وقد تبعه على ذلك جل المتأخرين من الأعلام كالطباطبائي والأصفهاني والايرواني والنانيني والسيد الوالد، حيث لم يتصوروا للمقام-اعتبار رد الثمن في الخيار-غير صورتين في عداد ما ذكروها من الصور لاشتراط رد الثمن.

قال المحقق الأصفهاني (قده): «المقام الثاني: فيما يمكن أن يقع الشرط عليه بأنحائه.

فمنها: أن يشترط البائع على المشتري حق حل العقد معلقا على رد الثمن أو مؤقتا من حيث المبدأ بزمان رد الثمن، فيمتاز الثاني عن الأول بعدم التعليق في مقام الإثبات مع اشتراكهما بعدم الحق قبل رد الثمن..

ومنها: أن يشترط البائع على المشتري حق الخيار من حين العقد متعلقا بالفسخ عند رد الثمن، فرد الثمن قيد لنفس الفسخ، لا قيد لنفس الحق كما في الأول، ففي الحقيقة ينحل إلى شرط الخيار مطلقا، وشرط أعماله عند رد الثمن، وكلاهما مشروع» (1). وبمضمونها عبارة غيره من الأعلام، حيث لم يذكروا في عداد ما يتصور من وجوه في ربط مصير العقد برد الثمن، إلا صورتين لا اعتباره في ثبوت الخيار مع ذكرهم لصورة ثالثة تعود في حقيقتها إلى الصورة الثانية، فلاحظ.

نعم، تفرد السيد الخميني بإضافة صورة ثالثة إلى الصورتين المذكورتين في كلماتهم، وجعلها الصورة الأولى في تسلسل كلامه.

قال (قده): «الأول: في أنحاء ما يتصور من هذا الشرط، وأن أيا منها موافق للقواعد العامة: منها: أن يؤخذ الرد قيدا للخيار، بمعنى أن يشترط الخيار المتقيد برد الثمن من غير تعليق ولا توقيت، بل بنحو التضييق جعلا، فيكون له الخيار المتقيد المتضييق في جميع الوقت المضروب، نظير جعل الخيار تحت السقف ثلاثة أيام، لا بمعنى تعليقه بذلك حتى لا يثبت إلا تحته، بل بمعنى تقييده بذلك، وهذا لا إشكال في صحته لعدم التعليق فيه وعدم الجهالة في الجعل والمجعل، والجهل بوقت الأداء خارج عن محط الجعل، نظير الجهل بأعمال خيار الشرط إذا جعل ثلاثة أيام.

ومنها: أن يعلق الخيار على رد الثمن في الوقت المضروب، ويرجع إلى ذلك بحسب اللب ما إذا جعل الخيار في وقت الرد وظرفه، فلا يثبت إلا بعد تحقق المعلق

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 41.

وفي هذين الفرضين لم يكن الخيار متقيداً، لعدم كون المعلق عليه قيذاً، فيكون الخيار بلا قيد ثابتاً، فما أفاده الشيخ الأعظم (قده) غير مرضي، ولعله مبني على ما ذهب إليه من رجوع القيود في الواجب المشروط إلى المادة..

ومنها: أن يؤخذ قيذاً للفسخ لا للخيار، وهذا ان رجع إلى أن لا فسخ له إلا برد الثمن فهو باطل، لأن الخيار حق الفسخ، فجعله مطلقاً مع التقيد بما ذكر متنافيان، وان رجع إلى شرط ترك الأعمال مضافاً إلى شرط الخيار فلا مانع منه، لكن لو تخلف وفسخ قبل رده كان نفوذه وعدمه مبنيين على استفادة الوضع من الشرط المذكور وعدمه، وهو محل الكلام» (1).

ثم تعرض (قدس سره) لسائر الصور المذكورة في كلمات الأعلام. إلا أن ما أفاده (قده) لا يخلو عن اشكال بل منع، ولا يمكن المساعدة عليه، وذلك: أولاً: ان مرجع الصورة الأولى المذكورة في كلامه، ان كان إلى أخذ القيد- رد الثمن- في الموضوع، بجعل الخيار للبائع الراد للثمن دون غيره. فقد عرفت فيما تقدم أن مرجعه إلى الصورة الأولى في كلمات الأصحاب، وان تقيد الموضوع يعني تضيق الحكم نفسه على نحو التعليق أو التوقيت لا محالة. ومعه لا وجه لجعل ما ذكره صورة مستقلة في قبال الصورة الأولى المذكورة في كلماتهم، كما لا وجه للحكم بأن للمشتراط «الخيار المتقيد المتضيق في جميع الوقت المضروب» لما عرفته من توقفه فيها على فعلية رد الثمن.

وان لم يكن مرجع ما ذكره -رحمه الله- ومحط نظره إلى ما ذكرناه، كما يظهر من جعله صورة مستقلة في قبال تلك الصور، فلا أدري كيف تعقل وتصور الخيار المقيد برد الثمن بنحو التضيق جعلاً، من دون توقيت أو تعليق في الحق نفسه أو موضوعه

وبعبارة أخرى: ان التضييق في الجعل أما ينشأ من التضييق في نفس الحق- الحكم- وأما ينشأ من تضييق موضوعه أو متعلقه، ولا سبيل اليه بغير ذلك.

وعليه فإذا فرضنا الحكم -نفس حق الخيار- ليس بمعلق ولا موقت برد الثمن، لتصريحه بقوله: «من غير تعليق ولا توقيت» ، وموضوع الحكم البائع-غير مقيد بوصف رد الثمن، لفرض ان نظره(قده) ليس إلى ذلك وإلا لاتحد ما ذكره مع الصورة الأولى في كلمات الأصحاب، ومتعلق الحكم -فسخ العقد- غير مضيق برد الثمن، لفرضه ذلك صورة ثالثة في كلامه، فمن أين نشأ التضييق في الجعل، وكيف يتعلل الخيار برد الثمن جعلاً مع إطلاق الحكم والموضوع والمتعلق؟.

والحاصل: ان نفس الخيار مع قطع النظر عن موضوعه ومتعلقه، ليس أمراً قابلاً للتوصيف والتضييق برد الثمن، ما لم يكن جعله وإنشاؤه على نحو التعليق أو التوقيت. وتوهم كون التضييق في رد الثمن بلحاظ كونه موضوعاً للخيار، فيكون تقييده من جهة القصور الذاتي فيه الناشئ من جعله ضيقاً، ومن قبيل ما يقال: ضيق فم الركبة، ومن دون ان يرجع الى التعليق أو التوقيت. يدفعه: ان رد الثمن ليس متعلقاً للخيار ولا موضوعاً له، وإنما هو شرط فيه، فلا وجه لتصوير القصور الذاتي من ناحيته بحسب الجعل.

وبالجملة: ليس لحق الخيار بنفسه وفي حد ذاته بالقياس إلى رد الثمن وعدمه حالات وانقسامات، كي يصح قصد قسم معين منها، أو حالة دون أخرى، بل تحتاج إضافته اليه وتقسيمه بلحاظه إلى لحاظ ارتباط جعلي خارجي بينهما، يكون الخيار بالإضافة إليه مقصوداً تارة وغير مقصود أخرى، وهذا الارتباط ليس إلا هو الشرط والتعليق.

على ان ما افاده(قده) معنى فلسفي دقيق ليس في متناول العرف فهمه ودركه، فلا معنى لجعله معنى عرفياً في قبال الاشتراط والتعليق.

ثانياً: ان تنظير المقام بجعل الخيار تحت السقف ثلاثة أيام وتقييده به من دون

يرده: ان «تحت السقف» ظرف مكاني للخيار، وتقييده به كتقييده بالظرف الزماني أمر معقول ومتصور، فإن الأمور بطبيعتها متقيدة بالزمان والمكان، وأين ذلك من تقييده برّد الثمن جعلاً من غير توقيت أو تعليق، الذي عرفت عدم إمكانه وتعلقه.

على أنه يمكن التفصيل بين ظرف الزمان وظرف المكان، والالتزام بالجواز في الأول والمنع في الثاني-جعل الخيار تحت السقف.

فان التقييد بالظرف -تحت السقف- ان رجع الى متعلق الحكم أو موضوعه، بأن يكون الفسخ تحت السقف، أو الفاسخ تحت السقف حين الفسخ، فهو وان كان امراً معقولاً ومتصوراً بحد ذاته، إلا أنه أجنبي عن محل كلامه، ولا ينفعه في إثبات أخذ الرّد قيّداً للخيار من غير تعليق ولا تقييد.

وان رجع الى الحكم نفسه-كما هو ظاهر قوله: «ان يشترط الخيار المتقيد برّد الثمن من غير تعليق ولا توقيت» ولم يكن المراد منه كون إنشائه تحت السقف-كما هو واضح لكونه أجنبياً عن محل البحث-لم يظهر له وجه معقول وصورة يعتمد عليها في معناه، وما ذكره لا يتجاوز كونه ألفاظاً لا يمكن تصور معناها في الخارج، ولم يعهد له مورد في التشريعات أوفي الاعتبار العقلانية الخوئي

Al-Khoei Institute

وذلك على العكس منه في التقييد بظرف الزمان، فإنه أمر معقول ومتصور في حدّ نفسه، بل شائع ومتعارف في الاعتبار العقلانية. ويكفي في المثال عليه باب الإجارة حيث يجعل المؤجر ملكية منفعة داره للمستأجر مدة سنة أو أقل أو أكثر، فيكون الزمان قيّداً وظرفاً للجعل.

ثالثاً: ان التقييد لما كان مقابلاً للإطلاق والسريان والشمول، كان كل ما يمنع السريان ويوجب التضيق قيّداً لا محالة، سواء فيه الشرط -المعلق عليه- أو الوصف أو الوقت أو غيرهما مما يوجب تحديداً للشمول في المفهوم.

وعليه فلا وجه لقوله: «وفي هذه الفرضين -التعليق والتوقيت- لم يكن الخيار متقيداً، لعدم كون المعلق عليه قيّداً، فيكون الخيار بلا قيد ثابتاً. فما افاده الشيخ

فإن التعليق والتوقيف تقييد لا محالة لمنعهما من سريان الحكم وشموله لما دونهما، فما افاده الشيخ الأعظم(قده) هو الصحيح الذي ينبغي اعتماده.

على أن ما افاده(قده) بالتعبير المتقدم، مناف بل مناقض لما ذكره قبل ذلك مباشرة، حيث أفاد: «فلا يثبت-الخيار المعلق على رد الثمن في الوقت المضروب- إلا بعد تحقق المعلق عليه أو الوقت المأخوذ.»

ضرورة أن مقتضى ثبوت الخيار مطلقاً ومن دون تقييد بشيء -كما افاده- ثبوته في جميع أنات الوقت ومن غير تحديد بما «بعد تحقق المعلق عليه أو الوقت المأخوذ» كما افاده أخيراً، فلاحظ.

هذا مع أن قوله(قده): «ولعلمه ما افاده الشيخ الأعظم(قده)-مبني على ما ذهب إليه من رجوع القيود في الواجب المشروط إلى المادة» اعتراف منه بكون المعلق عليه والوقت من القيود، بداهة أن ما ذكر في كلمات الشيخ الأعظم رحمه الله من القيد في المقام مما يمكن دعوى إرجاعه إلى المادة في الواجب المشروط، ليس إلا المعلق عليه والموقت. وهو مناف مع تصريح التزامه بـ «عدم كون المعلق عليه قيداً.»

على أن التقييد في الهيئة تقييد في المادة أيضاً لا محالة.

رابعاً: ما ذكره في فرض أخذ رد الثمن قيداً للفسخ من أن: «هذا أن رجع إلى أن لا فسخ له إلا برد الثمن فهو باطل، لأن الخيار حق الفسخ، فجعله مطلقاً مع التقييد بما ذكر متنافيان.»

لا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه إطلاقاً، وذلك أن تقييد متعلق الحكم المطلق بنفسه- الذي لم يثبت له قيد مباشرة من التعليق أو التوقيف-يقتضي تضيق دائرته -الحكم نفسه- لا محالة، فلا يشمل غير الحصة المتصفة بالقيد والطبيعة الواجدة له، أما الطبيعة العارية عنه فلا تكون داخلية تحت مظلة، وهو واضح لا لبس فيه، سواء في ذلك الأحكام التكليفية والأحكام الوضعية.

فدعوى بطلان أخذ ردّ الثمن قيّدا للفسخ على تقدير رجوعه «إلى ان لا فسخ إلا بردّ الثمن» لأن «جعله مطلقا مع التقييد بما ذكر متنافيان» توهم لا أساس له، وخير شاهد عليه ما يذكر في اشتراط الطهارة في الصلاة، إذ لا إشكال في كون أصل الوجوب مطلقا غير مقيد بالطهارة، وأنها إنما تعتبر في متعلقه، أعني الصلاة حيث أنها مقيدة بالطهارة، بحيث لا صلاة من دونها.

أوترى انه يصح أن يقال: بأن الطهارة إذا أخذت قيّدا للصلاة لا للوجوب نفسه، بحيث كان مرجعه الى نفي الصلاة من دونها، فهو باطل، لأن جعل الوجوب مطلقا مع التقييد بما ذكر متنافيان؟ فان ما نحن فيه من هذا القبيل حرفا بحرف، ولا فرق بينهما سوى كون الحكم فيما نحن فيه وضعيا، وفي المثال تكليفيا، لكنك قد عرفت ان ذلك لا يعني أي فرق بينهما، وانهما سواء من ناحية الاشتراط وأخذ قيد فيهما أوفي متعلقهما أو موضوعهما.

خامسا: لا وجه لترديده في أخذ الثمن قيّدا للفسخ بين أن يكون مرجعه إلى: انه لا فسخ له إلا بردّ الثمن، والحكم فيه بالبطلان، وبين كون مرجعه إلى: اشتراط ترك اعمال حق الفسخ واستخدامه، والالتزام فيه بعدم المانع منه.

فإنه لا ضرورة لصرف الكلام عن ظاهره إليهما معا، بل المتعين إبقاؤه على حاله وحقيقته مع الالتزام فيه بالصحة والنفوذ.

ذلك ان حقيقة الخيار -على ما عرفت- هو حق فسخ العقد، وهي في حدّ ذاتها - ماهية مهمة لا بشرط من حيث الحق والمتعلق والموضوع، حالها في ذلك حال سائر المفاهيم المطلقة، لكنها قابلة للتقييد والتضييق في نواحيها الثلاث من دون ان تخرج بذلك عن حقيقتها وتنسلخ عن واقعها، كما هو الشأن في كل ما يكون لا بشرط.

وعليه ففي المقام حيث يؤخذ ردّ الثمن قيّدا للفسخ، يثبت الحق الحصة خاصة من الفعل وهو الفسخ المقارن بردّ الثمن أو المتأخر عنه، من دون ان يرجع ذلك الى

شيء آخر وراءه، ومقتضاه نفوذ خصوص تلك الحصة، لكونها حقا للبائع دون غيرها، لعدم ثبوتها حقا له، كما لوجعل التضييق في نفس الحكم أو موضوعه.

والحاصل: ان التقييد في متعلق الحق لا يختلف عن التقييد في الحق نفسه أوفي موضوعه، فكما ان جعل الحق في شهر معين دون غيره يقتضي عدم نفوذه فيما عدا ذلك الشهر، وجعله للبائع خاصة يقتضي عدم نفوذه من المشتري، كذلك يقتضي جعله -الحق- متعلقا بالفسخ المقارن للرد أو المتأخر عنه، حيث ينفذ فيها بلا شبهة ولا اشكال دون غيرها، ومن دون حاجة الى تكلف إرجاعه الى هذا الوجه أو ذاك، فضلا عن التفصيل فيه بلحاظهما.

وأخيرا، فمن غير البعيد ان يكون الأصل في كلامه الأخير -هذا- هو ما ذكره المحقق الأصفهاني(قده) في المقام بقوله: «ففي الحقيقة ينحل الى شرط الخيار مطلقا، وشرط اعماله عند رد الثمن، وكلاهما مشروع»(1).

وكيف كان، فهو لا يخلو عن مسامحة واضحة، ذلك ان المقصود للمتعاقدين والمجهول من قبلهما، ليس إلا أمرا بسيطا وشرطا واحدا، هو ثبوت حق الفسخ عند رد الثمن، وليس هناك شرطا كي يقال: ان كليهما مشروع.

نعم، جعل الحق متعلقا لحصة خاصة من الفعل -الفسخ المقارن لرد الثمن أو المتأخر عنه- يقتضي نفوذه في خصوص تلك الحصة الواجدة للوصف، دون العاري عنه، لكنه أجنبي عن تعدد الشرط، فلاحظ.

ثم انك قد عرفت فيما تقدم- ان الشيخ الأنصاري(قده) قد ذكر بالإضافة إلى الصورتين المتقدمتين، صورا ثلاثا فانهى مجموع ما يتصور في اعتبار رد الثمن في رفع العقد وإبطاله الى خمس صور.

وقد عرفت ان الصورة الثالثة منها من افراد الصورة الثانية ومصاديقها وليست هي صورة مستقلة في قبالتها، غاية الأمر انه قد أخذ في المتعلق زائدا على رد الثمن قيد

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 41.

ويترتب عليه ان البائع إذا سلم الثمن للمشتري لا بقصد فسخ العقد، بل بقصد الأمانة أو القرض أو العارية أو ما شاكلها، ثم بدا له فسخ العقد وأجرى صيغة الفسخ بقصد تملك المشتري ما عنده من الثمن، لم يصح ولم يقع فسخه نافذاً، لخروجه عن مورد الحق المجعول له.

وأما صورتان الأخيرتان: فقد عرفت انهما اجنبيتان عن جعل الخيار وثبوت حق فسخ العقد للمشتري، فإن أولاهما عبارة عن أخذ ردّ الثمن شرطاً في انفساخ العقد، والثانية عبارة عن أخذه شرطاً في وجوب الإقالة.

ولوبينا على استقصاء جميع الوجوه المتصورة في اعتبار ردّ الثمن وأخذه شرطاً في إبطال العقد -بمعناه العام- سواء في ذلك ثبوت الخيار أو الفسخ أو الانفساخ أو الإقالة، أو وجوب بيعه منه ثانياً أو غيرها، لتجاوزت الأقسام والأنحاء المتصورة ذلك بكثير، نذكر بعضها على سبيل المثال، لخروجها عن محل البحث.

منها: أن يكون ردّ الثمن شرطاً في عود المبيع، بمعاملة جديدة إلى البائع الأول، ويمكن تصوير هذا على نحو شرط الفعل، بأن يكون ردّ الثمن شرطاً في وجوب بيعه على المشتري وإيقاعه لمعاملة النقل، كما يوجب تصويره على نحو شرطه النتيجة، بأن يكون ردّ الثمن شرطاً في تحقق المعاملة والنقل قهراً.

ومنها: أن يكون ردّ الثمن شرطاً في وجوب الفسخ على المشتري.

ومنها: أن يكون ردّ الثمن شرطاً في وجوب تملك المشتري المبيع مجاناً للبائع وبغير عوض.

إلى غير ذلك مما قيل أو يمكن أن يقال، مما لا اثر لذكره في المقام لكونه أجنبياً عن محل البحث.

هذا كله بحسب مقام الثبوت.

ب- مقام الإثبات:

وأما مقام الإثبات، فالكلام فيه يقع في موضعين:

الأول: في اقتضاء إطلاق قوله (ص): «المسلمون عند شروطهم.»

الثاني: في اقتضاء النصوص الخاصة الواردة في المقام.

أما الموضع الأول: فالظاهر شمول الإطلاق لجميع الصور المتقدمة على حد سواء، بل لم يظهر من أحد من الأعلام الاستشكال فيه، عدا ما ذكره الشيخ الأعظم (قده) بالنسبة للصورة الرابعة، وما ذكره المحقق الأصفهاني (قده) بالنسبة للصورة الأولى.

قال الشيخ الأعظم (قده): «الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع، فإن فيه اشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلي أو قولي يشبه انعقاده بنفسه في مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية» (1).

ووافقه عليه المحقق النائيني (قده) مستدلا عليه بأنه: «يرد عليه أحد المحذورين: وهو إما انفساخ العقد بلا سبب، وإما اقتضاء وجود الشيء عدم نفسه.

فإن بيع الدار واشترط انفساخه برّد مثل الثمن إما يرجع إلى شرط انفساخ العقد بلا سبب فهو باطل، لأن انتقال الدار من المشتري إلى البائع بلا سبب أي بلا إنشاء قولي وفعلي غير ثابت في الشريعة، فيكون شرطا مخالفا للكتاب.

وإما يرجع إلى أن نفس اشتراط الانفساخ إنشاء للفسخ، فهو يوجب انفساخ البيع بهذا الشرط، فلا بيع حتى يشترط في ضمنه انفساخه برّد مثل الثمن.

وبالجملة يجب أن يكون البيع محققا ثابتا حتى يشترط في ضمنه شرطا سائغا كملكية الكتاب -مثلا- بناء على عدم اعتبار حصولها من سبب خاص بأن لم تكن كالنكاح والطلاق المتوقع حصولهما على أسباب خاصة، وإما إذا كان البيع منفسخا بالشرط الحاصل في ضمنه فلا يعقل تأثير هذا الشرط في الملكية» (2).

أما المحقق الأصفهاني (قده) فقد ذكر في توجيه بطلان اشتراط البائع على

(1) المكاسب ج 5 ص 21.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 44.

المشتري حق حل العقد معلقاً على ردّ الثمن أو موقتاً من حيث المبدأ بزمان ردّ الثمن، ان: «في الأول محذور التعليق الممنوع عنه شرعاً، وفي الثاني جهالة مدة الخيار من حيث المبدأ حيث لا يعلم وقت ردّ الثمن» (1).

وللتأمل في ما أفادوه مجال.

أما ما نقله الشيخ الأعظم (قده)، فيرده: انحصار المحذور المتوهم في كون اشتراط الانفساخ من شرط النتيجة، لكنك قد عرفت في مبحث الشروط انه لا اشكال فيه بحد ذاته ما لم يدلّ الدليل على اعتبار سبب خاص في المورد المعين.

وبعبارة أخرى: ان كل ما يتصور في المنع من نفوذ شرط النتيجة أمران:

أ- كونه شرط أمر غير مقدور، لعدم القدرة على المسببات من دون أسبابها، وحيث تعلق الشرط بنفس الانفساخ من دون سبب فعلي أو قولي له، كان من اشتراط تحقق المسبب بغير السبب وهو محال.

ب- استلزام إيجاد المسببات بغير أسبابها الشرعية، وهوباطل، لأن العقود الشرعية توقيفية، فلا يصح إنشاء البيع والقرار المعاملي بمبادلة مال بمال باشتراطه في ضمن عقد آخر، لأنه من تحقيق ذلك المسبب بغير سببه الشرعي، فيكون من الشرط المخالف للمشروع.

وفي كلا الوجهين ما لا يخفى.

أما الأول: فلكفاية الشرط في السببية، فإن عموم دليل الشرط ولزوم الوفاء به يكفي سبباً لانفساخ العقد برّد الثمن.

بل يكفي الشرط في تحقق القرار المعاملي ومبادلة مال بمال بأخذه في ضمن عقد آخر، ولا يلزم منه تحقق المسبب بدون سببه.

ولعل وضوح اندفاع هذا الاشكال حمل الشيخ الأعظم (قده) على عدم التعرض إليه في كلامه.

وأما الثاني: فيرده أنه إنما يتم فيما ثبت توقف إنشائه على مبرز خاص كالنكاح والطلاق، وأما ما عداه مما لم يقد دليل على اعتبار لفظ معين في إنشائه، بل يكفي فيه صرف إبراز الاعتبار النفساني كيف ما تحقق، فلا مانع من إنشائه بالشرط.

وحيث أن الفسخ من هذا القبيل، إذ لم يرد ما يدل على اعتبار أمر بخصوصه من لفظ أوفعل- في إنشائه، كفي في ثبوته وتحققه أخذه شرطاً في ضمن العقد.

وأما ما افاده المحقق النائيني(قده) فيدفعه: أن اشتراط الانفساخ في العقد برد الثمن لا يستوجب استلزام عدمه من وجوده، ذلك أن الشرط لا يقتضي الانفساخ من حينه كي يقال أنه لا بيع حتى يشترط في ضمنه الانفساخ، بل الشرط إنما يقتضي الانفساخ من حين رد الثمن، فالبيع متحقق وثابت قبل رد الثمن، فإذا عرض عليه ذلك النسخ بحكم الشرط.

والحاصل: أن الانفساخ إنما يطرأ على البيع الثابت ويقتضي ارتفاعه بموجب الاشتراط. وأما ما نقله المحقق الأصفهاني(قده) فيندفع بما افاده هو(قده) بقوله: «ويندفع التعليق بأن الممنوع منه هو التعليق في العقود بل خصوص البيع بالإجماع، وليس فيه محذور عقلي كما توهم- لما مرّ منّا في مبحث شروط العقد- وإلا لكان توقيت الخيار بزمان الرد أيضاً كذلك، إذ لا عبرة بصورة التعليق، بل بتأخر الأمر المسبب إليه عن سببه الإنشائي. وتندفع الجهالة بأن اللازم عند من يقول بالبيع بشرط الخيار عند رد الثمن تعيين المدة كما هو المتعارف من تحديده بالرد في رأس السنة في يوم أو يومين أو أزيد.

وأما ما عن شيخنا الأستاذ(قده) من أن الجهالة غير ضائرة هنا حيث لا غرر لأن أمر الخيار بيده، فغير واف بالمقصود، إذ لو كان غرر لكان على المشتري، حيث لا يعلم أنه متى يفسخ العقد، فيمنعه عن التصرف على وفق غرضه»(1).

(1) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 41.

وما أفاده(قده) بالنسبة لإشكال التعليق تام ومتين، حيث لا دليل على بطلان التعليق بقول مطلق، وتفصيل الحديث موكول الى محله في بحث اعتبار التنجيز في العقد.

واما ما أفاده بالنسبة لإشكال الجهالة، فهو بظاهره مما لا يمكن المساعدة عليه، بل هو خروج عن محل البحث، فان الكلام ليس في اشتراط الخيار -ولوبنحو شرط النتيجة- في ضمن يوم أو يومين أو أزيد بعد مرور السنة على تاريخ العقد، كي يقال بعدم الجهالة فيه بالمرّة، باعتبار ان ظرف الرد والخيار محدّد بالأيام المعينة بعد مرور السنة. وانما الكلام في اشتراط الانفساخ برّد الثمن خلال تمام المدة المضروبة -السنة مثلا- بحيث يتحقّق الانفساخ بالردّ في أي جزء منها.

