

الأراءُ الفقهية

قِسْمُ (مُخَيَّرَاتٍ) (١)

الجزء العاشر

لرؤس

آية الله الأستاذ الشيخ هادي التيجي

سرشناسه	نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -
عنوان و نام پدیدآور	الآراء الفقهیه/ تالیف هادی نجفی؛ ابه سفارش [موسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش، مرکز تخصصی آموزش های حقوقی .
مشخصات نشر	تهران: چتر دانش، ۱۴۴۰ ق. = ۱۳۹۸ -
مشخصات ظاهری	ج :
شابک	۳۸۰۰۰۰۰ ریال: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸: دوره؛ ۴۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱-۶۰۰-۹۷۸ ۴-۲۸۳-۴۱۰: ؛ ۶۱۵۰۰۰۰ ج. ۱ (چاپ دوم)؛ ۴۰۰۰۰۰ ریال: -۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۲ ۱-۲۸۴ ؛ ۵۰۰۰۰۰ ریال: ۸-۲۸۵-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۳؛ ۶۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۴ ۴۰۰۰۰۰-۶۰۰-۹۷۸-۴۱۰-۲۸۶-۵: ؛ ۵۰۰۰۰۰ ریال: ۲-۲۸۷-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۵؛ ۴۰۰۰۰۰ ریال: ۹-۲۸۸-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۶؛ ۵۰۰۰۰۰ ریال: ۶-۲۸۹-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۷؛ ۵۰۰۰۰۰ ریال: ۹-۲۹۱-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۸؛ ۹-۳۳۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۹؛ ۳-۵۱۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸ ج. ۱۰
وضعیت فهرست نویسی	فاپا
یادداشت	عربی.
یادداشت	جلد اول تا هشتم این کتاب در سال ۱۳۹۸ تجدید چاپ شده است.
یادداشت	ج. ۱۰ (چاپ اول: ۱۴۰۰) (فیپا).
یادداشت	کتابنامه.
یادداشت	نمایه.
مندرجات	ج. ۱. المکاسب المحرمه - ج. ۲. قسم المکاسب المحرمه - ج. ۳. قسم المکاسب المحرمه - ج. ۴. قسم البیع (۱) - ج. ۵. قسم البیع (۲) - ج. ۶. قسم البیع (۳) - ج. ۷. قسم البیع (۴) - ج. ۸. قسم البیع (۵) - ج. ۹. قسم البیع - ج. ۱۰. قسم الخیارات (۱)
موضوع	معاملات (فقه) * Transactions (Islamic law) معاملات اموال شخصی و منقول (فقه) Sales (Islamic law) فقه جعفری -- قرن ۱۴ * Ja'fari Islamic law, 20th century موسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. مرکز تخصصی آموزش های حقوقی
شناسه افزوده	
رده بندی کنگره	۱۳۹۸: ۳۱۴/۱/۱۹۰ BP
رده بندی دیویی	۲۹۷/۳۷۲:
شماره کتابشناسی ملی	۵۴۸۰۶۶۸:
اطلاعات رکورد کتابشناسی	فاپا

عنوان کتاب	: الآراء الفقهية
الناشر	: چتر دانش
تأليف	: آية الله الاستاذ الشيخ هادي النجفي
سنة الطبع	: الطبعة الاولى - ۱۴۰۱ ش
التعداد	: ۱۰۰۰
شابک الجزء العاشر	: ۳-۵۱۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
شابک دوره	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
سعر الجزء العاشر	: ۳۵۰۰۰۰ تومان
سعر التسعة الاجزاء	: ۳۷۶۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
پست الکترونیکی: nashr.chatr@gmail.com
کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

كلمة الناشر

باسمه تعالى

دراسة القانون مع جميع شعبها و اتجاهاتها، تعتبر في بلادنا واحدة من أكثر طالبى مجالات التخصص الجامعي، من بين الدراسات العليا، وقد اجتذب عدداً كبيراً من طلاب العلوم الإنسانية. الذين يدخلون ساحة الخدمة بعد فراغتهم من التعليم ويشغلون بوظائفهم في المواقف المختلفة. المصادر التي قد جعل أساس العمل في كليات القانون ودراسة الطلاب تدور حولها، في الحقيقة هي مجموعة الكتب والكتيبات التي لم يتغير على مر السنين - كما ينبغي أن يكون - ولم تكونوا منسقا مع التطورات والاحتياجات العصرية. على هذا، الحاجة الأساسية للطلاب إلى مجموعة الكتب النافعة والمثمرة في هذا المجال أمر لا ينفك. من ثم ينبغي أن يتوجه إلى ضرورة اهتمام تدوين الكتب النافعة والقيمة، لسد حاجاتهم العلمية في مجال القانون والمجالات المتأثر منه. الكتب التي تكون محتواها حديثة من ناحية وتناسبها مع احتياجات رواد العلم من ناحية أخرى، قد كان ملحوظاً من جانب الناشر والمؤلف. مؤسسة الدراسات العليا **چتر دانس**: كمؤسسة رائدة في نشر الكتب التعليمية الغنية والحديثة، تمكنت من اتخاذ خطوات فعالة لمرافقة مع طلاب علم القانون. وتفتخر هذه المؤسسة مع الاستفادة من تجاربها العديدة والملاحظة الدقيقة للاحتياجات الأكاديمية لرواد العلم بجهدا الكثير في نشر الكتب التي تكون أهم إنجازاتها، تسهيل التدريب، وتسريع تعلم الباحثين. في هذا المجال العلمي منشورات چتر دانس أمل أن تتجلي بواسطة الخدمات الرائعة قدرها أكثر فأكثر.

فرزاد دانسور

مدير منشورات چتر دانس

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَهَيِّدٌ

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة والسلام على نبينا نبي الرحمة محمد رسول الله وعلى أهل بيته الأخيار لاسيما على الحجة الثاني عشر صاحب العصر والزمان عليه السلام، واللعنة الدائمة الأبدية السرمدية على أعدائهم ومخالفهم ومنكري فضائلهم وحقوقهم.

أمّا بعد فقد فرغتُ من تحرير مسائل البيع في ست مجلدات وأن وقت الشروع في مباحث الخيارات بعون الله الملك العلام فأقول حامداً شاكراً مصلياً:
قبل الورود في البحث لا بدّ من التنبيه على مقدمات:

فَصِيكَ:

النَّحِيْلَةُ
اَقْسَامُهُ وَاَحْكَامُهُ

لِلْفَتْحَاتِ

المقدمة الأولى: هل تعريف الخيار من قبيل شرح الاسم؟

ذهب المحقق الخراساني رحمته الله في الكفاية^١ أن غالب التعريفات من قبيل شرح الاسم ويُعدّ من التعريفات اللفظية نحو: سعدانة نبت. «فهل تعريف الخيار من هذه القبيل؟ فلا يهم التعرض إليه أو لا، بل له ثمرة عملية فيهم التعرض إليه؟ هذا، مع أنه قد اشتهر أنه لا مشاحة في الاصطلاح، فالتعرض للتعريف الاصطلاحي ومناقشته قليل الجدوى.

الحقّ أنه لا بدّ لنا من إيقاع البحث في مفهوم الخيار وتحديد معناه، إذ قد وقع بهذا العنوان في لسان الأدلة، فيترتب على تحديده أثر عملي.

فلا بدّ من معرفة المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وهل بينهما ارتباط ومناسبة أم لا ارتباط بينهما، بل هما متباينان؟

فإذا كانا متباينين، فلا وجه لحمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي لأنّه معنى مستحدث لا يمتّ للعرف بصلة، بخلاف ما إذا كان بينهما العموم والخصوص

(١) كفاية الأصول / ٢١٥؛ طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام.

المطلق، كما سيأتي توضيحه»^(١).

المقدمة الثانية: هل يتعلّق الخيار بخصوص الأفعال أو يتعلّق بها وبالأعيان؟

«إنّ الخيار هل يتعلّق بخصوص الأفعال أم أنه يتعلّق بالأعم من الفعل

والعين؟

لابدّ من إيقاع البحث في ذلك لأنّه ذو ثمره عملية، لوقوع البحث - فيما يأتي ان

شاء الله تعالى - في أنّ ثبوت الخيار هل تكون ثمرته أن يكون لديه حقّ فسخ العقد أو

حق استرداد العين؟

ونتيجة هذا البحث تظهر في صورة تلف العين، فإنه يسقط الخيار على الثاني

لانتفاء موضوعه دون الأوّل.

