

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

شماره: ۹۶



## المقصد الثالث : في التدليس

وفيه مسائل<sup>(١)</sup>:

أكثرها واردة بالنسبة إلى العبيد والإماء والعمدة منها الخامسة .  
وسنبحث عنها بعد الكلام في أصل عنوان التدليس ، وما يتحقق به  
وهو من التفعيل بمعنى المخادعة والتدليس بمعنى الظلمة .  
وفي «المصباح المنير» : دلّس البائع تدليساً كتم عيب السلعة من  
المشترى وأخفاه<sup>(٢)</sup> .

وهو المذكور في كتاب البيع وأثبتوا به الخيار ، إن فعل ما يظهر به ضد  
الواقع كتحمير وجه الجارية ووصل الشعر و التصرية للشاة ونحو ذلك ،  
ولعل ذلك هو المنساق منه ، إلا أنّ الظاهر من النصوص : تحقّقه بالسكوت  
عن العيب مع العلم به فضلاً عن الإخبار بضده من السلامة وبوصف الحرّية  
ونحوها واشتراط البكارة .

وأما الكلام فيما يتحقّق به : ما يظهر من «الجواهر»<sup>(٣)</sup> أوّلاً تحقّقه  
بالسكوت عن العيب مع العلم به ، كما أنّ الإخبار بضده من السلامة يتحقّق

---

(١) شرائع الإسلام ٢ : ٣٢١ .

(٢) المصباح المنير ٢ : ١٩٨ .

(٣) جواهر الكلام ٣٠ : ٣٦٣ .

به، فعلى ما ذكره يقع التدليس على مجرد إظهار صفة الكمال مع تبين عدم وجودها أو إخفاء صفة النقص مع وجودها، وكذلك يقع بالفعل والوقت كما يتحقق بالقول، كتحمير وجه المجارية أو البيع في الظلمة.

نعم يشكل صدق التدليس بإشاعة صفة الكمال أو عدم النقص من دون إخبار للزوج أو من بحكمه، كل ذلك يستفاد من إشعار الأخبار الواردة في المقام (على حدّ التعبير بها في «المواهر») كرواية رفاعة بن مولى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام - إلى أن قال: - وسألته عن البرصاء؟ فقال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوّجها وليّها وهي برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها وإنّ المهر على الذي تزوّجها، وإنّما صار عليه المهر لأنّه دلّسها، ولو أنّ رجلاً تزوّج امرأة وزوّجه إيّاها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء، وكان المهر يأخذه منها»<sup>(١)</sup>.

ومنها: رواية الحلبي - الصحيحة - عن أبي عبد الله عليه السلام: أنّه قال: في الرجل الذي يتزوّج إلى قوم، فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له، قال: «لا تردّ، إنّما يردّ النكاح من البرص والمجذام والمجنون والعقل»، قلت: رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها ويغرم وليّها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»<sup>(٢)</sup>.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٢ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٣ و ٢١٦ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٥ و ب ٥ ح ١.

بدعوى: ظهورها في تحقّق التدليس الذي يرجع به على الولي لعدم بيان مثل هذه العيوب، ونحوه صحيحة محمّد بن مسلم.  
ومنها: صحيحة أخرى للحلبي ... في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جار لها لا يعلم دخيلة أمرها، فوجدها قد دلّست عيباً هو بها، قال: «يؤخذ المهر منها ولا يكون على الذي زوّجها شيء»<sup>(١)</sup>.

ومنها: رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: في كتاب علي عليه السلام: «من زوّج امرأة فيها عيب دلّسه ولم يبيّن ذلك لزوجها فإنّه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها ويكون الذي ساق الرجل إليها على الذي زوّجها ولم يبيّن»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: رواية غياث بن ابراهيم - المعتبرة - في رجل تزوّج امرأة، فوجدها برصاء أو جذماء، قال: «إن كان لم يدخل بها ولم يتبيّن له، فإن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا صداق لها، وإذا دخل بها فهي امرأته»<sup>(٣)</sup>.  
وهكذا غيرها من الروايات، وإن أشكل في تمامية دلالة بعضها كالأخيرة، بدعوى: أنّها دالّة على ثبوت الخيار للعب الموجد في المرأة، أعم من أن يدلّس به أو لا.

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٢ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٤ / أبواب العيوب والتدليس ب ٢ ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢١٠ / أبواب العيوب والتدليس ب ١ ح ١٤.