فلا وجه لتحديده بالردّ في رأس السنة في يوم أو يومين أو أزيد.

فالصحيح في الجواب أن يقال: ان تحديد زمان ردّ الثمن المأخوذ شرطا في الخيار بما لا يقبل الزيادة والنقيصة يوجب رفع الجهالة والغرر، حاله في ذلك حال اشتراط الخيار مباشرة-من غير تعليق برّد الثمن-في تلك الفترة.

قال المحقق النائيني(قده): «واما الجهالة فإنما تضرر لولم يعين مدة أصلا، كأن يقول: «إذا جئت بالثمن في أي وقت كان لي الخيار» فيصير كما لو قال: «بشرط ان يكون لي الخيار إن قدم زيد» وهذا بخلاف ما لو قال: «لي الخيار إذا جئت بالثمن في أي وقت من الأوقات من زمان العقد إلى سنة فان الخيار هنا غير مجهول إلا من باب الجهل بالمعلق عليه، وهو يرجع إلى إشكال التعليق لا الجهالة»(1).

إلا انه يرد على هذا الجواب ان لازمة صحة التعليق على قدوم الحاج -المتفق على بطلانه- لأن المقصود منه إنما هو الحاج من الموسم المعين والسنة المعينة -كما هو واضح- فإذا لم يكن الجهل بالمعلق عليه موجبا للضرر وضائرا لدى العقلاء لتحده

(1)منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 44.

بالزمان المعين، كان لازمة الحكم بالصحة في المثال أيضا، والحال انه أكثر الأمثلة شيوعا في كلماتهم لإناطة الخيار بالمدة المجهولة، بل لم ينسب الخلاف في بطلانه إلى أحد من الأعلام قط.

اللهم إلا أن يقال: ان البطلان في المثال ناشئ من جهالة مدة الخيار باعتبار وضوح عدم ارادة المتعاقدين لتمام السنة التالية للموسم، بل وعدم ارادة أبعد آجال قدوم الحاج من أشهر تلك السنة، بحيث يكون مرادهما إثبات الخيار من حين العقد إلى نهاية شهر ربيع الآخر -مثلا- على فرض كونه آخر آجال قدوم الحاج، وإلا لكان مقتضى القاعدة الحكم بالصحة، كما لوحدّا ذلك الأجل صريحا، وإنما مرادهم هو الأجل المبهم والفرد المردد بين افراد ما ينطبق عليه العنوان، واستلزامه للغرر والجهالة أوضح من ان يخفى.

ومن هنا فلا وجه لقياس المقام عليه، لوضوح زمن الخيار فيما نحن فيه ولوبتبع تحديد زمن المعلق عليه ردّ الثمن.

والحاصل: اننا لا نجد فرقا من حيث الجهالة والغرر -نفيا أو إثباتا- بين تحديد نفس الخيار مباشرة وبلا واسطة بزمان معين وأمد محدّد كالسنة -مثلا- بحيث يكون للبائع استخدامه في كل لحظة من لحظات تلك المدة، وبين تحديد المعلق عليه الخيار بذلك الأمد والحد، بحيث يكون له تحقيق ذلك في جميع آتات ذلك الزمان لينتبت له الخيار أو يتحقق به الانفساخ قهرا، فإذا كان الثاني مستلزما للجهالة والغرر كان الأول مستلزما لهما أيضا.

والذي يهون الخطب وضوح عدم استلزامهما معا ذلك لارتفاعه بتحديد زمان الخيار بما لا يقبل الزيادة والنقصان مباشرة، أو زمان ما يعلق عليه الخيار كذلك.

إذا فالذي يتحصل مما تقدم: انه لا مانع امام إطلاق أدلة الشرط من شموله لجميع الصور المذكورة في كلماتهم لاعتبار ردّ الثمن في الخيار، فإنها بأجمعها مشمولة للزوم الوفاء ووجوب العمل على طبقه.

واما الموضع الثاني: أعني دلالة النصوص الخاصة.

فاما صحيحة سعيد بن يسار، وموثقة إسحاق بن عمار، فقد استظهر الشيخ الأنصاري(قده) دلالتهما على الصورة الرابعة(1)، واحتمل دلالتهما على الصورة الخامسة بـ «أن يكون ردّ المبيع إلى البائع فيهما كناية عن ملزومه، وهي الإقالة»(2). ونفى «أن يكون وجوب الردّ كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد ردّ الثمن، على ما فهمه الأصحاب، ومرجعه إلى أحد الأولين»(3).

اما المحقق الأصفهاني(قده) فقد ذكر ان التزام المشتري بالردّ «اما التزام بالإقالة التي لازمها ردّ المبيع إلى البائع المستقل، واما التزام برّد المبيع ردّا ملكيا معاطاتيا، فيكون التزاما بمعاوضة جديدة معلقا على مجيء البائع بالثمن..، إلا أن حمل ردّ المبيع على الردّ المتفرع على الإقالة أولى من حمله على التملك الجديد المعاطاتي، نظرا إلى مناسبة الردّ للإقالة وما يشبهها من الفسخ والانفساخ، وان كان التملك الجديد أيضا ليس بعيدا عن عنوان الردّ لسبقه بملكية البائع للمبيع»(4).

في حين استظهر المحقق الايرواني(قده) دلالتهما على «اشتراط فسخ المشتري أو الإتيان بمعاملة جديدة»(5).

واعتبر السيد الخميني اشتراط الفسخ على المشتري إذا جاءه البائع بالثمن، أقرب الاحتمالات التي تذكر في المقام إلى لفظ الرواية(6).

واما رواية معاوية بن ميسرة، فقد استظهر الشيخ الأنصاري(قده) منها الاحتمال الرابع، محتملا فيها المعنى الثالث أيضا.

قال رحمه الله: «الرابع: أن يؤخذ ردّ الثمن قيّدا لانفساخ العقد، فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ، لا على مباشرة الفسخ.

(1) المكاسب ج 15 ص 17.

(2) المكاسب ج 15 ص 19.

(3) المصدر نفسه ص 19-20.

(4) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 41.

(5) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 23.

(6) كتاب البيع ج 4 ص 227.

وهذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة، ويحتمل الثالث» (1).1.

وقد ردّ المحقق الايرواني (قده) هذا الاستظهار بقوله: «ظهورها في ذلك مقابل احتمال اشتراط حصول مبادلة قهرية عند ردّ مثل الثمن ممنوع» (2).2.

أما المحقق الأصفهاني (قده) فقد استظهر منها احتمال شرط النتيجة، سواء فيه شرط الملكية وشرط الانفساخ.

قال رحمه الله: «وظاهرها انه من شرط النتيجة، فاما هو شرط ملكية الدار للبائع عند إحضار الثمن، واما شرط انفساخ البيع عنده، وليس في الكلام عنوان الردّ وشبهه حتى يتمحض في الشق الثاني، إلا أن المتعارف بين الناس الذي كثر السؤال عنه هو ردّ المبيع بعنوان انحلال المعاملة، لا إحداث معاملة جديدة» (3).3.

أما السيد الخميني (قده) فقد اعترف بظهور لفظها في شرط النتيجة، لكنه استبعده لعدم تعارفه، محتملا ان يكون ذلك كناية عن ثبوت الخيار (4).4.

أقول: اما رواية معاوية بن ميسرة، فظاهرها هو إحدى الصورتين الأوليين - على ما هو المحكي عن قدماء الأصحاب - إن لم نقل بكونها في الثانية أظهر.

ذلك ان المفهوم عرفا من قول المشتري: «إن أتيتني» هو ردّ المال اليه، ومن الواضح ان المراد بالرد هو فعل ما له دخل في إيصال المال اليه والقبض من طرفه، دون ما قد يوهمه إطلاق الإتيان، باعتبار ان الإتيان بالمال واستصحابه وإحضاره عند المشتري أعم من ردّه اليه وعدمه.

ويشهد لما ذكرناه ذكر المفعول الثاني في القضية، ووضوح عدم صدقها على إتيان البائع إلى زيارة المشتري مستصحباً المال وعودته بعدها كذلك.

كما ان المفهوم من قوله: «بمالي» هو خصوص ردّ المال - عينا أو بدلا - بعنوان

(1) المكاسب ج 15 ص 16-17.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب ج 2 ص 22.

(3) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 41.

(4) كتاب البيع ج 4 ص 227.

حل العقد السابق، كي يصدق معه إضافته إليه، فيكون الإتيان بالمال إتيانا بماله، حيث يراه العرف دواما واستمرارا للإضافة السابقة، وإلا فإضافة الملك الابتدائي الجديد اليه واعتباره مالا له باعتبار ثبوت نظيره له قبل ذلك لا يخلو عن التكلفة والعناية.

على أن الذي يتقوم بإتيان المال وإحضاره، ينحصر في الفسخ برد الثمن، وإلا فالملك الجديد لا يتوقف على إتيان المال، فإنه يمكن حصوله بإنشائه من المشتري ولومع عدم إحضار البائع للمال.

وحيث أن المفهوم من حل العقد في المقام هو فسخ البائع -الراد للمال- له، دون الإقالة والانساح القهري، لاحتياج إسنادهما إليه إلى العناية والتكلفة، كان المتحصل من المقدم في الشرطية هو فسخ البائع العقد برد الثمن إلى المشتري.

فإذا انضم هذا الحاصل إلى مدلول التالي في الشرطية: «فالدرك» الظاهر في كونه كناية عن انفساخ البيع، على نحو ذكر اللازم وإرادة الملزوم، نتج من مجموع القضية انفساخ البيع بفسخه برد الثمن.

وبعبارة أخرى: يكون مدلول القضية الشرطية في المقام: أنك إن فسخت البيع برد الثمن إلى المشتري، فالبيع يفسخ.

ومن الواضح أنه كناية عن جعل حق الفسخ برد الثمن للبائع، على سبيل ذكر اللازم وإرادة الملزوم.

وما ذكرناه ينطبق على الصورتين الأوليين معا على حد سواء.

لكنه لا يبعد دعوى تعلق: «برد الثمن» بالفسخ نفسه، دون كونه ظرفا أو معلقا عليه للحق، ومعه يتعين حملها على الصورة الثانية، ولا أقل من كونها أظهر فيها.

ومنه يظهر أنه لا وجه لما أفاده في كتاب البيع من أن «الظاهر من لفظها شرط النتيجة، لكن يبعده عدم تعارفه، ويحتمل أن يكون ذلك كناية عن ثبوت الخيار له» (1).

فإنه لا ظهور للرواية في شرط النتيجة، وإنما هي ظاهرة في اشتراط حق الفسخ برد الثمن.

ثم إن مما ذكرناه يظهر الحال في رواية دعائم الإسلام، إذ يجري فيها ما ذكر في رواية معاوية بن ميسرة حرفا بحرف، فليس المراد من قوله: «إن جاء بثمانها» إلا رد الثمن بعنوان فسخ البيع، وليس المراد من قوله: «ان يرد عليه» إلا انفساخ البيع بفسخه برد الثمن، كناية عن جعل حق الفسخ برد الثمن، المنطبق على الصورة الثانية.

وما ذكرناه يجري في رواية أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام أيضا.

بل وفي موثقة إسحاق بن عمار وصحيحة سعيد بن يسار أيضا، فإن قوله: «إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة» في الأولى وقوله: «ان جاء هو بالمال إلى وقت بيننا وبينهم» في الثانية، ظاهر ان في رد الثمن إلى المشتري وإحضاره عنده بعنوان فسخ البيع، وليس قوله: «ان ترد علي» أو «ان ترد عليه الشراء» إلا كناية عن انفساخ البيع بفسخه برد الثمن، فيكون حاصله جعل حق الفسخ له برد الثمن.

نعم، لا ينكر كون الظاهر الأولي لقوله: «ترد علي» أو «نرد عليه الشراء» هو إضافة الرد إلى المشتري وفعله، إلا أنه لا يعني ثبوت الخيار بمعنى وجوب الفسخ عليه برد الثمن من قبل البائع، فإنه كما ينسجم مع هذا الاحتمال ينسجم مع كونه حكما متفرعا على فسخ البائع للعقد بعد رده للثمن، فيكون كناية عن ثبوت الخيار للبائع برده للثمن. بل ان بعد الاحتمال الأول في حد نفسه وصعوبة دركه من عامة الناس في مقام الاشتراط، يحتم المصير إلى الثاني.

ثم ان مما ذكرناه يظهر انه لا مبرر لما افاده المحقق الايرواني(قده): بقوله: «بل الإنصاف أن استظهار شيء من الوجوه من هذه الروايات بعد القطع بعدم العناية والتوجه إلى هذه الخصوصيات التي تضمنتها الوجوه، في غير محله، وإنما النصوص جارية على المعاملات التي كانت متداولة في أيدي الناس في ذلك العصر،

ولا معرفة لنا بما كان متداولاً ليتضح لنا المراد من النصوص» (1).1.

والذي يتحصل مما تقدم ان النصوص الخاصة الواردة في بيع الخيار، ظاهرة في الصورة الثانية من الصور المذكورة في أنحاء أخذ رد الثمن في الخيار، ولا أقل من كونها فيها أظهر من غيرها.

إلا أن ذلك لا يعني تغييراً محسوساً في الحكم بالنسبة إلى بقية الصور المذكورة، بعد ما عرفت من شمول إطلاق أدلة لزوم الوفاء بالشرط لجميع تلك الصور على حدّ سواء. نعم بناء على المنع من شمول الإطلاق للصورة الأولى-لما قيل من استلزامها الغرر- يظهر اثر القول بعموم النصوص الخاصة لها وعدمه.

فإنه-على تقدير ثبوت ظهورها فيها-يتعلق الإلتزام فيها بالصحة، واستثناؤها من حكم قاعدة نفي الغرر بفضل التعبد الشرعي.

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 22-23.







نسب المحقق صاحب المقابيس (قده) إلى «ظاهر الأصحاب- بناء على ما تقدم من ان رد الثمن في هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع- انه لا يكفي مجرد الرد في الفسخ» (1) بل لا بد من تحقيق الفسخ بعده.

وذكر في وجهه: «ان بيع الشرط عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد رد الثمن، فيتعقبه الخيار بعد الرد، ولا يفسخ البيع معه إلا بالفسخ، والاكتفاء بالرد لكونه فسحا بنفسه مردود، لعدم دلالة عليه قطعا، وان كان مما يؤذن بإرادته، فإن الإرادة غير المراد» (2).

وفيه: انه ان اراد من عدم دلالة الرد على الفسخ، عدما في خصوص الفرض المذكور- ما أخذ الرد فيه شرطا متقدما لنفس الخيار، بحيث كان الخيار فيه بعد رد الثمن- فما افاده (قده) من الحكم تام ومتين، إلا أنه لا وجه لتعليقه بأنه يؤذن بإرادته والإرادة غير المراد، فان الفسخ فيه لا يتحقق ولا ينفذ بالرد حتى مع إرادته له صريحا وقصده إياه بخصوصه، لأن المفروض تأخر الخيار عن الرد، فلا يعقل تحقق تنفيذه وأعماله به.

وان اراد عدم دلالة الرد عليه مطلقا- سواء فيه الفرض المذكور وغيره- ففيه من المنع ما لا يخفى، إذ لا يعتبر في الفسخ خصوص اللفظ، بل يحصل بكل ما دل عليه، والرد إن لم يكن من ابرز مصاديقه فلا أقل من كونه مما يدل عليه، وقد التزم الاعلام بتحقيقه بما هو أخفى منه كثيرا.

والاحتمال الأول هو الأقرب احتمالا إلى مراده (قده) كما هو ظاهر قوله: «ان بيع الشرط عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد رد الثمن، فيتعقبه الخيار بعد الرد.»

(1) مقابيس الأنوار/ في اشتراط البائع الفسخ مع رد الثمن ص 248.

(2) مقابيس الأنوار/ في اشتراط البائع الفسخ مع رد الثمن ص 248.

ومن هنا فلا وجه لتعليقه بما نقله الشيخ الأعظم (قده) من: «ان الردّ من حيث هو لا يدل على الفسخ أيضا» ومن ثمّ التعليق عليه بقوله: «وهو حسن مع عدم الدلالة، اما لو فرض الدلالة عرفا، اما بان يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشتري، ليتملك منه المبيع على وجه المعاطاة، واما بأن يدل الردّ بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا والثمن ملكا للمشتري، فلا وجه لعدم الكفاية» (1).

فإن من غير البعيد أن يكون نظر صاحب المقابس (قده) إلى خصوص الفرض المذكور، ومعه يكون ما أفاده - رحمه الله - تاما ومتينا من حيث الحكم، وان كان في الاستدلال عليه: بأنه يؤذن بإرادته، والإرادة غير المراد، تأمل بل منع.

على ان فرض دلالة الردّ على تمليك المشتري للثمن ليتملك منه المبيع على وجه المعاطاة، أو دلالاته على الانفساخ القهري، خروج عن محل الكلام وفرض بيع الخيار بمعنى أخذ الردّ شرطا في الخيار، على ما تقدم توضيحه.

(1) المكاسب ج 15 ص 31-32.



تقسيمات الثمن المشروط رده

أ- العين الشخصية

1- مقبوضة ، غير مقبوضة

2- اشتراط رد عينها :

اشتراط رد بدلها مع تلفها

اشتراط رد بدلها مع وجودها

3- الإطلاق في الاشتراط

ب- الكلي في الذمة :

الثابت في ذمة البائع

الثابت في ذمة المشتري





الثمن المشروط رده في الخيار :

إما أن يكون عينا شخصيته، وإما أن يكون كلياً في الذمة.

والأول ينقسم بلحاظ قبضه من قبل البائع إلى : أ- الثمن المقبوض.

ب- الثمن غير المقبوض.

كما ينقسم بلحاظ ما يؤخذ شرطاً في الرد إلى : أ- اشتراط رد عينها.

ب- اشتراط رد بدلها على فرض تلف العين.

ج- اشتراط رد البديل حتى مع وجود العين.

د- الإطلاق في اشتراط الرد من دون تعيين شيء من الوجوه السابقة.

والثاني ينقسم إلى : أ- ما كان ثابتاً في ذمة البائع.

ب- ما يكون ثابتاً في ذمة المشتري.

وعلى هذا الأساس يكون الكلام في هذا المبحث في مقامين : الأول: ان يكون الثمن

المشروط رده عينا شخصية.

الثاني: ان يكون الثمن المشروط رده كلياً في الذمة.

المقام الأول: أن يكون الثمن المشروط ردّه عينا شخصية.

والكلام فيه يقع في موضعين :الأول: ما يتعلق بقبض الثمن المعين.

الثاني: ما يتعلق بالمردود.

الموضع الأول: ما يتعلق بقبض الثمن المعين.

لا اشكال ولا خلاف بينهم في الحكم مع قبض الثمن الشخصي من قبل البائع، وإنما

الخلاف بينهم في صحته مع عدم قبض البائع للثمن الشخصي المعين.

ومنشأ الخلاف عدم صدق «ردّ الثمن» أو «الإتيان بماله» وما هو بمضمونها معه، إذ

كيف يتحقق الردّ الذي هو عبارة عن إعادة المال إلى المشتري مع عدم قبض البائع ذلك

منه.

غير ان الأرجح عند الأكثر هو ثبوت الخيار، باعتبار ان الردّ شرط على تقدير تحقق

القبض خارجا لا مطلقا.

قال الشيخ الأنصاري(قده): «فان لم يقبضه فله الخيار وان لم يتحقق ردّ الثمن، لأنه

شرط على تقدير قبضه»(1).

ومن الواضح ان مراده(قده) من قوله: «لأنه شرط على تقدير قبضه» ليس كون ردّ

الثمن على ذلك التقدير شرطا لنفس الخيار والحق، كي يقال: بان اشتراطه به يقتضي

عدمه عند عدمه، سواء أ كان عدم الردّ متحققا من عدمه بنفسه، أو لأجل عدم تحقق

القبض الموجب لعدم تحققه في الخارج.

(1)المكاسب ج 15 ص 23.

بل مراده(قده) هوكون ردّ الثمن -على تقدير القبض- شرطاً في متعلق الخيار، أعني الفسخ كما هو ظاهر كلامه(قده).

وعليه فيكون من الطبيعي ثبوت الخيار للبائع وان لم يتحقق القبض خارجاً، باعتبار ان الشرط المأخوذ في المتعلق لا يكون شرطاً لنفس الحكم -الوضعي أو التكليفي- بالإضافة إلى موضوعه.

فالخيار ثابت للبائع، ومتعلقه هو الفسخ بشرط الردّ على تقدير القبض، واما مع عدمه فيسقط الردّ عن الشرطية للمتعلق -الفسخ- ويبقى الخيار متعلقاً بمطلق الفسخ وان لم يسبقه ردّ.

نظير ما يقال في أبواب الأحكام التكليفية عند تعذر بعض شرائط المتعلق، كالصلاة، المشروطة بالقيام مع القدرة والإمكان، حيث يبقى الوجوب متعلقاً بها مجردة عن الشرط عند العجز عنه.

إذا عرفت هذا، يظهر لك انه لا وجه لما افاده السيد الخميني(قده) تعليقا على كلام الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «وفيه نظر واضح، فان الشرط إذا كان هو الرد على تقدير القبض يكون الخيار مشروطاً به، فمع عدم تحققه ولو بعدم تحقق القبض لا يتحقق الخيار، والمفروض انه ليس هنا شرطان»(1). (هد الخوئي Al-Khoei Institute) والوجه فيه ما عرفته من كون الرد على تقدير القبض شرطاً لمتعلق الخيار -الفسخ- ومعه لا يكون الخيار مشروطاً به.

على ان قوله: «والمفروض انه ليس هنا شرطان» ، يدفعه: ان تقدير القبض في ردّ الثمن يعني في الحقيقة شرطيته للردّ، وحيث كان الردّ شرطاً للفسخ، كان في المقام شرطان، غاية الأمر انهما طوليان لا عرضيان.

ولعل لأجل ما ذكرناه لم يستشكل العلمان -الأصفهاني والايرواني- في تعليلتهما عليه، إلا كونه «خلاف الظاهر جداً»(2) أوخلاف «مقتضى الجمود على كلمة

(1) كتاب البيع ج 4 ص 228.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 43.

الردّ في عبارة المشتراط»⁽¹⁾، مع إقرارهما بكون مقتضاه ثبوت الخيار في فرض عدم تحقق القبض من البائع، بل واعتبار المحقق الايرواني(قده) الحكم فيه هو «الظاهر المتعارف»⁽²⁾.

هذا وقد استدلل السيد الطباطبائي(قده) على ثبوت الخيار في محل الكلام-عدم تحقق الردّ لعدم تحقق القبض-بدليل آخر غير الذي ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله وتبعه على ذلك كل من المحققين الأصفهاني والايرواني(قده).

وحاصله: إلغاء موضوعية الردّ في اعتباره في الخيار، بدعوى أن ظاهر أخذ الردّ واعتباره في الخيار وإن كان في نفسه ومع قطع النظر عن القرائن الخارجية-يقتضي دخله في ثبوت الخيار، بحيث لا يثبت من دونه وإن كان ذلك من جهة عدم تحقق القبض، إلا أن ملاحظة القرينة الخارجية والالتفات إلى الغرض العقلائي من هذا النحو من الاشتراط، توجب ظهور الكلام في كون المراد من الردّ هو حصول الثمن عند المشتري من دون خصوصية لسبب حصوله عنده، وأنه كان بفضل بقائه لديه من الأول، أو رجوعه إليه بالردّ.

وبعبارة أخرى: إن اشتراط الردّ تعبير آخر لاشتراط حصول الثمن عند المشتري قبل الفسخ، وحيث أنه متحقق في فرض عدم قبض البائع له، فلا وجه للمنع عن ثبوت الخيار فيه.

قال(قده): «المسألة مبنية على أن الردّ هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقة لوصول الثمن إلى المشتري، أي حصوله عنده.

فعلى الأول لا خيار لعدم تحقق شرطه، وهو الردّ المسبوق بالقبض، لا لاشتراط القبض قبله كما بينه المصنف، بل لعدم تحقق الموضوع حينئذ.

وعلى الثاني فله الخيار لأن المفروض حصول الثمن عنده، والغالب في أنظار

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 23.

(2) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 23.

العرف هو الطريقة، إذ لا غرض لهم في تحقيق موضوع الردّ بما هو ردّ» (1).1)

وقال المحقق الأصفهاني (قده): «إذا كان الثمن عينا شخصية، فإن كانت غير مقبوضة، فهل يتحقق الخيار لكون الغرض من الردّ حصوله عند المشتري وهو حاصل، فالمعلق عليه أيضا كذلك، ولأن المعلق عليه الخيار هو الردّ بعنوانه، وهو غير متحقق إلا بعد القبض، فما علق عليه الخيار غير حاصل، فلا خيار؟ والظاهر بحسب الأغراض العقلانية من هذا النحو من الاشتراط هو الأول، فلا عبرة بعنوان الرد الظاهر فيما يتوقف على القبض» (2).2)

وقال المحقق الايرواني (قده): «ان الثمن المعلق على ردّه الخيار لولم يقبض من المشتري الى أن أتى رأس المدة، فهل يجوز الفسخ أو يتوقف استحقاق الفسخ على القبض ثم الردّ، ولا يكفي حصول الثمن عند المشتري كيف ما اتفق؟ وجهان مبنيان على ان الدخيل في حدوث الخيار هل هو عنوان الردّ بما هو ردّ، أو ان الردّ اعتبر مقدمة لحصول الثمن عند المشتري، فلو حصل الثمن عنده بعدم إقباضه للبائع كفى ذلك في ثبوت الخيار. الظاهر المتعارف هو الأخير» (3).3)

وما افاده (قده) تام ومتين بالنسبة إلى الصورتين الأوليين من الصور المذكورة في أخذ الردّ في الخيار، وهما صورتا أخذه شرطاً لنفس الخيار، وأخذه شرطاً للفسخ. وأما فيما عداها فلا وجه للقول بتحقيق الانفساخ القهري، أو الإقالة أو التملك الابتدائي من جديد، حيث لم يتحقق السبب.

إلا أن الذي يهوّن الخطب ما عرفته من خروج هذه الصورة عن محل الكلام وموضوع البحث -بيع الخيار- فلا حاجة الى الإطالة بالنقض والإبرام في دخولها أو خروجها عما ذكره من الدليل.

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 26.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 42.

(3) تعليقة الايرواني على المكاسب ج 2 ص 26.

نعم، الحق السيد الخميني(قده) الصورة الأولى من الصورتين الأوليين بباقي الصور المفروضة في عدم شمول دليلهم لها.

