



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه وآله

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

ايصال الطالب الي المكاسب

كاتب:

آية الله العظمى السيد محمد الحسيني الشيرازي

نشرت في الطباعة:

اعلمي

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|----|--|
| 5 | الفهرس |
| 8 | ايصال الطالب الي المكاسب المجلد 14 |
| 8 | هوية الكتاب |
| 9 | اشارة |
| 11 | [مقدمة المؤلف] |
| 12 | [اتمة القول في الخيار] |
| 12 | [اتمة القول في أقسام الخيار] |
| 12 | [اتمة السابع خيار العيب] |
| 12 | [اتمة الكلام في بعض أفراد المعيب] |
| 12 | مسألة قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن. |
| 29 | خاتمة في عيوب متفرقة، |
| 35 | القول في الارش |
| 35 | [الأرش لغة و اصطلاحا] |
| 35 | اشارة |
| 35 | [كلام الشهيد في معنى الأرش] |
| 39 | ثم ان ضمان النقص تابع في الكيفية لضمان المنقوص |
| 52 | [هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره] |
| 60 | [هل يعقل استغراق الأرش للثمن] |
| 76 | مسألة يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب |
| 83 | مسألة لو تعارض المقومون، |
| 83 | اشارة |
| 84 | [الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن] |
| 84 | اشارة |

| | |
|-----|---|
| 102 | [صور اختلاف المقومين] |
| 102 | اشارة |
| 102 | [الاختلاف في الصحيح فقط] |
| 105 | [الاختلاف في المعيب فقط] |
| 107 | [الاختلاف في الصحيح والمعيب معا] |
| 133 | القول في الشروط التي يقع عليها العقد، |
| 133 | اشارة |
| 133 | الشرط يطلق في العرف على معنيين. |
| 133 | احدهما المعنى الحدتي |
| 138 | الثاني: ما يلزم من عدمه العدم، |
| 148 | الكلام في شروط صحة الشرط، |
| 148 | اشارة |
| 148 | احدها: ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف، |
| 164 | الثاني: ان يكون الشرط سائغا في نفسه، |
| 165 | الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا، |
| 169 | الرابع: ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة. |
| 248 | الشرط الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد، |
| 271 | الشرط السادس: ان يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع |
| 278 | الشرط السابع: ان لا يكون مستلزما لمحال، |
| 282 | الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد. |
| 293 | و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد |
| 297 | مسألة في حكم الشرط الصحيح |
| 297 | اشارة |
| 306 | الخلاف و الاشكال في القسم الثاني، و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل، و الكلام فيه يقع في مسائل. |
| 306 | الاولى: في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي، |

- 317 الثانية: فى انه لو قلنا بوجود الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع،
- 332 الثالثة: فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكّن من الاجبار فيكون مخيّرا بينهما؟ أم لا
- 336 الرابعة: لو تعذر الشرط، فليس للمشترط الا الخيار
- 343 الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف، او بنقل، او رهن، او استيلاء
- 351 السادسة: للمشروط له اسقاط شرط اذا كان مما يقبل الاسقاط،
- 357 السابعة: قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور
- 383 محتويات الكتاب
- 385 تعريف مركز

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: الحسيني الشيرازي، محمد، 1380 - 1305، شارح

عنوان واسم المؤلف: ايسال الطالب الي المكاسب: شرح واف بغرض الكتاب، تعرض لحل مشكلاته و ابدأ مقاصد في ايجاز و توضيح/
محمد الحسيني الشيرازي

تفاصيل المنشور: تهران : مؤسسة كتابسراي اعلمي ، 1385.

خصائص المظهر: ج 16

شابك : 964-94017-6-8(دوره)؛ 964-7860-59-5(ج. 1)؛ 964-7860-58-7(ج. 2)؛ 964-7860-57-9(ج. 3)؛
964-7860-56-0(ج. 4)؛ 964-7860-54-4(ج. 6)؛ 964-7860-53-6(ج. 7)؛ 964-7860-55-2(ج. 8)؛
964-7860-52-8(ج. 9)؛ 964-7860-51-X(ج. 10)؛ 964-7860-50-1(ج. 11)؛ 964-7860-49-8(ج. 12)؛
964-7860-45-X(ج. 13)؛ 964-7860-47-1(ج. 15)؛

لسان : العربية

ملحوظة : الفهرسة على أساس المعلومات فيپا

ملحوظة : هذا الكتاب هو وصف "المكاسب مرتضي بن محمد امين انصاري" يكون

عنوان آخر: المكاسب. شرح

موضوع : انصاري، مرتضي بن محمد امين، 1281 - 1214ق. المكاسب -- نقد و تفسير

موضوع : معاملات (فقه)

موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 13

المعرف المضاف: انصاري، مرتضي بن محمد امين، 1281 - 1214ق. المكاسب. شرح

ترتيب الكونجرس: 1/190BP/الف8م 1337021385

تصنيف ديوي: 297/372

رقم الببليوغرافيا الوطنية: م 85-16816

ص: 1

اشارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين.

وبعد: فهذا هو القسم الرابع من كتاب الخيارات و الجزء الرابع عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذ آية الله الانصارى قدس سره.

ويشعر فى مسألة ان الامراض التى تحدث خلال السنة عيب كتبتة تسهيلا للطالب الكريم عسى ان انتفع به فى يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم.

كربلاء المقدسة محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى

[تتمة القول في الخيار]

[تتمة القول في أقسام الخيار]

[تتمة السابع خيار العيب]

[تتمة الكلام في بعض أفراد المعيب]

مسألة قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن.

و لكن يختص هذه الاربعة من بين العيوب بانها لو حدثت الى سنة من يوم العقد يثبت لاجلها التخيير بين الرد و الارش، هذا هو المشهور.

و يدل عليه ما استفيض عن مولانا ابي الحسن الرضا عليه السلام ففي رواية على بن اسباط عنه في حديث خيار الثلاثة، ان احداث السنة

(مسألة: قد عرفت ان مطلق المرض عيب) فاذا كان العبد او الحيوان مريضا، و لم يعلم به المشتري كان له الرد و الارش، ان كان هناك تفاوت بين الصحيح و المعيب (خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن) في العبد و الامة و الخصوصية للنص و الفتوى بها.

(و لكن يختص هذه الاربعة من بين العيوب بانها لو حدثت الى سنة) ابتداءً (من يوم العقد يثبت لاجلها التخيير بين الرد و الارش). و (هذا هو المشهور) بين العلماء.

(و يدل عليه ما استفيض) من الرواية (عن مولانا ابي الحسن الرضا عليه السلام ففي رواية على بن اسباط عنه) عليه السلام (في حديث خيار الثلاثة) في الحيوان هكذا، قال سمعته عليه السلام يقول: الخيار في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري، و في غير الحيوان ان يتفرقا، و (ان احداث السنة

ص: 4

ترد بعد السنة، قلت و ما احداث السنة؟ قال: الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه.

و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال فى أربعة اشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص.

و فى رواية اخرى له عنه عليه السلام، قال ترد الجارية مع اربع خصال من: الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحذبة، هكذا فى التهذيب.

و فى الكافى القرن: الحذبة، الا انها تكون فى الصدر تدخل الظهر و

ترد بعد السنة، قلت و ما احداث السنة؟ قال: الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه الى تمام السنة من يوم اشتراه) و على هذا فقولاه عليه السلام «بعد السنة» اى فى السنة.

(و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال) قال عليه السلام (فى أربعة اشياء خيار سنة: الجنون و الجذام و القرن و البرص).

(و فى رواية اخرى له) اى لابن فضال (عنه عليه السلام، قال: ترد الجارية مع اربع خصال، من: الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحذبة) بفتح الحاء المهملة و الدال (هكذا) رواه (فى التهذيب) باتيان واو العطف على الحذبة.

(و) لكن (فى الكافى) هكذا روى الرواية (القرن الحذبة، الا انها) اى الحذبة (تكون فى الصدر تدخل الظهر و

تخرج الصدر، انتهى.

و مراده ان الحذب ليس خامسا لها، لان القرن يرجع الى حذب فى الفرج.

لكن المعروف انه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطي.

وفى الصحيح عن محمد بن على، قيل و هو مجهول و احتمال بعض كونه الحلبي عنه عليه السلام، قال: يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن،

تخرج الصدر، انتهى) كلام الكافى.

(و مراده) اى الكافى من هذا التفسير (ان الحذب ليس خامسا لها) و يدل عليه قوله عليه السلام- فى اول الرواية- من اربع خصال، فتفسير القرن بالحذبة انما هو (لان القرن يرجع الى حذب فى الفرج) فذكر الحذبة فى الرواية- سواء كان مع الواو كما فى بعض النسخ، او بدون الواو كما فى نسخ اخرى- من باب عطف البيان.

(لكن) هذا العطف مشكل.

اذ (المعروف انه) اى القرن (عظم فى الفرج كالسن) فى الفم (يمنع الوطي) فلا حذبة فى ذات الفرج، الا ان يقال ان الحذبة فى الصدر أيضا عبارة عن العظام التى تقوس الصدر فالحذبة أيضا عظم.

(وفى الصحيح عن محمد بن على، قيل و هو مجهول، و احتمال بعض) و هو الاردبيلي (كونه الحلبي) و على هذا لا يكون مجهولا (عنه عليه السلام، قال: يرد المملوك من احداث السنة من الجنون و البرص و القرن

قال: قلت: وكيف يرد من احداث فقال هذا اول السنة يعنى المحرم، فاذا اشترت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة، رددت على صاحبه.

وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام، مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور، فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الاردبيلي فى الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد، كما ذكره فى الحدائق ردًا على الاردبيلي ره.

قال: قلت: وكيف يرد من احداث) السنة، و مراد السائل معنى احداث السنة (فقال) عليه السلام (هذا اول السنة يعنى المحرم، فاذا اشترت مملوكا فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة، رددت) المملوك (على صاحبه).

(وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام، مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الامور) لانه هو الظاهر من قوله عليه السلام: من احداث السنة عرفا، و من المعلوم ان المفهوم منه حينئذ عدم وجود عيب آخر بهذه المنزلة (فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة) الدالة على كون الجذام أيضا من احداث السنة.

(و من هنا) حيث ظهر التعارض (استشكل المحقق الاردبيلي فى الجذام) و هل انه يرد به، أم لا؟ (و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد، كما ذكره فى الحدائق ردًا على الاردبيلي ره).

فان مفهوم الصحيحة يقول: لا عيب آخر غير الثلاثة، و منطوق تلك

الا ان يريد ان التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد فى وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه.

و هو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام فانه اقرب الاحتمالات المتطرفة فى ما نحن فيه.

الروايات يقول ان هناك عيبا واحدا آخر، فيقيد المفهوم بالمنطوق، هذا هو مراد الحدائق.

لكن الشيخ رحمه الله كانه فهم منه ان المراد من المقيد مثل «رقبة مؤمنة» و لذا نفاه- فتأمل-.

(الا ان يريد) الحدائق (ان التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد فى وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه).

فان المطلق يجرى فيه احتمال ان يكون عدم ذكر القيد من باب كون كلام المطلق فى مقام بيان الحكم فى الجملة، او انه اعتمد على القرائن الداخلية و الخارجية و هذا الاحتمال لا يجرى فى المطلق، و لذا يحتمل المطلق على المقيد.

(و هو) اى الاحتمال الذى يجرى فى المطلق دون المقيد (هنا) فى عدم ذكر الجذام، و ذكره (احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام) مع انه ذكره الامام عليه السلام عند ذكر الحديث (فانه اقرب الاحتمالات المتطرفة فى ما نحن فيه) مثل احتمال زيادة الراوى الجذام فى تلك الروايات، و احتمال ان يكون الحكم فى الجذام فى تلك الروايات من باب استحباب قبول البائع، لا من باب الخيار، او ان هذه الصحيحة ليست

ص: 8

ويمكن ان يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية انعتاقها على المشتري بمجرد حدوث الجذام، فلا معنى للرد.

و حينئذ فيشكل الحكم بالرد فى باقى الاخبار.

ووجهه فى المسالك بان عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل.

فى مقام التحديد، الى غيرها.

ولكن لا يخفى ان السيد الطباطبائى قال فى تعليقه: ان الرواية مذكورة فيها الجذام، وان الاردبيلى رحمه الله لم يستشكل فى الجذام، فكلام المكاسب- على ما ذكره الطباطبائى رحمه الله- يحتاج الى المراجعة.

(ويمكن ان يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية) انه لا مجال لرد المجذوم اصلا.

وذلك ل (انعتاقها) اى الرقبة (على المشتري بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد) اذ لا موضوع له، فانه قد ورد النص و الفتوى بان العبد اذا اجزم انعتق.

(و حينئذ) اى حين كان لا معنى للرد بالجذام (فيشكل الحكم بالرد فى باقى الاخبار).

(ووجهه) اى كيف يرد العبد بالجذام و الحال انه ينعق فلا- مورد للرد (فى المسالك بان عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام بالفعل) و اما رده بالعيب فلا يحتاج الى الظهور، بل تكفى مادة الجذام

و يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادته فى نفس الامر، وان لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق، فان فسخ، انعتق على البائع، وان امضى، انعتق على المشتري.

وفيه أولا ان ظاهر هذه الاخبار ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض لانه المعنى بقوله: فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة

وعليه فما دلّ على ان المجذوم يعتق يقول: اذا ظهر الجذام.

والآذني يقول: ان المجذوم يرد، يريد انه اذا حصلت فيه مادة الجذام فلا تعارض بين الروايتين، لانه اذا كانت المادة فقط، يردّ، اما اذا ظهر الجذام فيعتق.

(و) الحاصل انه (يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادته فى نفس الامر) و الواقع (وان لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق) فاذا عرف المشتري ان فيه مادة الجذام حق له ان يفسخ (فان فسخ) ثم ظهر الجذام عند البائع (انعتق على البائع) لان الجذام ظهر فى ملكه (وان امضى) المشتري ولم يفسخ، حتى ظهر الجذام عند المشتري (انعتق على المشتري) انتهى جمع المسالك بين الروايتين.

(وفيه أولا ان ظاهر هذه الاخبار) المثبتة للخيار بالجذام (ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض، لانه المعنى بقوله: فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة) فليس الموجب موادّ هذه الامراض كما قاله الشهيد.

و لو لا ذلك لكفى وجود موادها فى السنة، وان تأخر ظهورها عنها و لو بقليل، بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة.

و هذا مما لا اظن احدا يلتزمه، مع انه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الامراض، كان ظهورها زيادة فى العيب حادثة فى يد المشتري فلتكن مانعة من الرد، لعدم قيام المال بعينه حينئذ، فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا

(و لو لا ذلك) الذى ذكرناه من ان العبرة حدوث هذه الامراض (لكفى وجود موادها فى السنة، وان تأخر ظهورها) اى ظهور هذه الامراض (عنها) اى عن السنة (و لو بقليل، بحيث يكشف) ظهورها بعد السنة بقليل (عن وجود المادة قبل انقضاء السنة) او علمنا وجود المادة قبل انقضاء السنة من دليل آخر.

(و هذا) اى كفاية الظهور بعد السنة بقليل فى الخيار (مما لا اظن احدا يلتزمه) اذ النص و الفتوى تطابقا على لزوم الظهور فى السنة.

اللهم الا ان يقال: ان انحصار المواد مع الظهور فى السنة- و لكنه خلاف الظاهر- (مع انه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الامراض كان ظهورها زيادة فى العيب حادثة فى يد المشتري) لان الظهور عبارة عن انتشار المرض (فلتكن مانعة من الرد، لعدم قيام المال بعينه حينئذ) اى حين الظهور، وقد تقدم ان من شروط الرد بالعيب القديم عدم حدوث عيب جديد فى يد المشتري- و الزيادة عيب جديد- (فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا

عن الرد تخصيصا آخر للعمومات.

و ثانيا ان سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الاعتناق بطرؤ سببه، بل ينبغي ان يكون الاعتناق القهري سببه مانعا شرعيا بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت، ولذا لو حدث الاعتناق بسبب آخر غير الجذام

عن الرد).

فهناك دليل يقول: ان النقص الحادث مانع عن الرد، و دليل ثان يقول: بان موادّ هذه الامراض توجب الرد، و ان زادت- بالظهور- فى يد المشتري، فيكون دليل هذه العيوب (تخصيصا آخر للعمومات) اذ هذا الدليل يخصص عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- أولا- و دليل: ان العيب مانع عن الرد بالعيب القديم- ثانيا- و زيادة التخصيص خلاف الاصل.

اما اذا قلنا بان ظهور هذه الامراض يوجب الرد، فهو تخصيص واحد- هو التخصيص الاوّل فقط-.

(و ثانيا ان سبق سبب الخيار) على سبب الاعتناق (لا يوجب عدم الاعتناق) للعبد (بطرؤ سببه) اى سبب الاعتناق فاذا اجتمعا قدم سبب الاعتناق (بل ينبغي ان يكون الاعتناق القهري سببه) و هو الجذام (مانعا شرعيا) عن الرد فيكون (بمنزلة المانع العقلي عن الرد كالموت).

فاللازم اما ان نقول: بالرجوع الى بدل الرد- و هو الارش ان كان هناك ارش-

او نقول انه يرد لكن حيث لا يتمكن من ردّ العين يرجع الى رد بدله- و هو القيمة- (و لذا لو حدث الاعتناق بسبب آخر غير الجذام) مثل

ص: 12

فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع، خصوصا مع بناء العتق على التغليب.

هذا ولكن رفع اليد عن هذه الاخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة و الاجماع المدعى فى السرائر و الغنية، مشكل، فيمكن العمل بها فى موردها.

تكيل المولى به (فلا اظن احدا يلتزم عدم الانعتاق الا بعد لزوم البيع) بل الانعتاق يحصل و يكون للمشتري الرد برد القيمة، او الارش، كما ذكرنا (خصوصا مع بناء العتق على التغليب) فانه فهم من الادلة الشرعية ان التشبث القليل بالحرية موجب للانعتاق حتى فى مال الناس فكيف بما اذا كان مال نفسه، و له حق الفسخ.

(هذا و لكن رفع اليد عن هذه الاخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة و الاجماع المدعى فى السرائر و الغنية) على ان الجذام أيضا من اسباب ردّ العيد فى جملة احداث السنة (مشكل).

فلا يمكن ان نقول: بان العبد اذا اجذم صار حرًا، فلا ردّ له، بل اللازم ان نقول: ان العبد اذا اجذم كان للمشتري حق الردّ، و لم يصبح حرًا.

و لا يخفى ان قوله «و لكن» اشكال على رد المصنف على الشهيد بقوله «و ثانيا» (فيمكن العمل بها) اى باخبار ردّ العبد من الجذام (فى موردها) اى احداث السنة بان نقول: ان الجذام مطلقا يوجب انعتاق العبد، الا فى مورد كان فى ضمن السنة، فانه لا ينعتق العبد

او الحكم من اجلها بان تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على امضاء العقد و لو فى غير المقام

ثم

حينئذ، بل للمشتري حق رده على البائع (او الحكم) اى ان نحكم (من اجلها) اى من اجل اخبار احداث السنة (بان تقدم سبب الخيار) و هو مادة الجذام على الجذام الذي هو سبب الانعتاق (يوجب توقف الانعتاق على امضاء العقد).

فاذا امضى المشتري العقد انعتق، و اذا لم يمض، لم ينعتق، بل رده الى البائع (و لو فى غير المقام) اى غير مقام احداث السنة.

مثلا: اذا اشترى عبدا و جعل لنفسه الخيار الى سنتين، او كان المشتري مغبونا فيه ثم اجزم العبد بعد السنة.

فان امضى المشتري العقد انعتق و ان لم يمض العقد كان له رده الى البائع، وقوله «ولو» متعلق ب «يوجب».

(ثم) الظاهر انه لا فرق بين الجنون الادوارى و الاطباقى و الخفيف و الثقيل، و كذا فى سائر الاحداث، كما ان سبب هذه الامور لو حدث فى اثناء السنة، كما لو وقع العبد من مكان مرتفع فحدث فيه الجنون- بان لم تكن مادة هذه الامور موجودة فيه فى حال البيع- ففى الخيار و عدمه احتمالا: من اطلاق الروايات و من ظاهر بعض الفقهاء، على ان الخيار انما هو لاجل وجود مادة هذه الامراض فى العبد من قبل بالإضافة الى انصراف الروايات الى وجود المادة من قبل.

ص: 14

لوفسخ المشتري فانتعاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم، لا ان جذام المملوك يوجب انتعاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه.

ثم ان زيادة القرن ليس فى كلام الاكثر، فيظهر منهم العدم، فنسبة المسالك الحكم فى الاربعة الى المشهور كانه لاستظهار ذلك من ذكره

ومنه يظهر الاشكال فيما لو ظهر الحدث بعد السنة لكن علمنا بان المادة كانت موجودة عند البائع، لكن الظاهر ان هنا يكون الخيار لوجود العيب اذ العبد الذى يوجد فيه هذه المادة معيوب ف (لوفسخ المشتري) بعد جذام العبد عنده (ف) هل يعتق على البائع، أم لا؟ نقول ان (انتعاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجدوم) اى ان يفهم من دليل انتعاق المجدوم انه اعم من ان يجزم عند المالك، او يدخل فى ملكه وهو اجزم (لا) ان يفهم من الدليل (ان جذام المملوك يوجب انتعاقه بحيث يظهر اختصاصه) اى دليل انتعاق المجدوم (بحدوث الجذام فى ملكه).

اما اذا فهم من الدليل ذلك، فلا ينعق لانه لم يجزم فى ملك البائع، بل دخل فى ملكه وهو اجزم.

(ثم ان زيادة القرن) على الثلاثة (ليس فى كلام الاكثر، فيظهر منهم العدم) لانهم فى مقام بيان احداث السنة لم يذكروا الا ثلاثة- فى مقام التحديد- (فنسبة المسالك الحكم فى) جميع (الاربعة الى المشهور كانه لاستظهار ذلك) اى الشهرة فى الاربعة (من ذكره) اى

فى الدروس ساكتا عن الخلاف فىه.

وعن التحرير نسه الى ابى على، وفى مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل غير الشهيدىن و ابى على.

و من هنا تأمل المحقق الاردبىلى من عدم صحة الاخبار، وفقد الانجبار.

ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار- على وجه يبعد التقيد فىها- شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها

الاربعة (فى الدروس ساكتا عن الخلاف فىه) مع ان من عادة الدروس ذكر المخالف.

(وعن التحرير نسه) اى كون القرن من احداث السنة (الى ابى على، و) لكن (فى مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل غير الشهيدىن و ابى على)

(و من هنا) اى عدم وجود القائل بذلك الا الثلاثة فقط (تأمل المحقق الاردبىلى) فى كون القرن من احداث السنة (من) جهة (عدم صحة الاخبار، وفقد الانجبار) بشهرة، او نحوها.

لكن لا يخفى ان حجىة بعض الروايات كافىة فى العمل بها، و لعل عدم ذكرهم للقرن للاجمال فى معناه و الله العالم.

(ثم ان ظاهر اطلاق الاخبار- على وجه يبعد التقيد فىها- شمول الحكم) بالخيار و الرد (لصورة التصرف).

و ذلك لان من المستبعد جدا ان الانسان لا يتصرف فى العبد المشترى ما يقارب السنة (لكن المشهور تقيد الحكم) بالردّ (بغيرها) اى

ونسب إليهم جواز الارش قبل التصرف، و تعينه بعده، و الاخبار خالية عنه و كلاهما مشكل، الا ان الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما.

لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى، و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر التصرف و لا الارش

بغير صورة التصرف (و نسب إليهم جواز الارش) او الرد (قبل التصرف) فان لم يكن تصرف المشتري فى العبد، فظهر فيه احد العيوب السابقة كان له ان يرد او ان يأخذ الارش (و تعينه) اى الارش (بعده) اى بعد التصرف، لان التصرف يسقط الرد كما تقدم (و الاخبار خالية عنه) اى عن هذا التفصيل (و كلاهما) اى تقييد الاخبار بصورة عدم التصرف، و الحكم بالارش - قبل التصرف تخيرا، و بعد التصرف تعيينا - (مشكل).

اما الاشكال فى الاول فلما عرفت من انه بعيد.

و اما الاشكال فى الثانى: فلانه لم يذكر الارش فى الاخبار مطلقا فكيف يقال به - خصوصا بهذا التفصيل قبل التصرف و بعد التصرف - (الا ان الظن من كلمات بعض) الاعلام (عدم الخلاف الصريح فيهما) اى فى الحكمين، و هما تقييد الاخبار، و الحكم بالارش - على التفصيل المذكور -

(لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى) و انه اذا وطئ الامة ثم ظهر فيها احد العيوب الاربعة سقط حق الرد، و الظاهر من التخصيص بالوطء ان سائر التصرفات لا تسقط الرد (و الشيخ و ابن زهرة لم يذكر) حكم (التصرف) و هل انه مسقط للرد، أم لا؟ (و لا الارش) فكيف يمكن ان

نعم ظاهر الحلي: الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة، وان هذه العيوب كسائر العيوب فى كونها مضمونة، الا ان الفارق ضمان هذه اذا حدثت فى السنة بعد القبض و انقضاء الخيار.

ولو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن قبل سنة من ظهورها، و ثبت ان اخذ الارش للعيوب الموجود قبل العقد، او القبض مطابق للقاعدة.

يدعى بعض الاعلام عدم الخلاف الصريح فى الحكمين.

(نعم ظاهر الحلي: الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة) اى جهة اسقاط التصرف للخيار و الارش (وان هذه العيوب) الاربعة (كسائر العيوب فى كونها مضمونة) على البائع ردا و ارشا (الا ان الفارق) بين هذه العيوب الاربعة و سائر العيوب (ضمان هذه) العيوب الاربعة (اذا حدثت فى السنة بعد القبض و انقضاء الخيار) اى خيار كان، بينما ضمان البائع لسائر العيوب انما هو فيما اذا حدثت قبل القبض او فى زمان خيار المشتري.

(و) الذي يمكن ان يقال- من جهة الارش و عدمه-: انه (لو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن قبل سنة من ظهورها) حتى يكون العبد معيوباً عند البائع لان فيه مادة المرض (و ثبت ان اخذ الارش للعيوب الموجود قبل العقد، او) قبل (القبض) او فى زمان خيار المشتري (مطابق للقاعدة) العامة، حيث ان البائع اعطى اقل من مقدار الثمن، فاللازم عليه ان يرجع فاضل الثمن، فلا يحتاج الارش الى دليل خاص فى كل مورد

ثبت الارش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الامراض الكامنة في المبيع لا بهذه الامراض الظاهرة فيه، قال- في المقنعة-: ويرد العبد و الامة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة، و لا يردان بعد سنة.

وذلك ان اصل هذه الامراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بازيد، فان وطئ المبتاع الامة في هذه السنة لم يجز له

(ثبت الارش هنا) اي في هذه العيوب الاربعة (بملاحظة التعيب) في العبد (بمادة هذه الامراض الكامنة في المبيع) عند البائع (لا بهذه الامراض الظاهرة فيه) حتى يقال: ان ظهور المرض لم يكن عند البائع و لا بعد القبض في زمان خيار المشتري، فلا ارش، بل يقال: ان المادة كانت موجودة عند البائع، و هي عيب، فللمشتري الارش.

و يشهد لتقدم مادة هذه الامراض ما ذكره المفيد، فانه رحمه الله (قال- في المقنعة-: ويرد العبد و الامة من الجنون و الجذام و البرص) اذا حدثت (ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة، و لا يردان) اي العبد و الامة اذا ظهرت (بعد سنة).

(و) انما يكون (ذلك) لاجل (ان اصل هذه الامراض يتقدم ظهورها بسنة) فالمادة موجودة قبل الظهور بسنة (و لا يتقدم بازيد) من سنة، فاذا ظهرت بعد سنة من البيع لم يكن خيار للمشتري، لان المادة تكونت في ملك المشتري.

(فان وطئ المبتاع الامة في هذه السنة) ثم ظهر العيب (لم يجز له

ردّها، و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى.

و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة.

ولذا اورد عليه فى السرائر ان هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع، فلا يصح البيع.

و يمكن ان يريد به ما ذكرنا من إرادة موادّ هذه الامراض.

ردّها) لان الوطاء مانع عن الردّ (و كان له) اى للمشتري (قيّمته) اى قيمة العيب (ما بينها صحيحة و سقيمة) اى بالنسبة (انتهى).

(و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة) لانه قال «اصل هذه الامراض».

(ولذا) الذي ظاهر المقنعة ذلك (اورد عليه فى السرائر) ب (ان هذا) الكلام ان تمّ فهو (موجب لانعتاق المملوك على البائع) لان الجذام و ما اشبهه يوجب عتق المملوك (فلا يصح البيع) اصلا.

(و يمكن ان يريد به) اى بقوله «اصل هذه الامراض» (ما ذكرنا من إرادة موادّ هذه الامراض) لا نفسها و هناك فرق بين المادة و بين نفس الشيء.

ثم انه لو حدثت هذه الامراض عند المشتري و برئ العبد قبل رده، فهل له الرد، أم لا؟ احتمالان - كما تقدم شبه ذلك فى كل عيب يرتفع قبل اخذ المشتري بالخيار.

ص: 20

قال في التذكرة: ان الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية.

ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية اذا منع الاستمتاع، كالتمجس والتوثن، دون التهوّد والتنصّر.

والاقوى كونه موجبا للردّ في غير المجلوب و ان كان أصلا في المماليك الا ان الغالب في غير المجلوب الاسلام، فهو نقص موجب لتنفر الطباع

(خاتمة في عيوب متفرقة، قال في التذكرة: ان الكفر ليس عيبا في العبد ولا الجارية) لانه ليس بنقص في العين، ولا يوجب نقص القيمة- غالبا- اللهم الا اذا كان في مكان يوجب نقص القيمة.

(ثم استحسّن) العلامة (قول بعض الشافعية بكونه عيبا في الجارية اذا) كان الكفر كفرا (منع) شرعا عن (الاستمتاع، كالتمجس) اذا قلنا بان المجوسى ليس من اهل الكتاب، و الا- كان حاله حال اليهودى والنصرانى (و التوثن، دون التهوّد والتنصّر) لانه يجوز و طيهما، بل و نكاحهما دواما و انقطاعا.

(والاقوى) التفصيل و (كونه) اى الكفر (موجبا للردّ في غير المجلوب) من بلاد الكفر، بل ربّى في بلاد الاسلام، لان مثله مسلم غالبا (و ان كان) الكفر (أصلا في المماليك) لان الكافر هو الذي يسترى، دون المسلم (الا ان الغالب في غير المجلوب الاسلام) فقدم الغالب على الاصل لما تقدم في صورة تعارضهما كالبكاراة و الشبوبة في الامة (فهو نقص موجب لتنفر الطباع

عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات.

نعم: الظاهر عدم الارش فيه، لعدم صدق العيب عليه عرفا و عدم كونه نقصا او زيادة في اصل الخلقة.

و لو ظهرت الامة محرمة على المشتري برضاع او نسب، فالظاهر عدم الردّ به، لانه لا يعد نقصا بالنوع و لا عبرة بخصوص المشتري.

و لو ظهر ممن ينعق عليه، فكذلك كما في التذكرة، معللا بانه ليس نقصا عند كل الناس، و عدم نقص ماليته عند

عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات) المتوقفة على الطهارة، كالغسل و الطبخ و نحوهما.

(نعم: الظاهر عدم الارش فيه، لعدم صدق العيب عليه عرفا) حتى تكون قيمة المعيب اقل (و عدم كونه نقصا او زيادة في اصل الخلقة) المستتبع لنقص القيمة، و الحاصل انه لا نقص في قيمته فلا ارش له.

(و لو ظهرت الامة محرمة على المشتري برضاع او نسب) او مصاهرة (فالظاهر عدم الردّ به، لانه لا يعد نقصا بالنوع).

و المعيار في العيب النقص النوعي لا بالنسبة الى خصوص المشتري لاجل فوات غرض له، فانه ليس بعيب حتى يكون له حكم العيب (و لا عبرة بخصوص المشتري).

(و) كذا (لو ظهر) العبد (ممن ينعق عليه) كالمودين (فكذلك) اي ان الظاهر عدم الردّ (كما في التذكرة، معللا) عدم الرد (بانه ليس نقصا عند كل الناس) لا المشتري و لا غير المشتري (و عدم نقص ماليته عند

غيره.

وفي التذكرة: لو ظهر ان البائع باعه وكالة او ولاية او وصاية او امانة ففى ثبوت الردّ لخطر فساد النيابة احتمال.

اقول: الاقوى عدمه، وكذا لو اشترى ما عليه اثر الوقف.

نعم لو كان عليه امانة قوية لم يبعد كونه موجبا للرد، لقلة رغبة الناس فى تملك مثله، وتأثير

غيره) اى غير المشتري و نقص ماليته عند المشتري لا يوجب الخيار.

(و) قال (فى التذكرة: لو ظهر ان البائع باعه) المتاع (وكالة او ولاية او وصاية او امانة) بان لم يكن المتاع ملكا له (ففى ثبوت) الخيار ب (الردّ لخطر فساد) البيع، لفساد (النيابة) بان يظهر بعد ذلك ان البائع كان فضولا، لا وكىلا و ما اشبه (احتمال) فقاعدة: لا ضرر، تقول ان البيع ليس بلازم، و منه يظهر انه لو تبين ان البائع كان فضولا كان للمشتري حق الفسخ.

(اقول: الاقوى عدمه) لاصالة الصحة فى عمل المسلم، و احتمال الفساد مما لا يعتنى به العقلاء (و كذا) الاقوى انه لا خيار فيما (لو اشترى ما عليه اثر الوقف) لاصالة عدم الوقف.

(نعم لو كان عليه امانة قوية) كما لو كان مكتوبا على الفراش، او الظرف انه وقف للحسين عليه السلام، او كانت النيابة منذ عشرات السنوات تعامل معاملة الوقف، كالمدرسة و الحسينية و المسجد بدون دليل شرعى يقتضى انه وقف (لم يبعد كونه موجبا للرد، لقلة رغبة الناس فى تملك مثله، و تأثير

ص: 23

ذلك فى نقصان قيمته عن قيمة اصل الشىء - لو خلّى و طبعه- اثرا بيّنا

و ذكر فى التذكرة: ان الصيام و الاحرام و الاعتداد ليست عيوباً.

اقول: اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه.

و اما عدم ايجابها الرد، ففيه اشكال اذا فات بها الانتفاع فى مدة طويلة، فانه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً.

و قال أيضاً: اذا كان المملوك نّاماً او ساحراً او قاذفا للمحصنات او شارباً للخمر او مقامراً ففى كون هذه عيوباً اشكال، اقربه العدم.

ذلك) اى تأثير قلة الرغبة (فى نقصان قيمته عن قيمة اصل الشىء - لو خلّى و طبعه-) اى بدون وجود اثر الوقف عليه (اثرا بيّنا) و مثل ذلك عيب بلا اشكال.

(و ذكر) العلامة (فى التذكرة: ان الصيام و الاحرام و الاعتداد ليست عيوباً) اذا كان العبد المشتري متصفاً بها.

(اقول: اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه) اذا لم يوجب نقصاً فى القيمة، و الا فلا اشكال فى ان فيه الارش.

(و اما عدم ايجابها الرد، ففيه اشكال) بل اللازم ان نقول: ان له الرد أيضاً (اذا فات بها) اى بهذه الاعمال (الانتفاع فى مدة طويلة فانه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً) فكما ان له الرد، كذلك هنا.

(و قال) العلامة (أيضاً: اذا كان المملوك نّاماً او ساحراً او قاذفا للمحصنات او شارباً للخمر او مقامراً ففى كون هذه عيوباً اشكال، اقربه العدم).

وقال لو كان الرقيق رطب الكلام او غليظ الصوت او سيئ الادب او ولد زنا او مغنيا او حجّاما او اكولا او زهيدا، فلا ردّ و تردّ الدابة بالزهادة و كون الامة عقيما لا يوجب الرد، لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج او لعارض، انتهى.

و مراده: العارض الاتفاقي لا المرض العارضى، قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الردّ و الضابط ان الرد

لكن الظاهر اختلاف الزمان و المكان فى امثال هذه الامور، فاذا كانت عيبا عند العرف فاللازم القول بالردّ و الارش.

(وقال) العلامة (لو كان الرقيق رطب الكلام) بمعنى كثرة قذفه البصاق عند التكلم، او انه يتكلم بكل ما اراد، فلا يجف لسانه عن التكلم (او غليظ الصوت او سيئ الادب او ولد زنا) او زانيا او سارقا (او مغنيا او حجّاما او اكولا او زهيدا) فى الاكل (فلا ردّ) اذا لم تكن هذه عيوباً عند العرف، و الا كان له الرد (و تردّ الدابة بالزهادة) فى الاكل لانها تؤثر فى قوتها و عملها.

(و كون الامة عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه) منها (فربما كان من الزوج او لعارض) خارجى، لا لانها عقيمة، و هذا من باب الشك فى الموضوع لا الاشكال فى الحكم، و منه يظهر انه لو تبين عقمها قطعاً كان له الردّ (انتهى).

(و مراده: العارض الاتفاقي) الذي لا يوجب كونه عيباً (لا المرض العارضى) الذي يوجب تعيبها.

و (قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الردّ و الضابط ان الرد

يثبت بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة، او العين نقصا يفوت به غرض صحيح، بشرط ان يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه، انتهى.

يثبت بكل ما فى المعقود عليه من منقص القيمة، او منقص (العين نقصا يفوت به غرض صحيح، بشرط ان يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه) و الا فمجرد فوت الغرض لا يوجب نقصا حتى يثبت الخيار (انتهى) كلام التذكرة.

<>

ص: 26

[الارش لغة و اصطلاحا]

اشارة

و هو لغة- كما فى الصحاح، و عن المصباح- دية الجراحات.

و عن القاموس: انه الدية.

و يظهر من الاولين انه فى الاصل اسم للفساد.

و يطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بد لا عن نقص مضمون فى مال او بدن، و لم يقدر له فى الشرع مقدر.

[كلام الشهيد فى معنى الأرش]

و عن حواشى الشهيد قدس سره انه يطلق بالاشترك

(القول فى الارش) موضوعا و حكما (و هو لغة- كما فى الصحاح، و عن المصباح- دية الجراحات) سواء كانت مقدرة شرعا، او لا، بل بنظر الحاكم الشرعى.

(و عن القاموس: انه الدية) فىشمل دية قتل النفس.

(و يظهر من الاولين) و هما الصحاح و المصباح (انه فى الاصل) قبل تنوع استعماله فى معانى متعددة (اسم للفساد) ثم اطلق على ثمن الفساد، من باب علاقة السبب و المسبب.

(و يطلق) الارش (فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بد لا عن نقص مضمون فى مال او بدن) كارش نقص قيمة المبيع او نقص حاصل فى البدن من الجراحة (و) الحال انه (لم يقدر له فى الشرع مقدر) خاص، لانه اذا كان له مقدر خاص سُمى دية، فىقال دية القتل، و لا يقال ارش القتل و قوله «لم يقدر» صفة «مال».

(و عن حواشى الشهيد قدس سره انه) اى الارش (يطلق بالاشترك

اللفظى على معان.

منها: ما نحن فيه.

و منها: نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره فى غير المقدّر الشرعى.

و منها: ثمن التالف المقدّر شرعا بالجناية، كقطع يد العبد.

اللفظى على معان) متعددة.

(منها: ما نحن فيه) اى ارش عيب المبيع.

(و منها: نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره) فانه بمقدار نقص العبد يلزم على الجانى اعطاء ثمن ذلك الى مالك العبد (فى غير المقدّر الشرعى) اما فى المقدّر فيسمى دية لا ارشا- كما تقدم-.

(و منها: ثمن التالف المقدّر شرعا بالجناية، كقطع يد العبد) فان قدره الشرعى نصف قيمة العبد، كما ان فى قطع يد الحرّ خمسمائة دينار، نصف الألف الذي هو دية الحرّ.

و النسبة بين هذا المعنى و معنى نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره عموم من وجه، لان ذلك النقص يلاحظ من جهة تفاوت النسبة بين العبد صاحب اليد، و العبد مقطوع اليد.

و هذا النقص يلاحظ بنسبة النصف- فى قطع اليد- الى قيمة العبد.

مثلا: اذا كان عبد صحيح يسوى مائة دينار، فالمقطوع يده، ربما يسوى خمسين، وربما ستين، وربما اربعين- على ان الارش بمعنى

ص: 28

و منها: اكثر الامرين من المقدر الشرعى و الارش، و هو ما تلف بجناية الغاصب، انتهى.

و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى اشارة الى ان هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى.

نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره- بينما ارش اليد هو خمسون- على معنى ثمن التالف المقدر شرعا-.

فاذا قطعت اليد فقد يكون الارش بالمعنى الاول اكثر، لان قيمة العبد صار اربعين وقد يكون الارش بالمعنى الثانى اكثر لان قيمة العبد صار ستين، وقد يتساويان، لان قيمة العبد صار خمسين.

(و منها: اكثر الامرين من المقدر الشرعى و الارش و هو ما تلف بجناية الغاصب)

و المقدر الشرعى هو الثالث، و الارش هو الثانى و انما كان اكثر الامرين، لان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال- على ما ذكروا- (انتهى) كلام الشهيد.

(و فى جعل) الشهيد رحمه الله (ذلك) الاستعمال للارش فى المعانى الثلاثة (من الاشتراك اللفظى) و الحال انه ليس فى اللغة كذلك (اشارة الى ان هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء).

فاللفظ او لا يستعمل فى هذه المعانى بالاصطلاح لا باللغة، و ثانيا انما اصطلح فى هذه المعانى (بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى) لان

مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها وبين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما، ولا حقيقة و مجازا، فهي كلها منقولات عن المعنى اللغوى، بعلاقة الاطلاق و التقييد.

و ما ذكرناه فى تعريف الارش فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى كما يظهر بالتأمل.

كل ارش اصطلاحى هو قسم من المال المعطى لاجل نقص فى الجسم او المال، و ثالثا انما كان اشتراكا لفظيا لان الاصطلاح يكون (مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها) اى من هذه المعانى الثلاثة (وبين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما) اى بين المعانى و الآخر

و المشترك المعنوى هو ان يكون اللفظ قد وضع لمعنى، و ذلك المعنى يستعمل فى مصاديق ثلاثة، مثل اشتراك الانسان بين الزوجى و الرومى و الآسيوى مثلا، فانه لم يوضع لهذا مرة و لذلك مرة، بل وضع لمعنى جامع بين الثلاثة (ولا) يكون (حقيقة و مجازا) بان يكون استعماله فى احدها من باب الحقيقة و فى الآخر من باب المجاز (فهى) اى المعانى الثلاثة للارش التى ذكرها الشهيد (كلها منقولات عن المعنى اللغوى، بعلاقة الاطلاق و التقييد) فان المعنى اللغوى مطلق شامل لكل و انتقل اللفظ الى كل مقيد مقيد، لان المقيد قسم من المطلق.

(و ما ذكرناه) من قولنا «و يطلق فى كلام الفقهاء» (فى تعريف الارش فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى) الثلاثة، لان الجامع بين المعانى الثلاثة هو ما ذكرناه (كما يظهر بالتأمل).

و كيف كان فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور.

ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص

و هو الاصل، فان كان مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما- و يسمى ضمان

(و كيف كان) الامر (فقد ظهر من تعريف الارش) حيث قلنا انه بدل عن نقص مضمون (انه لا يثبت الا مع ضمان النقص المذكور) لانه اذا لم يكن ضمان لم يكن ارش، و كانه اراد بهذا الكلام ان كلام الشهيد الخالى من الضمان ليس على ما ينبغى.

(ثم ان ضمان النقص) على قسمين.

الاول ضمان القيمة، كما اذا تلف مال الغير فانه يضمن قيمته.

الثانى ضمان العوض- سواء كان اقل من القيمة او اكثر او مساويا- كما اذا باعه شيئا بعشرة، و كان فيه نقص خمس العين، فانه يضمن اثنين سواء كانت قيمته الواقعية خمسة، او خمسة عشر، او عشرة.

و عليه ف ضمان النقص (تابع فى الكيفية) اى كيفية الضمان (لضمان المنقوص) اى كيف كان ضامنا للمنقوص فهل كان ضامنا لقيمته او ضامنا لعوضه، اذ النقص جزء من الاصل.

فكيفما يكون ضمان الاصل يكون ضمان النقص (و هو) اى المنقوص هو (الاصلى، فان كان) الاصل (مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام) و هى البضاعة التى فى سوم البيع، قبل ان يجرى عليها العقد (و شبههما) كما اذا جنى على عبد الغير، او كسر اثناء الغير (و يسمى) ضمانه (ضمان

اليد- كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة اذا وزعت على الكل، و ان كان مضمونا بعوض بمعنى ان فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض اذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص، لا نفس قيمة العيب.

اليد) لان دليله قوله عليه السلام «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» (كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة) الواقعية (اذا وزعت) القيمة (على الكل)

فمثلا: اذا كانت قيمة الكتاب عشرة و كان النقص الوارد عليه يساوى الخمس، فانه يلزم ان يدفع اثنين، اذ العشرة اذا وزعت على كل الكتاب كان نصيب هذا الجزء المنقوص اثنين (و ان كان) الشيء (مضمونا بعوض بمعنى ان فواته) على يد الضامن (يوجب عدم تملك عوضه المسمى) اى الذي سمي (فى المعاوضة).

فمثلا: اذا سمي فى المعاوضة ان الكتاب بخمسة، ففواته فى يد البائع يوجب عدم تملك البائع الخمسة التى هى العوض المسمى للكتاب (و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة) لانه ضمان لعوض مذكور، لا بقيمته الواقعية (كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض) فاذا سلم البائع الكتاب- فى المثال- و قد نقص خمسه، ضمن درهما واحدا، لانه خمس العوض المسمى (اذا وزع) ذلك العوض (على مجموع الناقص و المنقوص) منه فان الخمسة اذا وزعت على كل الكتاب، كان درهم واحد فى مقابل القدر الناقص منه لان الناقص الخمس و كانت أربعة دراهم فى مقابل القدر الباقي و هو المنقوص منه (لا) ب (نفس قيمة العيب) عطف على

لان الجزء تابع للكل فى الضمان.

ولذا عرف جماعة الارش فى عيب المثلثن- فيما نحن فيه- بانه جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح.

«بما يخصه».

فاذا فرضنا ان قيمة الكتاب فى السوق عشرة، و كان الناقص خمسة، لم يضمن البائع الذى تلف فى يده خمس الكتاب اثنين، بل واحدا فقط- كما ذكرنا- (لان الجزء) الناقص (تابع للكل فى الضمان) الذى فرض ان قيمته المعاوضية خمسة.

(ولذا) الذى ذكرنا من ان الضمان هنا ضمان العوض لا ضمان القيمة (عرف جماعة الارش فى عيب المثلثن- فيما نحن فيه- بانه) اى الارش (جزء من الثمن، نسبته إليه) اى الى الثمن (كنسبة التفاوت بين الصحيح والمعيب الى الصحيح) فالصحيح عشرة، والمعيب ثمانية، والتفاوت الخمس.

فاذا اشتريناه بخمسة، لزم على البائع ان يرّد إلينا واحدا، فان الواحد جزء من الثمن و هى الخمسة، فنسبة الواحد الى الخمسة كنسبة التفاوت و هو الخمس بين الصحيح الذى هو عشرة و المعيب الذى هو ثمانية الى الصحيح الذى هو عشرة اى التفاوت بين الصحيح والمعيب اثنان، فنسبته الى الصحيح و هى العشرة: الخمس، و بهذا القدر اى الخمس نأخذ من الثمن المسمى الذى هو الخمسة.

ص: 33

وذلك لان ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة، بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تامًا الى المشتري، فاذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن، لا بقيمته.

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء ككثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلها، الا انها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقريئة ما فيها من ان البائع يردّ على المشتري، و ظاهره

(وذلك) اى اخذ النسبة الذي هو الواحد لا التفاوت الواقعي الذي هو اثنان فى المثال (لان ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة) اى ان البائع ضمن ان يعطى المبيع الذي عوّض بخمسة (بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تامًا الى المشتري، فاذا فاته) اى البائع (تسليم بعضه) اى خمس المبيع (ضمنه) اى الخمس (بمقدار ما يخصه من الثمن) الذي هو خمس الثمن، - و هو دينار واحد- (لا بقيمته) اى قيمة الفائت السوقية، التى هى ديناران.

(نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء ككثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب) السوقية (كلها) فالخمس الذي يجب اعطائه- فى المثال- هو ديناران (الّا انها) اى كلمات الفقهاء و الروايات (محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع) فالغالب ان الانسان يشتري الشيء بقيمته السوقية لا باكثر ولا باقل.

وانما نقول انها محمولة على الغالب (بقريئة ما فيها) اى ما فى الكلمات و الروايات (من ان البائع يردّ على المشتري، و ظاهره) اى

كون المردود شيئاً من الثمن الظاهر في عدم زيادته عليه، بل في نقصانه

فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الاوقات كما اذا اشترى جارية بدينارين و كان معيها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد فيلزم استحقاق مائة دينار فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقريئة عدم صدق الرد، و الاسترجاع، تعين كون هذا التعبير لاجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن.

ظاهر «يرد» (كون المردود شيئاً من الثمن الظاهر) صفة «شيئاً» (في عدم زيادته) اي عدم زيادة المردود (عليه) اي على الثمن (بل) الظاهر (في نقصانه) اي نقصان المردود عن الثمن.

(فلو كان اللازم) في المردود (هو نفس التفاوت) بين الصحيح و المعيب (لزداد) المردود (على) تمام (الثمن في بعض الاوقات) و هذا خلاف ظاهر قولهم: يرد بعض الثمن (كما اذا اشترى جارية بدينارين و كان معيها تسوى مائة و صحيحها تسوى ازيد) كمائة و خمسين (فيلزم استحقاق) المشتري (مائة دينار) و من المعلوم ان المائة ليست جزءاً من الثمن، فلا- يراد بالارش المائة، بل نسبة التفاوت، فاذا استغرق العيب ثلثي الجارية يلزم ان يرد البائع ثلثي الدينارين الى المشتري (فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا) في كلماتهم و في الروايات- الدالة على رد الجزء- (بقريئة عدم صدق الرد، و) عدم صدق (الاسترجاع، تعين كون هذا التعبير) اي قولهم: ردّ قيمة العيب (لاجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن) كله.

فاذا بنى الامر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة.

وقد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان فى الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب.

(فاذا بنى الامر) فى قولهم: يردّ التفاوت (على ملاحظة الغلبة) اى اذا كانت كلماتهم منصّبة على الغالب (فمقتضاها) اى مقتضى ملاحظة الغلبة (الاختصاص) اى اختصاص كلامهم (بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها فى اسواقها بقيمتها المتعارفة).

والحاصل ان خروج الفرد- الا زيد قيمة- دليل على ارادتهم الغلبة، و الغلبة لتساوى القيمة، فليس كلامهم منافيا لكلامنا من ملاحظة النسبة.

ثم انه قد تقدم بعض الروايات فى باب الارش فى مسألة سقوط الرد لخيار العيب بسبب التصرف، فراجعها لترى صدق كلام المصنف.

(وقد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان فى الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب) بعد تسليمه ان العيب اذا كان فى المثل كان ارشه بالنسبة- كما ذكره المشهور-.

فعلى قوله مثلا اذا اشترينا من البقال حقة من الحنطة بحقة من الارز، و كانت قيمة الحنطة بالنقد دينارا، و قيمة الارز: صحيحها عشرة و معيها ثمانية، لزم ان نعطى للبقال دينارين و هو القدر الناقص من الارز فيجتمع عند البقال الثمن و المثل و شي ء زائد.

و منشأه ما يتراءى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع، فاذا ظهر معييا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و
الآ فلو فرض انه اشترى عبدا بجارية تسوى معيبيها اضعاف قيمته فانه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيبيها قطعا.

- فالثمن دينار و هى قيمة الحنطة، و المثلث ثمانية دنانير و هى قيمة الارز، و الشيء الزائد دينار اضافى - و كان هذا الشخص الذى لا
تحصيل له ظن ان كلام المشهور فى معيب المثلث، فلا يجرى فى معيب الثمن.

(و منشأه) اى منشأ توهمه هو (ما يتراءى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع) السوقية (فاذا ظهر) الثمن
(معييا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت) مثل ان يشتري حنطة بدينار معيب، و التفاوت بين الدينار الصحيح و الدينار المعيب ربع دينار،
فاللازم اعطاء المشتري للبائع ربع دينار (و الا) يكن الثمن من النقد المساوى للقيمة، فالمحذور الذى ذكرناه فى المثلث آت فى الثمن أيضا
(فلو فرض انه اشترى عبدا) مثمنا (بجارية) ثمنا (تسوى معيبيها اضعاف قيمته) اى قيمه العبد، بان كان العبد بمائة و الجارية صحيحها بالف و
معيبيها بخمسمائة (فانه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيبيها قطعا) حتى يجب اعطاء المشتري للبائع خمسمائة دينار، بل
اللازم اعطاء المشتري للبائع خمسين دينارا هو نسبة التفاوت بين صحيح الجارية و معيبيها.

و كيف كان فالظاهر انه لا اشكال ولا خلاف فى ذلك و ان كان المترائى من الاخبار خلافه، الا ان التأمل فيها قاض بخلافه.

نعم يشكل الامر فى المقام من جهة اخرى، وهى: ان مقتضى ضمان وصف

اذا العبد لَمَّا سَوَّى بمائة كانت قيمة الجارية- القيمة فى المعاملة- صحيحها بمائة و معيها بخمسين، لانها كانت عدلا للعبد فى القيمة- حسب بناء المتعاملين-.

(و كيف كان فالظاهر انه لا اشكال ولا خلاف فى ذلك) الذى ذكرناه من ملاحظة النسبة، سواء فى المثلن او الثمن (و ان كان المترائى) فى بادی الامر (من الاخبار خلافه) و ان اللازم ملاحظة نفس التفاوت (الا ان التأمل فيها) اى فى الاخبار (قاض بخلافه) اى بخلاف المترائى.

(نعم يشكل الامر) اى امر كون الارش انما هو بملاحظة النسبة، لا بملاحظة القيمة الواقعية انه ان تم ذلك لزم ان لا يكون ارش لفوات وصف الصحة، اذ وصف الصحة لم يقابل بالمال، فكيف يأخذ المشتري بدل وصف الصحة الفائتة من الثمن.

و هذا الاشكال لا يرد لو قلنا: بان الارش بملاحظة القيمة، و لا يرد ان قلنا: بانه ضامن للقيمة السوقية لان البائع فوت بعض المبيع فيلزمه اعطاء بدله السوقى فحال ما اذا فوت الغاصب وصف الصحة، حيث ان الغاصب يعطى مقدار قيمته السوقية.

ف (فى المقام) يشكل الامر (من جهة اخرى وهى ان مقتضى ضمان وصف

الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته، انفساخ العقد في ذلك المقدار، لعدم مقابل له حين العقد، كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع انه لم يقل به احد.

ويلزم من ذلك أيضا تعيين اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر جماعة عدم تعيينه منه، معللاً بانه غرامة.

الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن) اى بالنسبة (لا بقيمته) اى لا بقيمة وصف الصحة السوقية (انفساخ العقد في ذلك المقدار، لعدم مقابل له) اى للثمن (حين العقد، كما هو) اى الانفساخ (شأن الجزء المفقود من المبيع).

فاذا باعه حقة من الحنطة الخارجية، ثم تبين انها نصف حقة، بطل البيع فى النصف المفقود (مع انه لم يقل به احد) بان فقد وصف الصحة يوجب انفساخ العقد بقدر الوصف، بل يكون للمشتري الخيار لانه لم يبطل العقد بمقدار وصف الصحة.

(ويلزم من ذلك) اى من ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن (أيضا تعيين اخذ الارش من الثمن) لا من مال خارجي.

وانما يلزم ذلك، لان وصف الصحة اذا كان فى مقابل جزء من الثمن ففى فواته يلزم ان يفوت- فى مقابله- ذلك الجزء من الثمن (مع ان ظاهر جماعة) من الفقهاء (عدم تعيينه) اى عدم تعيين كون الارش (منه) اى من نفس الثمن (معللاً) اى عللوا أولئك الجماعة (بانه) اى الارش (غرامة) شرعية وعرفية، والغرامة لا تتعين فى شيء خاص.

و توضيحه ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن لا لتتقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب، ولذا سمي ارشا كسائر الا روش المتدركة للنقائص، فضمن العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين

(و توضيحه) اى توضيح رفع الاشكالين و هما ما اشار إليهما بقوله «ان مقتضى ضمان» و «يلزم من ذلك» (ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن) فالبايع اعطى شاة معيبة تسوى بتسعين، و اعطى عشرة، فى مقابل ما اخذه من المشتري من مائة درهم (لا) ان الارش (لتتقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب) فليس للبايع ان يرد من المائة عشرة الى المشتري لتكون الشاة المعيبة فى مقابل تسعين (ولذا) الآذى ان الارش متمم للمعيب (سمى ارشا كسائر الا روش) فى الابدان و الاموال (المتدركة) - باسم الفاعل - (للقائض) فان الانسان اذا خدش وجه انسان - مثلا - فاعطاه ارش الخدشة، كان ذلك الارش لتتميم الانسان اذا اورد عليه العيب، و بناء على كون الارش تتيما للمعيب يرتفع الاشكالان فلا انفساخ للعقد بقدر وصف الصحة اذ ليس الارش استرجاعا لبعض الثمن و لا يلزم تعيين اخذ الارش من الثمن لانه ليس من الثمن، بل تدرك من البايع بدل وصف الصحة الفائتة (فضمن العيب على هذا الوجه) اى وجه انه تتميم للمعيب (خارج عن الضمانين المذكورين) اى ضمان المعاوضة و ضمان القيمة، فليس مثل ان يظهر بعض المبيع مستحقا للغير - مثلا - حيث انه يكون من تبعض الصفقة، و البايع يرد من نفس الثمن بالنسبة و لا مثل ان يحدث الانسان فى اناء الغير عيبا، حيث انه يضمن قيمة ذلك

لان ضمان المعاوضة يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت المضمون و مقابله، اذ لا معنى له غير ضمان الشيء ء و اجزائه بعوضه المسمّى و اجزائه.

و الضمان الآخر يقتضي ضمان الشيء ء بقيمته الواقعية فلا اوثق

الشيء ء- بقدر ما عيبه- قيمة سوقية.

و انما كان ما نحن فيه- من الارش- خارجا عن الضمانين (لان ضمان المعاوضة يقتضي انفساخ المعاوضة بالنسبة الى) القدر (الفائت المضمون) على البائع (و مقابله) من الثمن الذي يكون على المشتري.

فاذا اشترى شاتين بمائتين، ثم ظهرت إحداهما للغير، انفسخ البيع بالنسبة الى شاة منهما و الى المائة التي هي في مقابل تلك الشاة.

و انما نقول بالانفساخ (اذ لا معنى له) اى لضمان المعاوضة (غير ضمان الشيء ء) كلاً (و اجزائه) جزءا جزءا (بعوضه المسمّى و اجزائه) اى اجزاء العوض.

فكلا الشاتين في مقابل كلا المائتين، و كل شاة- و هو جزء جزء- في مقابل مائة مائة.

(و الضمان الآخر) اى ضمان القيمة (يقتضي ضمان الشيء ء بقيمته الواقعية) و حيث ان الارش الفائت ليس في مقابل جزء من نفس الثمن بل يصح اعطائه من مال آخر و لا يكون بالقيمة الواقعية بل بالقيمة المعاوضية، كان اللازم ان نقول بان الارش قسم ثالث من الضمان (فلا اوثق

من ان يقال: ان مقتضى المعاوضة- عرفا- هو عدم مقابلة وصف الصحة بشي ء من الثمن، لانه امر معنوى كسائر الاوصاف.

ولذا لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا

من ان يقال) فى تقريب لزوم الارش مقابل انتفاء وصف الصحة: ان البائع حيث تعهد ان يكون متاعه صحيحا كان للمشتري ان يطالبه بالوفاء بتعهده

اما بان يسلمه وصف الصحة- مع المبيع-.

و اما ان يسلم الى المشتري قدرا من المال- غرامة- بسبب عدم وصف الصحة لتقصان قيمة المبيع بقدر ذلك المال.

توضيح ذلك (ان مقتضى المعاوضة- عرفا- هو عدم مقابلة وصف الصحة بشي ء من الثمن، لانه) اى لان وصف الصحة (امر معنوى كسائر الاوصاف) الموجبة لارتفاع قيمة الشي ء، مثل وصف الكمال و مثل ان يكون العبد كاتباً، فان الكتابة لا تقابل بالمال حتى يكون اصل العبد بتسعين و كتابته بعشرة- مثلاً-.

و من المعلوم: ان الامور المادية تقابل بالمال لا الامور المعنوية- نعم الامور المعنوية توجب زيادة قيمة العين- فالثمن بإزاء العين ولكن يرتفع اذا كان فى العين وصف كمال.

(ولذا) الذى ليس فى مقابل وصف الصحة شي ء من المال (لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا) فى الاجناس الربوية.

مثلاً: اعطى نصف مثقال من الذهب الخالص بـمثقال من الذهب المعيب، باعتبار ان وصف الصحة الفائتة فى المعيب يوجب نقص قدر

حصل الربا من جهة صدق الزيادة، وعدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشي ء من مقابله، الا ان الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف، و كونه فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل باصل المبيع لاجل اتصافه بوصف الصحة فان هذا الوصف

الخالص (حصل الربا من جهة صدق الزيادة) فى طرف المعيب (و) من جهة (عدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشي ء من مقابله) و لو كان وصف الصحة يقابل بالمال، لم يلزم الربا، لانه نصف المثل المعيب فى مقابل نصف المثل الخالص و النصف الآخر من المعيب فى مقابل وصف الصحة (الا ان الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الاوصاف) فالبائع ضامن لوصف الصحة بينما لا يضمن وصف الكمال، فاذا لم يكن العبد كاتباً- فى حال اشتراط الكتابة- ليس للمشتري الارش، بل له اما القبول بكل الثمن و اما الرد (و) على (كونه) اى كون وصف الصحة (فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه) اذا كان مفقودا (بمقدار من الثمن يضاف) ذلك المقدار (الى ما يقابل باصل المبيع لاجل اتصافه) اى اتصاف المبيع (بوصف الصحة) فان اتصاف المبيع بوصف الصحة اوجب ان يضيف المشتري على الثمن المقابل لذات العين- فذات العين ثمنها تسعون، و اضاف المشتري الى التسعين عشرة لاجل اتصاف المبيع بوصف الصحة- فالعشرة ليست فى مقابل الوصف و انما هى فى مقابل العين و لكن زاد المشتري العشرة لاجل هذا الوصف (فان هذا الوصف) اى

كسائر الاوصاف و ان لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل في وجود مقدار من الثمن، و عدمه، فاذا تعهده البائع كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده باداء ما كان يلاحظ من الثمن لاجله، و للمشتري أيضا اسقاط هذا الالتزام عنه.

[هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]

نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض

وصف الصحة (كسائر الاوصاف) مثل وصف الكمال (و ان لم يقابله شيء من الثمن، لكن له) اي لوصف الصحة (مدخل في وجود مقدار من الثمن) ان كان وصف الصحة موجودا (و عدمه) اي عدم وجود مقدار من الثمن ان كان وصف الصحة معدوما (فاذا تعهده البائع) اي تعهد وصف الصحة (كان للمشتري مطالبته) اي مطالبة البائع (بخروجه) اي بان يخرج البائع (عن عهده) اي عهده هذا الوصف، و الخروج انما هو (باداء) البائع (ما كان) قد قدر من المال (يلاحظ من الثمن لاجله) اي لاجل هذا الوصف فيقول المشتري للبائع اني اعطيتك عشرة زائدة لاجل وصف الصحة فاذا فقد فعليك ان ترد عليّ العشرة (و للمشتري أيضا اسقاط هذا الالتزام) اي التزام البائع بوصف الصحة (عنه) اي عن البائع، فلا يطالبه بشيء.

و الى هنا تم ان المال ليس يازاء الوصف حتى يوجب عدم الوصف الفسخ، فهذا تمام الجواب عن الاشكال الاول.

ثم شرع في جواب الاشكال الثاني بقوله: (نعم يبقى الكلام في كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض

الثلثن كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بانه جزء من الثلثن، او بمقداره، كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة، و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما و جهان تردد بينهما فى جامع المقاصد، و أقواهما الثانى لاصالة عدم تسلط المشتري على شىء من الثلثن، و براءة ذمة البائع من وجوب دفعه لان المتيقن من مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفائت

الثلثن) فان المشتري انما اعطى بعض الثلثن لاجل وصف الصحة فاذا انتفى وصف الصحة، فله استرجاعه، فلما ذا يقول جملة من الفقهاء بان الارش لا يلزم ان يكون عين الثلثن، بل اللازم ان يكون الارش (كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بانه جزء من الثلثن، او بمقداره) «او» عطف على «بعين» اى هل يلزم ان يكون الارش بعض نفس الثلثن، او لا بل يكفى ان يكون بمقداره (كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة، و ظاهر غيرها) اى غير التذكرة من كتب العلامة (و) ظاهر (الشهيدين فى كتبهما و جهان) «و جهان» متعلق بقوله «بعين» «او بمقداره» (تردد بينهما فى جامع المقاصد، و أقواهما الثانى) و هو انه بمقداره، لا بعينه (لاصالة عدم تسلط المشتري على شىء من الثلثن) لانه خرج عن ملكه بالعقد، فتسلطه عليه بعد العقد يحتاج الى دليل (و) اصالة (براءة ذمة البائع من وجوب دفعه) فان القدر المتيقن لزوم دفع القدر المشترك اما خصوص عين الثلثن فالاصل براءة ذمته منه (لان المتيقن من مخالفة الاصل) و هو اصل عدم ضمان البائع اصلا (ضمان البائع لتدارك الفائت) و هو وصف الصحة

الذي التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن، لداعي وجود هذه الصفة، لا في مقابلها.

مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد و عبد الملك انه له ارش العيب و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى من ظاهر التعبير في روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري الظاهر في كون المردود شيئا كان عنده أولا و هو بعض الثمن

(الذي التزم وجوده) اي وجود ذلك الفائت (في المبيع بمقدار) متعلق ب «تدارك» (وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته) اي زيادة ذلك المقدار (على الثمن) فان المتبايعين جعلوا تسعين في مقابل ذات الشاة و جعلوا عشرة في مقابل الشاة أيضا، و لكن هذه العشرة انما جعلت في مقابل الشاة (لداعي وجود هذه الصفة) و هي صفة الصحة في الشاة (لا في مقابلها) اي لم تجعل الزيادة و هي العشرة في مقابل الصفة و هي وصف الصحة و إلا لزم الربا- على التقريب الذي ذكرناه-.

(مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام في روايتي حمّاد و عبد الملك انه له ارش العيب) فانه شامل لكونه من نفس الثمن او من غيره (و لا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن، عدا ما يتراءى) في بادى الرأى (من ظاهر التعبير في روايات الارش عن تدارك العيب بردّ التفاوت الى المشتري) «برد» متعلق ب «التعبير» (الظاهر) صفة «الرد» (في كون المردود شيئا كان عنده) اي عند المشتري (أولا، و هو بعض الثمن) و الا لم يسم رداً

لكن التأمل التام يقضى بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع، و كونه من التقدين، فالرد باعتبار النوع لا الشخص.

و من ذلك ظهر ان قوله عليه السلام فى رواية ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها محمول على الغالب من كون الثمن كليا فى ذمة المشتري، فاذا اشتغلت ذمة البائع

(لكن التأمل التام يقضى ب) عدم الظهور المذكور، و (ان هذا التعبير) بالرد (وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع) فى مقابل ما اذا لم يصل الثمن إليه، لانه طلبه منه سابقا، او كانت المعاملة نسيئة- فانه أيضا ليس بحقيقة الرد- (و كونه من التقدين، فالرد باعتبار النوع) فانه اذا اخذ دينارا، و ان لم يكن نفس دينار الثمن، قيل عرفا انه استرد ديناره- باعتبار استرداد نوع ما اعطاه- (لا الشخص) و كذا قال بعض فى قوله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا، ان اللازم ردّ المثل و ان لم يكن عينا.**

(و من ذلك) الذي ذكرنا من ان الرد باعتبار النوع لا الشخص (ظهر ان قوله عليه السلام فى رواية ابن سنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب ان كان فيها) عيب (محمول على الغالب من كون الثمن كليا فى ذمة المشتري).

فمعنى الوضع عدم الاعطاء، لانه بملاحظة لزوم نفس الثمن، و لا جار فيما اذا كان الثمن نقدا فى يد المشتري (فاذا اشتغلت ذمة البائع

بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما فى ذمته عليه.

ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين، لانهما الاصل فى ضمان المضمونات، الا ان يتراضى على غيرهما من باب الوفاء، او المعاوضة.

بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن ما فى ذمته) اى ذمة البائع - من الارش - (عليه) اى على البائع، من باب التقاص و تهاتر الذمم فالبايع يطلب من المشتري مائة ثمنا للمبيع و المشتري يطلب من البائع عشرة و هى الارش، فتهاتر عشرة فى مقابل عشرة، و يعطيه المشتري تسعين.

و على هذا فاذا كان الثمن عينا لزم اعطاء المشتري للبائع كل الثمن ثم يأخذ منه الارش.

(ثم على المختار من عدم تعيينه) اى عدم تعيين الارش (من عين الثمن، فالظاهر تعيينه من النقدين) و المراد نقد البلد و ان كان ورقا كما هو المتعارف الآن.

و الحاصل ان اللازم اعطائه النقد فى مقابل اعطائه الجنس، فلا يصح ان يعطى البائع للمشتري السكر او الشاى بعنوان الارش (لانهما الاصل فى ضمان المضمونات) بمعنى انصراف ادلة الضمان الى النقد (الا ان يتراضى) كل من البائع و المشتري (على غيرهما) اى غير النقدين (من باب الوفاء) بان يقبل المشتري ان يكون وفاء البائع لارش به بالسكر مثلا (او) من باب (المعاوضة) بان يعوض المشتري ما على البائع من النقد بالسكر مثلا.

و استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه منهما، حيث حكما في باب الصرف بانه لو وجد عيب في احد العوضين المتخالفين بعد التفرق، جاز اخذ الارش من غير التقدين و لم يجز منهما.

فاستشكل ذلك بان الحقوق المالية انما يرجع فيها الى التقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في احدهما.

(و) لكن (استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عدم تعيينه) اى عدم تعيين ان يكون الارش (منهما) اى من التقدين (حيث) ان العلامة و الشهيد (حكما في باب الصرف) و هو بيع الاثمان (بانه لو وجد عيب في احد العوضين المتخالفين) كبيع الذهب بالفضة (بعد التفرق) من المجلس، فانه يشترط في بيع الصرف التقابض في المجلس (جاز اخذ الارش من غير التقدين و لم يجز منهما) لان الارش جزء، و لا يمكن التقابض في باب بيع الصرف بعد المجلس، للزوم ان يكون التقابض في الصرف في المجلس.

(فاستشكل) المحقق الثاني (ذلك) الذي ذكره العلامة و الشهيد من كون الارش من غير التقدين (بان الحقوق المالية) كالخمس و الزكاة و الضمان في غير المثلى و نحو ذلك (انما يرجع فيها الى التقدين) فاللازم اعطاء الحق من النقد، لا من الاجناس الا برضا الاطراف (فكيف) ب (الحق الثابت باعتبار نقصان في احدهما) كما نحن فيه، فان الارش حق ثابت باعتبار نقصان في الذهب او الفضة في باب بيع احدهما بالآخر،

ويمكن رفع هذا الاشكال بان المضمون بالنقدين هى الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس ما لا فى الذمة و الا بطل البيع فيما قابله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق

فاللازم صحة اخذ الارش من احدهما فى باب الصرف أيضا.

(ويمكن رفع هذا الاشكال) و ذلك بتصحيح كلام العلامة و الشهيد (بان المضمون بالنقدين هى الاموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس ما لا فى الذمة) فالضمان بالنقدين يعتبر فيه ثلاثة امور:

الاول: ان يكون مالا، و مقامنا ليس كذلك، لان المضمون حق الخيار و الخيار ليس بمال.

الثانى: ان يكون متعينا، و مقامنا ليس كذلك، لانه يخير بين الرد و الارش.

الثالث: ان يكون مستقرا فى الذمة، و ليس هنا كذلك اذ الارش تغريم اى تكليف باعطاء قدر من المال للمشتري (و الا) فلو كان فى المقام ضمان للمال المستقر الثابت فى الذمة (بطل البيع فى ما قابله) اى ما قابل العيب (من الصحيح، لعدم وصول عوضه) اى عوض ما قابل الصحيح (قبل التفرق).

وقد عرفت ان فى الصرف يشترط وصول تمام العوضين قبل التفرق، فاذا باع الذهب الصحيح بالفضة الرديئة المعيبة، فان كان اللازم على صاحب الفضة اعطاء درهم آخر - مثلا - لمكان العيب، لزم بطلان البيع بالنسبة الى مقدار درهم من الذهب، اذ قد سلم صاحب الذهب ذهبه

و انما هو حق لو اعمله جاز له مطالبة المال.

فاذا اختار الارش من غير النقدين ابتداءً، ورضى به الآخر فمختاره نفس الارش، لا عوض عنه.

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه، كما ان لذي الخيار مطالبة النقدين في غير هذا المقام و ان لم يكن للآخر

و لم يسلم صاحب الفضة فضته- بمقدار الدرهم من الجانبين- و لذا فاللازم ان نقول ان الارش تكليف شرعى خارجى مثل التكليف بنفقة الاقارب (و انما هو) اى الارش (حق لو اعمله) صاحب الحق الذي انتقل إليه المعيب (جاز له مطالبة المال) و ان اراد الفسخ او لم يعمل حقه، لم تكن مطالبة للمال.

(فاذا اختار) صاحب الحق (الارش من غير النقدين ابتداءً) لا بعنوان المعاوضة بالنقدين، اذ الكلام فى ان الارش ليس من النقدين و الا لزم بطلان البيع فى ما قابل من الصحيح- كما عرفت- (ورضى به) اى بغير النقدين الطرف (الآخر) الذي عليه ان يدفع الارش (فمختاره نفس الارش، لا عوض عنه).

(نعم للآخر) الذي عليه الارش (الامتناع منه) اى من اعطاء غير النقدين (لعدم تعيينه عليه) اى ليس غير النقدين معيناً على من عليه الحق، بل الحق كلى ينطبق على المال و على البضاعة فاللازم اختيارهما معا لشيء واحد حتى ينطبق عليه الكلى (كما ان لذي الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام) و هو باب الصرف (و ان لم يكن للآخر

الامتناع حينئذ.

وبالجمله فليس هنا شي ء معين ثابت فى الذمه، الا ان دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار، و يكون نفس الارش بخلاف دفع النقدين، فانه اذا اختير غيرهما لم يتعين للارشية.

ثم انه قد

[هل يعقل استغراق الأرش للثمن]

تبين مما ذكرنا فى معنى الارش انه لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض الثمن ولا يعقل ان يكون مستغرقا له لان المعيب ان لم يكن مما

الامتناع حينئذ) و لا يكون له الامتناع، لان النقدين هما الاصل فى الضمانات بخلاف البضائع.

(وبالجمله) فالفرق بين الارش هنا فى النقدين و فى غيره ان الارش هنا كلى قابل للانطباق على غير النقدين، بخلاف سائر المقامات فالارش خاص بالنقدين (فليس هنا) اى فى باب النقدين (شي ء معين ثابت فى الذمه، الا ان دفع) من عليه الضمان (غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار) اذ الكلى لا ينطبق على الفرد الا برضا الطرفين (و يكون) المدفوع من غير النقدين- لدى رضا ذى الخيار- (نفس الارش) لانطباق الكلى عليه ابتداءً (بخلاف دفع النقدين، فانه اذا اختير غيرهما لم يتعين للارشية) لان النقد هو الاصل و بهذا تبين ان اشكال المحقق الثانى على العلامة و الشهيد ليس بوارد فتأمل.

(ثم انه قد تبين مما ذكرنا فى معنى الارش) و هو مقدار الفائت من المعيب- حسب المعاوضة- (انه لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض الثمن) المسمى (ولا يعقل ان يكون) الارش (مستغرقا له) اى لكل الثمن.

و ذلك (لان المعيب ان لم يكن مما

ص: 52

يتمول، و يبذل في مقابله شي ء من المال بطل بيعه، و الا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط.

نعم ربما يتصور ذلك فيما اذا حدث قبل القبض، او في زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشي ء على صفة التملك بناء على ان مثل ذلك غير ملحق بالتلف في انفساخ

يتمول، و) مما (يبذل في مقابله شي ء من المال) بان كان العيب قد اسقطه عن المالية، كالبيض الفاسد الذي لا ينتفع به اصلا (بطل بيعه) و استرجع المشتري كل ثمنه من باب انه لا بيع، لا من باب انه الارش (و الا) يكن كذلك، بل كان مما يتمول في الجملة (فلا بد من ان يبقى له) اى للمبيع (من الثمن قسط) و لو اقل من مقدار الارش، كما لو كان العيب مستغرقا ثلاثة ارباع المبيع، فان المشتري يرجع ثلاثة ارباع الثمن و يبقى للمبيع - عند البائع - ربع الثمن.

(نعم ربما يتصور ذلك) اى استغرق العيب لكل الثمن (فيما اذا حدث) العيب (قبل القبض، او في زمان الخيار).

اما العيب المستغرق الحادث قبل العقد، فذلك يوجب بطلان البيع لانه لا مالية له حينئذ حتى يصح العقد عليه (عيب يستغرق) العيب الحادث (للقيمة مع بقاء الشي ء على صفة التملك) اذ لو خرج الشي ء عن صفة التملك خرج عن ملك المشتري، فلا يسمى ما يأخذه من البائع من تمام الثمن ارشا، و انما يأخذ الثمن من البائع لان التلف قبل القبض و في زمن الخيار من البائع (بناء على ان مثل ذلك) العيب المستغرق للقيمة (غير ملحق بالتلف في انفساخ

العقد به، بل يأخذ المشتري ارش العيب، و هو هنا مقدار تمام الثمن لكن عدم الحاقه بالتلف مشكل بناء على ان العيب اذا كان مضمونا على البائع - بمقتضى قوله عليه السلام: ان حدث فى الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره - كان هذا العيب كانه حدث فى ملك البائع، و المفروض انه اذا حدث مثل هذا فى ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بإزائه شي ء من المال.

العقد به) اى بهذا العيب المستغرق.

و انما لا يكون ملحقا لاصالة صحة العقد وبقائه و يبقى اختصاص الشي ء المعيب الذى لا مالية له للمشتري، دون البائع، بينما اذا قلنا بانفساخ العقد يكون الاختصاص للبائع (بل يأخذ المشتري ارش العيب و هو هنا) اى فى العيب المستغرق (مقدار تمام الثمن) هذا.

و (لكن عدم الحاقه) اى عدم الحاق العيب المستغرق (بالتلف) فى بطلان البيع (مشكل).

و انما كان مشكلا (بناء على ان العيب اذا كان مضمونا على البائع - بمقتضى قوله عليه السلام: ان حدث فى الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره - كان هذا العيب كانه حدث فى ملك البائع و) البيع الحادث فى ملك البائع موجب للبطلان، اذ (المفروض انه اذا حدث مثل هذا) العيب المستغرق للمثمن و المسقط للمتاع عن المالية (فى ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه) اى المتاع المعيب بهذا العيب المستغرق (متمولا يبذل بإزائه شي ء من المال) و اذا كان

فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع الا ان يمنع ذلك.

وان ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه، فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم، لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به، و يرجع هذا الملك الموجود غير المتمول الى البائع، بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك

هذا العيب موجبا لعدم انعقاد البيع اذا كان قبل العقد (فيجب الحكم بانفساخ العقد اذا حدث مثل هذا) العيب (بعده) اي بعد العقد، فيما اذا كان (مضمونا على البائع) لانه قبل القبض او في زمن الخيار، اللهم (الا ان يمنع ذلك) بان يقال: ليس حال العيب بعد العقد مثل حاله قبل العقد.

(و) ذلك ل (ان) كون (ضمانه) اي ضمان العيب بعد العقد (على البائع) انما هو (بمعنى الحكم بكون دركه) و تلفه (عليه) اي على البائع (فهو) اي العيب بعد العقد (بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم) الذي دركه على البائع (لا مطلقا) في جميع الاحكام (حتى ينفسخ العقد به) اي بالعيب الحادث بعد العقد، فيكون كالعيب الحادث قبل العقد في عدم صحة العقد عليه (و) حتى (يرجع هذا الملك الموجود) المعيب (غير المتمول الى البائع) بل يبقى في ملك المشتري، و ان استحق المشتري تمام الثمن من البائع (بل لو فرضنا حدوث العيب على وجه اخرجه عن الملك) و المشهور فرقوا بين الملك و المال، فان الاول شامل

فلا دليل على الحاقبة بالتلف بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشتري، وان لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل و يأخذ الثمن او مقداره من البائع ارشا لا من باب انفساخ العقد.

هذا الا ان العلامة قدس سره فى القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية يظهر منه الارش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد الذى

لما لا- مالية له أيضا، بينما الثانى يطلق على ماله مالية بالإضافة الى الملكية مثلا حبة الحنطة ملك و ليس بمال (فلا دليل على الحاقبة بالتلف) حتى يكون حاله حال ما لا ملكية له قبل العقد- بحيث يوجب فسخ العقد- (بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشتري، وان لم يكن ملكا له) اذ الحق شامل للمال و الملك و الاختصاص (كالخمر المتخذ للتخليل) فانها ليس بمال و لا ملك، و لكنها مختصة بالانسان الذى كان له المانع قبل التخميم (و) بناء على هذا (يأخذ) المشتري (الثمن او مقداره من البائع ارشا).

فان المشتري يأخذ الثمن اذا قلنا بان الارش عين الثمن، او مقداره اذا قلنا بان الارش لا يلزم ان يكون من عين الثمن (لا من باب انفساخ العقد) ورجوع كل شيء الى مالكه، بل من باب الارش، و لذا يبقى المثلث المعيب خاصا بالمشتري.

(هذا، الا ان العلامة قدس سره فى القواعد و التذكرة و التحرير و محكى النهاية) للعلامة، و هناك نهاية اخرى للشيخ (يظهر منه الارش المستوعب فى) باب (العيب المتقدم على العقد الذى

ذكرنا انه لا يعقل فيه استيعاب الارش للثمن.

قال فى القواعد: لو باع العبد الجانى خطأ ضمن اقل الامرين على رأى، و الارش على رأى، و صحّ البيع ان كان مؤسرا، و الا تخير المجنى عليه و لو كان عمدا وقف على اجازة المجنى عليه

ذكرنا انه لا يعقل فيه) اى فى العيب المتقدم على العقد (استيعاب الارش للثمن) حيث قلنا بان المعيب ان لم يكن متمولا بطل بيعه.

(قال فى القواعد: لو باع العبد الجانى) جناية (خطأ، ضمن) البائع (اقل الامرين) من قيمة العبد و من قيمة الجناية.

فان كانت قيمة العبد اقل ضمنها لا اكثر، اذ لا يجنى الجانى اكثر من قيمته، و ان كانت قيمة الجناية اقل لم يلزم اكثر من الجناية- كما ذكر فى محله- هذا (على رأى، و) ضمن (الارش على رأى) آخر.

فعلى هذا هناك رأى بصحة الارش المستوعب (و صحّ البيع ان كان) المولى (مؤسرا) و بذل الارش لان المجنى عليه لا يطلب الا الارش و قد دفعه المولى، فلما ذا لم يصح البيع بعد شمول ادلة البيع و العقد له (و الا) يكن المولى مؤسرا او كان مؤسرا و لكن لم يدفع الارش (تخير المجنى عليه) فى ابطال البيع، و استرقاق العبد او الصبر حتى يسار المولى و اعطائه الارش (و لو كان) العبد جنى (عمدا) لا خطأ- كما كان مفروض الشق الاول- (وقف) البيع (على اجازة المجنى عليه).

اذ من حق المجنى عليه استرقاق العبد، فاذا باعه المولى فقد تصرف فى حق الغير، مثل بيع الراهن للرهن، فانه يتوقف على اجازة المرتهن

و يضمّن الاقل من الارش و القيمة، لا الثمن معها.

و للمشتري الفسخ مع الجهل، فيرجع بالثمن او

(و) اذا اجاز المجنى عليه البيع (يضمّن) المولى (الاقل من الارش) و هو ارش الجناية (و القيمة) اى قيمة العبد، فان كان الارش اقل لم يضمّن اكثر منه لان ذلك قدر الجناية، و ان كانت القيمة اقل لم يضمّن اكثر منها لان الجانى لا يجنى اكثر من قيمته، و (لا) يضمّن المولى (الثمن) فليس عليه ان يعطى الثمن الذي اخذه من المشتري الى المجنى عليه (معها) اى مع زيادة الثمن عن الارش، او عن القيمة.

فمثلا: لو جنى العبد بمقدار مائة دينار، و قد باع المولى العبد بالف لزم على المولى اعطاء المائة لا الألف هذا فى ما كانت القيمة ازيد من الارش و لو جنى العبد بمقدار مائة، و كانت قيمته السوقية خمسين، و قد باعه المولى بمائة، فالواجب على المولى اعطاء خمسين فقط، لانه قيمة العبد و لا يجنى الجانى اكثر من قيمته، اما الخمسون الاخر الزائد على القيمة، فهو كسب للمولى خارج عن قيمة العبد السوقية فلا يكلف المولى باعطائه و ان كانت الجناية اكثر من الخمسين، هذا تمام الكلام فى المولى و المجنى عليه.

(و) اما حال المشتري فنقول: ان (للمشتري الفسخ) للبيع (مع الجهل) بان العبد جان لانه نوع من العيب (فيرجع) المشتري (بالثمن) ان فسخ فيأخذ الثمن الذي اعطاه للبائع، لانه مع الفسخ ارجع العبد فيأخذ الثمن الذي دفعه الى البائع (او) يرجع المشتري الى البائع

ص: 58

الارش فان استوعب الجناية القيمة فالارش ثمنه أيضا، و الا فقدر الارش، و لا يرجع لو كان عالما و له ان يفديه كالمالك، و لا يرجع به عليه.

ب (الارش) ان لم يفسخ، لان العبد الجانى اقل قيمة من غير الجانى فاذا كانت قيمة الجانى تسعين، وقيمة غير الجانى مائة، و دفع المشتري الى البائع مائة، ارجع عشرة، ارش العيب (فان استوعب الجناية القيمة) بان كانت قيمة العبد مائة، و كانت جنايته أيضا مائة- و قد امضى المشتري البيع- (ف) الشيء الذي يأخذه المشتري ارشا كل المائة، لان (الارش) مساو ل (ثمنه أيضا) و معنى «أيضا» انه ثمنه و انه ارشه- فى وقت واحد- (و الا) تستوعب الجناية القيمة، بان كانت الجناية اقل من القيمة (ف) المشتري يأخذ (قدر الارش) فقط.

مثلا: كانت القيمة مائة، و كان الارش- و هو التفاوت بين الجانى و غير الجانى العشر- عشرة فالمشتري اذا امضى البيع اخذ العشرة (و لا يرجع) المشتري الى البائع بالارش (لو كان عالما) بان العبد جان و مع ذلك اقدم على شرائه، لان العالم ليس له الخيار لا فسحا و لا ارشا (و) حين كان عالما (له) اى للمشتري (ان يفديه) اى يعطى للمجنى عليه فدية جناية العبد اى قدر جنايته، فان المجنى عليه يرجع الى المشتري الذي بيده العبد، ليأخذ ثمن الجناية (كالمالك) كما ان للمالك ان يفدى العبد (و) اذا افداه المشتري (لا يرجع) المشتري (به) اى بما دفع الى المجنى عليه من الفدية (عليه) اى على البائع، لفرض ان المشتري اقدم على اشتراء المعيب عالما بالعيب، فليس له حق على البائع

ولو اقتصّ منه فلا رد وله الارش وهو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا وغير جان من الثمن، انتهى.

وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب، وقال في اوائل البيع من التذكرة- في مسألة بيع العبد الجاني- ولو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة، ما لم يجز البيع أولا،

(ولو اقتصّ) المجنى عليه (منه) اى من العبد الجاني، في يد المشتري- فيما لو اشتراه وهو لا يعلم بالجناية- (فلا رد) اى فليس للمشتري ان يرد العبد لان نقص العبد بالاقتصاص عيب جديد، وقد تقدم ان تعيب المبيع في يد المشتري يوجب سقوط الرد (و) لكن (له) اى للمشتري (الارش) اذ الارش لا يسقط بعيب جديد في يد المشتري (وهو) اى الارش (نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا وغير جان من الثمن) فان كان التفاوت العشر، استرجع المشتري عشر الثمن، وان كان التفاوت الربع، استرجع ربع الثمن، وهكذا (انتهى) كلام العلامة.

وقد ظهر منه انه يقول بالارش المستوعب وهذا يظهر منه في عبارته الآتية أيضا، ولذا نقلها المصنف.

(وذكر في التذكرة هذه العبارة بعينها في باب العيوب، وقال في اوائل البيع من التذكرة- في مسألة بيع العبد الجاني- ولو كان المولى معسرا) وقد باع العبد الجاني (لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة) اى رقبة العبد بمجرد بيع المولى للعبد (ما لم يجز) المجنى عليه (البيع) فان اجاز المجنى عليه البيع (أولا) سقط حقه عن الرقبة اذ:

فان البائع انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه.

ولا يحصل من ذمة المعسر فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري، ويتخير المشتري الجاهل فى الفسخ ويرجع بالثمن، وبه قال احمد وبعض الشافعية، او مع الاستيعاب

اجازته للبيع معناها رفع يده عن حقه كما اذا اجاز المرتهن بيع الراهن للرهن، فانه يسقط حقه فى المبيع المرهون.

وانما لا يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد ببيع المولى للعبد (فان البائع انما يملك نقل حقه) اى حق المجنى عليه، فينقله عن رقبة العبد- بان يصبح العبد خالى الرقبة عن تعلق حق المجنى عليه بها- (عن رقبته) اى رقبة العبد (بفدائه) اى فيما اذا اعطى المولى الفدية فان رقبة العبد تفك عن الجناية حينئذ، اما البيع فلا يوجب فك رقبة العبد

(و) من المعلوم انه (لا يحصل) الفداء (من ذمة المعسر) فليس للمعسر ان ينقل حق المجنى عليه من رقبة العبد الى ذمة نفسه (فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري) فيملك المجنى عليه الاقتصاص و يملك الاسترقاق- فيما اذا كان له الاسترقاق- (و يتخير المشتري الجاهل) بان العبد جان (فى الفسخ) لان الجناية عيب فى العبد (و) اذا فسخ (يرجع بالثمن، وبه) اى بان المشتري له حق الفسخ و الرجوع بالثمن (قال احمد) بن حنبل (و بعض الشافعية، او) يبقى المشتري البيع على حاله و لا يفسخ، ولكنه مع ذلك يرجع بتمام الثمن، و ذلك (مع الاستيعاب) للارش كل الثمن فيما اذا كانت الجناية تستوعب كل قيمة

لان ارش مثل هذا جميع ثمنه.

وان لم يستوعب يرجع بقدر ارشه، ولو كان عالما بتعلق الحق به فلا- رجوع، الى ان قال: وان اوجبت الجناية قصاصا تخير المشتري الجاهل بين الارش و الرد، فان اقتص منه احتمال تعيين الارش.

العبد.

وانما يرجع المشتري بكل الثمن- مع انه لم يفسخ البيع- (لان ارش مثل هذا) الذي استوعبت جنايته كل ثمنه (جميع ثمنه) «جميع» خبر «ان».

(وان ابقى المشتري البيع، و لم يفسخ و الحال انه (لم يستوعب) ارش الجناية جميع الثمن (يرجع) المشتري الى البائع (بقدر ارشه) لان هذا القدر هو ناقص عن المبيع، فللمشتري ان يأخذ المقدار الناقص من البائع (ولو كان) المشتري (عالما بتعلق الحق به) اى بالعبد الجانى، و مع ذلك اقدم على شرائه (فلا رجوع) للمشتري الى البائع لا فسخا و رجوعا الى الثمن، و لا ارشا، لانه هو الذي اقدم على ضرر نفسه (الى ان قال) صاحب التذكرة: (وان اوجبت الجناية قصاصا) بان تعمّد العبد الجناية بماله قصاص (تخير المشتري الجاهل) بجناية العبد (بين الارش) و هو التفاوت بين العبد الجانى، و العبد غير الجانى (و الرد) لانه معيب فله الخيار (فان اقتص منه) اى من العبد فى ملك المشتري (احتمل تعيين الارش) و ذلك لان العبد المقتص منه قد تعيب بعيب جديد، و قد سبق انه ان حدث فى ملك المشتري عيب جديد فليس

ص: 62

وهو قسط قيمة ما بينه جانبا، وغير جان، ولا يبطل البيع من اصله، لانه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كالمريض والمرتد.

وقال ابو حنيفة و الشافعي يرجع بجميع ثمنه،

للمشتري الرد، ويكون له حق الارش فقط (وهو) اي الارش (قسط) اي جزء (قيمة ما بينه) اي ما بين العبد (جانبا، و) ما بينه (غير جان).

وذكر معنى الارش هنا، لبيان الفرق بين هذا الارش، وبين الارش المستوعب الذي تقدم الكلام حوله (ولا يبطل البيع من اصله) بسبب القصاص الجارى عليه المتلف له (لانه) لم يتلف عند البائع، بل (تلف عند المشتري).

منتهى الامران تلفه عند المشتري انما كان (ب) سبب (العيب الذي كان فيه) عند البائع، و العيب هو جنائته، و لا دليل على ان التلف عند المشتري- و لو كان بعيب سابق- يكون بمنزلة التلف عند البائع، فى بطلان البيع، بل استصحاب العقد يقتضي بقائه، نعم له الخيار- كما سبق-.

و حيث لم يبطل البيع (فلم يوجب) القصاص غير المستوعب (الرجوع بجميع الثمن) و انما الرجوع بالارش فقط (كالمريض) الذي مات عند المشتري (و المرتد) الذي قتل عند المشتري، فانهما لا يوجبان بطلان البيع، بل يوجبان الارش.

(وقال ابو حنيفة و الشافعي يرجع) المشتري (بجميع ثمنه) اذ اقتص

لان تلفه لامر استحق عليه عند البائع، فجرى مجرى اتلافه، انتهى.

وقال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ، ولو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد، وللمشترى الفسخ مع عدم علمه فان فسخ رجوع بالثمن، وان لم يفسخ واستوعبت الجناية قيمته وانتزعت، يرجع المشترى بالثمن أيضا وان لم تستوعب قيمته رجوع بقدر الارش

عليه بالقتل عند المشترى (لان تلفه لامر استحق عليه) اى على العبد (عند البائع، فجرى) هذا التلف (مجرى اتلافه) اى اتلاف البائع له (انتهى)

وفيه ان كونه جاريا مجرى الاتلاف يحتاج الى دليل مفقود، فاصالة بقاء العقد محكمة، ومن هذه العبارة للتذكرة أيضا ظهر ان العلامة قائل بالارش المستوعب.

(وقال فى التحرير فى بيع الجانى) جناية (خطأ، ولو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد) بان يتعلق بذمة السيد- فيما اذا باعه السيد- وذلك لعدم دليل على انتقال الحق (وللمشترى الفسخ مع عدم علمه) بان العبد جان (فان فسخ رجوع بالثمن) كله لبطلان البيع (وان لم يفسخ واستوعبت الجناية قيمته وانتزعت) الرقبة و اجرى عليها الحد (يرجع المشترى بالثمن أيضا) من باب الارش لا من باب بطلان البيع، وان لم ينتزع بان اعرض المجنى عليه عنه، او فداه البائع، لم يكن حق للمشترى للارش او الفسخ، لان العيب قد ازيل- بناء على ان العيب الزائل يسقط الخيار- (وان لم تستوعب) الجناية (قيمته رجوع) المشترى الى البائع (بقدر الارش) اذا لم يفسخ

ولو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد، لم يرجع بشي ء.

ولو اختار المشتري ان يفديه جاز ورجع به على البائع مع الاذن، و الا فلا، انتهى.

قوله: وانتزعت اما راجع الى رقبة العبد او الى القيمة اذا باعه المجنى عليه و اخذ قيمته، وهذا القيد غير موجود في باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة.

بالعيب.

(ولو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد، لم يرجع بشي ء) لانه اقدم على شراء المعيب.

(ولو اختار المشتري ان يفديه) عوض الاقتصاص منه (جاز ورجع به) اى بما افداه (على البائع مع الاذن) بان استأذن البائع فى الفدية، لان قرار الفدية على البائع (و الا-) يستأذن (فلا) حق له فى الرجوع الى البائع، اذ ليس البائع مكلفا باعطاء الفدية (انتهى) كلام التحرير، و فيه أيضا ذكر للارش المستوعب.

(قوله: وانتزعت اما راجع الى رقبة العبد) كما فسرنا، فى الشرح (او الى القيمة اذا باعه المجنى عليه و اخذ قيمته) لكن الاقرب الاول (و هذا القيد) اى انتزاع العبد (غير موجود فى باقى عبارات العلامة فى كتبه الثلاثة) فلم يقيد الرجوع بتمام الثمن فى صورة الاستيعاب، بقيد الانتزاع.

و لا يخفى ان كلمات العلامة تحتاج الى كثير من الشرح و التطبيق

ص: 65

و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته اما ان تكون له قيمة تبذل بإزائه، أو لا.

و على الاول: فلا بد ان يبقى شي ء من الثمن للبائع بإزائه، فلا يرجع بجميع الثمن عليه.

و على الثاني: فينبغي بطلان البيع، و لو قيل ان انتزاعه

على القواعد، كما لا يخفى بعض موارد النظر فيها.

(و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه) بحيث (يستوعب) الحق (قيمه) ف (اما ان تكون له قيمة تبذل بإزائه) اى بإزاء العبد، و لا منافات بين استيعاب الجناية، و بين قيمة تبذل بإزاء العبد و ذلك فيما اذا كانت قيمته السوقية مثلا مائة، لكن المشتري لرغبته فى العبد اشتراه بمائة و عشرة، و كانت الجناية تستغرق مائة، فان حق المجنى عليه يستوعب قيمة العبد لكن بعد ذلك يبقى للعبد قدر زائد بذل بإزاء العبد، و هو العشرة- فتأمل - (أولا) قيمة له ازيد من حق المجنى عليه.

(و على الاول) و هو ما كان له قيمة زائدة تبذل بإزائه (فلا بد ان يبقى شي ء من الثمن) و هو العشرة (للبائع بإزائه) اى بإزاء العبد (فلا يرجع) المشتري (بجميع الثمن عليه) اى على البائع، بل يرجع بالقدر الذى تضرره و هو المائة.

(و على الثاني) و هو الذى اشار إليه بقوله «أولا» (فينبغي بطلان البيع) لانه لا مالية له اصلا (و لو قيل ان انتزاعه) اى انتزاع المجنى عليه

عن ملك المشتري لحق كان عليه عند البائع يوجب غرامته على البائع كان اللازم من ذلك- مع بعده فى نفسه- ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمدا.

وقد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه.

وبالجملة فالمسألة محل تأمل، والله العالم.

العبد (عن ملك المشتري، ل) اجل (حق كان عليه) اى على العبد (عند البائع يوجب غرامته على البائع) لا بطلان البيع، فلا وجه لما ذكرتم من ان البيع باطل، و «يوجب» خير «ان انتزاعه» (كان اللازم من ذلك- مع بعده) اى بعد هذا القيل (فى نفسه-) اذ لا وجه لصحة البيع فى المبيع الذى لا قيمة له اصلا، فلا معنى لصحة البيع و الغرامة (ان يكون الحكم كذلك فيما لو اقتص من الجانى عمدا) بان نقول بصحة البيع و غرامة البائع.

(وقد عرفت من التذكرة و القواعد الحكم بقسط من الثمن فيه) اى فى باب القصاص، فلم يبطل البيع، مع ان باب الانتزاع و باب الاقتصاص واحد.

فاللازم اما بطلان البيع فيهما، او صحة البيع فيهما، مع اخذ المشتري من البائع الخسارة.

(وبالجملة فالمسألة محل تأمل، والله العالم) بحقائق الاحكام.

مسألة يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب

ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت.

و اذا لم تكن القيمة معلومة فلا بد من الرجوع الى العارف بها، و هو قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند اهل البلد او اهل الخبرة منهم لهذا المبيع المعين، او

(مسألة: يعرف الارش) فى باب المعاملة (بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب) و ذلك (ليعرف التفاوت بينهما فيؤخذ من البائع) الذى اعطاه المعيب (بنسبة ذلك التفاوت) من الثمن، اذ نفس التفاوت لا يلزم اعطائه دائما، فاذا كانت النسبة الربع اخذ ربع الثمن، و هكذا.

(و اذا لم تكن القيمة معلومة) لدى المتبايعين (فلا بد من الرجوع الى العارف بها) بمقتضى الرجوع الى اهل الخبرة فى كل موضوع شك فيه (و هو) اى العارف (قد يخبر عن القيمة المتعارفة المعلومة المضبوطة) فالقيمة عند الشواذ- لا المتعارف- لا اعتبار بها، كما ان القيمة المشكوكة او التخمينية- لا المعلومة- لا اعتبار بها.

و كذلك لا اعتبار بالمتعارفة المعلومة غير المضبوطة، بان كان فى كل سوق يباع بقيمة- مثلا- (عند اهل البلد) عامة اذا كان الشئ معلوما للجميع (او اهل الخبرة منهم) خاصة اذا كان الشئ يحتاج الى اهل الخبرة (لهذا المبيع المعين) «لهذا» متعلق ب «القيمة» (او

لمثله فى الصفات المقصودة، كمن يخبر بان هذه الحنطة او مثلها يباع فى السوق بكذا، و هذا داخل فى الشهادة يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة و الاخبار عن الحسّ و التعدّد.

وقد يخبر عن نظره و حدسه من جهة كثيرة ممارسته اشباه هذا الشىء ء و ان لم يتفق اطاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله، و هذا يحتاج الى الصفات السابقة و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و يقال له بهذا الاعتبار

لمثله) اذا كان المبيع مفقودا او غائبا (فى الصفات المقصودة) للعقلاء (كمن يخبر بان هذه الحنطة) المعيّنة (او مثلها يباع فى السوق بكذا و هذا) القسم من الاخبار (داخل فى الشهادة) لانه يشهد بالقيمة السوقية ف (يعتبر فيها جميع ما يعتبر فى الشهادة على سائر المحسوسات من العدالة) فى المخبر (و الاخبار عن الحسّ) لا عن الحدس (و التعدّد) لانه صغرى من صغريات الشهادة.

(وقد يخبر عن نظره و حدسه) عطف على «قد يخبر عن القيمة المتعارفة» (من جهة كثيرة ممارسته اشباه هذا الشىء ء) حتى صار هو بنفسه مقوما (و ان لم يتفق اطاعه على مقدار رغبة الناس فى امثاله) فانه لا يريد الاخبار حتى يشترط اطاعه على مقدار رغبة الناس (و هذا يحتاج الى الصفات السابقة) اى العدد و العدالة (و زيادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس) الذي يقومه (و يقال له بهذا الاعتبار) اى اعتبار زيادة المعرفة

وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالصائغ العارف باصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة، مع كون قيمة الجيد و الردي ء محفوظة عند الناس معروفة بينهم، فقوله: هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا، و هذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم و كذا القسم الاول

(اهل الخبرة).

لكن الظاهر انه اذا سمي في العرف باهل الخبرة لم يشترط فيه الا الوثاقة، اذ هو المتعارف عند العقلاء، و لم يدل دليل على ان الشارع غير ذلك بالزيادة او النقيصة، و هذا القدر كاف للاستصحاب مضافا الى السيرة و نحوهما.

(وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها) اي يعرف تلك الخصوصيات (هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة) لدى الجميع (كالصائغ العارف باصناف الذهب و الفضة من حيث الجودة و الرداءة) و انه عياركم؟ (مع كون قيمة الجيد و الردي ء محفوظة عند الناس معروفة بينهم، فقوله: هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا) فهو يعين الموضوع، لا المحمول الآذي هو القيمة (و هذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم) بل في شخص الموضوع (و كذا القسم الاول) فانه ليس بمقوم بل شاهد على المحمول.

فمرادهم بالمقوم: هو الثاني.

لكن الاظهر عدم التفرقة بين الاقسام من حيث اعتبار شروط القبول و ان احتمل في غير الاول الاكتفاء بالواحد اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد، و اما لاعتبار الظن في مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الاخذ بالاقول

و الحاصل ان الاول شاهد على القيمة اى المحمول، و الثاني مقوم للموضوع، اى يجعل قيمة له من حدسه، و الثالث شاهد على الموضوع اى انه اى جنس (فمرادهم بالمقوم: هو الثاني).

(لكن الاظهر) عند المصنف (عدم التفرقة بين الاقسام من حيث اعتبار شروط القبول) من العدد و العدالة (و ان احتمل في غير الاول) اى الثاني و الثالث (الاكتفاء بالواحد).

اما الاول الذي هو عبارة عن الشهادة فلا بد فيه من العدد و العدالة (اما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد) اذا الغالب عدم وجود الاثنين او صعوبة تحصيل رأيهما (و اما لاعتبار الظن) الحاصل من الواحد اعتبارا من باب الانسداد الصغير اى حجية الظن في هذا المقام، مقابل الانسداد الكبير المقتضى لحجية الظن في كل الموضوعات و الاحكام.

ف (في مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم) يؤخذ الظن (و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الاخذ بالاقول) فيما اذا قوم العادل الواحد الفرق بين الصحيح و المعيب بمائة مثلا، فشككنا في ان الفرق مائة او

ص: 71

لاصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشتري في اكثر المقامات، واما لعموم ما دل على قبول قول العادل، خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الاول، دون ما كان من قبيل الفتوى كالثاني لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الاشباه و الانظار و قياسه عليها حتى انه يحكم لاجل ذلك

تسعون، فاجرنا اصالة البراءة عن العشرة الزائدة المشكوكة.

فقوله: (لاصالة براءة ذمة البائع) علة لقوله: الاخذ بالاقل (تضييع حق المشتري في اكثر المقامات).

اذا للزم على اصالة البراءة اعطاء المشتري الارش الاقل من الارش الذي عينه العادل الواحد.

وانما قال في اكثر المقامات اذ ربما لا يلزم التضييع، كما اذا قوم العادل الارش بمائة، و كان ذلك قدرا متيقنا و انما الشك في انه ازيد من المائة او مائة فقط - مثلا- فانه لا يلزم من اجراء اصل البراءة تضييع حق المشتري (و اما لعموم ما دل على قبول قول العادل) مثل مفهوم آية النبا، و منطوق آية الذكر و غيرهما (خرج منها) اى من هذه العمومات الدالة على قبول قول العادل الواحد (ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الاول، دون ما كان من قبيل الفتوى، كالثاني) فان الفتوى رأى و المقوم الثاني يخبر عن رأيه و حدسه (لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع) المقوم - عطف على حدس - (الاشباه و الانظار، و قياسه) عطف على حدس، اى قياس المقام الذي يقومه (عليها) اى على الاشباه و الانظار (حتى انه) اى المقوم (يحكم لاجل ذلك) الحدس و التتبع

ص: 72

بانه ينبغي ان يبذل بإزائه كذا و كذا و ان لم يوجد راغب يبذل له ذلك.

ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقعهم، ففي كفاية الظن او الاخذ بالاقل، وجهان.

ويحتمل ضعيفا الاخذ بالاكتر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون الآ به.

(بانه ينبغي ان يبذل بإزائه كذا و كذا) من المال (و ان لم يوجد راغب) الآن (يبذل له ذلك) المقدار.

و الاظهر كما تقدم هو كفاية الثقة للسيرة، و لانه استبانة عرفية فيشملة قوله عليه السلام: حتى يستبين، و غير ذلك. بالإضافة الى ما ذكره المصنف من الادلة و الشواهد.

(ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقعهم) في التقويم (ففي كفاية الظن) بالقيمة ان كان ظن (او الاخذ بالاقل) فيما كان شك بين الاقل و الاكتر (وجهان).

وجه الاول ان الظن قائم مقام العلم في امثال المقام من باب الانسداد الصغير.

ووجه الثاني اجراء اصالة البراءة عن الاكتر.

(ويحتمل ضعيفا الاخذ بالاكتر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون) الذي كان في ضمان البائع (الآ به) اي بالاكتر، فقد علم البائع بضمانه فاذا اعطى الاقل شك في انه هل ادى ما عليه، أم لا؟ و الاصل عدم

براءة ذمته، لانه من الشك فى المحصل.

وانما كان ضعيفا، لان البراءة محكمة، اذ الشك فى اداء ما عليه تابع للشك فى انه هل اشتغلت ذمته باكثر من الاقل، أم لا؟ و لاصالة براءة الذمة عن الاكثر، ويحتمل القرعة.

<>

ص: 74

إشارة

فيحتمل تقديم بينة الاقل للاصل، وبينة الاكثر، لانها مثبتة، و القرعة لانها لكل امر مشتبه، و الرجوع الى الصلح لتثبيت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية.

و المورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع، و تخيير الحاكم

(مسألة: لو تعارض المقومون) فقال احدهم ان الارش مائة، و قال الآخر انه تسعون - مثلا- (فيحتمل تقديم بينة الاقل) اى المقوم الاقل الذي هو بمنزلة البينة (للاصل) اى اصالة عدم ضمان الذمة بالعشرة فى المثال (و) يحتمل تقديم (بينة الاكثر، لانها مثبتة) و اذا تعارض النفى و الاثبات قدم بينة الاثبات، اذ المثبت مدع، و على المدعى البينة، اما النافي فهو منكر و على المنكر اليمين، لا البينة، (و) يحتمل (القرعة لانها لكل امر مشتبه) و المقام منه (و) يحتمل (الرجوع الى الصلح) القهرى (لتثبيت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية) و لا دليل على تقديم احدهما على الآخر.

(و) ان قلت: نعطي الحكم لمن حلف.

قلت: (المورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع) حسب الفرض، فتأمل، او لانهما يحلفان، و انما نقول بالصلح - بمعنى تصنيف المقدار المشكوك فيه كالعشرة فى المثال - لانه مقتضى قاعدة العدل و الانصاف، كدرهم الودعى (و) يحتمل (تخير الحاكم) بان يعطى الحكم

[الأقوى وجوب الجمع بين البيئات مهما أمكن]

إشارة

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان، لان كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به فاذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه وجب العمل به فى بعضه.

للاكثر او للاقل (لامتناع الجمع) بين القولين (وفقد المرجح) لاحد القولين، فلا بد من التخيير، ويحتمل احتمال سادس وهو تساقط القولين والرجوع الى الاصل.

(لكن الأقوى من الكل) اى كل هذه الاقوال (ما عليه المعظم) وهو سابع الاحتمالات، وان كان بالنتيجة يطابق الصلح- ان قلنا بان مراد من قال بالصلح: التصالح على النصف- (من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان) اى بقدر امكان الجمع، لا ان هناك صورة لا يمكن فيها الجمع كما لا يخفى.

وانما يجب الجمع بينهما (لان كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به) عملا مطلقا (فاذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه) ومؤداه (وجب العمل به فى بعضه) سواء كان ذلك البعض نصفا او ثلثا فيما اذا كان المقومون ثلاثة او اكثر.

ولا يخفى ان هذا الكلام من المصنف مناف لما قرره فى الاصول من تساقط الحجّتين.

و يؤيد ما اخترناه فى الفقه و الاصول من لزوم اعمال الحجّتين حسب الامكان

فاذا قوم احدهما بعشرة، فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و اذا قوم الآخر بثمانية، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع

وقولا هما و ان كانا متعارضين في النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النصفين، الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بيّنة من طرح كليهما، او إحداهما رأسا.

(فاذا قوم احدهما) المتاع (بعشرة، فقد قوم كلا من نصفه بخمسة، و اذا قوم الآخر) الكل (بثمانية، فقد قوم كلا من نصفه بأربعة، فيعمل)- بصيغة المجهول- (بكل منهما في نصف المبيع) فاذا كان التفاوت بين الصحيح والمعيب: الربع، استرجع المشتري دينارين وربعاً.

(و) ان قلت: ان قول كل واحد يعارض قول الآخر في كل نصف نصف فاللازم تساقط القولين.

قلت: (قولاهما و ان كانا متعارضين في النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر) من سقوط المتعارضين (طرح كلا القولين في النصفين) و نتيجته طرح القولين رأسا (الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بيّنة) اذ الدليل شامل لكلتا البيّنتين (من طرح كليهما) و الرجوع الى امر ثالث (او إحداهما) و اخذ الاخرى (رأسا) لان الموافقة الاحتمالية اولى من المخالفة القطعية، و الموافقة الاحتمالية و ان كانت في الاخذ بإحداهما أيضا، الا ان هذا النوع من الموافقة الاحتمالية اقرب الى الامثال-

و هذا معنى قولهم ان الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما- و لو من وجه- اولى من طرح احدهما رأسا.

ولذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيّتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل منهما، بل ما نحن فيه اولى بمراعات هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين فى احكام الله تعالى لان الاخذ باحدهما كلية و ترك الآخر كذلك فى التكاليف

عرفا- من الاخذ باحدهما كلا و طرح الاخرى رأسا- كما لا يخفى-.

(و هذا) الذى ذكرناه من الاخذ بقول كل واحد منهما فى النصف (معنى قولهم ان الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما- و لو من وجه- اولى من طرح احدهما رأسا) و العمل بالآخر كلا.

(ولذا) الذى ذكرناه من الاولوية (جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة) اى قاعدة الجمع (الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيّتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما) اى يدعى تمام الدار (كل منهما)

وعلى هذا فلو ادعى احدهما الكل، و الآخر النصف، كان لمدعى الكل ثلاثة ارباع الدار، و لمدعى النصف ربع الدار، و هكذا (بل ما نحن فيه) من تعارض المقسّومين (اولى بمراعات هذه القاعدة) اى قاعدة الجمع مهما امكن اولى (من) اعمال هذه القاعدة فى (الدليلين المتعارضين فى احكام الله تعالى).

ووجه الاولوية (لان الاخذ باحدهما كلية و ترك الآخر كذلك) كلية فى احكام الله تعالى (فى التكاليف

الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبويض من حيث مراعات حق الله سبحانه لرجوع الكل الى امثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف باحقاق حقوق الناس، فان فى التبويض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجملة.

ولعلّ هذا

الشرعية الإلهية).

كما اذا علم انه نذر اما ان يتزوج هاتين المرأتين، او ان يترك زواجهما، فان زواجهما معا، او تركهما معا (لا ينقص عن التبويض) بزواج إحداهما و ترك الاخرى (من حيث مراعات حق الله سبحانه) «من» متعلق ب «لا ينقص» اى ان الاطاعة فى جانب و ترك الجانب الآخر حاله حال اطاعة النصف و ترك النصف (لرجوع الكل) اى كل واحد من اطاعة جانب او اطاعة بعض الجانب (الى امثال امر الله سبحانه) فهو ممثّل لله تعالى على كلا التقديرين، منتهى الامر يختلف الامثال.

فربما يمثل كل جانب و يترك كل جانب آخر وربما يمثل بعض جانب و يترك بعض جانب (بخلاف مقام التكليف) اى تكليف الحاكم الشرعى (باحقاق حقوق الناس) و ايصالها إليهم (فان فى التبويض) باعطاء كل واحد من المدعين نصف الدار- فى المثل- (جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع) اى لكل اطراف الدعوى (و لو فى الجملة) باعطاء كل منهما نصف ما يدعيه بخلاف ما اذا اعطى الدار لاحدهما فان فيه تضييعا لحق من لم يعطه شيئا.

(ولعلّ هذا) الذي ذكرناه من ان فى التبويض جمعا لحقوق

ص: 79

هو السر في عدم تخيير الحاكم عند تعارض اسباب حقوق الناس في شيء من الموارد.

وقد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق، لان مرجع بينة النفي الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة، فبينه الاثبات المدعية للزيادة، سليمة.

و اخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدي البيئتين بمرجح، و اصالة البراءة هنا مرجحة للبيئة الحاكمة بالاقل.

الناس - و هو اولى من اعطاء الحق لاحدهما و حرمان الآخر - (هو السر في عدم تخيير الحاكم) الشرعى (عند تعارض اسباب حقوق الناس في شيء من الموارد) «في» متعلق ب «عدم تخيير» بل اللازم عليه الجمع.

(وقد يستشكل ما ذكرنا) من الجمع بين المقومين (تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق) و الواقع و ان كان بينهما تعارض بحسب الظاهر (لان مرجع بينة النفي) الذي يقول بان القيمة تسعون - مثلا - (الى عدم وصول نظرها و حدسها الى الزيادة) عن تسعين في المثال (فبينه الاثبات المدعية للزيادة) و ان القيمة مائة (سليمة) عن المعارض فاللازم العمل على بينة الاثبات.

(و) تارة (اخرى بان الجمع) بين البيئتين (فرع عدم اعتضاد احدي البيئتين بمرجح) و الا قدمت على ما ليس لها مرجح - كما هو الميزان في باب التعادل و الترجيح - (و اصالة البراءة) عن الزائد (هنا مرجحة للبيئة الحاكمة بالاقل) فتقدم بينة الاقل على بينة الاكثر، و هذا مقابل

و ثلاثة بان فى الجمع مخالفة قطعية و ان كان فيه موافقة قطعية.

لكن التخيير الذى لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية اولى منه.

ويندفع الاول: بان المفروض ان بينة النفى تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا، و ان بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه.

ويندفع الثانى بما قررناه فى الاصول من ان الاصول الظاهرية

الاشكال الاول الذى حكم بتقديم بينة الاكثر.

(و ثلاثة بان فى الجمع مخالفة قطعية) فى الجملة، لانه مخالف لكلتا البيّنتين، فأىّ منهما لا يقول بالتسعة، فاخذنا بالتسعة- فى مثال المصنف- مخالف لهما (و ان كان فيه) اى فى الجمع (موافقة قطعية) أيضا، لانه موافق لكل واحد منهما فى نصف كلامه.

(لكن التخيير الذى لا يكون فيه الا مخالفة احتمالية) لانه اذا عملنا باحدهما احتملنا المخالفة، كما نحتمل الموافقة للواقع (اولى منه) اى من الجمع.

(و) لكن هذه الاشكالات كلها غير تامة.

اذ (يندفع الاول: بان المفروض) فى كلامنا الذى نقول فيه بالجمع (ان بينة النفى تشهد بالقطع على نفي الزيادة واقعا) لا انه يقول: لم يصل نظره الى الزائد (و ان بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه) لا يقدم عليه العقلاء.

(ويندفع الثانى بما قررناه فى الاصول من ان الاصول الظاهرية)

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 14، ص: 82

ص: 81

لا تصير مرجحة للدلالة الاجتهادية، بل تصلح مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لاجل التعارض، كما في الظاهرين المتعارضين، كالعامين من وجه المطابق

كالبراءة و الاحتياط و الاستصحاب و التخيير (لا تصير مرجحة للدلالة الاجتهادية) اي الامارات و الطرق، و ذلك لان موضوع الاصول هو الشك و موضوع الطرق و الامارات هو الموضوع الواقعي و ان كان الشك اخذ ظرفا فيها.

و من المعلوم ان الشيء بما هو هو- الذي هو موضوع الطرق و الامارات- غير الشيء بما هو مشكوك- الذي هو موضوع الاصول- و ما نراه في كتب الفقه من ذكرهم البراءة او الاستصحاب او الاحتياط في عداد الادلة الاجتهادية، ليس ذاك الا لبيان ان المرجع فيه هذه الادلة، بعد عدم تمامية الادلة الاجتهادية (بل تصلح) البراءة (مرجعا في المسألة لو تساقط الدليلان) المتعارضان (من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما) و مناط الدلالة هو اصالة الظهور، و مراده من الدلالة الظهور.

و انما ترتفع اصالة الظهور (لاجل التعارض) فان العقلاء انما يعملون بالظاهر اذا لم يكن له معارض، فاذا كان معارضا بظاهر آخر لم يعمل العقلاء باي منهما (كما في الظاهرين المتعارضين، كالعامين من وجه) مثل: اكرم العلماء و لا تكرم الفاسق المتعارضين في العالم الفاسق حيث يشمله «اكرم» لانه عالم و «لا تكرم» لانه فاسق فيتساقطان (المطابق

احدهما للاصل، و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل.

و الحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للاصل، و معارضتها بالاخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرة، لفقد المرجح.

احدهما للاصل) اى اصاله عدم وجوب الاكرام، فانا نرجع الى الاصل حينئذ بعد تساقطهما (و ما نحن فيه) اى البيئتان المتعارضتان (ليس من هذا القبيل) اى من قبيل الظاهرين المتعارضين فى سقوط مناط الظهور فان الظهور مأخوذ فى موضوعه الشك بالواقع، فاذا علمنا بخلاف احد الظهورين، سقط الشك الذي هو مناط الظهور فى احدهما- على الاجمال- و حيث لا ترجيح لاحدهما على الآخر، سقط الظهوران.

اما ما نحن فيه فان البينة تبقى على دلالتها على مفاد كلامها، و ان كانت معارضة بيئته اخرى.

و الحاصل: ان الظهور يسقط بالمعارضة، و البينة ظهورها لا يسقط بالمعارضة، و حيث ان البينة لا تسقط، فلا تصل النوبة الى الاصول.

(و الحاصل ان بينة الزيادة) التى تقول بانها تسوى مائة (تثبت امرا مخالفا للاصل) اذ الاصل عدم زيادة العشرة (و معارضتها بالاخرى) التى تقول انه بتسعين (النافية لها) اى للزيادة (لا يوجب سقوطها) اى سقوط الزيادة (بالمرة، لفقد المرجح) اى لان الزيادة لا مرجح لها، بخلاف النقيصة التى لها مرجح و المرجح هو الاصل، و «لفقد» علة ل «سقوط»

و انما لا يوجب لما عرفت من بقاء الظهور حتى مع المعارضة

فيجمع بين النفي و الاثبات بالنصفين.

و يندفع الثالث بان ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها انما هو في مقام الاطاعة و المعصية

(ف) حيث لم تسقط بينة الزيادة (يجمع بين النفي) للعشرة (و الاثبات) لها (بالنصفين) نصف العشرة نعطيه لبينة الاثبات و نصف العشرة نعطيه لبينة النفي

(و يندفع الثالث) الذي قال بان في الجمع مخالفة قطعية، و الموافقة الاحتمالية اولى (بان ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية) «غير» صفة «الموافقة» اي ترجيح عدم التنصيف في العشرة (على الموافقة القطعية) باعطائه النصف، اي الخمسة (المشتملة) تلك الموافقة (عليها) اي على المخالفة القطعية لان الخمسة ليست موافقة لمن يقول بالعشرة الزائدة، و لا لمن يقول بعدم العشرة اصلا، فاذا اعطيناه خمسة و تسعين، فقد خالفنا كلتا البيئتين.

فترجيح الاحتمال على القطع (انما هو في مقام الاطاعة و المعصية) فالاطاعة الاحتمالية اولى من العصيان القطعي، فاذا علم بانه نذر اما ان يجلس في المسجد طول النهار، او نذر ان لا يجلس في المسجد طول النهار، فالاولى اما ان يجلس كل النهار او يترك كله، لا ان يجلس بعض النهار و يترك بعضه.

فالموافقة الاحتمالية المشتملة على المخالفة الاحتمالية، اولى من الموافقة القطعية في نصف النهار المشتملة على المخالفة القطعية في نصف

الراجعين الى الانقياد و التجري، حيث ان ترك التجري اولى من تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس، فان مراعات الجميع اولى من اهمال احدهما رأساً، و ان اشتمل على اعمال الآخر، اذ ليس الحق فيها لواحد معين كما فى حقوق الله سبحانه.

النهار (الراجعين الى الانقياد) فى الموافقة الاحتمالية (و التجري) فى المخالفة الاحتمالية (حيث ان ترك التجري) فى نصف النهار (اولى من تحصيل العلم بالانقياد) فى نصف النهار.

و الحاصل: ان من يجلس نصف النهار فقط، فقد حصل له العلم بالانقياد فى نصف النهار، و لكن أيضا تجرّى فى نصف النهار بالعصيان اما اذا تلبس اما بالجلوس او بالترك، فلم يقطع بالتجري، فامر دائر بين ان يجلس النصف حتى يكون متجرباً قطعاً، او ان يلبس باحدهما حتى لا يقطع بالتجري، و الاول اولى بنظر العقلاء.

اقول: و عندى فى ذلك نظر اذ لم نحرز من العقلاء الاولوية (بخلاف مقام احقاق حقوق الناس، فان مراعات الجميع اولى من اهمال احدهما رأساً، و ان اشتمل) اهمال احدهما رأساً (على اعمال الآخر) كلا.

فوجه الفرق بين حق الله و حق الناس (اذ ليس الحق فيها) اى فى حقوق الناس (لو احد معين) حتى يتحقق الانقياد له على كل تقدير اى بترك الكل او فعل الكل (كما فى حقوق الله سبحانه) حيث ان الحق لواحد

اما على ما نختاره فالجمع فى حقوق الناس لما ذكر، و التخيير بين الجمع او الانقياد الاحتمالى يكون فى حقوق الله تعالى.

ثم ان قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة لان المأمور به هو العمل بكل من الدليلين، لا بالواقع المرّد بينهما، اذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع.

فهما سببان مؤثران- بحكم الشارع- في

ففى مثال النذر له ان يجلس فى كل النهار و له ان يترك فى كل النهار، و له ان يجلس بعضا و يترك بعضا- حسب ما نراه من بناء العقلاء فى مثل هذه الموارد المشكوكة-.

(ثم ان قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة) فلا مجال للقرعة بعد الجمع (لان المأمور به هو العمل بكل من الدليلين) اذا دلة البيّنة تشملهما (لا بالواقع المرّد بينهما) و دليل القرعة انما يأتى فيما اذا كان هناك واقع مرّد يجب العمل به، و فى مقامنا نشكّ فى انه هل هناك واقع بين البيّتين، أم لا؟ (اذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع) و القيمة الحقيقية ثمانون او مائة و عشرون فلا واقع بين البيّتين حتى تكون القرعة كاشفة عنه.

اللهم الا ان يقال ان لفظ «مشكل» فى دليل القرعة يشمل الواقع المرّد و المقام الذي يحتمل انه لا واقع بينهما، مع ان له واقعا قطعاً و لا واقع له اصلا كما اذا اطلق إحداهن بصيغة المجهول، كما قال به جمع من الفقهاء حيث يعينها بالقرعة، او اقرع لطلاق واحدة فيمن اسلم عن خمس

(ف) ان قلت: اذا لم يكن واقع بينهما فكيف تكون البيّنة واجبة الاتباع، و هل تكون البيّنة الا طريقا الى كشف الواقع المجهول.

قلت: (هما) اى البيّتان (سببان مؤثران- بحكم الشارع- فى

حقوق الناس، فيجب مراعاتها و اعمال اسبابها بقدر الامكان، اذ لا ينفع توفية حق واحد مع اهمال حق الآخر رأساً على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع.

ثم ان المعروف في الجمع بين البيّنات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلث ثلثهما و من

حقوق الناس) فالبيّنة لها موضوعية لا طريقية (فيجب مراعاتها) اي مراعات حقوق الناس (و اعمال اسبابها) اي اسباب الحقوق، و من تلك الاسباب البيّنة (بقدر الامكان) و القدر الممكن هنا التنصيف (اذ لا ينفع) في باب مراعات حقوق الناس كلهم (توفية حق واحد) من الطرفين، بان نقول ان القيمة مائة، او نقول: ان القيمة تسعون، ففي كل واحد منهما توفية حق واحد (مع اهمال حق الآخر رأساً على النهج الذي ذكرنا من التنصيف في المبيع).

فاذا قلنا ان القيمة مائة و الارش العشر، كان اللازم اعادة عشرة و هذا يوجب اهمال حق البائع.

و اذا قلنا ان القيمة تسعون كان اللازم اعادة تسعة، و هذا يوجب اهمال حق المشتري، بخلاف ما اذا اعدنا تسعة و نصف، فانه جمع بين الحقيين، كما لا يخفى.

(ثم ان المعروف) بين الفقهاء (في الجمع بين البيّنات الجمع بينهما في قيمتي الصحيح) او قيمة المعيب (فيؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلث ثلثها و من

الاربع ربعهما وهكذا فى المعيب ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح، وبين المأخوذ للمعيب، ويؤخذ بتلك النسبة، فاذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة و احدى قيمتى المعيب أربعة و الاخرى اثنين اخذ للصحيح تسعة، و للمعيب ثلاثة، و التفاوت بالثلثين فيكون الارش ثلثي الثمن.

و يمكن أيضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بان تعمل فى نصفه

الاربع ربعهما وهكذا) من الخمس خمسهما الى ما فوق و يؤخذ (فى المعيب) بعد الجمع بين قيم المعيب (ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح، و بين المأخوذ للمعيب، و يؤخذ) الارش (بتلك النسبة، فاذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر) حسب تقويم احدى البيئتين (و الاخرى) للصحيح (سنة) حسب تقويم البيئتين الثانية (و) كانت (احدى قيمتى المعيب أربعة) سواء حددتها احدى البيئتين المقومتين للصحيح او بيئته خارجية (و الاخرى اثنين اخذ) فى مقام الارش (لصحيح تسعة) نصف مجموع اثنى عشر و ستة (و للمعيب ثلاثة) نصف مجموع أربعة و اثنين (و التفاوت) بين الصحيح و المعيب (بالثلثين فيكون الارش ثلثي الثمن) سواء كان الثمن بقدر احدى القيم التى ذكرتها البيئتين، أم لا، مثل ان تكون القيمة خمسة عشر.

(و يمكن أيضا) معرفة الارش بوجه آخر، و هو (على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بان تعمل فى نصفه) اى نصف المبيع

بقول المثبت للزيادة، وفي نصفه الآخر بقول النافي فاذا قومه إحداهما باثنى عشر و الاخرى بثمانية اخذ في نصف الاربعة بقول المثبت و في نصفها الآخر بقول النافي جمعا بين حقى البائع و المشتري

(بقول المثبت للزيادة، وفي نصفه الآخر بقول النافي) للزيادة (فاذا قومه إحداهما) اى احدى البينتين (باثنى عشر و) البينة (الاخري بثمانية اخذ في نصف الاربعة) و هى مقدار التفاوت بين الصحيح على البينة الاولى، و الصحيح على البينة الثانية (بقول المثبت) الذي يقول ان القيمة اثنى عشر (و في نصفها الآخر بقول النافي) الذي يقول ان القيمة ثمانية

و معنى ذلك ان نجعل قيمة البضاعة عشرة، و نضيف على الثمانية اثنين، و ننقص من الاثنى عشر اثنين فتكون قيمة الصحيح عشرة (جمعا بين حقى البائع) الذي يريد اعطاء ارش اقل (و المشتري) الذي يريد ان يأخذ ارشا اكثر.

مثلا: اذا قوم الصحيح احدهما اثنا عشر، و الآخر بثمانية و قوم المعيب احدهما عشرة، و الآخر أربعة.

فعلى الطريقة الاولى نجتمع بين الاثنى عشر و الثمانية فيصير عشرين، و نصفه عشرة، فالعشرة قيمة الصحيح، و نجتمع بين العشرة و الاربعة فيصير أربعة عشر و نصفه سبعة و النسبة بين العشرة و بين السبعة ثلاثة اعشار، فيرد البائع على المشتري ثلاثة اعشار الثمن.

و على الطريقة الثانية نجعل القيمة للصحيح عشرة حيث نعطي نصف الاربعة الى الثمانية، و ننقص نصف الاربعة من الاثنى عشر و نجعل القيمة

لكن الاظهر هو الجمع على النهج الاول.

ويحتمل الجمع بطريق آخر، وهو ان يرجع الى البيئة فى مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه من غير ملاحظة القيم، و هذا منسوب الى الشهيد قدس سره على ما فى الروضة.

و حاصله قد يتحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور، فان التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيئتين بالثلثين، كما ذكرنا فى الطريق الاول.

للمعيب سبعة حيث نضيف نصف الستة الى الاربعة، و ننقص نصف الستة عن العشرة، فيرد البائع على المشتري ثلاثة اعشار الثمن أيضا.

وقد عرفت ان لا فرق بينهما فى النتيجة- هذا كله هو الجمع بطريق المشهور، لكن باسلوبين- (لكن الاظهر هو الجمع على النهج الاول).

(ويحتمل الجمع بطريق آخر، وهو ان يرجع الى البيئة فى مقدار التفاوت) بين صحيح و صحيح آخر، و التفاوت بين معيب و معيب آخر (ويجمع بين البيئات فيه) اى فى التفاوت (من غير ملاحظة القيم) لا قيمة الصحيح و لا قيمة المعيب (و هذا منسوب الى الشهيد قدس سره على ما فى الروضة).

(و حاصله) اى حاصل هذا الجمع (قد يتحد مع طريق المشهور كما فى المثال المذكور، فان التفاوت بين الصحيح و المعيب على قول كل من البيئتين) اى بيئة الزيادة، و بيئة النقيصة (بالثلثين، كما ذكرنا فى الطريق الاول) و هو طريق المشهور، فالتفاوت بين الاثنى عشر و الثمانية بالثلثين

وقد يختلفان كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر، والاخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الاول عشرة، وعلى الثانى خمسة.

فعلى الاول يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح اعنى العشرة، ونصف قيمتى المعيب، وهو سبعة ونصف، فالتفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعنى ثلاثة من اثنى عشر - لو فرض الثمن اثنى عشر -.

وعلى الثانى يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البيئتين بالسدس.

وكذلك التفاوت بين الستة والاثنين أيضا بالثلثين.

(وقد يختلفان) فالارش بطريق المشهور يزيد او ينقص عن الارش بطريق الشهيد (كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر، و) القيمة (الاخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الاول عشرة، وعلى الثانى خمسة)

(ف) اما (على الاول) اى على تقويم المشهور (يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح) و (اعنى) بالنصف (العشرة، و) يؤخذ (نصف قيمتى المعيب، و هو) اى النصف (سبعة ونصف، فالتفاوت) بين عشرة و بين سبعة ونصف (بالربع، فالارش ربع الثمن اعنى ثلاثة من اثنى عشر - لو فرض الثمن اثنى عشر -).

(و) اما (على الثانى) و هو طريق الشهيد (يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البيئتين بالسدس) لان التفاوت بين اثنى عشر، و بين عشرة: السدس.

و على الاخرى ثلاثة اثمان، و ينصف المجموع اعنى ستة و نصفاً، من اثني عشر جزءاً، و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع، و قد كان فى الاول ثلاثة، و قد ينقص عن الاول.

كما اذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة، و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية، و قال الاخرى عشرة.

فعلى الاول يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما

(و على) البينة (الاخرى ثلاثة اثمان) لان التفاوت بين ثمانية و خمسة ثلاثة اثمان (و ينصف المجموع) اى مجموع التفاوتين (اعنى ستة و نصفاً، من اثني عشر جزءاً) اذ ثلاثة اثمان اثني عشر، أربعة و نصف، و سدس اثني عشر اثنان، فالمجموع ستة و نصف من اثني عشر (و يؤخذ نصفه) اى نصف مجموع التفاوت (و هو ثلاثة و ربع) فاللزام ان يدفع البائع الى المشتري ثلاثة و ربع، اذا كان الثمن اثني عشر - حسب الفرض - (و قد كان) الارش (فى الاول) و هو حساب المشهور (ثلاثة) فقد زاد الارش على حساب الشهيد عن الارش على حساب المشهور بالربع اى ربع نصف السدس فى هذا المثال (و قد ينقص) الارش على حساب الشهيد (عن الاول) الذي هو الارش على حساب المشهور.

(كما اذا اتفقا) اى البيئتان (على ان قيمة المعيب ستة، و قال إحداهما قيمة الصحيح ثمانية، و قال الاخرى عشرة).

(فعلى الاول) الذي هو حساب المشهور (يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما) اى نصف الصحيحين - و هما ثمانية و عشرة - فيكون نصفهما

تسعة ونسبته الى الستة بالثلث.

وعلى الثانى يكون التفاوت على احدى البيئتين ربعا.

وعلى الاخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين فيكون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس.

(تسعة) فهذا قيمة الصحيح (و نسبته الى الستة) التى هى قيمة المعيب (بالثلث) فاللازم ان يرد البائع الى المشتري ثلث الثمن، و هو أربعة- اذا فرضنا ان قيمة المبيع اثني عشر-.

(وعلى الثانى) و هو حساب الشهيد (يكون التفاوت) بين الصحيح و المعيب (على احدى البيئتين) و هى التى تقول: بان الصحيح ثمانية و المعيب ستة (ربعا) لان اثني ريع الثمانية.

(وعلى) البينة (الاخرى خمسين) لانها قالت: الصحيح عشرة و المعيب ستة، و التفاوت بأربعة، و هى خمسان من العشرة (فيؤخذ نصف الربع) من اثني عشر- حسب فرض انه قيمة المبيع- و هى واحد و نصف (و نصف الخمسين) اى الخمس، و هو اثنان و خمسان من اثني عشر (فيكون ثمنا و خمسا) و المجموع ثلاثة و أربعة اخماس و نصف اى ثلاثة اعداد و تسعة اعشار (و هو) اى الارش على حساب الشهيد (ناقص عن الثلث) الذي هو أربعة (بنصف خمس) اى واحد من عشرة.

وان شئت قلت: ان الثمن اذا كان اثني عشر دينارا، فالارش على حساب المشهور أربعة دنانير، و على حساب الشهيد ثلاثة دنانير و تسعمائة فلسا، لان كل دينار الف فلس.

إشارة

توضيح هذا المقام ان الاختلاف

[الاختلاف في الصحيح فقط]

اما ان يكون في الصحيح فقط مع اتفاهما على المعيب.

