

الشروط

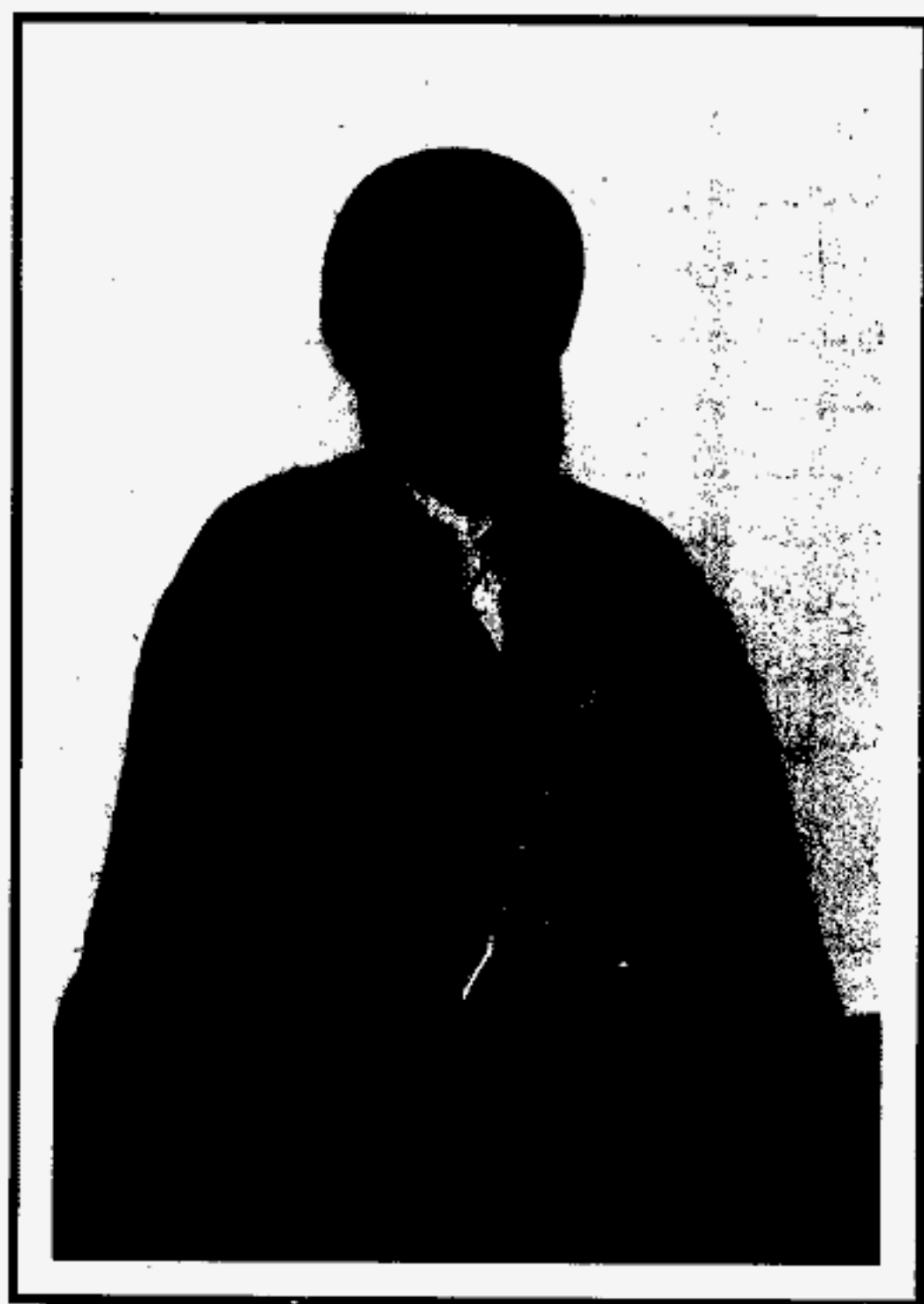
أو

الالتزامات الشيعية في العقود

محمد تقي الخوئي

المجلد الأول

دار الشؤون العربية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿من المؤمنين رجال صدقوا ما عاهدوا الله عليه فمنهم من قضى نحبه ومنهم من ينتظر وما بدلوا تبديلاً﴾

صدق الله العلي العظيم

وان اغتال الاعداء فقيدنا الغالي حجة الاسلام والمسلمين الشهيد السعيد السيد محمد تقي الخوئي رحمته الله وهو عائد من زيارة جده الامام الحسين بن علي عليه السلام بين كربلاء والنجف الاشرف^(١) في ظرف مأساوي وبأسلوب قاسي، الا انه يبقى فينا حياً وصورة لاتنسئ ولن ينمحي ذكره، لما سطر في حياته المشرقة من خطوط عريضة ووضع بصماته وترك آثاره القيمة في مختلف المجالات العلمية والخدمات الاجتماعية والمواقف النبيلة.

والمشاريع الكبرى التي أسسها وأشرف عليها في شتى نقاط العالم، والتي تعد من اهم مدارس اهل البيت ومراكز علومهم عليهم السلام مستمرة في العطاء ما هي الا نتاج جهوده الجبارة التي بذلها في سبيل تقويمها وسهر عليها الليالي من اجل تثبيت دعائمها وترسيخ قواعدها وهي بحمد الله تؤدي اليوم رسالتها وتثمر على خير ما يؤمل منها وتبقى صدقة جارية تخلد ذكراه.

واما في مجال خدمة الحوزات العلمية وتأليف الكتب القيمة التي يتنفع بها فقد ترك الشهيد السعيد آثاراً خالدة في المكتبة الفقهية الاسلامية معروفة لدى اهل الفن والاختصاص وهي تضم مواد حافلة بما تصنفها في عداد المصادر المهمة للبحوث الفقهية، من تقارير والده المعظم سماحة الامام الخوئي رحمته الله في كتاب النكاح، والمساقاة، والمضاربة وغيرها، ومنها هذا الكتاب الذي تقدمه للمسلمين وطلبة العلوم الدينية خصوصاً - الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود - والذي يمكن الباحث المختص من ان يتلمس من خلاله الفكر الصائب وعمق التحقيق ومناقشة الآراء الفقهية لعظماء من علماء الامامية ومراجعها، مما يدل على نضوجه العلمي وهو في سن مبكر وظرف قاس رغم ما كان يقوم به من مسؤوليات جسام ابان مرجعية والده رحمته الله.

وكذلك من الله تعالى على هذه الاسرة العلمية المحترمة - اسرة الامام الراحل السيد
الخوئي رحمه الله بأولاد اختطوا هدي خط أئمة اهل البيت عليهم السلام والذي رفع رايتها في هذا القرن
الامام الخوئي رحمه الله وجدوا واجتهدوا في العمل المتواصل على خطى تلك المسيرة الصالحة.
ومن بين هؤلاء الذين نعقد عليهم آمالنا قرة عيننا العزيز السيد جواد الخوئي الذي اكد
على رغبته الحثيثة في تحمل المسؤولية العلمية ونشرها امتداداً لسيرة ابيه الشهيد ورسالة
جده الامام الخوئي رحمه الله لتبقى راية العلم التي حملتها الاسرة الكريمة خفاقة باذنه تعالى.
واخيراً فان اعتصرت القلوب المأ وبكت العيون دماً للفاجعة القاسية والكارثة المؤلمة
التي المت بنا والحوزات العلمية بفقد العالم الجليل الفاضل الشهيد السيد محمد تقي
الخوئي رحمه الله، فان ذكره ستبقى حية في النفوس وأثاره حاضرة في الميادين المختلفة، والنقاط
المضيئة في حياته الجهادية تنير الطريق لاهله وأولاده ومحبيه وعارفي فضله.
وبمناسبة ذكرى رحيله نقدم من نتاجه العلمي هذا السفر الى علماء وطلاب الحوزات
العلمية ثواباً الى روحه الطاهرة.

عائلة الفقيد

جمادى الثانية / ١٤١٥ هـ

مركز تحقيقات كاميون علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کتاب ویر علوم اسلامی

بين يدي الكتاب

كنت أطمع ومنذ زمن ليس بالقصير في أن أكتب بحثاً في الشرط يتضمن دراسة مفهومه وحدوده ويحدد ضوابطه ومعالمه ويجمع شتات مسائله وفروعه المنتشرة في الأبواب الفقهية المختلفة.

وبالفعل فقد بدأت بجمع الملاحظات وكتابة بعض رؤوس النقاط، إلا أن انشغالي التام في السنين الأخيرة بإدارة مكتب سيدنا الإمام الراحل رضوان الله عليه بكل همومه ومصاعبه، حال دون بلوغ الهدف وتحقيق الأمل، وبقيت وريقتي التي جمعتها أسيرة الخزائن والرفوف، حتى ضاع منها ما ضاع وتلف منها ما تلف.

وكاد ينقطع مني الأمل في التوفيق لذلك. إلى أن شاءت الأقدار أن أحظى بتوفيق خدمة سيدي الإمام الوالد قدس سره إبان محنته وأيام إقامته القهرية في الكوفة، حيث كان لي شرف خدمته وتوفيق رفقته وسعادة ملازمته.

ففي تلك الأيام ورغم صعوبة الوضع وشدة الحال وقساوة الزمان وتوتر الأعصاب، خطر ببالي اللجوء إلى الكتابة عساها تكون سلوة لي في بعض المصائب، فتوكلت على الله وأخذت القلم لأتابع بحثي الذي قطعته منذ سنين. وكانت الحصيلة هذه الدراسة التي بين يديك.

وإذا كانت الظروف والأجواء حين الكتابة كلها غير ملائمة واستثنائية وكفى في ذلك أني لم أكن أملك من المصادر غير ما كانت تحويه مكتبة سيدي الإمام الوالد قدس سره الخاصة، إلا أن ما حظيت به من الدعم والتأييد من لدن سماحته رحمه الله حيث خصني بالكثير من وقته الشريف مصغياً وبكل عناية وهدوء إلى ما يخطر ببال ولده الصغير

من توهم أو إشكال ليبدأ بعد ذلك ورغم ضعف مزاجه وتعبه، إرشاده إلى الصواب
وهدايته إلى الصحيح، خير محفز لي على المثابرة والاستمرار.

وكم كنت أتمنى التوفيق لأضع بعض ثمار غرسه بين يديه المباركتين، إلا أن
السعادة لم تكن تحالفني هذه المرة حيث لبي سيدي الإمام رحمه الله نداء ربه الكريم
مستريحاً من هم الدنيا وغمها قبل أن يرى الكتاب النور وقبل أن تخرج ملازمه من
الطبع.

وها أنا ذا أقدم على طبع الكتاب لا يسعني إلا أن أرفع هذا الجهد المتواضع إلى
روحه الطاهرة وإلى روح المغفور لها والدتي الكريمة معلّمتي الأولى في الحياة عسى أن
يحظى بقبولهما وأحظى برضاهما والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

النجف الأشرف

محمد تقي الخوئي

١ / رجب المرجب / ١٤١٣ هـ



مركز تحقيقات كاميون علوم إسلامي

المقدمة

١- أهمية البحث

٢- خطة الدراسة

مركز تحقيقات كميونير علوم إسدري

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله * حمداً لا يقدر على احصائه غيره * والصلاة والسلام على خير خلقه

وأفضل بريته محمد وعلى الطيبين الطاهرين من عترته.



مرکز تحقیقات کتب پویا علوم اسلامی

أهمية البحث:

يحظى البحث عن الشرط بأهمية عملية كبيرة باعتبار أنه يدخل في صميم حياة الفرد في عمله اليومي مراراً.

ذلك أن الشرائع السماوية - وعلى الأخص الشريعة الإسلامية المقدسة - والقوانين المدنية الوضعية، مهما توسعت في أبواب العقود والمعاملات لتنظيم حياة الفرد الاجتماعية ومعايير تعامله مع الغير، لا تتكفل إلا برسم الخطوط العريضة لتلك العلاقات والروابط، وبيان الأسس والضوابط العامة لما يصح منها وما لا يصح.

وبعبارة أخرى: أن الشرائع على اختلاف مذاهبها لا تتكفل إلا ببيان ما يجوز وما لا يجوز من المعاملات بالمعنى العام - واقصد به ما يشمل العقود غير التجارية كالزواج ونحوه - بصيغتها العامة وهيكلها العام، وما يلزم وجوده أو عدمه في صحتها عموماً ومن غير تعرض إلى خصوصيات الموارد، وما تفرضه ظروف المتعاملين اعتباره ضمن المصداق الخاص بهما من ذلك العنوان العام.

بل ذلك أمر يتعذر، بل يستحيل تحديده بجزئياته من قبل المشرع مهما عظم مقامه، أو كبر مدار علمه وإطلاعه، إذ أن ما يمكن أخذه ضمن ما يقع بين بني البشر يومياً، من خصوصيات واعتبارات جزئية، زمانية أو مكانية أو فعلية أو خارجية أو غيرها بما يوسع دائرة العقد أو يضيّقها، مما يحظى بخاصية لدى المتعاملين أو أحدهما، فوق حدّ الإحصاء، بل والتصور أيضاً.

غير أن هذه الأمور الجزئية التي تتجاوز بمفرداتها الكثيرة حد الإحصاء، لا بد وأن تدخل من الناحية القانونية تحت ضوابط ومعايير تحدد ما يصلح منها، وما لا يصلح، وما يؤثر اعتباره سلباً أو إيجاباً على المعاملات والعقود.

وبعبارة أخرى: أن ما يريده المتعاملان وما يختلج في نفسيهما من المعاملة

الجزئية بخصوصيتها وأطرها المميزة لها عن غيرها، يحتوي على كثير مما لم تحوه المبادئ العامة والقواعد الكلية لذلك العقد، مما تفرضه العوامل العرفية والعادية أو الاجتماعية، أو الادبية أو التجارية، أو النظرة المستقبلية، والذي يؤثر بشكل أو بآخر على مفعول العقد ومدى تأثيره، على اختلاف مراتب التأثير، فانه قد يكون تأثيره تأثيراً طفيفاً لا يذكر، وقد يكون الى حد تكون تلك الخصوصية هي نقطة الفصل بين عنوانين وحقيقتين.

إذاً: فلا بد من تحديد الضوابط العامة والقواعد التي تحدد دائرة هذه الالتزامات والخصوصيات، وتفرض ما يكون تأثيره على العقد تأثيراً سلبياً عن الذي يكون تأثيره عليه ايجابياً.

بل يمكن القول - وبجراحة - ان تحديد المبادئ العامة والقواعد الكلية للعقود من دون تحديد ضوابط هذه الالتزامات ومعاييرها، يفقدها قيمتها العملية كاملاً، ويسلبها الحكمة من تشريعها - أعني تنظيم الحياة الاجتماعية للناس - بالمرّة.

ذلك ان من النادر الذي يكاد يلحق بالمعدوم، تصور معاملة خارجية لا تتضمن خصوصية لم تذكر ضمن المبادئ العامة لذلك العقد، او تتعارض مع حدودها تعميماً او تخصيصاً.

خطه البحث

يشكل بحثنا هذا محاولة لدراسة الشرط عند الامامية دراسة وافية ومن جميع جوانبها بدءاً بالحد والتعريف وانتهاءً بالاحكام والآثار، ومروراً بالاقسام وضوابط الصحة، وما قيل أو يمكن ان يقال حول مفردات كثيرة ترتبط ارتباطاً عضوياً مباشراً بالبحث.

ومن الواضح ان ذلك يستلزم مراجعة العشرات من المصادر للفقهاء الجعفري -موسوعات وكتب - ابتداءً بكتب شيخ الطائفة الفقهية وانتهاءً بما أفاده المتأخرون من الاعلام، ودراستها بما يتناسب مع الأصالة في الفكر والعمق في المحتوى اللذين عرف بهما فقه أهل البيت (عليهم السلام) ومدرسة اتباعهم.

وهو ما يعني التعرض لاقوال الاعلام وارئهم - بعد تحرير المسألة وتحديد موضع البحث منها - ومن ثم المقارنة بينها والنظر في ادلتها بروح علمية موضوعية بعيدة عن التعصب والتحكم للوصول الى نتيجة تستقر القناعة عندها وتركن النفس اليها، سواء وافقت بعض تلك الاقوال أم خالفتها، ما دامت هي موافقة للضوابط والمعايير العلمية الرصينة.

واذا اخذنا بعين الاعتبار عدم تعرض الاعلام عموماً - باستثناء ما فعله الشيخ الاعظم (قده) في المكاسب - لدراسة الشرط دراسة مستقلة، وإنما تعرضوا لشتات مسائله وفروعه في مطاوي الابحاث الفقهية الكثيرة - وان كان لمبعض البيوع والنكاح حصة الاسد من ذلك - فما يجعل الباحث مضطراً لأن يبحث في غمار بحر من المسائل والفروع للوصول الى رأي فقيه واحد في مسألة جزئية.

واذا اضفنا الى ذلك اللغة العلمية الصعبة عند الاعلام - لا سيما القدماء - ما يجعل الجزم بارئهم في كثير من الاحيان أمراً غير ممكن، لما يدور حولها من احتمالات

وآراء، عرفنا الجهد المبذول من أجل هذه الدراسة والصعوبات التي ملأت طريقها.
ثم انني بعد ذلك لا أدعي الكمال لنفسي - فالكمال لله وحده - وغاية أمني
أن أكون وفقت لتقديم شيء من أجل خدمة فقه أهل البيت (عليهم السلام)، فان
كان التوفيق حليفي في ذلك فهو، وإلا فعذري اني بذلت غاية الجهد.
والله من وراء القصد وهو الهادي الى سواء السبيل.



مركز تحقيقات کلامی و فقهی اسلامی

المدخل

ويشتمل على مبحثين

١ - معنى الشرط واصطلاحاته

٢ - اقسام الشرط في الاحكام، وتحديد موضوع البحث في هذه

الرسالة



مركز تحقيقات كتابية وعلوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المبحث الأول: معنى الشرط واصطلاحاته

تمهيد

من الواضح ان البحث عن مادة الشرط إنما ينبغي أن يكون عن المبدأ الساري في جميع مشتقاتها والقابلة للهيئات الموضوعية للنسب المتقابلة. وعلى هذا الاساس، لا بد ان يكون معنى الشرط حدثاً عارياً عن جميع النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية والمبنية للفاعل أو المفعول، كما هو شأن المبدأ في جميع المشتقات..

ضرورة ان المتكيف باحدها كالنسبة المصدرية المبنية للفاعل - مثلاً - لا يمكنه ان يكون مبدءاً واصلاً محفوظاً في اسم المفعول - مثلاً - فان المقابل لا يقبل مقابله، كما هو أوضح من ان يخفى.

إذاً: فالشرط المبحوث عنه هو المبدأ الساري في جميع المشتقات. نعم، قد يطلق على المشروط بالحمل الشائع في مقام الاستعمال مسامحة، كاطلاق الخلق على المخلوق.

وسياقي الحديث عنه إن شاء الله عند التعرض للدلالة والنصوص.

تعريف الشرط:

بالمرور على قواميس اللغة وكتب النحو وموسوعات المنطق والفلسفة والفقه والاصول والقانون، نجد تفاسير وتعريف مختلفة للشرط، فان كلاً من ارباب تلك العلوم يحاول تفسيره من زاوية تخصصه ووجهة نظره الخاصة بما يتلائم مع مسائل ذلك

العلم وضوابطه.

ومن هنا نجد اختلافاً ليس بيسير بين تلك التعاريف والحدود، ونحن نتعرض أولاً لسرد تلك الأقوال كي نعرّج بعده للبحث عن امكانية إيجاد جامع بين تلك المعاني أو عدمها.

اللغة:

ففي القاموس: «الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة، ج: شروط... والدون اللثيم السافل، ج: اشراط. وبالتحريك العلاقة، ج: اشراط... واول الشيء ورذال المال وصغارها، والأشراف اشراط أيضاً، ضد»^(١).

ووافقه عليه في تاج العروس، غير أنه أضاف للاول جمعاً آخر هو: (شرائط)^(٢). وفي العين: «الشرط: معروف في البيع، والفعل: شَرَطَ يشرط... والشريط: شبه خيوط تفتل من الخوص، والجميع: الشرط... واشراط الساعة: علاماتها، الواحد: شَرَطٌ»^(٣).

وفي جمهرة اللغة: «الشرط: معروف، والجمع: شروط وأشراط، وأشرط فلان نفسه لهذا الامر، أي جعل نفسه علماً له»^(٤).

وفي لسان العرب: «الشرط: معروف، وكذلك الشريطة، والجمع: شروط وشرائط. والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع: شروط. في الحديث:

(١) القاموس ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢) تاج العروس ج ٥ ص ١٦٦.

(٣) العين ج ٦ ص ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٤) جمهرة اللغة ج ٢ ص ٣٤٢.

لا يجوز شرطان في بيع...، والشرط بالتحريك: العلامة، والجمع: أشراط. وأشرط الساعة: اعلامها... والاشترط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم... والشرط في السلطان: من العلامة والاعداد... واشراط الشيء: أوائله... وأشرط كل شيء: ابتداء اوله»^(١).

وفي اقرب الموارد: «شرط عليه في البيع ونحوه، شرطاً: الزمه شيئاً فيه... الشرط: الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ج: شروط، وفي المثل: الشرط املك عليك أم لك، أي: أن الشرط يملك صاحبه في الزامه إياه المشروط ان كان له أو عليه»^(٢).

وفي معجم متن اللغة: «الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أو في امر من الامور، ج: شروط. والعلامة لغة في الشرط... الشريطة: الشرط بمعنى الزام الشيء والتزامه، ج: شرائط»^(٣).

وفي المعجم الوسيط: «الشرط: ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه... ج: شروط»^(٤).

وفي مختار الصحاح: «الشرط: معروف، وجمع: شروط، وكذا الشريطة وجمعها شرائط. والشريط: حبل يفتل من الخوص»^(٥). وفي محيط المحيط: «شرط عليه في البيع ونحوه... الزمه شيئاً فيه... الشرط: مصدر والزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه. ج: شروط... والشرط أيضاً: الدون اللثيم

(١) لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢) اقرب الموارد ج ١ ص ٥٨٣.

(٣) معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٤ - ٣٠٥.

(٤) المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٨١.

(٥) مختار الصحاح ص ٣٣٥.

السافل. ج: اشراط»^(١).

وفي المنجد: «الشرط (مص) ج: شروط: الزام الشيء والتزامه... شَرَطَ الشيء: شدّه وربطه. الشريط ج: شَرَطٌ خوص مفتول يشَرَطُ به السرير ونحوه... الشريطة ج: شرائط: عصاية من حرير او قطن بيضاء او مختلفة الالوان لا يتجاوز عرضها اربع الاصابع، تعقدها الفتيات على شعورهن وتزين بها الثياب»^(٢).

النحو:

قال في محيط المحيط: «الشرط عند النحاة هو ترتيب وقوع امر على وقوع أمر آخر بواسطة اداة ملفوظة، نحو إن قام زيد قام غلامه»^(٣).

وفي الشامل: «الشرط هو قرن امر بآخر - مع وجود اداة شرط - بحيث لا يتحقق الثاني إلا بتحقيق الاول»^(٤).

وفي المعجم الوسيط: «وعند النحاة ترتيب امر على امر آخر بأداة»^(٥).

وفي المنجد: «وعند النحاة ترتيب وقوع امر على امر آخر بواسطة اداة ملفوظة»^(٦).

وقال الجرجاني: «الشرط تعليق شيء بشيء بحيث اذا وجد الاول وجد الثاني.

وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً

(١) محيط المحيط ص ٤٦٠.

(٢) المنجد ص ٣٨٢.

(٣) محيط المحيط ص ٤٦٠.

(٤) الشامل ص ٥٤١.

(٥) المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٨١.

(٦) المنجد ص ٣٨٢.

في وجوده»^(١).

ويرى الدكتور جمال الدين: «ان الغرض من التركيب الشرطي هو تعليق الحكم الذي يتضمنه الجزء بالحكم الذي يتضمنه الشرط»^(٢).
«فالجملـة الشرطية مثلاً تتضمن عبارتـين كانتا في الاصل جملتين، ثم دخلت عليها اداة ربطت احدهما بالآخرى، فكانت منها جملة واحدة نزلت العبارة الاولى - فيما يقول بعض النحاة - منزلة السبب، والثانية منزلة المسبب، أو نزلت الاولى منزلة القيد، والثانية منزلة المقيد فيما يقول البعض الآخر»^(٣).

الفلسفة والكلام:

ففي الموسوعة الفلسفية: «الشرط مقولة فلسفية تعبر عن العلاقة بين شيء ما والظواهر المحيطة به والتي بدونها لا يكون له وجود، والشئ نفسه شيء متحد، بينما يمثل الشرط تنوع العالم الموضوعي خارج الشئ»^(٤).
وفي محيط المحيط: «الشرط في اصطلاح المتكلمين هو ما يتوقف عليه الشئ، فلا يكون داخلاً فيه ولا مديراً عنه. كما يقولون: لا يكون له وجود بدون الشرط، ولا يلزم أن يوجد عنده»^(٥).

(١) التعريفات ص ٧٢.

(٢) و(٣) البحث النحوي عند الاصوليين ص ٢٥٦.

(٤) الموسوعة الفلسفية ص ٢٥٩.

(٥) محيط المحيط ص ٤٦٠.

القانون:

ففي الموسوعة العربية الميسرة: «الشرط في القانون وصف للالتزام يجعل وجوده أو زواله معلقاً على امر مستقبل غير محقق الوقوع، ويكون الشرط واقفاً أو فاسخاً، ويكون للشرط عند تحققه اثر رجعي يستند الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام المشروط ما لم يتفق على خلاف ذلك، أو اقتضت طبيعة العقد غير ذلك»^(١).

وقال الدكتور السهوري: «الشرط امر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام او زواله، فاذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط كان واقفاً، اما اذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخاً»^(٢).

فيما يرى كولان وكابتيان: «ان المعنى الحقيقي للشرط هو: جعل العلاقة القانونية معلقة على تحقيق حصول امر غير محقق في المستقبل او عدم حصوله. وتعرف المادة ٨١ من قانون الموجبات اللبناني الشرط على النحو الآتي: الشرط عارض مستقبل غير مؤكد، يتعلق عليه تولد الموجب او سقوطه»^(٣).

(١) الموسوعة العربية الميسرة ج ٢ ص ١٠٧٨ - دار نهضة لبنان - بيروت.

(٢) الوسيط في شرح القانون المدني ج.

(٣) النظرية العامة في الشروط في الفقه الاسلامي ج ١ ص ٧.

الاصول:

لم يتعرض علماء الامامية في علم الأصول الى تعريف الشرط وتحديد حدوده ومفهومه بعنوانه في كتبهم وبحوثهم، وعلى الباحث ان يتتبع كلماتهم في تحديد الواجب المشروط ومفهوم الشرط، عسى أن يجد في طياتها ما ينفعه في المقام.

فقد ذكر في الكفاية في مفهوم الجملة الشرطية: «الجملة الشرطية هل تدل على الانتفاء عند الانتفاء، كما تدل على الثبوت عند الثبوت بلا كلام أم لا؟»^(١).

وذكر في تعريف المطلق والمشروط: «والظاهر انه ليس لهم - للاصوليين - اصطلاح جديد في لفظ المطلق والمشروط، بل يطلق كل منها بما له من معناه العرفي»^(٢).

وحكى السيد الحكيم: «عن عميد الدين من ان الواجب المطلق ما لا يتوقف وجوبه على امر زائد على الامور المعتبرة في التكليف من العلم والعقل والقدرة والبلوغ، والمشروط بخلافه، وما عن التفتازاني: الشريف من انه ما لا يتوقف وجوبه على ما يتوقف عليه وجوده، والمشروط بخلافه... وما عن رابع من انه ما لا يتوقف تعلقه بالكل على امر غير حاصل، والمشروط بخلافه»^(٣).

وقال الشيخ المظفر: «ان الواجب اذا قيس وجوبه الى شيء آخر خارج عن الواجب فهو لا يخرج من احد نحوين:

الأول: ان يكون متوقفاً وجوبه على ذلك الشيء، وهو - أي الشيء - مأخوذاً

(١) و (٢) كفاية الاصول ج ١ ص ٣٠٢ - ١٥١.

(٣) حقائق الاصول ج ١ ص ٢٣٠.

في وجوب الواجب على نحو الشرطية، كوجوب الحج بالقياس الى الاستطاعة، وهذا هو المسمى (بالواجب المشروط) لاشتراط وجوبه بحصول ذلك الشيء الخارج^(١). وذكر في تعريف الجملة الشرطية: «ان المتبادر منها - الجملة الشرطية - لا بدية الجزء عند فرض حصول الشرط... فان هذا هو معنى التعليق الذي هو مفاد الجملة الشرطية التي لا مفاد لها غيره»^(٢). وذكر المحقق الصدر في البحث عن مفهوم الجملة الشرطية: «ولا شك في دلالتها على ربط الجزء بالشرط»^(٣).

الفقه:

لم يرد في مجاميع الفقه - رغم سعتها واحاطتها بالفروع - بحث مستقل عن الشرط وماهيته مع ما هو عليه من الاهمية الكبيرة من الناحية الفقهية وجريانه في معظم ابواب الفقه، وإنما تعرض الاعلام - خصوصاً القدماء منهم - لشتات مسائله واحكامه في مطاوي البحث عن فروع منتشرة في جبال متراكمة من مسائل حوتها الموسوعات الفقهية العملاقة، مقتصرين في تعرضهم غالباً على ما اقتضته ضرورة ذاك الباب وما يتم به الحديث عن المسألة المبحوث عنها.

بل لم جد أحداً تعرض للشرط بعنوانه قبل الشيخ الاعظم الانصاري (قده) حيث افرد بحثاً بعنوان الشروط، الحقه بكتابه المكاسب، وتبعه بعد ذلك من تأخر عنه من الاعلام ممن جعل كتابه محوراً لتحقيقه وبحثه.

وهذا مما يجعل الباحث امام مهمة صعبة في بحثه عن آراء الاعلام واقوالهم في جزئيات وخصوصيات محل البحث.

(١) اصول الفقه ج ١ ص ٨٧.

(٢) اصول الفقه ج ١ ص ١١٣.

(٣) دروس في علم الاصول / الحلقة الثانية ص ١٣٩.

تعريف الشيخ الأنصاري (قده)

وكيف كان، فقد ذكر (قده) في مقام الاستدلال على عدم اختصاص العقد باللفظي وشموله للمعاطاة، ما لفظه: «وكذلك قوله صلى الله عليه وآله: المؤمنون عند شروطهم، فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير لفظ»^(١).

وذكر في باب الشروط أن: «الشرط يطلق في العرف على معنيين:-

أحدهما: المعنى الحدتي، وهو بهذا المعنى مصدر شرط، فهو شارط الأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أو عليه...

ثم قد يتجاوز في لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق، فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً ولا حدثاً، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضافين في الفعل والانفعال، بل الشارط هو الجامع، والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب.

فعلم من ذلك أن الشرط في المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر وبمعنى الشيء، وأما استعماله في السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص، مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطاً بالمعنى الثاني، كما أن استعماله في السنة أهل المعقول والاصول فيما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى، إلا أنه أضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلاً

(١) المكاسب ج ٦ ص ١٩١ / مطبعة الآداب النجف.

للسبب.

فقد تلخص مما ذكرنا: ان للشرط معنيين عرفيين، وآخرين اصطلاحيين لا تحمل عليها الاطلاقات العرفية، بل هي مرددة بين الاولين، فان قامت قرينة على ارادة المصدر تعين الاول، او على ارادة الجامد تعين الثاني، والا حصل الاجمال^(١).

تعريف الشهيد الاول (قده):

ولعل الشيخ الاعظم قد أخذ تعريفه للشرط بالمعنى الثاني - ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود - من تعريف الشهيد الاول (قدس سره) - والذي يعتبر أقدم نص في تعريف الشرط لدى فقهاء الامامية - له بقوله: «الشرط لغة: العلامة، وعرفاً: ما يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره لا في وجوده، ومن خاصيته انه يلزم من عدمه العدم، لا من وجوده الوجود، كالطهارة للصلاة والحول للزكاة»^(٢).

وكيف كان، فقد وقعت مقالة الشيخ الاعظم (قده) محوراً للأخذ والرد، وأساساً لتحديد ماهية الشرط، فمن موافق له في المعنيين، الى رافض لهما معاً، مروراً بارجاع المعنى الثاني الى الاول والقول باتحادهما.

ولعرفة الحق من تلك الاقوال لا بد من القيام بجولة حرة بينها.

(١) المكاسب ص ٢٧٥ الطبعة القديمة.

(٢) القواعد والفوائد ج ١ ص ٦٤.

تعريف المحقق الايرواني:

فقد ذكر المحقق الايرواني (قده) انه ليس للشرط إلا معنى واحد هو تقييد أمر بآخر، غاية الامر ان هذا التقييد قد يكون واقعياً خارجاً عن حدود الجعل والاعتبار، وقد يكون جعلياً خاضعاً لاعتبار الجاعل.

فقد ذكر (قده) في تعليقه على المكاسب ما هذا نصه: «ليس للشرط في العرف سوى معنى واحد، وهو تقييد أمر بآخر، اما واقعاً او بجعل جاعل».

فالاول: كتقييد المعلول بعلة، فان المعلول مشروط بوجوده بوجود كل جزء من اجزاء علة، فوجود العلة شرط في وجود المعلول.

والثاني: كما في الشرط في ضمن العقد، فان العاقد يربط بيعه بأمر كذا، فيسمى ذلك الامر شرطاً، ويطلق عليه نفسه كلمة الشارط.

والظاهر ان اطلاق الشرط في السنة النحاة على المقدم في القضايا الشرطية من هذا الباب، فانه شرط جعلي أو واقعي للوجود التالي، فلا يكون لهم اصطلاح خاص في ذلك. وكذا اطلاق الشرط على جزء مخصوص من اجزاء العلة في اصطلاح أهل المعقول من هذا الباب، فقد نقل من العام الى الخاص.

واما الالتزام والالتزام مجموعاً، فضلاً عن الالتزام فقط الشامل للتكليف، او الالتزام فقط وهو التعهد، فليس شرطاً.

نعم، اذا علق تعهده على امر كان ذلك الامر هو الشرط. ولعل اطلاق الشرط على التكليف من باب انه شرط للوصول الى الدرجات»^(١).

(١) تعليقه الايرواني على المكاسب قسم الخيارات ص ٦١ / المطبعة الرشدية - طهران.

رأي المحقق الاصفهاني:-

ويبدو انه قد تبع في ذلك ما ذكره المحقق الاصفهاني (قده) حيث قال: «ان الشرط - على ما في كتب اللغة - يطلق على معان، وهي الالتزام والالتزام في البيع ونحوه، والعهدة، ومطلق الربط والتعليق - بل هو الاصل كما في القاموس - والشق، واول الشيء ومقدمه. والظاهر من الالتزام والالتزام رجوعهما الى معنى واحد يختلف باختلاف المشروط له والمشروط عليه، كما ان الظاهر هو اللزوم الوضعي دون التكليفي، فالالتزام المساوق للايجاب ليس مما يصدق عليه الشرط، بل الالتزام الشرطي هو جعل الشيء لازماً للشخص لا ينفك عنه إلا بالوفاء به، ويساوق العهدة التي عدت معنى آخر للشرط.

بل يمكن أن يقال: ان الشرطية وهي المبدأ بمعنى اللزوم، وهو تارة مجعول بجعل تشريعي كجعله في المعاملة بارتباط عمل او نتيجة بها وجعلها لازماً لها. واخرى مجعول بجعل تشريعي لا في المعاملة، كجعل الصلاة لازمة للطهارة ومتقيدة بها بحيث لا ينفك وجودها عن وجودها.

وثالثة، غير مجعول بجعل تشريعي، كشرطية الوضع والمحاذاة لاحراق النار، فليس لمثل هذا اللزوم جعل، وإنما الجعل للملزم او اللازم تكويناً. وعليه فليس المعنى الثاني - الذي سيجيء الكلام فيه ان شاء الله تعالى - معنى آخر^(١).

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٢٨.

رأي السيد الطباطبائي:-

والاصل في هذه الآراء ما افاده السيد الطباطبائي (قده) حيث ذكر في حاشيته على المكاسب ان: «التحقيق ان الشرط في اللغة والعرف ليس إلا للمعنى المذكور - المعنى المحدثي الذي ذكره المصنف أولاً - وان ما ذكره المصنف من المعنى الثاني الذي جعله جامداً بذلك المعنى راجع الى هذا المعنى»^(١).

رأي السيد الخميني:-

غير ان السيد الخميني (قده) اعتبر محاولة ارجاع المعنى الثاني الى الاول وجعله من المشتقات، او ارجاع جميع المعاني الى معنى واحد من التكلف. قال (قده): «ولقد تكلف بعض المحشين وتصدى لارجاع الثاني الى الاول وجعله من المشتقات، وبعض آخر لارجاع جميع المعاني الى معنى واحد، وهو تقييد امر بآخر إما واقعاً او بجعل جاعل»^(٢).
مضيفاً ان: «الذي يظهر من كلمات اللغويين ان الالتزام والالتزام اما مطلقاً أو في البيع ونحوه احد معانيه، واما المعنى الثاني فلم أر شاهداً عليه في اللغة»^(٣).
ثم خلص الى القول بان للشرط معنيين في العرف:-
١- الالتزام والالتزام في ضمن المعاملات.

(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٠٥.

(٢) (٣) كتاب البيع ج ١ ص ٨٥.

ب - ما علق عليه شيء تشريعاً وجعلاً أو تكويناً وخارجاً.

وقال في مقام بيان ذلك: «انه لا شبهة في صدق الشرط عرفاً ولغة على الالتزام والالتزام في ضمن المعاملات، سواء كان الالتزام او الاشتراط بعنوانها أو بالحمل الشائع، بل الظاهر ان مطلق الجعل في ضمنها - سواء كان الزاماً أم مستتباً له، أم كان الالتزام من احكامه - يكون شرطاً عرفاً.

كما ان له معنى آخر في العرف، وهو ما علق عليه شيء تشريعاً وجعلاً أو تكويناً وخارجاً، فيصدق على نحو الجعالة والسباق وسائر الشروط المتداولة بين الناس مما جعل شيء معلقاً على شيء، فيقال للمعلق عليه الشرط لا بمعنى الشرط المصطلح النحوي، فلا تغفل، كما انه يطلق بهذا المعنى ايضاً على ما يتوقف عليه وجود شيء ويلزم من عدمه العدم»^(١).

ثم انه (قد ه) قد صرح في توضيحه للمعنى الاول بأن الارتباط بين الالتزام والالتزام وبين العقد الذي يحويهما ليس إلا الحيشية الظرفية، بان يكون البيع ونحوه وعاءاً وظرفاً لذلك الالتزام والالتزام فقط، ومن دون ارتباط احدهما بالآخر اطلاقاً، فكل منهما - العقد والالتزام والالتزام - مستقل عن الآخر من جميع الحشيات، سواء التعليق او التقييد او غيرهما، إلا الحيشية الظرفية، حيث يكون العقد وعاءاً للالتزام والالتزام.

قال (قد ه) : «الظاهر منها انه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا أن البيع معلق عليه او متقيد به، ضرورة ان البيع المعلق على الشرط لا يكون الشرط فيه، وكذا الحال في المتقيد»^(٢).

وقال في موضع آخر: «ان الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار

(١) المصدر نفسه ص ٨٧ - ٨٨.

(٢) المصدر نفسه ص ٨٦.

البيع، لكن يعتبر في تحقق عنوانه وتحققه ان يقع في ضمن العقد من غير تقييد مطلقاً لا للعوضين ولا للانشاء ولا المنشأ^(١).

رأي الامام الخوئي:-

تعرض السيد الوالد - رحمه الله - لبيان معنى الشرط وحقيقته والمائز بينه وبين القيد في موارد عديدة من ابحاثه الفقهية، وحاصل ما اختاره:-

«ان الشرط في العقد ليس بمجرد مقارنة التزام بالتزام أو امر آخر، وإنما هو نحو ارتباط بين الشرط والمشروط، يقتضي تعليق نفس المنشأ والعقد على التزام المشروط عليه بشيء، أو تعليق التزامه بالمنشأ والوفاء به على شيء، على سبيل القضية مانعة الخلو فانها قد يجتمعان معاً.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق نفس العقد على التزام المشروط عليه بشيء، بحيث لو لم يلتزم به لما كان الاول منشأ لذلك العقد، كاشتراط الزوجة الاستقلال في السكنى او عدم اخراجها من بلد اهلها فيصح بقبول الآخر.

وقد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشأ والوفاء به على شيء في الخارج، فيكون العقد فيه مطلقاً وغير معلق، وانما المعلق التزامه ووفاءه به، ويرجع هذا في الحقيقة الى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب، كاشتراط الكتابة او العدالة في قبول بيع العبد.

وقد يجتمعان معاً كما اذا اشترط احد طرفي العقد على الآخر عملاً معيناً كخياطة ثوب او كتابة شيء، فانه يكون من تعليق العقد على التزام الآخر بذلك العمل، وتعليق التزامه بذلك العقد والوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج»^(٢).

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

(٢) مباني العروة الوثقى / كتاب المضاربة ص ٤٠ - بتصرف.

رأي السيد السبزواري:-

أما السيد السبزواري فقد التزم بأن: «المعنى الجامع للشرط في جميع استعمالاته الشد والربط، ويستعمل بهذا المعنى في التكوينيات، كشرطية المحاذاة للاحراق، وطلوع الشمس للنهار، وفي المجعولات الاعتبارية - شرعية كانت او عرفية - كشرطية الطهارة للصلاة، والقدرة على التسليم - مثلاً - . ويعبر عن القسم الثاني بالتعهد ايضاً، لان التعهد بشيء نحو شد وربط له بالعهد، فالجامع القريب بين جميع موارد استعماله انما هو الشد، سواء استعمل في الفقه او في الاصول أو العلوم الادبية وغيرها.

ولو قيل: ان مادة الكلمة كانت بحسب الاصل (الشد) فبدلت احدى الدالين (راء) والاخرى (طاء) توسعة في الاستعمالات، لم يكن به بأس»^(١).

ثم اضاف: «وقد أتعب بعض مشايخنا (قده) نفسه الشريفة في ارجاع ذلك كله الى الالتزام، ولكنه خلاف المنساق منها عرفاً»^(٢).

رأي السيد الروحاني:-

وقد ذهب الى هذا الرأي أيضاً السيد الروحاني، فإنه وبعد تعرضه لذكر الاقوال والمصطلحات في المسألة، خلص الى ان «للشرط معنى واحد واطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهو تقييد أمر باخر، غاية الأمر ان هذا التقييد والربط قد يكون

(١) و(٢) مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ النجف.

تكوينياً كربط احراق النار بالمحاذاة، وقد يكون مجعولاً بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطاً للصلاة، وقد يكون مجعولاً بجعل المتعاملين، وليس له معنى آخر^(١).

هل هناك جامع بين الاقوال؟

بعد استعراض الاقوال والآراء بالنسبة لمعنى الشرط، ومعرفة أن العمدة التي انصبت عليها انظار الاعلام ووقعت موضع النقض والابرام قولان:-

١ - الالتزام والالتزام في عقد آخر كالبيع ونحوه.

٢ - الربط والشد.

وبعد الاطلاع على ما ذكره بعضهم من ان محاولة ارجاع المعاني المذكورة للشرط الى معنى واحد من التكلف واتعاب النفس ، نعود لنبحث عن جامع بين هذين القولين واختيار ما ينبغي قوله في المقام.

فنقول: ان استقصاء علمياً مبنياً على تتبع موارد استعمال الشرط لدى العرف وملاحظة المتفاهم عندهم لدى الاطلاق ، يعطينا عدم استقلالية المعنى الاول في قبال الثاني، وان مرجعه ومآله اليه وان اختلف التعبير في مقام البيان.

ذلك ان الظاهر الذي لا ينبغي الشك فيه انه ليس المراد من تعريف الشرط بكون الالتزام والالتزام في ضمن عقد آخر، كونه الالتزام والالتزام المظروفين لعقد آخر كيفما تحققا في ضمنه ولو على الظرفية والاستقلال وبمجرد المقارنة، فان ذلك ليس بمراد القائلين بهذه المقالة قطعاً، فان مجرد استبطان عقد لالتزام والتزام على نحو المقارنة وصرف الظرفية، لا يعني صدق الشرط عليه عرفاً وسريان وجوب الوفاء اليه، بل ان ذلك انما يتحقق فيما اذا تضمنت تلك الظرفية لعلقة ربطية تشد احدهما بالآخر، وتجرد

(١) فقه الصادق ج ١٤ ص ٢٨٥ / المطبعة العلمية - قم.

كلاً منها عن الاستقلالية، فلا الشرط هو الالتزام والالتزام الذي لا علاقة له بالعقد، ولا العقد هو الظرف الذي لا ربط له بالشرط.

فانه اذا باع احد غيره شيئاً ووعد في ضمن العقد او مقارناً له أمراً، لم يكن ذلك التقارن الاستقلالي الحاصل بين هذين الالتزامين بما هو هو وفي حد ذاته مستوجِباً لصدق الشرط على ذلك الوعد، ومن ثم وجوب الوفاء به بتبع الوفاء بذلك العقد.

فما عن بعضهم من ان «الظاهر منها انه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا ان البيع معلق عليه او متقيد به»^(١) مما لا يمكن المساعدة عليه على ما ستعرفه قريباً ان شاء الله.

والحاصل: انه لما لم يكن المراد من الالتزام والالتزام في ضمن عقد آخر، هو مجرد عائية عقد وظرفيته لالتزام آخر في ضمنه مع احتفاظ كل منها باستقلاليته وانعزاله عن الآخر، كان مرجعه الى نحو من الربط والشد واناطة كل منها بالآخر وتقييده به على نحو يقتضيه موضوع ذلك العقد وضوابطه وحدوده المعينة من قبل الشارع او القانون لا محالة.

إذا فالذي يلخص من البحث، ان الحق في المقام مع القائلين بوحدة معنى الشرط عرفاً، وان الاصل فيه هو نحو من الربط والشد، حيث يقوم الشرط بدور ربط نفس المنشأ وشده بالتزام المشروط عليه بشيء، او ربط التزامه بالمنشأ ووفائه به بذلك الشيء على نحو القضية مانعة الخلو.

ثم ان تفسير الشرط بالربط وان لم يرد في شيء من كلمات أهل اللغة - باستثناء صاحب المنجد - إلا ان وضوحه عرفاً، بعد اعتماد كثير من أهل اللغة على ذلك، حيث اكتفوا في مقام تفسيره بكونه معروفاً بالاضافة الى اتفاقهم على اطلاق

الشريط على الحبل أو الخيط الذي يفتل من خوص ونحوه، ساعدنا على المصير اليه والتزامه في مقام التعريف.

ثم انه الى هذا المعنى يرجع كل ما قيل في تعريف الشرط وما ذكر من المصطلحات، فان اكثرها يعود الى استعمال المعنى العام في بعض مصاديقه وافراده، كما هو الحال بالنسبة الى اكثر ما ورد عن اللغويين، وكذا ما ورد في السنة النحاة من اطلاقه على الجملة الواقعة عقيب اداة الشرط، واطلاقه في السنة أهل المعقول على جزء من اجزاء العلة، أو ما ذكر في التعريف من استلزام عدمه للعدم، فان الاطلاق في جميع تلك الموارد إنما هو بلحاظ تقييد أمر بآخر وارتباطه به بنحو ارتباط تكويني، أو جملي، شرعي أو بجعل المتعاقدين واتفاقهما عليه.

وعلى ضوء ما تقدم يظهر انه لا وجه للالتزام في المقام بالاشتراك اللفظي وتعدد الوضع، فان الشرط في جميع الموارد بمعنى واحد، وهو الربط، غاية الأمر ان كيفية الارتباط ومصاديقه تختلف باختلاف الاطلاقات والموارد.



وقفه مع الاقوال والآراء-

بعد أن عرفنا أن للشرط معنى واحداً عرفياً يجمع بين شتات موارده ومصاديقه ويرجع اليه اكثر ما قيل في المقام، ألا وهو الربط والاناطة وتقييد نفس المنشأ أو التزامه به على شيء على سبيل منع الخلو، لابد لنا-وقبل ان نختم الحديث عنه-ان نسعى لتقييم مدى تعبيره عن المطلوب وضبطه لحدود المعرف، وما يمكن ان يقال حول كل رأي من تلك الآراء.

ثم ان الاسلوب الفني وان كان يقتضي ذكر كل ما يدور حول كل قول بعد ذكره مباشرة، إلا ان حرصنا على عدم تشتيت الفكر والخروج عن الهدف الاساس في استعراض الاقوال والآراء، لاسيما ان بعض الابحاث التي تذكر في هذا المقام خارجة عن صميم البحث ومحل الكلام، جعلنا تؤثر التعرض لتلك الملاحظات في وقفة

مستقلة مع الاقوال.

وكيف كان فالكلام في نقاط:

النقطة الاولى:- تعريف البيع بالالزام والالتزام.

وفيها مباحث ثلاثة متسلسلة ومتفرعة بعضها عن بعض.

أ - هل يصح تفسير الشرط بالالزام والالتزام؟

ب - هل الشرط مطلق الالزام والالتزام او خصوص ما يكون في ضمن عقد

آخر؟

ج - وعلى الثاني فهل العقد مجرد وعاء لها، أو هما مرتبطان به برابط التقيد

والتعليق؟

١- تفسير الشرط بالالزام والالتزام.

عرفت ان اكثر الاصحاب قد اخذوا في تعريف الشرط الالزام والالتزام وذلك

- فيما يبدو - تبعاً لما ورد في اللغة، وما ذكره الشيخ الانصاري (قده) من كونه احد

المعنيين العرفيين له.

ويلاحظ على هذا الرأي:-

اولاً:- ان التأمل في معنى الشرط وموارد استعماله الطبيعية الخالية من العناية

والتسامح، يعطينا كونه معنى حرقياً قائماً بالغير ولا يمكن فصله عن طرفيه - العقد

ومتعلق الشرط - ولحاظه مستقلاً ومجرداً عنها، فلا يصح تفسيره وتعريفه بالالزام

والالتزام اللذين هما من المعاني الاسمية القائمة بالذات والاستقلال.

ثانياً:- عدم التضاييف والترادف بين المعنيين.

رغم ان التعريفات العرفية ليست حدوداً للمعرف بالمعنى الدقيق فلا يعتبر

فيها التطابق من جميع الحثيات والخصوصيات - كالتعدي واللزم وما شاكلهما - معه،

الا ان عدم الترادف بين المعرف - بالكسر - والمعرف - بالفتح - وعدم صحة استعمال

أحدهما مكان الآخر، يبقى حداً فاصلاً مائزاً بين صحة التعريف وعدمها.

ونحن اذا تأملنا في المشتقات المتعارفة المستعملة في المحاورات العرفية من

المبدأين - أعني الشرط من جهة والالزام والالتزام من جهة أخرى - وجدنا عدم التطابق والترادف بينهما، بل وعدّ استعمال أحدهما مكان الآخر من الأغلاط المستهجنة، آية تكشف عن عدم الاتحاد بينهما، وإن الشرط لا يساوق الالزام والالتزام. فمثلاً إذا كلف زيد عمرواً بالخياطة والزمه بها - ابتداءً أو في ضمن عقد آخر - فقبل عمرو ذلك وتعهد بها، فإنه يقال لزيد: إنه الملزم والمكلف - بالكسر - ولعمرو: إنه الملزم والمكلف - بالفتح - والملتزم والمتعهد - بالكسر - وللخياطة، إنها المكلف بها والملزم عليها، وطرف الإضافة في الالزام والالتزام هو عمرو، فإنه المكلف بالخياطة والملزم بها، لا البيع المتضمن لها، فإنه لا معنى لأن يكون البيع أو العقد المتضمن لها هو المكلف والملزم بالخياطة كما هو واضح.

وهذا على العكس من مشتقات المبدأ الآخر - الشرط - وطرف الإضافة فيه، فإنه لا يصح منها في المثال المتقدم إذا أبدل التكليف والالزام بالشرط سوى اسم الفاعل فقط، فيقال لزيد في المثال أنه الشارط، وأما باقي المشتقات فاستعماله في المثال غلط فظيع، فلا يقال لعمرو أنه مشروط، ولا يصح أن يقال: شرط زيد عمرواً، ولا للخياطة أنها مشروط بها، بمعنى كون عمرو ملزماً بها. نعم، يصح إطلاق المشروط بها على الخياطة بلحاظ العقد المتضمن لها، لا عمرو والملزم بها.

والحاصل: أن عدم صحة استعمال أحد المبدأين مكان الآخر دليل واضح على عدم الترادف بين المبدأين وعدم كون الشرط هو الالزام والالتزام. والعجب من الشيخ الانصاري (قده) أنه رغم التفاته إلى هذه العلامة وتمسكه بها في استدلاله على جمود المعنى الثاني للشرط - ما يلزم من عدمه العدم - لم يتعرض إليها بالنسبة إلى المعنى الأول - الحديثي -.

قال (قده): «الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولاً، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً ولا حدثاً، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايقين في الفعل والانفعال، بل الشارط هو الجامع، والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر

والفتح المشتقين من السبب»^(١).

فانك قد عرفت جريان ما أفاده رحمه الله في المعنى الثاني الذي اختار جموده في المعنى الاول الحديثي اتفاقاً، فالالزام فاعله زيد ومفعوله عمرو، والحال انه لا يصح اطلاق المشروط على عمرو رغم صحة اطلاق الشارط على زيد، فان المشروط هو العقد المتضمن له.

ومن هنا يظهر انه ليس السبب في عدم التضائف كون المعنى الثاني جامداً وكون الاشتقاق فيه مصنوعاً على خلاف الاصل، بل السبب هو اختلاف المبدأين و اللفظين في المعنى، وعدم كون احدهما مساوقاً ومرادفاً للآخر.

وهذا بخلاف الالتزام بكون الشرط بمعنى الربط والتعليق، حيث تجد كمال التطابق والترادف بين المبدأين واللفظين - الشرط والربط في الجملة - في اشتقاقاتها وموارد استعمالها المتعارفة في موارد الانشاء والاعتبار، فاذا باع زيد ماله لعمرو - مثلاً - والزمه في ضمن البيع بعمل ما كالحياطة ونحوها على وجه التقييد والربط بين العقد والشرط، فانه كما يصح اطلاق الشارط على زيد، والمشروط على البيع، والمشروط بها على الحياطة، يصح اطلاق الرابط والمربوط والمربوط بها عليهم، كما انه وبلحاظ ان المثال يتضمن نفعاً عائداً لزيد، وضييقاً والزاماً على عمرو، صح اضافة (له وعليه) عليهما، فيقال لزيد انه المشروط له، ولعمرو انه المشروط عليه.

نعم، كثيراً ما يطلق الشرط على المشروط به، إلا انه كاطلاق الخلق على المخلوق من المسامحة في التعبير والمجاز في الاستعمال قطعاً.

ب - هل الشرط مطلق الالزام والالتزام، أم خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر؟

عرفت من استعراضنا لمعنى الشرط، أن جلّ من ذكر الالزام والالتزام معنى

ب - هل الشرط مطلق الالتزام والالتزام، ام خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر ٣٧

له قيدهما بكونهما في بيع ونحوه، بل لم نجد في كلمات أهل اللغة من أطلقهما في مقام التعريف عدا ما في المنجد من قوله: «الشرط: (مص) ج: شروط: الزام الشيء والتزامه»^(١) وما في معجم متن اللغة من قوله: «الشريطة: الشرط بمعنى الزام الشيء والتزامه»^(٢).

وارادتهما للمطلق من كلامهما لا تخلو من تأمل، فان كلام صاحب المنجد مسبق بقوله: «شرط عليه في بيع ونحوه: الزمه شيئاً فيه». كما ان الظاهر كون صاحب معجم متن اللغة بصدد تعريف «الشريطة» وبيان انها بمعنى الشرط، لا ذكر الشرط بحدوده وبيان انه مطلق الالتزام والالتزام في مقابل كونه خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر، ولعل عدم ذكره للقيّد في هذا المقام جاء اعتماداً على تصريحه به في مقام تعريف الشرط نفسه، حيث قال: «الشرط: الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أو في امر من الامور»^(٣).

على انه لا اثر لتفردهما بالاطلاق بعد اتفاق سائر ارباب اللغة - خصوصاً القدماء منهم، والمصادر الاصلية للغة - على التقييد.

غير ان الفقهاء - رغم الاتفاق اللغوي - قد اختلفوا في صدق الشرط على التعهد الابتدائي، وشموله لمطلق الالتزام والالتزام حتى ولو لم يكن في ضمن عقد آخر. أقول: اما بناءً على المختار من كون معنى الشرط هو الربط والتعليق، فعدم صدقه على التعهد الابتدائي أو ما يسمى في المصطلح بالوعد، أوضح من ان يخفى، إذ الربط - على ما عرفت - من المعاني الحرفية القائمة بالغير والذي لا يمكن فصله عن طرفيه ولحاظه مستقلاً ومجرداً عنها.

(١) المنجد ص ٣٨٢.

(٢) معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٥.

(٣) معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٤.

وقد صرح بهذا الترتب - تفسير الشرط بالربط، والقول بعدم شموله للشروط الابتدائية - أكثر من تبني هذه الفكرة.

قال السيد الوالد - قده - : «ان الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين، وقد اشير اليه فيما حكى عن القاموس من ان الشرط هو الالتزام في بيع ونحوه. وفي اقرب الموارد: شرط عليه في البيع ونحوه شرطاً: الزمه شيئاً فيه. وإذا فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية»^(١).

وقال في مقام الاستدلال على وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز: «لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فانه غير مختص بالشروط في ضمن العقود اللازمة، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط، سواء أكان في ضمن عقد لازم أم جائز، بل لو لم يكن الشرط ظاهراً في نحو ارتباط شيء بشي، لقلنا بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية، لكن الامر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائي ليس شرطاً في الحقيقة وانما هو وعد محض»^(٢).

وقال المحقق الروحاني: «وبالجملة: للشرط معنى واحد واطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهو تقييد امر بآخر... ثم ان الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية وهو واضح»^(٣).

بل لم اجد فيمن التزم بهذه المقالة في الشرط من قال بشموله للتعهدات الابتدائية عدا السيد السبزواري، فانه رغم التزامه في معنى الشرط بالتعهد والربط قال بالاطلاق وشموله لما لم يكن في ضمن التزام آخر.

قال في مهذب الاحكام ما نصه: «وكيف كان، فهل يعتبر أن يكون هذا الشد

(١) مصباح الفقاهه ج ٢ ص ١٤٢ المطبعة الحيدرية - نجف.

(٢) مباني العروة الوثقى كتاب المضاربة ص ٤٢.

(٣) فقه الصادق ج ١٤ ص ٢٨٥.

ب - هل الشرط مطلق الالتزام والالتزام، ام خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر ٣٩

والربط في ضمن التزام آخر أم لا؟ مقتضى الاصل والاطلاق واستقلالية المفاهيم الاسمية في مرتبة ذاتها عدم اعتبار ذلك، فيصح استعماله مستقلاً في المحاورات الصحيحة العرفية من دون ان يكون في ضمن التزام آخر، فيقال: شددت حبل مودتك بعنقي، وربطت رأبي برأيك، تعهدت لك بكذا، وشرطت لك على نفسي بكذا، والكل صحيح في المحاورات، ولا يعد ذلك غلطاً محاورياً^(١).

وفيه: ان دعوى استقلالية معنى الربط وكونه من المعاني الاسمية في حيز المنع جداً، فان الامر على العكس من ذلك تماماً، لما عرفته من كون الشرط من المعاني الحرفية القائمة بطرفيها.

وأما ما ذكره من الأمثلة، فالاستشهاد بصحة قول القائل: «شددت حبل مودتك بعنقي، وربطت رأبي برأيك» مردود بانه ليس الشرط هو الربط والشد بعينها وبقول مطلق، كي يشهد بصحة استعمالها مستقلاً من غير ان يعد ذلك من الاغلاط المحاورية، وإنما هو نوع علقه ربطية يشد الالتزام بين الشارط والمشروط عليه والمشروط والمشروط فيه، بحيث يكون لكل منها دور في انشائه وإيجاده.

وبعبارة اخرى: ان مفهوم الشرط لا يساوق مفهوم الربط بقول مطلق، وإنما هو نوع ربط قائم بين المشروط والمشروط فيه يُجَدِّثُهَا كُلٌّ مِنَ الشَّارِطِ وَالْمَشْرُوطِ عَلَيْهِ إيجاباً وقبولاً، وإلا فاطلاق الربط والشد واستعمالها في موارد بعيدة عن العقد وما شاكلة اكثر من ان يحصى، فيقال: ربطت زيدا بالشجرة، وشددت المتاع بالحبل، الى غيرهما من موارد الاستعمال العرفي الصحيح.

واما الاستشهاد بقوله: «تعهدت لك بكذا» فهو أجنبي عن محل الكلام، فان التعهد مساوق للالتزام لا الشرط، واستعماله مستقلاً مما لا خلاف فيه.

واما استشهاده باستعمال مادة الشرط مستقلاً في قولنا: «شرطت لك على

نفسى كذا» فستعرف الحال فيه عند التعرض لموارد استعمال هذه الكلمة في النصوص ، وان موارد استعمالها مستقلاً لا تخلو عن مسامحة وعناية، فلاحظ.

هذا كله بناءً على تعريف الشرط بالربط والتقييد، واما بناءً على مذهب المشهور بين الاعلام من تفسيره بالالزام والالتزام، فهل يعم مطلق الالزام والالتزام وان كانا بمعزل عن أي عقد يرتبطان به، أم يختص مفهومه بالمرتبطتين بمعاملة اخرى؟ يبدو ان المسألة محل خلاف كبير بين الملتزمين بهذه المقالة - الالزام والالتزام:-

فقد جزم الشيخ الانصاري (قده) في مقام الاستدلال على لزوم المعاطاة بقولهم (ع): «المؤمنون عند شروطهم»، بأن الشرط لغة مطلق الالزام. قال (قده): «وكذلك قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فان الشرط لغة مطلق الالزام فيشمل ما كان بغير اللفظ»^(١).

وقال في باب الشروط: «وظاهره - تفسير صاحب القاموس له بالزام الشيء والتزامه في البيع وغيره - كونه في الالزام الابتدائي مجازاً أو غير صحيح ، لكن لا اشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريره: «إن قضاء الله أحق، وشروطه أوثق، والولاء لمن اعتق»^(٢).

مركز حقیقت کا پیوتر علوم اسلامی

(١) المكاسب ج ٦ من الطبعة الحديثة ص ١٩١.

(٢) لم يرد هذا النص بهذا الشكل في شيء من كتب الحديث للفريقين، فالمروي عن طرق الامامية لم يتضمن غير قوله (ص): «والولاء لمن اعتق»، فعن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله (ع) عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الأمة، قال: امرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزع نفسها منه. قال: وروي لمن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة واعتقتها، فخيرها رسول الله (ص) وقال: إن شاءت أن تقرأ عند زوجها، وإن شاءت فارقتها، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولأهلها، فقال رسول الله (ص): الولاء لمن اعتق...» الحديث، الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٢.

والمروي عن طرق العامة: «ان بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها

ب - هل الشرط مطلق الالتزام والالتزام، ام خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر ٤١

وقول امير المؤمنين صلوات الله عليه في الرد على مشروط عدم التزوج بامرأة اخرى في النكاح: (ان شرط الله قبل شرطكم)^(١) وقوله: (ما الشرط في الحيوان قال: ثلاثة ايام للمشتري قلت: وفي غيره؟ قال: هما بالخيار حتى يفترقا)^(٢).

وقد اطلق على النذر او الوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح^(٣) وقد اعترف في الحدائق بان اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار.

واما دعوى كونه مجازاً، فيدفعها مضافاً الى اولوية الاشتراك المعنوي والى ان المتبادر من قوله: شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام، استدلال الامام عليه السلام بالنبوي: (المؤمنون عند شروطهم) فيما تقدم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط

←

شيئا، فقالت لها عائشة: ارجعي الى اهلك، فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لاهلها فابوا، وقالوا: ان شأمت ان نحسب عليك فلتفعل، وليكن لنا ولاؤك. فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله فقال رسول الله (ص): ابتاعي فاعتقي، فانها الولاء لمن اعتق. قالت، ثم قام رسول الله (ص) فقال: ما بال اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله عزوجل، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وان شرط مائة مرة، شرط الله عزوجل احق وأوثق» مسند احمد بن حنبل ج ٦ ص ٨١ المكتب الاسلامي - دار صادر - بيروت.

وقد رواه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٢٣٨. نعم رواه في موضع آخر (ج ١٠ ص ٢٩٥) بنفس السند وفيه «قضاء الله احق، وشرطه أوثق، وانها الولاء لمن اعتق» وهو اقرب شيء الى المذكور في المتن.

(١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) قال: «قضى امير المؤمنين (ع) في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى اهلها ان تزوج عليها امرأة، او هجرها، او اتى عليها سرية، فانها طالق فقال: شرط الله قبل شرطكم» الحديث، الوسائل ج ١٥ ب ٢٠ من ابواب المهور ح ٦.

(٢) رواه الفضيل عن ابي عبد الله (ع)، الوسائل ج ١٢ ب ٣ من ابواب الخيار ح ٥.

(٣) فعن منصور بن بزرج، عن عبد بن صالح (ع) قال: «قلت له ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فاراد ان يراجعها فأبت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها او لا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله (ص) قال: «المؤمنون عند شروطهم»، الوسائل ج ١٥ ب ٢٠ من ابواب المهور حديث ٤.

على النذر أو العهد، ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرده به، ولعله لم يلتفت الى الاستعمالات التي ذكرناها وإلا لذكرها ولو بعنوان يشعر بمجازيتها»^(١).

غير انه (قده) ذكر في مقام بيان شروط صحة الشرط ما هذا نصه:

«الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف وسيأتي، لأن المشروط عليه إن انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً...»^(٢).

اللهم إلا أن يقال: انه رحمه الله في هذا المقام بصدد بيان احكام الشرط دون حدوده ومفهومه.

ومن هنا فعدم وجوب الوفاء به، للاجماع - على ما يظهر منه - أو غيره، لا يلزم عدم دخوله في حقيقة الشرط ومفهومه.

ووافقه عليه العلامة الطباطبائي في حاشيته. قال (قده): «قد عرفت ان المعنى هو الجعل والتقرير والاثبات، وهو وان كان يمكن ان يكون جعلاً خاصاً وهو ما كان في ضمن العقد، إلا ان التحقيق حسبما ذكره المصنف (قده) كونه اعم، فهو حقيقة في الشرط الابتدائي أيضاً»^(٣).

واختاره المحقق الرشتي (قده) في مقام الاستدلال على لزوم المعاطاة. قال رحمه الله «والاشكال في صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية، مستشهداً له بأن المتبادر منه عرفاً هو الالتزام التابع، اعتماداً على موارد من الامثلة مما لا يخلو عن نظر»^(٤).
غير ان التزامه هذا مغاير لصريح ما التزم به في مقام الاستدلال على صحة

(١) و(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٥ - ٢٨٢.

(٣) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٠٦.

(٤) فقه الامامية / قسم المعاملات ص ٦١ / مطبعة الحيدري - طهران.

ب - هل الشرط مطلق الالتزام والالتزام، ام خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر ٤٣

المعاطاة بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» حيث ذكر: «أن صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية محل منع، فإن المتبادر من الشرط إنها هو الالتزام التابع، كما تشهد بذلك موارد الاستعمالات العرفية»^(١).

واليه ذهب السيد الخميني (قده) حيث قال: «ثم على فرض ارادة المعنى الاول - الالتزام والالتزام - فهل تشمل الالتزامات الابتدائية اولا؟ الظاهر المتبادر من الشرط هو الضمني، ولا يطلق على الابتدائي بنحو الحقيقة، فاذا التزم اتيان شيء لا يقال: شرط اتيانه أو شرط عليه ذلك، ولا اقل من الشك في الشمول،

ودعوى تبادر الاعم ضعيفة، واستعماله في الروايات او غيرها في الابتدائي أعم من الحقيقة، مع امكان التفصي عن الجمل او الكل»^(٢).

وكيف كان، فشمول مفهوم الشرط للالتزامات الابتدائية المستقلة لا يخلو من خفاء بل منع، فانه على تقدير تفسيره بالالتزام والالتزام مقيد بكونها في ضمن عقد آخر، وتفسيره بالمطلق لم نتحقق قائله من أهل الخبرة، وأوضح منه الحال على تقدير تفسيره بالعلقة الربطية المحدثه من قبل الشارط والمشروط عليه بين المشروط والمشروط فيه.

على انه يكفينا في مقام التفتي الشك في الشمول، فإن عمومه له وصدقه عليه هو المحتاج الى الاثبات.

ومما يؤيد ما اخترناه من عدم الشمول، اتفاق الاصحاب على عدم وجوب الوفاء به، فانه وان كان المدرك فيه هو الاجماع عليه - كما قيل - إلا ان التمسك به، مع وجود المخالف على ما عرفته من مقالة الشيخ الاعظم (قده)، في قبال النص الصحيح الصريح «المؤمنون عند شروطهم» بناءً على شموله له، كما ترى.

(١) فقه الامامية / قسم المعاملات ص ٤٤ / المطبعة الحيدرية - طهران.

(٢) كتاب البيع ج ١ ص ٨٩ - ٩٠.

ج - علاقه العقد بالشرط المذكور في ضمنه

بعد ان عرفنا كون الشرط الجعلي بمعناه الجامع او معانيه المتعددة، امراً مرتبطاً بالعقد الذي يحويه، سواء أكان ذلك العقد هو البيع أم غيره، يقع الكلام في تحديد نوع ذلك الارتباط والعلاقة، وهل ان ذلك الارتباط يقف عند حد الظرفية المجردة، ام يرقى الى حد التعليق والتقييد؟

المشهور بين الاصحاب شهرة تكاد تبلغ حد الاتفاق هو الثاني.

قال الشيخ الاعظم (قده) في تعليل عدم وجوب الالتزام بالشرط المذكور خارج العقد: «لأن المشروط عليه إن انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً، وإن كان اثره مستمراً في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان الى حين حصول المطلوب، وإن وعد بايقاع العقد مقروناً بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له.

نعم، يمكن ان يقال: ان العقد اذا وقع مع تواطئها على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط...»^(١).

وعبارته (قده) كما تراها ظاهرة في كون العبرة في وجوب الوفاء به ولزومه بعنوان الشرط - الذي هو محل الكلام - كون العقد مقيداً به صريحاً كالشرط المذكور في متنه، أو على نحو التواطؤ عليه بحيث يكون قيداً معنوياً له.

وتبعه على ذلك السيد الطباطبائي (قده) في حاشيته، قال رحمه الله في تعليل

وجوب الوفاء بالشرط الذي وقع العقد مبنياً عليه وان لم يذكر في متنه: «والوجه فيه: صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ والتباني، فيشملة عموم قوله صلى الله عليه وآله «المؤمنون» وايضاً هو قيد معنوي للعقد، فيدل عليه عموم اوفوا بالعقود»^(١). وذكر ايضاً: «انه بناءً على عدم الاعتبار بالشروط البدوية، فاللازم ذكر الشرط في العقد على وجه يرتبط به، وإلا فلو التزم في عقد البيع بخياطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع على وجه يكون جزء من المبيع ويكون تخلفه موجباً للخيار، لا يكون إلا شرطاً بدوياً، فالمراد من الشرط البدوي ما لم يرتبط بالعقد وان ذكر في ضمنه على وجه الاستقلال، وهو واضح»^(٢).

وعبارته الاخيرة اصرح تعبير في رفض مجرد العلقه الظرفية بين الشرط والعقد. وقال المحقق الشهيدي (قده) في رد تفسير الشرط بها في القاموس من كونه الزام الشيء والتزامه: «ومقتضى هذا التفسير صدق الشرط بمجرد قول البائع: بعثك هذا بهذا، وألزمتك على ان تخطط ثوبي، وقول المشتري قبلت ببيعه به والتزمت بخياطة ثوبك من دون ان يكون هناك احداث ربط وتقيد للبيع والمبيع أو الثمن بالخياطة بل لم يكن هناك إلا صرف كون صيغة البيع ظرفاً لذلك الالزام والالتزام، وستعرف فساد»^(٣).

بل لم يعهد القول بخلاف ذلك، والالتزام بكون العقد مجرد وعاء وظرف للشرط من غير السيد الخميني (قده) حيث التزم بذلك صريحاً.

قال (قده): «وكذا الظاهر منها - القاموس واقرب الموارد - انه الالزام الذي ظرفه البيع، لا ان البيع معلق عليه او متقيد به، ضرورة ان البيع المعلق على الشرط

(١) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم المعاملات ص ١١٨.

(٢) المصدر نفسه ص ١١٩.

(٣) هداية الطالب الى اسرار المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٦٠.

لا يكون الشرط فيه، وكذا الحال في المتقيد، فالظاهر منها ما لدى الفقهاء من الشروط في ضمن العقد»^(١).

وقال أيضاً: «ضرورة أن المجعول في ضمن المعاملة في العرف واللغة، ليست المعاملة معلقة عليه، لعدم توقف وجودها على وجوده، فهي معنى تنجز في بشرط في ضمنها شيء على أحد المتعاملين مثلاً، فلا يكون قرارهما معلقاً، بل من قبيل قرار في قرار...»^(٢).

وفي موضع آخر من كلامه: «لأن الشروط الضمنية ليست قيداً للبيع ولا المبيع، فإذا باع حماراً بدينار وشرط عليه زيارة بيت الله لا يكون بيعه مقيداً به، وهو واضح، وليس المبيع عبارة عن الحمار المقيد بزيارة بيت الله، بل المبيع هو الحمار، والشرط امر آخر جعل في ضمن البيع»^(٣).

وأصرح الكل ما أفاده في اعتبار ذكر الشرط في ضمن العقد بقوله: «فتحصل من ذلك أن الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار البيع، لكن يعتبر في تحقق عنوانه وتحققه أن يقع في ضمن العقد من غير تقيد مطلقاً لا للعوضين ولا للأنشاء ولا المنشأ»^(٤).

فيما عبر عن القول بتقيد الالتزام أو الملزم أو وحدة العقد حقيقة بكونه تكلفاً لا ينبغي أن يصغى إليه»^(٥).

أقول: وما أفاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه لأمر:-

الاول: منافاته للفهم العرفي من الشرط جداً، فانهم لا يقصدون بقولهم ان

(١) و(٢) كتاب البيع ج ١ ص ٨٦ - ٨٨.

(٣) نفس المصدر ص ٨٩.

(٤) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

(٥) نفس المصدر ص ٢٢٠.

الشرط التزام في ضمن التزام، مجرد الظرفية والمقارنة.

وكذا قولهم: بأن الشرط اما أن يتعلق بما يتقوم به المبيع الشخصي، أو يتعلق بصفة من صفاته، أو يتعلق بامر خارج عنه مفارق له، فانه كيف يمكن حمله على الالتزام المستقل غير المرتبط بالعقد إلا بنحو وقوعه في ضمنه، فان مجرد التقارن بين التزامين بها هو لا يستوجب تأثيراً لاحدهما على الآخر كالمبيعين استقلالاً اذا جمعها عقد واحد، فان فساد احدهما لا يستتبع حكماً في الآخر - حتى الخيار - ما لم تتحقق بينها علاقة ربطية تعقد احدهما بالآخر.

الثاني: ان ظرفية العقود للشروط ليست ظرفية حقيقة، باعتبار انها ليس مكاناً ولا زماناً، ودخول حرف (في) عليها ليس بلحاظ المعنى الحقيقي، وإنما هو بضرب من العناية والمجاز وبملاك ان الارتباط بها يجعلها محلاً لها، ومن هنا فاذا فرضنا نفي هذا الارتباط أيضاً، ودعوى ان البيع - مثلاً - هو العقد المستقل من جميع الجهات المستجمع لجميع شرائط الصحة من معلومية العوضين ورضى الطرفين بلا قيد ولا ربط بالشرط، لا في مرحلة الانشاء ولا المنشأ ولا العوضين اطلاقاً، لم يبق ما يصحح العلقه الظرفية حتى بالعناية والمجاز.

وبعبارة اخرى: ان دخول حرف (في) على العقد المصحح لظرفيته للشرط، يحتاج الى علقه بينها تصحيح الاستعمال المجازي، بعد ان لم يكن العقد ظرفاً حقيقياً له، وليست هذه العلقه إلا ربط احدهما باخر بنحو ما من الارتباط، فاذا انكرنا هذا الارتباط وقلنا باستقلالية كل منها عن الآخر تماماً، فقد انكرنا ما يبرر الظرفية بقول مطلق، أعني حتى الاستعمال المجازي.

نعم، قد يقال: ان البيع بالمعنى المعاملي المستعمل في مجموع الجزئين الصادرين من البائع والمشتري - الايجاب والقبول - لا بالمعنى المقابل للشراء المستعمل فيما يتحقق من البائع فقط، لما كان مؤلفاً من جزئين، كان وقوع الالتزام بينهما وتوسطه للايجاب والقبول هو المصحح لمعنى الظرفية في البيع بالعناية.

