حاشية

كتاب المكاسب

تأليف

سماحة آية الله العظمى

المحقق الفقيه الشيخ محمد حسين الاصفهاني

المتوفى سنة ١٣٦١ هـ

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

الجزء الخامس

شبكة الفكر
alfeker.net

يا علي يا فاطمة

حاشية

كتاب المكاسب

اسم الكتاب: ..... حاشية كتاب المكاسب
تأليف: ..... الشيخ محمد حسين الاءصفهانى
تحقيق: ..... الشيخ عباس محمد آل سباع
الطبع: ..... الاولى ١٤١٩ . هـ ق
العدد: ..... ١٠٠٠ نسخة
الناشر: ..... ذوى القربى
المطبعة: ..... نهضت

حاشية

كتاب المكاسب

تأليف

سماحة آية الله العظمى

المحقق الفقيه الشيخ محمد حسين الأصفهاني

المتوفى سنة ١٣٦١هـ

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

بسم الله الرحمن الرحيم

اختلاف المتبايعين

اختلاف المتبايعين

١ ـ قوله ﷺ: (نعم لو علم كونه نقصاً ...الخ)[1].

فمرجع الاختلاف إلىٰ أنّه نقص في العين يوجب نقصاً في القيمة حتىٰ يكون عيباً موجباً للرد والارش معاً، أو غير موجب لنقص القيمة حتىٰ لا يوجب إلّا الرد، لكنه اذا كان المدرك اخبار خيار العيب فموضوعها المعيب، ومع الشك في الصدق لا رد ولا أرش، واذا كان المدرك الالتزام الضمني بالصحة وبسلامة المبيع فلا يقتضي إلّا الرد.

وتوهم: عدم جريان قاعدة الضرر التي هي مدرك الخيار عند تخلّف الشرط الصريح أو الضمني فيما اذا لم يكن هناك نقص في المالية.

مدفوع: بابتنائه علىٰ حصر الضرر في الضرر المالي، وإلّا فبناء علىٰ شموله لنقض الغرض المعاملي لا وجه له كما هو واضح.

٢ ـ قوله ﷺ: (لو اختلفا في حدوث العيب في ضمان البائع ...الخ)[2].

ظاهره وإنْ كان الاختلاف في حدوث العيب قبل القبض أو بعده وقبل انقضاء الخيار أو بعده دون حدوثه حال العقد أو بعده فإنّه أجنبي عن ضمان البائع بالمعنىٰ المعهود، لكنه حيث صرح ﷺ فيما بعد باصالة عدم العقد حين حدوث العيب،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١١.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١٢.

فالأولىٰ بيان حكم تمام الصور فنقول:

حيث إنّ الأثر وهو الخيار مرتب علىٰ وقوع العقد علىٰ ما به عيب حال العقد بمقتضىٰ اخبار خيار العيب، وكذا هذا الأثر مرتب علىٰ تلف وصف الصحة قبل القبض بمقتضىٰ قاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه بناءً علىٰ تعميمها لتلف الوصف وتعميم الضمان للخيار، وكذا هذا الاثر مرتب علىٰ تلف الوصف في زمان الخيار وقبل انقضائه بمقتضىٰ اخبار خيار الحيوان وغيرها؛ فلا محالة تجري اصالة عدم حدوث العيب إلىٰ ما بعد حدوث العقد، فالعقد علىٰ العين محرز بالوجدان؛ وعدم العيب إلىٰ ما بعد تحققه بالاصل؛ فينتفي موضوع الخيار؛ فإنّه قد اشترىٰ ما ليس به عيب وعوار، ولا مجال لاصالة عدم وقوع العقد إلىٰ ما بعد حدوث العيب، فإنّ موضوع الخيار وقوع العقد علىٰ ما به عيب، وهذا لايثبت بالاصل المزبور إلّا علىٰ القول بالاصل المثبت، وتقدم[1] بعض ما يناسب المقام وسيجيء[2] إن شاء الله تعالىٰ عما قريب.

وهكذا في الصورتين الأخيرتين لا مجال إلّا لاصالة عدم التلف إلىٰ ما بعد القبض أو انقضاء زمان الخيار، فإنّ الضمان مرتب علىٰ التلف قبل القبض وقبل الانقضاء، وعدم التلف إلىٰ ما بعدهما نفي لذلك الموضوع، بخلاف اصالة عدم القبض وعدم الانقضاء إلىٰ ما بعد التلف فانّه لا يثبت الموضوع المزبور إلّا بالاصل المثبت.

٣ ـ **قوله**ﷺ: (**ولعله لاصالة عدم تسليم البائع** ...الخ)[3].

أمّا اصالة عدم التسليم فمدفوعة بأنّه لا أثر للتسليم وعدمه إلّا من حيث إنّ تلف الوصف قبل القبض موجب للضمان، وقد عرفت[4] أنّه لا أثر إلّا للتلف قبل التسليم لا لعدم التسليم علىٰ الوجه المقصود، وأمّا اصالة عدم استحقاق الثمن كاملاً فمبنية علىٰ أن الأرش بمقتضىٰ قاعدة المعاوضة، وأنّ التقسيط علىٰ ذات الموصوف ووصفه يوجب عدم انتقال ما يقابل الوصف، وهو مبنىٰ سخيف ضعيف، فالثمن قد

---

(١) تعليقة ١٩.
(٢) ح ٤: ٥١٧، تعليقة ٣٦٧.
(٣) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١٤.
(٤) التعليقة السابقة.

انتقل كلاً إلىٰ البائع وإنّما الشك في استحقاق المشتري للأرش، وعدمه مطابق للاصل.

وأمّا اصالة عدم لزوم العقد فغاية تقريبها: أنّ موضوع اللزوم هو العقد علىٰ الصحيح، ووقوع العقد علىٰ الصحيح مسبوق بالعدم، وبعدم وقوعه يحكم بعدم اللزوم.

ويندفع: بما قدمناه في آخر خيار الرؤية[١] بأنّ وصف الصحة لا دخل له شرعاً في اللزوم، فموضوع اللزوم هو العقد الصحيح؛ لا العقد علىٰ الصحيح، بل المأخوذ شرعاً في دليله هو كون المبيع به عيب وعوار في موضوع الجواز والخيار، وبما تقدم من الاصل وباصالة عدم العقد علىٰ ما به عيب ينفى موضوع الخيار.

٤ ـ قوله ﷺ: (قال في التذكرة[٢] ولو اقام أحدهما بينة ...الخ)[٣].

أمّا سماع البينة من البائع مع كونه منكراً فمبني عن أنّ جعل اليمين علىٰ المنكر لمجرد الارفاق به حيث يتعذّر عليه غالباً اقامة البينة، ومعنىٰ أنّ اليمين علىٰ المنكر أنّ المدعي لايستحق من المنكر إلّا المطالبة باليمين، لا أنّه لا يسمع منه البينة، وله شواهد من الاخبار والآثار وكلمات علمائنا الاخيار فليراجع محله.

وأمّا تقديم بينة المشتري مع اقامة البائع أيضاً الراجع إلىٰ تقديم بينة الخارج ففيه بحث طويل، إلّا أنّ وجه التقديم ليس ما في عبارة التذكرة من أن القول قول البائع، لأنّه منكر فالبينة علىٰ المشتري، فإنّه خلف لما تقدم منه من سماع بينة المنكر أيضاً، فلابدَّ من بيان وجه الرجحان لا وجه البطلان، إلّا أنْ يكون مرجعه إلىٰ ما قيل في وجه ترجيح بينة الخارج من أنّ وظيفة المنكر مرتبة علىٰ عدم قيام المدعي بوظيفته، فكما أنّ اليمين لا يقبل من المنكر مع اقامة المدعي للبينة كذلك لا يقبل منه ما هو بديل اليمين وبمنزلته، فمراده ﷺ (فالبينة علىٰ المشتري) أن البينة المسموعة بلا حالة منتظرة وظيفة المدعي، فمعها لا مجال لبينة المنكر، لا أنّه لا

---

(١) ٤: ٤٢٥، تعليقة ٣٠٩.

(٢) التذكرة ١: ٥٤١ سطر ٨.

(٣) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١٦.

تسمع بينة المنكر مطلقاً حتىٰ يلزم التهافت بين العبارتين، والله أعلم.

٥ ـ قوله ﷺ: (فلو لم يختبر ففي جواز الاستناد ...الخ)[١].

حيث إنّ الدعوىٰ متعلقة بالواقع؛ والبنية حاكية عن الواقع؛ فكذا اليمين ناظرة إلىٰ الواقع، فاليمين علىٰ النفي في الظاهر غير مرتبطة بالدعوىٰ، ولذا اشتهر في كلماتهم أنّ اليمين لابد من أن يكون علىٰ الجزم والبت، فلا يصح الاستناد إلىٰ الاصل في مقام الحلف، كما لا تجوز الشهادة استناداً إلىٰ اصل أو ظاهر أو امارة؛ ولو كانت بينة، مع أنّه لا شبهة أنّ الدعاوىٰ والشهادات والايمان غالباً تتوقف علىٰ امارة أو أصل أو أصول، فإنّ ما بيد زيد مثلاً وإنْ كان منتقلاً إليه من أبيه جرماً إلّا أنّ ولديته له بقاعدة الفراش أو الاقرار، وكون المال مال أبيه حتىٰ يرثه وارثه بمقتضىٰ اليد، ولو فرض الجزم بشرائه فصحة الشراء بالاصل، وكونه مالاً لبائعه حتىٰ يصح الاشتراء أيضاً بالقاعدة، فلا تكاد تجد مورداً يخلو عن أصل أو ظاهر، وندرة معلومية شيء من جميع الجهات، ومن الواضح تبعية النتيجة لأخس المقدمات، فالدعوىٰ والشهادة والحلف غالباً غير جزمية ولا بينة، فلابد حينئذ من عدم سماع الدعاوىٰ وعدم جواز الشهادة والحلف إلّا نادراً، وهو خلاف طريقة الشارع والمتشرعة.

مضافاً إلىٰ ما ورد[٢] من جواز الشهادة بمقتضىٰ اليد، كما يجوز الاشتراء من ذي اليد، والىٰ[٣] ما صح عندهم من جواز الشهادة بمقتضىٰ استصحاب الملكية، وربّما يجمع بين الامرين ببعض الوجوه التي لاتخلو عن النقض والابرام، ولتحقيق الكلام فيه مقام آخر.

٦ ـ قوله ﷺ: (ويمكن الفرق بين الطهارة ...الخ)[٤].

حاصله: أنّ العيب وشبهه من الموضوعات الواقعية وإنْ اختلف ترتب حكمها عليها بالعلم والجهل؛ فمع عدم العلم بها لا يمكن الحلف بتّاً علىٰ عدمها، وإنْ جاز

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوىٰ.

(٣) عطف علىٰ (الىٰ ما ورد..).

(٤) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٢٠.

علىٰ عدم فعلية أثرها، كأنْ يحلف علىٰ عدم الحق فعلاً رداً وإرشاً، بخلاف الطهارة والملكية فإنّهما بنفسهما من الموضوعات الشرعية، فما لا يعلم بتنجسه طاهر فعلاً شرعاً، وكذا ما كان تحت اليد ملك شرعاً، فاذا كانت الدعوىٰ في الطهارة الفعلية وعدمها صح الحلف علىٰ الطهارة الفعلية وعدم نجاسته فعلاً، وكذا تجوز الشهادة بأنّ العين ملك لذي اليد فعلاً.

وبعبارة أُخرىٰ وجود الموضوع الواقعي تعبداً ليس إلّا التعبد بحكمه بلسان التعبد بموضوعه، ووجود الطهارة تعبداً أو الملكية تعبداً مقتضاه اعتبار الطهارة فعلاً واعتبار الملكية فعلاً علىٰ حد اعتبارهما في غير مورد الاصل والامارة، وتحقيق الحال في كفاية هذا المقدار في جواز الشهادة والحلف موكول إلىٰ باب القضاء، والله أعلم.

٧ ـ قوله ﷺ: (وإنْ كان المراد الاكتفاء بالحلف ...الخ)[1].

لايخفىٰ أنّ مصب الدعوىٰ إنْ كان هو العلم لترتب الاثر عليه كما في العلم بالغبن، فالحلف علىٰ نفي العلم حينئذ من الحلف علىٰ البت، وأمّا إنْ كان مصب الدعوىٰ هو الواقع كما في دعوىٰ العيب الذي يترتب عليه استحقاق الرد والارش من دون دخل لعلمه وجهله به فالاكتفاء بالحلف علىٰ نفي العلم حلف لا يطابق الدعوىٰ، فتأثيره في سقوط الدعوىٰ يحتاج إلىٰ دليل؛ ولم يثبت إلّا علىٰ نفي العلم فيما يتعلق بفعل الغير، كما في الوارث بالاضافة إلىٰ الدعوىٰ علىٰ الميت، واستفادة الملاك ـ وهو كونه مما لا يمكن الحلف فيه علىٰ نفي الواقع بتّاً سواء كان في ما يتعلق بفعل الغير أو فيما يتعلق بموضوع خارجي ـ مشكلة جداً، وتمام الكلام في محله.

والمورد الذي يثبت فيه الحلف علىٰ نفي العلم كما في الوارث فاثره اسقاط الدعوىٰ والذهاب بالحق المدعى به، وأمّا تأثيره في ايقاف الدعوىٰ إلىٰ أنْ يقوم بها البينة من المدعي فهو خلاف ظاهر أدلة البينات والايمان المجعولة ميزاناً لفصل الخصومة، ومما ذكرنا تعرف أنّ فصل الخصومة برد اليمين علىٰ المدعي أوفق بالقواعد بعد فرض كون ايقاف الدعوىٰ وعدم فصل الخصومة بالحكومة خلاف

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٢٣.

حكمة تشريع القضاء.

٨ ـ قوله ﷺ: (لأنّ اليمين علىٰ نفي العلم ...الخ)[١].

ألّا أنّه لا دليل علىٰ الكفاية ولو قلنا بالكفاية في صورة عدم التمكن من الحلف بتّاً، إلّا اذا كان مصب الدعوىٰ هو العلم فإنّه يجوز الحلف علىٰ عدمه ولو مع امكان الحلف علىٰ نفي الواقع بتاً، ولعله ﷺ يريد مثل هذه الصورة، والله أعلم.

اذا اختلف الموكل والمشتري في قدم العيب وحدوثه

٩ ـ قوله ﷺ: (والوكيل نائب عنه بطلت وكالته ...الخ)[٢].

إلّا اذا علم أنّه وكيل مطلق في أمر المال عقداً وحلاً فسخاً ورداً واقالة وما أشبه ذلك، فإنّ المشتري له الرد اليه ملكاً وخارجاً، إلّا أنّه غير محل الفرض.

١٠ ـ قوله ﷺ: (ولا يقبل اقرار الوكيل بقدمه لأنّه أجنبي ...الخ)[٣].

ما يتوهم دليلاً لنفوذ اقراره علىٰ موكله أمران:

أحدهما: قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به، وحيث إنّه يملك التصرف في المال وينفذ تصرفه فينفذ منه الاقرار علىٰ ما بيده وتحت سلطانه، وليس زوال وكالته موجباً لعدم نفوذ إقراره؛ كما هو مقتضىٰ تعليل عدم نفوذه بقوله ﷺ (لانه أجنبي)، فإنّه مبني علىٰ اختصاص هذه القاعدة بصورة بقاء الوكالة، مع أنّه لا شبهة في نفوذ اقرار الوكيل بالبيع اذا انكر الموكل وقوعه، بل الوجه في عدم اندراج ما نحن فيه تحت هذه القاعدة أنّ كل ما يكون أمراً قابلاً للاستنابة من التصرفات فإنّها كما تنفذ من الوكيل كذلك ينفذ اقراره بها، وقدم العيب وحدوثه وامثالهما ليس قابلاً للوكالة حتىٰ ينفذ اقرار الوكيل بها، فتدبر.

ثانيهما: ما ورد[٤] من وجوب تصديق الوكيل حيث إنّه أمين لا يجوز اتهامه،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٢٧.
(٢) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٢٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٢٩.
(٤) لم أجد رواية بهذا النص وانما هو متكرر في عبائر الفقهاء.

فيصدّق دعواه بتلف المال، ومنه تلف وصفه قبل بيعه واقباضه.

والجواب: أنّ الدعوىٰ إنْ كانت بين الموكل والوكيل فمقتضىٰ التأمين عدم اتهامه وعدم تغريمه كما هو ظاهر ما ورد في هذا الباب، وأمّا إنْ كانت الدعوىٰ بين الموكل والمشتري فلا غرامة علىٰ فرض صدق الموكل إلّا علىٰ المشتري، فلا تضمين للوكيل حتىٰ يقال بأنّه أمين، ولذا ذكروا في باب الوكالة أنّ الوكيل اذا ادعىٰ تلف الثمن وأنكره الموكل كان القول قول الوكيل؛ فلا يغرم للموكل، بخلاف ما اذا ادعىٰ قبض الثمن من المشتري وأنكره الموكل فإنّ الغرامة لا توجه لها إلّا علىٰ المشتري دون الوكيل؛ فلا يوجب عدم تصديقه تغريمه، وما نحن فيه من قبيل الثاني هذا.

نعم إنْ أمكن جريان الوكالة حتىٰ في الاقرار عن الموكل وكان الوكيل وكيلاً مطلقاً نفذ اقراره علىٰ الموكل؛ من حيث إنّه بنفسه من التصرفات التي له السلطنة عليها، إلّا أنّه خارج عن محل البحث.