و اما ان يكون في المعيب فقط.

و اما ان يكون فيهما، فان كان في الصحيح فقط كما في المثال الاخير، فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائما، لانك قد عرفت ان الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح

(توضيح هذا المقام) وانه فى اى مورد يكون حساب المشهور و الشهيد متساويين، و فى اى مورد يزيد حساب المشهور على حساب الشهيد و فى اى مورد ينقص حساب المشهور عن حساب الشهيد (ان الاختلاف) بين المقومين على ثلاثة اقسام.

ف (اما) الاول (ان يكون فى الصحيح فقط مع اتفاهما على المعيب)

(و اما) الثانى: (ان يكون) الاختلاف (فى المعيب فقط) مع اتفاهما على الصحيح.

(و اما) الثالث: (ان يكون) الاختلاف (فيهما) اى فى الصحيح، و المعيب (فان كان) الاختلاف (فى الصحيح فقط) و هو القسم الاول (كما فى المثال الاخير) و هو ما اذا اتفقتا على ان قيمة المعيب ستة، و قالت إحداهما ان قيمة الصحيح ثمانية، و قالت الاخرى عشرة (فالظاهر التفاوت بين الطريقتين دائما) و هما طريق الشهيد و طريق المشهور (لانك قد عرفت ان الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب) الواحد لفرص اتفاهما فى المعيب (الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح

المجوعول قيمة متنزعة و على الطريق الآخر نسبة المعيب الى كل من من القيمتين المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين البيتين فى العمل.

و المفروض فى هذه الصورة ان نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح

المجوعول قيمة متنزعة) «المجوعول» صفة «مجموع» (و على الطريق الآخر) اى طريق الشهيد (نسبة المعيب الى كل من القيمتين) فالمعيب تارة ينسب الى هذا الصحيح، و تارة اخرى ينسب الى ذلك الصحيح (المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه) اى نصف حاصل النسبة الاولى (مع نصف الآخر) اى مع نصف حاصل النسبة الثانية (ليجمع بين البيتين فى العمل).

فمثلا: قوم احدهما الصحيح بأربعة، و قومه الآخر بخمسة، و كلاهما قوما المعيب بثلاثة.

فعلى المشهور يجمع بين الاربعة و الخمسة، و ينصف فيصير أربعة و نصف، فينسب الثلاثة الى الاربعة و النصف.

و على طريقة الشهيد ينسب الواحد و النصف الى اثنين مرة و ينسب الواحد و النصف باثنين و نصف مرة اخرى، و النسبة الاولى ثلاثة ارباع و النسبة الثانية ثلاثة اخماس، فيجمع بين نصف ثلاثة ارباع، و نصف ثلاثة اخماس.

(و المفروض فى هذه الصورة) اى القسم الاول الذى هو وحدة المعيب و تعدد الصحيح (ان نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح)

التي هي طريقة المشهور، مخالفة لنسبة نصفه الى كل من النصفين لان نسبة الكل الى الكل تساوي نسبة نصفه الى كل من نصفى ذلك الكل وهو الاربعة و النصف فى المثال، لا الى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل، كالاربعة و الخمسة بل النصف

كنسبة الثلاثة الى الاربعة و النصف- فى مثالنا- (التي هي طريقة المشهور، مخالفة لنسبة نصفه) اى نصف المعيب، كواحد و نصف- فى مثالنا- (الى كل من النصفين) اى الى اثنين و نصف مرة، و الى اثنين مرة اخرى.

و انما كانت مخالفة (لان نسبة الكل الى الكل تساوي نسبة نصفه الى كل من نصفى ذلك الكل).

فمثلا: نسبة الاربعة الى العشرة تساوي نسبة الاثنين الى خمسة مرة، و الى خمسة أيضا مرة اخرى، فان أربعة اعشار تساوي خمسين لخمسة، و خمسين لخمسة اخرى (و هو) اى كل من نصفى ذلك الكل (الاربعة و النصف فى المثال) و هو مثال المصنف، و هو ان قيمة المعيب ستة على كلا القولين و ان قيمة الصحيح ثمانية على قول إحداهما و عشرة على قول الاخرى.

فنسبة الاربعة الى التسعة تساوي نسبة الثلاثة الى كل من أربعة و نصف و أربعة و نصف (لا الى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل) اى كل من البعضين و هما (كالاربعة و الخمسة)- فى مثال المصنف- و المركب منهما ذلك الكل هو تسعة، لانها كبت من الاربعة و الخمسة.

و انما قلنا «لا» لما اشار إليه بقوله: (بل) نسبة (النصف) اى الثلاثة

المنسوب الى احد بعض المنسوب إليه كالاربعة نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر اعنى الخمسة، و هكذا غيره من الامثلة.

[الاختلاف في المعيب فقط]

وان كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين ابدا لان نسبة الصحيح الى نصف مجموع قيمتى المعيب- على ما هو طريق المشهور- مساوية لنسبة نصفه الى نصف إحداهما

- فى مثال المصنف- (المنسوب الى احد بعض المنسوب إليه) و المنسوب إليه هو تسعة، واحد بعضه (كالاربعة) فنسبة الثلاثة إليها (نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر اعنى الخمسة).

اذ نسبة الثلاثة الى الاربعة ثلاثة ارباع، و نسبة الثلاثة الى الخمسة ثلاثة اخماس.

لكن لا يخفى ان هذا الدليل غير كاف فى افادة الكلية، فاثبات الكلية بحاجة الى الاستقراء، او الى دليل آخر.

فقوله: (و هكذا غيره من الامثلة) يحتاج الى احد الامرين من الاستقراء او الدليل القطعى.

(وان كان الاختلاف بين المقومين (فى المعيب فقط) مع اتفاهما على الصحيح (فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين) و هما طريق المشهور و طريق الشهيد (ابدا، لان نسبة الصحيح) المتفق عليه (الى نصف مجموع قيمتى المعيب- على ما هو طريق المشهور-) حيث يجمعون قيمتى المعيب و ينصفونهما، و ينسبون الصحيح الى ذلك النصف (مساوية لنسبة نصفه) اى نصف الصحيح (الى نصف إحداهما) اى احدى القيمتين

و نصفه الآخر الى نصف الاخرى، كما اذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر، وقالت إحداهما المعيب ثمانية، وقالت الاخرى ستة فان تفاوت السبعة و الاثنى عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية الاثنى عشر و الستة مع الاثنى عشر، لان نسبة الاولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع.

و هذا بعينه تفاوت السبعة و

للمعيب (و) نسبة (نصفه الآخر) اى النصف الثانى للصحيح (الى نصف) القيمة (الاخرى) للمعيب.

و ذلك (كما اذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر، و) اختلفا فى المعيب، ف (قالت إحداهما المعيب ثمانية، وقالت الاخرى) المعيب (ستة)- فمجموعهما أربعة عشر، و نصفهما سبعة- (فان تفاوت السبعة) نصفى المعيين (و الاثنى عشر) قيمة الصحيح (الذي هو طريق المشهور) حيث ينسبون الصحيح الى نصف قيمة المعيين (مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر) فيكون تفاوت الثمانية مع الاثنى عشر بالثلث (و الستة مع الاثنى عشر) و يكون تفاوت الستة مع الاثنى عشر بالنصف (لان نسبة الاولين) اى الثمانية و الاثنى عشر (بالثلث) فان الثمانية تنقص عن الاثنى عشر بمقدار ثلث الاثنى عشر (و) نسبة (الآخرين) و هما الستة و الاثنى عشر (بالنصف) فان الستة نصف الاثنى عشر (و نصفهما) اى الاولين و الآخرين (السدس و الربع).

(و) من المعلوم ان (هذا) السدس و الربع (بعينه تفاوت السبعة و

[الاختلاف في الصحيح والمعيب معا]

وان اختلفا في الصحيح والمعيب فان اتحدت النسبة بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين فيتحد الطريقتان دائما، كما اذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر ومعيبا بستة، وقومه الاخرى صحيحا بستة ومعيبا بثلاثة فان نصف الصحيحين اعنى التسعة تفاوته مع نصف مجموع المعيبين وهو الاربعة ونصف

الاثنى عشر) اذ سدس الاثنى عشر وربعه: خمسة، والتفاوت بين السبعة والاثنى عشر، خمسة أيضا.

ولا يخفى ان هذه الكلية التي ذكرها المصنف تحتاج الى الدليل او الاستقراء.

(وان اختلفا) المقومان (في الصحيح والمعيب) معا فهو على قسمين فسم يتحد طريق المشهور وطريق الشهيد.

وقسم يختلفان في النتيجة (فان اتحدت النسبة بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين) كما اذا كان كل صحيح ضعف المعيب، او كان كل معيب ثلثي الصحيح - مثلا- (فيتحد الطريقتان) وهما طريق المشهور وطريق الشهيد (دائما، كما اذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر ومعيبا بستة، وقومه البيئتين الاخرى صحيحا بستة، ومعيبا بثلاثة) فان كل صحيح ضعف المعيب - على كلا التقويمين - (فان نصف الصحيحين) اي الاثنى عشر والستة (اعنى التسعة تفاوته مع نصف مجموع المعيبين) اي الستة والثلاثة (وهو الاربعة ونصف) فان هذه

عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة، و الستة مع الثلاثة.

و الحاصل: ان كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين.

وان اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقتان وقد يتحدان، وقد تقدم مثالهما فى اول المسألة.

النسبة- على طريق المشهور- (عين) النسبة على طريق الشهيد، و هو (نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة) النصف (و الستة مع الثلاثة) النصف أيضا

(و الحاصل: ان كل صحيح ضعف المعيب، فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيين) فالصحيحان هما اثنى عشر و ستة و جمعها ثمانية عشر و نصفها تسعة و المعيان هما الستة و الثلاثة و نصفهما أربعة و نصف.

و من المعلوم ان التسعة ضعف الاربعة و النصف.

(و ان اختلفت النسبة) بين الصحيح و المعيب على كلتا البيئتين كما اذا قومت إحداهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بستة و قومت الاخرى الصحيح بعشرة و المعيب بثمانية (فقد يختلف الطريقتان) اى طريق المشهور عن طريق الشهيد (وقد يتحدان، وقد تقدم مثالهما فى اول المسألة) فراجع.

وقد عرفت أيضا ان الكليات التى ذكرها المصنف بحاجة الى الاستقراء او الدليل القطعى.

ثم ان الاظهر، بل المتعین في المقام هو الطريق الثاني المنسوب الى الشهيد قدس سرّه وفاقا للمحكي عن إيضاح النافع، حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه و يمكن ارجاع كلام الاكثر إليه كما سيجيء.

ووجه تعین هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني.

اما للجمع بين البيئتين باعمال كل منهما في نصف العين - كما ذكرنا-.

(ثم ان الاظهر) حسب الادلة (بل المتعین في المقام هو الطريق الثاني المنسوب الى الشهيد قدس سرّه وفاقا للمحكي عن إيضاح النافع، حيث ذكر ان طريق المشهور) في باب التقويم (ليس بجيد و) لكن (لم يذكر وجهه) اي وجه انه ليس بجيد (و يمكن ارجاع كلام الاكثر إليه) اي الى طريق الشهيد (كما سيجيء) ووجه الارجاع.

(ووجه) ما ذكرناه من (تعین هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين) اي نصف القيمتين (على طريق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني) للمشهور أيضا هذا ما ذكره قبلا بقوله «و يمكن أيضا»- قبل قوله: و يحتمل الجمع ... الى قوله منسوب الى الشهيد، فراجع.

(اما للجمع بين البيئتين باعمال كل منهما في نصف العين - كما ذكرنا-) فناخذ بنصف احدي البيئتين في احد النصفين للعين، و نأخذ

و اما لاجل ان ذلك توسط بينهما لاجل الجمع بين الحقين بتنصيف ما به التفاوت نفيا و اثباتا على النهج الذي ذكرناه اخيرا فى الجمع بين البيئتين، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين اذا ضاع احدهما المرّد بينهما من عند الودعى، ولم تكن

بنصف البينة الثانية فى النصف الثانى للعين.

(و اما لاجل ان ذلك) اى طريق المشهور (توسط بينهما) فلا نعمل، لا بهذه البينة و لا بتلك، و انما نأخذ بالاوسط بينهما.

فانه اذا قال احدهما ان القيمة اثنى عشر، و قال الثانى انها ثمانية نأخذ القيمة المتوسطة بينهما اى عشرة فانها دون اثنى عشر باثنين و فوق ثمانية باثنين.

و انما نعمل ذلك (لاجل الجمع بين الحقين) و هما حق البائع و حق المشتري (بتنصيف ما به التفاوت) و هو أربعة فى المثال (نفيا) لان احدى البيئتين تنفى الاربعة (و اثباتا) حيث تثبت الاربعة البينة الثانية (على النهج الذي ذكرناه اخيرا فى الجمع بين البيئتين) حيث قلنا «و يمكن أيضا» قبل قوله «و يحتمل الجمع ... الى قوله منسوب الى الشهيد».

و قوله «على» متعلق بقوله «و اما لاجل ان ذلك».

ثم مثل لتنصيف الاربعة بقوله: (كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين اذا ضاع احدهما المرّد) ذلك الضائع (بينهما) اى بين درهم زيد او درهم عمرو (من عند الودعى) «من» متعلق ب «ضائع» (و لم تكن

هنا بينة تشهد لاحدهما بالاختصاص، بل ولا ادعى احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود.

فعلى الاول فاللازم وان كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب- كما فعله المشهور-

هنا بينة تشهد لاحدهما بالاختصاص) وان الدرهم خاص بزيد او عمرو (بل ولا ادعى احدهما اختصاصه بالدرهم الموجود) فان التنصيف مقتضى قاعدة العدل والانصاف.

وذلك كما اذا علمنا نحن بانفسنا- بدون البيّنة- ان قيمة الصحيح اما ثمانية او اثني عشر، فانه لا جمع بين البيّتين حينئذ، وانما اللازم الاخذ بعشرة بمقتضى قاعدة العدل والانصاف.

(فعلى الاول) اى يرد على ما ذكره بقوله: اما للجمع بين البيّتين ان جمع النصفين- اى نصف ثمانية ونصف اثني عشر- تام، اما نسبة هذا المجموع الى المعيب غير تام، بل اللازم نسبة أربعة الى نصف المعيب، ونسبة ستة الى نصفه الآخر، اما نسبة الكل الى الكل، فذلك يقتضى ان نسب الاربعة الى كلا نصفى المعيب، والحال ان الاربعة كانت منسوبة الى النصف، لا الى الكل.

ويوضح ذلك ان النصفين اذا كانا لشخصين، فان صحيح كل نصف مربوط بنفس ذلك النصف، لا بالنصف الآخر الذي هو ملك لانسان آخر (فاللازم وان كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح والمعيب) اذا كان للصحيح قيمتان، وللمعيب قيمتان (- كما فعله المشهور-) من الجمع

بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم، و يؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع، صحيحا، و نصف الاخرى قيمة للنصف الآخر منه.

و لازم ذلك كون تمامه بعشرة، و يجمع قيمتا المعيب اعنى العشرة و الخمسة، و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من احدهما. و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف، الا انه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى احدى القيمتين اعنى العشرة الى المجموع من نصف

(بان يجمع الاثنى عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح) حسب تقويم البيهقيين (فى المثال المتقدم، و يؤخذ نصف إحداهما) كسنة مثلا (قيمة نصف المبيع) فى حالكون المبيع (صحيحا، و نصف) القيمة (الاخرى) كاربعة مثلا (قيمة للنصف الآخر منه).

(و لازم ذلك) اى لازم ان نصفه ستة و نصفه بأربعة (كون تمامه بعشرة، و) كذلك (يجمع قيمتا المعيب اعنى العشرة و الخمسة) حسب ما قومه مقومه (و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من احدهما) فلنصف المعيوب خمسة، و لنصفه الآخر اثنان و نصف.

(و لازم ذلك) الجمع بين النصفين المعيين (كون تمام المبيع بسبعة و نصف الا انه) «الا» متعلق بقوله «فاللازم و ان كان» و هذا شروع فى الاشكال على طريقة المشهور (لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى احدى القيمتين) المراد بالقيمتين: قيمة الصحيح، و قيمة المعيب (اعنى العشرة) فانها نصفان لقيمة الصحيح نصفه ستة، و نصفه أربعة (الى المجموع من نصف) القيمة

الآخري اعنى سبعة و نصفاً، - كما نسب الى المشهور- لانه اذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر، و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين، صحيحاً و معيياً، و اخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معييه.

فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح، الا باعتبار ان نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر بأربعة، و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع

(الآخري) اي المعيب (اعنى سبعة و نصفاً) فانها نصفان لقيمة المعيب نصفه خمسة، و نصفه اثنان و نصف (- كما نسب الى المشهور-) حيث ينسبون الكل الى الكل.

و انما لا يصح نسبة الكل الى الكل (لانه اذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر) فنصفه ستة و نصفه أربعة- صحيحاً- و نصفه خمسة، و نصفه اثنان و نصف- معيياً- (و جب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين، صحيحاً و معيياً) بان نسب ستة الى خمسة و نسب أربعة الى اثنين و نصف (و اخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معييه) فارش النصف الاول السدس، و ارش النصف الثاني ثلاثة اثمان، لا ان نسب العشرة الى سبعة و نصف، و نقول ان الارش الربع.

(فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح، الا باعتبار ان نصفه) اي نصف الصحيح (مقوم)- بصيغة المفعول- اي قوم البينة نصفه (بسته، و نصفه الآخر) مقوم (بأربعة و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع

المعيب الا باعتبار ان نصفه مقوم بخمسة، و نصفه الآخر باثنين و نصف، فلا وجه لاختد تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف، بل لا بدّ من اخذ تفاوت ما بين الاربعة و الاثنين و نصف لنصف منه، تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر.

و توهم ان حكم شراء شي ء تغاير قيمتا نصفيه

المعيب الا باعتبار ان نصفه) اى نصف المعيب (مقوم) بصيغة المفعول (بخمسة، و نصفه الآخر) مقوم (باثنين و نصف).

و حيث ان المجموع باعتبار كل نصف نصف (فلا- وجه لاختد تفاوت ما بين مجموع العشرة) اى قيمة الصحيح (و) ما بين (السبعة و النصف) اى قيمة المعيب (بل لا بدّ من اخذ تفاوت ما بين الاربعة) قيمة نصف الصحيح (و الاثنين و نصف) قيمة نصف المعيب (لنصف منه) اى من المبيع «لنصف» متعلق ب «اخذ» (و) لا بد من اخذ (تفاوت ما بين الستة) قيمة نصف الصحيح (و) ما بين (الخمسة) قيمة نصف المعيب (للنصف الآخر) من المبيع

و من المعلوم فرق فى النتيجة بين نسبة الكل الى الكل و بين نسبة البعض الى البعض.

(و) ان قلت: لا فرق بين نسبة الكل الى الكل، و نسبة البعض الى البعض- فكلا الامرين جائز- و ذلك كما اذا اشترى شيئين مختلفين فى القيمة صفقة واحدة، فان معيب الكل ينسب الى صحيح الكل.

قلت: (توهم ان حكم شراء شي ء تغاير قيمتا نصفيه) كما فيما نحن فيه اذ تقويم كل نصف حسب رأى بيّنة بمنزلة تغاير قيمة كل نصف عن النصف

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا، بان اشترى عبدا و جارية باثنى عشر فظهما معيين، و العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنى عشر و نصف معيبا، و الجارية تسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة، فانه لا شك فى ان اللازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفقة صحيحة و معيبة اعنى العشرة و السبعة و النصف، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن، و هو ثلاثة، اذا فرض الثمن اثنى عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه

الآخر (حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد) فى صفقة واحدة (مالين معيين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا) اى يختلف صحيح كل مال عن معيبه فى القيمة (بان اشترى عبدا و جارية باثنى عشر) دينارا فى صفقة واحدة (فظهما معيين، و) الحال ان (العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنى عشر و نصف معيبا، و الجارية تسوى ستة) فى حال كونها (صحيحة، و خمسة معيبة فانه لا شك) اذا اردنا ان نأخذ الارش (فى ان اللازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفقة صحيحة و معيبة اعنى) ملاحظة (العشرة و السبعة و النصف، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن) لان سبعة و نصف اقل من العشرة بالربع (و هو ثلاثة) دنانير (اذا فرض الثمن اثنى عشر).

و انما لا نشك فى ذلك لان الصفقة واحدة فلا وجه لتجزئتها الى الابعاض (كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه) من اختلاف المقومين.

فاللازم ان نقول: ان حال اختلاف المقومين حال اختلاف ابعاض

مدفوع بان الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد و الجارية بحسب قيمتهما فاذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشا فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته و للجارية سدسها

الصفحة الواحدة فى ملاحظة المجموع و نسبه الى المجموع اذا اريد اخذ الارش

فهذا التوهم (مدفوع بان الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد و الجارية بحسب قيمتها فاذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشا) اى ثلاثة من اثني عشر (فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته، و للجارية سدسها).

توضيح ذلك يظهر من هذه الجداول:

الجدول الاول: اذا كانت قيمة العبد و الجارية عشرة، فقيمة الجارية ستة و قيمة العبد أربعة و يتفاوت المعيب عن الصحيح بربع القيمة اى اثنان و نصف من العشرة.

و لنفرض ان قيمة الجارية المعيبة خمسة، و قيمة العبد المعيب اثنان و نصف، اذا ... فالجارية نقصت قيمتها بمقدار سدسها اى الواحد، و العبد نقصت قيمته بمقدار ثلاثة اثمانه اى واحدا و نصفا.

و للتوضيح نقول مرة ثانية: مجموع قيمة العبد و الامة، صحيحين عشرة، قيمة العبد فقط أربعة، قيمة الامة فقط ستة، مجموع قيمة العبد و الامة معينين سبعة و نصفا، فقيمة العبد فقط معينا اثنان و نصف، و هو ينقص عن الاربعة بمقدار ثلاثة اثمان، و قيمة الامة فقط معينة خمسة و هو ينقص عن الستة بمقدار السدس

الجدول الثانى: اذا كانت قيمة الجارية: ستة من عشرة- حسب الجدول الاول- فقيمتها: سبعة و خمسا من اثنا عشر، حسب ما فرضنا من ان قيمة الاثراء

للعبد و الجارية اثنا عشر، لان عشر الاثنى عشر يساوى واحدا و خمسا.

فاذا ضربنا واحدا و خمسا فى ستة صارت النتيجة سبعة و نصفها فهذا علة قولنا: اذا كانت قيمة الجارية ستة من عشرة فقيمتها سبعة و خمسا من اثنى عشر، و اذا كانت قيمة العبد: أربعة من عشرة- حسب الجدول الاول- فقيمته: أربعة و أربعة اخماس من اثنى عشر، حسب ما فرضنا من ان قيمة الاثنا عشر للعبد و الجارية اثنى عشر، لان عشر الاثنى عشر يساوى واحد او خمسا، فاذا ضربنا واحدا و خمسا فى أربعة صارت النتيجة أربعة و أربعة اخماس، و هذا علة قولنا: اذا كانت قيمة العبد أربعة من عشرة فقيمته أربعة و أربعة اخماس من اثنى عشر.

الجدول الثالث: ينقض معيب الجارية عن صحيحها بالسدس - حسب الفرض فى الجدول الاول- فاذا كانت قيمة الجارية الصحيحة سبعة و خمسا من اثنى عشر- حسب الفرض فى الجدول الثانى- كانت قيمة معيبيها ستة، فان الستة تنقص عن السبعة و الخمس بمقدار سدس قيمتها، اذ كل سدس واحد و خمس ينقص معيب العبد عن صحيحه بثلاثة اثمان- حسب الفرض فى الجدول الاول- فاذا كانت قيمة العبد الصحيح أربعة و أربعة اخماس من اثنى عشر- حسب الفرض فى الجدول الثانى- كانت قيمة معيبيها ثلاثة، فان الثلاثة تنقص عن الاربعة و الاربعة اخماس بمقدار ثلاثة اثمان قيمته، اذ كل ثمن ثلاثة اخماس، و مجموع ثلاثة اثمان قيمة العبد واحد، او أربعة اخماس، ننقص واحد او أربعة اخماس من أربعة و أربعة اخماس، يبقى ثلاثة.

كما هو الطريق المختار، لانه اخذ من مقابل الجارية اعنى سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد اعنى أربعة و أربعة
اخماس ثلاثة اثمان و هو واحد و أربعة اخماس

الجدول الرابع: <>

والحاصل:

<> (كما هو الطريق المختار) فتبعاً للشهيد نسب معيب كل الى صحيحه، لا ان نسب مجموع المعيين الى مجموع الصحيحين - كما
نسب الى المشهور-.

و انما قلنا: فقد اخذ للعبد الخ (لانه اخذ من مقابل الجارية اعنى سبعة و خمسا) من الاثنى عشر (سدسه) اى سدس السبعة والخمس (و
هو) اى السدس (واحد و خمس) كما عرفت فى الجدول (و) اخذ (من مقابل العبد اعنى أربعة و أربعة اخماس) من اثنى عشر (ثلاثة
اثمان) و هى ثلاثة اثمان الاربعة و أربعة اخماس (و هو) اى ثلاثة اثمانه (واحد و أربعة اخماس).

ص: 110

فالثلاثة التي هي ربع الثمن منطبق على السدس و ثلاثة اثمان، بخلاف ما نحن فيه فان المبدول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة امر واحد و هو نصف الثمن.

و ان شئت توضيح ذلك فمثله بالدينار الذي هو الف فلس.

فاذا اشترى العبد و الجارية باثنى عشر دينارا، فمقابل الجارية سبعة دنانير و خمس دينار اى مأتا فلس، فسدسه يكون دينارا و مائتي فلس، و مقابل العبد أربعة دنانير و أربعة اخماس دينار، اى ثمانمائة فلس، فثلاثة اثمانه يكون دينارا و ثمانمائة فلس (فالثلاثة التي هي ربع الثمن) لفرض ان قيمة المعيب اقل من قيمة الصحيح بمقدار الربع، و ان قيمة المجموع اثني عشر (منطبق على السدس) و هو ارش الجارية (و ثلاثة اثمان) و هو ارش العبد، فان الثلاثة تعادل مجموع واحد و خمس، و واحد و أربعة اخماس (بخلاف ما نحن فيه) الذي هو عبارة عن ان الثمن المعطى للشئيين انما اعطى بالتساوى بحيث ان كل نصف من المبيع كان يزاء نصف الثمن (فان المبدول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة) اذ لكل نصف قيمة خاصة به- لاننا نأخذ في كل نصف بقول مقوم و تقويم احدهما ازيد من تقويم الآخر- (امر واحد) و هو خبر «ان» (و الامر الواحد (هو نصف الثمن) فاللازم نسبة كل معيب الى صحيحه لا نسبة مجموع المعيب الى مجموع الصحيح.

و الحاصل: ان المصنف اختار في نسبة المعيب الى الصحيح طريقة الشهيد بان ينسب كل معيب الى صحيح نفسه، لا طريقة المشهور التي

فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية و العبد- فى المثال المفروض-

هى ان ينسب الكل الى الكل.

و المتوهم، قال: بانه يجب ان ينسب الكل الى الكل، لان الاختلاف فى صحيح كل نصف و معيبه، و بان يكون تقويم نصف المبيع ازيد من تقويم النصف الآخر، صحيحا و معييا، انما هو مثل الاختلاف فى قيمة العبد و الجارية صحيحا و معييا، و مع ذلك ينسب الكل الى الكل، و لا ينسب معيب العبد الى صحيحه و معيب الجارية الى صحيحها.

و المصنف اجاب بانه فرق بين تقويمين، و هو محل الكلام و بين العبد و الجارية فى مثالكم، فان الشراء فى باب تقويمين يوجب ان يكون لكل نصف من المبيع نصف من الثمن، فنقبل كلام كل مقوم بالنسبة الى النصف صحيحا و معييا، اما العبد و الجارية فليس لكل واحد منهما نصف الثمن بل لكل واحد منهما ما يخصه من الثمن- و لذا كانت نسبة الكل الى الكل و نسبة البعض الى البعض فى النتيجة واحدة-.

اما اذا كان كل نصف من المبيع بنصف من الثمن تكون نسبة الكل الى الكل مخالفة لنسبة البعض الى البعض، فيجب ان نأخذ نسبة البعض الى البعض، لا الكل الى الكل.

(فالمناسب لما نحن فيه) الذي هو ان يكون لكل نصف ثمن مماثل لثمن النصف الآخر، حيث ان الشيء قد اشترى بثمن واحد فلكل نصفه نصف الثمن (فرض شراء كل من الجارية و العبد- فى المثال المفروض-) اى

بثمان مساو للآخر، بان اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر فى عقد واحد او عقدين، فلا يجوز حينئذ اخذ الربع من اثنى عشر، بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية سدس، و من ستة العبد اثنان وربع، فيصير مجموع الارش ثلاثة وربعاً، و هو المأخوذ فى المثال المتقدم على الطريق الثانى.

الَّذِي فرضه المتوهم (بثمان مساو للآخر، بان اشترى كلا منهما) اى العبد و الامة (بنصف الاثنى عشر فى عقد واحد او عقدين، ف) انه (لا) يجوز حينئذ) اى حين ما اشترى العبد بسنة و الجارية بسنة (اخذ الربع من اثنى عشر) اذ يلزم ان ينسب كل معيب الى صحيحه، و يؤخذ التفاوت (بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية) اى قيمتها التى هى ستة (سدس) اى واحد لان المفروض ان معيب الجارية انقص من صحيحها بسدس قيمتها (و) يؤخذ (من ستة العبد) اى قيمته التى هى ستة (اثنان وربع) لان المفروض ان معيب العبد ينقص عن صحيحه بثلاثة اثمان، اذ ثمن الستة ثلاثة ارباع فثلاثة اثمانه اثنان وربع (فيصير مجموع الارش) فى العبد و الجارية (ثلاثة وربعاً، و هو المأخوذ فى المثال المتقدم) اى ما ذكره فى اوائل البحث بقوله: وقد يختلفان كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر الخ (على الطريق الثانى) اى طريقة الشهيد.

وقد ذكر هناك انه ثلاثة وربع و ان شئت توضيحا لكلام المصنف فى المقام ثلاثة امور:

وقد ظهر مما ذكرنا انه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم، او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب

الاول: ان نشترى العبد و الجارية كل واحد منهما بستة دنانير، وفي هذه الحال، يجب ان ننسب معيب كل الى ستة، و التفاوت حينئذ ثلاثة وربع- حسب التقديرات التي ذكرناها في الجداول-.

الثاني: ان نشترى العبد و الامة صفقة واحدة باثنى عشر، لكن مع التفاوت، وفي هذه الحال لا يختلف ان ننسب المجموع الى المجموع او البعض الى البعض، في ان التفاوت حينئذ ثلاثة.

الثالث: ان نشترى الشيء بثمان واحد، لكن اختلف المقومان، فجعلنا لكل مقوم نصفا من المبيع، فان حال هذا حال الاول، لا حال الثاني لانه اشترى النصفين بقيمتين متساويتين، و انما الاختلاف حسب اختلاف المقومين، كما ان اختلاف الاول حسب اختلاف القيمة السوقية.

فالمتوهم شبه ما نحن فيه بالثاني و لذا نسب الكل الى الكل، و الحال ان ما نحن فيه شبيه بالاول، و لذا يلزم ان ننسب معيب كل نصف الى صحيحه.

(وقد ظهر مما ذكرنا) من انه يجب نسبة كل معيب الى صحيحه لا نسبة الكل الى الكل (انه لا فرق بين شهادة البيّنات بالقيم) كان يقول احدهما الصحيح عشرة و المعيب خمسة، و يقول الآخر الصحيح ثمانية، و المعيب سبعة (او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح و المعيب).

كان يقول الاول المعيب نصف الصحيح، و يقول الثاني المعيب سبعة

و ان لم يذكروا القيم.

هذا كله اذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيئتين فى جزء من المبيع.

و اما اذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرناه اخيرا بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حدّ سواء، فالمتعيّن الطريق

اثمان الصحيح، فان اللازم فى الحالة الثانية- أيضا- ان نأخذ بقول كل واحد فى النصف (و ان لم يذكروا القيم) اذ قد عرفت ان الجمع بين البيئتين يقتضى تنفيذ كل بيّنة فى نصف المبيع ثم نسب معيب كلّ الى صحيحه و نجمع النسبتين و تصيف التفاوت بينهما.

(هذا كله) وجه لزوم تصيف التفاوتين- لا جمع القيمتين و تصيفهما- (اذا كان مستند المشهور فى اخذ القيمة الوسطى) بين القيمتين (العمل بكل من البيئتين فى جزء من المبيع) اذ قد عرفت ان مقتضى ذلك اخذ نصف التفاوتين لا نصف القيمتين

(و اما اذا كان المستند للمشهور فى طريقتهم (مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرناه اخيرا) قبل كلام الشهيد بقولنا «و يمكن أيضا ..»

(بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع) القيمة (الناقصة على حدّ سواء) اى ينقص بعد ان زاد فاذا قومه احدهما باثنى عشر و الآخر بثمانية، نزل اثنى عشر بقدر نصف التفاوت اى اثنين و نرفع الثمانية بذلك المقدار اى اثنين حتى تكون القيمة عشرة- كما سبق- (فالمتعيّن الطريق

الثانى أيضا، سواء شهدت البيّتان بالقيمتين أم شهدتا بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب؟

اما اذا شهدتا بنفس التفاوت فلانه اذا شهدت إحدهما بان التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس، وهو الاثنان من اثنى عشر و شهدت الاخرى بانه بثلاثة اثمان، وهو الثلاثة من ثمانية زدنا على السدس ما ينقص من ثلاثة اثمان

(الثانى) المنسوب الى الشهيد (أيضا) اى لزوم اخذ نصف التفاوتين (سواء شهدت البيّتان بالقيمتين) كان قالتا اثنى عشر و ثمانية (أم شهدتا بنفس النسبة) كان قالتا النسبة (بين الصحيح والمعيب؟) كذا و كذا، بدون ان تذكر القيمة.

(اما اذا شهدتا بنفس التفاوت ف) اللازم ما ذكره الشهيد، لا ما نسب الى المشهور (لانه اذا شهدت إحدهما بان التفاوت بين الصحيح والمعيب بالسدس، وهو الاثنان من اثنى عشر) فيما اذا كانت القيمة اثنى عشر (وشهدت) البيّنة (الاخرى بانه) اى بان التفاوت (بثلاثة اثمان، وهو الثلاثة من ثمانية) اى بعد ان قوم الصحيح بثمانية (زدنا على السدس) وهو اثنان (ما ينقص) السدس (من ثلاثة اثمان) بعد نسبة ثلاثة اثمان الى اثنى عشر، اذ المفروض ان المبيع قيمته اثنى عشر.

و من المعلوم ان ثلاثة اثمان من اثنى عشر، يكون أربعة و نصفًا، فهناك قولان للبيّنة.

احدهما ان التفاوت باثنين.

وصار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثني عشر، ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقا.

وان شهدت البيئتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حَقِّي البائع و المشتري في مقام اعطاء الارش و اخذه تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة

و الثاني ان التفاوت بأربعة و نصف، فالزائد على الاثنان هو اثنان و نصف نصّفه، لنزيد نصفه على الاثنان، فنصفه هو واحد و ربع فاذا زدناه على السدس صار ثلاثة و ربعا (و) على هذا (صار كل واحد من التفاوتين) و هما تفاوت باثنين، و تفاوت بأربعة و نصف (بعد التعديل) اى تنصيف الزائد و جعل نصفه على الناقص، و طرح نصفه عن الزائد (سدسا) و هو اثنان من اثني عشر القيمة (و نصف سدس) و هو واحد (و ثمنه) اى ثمن السدس، و هو الربع (و هو) اى هذا التفاوت المعدّل (من الثمن المفروض) كونه (اثني عشر، ثلاثة وربع، كما ذكرنا سابقا) في بيان طريقة الشهيد.

(وان شهدت البيئتان بالقيمتين) لا بالتفاوت و هذا عطف على قوله «اما اذا شهدتا بنفس التفاوت» (فمقتضى الجمع بين حَقِّي البائع و المشتري في مقام اعطاء) البائع (الارش و اخذه) اى اخذ المشتري اياه

وقوله «في مقام» بيان «الجمع» اذ قبل الاعطاء و الاخذ ليس هناك مقام للجمع.

ف (تعديل قيمتي كل من الصحيح و المعيب بالزيادة) على ما قاله

والتقصان باخذ قيمة نسبته الى المعيب، دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة، فيؤخذ من الاثنى عشر و العشرة، و من الثمانية و الخمسة قيمتان للصحيح و المعيب نسبة إحداهما الى الاخرى يزيد على السدس بما ينقص من ثلاثة اثمان فيؤخذ قيمتان يزيد صحيحهما على المعيب بسدس، و نصف سدس، و ثمن سدس

بينه الاقل قيمة (والتقصان) على ما قاله بينه الاكثر قيمة، و التعديل انما هو (باخذ قيمة نسبته الى المعيب، دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة) القيمة (الناقصة، فيؤخذ من الاثنى عشر) اعلى قيمة للصحيح (و العشرة) اعلى قيمة للمعيب (و من الثمانية) انزل قيمة للصحيح (و الخمسة) انزل قيمة للمعيب (قيمتان) نائب فاعل «يؤخذ» (للسحيح و المعيب).

و هاتان القيمتان الجديدتان (نسبة إحداهما الى الاخرى) اى نسبة القيمة الجديدة للصحيح الى القيمة الجديدة للمعيب (يزيد على السدس) اى التفاوت بين اثنى عشر و عشرة (بما) اى زيادة بمقدار (ينقص من ثلاثة اثمان) و هو التفاوت بين الثمانية و الخمسة فسدس القيمة التى هى اثنى عشر اثنان، و ثلاثة اثمان القيمة التى هى اثنى عشر أربعة و نصف، فالمتوسط بين الامرين ثلاثة و ربع (فيؤخذ قيمتان) جديدتان (يزيد صحيحهما على المعيب بسدس، و نصف سدس، و ثمن سدس) فاذا فرضنا ان قيمة الصحيح ثمانية و اربعون و قيمة المعيب خمسة و ثلاثون كان التفاوت بينهما كما ذكره المصنف بالسدس و نصف السدس و ثمن السدس

و من المعلوم ان هذا التفاوت يعادل نصف السدس، و نصف ثلاثة

اثمان فان قال احد المقومين التفاوت بالسدس، وقال المقوم الآخر التفاوت بثلاثة اثمان فناخذ من كل مقوم نصف قوله، و اذا اردت توضيح الحال فانظر الى هذين الجدولين:

الجدول الاول: المقوم الاول قال: التفاوت بالسدس ننصف قوله و نأخذ نصف السدس.

و المقوم الثاني قال: التفاوت بثلاثة اثمان ننصف قوله و نأخذ ثمن و نصف ثمن، فاللازم ان يكون الاختلاف بين الصحيح و المعيب بنصف السدس، و بالثمن و نصف الثمن.

ثم نقول: السدس و الثمن و نصف الثمن: تعادل: السدس، و نصف السدس، و ثمن السدس، فالمصنف بدل ان يقول: السدس و الثمن و نصف الثمن قال: السدس و نصف السدس، و ثمن الثمن فلا تغفل.

اذا فرضنا ان الصحيح ثمانية و اربعون و المعيب خمسة و ثلاثون فالتفاوت بينهما ثلاثة عشر، فثلاثة عشر تعادل. نصف السدس و هو أربعة اذ السدس من ثمانية و اربعين يكون ثمانية و نصف ثلاثة اثمان و هو تسعة اذ كل ثمن ستة فثلاثة اثمان تساوي ثمانية عشر و نصفها تسعة و تعادل أيضا- السدس و هو ثمانية و نصف السدس و هو أربعة و بهذا عبر المصنف بدل ان يعبر بنصف السدس و نصف ثلاثة اثمان و ثمن السدس و هو واحد.

الجدول الثاني: اذا كان الثمن الذي اشترى به اثني عشر و قومه احدهما باثني عشر صحيحا و عشرة معيبا، فالتفاوت بالسدس، و قومه الآخر بثمانية صحيحا و خمسة معيبا و التفاوت بثلاثة اثمان فاللازم ان

و من هنا يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثانى بان يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب القيمة المتوسطة بين القيم لكل منها من حيث نسبتها الى قيمة الآخر

يسترجع المشتري نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان، و هو ثلاثة وربع

فنقول: ثلاثة وربع تعادل: نصف السدس و هو واحد لان السدس اثنان و نصف ثلاثة اثمان و هو اثنان وربع لان الثمن واحد و نصف فتلاثة اثمان تساوى أربعة و نصفاً فالمجموع يساوى ثلاثة وربع و تعادل أيضا السدس و هو اثنان و نصف السدس و هو واحد و ثمن السدس و هو الربع فالمجموع ثلاثة وربع.

و لا يخفى ان المصنف عبّر بسدس و نصف سدس و ثمن سدس بدل نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان.

(و من هنا) الذي ذكرنا من ترجيح كلام الشهيد على كلا الطريقين المنسوبين الى المشهور (يمكن ارجاع كلام الاكثر الى الطريق الثانى) الذي ذكره الشهيد (بان يريدوا من اوسط القيم المتعددة للصحيح و المعيب) سواء تعددت القيمة فى الصحيح فقط، او فى المعيب فقط، او فيهما (القيمة المتوسطة بين القيم، لكل منها) اى من قيمة الصحيح او المعيب، المتوسطة (من حيث نسبتها الى قيمة الآخر) فالمراد انه اذا قوّم احدهما الصحيح باثنى عشر و المعيب بعشرة و قوّم الثانى الصحيح بثمانية و المعيب بخمسة.

فناخذ بين الاثنى عشر و العشرة و الثمانية و الخمسة قيمة متوسطة

فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمة متوسطة من حيث نسبة إحداهما الى الاخرى بين اقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح والفساد.

وليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح وينتزع منها قيمة.

وكذلك قيم المعيب ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى قال فى المقنعة: فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم، و نحوه

فرقها عن القيمتين يكون التفاوت بمقدار نصف السدس، و نصف ثلاثة اثمان (فيكون مرادهم من اخذ قيمتين للصحيح والمعيب قيمة متوسطة) لا توسطاً فى ذات القيمة، بل توسطاً (من حيث نسبة إحداهما الى الاخرى) بان تكون تلك القيمة المتوسطة (بين اقوال جميع البيّنات المقومين للصحيح والفساد) فليست القيمة منتزعة عن القيم، بل القيمة متوسطة بين نسب القيم الصحيحة الى نسب القيم الفاسدة.

(وليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح وينتزع منها قيمة).

(و كذلك) يجمع (قيم المعيب) وينتزع منها قيمة (ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى).

نعم صرح بذلك بعض، لكن نسبته الى المشهور لا وجه له.

وأليك كلمات بعض الفقهاء حتى ترى قابلية انطباقها على كلام الشهيد.

(قال) المفيد (فى المقنعة: فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم) فانه قابل لان يراد به الاوسط بين نسب القيم (ونحوه) كلام

فى النهاىة.

وفى الشرائع حمل على الاوسط.

وبالجملة فكل من عبّر بالاوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة، لا من حيث العدد، هذا مع ان المستند فى الجميع هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيّتين فى قيمة نصف المبيع.

نعم لو لم تكن بيّنة اصلا، لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا و اما ذاك، و كذلك قيمة المعيب

الشيخ (فى النهاىة).

(و) قال (فى الشرائع) ان اختلف اهل الخبرة (حمل على الاوسط) الى غيرها من عبارات الفقهاء.

(و) وبالجملة فكل من عبّر بالاوسط يحتمل ان يريد الوسط من حيث النسبة) كما قاله الشهيد (لا من حيث العدد) كما نسب الى المشهور (هذا) من جهة كلمات الفقهاء (مع) ان الدليل لا يدل الا على كلام الشهيد- كما تقدم- ل (ان المستند فى الجميع) للبيّات (هو ما ذكرنا من وجوب العمل بكل من البيّتين فى قيمة نصف المبيع) فالفرق بين اثنا عشر و عشرة فى نصفهما: السدس و الفرق بين الثمانية و الخمسة فى نصفهما: نصف من ثلاثة اثمان، و الحاصل ثلاثة و ربع لا ثلاثة كما نسب الى المشهور من انهم يقولون بثلاثة فقط.

(نعم لو لم تكن بيّنة اصلا، لكن علمنا من الخارج ان قيمة الصحيح اما هذا و اما ذاك، و كذلك) علمنا من الخارج ان (قيمة المعيب) اما

- ولم نقل حينئذ بالقرعة او الاصل - فاللازم الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقيين على هذا الوجه.

وقد عرفت ان الجمع بتعديل التفاوت لانه الحق، دون خصوص القيمتين المحتملين

هذا واما ذاك (-) ولم نقل حينئذ بالقرعة) لانها لكل امر مشكل (او الاصل-) اى اصالة براءة ذمة البائع من القدر الزائد على المتيقن (فاللازم الاستناد فى التنصيف الى الجمع بين الحقيين على هذا الوجه) اى اعطاء كل نصف من المبيع، لاحد الاحتمالين، فيكون موافقا لطريق الشهيد أيضا.

وانما قال «نعم» مع ان اللازم ان يقول: وكذا لو لم تكن بينة اصلا، لانه اشار الى عدم مجيء طريقة المشهور فى صورة عدم وجود البينة بل فى هذه الصورة يأتى طريق الشهيد فقط.

فكانه قال: فى صورة وجود البينة، يحتمل طريق المشهور وطريق الشهيد- وطريق الشهيد اقرب- اما فى صورة عدم البينة فاللازم طريق الشهيد فقط.

وانما كان اللازم فى صورة عدم البينة طريق الشهيد فقط، اذ (قد عرفت ان الجمع) انما هو (بتعديل التفاوت) اى بان نأخذ نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان فانه يحتمل السدس و يحتمل ثلاثة اثمان فاللازم ان نأخذ من كل نصفه (لانه الحق) و طريق العدل و الانصاف (دون خصوص القيمتين المحتملين)

اذ لا خصوصية للقيمة المحتملة، بل قد عرفت ان القيمة الخارجية كثيرا ما تخالف كل القيم المحتملة، كما تخالف كل القيم التي ذكرتها
البيئة (و الله العالم) بحقائق الاحكام.

<>

ص: 124

إشارة

و شروط صحتها و ما يترتب على صحيحها و فاسدها،

الشرط يطلق فى العرف على معينين.

احدهما المعنى الحدى

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للامر الفلانى، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له، او عليه.

و فى القاموس انه الزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره، و ظاهره

(القول فى الشروط التى يقع عليها العقد) عند الناس و التى تعرض لها الفقهاء اثباتا او نفيا (و شروط صحتها) اى صحة الشروط شرعا، كان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (و ما يترتب على صحيحها و فاسدها) من الاحكام، مثل انه هل الشرط الفاسد مفسد، أم لا؟ فنقول: (الشرط يطلق فى العرف على معينين)- و تنقيح المعنى العرفى لان الموضوع الشرعى يؤخذ من العرف، كما يؤخذ من اللغة-.

(احدهما المعنى الحدى) مثل النصر و الحمد (و هو) اى الشرط (بهذا المعنى) الحدى (مصدر شرط) يشترط (فهو شارط للامر الفلانى، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له) اذا كان الشرط فى نفعه (او) مشروط (عليه) اذا كان الشرط فى ضرره.

(و فى القاموس) فسر الشرط بالمعنى الحدى، حيث قال: (انه الزام الشىء) على الغير، مثل ان البائع يشترط على المشتري قراءة القرآن (فى البيع و غيره) اى غير البيع كالرهن و الاجارة (و ظاهره)

كون استعماله فى الالزام الابتدائى مجازا، او غير صحيح، لكن لا اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا، مثل قوله صلى الله عليه وآله فى حكاية بيع بريرة ان قضاء الله احق و شرطه اوثق، و الولاء لمن اعتق.

حيث اقتصر على هذا المعنى (كون استعماله) اى الشرط (فى الالزام الابتدائى) كان يقول زيد لعمرو: اشترط عليك ان تأتى الى دارى (مجازا) من باب مشابهة الشرط الابتدائى للشرط الضمنى (او غير صحيح) اصلا

وانما كان ظاهره ذلك، لان بناء القاموس استقصاء المعانى الحقيقية للالفاظ، فتقييد الشرط بكونه فى البيع دليل على ان الشرط الابتدائى اما مجاز او غير صحيح، اذا كان بنائه ذكر المعانى الحقيقية و المجازية

اقول: لكن من المحتمل ان يكون قول القاموس «و غيره» عطفًا على مجموع «فى البيع» لا على خصوص «البيع».

و حينئذ يكون شاملا للشرط الابتدائى (لكن لا اشكال فى صحته لوقوعه فى الاخبار كثيرا) و هى و ان كانت قابلة للتأويل بما يرجع الى الشرط الضمنى، لكن التأويل خلاف الظاهر (مثل قوله صلى الله عليه وآله فى حكاية بيع بريرة) الآتية فى الرابع من شروط صحة الشرط (ان قضاء الله احق) اى ما قضاه و امره احق بالاتباع (و شرطه اوثق) من شرط الناس ما يخالف قول الله، فالمراد بالشرط هنا حكم الله (و الولاء لمن اعتق) العبد لا لمن باع العبد للمعتق، قال صلى الله عليه وآله ذلك حينما شرط البائع ان يكون الولاء له، لا للمشتري المعتق و معنى الولاء، انه اذا مات العبد بعد ان اعتقه المشتري، و لم يكن له وارث، فالمشتري

وقول امير المؤمنين صلوات الله عليه- فى الردّ على مشترط عدم التزوج بامرأة اخرى فى النكاح- ان شرط الله قبل شرطكم، وقوله ما الشرط فى الحيوان؟ قال ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و فى غيره قال: هما بالخيار حتى يفترقا، وقد اطلق على النذر او العهد او الوعد فى بعض اخبار الشرط

المعتق له هو الذي يرثه.

ووجه التأويل فى هذا الخبر و مثله: ان المراد بان الله سبحانه وعد الناس بالجنة بشرط ان يطيعوه فاحكامه تعالى شروط وقعت فى ضمن الوعد، او إنّ الله اشترى من المؤمنين أنفسهم و أموالهم بأنّ لهم الجنة و شرط عليهم اطاعة الاحكام او ما اشبه ذلك.

(وقول امير المؤمنين صلوات الله عليه- فى الرد على مشترط عدم التزوج بامرأة اخرى فى النكاح- ان شرط الله قبل شرطكم) اى حكم الله بان الانسان يجوز له ان يتزوج بالمتعدّد، ثم انه لا بد من تقييد هذا الحديث بما اذا كان الشرط غير جامع لشرائط الصحة، لان هذا الشرط ليس محلّلاً- لحرام ولا- محرماً لحلال، حتى يسقط بمخالفته الكتاب و السنة و كيف كان فقد اطلق الامام الشرط على الحكم (وقوله) سائلاً من الامام عليه السلام (ما الشرط فى الحيوان؟ قال) عليه السلام (ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و) ما الشرط (فى غيره) من سائر انواع البيوع؟ (قال) عليه السلام (هما بالخيار حتى يفترقا) فان الشرط اطلق على الخيار (وقد اطلق) الشرط (على النذر او العهد او الوعد فى بعض اخبار الشرط

ص: 127

فى النكاح.

وقد اعترف فى الحدائق بان اطلاق الشرط على البيع كثير فى الاخبار

و اما دعوى كونه مجازا فيدفعها- مضافا الى اولوية الاشتراك المعنوى، و الى ان المتبادر من قوله: شرط على نفسه كذا ليس الا مجرد

فى النكاح).

و ذلك مثل خبر ابن سنان عن ابى عبد الله عليه السلام، فى رجل قال لامرأته: ان نكحت عليك او تسريت فهى طالق، قال عليه السلام:

ليس ذلك بشيء، ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ان من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه، فان الشرط اطلق على الوعد- لعدم دليل فى الرواية على انه كان فى ضمن النكاح-.

(وقد اعترف فى الحدائق بان اطلاق الشرط على البيع كثير فى الاخبار) وكذا اطلق الشرط فى الاخبار على المتعة، وعلى الاجل فى المتعة، وعلى المبيع فى اخبار السلم.

(و اما دعوى كونه) اى كون اطلاق الشرط على غير الشرط فى ضمن العقد (مجازا فيدفعها- مضافا الى اولوية الاشتراك المعنوى) فانهم قد ذكروا فى مبحث تعارض الاحوال انه لو دار الامر بين الحقيقية والمجاز، وبين الاشتراك المعنوى، فالثانى اولى.

اذ الاول يحتاج الى القرينة، والاصل عدم القرينة، وكذلك الاول يحتاج الى النقل، والاصل عدم النقل، فتأمل (و الى ان المتبادر من قوله: شرط على نفسه كذا، ليس الا مجرد

ص: 128

الالتزام- استدلال الامام عليه السلام بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط على النذر او العهد، و مع ذلك فلا حجة فيما فى القاموس مع تفرده به، و لعله لم يلتفت الى الاستعمالات التى ذكرناها، و الا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها.

ثم قد يتجاوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى، فيطلق على نفس

الالتزام-) لا الالتزام فى الالتزام، و التبادر آية الحقيقة كما ذكر فى الاصول (استدلال الامام عليه السلام) فاستدلال، فاعل يدفعها (بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم، فيما تقدم من الخبر) اى خير ابن سنان الذي ذكرناه و اشار إليه المصنف بقوله «و قد اطلق .. الخ» (الذي اطلق فيه الشرط على النذر او العهد) او الوعد- كما عرفت- (و مع ذلك) الذي ذكرناه من اطلاقه فى الاخبار على الشرط الابتدائى اطلاقاً تدل القرائن على انه بنحو الحقيقة (فلا حجة فيما فى القاموس) من انه خاص بالالزام و الالتزام فى البيع و نحوه (مع تفرده به) اذ غيره لم يخصه بذلك (و لعله لم يلتفت الى الاستعمالات التى ذكرناها، و الا- لذكرها) اى ذكر هذه الاستعمالات، بان الشرط يستعمل فى الشرط الابتدائى- كالموارد المذكورة- (و لو) ذكرا (بعنوان يشعر بمجازيتها) فعدم الذكر دليل على عدم الالتفات، اذ لو اغمضنا النظر عن كونه حقيقة فلا اقل من كونه مجازاً.

(ثم قد يتجاوز) اى يرتكب المجاز (فى لفظ الشرط بهذا المعنى)، و هو المعنى الاول- مقابل المعنى الثانى الآتى- (فيطلق على نفس

المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه

الثانى: ما يلزم من عدمه العدم،

من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود، أو لا، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر

المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق) فان الخلق قد يطلق ويراد به المعنى المصدرى، كالضرب و النصر، وقد يطلق ويراد به ما تعلق به الخلق، اى المخلوقات، كقوله تعالى: هَذَا خَلْقُ اللَّهِ اى ما خلقه الله.

وعلى هذا الاطلاق (فيراد به) اى بالشرط (ما يلزمه الانسان على نفسه) فاذا شرط زيد على عمرو ان يخيط قبائه يقال: الشرط خياطة القباء، مثلاً، وهذا مجاز، كما لا يخفى.

(الثانى) من المعنيين للشرط (ما يلزم من عدمه العدم) اى القيد فى الشيء، كسائر القيود، مثل الحال و التميز و الوصف و غيرها (من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود، أو لا) يلزم.

مثلاً يقال: الوضوء شرط الصلاة، و يراد بانه يلزم من عدم الوضوء عدم الصلاة، مع انه لا يلزم من وجود الوضوء وجود الصلاة، اذ ربما يتوضأ الانسان و لا يصلى.

كما انه قد يطلق الشرط بهذا المعنى و يراد انه يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم، فيقال شرط قبول العمل الاخلاص، حيث انه ان كان الاخلاص فى العمل قبل، و ان لم يكن اخلاص لم يقبل (و هو) اى لفظ الشرط (بهذا المعنى) الثانى (اسم جامد) اطلق على القيد (لا مصدر) له، حتى يكون له معنى حدثى، كالمعنى الاول الذى هو

فليس فعلا ولا حدثا واشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط.

مصدر وله معنى حدثي.

و اما الفرق بينه وبين المعنى المجازي الاول- وهو ما ذكره بقوله:

وقد يتجاوز في لفظ الشرط- هو ان المعنى الثاني قيد، والمعنى المجازي مقيد.

فالخلق بمعنى المخلوق ليس قييدا لشيء، كذلك الشرط بمعنى المشروط ليس قييدا لشيء، اما الوضوء، فهو قيد للصلاة.

كما ان الشرط بالمعنى الاصولي مقابل للسبب، وقد عرفت ان الشرط بالمعنى الثاني اعم من السبب، لانه يطلق على ما يلزم من عدمه العدم، سواء لزم من وجوده الوجود أيضا وهو السبب، أم لا وهو الشرط الاصولي

و الشرط بالمعنى النحوي ما يكون بعد اداة الشرط، وهذا غير معتبر هنا كما لا يخفى.

وكيف كان (ف) المعنى الثاني للشرط (ليس فعلا) للانسان (ولا حدثا) فلعل الحدث اعم من الفعل، اذ يشمل كل حادث سواء كان فعلا للانسان أم لا، فهو من باب الترقى مثل ان نقول: الحجر ليس بإنسان ولا بحيوان (واشتقاق المشروط) كان يقال: الصلاة مشروطة بالوضوء (منه) اي من الشرط- بالمعنى الثاني- (ليس على الاصل) اي اصل الشرط بمعنى القيد، اذ الجامد لا يشتق منه (ك) اشتقاق (الشارط) منه، فانه أيضا ليس على الاصل، بل اللازم ان نضمَّنه معنى الشرط الحدثي.

ص: 131

ولذا ليسا بمتضايين في الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط

(ولذا) الذي ذكرنا ان الاشتقاق منه ليس على الاصل ف (ليس) اي الشارط و المشروط (بمتضايين).

و المتضايان هما الامران الوجوديان الآذي يلزم كل واحد منهما الآخر، كالضارب و المضروب، فانه لا يتحقق الضارب الا اذا تحقق المضروب و لا يتحقق المضروب الا اذا تحقق الضارب، و الشارط و المشروط بالمعنى الثانى الجامد ليس بينهما تضاييف (فى الفعل و الانفعال) فليس كَلِّما تحقق احدهما تحقق الآخر، و الحال ان المتضايين بينهما فعل و انفعال، اذا كلما تحقق الفعل تحقق الانفعال، و كلما تحقق الانفعال تحقق الفعل.

و حيث انه ليس بين الشارط و المشروط- بالمعنى الثانى - تضاييف، دَلَّ ذلك على ان اشتقاقهما ليس على الاصل، بل لكل واحد معنى مضمن فى الشرط بمعناه الجامد (بل الشارط هو الجاعل) اي جاعل الشرط (و المشروط هو ما جعل له الشرط) كالصلاة، فيقال: الصلاة مشروطة بالطهارة.

فالشارط هو الله الجاعل للوضوء، اما المشروط فليس هو الوضوء المنجعل، بل المشروط هو الصلاة المنجعل لها، و الحال انه لو كان الشارط و المشروط متضايين، كان اللازم ان يكون المشروط هو منجعل الشارط الجاعل.

ص: 132

و الحاصل ان عدم التضاييف بين الشارط و المشروط دليل على ان الشرط- بالمعنى الثانى- ليس مشتقا، بل جامدا، و ان اشتقاق الشارط و المشروط منه، انما هو بالتضمنين، و ليس على الاصل.

فحال هذه الالفاظ الثلاثة (كالمسبب بالكسر) الذي يقال لعله الشىء (و الفتح) الذي يقال للمسبب له، لا لنفس السبب (المشتقين من السبب) مثلا الله سبحانه مسبب- بالكسر- و النار سبب، و الاحتراق مسبب- بالفتح-.

فليس بين المسبب و المسبب تضاييف، اذ لو كان بينهما تضاييف، لكان المسبب الله، و المسبب النار، لان الصادر من المسبب بالكسر، النار، لا الاحتراق.

فعدم التضاييف بين المسبب و المسبب دليل على ان السبب جامد، و ان الاشتقاق منه بالتضمنين.

و ان شئت قلت: الشارط هو الله و المشروط الصلاة و الشرط الوضوء و لو كان الشرط مشتقا لكان اللازم ان يكون المشروط هو الوضوء- لا الصلاة-.

و كذلك المسبب هو الله و المسبب هو الاحتراق، و السبب النار.

و لو كان السبب مشتقا لزم ان يكون المسبب هو النار- لا الاحتراق- فتأمل.

فعلم من ذلك ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر، وبمعنى الشىء .

و اما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة، لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثانى، كما ان استعماله فى السنة اهل المعقول و الاصول فيما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده

(فعلم من ذلك) الذى ذكرنا فى معنى الشرط الاول و الثانى (ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر) لأمر يأمر امرا، و هذا على قياس الشرط بالمعنى الاول الحدثنى (و بمعنى الشىء) نحو اذا قضى امرا اى شيئا، و هذا على قياس الشرط بالمعنى الثانى الجامد.

(و اما استعماله) اى الشرط (فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة الشرط) مثل: ان جاءك زيد فاکرمه، فانهم يسمون جملة جاءك زيد شرطا، كما يسمونه جملة شرطية (فهو اصطلاح خاص مأخوذ) هذا الاصطلاح (من افادة تلك الجملة):- الشرط- فان جملة الشرط تفيد ان المجيء شرط للاكرام، فالاکرام مقيد بقيد المجيء، كما ان الصلاة مقيدة بالوضوء.

فكما ان الوضوء يسمى شرطا كذلك المجيء يسمى شرطا (لكون مضمونها) اى مضمون الجملة الاولى و هى ان جاءك زيد (شرطا بالمعنى الثانى) و هو المعنى الجامد (كما ان استعماله) اى الشرط (فى السنة اهل المعقول و الاصول فيما يلزم من عدمه العدم، و لا يلزم من وجوده

الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى، الا انه اضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب.

فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين، و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية، بل هي مرددة بين الاولين.

فان قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الاول

الوجود) وهذا اخص مما ذكرنا في المعنى الثاني حيث قلنا: انه ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود فيشمل ما يلزم و ما لا يلزم (مأخوذ من ذلك المعنى) الثاني أيضا (الا انه اضيف) عند اهل المعقول و الاصول (إليه) اى الى المعنى الثاني (ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا للسبب).

فالمعنى الثاني اعم من الشرط و السبب- عند اهل المعقول- بينما المعنى عند اهل المعقول خاص بالشرط الاصطلاحى عندهم، و لا يشمل السبب.

(فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين) و هما ما ذكرناه بقولنا:

الاول، الثاني (و آخرين اصطلاحيين) فى اصطلاح النحاة، و فى اصطلاح اهل المعقول (لا- يحمل عليهما) اى على المعنيين الاصطلاحيين (الاطلاقات العرفية، بل هي) اى الاطلاقات العرفية (مرددة بين الاولين) و هما المعنى الحدثى الاول، و المعنى الجامد الثانى.

(فان) استعمل الشرط فى لسان العرف، آية او رواية او كلام فقيه.

او ما اشبه، و (قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الاول) اى الحدثى

او على إرادة الجامد تعين الثاني، و الا حصل الاجمال.

و ظهر أيضا ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم:

المؤمنون عند شروطهم، هو الشرط باعتبار كونه مصدرا.

اما مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم.

و اما مستعملا بمعنى ملتزماتهم.

و اما بمعنى جعل الشئ ء شرطا بالمعنى الثانى،

(او على إرادة الجامد تعين الثانى، و الا) تحصل قرينة على احد المعنيين (حصل الاجمال) و المرجع فى ذلك الاصول العملية، كما هو الشأن فى كل مكان لا ظهور فيه.

(و ظهر أيضا) مما ذكرنا فى معنى الشرط (ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم: المؤمنون عند شروطهم، هو الشرط باعتبار كونه مصدرا) اى ما يشترطون على انفسهم و هو مصدر شرط بشرط.

(اما مستعملا فى معناه) الحقيقى (اعنى) المؤمنون عند (الزاما) تهم (على انفسهم) و معنى: عند، انهم مقترنون معها اقترانا لا يفارقونها، و هذا الاقتران شرعى، بمعنى ان الشارع جعلهم بحيث لا يتمكنون من الانفكاك.

(و اما مستعملا) فى معناه المجازى (بمعنى ملتزماتهم) بان استعمل الشرط بمعنى المشروط، كالخلق بمعنى المخلوق، و هذا ما اشار إليه سابقا بقوله: ثم قد يتجاوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى الخ.

(و اما بمعنى جعل الشئ ء شرطا بالمعنى الثانى) الذى اشار إليه

بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر وسيجيء الكلام في ذلك.

و اما الشرط في قوله: ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غيره؟ قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وقوله: الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط او لم يشترط، فيحتمل ان يراد به ما قرره الشارع و الزمه على المتبايعين او احدهما

بقوله الثاني ما يلزم من عدمه العدم (بمعنى التزام عدم شيء عند عدم آخر) اى يجب عليهم الالتزام بعدم المشروط عند عدم الشرط.

و حاصل معنى الحديث: ان المؤمنين يجب عليهم الخروج عن عهدة التزاماتهم على انفسهم - على المعنى الاول الحقيقى -.

او يجب عليهم الخروج عن عهدة ملتزماتهم - على المعنى الاول المجازى -.

او يجب عليهم الالتزام بعدم المشروط عند عدم الشرط - على المعنى الثانى (وسيجيء الكلام في ذلك) و انه باى معنى اقرب الى اللفظ ان شاء الله تعالى.

(و اما الشرط في قوله: ما الشرط في الحيوان؟ قال) عليه السلام (ثلاثة ايام للمشتري، قلت: و ما الشرط في غيره؟) اى غير الحيوان من سائر اقسام البيوع (قال: البيعان بالخيار حتى يفترقا، وقوله) عليه السلام (الشرط في الحيوان ثلاثة ايام للمشتري اشترط) المشتري ذلك لنفسه (او لم يشترط، فيحتمل ان يراد به) اى بلفظ الشرط (ما قرره الشارع و الزمه على المتبايعين) فى خيار المجلس (او) الزمه على (احدهما)

من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول، فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع.

ويحتمل ان يراد به الحكم الشرعي المقرّر، و هو ثبوت الخيار.

وعلى كل تقدير ففي الاخبار عنه بقوله: ثلاثة ايام، مسامحة.

في خيار الحيوان (من التسلط على الفسخ) «من» بيان «ما قرّره» (فيكون) الشرط (مصدرا بمعنى المفعول) فالسائل سئل: ما هو الملتزم من قبل الشارع (فيكون المراد به) اى بالملتزم (نفس الخيار المحدود من الشارع) بثلاثة ايام او بمدة كونهما في المجلس.

(ويحتمل ان يراد به) اى بلفظ الشرط (الحكم الشرعي المقرّر) فالشرط اسم مصدر، لانه مستعمل في الهيئة بدون النسبة (و) المراد بالحكم الشرعي المقرّر (هو ثبوت الخيار) اى الخيار الثابت شرعا و هو الخيار المنسوب الى الشرع.

و الحاصل انه قد يكون السؤال عن الموضوع، اى نفس الخيار فكانه قال السائل: ما هو الخيار في الحيوان، وقد يكون السؤال عن الحكم، فكانه قال السائل: ما ذا قرّر الشارع في الحيوان.

(وعلى كل تقدير) سواء كان السؤال عن الحكم او عن الموضوع (ففي الاخبار عنه بقوله: ثلاثة ايام، مسامحة) اذا الثلاثة ليست موضوعا للخيار ولا حكما للخيار.

فعلى ارجاع لفظ الشرط الى الموضوع يكون التقدير ما مدة الشرط بتقدير لفظ المدة بين «ما» و «الشرط» فان الخيار لا يحمل على ثلاثة

نعم فى بعض الاخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام، و لا يخفى توقفه على التوجيه.

ايام.

اما مدة الخيار فتحمل على ثلاثة ايام و على ارجاع لفظ الشرط الى الحكم، فيكون التقدير كائن فى الثلاثة.

و من المعلوم ان امثال هذه التقديرات كتقدير لفظ المدة، او كائن، لا تحتاج الى التوجيه لانها من المجازات المتعارفة.

(نعم فى بعض الاخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام، و لا يخفى توقفه على التوجيه) اذ الشرط باى معنى كان لا يكون فى الحيوان، بل اللزم ان يقال: الحيوان متعلق الخيار، او متعلق حكم الخيار، فتأمل.

<>

ص: 139

اشارة

وهى امور قد وقع الكلام او الخلاف فيها.

احدها: ان يكون داخلا تحت قدرة المكلف،

فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها مثل صيرورة الزرع سنبلًا و كون الامة و الدابة تحمل فى المستقبل او تلد كذا او كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، كما مثل به فى القواعد.

(الكلام فى شروط صحة الشرط، و هى امور قد وقع الكلام او الخلاف فيها).

(احدها: ان يكون) الشرط (داخلا تحت قدرة المكلف) بان يقدر المكلف على انجاز الشرط مباشرة او بالتسيب، بفعل نفس الشرط او مقدماته المؤدية إليه، كان يشترط عليه الاحراق، فانه قادر عليه بايجاد مقدماته (فيخرج ما لا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها) اى بتلك الصفة (مثل صيرورة الزرع سنبلًا) بان يبيعه الزرع بشرط ان يصير فى المستقبل سنبلًا (و كون الامة و الدابة تحمل فى المستقبل او تلد كذا) اى تلد ذكرا او انثى مثلا (او كان عملا كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، كما مثل به فى القواعد).

لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلًا و تمرًا، والغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كافعال الله سبحانه، لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لان الالتزام

و الفرق بين الصفة و الجعل، ان الصفة لا ينسبها العاقد الى نفسه بخلاف الجعل، ففي الاول لا يقول، انا اجعل، بل يقول هو بصير سنبلًا و في الثاني يقول: انا اجعل.

(لكن الظاهر ان المراد به) اى بالجعل (جعل الله الزرع و البسر) و هو التمر قبل ان يحلو و ينضج (سنبلًا و تمرًا) فشرط ان يجعل العاقد بنفسه الزرع سنبلًا، شرط غير عقلائي، و الكلام فى الشروط التى يجريها العرف، و ان كانت غير مقدورة، واقعا (و الغرض) من شرطهم: كون الشرط داخلا- تحت قدرة المكلف (الا-حتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته) بان يشترط فعلا ليس هو فعل العاقد، و لا يكون تحت قدرة العاقد (كافعال الله سبحانه) كاشتراط الحمل و السنبل، فان الحمل ليس فعل العاقد، و لا يكون تحت قدرته، بخلاف ما اذا شرط سقى الحديقة مثلا، فانه فعل العاقد، او تحت قدرته بان يأمر عبده او ولده بالسقى (لا) ان قصدهم بهذا الشرط «المقدورية» الاحتراز (عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه) و ان كان الفعل فى نفسه ليس مستحيلا، او كان الفعل فى نفسه أيضا مستحيلا.

و انما قلنا ليس قصدهم الاحتراز عن مثل هذا الشرط (لان الالتزام

و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا او عادة مما لا يرتكبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين او الطير ان فى الهواء مما لا يرتكبه العقلاء و الاتيان بالقييد المخرج لذلك و الحكم عليه بعدم الجواز، و الصحة، بعيد عن شأن الفقهاء، و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك فى باب الاجارة و الجعالة

مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة.

و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا- او عادة) و ان لم يمتنع عقلا (مما لا يرتكبه العقلاء و) من المعلوم ان (الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين) المستحيل عقلا (او الطير ان فى الهواء) المستحيل عادة (مما لا يرتكبه العقلاء) اذ كلام العقلاء فى الامور الممكنة عقلا و عادة (و الاتيان بالقييد المخرج لذلك) بان يقيدوا الشرط بكونه مقدورا لاجرا المحال العقلى و العادى (و الحكم عليه) اى على هذا النحو من القيد (بعدم الجواز، و) عدم (الصحة، بعيد عن شأن الفقهاء، و لذا لم يتعرضوا لمثل ذلك) القيد المخرج للمستحيلات (فى باب الاجارة و الجعالة) فلم يقولوا: يشترط فى الاجارة ان يكون متعلقها مقدورا، فلا تصح اجارة الانسان على ان يطير، او يجمع بين الضدين - هذا أولا-.

(مع ان اشتراط كون الفعل) و هو الشرط (سائغا) اى جائزا (يغنى عن اشتراط القدرة) فيتأتى ان الشرط يلزم ان يكون جائزا، اذ غير المقذور، لا يصح ان يقال له انه جائز، اذ الجواز و عدم الجواز يتعلقان بالمقدور، كما لا يخفى.

نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج عن اختيار المتعاقدين المحتمل وقوعه فى المستقبل، وارتباط العقد به بحيث يكون التراضي منوطا به وواقعا عليه امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم، بل اولى بالاشتراط من الوصف الحالى غير المعلوم تحققه، ككون العبد كاتباً و الحيوان حاملاً

(نعم اشتراط تحقق فعل الغير الخارج) ذلك الفعل (عن اختيار المتعاقدين) مثل افعال الله تعالى (المحتمل وقوعه فى المستقبل، و ارتباط) عطف على «اشتراط» (العقد به) اى بذلك الفعل، ارتباطاً (بـ) بحيث يكون التراضي منوطاً به) اى بذلك الفعل (واقعا عليه) مثل ان يقول: انى ابيعك هذا الشيء بشرط ان لا يأتى الحاج او انى استأجر منك هذه الدار بشرط ان يأتى الزوار، لانه اذا اتى الحاج او الزوار احتاج الى الدار، ليؤجرها لهم بمبلغ كثير - مثلاً - (امر صحيح عند العقلاء مطلوب لهم) فلا وجه للمنع عن مثل هذا الشرط بعد شمول الأدلة العقلية و الشرعية له (بل) اشتراط فعل الغير - على النحو الذى ذكرناه - (اولى بالاشتراط من الوصف الحالى غير المعلوم تحققه) الآن (ككون العبد كاتباً و الحيوان حاملاً) مثل ان يشتري العبد بشرط ان يكون كاتباً، فى الحال او يشتري الحيوان بشرط ان يكون حاملاً فى الحال.

وجه الاولوية امكان الغناء عن الشرط الحالى بالتجربة - غالباً - فلا يحتاج الى الشرط، بخلاف شرط فعل الغير الاستقبالى، فانه غالباً

و الغرض الاحتراز عن ذلك.

و يدل على ما ذكرنا تعبير اكثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا او لصيرورتهما كذلك و تمثيلهم لغير المقدور بانعقاد الثمرة و ايناها و حمل الدابة في ما بعد و وضع الحامل في وقت كذا

لا يعرف، و لذا يحتاج الى الشرط، فيما اذا كان الغرض متعلقا بالشرط- نعم يصح كلاهما- (و الغرض) من هذا الشرط (الاحتراز عن ذلك) هو الاحتراز عن فعل الغير، لا الاحتراز عن شرط المستحيل عقلا او عادة، اذ قد عرفت ان ذلك لا يليق بكلام الفقهاء.

(و يدل على ما ذكرنا) من انهم قصدوا باشتراط كون الشرط داخلا تحت القدرة، ان لا يكون تحت قدرة الغير، لا انهم قصدوا ان لا يكون محالا (تعبير اكثرهم) لمقابل شرط القدرة (ببلوغ الزرع و البسر سنبلًا و تمرا).

و من المعلوم ان ذلك ليس بمحال عقلا و لا عادة، و انما هو بحيث لا يكون داخلا تحت قدرة المشروط عليه، بل داخلا تحت قدرة الله تعالى (او لصيرورتهما كذلك) عطف على «ببلوغ» حيث ان بعضهم عبّر: بشرط ان يبلغ الزرع، و بعضهم عبّر بشرط ان يصير الزرع (و تمثيلهم لغير المقدور) «تمثيلهم» عطف على «تعبير» (بانعقاد الثمرة و ايناها) اي بنضجها (و حمل الدابة في ما بعد) العقد (و وضع الحامل في وقت كذا) فان كل ذلك مقدور لغير الشارط- و خارج عن قدرة الشارط-.

نعم لو شرط تبليغ المشروط عليه البسر تمرا و عقده الثمرة و تحميله

وغير ذلك.

وقال في القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره، كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، قال الشهيد ره في محكي حواشيه على القواعد ان المراد جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرًا، لانا انما نفرض فيما يجوز ان

الدابة كان ذلك غير مقدور له اصلا، بل محال بالنسبة إليه.

وقوله «و تمثيلهم» مثال آخر لبلوغ الزرع الذي ذكره أولا، لانه شيء جديد، كما ربما يتوهم من ظاهر العبارة (وغير ذلك) من الامثلة.

و الحاصل ان الشيخ يقول: ان قولهم: بوجوب ان يكون الشرط داخلا تحت القدرة، يريدون قدرة الشارط، مقابل ما كان تحت قدرة غيره، بدليل ان اخراج المحال لا يحتاج الى القيد، و بشهادة امثلتهم لا انهم يريدون مطلق القدرة، مقابل المحال العقلي او العادى.

(و) يدل على ما ذكرناه ما ذكره الشهيد فى شرح عبارة القواعد (قال فى القواعد: يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره) اى دون ما لا يدخل تحت قدرة البائع، و مثل للغير بقوله (كجعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا).

ثم (قال الشهيد ره فى محكي حواشيه على القواعد ان المراد) من «الغير» فى كلام العلامة (جعل الله الزرع سنبلًا و البسر تمرًا) لا ان مراد العلامة اخراج جعل المشروط عليه الزرع سنبلًا (لانا انما نفرض) الكلام- فى ان اى شرط صحيح و اى شرط غير صحيح- (فيما يجوز ان

ص: 145

يتوهمه عاقل لامتناع ذلك من غير الاله جلّت عظمته، انتهى، لكن قال فى الشرائع: ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا و الرطب على ان يجعله تمرا، انتهى، ونحوها عبارة التذكرة، لكن لا بد من ارجاعها الى ما ذكر، اذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالتزام والالتزام بهذا الممتنع العقلى.

يتوهمه عاقل).

وجعل الشرط ان يصير الله الزرع سنبلًا، يجوز ان يتوهمه العقلاء اما ارادتهم شرط ان يجعل المشروط عليه الزرع سنبلًا، فليس مفروض الكلام (لامتناع ذلك من غير الاله جلّت عظمته) فلا يمكن ان يقع فيه الكلام حتى يقال: انه لا يجوز (انتهى) كلام الشهيد.

و (لكن قال فى الشرائع) ما ظاهره ان شرط المقدورية لاجراء شرط جعل المشروط عليه الزرع سنبلًا- الذي قلنا انه محال- قال (و لا يجوز اشتراط ما لا- يدخل فى مقدوره) اى مقدور المشروط عليه (كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا و الرطب على ان يجعله تمرا) اى يجعله المشروط عليه (انتهى، ونحوها عبارة التذكرة) حيث عبّر ب «يجعله» (لكن لا بد من ارجاعها) اى ارجاع عبارة الشرائع و التذكرة (الى ما ذكر) اى الى شرط ان يجعل الله البسر تمرا (اذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالتزام والالتزام بهذا الممتنع العقلى) حتى نقول بانه غير جائز،.

و الحاصل ان الفقهاء انما يتكلمون حول الاشياء الممكنة، ليروا ان

ص: 146

اللهم الا ان يراد اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه مع التزام الايصال، فاسند الجعل الى نفسه بهذا الاعتبار، فافهم.

ايا منها جائز، و ايا منها غير جائز، اما الاشياء الممتعة فالعقلاء لا يرتكبونها بانفسهم، فلا يحتاج الى تكلم الفقيه حوله.

(اللهم الا ان يراد) من عدم صحة شرط ان يجعل ... (اعمال مقدمات الجعل على وجه توصل إليه) اي الى الجعل، فالفقيهاء يريدون ان يقولوا لا يصح ان يشترط على البائع ان يأتي بمقدمات صيرورة البسر تمرا (مع التزام) البائع (الايصال) الى التمرية.

و انما لا يصح هذا الشرط، لان الايصال ليس بيد البائع (فاسند)- بالمجهول- اي فى كلام الفقهاء (الجعل الى نفسه) اي نفس المشروط عليه (بهذا الاعتبار) اي اعتبار إرادة مقدمات الجعل من لفظ الجعل.

فتحصل ان الشرط على أربعة اقسام.

1-: ان يجعل الله الزرع سنبلًا، وهذا ممكن غير جائز.

2-: وان يجعل الانسان الزرع سنبلًا، وهذا محال.

3-: وان يأتي المشروط عليه بالمقدمات فقط، وهذا ممكن جائز.

4-: وان يأتي المشروط عليه بالمقدمات على وجه توصل الى النتيجة وهذا ممكن غير جائز (فافهم) فان ارجاع عبارتى المحقق و التذكرة الى خلاف ظاهرهما لا وجه له.

ص: 147

و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور- مضافا الى عدم الخلاف فيه- عدم القدرة على تسليمه، بل و لا على تسليم المبيع اذا اخذ متصفا به، لان تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا يناط بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه و لذا نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط

(و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور) اى شرط ان يكون الشرط داخلا تحت قدرة المكلف (- مضافا الى عدم الخلاف فيه-) بين الفقهاء (عدم القدرة على تسليمه) اى تسليم الشرط غير المقدور (بل و لا على تسليم المبيع اذا اخذ) المبيع (متصفا به) اى بهذا الشرط.

و صورة القياس هكذا، هذا الشرط غير مقدور على تسلّمه و كل شرط غير مقدور على تسلّمه فهو باطل، فهذا الشرط باطل.

اما الصغرى: ف (لان تحقق مثل هذا الشرط) انما هو (بضرب من الاتفاق، و لا يناط) تحقيقه (إرادة المشروط عليه) فانه ربما يشاء الله سبحانه جعل الزرع سنبلًا وربما يشاء عدمه، و كذلك في حمل الدابة، و سائر الامثلة.

و اما الكبرى (ف) لانه (يلزم) من اشتراط هذا الشرط (الغرر في العقد، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه) و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله عن الغرر.

(و لذا) الذي ذكرنا من سراية مجهولية الشرط الى العقد فهو غررى (نفى الخلاف في الغنية عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط) غير

استنادا على عدم القدرة على تسليم المبيع كما يظهر بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة.

ولا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملاً، للفرق بينهما- بعد الاجماع- بان التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالى

المقدور (استنادا) في البطلان (على عدم القدرة على تسليم المبيع) اذ لا يتمكن البائع من تسليم المبيع المشروط بهذا الشرط (كما يظهر) كونه استند الى ذلك (بالتأمل في آخر كلامه في هذه المسألة).

لكن لا يخفى الاشكال في الكبرى، اذ عدم القدرة لا يجعل الامر غرريا- عرفا- بل العقلاء يتعلق غرضهم بهكذا معاملة، كما تقدم من مثال اشتراطهم الاجارة و البيع بعدم مجيء الزوار او بمجيئهم- مثلا-

(و) ان قلت: اذا كان الشرط المجهول التحقق يوجب بطلان الشرط بل بطلان البيع، فلما ذا لا تقولون بمثله في الشرط الحالى.

قلت: (لا ينقض ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حاليا) و كان الوصف بحيث (لا يعلم تحققه في المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملاً) في حال انه لا يعلم انه كاتب او انها حامل، فانه لا اشكال في صحة هذا الشرط مع انه و الشرط الاستقبالي بمنزلة واحدة.

وانما لا ينقص (للفرق بينهما) اى بين الشرط الاستقبالي المجهول و الشرط الحالى المجهول (- بعد الاجماع-) المتقدم (بان التزام وجود الصفة في الحال بناء على وجود الوصف الحالى) «بناء» خبر «التزام»

و لو لم يعلما به.

فاشترط كتابة العبد المعين الخارجى بمنزلة توصيفه بها وبهذا المقدار يرتفع الغرر، بخلاف ما سيتحقق فى المستقبل، فان الارتباط به لا يدل على البناء على تحققه.

اى ان البائع يلتزم وجود الوصف، و التزامه هذا يرفع الغرر، بخلاف الوصف الاستقبالى فان البائع لا يتمكن من الالتزام به، لانه ليس بيده المستقبل، و اذا لم يتمكن من الالتزام به، كان ذلك غرريا.

ثم ان التزام البائع كاف فى رفع الغرر (و لو لم يعلما به) اى بالوصف هل هو موجود الآن أم لا؟ فان الرفع للغرر الالتزام، لا وجود الوصف الفعلى او العلم به.

(فاشترط كتابة العبد المعين الخارجى) بان باعه هذا العبد على شرط ان يكون كاتبا الآن حال البيع (بمنزلة توصيفه بها) اى بمنزلة ان يقول: انى ابيعك هذا العبد الكاتب (وبهذا المقدار) من الالتزام و التوصيف (يرتفع الغرر) فلا مانع من مثل هذا البيع (بخلاف ما سيتحقق فى المستقبل) كجعل الزرع سنبلًا (فان الارتباط به) اى ارتباط البائع العقد بهذا الشرط الاستقبالى (لا يدل على البناء على تحققه).

وفيه أولا: ان مجرد البناء فى الوصف الحالى لا يخرج العقد من الغرر- اذا كان الجهل بهذا المقدار غررا-.

و ثانيا: ان البناء و التوصيف موجودان فى الاستقبالى أيضا، فهو بمنزلة ان يقول: انى ابيعك هذا الزرع المتصف بانه سيصبح سنبلًا.

وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان تكون الامة تحمل في المستقبل لانه غرر عرفا، خلافا للمحكى عن الشيخ والقاضى، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ اذا لم يتحقق و ظاهرهما- كما استفاده فى الدروس- تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف فى مسألة اعتبار القدرة فى صحة الشرط.

ويمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشتراط الحمل فى المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل.

(وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان تكون الامة تحمل فى المستقبل) وعلل ذلك بقوله: (لانه غرر عرفا).

ثم ان ما ذكرناه من بطلان الشرط الاستقبالى ليس اتفاقيا، بل (خلافا للمحكى عن الشيخ والقاضى، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل) فى المستقبل (و بجواز الفسخ) لانتفاء الشرط (اذا لم يتحقق) الحمل فى المستقبل (و ظاهرهما- كما استفاده فى الدروس- تزلزل العقد باشتراط) شرط (مجهول التحقق) لا بطلان العقد، كما ادعاه الغنية.

وعليه (فيتحقق الخلاف فى مسألة اعتبار القدرة فى صحة الشرط) لان تزلزل العقد يلازم صحة هذا الشرط.

(ويمكن توجيه كلام الشيخ) والقاضى (ب) ما لا ينافى كلام المشهور القائلين ببطلان البيع بمثل هذا الشرط الاستقبالى المجهول ب (ارجاع اشتراط الحمل فى المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل) حتى يكون

فعدمه كاشف عن فقدها.

وهذا الشرط و ان كان للتأمل في صحته مجال، الا ان إرادة هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف.

ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه اصلا كاشتراط ان الحامل تضع في شهر كذا.

الشرط حاليا- من قبيل شرط كتابة العبد- بان يشترط ان تكون في الامة قابلية الحمل (فعدمه) بان لم تحمل، مما يكشف عن انه لم تكن لها قابلية (كاشف عن فقدها) اى فقد تلك الصفة حال العقد، كما لو تبين ان العبد لم يكن كاتباً.

(وهذا الشرط) اى شرط الصفة الحاضرة (و ان كان للتأمل في صحته مجال) لانه لا يكفى في دفع الغرر التزام البائع بما لا يعلمان بوجوده وعدمه، و ان التزام البائع وجود الوصف (الا ان إرادة هذا المعنى) من عبارة الشيخ والقاضى (يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف).

ويحقق ما ذكرناه سابقا من انه لا خلاف في ذلك الا ان ارجاع كلام الشيخ والقاضى الى ما ذكره المصنف خلاف ظاهرهما فلا وجه له، و قد عرفت ان مثل هذا الشرط الاستقبالي لا يوجب الغرر.

(ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته) اى عدم مدخلية المشروط عليه (فيه) اى في الشرط (اصلا) فلا يتمكن من ايجاده

و ذلك (كاشتراط ان الحامل تضع في شهر كذا) او يوم كذا، او ان يصير الزرع سنبلًا.

و اخرى لعدم استقلاله فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد فان المقدور هو الايجاب فقط، لا العقد المركب فان اراد اشتراط المركب فالظاهر دخوله فى اشتراط غير المقدور، الا ان العلامة قدس سره فى التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء، و العدم، اذ تقديره: بعه على زيدان اشتراه انتهى.

و لا اعرف وجهها للاحتمال الاول، اذ على تقدير

(و اخرى لعدم استقلاله) اى استقلال المشروط عليه (فيه) اى فى حصول الشرط، و ان كانت له مدخلية (كاشتراط بيع المبيع من زيد) او بيع المبيع من اى انسان كان (فان المقدور هو الايجاب فقط، لا-العقد المركب) من الايجاب و القبول (فان اراد) الشارط (اشتراط المركب) بان يأتى المشروط عليه بالعقد بايجاب و قبول (فالظاهر دخوله فى اشتراط غير المقدور) و يكون الشرط باطلا حينئذ (الا ان العلامة قدس سره فى التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد) مثلا (قال: لو اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمال ثبوت الخيار) للبائع (بين الفسخ و الامضاء) لان شرطه لم يتحقق (و) احتمال (العدم) فلا خيار له (اذ تقديره) اى تقدير الشرط (بعه على زيدان اشتراه، انتهى) فاذا لم يشتره فلا امر بالبيع فلا خيار، لانه لم يتخلف الشرط- كما لو شرط عليه اكرام زيد ان اتاه فلم يأت زيد- فانه لا مجال للفسخ.

(و لا اعرف وجهها للاحتمال الاول) اى ثبوت الخيار (اذ على تقدير

إرادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط.

وعلى تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغى البطلان، الا ان يحمل على صورة الوثوق بالاشتراف فاشتراف النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط.

وعليه يحمل قوله فى التذكرة ولو اشترط على البائع اقامة

إرادة اشتراط) الشارط (الايجاب فقط) او عرضه على البيع ف (قد حصل الشرط) فلا وجه لخيار الفسخ، لان المفروض ان المشروط عليه عرض المتاع على البيع او اوجب البيع.

(وعلى تقدير اشتراط المجموع المركب) من الايجاب و القبول (ينبغى البطلان) لان هذا الشرط غير مقدور للمشروط عليه، فهذا الشرط باطل لكنك قد عرفت صحة مثل هذا الشرط، فكلام العلامة فى محله (الا ان يحمل) كلام العلامة (على صورة الوثوق) من الشارط (بالاشتراف) فالشرط و ان كان غير مقدور، الا ان الوثوق بحصوله كاف فى صحته (فاشتراف النتيجة) اى اشتراط البائع: الاشتراف الخارجى (بناء) خبر «اشتراف» (على حصولها) اى النتيجة (بمجرد الايجاب فاتفق امتناعه) اى المشتري (من الشراء بمنزلة تعذر الشرط) المقدور كما اذا شرط على المشتري ان يخيط قبائه ثم اصابه الشلل ولا يقدر على الخياطة، فانه يوجب خيار الفسخ للشارط، لا ان الشرط باطل من اصله

(وعليه) اى على ما ذكرنا من صورة الوثوق بحصول الشرط، ثم تعذر الشرط (يحمل قوله فى التذكرة و لو اشترط) المشتري (على البائع اقامة

كفيل على العهدة فلم يوجد، او امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار، انتهى.

و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط، كاشتراط كون امرأة مزوجة او الزوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب اما

كفيل على العهدة) بان المتاع ان ظهر ملكا للغير، او ظهر معيبا فكفيل يكفل البائع لئلا يهرب من اداء ما عليه (فلم يوجد) الكفيل الذي يكفله (او) كان الشرط كفالة انسان معين للبائع، ف (امتنع المعين) عن قبول الكفالة (ثبت للمشتري الخيار).

وانما نحمل كلام العلامة على ذلك، لانه لو لم نحمله عليه كان الشرط باطلا لانه غير مقذور (انتهى) كلام التذكرة.

لكنك قد عرفت عدم الاحتياج الى امثال هذه التجشّمات.

(و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية) بنفس الشرط من دون الاتيان باسبابها الشرعية بان كانت تلك الغاية (متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط) كان الاولى ادخال ذلك في اشتراط ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (كاشتراط كون امرأة مزوجة) مثل ان يبيع الرجل المتاع لامرأة اجنبية بشرط ان تكون زوجة له بنفس هذا الشرط (او الزوجة مطلقة) كان يبيع للزوج متاعا بشرط ان تكون زوجته مطلقة بنفس هذا الشرط (من غير ان يراد من ذلك) الشرط (ايجاد الاسباب اما

لو اراد ايجاد الاسباب او كان الشرط مما يكفى فى تحققه نفس الاشتراط فلا اشكال.

ولو شك فى حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتى الكلام فيه فى حكم الشرط.

الثانى: ان يكون الشرط سائغا فى نفسه،

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا ونحوه من المحرمات، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

لو اراد ايجاد الاسباب) بالشرط بان تكون زوجة له بالنكاح الشرعى، او ان يطلق زوجته (او كان الشرط مما يكفى فى تحققه نفس الاشتراط) كان يشترط البائع، ان تكون دار المشتري ملكا للبائع، فان الشرط كاف فى نقل الملكية (فلا اشكال) فى صحة مثل هذا الشرط، لانه مقدور و جائز شرعا.

(ولو شك فى حصوله) اى حصول ذلك المشروط (بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة) اذا شككنا فى انه هل يحتاج الملك الى اسباب خاصة او انها تتحقق بنفس الشرط؟ (فسيأتى الكلام فيه) اى فى حكم ما لو شك و هل يصح شرطه أم لا؟ (فى حكم الشرط) ان شاء الله تعالى.

(الثانى) من شروط صحة الشرط (ان يكون الشرط سائغا فى نفسه فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا او نحوه) كاشتراط نحت الخشب صليبا او صنما (من) سائر (المحرمات) و ذلك (لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم) و الا لا نفتح باب تحليل المحرمات و اسقاط الواجبات بالشرط فى ضمن العقد، و هو بديهى البطلان.

و يدل عليه ما سيجيء من قوله المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا احلّ حراما او حرّم حلالا.

فان الشرط اذا كان محرّما كان اشتراطه و الالتزام به احلالا للحرام و هذا واضح لا اشكال فيه.

الثالث: ان يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا،

او بالنظر الى خصوص المشروط له.

(و يدل عليه ما سيجيء من قوله) عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احلّ حراما او حرّم حلالا) و المراد بالحلال مقابل الحرام فيشمل الاحكام الاربعة الاخر و هي: الواجب و المندوب و المكروه و المباح و كذلك في قوله عليه السلام: حلال محمّد «ص» حلال الى يوم القيامة، و حرام محمد حرام الى يوم القيامة- و سيأتي الكلام فيه-.

(فان الشرط اذا كان محرّما كان اشتراطه) من المشترط (و الالتزام به) من المشترط عليه (احلالا للحرام) او تحريما للحلال (و هذا واضح لا اشكال فيه) فان الالتزام و ان لم يكن عملا- و الظاهر الذي عليه جمع من المحققين ان الالتزام بالاحكام غير لازم، و انما اللازم العمل- الا انه عرفا احلال للحرام، و لا يخفى ان هذا الشرط داخل في الشرط الرابع فذكره مستقلا لم يعرف له وجه.

(الثالث) من شروط صحة الشرط (ان يكون) الشرط (مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا) لهذا المشروط له و لغيره (او بالنظر الى خصوص المشروط له) و ان لم يكن فيه غرض للعقلاء فاذا لم يكن هناك غرض للعقلاء و لهذا الشارط او كان غرض غير معتد به لم يصح الشرط.

و مثل له فى الدروس باسئراط جهل العبد بالعبادات.

وقد صرح جماعة بان اسئراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد المئعارف لغو، سواء فى السلم، وغيره.

وفى الئذكرة لو شرط ما لا عرض للعقلاء فيه، ولا يزيد به المالية،

اما اذا كان فيه عرض للعقلاء لا لهذا الشرط، او كان فيه عرض لهذا الشرط لا للعقلاء، فانه يصح لما سياتى من انه حق عرفا، فيشمله دليل الشرط المنصرف الى ما كان حقا، وقوله: نوعا، لان الغالب عدم اتفاق كافة العقلاء فى الاغراض.

(و مثل له) الشهيد (فى الدروس) بما فيه عرض لخصوص المشروط له لا عند العقلاء (باسئراط جهل العبد بالعبادات) اذ الجهل لا يئعلق به عرض العقلاء بل العلم غرضهم، و انما شرطه الشرط لان العبد الجاهل لا يقيم العبادة فيزيد فى العمل لمولاه.

(وقد صرح جماعة بان اسئراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان معين من افراد) الكيل و الوزن (المئعارف) كما لو اشئرى منه بعنوان الكلى طئما من الطعام بشرط ان يئكيله فى هذا المكيال الخاص (لغو، سواء) كان الشرط (فى) بيع (السلم) الئذي هو اعطاء الثمن مقابل المئمن المئئقبل (و غيره) كسائر البيوع الكلية.

و انما كان لغوا لانه لا يئعلق به عرض للعقلاء و لا للافراد فى ذلك.

(و) قال (فى الئذكرة لو شرط ما لا عرض للعقلاء فيه، و لا يزيد به المالية،

فانه لغو لا يوجب الخيار.

و الوجه فى ذلك ان مثل ذلك لا يعدّ حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره، فيثبت له الخيار او يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون تركه ظلما.

فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء.

و لو شك فى تعلق غرض صحيح به

فانه لغو لا يوجب) تخلفه (الخيار) وقوله «لا يزيد» من عطف الخاص على العام.

(و) كيف كان، ف (الوجه فى ذلك) الذي ذكرناه بلزوم الغرض فى الشرط (ان مثل ذلك) الذي لا غرض فيه (لا يعدّ حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره) اى بعدم اتيان المشروط عليه به، سواء كان متعذرا أم لا (فيثبت له الخيار) من باب: لا ضرر، (او) حق (يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به) و يدخل تحت: المؤمنون عند شروطهم (و يكون تركه ظلما) فدلليل الشرط منصرف عن مثله، فهو داخل فى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(فهو) اى عدم امضاء الشارع لمثل هذا الشرط (نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء) و لا غرض شخصى للباذل فيه، مثل ان يشتري الخنافس، و ما اشبه مما ذكره الفقهاء انه لا يصح بيعه اذا لم تكن فيه منفعة.

(و لو شك فى تعلق غرض صحيح به) اى بهذا الشرط، سواء كان

حمل عليه.

و من هنا اختار في التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل الا الهريسة، و لا يلبس الا الخبز.

و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته او لغويته قولان للشيخ، و الحلبي.

من تعلق الغرض المعتمد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر، و لاستغراق اوقاته بالخدمة.

و من ان الاسلام يعلو و لا يعلى عليه،

الشاك البائع او المشتري (حمل عليه) اى على ان فيه غرضا صحيحا، لاصالة الصحة.

شيرازى، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 14، ص: 160

(و من هنا) الذي يكفي الشك في الغرض الصحيح، في وجوب الوفاء بالشرط (اختار في التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل) العبد (الا الهريسة و لا يلبس الا الخبز) لاحتمال ان يكون للبائع الشارط غرض صحيح.

(و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته او لغويته قولان للشيخ) فقال باللغوية (و الحلبي) فقال بالصحة.

(من تعلق الغرض المعتمد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر) بينما العبد المسلم لا يجوز بيعه للكافر (و لاستغراق اوقاته بالخدمة) بخلاف المسلم الذي يصرف بعض وقته في العبادة و الطهارة و نحوهما- و هذا وجه صحة الاشتراط-.

(و من ان الاسلام يعلو و لا يعلى عليه) فلا يمكن ان يكون العبد

ص: 160

و الاغراض الدنيوية لا تعارض الاخروية.

و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

الرابع: ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة.

فلو اشترط رقية حرّ او توريث اجنبى كان

الكافر افضل من المسلم، فلا- يكون فى المسلم الخيار، دون الكافر (و الاغراض الدنيوية) كالبيع للمسلم و الكافر، و استغراق الوقت بالخدمة (لا تعارض الاخروية) بل الاخروية تقدم على الدنيوية- و هذا وجه لغوية الاشتراط-.

و المراد بالغرض الاخروى بغض الكفر و حب الاسلام، و حب العبادة مما ينفع فى الآخرة.

(و جزم بذلك) اى باللغوية- تبعا للشيخ- (فى الدروس و بما قبله) اى بالصحة تبعا ل (العلامة) الحلى (قدس سره).

و كان المصنف رحمه الله توقف فى المسألة و لذا لم يرجح احدهما على الآخر و مثل اشتراط الكفر اشتراط ان يكون عاصيا بترك العبادات

نعم ربما يقال ان مثل هذا الشرط مناف لمنع المنكر و دفعه الذى من اعظم الكفر ثم ترك العبادات.

(الرابع) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة) مخالفا فى مطلق الاحكام، او فى الاحكام التكليفية.

(فلو اشترط رقية حرّ) او حرّية عبد (او توريث اجنبى) او حرمان وارث و كذلك اذا شرط ان لا يصلّى او ان يشرب الخمر (كان) الشرط

فاسدا، لان مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شي ء.

نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بادلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة.

(فاسدا، لان مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شي ء) من شرط او عهد او نذر او يمين او امر والدين او زوج او غير ذلك.

اما ارتفاع الاحكام بالاضطرار ونحوه فليس ذلك مخالفة للكتاب و السنة بل هي موافقة للكتاب و السنة لانهما قالوا: برفع الحكم لدى الاضطرار.

(نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بادلة الوفاء) فيما اذا ورد دليل خاص على جواز شرط في مورد خاص، مع كونه مخالفا للكتاب و السنة بان يقال: ان دليل الوفاء بالشرط مثل ادلة الاضطرار تخصص عموم الكتاب و السنة، لان دليل الوفاء مثل دليل الاضطرار حاكم على عموم الكتاب، لانه دليل ثانوي، و الكتاب و السنة دليل اولي، و الدليل الثانوي مقدم على الدليل الاولي.

و لا يخفى ان هذا مجرد احتمال و ليس بصحيح كما يظهر مما يأتي (بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة).

ثم انه انما استدرك ذلك بقوله «نعم» لافادة ان ما ذكره أولا بقوله «لان مخالفة الكتاب» خاص بما كان التنافي بين الشرط و الكتاب بنحو

لكنه مما لا يرتاب في ضعفه.

و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة في هذا الشرط، ثم التعرض لمعناها.

التباين.

و الحاصل ان الشرط قد يكون مخالفا للكتاب و السنة بنحو التباين و لا اشكال في تقديم الكتاب و السنة فلا احتمال لتقديم الشرط اصلا، اما اذا كانت المخالفة بنحو العموم المطلق فهناك احتمال تقديم الشرط.

(لكنه) مجرد احتمال، و هو (مما لا يرتاب في ضعفه).

لان الحكم قد يكون ثابتا للموضوع على كل تقدير، و في هذه الصورة لا اشكال في ان العنوان الطارئ بالشرط لا يتمكن من تغيير الحكم-
لفرض ان الحكم ثابت على كل تقدير-.

و قد يكون ثابتا للموضوع بعنوانه الاوّل- مع قطع النظر عن العنوان الطارئ بالشرط- و في هذه الصورة ان تغير الحكم بالشرط لم يكن ذلك مخالفا للكتاب، اذ الكتاب لم يثبت الحكم على كل تقدير بل اثبتته بالعنوان الاوّل للموضوع- حسب الفرض-.

(و تفصيل الكلام في هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة) و بيان انه في اى مورد يخالف الشرط و في اى مورد لا يخالف (موقوف على ذكر الاخبار الواردة في هذا الشرط) اى شرط ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب (ثم التعرض لمعناها) حتى تتبين دلالتها.

ص: 163

فنعقول: ان الاخبار فى هذا المعنى مستفيضة، بل متواترة معنى.

ففى النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله عليه السلام: من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل، فلا يجوز ذلك له و لا عليه.

والمذكور فى كلام الشيخ و العلامة ره المروى من طريق العامة قوله صلى الله عليه و آله فى حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليتها عليها و لائها، ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله فما كان من شرط

(فنعقول: ان الاخبار فى هذا المعنى) اى ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (مستفيضة، بل متواترة معنى) و التواتر المعنوى عبارة عن ان يكون المعنى واحد او ان كان اللفظ متعددا.

(ففى النبوى المروى صحيحا عن ابى عبد الله عليه السلام: من اشترط شرطا سوى كتاب الله) اى ليس فى كتاب الله (عز و جل، فلا يجوز ذلك) الشرط (له) اى للشارط فليس له المطالبة به (و لا عليه) اى على المشروط عليه، فليس عليه الوفاء به.

(و) كذلك الخبر (المذكور فى كلام الشيخ و العلامة ره المروى من طريق العامة قوله صلى الله عليه و آله فى حكاية بريرة) و هى امة (لما اشترتها عائشة و شرط مواليتها عليها) اى على عائشة (ولائها) اى بانها اذا ماتت، هم يرثونها لا عائشة- و هذا ما يسمى بولاء العتق فى باب الارث، قال صلى الله عليه و آله و سلم (ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله) اى لم يصدق و لم يقرر الكتاب هذه الشروط (فما كان من شرط

ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، قضاء الله احق، و شرطه اوثق، و الولاء لمن اعتق.

وفي المروى موثقا عن امير المؤمنين عليه السلام من شرط لامرأته شرطا فليف به لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما

ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل) وضعا، و الظاهر انه حرام تكليفا اذ هو من الامر بالمنكر و التعاون عليه (قضاء الله) اى حكمه (احق) بالاتباع

- و التفضيل هنا لا يراد به معنى المفاضلة الحقيقية حتى يكون قضاء غير الله حقا أيضا، بل المراد انه حق، و انما يؤتى بالتفضيل للتعبير العرفي - (و شرطه اوثق) و المراد بالشرط هنا الحكم، و عبّر به للمقابلة مع شرط البائع، فهو من قبيل: تعلم ما فى نفسى و لا اعلم ما فى نفسك، مع ان الله سبحانه لا نفس له.

و معنى اوثق انه متين محكم لا- يقبل الانفصام و البطلان، فقضاء الله مطابق للحق و الواقع اى للمصلحة، و شرطه سبحانه و ثيق متين لا يسقط من تمسك به كالحبل الذي يتعلق به الانسان فانه اذا كان متينا يأمن من القطع و السقوط (و الولاء لمن اعتق) لا لمن باع للمعتق.

(و فى المروى موثقا عن امير المؤمنين عليه السلام من شرط لامرأته شرطا) اى فى ضمن النكاح (فليف به) اى بالشرط (لها، فان المسلمين عند شروطهم) اى من احكام الاسلام ان يكون الانسان عند شرطه فلا يفارق شرطه بالمخالفة (الا شرطا حرم حلالا او احل حراما) و قد تقدم المراد بالحلال فى امثال هذه الروايات و سيأتى أيضا.

وفى صحيحة الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود.

وفى صحيحة ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله.

وفى صحيحته الاخرى: المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز.

وفى رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام فى من تزوج امرأة و اصدقها

(وفى صحيحة الحلبي) قال عليه السلام (كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود) اى باطل.

(وفى صحيحة ابن سنان) قال عليه السلام (من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له) اى للشارط المطالبة، او المراد لا يجوز له ان يشترط هذا الشرط اى يحرم عليه- على ما عرفت من انه امر بالمنكر- (و لا- يجوز على الذي اشترط عليه) ان يأتى به (و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله) اى اباحه الكتاب و لو على نحو العموم.

(وفى صحيحة الاخرى) قال عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز) اى لا ينفذ- وضعا- او لا يجوز- تكليفا- و اذا لم يجز تكليفا لم ينفذ وضعا- كما لا يخفى-.

(وفى رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام، فى من تزوج امرأة و اصدقها

و اشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنة و وليت حقا ليست اهلاله، فقضى ان عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق، و ذلك السنة.

و فى معناها مرسله ابن بكير عن ابى عبد الله عليه السلام و مرسله مروان بن مسلم، الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح.

و اشترطت عليه ان بيدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنة) اى الحكم الاسلامى (و وليت) بالمجهول اى فوض إليها (حقا ليست اهلاله) اى ان الشارع لم يجعل لها هذا الحق لا ابتداءً و لا بالشرط (فقضى) اى حكم الامام عليه السلام (ان عليه) اى على الرجل (الصداق) فلم يوجب بطلان الشرط بطلان النكاح، كما لم يوجب سقوط الشرط اكثية الصداق على الرجل، حيث ربما يزعم ان كون الشرط للمرأة تقليل صداقها فاذا سقط الشرط كان اللازم ازدياد الصداق (و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة).

و لا يخفى ان هذا لا ينافى اعطائها الوكالة فى ان تطلق نفسها بشرط كذا، اذ التوكيل جائز سواء كان الوكيل رجلا او امرأة، زوجا او غيره.

اما الجماع فلعل المراد بالشرط الشرط بعد عقد الزواج، لان ظاهر الواو الترتيب، كما قالوا ان ظاهره ذلك فى قوله تعالى: فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَ اَيْدِيَكُمْ، الآية.

(و فى معناها مرسله ابن بكير عن ابى عبد الله عليه السلام و مرسله مروان بن مسلم، الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح).

وفى رواية ابراهيم بن محرز، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام:

رجل قال لامرأته امرئ بيدك فقال عليه السلام: انى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: الرَّجُلُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ.

وعن تفسير العياشى، عن ابن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام، قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوجها رجل، و شرط عليها وعلى اهلها: ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها

ولعل وجه ذلك ان الطلاق لا يكون بيد المرأة الا وكالة، فجعل الطلاق بيد المرأة خلاف حكم الله، فاذا رضيت المرأة بالنكاح المقيد فلا رضا لها بالنكاح المجرد، ويكون النكاح حينئذ باطلا لعدم الرضا.

(وفى رواية ابراهيم بن محرز، قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قال لامرأته امرئ بيدك) فاطلاق الرواية شامل لما اذا قال ذلك بعد النكاح، او قال ذلك شرطا فى ضمن النكاح، وكأته لهذا ذكره المصنف فى عداد هذه الاخبار (فقال عليه السلام: انى يكون هذا، وقد قال الله تعالى: الرَّجُلُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) فان كان ذلك بعد العقد فهو وعد لا يجب الوفاء به، وان كان فى ضمن النكاح فهو شرط خلاف الكتاب، اذ القيمة حكم وليس بحق ولذا لا يقبل الانتقال او الاسقاط او الارث.

(وعن تفسير العياشى، عن ابن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام فى امرأة تزوجها رجل، و شرط عليها وعلى اهلها: ان تزوج عليها او هجرها) هجرا شرعيا (او اتى عليها

سرية فهي طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفي بشرطه وان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك، قال الله تعالى: فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ، وَقَالَ: أُحِلَّ لَكُمْ. مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةَ

ثم الظاهر ان المراد بكتاب الله

سرية) اى امة (فهي طالق) فهل يصح هذا الشرط (فقال عليه السلام شرط الله قبل شرطكم) «شرط الله» اى حكم الله سمي شرطاً، اما من باب ما تقدم فى معنى الشرط، و اما من باب المقابلة «بشرط الرجل» من قبيل: تعلم ما فى نفسى و لا اعلم ما فى نفسك (ان شاء و فى بشرطه) بمعنى لم يفعل كل ذلك، او اذا فعل طلق زوجته (وان شاء امسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك) الهجران، و هو النشوز.

و ذلك لان الطلاق لا يكون الا بسببه، لا بهذه الاعمال، فشرطه باطل

ثم استدل الامام عليه السلام لذلك بقوله: (قال الله تعالى:

فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ) فللرجل حق التزويج عليها (وقال: أُحِلَّ لَكُمْ. مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) فللرجل حق التسرى.

و الظاهر ان المراد نقل معنى الآية، و الا فلا توجد هكذا آية فى القرآن، و قال: (و اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةَ) فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فللرجل حق الهجران ان اتت بسبب الهجران من النشوز.

(ثم الظاهر) من بعض الروايات كرواية بريرة (ان المراد بكتاب الله

هو ما كتب الله على عباده من احكام الدين، و ان بيّنه على لسان رسوله (ص)

فاشترط ولاء المملوك لبايعه انما جعل في النبوى مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى.

لكن ظاهر النبوى، و احدى صحيحتى ابن سنان: اشترط موافقة كتاب الله فى صحة الشرط، و ان ما ليس فيه

هو ما كتب الله على عباده، من احكام الدين، و ان بيّنه على لسان رسوله (ص) بان ذكره الرسول او الأئمة الطاهرون عليهم السلام.

(فاشترط ولاء المملوك لبايعه انما جعل فى النبوى) اى خبر بريرة (مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى) اى الكتاب الشامل للسنة.

لكن ربما يقال: ان المراد نفس الكتاب الذى هو القرآن الحكيم، و العمومات تدل على كل حكم.

فحال ما نحن فيه حال عرض الخبرين المتعارضين على القرآن.

اما خبر بريرة: فلعله - بعد عدم حجيته سندا - اراد ان كون الولاء للبائع مخالف لانقطاعه عن المبيع و انتقاله الى المشتري، فهو مخالف لقوله: تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.

و كيف كان فقد تقدم اشترط ان لا يكون الشرط مخالفا لكتاب الله، فلا تعتبر الموافقة، و انما المعتبر عدم المخالفة.

(لكن ظاهر النبوى) حيث قال: قضاء الله احق، الظاهر فى لزوم المطابقة مع قضاء الله (و احدى صحيحتى ابن سنان) و هى الصحيحة

الاولى (اشترط موافقة كتاب الله فى صحة الشرط، و ان ما ليس فيه) كما فى

او لا يوافق، فهو باطل.

ولا يبعد ان يراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة

النبوى (أو لا يوافق) كما فى الصحيحة (فهو باطل).

و الفرق بين لزوم الموافقة و لزوم عدم المخالفة يظهر فيما اذا لم يكن حكم فى القرآن، فان كان اللازم الموافقة، بطل ذلك الشرط، اما اذا كان اللازم عدم المخالفة، لم يبطل لان الشرط حينئذ لم يكن مخالفا، من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

(ولا يبعدان يراد بالموافقة عدم المخالفة) فكل ما لم يخالف موافق، وليس بين الامرين عموم مطلق.

وانما نقول بان ذلك ليس ببعيد، لانه عبّر فى الروايات بالتعبيرين وهما: الموافقة و عدم المخالفة، بل فى رواية واحدة عبّر بالامرین كما فى صحيحة ابن سنان الاولى.

و الجمع العرفى بين الامرین يقتضى ان يكون بينهما تساويا، ولذا عبّر باحدهما مرة، و بالآخر مرة اخرى.

ان قلت: كيف يكون كل ما لم يخالف، موافقا، فانا نرى ان بعض الاحكام ليس بمخالف، لانه غير مذكور فى القرآن، لكنه ليس بموافق.

قلت: انما نقول ذلك (نظرا الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة) - بصيغة الفاعل - (للتصرفات غير المحرمة

فى النفس و المال؁ فحفاطة ثوب البائع مثلاً موافق للكتاب بهذا المعنى

ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب اما نفس المشروط و الملتزم ككون الاجنبى وارثا و عكسه؁ و كون الحر أو ولده رقًا؁ و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك.

فى النفس و المال؁ فحفاطة ثوب البائع مثلاً-) اذا شرطه على المشتري (موافق للكتاب بهذا المعنى) فانه ليس بمخالف؁ حيث انه ليس بمنهى عنه؁ و موافق؁ لانه قال: تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ؁ مثلاً.

ثم لا يخفى ان المصنف لا يحتاج الى تجشم التوفيق؁ بين الموافقة و عدم المخالفة؁ اذ بناءه على ان المراد بالكتاب الاعم من الكتاب و السنة.

و من المعلوم انه ذكر فى السنة حكم كل شىء؁ فكل ما ليس بمخالف للسنة موافق لها قطعاً؁ و ليست السنة كالقرآن بحيث لم يذكر فيها كثير من الاحكام- بالنص-.

(ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب اما نفس المشروط و الملتزم)- بصيغة المفعول- (ككون الاجنبى وارثا و عكسه) اى القريب ليس بوارث (و كون الحرّ او ولده) اى ولد الحر- كما لو باع الحر جاريته و شرط على المشتري ان يكون ولدهما (رقًا) للبائع- (و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك)

فان هذه الملتزمات مخالفة للكتاب مع قطع النظر عن الالتزام بها فان من يلتزم عدم شرب الماء لم يفعل حراماً؁ و ان كان الماء فى الاسلام حلال شربه؁ اما انقلاب الحرّ عبداً فقد حرمه الاسلام.

و اما ان يكون التزامه مثلاً: مجرد عدم التسرّي و التزوج على المرأة ليس مخالفاً للكتاب، و انما المخالف للالتزام به، فانه مخالف لإباحة التسرّي و التزوج الثابتة بالكتاب.

(و اما ان يكون) المخالف للكتاب (التزامه) و ان لم يكن نفس الملتزم حراماً (مثلاً: مجرد عدم التسرّي و) عدم (التزوج على المرأة) و هي الزوجة السابقة (ليس مخالفاً للكتاب) اذ الكتاب اباح كلا من التسرّي و التزوج، فان شاء الانسان فعله و ان شاء تركه (و انما المخالف) للكتاب (الالتزام به) بان يلتزم الانسان بنذر او شرط او ما اشبهه، ان لا يتسرّي او لا يتزوج (فانه) اى الالتزام (مخالف لإباحة التسرّي و التزوج الثابتة) تلك الاباحة (بالكتاب).

ان قلت: ما هو الفرق بين شرب الماء و بين التسرّي، فان كليهما مباح، و الحال انكم تقولون بجواز نذر عدم شرب الماء فلما ذا لا تقولون بمثله فى التسرّي.

قلت: المباح على قسمين، قسم فهمنا من الشارع انه لا يريد الا بقائه مباحاً، و قسم لم نفهم من الشارع ذلك.

ففى القسم الاول لا مجال للدلالة الثانوية، بل يبقى على اباحته، و ان عرض عليه النذر او الشرط او ما اشبهه.

و اما القسم الثانى ففيه مجال للدلالة الثانوية.

و التسرّي من القسم الاول حسب الدليل، و شرب الماء من القسم الثانى

وقد يقال: ان التزام ترك المباح لا ينافى اباحته، فاشتراط ترك التزوج والتسرى لا ينافى الكتاب، فينحصر المراد فى المعنى الاول.

وفيه ان ما ذكر لا- يوجب الانحصار، فان التزام ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المبيح له الا ان التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرّم له، فيكفى هذا مصداقا لهذا المعنى.

(وقد يقال: ان التزام ترك المباح لا ينافى اباحته) اذ الاباحة حكم اولى، و الالتزام يكون بالحكم الثانوى كالنذر و الشرط (فاشتراط ترك التزوج و) ترك (التسرى لا- ينافى الكتاب، فينحصر المراد) من مخالف الكتاب (فى المعنى الاول) و هو ما كان نفس الملتزم مخالفا للكتاب و لا معنى لكون الالتزام فى نفسه مخالفا للكتاب.

(وفيه ان ما ذكر) اى ان التزام ترك المباح ليس مخالفا للكتاب فاللازم ان يكون المراد بمخالف الكتاب خاصا بما اذا كان الملتزم مخالفا (لا- يوجب الانحصار) فان اخراج التزام ترك المباح لا يحصر مخالفة الكتاب بما اذا كان الملتزم مخالفا، بل هناك فرد آخر يكون التزامه مخالفا للكتاب فيثبت ما ذكرنا من ان مخالف الكتاب اما الملتزم، و اما الالتزام (فان التزام ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المبيح له) اى لذلك المباح (الا ان التزام فعل الحرام) كان يلتزم الانسان بالنذر او الشرط ان يشرب الخمر مثلا (يخالف الكتاب المحرّم له) اى لذلك الحرام، فالالتزام أيضا صار مخالفا للكتاب فى بعض الصور (فيكفى هذا) القسم من الالتزام المخالف للكتاب (مصداقا لهذا المعنى) اى ما ذكرنا بقولنا: و اما ان يكون التزامه.

مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسرى مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بما دلّ من الكتاب على اباحتهما كالصريحة في هذا المعنى.

و ما سيحيي ء من تأويل الرواية بعيد.

مع ان قوله عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا حرّم حلالا او احلّ حراما ظاهرا، بل صريح في فعل الشرط.

(مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج، و) ترك (التسرى مخالفا للكتاب مستشهدا) في الرواية (عليه) اي على انه مخالف للكتاب (بما دلّ من الكتاب على اباحتهما) اي قوله تعالى:

فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ* (كالصريحة في هذا المعنى) الّذي ذكرناه، و هو ان الالتزام مخالف للكتاب، و ان لم يكن الملتزم مخالفا للكتاب.

(و ما سيحيي ء من تأويل الرواية) بان المراد ترتب الطلاق على هذه الامور بدون اجراء الصيغة- و عليه فالملتزم خلاف الكتاب لا الالتزام- (بعيد) لما سيحيي ء من انه خلاف استشهاد الامام بالآيات.

(مع ان قوله عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا حرّم حلالا، او احلّ حراما، ظاهرا، بل صريح في فعل الشرط) فليس المراد ان المشترط مخالف للكتاب، بل المراد ان الالتزام مخالف للكتاب فالاحلال و التحريم- الصادران من الشرط- مستثيان

فانه الذي يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى، اذ المراد من التحريم و الاحلال ما هو من فعل الشارط، لا الشارع.

و اصرح من ذلك كله المرسل المروى فى الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة.

ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة

من قاعدة: المؤمنون عند شروطهم (فانه) اى الشارط هو (الذي يرخص ب) سبب (اشترطه الحرام الشرعى) «الحرام» مفعول «يرخص» (و) هو الذي (يمنع ب) سبب (اشترطه عن المباح الشرعى) ففعله حرام، و لا يشمل: المؤمنون عند شروطهم (اذ المراد من التحريم و الاحلال) فى قوله عليه السلام: حرّم حلالا او احلّ حراما (ما هو من فعل الشارط، لا) من فعل (الشارع) فليس المراد ان الملتزم حرام، بل المراد الالتزام غير صحيح.

(و اصرح من ذلك كله) فى افادة انه قد يكون نفس الالتزام حراما (المرسل المروى فى الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه) اى من الشرط (كتاب او سنة) فانه صريح فى ان الشرط فى نفسه ممنوع بالكتاب و السنة، لا ان متعلق الشرط- اى الملتزم- فثبت ما ذكرناه من انه قد يكون الملتزم مخالفا و قد يكون الالتزام مخالفا، فظهر عدم تمامية ما تقدم من جملة: و قد يقال ان التزام ترك المباح الخ.

(ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة) الذي يجب ان لا يكون الشرط

الَّذِي يُعْتَبَرُ عَدَمُ مَخَالَفَةِ الْمَشْرُوطِ أَوْ نَفْسِ الْاِشْتِرَاطِ لَهُ هُوَ مَا ثَبِتَ عَلَى وَجْهِ لَا يَقْبَلُ تَغْيِيرَهُ بِالْشَّرْطِ لِأَجْلِ تَغْيِيرِ مَوْضُوعِهِ بِسَبَبِ الْاِشْتِرَاطِ.

تَوْضِيحٌ ذَلِكَ أَنَّ حُكْمَ الْمَوْضُوعِ قَدْ يَثْبِتُ لَهُ مِنْ حَيْثُ نَفْسِهِ وَ مَجْرَدًا مِنْ مَلَا حِظَةِ عُنْوَانِ آخِرِ طَارِ عَلَيْهِ.

مَخَالَفًا لَهُ، فَإِنَّ جُمْلَةَ: الشَّرْطُ مَخَالَفٌ لِحُكْمِ الْكِتَابِ تُشْتَمِلُ عَلَى أَرْبَعِ كَلِمَاتٍ وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْمُرَادَ بِالشَّرْطِ هُوَ الْأَعْمُ مِنَ الْاِلتِزَامِ وَالْمَلْتَزِمِ، وَ بَيَّنَّا أَنَّ الْمُرَادَ بِالمَخَالَفِ وَالْمُوَافِقِ مَا هُوَ، وَ بَيَّنَّا الْمُرَادَ بِالْكِتَابِ أَنَّهُ كُلُّ حُكْمٍ لِلَّهِ تَعَالَى بَقِيَ أَنَّ نَبِيَّنَ الْمُرَادَ بِالْحُكْمِ.

فَنَقُولُ الْمُرَادَ بِحُكْمِ الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ (الَّذِي يُعْتَبَرُ عَدَمُ مَخَالَفَةِ الْمَشْرُوطِ) - أَيْ الْمَلْتَزِمِ - (أَوْ نَفْسِ الْاِشْتِرَاطِ) - أَيْ الْاِلتِزَامِ - (لَهُ) أَيْ لِذَلِكَ الْحُكْمِ (هُوَ مَا ثَبِتَ) فِي الشَّرْعِ (عَلَى وَجْهِ لَا يَقْبَلُ تَغْيِيرَهُ بِالْشَّرْطِ) تَغْيِيرًا (لِأَجْلِ تَغْيِيرِ مَوْضُوعِهِ بِسَبَبِ الْاِشْتِرَاطِ) فَإِنَّهُ رُبَّمَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ بِسَبَبِ الشَّرْطِ، بِتَغْيِيرِ مَوْضُوعِ الْحُكْمِ بِسَبَبِ الْاِشْتِرَاطِ.

مَثَلًا: إِذَا شَرَطَ أَنْ لَا يَشْرَبَ الْمَاءَ، فَإِنَّهُ تَغْيِيرٌ حُكْمِ الْمَاءِ وَ هُوَ الْاِبَاحَةُ بِهَذَا الشَّرْطِ، لِتَغْيِيرِ مَوْضُوعِ الْاِبَاحَةِ، وَ هُوَ بِمَا هُوَ هُوَ بِسَبَبِ الْاِشْتِرَاطِ لِأَنَّ الْمَاءَ بِمَا هُوَ هُوَ، غَيْرَ الْمَاءِ بِمَا هُوَ مَشْرُوطٌ عَدَمُ شَرْبِهِ، فَالْاِبَاحَةُ هِيَ الْحُكْمُ الْأَوَّلُ وَ التَّحْرِيمُ هُوَ الْحُكْمُ الثَّانِي.

(تَوْضِيحٌ ذَلِكَ) وَ أَنَّهُ كَيْفَ يَتَغَيَّرُ الْمَوْضُوعُ بِالْشَّرْطِ، فَيَتَّبِعُهُ تَغْيِيرُ الْحُكْمِ (أَنَّ حُكْمَ الْمَوْضُوعِ قَدْ يَثْبِتُ لَهُ) أَيْ لِلْمَوْضُوعِ (مِنْ حَيْثُ نَفْسِهِ) أَيْ نَفْسِ الْمَوْضُوعِ (وَ مَجْرَدًا مِنْ مَلَا حِظَةِ عُنْوَانِ آخِرِ طَارِ عَلَيْهِ) أَيْ عَلَى الْمَوْضُوعِ.

و لازم ذلك من عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع.

و مثال ذلك اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها، حيث ان تجويز الفعل و الترك انما هو من حيث ذات الفعل، فلا ينافى طرّو عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك كأكل اللحم، فان الشرع قد دلّ على اباحتها فى نفسه بحيث لا ينافى عروض التحريم له اذا حلف على تركه أو أمر الوالد بتركه، او عروض الوجوب له اذا صار مقدّمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده

(و لازم ذلك) اى كون الحكم للموضوع (من) حيث نفسه (عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم) الاول- كالأباحة للماء- (و بين ثبوت حكم آخر له) اى للموضوع (اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع) كعنوان ان الماء مشروط عدم شربه

(و مثال ذلك) الموضوع الثابت له الحكم من حيث نفسه (اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث ان تجويز الشارع (الفعل و الترك) بالتساوى، كما فى المباح، او مع ترجيح الفعل، كما فى المستحب او مع ترجيح الترك كما فى المكروه (انما هو من حيث ذات الفعل) بما هو بدون طرّو عنوان آخر ثانوى عليه (فلا ينافى) حكمه الاولى (طرّو عنوان) ثانوى عليه (يوجب المنع عن الفعل او الترك) كان ينذر مثلا- فعله فيجب، او ينذر تركه فيحرم (كأكل اللحم، فان الشرع قد دلّ على اباحتها فى نفسه بحيث لا ينافى) حكمه بالإباحة (عروض التحريم له) اى لا كل اللحم (اذا حلف على تركه، او امر الوالد بتركه) او شرط تركه مثلا- (او عروض الوجوب له) «او» عطف على «عروض التحريم» (اذا صار مقدّمة لواجب، او نذر فعله مع انعقاده)

وقد يثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه.

ولا يزم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم، وبين ثبوت حكم آخر له، وهذا نظير اغلب المحرمات والواجبات فان الحكم بالمنع عن الفعل او الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع، الا عن بعض

اي انعقاد النذر، بان كان فعله راجحا اذ الشرط في النذر رجحان متعلقه (وقد يثبت) الحكم (له) اي للموضوع، وهذا عطف على قوله «قد يثبت له من حيث نفسه» (لا مع تجرده) اي تجرد الموضوع (عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارئة عليه) بل مطلقا سواء طرأ عليه عنوان، أم لا

(ولا يزم ذلك) الحكم الثابت للموضوع مطلقا (حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم) المطلق (وبين ثبوت حكم آخر له) اي للموضوع - اي حكم ثانوي - فحكمه الاولي و حكمه الثانوي متنافيان (وهذا نظير اغلب المحرمات والواجبات).

وانما قال اغلب، لان بعض هذه الاحكام تتغير بالعنوان الثانوي مثل حرمة الاحرام قبل الميقات فانها تتغير بالنذر، ومثل وجوب القصر في السفر فانه يتغير بالجهل (فان الحكم بالمنع عن الفعل) في الحرام كالخمر (او) بالمنع عن (الترك) في الواجب كالصيام (مطلق) سواء تعلق به النذر والشرط و امر الوالد، أم لا (لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع) فسواء كان الموضوع مجردا، او طاريا عليه عنوان ثانوي - كالنذر - فان الخمر حرام، و الصيام واجب (الا) استثناء عن «مطلق» (عن بعض

العنوانات، كالضرر و الحرج فاذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه

العنوانات، كالضرر و الحرج) فان الحكم مقيد بعد مهما، فاذا صار الموضوع ضروريا بان مات اذا لم يشرب الخمر، او اذا صام- مثلا- ارتفع التحريم و الوجوب.

و على هذا فالاحكام على أربعة اقسام:

الاول: ما هو مطلق- بقول مطلق- كوجوب الاعتقاد بالله تعالى.

الثاني: ما هو مطلق حتى بالنسبة الى الضرر و الحرج، كالجهاد و اعطاء الخمس فان الضرر و الحرج لا يرفعهما.

الثالث: ما هو مطلق- الا اذا كان ضررا او حرجا- كتحرим الخمر و وجوب الصيام.

الرابع: ما هو مقيد بعدم طرؤ عنوان ثانوى عليه، كالاحكام الثلاثة المستحب و المكروه و المباح، فانه اذا طرأ عليها النذر او الشرط يرتفع الحكم (فاذا فرض ورود حكم آخر) من جهة النذر و الشرط فى الواجبات و المحرمات (من غير جهة الحرج و الضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين) و هو دليل «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» و دليل «يُوفُونَ بِالنَّذْرِ» فالاول يقول: صم، و الثانى يقول: لا تصم.

اما اذا كان من جهة الضرر فقد عرفت ان دليل الضرر مقدم عليه، لان دليل الضرر ناظر الى الاحكام الاولية (فيعمل بالراجح بنفسه) كدليل الصيام المقدم على دليل نذر عدم الصوم

اذا عرفت هذا فنقول: الشرط اذا ورد على ما كان من قبيل الاول، لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب، اذ المفروض انه لا تنافى بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة، وبين دليل الالتزام بالشرط وجوب الوفاء به، واذا ورد على ما كان من قبيل الثانى كان التزامه مخالفا للكتاب والسنة.

ولكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول كترك الزوج

(او بالخارج) كدليل نذر الاحرام من غير الميقات الراجح على دليل وجوب الاحرام من الميقات.

(اذا عرفت هذا فنقول: الشرط اذا ورد على ما كان من قبيل الاول) الذي ثبت له الحكم من حيث هو هو، كالاحكام الثلاثة الاقتضائية (لم يكن الالتزام بذلك) الشرط (مخالفا للكتاب، اذ المفروض) من عدم اقتضائية الحكم (انه لا تنافى بين حكم ذلك الشيء في الكتاب والسنة، وبين دليل الالتزام بالشرط وجوب الوفاء به) اى بمضمون: المؤمنون عند شروطهم، بل الحكم الاول يخلى مكانه للحكم الجديد (واذا ورد) الشرط (على ما كان من قبيل الثانى) اى من قبيل الاحكام الاقتضائية كالواجب والحرام (كان التزامه) اى التزام الشرط (مخالفا للكتاب والسنة) ولذا فالشرط باطل.

(ولكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول) وان الشرط باطل، وان كان واردا على المورد الاقتضائي (ترك الزوج

و ترك التسرى، فانهما مباحان من حيث انفسهما، فلا ينافى ذلك لزومها بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف و الشرط و امر السيد و الوالد.

و حينئذ فيحب اما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين فى نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط و ان كان فى انظارنا نظير ترك اكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلة لطرؤ عنوان التحريم.

و ترك التسرى، فانهما) اى التزوّج و التسرى (مباحان من حيث انفسهما) فاللازم تقدم الشرط عليهما، و مع ذلك قدمهما الامام عليه السلام على الشرط، و ابطل حكم الشرط (فلا ينافى ذلك) اى كونهما مباحان (لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة، كالحلف و الشرط و امر السيد و الوالد) و النذر و العهد، فكيف قال الامام عليه السلام ببطلان الشرط.

(و حينئذ) اى حين ورد الخبر ببطلان الشرط (فيجب اما جعل ذلك الخبر) الدال على بطلان الشرط (كاشفا عن كون ترك الفعلين) و هما التزوّج و التسرى (فى نظر الشارع من الجائز الذي لا يقبل اللزوم بالشرط) بان اراد الشارع بقائهما جائزا، فشرط عدمهما- المخرج من الجواز الى التحريم- خلاف إرادة الشارع (و ان كان فى انظارنا) لو لا الخبر (نظير ترك اكل اللحم و التمر و غيرهما من المباحات القابلة لطرؤ) اى عروض (عنوان التحريم) فالخبر جاء لرفع هذا الاشتباه، و حينئذ يكون المباح تارة قابلا لطرؤ عنوان ثانوى، و تارة غير قابل لطرؤ عنوان

لكن يبعده استشهاد الامام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك فى القرآن، و هو فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط.

و اما الحمل على ان هذه الافعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها، و انها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة، اذ الكتاب دال على اباحتها،

ثانوى.

(لكن يبعده) اى يبعد ان يكون لهذين خصوصية بل ظاهر الخبر ان كل مباح كذلك.

و ذلك ل (استشهاد الامام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك فى القرآن) فالشرط باطل، لانه مباح، لا لانه قسم خاص من المباح (وهو) اى تعليل الامام للبطلان، بانه مذكور فى القرآن (فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط) و ان كل ما ذكر فى القرآن و لو كان حكما مباحا لا يمكن رفعه بالشرط و نحوه من الاحكام الثانوية.

(و اما الحمل على) ان السائل سئل هل انه يقع الطلاق بمجرد مخالفة الزوج للشرط؟- بدون اجراء صيغة الطلاق- فاجاب الامام:

على (ان هذه الافعال) و هى: التزوج و التسرى و الهجران (مما لا-يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها، و انها) اى هذه الافعال (لا توجب الطلاق كما فعله الشارط) اى انه ان فعل احد هذه الافعال فبمجرد الفعل هى طالق- بدون اجراء الصيغة- (المخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة) على تلك الافعال (اذ الكتاب دال على اباحتها) اى اباحة تلك

ص: 183

وانها مما لا يترتب عليه حرج، ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل.

ويشهد لهذا الحمل- وان بعد- بعض الاخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس، قال قلت لابي الحسن عليه السلام: ان شريكاً لى كان تحته امرأة، فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها فقالت له المرأة: لا والله، لا اتزوجك ابدا حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تتزوج على، قال: وقد فعل، قلت: نعم،

الافعال (وانها مما لا يترتب عليه حرج، ولو) كان الحرج (من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل).

والحاصل ان الكتاب المجوز لهذه الامور له اطلاق بانها جائزة، سواء شرطت الخروج بها عن زوجية الرجل أم لا.

(ويشهد لهذا الحمل- وان بعد-) وانما بعد لظهور ان سبب بطلان الشرط هو كونها مباحات فى الكتاب و (بعض الاخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام) مما ينافى تلك الاخبار الدالة على عدم لزوم الوفاء (مثل رواية منصور بن يونس، قال قلت لابي الحسن عليه السلام: ان شريكاً لى كان تحته امرأة، فطلقها فبانت منه) اى انقضت عدتها (فاراد مراجعتها) بانكاح الجديد (فقالت له المرأة: لا والله، لا اتزوجك ابدا حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تتزوج على) فهل هذا الشرط صحيح؟ (قال) عليه السلام (و) هل (قد فعل، قلت: نعم

جعلنى الله فداك قال: بئسما صنع، ما كان يدري ما يقع فى قلبه بالليل و النهار، ثم قال: اما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المسلمون عند شروطهم، فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على إرادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط، فتأمل.

ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين، و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

جعلنى الله فداك قال) عليه السلام (بئسما صنع، ما كان يدري ما يقع فى قلبه بالليل و النهار) من إرادة طلاقها او تزوج امرأه عليها (ثم قال:

اما الآن) وقد اشترط لها (فقل له: فليتم للمرأة شرطها، فان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المسلمون عند شروطهم، ف) بحكم هذه الرواية (يمكن حمل رواية محمد بن قيس) الدالة على بطلان مثل هذا الشرط (على إرادة عدم سببته) اى سببته هذا العمل (للطلاق بحكم الشرط) لا ان الشرط فى نفسه باطل، لانه مخالف لحكم مباح.

و الحاصل ان الشرط لا يجعل هذه الامور موجبا للطلاق بدون الصيغة و ذلك للجمع بين هذين الخبرين (فتأمل) حيث ان ظاهر استدلال الامام عليه السلام فى رواية محمد بن قيس ان إباحة هذه الامور فى القرآن الحكيم هى سبب بطلان الشرط.

(ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين) قسم يرد عليه الشرط فاللازم تنفيذ الشرط، و قسم يبقى الحكم على حاله، فيبطل الشرط (و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

القسم الثانى، لا الاول، وانما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات.

منها: كون من احد ابويه حرّ رقا، فان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد- ينعقد لو خلّى وطبعه- تابعا لاشرف الابوين، فلا ينافى جعله رقا بالشرط فى ضمن عقد، وان يراد به ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقا، فاشترطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة

القسم الثانى، لا) القسم (الاول) فانه ليس مخالفا للكتاب (وانما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات) و هل انها من القسم الاول حتى ينفذ الشرط فيه؟ أم من القسم الثانى حتى لا ينفذ الشرط فيه؟.

(منها: كون من احد ابويه حرّ رقا) كما اذا زوج المولى جاريتته لحرّ بشرط ان يكون ولدهما رقا للمولى، او بالعكس (فان ما دلّ على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقية ولد الحرّ بنفسه) حتى يكون هذا الحكم من قبيل إباحة شرب الماء، مما يمكن ان يزحزحه الشرط (بمعنى ان الولد- ينعقد لو خلّى وطبعه-) بدون الشرط (تابعا لاشرف الابوين فلا ينافى جعله رقا بالشرط) الكائن ذلك الشرط (فى ضمن عقد) لان الشرط انما يكون لازم الوفاء اذا كان فى ضمن العقد- كما تقدم- (وان يراد به ان ولد الحرّ لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقا) من قبيل اشتراط شرب الخمر (فاشترطه) اى الرقية (اشترط لما هو مخالف للكتاب و السنة

الدالين على هذا الحكم.

ومنها: إرث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة او عقد آخر، أم لا؟ فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر وعدم مشروعية اشتراط إرث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ

الدالين على هذا الحكم) اى حكم عدم رقية ولد الحرّ و ان كان الحرّ احد الابوين فقط فاللازم ان نرى ان الشارع رجح ايهما.

(ومنها: إرث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة او عقد آخر، أم لا)

وبعد الاتفاق على انه لا يمكن اسقاط الوارث الشرعى عن الارث بواسطة الشرط كان يبيع الأب لولده دار او يشترط عليه فى ضمن العقد ان لا يرثه (فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه) اى اشتراط إرث المتعة (فى ضمن عقد آخر) اى عقد بيع او شبهه (وعدم مشروعية اشتراط إرث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا) سواء كان ذلك العقد متعة أم لا، كان يشترط إرث اجنبى فى ضمن عقد بيع، او ضمن عقد متعة على امرأة، والمراد بالاجنبى من لا يرث ولو كان قريبا، و انما لا يرث لان فيه موانع الارث كالرقية او لوجود من هو اقرب منه، و منه اشتراط زيادة الارث كان يشترط ان يرث كل بنت بمقدار الولد، كما ان اشتراط إرث المتعة على القول بصحته انما هو فيما اذا بقيت تحت جعالتها الى حين الموت، اما اذا انقضى وقتها او وهبها فلا ترث (فيشكل الفرق حينئذ) اى

ص: 187

بين افراد غير الوارث، و بين افراد العقود.

و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا الا ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا في هذا المورد، او ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع

حين قلنا بانها ترث بالشرط في ضمن عقد المتعة- ان كان الدليل لذلك عموم: المؤمنون عند شروطهم- (بين افراد غير الوارث) فلما ذا ترث المتعة بالشرط دون سائر الاجانب (و بين افراد العقود) فلما ذا ترث اذا شرط في ضمن عقد المتعة دون سائر العقود كالبيع و نحوه.

(و) يشكل (جعل ما حكموا بجوازه) من إرث المتمتع بها عند الشرط في ضمن عقد المتعة (مطلقا) اي نافذا بمعنى انه لم يمنع عنه مانع (مطابقا للكتاب) الذي يقول: وَالَّذِينَ هُمْ لِأُمْتَانَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ* فان الشرط نوع من العهد (و ما منعوا عنه) من عدم إرث سائر الاجانب بالشرط، و عدم إرث المتعة بالشرط في ضمن سائر العقود (مخالفا) للكتاب الذي يقول: وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ*.

وانما يشكل الفرق لان دليل الشرط ان كان مقدما على الكتاب قدم فيهما و ان كان الكتاب مقدما سقط الشرط فيهما، فالتفصيل لا وجه له.

(الا ان يدعى) في وجه الفرق (ان هذا الاشتراط) اي اشتراط إرث المتعة (مخالف للكتاب الا في هذا المورد) فليس مخالفا له، لانه اخص مطلقا فيثبت بالخبر الدال على ان المتعة ترث كما تخصص عمومات الكتاب بالاخبار التي هي حجة (او ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع

الا فى هذا المورد.

ولكن عرفت وهن الثانى، و الاول يحتاج الى تأمل.

ومنها: انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية و اشتهر عدم جوازه فى عقد الاجارة

الا فى هذا المورد) فانه و ان كان مخالفا للكتاب الا ان الشارع قدم المخالف، و هذا تخصيص لقوله عليه السلام «كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود» فقولنا «الشرط المخالف مردود» له فى المقام جوابان- على سبيل منع الخلو-

الاول: ان هذا الشرط ليس مخالفا.

الثانى: انه مخالف و لكنه ليس بمردود.

(و لكن عرفت) عند قولنا فى اول المسألة «لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه» (وهن الثانى) لانه اذا كان مخالفا للكتاب فلا يمكن نفوذه (و الاول يحتاج الى تأمل) فكيف يكون هذا الشرط ليس مخالفا مع ان مثله- من إرث الاجنبى او إرث المتعة فى ضمن عقد غير المتعة- مخالف، فاما ان نقول بمخالفتهما او بعدم مخالفتهما.

(و منها: انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية) فاذا اعطى شيئا عارية- فالاصل فيه عدم ضمان المستعير، اذا تلف بدون تعد او تفريط-، لان المستعير امين، و ليس على الامين الا اليمين.

اما اذا شرط صح الشرط، لان المؤمنين عند شروطهم (و الحال انه اشتهر عدم جوازه فى عقد الاجارة) لانه ليس على الامين الا اليمين، و

فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه في نفسه من غير اقدم عليه بحيث لا ينافى اقدمه على الضمان من اول الامر، او عدم مشروعية ضمانه و تضمينه و لو بالاسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الامانة او غير ذلك.

و منها: اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر فانهم اختلفوا في جوازه

المستأجر امين، فالشرط خلاف ما كتبه الله و بيّنه اوليائه عليهم السلام (فيشكل) الفرق بين البابين، بل اللازم ان نقول باستواء البابين اما بالضمان فيهما اذا شرط الضمان، و اما بعدم الضمان فيهما و ان شرط.

ف (ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين) اما (عدم ضمانه في نفسه من غير اقدم عليه) اي ان عدم الضمان انما هو في صورة عدم اقدم الامين على الضمان (بحيث لا ينافى) دليل عدم الضمان (اقدامه على الضمان) بواسطة الشرط (من اول الامر) حين العقد، و عليه فاللازم القول بضمان الامين في بابي الاجارة و العارية- اذا شرط- (او عدم مشروعية ضمانه) اي ضمان الامين (و تضمينه) اي تضمين الموجر و المستعير (و لو) تضمينا (بالاسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الامانة) و الاجارة (او غير ذلك) من سائر الاسباب، كالنذر و العهد على الضمان، و عليه فاللازم القول بعدم ضمانهما، فالفرق بينهما مما لا وجه له.

(و منها: اشتراط) الزوجة على الزوج في ضمن عقد النكاح (ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر) او يكون بيدها اختيار السكنى (فانهم اختلفوا في جوازه) و منعه

وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج وكون مسكن الزوجة و منزلها باختياره.

واورد عليهم بعض المجوزين بان هذا جار في جميع الشروط السائغة من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا او تركا.

(والاشهر على الجواز) لانه مقتضى: المؤمنون عند شروطهم.

(وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج) و الشرط لا- يرفع الحكم الواجب، كما لا يرفع وجوب الصلاة (و) من حيث (كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره) و الاحكام الوضعية لا ترفع بالشرط، كما لا ترفع بالشرط الحرية و الرقية و الزوجية الاجنبية- بان تصبح الاجنبية زوجة بالشرط مثلا-.

(واورد عليهم بعض المجوزين بان هذا) الاشكال الذي ذكرتموه (جار في جميع الشروط السائغة من حيث ان الشرط ملزم)- بالكسر- (لما ليس بلازم فعلا او تركا) اى الزام فعل او الزام ترك، و هناك فرق بين وجوب الصلاة و بين حق الزوج، فحقه قابل للاسقاط، كما قال عليه السلام في مثل ذلك: لم يعص الله و انما عصى سيّده، فاذا اجاز جاز

والاحكام الوضعية على قسمين، فما كان من حق الله تعالى ليس بقابل لان يرفع بالشرط، اما اذا كان من قبيل حق الانسان فهو قابل لذلك، كما قبل ان تسقط الزوجة نفقتها او قسمها مع انها حكمان وضعيان.

و بالجمله فموارد الاشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتبع، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغيره بالشرط، و التأمل فيه حتى يحصل له التميز و يعرف ان المشروط من قبيل ثبوت الولاة لغير المعتق المنافى لقوله صلى الله عليه و آله: الولاة لمن اعتق، او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافى لقوله عليه السلام: اذا افترقا و جب البيع، او عدمه لهما فى المجلس مع قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا

(و بالجمله فموارد الاشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغيره بالشرط بسبب تغير عنوانه) و تغير العنوان يكون بانضمام الشرط إليه فالحكم الاولى كذا، و الحكم بعد انضمام الشرط إليه كذا (عن غير القابل) متعلق ب «تميز» (كثيرة يظهر للمتبع، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغيره بالشرط، و التأمل فيه) اى فى ذلك الحكم (حتى يحصل له التميز، و يعرف ان المشروط من قبيل ثبوت الولاة لغير المعتق المنافى لقوله صلى الله عليه و آله: الولاة لمن اعتق) فلا- يجوز (او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافى لقوله عليه السلام: اذا افترقا و جب البيع) فيما يريد اثبات الخيار لاحدهما بعد الافتراق، و هو ما يسمى بخيار الشرط (او) من قبيل (عدمه) اى عدم الخيار (لهما فى المجلس) فيما اذا شرط ضمن العقد عدم الخيار لهما فى المجلس (مع) وجود (قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا)

الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة، المخالفة حكما، فان لم يحصل له بنى على اصالة عدم المخالفة فيرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم و

المقتضى لخيار المجلس، فاذا تميز ان مورده من اى القسمين، ظهر انه يصح فيه الشرط او لا يصح فيه الشرط (الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة، المخالفة حكما) فان قبل المجلس و بعد المجلس متشابهة من حيث ان العقد قد تم، لكن لهما حكمان مختلفان لوجود الخيار فى المجلس و عدمه فى خارج المجلس.

و كيف كان فان حصل له تميز و ان المورد من اى القسمين، القسم القابل للشرط او القسم الذى لا يقبل الشرط فهو، و الا (فان لم يحصل له) التميز و وقع فى الشك (بنى على اصالة عدم المخالفة) اى عدم مخالفة الشرط لدليل ذلك الحكم الذى يراد رفعه بالشرط (فيرجع الى عموم:

المؤمنون عند شروطهم) و يقول بصحة الشرط.

و الحاصل ان دليل: المؤمنون، شامل لكل شرط الا ما كان مخالفا فاذا لم نعلم المخالفة فعموم المؤمنون محكم، فتأمل.

(و) ان قلت: الخارج من عموم: المؤمنون، ما كان مخالفا واقعا، و عدم العلم بالمخالفة- و هو ظرف جريان اصالة عدم المخالفة- لا يحقق عدم المخالفة واقعا، فكيف يكون مجرى لعموم: المؤمنون.

و بعبارة اخرى، المؤمنون عند شروطهم يجرى فى ظرف عدم المخالفة واقعا، لا فى ظرف عدم العلم بالمخالفة.

الخارج عن هذا العموم وان كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة، لا ما علم مخالفته الا ان البناء على اصالة عدم المخالفة يكفى فى احراز عدمها واقعا كما فى سائر مجارى الاصول.

و مرجع هذا الاصول الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغييره بالشرط.

قلت: (الخارج عن هذا العموم) اى عموم: المؤمنون عند شروطهم (و ان كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة) علمنا به أم لم نعلم (لا ما علم مخالفته) فان العلم و الجهل لا مدخلية لهما فى الاحكام الاولية (الا ان البناء على اصالة عدم المخالفة) التى ذكرناها (يكفى فى احراز عدمها) اى عدم المخالفة (واقعا) قيد ل «عدمها» (كما فى سائر مجارى الاصول) فان الاصل ينزل الشىء منزلة الواقع فيترتب عليه حكم الواقع.

مثلا: الصلاة مشروطة بالطهارة الواقعية، فاذا شككنا فى الطهارة، و كان هناك استصحاب الطهارة، كفى الاستصحاب فى احراز الطهارة، و صح اتيان الصلاة بهذه الطهارة المستصحة- لانها نازلة شرعا منزلة الطهارة الواقعية-.

(و مرجع هذا الاصل) اى اصالة عدم المخالفة (الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم) الذى نريد رفعه بالاصل- كحكم كون السكنى بيد الرجل- (على وجه لا يقبل تغييره بالشرط) فاذا شككنا فى ان حكم السكنى بيد الرجل هل هو ثابت على كل تقدير، او على تقدير عدم الشرط فقط كان المتيقن انه ثابت على تقدير عدم الشرط، فاذا جاء الشرط

مثلاً: نقول: ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، لا من حيث هو لو خلى وطبعه ولم يثبت في صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن.

لكن هذا الاصل انما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى اطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما فى اكثر الادلة المتضمنة للاحكام المتضمنة للرخصة والتسليط

ارتفع الحكم وصار السكنى بيد الزوجة حسب الشرط.

(مثلاً: نقول: ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن) اى ليس تسلطه تسلطاً مطلقاً، فان الثابت من تسلطه هو التسلط فى الجملة (لا من حيث هو) بدون الشرط (لو خلى وطبعه) هذا التسلط (ولم يثبت فى صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن) بان يكون البلد او المسكن الخاص بيد الزوجة.

(لكن هذا الاصل انما ينفع) حتى يكون مسرحاً للشرط (بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى اطلاقه) «فى» متعلق ب «ظهور» اطلاقاً (بحيث يشمل صورة الاشتراط).

فاذا كان دليل المسكن مطلقاً اطلاقاً يشمل صورة وجود الشرط أيضاً فلا يبقى مجال للشرط (كما فى اكثر الادلة المتضمنة للاحكام المتضمنة للرخصة) فى الشئ ء (و التسليط) على الشئ ء، فانها غير ظاهرة فى الاطلاق، فقوله «كما» بيان لقوله «عدم ظهور».

فالادلة التى تقول ان الرجل مرخص فى تهيئة اى اكل او لباس او

فان الظاهر سوقها فى مقام بيان حكم الشىء من حيث هو، الذى لا ينافى طرؤ خلافه لملزم شرعى، كالنذر و شبيهه من حقوق الله، و الشرط و شبيهه من حقوق الناس.

اما ما كان ظاهره العموم كقوله: لا يملك ولد حرّ، فلا مجرى فيه لهذا الاصل.

ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب

مسكن او ما اشبه لزوجته ليس لها اطلاق (فان الظاهر سوقها) اى تلك الادلة (فى مقام بيان حكم الشىء من حيث هو، الذى لا ينافى طرؤ خلافه لملزم شرعى) ثانوى (كالنذر و شبيهه) من العهد و اليمين (من حقوق الله و) ك (الشرط و شبيهه) من امر الأب و السيد (من حقوق الناس) فاذا طرأ الخلاف ارتفع الحكم الاوّل.

(اما ما كان ظاهره العموم) بمعنى ان له قوة فى العموم بحيث يطارد كل حكم ثانوى و الا فالقسم الاول أيضا له عموم كما لا يخفى، منتهى الامر لم يكن عمومه بهذه القوة (كقوله: لا يملك ولد حرّ، فلا مجرى فيه لهذا الاصل) اى اصالة عدم المخالفة.

فاذا زوج الأب ابنته لشخص، و كلاهما حران، و اشترط عليه ان يكون ولده رقًا بطل الشرط- كما لا يخفى- فالمهم ان يعرف قوة العموم من القرائن الخارجية، و الا جرى الاصل.

(ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين) و هو النراقى فى عوانده (بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب

الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب وان التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار ذكر ان المتعين فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل، و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط، ويرجع الى المرجحات

الممنوع عنه فى الاخبار) حيث قال عليه السلام: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود (بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب) «بما» متعلق ب (خص) و لم يذكر ما اذا كان الالتزام مخالفا، اذ قد عرفت سابقا ان المخالف على قسمين، الاول ما كان الملتزم مخالفا و الثانى ما كان الالتزام مخالفا (و) بعد ان ذكر (ان التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او) ترك (الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار) فان الالتزام ليس مخالفا للكتاب، سواء كان متعلق الالتزام حكما لا اقتضائيا كالمباح، او حكما اقتضائيا كالواجب و الحرام (ذكر ان المتعين فى هذه الموارد)- التى التزم فيها المشروط عليه بفعل شىء او ترك شىء - الخارجة عن مدلول الاخبار اعنى التزام فعل المباح الخ (ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل) مع قطع النظر عن الشرط (و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط) اى المؤمنون عند شروطهم (و يرجع الى المرجحات) فى مورد الاجتماع.

فاذا ورد: لا تشرب الخمر، ورد: المؤمنون عند شروطهم، كان بينهما عموم من وجه، لان الشرط يشمل غير هذا الشرط أيضا، كما ان لا تشرب

وذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع.

قال: و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الاصول.

وفيه من الضعف ما لا يخفى.

مع ان اللازم على ذلك

يشمل غير مورد الشرط.

فاذا شرط شرب الخمر تعارض الدليلان في مورد الاجتماع، فاللازم الرجوع الى المرجحات الخارجية (و ذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع) الذي يقول بحرمة شرب الخمر حتى مع الشرط

(قال) النراقي (و ما لم يكن فيه مرجح) مثل ما اذا اشترط إرث المتعة حيث يعارض «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ» * مع

«المؤمنون عند شروطهم»

(يعمل فيه بالقواعد و الاصول) و ان لم تكن قاعدة و اصل فرضا كان من قبيل الدليلين المتعارضين فاللازم اعمال قواعد التعادل و الترجيح.

(وفيه من الضعف ما لا يخفى).

أولاً: لما عرفت من ان ما دل على عدم نفوذ مخالف الكتاب اعم مما كان الملتزم مخالفا، او كان الالتزام مخالفا.

و ثانياً: ضرورة ان دليل: المؤمنون عند شروطهم، لا يشمل مثل شرب الخمر و الزنا و اكل الربا، فايقاع التعارض بينها لا يليق بالفقيه فكيف بمثل النراقي الذي حاز قصب السبق في العلم و الفضيلة.

(مع) انه يرد عليه ثالثاً (ان اللازم على ذلك) الذي ذكره من كون

الحكم بعدم لزوم الشرط، بل عدم صحته في جميع موارد عدم الترجيح لان الشرط ان كان فعلا يجوز تركه كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط و ادلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم، بل لا يصح.

المرجح - اذا لم يكن مرجح في البين - هو القواعد و الاصول (الحكم بعدم لزوم الشرط) اذا كان الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد (بل عدم صحته) اصلا اذا قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (في جميع موارد عدم الترجيح) بخلاف ما يظهر من النراقي من بقاء الشرط على حاله فتأمل.

و انما قلنا ان اللازم على ذلك عدم لزوم الشروط او عدم صحته (لان الشرط ان كان) متعلقه (فعلا يجوز تركه) مثل شرط طلاق الزوجة فانه فعل يجوز تركه، في نفسه، مع قطع النظر عن الشرط (كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط) مثل: المؤمنون عند شروطهم (و ادلة جواز ترك ذلك الفعل) فيما اذا نكحها بشرط ان يطلقها اذا شاءت فانه يقع التعارض بين:

المؤمنون عند شروطهم، المقتضى للطلاق اذا شاءت، وبين: الطلاق بيد من اخذ بالساق، المقتضى لجواز ان يترك الزوج الطلاق، حتى اذا شاءت هي الطلاق (مع فقد المرجح) لاحدهما على الآخر (الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا يلزم) الشرط، ان قلنا ببقاء العقد لان الشرط الفاسد ليس بمفسد (بل لا يصح) ان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد، فانه اذا بطل العقد بطل الشرط بطريق اولى.

وان كان فعل محرم او ترك واجب لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا من ان من الاحكام المذكورة فى الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كاكثر ما ترخص فى فعله و تركه، و منها ما لا يقبله

(وان كان) الشرط متعلقه (فعل محرم او ترك واجب) كما اذا شرط شرب الافيون او ترك الانفاق على زوجته، فانه يتعارض دليل الشرط و دليل وجوب ذلك الواجب، و حرمة ذلك المحرم، فيتساقطان و (لزم الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط).

و اذا ردّ كلام النراقى لورود الاشكالات الثلاثة عليه.

(فالتحقيق ما ذكرنا من) انه لا تتعارض ادلة الاحكام، و ادلة الشرط اصلا، بل اذا جرى دليل الشرط انسحب دليل الحكم، و اذا جرى دليل الحكم انسحب دليل الشرط.

فحاصل ما ذكرناه (ان من الاحكام المذكورة فى الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه) فان ذلك عنوان الحكم لو خلى و طبعه.

فاذا لحقه شرط او نذر او ما اشبهه خرج عن كونه لو خلى و طبعه فتبدل حكم ذلك الموضوع على وفق الشرط ايجابا او تحريما (كاكثر ما ترخص فى فعله و تركه) مع التساوى كالمباح او مع ترجيح الفعل كالمستحب، او مع ترجيح الترك كالمكروه.

وانما قال «كاكثر» لان بعض المرخصات لا يغيرها الشرط، كما قال بعضهم فى اشتراط عدم التسرى (و منها ما لا يقبله) اى لا يقبل التغيير

كالتحريم و كثير من موارد الوجوب.

و ادلة الشروط حاكمة على القسم الاول، دون الثانى فان اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك.

و قد تفتن قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى، و ان الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفتن

بالشرط (كالتحريم و كثير من موارد الوجوب) فان الشرط لا يتمكن من اباحة حرمة شرب الخمر و الزنا، كما لا يتمكن من اسقاط الصلاة و الصيام و الحج عن وجوبها.

و انما قال «كثير» لان بعض موارد الوجوب يسقط عن وجوبه بواسطة الشرط مثل اشتراط ان يكون السكنى بيد الزوجة، فانه يسقط وجوب متابعة الزوجة للزوج فى البلد و المكان.

(و ادلة الشروط) التى تقول: المؤمنون عند شروطهم (حاكمة على القسم الاول) القابل للتغيير (دون الثانى) الذى لا يقبل التغيير (فان اشتراطه) اى اشتراط القسم الثانى (مخالف لكتاب الله) الذى يقتضى عدم تغيير هذا القسم (كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك) فيما اذا شكنا ان الحكم من القسم الاول او القسم الثانى، و ان الاصل يقتضى كون الحكم من القسم القابل للتغيير بالشرط.

(و قد تفتن) النراقى (قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى) الذى لا يتغير بالشرط (و ان الشرط فيه) اى فى هذا القسم (مخالف للكتاب بعض التفتن) فلا تعارض بين دليل الشرط، و دليل الحكم

بحيث كاد ان يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال: ولو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا، انتهى.

و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله (ع) فى رواية اسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا او احل حراما، فان

(بحيث كاد ان يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، و ادلة حرمة شرب الخمر، فقال) ما يظهر منه الرجوع بما نصّه:

(ولو جعل هذا الشرط) اى شرط شرب الخمر (من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا) انه مخالف للكتاب- فلا نلاحظ الدقة المقتضية للتعارض، على ما ذكرناه أولا- (لم يكن بعيدا، انتهى).

و انما قلنا «بعض التفطن» لانا قلنا بانه لا تعارض، لا دقة و لا عرفا و النراقى نفى التعارض العرفى، مما يظهر منه انه باق على رأيه فى وجود التعارض الدقى

(و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين) قسم يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه، و قسم لا يقبل التغيير بالشرط (يظهر لك معنى قوله (ع) فى رواية اسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما، فان

المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر، و عمل الخشب صنما او صورة حيوان، و نظير مجامعة الزوج التي دل بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها- اعنى الاباحة- متى اراد الزوج، باشتراط كونها بيد المرأة، و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دلّ بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع اباحتها باشتراط تركها، معللا بورود الكتاب العزيز باباحتها.

المراد بالحلال و الحرام فيها) اى فى هذه الرواية القسم الثانى الذى لا يقبل التغيير (ما كان كذلك) حلالا او حراما (بظاهر دليله حتى مع الاشتراط، نظير شرب الخمر، و عمل الخشب صنما او صورة حيوان) هذه امثلة الحرام الذى لا يقبل الحلية بالشرط (و نظير مجامعة الزوج التي دل بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها- اعنى الاباحة- متى اراد الزوج) الجماع (باشتراط كونها بيد المرأة) «باشتراط» متعلق ب «عدم ارتفاع» فهذا حلال لا يقبل الحرمة بالشرط (و نظير التزوج) بامرأة ثانية (و التسرى) بجارية (و الهجر) للزوجة اذا اتت بسبب الهجر و هو النشوز (حيث دلّ بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع اباحتها باشتراط تركها) فهذه حلال لا تقبل الحرمة بالشرط (معللا) فى الاخبار (بورود الكتاب العزيز باباحتها).

و الحاصل: ان الواجب و الحرام لا يقبل الشرط الا بدليل خاص و الاحكام الثلاثة الاخر تقبل الشرط الا بدليل خاص.

اما ما كان حلالا لو خَلَّى وطبعه بحيث لا ينافى حرمة او وجوبه بملاحظة طرؤ عنوان خارجى عليه او كان حراما كذلك، فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه الا تغيّر عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام.

الا ترى انه لو نهى السيّد عبده، او الوالد ولده عن فعل مباح اعنى مطالبة ماله فى ذمة غريمه،

(اما ما كان حلالا- لو خَلَّى وطبعه بحيث لا ينافى) حليته الذاتية (حرمة او وجوبه بملاحظة طرؤ عنوان خارجى عليه) كطرؤ النذر او الشرط على فعله او تركه (او كان حراما كذلك) لو خَلَّى وطبعه، بحيث لا تنافى حرمة الذاتية طرؤ عنوان خارجى عليه يوجب حليته مثل حرمة عصيان الزوج فى السكنى بان لا تطيع الزوج اذا اراد لها السكنى فى مكان خاص فتشترط عليه ان يكون السكنى بيدها فان الحرمة الذاتية لا- تنافى طرؤ هذا العنوان الموجب لباحة مخالفة الزوج لها (فلا يلزم من اشتراط فعله او تركه الا تغيّر) الموضوع، و ذلك بتبدل (عنوان الحلال و الحرام الموجب) ذلك التغير (لتغير الحل و الحرمة) فكلما تبدل الموضوع تبدل الحكم (فلا يكون حينئذ) اى حين تبدل الموضوع (تحريم حلال و لا تحليل حرام) بل كان ذلك من قبيل وجوب الصيام فى الحضر، و وجوب الافطار فى السفر.

(الا ترى انه لو نهى السيّد عبده، او الوالد ولده عن فعل مباح) إباحة ذاتية (اعنى مطالبة ماله) اى الشىء الذى للولد (فى ذمة غريمه)

او حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعا من حيث طرؤ عنوان معصية السيّد و الوالد، و عنوان حنث اليمين عليه تحريما
لحلال فكذلك ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به، و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرم فى نفسه و
كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافى ذلك حليتهما باشتراط عدم اخراجها عن بلدها او باشتراط عدم مجامعتها

المطلوب للولد (او حلف المكلف) الدائن (على تركه) اى ترك المديون بان لا- يطالبه، (لم يكن الحكم) الثانوى (بحرمة) اى المطالبة
(شرعا) قيد «الحكم» (من حيث طرؤ عنوان معصية السيد و الوالد، و عنوان حنث اليمين عليه) اى على المطالبة (تحريما لحلال) لان
المطالبة فى ذاتها موضوع و معصية السيّد، و حنث اليمين موضوع آخر، و اذا كانت المعصية للوالد، و الحنث لليمين بيدلان الموضوع
الموجب لتبدل الحكم (فكذلك) تحريم الحلال الذاتى مثل (ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به) موضوع آخر غير الفعل الذى
كان موضوعا للاباحة فان الفعل بما هو هو، غير الفعل بما هو وقع فى ضمن العقد (و كذلك) بالنسبة الى تحليل الحرام الذاتى، مثل (امتناع
الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرم فى نفسه) اذا لم يطرأ عليه عنوان آخر (و كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافى ذلك)
التحريم (حليتهما) اى حلية الامتناع عن الخروج و الامتناع عن المجامعة (ب) سبب (اشترط عدم اخراجها عن بلدها) فى ضمن العقد
(او باشتراط عدم مجامعتها) كذلك فى ضمن

كما فى بعض النصوص.

وبالجملة فتحریم الحلال و تحلیل الحرام انما يلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لادلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله.

اما اذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد الا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه فانه لا يعارضه ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم اذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له

العقد (كما فى بعض النصوص).

(و بالجملة، ف) الشرط لا- يلزم تحریم الحلال او تحليل الحرام فان (تحریم الحلال و تحليل الحرام انما يلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط لادلة اصل الحكم) بان كان دليل الحكم عامّا يشمل حتى صورة الشرط، كما فى ادلة حرمة شرب الخمر، و وجوب الصلاة، فانها عامّة تشمل حتى صورة شرط ترك الصّلاة او شرط شرب الخمر (حتى يستلزم وجوب الوفاء) بالشرط (مخالفة ذلك) الدليل المتعرض لاصل الحكم (و طرح دليله) اذا قدّمنا دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(أمّا اذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد الا ثبوته) اى ثبوت ذلك الحكم (لو خلى الموضوع و طبعه) مثل دليل كون السّكنى بيد الزوج (فانه لا يعارض ما دلّ على ثبوت ضدّ ذلك الحكم) كالتّحليل فى مثال سكنى الزّوجة (اذا طرأ على الموضوع) اى السّكنى فى المثال (عنوان آخر) كعنوان الشرط (لم يثبت ذلك الحكم) اى حرمة عدم الاطاعة (له)

ص: 206

الا مجردا عن ذلك العنوان.

ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا فى معنى الرواية بان ادلة حلية اغلب المحلّلات بل كلها انما تدل على حلّيتها فى انفسها لو خلّيت وانفسها، فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط كما قد تحرم من اجل النذر و اخويه، و من جهة اطاعة الوالد و السيّد، و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها.

اى لموضوع السكنى مثلا (الا مجردا عن ذلك العنوان) فان وجوب اطاعة الزوج فى السكنى ثابت للسكنى غير المعنون بعنوان الشرط، فاذا جاء الشرط تبدل الحكم.

(ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرّم للحلال على ما ذكرنا فى معنى الرواية) من ان المراد بالحلال و الحرام: ما كان كذلك حتى مع الشرط، و لذا لا يتمكن الشرط من تبديل حكمهما (بان ادلة حلية اغلب المحلّلات بل كلها انما تدل) دلالة عرفية (على حلّيتها فى انفسها لو خلّيت و انفسها) فلا اطلاق لها لجميع الحالات (فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط) لان الشىء بعنوان الشرط غير الشىء بعنوان نفسه (كما قد تحرم) المحلّلات (من اجل النذر و اخويه) و هما العهد و اليمين (و من جهة اطاعة الوالد و السيّد) و الزوج (و من جهة صيرورتها عنه للمحرم) و مقدمة له بناء على ان مقدمة الحرام حرام (و غير ذلك من العناوين الطارئة لها) اى للمحلّلات.

وجه الاشكال انه لا يبقى حينئذ مصداق للشرط المحرّم للحلال.

ص: 207

نعم لو دَلَّ دليل حلّ شيء، على الحليّة المطلقة، نظير دلالة ادلة المحرمات بحيث لا يقبل طرؤ عنوان مغير عليه اصلا، او خصوص الشرط من بين العناوين، او دَلَّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك، كما دَلَّ بعض الاخبار بالنسبة الى بعض الافعال كالتسرى و التزوّج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه

لكن دلالة نفس دليل الحليّة على ذلك

(نعم لو دَلَّ دليل حلّ شيء، على الحلية المطلقة) وانه حلال سواء وقع عليه عنوان ثانوي، أم لا (نظير دلالة ادلة المحرمات) حيث انها تدل على الحرمة المطلقة- دلالة عرفية- (بحيث لا يقبل) ذلك الحلال (طرؤ عنوان مغير عليه اصلا) سواء كان ذلك العنوان الثانوي شرطا او نذرا او من الوالدين (او) لا- يقبل طرؤ (خصوص الشرط من بين العناوين) الثانوية (او دَلَّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك) اي لا يقبل طرؤ عنوان مغير عليه اصلا و هذا عطف على قوله «لو دَلَّ دليل حلّ شيء الخ...» (كما دَلَّ بعض الاخبار) المتقدمة (بالنسبة الى بعض الافعال) و هذا مثال للدليل الخارجي (كالتسرى و التزوّج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة) و ترك الهجران مع اتيانها بالنشوز (كان مقتضاه) اي مقتضى هذا الدليل الخارجي او الداخلي، و «كان» جواب «لو» (فساد اشتراط خلافه) اي خلاف ذلك الحلّ، فالشيء يبقى حلالا و ان شرط خلاف الحليّة.

(لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك) الاطلاق، وانه حلال و

لم توجد في مورد.

و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك، اذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط.

و مورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة

ان ورد عليه الشرط بخلافه (لم توجد في مورد) حسب ما استقرأناه.

(و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط) بان نقول: كلما دلّ دليل خارجي على اطلاق الحلّية، لم يرد عليه الشرط و كلما لم يكن هكذا دليل كان قابلا لورود الشرط (يخرج الرواية) التي قالت «الا ما احل حراما او حرم حلالا» (عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك) اذ ظاهر الرواية ان كل حلال لا يقبل الحرمة بالاشتراط، كما ان كل حرام لا يقبل الحلّية بالاشتراط.

وانما يخرج الرواية (اذ مورد الشك حينئذ) اى حين الاحتياج الى الدليل الخارجى (محكوم بصحة الاشتراط) لانه كلما لم يكن دليل خارج على بطلان الاشتراط كان اللازم القول بصحة الاشتراط.

(و مورد ورود الدليل على عدم تغير حلّ الفعل باشتراط تركه) «باشتراط» متعلق ب «عدم تغير» (مستغن عن الضابطة).

اذ لو لم تكن الضابطة كان الدليل الخارج- الدال على عدم تغير الحلال بالاشتراط- كاف في افادة ان الحلال في المسألة الفلانية

مع ان الامام علّل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرما للحلال، كما عرفت فى الرواية التى تقدمت فى عدم صحة اشتراط عدم التزوّج، و التسرّي، معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على اباحتها.

نعم لا يرد هذا الاشكال فى طرف تحليل الحرام، لان

لا يقبل التغيير بالشرط، هذا أولا اشكال على الاحتياج الى الدليل الخارج

و ثانيا (مع ان الامام) عليه السلام (علّل فساد الشرط فى هذه الموارد) و هى التسرّي و التزوّج و ما اشبه (بكونه محرما للحلال، كما عرفت فى الرواية التى تقدمت) عن ابن مسلم، عن الباقر عليه السلام (فى عدم صحة اشتراط عدم التزوّج، و) عدم (التسرّي، معللا بكونه) اى عدم التزوّج، او عدم التسرّي (مخالفا للكتاب الدال على اباحتها).

و الظاهر من الرواية عدم الاحتياج الى الدليل الخارجى و انما يكفى وجود الحلّية فى الكتاب.

و الحاصل: ان قولكم بالاحتياج الى الدليل الخارجى يستشكل عليه أولا بانه موجب للاستغناء عن الضابط.

و ثانيا: بانه خلاف ظاهر كلام الامام (ع) فى رواية ابن مسلم.

(نعم لا- يرد هذا الاشكال) و هو ان اطلاق الحكم اما ان يفهم من دليل داخلى، او دليل خارجى، و الدليل الداخلى ليس موجودا فى المحلّلات، و الدليل الخارجى موجب لهدم الضابطة، و مخالفة ظاهر رواية ابن مسلم (فى طرف تحليل الحرام، لان) فى ادلة المحرمات دليل داخلى على اطلاق الحرام، و انه لا يرتفع بالشرط، و الدليل الداخلى

ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام فى نفسه لو لا الشرط.

و ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال، فانا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط، لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

هو الظهور العرفى، فان العرف اذا القى عليه ان الشئ الفلانى حرام يستظهر انه حرام بقول مطلق، فلا- يقبل الحلية بالشرط و النذر و نحوهما

فان (ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما) كاطاعة الوالد و الزوج (بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام) استثناءه (عما يجب الوفاء به) حيث قال:

المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما (دليل على إرادة الحرام فى نفسه) اى (لو لا الشرط) اذ المفروض ان الشرط يريد تحليل الحرام، فالحرام لوحظ مجردا عن الشرط، فقال انه لا يحلل بالشرط.

(و) ان قلت: فلتكن هذه القرينة التى ذكرتموها فى تحليل الحرام بقولكم: بل نفس .. الخ، أيضا قرينة على ان المراد بتحريم الحلال، الحلال فى نفسه، فتدل هذه القرينة على ان الحلال لا يحرم بالشرط.

قلت: (ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال) فالقرينة خاصة بتحليل الحرام (فانا قد علمنا) من الخارج (ان ليس المراد الحلال لو لا الشرط).

و وجه علمنا هو ما ذكره بقوله: (لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا.

وربما يتخيّل ان هذا الاشكال مختصّ بما دلّ على الاباحة التكليفية،

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط) من مجي ء زيد و عدم مجيئه، و خياطة القباء و تسليم الدار في وقت كذا، و غيرها من الشروط الواقعة في ضمن المعاملات (عدا) اشتراط (فعل الواجبات و ترك المحرمات) كما اذا شرط عليه في ضمن العقد ان يصلّي او يترك شرب الخمر، فان الشرط صحيح و مؤكّد للواجب و الحرام، كما ان نذر فعل الواجب و ترك الحرام أيضا صحيح و مؤكّد (مستلزم لتحريم الحلال فعلا او تركا) فان الحلال فعله و تركه جائز، فاذا شرط الفعل حرم الترك، و الترك حلال في نفسه، و اذا شرط الترك حرم الفعل و الفعل حلال في نفسه.

فتحصّل ان جملة «حرم حلالا» يرد عليه الاشكال بخلاف جملة «حلّ حراما» لان الحرام حرام مطلقا- على كل حال- فلا يرفعه الشرط بخلاف الحلال فانه حلال لو خلّي و طبعه فهو قابل لورود الشرط عليه و اذا ورد عليه الشرط حرّمه.

و عليه فاللازم تقييد حرّم حلالا، بما اذا علم انه حلال مطلق، و هذا و ان كان خلاف الظاهر الا انه لا بد ان يصار إليه صيانة للكلام عن اللغوية، فتأمل.

(وربما يتخيّل ان هذا الاشكال) و هو ما ذكرناه بقولنا: ثم أنّه يشكل الامر في استثناء المحرم. الخ (مختصّ بما دلّ على الاباحة التكليفية.

كقوله: تحل كذا و تباح كذا.

اما الحلّية التي تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية، او الملكية، او الرقية، او اضدادها فهي احكام لا تتغيّر لعنوان اصلا.

كقوله: تحل كذا و تباح كذا) فانها قابلة لورود الشرط عليها، فلا ينطبق على هذا القسم من المحللات قوله عليه السلام: الا شرطا حرم حلالا فان الشرط المحرم للحلال التكليفي كثير.

(اما الحلّية التي تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية) المتضمن لباحة الوطي و النظر و اللمس و ما اشبه (او الملكية) المتضمن لباحة التصرف و الاذن في التصرف و الاتلاف- فيما لم يكن اسرافا- (او الرقية) المتضمن لباحة الامر و النهي و التزويج و الاستخدام و ما اشبه (او اضدادها) اي اضداد الزوجية و الملكية و الرقية، كالاجنبية و الاباحة الاصلية و الحرّية، فانها أيضا تشتمل على مباحات.

فالمرأة الاجنبية يحل زواجها بالدوام و بالمتعة، و يحل ان تكون مرضعة، و ان تكون أم زوجة.

و المباح الاصلى يحل الانتفاع به و اقتنائه- فيما لم يكن اسرافا- و استملاكه.

و الانسان الحر يحل استيجاره و الاشتهار منه و البيع له و تزويجه و غير ذلك من الاحكام التكليفيه المترتبة على الاحكام مما لا تعدّ و لا تحصى (فهي احكام لا تتغيّر لعنوان) ثانوى (اصلا) فالشرط لا يتمكن من تحريمها كما لا يتمكن من تحليل المحرمات.

ص: 213

فان الانتفاع بالملك فى الجملة والاستمتاع بالزوجة والنظر الى أمها وبنتها من المباحات التى لا تقبل التغيير.

ولذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع بماله، او لا يظاً جاريته.

وبعبارة اخرى ترتب آثار الملكية على الملك فى الجملة و آثار الزوجية على الزوج كذلك من المباحات التى لا تتغير عن اباحتها، وان كان ترتب بعض الآثار قابلاً لتغيير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة

(فان الانتفاع بالملك فى الجملة والاستمتاع بالزوجة) فى الجملة.

و انما قلنا فى الجملة، لانه يمكن تحريم بعض الانتفاعات والاستمتاعات بالشرط او سائر العناوين الثانوية (و النظر الى أمها وبنتها) و استخدام العبد (من المباحات التى لا تقبل التغيير) بالشرط ونحوه.

(ولذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع) المصالح (بماله) اصلاً (او لا يظاً جاريته) اصلاً، لانهما من الحلال الناشئ عن الاحكام الوضعية- اى الملكية والرقية- فلا يحرم بالشرط.

(وبعبارة اخرى ترتب آثار الملكية على الملك فى الجملة و آثار الزوجية على الزوج كذلك) اى فى الجملة (من المباحات التى لا تتغير عن اباحتها) بالشرط او النذر او ما اشبه من سائر العناوين الثانوية (وان كان)- ان: وصلية- (ترتب بعض الآثار) للحكم الوضعى (قابلاً لتغيير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة)

و اسكان الزوجة فى بلد اشترط ان لا يخرج إليه او وطئها مع اشترط عدم وطئها اصلا كما هو المنصوص.

ولكن الانصاف انه كلام غير منضبط، فانه كما جاز تغير إباحة بعض الانتفاعات كالوطى فى النكاح، والسكنى فى البيع الى التحريم لاجل الشرط، كذلك يجوز

فان حلية سكنى المشتري الذي ملك الدار من آثار الحكم الوضعى - للذى له الملك - لكن يمكن نقله الى البائع مؤقتا بالشرط فالحلال يصبح حراما على المشتري (و اسكان الزوجة فى بلد اشترط) - بالمجهول - (ان لا يخرج) الرجل بزوجه (إليه) فهذا كان حلالا، و صار حراما بالشرط (او وطئها) اى وطى الزوجة (مع اشترط عدم وطئها اصلا) فان الوطى حلال، لكنه اذا اشترط عدم الوطى، حرم الحلال بسبب الشرط (كما هو المنصوص) فى ان للمرأة ان تشرط ان لا يطئها الزوج.

و من هذا كله تبين انه لا يصح الشرط المحرم للحلال، اذا كان الحلال ناشئا عن الاحكام الوضعية، و الحلال الناشئ من الاحكام الوضعية كثير جدا، كما لا يصح الشرط المحلل للحرام.

(ولكن الانصاف) ان هذا التخيل غير تام، اذ (انه كلام غير منضبط) فلا ضابطة لما يمكن تحريمه بالشرط و ما لا يمكن تحريمه بالشرط - من المباحات التابعة للاحكام الوضعية - (فانه كما جاز تغير إباحة بعض الانتفاعات كالوطى فى النكاح) المحلل فى نفسه (و السكنى فى البيع) المحلل فى نفسه للمشتري (الى التحريم لاجل الشرط، كذلك يجوز

فليس الحكم بعدم تغير إباحة مطلق التصرف في الملك، و الاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط الآ للاجماع او لمجرد الاستبعاد و الثاني غير معتد به، و الاول يوجب ما تقدم من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة

تغير إباحة سائرهما) اى سائر الانتفاعات (الى الحرمة) بسبب الشرط، و عليه فالشرط تمكن من ان يحرم الشيء الذي كان محللا بسبب الحكم الوضعي.

(ف) ان قلت: نعم الشرط يتمكن من ذلك في الجملة، لكنه لا يتمكن من تحريم كل إباحة تابعة لحكم وضعي.

قلت: (ليس الحكم بعدم تغير إباحة مطلق التصرف في الملك، و) مطلق (الاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط) «لاجل» متعلق ب «التغير» (الا للاجماع او لمجرد الاستبعاد) و انه كيف يمكن ان يرفع الشرط كل آثار الملك او كل آثار الزوجية (و الثاني غير معتد به، و الاول) و ان كان صحيحا الا انه (يوجب ما تقدم) في جوابنا عن: ثم انه يشكل الامر (من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة) و هي قوله عليه السلام «الا شرطا حرّم حلالا».

وجه عدم الفائدة، هو ان الاجماع منع عن هذا الشرط الذي يقتضي تحريم مطلق التصرف و الاستمتاع، لا ان بطلان الشرط كان لاجل انه محرّم للحلال، بينما ظاهر الرواية ان الشرط المحرم للحلال باطل، لانه محرّم للحلال.

مع ان هذا العنوان- اعنى: تحريم الحلال و تحليل الحرام- انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين.

وورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال، و قد ورد بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما، معللا بانه ليس لك ان تحرم ما احلّ الله، و من المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هى من الاحكام التكليفية الابتدائية.

(مع ان) هناك اشكالا ثانيا على قول المتخيّل، لان المتخيّل قال:

تحريم الحلال عبارة عن تحريم الحلال المستفاد من الحكم الوضعى.

فاشكل المصنف عليه أولا بقوله: لكن الانصاف، و ثانيا: بانا نرى ان الامام عليه السلام استعمل تحريم الحلال فيما كان الحلال حكما تكليفيا فكيف يمكن ان يستعمل هذه الجملة: الا ما حرّم حلالا تارة فى الحلال الوضعى، كما قال المتخيّل و تارة فى الحلال الوضعى، كما فى باب اليمين

فان (هذا العنوان- اعنى: تحريم الحلال و تحليل الحرام- انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين).

(و) ذلك حيث (ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال، و قد ورد) صغرى لتلك الكلية (بطلان الحلف على ترك شرب العصير المباح) فى مقابل العصير المحرم الذي فيه سكر (دائما) و ان صحّ الحلف على ترك شربه مؤقتا (معللا) البطلان (بانه ليس لك ان تحرم ما احلّ الله، و) الحال انه (من المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام الوضعية، بل هى) اى اباحة العصير (من الاحكام التكليفية الابتدائية)

و بالجمله فالفرق بين التزوج و التسرى اللذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما، معللا بانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهم، و بين ترك الوطي الذي ورد جواز اشتراطه.

و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذي ورد عدم جواز الحلف عليه معللا بانه من تحريم

لا الثانوية التابعة لحكم وضعى فمن مثال الامام (ع) ل «تحريم الحلال» ب «شرب العصير» يعرف ان ليس المراد من تحريم الحلال، الحلال الوضعى و الحال ان المتخيل قال: ان المراد من الحلال فى الضابطة هو الحلال الوضعى.

(و بالجمله) نقول فى بيان انه لم يفهم المراد من قوله «الا- شرطا حرم حلالا»: ان بعض المحللات جعلها الشارع من تحريم الحلال، و بعضها لم يجعله من ذلك فما هو الفرق؟ (فالفرق بين التزوج و التسرى اللذين)- بصيغة التثنية- (ورد عدم جواز اشتراط تركهما، معللا) عدم الجواز (بانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهم، و بين ترك الوطي الذي ورد جواز اشتراطه) مع انه أيضا ورد الدليل من الكتاب و السنة على جوازه، قال تعالى «و الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ»*.

(و كذا) الفرق (بين ترك شرب العصير المباح) شربه- فى مقابل العصير المسكر الذي لا يباح شربه- و كذا العصير الذي لم يذهب ثلثاه (الذي ورد عدم جواز الحلف عليه، معللا) عدم الجواز (بانه من تحريم

الحلال، و بين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه فى غاية الاشكال.

وربما قيل فى توجيه الرواية، و توضيح معناها ان معنى قوله: الا شرطا حرم حلالا، او احلّ حراما، اما ان يكون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال.

الحلال، و بين ترك بعض المباحات) كترك التدخين (المتفق على جواز الحلف عليه) مع ان كليهما مباحان، فاما ان يجوز الحلف على تركهما، او لا يجوز (فى غاية الاشكال).

و ليس الجواب عن وجه ذلك الفرق ان يقال: بان الشارع فرّق، فانه من المعلوم ان الشارع فرق، و انما الكلام فى انه كيف فرق الشارع مع ان كليهما داخل فى تحريم الحلال، او ليس بداخل فى تحريم الحلال

و الحاصل: انا نريد فهم وجه انطباق الكلية على فرد دون فرد حتى نفهم من ذلك الموارد التى هى من تحريم الحلال و الموارد التى ليست من تحريم الحلال.

(وربما قيل فى توجيه الرواية، و توضيح معناها) و القائل هو النراقى فى عوائده، و المراد بالرواية قوله عليه السلام «الا شرطا حرّم حلالا ... الخ» (ان معنى قوله: الا شرطا حرم حلالا، او احلّ حراما اما ان يكون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال).

فان الانسان الذى يشترط على نفسه عدم وطى الزوجة صار وطى الزوجة عليه حراما، فوجوب الوفاء بالشرط حرم عليه الحلال.

و اما ان يكون الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال.

و الاول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام عليه السلام فى رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج، بل يلزم كون الكل لغوا اذ ينحصر مورد:

(و اما ان يكون) المراد به (الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال) بان يصبح الحلال حراما، و هذا يكون حراما قبل وجوب الوفاء.

و الحاصل ان الشرط قد يحرم الحلال بضميمة وجوب الوفاء حتى ان الشارع لو لم يقل ف بشرطك لم يحرم الشرط، و قد يحرم الشرط الحلال بدون ملاحظة وجوب الوفاء حتى يكون الشرط مشرعا لتحريم الحلال.

(و الاول مخالف لظاهر العبارة) اى عبارة «الا شرطا حرم حلالا او احل حراما» لان تقدير وجوب الوفاء به فى الكلام خلاف الظاهر، بل الظاهر ان نفس الشرط يحرم (مع مناقضته) اى مناقضة المعنى الاول (لما استشهد به الامام عليه السلام فى رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و) عدم (التزوج).

فالوفاء بهذا الشرط يحرم عليه الطلاق و التزوج، و مع ذلك اجازه الامام فليس المراد من تحريم الحلال ما كان الوفاء به يحرم الحلال (بل يلزم) من إرادة المعنى الاول (كون الكل) اى كل الشروط (لغوا) و لا يلزم الوفاء به، اذ قبل الشرط كان الفعل و الترك مباحا، فالوفاء بالشرط يلزم منه عدم اجتناب الحلال (اذ ينحصر مورد

المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات.

فبيقى الثانى، و هو ظاهر الكلام فيكون معناه الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال، بان يكون المشروط هو حرمة الحلال.

ثم قال: فان قيل اذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله فيجعله حراما عليه.

المسلمون عند شروطهم)- على المعنى الاول- (باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات) فان الوفاء بمثل هذا الشرط لا يلزم منه تحريم الحلال و تحليل الحرام.

(فبيقى) المعنى (الثانى) للرواية الذي اشرنا إليه بقولنا «حرم ذلك الشرط الحلال» (و هو ظاهر الكلام) اذ ليس فيه تقدير، فالمعنى الاول خلاف الظاهر و يناقض رواية منصور و يوجب اللغوية بخلاف المعنى الثانى (فيكون معناه) على هذا (الا شرطا حرم ذلك الشرط الحلال، بان يكون المشروط هو حرمة الحلال) بان شرط ان يكون شرب الماء حراما، و هذا الشرط باطل، لان الشرط ليس بمشروع، و لهذا ابطال الامام (ع) بقوله «الا شرطا حراما حلالا».

(ثم قال) النراقي ره (فان قيل) ان المعنى الاول أيضا مشروع و محرم للحلال، فانه (اذا شرط) المشترط (عدم فعله) اى عدم فعل الحلال (فلا يرضى) المشترط (بفعله) اى بان يفعل ذلك الحلال (فيجعله) اى الفعل (حراما عليه).

فلا فرق بين ان يقول «بشرط ان احرم الماء على نفسى» او يقول

قلنا لا نريد ان معنى الحرمة طلب الترك من المشترط، بل جعله حراما ذاتيا اى مطلوب الترك شرعا.

و لا شك ان شرط عدم فعل، بل نهى شخص عن فعل، لا يجعله حراما شرعيا.

ثم قال: فان قيل: الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب

«بشرط ان لا- اشرب الماء» اذ «لا اشرب» معناه «احرم» أيضا، فلما ذا قلتم بالفرق بين المعنيين، و ان المراد بالرواية المعنى الثانى دون المعنى الاول.

(قلنا) هنا فرق بين المعنيين، فاننا (لا نريد ان معنى الحرمة) فى المعنى الثانى (طلب الترك من المشترط) حتى يكون كلا المعنيين بالنتيجة طلب الترك، فلا- يكون فرق بينهما (بل) مرادنا من المعنى الثانى (جعله) اى الفعل (حراما ذاتيا) كسائر المحرمات الشرعية، مثل الزنا و شرب الخمر (اى مطلوب الترك شرعا)

(و) اما المعنى الاول فليس كذلك، اذ (لا شك ان شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل، لا يجعله حراما شرعيا).

و الحاصل: ان المراد بالرواية النهى عن شرط يكون هكذا «بشرط ان احرم على نفسى شرب الماء) اما الشرط الذى يكون هكذا «بشرط ان لا اشرب الماء» فليس فيه محذور.

(ثم قال) النراقى (فان قيل: الشرط من حيث هو) شرط صادر من المشترط (مع قطع النظر عن ايجاب

الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا، فلا يحرم و لا يحلل.

قلنا: ان اريد انه لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو ليس كذلك بل حكم الشرط ذلك، و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله.

و على هذا فلا اجمال فى الحديث، و لا تخصيص فى ذلك

الشارع الوفاء) به (لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا، فلا يحرم و لا يحلل) فكيف قلتم ان المراد بالرواية «تحريم الشرط» فالصحيح هو المعنى الاول، فالمراد وجوب الوفاء بالشرط يوجب التحريم لا ان الشرط بذاته يوجب التحريم.

قلنا: ان اريد انه) اى الشرط (لا يوجب تحليلا و لا تحريما شرعيا بحكم الشرط) اى ان الشرط لا يوجب الحكم الشرعى بالحرمة (فهو) اى الشرط (ليس كذلك) اى ليس «لا يوجب تحليلا و تحريما» (بل) الشرط يوجب تحليلا و تحريما، ف (حكم الشرط ذلك) اى التحليل و التحريم (و هذا معنى تحريم الشرط و تحليله) الذى نهى عنه الامام عليه السلام بقوله «الا شرطا حرم حلالا او احل حراما» و ان اريد ان الشرط لا يوجب تحليلا و لا تحريما بذاته اى مع قطع النظر عن الشرع فهو كذلك، لكننا لم ندعه حتى يستشكل علينا «بان قيل» بل ادعينا ان الشرط يوجب تحليلا و تحريما بحكم الشارع، و قلنا ان المراد بالرواية «النهى عن ان يحرم على نفسه بان يجعل المشروط محرما شرعيا ذاتيا».

(و على هذا) المعنى الذى ذكرناه من ان المراد جعل المشروط حراما ذاتيا (فلا اجمال فى الحديث، و لا تخصيص فى ذلك).

كالنذر والعهد واليمين، فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد ولو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا او يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد، انتهى.

اقول لا افهم معنى محصلا لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعا، فان هذا امر

كان يقال ان كل شرط محرم للحلال غير صحيح، الا شرط ان لا يطاء زوجته، فانه شرط صحيح- لورود النص الخاص بجواز هذا الشرط- (كالنذر والعهد واليمين) فان حال الثلاثة أيضا حال الشرط في انها لا يمكن ان تحرم الحلال (فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد) نذره لانه لم يجعل المال المشتبه حراما ذاتيا، بل نذر ان يتركه (ولو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا) من قبيل الزنا والخمر (او) نذر ان (يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد) نذره (انتهى) كلام التراقي

و الفرق بين «ان يكون» وبين «او يحرم» ان الاول من قبيل نذر الغاية، والثاني من قبيل نذر الفعل.

نظير الفرق بين نذر كون داره ملكا لزيد، وبين نذر ان يملك داره لزيد، وكذلك قد ينذر ان تكون زوجته طالق، وهذا باطل، وقد ينذر ان يطلق زوجته وهذا صحيح.

(اقول لا افهم معنى محصلا)- وان امكن ان يتلفظ به المشترط- (لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعا) بان يقول المشترط ان الشيء الفلاني حرام شرعا- بينما قد حله الشارع- (فان هذا) الجعل (امر

غير مقدور للمشترط، و لا يدخل تحت الجعل فهو داخل في غير المقدور و لا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به، لان هذا لا يمكن عقلا الوفاء به، اذ ليس فعلا خصوصا للمشترط.

و كذلك الكلام في النذر و شبهه.

و العجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام في كون

غير مقدور للمشترط، و لا يدخل تحت الجعل) اى جعل المشترط (فهو داخل في غير المقدور) فان شرطه كان باطلا، لانه غير مقدور للمشترط، وقد تقدم اشتراط ان يكون الشرط مقدورا (و لا معنى لاستثنائه) اى استثناء جعل الشيء حراما و حلالا شرعا (عما يجب الوفاء به) بان يقول الشارع: المؤمنون عند شروطهم الا ما حرم حلالا بهذا المعنى (لان هذا) اى التحريم و التحليل (لا يمكن عقلا الوفاء به) «عقلا» قيد ل «الوفاء به» (اذ ليس فعلا) و عملا (خصوصا للمشترط).

و من المعلوم: ان الاستثناء يلزم ان يكون معقولا، مثلا: لا يصح ان يقال يجوز كل شرط الا شرط خلق الانسان، اذ المستثنى يلزم ان يكون من جنس المستثنى منه، و المستثنى منه يلزم ان يكون مقدورا.

(و كذلك الكلام في النذر و شبهه) فانه لا يتعلق النذر بغير المقدور فقول النراقي اخيرا «كالنذر و العهد و اليمين» فيه اشكال.

(و العجب منه قدس سره) اى من النراقي ره (حيث لاحظ ظهور الكلام) اى قوله عليه السلام «الا شرطا حرم حلالا او حلال حراما» (في كون

المحرم و المحلل نفس الشرط و لم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال التي يعقل الوفاء بالتزامها.

و حرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض.

وقد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر، و للمحرم للحلال بالصلح على ان لا يظاً جاريته و لا ينتفع بماله.

و كيف كان فالظاهر بل المتعين

(و المحرم و المحلل) بالكسر (نفس الشرط) اي لاحظ هذه الدقة (و لم يلاحظ كون الاستثناء) لا بدّ و ان يكون (من الافعال التي يعقل الوفاء بالتزامها) لانه اذا لم يعقل الوفاء بها، لم يكن معنى لاستثناء الشارع لها، اذ النهى انما يتعلق بالمقدور.

(و) من المعلوم ان (حرمة الشيء شرعا لا يعقل فيها الوفاء و النقض) فان الشارع ان حرّم ذلك الشيء فذاك حرام، و ان لم يحرمه فليس بحرام و كلاهما ليسا بيد المشتراط، حتى يفى بالتحريم او ينقض التحريم.

(و) مما يدل على ان المراد بتحليل الحرام و تحريم الحلال هو العمل للانسان، لا التشريع الذي ليس الا بيد الله تعالى، ف (قد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح على شرب الخمر، و للمحرم للحلال بالصلح على ان لا يظاً جاريته و لا ينتفع بماله) و لم يمشوا بان يصلح على ان تكون الخمر حلالا او ان تكون جاريته عليه حراما.

(و كيف كان) الامر في تمثيلهم للصلح و وطى الجارية (فالظاهر) من الانصراف العرفي عند القاء عبارة الرواية عليهم (بل المتعين) لان ما

ان المراد بالتحليل و التحريم المستنديين الى الشرط، هو الترخيص و المنع

نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك بحيث لا- يتغير موضوعه بالشرط، لا ما كان حلالا لو خلى و طبعه، بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لاجل الشرط.

وقد ذكرنا ان المعيار فى ذلك

عداه لا- يصدر من الشارع الحكيم (ان المراد بالتحليل المستنديين الى الشرط، هو الترخيص) فى التحليل (و المنع) فى التحريم، اى لا يشترط شرب الخمر او منع وطى الجارية.

(نعم المراد بالحلال و الحرام ما كان كذلك) اى حلالا مطلقا و حراما مطلقا (بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط)- كما ذكرنا سابقا-

فالحلال الذى لا يصح تحريمه بالشرط، و الحرام الذى لا يصح تحليله بالشرط، هو الحلال و الحرام على كل تقدير- اى هو حلال و ان لحقه الشرط، و هو حرام و ان لحقه الشرط- (لا ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى) حليته (عروض عنوان التحريم له) اى ذلك الحلال (لاجل الشرط) «لاجل» متعلق ب «عروض» لا- ما كان حراما لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى حرمة عروض عنوان التحليل له لاجل الشرط.

فالحلال على كل تقدير مثل التزويج- كما فى الرواية- و الحرام على كل تقدير مثل شرب الخمر، و الحلال لو خلى و طبعه مثل وطى الزوجة و الحرام لو خلى و طبعه، مثل مخالفة الزوجة للزوج فى السكنى.

(وقد ذكرنا ان المعيار فى ذلك) اى فى انه حلال و حرام على كل

وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء او حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه.

ففى الاول يكون الشرط- على تقدير صحته- مغيرا للحكم الشرعى و فى الثانى يكون مغيرا لموضوعه

تقدير، او حرام و حلال لو خلى و طبعه، و انما نحتاج الى فهم المعيار لنرى هل ان الشرط يقدم على الحكم، او ان الحكم يقدم على الشرط؟

فالمعيار (وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء او حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط) مثلا يقع التعارض بين «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ»* و «إِنَّمَا الْخَمْرُ .. رِجْسٌ» و بين «المؤمنون عند شروطهم» اذا شرط عدم التزويج او شرب الخمر (و عدم وقوعه) عطف على «وقوع التعارض» اى هل يقع التعارض او لا يقع؟

مثلا: لا يقع التعارض بين «الماء حلال» و «الزوجة لا تخالف الزوج فى السكنى» و بين «المؤمنون عند شروطهم».

(ففى الاول) الذى يقع التعارض (يكون الشرط- على تقدير صحته-).

و انما قلنا «على تقدير» لان بنائنا ان الشرط ليس بصحيح، فان الشرط لا يتمكن من اباحة الخمر- مثلا- (مغيرا للحكم الشرعى) الذى قال: الخمر حرام لكن الشارع لم يصحح هذا الشرط، لانه قال «الا شرطا حلالا».

(و فى الثانى) الذى لا يقع التعارض (يكون) الشرط (مغيرا لموضوعه)

فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط انهما لا يغيّر ان حكما شرعيًا، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم، لاجل الوفاء بالصلح و الشرط، كالنذر و شبهه.

و اما تغييرهما لموضوع الاحكام الشرعية ففى غاية الكثرة، بل هما

اذ موضوع الحليّة فى «الماء حلال» هو «الماء لو خلى و طبعه» فاذا شرط عدم شربه تغير الموضوع، لان قيد «لو خلى و طبعه» قد زال و موضوع الحرمة فى «يحرم على الزوجة مخالفة الزوج فى السكنى» هو «يحرم .. لو خلى و طبعه» فاذا شرط اسكانها فى بلد كذا، تغير الموضوع، لان قيد «لو خلى و طبعه» قد زال (فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط) الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا، و المؤمنون عند شروطهم الا شرطًا حلل حراما او حرم حلالا (انهما) اى الصلح و الشرط (لا يغيّر ان حكما شرعيًا بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم، لاجل الوفاء بالصلح و الشرط) فلا يحلان حكم الخمر و لا حكم التزويج (كالنذر و شبهه) فانهما لا يغيّر ان حكما شرعيًا، فاذا نذر شرب الخمر او ترك التزويج، لم يحل الاول و لم يحرم الثانى.

(و اما تغييرهما) اى الصلح و الشرط، و كذلك النذر و اخويه (لموضوع الاحكام الشرعية) فيما اذا كان الحكم مرتبا على الموضوع- لو خلى و طبعه- فاذا جاء النذر و الشرط و الصلح خرج الموضوع عن كونه لو خلى و طبعه (ففى غاية الكثرة، بل هما) اى الصلح و الشرط

موضوعان لذلك.

وقد ذكرنا ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميّز احد القسمين من الاحكام عن الآخر.

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة

(موضوعان لذلك) اى تفسير الموضوعات، فاذا تغير الموضوع تغير الحكم طبعاً.

(وقد) عرفت فيما سبق ما (ذكرنا) من (ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميّز احد القسمين من الاحكام عن) القسم (الآخر) و هل انه رتب على الموضوع- على كل تقدير- او على الموضوع لو خلى و طبعه

كما انك قد عرفت أيضا ان فى مورد الشك يرجع الى عموم: المؤمنون عند شروطهم، لاصالة عدم كون الحكم على كل تقدير.

(و مما ذكرنا) فى الاشكال على تفسير النراقى ره للاستثناء الذي وقع فى قوله عليه السلام «الا ما حرم حلالا او احل حراما» (يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذي تكلمنا عليه) اى يقرب من تفسير النراقى ما (ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة) وهى مسألة معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال.

و عليه فللحديث ثلاثة تفاسير.

ص: 230

التفسير الاول للشيخ المصنف ره و هو ان كل حكم علم من الشرع ان يريده مطلقا لا يمكن تغييره بالشرط، سواء كان ذلك الحكم حلالا او حراما فالحلال المطلق و الحرام المطلق لا يمكن تغييره بالشرط، و كل حكم علم من الشرع ان الشارع يريده لو خلى و طبعه، امكن تغييره بالشرط، و كل حكم لم يعلم انه من قبيل الاول او الثانى فهو كالثانى فى انه يمكن تغييره بالشرط.

ثم ان حال النذر و العهد و امر الوالدين و الزوج، حال الشرط أيضا

التفسير الثانى للنراقى، و هو ان الشرط لا يتمكن ان يجعل الحرام حلالا او الحلال حراما، بمعنى ان يكون مشرعا، لكنه يتمكن ان يمنع المشروط عليه من اتيان الفعل، او من ترك الفعل، فقد يقول المشترط:

احرم على المشروط عليه الطلاق، و قد يقول: بشرط ان لا يطلق زوجته

و اشكل الشيخ عليه بان: تحريم الحلال و تحليل الحرام غير مقدور للمكلف، لانه بيد الشارع، فاللازم ان يدخل ذلك فى كون الشرط مقدورا لا فى كونه لا يحلل الحرام و لا يحرم الحلال.

التفسير الثالث: للمحقق القمى، و حاصله ان الشرط لا يتمكن من المنع المطلق لجميع افراد كلى حلال، او الاباحة المطلقة لجميع افراد كلى محرّم.

اما المنع عن بعض الافراد و الاباحة لبعض الافراد، فلا بأس به فاذا شرط ان لا يتزوج ابدا، فهو شرط باطل.

اما اذا شرط ان لا يتزوج بهذه المرأة الخاصة فهو شرط صحيح، و المصنف يرى ان الاشكال الذى ورد على النراقى وارد عليه أيضا، اذ لو

فانه بعد ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز في نفسه- مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه- شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات، و فعل المستحبات كان يشترط تقليص الاظفار بالسّن ابدأ و

كان الكلى الذي يريد الشرط تغييره حكما للشئ ء لو خلى و طبعه امكن للشرط تغييره، و لو كان الكلى حكما للشئ ء بصورة مطلقة، لم يتمكن الشرط تغييره، و كذا الجزئى فان كان الحكم للجزئى لو خلى و طبعه تمكّن الشرط من تغييره، و ان كان الحكم للجزئى على كل تقدير، لم يتمكن الشرط من تغييره.

و من ذلك تعرف ان الاشكال على المحقق القمى نفس الاشكال على النراقى رحمهما الله (فانه) اى القمى (بعد ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز في نفسه- مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه-) اى ان المحرم هو «المستلزم» مع قطع النظر عن «الالتزام» فانك قد عرفت فى كلام المصنف ان الحرام قد يكون «الملتزم» و قد يكون «الالتزام» (شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات) «شرب» مفعول «ذكر» (و) بعد ما ذكر (من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات) ف «الالتزام» حرام لا «الملتزم» (فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات) «فعل» و «ترك» مفعولان «لذكر».