لكنه يرد عليه: مضافاً الى بعده في نفسه، حيث لم يعهد في اللغة وضع لفظ

خاص لمفهوم بلحاظ نفسه استقلالاً، ووضع لفظ آخر له بلحاظ ظرفه، كي يقال: ان التكليف والتعهد ان لوحظ مستقلاً فهو الزام والالتزام، وان لوحظ في ضمن بيع أو نحوه فهو شرط. فان مثل هذا الوضع غير معهود، أو على اقل التقادير فهو شاذ ونادر.

ان الذي يقع في ضمن البيع على التوجيه المذكور إنما هو احد جزئي الشرط - أعني الالتزام - فقط، فانه الذي يقع بين الايجاب والقبول، واما الجزء الآخر - الالتزام الذي به يتم مفهوم الشرط وهو مجموع الالتزام والالتزام، فهو إنما يأتي مقارناً للقبول. وعلى هذا يكون المصحح لعلقة المجاز صرف وقوع جزء الشرط - الالتزام - بين جزئي البيع بالمعنى المعاملي، وهو مما لا يدركه العرف مبرراً ومصححاً لاستعماله لفظ الشرط في معاملاته ومحاوراته.

الثالث: إن لازم ما ذكره:-

أ - الالتزام بصحة العقد المتضمن للشرط بوحده فيما اذا قبله صاحبه مجرداً عن الشرط، كما هو الحال في البيعين المستقلين اذا جمعها انشاء واحد، بحيث لم يكن بينهما أية علاقة سوى الدمج والتقارن في الانشاء، وهذا مما لم يلتزم به فقيه، بل وفساده غني عن البيان.

قال الشيخ الانصاري (قده): «من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب والقبول، فلو اختلفا في المضمون... أو توابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد، ووجه هذا الاشتراط واضح، وهو مأخوذ من اعتبار القبول وهو الرضا بالايجاب»^(١).

والأمر - كما افاده الشيخ الاعظم (قده) - لا يحتاج الى مزيد بيان، غير أن السيد الخميني لما تعرض لاعتبار التطابق بين الايجاب والقبول في العقد ذكر أنه: «لا

اشكال في اعتبار التطابق بن الايجاب والقبول، إذ مع عدمه لا يصدق عليها العقد... فلا بد وان يكون متعلقاً بعين ما اوجب، وهو واضح. وإنما الكلام في تشخيص الصغرى في بعض الموارد، والمناط الكلي: ان في كل مورد ينحل العقد عرفاً الى عقدين، او الى عقد وشيء آخر، فقبل القابل البعض المنحل يقع التطابق بينها... وهكذا الكلام في الشروط والمتعلقات، ففي مثل الشرط لو قلنا بالانحلال وانه التزام في التزام كما لا يبعد في بعض الموارد يكون القبول بلا شرط قبولاً ومطابقاً للايجاب»^(١).

وليت شعري لم تردد في تطبيق القاعدة التي ذكرها أولاً على الشروط، ولم قال اخيراً: كما لا يبعد في بعض الموارد، وهو القائل: «ان الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار البيع»^(٢) و«فاذا باع حماراً بدينار وشرط عليه زيارة بيت الله... بل المبيع هو الحمار والشرط امر آخر جعل في ضمن البيع»^(٣).

والخلاصة: ان لازم ما افاده (قده) هو الالتزام بصحة العقد لوحده اذا قبله المشتري - القابل - مجرداً عن الشرط، وهو امر لم يلتزم به أحد، بل لم يلتزم هو به أيضاً.

ب - لزوم البيع وعدم ثبوت الخيار للبائع فيما اذا تخلف المشتري عن الوفاء بها التزم وتعهده به في متن العقد. والوجه فيه ما تقدم في سابقه، فان التزام البائع بالعقد لما كان «مطلقاً وغير مقيد بشيء»، لم يكن وجه لثبوت الخيار له اذا تخلف المشتري عن قرار معه مستقل في قراريته.

وبعبارة اخرى: ان تخلف احد المتعاقدين عن الوفاء بمضمون عقد بينها لا يوجب ثبوت الحق للآخر في رفع اليد عن معاملة اخرى وقعت بينها، فان كلاً منها

(١) كتاب البيع ج ١ ص ٢٣٧ - ٢٣٨.

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

(٣) كتاب البيع ج ١ ص ٨٩.

لما وقع مستقلاً في قراره عن الآخر ومن غير ربط بينهما في مقام الانشاء أو المنشأ أو العوضين، لم يكن وجه لتأثير التخلف في احدهما على اللزوم في الآخر. وقد تنبه (قده) لهذا الاشكال وتفصى عنه:-

تارة بان الخيار في موارد تخلف الشرط إنها هو بحكم العقلاء. قال (قده): «واما قضية خيار التخلف فهي عقلائية منوطة بتخلف ما له دخالة في القيم والاغراض»^(١).

وقال: «ثم انه لا ينبغي الاشكال في ان المشروط له مخير بين الاجبار والفسخ. واما الفسخ فلأنه مع التخلف يثبت خيار التخلف عند العقلاء من دون توقف على التعذر، فمجرد التخلف عن الشرط يثبت الخيار العقلاني، لتخلفه عن القرار والشرط»^(٢). واخرى: بتأثير الشرط في القيم والاغراض بحسب الواقع فيوجب تخلفه الخيار.

قال في مقام بيان ان وجوب العمل بالشرط من احكام مطلق الشرط: «واما التخلف الموجب للخيار، فهو إنها ثابت فيها اذا كان للشرط نحو دخالة في القيم والاغراض بحسب اللب، وان لم يكن قيداً بوجه من الوجوه»^(٣).

أقول: ما افاده (قده) لا يمكن المساعدة عليه، وستعرف ما يرد عليه عند بحث منشأ ثبوت الخيار في موارد تخلف الشرط.

النقطة الثانية:- الشرط في مصطلح النصوص .

قرأنا في مطاوي البحوث السابقة ان الاعلام كثيراً ما استشهدوا بالنصوص لاثبات أو تأييد مصطلح أو اطلاق للشرط، وقد آثرنا في حينه ترك التعرض لمناقشة تلك الاستدلالات أو الاستشهادات الى بحث مستقل، بغية الحفاظ على وحدة

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٦.

(٢) المصدر نفسه ص ٢٢٠.

(٣) المصدر نفسه ص ٢٢١.

الموضوع المبحوث عنه والتركيز على المهم في البحث قدر الامكان.
وقد حان الاوان الآن للتعرض الى ذلك البحث لما يحويه من اهمية في مقام تحديد مفهوم الشرط فقهيّاً بل وعرفياً ايضاً، باعتبار ان النصوص بأسئلتها وأجوبتها تعبّر - مضافاً الى العمق التشريعي - عن محاورات عرفية، استخدم فيها أناس عرفيون الكلمات في بيان مراداتهم، أو ما يعبر عنه بالتفهم والتفهم، فيكون اطلاقهم للكلمة على معنى خير شاهد على صحة استعماله فيه.
وعلى هذا الاساس فلا بد من سرد الاقوال والنصوص التي ادعي اطلاق الشرط فيها على معنى معين ومن ثم ملاحظة ما يمكن ان يقال حوله.

أ - الالتزامات الابتدائية:-

هناك جملة من النصوص الواردة في أبواب متفرقة من الفقه يظهر منها اطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي والمجرد عن غيره، ذكرها الشيخ الاعظم (قده) وبعض من تأخر عنه، لاثبات عموم مفهوم الشرط للالتزامات الابتدائية.
منها: رواية عروة عن عائشة: «ان بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: إرجعي الى اهلك، فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لاهلها فأبوا، وقالوا: إن شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل، وليكن لنا ولاؤك. فذكرت ذلك لرسول الله (ص) فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ابتاعي فاعتقي، فانما الولاء لمن اعتق، قالت: ثم قام رسول الله (ص) فقال: ما بال اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله عزوجل، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله عزوجل فليس له وان شرط مائة مرة، شرط الله عزوجل أحق وأوثق»^(١).

(١) مسند احمد بن حنبل ج ٦ ص ٨١ / المكتب الاسلامي - دار صادر - بيروت.

وقد تقدم ان نص البيهقي (ج ١٠ ص ٢٩٥) هو اقرب النصوص الى ما ذكره الفقهاء في كلماتهم، مثل ما ذكره الشيخ الانصاري (قده) في مكاسبه من قوله: «مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة: ان قضاء الله احق، وشرطه اوثق، والولاء لمن أعتق»^(١).

وإلا فالنص بهذه الصيغة غير موجود في شيء من مصادر الحديث عند الفريقين، وما ذكرناه مذكور في مصادر العامة، وأما مصادر الامامية المعتبرة فلم تتضمن إلا قوله صلى الله عليه وآله: «الولاء لمن أعتق».

فعن الحلبي قال: «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الامة، قال: امرها بيدها، ان شاءت تركت نفسها مع زوجها، وان شاءت نزع نفسها منه، قال: وروى (وذكر) ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عائشة واعتقتها، فخيرها رسول الله (ص) وقال: ان شاءت أن تفر عند زوجها، وان شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها، فقال رسول الله (ص): (الولاء لمن أعتق)»^(٢).

نعم، في مستدرک الوسائل عن دعائم الاسلام عن علي عليه السلام انه قال: «ارادت عائشة ان تشتري بريرة، فاشترط مواليتها عليها ولاءها، فاشتريتها منهم على ذلك الشرط، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وآله فصعد المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال: ما بال قوم يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، يبيع احدهم الرقبة ويشترط الولاء، والولاء لمن اعتق، وشرط الله أكد، وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد»^(٣).

(١) المكاسب الطبعة القديمة ص ٢٧٥.

(٢) الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ح ٢.

(٣) مستدرک الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة باب ٥ من ابواب الخیار ح ٢.

وكيف كان، فمحل الشاهد في هذه الرواية قوله صلى الله عليه وآله: «شرط الله عز وجل أحق وأوثق» حيث أطلق الشرط وأراد به الحكم والالزام الإلهي بكون الولاء لمن أعتق، ومن الواضح أن ذلك كسائر أحكام الله الأولية - الثابتة بالعنوان الأولي - أحكام مستقلة وغير مرتبطة بشيء.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوج عليها امرأة أو هجرها، أو أتى عليها سرية، فأنها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم»^(١).
ومنها: خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه»^(٢) حيث أطلق فيه الشرط على الوعد الذي قطعه الرجل لزوجته.

ب - إطلاقه على النذر والعهد

وفي عداد ما استدل به لاثبات إطلاق الشرط على التعهدات المستقلة رواية منصور بزرج عن عبد صالح (ع) قال: قلت له: «إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بشئ ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»^(٣).

(١) الوسائل ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٦.

(٢) الوسائل ج ١٥ باب ٣٨ من أبواب المهور ح ٢.

(٣) الوسائل ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

حيث اطلق الامام عليه السلام الشرط على ما طلبته منه، أعني أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها الظاهر في النذر أو العهد، وكلاهما من الالتزامات المستقلة.

ج - إطلاقه على الخيار-

ورد في جملة من النصوص اطلاق الشرط على خيار الحيوان.

فقد روى الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهو بالخيار فيها إن شرط او لم يشترط»^(١).

وروى فضيل عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: «قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة ايام للمشتري»^(٢).

وعن علي بن رثاب عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فان احدث المشتري فيها اشترى حدثاً قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه فلا شرط»^(٣).

حيث اطلق الشرط فيه على خيار الحيوان بوضوح، لا سيما بعد تعبيره عليه السلام: (اشترط ام لم يشترط)، ومن الظاهر ان خيار الحيوان حكم شرعي مستقل لا يرتبط بجعل المتعاقدين، فضلاً عن أن يقيد بكونه في ضمن عقد آخر.

(١) الوسائل ج ١٢ باب ٣ من ابواب الخيار ح ١.

(٢) الوسائل ج ١٢ باب ٣ من ابواب الخيار ح ٣.

(٣) الوسائل ج ١٢ باب ٤ من ابواب الخيار ح ١.

د - إطلاقه على البيع:-

تقدم في كلام الشيخ الانصاري (قده) انه نسب الى صاحب الحدائق (قده) اعترافه بان اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار. وهذه النسبة وان لم نجد لها اساساً في الحدائق - رغم بذل الجهد الكثير من اجلها - غير ان الاصحاب ذكروا بعض النصوص التي يمكن دعوى اطلاق الشرط فيه على المبيع أو الاجارة.

منها: ما رواه الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام: «عن الرجل يسلم في وصف اسنان معلومة ولون معلوم، ثم يعطي دون شرطه أو فوقه، فقال: اذا كان عن طيبة نفس منك ومنه فلا بأس»^(١).

ومنها: ما رواه محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اشترى طعاماً أو علفاً الى اجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه إلا الورق، وان قال: خذ مني بسعر اليوم ورقاً فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أو علفه، فان لم يجد شرطه واخذ ورقاً لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، لا تظلمون ولا تظلمون»^(٢).

حيث ادعى المحقق الشهيدي (قده) اطلاق الشرط فيها على المبيع^(٣).
ومنها: ما رواه محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه

(١) الوسائل ج ١٣ باب ٩ من ابواب السلف ح ١.

(٢) الوسائل ج ١٣ باب ١١ من ابواب السلف ح ١٥.

(٣) هداية الطالب الى اسرار المكاسب قسم الخيارات ص ٥٦١.

السلام: «رجل استأجر اجيراً يعمل له بناءً وغيره وجعل يعطيه طعاماً وقطناً وغير ذلك، ثم تغير الطعام والقطن عن سعره الذي كان اعطاه الى نقصان او زيادة، يحسب له بسعر يوم اعطاه او بسعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام: يحسب له بسعر يوم شرطه فيه»^(١). وبمضمونها غيرها.

هـ - إطلاقه على النكاح او الاجل فيه:-

ورد في بعض اخبار العقد المنقطع اطلاق الشرط على العقد أو الاجل فيه. فقد روى زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يتزوج المتعة وينقضي شرطها، ثم يتزوجها رجل آخر حتى بانته منه ثم يتزوجها الاول حتى بانته منه ثلاثاً وتزوجت ثلاثة ازواج، يحل للاول ان يتزوجها؟ قال: نعم»^(٢).

وروى ابان بن تغلب قال: قلت لابي عبد الله عليه السلام: «الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر، ثم انها تقع في قلبه فيحب ان يكون شرطه اكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيد لها في اجرها ويزداد في الايام قبل ان تنتقض ايامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط، قلت: كيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الايام ثم يستأنف شرطاً جديداً»^(٣).

فان اطلاق الشرط على العقد في الثانية وعلى الاجل في الاولى مما لا يخفى.

(١) الوسائل ج ١٢ باب ٢٦ من ابواب احكام العقود ح ٤.

(٢) الوسائل ج ١٤ باب ٢٦ من ابواب المتعة ح ١.

(٣) الوسائل ج ١٤ باب ٢٤ من ابواب المتعة ح ١.

هذه جملة ما حضري من النصوص - سواء ما ذكره الاصحاب أو وجدته بالتبع - مما يمكن ان يستشهد به على اطلاق الشرط على الالتزامات الابتدائية او معانا اخرى مستقلة في حد ذاتها وغير مرتبطة بعقد أو انشاء آخر.

إلا ان الظاهر انه لا يمكن المساعدة على الاستدلال بشيء من تلك النصوص لاثبات غير ما ذكرناه في معنى الشرط، ورفع اليد عما حققناه من المفهوم العرفي، فان الاستعمال في معظم هذه الموارد استعمال مجازي، أطلق الشرط فيها لعلاقة مقالية او مقامية. والاستعمال المجازي وان كان شائعاً ومتعارفاً في المحاورات العرفية، إلا انه لا يصلح لأن يستند اليه في تحديد مفاهيم الالفاظ وما ينبغي حمل اللفظ عليه عند الاطلاق، فان بين المقامين من الفرق ما لا يخفى، فاذا اخذنا لفظ الاسد مثلاً، وجدناه يطلق على الرجل الشجاع اطلاقاً شائعاً ومتعارفاً، غير ان ذلك لا يعني دخوله في مفهوم لفظ الاسد وشموله له في مقام الحد والتعريف، بحيث لو تعلق حكم شرعي - كالنذر ونحوه - كان المثال كافياً في تحقق الاجزاء والامثال به.

ففرق بين صحة الاستعمال وعدم عده غلطاً لدى العرف، وبين شمول المفهوم له ودخوله في الحد.

هذا وعلاقة المجاز في اكثر تلك الروايات واضحة، فان المشاكلة والمجارة في التعبير هي المصحح لاطلاق الشرط في رواية عروة وما عن دعائم الاسلام ورواية محمد بن مسلم، فان الاطلاق فيها جميعاً جاء جرياً على اطلاقه من قبل الجانب المقابل، كأولياء بريرة والمرأة أو أولياؤها في النكاح، نظير قوله تعالى: ﴿ومكروا ومكر الله والله خير الماكرين﴾^(١)، وقال تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(٣).

(١) البقرة: الآية ٥٤.

(٢) البقرة: الآية ١٩١.

(٣) الشورى: الآية ٤٠.

فان من الواضح البديهي ان اطلاق الاعتداء والمكر والسيئة على ما يقع في مقام رد الفعل والجزاء، إنما هو اطلاق مجازي بعلاقة المشاكلة والمجاراة في التعبير، وإلا فليس رد السيئة بسيئة، ولا الاعتداء باعتداء، ويجلّ شأن الباري جل اسمه عن المكر. وهذا ما يجري بالنسبة للموارد التي ذكرناها، فان اطلاق الشرط بالمعنى الحقيقي - أعني الربط - من قبل اولياء بريرة في ضمن عقد بيعها لعائشة، على الالتزام بكون ولائها لهم وربط موافقتهم العقدية بموافقتها على ذلك، واطلاق الشرط على الالتزام والالتزام الحاصل في ضمن عقد الزواج، على عدم التزوج والتسري على المرأة، سبب صحة اطلاقه من باب المشاكلة والمجاراة في مقام الجواب على ما جعله الله تبارك وتعالى من الحكم المخالف لذلك الالتزام.

واما رواية منصور بزرج فلم يتضح اطلاق الشرط فيها على النذر أو العهد، بل الظاهر من قوله: «إلا أن يجعل الله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها» اشتراط ذلك في العقد، بأن يكون عدم الطلاق والتزوج عليها شرطاً في العقد، غاية الامر ان المطلوب من قبلها ليس هو الالتزام البسيط، وانما هو الالتزام المؤكد بعهد الله، وهو امر متعارف لدى العوام حيث يعتبرون في التعهدات جعل الله كفيلاً أو وكيلاً على ما يفعلونه أو يقولونه، وهو غير النذر والعهد بالمعنى المصطلح.

ومما يدل على صحة ما استظهرناه، انه لو كان المراد من قوله: «أن يجعل الله عليه» هو النذر المصطلح، لكانت القواعد تقتضي الحكم ببطلانه بالنظر لعدم الرجحان في متعلقه، لا لزومه بمقتضى قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم».

إذاً، فاطلاق الشرط فيها ليس باعتبار تحقق نذر أو عهد شرعي في ضمن العقد أو قبله، وانما هو باعتبار اناطتها لموافقتها على تزوجه منها ثانياً بذلك الالتزام المؤكد، وهذا الملاك يكون المورد من استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، أعني ربط التزامها بالعقد بالتزامه بعد الطلاق والتزوج عليها.

نعم، ذكر السيد السبزواري في المقام رواية اطلق فيها الشرط على النذر

صريحاً، فقد ذكر: «رواية منصور عن العبد الصالح: في من نذران لا يطلق زوجته، قال عليه السلام: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم» وقد ذكر الوافي ج ١٢ ص ٨٠ باب ٨٦ الحديث ١٧ مصدراً لها^(١).

غير اننا لم نعثر على هذه الرواية في المصدر المذكور، بل ولا فيما بأيدينا من المصادر، رغم بذل الجهد التام ومراجعة المعاجم والفهارس.

واغلب الظن ان المقصود بها هي رواية منصور بزرج التي تقدم ذكرها، وانه قام بصياغتها وفق اجتهاده واستنباطه منها، وقد عرفت عدم دلالتها على المطلوب والمدعى.

واما اطلاقه على خيار الحيوان، فالظاهر انه اطلاق حقيقي لا عناية فيه، فان جواز الفسخ في الثلاثة ايام شرط في ضمن بيع الحيوان، فهو من ربط المنشأ بذلك الالتزام، غاية الامر ان الربط والاشتراط كان يفعل الشارع دون المتعاقدين لكنه لا يؤثر على صدق مفهوم الشرط عليه شيئاً، فانه الربط والتعليق - كما عرفت - وهو قد يكون بجعل الشارع وقد يكون بفعل المتعاقدين، ألا ترى انه لو كان ذلك بفعل المتعاقدين لم يكن شك في صدق الشرط بالمعنى الذي ذكرناه عليه.

والحاصل: ان الشرط لما كان نوعاً من العلة الربطية تقوم بين العقد وبين الالتزام الذي يتضمنه، مع قطع النظر عن منشأ تلك العلة وجاعلها، كان اطلاق الشرط على الخيار اطلاقاً حقيقياً، لارتباط العقد به بجعل الشارع خارج ارادة المتعاقدين كما يظهر ذلك من قوله عليه السلام: «في الحيوان كله شرط ثلاثة ايام للمشتري، وهو بالخيار فيها، ان شرط أو لم يشترط»^(٢)، بوضوح.

وأما اطلاقه على الاجل في النكاح المنقطع، فهو اطلاق حقيقي بلحاظ ان الاجل فيه امر زائد على طبيعي الزواج وحقيقته، يتحدد بموجبه مفعول العقد ومدى تأثيره، وعليه فهو التزام في ضمن الالتزام العقدي يرتبط به العقد ارتباطاً بجعله مقيداً

(١) مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٧.

(٢) الوسائل ج ١٢ باب ٣ من ابواب الخيار ح ١.

به ومعلقاً عليه.

وحيث ان هذا الشرط هو المائز الحقيقي الواضح لعقد المتعة عن مطلق الزواج جاء التعبير عنه بالشرط، فهو شرط باعتبار ان مقومه الاساس الفاصل بينه وبين غيره هو الشرط.

واما اطلاقه على المبيع، فمن الواضح انه ليس باعتبار البيع بالمعنى المفعولي، ولذا اطلق على العوض في قوله: «وليس شرطه إلا الورق» مع انه لا يصدق على العوض البيع - بذلك المعنى - قطعاً، وإنما هو باعتبار الالتزام فيه بوصف خاص او عمر معين أو لون مخصوص، أو كونه طعاماً او علفاً. فليس اطلاق الشرط في الكل إلا باعتبار الالتزام والتعهد بأمر مخصوص ثمناً ومثمناً الواقعين في ضمن عقد البيع المرتبطين به.

واما اطلاقه في باب الاجارة، فهو من جهة ان الاتفاق على السعر والقيمة والالتزام بهما لما كان في ضمن عقد الاجارة، صح اطلاق الشرط عليه، ويكون المراد بـ «يوم شارطه فيه» يوم اعطاه الشرط والالتزام.

واخيراً نعود لنؤكد مرة اخرى ان تصحيح الاطلاق الحقيقي على جملة من الموارد المتقدمة وان كان يحظى بقيمة علمية، إلا ان عدمه لا يعنى رفع اليد عن المفهوم العرفي والتنازل عنه، لا سيما مع ما عليه الاطلاقات المجازية من السعة.

على ان جملة من تلك النصوص ضعيفة من حيث السند بحيث لا يصح الاستدلال بها فقهيّاً، غير اننا اهلنا التعرض لهذه الناحية، لاستلزامه الخروج عن الهدف المرسوم، والدخول في مناقشات لا ترتبط كثيراً وصميم موضوع الرسالة.

النقطة الثالثة: هل الشرط معنى جامد او مشتق؟

البحث عن جهود الشرط واشتقاقه، بحث لا يرتبط بصميم موضوع الرسالة كثيراً، إلا ان تعرض الاعلام له في مطاوي كلماتهم ومادته العلمية دفعاني للتعرض اليه وذكره كخاتمة لبحث معنى الشرط وماهيته.

أقول: عرفت فيما تقدم ان الشيخ الاعظم (قده) اختار جمود المعنى الثاني للشرط - أعني ما يلزم من عدمه العدم - حيث قال: «الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود أولاً، وهو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً ولا حدثاً، واشتقاق المشروط منه ليس على الاصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايين في الفعل والانفعال، بل الشارط هو الجاعل، والمشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب»^(١).

ووافقه عليه المحقق الشهيدي (قده) قائلاً في مقام التفريق بينه وبين المعنى الاول، ان الفرق: «هو ما ذكره من كون ذاك المعنى حدثياً اشتقاقياً، وهذا المعنى جامداً غير اشتقاقي»^(٢).

واستظهره السيد الخميني ايضاً، حيث قال: «كما ان له معنى آخر في العرف، وهو ما علق عليه شيء تشريعاً وجعلاً أو تكويناً وخارجاً، فيصدق على نحو الجمالة والسباق وسائر الشروط المتداولة بين الناس مما جعل شيء معلقاً على شيء، فيقال للمعلق عليه الشرط، بمعنى الشرط المصطلح النحوي، فلا تغفل. كما انه يطلق بهذا المعنى ايضاً على ما يتوقف عليه وجود شيء، ويلزم من عدمه العدم.

فهل هذا معنى جامد، فيكون الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم أي الذوات الجامدة الكذائية، كما ادعاه الشيخ، أو معنى حدثي اشتقاقي، كما تكلف لاثباته بعض اهل التحقيق؟

لا يبعد صحة ما ذهب اليه الشيخ وكونه موافقاً للعرف، لان اطلاق الشرط عرفاً على مثل الوضوء للصلاة وعلى مطلق الاسباب والعلل، إنما هو لأجل ان عدمها يوجب عدم ما يتوقف عليها، ولا ينقدح في الازهان اللزوم والملازمة ونحوهما، وان كان

(١) المكاسب الطبعة القديمة / قسم الخيارات ص ٢٧٥.

(٢) هداية الطالب الى اسرار المكاسب / قسم الخيارات ص ٥٦٢.

مثله لازم المعنى العرفي»^(١).

وخالفه في ذلك جماعة من الاعلام منهم المحقق الطباطبائي والمحقق الاصفهاني والسيدان الروحاني^(٢) والسبزواري^(٣) وغيرهم، غير ان مخالفة الاول إنما تعود لارجاعه المعنى الثاني الى المعنى الاول، فهو لا يرى للشروط معنى غير الجعل الالزامي، أي المستتبع له.

قال (قده) معلقاً على قول المصنف: (وهو بهذا المعنى اسم جامد) ما هذا نصه: «التحقيق ان هذا المعنى أيضاً من افراد المعنى الأول على الوجه الذي ذكرناه، فهو مصدر بمعنى التقييد، واطلاقه على نفس القيد وهو الذي يلزم من عدمه العدم، إنما هو من باب اطلاق الخلق واردة المخلوق كما في المعنى الاول إذا اريد منه المشروط، والتقييد نوع من الجعل والتقييد...»

واما ما ذكره من حكاية عدم التضايف في الفعل والانفعال بينه وبين المشروط. ففيه: ان المشروط بمعنى المشروط فيه، وإلا فهو بمعنى المشروط مضاف للشارط، إذ هو الجاعل للشروط والمشروط المفعول شرطاً وهو الوضوء لكن في العرف يطلق المشروط على مثل الصلاة لكن بتقدير فيه، وكذا في لفظ المسبب والمسبب فان الثاني بمعنى المسبب له، وإلا فالمسبب هو نفس ما جعل سبباً وهو نفس السبب، فلا يكون في عدم التضايف دلالة على كونه اسماً جامداً^(٤).

أما المحقق الاصفهاني (قده) فقد سجل مواقع للنظر في كلام الشيخ الاعظم (قده).

(١) كتاب البيع ج ١ ص ٨٧.

(٢) فقه الصادق ج ١٤ ص ٢٨٧.

(٣) مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٧.

(٤) حاشية الطباطبائي على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٠٦.

منها: «ان الاشتقاق المعنوي في قبال الجمود كون المعنى قابلاً للقيام بشيء بأحد انحاء القيام، ومن البين ان استلزام شيء لشيء هو معنى قائم بشيء، له جميع لتطورات القيام من كونه مستلزماً واستلزم ويستلزم واشباهها، فاللزم والاستلزام بالمعنى الذي هو مبدأ سار في جميع المراتب من المعاني القائمة بذاك الشيء الذي يقال انه شرط بالمعنى الوصفي الحملي الذي عبر عنه في مقام التحليل بانه ما يلزم من عدمه العدم. وما هو اللازم في مقام تشخيص الاشتقاق والجمود ملاحظة نفس المبدأ وصلاحيته للقيام بشيء، وصلاحيته للزوم والاستلزام مما لا يكاد ينكر، وعدم قيام عنوان ما يلزم من عدمه العدم غير ضائر، إذ القيام شأن المبدأ لا شأن المشتق، إذ لا اشتقاق للمشتق بل لمبدئه، فالعنوان له الصدق والحمل والاسناد لا القيام بذات من الذوات بنحو قيام العرض بمعرضه مثلاً.

وبالجملة: فكون اللزوم معنى اشتقاقياً لا شبهة فيه»^(١).

ومنها: «ان عدم مضايفة المشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط لا يكشف عن كونه خلاف الاصل، فان المشروط باعتبار القيام الحلولي مضاف للشرط بالمعنى الوصفي كعنواني اللازم والملزوم، ولا يشترط في التضاييف ان يكون مضاف ما هو على هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، ولا أن يكون بينهما حيثية الفعل والانفعال كالرب والمربوب في الاول، وكاللازم والملزوم في الثاني، وقد عرفت آنفاً انه لا منافاة بين صدق الشرط وصفاً على مثل الطهارة وصدق الشروط باعتبار القيام الصدوري عليها، فانها باعتبار لازم وباعتبار ملزوم به، كما ان الصلاة مشروطة أيضاً باعتبار القيام الصدوري، فان التضاييف لا ينحصر في شيئين، وإنما ينحصر في ما لا تعلق للمبدأ بشيء ثالث، مثلاً الارادة التكوينية حيث تتعلق بفعل نفس المريد فلا يصحح إلا عنواني المريد والمراد، والارادة التشريعية حيث لها تعلق بثالث يصحح المريد والمراد منه، وكذا الالتزام بمعنى

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٣٩.

جعل لزوم شيء لشيء يصحح عنوان جاعل اللزوم ومجعل له اللزوم بالمعنيين من حيث اللازم والملزوم، فالطهارة ما يلزم من عدمه العدم، والصلاة ما يلزم عدمه من عدم شيء، والكل يكون مجعولاً بقوله: صل عن طهارة، فلا ينحصر المجعول بالجعل التشريعي التأليفي في خصوص الطهارة، مع أنه لو لم يكن الاشتقاق في المشروط أصلياً على الفرض ولا جعلياً لانحصار المجعول في الطهارة، فما المصحح لهذا العنوان الصادق على الصلاة؟^(١).

أقول: عرفت من كلام الأكابر أن القول بجمود الشرط بمعنييه - أن لم نرتض رجوعهما إلى معنى واحد - مما لا أساس له، وأن ما استدل به من عدم التضايف لاثبات الجمود، مردود بما أفاده المحقق الاصفهاني (قده) مفصلاً وبما لا مزيد عليه من أنه ليست العبرة في الاشتقاق بكون المعنى فعلاً لأحد، بل العبرة قابليته للقيام بشيء بأحد انحاء القيام، وهو متحقق في المعنى الثاني - ما يلزم من عدمه العدم - أيضاً، فانه وإن لم يكن قابلاً للقيام بشيء بنفسه ومباشرة إلا أن ذلك ليس من ناحية جموده وعدم اشتقاقه، وإنما من ناحية كون بعض المشتقات - كاسم الفاعل واسم المفعول - معناه هو الذات باعتبار تلبسه بالمبدأ، ومن البديهي عدم قيام ذلك بشيء بأي نحو من انحاء القيام، إلا أن مبدأه - أعني الاستلزام - لما كان معنئاً حديثاً قائماً بشيء بل له جميع تطورات القيام، كان ذلك كافياً في عد هذا المعنى من المشتقات والمعاني الحديثة.

إذاً فالمعنى الثاني - على تقدير استقلاله - أيضاً من المشتقات ومعناه التقييد وجعل شيء قيداً لآخر ودخيلاً فيه، وهو ما من شأنه أن ينتفي المقيد بانتفائه ويلزم من عدمه العدم.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / قسم الخيارات ص ١٣٩.

خلاصة المبحث الاول:-

بعد الرحلة الطويلة التي قطعناها بين كتب العلماء واقوال الاعلام وآرائهم بحثاً عن حقيقة الشرط وماهيته، نعود الى وريقاتنا لنجني منها الثمرة موضحين معالمها وخصوصياتها في نقاط:-

١ - الشرط وهو المبدأ الساري في مشتقاته لا يكاد يكون معناه إلا حدثاً عارياً عن جميع النسب والاضافات، بما في ذلك النسبة الناقصة المصدرية والمبنية للفاعل أو المفعول.

٢ - ليس للشرط لدى العرف إلا معنى واحد جامع يرجع اليه جميع موارد استعمالاته وما قيل في تحديد مفهومه، ليس إلا هو نوع علاقة ربطية تقوم بين امرين احدهما بالآخر وتقيده به، فانه المتبادر من اطلاقاته، والمطرّد في جميع موارد استعمالاته، والمنطبق على كافة اشتقاقاته.

٣ - ان الربط والتقييد بين الامرين قد يكون واقعياً تكوينياً كالربط المتحقق بين العلة والمعلول، وقد يكون اعتبارياً شرعياً كالربط المجعول بين الطهارة والصلاة، وقد يكون اعتبارياً جعلياً يخضع لارادة المتعاقدين ومطلوبهما.

٤ - ليس للشرط حقيقة شرعية، فلم يستعمل الشرط في لسان الشارع والنصوص إلا في معناه العرفي.

نعم، قد يطلق على المعنون والمشروط به - بضرب من العناية والمساهمة في التعبير - كاطلاق الخلق على المخلوق، ومنه قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم».

واحتمال كون معناه الالتزام والالتزام في عقد آخر، مردود - سواء أكانت الضمنية على نحو التعليق أم التقييد أم الظرفية المجردة - وذلك لعدم التبادر وعدم

الاطراد، وعدم التطابق في المشتق من المبدأين.

٥ - مفهوم الشرط لا يشمل التعهدات والالتزامات الابتدائية، والتأمل في النصوص التي استشهد بها على ذلك يعطينا عكس المدعى، وان الاطلاق إنما هو بلحاظ الربط والتعليق.

٦ - ليس مفاد الربط القائم بين العقد والشرط هو الظرفية المجردة، بمعنى كون العقد مجرد وعاء للشرط مع احتفاظ كل منهما باستقلاليته وتفرده.

٧ - الشرط بجميع معانيه الالتزامية من المشتقات بها في ذلك تفسيره؛ بما يلزم من عدمه العدم، وبمجرد عدم مضايقة الشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط، لا يكشف عن كونه بهذا المعنى اسماً جامداً.



مركز تحقيقات کاتب پویر علوم اسلامی

المبحث الثاني

١ - تقسيمات الشرط

٢ - تحديد محل البحث

مركز تحقیقات کتب و ترویج علوم اسلامی



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المبحث الثاني:-

تقسيمات الشرط:

ينقسم الشرط بمعناه العام - ربط شيء بشيء ولزوم شيء لشيء - الى تقسيمات عديدة يلاحظ نوع الربط ومصدره وظرفه ومتعلقه، نستعرضها على نحو الاجمال لتحديد محل البحث منها:-

١- الشرط الحقيقي والشرط الاعتباري

ينقسم الشرط مبدئياً الى شرط حقيقي وتكويني، وشرط اعتباري جعلي، ذلك ان الربط بين شيئين تارة يكون ربطاً حقيقياً ذاتياً مأخوذاً فيهما في مقام الخلق والتكوين، بحيث لا تناله يد الجعل والاعتبار - بعد ذلك - وضعاً او رفعاً، كالربط بين النار والحرارة، ورؤية العين المبصرات والتور.

واخر يكون اعتبارياً جعلياً، يتبع ارادة الجاعل وتحديده.

ثم ان هذا الاخير - الشرط الجعلي - ينقسم:-

١ - تارة يلاحظ جاعله ومصدره الى:-

أ - الشروط العقلية، كاشتراط القدرة في التكليف.

ب - الشروط العقلانية، كاشتراط المالية في العوضين.

ج - الشروط الشرعية، كاشتراط البلوغ في التكليف.

د - الشروط العادية، كاشتراط السلم للصعود الى السطح.

هـ - شروط المتعاقدين، وهي ما يتفق عليها الطرفان في العقد.

٧٠.....الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود/ج ١

٢ - وأخرى بلحاظ موردته وسعة دائرته وضيقتها الى:-

أ - الشرائط العامة، الثابتة في جميع موارد التكليف، كالبلوغ والعقل والاختيار.

ب - الشرائط الخاصة، الثابتة في بعض الموارد بمقتضى دليل ذلك المورد، كاشتراط القبض في بيع الصرف.

٣ - وثالثة بلحاظ متعلقه وما يتوقف عليه الى:-

أ - شرط الحكم، سواء أكان وضعياً أم تكليفياً، كشرائط الضمان باليد والاستطاعة في وجوب الحج، ويصطلح على هذا القسم شرط الوجوب أيضاً.

ب - شرط المتعلق، ويطلق عليه شرط الواجب ايضاً كاشتراط الصلاة بالطهارة.

٤ - ورابعة بلحاظ تأثيره في متعلقه الى:-

أ - شرط الصحة، وهو ما يعتبر في أصل صحة العقد، بحيث لولاه يحكم بفساده رأساً، كاشتراط معلومية العوضين في المعاملات.

ب - شرط اللزوم، وهو ما يعتبر في الحكم بلزوم العقد بعد وقوعه صحيحاً، كاشتراط عدم الخيار في العقد.

٥ - وخامسة ينقسم بلحاظ اضافته الى مشروطه وبالقيااس الى عنصر الزمان الى:-

أ - الشرط المتقدم، كاشتراط غسل المستحاضة قبل طلوع الفجر في الصوم.

ب - الشرط المقارن، كاشتراط الاستقبال في الصلاة.

ج - الشرط المتأخر، كاشتراط الغسل الليلي للمستحاضة الكبرى في صحة صوم يومها السابق، على ما ذهب اليه بعض.

٦ - وسادسة ينقسم بلحاظ متعلقه الى:-

أ - شرط الوصف، كاشتراط كون العبد كاتباً.

ب - شرط النتيجة، كاشتراط الانعتاق والتملك.

ج - شرط الفعل، كاشتراط الاعتاق والتعليك.

٧ - وسابعة ينقسم بلحاظ كيفية اضافته وربطه بمشروطه الى:-

أ - القيد.

ب - الشرط بالمعنى الاخص.

٨ - وثامنة ينقسم بلحاظ استقلالية تعهده وارتباطه بغيره الى:-

أ - الوعد، وهو التعهد الابتدائي.

ب - الشرط، وهو التعهد المرتبط بعقد آخر.

ثم ان هناك تفصيلات اخرى آثرنا تأجيل التعرض اليها الى مطاوي البحث،

باعتبارها تفصيلات فرعية تذكر في ضمن بعض فصول الدراسه كتقسيمه الى:-

أ - المصرح به في متن العقد.

ب - الارتكازي الضمني كشرط الصحة.

ج - المبني عليه العقد.

الى غيرها من التفصيلات التي يمكن ذكرها في المقام.

وهناك حديث طويل وعريض حول كل مفرد من مفردات هذه الاقسام، سواء

بلحاظ الامكان او الوقوع في بعضها، او استقلالها وتفردا عن قسميها في البعض

الآخر، فمثلاً الحديث عن امكان الشرط المتأخر يحظى بمكانة علمية لا يستهان بها

في علم الاصول، حيث تعرض المتأخرون من اعلام هذا العلم الى اثبات

امكانه بعد ان ذهب السلف مع بعض من المتأخرين الى امتناعه «لأن الشرط بالنسبة

الى المشروط بمثابة العله بالنسبة الى المعلول، ولا يعقل ان تكون العلة متأخرة زماناً

عن معلولها.

وقد يقال: بالامكان ويرد على هذا البرهان، اما بالنسبة الى الشرط المتأخر للواجب، فان القيود الشرعية للواجب لا يتوقف عليها وجود ذات الواجب، وانما تنشأ قيديتها من تخصيص المولى للطبيعة بحصة عن طريق تقييدها بقيد، فكما يمكن أن يكون القيد المخصص مقارناً او متقدماً، يمكن ان يكون متأخراً، واما بالنسبة الى الشرط المتأخر للوجوب، فبأن قيود الوجوب كلها قيود للحكم المجعول لا للجعل كما تقدم، لوضوح ان الجعل ثابت قبل وجودها، والمجعول وجوده مجرد افتراض، وليس وجوداً حقيقياً خارجياً، فلا محذور في اناطته بأمر متأخر^(١).

الى غير ذلك مما قيل او يمكن ان يقال بالنسبة الى بعض التقسيمات.

٢ - تحديد محل البحث:-

غير ان الحديث عن كل تلك الاقسام وما يمكن ان يضاف اليها من تقسيمات عقلية وفلسفية ومنطقية وما اليها، وما قيل أو يقال عن الشرط بالمعنى العام ودراسته دراسة موضوعية علمية وافية، لما كان يتجاوز حد الموسوعة فضلاً عن رسالة محدودة الاطراف لتشعب مسائله في علوم مختلفة يستدعي اداء البحث حقه دراسة ومناقشة النظريات والآراء المذكورة في ذلك العلم، بل ودراسة جملة من مسائله المرتبطة نوعاً ما بمحل البحث، وقع الاختيار على مفردة واحدة من مفردات تلك التقسيمات، بل وفي الحقيقة على شق واحد من شقوق تلك التقسيمات وهو خصوص الشرط المجعول من قبل المتعاقدين أو احدهما في ضمن عقد او ايقاع آخر بما يتبعه ويلحقه من فصول وتقسيمات.

وذلك أولاً:

لما لهذا القسم بالذات من أهمية عملية كبيرة ترتبط بالحياة الاجتماعية اليومية للإنسان بجميع صنوفه ومذاهبه، مؤمنة وملحدة على حد سواء من خلال عقودهم ومعاملاتهم التي يقيمونها مع الغير.

ثانياً:

يضاف إلى ذلك أهميته العلمية الكبيرة أيضاً، بالنظر إلى سعة دائرة الأبحاث المطروحة والآراء العلمية القيمة التي ذكرت أو التي يمكن أن تقال حول مسائله وفروعه الدقيقة.

فإن كلاً من هذا أو ذاك وغيرهما من عوامل ثانوية، كان السبب وراء اختيار هذا القسم بالذات.

وعلى هذا الأساس وقع الاختيار على عنوان: «الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود» عنواناً لهذه الدراسة، ليكون دلالة واضحة وعلامة فارقة لمحل البحث عن غيره من مباحث الشرط، لاسيما أن هذا القسم من الشرط هو المرتبط بموضوع علمي الفقه والقانون مباشرة، فإن موضوعها هو أفعال المكلفين، وضعاً كالصحة والفساد، أو تكليفاً كالوجوب والحرم، والالتزام والمنع.

ثم إن الشرط الثابت بجعل المتعاقدين وانشائها، لما كان على نحوين:

١ - اشتراط الخيار وحق فسخ العقد المتضمن له، وهو ما يصطلح عليه بخيار الشرط، باعتبار ثبوته بسبب اشتراطه في العقد.

٢ - اشتراط ما عدا الخيار في العقد، وهو ما يصطلح عليه بباب الشروط أو الشرط في العقد.

كان محور الحديث في هذه الرسالة في فصلين:-

الفصل الاول: الشرط في العقد الفصل الثاني: شرط الخيار

نعم، قد يفرض البحث عن بعض ما لا يشمل العنوان نفسه علينا في اثناء دراسة الفصلين، غير ان عميق الصلة بين بعض فروعها وبعضها الخارجة عنها من جهة، واقتضاء دراسة بعض الفروع للتعرض الى ما لا يشمل العنوان، كمدخل لها، يصلحان عذراً لي في تجاوزي الحد الذي رسمته لدراستي، والله ولي التوفيق وعليه التكلان.



الفصل الاول

الشرط في العقد

أ - تمهيد

عرفنا فيما سبق ان الشرط بجميع انواعه وانحائه إنما يعبر في جوهره وحقيقته عن نحو ربط قائم بين العقد والتعهد التابع له، سواء فيه ما كان من افعال المتعاقدين أو غيرها كاشتراط الحياطة ونحوها، أم كان من صفات المبيع أو الثمن كالبيكاره في الجارية، والكتابة في العبد، ام كان من قبيل غاية الفعل - شرط النتيجة - كاعتاق المملوك ونحوه.

فان جميعها لا تخلو عن نوع ارتباط منشأ ومجول بين الالتزام الاصيل المقصود أولاً وبالذات والالتزام المذكور بتبعه.

كما عرفنا ضرورة خضوع ذلك الارتباط لموازين وضوابط تحدد الاطار العام لما يمكن انشاؤه بالتبع وما لا يمكن، وتميز الصحيح من الالتزام عن فاسده.

وحيث قد تكفل البحث السابق - بطوله وتفصيله - الجانب الاول من الحديث، أعني تحديد مفهوم الشرط وحقيقته فقط، يتكفل البحث القادم الحديث عن الجانب الثاني، اعني تحديد الاطار العام للشرط الصحيح النافذ.

٧٦.....الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود /ج ١

وبالنظر لاهمية هذا البحث، وإداء لحقه بها يتناسب مع حجمه العلمي ارتأينا توزيع البحث على مقاصد ثلاثة:-

المقصد الاول: فيما يعتبر أو قيل باعتباره في صحة الشرط ونفوذه.

المقصد الثاني: فيما يترتب على الشرط الصحيح من احكام وآثار.

المقصد الثالث: فيما يترتب على الشرط الفاسد.



مركز تحقيقات كتابية وعلوم اسلامی

المقصد الاول

ما يعتبر في صحة الشرط:

- ١ - القدرة عليه.
- ٢ - ان يكون سائغاً في نفسه.
- ٣ - ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة.
- ٤ - ان يكون فيه غرض عقلائي معتد به.
- ٥ - ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد.
- ٦ - ان لا يكون مجهولاً.
- ٧ - ان لا يكون مستلزماً لمحال.
- ٨ - ان يذكر في متن العقد.
- ٩ - التنجيز.



مرکز تحقیقات کاپویر علوم اسلامی

الشرط الاول: قدرة المشروط عليه على الوفاء به

مما يعتبر في نفوذ الشرط قدرة المشروط عليه على الوفاء به، بمعنى كون الشرط تحت سلطانه استيلائه، وكونه متمكناً من تحقيقه او تحصيله في الخارج، وعلى هذا الاساس فلا يختص الشرط بما كان من مقولة الافعال سواء التوليدية أو المباشرة، بل يعم ما كان من اوصاف المبيع او الثمن، بل وما كان من قبيل الغايات، فان جميعها تشترك في لزوم كون المشروط عليه متمكناً من تحصيله وتحقيقه.

أدلته:

المذكور في كلمات الاصحاب في مقام الاستدلال على اشتراط القدرة على الشرط امور:-



الاول: الاجماع

فقد اتفقت كلماتهم قولاً واحداً على لزوم قدرة المشروط عليه على الوفاء بالشرط في صحته ونفوذه، كما اتفقت كلماتهم على التمثيل له ببيع الزرع على ان يجعله سنبلًا، وقد اضاف اليه بعضهم اشتراط جعل الرطب قمرًا والامة حاملًا. قال الشيخ (قده) في النهاية: «ولا يجوز ان يشرط ما ليس في مقدوره، مثل ان يبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا، والرطب على ان يجعله قمرًا»^(١).

وقال المحقق (قده) في الشرائع: «ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا، أو الرطب على ان يجعله تمرًا، ولا بأس باشتراط تبقيته»^(١).

وقال الشهيد الاول (قده) في الدروس: «ويصح اشتراط تبقية الزرع الى سنبله والثمرة الى ايناعها، ولو شرط المشتري انعقاد الثمرة وايناعها وصيرورة الزرع سنبلًا وشبهه مما ليس بمقدور بطل وابطل»^(٢).

وفي اللعة والروضة: «وكذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه، كاشتراط حمل الدابة فيما بعد، أو ان الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه ان يبلغ ذلك بفعله ام بفعل الله، لا شتراكهما في عدم المقدورية. ولو شرط تبقية الزرع في الارض اذا بيع احدهما دون الآخر الى أوان السنبل جاز، لأن ذلك مقدور له»^(٣).

وقال العلامة (قده) في القواعد: «يجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره، كجعل الزرع سنبلًا أو البسر تمرًا، ولو شرط التبقية صح»^(٤). وقد علل في المسالك عدم الجواز في الامثلة المذكورة بقوله: «فان ذلك غير مقدور للبائع، بل لله تعالى، ولا فرق في البطلان بين ان يشترط عليه ان يجعله هو أو الله تعالى، لا شتراكهما في عدم المقدورية.

وفي بعض حواشي الشهيد رحمه الله ان المراد به اشتراط ان يجعل الله الزرع سنبلًا لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلًا، فان ذلك وان كان باطلاً ايضاً، إلا انه غير مراد هنا، لانهم إنما يفرضون ما يجوز ان يتوهمه عاقل، لا ما يمنعه، وهذا حسن اذا

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٧.

(٢) الدروس ج ٢ ص ٣٤٣.

(٣) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٥.

(٤) قواعد الاحكام، كتاب المتاجر، الفصل الثاني في الشروط.

ارادوه، وان اشترك الامر ان في البطلان»^(١).

وفي كفاية الاحكام: «ويجوز اشتراط ما هو سائغ مقدور معلوم، ولا يجوز بيع الزرع على ان يجعله سنبلًا، ويجوز اشتراط تبقيته»^(٢).

وفي الرياض: «لا يجوز اشتراط غير المقدور، كبيع الزرع على ان يصير سنبلًا، والدابة على ان تصير حاملًا ونحو ذلك، سواء شرط ان يبلغ ذلك بفعله ام بفعل الله تعالى، لاشتراكهما في عدم المقدورية، ولا بأس باشتراط تبقيته، أي الزرع في الارض - اذا بيع احدهما دون الآخر الى اوان السنبل، لان ذلك مقدور له»^(٣).

وفي جامع المقاصد تعليقاً على كلام العلامة (قده) المتقدم: «أي دون غير ما يدخل تحت القدرة، كاشتراط جعل البائع الزرع سنبلًا، فان ذلك غير مقدور له بل لله تعالى اسمه، وفسره شيخنا الشهيد بشرط ان يجعل الله الزرع سنبلًا، وكأنه نظر الى ان الاول لا يكاد يتصور وقوعه من عاقل، للعلم البديهي بامتناع ذلك من غير الاله سبحانه، وانما بطل هذا الشرط أيضاً لأن جعل الله سبحانه الزرع سنبلًا والبسر تماًراً ليس للبائع فيه مجال السعي بخلاف اشهاد الشاهدين، فان ذلك وان لم يكن من مقدوراته - لأن تحمل الشاهدين الذين هو المطلوب بالشرط فعلها لا فعل البائع - إلا انه يمكن سعيه في وقوعه والتماسه لتحقيقه»^(٤).

وفي مفتاح الكرامة تعليقاً عليه: «الحكماء بما لا خلاف فيها كما عرفت، وقد صرح بهما المحقق في كتابيه، والمصنف في التحرير والتذكرة، والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، ويجب ان يقيد الاول بما اذا كان سائغاً كما في الشرائع وغيرها، ولعله تركه للعلم به، ولأن النظر موجه الى القدرة.

(١) مسالك الافهام ج ١ مبحث الشرط.

(٢) كفاية الاحكام، كتاب البيع، الفصل الخامس في الشروط.

(٣) رياض المسائل ج ١ ص ٥٣٧.

(٤) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٢.

وفي حواشي الشهيد فسر جعل الزرع سنبلًا بأن يجعل الله جل اسمه الزرع سنبلًا، قال: لانا إنما نفرض ما يجوز أن يتوهمه عاقل، لامتناع ذلك من غير الاله جلّت عظمته.

قلت: وهذا الشرط باطل أيضاً، كما نص عليه الشهيدان، والكركي وغيرهم، لأن جعل الله سبحانه ذلك ليس فيه للبائع مجال السعي، ولا كذلك اشتراط الضمين والكفيل، لان المشتري قادر على تحصيل اسباب الضمان، بخلاف تحصيل اسباب الصيرورة سنبلًا.

وبذلك دفع الشهيد ما اورد على المصنف من انه جَوَزَ اشتراط الضمين والكفيل وكلاهما غير مقدور^(١).

الثاني: لغوية اشتراط ما ليس بمقدور

فان الزام المشروط عليه بما يُعلم عجزه عنه وعدم قدرته على تحقيقه لغو محض ولا فائدة فيه، للعلم بعدم حصوله.

الثالث: لزوم السفاهة من اشتراط غير المقدور

باعتبار ان اشتراط ما يعلم عدم حصوله في الخارج قطعاً امر سفهي، ولا يتعلق به غرض العقلاء، ولا تعمه الاطلاقات.

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٤.

الرابع: لزوم التسليم المنوط بالقدرة

نسب ذلك الى العلامة (قده)، فان عجز المشروط عليه عن الشرط وعدم قدرته عليه يمنعه من تسليمه، بل وتسليم المبيع المقيد به الى الشارط، مع ان قدره على التسليم معتبرة قطعاً.

الخامس : لزوم الغرر في فرض عدم القدرة

ذكره الشيخ الاعظم ونسبه الى العلامة (قده)، باعتبار ان تحقق مثل هذا الشرط «بضرب من الاتفاق، ولا يناط بارادة المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بها لا وثوق بتحقيقه... وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطالان اشتراط ان يكون الأمة تحمل في المستقبل، لأنه غرر عرفاً»^(١).

هذا مجموع ما حصلت عليه في مطاوي كلماتهم من الوجوه التي استندوا اليها في اعتبار قدره على متعلق الشرط.

إلا ان شيئاً مما ذكره من الادلة وما استشهدوا به من الامثلة، لا يمكن المساعدة عليه.

ولأجل تحديد الموقف وبيان المختار لابد من جعل البحث في نقطتين:-
الاولى: حصر موضوع البحث ومحط النزاع ودراسة الامثلة المذكورة في

كلماتهم.

الثانية: دراسة الوجوه المذكورة للمنع وبيان المختار.

أما النقطة الأولى: فلا يخفى أن مرادهم من اشتراط جعل الزرع سنبلًا والبسر تقرأ، أو حمل الامة والدابة، لا يخلو من احتمالات:-
الاول: شرط الوصف الاستقبالي، فيكون معنى جعل الزرع سنبلًا بلوغه ذلك.

وهو ظاهر كل من عبر ببلوغ الزرع سنبلًا والبسر تقرأ كالشهيدين في اللمعتين، أو بصيرورة الزرع سنبلًا والدابة حاملًا كصاحب الرياض (قده).
فان كلاً من التعبيرين ظاهر في رجوع الشرط الى اشتراط الوصف الاستقبالي واعتباره في العقد.

الثاني: شرط فعل البائع وجعله للزرع سنبلًا وللبسر تقرأ.

وهو ظاهر عبارة الشيخ (قده) في النهايه، والمحقق في الشرائع، والعلامة في القواعد، والسبزواري في الكفاية، بل وصريح عبارة جامع المقاصد المتقدمة.
والظاهر انه ليس المراد من ذلك اخراج البائع - المشروط عليه - له من حد الى حد، وقلبه من الزرع الى السنبلة - مثلاً - بافاضة الوجود عليه.
فان اختصاص ذلك بالله تبارك وتعالى، وامتناع تحققه من البشر لعجزه منه عجزاً مطلقاً حقيقة أوضح من أن يخفى.

بل وليس المراد به كون البائع الواسطة في افاضة الله تبارك وتعالى للوجود عليه.

فان مجاري فيض الله ووسائطه من مختصاته تبارك وتعالى، ولا تخضع لارادة المتعاقدين واعتبارهما قطعاً.

بل المراد به قدرة البائع على المقدمات الاعتيادية للشرط ودفع الموانع الطارئة، فان الحوادث لما كانت متفاوتة بتفاوت موانعها كثرة وقلة، كانت قدرة المشروط عليه على تحقيق الشرط منوطة - بعد فعل المقدمات الاعدادية له - بكون موانعه اتفاقية قابلة للتحكم فيها، فان كان الامر كذلك كان الفعل مقدوراً للمشروط عليه ، وإلا

بأن كانت موانعه عادية، كالزرع الذي لا ينفك عن آفات سماويه او أرضية خارجة عن ارادة المكلف عادة - لا يكون تحت قدرته وارادته.

فان مثل هذا الجعل ينبغي ان يكون محل البحث بين الاعلام، باعتبار ان اشتراط مثله هو المناسب لحال نوع المتعاقدين، دون ارادة إفاضة الوجود او التصرف على نحو الولاية مما يقطع بعجز المشروط عليه عنه.

الثالث: شرط جعل الله الزرع سنبلاً والبسر قرأً.

وهو صريح عبارة الشهيد (قده) في حواشيه على القواعد وعبرة جامع المقاصد، بل وصريح عبارة الشيخ الاعظم (قده) في المكاسب حيث قال: «الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلاً وقرأً، والغرض الاحتراز عن اشتراط حدوث غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كافعال الله سبحانه لا عن اشتراط حدوث محال من المشروط عليه، لان الالتزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً او عادة مما لا يرتكبه العقلاء، والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين او الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، والاتيان بالقييد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الاجارة والجمالة»^(١).

ثم ان الاحتمال الاول - شرط الوصف الاستقبالي - وإن كان امراً عقلاً لا يقع في معاملاتهم، إلا انه فاسد من جهة استلزامه الغرر، حيث لا سبيل لاحتراز تحققه خارجاً.

والحكم مع عموم نفي الغرر - للنص كما ذكره الشهيد الاول (قده) في قواعده أو بناء العقلاء، كما هو المختار - واضح.

واما بناءً على اختصاصه بالبيع - كما ذكره غير واحد من الاصحاب، ويقتضيه المرسل المروي - فالحكم كذلك، باعتبار ان جهالة الشرط تؤدي الى الغرر في البيع

نفسه، لانه كالجزء من العوضين في الواقع.

وبطلان البيع بسبب الغرر يوجب فساد الشرط باتباعه وارتفاع موضوعه إلا ان مرجع هذا في الحقيقة الى الامر السادس مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه، أعني اعتبار عدم كونه مجهولاً وغريباً، وليس هو امراً قائماً بنفسه في قبالة، ولا علاقة له باعتبار القدرة في الشروط.

توضيح ذلك: ان القدرة سواء اريد منها القوة المثبتة في العضلات والمؤثرة في الحركات، ام اريد بها اقتدار النفس في الافعال الجنائية والذي قد يقال بلحاظ وباعتبار اتحاد النفس والبدن، ان القدرة كيفية نفسانية لا تتعلق بذات الاعيان الخارجية ولا الاعراض والاصاف القائمة بها، فانها جميعاً خارجة عن مدار تعلق القدرة، وداخلة في محور الوجود والعدم والامكان والامتناع، فهي اما ممكنة او ممتنعة وموجودة أو معدومة، ولا ارتباط للقدرة بها اطلاقاً، ومدارها ومحورها هي الافعال المتعلقة بها.

وحيث لا توصف الاعيان واصافها بالمقدورية، لا يصح وصفها بعدم المقدورية، لانها وعدمها من مصاديق مقولة العدم والملكة، فلا يمكن وصفها بالعدم إلا حيث يعقل تحققها ووجودها.

وعلى هذا الاساس لا مجال لوصف صيرورة الزرع سنبلأ أو البسر تمراً، وكون الدابة أو الامة تحمل في المستقبل، بل وكون العبد رومياً أو زنجياً، أو كاتباً - بناءً على ارادة الوصف القائم بمورده منه - بكونها مقدورة للمشروط عليه - البائع - او كونها خارجة عن قدرته.

فانها اجنبية عن هذه المقولة بالمرّة.

نعم ، لو كان المراد منه - الوصف - ما يتعلق بالبائع، أعني تحقيقه لتلك الاوصاف وايجادها في تلك الموارد، صح وصفه بالقدرة وعدمها، حيث ان منها ما يكون تحت قدرته في بعض الموارد، كتعليم الكتابة او الخياطة للعبد، ومنها ما هو خارج عن قدرته كجعل الزرع سنبلأ، او كون العبد رومياً أو زنجياً، إلا انه خروج عن فرض

شرط الوصف الاستقبالي - الذي هو محل الكلام - الى فرض اشتراط فعل البائع. ثم ان وجود الوصف مطلقاً - حالياً كان او استقبالياً - لما كان تابعاً لوجود علته الواقعية، لم يكن بنفسه قابلاً للاشتراط والالتزام، فان الشرط ليس سبباً لحصوله وتحققه كي يكون من اشتراط النتيجة، وليس هو من التعهد بتحصيله - كما هو المفروض - كي يكون من اشتراط الفعل.

وعلى هذا الاساس فلا محيص من ارجاع اشتراط الوصف - الحالي أو الاستقبالي - الى التوصية، واخبار البائع بوجود ذلك الوصف في المبيع، فيصدق في اخباره كما في اخباره بالكيل والوزن.

وعليه يتجه التفصيل بين الوصف الحالي والوصف الاستقبالي، فان البائع لما كان مطلعاً - عادة - على عين ما له بما له من الاوصاف فعلاً، كان توصيفه ملزوماً عادة للاخبار به - المبني على التصديق - وموجباً لرفع الفرر، بخلاف التوصيف بالوصف الاستقبالي، فان العادة لما لم تقم على اطلاع البائع على ما لاله من الشأن في الزمان القادم، لم يكن توصيفه اخباراً به ولا موجباً لرفع الجهالة والفرر.

والحاصل: ان اشتراط صيرورة الزرع سنبلاً في متن العقد على نحو شرط الوصف الاستقبالي، وان كان امراً يصدر من العقلاء في معاملاتهم، إلا انه محكوم بالفساد من جهة الفرر والجهالة، وبذلك يكون اجنبياً عن البحث في المقام - اعتبار قدرة المشروط عليه - وداخلاً في البحث عن الامر السادس مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه - ان لا يكون الشرط غريباً وموجباً للجهالة -.

واما الاحتمال الثاني - اشتراط جعل البائع الزرع سنبلاً مع فرض كون الجعل خارجاً عن قدرته - فهو امر لا يصدر من العقلاء، ولا يتعلق به الاعتبار الجدي، فان التسبب الواقعي الى ذلك الاعتبار من المتعاقدين ممتنع، لاستحالة قصد ايجاد المحال حقيقة.

وعلى هذا الاساس فلا مجال للبحث عن صحته أو فساده، فان امتناع تحققه ينفي موضوع البحث بالمرّة.

ولذا التجأ الشيخ الاعظم (قده) تبعاً للشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد الى حمل كلماتهم على اشتراط جعل الله تبارك وتعالى للزرع سنبلاً باعتبار «ان الالتزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً او عادة مما لا يرتكبه العقلاء، والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين او الطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، والالتيان بالقييد المخرج لذلك والمحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء»^(١).

واما الاحتمال الثالث - اشتراط جعل الله الزرع سنبلاً والبسر تماً - فمرجهه الى اشتراط ايجاد الله عزوجل لذلك الوصف في المبيع، ومن الواضح انه ليس من الفعل التسبيبي المقدور بالواسطة للبائع، إذ «ليس للبائع فيه مجال السعي بخلاف اشهاد الشاهدين، فان ذلك وان لم يكن من مقدوراته - لان تحمل الشاهدين الذي هو المطلوب بالشرط فعلها لا فعل البائع - إلا انه يمكنه سعيه في وقوعه والتهاسه لتحقيقه»^(٢).

وهو وان كان في الظاهر من اشتراط فعل الغير، لكنه، وفي الحقيقة والواقع، ليس إلا من شرط الوصف الاستقبالي، حيث لا يقصد منه حصوله من غير سبب جزماً، فيكون منه اشتراط حصوله بفعل الله تبارك وتعالى.

وعليه فيجري فيه ما تقدم ذكره في اشتراط الوصف الاستقبالي.

خلاصة البحث وتحديد محل الكلام:

والذي يتحصل مما تقدم ان شرط جعل الزرع سنبلاً أو البسر تماً وما اليهما، ان كان بمعنى جعل البائع له كذلك وتحقيقه إياه، فهو لا يعدو صورة الاشتراط ولا

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

(٢) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٢.

يتجاوز حدود اللفظ، إذ لا يعقل تحقق الجد والعمل من المتبايعين إليه حقيقة مع التفاتهما إلى امتناعه، وبذلك يخرج عن محور البحث عن الصحة والفساد.

وان كان بمعنى شرط الوصف الاستقبالي بما فيه اشتراط فعل الله تبارك وتعالى، فهو وان كان فاسداً، إلا ان مرجعه إلى الشرط السادس من شروط الصحة، ولا يرتبط بالمقام.

إذاً، فالمتعين في المقام هو البحث في اعتبار القدرة في الصحة، بعد فرض تمامية شروط التحقق والوجود بما فيها جواز تعلق الإرادة الجدية بالشرط.

ومن هنا فلا يشمل موضع البحث ما ذكره من الامثلة، لعدم إمكان تعلق الإرادة الحقيقية باشتراطها.

وكذا لا يشمل موضع البحث - اعتبار القدرة - ما كان المنع فيه من جهة اختلال شرط آخر مما يعتبر في النفوذ والصحة، كلزوم الغرر من جهة الجهل بتحقيق الوصف.

فان البحث في المقام إنما هو عن اعتبار القدرة بعد الفراغ عن إمكان الاشتراط وتامة سائر ما يعتبر في النفوذ.

والصحيح في التمثيل له هو اشتراط أحدهما على صاحبه عملاً كخياطة ثوب أو كتابة شيء ونحوه، حيث يجري البحث فيه في لزوم قدرة المشروط عليه على تنفيذه وتحقيقه، وانه هل يحكم بفساد الشرط أو حتى العقد مع ظهور عدم قدرته عليه أم لا؟

فانه هو الذي ينبغي ان يكون محل البحث ومحط النزاع بينهم، باعتبار كون النزاع فيه الصحة والفساد من جهة القدرة عليه وبعد الفراغ من اصل وجوده ومعقوليته.

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى النقطة الأولى، أعني تحديد محط البحث ودراسة الامثلة المذكورة في كلماتهم.

واما النقطة الثانية: أعني دراسة الوجوه المذكورة للمنع، فالظاهر عدم صحة الاستناد إلى شيء منها في اثبات البطلان في محل الكلام.

أما الإجماع، فالمنقول منه ليس بحجة، ودعوى تحصيله على مورد معين واحتمال خاص من الاحتمالات التي ذكرت مجازفة لا يمكن المساعدة عليها، خصوصاً مع ما عرفت من البون بين تلك الاحتمالات، واختلاف الآراء في محل النزاع ومورد الحكم منها.

هذا بالإضافة إلى أن احتمال استناد المجمعين إلى سائر الوجوه المذكورة للمنع يمنع من قبوله كإجماع تعبدى ودليل مستقل في المقام.

وأما استلزام اللغوية والسفاهة، فموردها اجنبي عما نحن فيه.

وذلك لوضوح عدم انطباق اللغوية - كون الشيء بلا فائدة - والسفاهة - كون الشيء بلا غرض عقلائي - على ما ذكرنا مثلاً للبحث ومحل الكلام، فإن اشتراط الخياطة أو الكتابة مثلاً ليس مما يخلو عن الفائدة والغرض العقلائي، كما هو واضح. بل وكذا الحال بالنسبة إلى ما ذكره من الامثلة أيضاً، فإن موردها «ما إذا أمكن وجود الشيء الموصوف بأنه بلا فائدة أو بلا غرض عقلائي، وحيث أنه لغو أو سفهي لا تعمه الاطلاقات فلا ينفذ، وأما ما يمتنع وجوده فلا شيء حتى يوصف باللغوية والسفاهة.

نعم، الالتزام الانشائي حيث لا يترتب عليه الاثر لغو وسفاهة، إلا أن القدرة لم تلاحظ بالنسبة إليه، بل بالنسبة إلى ما هو تملك والتزام بالحمل الشائع. فما تعتبر فيه القدرة لا يوصف باللغوية والسفاهة، وما يوصف بهما لا تعتبر فيه القدرة»^(١).

وبعبارة أخرى: أن ما هو شرط بالحمل الشائع - جعل البائع الزرع سنبلًا، مثلاً - غير مقدور للمشروط عليه، ولا يمكن تحقيقه منه خارجاً، كي يوصف باللغوية أو السفاهة.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب / ج ٢ ص ١٤١.

وما يمكن تحقيقه منه - نفس الاشتراط والالتزام - فكونه لغواً أو سفهياً إنما يؤدي الى سلب الارادة الجدية والقصد الحقيقي الى تحقيقه من العاقل، وبذلك يكون صورة اشتراط لا واقع لها، وهو ما يعني خروجه عن محل البحث، فان الكلام في الاشتراط الحقيقي الذي يكون محكوماً بالفساد من جهة اللغوية او السفاهة، كما هو المدعى.

واما لزوم التسليم، فهو فرع تحقق الشرط ووجوده، ولا يجري فيما لا يكون وجوده إلا صورياً هزلياً.

واما نفي الغرر، فمن الواضح عدم شموله لما ذكرناه مثلاً لمحل البحث، فانه لا خطر ولا جهالة على الشارط في شرطه وان ظهر عدم تمكن المشروط عليه من تحقيقه، كما هو الحال في سائر موارد تعذر الشرط.

بل وكذا الحال بالنسبة الى ما ذكره من الامثلة أيضاً اذا كان المراد من الشرط فعل أحد المتعاقدين دون الوصف الاستقبالي، فان التمسك بنفي الغرر إنما يصح حيث يتحقق الشرط ويقع المكلف لولا النهي عنه في الخطر والجهالة، فلا يشمل موارد امتناع الشرط وعدم امكان تحقيقه، إذ لا خطر فيه على احد كي ينفي بحكم الشارع أو بناء العقلاء.

نعم، لو كان الشرط هو الوصف الاستقبالي - أعني صيرورة الزرع سنبلاً وبلوغ البسرة تماً - كان غريباً محكوماً بالفساد، لكنه خروج عن فرض البحث في اعتبار القدرة والشرط الاول كما عرفت.

ثم انه على تقدير تحديد موضوع البحث في اعتبار القدرة في الشرط على ضوء ما ذكرناه من الامثلة، لا ما ذكروها مما لا يتحقق الجدد والقصد الحقيقي في بعضها، ويرجع الى اشتراط الوصف الاستقبالي المقترن بالغرر في بعضها الآخر، فالظاهر هو الحكم بصحته ونفوذه، مع ثبوت الخيار للشارط عند تبين عجز المشروط عليه عن تحقيقه وعدم قدرته على الوفاء به.

والعمدة في وجهه القطع بعدم الفرق بين فرضي عدم القدرة حين الاشتراط

مع تصورهما واعتقادها ذلك - محل الكلام - وبين طرو العجز بعد العقد عليه بعد قدرته عليه في حينه.

فان دليل وجوب الوفاء بالشروط شامل لها على حد سواء، ولا موجب لتخصيصه باحدهما دون الآخر.

وتوهم كون القدرة من الشرائط العامة للتكليف كالبلوغ والعقل، فلا يصح من دونها.

مدفوع بأنها كالعلم من شرائط تنجيز التكليف لا قيود نفسه، فلا يكون فقدتها إلا عذراً في التخلف عن الاداء ورفع اليد عن الوفاء به، كما هو الحال في فقد العلم.

بل لا يبعد دعوى قيام بناء العقلاء في معاملاتهم على ذلك، وحكمهم في امثال المقام بثبوت الخيار للشارط عند تبين عجز المشروط عليه عن الوفاء به وعدم قدرته على تحقيقه.

نعم، ينبغي تقييد الحكم بعدم علمها بالعجز عنه وعدم قدرته على تحقيقه مطلقاً - حين العقد وبعده - إذ مع علمها بذلك لا يمكن تحقق الارادة الجدية في الاشتراط والالزام والالتزام كما هو واضح.

نتيجة البحث:

يستنتج من جميع ما تقدم، أنه لا وجه لاعتبار القدرة على الشرط شرطاً في نفوذه وصحته.

فانها لا تخلو عن كونها إما شرطاً في تحقق الارادة الجدية في الاشتراط، او كونها معتبرة بملاك نفي الغرر، او كونها غير معتبرة. وعلى جميع التقادير فهي ليست شرطاً مستقلاً في نفوذ الشرط وصحته.

الشرط الثاني: ان يكون الشرط سائغاً في نفسه

اتفقت كلمات الاصحاب على اعتبار كون الشرط سائغاً، وعدم نفوذ الشرط الحرام كاشتراط جعل العنب خمرأ.

«ويدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً»^(١)، فان الشرط اذا كان محرماً كان اشتراطه والالتزام به احلالاً للحرام، وهذا واضح لا اشكال فيه»^(٢).

وكيف كان، فالحكم متفق عليه بينهم ولا خلاف فيه.
إنما الاشكال في عدّ هذا الشرط امراً مستقلاً في قبال اشتراط عدم مخالفته للكتاب والسنة - الشرط الرابع -

فقد استشكل فيه السيد الطباطبائي (قده) معتبراً «ان هذا الشرط راجع الى الشرط الرابع، فلا وجه لعدّه مستقلاً»^(٣).

في حين تصدى آخر لتصحيح جعله شرطاً مستقلاً، وابداء الفرق بينها.
والذي يمكن ان يقال في المقام: ان للشرط اصطلاحين واطلاقين.
فانه قد يطلق ويراد منه المعنى المصدري، اعني الانشاء والفعل الصادر من المتعاقدين، والذي قد يعبر عنه لضيق خناق التعبير بالاشتراط.
وقد يطلق ويراد منه متعلق الشرط - المشروط - من قبيل اطلاق الخلق على المخلوق.

(١) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيار.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

(٣) تعلية الطباطبائي على المكاسب ج ص ١٠٩.

فان كان المراد من الشرط في المقام هو الاول، كان الفرق بينه وبين الشرط الرابع واضحاً جلياً.

فان المقصود من اشتراط كونه سائغاً - على هذا التقدير - كون نفس الالتزام والتعهد ومع قطع النظر عن الملتزم به أمراً سائغاً غير محرم، فلا يصح الاشتراط المنهي عنه كالواقع وقت النداء أو المتعلق لنهي الوالدين أو المولى - على ما احتمله بعضهم - وان كان متعلقه أمراً مباحاً سائغاً.

وهذا يفترق عن الشرط الرابع الذي يقصد به عدم كون الملتزم به مخالفاً للكتاب والسنة.

غير ان الحمل على هذا المعنى يصطدم بمشكلة قصور الادلة عن اثباته، فانه لا دليل على بطلان ما تعلق النهي به من المعاملات ما لم يكن متعلقاً بعنوانه وذاته، فان حرمة اشتراط الخياطة في البيع وقت النداء أو مع تعلق نهى الوالدين أو المولى عنه لا تستلزم الحكم بعدم نفوذه وفساده على ما هو موضح في الاصول.

على ان هذا الاحتمال خلاف صريح ما اتفقوا عليه في التمثيل لهذا الشرط بجعل العنب خمرأ، بل وتعليقهم ذلك بـ (عدم نفوذ الالتزام بالحرام، فان لزومه مع بقاء الحرام على حرمة يؤول الى اجتماع الوجوب والحرمة في شيء واحد)^(١)، بل واستدلواهم بذيل قوله قوله (ص) «المؤمنون عند شروطهم» اعني قوله (ص): «إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً»^(٢).

فان شيئاً من ذلك لا ينسجم مع حمل الشرط على الالتزام بنفسه ومع قطع النظر عن متعلقه.

وبمجرد اضافة وصف «في نفسه» الى الشرط في عنوان محل الكلام - ان يكون

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٤٢.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيارات ٥.

سائفاً في نفسه - لا يعني تعيين ارادة الالتزام من الشرط - رغم ظهوره فيه - بعد عدم صلاحيته لمقاومة شيء مما ذكرناه من كلماتهم في مقام التمثيل والتعليل والاستدلال الصريحة في خلاف ذلك.

وان كان المراد من الشرط هو الثاني - أعني المشروط نفسه على ما هو ظاهر كلماتهم ويساعد عليه التمثيل والاستدلال - فهو امر صحيح في نفسه ولا غبار عليه، حيث يتعين فيه الحكم بالفساد وعدم النفوذ.

إلا انه يبقى فيه سؤال الفرق بينه وبين الشرط الرابع، فانه وعلى ضوء هذا الاحتمال يكون مصداقاً وجزئياً من جزئيات الاخير.

اللهم الا أن يقال بالفرق بينهما، بدعوى كون الملحوظ فيما نحن فيه هو نفي الالتزام بالحرام مع عدم التنازل عن حرمة كاشتراط فعل الحرام عصيانياً، في حين ان الملحوظ في الشرط الرابع الالتزام به بعنوان كونه حلالاً بمقتضى الشرط.

ففرق بين كون الشرط الاتيان بالمحرم عصيانياً ومخالفة الكتاب والسنة عملاً عمداً مع الالتفات الى حرمة ومخالفته والالتزام بهما، وبين كونه تحليلاً للحرام ومخالفاً لهما من حيث الحكم والجعل.

