

الشرائط

أو

الالتزامات الشيعية في العقود

محمد تقي الخوئي

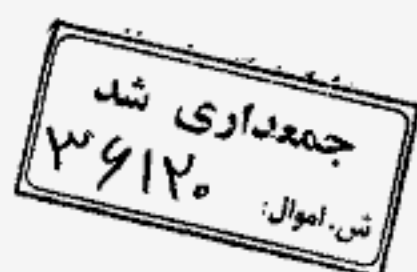
المجلد الثاني

دار الفکر للطباعة والنشر

الشروط

أو

الالتزامات النبعية في العقود



الجزء الثاني

دار المورخ العربي
بيروت - لبنان



جَمِيعُ الْحُقُوقِ مَحْفُوظَةٌ
الطبعة الأولى
١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

دار المورخ العربي

بیروت - صرب ۱۴۴/۲۶ - تلکس ۴۰۵۱۲ کمک - ت ۸۴۳۰۸۴۳

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين حمداً لا يقدر على احصائه غيره، وافضل الصلاة والسلام على خير خلقه وافضل بريته محمد، وعترته الطيبين الطاهرين، وصحبه الأوفياء المنتجبين، ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين.

وبعد، فقد تقدم الحديث في الفصل الاول من هذه الدراسة عن الشرط بكل ما يحويه من بحوث وما يشتمل عليه من دراسات، بدءاً بمعناه وحقيقته حتى الوصول الى احكامه وآثاره، مروراً بتقسيماته وما يشترط في نفوذه وصحته وما يمنع منها.

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 وابطاله، بما يتضمن من بحوث مختصة به، كجريانه في بعض العقود اللازمة فضلاً عن العقود الجائزة، ناهيك عن الايقاعات، أو جعله للاجنبي، أو لزوم تحديد مدته وضبطها، فضلاً عن مبدئه وتاريخ نفوذه - جعلت من الضروري افراد هذا الفرد بالذات بدراسة مستقلة تتضمن تلك البحوث المختصة به، لتشكل بالانضمام الى الدراسة السابقة عن الشروط بقول مطلق، بحثاً متكاملاً حول الشرط بكل افرادة واقسامه.

والله اسأل ان يوفقني لما يحب ويرضى، انه ولي التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

خيار الشرط

تعريفه:-

قال الشيخ الانصاري (قدس سره): «خيار الشرط اعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد»^(١).

وقال الامام الوالد رحمه الله: «خيار الشرط والمراد به الخيار المجعول باشتراطه في العقد، اما لكل من المتعاقدين، أو لأحدهما بعينه، أو لأجنبي»^(٢).

المقام الأول: في ادلة اثباته

أ - الاجماع.

ب - النصوص العامة الواردة في الشروط.

ج - النصوص الخاصة.

د - السيرة العقلانية.

أ - الاجماع

لا خلاف بين الامامية في مشروعية خيار الشرط وجوازه.

ففي الكفاية: «خيار الشرط وهو ثابت لمن شرطاه.... ولا خلاف فيه»^(٣).

(١) المكاسب ج ١٤: ٢٣١ الطبعة الحديثة.

(٢) منهاج الصالحين ج ٢: ٢٩.

(٣) كفاية الاحكام / كتاب التجارة / المقصد الرابع / الفصل الاول.

وفي مفتاح الكرامة: «لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع كما في التذكرة»^(١).

وفي الحدائق: «والاصل فيه - بعد الاجماع في التذكرة - الادلة العامة»^(٢).

وفي المكاسب: «ولا خلاف في صحة هذا الشرط..... ونقل الاجماع عليه مستفيض»^(٣).

بل في الجواهر: «بالضرورة بين علماء المذهب»^(٤).

بل ارسله اكثر الاصحاب ارسال المسلمات، حيث بدأوا ببيان احكامه، وانه يعتبر فيه ان يكون مضبوطاً، كما في المبسوط^(٥) والقواعد^(٦) والمختلف^(٧) والشرائع^(٨) والمراسم^(٩).

بل لم نجد من ذكر خلافاً أو اشار اليه في كلماته في هذا المقام اطلاقاً.
فالحكم مما لا خلاف فيه ولا اشكال.

ب - النصوص العامة الواردة في الشروط

منها: صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال:

(١) مفتاح الكرامة ج ٤: ٥٦٠.

(٢) الحدائق ج ٩: ٣٦.

(٣) المكاسب ج ١٤: ٢٣٦.

(٤) الجواهر ج ٢٣: ٣٢.

(٥) المبسوط / بيع الثمار.

(٦) القواعد / كتاب المتاجر / المقعد الخامس في لزوم البيع.

(٧) مختلف الشيعة ج ٢: ١٧٢.

(٨) الشرائع ج ٢: ١٦.

(٩) المراسم في الفقه الامامي ص: ١٧٢.

«المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز»^(١).
ومنها: روايته الاخرى عنه (عليه السلام) أيضاً: «عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فانها تورث، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل»^(٢).

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله (عليه السلام): «في رجلين اشتركا في مال وربحا وكان المال ديناً عليهما، فقال احدهما لصاحبه: اعطني رأس المال والربح لك وما توى فعليك، فقال: لا بأس به اذا اشترط عليه، وان كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل»^(٣).

ومنها: موثقة اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه (عليه السلام) قال: «ان علي بن أبي طالب (عليه السلام) كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً»^(٤).

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله (عليه السلام) قال: «سمعتة 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»^(٥).

ومنها: موثقة منصور بن رزق - والتي تقدمت في الاستشهاد على اطلاق الشرط على النكاح - عن عبد صالح: «قال: قلت له: ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد ان يراجعها فأبت عليه إلا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك. ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال:

(١) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٢.

(٢) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٣.

(٣) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٤.

(٤) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥.

(٥) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ١.

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»^(١).
هذه هي الاخبار العامة التي يمكن ان يستدل بها على صحة شرط الخيار فانها وان لم تكن صريحة فيه ونصاً بخصوصه، الا انها شاملة له بعمومها فان خيار الشرط من مصاديق الاشتراط ومن افراده، فيشملة قوله (عليه السلام): «المسلمون عند شروطهم».

هذا وفي دلالة هذه النصوص على امضاء الشرط في متن العقد نقاط لا بد من التوقف عندها وبحثها وتنقيحها، غير ان معظم تلك البحوث لما كان متعلقاً بالاشتراط بقول مطلق وهو ما تكفله الفصل الاول من هذه الدراسة تركنا التعرض اليه هنا ثانية حذراً من التكرار.

نعم، هناك اشكالات ثلاثة ذكرها المحقق الايرواني (قدس سره)، نتعرض اليها لارتباطها بحيثية الخيار وهي الجهة التي يمتاز بها المقام عن سائر الشروط.
الأول: دعوى كون المقام من مصاديق شرط النتيجة فلا تشمله الاخبار العامة، موضحاً ذلك: بقوله: «يمكن المناقشة في دلالة الاخبار العامة على نفوذ ما هو 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 الايجاب أو مطلق الطلب، فلا يعم ما هو من قبيل شرط النتيجة»^(٢). وفيه:

اولاً: ان دعوى كون المقام من قبيل شرط النتيجة، امر 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 وابطاله، وهو فعل من افعال

(١) الوسائل ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

(٢) تعليقه الايرواني على المكاسب ج ٢: ٢٠.

المكلف.

ودعوى: ان حق الرجوع امر مملوك للمكلف وليس بفعل من افعاله.
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 امر لا يلتزم به احد.
نعم، لو كان الشرط هو انفساخ العقد بنفسه عند الشرط، كان ذلك من شرط النتيجة، الا انه خلاف صريح تعريفه (قدس سره) هو، ومراد الاعلام من محل البحث.

ثانياً: ان حديث التفصيل بين شرط الفعل وشرط النتيجة من حيث شمول الادلة العامة له، مما لا اساس له، فان كلاً منها مشمول بتلك الادلة، على حد شمولها للآخر، بل قد استشهد الأئمة (عليهم السلام) في بعض النصوص بقول رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «المسلمون عند شروطهم» لاثبات وجوب الوفاء في بعض موارد شرط النتيجة، على ما تقدم بيانه مفصلاً في الفصل الاول عند التعرض الى التفصيل بين شرط الفعل وشرط النتيجة.
نعم، هناك بعض الامور والنتائج لا تتحقق الا باسباب خاصة ومعينة من قبل الشارع كالنكاح والطلاق، فلا ينفذ احدها على نحو شرط النتيجة في العقود، غير ان ذلك يرجع الى الادلة الخاصة التي دلت على اعتبار اسباب وصيغ معينة في تحقق تلك الامور، لا الى قصور في الادلة العامة عن شمولها.

الثاني: ان جعل الخيار واعطاء حق نقض العقد امر خارج عن ارادة المتعاقدين وصلاحيتهما، لكونه من شؤون وافعال الشارع المقدس، فانه الذي يقرر تشريع الخيار حيث يراه صالحاً، فلا يخضع لاعتبار واشتراط المتعاقدين.
وقد اوضح ذلك بقوله: «المقام داخل في شرط فعل الله، اعني حكمه بالخيار، وهو خارج عن الاختيار، غير مشمول لخطاب: المؤمنون...»^(١).

(١) تعليقه الايرواني على المكاسب ج ٢: ٢٠.

وفيه:

أولاً: ان الخيار الذي هو بمعنى حق الفسخ ليس من افعال الله تبارك وتعالى، وانما هو فعل للمتعاقدين حيث يمنح كل منهما أو احدهما خاصة صاحبه حق نقض العقد وابطاله، كما يشهد له عدم اختصاص عقد البيع واشتراط الخيار فيه بالمسلمين، فانه خير شاهد على ان الخيار حق وصلاحيه يمنحها احد المتعاقدين لصاحبه في العقد.

نعم، نفوذ هذا التصرف وصحة هذا المنح والاعطاء من الناحية الشرعية يحتاج الى امضائه واقراره شرعاً، الا انه يكفي فيه عدم الردع عنه، فضلاً عن شمول عمومات واطلاقات ادلة الوفاء له.

ثانياً: عدم اختصاص ما ذكره (قدس سره) بخيار الشرط، فانه يجري في جميع الخيارات المجعولة من قبل المتعاقدين - على حد ما ذكرناه في دفع الاشكال الاول - وهو ما يعني عدم شمول الادلة العامة لها جميعاً، وهو فاسد قطعاً، واقل ما يلزم منه انه لا يبقي موداً لتلك الادلة العامة بتاتاً، فانها ان 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 انها ليست من افعال المكلفين؛ اوضح من ان يخفى.

والحاصل: انا لا نرى فرقاً بين شرط الخيار الذي هو بمعنى حق الفسخ وبين سائر الشروط المجعولة من قبل المتعاقدين التي بنفس المعنى، فاذا شملت الادلة العامة بعمومها أو اطلاقها سائر الشروط وواجبت لزوم الوفاء بها، شملت هذا الشرط أيضاً.

الثالث: دعوى ان «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»^(١).

توضيحه: ان شرط الخيار وثبوت حق الفسخ للمتعاقدين أو لاحدهما يتنافى مع الكتاب العزيز في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والسنة الشريفة في قولهم (عليه السلام): «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منها»^(٣). فان مقتضاها لزوم الوفاء بالعقد، وعدم جواز رفع اليد عن مؤداه، في حين ان مقتضى الشرط جواز فسخه وإبطاله، فيلغو الشرط لا محالة ويسقط عن الاعتبار، لما عرفته في مبحث ادلة صحة الشروط من اعتبار عدم كونه مخالفاً لمقتضى الكتاب والسنة.

الا انه (قدس سره) رد هذا الاشكال بقوله: «اللهم الا ان يقال: ان اشتراط الخيار، اشتراط لأن يسترجع ما دفعه حيثما اراد ويأخذه ويتملكه متى ما احب، وعموم «المؤمنون» يقتضي نفوذ هذا الاستيلاء وتأثيره في حصول الملك، كما ان عموم «أوفوا» أيضاً يقتضي ذلك، ويلزم المشروط عليه بدفع ما التزم بدفعه عند رجوع صاحبه، فالشرط شرط للتملك الخارجي، بشرط للرجوع في ما اعطاه بلا مساس له بحكم الشارع، والشارع بعموم «المؤمنون» وعموم «أوفوا» يحكم بنفوذ الشرط وتأثير الفسخ في رجوع العوضين الى صاحبهما الاصلين»^(٤).

وفيه: ان ما افاده (قدس سره) ان كان مؤداه ان مدلول شرط الخيار هو التملك الابتدائي من جديد بعيداً عن الملكية السابقة، فيكون اشبه شيء باشتراطه على المشتري ان يبيعه المتاع مجدداً 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»

(١) تعلية الايرواني على المكاسب ج ٢: ٢٠.

(٢) المائدة: الآية ١.

(٣) الوسائل ج ١٢ باب ١ من أبواب الخيار ح ٣.

(٤) تعلية الايرواني على المكاسب ج ٢: ٢٠.

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 داخلاً في العقد ومن متعلقاته، وكان مقتضى «اوفوا بالعقود» لزوم الوفاء بالعقد بجميع مؤدياته وقيوده وشؤونه، كان مفاد «المؤمنون عند شروطهم» مطابقاً لمفاد «اوفوا بالعقود» تماماً ومن دون ان يكون بينهما اقل تضارب أو تنافٍ.

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

فانه 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 واصبح من توابعه وخصوصياته عرفاً، كما هو الحال في سائر موارد مخالفة الشرط للكتاب والسنة، فإن دخولها في متن العقد الموجب لعدّها لدى العرف من شؤون العقد، والوفاء بها من الوفاء به، لا يحل مشكلة مخالفتها للعقد وبطلانها من هذه الناحية.

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

والصحيح في مقام الاجابة عن الاشكال ان يقال:

ان الاحكام الشرعية الثابتة للعقود تختلف - بحسب لسان ادلتها - من عقد الى آخر، فبعض تلك الاحكام مجعول على نحو لا يمكن فصله عن الصحيح من ذلك العقد، وبعض منها يجعل على نحو الاقتضاء الاولي للعقد مع احتفاظ المتعاقدين بحقوقها في الغائه وتغييره، ويعبر عن الاول في الاصطلاح بالحكم فيما يعبر عن الثاني بالحق.

وبعبارة أخرى: 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 يستفيده الفقيه منه، وهذا هو السبب في
اختلاف الفقهاء في بعض موارد اشتراط ما يخالف الآثار الاولى للعقد، بين مجوز له
ومانع.

وعلى هذا الاساس، فحيث ان اللزوم في اكثر العقود ومنها البيع من النوع
الذي يكون امره بيد المتعاقدين - ولذا تصح الاقالة فيه - لم يكن اشتراط الخيار
منافياً لمقتضى الكتاب والسنة، فانها لا يقتضيان اللزوم الا للعقد بطبعه الاولي ومع
قطع النظر عن استعمال المتعاقدين لارادتهما الخاصة.



الخلاصة:

يتلخص مما تقدم انه لا مانع من شمول الأدلة العامة للشرط للمقام -
خيار الشرط - باعتباره احد 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
اخذ مصاديق خيار الشرط وافراده.

فمنها: موثقة اسحاق بن عمار، قال: «حدثني من سمع ابا عبد الله (عليه

السلام) وسأله رجل وأنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى اخيه، فقال: ابيعك داري هذه وتكون لك احب اليّ من ان تكون لغيرك، على ان تشترط لي ان انا جثتك بضمنها الى سنة ان ترد عليّ، فقال: لا بأس بهذا ان جاء بضمنها الى سنة ردّها عليه. قلت: فانها كانت فيها غلة كثيرة فاخذ الغلة، لمن تكون الغلة؟ فقال: الغلة للمشتري، الا ترى انه لو احترقت لكانت من ماله»^(١).

ومنها: رواية معاوية بن ميسرة، قال: «سمعت ابا الجارود يسأل ابا عبدالله (عليه السلام) عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاضر، فشرط انك ان اتيتني بهالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بهاله. قال: له شرطه. قال ابو الجارود: فان ذلك الرجل قد اصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله. وقال ابو عبدالله (عليه السلام): رأيت لو ان الدار احترقت من مال من كانت، تكون الدار دار المشتري»^(٢).

فانه وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع، والقطع بعدم وجود خصوصية لشرط المجيء بالثمن في ثبوت الخيار بحيث يدور مداره جواز جعل الخيار وعدمه، يستكشف امضاء الشارع المقدس لشرط الخيار من قبل المتعاقدين وجعل حق الفسخ وفق الضوابط التي يختارونها، مركز تحقيق كاتيب علوم إسلامي

د - السيرة العقلانية

ان ملاحظة المجتمعات البشرية - على اختلاف مذاهبها ومعتقداتها - في معاملاتها وتصرفاتها، تعطينا انطباعاً واضحاً بانهم - مع قطع النظر عما يدينون به - كما يدركون بفطرتهم الحاجة الملحة الى انشاء العقود ووضع اطر عامة لتنظيم

(١) الوسائل ج ١٢ باب ٨ من أبواب الخيار ح ١.

(٢) الوسائل ج ١٢ باب ٨ من أبواب الخيار ح ٣.

المعاملات في ظل الحياة الاجتماعية، يدركون الحاجة الملحة - أيضاً - 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.

واذا كان الادراك الاول يفرض على عقلاء المجتمع وضع القواعد والمبادئ العامة للعقود والمعاملات، فان الادراك الثاني يفرض عليهم وضع الضوابط العامة لحق الفسخ وما يدخل منها في متن العقد كالاشرط وما يطرأ على العقد مما يوجب لصاحبه الخيار.

بل ان هذا الادراك هو الاساس الوحيد لتسالم ارباب القانون المدني بجميع مذاهبهم على تصحيح الاشرط وجعل الخيار في العقد - ولو على نحو القضية الموجبة الجزئية - فان القانون حينما يكون علمانياً لا يؤمن بما وراء الطبيعة والوحي - كما هو الغالب في مصادر القانون - لا يجد امامه سبيلاً لتبرير هذا التشريع، غير الادراك الفطري لحاجة الانسان في معاملاته والتزاماته.

والحاصل: ان خيار الشرط ليس كخيارى المجلس والحيوان - مثلاً - مما يحتاج في تشريعه الى التعبد والنص، لعدم ادراك العقلاء له بحدوده المرسومة له، بل هو على العكس منها امر يدركه العقلاء بفطرتهم، ويباشرونه في معاملاتهم وتصرفاتهم كعقلاء، بعيداً عن معتقداتهم وآرائهم.

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

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

المقام الثاني في موارده وتطبيقاته

تمهيد

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

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

ب - الايقاعات، وهي ما يكون قرار المعاملة فيها بيد طرف واحد.

ثم ان العقود تنقسم بلحاظ مفادها الى:

أ - ما يفيد مفهوماً معاملياً خاصاً يتميز به عن سائر افراد المعاملات،
ويصطلح عليه بالعقد - بالمعنى الاخص -.

ب - ما يفيد مفهوماً عاماً يقبل الانطباق على كثير من افراد المعاملات
وتُتوصل الى انشائها به، ويصطلح عليه بالصلح.

ثم ان العقد - بالمعنى الاخص - ينقسم بلحاظ جواز فسخه وعدمه ذاتياً الى:

١ - العقود اللازمة.

٢ - العقود الجائزة.

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

المقصد الاول: العقود اللازمة.

المقصد الثاني: العقود الجائزة.

المقصد الثالث: الايقاعات.

المقصد الرابع: الصلح.

المقصد الاول

العقود اللازمة

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

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 اليه؛ 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 انها هي بجواز التقايل في ذلك العقد وعدمه. فكل عقد يجوز فيه التقايل يصح فيه اشتراط الخيار، وكل عقد لا يصح فيه التقايل لا يصح فيه اشتراط الخيار. وقد اختلفت كلمات الاصحاب في الاعتراف بهذه الضابطة، فمنهم من قبلها

اصلاً وعكساً، ومنهم من رفضها كذلك، وفصل ثالث بين الاصل والعكس فاعترف بها في الاول دون الثاني.

قال الشيخ الانصاري (قدس سره) - في مقام بيان تمامية القاعدة اصلاً وعكساً - ما نصه: «والاظهر بحسب القواعد اناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل في العقد، فمتى شرع التقايل مع التراضي بعد العقد، جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة احدهما أو كليهما على الفسخ، فان اقدامه على ذلك حين العقد كافٍ في ذلك، بعدما وجب عليه شرعاً القيام والوفاء بما شرطه على نفسه، فيكون امر الشارع اياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ والالتزام وعدم الاعتراض عليه، قائماً مقام رضاه الفعلي بفعل صاحبه وان لم يرض فعلاً.

واما اذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه، لانه اذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منها، فالالتزام حين العقد لسلطنة احدهما عليه لا يحدث له اثر، لما عرفت من ان الالتزام حين العقد لا يفيد الا فائدة الرضا الفعلي بعد العقد لفسخ صاحبه، ولا يجعل الفسخ مؤثراً شرعياً»^(١).

ووافقه على ذلك المحقق الايرواني (رحمه الله)، غير انه اضاف عليه اعتبار ان

لا يكون اللزوم من مقتضيات ذات العقد.

قال (قدس سره): «واما اللازم - العقد اللازم - فاشتراط الخيار فيه مبني على ان 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 ان تكون سلطنة العقد ابقاءً وحلاً كسلطنة احداثاً بيد المتعاملين، حتى لو اجتمعا على الحل لحلاه، فلولاً هذه السلطنة - كما في عقد النكاح - لم يجز لها اشتراط الخيار الذي هو في الحقيقة تفويض لهذه السلطنة لواحد وحصر لها في واحد، فكانت لذلك الواحد السلطنة التامة على سبيل الاستقلال.

ثم ان احرزت 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 اثبات الاندراج تحت عنوان المخصص اصالة البراءة في اثبات عدمه وانه باقٍ تحت العموم فيها اذا اشترط فعلاً شك في حرمة، فبإصالة البراءة عن حرمة يحكم بحليته وبقائه تحت عموم «المؤمنون»، فلذا يحكم بوجوب الوفاء به تمسكاً بذلك العموم.

وبالجملة: ضابط نفوذ الشرط ثبوت تلك السلطنة للمتعاقدين مجتمعين ولو بالاقالة وعدم خروج امر المعاملة عن يديهما، فان كانت هذه السلطنة، جاز تفويض هذه السلطنة بالجعل الى واحد بجعله مستقلاً في السلطات، وكان هذا هو معنى خيار الشرط. والا كان ذلك شرطاً مخالفاً للمشروع، ومع الشك في هذه السلطنة يرتب اثر عدمها استصحاباً لحال العقل وحال ما قبل الشرع^(١).

وهناك تقريب آخر لهذه الضابطة الكلية، نقله المحقق الاصفهاني (قدس سره) عن بعض السادة الأجلة وحاصله: «ان مقتضى ادلة الشروط قطع سلطنة المشروط عليه عن الامتناع من الفسخ، وعدم كون رضاه الفعلي شرطاً في تأثير الفسخ، ولا ريب ان نفي شرطية رضاه اعم من كونه سبباً رافعاً للعقد، بخلاف ما اذا علمنا من الخارج جواز التقايل منها، فانه دليل على سلطنة كل منها 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»^(٢).

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات: ٢٦.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات: ٥١.

الا ان السيد الخميني (قد ه) قد استشكل في صحة القاعدة عكساً، وبذلك فقد فصل في الكبرى بين اصلها وعكسها، فالتزم بان كل ما تصح فيه الاقالة يصح فيه شرط الخيار ولا عكس، اذ لا ملازمة بين عدم صحة الاقالة وعدم جريان شرط الخيار.

قال (قد ه) ما نصه: «ثم ان تلك الكبرى أي: كل ما تجري فيه الاقالة يصح شرط الخيار فيه، تصح اصلاً، ولا دليل على صحتها عكساً.

اما الاولى: فالسر فيها ليس ما افاده الشيخ الاعظم (رحمه الله) على ما يتضح بالتأمل، بل السر ان المعاملة التي يجري فيها التقايل يستكشف منه انها تحت تصرف المتعاملين بعد تحققها ولزومها وخروج امرها من يد كل واحد منها، فيستكشف من ذلك بنحو الوضوح والاولوية ان زمام امرها قبل تحققها ولزومها بيدهما في ذلك.

وان شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلها الاجتماع على رفعه بقاءً فضلاً عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفها أو تصرف واحد منها، فلازم صحة التقايل في ما يصح فيه صحة جعل الخيار فيه برضاها.

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

وعليه فيصح ان يستدل بعروض التقايل على صحة جعل الخيار دون العكس»^(١).

وفي قبال هذين القولين اختار بعض الاعلام عدم تمامية هذه الكبرى من رأس - اصلاً وعكساً - وذكر في بيان ذلك ان «تقريب هذا التفريع باحد وجهين: الاول: ان نفوذ الشرط معناه الزام المشروط عليه، وعدم جواز الامتناع منه، وتحقيق الالتزام بالشرط فرع جوازه.

الثاني: ما افاده المصنف العلامة (قدس سره) في آخر كلامه، من ان الالتزام في ضمن العقد مثلاً بمنزلة رضا المتعاقدين بعد العقد، فاذا كان تراضيها بعد العقد كافياً في انحلاله كان في ضمن العقد كافياً في احداث السلطنة على حله، واذا لم يكن تراضيها بعد العقد كافياً في ذلك فلا معنى لكون التراضي في ضمن العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حله.

والجواب عن التقريب الاول ما اشرنا اليه سابقاً من ان شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفية والوضعية، بل مقتضاه جعل حق الحل من المشروط له ولو بالتقابل كما في جعل الخيار في البيع للاجنبي، فانه نافذ مع انه ليس للاجنبي جواز الحل ولا يصح منه التقايل مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، وليس جعل الخيار للاجنبي بعنوان التوكيل ليقال بكفاية التقايل من الموكل نفسه.

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

اما من قبل الشارع فواضح، اد ليس ايجاب الوفاء الا ايجاب القيام بها يقتضيه الشرط وجعل الحق الذي تسبب اليه احدهما على الآخر كجعل الحق ابتداءً، حيث انه ليس بعناية قيامه مقام التقايل، كيف وهو حق قهري على من عليه الحق لا ابتداء ولا بالاخرة.

واما من قبل المشروط له والمشروط عليه، فليس الشرط المحقق لحق الخيار الا كسائر الشروط المحققة لنحو آخر من الحق، من دون النظر الى تحصيل التراضي المحقق للتقابل بعد العقد حال العقد^(١).

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

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات: ٤٨.

ذلك ان من يحتمل ان يكون العقد موضوعاً لحكم شرعي بعد تحققه خاصة بأن يحكم الشارع للعقد باللزوم وخروج زمام امره عن يد طرفيه بعد تحققه، وهو ما يعني عدم تأثير تقايلهما فيه، دون ما قبله بأن يكون لهما التصرف في العقد حين حدوثه وقبل ورود الالتزام الشرعي عليه ووجوب الوفاء به، يجعل الخيار لأحدهما في فسخه؛ عليه ان يحتمل لا محالة عكس تلك القضية أيضاً - كما هو قضية الاحتمال - بأن يحتمل جعل الشارع امر 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 اقرب الى الواقع من سابقه، اذا اخذ بعين الاعتبار ما ذكر في معظم الكلمات وجهاً للمنع من اشتراط الخيار في جملة من العقود، من رجوعه الى قصد المتنافيين في مقام الانشاء، وكونه منافياً لمقتضى العقد. فانه ان تم وجرى في شرط الخيار، فلا يجري في التقايل الذي يعتبر حالة طارئة على العقد، لا علاقة له بمرحلة الانشاء والجعل.

والحاصل: ان احتمال المنع من شرط الخيار واطلاق التقايل، ان لم يكن اوجه من احتمال صحة شرط الخيار والمنع من التقايل، فلا اقل من مساواته له. وعليه فلا مناص اما من الاخذ بالاحتمالين معاً، والقول ببطلان الكبرى اصلاً وعكساً، وأما طرحهما معاً والقول بصحتها كذلك.

وحيث ان القائل اعترف بصحة القاعدة اصلاً، فعليه الالتزام بصحتها عكساً ايضاً وطرح ما ذكره من الاحتمال.

هذا ومن الممكن توجيه الاشكال على التفصيل في الكبرى بين الاصل والعكس ببيان آخر، هو: اننا اذا احتملنا كون العقد بعد تحققه موضوعاً لحكم شرعي هو اللزوم الحكمي غير المفارق له، وعليه بنينا عدم صحة التقايل فيه، فكيف يصح لنا ان نحتمل كون امر بقاء ذلك العقد بعد تحققه في مرحلة انشائه وايجاده بيد المتعاقدين بحيث يكون لهما جعل الخيار فيه، أوليس 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»^(١).

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

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

والظاهر ان القول الثاني هو الاقرب للواقع اذا قيست الكبرى والقاعدة بالمعايير والموازن العلمية الدقيقة، فانها لا تتم لا من حيث الفكرة والتصور وعالم الامكان، ولا من حيث الوقوع والمخرج.

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

اذن فامكان الفصل بينها علمياً امر معقول ولا يصطدم بمحذور. واما الثاني: فلأن الفصل بينها في كلمات الاعلام ليس بعزير، فقد اتفقت كلمة جلهم - ان لم نقل بتحقيق الاجماع - على عدم صحة اشتراط الخيار في الرهن مع التزامهم بصحة الاقالة فيه.

وذهب غير واحد منهم الى صحة اشتراط الخيار في الايقاع مع عدم صحة

(١) كتاب البيع ج ٤: ٢٦١.

التقابل فيه، وكذا الحال في البيع الخياري.

قال السيد الطباطبائي (قدس سره): «يمكن ان يقال بعدم جريان التقابل في البيع الخياري ما دام الخيار باقياً، لقصور ادلته عن الشمول، لأنه مع الخيار لا يكون من اقالة النادم، لا مكان رفع الندم بالفسخ من جهة الخيار، مع انه لا اشكال في جريان شرط الخيار وان كان له خيار آخر، ويمكن جريان الاقالة مع عدم جريان الشرط اذا كان منافياً لمقتضى العقد - كما في عقد الرهن - بناءً على كون شرط الخيار منافياً للاستيثاق المقصود منه، فانه لا اشكال في جريان الاقالة فيه.

والتحقيق: ان النسبة بين مورد الاقالة وخيار الشرط من حيث هما عموم من وجه، فمورد افتراق الاقالة مسألة الرهن والوقف، بناءً على كون شرط الخيار فيه منافياً لمقتضاه من الدوام، فانه على هذا لا يصح شرط الخيار، لكن لا مانع من جريان الاقالة بعد الانعقاد وتمايمته، اذا كان الموقوف عليه معيناً او مع ولي الوقف العام. ومورد افتراق شرط الخيار بعض الايقاعات الذي يجري فيه شرط الخيار أو يمكن ان يجري فيه، فانه لا معنى لجريان الاقالة فيها مطلقاً، لانها محتاجة الى الطرفين، والايقاع متقوم بطرف واحد. ومع ذلك يمكن اشتراط الخيار لمن لا يكون طرفاً في الايقاع، كأن يجعل الخيار في الطلاق للزوجة أو لنفسه ورضيت الزوجة به، وكذا في البراء ونحوه، وأيضاً العقد المشتمل على الخيار حسبما عرفت.

والحاصل: ان التفكيك ممكن من الجانبين وان لم يكن واقعاً، كما اذا منعنا دخول شرط الخيار في الايقاعات مطلقاً، وقلنا بجريان الاقالة في العقد المشتمل على الخيار أيضاً، وجوزنا دخول الشرط في الرهن بدعوى عدم المناقاة»^(١).

اللهم الا ان يقال: ان العبرة ليست بالاقالة التي هي فعل شخص واحد، وانما بالتقابل الذي هو فعل اثنين بحيث يقبل كل منها صاحبه ويرفع عنه كلفة اللزوم المفروض عليه، وهو لا يتحقق الا اذا كان اللزوم ثابتاً للطرفين، ومعه تخرج اكثر

(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات: ٣٤.

الموارد المذكورة في مقام النقض تخصصاً، فإن الايقاع ذو طرف واحد، واللتزم في الرهن والبيع الخياري لجانب واحد خاصة.

الا ان هذا يعني خروج اكثر الموارد التي استدل فيها الاصحاب على قبولها للشرط أو عدمه بالقاعدة، فان كثيراً من تلك الموارد لا يخلو اما عن كونه من الايقاع، أو كون اللتزم فيه من جانب واحد فقط.

نتيجة البحث

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

نعم، الحقيقة التي لا تقبل الانكار هي وجود الربط بينها في اغلب الموارد، فان اكثر 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 بينها 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 الاقالة عبارة عن كون حل العقد وازالته باختيار المتعاقدين ورضى منها بعد العقد، ولا فرق عرفاً بينه وبين شرط الخيار في ابتداء العقد، اذ لا فرق بين ابتداء العقد وما بعده في هذه الجهة عند متعارف المتعاقدين، لأن حكم الامثال فيها يجوز وما لا يجوز واحد، خصوصاً في

الاعتباريات»^(١).

لوضوح الفرق بينهما، لا سيما في المورد الذي يكون فيه الشرط منافياً لمقتضى العقد فإنه لا يصح لأن مرجعه الى قصد المتناقيين، في حين انه لا محذور فيه من الالتزام بصحة التقابل، وقد عرفت ان ذلك ليس بمجرد افتراض وهمي. على انه لم يظهر لنا وجه الخصوصية في الاعتباريات، بل الأمر على العكس من ذلك تماماً، فان امر الاعتباري بيد المعتبر يتصرف فيه كيف يشاء ووفق ما يراه، فقد يجمع بين حقيقتين في الاعتبار وقد يفصل في الحقيقة الواحدة، وشواهد ذلك في الاحكام الشرعية اكثر من ان تحصى.



المختار في الضابطة

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

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

وذلك لان المنافسة ان فرضت، فهي انما تكون بلحاظ اخذ 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 الى العقود اللازمة، واما العقود الجائزة والايقاعات ففيها حديث آخر يأتي عند التعرض اليها.

تصنيف العقود اللازمة

ثم ان العقود اللازمة بالقياس الى آراء العلماء في قبولها لشرط الخيار على طوائف ثلاث:-

الطائفة الاولى: ما اتفقت كلماتهم على دخوله فيها، كغير الصرف والسلم من البيع اللفظي، والاجارة والمساقاة والمزارعة.

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

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

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

الطائفة الاولى:-

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

واما البيع المعاطاتي والصرف والسلم فسيأتي الحديث عنها في الطائفة الثالثة. والوجه فيه - مضافاً الى اطلاق الادلة العامة كقولهم (عليهم السلام): «المسلمون عند شروطهم» حيث لا يجري فيها ما احتمال او قيل في غيرها من الموانع ومقتضيات التقييد - الاجماع 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، كسراء القريب، فانه لا يثبت

فيه خيار الشرط ولا المجلس»^(١).

وقال المحقق العاملي (رحمه الله) في مفتاح الكرامة: «لا خلاف بين العلماء في جواز اشتراط الخيار في البيع، كما في التذكرة»^(٢).

وقال في موضع آخر منه: «والذي يتحصل من كلامهم ان هذا الخيار يعم كل بيع لا يستعقب العتق»^(٣).

وقال صاحب الجواهر (قدس سره) انه: «لا خلاف ولا اشكال في ثبوت خيار الشرط فيها - الاجارة - بل ربما استظهر من التذكرة الاجماع عليه، لعموم دليله»^(٤).

وقال الشيخ الاعظم (قدس سره): «ومن الثالث - ما يدخله الخيار اتفاقاً - اقسام البيع ما عدا الصرف، ومطلق الاجارة والمزارعة والمساواة، وغير ما ذكر من موارد الخلاف، فان الظاهر عدم الخلاف فيها»^(٥).

هذا ويشهد للحكم في الموارد المذكورة ما ذكره من القاعدة الكلية لتحديد موارد صحة شرط الخيار، اعني جريان التقايل فيه، حيث اتفقت كلمتهم على جريانه في البيع والاجارة والمزارعة والمساواة، فراجعها تجدها صريحة في ما ذكرناه.

بل يقتضيه ما ذكرناه في مقام تحديد الضابطة أيضاً، لوضوح كون اللزوم في جميع تلك الموارد حقياً مرتبطاً بقرار المتعاقدين، على ما يشهد له ملاحظة احكامها ولسان ادلتها.

(١) مسالك الافهام ج ١ / احكام الخيار - خيار الشرط.

(٢) مفتاح الكرامة ج ٤: ٥٦٠.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤: ٥٦٨.

(٤) جواهر الكلام ج ٢٧: ٢١٨.

(٥) المكاسب ج ١٥: ١٢٦.

الطائفة الثانية:

لم نجد في كلمات الاصحاب لهذه الطائفة مصداقاً 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)^(١).

ادلته

وقد ذكر الاعلام في وجه المنع عن دخول الخيار في النكاح اموراً، هي:

- ١ - الاجماع والاتفاق على عدم دخول خيار الشرط في النكاح.
- ٢ - عدم مشروعية التقايل فيه، لتوقف ارتفاعه شرعاً على رافع خاص هو الطلاق.

٣ - استلزامه لا بتذال المرأة، وهو ضرر عليها.

٤ - ثبوت الخيار انها هو من اجل التروى في امر العقد، والنكاح مسبوق بالتروى التام، فلا وجه لثبوته فيه.

٥ - ان في النكاح شائبة العبادة فلا يدخله الخيار، لان ما كان لله فلا رجعة فيه.

٦ - ابتناء النكاح على الاحتياط التام، لما عرف من الشارع من شدة الاحتياط في الفروج، فلا يمكن رفع اليد عنه الا بما ثبت كونه رافعاً 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 فيلغوا، وابن ادریس صحح العقد وابطل

(١) جواهر الكلام ج ٢٩: ١٤٩.

الشرط، لوجود المقتضي وهو عقد النكاح، وانما فسد شرط الخيار فيلغو ولا يفسد به العقد كغيره من الشروط، وللوجهين تردد المحقق^(١).

وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد: «وانما لم يدخل خيار الشرط النكاح مع تناول عموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم» للاجماع، ولانه ليس عقد معاوضة، ليشرع له اشتراط التروّي والاختيار، ولشدة الاحتياط في الفروج، ولأن فيه شائبة العبادة، ولأن رفعه متوقف على امر معين فلا يقع بغيره»^(٢).

وقال المحقق العاملي: «اما النكاح فلا يجري فيه خيار اصلاً اجماعاً، 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»^(٣).

وقال الشهيدان (رحمهما الله): «ولا يجوز اشتراطه - الخيار - في العقد، لأنه ملحق بضروب العبادات، لا المعاوضات، فيبطل العقد باشتراط الخيار فيه، لأن التراضي انما وقع بالشرط الفاسد ولم يحصل»^(٤).

فما ذكر الشهيد الثاني (قدس سره) في المسالك ان: «المشهور بين الاصحاب 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 يخرج عن وضعه.

وخالف في ذلك ابن ادریس، فحكم بصحة العقد وفساد الشرط، ووجهه ما اشار اليه من وجود المقتضي لصحة العقد لاجتماع شرائط الصحة فيه لأنه الفرض،

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

(٢) جامع المقاصد ج ١: ٢٤٤.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤: ٥٦٨.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٥: ١٢٠.

وانتفاء المانع اذ ليس الا اشتراط الخيار فيه. واذا كان العقد غير قابل للخيار لغا شرطه وعمل بمقتضى العقد، لاصالة الصحة فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر وعموم «أوفوا بالعقود» كما لو اقترن بغيره من الشروط الفاسدة، فان كل واحد من العقد والشرط امر منفك عن الآخر.

وبالغ ابن ادريس في انه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا اجماع، بل الاجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان احد من اصحابنا، وانما هو تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب.

ووجه البطلان: ان التراضي لم يقع على العقد الا مقترناً بالشرط المذكور، فاذا لم يتم الشرط لا يصح العقد مجرداً، لعدم القصد اليه كذلك. وصحة العقود مترتبة على القصد، فليس الحكم الا بطلانها معاً أو صحتها معاً، لكن لا سبيل الى الثاني لمنافاته وضع النكاح، فتعين الاول، وهذا هو الاقوى»^(١).

وقد ذكر هذا الحديث بطوله العلامة (قدس سره) في المختلف، واختار ما ذهب اليه الشيخ (رحمه الله) وحمل على ابن ادريس حملة شعواء^(٢).

وقال صاحب الجواهر (قدس سره): «لا يصح اشتراطه - الخيار - في العقد اتفاقاً في كشف اللثام وغيره، وقد اوماً اليه المصنف بقوله: خاصة، لأنه ليس معاوضة محضة، ولذا لم يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية 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 جبراً له.... بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه»^(٣).

(١) مسالك الافهام ج ١ / كتاب النكاح - مبحث شرط الخيار.

(٢) مختلف الشيعة ج ٤: ٩١.

(٣) جواهر الكلام ج ٢٩: ١٤٩.

وان تأمل فيه عند مناقشته لقول ابن ادريس ببطلان الشرط خاصة، قال (رحمه الله): «وعلى كل حال فما عن ابن ادريس - من بطلان الشرط خاصة، بل قال فيها حكى عنه انه لا دليل على بطلان العقد من كتاب ولا سنة ولا اجماع، بل الاجماع على الصحة، لأنه لم يذهب الى البطلان احد من اصحابنا، وانما هو من تخريج المخالفين وفروعهم، اختاره الشيخ على عادته في الكتاب -، واضح الفساد، بناءً 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، فانه لا يخلو من تأمل»^(١).

واخيراً قال الشيخ الاعظم (رحمه الله): «فالاول - ما لا يدخله الخيار اتفاقاً - النكاح فانه لا يدخله اتفاقاً، كما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد، وعن المسالك الاجماع عليه، ولعله لتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق، وعدم مشروعية التقايل فيه»^(٢).

اقول: اما ما عدا الاجماع من الوجوه التي قيلت في المنع فلاشكال فيه اوضح من ان يخفى، فان اكثرها وجوه استحسانية لا تصلح دليلاً لرفع اليد عن عموم الادلة وتقييد اطلاقها.

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

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

(١) جواهر الكلام ج ٣١: ١٠٦.

(٢) المكاسب ج ١٥: ١١٤.

تختص بفرض اشتراطه الخيار، على ان اقدام المرأة عليه ورضاها به يمنعان من شمول ادلة نفي الضرر له.

ومثله في السقوط حديث ان الخيار من اجل التروي في العقد، والنكاح مسبوق بالتروي التام، فانه مضافاً الى كونه استحساناً لا موقع له في الاستدلال الفقهي، يقتضي عدم جريان الخيار في العقود المهمة المسبوقة بالتروي التام، وهو مما لا يلتزم به احد. على ان المرأة لما كانت شريكة لحياة زوجها، وكان الزواج اسماً وواقع مفهوماً من مجرد العلاقة الجنسية، لم يكن التروي فيه يتحقق من دون العشرة.

واما حديث اشتماله على شائبة العبادة، فينقض بمثل البيع من اجل المعاش والمزارة ونحوهما من المعاملات المستحبة شرعاً، حيث انه لا اشكال في نديها شرعاً، مع انه لا خلاف بينهم في دخول خيار الشرط فيها.

على ان مجرد ثبوت استحباب شيء - بل حتى وجوبه - لا يعني كونه عبادة، فانها 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، فانه وان كان محبوباً وصح ايقاعه بقصد القرية، الا انه ليس مما يتوقف عليه ويتقوم به.

مركز تحقيق كاتوير علوم إسلامي

على ان اشتراط الخيار في العبادات ليس من الامور الممتنعة عقلاً بحيث يتعين رفع اليد عما يقتضيه الدليل، وصرف نصه أو عمومه واطلاقه عن ظاهره من اجل ذلك. ويكفي في اثبات امكانه ما دل على استحباب اشتراط الخيار في الاحرام^(١) والاعتكاف^(٢).

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

(١) الوسائل ج ٩ باب ٢٣ و ٢٤ من أبواب الاحرام.

(٢) الوسائل ج ٧ باب ٤ و ٩ من أبواب الاعتكاف.