و ينبغى اضافة «فعل المباحات» لان ما ذكره القمى من العلة آت فيه أيضا (كان يشترط تقليص الاظفار بالسّن ابدأ) فانه مكروه فى نفسه (و

ان لا يلبس الخنزير ابدًا، ولا يترك النوافل فان جعل المكروه او المستحب واجبا، و جعل المباح حراما حراما الا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام علي عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار، من اشترط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم الا

ان لا يلبس الخنزير ابدًا) فان لبس الخنزير مباح (ولا يترك النوافل) فان النافلة مستحبة.

وانما لا يصح هذا النوع من الشرط (فان جعل المكروه او المستحب واجبا، و جعل المباح حراما) بل جعل الاحكام الثلاثة واجبا او حراما (حرام) خبر «ان» (الا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه) النذر، لان النذر لا ينعقد الا في الامر الراجح.

ولا يخفى انه على ما ذكره القمّي ره لا فرق بين النذر والشرط في ان كلا منهما لا يتمكن من تغيير الحكم الكلّي، وفي ان كلا منهما يتمكن من تغيير الحكم الكلّي، وفي ان كلا منهما يتمكن من تغيير الجزئيات و يضاف في النذر لزوم ان يكون متعلقه راجحا بخلاف الشرط، فتأمل.

قال المحقق ره: (ويستفاد ذلك) الذي ذكرنا من ان «الالتزام» في هذه الموارد حرام (من كلام علي عليه السلام في رواية اسحاق بن عمار، من اشترط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، الا

شرطا حرّم حلالا او احل حراما، قال قدس سره.

فان قلت: ان الشرط كالنذر وشبهه من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب فان بيع الرجل ماله، او هبته لغيره مباح.

و اما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الامثلة؟.

شرطا حرّم حلالا او احل حراما) فان الشرط في ان لا يفعل المباح تحريم للحلال (قال قدس سره) «قال» خبر «فائه» الذي ذكر قبل اسطر.

(فان قلت: ان الشرط كالنذر وشبهه من الاسباب الشرعية المغيرة للحكم) فكما ان النذر يغيّر المباح الى الواجب، كذلك الشرط (بل الغالب فيه) اي في الشرط (هو ايجاب ما ليس بواجب).

و انما قال «الغالب» لانه يصح ان بتعلق الشرط بالواجب، كان يشترط على المشتري ان يصلّى مثلا (فان بيع الرجل ماله، او هبته لغيره مباح) في نفسه.

(و اما لو اشترط في ضمن عقد آخر) مقابل ان يشترط ذلك في نفس عقد الهبة مثلا، فانه لا يوجب- كما لا يخفى - (يصير) البيع و الهبة (واجبا) فقد غيّر الشرط الحكم الاول، اي غيّر الاباحة الى الوجوب- (فما وجه تخصيص الشرط) الصحيح (بغير ما ذكرته من الامثلة؟) اي «تقليم الاظفار ... الخ».

و الحاصل: انه لا فرق بين شرط البيع و الهبة، و بين شرط التقليم

قلت: الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحلّ او الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصية فرد، فتحريم الخمر معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي، و كذا حلية المبيع

و ترك النافلة فما هو الفارق الذي اوجب ان يصح الشرط الاول و لا يصح الشرط الثاني، مع ان كلا من البيع و التقليل مباح في نفسه مع كراهة او بلا كراهة.

(قلت: الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس) المشتراط (القاعدة) الكلية (و هو) اي تأسيس القاعدة انما يكون ب (تعلق الحكم بالحلّ او الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم) اي ان يحرم المشتراط او يحلّ فعلا من الافعال على سبيل الكلية، لا ان يحرم او يحلل فردا جزئيا من ذلك الفعل.

مثلا قد يحرم على نفسه نكاح اية امرأة، و هذا هو تأسيس القاعدة و قد يحرم على نفسه نكاح هند مثلا و هذا لا بأس به، فالشرط المحرم للحلال و المحلل للحرام هو ما كان معلقا بالكلية (من دون النظر الى خصوصية فرد) بان لا يشترط تحريم فرد- فانه لا بأس به-.

و ذلك يظهر بمثال ما ذكره بقوله: (فتحريم الخمر) التي حرمها الشارع (معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلّي) الذي هو الخمر (و كذا حلية المبيع) معناه اباحة كلّي البيع للمكلف بحيث يحق له ان يزاول اي فرد منه.

فالتزوج والتسرى امر كلّى حلال، و التزام تركه مستلزم لتحريره.

و كذلك جميع احكام الشرع من التكليفية و الوضعية و غيرها انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلّى فيها.

فالمراد من تحليل الحرام، و تحريم الحلال المنهى عنه: هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية، و يبدع حكما جديدا.

اذا عرفت المثال نقول: (فالتزوج و التسرى امر كلّى حلال، و التزام) الشرط (تركه مستلزم لتحريره) و هذا غير جائز.

نعم اذا شرط عدم التسرى بجارية خاصة، او فى وقت خاص لم يكن بذلك بأس.

(و كذلك جميع احكام الشرع من التكليفية) كترك النافلة (و الوضعية و غيرها) كترك التزوج مطلقا (انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلّى فيها)

فنكاح هند حلال باعتبار ان كلّى النكاح حلال، و نكاح هند فرد من ذلك الكلّى.

و كذلك صلاة زيد واجبة باعتبار انها فرد من كلّى الصلاة، و صلاة زيد فرد من ذلك الكلّى و هكذا.

(فالمراد من تحليل الحرام، و تحريم الحلال المنهى عنه) فى رواية:

المؤمنون عند شروطهم (هو ان يحدث المشترط قاعدة كلىة، و يبدع حكما جديدا) كتحرير نكاح مطلق النساء، او وجوب الاتيان بكل نافلة.

فان الاول تحريم للحلال و الثانى ايجاب للمستحب.

وقد اراد الشارع حلية الاول و استحباب الثانى، فما فعله المشترط

وقد اجيز في الشرع البناء على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم كلى جديد، مثل تحريم التزوج و التسرى و ان كان بالنسبة الى نفسه فقط.

وقد قال الله تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ، و كجعل الخيرة في الجماع و الطلاق بيد المرأة و قد قال الله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ.

وفيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج او لا تتسرى بفلانة خاصة اشكال

بدعة.

(وقد اجيز في الشرع البناء على الشروط) الجزئية، مثل ترك تزويج فلانة، او الاتيان في هذا اليوم بالنافلة (الا شرطا اوجب ابداع حكم كلى جديد، مثل تحريم التزوج و التسرى) مطلقا باية امرأة و آية جارية (و ان كان) التحريم (بالنسبة الى نفسه فقط) فانه أيضا كلى، و ان كان كلى التحريم بالنسبة الى كل واحد كلى اوسع من الكلية السابقة.

(و) كيف يحرم على نفسه مطلق التزوج و التسرى، و الحال انه (قد قال الله تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) و قال سبحانه «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»* (و كجعل الخيرة في الجماع و الطلاق بيد المرأة) فانه لا يصح كيف (وقد قال الله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) و مقتضى القيمة: ان يكون الامر بيده لا بيدها.

(و) اما (فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج او لا تتسرى) انت ايها الرجل (بفلانة خاصة اشكال) من انه جزئي، فلا بأس.

شيرازي، سيد محمد حسيني، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 14، ص: 238

ص: 237

فما ذكر في السؤال من وجوب البيع الخاص الذي يشترطه في ضمن عقد ليس مما يوجب احداث حكم للبيع، ولا تبديل حلال الشارع و حرامه.

كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب، الى ان قال: قدس سره:

وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطه من الشروط الجائزة ليس من باب تحليل حرام، او تحريم حلال، او ايجاب جائز على سبيل القاعدة

و من ان عدم التزوج بفلائة أيضا له شائبة الكلية بالنسبة الى مختلف الازمنة و الخصوصيات، ففيه بأس.

نعم اذا شرطت ان لا يتزوج بها في يوم كذا و ما اشبه فلا اشكال فيه (فما ذكر في السؤال) ب «ان قلت ان الشرط ... الخ» (من وجوب البيع الخاص) وجوبه بالشرط (الذي يشترطه) اي يشترط ذلك البيع البائع و المشتري (في ضمن عقد) بيع او اجارة او ما اشبه (ليس) ذلك الوجوب (مما يوجب احداث حكم للبيع) مقابل حكم الشارع (و لا) يوجب أيضا (تبديل حلال الشارع و حرامه) حتى يشمل: الا ما حرم حلالا او احل حراما

(و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب) بان يطأها كل ستة اشهر بدل كل أربعة اشهر، فان ذلك لا يوجب تبديل حكم الشارع (الى ان قال) المحقق القمي (قدس سره: وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطه من الشروط الجائزة) «من» بيان «لما» (ليس من باب تحليل حرام، او تحريم حلال، او ايجاب جائز) بحيث يكون (على سبيل القاعدة) و الكلية، فيشملة قوله عليه السلام: الا شرطا حرم حلالا او احل حراما

ص: 238

بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطه و هذا الحكم أيضا من جعل الشارع.

فقولنا: العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب، حكم كلى شرعى، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام، و عكسه بل انما هو صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه

و للنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم

(بل الذي يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى) «حكم» فاعل «يحصل» (هو) خبر «الذي» (وجوب العمل على ما يشترطه).

فان الاستفادة من الادلة المختلفة و الموارد الجزئية الواردة فى الشريعة: انه يلزم العمل بما يشترطه الطرفان المتعاقدان اذا لم يكن على سبيل القاعدة (و هذا الحكم) اى حكم وجوب العمل بالشرط (أيضا من جعل الشارع) فليس هو فى مقابل حكم الشارع و فى مقابل جعله.

(فقولنا: العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب، حكم كلى شرعى) لان الشارع قال بوجوبه (و حصوله) اى حصول هذا الوجوب (ليس من جانب شرطنا) حتى يقال: ان شرطكم اوجب ما ليس بواجب فى الشرع (حتى يكون من باب تحليل الحرام، و عكسه) و هو تحريم الحلال (بل انما هو) وجوب العمل بالشرط (صادر من الشارع، انتهى كلامه رفع مقامه) اى كلام المحقق القمى.

(و للنظر فى مواضع من كلامه مجال، فافهم) حيث انه فرق بين النذر و بين الشرط، مع انهما من باب واحد، و انه جعل تحريم الحلال و

الشرط الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد،

والا لم يصح لوجهين.

احدهما وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه، وبين الشرط

تحليل الحرام خاصا بما اذا كان المتعلق كليا، مع انه مطلق في الرواية وجعل تعلق الشرط بالكلي بدعة، مع انه داخل في: المؤمنون عند شروطهم، الى غير ذلك (والله العالم) بحقائق الاحكام.

(الشرط الخامس) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون) الشرط (منافيا لمقتضى العقد) منافاة تباين، او عموم مطلق، او عموم من وجه.

فالاول: مثل ان ينكحها بشرط ان تبقى اجنبية.

والثاني: مثل ان ينكحها بشرط ان تكون في بعض الايام اجنبية.

والثالث: ان ينكحها متعة سنة، بشرط ان تكون من ستة اشهر الى بعد سنة كاملة اجنبية.

فانهما يجتمعان في الستة الاشهر المتوسطة، ويفترق النكاح في الستة الاشهر الاولى، ويفترق الشرط في الستة الاشهر الاخيرة (والا) اي ان شرط ما ينافي العقد (لم يصح) الشرط (لوجهين).

(احدهما وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه) اي مقتضى العقد (الذي لا يتخلف) ذلك المقتضى (عنه) اي عن العقد، فان مقتضى العقد الزوجية وهي لا تتخلف عن عقد النكاح (وبين الشرط

الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط فلا بدّ اما ان يحكم بتساقط كليهما، واما ان يقدم جانب العقد، لانه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع.

و على كل تقدير لا يصح الشرط.

الثانى: ان الشرط المنافى مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه،

الملزم)- بصيغة المفعول- (لعدم تحققه) اى عدم تحقق المقتضى (فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط) لانه من الجمع بين المتنافيين (فلا بدّ) له اذا شرط هذا الشرط (اما ان يحكم بتساقط كليهما) فيبطل العقد و الشرط معا (و اما ان يقدم جانب العقد، لانه المتبوع المقصود بالذات، و الشرط تابع) و مقصود بالعرض فيسقط الشرط.

(و على كل تقدير) سواء سقط كلاهما، او سقط الشرط ف (لا يصح الشرط) و هذا هو المطلوب.

(الثانى: ان الشرط المنافى) لمقتضى العقد (مخالف للكتاب و السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه) اذ الشريعة دلّت على ان العقد الفلانى مقتضاه كذا، فاذا شرطنا عدم ذلك المقتضى، فقد خالفنا الشريعة.

لكن الظاهر ان مثل هذه المخالفة اذا لم تكن تشريعا لم تكن حراما فلم يفعل المشتري الحرام، و انما بطل شرطه فقط، و ابطل العقد أيضا، ان

فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب.

ولذا ذكر في التذكرة: ان اشترط عدم بيع المبيع، مناف لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على اموالهم.

ودعوى ان العقد انما يقتضي ذلك مع عدم اشترط عدمه فيه لا مطلقا خروج عن محل الكلام، اذ الكلام فى

قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (فاشترط تخلفه) اى العقد (عنه) اى عن مقتضاه (مخالف للكتاب) و السنة.

(ولذا) الذى انه مخالف للشريعة (ذكر فى التذكرة: ان اشترط) البائع على المشتري (عدم بيع المبيع، مناف لمقتضى ملكيته) لان مقتضى الملك ان يكون للمشتري السلطة على كل تصرف (فيخالف) هذا الشرط (قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على اموالهم).

لكن لا يخفى ما فى الصغرى، اذ اقتضاء العقد جواز البيع، وهو مقتضى اطلاقه لا مقتضى ماهيته.

(و) ان قلت: ان العقد لا يقتضي شيئا الا بسبب اطلاقه، فاذا شرط عدم ذلك الشيء كان الشرط منافيا للاطلاق لا للماهية.

قلت: (دعوى ان العقد انما يقتضي ذلك) المقتضى - بالفتح - (مع عدم اشترط عدمه) اى اشترط عدم ذلك المقتضى - بالفتح - (فيه) اى فى العقد (لا) ان العقد يقتضي ذلك (مطلقا) سواء اشترط عدمه، أم لم يشترط (خروج عن محل الكلام) الذى نحن بصدده (اذ الكلام فى)

ص: 242

ما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية في كل فرد منه، لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه، وخلوه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافى تخلفه عنه لقيده بقيده، و شرط يشترط فيه، هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط فلا اشكال في اصل الحكم وانما الاشكال في تشخيص

الشرط الذي يخالف (ما يقتضيه مطلق العقد) اي العقد مطلقا (وطبيعته السارية في كل فرد منه) حتى كان الشرط مخالفا لماهية العقد (لا ما يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه) وعدم ذكر الشرط فيه (و) بوصف (خلوه عن الشرائط والقيود) - لا ما يقتضيه ..- (حتى لا ينافى تخلفه) اي العقد (عنه) اي عن ذلك المقتضى - بالفتح - تخلفا (ل) اجل (قيد يقيده) اي يقيد العقد (و شرط يشترط فيه) عطف بيان لقوله «لقيد يقيده».

مثلا شرط ان لا يكون المبيع ملكا للمشتري، مناف للعقد مطلقا، و شرط ان لا يبيعه مناف للعقد المطلق، وكلا منا نحن في الاول لا في الثاني.

فاذا شرط ان لا يملكه بطل الشرط، لانه مناف لماهية العقد.

اما اذا شرط ان لا يبيعه لم يكن منافيا للماهية، وانما نافي الاطلاق.

ومن الواضح ان كل شرط ينافى الاطلاق، ليس بمضّر (هذا كله) دليلا لاشتراط ان لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد (مع) ان هناك دليلا - ثالثا و هو: (تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط) المنافى لمقتضى العقد (فلا اشكال في اصل الحكم) وان الشرط المنافى لمقتضى العقد باطل (وانما الاشكال في تشخيص

آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظرا العرف او الشرع و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد، وان اتضح ذلك في بعض الموارد لكون الاثر كالمقوم العرفي للبيع او غرضا اصليا كاشتراط عدم التصرف اصلا في المبيع، وعدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر و نحو ذلك، الا ان الاشكال في كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتقاقهم

آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد) لانها من آثار الماهية (في نظرا العرف) الممضى من قبل الشرع (او الشرع) وان لم ير العرف ذلك الأثر من مقتضيات الماهية.

مثلا «الملكية» من آثار ماهية البيع عرفا، اما القبض في باب السلم فانه ليس من آثار الماهية عرفا، وانما هو اثر الماهية شرعا، فاذا شرط عدمه بطل الشرط (و) في (تميزها) اي تميز آثار الماهية (عما) اي عن الآثار التي (يقبل التخلف) عن العقد تخلفا (لخصوصية) كالشرط مثلا- (تعترى) و تطرأ تلك الخصوصية (العقد) و الاشكال في بعض الآثار (و ان اتضح ذلك) و ان الشرط مخالف للماهية (في بعض الموارد لكون الاثر كالمقوم العرفي للبيع او غرضا اصليا) فان لم يكن مقوّما (كاشتراط عدم التصرف اصلا في المبيع، وعدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر) فان التصرف و الاستمتاع مقومان او غرضان اصليان، فاشتراط عدمهما مخالف لمقتضى العقد (و نحو ذلك) كان يشترط في العارية ان لا يسلمها للمستعير (الا ان الاشكال في كثير من المواضع خصوصا) يقع الاشكال (بعد ملاحظة اتقاقهم

على الجواز فى بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه، و يصعب الفرق بينهما و ان تكلف له بعض، مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البيع، و الهبة فى ضمن عقد البيع، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا- فصل او وقفه حتى على البائع و ولده، كما صرح به فى التذكرة.

و قد اعترف فى التحرير بان اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد.

على الجواز فى بعض المقامات، و اتفاقهم على عدمه) اى عدم جواز الشرط و انه شرط باطل (فيما يشبهه) فى الخصوصيات (و يصعب الفرق بينهما) اى بين الشبيهين اللذين قالوا بعدم الجواز هنا، و بالجواز فى شبيهه (و ان تكلف له) اى لبيان الفرق (بعض) الفقهاء (مثلا المعروف) بينهم (عدم جواز) شرط (المنع عن البيع، و الهبة فى ضمن عقد البيع) بان يبيعه على شرط ان لا يبيعه المشتري لاحد، و ان لا يهبه لاحد، قالوا لان هذا الشرط خلاف مقتضى العقد، فان مقتضى العقد التسلط الكامل على المبيع، و هذا الشرط ينافى التسلط الكامل (و جواز اشتراط عتقه بعد البيع بلا فصل) مع انه أيضا مناف للسلطة، اذ قيد «بلا فصل» يوجب ان لا يتمكن المشتري من اى تصرف فيه (او وقفه حتى على البائع و ولده) اى ولد البائع الذى يوجب ان لا ينتفع المشتري به اصلا (كما صرح به فى التذكرة) و الحال ان المنع عن البيع و الهبة مثل شرط الوقف و العتق كلاهما اما مناف لمقتضى العقد، فاللازم بطلان الشرط فيهما، و اما ليس بمناف فاللازم صحة الشرط فيهما.

(و قد اعترف فى التحرير بان اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد)

و انما جاز لبناء العتق على التغليب.

و هذا لو تم لم يجز في الوقف، خصوصا على البائع و ولده، فانه شرط مناف كالعتق ليس مبنيا على التغليب.

و لاجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف و الاشكال في ان الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد، أم لا، منها اشتراط عدم البيع، فان المشهور عدم الجواز.

فان العقد يقتضي التسلط، و شرط العتق يقتضي عدم التسلط.

(و انما جاز) شرط العتق (لبناء العتق على التغليب) اى ان كل شائبة من العتق توجب ترتب العتق عليها.

(و هذا) الكلام من التذكرة (لو تم) في شرط العتق - لانه مبنى على التغليب - (لم يجز في الوقف) لانه غير مبنى على التغليب (خصوصا على البائع و ولده، فانه شرط مناف) لمقتضى العقد (كالعتق) الذي هو مناف، و (ليس مبنيا على التغليب).

(و لاجل ما ذكرنا) من عدم وضوح مقتضيات العقود (وقع في موارد كثيرة الخلاف و الاشكال في ان الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد، أم لا).

لكن اللازم ان نقول بصحة كل شرط الا اذا علمنا بانه مخالف لمقتضى العقد علما من العرف او من الشرع.

ف (منها) اى من تلك الموارد (اشتراط عدم البيع، فان المشهور عدم الجواز) لان مقتضى البيع التسلط التام على البيع، فاذا شرط عدم

لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك، بل قوى بعض من تأخر عنه صحته.

و منها: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيه اذا قال: الربح لنا ولا خسران عليك لصحيحة رفاعة فى الشركة فى الجارية.

قال: و منعه ابن ادريس لانه مناف لقضية الشركة.

بيعه كان ذلك خلاف مقتضى العقد، فيبطل الشرط.

(لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك) اى فى كون شرط عدم البيع شرطا فاسدا (بل قوى بعض من تأخر عنه صحته) لانه خلاف اطلاق العقد، لا خلاف مقتضى العقد، وهذا عندى اقرب.

(و منها: ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيه) اى فى الحيوان (اذا قال) احدهما للشريك الآخر (الربح لنا) جميعا (و لا خسران عليك) و انما الخسارة عليّ فقط (لصحيحة رفاعة فى الشركة فى الجارية) قال سألت أبا الحسن عليه السلام، عن رجل شارك آخر فى جارية له، و قال: ان ربحنا فيها فلك نصف الربح، و ان كانت خسارة فليس عليك شيء فقال عليه السلام: لا ارى بذلك بأسا اذا طابت نفس صاحب الجارية.

و مثلها: خبر ابي الربيع عن الصادق عليه السلام: ألا انه قال لا ارى بهذا بأسا اذا كانت الجارية للقائل.

(قال: و منعه ابن ادريس لانه مناف لقضية الشركة) اى لمقتضاها

قلنا: لا نسلّم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة، بل للشركة المطلقة، و الأقرب تعدّي الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى.

و منها: ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية، وعدم جوازه فى الاجارة مستدلّين بان مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر، فاورد

اذ الشركة تقتضى الاشتراك فى الربح والخسارة.

(قلنا) هذا مقالة الشهيد فى ردّ ابن ادریس (لا نسلّم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة) حتى تكون التبعية من ماهية الشركة (بل للشركة المطلقة) اى اطلاقها وعدم تقييدها، فاذا قيدت الشركة كان اللازم اتباع القيد (و الأقرب تعدّي الحكم) بعدم تحمل احد الشريكين الخسارة (الى غير الجارية من المبيعات).

اذ لا خصوصية للجارية فى النص، فاطلاق ادلّة المؤمنون عند شروطهم شامل لكل موارد الشركة اذ قد عرفت ان هذا الشرط ليس خلاف مقتضى العقد، بل خلاف اطلاقه (انتهى) كلام الدروس.

(و منها: ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية) فيجوز للمعير أن يشترط ضمان المستعير اذا تلف المتاع بدون تعدّ او تفريط، اما مع التعدّي و التفريط فهو ضامن بلا اشكال (و عدم جوازه فى الاجارة) وذلك لان المستأجر امين، و ليس على الامين الا اليمين (مستدلّين) على عدم صحة شرط الضمان فى الاجارة (بان مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر) فشرط الضمان خلاف مقتضى العقد (فاورد

عليهم المحقق الاردبيلي و تبعه جمال المحققين فى حاشية الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلك، انما المسلم اقتضاء العقد المطلق
المجرد عن اشتراط الضمان نظير العارية.

و منها: اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها، فقد جوزة جماعة لعدم المانع، و للنص.

و منعه آخرون، منهم فخر الدين فى الايضاح مستدلاً بان مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع و الاسكان.

عليهم المحقق الاردبيلي و تبعه جمال المحققين فى حاشية الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد) اى ماهية عقد الاجارة (لذلك) اى لعدم
الضمان (انما المسلم اقتضاء العقد المطلق) اى (المجرد عن اشتراط الضمان) اما اذا كان العقد مقيدا بالضمان فالشرط نافذ فيه (نظير
العارية) فما الذى اوجب ان يقولوا بصحة الشرط فى العارية و لا يقولوا بصحة الشرط فى الاجارة؟ ثم انه لا فرق بين المستأجر و الاجير فى
هذا الحكم

(و منها: اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها) الا برضاها (فقد جوزة جماعة) بالشرط فى ضمن العقد (لعدم المانع) من هذا الشرط لانه
ليس مخالفا للكتاب و السنة، و لا مخالفا لمقتضى العقد (و للنص) الوارد فى ذلك.

(و منعه آخرون، منهم فخر الدين فى الايضاح) لان هذا الشرط خلاف مقتضى العقد (مستدلاً بان مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة
فى الاستمتاع و الاسكان) فشرط كون الاسكان بيد المرأة خلاف مقتضى

وقد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء

ومنها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط او معه و عدم توارثهما مع

العقد.

(وقد بالغ) فخر الدين (حتى جعل هذا) الذي ذكره من كون هذا الشرط خلاف مقتضى العقد (قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء) فاذا قبل الرجل الشرط كان الشرط باطلا، لكن يستحب له الوفاء بالشرط لانه اعطاها وعدا بذلك.

وفيه أولا: انه ليس خلاف مقتضى العقد.

و ثانيا: انا اذا رأينا شيئا خلاف مقتضى العقد ثم رأينا نصا صحيحا يقول بصحته كان اللازم ان نخطئ رأينا، ونقول ان الرواية قرينة على ان الشيء الفلاني ليس مقتضى العقد.

(ومنها: مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع).

وفى المسألة أربعة اقوال.

الاول: ان العقد المنقطع يوجب التوارث كالعقد الدائم - مطلقا- وهذا ما اشار إليه المصنف بقوله: (من دون شرط).

الثاني: انه ان شرط الارث كان الارث، و الا فلا إرث، وهذا ما اشار إليه بقوله: (او معه) اي مع شرط الارث.

الثالث: انهما لا يتوارثان اذا شرط عدم الارث، اما اذا لم يشترط عدم الارث فهما يتوارثان، وهذا ما اشار إليه بقوله: (و عدم توارثهما مع

ص: 250

الشرط، أو لا معه، فإنها مبنية على الخلاف في مقتضى العقد المنقطع قال في الايضاح- ما ملخصه بعد اسقاطه ما لا يرتبط بالمقام- انهم اختلفوا في ان هذا العقد يقتضي التوارث، أم لا.

وعلى الاول فقول: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو، فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط، لان كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي فيستحيل عدمه مع وجودها.

الشرط) اى مع شرط عدم الارث.

الرابع: انهما لا يتوارثان مطلقا، سواء شرطا الارث، أم لم يشترطا وهذا ما اشار إليه بقوله: (او لا معه)- ولا يخفى غموض العبارة- (فانها) اى هذه المسألة (مبنية) فى الجملة (على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع).

ولتوضيح المطلب نقل كلام فخر الدين (قال فى الايضاح- ما ملخصه بعد اسقاط ما لا يرتبط بالمقام- انهم اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى التوارث، أم لا) قولان.

(وعلى الاول) وهو اقتضاء هذا العقد التوارث (فقيل: المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو) فحال الزوجة المنقطعة حال الزوجة الدائمة فى انها ترث (فعلى هذا القول لو شرط سقوطه) اى سقوط الارث (لبطل الشرط، لان كل ما تقتضيه الماهية من حيث هي هي) اى من حيث هي ماهية، سواء كان ذلك فى الامور العينية او الامور الاعتبارية (فيستحيل عدمه) اى عدم ذلك «المقتضى» بالفتح (مع وجودها) اى

وقيل: المقتضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط تقيضه اعنى الماهية بشرط لا شيء، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه.

وعلى الثانى: قيل: يثبت مع الاشتراط، ويسقط مع عدمه، وقيل:

لا يصح اشتراطه، انتهى.

و مرجع القولين الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد، او ماهيته.

وجود الماهية.

مثلا: يستحيل وجود الانسان بدون وجود الحيوان الناطق و يستحيل وجود البيع بدون وجود النقل و الانتقال.

(وقيل: المقتضى) للارث فى المتعة (اطلاق العقد) و عدم شرط نقيض الارث فيه (اى العقد المجرد عن شرط نقيضه) اى نقيض الارث (اعنى) المقتضى للارث (الماهية بشرط لا شيء، فيثبت الارث) فى المتعة (ما لم يشترط سقوطه) اى سقوط الارث.

(وعلى الثانى) و هو ما اشار إليه بقوله «أولا» (قيل يثبت) الارث (مع الاشتراط، و يسقط مع عدمه) اى عدم الاشتراط (وقيل لا يصح اشتراطه) اصلا، فهو من قبيل شرط إرث الاجنبى (انتهى) كلام الايضاح.

(و مرجع القولين) اى القولين المذكورين بعد قوله «وعلى الثانى» (الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد) اعنى الماهية بشرط لا شيء و عليه يثبت الارث مع الاشتراط (او) من مقتضى (ماهيته) فلا يصح اشتراط الارث.

ص: 252

و اختار هو هذا القول الرابع تبعا لجده و والده قدس سرهما.

و استدل عليه اخيرا بما دلّ على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال: فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية.

و لاجل صعوبة دفع ما ذكرنا- من الاشكال فى تميّز مقتضيات ماهية العقد من مقتضيات اطلاقه- التجأ المحقق الثانى

(و اختار هو) الايضاح (هذا القول الرابع) اى ان ماهية العقد تقتضى عدم التوارث، فلا يرث حتى مع الاشتراط (تبعا لجده و والده) العلامة (قدس سرهما).

(و استدل عليه) اى على ما اختاره من القول الرابع (اخيرا بما دلّ على ان من حدود المتعة ان لا ترثها و لا ترثك، قال) الايضاح فى وجه الاستدلال بهذه الرواية لمذهبه (فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية).

و من المعلوم ان ما كان من مقتضى الماهية لا يتغير بالاشتراط، فلو شرط الارث لم يصح الشرط، بل بقيت المتعة على حالها فى انها لا توجب الارث.

(و) كيف كان، ف (لاجل صعوبة دفع ما ذكرنا- من الاشكال فى تميّز مقتضيات ماهية العقد) حتى لا ينفع الشرط المخالف، لان مقتضى الماهية لا يتغير (من مقتضيات اطلاقه-) حتى ينفع الشرط المخالف، لانه اذا قيّد الاطلاق ارتفع الاطلاق.

و لاجل ما ذكرنا (التجأ المحقق الثانى) الكركى ره صاحب جامع

مع كمال تبخّره في الفقه حتى تُثبِت به المحقق فارجع هذا التمييز عند عدم اتضاح المنافات، وعدم الاجماع على الصحة او البطلان الى نظر الفقيه.

فقال أولاً: المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو بحيث يقتضيه ورتب عليه

المقاصد (مع كمال تبخّره في الفقه حتى تُثبِت به المحقق) و اولهما المحقق الحلّي صاحب الشرائع (فارجع هذا التمييز) بين مقتضى الماهية، و مقتضى الاطلاق (عند عدم اتضاح المنافات) اى عدم وضوح منافات الشرط لمقتضى العقد (و) عند (عدم الاجماع على الصحة او البطلان) فان كان هناك وضوح فى المنافات بطل الشرط، و ان كان هناك اجماع على صحة الشرط او على بطلان الشرط قلنا بمقتضى الاجماع.

اما اذا لم يكن وضوح و لا اجماع فيرجع (الى نظر الفقيه) متعلق بقوله «فارجع».

اى ان رأى الفقيه- من القرائن- ان الشرط، مناف، حكم ببطلانه و الا حكم بصحته، و لم يجعل لذلك ميزانا، مع ان الارجاع الى نظر الفقيه يقتضي ان يكون نظر كل فقيه شيئاً و هذا مما يوجب الفوضى.

(فقال) المحقق الثانى (أولاً: المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هو هو) «ما يقتضي» بيان «للمنافى» و «الذي» صفة «الأثر» (بحيث يقتضيه) «بحيث» متعلق ب «جعل» (و رتب)- بالمجهول- اى رتب ذلك الاثر (عليه)

على انه اثره وفائدته التي لاجلها وضع، كانتقال العوضين الى المتعاقدين و اطلاق التصرف فيهما في البيع، و ثبوت التوثيق في الرهن و المال في ذمة الضامن بالنسبة الى الضمان، و انتقال الحق الى ذمة المحال عليه في الحوالة، و نحو ذلك فاذا شرط عدمها او عدم البعض

اي على العقد (على انه اثره) اي اثر العقد (وفائدته التي لاجلها) اي لاجل تلك الفائدة (وضع) العقد و مثل لمقتضى العقد بقوله: (كانتقال العوضين الى المتعاقدين و) ك (اطلاق التصرف فيهما) فكل من المتعاقدين له حق التصرف في العوض الذي انتقل إليه (في) باب (البيع) فاذا شرط عدم الانتقال، او شرط ان لا حق للمنتقل إليه التصرف في الشيء الذي انتقل إليه، كان الشرط منافيا لمقتضى العقد (و) ك (ثبوت التوثيق في) باب (الرهن) فاذا شرط عدم كون المال المرهون وثيقة، كان ذلك خلاف مقتضى العقد (و) ك ثبوت (المال في ذمة الضامن بالنسبة الى) باب (الضمان) فانه من مقتضيات عقد الضمان، فاذا شرط عدمه كان ذلك الشرط خلاف مقتضى العقد (و) ك (انتقال الحق الى ذمة المحال عليه في) باب (الحوالة) فاذا اشترط عدم انتقال الحق كان ذلك الشرط خلاف مقتضى عقد الحوالة (و نحو ذلك) كاشتراط عدم السقي في باب المساقات، و اشتراط عدم الفرقة في باب الطلاق، فان حال العقود و الايقاعات واحد من هذه الجهة (فاذا شرط عدمها) اي عدم هذه الفوائد التي هي آثار لتلك العقود و الايقاعات (او عدم البعض) اي عدم بعض الأثر في بعض الاحيان، كان اشترط عدم ترتب

اصلا نافي مقتضى العقد.

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معيننا و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتا ما فى مقتضى العقد.

ثم اعترض بان العقد يقتضى الانتفاع مطلقا، فالمنع عن البعض مناف له.

ثم قال: و دفع ذلك لا يخلو عن عسر

آثار الملك فى ايام الجمعة عند البيع (اصلا) اى عدم الكل او عدم البعض اطلاقا، لا العدم فى الجملة، فان كل شرط يرفع بعض الآثار فى الجملة (نافى) هذا الشرط (مقتضى العقد) فيكون الشرط باطلا.

(ثم اعترض على ذلك) الذي ذكره من ان رفع بعض الآثار موجب لكونه خلاف مقتضى العقد (بصحة اشتراط عدم الانتفاع) فى باب البيع (زمانا معيننا) كان يشترط عليه ان لا ينتفع بالدار فى ايام الجمعة فان هذا شرط صحيح قطعا (و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتا ما) فى الجملة (فى مقتضى العقد) فان المنافى لمقتضى العقد عدم الانتفاع مطلقا، او عدم ترتب آثار الملك و لو فى بعض الاحيان، اما عدم الانتفاع فى الجملة فليس منافيا، اذ الانتفاع مطلقا من آثار اطلاق العقد.

(ثم اعترض) على جواب الاعتراض (بان العقد يقتضى الانتفاع مطلقا فالمنع عن البعض) اى بعض الانتفاعات (مناف له) اى لمقتضى العقد.

(ثم قال: و دفع ذلك) الاعتراض (لا يخلو عن عسر) و كانه اعتقد ان مقتضى العقد الانتفاع المطلق.

ص: 256

و كذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا، فان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له.

ثم قال: و لا يمكن ان يقال ان مقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله كانتقال العوضين، فان ذلك ينافى منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلا

لكنك قد عرفت ان المقتضى الانتفاع فى الجملة، فاذا اطلق العقد اقتضى الانتفاع مطلقا، و الا لم يطلق بان شرط عدم الانتفاع فى بعض الاوقات، كان ذلك خلاف اطلاق العقد، لا خلاف ماهية العقد.

قال: (و كذا) لا يخلو عن عسر (القول فى نحو خيار الحيوان مثلا، فان ثبوته مقتضى العقد، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له) اى منافيا لمقتضى العقد، فيلزم ان يكون هذا الشرط باطلا.

(ثم قال: و لا يمكن ان يقال) فى توجيه صحة ما ذكرنا انه «لا يخلو عن عسر» (ان مقتضى العقد ما لم يجعل) العقد (الا لاجله، كانتقال العوضين) فى باب البيع، فان العقد وضع لانتقال العوضين، فالشرط الذى ينافى ذلك باطل.

اما شرط عدم الانتفاع فى الجملة، او شرط عدم خيار الحيوان فلا ينافى مقتضى العقد، فلما ذا قلتم ان فيه عسرا، و انما لا يمكن ان يقال لان العقد وضع للانتقال و الانتفاع، و من مقتضى ماهية الخيار (فان ذلك) الذى ذكرتم لو صح بان العقد وضع للانتقال فقط، فهو (ينافى منع اشتراط ان لا يبيع) المشتري (المبيع مثلا).

فحيث منع الفقهاء من شرط ان لا يبيع المبيع، تبين ان مقتضى

ثم قال: و الحاسم لمادة الاشكال ان الشروط على اقسام.

منها: ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد.

و منها: ما وضح فيه المنافات للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع، او وضح مقابله و لا كلام فيما وضح.

و منها: ما ليس واحدا من النوعين، فهو

العقد الانتفاع بالإضافة الى الانتقال.

(ثم قال: و الحاسم لمادة الاشكال) حتى يعرف انّ اى شرط ينافى و اى شرط لا ينافى (ان الشروط على اقسام).

(منها: ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد) مثل: ان يرث الاجنبية، فانه مجمع على فساده و مثل: ان يشترط خياطة ثوبه، فانه مجمع على صحته.

(و منها: ما وضح فيه المنافات للمقتضى) اى مقتضى العقد (كاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبيع) بان يشترط المشتري على البائع ان المبيع مضمون على البائع، بعد ان قبضه المشتري و كذا العكس بان اشترط البائع ضمان الثمن على المشتري، بعد ان قبض الثمن، فان مثل هذا الشرط مناف لمقتضى العقد الذي يقول: بان الملك ينتقل الى المنتقل إليه انتقالا كاملا، فتلفه من كيس المنتقل إليه، لا المنتقل عنه (او وضح مقابله) و انه ليس منافيا لمقتضى العقد، كاکثر الشروط التي يشترطها احد المتعاقدين على الآخر (و لا كلام فيما وضح) منافاته و عدم منافاته.

(و منها: ما ليس واحدا من النوعين) فلا اجماع و لا وضوح (فهو)

ص: 258

بحسب نظر الفقيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

اقول وضوح المنافات ان كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين، وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه فلا يتأتى معه إنشاء مفهوم العقد العرفى.

وان كان بغير العرف، فمرجه الى الشرع، من نص او اجماع على صحة الاشتراط و عدمه

اى هذا القسم من الشروط (بحسب نظر الفقيه) فان رأى حسب اجتهاده انه مناف لمقتضى العقد ابطله، و ان رأى انه ليس بمناف قال بصحته (انتهى كلامه رفع مقامه).

(اقول) يدل على قوله «و منها: ما وضح فيه المنافات ... الخ» ان (وضوح المنافات ان كان بالعرف) اى ان العرف يرى بكل وضوح ان العقد مناف للشرط (كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين) فى باب البيع (وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن و المحال عليه، ف) يرد على المحقق الثانى انه (لا يتأتى معه) اى مع وضوح المنافات (إنشاء مفهوم العقد العرفى) فالعقد باطل من رأس، لا ان العقد يقع و لكن الشرط باطل، فان الانسان لا يتمكن من إنشاء المتناقضين، و الحال ان كلام المحقق فى بطلان الشرط.

(وان كان) وضوح المنافات الذى ذكره المحقق (بغير العرف، فمرجه) اى مرجع وضوح المنافات (الى الشرع، من نص او اجماع على صحة الاشتراط و عدمه).

و مع عدمها وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه.

فان دل عليه على وجه يعارض بإطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم بفساد الشرط، لمخالفته حينئذ للكتاب و السنة.

و على هذا يرد الاشكال على المحقق في شقّه الاخير الذي ذكره بقوله «و منها: ما ليس واحدا من النوعين» (و مع عدمهما) اى عدم النص و الاجماع (وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذلك الأثر المشترط عدمه) شرطا فى ضمن العقد.

(فان دل) الدليل (عليه) اى على ذلك الأثر (على وجه يعارض) دليل الأثر (بإطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به) اى بالشرط، و هو المؤمنون عند شروطهم، معارضة (بـ) بحيث لو اوجبنا الوفاء به) اى بالشرط (وجب طرح عموم ذلك الدليل) الدال على ذلك الأثر (و) تخصيصه (عطف بيان لـ) «طرح عموم» (حكم بفساد الشرط) المذكور (لمخالفته) اى الشرط (حينئذ) اى حين كان معارضا لعموم دليل ذلك الأثر (للكتاب و السنة).

مثلا- عموم الكتاب الذي يقول «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ» يدل على ان الوطي بيد الرجل، فاذا شرطت الزوجة ان يكون الوطي بيدها، كان دليل «أَوْفُوا» معارضا لدليل «قَوَّامُونَ».

فاذا قدمنا دليل الشرط لزم طرح عموم «قَوَّامُونَ» و عليه: فنطرح

وان دل على ثبوته للعقد لو خَلَّى وطبعه، بحيث لا ينافى تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط.

وقد فهم من قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ، ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير، فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافيا لهذا الاثر، ولم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا.

دليل الوفاء بالنسبة الى هذا الشرط، و تكون النتيجة ان الشرط باطل و الوطي يبقى بيد الزوج.

(وان دل) دليل ذلك الاثر (على ثبوته للعقد لو خَلَّى) العقد (وطبعه، بحيث لا ينافى) دليل ذلك الاثر (تغير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط) لان الشرط يقيد اطلاق دليل الاثر.

(وقد فهم) الفقهاء (من قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ

ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التي لا تتغير) وفهموا ان من آثار هذه السلطنة كون الجماع بيد الرجل (فجعل) الفقهاء (اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة) فى اول المبحث (منافيا لهذا الاثر).

ولذا اسقطوا هذا الشرط (ولم يجعل) الفقهاء (اشتراط عدم الاخراج) للزوجة (من البلد منافيا) لهذه السلطنة، و لذا جعلوا شرط عدم اخراجها من بلدها نافذا لانه خلاف اطلاق العقد لا خلاف ماهية العقد

وقد فهم الفقهاء من قوله: البيعان بالخيار حتى يفترقا فان افترقا وجب البيع عدم التنافي، فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية للعقد، وكذا على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق.

ولو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى، فيبقى عموم ادلة الشرط سليما عن المخصص.

(وقد فهم الفقهاء من قوله: البيعان بالخيار حتى يفترقا فان افترقا وجب البيع عدم التنافي) بين هذا الدليل وبين دليل: المؤمنون عند شروطهم (فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار الشرعية) لا آثار الماهية العرفية مثل الانتقال فى البيع (للعقد، و كذا) فهموا عدم التنافي بين دليل الشرط و دليل لزوم البيع بعد الافتراق، فاجمعوا (على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق) و هل فهمهم حجة لنا؟ الظاهر، لا، ولذا لا يستبعد انه فى اىّ مقام لم يدل دليل قطعى على كونه خلاف مقتضى العقد نحكم بمقتضى الشرط.

(ولو شك فى مؤدى الدليل) المثبت لذلك الاثر على العقد، و هل انه على وجه العموم او انه اثر للعقد لو خلى و طبعه؟ (وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثانى) اى انه اثر للعقد لو خلى و طبعه (فيبقى عموم ادلة الشرط) مثل: المؤمنون عند شروطهم (سليما عن المخصص) فيحكم بمقتضى الشرط.

وقد ذكرنا هذا في بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة.

الشرط السادس: ان يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في البيع

لان الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين،

(وقد ذكرنا هذا) وان الاثر من باب العموم، او من باب لو خلى و طبعه (في بيان معنى مخالفة الكتاب و السنة) فلا تغفل.

ثم انه لو اختلف الاجتهاد ان، او التقليد ان في ان الشرط مخالف أم لا، حيث كان احدهما يرى هذا اجتهادا او تقليدا، ويرى الآخر خلافا، فالحكم فيه كما اذا اختلفا في اصل صحة العقد، او ما اشبهه و تفصيل الكلام لا يناسب هذا الشرح و قد ذكرناه في شرحنا على العروة الوثقى.

(الشرط السادس) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر) العرفي - على ما نختاره - او الغرر الشرعي على ما اختاره المصنف، اما الجهالة التي لا توجب الغرر العرفي كما اذا اشتراط ان يخيط قبائه بدون تعيين ان يخيطه روميا او فارسيا، او يصبغ داره بدون ذكر اللون، فيما لا يكون ذلك غررا عرفيا فلا بأس بها.

ثم الظاهر ان الشرط بنفسه يلزم ان يكون غير غرري لما ورد من نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن الغرر، كما انه يشترط ان لا يوجب الغرر (في البيع) لما ورد من نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم عن بيع الغرر بالإضافة الى شمول الحديث الاول له أيضا (لان الشرط في الحقيقة كالجزم من العوضين) و كل غرر في الجزم او فيما هو بمنزلة فهو

كما سيجيء بيانته قال في التذكرة: وكما ان الجهالة في العوضين مبطله فكذا في صفاتهما و لو احق المبيع، فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع، انتهى.

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط في الثمن بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في

مفسد للبيع (كما سيجيء بيانته).

اما ان الشرط كالجاء فلان المال يبذل في مقابل كل من الجاء والشرط- في الحقيقة- وكذلك في طرف الشرط الذي يكون في جانب الثمن، فان المال والشرط يعدان بمنزلة الثمن.

واما الكبرى التي ذكرناها بقولنا «وكل غرر الخ» فلما عرفت من نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر، فتأمل.

ويدل على ما ذكرناه من الكبرى والصغرى ما ذكره العلامة، فانه (قال في التذكرة: وكما ان الجهالة في العوضين مبطله) للبيع (فكذا في صفاتهما) كما اذا علم انه ذهب، لكن لم يعلم انه مسكوك، أم لا (ولو احق المبيع) اي ما يلحق المبيع كالشرط (فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع، انتهى).

ولعل وجه ذلك ان الشرط الفاسد مفسد، او لان الجهالة في الشرط تتسرى الى الجهالة في البيع، وان لم نقل بان كل شرط فاسد مفسد

(وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط في الثمن) لانه اذا لم يعين الاجل، كان غرراً فكان مبطلاً (بل لو فرضنا عدم سراية الغرر في

ص: 264

البيع كفى لزومه فى اصل الشرط بناء على ان المنفى مطلق الغرر حتى فى غير البيع.

ولذا يستندون إليه فى ابواب المعاملات حتى الوكالة.

فبطلان الشرط المجهول ليس لإبطاله البيع المشروط به.

ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال فى بطلان البيع.

البيع كفى لزومه فى اصل الشرط) اى كفى لزوم الغرر فى نفس الشرط فى ايجابه بطلان الشرط، و ذلك ما نحن بصدده من اشتراط ان لا يكون الشرط غرريا (بناء على ان المنفى) فى الشريعة (مطلق الغرر حتى فى غير البيع) اما لفهم المناط من قوله عليه الصلاة و السلام نهى النبي عن بيع الغرر، و اما لوجود حديث نهى النبي عن الغرر الشامل لما نحن فيه

(ولذا يستندون إليه) اى الى انه غرر فهو باطل (فى) مختلف (ابواب المعاملات حتى الوكالة) التى هى عقد غير لازم، و لا يهم الغرر فيها لانها مبنية على تفويض الامر الى الوكيل كيفما عمل.

(فبطلان الشرط المجهول) تفريع على قوله «بل لو فرضنا» (ليس لابطاله البيع المشروط به) حتى يكون وجه الاستدلال انه اذا بطل البيع الذى هو اصل، بطل الشرط الذى هو فرع.

(ولذا) الذى ليس بطلان الشرط فرعا لبطلان البيع (قد يجزم ببطلان هذا الشرط) الذى هو مجهول (مع الاستشكال فى بطلان البيع).

ولو كان بطلان الشرط منوطا ببطلان البيع، لزم الاستشكال فى

فان العلامة فى التذكرة ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى عقد البيع ان فى بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط.

لكن الانصاف ان جهالة الشرط يستلزم- فى العقد- دائما مقدارا من الغرر الذى يلزم من جهالته جهالة احد العوضين.

و من ذلك يظهر وجه النظر فيما

الشرط اذا استشكل فى البيع، لا الجزم ببطلان الشرط.

(فان العلامة فى التذكرة ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى التذكرة ذكر فى اشتراط عمل مجهول فى عقد البيع ان فى بطلان البيع وجهين) البطلان، لسراية جهالة الشرط الى جهالة البيع، وعدم البطلان، لان الشرط تابع، وبطلان التابع لا يلازم بطلان المتبوع (مع الجزم) اى جزم العلامة (ببطلان الشرط) مما يدل على عدم التلازم بين البطلانين.

(لكن الانصاف) التلازم، فان بطل الشرط للجهالة ابطل البيع أيضا، لسراية جهالته الى جهالة البيع.

ف (ان جهالة الشرط يستلزم- فى العقد- دائما مقدارا من الغرر الذى يلزم من جهالته) اى جهالة الشرط (جهالة احد العوضين) الذى انضم الشرط إليه، ثمنا كان او مثمنا.

اقول لا يخفى الالتواء فى العبارة، و الاولى ان يقال «مقدارا من الغرر بحيث يسرى الى البيع» او ما اشبه ذلك.

(و من ذلك) الذى ذكرنا من التلازم بين بطلان البيع، و بطلان الشرط لسراية جهالة الشرط الى جهالة البيع (يظهر وجه النظر فيما

ذكره العلامة في مواضع من التذكرة، من الفرق في حمل الحيوان وبيض الدجاجة، و مال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الامور بان يقول: بعتهكها على انها حامل، او على ان لك حملها، و بين تملكها على وجه الجزئية بان يقول: بعتهكها و حملها، فصحح الاول لانه تابع، و ابطل الثاني لانه جزء.

ذكره العلامة في مواضع من التذكرة، من الفرق في حمل الحيوان وبيض الدجاجة، و مال العبد المجهول المقدار).

فان العبد اذا بيع انتقل ماله معه بحيث يكون تحت سلطة المالك الثاني، و ان لم يملكه المالك لان العبد يملك نفسه بنفسه، لكن هناك تفاوت بين قيمة العبد الغني، و قيمة العبد الفقير (بين تملكها على وجه الشرطية في ضمن بيع هذه الامور بان يقول: بعتهكها على) شرط (انها حامل) فالحمل للمشتري، لكن يملكه على وجه الشرط، لا على وجه الجزء (او على ان لك حملها) عبارة ثانية تقيّد نفس المعنى السابق (و بين تملكها على وجه الجزئية بان يقول: بعتهكها و حملها) بان يكون الحمل جزء المبيع (فصحح) العلامة (الاول) و هو جعله شرطا (لانه تابع) و لا يشترط عرفان التابع معرفة تامة (و ابطل الثاني) و هو جعله جزء (لانه جزء) و اجزاء البيع يجب ان تكون معلومة.

وفيه ان جهالة الشرط تسرى الى جهالة البيع، فلا فرق في البطلان بين جعله شرطا او جزء.

لكن قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزء من المبيع، فالاقوى الصحة، لانه بمنزلة الاشتراط، و لا يضر الجهالة لانه تابع.

وقال فى باب بيع المملوك: و لو اشتراه و ما له صح، و لم يشترط علمه و لا التفصي من الربا ان قلنا انه يملك، و لو احلناه اشترط،

(لكن) عكس الشهيد، ف (قال فى الدروس: لو جعل الحمل جزء من المبيع، فالاقوى الصحة، لانه) اى جعله جزء (بمنزلة الاشتراط، و لا يضر الجهالة) بخصوصيات هذا الجزء انه ذكر او انثى، كبير او صغير و كم حمله من الاشهر و ما اشبه ذلك (لانه تابع) و التابع و ان كان جزء لم يضر، كما ان جهالة اسس البناء لا تضر فى بيع الدار و هكذا فى سائر التوابع.

(وقال) صاحب الدروس (فى باب بيع المملوك: و لو اشتراه) اى العبد (و ماله) بان يتسلط المشتري على مال العبد (صح) البيع (و لم يشترط علمه) اى علم المشتري بمقدار ماله (و لا التفصي من الربا) المحتمل لانه اذا كان للعبد مائة مثقال ذهب، و اشتراه بمائة مثقال لزم الربا لان المثلث «العبد و المائة» و الثمن «المائة» فقط و هو محل توهم الربا، لكن لا يلزم الربا لان المال تابع و المائة- الثمن- فى مقابل رقبة العبد.

هذا (ان قلنا انه) اى العبد (يملك، و لو احلناه) اى قلنا ان تملك العبد محال، بل ان كل ما فى يده للمولى (اشترط) اى علم المشتري بمقدار ماله، و بانه لا يلزم الربا، اذ المال حينئذ للمالك الاول، فهو

انتهى.

والمسألة محل اشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف التيامها حيث صرحوا بان للشرط قسطا من احد العوضين، وان التراضي على المعاوضة وقع منوطا به ولازمه كون الجهالة فيه قاذحة.

والاقوى اعتبار العلم لعموم نفي الغرر، الا اذا عدّ الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيع الدجاج.

يبيع شيئين، وهما العبد و ماله، فكان ماله جزء المبيع.

و من الواضح لزوم علم المشتري بالشيء، ولزوم عدم كون البيع مستلزما للربا (انتهى) كلام صاحب الدروس.

(والمسألة) اى مسألة لزوم العلم بالشرط (محل اشكال، وكلماتهم لا يكاد يعرف التيامها) بحيث تكون شهرة على شيء اذ بعضهم ذهب الى لزوم العلم بالشرط، وبعضهم ذهب الى عدم لزوم العلم (حيث) ان جماعة منهم ذكر عدم لزوم معرفة الشرط، مع انهم (صرحوا بان للشرط قسطا من احد العوضين، وان التراضي على المعاوضة وقع منوطا به) اى بهذا الشرط فاذا بطل الشرط لم يكن رضا، فلا تشمله: تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ (ولازمه كون الجهالة فيه) اى فى الشرط (قاذحة) اى مضرة فى البيع

(والاقوى اعتبار العلم) بخصوصيات الشرط (لعموم نفي الغرر، الا اذا عدّ الشرط في العرف تابعا غير مقصود بالبيع) اى ليس فى الحقيقة كالجاء لاحد العوضين (كبيع الدجاج) فانه لا تضر جهالته، لانه ليس بغرر عرفا.

ص: 269

وقد مرّ ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين، وسيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله.

الشرط السابع: ان لا يكون مستلزما لمحال،

كما لو شرط في البيع ان يبيعه على البائع فان العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور.

والذي يقرب في الذهن ان كان الشرط غررا ساريا الى البيع بطل البيع، وان كان غررا غير سار الى البيع بطل الشرط، لاشتراط عدم الغرر فيه أيضا، وان لم يكن غررا عرفا، وان كان مجهولا في الجملة لانه تابع لم يبطل البيع ولا الشرط.

(وقد مرّ ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين، وسيأتي بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله) تعالى.

وقد تقدم ذلك في ذيل مسألة عنونها بقوله: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه وعدمه.

ثم اللازم ان يعرف الشرط كلاهما فلا ينفع علم احدهما، لانه حينئذ بالنسبة الى الآخر غرر، و الغرر اذا دخل البيع فسد.

(الشرط السابع) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون) الشرط (مستلزما لمحال) وذلك لان المستلزم للمحال غير مقدور، فيأتي فيه دليل اشتراط ان يكون الشرط مقدورا (كما لو شرط في البيع ان يبيعه على البائع) وانما يكون هذا الشرط محالا (فان العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور).

قال في التذكرة لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه اياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا ووصفا، أو لا، و الا جاء الدور، لان بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقعة على بيعه فيدور.

اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة.

(قال في التذكرة لو باعه شيئاً بشرط ان يبيعه) المشتري (ايه) اي لنفس البائع (لم يصح) الشرط (سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا ووصفا) كما لو باعه بعشرة من الدنانير الموصوف بانها عراقية، بشرط ان يبيعه اياه بنفس ذلك المبلغ (أولا) بان شرط عليه شرطا مطلقا، و لم يعين قدر الثمن في البيع الثاني (و الا-) اي و ان جاز هذا الشرط (جاء الدور، لان بيعه له) اي بيع المشتري للبائع (يتوقف على ملكيته له) اذ ما لم يملك المشتري المبيع لا يمكنه بيعه- فانه لا بيع الا في ملك- (المتوقعة) تلك الملكية (على بيعه) للبائع.

فالبيع للبائع متوقف على ملكية المشتري للمبيع، لانه لا بيع الا في ملك و ملكية المشتري للمبيع متوقعة على بيعه للبائع.

اذ لو لم يبيعه لم يف بالشرط و اذا لم يف بالشرط لم تتم ملكيته (فيدور) و الشرط المستلزم للدور باطل.

(اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح) الشرط (عندنا حيث لا منافاة فيه) اي في هذا الشرط (للكتاب و السنة) فيشمله عموم: المؤمنون عند شروطهم.

لا يقال: ما التزموه من الدور آت هنا.

لانا نقول: الفرق ظاهر، لجواز ان يكون جاريا على حدّ التوكيل، او عقد الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى.

(لا- يقال: ما التزموه من الدور آت هنا) اى فى ما لو شرط ان يبيعه على غيره، لان البيع للغير يتوقف على ملك المشتري للمبيع، و ملك المشتري للمبيع لا يتم الا بعد البيع، فالبيع للغير يتوقف على البيع للغير

(لانا نقول) لا- دور هنا، لان (الفرق ظاهر، لجواز ان يكون) البيع للاجنبى (جاريا على حدّ التوكيل) بان يكون البائع وكيلًا عن المالك (او عقد الفضولى) بان يكون البائع فضوليا- فالبيع ممكن وليس بمستحيل - (بخلاف ما لو شرط البيع على البائع، انتهى) فانه مستحيل.

و حاصل هذا الجواب: انه لو فرضنا ان البيع الاول لم يكن صحيحا لم يعقل بيع المشتري للمتاع الى البائع، اذ يستحيل ان يباع ملك المالك الى المالك نفسه، فهل يعقل ان نبيع دار زيد لنفس زيد؟ كلا

اما مع فرض ان البيع الاول لم يكن صحيحا، يعقل بيع المتاع الى الاجنبى بعنوان كون البائع وكيلًا عن المالك او فضوليا.

اذا تحقق ذلك و هو البيع الى المالك الاول لا يصح، اذا كان البيع الاول باطلا، و البيع الى الاجنبى يصح اذا كان البيع الاول باطلا.

قلنا: يتوقف الملكية للمشتري على العمل بالشرط فاذا لم يعمل بالشرط لم يكن ملكا له.

فاذا لم يكن ملكا له لم يصح بيعه للمالك، لانه من بيع الشيء لملكه

ص: 272

وسياتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة.

وقد صرح فى الدروس بان هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد

و يصح بيعه لاجنبى، لانه من بيع الوكيل او بيع الفضولى.

و على هذا فيصح شرط البيع للاجنبى، لانه لا يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول، فالمشترى يتمكن ان يبيعه للاجنبى، و ان لم يكن مالكا، و لا يصح شرط البيع الى المالك نفسه لانه يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول.

اذا عرفت ذلك، نقول: الدور آت فى شرط البيع على المالك، و ليس بات فى شرط البيع على الاجنبى.

اما الاول: فلان البيع الى المالك يتوقف على ملكية المشتري للمبيع و ملكية المشتري للمبيع متوقفة على البيع الى المالك.

و اما الثانى: فلان البيع الى الاجنبى لا يتوقف على ملكية المشتري للمبيع.

و الى منع هذه المقدمة الاولى، اشار العلامة ره بقوله: لجواز ان يكون بيع المشتري للاجنبى جاريا على حد التوكيل او عقد الفضولى، فلا تغفل.

(وسياتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة) ان شاء الله تعالى.

(وقد صرح فى الدروس بان هذا الشرط) اى شرط ان يبيعه الى المالك الاول (باطل، لا للدور، بل لعدم القصد

ويرد عليه، وعلى الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح فى التذكرة بجوازه.

و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه

الشرط الثامن: ان يلتزم به فى متن العقد.

الى البيع) فان المالك الذي يشترط هذا الشرط على المشتري لا يقصد فى الحقيقة نقل المتاع عن نفسه، والا لم يشترط هذا الشرط.

(ويرد عليه، وعلى الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح فى التذكرة بجوازه) مع ان اشكال الدور، و اشكال عدم القصد آت هنا أيضا، اذ يتوقف الوقف على الملك، و يتوقف الملك على الوقف بمثل ما ذكره العلامة فى تقرير الدور، و لانه لا يقصد البائع البيع حقيقة، بل يقصد ان يوقف على نفسه وعلى عقبه، فكيف قالوا هنا بالصحة، و قالوا فى شرط البيع لنفسه بالبطان.

(و صرح) صاحب التذكرة أيضا (بجواز اشتراط رهن المبيع) عند البائع (على الثمن) فاذا لم يرد المشتري، دفع الثمن الى البائع حالا (مع جريان الدور فيه) أيضا اذ لا رهن الا فى ملك، فالرهن متوقف على ملك المشتري، و ملك المشتري متوقف على الرهن.

(الشرط الثامن) من شروط صحة الشرط (ان يلتزم به) المشتري (فى متن العقد) قبل قراءة الصيغة او بعدها او فى وسطها، كان يقول: على شرط ان تخيط ثوبى بعتك الدار، او يقول: بعتك الدار على شرط ان

فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتى لان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا، و ان كان اثره مستمرا فى نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء و بعده، نظير بقاء اثر الطلب المنشأ

تخييط ثوبى، او يقول: بعث لك على شرط ان تخييط ثوبى الدار.

و ذلك لانه لا فرق بين الاقسام الثلاثة فى شمول اطلاقات الشرط له

(فلو تواطيا) اى المتعاقدان (عليه) اى على الشرط (قبله) اى قبل العقد (لم يكف ذلك فى التزام المشروط به) فهو من قبيل الشرط الابتدائى (على المشهور) بين الفقهاء (بل لم يعلم فيه خلاف) بناء على ان الشرط الابتدائى ليس بلازم (عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف، و سيأتى) كلاهما، و انما شرطنا ان يكون الشرط فى متن العقد لا ما قبله (لان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا) لما تقدم من ان الالزام الابتدائى لا يلزم الوفاء به، اذ الادلة خاصة بالالزام و الالتزام فى ضمن عقد و نحوه (و ان كان اثره) اى اثر الالزام «ان» و صليّة (مستمرا فى نفس الملزم) - بالكسر - (الى حين العقد) و اثره عبارة عن ارادته للشرط (بل الى حين حصول الوفاء و بعده) اى بعد الوفاء فان الانسان الذى يريد شيئا يريده الى حين تحققه، فاذا تحقق انمحي اثر الإرادة عن نفسه، فبقاء اثر الالزام هو (نظير بقاء اثر الطلب المنشأ

ص: 275

فى زمان الى حين حصول المطلوب، و ان وعد بايقاع العقد مقرونا بالتزامه فاذا ترك ذكره فى العقد، فلم يحصل، ملزم له.

نعم يمكن ان يقال: ان العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط، كان قيذا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك لشرط و يكون العقد بدونه تجارة، لا عن تراض اذا التراضي وقع مقيدا بالشرط.

فى زمان) «المنشأ» بصيغة المفعول (الى حين حصول المطلوب) بل لا اثر للشرط اذا لم يذكر فى متن العقد (و ان وعد) المشترط عليه (بايقاع العقد مقرونا بالتزامه) فشرط المشترط قبل العقد، و التزام المشروط عليه بانه يوقع العقد ملتزما به لا ينفعان، اذا لم يتحقق الشرط فى ضمن البيع (فاذا ترك ذكره) اى ذكر الشرط (فى العقد، فلم يحصل ملزم له) اى للشرط، لان المقابلة و الالتزام و الالتزام الخارج عن العقد لا اثر لهما فى اللزوم.

(نعم يمكن ان يقال: ان العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان) الشرط (قيدا معنويا له) اى للعقد (فالوفاء بالعقد الخاص) اى بهذا العقد الذى هو من صغريات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط) المبني عليه، فان القرائن المكتنفة بالكلام لها مدخلة فى الكلام (و يكون العقد بدونه) اى بدون الشرط، بان لم يأت المشروط عليه بالشرط يكون (تجارة، لا عن تراض) فان المشترط لم يرض بهذه التجارة (اذا التراضي وقع مقيدا ب) هذا (الشرط) فبدون الشرط لا رضا

فانهم قد صرحوا بان الشرط كالجزة من احد العوضين، فلا فرق بين ان يقول: بعثك العبد بعشرة، و شرطت لك ماله، و بين توأطئهما على كون مال العبد للمشتري، فقال: بعثك العبد بعشرة، قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري هذا مع ان الخارج من عموم، المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيأ عليه، فيعمّ محل الكلام.

و على هذا فلو توأطيا على شرط فاسد، فسد العقد المبني عليه و ان لم يذكر

(ف) ان قلت: الشرط لا يرتبط بالرضا، لان الرضا كان لاجل تبادل المثلث بالثلث و هذا حاصل.

قلت: الشرط كجزء من احد العوضين، فالرضا منوط به، ل (انهم قد صرحوا بان الشرط كالجزة من احد العوضين، فلا فرق بين ان يقول بعثك العبد بعشرة، و شرطت لك ماله) شرطا لفظيا (و بين توأطئهما على كون مال العبد للمشتري، فقال) البائع (بعثك العبد بعشرة، قاصدين) اى البائع و المشتري (العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري) فلا فرق بينهما لدى العرف، فيشمله دليل الشرط (هذا) وجه الاستدلال بأية:

تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، (مع ان الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيأ عليه، فيعمّ) العموم (محل الكلام) الذي هو الشرط البنائي المتوأطئ عليه.

(و على هذا) الذي ذكرنا من شمول الشرط للشرط الضمني (فلو توأطيا على شرط فاسد، فسد العقد المبني عليه) اذا قلنا: بان الشرط الفاسد، مفسد (و ان لم يذكر) الشرط

فيه.

نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فاقوعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصد ان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد، وعدم لزوم الشرط.

هذا، ولكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد، وعدم اجراء احكام الشرط عليه، وان وقع العقد مبنيًا عليه، بل في الرياض عن بعض الاجلة حكاية

(فيه) اى فى العقد، لما عرفت من انه لا فرق بين الشرط المذكور فى العقد و الشرط المبني عليه.

(نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه) من قبل (فاوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصد ان من العوض) العوض (المقرون بالشرط) اى لم يقصدا هكذا.

فقوله «بحيث» بيان لمدخول غير، فالمعنى لم يقصدا عوضا مقرونا بالشرط (اتجه صحة العقد، وعدم لزوم الشرط) لانه لا شرط اصلا.

(هذا ولكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور فى متن العقد، وعدم اجراء احكام الشرط عليه، وان وقع العقد مبنيًا عليه).

فانهم يحصرون الشرط اللازم الوفاء بالشرط اللفظى، فلا يشمل الشرط المتواطئ عليه دليل الشرط، كما انه تجارة عن تراض، فانه لا اعتبار الا بالرضا الذي ذكر فى متن العقد (بل فى الرياض عن بعض الاجلة حكاية

ص: 278

الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لا حكم للشروط اذا كانت قبل عقد النكاح، و تتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فترتهم يجوزون في باب الربا و الصرف الاحتياي في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد.

الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط الا في عقد) بل في خارج العقد و ان بنى العقد عليه (بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لا حكم للشروط اذا كانت) تلك الشروط المذكورة (قبل عقد النكاح، و) كلامه صحيح لان (تتبع كلماتهم في باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى) اي ما حكاها بعض الاجلة (فترتهم يجوزون في باب الربا و الصرف)

ففي باب الربا لا يجوز زيادة احد المتجانسين عن الآخر اذا كان مكيلا او موزونا فلا يجوز بيع كيلو من الحنطة بكيلو و نصف.

وفي باب الصرف و هو عبارة عن بيع النقود، لا يجوز زيادة احدهما على الآخر (الاحتياي) المراد بالحيلة العلاج، و الفرار من الحرام الى الحلال، قال الامام عليه السلام «و لا تمكر بي في حيلتك» و من هذا القبيل باب الحيل المذكور في الفقه، لا المراد بالحيلة بمعنى الشيطنة كما هو اصطلاح العرف (في تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه) اي من الاحتياي (ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك في العقد).

فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطؤ على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا الى ما بعده.

وقد صرح المحقق و العلامة فى باب المراجعة بجواز ان يبيع الشي ء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك الى البائع، ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراجعة اذا لم يشترط ذلك لفظا.

وجه الاستدلال بهذا على ان الشرط الخارج لا يؤثر ما ذكره بقوله:

(فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطؤ) قبل العقد (على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها) اى بالهبة (قبل العقد) التزاما (مستمرا الى ما بعده).

