بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، محمد وآله الطيبين الطاهرين

واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين

النقطة الرابعة: ذكر سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) أنّ اشتراط المؤجّر على المُستأجر أنْ يسكن الدارَ بنفسه على نحو المضمون الإيجابي وإنْ كان شرطاً باطلاً بعد موته لتعذر تحقيقه إلّا أنّه لا خيار للمؤجّر وإنْ تخلف الشرط نتيجة تعذره.

وهذا المعنى وقع محلّ البحث وهو: هل أنّ الشرط الفاسد يثبت الخيار عند تخلفه أم لا؟ فهو وإنْ كان فاسداً والفاسد ليس مفسداً للعقد، ولكن لو تخلف المشروطُ عليه فلم يأتِ بالشرط الفاسد هل يثبت للشارط خيار تخلف الشرط؟

وقد بحث هذا الحكم الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف) في باب الشروط في كتابه [المكاسب، الناشر: تراث الشيخ الأعظم، ج6، ص100].

وبيان ذلك: أنّ محلّ البحث في الشرط الجدي لا في غيره، فلو كان الشرط متعذر الحصول وكلا الطرفين - وهما الشارط والمشروط عليه – ملتفتٌ لتعذره، فمن الواضح أنّه ليس شرطاً جدياً، فحينئذ لا محلّ للبحث في أنّه هل يثبت الخيار بتخلفه أم لا؛ وإنّما البحث في ثبوت الخيار في فرض تخلف الشرط الجدي وإنْ كان مخالفاً للكتاب أو غير عقلائي، كما لو اشترط البائع على المشتري أو المؤجّر على المُستأجر أنْ يتملك الخمر على نحو شرط النتيجة أو اشترط عليه أنْ يكذب وهما من الشروط المخالفة للكتاب، أو اشترط عليه مثلاً أنْ يخرج إلى الناس بلباس الأطفال وهو شرطٌ غير عقلائي، ففي هذه الموارد لو تخلف المشروطُ عليه عن الشرط لكونه شرطاً فاسداً شرعاً أو بالنظر العقلائي، فهل يثبت الخيار للشارط؟

وهنا اتجاهان:

الاتجاه الأوّل: القول بثبوت الخيار عند تخلف الشرط وإنْ كان الشرطُ فاسداً.

وقد ذهب لهذا الاتجاه سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) كما في موسوعته المباركة في [التنقيح في شرح المكاسب، المجلد الخامس، ج40، ص121]، كما ذهب له أيضاً بعض الأكابر (قدس سره

الشريف) في كتاب [البيع، ج5، ص370]، وهو أنّ تخلف الشرط موجبٌ للخيار ولو كان منشأ التخلف أنّ الشرط فاسد.

وقد استند لثبوت الخيار في هذا الفرض لوجوهٍ:

الوجه الأوّل: قاعدة لا ضرر، **بدعوى**: أنّ الشارط إنّما اشترط هذا الشرط لأنّه يتضرر بعدمه، فمقتضى قاعدة "لا ضرر" انتفاء اللزوم وثبوت الخيار؛ لأنّ لزوم العقد ضرري على الشارط.

ولكن يلاحظ على ذلك:

أولاً: إنّ قاعدة "لا ضرر" تنفي الحكم الضرري، لا أنّها تجبر الضرر الموجود، وتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط أوجب الضرر، فهناك ضررٌ موجودٌ نتج عن التخلف، لا أنّ الحكم بلزوم العقد حكمٌ ضرري بعض النظر عن تخلف المشروط عليه، وقاعدة "لا ضرر" مضمونها نفي الحكم الضرري لا جبر الضرر الموجود الذي نشأ عن منشأ خارجي – وهو تخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط –.

وثانياً: أنّ قاعدة "لا ضرر" تنفي اللزوم لكنها لا تثبت الخيار؛ فهناك فرقٌ بين نفي اللزوم المساوق لثبوت الجواز العام وإثبات الجواز الخاصّ وهو الجواز الناشئ عن سلطنة الخيار، ولا ملازمة بين انتفاء اللزوم كما في عقد الهبة – فإنّه عقدٌ جائزٌ – وثبوت الخيار.