وابتنائه على الاحتياط التام لا ينافي دخول الخيار فيه، كما هو الحال في الاموال، فانها أيضاً مشمولة بالاحتياط التام شرعاً، ومع ذلك لا اشكال في ثبوت الخيار فيها.

على ان الاحتياط التام لا يقتضي الجزم ببقاء النكاح وعدم نفوذ الفسخ قطعاً، بل مقتضاه ايقاع الطلاق وتزويجها من جديد فراراً من محذور تأثير الفسخ.

واما الاجماع فدعوى قيامه على عدم قبول النكاح للفسخ بالمرة - كما قد يظهر من بعض الكلمات - باطلة جزماً، كيف وموارد ثبوت حق الفسخ بحكم الشارع ليست عزيزة، كموارد عيوب الزوجين التي دلت النصوص على ثبوت الخيار فيها، وكخيار الحرة في عقد نفسها اذا تزوج زوجها بأمة من غير اذنها - بناءً على القول به - وكذا خيار الخالة والعمة اذا تزوج زوجها ببنت اختها أو أخيها بغير رضاها، وخيار الصغيرين بعد البلوغ اذا كان الولي قد زوجها قبله، وكخيار الامة في نكاح نفسها اذا اعتقت وهي تحت عبد، بل قيل بثبوته لها وان كانت تحت حر، الى غير ذلك من الموارد.

بل ولا اجماع على عدم قبوله للفسخ الناشئ من جعل المكلف وفعله، لذهاب غير واحد من الاعلام الى ثبوت الخيار في موارد تخلف الشرط. قال الشهيد الاول (قدس سره) في اللمعة: «ولو شرط كونها بنت مهيرة فظهرت بنت امة فله الفسخ» وعلمه الشهيد الثاني (رحمه الله) بقوله: «قضية للشرط»^(١).

وذكر نظير ذلك في اشتراط البكارة، قال الشهيد الاول: «ولو شرطها بكراً فظهرت ثيباً فله الفسخ اذا ثبت سبقه على العقد» فأوضحه الشهيد الثاني بقوله: «بمقتضى الشرط»^(٢).

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٥: ٣٩٨.

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٥: ٣٩٩.

ودعوى كون المستند فيه النص الخاص.

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

واوضح من ذلك كلام صاحب الجواهر (رحمه الله) تعليقاً على قول صاحب الشرائع: «اذا تزوج امرأة وشرط كونها بكرًا فوجدها ثيباً» قال (رحمه الله) ما نصه: «وثبت بالاقرار 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 الاكثر وصريح بعض عدم الخيار، للاصل والاحتياط، وان الثبوت ليس 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 مهيرة ونحوها، لدليل الشرطية القاطع للاصل، وغير متوقف على العيب حينئذ.

نعم، اطلق كثير من الاصحاب فيمن تزوج جارية على انها بكر فوجدها ثيباً: لم يكن له الفسخ، الا ان ذلك منهم لا مكان تجده بسبب خفي، كما اوما اليه المصنف، فلا ينافي اشتراطه»^(١).

واصرح من الكل في عموم الحكم بملك الشرط وعدم اختصاصه بما ذكر ما افاده العلامة (رحمه الله) في القواعد بقوله: «كل شرط يشترطه في العقد يثبت له الخيار مع فقده، سواء كان دون ما وصف أو أعلى على اشكال»^(٢).

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

(١) جواهر الكلام ج ٣٠: ٣٧٦.

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

الشرط لا يقتضي بطلانه، لكن يثبت للمشتراط الخيار، لان قوات الشرط يقلب العقد اللازم جائزاً.

ولو اشترط شيئاً من الصفات التي لا تعد كمالاً، كما لو شرط كونها قبيحة الصورة أو جاهلة بتدبير المنزل، فالمتجه صحة الشرط، لان الغرض قد يتعلق بذلك، وليس فيه منافاة للكتاب ولا للسنة. فلو انتفى الشرط وظهر الاتصاف بالضد، ففي المثال المذكور ظهر كونها جميلة أو عاتمة بتدبير المنزل، ففي ثبوت الخيار في ذلك وامثاله عند المصنف اشكال:

ينشأ من ان ثبوت الخيار وسيلة الى التخلص من النقص، ولا نقص هنا فلا خيار.

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

وتنقيح المقام: ان صفة النقص قد يقارنها ما يلحقها بصفة الكمال ويتعلق بها الغرض كما يتعلق بصفة الكمال، كما لو كان الرجل - مثلاً - كثير الاسفار وليس له من يخلفه في اهله، فرغب في قبيحة المنظر لتكون ابعد عن تطلع الاجانب اليها، وكذا لو خشي من حذق الزوجة في امور المنزل لحوق بعض المتاعب له بطمع بعض المتغلبين ونحو ذلك.

وذهب الشارح الفاضل ولد المصنف الى بطلان هذه الشروط، محتجاً ببعد النكاح عن قبول الخيار، قال: وانما يصح شرط الحرية والنسب والبركة وما يرى في الكفارة للنص.

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

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

الخيار، فحينئذ القول بثبوت الخيار في نحو ذلك ليس بذلك البعيد»^(١)
وبالجملة فثبوت الخيار في عقد النكاح لصاحب الشرط عند تخلفه ان لم يكن
قول الاكثر، فلا اقل من اختيار كثير من الاعلام له.
نعم، لا يبعد في المقام دعوى الاجماع على عدم دخول خيار الشرط بخصوصه
وعنوانه في النكاح، فانه - كما يبدو - مما لم يقل به احد من الاعلام قط.
الا ان الكلام في الاعتداد بمثل هذا الاجماع بعدما عرفت من استناد معظمهم
الى وجوه وادلة لا تصمد امام النقد.

قال المحقق الشهيدي (رحمه الله): «نعم، يشكل هذا بأن الاجماع بعد احتمال
كون المدرك فيه ذلك، لا يصح الاستناد اليه الا بعد صحة الاستناد الى مدركه، كما
هو ظاهر. وتوقف ارتفاعه شرعاً على الطلاق بنفسه محتاج الى الدليل، وليس هو الا
الاجماع عليه، والقدر المتيقن منه صورة خلو النكاح عن شرط الخيار، فلا ينافيه جواز
ارتفاعه بالخيار المشروط في ضمن عقد النكاح الثابت بعموم ادلة الشرط»^(٢).
بل والتشكيك صريحاً 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، فاذا كان من الاحكام كان منافياً لشرط الخيار، والشرط
المنافي لمقتضى العقد باطل، فانها لا تخلو من مصادرة، اذ لم يظهر الفرق في مرتكزات
العرف بين النكاح وغيره من عقود المعاوضات»^(٣).

بل ويشهد له ما عرفته من التزام الاكثر بثبوت الخيار عند تخلف الشرط، فانه
انما يكشف عن عدم كون اللزوم في النكاح حكماً لا يقبل الانفكاك عنه بحال، وهو
ما اخترناه ضابطاً لعدم قبول العقد لشرط الخيار.

(١) جامع المقاصد ج ٢: ٤١١.

(٢) هداية الطالب الى اسرار المكاسب ج ٢: ٤٥٢.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ج ١٤: ٤٠٥.

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

وحاصله: ان جعل الخيار لما كان مرجعه وبحسب مقام الثبوت الى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ لا محالة، حيث لا مجال للقول بالاهمال أو الاطلاق والشمول لما بعد الفسخ في ذلك المقام، لم يكن مجالاً للالتزام به في النكاح، فان النكاح وبحسب مقام الثبوت لا يخلو من احد نحوين لا ثالث لهما، فهو اما دائم ومطلق، واما منقطع مؤقت. واشتراط الخيار يتنافى مع النحويين معاً.

اما العقد الدائم فلمنافاه مع التوقيت والتحديد الحاصل من اشتراط الخيار قهراً كما عرفت.

واما العقد المنقطع فلمنافاة اشتراط الخيار مع لزوم ضبط المدة فيه وتحديداتها بما لا يقبل الزيادة والنقصان، فان مرجع الاشتراط الى مجهولية الاجل وتاريخ الانتهاء لا محالة.

قال (قدس سرّه): «ان جعل الخيار لما كان يرجع الى تحديد المنشأ وتوقيته بعدم الفسخ، لامتناع الاهمال وعدم معقولية الاطلاق والشمول لما بعد الفسخ - على ما تقدم بيانه مفصلاً في كتاب البيع - كانت الزوجية مقيدة وموقته بقبل الفسخ لا محالة. واذا كانت كذلك حكم ببطلانه، لأن تحديد الاجل بنحو لا يقبل الزيادة والنقصان من اركان العقد المنقطع، وهو مفقود في المقام بحسب الفرض حيث ان تاريخ الفسخ مجهول.

وبعبارة اخرى: ان عقد الزواج لا يخلو - بحسب ما يستفاد من الادلة - من قسمين، دائم ومنقطع ولا ثالث لهما. والاول غير متصور في المقام، لاستلزام جعل الخيار التقييد. والثاني يقتضي البطلان، لفقده ركناً من اركانه، وهو تحديد الاجل بنحو لا يقبل الزيادة أو النقصان»^(١).

(١) مباني العروة الوثقى / كتاب النكاح ج ٢: ٢١١.

وما افاده (قدس سره) تام ومتين، وهو المستند الاساس 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 والتوقيت بحسب مقام الثبوت، الا ان ادلة بعض تلك العقود تقتضي عدم قبولها للتحديد الناشئ من الجعل، في حين ان ادلة بعضها الآخر لا تحدد ماهيته بأحد القسمين - المطلق والمقيد - وان كان مقتضى طبعه الاولي الدوام والاستمرار.

والحاصل: ان النكاح يختلف عن غيره بما ثبت فيه من تحديده ثبوتاً بقسمين يأتیان معاً اشتراط الخيار وتوقيتها بعدم الفسخ.

حصيلة البحث

يتلخص بحثنا - اخيراً - في ان العمدة في الدليل على المنع من دخول الخيار في النكاح، هو ما افاده السيد الوالد (قدس سره) من عدم انسجامه مع ما اقتضته ادلة عقد النكاح بقسميه، فانه لولا ذلك، ولولا الاجماع والتسالم بين الاصحاب 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 لاثبات المدعى، خصوصاً مع التزام جملة من الفطاحل بدخول الخيار الناشئ من تخلف الشرط فيه، فانه ان دل على شيء فانها يدل على عدم كون اللزوم فيه حكماً غير مفارق له، ولا اقل 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 منحصراً بقول شاذ أو رأي نادر. وكيف كان، فالبحث يقع في موارد عديدة:-



مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

١ - البيع المعاطاتي

الذي يظهر من كلمات الاصحاب في وجه عدم دخول خيار الشرط للبيع المعاطاتي امور ثلاثة:

١ - ان المعاطاة لا تفيد الا اباحة التصرف، ولا معنى لثبوت الخيار في الاباحة على ما عرفته في العقود الاذنية.

٢ - ان العقد المعاطاتي عقد جائز بالذات، فيكون اشتراط الخيار فيه لغواً محضاً.

٣ - ما افاده الشيخ الاعظم (قدس سره) بقوله: «واما التراضي الفعلي فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد. ومنه يظهر عدم جريان هذا الخيار في المعاطاة وان قلنا بلزومها من اول الامر أو بعد التلف، والسر في ذلك ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلي»^(١).

التحقيق في المقام الثالث من علوم شرعية

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 الاساس:

فان قلنا في المعاطاة بأن المقصود بها هو الاباحة المحضة وحقيقتها لا تتعدى ذلك - على ما يظهر من عبارات كثير من قدماء الاصحاب، ويقتضيه الدليل الاول - فالحق تمام الحق مع القائلين بعدم دخول الخيار الذي هو بمعنى ملك فسخ العقد

فيها، ذلك «ان المعاطاة المقصود بها الاباحة ليست من العقود لكي يثبت فيها الخيار، بل هي تفيد اباحة خالصة، ويجوز لكل من المتعاطيين التصرف في ما اخذه من صاحبه، ولا يكون هذا التصرف تصرفاً محرماً، اذ المفروض ان ماله الاصيل قد اذن في ذلك»^(١).

ومن هنا فلا تكون المعاطاة مشمولة لأدلة الخيار.
وان قلنا بان المقصود بالمعاطاة هو الملك، فقد يقال فيها بعدم دخول الخيار اياها بالشرط للوجهين الاخيرين.

الا ان هذا القول لا يمكن الاعتماد عليه.
وذلك لان: حديث لغوية اشتراط الخيار في العقود الجائزة «توهم فاسد، لانه انها تلزم اللغوية فيما اذا لم يمكن انفكاك احد الخيارين عن الآخر، مع ان الانفكاك بينهما من الواضح بمكان، بديهية ان النسبة بينهما هي العموم من وجه، اذ قد يسقط خيار المعاطاة ويبقى الخيار المصطلح، وقد يسقط الثاني ويبقى الاول، وقد يجتمعان سقوطاً وبقاءً.

واذن فلا محذور في اجتماع خيار المعاطاة مع الخيارات المصطلحة ثبوتاً واثباتاً، وهذا واضح لا ريب فيه»^(٢).

وسياقي التعرض الى هذه الشبهة تفصيلاً 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 الاثر في صحة اسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

واما حديث ان الشرط القولي لا يمكن ارتباطه بالانشاء الفعلي فيرده:
اولاً: منافاته لما التزم به في المعاطاة من ثبوت جميع الخيارات في المعاطاة، بناءً

(١) مصباح الفقاهة ج ٢: ١٦٠.

(٢) مصباح الفقاهة ج ٢: ١٦٣.

على افادتها الملك بقول مطلق، أو خصوص ما لا يختص بالبيع منها على الأقل.
قال (رحمه الله): «وان قلنا بافادة الملك، فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقاً، بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم، كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمن المعاطاة، الا ان اثره يظهر بعد اللزوم. وعلى هذا فيصح اسقاطه والمصالحة عليه قبل اللزوم.

ويحتمل ان يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجري، لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار؛ وبين غيرها كخيار الغبن والعيب بالنسبة الى الرد دون الارش فتجري، لعموم ادلتها»^(١).

اللهم الا ان يكون مراده هناك خصوص الخيارات المجعولة من قبل الشارع، فلا يشمل ما يحتاج الى الانشاء في جعله.

ثانياً: ما افاده المحققان الاصفهاني والايرواني (قدس سرهما) من رفض ما ذكره (قدس سره) من عدم امكان ربط الانشاء الفعلي بالشرط القولي.

قال المحقق الايرواني (رحمه الله): «اما بناءً على الاكتفاء بالتواطي وانشاء العقد بانياً على الشرط فجريانه في المعاملات الفعلية مما لا سبيل الى انكاره، كما ان جريانه في المعاملات القولية الغير الجامعة للشرائط الراجعة الى الانشاء الداخلة بذلك في المعاطاة واضح، بل لا يبعد القول بدخول الشرط في المعاملات الفعلية مطلقاً، فانه لو قال مقارناً للفعل: بشرط كذا، رابطاً قوله بفعله كفى وحصل به الربط، وكان التزامه ذلك من جزئيات الالتزام في الالتزام»^(٢).

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

(١) المكاسب ج ٦: ٢٣٧ - ٢٣٨.

(٢) تعليقه الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات: ٢٧.

القول بالفعل فيوسع دائرة دلالة تارة ويضييقها أخرى، فإذا قال مقارناً للتعاطي - مثلاً -: على أن يكون لي الخيار، كان هذا القول المقارن مربوطاً بذلك الانشاء الفعلي وموجباً لتقيده بالالتزام المزبور^(١).

وبعبارة أخرى: أن الشرط لا يرتبط بما ينشأ به العقد وما يبرز الاعتبار، كي يقال بعدم امكان ربط اللفظ بالفعل، وإنما يتعلق بالمنشأ والاعتبار النفساني مع قطع النظر عما يبرزه في الخارج. ومن هنا فإذا كان ذلك الاعتبار مقيداً في واقعة - ولو بفضل الدلالة اللفظية عليه - ثم انشأ ذلك المقيد بالفعل في الخارج، بأن قام الفعل مقام اللفظ في انشاء المدلول المتفق عليه مع تباينها وتواطئها حينه على الشرط، لم يكن وجه للقول بعدم شمول ادلة الشروط له، فضلاً عن القول بامتناعه وعدم تعقله.

ثالثاً: ان فرض انحصار التعبير عن الشرط باللفظ ومن ثم القول بعدم جريان الخيار في المعاطاة لعدم امكان ارتباط الشرط القولي بالانشاء الفعلي، مما لا مبرر له، فانه كما يمكن التعبير عن الانشاء والالتزام العقدي بالفعل، كذلك يمكن التعبير عن الالتزام التبعي لذلك الالتزام بالفعل أيضاً، وخير شاهد على ذلك ما يقوم به الخرسان في مقام انشاء مراداتهم، بل وما يقوم به الكامل في مقام بيان ما يعتبره في نفسه مع الاطرش، فانه كما يتصدى لبيان أصل العقد بالإشارة والفعل يقوم ببيان شروطه في ذلك العقد بهما أيضاً.

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، انها يتصور بناءً على عدم القول بكون المقصود منها وحقيقتها الاباحة المحضة، والا فالقول بعدم

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات: ٥١.

أوضح من أن يخفى.

الثانية: أن كون عقد المعاطة جائزاً قبل التصرف فيه، لا يمنع من القول بدخولها الخيار ولو بلحاظ الاثر بعد اللزوم.

الثالثة: لا مبرر لانكار الخيار فيها بدعوى عدم ارتباط الشرط القولي بالانشاء الفعلي، فإن الحديث في إمكان دخول شرط الخيار فيها لا يرتبط بنحو التعبير عنه في ضمنها، فقبولها للخيار امر، وعدم تصور التعبير عنه امر آخر، خصوصاً بملاحظة أن المعاطة عندهم - ومنهم الشيخ الأعظم (قدس سره) - لا يختص بها ينشأ بالفعل محضاً، بل يعم المعاملات اللفظية غير الجامعة للشرائط.

على أنك 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 التواطى والتباني على الشرط وإيقاع العقد مبنياً عليه، وكونه بحكم المذكور في متن العقد، بحيث يكون من دونه تجارة لا عن تراض^(١).

أذن فالصحيح في المقام هو القول بدخول الخيار للبيع المعاطاتي على حد جريانه في العقد اللفظي جرفاً بحرف.

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

٢ - بيع الصرف

قال الشيخ في المبسوط: «اما الصرف فيدخله خيار المجلس لعموم الخبر، فاما خيار الشرط فلا يدخله اصلاً اجماعاً، لأن من صحة العقد القبض»^(١).

وتبعه عليه ابن ادريس (قدس سره).

وقد رده العلامة (قدس سره) في المختلف بأن «الاجماع ممنوع، والتعليل ليس بجيد، فان التقابض لا يدفع خيار الشرط»^(٢).

اقول: الظاهر انه ليس مراد شيخ الطائفة (قدس سره) بقوله: «ان من صحة العقد القبض» كون القبض بحد ذاته منافياً لجعل الخيار، كي يدفع بأن التقابض لا يدفع خيار الشرط، والا فبطلانه اوضح من ان يخفى، اذ لازمه انتفاء الخيار في جميع موارد تحقق التقابض من العقود، بيع صرف كان أو غيره، وهو ما يعني انتفاء الخيار في اغلب موارد العقود، وبجمل 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 علة بينهما بلحاظ العقد الذي جرى بينهما، فيتنافى مع جعل الخيار المستلزم لبقاء العلاقة.

بل ويمكن ان يقال ان انتهاء العلامة المستكشف بوجوب التقابض في المجلس، ينبئ عن كون اللزوم بعده لزوماً حكماً خارجاً عن ارادة المتعاقدين.

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

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

(٢) مختلف الشيعة ج ٢: ١٧٣.

لكلام الشيخ (رحمه الله) لا يعني الموافقة عليه، فإن للمناقشة في كلا دليليه مجالاً واسعاً.

أما الإجماع، فدعواه في المقام على المنع غريب منه (قدس سره)، كيف ولم يذهب إلى ما اختاره أحد من أصحابنا غير ابن ادریس، 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»^(١)، وعبارة الشهيد (قدس سره) في المسالك حيث لم يستثن من البيع إلا ما يتعقبه العتق فقط^(٢)؛ جريانه في الصرف بلا خلاف.

نعم، تردد العلامة (قدس سره) في القواعد فيه حيث قال: «وفي ثبوته في الصرف اشكال»^(٣)، رغم اختياره لعبارة الأكثر في خيار الشرط، واختياره الدخول صريحاً في التذكرة^(٤).

وكيف كان، فدعوى تحقق الإجماع على عدم دخول خيار الشرط في الصرف مقطوعة البطلان، ولا سبيل لإثباتها بوجه.

وأما دعوى اقتضاء وجوب التقابض لانتهاء العلقه المنافي لجعل الخيار، فيردها منعها صغرى وكبرى.

أما الصغرى: فلما أفاده المحقق الأيرواني (قدس سره) بقوله: «المقدمة الأولى أشد منعاً، وإنى لنا السبيل إلى أن المقصود من اعتبار التقابض في الصرف والسلام أن يفترقا ولم تبق بينهما علقه، فانه إن أريد من العلقه استحقاق تسليم المبيع والضمن فهو

(١) كفاية الأحكام / كتاب المتاجر - أحكام الخيار. وقواعد الأحكام / كتاب البيع - المقصد الخامس - المطلب الأول - الثالث خيار الشرط.

(٢) مسالك الأفهام ج ١ / كتاب المتاجر - أحكام الخيار.

(٣) قواعد الأحكام / كتاب البيع - المقصد الخامس - المطلب الأول - الثالث خيار الشرط.

(٤) تذكرة الفقهاء ج ٧: ٣٤١.

مسلم، لكن لا يجدي في المقصود، وإن أريد ما سوى ذلك من علة فهو ممنوع»^(١).
وبعبارة أخرى: إن غاية ما يقتضيه وجوب التقابض هو قطع علة المتبايعين
من حيث استحقاق تسليم المبيع والتمن، باعتبار أن كلاً منها قد استلم ما يستحقه
قبل الافتراق، فلا موضوع لبقاء حقه في مطالبة صاحبه، ولكن أين هذا من ثبوت
حق الفسخ له ومطالبة صاحبه بعده بأرجاع ما سلمه إياه بالقبض قبل الافتراق.
وأما الكبرى: فقد منع العلامة (قدس سره) الملازمة في التذكرة^(٢).
وأوضحه المحقق الأيرواني (قدس سره) بقوله: «أما بيان منع الملازمة بين بقاء
الخيار وبقاء العلة فهو أن متعلق الخيار هو العقد، وتزلزل العقد اجنبي 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»^(٣).

أما المحقق الأصفهاني (رحمه الله) فقد أوضح المنع بقوله: «إن المقصود رفع
علة الملكية، والذي يثبت بالشرط علة حقيقة، ولا منافاة بين رفع أحدهما وإثبات
الأخرى»^(٤).

والحاصل: أن قطع العلة الملكية بين كل من المتبايعين وماله بالقبض
والاقتباس شيء، وثبوت الخيار لهما أو لأحدهما بحيث يكون له رفع العقد وأرجاع 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.

(١) تعليقة الأيرواني على المكاسب / قسم الخيارات: ٢٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ج ٧: ٣٤١.

(٣) تعليقة الأيرواني على المكاسب / قسم الخيارات: ٢٧.

(٤) تعليقة الأصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات: ٥٠.

نتيجة البحث

يتحصل مما تقدم ان الحق في المقام هو الحاق بيع الصرف بسائر افراد البيع في دخول شرط الخيار فيه، وذلك لعدم وجود ما يصلح مخصصاً لعموم ادلة وجوب الوفاء بالشرط بالنسبة اليه.



مركز تحقیق کتاب پیور علوم اسلامی

٣ - الرهن

اختلفت كلمات الاعلام في دخول خيار الشرط للرهن، من حيث كونه منافياً للاستيثاق الذي يبدو كونه الهدف الاساس 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 احد 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 الاول، لأن الرهن وثيقة للدين والخيار ينافي الاستيثاق. ويدفعه ان الاستيثاق في المشروط بحسب الشرط، فلا مناقاة. وقد اعتمده الصيمري بعدما استشكل فيه»^(١).

وقال الشيخ الاعظم (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 شرعاً بل عرفاً كونها وثيقة والخيار مناف لذلك.

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

(١) مفتاح الكرامة ج ٤: ٥٦٩.

بتراضي الطرفين»^(١).

وقد اورد 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»^(٢).

وقد اوضح المحقق الاصفهاني (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 عرفاً وشرعاً آب عن دخول شرط الخيار فيه، فان قصد جعل العين محبوسة على الدين وقصد الالتزام بحل المحبوسية قصد امرين متنافيين، كما ان الاستيثاق وشرط السلطنة على رفع الاستيثاق متنافيان، فلا يتأتى القصد المجدي اليهما في عقد واحد.

ومنه يتضح ان صحة التقايل لا تلازم صحة اشتراط الخيار، فان التقايل وان كان ابطالاً للمحبوسية ورفعاً للاستيثاق، لكنه ليس من قصد امرين متنافيين في انشاء واحد، فالتراضي على رفع الاستيثاق المحقق امر، كما اذا وثق الدائن بالمديون من اول الامر فلم يأخذ على دينه وثيقة منه، وتحصيل الاستيثاق بحيث لا يتمكن المديون من كل ما ينافيه والالتزام بها لا يبقى معه وثوق في عين تلك الحال امر آخر.

نعم، اذا امكن ان يحدث فيها بعد ما لا حاجة معه الى الاستيثاق، بحيث لو كان محققاً فعلاً لما اقدم على اخذ الوثيقة، فحينئذ يمكن شرط الخيار معلقاً على حصوله، حيث انه شرط غير مناف على ذلك التقدير.

والغرض: ان منافاة الاستيثاق للشرط داخلة في منافاة الشرط مع نفس حقيقة الرهن ذاتاً لا مع حكمه عرفاً أو شرعاً»^(٣).

(١) المكاسب ج ١٥: ١٢٤.

(٢) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات: ٢٧.

(٣) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات: ٥٠.

اقول: الظاهر انه لا اشكال 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 اغلب افراده وان تخلفت عنه في بعضها، فلا يتنافى مع اشتراط الخيار فيه.

والذي يقتضيه التأمل في أدلة الرهن وما التزم به الاصحاب من الاحكام له هو الثاني، فقد اختار غير واحد منهم عدم اعتبار القبض فيه، في حين ذهب اكثر من اعتبر القبض الى عدم اعتبار استمراره، ففي اللمعة والروضة: «ولا يشترط دوام القبض، للاصل بعد تحقق الامتثال به، فلو اعاده الى الراهن فلا بأس به، وهو موضع وفاق»^(١).

بل وذهب كثير من الاعلام الى صحة الاقالة فيه من جهة المرتهن وفسخه للرهن من ناحيته دون الراهن، وعلمه في الدروس والرياض بان «الفرق انه - الراهن - يسقط حق غيره والمرتهن حق نفسه»^(٢).

واختاروا صحة الرهن في زمن الخيار وإن كان الخيار للبائع. قال في اللمعة والروضة: «ويصح الرهن في زمن الخيار لثبوت الثمن في الذمة وإن لم يكن مستقراً، وإن كان الخيار للبائع، لانتقال المبيع الى ملك المشتري بالعقد على الاقوى، لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره، ولأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب»^(٣).

بل التزموا بصحة «رهن العبد المرتد ولو عن فطرة، لانه لم يخرج بها عن الملك، وان وجب قتله»^(٤)، بل والمريض الميئوس من برئه^(٥)، فضلاً عن العبد الجاني مطلقاً^(٦). الى غير ذلك من الموارد التي تتنافى مع حقيقة التأمين والتوثيق.

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٤: ص ٥٩.

(٢) الدروس ج ٢ - ص ٣٩٥ ورياض المسائل ج ١: ص ٥٨٦.

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٤: ص ٧٠.

(٤)(٥)(٦) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٤ ص ٧١.

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

فان هذا وغيره إن دل على شيء فانما يدل على ان الاستيثاق المأخوذ في الرهن لا يشكل حقيقة الرهن وواقعه، بل هي حكمة تجري في غالب مصاديقه وافراده.

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

قال المحقق النائيني (قدس سره): «أما الرهن فلا مانع من دخوله فيه، غاية الامر يصير الدين بعد الفسخ كالديون التي لم يجعل وثيقة لها»^(١).

إذاً فلا وجه لانكار خيار الشرط في الرهن، بدعوى منافاته لطبيعته شرعاً وعرفاً، فان الاستيثاق والتأمين ليسا من حقيقة الرهن وطبيعته وان لازماه في اغلب افراده.

ومنه يظهر انه لا ضرورة بل لا وجه لتعليل دخول الخيار فيه، بان 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»^(٢).

فانه اعتراف بكون حقيقته ذلك، وقد عرفت ان الامر ليس كذلك، ومعه فلا

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ج ٢: ص ٥٧.

(٢) فقه الصادق ج ١٤: ص ١١٩.

يكون الاشتراط منافياً لحقيقة الرهن ولا من قبيل الشرط المخالف لمقتضى العقد. ثم إن أكثر من التزم بعدم صحة اشتراط الخيار في الرهن إختار صحة إقالة المرتهن ورفع يده عنه بحيث يصبح دينه وكأنه لم يكن بأزاءه وثيقة من بادئ الامر، وقد عرفت تعليله من قبل الشهيد الاول (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 الاقالة يصح شرط الخيار فيه» بالنسبة اليه.

وقد صرح بهذا المحقق الاصفهاني (قدس سره) في كلامه الذي نقلناه في بداية البحث، حيث قال: «ومنه يتضح ان صحة التقايل لا يلزم صحة اشتراط الخيار، فان التقايل وإن كان ابطالاً للمحبوسية ورفعاً للاستيثاق، لكنه ليس من قصد امرين متنافيين في انشاء واحد، فالتراضي على رفع الاستيثاق المحقق امر، كما اذا وثق الدائن بالمديون من اول الامر 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 امر آخر».

غير ان 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 ان الرهن لما كان جائزاً من قبل المرتهن فلا معنى للتقايل فيه، لان التقايل فيما كان زمام امره بيد الطرفين بحيث لا يفسخ إلا باجتماعهما عليه، واما ما كان قابلاً للانفساخ بفسخها أو فسخ احدهما فلا يجري فيه التقايل، فلا يتوهم ان الرهن مما يصح فيه التقايل ولا يصح فيه جعل الخيار، وهو نقض الكبرى

المدعاة^(١).

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 مايكون اللزوم فيه من جانب واحد خاصة. وإنما ثبتت بفضل الاولوية ودعوى: «ان المعاملة التي يجري فيها التقايل يستكشف منه انها تحت تصرف المتعاملين بعد تحققها ولزومها وخروج امرها من يد كل واحد منهما، فيستكشف من ذلك بنحو الوضوح والاولوية أن زمام امرها قبل تحققها ولزومها بيدهما في ذلك.

وإن شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلها الاجتماع على رفعه بقاءً فضلاً عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفها أو تصرف واحد منها^(٢).

ومن الواضح ان هذا التعليل يجري حرفياً في مورد الاقالة وما كان اللزوم فيه من جانب واحد فقط، فيقال: إن صحة الاقالة ممن العقد جائز من قبله تكشف عن ان المعاملة حتى بعد تحققها ولزومها من الجانب الآخر، تحت تصرفه، فيستكشف من ذلك بنحو الوضوح والاولوية ان زمام امرها قبل تحققها ولزومها بيده في ذلك. وان شئت قلت: يستكشف منه ان اللزوم حقي، فله رفعه بقاءً فضلاً 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 الاقالة من جانب واحد خاصة واشترائط الخيار على من له الاقالة، فلاوجه للتفصيل في جريان القاعدة.

على انه (قد ه) مضافاً الى اخذه لفظ الاقالة في بيان القاعدة، حيث قال:

(١) كتاب البيع ج ٤: ص ٢٦٣.

(٢) كتاب البيع ج ٤: ص ٦٤.

«كل ما تجري فيه الاقالة يصح شرط الخيار فيه»^(١)، والاقالة فعل طرف واحد لا الطرفين، اعترف صريحاً بما ذكرناه من ثبوت الملازمة - بناءً على تسليمها - مع تمكن صاعب اللزوم من رفعه وترخيص صاحبه من تعهده والتزامه، وذلك حينما قال: «يستكشف منه ان اللزوم حقي، فلهما الاجتماع على رفعه بقاءً فضلاً عن حال الحدوث الذي لم تخرج بعد عن تحت تصرفها أو تصرف واحد منها». فان قوله: «أو تصرف واحد منها» 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 وابطاله، ويكون الدين بذلك من الديون التي لم يجعل بازائها 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 اوضح من ان يخفى.

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

٤ - الصداق

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

قال الشيخ الطوسي (رحمه الله): «واما الصداق فانه اذا أصدقها وشرط الخيار اما لها أو لاحدهما، نظرت فان كان الشرط في النكاح بطل النكاح، وان كان فيهما فكمثل، وإن كان في الصداق وحده كان بحسب ما شرط ولا يبطل النكاح»^(١). وقال العلامة (قده): «وان شرطه - الخيار - في المهر صح العقد والمهر والشرط»^(٢).

ووافقه عليه الفاضل الهندي (قده) في كشف اللثام^(٣). وقال المحقق (رحمه الله): «ولو شرط - الخيار - في المهر صح العقد والمهر والشرط»^(٤).

ووافقه عليه في الجواهر قائلاً: «واما اشتراطه في الصداق فلا بأس به، كما صرح به الفاضل والكركي، للعموم»^(٥). وقال المحقق السبزواري (قده): «ولو شرط - الخيار - في المهر، فالمشهور صحة العقد والمهر والشرط»^(٦).

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

(٢) قواعد الاحكام / الفصل الثاني / في الصداق الفاسد.

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

(٤) شرائع الاسلام ج ٢: ص ٢٨٢.

(٥) جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ج ٢٣: ص ٦٣.

(٦) كفاية الاحكام / كتاب النكاح / المطلب الخامس / البحث الثالث / المسألة الثامنة.

إلا انه ربما يورد عليه بعدم قابلية الصداق وحده للفسخ والحل.
ودفعه الشهيد (قده) في المسالك بقوله: «وأما اشتراطه في الصداق فلا مانع من صحته، لان الصداق ليس ركناً في النكاح، بل هو عقد مستقل بنفسه، ومن ثم صح اخلاؤه عنه، فادخاله فيه بشرط اولي.

وحينئذ فيصح الصداق والشرط معاً»^(١).
ووافقه عليه المحقق الكركي قائلاً: «ولو شرط الخيار في الصداق صح قطعاً لانتفاء المانع، لان الصداق ليس ركناً في النكاح وإنما هو عقد مستقل بنفسه، والمقصود منه المال، فاذا شرط فيه الخيار صح ولا يبطل الصداق عندنا»^(٢).

وقريب منها عبارات غيرها.
وفيه: ان الصداق وإن لم يكن ركناً في النكاح الا انه ليس عقداً مستقلاً بنفسه قطعاً، كما يشهد له صريح الوجدان، فليس اعتبار الصداق من قبيل اعتبار الهبة في عقد النكاح.

وبعبارة اخرى: ان عدم كون الصداق ركناً في عقد النكاح، لا يعني كونه عقداً مستقلاً ومنحازاً ومنفرداً بنفسه، فانه لا ملازمة بين الامرين، بل الوجدان يشهد بخلافه.

ومن هنا عبر صاحب الجواهر عنه بأنه كالعقد المستقل، قال (رحمه الله):
«لكون المهر كالعقد المستقل بنفسه، ومن ثم صح اخلاؤه عنه، فيندرج اشتراط الخيار فيه حينئذ تحت قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

وتبعه عليه السيد الطباطبائي (قده) حيث قال: «وأما في المهر فالظاهر جوازه، ومع الفسخ يرجع الى مهر المثل، فيكون كما لو لم يذكر اصل المهر، فانه ليس شرطاً

(١) مسالك الافهام ج ١ / كتاب النكاح / مبحث شرط الخيار فيه.

(٢) جامع المقاصد ج ٢: ص ٤٢٢.

(٣) جواهر الكلام ج ٣٦: ص ١٠٦ - ١٠٧.

في صحة العقد، وعندهم انه بمنزلة عقد مستقل، فيجري فيه الشرط، لعموم المؤمنين»^(١).

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

فهو مرتبط بالنكاح بحكم كونه التزاماً تابعاً ومن شؤنه وخصوصياته، وكالعقد المستقل بلحاظ ان رفعه لا يقتضي بطلان النكاح، بل ولصحة النكاح مبدئياً مع خلوه عنه.

وكيف كان، فالتعبير عن الصداق بالعقد لا يخلو من العناية والمساحة، والصحيح هو القول بكونه التزاماً ضمناً في عقد النكاح. قال المحقق الاصفهاني «قده» تعليقاً على دخول الخيار في الصداق ما نصه: «فمع اعمال الخيار في الصداق ورد المسمى يرجع الى مهر المثل، نظراً الى ان الصداق ليس ركناً مقوماً لعقد النكاح، ولذا جاز العقد من دون تسمية المهر فيرجع الى مهر المثل. ومرجع رد المهر المسمى اما الى فسخ عقد النكاح من حيث الصداق لا من حيث الزوجية - كما في الجواهر - نظراً الى عدم تصور فسخ الصداق، فانه ليس قابلاً للفسخ من حيث عدم كونه بنفسه عقداً ليكون له الحل.

واما الى فسخ نفس المهر، بتقريب انه من قبيل الالتزام الضمني بعدما لم يكن ركناً في المعاملة بحيث يتقوم به عقد الزواج، فانه لا محالة اذا ذكر في طي انشاء الزوجية المتقومة بالزوج والزوجة يكون ايقاعه على مهر المسمى كايقاع البيع على شرط من الشرائط، فمرجعه الى وقوع الالتزام بالزوجية على الالتزام بمهر مخصوص، وعليه فنفس الالتزام الضمني قابل للحل، فيكون عقد الزواج كما اذا لم يقع على

(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٣.

الصداق أصلاً^(١).

ويلحظ على التوجيه الاول المذكور في كلامه (قده) عدم إمكان التبويض في فسخ العقد بلحاظ آثاره ومداليله. فان كان الصداق من النكاح كالزوجية فلا مجال لفسخ النكاح بلحاظه دون لحاظها، فانه عقد واحد، وفسخه وحله يقتضي ابطال كل ما ترتب عليه.

وان لم يكن الصداق من حقيقة النكاح وواقعه، بل كان التزاماً تابعاً له، كان عبارة اخرى للتوجيه الثاني.

ثم إن الشيخ الأنصاري (قده) عطف على قوله: «وذكر فيهما - التذكرة تبعاً للمبسوط - ايضاً دخول الخيار في الصداق» قوله: «ولعله لمشروعية الفسخ فيه في بعض المقامات، كما اذا زوجها الولي بدون مهر المثل، وفيه نظر»^(٢).

وعلق عليه المحقق الايرواني (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 بالاجازة»^(٣).

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

إلا ان اصل تعليل الشيخ الأعظم (قده) للحكم بمشروعية الفسخ في بعض

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٦.

(٢) المكاسب ج ١٥: ص ٣٨.

(٣) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٧.

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 - وإلا لجرى الكلام بعينه في كثير من الموارد التي لم يلتزم فيها بدخول الخيار وأوضحها النكاح، إذ لا أشكال 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)^(١).

نعم، هذا التوجيه يصطدم بمشكلة اتفاق الأصحاب - كما عرفت - على دخول الخيار في الصداق، سواء باعتباره عقداً مستقلاً أم التزاماً ضمناً في العقد. وعلى أي حال، فالحكم في المقام بدخول الخيار على القاعدة، حيث لا محذور فيه بعد أن لم يكن المهر ركناً للعقد، كما يشهد له صحته من دونه ابتداءً، ومعه فلا حاجة للاستدلال بما ذكره (رحمه الله).

وأخيراً بقي أن نعرف أن الأصحاب رغم تسالمهم على جريان الخيار في الصداق، حيث أرسله أكثرهم إرسال المسلمات، بل لم يذكر أحد منهم الخلاف فيه، لم يتعرضوا للحكم 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.

(١) مباني العروة الوثقى / كتاب النكاح، ج ٢، ص ٢٨٤.

اللهم الا ان يقال بالفرق بين التنازل عن المسمى وابطاله 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 الاصحاب للتقايل فيه، رغم تعرضهم لفروع كثيرة حول الابرأ والاعتياض عنه، يبقى حاجزاً دون القول بالتزامهم به فيه. ومن هنا يكون المورد مصداقاً آخر يضاف الى ما عرفت من موارد انتقاض الضابطة الكلية التي ذكرها 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 ركناً في عقد النكاح، ولذا يصح خلوه منه ابتداءً.

وان الصحيح في حقيقته كونه شرطاً والتزاماً في ضمن عقد النكاح، لا عقداً مستقلاً ومنحازاً قائماً 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 المسلمات بينهم، في حين انه لا اثر لجواز التقايل فيه في كلماتهم.

٥ - الصدقة

المشهور بين الاعلام عدم دخول شرط الخيار في الصدقة، وقد ألحقها الاكثر بالوقف، مستنديين في الحكم الى ما رواه موسى بن بكر عن الحكم، قال: «قلت لابي عبدالله 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، إنها الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه، فان أنت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك، وإن رفع صوته فاخفض انت صوتك. قال: قلت: فانه توفي، قال: فاطلب بها»^(١).

وما رواه عبدالله بن سنان قال: «سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته، فقال: قال رسول الله (ص): انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقىء ثم يعود في قيئه»^(٢). وبمضمونها روايات اخرى.

والعمدة في الاستدلال هو قوله عليه السلام في الرواية الاولى: «إنها الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله 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.

واذا ثبت هذا، امتنع تطرق الخيار اليها، لمنافاته لطبيعتها واللزوم غير المنفك عنها.

قال الشيخ الانصاري (رحمه الله) ما نصه: «واما حكم الصدقة فالظاهر انه حكم الوقف».

قال في التذكرة في باب الوقف: انه يشترط في الوقف الالتزام، فلا يقع لو شرط

(١) وسائل الشيعة ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ١.

(٢) المصدر السابق ح ٢.

الخيار فيه لنفسه، ويكون الوقف باطلاً كالعق والصدقة. انتهى.
 لكن قال في باب خيار الشرط: اما الهبة المقبوضة فان كانت لاجنبي غير معوض عنها، ولا قصد بها القرية، ولا تصرف المتهب فيها، يجوز للواهب الرجوع فيها، وان اختل احد القيود لزمت. وهل يدخلها خيار الشرط؟ الاقرب ذلك. انتهى.
 وظاهره دخول الخيار في الهبة اللازمة حتى الصدقة.

وكيف كان، فالاقوى عدم دخوله فيها، لعموم ما دل على انه لا يرجع فيما كان لله، بناء على ان المستفاد منه كون اللزوم حكماً شرعياً لماهية الصدقة، نظير الجواز للعقود المجائزة، ولو شك في ذلك كفى في عدم سببية الفسخ التي يتوقف صحة اشتراط الخيار عليها.

وتوهم امكان اثبات السببية بنفس دليل الشرط، واضح الاندفاع^(١).
 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 دلالته على ذلك تأملاً، غايته الدلالة على اللزوم في ذاته كدلالة عموم: «أوفوا» وذلك لا ينافي تطرق الخيار اليه بالجعل»^(٢).
 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 حكماً شرعياً لماهية الصدقة بحيث لا يقبل التغير فهو كما ترى، كيف وإلا كان أوّل دليل على الحكم في جملة من العقود والايقاعات، فتدبر»^(٣).

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

(١) المكاسب ج ١٥ ص ١١٨ - ١٢٢.

(٢) تعليقه الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٧.

(٣) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٣.