١١ ـ **قوله**ﷺ: (**لانه لو اعترف نفع الوكيل** ...الخ)[1].

قد تقرر في محله أنّ كل منكر ليس عليه اليمين، بل فيما يكون عليه غرامة للمدعي باقراره كان عليه اليمين بانكاره، والغرامة هنا في الحقيقة ليست إلّا للمشتري، وتطبيقه علىٰ هذه القاعدة المسلمة بتقريب: أنّ الغرامة واقعاً وإنْ كانت للمشتري لكنها حيث توجهت ظاهراً إلىٰ الوكيل فاقرار الموكل يوجب قرار الغرامة المتوجهة نحو الوكيل علىٰ الموكل، وحلفه يوجب دفع هذه الغرامة عن نفسه واستقرارها ظاهراً علىٰ الوكيل، كما أنّ حلف الوكيل المنكر لقدم العيب يوجب دفع الغرامة المتوجهة نحوه ظاهراً عن نفسه، لا أنّه يوجب دفع الغرامة واقعاً عن الموكل، بل لو إلتفت المشتري إلىٰ كونه وكيلاً له اقامة الدعوىٰ علىٰ الموكل.

١٢ ـ **قوله**ﷺ: (**وجهان بناهما في القواعد** ...الخ)[2].

أمّا الترديد فبملاحظة حصر ميزان القضاء في البينة واليمين، وحيث إنّ المدعي

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ٣٤.

لا يمين عليه فلابد من أن يكون اليمين المردودة بمنزلة بينة المدعي حفظاً للحصر، أو يكون بمنزلة اقرار المنكر الذي لاتبقىٰ معه خصومة حتىٰ يحتاج إلىٰ اعمال موازين الحكومة، فيكون الحصر أيضاً محفوظاً.

وأمّا كونها ملحقة بالبينة أو بالاقرار فوجه كونها كالبينة أنّها حاكية عن الواقع وحجة مثبتة للمدعى به، ومما يستخرج بها الحق كما في الرواية[١]، لا أنّها مما لا تبقىٰ معه خصومة ليحتاج إلىٰ استخراج المدعى به، ووجه كونها كالاقرار أنّها هي يمين المنكر ردت إلىٰ المدعي، فالمنكر في الحقيقة ملتزم بالمدعى به علىٰ تقدير حلف المدعى، ولا نعني بالاقرار إلّا الالتزام بالمدعي به، غاية الامر أنّه في اليمين المردودة تقديري لا تحقيقي، وتمام الكلام واستيفاء النقض والابرام موكول إلىٰ محله، وإنْ كان أصل الترديد بلا ملزم؛ لعدم محذور في التخصيص، وعلىٰ فرض التحفظ علىٰ الحصر فكونها كالبينة أوجه من كونها كالاقرار.

١٣ ـ **قوله ﷺ: (وفي مفتاح الكرامة[٢] أنّ اعتراضه[٣] ...الخ).**

لا موجب لتوهم الابتناء إلّا تعبير جامع المقاصد حيث قال ﷺ (لأنّ البينة في هذه الحالة غير مسموعة من الوكيل)[٤] بتوهم أن بينة الوكيل ـ وهو الراد ـ غير مسموعة منه، فاليمين المردودة بمنزلة بينة الراد وهو الوكيل، مع أنّ المراد أنّ البينة التي يقيمها المشتري وإنْ كانت حجة له علىٰ الوكيل لكنها لاتجدي الوكيل، ولا يصح له الاستناد اليها علىٰ الموكل لعلمه بكذبها، ولا منافاة بين صحة استناد المشتري اليها وعدم صحة استناد الوكيل اليها؛ لوجود المانع من الاستناد في الثاني دون الاول، ومنه تعرف أنّ لزوم تنفيذ البينة بعد حكم الحاكم لا يقتضي إلّا نفوذها في حق الوكيل؛ لاتنفيذ الوكيل لها في حق الموكل مع العلم بكذبها.

١٤ ـ **قوله ﷺ: (الرابعة: لو رد سلعة بالعيب ...الخ)[٥].**

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعاوىٰ.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٦٦٤.

(٣) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٢.

(٤) جامع المقاصد ٤: ٣٦٠.

(٥) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٣.

الكلام في مقامين:

أحدهما: ما اذا ادعىٰ المشتري علىٰ البائع أنّ هذه سلعتك وهي معيبة، وانكر البائع كونها سلعته وأنّها سلعة أُخرىٰ صحيحة، ومقتضاه الاختلاف في الخيار، وفي المسألة أصل موضوعي وأصل حكمي يوافقان انكار البائع.

أمّا الاصل الموضوعي فاصالة عدم كون هذه السلعة الشخصية واقعة موقع البيع من البائع؛ لسبق اليقين بعدمها، وهذا هو المراد من اصالة عدم كونها سلعة البائع؛ اذ لا تعيّن لسلعة البائع إلّا وقوعها موقع البيع منه، وهذه الحيثية هي المسبوقة بالعدم، وأمّا المغائرة خارجاً بين هذه السلعة وغيرها فهي محسوسة لا شك فيها؛ لفرض الاثنينية، كما أنّ اصالة عدم كونها للبائع لا تجدي لما نحن فيه إلّا بملاحظة لازمه العقلي وهو عدم وقوع العقد عليها من البائع؛ لفرض عدم كونها له.

وأمّا الاصل الحكمي فالخيار حق حادث مسبوق بالعدم، فالاصل عدم حق للمشتري علىٰ البائع، وسيجئ[1] إن شاء الله تعالىٰ بيان بعض الاصول الأخر التي ربما يقال بجريانها في المقام.

ثانيهما: ما اذا اتفقا علىٰ الخيار واختلفا في كون العين المردودة سلعة البائع، وفيه قولان: قول باشتراكه مع الفرع المتقدم؛ لاشتراكهما في اصالة عدم كون السلعة مما وقع العقد عليها، وقول بتقديم قول المشتري لوجهين:

الأول: أنّ مرجع الاختلاف إلىٰ دعوىٰ البائع لخيانة المشتري بتغيير السلعة وابراز سلعة أُخرىٰ مكانها، وتقريبه بحيث تندفع عنه شبهة جريانه في الفرع المتقدم: هو أنّ المشتري بمقتضى ثبوت حق الخيار وحق رد العين له يكون له الولاية شرعاً علىٰ العين المشتراة؛ فيجب تصديقه فيما له الولاية عليه؛ لأنّه أمين من قبل الشارع فلا يجوز اتهامه وتخوينه للنصوص الخاصة، بخلاف الفرع المتقدم فإنّ أصل الخيار مشكوك فالولاية والامانة غير ثابتة هناك.

ومنه تبين اندفاع ما عن جامع المقاصد[2] بأنّ كل مدعيين يدعي احدهما خيانة

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٣٦٣.

الآخر إلىٰ آخر ما قال وتبعه علىٰ ذلك المصنفﷺ حيث قال: (أمّا دعوىٰ الخيانة فلو احتاجت إلىٰ الاثبات ...الخ) والفارق ما ذكرناه، وأمّا مجرد ظهور حال المسلم في عدم الخيانة فهو كظهور حاله في عدم الكذب؛ فإنّه لا أثر له إلّا عدم الحكم بفسقه لا وجوب تصديقه.

ومنه تعرف أنّ مدرك اصالة عدم الخيانة ليس ما أفاده المصنفﷺ في طي كلامه من ظهور حال المسلم في عدم الخيانة، وهو الموجب لدعوىٰ الاشتراك بين المسألتين في هذا الاصل، بل ما دل علىٰ عدم جواز اتهام الامين وعدم تغريمه وتضمينه بتخوينه.

وربما يوجه باندراجه تحت قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به؛ نظراً إلىٰ أن المشتري يملك الخيار برد العين فيملك الاقرار بحل العقد برد العين، فكما أنّ رده نافذ فكذا الاقرار به نافذ، ومقتضى تقديم قول البائع الحكم بعدم نفوذ رده.

إلّا أنّه ـ بعد الاغماض عن شمول تلك القاعدة لمورد البحث ـ يرد عليه أنّه إنّما يسلم اذا كان الفسخ منوطاً برد العين؛ حتىٰ يقال إنّه يجب تصديقه في القيد وهو غير دخيل في سائر الخيارات المجتمعة مع تلف العين، وأمّا في خيار العيب فليس المراد حصول الحل بالفعل وهو رد العين خارجاً حتىٰ يختص فسخ العقد بخيار العيب بالفعلي دون القولي، بل المراد قصر حق حل العقد ورد الملك بصورة بقاء العين، وعليه فحل العقد غير منوط برد العين ليكون قيداً لما له السلطنة عليه حتىٰ ينفذ اقراره فيه؛ فيكون حال العين بعد تحقق الفسخ كحال غيرها من حيث عدم اندراجها تحت القاعدة المزبورة.

الثاني: أنّ انكار البائع يقتضي سقوط الخيار المتفق عليه، والاصل بقاؤه فيقتضي تقديم قول المشتري لموافقته للاصل المزبور، ولا يخفىٰ عليك أنّ غاية ما يقتضيه انكار البائع عدم حصول الفسخ برد السلعة المتنازع فيها؛ لا عدم الخيار واستحقاق الفسخ برد المبيع، ولعله لأجله فرض المصنفﷺ تلف المبيع علىٰ فرض صدق البائع وأنّ الخيار خيار العيب؛ وإلّا فلو اتفقا علىٰ بقاء المبيع وكان النزاع في تعيينه،

أو كان الخيار غير خيار العيب فلا يرجع الامر إلىٰ دعوىٰ سقوط الخيار.

ويمكن أنْ يقال: إنّه في فرض انكار المشتري لوقوع العقد علىٰ غير هذه السلعة الخاصة يؤول دعوىٰ البائع إلىٰ عدم امكان الفسخ، ولا نعني بالخيار إلّا السلطنة علىٰ الفسخ فعلاً، فالمشتري مع فرض اقراره بوقوع العقد علىٰ هذه السلعة لا غيرها لا سلطنة له بحسب اقراره إلّا برد هذه السلعة، والبائع ينكر سلطنته علىٰ حل العقد برد هذه السلعة، والمفروض انحصار خيار المشتري في هذه السلطنة الخاصة، وهذا التوجيه وجيه في خصوص خيار العيب المنوط بامكان رد المبيع.

ويمكن أنْ يقال أيضاً: إنّ الغرض سقوط الخيار بحسب النتيجة، اذ مقتضىٰ انحلال العقد استحقاق المشتري لاسترداد الثمن واستحقاق البائع لاسترداد المبيع، ولكل منهما الامتناع مع امتناع الآخر، فللبائع الامتناع من رد الثمن مع عدم وصول مبيعه اليه، فدعوىٰ البائع ترجع إلىٰ عدم استحقاق المشتري لاسترداد الثمن؛ لفرض انكاره لكون هذه السلعة مبيعه، فوجود الفسخ من حيث الاثر كعدمه، وهذا الوجه يعم جميع الخيارات، ودعوىٰ بقاء العين الواقعية وتلفها.

ويمكن أنْ يقال أيضاً: إنّ انكار البائع يرجع إلىٰ أحدىٰ دعويين، إمّا تلف ما وقع عليه العقد واقعاً فلا خيار، والاصل موافق للمشتري، وإمّا بقاء العين وامكان الاخذ بالخيار، إلّا أنّ البائع يدعي غرامة ما انكر المشتري وقوع العقد عليه، والقاعدة موافقة أيضاً للمشتري؛ لأنّه أمين فلا يناسب التغريم والتضمين.

إلّا أنّ هذا الوجه خلاف ما حكي عن الايضاح[1]، فإنّ ظاهره مخالفة قول البائع لأصلين، لا لأحد أصلين علىٰ تقديرين، وهذا الوجه علىٰ فرض صحته يختص بخيار العيب، وهو واضح.

ثم إنّه أورد المصنف العلامة ﷺ علىٰ هذا الوجه ـ بعد فرض صحة اصالة بقاء الخيار مطلقاً ـ بما محصله: أنّ الاصل ـ الذي يكون موافقته لاحد الطرفين موجبة لكون الموافق منكراً ليكون قوله مقبولاً مع يمينه ـ هو ما إذا كان الاصل مربوطاً بمورد

---

(١) ايضاح الفوائد ١: ٤٩٩.

النزاع، وحيث إنّ النزاع في كون السلعة الشخصية سلعة البائع ـ فيجوز للمشتري ردها ويجب علىٰ البائع قبولها ـ أم لا؛ فاصالة بقاء الخيار لا توجب كون السلعة سلعة البائع، ولا يوجب قبولها علىٰ البائع، اذ ليس بقاء الخيار تعبداً أقوىٰ من بقائه قطعاً وجداناً، وهو يجامع الشك في كون السلعة سلعة البائع والشك في لزوم قبولها علىٰ البائع.

نعم لازم بقاء الخيار ونفوذ الفسخ برد العين المشكوكة الحال كونها سلعة البائع، وإلّا لما انحل العقد بردها؛ لما مرّ[1] منا من أنّ بقاء السلطنة علىٰ الفسخ [و][2] رد المعيب ـ مع أنّه لا تمكن للمشتري إلّا من رد هذه السلعة الشخصية ـ يقتضي عقلاً أنْ تكون السلعة الخاصة المتمكن من ردها هي متعلق السلطنة الشرعية الفعلية، والاصل بلحاظ هذا اللازم العقلي من الاصول المثبتة، ومما ذكرنا تبين أنّ الصحيح في المقام الثاني من الوجهين لقبول قول المشتري بيمينه هو الوجه الاول.

١٥ ـ قولهﷺ: **(وإنْ كانت هناك اصول متعددة ...الخ)**[3].

حيث أرادﷺ اشتراك المسألة الاولىٰ مع الثانية في اصالة عدم الخيانة أراد أنْ يبين أنّ اختصاص المسألة الاولىٰ باصول متعددة لا يوجب تخصيص قبول قول المشتري لاصالة عدم الخيانة بالمسألة الثانية لوجهين:

أحدهما: أنّ الاعتبار بموافقة قول للاصل ومخالفته له فيما اذا لم يكن الاصل محكوماً، وإلّا فالعبرة بالموافقة والمخالفة للاصل الحاكم، واصالة عدم الخيانة حاكمة علىٰ كل اصل عملي يتصور في المسألتين، لأنّ مدركها الظهور المقدم علىٰ الاصل العملي الذي هو وظيفة من لا حجة له، إلّا أنّك قد عرفت أنّ مدرك الاصل بمعنىٰ القاعدة ليس هو الظهور، بل النصوص القاضية بأنّ الأمين لا يتهم ولا يغرّم.

وثانيهما: أنّ بعض هذه الاصول لا اعتبار به في نفسه كاصالة صحة القبض، توضيحه: أنّ المراد بصحة القبض إنْ كان صحة المقبوض؛ نظراً إلىٰ عدم حدوث

---

(١) نفس التعليقة.

(٢) اضافة يقتضيها سياق الكلام.

(٣) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ١٣.

العيب إلىٰ تحقق القبض فهو نظير عدم حدوث العيب قبل العقد المذكور في طي الاصول، إذ لا فرق في عدم الخيار بين عدم حدوث العيب قبل العقد وعدم حدوثه قبل القبض.

وإنْ كان صحة القبض بنفسه في قبال فساده فهو فاسد، إذ ليس للقبض سببية شرعاً لمسبب حتىٰ يوصف بالنفوذ تارة وبعدمه أُخرىٰ، بل لو كان له أثر لكان من قبيل الحكم بالاضافة إلىٰ موضوعه، فمع القبض يترتب عليه حكمه ومع عدمه فلا، لا أنّ القبض المحقق يؤثر تارة ولا يؤثر أُخرىٰ.

وإنْ كان صحة القبض بمعنىٰ الخروج معه عن الضمان في قبال عدمه مع عدمه كما فسرها به المصنف ﷺ فالجواب عنه: أنّ قبض ذات المبيع يوجب الخروج عن ضمانه في قبال تلفه الموجب لانفساخ العقد، وقبضه موصوفاً بوصف الصحة في قبال العيب يوجب الخروج عن ضمانه في قبال تلف الوصف الموجب لخيار المشتري، ومن الواضح أنّ قبض ذات المبيع معلوم مفروض هنا، وقبضه موصوفاً بالصحة غير معلوم، ولا أصل يقتضي قبض الوصف أو قبض الموصوف بالوصف حتىٰ يترتب عليه الخروج عن ضمانه، بل مقتضىٰ الاصل ـ كما تقدم من المصنف ﷺ في أوائل مسألة التنازع[1] ـ عدم تسليم المبيع علىٰ الوجه المقصود، وإنْ كان أجبنا[2] عنه بأنّ الخيار مترتب علىٰ التلف قبل القبض، لأنّ اللزوم مترتب علىٰ القبض قبل التلف فاصالة عدم تلف الوصف قبل القبض جارية، ومقتضاها عدم الخيار بعدم موضوعها، إلّا أنّها كما مرّ لا دخل لها باصالة صحة القبض.

ومما ذكرنا تبين: أنّ الوجه في رد اصالة صحة القبض ما ذكرنا من عدم المجال للاصل، إمّا للعلم بحصوله كما في قبض ذات المبيع، وإمّا لعدم العلم بحصوله كما في قبض الوصف بقبض الموصوف، لا أنّ اصالة الصحة صحيحة ولا تثبت لزوم القبض كما هو ظاهر المصنف ﷺ.