الوجه الثاني: ما ذكره الشيخ الأعظم (قدس سره الشريف) في نفس المورد، من أنّ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، وبما أنّ هذا الشرط ممتنعٌ شرعاً لكونه مخالفاً للكتاب فهو كالممتنع عقلاً، والممتنعُ عقلاً مما لا يعقل إناطة العقد به فكذلك الممتنع شرعاً.

وأورد عليه سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) في موسوعته المباركة في كتاب [التنقيح في شرح المكاسب، المجلد الخامس، ج40، ص123] بقوله: (**ومنه يظهر أنّ هذا الخيار ليس ثابتاً من ابتداء العقد بدعوى أنه متعذّر من الأول لأنّ الممنوع الشرعي كالممتنع العقلي**) أي: إذا قلنا أنّ الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً فلازمه أنّ الخيار قد ثبت من الأوّل، أي قبل أنْ يتخلف المشروط عليه؛ لأنّه مخالفٌ للكتاب والممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، لكن ليس هذا هو المُدعى (**بل إنما يثبت**) الخيار (**له**) أي: للشارط (**فيما إذا لم يفِ المشروط عليه بالشرط ولو كان**) الشرط (**فاسداً، فإذا فرضنا أنه ارتكب المحرّم**) فكذب، أو مَلك الشارط الخمر (**عصياناً فلا يثبت للمشروط له الخيار لأنه**) أي: المشروط له (**إنما جعله**) أي: الخيار (**على تقدير عدم إتيانه به ولو معصية**) أي: على تقدير تخلف المشروط عليه عن

العمل بالشرط، لا أنّه جعل الخيار مطلقاً **(وكون ذلك الفعل محرّماً مطلب آخر لا يمنع عن ثبوت الخيار)** للشارط، ما دام المشروط عليه قد تخلف عن العمل بالشرط، ولو أبانَ أنّه إنّما قد تخلف لأنّه حرامٌ شرعاً.

الوجه الثالث: ما ذكره بعض الأكابر (قدس سره الشريف) كما في كتابه [البيع، ج5، ص369 – 370]، من أنّ المناط لدى العقلاء لثبوت الخيار هو تخلف الشرط سواءً كان تخلفاً عمدياً أو تخلفاً لشرطٍ غير مشروع أو تخلفاً لشرط غير مقدور.

قال (قدس سره): **(و على الجملة: ما هو الموضوع للخيار، صرف تخلّف الشرط و القرار، لا التخلّف العمدي و الاختياري، و لا تخلّف الشرط المشروع، و لا المقدور، فالخيار ثابت حتّى في الشروط المخالفة للكتاب، إلّا أن يدلّ دليل على عدم ثبوته، هذا على القول المختار)**.

وستأتي المناقشة له في نقد الوجه الرابع.

الوجه الرابع: ما ذكره سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) في موسوعته المباركة في كتاب [التنقيح في شرح المكاسب، المجلد الخامس، ج40، ص121 – 122] حيث قال: **(ولكن الظاهر أنّ الخيار لا مانع عنه في المقام، وهذا لا لأجل قاعدة لا ضرر بل قدمنا في خيار الغبن أنّ قاعدة لا ضرر لا تكون مستنداً للخيار أصلاً، بل من جهة نفس اشتراط الخيار في المعاملة، وذلك لأنّ المتعاملين إذا اشترطا شرطاً في المعاملة فمعناه أنّهما جعلا الملكية المقيّدة بزمان الفسخ دون الملكية المطلقة)** ومقتضى أنّ المِلكيَّة المجعولة هي المِلكيَّة المقيّدة بزمان الفسخ ثبوت الخيار عند التخلف.