فلو كان هذا الشرط المقدم المبني عليه العقد مؤثرا فى العقد لزم الربا، لان جانب الشرط زائد على الجانب الذى لا شرط فيه.

لكن الظاهر ان مرادهم التواطؤ بدون بناء العقد عليه، و الاعتماد على الاقوال فقط و مثل هذا قد نجده بين المتدينين الآن.

(وقد صرح المحقق و العلامة فى باب المراجعة) و هو البيع بالربح مع اخبار البائع بقدر رأس المال (بجواز ان يبيع الشي ء من غيره بثمان زائد مع قصدهما نقله) اى المبيع (بعد ذلك الى البائع، ليخبر) المشتري البائع (بذلك الثمن) الذى فيه الزيادة (عند بيعه مراجعة اذا لم يشترط) و هما البائع الاول و المشتري (ذلك) النقل الى البائع بعد البيع (لفظا).

مثلا: اشترى خالد من بكر كتابا بعشرة- بينما الكتاب يسوى خمسة-

و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون الا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا.

نعم خصّ في المسالك ذلك بما اذا وثق البائع بان المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك، و ايقاع العقد على هذا الالتزام، لكنه

ثم اشتراه البائع من المشتري بعشرة، و ذلك لان يخبر البائع عند ما يريد بيعه لهذا بانه اشتراه بعشرة.

و مثله ما لو اشترى زيد من محمّد قلمًا بعشرة دراهم و تواطنا على ان يرد عليه البائع خمسة، و فائدة ذلك انه اذا اراد المشتري بيع القلم باحد عشر مرايحة اخبر بانه اشتراه بعشرة فان هذا البناء لو كان بمنزلة الشرط كان اللازم على المشتري الذي يريد بيعه مرايحة ان يقول اشتريته بعشرة بشرط ان يرد عليّ خمسة اذ يلزم في بيع المرايحة ذكر الشرط الذي يرتفع او ينتقص منه الثمن.

(و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض) اي ردّ المشتري على البائع المضمن (لا يكون الا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل) للمتاع الى البائع (ثانيا).

اقول لكن فيه ان الظاهر كون مرادهم التزام قولي، لا من قبيل الشرط

(نعم خصّ في المسالك ذلك) الالتزام بالنقل الذي اشار إليه بقوله «بجواز ان يبيع» (بما اذا وثق البائع بان المشتري ينقله إليه من دون التزام ذلك، و) من دون (ايقاع العقد على هذا الالتزام) فهو من قبيل التعهد اللفظي، لا انه من قبيل الشرط (لكنه) اي كلام المسالك

تقييد لاطلاق كلماتهم، خصوصا مع قولهم: اذا لم يشترط لفظا.

وبالجمله فظاهر عبارتى الشرائع والتذكرة ان الاشتراط والالتزام من قصدهما، ولم يذكره لفظا، لا ان النقل من قصدهما، فراجع.

(تقييد لاطلاق كلماتهم) بدون دليل على، هذا التقييد (خصوصا مع قولهم: اذا لم يشترط لفظا) مما يدل على ان اشتراطهم الالتزامى و البنائى غير ضار.

اللهم الا ان يقال: ان مرادهم من اللفظ الاعم من اللفظ فى ضمن العقد، او اللفظ المبني عليه العقد.

(وبالجمله فظاهر عبارتى الشرائع والتذكرة ان الاشتراط والالتزام من قصدهما) اى فى مسئلة البيع مرابحة التى ذكرها بقوله «وقد صرح المحقق والعلامة» (ولم يذكره) اى لم يذكر المتبايعان الاشتراط (لفظا) عند العقد، و عليه فالشرط البنائى عند المحقق والعلامة لا اعتبار به (لا) ان الظاهر من عبارة المحقق والعلامة (ان النقل من قصدهما) اى قصد المتبايعين، و عليه فالشرط البنائى له اعتبار (فراجع) عبارتى الشرائع والتذكرة.

والحاصل: ان المتبايعين قد يشترطان النقل لفظا.

وقد يلتزمان به من دون لفظ.

وقد يقصد انه بدون لفظ وبدون التزام، و كلامنا فى انه هل القسم الثانى ملزم أم لا؟

فالشيخ يقول ان المشهور قالوا بانه غير ملزم، واستدل له بعبارتى

وأيضا فقد حكى عن المشهور ان عقد النكاح المقصود فيه الاجل و المهر المعين اذا خلى عن ذكر الاجل ينقلب دائما.

نعم ربما ينسب الى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع.

الشرائع و العلامة فان كانت عبارتهما ظاهرة في القسم الثاني تحقق كلام الشيخ.

اما اذا كان كلاهما في القسم الثالث لم يتحقق كلام الشيخ و بينما صاحب المسالك يقول ان كلام المشهور في القسم الثالث، و الظاهر لدى أيضا ما ذكره المسالك لا ما ذكره المصنف ره.

(و أيضا) يدل على ان الشرط البنائي لا اثر له ما ذكره في باب النكاح (فقد حكى عن المشهور ان عقد النكاح المقصود فيه الاجل و المهر المعين) اي اذا كان قصدهما المتعة (اذا خلى عن ذكر الاجل ينقلب دائما) مع ان الشرط البنائي موجود، و انما لم يلفظ به اشتباها، فيدل كلامهم على ان الشرط البنائي لا ينفع.

وفيه ان ذلك ثبت بالنص، و الا كان اللازم البطلان، اذ لا شك في ان العقود تتبع القصد، و هما لم يقصدا الدوام، فليس المقام من باب ما ذكره المصنف، بل امر ثابت بالنص الخاص.

(نعم ربما ينسب الى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار قبل عقد البيع) و بناء العقد عليه، فانه يوجب سقوط الخيار مع انه لا لفظ فيه، فان هذا يدل على ان الشرط البنائي كاف في لزوم العمل به

لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة الى الخلاف، بل المختلف فراجع.

ثم ان هنا وجهها آخر لا يخلو عن وجه، و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط، لان الشرط من اركان العقد المشروط، بل عرفت انه كالجزم من احد العوضين، فيجب ذكره في الايجاب و القبول، كاجزاء العوضين.

(لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في) صحة (هذه النسبة الى الخلاف، بل) النظر في نسبه الى (المختلف) أيضا (فراجع) ما ذكرناه في خيار المجلس.

(ثم ان هنا) اي في باب عدم ذكر الشرط في متن العقد مع البناء عليه قبلا (وجهها آخر) غير ما ذكر.

فان بعضهم ذكر صحة العقد و الشرط، و بعضهم ذكر صحة العقد دون الشرط، و الوجه الآخر الذي يذكره الآن، هو بطلان العقد و الشرط معا.

و هذا الوجه (لا يخلو عن وجه) اي عن دليل (و هو بطلان العقد الواقع على هذا الشرط) البنائي الذي لم يذكر في متن العقد (لان الشرط من اركان العقد المشروط) اذ العقد مقيد به، و المقيد بدون القيد كالعدم (بل عرفت انه) اي الشرط (كالجزم من احد العوضين، فيجب ذكره في الايجاب و القبول، ك) سائر (اجزاء العوضين) فاذا لم يذكر فكأنه لم يذكر الجزء، و من المعلوم ان العقد بدون ذكر اجزائه باطل.

وقد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجود ذكر الثمن فى العقد و عدم الاستغناء عنه بذكره سابقا، كما اذا قال: بعنى بدرهم، فقال: بعتك فقال المشتري، قبلت و سيأتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى.

و قد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد

، بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

(وقد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجود ذكر الثمن فى العقد و عدم الاستغناء عنه) اى عن ذكر الثمن (بذكره سابقا، كما اذا قال) المشتري (بعنى بدرهم، فقال) البائع (بعتك) بدون ذكر: بدرهم (فقال المشتري: قبلت).

لكن الظاهر انه لا وجه لهذا القول، بل الشرط البنائى كاف لانه متعارف عرفا و لم يردع عنه الشارع فتشمله ادلة الشروط (و سيأتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى).

كما ان الظاهر ان الشرط الفاسد ليس مفسدا، لانه الزام فى الزام فاذا بطل الالزام الثانى لم يستلزم عرفا الا الخيار فى الالزام الاول، لا البطلان.

(وقد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط) مثل ان يقول: بعتك على ان تخطى لى ان جاء زيد.

و انما يجب تنجيز الشرط (بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد) و انما يسرى الى العقد (بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

العوضين، فان مرجع قوله: بعثك هذا بدرهم على ان تخط لى ان جاء زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجي زيد، بل يؤدي الى البيع بثمانين على تقديرين فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجي زيد وبالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه.

ويندفع بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجي ء

العوضين) و من المعلوم ان العقد المعلق باطل - كما تقدم فى شرائط العقد-.

اما كيف يرجع تعليق الشرط الى تعليق العقد لما ذكره بقوله: (فان مرجع قوله: بعثك هذا بدرهم على ان تخط لى) ثوبى (ان جاء زيد) مرجعه (على وقوع المعاوضة بين المبيع) من جانب (و بين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجي زيد) من جانب آخر، و هذا عين التعليق، لان تعليق الجزء يوجب تعليق الكل، فان النتيجة تابعة لأخس المقدمتين (بل يؤدي الى البيع بثمانين على تقديرين) و هو باطل قطعاً، لانه لم يتحقق العقد- على ما ذكروا-.

و بيان ذلك ما ذكره بقوله: (فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجي زيد) لانه لا خياطة حينئذ (و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب على تقدير مجيئه) اى مجي زيد فهذان وجهان للزوم عدم التعليق فى الشرط.

(ويندفع) كلا الوجهين (بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجي ء

لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة.

و مجرد رجوعهما- فى المعنى- الى امر واحد لا يوجب البطلان.

ولذا اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر فى ان تبيع و انت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشهر الى واحد،

لا الخياطة المطلقة) فهو من قبيل ان يقول «خيّط لى يوم الجمعة» فليس معنى ذلك ان الخياطة معلقة، بل معناه تحديدها بشرط خاص او بزمان خاص او بمكان خاص، وهذا لا يسمّى تعليقا.

و على التقدير الثلاثة ليس هناك تعليق فى الشرط و ما اشبهه (ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة) اى المعاوضة المقيدة بهذا الشرط.

(و) ان قلت: لا فرق بين ان يقول: الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء و بين ان يقول: الشرط هو ان جاء زيد فخيّطه، و كما ان الثانى تعليق كذلك الاول.

قلت: (مجرد رجوعهما- فى المعنى-) و الواقع (الى امر واحد لا يوجب البطلان) و إلا لزم بطلان الجعالة فيما تبطل فيه الاجارة للجهالة، و هكذا، و الحال ان لكل موضوع حكمه- و ان كانت النتيجة واحدة-.

(ولذا) الذى ذكرنا من ان كون المرجع امرا واحدا لا يوجب البطلان (اعترف بعضهم بان مرجع قوله: انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر فى ان تبيع) حيث ان الوكالة معلقة بمجيء رأس الشهر (و انت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشهر) حيث ان الوكالة من الآن و البيع معلق (الى واحد)

مع الاتفاق على صحة الثاني، و بطلان الاول.

نعم ذكره في التذكرة انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري ففيه اشكال، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط، بل ظاهر عبارة التذكرة، و كثير منهم في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن كون الشرط- و هو الخيار- معلقا على ردّ الثمن.

وقد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار.

و هو البيع اول الشهر (مع الاتفاق على صحة الثاني) لان الوكالة منجزة (و بطلان الاول) لان الوكالة معلقة.

(نعم ذكره في التذكرة) الاشكال في الشرط المعلق، فقال: (انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري) اى اراد بيعه (ففيه اشكال، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط) يارادة البيع (بل ظاهر عبارة التذكرة، و كثير منهم في بيع الخيار بشرط ردّ الثمن) بان شرط في عقد البيع ان المشتري ان ردّ الثمن فله الفسخ (كون الشرط- و هو الخيار- معلقا على ردّ الثمن) فالبيع انما يكون بشرط الخيار المعلق، و منه يعلم ان العلامة لا يستشكل في الشرط المعلق.

(وقد ذكرنا ذلك) الخيار بشرط ردّ الثمن (سابقا في بيع الخيار) فراجع.

ص: 288

إشارة

و تفصيله ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى ككون العبد كاتباً و الجارية حاملاً و نحوهما.

و اما ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما، كاشتراط اعناق العبد و خياطة الثوب.

(مسألة: فى حكم الشرط الصحيح) و بيان اى شرط صحيح، و اى شرط غير صحيح (و تفصيله ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى) و ذكر الشخصى لانه اذا كان المبيع كلياً، كما اذا باعه كتاباً بصفة كذا فسلمه كتاباً ليس بتلك الصفة فان المشتري ليس له خيار الفسخ و انما له ان لا يقبل هذا الفرد، و يطالب البائع بتسليم فرد آخر مشتمل على الشرط (ككون العبد كاتباً و الجارية حاملاً و نحوهما) من الصفات الفعلية او الماضية، كان يشترط عليه ان لا يكون للعبد سابقة سوء، او المستقبلية كان يشترط ان تكون الجارية ولوداً.

(و اما ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما) سواء كان فعل الغير باختيار احدهما، او خارجاً عن اختيارهما (كاشتراط اعتاق العبد و خياطة الثوب) سواء كان ذلك بالنسبة الى احد المتعاقدين او بالنسبة الى ثالث.

و هذا تارة يكون مع سلطة احد المتعاقدين عليه، كان يشترط عليه ان يخيط ثوبه خياط البائع، فان الخياط تحت سلطة البائع بمعنى

و اما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، كاشتراط تملك عين خاصة و انعقاد مملوك خاص و نحوهما.

و لا اشكال فى انه لا حكم للقسم الاول، الا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط، اذ لا يعقل تحصيله هنا فلا معنى لوجوب الوفاء فيه، و عموم:

ان البائع يتمكن من بعثه على الخياطة.

و تارة اخرى يكون بلا سلطة احد المتعاقدين كان يشتري داره على شرط ان تفتح الحكومة شارعاً من امام الدار.

(و اما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل، كاشتراط تملك) المشتري من البائع (عين خاصة و انعقاد مملوك خاص) للبائع (و نحوهما) و اشتراط زوجية بنت البائع للمشتري مثلاً.

(و لا اشكال فى انه لا حكم للقسم الاول) الذي تعلق الشرط فيه بصفة من صفات البيع (الا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط).

و انما لا اشكال (اذ لا يعقل تحصيله هنا) اذ المشروط هو الوصف فى حال البيع، و المفروض انه غير موجود.

نعم لو كان الشرط بحيث يشمل الوصف المفقود الذي سوف يحصل قبل القبض او حتى بعده، كما اذا اراد المشتري ان يكون العبد كاتباً حين تسليمه إليه، و جعله المشتري كاتباً بين البيع و بين القبض، لم يكن له خيار، لكنه خارج عن مفروض المتن (فلا معنى لوجوب الوفاء فيه) اذ وجوب الوفاء انما هو فيما وقع التراضي عليه، و هذا لم يقع التراضي عليه (و عموم)

المؤمنون، مختص بغير هذا القسم.

و اما الثالث فان اريد باشرطه الغاية اعنى الملكية و الزوجية و نحوهما، اشترط تحصيلهما باسبابهما الشرعية، فيرجع الى الثانى، و هو اشترط الفعل.

و ان اريد حصول الغاية بنفس الاشرط فان دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية الا بسببها الشرعى الخاص كالزوجية

المؤمنون، مختص بغير هذا القسم) اذ لا موضوع، فلا حكم.

(و اما الثالث) و هو ما اذا تعلق الشرط بما هو من قبيل الغاية للفعل (فان اريد باشرطه الغاية اعنى الملكية و الزوجية و نحوهما) كالانعتاق (اشترط تحصيلهما باسبابهما الشرعية، فيرجع الى الثانى و هو اشترط الفعل).

فمعنى شرط زوجية المشتري لبنت البائع: ان يزوجه البائع ابنته.

و معنى شرطية ملكية المشتري لدار البائع ان يبيعه البائع داره او يهبه له، فاذا كان هناك اسباب متعددة يمكن الوصول بها الى تلك الغاية يحق للبائع اختيار اى سبب شاء، كان يبيعه، او يهبه، او يصالحه او ما اشبه، لان الشرط حصول هذه الغاية باى سبب كان.

(و ان اريد حصول الغاية بنفس الاشرط فان دلّ الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية الا بسببها الشرعى الخاص كالزوجية) التى لا تتحقق الا بالصيغة الخاصة.

نعم لعل التحليل للامة يقع بلا عقد و يكفى فيه الشرط- لكن الكلام

و الطلاق و العبودية و الانعتاق و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الاجل و نحو ذلك، كان الشرط فاسدا، لمخالفته للكتاب و السنة كما انه لو دلّ الدليل على كفاية الشرط فيه كالوكالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشتري، فلا

ليس فى هذا الموضوع- (و الطلاق) الذي يحتاج الى الصيغة (و العبودية) التى تحتاج الى اسبابها الخاصة من بيع، او نحوه، او اسر او شرط فى ضمن النكاح ان يكون ولد الحرة و العبد- المتزوجين- عبدا ان قلنا بصحة هذا الشرط فانه لا تتحقق بدون هذه الاسباب الخاصة (و الانعتاق) الذي يحتاج الى صيغة التحرير (و كون المرهون مبيعا) بنفسه (عند انقضاء الاجل) بدون اجراء صيغة البيع (و نحو ذلك) ككون المرأة الاجنبية وارثة (كان) ذلك (الشرط فاسدا، لمخالفته للكتاب و السنة).

اذ الكتاب و السنة جعلوا لهذه الغايات اسبابا خاصة، و الشرط ليس من اسبابها، فلا يكون الشرط مشرعا (كما انه لو دلّ الدليل على كفاية الشرط فيه) اى فى حصول تلك الغاية المشروطة (كالوكالة و الوصاية) بان باعه شيئا بشرط ان يكون المشتري وكيله، او وصيه، او وليه، او قيما على اولاده، او ما اشبه ذلك (و كون مال العبد) فيما لو باعه العبد بشرط ان يكون ماله للمشتري (و حمل الجارية) فيما اذا باع الجارية له و هى حامل من غير المولى بما يصح انتقال الحمل، فشرط ان الحمل للمشتري (و ثمر الشجرة) فيما اذا باعها بشرط ان يكون الثمر (ملكاً للمشتري، فلا

و اما لو لم يدل دليل على احد الوجهين، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لاحد العوضين- كالمثلة المذكورة- ملكا لاحدهما، او صدقة، او كون العبد الفلانى حرا ونحو ذلك.

اشكال) فى صحة الشرط، لانه لم يعلم من الشارع احتياج هذه الامور الى اسباب خاصة.

و حيث ان العرف يرى كفاية الشرط، و الشارع سكت عن ذلك فهو امضاء منه للامر العرفى.

(و اما لو لم يدل دليل على احد الوجهين) و هل ان هذه الغاية تحتاج الى سبب خاص، أم تتحقق بكل سبب و لو بالشرط؟ (كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لاحد العوضين- كالمثلة المذكورة-) اى امثلة الحمل، و الثمر، و مال العبد حيث انها تابعة لاحد العوضين.

و مثال ما ليس بتابع كما لو باع داره بشرط ان يكون قلمه للمشتري، فان القلم ليس تابعا للدار (ملكا لاحدهما، او صدقة، او كون العبد الفلانى حرا) الحرية غير الانعتاق.

فان الاول غير منسوب الى الفاعل، و الثانى انفعال لا بد فيه من الفعل، و لذا جعل الانعتاق كالزوجة مما يحتاج الى سبب خاص و جعل الحرية مما يشك فيه هل انه من هذا القبيل او من قبيل تملك التابع كالحمل؟ (و نحو ذلك) من سائر ما يشك هل ان الشارع قرر له اسبابا خاصة، أم لا؟

ففى صحة هذا الشرط اشكال من اصالة عدم تحقق تلك الغاية الا بما علم كونه سببا لها.

وعموم المؤمنون عند شروطهم، ونحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به، و من ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط، بل يشمل ترتيب الآثار عليه نظير الوفاء بالعهد.

(ففى صحة هذا الشرط) اى شرط الغاية (اشكال من اصالة عدم تحقق تلك الغاية الا بما علم كونه سببا لها) فلا يصلح الشرط.

(و) ان قلت: المؤمنون عند شروطهم، عامّ يشمل كل شرط الا الشرط الذي علم خروجه، و حيث لا نعلم بخروج هذا الشرط فهو داخل فى العموم.

قلت: (عموم المؤمنون عند شروطهم، ونحوه لا يجرى هنا، لعدم كون الشرط فعلا) من افعال المشروط عليه (ليجب الوفاء به) فان وجوب الوفاء انما يتعلق بالافعال، و الغاية المشروطة ليست من الافعال (و من ان الوفاء) بالشرط المستفاد من: المؤمنون عند شروطهم (لا يختص بفعل ما شرط) فلا يلزم الوفاء فعل المشروط عليه (بل يشمل) أيضا (ترتيب الآثار عليه) اى على ما شرط، فاذا شرط ملكية داره للمشروط عليه، كان معنى الشرط ترتيب آثار الملكية للمشروط له على الدار (نظير الوفاء بالعهد) فاذا قال: عاهدت الله ان تكون الدار لزيد، كان معناه ترتيب آثار ملكية الدار لزيد، فهو فعل أيضا، لكنه فعل ترتيب الآثار، لا فعل تملك او نحوه.

و يشهد له تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل، كعدم الخيار للمكاتبة التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق، مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود فى ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد

(و يشهد له) اى لان: المؤمنون، شامل لترتيب الآثار كما يشمل الافعال (تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم) اى عموم: المؤمنون عند شروطهم (فى موارد كلها من هذا القبيل) اى من قبيل ترتيب الآثار، لا من قبيل الافعال (كعدم الخيار للمكاتبة التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها) اى ان ولد الزوج اشترط عليها عند قراره معها ان يؤدى عنها مال الكتابة (عدم الخيار على زوجها) فى ابطال نكاحها (بعد الانعتاق) فان الجارية المكاتبة اذا ادت مال الكتابة كان لها الخيار فى البقاء على نكاحها و فى ابطال نكاحها.

لكن اذا شرط عليها عدم الخيار، لم يكن لها ذلك، فهذا دليل على ان الشرط يقتضى ترتيب الآثار، لا انه خاص بالفعل.

اللهم الا ان يقال: ان الرواية ليست دليلا، لان ترك الابطال للنكاح فعل أيضا، كما اذا شرط عدم الذهاب الى بيت زيد (مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود) اى قوله تعالى: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و نحوه (فى ذلك) اى فى شموله لشرط الغاية، اى بالإضافة الى شمول دليل:

المؤمنون عند شروطهم، له (بعد صيرورة الشرط جزء للعقد) اذ الشرط جزء عرضى، او كالجزم - كما تقدم - و: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**، يقول: اوف بكل

و اما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة فهى دعوى غير مسموعة مع وجود افراد اتفق على صحتها، كما فى حمل الجارية، و مال العبد، و غيرهما.

و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع، مدفوعة، لعدم صلاحية

اجزاء العقد، و ما يرتبط بالعقد، فاللازم الوفاء بهذا الشرط أيضا، و ان كان شرطا موجها، و بهذا تحقق ان الاقوى هو هذا الوجه الذى ذكره بقوله «و من ان الوفاء لا يختص».

(و) ان قلت: الملك و ما اشبهه متوقف على اسباب خاصة، فلا يمكن ايجاده بالشرط.

قلت: (اما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة) كالبيع، و الهبة، و الصلح، و نحوها فلا يتحقق بالشرط (فهى دعوى غير مسموعة مع وجود افراد) من التملك بدون تلك الاسباب (اتفق) الفقهاء (على صحتها) اذ لو كان الملك يتوقف على اسباب خاصة لم يتحقق بدون تلك الاسباب و الحال انا نرى تحققه باتفاق الفقهاء (كما فى حمل الجارية، و مال العبد، و غيرهما) كبيض الدجاجة، و ثمرة الشجرة، فانها اذا انتقل الاصل انتقل الفرع بالتبع بدون سبب آخر غير الفرعية.

(و دعوى تسويغ ذلك) شرعا، فانه فرق بين كون الشرط موجبا للملك و بين ما اذا كانت التبعية موجبة للملك، فان الثانى جائز (لكونها توابع للمبيع) دون الاول (مدفوعة).

أولا: (لعدم صلاحية

ص: 296

ذلك للفرق مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة في بيع اخرى كما يظهر من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين، و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه، و ان انضم الى معلوم.

و كيف كان، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة.

ذلك) الذى ذكرتم من الفارق (للفرق) اذ ان الملك لو كان يحصل باسباب خاصة فالتبعية و الشرط كلاهما ليسا من تلك الاسباب، و لو كان الملك لا يحتاج الى اسباب خاصة، فكلاهما جائز.

ثانيا: (مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخرى) مع ان حمل الدابة ليس تابعا لدابة اخرى.

فمن هذا الكلام يظهر ان الشرط من موجبات الملك، و انه ليس لتسويغ ذلك من جهة كونه من توابع البيع (كما يظهر) ذلك (من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين).

و عبارة القواعد هى هذه (و كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و ان انضم الى معلوم).

فان المحقق الثانى ذكر فى شرح هذه العبارة ما تقدم من جواز بيع الحمل تبعا لحيوان آخر.

(و كيف كان، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة) و بنفس الشرط تقع تلك الغاية.

كما يصح نذر مثل هذه الغايات بان ينذر كون المال صدقة او الشاة اضحية او كون هذا المال لزيد.

و حينئذ فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار.

وانما

الخلاف و الاشكال فى القسم الثانى، و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل، و الكلام فيه يقع فى مسائل.

الاولى: فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى،

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوى: المؤمنون عند شروطهم،

(كما يصح نذر مثل هذه الغايات بان ينذر كون المال صدقة او) كون (الشاة اضحية) بحيث لا من التصرف فيها لغير الاضحية (او كون هذا المال لزيد) او ما اشبه ذلك.

(و حينئذ) اى حين نذر هذه الامور (فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها) اى بهذه النذور (بمعنى ترتيب الآثار) اى آثار الصدقة و الاضحية، فلا يجوز التصرف فى المال و فى آثار مالكية زيد.

(و) اذا ظهر حال القسم الاول و القسم الثالث من الشرط فنقول:

(انما الخلاف و الاشكال فى القسم الثانى، و هو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل) من افعال المكلف (و الكلام فيه يقع فى مسائل).

(الاولى: فى وجوب الوفاء) بالشرط (من حيث التكليف الشرعى) اى الحكم التكليفى.

(و) (ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوى: المؤمنون عند شروطهم)

ص: 298

و العلوى من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا او حلالا حراما و يؤكد الوجوب ما ارسل فى بعض الكتب من زيادة قوله: الا من عصى الله، فى النبوى، بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه، لا من الشارط.

هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد، بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد،

فان الظاهر من كلمة «عند» التلازم بين المؤمن و شرطه، و التلازم لا يعقل الا ان يكون بحكم الشرع بان يحكم الشارع بهذا التلازم، و الحكم الشرعى ليس الا الوجوب (و العلوى) المروى عن امير المؤمنين عليه السلام كما تقدم (من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او حلال حراما).

و من المعلوم ان صيغة الامر ظاهرة فى الوجوب، و لا خصوصية للامراة فيها بالاضافة الى كلمة «عند» كما ذكر فى النبوى (و يؤكد الوجوب ما ارسل فى بعض الكتب من زيادة قوله: الا من عصى الله، فى النبوى) اذ ظاهره ان المشروط عليه الذى لا يفى بالشرط عاص لله تعالى (بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه) المفهوم من الكلام (لا من الشارط) المذكور بقوله «المؤمنون» اما اذا كان «من الشارط» كان معناه الا شرطا كان فيه عصيانا لله تعالى.

(هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد، بعد كون الشرط كالجاء من ركن العقد) لان الشرط و الجاء- فى نظر العرف- مألهما

خلافًا لظاهر الشهيد في اللمعة، وربما ينسب الى غيره حيث قال:

انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط و انما فائدته جعل العقد عرضة للزوال.

ووجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكى في الروضة عنه قدس سره في بعض تحقیقاته، و هو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد كافيًا في تحققه و لا يحتاج بعده الى صيغة، فهو لازم لا يجوز الاختلال به، كشرط الوكالة.

الى شيء واحد، فلا فرق بين ان يقول: ابيعك هذا الكتاب بدينار و خياطة قبائي، او يقول: بشرط ان تخط قبائي (خلافًا لظاهر الشهيد في اللمعة، وربما ينسب الى غيره) أيضا (حيث قال: انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط) وجوبا شرعيا (و انما فائدته) اي فائدة الشرط (جعل العقد عرضة) و معرضا (للزوال) اذا لم يف المشروط عليه بالشرط

(و وجهه) اي وجه كلام الشهيد (مع ضعفه) اي ضعف هذا الوجه (يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله) حول الشرط (المحكى) هذا الوجه (في الروضة عنه قدس سره) اي عن الشهيد الاول (في بعض تحقیقاته، و هو) اي وجه ما ذكره من عدم لزوم الشرط (ان الشرط الواقع في العقد اللازم) على قسمين.

الاول (ان كان العقد كافيًا في تحققه) اي في تحقق ذلك الشرط (و لا يحتاج بعده) اي بعد العقد (الى صيغة) ثانية (فهو) اي الشرط (لازم لا يجوز الاختلال به، كشرط الوكالة) فانه لو باع داره بشرط ان

و ان احتاج بعده الى امر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقرب العقد اللازم جائزا.

و جعل السرّ فيه ان اشتراط ما العقد كاف فى تحقّقه، كجزء من الايجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز.

و اشتراط ما سيوجد امر منفصل عن

يكون المشتري وكيله فى معاملاته صار المشتري وكيلًا بنفس هذا العقد.

(و) الثانى: انه (ان احتاج) الشرط (بعده) اى بعد العقد (الى امر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق) كما لو باع عبده بشرط ان يعتق ذلك العبد، فانه بمجرد الشرط لا يعتق العبد، بل يحتاج الى ان يجرى المشتري صيغة العتق (فليس) الشرط (بلازم، بل) الشرط (يقرب العقد اللازم جائزا) فان شاء المشتري وفى، و ان لم يشأ لم يف، و اذا لم يف كان للشارط خيار فسخ البيع.

(و جعل) الشهيد (السرّ فيه) اى فى هذا التفصيل بقسميه.

اما الاول: (فلأن اشتراط ما العقد كاف فى تحقّقه، كجزء من الايجاب و القبول فهو) اى الشرط (تابع لهما) اى للايجاب و القبول (فى اللزوم و الجواز).

فان كان العقد لازما كالبيع، كان الشرط لازما بالتبع، و ان كان العقد جائزا كالوكالة كان الشرط جائزا أيضا، لان الشرط تبع فهو تابع للعقد فى جوازه أيضا.

(و) اما الثانى: فلان (اشتراط ما سيوجد) كالعقود (امر منفصل عن

العقد، وقد علّق عليه العقد، و المعلق على الممكن ممكن.

و هو معنى قلب اللازم جائزا، انتهى.

قال في الروضة- بعد حكاية هذا الكلام- و الاقوى اللزوم مطلقا، و ان كان تفصيله اجود مما اختاره هنا.

اقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقيقاته لا يحسن عدّه تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة،

العقد) لان العتق يتحقق بصيغة خاصة بعد العقد (وقد علّق عليه العقد، و المعلق على الممكن) للذي هو العتق (ممكّن) اذا لا يعقل ان يكون العقد التابع للشرط الممكن واجبا لازما.

(و هو معنى) ما ذكرناه من ان الشرط المنفصل يوجب (قلب اللازم جائزا) اذ لو لا الشرط كان العقد لازما (انتهى) كلام الشهيد الاول.

(قال في الروضة- بعد حكاية هذا الكلام- و الاقوى اللزوم) للعقد (مطلقا) سواء كان الشرط كالجاء او كان منفصلا (و ان كان تفصيله) اى تفصيل الشهيد الاول (اجود مما اختاره هنا) من كون الشرط مطلقا يوجب جواز العقد، انتهى كلام الشهيد الثانى.

(اقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقيقاته لا يحسن عدّه تفصيلا في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة) فانه اختار في اللمعة انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط كالعتق، و اختار في تحقيقه ان مثل الوكالة اذا كانت شرطا تجب، و ان الفعل الخارجى كالعتق لا يجب.

و من المعلوم ان الفعل الخارجى و فعل الشرط شي ء واحد.

لان الكلام فى اشتراط فعل سائغ وانه هل يصير واجبا على المشروط عليه، أم لا؟ كما ذكره الشهيد فى المتن.

فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار، او عدم ثبوته له فلا يقال: انه يجب فعله أو لا يجب.

نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفس العقد، مما لا خلاف فيه

و اختار فى كلا المقامين و هما اللمعة و تحقيقه، انه لا يجب، فجعل الشهيد الثانى تحقيقه تفصيلا مقابلا لما ذكره فى اللمعة غير تام (لان الكلام) فى اللمعة (فى اشتراط فعل سائغ) كالتق (وانه هل يصير واجبا على المشروط عليه، أم لا؟) و قد اختار اللمعة عدم وجوبه (كما ذكره الشهيد) الاول (فى المتن) اى اللمعة.

(فمثل اشتراط كونه وكيلا) الذى ذكره فى تحقيقه، وانه واجب الوفاء (ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار، او عدم ثبوته له) كان يشترط ان يكون للمشتري الخيار بعد انقضاء المجلس، او يشترط ان لا يكون له خيار فى المجلس.

(فلا يقال: انه يجب فعله او لا يجب) فعله، اذ ليس هو عملا لاحدهما بل شي ء يقع تلقائيا بالشرط.

(نعم وجوب الوفاء) فى امثال هذه الشروط و هى «شرط كونه وكيلا» او «له الخيار» او «ليس له الخيار» (بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد، مما لا خلاف فيه).

اذ لم يقل احد بعدم ثبوت الخيار او آثار اللزوم بعد اشتراطهما فى العقد.

وبالجمله فالكلام هنا فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد

فاللازم ترتيب آثار الوكالة و ترتيب آثار الخيار، و ترتيب آثار عدم الخيار، اذا شرط الوكالة، او الخيار، او عدم الخيار.

لكن كل ذلك لا يسمى «فعل الشرط» فهناك «فعل الشرط» كالعقود و «الشرط المتحقق بنفس العقد» كالوكالة و الخيار و عدم الخيار، و «آثار هذا الشرط» المتحقق كترتيب اثر الوكالة و الخيار، فالكلام فى اللمعة و فى «تحقيقه» فى «فعل الشرط» و فى كلا المقامين قال الشهيد الاول انه لا يجب، و فى «تحقيقه» قال بوجوب «الشرط المتحقق بنفس العقد» و المصنف اضاف ان «آثار الشرط المتحقق» لازمة أيضا (اذ لم يقل احد بعدم ثبوت الخيار) فيما اذا اشترط الخيار (او) عدم ثبوت (آثار اللزوم) فيما اذا اشترط عدم الخيار (بعد اشتراطهما) اى الخيار او عدم الخيار (فى العقد) و لذلك لم يقل احد بعدم ثبوت الوكالة فيما اذا اشترط فى العقد ان يكون وكيلاً عنه، كما مثل الشهيد فى بعض تحقيقاته.

(وبالجمله) نقول: توضيحا لما ذكرناه من ان كلام الشهيد فى «تحقيقه» ليس تفصيلا مخالفا لما ذكره فى «اللمعة» (فالكلام هنا) اى فى كلا الموردين و هما «اللمعة» و «تحقيقه» (فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد) كالعقود.

نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه و من كل شرط لم يسلم لمشترطه و مراده تعذر الشرط.

و كيف كان فمثل اشتراط الوكالة او الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام.

اذ لا كلام و لا خلاف فى وجوب ترتب آثار الشرط عليه.

و لا فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار.

و الحاصل: ان المصنف يريد اقصاء مثل شرط الوكالة عن محل الكلام فلا وجه لجعل الروضة ذلك تفصيلا فى المسألة.

(نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه) اى من شرط الفعل (و من كل شرط لم يسلم لمشترطه) «لم يسلم» بالمجهول (و مراده) من الشرط الذي لم يسلم (تعذر الشرط) فلا يشمل كلام اللمعة مثل شرط الوكالة، و الخيار و عدم الخيار.

(و كيف كان) الامر (فمثل اشتراط الوكالة او الخيار و عدمه خارج عن محل الكلام) الذي هو عبارة عن اشتراط فعل على المشروط عليه، و انه هل فائدته لزوم الشرط، او فائدته ما ذكره الشهيد الاول من جعل العقد عرضة للزوال.

(اذ لا كلام و لا خلاف فى وجوب ترتب آثار الشرط عليه) اى على مثل اشتراط الوكالة، و الخيار، و عدمه.

(و لا) خلاف أيضا (فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار) فان لم يرتب المشروط عليه الاثر على شرط الوكالة مثلا بان كان وكيلاً فى

بيع

و لا فى ان المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار.

و ان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات، لا المبادئ.

و مما ذكرنا يظهر ان تأييد القول المشهور، او الاستدلال عليه بما فى الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لانه انما ذكر ذلك فى مسألة اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام

املاك الشارط فلم يفعل لم يفسخ العقد.

(ولا) خلاف أيضا (فى ان المشروط عليه يجبر) من قبل الحاكم الشرعى او القائم مقامه (على ترتيب الآثار) ان لم يرتب الأثر بنفسه.

(و ان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات) التى تتحقق بنفس الشرط (لا المبادئ) التى يكون فيها الاختلاف.

فهل ان فائدة الشرط فيها اللزوم او جعل العقد عرضة للزوال؟

(و مما ذكرنا) من ان الخلاف بين المشهور و الشهيد انما هو فى شرط الفعل لا شرط الغاية اذ لا خلاف فى شرط الغاية (يظهر ان تأييد القول المشهور، او الاستدلال عليه بما فى الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح).

و انما كان اجماع الغنية لا يرتبط بقول المشهور، فلا يكون مؤيدا له (لانه) اى صاحب الغنية (انما ذكر ذلك) الاجماع (فى مسألة اشتراط) ان يكون (الخيار) لاحد المتعاقدين (وقد عرفت خروج مثل ذلك) من شرط الغاية (عن محل الكلام) الذى هو شرط الفعل.

نعم فى التذكرة: لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط، عند علمائنا اجمع.

ثم ان ما ذكره الشهيد قدس سرّه من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل و قد علق عليه العقد الخ، لا يخلو عن نظر.

اذ حاصله ان الشرط قد علق عليه العقد فى الحقيقة، و ان كان لا تعليق صورة فحاصل قوله: بعثك هذا العبد على ان تعتقه ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق، فاذا لم يلتزم

(نعم) قال (فى التذكرة: لو اشترى عبدا بشرط ان يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط، عند علمائنا اجمع) فان هذا الاجماع الذى ذكره صاحب التذكرة يكون مؤيدا للمشهور، اذ كلامه فى شرط الفعل فان العتق فعل لا غاية، كما هو واضح.

(ثم ان ما ذكره الشهيد) الاول (قدس سرّه) فى تحقيقه السابق (من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل، و قد علق عليه العقد الخ، لا يخلو عن نظر)

و حاصل نظره انه لو كان العقد معلقا على الممكن فيلزم بطلان العقد اذا لم يتحقق المعلق عليه- و هو الشرط-، لا ما ذكره من انقلاب العقد جائزا.

(اذ حاصله) اى حاصل كلام الشهيد (ان الشرط قد علق عليه العقد فى الحقيقة، و ان كان لا تعليق صورة، فحاصل قوله: بعثك هذا العبد على ان تعتقه)- بناء على كلام الشهيد- (ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق) او معلق على عتقك- خارجا- (فاذا لم يلتزم

بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة.

وفيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين و ان القاعدة اللفظية فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضا.
وان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد،

بالاعتاق) ولم يعتق (لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة) لان المعاوضة التزام على تقدير التزام.

(وفيه) أولا: (مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين) ففقده لا يوجب الا ما يشبه خيار تبعض الصفقة، وليس الشرط مما علق به التزام المعاملة، بل الشرط يقتضى التزام المشروط عليه و الالتزام غير التعليق.

(و) ثانيا: (ان القاعدة اللفظية فى العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى أيضا) اى لا يقتضى التعليق، بل يقتضى الالتزام، فالبيع محقق و انما التزم المشروط عليه ان يأتى بالشرط، لا ان البيع معلق على الشرط

نعم اذا قال: بعثك بيعا معلقا، كان البيع معلقا، فكلام الشهيد لا يؤيده المعنى المقصود للمتعاقدين، و لا ظاهرا للفظ حسب القواعد اللفظية التى تدل على ان الشرط التزام وليس بتعليق.

(و) ثالثا: (ان رجوعه) اى الشرط (الى التعليق على المحتمل) بان كان البيع معلقا على الشرط المحتمل وقوعه، و عدم وقوعه (يوجب عدم الجزم المفسد للعقد) اذ يشترط فى العقد الجزم، فاذا كان الشرط

وان لم يكن فى صورة التعليق، ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط، لا انقلابه جائزا.

الثانية: فى انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل يجبر عليه لو امتنع،

ظاهر جماعة ذلك.

و ظاهر التحرير خلافه قال فى باب الشروط ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين، كالا لجل

تعليقا كما ذكره الشهيد لم يكن جزما، فاللازم بطلان كل عقد ذكر فيه الشرط وهذا ما لا يقول به حتى الشهيد نفسه (وان لم يكن فى صورة التعليق) «ان» وصلية اذ كل تعليق معنوى، سواء كان فى صورة التعليق، أم لا، فهو مفسد.

شيرازى، سيد محمد حسينى، إيصال الطالب إلى المكاسب، 16 جلد، منشورات اعلمى، تهران - ايران، اول، ه ق

إيصال الطالب إلى المكاسب؛ ج 14، ص: 309

ورابعا: (ان لازم هذا الكلام) - هذا هو الجواب، وهو مربوط بقوله «مع ان المعروف» (اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه) اى ارتفاع العقد (من رأس عند فقد الشرط، لا انقلابه جائزا) وقد ذكر الشهيد انه ينقلب جائزا.

(الثانية) من المسائل المرتبطة بالشرط المتعلق بالفعل (فى انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى، فهل يجبر عليه لو امتنع) عن فعل الشرط (ظاهر جماعة ذلك) اى انه يجبر، لانه حق للمشروط له، فله انقاذه من المشروط عليه كسائر الحقوق التى يمتنع من عليه ادائها.

(و ظاهر التحرير خلافه) و انه لا يجبر (قال فى باب الشروط ان الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين) اى بما ينفع احدهما (كالا لجل)

ص: 309

و الخيار و الشهادة، و التضمين و الرهن، و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز، و لزم الوفاء، ثم قال: اذا باع بشرط العتق صح البيع و الشرط، فان اعتقه المشتري، و الّا ففى اجباره و جهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

وقال فى الدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشرط فى طرف المشتري عليه، فان اخل به فللمشتري الفسخ، و هل يملك اجباره عليه؟

بان يعطيه الثمن او المثل بعد شهر مثلا (و الخيار) بان يكون لاحدهما الخيار حتى اذا شاء فسخ (و الشهادة) كان يبيعه على شرط ان يشهد له عند الطلاق مثلا (و التضمين) كان يضمه عند مطالبة دائته (و الرهن) كان يرهن عنده داره، او يرهنها عند اجنبى لاجل دينه (و اشتراط صفة مقصودة كالكتابة) كما لو اشترى عبده الامى على شرط ان يجعله كاتباً (جاز) الشرط (و لزم الوفاء) به (ثم قال: اذا باع بشرط العتق) و هذا قسم ثان، لانه لا مصلحة لها و انما المصلحة لثالث و هو العبد (صح البيع و الشرط، فان اعتقه المشتري) فهو المطلوب (و الّا) بان لم يعتقه (ففى اجباره و جهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى) كلام العلامة.

(وقال فى الدروس: يجوز اشتراط سائغ فى العقد، فيلزم الشرط فى طرف المشتري عليه) اما فى طرف المشتري فلا يلزم، اذ هو حقه، فله ان يرفع اليد عنه (فان اخل) المشروط عليه (به) اى بالشرط (فللمشتري الفسخ، و هل يملك) المشتري (اجباره عليه؟) اى على الشرط، أم لا يملك؟

فيه نظر، انتهى.

ولا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به.

وقال في التذكرة- في فروع مسألة العبد المشتري عتقه- اذا اعتقه المشتري فقد وفي بما وجب عليه، الى ان قال: وان امتنع اجبر عليه، ان قلنا انه حق لله تعالى، وان قلنا انه حق للبائع لم يجبر كما في شرط الرهن والكفيل.

(فيه نظر، انتهى) كلام الدروس.

(ولا- معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به) فلا يتوهم ان الشهيد لا يقول بوجوب الوفاء، فلا يقول بلزوم الاجبار، بل قوله «لزم الشرط» معناه وجوب الوفاء ومع ذلك لا يقول بالاجبار.

(وقال في التذكرة- في فروع مسألة العبد المشتري عتقه-) في ضمن العقد (اذا اعتقه المشتري فقد وفي بما وجب عليه، الى ان قال:

وان امتنع) عن العتق (اجبر عليه، ان قلنا انه) اي الشرط (حق لله تعالى) باعتبار انه سبحانه امر به (وان قلنا انه حق للبائع) كما في باب الدين، فانه حق للدائن (لم يجبر) المشروط عليه على الوفاء بالشرط (كما في شرط الرهن و الكفيل) فانه اذا باعه بشرط ان يرهن شيئا عنده حتى اذا ظهر المبيع مستحقا للغير استوفى ثمنه من الرهن، او شرط ان ياتي البائع بكفيل حتى اذا ظهر المتاع ملكا للغير اخذ حقه من الكفيل ان امتنع البائع من اداء الثمن الذي اخذه، فانه اذا لم يفعل البائع ما شرط عليه من اتيان الكفيل ووضع الرهن، لم يجبر البائع على

ص: 311

لكن يتخيّر البائع فى الفسخ بعد سلامة ما شرط.

ثم ذكر للشافعى وجهين فى الاجبار وعدمه، الى ان قال: و الاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلا، فاهمل، انتهى.

و يمكن ان يستظهر هذا القول، اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز الاجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم: المؤمنون، مع قوله بعدم

ذلك.

و كذلك فى العكس، اذا اراد البائع من المشتري الكفيل او الرهن ثم لم يف المشتري بالشرط، فان المشتري لم يجبر (لكن يتخيّر البائع فى الفسخ) و الامضاء (بعد سلامة ما شرط) اذا كان شرطه شرعيا، و لم يكن من الشروط الباطلة.

(ثم ذكر) صاحب التذكرة (للشافعى وجهين فى الاجبار وعدمه الى ان قال) صاحب التذكرة (و الاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع) المشروط عليه (كما لو شرط) البائع على المشتري (تسليم الثمن معجلا، فاهمل) فان للبائع حق اجباره فى التسليم كما شرط (انتهى) كلام صاحب التذكرة.

(و يمكن ان يستظهر هذا القول، اعنى الوجوب) و هو وجوب الوفاء بالشرط (تكليفا مع عدم جواز الاجبار) اذا لم يف بالشرط (من كل من استدل على صحة الشرط بعموم: المؤمنون) عند شروطهم (مع قوله بعدم

ص: 312

وجوب الاجبار كالشيخ فى المبسوط، حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم.

ثم ذكر ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع قولين: الوجوب، لان عتقه قد استحق بالشرط.

وعدم الوجوب، وانما يجعل له الخيار، ثم قال: والاقوى هو الثانى انتهى.

فان ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه،

وجوب الاجبار).

فان ظاهر استدلاله ب «المؤمنون» انه واجب (كالشيخ فى المبسوط حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع) بان شرط البائع على المشتري ان يعتقه (بقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم) وعتق من صغريات الشرط فشرطه صحيح.

(ثم ذكر) الشيخ (ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع) عن العتق (قولين).

الاول: (الوجوب، لان عتقه قد استحق بالشرط) فيجب الوفاء به.

(و) الثانى: (عدم الوجوب، وانما يجعل له) اى للمشروط له (الخيار ثم قال: والاقوى هو الثانى، انتهى) وذلك لاصالة عدم الوجوب، وفى القول بعدم الوجوب نظر

(فان ظهور النبوى) اى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم (فى الوجوب من حيث نفسه) حيث ان الاستفادة من كلمة

و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة، مما لا مساغ لانكاره، بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهرا على إرادة الوجوب منه، اذ لا تنافي بين استحباب الوفاء بالشرط، و فساده.

فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحته.

«عند» التلازم، و الظاهر التلازم الشرعى المفيد للوجوب (و من جهة القرائن المتصلة) كقوله صلى الله عليه و آله و سلم في بعض الروايات «الا من عصى الله» بناء على ما تقدم من انه استثناء من المشروط عليه، لا من المشترط (و المنفصلة) كقوله في العلوى: فليف لها به، بصيغة الامر الظاهرة في الوجوب (مما لا مساغ لانكاره، بل الاستدلال به) اى ب «المؤمنون عند شروطهم» (على صحة الشرط عند الشيخ و من تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد) للعقد فالشرط الفاسد ليس بمفسد، كما هو احد القولين في المسألة.

و القول الاخر هو ان الشرط الفاسد مفسد (يتوقف) ذلك الاستدلال (ظاهرا على إرادة الوجوب منه) اى من «المؤمنون» (اذ لا تنافي) ظاهرا (بين استحباب الوفاء بالشرط، و) بين (فساده) اى فساد الشرط

(فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط في البيع على صحته) اى صحة البيع، فحيث ان الاستحباب و عدمه يجتمع مع فساد البيع، كما يجتمع مع صحة البيع.

ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لانه غير مخالف للكتاب و السنة، فيجب الوفاء به و قال: هل يكون حقا لله تعالى، او للعبد، او للبائع؟ يحتتمل الاول، الى ان قال: و يحتتمل الثالث، هو مذهب العلامة فى القواعد، و التحرير، لانه استتقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق، و هو يدل على انه حق للبائع.

(ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال: لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق) سواء كان هذا الشرط فى ضمن بيع نفس العبد، او بيع شي ء آخر (لانه) يشمله دليل الشرط، و هو (غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به، و قال: هل) العتق بعد اشتراطه (يكون حقا لله تعالى، او للعبد، او للبائع؟)

ف (يحتتمل الاول) لانه سبحانه امر بالعتق فهو من قبيل نذر الصيام

و يحتتمل الثانى لان العبد هو الذى يعتق، فله المطالبة به، كما اذا نذر ان يعطى لزيد مالا (الى ان قال: و يحتتمل الثالث) و هو ان يكون حقا للبائع، و (هو مذهب العلامة فى القواعد، و التحرير، لانه) اى العلامة (استتقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق، و هو) اى هذا الكلام من العلامة (يدل على انه حق للبائع) فمعنى كونه حقا للبائع:

التعليق، لا الالتزام، اى ان البائع اذا شرط هذا الشرط و لم ينفذه المشتري، كان له ان يفسخ البيع.

و على القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط باسقاط البائع.

و على القول بكونه للبائع، تكون المطالبة له و يسقط باسقاطه و لا يجبر المشتري.

و مع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ.

(و على القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم) لان الحاكم هو الموظف للمطالبة بحقوق الله سبحانه، هذا أولا و بالذات و إلا فكل الناس يجب عليهم الامر بالمعروف و النهي عن المنكر- من باب الكفاية- (و يجبره) الحاكم على العتق- و فاء بالشرط- (مع الامتناع) اذا لم يرد المشتري العتق (و لا يسقط) هذا الشرط (باسقاط البائع) لانه حق لله تعالى، فليس للانسان ان يسقطه.

(و على القول بكونه) اى العتق حقا (للبائع، تكون المطالبة) أولا و بالذات (له) لانه ذو الحق (و يسقط باسقاطه) لان الانسان له الحق فى ان يسقط حقوقه التى تكون على الآخرين (و لا يجبر المشتري) على ادائه لما تقدم من ان الشرط يفيد التعليق، لا الالتزام.

نعم اذا لم يفعله المشتري كان للبائع فسخ العقد.

(و مع الامتناع) اى امتناع المشروط عليه من الاتيان بالشرط (يتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ).

اما الامضاء فلانه حق له فله ان يسقطه.

و اما الفسخ فلان: لا ضرر، يرفع لزوم العقد، كما ذكروا فى خيار

و على القول بانه للعبد يكون هو المطالب بالعتق.

و مع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك، و كسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير، انتهى.

و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الاجبار ان كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا كلام و لا خلاف في عدم الاجبار عليه.

الغبين و غيره.

(و على القول بانه) حق (للعبد) المشروط عتقه في ضمن البيع (يكون هو) اى العبد (المطالب بالعتق) لانه متعلق حقه، كما اذا نذر لزيد، فان النذر يكون حقا لزيد، فله المطالبة بحقه.

(و مع الامتناع) اى امتناع المشروط عليه من عتق العبد (يرافعه) العبد (الى الحاكم ليجبره على ذلك) العتق (و كسبه) اى العبد (قبل العتق للمشتري) لان كسب العبد للمالك - بناء على ان العبد لا يملك - (على جميع التقادير) للمشتري سواء كان العتق حقا لله، او حقا للمشتري او حقا للعبد (انتهى) كلام الصيمري.

(و ظاهر استكشافه) اى الصيمري (مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الاجبار) «بعدم» متعلق ب «استكشاف» قال الصيمري «لانه استقرب فيها عدم اجبار المشتري على العتق» (ان كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري) بدون ان يكون حقا لله، او حقا لثالث (لا كلام و لا خلاف في عدم الاجبار عليه) اذ لو كان خلاف لم يكن كلام العلامة «بانه حق

ص: 317

و هو ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة.

لكن قد عرفت قوله اخيرا، و الاولى ان له اجباره عليه، و ان قلنا انه حق للبائع و ما ابعد ما بين ما ذكره الصيمري و ما ذكره في جامع المقاصد و المسالك من انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الاجبار، حيث قال: و اعلم ان في اجبار المشتري على الاعتاق و جهين.

احدهما: العدم، لان للبائع طريقا آخر للتخلص

للبائع» كاشفا عن عدم حقه في الاجبار.

(و هو) اي انه حيث كان حقا للبائع، لا كلام في عدم الاجبار عليه (ظاهر أول الكلام السابق في التذكرة) الذي تقدم قبل اسطر، حيث قال «و ان قلنا انه حق للبائع لم يجبر».

(لكن قد عرفت قوله) اي صاحب التذكرة (اخيرا، و الاولى ان له) اي للمشروط له (اجباره) اي الشارط (عليه) اي على ان يأتي بالشرط (و ان قلنا انه حق للبائع) «ان» وصلية (و ما ابعد ما بين ما ذكره الصيمري) من انه ان كان حقا للبائع فلا كلام في انه لم يجبر عليه (و بين (ما ذكره في جامع المقاصد و المسالك من) ما ظاهره: انه اذا كان حقا للبائع فلا كلام في انه يجبر عليه، حيث قال: (انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلا كلام في ثبوت الاجبار، حيث قال) جامع المقاصد: (و اعلم ان في اجبار المشتري على الاعتاق) فيما اذا باع البائع العبد و شرط عليه اعتاقه (و جهين).

(احدهما: العدم) اي عدم الاجبار (لان للبائع طريقا آخر للتخلص)

و هو الفسخ.

و الثانى له ذلك، لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله و هو الاوجه انتهى.

و فى المسالك جعل احد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء.

و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد،

من الضرر المتوجه إليه بسبب بيع العبد و عدم عتقه (و هو الفسخ) فما دام الفسخ بيده فلا ضرر عليه حتى يكون ذلك مجوزا له فى الاجبار.

(و الوجه الثانى) ان (له ذلك) اى الاجبار (لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) فان الوفاء بالعقد المشروط ان يأتى بشرطه أيضا (و المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله) بناء على ان ظاهر الاستثناء، هو ان مخالف الشرط عاص لله تعالى، و من المعلوم ان العاصى يجبر على ترك العصيان (و هو الاوجه) فله اجباره على العتق (انتهى).

(و فى المسالك جعل احد القولين) فى مسألة ان له اجباره، أم لا (ثبوت الخيار) للمشروط له (و عدم وجوب الوفاء) بالشرط على المشروط عليه (مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء) لان الوفاء بالشرط تكليف لم نعلم بثبوته على المشروط عليه.

(و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و استدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد) لان الوفاء بالعقد المشروط، يلزم اتيانه بكل اجزائه و شرائطه و

و المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله.

وظاهره وحدة الخلاف فى مسئلتى وجوب الوفاء و التسلط على الاجبار، كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء، بل وعلى عدم الاجبار فيما كان حقا مختصا للبائع.

و الاظهر فى كلمات الاصحاب وجود الخلاف فى المسألتين.

الا لم يك وفيا (و) بعموم (المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله) كما فى بعض الروايات.

(وظاهره) حيث استدل بالوجوب المستفاد من الروايتين (وحدة الخلاف فى مسئلتى وجوب الوفاء و التسلط على الاجبار) فكل من قال بوجوب الوفاء، قال بالتسلط على الاجبار، و كل من قال بعدم وجوب الوفاء- و انما فائدة الشرط خيار المشترط كما تقدم- قال بعدم التسلط على الاجبار.

لكنك قد عرفت قبل اسطر عدم التلازم بين المسألتين فى نظر الصيمرى (كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء) بالشرط (بل، و) الاتفاق (على عدم الاجبار فيما كان) الشرط (حقا مختصا للبائع).

(و) لكن (الاظهر فى كلمات الاصحاب) عدم تمامية ما ذكره الصيمرى و الشهيد، بل (وجود الخلاف فى المسألتين) و هما مسألة وجوب الوفاء، و مسألة الاجبار.

فبعض يقول بوجوب الوفاء، و بعض يقول بعدم وجوب الوفاء.

و كذلك بعض يقول بان له حق الاجبار، و بعض يقول ليس له حق

و كيف كان فالاقوى ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و الشرط، فان العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين، فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه.

و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بان له طريقا الى التخلص بالفسخ، ضعيف فى الغاية

الاجبار.

(و كيف كان) الامر (فالاقوى ما اختاره جماعة من ان للمشروط له اجبار المشروط عليه) للوفاء بشرطه.

و ذلك (لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و ب (الشرط).

و انما يستفاد من وجوب الوفاء الاجبار (فان العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين).

فكما ان من ابي من تسليم العوض يجبر على التسليم، كذلك من ابي من تسليم الشرط (فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه) فملكه (بمقتضى العقد المقرون بالشرط) فان فائدة الشرط هو ذلك الملك (فيجبر) المشروط عليه (على تسليمه) اى تسليم ملك المشترط إليه.

(و ما) تقدم (فى) كلام (جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بان له) اى المشروط له (طريقا الى التخلص بالفسخ) الجار و المجرور متعلق بالتخلص (ضعيف فى الغاية) اى فى غاية الضعف فانه مثل ان يقال:

لا يجب تسليم العوض لان لمالك العوض الآخر طريقا الى التخلص

ص: 321

فان الخيار انما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر.

وقد يتوهم ان ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختيارا، فاذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط.

و حضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط.

بفسخ العقد.

و حلّ ما ذكره بقوله: (فان الخيار) للمشروط له (انما شرع بعد تعذر الاجبار).

وانما شرع الخيار (دفعا للضرر) المتوجه الى المشروط له من عدم تمكنه من تسليم شرطه، فهناك دليلان.

الاول: انه ملك للشارط فله اجبار المشروط عليه لاستيفاء ملكه.

والثاني: لا ضرر فله اذا لم يتمكن من الاجبار الفسخ، دفعا للضرر.

(وقد يتوهم ان ظاهر الشرط) اي شرط فعل شيء (هو فعل الشيء اختيارا) لان ظاهر نسبة الفعل الى انسان، انه فعله اختيارا.

فاذا قيل من نكح او طلق او اعتق كان حكمه كذا، ظاهره انه فعل هذه الامور اختيارا، ولذا لا يترتب احكام هذه الامور فيما اذا وقعها كرها و اجبارا (فاذا امتنع المشروط عليه) عن اداء الشرط (فقد تعذر الشرط) و اذا تعذر الشرط جاء دور الخيار فليس للمشترط اجباره.

(و) من المعلوم ان (حضور الفعل منه) اي من المشروط عليه (كرها) و اجبارا انما هو (غير ما اشترط عليه، فلا ينفع في الوفاء بالشرط) فاذا

ص: 322

و يندفع بان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار و انما يعرض له من حيث انه فعل واجب عليه فاذا اجبر فقد اجبر على نفس الواجب.

نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا

اجبره و اتى به لم يكن آتيا بالشرط، كما انه اذا اجبر على الطلاق و طلق لم يكن آتيا بالطلاق، و لم ينفع مثل هذا الطلاق.

(و يندفع ب) انه فرق بين «شرط فعل» على انسان، و بين مثل قوله «من نكح او طلق او اعتق».

فان ظاهر الاول اتيان ذات الشيء و لو جهلا او سهوا او فى حالة النوم، كما اذا شرط عليه خياطة قبائه فخاطه بظن انه قباء زيد، ثم بان انه قباء الشارط.

و ظاهر الثانى اتيان الفعل الاختيارى اذا لم يعرف من الخارج انه امر توصلى، كما عرف فى مثل «من غسل يده قبل الطعام كان امانا من المرض» مثلا.

ف (ان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الاجبار) فاذا حصل الفعل حصل الشرط (و انما يعرض له) الاجبار (من حيث انه فعل واجب عليه) اى على المشتراط (فاذا اجبر) المشروط عليه (فقد اجبر على نفس الواجب) فلا يكون ما اتى به الا نفس ما اشترط عليه.

(نعم لو صرح) المشتراط (باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا

منه لم ينفع اجباره فى حصول الشرط.

الثالثة: فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فىكون مخيرا بينهما؟ أم لا

يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار ظاهر الروضة وغير واحد هو الثانى.

وصريح موضع من التذكرة هو الاول، قال: لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه آخر، او يقرضه بعد شهر او فى الحال لزمه الوفاء بالشرط، فان اخل به لم يبطل البيع، لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع وبين الزامه بما

منه) اى من المشروط عليه (لم ينفع اجباره فى حصول الشرط) لانه لم يفعله عن رضا واختيار، ولكن ذلك خارج عن محل الكلام الآن.

(الثالثة) من المسائل المتعلقة باشتراط الفعل فى ضمن العقد (فى انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار) فيما لو ابنى المشروط عليه من المشروط (فىكون) المشتري (مخيرا بينهما؟) اى بين الفسخ و الاجبار- فهما فى عرض واحد- (أم لا يجوز له الفسخ الا مع تعذر الاجبار) فالاجبار مقدم على الفسخ.

ف (ظاهر الروضة وغير واحد) من الفقهاء (هو الثانى) وانه لا فسخ مع امكان الاجبار

(وصريح موضع من التذكرة هو الاول) و ان المشتري مخير بين الفسخ و الاجبار (قال) فى التذكرة (لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه) الى (آخر او يقرضه) نفس المتاع (بعد شهر او فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فان اخل) المشتري (به) اى بالشرط (لم يبطل البيع، لكن يتخير المشتري) اى من له الشرط (بين فسخه للبيع، وبين الزامه بما

شرط، انتهى، ولا نعرف مستندا للخيار مع التمكّن من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا او قهرا

الا ان يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد.

و اما اذا اراد الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذي وقع عليه،

شرط) و اجباره (انتهى، ولا نعرف مستندا للخيار) و الفسخ (مع التمكّن من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط) بشرط (هو العمل على طبق الشرط) لان الشرط ملك للمشروط له (اختيارا او قهرا) فان المالك له حق ان يسترد ملكه بكل صورة.

و حيث يمكن الاجبار فلا ضرر على المشترط حتى يقال: ان مقتضى:

لا ضرر، الخيار.

نعم اذا امتنع عن اداء الشرط اقتضى دليل: لا ضرر، جواز العقد، فيكون له الفسخ.

(الا- ان يقال) في وجه خياره للفسخ مع تمكّنه من الاجبار (ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه) فيما (اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد) بان اراد ابقاء العقد، فاذا اراد المشترط ابقاء العقد كان له الاجبار.

(و اما اذا اراد) المشترط (الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد) وفاء (على الوجه الذي وقع عليه) من الاتيان بجميع خصوصياته

ص: 325

فله ذلك، فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما.

و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد، لان كلا منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبر ان على ذلك، بخلاف الشرط فان المشروط حيث فرض فعلا كالاعتاق فلا معنى لتملكه،

التي منها الشرط (فله) اى للمشترط (ذلك) اى الفسخ (فيكون ذلك) اى الامتناع عن اداء الشرط (بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما)

فمنتهى الامر ان المشروط عليه اول من يتقايل فهو بامتناعه عن الشرط يكون بمنزلة ردّ المشتري للمتع و المشترط بعدم اجباره له يكون بمنزلة من يقبل الردّ.

(و) ان قلت: فعلى هذا يلزم ان يكون لكل واحد من المتعاقدين أيضا الامتناع عن تسليم متاعه، فلما ذا تقولون هنا بالاجبار.

قلت: لان (هذا الكلام) الذي ذكرناه فى الشرط و انه بمنزلة التقايل (لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد) بان يعتبر الامتناع كالتقايل.

و انما لا يجرى هذا الكلام (لان كلا منهما) اى من المتعاقدين (قدمك ما فى يد الآخر، و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك) التسليم - اذا امتنع احدهما عن التسليم - (بخلاف الشرط) فانه ليس كالعوضين (فان المشروط حيث فرض فعلا) من الافعال لا شرط غاية - كالوكالة - (كالاعتاق) و خياطة الثوب، و ما اشبه (فلا معنى لتملكه)

فاذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه، فتأمل.

ثم على المختار من عدم الخيار الا مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة، فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر اجباره، الظاهر ذلك، لعموم ولاية السلطان على الممتنع، فيندفع ضرر المشروط له بذلك.

اذ فعل الغير ليس ملكا لانسان آخر (فاذا امتنع المشروط عليه عنه) اى عن الفعل المشروط (فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه) بدون الحاجة الى الاجبار (فتأمل) فان ما ذكر من ان الشرط ليس ملكا للمشترط محل نظر، اذ هو ملك له عرفا، فحاله حال العوضين.

(ثم على المختار من عدم الخيار الا مع تعذر الاجبار لو كان الشرط من قبيل الانشاء القابل للنيابة) كما لو كان الشرط ان يعتق العبد او يوقف الدار، او يطلق زوجته، او تنكح نفسها (فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر اجباره، الظاهر ذلك) اى ان الحاكم يوقعه (لعموم) ادلة (ولاية السلطان على الممتنع) فانه يشمل الانشائيات أيضا (فيندفع ضرر المشروط له بذلك) الانشاء من الحاكم، كما انه لو اجبره الحاكم و اجرى الصيغة هو بنفسه، صحت الصيغة و ان كانت منبعثة عن الاكراه، و لا يكون الاكراه هنا رافعا للحكم، لفرض ان الشارع امر بهذا الاكراه، فهو خارج عن عموم: ما استكرهوا عليه، كما انه لو شرط إباحة ما له لزيد ثم امتنع، كان لزيد التصرف فيه و هو خارج عن عموم: لا يحل مال امرئ الا عن طيب نفسه

الرابعة: لو تعذر الشرط، فليس للمشتري الا الخيار

لعدم دليل على الارش فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هي بين المالين و التقييد امر معنوي لا يعدّ مالا و ان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه.

و

(الرابعة) من المسائل المرتبطة بالشرط (لو تعذر الشرط، فليس للمشتري الا الخيار) اى ليس له الارش (لعدم دليل على الارش).

اما الخيار فلما تقدم من انه من مقتضيات: لا ضرر.

و اما عدم الارش (فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هي بين المالين) فاذا باعه دارا بالف و اشترط عليه خياطة ثوبه، فان العرف يرى ان الألف في مقابل الدار، و ان الشرط امر خارج ليس بإزائه المال، و كذلك العقد الذي أمضاه الشارع فانما هو بين الدار و المال (و التقييد امر معنوي لا يعدّ مالا و ان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده) اى تزيد بوجود القيد (و عدمه) اى تنقص بعدم القيد فهو مثل ما اذا تزوج امرأة بمهر كثير لان اباه صاحب ثروة او رتبة فان كلّ المهر في مقابل البضع، لا ان مقدارا منه يكون في مقابل البضع، و مقدارا آخر منه يكون في مقابل عنوانها لثراء ابوها، و لذا لو تبين ان اباه سقط عن الرتبة قبل العقد لم يكن له ان يسترجع بعض المال

(و) ان قلت: فلما ذا يسترجع المشتري في باب العيب «المنتقل إليه المعيوب» بعض الثمن في باب العيب، فان ذلك بدل على ان الثمن بعضه في مقابل الذات و بعضه في مقابل القيد الذي هو وصف

ص: 328

ثبوت الارش فى العيب لاجل النصّ.

و ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشتراط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

و تبعه الصيمرى فيما اذا اشتراط تدبير العبد، قال: فان امتنع من تدبيره تخيّر البائع بين الفسخ و استرجاع العبد، و بين الامضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا، و قيمته بشرط التدبير، انتهى.

الصحة.