الصدقة بحيث لا ينفك عنها بطرو الشرط ونحوه، أو انه حكم للصدقة لو خليت وطبعها المعبر عنها في كلام المصنف سابقاً بالمأهية بشرط التجرد عن العوارض وكونه كالجواز في العقود الجائزة كما في المتن هنا وفيما تقدم، غير مفيد في كون الصدقة من قبيل الاولى، فان الجواز وان لم يكن حقاً قابلاً للاسقاط، لكنه يتغير بتغير موضوعه بسبب لحوق تعين له، فان الهبة مع جوازها تصير لازمة بالتصرف، فكذا الصدقة تخرج عن اللزوم بالاشتراط في ضمنها، فكونها لازمة اذا انعقدت مطلقة لا ينافي جوازها اذا انعقدت مشروطة»^(١).

أقول: الذي يقتضيه الانصاف والتأمل في النص هو ما ذهب اليه الشيخ الانصاري (رحمه الله)، فان سياق قوله عليه السلام: «إنما الصدقة لله عز وجل، فما جعل لله عز وجل فلا رجعة له فيه» يأبى الحمل على اللزوم الاقتضائي بحيث يقال ان الصدقة لو خليت وطبعها ولم يلحقها الاشتراط لاقتضت اللزوم عدم جواز الرجوع، بل الظاهر من السياق واداة الحصر كون مأهية الصدقة متقومة بكونها لله عز وجل، وهو ما يعني عدم امكان تغيير الحكم مع الاحتفاظ بالعنوان، فهي ان كانت صدقة فلا رجعة فيها كيف ما كان، وان ثبت جواز الرجوع فالعقد ليس بصدقة. وسيأتي مزيد بيان لمفاد هذه الرواية عند التعرض اليها في مبحث دخول خيار الشرط في الوقف.

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

فان قلت: المنع من الرجوع في الصدقة غير المنع عن ايقاع الصدقة على وجه

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٠.

مخصوص والكلام في الثاني ومورد الأخبار الأول.

قلت: اذا كان شرط الخيار بمعنى تقييد الصدقة وكون الصدقة على وجه مخصوص، كان الامر على ما ذكر، واما اذا كان الشرط بمعنى الالتزام في ضمن الالتزام، فليس شرط الخيار من خصوصيات الصدقة، بل التزام بالرجوع في الصدقة المفروض منافاته معها^(١).

على انه يمكن أن يقال: إن اطلاق قوله عليه السلام: «فلا رجعة له فيه» يشمل الرجوع بنحو الفسخ ومطالبة المال بعده، فانه نحو من انحاء الرجوع إن لم يكن هو المصداق البارز له خارجاً، وهو ما يعني بطلانه وعدم تأثيره.

وبعبارة اخرى: ان 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 انه لا يصدق الرجوع في الصدقة على الفسخ بالخيار، لأن اخراجه للمال ليس على كل تقدير، والاخراج الخياري المتزلزل ليس اخراجاً حقيقة، فالرجوع إنما يصدق مع كون المال باقياً على الوقفية أو الصدقة أو نحو ذلك لا مثل المقام»^(٢).

واستغرب منه المحقق الاصفهاني (قدس سره) قائلاً: «ان 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 ردّ الربط الملكي وحل العقد»^(٣).

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

(١) تعلية الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٠.

(٢) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٣.

(٣) تعلية الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٠.

أكل المتصدق للمال المتصدق به مع بقاءه 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 تقوّم الصدقة بقصد القرية والاضافة 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 تقوّم ذاتها به، حيث يدخلها خيار الشرط ولا تكون من مصاديق قوله عليه السلام: «ما جعل الله عز وجل» فإنها غير مجعولة لله بحسب طبيعتها وذاتها وإن اتفق حصول قصد التقرب فيها طولاً.

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»^(١)، 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 الخاص - ودلالة رواية الحكم على كونها متمحضة في الاضافة إليه تعالى، يفرض حمل القيد على المسوق لبيان تحقق الموضوع، أو حمل الصدقة على الوقف، فإن إطلاقها عليه في لسان النصوص أمر مألوف.

(١) وسائل الشيعة ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٧.

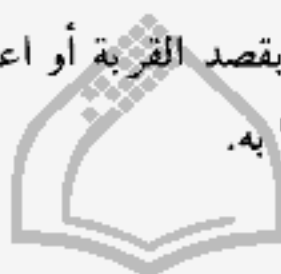
خلاصة البحث

يتلخص مما تقدم ان الصدقة - بالمعنى الاخص المقابل للوقف - لا يدخلها خيار الشرط.

والسر فيه ليس إلا استفادة اللزوم غير المفارق للماهية من قوله عليه السلام: «انما 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 الاضافة اليه تبارك وتعالى.

وبذلك تختلف عن مثل الوقف، وان اعتبر فيه قصد القرية، فضلاً عن مثل البيع والنكاح اذا فرض اتيانها بقصد القرية.

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



مركز تحقيق كتاب في علوم إسلامي

٦ - 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»^(١).

وعلق عليه المحقق الكركي (قده) بقوله: «مختاره هنا فساد الضمان باشتراط الخيار فيه، وظاهر الكتاب في البيع الصحة»^(٢)، وهو صريح التذكرة هناك، وهو الاصح، للاصل ولانتفاء المانع.

فان قيل: يتضمن ابراء ذمة المضمون عنه، والابراء لا يدخله خيار الشرط. قلنا: هو حكم من احكام نقل المال لا أنه يتضمنه، فاذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة، وإلا فلا»^(٣).

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 الغرامة والغرر، فتدبر.

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

(١) قواعد الاحكام، المقصد الرابع في الضمان، المطلب الاول في اركانه.

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

(٣) جامع المقاصد ج ١ ص ٣١٣.

واستظهر المقدس الاردبيلي من التذكرة الاجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة، قال: وعموم ادلة العقود والوفاء بها وبالشروط، دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه.

قلت: والأمر كما ذكر، لما ذكر من العموم والاصل وانتفاء المانع، الا ما يتخيل من ان الضمان يتضمن ابراء ذمة المضمون عنه، والابراء لا يدخله خيار الشرط. وجوابه: ان الضمان حكم من احكام نقل المال ولا يتضمن الابراء، فاذا تحقق النقل غير المتزلزل تحققت البراءة، والا فلا، فليتأمل فيه»^(١).

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 احد قوليه، واجازه في التذكرة والتحرير في باب البيع، ووافقه على ذلك المحقق الثاني في باب الضمان، وفصل فيه في المبسوط تفصيلاً طويلاً يظهر منه انه لا يدخله خيار الشرط»^(٢).

واختار الشهيد الاول (قده) دخول خيار الشرط للضمان، قائلاً: «واختلف قولاه - العلامة - في الضمان، ولم نعلم وجه المنع مع صحيحة بن سنان: المسلمون عند شروطهم»^(٣).

ووافقه عليه في الجواهر، حيث ذكر أنه لم يجد خلافاً فيه إلا من الفاضل في احد قوليه واعتبره شاذاً^(٤).

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

(١) مفتاح الكرامة ج ٥ ص ٣٥٢.

(٢) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٩.

(٣) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٤) جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ج ٢٣ ص ٦٢.

وهو ظاهر المبسوط، والاقوى دخوله فيه لو قلنا بالتقايل فيه»^(١).

اقول: قد عرفت نسبة المنع في غير واحدة من الكلمات الى شيخ الطائفة (قده) في المبسوط، إلا اننا لم نتحقق من ذلك، وعبارته في المبسوط لا تساعد على ما نسب اليه.

قال (رحمه الله): «وأما 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: بعتك 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 امضائه بلا ضمان وبين فسخه مثل ما قلناه في الرهن سواء»^(٢).

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

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

وكيف كان، فقد صرح السيد الطباطبائي (قده) بجواز اشتراط الخيار في الضمان، قال رحمه الله: «يجوز اشتراط الخيار في الضمان للضامن والمضمون له»^(٣).

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

(١) المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٣٤.

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

(٣) العروة الوثقى ج ٢ ص ٣٥٣ كتاب المضاربة / المسألة الخامسة.

العلامة (قده) - ان: «الذي ينبغي ابتناء الجواز وعدمه على كون اللزوم في المقام من الحقوق أو من الاحكام، فعلى الاول يجوز الشرط، وعلى الثاني لا يجوز، لانه يخالف للكتاب.

والمرتكزات العرفية تقتضي الاول، وهو ظاهر المانعين، فان العلامة في التذكرة علل المنع بها عرفت، لا يكون اللزوم حكماً، وصرّح بجواز شرط الخيار للمضمون له، لان له الخيار في البراء والمطالبة، ولو كان اللزوم عنده حكماً لم يجوز شرط الخيار حتى للمضمون له»^(١).

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

فان نتيجة العقد اذا كانت راجعة الى طرفيه خاصة، كان لها رفع اليد عنه بعد ثبوته ولزومه ومن غير حاجة للخيار، وهو المعبر عنه في الاصطلاح بالتقابل، إلا في بعض العقود الذي ثبت فيه عدمه بالنص الخاص، كالنكاح حيث لا يرفع إلا بالطلاق أو احد موجبات الفسخ، وادأجاز لها ذلك بالنتيجة جاز لها جعل هذا الحق في ضمن العقد من الاول، وهو المعبر عنه في الاصطلاح بشرط الخيار.

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

وهذا بخلاف ما إذا كانت نتيجة العقد ترتبط بشخص ثالث بحيث يكون الحق يعدوهما اليه، فانه لا يكون لها ذلك لعدم الولاية لها على الثالث.

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

(١) مستمسك العروة الوثقى ج ١٣ ص ٢٨٠ - ٢٨١.

فلا يصح اشتراط الخيار فيه، إذ لا موجب لاشتغال ذمة المضمون عنه ثانياً وبعد الفراغ لمجرد رضى أحد الطرفين أو هما معاً به، فانه امر يحتاج الى الدليل، وهو مفقود»^(١).

ولعله بذلك ينظر الى ما افاده استاذہ النائي (قده) بقوله: «اما الضمان فكالنكاح لزومه حكمي، لأن من اثره انتقال الدين الى ذمة الضامن وبراءة المديون، فارجاعه الى ما كان لا يمكن إلا بضمان آخر، والتقابل المتصور فيه أيضاً هو بهذا المعنى»^(٢).

نتيجة البحث

والذي يبدو لنا في المقام كون الحق مع المانعين، فان حقيقة الضمان عندنا لما كانت نقل ذمة الى اخرى، كان اشتراط الخيار فيه مقتضياً لاشتغال الذمة بعد براءتها وفراغها، وهو يحتاج الى الدليل الخاص، وهو مفقود. وبعبارة اخرى: ان عقد الضمان لما كان موجباً لبراءة ذمة المضمون عنه وفراغها بانتقال الدين الى ذمة الضامن، كان اشتراط الخيار فيه ومن ثم فسخه بموجب الشرط - بناءً على القول به - موجباً للتعدي على حق الغير باشغال ذمته البريئة، وهو مما لا يمكن اثباته بادلة الشروط.

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

(١) مباني العروة الوثقى / كتاب الضمان ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٧.

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

ولا اثر لموافقة المضمون عنه على ذلك وقبوله له، بعد أن لم يكن قبوله جزءاً للعقد وركناً فيه، وانحصار اثره في جواز رجوع الضامن عليه بعد الاداء.

وبالجملة: فقبوله وعدمه سيات بالنسبة الى اصل العقد وتحقق النقل، وانما يظهر اثره في جواز رجوع الضامن عليه بعد الاداء وعدمه.

وعليه فموافقته على الشرط لا يعدو موافقة الاجنبي على اشتراط المدين في عقد الدين على الدائن بثبوت حقه عند المطالبة على الاجنبي 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 الى ذمة الضامن.

والحاصل: ان ادلة الشروط قاصرة عن اثبات حق على غير المتعاقدين، لكونه اجنبياً 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 تبعاً للمحقق النائيني (قده) - فان الالتزام بكون اللزوم في مورد من الحقوق لا يعني جواز اثبات حق على اجنبي عن العقد باشتراط المتعاقدين ذلك في ضمنه.

فان غاية ما يقتضيه كون اللزوم في مورد من الحقوق، هو جواز اشتراط احد المتعاقدين على الآخر رفعه أو تحديده مفاده بنحو من الانحاء بحيث يلزم منه اثبات شيء على صاحبه والزامه به، واما جواز اشغال ذمة الاجنبي عن العقد واثبات حق عليه باتفاقها عليه في ضمن العقد فلا يقتضيه لا كون اللزوم حقاً لها ولا ادلة الوفاء

بالشرط، ولذا لم يلتزم احد بلزوم الوفاء على الاجنبي اذا اشترط احد المتعاقدين على صاحبه امراً عليه في ضمن البيع ونحوه مما يكون لزومه حقياً حتى وان وافق الاجنبي عليه مقارناً لعقدهما.

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

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

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

إذاً فالصحيح في الضمان هو المنع عن قبوله لشرط الخيار، لقصور ادلة الوفاء بالشرط عن شمول مثله مما يتجاوز الحق فيه طر في العقد.



٧ - القسمة

معظم الاصحاب على دخول الخيار في القسمة، سواء اقتضت رداً أم لم تقتض، لوجود المقتضي وهو عموم ادلة لزوم الوفاء بالشرط، وعدم المانع. قال الشيخ الطوسي (رحمه الله): «واما القسمة فعلى ضربين قسمة لا رد فيها، وقسمة فيها رد. وعلى الوجهين معاً لا خيار فيهما في المجلس، لانها ليست ببيع، واما خيار الشرط فلا يمنع دخوله، للخبر»^(١). وقال العلامة رحمه الله: «والقسمة لازمة ليس لاحد المتقاسمين فسخها إلا مع الاتفاق عليه»^(٢).

والتعبير بـ«الاتفاق عليه» إن شمل اشتراط الخيار في متن العقد فهو المطلوب، وإن اختص بالاتفاق اللاحق عمّ 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»^(٣).

ويظهر ذلك من صاحب الجواهر (قده) أيضاً حيث قال: «وفي التذكرة وجامع المقاصد دخوله - الخيار - في القسمة، سواء كان فيها ردّ أم لا، وفيه بحث أيضاً»^(٤). أما الشيخ الانصاري (قده) فقد فصل بين القسمة الحاصلة بالتراضي القولي بالسهم، والقسمة الحاصلة بالتراضي الفعلي، حيث حصر تصور اشتراط الخيار في

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

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

(٣) كشف اللثام ص. ٣٥.

(٤) جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ج ٢٣ ص ٦٥.

الاولى دون الثانية.

قال (رحمه الله): «واعلم انه ذكر في التذكرة تبعاً 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 بناءً على وجوب ذكر الشرط في متن العقد»^(١).

اقول: لم اجد في كلمات الاصحاب وجهاً لمنع دخول خيار الشرط في القسمة غير ما ذكره الشيخ الانصاري (قده)، والذي قد عرفت عدم تماميته في البحث عن دخول خيار الشرط في المعاطاة فلا نعيد.

إذاً فالصحيح هو القول بدخوله اياها، لعموم ادلة النفوذ، وعدم ما يصلح مانعاً

عنه.



مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

٨ - السبق والرماية

قال الشيخ في المبسوط: «واما السبق والرماية، فلا يدخلها خيار المجلس، ولا يمتنع دخول خيار الشرط فيه»^(١).

وعلله في المكاسب بعموم الادلة، قال (قده): «وذكر في المبسوط أيضاً دخول هذا الخيار في السبق والرماية، للعموم»^(٢).

واختار المحقق النائي (قده) عدم دخول الخيار فيها، قائلاً: «أما الجعالة والسبق والرماية، فالظاهر انها غير لازمة قبل العمل، وبعده لا يمكن شرط الخيار لاستحقاق العامل الاجرة»^(٣).

وما أفاده (رحمه الله) إن تم فهو إنها يتم في خصوص الجعالة، واما السبق والرماية فالظاهر لزومها من حيث الانشاء، فيكون اثر جعل الخيار فيها هو ابطالها بالفسخ، ورفع وجوب الوفاء بها الثابت بالانشاء.

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

قال (رحمه الله): «القسم الثالث من العقود، وهي العقود التعليقية، كالمسابقة والمراعاة، والمساقاة، والجعالة وامثالها. ولا اشكال في جريان الاستصحاب في هذه العقود أيضاً، لانها وان لم تتضمن تملكاً أو تسليطاً فعلاً، إلا انها بعد حصول المعلق عليه فيها تحصل الملكية، فانشاء التملك على تقدير السبق مقتضى اختصاص السبق بالسابق، فاذا شك في ارتفاع هذا الاثر عن العقد بفسخ احد المتعاقدين، فالاصل بقاءه، بل المسلم من حجية الاستصحاب التعليقي، هذا القسم منه وما يشبهه

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

(٢) المكاسب / ج ١٥ ص ١٣٦.

(٣) منية الطالب في حاشية المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٧.

من استصحاب عدم الفسخ.

وبالجملة: التكليف المنشأ على الموضوع المقدر وجوده كالحج على المستطيع لو شك في ارتفاعه عن موضوعه، فالاصل بقاءه، كما ان الملكية المنشأة على تقدير كالرمي والسبق لو شك في ارتفاعها بالفسخ، فالاصل بقاءها»^(١).

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

قال (رحمه الله): «ولو كان اللازم فيه - العقد العهدي - حقياً كسائر العقود، فسواء كانت تنجزية كالبيع والصلح وامثالهما، ام تعليقية كالجعالة والسبق والرمية، يصح فيه شرط الخيار»^(٢).

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

ثم ان الاصحاب قد ذكروا في مطاوي كلماتهم عقوداً اخرى، يلوح من بعض عباراتهم وجود الخلاف في دخول الخيار فيها، كالخلع والمباراة والكتابة، والهبة والسلم، إلا اننا أثرنا عدم التعرض اليها، لعدم وقوفنا على خلاف يعتد به في كلماتهم.

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

(١) نفس المصدر ص ١٠.

(٢) نفس المصدر ص ٥٥.

المقصد الثاني

العقود الجائزة

ظاهر كلمات الاكثر عدم اختصاص خيار الشرط بالعقود اللازمة، وجريانه في العقود الجائزة أيضاً.

قال العلامة (قده): «يثبت خيار الشرط في كل عقد سوى الوقف والنكاح، ولا يثبت في الطلاق ولا العتق ولا الابرء»^(١).

وقال المحقق (قده): «خيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف»^(٢).
وقال في كفاية الاحكام: «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح والوقف والابرء، والطلاق والعتق، وكان مستنده الاجماع ان ثبت»^(٣).

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 معاً - المجلس والشرط - فيها مانع»^(٤).

ونسب في المختلف الى ابن ادريس وابن البراج تبعيته على ذلك^(٥).

(١) قواعد الاحكام / كتاب المناجر / المقصد الخامس / المطلب الثاني.

(٢) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٧.

(٣) كفاية الاحكام / الفصل الثاني / في احكام الخيار.

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

(٥) مختلف الشيعة ج ٢ ص ١٧٣.

ونقل عن الخلاف التفصيل بين خياري المجلس والشرط والالتزام بجريان الثاني فيها دون الاول^(١).

إلا أن الشيخ الانصاري (قده) بعد اختياره عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع وجريانه في كل معاوضة لازمة، ذكر كلمات الاصحاب المطلقة في المقام وحملها على خصوص العقد اللازم، رغم اعترافه بان اطلاقها يشمل العقود الجائزة.

قال (قده) مالفظة: «لا اشكال ولا خلاف في عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع، وجريانه في كل معاوضة لازمة، كالاجارة والصلح والمزارعة والمساقاة.

بل قال في التذكرة: «الاقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة، خلافاً للجمهور» ومراده ما يكون لازماً، لانه صرح بعدم دخوله في الوكالة والجعالة والقراض والعارية والوديعة، لان الخيار لكل منهما دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيها، والاصل فيما ذكر عموم: «المؤمنون عند شروطهم».

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

فعن الشرائع والارشاد والدروس وتعليق الارشاد وبجمع البرهان والكفاية دخول خيار الشرط في كل عقد، سوى النكاح والوقف والابراء والطلاق والعتق. وظاهرها ما عدا الجائز، ولذا ذكر نحو هذه العبارة في التحرير بعدما منع الخيار في العقود الجائزة.

وكيف كان، فالظاهر عدم الخلاف بينهم في ان مقتضى عموم ادلة الشرط الصحة في الكل، وانما الاخراج لمانع^(٢).

ولم نجد مبرراً لهذا الحمل، فان مجرد ذكر نحو العبارة المذكورة في كلماتهم في

(١) مختلف الشيعة ج ٢ ص ١٧٣.

(٢) المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٣٢.

التحرير بعد منعه الخيار في العقود الجائزة لا يصلح دليلاً 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 اولئك أيضاً 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 لارادته الاطلاق وجريان هذا الخيار في العقود الجائزة أيضاً.

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 الاصل في العقد اللزوم وجوب الابقاء بها، خرج البيع فبقي الباقي على اصله، والشيخ اثبت في عقود جائزة مثل الوكالة والمضاربة والوديعة، والعقود الجائزة يصح رفعها في المجلس وبعده، فليس لخصوصية خيار المجلس ارتباط بها»^(١).

فان عدم تعرضه لخلاف احد في خيار الاشتراط مع اطلاقه للعبارة بعد تعرضه لخلاف الشيخ (قده) في اثبات خيار المجلس في العقود الجائزة، لا يقلل في القرينية عن ذكر العلامة لتلك العبارة بعد منعه من جريان الخيار في بعض مصاديق العقود الجائزة. والحاصل: ان تقييد اطلاقات كلمات الاصحاب وصرفها عن ظاهرها يحتاج الى الدليل، وما ذكر عن التحرير لا يكفي دليلاً عليه، لا سيما بعد تصريح غير واحد من الاساطين بجريانه فيها.

وكيف كان، الذي يظهر من تتبع كلماتهم عدم الخلاف بينهم في كون مقتضى عموم ادلة 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

(١) كفاية الاحكام / الفصل الثاني في احكام الخيار.

في الصرف عن الشيخ وابن ادريس (قدهما): «ولم نعلم وجه المنع مع صحيحة ابن سنان: المسلمون عند شروطهم»^(١).

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

فقد ذكر الشيخ الانصاري (قده) في وجه ذلك: «ان الخيار لكل منها دائماً، فلا معنى لدخول خيار الشرط فيها»^(٢).

وقال أيضاً: «اطلاقها - الادلة - يشمل العقود الجائزة، إلا ان يدعى من الخارج عدم معنى للخيار في العقد الجائز ولو من طرف واحد»^(٣).

وقد علّق عليه السيد الطباطبائي (قده) موضحاً له بقوله: «هو كذلك، لما ذكره العلامة من ان الخيار لكل منها دائماً، فيكون جعل الخيار لغواً، إلا ان تصير لازمة بالعرض، فحينئذ يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمن عقد آخر.

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

قلت: لحصول الفائدة، لا مكان اسقاط الخيار الثابت فيه بعد العقد، فيؤثر هذا الخيار في جواز الفسخ، وفي العقود الجائزة لا يمكن اسقاط جوازها، لانه حكم شرعي غير قابل للاسقاط، فلا يتفك الجواز الاصلي عنها ليؤثر هذا الخيار»^(٤).

كما اوضحه المحقق الايرواني (قده) بقوله: «ولا اشكال فيما كان جائزاً وانه لا اثر لاشتراط الخيار فيه بعد جوازه في ذاته، فلئن صح شرط الخيار كان ذلك تأكيداً لما عليه العقد، كشرط النقد، وضمان الدرك في البيع»^(٥).

(١) الدروس ص ٣٦٠.

(٢) (٣) المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٣٣.

(٤) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٢.

(٥) تعليقه الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٦.

وقد تعرض المحقق الاصفهاني (قده) لبيان ذلك تفصيلاً فذكر ان «مرجع عدم تعقل الخيار الى احد امور:-

الاول: كونه من تحصيل الحاصل، لحصول السلطنة على فسخها دائماً بحيث لا ينفك عنها ولا يسقط بالاسقاط، وهو الفارق بين ما نحن فيه وما اذا اجتمعت في عقد حقوق متعددة، فان البيع مع السلطنة على فسخه من حين انعقاده بخيار المجلس يصح جعل شرط الخيار فيه، لا مكان اسقاط حق خيار المجلس دون الجواز في العقد، فانه ليس قابلاً للاسقاط.

ويندفع بان شبهة تحصيل الحاصل المحال عقلاً إنما تتوجه اذا اريد بشرط الخيار ايجاد الموجود بنفس العقد، واما ايجاد فرد آخر مماثل للموجود فليس من تحصيل الحاصل المحال.

الثاني: انه من اجتماع المثليين.

وقد تقدم الجواب عنه في باب خيار الحيوان.

وبالجملة: هذا الاشكال لا اختصاص له بالعقد المجاز، بل جار في العقود اللازمة أيضاً، فما هو الجواب هناك هو الجواب هنا، مع ان العقد اللازم الذي اجتمعت فيه حقوق متعددة اولى بهذه الشبهة، كما سيتضح مع وضوحه.

الثالث: اللغوية، فان 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 امكان المصالحة عليه وبقاؤه مع التصرف وانتقاله الى الوارث ونحو ذلك غير متحققة في الحكم وهو مجرد جواز الرجوع.

ومن البين ان القابل لأن يكون مجعولاً بالشرط ليس إلا حق حل العقد، لا السلطنة التكليفية والوضعية، فان مرجع الاولى الى الترخيص في الرجوع، ومرجع الثانية الى القدرة على الفسخ والرجوع لنفوذ انشائه 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^(١).
أقول: إن ما أفاده (رحمه الله) تام ومتين 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، وهذا اللحاظ يكون الاشتراط أمراً معقولاً لا إشكال فيه.

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

وليس ذلك لما أفاده المحقق الثاني (قده) من صحة سلب إطلاق العقد عنها فإنها ليست بعقود حقيقة، وإنما يطلق عليها العقد بلحاظ «كونها واقعة بين اثنين، وإلا فنفس حقيقتها متقومة بالأذن المحض»^(٢).

فإنها عقود حقيقة، على ما يشهد به الوجدان، وملاحظة الفهم العرفي العام والخاص.

وإنما لقصور أدلة اللزوم عن شمول مثل هذه العقود التي لا تتضمن إلا مجرد الأذن 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، مانصه: «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: «أوفوا بالعقود» وإن من التزم

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٧.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ٥٥.

بشيء فعليته أن ينهيه، وإنما هي مجرد إباحة واذن في التصرف من أحدهما وقبول من الآخر كالعارية.

وعليه فمتى ما رجع الآذن في أذنه - لكونه مسلطاً على ماله يتصرف فيه كيف يشاء - ارتفع الموضوع، ومعه ينتفي الحكم لا محالة^(١).
نعم، لو أمكن تصور أثر 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 إن 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 لزمه أو جوازه حكماً بل كان من جهة الالتزام العقدي فيدخل فيه الخيار، وما ليس كذلك فلا يدخل فيه»^(٢).

ومقتضاه دخول شرط الخيار فيما يكون جوازه حقاً من العقود، وهو مما لا يمكن الالتزام به جزمياً، لكونه من أظهر مصاديق تحصيل الحاصل، فإن ما قبل أو يمكن أن يقال في توجيهه جعل الخيار في العقود الجائزة بالذات من إمكان المصالحة عليه وعدم سقوطه بالتصرف ونحوهما، أنها يختص بجعل الخيار بالعقد الجائز حكماً بحيث يكون أمر جوازه خارجاً عن إرادة المتعاقدين، وأما ما كان جوازه حقاً ناشئاً من الالتزام العقدي - على ما يراه (قده) فلا يتصور فيه شيء مما ذكر من التوجيهات. وغاية ما يمكن أن يقال في توجيه مراده (رحمه الله) دعوى انحصار العقود الجائزة في نظره بالجائزة حكماً، وذلك لما يراه من خروج العقود الإذنية - العقود الجائزة بالجواز الحقي - من دائرة العمومات تخصصاً - على ما تقدم بيانه - فليس هناك مورد كي يدخله الخيار ويلزم منه ما ذكرناه من المحذور.

(١) مباني العروة الوثقى / كتاب المضاربة ص ٣٨ - ٣٩.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ٥٧.

لكنها - كما تراها - بعيدة، ومنافية لظاهر قوله (قده): «فيدخل فيه الخيار، وما ليس كذلك فلا يدخل فيه» فانه 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 مطلقاً أو في خصوص الاذنية منها، انها يتم بالنسبة الى جعله لشخص المتعاقدين، واما جعله للاجنبي - مستقلاً - فلا ينبغي الاشكال في صحته من هذه الناحية، أعني كون الجعل لغواً وتحصيلاً للحاصل، لوضوح عدمه.

إلا ان ذلك لا يكون مبرراً لتصحيح جعل الخيار في العقود الجائزة بقول مطلق.

نعم، قد يعتبر هذا - جعل الخيار للاجنبي - أثراً للعقد المتضمن للاذن، فيصح جعل الخيار فيه بلحاظ هذا الأثر لا بلحاظ الاذن نفسه كي يقال بلغويته، وبهذا الملاك فقد يعمم الحكم بجواز اشتراط الخيار في العقود الجائزة، للعقود الاذنية أيضاً.



خلاصة البحث

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

يتلخص من بحثنا في اشتراط الخيار في العقد الجائز بذاته، انه لا مانع من دخول الشرط في العقود الجائزة غير الاذنية قطعاً، حيث لم يصمد شيء من المحاذير المتهمة امام النقد. واما العقود الاذنية، فان قلنا بجواز جعل الخيار للاجنبي على نحو الاستقلال وارتضينا ذلك أثراً للعقد المتضمن للاذن، صح جعل الخيار فيها أيضاً، وإلا فادلة الوفاء واللزم قاصرة عن شمول العقود التي لا تتضمن التزاماً بشيء.

المقصد الثالث: الايقاعات

المشهور بين الاصحاب بل كاد ان يكون اجماعاً عدم نفوذ شرط الخيار في الايقاعات، مستنديين فيه - مضافاً الى الاجماع - الى وجوه يرجع بعضها الى عدم قبول الايقاع للشرط مطلقاً، وبعضها الى عدم قبوله لخصوص الخيار. ولوضوح الموقف اتجه كل واحد من تلك الوجوه والادلة لا بد من التعرض اليها ودراستها، لنقف في النهاية على ما يقتضيه التحقيق.

الدليل الاول: الاجماع مركز تحقيق كميوير علوم إسلامي

حيث تمسك به غير واحد من اعلام الاصحاب في تفهيم لدخول الخيار في الايقاع بعنوانه أو بعض مصاديقه وافراده. فقد ذكر شيخ الطائفة (قده) في عداد ما لا يدخله خيار المجلس والشرط: «اما الطلاق والعتق فلا يدخلها الخياران اجماعاً»^(١). وقال المحقق في الشرائع: «وخيار الشرط يثبت في كل عقد عدا النكاح والوقف، وكذا الابرء والطلاق والعتق»^(٢).

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

(٢) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٧.

وقد علق عليه في المسالك بقوله: «وهذه المواضع محل وفاق، وهو الحجة»^(١).
أما في الجواهر فقد علق عليه بعد ما استظهر من كلمات بعضهم انه بملاك
كونها من الايقاعات: «ومقتضاه اطراد الحكم في الجميع وعدم اختصاصه بالثلاثة - كما
يوهمه الاختصار في المتن وغيره عليها - ولعلها كذلك»^(٢).

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»^(٣).

وعلق عليه في جامع المقاصد بقوله: «أما الطلاق فلأنه مزيل لعلاقة النكاح،
فلا يتصور فيه الخيار، وفي معناه الخلع والمباراة، لان الغرض منها 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 البراء لانه اسقاط، ولا في الوصية لان الخيار فيها الى الموت»^(٤).
أما المحقق العاملي (قده) فقد علق عليه بقوله: «أما الايقاعات فلا يجري
خيار الشرط وغيره في شيء منها، لا ابتناء الايقاع على النفوذ بمجرد الصيغة والخيار
ينافي ذلك، ولان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين - كما تنبه عليه جملة من الاخبار
- والايقاع إنما يقوم بواحد، فلا يختص المنع بالطلاق والعتق والبراء كما توهمه بعض
العبارات»^(٥).

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

(١) المسالك ج ١ / خيار الشرط.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٦٤.

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

(٤) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٤٥.

(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٨.

النكاح والوقف والابراء والطلاق والعتق، وكأن مستنده الاجماع إن ثبت^(١).
وفي المكاسب: «اما الايقاعات فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها»^(٢).

واما المحقق البحراني (قده) فانه بعدما استظهر كون العمدة في استثناء ما ذكر في كلماتهم هو الاجماع، والا فما ذكروها من التعليقات لا تمنع المناقشة فانها لا تصلح لتخصيص عموم تلك النصوص - الاخبار العامة - نقل كلام العلامة (قده) في التذكرة: «والأقرب عندي دخول خيار الشرط في كل عقد معاوضة خلافاً للجمهور»، وعلق عليه بأنه مؤذن بعدم الخلاف عند الأصحاب.
مضيفاً عليه: «وقد الحق بالطلاق الخلع والمباراة، وبالعتق التدبير والمكاتبة المطلقة، وقد عرفت ما في الملحق به».

وختم حديثه بقوله: «والحق ان المسألة لا تخلو عن شوب الاشكال بالنظر الى اطلاق النصوص وعدم وجود مخصص يصلح الاعتماد عليه، وان كان الاحوط الوقوف على ما ذكره رضى الله عنهم»^(٣).
اقول: الذي يظهر من ملاحظة كلمات الاعلام وتبعها، ان دعوى ثبوت الاجماع مبدئياً على عدم صحة الشرط في الايقاعات، فضلاً عن اثبات كونه تعبدياً، مجازفة لا يساعد عليها التحقيق، وذلك:-

- ١ - ان جملة من اعظم الاصحاب - كالشهيدين وصاحب الرياض - لم يتعرضوا لهذا الفرع - صحة الشرط في الايقاع - في كلماتهم اطلاقاً.
- ٢ - تخصيص معظم من تعرض للمسألة البحث بعناوين خاصة، كالطلاق والعتق، أو اضافة الابراء وما اليه اليها.

(١) كفاية الاحكام / كتاب التجارة / الفصل الثاني في احكام الخيار.

(٢) المكاسب ج ١٥ ص ١٠١.

(٣) الحدائق ج ١٩ ص ٦٥.

ودعوى: ان ذكر الثلاثة في كلماتهم من قبيل المثال المألوف، وإلا فمقصودهم هو الايقاع بقول مطلق، كما افاده المحقق العاملي وصاحب الجواهر. يدفعها: اختلاف الاصحاب صريحاً في الحاق جملة من مصاديق الايقاع اليها، كالاقالة والخلع والتدبير والوقف، فانه انما يكشف عن عدم وضوح عموم الحكم للايقاع بقول مطلق.

٣ - تردد جملة ممن ذكر الاجماع في المسألة فيه، فهذا صاحب الكفاية يذكره بعنوان: «وكان مستنده الاجماع» ويعقبه بقوله: «ان ثبت». وصاحب الحدائق ينص على عدم خلو المسألة من شوب الاشكال، لعدم وجود مخصص يصلح للاعتداد عليه، ثم يبني الحكم على الاحتياط. وصاحب الجواهر يعطف على قوله: «ومقتضاه اطراد الحكم في الجميع وعدم اختصاصها بالثلاثة» قوله: «ولعلها كذلك».

٤ - تصريح كثير من الاصحاب بجريان الشرط في الايقاع، على اختلاف بينهم في حدوده.

فمنهم من يحدده بما عدا شرط الخيار وهم الاكثرية. ومنهم من يعممه ليشمل شرط الخيار أيضاً، كالمحقق الاصفهاني (قده) في تعليقه على المكاسب^(١) والسيد الطباطبائي في حاشيته حيث ذكر: «ان مقتضى القاعدة جريان شرط الخيار في الايقاعات وان المانع منحصر في الاجماع^(٢) والسيدان الروحاني^(٣) والسبزواري^(٤)».

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

(١) تعليقه الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٨.

(٢) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٢.

(٣) فقه الصادق ج ١٤ ص ١١٥.

(٤) مهذب الاحكام ج ١٧ ص ١٢٢.

بها فيها بعض العناوين المذكورة في كلماتهم كأمثلة لما تسالموا على عدم جريان خيار الشرط فيه كالوقف والعتق، على ما ستعرفه عند التعرض اليهما.

٥ - وأخيراً لو سلمنا تمامية الاجماع، فلا مجال للاعتداد عليه كدليل مستقل في قبال الأدلة الآتية، فان دعوى كونه اجماعاً تعديلاً - على تقدير اصل ثبوته - لا يستند مدعوه في دعواهم الى الوجوه الاخرى المذكورة لمنع جريان خيار الشرط في الايقاعات، لا تخلو عن مجازفة وتحكم.

الدليل الثاني: ما ذكره جملة من الاصحاب من ان المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين - كما نهت عليه جملة من الاخبار - والايقاع انما يقوم بواحد^(١).

وفيه: ما افاده الشيخ الاعظم (قده) من: «ان المستفاد من الاخبار كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له والمشروط عليه، لا كونه متوقفاً على الايجاب والقبول، ألا ترى انهم جوزوا ان يشترط في اعتاق العبد خدمة مدة تمسكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الامر توقف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعض، لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الايجاب والقبول»^(٢). وقد اوضح ذلك المحقق الايرواني (قده) بقوله: «ان مفهوم الشرط لا يتحصل إلا بطرفين وقائماً بجائين، 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 الايقاع، فان الايقاع اذا لم يحتاج الى القبول لم يقتض ذلك عدم حاجة الشرط الذي هو في ضمنه الى القبول، فاذا

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٨.

(٢) المكاسب ج ١٥ ص ١٠٣ - ١٠٥.

تحقق انشاء الايقاع المتضمن للشرط ثم التحقق بالقبول اما للشرط فقط أو لمجموع القيد مع المقيد حصل مفهوم الشرط وشمله عموم: «المؤمنون» وان قلنا بان مفهومه هو الالتزام في الالتزام، فان ذلك يحصل بكونه في ضمن الايقاع الذي هو التزام من جانب واحد، ولم يقيد الشرط بالالتزام في الالتزام القائم بطرفين^(١).

والحاصل: ان الشرط لا يحتاج في تحقق مفهومه إلا الى امرين:

أ - طرفين يقوم الشرط بينهما، مشروط له ومشروط عليه.

ب - امر يقوم الشرط فيه ويرتبط به.

وحيث ان هذين الامرين متحققان في خيار الشرط في الايقاع، باعتباره ربط لتعهد قائم بين طرفين بامر آخر موجب لتعليق ذلك الامر على الالتزام بالشرط من الطرف الآخر، فلا موجب لنفيه فيه وانكار عمومه له.

الدليل الثالث: ما ذكره الشيخ الانصاري (قدس سره) من: «إمكان منع صدق الشرط وانصرافه، خصوصاً على ما تقدم عن القاموس»^(٢).

وتبعه عليه السيد الخميني موضحاً له بقوله: «لا ينبغي الاشكال في عدم صحة مطلق الشرط فيها - الايقاعات - ولو مثل شرط الخياطة، لان ما يظهر من اللغويين هو أن الشرط الزام والالتزام في البيع ونحوه، والظاهر من الظرف ان يكون البيع حاوياً له، اي يقع الشرط في ضمنه وخلاله بحيث يدعى انه ظرفه وانه فيه، ومن المعلوم ان الايقاع لا يعقل فيه ذلك، فانه لا يعقل ان يرتبط به الشرط الواقع بعده اي بعد تماميته عنواناً وتأثيراً فضلاً عن ان يكون في ضمنه وخلاله.

فما قد يقال في جواب ان الشرط التزام في ضمن العقد لغة وعرفاً أو انصرافاً، من انه لا يجب في تحقق الشرط إلا ان يكون في ضمن التزام لا في ضمن التزامين، كأنه لم يصل الى مغزى الاشكال، ضرورة ان الايقاع لا ضمن له، بل اما غير محقق

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٦.

(٢) المكاسب ج ١٥ ص ١٠٥ - ١٠٦.

أو محقق ومفروغ عنه، بخلاف العقود، فإن الظرفية ولو بنحو من الادعاء محققة فيها. ولو توهم 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 اللفاظ، بل المراد وقوعه في ضمن الالتزام - ليس من الشروط العقلانية، ومع التسليم لا يثبت به الكلية التي هي المدعى.

ولو اغمضنا عنه فلا اشكال في عدم احراز كون الشرط تلو الايقاع أن يصدق عليه الشرط لغة وعرفاً وعند العقلاء، ومعه لا مجال للتمسك بادلة الشروط لتنفيذه. وإن قلت: بناءً على ما ذكرت سابقاً من أن ماهية البيع تتحقق بإيجاب الموجب فقط، ومنزلة القبول منزلة الاجازة في العقد الفضولي، لم يكن الشرط في ضمن البيع، فلا بد من الالتزام 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 اليه، فالعقد المؤثر بالحمل الشائع لا يتم إلا بعد القبول، وعليه فالشرط واقع في خلاله عرفاً، ولا يكون المفهوم من كلمات اللغويين والاصحاب والأدلة إلا مثل ذلك.

نعم، لو كان شخص وكلاً من الجانبين، فأوقع الإيجاب الذي هو تمام المعاملة بالحمل الشائع، ثم أراد اردافه 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 الايقاع لا يقبل الشرط مطلقاً، سواء فيه شرط الخيار وغيره^(١).

اقول: أما ما افاده السيد الخميني فاساس بنيانه قائم على ما اختاره في حقيقة الشرط ونحو العلاقة القائمة بينه وبين العقد المتضمن له، فانه لما اختار هناك كون معنى الشرط وحقيقته: «الالتزام الذي ظرفه البيع»^(٢) رتب عليه عدم دخول الشرط

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٢ - ٢٥٤.

(٢) كتاب البيع ج ١ ص ٨٦.

في الايقاع، لعدم صلاحيته للوعائية والظرفية باعتبار كونه امراً بسيطاً لا ضمن له.
 لكنك قد عرفت في محله بطلان هذا الادعاء في حدّ نفسه، فضلاً عن لزومه
 لمحاذير لا يلتزم بها احد، وقد تقدم بها لا مزيد عليه فلا نعيد.
 غير انه يلحظ عليه في المقام - مضافاً الى ذلك - أمور:-

الأمر الأول: انه اذا لم يكن المقصود من الضمنية انضمامية في الالفاظ بحيث
 يكون الشرط محفوفاً في مقام ادائه وتلفظه بالفاظ 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 الى الايقاع شرطاً في ضمنه لا محالة.

وعليه فلا وجه لقوله: ان الايقاع اما غير محقق أو محقق ومفروغ عنه، فان
 اعتبار الايقاع بمعزل عن الشرط المتصل به امراً محققاً ومفروغاً عنه ليس إلا من
 التمسك بمدلول بعض الكلام قبل ثبته، 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 وعرفاً أو انصرافاً، من انه لا يجب في تحقق الشرط إلا ان يكون في
 ضمن التزام لا في ضمن التزامين، كأنه لم يصل الى مغزى الاشكال».

تعرّض لمقالة العلمين الاصفهاني والايرواني (قدهما) في دفع الاشكال بأن
 الشرط التزام في ضمن العقد فلا يعم ما كان في ضمن الايقاع.

قال المحقق الاصفهاني (قده): «منها - من الموانع - ان الشرط التزام في ضمن
 العقد اما لغة أو عرفاً ولو انصرافاً.

وفيه: بناء على خروج الشروط الابتدائية عن كونها شروطاً موضوعاً، لا يجب
 في تحقق الشرط إلا ان يكون في ضمن التزام لا في ضمن التزامين مرتبطين ليختص
 تحقق عنوانه بما اذا وقع في ضمن العقد»^(١).

(١) تعلية الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٨.

وقال المحقق الايرواني (قده): «إلا ان يكون غرضه - المانع - منع صدق الشرط على ما كان في ضمن الايقاع بها أنه في ضمن الايقاع لا بما انه لا قبول فيه. ويدفعه عدم المستند لهذا المنع، أليس الايقاع التزاماً ولو من جانب واحد، فيكون الشرط التزاماً في التزام كما فسرهُ صاحب القاموس»^(١).
وقد عرفت تعلية السيد الخميني على ما ذكره بقوله: «كأنه لم يصل الى مغزى الاشكال».