ومن الواضح أن هذا البحث إنما يتأتى لو صحّ تعلق الخيار بالعين، فيقال: إن

الدليل المتكفل لإثبات الخيار بلا أن يعيّن متعلقه هل مقتضاه تعلقه بنفس العقد

فيكون له حقّ فسخه، أو بالعين فيكون له حقّ استردادها؟ لأنّ كلاً من العقد والتمن

والتمن من شؤون المعاملة، فيحتمل تعلق الخيار بكل منهما.

أو لو فرض عدم صحة تعلق الخيار بالأعيان لم يتأتّ البحث المزبور، بل يتعين

تعلق الخيار بالعقد، فانه فعل اختياري - كما سيأتي توضيحه -»^(٢).

تنبيه: توضيح معنى الاختيار

ذهب السيّد الطباطبائي اليزدي في حاشية المكاسب «إلى أنّ معناه هو السلطنة،

ويظهر ذلك من المحقّق الإيرواني رحمته الله^(٣) وإن لم يصرح بذلك لكنه يستفاد من كلامه.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخيارات ١ / ٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخيارات ١ / ٦.

(٣) حاشية المكاسب ١٠ / ٢، تعليقة رقم ٣.

كما ذكر السيّد الطباطبائي^(١) أن الخيار لا يضاف إلى غير الأفعال لأن مصدره وهو الاختيار لا يضاف إلا إلى الأفعال دون الأعيان والمنافع.

وخالفهما المحقق الإصفهاني^(٢)، فذهب إلى أن معنى الاختيار لا يساوق السلطنة لاستعماله في موارد كثيرة لا يمكن أن يراد به معنى السلطنة فيها، كما إذا قلت: إختار زيد العزلة عن الناس، وإختار شرب الدواء الخاص، وإختار لبس هذا الثوب من بين الأثواب، وكقوله تعالى: ﴿وَإِخْتَارَ مُوسَىٰ قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَأَنَا آخَرْتُكَ...﴾^(٤)، ... إلى غير ذلك من الاستعمالات.

ومن الواضح أنه لا معنى لإرادة معنى السلطنة من الاختيار في هذه الاستعمالات، مع أنه لا يرى فيها وفي أمثالها أدنى مسامحة وعناية. ولعل الجامع بين هذه الموارد وغيرها من موارد استعمال مادة الاختيار على اختلاف هيئاتها هو إرادة ما يساوق معنى الترجيح والانتقاء والاصطفاء.

ومن هنا يظهر أن الاختيار - ويلحق به الخيار لأنه بمعناه - يمكن أن يتعلق بالأعيان، إذ يصح إضافة الانتقاء والترحيح إلى العين. وفي الآيتين الكريميتين المتقدمتين وغيرهما - كقول القائل: إخترت زيدا صديقاً لي وإخترت هذا الكتاب من بين الكتب - كفاية في إثبات المطلوب، لإضافة الاختيار فيها إلى العين من دون أي تقدير ولا مسامحة.

وأما ما ذكره السيّد الطباطبائي^(١) من: أن الاختيار لا يضاف إلى الأعيان، فلعله ناشئ من الخلط بين الاختيار بالمعنى اللغوي والاختيار بالمعنى الاصطلاحي للمتكلمين الذي

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٣٦٨.

(٢) حاشية المكاسب ٤ / ١٠.

(٣) سورة الأعراف / ١٥٥.

(٤) سورة طه / ١٣.

هو بمعنى المشيئة والإرادة، إذ المشيئة لا يمكن أن تتعلق بغير الأفعال. فالتفت.
هذا، ولكن الانصاف أن ما ذكره المحقق الإصفهاني رحمته الله في معنى الاختيار لا
يخلو عن مناقشة، فإن الترجيح غير مساوق لمفهوم الاختيار ولو انطباقاً، فإنه لا يصح
استعماله في كل مورد يستعمل فيه الخيار أو الاختيار، ففي مثل قوله: «البيعان
بالخيار»^(١) لا معنى لأن يراد به: «البيعان بالترجيح أو الرجحان» - الذي هو إسم
مصدر من الترجيح - .

والذي نراه أن المفهوم القريب لمعنى الاختيار والخيار الذي لا أقرب منه هو
الارتضاء والرضا، فإنه وإن لم يكن نفس الاختيار مفهوماً لكنه أقرب ما يمكن أن
يشار به إلى الاختيار من المفاهيم، فالارتضاء يساوق الاختيار والرضا يساوق الخيار،
وتقدير الرضا في قوله: «البيان بالخيار» لا مانع منه بعد فرض أن الباء بمعنى: «مع»،
فيكون دليلاً على اعتبار استمرار الرضا في البيع إلى وقت الافتراق.
ولعله يشير إلى ما ذكرنا من معنى الخيار ما ورد في بعض النصوص^(٢) من
التعبير عن إعمال الخيار بان ذلك رضا بالبيع.

ثم إنه لا يخفى أن الرضا يتعلق بالأعيان كما يتعلق بالأفعال، فيضاف إلى العين
بلا تقدير ولا مسامحة. وقد تقدمت الإشارة إلى ثمره تحقيق ذلك^(٣).

المقدمة الثالثة: الخيار في اللغة

قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «الخيار لغة اسم مصدرٍ من الاختيار»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ١٨/٥، ح ١، الباب ١ من أبواب الخيار، صحيحة محمد بن مسلم.
(٢) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار، صحيحة علي بن رثاب؛ ووسائل
الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الخيار، معتبرة السكوني.
(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخيارات ١/ (٦-٨).
(٤) المكاسب ١١/٥.

أقول: الاختيار مصدر باب الافتعال و «معناه الأخذ بما هو الخير، أو تفضيل أحد الطرفين وترجيحه على الطرف الآخر، وليس هو مصدر الفعل الثلاثي المجرد، فإنَّ مصدر «خار» بمعنى «فضّل ورجّح» هو «الخَيْرَةُ والخَيْرَةُ، وخَيْرًا» كما في اللسان، وفيه أيضاً: «والاختيار: الاصطفاء»^(١).

وقال في الصحاح: «وقال في البارع: خَرْتُ الرجل على صاحبه، أخيرُهُ من باب باع، خَيْرًا وزان عَنَبٍ، وخَيْرَةٌ وخَيْرَةٌ: إذا فَضَّلْتَهُ عَلَيْهِ»^(٢) «(٣)».

وقال ابن الأثير: «الخيار: الاسم من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين: إما إمضاء البيع، أو فسخه...»^(٤).

وفي تاج العروس للزبيدي: «والخيار: الاسم من الاختيار وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع أو فسخه. وفي الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»...، وقولهم: لك خيرة هذه الغنم وخيارها. الواحد والجمع في ذلك سواء، وقيل: الخيار: نضار^(٥) المال، وكذا من الناس وغير ذلك. وأنت بالخيار وبالمُخَيَّر، هكذا هو بضم الميم وسكون الخاء وفتح التحتية، والصواب: وبالمختار، أي اختر ما شئت»^(٦).

وفي مجمع البحرين لشيخ الطريحي: «والخَيْرَةُ - بالكسر فالسكون - من الاختيار، والخَيْرَةُ - بفتح الياء - بمعنى الخيار، والخيار: هو الاختيار، ويقال: هو اسمٌ من تخيرت الشيء، مثل الطيرة اسمٌ من تطير، وقيل: هما لغتان بمعنى واحد، قاله في

(١) لسان العرب ٤/ ٢٥٥.

(٢) صحاح اللغة ٢/ ٦٥٢ (طبعة عام ١٤٠٧).

(٣) هدى الطالب ٩/ ١٧٣.

(٤) النهاية ٢/ ٩١.

(٥) نضار: الخالص من كل شيء، الذهب.

(٦) تاج العروس ٦/ (٣٨٠-٣٧٩).