ولعل ما ذكرناه هو مراد المحقق الايرواني (قده) بقوله: «ان الفرق بين هذا الشرط وشرط عدم المخالفة للكتاب والسنة، هو ان مآل هذا الشرط الى عدم كون الشرط امراً غير سائغ اما فعل حرام او ترك واجب، وأما معنى ذلك الشرط فهو ان لا يكون الشرط بحسب مقام جعله على خلاف جعل الشارع، كاشتراط أن يكون الحلال حراماً والحرام حلالاً من غير نظر الى ان يرتكبه المشروط أو لا يرتكبه، وهذا مخالف للكتاب والسنة، وذلك الاول مخالفة لهما وشرط لعصيان امرهما»^(١).

ثم ان هذا التفريق لو تم بأن لم نقل بعموم الشرط الرابع لنحوي المخالفة

معاً، فضلاً عن القول بظهوره في المخالفة العملية، وتحليل الحرام أو تحريم الحلال عملاً، كما يشهد له بعض موارد استشهاد الامام عليه السلام به - كان مقتضاه انحصار الدليل فيما نحن فيه بما ذكر من عدم نفوذ الالتزام باتيان المحرم، فيكون فساد شرط جعل العنب خمرأً، كفساد اجارة العامل لصنع العنب خمرأً، حيث يتعارض فيها دليل النفوذ مع دليل حرمة صنع الخمر، فيتساقطان ويبقى العقد او الشرط عارياً عما يقتضي امضاه او نفوذه.

وبعبارة اخرى: إن دليل نفوذ الشرط أعني قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» لما كان يصطدم - ومع قطع النظر عن الاستثناء الوارد في ذيله - بدليل حرمة صنع الخمر - مثلاً - كان مقتضى القاعدة سقوطها وعدم نفوذها معاً، وهو ما يعني خلو الشرط من الامضاء الشرعي.

ولا مجال للتمسك للبطلان في المقام بالاستثناء المذكور في ذيل النص المتقدم - إلا شرطاً حرماً حلالاً أو أحل حراماً - فانه خلاف فرض التفريق بين المقامين وجعل مورد الشرطين مغايراً.

على انه لا تصل النوبة الى الاستثناء بعد عدم شمول المستثنى للمورد كما عرفت.

ومنه يظهر ما في استدلال الشيخ الاعظم (قده) عليه بقوله: «ويدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطاً أحل حراماً او حرماً حلالاً»^(١). فانه منافٍ لفرض التغاير بين الشرطين - الثاني والرابع - واستقلال كل منها عن الآخر.

والحاصل: ان المتعين في الاستدلال على ما نحن فيه - اعتبار كون الشرط سائغاً - بعد تسليم مغايرته للشرط الرابع، والبناء على كون المراد به عدم كون متعلق

الشرط حراماً، هو ما افاده الشيخ الاعظم (قده) بقوله: «لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم»^(١)، بالبيان الذي قدمناه، دون ما ذيله من التمسك بالاستثناء الوارد في نصوص الشرط.

الشرط الثالث: أن يكون فيه غرض عقلائي معتد به

لا ينبغي الاشكال في اعتبار كون الشرط مما فيه غرض عقلائي معتد به نوعاً او بلحاظ شخص الشارط، فلا يصح اشتراط ما يخلو عن الفائدة بالمرة، او تكون من القلة بحيث لا يلتفت اليها العقلاء ولا ياخذونها بنظر الاعتبار، كاشتراط الكيل أو الوزن بخصوص مكيال أو ميزان معين من الأفراد المتعارفه للمكائيل والموازين، فانه لا يخلو من كونه لغواً محضاً عديم الفائدة أو كون فائدته من القلة بحيث لا يعتني بها العقلاء.

ويقتضيه قبل كل شيء امتناع انقذاح الارادة الجدية بالشرط مع خلوه من الغرض العقلائي والفائدة النوعية أو الشخصية، فان الارادة الحقيقية إنها تنبعث عن ملاحظة الاغراض والفوائد والآثار، فإذا انعدمت انتفت الارادة الجدية وبه ينعدم جدُّ الالتزام ويبقى الشرط لفظاً عارياً عن المعنى وصورة لا تحكي الواقع ولا تعبر عن شيء، ومعه لا شيء كي تشمله ادلة الامضاء والوفاء.

على «أن مثل ذلك لا يعد حقاً للمشروط له حتى يتضرر بتعذره، فيثبت له الخيار او يعتني به الشارع فيوجب الوفاء به ويكون تركه ظلماً، فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء»^(٢) كبيع كفٍ من الماء عند الشاطيء او قبضة من التراب في الصحراء.

وقد اورد عليه المحقق الايرواني (قده) بان: «عدم تضرر المشروط له بترك الشرط إنما يمنع من ثبوت الخيار اذا كان دليل الخيار هو دليل نفي الضرر، وذلك

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٢٦.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٧.

ايضاً أعم من فساد الشرط، لاحتمال صحة الشرط مع ذلك ووجوب الوفاء به كما في الشرط في عقد النكاح.

وأما دعوى عدم اعتناء الشارع به ليوجب الوفاء فهي مصادرة بالمطلوب، ولم يعلم ان مناط ايجاب الشارع للوفاء كون ترك الوفاء ظلماً لئلا يجب هنا لعدم كونه ظلماً^(١).

إلا ان الظاهر عدم تمامية ما أفاده (قده) من الايراد.

ذلك : ان المعاملات والعقود والمبادلات الرائجة في المجتمعات ، بل والحقوق الثابتة للأفراد تجاه بعضهم البعض، مما يتوقف عليها بقاء المجتمع ونظام امرهم، ليست من الامور التأسيسية للشارع المقدس ومبتدعاته، كي يتعين اتباع الدليل الشرعي في ثبوتها وعدمه، او صحتها وفسادها أو سعتها وضيقها، وإنها هي مما يدركه العقل والعقلاء بفضل النور المستودع في الانسان والمميز له عن سائر الموجودات. وليس دور الشارع في هذه المجالات - عموماً - إلا تقرير ادراكهم وامضاء طرقهم المتداول اتباعها فيما بينهم.

نعم، قد يتفق ادراك الشارع - وبفضل كونه العقل الكامل - لخطأ العقلاء في ادراكهم في مورد معين، واتخاذهم قراراً منافياً لقرارهم، والذي يصطلح عليه برده الشارع عن بناء العقلاء، وذلك كما في قوله عز من قائل ﴿ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربوا وأحل الله البيع وحرم الربوا﴾^(٢)، وقوله عليه السلام: «ما كان من طعام سميت فيه كيلاً فلا يصلح بمجازفة»^(٣).

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٢.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

(٣) وسائل الشريعة ج ١٢ باب ٤ من ابواب عقد البيع وشروطه.

الشرط الثالث: ان يكون فيه غرض عقلائي معتد به ٩٩

إلا ان ذلك لا يشكل القاعدة العامة في اتجاه الشارع بالنسبة الى العقود والمعاملات والحقوق، بل يبقى الاصل الاولي فيها جميعاً هو اتباع ما سنّه العقلاء، واقرّوه في سيرتهم وتعاملهم، ما لم يثبت بالدليل المنع عنه ورفضه.

على العكس منه تماماً في ابواب العبادات حيث تكون ماهياتها مستحدثة ومخترعة من قبل الشارع، فيتعين اتباع النص واقتفاء اثره في كل صغيرة وكبيرة منها، بدءاً بحقائقها وكيفياتها وانتهاءً بأبسط احكامها وتعاليمها.

وعلى هذا الاساس، فحيث ان الادراك العقلاني للشرط والالتزام والتعهد في العقود والمعاملات ليس إلا جعل حق للمشروط له على المشروط عليه، كان عدم وصوله اليه ضرراً ونقصاً عليه، فيما فرض ثبوته له على نحو يؤثر في الثمن، وظلماً عليه من هذه الناحية.

وعلى هذا المبني يعتمد حكمهم بجواز اجبار من عليه الحق على الاداء فيما يمكنه الوفاء به، وثبوت حق الفسخ للمشروط له في العقد الذي تضمن ذلك الشرط. ومعه لا وجه لأن يقال بأنه «لم يعلم ان مناط ايجاب الشارع للوفاء كون ترك الوفاء ظلماً لئلا يجب هنا لعدم كونه ظلماً»، فانه ثابت على حسب قاعدة الشارع في تنظيم الشؤون الاجتماعية للناس وترتيب امورهم وسبل تعاملهم.

ولنعم ما أفاد المحقق الاصفهاني (قده) في المقام حيث قال: «ان استحقاق المشروط له على المشروط عليه ليس إلا كونه ذا حق عليه، والحق من الاعتبارات العقلانية كالملكية، واعتبار استحقاق ما لا غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، وحيث انه لا التزام ولا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء كما لا موقع للخيار عند تخلفه، وأما من حيث الملاك فان انفاذ الشرط رعاية وامتنان على المشروط له ولا منة في اللغو.

ومن جميع ما ذكرنا تبين انه لا موقع للتمسك باطلاق: «المؤمنون عند

شروطهم»^(١).

هذا وقد خالف السيد الخميني (قده) في المقام حيث التزم:
تارة بصحة اشتراط ما لا فائدة فيه، باعتبار ان ترتب الخيار على تخلفه يكفي
في خروجه عن اللغوية.

واخرى بالتفصيل بين ما لا فائدة له، فيبطل لكونه عبثاً ولغواً، وبين ما يتضمن
فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم، فيصح بملاك ثبوت الخيار عند تخلفه، وهو من
الفوائد العقلانية.

قال (قده): «وأما ما افادوا في المراد بهذا الشرط من كونه ذا فائدة معتد بها
عند العقلاء، بمعنى ان الملتزم لا بد وأن يكون ذا فائدة عقلانية وإلا يقع باطلاً، ففيه
تأمل واشكال.

فانه ربما يكون الشرط بالمعنى المصدري عقلانياً، لأجل ترتب الخيار على
تخلفه، من غير ان يكون في البين فائدة اخرى للشارط، كاشتراط بيعه بالقيمة التي
اشتراه، بل اشتراط الاوصاف الحالية بما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف، فان
امرها دائر بين الوجود والعدم، ولا يترتب على الشرط شيء سوى الخيار، ففي مثلها
لا يعد الاشتراط لغواً وملغى عرفاً، بل يصح ويترتب عليه الخيار عند التخلف، وهو
امر عقلائي، ولا يقاس المقام بالبيع حيث لا يكون ماهيته الا التبادل، ولا يترتب عليه
اثر عقلائي آخر.

وبالجملة: ما لا فائدة له إما أن يكون بنحو يكون الاشتراط به عبثاً ولغوياً فلا
اشكال فيه، واما ان يكون له فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم، فيبطلانه هاهنا
ممنوع، لان ثبوت الخيار عند التخلف من الفوائد العقلانية، واختصاص خيار التخلف

(١) تعلية الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٤٣.

بالشرط الذي له فائدة معتد بها ممنوع»^(١).

وما افاده (قده) لا يخلو من ابهام وغموض، فانه لو صح ان يكون «ترتب الخيار على تخلفه، من غير ان يكون في البين فائدة اخرى للشرط» كما هو الحال في «اشتراط الاوصاف الحالية مما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف» من دون ان «يعد الاشتراط لغواً وملغىً عرفاً» لم يبق لقرض «ما لا فائدة له... بنحو يكون الاشتراط به عبثاً ولغواً» مورد كي يحكم فيه بالبطلان بـ«لا اشكال فيه» كما افاده (قده)، «لان ثبوت الخيار عند التخلف من الفوائد العقلانية» على حد تعبيره.

والحاصل: ان ثبوت الخيار عند التخلف لو كان مصححاً للشرط في الثاني - أن يكون له فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم - ومخرجاً له عن اللغوية والسفاهة، كان مصححاً له في الاول - الاشتراط بما لا فائدة له عبثاً ولغواً - ايضاً، ولخرج الشرط به عن اللغوية.

على ان ترتب الخيار فرع نفوذ الشرط وامضائه شرعاً، وفي مرتبة متأخرة عنه، فلا يصلح لأن يكون محققاً لشرط النفوذ والامضاء، اعني كونه امراً عقلائياً في نفسه، فلا يكون رافعاً للغوية اشتراط ما لا فائدة فيه وسفاهته.

وتوهم كون الخيار هو المقصود بالذات من هذا الاشتراط، وهو أمر عقلائي مقصود للعقلاء في معاملاتهم.

مدفوع بأن المقصود لو كان ذلك، لكان المتعين اشتراط الخيار مباشرة ومن غير تعليقه بشيء، ولا مبرر لسلوك طريق ملتوٍ يأباه العقلاء، أعني اشتراط امر لغو لا فائدة فيه كي يترتب على تخلفه الخيار.

هذا مضافاً الى ان ما ذكره من الفائدة انها يتم - على تقدير التسليم - بالنسبة للشرط بالمعنى المصدري، اعني فعل المتعاقدين في مقام الانشاء وما يعبر عنه

بالاشتراط، حيث يمكن فيه القول بأن فائدته هي ثبوت الخيار للمشروط له.
إلا أن هذا المعنى ليس هو المقصود للاعلام من الشرط الذي يعتبر كونه ذا
فائدة عقلائية قطعاً، بل المقصود منه هو الشرط بالحمل الشائع الصناعي أعني
المشروط ومتعلق الالتزام، فانه الذي ينبغي أن يكون ذا فائدة عقلائية مقصودة.
وعليه لا مجال لجعل فائدته هو ثبوت الخيار، فانه ليس فائدة للشرط بالمعنى
المذكور، وإنما هو من آثار واحكام تخلف الالتزام به وتحققه.

بل على العكس مما ذكره تماماً، فإن فائدة الشرط - بهذا المعنى - إنها تكمن في
فرض الوفاء به وتحققه، دون فرض تخلفه وعدم الالتزام به، فإن الشارط وبلحاظ ما
يصبو اليه من المنفعة العقلائية النوعية أو الشخصية في تحقق الشرط ووجوده في
الخارج، يقيد عقده به ويفرضه على صاحبه.

وما ذكرناه واضح جلي ويجري في جميع موارد اشتراط شيء في العقد بها فيه
المثالان المذكوران في كلامه (قده) - اشتراط أن يبيعه بالقيمة التي اشتراه، واشتراط
الايوصاف الحالية - فإن التفات المشتري في الاول الى بناء اساس المعاملات على
المغالبة والمرايحة، يدعوه لأن يشترط كون البيع بقيمة الشراء، وهو ما يعني عند وفاء
البائع بالشرط، عدم خروج مال زائد من كيس المشتري، وهو فوز له.

كما أن التفاته في الثاني الى ما يترتب على تلك الاوصاف من آثار وتعلق غرضه
بها، يجعله يشترط على البائع وجودها في المبيع، وهو ما يعني على تقدير وفاء البائع به،
تحصيله لغرضه الداعي الى طلبها.

وبالجملة ففائدة الشرط بالحمل الشائع إنها تكمن في وجوده وتحققه، دون تخلفه
وتعذره، كما هو أوضح من أن يخفى.

وبمجرد ثبوت الخيار على تقدير التخلف لا يعني كونه فائدة للشرط، فانه اثر
لفوات الفائدة المتوخاة والمنفعة المقصودة.

إذاً فما افاده (قده) من تصحيح اشتراط ما لا نفع معتد به عند العقلاء،
بالالتزام بثبوت الخيار عند تخلفه، مما لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

والصحيح في المقام هو ما ذهب اليه جمهور الاصحاب من اعتبار كون الشرط ذا فائدة معتد بها عند العقلاء، فلا يصح اشتراط عديم الفائدة بالمرة، أو ما تكون فائدته من القلة والهوان الى حد لا ينظر اليها العقلاء ولا يعتبرونه حقاً للمشروط له.

الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة

من اهم شروط نفوذ الشرط وصحته عدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة وهو - على نحو الموجبة الجزئية - حكم اجماعي اتفاقي، لا يختلف فيه اثنان اطلاقاً. والمستند فيه هو النصوص العامة والخاصة، وهي على طوائف عديدة، نذكرها جميعاً لتعرض بعد ذلك الى ما يمكن ان يقال حول هذا الشرط.

فمنها: ما دل على اعتبار موافقة الكتاب العزيز.

كصحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام، قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل»^(١).

وصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام، قال - في حديث -: «ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عز وجل لم يجوز ذلك عليه ولا له»^(٢).

وما ورد في قضية بريرة حين اشترط مواليتها على عائشة كون ولاءها لهم، فقال صلى الله عليه وآله: «ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان شرطاً

(١) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيار ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق ح ١.

ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»^(١).

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للكتاب.

كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز»^(٢).

وصحيحة الحلبي عنه عليه السلام أيضاً: «وإن كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو ردّ إلى كتاب الله عز وجل»^(٣).

وعن ابن سنان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشرط في الأمان لا تباع ولا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل»^(٤).

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للسنة.

كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وصدقها، واشترطت أن يبدها الجمار والطلاق، قال: خالفت السنة وولت الحق من ليس أهله، قال: فقضى علي عليه السلام أن على الرجل النفقة وبيده الجمار والطلاق، وذلك السنة»^(٥).

وفي رسالة هارون «مروان» بن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قلت له: ما تقول في رجل جعل امرأته بيدها؟ قال: فقال لي:

(١) السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٣٣٨.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ج ٢.

(٣) المصدر نفسه ج ٤.

(٤) المصدر نفسه ج ٢.

(٥) الوافي ج ١٢ ص ٨٠.

ولي الأمر من ليس اهله، وخالف السنة، ولم يجز النكاح»^(١).

وقريب منها رسالة ابن بكير عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام: «في امرأة نكحها رجل فاصدقته المرأة وشرطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، فقال: خالف السنة، وولي الحق من ليس اهله، وقضى أن على الرجل الصداق، وأن بيده الجماع والطلاق، وتلك السنة»^(٢).

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للكتاب والسنة معاً.

كمرسلة ابن زهرة في الغنية: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة»^(٣).

ومنها: ما دل على اعتبار عدم استلزامه تحليل الحرام أو تحريم الحلال.

كموثقة اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابيه عليهما السلام: «ان علي بن ابي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً»^(٤).

هذه هي العمدة في نصوص الباب على اختلاف السنتها ومداليلها، ولمعرفة حدود الحكم وتفصيله، لا بد من البحث في جهات:

الجهة الاولى: هل المدار في الشرط على موافقته للكتاب، بحيث يتوقف

نفوذه على وجود آية فيه تنطبق عليه، أم يكفي فيه عدم مخالفته له؟

ذكر الشيخ الاعظم (قده) وتبعه اكثر من تأخر عنه، أنه «لا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظراً الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة في النفس والمال، فخيطة الثوب مثلاً موافق للكتاب

(١) و(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤١ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ١٠٥.

(٣) الغنية ص ٥٢٤.

(٤) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيار ح ٥.

بهذا المعنى»^(١).

وقد أورد عليه: «أن العمومات المرخصة لا تجدي في كثير من الموارد، مثل اشتراط الولاء لغير المعتق»^(٢) باعتبار انه ليس في الكتاب العزيز ما يدل عليه ويقتضيه.

وبإزاء هذه المحاولة هناك محاولتان أخريان لاثبات كون العبرة في الشرط بعدم مخالفته للكتاب الكريم.

الاولى: انكار ظهور صحيحتي ابن سنان والحلي المتقدمين في اعتبار موافقة الشرط للكتاب في النفوذ.

اما صحيحة ابن سنان، فلوضوح كون قوله عليه السلام: «والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» المذكور في ذيلها، بياناً للقاعدة الكلية المنطبقة على الحكم المذكور في صدرها بحيث يكون كالتعليل له.

وحيث ان المفروض في الصدر مخالفة الشرط للكتاب العزيز - «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله، فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه» - لم يبق للذيل ظهور في اعتبار الموافقة بوصفها وبها هي موافقة.

على انه لا مفهوم لقوله عليه السلام: «والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله» ولا دلالة على الحصر - كما هو المطلوب - وغاية مدلوله نفوذ الشرط الموافق للكتاب العزيز، وهو مما لا شبهة فيه ولا خلاف، إلا انه لا يثبت المدعى - بطلان الشرط غير الموافق - في المقام.

واما صحيحة الحلي فمن المحتمل قريباً ان يكون المراد بقوله عليه السلام: «سوى كتاب الله» ما يقابله ويغايره، بحيث يكون في الكتاب العزيز حكماً، ويكون

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٧٧.

(٢) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٢.

الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة ١٠٧

الشرط غيره وسواه.

ويشهد لذلك مورد الصحيحة فانها واردة في «رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك أو بتّ عنك فانت طالق» فلاحظ.

الثانية: دعوى ترجيح الاخبار الدالة على بطلان الشرط المخالف للكتاب على الاخبار الدالة على اعتبار الموافقة.

وذلك لظهور الاولى في كون المخالفة مانعة عن نفوذ الشرط وصحته، في حين ان ظاهر الثانية كون الموافقة للكتاب شرطاً فيها. وحيث انه لا يمكن الجمع بينهما بأن يقال:

ان الموافقة شرط، والمخالفة مانعة، باعتبار انه لا تعارض بين المشتين من النصوص كما قد يتوهم، لاسناد البطلان مع عدم الموافقة الى فقدان الشرط قبل تحقق دور المانع كما هو واضح، يتعين الاخذ بروايات المانعة باعتبار كونها أظهر وأقوى دلالة.

قال السيد الخميني (قده): «ثم اعلم ان مقتضى الاخبار الدالة على بطلان الشرط المخالف للكتاب، ان المخالفة له مانعة عن صحة الشرط، وان البطلان لأجل مزاحمة الكتاب لا لا اعتبار عدم كونه مخالفاً له». ويؤكد ذلك قوله في صحيحة محمد بن قيس: «ان شرط الله قبل شرطكم»^(١). وفي رواية دعائم الاسلام: «شرط الله أكد»^(٢)، وفي رواية: «قضاء الله أحق وشرطه أوثق»^(٣) ولم يدل دليل على اشتراط صحة الشرط بعدم المخالفة...
وحيث يدور الامر بحسب الواقع بين شرطية موافقة الكتاب أو مانعية مخالفتها، ولا يعقل الجمع بينهما، لأنه مع اشتراط الموافقة يستند البطلان الى فقد الشرط لا

(١) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ١٣ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٢.

(٢) مستدرک الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة باب ٥ من ابواب الخيار ح ٢.

(٣) سنن البيهقي ١٠: ٢٩٥.

وجود المانع. مع أن جعل المانعية لغو بعد جعل الشرط المذكور.
والتحقيق: أن ظهور الأدلة في مانعية المخالفة أقوى^(١).

ومهما يكن الموقف من المحاولة الثانية، من حيث تسليم كون عدم المخالفة مانعة لا عديمها شرطاً، واقوائية ظهوره، فإن المحاولة الأولى موفقة وقريبة جداً، ويشهد لها ذهاب معظم الاصحاب الى ذلك واختيارهم له، خصوصاً مع ملاحظة فتاويهم في جزئيات المسائل، فإنها صريحة في كون الملاك والعبرة في صحة الشرط ونفوذه بعدم مخالفة الشرط للكتاب العزيز.

والحاصل: أن المستفاد من ملاحظة مجموع النصوص الواردة في المقام، كون العبرة في النفوذ بعدم مخالفة الشرط للكتاب العزيز، كما عليه المشهور من الاعاظم من الاصحاب، دون لزوم الموافقة معه.

الجهة الثانية: في عموم الشرط لمخالف السنة.

بعد وضوح الحكم في الشرط المخالف للكتاب العزيز، ومعرفة بطلانه اجماعاً، لما دلت عليه النصوص، يقع الكلام في اختصاص الحكم بمخالف الكتاب، او عمومته لمخالف السنة ايضاً، بحيث يكون عدم مخالفة الشرط للسنة كعدم مخالفته للكتاب من شرائط نفوذه وصحته.

الظاهر هو الثاني، فإن المذكور في اغلب روايات الباب وإن كان عدم مخالفة الكتاب فقط، إلا أنه لا ينبغي الاشكال في عدم اختصاص الحكم به وعمومه لمخالفة السنة أيضاً.

ويقتضيه قبل كل شيء عدم شمول أدلة الوفاء له، فإنه إن لم نقل بقصورها عن شمول الشرط المخالف للمشروع - الاعم مما ثبت بالكتاب او السنة - على ما ذكره جماعة، فلا أقل من سقوطها نتيجة معارضتها لدليل التكليف، فلا يبقى ما

يقتضي النفوذ.

بل ان تجويز الشرط المخالف للسنة يقتضي تحريف الدين وطمس معالمه واحكامه ذلك أن معظم احكام الدين - لا سيما ما يرتبط ببيان تفصيلات العناوين الكلية للعبادات والمعاملات - انها ثبت بفضل النصوص الواردة عن النبي صلى الله عليه وآله والأئمة الاطهار عليهم السلام، وإلا فما ثبت بالكتاب العزيز لا يعدو في اكثر الموارد أصل تشريع العنوان الكلي.

فاذا جاز مخالفة ما ثبت بالسنة الشريفة بالاشتراط ونفذ الشرط معها، لزم منه جواز الغاء معظم الاحكام الشرعية وتغييرها، إن لم نقل باستلزامه لتغييرها كلياً. على انك قد عرفت ذكر السنة في بعض النصوص كصحيفة محمد بن قيس ومرسلتي هارون بن مسلم، وابن بكير، بل وقد عرفت الجمع بين الكتاب والسنة في مرسلة الغنية.

وهذان الوجهان هما العمدة في الحكم بالتعميم في المقام، وهناك مجموعة قرائن ووجوه ذكرت في كلمات الاصحاب لاثبات المدعى. منها: انصراف ادلة النفوذ عن الشرط المخالف للسنة، لعدم ثبوت بناء العقلاء على العمل بما يستلزم مخالفة الحكم العربي أو الشرعي. ومنها: ما ورد في قضية شراء عائشة لبريرة من قوله صلى الله عليه وآله: «قضاء الله أحق، وشرطه أوثق» فانه بمنزلة القاعدة العامة والكبرى الكلية لكل ما يخالف قضاء الله وحكمه، من دون فصل بين ما ثبت منه بالكتاب العزيز وما ثبت منه بالسنة الشريفة.

ومنها: «دعوى الغاء الخصوصية عن الروايات الواردة في مخالفة الكتاب، بان يقال: إن للكتاب جهات من كونه كلام الله تعالى، وانه نزل به الروح الامين، وانه اعجاز، وانه كتاب المسلمين يجب عليهم الايمان به، وانه مشتمل على احكام الله تعالى. وتلك الخصوصية سوى الاخير منها لا دخالة لها بنظر العرف في بطلان الاشتراط، فتهم الموضوع لذلك هو كونه مخالفاً للحكم الالهي.

وعليه يكون الميزان هو المخالفة لحكم الله تعالى، فخصوصية الكتاب غير دخيلة، بل الحكم ثابت لمخالف السنة أيضاً^(١).

ومنها: ما ورد في موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك: إن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بالشرط، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها»^(٢).

فان قوله عليه السلام: «إن شرط الله قبل شرطكم» بمنزلة تعليل الحكم بعدم النفوذ وبطلان الشرط بكونه مخالفاً لحكم الله وشرطه، ومن الواضح عدم اختصاصه بها ورد في الكتاب العزيز.

ومنها: «إن المراد بالكتاب في تلك الروايات كل ما كتب الله على عباده، ولو على قلب نبيه وحياً أو إلهاماً، فالمراد كتابه التشريعي في قبال كتابه التكويني»^(٣).

ومنها: إن المخالف للسنة مخالف للكتاب العزيز لا محالة، لما ورد فيه من الأمر بطاعة النبي صلى الله عليه وآله وأولي الأمر عليهم السلام واتباعهم في أوامرهم ونواهيهم.

فان مجموع هذه القرائن والوجوه يشهد لعدم اختصاص الشرط بمخالفة الكتاب العزيز فقط، وشموله لمخالفة السنة، فيكون المراد بكتاب الله مطلق حكمه وما كتبه على عباده، وإن بينه على لسان نبيه صلى الله عليه وآله.

كما يشهد له بكل وضوح اعتبار اشتراط ولاء المعتق للبائع، مخالفاً لكتاب الله، والحال أنه لم يرد في شيء من الكتاب العزيز ما يقتضي كون الولاء للمعتق - بالكسر - فإنه لا يتم إلا بإرادة مطلق ما كتبه الله على عباده، الشامل لما بينه على لسان نبيه

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ١٥٣.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٢.

(٣) كتاب البيع ج ٥ ص ١٥٣.

صلى الله عليه وآله.

وهذه القرائن وان جازت المناقشة في كثير منها، إلا أن بعضها تام ومتين ولا غبار عليه.

خلاصة البحث

والذي يتحصل مما تقدم: ان اكثر روايات المقام وان اقتصر على ذكر مخالفة الكتاب والمنع عنها، إلا انه لا ينبغي التردد في عدم اختصاص الحكم بها، وشموله لمطلق ما ينافي حكم الله وشرعه، سواء أكان منزلاً في الكتاب العزيز أم مبيناً على لسان نبيه الكريم صلى الله عليه وآله، فانها على حد سواء من هذه الناحية.

الجهة الثالثة: في مدلول ما دل على استثناء تحليل الحرام أو تحريم الحلال ونسبته الى ما دل على استثناء مخالف الكتاب.

عرفت دلالة اكثر نصوص الباب على استثناء الشرط المخالف للكتاب من عمومات النفوذ ولزوم الوفاء، وعرفت اختيار بعضهم الجمود على حاق اللفظ ودعوى عدم شمولها لمخالف السنة، كما وقد عرفت ان هناك من النصوص ما يقتضي استثناء الشرط الموجب لتحليل الحرام أو تحريم الحلال.

وانطلاقاً من ذلك، فلو سلمنا اختصاص الطائفة الاولى بمخالف الكتاب وعدم شمولها لمخالف السنة، وقلنا باختصاص الطائفة الثانية بالاحكام التكليفية دون الوضعية، حصل التنافي بينها على نحو العموم من وجه فانها تتفقان في نفوذ الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالسنة، كاشتراط عدم الخيار للمتبايعين في المجلس، فانه مشمول بالمستثنى منه فيهما، باعتبار عدم ثبوته بالكتاب من جهة وعدم كونه حكماً تكليفاً من جهة اخرى.

وتنفرد الاولى في الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالكتاب العزيز والثانية في الشرط المخالف للحكم التكليفي الثابت بالسنة، فان مقتضى الأولى

بطلان الاول وصحة الثاني، في حين ان مقتضى الثانية العكس.

ومن هنا فلا محيص اما من القول بسقوطها في مورد التعارض، وتعين الرجوع الى العمومات - إن كانت - او الاصول.

واما القول بتقييد المستثنى منه في كل منها بغير ما هو مندرج تحت المستثنى في الآخر، ولازمه الحكم بالبطلان في موردى الافتراق معاً.

واما الالتزام باتحاد مضمون الطائفتين، وانكار التعارض بينهما، بالنظر لعدم وجود ما يدل على الحصر - الموجب للتعارض - في كل منها، وعليه فيكون الفاسد من الشروط هو الشرط المخالف للكتاب المحرم للحلال أو المحلل للحرام، ولازمه الحكم بالصحة في الموردين السابقين، باعتبار ان ما لم يكن مخالفاً للكتاب العزيز لا يكون محلاً للحرام او محرماً للحلال، وما لا يكون محلاً للحرام أو محرماً للحلال لا يكون مخالفاً للكتاب العزيز، والعكس بالعكس في القضيتين.

إلا ان الذي يهون الخطب ويسهل الامر، عدم اختصاص الطائفة الاولى بمخالف الكتاب العزيز فقط، وشمولها لمخالف السنة الشريفة أيضاً على ما عرفته في البحث السابق.

وعدم اختصاص الطائفة الثانية بالاحكام التكليفية، وشمولها لاحكام الوضعية ايضاً، لما هو محقق في محله من الاصول، من عدم ثبوت الحقيقة الشرعية للحل والحرم، وكونها مستعملين في معناها العرفي، المضى والمنع، وإنها يستفاد منها - وبلحاظ مناسبة الحكم والموضوع - التكليف مرة كالحرمة المجعلة للخمر، والوضع اخرى كالحرمة المجعلة للبيع الغرري.

وبالجملة: فالمستفاد من الطائفتين كليهما امر واحد، هو نفوذ الشروط إلا ما خالف حكم الله، وأحل حراماً او حرم حلالاً، بلا فرق في ذلك بين كونه مبيناً في الكتاب العزيز ام مبيناً عن طريق النبي الكريم صلى الله عليه وآله والأئمة الاطهار عليهم السلام، سواء أكان الحلال او الحرام تكليفاً أم وضعياً، فانها جميعها على حد سواء بالنسبة الى نصوص الشرط التي تتحد في المقاد رغم اختلاف ألسنتها.

الجهة الرابعة: تحقيق مفاد المستثنى في النصوص ، وبيان المراد بالشرط المخالف لحكم الله.

وهي العمدة في البحث في هذا الشرط، ومحور الكلام في النفي والاثبات عند الاعلام في الامر الرابع مما يعتبر في صحة الشروط ونفوذها.

والذي ينبغي ان يقال ان الملحوظ في الشرط بمعنى الالتزام والالتزام في البيع ونحوه - على ما ذكره أهل اللغة، واختاره المعظم من الاصحاب - أمور ثلاثة:

١ - الانشاء والاعتبار الصادر من المتعاقدين ايجاباً وقبولاً، وهو ما يعبر عنه بالالتزام والالتزام، ويصطلح عليه بالاشتراط بالمعنى المصدرى.

٢ - اللزوم ووجوب الوفاء الحاصل من الالتزام والالتزام، والمتحقق بعد الانشاء والاعتبار، وهو ما يعبر عنه بالشرط تارة وباسم المصدر اخرى.

٣ - متعلق اللزوم، وهو ما يعبر عنه بالملزوم والمشروط، كولاء البائع في قضية بريرة أو وصف الكتابة ونحوها في العبد، أو خياطة الثوب ونحوها من الافعال.

ومن هنا فالمراد بالشرط في المستثنى والمستثنى منه في النصوص، لا يعدو أحد الامور المذكورة على نحو منع الخلط، إذ قد يقال بشموله لاثنتين منها - على ما اختاره

الشيخ الاعظم (قده) - أو الجميع. كما يتبين من كلامه في المتن.

وكيف كان فلا بد من دراسة كل واحد منها على حدة، لنرى مدى احتمال كونها مراداً بالنصوص جوازاً أو منعاً.

١ - الشرط بالمعنى المصدرى - الانشاء والاعتبار - .

وهو لا يكاد يكون المراد من المستثنى والمستثنى منه في النصوص قطعاً. وذلك ان الانشاء أمر متأصل وفعل حقيقي، ولا علاقة له بالاعتبار، سواء قلنا فيه انه من فعل النفس وان حقيقته هو عمد تحقق مفهومه وماهيته والقصد اليه، أم قلنا انه ابراز للاعتبار النفساني، فانه وعلى كلا التقديرين امر حقيقي بعيد كل البعد عن عالم الفرض والاعتبار.

خلافاً لكلمات كثير من الاعلام، بل وصريح عبارات بعضهم، حيث اعتبروه من الامور الاعتبارية.

قال السيد الخميني (قده): «والانشاء غير التلفظ بالالفاظ الموقعة له والتلفظ من التكوين - ولا يعقل تعليقه - بخلاف الانشاء والايقاع الذي هو امر اعتباري، نظير الايجاب والتلفظ الدال عليه، ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بينها فوقع فيها وقع»^(١).

فانه امر لا اساس له وبعيد عن الصواب جداً، ولوضوح الحق ومعرفة الحقيقة في الانشاء، تمهيداً لتنقيح ما نحن بصدد، لا بد من التعرض لحقيقة الانشاء والايجاد على نحو الاختصار، موكلين التفصيل الى محله في علم الاصول وبعض المباحث الفقهية كاعتبار التنجيز في العقود.

فنقول: إن تكوين الاشياء وايجادها يختلف باختلاف نوعها وفاعلها اختلافاً كبيراً.

فبالنسبة الى الله تبارك وتعالى، تكفي ارادته المحضة والمجردة عن كل ما سواها بما في ذلك قول «كن» سبباً وعلة في خلق الاشياء ووجودها بقول مطلق. وتلك هي القدرة المطلقة لذات واجب الوجود جل اسمه، والتي لا يقف امامها عائق ولا يحول دونها مانع.

واما بالنسبة الى الانسان، فمقتضى عجزه الامكاني ان لا يكون بوسعه فعل كل ما يريد، فليس له ايجاد الجواهر وتكوينها، بل ولا خلق كثير من الاعراض، وما يقع تحت قدرته منها لا يكفي مجرد ارادته وقصده علة في تحققه، بل لا بد - بالاضافة اليها - من حركة العضلات المنبثقة عنها حركة تؤدي اليه، كما هو الحال في مثل القيام والقعود.

واما الامور الاعتبارية التي يكون زمام امرها بيد المعتبر، فيكفي في تكوينها وتحقيقها قصد صاحب الامر وارادته مجرداً أو مع ابرازه بمرز في مقام الانشاء، ومن

دون احتياج الى شيء وراء ذلك كحركة العضلات أو فعل آخر من افعال النفس أو غيرها، حقيقياً كان أم اعتبارياً.

ويشهد لذلك الوجدان، حيث لا نجد في مقام الانشاء واعتبار ما بيدنا زمامه كإبراء ذمة من لنا عليه دين، أو الائتھام بشخص معين في الصلاة وما شاكلهما، غير التصور والعمد والقصد الى تحقيقه في وعائه مع لزوم ابرازه كيفما كان ليخرج عن حدود الارادة المحضة الى الانشاء، ومن دون ان يكون وراءه شيء آخر من سنخ الامور الاعتبارية كي يكون هو الانشاء والاعتبار فليس وراء قصد براءة الذمة واعفاء المدين من دينه، أو قصد تحقق الائتھام لنا، والامامة في الصلوة للشخص المعين، أمراً آخر في افق النفس يكون من الامور الاعتبارية ويُعدّ هو الانشاء والاعتبار، وما ذكرناه جا في جميع الامور الاعتبارية من العقود والايقاعات والأوامر والنواهي وغيرها بأسرها، حيث لا يجد الوجدان في مقام انشائها غير قصد تحقق الماهية في وعائها مع ابرازها ببرز في الخارج، شيئاً آخر يكون من سنخ الأمور الاعتبارية ويكون هو الانشاء والاعتبار.

والحاصل: ان الانشاء سواء اعتبرناه هو القصد والارادة، أم اشترطنا في تحقيقه انضمام ما يبرز ذلك القصد والاعتبار في الخارج من لفظ أو فعل، فهو فعل حقيقي يصدر من المنشئ - سواء أكان من فعل الجنان خاصة أم اضيف اليه فعل الابدان - وليس من الامور الاعتبارية مطلقاً.

ومن هذا المنطلق لا يمكن شمول ادلة لزوم الوفاء له ولا الأمر بكون المشروط عليه عنده، فانه امر متأصل وفعل حقيقي يحصل في آن وينتهي وينصرم، وإذا لم يشمل قوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم» لا يصح اخراج ما خالف حكم الله تبارك وتعالى منه، فانه استثناء مما يجب الوفاء به ويلزم كون المسلم المشروط عليه عنده.

على ان الذي يصلح لان يتصف بالموافقة او المخالفة لحكم الله عزوجل، اما هو المكلف نفسه فيقال وافق حكم الله أو خالفه وعصاه، واما هو الحكم الصادر من

احدهما تجاه الآخر، فيقال انه موافق لحكيم الله او مخالف له.

واما نفس الاشتراط - بالمعنى المصدري - والانشاء بها هو فعل صادر من فاعله، فلا معنى لاتصافه بالموافقة او المخالفة فانه إنما يتصف بالحرمة أو الجواز فيقال انه فعل محكوم بالحرمة او الجواز مثلاً، واما الموافقة او المخالفة فلا وجه لاطلاقها عليه، كما هو واضح.

والذي يتحصل من مجموع ما تقدم انه لا مجال لارادة الاشتراط بالمعنى المصدري - الانشاء والاعتبار - من الشرط المذكور في نصوص الباب، سواء في ذلك المستثنى منه والمستثنى على حد سواء.

والوجه ما قدمناه.

٢ - اللزوم ووجوب الوجود.

والظاهر فيه هو التفصيل بين ما اذا كان الشرط حكماً من الاحكام كاشتراط ولاء المملوك للبائع، أو عملاً من الاعمال كاشتراط خياطة الثوب ونحوها من جهة، وبين ما اذا كان الشرط وصفاً من الاوصاف كالكتابة في العبد والعربية في الفرس من جهة اخرى، فانه يصح وصف القسم الاول بكونه موافقاً او مخالفاً لحكم الله تبارك وتعالى بخلاف القسم الثاني، حيث لا مجال لوصفه بذلك.

والوجه في ذلك بالنسبة الى القسم الأول واضح، فان تعلق الشرط - بمعنى اللزوم وتحتم الوجود - بالحكم او الفعل، وكذا اتصافه بكونه موافقاً لحكم الله عزوجل او مخالفاً له، من الواضح مما يجعله غنياً عن البيان.

فان اللزوم وتحتم الوجود المنشأ من قبل الناس ، سواء فيه إنشاء بعضهم الوجوب على بعض، مع عدم اعتبار موافقة الطرف الثاني عليه، كانشاء المولى الوجوب على العبد، او الوالد على الولد، أو مع اعتبارها، كموارد الشرط، أم موارد انشائهم الوجوب على انفسهم، كموارد النذر والعهد واليمين، حكم فردي - صادر من الفرد - ينقلب الى الحكم القانوني بفضل امضاء الشارع ذلك التعهد والالتزام- حيث يثبت=ويقال انه لا بد للمسلم من الوفاء به والكون عندما فرضه على نفسه، ما لم يكن

ذلك منافياً للحكم الثابت من الشارع المقدس قبل جعل المتعاقدين.
نعم، قد يقع الخلاف في بعض امثله من حيث اعتباره موافقاً للكتاب أو مخالفاً
له، والملاك في ذلك، بحيث يعد اشتراط الولاء للبائع مخالفاً لقوله صلى الله عليه وآله:
«الولاء لمن اعتق»^(١) ولا يعد اشتراط الخيار للمتبايعين أو احدهما بعد الافتراق مخالفاً
لقوله عليه السلام: «فاذا افترقا وجب البيع»^(٢).

إلا أن ذلك غير الاشكال في اصل تصور تعلق الشرط بهما - الحكم والفعل -
وتصور كونه موافقاً أو مخالفاً لحكم الله، كما هو واضح، وسيأتي التعرض الى ذلك في
نهاية البحث.

واما بالنسبة الى القسم الثاني، فقد يقال فيه بعدم إمكان تصوير معنى معقول
لتعلق الشرط، بمعنى اللزوم وتحتم الوجود به.

وذلك لخروج اخذ الوصف في المبيع الكلي عن محط البحث ودائرة النزاع في
كلماتهم بالمرّة، على ما هو صريح عباراتهم، باعتبار انه لا غموض في الكلي لا من
حيث التصور ولا من حيث الحكم، فانه سواء ذكر بنحو الوصف أو الشرط، يكون
دخيلاً في العنوان ومشخصاً للمبيع.

ومن هنا فاذا لم يكن المدفوع من قبل البائع - المشروط عليه - واجداً لذلك
الوصف، لم يكن مصداقاً للمبيع، ولا أداء لما في ذمته، ويجبر البائع على أداء ما ثبت في
ذمته وفرد واجد للوصف المطلوب، وفاء بالعقد، من غير أن يثبت للمشتري -
المشروط له - خيار مطلقاً، سواء في ذلك تخلف الشرط أو تخلف الوصف، فانه لا تخلف
في المبيع بالمرّة، غاية الامر ان المدفوع غير ما ثبت في ذمته فيجبر على دفعه.

بل ولو ثبت عدم وجود الموصوف أو المشروط في الخارج، تعين الحكم ببطولان
العقد من الاول، بالنظر لانكشاف العجز وعدم قدرة المشروط عليه على التسليم.
وبالجملة: ففرض اخذ الوصف في المبيع الكلي بعيد عن بحث الخيار وحديث

(١) وسائل الشيعة ج ١٤ باب ٥٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٢ من ابواب الخيار ح ٤.

تختلف الشرط أو الوصف.

وأما اخذ الوصف الحالي في المبيع الشخصي، كالكتابة أو الرومية أو الزنجية في المملوك، والبخاتية أو العرايية في الابل، والعربية في الفرس، والمغنية في الجارية وامثال ذلك، فهو ايضاً غير متصور، باعتبار ان امر الاوصاف التكوينية في الاعيان الخارجية، دائر في الواقع بين الوجود والعدم، فهي اما موجودة أو معدومة، من غير ان يكون للشرط دور في تحتم وجوده وعدمه، وما كان منها معدوماً لا يعقل تحتم وجوده بالشرط، فانه ليس فعلاً كي يلزم المشروط عليه تحقيقه والاتيان به، ولا هو امر اعتباري كي يقال بتحقيقه بنفس الجعل والاشتراط، كما هو الحال في موارد شرط النتيجة.

ومن هنا يفترق هذا القسم - الوصف - عن سابقه - الحكم والفعل - حيث يمكن تصور تعلق الشرط بهما دونه.

إلا انه ليس بشيء، فانه وان صحّ انه لا دور للشرط في وجود ذلك الوصف وعدمه، إلا ان ذلك لا يعني امتناع اشتراطه وعدم إمكان تصوره.

ذلك ان اشتراط الوصف في المبيع الشخصي إنما يعني تعليق التزامه بالعقد على احتوائه - المبيع - على ذلك الوصف، فان كان المبيع كذلك بالفعل فهو ملزم بالوفاء به وانتهائه، وان لم يكن كذلك فهو غير ملتزم به، ولا متعهد بالوفاء بها انشأه.

نعم، ذلك لا يعني التزامه بالعدم، فان المرتكز منه في اذهان أهل العرف والمتداول عند العقلاء في معاملاتهم هو نفي التعهد بالعقد والالزام بالوفاء بمعنى قبوله مجرداً عن الوصف، وذلك لا يعني تحتم الرفض، بل الامر موكل اليه، ان شاء رفع يده عن وصفه وشرطه ورضي بالمبيع مجرداً عنه، وان شاء رفضه وفسخ العقد لتخلف الشرط أو الوصف في المبيع الشخصي الذي لا يمكن تداركه.

والحاصل: ان المبيع وبحكم الاشارة في المبيع الشخصي هو ذات العبد، والوصف امر مقصود بالتبع على نحو تعدد المطلوب، فيجبر خطر نقض الغرض فيه بثبوت الخيار عند تخلفه، سواء في ذلك اخذه على نحو التوصيف بأن يقول: بعثك هذا

العبد الكاتب او على انه كاتب، أم أخذه بنحو الاشتراط بأن يقول: بعثك هذا العبد بشرط كونه كاتباً، فان واقعها واحد، والحكم فيها هو الخيار عند التخلف.

لكن ما ذكرناه لا يعني الموافقة على صحة اتصافه بمخالفة حكم الله - المستثنى في النصوص - إذ الظاهر ان ذلك غير متصور فيه بالمرّة.

ذلك ان تواجد الاوصاف التكوينية في الاعيان الخارجية، كالمغنية في الجارية - مثلاً - ليس فعلاً من الافعال كي يقال يكون حكمه في الشرع هي الحرمة نظير صنع العنب خمرأً، وجعل الخشب صنأً، فيكون لزومه وتحتم وجوده بحكم الشرط منافياً للحرمة المفعولة له شرعاً.

فان الاحكام ومعها العقاب والثواب إنها تتعلق بالافعال دون الاوصاف، حيث لا يكون فيها إلا المدح أو الذم، والحسن أو القبح.

ولا هو من الامور الاعتبارية والاحكام الوضعية، كالولاء ونحوه، كي يقال بتحققها بنفس انشاء البائع للعقد مقروناً بالشرط، فيكون مخالفاً لحكم الله من حيث استلزامه لسلب الولاء عن المعتق الثابت بالنص.

فلا مجال الوصف للحكم بكونه منافياً ومخالفاً للكتاب او السنة، حيث ليس هنا ما يقتضي تحتم وجوده او عدمه.

نعم، في مثل اشتراط المغنية في الجارية يبطل العقد من اساسه، إلا ان ذلك ليس من اجل كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، وإنما لما دل على كون ثمن الجارية المغنية سحتاً^(١).

والفرق بين بطلان العقد رأساً للنهي عنه، وبطلان الشرط لكونه مخالفاً لحكم الله عزوجل، اوضح من ان يخفى.

ومن هنا يفترق اشتراط الوصف عن اشتراط الفعل او النتيجة - شرط الحكم

(١) راجع وسائل الشيعة ج ١٢ باب ١٦ من ابواب ما يكتسب به.

الوضعي - حيث لا يتصور فيه اتصافه بمخالفة الكتاب والسنة، على العكس منها.
بقي الكلام فيما به تمييز الشرط المخالف عن غيره.

وملخص الكلام فيه: ان متعلق اللزوم وتحتم الوجود، ان كان هو الفعل كخياطة الثوب، أو صنع العنب خمرًا والخشب صنمًا، أو طاعة الوالد وصلة الرحم.
فان كان حكمه في نفسه وقبل تعلق الشرط به هو اللزوم ايضاً، كما هو الحال في المثالين الآخرين، كان الشرط واللزوم المنشأ من قبلهما موافقاً لحكم الله تبارك وتعالى، ومشمولاً بالمستثنى منه لا محالة.

وان كان حكمه في نفسه وقبل تعلق الشرط به الحرمة، كما هو الحال في اشتراط صنع الخمر والصنم، كان اللزوم الصادر منها مخالفاً لحكم الله، ومشمولاً بالمستثنى كما هو واضح.

وان كان حكمه في نفسه ما عداهما، كالكرهية والاباحة والاستحباب، فقد يتوهم في بادىء الامر كون اللزوم المنشأ بالشرط وتحتم الوجود والصادر منها مخالفاً له بقول مطلق، لمنافاة الاحكام فيما بينها منافاة النقيضين أو الضدين.

وعليه فينبغي الحكم ببطلان الشرط وفساده مطلقاً، ما لم يكن مقتضى متعلقه في نفسه هو اللزوم.

والحال ان صحة الشرط ووجوب الوفاء به في موارد الجواز المطلق - الاباحة واللزوم والاستحباب والكرهية - في الجملة، مما عليه التسالم الفقهي.

غير ان هذا الاشكال لا يعدو التوهم، وسوف نتعرض له وللإجابة عنه قريباً ان شاء الله.

هذا كله فيما اذا كان متعلق اللزوم وتحتم الوجود فعلاً من الافعال.
واما اذا كان متعلقه امراً اعتبارياً وحكماً وضعياً - وهو ما يعبر عنه في الاصطلاح بشرط النتيجة، كاشتراط ولاء المملوك للبايع، أو ارث الاجنبي أو عدم ارث اولي الارحام، أو عدم الخيار في المجلس أو ثبوته بعد انقضائه وما الى ذلك - فليس معنى اللزوم وتحتم الوجود إلا تحقق تلك الاحكام الوضعية.

ومن هنا فلا بد من التفصيل بين ما كانت تحت اختيار المشروط عليه ولم يكن يحتاج في تحققه الى سبب معين ولفظ خاص، فينفذ اشتراطه ويصح، وبين ما لم يكن كذلك فلا يصح.

فان «ما هو خارج اختياره وراجع الى الشارع والمقنن، كالمجعولات الشرعية التي منها الضمان، فليس للشارط تغيير القانون وتبديله، ولا يكاد يشملها عموم: «المؤمنون» بوجه، لعدم كون الشرط مشرعاً ولا موجداً للحكم لم يكن مشروعاً في حد نفسه.

ويجري هذا الكلام في غير باب الضمان من ساير الاحكام الوضعية، المعبر عنها في كلماتهم بشرط النتيجة، إلا فيما ثبت كون اختياره بيد المشروط عليه، ولم يعتبر في تحققه سبب خاص، كالملكية والوكالة ونحوهما عما يكفي ابرازه بأي مبرز كان.

فلا مانع من ان يبيع داره مشروطاً بأن يكون اثاث البيت مثلاً، أو المزرعة الفلانية ايضاً ملكاً للمشتري، أو ان يكون وكيلاً عنه في المعاملة الكذائية، بحيث تثبت الملكية او الوكالة بنفس هذا الاشتراط.

فان زمام هذا الاعتبار بيد المكلف نفسه، وله الابراز بأي مبرز كان، والشرط من احد المبرزات.

فكلما كانت الشرائط من هذا القبيل صح اشتراطها في متن العقد، وشملها دليل نفوذ الشرط.

وأما ما اعتبر فيه سبب خاص كالنكاح والطلاق والظهار ونحوها، او لم يكن اختياره بيد المكلف، ولم يكن له ايجاده بالفعل حتى بغير الشرط، كاعتبار الوراثة للاجنبي، او الملكية لشخص بعد شهر مثلاً، المحكوم بالبطلان لمكان التعليق المبطل، فلا يصح اشتراطه ان يملك الشيء الفلاني بعد شهر.

وعلى الجملة، فالعبرة في نفوذ الشرط في شرائط النتيجة بتحقيق امرين:-
احدهما: كون تلك النتيجة تحت اختيار المشروط عليه بحيث يكون قادراً على ايجادها فعلاً ولو من غير اشتراط.

والثاني: عدم اعتبار لفظ خاص في تحققها^(١).

نعم، يبقى الاشكال في تمييز كثير من صغريات الضابطة المذكورة، ولا سيما في ما يعود الى الامر الاول، حيث يشكل التمييز في كثير من الموارد بين ما يكون ثبوته على نحو خارج عن ارادة المتعاقدين واختيارهما، وبين ما لا يكون كذلك. وسنتعرض قريباً ان شاء الله لبعض تلك الموارد، وعلاجه.

٣ - المشروط - ومتعلق اللزوم.

والظاهر انه ليس مراداً من الشرط في النصوص أيضاً، إذ لا يكاد يحصل لكون المسلم عنده أو كونه مخالفاً لحكم الله أو موافقاً له معنى معقول.

وهو مع كون المشروط وصفاً ككتابة المملوك، أو فعلاً كخياطة الثوب، واضح، فان الملتزم به - بالكسر - إنما يقف عند اللزوم المنشأ من قبله، ويراه مستقراً على عاتقه، فلا يجوز له ان يفارقه أو أن يتبرأ منه، دون اتصاف المملوك بالكتابة أو نفس الخياطة، فانها ليسا مما يصح الوقوف عندهما أو استقرارهما على عاتقه.

وكذا الحال في متعلق الإمضاء وما ينقلب به الى الوجوب الشرعي واللزوم القانوني، فانه إنما هو اللزوم الفردي المنشأ من قبلهما دون نفس وصف الكتابة، وفعل الخياطة.

بل وكذلك الامر في وصف المخالفة لحكم الله أو الموافقة له، فانه - اللزوم المنشأ من قبل المتعاقدين - الذي يصح وصفه بالموافقة أو المخالفة، دون وصف الكتابة أو نفس العمل.

بل وكذا الامر مع كون المشروط امراً اعتبارياً وحكماً وضعياً، كولاء البائع

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الاجارة ص ٢٢٩ - ٢٣٠.

للمملوك، فانه ومن حيث هو وبنفسه ومع قطع النظر عن تحققه ووجوده في الخارج ليس شيئاً كي يقف الملتزم عنده، أو يكون مخالفاً لحكم الله.
وإنما الذي يصح الوقوف عنده واعتباره موافقاً أو مخالفاً له، هو الولاء بعد تحققه وتكونه، نتيجة الزام الشارط والتزام المشروط عليه، وبلحاظ ثبوته ووجوده بالاعتبار.

خلاصة البحث

ويتلخص ما قدمناه في بيان المراد بالشرط في المستثنى منه والمستثنى في النصوص في أمور:-

الاول: ان المراد بالشرط في جميع روايات الباب معنى واحد، وهو اسم المصدر، أعني اللزوم وجوب الوجود، المتحقق من الزام أحد طرفي المعاملة والتزام الطرف الآخر به.

فانه وهذا المعنى يصح ان يقال فيه: ان المسلم عنده كناية عن وجوب الوفاء به، وصيرورته لزوماً قانونياً داخلاً في احكام الشرع، ويصدق عليه انه موافق لحكم الله أو مخالف له، فيدخل في المستثنى منه تارة وفي المستثنى أخرى، إلا أن يكون متعلقه وصفاً حالياً في العين الشخصية، حيث لا مجال لوصفه بالموافق أو المخالف، فيبقى مشمولاً بالمستثنى منه دائماً.

وليس معناه الاشتراط بالمعنى المصدري، ولا المشروط بالمعنى المفعولي فان كلاً منها لا يمكن ان يكون هو المراد بالشرط في النصوص، أو وصفه بالموافقة أو المخالفة لحكم الله.

الثاني: الضابط الكلي في تمييز المخالف عن غيره في الشرط المتعلق بالحكم الوضعي، والمعبّر عنه في الاصطلاح بشرط النتيجة، حصول تلك النتيجة بأي سبب كان، بمعنى عدم توقف وجودها على سبب معين بخصوصه، وعدم ثبوت حكم شرعي

لا يقبل التغيير في موردتهما.

فان تم هذان الشرطان، نفذ اشتراط الحكم الوضعي، بمعنى تحقق الأمر الاعتباري المشروط - النتيجة - بنفس الاشتراط، وإلا بأن كان سببه منحصرًا في امر خاص كالطلاق، أو ثبت في مورد حكم شرعي لا يقبل التغيير مخالف له، تعين الحكم بالبطلان.

ومن هنا فاشتراط البائع لولاء المملوك، وارث الاجنبي، وعدم ارث الاقرب في أولي الارحام، وكون الطلاق بيد الزوجة، أو تحققه بمجره تسري الزوج أو تزوجه عليها - على ما نطقت به الروايات^(١) - وما الى ذلك، فهي لمخالفتها لحكم الله داخله في المستثنى ومحكومة بالفساد وعدم النفوذ.

نعم، يشكل الامر في كثير من الموارد من حيث استفادة اللزوم غير المفارق للحكم المخالف الثابت في مورد الشرط، ومدى دلالة النصوص الخاصة في نفوذ ما يظهر منه المخالفة لبعض الاحكام، كاشتراط عدم الخيار في المجلس أو ثبوته لها أو لاحدهما بعده، الى غير ذلك مما ليس بعزيز في الفروع الفقهية.

ومنشأ الاشكال إباء ادلة استثناء الشرط المخالف وعدم نفوذه عن التخصيص والتقييد كيفما كان، مما يجعل علاج التعارض بينها بتقديم الادلة الخاصة بملاك اقوائية ظهور الخاص في مورد امرأ غير ممكن.

فانه لولا ذلك لتعين القول بتقديم ادلة الشروط على الأدلة الاولية للاحكام، باعتبار حكومة الادلة المثبتة للاحكام بالعنوان الثانوي على المثبتة لها بالعنوان الاول.

إلا ان ذلك يعني تخصيص ادلة استثناء الشرط المخالف، بل الغائها كلية، حيث ان لازم القول بالحكومة المطلقة نفوذ الشرط كيفما كان.

(١) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٠ من ابواب المهور.

وتخصيص أدلة الشرط - الحاكم - بغير المخالف، يجعل من غير الممكن التمسك بالعام في موارد الشك في المخالفة، لما هو محقق في محله من امتناع التمسك بالعام في الشبهات المصادقية.

نعم، ستعرف قريباً أنه لا مانع من التمسك بالعام بعد احراز عدم المخالفة بالاصل الموضوعي.

إذاً فالصحيح في الضابطة أن يقال: إن الحكم الثابت بالعنوان الأولي متعلق الشرط، وقبل تعلق الشرط به، إن كان على نحو اللزوم غير المفارق له، بحيث كان ثابتاً للمورد على نحو البت والقطع خارجاً عن إرادة المتعاقدين، كان إشتراط خلافه من الشرط المخالف لحكم الله، فلا ينفذ. وإن كان ذلك على نحو الاقتضاء وإيجاب طبع العقد لو خلي ونفسه ومع قطع النظر عن العوامل الثانوية المؤثرة في خلافه أو المانعة من نفوذه، لم يكن إشتراط خلافه منافياً لحكم الله تبارك وتعالى وممنوعاً، بل على العكس منه يكون إشتراطه حاكماً ومقديماً على الحكم الثابت بالعنوان الأولي.

نعم، يبقى الإشكال من حيث تطبيق هذه القاعدة على جزئيات الموارد، وتشخيص ما يكون الحكم فيه من قبيل تمام العلة واللزوم غير المفارق، وما لا يكون كذلك، فانه مما لا يخلو عن صعوبة وغموض في كثير من الموارد، كما يشهد له اختلاف الاعلام (قده) في نفوذ إشتراط خلافه وعدمه.

وبالجملة: فالمناط في نفوذ الشرط مع منافاته للحكم الأولي، احراز كون ذلك الحكم على نحو اقتضاء طبع الموضوع له، فان معه يكون دليل الشرط حاكماً عليه، وبه ينتفي التعارض وينسد باب الرجوع الى المرجحات.

وينحصر بصحة الشرط المخالف له، فان إباء لسان أدلة بطلان الشرط المخالف يجعل من المتعين حمل الحكم الأولي على اقتضاء طبع الموضوع له، فيكون دليل الشرط حاكماً عليه.

ومع الشك فيه لا مجال للتمسك بالعام مباشرة، لعدم جواز التمسك بالعام في

الشبهات المصادقية.

نعم، لا بأس بالتمسك به بعد إحراز الموضوع - عدم المخالفة - بالأصل الموضوعي.

ونتيجة ذلك انحصار مورد المنع والحكم بالبطلان، بالشرط المنافي لما علم من لسان دليله أو الخارج كونه على نحو اللزوم القطعي الذي لا يقبل التغيير والتبديل ولو تحت العناوين الثانوية.

الثالث: الضابط في الشرط المخالف في الأفعال.

وما ذكرناه في شرط النتيجة من حيث مخالفته لحكم الله يجري في شرط الفعل أيضاً، فأنهما من هذه الناحية سواء، ولا فرق بينهما سوى أن اشتراط النتيجة يزيد على اشتراط الفعل في اعتبار عدم تقومها بسبب خاص، بمعنى عدم اعتبار سبب معين من قبل الشارع في تحققها بحيث لا تحصل من دونه، كما هو الحال في الطلاق. وعليه، فإن كان الشرط فعل واجب أو ترك حرام، كاطاعة الوالدين أو عدم شرب الخمر، كان موافقاً لحكم الله وناظراً لا محالة.

وإن كان الشرط فعل حرام أو ترك واجب، كشرب الخمر أو ترك الصلاة كان باطلاً لمخالفته لحكم الله، واقتضائه لتحليل الحرام أو تحريم الحلال.

وإن كان الشرط فعل أمر غير محكوم بشيء من قبل الشارع، بناءً على كون الإباحة نفي الحكم، كان صحيحاً وناظراً لعدم كونه مخالفاً لحكم الله ولو على نحو القضية السالبة بانتفاء الموضوع.

وإن كان الشرط باتيان فعل أو تركه مع كونه محكوماً في الشرع بحكم غير لزومي كالإباحة أو الكراهة والاستحباب، فإن كان ذلك من الثبوت واللزوم لمورده على نحو لا ينفك منه ولا يقبل التغيير حتى تحت العناوين الثانوية الطارئة، كان الشرط مخالفاً لحكم الله وباطلاً.

وإن لم يكن ثبوت الحكم في مورده كذلك، بل كان على نحو اقتضاء الطبع الأولي للموضوع ذلك، بمعنى ثبوته له لو خلي وطبعه، كان دليل الشرط حاكماً عليه

وموجباً لثبوته ولزومه.

وتوهم كون اللزوم المنشأ من قبلهما مخالفاً لعدم اللزوم المجعول من قبل الشارع، فيدخل في تحريم الحلال، لا يعدو النظر البدوي. فانه مناف للضرورة الفقهية ومستلزم لالغاء المستثنى منه بالمرة، حيث لا يبقى معه مورد لنفوذ الشرط.

وليس الوجه في حله إلا ما ذكرناه من حكومة ادلة العناوين الثانوية على ما ثبت بالعنوان الاولي بنحو الاقتضاء وبمجرداً عما يطرأ عليه من العناوين. ومنشأ ذلك ما نجده بالوجدان من عدم التنافي بين الاحكام الثانوية الثابتة للافعال بفضل العناوين الطارئة عليها - كالضرر والخرج والنذر والعهد واليمين، وامر الوالدين او المولى ونهيها، وحفظ مال الغائب، او حفظ النفس، والغصب ولاسراف، او اهانة المؤمن أو تعظيم الشعائر، أو الشرط والالتزامات التبعية في العقود اللزومية وغيرها، الموجبة لفرض لزوم الفعل أو الترك من جهة، وبين الاحكام الاولية الثابتة لمواردها بالعنوان الاولي وقبل عروض تلك العوارض من جهة اخرى. فان ذلك - وبملاحظة مناسبات الحكم والموضوع - إنها يكشف عن عدم اختصاص التقديم بأحاد تلك العناوين، لعدم وجود خصوصية فيها تميزها عن غيرها، وكون العبرة بتبدل الموضوع الحاصل بفضل طرؤ تلك العناوين مما يجعل الحكم الاول قاصراً عن شموله.

نعم، في خصوص الاحكام الثابتة لمواردها على نحو لا يقبل الانفكاك منها تغيرت ظروف الموضوع، أو طرأ عليها من العوارض، يتعين الالتزام بها مطلقاً، لقصور أدلة العناوين الثانوية عن شمول مواردها، كما هو الحال في الاحكام المبنية على الضرر.

والحاصل: ان ظاهر اطلاقات الاحكام الاولية وان كان ثبوته حتى في الحالات الطارئة على الموضوع وفق العناوين الثانوية، إلا أن تسالم تقدم الاحكام الثانوية عليها، نصاً وعملاً في غير موارد اللزوم غير المفارق، يكشف عن حكومتها عليها وعدم

ثبوت الحكم الاولي في الحالات الطارئة، على نحو القاعدة الكلية السارية في جميع موارد العناوين الثانوية.

ولا يختص ذلك بمورد كون الحكم الاولي هو الاباحة، بل يجري في جميع موارد الحكم الذي لا يكون ثبوته ولزومه على نحو غير مفارق، سواء فيه الاباحة والكراهة والاستحباب بل والوجوب أيضاً، فان لزومها اذا لم يكن على نحو البتّ وألقطع بحيث لا يقبل التغيير، يكون مقتضى ادلة الحالات الطارئة تبدلها الى ما تقتضيه تلك الحالة.

لا سيما وانه لا يعتبر في الشرط كون متعلقه فعلاً راجحاً - كما هو الحال في النذر - بل ولا كونه مساوي الطرفين، أعني عدم كونه مرجوحاً - كما هو الحال في العهد واليمين فيلزم حتى مع تعلقه بفعل مكروه شرعاً، بل لو تصورنا وجود حرام تكون حرمة اقتضائية، بمعنى ثبوتها للعنوان لو خلي وطبعه وبمعزل عن الشرط، لقلنا بتأثير الشرط في اللزوم، وحكومة ادلته على الادلة المثبتة للحكم الاولي.

فان طروا اشتراط الفعل أو الترك - في الموارد القابلة للتغيير - يجعل المورد خارجاً عن دائرة الاحكام الاولية، ومعه لا مجال لاعتباره مخالفاً له، لعدم وحدة الموضوع.

إذاً فمقتضى التأمل والنظر الدقيق هو الحكم بالصحة ونفوذ الشرط حتى مع مخالفته الصورية لاحكام الاولية، شريطة عدم كون تلك الاحكام مما لا يقبل التغيير بحال أو بالشرط على اقل التقادير.

كما دلت عليه النصوص في غير مورد منها اشتراط المرأة على زوجها أن لا يطلقها أو يتزوج او يتسرى عليها ففي رواية منصور بن يونس بزرج عن عبد صالح (ع) قال: «قلت له ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد ان يراجعها، فابت عليه إلا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بش ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة شرطها، فان رسول الله صلى الله

عليه وآله قال: «المؤمنون عند شروطهم»^(١). فان الامر بالوفاء بالشرط واضح الدلالة على عدم كونه مخالفاً لحكم الله تبارك وتعالى.

الى غير ذلك من الموارد التي دل النص على نفوذ ما يكون بظاهره مخالفاً للحكم الاولي.

ثم ان هذا كله بناء على ما اختاره الشيخ الاعظم (قده) من التعارض بين أحكام العناوين الثانوية وحكم العنوان الاولي، وتقدمها عليه تخصيصاً أو حكومة.

وأما بناء على ما اختاره المحقق الخراساني (قده) وتبعه عليه الاعلام من بعده من التزامهم بينها، فالامر اوضح، حيث يتقدم الحكم اللزومي المنبعث من الشرط على الحكم الثابت بالعنوان الاولي في مورد بلا اشكال، باعتبار عدم بلوغ ذلك الحكم الى مرحلة الفعلية وبقاؤه في مرحلة الانشاء، فلا تنافي بينهما.

قال في الكفاية: «وبالجملة الحكم الثابت بعنوان اولي، تارة يكون بنحو الفعلية مطلقاً، او بالاضافة الى عارض دون عارض، بدلالة لا يجوز الاغماض بسبب دليل حكم العارض المخالف له، فيقدم دليل ذاك العنوان على دليله.

واخرى يكون على نحو لو كانت هناك دلالة للزم الاغماض عنها بسبب عرفاً، حيث كان اجتماعها قرينة على انه بمجرد مقتضي وان العارض مانع فعلي هذا ولو لم نقل بحكومة دليله على دليله، لعدم ثبوت نظره الى مدلوله كما قيل»^(٢).

نعم، يبقى الاشكال في تمييز صغريات القاعدة المتقدمة، وتشخيص ما يكون الحكم الاولي فيه فعلياً مطلقاً وعلى نحو اللزوم غير المفارق، عما يكون على نحو مجرد الاقتضاء ويقبل التغيير بفضل عروض الحالات الطارئة عليه.

فانه لا يخلو عن صعوبة، لخضوعه لاعتبارات اجتهادية، واستنباطات شخصية تختلف من فقيه الى آخر.

(١) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٠ من ابواب المهور ح ٤.

(٢) كفاية الاصول ج ٢ ص ٢٦٩.

ومن هنا نرى اختلاف الاعلام في جزئيات كثيرة من حيث نفوذ الشرط أو عدمه، باعتباره مخالفاً لحكم الله وعدمه.
ونحن نتعرض لبعض تلك الموارد، مقتصرين فيه على ما ذكره الشيخ الاعظم (قده).

منها: اشتراط: «كون من أحد ابويه حر رقاً، فان ما دل على انه لا يملك ولد حر قابل لان يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد ينعقد لو خلي وطبعه تابعاً لأشرف الابوين، فلا ينافي جعله رقاً بالشرط في ضمن العقد، وان يراد به ان ولد الحر لا يمكن أن يصير في الشريعة رقاً، فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة الدالين على هذا الحكم»^(١).

وقد اختلفت كلمات الاصحاب في ذلك اختلافاً كبيراً، فمنهم من يرى الرقية في المورد على القاعدة، وان الحرية هي التي تحتاج الى الاشتراط.
قال الشيخ (قده): «ويكره للرجل ان يبطأ جارية غيره بتحليله لها، إلا بعد أن يشترط ان يكون الولد حراً، فان امتنع مولاه عن ذلك كره له وطؤها»^(٢).
ونسب اختياره الى ابن الجنيد صريحاً بدعوى تغليب حق الآدمي على حق الله تعالى^(٣).

ومنهم من يرى عكس ذلك، ويعتقد نفوذ اشتراط الرقية من قبل المولى، وهو المشهور بينهم.

قال المحقق (قده): «ولو كان احد الزوجين حراً لحق الولد به، سواء كان الحر هو الأب أو الأم، إلا أن يشترط المولى رق الولد، فان شرط لزم الشرط، على قول

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

(٢) النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ص ٤٩٤.

(٣) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٣١٣.

مشهور»^(١).

وقد جزم به العلامة (قده) في القواعد حيث قال: «ويتبع في الحرية أحد ابويه، إلا ان يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا تسقط بالاسقاط بعده»^(٢).
ومنهم من ابطال الشرط وحكم بحرية المولود مطلقاً، لمخالفته لحكم الله تبارك وتعالى.

ففي اللعة والروضة انه «لو شرط مولى الرق منها رقيته جاز وصار رقاً على قول مشهور بين الاصحاب ضعيف المأخذ، لانه رواية مقطوعة دلت على ان ولد الحر من مملوكة مملوك، وحملوها على ما اذا شرط المولى الرقية، ومثل هذه الرواية لا تصلح مؤسسة لهذا الحكم المخالف للاصل، فان الولد اذا كان مع الاطلاق ينعقد حراً، فلا تأثير في رقيته للشرط، لانه ليس ملكاً لايه حتى يؤثر شرطه، كما لا يصح اشتراط رقية من ولد حراً، سيما مع ورود الاخبار الكثيرة بحرية من أحد ابويه حر، وفي بعضها: لا يملك ولد حر»^(٣).

وتبعها عليه اكثر المتأخرين.

قال السيد الطباطبائي (قده): «اذا كان أحد الابوين حراً فالولد حر، لا يصح اشتراط رقيته على الاقوى في ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقد خارج لازم»^(٤).
وعلق عليه السيد الحكيم (قده) بقوله: «وأما عمومات نفوذ الشرط مثل قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب، والمحقق في محله ان المراد به شرط حكم على خلاف المقتضى

(١) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٦١.

(٢) قواعد الاحكام / كتاب النكاح / المقصد الثاني في نكاح الاماء / الفصل الاول.

(٣) الروضة البهية في شرح اللعة الدمشقية ج ٥ ص ٣١٣ - ٣١٤.

(٤) العروة الوثقى ج ٢ ص ٤٠٧ / المسألة التاسعة من فصل نكاح المعبود والاماء.

الشرعي، وظاهر نصوص حرية المتولد بين الحر والمملوك، مثل: ليس يسترق ولد حر، أن الانتساب إلى الحر مقتضى للحرية، فشرط الرقية يكون مخالفاً للمقتضى الشرعي فلا يصح.

ودعوى: أن الشرط راجع إلى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبتته العقد له من الشركة في الولد، فيختص الآخر بالنساء، فيتبعه في الملك، فالرقية تكون بالتبعية للمملوك لا بالشرط، وليس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غير. مندفعة: بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضاً فيرجع الاشكال، ولا تنفع الدعوى في حله وإن ذكرها في الجواهر.

ومثلها استدلاله للمشهور بالروايات الدالة على رقية ولد الأمة إذا كان زوجها حراً، فإن إطلاقها شامل لصورتي الشرط وعدمه، فيعمل بها في صورة الشرط، لعمل الاصحاب بها حينئذ.

وفيه: أن النصوص المذكورة ومنها خبر أبي بصير المتقدم، ظاهره في الرقية بالتبعية، فالبناء على الرقية بالشرط ليس عملاً بتلك النصوص.

ومثلها في الاشكال مقايسته بشرط الرقية بشرط الحرية، مع ما بينها من البون البعيد، فانه لم يرد في الرقية: لا يتحرر الرق، كما ورد في الحرية: لا يسترق الحر، ولذا جاز شرط الحرية، ولم يجز شرط الرقية، وإن كانا من شرط النتيجة، لا مكان صحته في بعض الموارد، كما لا يخفى^(١).

اقول: وضوح كون الحرية حكماً شرعياً لا يقبل الاسقاط، وأصلاً ثابتاً لا يقبل التغيير، يجعل الاختيار الاخير مما لا محيد عنه، فإن عمومات الشرط «ليست مشرعة، وانما هي تقتضي نفوذ الشرط المشروع خاصة، فلا توجب لزوم الحكم المخالف

(١) مستمسك العروة الوثقى ج ١٤ ص ٣١٩ - ٣١٨.

للكتاب والسنة»^(١).

على اننا لا نحتاج في الحكم ببطلان هذا الشرط وعدم نفوذه الى تكلف اثبات كونه مخالفاً للكتاب والسنة، فانه باطل على كل حال. وذلك لما افاده الشهيد الثاني (قده) في الروضة من عدم كون الولد ملكاً لآبيه حتى يؤثر شرطه فيه.

وقد اوضحه السيد الوالد - رحمه الله - بقوله: «ان دليل لزوم الوفاء بالشرط إنما يقتضى اثبات لزوم الوفاء بالنسبة الى المشروط عليه، بحيث يلزمه ما لم يكن لازماً له، واما اثبات لزوم الوفاء بالنسبة الى الاجنبي عنه فلا دليل عليه.

ومن هنا فحيث ان الحرية من صفات المولود وقائمة به، وليست هي من الاحكام المتوجهة الى المشروط عليه، فلا مجال للقول بلزوم اشتراط عدمها»^(٢).

والحاصل: ان تأثير الاشتراط ومفعول الشرط إنما يختص بالاحكام القابلة للتغيير والمتوجهة الى المشروط عليه، بحيث يكون امراً عليه يلزمه الوفاء به بمقتضى الشرط، فلا يشمل الاحكام المتوجهة الى الاجنبي وان كان الحكم في نفسه قابلاً للتغيير، نظير ما لو اشترط في العقد عدم تزوج الاجنبي ثانية او عدم تسريه على زوجته، فانه غير نافذ من جهة تعلقه بالاجنبي، وان قلنا بجواز ذلك ونفوذه بالنسبة الى المتعاقدين، باعتبار عدم كونه مخالفاً لحكم الله تبارك وتعالى.

ومنه يظهر ان توهم إمكان «اجراء اصالة عدم المخالفة بالاصل الازلي، كما يجرونه في جملة من الموارد»^(٣) لا يجدي في اثبات نفوذ هذا الاشتراط، وان شككنا في دلالة النصوص على تعيين حرية من احد ابويه حر، وان ولد الحر لا يمكن ان يكون

(١) مباني العروة الوثقى كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٢.