قلت: (ثبوت الارش فى العيب لاجل النصّ) الخاص على خلاف القاعدة، لكن الظاهر من العرف فى بعض الموارد ان المقابل للمال فى البيع امران، ذات المبيع و قيده، و الارش فى النصّ على وفق القاعدة

(و) كيف كان ف (ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشتراط) البائع على المشتري (عتق العبد فمات العبد قبل العتق) بمعنى ان يلاحظ العبد الذي يباع بدون هذا الشرط كم قيمته، و العبد الذي يباع بهذا الشرط كم قيمته، فيأخذ المشتري التفاوت بين القيمتين.

(و تبعه الصيمرى فيما اذا اشتراط تدبير العبد) بان يقول له المولى المشتري: انت حرّ دبر و فاتى (قال) الصيمرى (فان امتنع) المشتري (من تدبيره تخيّر البائع بين الفسخ) للعقد (و استرجاع العبد، و بين الامضاء) و اخذ الارش (فيرجع) الى المشتري (بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا) بدون شرط التدبير (و) بين (قيمه بشرط التدبير، انتهى).

مثلا: قيمته بدون الشرط عشرة، و مع الشرط ثمانية، فانه يرجع

ص: 329

و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة التفاوت الى القيمة، لا تمام التفاوت لان للشرط قسطا من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نصّ عليه في التذكرة.

البائع الى خمس الثمن.

(و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن) فاذا كانت القيمة الخارجية التي اشترى بها خمسة، فالمراد بالتفاوت واحد (نسبته) اى نسبة ذلك الجزء (إليه) اى الى الثمن نسبة الواحد الى الخمسة (كنسبة التفاوت الى القيمة) وهى نسبة الاثنين الى العشرة فى ما اذا كانت القيمة السوقية عشرة (لا تمام التفاوت) اى الاثنين.

و الحاصل ان القيمة السوقية تؤخذ لمعرفة مقدار التفاوت، و هل انه ثلث، او ربع، او خمس، او ما اشبه لا انها تؤخذ لاجل كون الارش نفس ذلك التفاوت.

و انما قلنا نسبة التفاوت لا تمام التفاوت (لان للشرط قسطا من الثمن فهو) اى الشرط (مضمون به) اى بذلك القسط - كالواحد فى المثال - (لا بتمام قيمته) السوقية - كالاثنين فى المثال الاول - (كما نصّ عليه) اى على نسبة التفاوت لا تمام التفاوت (فى التذكرة) وقد تقدم مثله فى سائر موارد الارش.

و الحاصل ان الاجزاء و الشروط انما كانت بإزاء القيمة الخارجية، لا بإزاء القيمة السوقية، فاللازم ملاحظة القيمة الخارجية، لنرى كم وقع منها قبال هذا الشرط لا ملاحظة القيمة السوقية، و الا فلربّما كان الارش

وضَعَفَ في الدروس قول العلامة بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسِّط على الشروط.

واضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط، وان لم يتعذّر كما عن الصيمري.

ولو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا و يقابل بالمال كخياطة الثوب

مساويا للثمن، او ازيد منه.

مثلا: اذا اشتراه بخمسة و الحال ان قيمته السوقية عشرون او عشرة و كان التفاوت بين المشروط و غير المشروط بالنصف لزم استرجاع خمسة او عشرة، و ذلك يوجب ان لا يقابل المال بثمان، بل يكون المالك باذلا لشيء مع ماله في مقابل لا شيء.

(وضَعَفَ في الدروس قول العلامة) القائل بالارش في مقابل الشرط المفقود (بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسِّط على الشروط) فكيف يؤخذ الارش اذا تعذّر الشرط.

(واضعف منه) اي من قول العلامة (ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط، وان لم يتعذر) الشرط (كما عن الصيمري) فيما اذا امتنع المشتري عن تدبير العبد المشروط تدبيره في ضمن البيع

هذا كله فيما اذا كان الشرط لا يعدّ مالا عرفا كالتحقق و التدبير.

(و) اما (لو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا و يقابل بالمال) عرفا (كخياطة الثوب) كما لو اشترى دار زيد، بشرط ان يخيط المشتري

ص: 331

فتعذر ففى استحقاق المشروط له لاجرته و مجرد ثبوت خيار له، و جهان

قال فى التذكرة: لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به او بعوضه ان فات وقته و كان مما يتقوم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا، فاتاه به غير مصبوغ، و تلف فى يد المشتري.

و لو لم يكن مما يتقوم، تخير بين الفسخ و الامضاء مجانا،

ثوب البائع (فتعذر) ذلك الشرط، بان تمرض المشتري و لم يتمكن من الخياطة او احترق القماش الذي كان متعلق الشرط (ففى استحقاق المشروط له) - كالبائع فى المثال - (لاجرته) ا (و مجرد ثبوت خيار له) فى الفسخ و الابقاء بلا خياطة و لا اجرته (وجهان).

من انه يقابل بالمال عرفا فله الارش.

و من ان المال بازاء المثلث و الشروط لا مقابل لها كما تقدم و لكنك قد عرفت قوة قول العلامة.

(قال فى التذكرة: لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري بين الفسخ و المطالبة به) اى بما شرط (او بعوضه) كاجرة الخياطة (ان فات وقته) اى وقت الشرط (و كان) الشرط (مما يتقوم) اى له قيمة عرفا (كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا، فاتاه) المشتري (به) اى بالثوب (غير مصبوغ، و) فات محل الصبغ، كما لو (تلف فى يد المشتري) فانه لا محل للصبغ بعد التلف.

(و لو لم يكن) الشرط (مما يتقوم) فلا قيمة له عرفا، و تعذر الشرط كمثل العتق (تخير) من له الشرط (بين الفسخ و الامضاء مجانا) لان

انتهى.

وقال أيضا: لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه، فتلف الثوب، تخير البائع بين الفسخ و الامضاء بقيمة الفئات ان كان ممّا له قيمة، و الا مجانا، انتهى.

و الظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا محضا، كالخياطة، او عينا، كمال العبد المشترط معه او عينا و عملا كالصبغ، لا ماله مدخل فى قيمة العوض، اذ كل شرط كذلك.

الشرط لا يقابل بالمال (انتهى).

(وقال أيضا) فى موضع آخر (لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه، فتلف الثوب، تخير البائع بين الفسخ) للمعاملة (و الامضاء بقيمة الفئات) اى يأخذ قيمة الصبغ (ان كان) الشرط (ممّا له قيمة، و الا) يكن له قيمة، ف (مجانا، انتهى) كلام العلامة.

(و الظاهر) بقرينة قوله «و لو لم يكن مما يتقوم» وقوله «و الا مجانا» (ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فى نفسه) اى كانت له قيمة عند العرف (سواء كان) ذلك الشرط الذى يتقوم (عملا محضا، كالخياطة، او عينا) محضا (كمال العبد المشترط معه) فيما اذا اشترى العبد بشرط ان يكون معه ماله فتلف المال و لم يصل الى المشتري (او عينا و عملا) معا (كالصبغ) فان اللون عين، و يحتاج الى الصباغ (لا ماله مدخل فى قيمة العوض) و فى زيادة الثمن (اذ كل شرط) و لو لم يكن مالا و لا عملا - كما فى منال التدبير و العتق - (كذلك) له مدخلية فى زيادة العوض.

ص: 333

و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه، و ان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بانفسهما كون الشرط مطلقا قيذا غير مقابل بالمال، فان المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال، لا الثوب و الخياطة، و العبد و ماله.

ولذا لا يشترط قبض ما يازاء المال من النقدين فى المجلس، لو كان من احدهما.

(و ما ذكره) العلامة (قدس سره) من الارش (لا- يخلو عن وجه) لان للشرط قسطا من المال عرفا، فتعدّره او امتناعه يوجب ان يكون للمشروط له حق القسط (و ان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بانفسهما) لا بين جزء من العوض و بين الشرط (كون الشرط مطلقا) اى سواء كان عملا- او مالا او كلاهما معا، او ليس باحدهما كالتدبير (قيذا) للعوض (غير مقابل بالمال، فان المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال، لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله) فلا شيء من الثمن يقابل بالخياطة، و لا بمال العبد، فقوت الخياطة و مال العبد لا يوجب ارجاع مقدار من المال (ولذا) الذي ليس للشرط قسط من المال (لا يشترط قبض ما يازاء المال من النقدين فى المجلس، لو كان) ما يازاء المال (من احدهما) اى من احد النقدين.

فاذا كان للعبد ذهب، و اشترط ان يكون معه عند الانتقال الى المشتري، فلا يشترط قبض مال العبد فى المجلس، و الحال انه لو كان مال العبد يازاء بعض الثمن لزم قبض ذلك المقدار من الثمن فى المجلس، لانه

وسيجي ء فى المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الاجزاء.

الخامسة: لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه بتلف، او بنقل، او رهن، او استيلاء

فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ فاذا فسخ، ففى رجوعه عليه بالقيمة او بالعين مع بقائها بفسخ العقد

يشترط فى بيع التقدين القبض فى المجلس.

اللهم الا ان يقال: ان ادلة القبض فى المجلس لا تشمل مثل المال المشروط و ان كان الشرط يازاء المال.

(وسيجي ء فى المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الاجزاء) وهذا يؤيد كلام العلامة.

(الخامسة) من المسائل المربوطة بالشرط (لو تعذر الشرط و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه، بتلف، او بنقل) كالبيع (او رهن) بان صار متعلق حق الغير (او استيلاء) بان صارت الامة متشبهة بالحرية او بما اشبهه، كما اذا وقع المتاع فى البحر، او غصبته السلطنة مثلا (فالظاهر عدم منع ذلك) و هو الخروج عن سلطنة المشروط عليه (عن الفسخ، فاذا فسخ، ففى رجوعه) اى الفاسخ (عليه) اى على المشروط عليه (بالقيمة) لتعذر العين تعذرا عقليا كالتلف، او شرعيا كالبيع (او) رجوعه عليه بالقيمة اذا كانت العين تالفة، و (بالعين مع بقائها) و ان كانت منتقلة، او صارت متعلق حق الغير، او متشبهة بالحرية (بفسخ العقد

الواقع عليه من حينه او من اصله، وجوه يأتي في احكام الخيار، و يأتي ان الاقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الادلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بان لا يكون منافيا للوفاء بالشرط.

و اما لو كان منافيا،

الواقع عليه) و ابطال الفسخ لحق الاستيلاء مثلا و يكون الفسخ (من حينه) فاذا باعه الدار بشرط كذا، و المشتري لم يف بالشرط، و قد باع الدار و فسخ المالك الاول كان فسخه من حين الفسخ، و منافع الدار بين البيع الاول، و بين الفسخ للمنتقل إليه لا المنتقل عنه (او من اصله) فمنافع الدار في تلك المدة للبايع الاول (وجوه) و احتمالات (يأتي) بيانها و ذكر ادلتها (في احكام الخيار، و يأتي ان الاقوى) لدى المصنف (الرجوع بالبدل) لا بالعين (جمعا بين الادلة) و هي دليل ان المشتري له الفسخ، و دليل ان البيع الواقع عليه الثمن من المشروط عليه صحيح واجب الوفاء به.

و (هذا) الذي ذكرناه (كله) من الرجوع الى البدل و بعض الاحتمالات الاخر (مع صحة العقد الواقع) من المشتري على المثلث (بان لا يكون) العقد الواقع (منافيا للوفاء بالشرط).

فمثال غير المنافى كما اذا باعه داره بشرط ان يخيظ ثوبه، فانه اذا باع المشتري الدار لم يكن بيعه منافيا للشرط الذي هو الخياطة لا مكان الجمع بين الخياطة و بين بيع الدار.

(و اما لو كان) العقد الذي اوقعه المشتري على المثلث (منافيا)

كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففي صحته مطلقا، او مع اذن المشروط له، او اجازته، او بطلانه، وجوه، خيرها اوسطها.

للشرط (كبيع ما اشترط وقفه على البائع) «على» متعلق ب «وقفه» فباع زيد دارا لعمرو، بشرط ان يوقفها زيد على عمرو نفسه، وكذلك مثل بيع ما اشترط عتقه، و استيلاء ما اشترط بيعه، و صلح ما اشترط رهنه، الى غير ذلك من الامثلة (ففي صحته مطلقا) سواء اذن او اجاز أم لا، لانه صار ملكا له فله ان يتصرف فيه كيف يشاء (او مع اذن المشروط له) سابقا على العقد الثاني و استيلاده (او اجازته) لاحقا بعد ان عقد المشروط عليه، لانه حق المشروط له فاذا اذن او اجاز، جاز، و الا بطل (او بطلانه) مطلقا و ان اذن و اجاز، لان الشرط اخرج الملك عن الاطلاق، و مع عدم اطلاقه لا يملك المشروط عليه التصرف فيه، اذ من شروط التصرف في الملك ان يكون طلقا (وجوه، خيرها اوسطها).

اذ: الصحة- و الحال ان المثلث متعلق حق الغير- لا وجه له فانه لا يستوى حق امرئ مسلم.

و البطلان- حتى مع الاذن و الاجازة- أيضا لا وجه له، و الحال ان المثلث مربوط بالبائع و المشتري، و قد اراد كلاهما بيعه، فيبقى القول الوسط، نعم ذلك لا يجرى في مثل استيلاء الجارية.

اللهم الا ان يقال: ان حق البائع سابق على الاستيلاء فاللازم توقف الاستيلاء على اجازة البائع.

ص: 337

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط

نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثاني فاذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من حينه او من اصله او الرجوع بالقيمة وجوه، رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق، فلا يبطل لبنائه

(فلو باع) المشتري المتاع (بدون اذنه) اى اذن المشترط الذي هو البائع فى المثال (كان للمشروط له فسخه و الزامه) اى الزام المشروط عليه (بالوفاء بالشرط) كما ان له ان يصلحه حقه بقدر من المال، او بشرط آخر، او ما اشبه ذلك.

(نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه) فى اصل مسألة الشرط- كما تقدم انه قول لبعض الفقهاء- (فالظاهر صحة العقد الثاني) و للمشروط له الفسخ (فاذا فسخ المشروط له) العقد الثاني (ففى انفساخ العقد) الاول (من حينه) اى من حين الانفساخ، فمنافع الملك للمنتقل إليه (او من اصله) اى من حين العقد الاول، فمنافع الملك للمنتقل عنه اى البائع الاول.

و هناك احتمال كون انفساخ العقد الثانى من حينه فالمنافع للمشتري الثانى، او من اصله فالمنافع للمشتري الاول (او الرجوع) اى رجوع الفاسخ- بعد الفسخ- (بالقيمة) لتعذر استرجاع العين، لانها انتقلت من المشروط عليه (وجوه، رابعها التفصيل بين التصرف) اى تصرف المشتري المشروط عليه المخالف للشرط (بالعتق فلا يبطل) العتق (لبنائه

على التغليب فيرجع بالقيمة، وبين غيره فيبطل، اختاره في التذكرة و الروضة، قال في فروع مسألة العبد المشترط عتقه- بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق يقتضي عتقه مجاناً، فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخيّر المشروط له بين الامضاء و الفسخ، فيرجع بقيمة العبد.

قال بعد ذلك: و لو باعه المشتري او وقفه، او كاتبه تخيّر البائع بين الفسخ و الامضاء، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام و تخالف

على التغليب) فكلما تشبث العبد بالحرية لا يمكن استرجاعه الى الرقّ (فيرجع) المالك الاول الفاسخ (بالقيمة) جمعا بين الحقوق و هي حق البائع، و حق المشتري، و حق العبد (وبين غيره) اي غير العتق (فيبطل) التصرف، و يسترجع المشترط المثلث (اختاره) اي هذا التفصيل (في التذكرة و الروضة، قال) في التذكرة (في فروع مسألة العبد المشترط عتقه- بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق يقتضي عتقه مجاناً- لا- في مقابل مال يأخذه من انسان آخر او خدمة يطلبها من العبد في مقابل عتقه له، قال: (فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخيّر المشروط له بين الامضاء) للعقد (و الفسخ، ف) اذا فسخ (يرجع بقيمة العبد) لان العبد قد اعتق، فلا يمكن ارجاعه الى الملك.

(قال بعد ذلك: و لو باعه المشتري او وقفه، او كاتبه) على خلاف الشرط- الذي هو عتقه- (تخيّر البائع بين الفسخ و الامضاء، فان فسخ) العقد (بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام) الملكية (و تخالف

هذه العتق بشرط الخدمة لان العتق مبنى على التغليب، فلا سبيل الى فسخه و هل له امضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشتري؟ فيه احتمال، انتهى.

و مثله ما فى الروضة.

وقال فى الدروس- فى العبد المشروط عتقه- و لو اخرجه عن ملكه ببيع او هبة او وقف، فللبائع فسخ ذلك كله انتهى و ظاهره ما اخترناه و يحتمل

هذه) العقود (العتق بشرط الخدمة) الذي ذكرناه انه يرجع بالقيمة فالفرق بينهما (لان العتق مبنى على التغليب، فلا سبيل الى فسخه) اى فسخ العتق (و هل له) اى للبائع (امضاء البيع) اى ابقائه (مع طلب فسخ ما نقله المشتري؟) الى غيره طلبا لتنفيذ شرطه (فيه احتمال) لان الشرط يقتضي ابقاء البيع على حاله حتى ينفذ الشرط فيه (انتهى) كلام العلامة.

(و مثله ما فى الروضة) من التفصيل بين العتق فلا يفسخ، و بين سائر العقود، فتفسخ.

(وقال فى الدروس- فى العبد المشروط عتقه-) فى عقد البيع (و لو اخرجه) المشتري (عن ملكه ببيع او هبة او وقف، فللبائع فسخ ذلك كله انتهى) و لم يذكر حالة عتق العبد بشرط الخدمة، و انه لو خالف المشتري ما ذا يكون امر البائع المشروط؟ (و ظاهره ما اخترناه) عند ما قلنا «خيرها اوسطها» اى توقف تلك العقود على الاذن او الاجازة (و يحتمل

ضعيفا غيره.

وفى جامع المقاصد: الذي ينبغي، ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشتري.

ثم ان هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذلك لا يسقط بالتصرف فيها، كما تبّه عليه فى المسالك فى أوّل خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على

ضعيفا غيره) بان يكون مراد الدروس فسخ العقد الاول، فتفسخ هذه العقود بالتبع.

(وفى جامع المقاصد) قال: (الذي ينبغي، ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشتري) فاذا تصرف تصرفا ينافيه، بطل التصرف لانه كان ممنوعا منه.

لكن الظاهر ان مراده الاحتياج الى الاجازة، لانه ليس أسوأ من الفضولى.

(ثم ان هذا الخيار) اى خيار الشرط الذي هو للمشروط له (كما لا يسقط بتلف العين) عند المشتري فاذا باع عباءة بدينار، بشرط ان يخيظ المشتري قبائه فتلف الدينار عنده، فلا يسقط خيار شرطه، فاذا لم يخط المشتري القباء كان للبائع خيار الفسخ و ان تلف الدينار عنده، فاذا فسخ اعطى بدله للمشتري (كذلك لا يسقط بالتصرف فيها) اى فى العين المنتقلة الى المشتري، لانه لا دليل على ان التصرف مسقط لخيار الشرط (كما تبّه عليه) اى على عدم سقوط خيار المشتري بالتصرف (فى المسالك فى أوّل خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على

ص: 341

نعم اذا دل التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد وسقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا بالعقد.

و اما مطلق التصرف، فلا.

البائع) فان تصرف البائع فى الثمن، فلا يسقط خيار المشتري بتصرف البائع فيما اذا ظهر المثلثن معيبا.

(نعم اذا دل التصرف) اى تصرف ذى الخيار (على الالتزام بالعقد) و انه لا يريد الاخذ بالخيار (لزم العقد و سقط الخيار) و هو خيار الشرط فلا يحق له الاخذ بعد ذلك بخيار الشرط، و فسخ العقد فيما اذا لم يأت المشروط عليه بالشرط.

(نظير خيار المجلس و الحيوان) فانهما لا يسقطان بالتصرف الا اذا دل التصرف على الرضا بالعقد (بناء على ما استفيد من بعض اخبار خيار الحيوان المشتمل) ذلك الخبر (على سقوط خياره) اى خيار الحيوان (بالتصرف) فى الحيوان (معللاً) السقوط (بحصول الرضا بالعقد) فيدل على ان الرضا هو المسقط للخيار.

(و اما مطلق التصرف، فلا) يسقط الخيار.

ثم انه اذا تصرف ذو الخيار «خيار الشرط» فى المنتقل إليه تصرفا مخرجا عن الملك او شبهه، ثم اخذ بالخيار، فهل يحق للمشروط عليه

لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة

ارجاع ملكه حتى اذا كان الثمن عبدا فاعتقه البائع المشترط، او كانت امة فاولدها، او كان ملكا فوقه مسجدا، أم لا؟ بل لا بدّ من الرجوع الى البدل احتمالات- كما تقدّم مثله-.

(السادسة) من المسائل المرتبطة بالشرط، فى ان (للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان) الشرط (مما يقبل الاسقاط) كما اذا كان حقا للبائع، وفعلا للمشروط عليه نحو اشتراط ان يخيط المشترى ثوب البائع (لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة) لانه شرط نتيجة، و شرط الغاية لا يقبل الاسقاط، لانه قد حصل بمجرد الشرط، و صار الحمل و المال ملكا للمشروط له و الملك لا يسقط بالاسقاط، نعم ان الملك يقبل الخروج عن ملك مالكة بالاعراض.

اللهم الا ان يقال: ان الاسقاط امر اعتبارى و العرف يرى صحته بالنسبة، حتى الى شرط الغاية.

فاذا اشترى الدابة بشرط ان يكون للمشترى الحمل، ثم قال اسقطت شرطى، رأى العرف ان ذلك يوجب ان يكون الحمل للمالك البائع، و ليس من قبيل ان يقول «اسقطت ملكيتى للدار» و ان كان ذلك معقولا فى نفسه، لكنه خلاف الاعتبار العرفى الممضى من قبل الشارع.

ثم انه لو شك فى انه هل هو شرط قابل للاسقاط، او ليس بقابل للاسقاط؟ كان اصل «امكان اسقاط كل حق الا ما خرج» محكما.

لعموم ما تقدم فى اسقاط الخيار، وغيره من الحقوق، وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له، كالعتق.

فان المصرّح به فى كلام جماعة، كالعلامة، وولده، والشهيدىن، وغيرهم عدم سقوطه باسقاط المشروط له.

قال فى التذكرة: الاقوى عندى ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق، حق لله،

اذ معنى الحق انه قابل للاسقاط، والنقل، والارث، وغيرها، وهذا الاصل العقلانى مقدّم على استصحاب عدم السقوط، وعدم الانتقال، و ما اشبهه.

و انما قلنا: ان للمشروط اسقاط شرطه (لعموم ما تقدم فى اسقاط الخيار، وغيره من الحقوق، وقد يستثنى من ذلك) اى من قابلية الشرط للاسقاط (ما كان حقا لغير المشروط له) اى بالإضافة الى كونه حقا للمشروط له (كالعتق) كما اذا باع عبده بشرط ان يعتقه، ثم اراد اسقاط هذا الشرط، لم يتمكن من اسقاط شرطه، لان العتق حق العبد أيضا والمشروط له انما له ان يسقط حق نفسه، لا حق العبد.

(فان المصرّح به فى كلام جماعة، كالعلامة، وولده، والشهيدىن وغيرهم عدم سقوطه) اى العتق (باسقاط المشروط له) بل اللازم على المشروط عليه العتق.

(قال فى التذكرة: الاقوى عندى ان العتق المشروط) فى البيع ونحوه (اجتمع فيه حقوق) ثلاثة (حق لله) لان العتق يؤتى به قربة الى

و حق للبائع، و حق للعبد، ثم استقرب- بناء على ما ذكره- مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري.

و في الايضاح: الاقوى انه حق للبائع و لله تعالى، فلا يسقط بالاسقاط، انتهى.

و في الدروس: لو اسقط البائع الشرط جاز الا العتق، لتعلق حق العبد، و حق الله تعالى به، انتهى.

و في جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرية و العبادة، و هو حق الله تعالى، و زوال

الله (و حق للبائع) لانه شرط ذلك في ضمن العقد (و حق للعبد) لانه هو الذي يعتق و ينتفع بهذا الشرط (ثم استقرب) العلامة (بناء على ما ذكره) من انه حق للعبد- أيضا- (مطالبة العبد) من سيده الجديد (بالعتق لو امتنع المشتري) من ان يعتقه.

(و في الايضاح: الاقوى انه حق للبائع و لله تعالى) و ليس حق للعبد (فلا يسقط بالاسقاط، انتهى) اذ البائع ليس وكيلا عن الله سبحانه حتى يسقط حقه سبحانه.

(و) قال (في الدروس: لو اسقط البائع الشرط جاز) اي نفذ اسقاطه (الا العتق) فان اسقاطه لم ينفذ (لتعلق حق العبد، و حق الله تعالى به) بالإضافة الى حق البائع الذي اسقطه (انتهى).

(و في جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرية و العبادة، و هو) بهذا الاعتبار (حق الله تعالى، و) فيه أيضا (زوال

الحجر و هو حق للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع، انتهى.

اقول: اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع، فهو واضح.

و اما كونه حقا للعبد، فانه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري بل هو متفرع على حق البائع دائر معه

(الحجر) عن العبد (و هو حق للعبد، و) فيه أيضا (فوات المالية على الوجه المخصوص للقربة) المعتبرة فيه (و هو) اى كونه مالا- الذي يفوته العتق- (حق للبائع، انتهى) كلام جامع المقاصد.

(اقول: اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع، فهو واضح) و لا يشترط ان تكون وجهة نظر البائع هي المطلوبة للشارع، بل العتق مطلوب للشارع، سواء قصده البائع، أم لا.

(و اما كونه حقا للعبد، فانه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك) العتق (فهذا) مسلم.

و لكن (لا يقتضي سلطنة له على المشتري) اذ ليس كل منتفع بشيء له حق على الذي ينفعه، وان كان ذلك واجبا على النافع، فان من نذر ان يتصدق بدينار على الفقير، لا يكون للفقير حق عليه.

و من حلف ان يزور الحسين عليه السلام لا يكون للسائق و المكارى حق عليه (بل هو) اى انتفاع العبد (متفرع على حق البائع دائر معه) اى

وجودا و عدما، وان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه.

و دليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع.

وبالجملة: فاشترط عتق العبد ليس الا كاشترط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل، او يتصدق به عليه، ولم يذكر احد ان لزيد المطالبة.

و مما ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق الله

مع حق البائع (وجودا و عدما) فان كان للبائع حق انتفع العبد، و الا لم ينتفع (وان اريد ثبوت حق) للعبد (على المشتري يوجب) للعبد (السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه) اى على وجود مثل هذا الحق بل اصاله عدم تعلق العبد على المشروط عليه محكّمة.

(و دليل الوفاء لا يوجب الا ثبوت الحق للبائع) فانه يدل على الوضع لا التكليف المجرد.

و المفهوم من الوضع عرفا ثبوت هذا الحق مع قطع النظر عن الادلة الخارجية على ذلك.

(وبالجملة: فاشترط) البائع على المشتري (عتق العبد ليس الا كاشترط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل، او يتصدق به) اى بالمبيع (عليه، ولم يذكر احد ان يزيد) المشروط بنفعه (المطالبة) مما يدل على ان الفقهاء لم يفهموا من الادلة ثبوت الحق لزيد.

(و مما ذكر) من انه لا دليل على حق للعبد (يظهر الكلام فى ثبوت حق الله

تعالى، فانه ان اريد به مجرد وجوبه عليه، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط، و لا ينافى ذلك سقوط الشروط بالاسقاط، و ان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله، كما ذكره جامع المقاصد ففيه ان مجرد المطلوبة اذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم، و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم.

وقد عرفت ان المطلوب غير هذا

تعالى، فانه ان اريد به) اى بحق الله (مجرد وجوبه عليه) اى على المشروط عليه (لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض) وقد اوجب الله هذا الوفاء (فهذا) الحق لله تعالى (جار في كل شرط، و لا ينافى ذلك) الحق لله تعالى (سقوط الشروط بالاسقاط) لان وجوب الحق لله تعالى تابع لطلب ذى الحق، كما يسقط حق الله «اى وجوبه» اذا اسقط الدائن دينه (و ان اريد) حقا (ما عدا ذلك) الوجوب الشرعى التبعي (من حيث كون العتق مطلوباً لله) فهو حق ابتدائي له سبحانه على المشروط عليه (كما ذكره جامع المقاصد، ففيه ان مجرد المطلوبة اذا لم يبلغ حد الوجوب) الاستقلال (لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم) «يلزم» من باب الافعال (و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد) المستفاد من قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم (و القيام بحقوقهم) المستفاد من قوله عليه السلام: لا يستوى حق امرئ مسلم و شبهه

(وقد عرفت ان المطلوب) للذى يقول: بانه حق لله تعالى (غير هذا)

السابعة: قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف على المشهور

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد

اذ هذا النحو من حق الله تعالى تابع لحق المشتري، فاذا اسقط المشتري حقه، لم يبق امر شرعي بتنفيذ الشرط، كما قال عليه السلام- في ما يشبه المقام-: انه لم يعص الله، وانما عصى سيده، فاذا اجاز جاز (فافهم) فانه يحتمل ان يشمل قوله عليه السلام: ما كان لله فلا رجعة فيه فانه لو شرط العتق صار ذلك لله تعالى، اذ العتق مما يتقرب به إليه سبحانه، فلا يتمكن المشتري من الرجوع، وعلى فرض الرجوع، فانما يرجع في حق نفسه لا في حق الله تعالى، لكن الاقرب هو الاول وانه يسقط الحق مطلقا.

(السابعة) من مسائل الشرط (قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلف) للشرط فلا يكون الثمن جزءين، جزء في مقابل اصل المثل، و جزء في مقابل شرطه حتى يكون تخلف الشرط موجبا لاسترجاع المشتري جزء من الثمن (على المشهور) وان تقدم التأمل في ذلك، وان بعض الشروط مما يقسط عليه الثمن عرفا.

و حيث ان الشارع امضى العقود مطلقا الا ما استثناه و ليس المقام مما استثناه، كان اللازم القول بامضاء الشارع لما يراه العرف هنا.

و كيف كان فانما قلنا بعدم تقسيط الثمن (لعدم الدليل عليه) اى على التقسيط (بعد عدم دلالة العقد

عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر، و الشرع لم يزد على ذلك، اذ:

امره بالوفاء، بذلك المدلول العرفى.

فتخلف الشرط لا يقدح فى تملك كل منهما لتمام العوضين هذا.

و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بان يشتري مرگبا، و يشترط كونه كذا و كذا جزء كان يقول: بعتك هذا الارض او الثوب او الصبرة على ان يكون كذا ذراعا او صاعا،

عرفا على مقابلة احد العوضين الا بالآخر) فالثمن فى مقابل الثمن، و المثلن فى مقابل الثمن، و لا مدخلية للشرط الا ان للمشترط الفسخ اذا لم يأت المشروط عليه بالشرط (و الشرع لم يزد على ذلك) الامر العرفى (اذ امره) اى امر الشرع المشروط عليه (بالوفاء بذلك المدلول العرفى) الذى هو كون الثمن فى مقابل المثلن و العكس.

(فتخلف الشرط لا يقدح فى تملك كل منهما لتمام العوضين) بدون ان يسقط من احدهما بمقدار الشرط (هذا) هو مقتضى القاعدة فى كل شرط الا ما استثنى، و هو ما ذكره بقوله:

(و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة) «تضمن» بالنصب خبر «يكون» (بان يشتري مرگبا، و يشترط كونه كذا و كذا جزء) فان ما تصوّره ذكر بعنوان الشرط و هو جزء فى الواقع (كان يقول:

بعتك هذا الارض، او الثوب، او الصبرة) و هى مقدار من الحنطة (على ان يكون كذا ذراعا) بالنسبة الى الارض و الثوب (او صاعا) بالنسبة الى الصبرة، او يكون اظهر فى الجزئية من الامثلة المذكورة، كان يقول:

فقد جعل الشرط تركّبه من اجزاء معينة، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال: ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف هو قيد من قيود العين، كالكتابة و نحوها فى العبد لا يوجب فواتها إلا خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن او يلاحظ جانب الجزئية فان المذكور، و

بعتك هذه البرتقالات على ان تكون مائة مثلا، حيث ان الوحدات منفصلة (فقد جعل الشرط تركّبه من اجزاء معينة، فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية) اى الصورة (ويقال: ان المبيع هو العين الشخصية) الخارجية- زادت او نقصت- فالثمن فى مقابل هذه العين كيف كانت (المتصفة بوصف كونه كذا جزء، فالمتخلف) اذا ظهرت اقل جزء (هو قيد من قيود العين) الخارجية.

فاذا ظهر المبيع اقل جزء، كان للمشتري خبر تخلف الشرط فقط من دون ان يكون له استرداد ما يقابل ذلك من الثمن.

ولكن ليعلم ان عدم حقه فى الاسترداد بناء على ان تخلف الشرط لا يوجب ارشا و الا كان له الارش و ان كان ذلك المتخلف ليس بجزء، كما تقدم نقله عن بعض الفقهاء، فيكون الجزء الواقعى بناء على ما ذكره (كالكتابة و نحوها فى العبد) اذا شرطها المشتري (لا يوجب فواتها الا- خيارا بين الفسخ و الامضاء بتمام الثمن) «بتمام» متعلق ب «الامضاء» (او يلاحظ جانب الجزئية) التى هى الواقع و الحقيقة (فان المذكور) بقوله: بشرط ان يكون كذا صاعا، او ذراعا، او عددا (و

ان كان بصورة القيد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه، فالمبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء الا انه عبّر عنه بهذه العبارة كما لو اخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على اخباره، فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتت.

و بالجمله فالفاتت عرفا و فى الحقيقة هو الجزء، و ان كان بصورة الشرط، فلا يجرى فيه ما مرّ من عدم

ان كان بصورة القيد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد) فيزيد (و عدمه) فينقص (المبيع فى الحقيقة هو كذا و كذا جزء) فاذا اشترى مائة برتقالة بعشرة دنانير، فكل برتقالة تساوى مائة فلس مثلا (الا انه عبّر عنه بهذه العبارة) الظاهرة فى الشرطية، و العقود تتبع القصود لا الالفاظ (كما لو اخبر) البائع (بوزن المبيع المعين) و انه مائة رطل مثلا (فباعه) المشتري الى الغير (اعتمادا على اخباره) بدون ذكر الوزن فى العقد (فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتت).

فاذا كان بعض المبيع فاتتاً، كان له ان يسترد من الثمن بالنسبة و ذلك لانه- فى المعنى و الحقيقة- باعه كذا جزء، كل جزء بنسبته من الثمن.

(و بالجمله فالفاتت عرفا و فى الحقيقة هو الجزء) فيما اذا باعه صبرة بشرط ان تكون كذا صاعا مثلا (و ان كان) الفاتت ذكر (بصورة الشرط، فلا يجرى فيه) اى فى هذا النحو من الشرط (ما مرّ من عدم

التقابل الا بين نفس العوضين.

و لاجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه ارضا على انها جربان معينة او صبرة على انها اصوع معينة.

و تفصيل ذلك العنوان الذي ذكره في التذكرة بقوله: لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معينًا، فتبين الاختلاف من حيث الكمّ، فاقسامه أربعة.

لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء، او متفقها.

و على التقديرين فاما ان يزيد،

التقابل الا بين نفس العوضين) حتى لا يكون لفواته تأثير في تنقيص الثمن بل فواته يوجب تنقيص الثمن بالنسبة.

(و لاجل ما ذكرنا) من ان هذا الشرط هل هو كسائر الشروط او هو كفوات بعض الاجزاء (وقع الخلاف) بين الفقهاء (فيما لو باعه ارضا على

انها جربان معينة، او) باعه (صبرة على انها اصوع معينة) «اصوع» جمع صاع وقع الخلاف في انها تعامل معاملة الجزء، او معاملة الشرط

(و تفصيل ذلك العنوان) هو (الذي ذكره في التذكرة) «تفصيل» مبتدأ و «الذي» خبره (بقوله: لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معينًا، فتبين

الاختلاف من حيث الكمّ، فاقسامه) اي اقسام ذلك المبيع (أربعة)

(لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء) كما اذا باعه شيئا على انها مائة (او متفقها) كمثال الصبرة، و لا يخفى ان المراد بالاتفاق هو الاتفاق

العرفي، و الا فاجزاء كل شي ء مختلفة بنظر الدقة و الواقع.

(و على التقديرين) و هما الاختلاف و الاتفاق (فاما ان يزيد) كان

ص: 353

و اما ان ينقص.

فالاول تبين النقص فى متساوى الاجزاء، و لا اشكال فى الخيار، و انما الاشكال و الخلاف فى ان له الامضاء بحصة من الثمن او ليس له الامضاء الا بتمام الثمن

كانت مائة و عشرة شياة (و اما ان ينقص) كما لو كانت تسعين.

اما اذا ظهر مطابقا للعدد المشروط، فذلك خارج عن موضوع الكلام.

و قد يتصور ان يزيد و ينقص معا، كما اذا باعه كمية من الشياه و السخال ببيع واحد، على ان يكون كل منهما مائة فظهرت إحداهما مائة و عشرة و الاخرى تسعين.

(فالاول) من الاقسام الاربعة (تبين النقص فى متساوى الاجزاء، و لا اشكال فى الخيار) و ان المشتري مخير بين الفسخ و الامضاء، اما الامضاء فعلى الاصل، و اما الفسخ فلقاعدته: لا ضرر و شبهها (و انما الاشكال و الخلاف فى ان له الامضاء بحصة من الثمن) الحصة بالنسبة لا الحصة مطلقا.

مثلا: لو اشترى مائة شاة بمائة دينار فظهرت تسعين، كان له ان يسترجع عشرة- اذا كانت متساوية القيمة- لا ان يقول: اما ان تعطينى عشرين، و اما ان افسخ، اللهم الا على وجه الصلح، كما انه ليس له ان يطالبه بعشرة من الخارج اذا كان البيع شخصيا، و اذا كان كليا فليس له الا مطالبة المقدار الناقص او الصلح (او ليس له الامضاء الا بتمام الثمن

ص: 354

فالمشهور- كما عن غاية المرام- هو الاول.

وقد حكى عن المبسوط، والشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح، و الروضة، و ظاهر السرائر و إيضاح النافع، حيث اختارا ذلك فى مختلف الاجزاء فيكون كذلك فى متساوى الاجزاء بطريق اولى.

و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم فى مختلف الاجزاء كونه

فالمشهور- كما عن غاية المرام- هو الاول) بان له الامضاء بحصة من الثمن.

(وقد حكى) هذا القول (عن المبسوط، و الشرائع، و جملة من كتب العلامة، و الدروس، و التنقيح، و الروضة، و ظاهر السرائر).

و يحتمل ان يكون مراد السرائر غير ذلك و لذا قال «و ظاهر السرائر» (و إيضاح النافع) و انما قلنا انه الظاهر منهما (حيث اختارا) و هما السرائر و الايضاح (ذلك) الامضاء بحصة من الثمن (فى مختلف الاجزاء) كالارض (فيكون) رأيهما (كذلك) الامضاء بحصة من الثمن (فى متساوى الاجزاء بطريق اولى).

و وجه الاولوية ان مختلف الاجزاء فيه جهتان «الاجزاء» و «الاختلاف بينهما».

فاذا كان الحكم التقسيط، يكون فى متساوى الاجزاء اولى، لانه ليس فيه الا «الاجزاء» فقط.

(و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم) اى تقسيط الثمن (فى مختلف الاجزاء كونه) اى الحكم

ص: 355

فى متساوى الاجزاء مفروغا عنه.

وعن مجمع البرهان انه ظاهر القوانين الشرعية.

ووجهه- مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى- ما اشرنا إليه من ان كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و ان كان بصورة الشرط الا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لو كالا طعاما فاشتره فتبين الغلط فى الكيل، و لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة

(فى متساوى الاجزاء مفروغا عنه).

و كذلك اولى بالحكم من مختلف الا-جزاء لو كان بعض المبيع مختلف الاجزاء و بعضه متساوى الاجزاء، كما اذا باعه ارضا مع صبرتها على ان الارض مائة جريب و الصبرة مائة طنّ.

(وعن مجمع البرهان انه) اى التقييط (ظاهر القوانين الشرعية)

(ووجهه) اى وجه التقييط (- مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى-) اى مختلف الاجزاء، و الفحوى يعنى الاولوية لانه اذا قسط فى مختلف الا-جزاء كان التقييط فى متساوى الا-جزاء اولى- كما عرفت- (ما اشرنا إليه) خبر «و وجهه» (من ان كون المبيع الشخصى بذلك المقدار) الذى اتفقا عليه (و ان كان) مذكورا فى لفظ العقد (بصورة الشرط الا ان مرجعه) عند العرف (الى كون المبيع هذا القدر) اى مائة طنّ مثلا، و كانه اشتره بالاجزاء، فيكون حال الشرط (كما لو كالا) البائع و المشتري (طعاما فاشتره) بدون ذكر الكمية، جزء او شرطا (فتبين الغلط فى الكيل، و) من المعلوم انه (لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة

ص: 356

الثلث لمجموع المقدار المعين المشتراط هنا خلافا لصريح القواعد، ومحكى الايضاح.

وقواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه فى المسالك، و يظهر من جامع المقاصد أيضا لان المبيع هو الموجود الخارجى، كائنا ما كان.

غاية الامر انه التزم ان يكون بمقدار معين.

و هو وصف غير موجود فى المبيع فوجب الخيار، كالكتابة المفقودة فى

الثلث لمجموع المقدار المعين المشتراط هنا) شرطا معنويا، لانه لم يذكر فى اللفظ.

فالعلة التى توجب التقسيط هنا هى بعينها موجودة فى مسئلتنا (خلافا لصريح القواعد، و محكى الايضاح) حيث لم يقسطا الثلث على الاجزاء بل قالوا بان المشتري مخير بين الامضاء بكل الثلث او الفسخ.

(وقواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية، و استوجهه فى المسالك) اى قال ان له وجهها (و يظهر) عدم التقسيط (من جامع المقاصد أيضا).

و وجه عدم التقسيط (لان المبيع هو الموجود الخارجى، كائنا ما كان)

(غاية الامر انه) اى البائع (التزم) على نحو الشرط فى ضمن العقد (ان يكون بمقدار معين).

(و) حيث ان المقدار المعين (هو وصف غير موجود فى المبيع فوجب الخيار) فيكون حال هذا الوصف (كالكتابة المفقودة فى

العبد، وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، الا انه غير موجود فى الخارج مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا

فارجاع قوله: بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع

العبد) من انه يوجب الخيار لا استرجاع قدر من الثمن (وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار) فكل طنّ من مائة طنّ فى مقابل دينار (الا انه غير موجود فى الخارج) فله ان يسترجع بكل طنّ مفقود دينارا و ليس هكذا على ما ذهب إليه القول الاول، هذا هو الوجه الاول لعدم التقسيط

و هناك وجه ثان و هو ما ذكره بقوله: (مع ان مقتضى تعارض الاشارة و الوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا).

فاذا كانت شاة رمادية اللون، فقال المشتري، اشترى منك هذه الشاة الغبراء صحّ البيع، و ان كان الوصف- الغبراء- و الاشارة الى الرمادية و ما نحن فيه كذلك، اذ الاشارة الى الصبرة الخارجية، و الوصف- المائة طنّ- فاذا تخلف الوصف قدّمت الاشارة: و يكون الثمن فى مقابل المشار إليه لا فى مقابل المائة، فتكون المائة من باب الوصف، لا من باب الكمية و الاجزاء.

و انما قال «غالبا» لانه قد يقدم الوصف اذا علم المراد، كما اذا جاء الى دار زيد عدو فى الظلام، و طرق الباب، فظنه زيد صديقا فقال: ايها الصديق ادخل الدار، و علم العدو بانه لا يرضى بدخوله لم يجز له الدخول، فيقدم الوصف على الاشارة هنا.

(فارجاع قوله: بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع) على نحو

الى قوله: بعتك عشرة اصوع موجودة في هذا المكان، تكلف.

والجواب ان كونه من قبيل الشرط مسلّم، الا ان الكبرى و هي ان كل شرط لا يوزّع عليه الثمن، ممنوعة، لان المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، و العرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة، فتأمل.

الشرط (الى قوله: بعتك عشرة اصوع موجودة في هذا المكان) على نحو الجزء (تكلف).

فاذا لم تكن بتلك الكمية، فهي من قبيل تخلف الشرط، لا تخلف الجزء حتى يكون في مقابله مقدار من الثمن، من قبيل تبعض الصفقة.

(و الجواب ان كونه) اى الحكم المذكور (من قبيل الشرط مسلّم، الا ان الكبرى و هي ان كل شرط لا يوزّع عليه الثمن، ممنوعة).

فحاصل استدلال القائل بانه شرط، ان الكمية في الموارد المذكورة شرط و الشرط لا يوزع عليه الثمن، فتخلف الكمية لا يوجب استرجاع بعض الثمن، بل للمشتري الخيار، فاما ان يقبل البيع بكل الثمن، و اما ان يفسخ البيع، لا ان يقبل البيع ببعض الثمن (لان المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة) بين الثمن و اجزاء الثمن (عرفا، و) الحال ان (العرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة) و الشارع امضى العقود العرفية فيما لم يزد الشارع او ينقص و ليس المقام مما زاد او نقص (فتأمل) فان الشارع جعل تخلف الشرط موجبا للخيار، فلم يترك العرف على ما يراه من التقسيط هنا فرؤية العرف التقسيط لا تكفى بعد ردع الشارع عنه.

الثانى: تبين النقص فى مختلف الاجزاء، و الاقوى فيه ما ذكر من التفسير مع الامضاء، وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع، مضافا الى خبر ابن حنظلة: رجل باع ارضا على انها عشرة اجرة فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد الثمن و اوقع صفقة البيع و افترقا، فلما مسح الارض، فاذا هى خمسة اجرة قال: فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض،

(الثانى) من الاقسام الاربعة (تبين النقص فى مختلف الاجزاء) كما اذا اشترى عشر شياة بعشرة دنانير فتبين انها تسعة (و الاقوى فيه ما ذكر) فى القسم الاول (من التفسير مع الامضاء) فله الحق فى ان يسترجع دينارا- فى المثال- (وفاقا للاكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف) و حكمهم (بكون ما انتزع منه الشرط) اى لم يكن على نحو ما ذكر من الشرط- بان كانت كميته اقل مما ذكر- (جزء من المبيع) و من المعلوم ان الجزء يكون فى مقابل الثمن (مضافا الى خبر ابن حنظلة) حيث سأل عليه السلام عن (رجل باع ارضا على انها عشرة اجرة) و هى جمع جريب (فاشترى المشتري منه) المبيع (بحدوده) المعلومه (و نقد الثمن) اى اعطاه نقدا (و اوقع صفقة البيع) كناية عن تمامية العقد لان المتعارف عند تمامية العقد، ان يصفق احدهما بيده على يد الآخر بمعنى انتهاء العقد (و افترقا) فان البيعين اذا افترقا لزم البيع (فلما مسح) المشتري (الارض، فاذا هى خمسة اجرة) فما هو التكليف؟ (قال) عليه السلام:

(فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض) اى التفاوت بين ثمن خمسة

وان شاء ردّ المبيع و اخذ المال كله، الا- ان يكون له الى جنب تلك الارض ارضون فليوفه، ويكون البيع لازما فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فان شاء المشتري اخذ الارض، و استرجع فضل ماله و ان شاء ردّ الارض، و اخذ المال كله الخبر.

و لا بأس باشتماله على حكم مخالف

اجربة و بين ثمن عشرة اجربة (و ان شاء ردّ المبيع) كله (و اخذ المال كله).

فان الامام عليه السلام حكم باسترجاع التفاوت مع ان الكمية المبيعة كانت بنحو الشرط، لانه قال «باع ارضا على انها عشرة اجربة».

و ظاهر «على» الشرط، لا ان المال كان يزاء الكمية.

ثم قال عليه السلام: (الا- ان يكون له) اي للبائع (الى جنب تلك الارض ارضون فليوفه) اي يوف البائع القدر الناقص بان يعطى الخمسة الاجربة الناقصة من الارض الملاصقة للارض المشتراة (و يكون) حينئذ (البيع لازما) و لا حق للمشتري في الفسخ، و لا في اخذ التفاوت (فان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع) بان لم تكن له ارضون ملاصقة بالارض المشتراة (فان شاء المشتري اخذ الارض، و استرجع فضل ماله) و هو التفاوت بين الخمسة و العشرة- اي بالنسبة- (و ان شاء ردّ الارض و اخذ المال كله الخبر) كما ذكرناه أولا.

(و) هذا الخبر دالّ على ما ذكرناه من ان الشرط الصوري لا ينافي التقسيط في الواقع ف (لا بأس باشتماله) اي الخبر (على حكم مخالف

للقواعد لان غاية الامر على فرض عدم امکان ارجاعه إليها و مخالفة ظاهره للاجماع طرح ذيله غير المسقط لصدوره عن الاحتجاج، خلافا

للقواعد) و هو حكم الامام عليه السلام بانه اذا كانت للبائع ارضون ملاصقة اعطى المشتري منها بالمقدار الناقص.

و هذا انما ينافى القواعد لان البيع الشخصى واقع على الارض المشتراة فلزوم ان يعطيه من ارض اخرى مخالف لقاعدة: العقود تتبع القصود، وقاعدة: تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ، وقاعدة: الناس مسلطون على اموالهم.

و انما قلنا لا ينافى التقييد (لان غاية الامر على فرض عدم امکان ارجاعه) اى ارجاع ما ذكره الامام عليه السلام من اعطائه ارضا الى جنب الارض المشتراة (إليها) اى الى القواعد، بان يقال: ان المبيع كان شخصا بالنسبة الى القدر الموجود، و كليا بالنسبة الى الاجرة الخمسة الباقية، فاذا كانت للبائع ارض الى جنب المبيع الشخصى، كان الكلى منطبقا عليه، و لذا لزم على البائع الوفاء، فلا خيار فى الرد و لا فى اخذ التفاوت (و مخالفة ظاهره للاجماع) اذ لو لم يكن مخالفا للاجماع امكن القول بظاهر الرواية و ان كان مخالفا للقاعدة، و ذلك لوجود النص الخاص فهذه المخالفة (طرح ذيله غير المسقط) ذلك الطرح (لصدوره) الذي هو محل الشاهد (على الاحتجاج) لانه قد تحقق فى موضعه التبعض فى الحديث، اذ سقوط بعضه عن الحجية لا ينافى حجية باقية، هذا كله (خلافا

للمحكى عن المبسوط، وجميع من قال فى الصورة الاولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد ولا ينقص، لوجود الشرط وعدمه.

و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد فتيين عدمهما.

وزاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين

للمحكى عن المبسوط، و ل (جميع من قال فى الصورة الاولى) و هى صورة تساوى الاجزاء (بعدم التقسيط) فان من لم يقل فى صورة تساوى الاجزاء بالتقسيط لا يقول بالتقسيط فى الصورة الثانية بطريق اولى.

وانما خالفوا هؤلاء (لما ذكر هناك) فى الصورة الاولى (من كون المبيع عينا خارجيا) بحيث (لا يزيد ولا ينقص، لوجود الشرط وعدمه) و الثمن وقع فى مقابل هذه العين الخارجية.

(و الشرط) انما هو (التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار) كما لو شرط ان تكون الشياه المشتراة مائة- مثلا- فيكون حال شرط المقدار (كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد فتيين عدمهما) حيث يكون ذلك من تخلف الشرط الموجب لتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ ولا ارش، و ان كان العبد ذو المال و الدابة الحامل يساويان باكثر.

(وزاد بعض هؤلاء) القائلين بعدم التقسيط (ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين) «ما» فاعل «زاد».

و الصورتان هما صورة تساوى الاجزاء، و صورة تخالف الاجزاء.

بان الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء، فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.

وفيه ان عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح، او نحوه، الا ان يدعى استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد،

و فرق المبسوط حيث حكم بالتقسيت فى صورة التساوى، و عدم التقسيت فى صورة التخالف (بان الفائت هنا) فى مختلف الاجزاء (لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء).

فاذا اشترى مائة شاة بالف دينار، كان بعضها بعشرة، و بعضها بخمسة عشر، و بعضها بخمسة، و هكذا.

و كذلك اذا اشترى جريانا مختلفة الاجزاء (فلا يمكن قسمته على عدد الجربان) بخلاف متساوى الاجزاء المعلوم فيه قسمة الثمن على الاجزاء.

(وفيه ان عدم معلومية قسطه) اى قسط الثمن المقابل للموجود، و المقابل للمفقود (لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم) اذ الجهل لا يسقط حق الانسان، كما فى سائر موارد الارش (فيمكن التخلص) من حق المشتري- المقابل للقدر المفقود- (بصلح او نحوه) بتراض او استطلاع عن اهل الخبرة (الا ان يدعى استلزام ذلك) اى اختلاف الاجزاء (جهالة ثمن المبيع فى ابتداء العقد) فانه فى متساوى الاجزاء يعلم المشتري ان كل جزء كذا، فيعلم ثمن المبيع.

اما فى مختلف الاجزاء فحيث لا يعلم ثمن كل جزء لا يعلم ثمن المبيع

مع عدم امكان العلم به عند الحاجة الى التقييط.

وفيه منع عدم المعلومية، لان الفائت صفة كون هذه الارض المعينة المشخصة عشرة اجربة، و يحصل فرضه و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الارض.

مجموعا (مع عدم امكان العلم به) اى بثمان المبيع (عند الحاجة الى التقييط) و عدم الامكان يأتى من جهالته بقيمة كل جزء جزء، و الرجوع الى اهل الخبرة لا يفيد لان المفروض لزوم علم المشتري و هو مفقود.

فحاله كما اذا اشترى شيئا بثمان مجهول، ثم رجع الى اهل الخبرة لتبين المراد كما اذا قال: بعثك هذه الدار بثمان كثير، ثم رجع الى اهل الخبرة ليعلم معنى الكثير لغة، و كيف كان فاذا كان الثمن مجهولا يكون البيع باطلا.

(وفيه) اى فى ما ذكر بقوله «الا ان يدعى» (منع عدم المعلومية) بل الثمن معلوم (لان الفائت صفة كون هذه الارض المعينة المشخصة) الخارجية (عشرة اجربة) لانها ظهرت خمسة اجربة- حسب الفرض- (و يحصل فرضه) اى فرض كون الارض المشتراة (و ان كان المفروض مستحيل الوقوع بتضاعف كل جزء من الارض) بان نقول كل جزء من الخمسة الموجودة اصبح جزءين و هذا الفرض و ان كان مستحيلا، لان الجزء ليس بجزءين، لكن هذا الفرض انما جاء لان يعلم المشتري بالقيمة، فقيمة العشرة المشتراة اذا كانت مائة، كانت قيمة الخمسة الموجودة خمسين و بهذا ظهرت للمشتري القيمة.

ص: 365

لانه معنى فرض نفس الخمسة عشرة.

و

ان قلت: كيف نفرض الخمسة عشرة.

قلت: (لانه معنى فرض نفس الخمسة عشرة) فان المشتري رأى الارض كاملة، فظنّها عشرة فاشتراها، و معنى ذلك انه تصور ان امتار هذه الارض ضعف ما عليه الآن، كما اذا رأى سلّة من البيض فظنها خمسين، ثم ظهرت انها خمس وعشرون، فان معنى ذلك ان قيمة الموجود هو نصف قيمة المظنون، و على هذا فليس القسط غير معلوم، فبطل ما ذكره المستشكل و كان القسط معلوما.

(و) ان قلت: القسط غير معلوم، اذ انكم فرضتم الخمسة عشرة حتى تجعلوا الثمن على النصف، و الحال ان هناك صورا اخرى ممكنة أيضا.

كان تفرضوا ان ثلاثة اجرة من الخمسة الموجودة ثمانية و ان الجريبين الآخرين الموجودين جريان فقط.

او ان تفرضوا ان أربعة من الخمسة تسعة، و ان الجريب الآخر الموجود واحد.

او ان تفرضوا ان جريبا واحدا ستة و ان الاربعة الاخر الموجودة، أربعة.

و عليه فالقيمة مجهولة، لانه اذا اشترى الارض بمائة و كانت ثلاثة تعادل ثمانية فثلاثة اجرة منها تسوى ثمانين.

و جريان يسويان عشرين فالامر مجهول، لانه لا يعلم ان كل جريب

ص: 366

فرضه أيضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية، أو أربعة تسعة، أو واحد ستة، أو غير ذلك، و ان كان ممكنا الا انه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الارض.

و مع اختلافها

يسوى جريبين، او ان ثلاثة تسوى ثمانية، او أربعة تسوى تسعة او واحد يسوى ستة.

قلت: (فرضه) اى فرض كون الارض المشتراة (أيضا بصيرورة ثلاثة منها) اى من الخمسة (ثمانية) فالاثان الباقيان من الخمسة يعادلان اثنين فقط (او أربعة) منها تعادل (تسعة) فالواحد الباقي من الخمسة يعادل واحدا فقط (او واحد) منها يعادل (ستة) و الاربعة الباقية من الخمسة تعادل أربعة فقط (او غير ذلك) كان يعادل واحد و نصف منها خمسة، و الثلاثة و النصف الباقية تعادل خمسة، او ما اشبه ذلك (و ان كان) هذا الفرض (ممكنا) أيضا، كما انه اذا اشترى خمس بيضات فكل بيضة منها تعادل بيضتين، او ثلاث، او ما اشبه احيانا بينما فى سائر البيضات تعادل كل بيضة منها بيضة واحدة فقط (الا انه) اى هذا الفرض (لا ينفع) المستشكل القائل بان هذا البيع باطل، لانه مجهول الثمن، لا فى متساوى الاجزاء و لا فى مختلف الاجزاء.

اذ (مع فرض تساوى قطاع الارض) فكل جزء يعادل جزءين و لا جهالة.

(و) اما (مع اختلافها) بان كانت ثلاثة تعادل ثمانية الخ

ص: 367

فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة، او وصفها له يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية او الموصوفة.

(ف) ان الاختلاف الواقعي ليس بمبهم بعد التساوى فى الالتزام عند العقد.

اذ (ظاهر التزام) البائع (كونها) اى الاجرية (عشرة مع رؤية) المشتري (قطاعها المختلفة، او وصفها له) اى وصف البائع الارض له (يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه) سواء كان الجزء فى الواقع يعادل جزءين، او كانت ثلاثة اجزاء تعادل ثمانية اجزاء- مثلا- فيكون التبانى بينهما على ان كل جزء يعادل جزءين على ما هو عليه (من الصفات المرئية او الموصوفة).

وعليه فالقيمة معلومة وليست مجهولة كما ادعاه المستشكل، ولا يكون البيع باطلا من جهة الجهالة.

ثم لا يخفى ان قوله «وفرضه» مبتدأ: خبره «لا ينفع».

وتحصل من قوله «بان الفأنت هنا» الى قوله «ثم ان المحكى» اشكالات و جوابات.

الاشكال الاول: ان القسط غير معلوم الثمن، لاختلاف الاجزاء فلا يمكن تقسيم الثمن عليه، و جوابه عدم المعلوماتية لا يوجب عدم الاستحقاق

والاشكال الثانى: ان القسط غير معلوم، فيوجب جهالة الثمن المبطله للبيع، و جوابه ان القسط معلوم لفرض كل جزء جزءين.

ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة، ونفى عنه العبد في التذكرة، معللا بان القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل من الارش.

وفيه مع منع كون نحو الارض مثليا ان الفانت لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد وقسطه من الثمن باق في ملك المشتري، وليس مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته.

والاشكال الثالث: ان في مختلف الـجزء يمكن فرض كل جزء ازيد او اقل من جزئين، فلا يعلم الثمن، و جوابه ان بنائهما على ان كل جزء جزئين و ان كان في الواقع كل جزء يساوي جزئين او اكثر او اقل.

(ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة) المتعرضة لاعطاء الارض من جنب الارض المشتراة (ونفى عنه البعد في التذكرة، معللا) لذلك (بان القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل) الذي يجب دفعه الى المشتري (من الارش) الذي هو تفاوت ما بين العشرة المشتراة والخمسة التي ظهرت بعد ذلك ناقصة

(وفيه مع منع كون نحو الارض مثليا) لانها لا-تساوي اجزائها- وفيه نظر لان العرف يرى ان بعض الاراضى مثلية كما لا يخفى- (ان الفانت) و هي الاجربة الخمسة الناقصة (لم يقع المعاوضة عليه في ابتداء العقد) حتى اذا فات يكون البائع ضامنا لمثله او قيمته (وقسطه) اي ما يقابل القدر الفانت (من الثمن) كنصف الثمن في مثال الاجربة- في الرواية- (باق في ملك المشتري، وليس مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته).

و اما الشيخ قدس سرّه فالظاهر استناده في ذلك الى الرواية.

الثالث: ان يتبين الزيادة عمّا شرط على البائع، فان دلّت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار، لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر ان الكل للمشتري، ولا خيار.

فاللازم ارجاع نصف القيمة اذا كان البائع قد اخذ كل القيمة، فليست مسألة اعطاء ارض اخرى مجاورة لها على القاعدة- على ما اراده العلامة-.

(و اما الشيخ قدس سرّه) الذي قال باعطاء الارض (ف) ليس فتواه من باب القاعدة، بل (الظاهر استناده في ذلك الى الرواية) المتقدمة فلا يرد عليه ما اوردناه على العلامة و الله العالم.

(الثالث) من اقسام مخالفة كمية المبيع لما بنينا عليه (ان يتبين الزيادة) في الكمية (عمّا شرط) المشتري (على البائع) كما اذا قال:

اشترى منك هذه السلّة على انه مائة بيضة، فظهرت مائة وعشرة (فان دلّت القرينة) الداخلية او الخارجية (على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار، لا بشرط عدم الزيادة) فيكون حاله حال ما اذا قال: الكرّ سبعة وعشرون شبرا، فانه يريد به ان لا يكون اقل، وليس المراد انه ليس باقل ولا- باكثر (فالظاهر ان الكل للمشتري، ولا خيار) للبائع، اذ المبيع هو المعين الخارجي - كيفما كان- و الشرط عدم النقيصة، فلا وجه لبطلان البيع، او بطلان الشرط، او الخيار، او الاشتراك او غير ذلك.

ص: 370

وان اريد ظاهره و هو كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة، و عليه من حيث عدم التقيصة، ففي كون الزيادة للبائع، و تخيّر المشتري للشركة او تخيّر البائع بين الفسخ و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن، و جهان، من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفا ان اشتراط عدم الزيادة

(وان اريد ظاهره و هو) اي ظاهر هذا الشرط (كونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة، و) شرط (عليه) اي على البائع لنفع المشتري (من حيث عدم التقيصة، ففي كون الزيادة للبائع) لانها كانت له و لم يخرجها من ملكه فيكون المشتري و البائع شريكين في المتاع، عشرة منها مشاعة للبائع، و مائة منها مشاعة للمشتري (و تخيّر المشتري) بين الامضاء و الفسخ.

و انما يكون له الخيار (لشركة) كما اذا اشترى شيئا، و ظهر له شريك في ذلك، و هذا ما يسمى بخيار الشركة (او) ان الكل للمشتري، و (تخيّر البائع بين الفسخ) و ارجاع كل الثمن (و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن) الذي سمياه (وجهان).

وجه الاول: ما ذكره بقوله (من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به) اي بذلك المقدار (فهو) اي المقدار (شرط صورة و له حكم الجزء عرفا) فالثمن انما هو في مقابل مائة جزء الذي وقع العقد عليه و العشرة الزائدة خارجة عن البيع فهي باقية على ملك البائع (ان اشتراط عدم الزيادة

على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع، و من الفرق بينهما بان اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء فتخلّفه لا يوجب الا الخيار.

ولعلّ هذا اظهر مضافا الى امكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما فى كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلّف الوصف لا نقص الجزء او زيادته بورود النصّ المتقدم فى النقيصة،

على المقدار) المقرّر (هنا) فى باب الكم (بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع) «و اخراج» عطف على «الاستثناء».

فكانه قال: ابيعك الارض التى هى مائة جريب بدون العشرة الزائدة على المائة، و عليه فالعشرة الزائدة للبائع، و يكون بمقدارها شريكا مع المشتري (و من الفرق بينهما) اى بين تعلق البيع بالكم فالزائد للبائع و بين اشتراط عدم الزيادة (بان اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء) فالبائع قد باعه هذه الارض الموجودة كلها بشرط عدم الزيادة (فتخلّفه لا يوجب الا الخيار) فان شاء البائع امضى البيع و للمشتري كل الارض، و ان شاء فسخ الكل و استرجع الارض (ولعلّ هذا اظهر) عند مراجعة العرف (مضافا الى امكان الفرق بين الزيادة و النقيصة مع اشتراكهما فى كون مقتضى القاعدة فيهما) اى فى كل من الزيادة و النقيصة (كونهما من تخلّف الوصف، لا نقص الجزء او زيادته) فهما متساويان من هذه الجهة (بورود النصّ المتقدم) و هى رواية الاجربة (فى النقيصة) فان الامام عليه السلام خيرّه بين اخذ التفاوت

و تبقى الزيادة على مقتضى الضابطة.

ولذا اختار الاحتمال الثانى بعض من قال بالتسيط فى اطراف النقيصة.

وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا، لان البائع لم يقصد بيع الزائد، والمشتري لم يقصد شراء البعض، وفيه تأمل.

و الردّ، فجعله بمنزلة الجزء لا بمنزلة الشرط (و تبقى الزيادة على مقتضى الضابطة) التى هى شرط، فليس للبائع الا الفسخ او الامضاء، لا اخذ الزائد والاشترائك مع المشتري فى المبيع.

(ولذا) الذى ذكرنا من كون الفارق بينهما النصّ (اختار الاحتمال الثانى) وهو تخير البائع بين الفسخ و الامضاء، لا التسيط فى الثمن (بعض من قال بالتسيط فى اطراف النقيصة) لانه اخذ بمقتضى القاعدة فى طرف الزيادة اما طرف النقيصة فلم يأخذ فيها بالقاعدة لوجود النصّ الخاصّ.

(وقد يحكى عن المبسوط) قول ثالث فى طرف الزيادة لا- التسيط، و لا الخيار، بل (القول بالبطلان هنا) فى باب الزيادة (لان البائع لم يقصد بيع الزائد، والمشتري لم يقصد شراء البعض) اى بعض هذه الارض الخارجية، فلا يلتقى القصدان فى محلّ واحد، ويكون حاله كما اذا قصد البائع بيع القلم وقصد المشتري اشتراء الكتاب حيث ان البيع باطل (وفيه تأمل) اذ كلاهما قصدا هذه الارض الخارجية،
منتهى

ص: 373

الرابع: ان يتبين فى مختلف الاجزاء، و حكمه يعلم مما ذكرنا.

الامر لم يعرف ان قصدهما من المقدار الوصف و الشرط، او الاستثناء.

(الرابع) من صور تخلف الشرط فى الاجزاء (ان يتبين) الخلاف بالزيادة (فى مختلف الاجزاء) كما اذا اشترى قطيعا بشرط انها مائة، فظهرت مائة و عشرة (و حكمه يعلم مما ذكرنا) فى الثالث، و ان فيه اقوالا ثلاثة و هى: البطلان، و: انه كالشرط، و: انه كاستثناء.

قريبا جدا بعونه تعالى سيصدر القسم الخامس من الخيارات و الجزء الخامس عشر من الكتاب (ايصال الطالب الى المكاسب) عن قريب ان شاء الله تعالى.

و يبحث فى القول فى حكم الشرط الفاسد (الناشر)

ص: 374

محتويات الكتاب

العنوان الصفحة

مقدمة الكتاب 3

في ان الامراض التي تحدث خلال السنة عيب 4

خاتمة: في عيوب متفرقة 21

القول في الارش 27

في معرفة الارش 68

فيما لو اختلفت آراء المقومين 75

القول في الشروط في الشروط التي يقع عليها العقد 125

في شروط صحة الشرط في لزوم ان يكون الشرط داخلا تحت قدرة المكلف 140

في لزوم ان يكون الشرط سائغا في نفسه 156

في ان الشرط يلزم ان يكون فيه غرض معتد به 157

في ان الشرط يلزم ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة 161

في ان الشرط يلزم ان لا يكون منافيا للعقد 240

في ان الشرط يلزم ان لا يكون مجهولا 263

في ان الشرط يلزم ان لا يكون مستلزما لمحال 270

ص: 375

فى ان الشرط يلزم ان يلتزم به فى متن العقد 274

فى حكم الشرط الصحيح 289

فى وجوب الوفاء بالشرط 298

فى اجبار الممتنع عن الوفاء بالشرط و عدمه 309

فى ان للمشروط له هل يجوز الفسخ أم لا 324

فى تعذر الشرط و وجود الخيار للمشترط 328

فى تعذر الشرط و خروج العين عن السلطنة 335

فى ان للمشروط له اسقاط شرطه 343

فى عدم تقسيط الثمن على الشرط 349

فى تبين النقص فى متساوى الاجزاء 354

فى تبين النقص فى مختلف الاجزاء 360

فى تبين الزيادة عما شرط على البائع 370

محتويات الكتاب 375

ص: 376

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