المصباح. والاختيار: الاصطفاء. ومحمد ﷺ خَيْرَتِكَ من خلقك - بكسر الخاء وبالياء والراء المفتوحين - أي المختار المنتخب، وجاء بتسكين الياء. وقول علي بن الحسين (عليه السلام): «فأنا الخيرة ابن الخيرتين» يريد خيرة الله من العرب هاشم ومن العجم فارس. وفي الخبر «أنا بين خيرتين» تشية خيرة كعنبه، أي أنا مخير بين الاستغفار وتركه في قوله تعالى: ﴿أَسْتَغْفِرُ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرُ لَهُمْ﴾^(١). ومنه: خَيْرَتَهُ بين الشيبين، أي فوضت إليه الخيار^(٢)^(٣).

المقدمة الرابعة: المصدر واسمه والفرق بينهما

«اختلفت كلمات الأدياء وغيرهم في أن المغايرة بينهما تكون في الصيغة واللفظ خاصة مع وحدة المدلول والمعنى، أو أتمها تكون لفظاً ومعنى.»

فظاهر ابن الناظم [محمد بن محمد بن مالك المتوفي ٦٨٦هـ] الأول، لجعل المقسم للمصدر واسمه هو الحدث، قال: «اعلم: أن اسم المعنى الصادر عن الفاعل - كالضرب - أو القائم بذاته - كالعلم - ينقسم إلى مصدرٍ واسم المصدر. فإن كان أوله ميمٌ مزيدة لغير (مفاعلة) كالضرب والمحمدة، أو كان لغير ثلاثي بوزن الثلاثي كالغسل والوضوء، فهو اسم مصدر، وإلا فهو مصدر»^(٤).

وهذا كالصريح في أن «الغسل والاعتسال» حاكين عن مفهوم وحداني، يسمّى الأول منهما باسم المصدر لأجل كونه على ثلاثة أحرف، وإن كان فعله مزيداً فهي من باب الافتعال. وكذا الحال في «الوضوء» المصوغ من فعله من باب «التفعل».

(١) سورة التوبة / ٨٠.

(٢) مجمع البحرين ١/ (٧١٩-٧١٨).

(٣) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/ ١٣.

(٤) شرح الألفية لابن الناظم، بحث المصدر.

وصريح جماعة الثاني، أي المغايرة بين المصدر واسمه في اللفظ والمعنى، قال [خالد بن عبدالله] الأزهري في التصريح [على التوضيح] مازجاً شرحه بما في توضيح ابن هشام: «ومدلولها مختلف، فمدلول المصدر الحدث، إنها هي بواسطة دلالة على المصدر.

وتحقيق ماهيتهما أن يقال: الاسم الدال على الحدث من غير تعرض لزمان، إن كان علماً موضوعاً على معنى كفجار وحماد علمين للفجرة بسكون الجيم والمحيطة بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، أو كان مبدؤاً بميم زائدة لغير المفاعلة كمضرب ومقتل - بفتح أولهما وثالثهما - أو كان متجاوزاً فعله الثلاثي وهو بزنة اسم حدث الثلاثي كغسل ووضوء بضم أولهما في قولك: اغتسل غسلاً وتوضأ وضوءاً، فإتياها - أي فإن الغسل - بزنة (القرب) والوضوء، بزنة (الدخول) في قولك: قرب قرباً، ودخل دُخولاً، فهم اسم مصدر... وإلا يكن كذلك فهو مصدر»^(١).

ثم رتب على هذا الفرق التفصيل بين أقسام اسم المصدر في العمل، فإن كان مبدؤاً بميم عمل عمل فعله اتفاقاً. وإن كان علماً لم يعمل كذلك. وإن كان غيرهما فهو مورد خلاف بين البصريين والكوفيين، فراجع.

ونقل جمال المحققين في حواشيه على الروضة فوارق أخرى بينهما، بعد نقل جملة من كلام الأزهري، فنقل عن بعض المحققين: أن المصدر موضوع للحدث من حيث اعتبار تعلقه بالمنسوب إليه على وجه الإبهام، ولذا يقتضي الفاعل والمفعول، ويحتاج إلى تعيينها في استعماله، كتعيين (الضرب) بصدوره من زيد ووقوعه على عمرو. واسم المصدر موضوع لنفس الحدث من حيث هو بلا اعتبار تعلقه بالمنسوب

(١) شرح التصريح على التوضيح، باب إعمال المصدر (لا ترقيم لصفحات نسختنا من الطبعة الحجرية).

إليه، وإن كان له تعلق في الواقع، ولذا لا يقتضي الفاعل والمفعول وتعيينهما. ولعل المقصود من اقتضاء الفاعل والمفعول هو اعتبار تلبس الفاعل بالمبدأ وصدوره منه وتجده. ويكون اسم المصدر هو الحدث مجرداً عن قيد تلبس فاعل به. ثم فرق المحقق الخوانساري بين المصدر واسمه بما يقرب من الوجه المتقدم كما لَوَّح إليه وقال: «والأظهر عندي: أن المصدر موضوع لفعل الأمر أو الانفعال به، واسم المصدر موضوع لأصل ذلك الأمر. فالإغتسال مثلاً عبارة عن إيجاد أمور مخصوصة هي أفعال تدريجية مخصوصة، والغسل عبارة عن نفس تلك الأمور. ثم قد يتسامح ويطلق اسم المصدر على الهيئة العارضة بسبب ذلك الأمر، وعلى غيرها مما هو معلول له، كما يظهر بالتتبع»^(١) «(٢)».

أقول: الصحيح هو القول الثاني أعني المغايرة بين المصدر واسمه في اللفظ والمعنى لأن المصدر موضوع للحدث والمفهوم الأصلي للفعل من دون الدلالة على الأشخاص والأزمان والدفعات نحو: الإغتسال والتوضي.

وأما اسم المصدر فموضوع لحاصل المفهوم والمعنى الأصلي من المصدر وينتقل إلى الحدث والمفهوم الأصلي للفعل بواسطة المصدر، نحو: الغسل والوضوء. وفي هذا المجال راجع رسالة «السيف المشتهر في تحقيق اسم المصدر» لشيخنا في الرواية ومجيزنا بالاجتهاد نابغة عصره آية الله الشيخ محمدباقر الكمرئي^(٣) (١٤١٦-١٣٢٠)، المطبوعة سنة ١٣٥٤ ق بالغري الشريف والمذكور في الذريعة^(٤).

(١) حاشية الروضة البهية المطبوعة مستقلاً / ٩، هامش الروضة البهية (طبعة عبدالرحيم) ١١ / ١ و ١٢.

(٢) هدى الطالب / ٩ (١٧٦-١٧٣).

(٣) كتبت ترجمته في كتابي «طريق الوصول إلى أخبار آل الرسول ﷺ» / (١١١-٩٨).

(٤) الذريعة ١٢ / ٢٨٩.

المقدمة الخامسة: النسبة بين خياري اللغوي والفقهى

قد مرّ المعنى اللغوي للخيار وأنه «الأخذ بما هو الخير» أو «تفضيل أحد الطرفين وترجيحه على الطرف الآخر».

وأما المعنى الفقهي للخيار فقد «يطلق على «ملك أمر العقد» كما ورد في مثل الهبة من «كون الواهب بالخيار قبل تسليم العين للمتهد» ويراد به جواز الرجوع في العقود غير اللازمة. وقد يُطلق على جواز حلّ العقد اللازم - بحسب طبعه كالبيع - كالفسخ بخيار المجلس أو الحيوان أو غيرهما من موجبات التزلزل.

والمقصود بالبحث في باب الخيار هو القسم الثاني، ونقل [الشيخ الأعظم] عنهم تفسيرين له يشتركان في كونه ملكاً، والمراد به الاستيلاء على الفسخ والإمضاء، بشهادة تصريح المصنف في أوائل البيع بقوله: «أنّ مثل هذا الحقّ سلطنة فعلية»^(١)، وظهور قوله هنا بعد أسطر «والتسلط على فسخ العقود الجائزة»^(٢) الدالّ على تسلّم كون حقّ الخيار سلطنة الفسخ والإقرار، كما يتسلّط في العقد الجائز على الرجوع.