(٢) المصدر السابق ص ٩٣.

(٣) مهذب الأحكام ج ٢٤ ص ٢٢٦.

رقاً، ولم تناقش في جريان اصالة العدم الأزلي أساساً كما عليه جماعة.
ومنها: «ارث المتمتع بها، هل هو قابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أو عقد آخر، أم لا؟»

فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه في ضمن عقد آخر، وعدم مشروعية اشتراط ارث اجنبي آخر في ضمن عقد مطلقاً، فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث وبين افراد العقود، وجعل ما حكموا بجوازه مطلقاً مطابقاً للكتاب، وما منعوا عنه مخالفاً.

إلا ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا في هذا المورد، أو ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا في هذا المورد.

ولكن عرفت وهن الثاني، والاول يحتاج الى تأمل^(١).

والمسألة كسابقته خلافية، فالمشهور بينهم انه: «لا توارث بينهما إلا مع شرطه في العقد، فيثبت على حسب ما يشترطانه».

أما انتفاؤه بدون الشرط فلالأصل، ولأن الارث حكم شرعي فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع ولم يثبت هنا، بل الثابت خلافه، كقول الصادق عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «من حدودها - يعني المتعة - ان لا ترثك ولا ترثها»^(٢).

وأما ثبوته معه فلعموم: «المؤمنون عند شروطهم» وقول الصادق عليه الصلاة والسلام في صحيحة محمد بن مسلم: «ان اشترط الميراث فهما على شرطهما»^(٣) وقول الرضا عليه السلام في حسنة البزنطي: «ان اشترط الميراث كان، وان لم يشترط لم يكن»^(٤).

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٤ باب ٣٢ من ابواب المتعة ح ٨.

(٣) المصدر السابق ح ٥.

(٤) المصدر السابق ح ١.

وفي المسألة أقوال آخر مأخذها أخبار أو اطلاقات لا تقاوم هذه.

أحدها: التوارث مطلقاً.

وثانيهما: عدمه مطلقاً.

وثالثها: ثبوته مع عدم شرط عدمه.

والأظهر مختار المصنف^(١).

وعليه فقد يشكل الفرق بين أفراد غير الوارث وبين أفراد العقود، حيث يصح

في عقد المتعة للمرأة المتمتع بها أو للزوج دون غيره.

أللهم إلا أن يقال: إن التوارث إنما يختص بعناوين معينة، والشرط إنما يشته

للمورد القابل، أي ما يكون مشمولاً بأحد تلك العناوين ولو على نحو الاقتضاء

وضرب من التردد

وعليه فينجلي الفرق بين عقد المتعة وسائر العقود، والاشتراط للزوجين

والاجنبي، فإن المتعة نكاح والزوجين ممن ثبت لهما التوارث بحسب قانون الميراث ولو

بنحو الموجبة الجزئية، فلا مجال لقياس عقدها بعقد البيع - مثلاً - ولا الزوجين فيها

بالاجنبي.

والحاصل: أنه لا مانع من الالتزام بكون الحكم بثبوت التوارث بين الزوجين

على نحو مختلف في مصاديقه وجزئياته، فهو ثابت على نحو لا يقبل التغيير والتبديل

مطلقاً بالنسبة إلى الزوجية الدائمة. وأما بالنسبة إلى الزوجية المنقطعة، فيقال بتوقف

تأثير اقتضاء الثبوت على اشتراط في العقد، بحيث لولاه لم يثبت التوارث بينهما، أو

يقال بكون ثبوته فيها على نحو يمكن نفيه مع الاشتراط، فإنه لا مانع من الالتزام

بذلك، لا سيما بعد دلالة النصوص الذي هو الأصل في ثبوت الميراث عليه.

ومنه يظهر أنه لا مبرر لما في بعض الكلمات من تكلف دعوى كون الثابت

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ص ٢٩٦ - ٢٩٩.

بالاشتراط هو استحقاق ما يعادل حصة الزوجة أو الزوج من مال الميت من دون ان يكون ذلك بعنوان الارث.

فانه منافي لصريح النصوص وكلمات الاصحاب نفياً وثباتاً، وما التزموا به - على تقدير القول بثبوته - من مشاركتها للزوجة الدائمة والتأثير على حصتها الى غير ذلك مما يوجب القطع بكون محل النزاع بينهم هو التوارث بحدوده ومفهومه.

ومنها: «انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، واشتهر عدم جوازه في عقد الاجارة، فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه في نفسه من غير إقدام عليه، بحيث لا ينافي اقدمه على الضمان من اول الامر، أو عدم مشروعية ضمانه وتضمينه ولو بالاسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الامانة أو غير ذلك»^(١).

فان كان مقتضى اطلاقات عدم الضمان، ثبوت الحكم لصورتي الاشتراط وعدمه، تعين القول بفساد الشرط في الموردين معاً. وان لم يكن الامر كذلك، وكان العقدان بالاضافة الى عدم الضمان من قبيل عدم المقتضى لا المقتضى للعدم - بمعنى انها لا يقتضيان الضمان، لا انها يقتضيان عدمه - فلا مانع من اثباته بالشرط، ولا يكون منافياً ومخالفاً للنسبة بوجه.

ألهم الا ان يقال بالتفصيل في المستفاد من دليل الموردين بالنسبة لعدم الضمان، وان اتفاق الاعلام على جواز اشتراط الضمان في العارية، واشتهار عدم الجواز في الاجارة، يكشفان عن كون عدم الضمان في الاول من قبيل الحقوق والاحكام القابلة للتغيير، وفي الثاني من الاحكام اللازمة غير المفارقة له.

ونظير هذا التفصيل في لسان الادلة بالنسبة للابواب المختلفة للفقهاء ليس بعزيز، فلزوم البيع - مثلاً - قابل للتغيير بالاشتراط، في حين ان جواز الهبة غير قابل للاسقاط.

إلا ان ذلك إنما يتم على تقدير تسليم كون الحكم في كل من الموردين على القاعدة، فيقال باقتضاء القاعدة لنفوذ الشرط في العارية، وعدم نفوذه في الاجارة. فانه يتوجه حينئذ اشكال الفرق بين المقامين، ويمكن الدفاع عنه باختلاف لسان دليل الموردين.

إلا ان الامر ليس كذلك، فالقاعدة تقتضي البطلان فيها معاً، وذلك لان «الضمان - الذي معناه كون التلف في عهدة الشخص، وكون الذمة مشغولة بمثل التالف أو قيمته - حكم شرعي أو عقلائي مجعول باسباب خاصة، ولا يكاد يتحقق بجعل الشارط ولا بالتزام المشروط عليه، لخروجه عن اختيار المتعاقدين وقيام اعتباره بمعتبر آخر، فلا معنى لالتزام المشروط عليه بكون ذمته مشغولة شرعاً أو عقلائياً بالمثل أو القيمة...

والذي يرشدك الى ما ذكرناه انا لا نعرف متفقهاً فضلاً عن فقيه يلتزم بنفوذ شرط الضمان في غير مورد العقد، كأن يبيع داره ويشترط عليه ضمان داره الاخرى، بحيث يثبت الضمان بنفس هذا الشرط، فان نفوذه بالاضافة الى العين المستأجرة وان ذهب اليه جمع - منهم الماتن - إلا انه بالاضافة الى غير مورد العقد لم يلتزم به احد من الفقهاء.

والسر ما عرفت من ان الضمان حكم شرعي له اسباب معينة، وليس الشرط من احد اسبابه، فلم يكن اختياره بيد المكلف بعد ان لم يكن الشرط شرعاً، ومن ثم يحكم بفساده في المقام»^(١).

«واما العارية فحالتها حال الاجارة في مناط المنع وعدم الصحة بمقتضى القاعدة حسبها عرفت، إلا ان النص الخاص قد دل على صحة اشتراطه فيها، وان الشارع الذي بيده امر الرفع والوضع قد منح المكلف اختيار هذا الحكم وجعل امره بيده وهذا هو الفارق بين البابين بعد وضوح كون الحكم قابلاً للتخصيص»^(٢).

(١) و(٢) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٢٢٨ - ٢٣٠.

إذاً فالقاعدة تقتضي المنع في الموردين، والنص الخاص هو الموجب لخروج العارية عن الحكم، ومعه لا وجه للاستشكال.

ومنها: «اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر، فانهم اختلفوا في جوازه، والاشهر على الجواز، وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع، من حيث وجوب اطاعة الزوج وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره.

واورد عليهم بعض المجوزين: بان هذا جار في جميع الشروط السائفة، من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلاً أو تركاً»^(١).

قال الشهيدان (قدهما) في اللمعة والروضة: «ولو شرط ابقاءها في بلدها لزم، لانه شرط لا يخالف المشروع، اذ خصوصيات الوطن امر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والاهل والانس وغيرها، فجاز شرطها توصلاً الى الغرض المباح، ولصحيحة ابي العباس عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها، قال: يفي لها بذلك، او قال: يلزمه ذلك»^(٢) ولعموم: «المؤمنون عند شروطهم».

وكذا لو شرط ابقاءها في منزلها وإن لم يكن منصوصاً، لاتحاد الطريق.

وقيل: يبطل الشرط فيهما، لان الاستمتاع بالزوجة في الازمنة والامكنة حق الزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة عليها، فاذا شرط ما يخالفه كان باطلاً، وحملوا الرواية على الاستحباب.

ويشكل بان ذلك وارد في سائر الشروط السائفة التي ليست بمقتضى العقد كتأجيل المهر، فان استحقاقها المطالبة به في كل زمان ومكان ثابت بأصل الشرع ايضاً، فالتزام عدم ذلك في مدة الاجل يكون مخالفاً، وكذا القول في كل تأجيل ونحوه

(١) المكاسب / الطبعة المجرية ص ٢٧٨.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤٠ من ابواب المهور ح ١.

من الشروط السائغة.

والحق ان مثل ذلك لا يمنع، خصوصاً مع ورود النص الصحيح بجوازه. واما حمل الامر المستفاد من الخبر الذي بمعناه على الاستحباب، فلاريب على انه خلاف الحقيقة، فلا يصار اليه مع إمكان الحمل عليها، وهو ممكن، فالقول بالجواز أوجه في مسأله النص .

واما المنزل فيمكن القول بالمتنع فيه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النص . وفي التعدي اليه قوة، لعموم الأدلة، واتحاد طريق المسألتين^(١).

وكيف كان، فوضوح كون الحكم في الموردين من قبيل الحق للزوج، وما ثبت له على نحو الاقتضاء بموجب العقد، كما يشهد له صريح النص المتقدم، يجعل صحة اشتراط خلافه من قبل الزوجة ونفوده على الزوج امراً على القاعدة.

واخيراً، فمهما كان موقفنا من هذا الرأي أو ذاك فيما تقدم من المصاديق وغيرها، وسواء رجحنا جواز الشرط ونفوذه في هذا المورد، أم قلنا بعدمه في ذاك، فلا يتجاوز جميعه حدود الاجتهاد في تشخيص المصاديق في اطار تطبيق القاعدة العامة التي عرفتها لفرز الشرط المخالف عن غيره، أعني الفصل بين ما يكون الحكم الاولي فيه على نحو العلية التامة واللزم غير المفارق، وما يكون على نحو اقتضاء الطبع الاولي للعقد ومع تجرده عن العوارض والعوامل الثانوية له.

فان جميع تلك الاقوال والاراء على ما بينها من التضاد والاختلاف، تصب في هذا المصب وترجع الى هذا المعيار.

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٥ ص ٣٦٣ - ٣٦٥.

خاتمة: في مقتضى الاصل عند الشك في المخالفة.

لا اشكال في نفوذ الشرط وصحته على تقدير موافقته للكتاب والسنة، أو عدم مخالفته لها - على اقل التقادير - لما دل على نفوذ الشرط غير المخالف لها. كما لا اشكال في عدم نفوذ الشرط المخالف لها وبطلانه، لما دل عليه صريحاً من النصوص.

وعليه، فإن احرز كون الشرط في مورد من قبيل الاول أو الثاني فهو، فهتبت له حكمه من النفوذ او البطلان.

وأما مع الشك فيه، وتردده بين المخالفة وعدمها، فإن قلنا بجواز التمسك بالعام في الشبهات المصادقية، كما يظهر من بعض الاعلام منهم السيد الطباطبائي (قده) في بعض الموارد، فلا بأس بالتمسك بعموم لزوم الوفاء بالشرط، لاثبات النفوذ وتعين الالتزام به.

وان قلنا بعدم جوازها - على ما يقتضيه التحقيق - باعتبار ان الاستثناء - لا سيما المتصل منه - يحصر دائرة العام في غير المستثنى لا محالة، ويجعل الحكم في المستثنى منه مقصوراً على تلك الحصة دون غيرها، وحيث ان الدليل يعجز عن اثبات موضوعه، فلا مجال للتمسك بالعام في مورد يشك في انطباقه عليه وشموله له.

فهل يتعين الحكم بعدم نفوذه، باعتبار ان الشك في المخالفة وعدمها يستتبع الشك في نفوذ الشرط وعدمه، ومقتضى الاصل المسببي فيه - بعد فقدان الاصل السببي - هو عدم النفوذ، وعدم كون المشروط عليه ملزماً به؟

أو يتعين القول بالنفوذ ولزوم الوفاء به، باعتبار انه «لا مانع من التمسك باصالة عدم المخالفة ولو بنحو عدم الازلي، إذ الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» عنوان وجودي وهو الشرط المخالف، كخروج عنوان القرشية من عموم تحييض المرأة الى

خمسین، فالمستثنى هو الشرط المتصف بالمخالفة، واما المستثنى منه فلم يؤخذ فيه أي عنوان إلا عدم هذا العنوان، فيتمسك بعموم العام بعد نفي العنوان المخصص بأصالة عدم الازلي، وتكون النتيجة نفوذ الشرط»^(١)؟

خلاف بين الاعلام من حيث إمكان تنقيح الموضوع - عدم المخالفة - بأصالة عدم الازلي وعدمه.

ففي حين اختار الشيخ الاعظم (قده) في المكاسب، وصاحب الكفاية وجملته ممن تأخر عنها - منهم السيد الوالد رحمه الله - الاول، ذهب المحقق النائيني (قده) تبعاً لما ذكره الشيخ الاعظم رحمه الله في الفرائد الى الثاني، وتبعه عليه بعض الاعلام. والظاهر هو الاول، باعتبار «ان التخصيص بعنوان وجودي، سواء أكان بالاستثناء أم بمخصص منفصل، إنما يستلزم تقييد موضوع العام بعدم ذلك العنوان الوجودي بمفاد ليس التامة، نظراً الى ان اخذ عدم عرض ما في موضوع الحكم بطبعه لا يقتضي إلا اخذه كذلك، فان تقييده به بمفاد ليس الناقصة يحتاج الى عناية زائدة ثبوتاً وإثباتاً، وعليه فلا مانع من جريان الاستصحاب في الاعدام الازلية»^(٢). وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله من الاصول.

مركز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

(٢) محاضرات في اصول الفقه ج ٥ ص ٢٣٢.

الشروط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد

كما تسالم عليه الفقهاء في لزوم الشرط ونفوذه، اعتبار أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد.

ذكره كل من تعرض لشروط صحة الشرط ونفوذه، وإن اختلفوا في التمثيل له، وما يستدل به عليه.

ادلته

اختلفت كلمات الاعلام في الاستدلال على اعتبار عدم كون الشرط منافياً لمقتضى العقد، ويمكن تلخيص ما ورد في عباراتهم في خمسة وجوه.

الوجه الاول: الاجماع

يعتبر الاجماع احد ابرز أدلة الاصحاب على اعتبار عدم كون الشرط منافياً لمقتضى العقد، فقد تمسك به صريحاً غير واحد من الاعلام، بل يظهر من الشيخ الاعظم (قده) كونه أمراً مفروغاً عنه، حيث ختم حديثه عن الاستدلال عليه بقوله: «هذا كله مع تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط، فلا اشكال في اصل الحكم»^(١). ويشهد له ارسال اكثر الاصحاب لهذا الشرط ارسال المسلمات في كلماتهم.

الوجه الثاني: امتناع شمول ادلة وجوب الوفاء للعقد المشتمل عليه
قال الشيخ الاعظم (قده) «الشرط الخامس: أن لا يكون منافياً لمقتضى العقد،
وإلا لم يصح لوجهين: أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه
الذي لا يتخلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع
تقيده بهذا الشرط، فلا بد إما أن يحكم بتساقط كليهما، وإما أن يقدم جانب العقد، لأنه
المتبوع المقصود بالذات والشرط تابع، وعلى كل تقدير لا يصح الشرط»^(١).

الوجه الثالث: مخالفته للكتاب والسنة

قال الشيخ الاعظم (قده): «إن الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالين
على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في
التذكرة أن اشتراط عدم بيع المبيع منافٍ لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلى الله عليه
 وآله: الناس مسلطون على أموالهم»^(٢).

بل ذكره غير واحد من الأصحاب ممزوجاً مع اشتراط عدم كونه مخالفاً
للكتاب والسنة، بحيث يظهر منهم تفسير أحدهما بالآخر، أو التمثيل لكل منهما
بالآخر، بل وقد جعل بعضهم محل البحث ضابطاً للشرط المخالف للكتاب والسنة.
قال في الكفاية: «وكذا - عدم الخلاف في البطلان - إذا كان الشرط مخالفاً
للكتاب والسنة، ومثل بأن لا يبيعه أو لا يطاء ولا يعتقه.

وجعل بعضهم ضابطه ما ينافي بمقتضى العقد، بل يقتضي عدم ترتب الأثر
الذي جعل الشارع العقد من حيث هو مقتضياً له، ورتبه عليه»^(٣).

(١) و(٢) المكاسب / الطبعة المحجزة ص ٢٨١.

(٣) كفاية الاحكام / كتاب البيع / الفصل الخامس في الشروط.

الوجه الرابع: استلزامه بطلان العقد

وقد نسب ذلك الى الفاضل النراقي في قواعده، وحاصله: «ان الشرط المنافي لمقتضى العقد يستلزم فساد العقد، لفرض التنافي وعدم ترتب مقتضى العقد عليه وهو معنى فساد، وفساد العقد يستلزم فساد الشرط، لان الشرط الذي يجب الوفاء به ما كان في ضمن عقد صحيح»^(١).

الوجه الخامس: استلزام عدمه من وجوده وهو محال
وقد نسب ذلك الى بعض الاجلة باعتبار «أن وجود الشرط يستلزم عدم المشروط لغرض التنافي، وعدم المشروط يستلزم عدم الشرط، لانه التزام ضمني، وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال»^(٢).

أقول: قبل الخوض في مناقشة الوجوه التي استندوا اليها في الحكم، لابد من تحديد موضوع البحث في كلماتهم بما يميزه عن سائر الشروط المعتبرة في المقام ويجعله امراً قائماً بنفسه في قبالتها.

إذ بدون ذلك لا يمكن الحكم على شيء مما ذكر دليلاً بالصحة أو الفساد.
على أن تحديد الموضوع يشكل الحجر الاساس للحكم فيما اختلفوا فيه، من حيث مخالفته لمقتضى العقد وعدمها.

وهو بحث يحظى بكثير من الاهمية، فانهم وبعد تسالمهم على اصل الحكم واتفاقهم على عدم الاشكال فيه مبدئياً، وذكرهم لمورد اتفقت كلمتهم على كونها منافية لمقتضى العقد وعدمها، كاشتراط عدم بيعه في ضمن العقد اشتراط عدم الخسران في العقد أو عدمه، اختلفوا في موارد كثيرة من حيث منافاة الشرط فيها لمقتضى الشركة، أو عدم التوارث في العقد المنقطع، أو اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها، الى غير ذلك مما ذكره في مطاوي كلماتهم.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٠.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٠.

فانه ومن دون حسم النزاع في هذا البحث، لا يمكن الجزم بالحكم في شيء من تلك الموارد.

وعلى هذا الاساس اهتم المتأخرون من الاعلام به اهتماماً كبيراً، ولعل خير ما قيل فيه هو ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) وتبعه عليه المحقق الايرواني (قده). قال الاصفهاني (قده): «ان مقتضى العقد تارة بمعنى مضمونه الحقيقي وما يتقوم به ومن علة قوامه، واخرى يراد منه ما هو من لوازمه واحكامه ففي الحقيقة هو اثر المقتضي بالمعنى الاول. واللازم اما مفارق او غير مفارق، واللازم الذي هو كالقوم مبالغة في عدم الأنفكاك، وإلا فلا يعقل ان يكون الخارج عن حقيقة الشيء مقوماً يأتلف منه الشيء».

ثم ان منافي لازم العقد تارة يكون حكماً منافياً لحكم العقد، واخرى موضوعاً ينافي حكم العقد بحكمه لا بذاته، كشرط عدم التصرف المنافي بنفوذه للسلطنة على التصرف الثابتة بالعقد.

فنقول: اما شرط عدم المقوم، كما اذا شرط عدم الثمن في المبيع: فتارة يكون المنافي مقصوداً في عرض قصد البيع - مثلاً - وحيث ان قصد المتنافيين جداً من العاقل الشاعراً محال، فلا يعقل تحقق البيع والشرط معاً. واخرى بقصد المنافي بعد قصد ما ينافيه، بأن قصد البيع حقيقة أولاً ثم بدا له أن يعقبه بعدم العوض له، وهو على قسمين: اما مع البقاء على ما قصده أولاً، واما مع رفع اليد عنه، حيث ان أمر الايجاب قبل تمامية العقد بيده.

فان كان مع البقاء على قصده فنفس قصد المنافي محال، لأن المنافي لا يقع بعد وقوع ما ينافيه، فقصده بعد قصد ما ينافيه محال، فلا يعقل تحقق الشرط، واما العقد فلا مانع منه عقلاً ولا نقلاً.

وان كان مع رفع اليد عن الايجاب فهو ايضاً على طورين: فتارة برفع اليد عن الايجاب كلية فالشرط لغو، إذ لا معنى للالتزام بعدم العوض، مع انه لا شيء حتى يكون له عوض او بلا عوض.

وأخرى برفع اليد عن خصوصية الإيجاب وحيثية العوضية فقط، فهو وإن قصد التملك بعوض إلا أنه رفع اليد عن خصوص العوضية وأتمه تملكاً بلا عوض، فكان بيعاً حدوثاً وهبة بقاءاً وتتمياً، وليس فيه استحالة، إنها المحذور في انعقاده هبة شرعاً بعد حدوثه بيعاً، وفي انعقاد الهبة بالالفاظ المجازية، وهو قوله: بعته، مريداً به الهبة أما ابتداءً أو في الانتهاء.

هذا كله بالإضافة إلى الملتفت إلى الاستحالة.

وأما الغافل عن وجوه الاستحالة، فإذا قصد المتنافيين في عرض واحد، ففرض التنافي فرض استحالة وقوعهما وإن تمشى منه القصد لغفلة الموجب إذا قصد المنافي بعد وقوع المنافي، فالقصد وإن لم يكن مستحيلاً إلا أن استحالة وقوع المنافي بعد وقوع منافيه تابعة للواقع، وحيث أنه غافل عن الاستحالة فلا موقع لفرض رفع اليد عن الإيجاب كلية أو من جهة خاصة إلا بنوع من الاتفاق، وعليه فحكمه ما قدمناه^(١).

أما المحقق الإيرواني (قده) فقد ذكر في تحقيق ذلك: «أن العقد إذا اقتضى شيئاً عرفاً أما بلا واسطة أو معها، مثلاً عقد النكاح اقتضى بلا واسطة حصول علاقة الزوجية، واقتضى بواسطة هذه العلاقة الآثار المرتبة على الزوجية، فإذا اشترط خلاف أحد الأثرين كان ذلك في قوة اشتراط عدم حصول علاقة الزوجية فيبطل عقد النكاح لعدم تحقق القصد على طبقه. هذا إذا اشترط جداً.

وأما لو كان هازلاً بشرطه فهو وإن لم يضر بقصد العقد فيختص الشرط بالبطلان، لكن ذلك إذا أحرز الهزل بالشرط، ومع الشك لم تكن الصيغة المنضم إليها الشرط مجدية في ترتب الأثر.

والحاصل: أن الشرط فاسد على كل حال، لأنه إما شرط ابتدائي وذلك إذا

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٤٩ - ١٥٠.

كان العقد بلا قصد والشرط معه أو لم يقصد مضمونه، وأما العقد فاما غير مقصود جداً، أو لا دلالة على ذلك القصد لاحتفافه بالشرط.

هذا إذا اشترط عدم حصول الزوجية بصيغتها مطلقاً، أو شرط عدم حصول زوجية خاصة ذات احكام، بل قصد حصول زوجية لا حكم لها عرفاً، فان هذه الزوجية ليست في العرف، وما هو في العرف وهي الزوجية ذات أحكام لم يقصدها. وأما إذا اشترط عدم الالتزام باحكامها في الخارج مع القصد الى ثبوت الزوجية باحكامها، فذلك ليس من اشتراط خلاف مقتضى العقد، إذ ليس مقتضى العقد ترتيب الآثار خارجاً، ولذا لو نكح ولم يرتب شيئاً من الآثار لم تخرج الزوجة بذلك عن الزوجية.

ومن ذلك يمكن تصحيح كثير مما افسدوه بعنوان خلاف مقتضى العقد، فان ذلك ليس من اشتراط خلاف مقتضى العقد بمعنى انه لا يؤثر العقد اثره، بل من اشتراط عدم الالتزام باثاره في الخارج وعدم العمل عليه، ولذا لو خالف الشرط ورتب الاثر لم يعامل معه معاملة الزاني.

هذا كله في شرط عدم الاثر العرفي للعقد، وأما شرط عدم الاثر الشرعي له فهو خارج عن المقام داخل في شرط خلاف الكتاب والسنة^(١).

وبالجملة: فمقتضى العقد الذي يعتبر في الشرط عدم منافاته له، ليست هي الاحكام والآثار الشرعية المترتبة عليه، فان العقد موضوع لتلك الاحكام والآثار، وهي مجعولة من قبل الشارع للعقد المفيد فائدة معينة ومدلولاً خاصاً.

على ان الشرط المنافي للحكم الشرعي المجمعول للعقد، إنها يبطل بموجب اشتراط عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، فلا وجه لادراجه تحت شرط آخر بعنوان مستقل في قبالة ثانياً.

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٤ - ٦٥.

بل هو - مقتضى العقد - اما مضمونه الحقيقي ومدلوله الواقعي الذي يقوم به، نظير الثمن في البيع، فيكون اشتراط عدمه فيه من الشرط المنافي لمقتضاه وقد ورد التمثيل به في كلمات اكثرهم.

ويكون الوجه في فساده عدم تحقق القصد الجدي الى العقد من العاقل الملتفت الى حقيقة الامر، باعتبار تنافي العقد والشرط، فلا يمكن القصد الى تحقيقها ووجودها جداً، إذ لا معنى لقصده البيع ومبادلة المال بالمال، وقصده عدمه واعطاء المال بلا مقابل، في آن واحد وبالنسبة الى الامر الواحد - المبيع -.

نعم، القصد الجدي الى الانشاء وان لم يكن مستحيلاً بالنسبة للغافل عن التنافي، إلا ان استحالة وقوع المنافي بعد تحقق منافيه، لما كانت تابعة للواقع ولم يكن للالتفات أو الغفلة تأثير بالنسبة اليها، لم يكن مجال للالتزام بتحقيق الشرط بعد وقوع العقد وتحقيق ماهيته.

واما هو لوازم العقد واحكامه العرفية التي لا تفارقه ولا تنفك عنه، نظير اشتراط عدم التصرف في المبيع او الثمن مطلقاً، خارجاً أو اعتباراً، فان حق التصرف والسلطنة على المال ولو في الجملة وعلى نحو الموجبة الجزئية من الآثار واللوازم العرفية المترتبة - على نحو لا يقبل الانفكاك - على الملك، فلا يصح اشتراط عدمه المطلق في العقد المفيد له.

وليس الوجه فيه إلا ما ذكرناه في اشتراط ما ينافي المضمون الحقيقي للعقد، من عدم تحقق القصد الجدي الى مثل ذلك الانشاء، إذ لا يمكن القصد الى العقد المقتضى والمستلزم للسلطنة وحق التصرف في الجملة، في عرض القصد الى عدم تحقق شيء من ذلك اطلاقاً.

على ان السلطنة والتصرف في متعلق العقد لما كانت الغرض النوعي من المعاملة، كان اشتراط عدمها مستلزماً للغوية الاقدام المعاملي، ومعه فلا يكون مشمولاً لأدلة الامضاء.

والحاصل: ان مقتضى العقد هو ماهيته وما به قوامه والآثار المترتبة عليه عرفاً،

ترتباً يحكم العرف بعدم قبولها للانفكاك عنه والمفارقة له.

والوجه في فساد ما ينافيه عدم تأقي الجذ وقصد الانشاء من الملتفت الى المنافاة وعدم اجتماعها في التحقق والوجود، واستحالة تحقق المنافي مع وجود منافي في الواقع ونفس الامر، مع فرض غفلة المنشئ من التنافي، وتصور قصد الجذ والانشاء منه.

وعلى ضوء هذا البيان يظهر عدم تمامية شيء من الوجوه التي استندوا اليها في الحكم بلزوم عدم منفاة الشرط لمقتضى العقد وبطلان الشرط المنافي.

وذلك، اما الاجماع فالتمسك به لاثبات المدعى في المقام يكون من قبيل تعليل البطلان بالامر العرضي مع وجود المانع الذاتي، فان عدم تحقق قصد الانشاء لا يدع مجالاً لتعليل البطلان بالاجماع التعبدي.

على ان في ثبوت الاجماع التعبدي مع وضوح استناد جلهم الى سائر الوجوه المذكورة من الاشكال ما لا يخفى.

ومنه يظهر الحال في دعوى عدم شمول أدلة الامضاء له، فان شمول تلك الادلة للشرط وعدمه إنما يكون في مرتبة متأخرة عن تحقق الشرط خارجاً، فلا وجه لتعليل الحكم به مع عدم تحقق الشرط بالمرّة.

وكذا الحال بالنسبة لمخالفة الكتاب والسنة، فان المخالفة فرع التحقق والوجود، فما لا وجود له واقعاً لا معنى لكونه مخالفاً للكتاب والسنة.

بل وكذا الحال بالنسبة الى ما أفاده المحقق النراقي (قده)، فان البطلان والفساد فرع التحقق والوجود، في حين ان التنافي بين العقد والشرط يمنع تحققها ويبطل القصد اليها، وما لا وجود له لا يقال فيه انه فاسد.

على ان لازم الاستناد في فساد الشرط الى فساد العقد، هو الحكم بصحته بناءً على القول بنفوذ الشروط الابتدائية، والحال انه لا مجال لتصحيح هذا الشرط حتى مع القول بذلك، فان التنافي بين المفهومين يمنع عن تحقق القصد اليه جداً، فلا يحصل في الخارج كي يحكم عليه بالصحة أو الفساد.

ومنه يظهر الحال في مانسب الى بعض الأجلة، فان حاصل ما افاده هو الحكم

بصحة العقد مجرداً عن الشرط، لسقوط الشرط المنافي باستلزام وجوده عدمه.
وذلك لما عرفت من عدم تحقق العقد في الخارج بالمرة، لامتناع القصد الجدي
اليه والشرط معاً، فلا يتحقق منهما في الخارج سوى صورتها وصورة اعتبارها
وانشائها، فلا مجال للحكم بتحقيق شيء منهما بوجه.

والحاصل: إن شيئاً مما ذكره الاصحاب في مقام الاستدلال على اعتبار عدم
منافاة الشرط لمقتضى العقد، لا يمكن قبوله، باعتبار كون جميعها متفرعاً على تحقق
القصد الجدي الى العقد والشرط، وقد عرفت امتناعه.

فالصحيح في الاستدلال هو ما ذكره العلماني - الاصفهاني والايرواني (قده) -
من عدم تحقق الانشاء والقصد الجدي اليهما.

ثم ان السيد الخميني (قده) بعد رفضه لما ذكره العلماني، ورفضه لتفسير مقتضى
العقد بماهيته وما به قوامه والآثار المترتبة عليه عرفاً مما هو لازم غير مفارق له، بدعوى
ان البحث إنما هو في ما يعتبر في صحة الشرط بعد الفراغ عن إمكانه وتحقيقه في الخارج،
عاد فالتزم بامتناع تحقق الشرط المنافي وكونه السبب في اعتبار عدم كون الشرط
منافياً، وهو كَرَّ على ما فرَّ منه.

قال (قده): «الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد، وقد اضطربت
كلماتهم في بيان هذا الشرط، ووقع الخلط في مورد البحث، وذكرنا أمثلة خارجة عن
محطه.

والتحقيق ان البحث عن شروط صحة الشرط إنما هو بعد الفراغ عن
الشروط أو الاسباب التي هي دخيلة في تحققه ووجوده، فالقول باعتبار معقولية تعلق
القصد بالعقد والشرط معاً والتفصيل في ذلك أجنبني عن مورد البحث، كما ان مقتضى
العنوان - وهو عدم كون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد - أن يكون البحث عن مخالفته
لماهية العقد واركانه، أو مخالفاً لاحكام المترتبة على ذات العقد، أو لاحكام المترتبة
على المعقود عليه - إلا في بعض الموارد التي سنشير اليه خارجاً عن محط الكلام... وما
هو داخل فيه هو ما يقتضيه من النقل الانشائي، ويلحق به النقل الحقيقي الاعتباري

الذي هو مترتب على الانشائي...

فالشرط المخالف لمقتضى العقد الذي هو قابل للبحث وداخل في عنوانه، هو مثل شرط أن ينعتق العبد، وشرط أن يصير المبيع وقفاً أو ملكاً لغيره، مما قد يتفق من بعض الناس، نظير اشتراء من ينعتق عليه قبل أن يصير ملكاً، كما يحتمل في النص. ومن المعلوم أن مثل هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، فإن مقتضى مضمون البيع تمليك العين للمشتري، ومقتضى الشرط عدم ملكيته، وبطلان الشرط على ذلك واضح، للتناقض بين مضمونيهما ولا يعقل وقوعهما، وبطلان الشرط متيقن بعد البناء على بطلان الشرط الابتدائي أو في ضمن العقد الفاسد، لالاجل عدم تعقل تعلق القصد بهما كما قبل، بل لالجل التناقض بحسب الواقع.

نعم، مع تصور الاطراف والمعرفة بجميع الجهات لا يكون الجدل فيها معقولاً، لكنه خارج عن عنوان البحث، كما تقدم^(١).

وفيما افاده (قده) مواقع للنظر نوجزها فيما يأتي:-

الاول: ان ما ذكره من كون: «ما هو داخل فيه هو ما يقتضيه من النقل الانشائي»، كَرَّ على ما فرَّ منه صريحاً، فإن ما يقتضيه النقل الانشائي في كل عقد ليس إلا ماهية ذلك العقد وما به قوامه، فالبيع يقتضي المبادله بين المالين في الاضافة، والاجارة تقتضي تمليك المنفعة بعوض، والهبة تقتضي التملك المجاني، وهكذا.

فالالتزام بكون مقتضى العقد هو ما يقتضيه من النقل الانشائي، بعد إنكار تفسيره بماهية وما به قوامه، عود عليه بصيغة اخرى وبيان آخر، وليس هو أمراً جديداً في قبالة.

الثاني: إن ما افاده بقوله: «وبطلان الشرط على ذلك واضح، للتناقض بين مضمونيهما، ولا يعقل وقوعهما» وقوله: «بل لأجل التناقض بحسب الواقع» اعتراف منه بعدم تحقق الشرط المتنافي في الواقع ونفس الامر، حتى مع غفلة المنشئ عن

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ١٨٤ - ١٨٥.

الاستحالة، وإمكان تأتي الانشاء وقصد الجدد منه، وهو ما انكره على العلمين، بل وجعل مقتضاه خروج هذا الشرط عن محور البحث ومحط الكلام عندهم من الصحة والفساد بعد المفروغية عن فرض إمكان التحقق والوقوع.

الثالث: ما ذكره أخيراً من انه «مع تصور الاطراف والمعرفة بجميع الجهات لا يكون الجدد فيها معقولاً» هو عين ما ذكره العلمان من عدم إمكان تحقق الجدد والقصد الحقيقي للانشاء، مع التفاتهما الى كون الشرط منافياً لمقتضى العقد.

والحاصل: إن ما افاده (قده) لا يتجاوز في واقعه ولو بكلمة واحدة ما افاده العلمان رحمهما الله، من كون مقتضى العقد ماهيته، وما به قوامه، والآثار العرفية المترتبة عليه مما هو لازم غير مفارق له.

وان الوجه في اعتبار عدم منافاة الشرط له هو عدم تحقق الشرط، اما لعدم تحقق القصد الجدد من المنشئ اليه - فيما اذا كان ملتفتاً الى التنافي والاستحالة - واما لكون عدم تحقق التنافي مع وجود منافاه امرأ واقعياً خارجاً عن ارادة المنشئ واعتباره، فلا يتحقق حتى مع الغفلة عن التنافي والاستحالة.

ومعه فلا وجه لما فعله (قده) من تشديد النكير على ما ذكره، ولا لانكاره كون مقتضى العقد ماهيته وحقيقته، ودعواه ان محل البحث والكلام إنما هو شرائط صحة الشرط، فلا يكون البحث إلا في مرتبة متأخرة عن إمكانه وتحقيقه، وإلا فالبحث عن عدم تحققه لعدم تحقق الجدد وقصد الانشاء، أجنبى عن محل الكلام.

نعم، يبقى على ما ذكرناه خروج محل البحث عن شروط صحة الشرط ونفوذه، لكونه من شروط تحققه ووجوده، إلا ان ذلك غير ضائر في ذكره والبحث عنه في المقام، لا سيما بعد الالتفات الى أن أكثر مصاديق اشتراط التنافي إنما يصدر مع الغفلة التامة من المتعاقدين عن منافاته للعقد، وهو ما يعني تحقق القصد الجدد اليه، ووقوعه صورة، وبذلك يكون التنبيه على عدم وقوعه من قبيل الحكم ببطلانه وعدم نفوذه بعد تحققه ولو باعتقاد المنشئ.

الشرط السادس: أن لا يكون مجهولاً

وهو مما لا خلاف فيه بينهم في الجملة وعلى نحو القضية الموجبة الجزئية، وإنما الخلاف بينهم في إطلاقه وسعته وتقييده وضيقه، فمنهم من يرى اعتبار أن لا يكون الشرط مجهولاً بقول مطلق، ومنهم من يقيد به بالجهالة المؤدية الى لزوم الغرر في العقد. ومنشأ الخلاف بينهم في هذه الناحية، هو الدليل الذي يتمسك به لاثبات المدعى، والاختلاف في مدى ثبوته ومدلوله.

فقد تمسك كل من قال بالاطلاق بما ارسله العلامة (قده) في التذكرة والشهيد الاول (قده) في القواعد، بل ونسب الى الصدوق رحمه الله، من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر^(١) تارة.

وبما ارسله الصدوق (قده) من نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(٢) أخرى.

بدعوى كون المستفاد منها علية الغرر مطلقاً للنهي، وإن القرار المعاملي الغرري مطلقاً ممنوع منه ومرغوب عنه لدى الشارع، سواء فيه البيع وغيره من العقود.

وضعف السند بالارسال فيها منجبر بعمل الاصحاب، حيث تمسك بها غير واحد من الاعلام في موارد مختلفة من ابواب الفقه.

فقد استند اليه - نفي الغرر - شيخ الطائفة (قده) في الضمان والشركة من الخلاف، واعتمده ابن زهرة في الغنية، والعلامة (قده) في التذكرة حيث جزم ببطلان

(١) القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

(٢) وسائل الشريعة ج ١٢ باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة ح ٣.

اشتراط عمل مجهول في عقد البيع، وان تردد في سريانه الى العقد نفسه، بل صرح الشيخ الاعظم (قده) بأنهم «يستندون اليه في ابواب المعاملات حتى الوكالة»^(١).
والحاصل: ان مقتضى اطلاق النهي عن الغرر، هو المنع عن الجهالة مطلقاً، سواء فيه القرارات المستقلة والقرارات التابعة والتي منها الشرط.
وفي قبال هؤلاء رفض غير واحد من الاعلام قبول المرسلتين مستنداً للحكم، وذلك:-

أما الاولى، فلعدم وجودها في شيء من كتب الحديث للفريقين، إذ «لم توجد لا في كتبنا ولا في كتب العامة، وقد تتبعنا وفحصنا عنها في مظانها فلم نعثر عليها، فلا اساس لهذه الرسالة التي تفرد بنقلها الصدوق.
ومعه لا يحتمل استناد المشهور اليها ليدعى الانجبار»^(٢).

وبعبارة اخرى: ان الانجبار - على تقدير تسليمه - فرع ثبوت النص على اساس كونه رواية منسوبة للنبي صلى الله عليه وآله أو الأئمة الاطهار عليهم السلام، فلا موضوع له مع عدم ثبوته كذلك، كما هو الحال في المقام.
واما الثانية، فلأن النهي عن بيع الغرر وان روي بطرق متعددة، حتى ان الصدوق (قده) رواه باسناد عديدة، إلا انها لما كانت باجمعها ضعافاً لم يكن مجال للاعتداد على شيء منها.

ودعوى: انجبار ضعفها بعمل المشهور من الاصحاب بمضمونها.
مدفوعة: بعدم تسليم كبرى الانجبار أولاً، وعلى تقدير تسليمها عدم تحققه بعمل المعدود من الاصحاب - وان عظم قدرهم وجل شأنهم - بل لا بد من تحقق استناد المشهور اليها في مقام العمل والافتاء، وهو امر لا سبيل الى تحقيقه.

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

(٢) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٣٣.

على ان تسليم ذلك ايضاً لا يعني الاقرار بعموم الحكم وشموله لجميع العقود، فان النص مختص بالبيع، ولا مبرر للتعدي عنه الى غيره.
اللهم إلا ان يدعى القطع بعدم الفرق بينه وبين غيره، وأن ذكره بالخصوص من قبيل المثال، أو وروده مورد الغالب بحسب الابتلاء.
لكن اثبات ذلك بعد فرض كون الحكم ثابتاً بفضل التعبد والنص، مشكل جداً ولا يخلو دعوى القطع به من مجازفة.

نعم، على تقدير الاعتراف بثبوت النص والاقرار بشموله لغير البيع من العقود، لا وجه لاستثناء الشرط منه بدعوى: «الانصراف الى المعاملات والاسباب المستقلة»^(١) كما ذكره بعضهم.

فان الشرط وان كان شأنه هو التبعية حيث يكون التزاماً في ضمن التزام آخر، إلا انه قرار مستقل في نفسه والتزام مقصود بين الطرفين، غاية الامر ان لزومه ونفوذه يتوقف على ارتباطه بالقرار العقدي ووروده في ضمن التزام آخر، فلا موجب لدعوى الانصراف عنه.

والعمدة في المقام هو عدم ثبوت النص الاول وعدم تمامية حجية النص الثاني.
نعم، لا يبعد دعوى كون المنع عن الغرر في المعاملات قاطبة حكماً عقلاً لا يحتاج في ثبوته الى ورود النص وثبوت التعبد من الشارع.

ف«إن اساس المعاملات العقلانية من البيع والاجارة ونحوها مبني على التحفظ على اصول الاموال والتبدل في انواعها، فلدى التصدي لتبديل عين أو منفعة بعوض يرون التساوي بين مالية العوضين كشرط اساسي مرتكز قد بني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه.

وعلى هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هو موضح في محله.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٢.

وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر، كبيع جسم اصفر مردد بين الذهب وغيره، أو جعله اجرة، خارج عن المعاملات الدارجة بين العقلاء، وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل النفوذ والامضاء، من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك، فإن دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى^(١).

وعلى ضوء ما تقدم من البيان يظهر انه لا موضوعية لعدم الجهالة بحده وخصوصيته في نفوذ الشرط وصحته - كما يظهر ذلك من كلمات المشهور - وإنما المنفي منه خصوص ما يلزم منه الغرر ويؤدي الى الخطر، سواء في ذلك اثباته عن طريق التمسك بحديث النهي عن الغرر مطلقاً، أو حديث النهي عن بيع الغرر، أو انكارهما والتمسك له ببناء العقلاء.

فإن الكل يتفق في نفي موضوعية الجهالة بعنوانها، وإثبات الحكم لخصوص ما يؤدي الى الغرر، وإن اختلفت من حيث دلالتها على اعتبار سراية الغرر الى العقد المتضمن له، وكفاية تحققه في نفس الشرط وإن لم يسر ذلك الى العقد.

فإن مقتضى الاول - حديث النهي عن الغرر - والاخير - بناء العقلاء - هو الثاني، أعني كفاية تحقق الغرر في الشرط نفسه وإن لم يؤثر ذلك على العقد المتضمن له اطلاقاً، كما لو باعه الدار بشمن معين واشترط عليه خياطته لثوبه، ودار امر الخياطة بين الفارسية والرومية - الخياطة بدرز أو بدرزين - على نحو الاجمال لا الاطلاق، فإن الغرر في الشرط بلحاظ اختلاف قيمته - لو ثبت - لا يعني تحقق الغرر في البيع نفسه، باعتبار أن اختلاف قيمة الخياطة يكون ضئيلاً بالنسبة الى قيمة الدار، ولا يستلزم زيادتها أو نقصانها اختلافاً مؤدياً الى الغرر فيها، وهو ما يعني الحكم ببطلان الشرط خاصة دون العقد المتضمن له، وإن امكن القول بثبوت الخيار فيه ايضاً باعتبار تخلف الشرط، إلا انه غير الحكم ببطلانه مبدئياً.

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٣٣.

في حين ان مقتضى الثاني - حديث النهي عن بيع الغرر - هو الاول، أعني الاقتصار في الحكم بالبطلان على خصوص ما استلزم الجهل في الشرط تحقق الغرر في العقد المتضمن له، وهو ما يعني عدم الحكم بالبطلان في الثاني المتقدم حتى بالنسبة الى الشرط أيضاً.

ولعل الاعتماد على هذا النص هو الذي دعا المحقق الاصفهاني (قده) الى ما تقدم منه من دعوى عدم شمول الحكم للشرط، بلحاظ «الانصراف الى المعاملات والاسباب المستقلة» على حدّ تعبيره.

بل ولعل ذلك هو المنشأ الاساس لتقييد الاكثر ولا سيما المتأخرين - ومنهم الشيخ الاعظم (قده) - لعنوان البحث في كلماتهم بالجهالة المؤدية للغرر في البيع. فان الاعتماد على حديث نفي الغرر في البيع، يعني - حتى مع الغاء خصوصية المورد وحمله على المثال، او وروده مورد الغالب - اعتبار سراية جهالة الشرط الى العقد المتضمن له على نحو يستلزم الغرر فيه لا محالة ولو بلحاظ تأثيره في بدله - الثمن أو الاجرة - زيادة ونقصاناً.

ثم ان مما ذكرناه بالتفصيل يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني (قده) من إنكار استقلالية هذا الشرط - «ان لا يكون مجهولاً - بالمرة، باعتبار انه «ان استدل عليه بحديث النهي عن الغرر ونحوه مما يرجع الى النهي الشرعي، فيندرج في الشرط المخالف للكتاب، ضرورة انه مع النهي عن الغرر يكون الشرط الغرري مخالفاً له، وعليه فلا يكون شرط عدم الجهالة شرطاً مستقلاً.

ولو قيل ببطلان الشرط المجهول من اجل انه غير عقلائي، لكان البطلان لأجل اعتبار العقلانية فيه، كما اشرنا اليه سابقاً، وهو شرط آخر بعنوان آخر يندرج فيه ما ذكر»^(١).

فانك قد عرفت عدم جواز الاستناد الى المرسلتين في مقام الاستدلال لعدم ثبوت الاولى وعدم حجية الثانية.

على اننا لو تنزلنا وقلنا باعتبارهما، فلا ينبغي الاشكال في كون النهي فيها ارشادياً الى حكم العقلاء، باعتبار عدم الفرر في العقود والقرارات مطلقاً والتي منها الشرط، فانه لو كان مولوياً لما اقتضى فساد، بل وعلى العكس منه لكان كاشفاً عن صحته، كما هو الحال في سائر موارد النهي المولوي في المعاملات^(١).

ومعه لا مبرر لاحتمال رجوع هذا الشرط الى اشتراط عدم مخالفة الكتاب والسنة - الشرط الرابع - بعد وضوح كون المقصود به استثناء ما خالف الحكم المولوي للشارع من أدلة الامضاء ولزوم الوفاء بالشرط.

واما احتمال رجوعه الى اعتبار العقلانية - على حد تعبيره - فهو من إرجاع الشرط الى جامع انتزاعي بينه وبين غيره، وهو خلاف مبنى الاصحاب في ذكر الشروط الدخيلة بالفعل النفوذ والمؤثرة خارجاً وبالمباشرة في صحة الالتزام وعدمها. ومما يشهد لما ذكرناه انه لو صح ما ذكره (قده) في المقام لأمكن القول بمثله

مركز تحقيقات كميونير علوم اسلامی

(١) قال المحقق الخراساني (قده): «المقام الثاني في المعاملات: ونخبة القول ان النهي الدال على حرمتها لا يقتضي الفساد، لعدم الملازمة فيها - لغة ولا عرفاً - بين حرمتها وفسادها اصلاً، كانت الحرمة متعلقة بنفس المعاملة بها هو فعل بالمباشرة، او بمضمونها بها هو فعل بالتسبيب او بالتسبب بها اليه، وان لم يكن السبب ولا المسبب بها هو فعل من الافعال بحرام... نعم، لا يبعد دعوى ظهور النهي عن المعاملة في الارشاد الى فسادها، كما ان الامر بها يكون ظاهراً في الارشاد الى صحتها من دون دلالة على ايجابها او استحبابها... حكى عن ابي حنيفة والشيبياني دلالة النهي على الصحة، وعن الفخر انه وافقهما على ذلك. والنحقيق: انه في المعاملات كذلك اذا كان عن السبب او التسبيب، لاعتبار القدرة في متعلق النهي كالامر، ولا يكاد يقدر عليها الا فيما كانت المعاملة مؤثرة صحيحة». كفاية الاصول ج ١ ص ٢٩٦.

في اغلب الشروط المذكورة - إن لم نقل كلها - فان اكثر الشروط المذكورة يرجع الى اعتبار العقلانية فيه، كاشتراط القدرة عليه، واعتبار المنفعة المعتدة بها فيه، واشتراط عدم منافاته لمقتضى العقد او استلزامه المحال.

بل ويمكن القول برجوع شرطي كونه سائغاً وعدم مخالفته للكتاب والسنة اليها أيضاً، فان ما يكون محظوراً من قبل الشارع ومبغوضاً للمولى، لا يصدر من العاقل الملتفت الى عدم نفوذه وسوء عواقبه، وهذا مما لا يلتزم به هو (قده) أيضاً، حيث التزم باستقلالية اكثر تلك الشروط من دون الايراد عليها برجوعها في النتيجة الى الجامع الانتزاعي الشامل للجميع، اعني اعتبار العقلانية في الشرط.

فانه خير شاهد على عدم كون ذلك - الجامع الانتزاعي - مقصوداً للأعلام في مقام الاشتراط.

والحاصل: ان رجوع هذا الشرط الى أمر اعم جامع له ولغيره، لا يعني الغاء خصوصيته بعد أن كانت هي العنصر المبتلى به عملاً في مقام الاشتراط.

حصيلة البحث

مركز تحقيقات كامپوتير علوم اسلامی

وبالنتيجة يمكن تلخيص حصيلة البحث في نقاط:-

الاولى: انه لا دليل على اعتبار عدم الجهالة بحدودها ومعالمها شرطاً في نفوذ الشرط وصحته.

فان غاية ما يقتضيه دليلهم - على اختلاف السنته وبيانه - هو اعتبار عدم كونه غررياً، ومن الواضح عدم تطابقه مع الجهل دائماً، فانها قد يتفقان وقد يفترقان.

الثانية: ان الحكم ببطلان الشرط الغرري في فرض عدم سرايته للعقد المتضمن له، يتوقف على التمسك لاثبات الشرط بحديث النهي عن الغرر - على تقدير ثبوته - او بناء العقلاء في رفضهم التعامل الغرري، وخروج ذلك عن دائرة ما هو الدارج والمألوف عندهم في مقام المعاملة والتبادل.

أما لو بنينا على التمسك بحديث النهي عن بيع الغرر - كما هو ظاهر الأكثر - فالتعدي عن مورد النص الى غيره من العقود، فضلاً عن الالتزامات التابعة كالشروط، لا يخلو عن مجازفة.

الثالثة: ان ثبوت الغرر في الشرط إنها يقتضي بطلانه بذاته، ولا ينسحب ذلك على العقد المتضمن له قهراً، ما لم يؤد الغرر في الشرط الى الغرر فيه أيضاً، ولو بلحاظ تأثيره على القيمة زيادة او نقصاناً.

نعم، قد يقال بحصول ذلك غالباً، إلا انها ليست الحالة العامة التي تشكل القاعدة الفقهية في الحكم، بل يبقى الحكم تابعاً لمورد تحققه. فقد يكون التفاوت في قيمة الشرط موجباً لتحقيق الغرر فيه بحد ذاته، من غير ان يستلزم ذلك الغرر في العقد المتضمن له، على الرغم من استلزامه لنوع ما من الجهل في قيمته.

فان تردد قيمة الشرط بين ما يسوى عشرة دنائير او عشرين ديناراً مستلزم للغرر فيه لا محالة، باعتبار كون التفاوت بينهما فاحشاً في حد ذاته بالنسبة الى العمل المشترط مثلاً إلا ان منشأ هذا التفاوت اذا لوحظ كونه شرطاً ضمن عقد تكون قيمته مائة الف دينار أو أكثر، كان الجهل الناشئ في قيمة العقد نتيجة الغرر في الشرط مما لا يلتفت اليه العقلاء ولا يعدونه جهلاً، فضلاً عن الحكم بتحقيق الغرر في العقد نفسه بسبب الغرر في الشرط.

ومنه يظهر ان لا وجه لما عن جمع من الاعلام من الحكم ببطلان العقد بثبوت الغرر في شرطه مطلقاً كما هو صريح الشيخ الاعظم (قده) حيث قال: «لكن الانصاف ان جهالة الشرط يستلزم في العقد دائماً مقداراً من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين»^(١).

وظاهر المحقق الخراساني (قده) في قوله: «ان الشرط قيد للبيع أو احد

العوضين وليس بأمر مستقل في ضمن عقد، وقصارى ما يمكن ان يقال: ان اطلاق النهي عن بيع الغرر ينصرف الى ما كانت الجهالة في نفس العوضين بانفسهما لا بقيدهما، ولو سلم فلا أقل من كون جهالتهما كذلك قدراً متيقناً في مقام التخاطب، فلا يشمل ما اذا كانت الجهالة بالسراية من القيد، لكنه كما ترى...

ان جهالة التابع إنما لا تسرى اذا كان مما لا يقصد في البيع، كأساس الجدران ونحوها، لا مثل الشرط المقصود بالخصوص في البيع، فافهم»^(١).

بل وصريح المحقق النائيني (قده) ايضاً حيث ذكر: «ان المتجه هو القول بالبطلان، لصيرورته ضمنية لاحد العوضين كالأوصاف، فجهالته توجب جهالتهما لا محالة»^(٢).

كما لا وجه لما اطلقه المحقق الايرواني (قده) من الحكم بعدم السراية مطلقاً، حيث أفاد: «جهالة الشرط لا توجب الغرر في البيع وان وُزع عليه الثمن، لكن اذا كان الموزع عليه جزءاً معيناً، وذلك ان لفظ البيع لا يشمل شرطه، وان أطلق على المجموع كان بضرب من التوسع، واما جهالته بنفسه فهو لا يضر لعدم حجية المرسل، نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر، وقوة احتمال السقط فيه.

هذا كله في الشرط المقصود بالأصلية، وأما المقصود بالتبع فالامر فيه اوضح، لعدم اقتضاء جهالة التابع ولو كان جزءاً من المبيع غرراً في المعاملة»^(٣).

والصحيح ما ذكرناه من التفصيل باختلاف الموارد ونظر أهل العرف. نعم، لا يبعد أن يقال باختصاص ذلك بما اذا كان الشرط فعلاً خارجاً عن حقيقة متعلق العقد وماهيته، كاشتراط الخياطة او الزيارة وماشاكلهما في اجارة الدار

(١)

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٢٠.

(٣) تعليقه الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٥.

وبيعها، إذ في مثله يصح ان يقال بالتفصيل في السراية بحسب اختلاف الموارد، فان من الافعال ما يقتضي الغرر فيه الغرر في العقد، لاشتراط ذلك الفعل، ومنها ما لا يقتضي ذلك، كما عرفت فيما قدمناه من المثال.

واما اذا كان الشرط الغرري وصفاً من اوصاف متعلق العقد، كالكتابة في العبد، والحمل في الدابة، كان الجهل به جهلاً بالموصوف المتقيد به وغرراً في المعاوضة بين المالين لا محالة، اذا كان التفاوت مما لا يتسامح به العرف.

السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال .

واعتباره كبروياً ومع قطع النظر عما ذكر في كلماتهم من الأمثلة والمصاديق، وان كان مما لا اشكال ولا خلاف فيه - لوضوح امتناع تحقق مستلزم المحال خارجاً، والالزام والالتزام - الشرط في ضمن العقد - بما لا يتحقق في الخارج، لا يعدو صورة الاشتراط وبجرد الفاظ عارية عن قصد الانشاء والعمد والجد - إلا ان ذكره كشرط مستقل في عداد ما يعتبر في نفوذ الشرط وصحته يواجه محذورين اساسيين هما:-
أ - كونه من شرائط الوقوع والتحقق، التي هي في مرتبة سابقة عن شروط الصحة.

ب - عدم استقلاله في قبيل سائر الشروط، حيث تعود مفرداتها لدى التحقيق الى سائر الشروط المذكورة في المقام.

ولئن امكن تجاوز الاشكال الاول، وردّه بعدم اختصاصه بهذا الشرط، وجريانه في غير واحد من الشروط المذكورة في المقام، ولا أقل من الشرط الاول - اعتبار القدرة - والخامس - عدم منافاته لمقتضى العقد - فيكشف ذلك عن نوع من التسامح في اضافة وصف الصحة الى الشرائط المذكورة في المقام بما يشمل بعض شرائط التحقق التي قد يغفل عنها المتعاقدان مما يكثر الابتلاء بها.

إلا ان الاشكال الثاني مما لا يمكن تجاوزه والدّب عنه، فان جميع موارد رجوعه الى شرط الصحة - موارد تحقق قصد الاشتراط والجد من المنشئ نتيجة الغفلة عن استلزام الشرط للمحال - تعود لا محالة الى بعض الشروط المذكورة في المقام،

كاشتراط القدرة على التسليم فيما يكون الامتناع عقلياً، او اشتراط عدم المخالفة للكتاب والسنة فيما يكون الامتناع نتيجة حظر الشارع، أو فرضه سبباً معيناً لتحقيق متعلق الشرط كالنكاح والطلاق.

ومعه لا مبرر لعدّه شرطاً مستقلاً في قبالتها.

والحاصل: انه لا موجب لعدّ هذا الشرط شرطاً مستقلاً قائماً بنفسه في قبالة سائر الشروط المعتمدة في نفوذ الشرط وصحته، فانه وبعد تصحيح كونه من شرائط الصحة يعود في حقيقته وواقعه الى شرطي القدرة عليه - الشرط الاول - وعدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة - الشرط الرابع -.

هذا كله بالنسبة الى كبرى اشتراط عدم استلزام الشرط للمحال.

واما بالنسبة الى الصغرى والتطبيق، فقد نقل الشيخ الاعظم (قده) عن العلامة (قده) في التذكرة قوله انه: «لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه اياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدراً وجنساً ووصفاً أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور. واما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح عندنا، حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة.

لا يقال: ما التزمه من الدور آت هنا.

لأننا نقول: الفرق ظاهر، لجواز أن يكون جارياً على حد التوكيل أو عقد

الفضولي، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع».

ثم نقل عن الشهيد الاول (قده) في الدروس قوله: «بان هذا الشرط باطل لا

للدور بل لعدم القصد الى البيع».

ثم اورد عليه وعلى الدور بـ«النقض بها اذا اشترط البائع على المشتري أن

يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه وصرح بجواز اشتراط رهن

البيع على الثمن مع جريان الدور فيه»^(١).

أقول: أما بالنسبة الى ما افاده العلامة (قده) فهو إنها يتم بناءً على القول بتوقف تحقق الملك المنشأ بالعقد على تحقق الشرط وانقضاء زمان الخيار مطلقاً - المتصل والمنفصل - فانه عليه يتضح الدور في المقام بما لا يقبل التردد، حيث يتوقف تحقق الملك للمشتري على انقضاء الخيار المتوقف بدوره على تحقق الشرط المتوقف على حصول الملك، إذ لا معنى لبيعه قبل ملكه، وهو دور لا غبار عليه.

وبعبارة اخرى: ان القول بتوقف الملك على تحقق الشرط يتوقف على ارادة الشرط المعقولي - جزء العلة وما به قوامها - من الشرط، حيث يتوقف الملك الاول - ملك المشتري - على تحقق الملك الثاني - ملك البائع - توقف المعلول على علته، والمسبب على سببه.

وأما بناءً على ما هو الحق من تحقق الملك قبل حصول شرطه، ويقتضيه المعنى الفقهي للشرط، فلا مبرر لتوهم الدور فيه اطلاقاً، فان الملك الثاني وان توقف على الملك الاول، باعتبار استحالة انتقاله الى الاول ثانياً قبل خروجه منه، إلا ان الملك الاول غير متوقف على الثاني، فانه يتحقق بمجرد العقد، ومع قطع النظر عن الوفاء بالشرط وعدمه.

نعم، قد يؤخذ عليه عدم قدرة المشروط عليه - المشتري - على الوفاء به حين العقد، باعتبار ان المبيع حين العقد ملك للبائع، فاعتبار تملكه له ثانياً من تحصيل الحاصل المحال، وهو خارج عن قدرة المشروط عليه.

لكنه لا يعدو كونه توهماً لا اساس له، إذ الشرط إنها هو التملك المجدد للبائع بعد خروجه عن ملكه وانتقاله الى المشتري، والعبرة في قدرة المشروط عليه إنها هي بزمان الوفاء وظرف العمل دون وقت الانشاء وحين الاشتراط.

وعلى تقدير تسليمه فهو اجنبي عن استلزامه الدور المحال.

بل يمكن ان يقال بعدم جريان محذور الدور مطلقاً، وأن اشتراط بيعه من البائع ثانياً ليس من تحصيل الحاصل، حتى على القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار، كما هو مذهب شيخ الطائفة (قده).

وذلك بدعوى اقتضاء العقد المقرون بهذا الشرط في المقام لثبوت مرتبة انشائية من الملك للمشتري في قبالة الملك الفعلي الثابت للبائع قبل تحقق الشرط، ولا محذور فيه، فان الحكمين يجتمعان بلحاظ اختلاف مرتبتهما سواء أكانا مثليين أم ضدين، تكليفيين أم وضعيين، فيجتمع المالكان على المال الواحد بلحاظ الفعلية والانشائية، كما هو الحال في المبيع فضولة، حيث يملكه المشتري ملكاً انشائياً في حين يملكه صاحبه بالملك الفعلي.

وعلى ضوء هذا ينتفي محذور اجتماع المثليين وتحصيل الحاصل أو الدور، فان الحاصل للبائع الاول قبل الشرط الملك الفعلي، والحاصل له بعد انشاء البيع له من قبل المشتري هو الملك الانشائي، فالموقوف عليه غير الموقوف عليه وليس هو من تحصيل الحاصل.

نعم، يبقى على هذا التوجيه أن هذا الاشتراط لغو محض لا يترتب عليه أثر إطلاقاً، لعدم بلوغه مرتبة الفعلية دوماً، فلا يصدر من العقلاء. إلا ان كون الشرط لغواً وغير عقلائي، غير كونه محالاً او مستلزماً لمحال، كما هو المدعى.

ثم اننا لو تنزلنا عن كل ما ذكرناه والتزمنا بمحذور الدور في اشتراط البائع على المشتري بيعه عليه ثانياً - كما افاده العلامة (قده) - لجرى ذلك في اشتراط بيعه من غيره ايضاً على حد سواء ومن غير فرق بينها إطلاقاً.

وأما ما افاده رحمه الله في مقام التفريق بينها بحمل العقد على التوكيل أو الفضولية في مورد اشتراط البيع على الغير، خروج عن محل الكلام ومحط البحث، اعني اشتراط البيع في ضمن عقد البيع.

هذا كله بالنسبة الى ما افاده العلامة (قده).

وما افاده الشهيد الاول (قده) فالظاهر عدم إمكان المساعدة عليه ايضاً. وذلك لوضوح إمكان تحقق القصد الى الشرط حقيقة وكونه أمراً عقلائياً في غير مورد، كاختلاف الثمن قدراً أو جنساً، بل ومع اتحادها مع الاختلاف زماناً، كأن

يبيعه منه بعد سنة مثلاً.

على انه قد يفرض ذلك لوجود خصوصية في المبيع والمشتري، فيبيع الأخ ما يستعز به من إرث أبيه الى أخيه، ويشترط عليه ان لا يبيعه إلا منه حذراً من خروجه الى الاجنبي.

بل قد يكون ذلك للفرار من محذور الكذب في بيعه المتاع مرابحة من غيره، فيبيعه أولاً من زوجته أو ابنه على ان يبيعه له ثانياً بثمان أعلى، مع علمه ببراءتها لذمته من الثمن بعد ذلك، ليدعي ذلك الثمن العالي في بيعه له من غيرها مرابحة. بل قد يكون ذلك لاحتياج البائع للنقد فعلاً، فيبيعه بها يحتاجه - ولو كان ذلك الثمن بخساً بالنسبة اليه - مع اشتراطه ان يبيعه عليه بنفس الثمن حيث هو تمكن من دفعه، كما هو احد الاحتمالات في بيع الخيار.

والحاصل: انه لا وجه للمنع من اشتراط البيع منه ثانياً، وعدّه مما يستلزم منه المحال، أو عدم تمشي القصد منه حقيقة لكونه امراً غير عقلائي.

فانك قد عرفت عدم استلزامه للمحال من تحصيل الحاصل أو اجتماع المثلين أو غيرهما، كما عرفت كونه امراً عقلائياً يصدر منهم بدواعي عديدة، وانه لا فرق بينه وبين اشتراط بيعه من غيرها في الصحة والنفوذ.

الشرط الثامن: أن يذكر في متن العقد.

قال الشيخ الاعظم (قده): «الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد، فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتي، لأن المشروط عليه إن أنشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً وإن كان اثره مستمراً في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان الى حين حصول المطلوب، وإن وعد بايقاع العقد مقروناً بالتزامه، فاذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له.

نعم يمكن أن يقال: إن العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيداً معنوياً

له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط ويكون العقد بدونه
تجارة لا عن تراضٍ، اذ التراضي وقع مقيداً بالشرط»^(١).

تحديد محل الكلام:

عرفت في المبحث الاول من هذه الدراسة وعند تحديد معنى الشرط وتقسيماته
بالضبط، ان الشرط بمعناه العام - مطلق التعاهد والالزام والالتزام ينقسم - فيما ينقسم
اليه من الأقسام الى قسمين:-

الاول: الشرط الابتدائي، وهو عهد مستقل وقرار بسيط. يتحقق بين الطرفين
- الملزم والملتزم - من دون ان يكون قيداً لقرار معاملي آخر، أو يكون بينها - القرار
الشرطي والقرار المعاملي - أي ارتباط يشد أحدهما بالآخر ويوثقه ثبوتاً أو لزوماً أو
تكليفاً - على أقل التقادير - به، بلا فرق فيه بين كون أدائه وإبرازه خارجاً بكلام
مستقل وغير مقترن بإبراز قرار آخر، وبين كونه مقارناً له، بل وكونه بكلام مندرج بين
جزئي القرار الآخر - الإيجاب والقبول - كما هو الحال في اقتران قرارين بيعيين، أو
وقوع أحدهما بين الإيجاب والقبول للآخر مع كونه مستقلاً عنه بحسب قصدها وغير
مرتبط به.

فان الجميع على حد سواء في استقلالية القرار وكونه قائماً بنفسه وغير مرتبط
بقرار آخر.

وهو ما يعبر عنه في اصطلاحهم بالشرط الابتدائي تارة وبالوعد أخرى.
وقد تقدم بيان آراء الاصحاب فيه، حيث قد عرفت ان منهم من ينكر كونه
شرطاً حقيقة، مستنداً في ذلك الى مقالة جملة من اللغويين - كصاحب القاموس - ممن

فسر الشرط بكونه: الالتزام والالتزام في البيع ونحوه.

وان منهم من اعترف بصدق حد الشرط عليه، لكنه استثناه من الحكم بلزومه ووجوب الوفاء به، تخصيصاً للأدلة بالاجماع ونحوه.

وان منهم من حكم بلزوم الوفاء ووجوب الكون عنده.

الثاني: الشرط المرتبط بعقد آخر بنحو من الارتباط.

وقد عرفت مفصلاً الاختلاف الكبير بينهم في حدود ذلك الربط ودوره، فمنهم من ربطه بالانشاء نفسه، ومنهم من ارجعه الى المنشأ - بالفتح - ومنهم من اعتبره قيداً ووصفاً مأخوذاً في احد العوضين، ومنهم من تجاوز ذلك ليجعله جزءاً من احدهما، أو هو كالجزم له، ومنهم من ربطه بالوفاء وجعله قيداً لانتهاء القرار المعاملي، في حين اعتبره آخرون انه مجرد داعٍ في المقابلة مع منحه ميزة خاصة تجعله يختلف عن سائر الدواعي التي لا يؤثر تخلفها شيئاً في العقد، ومنهم من جعل العلاقة بينها مجرد الظرفية والوعائية مع احتفاظ كل منها بالاستقلال التام.

الى غير ذلك مما ذكر في كلماتهم وتعرضوا له اثباتاً ونفيًا.

ولسنا نحن الآن بصدد تنقيح ذلك وتحديد الصحيح من تلك الاقوال، فانه بحث طويل عريض، يخرجنا الدخول فيه عما نحن بصدده في المقام، وقد تقدم الشيء الكثير عنه عند البحث عن تحديد معنى الشرط ومفهومه.

وانما المهم هو التنبيه على ما اتفقت عليه كلماتهم من آثاره واحكامه، وهي:

١ - عدم توقف تحقق الملك - مدلول العقد - على تحقق الشرط خارجاً، بل يتحقق ذلك بمجرد وقوع العقد، سواء تحقق الشرط أم لم يتحقق.

٢ - عدم توزيع الثمن عليه، فانه وان كان مؤثراً في زيادة الثمن ونقصانه، إلا انه لا يقابل بالمال مباشرة ولا يجعل بازائه حصة من الثمن.

٣ - اقتضاء تخلفه لثبوت الخيار في الموارد القابلة له.

٤ - اقتضاء فساده لفساد العقد المتضمن له في الجملة.

اذا عرفت ذلك، فاعلم ان الظاهر كون محط البحث وموضع النزاع بين

الاعلام هو القسم الثاني من الشرط خاصة، أعني الشرط المرتبط بقرار معاملي غيره، فيبحث عن اعتبار ذكره في متن العقد أو كفاية تواطئها عليه قبله، وذلك لوضوح خروج الشرط الابتدائي - غير المرتبط بقرار آخر - عن حريم هذا النزاع. وعلى هذا الاساس تكون جميع الاقوال والمباني المذكورة في الشرط الابتدائي اجنبية عن محل البحث، ولا تصلح للاعتداد عليها كاساس للترجيح بين الاقوال او اختيار شيء منها في المقام.

فانه بعد ان كان مفاد ما صدر من المتعاقدين في مقام الاشتراط هو القرار المرتبط، لم يكن ذكره قبل العقد موجباً لانقلابه شرطاً ابتدائياً - القرار غير المرتبط - كي يلزم القائل بلزوم الوفاء بالشرط الابتدائي القول بعدم اعتبار ذكر الاول - القرار المرتبط - في ضمن العقد، او بلزوم القول بعدم وجوب الوفاء بالشرط الابتدائي القول باعتبار ذكر الشرط المرتبط في متن العقد.

ومن هنا يظهر أن ما فعله الشيخ الاعظم (قده) من الاستناد في لزوم ذكر الشرط في متن العقد، الى «ان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد كان الزاماً ابتدائياً لا يجب الوفاء به قطعاً» ليس كما ينبغي.

مركز تحقيق كاميون علوم اسلامی

المختار في المقام

على ضوء ما قدمناه يظهر ان التواطىء على الشرط المرتبط قبل العقد لا يمكن تصويره إلا على نحوين:-

- أ - المساواة والتراخي على القرار - الشرط - مع الوعد بأجراء العقد.
 - ب - إيقاع انشائه معلقاً على تحقق العقد، فهما يحققان الالزام والالتزام بالقرار الشرطي معلقاً على القرار العقدي الذي سيتحقق بعد ذلك، فيكون هذا الالزام والالتزام من توابع ذلك العقد، والقرار المأخوذ فيه.
- واما انشاؤه مطلقاً وعلى نحو التنجيز قبل انشاء البيع وتحققه، فهو امر غير قابل

للتصور في القرار المرتبط.

ثم ان المتعاقدين ان اعرضا عما تحقق منها قبل العقد من الشرط والقرار التابع، او نسياء، بحيث تراضيا على العقد المطلق واتفقا على القرار المعاملي من دون تقييده بشيء، صح العقد وبطل الشرط.

اما الاول فلكونه مقتضى انشائه مستجمعا للشرائط المعتبرة.

واما الثاني فلانفساخه في فرض الاعراض، وكونه مقتضى إمضاء العقد والحكم بصحته على نحو الاطلاق وبمجرداً عن الشرط في فرض النسيان.

وان بقيا على قرارهما السابق وعملا بعهدهما الذي اتفقا عليه، فأوقعا العقد مبنياً على ذلك التفاهم والارتكاز الحاصل لديهم نتيجة التواطىء على الشرط مسبقاً، تعين الحكم بلزومهما معاً - العقد والشرط - وان لم يذكره حين العقد لفظاً.

فان القرار المعاملي المتحقق منها والاعتبار المنشأ في نفسها إنما هي حصة خاصة من القرار، هو العقد المبني على التواطىء القبلي بالمقيد به، وليست هناك ثمة قصور في المقام سوى عدم ذكر التابع باللفظ، لكنه غير ضائر بعد ما كانت القرينة العهدية كافية في ابراز اعتباره النفساني.

وعليه فان كان مراد المشهور في عنوان البحث من لا بدية الالتزام بالشرط في متن العقد، وعدم كفاية التواطىء عليه قبلاً، هو ارتباط العقد المعاملي حين انشائه بما قد اتفقا عليه من الشرط قبلاً، فهو حق لا غبار عليه، إلا انه لا يفيد لزوم ذكره لفظاً في متنه.

وان أريد منه التلفظ به حينه والاشارة اليه في متن العقد - على ما هو صريح جملة من الكلمات، وظاهر بعض الاستدلالات - فهو مما لا وجه له، ولا ملزم لاعتباره.

الشرط التاسع: التنجيز.

مما قيل باعتباره في نفوذ الشرط هو التنجيز، فلا يصح تعليقه على امر مردد الحصول، أو وصف مشكوك التحقق، باعتبار «ان تعليقه يسري الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد العوضين.

فان مرجع قوله: بعثك هذا بدرهم على ان تخيط لي إن جاء زيد، الى وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد^(١) فيبطل العقد، للاجماع على عدم صحة التعليق فيه، ويتبعه الشرط في ذلك.

بل ربما يقال بان العقد المتضمن للشرط المعلق يرجع عند التحليل الى المبادلة بثمانين على تقديرين، حيث يكون الثمن هو المال المعين بضميمة الشرط على تقدير تحقق المعلق عليه، والمال المعين مجرداً عن كل شيء على تقدير عدم تحققه، وهو باطل جزئاً.

ويدفعه: وضوح رجوع القيد الى الشرط خاصة، ومعه يكون العقد منجزاً وغير معلق على شيء.

وذلك لما هو مقرر في محله من علم الاصول من ان القيد والاستثناء المتعقبان للجمل المتعددة، وان احتمل رجوعها الى الجميع، إلا ان احتمال رجوعها الى الاخيرة خاصة - في فرض عدم القرينة على الخلاف - هو الاظهر والارجح، ولا أقل من كون ذلك هو المتيقن.

ويزداد الحكم وضوحاً فيما اذا لم تكن الجملتان على حد سواء في الرتبة والاستقلال، بان كانت احدهما في مرتبة متأخرة عن الاخرى، كما هو المفروض في المقام، حيث ان الجملة الثانية تابعة للأولى ومتفرعة عنها من حيث الارتباط، فان اختلاف الرتبة يمنع من عوده اليهما معاً، بل لا بد اما من عوده الى المتبوع خاصة، واما الى التابع كذلك.

وحيث انه لا وجه لرجوعه الى الاول خاصة بحيث لا يشمل الثاني، لما فيه من تجاوز الاقرب من دون مبرر، يتعين عوده الى الثاني فقط، ومعه يبقى المتبوع على اطلاقه.

ففي فرض بيع الكتاب بدرهم على أن يخطط له ثوبه أن جاء زيد - مثلاً - يكون البيع والمبادلة بين الكتاب والدرهم منجزاً وغير معلق على شيء، ويكون التعليق في خصوص الشرط وحده، أعني اقتران الدرهم بخياطة الثوب، فانه المعلق على قدوم زيد.

