پیوست شماره ۵: امکان رجوع در ایقاعات/ایقاعات جائزه؟

- الف) جریان خیار شرط در ایقاعات
- ب) ذکر ایقاعات جائزه در کلمات اصحاب
- ج) جعاله؛ ازایقاعات جائزه

الف) جریان خیار شرط در ایقاعات

شیخ انصاری

فنقول: أمّا الإيقاعات، فالظاهر عدم الخلاف في عدم دخول الخيار فيها، كما يرشد إليه استدلال الحلّي في السرائر على عدم دخوله في الطلاق بخروجه عن العقود[1].

قيل: لأنّ المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبّه عليه جملةٌ من الأخبار و الإيقاع إنّما يقوم بواحدٍ[2].

و فيه: أنّ المستفاد من الأخبار كون الشرط قائماً بشخصين: المشروط له، و المشروط عليه، الكونه متوقّفاً على الإيجاب و القبول؛ أ لا ترى أنّهم جوّزوا أن يشترط في إعتاق العبد خدمةَ مدّةٍ[3] تمسّكاً بعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، غاية الأمر توقّف لزومه كاشتراط مالٍ على العبد على قبول العبد على قول بعضٍ[4]. لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول.

فالأولى الاستدلال عليه مضافاً إلى إمكان منع صدق الشرط، أو[5] انصرافه، خصوصاً على ما تقدّم عن القاموس[6] -: بعدم مشروعيّة الفسخ في الإيقاعات حتّى تقبل الاشتراط التسلّط على الفسخ فيها.

و الرجوع في العدّة ليس فسخاً للطلاق، بل هو حكم شرعيٌّ في بعض أقسامه لا يقبل[7] الثبوت في غير موردِه، بل و لا السقوط في موردِه.

و مرجع هذا إلى أنّ مشروعيّة الفسخ لا بدّ لها من دليلٍ و قد وجد في العقود من جهة مشروعيّة الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما في بعضها، بخلاف الإيقاعات؛ فإنّ **لم يُعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتّى يصحّ اشتراط ذلك فيها.**

و بالجملة، فالشرط لا يَجعل غيرَ السبب الشرعي سبباً، فإذا لم يعلم كون الفسخ سبباً لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه **بناءً على أنّ اللزوم في الإيقاعات حكمٌ شرعيٌّ كالجواز في العقود الجائزة** فلا يصير سبباً باشتراط التسلّط عليه في متن الإيقاع.

هذا كلّه، مضافاً إلى الإجماع عن المبسوط و نفي الخلاف عن السرائر على عدم دخوله في العتق و الطلاق[8]، و إجماع المسالك على عدم دخوله في العتق و الإبراء[9].[10]

میرزا حبیب الله رشتی

و هناك وجه أخر مذكور ترفع الإشكال، الا أن فيما أشرنا غنى عنها، و أما في المبحوث عنه فقد ذكرنا رفع الاشكال عنه و انطباق ألأفراد الخارجة عن تحت العموم مع القواعد في المقام مما محصّله: أنك قد عرفت أن الخارج عن تحت العموم المزبور كثير، الا أن جامعها ثالثة: أحدها: هي الشروط الابتدائية، و ثانيها - هي الشروط الواقعة في ضمن الإيقاعات، و ثالثها: هي الشروط الواقعة في ضمن بعض العقود كالنكاح و نحوه.

و أما انطباق الأول أعني الشروط الابتدائية مع ما ذكرنا من أن يقال أنها خارجة عن موضوع الشرط و أسأ و أ الشرط عرفا و شرعا يطلق على الواقع في ضمن شيء على الواقع في الكلام ابتداء. و يؤيده كلام بعض أئمة اللغة كصاحب «القاموس» و غيره حيث أنهم جعلوه - لغة - أيضا عبارة عن الشروط الضمنية دون الابتدائية و كيف كان مع قطع النظر عن كلام أهل اللغة الا شبهة أنه الشروط الابتدائية و عليه فلا يشمل ذلك عند العرف و الشرع الذين تحمل الخطابات الشرعية على متفاهمهما و عليه فلا يشمل الشروط الابتدائية.

و أما انطباق الثاني، و هي الشروط الواقعة في ضمن الإيقاعات مع القواعد، فلوجوه أحدها: ما أشار إليه في «الجواهر» و محصله: أن المراد من الشروط المأمور بوفائها التي دل عليها الخبر هي الشروط الواقعة فيما لم يكن له أثر بالفعل كالعقود دونه فيما إذا وقع فيما له أثر بالفعل كالإيقاعات، إذ هي تأخذ بمجرد الصيغة فلا يدخلها الشرط الراجع الى اشتراط الفسخ.

و فيه: انه ان أراد «قده» أن الإيقاعات مؤثرة بالفعل و أنه لا يتوقف تأثيرها عند استكمال الشرائط على شيء، فهذا بعينه ثابت في العقود أيضا، و ان أراد: أن الإيقاع بعد حصول سببه كان مؤثرا على نحو التنجيز بحيث لا يقبل ان يبطل أثره بالفسخ و نحوه، و هذا بخلاف العقد، فإنه قابل لذلك، فهي دعوى بلا بينة، و مصادرة واضحة.

ثانيها: ما أشار إليه البعض من أن الظاهر من الشروط الواجبة الوفاء المدلول عليه بالخبر المذكور، هي الشروط الواقعة فيما يحتاج الى طرفين و شخصين، و من المعلوم هذا منحصر بالعقد دون الإيقاع.

و فيه: أنه ان أراد ان الشرط يحتاج الى الطرفين لأنه لا يقوم بواحد فهو مسلم، الا أنه لا ينفع بحاله، إذ الشرط الواقع في ضمن الإيقاع أيضا يقوم بطرفين.

و ان أراد لزوم احتياج محل الشرط و مورده و هو المشروط إليه ما فهو دعوى بينة الفساد، لاتفاقهم على صحة اشتراط خدمة العبد لمولاه مدة عند العتق، مع أن محل الشرط هاهنا هو الإيقاع، أعني الإعتاق غير قائم بطرفين.

ثالثها: ما ذكره شيخنا العلامة الأنصاري «قده» بعد إبطال الوجهين، و محصله:

أن مشروعية الفسخ - أي القابلية للفسخ - لا بد لها من دليل و قد وجد هذا الدليل في العقد و لم يوجد في الإيقاع فيحكم في الأول بثبوت الفسخ دونه في الثاني، و لا أقل من الشك و هو كاف أيضا في الحكم، بالعدم، و الحاصل إحراز القابلية في العقد دون الإيقاع. فإن قلت: يمكن إحراز القابلية فيها بعموم (المؤمنون عند شروطهم)، إذ عمومه يقتضي الحكم بوجوب الوفاء بكل شرط عدا ما علم خروجه منه، و المفروض أن الشرط الواقع في الإيقاع غير معلوم خروجه.

قلت: قد حرّر في محله: أن المسلّم صحة التمسك - عند الشك - بالعمومات انما هي في الشبهات الحكمية الراجعة إلى دعوى تخصيص في العام، و أما في الشبهات المصداقية الراجعة إلى الشك في اندراج المشكوك تحت موضوع العام، فلا مجال لها عند أهل التحقيق.