وبعد وضوح معنى «الخيار» إجمالاً، فإمّا أن تكون النسبة بين معناه المصطلح هنا وبين معناه اللغوي العموم والخصوص المطلق^(٣) [أو توميء لذلك]^(٤)، بدعوى شمول اللغوي لفسخ العقد وغيره، فإنّه بعد اتّحاد المصدر واسمه حقيقةً وتغايرهما اعتباراً إمّا أن يكون «الاختيار» عنواناً للفعل الخارجي من الأخذ بما فيه الخير أو ترجيح أحد الأمرين، أو عنواناً للمشيئة التي هي كيف نفساني. والخيار المصطلح اختيار خاصّ بالفسخ والإمضاء.

(١) المكاسب ٩/٣.

(٢) المكاسب ١٢/٥.

(٣) كما في حاشية السيّد البيزدي رحمته ٣٦٧/٢.

(٤) كما في حاشية المحقّق الإصفهاني ١٠/٤.

وإمّا أن تكون النسبة بين المعنيين هي المباينة، من جهة أنّ الخيار المبحوث عنه يكون من الاعتبارات الوضعية المجعولة شرعاً ولو إمضاءً، ولا جامع بين ما يكون من مقولة كيف أو الفعل العرفي وبين المعتمّر الذي ظرفه الاعتبار المتوسّط بين وعائي الذهن والعين»^(١).

(١) هدى الطالب ٩/١٧٦.

ثم يقع الكلام في جهات من البحث:

الجهة الأولى: تعريف الخيار

ثم بعد هذه المقدمات نصل إلى تعريف الخيار وقد عرفه الشيخ الأعظم^(١)

بتعريفين:

التعريف الأول: ما عرفه به جماعة من المتأخرين، وعليه فخر المحققين^(٢)

واختاره الشيخ^(٣) وهو: ملك فسخ العقد.

التعريف الثاني: ما اختاره صاحباً الرياض^(٤) والجواهر^(٥)، والمحقق

النائبي^(٦) من المتأخرين، وهو: ملك إقرار العقد وإزالتها.

«والفرق بين التعريفين من جهتين:

الأولى: وحدة الملك والمملوك في التعريف الأول، وتعددتهما في الثاني؛ إذ الملك

(١) المكاسب ١١/٥ و ١٢.

(٢) إيضاح الفوائد ١/٤٨٢، ولفظه: «لأن الخيار ملك الفسخ».

(٣) المكاسب ١١/٥.

(٤) رياض المسائل ٨/١٧٧.

(٥) جواهر الكلام ٣/٢٤ (٣/٢٣).

(٦) منية الطالب ٣/٣.

إنما يتعدد متعلقه، وهو في الأوّل الفسخ خاصة، وفي الثاني إزالة العقد وإقراره.
الثانية: إن متعلّق الملك في التعريف الأوّل هو الفسخ، والسلطنة على الوجود
 سلطنة على العدم، فيكون فيه طرف وجودي وآخر عدمي، فالخيار ملك فسخ العقد،
 وملك عدمه.

وأما المتعلق في التعريف الثاني فأمران وجوديان: إقرار العقد، وإزالته.
 ولا يخفى أن الإزالة تحل محلّ الفسخ، ولا شك أن من يملك إزالة العقد يملك
 عدمها.

وبهذا اتضح أن نسبة التعريف الثاني إلى التعريف الأوّل هي نسبة الأعم
 للأخص، فإنّ ما في الأوّل موجود في ملك إزالة العقد من الثاني، ويزيد الثاني بملك
 إقرار العقد.

الإشكال على التعريف الأوّل ودفعه

أورد على التعريف الأوّل بعدم مانعيته؛ إذ هناك موارد يوجد فيها ملك فسخ
 العقد وهو ليس خياراً، وهي:

١- العقود الجائزة، كالهبة والوكالة.

٢- عقد الفضولي، فإن الأصيل يملك فسخ العقد.

٣- العقد المتعلق بالمال الزائد على ثلث التركة، فإن للوارث فسخه.

وهذا النقض مبني على كون الوصية عقداً، وأما على القول بعدم كونها عقداً
 - كما هو المختار - فلا موضوع لنقض الشيخ^(١) به، فيحمل كلامه حينئذ على إرادة
 العقد في مرض الموت، فإن أمر منجزات المريض فيما زاد على الثلث بيد الوارث على

القول بعدم نفوذ منجزاته. (١)

٤- العقد على بنت الأخ والأخت؛ فإن العمة والخالة تملكان فسخه.

٥- ما إذا زوجت الأمة بالعبد ثم أعتقت، فإنها تملك فسخ العقد حينئذ.

٦- عقد النكاح مع وجود أحد العيوب المخصوصة في الزوج أو الزوجة؛ فإن

الآخر يملك فسخ العقد.

فمن له أمر العقد يملك فسخه في هذه الموارد، فيدخل ملك الفسخ فيها في

التعريف، مع أنه ليس خياراً؛ إذ هو حكم لا يقبل الإسقاط والإرث، بخلاف الخيار

فإنه حقّ ويقبلها» (٢).

ولكن دفع الشيخ الاعظم الاشكال بما توضيحه: «إنّ موارد الخيار اصطلاحاً،

وهذه الموارد المذكورة، وإن كانت تشترك في ثبوت السلطنة على فسخ العقد، لكنها

تختلف من جهة وهي الثابت في موارد الخيار يقبل الاسقاط والانتقال بالميراث ولذا

يعبّر عنه بالحق. والثابت في هذه الموارد التي قيل بانتقاض التعريف فيها لا يقبل

الاسقاط والانتقال، فلا تسقط سلطنة المالك على رد عقد الفضولي ولو أسقطها ألف

مرة. ويعبّر عن ثبوت السلطنة ههنا بأن ثبوتها بنحو الحكم لا الحق.

وإذا ثبت وجود الفرق موضوعاً بين الموردين - مورد الخيار وهذه الموارد - ،

ففي التعبير بالملك في التعريف كفاية في إخراج غير موارد الخيار اصطلاحاً، إذ عرفت

أن ثبوتها ليس بنحو الملك بل بنحو الحكم. وبذلك يكون هذا التعريف بنظر الشيخ

خالياً عن الاشكال» (٣).

(١) ربما يدعى بأن ما ذكر أخيراً هو الظاهر من عبارة الشيخ الأنصاري رحمته فراجع.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١ / (١٦-١٤).

(٣) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ / ٩.

الايراد على دفع الشيخ

«وقد استشكل في هذا الرد المحققان السيد الطباطبائي والشيخ الايرواني رحمهما

الله.

أما السيد الطباطبائي^(١) فذهب إلى أن الملك لغة بمعنى السلطنة وهي إذا أضيفت إلى العين تفيد الملكية بالمعنى المعروف وهو واجدية المالك للشئ وكون أمره بيده، بخلاف ما إذا أضيفت إلى الفعل فإنها لا تفيد أكثر من القدرة عليه.

وفي المقام بما أن الملك الذي هو بمعنى السلطنة قد أضيف إلى الفعل وهو فسخ العقد، فلا يفيد أكثر من القدرة والتسلط عليه. وهذا المعنى كما هو ثابت في موارد الخيار ثابت في موارد العقود الجائزة للقدرة فيها على فسخ العقد.

ولعل الوجه فيما ذكره^(٢) من الفرق بين إضافة السلطنة للعين والفعل هو: أن السلطنة على العين لا معنى لها، فلا بد من تقدير فعل، وبما أن حذف المتعلق يفيد العموم، إضافة السلطنة إلى العين تفيد السلطنة على جميع التصرفات المتعلقة بالعين وهو لازم الملكية، بخلاف السلطنة على الفعل فانها متصورة فتحمل على معناها العرفي وهو القدرة على الفعل بايجاده وعدمه، وهذا لا يلزم الملكية بوجه من الوجوه. هذه خلاصة إيراد مع توضيحها.

وأما المحقق الايرواني^(٢) فذهب: إلى أن السلطنة على نحوين: سلطنة [مطلقة] يكون لذيها سلطنة عليها، كالسلطنة على فسخ العقد في موارد الخيار فإن لذي الخيار السلطان على إسقاط سلطنته، وسلطنة [مشروطة] لا يكون لذيها سلطان عليها كالسلطنة على الفسخ في موارد العقود الجائزة فإنها حكم شرعي ولا يكون

(١) حاشية المكاسب ٢/٣٦٧.