ولكن المسألة واضحة بما ذكر من النصوص وغيرها الحاكمة بضمان المهر على المدّلس (أعم من أن يكون هو الولي، بمعنى من يتولّى أمر المرأة أو هي المرأة نفسها) بعد ذكر التعليل في بعضها «... لأنّه دلّسها». كما أنّ المستفاد من هذه التعليل كفاية السكوت، مع أنّ المصرّح في بعضها «... ولم يتبين».

ثمّ إنّ بعد ذلك اتّضح كلام العلامة في «القواعد» حيث قال: «ويتحقّق بإخبار الزوجة، أو وليّها، أو وليّ الزوج، أو السفير بينهما - على إشكال - بالصحة أو الكمالية عقيب الاستعلام أو بدونه...»<sup>(١)</sup>. حيث أراد بيان كيفية وقوع التدليس وتحقّق الضمان للمدّلس، ووجه الإشكال بالنسبة إلى السفير فلعله لاحتمال أنّ السفير غالباً غير عالم بالعيب. وملخص الكلام - كما في «الجواهر»<sup>(٢)</sup> - أنّ المدّلس الذي يرجع عليه بالمهر هو المتولّي شرعاً لأمر المرأة أو عرفاً إذا كان عالماً بعيبها عارفاً بدخيلة أمرها من دون مدخلية للأجنبي المباشر للفظ العقد.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٦٩.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٣٦٤.

المسألة الخامسة: إذا تزوج امرأة وشرط كونها بكرًا، فوجدها ثيبًا لم يكن له الفسخ؛ لإمكان تجددّه بسبب خفيّ، وكان له أن ينقص من مهرها ما بين مهر البكر والثيب، ويرجع فيه إلى العادة. وقيل: ينقص السدس، وهو غلط<sup>(١)</sup>.

قد تعرّض في هذه المسألة لأمرين:

الأوّل: في ثبوت حقّ الفسخ وعدمه بعد ظهور التخلّف عن الشرط. والثاني: أنّه بناءً على القول بعدم ثبوت حقّ الفسخ أو ثبوته وعدم تحقّق الفسخ من الزوج، فهل يحكم بتنقيص المهر أم لا؟

أمّا الأمر الأوّل: فقد اختار في «الجواهر» على خلاف الماتن بثبوت الفسخ مستدلًّا بدليل الشرط، مضافاً إلى احتمال عدم الخلاف والاتفاق، ثمّ ردّ ما أفاده كاشف اللثام - من أنّ ظاهر الأكثر وصريح البعض: عدم الخيار؛ للأصل والاحتياط وأنّ الثيبوبة ليست من العيوب<sup>(٢)</sup> - بأنّه لم نتحقّق ما حكاه، بل لا وجه له مع الفتوى من غير خلاف منهم في تحقّق الخيار مع شرط الصفات، ككونها بنت مهيرة ونحوها؛ لدليل الشرطية القاطع

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٢٢.

(٢) كشف اللثام ٧: ٣٨٩.

للأصل، وغير متوقف على العيب<sup>(١)</sup>.

أقول: يمكن الوفاق بين القولين بحمل ما أفاده في «كشف اللثام» على أن إنكاره بما أنها ليست بعيب، فلا يوجب لثبوت الفسخ، مضافاً إلى أن ذلك مقتضى أصالة اللزوم في العقد وأصالة الاحتياط عدم نقصه بالفسخ، وحمل كلام «الجواهر» أن الفسخ في المقام يدور مدار تخلف الشرط في ضمن العقد، فعليه يحكم بالفسخ، ويشهد لذلك قوله عقيب ذلك في شرح كلام المحقق: «نعم إطلاق كثير من الأصحاب في من تزوج جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له الفسخ، فلا ينافي اشتراطه».

ولكن الكلام فيما أفاده بعد ذلك ثبوت الخيار معه وإن لم يذكر شرطاً في متن العقد وإنما كان بتدليس منها أو وليها بما سمعته في المسائل السابقة، وأراد بذلك ثبوت الخيار للتدليس.

ثم قال: «نعم لو تزوجها من دون اشتراط بكارة ولا تدليس، وإنما قدم عليها على احتمالها الأمرين، لم يكن له خيار - بل ولا رجوع بمهر - وإن ظهر سبقها؛ للأصل السالم عما يقتضي شيئاً منهما...» انتهى<sup>(٢)</sup>.