اقول: بل الظاهر انها ينظران الى ما هو الصحيح، المتفق عليه من قبل معظم الاعلام - ان لم نقل الكل - بان العلة القائمة بين الالتزام والالتزام من جهة والبيع ونحوه من جهة اخرى، إنما هي علة تقييد وتعليق وربط احدها بالآخر، فذهب الى إمكان الشرط في الايقاع لتحقيق ذلك المعنى والمفهوم فيه، فالشرط فيه يعني ربط الايقاع بذلك الشرط وتعليقه عليه، وبذلك يكونان قد وصلا الى مغزى الاشكال ودفعاه دفعاً متيناً وعلمياً، نعم هما لم ينظرا الى ما تفرده به في معنى الشرط من الظرفية والوعائية، والذي قد عرفت عدم تماميته مبنى وبناءً.
الأمر الثالث: ان ما ذكره في التفصي عن اشكال تحقق ماهية البيع بايجاب الموجب فقط فلا يكون الشرط في ضمنه، من قوله: «ان الايجاب يحقق لمفهوم البيع، ولا ترتب عليه الآثار العقلانية الا بعد ضم القبول اليه... وعليه فالشرط واقع في خلاله عرفاً.

لا يمكن المساعدة عليه، وذلك:-

اولاً: ان ما يكون دخیلاً في ترتب الاثر على العقد لا يكون جزءاً منه ودخیلاً في تحقق مفهومه، ومن ثم فلا يكون الشرط الواقع بينه وبين العقد واقعاً في ضمن ذلك العقد، ولو كفى مثله في الاطلاق العرفي للزم القول بنفوذ الشرط المتوسط بين العقد بتمامه - الايجاب والقبول - وبين القبض فيما يعتبر في تأثيره ذلك كبيع الصرف، ولا

(١) تعلية الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٦.

اظنه - فضلاً عن غيره - ان يلتزم به.

ثانياً: انه من الخلط بين اطلاقين للفظ البيع فان البيع يطلق تارة بلحاظ فعل الموجب وفي قبال لفظ الشراء، فيقال: البيع والشراء كما يصطلح على فاعله البائع في مقابل المشتري، وهذا اللحاظ فليس معناه إلا الايجاب فقط، اعني الفعل الصادر من البائع.

واخرى يطلق على العقد المقتضي لمبادلة المالكين في قبال سائر العناوين العقدية، وهذا اللحاظ لا يصح اطلاقه إلا على مجموع الجزأين الصادرين من طرفي العقد - الايجاب والقبول -.

ومن الواضح الذي لا ينبغي الشك فيه ان الاطلاق في جميع ما ورد في الآيات الكريمة كقوله تعالى: ﴿احلَّ الله البيع وحرم الربا﴾^(١) وقوله تعالى: ﴿اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله﴾^(٣) والنصوص الشريفة الدالة على ان ما يباع كيلاً أو وزناً لا يباع جزأً^(٤) وغيرها، وما ورد في كلمات الفقهاء تحت عنوان البيع ككتاب البيع واحكام البيع والخيارات في البيع وغيرها، إنها هو بلحاظ المعنى الثاني قطعاً.

ومعه فلا وجه لتكليف تصحيح ظرفية العقد للشرط، بكونه واقعاً بين البيع وما يكون دخيلاً في ترتب الآثار عليه.

الأمر الرابع: عدم وضوح ما استدركه بقوله: «نعم، لو كان شخص وكيلاً من الجانبين... الخ» وذلك لعدم تحقق مفهوم البيع وترتب الآثار الشرعية والعقلانية عليه بمجرد اجراء الوكيل للطرفين الايجاب وكالة عن البائع، فان ذلك ليس إلا جزءاً

(١) البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) الجمعة: الآية ٩.

(٣) النور: الآية ٣٧.

(٤) الوسائل: ج ١٢ ب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

للعقد، وإذا اردفه بالشرط قبل اجرائه القبول وكالة عن المشتري كان الشرط متحققاً في ضمن البيع ووعائه، ومعه فاي فرق بين ايجابه وايجاب صاحب السلعة حتى يلتزم فيه بعدم الصحة على خلاف اجراء صاحب السلعة نفسه.

وبعبارة اخرى: ان دور الوكيل دور الاصيل، فما يصح من الثاني يصح من الاول.

نعم، لو كان مقصوده من ايجاب الوكيل للطرفين، كونه تمام العقد، بحيث يكون لفظه الواحد ايجاباً وقبولاً من الطرفين، فيكون اشبه الامور بالايقاع، فقد يتصور لما افاده صورة بدوية، إلا انه مضافاً الى عدم التزام احد 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 الاعظم (قده) من منع صدق الشرط على ما يؤخذ ضمن الايقاع، وقد عرفت عدم صلاحيته مبنئاً وبناءً لتوجيه المنع.

واما ما ذكره الشيخ الاعظم (رحمه الله) فلم يظهر له وجه يعتمد عليه وذلك:-

اولاً: ما عرفته في الدليل الثاني من ان الشرط لا يحتاج في تحقق مفهومه إلا الى امرين:-

أ - طرفين يقوم الشرط بينهما، المشروط له والمشروط عليه.

ب - امر يقوم الشرط فيه ويرتبط به.

وهما متحققان في الاشتراط في الايقاع.

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

المتعارف اخذ الشرط فيه والمبتلى به عند عامة الناس .

ثانياً: وضوح صدق الشرط فيما يؤخذ في الايقاع، فان عملية الاشتراط ليست عملية خاصة بالمشترعة، وإنما هي عملية يمارسها الكل في واقعهم اليومي مراراً، ومن الواضح المحسوس بالوجدان وقوع الاشتراط في الايقاعات كثيراً - ولا اقل عند غير المشترعة - كالاشرط في ضمن الطلاق بتنازل المرأة عن حقوقها، ومعه كيف يمكن دعوى منع صدق الشرط على ما يؤخذ ضمن الايقاع.

الدليل الرابع: ما ذكره السيد الخميني من ان الفسخ والحل لا يتعلق إلا بامر موجود ولو اعتباراً، والمعاملات باجمعها - العقود والايقاعات - بالمعنى السببي تتحقق في آن 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 بقاءً، وذلك بقرينة تشريع الفسخ والاقالة فيها، فيجوز بهذا اللحاظ جعل الخيار وحق الفسخ فيها للمتعاقدين أو أحدهما.

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

قال (قده) : «ولو سلمنا قبول الايقاع للشرط في ضمنه، أو قلنا بصحة الشرط الابتدائي، فالظاهر عدم صحة شرط الخيار فيه، لان الخيار إنما يصح في العقود، لانها امور اعتبارية باقية لدى الشرع والعرف اعتباراً، ولهذا نرى ثبوت الخيار فيها عند العرف والشرع. ومنه يستكشف انها موجودة عندهما فيصح فسخه وحله.

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

ولا ينافي ذلك ما رجحناه في باب الفضولي من بقاء المسبب الاعتباري في الايقاعات، 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 ههنا بمعنى تفكيك المسبب عن سببه، فإذا انفكا فقد انحل احدهما عن الآخر، وهذا معقول في الايقاع.

يرد عليه: ان رفع البيئونة اجنبي عن خيار الفسخ، ورفع السبب فرع وجوده، ولا وجود له في الايقاع اعتباراً عند العقلاء، فلا معنى لرفعه بخلاف العقود، ولا يكون السبب الاعتباري سبباً بحدوثه للمسبب حدوثاً وبقاءً كالسبب الالهي حتى يصح فيه تفكيكه بقاءً عن المسبب^(١).

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

وذلك لما تقرر في الاصول من «انه لا سبب ولا مسبب في باب المعاملات، ولا آله ولا ذا آله ليشكل ان امضاء احدهما لا يلزم امضاء الآخر، بل المعاملات بعناوينها الخاصة من البيع والهبة وما شاكلها اسامٍ للمركب من الامرين، فلا يصدق على كل واحد منهما بالخصوص كما عرفت، والمفروض انها بهذه العناوين مأخوذة في ادلة الامضاء كقوله تعالى: ﴿احلّ الله البيع﴾ وقوله صلى الله عليه وآله: «النكاح سنتي» و«الصلح جائز» الى غير ذلك. فالأدلة ناظرة الى امضائها بتلك العناوين^(٢).

«بل لا يبعد دعوى انه بحسب النظر العرفي المسامحي لا يوجد شيان، بل شيء واحد هو، ما يوجد المتعاملان من التملك بعوض، ويكون تحليل العملية الى انشاء معاملي ونتيجة قانونية منشأة به نظير تحليل الموجود الخارجي الى ايجاد ووجود امراً دقيقاً.

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٤.

(٢) محاضرات في اصول الفقه ج ١ ص ٢٠٤.

فالحاصل: ان النظر العرفي المسامحي يرى ان الملكية القانونية عبارة عن تطوير للملكية الشخصي والنسبة بينها نسبة البذرة الى الشجرة»^(١).
إذاً فالتفصيل بين الاسباب والمسببات في المعاملات، حديث لا يرتضيه التحقيق.

ثانياً: سلمنا ذلك وتنزلنا عن القول ببطلان الحديث عن الاسباب والمسببات في المعاملات، فلتحديد الموقف تجاه ما افاده دليلاً على المنع، لا بد من التعرض للآراء والأقوال المذكورة في بيان المراد منها في المقام، وهي من المباحث الاصولية التي يتعرض لها ارباب الاصول غالباً في مباحث الصحيح والاعم، والطلب والارادة، ومفاد الجملة الخبرية والانشائية^(٢).

فنقول: الاقوال في وضع اسماء المعاملات للسبب أو المسبب عديدة لكننا نقتصر على ذكر ابرزها.

١ - اطلاق السبب على صيغ المعاملات، والمسبب على المعنى الحاصل منها، فالامر الاعتباري المنشأ - بالصيغة أو التعاظمي - هو السبب والذي أوجده - اللفظ أو الفعل - هو السبب.

وقد ذهب الى هذا الرأي المحقق الخراساني (قده) حيث ذكر في مبحث الطلب والارادة ما نصه: «اما الجمل الخبرية فهي دالة على ثبوت النسبة بين طرفيها، أو نفيها في نفس الأمر من ذهن أو خارج، كالانسان نوع أو كاتب.

واما الصيغ الانشائية فهي على ما حققناه في بعض فوائدها موجودة لمعانيها في نفس الأمر، اي قصد ثبوت معانيها وتحقيقها بها، وهذا نحو من الوجود، وربما يكون هذا منشأً لانتزاع اعتبار مترتب عليه شرعاً أو عرفاً آثار، كما هو الحال في صيغ العقود والايقاعات»^(٣).

(١) مباحث الدليل اللفظي ج ١ ص ٢٣٣.

(٢) لمعرفة التفصيلات راجع محاضرات في اصول الفقه ج ١ ص ١٩٤ وما بعدها.

(٣) كفاية الاصول ج ١ ص ٩٨.

وقد اورد عليه: «انهم لو ارادوا بالايجاد الايجاد التكويني كايجاد الجوهر والعرض فبطلانه من الضروريات التي لا تقبل النزاع، بداهة ان الموجودات الخارجية بشتى اشكالها وانواعها ليست مما يوجد بالانشاء، كيف والالفاظ ليست واقعة في سلسلة عللها واسبابها كي توجد بها.

وان ارادوا به الايجاد الاعتباري كايجاد 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 الانشائية لا يكون علة لايجاد الامر الاعتباري، ولا واقعاً في سلسلة علله فانه يتحقق بالاعتبار النفساني، سواء كان هناك لفظ يتلفظ به أم لم يكن»^(١).

٢ - اطلاق السبب على ذات الاعتبار النفساني والمسبب على المنشأ والمعتبر. ذكره المحقق الاصفهاني (قده) ورده بما حاصله: إن التغير بين الاعتبار والمعتبر ليس تغيراً حقيقياً، إذ لا اثنية بينهما في الواقع كي يكون احدهما سبباً للآخر والآخر مسبباً عنه، بل الحدث الواحد اذا لوحظ عارياً عن جميع النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية المبنية للفاعل أو المفعول فهو المبدأ الساري - الاعتبار - واذا لوحظ مع النسبة الناقصة المصدرية المبنية للفاعل فهو المعتبر. فالفرق بين الاعتبار والانشاء من جهة والمعتبر والمنشأ الحاصل منها من جهة اخرى إنما هو بحسب اللحاظ دون الحقيقة والافهام شيء واحد^(٢).

٣ - اطلاق السبب على المعاملة الصادرة من المكلف، والمسبب على امضاء الشارع له وحكمه بترتب الاثر عليه، وهذا اللحاظ يقال: ان البيع - مثلاً - سبب للملك شرعاً.

وقد اورد عليه:

(١) محاضرات في اصول الفقه ج ١ ص ٩٣ - ٩٤.

(٢) انظر نهاية الدلالية ج ١ ص ٥٧.

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

ثانياً: «ان المسبب هو ما يتعلق به الامضاء من قبل الشارع المقدس فلا يعقل ان يكون هو نفسه، وإلا لزم تعلق الامضاء بنفسه في مثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله صَلَّى الله عليه وآله وسلم: «النكاح سنتي» ونحو ذلك، فان المعنى حينئذ هو ان الله سبحانه احل البيع الذي احله، ووجب الوفاء بالعقد الذي اوجب الوفاء به، وان النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم سنَّ النكاح الذي سنه وهكذا»^(١).

اذا عرفت هذا، فلا اظن ان يكون مراده من السبب في كلامه هو المعنى الثالث - نفس المعاملات والحاصل من الانشاء - وذلك:

أ - ان اطلاق 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 الاصفهاني (رحمه الله) الذي ذكر بأن الخيار في المقام عبارة عن رفع الشيء كرفع الملكية أو البيئونة الحاصلة بالطلاق بـ «ان رفع البيئونة اجنبية عن خيار الفسخ».

حيث يظهر منه الاعتراف بإمكان رفع البيئونة - المعنى المصدري والحدث العاري عن جميع النسب في الطلاق، المعنى الثالث للسبب - غايته انه يعتبره اجنبياً عن خيار الفسخ، باعتبار ان الفسخ يرجع - حسب مبناه - الى رفع السبب، ورفع السبب فرع وجوده، ولا وجود له بقاءً في الايقاع 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 الايقاعات أيضاً.

إذاً ينحصر المراد بالسبب في كلامه بين الاحتمالين الاولين، فاما ان يكون المراد منه نفس الصيغ، واما ان يكون انشاء المعاملات الذي له قيام صدوري بالنفس، على حدّ تعبير ارباب الاصول.

وعلى كل من التقديرين فلا شاهد لما ذكره من التفصيل في السبب بين العقود والايقاعات، وغاية ما يمكن ان يقال فيه هو ما ادعاه من اعتبار العقلاء والشرع للبقاء والاستمرار في الاول دون الثاني، وهذا 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 تعبداً لصيغ المعاملات، أو الاعتبار والقرار اللذين هما من افعال النفس، وذلك لعدم تعلق الخيار وحق الفسخ بهما، فان الصيغة بعد صدورهما وتحققها غير قابلة للفسخ والرفع، وكذا المعاملة بالمعنى المصدري - اعني به المبدأ بانضمام النسبة الناقصة المصدريّة، انشاء البيع واعتباره مثلاً - وانما متعلق الخيار وحق الفسخ هو نفس المعاملة، وأعني بها المبدأ العاري عن جميع النسب حتى النسبة الصدورية المضافة الى الفاعل، وهو ما يعبر عنه في كلماتهم غالباً بالمسبب.

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

فكما ان بقاء الحجر - مثلاً - في المكان الذي وضع فيه يكون بحسب اقتضاء طبعه الى ان يزيله عنه رافع، وليس للعرف والعقلاء إلا ادراكه، كذلك الامور الاعتبارية أيضاً، فانه اذا اعتبر احد شيئاً مطلقاً فقد حاز ذلك الشيء وجوداً في ظرفه وتحققاً في عالمه، وكان مقتضى طبعه هو البقاء الى ان يلحقه اعتبار العدم، من دون فرق بين ان يكون ما تحقق به عقداً أو ايقاعاً أو انشاء تكليف أو وضع.

فانه لا فرق بين انشاء الانسان مبادلة ماله بهال آخر وتمليك العين بعوض، وبين انشاء الرجل البيونة بينه وبين زوجته، وبين انشاء الشارع الوجوب بقوله: ﴿اقيموا الصلاة﴾^(١) وبين انشاء الوضع بقوله تعالى: ﴿ان امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك﴾^(٢) بل وبين تحصيل الطهارة الحديثة بفعل الوضوء أو الغسل - مثلاً - أو الخبثية بغسل الثوب بالماء.

فان المنشأ والمتحصل في جميع هذه الامثلة والموارد امر موجود بالوجود الاعتباري وله بقاء بحسب اقتضاء طبعه، من غير حاجة الى انشاء أو اعتبار من العقلاء أو الشرع أو العرف.

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

نعم، هناك بحث فلسفي في العلة والسبب في بقاء الاشياء ودوامها - سواء في ذلك الامور التكوينية والاعتبارية - وان الاكوان هل هي باقية أو متجددة؟ وعلى الاول فهل يفتقر الباقي الى السبب المؤثر أم لا؟ وان المؤثر في البقاء هل هو نفس السبب الموجب له أولاً مستقلاً أو هو بانضمام اقتضاء طبع هذه الامور - كالثقل في الحجر - أو امر آخر كجاذبية الارض - مثلاً - أو انها بعد التحقق والوجود لا تحتاج الى سبب ومؤثر في البقاء؟

وقد تعرض الاصحاب لهذا البحث في بعض المباحث الفقهية - رغم اعترافهم الصريح بعدم ابتناء الاحكام الشرعية على هذه التدقيقات العقلية - فقد نقل الشيخ الاعظم (قده) في مكاسبه عن فخر الدين في الايضاح بناءه للحكم ببقاء خيار المجلس للباقي في مجلس العقد باختياره بعد مفارقة صاحبه له اكرهاً، حيث ذكر: «ان هذا مبني على بقاء الاكوان وعدمه، وإفتقار الباقي الى المؤثر وعدمه، وان الافتراق

(١) البقرة: الآية ٤٣.

(٢) النساء: الآية ١٧٦.

ثبوتي أو عديمي؟.

فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقي الى المؤثر يسقط، لأنه فعل المفارقة. وعلى القول ببقائها، واستغناء الباقي عن المؤثر، وثبوتية الافتراق، لم يسقط خياره، لانه لم يفعل شيئاً. وان قلنا بعدمية الافتراق والعدم ليس بمعلل، فكذلك لم يسقط، وان قلنا انه يعلل سقط أيضاً^(١).

إلا انه خارج عن محور حديثنا ومحل كلامنا، فانتنا لسنا بصدد بيان ما هو السبب في البقاء والاستمرار، بل المهم في الحديث اثبات بقاء هذه الامور كي يتصور في حقها الرفع أو الحل والفسخ أو النسخ، وهو متحقق بادراك العقلاء وشهادة الوجدان، ولا حاجة الى اعتبار المعبر كائناً من كان.

وتوهم دلالة قولهم عليهم السلام: «حلال محمد حلال ابداً الى يوم القيامة وحرامه حرام ابداً الى يوم القيامة، لا يكون غيره ولا يجيء غيره»^(٢) على جعل البقاء الاعتباري للاحكام.

واضح الفساد، فانه ليس بصدد انشاء البقاء للحلال والحرام، وانما الاستفادة منه نفي التلاعب بالاحكام وتغييرها بالاستحسان، ودعوى اقتضاء الزمان ونحوه له، فمدلوله عبارة اخرى عن ابدية شرعة الرسول ودوام احكامها وعدم جواز نسخها أو تبديلها من قبل البشر.

واخيراً يتلخص حديثنا حول الدليل الرابع في النقاط الآتية:-

الاولى: ان الحديث عن الاسباب والمسببات في المعاملات حديث لا يرتضيه المحققون، وانما يتعرض له المتأخرون تبعاً لما فعله المتقدمون، فيطلقون السبب تارة على الصيغة، واخرى على الانشاء القائم بالنفس، وثالثة على المنشأ أي نفس المعاملة. الثانية: الخيار وحق الفسخ انها تتعلق بنفس العقود بالمعنى المعاملي - ما

(١) المكاسب ج ١٤ ص ٢٨ - ٣٠.

(٢) الكافي ج ١ باب البدع والرأي والمقاييس ج ١٩.

يحصل من الانشاء - دون الصيغة والانشاء.

الثالثة: ان دعوى اعتبار العقل والشرع البقاء للأسباب في العقود، دعوى خالية عن الشاهد وفاقة للدليل، فان الأسباب بالمعنى الاول - صيغ العقود - من الامور المتأصلة غير القارة التي توجد وتتصرم وتنعدم، ولا اثر لبقائها كي يعتبر الشارع والعقل لها ذلك.

وكذلك الحال بالنسبة اليها بالمعنى الثاني - انشاء المعاملة واعتبارها - فانها أيضاً من الامور المتأصلة، وفعل صادر من النفس يتحقق في آن ثم ينتهي وينعدم، ولا اثر لبقائها كي يعتبره العقل والشرع.

الرابعة: ان المسببات - ما يحصل بالانشاء - باقية بحسب اقتضاء طبيعتها، سواء في ذلك ما يحصل من العقد أو الايقاع، حالها في ذلك حال الامور التكوينية، وليس للعرف والعقل فيه شأن غير الادراك.

الخامسة: ان المهم في محل البحث هو اثبات البقاء ودوام الوجود لكي يتسنى تحقق مفهوم الفسخ والحل. واما تحقيق علة الاستمرار واثبات اتحاد الاكوان أو تعددها مع عدم حاجة الباقي الى المؤثر، فهو بحث فلسفي لا دخل له في محل الكلام نفيًا أو اثباتًا. مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

الدليل الخامس: ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) من «ان الخيار ملك الفسخ والحل، ولا حل إلا بين امرين مرتبطتين وهما القراران المعاملتان المرتبطتان، فلا يعقل الحل إلا في العقد، فلا يعقل ملك الفسخ والحل الا في العقد»^(١).

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

مع أن عنوان الحل لا يقتضي كون الامرين اللذين يتقوم بهما الحل قرارين مرتبطتين، بل المسبب المرتبط بسببه اذا انفك عن سببه فقد انحل احدهما عن الآخر،

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٨.

وهذا معقول في الايقاع»^(١).

وحاصل الجواب الاول ان الخيار في الايقاع بمعنى الحق في ابطاله ورفعته ومن الواضح ان ابطال الشيء ورفعته لا يتوقف على قرارات مرتبطين.
وحاصل الجواب الثاني: لو سلمنا كون الخيار في المقام أيضاً بمعنى الفسخ والحل فلا دليل على ضرورة كون طرفي الحل قراراتين معامليين، بل يكفي فيها كونهما أمرين مرتبطين كارتباط المسبب بسببه.

الدليل السادس: ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) أيضاً من: «ان مضامين الايقاعات نوعاً أمور عدمية كزوال الزوجية في الطلاق، وزوال الرقية في العتق، وسقوط ما في الذمة في البراء، وحيث انها أمور عدمية، فالرجوع والرد فيها من إعادة المعدم، بخلاف العقود فان مضامينها أمور وجودية، فلا محالة ليس ردها والرجوع فيها من إعادة المعدم»^(٢).

وقد اجاب عنه بقوله: «ان حقيقة الفسخ والرجوع لبأ تملك جديد، واثبات الزوجية والرقية جديداً بعنوان إعادة ما كان، والا فاعادة الملكية الزائلة في البيع أيضاً إعادة المعدم، وحكم الشيء لا يسري الى عنوانه واعتباره.
ومنه علم ان توهم ان الساقط عما في الذمة لا يعود قاسد، فان الساقط لا يعود حقيقة لا عنواناً، مع كونه ملكية جديدة واشتغلاً جديداً للذمة»^(٣).

وبعبارة اخرى: ان التعبير باعادة الزوجية والرقية لا يعني إعادة الفرد الذي كان وانتفى بعينه، وانما هو في الحقيقة احداث لفرد ومصدق جديد، غاية الامر انه حيث يكون في محل الفرد السابق ومشابهاً له يتصف بانه إعادة لما كان، وإلا فهو في الحقيقة فرد مستقل في قبال الفرد المعدم.

على ان الاشكال لا يختص بمفاد الايقاعات، فاعادة الملكية الزائلة في البيع بالفسخ أو الاقالة إعادة للمعدم، فان ملكية المتاع قد انسلخت عن البائع وثبتت

للمشتري.

الدليل السابع: ما ذكره المحقق النائيني (قده) في وجه عدم جريان خيار الشرط في مطلق الايقاعات «لانه 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 الايقاع من طرف واحد لا يقتضي عدم وقوع الشرط في ضمنه، لامكان اشتراط الخيار في ضمنه وقبول الآخر لهذا الشرط، بل لان حقيقة الشرط هو إناطة المنشأ به بحيث يصير الشرط ضمانة لأحد العوضين، وفي الايقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط اليه.

وبعبارة أخرى: ليس الشرط مجرد ذكر شيء منضمّاً الى آخر، كما لو قيل: «بعثك الدار» و«آجرتك البستان» بل يجب ان يناط المنشأ به، وفي الايقاعات لو انيط اصل المنشأ به بطلت للتعليق، ولو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، لكونه حينئذٍ مجانياً وبلا عوض، وغير منضمّاً الى احد الطرفين»^(١).

وفيه: ان غاية ما يعتبر في تحقق مفهوم الشرط وصدقه هو عدم كون الالتزام والالتزام مستقلين بعد ذاتهما، بل لا بد فيه من كونها مرتبطتين بنحو من العلة الربطية والتقيد بالمنشأ، وهو حاصل في الاشتراط في الايقاع، فان الالتزام حينها يكون في ضمنه ويتعلق به الالتزام من الطرف الآخر - القبول - بما له من وصف الارتباط، يكون مجموع الالتزام والالتزام مرتبطتين بذلك الايقاع.

واما كونها بحيث يعدان ضمانة لاحد العوضين فلم يقتضه دليل، ولا شاهد عليه.

وبعبارة أخرى: ان من الصحيح القول بان الشرط ليس مجرد ذكر شيء منضمّاً الى آخر، إلا أنه لا يقتضي كون الشرط ضمانة لاحد العوضين، بل يكفي فيه

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ٥٥.

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

وهذا صادق في الايقاع ومتحقق في الشرط في ضمنه أيضاً، فان الشرط مرتبط بالايقاع بحيث لا استقلال له بذاته كي يكون من الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، ولا الايقاع اجنبي عن الشرط ومنفصل عنه، وكأنه لا دور له فيه. ودعوى رجوع هذا الى التعليق الباطل اجماعاً.

يدفعه: مضافاً الى عدم اختصاصه بشرط الخيار في الايقاع، بل الكلام فيه هو الكلام في اشتراطه في العقود أيضاً، فان اعتبار التنجيز وعدم جواز التعليق فيهما على حد سواء.

أن شرط الخيار لا يرجع الى تعليق في المنشأ عقداً كان أو ايقاعاً، فان ملكية العين المنشأة بالبيع ملكية ابدية، والبيئونة الحاصلة بالطلاق بينونة دائمة، غاية الأمر ان لمن له الخيار ان يرفع تلك الملكية والبيئونة بابطال البيع والطلاق ورفع اليد عنها، نظير تأثير الاقالة في العقد حيث لا تنافي بينها وبين كون المنشأ حين الانشاء الملكية المطلقة.

والحاصل: ان العلة الربطية القائمة بين شرط الخيار وبين الايقاع ليست على حدّ تعليق الايقاع عليه وتوقيته به، حالها في ذلك حال اشتراطه في العقد، وانما الربط بينها انه - شرط الخيار - علة حاصلة مع الايقاع تحقق لصاحبها حق اختيار الفسخ ورفع اليد عن المنشأ وابطاله وفرضه كأن لم يكن، كما هو الحال في الاقالة، غاية الأمر ان الاقالة حق طبيعي للطرفين اقتضته السيرة العقلانية وبناء العقلاء وامضاء الشارع المقدس، وحق الفسخ حق جعلي يحتاج في ثبوته الى اشتراطه واخذه في ضمن الانشاء عقداً كان أو ايقاعاً.

الدليل الثامن: دعوى كون اللزوم في الايقاعات حكماً ذاتياً لها، فلا تتغير بالاشتراط أو غيره.

ذكره المحقق الاصفهاني (قده) ووضحه بقوله: «منها - موانع اشتراط الخيار

في الايقاعات - عدم امكان الاستدلال بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» من حيث استثناء الشرط المخالف، والشرط المحلل للحرام، وذلك لدوران الامر في شرط الخيار في الايقاع بين كونه شرطه مخالفاً أو محلاً للحرام، وعدم كونه كذلك، ولا يجوز التمسك بالعام في المصداق المردد^(١).

وبعبارة اخرى: ان اللزوم في الايقاعات 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»^(٢) و«إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»^(٣) فلا يكون نافذاً.

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

وقد رده (قده) بقوله: «ويندفع بها مراراً، وسيأتي في محله إن شاء الله تعالى، من جريان اصالة عدم المخالفة وعدم دخول الفرد المردد تحت عنوان المخصص»^(٤).

وكان نظره (قده) الى ان الذي يحتاج الى الاثبات هو كون اللزوم في الايقاع 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

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٩.

(٢) الوسائل ج ١٢ ب ٦ من أبواب الخيار ح ٢.

(٣) الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥.

(٤) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٩.

ذلك - يتعين التمسك بالعام، لاصالة عدم المخالفة، وعدم احراز كون الفرد مشمولاً بعنوان المخصص.

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

وهذا اللحاظ يختلف هذا الدليل عن سابقه بعد اشتراكهما في الابتناء على كون اللزوم في الايقاعات حكماً ذاتياً لا يقبل التغير والتبدل، فان الحديث عن كون اللزوم في الايقاعات 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 اصالة عدم المخالفة عند الشك كما تقدم تبنيه من المحقق الاصفهاني (قده) في الدليل السابق.

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

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

والرجوع في العدة ليس فسخاً للطلاق بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورده، بل ولا السقوط في مورده، ومرجع هذا الى ان مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل، وقد وجد في العقود من جهة مشروعية الاقالة وثبوت خيار المجلس والحيوان وغيرها في بعضها، بخلاف الايقاعات، فانه لم يعهد من الشارع تجويز نقض اثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

وبالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعي سبباً، فاذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الايقاع، أو علم عدمه، بناءً على ان اللزوم في الايقاعات حكم شرعي كالجواز في العقود الجائزة، فلا يصير سبباً باشتراط التسلط عليه في متن

الايقاع.... ولا اقل من الشك في ذلك الراجع الى الشك في سببية الفسخ لرفع الايقاع»^(١).

وقد تصدى الاعلام لايضاح هذا الدليل وتقريب المراد منه.

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

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

الثانية: وهي الصغرى، وهي كل عقد أو ايقاع تطرق اليه بعض الخيارات وساغ فسخه، فذلك العقد أو الايقاع جاز اشتراط الخيار فيه، ودخل في عموم: «المؤمنون عند شروطهم» دون ما لم يكن كذلك، والايقاع كلية من قبيل ما لا سبيل للخيار اليه. والرجوع في الطلاق الرجعي حكم شرعي لاحق، ولذا لا يقبل الاسقاط»^(٢).

اما المحقق الاصفهاني فقد افاد: «ان شرط شيء في ضمن العقد أو الايقاع يتوقف على مشروعية ذلك الشيء في نفسه، والفسخ علم مشروعيته 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، والايقاعات لم يثبت فيها خيار شرعاً حتى يستكشف منه مشروعية الفسخ فيها، ولا صحة التقايل فيها، وبعد عدم مشروعية الفسخ فيها ولو بالتقايل لا معنى لنفوذ شرطه.

وتقريب هذا التفريع بأحد وجهين:

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

(١) المكاسب ج ١٥ ص ١٠٥ - ١١٣.

(٢) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٦.

وتحقق الالتزام بالشرط فرع جوازه.

الثاني: ما افاده المصنف العلامة (قده) في آخر كلامه من ان الالتزام في ضمن العقد - مثلاً - بمنزلة رضى المتعاقدين بعد العقد، فاذا كان تراضيهما بعد العقد كافياً في انحلاله، كان في ضمن العقد كافياً في احداث السلطنة على حله، واذا لم يكن تراضيهما بعد العقد كافياً في ذلك فلا معنى لكون التراضي في ضمن العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حله.

في حين اوضحه 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 الالتزام بجعل الشرط ما ليس بسبب سبباً، وما ليس بمسبب مسبباً، ضرورة ان العدم لا يعقل فيه السببية والمسببية، والابراء تعلق بالوجود، فصارت الذمة بريئة، وبعدها لا شيء صالح للسببية والمسببية في العدم عرفاً وعقلاً، فلا بد من جعل الشرط المعدم مسبباً وسبباً، بل لا يكفي مجرد ذلك، فلا بد من اعتبار الوجود بعد سلب سبب العدم، 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 ايجاباً والعطسة قبولاً، فاسد غير عقلاني ولا شرعي.

مع ان احتمال كون هذا الشرط مخالفاً للشرع كافٍ في عدم جواز التمسك بدليله، للشبهة المصداقية»^(١).

والذي يتحصل مما تقدم: ان جميع تلك الاقوال تتلخص في ضرورة احراز تأثير الفسخ في الايقاع بحيث يحرز سببته شرعاً لرفعه، ليصح فرضه والزام الطرف الآخر

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٨.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٥ - ٢٥٦.

به بالشرط، وإلا فالشرط لا يجعل غير السبب سبباً شرعاً.

وهذه السببية إنما يمكن احرازها عن طريق قبول المورد للتقابل، باعتبار أن التراضي المتأخر عن العقد إذا كان كافياً في حله ورفع، كان التراضي في ضمن العقد كافياً 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 الإيرواني (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 يجوز الأخذ به إلا في شرط ثبت مشروعيته في ذاته، وكفاك شاهداً على ما قلناه اشتماله على هذا الاستثناء»^(١).

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 مباحاً في حد ذاته وواجباً بلحاظ تعلق النذر أو العهد به.

نعم بلحاظ ما ورد في ذيل هذه النصوص، يعتبر أن لا يكون الشرط محرماً 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 شرطاً حراماً حلالاً أو أحل حراماً» في ذيل تلك النصوص، فإنه لو لم يكن مقتضى الأدلة إثبات الأحكام للأشياء والأفعال بطبيعتها الأولى، ومع قطع النظر عما يطرأ عليها من تعهدات شرعية

(١) تعليقة الإيرواني على المكاسب / قسم الخبرات ص ٢٦.

والتزامات موجبة لتبديل الحكم الاولى، لكان الاستثناء لغواً محضاً، إذ ليس هناك ما لا يكون مشمولاً به، فإن الاشتراط - كائناً ما كان - يرجع لا محالة الى تغيير في مدلول المعاملة بالزام أو جواز.

واما اناطة جواز اشتراط الخيار بدخول شيء من الخيارات في تلك المعاملة - عقداً كانت أو ايقاعاً - وجواز فسخها بالاقالة، فلا دليل عليها، بل «ضابط عدم مخالفة شرط الخيار للشرع هو كون سلطنة حل المعاملة بيد المتعاملين ولو بالاقالة، ليكون مآل اشتراط الخيار لواحد اشتراط استقلال ذلك الواحد بهذه السلطنة، كما ان مآل اشتراطه لكل منها هو جعل كل واحد مستقلاً بالسلطان، لا أن يكون سلطاناً واحداً قائماً بهما جميعاً ليجتاج الى اجتماعهما في الرأي. فحينئذ يجوز اشتراط الخيار ولم يكن الشرط داخلاً في المحرم للحلال أو المحلل للحرام»^(١).

والحاصل: انه ليست العبرة في صحة اشتراط الخيار جواز التقايل الذي هو حق واحد قائم بهما جميعاً، بل العبرة بكون سلطنة حل المعاملة وابطالها بيدهما، والذي يتلخص بكون اللزوم حقاً لهما لا يعدوها لا حكماً شرعياً مفروضاً عليهما. واما المحقق الاصفهاني فقد اجاب عن الدليل على وفق التقريبين اللذين ذكرهما له، فقال:

«والجواب عن التقريب الاول ما اشرنا اليه سابقاً من ان شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفية والوضعية، بل مقتضاه جعل حق الحل والالزام، وعدم جواز امتناع المشروط عليه اثر الحق المفعول به لا هو متعلق الشرط، ولا حكم نفس الشرط ابتداءً، وجعل الحق لا يجب ان يكون متفرعاً على جواز الحل من المشروط له ولو بالتقايل، كما في جعل الخيار في البيع للاجنبي، فانه نافذ مع انه ليس للاجنبي جواز الحل، ولا يصح منه التقايل ولو بالتراضي مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، وليس جعل الخيار للاجنبي بعنوان التوكيل، ليقال بكفاية التقايل من الموكل في نفسه. والجواب عن التقريب الثاني: ان اعتبار كون شرط الخيار بمنزلة التراضي

بالتقابل حتى يكون تقايلاً تنزلياً 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 بها يقتضيه الشرط، وجعل الحق الذي تسبب إليه أحدهما على الآخر كجعل الحق ابتداءً، حيث أنه ليس بعناية قيامه مقام التقابل، كيف وهو حق قهري على من عليه الحق لا ابتداءً 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 للتقابل بعد العقد حال العقد.

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

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 ضرورة نفس الشرط سبباً لحل العقد، مع أن سببية الشرط للانفساخ على حد شرط النتيجة لا مانع منها عنده (قده) فيما لم يعلم له سبب مخصوص كالنكاح والطلاق - مثلاً - لا كالملكية والانفساخ^(١).

والحاصل: أن اناطة جواز اشتراط الفسخ بإمكان التقابل في المعاملة - عقداً كانت أو إيقاعاً - 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.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٨.

الشرط في الايقاع في النصوص

استشهد غير واحد من الاعلام لاثبات جواز اشتراط الخيار في الايقاع ببعض النصوص الواردة في موارد خاصة من الايقاعات، 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 اهمية، فانه لو ثبت امضاء الشارع المقدس لشرط الخيار ولو في مورد واحد من الايقاع، لبطل كل ما تقدم من الادلة، وكان الوقوع ادل دليل على الامكان العقلي الذي يقابل الامتناع، والشرعي الذي يقابل كونه من الشرط المخالف، أو المحلل للحرام والمحرم للحلال. وكيف كان، فالحديث يكون في موارد:



مركز تحقیقات کتب پیور علوم اسلامی

المورد الاول: العتق.

النصوص الواردة في الاشتراط في العتق على صنفين:

- ١ - ما يتضمن الشرط بالمعنى العام.
- ٢ - ما يتضمن اشتراط الخيار بخصوصه.

فمن الصنف الاول ما رواه ابو العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال: غلامي حر وعليه عمالة كذا وكذا سنة، قال: هو حرّ وعليه العمالة»^(١).

وعن محمد بن علي بن الحسين باسناده عن أبان مثله، إلا انه زاد «قلت: ان ابن أبي ليلى يزعم انه حر وليس عليه شيء، قال: كذب، ان علياً اعتق ابا نيزر وعياضاً ورباحاً وعليهم عمالة كذا وكذا سنة، ولهم رزقهم وكسوتهم بالمعروف في تلك السنين»^(٢).

وباسناده أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله انه سأل أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل قال لغلامه: اعتقك على ان ازوجك جاريتي هذه، فان نكحت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فاعتقه على ذلك، فنكح أو تسرى أعليه مائة دينار ويجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه. قال: وقال أبو عبد الله عليه السلام في رجل اعتق مملوكه على ان يزوجه ابنته وشرط عليه ان تزوج أو تسرى عليها فعليه كذا وكذا، قال: يجوز»^(٣).

وعن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام: «في الرجل يقول لعبده:

(١) الوسائل ج ١٦ باب ١٠ من أبواب كتاب العتق ج ٢.

(٢) الوسائل ج ١٦ باب ١٠ من أبواب كتاب العتق ج ٣.

(٣) الوسائل ج ١٦ باب ١٢ من أبواب كتاب العتق ج ١.

اعتقك على ان ازوجك ابنتي فان تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فاعتقه على ذلك وزوجه فتسرى أو تزوج، قال: عليه شرطه»^(١).

ومن الصنف الثاني ما رواه اسحاق بن عمار وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إن هو أغارها أن يردّه في الرق، قال: له شرطه»^(٢).

اما الصنف الاول فقد تفصى بعض الاصحاب عنه بعدم ثبوت كون المورد من اشتراط العمالة في ضمن العتق ليكون دليلاً على صحة الشرط في الايقاع، بل من الممكن ان يكون ذلك استثناءً من فك الملك والتحرير كالهبة مسلوقة المنفعة.

وبعبارة اخرى: ان 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 ان يقال في التفصي عن الاستدلال بالنص على جواز الاشتراط في الايقاع.

غير ان هذا التوجيه انما يتم بالقياس الى النصين الاولين من الصنف الاول، ولا يتم بالنسبة لروايي عبد الرحمن بن أبي عبد الله ومحمد بن مسلم، فضلاً عما رواه اسحاق بن عمار، فانه لا مجال لحمل شيء منها على الاستثناء حين العتق، وظهور الاشتراط فيها أجلى من أن يخفى.

وقد تكلف بعض الاعلام بتوجيهها فذكر في توجيه صحيحتي عبد الرحمن ومحمد بن مسلم انه: «يحتمل فيها ان يكون التزويج والالزام بالمائة على تقدير النكاح أو التسري كلها شرطاً في العتق، وان يكون التزويج شرطاً فيه، والآخر شرطاً في النكاح، وان يكون المراد من قوله: «على ان ازوجك» بمعنى ان المقابلة كانت على ان يعتقه لتزويج البنت والشرط فيه، فاعتقه وزوجه وشرط عليه ما ذكر.

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

(١) المصدر نفسه ح ٣.

(٢) الوسائل ج ١٦ باب ١٢ من أبواب كتاب العتق ح ٢.

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

والظاهر أن المولى لما رأى العبد شخصاً صالحاً لائقاً لأن يزوجه ابنته وإنما العيب فيه هو الرقية، أراد أن يجعله عاتقاً لرفع العيب والعار، ثم تزوجه بالشرط الكذائي، كما يكشف ذلك من موثقة اسحاق المتقدمة، حيث قال فيها: «أن الرجل يعتق مملوكه ويزوج ابنته ويشترط عليه كذا» وهذا امر صحيح معقول^(١).

فيما وجه دلالة صحيحة اسحاق بن عمار بأن: «الظاهر منها ارجاع الرق ورد المعتق اليه على القول بجوازه، لا ابطال العتق وفسخه وحله، وهو واضح»^(٢). وظواهر التكلف والتجشم في كلامه واضحة بيّنة.

أما ما ذكره بالنسبة للصحيحتين الأوليين، فيدفعه أن مجرد عدم معهودية اشتراط الاب على الولد الزوج من ابنته لا يكون مرجحاً لكون الشرط شرطاً في النكاح دون العتق، كيف وشرطية التزويج من ابنته أو ما عبر عنه بالمقاولة على أن يعتقه لتزويج البنت، مرتبطة بالعتق جزئاً سواء أكان اشتراط المال مربوطاً بالعتق أيضاً أم كان مربوطاً بالنكاح، فإنه يعتقه على أن يتزوج ابنته أو ليتزوج ابنته، فإن نكح عليها أو تسرى يكون عليه مائة دينار.

فما استبعده وجعله مستنكراً عند العقلاء واقع على كل تقدير، ولا يرتبط بكون اشتراط المال متعلقاً بالعتق أو النكاح، على أن الموجود في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبدالله: «أعتقتك على أن أزوجه جارتي هذه» فلا يكون مشمولاً لما استبعده وجعله مستنكراً.

هذا مضافاً إلى منافاته لظهور قول السائل في صحيحة عبد الرحمن: «فاعتقه

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٩.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٧.