(٢) حاشية المكاسب ٩/٣.

أمرها بيد ذي السلطنة بل بيد الحاكم.

وكلام الشيخ رحمته إنما يتم لو فرض أن الملك عبارة عن السلطنة الخاصة والاستيلاء الخاص وهو الاستيلاء بالنحو الأول، فإن التعبير به يستلزم خروج موارد العقود الجائزة لأن الاستيلاء في موارد من النحو الثاني، أما لو كان الملك عبارة عن مطلق الاستيلاء أعم مما كان له عليه سلطان وما لم يكن عليه سلطان، لم يكن في التعبير بالملك دلالة على نفي موارد العقود الجائزة، لصدقه في موارد أيضاً. والأمر في الملك هو ذلك، فإنه لا يعتبر فيه إلا كون المملوك تحت السلطان، أما كون السلطنة تحت السلطان أيضاً فلا يعتبر فيه. والشاهد على ذلك إضافة المالكية لله جلّت عظمته بل هو مالك المملوك مع أنه ليس له سلطان على سلب سلطنته على الكون، كما هو واضح. إذن، فالتعبير بالملك في التعريف لا يستلزم خروج موارد العقود الجائزة وغيرها.

وبالجملة: فمرجع كلا الكلامين إلى عدم دلالة التعبير بالملك على اختصاص التعريف بموارد الخيار، بل هو على عمومه لغير موارد اصطلاحاً^(١).

جواب المحقق الإصفهاني في نقد الإيراد

«ولكن المحقق الإصفهاني^(٢) دفع هذين الكلامين، وتوضيح كلامه: أن الملك في الاصطلاح لا يساوق السلطنة التي هي المفهوم العرفي للملك، فإنها عبارة عن سلطنة اعتبارية غير نفس الآثار المفعولة، وهذه السلطنة لا ثبوت لها في موارد الأحكام، ولأجل ذلك اصطلاح الفقهاء بالحكم في قبال الملك. وإذا فرض أن الملكية في الاصطلاح أمر اعتباري يختلف عن الحكم، فالتعبير بالملك في التعريف يخرج موارد

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/ (٩-١٠).

(٢) حاشية المكاسب ٤/ ١٢.

السلطنة الثابتة بنحو الحكم، إذ اللازم حمل الملك في التعريف على معناه الاصطلاحي لوروده في التعريف الاصطلاحي للخيار، ولا وجه لحملة على المعنى اللغوي. وبذلك يندفع كلا الكلامين، إذ لا معنى لحمل السلطنة على معنى القدرة على الفسخ - كما هو مضمون كلام السيد عليه السلام -، كما لا معنى لدعوى أن الملك مطلق الاستيلاء - كما هو مضمون كلام الإيرواني عليه السلام -، إذ كل منهما نقل للكلام إلى غير موضعه»^(١).

القول المختار في التعريف الأول

«ما ذكره المحقق الإصفهاني عليه السلام متين جداً، إذ بعد وقوع التعبير في مصطلح الفقهاء فلا معنى للبحث عن معناه اللغوي. ومن الواضح أن الملك باصطلاحهم يختلف عن الحكم، فإنهما اصطلاحان متقابلان.

نعم، ما ذكره من أن الملكية عبارة عن سلطنة اعتبارية لدى الفقهاء لا يخلو من حديث وبحث، إذ البعض^(٢) يرى أن الملكية أمر انتزاعي، أو يرى^(٣) الحق من الأمور الانتزاعية وإن كانت الملكية اعتبارية.

فالتعبير الجامع: أن الملكية عبارة عن سلطنة خاصة وهي ما يلحظ فيها واجدية المالك للمملوك وكون زمام أمره بيده أعم من كون ذلك المعنى اعتبارياً أو انتزاعياً، وهذا المعنى لا ثبوت له في موارد الحكم.

وعلى كل حال ظهر من مجموع ما ذكرنا وجه ما ذكره الشيخ^(٤) من: أن

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ / ١٠ و ١١.

(٢) كالشيخ في المكاسب ١٩ / ٥ حيث يقول: بل حقق في الأصول ان لا معنى للحكم الوضعي إلا ما انتزع من الحكم التكليفي.

(٣) كالمحقق الخراساني، حاشية المكاسب / ٧٩.

(٤) المكاسب ١١ / ٥.

التعبير بالملك يتكفل إخراج موارد العقود الجائزة، من جهة عدم ثبوت شؤون الملكية في تلك الموارد، كما ظهر أن ما ذكره تام لا خدشة فيه^(١).

التعريف الثاني (٢)

وهو تعريف «المحققين من القدماء»^(٣) وصاحب الجواهر قال: «ملك إقرار العقد وإزالته»^(٤).

واختاره الفاضل المقداد^(٥) وسيّد الرياض^(٦)، والمحقق النائيني قدس سره وقال: «والحق ما اختاره القدماء»^(٧).

مناقشة الشيخ الاعظم على التعريف الثاني

قد ناقش الشيخ الاعظم في هذا التعريف «بإشكال على تقدير، وبإشكالين على تقدير آخر فقال:

١- إنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك؛ لتكفل ملك إزالة العقد له؛ لأن القدرة تتعلق بالطرفين - الوجود والعدم - دائماً، فملك إزالة العقد هو ملك لإزالته ولبقائه.

٢- وإن أريد منه إلزام العقد وجعله غير قابل للفسخ فيرد عليه:

أولاً: أن ذلك لا يمكن بغير إسقاط حق الخيار، فأخذ في إلزام العقد إسقاط

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، كتاب الخيارات ١ / ١١ و ١٢.

(٢) المكاسب ٥ / ١٢.

(٣) منية الطالب ٣ / ٣.

(٤) الجواهر ٢٤ / ٣ (٣ / ٢٣).

(٥) التنقيح الرائع ٢ / ٤٣.

(٦) رياض المسائل ٨ / ١٧٧.

(٧) منية الطالب ٣ / ٣.

حق الخيار، وأخذُ المعرّف - بالفتح - في التعريف دور.
وثانياً: عدم كون التعريف حينئذ جامعاً لأفراد الخيار، بل ينحصر في الخيار الواحد المختص.

توضيح ذلك: إن إقرار العقد يجعل في التعريف مقابلاً لفسخه، والمفروض أنه أريد به الإلزام، وظاهر الإلزام في مقابل الفسخ جعله لازماً مطلقاً، وهو لا يتم إلا في صورة قيام الخيار بواحد، وأما إذا كان الخيار لكلا المتعاملين - بالشرط أو بالشرع - فلا يستقر العقد بإسقاط أحدهما لخياره؛ لتزله من ناحية الآخر.

وكذا لو كان لأحدهما خيار متعدد، كما لو اجتمع له خيار العيب والغبن، فإن إسقاط أحدهما لا يوجب استقرار العقد؛ لتزله من ناحية الخيار الآخر.

وحاصل الإشكال: أنه يلزم من تعريف القدماء - بقرينة المقابلة بين الإلزام والفسخ - أن يكون الإلزام بقول مطلق، فينحصر الخيار بالخيار الواحد المختص.
هذا حاصل ما أفاده الشيخ رحمته في التعريف (١) «(٢)».

توضيح مراد الشيخ من الشق الأول في إشكاله

مراد الشيخ الاعظم من الشق الأول من إشكاله يمكن أن يكون أحد الوجهين: «الأول: أنه يريد ببقاء العقد على حاله نفس عدم الفسخ بلحاظ وجود المقتضي للبقاء، فبمجرد عدم الفسخ يتحقق البقاء فعلاً. فيكون ذكره مستدركاً بلحاظ أنه تكرر محض مستهجن، لأن القدرة على الفسخ قدرة على عدمه.

الثاني: أن يريد بالبقاء أمراً وجودياً مسبباً عن عدم الفسخ، فلا يكون ذكره تكراراً. نعم يكون ذلك لغواً بلحاظ أنه بعد بيان القدرة على الفسخ وعدمه يتكفل

(١) كتاب المكاسب ٥/١٢-١١.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٢٣ و ٢٤.