و ما نحن فيه من قبيل الثاني، لأن الشك في القابلية شك في الاندراج قطعا، و هذا نظير التمسك بعموم قوله تعالى (أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ) لإثبات قابلية بعض ما هو مشكوك البيعية و ان

يكون مبيعا و بعموم (أكرم العلماء) ال ثبات عالمية زيد المشكوك علمه مثل.

هذا و لكن يمكن الذب عن ذلك تارة بمنع الصغرى و أخرى بمنع الكبرى.

(اما الأول): فبأن يقال: **الفرق بين العقود و الإيقاعات بإحراز القابلية في الأول للفسخ و عدم إحراز قابلية الثاني للفسخ غير صحيح**، لان الفرق اما أن يلاحظ بحسب حكم العقل أو بحسب حكم الشرع، و هو غير ثابت مطلقا.

أما على الأول: فلحكم العقل بعدم قابلية شيء في العقود و الإيقاعات للفسخ لان الفسخ عبارة عن رفع الأثر الثابت و هو غير معقول لكونه أشبه شيء برفع أثر العلة التامة و هو باطل جدا. و أما على الثاني. فلحكم الشرع بجوازه في الموردين لأن الأثر كمؤثّره شرعي قابل لتصرف الشارع نفيا و إثباتا فيهما أي في العقود و الإيقاعات.

(و أما الثاني) أعني منع الكبرى: فلانه لا شبهة في إمكان إحراز القابلية للفسخ في الإيقاع أيضا بواسطة عموم (المؤمنون عند شروطهم) و ما يتوهم كونه حينئذ من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية واضح الفساد لأن القابلية للفسخ و عدمها من الأمور التي يجب على الشارع بيانها و ليست من قبيل الأمور العرفية التي يوكل بيانها الى العرف.

و الحاصل: أن بيان عدم قابلية الفسخ في الإيقاع كما في العقود موكول الى الشارع، و حيث لم يبين ذلك بخصوصه نستكشف من العموم الوارد في المقام كونه محققا ثابتا من غير فرق بين الموردين، و من ذلك ظهر فساد التنظير بالأمثلة المذكورة، لأنها من قبيل الأمور العرفية دون الشرعية بخلاف جواز الفسخ و القابلية.

رابعها: ما يخطر ببالنا من أن الفسخ عبارة عن انحلال العقد و أنه بمعنى الإقالة، فيدخل فيما دخلت فيه الإقالة، و من البيّن أن الإقالة لا تدخل الا فيما يحتاج إلى الإيجاب و القبول فكذلك الفسخ.

و لعل نظر من أشار الى الوجه الثاني الى هذا، فتظهر الثمرة بين ما أشرنا و بين ما في الكتاب و هو آخر الوجه الثالث في أصل المتعلق بما في الذمة الذي يفيد الإبراء، لأنه على مذاقه لا يدخله الشرط قطعا بخلافه على مقتضى ما ذكرنا فإنه صحيح قطعا.

لكن الإنصاف أن المعتمد ما أفاده «قده» لا بالتقريب المتقدم حتى يرد ما أوردناه بل بتقرير آخر و هو **أنه لم يعهد من الشارع و لا من كلام أهل الشرع دخول الفسخ بالنسبة إلى الإيقاعات دونه في العقود فيرجع الى الاستقراء بأنه كلما تتبعنا وجدنا عدم دخول الفسخ بالنسبة إلى الإيقاع دونه بالنسبة إلى العقود**، فالدرة المنتقشة المتقدمة لا يرد عليه أن الكلام ليس في بيان اقامة الدليل على خروج ما خرج بل على انطباقه على القاعدة و مجرد تحقق الاستقراء على ما ذكر لا يوجب انطباقه عليها.

اللهم الا أن يقال أنه يستكشف من الاستقراء كون اللزوم في الإيقاعات من لوازم المهيّة و الذات و في العقود من لوازم الإطلاق. و عليه يمكن أن يقال بانطباقه على القاعدة.

هذا مضافا الى ما في بعض أفرادها كخصوص الطلاق من رجوع اشتراط الفسخ فيه الى اشتراط حصول النتيجة أي أثر النكاح بلا سبب شرعي مع أنهم أجمعوا على عدم جواز حصول أثر النكاح بدون صيغة خاصة.

إلا أن الإنصاف أنه يبقى الإشكال في الطلاق بعدم تمامية شيء من الوجوه المتقدمة لاقتضاء جواز الرجوع في زمن العدة، و ما اعتذره في الكتاب من كونه حكما شرعيا مستفادا من أدلته لا

حقا غير مفيد جدا لوضوح عدم تحقق الثمرة بين الأمرين في خصوص المقام، إذ الالتزام بأنه حكم الذين أقروا بالتقريين الذي أفاده بكل خصوصا بالنسبة إلى الوجه الذي رضي في المقام مما أشرنا إليه إذ لم يكن وجه لثبوت الحكم بجواز الرجوع في الطلاق لان الغير القابل للفسخ، أشرنا إليه في جامع مع دخوله في الاستقراء كما في صيرورة القابل له و الحكم بعدم ثبوت الفسخ من جهة بعض الموارد.

و ليس الفسخ الا عبارة عن مزيل الأثر و من المعلوم تحقق المعنى المزبور في الرجوع أيضا و ان قلنا بكونه حكما شرعيا. نعم على الوجه الراجع الذي أشرنا من كون الفسخ عبارة عن انحلال العقد الإقالة لم يرد الشكال. و كيف كان هذا الإشكال - أعني النقض بالرجوع في الطلاق - باق بحاله كما أشرنا أيضا لأن الكلام في اشتراط الخيار، و المراد منه جواز إزالة الأثر و ليس حتى على ما أشرنا إليه من جواز اشتراط الخيار و تفسيره بخصوص حل العقد و انحلاله، بل المستفاد منها أمر شرط الخيار في الطلاق. و كذلك يرد النقض بجواز الرجوع عن الأخذ بالشفعة عند الأخذ بها إذا اشترط فيه جواز الرجوع و كذا النقض بجواز الرجوع في الإجازة في عقد الفضولي إذا اشترط فيه ذلك.[11]

ما ال يدخله خيار الشرط مالإيقاعات

١٣٣ - قوله قدّس سرّه: (أمّا الإيقاعات فالظاهر عدم الخلاف.. إلخ)[12].

ما يتوهم كونه مانعا من دخول شرط الخيار في الإيقاعات يرجع تارة إلى عدم قبول الإيقاعات للشرط من حيث هو شرط، و أخرى من حيث عدم قبولها للخيار الفعلي قبل شرط الخيار، و مجموع ما يمكن أن يقال أو قيل أمور:

منها: أنّ الشرط لا يكون إلّا بين اثنين و الإيقاع يقوم بواحد.

و فيه: أنّ الشرط لا بدّ فيه من مشروط له و مشروط عليه فيكون مبدأ لعنوانين متضائفين، و هذا غير كون مورده و محلّه أمرا متقوّما باثنين، و لو فرض لزوم قبول المشروط عليه فهو قبول للشرط لا قبول يتقوّم به الإيقاع حتى يلزم الخلف.

منها: أنّ الشرط التزام في ضمن العقد إمّا لغة أو عرفا و لو انصرافا.

و فيه: - بناء على خروج الشروط الابتدائية عن كونها شروطا موضوعا - لا يجب في تحقق الشرط أن يكون في ضمن التزام، لا في ضمن التزامين مرتبطين، يختص تحقق عنوانه بما إذا وقع في ضمن العقد.