وذلك لمقدمتين كُبرى وصُغرى:

أمّا المقدمة الكُبروية: فإنّ **(أدلّة الإمضاء كقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ)** [سورة البقرة، 275] **و (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)** [سورة المائدة، 1] **وغيرهما إنّما تمضي العقد على طبق ما أنشأه المتعاقدان، ولا يكون الممضى أوسع من المنشأ ولا أضيق منه دائرة إلّا في بعض الموارد التي قام فيها الدليل على أنّ الممضى أوسع ممّا أنشأه المتعاقدان أو أضيق منه وهذا كما في خياري المجلس والحيوان)** فلو فرضنا أنّ المُنشأ في البيع هو المِلكيَّة اللازمة المطلقة لكن الشارع قد حدد المِلكيَّة اللازمة بما بعد مضي زمان خيار الحيوان أو خيار المجلس **(حيث الحكم باللزوم بعد ثلاثة أيام أو بعد الافتراق مع أنّ بناءهما اللزوم من ابتداء الأمر، وكما في بيع الصرف فإنّ المنشأ للمتعاقدين فيه هو الملكية من الابتداء ولكن الشارع أمضى الملكية بعد التقابض.**

وأمّا في غير الموارد التي قام فيها الدليل على التوسعة أو التضيّق في دائرة الممضى فلا محالة يكون الممضى هو خصوص **(ما أنشأه المتعاقدان لا أوسع منه ولا أضيق وحيث إنّ المتعاملين قد أنشآ الملكية المقيّدة دون المطلقة فلا محالة تكون أدلّة الإمضاء موجبة لإمضاء تلك الملكية المؤقّتة لا أوسع منها ولا أضيق).**

وأمّا المقدمة الصغروية: وهي أنّ المتعاقدين قد أنشآ مِلكيَّة مقيّدة بعدم الفسخ:

فقد قال (قدس سره الشريف): **(ومن الظاهر أنّ المنشأ هو الملكية المؤقّتة)** فقولُ البائع للمُشتري أو المؤجّر للمُستأجر: "أشترطُ عليكَ أنْ تكذب" أو "أشترطُ عليكَ أنْ تشرب الخمر" أو "أشترطُ عليكَ أنْ تخرج بلباس الأطفال" – مثلاً – مما هو شرط غير عقلائي **(لأنه معنى اشتراط شيء في المعاملة وحيث إنّه بمعنى تعليق الالتزام)** على تحقيق الشرط، فإنْ لم يحققه فلا التزام للبائعِ أو المؤجّرِ بالمعاملة، فإذا كان معنى الاشتراط تعليق الالتزام بالمعاملة على تحقيق الشرط، فمعنى ذلك أنّ المِلكيَّة التي أنشأها البائع للمشتري مِلكيَّة ضيقة محدودة بعدم الفسخ.

(وإذا كان المنشأ هو الممضى شرعاً) والمُنشأ هو المِلكيَّة المؤقّتة **(فلا محالة ترتفع الملكية عند فسخها لأنها كانت مؤقّتة بالفسخ وهذا ممّا لا محذور فيه شرعاً، نعم إمضاء الشارع للشرط بمعنى إيجابه الوفاء به في الخارج مرتفع لأنه فاسد ولا يلزمه الشارع بإيجاد المحرّم في الخارج)** فلا يجب الوفاءُ به، لكن عدم الوجوب بالوفاء به شيءٌ وثبوت الخيار عند تخلفه شيءٌ آخر.

ولكن هنا ملاحظتان:

الملاحظة الأُولى: ما أفاده (قدس سره) في أصل المبنى وهو: أنّ مرجع اشتراط شيء في المعاملة إلى تضييق دائرة المِلكيَّة المنشئة بعدم الفسخ، مخالفٌ للمرتكزات العقلائية؛ فإنّ مرجع الاشتراط لدى المرتكزات العقلائية إلى أمرٍ خارجٍ عن إطار المُنشأ في المعاملة، فإذا قال البائع: "بعتُكَ هذا الكتاب بعشرين ألف دينارٍ عراقي واشترطتُ عليك أو على أنْ.." فإنّ المنشأ تمّ والشرطُ ضميمةٌ للمُنشأ خارجة عن إطار متعلّق المعاملة، لا أنّ الشرط تضييقٌ لدائرة المُنشأ والمجعول بالمِلكيَّة المؤقّتة بعدم الفسخ.

فأصل المبنى أنّ المِلكيَّة مؤقتة غير تامٍ، بل المِلكيَّة مطلقة – أي لا بشرط – وإنْ اشترط عليه شرطاً خارج إطار المنشأ ، فإنّ الشرط لا يسري للمنشأ ليوجب ضيقه.