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

وبعبارة اخرى: انه لما كان المفروض تأخر النكاح عن العتق كما هو ظاهر قول السائل في صحيحة عبد الرحمن: «فاعتقه على ذلك» وصريح قوله في صحيحة محمد بن مسلم: «فاعتقه على ذلك وزوجه» كان مقتضى قوله: «فاعتقه على ذلك» كون الشرط متعلقاً بالعتق ولو باشتراطه في ضمن ما هو شرط فيه، وإلا فلو عاد الشرط الى النكاح وكان العتق مطلقاً لم يكن هناك ما يقتضي الزامه به لو اراد عدم الموافقة عليه في عقد النكاح.

وبمجرد ورود السؤال في رواية على نحو يكون ظاهراً في تعلق الشرط بالنكاح لا يعني لزوم ارجاع الشرط في جميع موارد الاسئلة اليه وكأنه لا يمكن غيره، وان كان ذلك على خلاف ظاهر النص جداً كما عرفت.

واوضح مما ذكره تكلفاً ما افاده في توجيه صحيحة اسحاق بن عمار، فان حمل قوله: «ان يرده في الرق» على ارجاع المعتق الى رقية جديدة، وكأنه استرقاق للحر ومن غير ارتباط له بسابق حاله، تعقيد لسلسلة الفهم العربي وبساطة الدرك المحاورى، فانه لا اشكال في استلزام كل فسخ وحل لتبدل الحالة وتغيرها الى عكسها، فمن لم يكن قبل الفسخ مالكاً يصبح مالكاً، ومن كان قبله مالكاً يسلب عنه الملكية، وعليه فليس من الغريب ان يقال ان الصحيحة تضمنت ارجاع الرق ورد المعتق اليه، إلا ان من الغريب دعوى كونه من غير جهة ابطال العتق وفسخه وحله، مع ان الصحيحة تضمنت تعبير «الرد» الظاهر في الارجاع الى ما كان عليه وكأن شيئاً لم يحدث.

على ان الاسترقاق الابتدائي يتوقف على اسباب خاصة ليس منها الشرط جزماً، خصوصاً اذا كان الحر مسلماً - كما هو ظاهر مورد الرواية - إذ لم يعهد لجواز استرقاقه ابتداءً مورد على الاطلاق.

وهو ما يعني لزوم طرح الصحيحة ورد علمها الى اهلها لتضمنها ما ثبت بالضرورة بطلانه، كيف وقد عمل معظم الاصحاب بها وافتوا مضمونها.

قال شيخ الطائفة (قده) في النهاية: «فان شرط عليه - المعتق - انه متى خالفه في فعل من الافعال، كان رداً في الرق، فخالفه، كان له رده في الرق»^(١).

وقال العلامة (قده): «ولو شرط اعادته في الرق إن خالف اعيد مع المخالفة»^(٢).

وعلق عليه الفاضل الهندي بقوله: «وفاقاً للشيخ وجماعة، لأن: «المؤمنين عند شروطهم» ولأن اسحاق بن عمار سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته، ويشترط عليه إن هو اغارها ان يرده في الرق، قال: له شرطه»^(٣).

وفي كفاية الاحكام: «ولو شرط اعادته في الرق إن خالف ففي صحة العتق والشرط أو بطلانها، أو صحة العتق خاصة اقوال، اختار اولها الشيخ في النهاية، وثانيها الفاضلان في النكت والمختلف، وثالثها ابن ادريس والشيخ فخر الدين.

والقول الاول لا يخلو عن رجحان لعموم: «المؤمنون عند شروطهم» وخصوص موثقة اسحاق بن عمار وغيره عن أبي عبدالله عليه السلام»^(٤).

وقال المحقق (قده): «ولو شرط على المعتق شرطاً في نفس العتق، لزمه الوفاء به، ولو اشترط اعادته في الرق أن يخالف اعيد مع المخالفة، عملاً بالشرط»^(٥).

والحاصل: ان 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 الى نتيجة مفروضة من بادئ الامر، وان استلزم

(١) النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ص ٥٤٢.

(٢) قواعد الاحكام / كتاب العتق / الفصل الثاني في احكامه.

(٣) كشف اللثام / كتاب العتق / الفصل الثاني في احكامه.

(٤) كفاية الاحكام / كتاب العتق / المبحث الخامس / المسألة الاولى.

(٥) شرائع الاسلام ج ٣ ص ٩٠.

ذلك نوعاً من الاجحاف، أو كثيراً من العناية والتحميل.

خلاصة البحث:

الاولى: تامة دلالة النصوص على جواز اشتراط الخيار في العتق فضلاً عن غيره من الشروط.

الثانية: عدم تامة دعوى الاجماع على عدم قبول العتق للشرط بقول مطلق، أو خصوص شرط الخيار، لما عرفته من تصريح كثير من اعظم الاصحاب بجواز اشتراط عود المعتق رقاً إن هو خالف ما اشترط عليه.

«ودعوى ان الحر لا يعود رقاً، لا دليل عليها على الاطلاق بحيث يشمل الحرية المتزلزلة، كما في جملة من المقامات المذكورة في كتاب العتق وغيره»^(١).

الثالثة: ان التوجيهات المذكورة لصرف ظهور النصوص بعيدة كل البعد عن مفاد النصوص، وملاحح التكلف والتجشم واضحة عليها.

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

المورد الثاني: الوقف.

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

وقد صارت هذه النصوص مورداً للاخذ والرد، والنقض والابرام بين الاعلام، فمنهم من عمل بها على خلو امرها، ومنهم من رفضها لعلّة أو أخرى، منهم من حاول توجيهها وحملها على ما ينسجم مع ما يعتقده من المسلمات.

ونحن نتعرض اولا لذكر النصوص التي استدلت بها على المدعى - نفيّاً أو اثباتاً - ومن ثمّ الاقوال والتوجيهات المذكورة في المسألة، لنقف اخيراً على ما يمكن اعتباره مقتضى التحقيق.



مركز تحقیقات کتب وعلوم اسلامی

اما النصوص فهي:

١ - صحيحة اسماعيل بن الفضل قال: «سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، قال: إن احتجت الى شيء من المال فانا احق به، ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته، فاذا هلك الرجل يرجع ميراثاً أو يمضي صدقة؟ قال: يرجع ميراثاً على اهله»^(١).

وقد ذكر الاصحاب ان المراد بالصدقة فيها هو الوقف.

٢ - صحيحة محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى ابي محمد الحسن بن علي عليها السلام «في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله»^(٢).

٣ - ما ورد صحيحاً في وقف امير المؤمنين عليه السلام: «وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف، وينفقه حيث يريد في حل محل لا حرج عليه فيه، فان اراد ان يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه»^(٣).

وامام هذه النصوص اختلفت مواقف الاعلام ووجهات نظرهم، والاقوال التي تبنيها اربعة:-

الاول: القول بصحة الوقف والشرط معاً.

الثاني: بطلانها معاً.

الثالث: صحة الشرط وانقلاب الوقف حبساً.

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٣ في أحكام الوقوف والصدقات ح ٣.

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ٢ في أحكام الوقوف والصدقات ح ١.

(٣) الوسائل ج ١٣ باب ١٠ في أحكام الوقوف والصدقات ح ٤.

الرابع: صحة الوقف وبطلان الشرط.

قال الشيخ (قده) في النهاية: «ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه، كان الشرط صحيحاً وكان له أن يفعل ما شرط، إلا أنه اذا مات والحال ما ذكرناه رجع ميراثاً، ولم يمض الوقف»^(١).

وفي المبسوط: «اذا وقف وقفاً وشرط فيه ان يبيعه أي وقت شاء، كان الوقف باطلاً، لانه خلاف مقتضاه، لان الوقف لا يباع»^(٢).

وقال العلامة في القواعد: «ولو شرط عوده اليه عند الحاجة صح الشرط وصار حبساً وبطل وقفاً، بل يرجع اليه مع الحاجة ويورث، ولو شرط الخيار في الرجوع عنه بطل الشرط والوقف»^(٣).

وقال المحقق في الشرائع: «ولو شرط عوده اليه عند حاجته، صح الشرط وبطل الوقف وصار حبساً يعود اليه مع الحاجة ويورث»^(٤).

وقال الشهيد الثاني (قده) في الروضة: «وكذا - يبطل - لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء، أو في مدة معينة. نعم، لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداءً أو صار منهم شارك، أو شرط عوده اليه عند الحاجة، فالمروي والمشهور اتباع شرطه»^(٥).

وفي جامع المقاصد: «ففي صحة الشرط والعقد وبطلانها، وصحة الشرط على أن يكون حبساً ويبطل كونه وقفاً، ثلاثة أقوال للأصحاب.

الأول: صحتها، فان حصلت الحاجة ورجع صح الرجوع وعاد ملكاً، وإن لم يرجع حتى مات كان وقفاً نافذاً، وهو مختار السيد المرتضى في ظاهر كلامه وصريح كلام المصنف في المختلف، عملاً بمقتضى العقد.

(١) النهاية في مجرد الفقه والفتاوي ص ٥٩٥.

(٢) المبسوط / كتاب الوقوف والصدقات.

(٣) قواعد الاحكام / كتاب الوقوف / المطلب الاول.

(٤) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٧٩.

(٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٧١ - ١٧٢.

الثاني: بطلانها، وهو مختار الشيخ وابن ادریس، لان هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لان الوقف اذا تم لم يعد الى المالك على حال، فيكون فاسداً ويفسد به العقد.

الثالث: صحة الشرط على أن يكون حبساً لا وقفاً، واختاره المصنف هنا، وفي التذكرة والتحرير، لما بينهما من الاشتراك، ولما رواه اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام..... والاصح هو الثالث^(١).

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

قال في المختلف: «مسألة: قال السيد المرتضى: مما انفردت به الامامية القول بأن من وقف وقفاً جاز ان يشترط انه إن احتاج اليه في حال حياته كان له أن يبيعه والانتفاع بثمره.

وقال المفيد: متى اشترط الواقف في الوقف انه ان احتاج اليه في حياته لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه في مصالحه.

وللشيخ قولان. قال في النهاية: اذا شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه، كان الشرط صحيحاً، وكان له ان يفعل ما شرط، إلا انه اذا مات والحال ما ذكرناه رجع ميراثاً ولم يمتص الوقف.

وقال في المبسوط: اذا وقف وقفاً وشرط فيه ان يبيعه أي وقت شاء كان الوقف باطلاً لانه خلاف مقتضاه.

وقال سلاّر: فان اشترط رجوعه فيه عند فقره كان له ذلك اذا افتقر. وابن البراج وافق كلام الشيخ في النهاية، وابن حمزة وافق كلامه في المبسوط، وكذا ابن ادریس.

وقال ابن الجنيد: اذا اشترط الموقوف ان له الرجوع فيما اوقف وبيعه لم يصح الوقف.

(١) جامع المقاصد في شرح القواعد ج ١ كتاب الوقوف والعطايا.

والوجه عندي ما قاله الشيخ في النهاية.

لنا أصالة صحة العقد والشرط معاً، ولقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» وما رواه محمد بن الحسن الصفار.... الرواية، وسأل اسماعيل بن الفضل الصادق عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله.... الرواية، ولأن الوقف المشروط سائغ اجماعاً، فإذا زال الشرط الذي علق عليه الوقف لم يكن ماضياً، فإذا كان العقد قابلاً للشرط والموقوف عليه قابلاً للنقل عنه إلى غيره فأي مانع من خصوصية هذا الشرط، ولأن الوقف تمليك المنافع فجاز شرط الخيار فيه. احتج المانعون بأنه شرط ينافي عقد الوقف فبطل الوقف لتضمنه شرطاً فاسداً.

والجواب المنع من منافاة الشرط العقد، وإنما يكون منافياً لو لم يكن الوقف قابلاً لمثل هذا الشرط وهو المتنازع.

واحتجاج ابن ادریس بالاجماع خطأ، فانا قد ذكرنا ان ما صرنا اليه قول اكثر علمائنا، حتى ان السيد المرتضى ادعى الاجماع عليه، واحتج بان كون الشيء وقفاً تابع لاختيار الواقف وما يشترطه فيه، فإذا شرط لنفسه ما ذكرناه كان كسائر ما شرطه. واعترض على نفسه بان هذا شرط يناقض كونه وقفاً وحبساً بخلاف غيره من الشروط، واجاب انه غير مناقض، لانه متى لم يجز الرجوع فهو ماضٍ على سبيله، ومتى مات قبل العود نفذ أيضاً نفوذاً ثابتاً، وهذا حكم ما كان مستفاداً قبل عقد الوقف، فكيف يكون ذلك نقضاً لحكمه وقد بينا ان الحكم باقٍ، ولا يجوز قياس الوقف على العتق لان القياس باطل، وأيضاً 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 ابو 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 اجاب عنه: بأنه لا اعتبار بابن الجنيد وقد تقدمه اجماع الطائفة وتأخر أيضاً

عنه، وإنما عوّل في ذلك على ظنون له وحسابات وأخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها»^(١).
وقال الشهيد (قده) في المسالك تعليقاً على قول الماتن: ولو شرط عوده إليه عند حاجته صح الشرط وبطل الوقف وصار حبساً، 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: «أوفوا بالعقود» و«المؤمنون عند شروطهم»، وقول العسكري «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها» وللخصوص 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: إن احتجت إلى شيء من مالي أو من غلته فإني أحق به، أله ذلك وقد جعله الله، وكيف يكون حاله إذا هلك الرجل أيرجع ميراثاً أو تمضي صدقته؟ قال: يرجع ميراثاً على أهله» والمراد بالصدقة في الرواية الوقف بقرينة الباقي، ولأن الوقف تمليك للمنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة.

وثانيهما: البطلان، ذهب إليه الشيخ (رحمه الله) في أحد أقواله، وابن إدريس والمصنف في النافع، لأن هذا الشرط خلاف مقتضى الوقف، لأن الوقف إذا تم لم يعد إلى المالك على حال فيكون فاسداً ويفسد به العقد.

وأجابوا عن الأول: بأن وجوب الوفاء بالعقد والكون مع الشرط مشروط بوقوعه على الوجه الشرعي، وهو عين المتنازع فيه، وصحة الشرط المذكور ممنوعة، فانه عين المتنازع، والرواية الخاصة في طريقها إبان، والظاهر انه ابن عثمان وحاله معلوم.

وفيه: انه لا شبهة في كون الواقع عقداً صح أم فسد، والحاصل فيه شرطاً، فيتناولها العموم، حيث لا اتفاق على بطلانها، وإن كان من المتنازع، وهذا آتٍ في كثير

(١) مختلف الشيعة في أحكام الشريعة / المجلد الثاني ص ٣٢.

من نظائره من مسائل الخلاف.

وأما إبان بن عثمان فقد اتفقت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، فلا يقدم الطعن في مذهبه، وقد انضاف الى ذلك اتفاق الاصحاب أو اكثرهم على العمل بمضمون حديثه.

ومن ذلك يظهر بطلان حجة المانع، والعجب ان ابن ادريس ادعى الاجماع على البطلان مع تصريح المرتضى عنه بالاجماع على خلافه، ووافقه المفيد والشيخ في النهاية وابن البراج وسأار وغيرهم ممن سبقه، وحينئذ فالعمل بالمشهور أجود.

والثاني: على تقدير الصحة والحاجة يجوز اليه الرجوع ويصير ملكاً ويبطل الوقف، وان لم يرجع أو لم يحتج حتى مات يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حبساً أم يستمر الوقف على حاله؟ قولان.

اختار المصنف هنا والعلامة وجماعة الأول عملاً 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 اليه.

فان قيل: اذا كان قد جعل نهاية الحبس حصول الحاجة فاذا مات قبل حصولها ورجوعه وجب ان يبقى على ما كان، عملاً بمقتضى الغاية، وإلا لزم جعل ما ليس بغاية غاية ما.

قلنا: الحاجة بتحقيق 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 عملاً بالشرط، وإن لم يرجع ومات كان على حاله عملاً بمقتضى العقد. وهذا حسن ان لم يعتبر الرواية، وإلا فالاول احسن^(١).

(١) مسالك الافهام ج ١ / كتاب الوقوف والصدقات.

دليلان آخران في المقام

وصل بنا البحث - الى الآن - الى عدم تمامية الاستدلال بالاجماع والنصوص الخاصة على عدم جواز اشتراط الخيار في الوقف، حيث لا اجماع في المقام، واقتضاء النصوص للجواز اظهر من اقتضاها عدمه.

بقي أن نعرف انه قد ورد في كلمات الاصحاب الاستدلال بوجهين آخرين هما:-

اولاً: انه يعتبر في الوقف قصد القرية وضافته الى الله تبارك وتعالى، «وما جعل لله عز وجلّ فلا رجعة فيه» على ما نصت عليه رواية الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام^(١) وغيرها.

ثانياً: انه فك ملك بغير عوض، فيكون من مصاديق الايقاع الذي لا يجوز فيه اشتراط الخيار.

وقد اوضحه السيد الخميني بقوله: «واما الوقف فلا يصلح للخيار فيه، لانه ايقاع على الأظهر، وماهيته حبس العين وتسييل المنفعة، ولا فرق في ماهيته بين الاوقاف العامة التي قالوا بعدم الاحتياج فيها الى القبول وبين الخاصة، وإنما الاختلاف بينها في المتعلقات لا في نفسها، فهو ايقاع في الموردين، ولا يحتاج الى القبول فيها. ولو قلنا باحتياج الاوقاف الخاصة الى القبول، أو احتياج الوقف مطلقاً اليه، فلا يخرج هذا القبول من الايقاع الى 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 كالارث.

(١) وسائل الشيعة ج ١٣ باب ١١ من أبواب احكام الوقوف والصدقات ح ١.

وعلى أي حال سواء كان محتاجاً إليه أم لا، لا دليل على بقاءه اعتباراً عند العرف أو الشرع، بل الظاهر أنه لا يكون باقياً، بخلاف المعاقبات، لبقائها عرفاً وشرعاً فعدم صلاحية الوقوف مطلقاً للخيار لعدم إمكان الفسخ والحل فيه، كما مر في الإيقاع، بل لو سلم كونه من العقود فليس من العقود التي لها بقاء اعتباراً، ولو شك في ذلك كفى في عدم صحته»^(١).

وفي كلا الوجهين ما لا يخفى:-

أما الوجه الأول: فقد ناقش الإعلام 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 شرعاً كالنكاح، بل الكسب وطلب الحلال، لكنه غير الاشتراط والاعتبار.

وأما الكبرى: فقد ردّها المحقق الإصفهاني (قده) بقوله: «إن التقرب بعمل في نفسه لا يمنع من شرط الخيار، كما مر من أن التقرب فعلاً بالبيع طالباً به الحلال المرغوب فيه شرعاً لا يمنع من شرط الخيار فيه قطعاً، وشرطية التقرب لا تنافي ذلك بعد أن لم يكن نفس التقرب منافعاً».

وأما ما ورد كثيراً من أن «ما كان لله فلا رجعة فيه» فتوضيحه أن المراد بقوله عليه السلام: «ما كان لله» تارة، ما وقع لله وإن أمكن أن يقع لغير الله كالبيع إذا صدر بوجه التقرب.

وأخرى: ما لا يقع صحيحاً إلا لله لمكان اشتراطه بالقرية كالوقف، على القول

به.

وثالثة: ما لا يقع في ذاته إلا لله كالصدقة بالمعنى الخاص المقابل للوقف وللهبة، فإن التملك الذي لم يقصد به القرية هبة، لا أنه صدقة باطلة، بخلاف الوقف الذي لم يقصد به القرية، فإنه وقف باطل لا أن طبيعته وحقيقته متقومة بالقرية.

(١) كتاب البيع ج ٢ ص ٢٦١ - ٢٦٢.

فالقربة تارة شرط، واخرى كالفصل المقوم، وثالثة لا شرط ولا فصل، بل ربما تكون وربها لا تكون.

وعليه فقولہ عليه السلام «ما كان لله» لا يمكن أن يراد منه كل ما يقع لله حتى يعم البيع أيضاً، ولا يراد منه ما لا يكون صحيحاً الا لله حتى يعم الوقف، بل ما كان في نفسه لله مع قطع النظر عن اتفاق خارجي أو شرط شرعي، وليس هو الا الصدقة التي يتقوم بكونها لله، فتأمل»^(١).

إذا فالوقف خارج موضوعاً عن هذه النصوص، فانه - وحتى على تقدير الالتزام باعتبار قصد القربة فيه - ليس كالصدقة مما يتقوم بقصد القربة.

ومن هنا يظهر انه لا وجه لما ذكره السيد الطباطبائي (قده)^(٢) وتبعه عليه المحقق الايرواني (رحمه الله)^(٣) من الاعتراض على الشيخ الاعظم (قده) بأن انكاره للكبرى في الوقف يتنافى مع اعترافه بها في الصدقة.

فانك قد عرفت الفرق بينها، فان الصدقة مما تتقوم بقصد القربة، على العكس من الوقف حتى على القول باعتبارها فيه.

واما الوجه الثاني: فقد منع الشيخ الاعظم (قده) الكبرى فيه^(٤)، وزاد عليه المحقق الاصفهاني (قده) بمنع الصغرى موضحاً ذلك بقوله: «ان الوقف وان لزمه فك الملك إلا انه ليس حقيقته ذلك، فان كل نقل بيعي أو غيره يلزمه زوال ملك الناقل، بل حقيقة الوقف حبس العين المقتضي تارة لملك الموقوف عليه كما في الوقف الخاص، فان معنى حبسها عليه باعتبار اضافة العين اليه ملكاً أو اختصاصاً، وقصر العين على احد قصر ملكيتها عليه، كما ان الاختصاص المطلق هو الملك.

واخرى لملك الانتفاع دون ملك المنافع، كوقف المدرسة مثلاً، فان الطلبة

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٥٠.

(٢) حاشية السيد الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ٣٣.

(٣) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٢٧.

(٤) المكاسب ج ١٥ ص ١١٥.

يملكون الانتفاع بها، فهنا فك الملك كما في الاول، لكن ليس تملكاً للعين والمنفعة على احد، بل قصرها على الطلبة ملكاً وسلطنة على الانتفاع.

وثالثة جعل العين مسجداً والسلطنة على الانتفاع به بحكم الشارع لا بجعل الواقف، بل لو قيل لو وقف ارضاً للصلاة فيه لا يترتب عليه احكام 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 تزوين المشهد كالمعلقات الموقوفة على المشاهد المشرفة لأجل التزوين، فالكل مشترك في فك الملك الذي هو لازم الحبس المطلق، وهو حقيقة الوقف المختلفة تعييناتها بخصوصيات الموارد^(١).

وكيف كان يكفينا في بطلان هذا الوجه منع الكبرى، وذلك لما عرفت - مفصلاً - من عدم الدليل على عدم قبول الايقاع لشرط الخيار مبدئياً، فلا نعيد.

واخيراً بقي أن نعرف أن ما افاده السيد الخميني (قده) من عدم إمكان اشتراط الخيار في الوقف حتى بناءً على اعتباره من العقود، باعتبار انه ليس من العقود التي لها بقاء اعتباري عند العرف أو الشرع.

إمراً لا يمكن المساعدة عليه بوجه، ولا التمسك بصغراه أو كبراه لاثبات المدعى والمطلوب، فان التفصيل بين الوقف - بناءً 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 وافكار الأعلام واقوالهم، نجد انفسنا امام نتيجة حتمية هي جريان خيار الشرط في الوقف أيضاً، إذ لا شيء مما قيل في

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٠.

وجه المنع يصلح للصمود بوجه النقد، فالوجوه العقلية غير تامة، والاجماع على العدم غير متحقق قطعاً، ويكفي في بطلانه ما عرفته من السيد المرتضى (قده) وجماعة من الالتزام بصحة الوقف والشرط صريحاً.

وما ذكر في توجيه النصوص وحملها على بطلان الوقف فقط وانقلابه حبساً، أو هو مع الشرط أيضاً، لا يخلو في اغلبه من التعسف والتكلف، حتى عبر صاحب الجواهر (قده) عن بعضها بكونه كالخرافة^(١).

هذا بالاضافة 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 اهلها» ولا معارض له سوى ما يتوهم من الحكم برجوعه ميراثاً لاهله في رواية اسماعيل بن الفضل المتقدمة، الظاهر في عدم ثبوت الوقف وبطلانه.

لكنه توهم لا اساس له، فان قول السائل: «ترى ذلك له وقد جعله الله يكون له في حياته» ظاهر في استخدام الواقف لحقه وشرطه، لا سيما مع مقابلته بقوله: «أو يمضي 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 لاهله في فرض هلاك الرجل وموته.

وكيف كان، فتنقيح المسألة - من ناحية الفتوى والحكم - غير ذي اهمية بالنسبة الى ما هو المهم في المقام، وامره متروك الى مبحث شرائط الوقف في الفقه، وإنما المهم الذي نحن بصدده والذي استخلصناه من هذا البحث بوضوح انه لا اجماع على عدم قبول الوقف لشرط الخيار، كيف وقد خالف فيه جملة من اعيان الأصحاب صريحاً، بل قد عرفت من المرتضى دعوى الاجماع على جواز اشتراط البيع عند الحاجة في الوقف ونسبته الى الامامية.

نعم، بقي في المقام أن الشيخ صاحب الجواهر (قده) بعد ان قوى الجواز في المقام، ذكر انه «ليس هذا من ادخال 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 الاوصاف التي لا اشكال في جوازها، ضرورة رجوعه الى جعله وقفاً ما دام غنياً عنه، فانه بناءً على مشروعية المنقطع منه، لا فرق في الاوصاف 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 انها له أو للشيخ^(١).

إلا انه يلحظ عليه:-

اولاً: انه حمل لظاهر كلمات الاصحاب، بل توجيه لصريحها الى غير مرادهم جداً، فان عباراتهم تصرخ باعلى صوتها بالشرطية، وان الصحة رجواز الرجوع عنه عند الحاجة - عند قائلها - إنها هو من العمل بمقتضى الشرط، كما ان الفساد - عند قائله - ناشئ من الشرط واخذ حق الرجوع في الوقف.

وبعبارة اخرى: ان ما افاده (قده) - لو تم في نفسه - فهو توجيه جديد يختص به (قده) للحكم بجواز الرجوع في الوقف عند الحاجة مع ذكره في الانشاء ومن ابداعاته، ولا يمكن حمل كلمات الاصحاب عليه لصراحتها 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 الادلة.

وبالجملة فظهور التعددية والاثنية بين الشرط والوقف في كلمات الفقهاء في المقام اوضح من ان يقبل الحمل على كون المنشأ امراً واحداً هي الحصاة المعنية.

ثانياً: ان ما افاده (رحمه الله) لا يمكن المساعدة عليه في حد نفسه، ذلك ان ارجاع شرط العود عن الوقف والاحقية بالمال عند الحاجة الى تقييد المنشأ بها يقتضي انتهاءه، بحيث يكون المنشأ هو الوقف ما دامه غنياً، يجري بالنسبة الى جميع الشروط بها فيها شرط الخيار لسبب معين كاستثمار الاب ونحوه، فضلاً عن الحاجة اليه - الذي هو مورد حكمه (رحمه الله).

ومعه لا يبقى مورد للفرق بينهما، فضلاً عن ان يقال: «وفرق واضح بين المقامين»^(١)، فان اشتراط الخيار في جميع الموارد لا يعدو قوله: «ان احتجت الى شيء منه فانا احق به»، اللهم الا ان يحصر الفرق في موارد الخيار الاعتباري، لكنه على تقدير عدم امكان ارجاعه الى كون المنشأ الحصّة المقيدة بالحالة النفسية - كتقييدها بالحالة المالية - مما يقتضي انتهاءه عندها لا يصح فرقاً فارقاً بين عنوانين يفصلان الصحة والفساد، لندرته جداً، فان الاغلب الاعم 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.

مركز تحقيق كتاب توير علوم اسلامی

المورد الثالث: الطلاق

جواز رجوع الرجل الى زوجته المطلقة في اثناء العدة الرجعية امر لا خلاف فيه ولا اشكال.

وبدل عليه بعد قوله تعالى: ﴿ويعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾^(١)، والنصوص المتضافرة، التسالم الفقهي القطعي الذي تجاوز حد الاجماع والاتفاق عليه عند علماء الاسلام وفقهائه، ليدخل في عداد المبادئ والاحكام التي يعرفها عامة الناس، وكل من له ادنى المام بالفقه والاحكام.

غير ان هذا التسالم على الحكم لا يعني عدم الخلاف في حقيقته، وهل انه من فسخ الطلاق ورفعه بعد وقوعه كي يكون شاهداً على وقوع الفسخ في الايقاع، أم انه حكم شرعي بحث ولا علاقة له بمفهوم الفسخ و الابطال؟.

ذهب الشيخ الانصاري (قده) الى الثاني قائلاً: «والرجوع في العدة ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير مورد، بل ولا السقوط في مورد»^(٢).

واوضحه السيد الخميني بقوله: «أما الرجوع الى الزوجية في الطلاق الرجعي

(١) البقرة الآية: ٢٢٨.

(٢) المكاسب ج ١٥ ص ١٠٦ - ١٠٧.

فلا يكون من حل الطلاق بلا شبهة، بل عبارة عن التمسك بالزوجية والرجوع اليها، فهو مما ثبت له شرعاً، وتترتب عليه الزوجية، وتعود بلا حل في الطلاق، فلو صرح بالرجوع الى نفس الزوجية وعدم فسخ الطلاق كفى، ولهذا لو انكر الطلاق ترجع الزوجية، ويكون الانكار رجوعاً، لكونه متمسكاً بها، ولا يعقل ان يكون ذلك فسخاً وحلاً^(١).

اقول: الظاهر انه لا ينبغي الاشكال في صدق الفسخ على الرجعة حقيقة، فان الفسخ ليس إلا ابطال الشيء الواقع بلحاظ وجوده الاعتباري وفرضه كأن لم يكن، وهو صادق بالنسبة اليها، إذ «ان الرجعة بعد الطلقة تجعلها بمنزلة المهدومة بالنسبة الى اعتبار حالها قبل الطلاق»^(٢) فتجعل الطلاق كأن لم يكن وتعيد الزوجية السابقة الى سابق عهدها وكأنه لم يطرأ عليها شيء، وليست «الرجعة بمنزلة التزويج الجديد»^(٣).

ويقتضي ذلك بوضوح قوله تعالى: ﴿وَبِعُولَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾^(٤). فان التعبير بالرد ظاهر في ارجاعهن باللحاظ والملأك السابقين، وكأنه استمرار لهما، وهو ما يعني ابطال ونقض الطارئ الذي اقتضى وقف تأثير السابق وارتفاعه. ولا يختلف الحال فيما ذكرناه بين مذهب المشهور في الطلاق الرجعي من كونه رافعاً للنكاح حقيقة، وكون المرأة في فترة العدة بحكم الزوجة تعبداً، وبين ما اختاره بعض الاعلام من عدم ارتفاع النكاح إلا بانقضاء العدة، وكونها في فترة العدة زوجة حقيقة، فانه وعلى كلا التقديرين يكون الرجوع ابطالاً للذي وقع، سواء أكان ذلك تمام العلة أم جزءها، فيلغي تأثيره ويفرضه كأن لم يكن.

إلا ان ما ذكرناه لا يعني الالتزام بإمكان ثبوته في غير موردته أو حتى جواز

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٦ ص ٤٤.

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٦ ص ٤٥.

(٤) البقرة الآية: ٢٢٨.

اسقاطه في مورد، إذ لا ملازمة بينها بالمرّة، واستشهاد الشيخ الاعظم (قده) بهما على كون الرجعة حكماً شرعياً في مقابل الفسخ، لم يعرف له وجه يمكن الاستناد اليه، إذ لا منافاة بين كون الرجعة فسخاً وبين كونها حكماً شرعياً لا يقبل السقوط في مورد، فضلاً عن الثبوت في غيره، فانه يمكن الالتزام - بكل بساطة - بكون جواز الرجوع فسخاً ثبت بالحكم الشرعي - بالمعنى الاخص الذي يقابل الحق - فلا يقبل الاسقاط أو الثبوت في مورد.

ولقد اجاد العلامة الشهيدي (قده) حيث قال: «ان اراد منه - الفسخ - محو الوجود وجعله كأنه لم يكن، فهو فسخ للطلاق قطعاً..... ومجرد كون الشيء فسخاً لا يلزم الثبوت في غير مورد والسقوط في مورد، وانما يدور هذا مدار كونه حقاً وحكماً»^(١).

والحاصل: انه لا مورد للتردد في صدق الفسخ على الرجعة في الطلاق، فانها فسخ حقيقة، غاية الامر انه ثبت بدليل شرعي على نحو لا يقبل الثبوت في غير هذا المورد بل ولا السقوط فيه.

بل لولا ثبوت الاجماع على عدم ثبوت الفسخ في الطلاق في غير هذا المورد - الرجعة في العدة الرجعية - لقلنا بوضوح شرط الخيار ونفوذ الفسخ فيه، إلا ان الذي يبدو ان الاجماع في المقام متحقق، حيث لم ينسب الى احد القول بجريانه فيه، بل ولم يظهر حتى مجرد التردد فيه، عدا ما قد يتوهم من عبارة كفاية الاحكام حيث ذكر ان «خيار الشرط يثبت في كل نوع من العقود سوى النكاح والوقف والابراء والطلاق والعق، وكأن مستنده الاجماع ان ثبت»^(٢).

واخيراً فان ابيت عن اطلاق الفسخ - بلفظه ومادته - عليها، فلا ضير في ذلك، إذ لا مشاحة في اللفاظ، ولا تتوقف عليه مشروعية الابطال، وانما العبرة بالمعنى

(١) هداية الطالب الى اسرار المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٥١.

(٢) كفاية الاحكام / كتاب التجارة / الفصل الثاني في احكام الخيار.

وحقيقة الامر.

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 ازالته ولو بعنوان الرجوع، فعلى فرض كفاية المشروعية في الجملة لا بد من الحكم بصحة الشرط. والتحقيق ان المانع هو الاجماع، كما عرفت»^(١).



(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٢.

نهاية المطاف في الايقاع

يتلخص البحث عن اشتراط الخيار في الايقاع، انه لا خصوصية في الايقاع ذاتية أو عرضية تمنع من اشتراط الخيار فيه، وان حاله حال أي التزام انشائي آخر يمكن للمنشئ ان يشترط فيه لنفسه حق ابطاله، ورفع اليد عن مقتضاه، من غير ان يرجع ذلك الى تعليق في الانشاء، 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 الاصحاب في بعض الموارد على نحو القضية الموجبة الجزئية، وان اختلفوا فيه سعة وضيقاً، بل قد عرفت نسبة الجواز في بعض الموارد الى الامامية، ودعوى الاجماع صريحاً 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 حكماً لا يقبل الرفع والفسخ بالاشتراط، بل وقد يعم غيره من الشرائط أيضاً، أو يقتضي انحصار مورد الفسخ بالمورد المنصوص فقط كما هو الحال بالنسبة الى الرجعة في الطلاق، ولا كلام لنا في لا بدية اتباع ذلك الدليل في ذلك المورد بلا تردد أو تحفظ.

إلا انه غير القول بعدم قبول الايقاع - بمفهومه وحدّه - للشرط بقول مطلق أو خصوص شرط الخيار، كما هو اوضح من ان يخفى، وإلا لانساب الاشكال الى ما تسالموا عليه في العقود، حيث لا يجري الخيار في بعض موارد اتفاقاً.

ولا حرج في ما التزمنا به اطلاقاً، حيث لا ضرورة الى رفع اليد عن ظواهر الادلة وخلق توجيهات وتأويلات لها وان اقتضى ما اقتضى من التكلف وتعقيد للفهم

العرفي البسيط بطبعه.

فهل ترى ان جميع تلك التأويلات والتوجيهات - التي يصعب فهم بعضها على ذوي الاختصاص، فكيف بالسائل العرفي البسيط في فهمه وادراكه في الآية الكريمة والنصوص الشريفة وصرفها عن ظواهرها، اولى من الالتزام بقبول الايقاع للفسخ؟ وهل هناك آية دلت على عدم قبوله له أو نص اقتضى عدم نفوذ الشرط فيه، مما يلجئنا الى تلك التكاليفات؟

أو يقال إن جميع تلك التوجيهات التي ذكرت هو مفاد الفهم العرفي ومقتضى المدلول الاولي لتلك النصوص، رغم مخالفة من خالف، ومعارضة من عارض، بل اعتراف بعضهم بمخالفته له صريحاً مع التزامه به من جهة ما يراه في اشتراط الخيار في الايقاع من محاذير عقلية أو مفهومية - اعني بها ما يرجع الى عدم صدق مفهوم الشرط عليه - عرفت عدم تماميتها؟

أو لا ترى ذلك مما ذكرناه من متابعة مسلمات ومرتكزات كامنة في النفس يصعب تجاوزها؟

اجل الافضل من جميع تلك التكاليفات هو الاعتراف بواقع الحال والالتزام بقبول الايقاع بطبعه الاولي للشرط مطلقاً بما فيه شرط الخيار، شأنه في ذلك شأن العقود تماماً.

نعم، قد يقتضي الدليل في بعض الافراد عدم دخول الشرط فيه مطلقاً أو خصوص شرط الخيار، فيكون هو المتبع بلا خلاف، إلا انه اجنبي عن القول بعدم قبول الايقاع للشرط مطلقاً أو خصوص شرط الخيار.

واخيراً اذا كانت المشكلة في قبول الايقاع لشرط الخيار كامنة في لفظ الفسخ بحروفه (ف. س. خ) فلا ضير في تسميته بها يشاؤون، فاننا لسنا بصدد النزاع اللفظي، وانما المهم هي النتيجة والحاصل، اعني حق رد صاحب الشرط ابطال العارض من طلاق أو عتق أو وقف، وردّ مورده ومتعلقه الى ما كان عليه من الحال قبل عروض هذه العوارض.

وبالجملة: فإلهم في المقام اثبات حق ارجاع ما كان الى ما كان عليه قبل عروض العارض من الزوجية بالنسبة الى الطلاق، والعبودية بالنسبة الى العتق، والملكية المطلقة بالقياس الى الوقف، ولا ضير في تسميته بالفسخ أو الرد أو الابطال أو غيرها مما يدل على هذه الحقيقة، فعبارتنا شتى والمقصود امر واحد.



مركز تحقیق کتاب پیور علوم اسلامی

المقصد الرابع: الصلح

«الصلح عقد شرعي للتراضي والتسالم بين شخصين في امر من تمليك عين أو منفعة، أو إسقاط دين أو حق أو غير ذلك، مجاناً أو بعوض» وهو «عقد مستقل ولا يرجع الى سائر العقود وان افاد فائدتها، فيفيد فائدة البيع اذا كان الصلح على عين بعوض، وفائدة الهبة اذا كان على عين بغير عوض، وفائدة الاجارة اذا كان على منفعة بعوض، وفائدة الابراء اذا كان على إسقاط حق أو دين»^(١).

وعلى هذا الاساس يمكن تقسيم عقد الصلح الى قسمين:-

الأول: ما يؤدي نتيجة الايقاع ويفيد فائدته، كالصلح على العتق والابراء.
الثاني: ما يؤدي نتيجة احد العناوين الخاصة من العقود، كالصلح على نقل عين بازاء مال معين المفيد فائدة البيع أو غيره.
وقد اختلفت كلمات الفقهاء في قبوله لشرط الخيار والفسخ، والمشهور في الاقوال ثلاثة:-

الاول: قبوله لشرط الخيار بقول مطلق.

الثاني: عدم قبوله له مطلقاً.

(١) منهاج الصالحين ج ٢ ص ١٩٢.

الثالث: التفصيل بين ما يقوم مقام العقود المعهودة، ويفيد المعاوضة بين الطرفين، وبين ما يقع لقطع المنازعة فقط، فيجري في الصنف الاول دون الثاني.

قال الشيخ الاعظم (قده) في المكاسب: «ومنه - مما اختلف الاصحاب في جريان الخيار فيه - الصلح، فان الظاهر المصرح به في كلام جماعة كالعلامة في التذكرة دخول الخيار فيه مطلقاً، بل عن المذهب البارع في باب الصلح الاجماع على دخوله فيه بقول مطلق، وظاهر المبسوط كالمحكمي 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 البراء، أو ما يفيد فائدته»^(١).

وكيف كان، فقد استدل للقول الاول بعمومات ادلة الخيار، أعني ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط، من غير مانع.

قال في كفاية الاحكام: «وهو عقد لازم على المشهور من كونه عقداً مستقلاً بنفسه إلا اذا اتفقا على فسخه، لوجوب الايفاء بالعقود والشروط، ويجئ على قول الشيخ جوازه في بعض موارد»^(٢).

وقال المحقق العياشي: «والاصل في الجميع - التفاصيل - الصحة لعموم المقتضي، وهذه الاقوال - التفصيلات والمنع مطلقاً - كأنها شاذة»^(٣).

في حين استدل للقول الثاني بكون الشرط منافياً للزوم غير المفارق للعقد. واما القول الثالث: فقد اختلفت كلمات القائلين به بين ما يظهر منه كون الملاك هو الجمع بين القولين الاولين بمعنى الالتزام بالجواز فيما يتضمن المعاوضة لوجود المقتضي وعدم المانع، وبين ما يقع لقطع المنازعة لمنافاة الشرط لمقتضى العقد واللزوم غير المفارق له.

(١) المكاسب ج ١٥ ص ١٢٢ - ١٢٣.

(٢) كفاية الاحكام - كتاب الصلح.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٩.

وبين ما يظهر منه كون الملاك هو التفصيل بين العقد والايقاع فيجري في الاول، لان ما يتضمن المعاوضة يكون من العقود، ولا يجري في الثاني لرجوعه الى الايقاع.

اقول: الذي يقتضيه التحقيق والتأمل في الادلة هو القول الاول، إذ ليس هناك ما يمنع من نص أو اعتبار من جريانه فيه وعموم ادلة نفوذ الشرط ولزوم الوفاء به، فانه عقد يتضمن التزامين متقابلين، ولا يمنع من جريان الشرط فيه، وربطه بتعهد متقابل أو من طرف واحد خاصة مانع.

واما القول الثاني: فلم يظهر له وجه يمكن الاعتماد عليه، بل لم اعثر على من التزم به صريحاً، وكل ما يمكن أن يقال في توجيهه يرجع الى الشق الثاني من التفصيل الذي ستعرف الحال فيه.

واما القول الثالث: فالحديث فيه يقع في نقطتين:-

الاولى:- في المنع بملاك منافاته لمقتضى العقد واللزوم غير المفارق له.

الثانية:- في المنع بملاك كونه من الايقاع.

اما النقطة الاولى: فقد نقل الشيخ الانصاري (قده) عن الشهيد (قده) في غاية المرام قوله: «ان الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط، وإن وقع عما في الذمة مع جهالته أو على اسقاط 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 الى ما ذكرنا في وجه المنع عن الايقاعات، ولا اقل من الشك في ذلك الراجع الى الشك في سببية الفسخ لرفع الايقاع»^(١).

واوضح المحقق الاصفهاني (قده) ذلك بقوله: «وجه الرجوع ان الغرض من

العقد إن كان منافياً لشرط الخيار يعلم منه ان اللزوم فيه لازم غير مفارق، وليس مرجع عدم مشروعية الفسخ إلا ذلك»^(١).

ثم اشكل عليه بأن الكبرى في كلام الشهيد (قده) لا ترجع الى كون اشتراط الخيار في الصلح منافياً لحكم الشارع واللزوم غير المفارق، وإنما ترجع الى كونه منافياً لحقيقة العقد ومقتضاه، حيث لا يعقل الجمع بين الهدنة واسقاط الدعوى وبين إبقاء الدعوى على حالها.

قال رحمه الله: «والتحقيق انه لا يؤول الى ما افاده (قده) لان الصلح اذا كان لاجل تلك الغاية فشرط الخيار منافٍ لحقيقة المسالمة، وسقوط الدعوى من غير نظر الى حكمه وهو لازمه، ولو فرض عدم محكومية العقد باللزوم كان هذا الشرط منافياً لمعناه، بل القصد الجدي الى اسقاط الدعوى وابقائها قصد المتنافيين وهو من العاقل محال»^(٢).