على أنه يمكن أن يقال: «أنه لا تعليق في الشرط وهو الالتزام بالخياطة، وإنما التعليق في متعلق الالتزام وهو الفعل الملتزم به مع إطلاق الالتزام، فالتزم التزاماً مطلقاً بالخياطة على تقدير المجيء، كما في الواجب التعليقي في التكاليف»^(١).

وبعبارة أخرى: أنه لا تعليق في الشرط أيضاً، حيث يكون الشرط هو الالتزام، فانه متحقق من المشروط عليه وعلى نحو التنجيز حين العقد، وإنما التعليق في متعلق ذلك الالتزام من الخياطة ونحوها، نظير ما يقال في الواجب التعليقي في التكاليف، لا الواجب المشروط.

وعليه فيكون مفاد قول البائع عند التحليل هو إنشاء البيع والمبادلة - في المثال المتقدم - بين الكتاب والدرهم المقرون بالالتزام، وهي باجمعا أمور منجزة لا تعليق فيها.

نعم، متعلق ذلك الالتزام المقرون بالثمن هو المقيد بمجيء زيد، فهي الحصة الخاصة من الخياطة دون مطلقها والطبيعة على جميع التقادير.

وهذا البيان يندفع محذور سراية التعليق من الشرط إلى العقد نفسه، حيث لا تعليق في نفس الشرط والاشتراط كي يسري إلى العقد ويلزم منه محذور المبادلة بشمين على تقديرين.

نعم، يبقى على هذا التوجيه أنه إنما يتم فيما إذا كان الشرط هو الالتزام، بأن كان العقد معلقاً «على التزام الطرف الآخر بشيء»، بحيث يكون المنشأ هو الحصة

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٦.

المقيدة بالتزام الطرف الآخر.

- وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والايقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار.

فان فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى - أعني تعليق المنشأ على التزام الآخر - إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي ذكره للشرط^(١).

وأما اذا كان الشرط هو حصول المشروط في الخارج، بان كان الالتزام بالعقد معلقاً «على تحقق المشروط في الخارج ووجوده».

وهذا المعنى يرد فيما اذا كان المشروط امراً خارجاً عن ارادة المشروط عليه واختياره، كما هو الحال في اشتراط الكتابة في العبد عند شرائه، فان مثل هذه الشروط لا يمكن أن يرجع الى المعنى الاول، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هو خارج عن اختياره^(٢).

فلا وجه لادعاء كون التعليق خارجاً عن الشرط نفسه، فانه خلاف الواقع بعدما كان الشرط هو وجود المعلق في الخارج.

وفيه ينحصر الدفاع بما ذكرناه اولاً من عدم سراية التعليق في الشرط الى العقد المتضمن له.

ثم ان عبارة الشيخ الاعظم (قده) في دفع ما قيل لاعتبار التنجيز ظاهرة بصورها في الجواب الثاني، وبذيلها في الجواب الاول.

قال (قده): «ويندفع بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة»^(٣) فلاحظ.

(١) مباني العروة الوثقى / كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٥.

(٢) المصدر نفسه ص ٩٦.

(٣) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

هذا وقد استدلل المحقق النائيني (قده) على نفوذ الشرط مع التعليق بصحیحة سليمان بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك ان اعينك في مكاتبك حتى تؤدي ما عليك، بشرط أن لا يكون لك الخيار على ابي اذا انت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فاعطاها في مكاتبها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك.

قال عليه السلام: لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم»^(١) واعتبرها «اقوى دليل على المدعى»^(٢).

والامر كما افاده (قده) حيث تضمنت الصحیحة صريحاً تعليق الشرط - عدم الخيار - على حریتها وملكها لامرها.

ثم ان بعض الاعلام قد نقل عن العلامة (قده) في التذكرة قوله: «لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري ففيه اشكال»، مدعياً كون منشأه استشكاله (قده) في تعليق الشرط^(٣).

وفيه: ان ذلك لا يعدو الاحتمال والتخرض، فان احتمالات ما يصلح وجهاً للاشكال في المقام عديدة، *مكتبة آية الله العظمى* فقد يكون ذلك لما افاده رحمه الله في مسألة اشتراط البائع على المشتري البيع منه ثانياً، من استلزامه الدور على ما عرفته منه (قده) في الشرط الرابع.

وقد يكون من جهة اعتقاده مخالفة جعل الأحقية في المقام للكتاب والسنة، باعتبار ان ثبوت الحق للبائع على خلاف سلطنة المشتري المالك بالفعل - كما هو الحال في الشفعة - يحتاج الى الدليل، وهو مفقود، فيكون اشتراطه منافياً لما ثبت من

(١) وسائل الشيعة ج ١٦ باب ١١ من ابواب المكاتبه ح ١.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٢٦.

(٣) راجع المكاسب الطبعة المجرية ص ٢٨٣.

الشارع من السلطنة للمالك.

وقد يكون من جهة مخالفته لمقتضى العقد، باعتبار ان مرجعه الى قصر سلطنة المشتري وتحديدتها بالمبيع منه خاصة، فيكون كاشتراط عدم البيع بالمرّة باطلاً، على ما ذهب اليه المشهور.

ويحتمل أن يكون منشأه هو التعليق في الشرط، باعتبار أن البيع منه - الشرط - معلق على ارادة المشتري البيع والاقدام عليه.

وحيث انه لا ظهور لكلامه (قده) في الاخير، فلا وجه لحمله عليه واعتباره هو المنشأ في الحكم.

هذا بالاضافة الى ان «ظاهر عبارة التذكرة وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن، كون الشرط وهو الخيار معلقاً على رد الثمن»^(١) فلاحظ.

خلاصة البحث:-

والذي يتحصل مما تقدم انه لا دليل على اعتبار التنجيز في نفوذ الشرط وصحته، فان الاجماع المدعى على بطلان التعليق إنما يختص بالقرارات المستقلة - العقود والايقاعات - إن لم ينقل باختصاصه بالبيع فقط فلا يشمل الشرط. ودعوى سريان التعليق فيه الى العقد المتضمن له، لانه جزء من احد العوضين، او استلزامه المبادلة بشمين على تقديرين.

مما لا اساس لها، ولا يمكن المساعدة عليها، بل قد عرفت دلالة النص الصحيح على خلافها.

إذا فالصحيح هو القول بعدم اعتبار التنجيز في الشروط.

* * *



مرکز تحقیقات کتب و علوم اسلامی

المقصد الثاني

فيما يترتب على الشرط الصحيح من أحكام وآثار

تمهيد

شرط الوصف

مركز تحقيق الدراسات الإسلامية
شرط النتيجة

شرط الفعل



مرکز تحقیقات کتاب ویر علوم اسلامی

المقصد الثاني: فيما يترتب على الشرط الصحيح من احكام وآثار

تمهيد:-

بعدما عرفنا في الفصل السابق من البحث - المقصد الأول - ما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه، وعرفنا الضوابط التي يمكننا بموجبها تمييز الشرط الصحيح عن الشرط الفاسد، نتعرض في بحثنا هذا - المقصد الثاني - الى ما يترتب على الشرط المستجمع لشرائط الصحة والنفوذ من آثار وما يقتضيه من أحكام.

ولإعطاء هذا الفصل من الدراسة حقه، لابد من العودة الى المبحث الثاني من مبحثي المدخل لهذه الدراسة، لنقرأ من جديد انقسام الشرط المجعول من قبل المتعاقدين في ضمن العقد الى:

١ - شرط الوصف الحالي في متعلق العقد، كاشتراط الكتابة في العبد، والحمل في الجارية.

٢ - شرط النتيجة، كاشتراط انعقاد المملوك، أو تملك عين خاصة.

٣ - شرط الفعل، كاشتراط خياطة الثوب، أو تعليم الكتابة.

فان دراسة احكام الشرط الصحيح وآثاره تقتضي النظر في كل واحدة من مفردات هذا التقسيم على نحو الاستقلال، وملاحظة ما تقتضيه الادلة في كل منها.

شرط الوصف:-

قد يبدو في الوهلة الاولى امتناع اخذ الصفة الفعلية في متعلق العقد اذا كان شخصياً، كبيع العين الشخصية أو اجارتها، باعتبار ان الصفة الفعلية ليست هي عملاً أو فعلاً يدخل تحت قدرة المشروط عليه واختياره الملتزم وسلطانه، كي يقال بان معنى اشتراطها هو لزوم اتيانه بها وتحقيقها في الخارج، كما هو الحال في شرط الفعل. وليست هي حكماً وضعياً وامراً قائماً بالاعتبار، كي يكون معنى اشتراطها ولزومها هو تحققها وتلبسها بالوجود بصرف الاعتبار الحاصل بالانشاء والاشتراط، كما هو الحال في شرط النتيجة.

وانما هي امر حقيقي تكويني، يدور حالها بين الوجود والعدم بتبع وجود علتها وعدمه، ومن دون ان يكون لاشتراطها والتزام المتعاقدين بها وتعهدهما بوجودها اي دور في تحققها وتكونها، فلا اثر للاشتراط في كون العبد رومياً او زنجياً، كما لا اثر له في حمل الجارية وكتابة العبد. فانها أوصاف حقيقية تتبع عللها في الوجود، ولا تخضع للاعتبار والفرض .

وعلى هذا الاساس قد يتوهم امتناع اشتراط الصفة الفعلية في المبيع الشخصي، لانه لا يعود الى معنى محصل ومفهوم متصور، وما يكون كذلك شأنه لا ينبغي صدوره من العقلاء ولا البحث حوله من الاعلام.

غير ان تعارف اشتراطها في المعاملات العقلانية الدارجة خارجاً بشكل لا يقبل الشك والانكار، وتعرض الاعلام من العامة والخاصة لاحكامها وآثارها، يعطي الباحث انطباعاً آخر يختلف عن النظرة البدوية تماماً.

ذلك ان من غير المنطقي الالتزام بكون محور أبحاث العلماء قاطبة ومتعلق فعل العقلاء في معاملاتهم امراً غير معقول، بل ومعنى غير متصور.

إذا فلا بد من وجود معنى متصور ومعقول عندهم يكون هو المقصود لديهم في مقام اشتراطها.

وهذا المعنى لا يخلو - بحسب التحقيق والتأمل - عن احتمالين، إذ لا ثالث يمكن وصفه بالمعقولة. وهذان الاحتمالان هما:-

١ - تعليق العقد والمنشأ نفسه على وجود تلك الصفة المتفق عليها، بحيث يكون المنشأ هي الحصة المقيدة بوجود تلك الصفة.

٢ - تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج ووجوده، «فهو ينشأ» العقد مطلقاً ومن غير أي تعليق فيه نفسه، إلا انه يجعل التزامه بهذا العقد وانهاؤه له منوطاً ومعلقاً على تحقق أمر أو وصف معين»^(١).

فانه لا ثالث لهذين الاحتمالين، إذ لا مجال في مثل هذه الشروط الخارجة عن قدرة المشروط عليه لكون العقد معلقاً على التزامه بها «إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بها هو خارج عن اختياره»^(٢).

ثم انه وبالاتفات الى ما يستلزمه الاحتمال الاول من التعليق في العقد الباطل إجماعاً من جهة، وكون مقتضاه الحكم ببطالان العقد عند تخلف الصفة رأساً ومن دون ان يكون للمشروط له حق في الاختيار - وهو خلاف ما اتفقت عليه كلماتهم، بل خلاف ما نجده بكل وضوح في سيرة العقلاء وعملهم من الحكم بتخير من له الشرط بين الالتزام بالعقد بمجرداً عن الشرط وبين رفع اليد عنه - يتعين الالتزام بالاحتمال الثاني، أعني تعليق الالتزام بالعقد على وجود الصفة.

«فانا لو فتشنا كيفية ارتباط البيع بكتابة العبد التي هي امر اتفاقي خارجي، قد تكون وقد لا تكون، نرى ان البائع لا يعلق اصل البيع على الكتابة، ولا يجعل

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٩٢.

(٢) مباني العروة الوثقى / كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٦.

الانشاء البيعي منوطاً بها، كيف والتعليق في العقود باطل بالاجماع، كما انه ليس بمراد له خارجاً قطعاً.

وإنما يعلق التزامه بهذا البيع - المفروض وقوعه وتحققه على كل تقدير - على وجود تلك الصفة، بحيث لولاها لم يكن ملتزماً بهذا البيع وله الحق في أن يرفع اليد عنه. وهذا - كما ترى - مرجعه الى جعل الخيار على تقدير عدم الكتابة، ومن المعلوم أن التعليق في الالتزام ليس فيه أي محذور او شائبة إشكال^(١).

وبعبارة أخرى: ان معنى اشتراط الصفة الفعلية في متعلق العقد، هو كون التزامه بذلك العقد وتعهده بالوفاء به وانهاؤه معلقاً عليها، فان كانت موجودة فيه، فهو متعهد بالعقد ولا يحيص له عن الوفاء به، وان لم تكن موجودة فيه، فهو بالخيار بين الالتزام به على ما هو عليه وبين رفع اليد عنه وابطاله.

وتوهم بطلان ذلك، من جهة استلزامه لتعليق اشتراط الخيار على تخلف الوصف.

يدفعه ما عرفته قريباً عند البحث عن اشتراط التنجيز في الشرط، من عدم المانع من التعليق فيه بالمرّة.

نعم، قد يقال باستلزام ذلك للغرر بالنسبة الى المشتري، حيث لا يحرز وجود الصفة حين العقد.

ولا يندفع ذلك بالحكم بثبوت الخيار له عند التخلف، فإن الغرر مبطل للعقد في حين ان الخيار فرع الصحة، ولولا ذلك لا مكن تصحيح جميع العقود الغررية باثبات الخيار فيه للمغرور.

إلا انه يدفعه ان المشتري إنما يقدم على العقد معتمداً على إخبار البائع بوجود الوصف في المبيع الشخصي، ولما كان الغالب في حال البائع هو اطلاعه على ما له من مزايا

واوصاف فعلية، وكانت السيرة على تصديقه في إخباره والاعتماد على قوله بوصفه ذي اليد ومالك المتاع، كفى ذلك في ارتفاع الغرر بالنسبة الى المشتري، والحكم بصحة العقد مبدئياً.

ثم إن تبين صدقه في إخباره بوجود الوصف كان ذلك هو المطلوب، وإلا ثبت للمشتري الخيار في رفع العقد، لما عرفت من تعليق التزامه به على وجود ذلك الوصف بمقتضى الاشتراط في متن العقد.

شرط النتيجة:-

اختلفت كلمات الاصحاب في صحة اشتراط النتيجة وما هو من قبيل الغاية للفعل - كاشتراط انعقاد العبد، او صيرورة المال المعين صدقة أو وقفاً - على قولين: فمنهم من يرى عدم صحته، ومنهم من يرى الجواز واستدل على المنع:

تارة بما ذكره السيد الحكيم (قده) من ان «النتائج لا تقبل أن تكون مضافة الى مالك، فلا يمكن ان تكون شرطاً، إذ التحقيق ان الشرط مملوك للمشروط له، ولذا كان له حق المطالبة به فاذا امتنع ان تكون مملوكة امتنع أن تشرط ملكيتها. نعم، اذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة، لكنها حينئذ تخرج عن كونها شرط نتيجة، بل تكون من قبيل شرط الفعل، وليس هو محل الكلام... ان النتائج اذا لم تكن في العهدة لا تصلح لان تكون طرفاً لاضافة الملكية، وكذلك سائر الاعيان التي لا وجود لها في الخارج، اذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة أيضاً»^(١).

(١) مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

واخرى: بما افاده (قده) أيضاً من «أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والمشروط، لا جعل نفس المشروط، فان صيغة الشرط لا تتكفل ذلك، فاذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتاً، فلا تترتب آثاره، وحينئذ لا نتيجة ولا يجوز ترتيب آثارها.

وهذا معنى بطلان شرط النتيجة»^(١)

وكأنه (قده) قد نظر في اشكاليه هذين - مضافاً الى اثبات مدعاء - الى ردّ ما افاده المحقق الأصفهانى (قده) وجهاً للمنع في المقام حيث ذكر «ان الشرط إن كان بمعنى الزام الغير الشيء أو الزام الشخص نفسه بشيء - كما يستظهر من عبارة القاموس - فلا محالة يختص بشرط الفعل، فان طبيعة الالزام والايجاب لا يعقل تعلقها إلا بالفعل»^(٢).

فردّه (قده) بما افاده من كون مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك، فلا يشمل ما لا يقبل الملك، بل تكون صيغة الشرط قاصرة عن اثبات نفس المشروط. وقد اعترف رحمه الله بذلك صريحاً حين قال: «ان الاشكالين المذكورين إنما يتوجهان على شرط النتيجة، بناءً على أن مفاد الشرط تمليك المشروط له للمشروط كما يقتضيه مناسبته مع شرط الفعل، أما اذا كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فيكون مفاده انشاء المشروط، وهو النتيجة في ضمن العقد، فلا بأس به، عملاً بعموم نفوذ الشرط»^(٣).

وثالثة بقصور ادلة لزوم الشرط ووجوب الوفاء به عن شمول شرط النتيجة، ومعه لا يبقى دليل على الامضاء وموافقة الشارع على النفوذ.

(١) مستمسك العروة الوثقى ج ١٣ ص ٣٠٦.

(٢) تعلية الاصفهانى على المكاسب ج ٢ ص ١٥٢.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ج ١٣ ص ٣٠٦.

وقد اختلفت كلمات الاعلام في صياغة هذا الاشكال.
فقد ذكره الشيخ الاعظم (قده) بعنوان أن «عموم: (المؤمنون عند شروطهم) ونحوه لا يجري هنا، لعدم كون الشرط فعلاً ليجب الوفاء به»^(١).
وهو - كما تراه - ظاهر في حمل مفاد النصوص على بيان الحكم التكليفي، وأنه يجب على المسلم الوفاء بشرطه، فلا يتعلق بغير فعل المكلف، ولا يعم الوضع ولا شرط الغاية.

في حين صاغه المحقق الايرواني (قده) ببيان يرجع الى إنكار دلالتها على التكليف والوضع بالمرة، وحاصله دعوى كون مفادها بيان ما يقتضيه ادب الاسلام وخلقه، وأنه ينبغي للمسلم والمؤمن بما هو مسلم ومؤمن أن يكون عند التزامه وشرطه. قال رحمه الله: «إذا كان مفاده الاخلاق وبيان ما ينبغي أن يتصف به المؤمن، كان اجنبياً عن المقام فعلاً ونتيجة»^(٢).

والحاصل: ان هذه النصوص ليست بصدد بيان الحكم مطلقاً - التكليفي أو الوضعي - وإنما هي بصدد بيان القضية الاخلاقية وما ينبغي ان يكون عليه المؤمن كما يشهد له اخذه في الموضوع، باعتبار انه لو كان مدلولها حكماً تكليفاً أو وضعياً لما كان وجه لتخصيصه به.

فيما صاغه بعض الاعلام بـ «ان الحمل على الوجوب يستلزم التخصيص الكثير، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لأحد شروطها الثمانية، ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الجائزة بالذات او بالعرض لكونها خيارية»^(٣).
وقد يقال في وجه المنع: ان قوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم»

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

(٢) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٦.

(٣) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٧.

جملة خبرية، فلا يكون مفادها الانشاء والايجاب.

الى غير ذلك مما يجده المتتبع في كلماتهم في مقام بيان عدم دلالة النصوص على إمضاء الشروط بشكل عام أو خصوص شرط الغاية.

أقول: اما بالنسبة الى ما أفاده السيد الحكيم (قده)، ففيه: أن مفاد الشرط ليس هو التملك، وإلا لامتنع تعلقه بشرط الوصف ايضاً، باعتبار ان الوصف وإن كان مؤثراً ودخيلاً في زيادة قيمة الموصوف أو نقصانها، إلا انه ليس مما يتعلق به الملك بالذات، فالمشتري إنما يملك ذات العبد الموصوف بالرومية، لا العبد والرومية على نحو الانفراد والاستقلال، فما يقال في الوصف يقال في النتيجة أيضاً.

على اننا لو تنزلنا عن ذلك، فلا وجه لما افاده رحمه الله ثانياً من قصور مفاد الشرط عن شمول النتيجة.

فاننا اذا سلمنا قابلية النتيجة للملك بحد ذاتها - كما هو مفروض تنزله (قده) عن الاشكال الاول (عدم قابلية النتيجة للملك) - فلا وجه لانكار شمول مفاد صيغة الشرط لاشتراطها، بدعوى ان مفادها «جعل التملك بين المشروط له والمشروط» - مفاد كان الناقصة - «لاجعل نفس المشروط» - مفاد كان التامة -.

فانه اذا كان مفاد شرط النتيجة «قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليه» - على ما نص عليه هو (قده)^(١) - كان ذلك من مفاد كان الناقصة جزماً، فانه اثبات للملكية بالاضافة الى المشروط له، ومعه لا مبرر لاعتباره من مفاد كان التامة وإنكار شمول مفاد الشرط له.

وأما ما افاده المحقق الاصفهاني (قده) فقد اجاب عنه هو (قده) انه إنما يتم بناء على كون معنى الشرط هو الالتزام والايجاب - الحكم التكليفي واما «إن كان بمعنى الالتزام والالتزام الوضعي دون التكليفي، فلا اختصاص له بالفعل.

(١) مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

والظاهر هو الثاني، فإن الالتزام بمعنى الإيجاب معنى اصطلاحى، وإلا فمفهومه جعل الشيء لازماً وقريناً لا ينفك عنه، والمبدأ وهو اللزوم بهذا المعنى والالتزام بمعنى الإيجاب بمناسبة جعل الشارع للعمل على رقبة العبد ولازماً لا ينفك عنه إلا بادائه.

وعليه فالالتزام ومطابقة لزوم شيء لا اختصاص له بالعمل، بل يعم شرط النتيجة^(١).

وفيه: أنه لا حاجة في تصحيح تعلق الشرط بالنتيجة إلى حمل مفاد أدلته على اللزوم الوضعي، فإنه وكما يمكن تصحيحه على هذا التقدير، يصح على التقدير الآخر الذي يقتضيه التحقيق، أعني حمل مفادها على الحكم التكليفي المحض. ذلك أن الاشتراط والالتزام - بالمعنى المصدري - أفعال حقيقية تصدر من المتعاقدين، وتتعلق بالطبائع والماهيات والأفعال المقصودة لهما أو لاحدهما، على حد سواء.

والذي يتحصل من إنشائها لها - وفي إطار فعل المتعاقدين وحدوده - ليس إلا اللزوم وتحتّم تلك الماهية بحسب قرارها.

فإن كان متعلق الشرط فعلاً من الأفعال، كخياطة الثوب ونحوها، كان مفاد الشرط وجوب وجود ذلك الفعل ولزومه على المشروط عليه بقرارها.

وإن كان متعلقه حكماً وضعياً كالحرية والوقفية والمالكية ونحوها، وكان مفاده اللزوم ووجوب ترتيب آثار وجود تلك الماهية، أي فرضها متحققة خارجاً ومتلبسة بالوجود فعلاً، فيترتب عليها ما يترتب على الوجود الحقيقي لها المنشأ بالاستقلال.

وما ذكرناه معنى معقول ومفهوم متصور، يجده المنصف فيما هو المتعارف عند العقلاء في مقام الاشتراط في معاملاتهم والتزاماتهم، سواء في ذلك شرط الفعل أو شرط

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٥.

النتيجة.

ثم ان هذا الوجوب المنشأ من قبل المتعاقدين إن لم تشمله ضوابط الامضاء الشرعي للشرط، دخل في مفهوم الشرط الفاسد ولحقته احكامه. وان شملته أدلة الامضاء، انقلب ذلك الوجوب الفردي المنشأ من قبلها الى وجوب قانوني شرعي وتكليف يحاسب عليه.

إذا فـ«ما يترتب على نفوذ الشرط ليس إلا الحكم التكليفي المحض، والخيار للشارط عند التخلف، وليس معنى الوفاء بالشرط المستفاد وجوبه من مثل قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) ازيد من ذلك»^(١).

ثم انه لا علاقة لوجوب الوفاء هذا بتحقق النتيجة وتحقيقها في الخارج بالمرة، فان ذلك يتبع عدم توقف تلك النتيجة على سبب خاص ومبرز معين، بمعنى كفاية مجرد إنشائها ممن بيده الامر مع ابرازه كيفما كان في الخارج في تحققه.

فان كانت النتيجة المشترطة من هذا القبيل، كفى الاشتراط لوحده - وأعني به الانشاء المجرد، ومع قطع النظر عما سوف يلحقه من الحكم شرعاً - في تحققها ومن ثم يحكم عليها باللزوم بفضل الوجوب التكليفي المستفاد من ادلة نفوذ الشرط، حتى ولو كان مقتضى ذاتها لو أنشئت استقلالاً هو الجواز، كما هو الحال في اشتراط الوكالة على نحو شرط النتيجة.

«ولأن هذه الوكالة إنما تحققت من أجل نفوذ الشرط المحكوم باللزوم لكونه من توابع العقد اللازم، فلزومها من شؤون لزوم العقد ومقتضياته نظراً الى ان ما دل على لزوم العقد، فهو كما دل على لزوم اصله دل على لزوم ما يشتمل عليه من الشرط، فاذا كان الشرط هو الوكالة فلا جرم كانت لازمة بتبع لزوم أصل العقد.

فالوكالة وان كانت في نفسها من العقود الجائزة، إلا انه لا تنافي بين الجواز

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٤٦٤.

الطبعي وبين اللزوم العرضي الناشئ من قبل الوقوع في ضمن عقد لازم واشترائه فيه، فليس للمؤجر عزله عن الوكالة في المقام، كما ليس للزوج عزل الزوجة عن وكالتها في الطلاق المشترطة في عقد لازم بنحو شرط النتيجة^(١).

وإن كانت النتيجة المشترطة مما يتوقف تحققها على سبب خاص ومبرز معين، كما هو الحال في النكاح والطلاق والضمان، فلا تتحقق بالاشتراط كي يعمها الوجوب التكليفي المستفاد من ادلة نفوذ الشرط ولزوم الوفاء به، بل ويحكم بفساد الشرط فيها لكونه مخالفاً للكتاب والسنة.

ثم إن مما ذكرناه يظهر أنه لا وجه لدعوى قصور ادلة نفوذ الشرط عن شمول شرط النتيجة.

فانه لا مبرر لدعوى عدم جريان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» بالنسبة إليه، لعدم كونه فعلاً.

لما عرفت من عدم الفرق بين الفعل والنتيجة بالنسبة إلى مفاد ادلة نفوذ الشرط ومدلولها، فانها إنما تفيد حكماً تكليفاً محضاً ناشئاً مما فرضه المتعاقدان على أنفسهما وإثباته بقرارهما، وانطباقه في الموردين على حد سواء.

على أنه مناف لصريح متمسك الإمام عليه السلام واستشهاد به هذا العموم - «المسلمون عند شروطهم» - لاثبات نفوذ شرط النتيجة.

فقد روى سليمان بن خالد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لآبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك، بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٤٦٥ - ٤٦٦.

شروطهم»^(١).

فانه خير شاهد على عدم اختصاص عموم لزوم الشرط ونفوذه بشرط الفعل، وشموله لشرط النتيجة ايضاً.

كما لا وجه لما فعله المحقق الايرواني (قده) من حمل مفاد النصوص على بيان ما يقتضيه أدب المؤمن واخلاقه، فانه بعيد كل البعد عن روح النصوص ومدلولها. فانك قد عرفت ان مداليلها ليست احكاماً تشريعية تأسيسية، وإنما هي احكام امضائية تقرر الثبوت لما فرضه المتعاقدان من اللزوم على انفسهما.

على انه مخالف لصريح استشهاد الامام عليه السلام بالعموم لاثبات اللزوم وتحتم الوفاء على المشروط عليه شرعاً في غير مورد.

منها: ما رواه موثقاً منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له: «إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فاراد أن يراجعها فأبت عليه إلا ان يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بنس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

وما رواه موثقاً اسحق بن عمار عن جعفر عن أبيه: «ان علي بن ابي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو احل حراماً»^(٣) وغيرها.

ودعوى: ان الاستشهاد المذكور «لا يكون قرينة على أن المراد بالكبرى وجوب الوفاء بالشرط»^(٤).

(١) وسائل الشيعة ج ١٦ باب ١١ من ابواب المكاتبه ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٠ من ابواب المهور ح ٤.

(٣) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيارات ح ٥.

(٤) كتاب البيع ج ٥ ص ٢١١.

«ضرورة ان الجمل الاخبارية التي تستعمل في مقام إفادة الحكم لا تستعمل في الانشاء، لكن يستفاد منها البعث أو الزجر أو الالتزام بوجه أبلغ، وتكون الجملة الانشائية المصطادة منها غير مخالفة لها إلا في الاخبار والانشاء... فوجوب الوفاء بها وجوازها وصحتها ونفوذها كلها خارجة عن مفاده الظاهري، وان كانت مستفادة منه»^(١).

عهدتها على مدعيها، فانها منافية لظهوره في التعليل وتطبيق الكبرى على الصغرى، وانه إنما لزمه الوفاء في المورد لكونه من مصاديق ذلك العموم الذي افاده النبي صلى الله عليه وآله.

واما دعوى استلزام القول بوجوب الوفاء تكليفاً أو وضعاً لتخصيص الاكثر، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية والشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة. فيدفعها: اما الشروط الابتدائية فقد عرفت خروجها عن الحكم تخصصاً، باعتبار انها ليست شروطاً في الواقع، وان اطلاق لفظ الشرط عليها لا يعدو إطلاق التسامحي.

واما الشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة، فخروجها عن عموم الحكم أول الكلام، وسيأتي التعرض اليه ان شاء الله.

على ان خروجها أيضاً لا يشكل تخصيصاً للاكثر بعد الالتفات الى ضالة العقود الجائزة بالنسبة الى ما يجري بين الناس من المعاملات يومياً.

حصيلة البحث:

والذي يتحصل مما تقدم انه لا وجه للقول بخروج شرط النتيجة من عمومات ادلة لزوم الوفاء بالشرط، فضلاً عن القول بعدم إمكان تحققه ووقوعه في الخارج، فانه امر معقول ومتصور، بل معهود ومتعارف بين اهل السوق والعقلاء في معاملاتهم وعقودهم.

وعموم «المسلمون عند شروطهم» شامل له، ويجري بالنسبة اليه على حد شموله وجريانه في شرط الفعل او الوصف.

على انه يكفي في اثبات نفوذه ولزومه قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، لما هو مقرر في محله من اقتضائه لتنفيذ العقد بجميع شؤونه وتوابعه، ما لم يمنع منه دليل. نعم، بقي أن تؤكد مرة أخرى أن ما ذكرناه لا يعني القول بنفوذ شرط النتيجة بقول مطلق ومهما كانت، بل الحق هو التفصيل بين ما يتوقف وجودها على سبب معين ومبرز خاص، وبين ما لا يكون كذلك، فيصح اشتراط الثاني دون الاول، من دون أن يرجع ذلك الى تخصيص في ادلة الشروط اطلاقاً.

فإن شرط النتيجة انما لا يصح فيما اذا كان للنتيجة سبب خاص - كالضمان - فان الشرط لا يحقق تلك النتيجة ولا يحصلها ما لم يقم عليه دليل آخر. وأما فيما لا يحتاج الى سبب خاص، بل يكفي مجرد الانشاء ممن بيده الامر وابرازه كيفما كان، فلا مانع في مثله من الالتزام بشرط النتيجة، وهذا كما في الملكية حيث انما لا تختص بسبب معين، بلل قابلة للا نشاء باي مبرز كان من بيع او هبة أو مصلحة

ونحوها من سائر الاسباب التي منها الشرط في ضمن العقد، فلو باع الدار بشرط ان يكون مالكا للدكان أيضاً صح وملكه بنفس هذا الشرط، لما عرفت من عدم احتياج الملكية الى سبب خاص.

والوكالة ايضاً من هذا القبيل، إذ يكتفى في تحققها بمجرد الاعتبار النفساني وابرازه بمرزئها، والشرط من احد اسباب الابراز، فكما ان الوكالة تتحقق بانشائها مستقلاً فكذلك باشتراطها في ضمن العقد على سبيل شرط النتيجة، فيشترط المستأجر أن يكون وكيلاً عن المؤجر في التجديد، أو الزوجة أن تكون وكيلة عن الزوج في الطلاق وهكذا، فيكون الشارط وكيلاً بنفس هذا الشرط^(١).

ثم انه إن ثبت توقف نتيجة معينة على سبب خاص وبرز معين، كما هو الحال في النكاح والطلاق والضمان والعبودية، تعين الحكم بعدم نفوذ اشتراطها، لكونه منافياً للكتاب والسنة الدالين على انحصار السبب، فيفسد لا محالة، فان الشرط لا يكون مشروعاً، وغاية مدلوله ما هو مشروع بحد ذاته، فلا يشمل الشرط المخالف.

وان ثبت عدم توقفها على سبب خاص، وكفاية ابراز اعتبارها النفساني كيفما تحقق، كما هو الحال في الوكالة والوديعة والعارية والرهن والقرض والشركة وملكية شيء معين تابع لأحد العوضين كحمل الجارية وثمرتها الشجرة، فلا اشكال في تحققها بنفس الاشتراط، باعتبار ان الشرط وسيلة من وسائل ابراز الاعتبار النفساني، فيشملة دليل الامضاء، ويكون مفاده تحققها ولزوم ترتيب آثارها عليها.

وأما مع الشك في ذلك واحتمال توقف حصول نتيجة معينة على سبب خاص، فهل يحكم بنفوذ اشتراطها وتحقيقها بمجرد الشرط، أم يتعين القول بالمنع، لاحتمال كونه مخالفاً للكتاب والسنة؟

الصحيح هو الاول، والوجه فيه ما تقدم في البحث عن اعتبار عدم كون

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٤٦٥.

الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، من جريان احالة العدم الازلي في الموضوع المشكوك وتنقيحها له، فيدخل المورد في المستثنى منه وتشمله ادلة الامضاء.

ومن المعلوم انه لا مجال بعد جريان الاصل الموضوعي للتمسك باصالة عدم تحقق تلك النتيجة إلا بما علم كونه سبباً لها، فانه وبعد تنقيح الموضوع واحراز كونه داخلاً في المستثنى منه ويتحقق بأي مبرز كان، لا يبقى مجال للشك في تحققها بالاشتراط كي يتمسك بالأصل لاثبات عدمه.

ومن هنا يظهر انه لا مانع من اشتراط ملك شيء معين في ضمن العقد بقول مطلق، سواء أكان ذلك الشيء تابعاً لاحد العوضين كحمل الجارية، أم لم يكن كاشتراط ملكية الكتاب في ضمن بيع البستان.

وتوهم كون الملك والصدقة من قبيل الاول، أعني ما علم توقفه على سبب خاص ومبرز معين.

لا يعدى الادعاء المحض، حيث لا شاهد يعضده، بل أن اتفاق الاعلام على تحققه بالشرط في الجملة - كما هو الحال في اشتراط ملكية حمل الجارية ومال العبد - شاهد على الخلاف، وإن تحقق الملك بالشرط امر ممكن ومشروع.

وبالجملة: فالذي يقتضيه التحقيق هو الحكم بصحة اشتراط الغايات والنتائج بقول مطلق، إلا ما ثبت من الشارع اناطتها باسباب خاصة وصيغ معينة.

فان جريان الاصل الموضوعي - اصالة العدم الازلي - يقتضي الحاق المورد المشكوك المستثنى منه، فتشمله ادلة الامضاء ولزوم الوفاء بالشرط.

شرط الفعل:-

رغم اتفاق الاعلام على معقولية شرط الفعل وتعلق الالتزام والالتزام به، بل واتفاقهم على كونه القدر المتيقن من حيث الشمول لادلة الامضاء ووجوب الوفاء بالشرط، إلا انه يبقى المحطة الاكثر حديثاً وجدلاً بينهم ضمن مجموعة محطات البحث عن الشرط واحكامه.

ذلك ان الاتفاق على اصل الامكان بل والنفوذ في الجملة، لا يتنافى - بل وعلى العكس منه يستلزم - والحديث عن مفاده وحدوده وآثاره وما يترتب عليه من احكام والتزامات.

ومن أجل استيفاء حق البحث والاحاطة قدر الامكان بها ينبغي التعرض اليه في المقام، ورعاية لمنهجية الاصحاب في المسألة، لا بد من برجة البحث ودراسته ضمن مسائل، هي كالآتي.

الاولى: في مفاد أدلة الامضاء.

الثانية: في جواز اجبار المشروط عليه الممتنع على الفعل.

الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط.

الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟

الخامسة: عدم منع خروج العين عن سلطان المشروط عليه من ثبوت

الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط.

السادسة: في قابلية الشرط للاسقاط.

السابعة: في اشتراط ما هو جزء للمبيع حقيقة.

المسألة الاولى: - مفاد ادلة الامضاء.

اختلفت كلمات الاعلام في مفاد أدلة الامضاء على مذاهب.

الاول: الحكم التكليفي المحض، أعنى وجوب الوفاء بالشرط ولزوم الاتيان به شرعاً، وهو المشهور بينهم.

قال الشيخ الاعظم (قده): «المشهور هو الوجوب - التكليفي الشرعي - لظاهر النبوي المؤمنون عند شروطهم» والعلوي: «من شرط لامراته شرطاً فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً».

ويؤكد الوجوب ما ارسل في بعض الكتب من زيادة قوله: «إلا من عصى الله في» النبوي بناءً على كون الاستثناء من المشروط عليه لأمن الشارط.

هذا كله مضافاً الى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد^(١).

وقد ذهب اليه سيدنا الوالد - دام ظله - حيث قال: «إن ما يترتب على نفوذ الشرط ليس إلا الحكم التكليفي المحض والخيار للشارط عند التخلف.

وليس معنى الوفاء بالشرط الاستفادة وجوبه من مثل قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، أزيد من ذلك»^(٢).

الثاني: استحباب الوفاء بالشرط.

جرّح به المحقق الايرواني (قده) في غير موضع من تعليقاته، معللاً ذلك بقوله: أن «استفادة الوجوب من النبوي مبني على تقدير يجب او استعمال الجملة في الانشاء،

(١) المكاسب: الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

(٢) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٤٦٤.

وكلا الأمرين خلاف الظاهر، واخذ عنوان المؤمن موضوعاً كاشف عن عدم صوغ القضية في انشاء الحكم، وإلا فأي اختصاص للمؤمن في ذلك، فتحمل القضية على ظاهرها وهو الأخبار وتكون بياناً لصفات المؤمن، كما يقال: المؤمن اذا وعد وفى، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(١)، فلا يكون مضاداً للقضية الحكم الاستحبابي فضلاً عن الإيجابي.

وبالجملة: هذه العبارة تطلق في مقامات ثلاث: يقال المؤمن لا يبخل، ويقال المؤمن لا يترك صلاة الليل، ويقال المؤمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، ولا ظهور لها في شدتها، أن لم ندع أنها ظاهرة فيما يليق بمقام المؤمن وشأنه من التخلق بالاخلاق الفاضلة، أو الالتزام بالوظائف الشرعية، فيخرج الواجبات عن ذلك، فتكون قرينة على ارادة الاستحباب من صيغة الامر في العلوي،: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، ولا أقل من الاجمال وعدم كون أحد الظهورين قرينة لصرف الآخر.

نعم لو لم تكن القضية ظاهرة فيما ذكرنا صلح قوله: «فليف» لإرادة الوجوب منها.

وما زيادة: «إلا من عصى الله» في بعض الكتب، فلئن صح لا تكون قرينة على ارادة الوجوب، إلا اذا اريد من المعصية فيها معصية التكليف المستقار من خطاب المؤمنين.

ولعل ذلك محال، لان قضية الاستثناء عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا تكون معصية، فهو كما اذا قيل: يجب إقامة الصلاة على الناس إلا من عصى الله بتركها. فيتعين ان يراد منها احد معان ثلاث:

الاول: ارادة عصيان الله تعالى وسائر تكاليفه، على أن يكون المستثنى منه جملة خبرية حاكية عن صفات المؤمنين، وان عدم الوفاء بالشرط من شأن الفسقة الفجار، ابناء الى

ان ذلك يساوق الفسق وان مرتكبه هو من لا يبالي بالفسق.
الثاني: أن يراد من المعصية المعصية بالشروط وبالالتزام بها خالف الكتاب والسنة.

إلا ان يناقش بأن الالتزام بنفسه ليس معصية.

الثالث: ان يراد من المعصية المعصية باتيان الملتزم به، وذلك فيما اذا كان الشرط غير سائغ، فتكون الرواية اشارة الى اعتبار أن يكون الشرط سائغاً^(١).

الثالث: التفصيل بين ما يكون العقد كافياً في تحققه كالوكالة، فهو لازم ولا يجوز الإخلال به، وبين ما لا يكون كذلك، فلا يكون لازماً، بل يكون مفاده انقلاب العقد اللازم جائزاً.

نقله الشهيد الثاني (قده) عن الشهيد الاول (قده) في بعض تحقیقاته.

قال رحمه الله في الروضة: «وللمصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته تفصيل وهو ان الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة، فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في العقد.

وان احتاج إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق، فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزاً.

وجعل السر فيه أن اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الايجاب والقبول، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز واشتراط ما سيوجد، امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً^(٢).

الرابع: ثبوت مجرد الخيار مطلقاً.

ذهب اليه بعض الاصحاب، واختاره صريحاً الشهيد الاول (قده) في اللمعة

(١) تعلیقة الایروانی علی المکاسب ج ٢ ص ٦٦.

(٢) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة ج ٣ ص ٥٠٧-٥٠٨.

حيث قال: «وكذا كل شرط لم يسلم يفيد تخبره، ولا يجب على المشرط عيه فعله، وإنها فائدته جعل البيع عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط، ولزومه عند الاتيان به»^(١).
الخامس: الحكم الوضعي، أعني استحقاق المشروط له للمشرط في ذمة المشروط عليه، واشتغال ذمة الاخير له.

اختاره المحقق النائيني (قده) قائلاً: «ان الحكم التكليفي السابع بحيث لا يسقط باسقاط المشروط له، ويكون وجوب الوفاء به تكليفاً كسائر التكاليف الوجوبية في عرض التكليف بوجوب اداء مال الغير مع مطالبة، مما لا ينبغي أن يحتمل احد، لبداهة سقوطه باسقاط الشرط، فلا يكون من قبيل حرمة الغيبة والشتم والضرب ونحوها أيضاً، بأن يكون فيه جهتان، جهة متعلقة بالله تعالى من حيث كون هذه الامور مخالفة وعصياناً له، وجهة متعلقة بالمغتاب والمضروب من حيث كونها إيناءاً لها، ولذا لا يكاد يسقط عصيانه تبارك وتعالى باسقاط المغتاب حقه، كما لا يكاد يجوز باذنه في غيبته أو شتمه.

وهذا غلاف المقام فانه يسقط الشرط باسقاط المشروط له ولا يجب الوفاء به مع اذنه ورضاه بتركه أو بتأخيريه.
وكيف كان: بعد الاتفاق ظاهراً على سقوط الشرط باسقاطه من صباحه - فيما عدا شرط العتق - فالتكليف المحض في كونه حقاً لله تبارك وتعالى، مما لا يكاد يحتمل.
وكذلك المشوب منه ومن حق الناس، كما في موارد الغيبة والشتم والقذف ونحوها، لنهاية عدم تسويغها باذن المشتوم والمقذوف قطعاً كما لا يخفى.
فالتكليف الذي يتصور في المقام مايتبعه ملكية الشرط للمشرط له واستحقاقه لأن يطالبه، فيجب اداؤه شرعاً أيضاً كما في الدين واشباهه.
وحينئذ فالحديث عنه في قبال الوضع وجعله امراً مستقلاً بنفسه في غير محله،

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ح ٣ ص ٥٠٦.

فضلاً عن البحث في ظواهر الأدلة من أنها دالة على الوجوب أو الاستحباب كما احتمل، فإنه مبني على حمل ظواهر الأدلة على التكليف الساذج، فيمكن القول بالاستحباب نظراً إلى ترتيب الحكم على عنوان المؤمن، أو لكون مساقها مساق أدلة استحباب الوفاء بالوعد ومكروية خلفه ونحو ذلك.

وأما بعد ما عرفت من عدم احتمال التكليف المخصص ودلالة الأدلة على ثبوت الوضع، كما استظهرناه من قوله عليه السلام: «عند شروطهم»، أي واقفون عندها وملزمون بها، فلا يبقى مجال لاحتمال الاستحباب بلا إرتياب، بل احتماله من قبل شيخنا أسناد الأساتيد بعيد غاية البعد^(١).

أقول: مما عرفت في تحديد معنى الشرط وأنه الزام والتزام بشيء البيع ونحوه - كما في القاموس -.

ومما تقدم منا ففي مبحث شرط النتيجة من كون دور الشارع في امضاء الشرط هو اعطاء صيغة القانون واصفاء وصفة الشرعية على القرار الفردي الصادر من المتعاملين، كما هو الحال في النذر واخويه، وإن اختلفا من حيث كون الإلزام فيها نحن فيه على الغير، وكونه فيها على المنشأ نفسه.

إلا أن ذلك لا يوجب اختلافاً من حيث مقتضى الانشاء - الإلزام - ومفاد دليل امضائه - الوجوب -، فإنها من هاتين الحثيتين على حد سواء.

فما وهما هو انشاء الإلزام والتعهد، ومفاد دليل امضائها هو قلب الوجوب الفردي المنشأ استقلالاً من قبل الملتزم نفسه أو هو بالاتفاق مع طرفه في العقد، إلى الوجوب الشرعي القانوني، بحيث يصبح مانشأه على نفسه من الأحكام الشرعية والواجبات الإلهية التي يحاسب عليها المكلف من حيث الطاعة والعصيان.

يتضح تعين القول الأول، أعني وجوب العمل تكليفاً بكل شرط سائغ ومن يقول مطلق ومن دون أن يترتب عليه أي أثر وضعي إطلاقاً.

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣١.

فان معنى كون المؤمن عند شرطه، ليس إلزام الوفاء به وتعني انهائه عليه شرعاً، وهو ما يعني وجوبه تكليفاً.

نعم قد يكون مقتضى الشرط الذي يجب الوفاء به تكليفاً في بعض الموارد، ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف المشروط، وذلك في الموارد التي يكون معنى الشرط تعليق الالتزام بالعقد على وجود الصفة المأخوذة في متعلقه أو العمل المعتبر تحققه كالكتابة في العبد أو الخياطة.

حيث قد عرفت عند البحث عن معنى الشرط والالتزام والالتزام الربط القائم ان حقيقة الربط القائم بين الالتزام والالتزام - الشرط - والعقد المتضمن له تعود في مثل هذه الموارد الى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج ووجوده بحيث لو لم يوجد ما شرطه فلا الالتزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه وإبطاله، وهو ما يعبر عنه بالخيار.

إلا ان هذا المعنى ليس من مضاد أدلة الامضاء نفسها، وإنما هو من مفاد الشرط الذي شملته أدلة الامضاء.

ومن هنا يظهر انه لا مبرر لا اعتبار قول سيدنا الوالد (رحمه الله) قولاً مستقلاً في قبال مذهب المشهور.

فانه (رحمه الله) وإن أضاف ثبوت الخيار في بعض الموارد الى الحكم التكليفي المحض، وهو مما لم يذكره المشهور، إلا ان وضوح خروجه عن مفاد أدلة الوفاء بالشرط نفسها - وان اقتضته باعتبار كونه مفاد متعلق وجوب الوفاء - يجعلها قولاً واحداً.

فان دليلها من المثبتين - مع اختلاف الرتبة - فلا موجب لفرض التعارض بينهما، او جعل عدم تعرض المشهور للخيار دليلاً على نفيه.

فأدلة الوفاء لا تقتضي شيئاً زائداً عن الوجوب التكليفي المحض، والخيار - حيث ثبت - انها يثبت بمقتضى مفهوم الشرط في تلك الموارد، أعني تعليق الالتزام بالعقد على وجود المعلق عليه خارجاً.

ثم إن هذا الخيار وإن كان مشمولاً بأدلة الامضاء ووجوب الوفاء باعتبار كونه شرطاً من الشروط، إلا أن ذلك لا يعنى كونه مفاداً لها مباشرة، فإن الفرق بينها لا يكاد يخفى.

ثم إن مما ذكرناه يظهر الحال فيما نسب إلى الشهيدين (قدهما) - القول الثالث والرابع -.

فإن وجوب الوفاء بالشرط ولزوم الكون عنده وانهاؤه، لا يختص بمورد دون غيره من الموارد المستجمعة للشرائط المعتبرة.

كما أن ثبوت الخيار وحق رفع اليد عن التعهد بالعقد عند تخلف الشرط، ليس من مقتضيات أدلة الوفاء ومفاد نفوذ الشرط نفسها، بل هو - وكما عرفت - في موارد ثبوته من مقتضيات نفس الاشتراط وتعليق الالتزام بالعقد على تحققه في الخارج.

على أن لازم ما أفاده الشهيد الثاني (قده) أخيراً في توجيه كلام الشهيد الأول (قده) من أن «اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً» هو الحكم بإبطال العقد من رأس عند فقد الشرط، لا الحكم بانقلابه جائزاً بعد اللزوم، وثبوت الخيار عند انتفاء المعلق عليه.

بل ومقتضاه الحكم بالإبطال مطلقاً، حتى مع تحقق المعلق عليه في الخارج، باعتبار أن التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد، حتى على تقدير تحقق ذلك الأمر خارجاً.

وليس ذلك من جهة الإجماع على بطلان التعليق في العقود، كي يقال إن الإجماع دليل لبي، والقدر المتيقن من البطلان هو التعليق في اللفظ والانشاء، فلا يعم التعليق في اللب والواقع.

بل هو من جهة استلزامه لعدم الجزم بالعقد - كما عرفت - وهو لا يفرق الحال فيه بين حصوله باللفظ أو بحسب اللب والواقع.

على أن ما أفاده رحمه الله منافٍ لما عليه جلّ الأصحاب، وتقتضيه القاعدة

اللفظية في العقد المشروط، من عدم تعليق العقد عليه، بلا فرق فيه بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

وكذا يظهر مما ذكرناه الحال فيما افاده المحقق الايرواني (قده) من الحمل على الاستحباب، فانه منافٍ لكونه أدلة الوفاء امضائية وتقريرية بالنسبة الى ما يجعله المتعاقدان على انفسهما بالشرط، بحيث ينقلب القاتون المجعلون من قبلهما الى حكم شرعي وتكليف مولي، فان المجعل من قبلهما ليس هو رجعان الالتزام وتداب التعهد، بل المجعل من قبلهما هو فرض التقيد ولابدية الوفاء والانهاء.

على ان ما افاده رحمه الله مخالف لظاهر جميع النصوص الواردة في المقام، ولا سيما المتضمنة لاستشهاد الامام عليه السلام بقول رسول الله صلى الله عليه وآله، فان سياق الاستشهاد فيها يأبى عن الحمل على الاستحباب جداً. ودعوى استفادة ذلك من أخذ المؤمن موضوعاً للحكم.

يردها: ان المذكور في اكثر نصوص الباب عنوان «المسلم» وهو شامل للمؤمن - بالمعنى الاخص - والفاسق على حد سواء، فلا يكون كاشفاً عن «عدم صوغ القضية في انشاء الحكم، وإلا فأبي اختصاص للمؤمن في ذلك» على حدّ تعبيره (قده). نعم، لا يشمل الحكم الكافر، وهو غير ضائر، حاله في ذلك حال سائر الاحكام التكليفية.

على ان حمل عنوان المؤمن الوارد في بعض النصوص على المعنى الاخص المقابل للفاسق، اول الكلام وخلاف الظاهر جداً. فان عنوان المؤمن في مصطلح الآيات الكريمة والنصوص النبوية الشريفة يساق عنوان المسلم.

بل ان اطلاقه على المعنى الاخص المذكور - ما يقابل الفاسق - مصطلح فقهائي، لا أثر له في شيء من النصوص.

واما ما افاده بالنسبة للعلوي، فالتصرف في ظهور الامر - «فليف لها به» - في الوجوب وحمله على الاستحباب، ليس باولى من رفع اليد عن احتمال كون المقصود

بالكبرى حكماً أخلاقياً بحتاً.

بل المتعين في المقام هو الثاني، فإن وضوح ظهور الاول في الوجوب يرفع الاجمال عن الثاني ويحدد المقصود منه من ضمن الاحتمالات التي ذكرها (قده).
على ان ذكر هذا التعبير - «فليف لها به» - لم ينحصر بالعلوي المذكور في كلامه رحمه الله، بل ورد في رواية منصور بزرج عن عبد صالح: «قال: قلت له: ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فاراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فاعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فيكيف يصنع؟ فقال: بشئ ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»^(١).

وسبق قوله عليه السلام: «بشئ ما صنع» لأمره عليه السلام بالوفاء للمرأة بشرطها فيها خير شاهد على ارادة الوجوب منه، والا فما يكون التخلص منه مستلزماً لمجرد مخالفة الاستحباب فضلاً عن مخالفة ما يقتضيه الادب، لا يستحق التعبير بـ «بشئ ما صنع»، وإنما المناسب له هو الالتزام على نحو لا يمكنه التخلص منه، فيقال: بشئ ما صنع، لانه ما كان يدريه يقع في قلبه بالليل او النهار، ولعله يرغب في طلاقها أو في التزوج من غيرها وهو لا يقدر على ذلك لمكان الشرط.

ومما يؤيد ما ذكرناه ما ورد في نسخة الكليني (قده) في الكافي من استفهامه عليه السلام - الظاهر في الاستنكار - بعد السؤال بقوله: «وفعل؟»^(٢) فلما كان الجواب بالاثبات قال عليه السلام: «بشئ ما صنع وما كان ما وقع يدريه ما يقع في قلبه في جوف الليل او النهار، ثم قال: اما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها» الحديث.

فان كلاً من سؤاله عليه السلام بقوله: «وفعل؟» ثم تعقيبه بقوله عليه السلام: «بشئ ما صنع». الخ، ومن ثم التفريع عليه بقوله عليه السلام «اما الآن فقل له: فليتم

(١) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٠ من ابواب المهور ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ باب ٦٦ الشرط في النكاح وما يجوز منه وما لا يجوز ح ٨.

للمرأة شرطها» ظاهر في كون الحكم الزامياً، وان المشروط عليه - الزوج - هو الذي تسبب في توريط نفسه وايقاعها في المأزق، ومعه كيف يمكن دعوى دلالة على الاستحباب، فضلاً عن إنكار دلالة على الحكم بالمرّة.

واما ما افاده (قده) بالنسبة لما ارسل في بعض الكلمات في ذيل النبوي الشريف من قوله صلى الله عليه وآله: «إلا من عصى الله» من عدم دلالة على الوجوب للاحتتمالات الواردة فيه.

فيرده: كون الظاهر من جميع تلك الاحتمالات وهو العصيان بعدم الوقوف عند شرطه واللامبالاة وعدم الاعتناء به، دون عصيان سائر الاحكام مما لا ربط لها بالمقام، أو عصيان الله بنفس الاشتراط كي يكون مفاده مساوقاً لما ورد من النهي عن الشرط المخالف للكتاب والسنة.

فان الاول بعيد غايته، إذ لا معنى لاستثناء تارك الصلاة أو شارب الخمر - مثلاً - من الحكم بنفوذ الشرط وكون المسلمين عنده.

والثاني يدفعه عدم وضوح كون نفس الالتزام والاشتراط مما هو اعتبار محض وفعل النفس - حتى مع ابرازه في الخارج - مما يتصف بالحرمة والعصيان ما لم يرجع ذلك الى التشريع.

والحاصل: ان الظاهر من مفاد هذا الاستثناء - على تقدير ثبوته - هو لزوم الوفاء بالشرط ووجوب الاتيان به كي لا يكون عاصياً لله تبارك وتعالى وخارجاً عن طاعته.

ومثل هذا التعبير - وصف التارك بالعصيان - للدلالة على الوجوب أمر شائع ومتعارف، من غير ان يعني ذلك جواز الفعل للعاصي.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني (قده) بقوله: «ثم انه ربما يستدل للوجوب بقوله صلى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم إلا من عصى الله»، بناء على ان المراد عصيان الله بعدم العمل بالشرط.

وهو مشكل، لان الظاهر منه عصيان الله باشتراطه، بأن يشترط على الغير

اتيان محرم أو ترك واجب، كما تشهد به رواية دعائم الاسلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً فيه معصية»^(١).

والحمل على ما ذكر مضافاً الى انه خلاف الظاهر يوجب حمل الاستثناء على الانقطاع، والا لا يستقيم الا ان تكون الجملة اخبارية، فيكون المراد أن كل مؤمن يعمل بشرطه إلا العصاة، فحينئذ لا يتم المقصود»^(٢).

فان اطلاق العاصي على المستثنى ومن لا يقف عند شرطه - على الاحتمال الاخير في كلامه - يجعل مفاد الذيل هو وجوب الاتيان بالشرط ولزوم الوفاء به فيتم المقصود.

واستظهار ارادة عصيان الله تبارك وتعالى بالاشتراط نفسه في حيز المنع جداً، إذ ليس في صدر الرواية تعرض للاشتراط - الاعتبار - كي يكون الذيل استثناءً منه. على انك قد عرفت عدم اتصاف الاشتراط بنفسه بالحرمة أو العصيان. وقياس ما نحن فيه من الاستثناء بما ورد في رواية دعائم الاسلام، ليس في محله ولا يمكن قبوله لما بين لساني النصين من الفرق الواضح.

على انه يجري فيها ما تقدم في المرسلة من عدم ارادة حرمة الاشتراط منها، لعدم اتصافه بالمعصية. مركز تحقيق كتاب تبيين علوم اسلامی

هذا ومن غير البعيد دعوى كون المتفاهم العرفي من استثناء الشرط المخالف للكتاب والسنة والحكم عليه بعدم النفوذ والحرمة «فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه»^(٣) وغيره من التعبير، هو لزوم المستثنى منه ووجوب الوفاء به. فانه وان لم تكن بينهما ملازمة عقلاً حيث يمكن القول بحرمة المخالف واستحباب الوفاء بغيره، إلا ان من غير البعيد كون المتفاهم العرفي من لسانه و سياقه، تقابله مع المستثنى منه بحيث يكون على العكس منه تماماً.

(١) مستدرک الوسائل ج ٢ باب ٥ من ابواب الخيار ح ٣.

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ٢١٧.

(٣) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من ابواب الخيار ح ١.

بل يمكن ان يقال: ان الحكم في المستثنى منه اذا لم يكن لزومياً - الوجوب - لم يكن وجه لتخصيص المستثنى بمحلل الحرام ومحرم الحلال - بوصفها مخالفان لمقتضى الشرع - فان مقتضى مخالفة المستثنى للمستثنى منه ومقابله له عموم الحكم على هذا التقدير - ارادة الاستحباب من المستثنى منه - للشرط المخالف للمكروه على نحو يعود الى نفي الكراهة - لا بمعنى اشتراط فعل المكروه مع الاحتفاظ على عنوانه ووصفه - فانه مخالف للشرع أيضاً، وهو خلاف المستثنى منه.

والحاصل: ان اختصاص المستثنى بمحلل الحرام ومحرم الحلال يكشف عن كون الحكم في المستثنى منه لزومياً.

هذا كله مضافاً الى امكان التمسك لاثبات الوجوب بهادلاً على وجوب الوفاء بالعقد، باعتبار شموله له بجميع مفاده، اركانه وتوابعه على حد سواء، لدخولها تحت مظلة العقد وشمولها بعنوانه.

ومنه يظهر انه لا وجه لما في بعض الكلمات من «عدم صحة الاستدلال به على ذلك» باعتبار «ان الشرط ليس جزءاً لأحد العوضين»^(١).

إذ لا دليل على اعتبار اتصافه بجزئية أحد العوضين في شمول أدلة الوفاء له، بل يكفي كونه من توابعه وشؤونه ومما يؤثر على أحدهما زيادة ونقصاً.

والحاصل: ان وضوح مفاد أدلة نفوذ الشرط في حد ذاتها، واستشهاد الامام عليه السلام بالقضية الكلية في موارد اثبات اللزوم، بالاضافة الى ما عرفته من شواهد وأدلة، يمنع وبشكل جزمي من الموافقة على ما افاده المحقق الايرواني (قده) من حمل القاعدة على بيان ما يقتضيه واجب الادب بالنسبة للمؤمن وما ينبغي ان يكون عليه، أو حملها على الندب والاستحباب على احسن التقادير.

وأما ما افاده المحقق النائيني (قده) - القول الخامس - من اقتضاء أدلة الوفاء لثبوت الحكم الوضعي وما اصطلح عليه بالملكية الضعيفة، بحيث يكون المشروط له

يملك في ذمة المشروط عليه ذلك الشرط.

فيرده ما عرفته من عدم تجاوز دلالتها للحكم التكليفي المحض، باعتبار ان مفادها لا يعدو إمضاء ما قرره المتعاقدان في إنشائهما، الذي ينحصر بدوره - وبحسب الفهم العرفي - في الزام الشارط للمشروط عليه بالفعل أو النتيجة التي اعتبرها، وفرضها عليه، وربط ذلك بالعقد على نحو تعليق التزامه به عليه أو تعليقه على الالتزام به أوهما معاً.

فانه ليس معنى كون المؤمن عند شرطه إلا التزامه بها التزم به وما فرضه على نفسه من التكليف، كما يظهر ذلك جلياً من قوله عليه السلام في رواية منصور بن بزرج المتقدمة على نسخه الكافي: «أما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها» (١). فان تفريع ذلك على استفهامه عليه السلام بعد بيان السائل ان المرأة اشترطت عليه ان يجعل الله لها عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، بقوله عليه السلام: «وقد فعل؟» وجواب السائل بالاثبات، وتعقيبه عليه السلام على ذلك بقوله: «بئس ماصنع» الخ، خير شاهد على كون التكليف الشرعي والأمر بالوفاء وإتمام الشرط للمرأة ناشئاً مما فرضه الرجل بسوء تصرفه على نفسه، وانه لما كان قد أعطى للمرأة ذلك التعهد والزم نفسه به فعليه ان يتمه ويثبت عنده.

والحاصل: انه لاوجه لحمل مفاد أدلة الوفاء على الوضع وجعل الملكية للمشروط له في ذمة المشروط عليه، فانه بعيد عن مفادها ولا يساعد عليه الفهم العرفي.

وإن شئت قلت: «ان محتملات هذه القضية الخبرية المراد بها التشريع بوجه، اما الصحة والنفوذ ابتداء، واما التكليف بالوفاء وان كان دالاً على النفوذ بالالتزام، واما اللزوم وضعاً.

ولاريب ان ظاهر كون المؤمن عند شرطه هو ملازمته إياه والقيام بمقتضاه، وقد تحقق في محله ان الاخبار بالتحقق يناسب ارادة التحقق والبعث نحوه، فيناسب

(١) الكافي ج ٥ باب ٦٦ الشرط في النكاح وما يجوز فيه وما لا يجوز ح ٨.

الاخبار بملازمة المؤمن التكليف بملازمته إياه والعمل بمقتضاه، وليس الاخبار بملازمته مناسباً ابتداء للصحة والنفوذ، فانه لا اخبار بتحقيقه منه حتى يكون كناية عن نفوذه عند الشارع.

نعم، لا يكلف بملازمة ما لا واقعية له شرعاً.

واما اللزوم الوضعي وعدم انحلال الشرط، فهو صفة في الشرط لا في المشروط عليه، وظاهر النبوي كون المؤمن عند شرطه، فهو لا ينفك عنه، لا أن الشرط لا ينفك في نفسه، اولا ينفك عن المؤمن، فكيف يكون دليلاً على لزومه الوضعي كناية؟ بل اللزوم ليس كالصحة بحيث يكون الدال على التكليف بالوفاء به دالاً على لزومه، لمجامعة التكليف بالوفاء مع قابلية العقد او الشرط للانحلال، بل قد مر في محله ان وجوب الوفاء حقيقة - لا عملاً - متفرع على قبوله للانحلال والا لكان تكليفاً بغير المقدور^(١).

واما ما افاده رحمه الله لنفي كون الوجوب حكماً تكليفاً محضاً، من ان لازمه عدم جواز اسقاطه من قبل المشروط له، وهو «مما لا ينبغي ان يحتمله أحد، لبداية سقوطه باسقاط الشرط» على حد تعبيره (قده).

فهو مما لا يمكن قبوله إطلاقاً، ذلك ان المقصود ان كان اسقاطه - الوجوب في المقام - مع بقاء موضوعه - الشرط - على حاله، فهو اول الكلام، بل لا يقول به احد من القائلين بالوجوب جزماً، فضلاً عن ان يكون مما لا ينبغي ان يحتمله فقيه. وان كان المقصود اسقاطه برفع موضوعه - كما هو صريح قوله رحمه الله، سقوطه باسقاط شرطه، فمن الغريب انكاره (قده) لسقوطه في سائر الموارد، فان ارتفاع الحكم التكليفي المحض - ايأ كان - بارتفاع موضوعه من الامور الواضحة التي لا ينبغي التأمل فيه فضلاً عن التردد او المنع.

ومن الغريب في المقام استشهاده (قده) لعدم سقوط الحكم التكليفي المحض حتى مع رفع موضوعه - كما هو مفروض كلامه - بعدم سقوط الحرمة التكليفية في الغيبة والشتم والقذف برضى المغتاب والمشتوم والمقذوف بها وإذنه فيها.

فان من الواضح أن عدم رضى المنسوب اليه الفعل أو المشتوم، ليس موضوعاً للحكم بالحرمة فيه كي يستشهد به لعدم ارتفاعه بارتفاعه، بل الموضوع فيه هو هتك حرمة المؤمن واهانتة والنيل من كرامته بتلك الصيغ والاساليب، وهو لا يرتفع برضاه بها وقبوله لها.

نعم، لو فرضنا جدلاً ارتفاع هذه العناوين في مورد بحيث خرجت نسبة الفعل القبيح عن كونها قذفاً، لارتفعت الحرمة جزماً.

ومما ذكرناه يظهر الحال في مثاله حرمة الضرب مع رضى المضروب، فانه ان استلزم ذلك الضرر المعتد به المنهي عنه شرعاً كالمستلزم لتلف عضو أو نقصه لم يكن لرضى المضروب اثر في ارتفاع الحكم لعدم كونه موضوعاً له.

وان لم يستلزم ذلك وكان موضوع الحكم فيه هو اذاء المؤمن، فلا مبرر للقول ببقائه بعد انتفاء موضوعه برضاه وقبوله.

والحاصل: ان ما افاده (قده) لا يصلح دليلاً يعتمد عليه في نفي كون الوجوب المستفاد من ادلة الوفاء بالشرط حكماً تكليفاً محضاً، واثبات جعل الحق في عهدة المشروط عليه والحكم الوضعي.

وبذلك يظهر الحال فيما افاده المحقق الاصفهاني (قده) في المقام بقوله: «نعم، لا يبعد ان يقال ان ظاهر الالتزامات في باب المعاملات والمعاوضات هو تمليك العمل بالتزامه وتسليط الغير على نفسه، خصوصاً اذا كان للملتزم به عوض كما اذا التزم في ضمن المعاملة بخياطة ثوبه بدرهم، فان العرف لا يكاد يرتابون في ان احدهما يملك العمل والآخر يملك الدرهم، لا ان هذا الالتزام يحقق لوجوب اعطاء الدرهم فقط».

وقوله في مقام اثبات الحكم الوضعي عن طريق «آثار الشرط، كترتب جواز الاجبار المنتهي الى المحاكم وعدم وجوب الاداء إلا عند المطالبة وجواز الاسقاط، فانه لو لم يكن حق لم تكن سلطنة على الاجبار الذي امره بيد ذي الحق، دون الامر بالمعروف الواجب على كل احد وعلى اي حال، كما انه يجب الاداء ولو لم تكن مطالبة من المشروط له، كما انه لا معنى لاسقاط التكليف».

«فهو نعم الطريق الى استفادة الحق والظاهر ثبوت الحق وجواز الاخبار وان كان محل الكلام، إلا ان جواز الاسقاط مما لم ينقل فيه خلاف، كما أن الظاهر عدم لزوم العمل مع عدم المطالبة، كما عليه الطريقة العرفية»^(١).

فانه بعيد جداً، وخلافها هو المرتكز والمتفاهم عليه لدى العرف في مقام الاشتراط، حتى ولو كان للملتزم به عوض عند الاستقلال، وإلا لكان لازمه القول بتقسيط الثمن في العقد المشروط به على المعوض والشرط معاً، وهو ما لا يلتزم به هو (قده) أيضاً.

واما حديث اثبات الحق وكون الوجوب وضعياً في المقام عن طريق التمسك بالآثار المذكورة في كلامه (رحمه الله) فهو مما لا يمكن المساعدة عليه، بل لم يكن ينبغي صدوره منه (قده).

وذلك ان ثبوت هذه الآثار ليس من الامور المسلمة عند الجميع، بل وحتى عند الاكثر، ولا هي مما قام الدليل التعبدى عليها، كي تكشف وبطريق الإن عن العلة وكون الحكم في المقام وضعياً.

فان جواز الاجبار محل خلاف عند كثير من الاصحاب، بل لا دليل على ترتيبه - بناء على القول به - على الالتزام بثبوت الحق، فان كثيراً من القائلين بثبوت الحكم التكليفي يلتزمون به من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر، وجواز الاسقاط بدون رفع الموضوع اول الكلام، وارتفاعه برفعه يجري حتى في الاحكام التكليفية، وعدم وجوب العمل مع عدم المطالبة في حيز المنع جداً، وعلى تقدير قبوله فهو ليس مما قام التسالم عليه.

بل وحتى لو ثبت ذهاب الاكثر الى ثبوت هذه الآثار، فلا وجه لجعلها دليلاً على كون الثابت بالاشتراط حقاً للمشتراط على المشروط عليه، لوضوح استناد اكثر

(١) تعليقية الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٧.

القائلين بها الى تفرعها على ثبوت الحق بالشرط.

وبعبارة اخرى: ان مستند الالتزام بهذه الآثار هو اختيار ثبوت الحق بالشرط، فلا يمكن ان تكون هي المستند في ثبوته.

على ان لازم القول بثبوت الحق والملكية في مرتبتها الضعيفة - على حد تعبير المحقق النائيني (قده) - هو جواز المعاوضة عليه ونقله الى الغير حتى مع عدم رضى المشروط عليه، بحيث يصبح المنقول اليه هو صاحب الحق في ذمة المشروط عليه وصاحب القرار الاستقلالي من حيث المطالبة والاسقاط، كما هو الحال في الاعمال والحقوق الثابتة في ذمة الغير بموجب العقود كالاجارة ونحوها، حيث يجوز لمالكها نقلها الى الغير من غير ان يكون لمن ثبت الحق في ذمته الاعتراض عليه، إذا لم يكن العقد الاول مقتضياً لانهصار الحق فيه وقيامه بشخصه - صاحب العقد الاول -.

وهو مما يأباه الفهم العرفي من الشرط جداً، بل ولا اظن التزامهما - المحققين النائيني والاصفهاني (قده) - فضلاً عن غيرها به.

فان كان لابد من التمسك بطريق الإن في المقام، فلا بأس بالتمسك بما ذكرناه للاستدلال على كون الثابت في المقام حكماً تكليفاً محضاً.

وبالجملة: فالمستفاد من أدلة وجوب الوفاء بالشرط ولزوم انتهائه وانقائه، لا يعدو الحكم التكليفي المحض والالزام الشرعي به، مع ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط فيما يكون واقعه تعليق الالتزام بالعقد المتضمن له على تحقق الفعل أو وجود الوصف المأخوذ فيه.

المسألة الثانية: في جواز اجبار المشروط عليه الممتنع على الوفاء.

لا ينبغي الاشكال والتردد في عدم جواز اجبار الشارط للمشروط الممتنع عن العمل بموجب الشرط والوفاء به على التنفيذ والالتزام، بناءً على ما ذهب اليه المحقق الايرواني (قده) من كون مفاد ادلة الامضاء بيان الحكم الاخلاقي، او محض الاستحباب، لمنافاتها مع الالتزام والاجبار كما هو واضح.

المسألة الثانية: في جواز اجبار المشروط عليه الممتنع على الفعل ٢١٣

وكذا الحال بناءً على ما اختاره الشهيد الاول رحمه الله في بعض تحقیقاته من كون فائدة الاشتراط صرف ثبوت الخيار عند التخلف - القول الرابع - باعتبار ان ثبوته على خلاف قصد المتعاقدين وانشاؤهما في مقام الاشتراط يحتاج الى دليل تعبدی خاص وهو مفقود.

كما لا ينبغي الاشكال في ثبوته، بناءً على كونه حقاً للمشروط له ثابتاً في ذمة المشروط عليه - القول الاخير -.

باعتبار ان فائدة الشرط هو «ثبوت حق مالكي لصاحب الشرط على الآخر المستتبع لجواز الفسخ عند تعذر تسليمه، كتعذر تسليم العوضين لا مجرد تخلفه، فلو امتنع يجبر على التسليم واداء الحق الى مالكة، كما لو امتنع من تسليم العوض المنتقل عنه»^(١).

وبعبارة اخرى: «ان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه»^(٢).

بلا فرق فيه بين كون الشرط من حقوق الله، أو من حقوق المشروط له، أو من غيرها، فان جميعها سيان من حيث كونها ملكاً في ذمة المشروط عليه.

نعم، قد يقع الخلاف فيها فيما في حق المطالبة والاجبار، وهو غير منافٍ لاصل ثبوت حق الاجبار.

ومن هنا فلا وجه لما عن الصيمري في غاية المرام - على ما ابستظهره في المكاسب - من «أن كل شرط يكون حقاً مختصاً للمشترط لا كلام ولا خلاف في عدم الاجبار عليه»^(٣).

فانه بعيد غايته، لمنافاته لمبدأ ثبوت الحق وملك المشروط له للشرط في ذمة

(١) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣٢.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٣) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٤.

المشروط عليه.

وأما بناءً على المختار من كون مفاد أدلة الامضاء حكماً تكليفاً محضاً، فقد يقال بعدم جواز الاجبار باعتبار ان الأدلة لا تساعد إلا على كون الممتنع عن الوفاء آثماً، أما جواز اجباره وارغامه على التنفيذ فهو خارج عن مفادها.

إلا انه لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا أقل من اقتضاء أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ذلك، فان مقتضاها جواز الانتقال من اللسان الى اليد في مقام تحميل الممتنع عن الوفاء.

نعم، قد يؤخذ على هذا الدليل أن مقتضاه عدم اختصاص الاجبار بالشارط نفسه، فان حاله في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر حال الاجنبي عن العقد والشرط عاماً.

بل وعلى العكس من ذلك قد يقال بكون مقتضاه عدم ثبوته للشارط واختصاصه بالحكام الشرعي، بان يكون الثابت رفع أمره اليه ليتصدى هو الى الزامه وحمله على الوفاء والتنفيذ، كما هو الحال في كثير من موارد امتناع من عليه الحكم من تنفيذه.

لكن هذا لا يعني التنازل عن الحكم بجواز الاجبار عند الاصرار على كون مفاد أدلة الامضاء حكماً تكليفاً محضاً.

فان من الممكن القول بان جواز الاجبار ليس من مداليل أدلة الامضاء، بل هو كجعل الخيار عند التخلف من مفهوم الشرط نفسه، فان الالتزام المنشأ من قبل الشارط يساوق بحسب الفهم العرفي الغرض والتحتم والارغام والاجبار، من غير أن يعني ذلك كون المنشأ من قبلها حقاً وملكاً للمشروط له في ذمة المشروط عليه، إذ لا منافاة بين كون المنشأ من قبلها حكماً عرفياً أمضاء الشارع بمقتضى أدلة وجوب الوفاء بالشرط، وبين كون المتفاهم بينها يتبع المتفاهم بين اهل العرف ترتب الاجبار والارغام عليه، بحيث يكون ذلك مساوقاً بنظرهم لما انشأه.

وإذا كان الشارع قد امضى الحكم العرفي - الالتزام التكليفي - بما دلّ على

وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً، فانه يكفي في نفوذ الجانب الثاني من الشرط عدم رده عما ثبت تفاهم اهل العرف عليه، واقدامهم على العقد بموجبه، كما هو الحال في ثبوت الخيار عند التخلف.

ولعل ما ذكرناه هو مقصود السيد الخميني (قده) في قوله: «وقضية جواز مطالبة المشروط عليه بالعمل بشرطه، بل وجواز الزامه عليه وصحة إسقاط حقه وتأجيله كلها عقلائية»^(١).

وبعبارة اخرى: ان المتفاهم العرفي من جعل الوجوب الشخصي أعني الالتزام من طرف على آخر وقبول ذلك الغير له، هو اثبات حق الاجبار للطرف الملزم - بالكسر - على صاحبه.

على انه لا يبعد القول بثبوت حق الاجبار لمن له الحكم في الاحكام الخاصة مطلقاً، بحيث يثبت له نوع امتياز عن غيره الاجنبي عنه تماماً، فيقال بجواز إجبار الاقارب المستحقين النفقة لمن وجبت نفقتهم عليه عند امتناعه عنها، من غير ان يدخل ذلك في مفهوم الامر بالمعروف والنهي عن المنكر المقتضي لمساواتهم للاجانب. فان كون الحكم لهم دون غيرهم يجعل لهم اولوية في المطالبة به وتنفيذه، تميزهم عن غيرهم ممن لا علاقة له به.