منها: أنّ الخيار ملك الفسخ و الحلّ، و لا حلّ إلّا بين أمرين مرتبطين، و هما القراران المعاملي، المرتبطان، فلا يعقل الحلّ إلّا في العقد، فلا يعقل ملك الفسخ و الحلّ إلّا في العقد.

و فيه: ان المشروط هنا - المعبّر عنه بالخيار - رفع الشيء كرفع الملكية أو رفع البينونة الحاصلة بالطلاق و نحوه، مع أنّ عنوان الحلّ لا يقتضي كون الأمرين الذين يتقوّم بهما الحل قراريين مرتبطين، بل المسبب المرتبط بسببه إذا انفك عن سببه فقد انحل أحدهما عن الآخر، و هذا معقول في الإيقاع

.

منها: أنّ مضامين الإيقاعات نوعا أمور عدميّة كزوال الزوجيّة في الطلاق، و زوال الرقيّة في العتق، و سقوط ما في الذمّة في الإبراء، و حيث إنّها أمور عدميّة فالرجوع و الردّ فيها من اعادة المعدوم، بخلاف العقود فإنّ مضامينها أمور وجوديّة، فلا محالة ليس ردّها و الرجوع فيها من اعادة المعدوم.

و فيه: أنّ حقيقة الفسخ و الرجوع ليست إلّا حلّ جديد، و إثبات الزوجيّة و الرقيّة جديدا بعنوان اعادة ما كان، و إلّا فإعادة المملوكيّة الزائلة في البيع أيضا إعادة المعدوم، و حكم الشيء لا يسري إلى عنوانه و اعتباره.

و منه علم أنّ توهم أنّ السالط عما في الذمّة لا يعود فاسد، فإنّ الساقط لا يعود حقيقة لا عنوانا، مع كونه ملكيّة جديدة و اشتغالا جديدا للذمّة، نعم توهم أنّ الزوال لا زوال له حقيقة أمر غير استحالة إعادة المعدوم، إلّا أنّه رفع الزوال عنوانا و إثبات الوجود الزائل سابقا في حال الفسخ.

منها: أنّ شرط شيء في ضمن العقد أو الإيقاع يتوقف على مشروعيّة ذلك الشيء في نفسه، و الفسخ علم مشروعيّته في البيع لدخول بعض الخيارات فيه، و لصحّة التقايل فيه، و كذا غيره من العقود التي علم صحّة التقايل فيها، و إن لم يعلم دخول خيار فيها شرعا، و الإيقاعات لم يثبت فيها خيار شرعا حتى يستكشف منه مشروعيّة الفسخ فيها و لا صحّة التقايل فيها، و بعد عدم مشروعيّة الفسخ فيها - و لو بالتقايل - لا معنى لنفوذ شرطه.

و تقريب هذا التفريع بأحد وجهين:

الأول: أنّ نفوذ الشرط معناه إلزام المشروط عليه و عدم جواز الامتناع منه، و تحقق الإلزام بالشرط فرع جوازه.

و الثاني: ما أفاده المصنف العلّامة قدّس سرّه - في آخر كلامه - من أنّ الالتزام في ضمن العقد مثل بمنزلة رضا المتعاقدين بعد العقد، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا في انحلاله كان في ضمن العقد كافيا في أحداث السلطنة على حلّه، و إذا لم يكن تراضيهما بعد العقد كافيا في حلّه، فلا معنى لكون التراضي في ضمن العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حلّه.

و الجواب عن التقريب الأول: ما أشرنا إليه سابقا[13] من أنّ شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفيّة و الوضعيّة، بل مقتضاه جعل حق الحلّ و الإلزام، و عدم جواز امتناع المشروط عليه أثر الحق المجعول له و هو مقتضى الشرط و كما في نفس الشرط ابتداء، و جعل الحقّ لا يجب أن يكون متعلّقا على جواز الحلّ من المشروط له و لو بالتقايل، كما في جعل الخيار في البيع للأجنبي، فإنّه نافذ مع أنّه ليس للأجنبي جواز الحلّ، و لا يصحّ منه التقايل و لو بالتراضي مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، و ليس جعل الخيار للأجنبي بعنوان التوكيل ليقال بكفاية التقايل من الموكل في نفسه.

و الجواب عن التقريب الثاني: أنّ اعتبار كون شرط الخيار بمنزلة التراضي بالتقايل - حتى يكون تقايلا تنزيليا بضميمة حكم الشارع بوجوب الوفاء - بلا موجب، لا من قبل الشارع و لا

من قبل جاعل الشرط، أمّا من قبل الشارع فواضح، إذ ليس إيجاب الوفاء إلّاإيجاب القيام بما يقتضيه الشرط، و جعل الحق الذي تسبب إليه أحدهما على الآخر كجعل الحق ابتداء، حيث إنّه ليس بعناية قيامه مقام التقايل، كيف و هو حق قهري على من عليه الحق ال ابتداء و ال باألخرة، و أمّا من قبل المشروط له و المشروط عليه فليس الشرط المحقق لحق الخيار إلّاكسائر الشروط المحققة لنحو آخر من الحق، من دون نظر إلى تحصيل التراضي المحقق للتقايل بعد العقد حال العقد.

و أمّا ما تكرر في كالمه قدّس سرّه من أنّالشرط ال يجعل غير السبب سببا شرعا، و الفسخ لم يعلم سببيته شرعا لرفع المعاوضة فال يكون باشتراطه سببا شرعا.

فمندفع: بأنّالفسخ نفس رفع العقد، ال أنّه سبب له، و ليس الكالم في سببية[14]صيغة «فسخت» لحصول الفسخ بالحمل الشائع، إذ ال قصور في الصيغة، بل الصيغة المزبورة إذا صدرت ممّن له الحق تكون مؤثرة، و المفروض ثبوت الحق بالشرط كسائر الحقوق الثابتة به، و ليس الكالم في ضرورة نفس الشرط سببا لحلّالعقد، مع أنّ سببية الشرط للانفساخ على حد شرط النتيجة ال مانع منها عندهما قدّس سرّه فيما لم يعلم له سبب مخصوص كالنكاح و الطالق مثال، ال كالملكية و االنفساخ، فتدبر.

و أمّا دعوى: لزوم إحراز قابلية اإليقاعات للفسخ، و مجرد تماميه اقتضاء الشرط ثبوتا و إثباتا للتأثير في حق الخيار ال ينافي توقفه على قبول المورد.

فمدفوعة: بأنّه يكفي في إحراز قبول المورد قابلية اإليقاع عقال و عرفا في نفسه، بل قد ثبت قابلية اإليقاع للانحالل شرعا كما في الطالق المنحلّبالرجوع، و كون الرجوع حكما ال حقا غير منافي للقابلية للانحالل، سواء كان هناك حقّ متعلّقّ بالحلّوأ كان مجرد الترخيص فيه، مضافا إلى قبول العتق شرعا للانحالل و الرجوع إلى الرقّ، كما هو مقتضى موثقة إسحاق بن عمار [15]، و قد عمل الشيخ و القاضي و غيرهما بها، نعم لم يعمل بها المشهور استنادا إلى ما تسالموا عليه من عدم جريان الخيار في اإليقاعات.