فما يستفاد من «الجواهر» ولا سيما من ذيل كلامه ثبوت الخيار في المقام؛ لتحقق التدليس (لا دليل الشرط كما استند إليه في أول كلامه).

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٧٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٣٧٧.



مع أنّ ثبوت هذا القول في المتقدمين محلّ كلام، بل الثابت خلافه على ما يظهر من التتبع في أقوالهم، كما نسب إليهم في «كشف اللثام» وفي «جامع المقاصد» بعد نقل كلام الكافي (لأبي الصلاح) حيث قال: «إذا تزوّج بكراً، فوجدها ثيباً فأقرت الزوجة بذلك حسب أوقامت به البينة فليس بعيب يوجب الردّ ولا نقصان في المهر»<sup>(١)</sup>.

واستظهر ذلك من كلام جمع من الأصحاب، قال: «إلا أنّ عباراتهم مطلقة ليس فيها تصريح باشتراط ذلك في العقد ولا بعدمه، والذي يلوح من عبارة أبي الصلاح: أنّ نفي الفسخ ليس مع اشتراط البكارة فتظهر الثيبوبة وإنّما هو لكون الثيبوبة ليست عيباً، فإنّ الفسخ بالعيب لا يتوقّف على اشتراط السلامة، والظاهر أنّ هذا إنّما هو مراد الأصحاب لكنّهم سكتوا عن حكم الاشتراط»<sup>(٢)</sup>.

وعن العلامة في المختلف: «إنّ أبا الصلاح ان قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلّم، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع»<sup>(٣)</sup>.

(١) الكافي في الفقه: ٢٩٦.

(٢) جامع المقاصد ١٣: ٣٠١.

(٣) مختلف الشيعة ٧: ١٦٩.

وذيل كلام العلامة في «جامع المقاصد»<sup>(١)</sup>: بأنّ عبارة «الكافي»  
 محتملة، إلا أنّها أظهر في عدم الاشتراط، ثمّ إنّ نسب إلى العلامة المحكم  
 بثبوت الفسخ مع الاشتراط، كما أنّه صرح به في «المختلف»<sup>(٢)</sup>  
 و«الإرشاد»<sup>(٣)</sup> وقربه هنا وقيدته بثبوت سبق الثبوتية على العقد بطريق  
 شرعي، وتبعه الشهيد في «اللمعة»<sup>(٤)</sup> وجمله من المتأخّرين، وهو الأصح؛  
 لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم».

ولأنّ ذلك فائدة الشرط، فلولاها لكان ذلك لغواً وهو باطل، ويحتمل  
 العدم تمسكاً بلزوم العقد وهو ضعيف؛ لأنّ الشرط السائغ أخرجته عن  
 اللزوم.

فالمتحصّل من بيان المحقّق الثاني تفسيراً لكلام أبي الصلاح: أنّ فقد  
 البكارة ليس بعيب يوجب الخيار بنفسه، ومن المعلوم أنّ ثبوت الخيار في  
 العيوب لا يناط باشتراط السلامة أو تحقّق التدليس، بل العيب بنفسه  
 موجب لثبوت الخيار بعد ظهوره.

(١) جامع المقاصد ١٣: ٣٠٢.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ١٧٤.

(٣) إرشاد الأذهان ٢: ٢٩.

(٤) اللمعة الدمشقية: ١٨٦.

فهذا البيان (من أنّ فقد البكارة لا يعد عيباً موجِباً للخيار) من «الكافي» صريح في عدم ثبوت الخيار عند ذلك، وأمّا بالنسبة إلى انطباق سائر العناوين كالاشرط فالبكارة ساكنة، كما أنّ غيره سكت عن حكمه. إلاّ أنّه أورد على استظهار المحقق من عبارة «الكافي»: بأنّ العطف المذكور في كلام «الكافي» آبي عن التفسير المذكور حيث قال فيه: «... فليس بعيب يوجب الردّ ولا نقصان في المهر»؛ لأنّ الظاهر أنّه ليس في مقام بيان نفي العيب عن فقد البكارة حتّى يترتب جواز الفسخ أوّلاً، والتنقيص في المهر ثانياً؛ لأنّ العيب لا يوجب النقصان في المهر نعم، لو ثبت التدليس كان حكمه الرجوع إلى المدّلس، بل هو في مقام بيان أنّ فقد البكارة ليس بعيب يوجب الردّ ولا التنقيص في المهر، فلهذا لا يبعد دعوى ثبوت الإطلاق وأنّه حتّى مع اشتراطها أيضاً لا يوجب النقصان؛ لعدم الموجب له وأنّ الشرط وتخلّف الوصف لا أثر له، ولا عيب أيضاً حتّى يثبت حقّ الردّ، هذا.