قال(قده) تعقيباً على كلام السيد الطباطبائي: «وفيه: ان الشرط على أقسام كما تقدم. فمنها: ما لا يعقل ان يكون الردّ فيه طريقاً اليه، كشرط فسخ العقد بالردّ، وشرط تملك المثلث بتمليك الثمن بالردّ.

ومنها: ما لا معنى للطريقة فيه، كشرط الانفساخ، فان لازمة على الطريقة أن يكون العقد بمجرد وجوده منفسخاً، ضرورة ان الثمن حاصل عنده والشرط محقق، وكشرط الخيار معلقاً على الردّ أو موقتاً، فان لازمة لغوية الاشتراط، فان المعلق عليه حاصل، فهذا الشرط اما باطل للغويته، أو ملغى ويرجع الى شرط الخيار في سنة -مثلاً- بلا تعليق وتوقيت، ضرورة ان المفروض هو ثبوت الخيار بوجود المعلق عليه في أي وقت من أول العقد الى آخر الوقت المضروب، والفرض انه حاصل من أول الأمر، فلا معنى لتعليقه عليه، مضافاً الى ان الطريقة بقول مطلق في مثله محل إشكال»(1). أقول: اما ما أفاده بالنسبة الى ما عدا الصورة الأولى فلا كلام لنا معه، لما عرفته من خروجها عن محل البحث.

أما ما أفاده من محذور اللغوية في اشتراط الخيار معلقاً أو موقتاً برّد الثمن. فيدفعه: ان ما أفاده إنما يتم مع علم المتعاملين بالحال وقصدهما حين العقد بقاء الثمن عند المشتري في تمام زمان الخيار، فإنه حينئذ يصح أن يقال: ان اشتراط الردّ -على الطريقة- لغومحض، لحصول المعلق عليه من الأول.

واما مع عدم علمهما بالحال وقصدهما حين العقد والاشتراط القبض والإقباض من الطرفين، كما هو الشائع الغالب في المعاملات، فإنه باستثناء الموارد الشاذة النادرة التي يقصد فيها بقاء المبيع عند البائع أو الثمن عند المشتري لأسباب خاصة، على خلاف ما يقتضيه طبع الملك -الحاصل بالعقد- من كونه تحت يد مالكه، فان

سيرة الناس على تسليم ما انتقل عنهم الى مالكه الجديد واستلام ما انتقل إليهم بإزائه. فلا وجه لاعتبار اشتراطه لغوا، فإنهما إذا لاحظا الاقتضاء العقلاني المتقدم ذكره، فاشتراطا بلحاظه تعليق الخيار أو توقيته بالردّ على نحو الطريقية، أعني حصول الثمن في يد المشتري، لم يكن ذلك من العبث واللغو جزما، وان صادف واتفق عدم قبض البائع الثمن من المشتري لسبب ما.

وبعبارة أخرى: ان قناعة المشتري حين العقد لما كانت -وبلحاظ المتعارف في العقود- على انتقال الثمن منه الى البائع، لم يكن اشتراطه لتعليق الخيار على ردّه اليه بمعنى حصوله عنده من اللغو والعبث، بل على العكس من ذلك تماما يعدّ أمرا عقلانيا أقدم عليه المشتري ضمانا لتحصيل ماله عند استرداد البائع لمتاعه بالفسخ.

ومجرد انكشاف عدم الحاجة إليه بحسب الواقع لبقاء الثمن عنده اتفاقا، لا يوجب انقلاب ما صدر منه في ظرفه بدافع عقلاني صحيح وشائع إلى أمر لغو وعبث لا يقدم عليه العاقل.

على ان ما افاده (قده) من الاشكال -لوثم- لا يختص بتقدير كون الردّ بمعنى الحصول عند المشتري، بل هو مشترك الوجود بينه وبين الاحتفاظ بظاهر كلمة الردّ ومعناه اللغوي.

فإنه وكما يكون اشتراط الحصول عند المشتري، على تقدير عدم قبض البائع اتفاقا، لغوا -بناء على تسليمه- يكون اشتراط الردّ -بمعناه اللغوي الحقيقي- إلى المشتري، على تقدير عدم قبض البائع للثمن اتفاقا، لغوا أيضا، وهو ما يعني لغوية اشتراط الخيار نفسه لعدم تمكن البائع من إعماله.

وهذا الاشكال -الاشتراك في الوجود- لا يختص بفرض جهل المشتري -المشترط- المشتري ببقاء الثمن عنده، بل يجري حتى في فرض العلم والعمد حين العقد، إذ لا فرق فيه أيضا بين كون الردّ بمعناه اللغوي أو بمعنى الحصول، فان ما ذكره من محذور اللغوية يجري حتى مع حمل الردّ على معناه اللغوي، فما يكون به التفصي عن

المحذور على ذلك التقدير يكون به التفصي على تقدير حمله على الحصول.

والذي يهون الخطب في هذا الفرض- العلم ببقاء الثمن عند المشتري- أن أصل الاشتراط معه أمر غير عقلاني لا يقدم عليه العاقل، فلا وجه لإطالة البحث فيه في كون الرد بمعناه اللغوي أو بمعنى الحصول، والتفصيل بلحاظهما.

بقي إن نعرف أنه (قده) بعد ذكره لما تقدم، قارن بين اشتراط الرد في المقام والأداء في الدين من جهة، والأداء في قاعدة اليد من جهة أخرى، واختار كون الرد في المقام من قبيل الأول دون الثاني.

موضحا الفرق بينهما بقوله: «وليس المقام نظير الأداء في قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (1) ضرورة أن لا خصوصية هناك للأداء، بل الغاية هو وصول مال الغير إليه بأي نحو كان، بل المقام يوجه نظير أداء الدين بمال معين، فإن وصوله إلى الدائن بأي وجه لا يكون أداء، بل لا بد من إعطاء المالك إياه لأدائه حتى يقع، وفي المقام أيضا لا يصير الثمن ملكا للمشتري، ولا يتحقق الخيار بالرغم من البائع الشارط، ولو بغصب الثمن منه، أو بترك أدائه إليه مع المطالبة مثلا بل لا بد في تحقق الخيار من أن يتحقق الشرط باختيار منه، أما برده إذا كان عنده، أو بإذنه للتصرف فيه والتسلط عليه، والطريقة بهذا النحولا مضايقة فيها» (2).

وفيما افاده (قده) نقاط تستحق التوقف عندها.

الأولى: نفيه كون الرد في المقام نظير الأداء في قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وتنظيره للمقام بأداء الدين بمال معين.

ففيه: أنه لا يفي بإثبات ما هو بصدده، أعني دفع استظهار الطريقة من أخذ رد الثمن الشخصي المعين شرطا في الخيار، بل إن ما افاده (قده) لا يتجاوز الادعاء المحض.

(1) السنن الكبرى للبيهقي ج 6 ص 95.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 228-229.

فإننا إذا سلمنا كون الظاهر من أخذ الردّ في أمثال المقام-ولولحاظ القرائن الخارجية والأغراض العقلانية-اعتباره على نحو الطريقة، بمعنى كفاية حصوله عند المشتري- كما هو مفروض محل البحث، باعتبار أنه (قده) بصدد دفع ما ذكره السيد الطباطبائي رحمه الله- لا وجه لجعله من قبيل أداء الدين واعتبار القصد فيه، فإن الأمر على العكس من ذلك بناء على المبنى المتقدم- تماماً، لوضوح كونه نظير الأداء في قاعدة اليد، فإننا إذا اعتبرنا الردّ طريقاً لوصول الثمن الشخصي المعين إلى يد المشتري، كفى في تحققه وصوله إليه ولوبغير اختيار من كان المال تحت يده، كما هو الحال في الأداء في العارية والوديعة في الأعيان الشخصية.

ولا وجه لقياسه بأداء الدين ونحوه مما يكون المردود كلياً في الذمة، يحتاج تشخصه في الخارج وتعيينه في ضمن الفرد الخاص إلى تعيين من عليه الحق، فإنه من القياس مع الفارق، كما هو أوضح من أن يخفى.

الثانية: حكمه في الدين بأنه: «لا بدّ من إعطاء المالك إياه لأدائه حتى يقع» عن الدين ويعتبر أداء له.

ففيه: إن المراد من قصد الأداء إن كان الأعم من المقارن لوصول المال إلى الدائن والمتأخر عنه، فهو كلام صحيح ولا إشكال فيه، غير أنه يكون في المقام دليلاً على خلاف مدعاه، فإن القصد المتأخر لو كان كافياً في الأداء صح الفسخ فيما نحن فيه، إذا التفت البائع إلى حصول الثمن المعين في يد المشتري بالفعل-ولومن جهة بقائه عنده من الأول-وأنه لا حقّ للمشتري عليه بعد ذلك، وفسخ على هذا الأساس، كما هو المتعارف في أمثاله.

وإن كان المراد من قصد الأداء خصوص المقارن منه لوصول المال إلى الدائن، فهو في حيز المنع في الدين فضلاً عن المقام، وردّ الثمن إلى المشتري.

فإنه إذا وافق المدين على كون المال الواصل إلى الدائن أداء لدينه، كفى ذلك بلا إشكال، بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد قط، ولا أظن التزامه هو (قده) في مثله بلزوم استرداده من الدائن ثم إعطائه له مقارنة لقصد الأداء.

بل قد حكم الأعلام بتحقيق التهاثر القهري، وسقوط الدين من ذمة المدين، بثبوت الكلي المماثل للدين له في ذمة الدائن، اما ابتداء أوبإتلافه المال المعين -إذا كان قيميا- أوبتلفه في يده على نحو يوجب الضمان.

فإنهم قد حكموا فيها بسقوط الدين من غير حاجة الى قصد المدين نفسه، بل ومن دون حاجة الى علمه بثبوت مال له في ذمة الدائن.

فإنه إن كشف عن شيء فإنما يكشف عن عدم اعتبار قصد الأداء في سقوط الدين بوصول المال إلى الدائن.

الثالثة: قوله: «وفي المقام أيضا لا يصير الثمن ملكا للمشتري.»

ففيه: انه إذا أراد عدم صيرورة الثمن ملكا للمشتري بغضبه له من البائع، أوبتمرده في تحويله -الثمن- اليه مع مطالبته به-كما هو ظاهر كلامه، حيث قدمه على عدم تحقق الخيار-فهو وان كان امرا صحيحا في حد نفسه، إلا أنه أجنبي عن محل الكلام ولا علاقة له به، فان الحديث في كفاية حصول الثمن عند المشتري في تحقق حق الفسخ للبائع، لا في صيرورة الثمن ملكا للمشتري، بداهة انه لا معنى للبحث عن ثبوت الخيار بعد عود الملك إلى المشتري.

وان أراد عدم صيرورته ملكا له حتى بعد فسخ البائع، فهو مع كونه خلاف ظاهر كلامه، عين المصادرة على المطلوب.

الرابعة قوله: «بل لا بد في تحقق الخيار من ان يتحقق الشرط باختيار منه، اما برده إذا كان عنده، أوبإذنه للتصرف فيه والتسلط عليه.»

ففيه: ان المراد بالإذن في التصرف فيه والتسلط عليه، ان كان التفات البائع إلى كون الثمن عند المشتري ورضاه به، فهو متحقق في المقام قطعا، إذ بدونه كيف يتحقق منه قصد اعمال الخيار وفسخ العقد، مع التفاته الى كون رد الثمن-بهذا المعنى-شرطا فيه. وان كان المراد أمرا زائدا على ذلك، بأن يشترط في تحقق الخيار مضافا الى رضاه بكون الثمن عند المشتري، إذنه له في التصرف فيه والتسلط عليه-كما هو

ظاهر كلامه ففيه انه لا دليل على اعتباره بالمرة، سواء في موارد تحقق القبض وصدق الرد حقيقة، أم موارد بقاء الثمن عند المشتري، إذ لا دليل على اعتبار الاذن في أنحاء التصرف بعد وصول الثمن إلى المشتري وحصوله في يده.

خلاصة البحث:

والذي يتحصل من مجموع ما تقدم ان الأرجح في صورة عدم قبض البائع الثمن من المشتري هو ثبوت الخيار له، وذلك:

1- لما افاده الشيخ الأعظم (قده) من كون الرد شرطاً على تقدير تحقق القبض، بمعنى كون الرد شرطاً في متعلق الخيار -الفسخ- على تقدير القبض.

2- ما افاده السيد الطباطبائي (قده) وتبعه عليه غيره، من كون الرد طريقاً لوصول الثمن إلى يد المشتري، فيثبت الخيار في المقام باعتبار تحقق الشرط.

فإنهما معا متينان، ولا يرد عليهما شيء مما ذكره في كتاب البيع. نعم، لا يشمل الدليل الثاني ما عدا الصورتين الأوليين، لكن الأمر في ذلك سهل بعد معرفة خروجها عن محل البحث.

نعم، يبقى الإشكال في خصوص الصورة الثالثة وارداً، فان الدليل لا يشملها باعتبار عدم إمكان الالتزام بقاء الثمن عند المشتري فسخاً فعلياً، مع كونها من مصاديق محل البحث باعتبار انها من جزئيات الصورة الثانية على ما عرفت.

إلا أن ذلك لا يعني إشكالا في الدليل بالنسبة إلى الصورتين الأوليين اللتين هما المتعارف الشائع في مقام الاشتراط.

عرفت في تمهيد البحث أن الأنحاء المتصورة في اشتراط ردّ الثمن أربعة: أ- اشتراط ردّ عين الثمن الشخصي.

ب- اشتراط ردّ بدلها على تقدير تلفها.

ج- اشتراط ردّ البديل حتى مع وجود العين.

د- الإطلاق في اشتراط الردّ من غير تحديد بالعين أو البديل.

وقد وقع الخلاف بينهم في صحة الاشتراط بكل تلك الوجوه وعدمها، ويبدو أن الخلاف يتركز في الحقيقة على الفرضين الثالث والرابع، وإلا فلا إشكال في صحة الاشتراط على غرار كل من الفرضين الأولين، ووجوب العمل به بمقتضى أدلة الشرط.

وكيف كان، فقد استشكل الشيخ الأعظم (قده) في الفرض الثالث بقوله: «على أشكال في الأخير -الثالث في مفروض كلامنا- من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة ردّ العين مع الإمكان» (1).

وتبعه على ذلك المحقق الأصفهاني رحمه الله موضحا المنع منه بأنه: «شرط غير معقول، لا أنه غير مشروع، لأن الخيار سواء كان حق حل العقد أو حق استرداد العين، يقتضي عقلا رجوع عين الثمن إلى البائع، غاية الأمر تارة من حيث انحلال العقد ورجوع طرفي المعاوضة إلى ما كانا عليه، وأخرى من حيث ان استرداد العين يراد به ردّ الربط الملكي لا الردّ الخارجي.

فالاسترداد الذي هو طرف الحق لا يعقل أن يتعلق بما ليس طرف الربط الملكي» (2).

(1) المكاسب ج 15 ص 25.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 42.

وقد قطع السيد الخميني(قده) بالبطلان باعتبار «ان هذا الشرط مخالف لمقتضى الحل، فلورجع الشرط الى ان ينحل العقد ويرجع البديل عوض الثمن، فهو أمر غير معقول، وإن رجع الى شرط التبادل بعد الحل، فهو أمر مشكل ثبوتاً، وباطل إثباتاً»(1).

وفي قبال هذا القول ذهب بعض الأعلام إلى صحة هذا النحو من الاشتراط، معتبراً إياه من اشتراط تملك بدل العين على نحو شرط النتيجة، فإنه أمر معقول ولا اشكال فيه، حيث لا يتوقف حصول الملك -نتيجة البيع أو الهبة- على سبب خاص، كي يمتنع تحققه بالاشتراط، كما هو الحال في الطلاق، بل يكفي في تحققه كل ما يكشف عن اعتباره ويبرزه في الخارج سواء في ذلك اللفظ أو الفعل، والعقد المستقل أو تضمينه في عقد لازم آخر على نحو الاشتراط، فيشملة عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(2) و(تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ)(3) بالمباشرة أو بتبع شموله للعقد المشروط فيه.

قال المحقق الايرواني(قده): «ان حصول نتيجة الهبة والبيع مما لا يتوقف على سبب خاص بل تحصل بأي سبب كان، وإذا تحصل بالمعاطاة، وأيضا تحصل بكل لفظ كاشف عنها، وليكن من ذلك شرط حصولها في ضمن عقد لازم، فان عموم (أَوْفُوا) و(تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ) ونحوهما يشمل مثل ذلك استقلاً، كما يشمل تبعاً وفي ضمن العقد الذي اشترط فيه، فإنه من قيوده وعموم (أَوْفُوا) يشمل العقد بقيوده، فيصير الشرط بذلك موافقاً للكتاب والسنة، فيشملة حينئذ عموم «المؤمنون» أيضاً، وان كان ذلك مستغنى عنه بشمول العمومات السابقة»(4).

ولعل هذا هو مراد المحقق النائيني(قده) بقوله: «مرجع هذا الشرط إلى إسقاط الخصوصية العينية والرضي بالمالية والنوعية، فإن تنزيل إسقاط الخصوصية

(1) كتاب البيع ج 4 ص 229.

(2) المائدة: 1.

(3) النساء: 29.

(4) تعليقة الايرواني على المكاسب ج 2 ص 23.

منزلة إسقاط الأوصاف في من له على ذمة غيره طعام موصوف بوصف خاص بمكان من الإمكان، كما سنشير إليه. وعلى هذا ففي غير مورد خيار الشرط لو فسخ ذو الخيار فمقتضى الفسخ رجوع كل ملك الى مالكه، فإسقاط الخصوصية ورضى كل منهما ببدلية غير ماله عن ماله مبني على استفادة ذلك من قاعدة: على اليد، كما ستظهر الإشارة إليه.

وأما في مورد خيار الشرط فيمكن شرط ردّ مثل الثمن، وشرط ردّ المثل في القيمي والقيمة في المثلي في نفس هذا العقد المشروط المثبت للخيار، لأنه ينحل الى شرطين، شرط تحقق الخيار وشرط مالكية كل منهما لما في يده من مال المالك الآخر، وليس هذا الشرط مخالفاً للكتاب، بل مخالف لإطلاق الفسخ، فإن إطلاقه يقتضي ردّ العين ما دامت موجودة، وبالشرط يقيد الإطلاق فيجعله في حكم صورة التلف» (1).

والحاصل: انه برّد البائع لبذل الثمن إلى المشتري يثبت له حق الخيار بمقتضى الشرط، فإذا فسخ كان مقتضاه عود عين الثمن إلى المشتري في مقابل عود المبيع إلى البائع فضلاً عن بدل الثمن المدفوع من قبله، إلا أنه لما كان للمالين مبادلة مالهما حيث يشاء ان، كان اشتراط ذلك في متن العقد كافياً في تحققها، وبذلك يكون لكل منهما ما لصاحبه في يده من الثمن وبدله.

نعم، قد يشكل عليه بان فسخ العقد برّد بدل الثمن لا يدع مجالاً لنفوذ اشتراط مبادلة الثمن ببذله بعد ذلك، لانحلاله بانحلال العقد المأخوذ فيه.

قال السيد الخميني (قده): «ان تحقق النتيجة بالشرط لا يعقل ان يكون بعد بطلان الشرط، والفرض ان التبادل إنما هو بعد حل العقد الذي بحله يبطل الشرط، فظرف التبادل ظرف حل الشرط بحل العقد، فلا شرط حتى يتحقق به التبادل بنحو شرط النتيجة، والشرط المتقدم لا اثر له بالنسبة الى حال عدمه» (2).

وهذا الاشكال وإن كان وارداً على المطلب بالصيغة التي اختارها المحقق

(1) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 46.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 229-230.

النائيني(قده) أعني تأخر المبادلة بين الثمن وبدله عن الفسخ، إلا أنه يمكن دفعه عن أصل المطلب بالالتزام بتحقيق المبادلة بعد ردّ البديل، وقبل تنفيذ الفسخ أنا ما، ولوبموجب دلالة الاقتضاء، بأن يقال بأن صون كلام الحكيم عن اللغوية يقتضي تحققها كذلك، إذ لولاه لا يكون للاشتراط وثبوت الملكية على نحو تحقق النتيجة وجه معقول، لما عرفته من الاشكال.

نعم، ما ذكرناه لا يعني الالتزام بصحة هذا النحومن الاشتراط-أعني ردّ البديل مع وجود العين-فإنه يصطدم بمحذور آخر هو التعليق في الإنشاء باعتبار أن المشتري لم ينشئ ملكية ماله -الثمن- للبائع بإزاء البديل بقول مطلق ومن حين العقد، سواء فسخ العقد أم لم يفسخ، وإنما ينشئ ملكيته له على تقدير إرادته الفسخ كما هو واضح، والتعليق مبطل للعقود إجماعاً إلا ما ثبت استثنائه بالدليل، كالوصية والوكالة.

وهذا الاشكال لا يختص بفرض تحقق الملكية قبل الفسخ، فإنه سواء قلنا به أم قلنا بتحقيق الملكية -بمقتضى اشتراط النتيجة- بعد العقد، كما هو ظاهر كلام المحقق النائيني(قده)، يجري فيه محذور التعليق المبطل اتفاقاً.

اللهم إلا أن يدعى أن الشرط ليس هو تحقق المبادلة بين الثمن وبدله، كي يقال باستلزامه التعليق، بل الشرط في الحقيقة هو البيع المعاطاتي بين الثمن وبدله، بحيث يكون ردّ الثمن -بالإضافة إلى شرط الفسخ- إيجاباً من البائع لملكية المشتري له، بإزاء ملكيته هولعين الثمن، ويجب على المشتري قبوله بمقتضى وجوب الوفاء بالشرط.

وبعبارة أخرى: ان الشرط ليس هو تحقق الملكية -على نحو تحقق النتيجة- وإنما الشرط إيجاب الملكية وإنشاؤها بالمعاطاة بردّ الثمن.

إلا أنه مضافاً إلى منافاته لظاهر اشتراط ردّ البديل جداً، يصطدم بمحذور احتمال مخالفة المشتري في حينه وعصيانه عن قبول المبادلة المنشأة بالمعاطاة، ففيه ان قلنا بعدم تحقق المبادلة -كما هو مقتضى القاعدة- كان ذلك نقضاً للفرض-دفع البديل مع وجود العين-إذ لازمة دفع العين حينئذ، وإن قلنا بتحققها رغماً عليه خرج ذلك

عن شرطية المعاطاة إلى اشتراط الملكية على نحو شرط النتيجة، وهو ما يعني عود أشكال التعليق.

والحاصل: ان هذا التوجيه مضافا الى بعده عن الظاهر، إنما يتم في فرض موافقة المشتري على المبادلة في حينها، وإلا فلا طريق لإثباتها غير الالتزام بتحقيق الملكية بالشرط نفسه.

ثم ان ما ذكرناه من محذور التعليق هو الأصل الذي يمكن الاعتماد عليه في المنع عن اشتراط ردّ البديل مع وجود العين، وإلا فقد عرفت عدم تمامية المنع عنه بلحاظ كونه من شرط النتيجة، أو استلزامه لتحقيق الملكية بعد بطلان الشرط بانفساخ العقد نفسه. هذا كله بالنسبة إلى الفرض الثالث من فروض اشتراط الردّ.

وأما الفرض الرابع، أعني الإطلاق في الاشتراط من غير تحديد بردّ العين أو البديل، فقد اختار الشيخ الأعظم (قده) ان «مقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين» (1).

خلافًا للشهيد (قده) في الدروس، حيث صرح بعدم حمل الإطلاق على المعين. قال (قده): «يجوز اشتراط ارتجاع المبيع عند ردّ الثمن مع تعيين المدة، فليس للبائع الفسخ بدون ردّ الثمن أو مثله، ولا يحمل الإطلاق على المعين» (2).

أقول: إن اعتبار ردّ الثمن وإن كان بحسب مدلوله الأولي ومع قطع النظر عن القرائن الخارجية، ظاهرا في ردّ عين الثمن، وهو ما يعني سقوط الخيار في فرض تلفها. إلا ان ملاحظة الأغراض العقلانية بالأموال من حيث ماليتها، لا من حيث أعيانها وشخصيتها، لا سيما مع الأخذ بعين الاعتبار ان هذا الفرد من البيع لا يكون غالبا -إن لم نقل دائما- إلا مع حاجة البائع إلى المال والتصرف فيه، تحدونا إلى الالتزام بظهوره في ردّ البديل مع التلف.

(1) المكاسب ج 15 ص 27.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 42.

قال المحقق الأصفهاني(قده) ان «ظاهر ردّ الثمن بدوا كان ردّ عينه، إلا أنه بملاحظة الأغراض العقلانية المتعلقة بالأموال من حيث ماليتها لا من حيث شخصيتها هو الثاني، بل هو على حدّ يعدّ نفس الثمن كما في رواية إسحاق بن عمار حيث قال: «إن جئتك بثلثها» و«إن جاء بثلثها» مع ان المفروض في تلك الرواية الحاجة الى التصرف في عين الثمن، ونظيره ما في رواية معاوية بن ميسرة حيث قال: «إن أتيتني بمالي» مع ان المفروض فيها أيضا التصرف في عين الثمن خصوصا وبناء هذا القسم من المعاملة عند الناس على التصرف في الثمن، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار برّد مثل الثمن عند الإطلاق»(1).

ومنه يظهر انه لا وجه لما ذكره الشيخ الأعظم(قده) من احتمال حمل إطلاق كلام الشيخ الشهيد(قده) في الدروس، ومحكي حاشية الشرائع على الثمن الكلي(2). فإنك قد عرفت انه موافق للفهم العرفي وبناء الناس فيه.

والحاصل: انه لا ينبغي الإشكال في ثبوت الخيار برّد بدل الثمن عند إطلاق الاشتراط. المقام الثاني: ان يكون الثمن المشروط ردّه كليا في الذمة. فإن كان الثمن كليا ثابتا في ذمة البائع قبل العقد، بأن يكون مدينا للمشتري قبل البيع، فيبيعه بعض أمواله بإزاء ما ثبت في ذمته، على أن يكون له الخيار عند رده الثمن، فردّه يكون بأداء ما في ذمته، وذلك بإعطائه المشتري مصداقا من ذلك الكلي ينطبق عليه بحدوده وأوصافه.

ثم انه لا فائدة في البحث عن كون المدفوع من قبل البائع بعنوان ردّ الثمن في المقام، عين الثمن أو بدله باعتبار سقوط ما كان ثابتا في ذمته سابقا بصيرورته ملكا له بموجب العقد.