بيان القدرة على البقاء بالملازمة، إذ القدرة على السبب قدرة على المسبب. وعلى أيّ تقدير فذكره لغو وزيادة لاستفادته من اللفظ إما مباشرة أو بالملازمة، فلاحظ^(١).

جواب مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الأوّل

يمكن أن يجاب عن مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الأوّل: بأنّ المراد من «ملك إقرار العقد» «هو إسقاط الخيار وجعل العقد لازماً وغير قابل للانفساخ من ناحية الخيار... والمراد من ازالته هو إزالة العقد بالفسخ وإعدامه»^(٢). فلا يتمّ مقالته من أنّ «ملك إقرار العقد» «مستدرک»^(٣).

جواب مناقشة الشيخ الأعظم في شقه الثاني

قد يجاب عن مناقشة الشيخ الأعظم في الشق الثاني بكلا وجهيه:
«أمّا الوجه الأوّل: وهو ما أفاده من إرادة إبرام العقد من البقاء وجعله لازماً راجع إلى أخذ إسقاط حق الخيار في مفهوم الخيار، فأورد عليه بوجهين:
الأوّل: ما ذكره المحقّق الإيرواني^(٤)، وهو ما كان يجول في ذهن من قديم الزمان - أن هذا البيان إنما يتأتى لو فرض أن معنى الخيار هو ملك فسخ العقد فقط ليكون أخذ إسقاط هذا الحق في مفهوم الخيار أخذاً لإسقاط الخيار في مفهومه.
ولكن هذا الفرض أوّل الكلام، بل خلاف المفروض إذ المفروض تعريف الخيار بملك فسخ العقد وملك إسقاط هذا الحق، فأين أخذ إسقاط الخيار في مفهوم الخيار؟

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١/١٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٦/٩.

(٣) المكاسب ٥/١٢.

(٤) حاشية المكاسب للإيرواني ٣/١٠.

وبالجملة، نظر من يعرّف الخيار بالتعريف المزبور إلى أن الخيار عبارة عن أمرين: ملك فسخ العقد وملك إقراره باسقاط حق الفسخ. وذلك لا يستلزم أخذ إسقاط الخيار في مفهومه، بل هو أخذ لاسقاط حق الفسخ في مفهومه وهو لا يستلزم محذوراً ثبوتياً. وبنظرنا أن هذا الايراد واضح جداً عند الالتفات إلى المغالطة الواقعة في إشكال الشيخ قدس سره.

الثاني: ما ذكره السيّد الطباطبائي^(١)، وغيره^(٢) من أن إقرار العقد وجعله لازماً لا ينحصر بإسقاط حق الخيار كي يكون ذلك ملازماً لأخذ إسقاط الخيار في مفهومه، بل هو يتحقق بالرضا بالعقد والالتزام به بقاءً الذي يرجع إلى [عدم] إعمال الخيار وترتيب أثره. فيكون الخيار عبارة عن ملك الرضا بالعقد - في مرحلة البقاء - وملك فسخه.

وأما الوجه الثاني: وهو ما أفاده من أن المراد جعل العقد لازماً بقول مطلق فلا يشمل موارد الخيار الثابت لكلا المتعاقدين، كخيار المجلس. فيورد عليه: بأن ما ذكره ليس نصاً ومما لا يقبل التقييد عقلاً، بل هو على تقدير تسليمه لا يعدو أن يكون ظاهراً، فيمكن تقييده بإرادة اللزوم من قبل ذي الخيار ويقال إن مرادهم ذلك لا اللزوم المطلق، وتكون القرينة عليه ما هو المعهود من عدم تأثير الخيار في اللزوم بقول مطلق في جميع موارد. هذا، مع المناقشة في أصل الظهور في إرادة اللزوم المطلق، بل المناقشة في المقيس عليه وهو الفسخ، كما جاء في بعض الحواشي^(٣)، فراجع^(١).

(١) حاشية المكاسب لليزدي ٣٦٨/٢.

(٢) حاشية المكاسب للإصفهاني ١٥/٤.

(٣) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب ١٣/٤ للشهيد.

فذلكة القول في التعريفين

فظهر مما ذكرنا أنّ التعريفين تامان في مقام الثبوت ولا محذور من الالتزام بأيّهما شئت.

التعريفان في مقام الإثبات

مقدمة فيها إعادة: قبل الورود في بحث مقام الإثبات لابدّ أن نعرف مقدار ارتباط التعريفين بالمفهوم اللغوي للخيار.

«وقد قيل: إن النسبة بينهما وبينه نسبة الخاص إلى العام، إذ مفهوم الخيار لغة عبارة عن السلطنة، ومفهومه اصطلاحاً عبارة عن سلطنة خاصة.

ولكن ينفي هذا القول ما تقدم من أن مفهوم الخيار لغة ليس هو السلطنة، بل هو مفهوم يقارب مفهوم الرضا أو الترجيح. ومقتضى ذلك هو تحقق التباين بين المفهوم اللغوي والاصطلاحي.

وعليه، فقد يقال: بأنه لا فائدة في تحقيق المعنى الاصطلاحي بعد أن كان مبائناً للمعنى اللغوي، إذ لا يمكن حمل اللفظ على المعنى الاصطلاحي إذا ورد في كلام الشارع لأنه قبل الاصطلاح.

لكن الحق أن المعنى الاصطلاحي وإن كان مبائناً للمعنى اللغوي لكنّه لازم له، فإن جعل حق الرضا بالعقد بقاءً - كما كان له الرضا به حدوثاً - أو جعل حق الرجحان أو الترجيح، لا يكون إلاّ بجعل السلطنة على فسخ العقد أو السلطنة على فسخه وإقراره، إذا لا معنى لجعل الحق المزبور مع عدم جعل السلطنة المزبورة.

إذن، فالخيار بمعناه الاصطلاحي من لوازم الخيار بمفهومه اللغوي، فيصح

حمل اللفظ الوارد في النص على إرادة المعنى الاصطلاحي»^(١).

وأما مقام الإثبات: فيقع الكلام بعد هذه المقدمة «في أن أيَّ المعنيين اصطلاحاً

أرجح في مقام الإثبات؟

ولابدّ قبل ذلك من إيقاع الكلام في أنه هل للبائع في موارد الخيار حق إبرام العقد وإلزامه بحيث لا يقبل الفسخ بالالتزام به أو ليس له ذلك، مع قطع النظر عن أخذ هذا الأمر في مفهوم الخيار الذي نفاه السيّد الطباطبائي^(٢) في حاشيته، بل الكلام في ثبوتها في نفسها.

ومن الواضح أنه لو لم تثبت هذه الصلاحية للبائع لم يكن مجال للبحث عن تقويمها لمفهوم الخيار.

كما يقع الكلام في أنه هل لذي الخيار جعل العقد لازماً ولو باسقاط حق الفسخ أو لا؟ فيقع البحث في جهتين:

الجهة الأولى: في أنه هل لذي الخيار اسقاط الخيار، بمعنى أنه هل قابلية الخيار

للاسقاط من لوازمه التي لا تنفك عنه عقلاً أو لا؟

قد يتخيل هذا الأمر في الخيار، بل في كلّ حق. فيدعى أنّ مميّز الحقّ عن الحكم هو قابلية الحقّ للاسقاط بحيث لا يكون الحقّ حقّاً إلّا إذا ثبت هذا اللازم له.

ولا يخفى أن هذا الكلام مصادرة، إذ أيّ شيء يقتضي لابدئية كون الحقّ ممّا يقبل الاسقاط. ومجرد إرادة تمييزه عن الحكم لا تقتضي الالتزام بذلك، إذ لا نعدم الفوارق بين الحق والحكم غير قابلية الاسقاط، فليكن من الفوارق قابلية الحقّ للنقل والانتقال دون الحكم. هذا بحسب مقام الثبوت.

(١) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ / ١٤.

(٢) حاشية المكاسب ٢ / ٣٦٨.

وأما بحسب مقام الاثبات، فهناك ما يدل بنحو العموم على أن لكل ذي حق اسقاط حقه. وعليه، فيثبت في موارد الخيار امكان الزام العقد باسقاط الخيار.