وقد ذكر هذا الاشكال المحقق الايرواني (قده) أيضاً حيث قال: «الكبرى التي ذكرها - الانصاري - هو بطلان شرط خالف الشرع، واين تلك من هذه الكبرى اعني بطلان شرط خالف مقتضى العقد؟! وهي اخص من الاولى»^(٣).

ثم اشكل على الكبرى - على تقدير تفسيرها بمنافاة الشرط لحقيقة العقد بقوله: «لكنه ممنوع، فان الغرض من تشريع النكاح هو حفظ الانسان، وليس شرط عدم الوطى مع مخالفته لهذا الغرض باطلاً مخالفاً لمقتضى العقد. وعليه فالشرط المنافي للغرض مما لم يقم دليل على بطلانه»^(٤).

وفي جميع ما افادوه (قدس الله اسرارهم) نقاط تستحق التوقف عندها. أما ما افاده الشيخ الشهيد (قده) في غاية المرام، فيلاحظ عليه أن عقد الصلح

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٤٩.

(٢) المصدر السابق نفسه.

(٣)(٤) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٢٧.

بجميع اقسامه واختلاف مداليله عقد واحد وحقيقة واحدة يفيد التراضي والتسالم على متعلقه، وليس هو في مورد قطع المنازعة ورفع الخصومة حقيقة مختلفة عنه في مورد افادته المعاوضة أو الاذن، فليس هو في واقعه عقوداً مختلفة جمعها الاسم الواحد. وعلى هذا الاساس فلا وجه لجعل الهدف والغاية في بعض افراده ومصاديقه دخيلاً في حقيقته ومفهومه، ولو بالقياس الى ذلك المصداق، فان 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 واخذه في مفهومه وحقيقته.

على ان في كون ذلك غاية مقومة لحقيقة الصلح - بناءً على كونه في مورد قطع المنازعة مختلفاً في حقيقته عنه في مورد المعاوضة - او حكمة في تشريعه وجعله، كلاماً يأتي التعرض اليه قريباً ان شاء الله.

واما ما افاده الشيخ الاعظم (قدس سره) فيرد عليه ما افاده العلما الايرواني والاصفهاني (قدهما) من عدم رجوع ما ذكر في كلام الشيخ الشهيد (قده) الى الكبرى المذكورة من قبله - الشيخ الانصاري - في وجه المنع عن الايقاعات، اعني منفاة الشرط للزوم غير المفارق لها، وانما يرجع الى منافاته لمقتضى العقد وحقيقته. ودعوى: رجوع ما افاده - الشيخ الاعظم - الى ذلك أيضاً، حيث انه ليس مراده (قده) من كونه مخالفاً للشرع كونه من قبيل اشتراط صنع الخمر في ضمن العقد المقتضي لتحليل الحرام، بل مراده هو كون الزوم في الايقاعات حكماً غير مفارق لها، فيتحد في هذه النقطة مع ما افاده الشيخ الشهيد (رحمه الله) من كون الزوم غير المفارق للصلح شرعاً دخيلاً في حقيقته.

لا ترجع الى محصل، فان الصلح ليس من العقود المستحدثة من قبل الشارع كي يكون حكم الشارع بالزوم غير المفارق دخيلاً في حقيقته أيضاً، وانما هو من العقود التي جرت عليها سيرة العقلاء، فان يكن للشارع دور فيه، فانما هو بيان احكامه وما

يعتبر في امضائه ونفوذه، من غير ان يكون ذلك دخیلاً في مفهومه وحقيقته.

والحاصل: ان الملاكين - مخالفة الشرع ومخالفة مقتضى العقد - مختلفان، ولا وجه لارجاع احدهما الى الآخر.

واما ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) فيلحظ عليه ان اشتراط الخيار لا يتنافى مع القصد الجدي في اسقاط الدعوى، وليس اعتبارهما معاً من قصد المتنافيين إذ ليس معنى اشتراط الخيار إبقاء الدعوى فعلاً على حالها - كما افاده (قده) - وإنما معناه ملك حق إبطال ما صدر منه من الاسقاط والابراء وهو غير ابقائها فعلاً المتنافي للاسقاط، وإلا لجرى ذلك في جميع موارد اشتراط الخيار في العقود وغيرها، فيكون اشتراط الخيار في البيع - مثلاً - من قصد المتنافيين حيث يكون مدلوله - على ما افاده (رحمه الله) - هو تملك ما له للغير مع ابقائه في ملكه، وليس الامر كذلك جزمًا، فان النقل والتمليك متحقق بالبيع، غاية الامر ان لصاحب الشرط ابطاله ورد كل مال الى ما كان عليه.

نعم، قد يقال: إن الاسقاط والابراء لا يقبلان الابطال والرفع، فان اشتغال الذمة بعد فراغها يحتاج الى دليل، والشرط لا يصلح سبباً له ودليلاً عليه.

لكنه اجنبي 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 اساسه قريباً 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 الانسان وليس شرط عدم الوطي مع مخالفته لهذا الغرض باطلاً مخالفاً لمقتضى العقد» وان «الشرط المتنافي للغرض مما لم يقم دليل على بطلانه».

بانه 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 انشئ 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 وجيهة بالقياس إلى تفسير عبارة الشيخ الشهيد (قده) إذ لا ينبغي التردد في عدم الجمود على حاق لفظ الغرض، وإن مراده (قده) منه هو ما انشئ وشرع العقد من أجله.

إلا أن ذلك لا يعني تغييراً في النتيجة والالتزام بعدم ثبوت الخيار في الصلح. فاننا لو سلمنا عدم تمامية النقص بالنكاح - كما هو واقع الحال - باعتبار أن حفظ النوع ليس حقيقة النكاح وقوامه، إلا أن النقص 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 منافياً لمقتضاه من تملك ماله لغيره بازاء تملكه مال غيره.

ولا يمكن التفصي عن هذا الاشكال إلا بالالتزام بأن الفسخ ليس منافياً لمقتضى العقد بالمرّة، والخيار لا يعني إلا حق رفع اليد عما انشئ مطلقاً من غير تقييد بزمان أو فعل، فهو كالأقالة إنها 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 الاول دون الثاني، مما لا يساعد عليه دليل ولا يمكن الالتزام به، ومقتضى عموم لزوم الوفاء بالشرط جريانه فيهما معاً.

النقطة الثانية: المنع بملاك كون ما لا يتضمن عوضاً من الايقاع. ذكره المحقق النائيني (قده) موضحاً له بقوله: «واما الصلح فلو كان في مقام المعاوضة يدخل فيه الخيار، واما لو كان في مقام البراء فلا يدخل فيه لانه ايقاع، إلا ان يرجع الى المعاوضة.

وهكذا لو كان في مقام قطع الخصومة، لا لأن مشروعيته لقطع المنازعة ينافي اشتراط الخيار، لان هذا حكمة لتشريعه لا علة، بل لان لزمه رتب شرعاً على نفس هذا العنوان لا على العقدي منه»^(١)

وفيه: ان الصلح على كل تقدير من العقود، لتوقف تحققه على الايجاب والقبول، سواء أفاد معاوضة ام ابراء، ام قطع النزاع والخصومة، ومعه لا وجه لتعليل عدم جريان الخيار فيه بكونه من الايقاع.

وبعبارة اخرى: ان أساس المبحور في جريان شرط الخيار في الايقاع لما كان مبنياً على قيامه بطرف واحد فلا يصلح لتضمنه التزاماً خارجاً عنه، إلا ان يرجع الى التعليق الباطل اجماعاً، لم يجر في المقام باعتبار ان الصلح عقد ذو طرفين ويتضمن الايجاب والقبول، فلا مانع من دخول الشرط فيه.

اللهم إلا ان يرجع ذلك الى ما افاده في الايقاع من كون «حقيقة الشرط إناطة المنشأ به، بحيث يصير الشرط ضمانة لاحد العوضين، وفي الايقاعات لا عوض فيها حتى ينضم الشرط اليه»^(٢) باعتبار انه يجري في كل ما لا عوض فيه، بما في ذلك

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٧.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٥.

العقود غير المعاوضة التي منها عقد الصلح.

لكنك قد عرفت - فيما سبق - عدم تمامية المبنى، فانه لا دليل على اعتبار كون الشرط ضميمة للعوض بالذات، ويكفي في صدقه وتحققه كون الالتزام 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 البراء وقطع الخصومة، مما لا يمكن اثباته بدليل، ومقتضى عمومات الصلح والشرط جريانه في القسمين على حد سواء.

بقي في المقام تفصيل ذكره السيد الخميني (قده) وحاصله التفريق بين الصلح المتضمن للبراء، وبين الصلح المفيد فائدة البراء، والالتزام بعدم جريان الخيار في الاول دون الثاني.

قال (قده) : «ومما ذكرنا يظهر حال العقد المتضمن للايقاع كعقد الصلح، إذا كان التصالح على البراء، كأن يقول: «صالحتك على ابراء ذمتك في مقابل كذا» وكالصلح المتضمن للاسقاط، كقوله: «صالحتك على اسقاط دعواي في مقابل كذا» مما يكون التصالح على نفس البراء والاسقاط، فان هدم البراء والاسقاط فرع اعتبار وجودهما بعد العقد، وقد عرفت الاشكال فيه.

واما العقد المفيد فائدة البراء أو الاسقاط كالصلح على ما في الذمة حيث يكون موجباً لبرائتها بعد تحقق الصلح، فالظاهر جواز الاشتراط فيه، لانه 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 الايقاع والعقد الذي يفيد فائدته، فلا تغفل»^(١).

وفيه أولاً: ما تقدم بيانه مفصلاً من ان القول بدخول الخيار في العقود لا اعتبار العقلاء البقاء لوجود اسبابها، وعدم دخوله في الايقاعات لعدم اعتبارهم ذلك بالنسبة اليها، لا يعدو كونه ادعاءً محضاً لا يعضده شاهد أو دليل.

بل العمدة في وجه تفصيلهم بين العقود والایقاعات من حيث جریان الخيار وعدمه، وهو ما طفحت به كلماتهم بتعابير مختلفة من كون اللزوم في الايقاع لزوماً غير مفارق ومن لوازم ذاته كالجواز في العقود الجائزة، على العكس منه في العقود اللازمة غالباً.

ثانياً: ان ما افاده من عدم جریان الخيار في التصالح على البراء لكونه من الايقاع، يدفعه أنه من الخلط بين العقد والمنشأ، فان البراء اذا انشئ بنفسه وعنوانه مستقلاً كان من الايقاع لا محالة، لا ما اذا انشئ ذلك بالعقد المتضمن للايجاب والقبول، فان العقد لا يفقد خاصية عقديته لكون مدلوله لو انشئ بعنوانه لكان من الايقاع.

وبعبارة اخرى: ان الفصل بين العقد والایقاع ليس بلحاظ المنشأ والنتيجة، وإنما هو بلحاظ ما ينشأ به ذلك المطلوب، وانه يتحقق بفعل طرف واحد، أو يتقوم بفعل الطرفين، ومن هنا فحيث ان الصلح يتوقف تحققه على فعل الطرفين الايجاب والقبول، كان من العقود سواء أكان مفاده البراء والاسقاط ام كان مفاده المعاوضة أو غيرها.

وتوهم ان البراء والاسقاط اذا تحققا لا يقبلان الرفع والحل. يدفعه انه إن تم فهو إنما يتم في خصوص ما ينشأ بصيغة الايقاع، حيث قد عرفت دعوى المشهور عدم إمكان تعليق انشائه على شيء، ولا يتم في ما ينشأ بالعقد، حيث لا مانع فيه من ربط الالتزام به، حاله في ذلك حال سائر موارد العقود. والحاصل: ان عقد الصلح بجميع اقسامه لما كان عقداً واحداً، لم يكن ضير في الالتزام 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 ابراء ما في ذمتك في مقابل كذا» وقوله: «صالحتك على ما في ذمتك في مقابل كذا» بجريان الخيار في الثاني دون الاول، غير وجيه ولا يمكن

المساعدة عليه.

وذلك لان ما في الذمة ومورد الدعوى ان كان مجهولاً ومتنازعا فيه بينهما، كان الصلح في المثالين مستعملاً في رفع المنازعة والمخاصمة والطبيعة التي تتقوم باللزم غير المفارق، فلا يصح جعل الخيار فيه لمنافاته له.

وان كان مورد الدعوى وما في الذمة معلوماً لهما ولا نزاع فيه بينهما، كان اللفظ في الاول مستعملاً لبيان البراء، وفي الثاني في بيع الدين على من هو عليه، فيلحق كلاً منهما حكمه، فيجري في الثاني بلا اشكال وفي الاول على خلاف بينهم. إذاً 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 اصنافه واقسامه ومداليه عقداً واحداً معبراً عن حقيقة واحدة هي التراضي والتسالم على شيء، كان الحق فيه بالنسبة الى جريان شرط الخيار فيه مع القائلين بجريانه مطلقاً، سواء أكان مفاده المعاوضة ام البراء ام غيرهما، كان ذلك بلا عوض وكانت فائدته فائدة الهبة أم لم يكن كذلك.

ومجرد كون مفاده في بعض موارد مفاد الايقاع، 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 مطلقاً، بل لم اجد من صرح بخلافه، لا سيما إذا جعلنا ذلك معياراً وملاكا لجواز اشتراط الخيار، كما تقدم.

قال العلامة في القواعد: « وهو - الصلح - لازم من الطرفين، لا يبطل إلا

باتفاقها على فسخه»^(١).

وقال في الشرائع: «وهو - الصلح - لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه، إلا ان يتفقا على فسخه»^(٢).

وعلق عليه في الجواهر بقوله: «بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره»^(٣).

وفي تعليق المسالك عليه: «بمعنى دخول الاقالة فيه كما يدخل في البيع، فاذا اتفقا على التقايل وأوقعا صيغة الفسخ، فاطلاق استثناء اتفاقها على فسخه من لزمه محمول على ما ذكرناه، لا انها اذا اتفقا عليه صار العقد جائزاً، بل في قوته، حيث ان امره بيدهما، كما ان البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقها على التقايل»^(٤).
وقال في الدروس: «الصلح لازم من طرفيه لا يفسخ إلا بالتقايل، أو ظهور الاستحقاق في احد العوضين»^(٥).



(١) قواعد الاحكام / كتاب الصلح / الفصل الاول.

(٢) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٠٣.

(٣) الجواهر ج ٢٦ ص ٢١٩.

(٤) مسائل الافهام ج ١ / كتاب الصلح.

(٥) الدروس ص ٣٧٨ / انتشارات صادقي / قم.

المقام الثالث

في من يكون له حق الخيار

وفيه مقصدان

المقصد الاول: جعل الخيار للاجنبي.



١ - ادلة اثباته.

٢ - حقيقته.

٣ - في اعتبار قبول الاجنبي في تحقيقه له.

٤ - في لزوم مراعاة الاجنبي لمصلحة الجاعل.

٥ - جعل الخيار لعبد الاجنبي.

٦ - في اشتراط الاستئجار.

المقصد الثاني: تعدد من له الخيار.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المقصد الاول: جعل الخيار للاجنبي

١ - ادلة اثباته

يبدو ان جواز جعل الخيار للاجنبي - في العقود التي يدخلها الخيار - من الامور المسلّمة بينهم، فقد ارسله اكثرهم في كلماتهم ارسال المسلّات، فيما ادعى غير واحد منهم الاجماع عليه صريحاً، وعلله بعضهم بأنه مقتضى عموم ادلة وجوب الوفاء بالشرط.

قال شيخ الطائفة (رحمه الله): «اذا باع شيئاً وشرط الخيار لاجنبي صح ذلك»^(١).

وقال العلامة (قده): «ويجوز جعل الخيار لها او لاحدها او لثالث ولها او احدها مع الثالث»^(٢).

وعلق عليه المحقق العاملي (قده): «بلا خلاف في ذلك كله، كما في الكفاية، وفي التذكرة: الاجماع منا على جواز جعل الخيار للاجنبي»^(٣).

وقال المحقق السبزواري (قده): «خيار الشرط وهو ثابت لمن شرطاه له، سواء كانا معاً أو احدهما أو اجنبياً أو احدهما مع اجنبي، ولا خلاف فيه، ومستنده عموم الادلة»^(٤).

وقال المحقق في الشرائع: «ولكل منها ان يشترط الخيار لنفسه ولاجنبي وله مع

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

(٢) قواعد الاحكام / كتاب التجارة / المطلب الخامس في لزوم البيع / الثالث: خيار الشرط.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٢.

(٤) كفاية الاحكام / كتاب التجارة / المقصد الرابع / الفصل الاول / الثالث: خيار الشرط.

الاجنبي»^(١).

وعلق عليه في الجواهر: «كذلك بلا خلاف اجده، بل الاجماع بقسميه عليه، للعموم»^(٢).

وقال الشهيد الاول (رحمه الله): «ويجوز اشتراطه - الخيار - لاجنبي منفرداً، فلا اعتراض عليه، ومعها أو مع احدها»^(٣).

وفي اللعة والروضة: «ويجوز اشتراطه لاحدها ولكل منهما، ولاجنبي عنها أو عن احدها، ولاجنبي مع احدها عنه وعن الآخر ومعها»^(٤).

وقال صاحب الرياض (قده): «وخيار الشرط: وهو بحسب ما يشترط لاحدها أو لكل منهما أو لاجنبي عنها أو عن احدها، أو له مع احدها عنه وعن الآخر، أو له معها، بلا خلاف كما في كلام جماعة، بل عليه الاجماع في الخلاف والغنية وعن التذكرة، وهي الحجة بعد عموم الادلة بلزوم الوفاء بالعقود بسيطة كانت أو مركبة»^(٥).

وفي الحدائق: «خيار الشرط ثابت لمن اشترطه سواء كانا هما معاً، أو أحدهما أو اجنبياً، أو احدهما مع اجنبي، من غير خلاف يعرف، ومستنده عموم ادلة وجوب الوفاء بالشروط»^(٦).

وقال الشيخ الانصاري (قده): «يصح جعل الخيار لاجنبي، قال في التذكرة: لو باع العبد وشرط الخيار للعبد صح البيع والشرط عندنا معاً. وحكي عنه الاجماع في الاجنبي، قال: لأن العبد بمنزلة الاجنبي»^(٧).

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٦.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٤.

(٣) الدرر ج ٢ ص ٣٦٠.

(٤) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج ٣ ص ٤٥٢.

(٥) رياض المسائل ج ١ ص ٥٢٥.

(٦) الحدائق الناضرة ج ١٩ ص ٣٨.

(٧) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٨.

وكيف كان، فدعوى الاجماع على جواز جعل الخيار للاجنبي، وعموم ادلة الوفاء بالشرط له في كلماتهم اوضح من ان يحتاج الى البيان.
نعم، ربما يظهر من جماعة التوقف فيه لكونه مخالفاً للمشروع، وان اختلفت كلماتهم في صياغة الاشكال وتوجيهه.

فقد ذكره الشيخ الانصاري (قده) بعنوان: «ثم انه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للاجنبي مخالف للمشروع، نظراً الى ان الثابت في الشرع صحة الفسخ بالفسخ، أو بدخول الخيار بالاصل كخيارى المجلس والشرط، أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين.

وهو ضعيف، لمنع اعتبار كون الفسخ من احد المتعاقدين شرعاً وعقلاً، بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين وان كان اجنبياً. فحينئذ يجوز للمتبايعين اشتراط حق للاجنبي في العقد.

وسيجيء نظيره في ارث الزوجة للخيار، مع عدم ارثها من العين»^(١).
وقريب منه ما ذكره السيد الخميني (قده) اشكالاً وجواباً، 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، فان المعهود منه هو الرد في ملك الفاسخ بالفسخ أو بالتراد، فيمكن أن يقال: أن هذا الشرط مخالف للشرع والعرف. وفيه ان الخيار هو حق متعلق بالعقد، ومع اعماله يفسخ، ونتيجة الانفساخ رجوع كل عوض الى صاحبه، فالرجوع ليس دخيلاً في ماهية الخيار حتى يقال ان جعله للاجنبي مخالف لهما»^(٢).

اما المحقق الاصفهاني (رحمه الله) فقد ذكر في تقريره وجهين، قال (قده):
«يمكن تقريب المنع، بأن الخيار بناءً على تعلقه بالعقد انها يناسب من له عقد ومن

(١) المكاسب ج ١٤ ص ٢٧٣ - ٢٧٤.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ٢١٦.

شأنه الوفاء به، والاجنبي اجنبي عن العقد وعن الوفاء به، ولذا قلنا سابقاً 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 بالشروط لا قصور له من حيث شموله لكل شرط، بل القصور في ناحية الخيار، حيث لا معنى له إلا بالاضافة الى من له عقد ومن شأنه الوفاء به، فجعل الخيار لغيره بالاستقلال ممنوع دون اعطاء السلطنة على اعمال خيار من له الخيار.

بل يمكن تقريب المنع بناءً على كونه حقاً متعلقاً بالعين، فانه 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 الاجنبي حيث انه اجنبي عن المال ولا سلطنة له على رده فلا معنى للخيار الذي هو مجرد السلطنة على الاسترداد^(١).

وفيه: اما التقريب الاول فهو كما ترى لا يتجاوز كونه استحساناً وأخذاً بما يراه الذوق مناسباً للقول بتعلق الخيار بالعقد، ومن الواضح البديهي عدم صموده امام الاجماع، وعدم صلاحيته لتخصيص عمومات ادلة وجوب الوفاء بالشروط.

واما التقريب الثاني: فيرده ان التفكيك بين المالك والاجنبي بلحاظ كون الخيار سلطنة على الاسترداد المتفرعة عن السلطنة على الرد والتي لم تثبت لغير المالك، إنها يصح فارقاً لو كان مستند جعل الخيار - ولو للمالك نفسه - هو دليل السلطنة على الاموال، فانه حينئذٍ يمكن أن يقال ان الاجنبي حيث لا سلطنة له على رد المال الى البائع لا يكون له سلطنة على استرداد ما في يد البائع أيضاً، بخلاف المالك نفسه.

واما اذا كان المستند فيه هو الاجماع واطلاقات ادلة لزوم الوفاء بالشروط فحاله والمالك سيان، لشمول الدليلين لها على حد سواء.

بل يمكن أن يقال بذلك حتى على تقدير كون المستند فيه دليل السلطنة.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٨.

وذلك لان المالك حيث يجعل الخيار للاجنبي يجعل له السلطنة في ردّ المال الى البائع، فسلطنة الاجنبي وان كانت مستقلة إلا انها من تبعات سلطان المالك وآثاره وصورة منه، وكأنها هو، بل هي في الحقيقة وواقع الحال هو بعينه، غايته قيامه في شخص غير المالك، فهي سلطنة المالك على ردّ المال الى البائع واسترداد ما في يده، قامت في الاجنبي بحكم جعل المالك واتباعه له، فلا يكون منافياً أو منافراً لها.

وبالجملة فالانصاف ان شيئاً مما ذكر في وجه كون اشتراط الخيار للاجنبي مخالفاً للشرع، لا يصلح للاعتناء عليه في رفع اليد عن عمومات واطلاقات ادلة وجوب الوفاء بالشرط والاجماع المحقق عليه، أو التوقف في الحكم من اجله.

٢ - حقيقة خيار الاجنبي

اختلفت كلمات الاعلام في حقيقة جعل الخيار للاجنبي، بعد اتفاقهم على اصل جوازه مبدئياً، كما تقدم.

فهل هو توكيل للاجنبي في استخدام الخيار الثابت للمشتري؟ فلم لا يجوز للجاعل عزله، بل ولا مشاركته في اعمال الخيار وتنفيذه؟ مع ان الوكالة ليست إلا صورة وظلاً لصلاحيه الموكل عند الوكيل.

أو هو تمليك وجعل للحق له واقعاً؟ فلم لا ينتقل الى وارثه بموته حاله في ذلك حال سائر ما تركه الميت من اموال وحقوق؟ أم انه مجرد تحكيم له في اختيار الفسخ أو الامضاء؟ إذا فما الفرق بينه وبين اشتراط الاستشارة؟

وامام هذه الاحتمالات اختلفت مواقف الاعلام. والحق ان عمدة مصب الحديث والاخذ والردّ بينهم هو الاحتمالان الاخيران. اما الاحتمال الاول فلم اجد من اختاره صريحاً، عدا ما يظهر من العلامة (قده) في القواعد، حيث قال: «لو شرط الخيار للاجنبي كان الفسخ اليه لا الى

المشترط، إلا أن نقول أن شرط الخيار للاجنبي شرط له وتوكيل للاجنبي»^(١).
وعلق عليه في جامع المقاصد بقوله: «وجه هذا الاحتمال أن التسلط على المبيع،
والثمن من توابع الملك، فلا يكون اشتراط الخيار للاجنبي صحيحاً، إلا إذا نزلناه على
أنه توكيل، وعموم «المسلمون عند شروطهم» جواز الاشتراط»^(٢).

ثم ردّه بأن «تنزيله على التوكيل لا ضرورة اليه، إذ الممتنع هو سلطنة الانتفاع
بالمبيع لغير مالكه، أما سلطنة رفع العقد فلا مانع من ثبوته للاجنبي، وقد تدعو الحاجة
اليه. فحينئذ اثبات الخيار لمشرطه لا للاجنبي لا مقتضي له أصلاً، إذ لا اشعار للفظ
به»^(٣).

يضاف الى ذلك، أن الالتزام بالتوكيل منافٍ لظاهر عبارات الاصحاب في
عنوان البحث، حيث أخذوا فيه لفظ الجعل وعبروا بجواز جعل الخيار للاجنبي، على
ما عرفته في البحث السابق.

بل هو منافٍ لما هو المتعارف عند الناس والعقلاء بحسب طبعهم ومركزاتهم
الاولية في مقام اشتراط الخيار للاجنبي في معاملاتهم.

على أنه لا معنى للوكالة في مورد لم يثبت الحق فيه للموكل نفسه، ضرورة أن
فعل الوكيل إنما يصح وينفذ بلحاظ استناده الى الموكل وضافته اليه وكأنه فعله
حقيقة، وهو لا يتحقق إلا إذا كانت للموكل سلطنة عليه في ظرفه.

إذاً فلا وجه للالتزام بالتوكيل في المقام.

وعليه فينحصر الخيار في الاحتمالين الآخرين، اعنى اما الالتزام بكونه
تحكيمياً، واما القول بكونه تمليكياً وجعلاً.

عبارات معظم الاصحاب صريحة في الاول، ففي الروضة: «واشتراط الاجنبى
تحكيم لا توكيل عمن جعل عنه، فلا اختيار له معه»^(٤).

(١) قواعد الاحكام / كتاب المتاجر / المقصد الخامس / في لزوم البيع / المطلب الثاني.

(٢)(٣) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٤٧.

(٤) الروضة البهية ج ٣ ص ٤٥٣.

ومثلها عبارة مفتاح الكرامة^(١) بل وعبرة الرياض، غايته انه عبر انه «لا خيار له معه»^(٢).

وقريب منها عبارة الجواهر حيث قال: «واشترائط الخيار للاجنبي خاصة تحكيم لا توكيل، وليس له الفسخ دونه»^(٣).

وقد اوضح المحقق النائيني ذلك بقوله: «ان جعل الخيار للاجنبي لو كان على نحو جعل الملك الحقيقي فلازمة إرث وارث الاجنبي عنه، لان ما تركه لوارثه. واما لو كان على نحو التفويض الراجع الى ان نظره متبع، وانه مالك لتسليم الالتزام الذي هو تحت يد المالك الى الطرف أو ابقائه للمالك، فهو كالوكيل في القبض والاقباض فلا مانع عنه، وعلى هذا لا يرثه وارثه، لانه لا يملك شيئاً حتى يرثه وارثه ويجب عليه أيضاً مراعاة مصلحة المالك لانه ليس كسائر الملاك يتصرف كيف يشاء، وعلى هذا فثبتت 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»^(٤).

إلا ان المحقق الاصفهاني (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 بالجاعل فهو توكيل، إذ لا حقيقة له إلا تسليط الاجنبي على العمل الذي يملكه ملكاً أو حقاً، وليس مع قطع النظر عن الحق وعن السلطنة التابعة لسلطنة الموكل على ماله اختصاص أو احقية للاجنبي.

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٦٠٩.

(٢) رياض المسائل ج ١ ص ٥٢٥.

(٣) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٤ - ٣٥.

(٤) منية الطالب في شرح المكاسب ج ٢ ص ٤٢.

وتوهم اعطاء السلطنة المطلقة غير المنبثقة عن سلطنة الموكل.

مدفوع بان السلطنة - سواء كانت تكليفية أم وضعية، حكم شرعي متفرعة على الملكية والحقية، وهذه ليست من الاعتبارات القابلة لجعل غير الشارع، والسلطنة المنتهية الى الملكية والحقية سلطنة بعنوان التوكيل.

فالشق الثالث المسمى بالتحكيم غير متصور، والتحكيم بمعنى الحكم بالفسخ أو الامضاء راجع الى خيار المؤامرة وهو اجنبي عما نحن فيه»^(١).

هذه هي اقوال المسألة، وهذه هي ادلة الاعلام في اختياراتهم.

المختار في المسألة.

ونحن بعد فحص الادلة وتدقيقها، نختار القول بالتمليك والجعل تبعاً للمحقق الاصفهاني (رحمه الله).

والسبب الأساس في هذا الاختيار يمكن تلخيصه في امرين:

الأول:- عدم سلامة القولين الآخرين - التوكيل والتحكيم - من النقد والاشكال.

الثاني: تمامية القول بالتمليك في حد ذاته، وسلامته من الايرادات.

اما الامر الاول: اما التوكيل، فلما عرفت من عدم تعقله في مورد لم يثبت الحق فيه للموكل نفسه، فان فعل الوكيل فعل للموكل قائم بشخص غيره، وكأنه هو الذي قام به، غاية الامر كون اتيانه بالفعل في ضمن وجود وكيله لا في ضمن وجود نفسه، فلا يعقل ان تكون دائرة صلاحية الوكيل أوسع من دائرة صلاحية الموكل نفسه، فانه قائم مقامه وممثل عنه في الفعل.

على ان الالتزام بالتوكيل مخالف للمرتكز عند الناس في مقام الاشتراط، ومنافٍ لظاهر عبارات الاصحاب في عنوان المسألة.

واما ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) وتبعه عليه السيد الروحاني من إمكان

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٣٩.

الالتزام بكونه توكيلاً باعتبار «ان له ان يسلطه على إعمال الحق بالتوكيل بحيث لا يشاركه في عمله، فيكون الخيار الثابت للموكل مشروطاً بعدم مباشرة أعماله»^(١). فلم يعرف وجه ولا يمكن المساعدة عليه، فانه خروج عن محل النزاع في جعل الخيار للاجنبي بعنوان التوكيل في مورد لم يثبت الخيار للمشتراط مبدئياً، وابن هذا عن توكيل الاجنبي في اعمال الخيار - فقط - الثابت للمشتراط مبدئياً وان أسقط حقه بالاشتراط المعارض، أو التزم بعدم استخدامه، فانه مما لا اشكال فيه، وليس هو من موارد انتقاض ما ذكرناه من امتناع ثبوت صلاحية للتوكيل فوق صلاحية الموكل نفسه.

وكيف كان يكفي في المقام اعترافهما بكون الحمل على التوكيل خلاف ظاهر جعل الخيار للاجنبي.

وعلى اي حال فالعمدة في الاشكال في المقام ما ذكرناه.

واما ما ذكره غير واحد من الاعلام من ان حمل اشتراط الخيار للاجنبي على التوكيل يتنافى مع عدم قدرة المشتراط على عزله. فلا يمكن الركون اليه في نفي التوكيل، فان مجرد عدم جواز العزل لا يستلزم نفي التوكيل بوجه، فان الوكالة حالها حال سائر العقود الجائزة - اذنية كانت ام عهدية قلمليكية - تصبح لازمة اذا وقعت موقع الاشتراط في ضمن العقد اللازم، ولا يجوز رفع اليد عنها، ولا ينفذ فسخها وابطالها بفضل أدلة وجوب الوفاء بالشرط.

والحاصل: ان عدم جواز عزل الجاعل للاجنبي لا يتنافى - بحد ذاته - مع كونه توكيلاً، لو لا ما ذكرناه من الاشكال.

واما التحكيم فيردّه:-

اولاً: ما تقدم من المحقق الاصفهاني (قده) من دوران امره بين ما لا يكون متصوراً في حدّ نفسه، وبين اتحاده مع اشتراط المؤامرة.

ثانياً: ان اساس اختيار التحكيم - على ما عرفته في كلمات المحقق النائيني (قده)

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات / ص ٣٩.

- يرجع الى الالتجاء اليه بعد عدم امكان الالتزام بالتوكيل أو التمثيل، وحيث ستعرف - في الامر الثاني - سلامة الالتزام بالتمثيل من الايرادات المتوهمه، ينتفي اساس هذا الاختيار.

واما الامر الثاني: فلكونه هو الظاهر المرتكز في الذهن في مقام اشتراط الخيار للاجنبي، بل وتقتضيه عباراتهم في المقام.

وليس في البين ما يمنع من الالتزام بهذا القول سوى توهم اقتضائه الانتقال الى وارث الاجنبي بموته، بل وجواز مصالحته عليه في حياته، وهما ممنوعان اتفاقاً، فانه لا اشكال في عدم انتقال حق الخيار الى ورثة الاجنبي، وعدم جواز المصالحة عليه. إلا ان هذا الاشكال ليس بحيث يمنع من الالتزام بالتمثيل، ولا يمكن التفصي عنه، وذلك:-

اولاً:- ان جواز المصالحة على الحق وانتقاله الى الورثة وعدمها تابعان لدائرة الجعل سعة وضيقاً، وامرهما بيد الجاعل نقياً واثباتاً، فله ان يجعل الحق للاجنبي على نحو يصح له المصالحة عليه وينتقل بموته الى ورثته، وله ان يجعله قائماً بشخصه وذاته لا يقبل الانفصال عنه بوجه.

وبعبارة اخرى: ان ملك الاجنبي للخيار لا يستلزم جواز مصالحته عليه وانتقاله الى ورثته بعد وفاته قهراً، فانه لا ملازمة بينهما، وجواز المصالحة عليه والانتقال الى ورثته من آثار الملك المطلق للحق دون الحق القائم بشخص المجعل له، فانه 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 الى 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 للاجنبي، ولو بقرينة عدم

صدوره لعباً وعبثاً من العاقل - هو جعله له لنفسه وشخصه وبما هو ذو نظر ورأي يعتمد عليه في امر ابرام العقد وحله.

وحيث انه حق خاص فلا معنى لنقله الى غيره بالمصالحة عليه، أو انتقاله الى ورثته بموته.

ثانياً: «ان لازم ما ذكره انه لو صرح الجاعل بجعل الخيار للاجنبي كجعله لنفسه، اي الخيار المعهود، لصار موروثاً وقابلاً للانتقال، فلو صح ذلك لا وجه لتأويل الكلمات وحمل كلام الجاعل على ما يخالف ارتكازه وجعله، ولو قلنا 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 للارث والانتقال فلا وجه لها، لان انفكاك الحكمين عن بعض الحقوق غير عزيز»^(١).

وبعبارة اخرى: انه لو صرح المشتري بجعل الخيار للاجنبي على حد ثبوته له بنفسه، فاما ان يقال فيه ببطلان الاشتراط رأساً، واما ان يقال بالصحة مع جواز المصالحة عليه وانتقاله الى ورثته، واما ان يقال بصحته من دونها.

والاول لا وجه له ومنافٍ لظاهر كلمات الاصحاب.

والثاني لو كان يصح لما كان وجه التحمل لكلام الجاعل على خلاف ظاهره، بل وخلاف ارتكاز الجاعل في جعله، والا خير هو المطلوب.

«وبالجملة: لا اشكال في ظهور معقد الاجماع في جواز جعل الخيار المعهود له، ولا في أن جعل الخيار ههنا كجعله لنفسه أو لصاحبه، فحينئذ إن قلنا بان هذا الخيار لا يورث ولا ينتقل وان صرح الجاعل بجعله للاجنبي فلا وجه للتأويل وان لم يدل دليل على عدمها فلا مانع من اثباتها، ولا اشكال فيه من نقل أو عقل»^(٢).

ثالثاً: ان عدم امكان التفصي عنه لا يوجب جواز صرف كلام الجاعل - المشتري - الى خلاف ظاهر جعله، وامر لا يخطر بباله حين الجعل، بل مقتضى القواعد

فيه هو الاحتفاظ بظاهر الكلام ومراد المتكلم، مع الحكم ببطلان الاشتراط من رأس، أو التفكيك بين المجعول والاثّر، عند عدم الامتناع بشبوتها معاً.

خلاصة البحث:

واخيراً يمكن تلخيص البحث في ان جعل الخيار للاجنبي عبارة عن تمليكه لحق فسخ العقد وحله، على غرار ما يثبت لاحد المتعاقدين في فرض اشتراط الخيار له.

نعم، حيث ان ظاهر الجعل للاجنبي يقتضي لحاظ خصوصيته ومميزاته في تدبير الأمور وصرفها، لم يصح له نقله الى الغير والمصالحة عليه في حياته، كما لم ينتقل الى ورثته بموته.

٣ - هل يعتبر قبول الاجنبي في جعل الخيار له؟

لم يتعرض قدماء الأصحاب الى اعتبار رضى الاجنبي فضلاً عن قبوله في جعل الخيار له نفيّاً أو اثباتاً، وانما المذكور في كلمات بعضهم حكم رفضه الخيار وردّ مسؤوليته لكنه اجنبي 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 هما معاً أو احدهما أو اجنبياً أو احدهما مع اجنبي» من غير تعرض لاعتبار علمه فضلاً عن رضاه أو قبوله، هو عدم اعتبار شيء منها في تحقق الجعل وثبوت الخيار له.

اللهم إلا أن يقال: انه لا اطلاق لكلام الأعلام من هذه الناحية، وأنهم ليسوا إلا بصدد بيان جواز اصل الجعل، دون خصوصياته وما يعتبر في تحقّقه.

إلا أنه بعيد، وخلاف ظاهر كلامهم في تحقق الجعل بصرف اشتراطه في ضمن العقد القابل له، سواء في ذلك جعله لها أو لأحدهما أو لاجنبي عنها.

وإنما تعرض المتأخرون من الأصحاب لهذا البحث، معللين اعتبار قبول الأجنبي له أو على أقل التقادير رضاه به، تارة بمنافاة ثبوته قهراً عليه لسلطنة الناس

على انفسهم، باعتبار ان اثبات الخيار للاجنبي من دون اخذ رأيه في الموضوع واعتبار رضاه نوع من التحدي لسلطانه على نفسه وتجاوز عليها.
واخرى بانه: «لو قلنا بأن جعل الخيار للاجنبي تفويض اليه أو توكيل له فلا شبهة في احتياجه الى قبوله، واما لو قلنا بانه تمليك فتوقفه على قبوله مبني على انحصار الملك القهري بالارث والوقف على البطون»^(١).

وبعبارة اخرى: ان جعل الخيار للاجنبي لا يخلو - كما عرفت - عن كونه اما تفويضاً أو توكيلاً أو تمليكاً له، والأولان يتوقف تحقيقهما على القبول بلا اشكال.
وعلى الأخير فان قلنا بانحصار موارد حصول الملك القهري بالارث والوقف على البطون اللاحقة، اعتبر القبول فيما نحن فيه أيضاً.
وان قلنا بعدم الانحصار و«حصوله من شرط النتيجة ونحو ذلك من دون توقفه على قبول من جعل الملكية له، فنفس الجعل كافٍ في حصوله»^(٢) باعتبار اخذه شرطاً في عقد لازم.

والذي يقتضيه التحقيق هو عدم اعتبار رضى الاجنبي فضلاً عن قبوله في ثبوت الخيار له، وإن توقف اعماله وتنفيذه خارجاً على ذلك.
وما ذكر من الدليل لاثبات اعتباره فيه غير تام، وقاصر عن اثبات المدعى.
اما الدليل الأول فيرده: ان حديث سلطنة الناس على انفسهم، لم يثبت بدليل، فإنه انما 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، فانه حينئذ لا تكون الملكية ملكية قهرية، ولا تنافي سلطنته على نفسه»^(٣).

واما الدليل الثاني فيرده: ما افاده السيد الطباطبائي (قده) من «عدم كونه -

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ٤٣.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ٤٣.

(٣) مباني العروة الوثقى ج ٢ كتاب الوصية ص ٣٦٦.

الاجنبي - طرفاً للعقد، إلا أن يقال انه كما لا يصح جعل الغير مالاً لشيء لا برضاه، كذلك لا يصح جعله ذا حق بغير رضاه، وهو ممنوع حتى في الملك ايضاً، فانه يصح الوقف او الوصية للعنوان الذي ينطبق عليه من دون رضاه، كما لو اوصى لأعلم البلد مثلاً»^(١).

حيث ان المستفاد من الأدلة والنصوص «ان الوصية نافذة ولازمة على الاطلاق، ومن غير اعتبار لقبول الموصى له، حيث لم يذكر ذلك في شيء من الآيات والروايات»^(٢).

واوضح المحقق الأصفهاني (قده): «ان نذر الصدقة بنحو النتيجة يوجب الملكية من دون لزوم قبول من المتصدق عليه، بل الوصية التمليلية على القول الموافق للتحقيق ايقاع، ولا ينافيه جواز الرد من الموصى له، فانه لا دخل له بلزوم قبوله المتقوم به العقد المؤثر في الملكية، بل لعل الوقف ايضاً كذلك خصوصاً بالاضافة الى البطون اللاحقة، إذ لا معنى لولاية الحاكم او المتولي الموجود على المعدومين في القبول عنهم»^(٣).

إذا فثبت الخيار للاجنبي بجعل المتعاقدين ليس متوقفاً على قبوله، فان موارد ثبوت الملك القهري ليست بعزيزة، والأدلة غير قاصرة عن شموله بعد أن لم يكن منافياً لسلطان المجعول له وقدرته.

نعم، لو قلنا بأن حقيقة جعل الخيار للاجنبي هو التوكيل، اشكل الالتزام بصحته من دون قبوله «فان الوكالة ليست من الايقاعات، وانما هي من العقود المتوقفة صحتها على الايجاب والقبول، ومن هنا فلا ينفع في الحكم بصحة ما صدر - الفسخ او الامضاء في المقام - مجرد انشاء التوكيل، ما لم يصل ذلك الى المباشرة ويقبله»^(٤).

(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ٢٥.

(٢) مباني العروة الوثقى ج ٢ كتاب الوصية ص ٣٦٦.

(٣) تعلية الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٠.

(٤) مباني العروة الوثقى كتاب النكاح ج ٢ ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

إلا انه لا وجه لالحاق التفويض إلى التوكيل - كما فعله المحقق النائبي - فانه من الايقاعات وعبرة عن منح الصلاحية واعطاء الحق، ويكفي في تحققة تفويض من له الأمر.

والحاصل: ان جعل الخيار للاجنبي لا يتوقف على قبوله وموافقته، ما لم يفسر ذلك بالتوكيل، وإلا فلا ينبغي الاشكال في اعتباره وتحققة، ولعل السبب في اطلاق الاصحاب للحكم بعدم اعتبار القبول فيه ناشئ مما عرفته من ضعف هذا الاحتمال وعدم اختياره من قبلهم.

٤ - هل يلزم الاجنبي مراعاة مصلحة الجاعل؟

المشهور بين الأعلام لزوم مراعاة الاجنبي المجعل له الخيار لمصلحة الجاعل، بل احتمال بعضهم لزوم تحريره الأصلح.

قال المحقق العاملي: «ويجب عليه - الأجنبي - تحري المصلحة في جميع الصور، فلو ظهر منه خلاف ذلك لم يمض الفسخ، ولو اختلفا قدم قوله، مع احتمال تحري الأصلح»^(١).