وقد نقل عن ابن حمزة (الوسيلة)<sup>(١)</sup> وابن البراج (في المهذب)<sup>(٢)</sup> والكيدري (في الإصباح)<sup>(٣)</sup> والشيخ (في النهاية)<sup>(٤)</sup> وهكذا المحقق (في

(١) الوسيلة: ٢٩٩.

(٢) المهذب البارع ٢: ٢١٣.

(٣) إصباح الشيعة: ٤٢٧.

(٤) النهاية: ٤٨٦.

الشرائع) كما تقدّم عدم ثبوت الفسخ، مع أنّ ابن زهرة (في الغنية) لم يذكر المورد في عداد موجبات الفسخ، والشيخ في «المبسوط» بعد أن نقل القول عن العامة وأنهم قائلون بالقولين لم يتعرّض لمختاره.

إلا أنّ العلامة حكم بثبوت الفسخ في كتابيه (القواعد<sup>(١)</sup> والإرشاد<sup>(٢)</sup>) وأنكره في «التحرير»، وجزم بثبوت الحكم المذكور في «الجواهر»<sup>(٣)</sup>، وعن الشهيد الأوّل<sup>(٤)</sup> والمحقّق الثاني<sup>(٥)</sup> ذلك، إلا أنّ المحقّق الحائري<sup>(٦)</sup> والخوئي<sup>(٧)</sup> أنكرا ثبوت حق الفسخ. هذا كلّ من حيث الأنظار والأقوال في المسألة.

وأما الروايات: فقد استدلّ بما رواه الكليني في الصحيح - على حسب ما عبّر في «الحدائق» - عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يتزوّج المرأة على أنّها بكر، فيجدها ثيباً، أيجوز له أن يقيم عليها؟ قال: فقال: «قد تفتق البكر من الركب ومن النزوة»<sup>(٨)</sup>.

(١) قواعد الأحكام ٣: ٧٠.

(٢) إرشاد الأذهان ٢: ٢٩.

(٣) جواهر الكلام ٣٠: ٣٧٦.

(٤) اللمعة دمشقية: ١٨٦.

(٥) جامع المقاصد ١٣: ٣٠٣.

(٦) كتاب للنكاح للأراكي: ٤٨٧.

(٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٧٩.

(٨) وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٣ / أبواب العيوب والتدليس ب ١٠ ح ١.

بدعوى: أنّ السؤال عن جواز الإقامة سؤال عن نفوذ العقد وتاميمته ولزومه، فأجابه الإمام عليه السلام بنفوذ عقده إذا احتتمل أنّ الفتق حدث بعد العقد بركوبها أو سقوطها عن الارتفاع، وأمّا إذا احتتمل حدوث الفتق قبل ذلك فنفس الاشتراط موجب لثبوت حق الردّ والفسخ.  
إلا أنّ الرواية متحمّلة لمحتملات أخرى.

منها: أنّ السؤال عن جواز إقامة الدعوى عليها بارتكابها الفحشاء ونفي الإمام عليه السلام جواز ذلك؛ لاحتمال حدوث الفتق بموجبات أخرى وأنّ فقد البكارة لا يدلّ على الفحشاء.

ومنها: السؤال عن جواز الإقامة معها في بيته؛ لورود النهي عن الإقامة مع الزانية.

ومنها: السؤال عن جواز الإقامة معها لظهور عدم رضا الزوج وأنّ ما وقع غير مقصود وما قصده لم يقع، فالسؤال عن شبهة الصحة في العقد المذكور.

ومنها: السؤال عن صحّة العقد على المزني بها بعد احتماله وإجراء أصالة الصحة بالنسبة إليها، وبعد هذه الاحتمالات يشكّل الاستدلال بها لثبوت المدعى.

واستدلّ أيضاً برواية «الجعفریات»: «إنّ رجلاً أقبل إلى أمير المؤمنين عليه السلام، ومعه امرأة، فقال: يا أمير المؤمنين عليه السلام إنّي تزوّجت

امرات عذراء، فدخلت بها فوجدتها غير عذراء فقال: ويحك أن العذرة تذهب من الوثبة والقفرة والحيض والوضوء وطول النفس»<sup>(١)</sup>(التعنّس).