منها: عدم إمكان االستدالل بعموم (المؤمنون عند شروطهم) من حيث استثناء الشرط المخالف و الشرط المحلّل للحرام، و ذلك لدوران الأمر في شرط الخيار في اإليقاع بين كون شرطه مخالفا أو محلّال للحرام و عدم كونه كذلك، و ال يجوز التمسّك بالعام في المصداق المردّد، و هذا غير ما أفاده المصنّف قدّس سرّه من توقّف شرط الخيار على صحة التقايل، فإنّه صحيح حتى مع عدم استثناء الشرط المخالف أو مع جريان أصالة عدم المخالفة، فتوهّم رجوعه إليه، أو أنّه منافى لما بنى عليه في باب الشروط غفلة عن المقصود، و إن كان **كال الدّليلين مبنيا على كون اللزوم في اإليقاعات حكما ذاتيا لإليقاعات** ال يتغيّر في العقد الجائز حيث ال ينفكّ عنه، فإنّه مزلزم لعدم جريان التقايل فيها، كما أنّه مزلزم لكون الشرط مخالفا و كونه محلّال للحرام الذي ال يتغيّر و ال يتبدّل.

و يندفع: بما مر[16] مرارا، و سيأتي[17] إن شاء اللّه تعالى في محلّه من جريان أصالة عدم المخالفة، و عدم دخول الفرد المردّد تحت عنوان المخصص، و إن كان ال يندفع به ما هو رحمه اللّه بصدده هنا من عدم معلوميّة سببيّة الفسخ لرفع اإليقاع، فتدبر جيدا.[18]

سید محمد تقی خوئی

الدليل الثامن: دعوى كون اللزوم في اإليقاعات حكما ذاتيا لها

، الف تتغير بالاشتراط أو غيره.

ذكره المحقق الأصفهاني (قده) و أوضحه بقوله: «منها - موانع اشتراط الخيار في الإيقاعات - عدم إمكان الاستدلال بعموم: «المؤمنون عند شروطهم» من حيث استثناء الشرط المخالف، و الشرط المحلل للحرام، و ذلك لدوران الأمر في الشرط الخياري في الإيقاع بين كونه شرطا مخالفا أو محللا للحرام، و عدم كونه كذلك، و الجزم بالعام في المصداق المردد»[19].

و بعبارة أخرى: ان الالزام في الإيقاعات لما كان حكما ذاتيا للقبل التغيير، كان اشتراط الخيار فيها من الشرط المخالف للعقد أو الشرع باعتبار محللا للحرام الذي لا يتغير و لا يتبدل.

و بذلك ظهر أن هذا الاشتراط مشمولا لعموم: «المؤمنون عند شروطهم»، بل على العكس منه و فهو مشمول للمستثنى: «إلا كل شرط خالف كتاب اللّه عزّ و جلّ»[20] و «إلا شرطا حرّم الحلال أو أحل حراما»[21] فظ يكون نافذا.

و كيفيا في المقام - من حيث النتيجة - الشك في رجوع الالزام في الإيقاعات، إذا لم يثبت كونه فيها كالالزام في العقد حقيقا بالتغير، الجزم بالتمسك في صحيح اشتراط ما يوافيه بأدلة الوفاء بالشرط، لانه من التمسك بالعام في المصداق المردد بين المستثنى و المستثنى منه و الجزم بالتمسك بالعام في الشبهات المصداقية.

و قد ردّه (قده) بقوله: «و يندفع بما مرّ مرارا، و سيأتي في محله إن شاء اللّه تعالى، من جريان أصالة عدم المخالفة و عدم دخول الفرد المردد تحت عنوان المخصص»[22].

و كأن نظره (قده) الى ان الذي يحتاج إلى الإثبات هو كون الالزام في الإيقاع لزوما حكميا لا يقبل التغيير أو التبديل، كي يصدق على الشرط المنافي له كونه مخالفا و موجبا لتحليل الحرام، فمع الشك فيه - كما هو الحال في المقام، حيث لا شاهد يقتضي ذلك - يتعين التمسك بالعام، لأصالة عدم المخالفة، و عدم إحراز كون الفرد مشمولا بعنوان المخصص.

أقول: قد تقدم الحديث عن مقتضى الأصل عند التعرض للحديث عن الشرط المخالف للكتاب و السنة، ضمن البحث عن شروط صحة الشرط فراجع.

الدليل التاسع: دعوى كون الالزام في الإيقاعات حكما ذاتيا لها بلحاظ عدم قبولها للتقييد.

و بهذا اللحاظ يختلف هذا الدليل عن سابقه بعد اشتراكهما في الابتناء على كون الالزام في الإيقاعات حكما ذاتيا لا يقبل التغير و التبدل، فان الحديث عن كون الالزام في الإيقاعات ذاتيا بهذا اللحاظ - عدم صحة التقييد - يجري حتى لو لم تكن النصوص مذيلة باستثناء الشرط المخالف، و ما يستلزم تحليل الحرام أو تحريم الحلال أو قلنا بجريان أصالة عدم المخالفة عند الشك كما تقدم تبنيه من المحقق الأصفهاني (قده) في الدليل السابق.

و كيف كان، فقد تبنّى هذا الدليل الشيخ الأعظم (قده) في مكاسبه، معتبرا إياه العمدة في المنع.

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

و الرجوع في العدة ليس فسخا للطلاق بل هو حكم شرعي في بعض اقسامه لا يقبل الثبوت في غير موردها، بل و السقوط في موردها، و مرجعه الى ان مشروعية الفسخ لا بدّ لها من دليل، و قد وجد في العقود من جهة مشروعية الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرها في بعضها،

بخالف الإيقاعات، فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها.

و بالجملة فالشرط الذي يجعل غير المسبب الشرعي سببا، فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا للرجوع في العقود كالزواج في الإيقاعات حكم شرعي أو علم عدمه، بناء على أن الأصل في الإيقاعات.. و الأقل من الشك في الجائزة، فالأصل في سببية الفسخ لرفع الإيقاع الشك في ذلك الراجع الى الشك في سببية الفسخ لرفع الإيقاع»[23].

و قد تصدى الأعلام لإيضاح هذا الدليل و تقريب المراد منه.

فقد ذكر المحقق الايرواني (قده) أن: «ما أفاده مؤلف من مقدمتين: - الأولى: و هي الكبرى، منع شمول: «المؤمنون»، شرط غير سائغ في ذاته، لأنه ليس قيد إيجاب ما كان جائزا في ذاته و ليس مشرعا كعنوان الضرر و الاضطرار من العناوين الثانوية المزاحمة للعناوين الأولية، فالشرط مقتض حيث لا مقتضى على خلافه، نظير «الناس مسلطون على أموالهم».

الثانية: و هي الصغرى، و هي كل عقد أو إيقاع طرأ عليه بعض الخيارات و سائغ فسخه، فذلك العقد أو الإيقاع جاز اشتراط الخيار فيه، و دخل في عموم:

«المؤمنون عند شروطهم» دون ما لم يكن كذلك، و الإيقاع كلية من قبيل ما لا سبيل للخيار اليه. و الرجوع في الطلاق الرجعي حكم شرعي لا حق، و إذا لا يقبل الإسقاط»[24].