الجهة الثانية: في أنه هل يثبت في موارد الخيار حق إبرام العقد وتثبته وجعله لازماً بالالتزام به بقاءً أو ليس لذي الخيار هذا الحق؟

والكلام في هذه الجهة في مرحلتين: الأولى: في إثبات حق الابرام. والثانية: في بيان ما يتحقق به إنشاء الابرام على تقدير الالتزام بثبوت ذلك، فهل يتحقق بانشاء الالتزام بالعقد أو يتحقق بانشاء ترك الفسخ. ويقع الكلام في المرحلة الأولى وهي أنه هل له حق الابرام كما له حق الفسخ أو ليس له إلا حق الفسخ وتركه؟

وقد عبّر المحقق الاصفهاني^(١) عن هذا النزاع، بأنه هل يتقوم الخيار بأمرين وجوديين أم بأمر وجودي وأمر عدمي وأوقع الكلام فيه، ونسب إلى بعض أجلة العصر^(٢) عدم ثبوت حق الابرام، بتقريب إليك نصه:

«أن العقد مقتضى للزوم فإنّ الأصل في البيع هو اللزوم والخيار جهة مانعة، فإبرام العقد بعدم أعمال جهة مخالفة لمقتضاه من دون حاجة إلى أعمال جهة وجودية، فليس لإبرام العقد معنى إلا عدم نقضه وهدمه وهو معنى الالتزام به، إذ الرضا باستمرار الأمور الواقعة في الخارج المتضمنة للدوام ليس إلا بعدم إرادة نقضها وهدمها»^(٣).

ولا يخفى عليك أن ظاهر هذه العبارة المنقولة أنّها بحث في المرحلة الثانية لا الأولى - التي هي محل الكلام - ، لأنها صريحة في ثبوت الابرام والمفروغية عن ذلك

(١) حاشية المكاسب ٤ / ١٥ .

(٢) وهو آية الله شيخ الشريعة الإصفهاني^(١) في كتابه صيانة الإبانة عن وصمه الرطانة / ١٤٠ .

(٣) حاشية المكاسب ٤ / ١٥ .

وأنه لا يحتاج إلى إنشاء أمر وجودي بل يكتفى فيه بإنشاء عدم الفسخ، فلنا أن نقول أن المحقق الإصفهاني رحمته الله خلط بين المرحلتين. وعلى أي حال، فهذه العبارة أجنبية عما نحن بصددده.

[توجيه مقال شيخ الشريعة ونقدها]

ويمكن توجيهها بما ينتهي إلى كونها دليلاً على ثبوت حق الإبرام، بأن نقول: إن المراد أن العقد مقتض للزوم، ونسبة الفسخ إليه نسبة المانع من تأثيره، فترك الفسخ من الملتفت إلى كونه حقاً له ملازم عرفاً للالتزام بالعقد، فجعل حق الفسخ وتركه ملازم لجعل حق الالتزام بالعقد وإبرامه بامضائه بقاء، فيثبت بذلك حق الإبرام. ومن الممكن أن يكون نظر القائل إلى هذه الجهة وإن جاء في الكتاب أنه دليل على عدم ثبوت حق الإبرام، فلعله إشتباه من الناسخ فجعل لفظ: «الأول» مكان «الثاني»، فراجع.

وكيف كان الأمر، فهذا التقريب مخدوش بوجهين:

الأول: إنكار الملازمة بين ترك الفسخ والالتزام بالعقد، بل من الممكن بناء على الفسخ بعد حين لأجل عدم توفر ما يترتب عليه لديه من إرجاع الثمن ونحو ذلك، ومن الممكن ترده فعلاً في الصالح لشأنه.

الثاني: أنه لو سلمت الملازمة، فمجردها لا يكفي في ترتيب الأثر على ما يلزم ترك الفسخ من الالتزام بالعقد، بل لابد من البحث عن دليل على ترتيب الأثر على الالتزام بالعقد الذي هو محل البحث.

وبعبارة أخرى: إثبات الملازمة غاية ما ينفع في إثبات موضوع البحث وهو تحقق الالتزام عند ترك الفسخ، أما أنه يترتب عليه الأثر وهو إبرام العقد فكيف نستفيد من الملازمة؟ وهذا واضح جداً.

[نقد الإصفهاني لمقال شيخ الشريعة]

«وأما جواب المحقق الإصفهاني^(١) عن البيان المزبور بأن مقتضى تطبيق المقام على قاعدة المقتضي والمنع أن العقد لا يكون مقتضاه وهو اللزوم فعلياً إلا بزوال المنع وهو حق الخيار لا بمجرد عدم إعمال جهة مخالفة لمقتضاه. فهو أجنبي عن هذا التوجيه بالمرّة، إذ ليس الكلام متركزاً على المقتضي والمنع فقط، بل ذكر ذلك تمهيداً لبيان ملازمة عدم الفسخ للالتزام بالعقد الذي يسقط به الخيار ويتحقق به اللزوم. فالمتعين هو الجواب بما ذكرناه. وهناك وجه آخر في إثبات حق الإبرام وهو: دعوى قيام السيرة على ذلك المنتهية إلى زمان المعصوم^(٢) من دون ردع، الكاشف عن إمضاءها. ويمكن الخدشة في ذلك: مع غصّ النظر عن مناقشة أصل قيام السيرة والتشكيك فيه - بأنّ القدر المتيقن هو ثبوت السيرة عند التزام ذي الخيار بالعقد على معاملة العقد معاملة اللازم، أما أن منشأ ذلك هو ثبوت حق الإبرام، فغير معلوم. بل من المحتمل أن يكون منشؤه كاشفية الالتزام عن إسقاط حق الخيار. وعليه، فلا دليل لدينا على ثبوت حق الإبرام لذي الخيار. وقد عرفت أنه لا مجال معه للبحث عن دخوله في مفهوم الخيار. فيكون التعريف الأوّل للخيار هو المتعين لا الثاني. هذا تمام الكلام في تعريف الخيار^(٢).

محاولة الاستاذ المحقق مدّله لتصحيح التعريف الثاني في مقام الإثبات

ولكن حاول الاستاذ المحقق مدّله تصحيح التعريف الثاني من اثبات حقّ الإبرام والالتزام والالتزام بالعقد بالتمسك بعدّة من الروايات المعتبرة وقال ما نصه:

(١) حاشية المكاسب ٤ / ١٥.

(٢) المرتقى إلى الفقه الأرقى، الخيارات ١ (١٨-١٥).

«... والدليل عليه نصوص:

الأوّل: رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: «ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه في السوق ولم يبع فقد وجب عليه»^(١).
فإن الشرط هنا هو حق خيار الشرط، والاستيجاب في الرواية هو نفس الإقرار في تعريف القدماء، فالعقد يلزم بالرضا والاستيجاب، ولازمها سقوط الخيار، ولو لا تحققها لما سقط، ولم يؤخذ في التعريف إسقاط الخيار، فما يتقوم به الخيار عبارة عن فسخ العقد، أو استيجابه بالرضا، فمتعلق الخيار أمران وجوديان: فسخ العقد، واستيجابه الذي هو إلزامه وإقراره.

هذا، ولكن في سندها النوفلي وفي وثاقته كلام.^(٢)

الثاني: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن الرجل يبتاع الثوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطى الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يردّ الثوب على صاحبه إن ردّ عليه»^(٣).

ومفادها أن الموجب لاستقرار العقد هو إيجابه على نفسه، وهو معنى ما في كلمات القدماء: إقرار العقد، أو إلزام العقد.

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ١، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

(٢) هو الحسين بن يزيد بن محمد بن عبد الملك النوفلي، نوفل النخعي كما في كتاب النجاشي، كان شاعراً أديباً، لم يصرح بتوثيقه ولكن استفيدت وثاقته من أمور منها: كونه من المعاريف ولم يقدح بشيء، ورواية الأجلاء عنه، وأنه من رواة كامل الزيارات، وتفسير القمي، وأن روايات السكوني وردت عنه وقد تلقاها الأصحاب بالقبول، وكثرة رواية الكليني عنه، وفي كل من هذه الأوجه بحث.