فان قلت: كما أنّ ظاهر حال المتبايعين العقد علىٰ الصحيح كذلك ظاهر حالهما

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٣ سطر ١٤.

(٢) هذا هو الصحيح وفي الاصل (اجنبياً).

اقباض الصحيح وقبضه دون غيره، وقبض الصحيح موصوف بالصحة بمعنىٰ الخروج عن الضمان.

قلت: أمّا ظهور حالهما في العقد علىٰ الصحيح في مورد العين الشخصية فهو إمّا بمعنىٰ الالتزام بالصحة أو بمعنىٰ الظن بالسلامة لغلبة السلامة، وأمّا ظهور حالهما في اقباض الصحيح وقبضه فليس مقتضاه إلّا الجري علىٰ وفق العقد بتسليم ما التزم بصحته وتسلّمه، أو تسليم ما يظن سلامته وتسلّمه، وكلا الامرين مما لا شك فيه، فإنّ المبيع سواء كان هذه السلعة أو سلعة أخرىٰ مما التزم البائع بصحته ومما يظن بسلامته، وإنّما النزاع في أنّ المبيع هذه السلعة حتىٰ يكون علىٰ خلاف ما التزم بصحته أو علىٰ خلاف ما ظن سلامته أو سلعة أُخرىٰ توافق الواقع من حيث الالتزام أو الظن، واصالة الصحة بالمعنىٰ المتقدم لا تثبت أنّ المقبوض كان واجداً للوصف المتلزم به أو الوصف المظنون وجوده، فتدبر جيداً.

١٦ ـ **قوله**ﷺ: (**قدم منكر العلم فيثبت الخيار** ...الخ)[١].

قد مرّ منهﷺ في مبحث خيار الغبن[٢] أنّ المغبون المدعي للجهل مدعٍ، ولذا قالﷺ (إنّه لو تعذّر عليه اقامة البينة قُبِلَ قوله بيمينه من حيث إنّه مدعٍ يتعذّر عليه اقامة البينة، فلو لم يقبل قوله لزم ايقاف الدعوىٰ)، وقد مرّ بعض الكلام فيه[٣].

ويمكن أن يقال هنا: بكون المشتري منكراً نظراً إلىٰ أخذ عدم العلم في المقتضي للخيار في مقام الاثبات؛ حيث قالﷺ (أيّما رجل اشترىٰ شيئاً به عيب أو عوار ولم يتبرء اليه ولم ينبه... الخبر)[٤] بتقريب: أنّه لم ينبه حتىٰ يتنبه؛ فعدم العلم مقوّم المقتضي للخيار وجزء موضوع الاثر، فقول المشتري موافق للاصل الذي له أثر شرعاً.

نعم بناء علىٰ القول بالخيار بقاعدة الضرر فالامر مشكل؛ نظراً إلىٰ أنّ اللزوم الضرري مرفوع وهو مساوق لجواز العقد، وضررية اللزوم من حيث إنّه حكم ضرري

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٢٣٦.
(٣) ٤: ٢٥٥، تعليقة ١٦٨.
(٤) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.

من الشرع يتوقف عقلاً علىٰ عدم استناده إلىٰ المكلف ليتمحض في استناده إلىٰ الشارع، ومع علم المشتري بالعيب لا استناد في وقوعه في الضرر إلىٰ الشرع عقلاً لا شرعاً، فلا أثر شرعاً لعدم العلم حتىٰ يجري الاصل، فلا محالة تصل النوبة إلىٰ اصالة عدم الخيار وعدم تأثير الفسخ.

١٧ ـ قوله ﷺ: (لو اختلفا في زواله قبل ...الخ)[١].

لايخفىٰ أنّ هنا مسألتين:

احداهما: لزوم بقاء العيب عند الرد؛ بتوهم أنّ موضوعه المعيب، وعدم لزومه لأنّ الموضوع من اشترىٰ شيئاً وبه عيب أو عوار، والموضوع صادق بعد زواله عند الرد كما تقدم[٢]، فعلىٰ الاول لا مجال للنزاع لارتفاع الخيار، وعلىٰ الثاني لا مجال للنزاع في بقاء الخيار؛ فلا يتصور النزاع الذي ينحسم بالبيّنة واليمين، وإنّما يتصور النزاع في الحكم اذا اختلفا اجتهاداً أو تقليداً؛ فلا ينحسم إلّا بالرجوع إلىٰ الاعلم أو مطلقاً.

ثانيهما: ثبوت الخيار بمجرد وجود العيب واقعاً أو عدمه إلّا بعد ظهور العيب، ومن الواضح أنّه علىٰ الاول لا مجال للنزاع وإنّما يتصور النزاع بناءً علىٰ الثاني، اذ مع زواله قبل العلم لا ظهور للعيب حتىٰ يثبت الخيار، بخلاف زواله بعد الظهور.

ومما ذكرنا تبين: أنّ ما أفاده ﷺ من الوجهين غير واردين علىٰ مبنىٰ واحد، وأنّ الصحيح تحرير النزاع بلحاظ المبنىٰ الثاني من المسألة الثانية، وعليه فحيث إنّ الموضوع متقوّم بالعيب وظهوره فكما أنّ الاصل عدم ظهوره حال وجود العيب كذلك الاصل بقاء العيب إلىٰ زمان ظهوره ومع التساقط، فالاصل عدم الخيار، ومنه تعرف أنّ النزاع في اصل الخيار لا في سقوطه بعد ثبوته.

١٨ ـ قوله ﷺ: (والعبارة المتقدمة من التذكرة ...الخ)[٣].

(وهي لو كان المبيع معيباً عند البائع ثم أقبضه وقد زال عيبه فلا رد لعدم موجبه، وسبق العيب لا يوجب خياراً كما لو سبق علىٰ العقد ثم زال قبله ...الخ)[٤] ووجه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ١٩.
(٢) ٤: ٥١٧، تعليقة ٣٦٧.
(٣) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٢١.
(٤) التذكرة ١: ٥٤١ سطر ٢٢.

ايمائها إلىٰ الوجه الثاني ما قيل من أنّ سبق العيب لايوجب خياراً مع زواله؛ حيث لم يظهر قبل زواله، بل لعل تعبيره بعدم الموجب للخيار لا بزوال الموجب له أولىٰ بكونه وجهاً للايماء، إلّا أنّ الانصاف أنّ العبارة ظاهرة في أنّ ملاك عدم الخيار نفس زوال العيب؛ لا عدم ظهوره قبل زواله؛ لأنّ الحق الثابت هو حق رد المعيب لا حق رد ما كان به عيب، ولذا ذكر في موضع آخر من التذكرة في باب خيار التصرية (لو ظهرت التصرية لكن درّ اللبن علىٰ الحد الذي كان يدر مع التصرية واستمر كذلك فلا خيار؛ لزوال الموجب له، وللشافعي قولان هذا احدهما، والثاني لا يسقط لثبوته بمجرد التصرية، وكذا الوجهان اذا لم يعرف المشتري بالعيب القديم إلّا بعد زواله ...الخ)[1] فيظهر أنّ المدار في بقاء الخيار نفياً واثباتاً علىٰ كون العيب المستمر إلىٰ حال الرد مناطاً له، أو مجرد ثبوت العيب حال العقد أو قبل القبض.

١٩ ـ قوله: (ولا يعارضه اصالة بقاء الجديد ...الخ)[2].

هذا اذا كان ارتفاع الخيار منحصراً في زوال العيب القديم، وأمّا اذا كان نفس حدوث العيب الجديد مانعاً شرعاً عن الخيار ـ كما هو مقتضىٰ المرسلة ـ فالتعبّد ببقاء العيب الجديد تعبّد بموضوع الحكم لا يلازم موضوع الحكم.

والتحقيق: انا لو قلنا بأنّ زوال العيب القديم لا أثر له في ارتفاع الخيار كما اخترناه سابقاً فلا اثر لاصالة بقاء العيب القديم، بل الاثر لبقاء الجديد وزواله فيجري اصالة بقاء العيب الجديد، وأثره سقوط حق الرد وبقاء استحقاق الارش، وأمّا لو قلنا بأنّ زواله يوجب ارتفاع الخيار وكان النزاع في بقاء حق الخيار بمعنىٰ استحقاق الرد أو الارش وعدم بقاء حق الرد والارش فلا محالة يكون ترتب هذا الاثر بلحاظ بقاء العيب القديم وزواله، وبقاء العيب الجديد أجنبي عن مثله إلّا بلحاظ لازمه وهو زوال العيب القديم، وعليه ينبغي أنْ يحمل كلام المصنف.

ومما ذكرنا يتبين: أنّ النزاع الصحيح الذي له أثر بأحد وجهين، إمّا بدعوىٰ بقاء العيب القديم وزواله لبقاء خيار العيب وارتفاعه، والاصل بقاؤه، وقد عرفت أنّه بلا

---

(١) التذكرة ١: ٥٢٧ سطر ٤١.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٢٣.

معارض، وإمّا بدعوىٰ بقاء العيب الجديد وزواله حتىٰ يكون مستحقاً للأرش فقط، أو مستحقاً للرد والارش معاً، والاصل بقاؤه فلا يستحق إلّا الارش، وقد مرّ أنّه لا أثر لبقاء العيب القديم وارتفاعه.

وأمّا بناءً علىٰ أنّ زوال العيب القديم رافع للخيار فلا يرجع دعوىٰ زوال العيب القديم أو زوال العيب الجديد ـ بما هما زوال العيب ـ إلىٰ محصل، لأنّ دعوىٰ البائع يرجع إلىٰ دعوىٰ عدم المقتضي، ودعوىٰ المشتري يرجع إلىٰ دعوىٰ عدم المانع، ومن الواضح أنّ مجرد عدم المانع لا أثر له إلّا بعد الفراغ عن وجود المقتضي، وعليه فيتوجه ما حكاه في التذكرة[1] عن الشافعي من التحالف؛ فإنّ المشتري يدعي زوال العيب الجديد وينكر زوال العيب القديم تحقيقاً للمقتضي مع عدم مانعه فيحلف علىٰ عدم زوال العيب القديم، والبائع يدعي زوال العيب القديم وينكر زوال العيب الجديد فيحلف علىٰ عدم زوال العيب الجديد، ومقتضىٰ بقاء العيبين بالحلف علىٰ زوالهما من البائع والمشتري استحقاق الارش فقط، وإنّما يقول بالحلف من البائع علىٰ عدم زوال العيب الجديد مع أنّ نفي الخيار بنفي مقتضيه نافع للبائع؛ لأنّ المشتري حيث يدعي عدم المانع فلابد في اسقاط دعوىٰ المشتري من الحلف علىٰ عدم زواله.

٢٠ ـ قوله ﷺ: (لو كان عيب مشاهداً غير المتفق عليه ...الخ)[2].

لايخفىٰ عليك أنّ لسبق العيب المشاهد المذكور أثراً وهو الخيار، ولو بمعنىٰ استحقاق زيادة الارش، وللحوقه وحدوثه عند المشتري أثر آخر وهو سقوط الخيار المتفق عليه، فإنْ كان النزاع بلحاظ استحقاق الارش الزائد وعدمه فأصالة عدم تحققه إلىٰ حال القبض كافٍ في نفي الخيار؛ لانتفائه بانتفاء العيب حال العقد والقبض تعبداً من دون حاجة إلىٰ اثبات التأخر؛ ليقال بأنّه لا يثبت إلّا علىٰ الاصل المثبت، وإنْ كان النزاع بلحاظ سقوط الخيار وعدمه فأصالة عدم العيب إلىٰ ما بعد القبض لا يثبت الحدوث عند المشتري، فالقول قول البائع علىٰ الاول، وقول

---

(١) التذكرة ١: ٥٣٠ سطر ٤٢.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٢٦.

المشتري علىٰ الثاني، لاصالة بقاء الخيار عند الشك في سقوطه، ولعل كلام الشهيد من جعل القول قول البائع بالنظر إلىٰ النزاع الاول، ولو فرض تحرير النزاع من الوجهين فكل من البائع والمشتري مدع من وجه ومنكر من وجه، ومع التحالف يحكم بعدم استحقاق زيادة الارش وببقاء الخيار، فتدبر جيداً.

٢١ ـ قوله ﷺ: (ثم قال في الدروس لو ادعىٰ البائع ...الخ)[١].

الكلام في الزيادة كالكلام في اصل وجود العيب الجديد، إلّا أنّ الكلام في الفرق بين هذه المسألة والمسألة المتقدمة، حيث ذكر ﷺ في الاولىٰ أنّ القول قول البائع مطلقاً، وهنا ذكر احتمالين مع أنّ نسبة اصالة بقاء الخيار المتيقن ثبوته الموهوم سقوطه بالنسبة إلىٰ الفرعين علىٰ حد سواء، وكذلك نسبة اصالة عدم التقدم، مع أنّه لا مجال لاصالة بقاء الخيار مع صحة اصالة عدم تقدم العيب الجديد لحكومة الاصل الموضوعي علىٰ الاصل الحكمي.

ويمكن أنْ يقال: إنّ عدم الزيادة ليس دائماً موافقاً للاصل، اذ ربّما يتدرج العيب فيخرج من حد النقص إلىٰ الزيادة، وربّما يحدث من أول الامر بنحو الشدة والزيادة، فلا مجرىٰ لاصالة عدم الزيادة حينئذ بعد التعين بأصل وجود العيب المردد بين الزائد والناقص، والله العالم.

٢٢ ـ قوله ﷺ: (وربما يترائىٰ من مكاتبة ...الخ)[٢].

محتملات الرواية بحيث لاتنافي قاعدة البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من انكر ثلاثة:

احدها: أنّ موردها البراءة عن العيب بمعنىٰ سلامة المتاع من العيب، لا براءة البائع من عهدة العيب، فقوله (فاذا نادىٰ المنادي عليه برئ من كل عيب)[٣] يراد به نداؤه علىٰ المتاع ببرائته وسلامته من العيب، فقوله (برئ) وصف للمتاع لا صفة للبائع، وقوله فيما بعد (قد تبرئت منها) يراد بأني اظهرت براءة المتاع من العيب، وأنّه لا

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٢٩. (٢) كتاب المكاسب ٢٦٤ سطر ٣٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

عيب فيه حتىٰ يكون تنبيهاً للمشتري وموجباً لفحصه عن حال المتاع، فيؤول النزاع إلىٰ دعوىٰ تقدّم العيب وتأخره، وقول البائع حينئذ موافق لاصالة عدم العيب إلىٰ ما بعد العقد.

وفيه: أنّه مخالف لظاهر جملة من فقرات المكاتبة، منها قوله (برئ من كل عيب فيه) لظهوره في البراءة من العيب الموجود فيه، لا سلامته من العيب، وحمل قوله (فيه) علىٰ سلامته من كل عيب يفرض في مثله خلاف الظاهر جداً، ومنها قوله (تبرئت منها) فأنّ ظاهره اظهار البراءة من العيوب لا اظهار براءة المتاع من العيوب، ومنها قوله (لم اسمع البراءة) فإنّ النزاع إنْ كان في وجود العيب حال العقد وعدمه فدعوىٰ النداء وانكار السماع أجنبي عن محل النزاع الذي يترتب عليه الاثر.

ثانيها: ما عن صاحب الحدائق[1] من ظهور السؤال في أنّ انكار المشتري إنّما وقع مدالسة من جهة تجدد زهده في المتاع، لا من جهة عدم علمه بالبراءة، والامام عليه السلام إنّما ألزمه بالثمن من هذه الجهة، لا من جهة عدم علمه بالتبري، وقال رحمه الله أخيراً بأنّهم عليهم السلام كثيراً ما يحكمون بمقتضىٰ علمهم عليهم السلام بالحال فكيف مع ظهور ذلك في السؤال؟!

وفيه: ما في المتن من أنّ السؤال ليس عن حكم المشتري شرعاً واقعاً، بل عما يقتضيه ميزان القضاء بالنسبة إلىٰ الدعوىٰ المسموعة ظاهراً، وليس حكم الامام عليه السلام في واقعة شخصية رفع أمرها اليه عليه السلام حتىٰ يتوهم أنّ القضاء بمقتضىٰ علمه عليه السلام جائز نافذ، فلا مورد لما أفاده في الحدائق أخيراً، فتدبر جيداً.

ثالثها: ما أفاده المصنف العلامة قدس سره في المتن من أنّ المشتري وإنْ كان قوله موافقاً للاصل، إلّا أنّه مخالف للظاهر الحاكم علىٰ الاصل، فقول البائع حيث إنّه موافق للظاهر هو المقبول بيمينه المعلوم من الخارج في كل مورد يقال إنّ القول قول البائع أو المشتري، فلا يرد عليه ما قيل من أنّه لا وجه لايجاب الثمن علىٰ المشتري من دون احلاف البائع.

---

(١) الحدائق الناظرة ١٩: ٩١.

ولعمري إنّه توجيه وجيه إلّا أنّه يتوقف علىٰ أنّ موافقة الظاهر ومخالفته الموجبة لتشخيص المدعي والمنكر مجرد الموافقة والمخالفة للظاهر العرفي وإنْ لم يقم دليل علىٰ حجيته، وإلّا فكل ظهور حال لا دليل علىٰ حجيته ولو من العقلاء وظهور مقام النداء في سماع كل من حضر للشراء من هذا القبيل، والله أعلم.

٢٣ ـ قوله ﷺ: (وما أبعد ما بينه وبين ما في الكفاية ...الخ)[١].