وعلّله في الجواهر تارة بكونه اميناً، واخرى بانه المنساق منه عرفاً من مثله. قال (قده): «الظاهر وجوب اعتماد المصلحة، لأنه امين، فلو بان الخلاف لم يمض الفسخ، بل قد يقال: ان المنساق عرفاً من مثل ذلك ما يشبه التوكيل، فيمكن احتمال مراعاة الأصلح لذلك، بناءً على اعتباره فيها»^(٢).

واعترض في المكاسب على الأول بانه لا يقتضي مراعاة الأصلح، قال رحمه الله: «ثم انه ذكر غير واحد ان الأجنبي يراعي المصلحة للجاعل، ولعله لتبادره من الاطلاق، وإلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة، فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه اميناً لا يخلو عن نظر» .

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٦٠٩.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٥.

(٣) المكاسب ج ١٤ ص ٢٧٢.

أما السيد الخميني (قده) فقد انكر التوجيه الثاني أيضاً وأفاد: «إن الظاهر عدم لزوم مراعاة مصلحة الشارط، كان المَجْعول خياراً أو تحكيمياً، لعدم الدليل عليه، وكون ذلك غرضاً للعقلاء نوعاً لا يوجب الاشتراط الضمني وتعلق الجعل به، كما في سائر الأغراض العقلانية في المعاملات، ولم يجعله اميناً أو وكيلاً حتى يجب عليه مراعاتها»^(١). والسيد الطباطبائي «رحمه الله» فصل بين التوكيل من جهة حيث يجب فيه مراعاة الأصلح مطلقاً، وبين التحكيم من جهة أخرى حيث قصر وجوب مراعاة المصلحة على ما إذا اخذت ذلك شرطاً في جعل الخيار له.

قال (قده): «إن قلنا انه - جعل الخيار للاجنبي - من باب التوكيل فلا اشكال في وجوب مراعاة الأصلح، وإن قلنا بكونه تحكيمياً فالمقامات مختلفة، فقد يكون المقصود جعل الأمر بيد الأجنبي بحيث يكون صاحب حق، وحينئذ لا يجب عليه مراعاة المصلحة، وقد يكون المقصود جعل الأمر اليه بشرط مراعاتها، وهذا هو الغالب الوقوع، إذ لا داعي غالباً إلى جعل الخيار للاجنبي من حيث هو»^(٢).

أقول: أما بناءً على كون اشتراط الخيار للاجنبي توكيلاً له، فلا اشكال ولا خلاف في لزوم مراعاة المصلحة للموكل، وإن اختلفوا في لزوم مراعاة الأصلح. وأما بناءً على كونه تحكيمياً كما هو مذهب المشهور أو تمليكاً كما هو المختار فالظاهر ان الأمر كذلك، باعتبار أن «مقتضى تجرد جعل الحق للاجنبي وإن كان عدم اعتبار شيء فيه، إلا أنه لما كان جعل الحق غالباً للوثوق بنظر المَجْعول له الخيار من حيث معرفته بما ينبغي حلاً واجازة، فالإطلاق وارد مورد الغالب من حيث اعتبار ما يراه صلاحاً، 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 امر العقد اليه بنحو أقوى بجعل حق الخيار، فيمتاز عن

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٧٩.

(٢) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ٢٥.

سائر الحقوق التي يستقل بها ذو الحق»^(١).

والحاصل: ان جعل الخيار للاجنبي على نحو يكون الأمر بيده يفعل ما يريد، وإن كان ممكناً في حد ذاته، إلا أنه بعيد كل البعد عن ظاهر الجعل ومنح الصلاحية، وفرض نادر لا ينبغي حمل شيء من موارد الاشتراط عليه.

٥ - اشتراط الخيار لعبد الاجنبي.

مقتضى القواعد العامة انه لا فرق في جعل الخيار للاجنبي - بعد المفروغية عن اصل جوازه - بين جعله لاجنبي حر، او لعبد مملوك لاحدهما او لغيرهما، فان الجميع سواء في كونه اجنبياً عن العقد، وما يرد على جعل الخيار له أو يتفصى به عنه. ويجرد الحرية أو العبودية، فضلاً عن كونها لاحدهما او لغيرهما، لا يغير في ماله دخل في الحكم شيئاً.

غير ان العلامة (قده) قد ذكر في القواعد انه «لو شرط المتعاقدان الخيار لعبد احدهما ملك المولى الخيار، ولو كان لأجنبي لم يملك مولاه ولا يتوقف على رضاه اذا لم يمنع حقاً للمولى، فلو مات لم ينتقل الى مولاه»^(٢).

وعلق عليه المحقق العاملي بان «هذه الأحكام موافقة للاصول والاعتبار»^(٣). إلا ان الفرق غير واضح، فان جعل الخيار للعبد ان كان تصرفاً فيه ومنافياً لسلطنة المولى كان مقتضى القاعدة توقفه على رضاه فيهما، وان لم يكن تصرفاً فيه ومنافياً لحق المولى - كما هو الصحيح - لم يكن وجه للقول بعدم ثبوته له.

والحاصل: ان التفصيل المذكور بين عبد احد المتعاقدين، وعبد الاجنبي لا يختص له ولا يمكن اثباته بدليل.

واوضح منه في الاشكال دعوى ثبوته للمولى في الأول، فانه تصرف في ازيادة الجاعل بلا مبرر.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٠.

(٢) قواعد الأحكام، كتاب المتاجر / المقصد الخامس / المطلب الثاني.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٩٢.

ودعوى ان الجعل للمملوك جعل للمولى في الحقيقة لو تمت فهي مشتركة
الورود في صورتين، 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 والايقاعات والأفعال المهمة المباشرة لا تنفذ منه، ولا تحمل له الا باذن
مولاه، إلا ان اضافة امر اليه من الاضافات والاعتبارات الشرعية اجنبية عن مسألة
عدم قدرة العبد عليه، وعدم حصول اضافة الملكية له للنص لا لعدم القدرة، فعدم
ثبوت حق له لا دليل عليه، واذن المولى دخيل في إعماله لا في اصل ثبوته، فيصير بالشرط
ذا حق الخيار، إلا أن اعماله في جملة افعاله التي لا قدرة له عليها إلا باذن مولاه.

ومن الواضح ان اناطة نفوذ فعله باذن مولاه لا يوجب ثبوت الحق لمولاه، فإذا
صار باذن مولاه وكيلاً 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 والاسقاط إلا باذن مولاه، ولا فرق بين عبد احد المتعاقدين وعبد
الاجنبي في ذلك، لعدم الفارق إلا بملاحظة ان الخيار ان كان لعبد احدهما فسلطنة
العبد على حل العقد الواقع بين مولاه وطرفه كالسلطنة على مولاه، بخلاف عبد
الاجنبي، فان العقد اجنبي عن مولاه، فلا يوجب سلطنته على امر 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»^(١).

بل لا وجه للقول بتوقف إعمال العبد للخيار ومباشرة اختيار الفسخ أو
الامضاء على اذن مولاه ورضاه، فان ادلة سلطنة المولى على عبده وحرمة التصرف فيه

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٣٩.

من دون اذنه، قاصرة عن شمول افعال العبد التي لا تتنافى مع حقوق المولى اطلاقاً كقراءة القرآن، أو الأدعية والأذكار، بل وإيقاعه لصيغ العقود وكالة عن الغير في اثناء عمله للمولى، أو في اوقات فراغه واستراحته، فانه لا اظن ان فقيهاً يلتزم بحرمة قراءة العبد الفاتحة لموتاه بدون اذن مولاه وإن لم يكن ذلك مانعاً له عن مباشرة واجباته واداء حقوق المولى، أو يلتزم بتوقف جواز اتيانه المندوبات الذكرية على اذنه.

وليس ذلك إلا لانصراف ادلة قصور صلاحية العبد وعجزه، وحرمة تصرفاته بدون اذن مولاه عن شمول مثل هذه التصرفات، والأفعال التي لا تصطدم بوجه من الوجوه اطلاقاً مع حقوق المولى، فان نفي قدرة العبد إنها هو بلحاظ عينه والأفعال المضافة إلى المولى والمرتبطة بنحو من الأنحاء به، كتزويجه او طلاق زوجته وما يرتبط بالتصرف في امواله ولو بالوقف او الحبس فضلاً عن البيع ونحوه، وأما ما لا ارتباط له بالمولى اطلاقاً، ولم يعد تصرفاً في العبد أو ماله، فلا دليل على نفي قدرته عليه وتوقفه على اذن مولاه.

إذا فالصحيح في المقام هو الالتزام بصحة جعل الخيار للعبد بالاشتراط وثبوته له، سواء أكان عبداً لأحدهما أو لأجنبي عنها، ولا يتوقف ذلك - ثبوتاً ولا تنفيذاً - على رضى المولى فضلاً عن توقفه على قبوله وموافقته.

٦ - اشتراط الاستئثار

كما يجوز للمتعاقدين اشتراط الخيار للأجنبي «يجوز لهما اشتراط الاستئثار، بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبي في امر العقد، فيأتمر بأمره، أو بأن يأتمره اذا امره ابتداءً»^(١) «بلا خلاف فيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، للعموم»^(٢) حيث لا مانع من شمول ادلة لزوم الوفاء بالشرط له، ويقتضيه قبل كل شيء التسالم الفقهي عليه. وكيف كان، فاذا اشترط الاستئثار «لزم العقد من جهتها، ويتوقف على امر

(١) المكاسب ج ١٤ ص ٢٧٩.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٥.

من سمي، فليس للشارط أن يفسخ حتى يستأمره ويأمره بالرد»^(١)، «فيلزم العقد بامضاء 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»^(٢).

وهذا مما لا خلاف فيه أيضاً ويقتضيه اشتراط المؤامرة والاستثمار، فإن مفاده ليس الإعدام ثبوت الخيار للمشتراط قبل أمر المستأمر - بالفتح - به، فإن استأمره وأمره بالامضاء 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^(٣).

لكنه واضح البطلان، فإنه على خلاف ظاهر الاشتراط، والمركز منه وجداناً. «ولذا حمّله 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 الارشاد والمسالك، على ما حكى عن بعضها، فينتفي بانتفاء الشرط، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من ترتب الأمر على الاستثمار، ولا بأس به»^(٤).

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 لتكلف التعليل بحصول الغرض.

(١) كفاية الأحكام / كتاب التجارة / المقصد الرابع في الخيار / الثالث خيار الشرط.

(٢) (٣) (٤) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٥.

وهو ليس ببعيد، فان المفهوم من المؤامرة والاستثمار، هو الانصياع لأمر من له ذلك واطاعته، سواء طلبه منه أو ابتدأه به.

ثم ان مما لا خلاف فيه بينهم انه ليس للمستأمر - بالفتح - الفسخ أو الامضاء مباشرة، وهذا اللحاظ يختلف المقام عن اشتراط الخيار للاجنبي.
نعم، عبارة الشهيد الأول (قده) في اللمعة قد توهم الخلاف.

قال الشهيد الثاني (قده) في الروضة ما نصه: «وظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب، ان المستأمر - بفتح الميم - ليس له الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمر والرأي خاصة، فقول المصنف رحمه الله: (فان قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وان سكت فالأقرب للزوم، ولا يلزم المستأمر الاختيار) إن قرئ المستأمر بالفتح مبنياً للمجهول، اشكل بما ذكرناه.

وإن قرئ بالكسر مبنياً للفاعل، بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال: فسخت بعد أمره له بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالاجازة لزم، وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ، سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه لزم لما بيناه من انه لا يجب عليه امتثال الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقه الأمر.

وهذا الاحتمال انسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول ارجح، خصوصاً بقرينة قوله: ولا يلزم الاختيار، فان اللزوم المنفي ليس الا عمن جعل له المؤامرة، وقوله: «وكذا كل من جعل له الخيار» فان المجعل له هنا الخيار هو الاجنبي المستشار، لا المشروط له، إلا ان للمشروط له حظاً من الخيار عند امر الاجنبي له بالفسخ.

وكيف كان، فالأقوى ان المستأمر - بالفتح - ليس له الفسخ ولا الاجازة، وإنما اليه الأمر، وحكم امتثاله ما فصلناه. وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لاجنبي وجعل الخيار له واضح، لأن الغرض من المؤامرة الانتهاء الى أمره لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل الخيار له»^(١).

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٤٥٦.

اقول: 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 اللزوم الذي يحتاج نفيه الى البيان إنما هو بالقياس الى المستأمر - بالكسر - حيث قد يتوهم ان اشتراط الاستئثار يلزمه بالفسخ اذا أمره الأمر بذلك واما المستأمر - بالفتح - فلا حاجة لبيان عدم لزوم الاختيار بالنسبة اليه، فانه اجنبي عن العقد، واشتراط المتعاقدين لا يفرض عكس ارادته عليه شيئاً.

وكذا الحال بالقياس الى قوله «رحمه الله»: «وكذا كل من جعل له الخيار» فان دعوى كون المجهول له الخيار في المقام هو الأجنبي المستشار دون المستأمر بالكسر. يدفعها اعترافه (قده) في نهاية كلامه بأن «الغرض من المؤامرة الانتهاء الى امره لا جعل الخيار له».

وهو كذلك، على ما يقتضيه فهم الأصحاب عموماً من المؤامرة والاستئثار، حيث صرحوا بعدم الخيار للمستأمر - بالفتح - جاعلين ذلك هو الفارق بينه وبين اشتراط الخيار للأجنبي.

والحاصل: ان الخيار عند ثبوته في الاستئثار إنما هو للمشتراط دون المستأمر - بالفتح - غاية الأمر توقفه على امره بالفسخ. ومما يشهد له تسالمهم على عدم لزوم الفسخ على المستأمر - بالكسر - عند امره به، فانه خير دليل على كون الخيار له بالنتيجة، وإلا لاقتضى امر المستأمر - بالفتح - ارتفاع العقد، كما هو واضح.

المقصد الثاني: تعدد من له الخيار

إذا اتحد ذو الخيار فامر العقد - في زمن الخيار - بيده، وله فسخه وامضاؤه، بلا خلاف فيه ولا اشكال، سواء أكان هو أحد المتعاقدين أم أجنبياً عن العقد، وليس لغيره معارضته فيه، ويقتضيه جعل الخيار له.

وإذا تعدد ذو الخيار، سواء فيه المتعاقدان أو هما مع اجنبي، أو أحدهما معه، أو الأجانب وحدهم، فإن اتفقوا على مصير العقد امضاء أو فسخاً، فكذلك لا اشكال فيه ولا خلاف، ويقتضيه ثبوت الخيار لهم وانحصار الحق بهم.

وان اختلفوا فيما بينهم في مصير العقد فسخاً وامضاءً فاختر بعضهم فسخ العقد وبعضهم امضاءه، ففي تقديم الفاسخ منهم بقول مطلق، أو المجيز كذلك، أو يعطى الحق للسابق منها أياً كان، أو يقدم مختار الاجنبي 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 وأنحاء مختلفة، ولا يمكن جمعها تحت حكم واحد اطلاقاً، لاختلافه من مورد الى غيره بهذا اللحاظ.

وتفصيل الكلام ان جعل الخيار للمتعدد يتصور على انحاء.

فقد يكون ذوو الخيار وكلاء ينوب كل منهم عن موكلهم في اختياره الفسخ أو الامضاء في العقد.

ومقتضاه تعيين القول بنفوذ تصرف السابق منهم مطلقاً، فسخاً كان أو امضاءً، عملاً بمقتضى الوكالة، فانه اذا تحقق الأمر الموكل فيه من أحد الوكلاء - على حسب ما تقتضيه موازينها - بطلت وكالة الباقيين لانتفاء موضوعها.

بل الأمر كذلك حتى بالنسبة الى الأصيل - الموكل - نفسه، حيث لا يبقى لاختياره محل بعد تحققه من أحد الوكلاء عنه في ذلك، كما هو اوضح من ان يخفى.
فما عن بعضهم من انه «لو بادر الموكل في صورة التوكيل في الخيار - فسخاً او انفاذاً - يصح ولا يبقى موضوع لخيار الوكيل، ولو بادر الوكيل الى ذلك ثم خالفه الموكل يمكن تقديم رأيه» معللاً اياه بقوله: «لان الحق له بالاصالة»^(١).

لا وجه له وبعيد غايته، فانه مناف لما تسالموا عليه من لزوم فعل الوكيل اذا صدر على حسب ما تقتضيه قواعد الوكالة، بل هو في الحقيقة الغاء لدور الوكالة بقول مطلق، إذ لو ثبت للموكل جواز مخالفة الوكيل فيما صدر منه على وفق الموازين، وقلنا بتقدمه عليه حتى مع تأخره عنه زماناً لكون الحق له بالاصالة، لم يبق للوكالة مورد يصح الاعتداد عليه.

وبعبارة اخرى: ان نتيجة هذا الالتزام حصر دائرة الوكالة في انشاء العقود على نحو الجواز فقط، فان لم يخالفه الموكل لزم، وإلاّ قدم اختيار الموكل.
وهو خلاف المتفق عليه بين الجميع في مفاد الوكالة، والى دور الفضولي اقرب منه الى دور الوكيل.

وقد يكون ذوو الخيار اصحاب حق في الخيار على نحو الملك والاستحقاق - المعنى الذي استظهرناه في حقيقة جعل الخيار للأجنبي - وهو يتصور على انحاء: -
١ - 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 الاشكال في عدم نفوذ تصرف بعضهم بمعزل عن الباقيين حيث لا خيار للأفراد والأبعاث.

وعليه فان اتفقوا على الفسخ فهو، وإلا كان مقتضى انقضاء امد الخيار هو اللزوم.

(١) مذهب الأحكام ج ١٧ ص ١٢٥.

واليه يستند من حكم بانه «اذا تعدد الوارث للخيار فالظاهر انه لا اثر لفسخ بعضهم بدون انضمام الباقيين اليه في تمام المبيع ولا في حصته، إلا اذا رضي من عليه الخيار فيصح في حصته»^(١).

وقد يكون ثبوته على نحو توزيع الحصص، بأن يملك كل منهم جزءاً منه، نظير ما قد يقال في ارث الخيار، ومعه فان اتفقوا على الفسخ او الامضاء 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.

٢ - ثبوت الخيار الواحد لكل منهم استقلالاً.

وهو قد يكون على نحو قيام الحق في الجامع على نحو صرف الوجود، بان يكون الحق ثابتاً 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 مجعولاً لطبيعي المتصف بالعنوان، المقتضى انحلاله الى كل فرد فرد، فيثبت لكل منهم حق مستقل كما هو الحال في موارد انحلال الحكم بانحلال موضوعه، ومقتضاه عدم سقوط حق احد منهم بتنازل الباقيين، نظير ما يذكر في ارث المتعديين لحق القصاص او القذف، فانه «اذا مات المذوف قبل أن يطالب بحقه او يعفو، فلأوليائه من اقاربه المطالبة به، كما ان لهم العفو، فان تعدد الولي كما اذا مات عن ولدين او اخوين، فعفا احدهما كان للآخر المطالبة بالحق، ولا يسقط بعفو الأول»^(٢).

٣ - ثبوت خيار مستقل لكل واحد منهم ومرجعه في الحقيقة الى ثبوت خيارات متعددة ومنفصلة لاشخاص متعددين، فكل منهم يملك خياراً للشرط بمعزل عن ملك

(١) منهاج الصالحين ج ٢ ص ٤٤ مسألة ١٦٩.

(٢) تكملة منهاج الصالحين / مبحث حد القذف، ص ٤٦ المسألة ٢٠٥.

صاحبه لنظيره.

ومقتضاه تقدم الفاسخ على المجيز بقول مطلق، سبقه أم تأخر عنه، لأن الاجازة لا تعني الا اسقاط المجيز لحقه في فسخ العقد، واعلانه لالتزامه به، وهو اجنبي عن حق الآخر واختياره، فانه نظير اسقاط صاحب خيار الحيوان خياره مع مطالبة صاحب خيار الشرط بالفسخ، او بالعكس، حيث لا مبرر للمنع عن نفوذ فسخ من له الخيار لمجرد اسقاط الآخر حقه وتنازله عنه، بعد ان كان كل منهما موضوعاً مستقلاً عن الآخر.

واعلم ان كلمات الاعلام في المقام مختلفة جداً، لاسيما مع ملاحظة التزاماتهم في جزئيات الموارد.

وليس السبب فيه إلا اختلاف انظارهم في فهم المتبادر من كيفية ثبوت الخيار للمتعدد، سواء في ذلك المجهول من قبل المتعاقدين كخيار الشرط المجهول للمتعدد، او المجهول من قبل الشارع كارت المتعدد للخيار الواحد الذي كان ثابتاً للمورث. قال في الجواهر: «ان اتحد ذو الخيار فالأمر اليه، وإلا قدم الفاسخ ولو اجنبياً، لعدم معارضة اختيار اللزوم له، كما هو واضح»^(١).

واطلاقه محمول على قيام الخيار بالجامع على نحو الانحلال أو ثبوته مستقلاً لكل منهما، وإلا فلا وجه له.

ومثله ما في المكاسب: «لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار، فان اختلفوا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ، لأن مرجع الاجازة الى اسقاط خيار المجيز خاصة، بخلاف ما لو وكل جماعة في الخيار، فان النافذ هو تصرف السابق، لفوات محل الوكالة بعد ذلك»^(٢).

نعم، عبارة الشهيد الأول (قده) في الدروس: «ويجوز اشتراطه لاجنبي منفرداً

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٤.

(٢) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٩.

فلا اعتراض عليه، ومعهما أو مع أحدهما، ولو خولف أمكن اعتبار فعله، وإلا لم يكن لذكره فائدة»^(١).

وتعليق الشيخ الأعظم (قده) عليها: «ولو لم يمض فسخ الأجنبي مع إجازته، والمفروض عدم مضي إجازته مع فسخه، لم يكن لذكر الأجنبي فائدة»^(٢).

لا يخلوان عن إبهام وغموض، فإن محطّ الاشكال 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، أو ثبت لكل منهما خيار مستقل، قدّم الناسخ منها، اجنبياً أو صاحب العقد.

والحاصل أن الأجنبي - على كل التقادير - مساو 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 - بأن قلنا بنفوذ فعل الأجنبي على جميع التقادير - لكان ذكر صاحب العقد معه وضميمته إليه لغواً.

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 وامضاء نفذ، وإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء»^(٣).

(١) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) المكاسب ج ١٤ ص ٢٧١.

(٣) الوسيلة إلى نيل الفضيلة ص ٢٧٣ / تحقيق عبد العظيم البكاء.

فانه لا وجه لثبوت الخيار للمبتاع بعد رفض الأجنبي المجعل له الخيار وعدم رضاه بالعقد.

اللهم إلا أن يحمل كلامه على رضى الأجنبي بثبوت الخيار له وعدمه، فيقال إن مراده (رحمه الله) انه ان وافق الأجنبي على جعل الخيار له ورضى بذلك، نفذ البيع ولزم من جهة المتعاقدين لتحقيق الشرط بينها، وان ثبت للأجنبي الخيار بالاشتراط، وإن لم يرض الأجنبي بجعل الخيار له ورفضه، تخير صاحب الشرط - بائعاً كان أم مشترياً - بين الفسخ والامضاء لتخلف الشرط بينها.

وهو وان كان المنفذ الوحيد للتخلص من الاشكال، إلا أنه بعيد في نفسه، لاستلزامه القول باعتبار قبول الأجنبي المجعل له الخيار، وقد عرفت فيما تقدم انه خلاف المعهود منهم، كما ان لازمه عدم تعرضه (قده) لحكم خيار الأجنبي فسخاً او امضاءً - الذي هو محل البحث - .

على انه لا وجه لحصره الخيار في فرض عدم رضى الأجنبي بالمبتاع - المشتري - فان اشتراط الخيار للأجنبي كما يأتي منه يأتي من البائع أيضاً.

وكيف كان، فالأمر في تفسير العبارات وتوجيهها سهل، والعمدة في المقام ما عرفته من التفصيل بلحاظ نحو ثبوت الخيار للمتعدد وكيفيته.

المقام الرابع

المدة في خيار الشرط

أ - اعتبارها مبدئياً في صحة الخيار، الأقوال فيه والأدلة.



ب - اعتبار ضبط المدة عند ذكرها.

ج - تحديد زمان الخيار بحد معين.

د - مبدأ الخيار المَجْعُول.

هـ - الخيار المنفصل عن العقد.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المقام الرابع: المدة في خيار الشرط.

أ - في اعتبار تحديد مدة الخيار.

المشهور بين الأعلام اعتبار ذكر مدة الخيار وتحديدها في صحة الاشتراط، فلو أهملت ولم تذكر أصلاً، أو ذكرت مطلقة كأن يقول البائع بعتك الدار - مثلاً - على أن يكون لي الخيار مدة، فسد الشرط.

مستندين فيه الى النهي عن الغرر على ما ارسله الشهيد الأول (قده) في القواعد^(١) أو النهي عن بيع الغرر على ما ورد في رسالة الصدوق (قده)^(٢).

وقد خالف فيه جماعة من الأساطين، كالمفيد والشيخ والسيد وغيرهم حيث اختاروا الصحة، جاعلين الخيار عند الاطلاق ثلاثة ايام، مدعين عليه النص والاجماع. وقد تصدى غير واحد من الأعلام من المتقدمين والمتأخرين لمناقشة ما ذهبوا اليه والرد على دليلهم.

قال العلامة (قده) في المختلف: «خيار الشرط لا بد ان يكون مضبوطاً، فان شرطاً خياراً واطلقاً بطل العقد، وهو اختيار الشيخ والسيد المرتضى.

وقال في الخلاف: اذا ابتاع شيئاً فشرط الخيار ولم يسمّ وقتاً ولا اجلاً بل اطلقه، كان له الخيار ثلاثة ايام، ولا خيار له بعد ذلك. وهو مذهب شيخنا المفيد، والسيد المرتضى في الانتصار، وابن البراج وابي الصلاح.

لنا انه 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

(١) القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٢ ب ٤٠ من ابواب آداب التجارة ح ٣.

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 عزوجل فلا يجوز»^(١).

وفي الصحيح عن عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سمعتة يقول: من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم فيها وافق كتاب الله عزوجل»^(٢).

احتج الشيخ باجماع الفرقه واخبارهم.
والجواب: ان الاجماع والاخبار إنما دلاً على الثلاثة في الحيوان، أما في غيره فلا^(٣).

وقال الشهيد (قده): «لو اطلقا فانه لا يصح، خلافاً للشيخ حيث جعله مع الاطلاق ثلاثة ايام مدّعياً فيه النص والاجماع، وهما ممنوعان، اما الاجماع فواضح، واما النص فلم نقف عليه كذلك إلا في خيار الحيوان»^(٤).

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 اذا اطلق الخيار كأن يقول: بعثك بكذا ولي الخيار، ولم يسم وقتاً ولا أجلاً مخصوصاً، وفيما اذا شرط مدة مطلقة.

اما الأولى: ففي ظاهر المبسوط والمراسم، وصريح التحرير، والتذكرة، والمختلف، وغاية المرام، والمسالك، والكفاية، انه يبطل الشرط فيها، كما لو اناط المدة بها لا ينضبط، بل هذه أولى، لأن الاطلاق اعرق في الجهالة، مضافاً الى انه لو صح فاما ان يرد الى معين ولا دليل على تعيينه، او يدوم الخيار وهو معلوم البطلان، وقد حكي ذلك عن علم الهدى، وعن صريح المبسوط، والموجود في الانتصار ما يستسمعه، والمبسوط ما عرفته.

(١) (٢) وسائل الشيعة ج ١٢ ب ٦ من ابواب الخيار ح ٢، ح ١.

(٣) مختلف الشيعة ج ٢ ص ١٧٢.

(٤) مسالك الأفهام ج ١ خيار الشرط.

وفي الكفاية نسبة هذا القول الى الأشهر، وفي الرياض انه اشهر بين المتأخرين، ولعلها توها ذلك من ظاهر الوسيلة، والسرائر والشرائع والنافع واللمعة، لتضمنها اعتبار التعيين في المدة وهو ليس مما نحن فيه، إذ الكلام في اشتراط المدة المعينة.

وفي المقنعة والانتصار والخلاف والجواهر والغنية والكافي على ما حكى، انه يصح الشرط وينصرف الى ثلاثة ايام، وكأنه مال اليه الشهيد في الدروس، وقد حكى عليه الاجماع في الانتصار والخلاف والجواهر والغنية.

وادعى في الخلاف ورود اخبار الفرقه به، وليس ما يحكيه إلا كما يرويه. وقال في التذكرة: روى الجمهور ان حنافة بن سعيد كان يخدع في البيع، فقال له النبي (صلى الله عليه وآله): «اذا بعت فقل لا خلافة وجعل له الخيار ثلاثاً»^(١). وفي رواية وجعل له بذلك الخيار ثلاثة ايام، وفي رواية: «قل لا خلافة ولك الخيار ثلاثاً».

وقد يستشهد على ذلك بفحوى الصحيح، الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط أم لم يشترط ، فانه قد يعطي ان الشرط في غيره ثلاثة ايام ان اشترط الخيار ولم يعين، وليس المراد به اشتراط الثلاثة لأنها وغيرها في ذلك سواء، بل المراد مطلق الاشتراط، فتدبر.

والفرر يندفع بتحديد الشرع ولا جهالة لمكان الأول الى العلم الحاصل من الشرع، وليس هو كالأول الحاصل من الحس، كما لو قال: «بعثك بمثل ما بعت به زيداً» فان هذا الجهل يؤول الى العلم من الحس، وهذا أجازة ابو علي والمصنف فيما حكى عنها ولم يرتضه الباقر فيما حكى ايضاً، والأولوية المدعاة قد تمنع لارتفاع الفرر واغتفار الجهل، والتخصيص بالثلاثة اما لانصراف الاطلاق اليها عرفاً لكونها أول مدة يتروى بها في مثله والشرع كاشف عن هذا العرف لأنه خفي، اولتعيين

(١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٧٣، باب الدليل على ان لا يجوز شرط الخيار اكثر من ثلاثة أيام، باختلاف يسير في المتون المذكورة.

الشارع والشروط سبب للتعين، 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 الاجماعيات الاربعة، فلا أقل من ان تفيد شهرة قديمة تجبرنا ارسله 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 اذا اشترط مدة مطلقة، فيحتمل البناء فيها على الخلاف المذكور، لكونه بمنزلة اطلاق الخيار، والبطلان مطلقاً، للاصل ومنع التنزيل، ولعله أولى واشبه^(١).

وفي الكفاية استقرب البطلان، قال (رحمه الله): «فلو اطلقا فالأشهر الأقرب عدم الصحة، خلافاً للشيخ»^(٢).

ويظهر من الدروس التوقف فيه، قال (قده): «لو شرطا الخيار ولم يعينا مدة، ففي فساد العقد والحمل على الثلاثة قولان، ونقل في الخلاف الاجماع على انصرافه الى الثلاثة»^(٣).

وقريب منه عبارة الرياض: «فلو شرط اختياراً واطلقا من دون بيان المدة بطل الشرط على الأشهر بين من تأخر، وفاقاً للمرتضى والمبسوط، للجهالة والغرر المنهي عنها في الشرع الموجبين لجهالة الثمن او الثمن، فان للشرط قسطاً من العوض، خلافاً للمفيد فيصح وكان الخيار الى ثلاثة ايام، وتبعه جماعة كالخلاف والانتصار والقاضي والحلي وابن زهرة العلوي مدعياً في الظاهر الأولين صريحاً عليه الاجماع، وحججته مع اعتضاده بالكثرة وبالشهرة القديمة تقتضي المصير اليه،

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦١ - ٥٦٢.

(٢) كفاية الأحكام، كتاب التجارة، المقصد الرابع في الخيار / خيار الشرط.

(٣) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

وتخصيص ما مضى به من الأدلة، وعلمه السيدان بأن الثلاثة هي المدة المعهودة في الشريعة لضرر الخيار، والكلام إذا أطلق حمل على المعهود. وفيه مناقشة»^(١).

وفي الحدائق حصر القائل بالصحة بالشيخ (رحمه الله)، قال (قده): «ولو أطلقا ولم يعينا مدة فالمشهور انه لا يصح، ونقل عن الشيخ الصحة وانه ثلاثة ايام مدعياً فيه النص والاجماع.

وردّ بعدم وجود خيار الثلاثة في الاخبار إلا في خيار الحيوان، وأما الاجماع فاوضح حيث لم يقل ذلك سواء»^(٢).

لكن صاحب الجواهر (قده) بعد تحريره للخلاف في المسألة اختار حمل الاطلاق على ثلاثة أيام، باعتبار: «ان ارسال الشيخ الاخبار 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 الاجماعات المزبورة كافية في اثبات المطلوب، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخرين فضلاً عن غيرهم، إذ لم نعرف مصرحاً بالبطلان بعد الشيخ في احد قوليه إلا الفاضل وثاني الشهيدين والصيمري فيما حكى عنه.

نعم، نسب الى 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 الى الخلاف، مع ان الغالب في بعضها الاشارة الى شواذ الأقوال فضلاً 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 الفرر مندفع بتحديد الشرع وان لم يعلم به المتعاقدان، كخيار الحيوان الذي لا اشكال في صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان.

(١) رياض المسائل ج ١ ص ٥٢٥.

(٢) الحدائق الناضرة ج ١٩ ص ٣٨.

ومن ذلك يعلم ما في دعوى اولويته بالمنع من ذي المدة غير المعينة، كالتعليل بأنه لو صحّ فاما ان يدوم الخيار وهو باطل بالاجماع، أو يخص من غير مخصص. إذ قد عرفت ان التخصيص بالثلاثة اما لانصراف الاطلاق عرفاً، لكونها اقل مدة يتروى بها في مثله، والشرع كاشف، أو لتعيين الشارع، والشرط سبب لا مناط كالوصايا المبهمة، ولذلك كله مال اليه في الدروس، بل جزم به العلامة الطباطبائي في مصابيح، وهو لا يخلو من قوة^(١).

ورغم ذلك كله قيل بثبوت «الخيار ابدأ» وهو المحكي عن الحسن بن صالح ابن حي، ولعله موافق للقاعدة، فان مقتضى الاطلاق ان لا يحد بحدّ وليس ذلك مشمولاً لدليل الغرر، نظير جعل الخيار لفظاً الى الأبد^(٢).

اقول: والذي يتحصل من مجموع ما تقدم ان المسألة ذات اقوال ثلاثة: -
الأول: البطلان، اختاره صريحاً العلامة والشهيد الثاني والسبزواري في الكفاية، ونسب الى كثير من الاصحاب.

واستدل عليه باستلزامه الغرر باعتبار ان الاطلاق اعرق في الجهالة من الاناطة بالمدة المجهولة.

الثاني: الصحة وثبوت الخيار للمشترط ثلاثة أيام، نسب الى المفيد (قده) والسيد المرتضى، وتبعهما الطوسي وجملة ممن تأخروا عنه رحمهم الله جميعاً، مستندين فيه الى: -

- ١ - اجماع الفرقة، بل نسب الى السيد المرتضى جعله مما تفرّدت الامامية به.
- ٢ - النصوص الدالة عليه.
- ٣ - عدم وجود ما ينافيه في الادلة، فان الغرر مندفع بتحديد الشرع، والجهل يؤول الى العلم الحاصل منه.

الثالث: الصحة وثبوت الخيار له ابدأً، نسب الى الحسن بن صالح بن حي،

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٣ - ٣٤.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ٢١٢.

ومال اليه بعض المتأخرين، باعتباره موافقاً للقاعدة.

وفي مقام اختيار الأرجح من هذه الأقوال، ينبغي أن يقال: -

انه إن تمت مقدمات الحكمة وثبت الاطلاق لاشتراط الخيار، فالمتعين هو القول الأخير، وإلاّ بأن ظهر الاهمال في كلام المتعاقدين، فالمتعين هو القول الأول، والحكم بالبطلان رأساً.

واما القول الثاني، فبالرغم من ذهاب جملة من اساطين العلم اليه، واختيارهم له، لم نجد في ما ذكر في كلماتهم من الأدلة ما يحملنا على المصير اليه واختياره، خصوصاً بعد اتفاق الكل على كونه خلاف القاعدة وقصد المتعاقدين.

فان الاجماع عليه غير ثابت قطعاً، كيف وقد نص غير واحد من الاعلام على البطلان فيه، بل اعتبره بعضهم ظاهراً بعض كتب الشيخ نفسه ايضاً.

وعلى تقدير ثبوته لا مجال للاعتداد عليه كاصل مستقل ودليل يعتمد عليه بذاته، بعد وضوح - أو لا أقل الاحتمال المعتد به - استناد المجمعين الى ما ادعي من النصوص في المقام، بل وبعض الوجوه الاعتبارية التي ذكرت في كلماتهم.

فان مثل هذه الملاحظات يمنع عن النظر الى الاجماع المدعى على اساس انه اجماع تعبدى يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام، وقبوله دليلاً في قبال سائر الأدلة التي ذكرت.

واما النصوص المدعى دلالتها على المطلوب، فامرها يدور بين احتمالات ثلاثة:

١ - أن يكون المراد منها اخبار خيار الحيوان، حيث دلت النصوص على ثبوت الخيار فيه ثلاثة ايام^(١) على ما افاده العلامة (قده) في التذكرة.

٢ - ما ورد في قضية حبان (حنان) بن منقذ وانه كان «رجلاً ضعيفاً وكان قد سفع في رأسه مأمومة، فجعل رسول الله صلى الله عليه وآله له الخيار فيها اشترى ثلاثاً، وكان قد ثقل لسانه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: بع وقل لا خلافة، فكنت

(١) راجع وسائل الشيعة ج ١٢ ب ٣ من ابواب الخيار.

اسمعه يقول: لا خذابة لا خذابة، وكان يشتري الشيء ويحيى به اهله، فيقولون هذا غال، فيقول: ان رسول الله صلى الله عليه وآله خيرني في بيعي»^(١).

٣ - أن يراد بها اخبار لم تصل اليها، فان عدم الوصول لا يدل على عدم الوجود، كما ان عدم تعرض شيخ الطائفة (قده) لذكرها في كتابيه الموضوعين لا يداع الاخبار - التهذيب والاستبصار - لا يدل على عدم وجودها مطلقاً، لاحتمال سقوطها نتيجة المآسي والفتن التي مرت على المكتبة الشيعية عموماً وخزانة علم شيخ الطائفة بشكل خاص، أو غيرها من العوارض والاسباب.

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 والتقادير لا مجال للاستناد اليها في اثبات المدعى. اما على الاحتمال الأول، فبطلان الاستدلال غني عن البيان، فان تحديد الخيار الثابت في الحيوان تعبداً وبعيداً عن اتفاق المتعاقدين، لا يقتضي حمل اطلاق اشتراطها الخيار الجعلي عليها، فان كلاً منها موضوع مستقل عن الآخر ولا يربطها شيء.

واما على الاحتمال الثاني، فيردها:

١ - ضعفها سنداً، حيث لم ترد في شيء من كتب احاديثنا، ولم ترد بطرقنا اطلاقاً.

٢ - ان مورد الرواية اجنبي عن محل البحث، اعني اشتراط الخيار بقول مطلق، أو ذكر المدة على نحو الاطلاق، فان قوله حين العقد: (لا خلافة) كناية عن شرط الخيار ثلاثة ايام - على ما ذكره العلامة (قده) في التذكرة - وبذلك يكون موردها من التصريح باشتراط الثلاثة.

٣ - ان الرواية - على تقدير تماميتها - بخيار الغبن انسب دلالة منها الى خيار الشرط، فانها إنما تضمنت اثبات الخيار ثلاثة ايام لتدارك الخديعة والغبن اللذين كان يقع فيهما حنان، وأين ذلك من اطلاق الاشتراط في خيار الشرط.

وبعبارة اخرى: ان الرواية - ان تمت - فهي ظاهرة في خيار الغبن، فان تعين العمل بها كان مقتضاها تحديد الخيار هناك بالثلاثة - وهو مما لم ينسب الالتزام به الى احد اطلاقاً - اما تقييد اطلاق الاشتراط في خيار الشرط بها فلا وجه له ولا مبرر. واما على الاحتمال الثالث، فالأمر فيه اوضح، فانه بالرغم من عظمة شيخ الطائفة وجلالة قدره، لا مجال للعمل بمراسيله المذكورة في كتبه، ناهيك عن مرسله لا اثر لها في الكتب ولم يحرز اصل وجودها.

وانجبار المراسيل والاخبار الضعاف بعمل المشهور والاجماع المحكية على تقدير تماميتها، انها يختص بمورد «قصور السند المرسل المتضحة دلالة، او القاصرة دلالة، لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً، فالتعويل حينئذ على نفس الجابر، ولا حاجة الى ضم المنجبر، إذ نعلم اجمالاً ان المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الاخبار.

ولا ريب ان المستند غالباً في اجماعات القاضي وابن زهرة اجماع السيد في الانتصار^(١).

وبعبارة اخرى: ان من المحتمل أن يكون الشيخ (قده) قد اعتمد في دعواه دلالة النصوص على حمل الاطلاق في اشتراط الخيار على ثلاثة ايام، على اجتهاده واستنباطه من الاخبار الواردة في خيار الحيوان وغيرها، بما لا يتم على تقدير وصوله اليها، ومعه لا يبقى لمجرد دعوى دلالة النصوص على الحمل على الثلاثة مجال للاعتقاد عليه.

إذاً فالقول الثاني - صحة الاشتراط وحمل اطلاق الشرط على الثلاثة - لا يمكن المساعدة عليه، لعدم نهوض ما استدل به عليه لاثباته.

ومن هنا تنحصر دائرة الاختيار بين القولين الأول والثالث، فاما أن يقال بالبطلان رأساً - كما عليه الأكثر - أو يقال بالصحة وثبوت الخيار له ابداً. والظاهر ان ثانيهما هو الأرجح، فانه ليس هناك ما يقتضي البطلان غير دعوى استلزام الاطلاق للغرر وهو منهي عنه.

وهذه الدعوى لا يمكن اثباتها بدليل.

ذلك ان الاستدلال تارة يكون بما ارسله الشهيد الأول (قده) ونسب الى الصدوق (قده) من النهي عن الغرر^(١).

واخرى بما ورد في مرسله الصدوق (قده) من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(٢).

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 اساس لهذه المرسله التي تفرد بنقلها الصدوق.

ومعه لا يحتمل استناد المشهور اليها ليدعى الانجبار»^(٣).

والثاني يدفعه بأن النهي عن بيع الغرر وإن روي بطرق متعددة، حيث رواه الصدوق (قده) باسناد عديدة، إلا أنها لما كانت باجمعها ضعافاً، لم يكن مجال للاعتناء 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.

أللهم إلا أن يدعى القطع بعدم الفرق بينه وبين غيره.

إذا فالنهي عن الغرر - سواء بقول مطلق أو عن البيع خاصة - لم يشهد بدليل

(١) القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٢ ب ٤٠ من ابواب آداب التجارة ج ٣.

(٣) مستند العروة الوثقى كتاب الاجارة ص ٣٣.

معتبر، وغاية ما يمكن اثباته بفضل قاعدة انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور - على تقدير تسليمها - هو النهي عنه في خصوص البيع.

نعم، لا يبعد دعوى كون المنع عن الفرر في المعاملات قاطبة حكماً عقلاً لا يحتاج في ثبوته الى النص والتعبد الشرعي، وذلك:

«أن أساس المعاملات العقلانية من البيع والاجارة ونحوهما، مبني على التحفظ على اصول الأموال، والتبديل في انواعها، فلدى التصدي لتبديل عين او 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 للفرر، كبيع جسم أصفر مردد بين الذهب وغيره، أو جعله اجرة، خارج عن المعاملات الدارجة بين العقلاء. وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل النفوذ والامضاء، من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك، فان دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى»^(١).
إلا أن الكلام يبقى في تطبيق ذلك على ما نحن فيه، واثبات أن اشتراط الخيار على نحو الاطلاق ومن دون بيان مدته من الفرر الخارج عن مدار المعاملات الدارجة بين العقلاء.