أما المحقق الأصفهاني فقد أفاد: «ان شرط شيء في ضمن العقد أو الإيقاع يتوقف على مشروعية ذلك الشيء في نفسه، و الفسخ علم مشروعيته في البيع لدخول بعض الخيارات فيه، و لصحة التقايل فيه، و كذا غيره من العقود التي علم صحة التقايل فيها و ان لم يعلم دخول خيار فيها في الشرع، و الإيقاعات لم يثبت فيها خيار شرعا حتى يستكشف منه مشروعية الفسخ فيها، و لا صحة التقايل فيها، و بعد عدم مشروعية الفسخ فيها و لو بالتقايل لا معنى لنفوذ شرطه.

و تقريب هذا التفريع بأحد وجهين:

الأول: ان نفوذ الشرط معناه إلزام المشروط عليه و عدم جواز الامتناع منه، و تحقق الإلزام بالشرط فرع جوازه.

الثاني: ما أفاده المصنف العلامة (قده) في آخر كلامه من ان الالتزام في ضمن العقد - مثل - بمنزلة رضى المتعاقدين بعد العقد، فإذا كان تراضيهما بعد العقد كافيا في انحلاله، كان في ضمن العقد كافيا في أحداث السلطنة على حله، و إذا لم يكن تراضيهما بعد العقد كافيا في ذلك ضمن العقد كافيا في فسخ العقد بمنزلة التراضي بعد العقد على حله».[25]

في حين أوضح السيد الخميني بقوله: «ان شرط رفع السبب عن محله باطل، لأنه محال، و شرط رفعه بعد تحققه يترتب عليه رجوع ما عدم، فرع كونه باقيا و مؤثرا في وجوده البقائي، و هما متفوقان، فلا بد من الالتزام بجعل الشرط ما ليس بسبب سببا، و ما ليس بمسبب مسببا، ضرورة ان العدم لا يعقل فيه السببية و المسببية، و الإبراء تعلق بالوجود، صارت الذمة بريئة، و بعده لا شيء صالح للسببية و المسببية في العدم عرفا و عقلا، فلا بد من جعل الشرط المعدوم مسببا و سببا، بل لا يكفي مجرد ذلك، فلا بد من اعتبار الوجود بعد سلب سبب العدم، و دليل الشرط لا يصلح لشيء مما ذكر.

و ينبغي ان يكون اذه امرا دار الشيخ (قدﻫ) بأن دليل الشرط ال يجعل ام ليس بسبب شرعا سببا، و وه حق، ألن شرط كون صيغة البيع طالقا أو صيغة الطالق بيعا، و السعال إيجابا و العطسة قبوال، فاسد غير عقالئي و ال شرعي.

مع ان احتمال كون اذه الشرط مخالفا للشرع كاف في عدم جواز التمسك بدليله، للشبهة المصداقية

و الذي يتحصل مما تقدم: ان جميع تلك ألقوال تتلخص في ضرورة إحراز تأثير الفسخ في الإيقاع بحيث يحرز سببيته شرعا لرفعه، ليصح فرضه و إلزام الطرف اآلخر به بالشرط، و إال فالشرط ال يجعل غير السبب سببا شرعا.

و هذه السببية إنما يمكن إحرازها عن طريق قبول المورد للتقايل، باعتبار ان التراضي المتأخر عن العقد إذا كان كافيا في حله و رفعه، كان التراضي في ضمن العقد كافيا في أحداث السلطنة على حله و فسخه.

و حيث ان هذا المعنى غير ثابت في اإليقاع باعتبار انه ال يقبل التقايل، و ال يرتفع بالتراضي و االتفاق على حله، فال يصح اشتراط الخيار فيه.

إال ان هذا الدليل بتوجيهاته المختلفة ال يصمد - كسوابقه - امام النقد، فقد أورد عليه المحقق اليراوني (قدﻫ) بان: «عموم: (المؤمنون) ال يقصر عن عموم مثل دليل نفي الضرر، وهو مقتض في قبال االقتضاءات ألولية، نعم لما ذيل باستثناء الشرط المحلل للحرام و بالعكس، لم يجز ألخذ به إال في شرط ثبت مشروعيته في ذاته، و كفاك شاهدا على ما قلناه اشتماله على هذا االستثناء»[26].

و بعبارة اخرى: ان عمومات المؤمنون عند شروطهم و نفي الضرر و ما شاكلها ال تتنافى مع مقتضيات ألدلة بالعناوين ألولية، فإن ألدلة ألولية إنما تثبت الحاكم على نحو االقتضاء والي الذي يقتضيه طبع العقد ولو خلي و نفسه، في حين ان هذه ألدلة إنما تثبت الحكم لذلك الشيء بلحاظ حالة طارئة له و وصف عارض عليه، فال منافاة بين كون الشيء مباحا في حد ذاته و الشيء بلحاظ تعلق النذر أو العهد به.

نعم بلحاظ ما ورد في ذيل هذه النصوص، يعتبر ان ال يكون الشرط محرما في حد ذاته و قبل دخوله في حيز االشتراط، كاشتراط شرب الخمر، أو إباحة وجوة المشروط عليه.

و مما يشهد على صحة ما ذكرناه وجود االستثناء: «إال شرط حرّم الحالال أو أحل حراما» في ذيل تلك النصوص، فإنه لو لم يكن مقتضى ألدلة إثبات ألحكام لألشياء و االفعال بطبعها الولية، و عطق النظر عما يطرأ عليها من تعهدات شرعية و التزامات موجبة لتبدل الحكم الولي، لكان االستثناء لغوا محضا، إذ ليس هناك ما يكون مشمول به، فان االشتراط - كائنا ما كان - يرجع الى تغيير في مدلول المعاملة بإلزام أو جواز ال محالة.

و اما إنطاة جواز اشتراط الخيار بدخول شيء من الخيارات في تلك المعاملة - عقدا كانت أو إيقاعا - و جواز فسخها باإلقالة، فال دليل عليها، بل «شرط عدم مخالفة شرط الخيار للشرع وهو كون طاشتراط الخيار واحدا اشتراط طاشتراط الخيار لمآل اشتراطه لكل منهما وهو جعل كل واحد مستقال لذلك الواحد بهذه السلطنة، كما ان مآل اشتراطه لكل واحد مستقال لذلك الواحد بهذه السلطنة حل المعاملة بيد المتعاملين و ولو باإلقالة، ليكون مآل اشتراط الخيار لواحد اشتراط سلطنة حل المعاملة بيد المتعاملين و ولو باإلقالة، فال دليل عليها، بل «شرط عدم مخالفة شرط الخيار للشرع وهو كون الشرط خالفا للكتاب أو السنة، فاسدا و باطال، و ال يجوز اشتراط الخيار و لو لم يكن الشرط خالفا للكتاب أو السنة»[27].

و الحاصل: انه ليست العبرة في صحة اشتراط الخيار جواز التقايل الذي هو حق واحد قائم بهما جميعا، بل العبرة بكون سلطنة حل المعاملة و إبطالها بيدهما، و الذي يتلخص بكون اللزوم حقا لهما ال يعدوهما ال حكما شرعيا مفروضا عليهما.