ربما يوجه ما في الكفاية من كون الرواية مؤيدة للقاعدة بأنّه مبني علىٰ ما استظهره في الحدائق من أنّ حكم الامام ﷺ باداء الثمن من جهة وقوع انكار السماع مدالسة، فهي دليل علىٰ أنّه لولا المدالسة كان قول المشتري مقبولاً.

والانصاف أنّه بناءً علىٰ الاستظهار المزبور لم تكن الرواية مخالفة للقاعدة، لا أنّها مؤيدة لها، ومن المحتمل أنْ يكون نظر صاحب الكفاية إلىٰ ما أدىٰ اليه نظر المصنف ﷺ من كون قول البائع موافقاً للظاهر فيوافق قاعدة البينة علىٰ المدعي واليمين علىٰ من أنكر، ويحتمل أيضاً أنْ يكون نظره إلىٰ موافقة قول البائع لاصالة عدم الخيار، نعم يتوجه عليه أنّها محكومة باصالة عدم التبري.

٢٤ ـ قوله ﷺ: (إمّا بالتزام كفاية تقدم الشرط ...الخ)[٢].

قد مرّ منا في البحث عن خيار المجلس[٣] أنّ الشرط الفقهي الذي هو التزام في ضمن الالتزام لا يكاد يتحقق بالتباني عليه، لا لقصور في مقام الاثبات ليجاب بأنّ قرينة الحال نعم الدال، بل لقصور في مقام[٤] الثبوت؛ فإنّ الشرط التزام انشائي ضمني، والالتزام السابق وقع لا في ضمن شيء، والبناء والقصد لا يوجب ضمنية ما وقع لا في ضمن شيء، وإلّا لزم الانقلاب، وليس البناء انشاء للالتزام الشرطي، فإنّه ـ مع أنّه ليس هناك إلّا مجرد البناء من دون قول أو فعل ينشأ بهما ـ فهو خلف أيضاً، اذ المفروض كفاية البناء لا حصول انشاء آخر بعد الانشاء أولاً.

ومما ذكرنا ظهر الفرق بين الالتزام الشرطي وقيود المبيع، فإنّها غير انشائية،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ١.
(٢) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٨.
(٣) ح ٤: ١٠٢، تعليقة ٥٦.
(٤) هذا هو الصحيح وفي الاصل (مقاب).

فمجرد ثبوتها لباً عند ارادة البيع مع دلالة حال أو مقال عليها كافٍ في تقيّد المبيع بها عرفاً وشرعاً.

لايقال: لا حاجة في ارتباط الالتزام الشرطي بالبيع إلىٰ وقوعه في ضمن الانشاء البيعي، بل الغرض ارتباط احد الالتزامين بالآخر في قبال الالتزام الغير المرتبط، وهو الشرط الابتدائي.

لانا نقول: لا حاجة إلىٰ الارتباط، إلّا أنّ الارتباط الانشائي لا يتحقق بمجرد القصد وإنْ تقوّم بالقصد، بل لابد من تحقق الارتباط بين الالتزامين الأنشائيين ليكون أحد الالتزامين مرتبطاً بالاخر انشاءً لا قصداً وبناءً فقط، ولعلنا نستوفي الكلام فيه في بحث الشروط[1] إن شاء الله تعالىٰ.

ثمّ إنّ هذا كله إنْ كان مدرك تأثير التبري في عدم الخيار رجوع التبري إلىٰ شرط عدم الخيار، وأمّا إنْ كان مدركه أنّ الخيار من ناحية الالتزام بالصحة والتبري بمعنىٰ عدم الالتزام بصحة المبيع فليس من مقولة الشرط حتىٰ يرد محذور تقدّم الشرط، بل مع التصريح بعدم الالتزام بالصحة قبل العقد لا يبقىٰ وجه لدلالة العقد علىٰ الالتزام بالصحة؛ فلا خيار.

٢٥ ـ قوله ﷺ: (ثم الحلف هنا علىٰ نفي العلم ...الخ)[2].

لايخفىٰ عليك أنّ التبري إنْ كان بمعنىٰ عدم الالتزام بالصحة فهو امر واقعي يعلم تارة ويجهل أُخرىٰ، وإنْ كان بمعنىٰ الالتزام بعدم الخيار فلا محالة يتقوّم بقبول المشتري، فلا يعقل بلا إلتفات وعلم من المشتري، فلا يبقىٰ نزاع علىٰ الوجه الثاني إلّا دعوىٰ الجهل والعلم، فلا حلف إلّا علىٰ نفي العلم، وأمّا علىٰ الوجه الاول فهو أيضاً يكتفي فيه بالحلف علىٰ نفي العلم مع عدم التمكن من الحلف بناء[3] علىٰ نفي الواقع؛ حيث إنّ المورد فعل الغير والمشهور الاكتفاء فيه بالحلف علىٰ نفي العلم به، ومما ذكرنا تبين أنّ التعليل المذكور في المتن يناسب الوجه الثاني.

---

(١) تعليقة ٥٢.
(٢) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ١١.
(٣) هكذا في الاصل، والظاهر زيادة لفظ (بناء).

٢٦ ـ قوله ﷺ: (ولو وجد في المعيب عيب ...الخ)[١].

الظاهر أنّه تكرار لما في المسألة الثالثة من مسائل الاختلاف في المسقط، ولذا ربّما يوجه بأنّ المراد أنّ المبيع كان معيباً وفي حال النزاع به عيب يدعي المشتري أنّه ذلك العيب القديم الذي وقع عليه العقد، فالخيار باقٍ، والبائع يدعي أنّ العيب القديم قد زال وهذا عيب حادث عند المشتري فلا خيار، إمّا لزوال الموجب وإمّا لحدوث المسقط[٢] لو لم نقل بل زوال العيب القديم مانع من الرد، لكنه خلاف ظاهر العبارة.

ثم إنّ الكلام في الاصل الجاري في الطرفين قد تقدم[٣]، إنّما الكلام فيما أفاده ﷺ من اصالة عدم وقوع العقد علىٰ السليم من هذا العيب، فإنّ وقوع العقد علىٰ السليم من هذا العيب لازمه العقلي حدوثه عند المشتري، واصالة عدم وقوعه علىٰ السليم منه ليس نفياً لموضوع الاثر، بل لملزوم موضوع الأثر، فالاصل الصحيح هو اصالة عدم حدوث العيب عند المشتري؛ فيكون تعبداً بعدم المسقط للخيار.

ومنه تعرف أنّه لا مجال لاصالة بقاء الخيار مع ذلك الاصل النافي، كما أنّه لا مجال لتفريع اصالة عدم وقوع العقد علىٰ السليم علىٰ اصالة بقاء الخيار، وعلىٰ اصالة عدم السقوط بحدوث العيب عند المشتري، فإنّ كلاً منها اصل برأسه، لا معنىٰ لتفريع أصل علىٰ اصل، والامر سهل.

٢٧ ـ قوله ﷺ: (يمكن أن يجعل اقراره انشاء ...الخ)[٤].

ظاهر عبارة الدروس كون اقراره نافذاً من حيث إنّه انشاء للفسخ، لا من حيث إنّه اخبار بالفسخ؛ حتىٰ يعلل بأنّه من باب قاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به، وتحقيق المقام بتنقيح الكلام في موردين:

أحدهما: في نفوذ الاقرار من حيث كونه انشاء للفسخ فنقول: إنْ أُريد من الانشاء ما

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ١٣.
(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (اسقط).
(٣) تعليقة ٢٠.
(٤) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ١٦.

يقابل الاخبار الذي هو من وجوه استعمال اللفظ في المعنىٰ ففرض كونه اقراراً ـ وهو الاخبار عن الفسخ المحقق ـ يبائن فرض الانشاء الذي به الفسخ يتحقق، كيف والانشاء والاخبار متقابلان؛ فيستحيل اتصاف الاستعمال بهما؟!

وإنْ أُريد من الانشاء مجرد ايجاد الفسخ، نظراً إلىٰ أنّ تمام حقيقة الفسخ هو عدم الالتزام بالعقد المنكشف بكاشف قولي أو فعلي، والاقرار بالفسخ يصلح للكشف عن عدم الالتزام بالعقد، فهو مبني علىٰ أنّ حل العقد يقابل العقد حتىٰ يكون انشائياً، ولا يجدي في تحققه مجرد عدم الالتزام واقعاً، أو يقابل الاجازة التي هي حقيقة الالتزام بالعقد واظهار الرضا المتجدد ببقاء العقد، فكما أنّ الاجازة لاتحتاج إلىٰ انشاء وتسبيب إلىٰ حصول شيء كذلك الفسخ.

والحق أنّ الفسخ هو حل العقد، فهو مقابل مع العقد تقابلاً بالذات، والاجازة وهي الالتزام بالعقد مقابل لعدمه بالذات، وعليه فتقابل الفسخ للاجازة تقابل بالعرض، لأنّ لازم حل العقد عدم الالتزام بالعقد، لا أنّه عينه، كما أنّ لازم الاجازة هو عدم حل العقد وابقاؤه علىٰ حاله، لا أنّه عينه، وأمّا أنّ الفسخ مع تقابله بالذات للعقد يجب أن يكون انشائياً تسبيبياً لمجرد المقابلة لامر تسبيبي فتحقيق حاله موكول إلىٰ مباحث أحكام الخيار، ولعلنا نتكلم[1] فيه إن شاء الله تعالىٰ.

ثانيهما: في نفوذ الاقرار من حيث كونه اخباراً عن تحقق الفسخ، فتارة لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به، فإنّه المتيقن من موارد القاعدة، لأنّ الفرض عدم انقضاء زمان الخيار، فهو له فعلاً انشاؤه فله الاقرار به، بل يقال إنّ عدوله من الانشاء إلىٰ الاخبار به مع تمكنه فعلاً من انشائه شاهد عدل علىٰ صدق دعواه، وأُخرىٰ لقاعدة اقرار العقلاء، نظراً إلىٰ أنّه اقرار بعدم حق الخيار له وإنْ ترتب عليه استحقاق استرداد الثمن، نظير الاقرار بالطلاق الذي يترتب عليه عدم استحقاق الزوجة للنفقة، ولتفصيل الكلام فيه مقام آخر.

---

(١) تعليقة ١١٥.

٢٨ ـ قوله ﷺ: (يحتمل اقل الامرين من الارش ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك أنّ الارش اذا كان في ذمة البائع كان استحقاق ما يساوي الارش من زيادة الثمن علىٰ القيمة، أو أقل الامرين من الارش وزيادة الثمن بحسب الواقع والعلم الاجمالي باستحقاق أحد الامرين صحيحاً، وأمّا اذا كان الارش غرامة شرعية فمرجعها إلىٰ استحقاق المشتري لتغريم البائع، فلا علم اجمالاً بثبوت شيء في ذمة البائع، بل مجرد الاحتمال بالنسبة إلىٰ زيادة الثمن علىٰ تقدير التقاصّ فيما يساوي قيمة المبيع، وعليه فمقتضىٰ اقراره بالفسخ ـ هو الاقرار بعدم استحقاق التغريم ـ فليس له مطالبة الغرامة.

نعم اذا رجع المدعي للفسخ عن دعواه وصدّق البائع في انكاره كان له المطالبة بالارش، اذ لم يثبت من المشتري الاقرار بعدم استحقاق الارش ليحتمل اسقاط مراده بوجوه[٢] لازم الدعوىٰ التي رجع عنها، فتدبر، كما أنّ انكار البائع ليس اقراراً باستحقاق المشتري للارش، فتدبر.

٢٩ ـ قوله ﷺ: (لو اختلفا في تأخر الفسخ عن اول الوقت ...الخ)[٣].

الكلام تارة فيما يقصيه الاصول في الطرفين، وأُخرىٰ في اصالة الصحة.

أمّا الكلام في الاصول فنقول: حيث إنّ الفسخ في اول الوقت هو المؤثر شرعاً في انحلال العقد فكما أنّ الاصل بقاء زمان الخيار الىٰ حال تحقق الفسخ كذلك الاصل عدم الفسخ في أول الوقت.

وأمّا اصالة بقاء العقد ـ المذكورة في المتن ـ فهي ليست في عرض اصالة بقاء زمان الخيار، ولا في عرض اصالة عدم حدوث الفسخ في ذلك الزمان، لأنّ الشك في بقاء العقد مسبب عن الشك فيهما، لكن الظاهر أنّ الفسخ في أول الوقت إنّما يكون له الاثر، ولا أثر للفسخ في غيره؛ من حيث إنّ انشاء الفسخ لايؤثر إلّا اذا كان عن استحقاق وولاية علىٰ الفسخ، ولا ولاية ولا حق إلّا في أول الوقت، فاصالة بقاء

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ١٩، وفيه (يحتمل ان يأخذ اقل الامرين...).

(٢) هكذا في الاصل، ولايخفىٰ ما فيه. (٣) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٢١.

زمان الخيار إلىٰ زمان الفسخ يوجب التعبد ببقاء الحق حال الفسخ المحقق، ولا حاجة إلىٰ اثبات وقوع الفسخ في تلك الحال؛ حتىٰ يقال إنّه لايثبت بالتعبد بنفس بقاء الحق إلّا علىٰ الاصل المثبت، وحيث إنّ وقوع الفسخ في أول الوقت بهذا العنوان لا أثر له فليس اصالة عدم حدوث الفسخ في زمان الخيار تعبداً بعدم موضوع الاثر؛ ليكون تعبداً بعدم الاثر، بل اللازم في تأثير الفسخ الولاية عليه حال تحققه، وهو مما يثبت باستصحاب بقاء زمان الخيار إلىٰ زمان صدور الفسخ، من دون حاجة إلىٰ اثبات وقوعه فيه ليكون الاصل مثبتاً، أو يتمسك باصالة عدم وقوعه فيه، هذه نبذة مما ينبغي أنْ يقال في هذا المجال.

وأمّا الكلام في اصالة صحة الفسخ: فالاشكال في جريانها في نفسها مع قطع النظر عن مقام التنازع هو ما اشار اليه المصنفﷺ في أواخر كتاب البيع[1] في اختلاف المتبايعين من أنّ مجرىٰ اصالة الصحة ما اذا احرزت قابلية المحل عقلاً وعرفاً وشك في تأثيره شرعاً، ومن الواضح أنّ انشاء الفسخ بعد انقضاء زمان الخيار لغو في نفسه، اذ لا فسخ ممن لا حق له عقلاً وعرفاً، نظير ما ذكرهﷺ في رجوع المرتهن عن الاذن، فإنّ رجوع المرتهن عن الاذن بعد تصرف الراهن لغو لا أثر له عقلاً ولا عرفاً، لعدم بقاء المحل لاذنه كي يجدي رجوعه، وقد بينا ما عندنا هناك من أنّ اصالة الصحة التي مدركها بناء العقلاء لا يعقل أنْ يكون موضوعها البيع العرفي مثلاً، بل في كل مورد احرز أنّ العاقل الشاعر في مقام البيع بانشاء البيع يبنىٰ علىٰ صحته، وإنْ شك في ما يتقوم به عقلاً في شخص هذه المعاملة اتفاقاً، حتىٰ مثل قصد التسبب إلىٰ الملكية المنوط به حقيقة العقد، فضلاً عن غيره، فراجع[2].

٣٠ـ قولهﷺ: (لا تثبت وقوع الفسخ ...الخ)[3].

كما لا تثبت وقوع العقد في أول الوقت ليترتب عليه ثبوت حق الخيار في حال الفسخ، فالصحيح اصالة بقاء زمان الخيار حال الفسخ المعلوم زمانه كما قدمناه في

---

(١) كتاب المكاسب ٢٠٠ سطر ٢٦.
(٢) ح ٣: ٣٦٥، تعليقة ٢٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٢٤.

مجهول التاريخ[١].

٣١ ـ قوله ﷺ: (لو ادّعىٰ المشتري الجهل بالخيار أو بفوريته ...الخ)[٢].

لايخفىٰ عليك أنّه لا أثر للشارع هنا إلّا بملاحظة الفورية، وإلّا فمع عدمها ـ سواء كان عالماً بالخيار أم جهلاً به ـ فالخيار ثابت[٣] واقعاً، ومع الالتفات اليه لا مانع من اعماله، فلا معنىٰ للنزاع في الجهل بالخيار بما هو، وعليه فإنْ كان الخيار بوجوده الواقعي فورياً فلا مجال للنزاع أيضاً، اذ مع الالتفات اليه لا خيار علىٰ الفرض فلا موقع لاعماله أيضاً حتىٰ يتنازع فيه، فينحصر النزاع فيما اذا كان الخيار المعلوم فورياً؛ بحيث لا فورية له إلّا بعد العلم باصل الخيار، فلا يبقىٰ نزاع إلّا في الجهل بالخيار؛ حتىٰ لايكون فورياً ويبقىٰ مجال اعماله للمشتري.

وأمّا دعوىٰ الجهل بالفورية مع فرض العلم بالخيار ـ كما هو مقتضىٰ ترديد المتن بين الجهل بالخيار والجهل بفوريته ـ فإنّما يعقل اذا أمكن تقيد فورية الخيار بالعلم بفوريته، مع أنّه ـ كما هو المعروف في نظائره ـ دور او خلف محال.