إذ لا يختلف الحال على كلا التقديرين، حيث يتعين دفع فرد ينطبق عليه ذلك

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 42.

(2) المكاسب ج 15 ص 27.

الكلي بأوصافه، فلا مبرر لإطالة الحديث فيه.

وان كان الثمن كلياً ثابتاً في ذمة المشتري نفسه، بأن يبيعه البائع المتاع بثمن كلي في ذمته.

فان لم يكن قد قبضه منه، بأن بقي الثمن ثابتاً في ذمة المشتري الى حين إرادة البائع فسخ العقد، جرى فيه ما تقدم في الثمن المعين الشخصي غير المقبوض، حرفاً بحرف، إذ لا فرق مع عدم القبض بين كونه جزئياً معيناً أو كلياً في الذمة.

وان كان قد قبضه البائع، بأن يكون المشتري قد دفع اليه مصداقاً وفرداً من ذلك الكلي، فهل يقتضي إطلاق اشتراط ردّ الثمن ردّ ذلك الفرد بعينه، أم يكفي عود الكلي إلى المشتري ولو بتحقيقه في ضمن فرد آخر؟.

الظاهر هو الثاني، باعتبار ان الفسخ إنما يقتضي انحلال المعاوضة عن طرفيها - الثمن والمثمن - وحيث ان الفرد المقبوض ليس طرفاً للمعاوضة، لمنافاته مع كون طرفها كلياً، فلا وجه لرجوعه بالفسخ إلى المشتري، بل مقتضى انحلال المعاوضة بالفسخ هو انحلالها بالإضافة إلى الكلي نفسه ورجوعه ملكاً للمشتري في ذمة البائع.

وان شئت قلت: «الأقرب الى النظر أن ما هو ظرف الإضافة هو الطبيعي القابل للصدق، والموجود في الخارج وان كان نفس الطبيعي، لكن لا بما أنه قابل للصدق، فلا يكون طرفاً للإضافة، بل بنظر العرف يكون الموجود مصداقاً للطبيعي لا نفسه، ولا يكون المصداق طرف الإضافة» (1).

إذا فلا يبعد دعوى ثبوت الخيار للبائع برده مصداقاً آخر من الكلي للمشتري مع فرض وجود الفرد المدفوع اليه، فضلاً عن فرض تلفه.

(1) كتاب البيع ج 4 ص 232.

المبحث الرابع

مسقطات هذا الخيار

1- إسقاطه بعد العقد.

2- انقضاء المدة المضروبة للخيار.

3- تصرف البائع في الثمن المعين.





1- إسقاطه بعد العقد.

2- انقضاء المدة المضروبة للخيار.

3- تصرف البائع في الثمن المعين.

1- إسقاطه بعد العقد

لا خلاف بينهم في صحة إسقاط هذا الخيار بعد العقد، على تقدير كون ردّ الثمن شرطاً للفسخ دون الحق نفسه، باعتبار ثبوت الحق له بالفعل، فله إسقاطه ورفع يده عنه، لكونه من صغريات ما اجمعوا عليه من أن لكل ذي حق إسقاط حقه.

وكيف كان، فالحكم متفق عليه بينهم ولا خلاف فيه.

وكذا الحكم على تقدير كون الردّ شرطاً للخيار نفسه بعد تحققه -الردّ- في الخارج، لعين ما تقدم من ثبوت الحق له بالفعل فله إسقاطه.

وأما مع عدم تحقق الردّ-بناءً على كونه شرطاً في ثبوت الحق نفسه- فقد اختلفت كلماتهم في صحة الإسقاط وعدمها.

فقد استظهر الشيخ الأعظم(قده) من قول العلامة في التذكرة «انه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان بعد العقد، بناءً على حدوثهما من حين التفريق، عدم الجواز» هنا أيضاً(1)، باعتبار وحدة الملاك، أعني عدم حدوث الخيار بالفعل، فإنه مشترك في الفرضين معاً.

ومال هو(قده) إلى الصحة والنفوذ، باعتبار:

(1)المكاسب ج 15 ص 35.

« 1- أن تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة إسقاط الحق » (1).

« 2- أن المشروط له مالك للخيار قبل الرد، ولومن حيث تملكه للرد الموجب له، فله إسقاطه » (2).

جاعلا الوجه الثاني هو الفارق بين المقام وبين ما في التذكرة من عدم جواز إسقاطه بناء على حدوثه بعد التفرق، حيث لا يملك المشروط له هناك الخيار بالمرة، في حين يملكه في المقام ولومن حيث ملكيته للرد الموجب له.

وكيف كان، فما أفاده رحمه الله أصبح مثارا للنقد من قبل الاعلام، حيث صرحوا بعدم سقوطه بالإسقاط المنجز، واستشكلوا في إسقاطه معلقا على رد الثمن، على غرار الواجب المشروط.

قال المحقق الأصفهاني (قده) في ردّ الدليل الأول: «أما إنشاء الإسقاط، فإن كان متعلقا بنفس حق الخيار فإن كان منجزا فهو غير معقول، إذ لا حق منجزا كي يسقطه منجزا، وإن كان معلقا فهو وإن كان معقولا، إلا أنه لا عموم ولا إطلاق يدل على نفوذ إنشاء الإسقاط منجزا كان أو معلقا، بل الإجماع لكل ذي حق إسقاط حقه، وهو مختص بما إذا كان هناك حق وكان إسقاطه فعليا.»

فيما ردّ الدليل الثاني بقوله: «وإن كان الإسقاط متعلقا بحق الرد كما يظهر من المصنف (قده) حيث ادعى تملكه الردّ الموجب لملك الخيار ففيه: أن المراد من تملك الردّ إن كان مجرد السلطنة عليه شرعا من باب سلطنة الناس على أنفسهم، فهذا ليس من الحقوق، بل له أن يرد فيملك الخيار، وله أن لا يرد فلا يملكه.. وإن كان المراد سلطنة مجعولة بجعل الشارط على الردّ، بانحلال شرط الخيار عند الردّ إلى شرط حق الردّ، وشرط حق الفسخ بعده، فإذا أسقط الأول فلا يملك الردّ حتى يحدث له حق الخيار. ففيه أولا: أن المفروض شرط حق الخيار معلقا على الردّ، وهذا بنفسه لا

(1) المكاسب ج 15 ص 35.

(2) المكاسب ج 15 ص 37.

وثانياً: ان حق الرد على المشتري ليس الغرض منه إلا إلزام المشتري بقبوله، مع ان حق الخيار لا يتوقف على قبول المشتري، ويكفي مجرد إحضار الثمن عنده، فلا موجب لاعتبار حق آخر للبائع على المشتري، ومجرد السلطنة على إحضار الثمن لا يتوقف على جعل المتعاقدين، فإنه ثابت شرعاً» (1).

وقال المحقق الايرواني (قده) في ردّ الدليل الأول: «والتحقيق ان مفهوم الاسقاط لا يصدق إلا مع فعلية ما تعلق به الاسقاط ولا تكفي القوة الشأنية» (2).

وفي ردّ الدليل الثاني: «ان كفى ملك الخيار بملك سببه في جواز الاسقاط جاز إسقاط الخيار قبل البيع والإبراء قبل الدين، وان لم يكف بل اعتبر فعلية السبب لم يكن فرق بين مورد كلام العلامة وبين المقام» (3).

وتبعهما على ذلك السيد الخميني (قده) حيث ذكر في ردّ الدليل الأول: «وظاهر الشيخ الأعظم (قده) أن السبب وهو العقد كاف في صحة إسقاطه منجزاً.

وفيه نظر واضح، فان تحقق السبب لا يخرج الاسقاط عن كونه إسقاطاً لما لم يجب، ولا يدفع الاستحالة» (4).

وفي ردّ الوجه الثاني: «واما دعوى كون مالكيته للردّ من قبيل الحقوق فيصح إسقاطه ومعه لا يثبت الخيار ولومع الرد، كدعوى كون الاشتراط من الحقوق فيصح إسقاطه، فهي بلا بينة، ويكفي الشك في كونهما من الحقوق، لأن مقتضى الأصل بقاؤهما بعد الاسقاط، مع ان الظاهر انهما ليسا من الحقوق، بل الأول ليس إلا مقتضى سلطنته على ما له وهي ليست من الحقوق، ولا يصح إسقاطهما، والثاني قرار معاملي لا حق» (5).

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 43.

(2) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 24.

(3) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 24.

(4) كتاب البيع ج 4 ص 235.

(5) كتاب البيع ج 4 ص 236.

أقول: أما بالنسبة إلى الدليل الأول الذي ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله - أعني إسقاط الخيار بعد العقد وقبل الردّ لتحقيق سببه فالظاهر تماميته، سواء فيه الإسقاط على نحو التنجيز أم الإسقاط معلقا على نحو الواجب المشروط، ولا يرد عليه كونه من إسقاط ما لم يجب كما ورد في كلمات بعض من تأخر عنه (قده).

والوجه فيه: أن واقع الإسقاط وحقيقته ليس إلا الإلغاء واعتبار العدم، وفرض الشيء كأن لم يكن.

وهذه الحقيقة قائمة في جميع الأمور الاعتبارية على حد سواء، بمعنى كون الإلغاء والإبطال في جميع الأمور الاعتبارية حقيقة واحدة وماهية فأرده، وإن اختلف الاصطلاح والتعبير عن تلك الحقيقة من مورد إلى غيره، فيعبر عن الإلغاء في التكليف بالنسخ وعنه في المعاملات بالفسخ، وفي الحقوق وما ثبت في الذمة بالإبراء أو الإسقاط. فالنسخ والفسخ والإسقاط كلها حقيقة واحدة، وإن اختلف كل منها بمورد معين في الاصطلاح، لخصوصية فيه تلائم ذلك التعبير.

ومن هذا المنطلق فإن ملاحظة عدم استشكل الأعلام في صحة نسخ التكليف قبل تحقق شرطه، كموارد تكليف المولى عبده والوالد ولده معلقا على أمر.

وفي فسخ المعاملة المنشأة بنحو التوقيف قبل وقته، كإجارة الدار من بداية الشهر القادم أو لعمل الغد.

بل وإبطال الوصية التمليلية وفسخها مع كونها من التملك بنحو الواجب المشروط. وفي إبطال الإيجاب وإسقاطه قبل تحقق القبول من المشتري، فإن الإيجاب وإن لم يكن مشروطا بالقبول في مقام الإنشاء، إلا أنه معلق على تحققه في ترتب الأثر عليه بالفعل. حيث لم يلتزم أحد من الأعلام بالبطلان في شيء منها لكونه إسقاطا لما لم يجب.

تجعلنا امام سؤال الفرق بينها وبين المقام، فإنه ليس هناك ما يصلح للفصل

بينه وبينها، فإن الصحة التأهيلية، وترتب الأثر عليه بالقوة، ان كانت السبب في الصحة في تلك الموارد- كما ورد في بعض الكلمات- فهي موجودة في كل مشروط قبل تحقق شرطه، ولا تختص بتلك الموارد دون غيرها.

والذي اعتقده ان السر في جميع ذلك ليس إلا الوجود الإنشائي الحاصل بنفس إنشاء الأمر الاعتباري وقبل تحقق المعلق عليه فيه أو وصوله إلى مرحلة الفعلية.

فإن للوجود الإنشائي-بالمعنى الحاصل من المصدر، لا بالمعنى المصدري الذي له نسبة ناقصة للفاعل وقيام صدوري بهبقاء يدركه العقل والعقلاء.

وبهذا اللحاظ لا يكون إلغاؤه واعتبار عدمه من إسقاط ما لم يجب، بل على العكس منه تماما، حيث انه إبطال وإسقاط للأمر المتحقق بالفعل.

ولولا هذه الجهة التي ذكرناها، لم يكن هناك ما يفصل بين تلك الموارد التي تسالموا عليها وبين ما نحن فيه، بعد ما عرفت من اتحاد حقيقة جميعها.

ومما ذكرنا يظهر ان الحق في المقام مع الشيخ الأعظم(قده) حيث التزم بكفاية تحقق السبب -العقد- بالتوجيه الذي ذكرناه في صحة إسقاط الخيار.

هذا كله بالنسبة لإسقاط الخيار فيه بنحوالتنجز واما إسقاطه معلقا على نحوالواجب المشروط، فقد عرفت حكمهم فيه بأنه وان كان معقولا وممكنا إلا أنه لا دليل على إضائه شرعا.

والظاهر انه أيضا مما لا يمكن المساعدة عليه، ذلك ان الإجماع على جواز إسقاط كل ذي حق حقه-بعد ما عرفت من وجوده بالمرتبة الإنشائية-خير دليل عليه.

على انه لا حاجة في إثبات المدعى في المقام إلى الإجماع أيضا، فإنه ليس كخيارى المجلس والحيوان مما لا يدركه العقلاء في معاملاتهم وسيرتهم، كي يحتاج في إلغاؤه كأصل إثباته إلى تعبد شرعي ولوكان ذلك هوالإجماع، بأن يكون هوالدليل على أصل ثبوته أو جواز إلغاؤه بعد ذلك.

فان اشتراط الخيار عموما-سواء فيه بيع الشرط وغيره-مما قامت عليه

السيرة العقلانية في كل عصر ومكان، وتقتضيه ضرورة التعامل وعموم البلوى. وهو بعد انضمام عدم ثبوت الردع عنه شرعا، يكشف عن إمضاء الشارع المقدس وإقراره له، على ما تقدم بيانه في البحث عن أدلة مشروعية خيار الشرط. وما ذكرناه في جانب ثبوت الحق يجري بعينه في جانب إلغائه وإسقاطه، فإن إحساس العقلاء وإدراكهم كونه حقا ثابتا للمشتراط في سيرتهم المعاملية، يكشف وبفضل عدم ثبوت الردع عنه عن إقرار الشارع لهم وإمضائه لسيرتهم.

وبالجملة: فكما لا حاجة في إثبات صحة إقالة عقد الإجارة قبل مجيء وقتها، ونسخ التكليف من قبل الوالد والسيد قبل تحقق شرطه، إلى الإجماع ونحوه، لقيام السيرة العقلانية المنبعثة عن إدراكهم حق الإقالة والنسخ لمن بيده زمام الأمر، وكفاية عدم ثبوت الردع عن ذلك شرعا في إثبات إمضاء الشارع وإقراره له، لا حاجة في المقام - إسقاط الخيار - إلى إثبات الإجماع الفقهي عليه، إذ يكفي فيه قيام السيرة العقلانية عليه وإدراكهم لمشروعيته، مع عدم ثبوت الردع عنه، في الكشف عن إمضاء الشارع له والحكم بمشروعيته.

والذي يتحصل مما تقدم أن ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) في الدليل الأول على جواز إسقاط الخيار بعد العقد تام ولا غبار عليه حتى لو كان الرد شرطاً في ثبوت الخيار نفسه، سواء فيه الإسقاط منجزاً أو معلقاً على غرار الواجب المشروط.

وأما الدليل الثاني: فالظاهر أنه مما لا يمكن المساعدة عليه.

وذلك: لما عرفت في كلمات من تأخر عنه من الأعلام، من عدم كون الرد حقا للمشتراط بالمعنى المصطلح، أعني ما يقابل الحكم بالمعنى الأخص - ويقبل الإسقاط، بل هو أمر اشترط واعتبر في تحقق الخيار وثبوته في خصوص المورد، كما يشهد له عدم قبوله للإسقاط من قبل الشارع.

ولوتنزلنا عن ذلك والتزمنا بكون الرد حقا، يجري الكلام بعينه في خيار الحيوان بناء على كون مبدئه من حين التفرق وانقضاء المجلس كما أفاده العلامة (قده) في التذكرة - فإنه لا وجه للتفريق بينهما، إذ لو صح ملك المشروط له الخيار من

حيث ملكه لحق الرد، صح ملكه لخيار الحيوان في فترة المجلس- من حيث ملكه لحق التفرق عن صاحبه.

والحاصل: ان القدرة على الرد إذا كانت كافية في ملكه للخيار في المقام، كانت القدرة على التفرق كافية في ملكه لخيار الحيوان، فلا مبرر للفصل بينهما.

2- انقضاء المدة المضروبة للخيار

يسقط هذا الخيار بانقضاء المدة المضروبة لرد الثمن مع عدم تحقق الشرط قولا واحدا، سواء أ كان الرد شرطا في ثبوته أم في اعماله وتنفيذه، ويقتضيه قبل كل شيء الشرط نفسه، والحكم لوضوحه غني عن البيان.

وكذا الحكم لوتبين كون المردود من غير جنس الثمن، إذ لا رد حقيقة فلم يتحقق الشرط رد العين أو بدله- فلا ينفذ الفسخ بعده ويسقط الخيار بانقضاء المدة.

ولوظهر المردود معيبا، ففي كفايته في تحقق الشرط وثبوت حق الاستبدال للمشتري أو عدمها، قولان.

اختار الشيخ الأعظم(قده) الأول بقوله: «ولو ظهر معيبا كفى في الرد وله الاستبدال»(1).

ووافقه عليه المحقق النائيني(قده) بقوله: «ولو رد من الجنس فاقتدا للوصف المشترط أو للصحة يتحقق به الرد، غاية الأمر له في ذمة المشروط عليه الخصوصية الكذائية فله التبديل لاستيفائها»(2).

في حين اختار المحقق الايرواني(قده) الثاني، معلقا على كلام الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «لا يسع الجمع بين تحقق الرد برد المبيع وبين جواز الاستبدال، وذلك ان الرد الذي علق عليه الخيار ان كان هورداً خصوص الصحيح- كما هو منصرف

(1) المكاسب ج 15 ص 38.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 47.

إطلاق الردّ لم يكف ردّ المعيب، وكان ردّه كردّ غير الجنس، وإن كان هورّد الأعم من الصحيح والمعيب لم يكن له الاستبدال، وكان المعيب فردا من حقه وقد قبضه» (1). وقد أورد عليه في بعض الكلمات بأنه يمكن «تعليق الخيار على ردّ كلي مثل الثمن الشامل للمعيب أيضا، مع اشتراط كونه صحيحا ضمنا، فالمعيب مصداق لما علق عليه الخيار، وإنما له الاستبدال من جهة أنه فاقد للوصف المشترط، فله المطالبة بتلك الخصوصية، وهي لا يمكن أداؤها إلا بالتبديل» (2).

غير انه يرّد عليه انه ليس كل ما يمكن فرضه أويقال، يحمل عليه الكلام عند الإطلاق، إذ بينهما من البون ما لا يخفى، فان ملاك الفرض هو الإمكان، في حين ان ملاك حمل الإطلاق هو التعارف والغلبة.

ومن هنا فما أفيد وان كان ممكنا بحد ذاته، إذ لا محذور في إناطة أصل الخيار برّد الأعم مع اشتراط الصحة ضمنا، إلا أن الشأن كل الشأن في إثبات كون ذلك هو المتعارف عند الناس في معاملاتهم كي يحمل إطلاق الاشتراط عليه.

ودعوى كونه هو المتعارف خارجا، إجحاف بالنسبة للتفاهم العرفي، وتحميل على المرتكز في مقام المعاملة والاشتراط، فإن عامة الناس لا يلتفتون الى هذا التفصيل في المعاملة، بل ويصعب على أكثرهم إدراكه مع تنبيهه عليه.

نعم، لا إشكال في الحكم لو كان هناك ما يقتضيه، كما لو صرح المشتري في مقام الاشتراط به، إذ لا ندعي استحالة ذلك بوجه، بل المدعى عدم السبيل لإثباته في مقام الإطلاق.

ومن هنا يظهر انه لا وجه لما افاده المحقق الايرواني (قده) بقوله: «وإن كان هورّد الأعم من الصحيح والمعيب لم يكن له الاستبدال».

إذ قد عرفت إمكان الجمع بينهما بأخذ الأعم شرطا في أصل ثبوت الخيار وحق

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 24.

(2) فقه الصادق ج 14 ص 103.

الفسخ، ومن دون التنازل عن وصف الصحة في مقام المطالبة بما يستحقه-الثمن أو بدله. وبعبارة أخرى: انه لا محذور في التفصيل بين ما هو شرط في الخيار، وبين ما يستحقه المشتري عند تحقق الفسخ بعد فرض اتحادهما من حيث الجنس.

إذا فالصحيح في المقام هو الإلتزام بالمنع وعدم ثبوت الخيار عند ظهور المردود معيباً، باعتبار اقتضاء إطلاق اشتراط رد الثمن أو بدله، رد الفرد الصحيح منه، فلا يشمل الفرد المعيب ولا يتحقق به الشرط.

نعم، لا بأس بالإلتزام بثبوت الخيار برّد المعيب مع وجود ما يدل عليه حين الاشتراط ولو كان ذلك هو القرائن الخارجية.

3-تصرف البائع في الثمن المعين.

المشهور بين الأعلام سقوط خيار البائع بتصرفه في الثمن المعين، وقد خالف فيه المقدس الأردبيلي والمحقق صاحب الكفاية، وتبعهما عليه بعض المتأخرين.

وقبل الدخول في صلب الموضوع لا بدّ من التنبيه على أمرين:

الأول: ان موضوع البحث في المقام هو خصوص صورتين الأوليين من الصور المتصورة في كيفية اعتبار ردّ الثمن، دون غيرهما مما هو خارج عن دائرة إثبات الخيار برّد الثمن، كالتملك الابتدائي من جديد، أو حصول الملك بنفسه، أو الإقالة أو غيرها.

وذلك لوضوح عدم دلالة التصرف على سقوط شيء منها بوجه، فإنه إن دلّ على الرضا بالعقد وتنازله عن الخيار فيه -كما هو المدعى- فلا يدل على إرادته للاحتفاظ بذلك الملك إلى الأبد، بحيث لا يطلب الإقالة فيه فضلاً عن عدم مبادلتة بمال آخر بالتمليك الابتدائي الجديد.

والحاصل: ان المدعى في المقام هو خصوص سقوط الخيار بالتصرف في الثمن، لا المنع عن كل ما يوجب تبادلاً بين المالين -الثمن والمثل- مرة أخرى وهو لا

ينسجم إلا مع الصورتين الأوليين من الصور المذكورة.

الثاني: ان البحث عن مسقطية التصرف في المقام مبني على الالتزام بكون التصرف في الحيوان -مورد النص- مسقطاً بملاك كونه كاشفاً عن الرضا به، أو كونه إمضاء والتزاماً عملياً بالعقد، كما هو ظاهر الأصحاب حيث تعدّوا في مسقطية التصرف مورد النص.

وأما بناء على كون التصرف مسقطاً تعدياً في خيار الحيوان، فلا ينبغي الإشكال في لزوم الاقتصار عليه، وعدم جواز التعدي عن مورده.

إذا عرفت ذلك فاعلم ان المحكي عن المحقق الأردبيلي، وصريح المحقق السبزواري (قده) عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف (1)، وقد علل ذلك: تارة بأن المدار في هذا الخيار على التصرف، لأن العقد -بيع الخيار- إنما شرع لانتفاع البائع بالثمن، فإذا فرضنا كونه مسقطاً للخيار، كان منافياً لتشريعه، ولانتفت الفائدة منه.

وأخرى بدلالة موثقة إسحاق بن عمار المتقدمة عليه، حيث دلت على ثبوت الخيار مع كون الفرض فيها التصرف، باعتبار أنه «احتاج إلى بيع داره» الظاهر في حاجته إلى الثمن والتصرف فيه.

وقد خالف العلمان في التزامهما ذلك المشهور من الأصحاب، حيث التزموا بسقوطه «بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط ردّ العين، أو حمل الإطلاق عليه، وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي إذا حمل الإطلاق على اعتبار ردّ عين المدفوع.

كل ذلك لإطلاق ما دل على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد ولا خيار، وقد عمل الأصحاب بذلك في غير مورد النص كخيار المجلس والشرط» (2).

(1) كفاية الأحكام/كتاب التجارة/المقصد الرابع في الخيار/الفصل الأول/الثالث خيار الشرط.

(2) المكاسب ج 15 ص 38-42.

وقد ناقش الشيخ الأعظم(قده) في ما افاده العلمان بـ «انه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف، المنسحب في غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب.

واما بناء العقد على التصرف فهو من جهة ان الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلي، وظاهر الحال فيه كفاية ردّ مثل الثمن، ولذا قوينا حمل الإطلاق في هذه الصورة على ما يعم البذل.

وحينئذ فلا يكون التصرف في عين الفرد المدفوع دليلا على الرضى بلزوم العقد، إذ لا منافاة بين فسخ العقد، وصحة هذا التصرف واستمراره، وهو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه، أو من جهة تواطؤ المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرف أيضا، أوللعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف في الثمن.

وقد مرّ ان السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتى المقرون منه بعدم الرضى بلزوم العقد»(1).

والحاصل: ان محل الكلام، اعني سقوط الخيار بالتصرف، إنما هو في الثمن المعين الشخصي، وما أفيد من الدليل على عدم السقوط يرتبط بالثمن الكلي، فلا وجه للتمسك به في المقام: إذا فما ذكر من الدليل على المنع لا يصلح لإثباته فيما هو محط البحث ومحل الكلام، وان كان صحيحا في مفروض كلامهم، أعني الثمن الكلي.

نعم، سلك المحقق الأصفهاني(قده) في المقام مسلكا آخر لإثبات المنع في محل الكلام، وتبعه عليه السيد الخميني(قده).

وحاصله المنع عن سقوط الخيار بالتصرف، باعتبار ان الاسقاط المنجز في المقام ممتنع، لكونه من إسقاط ما لم يجب، والاسقاط المعلق لا يمكن إنشاؤه بالفعل -التصرف.

قال السيد الخميني(قده): «التحقيق ان الفعل هاهنا ليس كالقول، فان

الإسقاط بالقول يمكن أن يكون على نحو التعليق حتى لا يرجع إلى إسقاط ما لم يجب، فيقول: أسقطت خيارى حال تحقق الردّ أو الخيار، أو أسقطت خيارى حال ثبوته، وأما الإسقاط بالفعل فلا يعقل فيه التعليق، كما لا يعقل أن يكون مسقطاً فعلاً، لعدم فعالية الخيار، وكونه في أهبة الوجود لا يدفع الإشكال العقلي، والسقوط بما أنه أمر تسبيبي لا بدّ له من سبب، ولا يعقل سببية الفعل تنجيذاً ولا تعليقاً» (1).