وهذه في الاستدلال كسابقها، فعلى هذا لا دليل من الروايات على دعوى ثبوت الخيار.

أما الاستدلال للمدعى بالقواعد: قد تقدّم أنّ مستند الحكم لثبوت حقّ الفسخ (في كلام الجواهر) انتفاء الشرط قائلاً: إنّ (فائدته ثبوت حقّ الفسخ)، مع أنّه قد مرّ أنّ القدماء على عدم ثبوت ذلك الحقّ وإن اشترط البكارة في العقد، فالكلام في أنّ أدلّة الشروط هل تقتضي الخيار أم لا؟ ولا يخفى أنّ في الفقه عنوانين:

أحدهما: خيار الشرط، ويراد به الخيار الحاصل لمن له الشرط بسبب التخلّف عنه.

ثانيهما: شرط الخيار، ويراد به الخيار الثابت بسبب اشتراطه في العقد، بمعنى: أن يكون متعلّق الشرط نفس الخيار، كأن يشترط أحد المتعاملين ثبوت الخيار له، وهذا أيضاً يطلق عليه خيار الشرط.

أمّا العنوان الثاني: فقد استدلّ لثبوته وصحّته بالإجماع والروايات الخاصّة والعامة كما استدلّ بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله ﷺ:

«المؤمنون عند شروطهم» بدعوى: نفوذ شرط الخيار ووجوب العمل على ما شرطه، وعليه المشهور، وإن أشكل على ذلك بإشكالات عديدة، والتحقيق موكل إلى محله.

وأما العنوان الأول: فقد استدلل له بدليل نفوذ الشرط (كالمؤمنون عند شروطهم)، بدعوى: أن الشرط هو الربط والتعليق الاعتباري، فإذا أنشأ العقد مقيداً بالحصة المقيّدة بوجود تلك الصفة أو علّق التزامه بالعقد على تحقق المشروط في الخارج، فعند تخلفه لا بدّ من الحكم بثبوت الخيار لمن اشترط.

لأنّ من المعلوم مرجع الشرط المذكور إلى جعل الخيار على تقدير عدم المشروط، فعناه: أنّ التزامه بذلك العقد وتعهّده بالوفاء موكل إلى وجود الشرط، ومع وجوده لا محيص له عن الوفاء به، وإن لم يكن موجود فيه فهو بالخيار بين الالتزام به على ما هو عليه وبين رفع اليد عنه وإبطاله. هذا بالنسبة إلى شرط الوصف في متعلّق العقد، كاشتراط الكتابة في العبد أو الحمل أو البكارة في الجارية، وكذلك الكلام بالنسبة إلى اشتراط النتيجة، كاشتراط إنفاق العبد أو تملك عين خاصة لعين الاستدلال، على أنّه يكفي في إثبات نفوذه ولزومه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ من اقتضائه لنفوذ العقد بجميع شؤونه وتوابعه ما لم يمنع منه مانع ودليل، وأيضاً الكلام في اشتراط الفعل كاشتراط تعليم الكتابة أو خياطة ثوب.

إلا أنّ في المقام إشكال من عدم دلالة «المؤمنون عند شروطهم» على ثبوت حقّ الفسخ؛ لعدم الربط بين الدليل والمدعى؛ لأنّ غاية ما يستفاد من الدليل لزوم الوفاء بالشرط ولا أكثر، فلا يثبت به حقّ الفسخ نعم، يفيد الاشتراط جواز إقامة الدعوى على من اشترط عليه بعد التخلّف عند الحاكم، وأنّ الدليل لا يفيد أكثر من الحكم التكليفي المحض.

ولعلّه لذلك أفاد المحقّق الحائري<sup>(١)</sup> - على ما نسب إليه - من أنّ الدليل لخيار تخلّف الشرط ليس هو ما هو المعروف من عموم قوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»؛ لأنّه لا يثبت به الخيار، بل العقلاء بناء على ثبوت حقّ الفسخ في أمثال المقام، وليس الخيار مبنياً على مفاد أدلّة الشروط، بل هو قاعدة عقلائية.

وإنّ أدلّة الإمضاء لا يستفاد من مفادها أكثر من الحكم التكليفي المحض، أعني: وجوب الوفاء بالشرط ولزوم الإتيان به شرعاً، كما عليه المشهور.