نعم يمكن أنْ يقال: إنّ فورية الخيار إنْ كانت بمعنىٰ تقيد الخيار بأول الوقت فكما يقال لايعقل تقيد الخيار بالعلم به كذلك لا يعقل تقيده باول الوقت بالعلم بتقيده، وأمّا إنْ كانت فورية الخيار بمعنىٰ أنّ الخيار المجعول لا قيد له إلّا أنّ الشارع أوجب بعد العلم بالخيار اعماله او امضاءه في أول الوقت، وإلّا فلاحق له، فالفورية منتزعة من هذا الايجاب الخاص، وحينئذ يمكن أنْ يكون هذا الحكم غير فعلي مع الجهل بواقعه كما في سائر موارد العلم والجهل بالتكليف، فإنّ اناطة فعليته بوصول الواقع لايوجب دوراً ولا خلفاً، وعليه فينبغي ملاحظة مدرك فورية الخيار وأنّ مقتضاها ما ذكرناه اولاً أو ما احتملناه ثانياً فراجع[٤].

٣٢ ـ قوله ﷺ: (إنْ احتمل في حقه الجهل للاصل ...الخ)[٥].

---

(١) التعليقة السابقة.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٢٥.

(٣) الظاهر انها (ثابت).

(٤) ح ٤: ٣٣٦، تعليقة ٢٣٦.

(٥) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٢٥.

بأنْ لا يكون في بلد يعرفون الاحكام حتىٰ لايكون قوله مخالفاً للظاهر، لا بأنْ يكون في بلد لايعرفون الاحكام، فإنّ موافقة الظاهر غير لازمة في صيرورته منكراً بعد موافقة قوله للاصل كما هو المفروض، بل مخالفة قوله للظاهر موجبة لكونه مدعياً لا يقبل قوله بيمينه، ومنه يعرف ما في عبارة التفصيل المذكور فيما بعد، فإنّ ظاهر الاستثناء لزوم موافقة قول المشتري للظاهر، مع أنّه غير لازم، فالصحيح أنْ يقال يعذر إلّا اذا نشأ في بلد يعرفون الاحكام؛ فإنّ قوله حينئذ مخالف للظاهر؛ فيكون مدعياً لا منكراً، والامر سهل لأنّ المقصود معلوم.

بيان ماهية العيب

٣٣ ـ قوله ﷺ: (أمّا العيب فالظاهر من اللغة والعرف ...الخ)[1].

توضيح المقام بتنقيح الكلام في أمور:

منها: أنّ المراد بالخلقة الاصلية المعبر بها في كلمات الاصحاب ـ تبعاً لمرسلة السياري[2] الواردة في الباب ـ ليس ما يتكون خارجاً بتكوين الله تعالىٰ، فإنّ المتكون من نوع واحد يختلف بالزيادة والنقيصة، فما هو الملاك للاصالة وغلبة الافراد علىٰ الفرض كاشفة عن الخلقة الاصلية، والكلام في تعيينها، ولا مناص من أنْ يقال إنّ كل نوع من أنواع المخلوقات بلحاظ أول مكون من ذلك النوع الذي هو الاصل لسائر افراده؛ متقوم باعضاء خاصة وباجزاء وأوصاف مخصوصة، فما وافق في اصول خلقته ذلك الاصل فهو صحيح تام، وما نقص عنه أو زاد عليه بما يرغب عنه فهو معيب غير تام.

وهذا قد يعلم من الخارج كما في الانسان مثلاً، وقد يعلم من غلبة افراده علىٰ وضع واحد في اصول خلقته، إلّا أنّ هذا الاستكشاف لا ربط له بالكشف عن اقتضاء الماهية المشتركة فيحكم علىٰ سائر افرادها بذلك، وذلك لأنّ مقتضيات الماهية

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٥ سطر ٢٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

المشتركة لا يعقل التخلّف عنها، ولذا يشترط في الاستقراء الناقص الموجب للظن بأنْ [يكون][1] غير المشاهد من الافراد كالمشاهد منها [في][2] عدم التخلف ولو في فرد، وإلّا لاستحال حصول الظن بأنّ هذه الخصوصية من مقتضيات الجامع.

ولذا ذكرنا في محله أنّ ملاك افادة الغلبة للظن مغائر لملاك افادة الاستقراء الناقص للظن، فإنّ الغلبة تجامع القطع بمخالفة الافراد الغالبة للافراد النادرة دون الاستقراء الناقص، وأنّ مجرد تردد المشكوك في اللحوق بالغالب أو النادر كافٍ في الظن باللحوق بالغالب؛ لتقوّي المردد وترجّحه بالغالب فيظن بأنّه كالغالب لا كالنادر[3].

ومنه يتضح ما في المتن من الاستدلال بالافراد الغالبة علىٰ أنّ الجامع كذلك، ثم الحكم به علىٰ الفرد المشكوك، وكيفية تطبيق ما نحن فيه علىٰ الغلبة أنّ المخلوق بالاصالة يتردد أمره بين أنْ يكون علىٰ طبق الافراد الغالبة حتىٰ تكون الافراد النادرة معيبة، أو علىٰ طبق الافراد النادرة حتىٰ تكون الافراد الغالبة متضمنة لزيادة كمال علىٰ المخلوق بالاصالة فيتقوّىٰ الفرد المردد بالغالب، فيظن أنّه كذلك، فافهم جيداً.

منها: أنّ غير واحد من الاصحاب عبرّ عن العيب بالخروج عن المجرىٰ الطبيعي العادي، وجعل بعضهم هذه عبارة أُخرىٰ عن النقص والزيادة في اصل الخلقة، ولا يخفىٰ أنّه أوسع من ذلك، فإنّ الخراج علىٰ الارض أجنبي عن الخلقة الاصلية للارض ومع ذلك فالخراج الثقيل الخارج عن ما جرت العادة عليه في الاراضي عيب عندهم، وكذا كون الارض محلاً لنزول العساكر كما مثلوا به.

ولا يخفىٰ عليك أنّ غلبة الافراد كما يمكن أنْ تكون كاشفة عن كون الخراج العادي بحسب الوضع الاولي من السلطان هو الثلث وأنّ كونه النصف في بعض الاراضي لخصوصية عارضة فيكون خارجاً عن المجرىٰ العادي؛ كذلك يمكن أنْ تكون محققة للملاك اذا كان الوضع الاولي في باب قانون الخراج بالاضافة إلىٰ طائفة

---

(١) اضافة يقتضيها السياق. (٢) اضافة يقتضيها السياق.

(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (كالمنادر).

كثيرة من الاراضي بالثلث، وبالنسبة إلىٰ طائفة قليلة منها بالنصف، فلا اصالة لشيء بالاضافة إلىٰ شيء، ولا عادة لشيء بالنسبة إلىٰ شيء، إلّا أنّ الغالب حيث إنّه الثلث فيكون ظاهر الاقدام علىٰ ما هو الغالب اقداماً علىٰ شراء ما يكون خراجه الثلث.

منها: أنّ الاعتبار في خيار العيب بما له من الآثار هل هو علىٰ العيب بمعنىٰ خصوص النقص والزيادة في اصل الخلقة، أو علىٰ الاعم منه ومن الخروج عن المجرىٰ العادي الذي لا ينبغي الشك في أنّه عيب عرفاً؟ ولا يخفىٰ عليك أنّه مع صدق العيب عرفاً لا ينبغي الريب في شمول اخبار العيب له إلّا بملاحظة الكلية التي تضمنتها مرسلة السياري وهي قوله ﷺ (كل ماكان في اصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب ...الخ)[1] نظراً إلىٰ أنّه في مقام تحديد العيب، فلا حكم شرعاً للعيب العرفي فنقول محتملات الكلية ثلاثة:

أحدها: ما هو ظاهرها من أنّ كل ما كان وثبت في اصل الخلقة من الاجزاء والاوصاف فزاد ذلك الشيء أو نقص فهو عيب، فينحصر العيب في الزيادة والنقص الخلقي من دون حاجة إلىٰ جعل كان زائدة؛ وجعل الكلام من باب القلب ليكون معناه أنّ ما زاد أو نقص في الخلقة الاصلية فهو عيب كما توهم.

ثانيها: ما حكي عن بعض المشائخ من جعل الخلقة بمعنىٰ المخلوق، والمعنىٰ كل ما حدث في المخلوق فزاد علىٰ اصله أو نقص فهو عيب، فيعم كل زيادة ونقص يوجد في الشيء، وإنْ لم يكن من اجزائه وصفاته الاصلية، وهو خلاف الظاهر.

وثالثها: أنْ يكون الخلقة اسماً لمعنىٰ مصدري يراد به ما عليه الشيء من الهيئة والصفة، فيعم كل نقص أو زيادة علىٰ ما هو عليه من الهيئة، وإنْ كانت عادية لا خلقية وهو أيضاً خلاف الظاهر، فإنّ الخلقة وإنْ كانت للهيئة كالجِلسة ـ بكسر الجيم ـ لنحو خاص من الجلوس إلّا أنّها لهيئة المخلوقية لا لكل هيئة، وإنْ كانت عادية عرضية.

وحيث تبين أنّ الظاهر هو المعنىٰ الاول فالامر في الحصر يدور مدار استفادة التحديد لا مجرد بيان أنّ الزيادة والنقص الخلقي عيب، فإنّه غير منافٍ لكون الزيادة

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

والنقص اللذين يرغب عنهما من وجه آخر أيضاً عيباً، ومن البين أنّ لسان التحديد يقتضي جعل العيب موضوعاً للقضية، وتعريفه بالزيادة والنقص الخلقي وليس ما في الكلية كذلك.

مضافاً إلىٰ ما ورد في الشرع مما يستكشف منه أنّ العيب شرعاً أعم من ذلك، كما في الجارية المدركة التي لا تحيض حيث حكم الامام عليه السلام بأنّه عيب[1]، مع أنّ عدم الحيض لا يجب أنْ يكون لنقص في الخلقة، بل ربما يكون احتباس الدم لعارض مزاجي، وكما في رد الجارية التي وجدها حاملاً[2] بناءً علىٰ أنّها ترد لاجل عيب الحمل، لا لأنّها ام ولد، مع أنّ الحمل ليس من زيادة أو نقص في أصل الخلقة، بل إمّا لكونها في معرض التلف بوضع الحمل، أو لمنع الحمل من استخدامها كما ينبغي، وكما في رد العبد بالاباق[3]، فإنّ الأباق ليس من الزيادة والنقص في الخلقة، فهذه الموارد مما نص شرعاً علىٰ الرد بها، ولاخيار آخر فيها، فالرد من حيث العيب مع التصريح بكونه عيباً في خبر من لا تحيض، فيعلم منها أنّ العيب الشرعي مساوق للعيب العرفي، وأنّ الكلية ليست إلّا لبيان العيب لا لتحديده كما عرفت.

منها: بعدما عرفت من التوسعة في دائرة العيب فتارة يلاحظ الصحة والعيب بمقتضىٰ الحقيقة الأصلية الأولية، وبمقتضىٰ الحقيقة العادية الثانوية بالاضافة إلىٰ جهتين، فلكل من الجهتين حكمها، مثلاً ربما تكون الارض سبخة غير قابلة للزرع لكنها خراجية علىٰ العادة والمتعارف، وربما تكون غير سبخة ولا ذات نقص في نفسها لكنها ثقيلة الخراج فلا تزاحم في الملاكين، بل في الاول يحكم بالعيب كما في الثاني، اذ لا يجب أنْ يكون الشيء معيباً من جميع الوجوه، بل اذا كان صحيحاً من الف جهة ومعيباً من جهة جرىٰ عليه حكم العيب.

وأُخرىٰ تلاحظ الصحة والعيب خلقة وعادة بالاضافة إلىٰ جهة واحدة، كما اذا كانت الامة ثيبة وجرت العادة علىٰ المعاملة معها معاملة البكر ففيها نقص خلقي،

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العيوب، ح ١، ٥، ٦، وغيرهم.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.

وتمامية عادية من جهة واحدة، وكما إذا كان العبد الكبير أغلف، فإنّه تام من حيث الخلقة لكنه حيث جرت العادة علىٰ الختان فيعامل معه معاملة المعيب، فيرون الغلفة زيادة، وهذا مورد مزاحمة الملاكين المعبر عنها في المتن بتعارض مقتضي الحقيقة الاولية والثانوية، وعليه فنقول:

حيث إنّ العادة العرفية في طول الخلقة الاصلية فعليها المدار في المعاملة الفعلية بحسب الاغراض النوعية العقلائية، إلّا أنّ الكلام في أنّ العيبية وعدمها موضوعية أو حكمية بمعنىٰ أنّ الثيبوبة في الكبار من الاماء ليست عيباً حقيقةً عرفاً، أو أنّها لشيوعها لا يترتب عليها أثر العيب.

وجه الاول: أنّ مطلق النقص الخلقي والزيادة الخلقية ليس بعيب، بل اذا كان مرغوباً عنه، مثلاً الختان نقص عن الخلقة الاصلية مع أنّه كمال يرغب فيه، لا أنّه يرغب عنه، وزيادة شعر الحواجب واشفار العين كمال يرغب فيه، لا أنّه يرغب عنه، وعليه فالثيبوبة في الكبار من الاماء ليست نقصاً مرغوباً عنه، كما أنّ الغلفة في الكبار من العبيد وإنْ كانت موافقة لاصول الخلقة لكنها زيادة يرغب عنها، ولا حقيقة للعيب العرفي إلّا النقص والزيادة المرغوب عنهما بحسب الطباع.

ووجه الثاني: أنّ شيوع النقص المنفر لا يخرجه عن كونه في نفسه مرغوباً عنه، وأمّا جري العادة فتارة عن اقتضاء لغرض نوعي عقلائي كأصل الخراج علىٰ الارض، فإنّه لايعد عيباً، فإنّه مما له دخل في انتظام البلاد والعباد، والزيادة عليه عيب، وأخرىٰ لعدم غرض نوعي عقلائي، بل لمكان اللابدية كجري العادة علىٰ شراء الاماء مع نقص الثيبوبة غالباً، فإنّ مثل هذه العادة لا تخرج النقص عن كونه عيباً، إلّا أنّه كما أنّ غلبة السلامة توجب كون الاقدام علىٰ الشراء اقداماً علىٰ شراء الصحيح ـ بما هو ـ فيكون التزاماً ضمنيّاً بالصحة، كذلك مع غلبة النقص يكون الاقدام علىٰ شرائه اقداماً علىٰ شراء الناقص فيكون بمنزلة التبري عن نقصه.

نعم إنْ كانت حقيقة التبري تتحقق بمجرد عدم الالتزام بالصحة فكونه تبرياً واضح، وإنْ كانت حقيقته الالتزام بعدم الخيار فرجوع الامر إلىٰ التبري غير واضح، اذ

لا توجب غلبة النقص إلّا عدم الالتزام بالسلامة.

وفيه: أنّها توجب أزيد من ذلك؛ وهو الاقدام علىٰ شراء المعيب؛ لا مجرد عدم الاقدام علىٰ الصحيح، ومع الاقدام علىٰ شراء المعيب لا خيار كما تقدم مع ما يتعلق به من النقض والابرام، إلّا أنّه غير التبري بمعنىٰ شرط عدم الخيار فراجع[1] ما قدمناه في البحث عن التبري.

منها: أنّ الثيبوبة التي قد عرفت أنّها ليست بعيب موضوعاً تارة، ولا حكم لها أُخرىٰ رتب عليها ثمرة في كلام المصنفﷺ، وهي أنّه بناءً علىٰ أنّها ليست بعيب حقيقة اذا اشترط المشتري علىٰ البائع بكارة الجارية فظهرت ثيبة لا خيار له إلّا خيار تخلّف الشرط، بخلاف ما اذا كانت حقيقة عيباً ولمكان شيوعها لا حكم لها، فإنّ الغلبة تحقق ما هو بمنزلة التبري المانع عن تأثير العيب أو الاقدام علىٰ شراء المعيب الذي معه لا ملاك للخيار، ومع اشتراط البكارة لا تبري من العيب، ولا اقدام علىٰ شراء المعيب فلا مانع عن تأثير العيب؛ فيؤثر المقتضي أثره الخاص؛ وهو التخيير بين الرد والارش.

ولايخفىٰ عليك أنّ المقتضي للخيار إنْ كان هو الالتزام الضمني بوصف الصحة وكان خيار العيب علىٰ القاعدة لا تعبداً محضاً فشرط البكارة لا يزيل المانع عن الالتزام الضمني، كيف، والالتزام ضمني بالصحة علىٰ ما هو المفروض من غلبة الثيبوبة، ولا يعقل أنْ يكون محققاً للالتزام الضمني أيضاً، بل هو التزام صريح بوصف الصحة، فاذا كان الالتزام بوصف الصحة بالخصوص مقتضياً لهذا الخيار المخصوص فصريحه أولىٰ من الضمني، ولا يقاس باشتراط البكارة علىٰ الوجه الآخر؛ فإنّ المفروض فيه أنّ الثيبوبة ليست عيباً حقيقةً، فاشتراط البكارة اشتراط وصف كمال لا وصف الصحة في قبال العيب.

وإنْ كان المقتضي للخيار هو العيب والتبري مانع فقد مرّ[2] أنّ المقتضي في مقام الاثبات بحسب اخبار الخيار متقوّم بعدم التبري، وعدم العلم بالعيب، فمع أحد

---

(١) ح ٤ تعليقة ٣٦٢.

(٢) ح ٤ تعليقة ٣٦٢.

الامرين من التبري وما بمنزلته أو العلم به لا مقتضي للخيار، وشرط الصحة لا يحقق المقتضي، فليس هناك عنوان المانعية ليكون الشرط مزيلاً للمانع، ولا المقتضي موجود، ولا شرط الوصف محقق له علىٰ هذا الفرض.