(٣) وسائل الشيعة، ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

الثالث: صحيحة علي بن رئاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(١).

فالإمام عليه السلام قد جعل التصرف في الحيوان مسقطاً للخيار، وسبب مسقطيته كونه رضا من المتصرف بالبيع الواقع.

والحاصل: أن استيجاب البيع أحد طرفي الخيار، والطرف الآخر هو الفسخ، فالحق أن متعلّق الخيار أمران وجوديان: فسخ البيع، واستيجابه - الرضا به - ، وهو الذي ذهب إليه القدماء»^(٢).

نقد محاولته

قد مرّت^(٣) الإشارة إلى اثنتين من هذه الروايات في تعريف اللغوي للخيار والحاصل الروايات الثلاثة لا تدلّ على أكثر من أنّ اسقاط الخيار على قسمين:
أ: اسقاط اللفظي للخيار: وهو في مورد تكلم ذي الخيار بإسقاط خياره أو توشح ورقة يذكر فيها اسقاط خياره أو كافة خياراته.

ب: اسقاط العملي للخيار: وهو في موارد التصرفات الناقلة في المبيع نحو بيعه في زمن الخيار كما هو مورد روايتي الأولى والثانية في كلامه مدظله أو حدوث المشتري في المبيع حدثاً نحو مورد الرواية الثالثة في بيع الأمة أو تخريب الدار أو البناء على الأرض ونحو ذلك.

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/٥١ و ٥٢.

(٣) راجع صفحة ١٢ من هذا المجلد.

ولا تدلّ الروايات على أنّ صاحب الخيار له حقّ إبرام العقد وإلزامه واستيجابه على خلاف ما استفاد منها الأستاذ المحقّق رحمته الله ولعلّ عنوان صاحب الوسائل لهذا الباب^(١) صار موجِباً لمقالة الأستاذ.

امكان استفادة التعريف الأوّل من الروايات

يمكن استيناس التعريف الأوّل من بعض الروايات بمعنى أنّ لذي الخيار حق واحد وهو فسخ العقد وإذا خرج من زمن الخيار أو موضوعه ليس له خيار الفسخ فقد وجب البيع لا محالة.

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سأل عن الرجل يتاع الثوب من السوق لأهله ويأخذه بشرط فيعطي الربح في أهله، قال: إن رغب في الربح فليوجب الثوب على نفسه، ولا يجعل في نفسه أن يرد الثوب على صاحبه إن ردّ عليه.^(٢)

تدلّ الصحيحة منطوقاً ومفهوماً أنّ الخيار حاصل قبل الافتراق في مجلس المعاملة ومعدوم بعد الافتراق بالنسبة إلى العقد، والمراد بوجوب البيع لزومه واستقراره فالجملة الأخيرة: «فإذا افترقا وجب البيع» يدلّ على أنّ العقد حيثنذ لازم ومستقر وان لم يكن قبل التفرق واجباً ولازماً وكان لذي الخيار ملك فسخه وحلّه فقط.

ومنها: صحيحة محمّد بن الحسن الصفار قال: كتب إلى أبي محمّد عليه السلام في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟

(١) وسائل الشيعة ١٨/٢٥، ح ٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٦، ح ٤، الباب ١ من أبواب الخيار.

فوقه عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله. (١)
 فقوله عليه السلام في هذه الصحيحة: «فقد وجب الشراء» يعني جريان خيار الحيوان
 يكون قبل إحداث الحدث وأما بعده فلا يجري إلا «فقد وجب الشراء» أي العقد.
 فالخيار الثابت في مدة ثلاثة أيام في معاملة الحيوان يجري في فسخ العقد فقط قبل
 أحداث الحدث وبعده فلا خيار. فليس لذي الخيار إلا حق وحداني وهو فسخ العقد.
 ومنها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: الرجل يشتري من
 الرجل المتاع ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة
 أيام وإلا فلا بيع له. (٢)

يعني: إن جاء المشتري بالباقي من الثمن في ثلاثة أيام فلا خيار للبائع وإن لم
 يأت به فالبائع بالخيار فله فسخ العقد وبيع متاعه من الآخر.
 فليس لذي الخيار إلا حق الفسخ.

منها: خبر عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل باع أرضاً على أنها عشرة
 أجرة، فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح
 الأرض إذا هي خمسة أجرة، قال: إن شاء إسترجع فضل ماله وأخذ الأرض، وإن
 شاء ردّ البيع وأخذ ماله كلّ، إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أيضاً أرضون
 فليؤخذ ويكون البيع لازماً له، وعليه الوفاء بتمام البيع، فإن لم يكن له في ذلك المكان
 غير الذي باع فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله، وإن شاء ردّ
 الأرض وأخذ المال كلّ. (٣)

بتقريب: المذكور في الخبر فسخ البيع وأخذ المشتري ماله كلّ أو أخذ الأرض

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٣، ح ٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٢) وسائل الشيعة ١٨/٢١، ح ١، الباب ٩ من أبواب الخيار.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/٢٧، ح ١، الباب ١٤ من أبواب الخيار.

واسترجاع فضل ماله ولم يذكر أنّ من حقّه إلزام العقد وإبرامه.
بالجملة: يمكن استفادة التعريف الأوّل للخيار من هذه الروايات وأمثالها في
مقام الإثبات والله هو العالم بالأحكام.

الجهة الثانية: أصالة اللزوم في البيع

قال العلامة في التذكرة: «مقدمة: الأصل في البيع اللزوم؛ لأنّ الشارع وضعه مفيداً لنقل الملك من البائع إلى المشتري، والأصل الاستصحاب، والغرض تمكّن كلّ من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه، وإنّما باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه. وإنّما يخرج عن أصله بأمرين:

أحدهما: ثبوت الخيار إمّا لأحد المتعاقدين أو لهما من غير نقصٍ في أحد العوضين بل للتروّي خاصّة.

والثاني: ظهور عيب في أحد العوضين»^(١).

وقال في القواعد: «الأصل في البيع اللزوم وإنّما يخرج عن أصله بأمرين: ثبوت خيارٍ وظهور عيب»^(٢).

وتبعه جماعة من الفقهاء كالشهيد^(٣) والفاضل المقداد^(٤) والمحقّق الكركي^(٥)

(١) تذكرة الفقهاء ٥ / ١١ .

(٢) قواعد الأحكام ٦٤ / ٢ .

(٣) القواعد والفوائد ٢ / ٢٤٢، قاعدة ٢٤٣ .

(٤) التنقيح الرائع ٤٤ / ٢ .

(٥) جامع المقاصد ٤ / ٢٨٢ .

والأردبيلي^(١) والسبزواري^(٢) وصاحب الجواهر^(٣) والشيخ الأعظم^(٤) قدس الله أسرارهم.

وفيها بحوث:

البحث الأول: محتملات المراد من أصالة اللزوم في كلام الشيخ الأعظم

قال الشيخ الأعظم: «المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معانٍ»^(٥):

الأول: الراجح الغالب

قال المحقق الثاني: «أن الأرجح فيه [في البيع] ذلك [أي اللزوم] نظراً إلى أن أكثر أفرادها على اللزوم»^(٦).

بتقريب: الاستدلال «مركب من صغرى وكبرى، أما الصغرى فغلبة كون البيوع لازمة، وأما الكبرى فإلحاق المشكوك بالأعم الأغلب، فإذا شك في لزوم فرد من العقود أو جوازه، يلحق بالأعم الأغلب»^(٧).

ويرد عليه: أولاً: المناقشة في الكبرى: لأن إلحاق الشيء بالأعم الأغلب إلحاق ظني والظن الناشيء من الغلبة لا دليل على حجتيه وترك الشيخ هذه المناقشة لوضوحها.

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨/ ٣٨٢.

(٢) كفاية الأحكام ١/ ٤٦٩.

(٣) الجواهر ٣/ ٢٤ (٣/ ٢٣).

(٤) المكاسب ٥/ ١٣.

(٥) المكاسب ٥/ ١٣.

(٦) جامع المقاصد ٤/ ٢٨٢.

(٧) بغية الراغب في مباني المكاسب ١/ ٥٦.