أقول: ما أفاده «قده» لا يجري في الصورة الثانية من الصور المذكورة لأنحاء أخذ الردّ في الخيار، وهي صورة كون الردّ شرطاً في أعمال الخيار وتنفيذه دون أصل ثبوته، إذ لا يكون الإسقاط الفعلي فيها من إسقاط ما لم يجب، لثبوت الحق قبل الردّ. وقد تنبه هو (قده) لهذا الإشكال والتزم بخروج هذه الصورة بالإضافة إلى سائر الصور التي لا يرتبط الردّ فيها بالخيار عن محل البحث (2).

إلا أنه يرد عليه: أنه وإن كان صحيحاً بالنسبة إلى الصور التي لا يرتبط الردّ فيها بالخيار ثبوتاً وتنفيذاً، إلا أنه لا وجه له بالنسبة إلى الصورة الثانية نفسها، لكونها من أظهر مصاديق بيع الخيار، فيكون حالها حال الصورة الأولى تماماً ويجري فيها ما يجري فيها، ولا مبرر لاستثنائها عن محل الكلام.

على أنه لا وجه لما ذكره في وجه المنع في الصورة الأولى أيضاً، وذلك لما عرفت في البحث عن المسقط الأول لهذا الخيار، من أن الفسخ كالنسخ والإسقاط، يتعلق بالوجود الإنشائي المتحقق بنفس العقد، فلا يكون إسقاطه من إسقاط ما لم يجب.

ولونتزلنا عن ذلك وفرضنا امتناع الإسقاط التنجيزي، كان التصرف بعد تسليم دلالاته على الرضا بالعقد والالتزام بلزومه - على ما هو المقصود من الإسقاط بالفعل كاشفاً عن إنشاء الإسقاط بنحو التعليق، ومبنيًا لمراد المتصرف بتصرفه فيه، وذلك صونا لفعل العاقل عن اللغوية بعد فرض امتناع الإسقاط التنجيزي.

(1) كتاب البيع ج 4 ص 238.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 238.

والذي يتلخص مما تقدم، ان الحق في المقام مع المشهور في الإلتزام يكون التصرف من قبل البائع في الثمن المعين مسقطاً لخياره في العقد برد الثمن، سواء في ذلك الصورة الأولى والصورة الثانية من الصور المذكورة لأنحاء أخذ الرد في إبطال العقد.

والوجه فيه هو ما افاده الشيخ الأعظم (قده) من وجود المقتضي، وهو ما دلّ على كون تصرف ذي الخيار فيما انتقل إليه رضى بالعقد، وعدم المانع، حيث قد عرفت عدم تمامية شيء مما ذكره في هذا المقام.

ثم لا يخفى انه لا مجال لتوهم ذكر اشتراط سقوط هذا الخيار في ضمن العقد في عداد مسقطاته، كما هو الحال في مثل خيار المجلس والحيوان.

والسر فيه واضح، ذلك ان شرط السقوط في متن العقد: إن رجع الى شرط عدم ثبوته. كما هو المشهور في مثل خيار المجلس-فهو ممتنع لكونه من اشتراط المتنافيين، اعني اشتراط ثبوت الخيار عند الرد واشتراط عدمه.

وان رجع الى اشتراط سقوطه بعد ثبوته-كما قد يقتضيه الجمود على ظاهر لفظ السقوط-فهو وإن كان ممكناً بحد ذاته-تتجيزاً كما عرفت فضلاً عن التعليق على ثبوته في ظرفه- إلا أنه لغومحض لا معنى له في الخيار المجعول من قبل المتعاقدين.

فان اشتراط ثبوت الخيار عند رد الثمن مع شرط سقوطه بعد ذلك مباشرة وبلا فصل بحيث لا يكون للمشتراط مجال اعماله وتنفيذه، لغومحض لا يصدر من العاقل.

وبهذا اللحاظ يختلف المقام عن سائر الخيارات الثابتة بجعل الشارع أوبناء العقلاء رغما على المتعاقدين، بحيث لو لا اشتراط سقوطه لكان الخيار ثابتا للمجعول له قهرا عليهما، فإنه لا مخلص منه سوى اشتراط سقوطه في العقد، بخلاف المقام الذي يكون الخيار فيه بفعل المتعاقدين أنفسهما.

وما ذكرنا هو السبب وراء عدم تعرض الشيخ الأعظم(قده) وغيره لذكره في المقام.



تلف المبيع أو الثمن في زمن الخيار

1- سقوط خيار البائع بتلف المبيع

2- أحكام تلف الثمن





لا إشكال في أن مقتضى قانون الملك، والقاعدة، كون تلف كل مال من مال ماله، وتطبيقه في المقام يعني الحكم بكون تلف الثمن من مال البائع والمبيع من مال المشتري مطلقاً، سواء في ذلك قبل الرد أم بعده، ما لم يتحقق الفسخ، كما أن نماء كل من المالكين لماله كذلك.

وهو مما لا خلاف فيه مبدئياً، غير أن الكلام يقع في نقطتين مما يرتبط بذلك وهي التي قد تعتبر خروجاً عن القاعدة المذكورة في بعض الأحوال.

الأولى: سقوط خيار البائع بتلف المبيع.

الثانية: أحكام تلف الثمن.

أما النقطة الأولى لسقوط خيار البائع بتلف المبيع فقد تردد الشيخ الأعظم (قده) في الحكم قائلاً: «والظاهر عدم سقوط خيار البائع، فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله. ويحتمل عدم الخيار، بناء على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن وارتجاع المبيع، وظاهره اعتبار بقاء المبيع في ذلك فلا خيار مع تلفه.

ثم أنه لا تنافي بين شرطية البقاء، وعدم جواز تفويت الشرط، فلا يجوز للمشتري إتلاف المبيع-كما سيجيء في أحكام الخيار-لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله، ولا يتم إلا بالتزام إبقائها للبائع» (1).

وقد جزم المحقق النائيني (قده) بعدم السقوط باعتبار «أن في البيع الخياري يتعلق النظر بمالية المال غالباً، ومنشأ جعل الخيار فيه بيعه بأقل من ثمن المثل، ولو

(1) المكاسب ج 15 ص 62-63.

كان منشأ جعل الخيار فيه الرغبة إلى الخصوصية العينية لباعها بثمن المثل وجعل لنفسه الخيار، والبيع بثمن المثل لا يرغب فيه المشتري مع جعل الخيار للبائع، إلا أن يكون المبيع امراً يرغب فيه المشتري جداً، بحيث كان احتمال صيرورته له داعياً إلى الشراء بثمن المثل مع جعل الخيار للبائع.

ولكن هذا نادر، فلا وجه لتنزيل اخبار الباب على الفرد النادر.

وبالجملة تلف المبيع لا يوجب سقوط خيار البائع، كان قبل رد الثمن أو بعده» (1). وتبعه عليه المحقق الايرواني (قده) قائلاً: «المقصود من البيع الخياري نوعاً هو ان يصون البائع ماله من الفوت عليه بثمن بخس بلا غرض له في شخص ماله، فكانت العين بقاء وعدمه عنده على حد سواء كما في سائر الخيارات التي هي لا بشرط من جهة بقاء العين، بل تفسخ المعاملة مع عدمها، كما تفسخ مع وجودها، ويرجع الى المثل والقيمة. ولئن تعلق الغرض في مورد بشخص العين اشتراط ذلك على المشتري صريحاً في عرض شرط الخيار بلا اناطة أحد الشرطين بالآخر» (2).

في حين اختار السيد الخميني (قده) سقوطه بالتلف، قال «قده»: «لوتلف المبيع فالظاهر السقوط، لا لتعلقه مطلقاً أوفي خصوص المقام بالعين، ولا لكون الخيار عبارة عن رد الثمن واسترداد المثل، بل لخصوصية بيع الخيار، وهي معهودية رجوع نفس العين برّد الثمن أو مثله، فان بيع الخيار بحسب النوع الذي يشذ خلافه إنما يقع على المبيع الذي يكون لصاحبه علاقة به بخصوصه بالثمن الذي هو محل احتياجه ليصرفه فيما يحتاج اليه، فيبيع داره التي هي ظل رأسه وضيعته التي هي قرّة عينه، وإنما يقدم على بيعها بأقل من قيمتها لأجل العلم والاطمئنان بإمكان أداء الثمن واسترجاعها، ولو كان نظره الى ماليّتها لا الى عينها لما باعها إلا بثمن المثل لتحصيل ماليّتها

(1) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 50.

(2) تعليقة الايرواني على المكاسب ج 2 ص 24.

الواقعية، ولم يكن وجه لبيعها بالشرط، فالبيع لا يقع بحسب النوع إلا مع الغرض في إرجاع نفس العين، وإنما يقع في أمثال الدار والضيعة وبعض الأمتعة التي تكون مورد نظر البائع بخصوصيتها، ويكون لها ثبات وبقاء، لا في مطلق الأمتعة ومال التجارة. والروايات الواردة في المقام تدل بأقوى دلالة على أن للبائع علاقة بخصوص المبيع» (1).

أقول: صحيح أنه في موارد بيع الخيار يكون لصاحب المبيع علاقة بماله غالباً ويكون مورد نظره بخصوصيته، ولذا لا يبيعه بيعاً قطعياً جزمياً ويصرف نظره عنه بالمرة بل ولا يبيعه بالخيار المطلق، كما هو الحال في سائر موارد اشتراط الخيار في العقد، حيث يؤخذ الخيار كأمر احتياطي لما قد يطرأ على العقد، ولا أقل من احتمال حصول البداء وترجيح الفسخ بنظره فيما بعد.

بل يبيعه وهو جازم بالفسخ وإرجاع ماله في حينه، ولا أقل من البناء عليه حين العقد، بل لا يبعد أن يكون ذلك مرتكزاً حتى عند المشتري، ولذا لا يجوز له إتلاف المبيع وإخراجه عن ملكه في مدة الخيار، فإنه ليس هناك ما يبرر ذلك غير الاشتراط الضمني بحسب ما هو المرتكز في أذهان أهل العرف والمباشرين لهذا العقد.

لكن من الصحيح أيضاً أن الغالب المتعارف في هذا العقد وقوعه بأقل من ثمن المثل بمراتب، بل قد يبيع المالك العين بثمن بخس، وليس السبب فيه سوى اطمئنانه بفسخ العقد وإرجاعه المبيع إلى ملكه في مدة الخيار.

وهو خير قرينة على كون مراد البائع من الخيار ما يعم بقاء المبيع وتلفه، إذ لولاه لما أقدم البائع على البيع بذلك الثمن مع التفاته إلى احتمال تلفه، خصوصاً مع القول بأن عدم جواز إتلافه من قبل المشتري ونقله عن ملكه حكم تكليفي محض لا يترتب على مخالفته سوى العصيان، حيث لا أظن إقدام عاقل عليه مع هذا الوصف.

على انه لا حاجة الى القرينة لإثبات الحكم في المقام، بل الأمر على العكس منه، فان استثناء هذا الخيار من سائر الخيارات وإخراجه عن مقتضى طبع الخيار من حيث تعلقه بالعقد دون إرجاع المبيع، هو الذي يحتاج إلى القرينة والإثبات.

ضرورة ان مقتضى إطلاق تعلق الخيار بالعقد هو ثبوته، سواء كانت العين موجودة أم تالفة، واختصاص الحكم بصورة بقائها يحتاج إلى زيادة بيان وذكر القيد في ضمن العقد، والمفروض عدمه.

والحاصل: انا لا نرى فرقا بين هذا الخيار وسائر الخيارات في تعلقه بالعقد نفسه وثبوته حتى مع تلف العين، كي نحتاج في إثباته في المقام إلى القرينة، على انها موجودة وواضحة الدلالة.

إذا فالأرجح في المقام هو بقاء الخيار وعدم سقوطه بتلف المبيع، ويستحق البائع بعد الفسخ المثل أو القيمة.



إذا تلف الثمن، فإن كان قبل رده إلى المشتري، وقلنا بكون الرد شرطاً لثبوت الخيار نفسه، وإن الانفساخ الثابت في موارد التلف حكم تعبدى يختص بما يحصل في زمان الخيار بالفعل ولا يشمل التلف قبله في موارد الخيار المنفصل، كان مقتضى القاعدة احتساب التلف من البائع مع بقاء الخيار له في فسخ العقد برده بدلاً، إذا لم يكن الشرط رد الثمن بعينه.

وإن انتفى شيء من القيود المتقدمة، بأن كان التلف بعد رده إلى المشتري، أو قلنا بكون الرد شرطاً في أعمال الخيار وتنفيذه - أعني الفسخ - أو قلنا بعدم اختصاص قاعدة كون التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له بالخيار الفعلي - بدعوى أن الجمود على ما ورد ذكره في كلمات الفقهاء وإن كان يقتضي الانحصار، إلا أن الاستفادة من أدلتها ما هو أوسع من ذلك، حيث إن المتفاهم من النصوص الواردة في المقام كون التلف قبل استقرار العقد وصيرورة المبيع أو الثمن إلى الجانب الآخر قطعياً، مضموناً على من لا خيار له.

قال الشيخ الأعظم (قده) في توجيه ذلك: «فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه هو تزلزل البيع، سواء أ كان بخيار متصل أم منفصل، كما تقتضيه أخبار تلك المسألة» (1).

ابتنى انفساخ العقد بذلك التلف والحكم باحتسابه من المشتري أو عدمه، على استظهار عموم النصوص لتلف الثمن، أو الالتزام باختصاصها بتلف المبيع فقط. فإن قلنا باختصاص الحكم بالمبيع كما هو مقتضى الجمود على ظاهر اللفظ، حيث إن المفروض في النصوص تلف المبيع، تعين القول بعدم انفساخ العقد بتلف الثمن، وبقاء الخيار للبائع برده البديل.

وان قلنا بالعموم، وثبوت الحكم للثمن ولوبقرينة ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع، تعين الحكم بكون التلف من مال المشتري، ويسترد البائع مبيعه من غير أن يلزمه دفع بدل الثمن.

هل تختص القاعدة بتلف المبيع؟

إذا لا بد من البحث في المستفاد من نصوص الباب، وتحقيق ما تقتضيه من عموم الحكم لتلف الثمن، أو اختصاصه بتلف المبيع.

فقد تردد الشيخ الأعظم (قده) في الحكم، حيث استشكل في عموم القاعدة للثمن مع استظهاره العموم من إطلاق كلمات غير واحد من الأصحاب.

قال رحمه الله: «نعم، الإشكال في عموم تلك القاعدة للثمن كعمومها لجميع افراد الخيار. لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن، واختصاصها بالخيارات الثلاثة، أعني خيار المجلس، والشرط والحيوان» (1).

واستظهر المحقق النائيني (قده) العموم موضحاً له بقوله: «لا إشكال في ان مورد قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، هو تلف المبيع عند المشتري مع كونه ذا خيار، كما إذا كان المبيع حيواناً، فالتعدي عنه الى تلف الثمن عند البائع إذا كان ذا خيار كالمقام إنما هو للتعليل في ذيل هذه الاخبار، وهو قوله عليه السلام: (حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري)، فإن هذا الكلام بمنزلة أن استقرار الملك يوجب ثبوت التلف على المالك، فما دام الملك متزلزلاً وللمالك رده لا يستقر ضمانه عليه، بل ضمانه على صاحبه الأول الذي ليس له خيار» (2).

(1) المكاسب ج 15 ص 67-68.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 51.

وقد خالف فيه السيد الطباطبائي(قده) وتبعه عليه المحقق الأصفهاني(قده) حيث التزم باختصاص الضمان بتلف المبيع، وإن اختلفا في كيفية الاستدلال عليه.

فقد ذكر السيد(قده) أن «الحق-كما سيجيء-عدم جريانها في الخيار المنفصل، لقوله عليه السلام في بعضها: حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع للمشتري، إذ في الخيار المنفصل قد حصل المبيع للمشتري، أي صار ملكا مستقرا له في زمان اللزوم وهو قبل مجيء زمان الخيار»(1).

في حين ذكر المحقق الأصفهاني في وجهه: «وذلك لأن العدة هي أخبار الحيوان أو الشرط وموردها المبيع فقط، واستفادة مناط منقح يعم الثمن دونها خرط الفتاد، ولا نطن بكون القاعدة معقد الإجماع مع وجود الاخبار واحتمال استفادة المناط، مضافا الى ان المسألة خلافية»(2).

وممن اختار هذا الرأي صاحب الجواهر(قده)، حيث أبدى استغرابه من تعميم الحكم لتلف الثمن أيضا مع «كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة(3) من اخبار اشتراط الخيار برّد الثمن، ان تلف الثمن من البائع وانه ملكه وان كان الخيار له.

فمن العجيب دعوى ان النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصة»(4).

وقد علّق في المكاسب على استظهاره الحكم من خبر معاوية بن ميسرة بقوله: «ولم أعرف وجه الاستظهار، إذ ليس فيها إلا أن نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري، وهما إجماعيان حتى في مورد كون التلف ممن لا خيار له، فلا حاجة لهما الى

(1) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 29.

(2) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 46.

(3) تقدّم في ص 228.

(4) جواهر الكلام ج 23 ص 88.

تلك الرواية، ولا تكون الرواية مخالفة للقاعدة، وإنما المخالف لها هي قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع على كون النماء للمالك»(1).

وقد وجه المحقق الأصفهاني(قده) الاستظهار المذكور بقوله: «نعم، بناء على إطلاق التصرف في الثمن في ثلاث سنين، وشموله لما إذا تلف الثمن تتم الدعوى المزبورة، حيث ان لازم كون تلف الثمن من المشتري الذي لا خيار له، انفساخ العقد بمجرد التلف، مع انه عليه السلام حكم ببقاء الخيار مطلقا، فبقاء الخيار مطلقا كاشف عن بقاء العقد وعدم انفساخه بتلف الثمن.

لكنه غير مختص بخبر معاوية بن ميسرة، بل يجري في موثقة إسحاق بن عمار(2)، كما انه مبني على ثبوت الخيار قبل الرد، وإلا لكان إطلاق الخيار لصورة التلف قبل الرد أجنبيا عما نحن فيه، ولا يعارض قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له»(3).

أقول: سواء تم الاستظهار المذكور من خبر معاوية بن ميسرة أم لا، وسواء اختص ذلك به أم عمّ موثقة إسحاق بن عمار أو غيرها أيضا، فإن الإلتزام بعموم الحكم لتلف الثمن أيضا مشكل جدا.

فان الروايات الواردة في تلف المبيع، والحكم مخالف لمقتضى القواعد الأولية، فإثباته فيما عدا المورد المنصوص يحتاج إلى قرينة قطعية، وهي مفقودة، والإجماع غير متحقق.

وما ذكره المحقق النائيني(قده) في استظهار التعميم معارض بما ذكره السيد الطباطبائي(قده)، وليس في حد ذاته بحيث يوجب الاطمئنان بالعموم.

(1) المكاسب ج 15 ص 66-67.

(2) تقدمت في ص 227.

(3) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 46-47.

على أنه يكفي في المقام الشك، إذ مقتضاه الاقتصار في الحكم على المورد المنصوص
وعدم التجاوز عنه إلى غيره.
إذا فالأظهر هو اختصاص الحكم كون التلف مضمونا على من لا خيار له -بتلف المبيع،
وعدم إلحاق تلف الثمن به.





ردّ الثمن الى وكيل المشتري أو وليّه

جواز الردّ إليهما مع الاشتراط

لزوم الردّ إلى المشتري مع التقييد

حكم فرض الإهمال والغفلة.





المبحث السادس: ردّ الثمن الى وكيل المشتري أوليه

لا اشكال ولا خلاف في جواز فسخ العقد مع ردّ الثمن، أو بدله مع عدم التقييد برّد العين، إلى المشتري نفسه، سواء فيه مورد اشتراط ردّه اليه فقط أو الى ما يعم وكيله أو الإطلاق، فإنه المورد المتيقن على جميع التقادير.

كما لا اشكال ولا خلاف في كفاية ردّه الى وكيله أوليه مع اشتراطه في متن العقد، سواء فيه فرض تعذر الوصول اليه نفسه أو حتى مع التمكن منه مع عموم الردّ له أيضا، ويقتضيه قانون الاشتراط.

كما لا ينبغي الإشكال أيضا في لزوم الردّ الى شخص المشتري وعدم كفاية الردّ الى من ينوب عنه في فرض تقييده في متن العقد بذلك، كما لو صرح فيه بعدم الردّ الى غيره مع التفاتهما الى احتمال عدم إمكان الوصول اليه بشخصه.

فيتعين في جواز الفسخ من قبل البائع، لزوم ردّ الثمن أو بدله الى شخص المشتري، وعدم نفوذه عند ردّه الى غيره مطلقا، سواء في ذلك فرض إمكان الوصول اليه وفرض عدمه.

والوجه فيه واضح، وذلك لعدم مقاومة دليل نفوذ فعل الوكيل أو الولي رغم كون مفاده هو التنزيل مع عموم المنزلة-الاشتراط بالردّ الى نفسه دون غيره، فلا يقوم الغير مقامه في الفرض، لضيق دائرة الجعل والتنزيل، والنص على الردّ الى شخصه مع الالتفات الى احتمال عدم إمكان الوصول اليه.

ومنه يظهر انه لا وجه لما ذكره السيد الخميني(قده) من إلحاق صورة تقييد الردّ الى شخص المشتري بمحل النزاع بينهم، واختياره فيها كفاية الردّ الى الوكيل.

قال(قده): «ثم إن ما هو قابل للبحث هي الصورة الأخيرة والصورة الثانية، أي ما هو بنحو التقييد.

ومحصل الكلام فيهما انه ان كان الاعتبار العقلاني أو الشرعي في باب الوكالة هو تنزيل نفس الوكيل منزلة الموكل، أو تنزيل فعله مقام فعله، فيكفي الرد إليه ولو كان الشرط هو الرد إلى خصوص المشتري على وجه التقييد، لأن المفروض كون الوكيل هو الموكل اعتباراً وتنزيلاً، ومقتضى حكومة دليلها كون الرد إليه رداً إلى المشتري، كما انه لو كان الاعتبار فيها هو تنزيل فعله منزلة فعل الموكل لكفى الرد إليه أيضاً، لأن قبوله هو قبول الموكل واستيلاءه هو استيلاءه لو كان الشرط ذلك، فيتحقق الشرط ويثبت الخيار» (1).

بداهة ان حقيقة التوكيل وان كانت تنزيل نفس الوكيل منزلة الموكل، أو تنزيل فعله مقام فعله، إلا أن مفاده لا يتجاوز دائرة الجعل ومحيط التنزيل، فهو منزل منزلة وفعله قائم مقام فعله في الإطار المجعول له والحدود المعينة من قبله.

ومن هنا فإذا قيد المشتري الرد إلى شخصه مع التفاته إلى احتمال عدم التمكن من الوصول إليه، كان ذلك تقييداً لحدود صلاحيات وكلائه لا محالة، وحصرًا لمورد تنزيلهم منزلة نفسه، وقيام فعله مقام فعله بغير هذا المورد، ومعه لا وجه للتعميم رغم انفه، وإثبات الصلاحية للوكيل رغم عدم منحه له ذلك، بل المتعين في الفرض هو الحكم بسقوط الخيار بانقضاء المدة، وعدم نفوذ الفسخ فيه مع الرد إلى الوكيل، لعدم تحقق الشرط.

معهد الخوي
Al-Khoei Institute

والحاصل: ان الوكالة ليست امراً قهرياً يفرض على الموكل، وإنما هي صلاحية يمنحها الموكل لغيره لقيامه مقامه في ما يعين له من حدود، وعلى هذا الأساس فمع تقييد الرد بكونه إلى شخصه لا يكون الغير وكيلاً عنه في قبض المردود كي يصدق معه الرد إلى الوكيل، وكونه وكيلاً عنه في غير هذا الفعل لا يجعل له امتيازاً بالنسبة إلى هذا الفعل -الرد إليه- بالقياس إلى الأجنبي عنه بالمرّة.

وأغرب ما يمكن ان يقال في المقام هو دعوى كون ذلك مفاد بناء العقلاء، بدعوى أن: «ما هو عند العقلاء هو نفوذ الوكيل لأجل وكالته، فالفعل فعله والشخص شخصه، ودليل الوكالة يوجب نفوذ فعل الوكيل على موكله، كما لو اذن له في فعل من غير جعل الوكالة، ففعل المأذون له نافذ في حق أذنه من غير احتمال تنزيل، وليس اعتبار الوكالة في الشرع غير ما هو عند العقلاء» (1).

فان ما ذكره صحيح ومتين في مورد ثبوت الوكالة أو الاذن، واین ذلك مما نحن فيه حيث فرض تقييد الردّ بكونه الى شخص المشتري دون غيره، وهو يعني عدم ثبوت الوكالة لغيره في المورد؟ والحاصل: ان مدى نفوذ الفسخ من البائع برّد الثمن لما كان تابعا لدائرة الشرط سعة وضيقا، لم يكن وجه للقول بنفوذه عند الردّ الى وكيل المشتري، مع كون الشرط هو الردّ اليه بشخصه.

وعليه فلا ينبغي الإشكال في خروج هذا الفروض عن محل النزاع، كما يشهد له عدم توقف أحد من الأعلام في الحكم فيه، غير ما عرفته منه (قده) وأظن أن الوجدان خير شاهد على ما ذكرناه.

إنما الخلاف والاشكال في فرض الإهمال، أعني اشتراط الردّ غافلا عن عدم إمكان الوصول الى شخص المشتري، كما هو الغالب في موارد اشتراط الردّ في بيع الخيار، فإنه لا يكون المورد من الإطلاق حيث يتوقف على الالتفات الى القيد ومن ثم رفضه، ولا من التقييد حيث يتوقف على قصد الخصوصية بعد الالتفات الى احتمال عكسها، والمفروض في المقام عدم الالتفات الى احتمال عدم إمكان الوصول إلى المشتري، فليس هو من الإطلاق ولا من التقييد.

ومقتضاه كون محط نظرهما هو المشتري خاصة، وتضييق دائرة الموضوع في مقام جعل الحق بطبعه وذاته به خاصة، فإن القضية المهمة في قوة القضية الجزئية.

وليس ما ذكرناه من باب استظهار الإهمال من الكلام وكشف ذلك عن الحصة الخاصة -الرد إلى المشتري فقط- بقدر ما يرتبط المدعى بمقام الثبوت وبيان الأقسام المتصورة حين اعتبار رد الثمن.

فالمدعى ان الغافل عن احتمال عدم وصوله إلى المشتري، وحاجته إلى مراجعة وكيله أو وليه، لا يخطر بباله غير رد الثمن إلى المشتري على نحو الإهمال، أعني عدم لحاظه بنحو الأعم منه وممن ينوب عنه، أولحاظه بنحو التقييد والتضييق، على ما هو قضية الغفلة.