وعن الشيخ الأعظم ﷺ<sup>(٢)</sup>: المشهور هو الوجوب (التكليفي الشرعي) لظاهر النبوي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم» والعلوي ﷺ: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإنّ المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرّم

(١)

(٢) كتاب المكاسب ٦: ٦٣.



حلالاً أو أحلّ حراماً»<sup>(١)</sup>، ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله عليه السلام: «إلا من عصى الله» في النبوي ﷺ: بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه لا من الشرط، هذا كله مضافاً إلى عموم وجوب الوفاء بعد كون الشرط كالجزم من ركن العقد.

وخالفهم المحقق النائيني<sup>(٢)</sup> قائلاً مع تلخيص منّا: من أنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، وذلك لوضوح أنّ الحكم التكليفي الساذج مما لا ينبغي أن يحتمله أحد؛ لبدهة سقوطه بإسقاط الشرط (مع أنّه لو كان الحكم تكليفاً محضاً لا يسقط بإسقاط المشروط له) من المشروط له ولا يجب الوفاء به مع إذنه ورضاه بتركه أو بتأخيره، فكما لا يكون تكليفاً محضاً في كونه حقاً لله تبارك وتعالى فكذلك لا يكون المشوب منه ومن حقّ الناس، كما في موارد الغيبة والشم والقذف؛ لبدهة عدم تسويتها بإذن المغتاب والمشتوم والمقدوف.

فالتكليف في المقام هو ما يتبعه ملكية الشرط للمشروط له واستحقاقه لأن يطالبه فيجب أدائه شرعاً كما في الدين وأشباهه... انتهى.  
فن بيانه هذا يستفاد أنّ مقتضى الشرط - الذي يجب الوفاء به تكليفاً - ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط، وذلك بمقتضى المعنى

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٠٠ / أبواب المهور ب ٤٠ ح ٤.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ٢: ١٣١.

المختار للشرط وهو تعليق الالتزام بالعقد على وجود الصفة المأخوذة في متعلّقه وشمول أدلة الإمضاء لهذا، فأدلة الوفاء تثبت الخيار بمقتضى مفهوم الشرط وتعليق الالتزام بالعقد على وجود المعلق عليه خارجاً. ولعلّه لما ذكر يمكن التوفيق بين القولين (من أنّ مفاد الأدلة هو التكليف المحض أو الحكم الوضعي) والحكم بثبوت خيار الشرط، ولعلّ هذا هو المراد في كلام «الجواهر»<sup>(١)</sup> من أنّ دليل الخيار في المقام هو أدلة الشروط، هذا.

وقد يقال - بناءً على عدم الدليل من الشرع بثبوت الخيار عند التخلف ولا يكون مفاد الأدلة أكثر من الحكم التكليفي المحض - بإرجاع خيار الاشتراط إلى خيار الشرط (ثمّ إثبات المدعى وهو ثبوت الخيار لمن اشترطه في جميع العقود) بدعوى: أنّ معنى الشرط هو تعليق الالتزام العقدي بشيء بمعنى أنّ التزامه ليس على نحو الإطلاق بل الالتزام يدور مدار تحقق الشرط.

وهذا هو معنى شرط الخيار للشارط.

وأشكل عليه أولاً: بمخالفه الوجدان.

وثانياً: بأنّ مقتضى ذلك ثبوت الخيار في الشروط الارتكازية، مع أنّ

(١) جواهر الكلام ٣٠: ٣٧٦ - ٣٧٧.

المستفاد من النصوص عدم ثبوت الخيار في غير الموارد المنصوصية .  
وثالثاً: قام الإجماع على عدم جواز شرط الخيار في عقد النكاح وقد  
تقدّم، فاستنتج عدم ثبوت الخيار في عقد النكاح وإن اشترط البكارة فبان  
خلافه، بل وحتى بناءً على ما اختاره المحقق الحائري من بناء العقلاء، فهو  
وإن سلّمناها في غير باب النكاح، فلا يفيد في ما نحن فيه؛ للإجماع المذكور  
والنصوص الدالة عدم صحة شرط الخيار فيه .

فلا دليل ولا قاعدة يقتضي نفوذ اشتراط البكارة وأمثالها، إلا ما نصّ  
عليه، كالحريّة أو بنت الحرّة، على ما هو المستفاد من النصوص، وادعاء  
إلغاء الخصوصية واصطبياد قاعدة كلبية لدعوى نفوذ كلّ شرط مشكل جداً.