و اما المحقق الأصفهاني فقد أجاب عن الدليل على وفق التقريبين اللذين ذكرهما له، فقال:

«و الجواب عن التقريب الأول ما أشرنا إليه سابقا من ان شرط الخيار ليس شرط السلطنة التكليفية و الوضعية، بل مقتضاه جعل حق الحل و الإلزام، و عدم جواز امتناع المشروط عليه أثر الحق المجعول ال هو متعلق الشرط، و ال نفس الشرط ابتداء، و جعل الحق ال يجب ان يكون متفرعا على جواز الحل من المشروط له و لو بالتقايل، كما في جعل الخيار في البيع للأجنبي، فإنه نافذ مع انه ليس للأجنبي جواز الحل، و ال يصح منه التقايل و لو بالتراضي مع المشروط عليه قبل حدوث الحق، و ليس جعل الخيار للأجنبي بعنوان التوكيل، ليقال بكفاية التقايل من الموكل في نفسه.

و الجواب عن التقريب الثاني: ان اعتبار كون شرط الخيار بمنزلة التراضي بالتقايل حتى يكون تقايلا تنزيليا بضميمة حكم المشهور بوجوب الوفاء، بل موجب ال من قبل الشارع و ال من قبل جاعل الشرط.

أما من قبل الشارع فواضح، إذ ليس إيجاب الوفاء إلا إيجاب القيام بما يقتضيه الشرط، و جعل الحق الذي تسبب إليه أحدهما على الآخر كجعل الحق ابتداء، حيث انه ليس بعنايته قيامه مقام التقايل، كيف و هو حق قهري على من عليه الحق ال ابتداء و ال بالأخرة.

و اما من قبل المشروط له و المشروط عليه فليس الشرط المحقق لحق الخيار إلا كسائر الشروط المحققة لنحو آخر من الحق من دون نظر الى تحصيل التراضي المحقق للتقايل بعد العقد حال العقد.

و أما ما تكرر في كلامه (قده) من ان الشرط ال يجعل غير السبب سببا شرعا، و الفسخ لم يعلم سببيته شرعا لرفع المعاوضة، فلا يكون باشتراطه سببا شرعا.

فمندفع: بان الفسخ نفس رفع العقد ال انه سبب له، و ليس الكلام في سببية صيغة فسخ لحصول الفسخ بالحمل الشائع، إذ ال قصور في الصيغة، بل الصيغة المزبورة إذا صدرت ممن له الحق تكون مؤثرة، و المفروض ثبوت الحق بالشرط كسائر الحقوق الثابتة به، و ليس الكلام في ضرورة نفس الشرط سببا لحل العقد، مع ان سببية الشرط للانفساخ على حد سببية النتيجة ال مانع منها عند (قده) فيما لم يعلم له سبب مخصوص كالنكاح و الطلاق - مثلا - و الملكية و الانفساخ»[28].

و الحاصل: ان إناطة جواز اشتراط الفسخ بإمكان التقايل في المعاملة - عقدا كانت أو إيقاعا - ال دليل عليها، و الأحكام الشرعية الثابتة للمعاملات احكام لها على نحو اقتضاء طبعها الولي له، و مع 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.[29]

نهاية المطاف في الإيقاع

يتلخص البحث عن اشتراط الخيار في الإيقاع، انه ال خصوصية في الإيقاع ذاتية أو عرضية تمنع من اشتراط الخيار فيه، و ان حاله حال أي التزام إنشائي آخر يمكن للمنشئ ان يشترط

فيه لنفسه حق إبطاله، و رفع اليد عن مقتضاه، من غير ان يرجع ذلك الى تعليق في الإنشاء، حاله في ذلك حال سائر المواراد التي التزموا فيها بجواز اشترط الخيار فيه و فسخ العقد.

و قد دلت الآية الكريمة على ثبوته في الطلاق، و النصوص الشريفة على جوازه في العتق و الوقف، و التزم به معظم الأصحاب في بعض المواراد على نحو القضية الموجبة الجزئية، و ان اختلفوا فيه سعة و ضيقا، بل قد عرفت نسبة الجواز في بعض المواراد إلى الإمامية، و دعوى الإجماع صريحا عليه من قبل بعض أجلاء أعلام الطائفة من القدماء، مع تصريح غير واحد من محققي المتأخرين بجواز اشتراط الفسخ فيه.

نعم، مما ينكر أن الدليل الخاص في بعض المواراد - و قد يكون ذلك لسان دليل المورد - يقتضي كون لزوم المورد حكميا الى يقبل الرفع و الفسخ بالاشتراط، بل و قد يعم غيره من الشرائط أيضا، و يقتضي انحصار مورد الفسخ بالمورد المنصوص فقط كما هو الحال بالنسبة إلى الرجعة في الطلاق، و كما في النبوية اتباع ذلك الدليل في ذلك المورد بلا تردّد أو تحفظ.

إلا انه غير القول بعدم قبول الإيقاع - بمفهومه و حدّه - للشرط بقول مطلق أو خصوص شرط الخيار، كما هو أوضح من ان يخفى، و إلا لانسحب الإشكال الى ما تسالموا عليه في العقود، حيث لا يجري الخيار في بعض مواردها اتفاقا.

و لا حرج في ما التزمنا به إطلاقا، حيث لا ضرورة إلى رفع اليد عن ظواهر الأدلة و خلق توجيهات و تأويلات لها و ان اقتضى ما اقتضى من التكلف و تعقيد للفهم العرفي البسيط بطبعه.

فهل ترى ان جميع تلك التأويلات و التوجيهات - التي يصعب فهم بعضها على ذوي الاختصاص، فكيف بالسائل العرفي البسيط في فهمه و إدراكه في الآية الكريمة و النصوص الشريفة و صرفها عن ظواهرها، والى من الالتزام بقبول الإيقاع للفسخ؟.

و هل هناك آية دلت على عدم قبوله لو أن نص اقتضى عدم نفوذ الشرط فيه، مما يلجئنا الى تلك التكلفات؟.

أو يقال ان جميع تلك التوجيهات التي ذكرت هو مفاد الفهم العرفي و مقتضى المدلول الالي لتلك النصوص، رغم مخالفة من خالف و معارضة من عارض، بل اعترافا بعضهم بمخالفته له - صريحا مع التزامه به من جهة ما يراه في اشتراط الخيار في الإيقاع من محاذير عقلية أو مفهومية - أعني بها ما يرجع الى عدم صدق مفهوم الشرط عليه - عرفت عدم تماميتها؟.

أو لا ترى ذلك مما ذكرناه من متابعة مسلمات و مرتكزات كامنة في النفس يصعب تجاوزها؟.

لأجل الأفضل من جميع تلك التكلفات هو الاعتراف بواقع الحال و الالتزام بقبول الإيقاع بطبعه الالي للشرط مطلقا بما فيه شرط الخيار، شأنه في ذلك شأن العقود تماما.

نعم، قد يقتضي الدليل في بعض الافراد عدم دخول الشرط فيه مطلقا أو خصوص شرط الخيار، فيكون هو المتبع لا خلاف، إلا انه أجنبي عن القول بعدم قبول الإيقاع للشرط مطلقا أو خصوص شرط الخيار.

و أخيرا إذا كانت المشكلة في قبول الإيقاع لشرط الخيار كامنة في لفظ الفسخ بحرفه (ف. س. خ) فلا ضير في تسميته بما يشاء، فانا نسبر بصدد النزاع للفظي، و انما المهم هي النتيجة و الحاصل، أعني حق الصاحب الشرط إبطال العارض من طلاق أو عتق أو وقف، و درّ مورده، و درّ تعلقه الى ما كان عليه من الحال قبل عروض هذه العوارض. و بالجملة: فالمهم في المقام إثبات حق إرجاع ما كان الى ما كان عليه قبل عروض العارض من الزوجية بالنسبة إلى الطلاق، و العبودية بالنسبة إلى العتق، و الملكية المطلقة بالقياس الى الوقف، و لا ضير في تسميته

بالفسخ أو الردّ أو الإبطال أو غيرها ممّا يدلّ على هذه الحقيقة، فعباراتنا شتّى و المقصود أمر واحد.[30]

---

[1] السرائر ٢:٢٤٦.