فالقصر في الموضوع على المشتري من جهة اقتضاء طبع الموضوع وذاته لذلك، لا من جهة التضييق والتقييد في مقام الجعل والاعتبار.

والحاصل: ان البائع إنما لم يقيد الرد بكونه لخصوص المشتري أو الأعم منه وممن ينوب عنه، لغفلته عن احتمال عدم إمكان الوصول إليه، وإلا فلو كان ملتفتا إلى ذلك لجعل موضوع الخيار الأعم منه ومن وكيله لا محالة، ضمانا لعود ماله إليه بتمكنه من الفسخ بالرد إلى من ينوب عن المشتري عند تعذر الوصول، ولما رضي بالتضييق الحاصل بحسب الطبع والذات.

إذا فالحديث في المقام إنما هو في فرض الغفلة والإهمال حين الاشتراط، دون فرضي الإطلاق والتقييد لوضوح الحكم فيهما.

وكيف كان، فقد اختلفت كلمات الأعلام في حكم الفرض المذكور، فمنهم من قال بالتعميم وجواز الرد إلى من ينوب عن المشتري مطلقا، ومنهم من قال بالاختصاص ولزوم الرد إلى شخصه فقط، وفصل ثالث بين إمكان الوصول إليه فيتعين الرد إلى شخصه، وعدمه فيكفي الرد إلى وكيله أو وليه.

فالمحكي عن المحقق القمي(قده) في بعض أجوبة مسائله حصول الشرط برده إلى الحاكم الشرعي.

وعن السيد(قده) في مناهله عدمه، ولزوم الرد إليه خاصة.

واختار الشيخ الأعظم(قده) قيام الولي مقام المشتري، لظهور اعتبار الرد

قال رحمه الله: «فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الردّ الى خصوص المشتري هو قيام الولي مقامه، لان الظاهر من الردّ إلى المشتري حصوله عنده وتملكه له وكفاية دليل الولاية في قيام الحاكم مقام المشتري في حصوله عنده وتملكه له، حتى لا يبقى الثمن في ذمة البائع بعد الفسخ، ولذا لودفع الى وارثي المشتري لكفى، وكذا لوردّ وارث البائع، مع أن المصرح به في العقد ردّ البائع.

وليس ذلك لأجل إرثه للخيار، لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع في الردّ، وكذا الكلام في وليه» (1).
وتبعه عليه بعض من تأخر عنه.

لكنه قد يبدو كونه أجنبيا عن محل البحث، إذ ليس البحث في صورة ظهور الكلام في مقام الاشتراط في الأعم، وكفاية حصول الثمن عنده، وإنما الكلام عن مقام الثبوت وفرض غفلة الشارط عن احتمال تعذر الوصول إلى المشتري، وإلا فلا إشكال في إلحاقه بفرض اشتراط الأعم.

وغاية ما يمكن أن يقال في تقريب التعميم، هو أن اشتراط الردّ الفارق بين خيار الشرط مطلقا وبين خصوص هذا المصداق منه أعني بيع الخيار - على ما هو المطرد في جميع افراد ما نحن فيه إلا الشاذ النادر جدا - إنما يعني من جهة البائع اطمئنانه بالتمكن من استرداد مبيعه اليه بعد تحصيله الثمن المحتاج اليه بالفعل في المدة المضروبة للخيار.

فهو واثق من حين العقد بالفسخ وعود ماله اليه، لو ثوقه برّد الثمن في الزمان المحدد. اما من جهة المشتري فاشتراط الردّ يعني ضمان تحصيل حقه قبل الفسخ، إذ الخيار المطلق يعني تمكن البائع من فسخ العقد واسترجاعه للمبيع حتى مع عدم قدرته على ردّ الثمن إلى المشتري، وهو ما يعني بالنتيجة إفلاس المشتري من العوضين معا،

المثلث لرجوعه بالفسخ الى مالكه الأول -البائع- والثلث لعدم تمكن البائع من تحصيله ورده اليه كما هو المفروض.

فيشترط الردّ ويربط الفسخ به -ثبوتاً أو تنفيذاً- ليدفع احتمال انقطاع سلطانه من العوضين، وخطر فقده لهما.

والذي يدفعه تجاه هذا العقد مع ما فيه من التزلزل والانقطاع طمعه في استيفاء منافع المبيع في تلك الفترة مجاناً، مع احتمال أوجاهه لتملك المبيع بثمن بخس-حيث يقع هذا العقد بدون ثمن المثل غالباً- عند عدم تمكن البائع من ردّ الثمن في زمان الخيار.

فإنه لولا علمه بحصوله على تلك المنافع بإزاء دفعه مبلغاً يسيراً بالقياس الى ما ينتقل اليه، مضموناً على كل تقدير، حيث انه اما يرجع هو اليه ثانياً مقارنة للفسخ أوقبله، وأما أن يستقر ملكه للمبيع على تقدير عدم ردّ البائع للثمن، وهو غاية المأمول بالنسبة إليه حيث يفوز بالمبيع بثمن يقل عن ثمن مثله كثيراً -غالباً- لما أقدم على مثل هذه المعاملة التي ان لم تخل عن بعض المجازفات، فلا أقل انها لا تعود بالنفع على المشتري، في غير ما ذكرناه.

اللهم إلا أن يكون المشتري بصدد مساعدة البائع مادياً وتسهيل أموره، لعلاقة مادية أوقربية، لكنها حالة نادرة لا يقاس عليها وضع هذا العقد وواقعه.

ومن هذا البيان يظهر ان حقيقة بيع الخيار وما به قوامه وامتيازه عن سائر أفراد خيار الشرط، هو ضمان حصول المشتري على الثمن قبل تحقق الفسخ أومقارناً له، بحيث يأمن معه انقطاع يده عن العوضين معاً من جهة، وتمكن البائع من استرداد مبيعه الذي نقله الى غيره بأقل من ثمن المثل، بعد قضاء حاجته الوقتية في الثمن وتمكنه من رده من جهة أخرى.

بل يمكن حصر الفارق الحقيقي لهذا الفرد من خيار الشرط عن سائر أفراد الجهة الأولى فقط، باعتبار ان الجهة الثانية مشتركة في جميع موارد خيار الشرط. وحيث ان واقع هذا الشرط ومعناه -الجهة الأولى- لا ينحصر بالوصول الى

يد شخص المشتري، فإنه وكما يتحقق بالردّ اليه كذلك يتحقق بالردّ الى من هو بمنزلة وقائم مقامه، يتعين القول بالتعميم.

وليس ما ذكرناه من قبيل الداعي لإقدام المشتري على مثل هذه المعاملة، كي يقال بأن تخلف الداعي لا يؤثر شيئاً في المعاملات.

كما انه ليس بمعنى استظهار العموم وكفاية الوصول الى يد من يقوم مقام المشتري من الاشتراط كي يقال بأن البحث في مقام الثبوت لا في مقام الإثبات، وان صورة ظهور الكلام في العموم خارجة عن محل النزاع.

بل المدعى كون ما ذكرناه حقيقة بيع الخيار والمفهوم المرتكز في الأذهان منه.

ثم ان الإنشاء لما كان إبرازاً للاعتبار النفساني المتحقق في وعاء النفس، كان المتصدي لبيع الخيار-على ضوء ما قدمناه من البيان-قاصداً لتلك الحقيقة ومنشئاً لذلك المفهوم العام المرتكز في ذهنه إجمالاً لا محالة، ما لم يتعلق غرضه بحصة معينة منها، كوصول الثمن الى يده شخصاً، وعدم كفاية رده الى الوكيل والولي، إلا أنه يحتاج الى الالتفات منه الى تلك الحصة بالذات وتقييد الإنشاء بها خاصة، وهو ما يعني خروجه عن محط البحث ودائرة النزاع.

نعم، في مقام إبراز ما اعتبره في أفق النفس قد لا يكون اللفظ أو الفعل القائم بهذا الدور وافياً ببيان الصورة المتحققة في عالم النفس بشكل وثيق، ولا يعكس ما تعلق الاعتبار به بتمامه وتفصيله.

ومنشأ ذلك في المقام افتراض غفلة المشتري حين الاعتبار وعدم حضور المعنى عنده إلا بنحو الإجمال المرتكز في الذهن من غير التفات الى الخصوصيات، فيقول في مقام الإنشاء: «إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك» من دون التفاته في حينه الى احتمال دفعه الى من ينوب عنه في ذلك.

لكنه لا يؤثر شيئاً بعد أن كان المنشأ في أفق النفس ومقام الاعتبار حقيقة هو جعل الخيار للبائع بشرط حصول الثمن للمشتري قبل الفسخ وتأمين عدم انقطاع

يده من العوضين معا على ما عرفت بيانه.

فان مقتضاه هو القول بالتعميم وكفاية الرد الى من ينوب عن المشتري.

فانه إن تم ما ذكرناه، وصح ان المتبايعين لم يلحظا في مقام الإنشاء إلا حقيقة بيع الخيار بالمفهوم المرتكز منه عندهما وعند غيرهما، وان القصور جاء من قبل الإظهار، حيث انهما في ذلك المقام ولغفلتهما عن احتمال عدم التمكن من الوصول الى شخص المشتري قد استعملا لفظا يقصر عن الإحاطة بواقع ما قصده حقيقة، تم ما ذكره الشيخ الأعظم(قده) من أن: «الأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد الى خصوص المشتري، هو قيام الولي مقامه»(1) وتعين القول بالتعميم.

وان نوقش فيه ولومن جهة كون العبرة في اللزوم والنفوذ بمدلول الإنشاء وما يفيد المبرز -من اللفظ أو الفعل- دون مقام الثبوت وما قصده واقعا-كما قد يقال -تعين القول بالتخصيص، وعدم كفاية الرد إلى الولي أو الوكيل في ثبوت الخيار أو نفوذ الفسخ.

وهو ان لم يكن صحيحا في حد نفسه، باعتبار ان الأمور المرتكزة عند المتعاقدين تكون من صميم مدلول العقد حتى مع الغفلة عنها حين الإنشاء، على ما تقدم بيانه في حكم الشروط الارتكازية من الفصل الأول.

إلا أن إثبات كون حقيقة بيع الخيار والمقصود الذاتي منه في جميع موارد، هو ضمان الأمن من الخطر وحصول الثمن للمشتري قبل الفسخ المتحقق لوصله الى يد الولي أو الوكيل، لا يخلو عن اشكال.

ومعه لا يمكن الجزم بالتعميم واستثناء مورد الرد الى من يقوم مقام المشتري عن مقتضى أصالة اللزوم في العقد.

وبعبارة أخرى: ان الخيار حكم على خلاف مقتضى اللزوم في العقد، وإثباته يحتاج الى دليل قطعي، وهو في غير ما نص عليه الإنشاء مفقود، فلا يمكن المصير

اليه، ويكفي في نفيه الشك فيه، حيث يتعين معه الرجوع الى أصالة اللزوم في غير المورد المتيقن.

ثم انه مما ذكرناه يظهر الحال في سائر الفروع المذكورة في كلامهم ضمن هذا البحث، كرد الثمن الى وارث المشتري على تقدير موته في أثناء المدة، أوردّه الى جد الصغير في فرض الشراء من أبيه، أوردّه الى الحاكم بعد كون الشراء من غيره، الى غيرها من الفروض، فان الحكم في جميعها واحد.

ففي فرض التصريح لتعميم يكفي الردّ الى غيره ممن يكون بمنزلته، ويصح الفسخ بعده وينفذ.

وفي فرض التصريح بالتقييد والحصص بشخصه، لا يتحقق الردّ بدفعه الى غيره، ولا ينفذ فسخه بالاستناد الى ذلك.

ويجري في فرض الغفلة والإهمال ما ذكرناه.

نعم، قد يقال في خصوص الفرض الأول من هذه الفروض-الردّ الى الوارث-بمخرجها عن دائرة النزاع ومحل البحث، لأن ما تركه الميت من المبيع انما ينتقل مع تعلق حق البائع به الى ملك الوارث، فيكون الردّ اليه كالردّ الى المورث نفسه.

إلا أنه إن تم فإنما يتم في الصورة الثالثة فرض الإهمال والغفلة-دون الصورة الثانية، حيث يكون الردّ محصوراً بشخص المورث، والحق قائماً به بذاته، فلا حق بعده كي يقال بانتقال المال متعلقاً به الى ملك الوارث.

وبعبارة أخرى: ان حق البائع في المبيع مقصور على فرض وجود المشتري وتحقق الردّ اليه، كما هو مقتضى التقييد، وبموته ينتهي الحق وينتقل المبيع باعتباره ملكاً طلقاً ومن غير تعلق حق لأحد به إطلاقاً الى ملك الوارث.



وفيه مسائل

الأولى: لو شرط البائع الفسخ في كل جزء من المبيع برّد ما يخصه من الثمن.

الثانية: في ثبوت خيار تبعض الصفقة عند ردّ البائع البعض والعجز عن الباقي.

الثالثة: اشتراط فسخ الكل برّد جزء معين من الثمن.

الرابعة: استلام المشتري بعض الثمن مع كون الشرط ردّ الجميع.

الخامسة: اشتراط فسخ الكل برّد جزء مبهم من الثمن.





وفيه مسائل :المسألة الأولى: لو شرط البائع الفسخ في كل جزء من المبيع برّد ما يخصه من الثمن، صح الاشتراط ونفذ الفسخ في ما قابل المردود.

ويقتضيه إطلاق أدلة لزوم الوفاء بالشرط، فإن قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» شامل له على حدّ شموله لاشتراط الخيار في تمام المبيع برّد تمام الثمن. وقد توقف فيه في الدروس وتبعه عليه في المستند.

ومنشأ الاشكال كون الإلتزام العقدي أمراً بسيطاً غير قابل للتبويض والتفكيك، فلا يعقل الفسخ في بعضه دون بعضه، بل إما أن يرفع كله أو يستمر كذلك.

على أن شرط الخيار شرط مخالف للسنة في نفسه، وإنما التزمنا به للإجماع والنصوص الخاصة، وحيث أن موردها شرط الخيار بالفسخ في الجميع، فلا مجال للتعدي عنه إلى غيره.

وردّه المحقق الأصفهاني(قده) بأنه «بناء على أن خيار التبويض على وفق القاعدة لانحلال العقد بحسب تحليل المعقود عليه إلى عقود لم يكن إشكال في صحة جعل الخيار هكذا، وأما إذا كان على خلاف القاعدة ورجوع الأمر إلى تأثير العقد فيما يملك دون ما لم يملك، فإما له الإلتزام بالعقد المؤثر بمقدار أوحل العقد فيه، فأصل هذا الشرط لا مصحح له هنا»(1).

وحاصل كلامه رحمه الله هو أن الحكم بالصحة فيما نحن فيه-اشتراط الخيار

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 47.

في بعض المبيع برد ما يخصه من الثمن-متفرع على اختيار كون خيار تبعض الصفقة على وفق القاعدة.

فإنه لو تم ذلك، وقلنا بتبعية العقد للمعقود عليه في الانحلال-سواء في مقام القابلية أو الفعلية-على القاعدة، صح هذا الاشتراط أيضا.

فإذا كان مقتضى القاعدة انحلال العقد الواقع على أمور مختلفة بالفعل-وفي مرحلة سابقة على العقد- بتبع المعقود عليه، كما هو الحال في موارد خيار تبعض الصفقة كبيع الخمر والخل جملة في عقد واحد، أو ما يملك وما لا يملك كذلك، حيث يكون المبيع قبل تعلق العقد به بعضه حقيقة، أو بلحاظ الملكية والاعتبار، وكان لكل جزء من العقد المنحل حكمه وشأنه.

كان اشتراط التبعض في الخيار صحيحا أيضا-سواء فيه اشتراط الخيار في البعض المعين واشتراطه في البعض المشاع-على القاعدة، لعين ما تقدم من البيان.

حيث يكون المبيع فيه -في مقام البيع- جزءان وبعضان بحسب اعتبار المتبايعين واتفاقهما، جزء محكوم بال لزوم والاستقرار، وجزء متعلق لحق الخيار، ولازمة انحلال العقد والالتزام أيضا -بتبعه- الى جزءين وبعضين.

ولا يختص ما ذكرناه بما إذا كان انحلال المبيع فعليا وفي مرحلة سابقة على العقد، بل يجري بعينه فيما إذا تأخرت المرتبة الفعلية له عن العقد نفسه، بأن كان وجوده حين العقد في مرحلة الاقتضاء والقابلية خاصة، كما لو تمكن في أثناء المدة المقررة من رد نصف الثمن فقط، وكان الشرط في ضمن العقد فسخ كل جزء منه برد ما يخصه من الثمن.

إذ لا فرق بين الصورتين من ناحية الجواز ونفوذ الفسخ فعلا برد ما يقابل ذلك البعض من الثمن، بناء على كون الحكم على مقتضى القاعدة.

نعم، لو أنكرنا ذلك في خيار تبعض الصفقة، وقلنا بثبوته على خلاف القاعدة وقصد المتبايعين في تمليك جملة المبيع بجملة الثمن، بفضل النص الخاص والإجماع المحقق عليه، تعين الحكم بالفساد فيما نحن فيه، لاحتياج التعدي عن مورد النص

والظاهر ان ما افاده(قده) هو مراد المحقق النائيني(قده) بقوله: «إن جعل المتعاقدين التبعض بالنسبة إلى المبيع أو الثمن ليس محللاً للحرام ولا محرماً للحلال.

ويكفي في صحته عموم «المؤمنون عند شروطهم.»

وتوهم: ان الالتزام العقدي أمر بسيط فاما ان يجعل للمشروط له تمام الالتزام واما أن يبطل.

فاسد جداً، لأنه لا ينافي بساطة الالتزام جعل التبعض في الملتزم، فان التبعض قد ينشأ من جعل مختلفي الحكم متعلقاً لبائع واحد، كما لو باع الخل والخمر أو مال نفسه ومال غيره صفقة، وقد ينشأ من جعل البائع أو المشتري بالنسبة إلى الثمن أو المثلث الذي لولا الجعل كان جميع اجزائه متحد الحكم.

ففيما لو أطلق اشتراط الفسخ برّد الثمن لم يكن له الفسخ إلا برّد الجميع، واما لو شرط الفسخ في كل جزء، برّد ما يخصه من الثمن، فالبايع بالشرط جعل المبيع للمشتري متبعضاً ولا مانع منه»(1).

فان ظاهر عبارته وان كان بقاء الالتزام أمراً بسيطاً وموحداً - رغم اختلاف الملتزم - إلا أنه لا يبعد ان يكون مراده من الالتزام هو الإنشاء نفسه دون الحصول منه، وإلا فلا وجه الإبطال بعض الملتزم وفسخه مع بقاء الالتزام الموحد على حاله.

وعلى أي حال فما افاده المحقق الأصفهانى(قده) تام ومتين ولا غبار عليه، ولما كان الحكم في خيار تبعض الصفقة مقتضى القاعدة - على ما يقتضيه التحقيق - كان المتعين في المقام الحكم بصحة اشتراط الخيار في بعض المبيع خاصة.

إلا أن السيد الخميني(قده) لم يرتض ذلك، وذكر في حديث طويل مجموعة من الإيرادات عليه، ثم استخلص كون الخيار في موردي تبعض الصفقة واشتراط ردّ بعض المثلث برّد ما يقابله، أمراً عقلاً ثابِتاً ببناء العقلاء مع فرض اتحاد العقد.

(1)منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 54.

قال (قده) ما نصه: «والعمدة هو الاشكال المختص بالصورة الثالثة شرط الفسخ في كل جزء برّد ما يحاذيه من الثمن وهو ان العقد بسيط غير قابل للتبويض فقد يقال في جوابه: ان العقد الواقع على شيء قابل للتحليل ينحل الى عقود كثيرة حسب تحليل المعقود عليه، وهذا هو المبنى لخيار تبعض الصفقة، فيصح فسخ عقد انحلالي دون آخر.

وفيه مضافا الى انه أمر لا يقبله العقل، بل هو مستنكر عندهم، ضرورة ان من باع أو اشترى دابة أو دارا لا ينقذ في ذهنه نوعا أبعاض المبيع، سواء الأبعاض الخارجية العرضية والطولية، كالنصف ونصف النصف، والقائل بالانحلال العقد لا بدّ وان يقول بقرارات متعددة، والقرار لا يعقل ان يكون مغفولا عنه حينه، ولوقيل لمن باع فرسا: «انك أوقعت عقودا كثيرة» لاستنكره، والانحلال الذي له حكم لا بدّ أن يكون كذلك.

ومضافا الى ان القائل بالانحلال على نحو مستقل كل عقد في الفسخ والإمضاء، بدعوى كونه موافقا للقواعد لا بدّ وان يلتزم بذلك في أشباهه، كالنذر والعهد واليمين، فيكون تعلق النذر بشيء قابل للانحلال موجبا لكثرة النذر، ولترتب الحكم على كل واحد منها مستقلا كما في المقام، فلا محالة يتحقق الحث بمقدار أبعاض الشيء المنذور، وفي المقام لو قلنا بوجوب الوفاء بالعقود شرعا لا بدّ من الالتزام بحصول المعاصي غير المحدودة بمخالفة العقد الواقع على الشيء القابل للتحليل.

Al-Khoei Institute

وتنظير المقام بمثل العموم الأفرادي والإطلاق في غير محله، كما لا يخفى على المتأمل. انه يرد عليه: ان لا إشكال في ان العقد وقع على الكل، والقائل بالانحلال يعترف بذلك، ولا إشكال في انه ناقل للكل، وعليه فتكون العقود الانحلالية غير ناقلة، لامتناع تحصيل الحاصل، فلا تكون تلك العقود غير الناقلة عقلائية لا إنشاء ولا واقعا، ومع الغض عنه لا تأثير لفسخها، ومع الغض عنه لا يكون فسخ العقد الانحلالي موجبا لفسخ العقد الواقع على الكل، وبدونه يجب الوفاء به.

هذا مضافا الى ان لازم الانحلال الطولي ان يتكرر العقد على جزء واحد مرات

عديدة، بل الى غير النهاية، لأن مراتب الكسور لا حد لها، فالعقد الواقع على الكل إذا انحل الى العقد على النصف يكون النصف متعلقا للعقد مرتين، وينحل النصف الى النصفين، وهكذا، فيتعدد العقد اي القرار المعاملي بين المتعاقدين على مراتب الكسور بتعددتها.

ثم ان العين لها أجزاء عرضية، فيتعدد العقد على شيء واحد حسب الأجزاء الخارجية المجهولة غالبا عند المتعاقدين.

ولوقيل: ان العقد لم يقع على الكل، ومعنى الانحلال انه عقود واقعة على الأجزاء العرضية فقط.

فهو أفحش، مع ان لازمة عدم تبعض الصفقة، فإن معنى التبعض ان المعقود عليه شيء واحد ذو أبعاد، لا أن عقودا متعددة تعلقت بالأبعاد مستقلا، فليس للمعقود عليه بما هو معقود أبعاد، والأبعاد ليست بمعقود عليها.

وتوهم: أن العقود وان كانت كثيرة على أبعاد كثيرة، لكن الشرط الضمني أن تكون الأبعاد منضمة لا منفردة.

فاسد، مع ان لازمة ثبوت خيار تخلف الشرط لا تبعض الصفقة.

ومنه يظهر ان خيار تبعض الصفقة فيما ثبت غير خيار الشرط، فالقول بالشرط الضمني مع مخالفته للواقع العقلاني، هادم لخيار التبعض.

والتحقيق: ان خيار التبعض خيار عقلائي برأسه مقابل خيار الشرط وغيره، وليس من جهة تعدد العقود، ولا يبتني على الانحلال المزيف آنفا، فإذا وقع العقد على عين يملك البائع بعضها مع عدم علم المشتري، يقع العقد الإنشائي على المجموع، وهو عقد واحد إنشائي متعلق بواحد، ويترتب عليه النقل الإنشائي الذي هو المناط في تحقق عنوان البيع وان لم يترتب عليه النقل الواقعي إلا فيما يملكه، فبيع ما يملكه البائع مع ما لا يملكه، بيع واحد - لا بيوع متعددة - واقع على شيء واحد هو المبيع بتمامه لا بأبعاضه، لكنه لا يؤثر بحسب اعتبار العقلاء في النقل الواقعي إلا فيما يملكه، ويكون للمشتري خيار التبعض، لا للشرط الضمني، ولا لتعدد البيع، فان كل

ذلك أجنبي عن خيار التبعض وهاشم لأساسه، بل لكونه امراً عقلائياً كخيار العيب والغبن ونحوهما.

والتحقيق: ان الأمور الاعتبارية -ومنها العقود- لا ينبغي خلطها بالأمور التكوينية الواقعية، ألا ترى ان الأشياء الواقعية كالدار والدابة ونحوهما لا يعقل أن تكون هي ولا أوصافها نسبية بالنسبة إلى الأشخاص، فلا تكون الدابة -مثلاً- عربية بالنسبة إلى شخص وغير عربية بالنسبة إلى آخر، ولا يكون البناء مستحكما بالنسبة إلى شخص وغير مستحكم بالنسبة إلى آخر، أو متزلزلاً بالنسبة إلى شخص وغير متزلزل بالنسبة إلى آخر.

واما العقد فقد يكون متزلزلاً بالنسبة إلى شخص ولازماً غير متزلزل بالنسبة إلى آخر، كما في خيار الحيوان الثابت للمشتري، وكما في عقد الأصيل مع الفضولي، بناء على ما قاله بعض المحققين من لزومه بالنسبة إلى الأصيل.

فالعقد أمر اعتباري مضاف إلى الأعيان وأجزائها، وفي سوق العقلاء قابل للتجزئة، فترى ان في بيع طن من البطيخ إذا ظهر العيب في نصفه -مثلاً- يصح عند العقلاء ردّ البعض ولوبا لإقالة، ومن الواضح ان بيعه ليس ببوعاً عندهم، ولا ردّ بعضه بيعاً جديداً. كما ان جعل الخيار لبعض المثلثين أمراً عقلائياً لا يتعدد العقد، فإنه واضح الفساد ولا ينقدح في ذهن العرف، بل لأن العقد قابل للفسخ بالنسبة، وهو أمر اعتباري تابع لاعتبار العقلاء كيفية وفي التجزئة وعدمها، ولا ينبغي الشك في ان جعل الخيار في البيع بالنسبة إلى بعض المبيع عقائلي، في حين ان تعدد البيع في مثل بيع الدار والدابة غير عقائلي. وليس ذلك إلا لأن العقد قابل للحل بالإضافة والبقاء بالإضافة، والقياس بالحبل ونحوه من التكوينية باطل، والأمر موكول إلى العقلاء والعرف، ومع كونه عقائلياً فلا مانع من اشتراطه» (1).