ولعل اوضح مثال يمكن ذكره لهذه القاعدة اجبار الرجل زوجته على القدر المتيقن من الاستمتاع واحكام الزوجية، وليفرض ذلك في مثل النظر اليها بغير حجاب وبشهوة وتلذذ، فانه وان اعتيد التعبير عن هذا الحكم بالحق، إلا ان وضوح عدم قابليته - اقل ما يمكن فرضه من آثار الزوجية - للاسقاط، يكشف عن كونه اصطلاحاً مساحياً بلحاظ الغالب في الآثار والمتعارف في الاستمتاع، وانه حكم شرعي محض ليس للرجل التنازل عنه.

فان اتفاهم على جواز اجباره لها عليه مباشرة ومن غير حاجة لرفع أمره الى الحاكم الشرعي، ووضوح عدم مساواته لغيره في هذه الجهة كي يقال انه من باب النهي عن المنكر، يكشف عن ثبوت نوع احقية وألوية لمن له الحكم الخاص، في مطالبة من عليه الحكم الممتنع عن تنفيذه والتقيده به، فلاحظ وتأمل.

والحاصل: ان المنشأ من قبل المتعاقدين في مقام الاشتراط، ومفاد أدلة الامضاء ووجوب الوفاء شرعاً، ليس إلا الوجوب التكليفي بمعنى الفرض والتحتّم والجعل في العهدة والالزام به.

نعم، مقتضى الفهم العرفي وبناء العقلاء في سيرتهم العملية ثبوت حق الاجبار لمن له الحكم عند امتناع من عليه الوجوب من امثاله.

فحق الاجبار امر مقارن لثبوت الحكم وملازم للوجوب والتحتّم بمقتضى الفهم العرفي، وقد أقره الشارع المقدس بموجب عدم الردع عنه. ومن الواضح ان هذا غير الالتزام بكون المفعول بالانشاء حقاً للشارط في ذمة المشروط له، فان الفرق بينهما لا يكاد يخفى.

ومما ذكرناه يظهر انه لا مانع من الجمع بين الالتزام بثبوت حق الاجبار للمشروط له من جهة، وعدم جواز نقل ما ثبت بالشرط - المشروط - الى الغير من جهة اخرى - كما يظهر من كلماتهم ويساعد عليه الفهم العرفي - فانه وبمقتضى الحق الثابت للشارط مقارناً لانشاء التكليف بحسب بناء العقلاء، يثبت له إجبار الممتنع عن الوفاء عليه والزامه به قهراً، وبمقتضى كون المنشأ بالاشتراط حكماً محضاً لا يجوز ايقاع العقد عليه ونقله الى الغير.

ثم ان الفعل المشروط اتيانه قد يكون من افعال الجوانح محضاً، وأعني به ما يصدر من بعض الاطراف من دون توقف على فعل النفس كالاختبار أو قصد العنوان أو الامر أو التقرب، كما هو الحال في اكثر الاعمال لا سيما الحرفية كالخياطة والكتابة والبناء والنجارة ونحوها.

وقد يكون متوقفاً على الانشاء والاعتبار النفساني، كالبيع والاجارة والهبة ونحوها.

وقد يكون مما يتوقف على قصد العنوان أو الامر أو التقرب، كما هو الحال في الامور العبادية والصدقة ونحوها.

فان كان من قبيل الاول، فلا اشكال في الاجبار والعمل المجرى عليه، حيث يكفي في استيفاء الشارط لشرطه تحققه في الخارج كيفما كان.

وان كان من قبيل الثاني، فهل يجبره الشارط او الحاكم على ايقاعه ويسقط بذلك اعتبار رضاه واختياره في الانشاء، باعتبار كون الاكراه بحق، نظير ما يقال في اكراه المحتكر على بيع ما احتكره، ومع تعذره يقوم الحاكم مقامه في الانشاء بحسب ولايته على الممتنع، او يقوم الحاكم مقامه ابتداءً ومن دون حاجة لمحاولة اجباره؟ أوجه، بل اقوال، يتعرض اليها في مبحثي اعتبار الاختيار والرضا في الانشاء، وولاية الحاكم على الممتنع.

وان كان من قبيل الثالث، فان كان مما يحتاج الى قصد التقرب مع كون ذات العمل قابلاً للالزام والتحقق كالصدقة ونحوها، فقد يقال بجواز الزامه بالعطاء مع قيام الحاكم مقامه في قصد القرية، نظير ما يقال في الزامه بدفع الخمس والزكاة. وقد يقال بمباشرة الحاكم للعطاء والاخراج أيضاً.

وان كان مما يتوقف تحقق ماهيته على القصد، بحيث لا يمكن تحققه خارجاً من دونه ولا يصدق عليه العنوان إلا معه كالصلاة والصيام ونحوها، فلا مجال لفرض الاجبار، ولا معنى لقيام الحاكم مقامه في القصد، بل يتعين القول فيه بتعذر الشرط وانحصار حق الشارط معه في الخيار.



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

المسألة الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط.

لا اشكال ولا خلاف في ثبوت الخيار للمشروط له في العقود القابلة للفسخ عند امتناع المشروط عليه عن الوفاء وتعذر اجباره عليه، فانه حق له على هذا التقدير جزماً وقولاً واحداً عند كل من يلتزم بثبوت الخيار بمقتضى الشرط. إنما البحث والكلام في ثبوت هذا الحق في عرض جواز الاجبار ومقارناً له، بحيث يكون المشروط له مخيراً بينها بمحض امتناع المشروط عليه وتنصله عن الوفاء.

فقد اختلفت كلماتهم في المقام اختلافاً كثيراً، فمنهم من يرى ذلك، ومنهم من يصرح بكونه في طوله ومتفرعاً على تعذر الاجبار وعدم إمكان استيفاء الشرط منه ولو قهراً عليه.

فقد نقل في المكاسب عن العلامة (قده) في التذكرة قوله: «لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه آخر، أو يفرضه بعد شهر أو في الحال، لزمه الوفاء بالشرط، فان اخل به لم يبطل البيع، لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع وبين الزامه بما شرط»^(١).

وهو ظاهر عبارة شيخ الطائفة (قده) في المبسوط، حيث قال: «إذا اشترى عبداً بشرط أن يعتقه كان البيع والشرط صحيحين، لقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فاذا ثبت ذلك فالمشتري ان اعتق العبد فقد وفى بالشرط، وان لم يعتقه قيل فيه شيان:

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

أحدهما: يجبر عليه، لأن عتقه قد استحق بالشرط.
والثاني، لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار.
والثاني اقوى»^(١).

اللهم الا ان يقال بخروجه عن محل البحث، باعتبار أن الكلام في ثبوت حق الفسخ وعدمه بمحض الامتناع بالنسبة لمن يلتزم بجواز الاجبار، بحيث يكون النزاع في طوليته له أو عرضيته، فلا يكون الالتزام بثبوت الخيار مجرداً عن حق الاجبار مرتبطاً به.

في حين نقل الشهيد الثاني (قده) في الروضة عن بعضهم القول بأنه «يجب الوفاء بالشرط، ولا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله الى شرطه، لعموم الامر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، وقوله صلى الله عليه وآله: (المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله)».

فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن اجباره، رفع امره الى الحاكم ليجبره عليه - ان كان مذهبه ذلك - فان تعذر فسخ حينئذ ان شاء»^(٢).
ولا يبعد ان يكون هذا القول هو المشهور بينهم.

قال في الكفاية: «ولو اشترط شرطاً سائغاً في العقد وامتنع المشروط عليه، كان للمشروط له اجباره عليه، وان لم يمكن رفع امره الى الحاكم، فان تعذر كان له اختيار الفسخ، وهذا اقوى الاقوال في المسألة»^(٣).

وفي الحدائق: «لو امتنع من الوفاء بالشرط أثم وعوقب بتركه ووجب اجباره على ذلك، ولو لم يمكن اجباره رفع الامر الى الحاكم الشرعي ليجبره عليه - إن كان

(١) المبسوط كتاب البيوع ١ فصل في تفريق الصفقة واختلاف المتبايعين.

(٢) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٦.

(٣) كفاية الاحكام / كتاب البيع الفصل الخامس في الشروط.

مذهبه ذلك - وان تعذر فسخ ان شاء»^(١).

بل في الجواهر انه «لولا الاجماع ظاهراً على ثبوت الخيار في حال تعذر الاجبار، مضافاً الى خبر الضرار وخبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام...، لا يمكن عدم القول بثبوت الخيار اصلاً...

ومن ذلك يعلم ان المتجه الاقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار، ولعله حال تعذر جبره على الحاكم لا على من له الشرط»^(٢).

وفي المكاسب: «لا نعرف مستنداً للخيار مع التمكن من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً وقهراً...

ثم على المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الاجبار...»^(٣).

بل وقد ترقى المحقق الايرواني (قده) عن ذلك ليعتبر «عدم تعقل اجتماع حق الاجبار والخيار بمكان من الوضوح، فان الاجبار في موضوع عموم الشرط وشموله لما يصدر جبراً فلا يكون تخلف مهما امكن الفرد الاجباري منه، وموضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع افراده، وأنى يجتمع هذان الامران»^(٤).

أما المحقق النائيني (قده) فقد اعتبر هذه «المسألة بعينها هي المسألة السابقة باختلاف يسير وتفاوت في العبارة بل اعتبر ذكرها بعد تلك من قبل الشيخ الاعظم (قده) سهواً من قلمه رحمه الله»^(٥).

أقول: قد عرفت فيما مضى أن حقيقة الربط القائم بين الشرط والعقد المتضمن له تعود - في العقود القابلة للفسخ - الى تعلق الالتزام بذلك العقد على تحقق

(١) الحدائق الناضرة ج ١٩ ص ٦٩.

(٢) جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٢١٩.

(٣) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٤) تعلية الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٧.

(٥) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣٤.

الشروط ووجوده خارجاً.

وهذا يعني بطبعه ثبوت الخيار للمشتراط عند امتناع شرطه مباشرة ومن غير توقف على شيء، فانه مقتضى التعليق وقت الانشاء وربط الالتزام بالعقد به، حيث لا مبرر لتقييد جعلها بالعجز عن الاجبار.
هذا بناءً على المختار في ثبوت الخيار.

واما بناءً على مذهب المشهور من التمسك في اثباته بحديث نفي الضرر، او السيرة العقلانية كحكم تعدي غير ناشيء عن التعليق في مقام الانشاء، فلا يبعد تعيين القول بكون ثبوت الخيار في طول العجز عن الاجبار والزام المشروط عليه بالوفاء.

اما بناءً على التمسك بحديث نفي الضرر - كما هو مذهب المشهور من الاصحاب - فالامر واضح، فانه في فرض جواز الاجبار، وإمكان وصول المشتراط الى شرطه ولو بارغام الممتنع عليه، لا يكون الحكم بوجوب الوفاء بالعقد حتى مع امتناع المشروط عليه ابتداءً عنه حكماً ضرورياً، كي ينفي بالقاعدة ويلتزم بثبوت الخيار بمجرده.

نعم، وجوب الوفاء به حتى مع تعذر حمل الممتنع على الوفاء، حكم ضرري على المشروط له، فتشمله أدلة نفي الضرر جزماً.

وعليه فما عن المحقق الاصفهاني (قده) من «ان المانع من تحقق الضرر فعلية الاجبار لا جواز الاجبار، بل مرجع الجواز الى التمكن من رفع ضرر اللزوم، والمنفي هو الحكم الضرري لا الحكم الضرري الذي لا يتمكن من رافعه.

وبعبارة اخرى: مرجع جواز الاجبار الى إمكان تدارك ضرر اللزوم شرعاً، والمرفوع هو الضرر لا الضرر غير المتدارك، فيكون الخيار في عرض جواز الاجبار. ومما ذكرنا تعرف ما في تعليقه (قده) حيث قال رحمه الله: ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً او قهراً... الخ.

فان غاية مقتضاه انه كما لا ضرر مع العمل بالشرط اختياراً كذلك مع العمل

به قهراً، إلا أن الثابت مع الامتناع جواز الاجبار لا فعلية الاجبار المحقق للعمل، و لزوم العقد مع الامتناع ضرري، سواء جاز رفعه بالترخيص أم لا^(١).
وبعبارة أخرى : أن وجوب الوفاء بالعقد مع امتناع المشروط عليه عن الوفاء، حكم ضرري بحسب ذاته وطبيعته.

نعم، يتمكن المشروط من دفع الضرر عن نفسه والتخلص منه، باجباره عليه وارغامه على الوفاء، إلا أن كون الحكم في حدّ نفسه ضررياً شيء، وكون الضرر المتوجه اليه قابلاً للتفصي عنه والتخلص منه شيء آخر.

مما لا يمكن المساعدة عليه، فانه اذا كان احتمال تحقق الشرط من المشروط عليه وباختياره في المستقبل غير البعيد وامكانه، كافياً في عدم كون وجوب الوفاء الصادر من الشارع حكماً ضررياً، رغم عدم تلبسه بالوجود خارجاً، كان إمكان تحققه منه خارجاً ولو قهراً عليه، وبالتمسك بالقوة والاجبار - بعد فرض جوازه - كافياً في عدم كون وجوب الوفاء به حكماً ضررياً.

وذلك لما افاده الشيخ الاعظم (قده): «من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختياراً او قهراً»^(٢).

وإلا فلو لم يكن إمكان التحقق بالقوة والقهر كافياً في عدم كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً ضررياً، لم يكن إمكان تحققه اختياراً في المستقبل غير البعيد كافياً في عدم كون وجوب الوفاء بالعقد حكماً ضررياً أيضاً، وحيث أن التالي باطل بالبداهة والضرورة، لاستلزامه ثبوت الخيار من حين تحقق العقد مباشرة وبلا فصل، فالمقدم مثله.

وبعبارة أخرى: أن العرف كما لا يرى اللزوم مع التأخير البسيط عند تحقق

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٨.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

الشروط باختيار المشروط عليه في المستقبل غير البعيد، حكماً ضرورياً، لا يراه مع إمكان تحققه بالقهر والاكراه فيما لا يستلزم العسر والحرج على المشروط له كذلك. واما بناءً على التمسك بالسيرة العقلانية كدليل تعبدى، كما هو الحال في أكثر ابواب المعاملات بالمعنى العام الشامل للعقود والايقاعات، بدعوى ادراك العقل وقيام السيرة العقلانية ومن غير ردع من الشارع على ثبوت الخيار للشارط عند تعذر استيفائه للشروط، من غير تعليل ذلك بالتعليق في مقام الانشاء او الضرر او غيرها، فالامر كذلك أيضاً، أعني كون الخيار في طول تعذر قهر المشروط عليه على الوفاء واداء ما عليه.

فان بناء العقلاء دليل لبي، ويتعين الاقتصار فيه على المتيقن، وهو ما لو تعذر وصول حق المشترط اليه سواء عن طريق السلم واختيار المشروط عليه، أم بطريق القهر والجبر، فانه لا اشكال حينئذ في قيام السيرة العقلانية على ثبوت الخيار وجواز رفع الشرط يده عن الالتزام بالعقد.

واما لو تمكن المشترط من الوصول الى حقه باختيار المشروط عليه، أو رغم ارادته، من دون تكلف أو عسر عليه - المشروط له - فلا يرى العقلاء مبرراً لرفع اليد عن التزامه وابطاله لعهدته وميثاقه.

ويكفي في المقام الشك، إذ معه يتعين الرجوع الى اصالة اللزوم وادلة الوفاء بالعقد، باعتبار ان التمسك بادلة الخيار - حتى مع فرض كونها أدلة لفظية - يكون من التمسك بالعام في الشبهات المصادقية.

ومن هنا يظهر انه لا وجه لما اطلقه السيد الخميني (قده) من الحكم بانه «مع التخلف يثبت خيار التخلف عند العقلاء من دون توقف على التعذر، فبمجرد التخلف عن الشرط يثبت الخيار العقلاني، لتخلفه عن القرار والشرط»^(١).

فان العقلاء لا يحكمون بالخيار لمجرد تخلف المشروط عليه عن الوفاء طوعاً، مع إمكان تحقيقه قهراً عليه من غير عسر أو حرج بالنسبة للمشروط له، ويكفيها الشك في الحكم بكون الخيار في طول الاجبار.

نعم، بناءً على ما ذكرناه من كون مفهوم الشرط في مثل هذه الموارد هو تعليق الالتزام بالعقد على وجوب الشرط وتحقيقه من المشروط له، يتعين القول بمجرد التخلف، سواء أمكن الاجبار عليه أم لم يمكن، كما هو قضية التعليق وربط الالتزام بالعقد به.

فان حملة على خصوص مورد تعذر الاجبار وامتناع قهر المشروط عليه على الوفاء بالشرط، بعيد عن روح الشرط وظاهر القرار بينهما، لاسيما مع التفات الى عدم خلو الاجبار والقهر غالباً عن نوع من التكليف والاحراج للمشروط له.

ولا وجه لقياس الشرط بالعوضين، حيث التسالم بينهم على عدم جواز الفسخ بمجرد امتناع صاحبه عن تسليم ما انتقل اليه بالعقد.

فان الفرق بينهما لا يكاد يخفى، فانه لا تعليق في العوضين اطلاقاً، والخيار عند الامتناع من التسليم ثابت بمقتضى النص ونفي الضرر، فأين ذلك من تعليق الالتزام به حين الانشاء على وجوده وتحقيقه.

على «أن كلاً منها - المتعاقدين - ملك ما في يد الآخر ولا يخرج عن ملكه بعد تسليم صاحبه فيجبران على ذلك، بخلاف الشرط، فان المشروط حيث فرض فعلاً كالاتاق فلا معنى لتملكه، فاذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضاً نقضه»^(١).

وبعبارة اخرى: ان الوفاء يختلف باختلاف مقاماته، ففي مثل البيع الذي يكون مقتضاه الملكية، ويكون معنى الوفاء به الالتزام بالملكية الحاصل بمجرد العقد وابقائها على حالها، بعدم حلها أو رفع اليد عنها.

وأما في مثل الشرط والالتزام بشيء في ضمن العقد، فليس الوفاء به إلا القيام بمقتضاه وإيجاده خارجاً.

وعلى هذا الأساس لا يكون عدم تسليم العين في العقود المقتضية للملكية نقضاً لها ولفادها، في حين أن عدم إيجاد العمل في الخارج في مورد الشرط يعتبر نقضاً له ورفعاً لليد عنه.

مع أن ضرر صاحب العقد عند امتناع صاحبه الآخر عن تسليم ما انتقل إليه، متدارك بجواز امتناعه هو عن تسليم ما في يده إلى حين تسليم الآخر ما قابله في العقد، بخلاف الشرط، فإنه وبلحاظ عدم مقابله لشيء من العوض لا يكون الامتناع عنه مسوّغاً، لامتناع المشروط له عن تسليم ما في يده، فلولا جواز الخيار وفسخ العقد لا يكون الضرر متداركاً بشيء.

والحاصل: إن ثبوت الخيار في عرض جواز الإيجاب، بناءً على ما اخترناه من كون مفهوم الشرط في موارد قابلية العقد للفسخ، هو تعليق الالتزام به على تحقق الشرط، مما لا ينبغي التردد فيه.

وأما بناءً على مسلك الإعلام من التمسك بحديث نفي الضرر، أو بناءً على العقل في معاملاتهم، فالقول بكونه في عرض الإيجاب مشكل جداً، بل المتعين هو الحكم بكونه في طوله وفي فرض تعذر قهر المشروط له للمشروط عليه على الوفاء وإيجابه على الالتزام بالشرط.

المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟

يختلف تأثير تعذر الشرط في العقد المتضمن له باختلاف نوع الشرط، من حيث كونه شرط وصف في المبيع الشخصي أو شرط نتيجة أو شرط فعل، واختلاف حالتي التعذر من حيث كونه طارئاً على العقد أو حاصلًا حينه، واختلاف حالات المتعاقدين من حيث علمهما أو جهلهما به.

فان لكل فرع من هذه الفروع بحثه المختص به، ويستحسن بنا قبل الدخول في تحرير البحث المذكور في عنوان المسألة، التعرض - ولو اجمالاً - لتلك البحوث كتمهيد ومدخل للبحث المقصود في المقام.

فنقول: أما مع علم المتعاقدين بتعذر الشرط حال العقد، سواء في ذلك شرط النتيجة والوصف والفعل، كاشتراط نتيجة يعلمان بعدم تحققها بالاشتراط، أو وصف يعلمان عدم وجوده في المبيع، أو فعل يعلمان عجز المشروط عليه عن تحقيقه، فقد عرفت في بعض الابحاث السابقة عدم تجاوز ذلك لصورة الاشتراط، باعتبار عدم تأني القصد الجدي من العاقل بعد الالتفات الى العجز وعدم إمكان التحقق.

لكن ربما يقال فيه بكونه شرطاً فاسداً مع اقتضائه لفساد العقد المتضمن له أو عدمه.

وتفصيل الحديث موكول الى محله عند التعرض لأحكام الشرط الفاسد. وأما مع جهلهما أو جهل الشارط خاصة بالتعذر حال العقد، فان كان الشرط وصفاً حالياً في المبيع الشخصي، بأن اشترط امراً في المبيع المعين وكان يعتقد وجوده فيه ثم بان عدمه.

فقد عرفت ان مرجعه الى اشتراط الخيار، بمعنى تعليق الالتزام بالعقد وانهاية

بوجود ذلك الوصف في متعلقه. فإن كان موجوداً فهو متعهد به، ولا طريق له لرفع اليد عنه من طرف واحد. وإن كان مفقوداً كان بالخيار، بين قبوله للمبيع الفاقد له، وبين رفضه له ورفع يده عن العقد المقتضى لنقله إليه.

وإن كان الشرط نتيجة أو فعلاً للمشروط عليه، فقد تقدم في مبحث اعتبار القدرة على الشرط في صحته ونفوذه القول بعدم صحته، لاعتبار القدرة عليه حين العقد.

لكنك قد عرفت أنه مما لا يمكن المساعدة عليه، باعتبار أن ما ذكر له من الأدلة بين ما لا يتم في حد نفسه، وبين ما لا يرتبط باعتبار القدرة، بل يرجع إلى اعتبار أمر آخر، كنفي الغرر وما شاكله.

فالصحيح أن التعذر وعدم القدرة حال العقد مع فرض تمشي القصد والجد منها لجهلها بواقع الحال، ليس إلا كالتعذر الطارئ على العقد بعد فرض التمكن منه حينه.

وبذلك يكون الشرط صحيحاً ويترتب على تخلفه وتعذره الخيار. إذا عرفت ذلك، يقع الحديث في انحصار حق المشروط له عند تعذر الشرط، أو امتناع المشروط عليه من الوفاء بالشرط مع تعذر إجباره عليه كما عليه المشهور، أو حتى مع إمكانه كما هو المختار، في الخيار، بمعنى تخيره بين فسخ العقد ورفع اليد عنه، وبين امضائه كما هو عليه بتمام الثمن المسمى.

أو يمكن القول بثبوت الخيار له بين الفسخ والمطالبة بالارش في الموارد التي لا يعدّ الفعل المشروط اتيانه مალأً في حد ذاته، ولا يبذل بازائه بنفسه الثمن، كاشتراط عتق العبد المشتري ونحوه. أو بينه وبين اخذ بدل الشرط مثلاً، أو قيمة في الموارد التي يكون الفعل المشروط مალأً ويبذل بازائه في نفسه الثمن، كاشتراط الخياطة والكتابة ونحوها.

المشهور هو الاول «لعدم دليل على الارش، فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفاً وشرعاً إنها هي بين المالين والتقيد أمر معنوي لا يعدّ

المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟ ٢٢٩

مألاً، وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه، وثبوت الارش في العيب لاجل النص»^(١).

وبسط الكلام في المقام يستدعي الحديث في موردين:-

الاول: في ثبوت الارش في موارد تعذر ما لا يعدّ مألاً في حدّ ذاته.

الثاني: في جواز اخذ بدل الشرط فيما يعدّ مألاً في نفسه.

اما المورد الاول فقد نسب الشيخ الاعظم (قده) الى «ظاهر العلامة (قده)

ثبوت الارش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فان امتنع من تدبيره تخير

البائع بين الفسخ واسترجاع العبد، وبين الامضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيّمته بشرط التدبير.

ومراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة التفاوت الى القيمة

لا تمام التفاوت، لان للشرط قسطاً من الثمن، فهو مضمون به لا بتمام قيمته، كما نص عليه في التذكرة»^(٢).

وكيف كان، فقد استدلل لثبوت الارش عند تعذر الشرط بوجوه:-

الاول: ما ذكره العلامة (قده) وتبعه عليه الصيمري رحمه الله من أن للشرط

قسطاً من الثمن، فيكون مضموناً عند تخلفه.

وقد رده الشهيد الاول (قده) في الدروس: «بان الشروط لا يوزع عليها

الثمن»^(٣).

وقد اوضحه الشيخ الاعظم (قده) بما عرفته من «ان الشرط في حكم القيد لا

يقابل بالمال، بل المقابلة عرفاً وشرعاً إنما هي بين المالين، والتقييد أمر معنوي لا يعد

(١) و(٢) المكاسب / الطبعة المجرية ص ٢٨٥.

(٣) الدروس ج ٢ ص ٣٤٣.

مالاً، وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه».

وبعبارة أخرى: أن الأوصاف «لا تقابل بالمال، ولا يقع بازائها جزء من الثمن أو الأجرة، وإنما هي تستوجب زيادة بذل المال بازاء العين، فتؤثر في ازدياد الرغبة الى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بازائها من دون أن تقابل بنفسها بشيء». إذا فلا مقتضى للمطالبة بالتفاوت بين القيمتين.

ولو سلمنا المقابلة كان لازمها تقسيط الاجرة لا المطالبة بالارش.

وتوضيحه: ان الارش الثابت في باب خيار العيب ليس معناه استرداد جزء من الثمن الواقع بازاء وصف الصحة، بحيث يبقى البائع مشغول الذمة بسبب تخلف هذا الوصف، وإنما يثبت الارش ويضمن البائع بنفس مطالبة المشتري لا بفقد ذاك الوصف، بحيث لو فرضنا ان المشتري لم يطالب ولو لاجل انه لم يعلم بالعيب الى ان مات لم تكن ذمة البائع مشغولة بشيء، لما عرفت من عدم مقابلة هذا الوصف بجزء من الثمن.

فضمان التفاوت بين الصحيح والمعيب المعبر عنه بالارش حكم جديد ثبت بنفس المطالبة، وبها تشتغل الذمة ومن ثم لم يختص بجزء من الثمن، بل عليه الخروج عن عهدة هذا الضمان من أي مال كان.

فلو كان المناط في هذا الضمان المقابلة المزعومة المزبورة لزم استرداد جزء من نفس الثمن، طالب المشتري ام لا، علم بالعيب ام لا، لأن هذا المقدار من المال لم يملكه البائع من الاول.

وهذا كما ترى لم يلتزم به أحد جزماً، لتطابق النص والفتوى على اناطة الضمان بالمطالبة، وجواز الدفع من أي مال كان، فلا جرم كان هذا حكماً تعدياً مختصاً بمورده وهو البيع ولا ينسحب الى غيره»^(١).

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ١٤٩ - ١٥٠.

المسألة الرابعة: هل يحق للمشتري له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟ ٢٣١

الثاني: «ادراج المورد تحت عنوان العيب، لأن المبيع مثلاً لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، وتعذره يوجب نقصاً في المبيع»^(١).

وبعبارة أخرى: ان اشتراط الصفة الحالية او العمل في متعلق العقد يوجب اضافة ذلك الوصف او الفعل اليه، بحيث يكون المتعلق هو المتاع - مثلاً - بوصف انضمامه الى ذلك الفعل أو تلك الصفة.

وهذا اللحاظ يكون تعذره موجباً لورود النقص عليه، وهو ما يعني العيب فيه، ولا خلاف في ثبوت الارش في موارد العيب.

وقد رده المحقق الاصفهاني (قده): «بأن العيب المقتضي للأرش ليس كل نقص، بل نقص وصف الصحة»^(٢).

على انك قد عرفت فيما تقدم من كلام السيد الوالد (رحمه الله) أن ثبوت الارش حتى في مورد نقص وصف الصحة حكم تعدي مختص بمورده وهو البيع، ولا ينسحب الى غيره من الموارد كي يشمل مطلق موارد تخلف الشرط، وان سلمنا كون مرجعه الى نقص وصف النتيجة.

والحاصل: انه «كما ترى حكم تعدي مخالف للقاعدة قد ثبت في خصوص البيع بالنص الخاص، فاللازم الاقتصار عليه، ولا موجب للتعدي عن مورده بعد عدم الدليل عليه»^(٣).

الثالث: ما ذكره المحقق الاصفهاني (قده) من «ان الشرط وإن لم يكن مقابلاً لأحد العوضين في عالم الانشاء، لكنه مقابل لمقدار من العوض في عالم اللب، ولا منافاة بين القيدية في مرحلة الجزئية في مرحلة أخرى، إنما التنافي بينهما في مرحلة

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٣) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ١٥٠.

واحدة»^(١).

وقد اجاب عنه (قده) بقوله: «انه لا حقيقة للمعاملة والمقابلة إلا في مرحلة التسبب المعاملي الى ملكية شيء بعوض، والسابق على هذه المرحلة لا شأن له إلا شأن المبادئ المؤدية الى إيقاع المعاملة، ويستحيل ان تؤدي تلك المبادئ الى ما يناقها جزئية وقيدية»^(٢).

والى واقع هذا الجواب يرجع ما افاده السيد الخميني (قده) بقوله: «انه إن كان المراد بالمقابلة في عالم اللب انه يقع معاوضة في عالم اللب ومعاوضة أخرى في عالم الظاهر فهو بمكان من الضعف، ضرورة انه لا يرجع شيء من المعاملات العقلانية الى معاملتين ومعاوضتين، فلا معاوضة إلا الانشائية الظاهرية، وفيها لم يقع الشرط مقابلًا بشيء من الثمن كما اعترف به:

مع ان لازمه الرجوع بها قابله لا الارش...

وإن كان المراد أن القيم في الاعيان تختلف بحسب الشروط، وأن لها دخالة في ازدياد القيم ونقصانها، كما هو المراد من قولهم: «للشرط قسط من الثمن» فهو مسلم، لكن لا ينتج ما هو المقصود من اثبات كون الارش على القاعدة»^(٣).

الرابع: ما ذكره المحقق الاصفهاني (قده) أيضاً بقوله: «ان الواقع بازاء بعض العوض ليس هو متعلق الشرط ليلزم الخلف، بل بازاء نفس الشرط، بمعنى انه إنما بذل عشرة دراهم بازاء الكتاب مع انه لا يوازيه بحسب المالية الأ خمسة دراهم، لمكان الالتزام بالخيطة، ففي الحقيقة يكون بذل الخمسة الزائدة على مالية الكتاب في قبال الالتزام.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٠٩.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٣) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالأرض عند تعذر الشرط؟ ٢٣٣

وعليه فبذل الزائد في قبالة الشرط كالهبة بازاء الهبة، فكما أن الموهوب لا عوض له، وإنما العوض لنفس الهبة، كذلك الخيطة لا عوض لها، والعشرة دراهم لا مقابل لها إلا نفس الكتاب، لا ان بذل الخمسة بازاء نفس الالتزام بالخيطة^(١). وفيه: انه بعد فرض تماميته في حد نفسه، لا يقتضي استحقاق صاحب الشرط للخمسة الزائدة وثبوت حق ارجاعها له عند تعذر الخيطة، وذلك لعدم مقابلتها هي بنفسها بشيء من المال إطلاقاً - كما هو صريح الدعوى - وإنما المقابل للخمسة الزائدة عن مالية الكتاب هو الالتزام بالخيطة، وقد تحقق بنفس قبول الشرط في ضمن قبول العقد المتضمن له.

وبعبارة أخرى: ان المقابل للزيادة هو التزام المشروط عليه بالخيطة وهو امر قد تحقق بنفس قبوله للعقد المشروط، فلا مبرر للالتزام بالأرض وإن لم يتحقق متعلق ذلك الالتزام في الخارج.

على انه لا يتم في نفسه، ويستحيل تحقيقه «في شخص هذه المعاملة، لأن الملحوظ بالاستقلال في مقام تعويض شيء بشيء نفس العوضين، وأما التعويض فلا يعقل أن يكون معوضاً بعوض في هذه المعاوضة بل في معاوضة أخرى يكون هذا التعويض فيها طرفاً ملحوظاً استقلالاً^(٢)».

وبعبارة أخرى: انه لا مجال لوقوع جزء أحد العوضين - جزء الثمن - مقابل التعويض القائم بين العوضين، او الاشتراط التابع له - التعويض - فانه امر غير معقول، باعتبار ان الملحوظ بالاستقلال في مقام مبادلة شيء بشيء ومعاوضته به إنما هو نفس العوضين دون ما هو ناشئ عن ذلك، فضلاً عما هو تابع له. نعم، لا بأس بملاحظة ذلك استقلالاً في معاوضة أخرى وجعله طرفاً وبذلاً فيها.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩ - ١٦٠.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

الخامس: ما اختاره المحقق الايرواني (قده) من «ان التقييد وان لم يكن بنفسه مالا لكن الذات على صفة التقييد مال يبذل بازائه بما له من التقييد المال، فان الكتابة مجردة وان لم تكن مالا لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة وبما هو كاتب مال يبذل بازائه المال، وهذا عين معنى تقسيط الثمن، ولا يعتبر في التقسيط كون المقسط عليه اذا لوحظ مجرداً مالا، وإلا لم يقسط الثمن على الاجزاء ايضاً، لان كل مركب فهو مركب من اجزاء غير متمولة ومع ذلك المجموع بما هو مجموع مال ويبذل الثمن بازاء الاجزاء مجتمعة»^(١).

وفيه: ان وجود القيد واشتغال الذات على الوصف الموجب لكثرة الرغبة اليها، او الانصراف والاعراض عنها، لا يوجب إلا زيادة قيمة الذات وماليتها او نقصانها، من دون أن «يقع بازائها جزء من الثمن او الأجرة وإنما هي - الصفات الكهالية - تستوجب زيادة بذل المال بازاء العين، فتؤثر في ازدياد الرغبة الى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بازائها من دون أن تقابل بنفسها بشيء.

إذا فلا مقتضى للمطالبة بالتفاوت بين القيمتين»^(٢).

بل ان استرجاع جزء من العوض مع التحفظ بتام العوض المقابل في مقام انشاء المعاوضة والمبادلة بتام العوض، من الجمع بين العوض وقسط من العوض، وهو منافي لمقتضى العقد وما تم الاتفاق عليه.

ومنه يظهر ما في قوله (قده): «وهذا عين معنى تقسيط الثمن».

وأما تنظيره رحمه الله للمقام بالاجزاء ونقضه بها بقوله: «وإلا لم يقسط الثمن على الاجزاء ايضاً، لان كل مركب فهو مركب من اجزاء غير متمولة».

فلا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه، ذلك لما حققناه في محله، من عدم انقسام الموجود الواحد - متعلق العقد - الى اجزاء فعلية كثيرة، محصورة او غير محصورة، فانه

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٧.

(٢) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ١٤٩.

امر على خلاف الوجدان جداً، وانما هو امر واحد بسيط تعلق العقد به بوجوده وقوامه، غاية الامر انه قابل للانقسام اليها بلحاظ ما يقتضي التجزئة والتخصيص. نعم، لو كان متعلق العقد مركباً من اجزاء فعلية منفصلة بعضها عن بعض كبيع الشياه جملة، او الشاة والخنزير اذا بيعا صفقة - على ما استشهد به هو (قده) - كان الثمن مقسماً عليها لا محالة، وكان له وبلحاظ مقابلته للثمن أقساط فعلية أيضاً.

السادس: ما ذكره المحقق الايرواني (قده) أيضاً بقوله: «هب أن التقيد لا يتمول لكنه داخل في المبيع، وضم المال بغير المال في البيع لا يوجب وقوع مجموع الثمن بازاء المال، بل يبطل البيع بمقدار ما أوقع من الثمن بازاء غير المتمول، كما في ضم الخنزير الى الشاة في البيع، ومقتضاه في المقام استرداد ما قابل الشرط من الثمن وبطلان الشرط رأساً»^(١).

وفيه: انه من القياس مع الفارق جداً، فان الخنزير قد لوحظ في مقام الانشاء جزءاً من المبيع واتفقا على ان يكون بازائه جزءاً من الثمن، على ما هو قضية عطف احدهما على الآخر، وجعلها معاً في قبال الثمن بموجب حرف الباء في قوله: بعثك هذا وهذا براءة دينار مثلاً.

وأين هذا من الاشتراط الذي لا يقع بازائه شيء من العوض اطلاقاً على ما عرفته تفصيلاً؟

وبالجملة: فالذي يتحصل مما تقدم انه لا مبرر للالتزام بالارش في موارد تخلف الشرط وتعذره في المقام.

فان الارش اما ان يكون تعديداً ثابتاً بالنص، كما هو الحال في موارد خيار العيب.

واما ان يكون ثابتاً على القاعدة، بمعنى استرجاع جزء من العوض نتيجة

فقدان جزء من المعوض .

وثبوت الاول في المقام يتوقف على ثبوت التعبد وقيام الدليل عليه، وهو مفقود، لما عرفت من اختصاصه بالعيب وعدم ثبوته في غيره.

وثبوت الثاني يتوقف على وقوع المقابلة في مقام المعاوضة بينه وبين الثمن، وهو غير ثابت بل غير متحقق، فان الشروط - نفس القيد - خارجة عن حيز المعاوضة، ولا يقع بازائها شيء من الثمن، والتقييد وان كان داخلاً في المعاملة إلا انه لا يقع بازائه شيء، ولم يقع في الانشاء في حيز المقابلة بمقتضى مفاد الباء، فلا وجه لجعل شيء من الثمن بازائه.

وقد عرفت الحال فيما ورد في كلماتهم لاثباته.

واما المورد الثاني، أعني اشتراط ما يكون ذا مالية في حد ذاته من الافعال والادوار، بحيث يبذل بازائه بنفسه المال كالحياطة والكتابة ونحوهما.

فقد قيل فيه - عند تعذر الفعل أو الوصف - بالتخير بين فسخ العقد واسترداد الثمن المسمى، وبين ابقائه على حاله ومطالبة من عليه الشرط بقيمة الوصف واجرة العمل.

إلا ان المشهور بين الاصحاب انحصار حق صاحب الشرط في الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً.

قال الشيخ الاعظم (قده): «لو كان الشرط عملاً من الشروط عليه يعدّ مالاً ويقابل بالمال - كحياطة الثوب - فتعذر، ففي استحقاق الشروط له لأجرته، وبجرد ثبوت خيار له، وجهان.

قال في التذكرة: لو شرط على البائع عملاً سائغاً، تخير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته وكان مما يتقوم، كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغاً، فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري. و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ والامضاء مجاناً، انتهى.

وقال أيضاً: لو كان الشرط على المشتري، مثل ان باعه داره بشرط أن يصبغ

له ثوبه فتلف الثوب، تخير البائع بين الفسخ والامضاء بقيمة الفائت إن كان مما له قيمة، وإلا مجاناً، انتهى.

والظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم في نفسه - سواء كان عملاً محضاً كالخياطة، أو عيناً كمال العبد المشترط معه، أو عيناً وعملاً كالصبغ - لا ماله مدخل في قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك.

وما ذكره (قده) لا يخلو عن وجه، وإن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بانفسهما كون الشرط مطلقاً قيداً غير مقابل بالمال، فإن المبيع هو الثوب المخيط، والعبد المصاحب للمال، لا الثوب والخياطة، والعبد وماله، ولذا لا يشترط قبض ما بازاء المال من النقدين في المجلس لو كان من أحدهما^(١).

أقول: أما ما افاده الشيخ الاعظم (قده) اخيراً وجهاً لعدم استحقاق صاحب الشرط للقيمة أو الاجرة، فهو بعيد عن اثبات المدعى، ولا يرتبط به.

وذلك لان ما افاده (قده) إنما يصلح وجهاً لنفي استحقاق صاحب الشرط للأرض، بمعنى استرداده لجزء من الثمن المسمى بازاء الشرط المتعذر، فانه حينئذ يمكن أن يقال: بان الشرط لما لم يكن مقابلاً بالمال مطلقاً، باعتبار ان المعاوضة لا تقتضي إلا مبادلة العوضين بانفسهما، لم يكن وجه لاسترداد جزء من الثمن عند تعذره وامتناعه.

وأين ذلك من الحكم باستحقاقه عند تعذر الشرط لقيمة الصفة أو أجرة العمل، اللذين ملكهما باشتراطهما في ضمن العقد الصحيح.

فانه لا ملازمة بينهما في النفي اطلاقاً، ولا يلزم من نفي الاول الحكم بنفي الثاني أيضاً.

كما لا وجه لتعليل نفي الثاني بعدم مقابلة الشرط في مقام المعاوضة بالمال، فان

ثبوته - على تقدير القول به - ليس بملاك مقابلته بالمال في مقام المعاوضة، كي يكون اختيار عدمها موجباً للقول بعدمه.

وإنما هو على تقدير القول به بملاك كونه امراً متمولاً - كما هو المفروض - ومملوكاً للمشروط له، فيكون تعذره وامتناعه مضموناً على المشروط عليه.

وكيف كان، فالظاهر ان الحق في المقام مع المشهور، القائلين بانحصار حق المشروط له عند تعذر شرطه في الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً، ومن دون أن يكون له أي حق في المطالبة بقيمة الشرط أو أجرته.

بل لم اجد في كلمات الاعلام توجيهاً لما اختاره العلامة (قده) وبياناتاً لمستنده، حتى ان الشيخ الاعظم رحمه الله رغم تعليقه عليه بانه لا يخلو عن وجه، لم يتعرض لبيان وجهه.

نعم، اختاره صريحاً السيد الخميني (قده) حيث قال: ان «جميع الشروط التي لها مالية وللمشروط له حق متعلق به، يجبر الحاكم المشروط عليه على ايجاده، ومع عدم الامكان يجبره على اعطاء خسارته، فلو شرط خياطة ثوب خاص فاتفقه، يؤخذ منه قيمة الثوب والخياطة، أو قيمة الثوب المحيط، وكذا الحال في نظائره»^(١).

وقال أيضاً: لو «شرط اعطاء عين موجودة كان عاجزاً عن اعطائها، فان الظاهر في هذا القسم الرجوع الى العوض ان كان الشرط مالياً، فان الشرط في المساليات يثبت به حق مالي على الطرف، والحكم الوضعي لا يتوقف على القدرة، فللشارط حق خياطة هذا الثوب واعطاء ذلك المال، فمع تعذره يرجع الى العوض في مثل شرط الخياطة، أي العمل الذي له مالية، والى قيمة حقه فيها اذا تعلق الشرط باعطاء ما له قيمة وكان موجوداً ولكن تعذر تسليمه، فان للحق في مثله قيمة يصح الرجوع اليها، فلا مورد للارش في امثال الفرض»^(٢).

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٣.

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٥.

وقد علله في غير مورد من كلامه بقيام السيرة العقلانية عليه، وبناء العقلاء على اعتبار مثل هذه الشروط حقاً، وستعرف الحال فيه.

والذي ينبغي أن يقال: ان الشرط المتمول إن كان أمراً كلياً غير متخصص بخصوصية من حيث مورده أو فاعله، كاشتراطه خياطة الثوب من دون حصرها بقطعة معينة أو تقييدها بمباشرتها هو بنفسه، فلا مورد لفرض التعذر كي يبحث فيه عن جواز اخذ الاجرة منه، فان تعذرها في قطعة معينة أو منه مباشرة لا يوجب تعذر الشرط؛ كما هو واضح.

وكذا الحال لو كان الشرط متخصصاً من حيث المورد أو الفاعل في مقام الذكر، وعلمنا من القرائن الحالية أو المقالية كون ذكر تلك الخصوصية من أجل انطباق الكلي المطلوب على ذلك الفرد، ومن دون ان يكون له وبها هو فرد ذو تخصص خصوصية تحصر المطلوب به، فانه ملحق بسابقه، بل هو في الحقيقة من افراده ومصاديقه، إذ لا عبرة بذكرها في مقام التلطف بعد العلم بعدم ارادتها في الواقع وعدم القصد اليها في مقام الانشاء.

نعم، بناءً على جريان الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه من الوفاء بشرطه - كما هو المختار - يجري الحديث عن جواز اخذ قيمة الوصف أو اجرة العمل فيه، ولو كان كلياً أو ملحقاً به أيضاً، إلا ان الظاهر فيه هو عدم الجواز لما ستعرفه.

واما اذا كان الشرط أمراً مشخصاً ومعيناً من حيث المورد والفاعل، كاشتراط خياطة القطعة المعينة من القماش من قبل المشروط عليه مباشرة، مع فرض العلم بارادة الخصوصية في مقام الانشاء، فالظاهر هو انحصار حق المشروط له عند تعذر الشرط، أو امتناع المشروط عليه من الوفاء مع عدم إمكان الاجبار كما عليه المشهور، أو حتى معه كما هو المختار في الخيار، بين إبطال العقد وفسخه وبين امضائه بتهام الثمن مجرداً عن الشرط، من دون أن يكون له حق المطالبة بالاجرة أو القيمة.

والوجه فيه: هو عدم الدليل عليه، فان مفاد الشرط سواء أكان حكماً تكليفاً محضاً كما هو المختار، أو حقاً وملكاً ناقصاً للمشروط له كما عليه جملة من الاعلام، لا

يكون ملكاً للمشروط له على حد سائر الاملاك، فانه انما يستحق على المشروط عليه العمل او الصفة - وهو ما يعبر عنه بالملك الناقص - من دون أن يملكه عليه في ذمته، وإلا للزم مقابله بشيء من المال وجزء من العوض المقابل لضميمته لا محالة. ولعل هذا هو مقصود الشيخ الاعظم (قده) فيما نقلناه من كلامه سابقاً من ان: «مقتضى المعاوضة بين العوضين بانفسهما كون الشرط مطلقاً قيداً غير مقابل بالمال» فلاحظ.

واما دعوى قيام السيرة العقلانية وبناء العقلاء على استحقاق المشروط له القيمة والاجرة في موارد تعذر الشرط المتمول في عرض حق الفسخ - كما جاء في كتاب البيع - فلا يمكن المساعدة عليها، وعهدتها على مدعيها. ذلك ان السيرة العقلانية وبناء العقلاء ليس نصاً اجتهادياً يمكن فرض اختلاف الاعلام في استنباط الحكم منه والاجتهاد في مدلوله، وإنما هي ادراك وجداني يجده كل فرد في تعامله، واحساس يلتفت اليه في قلبه وضميره. ومن هنا فمراجعة الوجدان خير شاهد على انحصار الحق في الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً وعدم استحقاق الاجرة.

ويكفينا الاستشهاد على ما ذكرناه - وان كان يكفينا الشك فيه في عدم ثبوته - ذهاب جلّ الاعلام بل كلهم باستثناء العلامة (قده) الى عدم استحقاق المشروط له للأجرة، فكيف يمكن أن يدعى قيام السيرة على الاستحقاق مع اختيار فطاحل العلماء لخلافه؟.

إذاً فالصحيح هو الالتزام بانحصار حق المشروط له عند تخلف الشرط، سواء بالتعذر او الامتناع، بالخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً في جميع الموارد، وسواء أكان الشرط مما يتمول في حد ذاته أم لم يكن كذلك، على ما هو المشهور بين الاصحاب، ولا مبرر للالتزام بالارش او استحقاق الاجرة في شيء منها.

المسألة الخامسة: عدم منع خروج العين عن سلطان المشروط عليه من ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط.

خروج العين عن سلطنة المشروط عليه:

قد يكون حقيقياً، كما هو الحال في موارد تلف العين واقعاً.

وقد يكون عرفياً، بمعنى اعتبار اهل العرف للعين تالفة وحكمهم بذلك على

الرغم من وجودها حقيقة، كما هو الحال في موارد غرق العين في اعماق البحار بحيث لا يمكن اخراجها، او ضياعها في البراري.

وقد يكون بخروجها عن دائرة سلطان تصرفه وارادته، كما هو الحال في موارد

الغصب، أو انتقالها الى الغير بعقد لازم أو جائز، أو نتيجة تعلق حق الغير بها كموارد الاستيلاء والرهن.

أما في مورد تلف العين حقيقة، فقد يقال بامتناع ثبوت الخيار عقلاً عند تعذر

الشرط، بدعوى ان الخيار «حق متعلق بالعين، كحق الرد والاسترداد، فلا خيار مع التلف، إذ لا مردود فلا رد»^(١).

وبعبارة أخرى: ان الخيار اذا كان حقاً متعلقاً بالعين لم يكن وجه لثبوته عند

تلفها، إذ لا معنى لثبوت حق استرجاع العين المعدومة، فان المعدوم لا يقبل العود.

وكذا الحال بناءً على القول بتعلقه بالعقد نفسه، فانه اضافة قائمة بين

العوضين، فتعدم بانعدامهما أو انعدام أحدهما، ومعه فلا يبقى مجال لتعلق حق الفسخ به.

إلا انه لا مجال للمساعدة عليه.

والوجه فيه كونه مبنياً على الالتزام بكون الخيار حقاً متعلقاً بالعين دون العقد،

وكون حقيقته صلاحية استرجاع العين.

وهو امر لا يساعد عليه التحقيق اطلاقاً، إذ قد عرفت فيما سبق كونه حقاً

متعلقاً بالعقد دون العين، وكون واقعه ومفاده حق إبطال العقد ورفع اليد عنه.

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

فان معه لا وجه للقول بامتناع فسخه عند تعذر متعلقه.

ذلك ان العقد بالمعنى المصدري - المبدأ الحامل للنسبة الناقصة المضافة الى الفاعل - وان كان فعلاً حقيقياً وامراً متأسلاً يصدر من فاعله في آن ثم ينعدم وينصرم، ومعه فلا يبقى مجال لتعلق حق الفسخ به.

إلا انه - العقد - وبمعنى اسم المصدر - المبدأ العاري عن جميع النسب والمتحقق بعد الانشاء والايجاب والقبول - امر اعتباري له وجود استمراري بمعزل عن وجود العوضين وعدمهما، على ما هو الشأن في جميع الامور الاعتبارية، فان وجوب الحج الثابت في ذمة المكلف لا يرتفع بانعدام المكلف نفسه وموته، بل تبقى ذمته مشغولة به رغم تلف جسمه الذي هو الحيث لتعلق التكليف.

وما ذكرناه هو المصحح لاثبات ان الغير بالعمل نيابة عنه عند عجزه عن القيام به بنفسه أو موته.

بل لا مانع من الالتزام بشمول الحكم في مرتبة الانشائية للمعدوم ابتداءً، على ان يصل الى مرتبة الفعلية بعد وجوده وتحقق الشرائط المعتبرة فيها منه.

بل ويتحقق العقد في بيع الكلي في الذمة حتى مع عدم وجود العوضين في حينه، بان يبيع احدهما عشرة ابطال من الخنطة الى صاحبه بالف دينار مع عدم ملكية كل منهما لما ثبت عليه في حينه، بل وحتى مع عدم وجودهما في الخارج في ذلك الوقت اطلاقاً مع فرض القدرة على التسليم في ظرفه.

وتوهم كون ذلك لأجل فرض كل من المتعاملين للملكية ما ينتقل منه الى صاحبه لنفسه، ومن ثم اعتبار نقله الى صاحبه بازاء العوض المعين المتفق عليه، وإلا لامتنع تحقق مفهوم البيع ومبادلة المال بالمال.

مدفوع بعدم تحقق الملكية بصرف الاعتبار في بناء العقلاء وسيرتهم، ولذا لا يرتبون عليه سائر آثار الملك واحكامه، كتعلق الحقوق الشرعية من الاخماس والزكوات، وتحقيق الاستطاعة والغنى ونحوهما.

والحاصل: ان الامور الاعتبارية لما كانت تتلبس بالوجود بصرف الانشاء

المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟ ٢٤٣

والاعتبار مطلقاً - التكليفية والوضعية - لا تكون تابعة في البقاء لموضوعها أو موردها، بل تبقى مستمرة في الوجود حتى مع انعدامها.

وان كان الامر كذلك، فلا مانع من تعلق الفسخ به، بمعنى ابطاله في مقام الاستمرار ورفع وجوده الاعتباري، حتى مع ارتفاع موضوعه قبل ذلك.

ثم لو قلنا بكون الخيار حقاً متعلقاً بالعين ذاتها والتزمنا بكون مفاده وحقيقته حق استرجاع العين، كان الامر كما افادوه، لانتفاء مورد الاسترجاع بتلف العين، ولذا التزم الاصحاب بانتفاء الجواز الحكمي المتعلق بالعين عند تلفها، كجواز الرجوع في الهبة، إلا انه امر بعيد عن الصواب كما عرفت.

هذا كله في فرض التلف الحقيقي للعين.

واما في الموردين الآخرين - اعني التلف العرفي، أو خروج العين عن حدود تصرف المشروط عليه بغصب أو نقل أو تعلق حق الغير بها - فقد يقال فيها ايضاً بامتناع الفسخ عند تعذر الشرط، لعدم امكان ارجاع كل من العوضين الى ملك صاحبها وما كانا عليه قبل العقد.

إلا انك وعلى ضوء ما قدمناه في المورد السابق، تعرف انه لا أساس لذلك، فان العقد امر اعتباري له وجود استمراري بمعزل عن جود متعلقه وعدمه.

فللمشروط له في جميع تلك الموارد حق فسخ العقد وابطاله، وبعده يسترد عين ماله الذي انتقل عنه اذا كانت موجودة خالية من الموانع، وإلا يستحق على صاحبه بدلها مثلاً او قيمة بحسب اختلاف الموارد.

ثم ان هذا كله فيما اذا لم يكن تصرف المشروط عليه في العين بالرهن أو الاستيلاء أو النقل اللازم أو الجائز، منافياً للشرط المأخوذ في العقد مباشرة، وذلك كالتصرف باحد الانحاء المذكورة في العين المباعة بشرط خياطه الثوب مع تعذر الشرط.

واما اذا كان التصرف منافياً للشرط نفسه، كبيع ما اشترط وقفه أو عتقه، فهل يحكم بصحته ونفوذه ويكون للمشروط له خيار تخلف الشرط، او يكون التصرف

مراعئ ومعلقاً على اجازته، أو يحكم ببطلانه من رأس ويجبر المشروط عليه على الوفاء بالشرط؟. وجوه:

قال العلامة (قده) في القواعد: «ولو باعه - العبد المبيع بشرط العتق - أو وقفه أو كاتبه، تخير البائع بين الفسخ والامضاء»^(١).
وفي مفتاح الكرامة تعليقاً عليه: «كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والروضة، لان الشرط لم يحصل، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام»^(٢).

وهو كما ترى ظاهر في حمل كلام العلامة (قده) على الاحتمال الاول، أعني تخير المشروط له في فسخ العقد المتضمن للشرط وامضائه.

وهو صريح عبارة الروضة حيث ذكر تعقيباً على قول الماتن (قده): «ولو شرط عتق المملوك جاز، فان اعتقه والا تخير البائع» قوله: «بين فسخ البيع وامضائه، فان فسخ استرده، وان انتقل قبله عن ملك المشتري»^(٣).

إلا ان عبارة الدروس وعبارة جامع المقاصد مجملة تحتل ذلك وتحتل غيره.
قال في الدروس: «ولو أخرجه - العبد المشروط عتقه - عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف فللبائع فسخ ذلك كله»^(٤).
وهو كما ترى الى الثاني - ثبوت الخيار للمشروط له في التصرفات المنافية - أقرب منه الى الاول - الخيار في اصل العقد -.

وقال في جامع المقاصد: «الذي ينبغي أن يقال: ان المشتري شرعاً ممنوع من

(١) قواعد الاحكام / كتاب المتاجر / الفصل الثالث في الشرط / الفرع الثالث.

(٢) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤٢.

(٣) الروضة البهية ج ٣ ص ٥٠٦.

(٤) الدروس ص ٣٤٣.

كل تصرف ينافي العتق المشروط»^(١).

وهو الى الاحتمال الأخير اقرب منه الى غيره.

وفي المكاسب: «خيرها - الوجوه - أوسطها، فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه والزامه بالوفاء بالشرط»^(٢).

ووافقه عليه المحقق النائيني (قده) حيث قال: «المتجه ما افاده (قده) من ان خير الاقوال اوسطها.

وحينئذ لو اجاز صحت العقود المترتبة ويسقط حقه الثابت بالاشتراط، لما ذكرنا من ارجاعها الى اسقاط الشرط والرضا بالعقد بدونه، ولو ردّ العقود اللاحقة تنفسخ كلها ويجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط بعد انفساخ العقود المترتبة، فلا موجب للخيار كما لا يخفى»^(٣).

وقد خالف في ذلك السيد الطباطبائي (قده) حيث اختار البطلان من رأس - القول الأخير - باعتبار «تعلق حق الشرط به وكون التصرف في متعلق حق الغير، نظير بيع العين المرهونة، فان حق الرهانة مانعة عن صحته. ووجهه: خروج الملك عن الطلقة، فلا يقال المفروض كونه ملكاً للمتصرف، فلا وجه لعدم نفوذ تصرفه، لانه اذا تعلق حق الغير به فله في هذا المال شيء وعليه سلطنته، إلا ان سلطنته اضعف من سلطنة المالك»^(٤).

وتبعه على ذلك المحقق الايرواني (قده) حيث علق على كلام الماتن (قده)، بقوله: «بل خيرها أخيرها، لوقوع العقد حال تعلق حق الغير، والاجازة اللاحقة من

(١) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٣.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٣) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤١.

(٤) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ١٣٢.

٢٤٦..... الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود / ج ١

ذي الحق لا تجديده، سواء كانت الاجازة من ذي الحق اسقاطاً لحقه، أو إنفاذاً للمعاملة، مثل اجازة المالك.

اما على الاول فواضح، لان نفاذ الحق لا يجدي بحال العقد في حال ثبوت العقد.

واما على الثاني، فلأن العقد حين وقوعه لو لم يشمله دليل الصحة فكيف يشمله بعد حين، إلا على تقدير ثبوت العموم الازماني في الدليل، وهو باطل.

واما بيع الفضولي فعنوانه يتغير بالاجازة ويصير عقداً للمالك بعدما لم يكن عقداً له، فيدخل في عنوان الدليل وهو عقد المالك بعد ان كان خارجاً عن عنوانه قبلاً، فعدم الشمول هناك من باب التخصص لا التخصيص.

نعم، يتوجه النقض بعقد المكره اذا أجاز^(١).

أقول: احتمالات المسألة بل واقواها وإن لم تكن محصورة في الثلاثة التي ذكرناها، حيث يجد المتتبع لكلماتهم احتمالات واقوال كثيرة تتراوح بين الصحة مطلقاً والبطلان كذلك.

كالتفصيل في التصرف المنافي بين العتق وغيره، فلا يبطل الاول لبنائه على التغليب، فيرجع المشروط له على المشروط عليه بالقيمة، وبين غيره فيبطل. وكالقول بان للمشروط له امضاء عقده الاول مع طلب فسخ ما نقله المشروط عليه.

الى غير ذلك مما ورد في كلماتهم، إلا ان العمدة التي يدور حولها الحديث هي الثلاثة التي نقلناها.

وكيف كان، فالاقوى من تلك الاقوال هو الاول.

والوجه في ذلك: أما على ما اخترناه من كون مفاد الشرط حكماً تكليفاً محضاً،

(١) تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٨.

فواضح جداً، فـ«أن الوجوب التكليفي وحرمة المخالفة لا تنافي الصحة الوضعية لو خالف، ومن ثم لم يكن النهي المولوي التكليفي المتعلق بالمعاملة موجباً لفسادها. إذاً فننفوذ الشرط لا يستوجب قصر السلطنة وزوالها، لعدم كون ذلك من شؤون النفوذ ومقتضياته.

فلو خالف في المقام - اشتراط الوكالة في العقد - وعزل فقد صدر العزل من اهله وفي محله من حيث الوضع، فلا مانع من ترتب الاثر عليه، وكذا في مسألة الطلاق ونظائره»^(١).

وبعبارة أخرى: «إذا اشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المال المشتري من غيره، فإن غاية ما يترتب على هذا وجوب الوفاء به، وقد عرفت انه لا ينافي صحة البيع وامضائه على تقدير تحققه في الخارج، فلا بد في الحكم بفساده من التماس دليل آخر، وإلا لكان مقتضى الاطلاق صحته وترتب الاثر عليه»^(٢).

فانه «إذا كان النهي مولوياً ودالاً على حرمتها ومبغوضيتها، فقد عرفت انه لا يدل على فسادها بوجه، سواء أكان متعلقاً بأحد جزئي المعاملة أو بكلا جزئيه»^(٣).
على ان ثبوت الحرمة للتصرف المنافي «مبني على مقدمة عدم الضد لوجود الضد، لمضادة التصرف مع العتق المشروط الواجب ايجاده، وقد حقق في الاصول انه لا مقدمة لعدم الضد للضد، فلا يحرم التصرف»^(٤).

ومنه يظهر ما في تعليل جامع المقاصد - المتقدم - للبطلان بقوله: «ان المشتري شرعاً ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشروط».

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٤٦٤.

(٢) محاضرات في اصول الفقه ج ٥ ص ٤٤.

(٣) محاضرات في اصول الفقه ج ٥ ص ٤٤.

(٤) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

فان ثبوت الحرمة التكليفية شرعاً أول الكلام، وعلى تقديره فاقتضاؤها للبطلان في حيز المنع جداً.

واما بناءً على مذهب جملة من الاعاظم من ثبوت الحق بالاشتراط، فغاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع والبطلان هو ما افاده السيد الطباطبائي (قده) وأوضحه المحقق الايرواني (قده).

وحاصله: أن الاشتراط لما كان موجباً لثبوت حق للمشروط له في متعلق العقد - العين - كان تصرف المشروط عليه تصرفاً في متعلق حق الغير، فلا يؤثر في حينه، لعدم كونه طلقاً.

ولا يؤثر بعد الاجازة أيضاً، باعتبار انها انها تعتبر لتحقيق الانتساب الصادر من غير اجازة الى المجيز، ولاظهار الرضا المعتبر في النقل - وهو ما يعبر عنه بالانفاذ - كما هو الحال في العقد الفضولي.

وحيث لا مجال لانتساب العقد - في المقام - حتى بالاجازة الى المشروط له، باعتبار انه لا يملك المبيع على أي تقدير، فلا وجه بتأثيرها في النفوذ.

نعم، يمكن ان يقال: ان الاجازة في المقام ترجع الى اسقاط المشروط له لحقه وشرطه.

إلا انه لا ينفع في تصحيح ما كان حين صدوره وتحققه متعلقاً لحق الغير.

وفيه: أولاً: التقض بعقد المكره اذا لحقته الاجازة، فانه يصح اتفاقاً مع ان الاجازة فيه لا تؤثر في انتساب العقد اليه، لتحققه قبلها، ولا تنفع في تأثير العقد بعد وقوعه حال الاكراه.

وقد تظن المحقق الايرواني (قده) لهذا الاشكال، فذكره في نهاية كلامه من دون أن يتعرض للتعليق عليه وبيان كيفية التخلص منه.

وثانياً: وهو العمدة في دفع الاشكال - ان الاجازة ليست من أجل تصحيح خصوص الانتساب، كي يقال بعدم تحققه بعدها في المقام، أو حصوله قبلها في عقد المكره، بل هي من أجل جبر الحيث الناقص في العقد واتمامه باكمال المقتضي أو رفع

للسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الشرط؟ ٢٤٩

المانع - على ما هو محقق في محله - فتكون الاجازة في المقام مؤثرة في رفع المانع عن الصحة.

وبعبارة اخرى: ان المانع من تأثير العقد في المقام لو فرض، فليس هو سوى حق البائع الشارط، وإلا فالمفروض كون العقد مستجمعاً لجميع شرائط الصحة والنفوذ.

فاذا فرضنا ارتفاع هذا المانع بالاجازة اللاحقة، تم تأثير العقد على القاعدة وشمله دليل الامضاء.

نعم، قد يقال في المقام: ان تعلق حق المشروط له بالعين نتيجة الاشتراط وان لم يكن يستوجب الحكم بالبطلان مطلقاً، إلا انه لا سبيل للحكم بصحة التصرف اللاحق من غير اذنه واجازته، إذ لا سلطان لاحد على مال الغير، ملكاً كان او حقاً، وهو ما عرفته من الشيخ الاعظم والمحقق النائيني (قدس سرهما).

إلا انه مردود بان متعلق حق المشروط له - بناءً على ثبوته - إنها هو الفعل دون العين، فالشارط لا يكون له بالاشتراط إلا حق العتق - مثلاً - وأما العين نفسها فهي اجنبية عن حقه بالمباشرة.

نعم، هي متعلق العتق الذي هو متعلق الحق، لكن ذلك لا يوجب إناطة التصرفات فيها باجازة صاحب الحق في الفعل.

ألا ترى ان الخيار هو حق فسخ العقد، ولا يناط شيء من التصرفات في متعلق العقد - العين - باذن صاحب الخيار واجازته.

فانه ليس ذلك إلا لما عرفته من تعلق الحق بالفعل بعيداً عن العين ذاته، وان كانت هي متعلقاً لذلك الفعل المتعلق به الحق، لعدم ايجاب ذلك حقاً للمشروط له في العين نفسها.

نعم، لا يحيص عن الالتزام بتوقف نفوذ التصرف اللاحق على اجازة صاحب الحق فيما يكون الحق فيه متعلقاً بالعين مباشرة، كما هو الحال في حق الرهانة، فان العين تكون بذاتها وثيقة للدين ومتعلقاً لحق المرتهن، فلا يصح التصرف فيها من دون

اجازته.

إلا انه أين ذلك من حق الشرط أو الخيار، حيث يكون متعلق الحق فيهما هو الفعل خاصة.

وبالجملة: فالذي يتحصل مما تقدم ان المتعين في المقام هو الحكم بالصحة مطلقاً، لعدم اقتضاء الشرط حتى بقاء على القول باقتضائه لثبوت الحق للمنع عن التصرفات المنافية له، ومعه لا وجه للحكم بتوقفها على الاجازة اللاحقة، فضلاً عن الحكم بالبطلان من رأس.

المسألة السادسة: قابلية الشرط للاسقاط.

لا ينبغي الاشكال في قابلية الشرط للاسقاط، بمعنى رفع الشارط يده عن الالتزام والفرض اللذين جعلهما على عهدة المشروط عليه، وجعله في حل من التعهد والالتزام.

وبرفعه ينتفي موضوع الحكم الشرعي بوجوب الوفاء ولزوم الكون عنده، لوضوح تفرعه على وجود الالتزام وبقاء الشرط.

وعلى ما ذكرناه السيرة العقلانية القطعية، بل والتسالم القطعي من الاصحاب، حيث لم ينسب الى احد نفيه مطلقاً، وإن وقع الخلاف بينهم في بعض الجزئيات لخصوصية فيه. ومعه فلا يمكن المساعدة على ما افاده المحقق الايرواني (قده) من انه «لا دليل على ان كل حق قابل للاسقاط، ودليل السلطنة على المال لا يقتضي السلطنة على الحق لا لفظاً ولا بالفحوى، ودليل المؤمنون لا يشمل الاسقاط لأنه التزام ابتدائي»^(١).

على ان القابلية للاسقاط هي المائز الوحيد بين كون التكليف او الوضع حقاً أو حكماً بالمعنى الاخص، فلا يمكن تصور حق غير قابل للاسقاط.

(١) تعلية الايرواني على المكاسب ج ٥ ص ٦٨.

وعلى كل حال فأصل الحكم مما لا ينبغي التردد فيه او الكلام حوله.
نعم، هناك بعض الموارد الخاصة قد وقع الخلاف فيه بينهم في جواز إسقاط
الشرط ورفع الشارط يده عن الزامه لاعتبارات خاصة، نتعرض للحديث عنه
ودراسته.

المورد الاول: شرط النتيجة

يستثنى من القاعدة العامة التي ذكرناها شرط النتيجة، فانه لا يقبل
الاسقاط.

والوجه فيه: توقف الاسقاط على بقاء الشرط والحق، فاذا انتفيا ولو من جهة
تحقق الوفاء من المشروط عليه واستيفاء المشروط له لحقه، فلا موضوع للاسقاط ولا
مورد للتنازل.

وعليه فحيث ان اشتراط النتيجة يوجب تحققها - فيما يقبل التحقق
بالاشتراط - بنفس العقد ومقارناً له، - فلا حق للمشروط له على المشروط عليه كي
يتنازل عنه بالاسقاط.

وبعبارة اخرى: ان المشروط له يستوفي حقه من المشروط عليه بمجرد تامة
العقد المتضمن للشرط، ومعه لا يبقى له في ذمته شيء كي يسقطه ويتنازل عنه.

واما ذكرناه في التعليق أولى مما افاده المحقق الاصفهاني (قده) من أن «شرط
النتيجة تارة يكون شرط ملكية مال شخصي، وأخرى يكون شرط ملكية مال كلي...
فان كان شرط ملكية مال شخصي فهو مما لا يقبل الاسقاط، لان مورد الحقوق
دون الاملاك، وكذلك لا يقبل الابرء، لان مورد المال الذمي لا الخارجي.

وان كان شرط ملكية مال كلي فهو لا يقبل الاسقاط، لما مر، لكنه يقبل

الابراء، لتحقيق موضوعه»^(١).

فان شرط النتيجة لا ينحصر امره بالملك، بل يشمل جميع ما هو من قبيل الحاصل والنتائج وان لم يكن ملكاً، كاشتراط كون المال وقفاً، او كون المملوك حراً، او المرأة زوجة، او الزوجة مطلقة أو غيرها، بناء على عدم توقعها على اسباب معينة شرعاً.

نعم، قد يقال بكونها أيضاً نظير الملك فلا تقبل الاسقاط.

إلا ان للتأمل في بعضها أو كلها مجالاً.

وكيف كان فما ذكرناه من تحقق الاستيفاء وارتفاع الموضوع أولى في التعليل مما افاده رحمه الله.

ومن الواضح ان ما ذكرناه لا يجري في اشتراط الوصف الفعلي في العين الشخصية، ككون العبد رومياً أو كاتباً.

فانك قد عرفت فيما سبق ان الالتزام والالتزام لما لم يكونا تحت قدرة المشروط عليه، لم يكن لهما معنى معقول غير جعل الخيار وحق الفسخ، وإلا فالوصف ان كان موجوداً لم يكن للالتزام به اثر، وان كان مفقوداً لم يكن الالتزام به موجداً له. فالمعقول في اشتراط الوصف الحالي في العين الشخصية هو جعل الخيار وتعليق الالتزام بالعقد عليه.

ومن هنا، فحيث ان الخيار حق للمشروط له عند تخلف الوصف، كان اسقاطه قبل اعماله، ورفع اليد عنه والتنازل منه، بمكان من الامكان.

والحاصل: ان تخلف الوصف يجعل للمشروط له حقاً في فسخ العقد ورفع اليد عنه، فللمشروط له اسقاطه والتنازل عنه قبل اعماله وتنفيذه.

ومنه يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني (قده) بقوله: «كما ان الامر

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦١.

كذلك - لا معنى لاسقاط الحق فيه - في شرط الصفة، فاسقاط الحق منحصر في شرط الفعل^(١).

المورد الثاني: ما له مالية في نفسه من الافعال

ظاهر كلام الشيخ الاعظم (قده) عدم الفرق في شرط الفعل بين ما لا مالية له في نفسه كاشتراط الوقف والعتق، وبين ما له مالية كذلك كاشتراط الخياطة والكتابة، فان الشرط في الجميع قابل للاسقاط اذا اراد الشارط التنازل عن حقه. قال رحمه الله: «للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط، لا مثل اشتراط مال العبد أو حمل الدابة، لعموم ما تقدم في اسقاط الخيار وغيره من الحقوق، وقد يستثنى من ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له كالعتق...

وبالجملة: فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل، أو يتصدق به عليه»^(٢).

إلا ان المحقق الاصفهاني (قده) لم يرتض ذلك، والتزم بالتفصيل بين ما لا مالية له من الافعال كالبيع والوقف والعتق، فيقبل الاسقاط لكونه حقاً للمشروط له، وبين ما له مالية في حد نفسه كالخياطة ونحوها، فلا يقبل الاسقاط، لكونه ملكاً له، والملك لا يقبل الاسقاط.

قال رحمه الله: «وشرط الفعل تارة يكون شرط عمل يقابل بالمال كالخياطة، واخرى شرط عمل لا مالية له كالعتق...

وان كان شرط عمل مالي فهو قابل للابراء دون الاسقاط، لأن المال الكلي

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٣٦.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

مملوك في ذمة المشروط عليه كما في ذمة الاجير.

وان كان شرط عمل غير مالي فهو قابل للاسقاط، لانه مستحق له.

فقد تبين ان مورد الاسقاط هو هذا الاخير دون غيره»^(١).

وقد اورد عليه السيد الخميني (قده) بأن «الظاهر عدم الفرق بين الشروط المالية كالخياطة، وغيرها كالبيع والعتق، لأن للمشروط له حقاً على الفعل في الفرضين وله اسقاطه.

بل لو قلنا: بأن الشروط المالية موجبة لاشتغال الذمة بالمال، فلو اشترط عليه اعطاء عشرة دنانير او خياطة الثوب اشتغلت ذمته بهما، كان له ايضاً اسقاط الاعطاء والعمل، لانها متعلقان للشرط وله حق العمل وإنما ينتزع الاشتغال منه، فله اسقاط حقه فيسقطان من ذمته تبعاً، كما تشتغل بهما تبعاً، وله ابراء ذمته عما اشتغلت به فيسقط الحق استلزماً.

بل لا يبعد ان يكون له الغاء الشرط، فيسقط الحق وتبرأ الذمة، فان الشرط قرار ثابت للمشروط له، ولا سلطان للمشروط عليه بالنسبة اليه، فللمشروط له في جميع الموارد الغاء شرطه وحل قراره، كما ان للمتبايعين الاقالة وحل قرارها بحسب الحكم العقلاني، لان القرار بينهما لا يجاوزهما، فكما لهما عقده لهما حله، وكما ان زمام الشرط لو كان بيدهما كان لهما حله كذلك للمشروط له حله والغاؤه، لان زمامه بيده عرفاً لا بيد المشروط عليه.

ففي شرط الفعل مطلقاً له حل الشرط وله اسقاط الحق الثابت به من غير فرق بين المتعلقات، وله ابراؤه على القول بان الشرط المتعلق بالماليات موجب للاشتغال.

والقول بعدم صحة الاسقاط إلا في الشروط غير المالية ساقط حتى على

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦١.

القول بالاشتغال»^(١).

اقول: الظاهر ان الحق في المقام مع الشيخ الاعظم (قده). والوجه فيه ما عرفته فيما تقدم، ويأتي تفصيله في بعض المباحث القادمة من ان الاشتراط بالمعنى المصدري امر متأصل وفعل حقيقي يحصل في آن ثم ينتهي، ومعه فلا يبقى موضوع للاسقاط أو البراء أو الالغاء.

ولا نقصد بالاشتراط - المعنى المصدري - هو القرار في مرحلة التلفظ، بل المقصود به ما هو فعل النفس، أعني القرار والاعتبار النفساني، وما يعبر عنه بعدم تحقق المفهوم.

فلا يرد علينا ما ذكره السيد الخميني (قده) رداً على المحقق النائيني (قده) حين وافق الشيخ الاعظم (قده) في اعتبار التنجيز في العقد، معللاً إياه بـ«ان اليجاد سواء كان اعتبارياً أو تكوينياً يستحيل أن يعلق على شيء، أي كما لا يمكن ان يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدواً، فكذلك يستحيل أن يكون انشاؤه استثناء واخباره به معلقاً على شيء».

فان ايجاد المعنى باللفظ اما لا يحصل واما أن يحصل مطلقاً، فوقع اليجاد معلقاً مرجعه الى التناقض»^(٢).

بقوله: «والانشاء غير التلفظ بالالفاظ الموقعة له، والتلفظ من التكوين ولا يعقل تعليقه، بخلاف الانشاء والايقاع الذي هو امر اعتباري نظير الايجاب والتلفظ بلفظ دال عليه.

ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بينها، فوقع في ما وقع»^(٣).

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ١ ص ١١٢.

(٣) كتاب البيع ج ١ ص ٢٣٣.

على ان المحقق النائي (قده) لا يقصد بالانشاء الا القرار الذي هو فعل النفس دون التلفظ، وهو رحمه الله أجل شأناً من ان يخلط بين التلفظ والانشاء، فانه لا يليق باصاغر الطلبة فضلاً عن علم التحقيق والاستنباط.

والحاصل: ان الشرط بالمعنى المصدري امر قار ومتأصل يحصل في لحظة ثم ينعدم وينصرم، فلا يتصور فيه الاسقاط.

واما الشرط بمعنى اسم المصدر والحاصل من الاشتراط، فقد عرفت أن حقيقته هو اللزوم وتحتّم الوجود مع فرض الخيار عند التخلف، فهو حكم ثابت للمشروط له على المشروط عليه، وامره بيده، فله اسقاطه والتنازل عنه متى شاء ذلك قبل تحقق الوفاء، بلا فرق فيه بين كون متعلقه بما لا مالية له في حد ذاته كالبيع أو العتق، أو بما له مالية كذلك كالخياطة والبناء.