[2] قاله السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٤:٥٦٨، و صاحب الجواهر في الجواهر ٢٣:٦٤، و اللفظ للأوّل، و راجع الوسائل ١٢:٣٥٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديثان ١ و ٤ و غيرهما في غير الباب.

[3] راجع المسالك ١٠:٢٩٢، و نهاية المرام ٢:٢٥١، و كشف اللثام (الطبعة الحجريّة) ٢:١٨٥.

[4] كما قاله العلّامة في التحرير ٢:٧٩.

[5] في «ش» بدل «أو»: «و».

[6] تقدّم في الصفحة ٢٢.

[7] في «ق»: «لا تقبل».

[8] المبسوط ٢:٨١، و السرائر ٢:٢٤٦.

[9] المسالك ٣:٢١٢، و فيه: «محلّ وفاق».

[10] انصارى، مرتضى بن محمدامين. مجمع الفكر الاسلامى. كميته تحقيق تراث شيخ اعظم. ، 1415 ه.ق.، المكاسب (انصارى - كنگره)، قم - ايران، المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية الثانية لميلاد الشيخ الأعظم الأنصاري. الأمانة العامة، جلد: ٥، صفحه: ١٤٨-???

[11] خلخالى، محمد كاظم. نويسنده حبيب الله بن محمد على رشتى. ، 1407 ه.ق.، فقه الإمامية، قم - ايران، مكتبة الداوري، صفحه:٣٧٦- ٣٨٠

[12] كتاب المكاسب ص ٢٣٣ سطر ٨.

[13] تعليقة ١٣١.

[14] هذا هو الصحيح و في الأصل (سببيته).

[15] وسائل الشيعة، باب ٨، من أبواب الخيار، ح ١.

[16] ح ٣:١٥٣.

[17] تعليقة ٦٣. ح ٥

[18] الصفهانی، محمد حسین. محقق عباس آلسباع قطیفی. نویسنده مرتضی بن محمدامین انصاری. ، 1427 ه.ق.، حاشیة المکاسب (الصفهانی)، قم - ایران، ذوی القربی، جلد: ۴، صفحه:۲۱۸-۲۲۲

[19] تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٩.

[20] الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٢.

[21] الوسائل ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥.

[22] تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ٤٩.

[23] المكاسب ج ١٥ ص ١٠٥-١١٣.

[24] تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص ٢٦.

[25] تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص ٤٨.

[26] تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص ٢٦.

[27] تعليقة الايرواني على المكاسب/قسم الخيارات ص ٢٦.

[28] تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص ٤٨.

[29] خویی، محمد تقی. ، 1414 ه.ق.، الشروط، أو، الالتزامات التبعیة فی العقود، بیروت - لبنان، دار المؤرخ العربی، جلد: ۲، صفحه:۱۱۱ - ۱۱۸

[30] خویی، محمد تقی. ، 1414 ه.ق.، الشروط، أو، الالتزامات التبعیة فی العقود، بیروت - لبنان، دار المؤرخ العربی، جلد: ۲، صفحه: ۱۴۴-۱۴۶

ب) ذکر ایقاعات جائزه در کلمات اصحاب

شهید ثانی

و رهن المدبر إبطال لتدبيره على الأقوى لأنه* من الصيغ الجائزة فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله لكونه رجوعا إذ ال يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع و قيل ال يبطل به لأن الرهن ال يقتضي نقله عن ملك الراهن و يجوز فكه فال يتحقق التنافي بمجرده بل بالتصرف و حينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه - فيستقر أو يأخذه في الدين فيبطل و استحسنه في الدروس[1]

الجواهر الفخریه

الضمير في قوله «لأنّه» يرجع إلى التدبير. فإنّ التدبير من الصيغ الجائزة.

أقول: قوله «من الصيغ الجائزة» **إشارة إلى أنّ التدبير ليس من العقود الجائزة، بل هو إيقاع جائز**، و إلاّ قال «لأنّه من العقود الجائزة».
و ال يخفى **أنّهم قد اختلفوا في وجود الإيقاع الجائز**، فمن الموارد التي يستشهد بها على وجود الإيقاع الجائز هو هذا المورد، لأنّ التدبير ليس عقدا، لعدم احتياجه إلى القبول كالعتق و الإبراء و الحال أنّ المدبّر إذا أجرى صيغة التدبير جاز له الرجوع فيه.[2]

شیخ حسین عصفوری

قد عرفت مما سبق أن **التدبير من الإيقاعات الجائزة القابلة للفسخ كالوصية**، و فسخه قد يكون بالقول كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته و ما أشبه ذلك، و قد يكون بالفعل كأن ينقل المدبر لغيره بناقل شرعي حتى لو كانت هبة غير مقبضة فإنها تبطله لدلالتها على الرجوع، و تصح الهبة عند تمام شرائطها، خلافا لابن حمزة حيث شرط في صحتها تقدم الرجوع فيه بالقول و أولى بالرجوع ما لو أعتقه لأنه تعجيل مسبب التدبير - أعني الحرية - فقد زاده خبر، و كذا يبطل توقفه و إن لم يقبضه لدلالته على الرجوع كالهبة، و الخلاف فيه كالخلاف فيها و مثله الوصية به.[3]

سید محمد کاظم یزدی

و يحتمل بعيدا أن يقال ببطلان التدّبير المعلق على موت الغير إذا مات المالك قبل موت ذلك الغير **لأنه من الإيقاعات الجائزة** فيبطل بالموت إذ العبد ينتقل إلى الوارث فال يبقى محل للانعتاق بموت ذلك الغير و فيه أن مجرّد الجواز ال يقتضي البطلان بالموت و ما ذكروا من أن العقود الجائزة يبطل بالموت مع أنه ال يشمل الإيقاعات ال دليل عليه كليّة بل هو مختص

باالعقود الإذنية المنوطة برضا المالك فإنه إذا مات ال يبقى الرّضا فال يبقى العقد و كيف كان فاألقوى ما ذكرنا[4]

سيد محمد حجت كوه كمره اى

المقدمة الخامسة دفع الاشكال عن صحّة الفضولي في العقود و الإيقاعات الجائزة

اعلم انّ محل النزاع في باب الفضولي، هو ترتب الأثر على ما صدر عنه من العقد، بلحوق اجازة المالك، و عدمه. و الإجازة بناء على الكشف، يوجب ترتّب الأثر عليه من حين تحققه.

و منه يظهر الاشكال فيما ذكره المحقّق النائيني «قده» **من عدم جريان النزاع في العقود و الإيقاعات الجائزة** كالوكالة و الجعالة و الفسخ و غيرها، تعليال بأنّ الإجازة فيها تؤثر بنفسها في الأثر من دون ان يبقى محل لتأثير عقد الفضولي.