وما افاده(قده) بطوله وتفصيله بعيد عن روح الإشكال في المقام وما أفيد في الجواب عنه تماما، ولا يخلو عن مواقع للنظر.

ذلك ان روح الاشكال وحقيقته في المقام-اشتراط الفسخ في بعض المبيع- تتلخص في امتناع تجزئة الأمر البسيط وتبعيضه عقلا، فلا يصح الاشتراط لأنه من اعتبار الأمر الممتنع.

وقد ردّه المحقق الأصفهاني(قده) بنفي الامتناع العقلي منه، بناء على كون خيار تبعض الصفة مقتضى القاعدة، إذ ان هذا التقدير يعني انحلال العقد بتبع انحلال المعقود عليه بحسب الإمكان والقابلية، ومتى ما انحل المعقود عليه الى بعضين بالفعل تبعه العقد في ذلك، فينفسخ بعض العقد بفسخ ذي الخيار ويبقى بعضه الآخر على دوامه واستمراره. إذا عرفت هذا تعرف ان ما افاده السيد الخميني من كون كل من خيار تبعض الصفة والخيار في بعض المثلث بالاشتراط خيارا عقلائيا ثابتا ببناء العقلاء، مستقلا في وجوده عن سائر الخيارات، ولا يبتني على تعدد العقد ولا على الانحلال المزيف- على حد تعبيره بل العقد أمر بسيط غير قابل للتبعيض، لا يرتبط بواقع الاشكال وصلبه بالمرّة، فضلا عن الجواب عنه.

فإنه لا يتعرض في كلامه الى المحذور العقلي في هذا الاشتراط ويغفله تماما، حيث يركز حديثه على كون الخيار في المقامين امرا عرفيا عقلائيا، من غير ان يتعرض لإمكان انحلال العقد بتبع انحلال متعلقه عقلا وعدمه، في مقام الثبوت قبل مقام الاستظهار.

ومن هنا يرد عليه انه:

إن اعتقد بالإمكان وقابلية العقد للتجزية عقلا بتبع تبعض المعقود عليه، لانحسم أصل الإشكال المذكور في المقام -الامتناع العقلي- ولا حاجة معه الى التشبث بحكم العقلاء، بل يكون حال هذه الصور حال سائر الصور المتصورة في الاشتراط، في شمول الأدلة لها.

وان اعتقد بالامتناع وعدم القابلية عقلا-كما هو صريح بعض كلامه وظاهر بعضه الآخر-لم ينفعه حكم العقلاء ولا بناؤهم، لا في خيار تبعض الصفقة ولا في المقام، لوضوح سقوط الدليل السمعي فضلا عن بناء العرف والعقلاء، باصطدامه بالامتناع العقلي.

وبعبارة أخرى: انه ان التزم بامتناع تبعض العقد الواحد عقلا، لم ينفعه التشبث ببناء العقلاء لإثبات جوازه، فان بناء العقلاء لا يجوز الممتنع، وان التزم بالإمكان وجواز التبعض، انتفى الاشكال من أساسه، ولا حاجة معه الى تكلف إثبات بناء العقلاء، وجعله خيارا مستقلا.

ثم ان في كلامه (قده) مواقع للنظر تستحق التوقف عندها، نقتصر على ذكر جملة منها. الموقع الأول: قوله: «وفيه مضافا الى انه أمر لا يقبله العقلاء، بل هو أمر مستنكر عندهم.»

ففيه: انه ليس المدعى انحلال كل عقد وإنشاء إلى قرارات متعددة وعقود عديدة كي يقال بأنه أمر مستنكر عند العقلاء، وانه لا يندح في ذهن البائع ولا المشتري نوعا أبغض المبيع الطولية أو العرضية، بل المدعى قابلية العقد للانحلال إذا كان المعقود عليه كذلك، فإذا تحقق ذلك بالفعل وانتقل الانحلال من مرتبة القابلية في المعقود عليه إلى مرتبة الفعلية، انحل العقد باتباعه إلى جزئين وقرارين، فإذا باع زيد أرضه من عمرو واشترط عليه في ضمن العقد ان يكون له الفسخ في نصفه خاصة برّد ما يقابله من الثمن دون النصف الآخر، انحل العقد والإنشاء الواحد الى قرارين لا محالة، قرار بمبادلة النصف المشاع من الثمن بالنصف المشاع من الثمن مع اشتراط الخيار فيه للبائع برّد الثمن، وقرار بمبادلة النصف الآخر من المبيع بالنصف الآخر من الثمن على نحو البت والاستقرار، ولذا لا يقول أحد فيه بثبوت خيار تبعض الصفقة للمشتري إذا استخدم البائع حقه في فسخ النصف برّد ما يقابله من الثمن.

وما ذكرناه من المثال ونحوه مما يتبع بعض فيه القرار العقدي باتباع المعقود عليه،

هو محط البحث الذي ينبغي قياس الضابط المذكور عليه لمعرفة صحته وسقمه، دون ما أورده من الأمثلة حيث لا مبرر لانحلال العقد فيها بالمرة.

وبعبارة أخرى: ان الحديث عن تعدد القرار العقدي إنما يكون حيث يكون متعلق العقد منحلًا إلى أبعاض وأجزاء ولوفي اعتبار المتبايعين وبلحاظ ما يأخذانه في بعضه دون بعضه الآخر، فلا وجه للنقض بموارد لا مبرر فيها لتبعض العقود عليه، ويقال باستنكار العقلاء للقرارات المتعددة فيها.

الموقع الثاني: قوله: «لا بد وأن يلتزم بذلك في أشباهه، كالنذر والعهد واليمين.. إلخ.» ففيه: ان الأمر كما ذكره، حيث يتعين الإلتزام بالانحلال في أشباه المقام مما يكون متعلق القرار متعددًا واقعا أو بالاعتبار، ولا محذور فيه بتاتا، فان القرار النذري أو العهدي أو اليميني لا يختلف نهائيا عن القرار البيعي في جعله وقراريته، فالكل قابل للانحلال بقابلية متعلقها، وإذا بلغت تلك القابلية إلى مرحلة الفعلية تحقق الانحلال الفعلي في القرار أيضا.

فإذا قيد الناذر ذبيحة للفقراء دفع نصفه للعلماء أو السادة منهم في النذر، انحل النذر بتبع متعلقه إلى قرارين لا محالة، قرار بتقسيم النصف المشاع من الذبيحة لمطلق الفقراء، وقرار بدفع نصفه الآخر لخصوص السيد أو العالم منهم، على ما يشهد له الوجدان بكل وضوح.

ومنه يظهر انه لا محذور في ما استنكره من «ترتب الحكم على كل واحد منها مستقلا كما في المقام» فإنه مقتضى الانحلال والتبعيض، ولا ضير فيه، فيكون لكل واحد من البعضين المستقلين بتبع استقلال موضوعه حكمه المستقل.

الموقع الثالث: قوله: «يرد عليه ان لا إشكال في ان العقد وقع على الكل، والقائل بالانحلال يعترف بذلك، ولا إشكال انه ناقل للكل.»

ففيه: ان منشأ توهم المغايرة الحقيقية في الوجود بين الكل وأبعاضه، والحال ان الأمر ليس كذلك، فإن الأبعاض ليست من حيث الوجود الا نفس العقد الناقل

للكل، وليس الفرق بينهما إلا في الاعتبار واللاحاظ، فإنها إن لوحظت لا بشرط الاجتماع والانضمام كانت أبعاضاً، وإن لوحظت بشرط الوحدة والاجتماع كانت الكل.

وعليه فالعقود الانحلالية ناقلة بعين نقل عقد الكل، من دون أن يستلزم منها تحصيل الحاصل الممتنع، أو تكون تلك العقود غير عقلانية.

ومع تعلق الفسخ ببعضها يفسخ ذلك البعض، وبه يسقط وجوب الوفاء عن الكل بحدده وقيدته -الوحدة والاجتماع- ويتعين وجوب الوفاء بالباقي، على ما هو قضية الانحلال والتجزئة.

وإذا شئت مزيد إيضاح لما ذكرناه، فقس إنشاء البيع على إنشاء الوجوب الصادر من المولى بالنسبة إلى عبيده، فإنه كما ينحل ذلك الوجوب الواحد إلى أبعاض وأجزاء، بأخذ المولى لقيد أو شرط في متعلقه بالنسبة لبعض عبيده دون بعض، من غير أن يلزم منه شيء مما ذكره من تحصيل الحاصل أو غيره، فكذا الحال فيما نحن فيه، فإن إنشاء البيع لا يختلف عن إنشاء الوجوب في شيء من حيث القرار والجعل.

ومنه يظهر الحال فيما رتبته (قده) على ما ذكره في المقام.

الموقع الرابع: قوله: «أن لازم الانحلال الطولي أن يتكرر العقد على جزء واحد مرات عديدة، بل إلى غير النهاية.»

ففيه: أن فعلية انحلال العقد -كما عرفت- تابعة لفعلية انحلال المعقود عليه -متعلق العقد- وفعلية ذلك يعنى تعين الأجزاء والأبعاض بلحاظ ما هو الملاك في التكرر والتفرق -الأمور الحقيقية أو الاعتبارية- ومعه لا يلزم تكرار العقد على جزء واحد مرات عديدة إطلاقاً.

نعم، لو كان المدعى انحلال كل عقد بالفعل بلحاظ ما يتصور في متعلقه من أجزاء وأبعاض وإن لم يتحقق فيه -المتعلق- الانحلال بالفعل، لكان ما ذكره من الأشكال وارداً، إلا أن الأمر ليس كذلك، كما عرفت.

ثم إن ما ذكرناه من الإيراد يجرى بعينه بالنسبة لقوله بعد ذلك: «ثم إن العين

لها أجزاء عرضية، فيتعدد العقد على شيء واحد حسب الأجزاء الخارجية.»

إذ المدعى هو قابلية العقد للانحلال، دون فعليته قبل تحقق الانحلال في متعلقه بالفعل.

ومع تحققه كذلك ينحل العقد، إلا أنه لا يتكرر على جزء واحد مرتين إطلاقاً، لأنه إنما ينحل بلحاظ الأبعاد الحاصلة بالفعل من انحلال المبيع حقيقة أو بالاعتبار.

الموقع الخامس: قوله: «والتحقيق ان خيار التبعض خيار عقلائي برأسه..

لكنه لا يؤثر بحسب اعتبار العقلاء في النقل الواقعي إلا فيما يملكه.»

ففيه: أن التفصي عن اشكال فسخ بعض العقد دون بعضه بالتمسك باعتبار العقلاء وحكمهم به، في قبال دعوى انحلال العقد وتبعض الالتزام، أمر غير صحيح، بل ولا محصل له.

وذلك لوضوح ان بناء العقلاء واعتبارهم ليس من قبيل الأحكام التعبدية الصادرة من الشارع للمكلفين أو المولى لعبيدة، بل ولا من قبيل ما تصدره جماعة معينة تمثل السلطة التشريعية في الأنظمة الحاكمة، حيث يكون هناك حاكم ومحكوم ورئيس ومرءوس.

إذ ليس هناك حكم بالمعنى الصحيح للتعبير - صادر من طبقة معينة أوجهة خاصة، يفرض على عامة الناس.

بل ان حقيقة بناء العقلاء وحكمهم ليست إلا إدراك  عامة الناس في مختلف الأمصار والأعصار لذلك وقيام سيرتهم العملية عليه، من غير أن يكون لأحدهم فيه فضل على غيره، فشان كلهم فيه سواء.

ثم ان إدراكهم هذا ناشئ لا محالة من التفاتهم إلى خصوصية في المورد تحملهم عليه، بحسب فطرتهم والنور المستودع في الإنسان منذ تكوينه، والعقل المائز له عن سائر الموجودات.

وهو من الوضوح الى حد يجعلنا في غنى عن بيانه وشرحه.

فإذا لاحظنا موارد ثبوت خيار تبعض الصفقة ببناء العقلاء، نجد أن حكمهم

لا يمثل تعبداً اعمى منهم، وقهراً لمن عليه الخيار بذلك، وإنما حال صاحب الخيار فيه حال الأجنبي عن العقد تماماً في إدراكه ذلك بتبع إدراكهم الخصوصية المقتضية له.

فإن العقد حيث تعلق بما هو ملك للبائع وله أن ينقله إلى غيره، وما هو ليس بملك له وليس من حقه أن يبيعه، انحل إلى التزامين لا محالة، التزام بما هو حقه، والتزام بما ليس من حقه، ومقتضاه الحكم بالصحة في الأول والفساد في الثاني.

إلا أن هذا الحكم ليس شيئاً وراء إدراك العقلاء مقتضى الملك وسلطنة المالك على ماله في الأول، ومقتضى عدمه وعدم جواز التصرف في ملك الغير في الثاني، بل هو بوعينه حقيقة، وإن أوهم التعبير عنه بالحكم خلاف ذلك.

ثم إن علم المشتري بحقيقة الحال قبل وقوع العقد، وأقدم عليه مع التفاته إلى تبعضه بلحاظ عدم صلاحية البائع في نقل جزء من المبيع إليه، لم ير العقلاء له الخيار في الباقي بعد استرداد مالك المتاع لماله الذي بيع فضولاً، حيث لا مبرر له بعد إقدامه عليه ملتفتاً لأمره، بل عليه أن يتحمل تبعات إقدامه وعواقبه.

وإن جهل المشتري ذلك ولم يعلم به إلا بعد وقوع العقد وتحققه، حكم العقلاء له بالخيار في الباقي، بالمعنى الذي ذكرناه، أعني إدراكهم لذلك، وقناعتهم بجواز جبر الضرر المتوجه إليه بالفسخ في البعض الآخر.

الأخيهما الخوئي
Al-Khoei Institute

ونظير هذا الكلام يجري فيما نحن فيه أيضاً، حيث لا يجد العقلاء وراء إدراكهم لجواز فسخ من له الشرط البعض المعين من العقد برّد ما يقابله من الثمن، لإدراكهم انحلال العقد نتيجة ذلك الشرط إلى عقدين والتزامين، شيئاً.

فليس لديهم أي حكم تعبدية في المقام بمعزل عن الإدراك الذي ذكرناه، ومعه لا محصل لدعوى بناء العقلاء على حق الفسخ في البعض، مع الإصرار على عدم انحلال العقد وتعدد الالتزام.

الموقع السادس: قوله: «والقرار لا يعقل أن يكون مغفولاً عنه في حينه.»

ففيه: أنه إنما يتم في غير الأمور الارتكازية الكامنة في قرار نفس المتعاقدين فإنها داخلية في ضمن الإنشاء والقرار جزماً رغم كونها مغفولاً عنها حينه غالباً، فلو

اشترى زيد من عمرو قطعة أرض بتخيل كونها ملكه، لكونها في يده أو غير ذلك من موجبات الاعتقاد، فتبين كون نصفها لغيره ورفض المالك إمضاء العقد الفضولي، لم تجد ترددا من العقلاء في الحكم بثبوت الخيار للمشتري في الباقي باعتبار تبعض الصفقة عليه، والحال أن قيد الوحدة والانضمام لم يذكر في العقد صريحا، بل لا يبعد غفلة المشتري حتى عن احتمال كون بعض المبيع لغير البائع.

ومثله أيضا شراء الوكيل من متعددين لمال لموكله بالإشاعة، مع جهل البائع بعدم كون الشراء لنفسه، فإنه لو فسخ بعض الموكلين العقد في حصة لغبن أو عيب أونحوهما، فلا إشكال في ثبوت الخيار للبائع في الباقي، لتبعض الصفقة بحكم العقلاء وبملاك إدراكهم لانحلال العقد في حقيقته وواقعه إلى عقود وقرارات متعددة، من دون توجه البائع لذلك وقصده له جزما، إذ معه لا يثبت له الخيار لإقدامه على الانحلال وإيقاعه القرارات المتعددة.

والحاصل: أن ثبوت القرار مع الغفلة عنه حينه ليس بعزيز فضلا عن كونه ممتنعا، وشواهد في الأمور الارتكازية في مقام العقد أكثر من أن تحصى.

ومما ذكرناه يظهر الحال فيما افاده (قده) من كون الإلتزام بالانحلال وتعدد البيع أجنبيا عن خيار تبعض الصفقة وهدما لأساسه **الخوئي**

Al-Khoei Institute

فإن الأمر على العكس مما افاده «قده» تماما، حيث أنه الأساس في ثبوت الخيار بحسب إدراك العقلاء، فإنهم إنما يرون الخيار لمن تبعض العقد بالنسبة إليه، جبرا للضرر المتوجه إليه بسبب الانحلال الحاصل بدون قصده والتفاته في مقام الإنشاء.

الموقع السابع: قوله: «والتحقيق أن الأمور الاعتبارية -ومنها العقود- لا ينبغي خلطها بالأمور التكوينية الواقعية.. ولا ينبغي الشك في أن جعل الخيار في البيع بالنسبة إلى بعض المبيع عقلائي، وليس ذلك إلا أن العقد قابل للحل بالإضافة، والبقاء بالإضافة، والأمر موكل إلى العقلاء والعرف، ومع كونه عقلائيا فلا مانع من اشتراطه.»

ففيه: ان الدابة وعروبته -مثلا- ليستا من مقولة الإضافة كما هو واضح، فلا علاقة لهما بالمقام، ولا وجه لمقارنتها بما نحن فيه، بل لا بد في المقارنة من ملاحظة ما هو من مقولة الإضافة من الأمور الواقعية.

واما دعواه عدم صحة قياس الاعتباريات بالتكوينيات وان البناء لا يكون متزلزلا بالنسبة إلى شخص، وغير متزلزل بالنسبة إلى غيره.

فيردّه انه ادعاء محض ولا يعضده دليل، بل الشواهد على خلافه، فإنه كما يكون العقد الذي هو من الاعتبار مقهورا بالإضافة إلى إرادة ذي الخيار وفسخه، غير مقهور بالإضافة إلى غيره، فكذلك البناء الذي هو من الأمور الواقعية، فإنه متزلزل ومقهور بالقياس إلى القوة الهادمة القوية، غير مقهور بالقياس إلى القدرة الضعيفة.

ونظائره في التكوينيات كثيرة، فالحكم أوضح من ان يخفى، فلا وجه للفصل بينهما من هذه الناحية.

واما قوله: «بل لأن العقد قابل للفسخ بالنسبة» وقوله: «لأن العقد قابل للحل بالإضافة والبقاء بالإضافة.»

فلم نتحصل معناه، ذلك ان المراد من النسبة والإضافة في المقام وخيار تبعض الصفقة: ان كان الحصة من العقد التي تضاف إلى مقدار من الثمن، فيكون معنى صحة العقد بالنسبة وفساده بالنسبة، أو حله بالنسبة وبقائه كذلك، صحة حصة منه مضافة إلى مقدار من الثمن، وبطلان حصة أخرى منه مضافة إلى باقي الثمن، فهو عين الانحلال المدعى، وكرّ على ما فرّ منه.

وان أراد من ذلك ان العقد بتمامه وكماله ومن دون انحلال أو تبعض، يصح بالنسبة ويبطل بالنسبة، نظير ما يذكر في خيار الحيوان -على ما مثل به- حيث يكون العقد بتمامه مستقرا بالنسبة إلى من انتقل عنه الحيوان، ومتزلزلا بالنسبة إلى من انتقل إليه.

فيرده: انه وان صحّ بالقياس إلى طرفي العقد -البائع والمشتري- لا يصح بالقياس إلى متعلقه وأبعاضه، ففي موارد بيع الشاة والخنزير جملة وبيع الخل والخمر كذلك، وبيع ماله ومال غيره صفقة واحدة، لا يعقل صحة تمام العقد -ثمننا ومثمننا- بالنسبة إلى الشاة والخل وماله، وبطلانه كذلك بالنسبة إلى الخنزير والخمر ومال غيره، بل لا يعدو ذلك كونه ألفاظا لا يمكن تصور معناها.

على اننا لو تنزلنا وقلنا بصحة ذلك ومعقوليته، فلازم صحة تمام العقد المتعلق بتمام المبيع في مقابل تمام الثمن بالنسبة إلى الشاة -مثلا- وبطلان تمامه كذلك بالنسبة إلى الخنزير، الحكم بالتساقط حيث لا يعقل اجتماعهما كذلك، فلا يمكن أن يكون العقد الواحد بتمامه وكما له من حيث الثمن والمثمن محكوما بالصحة والفساد معا، ومعنى ذلك عدم شمول دليلي الإمضاء والإلغاء للمقام، وهوما يؤدي إلى خلاف مطلوبه ومدعاه.

هذا مضافا إلى كون معنى ذلك ثبوت الخيار للمشتري في مورد تبعض الصفقة في تمام العقد بالنسبة إلى الخنزير والخمر، مع ان عقد بيعهما غير ممضى من الأول وباطل من أساسه، فلا يكون الفسخ بالنسبة إليهما إلا من تحصيل الحاصل.

ومما ذكرناه أنفا يجري بالنسبة إلى ما نحن فيه، أعني اشتراط الخيار في بعض المبيع خاصة على تقدير القول بامتناع الانحلال والتجزئة في العقد، فإنه لا يعقل فسخ تمام العقد المتعلق بتمام الثمن بالنسبة إلى حصة منه -الثمن- فقط دون الحصة الأخرى منه، على نحو الإضافة المتحققة إلى أحد طرفي العقد في خيار الحيوان.

وان أراد منه كون الانفساخ أمرا إضافيا غير حقيقي، فيمكن تحققه في العقد بالإضافة إلى أحدهما فيبني على رفع العقد ويرتب اثر عليه، ولا يتحقق بالإضافة إلى صاحبه، فيتعين عليه ترتيب آثار بقاء العقد واستمراره.

فهو وإن كان أمرا معقولا وقابلا للتصور في حد نفسه، إلا أنه لا يمكن الالتزام به قطعا، ذلك ان لازمة ثبوت ملكية البائع للمبيع شرعا- بمقتضى انفساخ العقد بالنسبة اليه، وملكية المشتري له كذلك بمقتضى عدم انفساخ العقد بالإضافة اليه،

وإن أراد منه ثبوت التجزئة والانحلال في العقد بحكم العرف وبناء العقلاء.
مع فرض امتناعه عقلاً-كما يظهر ذلك من قوله: «والأمر موكل إلى العقلاء والعرف،
ومع كونه عقلاً فلا مانع من اشتراطه.»

فهو من تصحيح الممتنع العقلي بحكم العقلاء، وهوكما ترى، فإنه يتنافى مع حكمة العقلاء
وعقلهم، ولا سبيل لرفع اليد عما ثبت بالعقل القطعي بالتعبد الصريح فضلاً عن بناء
العقلاء ونحوه.

بل إن اعترافه بثبوت بناء العقلاء على صحة ذلك، خير دليل على رد ما توهمه من
الامتناع.

الموقع الثامن: ما يظهر من التضارب والتنافي في كلامه (قده) في المقام. فإنه ورغم
إصراره على بساطة العقد وامتناع انحلاله وتجزئته عقلاً، بقوله: «إن العقد بسيط غير
قابل للتبعض.»

وقوله في رد ما ذكره المحقق النائيني (قده) من أن بساطة الإلتزام لا تنافي تعدد الملتزم:
«وأنت خبير بما فيه من عدم حل المشكلة، فإن الإشكال في تبعض العقد لا المعقود
عليه، وإن الخيار في بعض المبيع يلزم منه تبعض ما هو بسيط، وإلا فلو كان الشرط رد
البعض بنحو شرط النتيجة لا لخيار الفسخ فيه فلا مانع منه، وهو خارج عن محط
الكلام» (1).

تجده يلتزم بالتجزئة والانحلال بحسب بناء العقلاء وما يجري في الأسواق صريحاً
حيث يقول: «إن العقد أمر اعتباري مضاف إلى الأعيان واجزائها، وفي سوق العقلاء
قابل للتجزئة، فترى أن في بيع طن من البطيخ إذا ظهر العيب في نصفه مثلاً يصح
عند العقلاء رد البعض ولو بالإقالة، ومن الواضح أن بيعه ليس ببوعاً عندهم،

ولا ردّ بعضه بيعاً جديداً» (1).

ويقول أيضاً: «ان العقد قابل للفسخ بالنسبة وهو أمر اعتباري تابع لاعتبار العقلاء كيفية وفي التجزئة وعدمها، ولا ينبغي الشك في ان جعل الخيار في البيع بالنسبة الى بعض المبيع عقلاني، وليس ذلك إلا لأن العقد قابل للحل بالإضافة والبقاء بالإضافة... والأمر موكل الى العقلاء والعرف، ومع كونه عقلانياً فلا مانع من اشتراطه» (2).

ولا أدري هل يرفع (قده) اليد عن الامتناع العقلي القطعي بالاستناد الى ما يجري في الأسواق؟ وهل يعتقد بعد الكسر والانكسار بين حكم العقل وبناء العقلاء بإمكان الانحلال أو امتناعه؟ الى غير ذلك مما يتفطن اليه المتأمل في كلامه.

ثم ان الذي يتحصل من مجموع ما ذكرناه في هذه المسألة-اشتراط الفسخ في كل جزء من المبيع برّد ما يخصه من الثمن-ان العقد بحسب ارتكاز عامة الناس يتجزأ وينحل بتبع انحلال المبيع حقيقة أو بالاعتبار من دون ان يلزم منه محذور إطلاقاً.

المسألة الثانية: لوردّ البائع بعض الثمن وفسخ ما يقابله من العقد على حسب الشرط، ولم يتمكن من ردّ باقي الثمن وفسخ ما يقابله حتى خرجت المدة المضروبة، فهل يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة فيه أم لا؟

اختار الشيخ الأعظم (قده) ثبوته في المقام بل وحتى قبل خروج المدة.

قال رحمه الله: «ولو شرط البائع الفسخ في كل جزء برّد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، وللمشتري خيار التبعض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع وخرجت المدة.

(1) كتاب البيع ج 4 ص 250.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 250.

وهل له ذلك قبل خروجها؟ الوجه ذلك» (1).1).

وقد علق عليه السيد الطباطبائي (قده) بأنه إنما يتم فيما «إذا كان الشرط ردّ الكل، لكن لا على هذا الوجه، وإلا فلا يثبت له خيار التبعض، لأنه بإقدامه على الشرط المذكور أقدم على التبعض» (2).2).