وإنْ كان المدرك والمقتضي قاعدة الضرر فالشرط وإنْ كان مانعاً عن الاقدام علىٰ الضرر فيستند الضرر إلىٰ الشرع، إلّا أنا بيّنا غير مرة أنّ قاعدة الضرر لا تقتضي إلّا رفع اللزوم الضرري؛ لا حق الخيار، فضلاً عن الارش، وعليه فلا فرق بين خيار تخلّف الشرط وخيار العيب المستند إلىٰ قاعدة الضرر، فافهم وتدبر.

منها: أنّ العيب هل هو مطلق النقص والزيادة خلقةً وعادةً أو خصوص النقص للمالية؛ حتىٰ لا يكون الخصاء عيباً مع كونه من النقص الخلقي لعدم النقص المالي، بل ربما يزيد ماليته، وينبغي تقديم امرين حتىٰ يتضح حقيقة الحال:

أحدهما: أنّه لا ريب في تقابل الصحة والعيب، ومن البيّن أنّ الصحة هي التمامية من حيث اصول الخلقة أو من حيث العادة أيضاً، ولا يعتبر فيها المساواة في المالية مع شيء حتىٰ يكون مقابلها ـ وهو العيب ـ متقوماً بالنقص المالي، مع أنّه لو زيدت مالية الناقص علىٰ التام كما في الخصي خرج عن كونه صحيحاً ومعيباً، اذ ليس بصحيح للنقص الخلقي، ولا بمعيب لزيادة المالية، ولا يمكن أنْ يجعل المدار علىٰ الزيادة والنقص من حيث المالية فقط؛ وإلّا لكان الاشياء المختلفة من حيث المالية بعضها صحيحاً بالنسبة إلىٰ الآخر وبعضها معيباً وإنْ لم يتفقا في النوعية.

ثانيهما: أنّ المعاملات المالية مشتملة علىٰ غرضين نوعيين عقلائيين.

الاول: من حيث اقامة مال مقام مال بحيث يسد أحدهما مسد الآخر، فاذا تبيّن خلافه ـ كما في الغبن ـ فقد تخلّف هذا الغرض النوعي المعاملي فله خيار الغبن.

والثاني: من حيث عنوان المبيع الذي يترقب منه انتفاعات مخصوصة لنوع المعاملين، فإنّ الغرض من كل عين لها عنوان خاص انتفاع مخصوص، فمع وجود نقص فيه يتطرق الخلل في ذلك الانتفاع المقصود، وهذا ملاك خيار العيب، فالعين المشتراة بأقل من ثمن المثل اذا كان معيباً لم يتخلّف فيها الغرض النوعي المالي،

وانما تخلّف عنه الغرض الآخر المترتب علىٰ الصحيح، فالرد لتدارك هذا الغرض النوعي، كما أنّ الأرش لتدارك الغرض الشخصي المتعلق بشراء الصحيح بقيمة نازلة، فمع تساوي الصحيح والمعيب في المالية أو زيادة العيب لم يتخلّف الغرض المقتضي للارش، لا أنّه لم يتخلّف الغرض النوعي المترتب علىٰ الصحيح.

اذا عرفت ذلك تعرف: أنّ العيب بلحاظ النقص الخلقي او العادي في قبال التمامية المترتب عليها الغرض النوعي المعاملي، فالعبد الخصي معيب من الوجهين، أمّا النقص الخلقي فواضح، وأمّا عدم ترتب الغرض المعاملي المترقب من العبد الغير الخصي فكذلك لعدم الانتفاع بفحوليته، ولا بتحميل بعض الخدمات الشاقة، وليس الصحيح عنواناً لما يساوي مالية الصحيح؛ حتىٰ يقال إنّ الخصي مساوٍ في المالية مع غيره، بل ربما يزيد عليه.

ويمكن أنْ يقال: ـ بناءً علىٰ تقوّم المعيب بالنقص المالي ـ إنّ الظاهر هو النقص من حيث ماليته في نفسه، أي بملاحظة الجهة العامة الملحوظة في الانتفاع به، لا بلحاظ الجهة العارضة الموجبة لزيادة قيمته عند اشخاص خاصة.

توضيحه: أنّ مالية كل شيء في حد نفسه تنتزع من رغبة النوع وميلهم اليه في مقام المعاملة ونحوها، ورغبة النوع بملاحظة ما يترقب من كل شيء من وجوه الانتفاعات العامة، فمالية الجارية بما هي أمة بلحاظ جهة الانتفاع العمومي باستخدامها في الخدمات المتعارفة ووطيها، وكونها مغنية أو رقاصة ليست من الجهات العامة الملحوظة في مقام تقدير ماليتها، وإنّما تكون ملحوظة لاشخاص خاصة يبذلون بازائها ما لا يبذلون بازاء فاقدة تلك الجهة، وكالعبد فإنّه ـ بما هو عبد ـ يرغب فيه بما له من المنافع الخاصة، وأمّا الانتفاع بالخصي فهي جهة ملحوظة للامراء والسلاطين، لا من الجهات العامة التي تدور عليها المعاملات، ولذا لو غصب العبد غاصب وجعله خصياً يضمن هذا النقص، وما يتفاوت به مالية التام والناقص.

ولا يتوهم متوهم أنّه لايضمن شيئاً؛ لزيادة المالية بتنقيصه، بل كما عن المحقق

الاردبيلي[1] علىٰ ما حكي عنه أنّ هذه الزيادة مما أسقطها الشرع، وتقريبه: أنّ المنفعة المقصودة من الخصي ليست إلّا دخوله علىٰ النساء مع الأمن منه، واذا كان ذلك محرماً لكونه غير محرم كان بذل المال بازاء الخصي من حيث المنفعة الخاصة أكلاً للمال بالباطل، فيكون كالجارية المغنية اذا بذل المال بازائها من حيث صفتها الخاصة.

وبناء علىٰ ما ذكرنا فكما أنّ هذا النقص الخلقي عيب يقتضي الرد كذلك يقتضي الارش، لأنّ الخصي مع قطع النظر عن تلك المنفعة الخاصة به أنقص مالية من غير الخصي، فافهم وتدبر.

منها: أنّ العيب لو كان منحصراً في النقص خلقةً وعادةً ومالياً لأمكن القول بالخيار واستحقاق الرد في النقص الغير المالي أيضاً؛ بملاحظة غلبة السلامة من النقص الخلقي الموجبة لظهور الاقدام علىٰ شراء السالم من النقص الخلقي، فيستحق الرد في شراء العبد الخصي؛ وإنْ لم يستحق الارش من حيث عدم النقص المالي.

ويمكن أنْ يقال: كما أنّ الغالب في الاعيان سلامتها من النقص الخلقي كذلك الغالب في النقص الخلقي كونه ناقصاً من حيث المالية، ومقتضاه الاقدام علىٰ شراء السالم من النقص المنقص للمالية، فلا يكون الخصي خارجاً عن مورد الاقدام.

وأمّا ما يورد عليه من أنّ كل غلبة لا توجب صرف الاقدام إلىٰ ما هو الغالب، وإلّا لزم صرف الاقدام علىٰ شراء العبد الىٰ العبد الكاتب اذا كانت الكتابة غالبة؛ مع أنّ القوم لا يلتزمون بذلك.

فيمكن دفعه: بأنّ الغلبة اذا كانت طبيعية كما في سلامة الاعيان من الخروج عما هي عليه فالامر كما مرّ، بخلاف ما إذا كانت الغلبة اتفاقية كغلبة الكتابة في العبيد فإنّها لا عبرة بها، فتدبر.

منها: في ثمرة القول بكون النقص الخلقي فقط عيباً، والقول بانصراف العقد إلىٰ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٢٣.

السالم من النقص المزبور وإنْ لم يكن عيباً فإنّ الخيار علىٰ الاول خيار العيب وعلىٰ الثاني خيار تخلّف الشرط الضمني، وما ذكرهﷺ ثمرتان:

احداهما: طرو موانع الرد بالعيب فإنّه مسقط للخيار إنْ كان للعيب، وغير مسقط له إنْ كان للشرط الضمني، وهذه الثمرة إنّما تصح مع اطلاق المانعية حتىٰ فيما لم يكن فيه أرش، وأمّا مع اختصاصها بصورة ثبوت الارش فلا ثمرة بين القولين، اذ المفروض عدم النقص المالي فلا أرش، ومع عدم الارش فالرد باقٍ علىٰ حاله؛ لعدم المانع عنه علىٰ الفرض، وقد تقدّم الكلام فيها.

ثانيتهما: ـ بناءً علىٰ كون النقص المزبور عيباً ـ فكما أنّ ثبوته حال العقد موجب للخيار كذلك حدوثه قبل القبض أو في زمن الخيار؛ لما سيأتي[1] إنْ شاء الله تعالىٰ أنّ تلف وصف المبيع قبل القبض وفي زمان الخيار علىٰ حد تلف الموصوف فيهما موجب للخيار، وأمّا بناءً علىٰ عدم كونه عيباً فالمسلّم ثبوت خيار تخلّف الشرط، وأمّا ثبوت الخيار بفقد كل وصف مشروط قبل القبض او في زمان الخيار فلا دليل عليه، فإنّ الظاهر أنّ تلف المبيع ذاتاً وجزءً ووصفاً موجب للخيار، لا تلف ما هو غير داخل في عنوان المبيع وإنْ وقع موقع التزام آخر غير الالتزام البيعي.

وفيه: أنّ تلف ما التزم به البائع ـ بما هو ـ أجنبي عن تلف المبيع، وأمّا تلف ما هو من شؤون المبيع واوصافه سواء كان أخذه في المبيع بعنوان التوصيف أو بعنوان الشرط فهو داخل في تلف المبيع بناء علىٰ أنّ المراد تلف المبيع ذاتاً أو جزءً أو وصفاً كما هو المفروض.

بيان بعض افراد العيب

هل حمل الجارية عيب

٣٤ ـ قولهﷺ: (الحبل عيب في الاماء ...الخ)[2].

توضيح الكلام برسم أُمور في المقام:

---

(١) تعليقة ١٤٩.

(٢) كتاب المكاسب ٢٦٧ سطر ٢٣.

منها: أنّ الحمل بما هو أو بالعرض عيب أم لا؟

أمّا الحمل بما هو هو فليس نقصاً في خلقة الحامل ولا زيادة في اصول خلقته، بل أمر خارج معه لا فيه، ولا موجباً لخروج الامة عن مجراها العادي والطبيعي؛ حتىٰ يكون عيباً بالمعنىٰ الاعم حيث لا عادة علىٰ عدم كون الامة ذات حمل؛ ليكون الحمل خروجاً عن العادة.

وأمّا كونه عيباً بالعرض فباعتبار أحد اُمور تكون هي عيوباً بالحقيقة:

الاول: كون الحامل في معرض الخطر بالوضع، والكلام عائد في أنّ المعرضية مع عدم النقص خلقة وعادة لماذا تعد عيباً حتىٰ يتصف الحمل بسببه بالعيب؟ فإنّ المعرضية وإنْ كانت موجبة لنقص المالية وقلة بذل المال بازائه، بل ربما يبلغ إلىٰ حد لايبذل بازائه شيء؛ إلّا أنّ اناطة المالية أوكثرتها وقلتها بشيء اجنبية عن العيب؛ فإنّ العيب وإنْ قيل بتقوّمه بالنقص المالي إلّا أنّه غير متمحض فيه، فليس كل ما يوجب نقص المالية عيباً، بل العيب منقص للمالية، وحيث إنّ المعرضية تجامع حصول جميع الانتفاعات المترقبة.

فلا يتوهم أنّ النقص الموجب لخلل في الانتفاعات المترقبة اذا كان عيباً فمعرضية المنتفع بها للتلف أولىٰ بأنْ يكون عيباً، لما عرفت أنّ الغرض النوعي المعاملي المتوجه نحو الانتفاعات المرغوبة حاصل مع المعرضية فعلاً، فلا مجال للقياس فضلاً عن الاولوية إلّا بلحاظ اصل المالية، هذا إلّا أنّه بعد فرض المعرضية عيباً فلا يتدارك بكون الحمل للمشتري، لأنّ تدارك الحامل بمالية الحمل فرع بقاء وجوده الناقص، مع أنّ الاصل والفرع كلاهما في معرض الخطر.

وأمّا ما في المتن من أنّ الحمل اذا كان للمشتري فالامر أوضح، فباعتبار زيادة الضرر اصلاً وفرعاً، إلّا أنّه إنّما يكون كذلك اذا كان الثمن بازائهما معاً، لا بازاء الاصل والفرع تابع كما هو المفروض في كلام القائلين بأنّ الحمل للمشتري.

الثاني: أنّ الحمل مانع عن الاستيلاد، وهو متين اذا اُريد منه طلب الولد لنفسه لا طلب المملوك ولو بتزويجه ممن يلتزم برقية الولد، فإنّ هذه المنفعة حاصله اذا كان

الحمل للمشتري.

الثالث: عدم الاستفادة التامة من الحامل باستخدامها في الاعمال الشاقة، بل بوطيها أيضاً، نعم اذا كان الغرض الانتفاع بمالية خدماتها ولو باجارتها أمكن أنْ يقال بتداركها بمالية الحمل اذا كان للمشتري، هذا.

والمعروف ـ بل ادعىٰ عليه الاجماع ـ أنّ الحمل عيب في الاماء، ويدل عليه في الجملة اخبار[1] رد الجارية الحبلىٰ، حيث لا موجب له إلّا عيب الحمل كما فهمه الاصحاب، بل قيل إنّ الحمل أعظم عيب فيها، ولذا لا يجوز رد الجارية بعد وطيها ولو قبل العلم بعيبها، بخلاف الجارية الحبلىٰ فإنّه يجوز ردها حتىٰ بعد الوطئ؛ لئلا يقع المشتري في ضرر امساك الحامل، فعيب الحمل فيها أعظم من غيره من العيوب.

منها: هل الحمل في البهيمة كالحمل في الامة عيب أم لا؟

أمّا كونه عيباً شرعاً فلا دليل عليه كما دل علىٰ رد الجارية الحبلىٰ بعيب الحمل، وأمّا المعرضية للخطر فالغالب عدمها في البهائم، وأمّا الاستنتاج منها فيدور مدار كون الحمل للمشتري فالنتيجة حاصله، أو للبائع فتفوت معه هذه المنفعة، وأمّا لزوم الخلل في الانتفاعات الأُخر فهو غير معلوم في البهائم، خصوصاً مع تداركها بمالية الحمل، وإنْ كان الاظهر اختلاف الحكم باختلاف الحيوانات والمقامات.

منها: أنّه هل [هناك] فرق بين الحمل عند البائع والحمل عند المشتري؟ بأنْ يكون الاول عيباً يرد به الحامل، والثاني لا يكون عيباً فلا يمنع من الرد بالعيب القديم، بل يدور مدار حصول النقص بالوضع وعدمه كما يوهمه بعض الكلمات، فلذا صار معرضاً لاعتراض المصنفﷺ؛ بدعوىٰ أنّ الحمل في الامة إنْ كان عيباً فيرد به الحامل ويمنع عن ردها اذا حدث عند المشتري، وإنْ لم يكن عيباً فلا يرد به ولا يمنع من الرد، مضافاً إلىٰ أنّ زوال العيب لا يوجب سقوط المانع عن المانعية، فما الوجه في دوران الرد مدار النقص بالوضع.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العيوب.

ويمكن أنْ يقال: إنّ الحمل في الامة عيب؛ إلّا أنّ عدم الحكم بمانعية الحمل الحادث عند المشتري ليس من حيث عدم كون الحمل عيباً ليكون منافياً للرد بعيب الحمل عند البائع، بل لدوران المانعية عن الرد ـ كما هو مقتضىٰ المرسلة التي هي المستند اليها[1] في هذا الحكم ـ مدار حصول التغيّر وخروج الشيء عن كونه قائماً بعينه، لا مدار عنوان العيب، ومن الواضح أنّ الجارية قائمة بعينها من دون نقص فيها ولا زيادة فيها، والحمل زيادة معها كالمتاع المحمول، نعم إنْ حصل فيها نقص بسبب الحمل أو بسبب وضعه كان المانع ذلك النقص الذي هو موجب لعدم قيام المبيع بعينه، فلا منافاة بين الحكمين، ولا دخل له بمسألة زوال المانع.

نعم ربما نقول: بعدم الرد ما دام الحمل؛ لا لحصول التغير، بل لأنّ البائع له الامتناع من وضع اليد علىٰ مال الغير، وهو الحمل الذي هو للمشتري بمقتضىٰ انعقاده في ملكه، وهذا غير موانع الرد بالعيب ليدخل تحت عنوان زوال المانع الحادث.

هل الثيبوبة عيب

٣٥ ـ قوله ﷺ: (الاكثر علىٰ أنّ الثيبوبة ليست عيباً ...الخ)[2].

قد استدل لذلك كما في [المتن][3] بوجهين:

أحدهما: أنّ الثيبوبة حيث كانت غالبة في الاماء فهي بمنزلة الخلقة الاصلية، وظاهر قوله (بمنزلة الخلقة الاصلية) كون الغلبة محققة للحقيقة العادية الثانوية؛ فلذا كانت بمنزلة الخلقة الاصلية، لا أنّها كاشفة عن الخلقة الاصلية؛ حتىٰ يورد عليه ـ كما في المتن ـ بأنّ الكاشفية هنا بعد معلومية مقتضىٰ الخلقة الاصلية غير معقولة.