فالإجازة لفسخ الفضولي بنفسها فسخ، و الإجازة لجعالة الفضولي بنفسها جعالة، و الإجازة لتوكيل الفضولي بنفسها توكيل. فالبحث عن تأثير ما صدر عن الفضولي فيها ساقط رأسا.

و توضيح الإشكال أنّ عقد الفضولي بناء على الكشف يترتّب عليه الأثر من حين تحققه باإلجازة اللاحقة عليه، فالإجازة للعقود الجائزة على تقدير كونها مستقلّة بالتأثير إنّما تؤثر من حينها، و ال تصلح للتأثير فيما قبلها، فال غنى فيها عما صدر عن الفضولي قبلها. فلو وكل غيره في إجراء عقد، ثمّ أجاز المالك توكيله إياه، فمع صحة ما صدر عن الفضولي من التوكيل، بلحوق الإجازة صحّ العقد الصادر من الوكيل، بخالف ما لو فرض بطالن التوكيل و استقالل الإجازة بالتأثير.[5]

سيد محمد صدر

ينبغي لنا فيما يلي ان نتحدث عن صحة اللزوم الواقعية، للعقود اللازمة أوال. لكي يكون الحديث عنها كمقدمة للحديث عن أصالة اللزوم الظاهرية بعد ذلك.

فقد قسموا العقود بل مطلق المعاملات إلى جائزة ولازمة. فمن العقود اللازمة كما سمعنا البيع والإجارة والنكاح. ومن الإيقاعات اللازمة: العتق والطالق والوقف. ومن العقود الجائزة الوديعة والعارية والهبة، **ومن الإيقاعات الجائزة الإباحة والإذن.**

وقد قالوا في معنى اللزوم إنها صفة للمعاملة تجعلها غير قابلة للفسخ أو النقض، ما لم يدل دليل خارجي على وجود خيار الفسخ أو االتفاق على الفسخ وهو الإقالة. وأما الجواز في المعاملة فهو القابلية الذاتية لها للفسخ بإرادة فاعلها، من دون ان تحتاج إلى دليل خارجي على خيار الفسخ.

وقد اختار الشيخ[6] في معنى اللزوم للبيع: ان وضع البيع وبنائه عرفاً وشرعاً على اللزوم وصيرورة المالك الأول كاألجنبي. وإنما جعل الخيار فيه حقاً خارجياً ألحد هما يسقط باإلسقاط وبغيره. وليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكماً شرعياً له أصالً وبالذات بحيث ال يقبل الإسقاط.

قال: ومن هنا ظهر ان ثبوت خيار المجلس في أول أزمنة انعقاد البيع ال ينافي كونه في حد ذاته مبنياً على اللزوم، لان الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. إلى ان قال: فألصل هنا كما قيل نظير

قولهم: ان الأصل في الجسم الاستدارة، فانه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي.

ولنا ان نعلق على هذا الكلام بعدة أمور تتعمق بها تدريجاً فكرتنا عن اللزوم والجواز:

الأمر الأول: يتحصل من كلام الشيخ الأنصاري قدس سره. ان البيع والعقود اللازمة على العموم صفتان إحداهما حكمية وهي اللزوم وأخرى حقية وهي (الجواز) بالخيار. والأولى ذاتية والأخرى خارجية أو عرضية. والصفة العرضية لا تنافي الصفة الذاتية والأولى بصفتها حكماً غير قابلة للإسقاط والثانية بصفتها حقاً قابلة للإسقاط.

وهذا التكوين الفكري وهو الذي أصبح تقليدياً وموروثاً منذ قاله الشيخ والى

الآن. وهو أمر مرتب إلى حد كبير ومتكامل. إلا ان الأمر المهم وهو إمكان استفادته من الأدلة.

أولا: انه من الناحية العرفية العملية، لا فرق بين الجواز الحكمي والجواز الحقي، لان العرف ليس لديه نظريات وإنما يعيش سيرة عملية دائماً، ومن حيث هذه السيرة، فهو يعلم بأن العقد أو المعاملة قابلة للفسخ، ولا يتساءل عندئذ هل هي قابلية حكمية أو حقية. فيكون الاستدلال بالسيرة على لزوم العقود اللازمة مع كونها قابلة للفسخ عملياً - ولو بالخيار الخلو من تسامح.

ثانياً: إننا يمكن ان نعرف اللزوم من نظائره في الفقه، **فالمثال الأمثل لزوم هو العتق. إذ لا يمكن فقهياً فسخ العتق لا حقاً ولا حكماً لإعادة الحر في الرقية. فهل البيع والإجارة كذلك**. ان الوجدان الفقهي والمتشرعي يحكم بالاختلاف.

وليس هذا لمجرد عدم وجود الخيار فيه، بل ان الوجدان حاكم بلزوم بعض العقود بشكل استثنائي كالوقف والعتق والنكاح، وهذا الوجدان مدرك أنها تختلف عن غيرها من العقود والإيقاعات، وان البيع والإجارة ليست مثلها لا ذاتاً ولا عرضاً.[7]

---

[1] شهيد ثاني، زينالدين بن علي. ، ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (2جلدي)، [بي جا] - [بي جا]، [بي نا]، جلد: ١، صفحه: ٣٥١

[2] وجداني فخر، قدرتالله. ونويسنده زينالدين بن علي شهيد ثاني, و محمد بن مكي شهيد اول. ، 1384 ه.ش.، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية، قم - ايران، سماء قلم، جلد: ٨، صفحه: ١٣٤

[3] آلعصفور، حسين بن محمد. ونويسنده سوسف بن احمد بحراني, و مرزوق بن محمد شوكي. ، 1414 ه.ق.، عيون الحقائق الناظرة في تتمة الحدائق الناضرة، قم - ايران، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي، جلد: ١، صفحه: ٣٤٢

[4] يزدي، محمد كاظم بن عبد العظيم. ونويسنده مرتضى بن محمدامين انصاري. ، 1410 ه.ق.، حاشية المكاسب (يزدي) (منجزات المريض)، قم - ايران، اسماعيليان، جلد: ٢، صفحه: ١٠

[5] حجت كوه‌كمره‌ئی، محمد. محرر ابوطالب تجلیل تبریزی. نویسنده ابوطالب تجلیل تبریزی. ، 1409 ه.ق.، کتاب البیع (حجت) (کتاب البیع)، قم - ایران، جماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم. مؤسسة النشر الإسلامي، صفحه: ۲۸۸-۲۸۹

[6] المكاسب: ص ٢١٤.

[7] صدر، محمد. محقق هیئة تراث السید الشهید الصدر قدس سره. ، 1430 ه.ق.، ما وراء الفقه، بیروت - لبنان، دار الأضواء، جلد: ۳، صفحه:۸۸- ۹۰

ج) جعاله؛ از ایقاعات جائزه

شیخ محمدامین زین الدین

إذا وقعت الجعالة بين طالب التأمين و الشركة المتعهدة له وفق ما أوضحناه من الشروط صحت الجعالة و ترتبت عليها أثارها و أحكامها، و قد سبق منّا أن **الجعالة من الإيقاعات الجائزة**، فيجوز لكل من الطرفين فسخها و ترك الالتزام بها.[1]

---

[1] زین الدین، محمد امین. ، 1413 ه.ق.، کلمة التقوی، قم - ایران، مطبعه مهر، جلد: ۵، صفحه: ۶۸