وقد أوضحه المحقق النائيني (قده) بقوله: «انه ليس للمشتري خيار تبعض الصفقة، لأن أصل ثبوت خيار التبعض إنما هو لتخلف شرط ضمنى في العقد، وهو كون مجموع المبيع بوصف اجتماعه مقابلاً لمجموع الثمن، فلوصرحا بانحلال العقد وإمكان تبعضه فلا شرط ضمناً، بل الشرط على خلافه، نعم لو شرط فسخ المجموع متدرجاً وفسخ في البعض ولم يفسخ في الباقي حتى خرجت المدة بطل الفسخ في البعض، نظير المكاتب المشروط» (3).3).

وهو كما تراه ظاهر في نفي خيار تبعض الصفقة على كل تقدير.

وقد صرح بذلك المحقق الأيرواني رحمه الله حيث قال: «بعد ان أقدم- المشتري- وقبل شرط الخيار في كل جزء بردّ ما يخصه من الثمن لم يكن له خيار التبعض إذا انقضت المدة ولم يدفع تمام الثمن، فضلاً عما إذا لم ينقض، لأنه هو الذي أقدم على حصول هذا التبعض بإقدامه على الخيار في أبعاض المبيع، إلا إذا كان التزامه بذلك منوطاً بإكمال تمام الثمن إلى منتهى مدة الخيار، وفي هذا لا يبقى موضوع لخيار التبعض إذا لم يكمل تمام الثمن في هذه المدة، بل كشف عدم إكماله عن بطلان فسخه السابق وعدم كون دفعه ذاك الدفع الخاص الموجب للخيار وهو الرفع المتعقب بدفع البقية.

هذا إذا أخذ دفع البقية قيداً لشرط الخيار، أما إذا كان الشرط للخيار دفع كل

(1) المكاسب ج 15 ص 88.

(2) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج 2 ص 30.

(3) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 54-55.

جزء لا بشرط، وكان دفع البقية شرطا مستقلا في البيع بلا ربط الخيار به، ثبت في تخلفه خيار تخلف الشرط، وكان له الفسخ في البقية بخيار تخلف الشرط، وعلى كل حال لا خيار لتبعض الصفقة» (1).

وهو خلاف صريح عبارة المحقق الأصفهاني (قده) حيث التزم بثبوت خيار التبويض في الفرض الثاني، أعني ما إذا كان الشرط فسخ العقد بتمامه تدريجا.

قال رحمه الله: «ان التبويض ان كان مما أقدم عليه المشتري من أول الأمر، فهو ضرر أقدم عليه بنفسه، ولذا لو اقتصر على شرط الخيار برّد نصف الثمن وحل العقد في نصف المبيع لم يكن للمشتري خيار التبويض. وأما إذا أقدم المشتري على فسخ العقد تدريجا بحسب ردّ الثمن تدريجا في مدة معلومة، فالضرر الذي لم يقدم عليه ما إذا لم يؤد الثمن تدريجا في المدة، بل ردّ بعضه فإنه له خيار التبويض دون ما إذا أدى الثمن تدريجا في المدة، فإنه بمجرد حل العقد في المدة في مقدار لا يوجب خيار التبويض مع انه مما أقدم عليه» (2).

ولم يبين (قده) وجه اعتبار ذلك من خيار تبعض الصفقة. أقول: اما مع عدم خروج المدة فالظاهر انه لا مبرر لإثبات الخيار للمشتري، فإنه سواء أ كان الشرط فسخ كل جزء مستقلا بوجهه الخاص، أم كان فسخ تمام العقد تدريجا، فإن المشتري قد أقدم عليه وعلى ما يترتب عليه من الضرر في المدة المحددة، ومعه لا وجه لثبوت الخيار له.

واما مع خروجها قبل ان يتمكن البائع من فسخ الباقي برّد ما يقابله من الثمن، فثبوت الخيار للمشتري مع كون الشرط هو فسخ التمام تدريجا وان كان صحيحا، إلا أن في اعتبار ذلك من خيار تبعض الصفقة غموضا، بل منعا واضحا، وذلك لما أفاده المحقق الايرواني (قده) تفصيلا.

(1) تعلية الايرواني على المكاسب ج 2 ص 26.

(2) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 47.

المسألة الثالثة: لو شرط فسخ الكل برّد جزء معين من الثمن في المدة المضروبة، صح الشرط ونفذ الفسخ بعد ردّ الجزء من الثمن.

والوجه فيه واضح، حيث يشملُه عموم: «المسلمون عند شروطهم.»

ولا يرد فيه شيء مما تقدم في المسألتين السابقتين، فإن ردّ البعض المعين من الثمن شرط في جواز فسخ تمام العقد دفعة، ومعه فلا انحلال ولا تبعض في الصفقة.

المسألة الرابعة: لو صرح في متن العقد بلزوم دفع تمام الثمن في ثبوت الخيار، أو أطلق الخيار برّد الثمن، لم يكن له الفسخ إلا برّد جميعه كاملاً.

ويقتضيه العمل بالشرط وظهور الإطلاق في ذلك.

فلو ردّ بعضه لم يكن للبائع الفسخ عملاً بالشرط، ولا يجوز للمشتري التصرف في المدفوع اليه بالنظر لبقائه على ملك البائع.

ثم انه لو استلمه منه بعنوان كونه بعض الثمن، فالظاهر ضمانه له في فرض تلفه، لانه ليس بحقه ولا هو من الوديعة عنده.

نعم، لو صرح البائع بكونه امانة عنده حتى يكتمل الثمن فيجوز له الفسخ، جرى عليه حكم الوديعة عند التلف.

المسألة الخامسة: لو شرط الخيار في الكل برّد جزء من الثمن من غير تحديد بكمية معينة، ففي نفوذه وصحته أوبطلانه وجهان.

اختار الشيخ الأعظم(قده) الصحة صريحاً حيث قال: «ويجوز اشتراط الفسخ في الكل برّد جزء معين من الثمن في المدة، بل بجزء غير معين، ليبقى الباقي في ذمة البائع بعد الفسخ»(1).

ووافقه عليه المحقق النائيني(قده) مصرحاً بعدم المانع منه(2).

وتبعهما في ذلك المحقق الأصفهانى(قده) حيث أفاد: «والمراد بغير المعين ما ليس له تعيين في مرحلة الشرط وان كان يتعين قهراً حال الرد، ولا يلزم غرر منه بعد

(1) المكاسب ج 15 ص 89.

(2) منية الطالب في حاشية المكاسب ج 2 ص 55.

ضبط مدة الخيار من حيث المبدأ والمنتهى، فإنه لا شبهة في صحة شرط الخيار من دون تعليق على رد الثمن خارجا، فإذا لم يعتبر أصله فلا موجب لاعتبار تعيينه»(1). لكنه قد يقال بالبطلان فيه لكونه غررا ومجهولا، ولا وجه لقياسه على اشتراط الخيار في المدة المعلومة من دون تعليق، فإن الجعل والمجعول في المقيس عليه معلوم لا غرر فيه، وإنما المجهول فيه موعد تنفيذ ذلك خارجا، وزمان تحققه في إطار المدة المضروبة له، وهو غير قادح، في حين أن أصل الشرط المأخوذ في الخيار مجهول في مقام الجعل والاعتبار فيما نحن فيه.

قال السيد الخميني(قده): «وكذا الحال -غرري مجهول باطل- لو شرط رد مقدار غير معين مجهول لثبوت خيار فسخ أصل المعاملة، فإنه أيضا قرار مجهول ولوبالنسبة إلى مقدار ما يؤدي، ولا يكفي في رفع الغرر والجهالة علمهما بمبدأ الخيار ومنتهاه.

وقياس المورد بجعل أصل الخيار في مدة معلومة حيث يصح بلا كلام، مع الفارق، لأن الجعل في المقام مجهول وإن آل إلى العلم، وهناك لا جهالة فيه، وإنما الجهل في عمل البائع، وهو خارج عن المعاملة، وهذا نظير شرط الخيار في مدة معلومة عند إعطاء شيء مجهول، سيما إذا كان الإعطاء بعنوان التملك»(2).

إلا أنه يدفعه: أن الغرر ليس هو مطلق الجهالة بالشيء، وإنما هو خصوص الجهالة المؤدية إلى الخطر في المال. وعليه فلا وجه لاعتبار المورد غرريا حيث لا خطر على شيء من مال المشتري، فإن البائع برده جزءا من الثمن -مهما قل أوكثر- يملك الخيار، وأعماله لا يعني إلا رد تمام الثمن إلى المشتري لاسترداد المبيع بتمامه منه، بعد تحقق النقل والانتقال بينهما بموجب الفسخ.

ومعه فأي خطر على المشتري في ماله من جراء جهله بمقدار الشرط حين الجهل.

(1) تعلية الأصفهاني على المكاسب ج 2 ص 47.

(2) كتاب البيع ج 4 ص 251.



اشتراط المشتري الخيار برّد المثلّمن

أدلّته

الفروض المتصورة فيه





كما يجوز للبائع اشتراط الخيار وفسخ العقد برّد المثلّث، كذلك يجوز للمشتري اشتراطه برّد المثلّث، ولا خلاف فيه، ويقتضيه إطلاق قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» وبذلك يدخل في مصاديق خيار الشرط.

نعم، لا تشمل النصّوص الخاصة الواردة في بيع الخيار بظاهرها، باعتبار أن موردها هو اشتراط الفسخ برّد المثلّث.

إلا أن ذلك لا يمنع من شمول الإطلاق والأدلة العامة له.

على أنه يمكن دعوى عدم الخصوصية لاشتراط البائع الخيار برّد المثلّث، وإن ذكره في النصّوص من جهة كونه الفرد المتعارف والمصدق المبتلى به عند عامة الناس في بيع الخيار، وإلا فمقتضى ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع شمولها لاشتراط المشتري الخيار برّد المثلّث.

ثم إن ما ذكرناه في اشتراط البائع الفسخ برّد المثلّث من فروض يجري في ما نحن فيه، لاتحاد المبحثين من حيث الحقيقة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

فإن كان الشرط ردّ شخص المثلّث، لم ينفذ الفسخ برّد بدله، سواء أ كان التلف باختياره أم كان بغير اختياره.

نعم، لا يبعد في فرض الإطلاق التزام تعيّن ردّ شخص المثلّث، كما جزم به الشيخ الأعظم (قده) (1) حيث لا يكون العقد مبنياً على تلف المثلّث أو التصرف الناقل فيه، وبذلك يختلف الحكم في المقام في المثلّث عنه في المثلّث، لما عرفته من معهودية إتلافه من قبل المشتري لحاجته إليه غالباً.

وإن كان الشرط ردّ شخصه مع وجوده وبدله على تقدير تلفه، اتبع الشرط في نفوذ الفسخ، فلا ينفذ مع ردّ البديل عند وجود شخص المثلّث، ويصح على تقدير تلفه

ولا اشكال فيه ولا خلاف، وليس فيه ما ينافي حقيقة الفسخ وإبطال العقد.

وان كان الشرط ردّ البديل حتى مع بقاء العين، فقد استشكل الشيخ الأعظم (قده) فيه بقوله: «وفي جواز اشتراط ردّ بدله ولومع التمكن من العين اشكال، من انه خلاف مقتضى الفسخ، لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه، فاشتراط البديل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسخا في الحقيقة» (1).

أقول: من الواضح الذي لا ينبغي الإشكال فيه، ان محط البحث في المقام ليس أخذ ردّ البديل شرطا لثبوت الخيار أو تنفيذ الفسخ فقط مع بقاء مفادهما على حاله، اعني عود كل من المالين بالفسخ الى مالكة الأول، إذ لا وجه للتردد في صحة ذلك، فان للمتعاقدین اناطة جواز الفسخ بما يشاءان حين العقد، ولو كان أجنبيا عن العقد تماما كأداء المشروط عليه فعلا معا، فضلا عما لو كان مرتبطا نحوا ما بالمالين، فيثبت الخيار بتحقيق المعلق عليه وينفذ الفسخ بعده، وبه يعود كل من المالين الى مالكة الأول.

وانما محط البحث عندهم في المقام، فهوما إذا كان ردّ البديل بعنوان كونه حق البائع ومملكه بمقتضى الفسخ مع بقاء العين على ملك المشتري.

وكيف كان، فالشرط المذكور يتصور على نحوين:

الأول: ان يكون مفاد الشرط رجوع البديل بالفسخ الى ملك البائع في مقابل عود الثمن الى ملك المشتري.

الثاني: أن يكون مفاده عود كل من المالين الى مالكة الأول، مع تحقق المبادلة بين شخص المثلث الذي هو حق البائع بالأصالة وبدله بالاشتراط.

اما النحو الأول: فالمتعين فيه البطلان، لمنافاته لحقيقة الفسخ وحل العقد، فان مقتضى رفع العقد وفرضه كأن لم يكن عود كل من متعلقيه الى ما كان عليه قبل تحققه، وهوما يعني عود شخص المبيع -على تقدير وجوده- الى ملك البائع في مقابل عود

الثمن إلى المشتري، فلا يكون شرط منافيه نافذا.

والظاهر أن هذا الفرض هو محط نظر الشيخ الأعظم (قده) في كلامه المتقدم نقله.

وأما النحو الثاني: فلا اشكال فيه من حيث مقام الثبوت، إذ لا محذور في اشتراط التبادل بين شخص المثلث وبدله بعد الفسخ، لتكون النتيجة عود البديل إلى البائع في مقابل عود الثمن إلى المشتري.

فإنك قد عرفت عدم المحذور في شرط النتيجة فيما لا يتوقف تحققه على سبب خاص. إلا أن الكلام فيه في مقام الإثبات وانحلال اشتراط رد البديل إلى اشتراط الفسخ واشتراط التبادل القهري بين المثلث وبدله.

إذ لا بد في صحته من تحقق الدلالة عليه، سواء بالتصريح عليه في مقام الاشتراط، أو فرضه من الشروط الارتكازية بين المتعاقدين في مثل المقام، وإلا فمجرد قصدهما للتبادل بعد الفسخ لا يكفي في تحققه خارجا.

وبعبارة أخرى: إن مجرد قصد التبادل بين المثلث وبدله في مقام اشتراط رد البديل لا يكفي في تحقق التبادل بعد الفسخ، لوضوح عدم كون القصد من أسباب تحقق النقل والملكية، بل لا بد فيه من دخوله في متن الشرط بحيث يكون التبادل جزءا من الشرط ولو بحسب الارتكاز في أمثال العائد إلى الشرط الضمني، كي يكون تحقق الملكية مستندا إلى الشرط، ويكون من شرط النتيجة.

ودعوى كون ذلك هو المتعارف في أمثال المقام ليست ببعيدة.

ثم إنه مما ذكرنا يعلم الحال في اشتراط رد التالف بالمثل في القيمي أو بالقيمة في المثلي. فإنه إن رجع الشرط إلى ضمان المثلي بالقيمة أو العكس بطل، لمنافاته لحقيقة كونه مثليا أو قيميا.

وان رجع إلى اشتراط أداء ما ثبت في ذمته بالتلف ووفائه بذلك صح ونفذ.

والحمد لله أولا وآخرا.



- 1- القرآن الكريم.
- 2- تذكرة الفقهاء / الشيخ ابو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلبي / العلامة موسوعة فقهية مقارنة / تحقيق السيد محمد كلانتر.
- 3- تعليقه على المكاسب / الشيخ محمد حسين الغروي الاصفهاني. جزءان في مجلد - طبعة حجرية - ايران.
- 4- تعليقه على المكاسب / الشيخ ميرزا علي الايرواني الغروي. جزءان في مجلد - طبعة حجرية - المطبعة الرشيدية - طهران.
- 5- تكملة منهاج الصالحين / السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي. مطبعة الآداب - النجف الاشرف.
- 6- جامع المقاصد / الشيخ علي بن عبد العالي الكركي / المحقق الثاني. مجلدان - طبعة حجرية - ايران.
- 7- جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام / الشيخ محمد حسن النجفي. موسوعة فقهية في ثلاث واربعين جزءاً منشورات دار الكتب الاسلامية / النجف.
- 8- حاشية على المكاسب / السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي. جزءان في مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.
- 9- الحقائق الناضرة / الشيخ يوسف البحراني. موسوعة فقهية في خمسة وعشرين جزءاً - تحقيق الشيخ محمد تقي الايرواني.
- 10- الدروس الشرعية في فقه الامامية / الشيخ ابو عبد الله محمد بن مكي العاملي / الشهيد الاول، جزءان في مجلد - انتشارات صادقي / قم.

- 11-الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية / الشيخ زين الدين الجبعي العاملي / الشهيد الثاني... موسوعة فقهية في عشرة اجزاء / تحقيق السيد محمد الكلانتر.
- 12-رياض المسائل / السيد علي بن محمد علي الطباطبائي. جزءان / طبعة حجرية - ايران.
- 13-سنن البيهقي (السنن الكبرى) / احمد بن الحسين بن علي البيهقي. موسوعة احاديث في عشرة اجزاء - دائرة المعارف العثمانية - مصر.
- 14-شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام / الشيخ ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي / المحقق.
- أربعة اجزاء - تحقيق عبد الحسين محمد علي / النجف الاشرف.
- 15-العروة الوثقى / السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي. جزءان / مطبعة الآداب النجف الاشرف.
- 16-فقه الصادق / السيد محمد صادق الحسيني الروحاني. موسوعة فقهية في واحد وعشرين جزءاً - مطبعة مهر - قم.
- 17-القواعد والفوائد / الشيخ ابو عبد الله محمد بن مكي العاملي / الشهيد الاول جزءان - تحقيق الدكتور عبد الهادي الحكم.
- 18-قواعد الاحكام / الشيخ أبو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي / العلامة جزء واحد - طبعة حجرية - ايران.
- 19-الكافي / الشيخ ابو جعفر محمد بن يعقوب بن اسحق الكليني. موسوعة احاديث في ثمانية اجزاء - دار الكتب الاسلامية - ايران.
- 20-كتاب البيع / السيد روح الله الموسوي الخميني. موسوعة فقهية في خمسة اجزاء مختصة بابحاث البيع - مطبعة الآداب النجف الاشرف.

- 21- كشف اللثام في شرح قواعد الاحكام / الشيخ محمد بن الحسن الاصفهاني / الفاضل الهندي. جزءان - طبعة حجرية - طهران.
- 22- كفاية الاحكام / السيد محمد باقر اليزدي. مجلد واحد - طبعة حجرية، ايران.
- 23- كفاية الاصول / الشيخ محمد كاظم الخراساني. جزءان - طبعة حجرية - ايران.
- 24- اللمعة الدمشقية / الشيخ ابو عبد الله محمد بن مكلي العاملي / الشهيد الاول مطبوعة في ضمن الروضة البهية.
- 25- مباحث الدليل اللفظي / السيد محمود الهاشمي. موسوعة في علم الاصول / تقارير ابحاث السيد محمد باقر الصدر.
- 26- مباني العروة الوثقى / السيد محمد تقي الخوئي / المؤلف. موسوعة فقهية صدر منها اربعة اجزاء / مطبعة الآداب النجف الاشرف. تقارير ابحاث السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي.
- 27- المبسوط / الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي / شيخ الطائفة مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.
- 28- محاضرات في اصول الفقه / الشيخ محمد اسحاق الفياض. موسوعة في علم الاصول صدر منها خمسة اجزاء / مطبعة الآداب النجف الاشرف. تقارير ابحاث السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي.
- 29- مختلف الشيعة في احكام الشريعة / الشيخ ابو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي / العلامة.
- خمس اجزاء في مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.
- 30- المراسم في الفقه الامامي / الشيخ حمزة بن عبد العزيز الديلمي / سآلر

منشورات جمعية منتدى النشر / تحقيق الدكتور محمد البستاني.

31- مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام / الشيخ زين الدين الجبعي العاملي / الشهيد الثاني. جزءان - طبعة حجرية - ايران.

32- مستدرك الوسائل / المحدث النوري.

موسوعة في الحديث في ثلاثة مجلدات / طبعة حجرية، منشورات دار الكتب الاسلامية - طهران.

33- مستمسك العروة الوثقى / السيد محسن الطباطبائي الحكيم.

موسوعة فقهية في اربعة عشر جزءاً - مطبعة الآداب - النجف الاشرف.

34- مستند العروة الوثقى / الشيخ مرتضى البروجردي.

موسوعة فقهية صدر منها اثنا عشر جزءاً.

تقارير ابحاث السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي.

35- مصباح الفقاهاة / الشيخ محمد علي التوحيد.

موسوعة فقهية صدر منها ثلاثة اجزاء / مطبعة الآداب - النجف الاشرف.

تقارير ابحاث السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي.

36- مفاتيح الكرامة في شرح قواعد العلامة / السيد محمد جواد العاملي.

موسوعة فقهية في عشرة اجزاء - مطبعة الشوري بالفجالة - مصر.

37- مقابس الانوار / للمحدث الفقيه / الشيخ اسد الله التستري طبعة حجرية - ايران.

38- المكاسب / الشيخ مرتضى الانصاري / الشيخ الاعظم.

مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.

وهناك طبعة اخرى حديثة / صد منها خمسة عشر جزءاً - منشورات جامعة النجف

الدينية / تحقيق السيد محمد كلانتر.

39- منهاج الصالحين / السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي.

جزءان / الطبعة السادسة والعشرون - بغداد.

40- منية الطالب في حاشية المكاسب / الشيخ موسى النجفي الخوانساري جزءان في

مجلد واحد - طبعة حجرية - المطبعة المرتضوية - النجف تقارير ابحاث الشيخ محمد حسين الغروي النائيني.

41- مهذب الاحكام في بيان الحلال والحرام / السيد عبد الاعلى السبزواري موسوعة

فقهية في ثلاثين جزءاً - مطبعة الآداب - / النجف الاشرف.

42- النهاية في مجرد الفقه والفتاوى / الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي شيخ

الطائفة - جزء واحد - دار الكتاب العربي - بيروت.

43- نهاية الدراية / الشيخ محمد حسين الغروي الاصفهاني.

موسوعة اصولية في مجلدين.

44- وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة / الشيخ محمد بن الحسن العاملي

موسوعة احاديث في عشرين جزءاً / تحقيق الشيخ عبد الرحيم الرباني الشيرازي دار احياء التراث العربي - بيروت.

45- الوسيلة الى نيل الفضيلة / عماد الدين محمد بن علي بن حمزة الطوسي المشهدي

منشورات جمعية منتدى النشر / تحقيق عبد العظيم البكاء.





خيار الشرط 5

تعريفه 5

المقام الأول: في أدلة إثباته 11

أ- الإجماع 11

ب- النصوص العامة الواردة في الشروط 13

الخلاصة 20

ج- النصوص الخاصة 20

د- السيرة العقلانية 21

المقام الثاني في موارده وتطبيقاته 25

تمهيد 25

المقصد الأول: العقود اللازمة 29

نتيجة البحث 37

المختار في المسألة 40

تصنيف العقود اللازمة 40

الطائفة الأولى 42

الطائفة الثانية 42

حصيلة البحث 53

الطائفة الثالثة 53

1- البيع المعاطاتي 54

التحقيق في المقام 54



خلاصة البحث 57

2- بيع الصرف 59

نتيجة البحث 62

3- الرهن 63

نتيجة البحث 69

4- الصداق 70

خلاصة البحث 75

5- الصدقة 75

خلاصة البحث 81

6- الضمان 82

نتيجة البحث 86

7- القسمة 89

8- السبق والرماية 91

المقصد الثاني: العقود الجائزة 95

خلاصة البحث 102

المقصد الثالث: الإيقاعات 105

الدليل الأول: الإجماع 105

الشرط في الإيقاع في النصوص 135

المورد الأول: العتق 136

خلاصة البحث 141

المورد الثاني: الوقف 142

أما النصوص فهي 143

دليلان آخران في المقام 149



حصيلة البحث 152

المورد الثالث: الطلاق 156

نهاية المطاف في الإيقاع 160

المقصد الرابع: الصلح 165

نتيجة البحث 175

المقصد الأول: جعل الخيار للأجنبي 179

1- أدلة إثباته 179

2- حقيقة خيار الأجنبي 183

المختار في المسألة 186

خلاصة البحث 190

3- هل يعتبر قبول الأجنبي في جعل الخيار له؟ 191

4- هل يلزم الأجنبي مراعاة مصلحة الجاعل؟ 193

5- اشتراط الخيار لعبد الأجنبي 195

6- اشتراط الاستثمار 197

المقصد الثاني: تعدد من له الخيار 201

المقام الرابع: المدة في خيار الشرط 209

أ- في اعتبار تحديد مدة الخيار 209

خلاصة البحث 223

ب- في اعتبار ضبط مدة الخيار علي تقدير ذكرها 225

ج- هل يحدد زمان الخيار بحدّ معين؟ 229

د- مبدأ الخيار المجعول 231

أما مقام الثبوت 231

وأما مقام الإثبات 239

هـ- الخيار المنفصل عن العقد 241

المقام الخامس بيع الخيار 249

تعريفه 249

أدلته 250

المبحث الأول: في أنحاء أخذ ردّ الثمن شرطاً في الخيار 255

تمهيد 255

أ- مقام الثبوت 255

ب- مقام الإثبات 272

المبحث الثاني: في كفاية ردّ الثمن في الفسخ 285

المبحث الثالث: تقسيمات الثمن المشروط ردّه 289

الثمن المشروط ردّه في الخيار 289

المقام الأول : أن يكون الثمن المشروط ردّه عيناً شخصية 290

الموضع الأول : ما يتعلق بقبض الثمن المعين 290

خلاصة البحث 299

الموضع الثاني: تقسيمات المردود 300

المقام الثاني : إن يكون الثمن المشروط ردّه كلياً في الذمة 305

المبحث الرابع - مسقطات هذا الخيار 309

1- إسقاطه بعد العقد 309

2- انقضاء المدة المضروبة للخيار 315

3- تصرف البائع في الثمن المعين 317

حصيلة البحث 321

المبحث الخامس: تلف المبيع أو الثمن في زمن الخيار 325

النقطة الأولى: سقوط خيار البائع بتلف المبيع 325

النقطة الثانية أحكام تلف الثمن 329

هل تختص القاعدة بتلف المبيع؟ 330

المبحث السادس: ردّ الثمن إلي وكيل المشتري أو وليه 337

المبحث السابع: في ردّ بعض الثمن 349

المسألة الأولى 349

المسألة الثانية 365

المبحث الثامن: اشتراط المشتري الخيار برّد الثمن 373

المصادر 377

الفهرست 383