وقد تقدم[4] أنّ الغلبة لابد من أنْ تكون محققة للحقيقة الثانوية حتىٰ يتصور التعارض بين الحقيقة الاصلية الاولية والحقيقة العرضية الثانوية، وإلّا فلا معنىٰ

---

(١) لو حذفت (اليها) لكانت العبارة اقوىٰ سبكاً. (٢) كتاب المكاسب ٢٦٨ سطر ١٦.
(٣) سقط في الاصل، يحتمل انها لفظة المتن. (٤) تعليقة ٣٣.

للتعارض بين الكاشف والمنكشف، كما تقدم[١] منا الوجه في عدم كون الثيبوبة عيباً موضوعاً حقيقة، لما مرّ من أنّ كل نقص وزيادة ليس عيباً، بل اذا كان مما يرغب عنهما، واذا كانت الثيبوبة لغلبتها بحيث لا يرغب عنها فلا محالة ليست عيباً حقيقةً.

بل المظنون كما عليه جماعة من الاجلاء أنّ البكارة صفة كمال، وأنّ الثيبوبة عدم كمال، لا أنّها عيب، والكامل وغيره يتفاوت فيهما الرغبات، ويختلفان من حيث المالية، فليس التفاوت من الوجهين ميزاناً للصحة والعيب، اذ الظاهر من الزيادة والنقص الخلقيين المنوط بهما العيب المقابل للصحة ماكان في اصول الخلقة المبنية عادة على الثبات والدوام، لا مثل البكارة والغلفة اللتين هما غير مبنيين على الاستمرار.

ثانيهما: رواية سماعة (عن رجل باع جارية على أنّها جارية بكر فلم نجدها كذلك؟ قال: لا ترد عليه، ولا يجب عليه شيء، إنّه قد يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها)[٢].

وتقريبها: أنّ الثيبوبة لو كانت عيباً لما حكم عليه السلام بعدم الرد والارش، سواء كان قوله (على أنّها جارية بكر ...الخ) بمعنى الشرطية أو بمعنى البناء والزعم الخارجي، اذ العيب لا يدور مدار خطأ الزعم والبناء أو تخلف الشرط وعدمهما، وزوال البكارة بأحد أسبابه ـ كما هو مقتضى التعليل ـ لا يمنع عن صدق العيب، اذ لو كانت الثيبوبة في نفسها عيباً فلا يعقل اختلاف الصدق باختلاف الاسباب.

وما أفاده في المتن من عدم تخلّف الشرط فغايته عدم الخيار من ناحية تخلّف الشرط، وأمّا الخيار من ناحية العيب فلا موجب لنفيه إلّا انتفاء موضوعه وهو العيب.

والتحقيق: أنّ زوال البكارة بما هو ليس عيباً، بل اذا كان بنحو يوجب النفرة، ومقتضى التعليل أيضاً ذلك فإنّه اذا كان لمرض اصابها فانفتق أو لنزوة ونحوهما فإنّه لا موجب للنفرة والرغبة عنها، بخلاف ما اذا كان عن فجور أو بعل في خفاء عن

---

(١) تعليقة ٣٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.

اوليائها فإنّه موجب للعيب والعار، والمظنون بلحاظ التعليل [من][1] الامام عليه السلام أنّ السؤال بلحاظ تدليس البائع ببيعها بعنوان البكر مع أنّها غير بكر، فاجاب عليه السلام بأنّ زوال البكارة ربّما يكون لأمر غير منفر، فلا يتعين التدليس ولا العيب والنقص المنفر، فيؤكد هذا التعليل ماذكرنا من أنّ البكارة كمال وعدمها ـ بما هو ـ عدم كمال، إلّا اذا كان علىٰ وجه منفر، وعليه فالمراد من قوله (باع جارية علىٰ أنّها جارية بكر) أنّه باعها بانياً علىٰ ذلك؛ لا مشترطاً للمشتري ليقال بأنّ التخلف موجب للخيار وإنْ لم يكن عيباً.

وما ذكره رحمه الله من ان الشرط لم يتخلف لان المشروط هو عدم زوال البكارة بالوطئ فهو خلاف الظاهر، بل الاولىٰ جعل اصل العيب دائراً مداره، وإلّا فقد عرفت أنّ حكم العيب لا يختلف باختلاف اسبابه أو بالاشتراط وعدمه.

وأمّا ما في رواية يونس[2] من اثبات حكم العيب من الارش فيمكن الجواب عنها بأنّه من اجل اشتراط المشتري، والخيار لتخلف الشرط، وثبوت الارش في شرط الوصف المالي بعد ورود النص وفتوىٰ جماعة من الاساطين لا بأس به، والفرق بين الروايتين بحمل قوله (علىٰ أنّها ...الخ) علىٰ البناء تارة، وعلىٰ الاشتراط أُخرىٰ بسبب قرينة التعليل في الاولىٰ دون الثانية.

هل عدم الختان عيب

٣٦ ـ قوله رحمه الله: (من جملة العيوب عدم الختان ...الخ)[3].

لايخفىٰ أنّ الختان مع أنّه نقص خلقي فهو كمال، وعدم الختان ـ الذي يوافق اصول الخلقة ـ عدم كمال لا زيادة علىٰ اصول الخلقة؛ ولا زيادة مرغوب عنها عند العقلاء، كيف وتشريع الختان علىٰ ما هو المعروف من الخليل عليه السلام، نعم حيث إنّ

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (عن).

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٢٦٨ سطر ٣٣.

العادة الدينية جرت على الختان فعدمه في الكبير عيب عادي، إلّا أنّه بحسب الدقة ليس بنفسه عيباً أيضاً، لأنّ وجوب الختان لا يوجب كون عدمه عيباً منفراً مرغوباً عنه، بل من حيث المعرضية للخطر اذا كان الختان في حال الكبر، فتدبر.

وبملاحظة ما ذكرنا تعرف عدم الفرق بين المجلوب من بلاد الشرك وغيره، فإنّ المعرضية لا يتفاوت بذلك، وإنْ تفاوتت العادات بذلك، نعم حيث إنّ الغالب في المجلوب من بلاد الشرك كونه أغلف فمع العلم بجلبه من بلاد الشرك يظن بأنّه أغلف، فالاقدام على شرائه اقدام على المعيب، فتدبر.

هل عدم الحيض عيب

٣٧ ـ قوله ﷺ: (عدم الحيض ممن شأنها الحيض ...الخ)[١].

لايخفى عليك أنّ دم الحيض فضلة لابد من خروجها في كل شهر، وعدمه تارة لاستقامة في الطبيعة واعتدال تام في الدم بحيث لايزيد على ما تحتاج اليه المرأة في تغذية الولد قبل الولادة وبعدها، وهو كمال في المرأة، ولذا عد مثله من خصائص الصديقة الطاهرة (سلام الله عليها)، ولاجله لقبت بالبتول فإنّها التي لا ترى الحمرة كما في الخبر، بل الظاهر أنّ ذلك جارٍ في سائر بنات الانبياء (سلام الله عليهم) وأخرى لمرض داخلي أوجب احتباس الدم، فعدم الحيض بهذا الاعتبار من العيوب، وثالثة لعارض خارجي من شرب دواء أو نوع غذاء أوجب الاحتباس، وهو بنفسه ليس من العيوب، ومورد الرواية كما هو الظاهر هي الصورة الثانية، لعدم مقتضٍ لتلك المرتبة من الكمال، ولعدم فرض استعمال دواء أو غذاء مخصوص.

نعم في الرواية محذوران:

أحدهما: أنّ ظاهر قول السائل (فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة اشهر ...الخبر)[٢] أنّ الانقطاع حدث عنده بعد العقد، ومثله من العيوب الحادثة عند

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٩ سطر ٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

المشتري لا يوجب خياراً، بل ربّما يدعي مجامعة هذا الفرض مع فرض العلم بحيضها عند البائع، وبمثله يورد علىٰ كلمات الاساطين المقيدة بمضي ستة أشهر تبعاً للنص، لا لخصوصية في الموضوع.

ويندفع: بأنّ فرض ستة أشهر في كلام السائل لدفع هذا التوهم، حيث إنّ الانقطاع في شهر أو شهرين يمكن أنْ يكون لعارض من ريح ونحوه حادث عند المشتري، فلذا ذكر مضي ستة أشهر ليكون كاشفاً قطعياً عادة عن كونه عن سبق مرض داخلي قبل العقد، فالعبرة به[1] لا بمضي ستة أشهر عند المشتري.

ثانيهما: أنّ التصرف في المعيب مسقط الخيار، ومن البعيد جداً عدم التصرف في مدة ستة أشهر، فكيف حكم عليها بالرد؟! وحمله علىٰ الحكم الاقتضائي وأنّه بمثله ترد الجارية، لا أنّها ترد فعلاً وعلىٰ كل تقدير بعيد أيضاً، فلابد إمّا من تخصيص تلك الكلية بهذه الرواية ـ وهي صحيحة معمول بها ـ أو تخصيص عموم مسقطية الرضا بالرضا بعد ظهور العيب، والله أعلم.

٣٨ ـ قوله ﷺ: (الاباق عيب بلا اشكال[2] ...الخ).

قيل الاباق أصله الهرب من المولىٰ لا مطلق الفرار، وأنّ قوله تعالىٰ في حق يونس عليه السلام ﴿**اذ أبق إلىٰ الفلك المشحون**﴾[3] أيضاً باعتبار أنّ فراره من قومه كان بغير اذن ربه، فحسن اطلاق الاباق عليه، فكأنّه أبق من مولاه.

ولايخفىٰ أيضاً أنّ مطلق الفرار من المولىٰ ـ ولو للفرار من ظلمه ـ ليس إباقاً، فضلاً عما اذا غاب عنه لمصلحة تعود إلىٰ العبد، بل الاباق هو الفرار بعنوان التمرد والخروج عن سلطان المولىٰ، ومقتضىٰ تحقق النسبة ولو بفعله مرة واحدة تحقق الاباق بلا حاجة إلىٰ التكرار، اذ ليس المبدأ من المبادئ المتضمنة للملكة ونحوها حتىٰ يتوقف صدق المشتق منه علىٰ صيرورته عادةً وخلقاً له، إلّا أنّ الرواية الآتية المتضمنة لكونه موجباً للرد أُخذ فيها الاباق بالعنوان الوصفي، حيث قال عليه السلام: (إلّا أنْ

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (فيه).
(٢) كتاب المكاسب ٢٦٩ سطر ٧.
(٣) الصافات، الآية ١٤٠.

يقيم البينة علىٰ انه كان آبقاً عنده)[١] وصدق الوصف في مثله عرفاً يتوقف علىٰ نحو ثبات واستقرار لا يتحققان بلا تكرار، إلّا أنّ الظاهر عرفاً أنّ الفرار في يوم أو يومين لا يعد اباقاً، بخلاف ما اذا فرّ من مولاه شهراً أو أكثر فإنّه يصدق الاباق مع أنّه مرة واحدة.

وأمّا كونه عيباً عرفاً ففي الجواهر[٢] أنّه بحكم التالف، وأنّه أبلغ من السرقة لغيره، فإنّه سرقة لنفسه.

وكلاهما لا يخلو عن مناقشة، أمّا أنّه بحكم التالف فهو يصح في الاباق الفعلي، وأنّ بيع الآبق بالفعل بيع ما هو بحكم التالف، دون ما اذا أبق عند البائع فباعه بعد قبضه واقباضه للمشتري، نعم اذا كان الوصف خلقاً وعادةً له كان العبد في معرض كونه بحكم التالف، وهو علىٰ فرض صحته أخص من المدعى.

وأمّا أنّه أبلغ من السرقة فوجه اعتباري محض، ولذا لا يترتب عليه احكام السرقة، بل السند للرد بالاباق ما في صحيح أبي همام أنّ محمد بن علي قال: للرضا عليه السلام (الاباق من احداث السنة؟ قال: ليس الاباق من هذا إلّا أنْ يقيم البينة علىٰ انه كان آبقاً عنده)[٣].

ومنه يتضح الجواب عما في رواية محمد بن قيس (ليس في الاباق عهدة)[٤] فإنّ الظاهر هو الاباق الفعلي عند المشتري كالجنون الفعلي عنده وسائر احداث السنة، فالمنفي في هذه الرواية هو المنفي في الرواية الاولىٰ، وحمل الاولىٰ علىٰ التكرار والثانية علىٰ المتحد وإنْ كان ممكناً في نفسه بالتقريب الذي قدمناه من حيث العنوان الوصفي في الرواية الاولىٰ ومجرد الاباق في الثانية، إلّا أنّه بعيد؛ فإنّ التقابل بين النفي والاثبات يكون الاباق عند البائع وكونه عند المشتري، وإنْ عبّر عن الاول

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٠.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب احكام العيوب، ح ٢، هذا نص مرسلة محمد بن أبي حمزة، اما نص رواية محمد بن قيس (قضىٰ علي عليه السلام: انه ليس في اباق العبد عهدة الا ان يشترط المبتاع).

بالوصف العنواني مع أنّ الثبات الملحوظ في الوصف في قبال التجدد الملحوظ في الفعل دون الثبات المساوق للعادة والخلق اللذين لا تحقق لهما إلّا بالتكرار.

هل الثفل عيب

٣٩ ـ قوله ﷺ: (الثفل الخارج عن العادة ...الخ)[١].

توضيح المقام برسم امور:

منها: أنّ الثفل له مراتب:

احداها: المرتبة التي لاتعد من حيث نفسها عيباً، لكون الثفل يسيراً.

ثانيتها: المرتبة التي جرت العادة علىٰ انضمامها الىٰ المبيع وإنْ كان كثيراً في نفسه، وعيباً لو لم تجرِ العادة علىٰ إنضمامه.

ثالثتها: المرتبة الزائدة علىٰ ما جرت به العادة، ومثلها عيب فعلي بقول مطلق.

لا كلام في حكم الاول والأخير، إنّما الكلام في المرتبة الثانية، فمن حيث إنّها عيب في نفسها لها حكم العيب إلّا اذا علم بجريان العادة عليها، ومن حيث إنّ الاقدام علىٰ شراء مثلها اقدام علىٰ ما ليس بعيب في المتعارف ليس لها حكم العيب، ولا يجب العلم بجريان العادة عليها، والأظهر لزوم العلم بجريان العادة وإنْ لم يعلم بتحقق هذه المرتبة في المبيع تفصيلاً، حيث إنّه لا يتحقق الإقدام علىٰ المتعارف إلّا مع احراز تعارفه، ولا يجدي تعارفه واقعاً في صرف اقدامه علىٰ السليم من كل عيب إلىٰ ما تعارف بيعه وشراؤه.

ورواية ميسر بن عبد العزيز ظاهرة في دوران الخيار وعدمه مدار هذا العلم وعدمه، لا مدار العلم التفصيلي بوجود الدردي وعدمه؛ حيث قال عليه السلام: (إنْ كان يعلم أنّ الدردي يكون في الزيت فليس له أنْ يرده وإنْ لم يكن يعلم فله أنْ يرد)[٢] ومن الواضح أنّ المراد علمه بكلي هذا الامر الذي جرت عليه العادة، وإلّا لقال ـ في

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٩ سطر ١١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

جواب سؤال فيجد فيه دردياً ـ إنْ كان يعلم أنّه فيه دردياً فلا ردٌّ، فتدبر.

ومنها: في تحقيق حال الخبرين المذكورين في الباب، وهما رواية ميسر بن عبد العزيز ورواية السكوني.

أمّا الاولىٰ فمحتملاتها ثلاثة:

الاول: ما هو المعروف من كون الخيار للعيب.

الثاني: ما احتمله في الجواهر[1] من كون الخيار لتبعّض الصفقة؛ لاشتمال المبيع علىٰ الزيت وغيره، مع أنّ المقصود هو الزيت كما هو ظاهر رواية السكوني[2] الآتية في السمن والرب.

الثالث: أنْ يكون الخيار للتدليس كما احتمل في رواية السكوني.

وعلىٰ الثاني والثالث لا ربط للخيار بباب العيب، أمّا الثاني فواضح، وأمّا الثالث فلأنّ التدليس لا يتعين في اخفاء العيب، بل تارة يكون به، وأُخرىٰ باظهار صفة الكمال، وهو هنا خلوص الزيت عن الدردي، والظاهر من هذه الرواية هو الاحتمال الاول، وذلك لأنّ الظاهر من قوله عليه السلام (فليس له أنْ يرده) ومن قوله عليه السلام (فله أن يرد) هو رد زق الزيت وعدمه، فصحة البيع فيما في الزق مفروغ عنها، وإلّا ما لم يكن هناك ملك لا رد له، فاحتمال تبعّض الصفقة هنا خلاف الظاهر جداً، وحيث إنّه لم يفرض في الرواية غير ابتياع زق زيت ووجدان الدردي فلا موجب للتدليس، سواء كان باخفاء العيب أو باظهار صفة الكمال، فلا ظهور إلّا في اشتراء زق الزيت ووجدان الدردي وأنّ الخيار مستند إلىٰ وجدان الدردي، لا إلىٰ اخفاء الدردي أو اظهار الخلوص.