الملاحظة الثانية: أنّ الوجه في ثبوت الخيار عند تخلف المشروط عليه عن الشرط ليس تعليق الالتزام بالعقد على تحقق الشرط كما هو مبنى المحقّق النائيني ومبنى سيدنا الخوئي (قدس سرهما)، حيث أُفيد في مدرسة المحقّق النائيني (قدس سره الشريف) أنّ مرجع الاشتراط إلى تعليق الالتزام بالعقد على الشرط، فإنْ لم يكن هناك تحقيق للشرط فلا التزام بالعقد، فبما أنّ مرجع الاشتراط إلى تعليق الالتزام على تحقق الشرط فمن الواضح أنّه إذا تخلف الشرط يثبت للشارط رفع اليد عن التزامه، وهذا ما يعبر عنه بـ "الجواز الحقي" بحسب تعبير المحقّق النائيني (قدس سره) في مقابل "الجواز الحكمي" كجواز عقد الهبة فإنّه جوازٌ حكمي، ومقابله "الجواز الحقي" وهو الجواز الناشئ عن ثبوت الخيار.

وهذا المبنى للمحقّق النائيني (قدس سره) ليس تاماً؛ فإنّه لا يوجد في العقود إنشآن: إنشاءٌ للمِلكيَّة وإنشاءٌ للالتزام، بحيث يكون مرجع قول البائع: "بعتُكَ هذا الكتاب بألف دينارٍ عراقي على أنْ تخيط لي ثوباً" إلى إنشائين إنشاءٍ للمِلكيَّة وإنشاءٍ للالتزام معلّقاً على تحقيق الشرط، فإنّ هذا أيضاً بعيد عن المرتكزات العقلائية في مقام المعاملات، بل غاية ما هناك أنّ العقلاء يرون أنّه إذا اشترط عليه في العقد شرطاً فله الخيار عند تخلف الشرط، فثبوت الخيار لبناءٍ عقلائيٍّ على ثبوته، لا لأنّ الشارط علّق التزامه بالعقد على تحقيق الشرط، فبما أنّ مرجع ثبوت الخيار عند التخلف لبناءٍ عقلائيٍّ فلا يحرز بناء العقلاء على ثبوت الخيار مطلقاً عند تخلف الشرط ولو كان المشترط قبيحاً عند العقلاء كالظلم والتعدي أو كان الشرط غير عقلائي، وبذلك تتضح المناقشة فيما ذكره بعض الأكابر (قدس سره) وما ذكره سيدنا الخوئي (قدس سره) في ما لو كان الشرط فاقداً للغرض العقلائي، كما هو محلّ البحث بأنْ يشترط المؤجّر على المُستأجر أنْ لا يسكن الدار إلّا هو وإنْ مات، فإنّ من الواضح أنّ هذا الشرط في حياة المؤجّر هو شرطٌ عقلائي لكن إطلاق هذا الشرط لما بعد موته بحيث يثبت للورثة مِلكيَّة المنفعة لكن ليس لهم استيفاؤها بأيّ وجهٍ، يجعل الشرط شرطاً غير عقلائي في حقّ المالك الجديد للمنفعة ألّا وهو الورثة، فبما أنّه شرطٌ فاقدٌ للغرض العقلائي بلحاظ إطلاقه ولا مدرك للخيار إلّا البناء العقلائي فلا يحرز بناء العقلاء في هذه الموارد على ثبوت الخيار للشارط لو سكن الدار الورثة، بذريعة أنّه اشترط على والد الورثة أنْ لا يسكن الدار إلّا هو.

والنتيجة: أنّ ما ذكره سيدنا الخوئي (قدس سره الشريف) في موسوعته المباركة في كتاب [الإجارة، ج30، ص133] من صحة العقد وبطلان إطلاق الشرط وعدم ثبوت الخيار عند التخلف

هو الصحيح، لا ما أفاده في كتابه [التنقيح في شرح المكاسب، المجلد الخامس، ج40، ص121] من إطلاق ثبوت الخيار عند تخلف الشرط ولو كان الشرط فاقداً للغرض العقلائي.

والحمد لله رب العالمين