فانه لا يخلو عن تأمل، بل منع، ذلك أن الفرر لما كان بمعنى الجهالة المستلزمة للخطر، لم يكن اثبات الخيار كذلك مستلزماً له بالنسبة الى من عليه الحق، فضلاً عن له ذلك، فانه أما ان يَسَلَمَ على المتاع أو بدله - المفروض مساواتها 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 الاثان غالباً، حيث ان الامور المتمحضة في الثمنية - سيما الاوراق النقدية المتعارفة في زماننا - تفقد قيمتها وقدرتها

الشرائية تدريجياً، وبذلك يستلزم الضرر على صاحبه الذي يعود هو اليه. 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 احد 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 اقدامهما 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.

فانه يدفعها ورود مثل هذا الضرر في اشتراط الخيار زمناً طويلاً، على ان المنع من التصرفات الناقلة في زمن الخيار أول الكلام. وعلى هذا الاساس لا يبقى مجال للاختيار سوى الالتزام باطلاق الكلام واثبات الخيار للمشتراط ابدًا.

فانه ليس هناك ما يمنع منه - بعد ما عرفته من بطلان دعوى استلزامه الغرر - سوى توهم كون ظاهر اشتراط الخيار اثباته أياماً معدودة، فلا اطلاق له الى الأبد وآخر العمر.

لكنه توهم لا اساس له، وعلى تقدير أن يكون له وجه، فهو إنما يتم بالنسبة الى اطلاق المدة دون اطلاق اصل الخيار بان لا يذكر أصل المدة فيه، فانه إن لم نقل بأن الاستمرار والتأييد هو الظاهر المنصرف اليه الاطلاق، فلا أقل من شموله له ودخوله تحت مظلته، فيكون حاله حال اشتراط التأييد فيه صريحاً. نعم، يبقى عدم التزام احد من الاصحاب به عائقاً امام المصير اليه، غير أن

الذي يهون الخطب ان ذلك لم يكن منهم - على ما يظهر من كلماتهم - لقصور في مقتضي هذا القول بحد ذاته، وانما كان من جهة اعتقادهم ورود التعبد بحمله على الثلاثة - على ما اختاره الأكثر - او اعتقادهم باستلزام العمل على وفق الاطلاق الغرر.

وحيث قد عرفت - بما لا يقبل الشك - عدم تمامية شيء منها، 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 انكار 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، والابطال كل البيوع بجهالة مدة خيار المجلس، بل لا يضر جهالة اصل ثبوت الخيار، ولذا لا تجد احياناً يفني بطلان البيع بجهل المتبايعين بثبوت الخيار في الشريعة، بل الجهل بالشبهة الموضوعية لا زال حاصلاً في موارد الغبن وفي موارد العيب والتأخير والرؤية، اما كماً أو وصفاً، فيكون اضافة البيع الى الغرر من قبيل الاضافة الى المفعول»^(١) فان المنع عن الغرر - على ما عرفت - ليس نهياً شرعياً، وإنما هو بحكم العقلاء وبنائهم في معاملاتهم وتصرفاتهم.

وعلى تقدير ثبوته - شرعاً او ببناء العقلاء - لا وجه للتفصيل بين الناشئ من جهالة الخيار وبين الناشئ من غيره، فان لسان التعبد كبناء العقلاء آتٍ عن التخصيص والحكم بصحة المجهول أياً كان منشؤه.

وما ذكره (قده) من موارد لم يشمل المنع، ليس استثناءً في الحكم الثابت للغرر أو تخصيصاً لمورده بما عدا الخيار، بل الوجه فيه اختصاص موضوع بناء العقلاء كظاهر النص على المنع، بمورد كون الاقدام والالتزام المعاملي غررياً، فلا يشمل تلك

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات / ص ٢١.

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.

وهذا اللحاظ يختلف تلك الموارد عما نحن فيه، أعني الاطلاق في اشتراط الخيار، أو ذكر المدة فيه مطلقة، فانه باعتبار كونه مجعولاً من قبل المتعاقدين وثابتاً باتفاقهما، يدخل في صميم ما أقدم عليه، فيكون لا محالة - على تقدير تسليم كونه غريباً - مشمولاً للمنع الثابت ببناء العقلاء أو النص على تقدير تماميته.

ومما تقدم أيضاً تعرف انه لا وجه لما ذكره صاحب الجواهر (قده) تبعاً لصاحب مفتاح الكرامة - رحمه الله - من توجيه حمل اطلاق الاشتراط على ثلاثة ايام بأنه «ليس في الأدلة ما ينافيه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع» أو لأنه «لا جهالة لمكان الأول الى العلم الحاصل من الشرع».

فانك قد عرفت عدم ثبوت التحديد من الشرع، لعدم تمامية شيء مما يمكن الاستناد اليه في اثباته.

على ان تحديد الشارع لا يوجب انتفاء الغرر والاقدام عليه - المنهي عنه بحسب بناء العقلاء أو الشرع - ما لم يكن المتعاقدان حين الانشاء منتهيين اليه، ومعه يخرج المورد عن محل الكلام تخصصاً، ويدخل في اشتراط المدة المعلومة.

وبعبارة اخرى: انك قد عرفت فيما تقدم ان الممنوع والمنهي عنه من الغرر - ببناء العقلاء والتعبد الشرعي - ما كان الاقدام المعاملي والالتزام العقدي فيه غريباً، 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: فاذا كان الخيار الذي أقدم عليه المتعاقدان موجباً للغرر والجهالة في مرحلة ما قبل حكم الشارع بتحديدده، كانت المعاملة منهيّاً عنها ومحكومة بالبطلان وإن ثبت تحديد الشرع للاطلاق بفترة معينة، فانه لا يرفع الغرر عما أقدم عليه والتزاماته. نعم، لو التفت المتعاقدان اليه قبل مرحلة الانشاء، بحيث كان التحديد من

قصدتها حينه، صح العقد بلا اشكال فيه، لكنه خروج عن محل الكلام.
وان ابيت إلا عن صحة العقد حتى مع عدم التفاتها حين الانشاء اليه، لفرض
تامة التعبد بالثلاثة - لو سلمناه - كان ذلك تخصيصاً لعموم النهي عن الغرر لا محالة،
وهو خروج عن محل النزاع أيضاً، حيث ان المدعى خروج المورد تخصيصاً، أعني انتفاء
الغرر فيه، لا تخصيصاً 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 الاطلاق.
وليس الوجه في هذا الاختيار سوى سلامة الاطلاق في مقام الاشتراط في حدّ
ذاته، وعدم تامة ما يقتضي تقييده او بطلانه.
اما الأول: فلكون المفهوم العرفي من الاطلاق في المقام هو الارسال
والاستمرار، وهما يقتضيان التأييد وثبوت الخيار مادام العمر، ومعه ينتفي الاجمال
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 ايام.
وفيهما معاً ما قد عرفت.

فانه لا غرر في المقام، ولا جهالة، ولا خطر على من عليه الخيار.
على ان حديث النهي عن الغرر بقول مطلق لم يثبت مبدئياً، والنهي عن البيع
الغرري لم يرد بطريق معتبر، وما ثبت بيناء العقلاء لا يشمل امثال المقام، ويكفيها فيه
الشك حيث يتعين معه الاقتصار على القدر المتيقن، حاله في ذلك حال سائر الادلة
اللبية.

وقد عرفت ضعف ما قيل في توجيه الحمل على ثلاثة أيام، فإن الاجماع غير ثابت، وعلى تقدير ثبوته لا يمكن الاعتماد عليه بوصفه اجماعاً تعبيرياً، ودعوى وجود النصوص في ذلك، لا تعدو - في احسن الأحوال - في الاعتبار مرسله مجهولة العين. وعلى هذا الاساس لا يبقى امام التمسك بالاطلاق واثبات الخيار المشترط مدى الحياة مانع او محذور.

نعم، الانصاف يقتضي الاعتراف بأن ما ذكرناه إنما يتم بالنسبة للاطلاق في اشتراط الخيار، بمعنى عدم ذكر المدة اصلاً، بان يقول البائع - مثلاً - : بعتك هذا المتاع على أن يكون لي فيه الخيار، حيث يجري فيه ما ذكرناه من فهم العرف للارسال والاستمرار، دون الاطلاق في المدة، بمعنى عدم تحديدها بعد ذكرها بزمان معين، بأن يقول: بعتك هذا المتاع على أن يكون لي الخيار مدة، فانه لا يبعد فيه دعوى كون المتفاهم العرفي من ذكر المدة عدم ارادة التأبيد، وثبوت الخيار له زماناً ومقداراً، وهو ما يعني الاجمال وجهالة الشرط، فيحكم فيه بالبطلان لا محالة.

وبعبارة اخرى: ان عدم تحديد المدة في الفرض الثاني لما كان مستلزماً للاهمال والاجمال - بمقتضى الفهم العرفي - كان الحكم فيه مختلفاً عن الفرض الأول الذي اقتضى الاطلاق فيه - بمقتضى الفهم العرفي ايضاً - الاستمرار والتأبيد، فان معلومية الاستمرار والدوام يرفع الغموض عن الشرط فيصح، على العكس من الاهمال حيث يساوق الغموض والجهالة.

إذاً فالحق في المقام هو التفصيل بين فرضي الاطلاق في الخيار نفسه والاطلاق في مدته، بالالتزام بالصحة والحمل على الدوام في الأول، والبطلان في الثاني. وقد التزم بهذا التفصيل مبدئياً المحقق العاملي (قده) في مفتاح الكرامة - على ما عرفته من كلامه الذي تقدم نقله - وان خالف في حمل الفرض الأول - الاطلاق في الخيار - على ثلاثة أيام.

ب - في اعتبار ضبط مدة الخيار على تقدير ذكرها

يبدو لمستتبع كلمات الاعلام ان اعتبار تحديد مدة الخيار وضبطها بها لا يقبل الزيادة والنقصان والانطباق على كثيرين، على تقدير ذكرها فيه، من الأمور المسلّمة بينهم.

فقد طفحت كلماتهم بلزوم تحديد المدة في الخيار بها لا يقبل الزيادة والنقصان، وانه لو تراضيا على مدة مجهولة كقدوم الحاج - مثلاً - 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 اطلاقها التأييد.

وكيف كان، فقد استدل عليه في كلماتهم:

تارة بالاجماع 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 بها يحتمل الزيادة والنقصان كقدوم الحاج»^(١): «قولاً واحداً»^(٢).

وفي مفتاح الكرامة تعقيباً على قول العلامة: «خيار الشرط، ولا يتقدر بحد، بل بحسب ما يشترطانه، بشرط الضبط، وذكره في صلب العقد، فلو شرطاً غيره كقدوم الحاج بطل العقد»^(٣): «بطل الشرط بالاجماع»^(٤).

وفي المكاسب: «بلا خلاف، بل حكي الاجماع عليه صريحاً»^(٥).

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٦.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٢٢٠.

(٣) قواعد الأحكام / كتاب المتاجر / المقصد الخامس في لزوم البيع / الفصل الأول في الخيار الثالث خيار الشرط.

(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦١.

(٥) المكاسب ج ١٤ ص ٢٣٨.

بل يظهر من أكثر الأصحاب إرسال الحكم إرسال المسلمات.
قال الشهيد الأول (رحمه الله) في الدروس: «نعم، يشترط ضبطه بما لا يحتمل
التفاوت»^(١).

وقال في اللمعة: «خيار الشرط: وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل
مضبوطاً»^(٢).

وقال الشيخ الأعظم (قده): «نعم، يشترط تعيين المدة، فلو تراضيا على مدة
مجهولة كقدوم الحاج بطل»^(٣).

وذكر السيد الوالد (رحمه الله): «نعم، لابد من تعيين مبدئها وتقديرها بقدر
معين ولو مادام العمر، فلا يجوز جعل الخيار بلا مدة، ولا جعله مدة غير محدودة قابلة
للزيادة والنقص»^(٤).

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»^(٥).

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»^(٦).
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

(١) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٤٥٢.

(٣) المكاسب ج ١٤ ص ٢٣٧.

(٤) منهاج الصالحين ج ٢ ص ٣٠ المسألة ١١٣.

(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦١.

(٦) الحقائق الناجية ج ١٩ ص ٣٨.

اتباعها من الكتاب»^(١).

وفي المكاسب: «لصيرورة المعاملة بذلك غررية»^(٢).

وثالثة بمناقاته للمقصود من تشريع العقود.

قال في مفتاح الكرامة: «مع موافقة الحكمة والاعتبار، لأن العقود شرعت،

لقطع مواد الاختلاف، والاناطة بالمختلف مثار الخلاف»^(٣).

وتبعه عليه في الجواهر حيث قال: «على أن مشروعية العقود لقطع الاختلاف،

فلا تناط بها هو مثاره»^(٤).

اقول: العمدة في الاستدلال هو الدليلان الأولان، أما الدليل الأخير فلا

يتجاوز الادعاء المحض، ولا يعدو - في حد ذاته - الاستحسان والأخذ بها يقتضيه

الذوق والطبع.

على أن ثبوته يقتضي المنع من الشروط بقول مطلق، لاسيما خيار الشرط حتى

مع تعيين مدته، باعتبار أن نتيجة أخذها في العقود اناطتها بها هو مثار الاختلاف.

واغلب الظن أن الأصحاب إنما ذكروه كمؤيد لاختيارهم، وليس هو على حد

سابقه دليلاً على المدعى.

وكيف كان، ففي الدليلين الأولين غنى وكفاية، فإن الإجماع تام ومستحكم، بل

قد عرفت إرسال الأصحاب للحكم إرسال المسلمات.

وكذلك استلزامه للجهالة والغرر، فإن في إناطة الخيار بأمد غير منضبط من

التردد والجهالة، ما لا يخفى، فيكون نظير اناطته بالمدة المطلقة مشمولاً بالمنع، لبناء

العقلاء أو التعبد.

(١) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٢.

(٢) المكاسب ج ١٤ ص ٢٣٨.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦١.

(٤) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٢.

وبعبارة أخرى: ان اناطة الخيار بأجل يقبل الزيادة والنقصان ليس كإطلاق الخيار يحمل على أبعد الازمنة - وهو في الاطلاق نهاية العمر - فان المفهوم من الاطلاق هو الاستمرار والتأييد، فيكون كاشتراطه مادام العمر صريحاً، بخلاف المفهوم من اناطته بمدة مجهولة، حيث لا يدرك العرف منه سوى الابهام والاجمال.

وحيث ان الجهل بالشرط ينعكس على العقد المتضمن له لا محالة، لارتباطه به ودخوله في متنته بحيث يؤثر على الثمن والمثمن زيادة ونقصاناً، كان الابهام فيه موجباً للابهام في العقد نفسه، وبه يخرج عن دائرة العقود الدارجة بين العقلاء، ويدخل في حيز المنع عن العقد الفرري عقلاً أو شرعاً.

وهذا المعنى هو مراد بعضهم بقوله: «ان خيار فسخ العقد اذا كان مجهولاً يصير العقد بحسب استقراره وتزلزله مجهولاً، فالخيار لما كان من الأول متعلقاً بالعقد كانت جهالته جهالته»^(١).

بل وما ذكره المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «ان الالتزام البيعي قد يكون ظرفاً محضاً 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 مربوطاً بالاقدام المعاملي، وإذا فرض ان الاقدام المعاملي منوط به ولو لم يؤخذ بنحو القيدية للمبيع، كان الجهل به موجباً لغررية الاقدام المعاملي وان لم يوجب الجهل بالمبيع، والغرض من الاقدام المعاملي إنما لا يعتنى به اذا كان غرضاً خارجياً، لا ما اذا كان غرضاً عقدياً يربط به وان لم يرتبط بالمبيع به، وتفاوت المالية الموجب لتفاوت الرغبات إنما لا يضر الجهل به فيما إذا كان غرضاً خارجياً في ما اذا صار غرضاً عقدياً» .

والحاصل: ان غررية العقد المتضمن لشرط الخيار مدة غير مضبوطة، أوضح

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ٢٠٩.

(٢) تعليقه الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ٣٨.

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 ارسله 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 اطلاق لها ويتعين فيها الاقتصار على القدر المتيقن.

نعم، لا بأس بالتمسك به على تقدير ثبوت النص فيه، ولو بفضل قاعدة انجبار الخبر الضعيف بعمل المشهور به.

إلا أنه - مع ذلك - إنما يختص بما ثبت صدق الغرر عليه عرفاً، وكان الشك من جهة شمول المنع له وعدمه، ولو من جهة تسامح الناس فيه، وإلا فلا وجه لاثباته بالاطلاق أيضاً، لوضوح عدم تكفل الدليل لاثبات 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 وتحديدّها بما لا يقبل الزيادة والنقصان.

ففي المبسوط: «وخيار الشرط ان شرط لها او لأحدهما يثبت بحسب الشرط.... اذا شرطاً لكل واحد منها ثلاثاً او ما زاد عليه صح»^(١). وفي الشرايع: «وهو بحسب ما يشترطانه أو أحدهما»^(٢).

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

(٢) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٦.

وفي الدروس: «وهو جائز لهما ولأحدهما، ولا يتقدر بالثلاثة»^(١).
 وفي اللعة: «وهو بحسب الشرط»^(٢).
 وفي الجواهر: «لا يتقدر بمدة مخصوصة»^(٣).
 وفي المكاسب: «خيار الشرط أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، ولا خلاف في صحة هذا الشرط، ولا في انه لا يتقدر بحدّ عندنا»^(٤).
 وكأنه قد اخذ العبارة من العلامة (قده) في القواعد حيث قال: «خيار الشرط: ولا يتقدر بحدّ عندنا، بل بحسب ما يشترطه بشرط الضبط»^(٥).
 قال في مفتاح الكرامة تعقيباً عليه: «أما انه لا يتقدر بحد فقد حكى عليه الاجماع في الخلاف، والانتصار، والغنية، والتذكرة.
 وفي الخلاف: ان اخبارنا به متواترة، وخالف الفقهاء في ذلك.
 ويدل عليه بعد الاجماع الاصل بمعنيين والكتاب والسنة.... وموافقة الاعتبار لمكان وجود الضرورة الداعية الى الاشتراط، وطول المدة وقصرها، إلا أن يعلم عدم بقائهما اليها، فان 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»^(٦).
 وكيف كان، فلم يظهر الخلاف فيه من احد من الاصحاب، ويقتضيه مضافاً الى ما ذكر من الاجماع وموافقة الاعتبار، عموم «المسلمون عند شروطهم» فانه شامل للثلاثة والأقل منها والأكثر على حد سواء حيث لم يثبت التخصيص.

(١) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) اللعة الدمشقية ج ٣ ص ٤٥٢.

(٣) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٢.

(٤) المكاسب ج ١٤ ص ٢٣١.

(٥) قواعد الأحكام / كتاب المتاجر / المقصد الخامس في لزوم البيع / الثالث خيار الشرط.

(٦) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٠.

إذا فالصحيح هو القول بعدم تحديد الخيار بزمان معين، وإنما هو بحسب ما يتفق عليه طرفا العقد، قلّ أم كثر، مادام مضبوطاً ومحددأ بما لا يقبل الزيادة والنقصان.

د - مبدأ الخيار المجعل

المشهور بين الأعلام عموماً - 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»^(١).

وكيف كان، فالحديث في هذا المقام تارة يكون في مقام الثبوت، وأخرى في مقام الإثبات وما يقتضيه اطلاق الاشتراط وعدم التصريح بالمبدأ.

أما مقام الثبوت: -

فالمشهور تعين جعل مبدأ الخيار من حين العقد، باعتبار استلزام جعله من حين التفرق للفرر والجهالة المتفق على بطلانها.

قال في الجواهر: «بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرق للجهالة، نحو ما لو صرح به، بل ربما حكى عن الشيخ الاعتراف به»^(٢).

وقال الشيخ الأعظم (قده): «ولو جعل مبدأه من حين التفرق بطل، لادائه الى جهالة مدة الخيار»^(٣).

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

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٩١.

(٣) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٥.

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 شرطاً أن يكون ابتداءها من حين التفرق لم يصح، كما نبه عليه في التذكرة، وظاهره انه محل وفاق بيننا وبين من خالفنا»^(١).

والأمر كما افادوه - رحمه الله - فان استلزام اناطة مبدأ الخيار المعلوم بأمر مجهول يجعله مجهولاً وغريباً لا محالة، إذ لا فرق بنظر العرف والعقلاء في غررية الأجل القابل للزيادة والنقصان، بين كون التردد وقابلية التقلص والتمدد ناشئاً من مبدأ الخيار أو من منتهاه.

فكما ان اناطته بقدوم الحاج مستلزم للغرر باعتبار تردده بين الأقل والأكثر، فاناطة مبدئه بأمر مردد قابل للزيادة والنقصان، يجعله مردداً بلحاظ موعد انتهائه. ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما افاده المحقق الايرواني (قده) تعليقاً على قول الشيخ الأعظم: «ولو جعل مبدأه من حين التفرق بطل» بقوله: «بل صح ان جعل من حين التفرق الى 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 اذا جعل ثلاثة أيام من حين قدوم الحاج، أو من زمان الكسوف....»^(٢).

إذ يرد عليه: انه لا فرق في صدق الغرر بنظر العرف لتردد الاجل في الخيار بين القصير والطويل، بين ما كان نابعاً من مبدأ الخيار أو من منتهاه.

على ان لازم ما افاده (قده) الحكم بالصحة لو اشترط الخيار أياماً 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 الى جهالة المجعول ايضاً.

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٦.

(٢) تعليقة الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات / ص ٢١

وفي قبال هذا القول، قيل باقتضاء مقام الثبوت لكون مبدئه من حين التفرق، بل والثلاثة في الحيوان اذا كان المبيع حيواناً، معللين ذلك في كلماتهم بعدم امكان جعله في عرض خيار آخر ثابت لهما او للمشروط له.

وقد ذكر لبيان ذلك وجوهاً عقلية، تتلخص في استلزامه لمحاذير في العقد او اعتبار المنشئ أو نفس الخيار.

فقد علله شيخ الطائفة (قده) - على ما عرفته فيما تقدم - بأن: «الخيار يدخل اذا ثبت العقد، والعقد لم يثبت قبل التفرق».

ونحوه المحكي عن ابن ادريس في السرائر.

واورد عليه الشيخ الأعظم (قده) بقوله: «وهذه الدعوى لم نعرفها»^(١).

وأوضحه المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «فان المراد من الثبوت إن كان ما يساوق الوجود، فهو موجود، وإن كان ما يساوق اللزوم، فان اريد اللزوم الفعلي فمن المستحيل اجتماع اللزوم الفعلي والخيار الفعلي، وإن اريد اللزوم الاقتضائي ففيه أن نسبة خيار الحيوان وخيار المجلس الى العقد على حد سواء، فالعقد البيعي مقتضى اللزوم، فلولاً الخيار كان اللزوم فعلياً، فكلاً الخيارين بمنزلة المانع من مقتضى اللزوم، لا أن عدم خيار المجلس جزء مقوم للمقتضى حتى لا تصل نوبة المانع عنه الى خيار المجلس»^(٢).

والظاهر ان مراد الشيخ (قده) من تعليله واضح، فانه - رحمه الله - بصدد بيان المحذور من ناحية العقد، وانه لا يعقل تزلزل العقد الواحد مرتين في عرض واحد، كما لا يعقل لزومه أو جوازه الحكمي مرتين كذلك.

فانه كما لا يجوز ان يكون عقد البيع - مثلاً - لازماً مرتين في آن واحد أو عقد الهبة جائزاً مرتين كذلك، لا يجوز ذلك في الجواز الحقي ايضاً، بأن يكون العقد متزلزلاً مرتين في عرض واحد.

(١) المكاسب ج ١٤ ص ١٣٨.

(٢) تعليقه الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات / ص ٣٤.

وعليه فإذا كان العقد متزلزلاً من ناحية خيار المجلس، لم يصح ان 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: انه كما لا يعقل اعتبار لزومين أو جوازين حكميين 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 ان الخيار من الماهية النوعية المختلفة بالمصنفات، كان اجتماع اثنين منها أو أكثر في عقد واحد، أو عروضها على موضوع واحد كالمبتاعين، من اجتماع المثليين الباطل بالضرورة.

وتوهم: اتحاد الخيار في مثله، وان تعدد سببه، بأن يكون الخيار الواحد مسبباً عن اسباب متعددة ومختلفة: *مركز حقوق كاميون علوم إسلامي* يدفعه: امتناع اجتماع السببين على مسبب واحد.

وهذا التوجيه يعود في الحقيقة الى جعل المحذور في اجتماع الخيارين، الى نفس الخيار، حيث يمتنع اجتماعهما لاستلزامه المحال، دون العقد او الاعتبار.

ثم لا يخفى انه لو تم شيء من هذه المحاذير الثلاثة ولم يمكن التفصي عنه، لتعين القول بتأخر مبدأ خيار الشرط في الحيوان عن الثلاثة المجعولة تعبداً في بيع الحيوان.

قال الشيخ الأعظم (قده): «لو تمّ 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^(١).
إلا أن الذي يسهل الأمر وهو الخطب عدم تمامية شيء مما ذكر في توجيه
المنع.

فقد اجاب المتأخرون من الأعلام باجوبة شافية ووافية عن كل تلك
التوهمات، وإن اختلفوا في مقام البيان بين الاجمال والتفصيل.

فقد اختصر السيد الخميني (قده) الاجابة عنها بقوله: «ان توهم تلك
المحذورات العقلية ناشٍ من قياس التشريع والامور الاعتبارية بالتكوين، وقياس
الاحكام بالاعراض المقولية والاسباب الشرعية بالاسباب التكوينية، مع انه قياس
باطل، إذ ليس للاحكام وجود خارجي عارض على الموضوعات عروض الاعراض
عليها، بل هي امور اعتبارية ناشئة عن مصالح ومفاسد، فيمكن ويصح اعتبار
الحكمين الوضعيين باعتبار المصلحتين واختلاف الجهتين.

فلا ضدية ولا تماثل بينها نحو ما بين الاعراض الخارجية، وليست الاسباب
الشرعية كالاسباب العقلية التكوينية حتى يمتنع اجتماعها على مسبب واحد، بل
الاسباب ههنا معارف عن موضوعات الأحكام، او عن الحكم والنكات»^(٢).

في حين تصدى الاعلام للاجابة التفصيلية عن كل توجيه من التوجيهات
المذكورة بخصوصه، ونقتصر في نقلها على ما افاده السيد الخميني أيضاً لاحتوائها اكثر
تلك الكلمات.

قال في كتاب البيع ما نصه: «وأما التفصيل: -

فالجواب عن محذور تكثر التزلزل في العقد، هو أن التزلزل فيه يرجع الى كونه
خيارياً 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 وصفاً خارجياً كتزلزل السفينة حتى لا يعقل تكثره،

(١) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٦ - ٢٦٧.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ١٨٨.

بل هو تزلزل اعتباري منشؤه كثرة حق الخيار، فلو صار ذلك منشأً 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 المثليين، هو أن اجتماعهما في الأحكام لا محذور فيه مع اختلاف الجهتين، وليس المثلان ههنا كالمثليين في الاعراض 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.

فالمائلة في الأمور الاعتبارية غيرها في المقولات»^(١).

وأجاب (قده) «عن محذور اجتماع السببين على مسبب واحد - لو قيل بوحدة الخيار - بأن الأسباب الشرعية ليست كالعقلية مؤثرات وموجدات، بل هي معارفات كالمعرفات المنطقية، كقولهم: «الإنسان حيوان ناطق» و«الإنسان حيوان ضاحك» و«هو ماشٍ مستقيم القامة» إلى غير ذلك، وجميعها معارفات لموضوع واحد بجهات مختلفة، فالأسباب والتعليقات الشرعية معارفات للموضوعات، أو حكم ونكات للجعل، لا مؤثرات وعلل واقعية حتى يمتنع اجتماعها على مسبب ومعلول واحد، فقولُه: «الخمر حرام لأنه مسكر» معرّف للموضوع أي المسكر، لا علة لثبوت الحكم للخمر، لعدم تعقل كون شيء علة لثبوت حكم بحيث يترتب الحكم على الموضوع بهذه العلة من دون حصول المبادئ التصديقية والتصورية للحكم الذي هو

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ١٨٨ - ١٨٩.

منشأ من الجاعل، وبعد الجعل أيضاً اعتبار لا واقعية له في غير صقع الاعتبار، فالسببية والمسببية والعلية والمعلولية في الاحكام باطلة.

نعم، الأحكام مجعولة بالجعل الشرعي، ومعلولة لمبادئه المقررة، ولا يعقل أن تكون لها علة وراء ذلك، فقولهم في جواب الاشكال: إن العلل الشرعية معارفات صحيح متقن^(١).

نعم، قد يقال ان اشتراط الخيار في بيع الحيوان مدة مساوية لمدة الخيار المَجْعُول شرعاً في الحيوان - ثلاثة أيام - لغو محض، ولا تشمله ادلة لزوم الوفاء بالشرط، فان العقد بطبعه ومع التجرد عن الخيار يقتضي ثبوت ذلك، ومعه لا يبقى للاشتراط دور يكون بلحاظه مشمولاً لأدلة الامضاء والنفوذ.

نعم، لو كان زمان خيار الشرط اطول من زمان الخيارات المتحققة بحسب اقتضاء طبع العقد بالاصالة، صح الاشتراط وخرج عن اللغوية بلحاظ اثره فيما بعد انقضاء تلك الخيارات.

وأما ما يساوق منه فترة الخيار المَجْعُول شرعاً، فاما ان يصار فيه الى بطلانه فيقال بتبعض الخيار المشترط بالقياس الى ما يساوق منه زمن الخيار المَجْعُول شرعاً 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 اذا قلنا بامتناع جمع الخيارين وقلنا بتقدم ادلة خيار المجلس والحيوان على ادلة خيار الشرط - كما هو الحق - فلا بد من تقطيع خيار الشرط اذا كان زمانه اطول، كما لو جعل الخيار عشرة أيام، فيحكم ببطلانه بالنسبة لزمان الخيار الموجود، وصحته في البقية، لأن المَجْعُول أمر ممتد قابل للتقطيع والانحلال، واما لو كان المَجْعُول بمقدار الخيار الموجود أو أقل منه فيحكم ببطلان الشرط»^(٢).

(١) كتاب البيع ج ٤ ص ١٨٨-١٩٠.

(٢) كتاب البيع ج ٤ ص ٢١٥.

أو يصار فيه الى تجميد اثر الخيار المشروط في فترة الخيار المجعول شرعاً، وتوقف فعليته على انقضائه.

وبعبارة اخرى: ان اشتراط الخيار عشرة ايام - مثلاً - يكون بحسب مقام الانشاء من حين العقد الى انتهاء العشرة لكنه وبحسب مقام الفعلية وترتب الاثر يكون مبدأه من حين التفرق 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 اطلاق 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 رأساً لثبوت الخيار في المحل ذاتاً»^(١).

غير ان بطلان هذا القول - لزوم اللغوية - من اساسه، يغنيننا عن تكلف ما صنعه العلمان من التوجيه.

فانك قد عرفت فيما تقدم من مبحث اشتراط الخيار في العقود الجائزة - بما لا مزيد عليه - ان ثبوت حق الفسخ شرعاً في مورد لا يوجب لغوية اشتراط الخيار فيه، فان هناك من الآثار للاشتراط ما يجعله امراً عقلاً لا محذور فيه.

على ان لازم كلامهما جريانه في خيار الحيوان دائماً، للغوية ما يساوق منه زمن خيار المجلس، وهو ما يعني نقصاً في زمن خيار الحيوان المحدد من قبل الشارع - ثلاثة أيام - حقيقة - على مبنى السيد الخميني - أو عملاً - على مبنى المحقق الايرواني - دائماً - 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 اجماعاً، ومنهم العلمان.

يضاف الى هذا كله انه لو قدر كون اشتراط الخيار زمن المجلس أو الحيوان

(١) تعليقه الايرواني على المكاسب / قسم الخيارات / ص ٢١.

لغواً، لم تكن اطالة مدته الى ما بعد تلك الفترة مصححة لشمول الأدلة له - وان التزمنا بتجميد اثره تلك الفترة كما فعله المحقق الايرواني - فان ادلة النفوذ ووجوب الوفاء كما لا تشمل ما يكون بجميع اجزائه لغواً، لا تشمل الجزء اللغو من المركب منه ومن غيره، فان الاطلاق لا يشمل اللغو على كل تقدير، مستقلاً كان أم منضماً الى غيره، كان له اثر بالفعل أم لم يكن، فان تجميد اثره يجعل شمول الاطلاق له لغواً، وان لم يكن قبله كذلك.

إلا أن لا يعني قبول مذهب اليه السيد الخميني من التبعيض في الشمول، فانه وان كان أوجد من مقولة التبعيض في الأثر، باعتبار اخراجه للجزء اللغو من مظلة الاطلاق ودائرة شموله، إلا أنه لا وجه لتقطيع الخيار بالصحة في حصته منه والبطلان في حصة اخرى.

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 التفاتها اليه بالمرّة، على ما يقال في جعل الخيار من حين التفرق مع قصدها له من حين العقد. نعم، لو ثبت ما افاده (قده) من التفصيل بدليل تعبدى، كان الخيار في الفترة الزائدة عن زمن خيار الحيوان ثابتاً بالجعل الشرعي خارجاً عن ارادة المتعاقدين وقصدها، حاله حال الخيار في الثلاثة - خيار الحيوان -.

ومما ذكرناه يظهر انه لا وجه للحكم بالبطلان في فرض اشتراط الخيار في بيع الحيوان ثلاثة ايام خاصة، فانه لا محذور فيه اطلاقاً.

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 ايام 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 الاثبات :

هذا كله بحسب مقام الواقع والثبوت، واما بحسب مقام الاثبات والاستظهار

من الشرط حيث يُطلق ولم يُصرح بمبدئه، فالمشهور بينهم - شهرة كادت تبلغ الاتفاق، بل ادعي فيه نفي الريب صريحاً جعل مبدئه من حين العقد.

قال العلامة (قده): «وإول وقته عند الإطلاق من حين العقد، لا التفرق، ولا خروج الثلاثة في الحيوان»^(١).

وعلق عليه في مفتاح الكرامة بقوله: «كما هو خيرة الشرائع وجامع الشرائع والمختلف والتذكرة والتحرير والارشاد والتنقيح وغاية المرام وتعليق الارشاد والميسية والمسالك ومجمع البرهان»^(٢).

وفي الجواهر تعقيباً على قول الشرائع: «وقيل من حين العقد وهو شبه»^(٣). قال: «واشهر، بل هو المشهور، لنحو ما سمعته هناك - خيار الحيوان - ايضاً، 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 احد المتعاقدين مدة»^(٤).

وقال الشيخ الانصاري (قده): «مبدأ هذا الخيار من حين العقد لأنه المتبادر من الإطلاق»^(٥).

وقال المحقق النائيني (قده): «لو جعلاً مبدأه منفصلاً عن العقد فهو، ولو اطلقاً فمبدؤه من حين العقد»^(٦).

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، وإبي

(١) قواعد الأحكام / كتاب المتاجر / المقصد الخامس في لزوم البيع / خيار الشرط.

(٢) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٦.

(٣) شرائع الاسلام ج ٢ ص ١٨.

(٤) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٩١.

(٥) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٤.

(٦) منية الطالب في شرح المكاسب ج ٢ ص ٤١.

المكارم في الغنية، وابن ادریس في السرائر.

ولا یبعد أن یكون نظرهم الى مقام الثبوت دون الاثبات.

أللهم إلا أن یقال: «إن المتبادر من جعل الخيار جعله له في زمان لولا الخيار

لزم العقد، كما اشار اليه 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» .

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، ولثلا يلزم

الغرر، ومن التفرق عند الشيخ وابن ادریس حملاً على التأسيس وتقديراً من اجتماع

المثلين»^(١).

بل هو ظاهر السيد الوالد - (رحمه الله) - حيث اعتبر لزوم تعيين مبدئه.

قال (رحمه الله) «لا يتقدر هذا الخيار بمدة معينة، بل يجوز اشتراطه من أي مدة

كانت، قصيرة او طويلة، متصلة او منفصلة عن العقد.

نعم، لابد من تعيين مبدئها وتقديرها بقدر معين»^(٢).

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.

(١) المكاسب ج ١٤ ص ٢٦٦ - ٢٦٧.

(٢) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٣) منهاج الصالحين ج ٢ ص ٣٠ مسألة ١١٣.

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 لها أو لأحدهما أو لثالث ولها أو لأحدهما مع الثالث، واختلاف المدة لو تعدد صاحبه، وعدم اتصالها»^(١).

وفي الدروس: «يجوز اشتراط مدة متأخرة عن العقد ويلزم بينها»^(٢). 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»^(٣). 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»^(٤). وفي كفاية الأحكام: «ولا فرق بين كونها متصلة بالعقد ومنفصلة عنه مع ضبطها، فلو شرطها متأخرة كان العقد لازماً بعد المجلس جائزاً فيها»^(٥).

وفي الرياض: «ولا بد أن تكون مدته - أي الخيار وكذا الاستتار - مضبوطة غير محتملة للزيادة والنقص، متصلة بالعقد أم منفصلة، ويصير العقد في الثاني جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس»^(٦).

وفي الحدائق: «يجب أن تكون المدة مضبوطة، والوجه فيه رفع الجهالة المبطله للعقد، وإن الأجل - كما صرحوا به - له قسط من الثمن، فيؤول إلى جهالة أحد العوضين، وإن 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،

(١) قواعد الأحكام / كتاب المتاجر / المقصد الخامس في لزوم البيع / خيار الشرط.

(٢) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٣) مسالك الأفهام ج ١ خيار الشرط.

(٤) الروضة البهية ج ٣ ص ٤٥٢.

(٥) كفاية الأحكام / كتاب البيع / المقصد الرابع في الخيار / خيار الشرط.

(٦) رياض المسائل ج ١ ص ٥٢٥.

فيصح اشتراطه»^(١).

وفي الجواهر: «ولا يعتبر فيها الاتصال بالعقد، كما هو صريح بعض وظاهر اطلاق آخرين، للعموم، خلافاً لما عن بعض العامة فمنعه، واحتمله الفاضل تفادياً من انقلاب اللازم جائزاً.

وفيه: انه جائز وواقع في خيار التأخير وغيره»^(٢).

وقال في جامع المقاصد: «لا مانع من انقلاب الواجب في العقود جائزاً، وقد ثبت في مواضع، فان المبيع لو تعيب قبل القبض مع فرض لزوم البيع انقلب جائزاً، وكذا المبيع في التأخير»^(٣).

وكيف كان، فالحكم متفق عليه بينهم، ويقتضيه - مضافاً اليه - عموم أدلة الشرط، إذ لا محذور يمنع من شمول عموم ادلة وجوب الوفاء بالشرط له. قال في مفتاح الكرامة في مقام تعليل الجواز: «عملاً بالأصل، وعموم الكتاب والسنة، ولا معارض»^(٤).

وفي المكاسب: «لا فرق بين كون زمان الخيار متصلاً بالعقد أو منفصلاً عنه، لعموم ادلة الشرط»^(٥).

نعم، قد يظهر من العلامة (قده) التردد في الحكم، حيث ذكر في القواعد: «لو شرط الخيار شهراً - مثلاً - بعد مضي مدة معينة، احتتمل بطلان الشرط، لأن الواجب لا ينقلب جائزاً، والصحة عملاً بالشرط، فلا يتخير قبل انقضاء المدة»^(٦).

وهو المورد الذي اشار اليه الأعلام في كلماتهم، حيث ان عدم ترجيحه لأحد الاحتمالين على الآخر يكشف عن توقفه وتردده فيه.

(١) الهدائق الناضرة ج ١٩ ص ٣٨.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٢.

(٣) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٤٧.

(٤) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٣.

(٥) المكاسب ج ١٤ ص ٢٣٥.

(٦) 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، فانه متحقق في غير مورد.
والأمر وإن كان كما افادوه من حيث عدم تمامية دليل البطلان، إلّا 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.

فان جزمه بالجواز في كبرى المسألة لا ينسجم مع ترده في الفرع المذكور، لأنه ليس إلّا مورداً من موارد ومصادقاً من مصاديقها.

أللهم إلّا أن يقال بأن جواز اشتراط المدة المنفصلة لا يستلزم بالضرورة جواز قلب اللازم جائزاً، فيمكن أن يكون الاخير مقيداً للأول، بأن يقال بجواز اشتراط المدة المنفصلة مادام لم يتصف العقد باللزوم، كاشتراطها مقارنة لآخر جزء من خيار المجلس أو الحيوان، أما اذا اتصف العقد باللزوم فلا يصح اشتراط الخيار فيه لاستلزامه قلب اللازم جائزاً.

لكنه تأويل لا يساعد عليه شيء من التزامات العلامة (قده) في اقواله وكتبه، والعصمة لله تبارك وتعالى وحده.

ثم ان الاصحاب بعد اتفاقهم على جواز اشتراط المدة المنفصلة، اختلفوا في جواز اشتراط التعاقب بان يشترط اللزوم وقتاً والخيار وقتاً متعاقبين في مدة معينة، فجوزه المشهور باعتبار انه من مصاديق الخيار المنفصل، وجعله في المسالك اجود الوجهين، وفي الكفاية اقربهما، وذكره في الدروس احتمالاً، وتوقف فيه آخرون.
قال في الدروس: «ولو شرط اللزوم وقتاً والخيار وقتاً متعاقبين في مدة معينة احتمل الجواز»^(١).

وفي المسالك: «وفي جواز جعلها متفرقة كذلك وجهان، أجودهما ذلك»^(٢).

(١) الدروس ج ٢ ص ٣٦٠.

(٢) مسالك الأفهام ج ١ خيار الشرط.

وفي الكفاية: «وفي جواز جعلها متفرقة قولان، أقربها الجواز»^(١).

وفي الحدائق: «وفي جواز جعل المدة متفرقة قولان»^(٢).

وكيف كان، فلم نجد لاستثناء التعاقب من جواز اشتراط المدة المنفصلة مبرراً، غير توهم استظهار المرة في اطلاق الجواز، وهو كما ترى لا يساعد عليه الفهم العربي. قال في مفتاح الكرامة تعليقاً على ما افاده الشهيد الأول (قده) في الدروس: «وكأنه استظهر الاتحاد من اطلاق الاكثر، لكن المقتضي لجواز الانفصال مدة واحدة مقتضى لجوازه متعاقباً»^(٣).

وفي الجواهر: «ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب، لعموم المقتضي، لكن في المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال، ولعله لاستظهار الاتحاد من الاطلاق، وفيه منع واضح»^(٤).

وعلى هذا الاساس فلو اشترط الخيار شهراً معيناً يوماً ويوماً لا، صح وثبت الخيار في مجموع خمسة عشر يوماً من ذلك الشهر على النحو الذي اشترطه، ويكون مبدأ الخيار اول يوم من ذلك الشهر.

وتوهم بطلان العقد «للتدافع، لأن قوله: لي الخيار شهراً، يقتضي أن يكون تمام الشهر، وقوله: يوماً ويوماً لا، يقتضي نصفه»^(٥).

واضح الفساد، فانه لا وجه للاختلاف بظهور جزء من الكلام قبل تمامه، بل لا بد من الانتظار حتى يفرغ المتكلم عن اداء ما يريد، والحاق ما يشاء من قيود أو استثناءات موضحة لمراذه.

وعليه ففي المقام ليس للجملة غير مفهوم واحد هو ثبوت الخيار له فترة خمسة

(١) كفاية الأحكام / كتاب البيع / المقصد الرابع في الخيار / خيار الشرط.

(٢) الحدائق الناضرة ج ١٩ ص ٣٨.

(٣) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٣.

(٤) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٣٢.

(٥) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٥٦٣.

٢٢٨ الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود / ج ٢

عشر يوماً في الشهر المعين، على نحو ما بيّنه من التفرقة، وبذلك يكون الشهر حداً وظرفاً لبيان المبدأ والمنتهى لتلك الأيام المتفرقة.



مركز تحقیقات کتب ویر علوم اسلامی