فان السيرة العقلانية - المحكمة في امثال المقام - لا تشهد لأي فرق بين الموردين، من حيث نوع الحكم والآثار والحقوق المترتبة عليها.

ودعوى حصول الملك في الموارد التي يكون الشرط فيها ذا مالية بحد ذاته. لا يدعمها دليل، فان تحقق الملك يحتاج الى السبب، وليس في المقام إلا الشرط، وقد عرفت انه لا يقتضي الملك. على ان القول بالملك فيما له مالية في نفسه، يستلزم القول به فيما لا مالية له أيضاً.

وذلك لعدم انحصار الملك وتحقيق الاضافة المالكية بما له مالية في حد نفسه، فانه كما يتحقق في ذلك يتحقق في غيره أيضاً على حد واحد، فكما يصح ملك المن من الحنطة، يصح ملك الحبة الواحدة أيضاً، بل المملكان على حد سواء من حيث الملكية والاضافة.

وبالجملة: فما افاده المحقق الاصفهاني (قده) من التفصيل بين ما لا مالية له في حد ذاته فيصح فيه اسقاط الحق، وما له مالية كذلك فلا يصح الاسقاط فيه، لا يمكن المساعدة عليه.

ومما ذكرناه يظهر الحال في إمامنا السيد الخميني (قده) في المقام، فانه لا مجال للإبراء والالغاء حتى مع الالتزام بكون الثابت بالاشتراط - الحاصل من المصدر - حقاً للمشروط له في ذمة المشروط عليه.

فان الثابت بالانشاء - على هذا التقدير - ليس إلا اللزوم الوضعي المستقر في ذمة المشروط عليه والمتعلق بالخطيطة مثلاً خاصة، وهو حق قابل للاسقاط. اما الإبراء فيتوقف على اثبات كونه مآلاً للمشروط له، وملكاً في عهدة المشروط عليه، ولا دليل عليه اطلاقاً، ومعه فلا مبرر لقوله: «والملك قابل للإبراء» فانه لا ملك كي يقبل الإبراء.

واما الغاء القرار فهو مفهوم عام يختلف باختلاف موارد، فانه إن كان القرار قراراً عقدياً كان الغاؤه بحل العقد وفسخ المعاهدة بالاقالة، وإن كان القرار قراراً ضمناً وشرطياً - بمعنى اسم المصدر والحاصل منه حيث يتصور فيه البقاء والاستمرار - فالغاؤه يكون باسقاطه ورفع اليد عن اللزوم الحاصل.

إذا فليس وراء اللزوم الحقيقي - على تقدير تسليمه - أمر آخر يغيّره يكون هو الشرط كي يكون قابلاً للالغاء، بل ليس الغاء الشرط إلا تعبيراً آخر عن اسقاط اللزوم الحقيقي.

ومعه فلا وجه لقول (قده): «والشرط قابل للالغاء».

المورد الثالث: العتق.

المعروف بين القدماء من الاصحاب انه يجتمع في مثل اشتراط العتق حقوق ثلاثة: حق البائع بالشرط، وحق الله تبارك وتعالى لكون العتق قريباً، وحق العبد لرجوع منفعة الشرط اليه.

ومقتضى ذلك عدم جواز اسقاط الشرط والتنازل عنه بعد العقد، لانه وإن اقتضى سقوط حق البائع نفسه، إلا انه لا مبرر لسقوط الحقين الآخرين فانها

خارجان عن سلطنة المشروط له.

قال في المكاسب: «للمشروط له إسقاط شرطه اذا كان مما يقبل الاسقاط، لا مثل اشتراط مال العبد وحمل الدابة، لعموم ما تقدم في اسقاط الخيار وغيره من الحقوق.

وقد يستثنى من ذلك ما كان حقاً لغير المشروط له كالعتق، فان المصرح به في كلام جماعة - كالعلامة وولده والشهيد وغيرهم - عدم سقوطه باسقاط المشروط له. قال في التذكرة: الاقوى عندي ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حق لله وحق للبائع، وحق للعبد.

ثم استقرب بناءً على ما ذكره مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتري. وفي الايضاح: الاقوى انه حق للبائع والله تعالى، فلا يسقط بالاسقاط. وفي الدروس: لو اسقط البائع الشرط جاز إلا العتق، لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به، انتهى.

وفي جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرية والعبادة وهو حق الله تعالى، وزوال الحجر وهو حق للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقرية وهو حق للبائع. انتهى (١). وقد خالف فيه المتأخرون من الاعلام تبعاً لبعض المتقدمين، فالتزموا بانحصار الحق فيه للبائع خاصة.

وقد ذهب اليه من القدماء العلامة (قده) في القواعد، حيث قال: «لو باعه العبد بشرط العتق مطلقاً أو عن المشتري صح، والا قرب انه حق للبائع لا الله تعالى، فله المطالبة به، ولو امتنع المشتري تخير البائع في الفسخ والامضاء لا اجبار المشتري» (٢).

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

(٢) قواعد الاحكام / كتاب المتاجر / الفصل الثالث في الشرط / الفرع الثالث.

وهو الصحيح، والوجه فيه ما افاده الشيخ الاعظم رحمه الله بقوله: «وأما كونه حقاً للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر المطلوب للشارع فهو واضح. وأما كونه حقاً للعبد، فانه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك، فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، بل هو متفرع على حق البائع، دائر معه وجوداً وعدماً. وان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع. وبالجمله: فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل، أو يتصدق به عليه، ولم يذكر أحد ان لزيد المطالبة. ومما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى، فانه إن اريد به مجرد وجوبه عليه، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار في كل شرط، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالاسقاط.

وإن 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 المحاكم، ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم، وقد عرفت ان المطلوب غير هذا^(١). والحاصل: ان المراد بحق العبد ان كان انتفاعه بالشرط، فهو أمر مسلم ولا يقبل الانكار، فان فائدة الشرط تعود اليه، حيث يتحرر ويملك أمر نفسه، إلا ان مجرد هذا لا يعني ثبوت حق وضعي بالمعنى الاخص له، بحيث يكون له مطالبة المشروط عليه به والزامه بالوفاء والكون عنده.

وإلا للزم القول بثبوت الحق لكل اجنبي عن العقد يكون ذا مصلحة في الاشتراط، كاشتراط البائع على المشتري بيع المتاع عليه بأدون من ثمن المثل، او

التصدق به عليه، بل وفي مثل اشتراط خياطته لشوبه.

بل وينبغي القول به في مثل اشتراط رعي الماشية والدابة، بل واشتراط سقي الاشجار والبستان.

ولا اظن احداً يلتزم بشيء من ذلك.

على ان حق الاجنبي حتى على تقدير القول به، إنما هو من فروع حق البائع وتوابعه، فيثبت ما دام الاصل باقياً، فاذا سقط فلا موضوع لبقاء الفرع.

واما حق الله تبارك وتعالى، فان اريد به وجوب الوفاء المتوجه على المشروط عليه فهو مسلم، إلا انه لا يختص بالعتق ونظائره، بل يعم الشروط جميعها.

وإن اريد به كونه محبوباً لله تعالى، فهو لا علاقة له بالاشتراط بل ثابت قبله أيضاً، فان امثال العتق مطلوب في نفسه ومع قطع النظر عن اشتراطه، بل الاشتراط لا يؤثر فيه شيئاً.

إذاً فالصحيح انه ليس هناك فرق بين العتق وما عداه من الشروط، فان الحال في جميعها واحد، وامر الشرط في الكل بيد المشروط له، وليس للاجنبي حق فيه وان كان منتفعاً بالشرط.

وعليه فاذا رفع المشروط له يده عن شرطه وأسقطه، سقط الشرط حتى ولو كان ذلك هو العتق، من دون أن يكون للعبد او الحاكم حق في مطالبته به، فضلاً عن الزامه وإجباره.

المسألة السابعة: اشتراط ما هو جزء للمبيع حقيقة.

اتفقت كلمات الاعلام على عدم مقابلة الشرط بشيء من العوض، وانه لا يتقسط عليه وعلى المبيع نفسه، بل الثمن بتمامه يكون بأزاء المبيع فقط، كما تقتضيه بقاء المقابلة في الانشاء، ويكون دور الشرط دور المؤثر في الرغبة فيه زيادة ونقصاناً الموجبة لزيادة الثمن او نقصانه، فلا فرق في ذلك بين الشرط شرط فعل او نتيجة، او وصف ذاتي او عرضي، ما لم يكن ذلك من ذاتياته ومما يتوقف عليه قوامه كالذهبية بالنسبة للجسم الاصفر والانسانية في المملوك، لأنه حينئذ يخرج التعهد به عن

الشرطية الى القيدية.

كما اتفقت كلماتهم على تقسيط العوض على اجزاء المبيع الشخصي المعين، كأن يبيعه الموسوعة من الكتب بثمان معين ثم ينكشف نقصان بعض اجزائها، إذ لا ينبغي الاشكال في بطلان البيع بالنسبة الى الجزء المفقود ورجوع ما قابله من الثمن الى المشتري، مع ثبوت الخيار له في فسخ العقد في الباقي لتبعض الصفقة.

ومنه بيع ما يملك وما لا يملك، وبيع ما يملكه البائع وما لا يملكه صفقة، حيث يبطل العقد بالنسبة الى ما لا يملك وما لا يملكه البائع، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ من رأس والقبول بالباقي بحصته من الثمن.

وقد اختلفت كلماتهم فيما كان جامعاً للوصفين معاً، فيشترط ما هو جزء للمبيع حقيقة، كأن يبيعه الارض بشرط كونها ثلاثة جربان، او الصبرة على انها ثلاثون صاعاً، ثم ينكشف نقصانه وتختلف الشرط.

فمنهم من رجّح جانب الشرطية فيه، فالحقه بالفرض الاول وحكم بعدم تقسيط الثمن عليه، وان المشروط له مخير بين فسخ العقد وامضائه بتمام الثمن، كالعلامة في القواعد، وولده السعيد في الايضاح، والشهيد في محكي حواشيه والميسية، والسبزواري في الكفاية، والشهيد الثاني في المسالك، والكركي في جامع المقاصد، واختاره من المتأخرين الايرواني في تعليقه، والسيد الخميني في البيع.

قال في القواعد: «لو باعه متساوي الاجزاء على انه قدر معين فزاد، فالزيادة للبائع ولا خيار للمشتري، ولو نقص تخير المشتري بين الفسخ والامضاء بقدر حصته من الثمن... والاقرب ان للبائع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ والامضاء في الجميع في متساوي الاجزاء أو مختلفها، وللمشتري الخيار في طرف النقصان فيهما بين الفسخ والامضاء بالجميع»^(١).

(١) قواعد الاحكام / كتاب المتاجر / الفصل الثالث في الشرط.

وفي جامع المقاصد: «وجه القرب: ان المبيع هو العين الشخصية موصوفة بكونها مقداراً مخصوصاً بالثمن المعين، وبفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعاً، ولا يختلف في ذلك متساوي الاجزاء ومختلفها»^(١).

ومنهم من رجح جانب الجزئية، والحقه بالفرض الثاني، وانه يتقسط عليه الثمن، ويتخير المشروط له بين فسخ العقد وامضائه بحصة الباقي من الثمن.

وهذا القول هو المشهور بين الاصحاب، ذهب اليه شيخ الطائفة في المبسوط، والمحقق في الشرائع، والعلامة في بعض كتبه، والشهيدان في الدروس والروضة، والحلي في السرائر، واختاره الشيخ الاعظم في بعض فروع المسألة، والمحقق الاصفهاني مطلقاً.

قال في المبسوط: «اذا اشترى صبرة على انها مائة كر فاصاب خمسين كراً، كان المشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن، وان شاء فسخ البيع»^(٢).

وقال المحقق (قده): «لو باعه ارضاً على جربان معينة فكانت اقل، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع، وبين اخذها بحصتها من الثمن»^(٣).

وفي الدروس: «ولو اخبره بالقدر فنقص او زاد، تخير فيأخذ بالحصة مع النقص ان شاء»^(٤).

وفي المكاسب: «الاقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الامضاء، وفاقاً للاكثر، لما ذكر سابقاً من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع»^(٥).

(١) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٤.

(٢) المبسوط / كتاب البيوع / فصل في بيع الصبرة / المسألة العاشرة.

(٣) شرائع الاسلام ج ٢ ص ٢٩.

(٤) الدروس ص ٣٣٧.

(٥) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

وقال المحقق الاصفهاني (قده): «ان جزء ذات المبيع اذا اخذ بنحو الاشتراط لا يخرج عن كونه جزءً ملحوظاً كسائر الاجزاء مقابلاً للثمن، حيث لا فرق في الغرض المعاملي النوعي المتعلق باشتراء ذات الاجزاء بين جزء منها وجزء آخر، بعد وضوح ان المبيع ليس هو الجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعيين الموجب لصيرورته جسماً تعليمياً، كما انه لا غرض نوعاً في شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ معه تعيين ما فليس تعيين الجسم امراً زائداً على الغرض النوعي حتى يؤخذ بنحو الاشتراط الذي هو شأن التابع، كما في مال العبد بالاضافة اليه، أو حمل الدابة بالاضافة اليها»^(١).

ومنهم من توقف في الحكم فعنون المسألة وذكر اختلاف الاصحاب فيها على قولين من غير تعليق عليها، كالمحقق النائيني (قده)، فانه قد تعرض الى تنقيح محط النزاع بين الاعلام بشيء من التفصيل وذكر ما هو خارج عن حريمه، وخص مورد به بالشرائط التي تكون ذات حيثيتين وتشتمل على جهتين كالمقادير، ثم تركه من دون تعليق عليه او بيان للمختار فيه»^(٢).

وقد حاول بعض الاصحاب الجمع بين كلمات الاعلام بقوله: «قيل: ان النزاع لفظي، فان من قال بالتفسيط يقول به في صورة الشرط الصوري وارادة الجزئية حقيقة، ومن قال بعدمه يقول به في صورة الشرط الحقيقي الذي مقتضاه عدم المقابلة مع الثمن عقلاً»^(٣).

وقد علق عليه المحقق الاصفهاني (قده) قائلاً: «وهو بعيد جداً عن كلمات الاصحاب، بل النفي والاثبات واردان على امر واحد وفرض فارد»^(٤).

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

(٢) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤٢ - ١٤٤.

(٣) و(٤) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

والامر كما افاده رحمه الله، كما يشهد له صريح كلماتهم في المقام.
 فيما اعتبر المحقق الخراساني (قده) النزاع بين الاعلام صفوياً، وأن مرجع
 النزاع في «أن المبيع هل هي الارض الشخصية مثلاً، حتى يكون شرط كونها عشرة
 اذرع مثلاً التزاماً بوصف فيه فلا يوجب تخلفه الا الخيار، او هي الارض المتكتمة بكم
 خاص بنحو الكلي في المعين، حتى يكون النقص من باب فوات جزء من المتكتم
 الكلي في هذه الارض الشخصية؟»^(١).

ثم استبعده رحمه الله، باعتبار ان ظاهر كلماتهم هو الاعتراف بكون المبيع في
 قرارهم هو الموجود المشخص والمعين خارجاً، وهو كذلك.

وعليه فيكون محط النزاع بينهم في «أن كون المبيع الشخصي بذلك المقدار وان
 كان بصورة الشرط، إلا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لو كال طعاماً
 فاشتراه فتبين الغلط في الكيل، ولا يرتاب اهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع
 المقدار المعين المشتراط هنا...»^(٢).

أو «أن المبيع هو الموجود الخارجي كائناً ما كان، غاية الامر انه التزم أن يكون
 بمقدار معين وهو وصف غير موجود في المبيع، فوجب الخيار، كالكتابة المفقودة في
 العبد، وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، إلا انه غير موجود في الخارج.
 مع ان مقتضى تعارض الاشارة والوصف غالباً ترجيح الاشارة عرفاً»^(٣).

وهو رغم صراحته في كون محط النزاع هو فرض الاشتراط في العين
 الشخصية، يرجع الى بحث كلي قد يتلخص في النزاع في كبرى عدم تقسيط الثمن
 على الشروط بقول مطلق، كما اشار اليه الشيخ الاعظم (قده).

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

(٣) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٦ - ٢٨٧.

وكيف كان، فلا بد من استعراض أدلة الطرفين للوقوف على ما يقتضيه التحقيق.

أما القول الأول، أعني الحاقه بالشرط مطلقاً وعدم تقسيط الثمن عليه، فيتلخص ما يصلح للاستدلال به عليه في وجوه أربعة:

الوجه الأول: ما ذكره المشهور وحاصله: «أن المبيع هو العين الشخصية موصوفة بكونها مقداراً مخصوصاً بالثمن المعين، وبفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعاً»^(١).

وبعبارة أخرى: أن المبيع الذي وقع بازائه الثمن إنما هو الموجود الخارجي كائناً ما كان، غاية الأمر أن البائع قد التزم في العقد كونه بمقدار معين، فتخلفه لا يوجب تغييراً في نفس المبيع، بل المبيع محفوظ على حاله وواقعه، ويثبت للمشتري الخيار لتخلف الوصف المشترط، على ما تقتضيه القاعدة في سائر الشرائط كالكتابة ونحوها، فله أن يرفع اليد عن التزامه بالعقد لكونه معلقاً على وجود ما التزم به المشروط له، وبين امضائه وقبوله بتمام الثمن، لعدم مقابلة شيء منه بالمال في مقام الانشاء.

الوجه الثاني: ما ورد في كلام الشيخ الأعظم (قده) من «أن مقتضى تعارض الإشارة والوصف غالباً ترجيح الإشارة عرفاً»^(٢).

وبعبارة أخرى: «أن مقتضى الإشارة في قوله: «بعثك هذه الصبرة» كون المبيع هذه الصبرة المشار إليها بلغت ما بلغت، كانت عشرة اصوع أو أقل أو أكثر، في حين أن مقتضى الوصف في قوله: «على أن تكون عشرة اصوع كون المبيع هو العشرة اصوع».

فاذا تعارضت الإشارة والوصف، بأن كانت الصبرة المشار إليها أقل من عشرة

(١) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٤.

(٢) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

اصوع أو أكثر، قدم جانب الإشارة لأرجحيته عرفاً.

الوجه الثالث: ما ذكره المحقق الايرواني (قده) وحاصله الأخذ بظاهر التعبير في الشرطية.

قال رحمه الله: «الشرطية والمجزئية يدوران مدار جعل المتبايعين واعتبارهما، فمع العلم بكيفية اعتبارهما فلا اشكال، وان كان تعبيرهما على خلاف اعتبارهما، فان الحكم يتبع الواقع، ولا اعتناء بالتعبير اذا خالف الواقع، ومع الجهل اخذ بظاهر التعبير في استكشاف الواقع، ومعلوم ان ظاهر التعبير بالشرطية هو الاعتبار على وجه الشرطية، ولم يثبت له ظهور ثانوي في المقام على خلافه»^(١).

الوجه الرابع: ما افاده السيد الخميني (قده) من ان «التحقيق عدم الفرق بين هذا الشرط وسائر الشروط في عدم التقسيط.

وذلك لان البيع مع هذا الشرط متضمن لقرارين:

أحدهما: بيع هذا الشخص الموجود بعشرة دنانير مثلاً، وهذا يتم انشاؤه بقول البائع: «بعتك هذه الصبرة بعشرة» أو «بعتك هذه الارض بها».

ثانيهما: شرط ان يكون المبيع كذا مقداراً، فتتام ماهية البيع التي هي عبارة عن تسليم الشيء بعوض متحقق انشاءً به قبل انشاء الشرط الذي هو ايضاً يتحقق بانشاء الموجب، والقبول المنضم الى انشاء البيع يوجب ترتب الاثر عليه، كما ان القبول اللاحق بالشرط يوجب ذلك.

فهما هنا ايجابان وقبولان، انشاء البيع المتضمن لمقابلة المبيع الخاص بتتام الثمن، وانشاء الشرط الذي هو قرار آخر غير قرار البيع ايجاباً وقبولاً.

ومقتضى البيع مبادلة المبيع الخارجي في المورد بتتامه بالثمن المذكور بتتامه، بحيث لو بدا للمنشئ عدم الشرط وتركه وقبل المشتري ايجابه صح، ويقابل المبيع

(١) تعليقه الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٨.

بتهام الثمن بالضرورة.

فالقائل بالتقسيط لو رجع قوله الى ان البيع موجب له مع الغض عن الشرط، فهو خلاف الضرورة.

ولو رجع الى ان الشرط يوجب انقلاب البيع عما عليه، فهو محال بالضرورة. ولو رجع الى ان البيع الملحق به الشرط المذكور موجب للتقسيط، فان اريد به انشاء المقابلة بين الثمن والمثمن مع هذا الجزء أو باستثنائه، فهو خلاف المفروض، وخلاف ما في الواقع من ان البيع الذي هو انشاء مستقل يتحقق قبل تحقق انشاء الشرط وان الشرط إنشاء مستقل آخر. وإن اريد أنه مع عدم المقابلة في البيع يقسط الثمن فهو غير معقول.

فأقول بالتقسيط لا يرجع الى محصل وأمر معقول»^(١).

واما القول الثاني أعني الحاقه بالجزء مطلقاً - فدليله يتلخص في ما تقدم من كلام المحقق الاصفهاني (قده) من «ان جزء ذات المبيع اذا اخذ بنحو الاشتراط لا يخرج عن كونه جزء ملحوظاً كسائر الاجزاء مقابلاً للثمن، حيث لا فرق في الغرض المعاملي النوعي المتعلق باشتراء ذات الاجزاء بين جزء منها وجزء آخر، بعد وضوح ان المبيع ليس هو الجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعيين الموجب لصيرورته جسماً تعليمياً، كما انه لا غرض نوعاً في شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ معه تعيين ما، فليس تعيين الجسم امراً زائداً على الغرض النوعي حتى يؤخذ بنحو الاشتراط الذي هو شأن التابع، كما في مال العبد بالاضافة اليه، او حمل الدابة بالاضافة اليها»^(٢).

اقول: الظاهر ان ادلة الطرفين قابلة للتأمل ولا تخلو من ملاحظات.

اما القول الاول فيمكن مناقشة أدلته جميعاً.

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٩.

(٢) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

أما الدليل الأول فيرده ما افاده الشيخ الاعظم (قده) من: «أن كونه من قبيل الشرط مسلم، إلا أن الكبرى وهي أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة، لأن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفاً، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة»^(١). وبعبارة أخرى: أن كون الالتزام بالمقدار المعين وصفاً في المبيع أمر مسلم ومفروغ عنه في محل البحث، فانه ليس هناك من ينكر ذلك من الطرفين، وإنما الخلاف بينهم في كون الوصف والالتزام في أمثال مقدار المبيع، الذي ينتزع عما شأنه الوجود في نفسه، سواء أكان موجوداً واقعاً كالاصوع الموجود منه، أم مفقوداً كالاصوع غير الموجودة، على حد الوصف والالتزام الذي شأنه الوجود في ضمن الموضوع، بحيث يكون قائماً به ولا يتحقق في الخارج من دونه، كالكتابة في العبد.

فإن المدعى كون هذا الالتزام غير ذلك الالتزام ومختلفاً عنه كاختلافه عن الالتزام الذي يكون مفاده أمراً مستقلاً في نفسه ومن دون اقتضاء للجزئية أو الوصفية للمبيع، كاشتراط خياطة الثوب - مثلاً - في ضمن عقد بيع الدار، على ما ستعرفه قريباً إن شاء الله.

إذاً فالتمسك بكون الالتزام في المقام شرطاً لا يكفي في اثبات عدم تقسيط الثمن عليه.

وأما الدليل الثاني فيرد عليه أنه لا يتجاوز حدود التعبير وصياغة العبارة وتكييفها وفق المطلوب، ولنا أن نردّ التعبير بالتعبير وفق صياغة أخرى تؤدي إلى مطلوبنا، وهي القول بأن الوصف في مثل هذا الاشتراط انتزاعي، باعتبار أنه يقتبس مما هو جزء للمبيع حقيقة، والتعبير بالشرطية أو الوصفية لا يغير من الحقيقة شيئاً، فيبقى الجزء جزءاً داخلياً في المبيع حقيقة وبحسب قصد المتعاملين وجعلها، وإن تأخر ذكر الوصف المنتزع منه إلى ما بعد المقابلة في مقام الانشاء.

على ان ترجيح الاشارة على الوصف ليس من الامور المسلمة بقول مطلق، بل يختلف ذلك باختلاف موارده والفهم العرفي منه، على ما حققه الاعلام في مبحث تعارض الوصف والاشارة في مباحث خيار الوصف.

واما الدليل الثالث فيرده انه وان تم في الجملة إلا انه لا مجال للموافقة عليه على اطلاقه، فان الالتزام التبعي يختلف باختلاف موارده كثيراً، ويختلف الظهور من مورد الى غيره.

ولذا نجد ان شيخ الطائفة (قده) رغم التزامه في مثل بيع الصبرة على انها مائة كر فبان خمسين بين فسخ العقد وامضائه بحصة الموجود من الثمن على ما عرفته، التزم في قوله: «بعتك هذه الارض على أنها مائة ذراع، فكانت تسعين» ان «المشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازة بجميع الثمن، لان العقد وقع عليه».

وقد ذكر رحمه الله في بيان الفرق بين المقامين «ان الثمن ينقسم ها هنا - الصبرة - على اجزاء الطعام، لتساوي قيمتها، وليس كذلك الخشب والثوب والارض ، لان اجزاءها مختلفة القيمة»^(١).

ولسنا بصدد الموافقة على ما افاده رحمه الله في بيان الفرق، او المخالفة معه، بقدر ما نحن بصدد بيان اختلاف الفهم العرفي في مقام الانشاء باختلاف الموارد. واما الدليل الرابع فيرد عليه أن أساسه مبني على أمرين لا يمكن المساعدة عليها معاً:

الاول: تحقق ماهية العقود - البيع وغيره - بالايجاب وحده، وانحصار دور القبول في التأثير في ترتب الاثر على الماهية المتحققة بالايجاب.
الثاني: استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي تماماً، بحيث لا يكون بينها أي ارتباط سوى الظرفية المجردة من الثاني للاول.

(١) المبسوط / كتاب البيوع فصل في بيع الصبرة / المسألة العاشرة.

وفيها معاً ما لا يخفى.

أما الاول فيرد عليه انه ان اراد من تحقق البيع - مثلاً - بالايجاب وحده تحقق ما يطلق في مقابل فعل المشتري - الشراء - فيقال: «باع» في مقابل انه «اشترى» ومنه يشتق عنوان البائع والمشتري، فهو أمر مسلم ولا مجال للانكار فيه.

إلا انه اجنبي عن البحث في المقام، بل وجميع الابحاث التي تدور حول البيع بما هو عقد مركب من الايجاب والقبول، ويترتب على صححيته وفاسده آثار واحكام معينة، والذي يقع في قبال سائر العقود كالنكاح والاجارة.

وان اراد به الثاني - اعني العنوان الذي يقع في قبال سائر العقود - ففيه ان المضى في لسان الادلة هو البيع بعنوانه وبحد ذاته ومن غير اعتبار أمر زائد على ماهيته سوى القبض في الصرف والسلام.

قال عز من قائل: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١).

ومعه فلامجال للقول بان «القبول المنضم الى انشاء البيع يوجب ترتب الاثر عليه». وبعبارة اخرى: انه وبعد احراز رضا الطرفين المتعاقدين وتحقق ماهية العقد بالايجاب الصادر من البائع، لا وجه لاعتبار انضمام القبول اليه، فان المفروض تحقق البيع عن رضى منها قبله، فيكون اعتباره لغواً محضاً.

هذا مضافاً الى ان عدم صدق البيع الذي هو أحد العقود على الايجاب لوحده، وتقومه بالايجاب والقبول، لعله بمكان من الوضوح، ولا ينبغي الارتياح فيه.

واما الثاني فيرده ان لازم استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي وعدم ارتباطه به، بطلان العقد في مثل بيع الصبرة بممايباع مكياً، باعتباره ان لازم انعقاد البيع بقول البائع: «بعتك هذه الصبرة بعشرة» ومن غير ارتباط له بما يتلوه من الشرط، كون المبيع جزافاً، وقد ورد في الصحيح النهي عن بيع المكيل جزافاً^(٢).

(١) البقرة الآية ٢٧٥.

(٢) راجع وسائل الشريعة ج ١٢ باب ٤ من ابواب عقد البيع وشروطه.

وغني عن الذكر ان النهي في امثال المقام ليس نهياً مولوياً كي يقال بعدم اقتضاءه للفساد في المعاملات، وإنما هو ارشاد الى اعتبار الكيل وبطلان البيع جزافاً. ولا اظن التزامه هو (قده) بذلك فضلاً عن غيره، بل هو منافٍ لقوله: ان «مقتضى البيع مبادلة المبيع الخارجي في المورد بتهامه بالثمن المذكور بتهامه».

على ان لازم الاستقلال وتحقق البيع وتمايمته قبل الشروع بقرار الشرط، كون البائع حين ادائه القرار الشرطي والتزامه به اجنبياً عن المبيع تماماً، لانتقاله الى المشتري قبل ذلك، ومن الواضح البديهي انه لا أثر لالتزام الاجنبي للمشتري باوصاف في ماله، بل ولا يبعد اعتباره أمراً لغوياً لا يصدر عن العاقل.

هذا مضافاً الى انه لو امكن تكلف توجيه استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي في مثل اشتراط خياطة الثوب في ضمن عقد بيع الدار مثلاً، مما يكون مفاد كل منها قائماً بنفسه ومستقلاً عن الآخر مع قطع النظر عن اداة الشرط والارتباط، فلا يمكن توجيه ذلك في امثال المقام مما يكون مفاد القرار الشرطي بياناً للمبيع ورافعاً لابهامه، بوجه، فان فساد توهم استقلاله عنه اوضح من أن يخفى.

وقد تقدم الكلام في بطلان دعوى استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي في مباحث المقصد الاول من هذه الدراسة مفصلاً، فراجع. ثم انه وببطلان ركني بناء مختاره (قده) وأساس حكمه، ينهدم جميع ما فرعه عليها وبناءه على اساسها.

هذا تمام الكلام بالنسبة الى ادلة القول الاول، أعني الحاق المقام بالشرط مطلقاً والحكم بعدم تقسيط الثمن عليه.

واما دليل القول الثاني فهو وان كان قريباً من الصواب والقبول، إلا ان الذي يلحظ عليه عدم اطراده في جميع الموارد، فان العرف ورغم قطعه بتقسيط الثمن في مثل بيع الصبرة والموسوعة من الكتب، بل وفي الاراضي الكبيرة، وكون المبيع عبارة عن الاصوع المعلومة المنظمة بعضها الى بعض والاجزاء المعينة والجربان المذكورة بشرط الاجتماع، بحيث يكون كل مفردة منها مبيعاً في حد ذاته غاية الامر انها

انضمت الى غيرها فبيعت صفقة، يتردد في غير مورد في ذلك، بل ويقطع في بعض الموارد بعدم التقسيط وكون المبيع هو الموجود الخارجي بهيئته، كما هو الحال في بيع الدار بشرط كون مساحتها خمسمائة متر فبانت اربعمائة وثمانين، أو بيع الصندوق من البيض على انه يحتوي على مائتين وخمسين بيضة فبان احتوائه على مائتين واربعين بيضة مثلاً، فان العرف لا يرى في امثالها إلا كون المبيع الدار القائمة والصندوق بمحتواه، بحيث لا يتقسط الثمن على الموجود منه والمفقود.

نعم، يثبت للمشتري في المقامين خيار تخلف الشرط، فله ان يفسخ العقد من رأس ويسترد تمام الثمن.

إذا فالصحيح في المقام هو التفصيل بحسب اختلاف الموارد، وحسب ما يفهمه العرف فيها من التقسيط وعدمه.

وتفصيل الكلام في بيان الفرق بين موارد الشرط والقيود في الاعيان الشخصية، هو ان الشرط - بالمعنى الاعم - فيها يتصور على وجوه اربعة:

«احدها: ان يكون من مقومات الموضوع باعتبار ان له تمام الدخل في ماليته، بل في قوامه وعنوانه، كما لو باعه هذا الجسم الاصفر على ان يكون ذهباً، او الحيوان على ان يكون شاة، ونحو ذلك من التعليق على ما به شيئية الشيء وتتقوم به صورته النوعية.

ولا شك ان مثل هذا يعد قيداً مأخوذاً في المبيع ويرجع الشرط الى التقييد، أي الى تعليق البيع بهذا العنوان، فلا يبيع ولا يشتري الا المتصف بهذا الوصف العنواني، ولا ضير في مثل هذا التعليق، ضرورة ان مالية الشيء إنما هي بصورته وعنوانه.

فالتعليق على ما يكون عنواناً للمبيع يرجع في الحقيقة الى ورود البيع على هذا العنوان، فقله: «بعتك هذا على ان يكون ذهباً» بمنزلة قوله: «بعتك هذا الذهب» فمع تخلفه ينكشف عدم وقوع البيع من اصله، فهو قيد مأخوذ في الموضوع وان عبر عنه بلسان الشرط.

ثانيها: ان يكون من اعراض المبيع واصافه، كما لو باع العبد بشرط ان يكون

كاتباً، وحيث ان العين الشخصية جزئي حقيقي ومثله لا سعة فيه ولا اطلاق حتى يكون قابلاً للتقييد، فيمتنع إذا رجوع الشرط الى القيد الا اذا كان على نحو التعليق - بحيث يكون البيع معلقاً على الاتصاف بالكتابة - المستلزم للبطلان حينئذ، لقيام الاجماع على اعتبار التنجيز في العقود، وبطلان التعليق فيها.

وهذا افرق عن القسم السابق، إذ التقييد فيه وان رجع أيضاً الى التعليق حسبها عرفت، إلا ان التعليق هناك لم يكن ضائراً بعد كون المعلق عليه من مقومات الموضوع الدخيلة في صورته النوعية، لا من الصفات الخارجة عن مقام الذات كما في المقام، لرجوع ذاك التعليق الى تحقيق موضوع العقد، وهنا الى ان العقد على موضوعه نافذ في تقدير دون تقدير، ومن ثم كان الثاني باطلاً دون الاول كما مر.

ومما ذكرنا يظهر الحال في ثالث الوجوه، أعني ما اذا كان الشرط امراً خارجياً مفارقاً ولم يكن من قبيل الصفات والاعراض، كالبيع بشرط الخياطة، فان التقييد هنا ايضاً لا معنى له، إلا ان يرجع الى التعليق المستوجب للبطلان.

فبعد امتناع التقييد في هذين الموردين لا يحصى من ارادة الشرط بالمعنى الذي تقدم، اعني تعليق الالتزام بالعقد على وجود الوصف خارجاً الراجع الى جعل الخيار كما في المورد السابق، أو هو مع تعليق العقد على الالتزام الذي نتيجته جواز المطالبة والالتزام بالوفاء كما في هذا المورد^(١).

رابعها: ان يكون من اجزاء المبيع حقيقة - محل البحث - بان يشتري مركباً خارجياً معلوماً ويشترط كونه مقداراً معيناً.

وفي مثله لا بد من ملاحظة الفهم العرفي في المورد بما يحتوي عليه من خصوصيات ومزايا، فيلحق تارة بالقيد ويقسط عليه الثمن، واخرى بالشرط، فلا يكون للمشروط له عند تخلفه الا الخيار بين فسخ العقد وامضائه بتهام الثمن.

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الاجارة ص ٩٤ - ٩٦.

نعم، لا يبعد القول بحكمهم في اغلب الموارد بالحاقه بالقيد وتوزيع الثمن على الاجزاء المتضمنة في مقام الانشاء.

بل ولعل ندرة موارد الحاقه بالشرط - بالمعنى الاخص - هي التي ادت الى اطلاق المشهور حكمهم بالحاقه بالتقييد والجزئية، كما عرفت من مقالة الشيخ الاعظم (قده) وغيره.

لكن ذلك لا يمنع المحقق من التفصيل في مقام بيان القاعدة الكلية في اشتراطه، واناطة الحاقه بالقيد او الشرط الى الفهم العرفي في ذلك المورد.

ومما ذكرنا يظهر ان لا وجه للاستدلال على مدعى المشهور برواية عمر بن حنظلة عن ابي عبدالله عليه السلام: «في رجل باع أرضاً على انها عشرة اجربة، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الارض اذا هي خمسة اجربة، قال: إن شاء استرجع فضل ماله واخذ الارض، وإن شاء ردّ البيع واخذ ماله كله» الحديث^(١).

فانها أخص من المدعى، لما عرفت من اختلاف الفهم العرفي في الموارد، فلا يكون الحاقه في هذا المورد بالجزئية دليلاً على الالحاق في جميع الموارد.

على انها ضعيفة سنداً ولا يمكن الاعتماد عليها من هذه الناحية وبمجرد استناد شيخ الطائفة وابن ادریس (قدس سرهما) اليها لا يصلح جابراً لضعفها حتى على تسليم كبرى الانجبار بعمل الاصحاب.

نعم، لا حاجة في موردها الى النص، لكون الحكم فيه على القاعدة، وموافقاً تقدير للفهم العرفي بالجزئية والتفسيط.

ثم ان التخلف اما ان يكون بظهور النقيصة في المبيع، واما ان يكون بظهور الزيادة فيه.

(١) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ١٤ من ابواب الخيار ح ١.

وعلى التقديرين، فاما ان يكون المبيع متساوي الاجزاء في القيمة كالصبرة من الحنطة من الصنف الواحد، واما ان يكون مختلف الاجزاء في القيمة كالاراضي حيث يختلف بعضها عن بعضها الآخر قيمة بلحاظ موقعها او صلوح ترتيبها وغيرها. إذا فصور التخلف تكون اربعة:

- الاولى: ظهور النقصان في متساوي الاجزاء.
- الثانية: ظهور النقصان في مختلف الاجزاء.
- الثالثة: ظهور الزيادة في متساوي الاجزاء.
- الرابعة: ظهور الزيادة في مختلف الاجزاء.

وبسط الكلام فيها يستدعي التكلم عن كل صورة مستقلا وعلى حدة. اما الصورة الاولى: فالظاهر انها القدر المتيقن في الحكم بتقسيط الثمن مطلقاً كما عليه المشهور، أو في بعض الموارد كما هو المختار، عند القائلين بترجيح جانب الجزئية، حيث لم يستشكل في الحكم - على اجماله - فيها أحد منهم. واما الصورة الثانية: فقد استشكل فيها شيخ الطائفة (قده) لعدم إمكان تقسيم الثمن في مثل «الخشب والثوب والارض»، لأن اجزاءها مختلفة القيمة فلا يمكن قسمة الثمن على الاجزاء، لانه لا يعلم ان الناقص من الذراع لو وجد كم كانت تكون قيمته، فاذا كان كذلك خير البائع في الزيادة بجميع الثمن، وخير المشتري في النقصان بجميع الثمن»^(١).

وقد علله في مفتاح الكرامة نقلاً عن الايضاح وشرح الارشاد بـ«ان ما فات لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن على الاجزاء، أو القيم لعدم الفائت

(١) المبسوط كتاب البيوع / فصل في بيع الصبرة / المسألة العاشرة.

وعدم المماثل له، فاستحال تقومه فاستحال ثبوت قسط له، فقواته كفوات صفة كمال، وهو كم والكم عرض، فكان كالتدليس»^(١).

ويظهر من الشيخ الاعظم (قده) اعتباره وجهاً واحداً، فانه قد جمع في مقام بيان ما نسب الى الشيخ (قده) بين الامرين.

قال (قده) بعد اختياره التقييط في المقام: «خلافاً للمحكي عن المبسوط وجميع من قال في الصورة الاولى بعدم التقييط، لما ذكر هناك من كون المبيع عيناً خارجياً لا يزيد ولا ينقص لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبين عدمها.

وزاد بعض هؤلاء ما فرق به في المبسوط بين الصورتين، بأن الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان». ثم اورد عليه: بـ«ان عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أو نحوه»^(٢).

فاشكل عليه المحقق الاصفهاني (قده) بانه لا وجه له، باعتبار ان مرجع تعليل شيخ الطائفة (قده) الى جهالة القيمة، في حين ان مرجع تعليل الايضاح الى وجود المانع والمحذور العقلي.

وقد أوضح رحمه الله المقصود من تعليل الايضاح بقوله: ان «كل ما يحكم عليه بانه جيد او رديء أو سهل أو حزن واشباه ذلك من المقابلات، لا بد فيه من تعين وجودي أو تعين طبيعي لوجود مماثله في الطبيعة، والفائت لا تعين وجودي له حتى يقوم بقيمة الجيد او الرديء ونحوهما، ولا تعين ما هو طبيعي له كما في متساوي الاجزاء حتى يقال ان الفائت مثل الموجود، وما لا تعين له بأحد النحويين مع انحصار التعين

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤٥.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

عقلاً في احد التعيين من الوجودي والماهوي، يستحيل تقويمه، وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه.

وعليه فالقائت من حيث جزئه الجوهرى أي ذات المتكلم يستحيل تقويمه، ومن حيث جزئه العرضي أي نفس الكمية فهو عرض محض ولا يقابل بالمال كسائر الاوصاف، بل يوجب تخلفه الخيار^(١).

وبعبارة اخرى: ان للقائت في المقام حيثان ووجهان:-

الاول: حيث ذاته والجزء الجوهرى المادى.

الثاني: حيث جزئه العرضي وكون الارض مثلاً عشرة جربان.

اما الحيث الثاني فهو عرض محض لا يقابل بالمال مطلقاً، كما هو الحال في وصف الكتابة في العبد.

واما الحيث الاول فهو ايضاً لا يقابل بالمال، لانه لا وجود له خارجاً كي يقوم بالمال مباشرة، وليس له مماثل - كما كان الحال في متساوي الاجزاء - كي يقوم بقيمة مماثلة.

إذاً يستحيل ثبوت قسط من الثمن له، لاستحالة تقويمه وتحديد سعره. وقد رده رحمه الله بقوله: «ان القائت وان لم يكن له تعين وجودي ليتعين جودته ورداءته ونحوهما، ولا له تعين ماهوي من حيث عدم التساوي، إلا ان المنفي هو عدم التعين من حيث خصوص الجودة، او خصوص الرداءة، وأما التعين من حيث كونه جزء مما فيه الجيد والردىء فلا موجب لنفيه، والمفروض ان المبيع بحسب فرض المتعاملين عشرة امان من الحنطة المختلطة، او عشرة اذرع من الارض المختلفة الاجزاء بالسهولة أو الحزونة، والقائت خمسة امان من تلك الحنطة المفروضة، وخمسة اذرع من الارض المتعينة بهذا التعين، فكيف يستحيل تقويمه!

(١) تعليقة الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

ومما ذكرنا يندفع اشكال جهالة القيمة، وإن كان لا تصل النوبة الى محذور الجهالة مع فرض الاستحالة^(١).

ولنعم ما افاده رحمه الله، فإن الفائت جزء من مجموعة اجزاء للمبيع المختلف اجزائه، فكل جزء مشاع من المبيع بهذا الوصف له حصة من الثمن تقابل نسبته الى المجموع، فالجزء الفائت بما هو مختلف الاجزاء له من الثمن ما يعادل نسبته الى الجميع بوصف اختلاف اجزائه.

إذاً فالجزء الفائت قابل للتقويم وتقسيط الثمن عليه بلحاظ قيمة امثاله مما هو موجود من المبيع، غاية الامر ان ثمنه ليس ثمن الجزء المعين الخارجى من الصنف الجيد او الرديء مثلاً، بل هو ثمن الجزء المشاع من المبيع الموجود المختلف اجزائه. ومما ذكرناه يتضح اندفاع توهم عدم القيمة للفائت، ومشكلة عدم إمكان تحصيل العلم بها.

إذاً فالصحيح في المقام أيضاً هو القول بتقسيط الثمن حيث يرى العرف ذلك. هذا ويؤيد المختار رواية عمر بن حنظلة المتقدمة باعتبار ان موردها ظهور النقص في المبيع المختلف الاجزاء.

واما الصورتين الثالثة والرابعة - أعني ظهور الزيادة في متساوي الاجزاء أو مختلفها - فقد احتمل شيخ الطائفة رحمه الله بطلان البيع في الموردين، باعتبار ان البائع لم يقصد بيع الزائد، والمشتري لم يقصد شراء البعض دون البعض. قال في المبسوط: «وان كانت الارض اكثر من مائة ذراع - فيما اذا باعها على انها مائة ذراع - قيل فيه وجهان:-

أحدهما: يكون البائع بالخيار بين الفسخ وبين الاجازة بجميع الثمن، وهو الاظهر.

(١) تعليقه الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢ - ١٦٣.

والثاني: ان البيع باطل، لانه لا يخبر على ذلك»^(١).
وعن العلامة (قده) في التبصرة: ان الوجه عندي البطلان لجهالة المبيع، لان الزيادة غير متعينة.
وتردد فيه الشيخ الاعظم (قده)، واستظهر في الاخير عدم اللحق بالجزئية.
قال رحمه الله: «الثالث: ان يتبين الزيادة عما شرط على البائع، فان دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر ان الكل للمشتري ولا خيار.
وان اريد ظاهره، وهو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة، وعليه من حيث عدم النقيصة، ففي كون الزيادة للبائع وتخير المشتري للشركة، أو تخير البائع بين الفسخ والاجازة لمجموع الشيء بالثمن، وجهان:
من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهو شرط صورة وله حكم الجزء عرفاً، ان اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء واخراج الزائد عن المبيع.
ومن الفرق بينها بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً وليس بمنزلة الاستثناء، فتخلفه لا يوجب إلا الخيار، ولعل هذا اظهر.
مضافاً الى امكان الفرق بين الزيادة والنقيصة، مع اشتراكها في كون مقتضى القاعدة فيها كونها من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زيادته، بورود النص المتقدم في النقيصة، وتبقى الزيادة على مقتضى الضابطة»^(٢).
وقد تبعه على ذلك السيد الخميني (قده) حيث اختار عدم اللحق بالجزئية حتى على تقدير تسليم اللحق في جانب النقيصة.

(١) الميسوط كتاب البيوع / فصل في بيع الصبرة / المسألة العاشرة.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

قال (قده): «ثم ان الوجه المتقدم لعدم التقسيط مشترك بين الاقسام الاربعة أو الثمانية، ويختص ما اذا تبين الزيادة بوجه آخر، وهو أن في البيع الواقع على الخاص الخارجي، لو قيل بعدم وقوعه على الزائد وبقاء ذلك في ملك البائع لا يخلو اما ان يقال بوقوع البيع على المقدار المشخص المعين وبقاء مقدار مشخص معين على ملك البائع، أو يقال بوقوعه على الكلي في المعين او على الجزء المشاع.

والاحتمال الاول واضح الفساد، ويتلوه الاحتمالان الآخران، لأنه إن كان المدعى أن انشاء البيع على الخاص المشخص الموجود لم يكن إلا صورياً ويراد به الكلي في المعين او الجزء المشاع، فهو مع كونه خلاف الواقع والوجدان خروج عن محط البحث.

وان كان المدعى ان الشرط يوجب انقلاب الخاص الى الكلي في المعين او المشاع، فهو أفسد.

وان كان المدعى انه مع وقوع البيع على الخاص الموجود وبقاء الشرط على حاله من كونه أمراً خارجاً زائداً يحكم العقلاء بالانقلاب بلا سبب، فهو أفسد من سابقه.

وان كان المقصود ان العقلاء يرتبون عليه حكم الكلي أو الاشاعة تعبداً فهو يتلو السابق في الفساد.

وعليه فلو فرض تسليم التقسيط في النقيصة لم يمكن موافقته في تبين الزيادة، فلا تغفل»^(١).

اقول: الظاهر انه لا مجال للمساعدة على شيء مما افادوه رحمهم الله، وأن الصحيح هو الحكم بالحاقه بالجزئية مطلقاً.

اما ما افاده شيخ الطائفة (قده) فيمكن أن يلحظ عليه ان موضوع البحث

ومفروض الكلام إنما هو المورد المستجمع لجميع شرائط الصحة بها فيها موافقة الطرفين وتراضيهما على المفاد المعلوم المضبوط، فانه وفي هذا الفرض يمكن البحث عن ان اداء القرار الثاني بنحو الشرطية هل يوجب عدم تقسيط الثمن عليه، أو انه لا اثر لكيفية الاداء بعد ان كانت الوصفية والشرطية فيه منتزعة عما هو جزء للمبيع حقيقة، مما يكون سنخ وجوده هو الوجود في نفسه لا الوجود في غيره، بحيث يكون دور الشرط بيان ما هو المراد من المبيع واقعاً؟.

على انه لا اختصاص لهذه الدعوى بصورة تبين الزيادة، فانها لو تمت لجرت حرفياً في جانب النقصان أيضاً، كما هو أوضح من ان يخفى. فلا وجه للتفصيل بين الصورتين كما فعله (قده).

واما ما افاده العلامة (قده)، فالظاهر ان مورد خصوص الصورة الرابعة - أعني ظهور الزيادة في مختلف الاجزاء - كما يظهر من دليله في المقام، حيث قد علل الحكم بعدم تعين المبيع بعد استثناء الزائد، باعتبار ان الزائد لما لم يكن وصفه من حيث الجودة والرداءة معلوماً، لم يكن طريق لتعين الباقي في ضمن الجيد او الرديء، ومعه يتعين الحكم بفساد العقد من رأس، في حين انه لم يلتزم في فرض النقصان مع اختلاف الاجزاء ببطلان العقد، وانما التزم فيه بعدم تقسيط الثمن عليه، باعتبار ان حصته من الثمن غير معلومة.

وكيف كان، فالذي يرد على هذا القول ما عرفته في صورة ظهور النقصان في مختلف الاجزاء - الصورة الثانية - من ان الجزء الفائت وان لم يكن معلوماً بوصفه وشخصه الخارجي، انه من الجيد او الرديء، إلا انه وبشخصيته المشاعة في ضمن المبيع المختلف الاجزاء معلوم ومحدد، فهو - مثلاً - العشر المشاع من الارض المختلفة الاجزاء، فانه يجري حرفياً في فرض الزيادة أيضاً، فان المبيع وان لم يكن بعد الاستثناء معلوماً ومحدداً بشخصه ووصفه في ضمن المعلوم المختلف اجزاؤه على نحو الاشاعة.

وذلك لانه ليس للبائع استثناء جزء معين في الخارج موصوف بوصف خاص

من الجودة والرداءة بازاء الزائد في المبيع، وإنما يكون له في المجموع المكور ما يعادل الزائد على نحو الاشاعة، فهو شريك مع المشتري بقدر الزائد في المجموع المختلف اجزاؤه على نحو الاشاعة.

ومعه لا يبقى مجال لدعوى جهالة المبيع كي يترتب عليها الحكم بالبطلان. واما ما افاده الشيخ الاعظم (قده) فيرد عليه: جريان ما تمسك به هو (قده) لترجيح جانب الجزئية في الصورتين الاولين حرفاً بحرف، فان المتعاقدين وبالالتزامهما بالقرار الشرطي إنما اقدما على بيان ما هو مقصودهما من المبيع الجراف بحسب مقام الظاهر، ومعه يكون عبارة عن أجزاء عشرة - مثلاً - منضمة بعضها الى بعض، وهذا كما يقتضي فساد البيع في الجزء الفائت بحصته من الثمن، يقتضي خروج الجزء الزائد منه وعدم مقابله بالثمن المدفوع من قبل المشتري، وهو ما يعني بالنتيجة حصول الشركة بينهما فيه، مع ثبوت الخيار للمشتري بين امضاء العقد وقبول الشركة بالثمن المسمى، وبين فسخ العقد واسترداد تمام الثمن.

ومنه يظهر انه لا وجه لما افاده رحمه الله من «أن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفاً وليس بمنزلة الاستثناء».

فانه ليس الغرض من كون مفاد الاشتراط الالتزام بعدم الزيادة، بل المفروض ان مفاده تعيين مقدار المبيع وتسميته وتحديده، ولما كان الواضح أن الشرط او الوصف الرافع للابهام عن كم المبيع، ليس كاشتراط خياطة الثوب في بيع الدار أو الكتابة في العبد، لكونه امراً منتزعاً عما له وجود خارجي من سنخ الوجود في نفسه، كان في الحقيقة بياناً للجزاء المنضمة بعضها الى بعض والتي تقع في النتيجة وبمقتضى بقاء المقابلة بازاء الثمن المعين.

وبعبارة اخرى: أن دور الشرط يتمثل في رفعه الابهام عن الاجزاء التي تقع بازاء الثمن، وتعيين مقدارها، ولازم ذلك توزيع الثمن على الاجزاء المبيئة للمبيع.

وهو كما يقتضي بطلان البيع فيما يقابل الجزء الفائت، يقتضي استثناء الزائد في المقام.

ومما ذكرناه يظهر الاشكال في قوله رحمه الله: «مضافاً الى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونها من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زيادته...الخ».

فانه غريب غايته بعد صراحة كلامه في كون التزامه بالتقسيط في الصورة الثانية على وفق القواعد في المقام حيث ذكر فيها أن «العرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة» وانه يقضي «بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع».

بل لم يذكر رحمه الله خبر عمر بن حنظلة إلا بعد اختياره لترجيح جانب الجزئية، وتحت عنوان ما يضاف الى الدليل.

فان معه كيف يمكن القول بان «مقتضى القاعدة فيهما كونها من تخلف الوصف لا نقص الجزء او زيادته»؟.

نعم، لو كان اختياره للجزئية هناك مستنداً الى التعبد والنص كما هو ظاهر شيخ الطائفة (قده) كان لما افاده رحمه الله في المقام وجه، إلا ان الأمر ليس كذلك، فلاحظ.

واما ما افاده السيد الخميني (قده) فليس هو إلا إعادة لما ذكره في الصورتين الاوليين لاثبات عدم التقسيط.

وقد عرفت الحال فيه مفصلاً، وانه يبتني على أساس استقلال القرارين العقد والشرط وعدم ارتباط احدهما بالآخر، وقامية ماهية العقود بالايجاب وحده. وقد عرفت الحال فيهما مفصلاً فلا نعيد.

حصيلة البحث:-

والذي يتحصل من جميع ما تقدم، اننا لا نرى فرقاً بين الصور الاربعة لتخلف الشرطية المنتزعة عما هو جزء المبيع حقيقة، فانه يتعين الحكم بتقسيط الثمن في الجميع

على المقدار المسمى في الشرط، حيث يراه العرف بياناً لكم المبيع ورافعاً لابهامه،
فيثبت للمشتري الخيار حيث يظهر النقص بين امضاء العقد وقبول الموجود بحصته
من الثمن، وبين فسخه ورفع اليد عنه لتبعض الصفقة.
ولازم ذلك استثناء الجزء الزائد على المسمى بالشرط عن المبيع، والالتزام ببقائه
على ملك البائع، مع ثبوت الخيار للمشتري في فسخ العقد من جهة حصول الشركة.



مركز تحقيقات كاميون علوم إسلامي

المقصد الثالث

في ما يترتب على الشرط الفاسد

فساد الشرط لا يوجب فساد العقد
ترتب الخيار على الشرط الفاسد
عدم صحة العقد باسقاط الشرط الفاسد
ذكر الشرط الفاسد قبل العقد
فساد الشرط لعدم تعلق غرض عقلائي به



مرکز تحقیقات کتب و تاریخ علوم اسلامی

بعد أن عرفت الكلام في موازين الشرط الصحيح وما يترتب عليه من أحكام وآثار، يقع الكلام في الآثار المترتبة على الشرط الفاسد وما يقتضيه عند اقدام المتعاملين عليه حين انشاء العقد.

والعمدة في البحث مسائل خمسة:-

المسألة الأولى: في اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد.

المسألة الثانية: في ترتب الخيار على تخلفه.

المسألة الثالثة: في صحة العقد باسقاط الشرط.

المسألة الرابعة: في الشرط الفاسد المذكور قبل العقد.

المسألة الخامسة: في الشرط الفاسد لعدم تضمنه غرضاً عقلائياً.

أما المسألة الأولى:- اعني اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد.

تحديد محل البحث:

مركز تحقيقات كاميون علوم اسلامی

فالذي ينبغي ان يقال: أن فساد الشرط قد يوجب اختلالاً في العقد وما يعتبر في صحته، كما هو الحال في الشرط المجهول حيث يوجب الفرر في البيع نفسه، أو انطباق عنوان يوجب خروجه عن أدلة الامضاء، كاشتراط جعل العنب المبيع خمرًا والخشب صنماً، مما يجعله من انحاء اكل المال بالباطل ومصاديقه، وقد نهى عنه عزّ من قائل في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١) ارشاداً الى فساد وعدم نفوذه.

(١) البقرة: الآية ١٨٨.

وفيهما لا ينبغي التردد في الحكم بالبطلان، بل وخروجهما عن حريم محط الكلام في المقام. فان فساد العقد بسبب فقدانه لبعض ما يعتبر في صحته، أو انطباق عنوان محكوم بالفساد عليه، أجنبي عن سراية فساد الشرط اليه، ولا يرتاب فيه أحد. وانما المقصود بالبحث في المقام وما وقع حوله الحديث بين الأعلام، هو تأثير الشرط الفاسد على العقد المستجمع لجميع شرائط الصحة، وسريان الفساد منه اليه على الرغم من بقاءه على ما كان عليه واحتفاظه لكل ما يعتبر في صحته، فانه الذي يصح فيه البحث عن فساده بسبب انضمام الشرط الفاسد اليه، وبطلانه بسبب لحوقه به.

وعلى أي حال، فلا بأس - قبل الشروع في البحث - بالتعرض الى تفصيل الشروط الفاسدة، لتحديد ما هو المقصود بالبحث بالفعل بشيء من الدقة والتفصيل. فنقول: قد عرفت في المقصد الثاني، ان المشهور بين الأعلام اعتبار شروط تسعة في صحة الشرط ونفوذه، بحيث يتوقف شموله لأدلة الامضاء ووجوب الوفاء به على استجماعه لها كلاً ومن غير تخلف لشيء الا بعض الموارد.

وهذه الشروط كما عرفت هي:-

١ - ان يكون الشرط مقدوراً للمشرط عليه.

٢ - ان يكون سائغاً في نفسه.

٣ - ان يكون متضمناً لغرض عقلائي معتد به.

٤ - عدم مخالفته للكتاب والسنة.

٥ - عدم منافاته لمقتضى العقد.

٦ - عدم الجهالة والغرر فيه.

٧ - عدم استلزامه للمحال.

٨ - الالتزام به في متن العقد.

٩ - ان يكون منجزاً.

وقد تقدم الكلام مفصلاً حول كل مفردة من تلك المفردات، وما قيل أو يمكن

ان يقال حولها، وبالتالي تحديد ما هو المختار فيها من حيث الاعتبار وعدمه.
إلا أننا نضطر للعودة إليها مرة أخرى، لدراسة تأثير تخلفها وبطلانها على العقد نفسه.

فنقول:

١ - أما اعتبار القدرة على الشرط.

فقد عرفت منا رفض قبول التمثيل لفاقدتها باشتراط جعل الزرع سنبلاً والبسر تماً، لعدم تحقق جدّ الاشتراط وعمد قصد المفهوم فيه، فيكون اشتراطه من اللفظ المجرد عن المعنى والصورة الفاقدة للواقع.

وان الصحيح في التمثيل لها هو اشتراط الخياطة او الكتابة - مثلاً - مع اعتقادها قدرة المشروط عليه عليهما ثم انكشاف عدمها.

وقد عرفت انه لا دليل على اعتبار القدرة بهذا المعنى في نفوذ الشرط وصحته، وأن الصحيح نفوذ غير المقدور أيضاً مع ثبوت الخيار للمشروط له عند انكشاف الواقع وتبين العجز.

ومن هنا يكون هذا الشرط خارجاً عن محط البحث في المقام - اعني تأثير الشرط الفاسد على العقد - لما عرفت من صحة الشرط حتى على تقدير انكشاف عدم قدرة المشروط عليه عليه.

وعلى ضوء ذلك يظهر الاشكال في التفصيل المنسوب الى السيد أبي المكارم ابن زهرة (قده) في الغنية «بين الشرط الغير المقدور كصيورة الزرع سنبلاً والبسر تماً، وبين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد والافساد»^(١).

فان الأول خارج عن محور الحديث في اعتبار القدرة على الشرط بالمرّة،

والثاني ليس بفاسد كي يبحث عن تأثيره على العقد.

كما يظهر الاشكال فيما أورده الشيخ الأعظم (قده) عليه بقوله: «ومقتضى التأمل في كلامه ان الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، ولو صح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه - كالشرط المجهول - الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين»^(١).

فان ما هو محط النزاع من شرطية القدرة، لا يوجب تخلفه اختلالاً في شروط العوضين، كما اعترف به هو رحمه الله بعد ذلك.

وبه يظهر الحال فيما عن العلامة (قده) في التذكرة من وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور مع التمثيل له باشتراط صيرورة الزرع سنبلًا والبسر ثمرًا^(٢).

فان جميع ذلك ليس على ما ينبغي، فلاحظ.

٢ - أما اشتراط كونه سائغاً في نفسه.

فقد عرفت مما ذكرناه في التمهيد، أن اشتراط خلافه يوجب انصاف المبيع بما يوجب خروجه عن أدلة الامضاء، وهو ما يعني - بالتالي - خروجه عن محط البحث في المقام.

وبعبارة اخرى: ان تخلف اشتراط كون الشرط سائغاً في نفسه وإن كان يقتضي فساد العقد نفسه، الا انه ليس بملاك سراية الفساد من الشرط الى العقد - الذي هو محل البحث - بل هو من جهة انطباق عنوان على المبيع يقتضي خروجه عن أدلة الامضاء وال لزوم.

وعلى هذا الأساس يظهر ان الحكم بفساد العقد ليس مطلقاً، وانما هو مقيد بخصوص فرض رجوع الشرط بنفسه ومفاده الى أحد العوضين، بحيث يكون وصفاً له أو عملاً فيه، كالمثالين اللذين ذكرناهما في تحرير النزاع، اعني بيع الخشب بشرط

جعله صنياً، أو العنب بشرط صنعه خمرأ.

وأما اذا كان الشرط قائماً بنفسه ومستقلاً في وجوده عن المبيع، كما لو باعه الدار بشرط أن يصنع ما ملكه المشتري من العنب بالارث أو بالشراء مستقلاً عن الدار خمرأ، فإنه لا مبرر فيه للحكم بسراية الفساد من الشرط الى العقد نفسه، اذ لا وجه لعدا اكل المال بازاء المبيع الحلال في نفسه أكلاً للمال بالباطل، بعد عدم اتصافه بعنوان يخرج به عن أدلة الامضاء.

بل المتعين فيه هو الحكم بصحة العقد وبطلان الشرط خاصة، لكونه غير سائق في نفسه، مع ثبوت الخيار للمشتري لتخلف الشرط.

والحاصل: ان الشرط غير السائق ان كان من قبيل المثال الأول، مما يوجب انقلاباً في المبيع نفسه بحيث يخرج به عن كونه في نفسه سائغاً ومباحاً ويجعله من مصاديق اكل المال بالباطل، فهو خارج عن محط النزاع، ولا ينبغي الاشكال في بطلانه أيضاً، لرجوعه في الواقع الى بيع صنم هذا الخشب وخمر هذا العنب.

وان كان من قبيل الثاني، فهو المبحوث عنه في المقام، والمختار فيه هو عدم سراية الفساد الى المبيع نفسه، بعد عدم تغير عنوانه وحقيقته عما كانا عليه قبل انضمام الشرط المحرام اليه، وعدم اتصافه بكونه أكلاً للمال بالباطل.

٣ - أما اعتبار كون الشرط مما يتعلق به غرض معتد به عند العقلاء، وفساد ما يكون لغواً وسفهيّاً من الشروط.

فقد عرفت ان ما يكون منه لغواً محصاً لا فائدة فيه بالمرّة - كاشتراط الكيل او الوزن بمكيال او ميزان معين من بين المكييل والموازين المتعارفة - ليس الا كبيع كف من الماء في البحر، أو قبضة من التراب في الصحراء، مما لا يتجاوز القرار صورة العقد ولفظ الانشاء، فيكون الاشتراط الفاظاً فارغة لا واقع وراءها، فلا يتمشى فيها القصد ولا يتحقق فيها الجدد، ولا يكون شرطاً كي يبحث عن صحته وفساده، ووجوب الوفاء به أو الخيار عند تخلفه، فهو خارج عن محل البحث من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وأما ما يكون منه سفهياً بمعنى اشتباهه على الفائدة اليسيرة التي لا يعتني بها العقلاء، فهو وإن كان شرطاً ويتحقق فيه الجد، إلا أن مثله لا يكون مشمولاً لأدلة وجوب الوفاء، فيكون فاسداً من هذه الجهة، وبذلك يدخل في حريم محل النزاع. فما عن العلامة رحمه الله من «أن هذا الشرط لغو لا يؤثر الخيار»^(١).
ناظر الى الصورة الأولى دون الثانية.

٤ - وأما اعتبار عدم مخالفته للكتاب والسنة، وفساد مثل اشتراط كون ولاء المعتق للبائع.

فمن الواضح عدم تأثير فساد الشرط على العقد المتضمن له، فإن الشرط لا يجعل البيع المتضمن له من وجوه الأكل بالباطل، فيتمحض البيع في العنوان الذي انضم اليه الشرط الفاسد، ومن دون أن ينطبق عليه عنوان محكوم بالفساد. وهذا يفترق المقام عن بيع العنب بشرط صنعه خمرأ.

هذا ويدل على ما ذكرناه جملة من النصوص التي تقدمت في مبحث اعتبار عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب والسنة، حيث دلت صريحاً على نفوذ العقد وبطلان الشرط، كالتى وردت في قضية عائشة مع بريرة حين اشترط أولياؤها عليها الاحتفاظ بولائها^(٢).

وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام المتضمنة لقضاء علي عليه السلام: «في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترطت أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة، وولت الحق من ليس بأهله، قال: ففضى علي عليه السلام: أن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق، وذلك السنة»^(٣) على ما ستعرفه مفصلاً.

(١) المكاسب الطيبة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٦ باب ٣٧ من أبواب كتاب العتق ح ١٣.

(٣) الوافي ج ١٢ ص ٨٠.

٥ - وأما اعتبار عدم منافاته لمقتضى العقد، وفساد مثل اشتراط عدم الثمن في البيع.

فقد عرفت فيما سبق أن في عده من شروط صحة الشرط، واعتبار منافيه من الشروط الفاسدة، مسامحة واضحة، لعدم تحقق القصد جداً اليه مع الالتفات الى التنافي بينهما، وعدم تحقق المنافي مع وجود منافيه مع الغفلة عن المنافاة وتمشي الجد والقصد منه واقعاً.

وما لا يتحقق في موطنه لعدم تحقق الجد في الانشاء، أو لعدم امكان تحققه في نفسه لأجل تحقق منافيه، يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، فلا يكون هناك شرط كي يبحث عن صحته أو فساده، فضلاً عن تأثير فساده على العقد المتضمن له. وبذلك يخرج عن حريم النزاع في المقام.

٦ - وأما عدم الجهالة والغرر فيه، وفساد الشرط المجهول.

فقد تقدم انه لا موضوعية لعدم الجهالة بحده وخصوصيته في نفوذ الشرط وصحته، وانما المنفي منه خصوص ما يلزم منه الغرر ويؤدي الى الخطر. وعلى هذا الاساس، فان كان المستند في المنفي منه حديث النهي عن بيع الغرر^(١) كما هو المشهور، خرج المورد من محط النزاع في المقام، باعتبار ان لازم الاستدلال الاقتصار في الحكم ببطلان الشرط على خصوص فرض سرايته الى البيع نفسه، وبه يدخل المورد في مصاديق انطباق عنوان محكوم بالفساد عليه، وقد عرفت خروجه عن مورد الكلام.

وان كان المستند فيه حديث النهي عن الغرر مطلقاً^(٢) كما ورد في بعض الكلمات، أو التمسك ببناء العقلاء في المنع عن كل ما فيه خطر معاملي لا يتسامح فيه،

(١) وسائل الشريعة ج ١٢ باب ٤٠ من ابواب آداب التجارة ح ٣.

(٢) القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

كما هو المختار على ما تقدم بيانه مفصلاً، كان المورد من مصاديق محل النزاع فيما لا يسري الغرر منه الى البيع نفسه، والا كان حاله حال سابقه في خروجه عن محل النزاع.

٧ - وأما عدم استلزامه للمحال، وفساد الشرط المستلزم له.

فالظاهر خروجه عن حريم النزاع أيضاً، باعتبار ان مستلزم المحال محال خارجاً، فلا يتحقق هو في الخارج كي يبحث عن صحته وفساده، فضلاً عن سراية فساده الى العقد المتضمن له.

وبعبارة اخرى: ان اشتراط المحال أو ما يستلزم المحال، لا يعدو صورة الشرط والفاظها من دون تحقق للارادة الجدية والقصد الواقعي اليه.

هذا كله مع علم المتعاقدين بالحال والتفاتهما اليه حين الانشاء.

وأما مع غفلتهما عن ذلك، وتصور تأني القصد والجذب منها اليه حقيقة، فلا يختلف الحال فيه من حيث نفوذ الشرط، فان أدلة الوفاء لا تشمل المحال او ما هو مستلزم للمحال، باعتبار انه لا مجال لكون المسلم عنده.

الا انه يختلف عن سابقه بكونه شرطاً حقيقياً محكوماً بالفساد، فيدخل بهذا اللحاظ في حريم النزاع.

كما يختلف عن سابقه في ثبوت الخيار فيه عند ظهور الاستحالة، بناءً على ما ذهب اليه السيد الوالد -رحمة الله- وتبعناه عليه، من كون الخيار عند التخلف مستنداً الى تعليق الالتزام بالعقد على وجود المشروط وتحقيقه في الخارج.

وأما بناءً على ما ذهب اليه المشهور من الاستناد فيه الى أدلة الوفاء، سواء في ذلك دعوى استفادته منه مباشرة بناءً على كون مفاده حكماً وضعياً أو بالواسطة بناءً على استفادته من الحكم التكليفي بالوفاء، فلا وجه للالتزام بثبوتيه في المقام، لما عرفته من عدم شمولها له.

٨ - وأما اعتبار ذكره في متن العقد، وعدم كفاية التواطؤ عليه قبله.

فقد تقدم ان المراد بهذا العنوان، ان كان لزوم ارتباط القرار العقدي حين الانشاء بما قد توطأ عليه قبلاً، فهو حق لا ينبغي التردد فيه، باعتبار ان ما لم يكن كذلك لا يكون شرطاً حقيقياً، بل يكون وعداً ابتدائياً مستقلاً.

وان كان مرادهم لزوم الاشارة اليه في متن العقد والتلفظ به، كما هو ظاهر جملة من كلماتهم ولازم قسم من أدلتهم، فقد عرفت انه لا وجه له ولا ملزم لا اعتبره. ومن هنا فالفاقد لهذا الشرط، أما ان لا يكون بشرط بالمرّة وأما ان يكون شرطاً صحيحاً نافذاً.

ومعه فلا موضوع فيه للشرط الفاسد كي يبحث عن تأثيره على العقد نفسه.

٩ - وأما اعتبار التنجيز، وفساد الشرط المعلق.

فقد عرفت انه لا دليل على اعتباره بالمرّة، وان الشرط المعلق كالشرط المنجز صحيح ونافذ.

وعليه فيكون هو الآخر خارجاً عن مورد النزاع في المقام.

إذا عرفت كل هذا، علمت ان محط النزاع بين الأعلام في الشرط الفاسد من حيث سريته الى العقد وعدمه، ينحصر في:

أ - بعض موارد تخلف الشرط الثاني.
ب - خصوص ما كان سفهياً من موارد تخلف الشرط الثالث.

ج - جميع موارد تخلف الشرط الرابع.

د - بعض موارد تخلف الشرط السادس.

هـ - موارد تأتي القصد الجدي الى الشرط من موارد تخلف الشرط السابع.

وأما ما عدا ذلك من موارد تخلف الشروط المذكورة في كلماتهم، فقد عرفت أنها بين ما لا دليل على اعتبارها، فيصح الشرط وينفذ حتى مع فقدها، كما هو الحال في الشرط الأول، وقسم من الشرط السادس، وقسم من الشرط الثامن، والشرط التاسع بتمامه.

وبين ما يستلزم تخلفه انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد، كما هو الحال

في قسم من الشرط الثاني والسادس.

وبين ما يكون شرطاً في تحقق الاشتراط والقصد اليه، بحيث يكون تخلفه موجباً لعدم تحقق الشرط حقيقة، فيخرج عن محل البحث بملاك القضية السالبة بانتفاء الموضوع، فليس هناك شرط كي يبحث عن صحته وفساده، فضلاً عن سرية فسادة الى العقد نفسه، كما هو الحال في اللغو من الشرط الثالث، والفاقد للخامس، وقسم من الشرط السابع، وقسم من الشرط الثامن.

إذا عرفت ذلك، فاعلم ان الأعلام (قدس الله أسرارهم) قد اختلفوا في سرية الفساد - من الشرط حيث يثبت - الى العقد المتضمن له، على قولين.

ففي المكاسب انه: «حكى أولها - الفساد - عن الشيخ والأسكافي وابن البراج وابن سعيد.

وثانيهما: للعلامة والشهيد والمحقق الثاني وجماعة ممن تبعهم»^(١).

الا ان الموجود في المصادر لا يطابق المحكي.

فقد حكم الشيخ (قده) في المبسوط في الشرط الذي لم تتعلق به مصلحة العقد ولم يبين على التغليب والسراية، بانه «شرط باطل، الا انه لا يبطل العقد، لأنه لا دليل عليه، وقال قوم: ان الشرط إذا كان فاسداً ففسد البيع، لجهالة الثمن في البيع»^(٢). ومما نسبته الى القوم يظهر عدم اختصاص حكمه رحمه الله بالموارد الذي ذكره، وعمومه لجميع موارد الشرط الفاسد.

في حين ذكر العلامة في المختلف بان: «المعتمد عندي بطلان العقد والشرط معاً. لنا: أن للشرط قسطاً من الثمن، فانه قد يزيد باعتباره وقد ينقص، وإذا بطل

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

(٢) المبسوط / كتاب البيوع / فصل في تفريق الصفقة واختلاف المتبايعين.

الشرط بطل ما بأزاءه من الثمن وهو غير معلوم، فتطرقنا الى الجهالة الى الثمن فيبطل البيع.

وأيضاً البائع انما رضي بنقل سلعة بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له، وكذا المشتري انما رضي ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط له، فاذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه كان البيع باطلاً، لانه لا يكون تجارة عن تراض^(١).

وقال في القواعد بان: «كل شرط يقتضي تجهيل أحد العوضين فان البيع يبطل به، وما لا يقتضيه لكنه فاسد، فالأقوى بطلان البيع، ولا يحصل به ملك المشتري»^(٢). وفي جامع المقاصد: أن «وجه القوة ان التراضي لم يقع الا على المجموع من حيث هو مجموع، فاذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض، وهو الأصح.

ويحتمل ضعيفاً الصحة، لان التراضي قد تعلق بكليهما، فاذا امتنع احدهما بقي الآخر، وليس بشيء، لأن التراضي بالمجموع لا بكل منهما»^(٣).

وفي اللمعتين: «ولو شرط غير السائع، بطل الشرط وأبطل العقد في أصح القولين، لامتناع بقائه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراذه وما هو مقصود لم يسلم، ولأن للشرط قسماً من الثمن فاذا بطل يجهل الثمن.

وقيل: يبطل الشرط خاصة، لانه الممتنع شرعاً دون البيع، ولتعلق التراضي بكل منهما.

ويضعف بعدم قصده منفرداً، وهو شرط الصحة»^(٤).

(١) مختلف الشيعة في احكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢) قواعد الاحكام / كتاب المتاجر / الفصل الثالث في الشرط.

(٣) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦١ - ٢٦٢.

(٤) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٥ - ٥٠٦.

ووافقهم عليه المحقق السبزواري (قده) في الكفاية حيث قال: «ولو شرط فاسداً في البيع، فهل يصح البيع ويبطل الشرط، أم يبطل البيع أيضاً؟ الأقرب الثاني، لان التراضي لم يقع الا على المجموع، فيكون تجارة لا عن تراض، وينسحب الحكم فيما يشبهه من العقود اللازمة»^(١).

وعليه فما عن الشيخ الاعظم (قده) من نسبة القول بالسراية و البطلان الى الشيخ (قده) والصحة الى العلامة والشهيدين والمحقق الثاني، لم نعرف مستنده. فان الموجود في كلماتهم، بل والمنسوب اليهم في كلمات الأصحاب خلاف ذلك، ولعله من سهو قلمه الشريف (رحمه الله) او من غلط النسخ.

قال في مفتاح الكرامة تعقيبا على اختيار العلامة (قده) في القواعد البطلان: «الأصحاب في البيع الذي تضمن شرطاً فاسداً على انحاء:-

الأول: صحة البيع وبطلان الشرط، وهو خيرة الشيخ في المبسوط، وابن سعيد في الجامع، والآبي في كشف الرموز، والمحكي عن أبي علي والقاضي، وربما حكى عن الحلبي ولم أجده في السرائر.

ووافقهم أبو المكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد أو السنة، واحتج في الغنية على صحة العقد حينئذ بالاجماع وغيره كما ستسمع.

ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لو شرط أكل طعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه، فليتأمل.

الثاني: بطلانها معاً، كما هو خيرة الكتاب هنا وفيما يأتي والتذكرة والمختلف والارشاد وشرحه لولده، والدروس واللمعة، والمهذب البارع والمقتصر، وحواشي الكتاب وجامع المقاصد، وتعليق الارشاد وتعليق النافع، والميسية والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية.

(١) كفاية الأحكام / كتاب البيع / الفصل الخامس في الشروط.

ووافقهم أبو المكارم في الشرط غير المقدور، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمراً، فقال: انه فاسد ومفسد بلا خلاف.

لكنه في التذكرة جعل هذا أيضاً محل خلاف للشيخ.

الثالث: ما في الشرائع والنافع والتحرير والايضاح والتنقيح وغاية المرام وايضاح النافع من عدم الترجيح.

وهذه الأنحاء جارية في كل ما شابه البيع من العقود اللازمة^(١).

وكيف كان، فالصحيح في المقام هو الحكم بصحة العقد نفسه وعدم سراية الفساد من الشرط اليه، وذلك:-

أولاً: لاقتضاء القاعدة ذلك، فان سراية الفساد من القرار الشرطي الى العقد المستجمع لشرائط الصحة في نفسه والمشمول بأدلة النفوذ والامضاء بحد ذاته، مع عدم استلزامه لأي تغير في عنوانه، تحتاج الى الدليل وهو مفقود - على ما ستعرف - ومقتضى القاعدة فيه عدم السراية.

ثانياً: النصوص الواردة في الموارد الخاصة، المتضمنة للحكم بنفوذ العقد مع فساد الشرط المنظم اليه، وهي عديدة:-

منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه ذكر «أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشتريتها عائشة فأعتقتها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وآله إن شاءت تفر عند زوجها، وإن شاءت فارقت، وكان مواليتها الذين باعوها قد اشترطوا ولاءها على عائشة، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): الولاء لمن اعتق»^(٢).

فان دلالتها واضحة على المدعى، باعتبار ان الحكم بتخيرها في زواجها دليل

(١) مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٢.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٦ باب ٣٧ من ابواب كتاب العتق ح ٢.

على صحة العتق المستلزم لصحة البيع لا محالة، مع انها تضمنت الحكم ببطلان الشرط وعدم ثبوت الولاء للبائع المشترط.

ومنها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه «قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي واشترطت عليه أن يبيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة، ووليت حقاً ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق، ويبيده الجماع والطلاق وذلك السنة»^(١).

وقريب منها صحيحة الأخرى عنه (عليه السلام) والذي تقدم نقلها في ص ٢٨٣.

ومنها: صحيحة الأخرى عنه عليه السلام ايضاً: «في الرجل يتزوج المرأة الى أجل مسمى، فان جاء بصداقها الى أجل مسمى فهي امرأته، وان لم يأت بصداقها الى الأجل فليس له عليها سبيل، وذلك شرطهم بينهم حين انكحوه، فقضى للرجل أن يبيده بضع امرأته، وأحبط شرطهم»^(٢).

ودلالة الثانية أصرح من الأولى-وان كانت دلالتها غير قاصرة، فان قوله عليه السلام: «أن عليه الصداق» دليل على صحة النكاح، في حين أن قوله (عليه السلام): «ويبيده الجماع والطلاق» صريح في إبطال الشرط.

ومنها: صحيحة علي بن رناب عن أبي الحسن موسى (عليه السلام)، قال: «سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده، فان لم تخرج معه فان مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه الى بلاده، قال: فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها اياها، وان أراد ان يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٩ من ابواب المهور ح ١.

(٣) المصدر نفسه باب ١٠ من ابواب المهور ح ٢.

عليها، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي اليها صداقها او ترضى منه من ذلك بما رضيت وهو جائز له»^(١).

فان قوله (عليه السلام): «ولها مائة دينار التي أصدقها اياها» بعد قوله (عليه السلام) «فلا شرط له عليها في ذلك» صريح في بقاء العقد على صحته بعد فساد شرطه وعدم سراية الفساد منه اليه.

ومنها: رسالة جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن أحدهما (عليهما السلام): «في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث؟، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم الا الميراث»^(٢).

وعلق عليها في المكاسب بـ «أن الحكم بوجوب الوفاء بالاولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد، لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه»^(٣).

الى غير ذلك مما يجده المتتبع في الأبواب المختلفة، كأبواب عقد البيع، ونكاح العيب والاماء، والمهور، ومقدمات الطلاق، والعق، والمكاتب، وموانع الأثر، وبيع الحيوان وغيرها، مما يتضمن الحكم بصحة العقد مع فساد شرطه.

ثم انه وان امكن المناقشة في بعض تلك النصوص سنداً أو دلالة، الا أن غير واحد منها سالم عن الاشكال من الناحيتين، لتامة أسانيدها ووضوح دلالتها. ثم ان القائلين بسراية فساد الشرط الى العقد المتضمن له استندوا الى وجهين أيضاً.

الأول: النصوص المدعى دلالتها على ذلك.

الثاني: استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد.

(١) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٣.

(٣) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

أما الوجه الأول: فقد ورد في كلمات الأعلام الاستدلال بجملته من النصوص لاثبات فساد العقد بفساد الشرط المأخوذ في ضمنه.

منها: رواية عبد الملك بن عتبة، قال: «سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس عليّ منه وضیعة، هل يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغي»^(١).

بدعوى: أن قوله (عليه السلام): «لا ينبغي» ظاهر في الحرمة وأنه يتعين عدم الوفاء به، فيكون إرشاداً إلى فساد العقد المتضمن للشرط الفاسد، والمستفاد فساد من الحكم بعدم النفوذ إذ لا سبب له غيره.

ولا وجه لحمله على الكراهة، فانه خلاف الظاهر، لا سيما مع الالتزام بكون مفاد الشرط حكماً وضعياً، إذ لا معنى لكراهة الأمر الوضعي، لدوران أمره بين الثبوت وعدمه.

والحاصل: أن كلمة: «لا ينبغي» تدل على الحرمة الوضعية، أعني الفساد وعدم النفوذ، وإذا علمنا أنه لا وجه لفساد العقد غير فساد الشرط المأخوذ فيه، توصلنا إلى النتيجة المطلوبة، أعني سراية الفساد من الشرط إلى العقد المتضمن له.

وقد أورد على الاستدلال بها بإيرادين:

الأول: ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من: «ظهور» «لا ينبغي» في الكراهة، ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو، لا أن البيع صحيح غير مكروه والوفاء بالشرط مكروه»^(٢).

وبعبارة أخرى: أن كلمة «لا ينبغي» ظاهرة في الكراهة، وهي تعني كراهة البيع على النحو المذكور، أعني المشتمل على اشتراط: «أن ليس منه عليّ وضیعة»، لانه

(١) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٣٥ من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

المسؤول عنه في كلام الراوي، ولا مبرر لجعل متعلق الكراهة خصوص الاشتراط الصادر منها، فضلاً عن الالتزام بتعلقها بالوفاء بالشرط الذي لا عين له ولا أثر في السؤال.

الثاني: ما أفاده المحقق الأيرواني (قده) بقوله: «تضمنت الرواية سؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بشرط أن تلحق خسارة المشتري إذا باع وخسر البائع.

الثاني: السؤال عن صحة الشرط وتسلب المشتري على أخذ الخسارة منه. والاستدلال بها على المدعى بيتي على إرجاع قوله (عليه السلام): «لا ينبغي» إلى السؤال الأول، ويكون المراد منه هو الحرمة بمعنى الفساد دون الكراهة، وأمّا إذا رجع إلى السؤال الثاني، دل على فساد الشرط فقط، بل صح الاستدلال بها على عدم السراية»^(١).

وتبعه على ذلك السيد الخميني (قده) حيث قال: «إن فيها احتمالين، أحدهما ما ذكر، والآخر وهو الأرجح، أن يكون السؤال عن الشرط، وإن هذا الشرط يستقيم أم لا؟

فعلى فرض كون الكلام إرشاداً إلى البطلان لا يدل الآ على بطلان الشرط. بل لأحد أن يقول حينئذ: إن مقتضى السكوت عن البيع صحته، وإلا كان عليه البيان في مقام الحاجة.

وكيف كان، لو فرض تساوي الاحتمالين لا يصح الاحتجاج بها»^(٢).

أقول: وفي كلا الأيرادين ما لا يخفى.

أمّا ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) من حمل «لا ينبغي» على الكراهة، فيرد

(١) تعليقة الأيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٨.

عليه كونه خلاف الظاهر جداً، فإن «لا ينبغي» في لغة العرب بمعنى عدم التيسر والتأني^(١) وهو ما يساوق عدم التحقق والوقوع، على ما يشهد له جميع موارد استعمال هذه الكلمة في الكتاب العزيز.

قال تعالى: ﴿وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً﴾^(٢). وقال: ﴿قالوا سبحانك ما كان ينبغي لنا أن نتخذ من دونك من أولياء﴾^(٣). وقال تعالى: ﴿وما تنزلت به الشياطين وما ينبغي لهم وما يستطيعون﴾^(٤). وقال عز وجل: ﴿لا الشمس ينبغي لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار﴾^(٥). وقال: ﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له * إن هو إلا ذكر وقرآن مبين﴾^(٦). وقال عز اسمه: ﴿قال رب اغفر لي وهب لي ملكاً لا ينبغي لأحد من بعدي﴾^(٧).

فإنها في جميع تلك الموارد مستعملة في النفي القطعي، وأنه لا يمكن وقوع ذلك ولا يتيسر، ولو بلحاظ المقام والشأن كما هو الحال في قوله تعالى: ﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾، فإنها أيضاً مستعملة في النفي القطعي بلحاظ شأن النبوة ومقام النبي (ص).

بل وكذا الحال فيما استعمل في لسان النصوص، حيث ورد بيان جملة مما يحظر على المحرم أو الصائم أو الزوجين وغيرها بكلمة «لا ينبغي»، فحملها على الكراهة لواجه له ويحتاج إلى القرينة القطعية، وهي مفقودة.

(١) المنجد ص ٤٤.

(٢) مريم: الآية: ٩٢.

(٣) الفرقان: الآية: ١٨.

(٤) الشعراء: الآية: ٢١١.

(٥) يس: الآية: ٤٠.

(٦) يس: الآية: ٦٩.

(٧) ص: الآية: ٣٥.

وأما ما أفاده المحقق الأيرواني والسيد الخميني (قده)، فيرد عليه: أن مجرد احتمال عود الجواب الى الشرط خاصة، لا يقتضي رفع اليد عن ظهور النص في السؤال عن المعاملة المتضمنة للشرط، وكون ما تفضل به الامام (عليه السلام) متعلقاً بما يهم السائل بالنتيجة، اعني معرفة صحة العقد ونفوذه أو بطلانه.

فان الاحتمال انما يؤخذ به في التوقف من العمل بالنص، في خصوص ما لو كان موجباً لتزلزل الظهور ومخلاً به، والا فلا يخلو استظهار من وجود احتمال مخالف له. وعليه فحيث ان محط النظر في ظاهر السؤال هو الابتياح بشرط عدم الخسران، وانه هل يصح ويستقيم ذلك؟ فلا مبرر لرفع اليد عنه لمجرد احتمال كون الجواب متعلقاً بخصوص الشرط، وانه الذي «لا ينبغي».

غير ان ما ذكرناه لا يعني الموافقة على بطلان البيع كي يقال بانه لاوجه له الا سرية الفساد من الشرط اليه.

فان الرواية ضعيفة السند ولا يصح الاعتماد عليها في تأسيس الحكم المخالف للقاعدة. ذلك ان عبد الملك بن عتبة هو عبد الملك بن عتبة الهاشمي الذي لم يرد فيه توثيق، كما يشهد له كون الراوي عنه علي بن الحكم^(١).

على اننا لو تنزلنا عن ذلك وقلنا باعتبار الرواية، ودالاتها على فساد العقد، فلا نسلم دالاتها على المدعى في المقام - سرية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له - لكون بطلان العقد فيه على القاعدة.

وليس ذلك من جهة كون اشتراط الضمان على غير المالك مخالفاً للكتاب والسنة، المقتضيين لتوقف ثبوته على أسباب معينة ليس منها الاشتراط.

كي يقال بعدم اقتضاء القاعدة لسريان الفساد من الشرط المخالف الى العقد المتضمن له كما تقدم.

(١) لمزيد التفاصيل راجع معجم رجال الحديث ج ١١ ص ٢٧.

بل ولا من جهة كونه شرط محال، باعتبار تبعية الخسارة كالربح للسلعة نفسها، فمن يملكها يتحمل خسارتها كما يجني ربحها، فلا يعقل كون خسارتها واقعة ابتداءً في ملك غير صاحبها.

كي يقال بـ «منع كون الشرط هذا الأمر غير العقلاني، بل الشرط هو جبران الوضعية، لا وقوعها في ملك غير المالك»^(١).

بل الوجه في ذلك: كون الشرط في المقام غررياً ومؤدياً الى الجهالة والخطر في العقد نفسه، فان اشتراط «أن ليس عليّ منه وضعية» على نحو الاطلاق ومن دون تحديد له بفترة زمنية محددة، بل وعدم تحديد الخسارة بحد معين، يكون من أظهر مصاديق الغرر بمعنى الجهالة والخطر، حيث لا يعلم البائع انه متى يقدم المشتري على بيع المتاع وكيف يقدم عليه، وهل سوف يتحقق فيه الخسران أم لا، فيبطل لا محالة، فهو نظير أن يبيعه المتاع ويشترط عليه ضمانه لما يخسره في اليوم الثاني.

ولما كان مثل هذا الاشتراط موجباً للغرر في العقد نفسه، من جهة تردد ثمنه - الذي يبقى بيد البائع وفي ملكه - بين المسمى في العقد، وما يفضل منه بعد اخراج الوضعية، فيبطل على القاعدة.

وقد تقدم منا - مفصلاً - أن البطلان في مثل هذا المورد مما يتصف العقد نفسه بعنوان محكوم بالفساد، خارج عن محل الكلام ومحط النزاع بين الأعلام، لكون الفساد فيه على القاعدة، قلنا بالسراية أم لم نقل.

وبما ذكرناه يظهر انه لا اثر لتكلف توجيه الشرط في المقام بكون المراد منه جبران الخسارة وتدارك الوضعية.

فانه مضافاً الى كونه خلاف الظاهر، لا يحل من مشكلة الغرر شيئاً. والذي يتحصل مما تقدم انه لا مجال للاستدلال برواية عبد الملك بن عتبة على

سراية الفاسد من الشرط الى العقد المتضمن له.

وذلك لكون موردها خارجاً عن محط الكلام، اعني السراية في فرض عدم انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد، واحتفاظه بجميع الشرائط المعتبرة في صحته.

على أن ضعفها السندي مانع من الاستناد اليها في الحكم.

ومنها: رواية الحسين بن المنذر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): «يجبني الرجل فيطلب العينة، فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعها إياه، ثم اشتريه منه مكافي، قال: إذا كان بالخيار أن شاء باع وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار أن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر، فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح، قال: إنما هذا تقديم وتأخير، فلا بأس»^(١).

بدعوى: «أن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختاراً في ترك المعاملة الثانية، وعدم الاختيار في تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول، والا فلا يلزم عليها، فيصير الحاصل: أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه، لم يصح البيع الأول فكذا الثاني، أو لم يصح الثاني لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره»^(٢).

مركز تحقيق كاميون علوم إسلامي

وقد أورد عليها بايرادات عديدة.

فقد أورد عليها السيد الخميني (قده) بـ«أن الظاهر منها - على فرض تسليم الدلالة على البطلان وكونه لسلب الاختيار بواسطة الشرط - فرض وقوع الشرط في البيع الأول حتى جعله غير مختار في الثاني، وإن ذلك صار موجباً لبطلان الثاني لا الأول، فهي تدل على عدم فساد البيع بالشرط في ضمنه على فرض بطلانه، فتدل

(١) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٥ من أبواب أحكام العقود ح ٤.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

على خلاف المقصود»^(١).

وفيه: ان مرجع قوله (عليه السلام): «لا بأس»، ان كان هو العقد الأول المتضمن للشرط، كانت دلالة على المدعى واضحة، باعتبار ان مفهومه حينئذ ثبتت البأس فيه إذا لم يكن المشتري منه بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبيع، أو لم يكن هو بالخيار ان شاء اشترى وان لم يشأ لم يشتر، وهو المطلوب.

وان كان هو العقد الثاني، وانه الذي يثبت في البأس عند عدم الاختيار لأحدهما، كشف ذلك عن فساد العقد الأول أيضاً، لوضوح عدم وجود سبب آخر غيره.

وعلى التقديرين فالرواية تدل على فساد البيع الأول، ومن الواضح انه لا مبرر له سوى فساد الشرط.

وقد أورد عليها الشيخ الأعظم (قده) تارة: بان الظاهر منها وبقرينة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الامام (عليه السلام) «هو رجوع البأس في المفهوم الى الشراء، ولا ينحصر وجه فساد في فساد البيع، لاحتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، فان العرف لا يفرقون في الزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أو في الخارج، فإذا التزم به احدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفاً، فيقع لا عن رضا منه فيفسد»^(٢).

وأخرى: «بان غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه ببيعه عليه ثانياً، وهو مما لاخلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه، كالشيخ في المبسوط، فلا يتعدى منه الى غيره، فلعل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة أو

(١) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٩.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد (قده)، أو لغير ذلك»^(١).

ويرد على الأول: أن التزامها خارج العقد ان استمر الى زمان الانشاء بحيث وقع العقد مبنياً عليه، دخل ذلك في الشرط الضمني، ولم يكن فرق بينه وبين الشرط المصرح به في متن العقد.

وان لم يستمر ذلك الى حين الانشاء، بحيث وقع القرار البيعي مع اعراضها عما التزما به قبلاً أو مع نسيانها له بالمرّة، فلا مبرر لدعوى حكم العرف عليه باللزم. على اننا لو سلمنا اللزم العرفي أو العقلاني عليه، لم يكن ذلك كافياً في اتصاف البيع المتحقق منه ثانياً بالاكره وكونه «واقعاً لا عن رضا منه» - على حد تعبيره (قده) - غاية كونه من قبيل المأخوذ بالحياء.

ويرد على الثاني: انه على خلاف مختاره (رحمه الله) في تلك المسألة، حيث ردّ على الوجهين - الدور وعدم قصد البيع - بـ «النقض بها إذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرح في التذكرة بجوازه، وصرح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه»^(٢).

والعمدة في الجواب عن هذه الرواية أن يقال: ان الرواية ضعيفة السند بالحسين بن المنذر، حيث لم تثبت وثاقته^(٣)، فلا تصلح للاعتداد عليها في تأسيس الحكم المخالف للقاعدة.

على أنه يمكن ان يقال: «ان مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه، لان الفساد ليس لأجل كون نفس الاشتراط فاسداً، لأنه في نفسه ليس مخالفاً

(١) المكاسب / الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

(٣) معجم رجال الحديث ج ٦ ص ٩٦.

للكتاب والسنة، ولا منافياً لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه، لا لفساد ما اشترط»^(١).

وبعبارة أخرى: ان محل النزاع في المقام هو فساد العقد نتيجة فساد شرطه، فلا يشمل المورد باعتبار «ان الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه في حد ذاته، فيكون العقد فاسداً ابتداءً ثم يتبعه يفسد الشرط، دون العكس»^(٢).

ومنها: رواية عبدالله بن جعفر في قرب الاسناد، عن عبدالله بن الحسن، عن جده علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: «سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم، أيحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس».

ورواها، علي بن جعفر في كتابه، الا أنه قال: «بعشرة دراهم الى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقداً»^(٣).

والوجه في الاستدلال بها ما تقدم في رواية الحسين بن المنذر من دعوى دلالة مفهومها على ثبوت البأس فيه مع الاشتراط، وهو يعني فساد العقد، وحيث انه لا موجب له غير فساد الشرط، يتحقق المدعى من سريان الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له.

أقول: الرواية وان كانت بطريقها المنقول في الوسائل ضعيفة من جهة السند بعبد الله بن الحسن، حيث لم يرد فيه توثيق^(٤) الا انها معتبرة من جهة رواية علي بن جعفر لها في كتابه.

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢) تعلية الأيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧١.

(٣) وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٥ من ابواب احكام العقود ح ٦.

(٤) معجم رجال الحديث ج ١٠ ص ١٦٤.

لكنها أجنبية عن محل الكلام في المقام، لما عرفت في سابقتها من كون البحث في سرابة الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، لا فساد الشرط - بعد صحته في حد ذاته - نتيجة فساد العقد المتضمن له.

واعتقد ان من غير البعيد ان يكون النظر في هذه الرواية وسابقتها وما ورد بمضمونها، الى النهي عما قد يكون متعارفاً ممن يحاول اطفاء غطاء الشرعية على أخذ الربا وصياغته بصياغة تضمن لهم المحتوى بعيداً عن العنوان، فيلجأون الى بيع المتاع نسيئة الى أجل معين بثمن مرتفع، ثم يرجعون فيشترونه منه نقداً بثمن يقل عن الأول قدر ما يشاؤون، فينتج من ذلك حصول المشتري الأول على الثمن الثاني - النقد - بازاء ثبوت اضعافه في ذمته للبائع مع عود المتاع بالنتيجة اليه.

وضماناً لهذه العملية بخصوصياتها، تؤخذ المعاملة الثانية شرطاً في الأولى حذراً من نكول المشتري.

ومن هنا يكون البأس فيها حتى على تقدير ثبوتها ناشئاً من كون حقيقة هذه المعاملة - على تقدير الاشتراط - معاملة ربوية وأن صيغت بصياغة البيع، إذ لا اثر لذلك بعد ان لم يتحقق منهم جد في البيع، وكان المقصود بالذات وفي الواقع هو الربا. وعليه فتخرج الروايات هذه عن صلاحية الاستدلال بها على المدعى من سرابة الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، لما عرفت من كون محل الخلاف خصوص ما لم يستلزم الشرط انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد.

ومما ذكرنا يظهر انه لا شيء من النصوص التي استند اليها القائلون بسرابة الفساد من الشرط الى العقد، يصلح للاعتداد عليه ويصح الاستدلال به لاثبات حكم مخالف للقاعدة، فان جميعها قاصرة دلالة، بل وضعيفة السند في بعض الأحيان.

ثم اننا لو تنزلنا عن جميع ذلك والتزمنا بسلامة اسناد تلك النصوص وقمامية دلالتها على فساد العقد بفساد شرطه، فلا يخفى انها لا تكافي النصوص الخاصة بالدالة على صحة العقد عند فساد الشرط، فانها اكثر عدداً، وأصح سنداً، وأقوى دلالة.

بل ومع التنزل عن ذلك أيضاً وفرض تكافئها وتساقطها - على ما تقتضيه القاعدة الأولية - يتعين الرجوع الى العمومات والاطلاقات الفوقانية كقوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(١) و﴿تجارة عن تراض﴾^(٢) وهي تقتضي الصحة والنفوذ.

خلاصة البحث

والذي يتحصل من جميع ما تقدم في هذا البحث - الوجه الأول لسراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له - أنه لا شيء من النصوص التي استند اليها الأعلام لاثبات هذا المدعى، يمكن الاعتماد عليها وقبولها دليلاً عليه. فان بعضها قاصر سنداً، في حين أن في دلالة جميعها تأملات كثيرة تمنع من الاستدلال بها على المدعى.

الوجه الثاني: استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد.

استند غير واحد من الأعلام ممن التزم بسراية الفساد من الشرط الفاسد الى العقد المتضمن له، لاثبات مدعاهم الى وجهين يجمعهما كون الفساد في الشرط موجباً - لا محالة - لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد نفسه. وقد اختلفت كلماتهم في صياغة ذلك واثباته، نتعرض الى بعض منها، لنرى مدى وفاء بالمطلوب.

الوجه الأول: ما ذكره العلامة (قده) في المختلف من: «أن للشرط قسطاً من

(١) البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) النساء: الآية ٢٩.

الثلث، فإنه قد يزيد باعتباره وقد ينقص، وإذا بطل الشرط بطل ما أبازائه من الثمن، وهو غير معلوم، فتطرقنا الجهالة الى الثمن فيبطل البيع»^(١).
وقد رده الشيخ الأعظم (قده) بإيرادات ثلاثة:
الأول: ما أفاده بقوله: «منع كون الجهالة الطارئة على العوض قاذحة، إنما القاذح هو الجهل به عند انشاء العقد»^(٢).

وبعبارة أخرى: أن حال عدم الفرر في البيع المستفاد بمقتضى حديث النهي عن بيع الفرر، ليس الاحال سائر ما يعتبر في صحة العقد ونفوذه، حيث يرجع الجميع الى ما يصدر من المتعاملين ويعدّ فعلاً لها ويسمى في العرف بالبيع، وينظر اليه بما له من ماهية وحقيقة عرفية، بعيداً عن الطوارئ والحالات العارضة عليه في امضاء الشارع أو رده كلاً أو بعضاً، فإنها خارجة عن محور تلك الشروط.

وعليه فالفرر المنفي والمنهي عنه في النصوص هو خصوص ما يرتبط بالجهالة فيما يصدر عن المتعاملين من مبادلة المالكين في مقام الانشاء والقرار، دون ما يمضيه الشارع بالنتيجة ويعتبره بيعاً صحيحاً.

كما يشهد له التزامهم في بيع الشاة والخنزير جملة بثلث واحد، وبيع ما يملكه البائع وما لا يملكه كذلك، بالصحة في الشاة وفيما يملكه بخصتها من الثمن المسمى، مع وضوح جهالتهما بذلك - ما يقابل خصوص الشاة أو خصوص ما يملكه - في مقام الانشاء.

وليس السبب في ذلك سوى أن المعتبر علمهما بالثلث والمثلث المسميين في المعاملة، دون ما يحصل نتيجة تفريق الشارع بين الأبعاض في مقام الحكم بالصحة والنفاذ.

(١) مختلف الشيعة في احكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢) المكاسب الطيبة الحجزية ص ٢٨٨.

وحيث ان هذا المعنى متحقق في المقام، حيث ان كلاً منهما يعلم بما يقابل ما ينتقل عنه ثمناً أو مثمناً في مقام القرار والمعاملة، فلا مبرر للحكم بالبطلان حتى مع جهلهما بما يقابل المبيع المجرد عن الشرط - بعد ابطال الشارع له - من الثمن. ومن هذا البيان يظهر انه لا مورد لما أورده المحقق الأصفهاني (قده) عليه بقوله: «انه يوهم انه لا جهل عند العقد، وان عروض الجهل بعد العقد لا يمنع عن تأثير العقد، مع انه لا شبهة في الجهل من الأول بما يقع بازاء المبيع المجرد عما اشترطه، لا انه جهل عارض»^(١).

كما يظهر انه لا وجه لما أفاده المحقق الأيرواني (قده) بقوله: «لا جهالة طارئة هنا، انما الجهالة - اعني جهالة ما يقع بازاء أحد العوضين من صاحبه شرعاً - حاصلة من حين العقد، كما ان عدم الجهالة فيما جعله المتعاقدان حاصل من حين العقد، فان كفت المعلوماتية كذلك فهو، والابطال المعاملة رأساً»^(٢).

الايراد الثاني: «منع جهالة ما بازاء الشرط من العوض، إذ ليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه الا كالمصنف بوصف الصحة والمجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطاً في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع مملوك، وبكزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب»^(٣).

وبعبارة اخرى: انه حتى ولو سلمنا ان للشرط قسماً من الثمن، والتزمنا باعتبار عدم الجهالة فيما يقبله الشارع بيعاً، فلا لسلم تحقق الجهالة في المقام، وذلك لكون التفاوت بين المبيع المنضم الى الشرط والمجرد عنه، معلوماً ومضبوطاً لدى العرف،

(١) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٤.

(٢) تعليقة الأيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٣) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

كما هو الحال في انضباط التفاوت بين المبيع الواجد لوصف الصحة والفاقد له عرفاً في مقام تحديد الأرض.

وفيه: انه وبعد تسليم الأمرين - توزيع الثمن على الشرط أيضاً، ولزوم عدم الغرر في حصة المبيع المجرد عن الشرط - لا يحيص عن الالتزام باعتبار العلم بما يقابل المبيع المجرد عن الشرط من الثمن حين العقد وفي مرحلة الانشاء، فان تعين حصته لدى العرف لا يجدي في رفع الغرر والجهالة عن المتعاقدين حينه مع عدم علمهما به.

ولا مجال لقياس المقام بباب الارش، فانه حكم تعبدي ثابت بالنص على خلاف القاعدة.

وبعبارة اخرى: «ان الارش الثابت في باب خيار العيب ليس معناه استرداد جزء من الثمن الواقع بازاء وصف الصحة، بحيث يبقى البائع مشغول الذمة بسبب تخلف هذا الوصف، وانما يثبت الارش ويضمن البائع بنفس مطالبة المشتري لا بفقد ذاك الوصف، بحيث لو فرضنا ان المشتري لم يطالب ولو لأجل ان لم يعلم بالعيب الى أن مات لم تكن ذمة البائع مشغولة بشيء، لما عرفت من عدم مقابلة هذا الوصف بجزء من الثمن.

مركز تحقيقات كميته علوم اسلامی

فضان التفاوت بين الصحيح والمعيب المعبر عنه بالارش، حكم جديد يثبت بنفس المطالبة، وبها تشتغل الذمة، ومن ثم لم يختص بجزء من الثمن، بل عليه الخروج عن عهدة هذا الضمان من أي مال كان.

فلو كان المناط في هذا الضمان المقابلة المزعومة المزبورة لزم استرداد جزء من نفس الثمن، طالب المشتري أم لا، علم بالعيب أم لا، لأن هذا المقدار من المال لم يملكه البائع من الأول»^(١).

(١) مستند العروة الوثقى / كتاب الأجرة ص ١٤٩.

والحاصل: ان الارش لما لم يكن بمعنى استرداد جزء من الثمن بازاء وصف الصحة الفائت، لم يكن ثبوته على وفق القاعدة، ومعه فلا مجال للتمسك فيه في المقام وامثاله.

نعم، لو كان الارش بمعنى استرجاع بعض الثمن في مقابل تخلف وصف الصحة، جاز التعدي منه الى نظائره.

الايراد الثالث: «منع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفاً ولا شرعاً، لان مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيداً لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد الا بامضائه على النحو الواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن في فقدّه الا الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً»^(١).

وبعبارة اخرى: ان مقتضى الشرطية والقيدية عدم المقابلة بين الشرط وجزء من الثمن، والا لانقلب القرار من الشرطية الى الجزئية.

هذا إذا كان القرار شرطاً للمبيع، وأمّا إذا كان شرطاً للبيع والعقد فالأمر فيه أوضح، حيث لا مقابلة بين الثمن وبينه.

ومنه يظهر الحال فيما أورد المحقق الأيرواني (قده) عليه بقوله: «الظاهر أن العوض يقابل المقيد بها هو مقيد لا ذات المقيد، كما في بيع الموصوف بوصف، ولا وجه للفرق بين المقيد بالصفة والمقيد بشرط خارجي.

وما تقدم من عدم مقابلة التقيد بهال، مضافاً الى انه في محل المنع ربما لا ينافي هذا، فان عدم مقابلة التقيد المجرد لا ينافي مقابلة العين إذا اعتبرت مقيدة»^(٢).

فان وقوع العوض في قبال المقيد بوصفه دون ذاته المجردة، وعدم الفرق بين

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢) تعليقة الأيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

المقيّد بالصفة والمقيّد بشرط خارجي، وإن كان متيناً في نفسه، إلا أنه لا يثبت مدعاه من توزيع الثمن وتقسيمه على الشرط والوصف.

فإن حال الشرط حال أو صاف العين المبيعة، لا يقابل بالمال، ولا يقع بازائه جزء من الثمن أو الأجرة، وإنما يوجب ازدياد الرغبة إلى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بازائه من دون أن يقابل بنفسه بشيء.

ومنه يظهر ما في منعه (قده) من عدم مقابلة التقيّد بالمال.

ثم إن السيد الخميني (قده) قد استند في إنكاره استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد، إلى ما ذكره غير مرة من استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي تماماً، وتحقيق ماهية كل عقد - ومنه البيع - بالإيجاب فقط.

قال (قده) إن «مقتضى مأمّرنا مراراً في ماهية العقد والشرط الذي في ضمنه، هو عدم مفسديته حسب القواعد، لأن العقد بتمام ماهيته أنشأ بإيجاب البائع قبل إيجاب الشرط، وفي هذا الظرف يكون تمام الثمن مقابل تمام المبيع بلا شبهة، ولا يحتمل التقسيط وإن كان الشرط دخیلاً في القيم ككثير من الأوصاف والاضافات، فالقول بالبطلان من ناحية تقسيط الثمن ولزوم الغرر والجهالة في غير محله»^(١).

لكنك قد عرفت منا مراراً إبطال المبني المذكور من أساسه، فلا نعيد.

ثم إن من الجدير ذكره أن مجرد اثبات استلزام فساد الشرط للاختلال بها يعتبر في صحة العقد، فيبطل على القاعدة، لا يكفي في الحكم بالبطلان في المقام، بل لابد بالاضافة إليه من إبطال الاستدلال بالنصوص الخاصة الدالة على صحة العقد مع بطلان الشرط في غير مورد، وإلا فمقتضى القاعدة تقدمها عليها، وبه تقيّد اطلاقات ما دل على اعتبار عدم الغرر في البيع.

الوجه الثاني: ان «البائع انها رضي بنقل سلعة بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له، وكذا المشتري انها رضي ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط له، فإذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه كان البيع باطلاً، لانه لا يكون تجارة عن تراض»^(١).

وبعبارة اخرى: «ان التراضي لم يقع الا على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض»^(٢). وفيه: ما عرفته منا غير مرة «من ان الشروط في باب العقود لا تكون قيداً لها، ولا يكون العقد مقيداً بالشرط، كي يكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد نفسه. فان للشرط في باب العقود معنى غير ما يذكر في الفلسفة أو في باب الأحكام، حيث يفسر في الأول بجزء العلة، وفي الثاني بالقيد للموضوع أو متعلق الحكم، وقد تقدم ذلك مفصلاً.

وملخصه: ان معنى الشرط في العقد لا يخلو من أحد معنيين على نحو منع الخلو - فائهما قد يجتمعان - وهما:-

اولاً: تعليق العقد على التزام الطرف الآخر بشيء، بحيث يكون المنشأ هو الحصة المقيدة بالتزام الطرف الآخر، وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والايقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار، فان فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى - اعني تعليق المنشأ على التزام الآخر - إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي نذكره للشرط.

من هنا فلا محالة يكون نفس الالتزام قيداً للمنشأ دون الملتزم به. فلو قالت المرأة: زوجتك نفسي على أن لا تخرجني من هذا البلد - مثلاً - فقبل الرجل أصل الزواج من دون التزام بالشرط، بطل العقد، لأن ما أنشأته المرأة انها هي

(١) مختلف الشيعة في احكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢) جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦١.

الزوجية المقيدة بالالتزام، فإذا لم يلتزم الزوج بذلك انتفى المقيد كلياً وحكم ببطلان العقد، لعدم تحقق ما علق الانشاء عليه.

وقد عرفت في محله ان مثل هذا التعليق لا يضر بصحة العقد، لكونه تعليقاً على أمر حاصل ومعلوم بالفعل.

نعم، لو فرضنا تعليق الزوجية على نفس السكنى في البلد المعين، دون الالتزام به، لكان من التعليق الباطل.

ثانياً: تعليق الالتزام بالعقد على تحقق الشروط في الخارج ووجوده. وهذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط أمراً خارجاً عن ارادة المشروط عليه واختياره، كما هو الحال في اشتراط الكتابة في العبد عند شرائه، فان مثل هذه الشروط لا يمكن ان يرجع الى المعنى الأول، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هو خارج عن اختياره، فالعقد غير معلق على شيء وانما المعلق هو الالتزام بالعقد، بحيث لو لم يوجد فلا التزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه، وهو ما يعبر عنه بالخيار.

هذا وقد يجتمع المعنيان في عقد واحد، كما لو اشترى قمحاً واشترط على البائع ان يخطئه، فان اصل العقد معلق على التزام البائع بالخطا، كما ان التزامه بالعقد معلق على تحقق الخطا في الخارج، فيكون المورد مجتمعاً لكلا المعنيين.

إذا عرفت هذا كله يتضح لك أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، إذ على المعنى الأول يكون العقد مقيداً بالالتزام، والمفروض انه قد تحقق من قبل الطرف الآخر، فلا وجه للقول بفساد انشاء العقد.

وعلى المعنى الثاني، فالعقد أجنبي عن جعل الخيار للشارط، وان كان الأول ظرفاً للثاني، بمعنى انه انما يجعل في ضمن الأول.

وعليه فإذا فرض فساد الثاني بحكم الشارع لكونه مخالفاً للكتاب والسنة، لم يكن وجه للقول ببطلان الأول، لأنه يحتاج الى الدليل وهو مفقود^(١).

(١) مباني العروة الوثقى كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٥ - ٩٦.

إذا فالرضا بالمبيع حاصل على كل تقدير - تحقق الشرط أم لم يتحقق - غاية الأمر ان للمشروط له على تقدير تخلف الشرط الخيار، وذلك لتعليق التزامه بالعقد وتعهده بانهائه وعدم النكول عنه بتحقيق الشرط ووجوده، فإذا لم يتحقق انتفى اللزوم عنه.

ثم ان الشيخ الأعظم (قده) قد تصدى للإجابة عن الاشكال بالحل والنقض، فذكر أن: «فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه الى معاوضة جديدة عن تراض جديد، وبمجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما إذا تبين نقص أحد العوضين، أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة والصحة، وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح، فانه لا خلاف نصاً وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه.

وقد تقدم ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به.

وتقدم أيضاً ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحاً كان أو فاسداً...

وحل ذلك: ان القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية.

منها: ما هو ركن المطلوب، ككون المبيع حيواناً ناطقاً لا ناهقاً، وكون مطلوب المولى اتيان تنن الشطب لا الأصفر الصالح للتارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فان العرف يحكم في مثل هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التنن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحاً والتنن جيداً والغسل بهاء الفرات، فان العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر ان الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف

الناشي عن العقد بعد فساد الشرط تصرفاً لا عن تراض»^(١).

وعن المحقق الخراساني (قده) توجيه ذلك بقيام القرينة العرفية على كون التقييد موجباً لتعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوماً لحقيقة المبيع، ووحدة المطلوب إذا كان مقوماً^(٢).

غير ان العلمين - الأصفهاني والأيرواني (قده) - لم يرتضيا الاجابة وتوجيهها معاً.

فقد أورد عليه المحقق الأصفهاني (قده): «ان مقتضى هذا الجواب عدم التقييد للغرض ولا للرضا ولا للعقد بقول مطلق، وإذا لم يكن هناك تقييد بقول مطلق للعقد بمبادئه، فليس لزومه مع التخلف أو فساد الشرط نقضاً للغرض وضرراً على المشروط، إذ لا تقييد بقول مطلق حتى يستند الضرر الى الشارع، بل هو قد أقدم على البيع حتى مع تخلف القيد وفساده»^(٣).

وبطلانه بمكان من الوضوح يغني عن البيان.

في حين ذكر المحقق الأيرواني (قده): أن ما أفاده رحمه الله «لا يحل الاشكال، فان محصل ما أفاده هو الفرق بين القيود المأخوذة عنواناً للمبيع، كما إذا باع ذهباً فبان نحاساً فيبطل، وبين القيود الخارجية المأخوذة في المتعلق بلا دخل العنوان المأخوذ منه فيه، كما إذا باع على انه صحيح فبان معيباً فلا يضر بالبيع بل كان الموجود هو المبيع.

وأنت خير بان هذا المقدار لا يدفع الاشكال، بل الاشكال هو ان الرضا في صورة القيد الخارجي أيضاً مقيد، وليس المبيع بلا ذلك القيد مطلوباً للبائع، وان لم

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢) تعليقه الاصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٥.

(٣) المصدر السابق نفسه.

يؤخذ في الصورة عنواناً للمبيع ولا تغير عنوانه الى عنوان آخر، فيكون أمر البيع أبداً بين الصحة مع اللزوم وبين الفساد رأساً بلا واسطة بينها وهي الصحة مع الخيار^(١).
أقول: مما قدمناه لك في جواب الاشكال تعرف انه لا حاجة لتكلف الاجابة بما أفاده الشيخ الأعظم (قده) وتوجيهها والايراد عليها جميعاً.

فإن الشرط عنصر أجنبي عن متعلق العقد دوماً يوجب ازدياد قيمته أو نقصانه على اختلاف موارد، فلا يقابله شيء من الثمن أو الأجرة اطلاقاً، كما لا يوجب تخلفه تغييراً في الرضا بالمبيع، فانه حاصل على كل تقدير، غاية الأمر ان العقد معلق على التزام صاحبه بالشرط - فيما لا يقبل الخيار - أو يكون التزامه به وتعهد به بانهاؤه وعدم رفع اليد عنه معلقاً على وجوده وتحققه، فان تحقق الشرط لم يكن له بدّ عن الوفاء بالعقد، والا كان هو بالخيار بين الاستمرار عليه ورفع اليد عنه.

ثم انه لا وجه للنقض في المقام بالارش الثابت عند تخلف وصف الصحة، وذلك لما عرفته سابقاً من كون ثبوته في مورده بفضل الدليل التعبدية وعلى خلاف القاعدة. هذا كله فيما يكون شرطاً في العقد، وأما ما يكون قيداً له فالمتعين فيه البطلان. وقد تقدم في مبحث اشتراط ما هو جزء للمبيع حقيقة من المقصد السابق، الفرق بين القيد والشرط وما يكون به التمييز بينهما، فلا نعيد.

ثم ان مما ذكرناه يظهر الحال فيما أفاده السيد الخميني (قده) بقوله: ان «العقد وقع على الثمن والمثمن بلا تقييد، كالعقود التي لا شرط فيها بحسب الوجدان والعرف، والشرط قرار مستقل في مقام الجعل والقرار لا يرتبط في ظرفه بشيء ولا يقيد ما وقع مطلقاً»^(٢) فلاحظ.

(١) تعلية الأيراني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٢) كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٤ - ٢٤٥.

حصيلة البحث

والذي يتحصل مما تقدم من البحث، أن مقتضى القاعدة عدم سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، ما لم يستلزم انطباق عنوان محكوم بالفساد عليه. فان الخروج عنها يحتاج الى الدليل، وهو مفقود، لعدم صلاحية شيء من النصوص الخاصة المذكورة في كلمات الأعلام لاثبات المدعى. بل وقد عرفت دلالة جملة من النصوص المعتبرة على الصحة، وعدم سراية الفساد الى العقد.

المسألة الثانية: في ترتب الخيار على تخلف الشرط الفاسد.

بعد ما عرفت عدم فساد العقد بفساد الشرط المأخوذ فيه، يقع البحث في ثبوت الخيار للمشروط له بعد اطلاعه على عدم سلامة الشرط له بحكم الشارع. واعتقد ان من نافلة القول التنبيه على توقف موضوع هذا البحث على الالتزام بعدم سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، إذ مع القول بالسراية وبطلان العقد لا يبقى محل لفسخه بعد ذلك، كي يقال بثبوت حقه - الفسخ - له. كما اعتقد ان من الجدير ذكره بيان توقف هذا البحث على عدم وصول الشرط الى المشروط له - كما هو صريح جملة من الأعاظم - والا فمجرد فساده في نفسه وعدم شمول ادلة الامضاء له، أو كونه منهيّاً عنه، لا يوجب الخيار للمشروط له في أصل العقد جزمًا.

فان أدلة الخيار جميعها - سواء في ذلك الاجماع، وقاعدة نفي الضرر، وبناء العقلاء، وما ذكرناه من التعليق في مقام الانشاء - ناظرة الى فرض عدم سلامة الشرط لصاحبه عملاً، بمعنى عدم وصوله اليه وعدم حصوله له، وأما مع وفاء المشروط عليه به واداءه له، فلا وجه لثبوت الخيار للمشروط له، فان مجرد عدم سلامته له حكماً بمعنى

حكم الشارع بعدم نفوذه أو حرمة لا يكون مبرراً له بعد وفاء المشروط عليه به وتحقيقه له.

ولا يبعد ان يكون ذلك مراد الجميع، وان أهمل ذكر القيد في بعض الكلمات. وكيف كان، فالمسألة ذات أقوال ثلاث:-

الأول: ثبوت الخيار مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين شرط الوصف من جهة، وشرط الفعل والنتيجة من جهة أخرى.

قال الشيخ الأعظم (قده): «ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعي كالعقلي، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط.

ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أو بالحكم الشرعي، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أو بفساد الشرط.

ولكن يشكل بان العمدة في خيار تخلف الشرط هو الاجماع وأدلة نفي الضرر، وقد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم اجمالاً انه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد، خصوصاً إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذراً، فربّ ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصاً الصحة والفساد، فان ضرورة الشرع قاضية في اغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك.

مع ان مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقاً بالموضوع أم بالحكم، وإن قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر.

فالأقوى في المقام عدم الخيار وإن كان يسبق خلافه في بادئ الأنظار^(١).
 في حين قوى الأعلام ممن تأخر عنه ثبوته مطلقاً.
 قال السيد الطباطبائي (قده): «قد عرفت أن خيار تخلف الشرط على طبق القاعدة، وهي جارية في الشرط الفاسد أيضاً»^(٢).
 وقال المحقق النائيني (قده): «أن مقتضى القواعد في الشرط الفاسد هو الخيار مع صحة العقد»^(٣).
 وقال المحقق الأصفهاني (قده): أن «الملاك وهو الضرر من نقض غرضه المعاملي مشترك بين الجميع»^(٤).
 نعم، فصل السيد الخميني (قده) فيه بين شرط الفعل والنتيجة من جهة، وبين شرط الوصف من جهة أخرى، فالتزم بثبوت الخيار عند فساد الأولين دون الأخير.
 قال (قده): «بناءً على ما تقدم من الاستدلال به - «المؤمنون عند شروطهم» - لجميع اصناف الشروط أي شرط الوصف والنتيجة والفعل، يمكن القول بأن مقتضاه عدم الخيار لو كان شرط الوصف ممنوعاً شرعاً، لأن شرط الوصف لا أثر له إلا الخيار عند التخلف، ومعنى لزوم ملازمة المشروط عليه لشرطه هو ترتيب آثار الخيار عند التخلف، فيدل دليل الشرط في هذا القسم على عدم لزوم ترتيب آثار الخيار أو عدم جوازه، ولازمه عدم ثبوته، فلو شرط كون العنب على صفة تصلح للخمرية، وقلنا يبطلانه شرعاً وممنوعيته، كان لازمه عدم الخيار لعدم أثر غير ذلك، بخلاف شروط النتائج والأفعال.

(١) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢) حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ١٤٠.

(٣) منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤٩.

(٤) تعليقه الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٦.

وبالجملة: ان الاستثناء في شرط الصفة لازمه نفي الخيار، لعدم أثر غيره، وفي غيره دال على نفي الاثر في النتيجة، وعلى عدم الوجوب في الفعل، ولا دليل على تنزيل الشرط منزلة العدم حتى يستفاد منه عدم الخيار^(١).

أقول: أما بناءً على ما اخترناه في وجه ثبوت الخيار، فالأمر واضح لا ينبغي التردد فيه، فان مقتضى تعليق المشروط له التزامه بالعقد على وجود الشرط وتحقيقه، هو ثبوت الخيار له عند عدمه، بلا فرق بين كون المعلق عليه محلاً أو محرماً، فانه لا اثر لشيء من ذلك بعد تعليقه الالتزام عليه في مقام الانشاء.

وأما بناءً على مذهب المشهور من التمسك بقاعدة نفي الضرر أو السيرة العقلانية لاثبات الخيار، فالظاهر ان الأمر كذلك.

فان المتعاملين انما أقدموا على العقد بتوابعه وشروطه، فالحكم بلزومه عليه مجرداً عن توابعه وشروطه ضرري بالنسبة اليه، فيشملة حديث نفي الضرر بقول مطلق، كان فقدان التابع واقعياً قهرياً كالتعذر الحقيقي للشرط، أو اختياريّاً كامتناع المشروط عليه عن العمل به وإدائه، أو شرعياً لكونه مخالفاً للكتاب والسنة، وغير سائغ في نفسه.

فان جميعها تشترك في كون لزوم العقد المجرد عن التابع ضرراً منقياً. وكذا الحال بالنسبة الى السيرة العقلانية وبنائهم في موارد تخلف الشرط، فان الظاهر عدم الفرق عندهم بين التخلف القهري الحقيقي، والتخلف الاختياري، والتخلف المستند الى الحكم الشرعي.

إذاً فالصحيح هو ثبوت الخيار عند تخلف الشرط الفاسد مطلقاً على جميع المباني في ثبوت الخيار، إذ لا فرق بينها بالنسبة الى أصل ثبوت الخيار. نعم، تختلف النتيجة على مسلكنا عنها على مسلك المشهور في فرض علم

المتعاقدين بفساد الشرط حين اعدامها عليه واشتراطها له.
فان على مسلكنا يثبت الخيار للمشروط له جزماً، باعتبار ان العلم بالحرمة لا يرفع التعليق الذي اتفقا عليه في مقام الانشاء، ولا يلغيه.
في حين يتعين الالتزام بعدم الخيار بناءً على التمسك بقاعدة نفي الضرر، فانها غير شاملة لفرض اعدامها المتعمد عليه جزماً.
وكذا الحال بالنسبة للتمسك بالسيرة العقلانية، فان بناء العقلاء غير شامل لفرض علمها بالفساد.

ثم ان مما ذكرنا يظهر الحال فيها أفاده السيد الخميني (قده) في المقام، فان النصوص لا تتضمن الامضاء ما انشاء المتعاقدان من الالتزام والالتزام والفرض والتعهد به، بحيث انقلب ذلك اللزوم الفردي الى القانون الشرعي والحكم التعبدية، وأما ثبوت الخيار عند تخلفه فهو أمر خارج عن مدلولها، ولا علاقة لها به، صح الشرط أم فسد.

على ان اشتراط الوصف قرار له مفهوم خاص ومعنى معين، واشتراط الخيار على تقدير عدمه قرار آخر وله مفهومه ومعناه الخاص به.
وعليه فإذا لم يمكن تصور معنى يحصل لجعل اللزوم في شرط الوصف، كان المتعين الحكم بخروجه عن مفاد النص، وعدم شموله له، دون انقلابه الى اشتراط الخيار، فانه لا وجه له.

ومع التنزل عن ذلك وتسليم رجوعه الى اشتراط الخيار - كما أفاده - فلا يخفى كونه أخص من المدعى، لأنه لا يثبت الاعدم الخيار في الشرط الفاسد من جهة مخالفته للكتاب والسنة، دون الفاسد لأجل فقدان غيره مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه.

على أن في عدّ شرط الوصف مخالفاً للكتاب أو السنة ما لا يخفى، فان صنع الخمر - في مفروض مثاله (قده) - وان كان فعلاً محرماً ومخالفاً للكتاب والسنة، الا ان ذلك لا يعني سرايته الى وصف كون العنب صالحاً للخمرية، والحكم عليه بكونه مخالفاً

للكتاب أيضاً، فإن الوصف لا يتصف بالموافقة او المخالفة.
وبالجملة: فالصحيح على مختارنا في مستند ثبوت الخيار عند تخلف الشرط،
ثبوته عند تخلفه بقول مطلق، صح الشرط أم فسد، علم المتعاقدان بالفساد أم جهلاً
به، كان شرط فعل أو نتيجة أم شرط وصف.
فانه لا فرق في الحكم بالنسبة لجميع ذلك ما دام العقد المتضمن له محكوماً
بالصحة، ولم يفِ المشروط عليه بالشرط.

المسألة الثالثة: عدم صحة العقد باسقاط الشرط الفاسد .

والبحث في هذه المسألة - على عكس سابقتها - يبتني على القول بسراية الفساد من
الشرط الى العقد المتضمن له، وبطلانه من أجله، إذ لا موضوع للبحث عن تأثير
الاسقاط في صحة العقد مع القول بعدم سراية الفساد اليه وبقائه على الصحة في نفسه
ثم ان المقصود بالاسقاط هو اعراضها عن الشرط، ورضاها بالعقد بدونه،
وبذلك يعم شرط الفعل والنتيجة والوصف على حد سواء.
وليس المراد منه ما قد يظهر من العنوان من كون مورده حقاً قابلاً للاسقاط،
كي يختص البحث فيه بشرط الفعل فقط دون غيره - الوصف والنتيجة - مما يدور
أمره بين التحقق والعدم.

وكيف كان، فالمشهور بين الأعلام عدم صحة العقد باسقاط الشرط الفاسد.
ونسب الى العلامة (قده) في مواضع من التذكرة التردد فيه واحتمال التأثير،
باعتبار ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيها عليه
حال العقد.

والصحيح ما ذهب اليه المشهور، والوجه فيه: أن العقد إذا حكم عليه بالفساد
بلحاظ فساد شرطه، سواء كان المستند فيه النصوص الخاصة، أو دعوى استلزام فساد
الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد، أو استلزامه لجهالة الثمن، كان الحكم
عليه بعد ذلك بالصحة والنفوذ محتاجاً الى الدليل وهو مفقود، ومقتضى القاعدة عدم

انقلاب الشيء عما وقع عليه.

ولا وجه لقياس المقام بالعقد الاكراهي إذا لحقه الرضا والقبول، فانه من القياس مع الفارق جداً.

ذلك ان غاية ما يستفاد من أدلة اعتبار التراضي في التجارة، اعتبار الأعم من المقارن واللاحق، إذ لا دليل على لزوم مقارنة الرضا للانشاء.

ومن هنا يكون عقد المكره مراعى بتحقيق الرضا به بعد ذلك، ولا يكون محكوماً بالفساد حين وقوعه كي يقال بامتناع انقلابه عما وقع عليه.

على العكس مما ثبت في المقام، فان مقتضى ما تقدم من الأدلة - على تقدير تمامية دلالتها - هو الحكم بفساد العقد المتضمن له حين الانشاء، فلا ينفعه رفع سبب الفساد فيما بعد والرضا به عنده، فانه نظير ارتفاع الفرر بعد العقد، حيث لا ينفع في الالتزام بصحته.

ويكون الحكم في المقام أوضح، بناءً على الاستناد في بطلان العقد الى تقيّد متعلق العقد بالقرار الشرطي، انتفاء المقيد بانتفاء قيده.

فان الرضا بالمجرد عنه بعد ذلك لا يرتبط بمفاد العقد الأول بالمرة، فان ما انشأه هو المقيد وما تعلق به الرضا لاحقاً هو المجرد، فهو نظير امضاء المالك العقد المجرد بعد انشاء الفضولي للعقد المشروط، حيث اتفقت كلماتهم على عدم كفايته.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما أفاده المحقق الأصفهاني (قده) بقوله: «ان استندنا في فساد العقد بفساد شرطه الى انتفاء العقد بانتفاء قيده، فلا يجدي الرضا المتجدد، فانه انما يجدي فيما إذا بقي عقد، وحيث لا عقد فلا معنى للرضا به.

وان استندنا فيه الى تقيّد الرضا، وان الرضا بالمقيد ينتفي بانتفاء قيده، فيمكن القول بتأثير الرضا المتجدد، إذ المفروض بقاء العقد، وأن عدم تأثيره لانتفاء الرضا الدخيل في تأثيره، فمع الرضا المتجدد بالعقد المجرد لا مانع من صحة العقد بلحوقه. ولا يقال: لا عقد مجرد حتى يجديه الرضا المتجدد.

فانه يقال: لامباينة بين العقد المجرد والمقيد الا بانضمام التزام شرطي اليه

وعدمه، لا أن المعقود عليه أمر خاص حتى يتوهم أنه لا عقد على ذات الخاص»^(١).
فانه يرد عليه: أن الكلام في هذه المسألة ليس مبنياً على مختاره (قده) ومختارنا
من عدم سراية الفساد من الشرط إلى العقد نفسه، كي نبقي نحتفظ لأنفسنا بصياغة
الدليل، بل الكلام فيها مبني على تسليم القول بسراية الفساد وتامة أدلتها.

وعليه فإذا سلمنا ما أفادوه في وجه ذلك من انتفاء المقيد بانتفاء قيده، وكون
المعاوضة بين الثمن والمثمن المجرد عن الشرط معاوضة أخرى، محتاجة إلى تراض
جديد وإنشاء مستأنف - كما ورد في كلماتهم ونقلها هو (قده) - لم يبق مجال للقول بصحة
العقد بمجرد حقوق الرضا به، وكونه مقتضى دليلهم.

وكيف كان، فالصحيح في المقام هو القول بعدم تأثير إسقاط الشرط الفاسد
في صحة العقد المتضمن له مطلقاً.

ولنعم ما أفاده الشيخ الأعظم (قده) في المقام، حيث قال: «لو اسقط المشروط
الشرط الفاسد على القول بافساده، لم يصح بذلك العقد، لا تعقاده بينها على الفساد،
فلا ينفع إسقاط المفسد.

ويحتمل الصحة، بناءً على أن التراضي أنها حصل على العقد المجرد عن
الشرط، فيكون كتراضيها عليه حال العقد.

وفيه: أن التراضي أنها ينفع إذا وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق، كما في
بيع المكره والفضولي، وأما إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لأن
متعلق الرضا لم يعقد عليه، ومتعلق العقد لم يرض به»^(٢).

المسألة الرابعة: في ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

(١) تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٧.

(٢) المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

والحديث في هذه المسألة كالحديث في المسألة السابقة مبني على القول بسراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له - إذ بدونه لا يبقى مورد للبحث عن كون الشرط الفاسد المذكور قبل العقد لفظاً بحكم المصرح به في اثنا عشر وعنده.
وكيف كان، فلا أرى في المسألة خصوصية تستوجب فصلها عن البحث عنه في الشرط الصحيح، فانها معاً من واحد، ويجري في الشرط الفاسد ما قلناه في الشرط الصحيح.

فانه ان ذكر قبل العقد ووقع العقد مبنياً عليه كان كالمذكور في متنه، والا فلا أثر له ولا يستتبع حكماً.

ولقد أجاد الشيخ الأعظم رحمه الله حين قال: «إذا أوقعا العقد المجرد على النحو الذي يوقعانه مقترناً بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط والالتزام به الا بالتلفظ بالشرط وعنده، فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح والفساد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيداً بالالتزام بما اشترطه خارج العقد، بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق في ايقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتب أثر شرعي عليه وغيره»^(١) **توضيح** علوم اسلامی
وبالجملة: فالاقدام على العقد مقيداً أمر عر في يصدر من المتعاقدين وان علما بفساد الشرط.

وأما حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فان كان مع نسيان اصل الشرط كما هو الغالب، فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيداً، غاية الأمر انه كان عازماً على ذلك لكن غفل عنه.

نعم، لو اتفق ايقاع العقد مع الالتفات الى الشرط، ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط، كان كتارك ذكر الشرط عمداً، تعويلاً على توطنها السابق»^(٢).

المسألة الخامسة: فساد الشرط لعدم تعلق غرض عقلائي به.

المشهور بين القائلين بسراية الفساد في الشرط الى العقد المتضمن له، عدم شمول هذا الحكم للشرط الفاسد من جهة خلوه من الغرض العقلائي، وقد علل في كلماتهم بكونه لغواً وفي حكم عدم فلا يؤثر شيئاً.

فقد نقل الشيخ الأعظم (قده) عن العلامة رحمه الله في التذكرة قوله في باب العيب: «لو شرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية، فانه لغو لا يوجب الخيار».

ونقل عنه في مواضع اخر في باب الشروط حكمه بصحة العقد ولغوية الشرط. كما نقل عن الشهيد (قده) التصريح بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافراً فبان مسلماً^(١).

أقول: أما اصل اشتراط ما لا يتضمن غرضاً عقلائياً، فقد عرفت الكلام فيه في المسألة الأولى مفصلاً.

وقد عرفت أنه بين ما لا يكون شرطاً واقعاً، وما لا يكون مشمولاً بأدلة الامضاء والنفوذ.

الا ان ذلك لا يمنع من التزامنا بثبوت الخيار للمشروط له على تقدير تخلفه وعدم تحققه.

فان الالتزام بالعقد حين انشاءه كان معلقاً عليه، فيثبت له الخيار - رفع اليد عن الالتزام بالعقد - على تقدير التخلف، إذ لا يعتبر في المعلق عليه الالتزام وتعهد البائع بالوفاء كونه أمراً عقلائياً يشتمل على غرض مقصود لدى العقلاء.

وما ذكرناه بناءً على مختارنا في مستند الخيار واضح لا يكاد يخفى.
 وأما بناءً على مسلك المشهور من الاستناد فيه الى قاعدة نفي الضرر أو
 السيرة العقلانية، فلا يكاد يخلو الالتزام به من الاشكال.
 وذلك لعدم الضرر عند انتفاء ما لا يتضمن غرضاً عقلياً، وعدم خلو دعوى
 قيام السيرة العقلانية في مثله على الخيار من تأمل.
 ومنه يظهر ما في قوله الشيخ الأعظم (قده) من: «ان لغويتها لا تنافي تقييد
 العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم أما بطلان العقد وأما وجوب الوفاء، كما إذا جعل
 بعض الثمن مما لا يعد مالاً في العرف»^(١).
 فانه انما يتم على مسلكنا في مستند ثبوت الخيار دون مسلكه.
 وعلى المختار لا ينحصر الخيار بين ما ذكره رحمه الله من الالتزام ببطلان العقد
 من رأس، ووجوب الوفاء بالشرط.
 بل هناك خيار آخر - وهو الصحيح المتعين في المقام - هو عدم نفوذ الشرط،
 لعدم شمول الأدلة له، مع ثبوت الخيار للمشروط له من جهة تعليق التزامه بالعقد
 حين الانشاء على تحققه ووجوده.

مركز تحقيقات كميتر علوم اسلامی
 والحمد لله رب العالمين





مرکز تحقیقات کتاب ویر علوم اسلامی

المصادر والمراجع

- ١ - القرآن الكريم.
- ٢ - أصول الفقه الشيخ محمد رضا المظفر
- موسوعة أصولية في أربعة أجزاء / منشورات منتدى النشر - النجف الاشرف.
- ٣ - أقرب الموارد سعيد الخوري الشرتوني
- موسوعة لغوية في ثلاثة أجزاء / مؤسسة النصر - بيروت.
- ٤ - البحث اللغوي عند الأصوليين الدكتور مصطفى جمال الدين
- منشورات وزارة الثقافة والاعلام - العراق.
- ٥ - تاج العروس في شرح القاموس محب الدين محمد مرتضى الحسيني الواسطي
- موسوعة لغوية في عشرة أجزاء المطبعة الخيرية - مصر.
- ٦ - التعريفات أبو الحسن علي بن محمد بن علي الحرجاني
- دار الشؤون الثقافية العامة / وزارة الثقافة والاعلام / العراق.
- ٧ - تعلية الأصفهاني على المكاسب الشيخ محمد حسين الغروي الأصفهاني
- جزءان في مجلد - طبعة حجرية - إيران.
- ٨ - تعلية الأيرواني على المكاسب الشيخ ميرزا علي الأيرواني الغروي
- جزءان في مجلد - طبعة حجرية إيران.
- ٩ - جامع المقاصد الشيخ علي بن عبد العالي الكركي (المحقق الثاني)
- مجلدن / طبعة حجرية / إيران.
- ١٠ - جهرة اللغة ابن دريد أبو بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري
- موسوعة لغوية في أربعة أجزاء / دار صادر - بيروت.
- ١١ - جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام الشيخ محمد حسن النجفي
- موسوعة فقهية في ثلاثة وأربعين جزءاً / منشورات دار الكتب الاسلامية - النجف.

٣٣٦ الشروط او الالتزامات التبعية في العقود / ج ١

١٢ - حاشية الطباطبائي على المكاسب السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
جزءان في مجلد واحد - طبعة حجرية / ايران.

١٣ - الهدائق الناضرة الشيخ يوسف البحراني
موسوعة فقهية في خمسة وعشرين جزء / تحقيق الشيخ محمد تقي الأيرواني.

١٤ - حقائق الأصول السيد محسن الطباطبائي الحكيم
شرح كفاية الأصول / مجلدان / المطبعة العلمية - النجف.

١٥ - الدروس الشرعية الشيخ ابو عبدالله محمد بن مكّي العاملي (الشهيد الأول)
جزءان في مجلد / انتشارات صادقي - قم.

١٦ - دروس في علم الأصول السيد محمد باقر الصدر
موسوعة أصولية في ثلاث حلقات / بيروت.

١٧ - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية
الشيخ زين الدين الجبعي العاملي.

١٨ - رياض المسائل السيد علي بن محمد علي الطباطبائي
موسوعة فقهية في عشرة أجزاء / تحقيق السيد محمد كلانتر

جزءان / طبعة حجرية - ايران
١٩ - السنن الكبرى احمد بن الحسين بن علي البيهقي

موسوعة حديثة في عشرة أجزاء / دائرة المعارف العشانية - مصر.
٢٠ - الشامل محمد سعيد إسبر وبلال جنيدي

معجم في علوم اللغة العربية ومصطلحاتها / دار العودة - بيروت.
٢١ - شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام

الشيخ ابو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن الحلي / المحقق
موسوعة فقهية في أربعة أجزاء / تحقيق عبد الحسين محمد علي / النجف / مطبعة
الاداب.

- ٢٢ - العروة الوثقى السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
جزءان / مطبعة الاداب / النجف الأشرف.
- ٢٣ - العين أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي
موسوعة لغوية في عشرة أجزاء / تحقيق الدكتور مهدي المخزومي والدكتور ابراهيم
السامرائي / منشورات وزارة الثقافة والاعلام - العراق.
- ٢٤ - الغنية الشيخ أبو المكارم ابن زهرة
مطبوعة ضمن الجوامع الفقهية / طهران.
- ٢٥ - فقه الامامية السيد محمد كاظم الخلخالي
تقريرات أبحاث الشيخ ميرزا حبيب الله الرشقي / مطبعة الحيدري - طهران.
- ٢٦ - فقه الصادق السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
موسوعة فقهية في واحد وعشرين جزءاً - مطبعة مهر - قم.
- ٢٧ - القاموس المحيط الشيخ مجد الدين الشيرازي
موسوعة لغوية في أربعة أجزاء / عالم الكتب - بيروت.
- ٢٨ - قواعد الأحكام الشيخ ابو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي / العلامة
جزء واحد / طبعة حجرية - ايران.
- ٢٩ - القواعد والفوائد الشيخ ابو عبدالله محمد بن مكّي العاملي / الشهيد الأول
جزءان / تحقيق الدكتور عبد الهادي الحكيم / منشورات منتدى النشر - النجف.
- ٣٠ - كتاب البيع السيد روح الله الموسوي الخميني
موسوعة فقهية مختصة بابحاث البيع في خمسة أجزاء / مطبعة الاداب / النجف
الأشرف.
- ٣١ - كفاية الأحكام السيد محمد باقر السبزواري
مجلد واحد / طبعة حجرية - ايران.

٣٣٨ الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود / ج ١

٣٢ - كفايه الأصول الشيخ محمد كاظم الخراساني

جزءان / طبعة حجرية - ايران.

٣٣ - لسان العرب المحيط ابن منظور

اعداد وتصنيف يوسف الخياط موسوعة لغوية في أربعة مجلدات / دار لسان العرب - بيروت.

٣٤ - مباني العروة الوثقى محمد تقى الخوئي / المؤلف

موسوعة فقهية صدر منها أربعة أجزاء / تقارير ابحاث السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي / مطبعة الآداب - النجف الاشرف.

٣٥ - المبسوط الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي / شيخ الطائفة
مجلد واحد / طبعة حجرية - ايران.

٣٦ - محاضرات في اصول الفقه الشيخ محمد اسحق الفياض

موسوعة أصولية صدر منها خمسة أجزاء / تقارير ابحاث السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي / مطبعة الاداب - النجف الأشرف.

٣٧ - محيط المحيط بطرس البستاني

مجلد واحد مكتبة لبنان - بيروت. مركز توثيق علوم إسلامي

٣٨ - مختار الصحاح محمد بن أبي بكر الرازي

جزء واحد / دار الفكر - بيروت.

٣٩ - مختلف الشيعة في أحكام الشريعة

الشيخ أبو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي / العلامة

خمسة أجزاء في مجلد واحد / طبعة حجرية - ايران.

٤٠ - مسالك الأفهام الشيخ زين الدين الجبعي العاملي / الشهيد الثاني

شرح شرائع الاسلام / جزءان / طبعة حجرية - ايران.

٤١ - مستدرك الوسائل الحاج ميرزا حسين النوري الطبرسي

موسوعة حديثية في ثلاثة أجزاء / طبعة حجرية - دار الكتب الاسلامية - طهران.

- ٤٢ - مستمسك العروة الوثقى السيد محسن الطباطبائي الحكيم
موسوعة فقهية في شرح العروة الوثقى في أربعة عشر جزءاً / مطبعة الاداب - النجف.
- ٤٣ - مستند العروة الوثقى الشيخ مرتضى البروجردي
موسوعة فقهية صدر منها عشرة أجزاء / تقارير أبحاث السيد أبو القاسم الموسوي
الخوئي / مطبعة الاداب - النجف الاشرف.
- ٤٤ - المسند أحمد بن حنبل
منشورات المكتب الاسلامي ودار صادر - بيروت.
- ٤٥ - مصباح الفقاهة الشيخ محمد علي التوحيدي
موسوعة فقهية صدر منها ثلاثة أجزاء / تقارير أبحاث السيد أبو القاسم الموسوي
الخوئي / مطبعة الاداب - النجف الاشرف.
- ٤٦ - معجم رجال الحديث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي
موسوعة رجالية في أربعة وعشرين جزءاً / مطبعة الاداب - النجف الاشرف.
- ٤٧ - معجم متن اللغة أحمد رضا
موسوعة لغوية في خمسة مجلدات / دار مكتبة الحياة - بيروت.
- ٤٨ - المعجم الوسيط مجمع اللغة العربية
مجلدان / دار احياء التراث العربي - بيروت.
- ٤٩ - مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة السيد محمد جواد العاملي
موسوعة فقهية في عشرة أجزاء / مطبعة الشورى - مصر.
- ٥٠ - المكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري / الشيخ الأعظم
مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.
- وهناك طبعة اخرى حديثة صدر منه خمسة عشر جزءاً / تحقيق السيد محمد كلانتر -
منشورات جامعة النجف الدينية.
- ٥١ - المنجد الطبعة الحادية والعشرون / دار المشرق - بيروت
- ٥٢ - منية الطالب في حاشية المكاسب الشيخ موسى الخوانساري

- ٣٤٠ الشروط أو الالتزامات التبعية في العقود / ج ١
- تقارير أبحاث الشيخ محمد حسين الفروي النائبي.
جزءان في مجلد واحد / طبعة حجرية / المطبعة المرتضوية - النجف.
- ٥٣ - مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام السيد عبد الأعلى السبزواري
موسوعة فقهية في ثلاثين جزء / مطبعة الآداب - النجف.
- ٥٤ - الموسوعة الفلسفية
لجنة من الأكاديميين السوفيت
ترجمة سمير كرم / دار الطليعة - بيروت.
- ٥٥ - الموسوعة العربية الميسرة
محمد شفيق غربال
جزءان / دار نهضة لبنان - بيروت.
- ٥٦ - النظرية العامة في الشروط في الفقه الاسلامي
محمد رضا عمادي
رسالة ماجستير مطبوعة بالرنيو في جزئين.
- ٥٧ - النهاية في مجرد الفقه والفتاوى
الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي/شيخ الطائفة
جزء واحد / دار الكتاب العربي - بيروت.
- ٥٨ - هداية الطالب الى اسرار المكاسب
الحاج ميرزا فتاح الشهيدي التهريزي
جزءان في مجلد واحد - طبعة حجرية - ايران.
- ٥٩ - الوافي
محمد بن مرتضى الكاشاني
موسوعة حديثة في ثلاثة مجلدات / طبعة حجرية - ايران.
- ٦٠ - وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة
الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي
موسوعة أحاديث في عشرين جزءاً / تحقيق الشيخ عبدالرحيم الرباني الشيرازي.
دار احياء التراث العربي - بيروت.
- ٦١ - الوسيط في شرح القانون المدني
الدكتور عبدالرزاق السنهوري
موسوعة قانونية في عشرة أجزاء / دار النهضة العربية.

۹	اهمية البحث
۱۰	خطة البحث
۱۵	المبحث الاول: معنى الشرط واصطلاحاته
۱۵	تمهيد
۱۵	تعريف الشرط
۱۶	اللفظة
۱۸	النحو
۱۹	الفلسفة والكلام
۲۰	القانون
۲۱	الاصول
۲۲	الفقه
۲۳	تعريف الشيخ الانصاري (قده)
۲۴	تعريف الشهيد الاول (قده)
۲۵	تعريف المحقق الايرواني
۲۶	رأي المحقق الاصفهاني
۲۷	رأي المحقق الطباطبائي
۲۷	رأي المحقق الخميني
۲۹	رأي الامام الخوئي
۳۰	رأي السيد السبزواري
۳۰	رأي السيد الروحاني
۳۱	هل هناك جامع بين الاقوال؟
۳۳	وقفه مع الاقوال والآراء
۳۴	النقطة الاولى: تعريف البيع بالالزام والالتزام
۳۴	أ - تفسير الشرط بالالزام والالتزام
۳۶	ب - هل الشرط مطلق الالزام والالتزام، ام خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر؟

٤٤	ج - علاقة العقد بالشروط المذكور في ضمنه
٥٠	النقطة الثانية: الشرط في مصطلح النصوص
٥١	أ - الالتزامات الابتدائية
٥٣	ب - اطلاقه على النذر والعهد
٥٤	ج - اطلاقه على الخيار
٥٥	د - اطلاقه على البيع
٥٦	هـ - اطلاقه على النكاح أو الاجل فيه
٦٠	النقطة الثالثة هل الشرط معنى جامد أو مشتق
٦٥	خلاصة المبحث الاول
٦٩	المبحث الثاني:
٦٩	تقسيمات الشرط
٦٩	١ - الشرط الحقيقي والشرط الاعتيادي
٧٢	تحديد محل البحث
٧٤	الفصل الاول: الشرط في العقد
٧٤	الفصل الثاني: شرط الخيار
	الفصل الاول:
	الشرط في العقد.
٧٥	أ - تهديد
٧٩	الشرط الاول: قدرة المشروط عليه على الوفاء به
٧٩	أدلته
٧٩	الاول: الاجماع
٨٢	الثاني: لغوية اشتراط وما ليس بمقدر
٨٢	الثالث: لزوم السفاهة من اشتراط غير المقدور
٨٣	الرابع: لزوم التسليم المنوط بالقدرة
٨٣	الخامس: لزوم الفرر في فرض عدم القدرة
٨٨	خلاصة البحث وتحديد محل الكلام
٩٢	نتيجة البحث

٩٣	الشرط الثاني: ان يكون الشرط سائغاً في نفسه
٩٧	الشرط الثالث: ان يكون فيه غرض عقلائي معتد به
١٠٣	الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة
١١١	خلاصة البحث
١١٣	١ - الشرط بالمعنى المصدري - الانشاء والاعتبار
١١٦	٢ - اللزوم ووجوب الوجود
١٢٢	٣ - المشروط - ومتعلق اللزوم
١٢٣	خلاصة البحث
١٤٠	خاتمة في مقتضى الاصل عند الشك في المخالفة
١٤٢	الشرط: ان لا يكون منافياً لمقتضى العقد
١٤٢	ادلته
١٤٢	الوجه الاول: الاجماع
١٤٣	الوجه الثاني: امتناع شمول ادلة وجوب الوفاء للعقد المشتمل عليه
١٤٣	الوجه الثالث: مخالفته للكتاب والسنة
١٤٤	الوجه الرابع: استلزامه بطلان العقد
١٤٤	الوجه الخامس: استلزام عدمه من وجوده وهو محال
١٥٣	الشرط السادس: ان لا يكون مجهولاً مركزية تكاثر علوم شرعية
١٥٩	حصيلة البحث
١٦٢	الشرط السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال
١٦٦	الشرط الثامن: ان يذكر في متن العقد
١٦٧	تحديد محل الكلام
١٦٩	المختار في المقام
١٧٠	الشرط التاسع: التنجيز
١٧٥	خلاصة البحث
	المقصد الثاني: فيما يترتب على الشرط الصحيح من احكام وآثار.
١٧٩	تمهيد
١٨٠	شرط الوصف

١٨٣	 شرط النتيجة
١٩٢	 حصيلة البحث
١٩٤	 ٣- شرط الفعل
١٩٦	 المسألة الاولى: مفاد أدلة الامضاء
٢١٢	 المسألة الثانية: في جواز اجبار المشروط عليه المعتنع على الوفاء
٢١٩	 المسألة الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط
٢٢٧	 المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالارش عند تعذر الخيار
٢٥١	 المورد الاول: شرط النتيجة
٢٥٣	 المورد الثاني: ماله مالية في نفسه من الافعال
٢٥٧	 المورد الثالث: العتق
٢٨٣	 حصيلة البحث
	 المقصد الثالث في ما يترتب على الشرط الفاسد.
٢٨٧	 تحديد محل البحث
٣١٢	 خلاصة البحث
٣٢٣	 حصيلة البحث
٣٢٥	 المسألة الثانية
٣٢٩	 المسألة الثالثة
٣٣٠	 المسألة الرابعة
٣٣٢	 المسألة الخامسة
٣٣٥	 المصادر
٣٤١	 الفهرست