مضافاً إلىٰ أنّ الفرق بين العلم وعدمه علىٰ الوجه الذي ذكرنا في استحقاق الرد وعدمه لا يناسب التدليس، فإنّ العلم بكلي هذا الأمر يجامع اظهار الخلوص في شخص هذه المعاملة، ومع تحقق التدليس له الخيار وإنْ علم بجريان العادة علىٰ

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٣.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العيوب، ح ٣.

انضمام الدردي بالزيت.

وأمّا الثانية فظاهر قول السائل (فوجد فيها رباً)[1] كظاهر قول السائل في الرواية الاولىٰ (فيجد فيها درديا) ومع الاتحاد في الموضوع حكم عليه السلام في الرواية الاولىٰ بالرد عند الجهل ولم يحكم بالرد في الثانية، بل حكم فيها بحكم ظاهره مخالف للقواعد، حيث حكم عليه السلام باداء السمن بكيل الرب، مع أنّه إنْ كان الرب موجباً لتعيب السمن فلا يستحق إلّا الرد والارش، وإنْ كان بحد يصدق عليه أنّ ما في العكة سمن ورب؛ لا سمن فيه رب فلا يصح البيع إلّا في السمن فقط، وله الرد من حيث التبعّض، وعلىٰ أي حال لا يستحق سمناً بدل الرب، فلابد من توجيه الرواية باحد وجوه:

أحدها: فرض المبيع كلياً واداء العكة الخاصة وفاءً فلا محالة يستحق السمن بمقدار الرب، وهو خلاف الظاهر، خصوصاً بملاحظة قوله (إنّما بعته منك حكرة) أي جملة، فإنّه صريح في أنّ العكة الشخصية مورد البيع، وإلّا فلا معنىٰ لأنْ يكون كلي السمن المبيع حكرة.

ثانيها: أنْ يكون المراد من قوله عليه السلام (لك بكيل الرب سمناً) استحقاق ثمن ذلك المقدار من السمن بناء علىٰ تبعّض الصفقة.

ثالثها: أنْ يكون المراد استحقاق ما به التفاوت وهو ما يساوي ثمن ذلك المقدار من السمن بناء علىٰ تعيّب السمن بالرب، وكلاهما علىٰ المعروف خلاف الظاهر أيضاً، نظراً إلىٰ أنّ السمن هو المستحق دون ثمنه أو أرشه، إلّا أنّه غير بعيد بعد التأمل، فإنّ قوله (سمناً) علىٰ أي حال تميز لكيل الرب، لا أنّه مبتدأ لقوله (لك)، وكذا قوله (بكيل الرب) لا يمكن أنْ يكون مبتدأ لمكان الباء، فمبتدأ قوله (لك) محذوف، فالمعنىٰ لك الثمن بمقدار السمن الموازي للرب؛ أو لك الارش بذلك المقدار.

ثم إنّ ظاهر قوله (فوجد فيها رباً) كقوله (فيجد فيها درديا) كون الموجود في العكة سمناً فيه رب، لا بالنظر العرفي سمناً ورباً؛ فيكون السمن معيباً والخيار للعيب

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام العيوب، ح ٣.

ويستحق الرد والارش، إلّا أنّ التأمل يقضي بما احتمله في الجواهر من كون المورد من تبعّض الصفقة، فإنّ قوله (يجد فيه درديا) بقرينة قوله (يكون الدردي في الزيت) أنّ المبيع فيه الدردي، بخلاف قوله (فوجد فيها رباً) أي وجد في العكة رباً، وكذا قول البائع (إنّما بعته منه حكرة) أي جمعاً وجملة فإنّه ظاهر في كون ما في العكة سمن ورب، لا سمن معيب بما فيه من الرب، والله العالم.

ومنها: أنّ ظاهر الروايتين من قوله (فيجد فيه درديا) وقوله (فوجد فيها رباً) أنّ وجودهما غير معلوم حال البيع، وأنّ المبيع هو الزيت والسمن المرتفع عنهما الجهالة بوزنهما علىٰ النهج الذي يعرف وزن المظروف في سائر الموارد، والعلم بوجودهما بعد العقد لايوجب فساد العقد رأساً؛ وإنْ تبيّن أنّ الرب مثلاً بحيث يساوي السمن ويندرج تحت عنوان التبعّض للصفقة، ولاينافي ما في الرواية الاولىٰ من التفصيل بين العلم وعدمه مع فرض الصحة علىٰ أي تقدير، لأنّ العلم بكلي هذا الامر لاينافي اعتقاد أنّ مجموع ما في الزق زيت، أو ما في العكة سمن.

ومنه يظهر أنّه لا موجب للاستشكال في الصحة حتىٰ بملاحظة الرواية المفصلة بين العلم وعدمه مع فرض الصحة مطلقاً، نعم إنّما يشكل اذا كان المورد من باب التبعّض وعلم من الأول بوجود الرب، فإنّ وزن السمن وهو المبيع في فرض العلم مجهول لا يجديه ما ذكر في الاندار للظرف.

وما أفاده ﷺ في المتن من وجوه الصحة وإنْ كان صحيحاً، إلّا أن الصحة بوجه من الوجوه مفروغ عنها في مورد الروايتين وفي كلمات الاصحاب؛ فلا موقع إلّا لدفع توهم الاشكال في صورة العلم بالدردي أو الرب، وقد عرفت أنّه فيما اذا كان الدردي والرب موجباً لادراج المبيع في المعيب، فلا فرق بين العلم بهما والجهل بهما؛ فإنّ اللازم معرفة المبيع ـ وهو المعيب ـ وإنْ لم يعرف وزن الخالص بعد تخليص المبيع، واذا كان الدردي أو الرب بحدٍ يُعدُّ في قبال الزيت أو السمن فمع الجهل بكون[1] وزن المبيع معلوماً دون صورة العلم.

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر انها (يكون).

٤٠ ـ قوله ﷺ: (خصوصاً الجنون والبرص والجذام ...الخ)[١].

تنقيح المرام بتوضيح الكلام في أمور:

منها: فيما ورد من الاخبار في عدد عيوب السنة وهي طوائف ثلاث:

الاولىٰ: ماورد في الجنون فقط، وهي رواية عبدالله بن سنان قال عليه السلام: (وعهدته ـ أي الرقيق ـ سنة من الجنون، فما بعد السنة فليس بشيء)[٢].

ورواية الوشا (أنّ العهدة في الجنون وحده إلىٰ سنة)[٣].

الثانية: ما ورد في الجنون والبرص والجذام وهي ما رواه في الكافي وفي التهذيب عن ابن همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: (يرد المملوك من احداث السنة من الجنون والجذام والبرص ...الخبر)[٤].

وفي الكافي وروي عن يونس (أنّ العهدة في الجنون والجذام والبرص سنة)[٥].

الثالثة: ما ورد في الجنون والجذام والبرص والقرن وهي ما عن الشيخ عن أبي همام قال: سمعت الرضا عليه السلام يقول: (يرد المملوك من الجنون والجذام والبرص والقرن ...الخبر)[٦].

وما في الكافي عن علي بن أسباط عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال عليه السلام: (واحداث السنة ترد بعد السنة، قلت: وما أحداث السنة؟ قال عليه السلام: الجنون والجذام والبرص والقرن)[٧].

وما عن الشيخ عن محمد بن علي قال سمعت الرضا عليه السلام يقول: (يرد المملوك من

---

(١) كتاب المكاسب ٢٦٩ سطر ٢٨.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٦.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٥.

(٦) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢، ذيله، تهذيب الاحكام ٧: ٦٣، باب العيوب الموجبة للرد، ح ١٧.

(٧) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٤.

احداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن)[١].

وما في الكافي باسناده عن ابن فضّال عن أبي الحسن الرضاعليه السلام قال عليه السلام: (ترد الجارية من أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن ...الخبر)[٢] ورواه الشيخ في التهذيب.

وما رواه الصدوق في الخصال عن ابن فضال عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال عليه السلام: (في أربعة أشياء خيار سنة الجنون والجذام والبرص والقرن)[٣] هذا ما وقفت عليه من الأخبار.

وما عن المصنف رحمه الله من خلو رواية محمد بن علي عن الجذام، وأنّه لاجله استشكل المحقق الأردبيلي رحمه الله في الجذام فهو لايخلو عن اشتباه، لأنّ رواية محمد بن علي كما في الوسائل مشتملة علىٰ الجذام، والذي أوقعه رحمه الله في هذا الاشتباه غلط النسخة أو سهو القلم من الحدائق[٤]، وأمّا الاردبيلي رحمه الله[٥] فلم ينقل عنه اشكال في الجذام، ومن حيث خلو بعض الروايات عنه، بل الاشكال في القرن لخلو بعضها عنه، وفي البرص لمعارضة هذه الروايات برواية عبدالله بن سنان المذكورة في باب خيار الحيوان؛ حيث جعل المدة فيها ثلاثة ايام.

هذا، ولا يخفىٰ أنّ الروايات المتضمنة لواحد أو ثلاثة من العيوب بالاضافة إلىٰ الروايات المتضمنة للأربعة كالظاهر بالنسبة إلىٰ النص، ولا ريب في تقديم النص علىٰ الظاهر.

وأمّا ما في الحدائق[٦] من أنّ تلك الأخبار مطلقة، لا أنّه فيها ما يدل علىٰ نفيه حتىٰ يحصل المخالفة فمرجعه إلىٰ عدم كونها في مقام التحديد المقتضي للمفهوم

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٢، ذيله، التهذيب ٧: ٦٤، باب العيوب الموجبة للرد، ح ١٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٧.

(٤) ان كان مراده سهو القلم في هذه الرواية فالموجود في الحدائق مذكور فيها الجذام، وان كان مراده من انه ليس هناك رواية علىٰ العتق الا رواية السكوني فلا ربط له بالمطلب، راجع الحدائق ١٩: ١٠٤، ١٠٨.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤٤٩.

(٦) الحدائق الناظرة ١٩: ١٠٦.

المقتضي لنفي سببية غيرها، فغرضه من تقييد الاطلاق دفع الاطلاق المستدعي للمفهوم، لا أنّ التعارض من باب تعارض المطلق والمقيد كما فهمه المصنفﷺ؛ فاعترض عليه بأنّه ليس من تعارض المطلق والمقيد؛ نظراً إلىٰ أنّ مورده وحدة التكليف، واقتضاء التقييد تضييق دائرة موضوع الحكم الشخصي.

ومما ذكرنا يظهر ما في كلام بعض اجلّة المحشينﷺ هنا في المقام فراجع[1].

نعم مع كون هذه الأربعة مذكورة في كتب المشايخ خصوصاً في الكافي والتهذيب بأسناد متعددة لم ينقل القول بالقرن عما عدا الاسكافي من القدماء، بل كلمات الأساطين من الفقهاء متطابقة علىٰ أنّ عيوب السنة ثلاثة باسقاط القرن، ولم يشتهر القول به إلّا من الشهيدﷺ في الدروس[2] ومن بعده، فكاد أنْ يكون عدم الفتوىٰ علىٰ طبق تلك الاخبار المشتملة علىٰ الأربعة موهناً لها مع وثاقة أسانيد بعضها.

منها: أنّ مقتضىٰ النص والفتوىٰ أنّ الجذام يوجب انعتاق المملوك علىٰ مالكه؛ فكيف يعقل أنْ يكون موجباً للخيار؟! حيث لا مملوك حتىٰ يرد إلىٰ البائع.

وأُجيب عنه بوجوه:

أحدها: ما عن صاحب الحدائقﷺ[3] بحمل ما دل علىٰ الانعتاق بالجذام علىٰ الانعتاق في الملك المستقر الذي لايتعّقبه خيار ولا فسخ، وما كان كذلك فلا يمكن أنْ يمنع عن الخيار.

وفيه: أنّ دعوىٰ انصراف الملك إلىٰ الملك التحقيقي دون الاعم منه ومن التقديري، أو إلىٰ اللازم دون الاعم منه ومن الجائز أمر، ودعوىٰ انصرافه إلىٰ ما لا يتعقبه خيار أو فسخ أمر آخر، فإنّ الملك هنا لازم مستقر؛ حيث إنّه علىٰ الفرض لا موجب للخيار قبل حدوث العيب المخصوص، وتعقّبه بما يكون مزيلاً له أجنبي علىٰ استقرار الملك، اذ ليس بقاء الملك دخيلاً في حقيقته أو كماله، فزواله بخيار

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ٩٩.

(٢) الدروس الشرعية ٣: ٢٨١.

(٣) الحدائق الناظرة ١٩: ١٠٨.

حادث كزواله ببيع حادث بعده.

وبالجملة: فإنّ زوال الملك نقيض ثبوته، فالزائل دائماً هو الملك السابق المتصل بآن وجود المزيل، فاذا لم يكن قبل المزيل خيار وجواز ـ كما في ما نحن فيه ـ فالزائل حينئذ ملك مستقر بتمام معناه، ومع انخفاظ الاستقرار فتعقبه بالخيار وعدمه غير موجب لانصراف الملك، فتدبر.

ثانيها: ما عن الشهيد الثاني في المسالك[1] وتقريبه بتوضيح منّي: أنّ هذا الخيار من افراد خيار العيب؛ فلابد من ورود البيع علىٰ المعيب حتىٰ يؤثر في خيار العيب، وهذه العيوب تمتاز عن غيرها بأنّ ما عداها ليس لمقام قوتها ومادتها ولمقام فعليتها وصورتها تعدد إما حقيقةً أو حكماً، نظراً إلىٰ أنّ موادها لاتعد عيباً، بخلاف هذه العيوب فإنّ مادتها ـ كما قيل ـ يمكن أنْ تتقدم علىٰ صورتها بسنة؛ فاذا حدثت بما هي فعلية كشف عن سبق مادتها في حال العقد اذا لم يتأخر حدوثها عن العقد بسنة.

ومن البين أنّ مادة الجذام هي بنفسها عيب عرفاً، بل أعظم بمراتب من غيره مما عدّ عيباً، وملاك هذا الخيار علىٰ الفرض هو العيب الموجود حال العقد، وأمّا ملاك الانعتاق فهو ليس حيثية كونه عيباً، بل حيثية كونه جذاماً، والجذام جذام بصورته النوعية لا بمادته كما في غيره من الحقائق، وعليه فيتقدم سبب الخيار دائماً علىٰ سبب الانعتاق؛ فليس هناك خيار حال الانعتاق ليقال بعدم معقوليته، بل قبل الانعتاق الذي لا مانع منه ولا مزاحم.

والجواب: أنّه ﷺ إمّا أنْ يقول بالسلطنة علىٰ أعمال الخيار فسخاً وامضاءً بمجرد العلم بوجود المادة ولو قبل الفعلية؛ فكما له حق الخيار له أعماله، أو يقول بثبوت حق الخيار واقعاً من دون سلطنة علىٰ اعماله إلّا بعد فعليتها، فإنْ قال بالاول اندفع الاشكال؛ فإنّه إمّا أنْ يفسخه فينعتق علىٰ البائع عند الفعلية، وإمّا أنْ يمضيه فينعتق علىٰ المشتري عند الفعلية.

وأمّا إنْ قال بالثاني أو مع قوله بالاول لم يعمل الخيار لترقب زوال الجذام حتىٰ

---

(١) مسالك الافهام ٣: ٣٠٥.

صار فعلياً فإنّه في الصورتين يعود المحذور، فإنّه لا يجتمع الانعتاق بفعلية الجذام مع بقاء حق الخيار، فلا يجدي الحل الذي أفاده علىٰ فرض تسليم مقدماته إلا في بعض الصور.

لا يقال: لعل نظرهﷺ إلىٰ أنّ سبق حق الخيار واقعاً يمنع عن طروّ حق الانعتاق للمجذوم إلّا مع سقوط الحق بالفسخ أو الامضاء؛ ففي الصورتين لايستحق المجذوم انعتاقاً ما دام للمشتري حق.

لانا نقول أولاً: أنّ مجرد سبق أحد الحقين بسبق سببه في الوجود لا يمنع عن لحوق الآخر وإبطال الاول، بل الملاك اقوائية أحدهما من الآخر مقدماً كان أو مؤخراً.

وثانياً: أنّ سبق حق الغير هو المانع لا سبق حق المالك، فإنّ ملكه مع أنّه أقوىٰ من الحق اذا لم يمنع حق المجذوم فحقه مع أنّه أضعف من الملك لايمنع حق المجذوم بالأولوية، والاعتبار أيضاً يساعد علىٰ أنّ المجذوم له حق علىٰ مالكه لا علىٰ غيره، فلا يبطل حق الغير لا أنّه لا يبطل حق مالكه، فتدبر.

ثالثها: ما نسب إلىٰ كاشف الغطاء[1] من أنّ الرد أعم من الاختيار والقهر، فيراد أعم من حق الخيار والفسخ ومن الانفساخ، ومع الانفساخ الذي مقتضاه انحلال العقد قبل الانعتاق آناً ما يندفع المحذور المتقدم، اذ لا حق خيار مع الانعتاق ليقال بأنّه محال.

وتقريبه ببيان أمرين:

الأول: ما ورد في رواية عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال عليه السلام: (عهدة البيع في الرقيق ثلاثة أيام إنْ كان به حبل أو برص أو غير ذلك، وعهدته سنة من الجنون، فما بعد السنة فليس بشيء)[2] دلّ الخبر علىٰ أنّ عهدة الجنون ودركه علىٰ البائع وأنّه مضمون عليه، خصوصاً بملاحظة عهدة الحبل والبرص ثلاثة أيام، فإنّ خيار الحيوان لا يدور مدار حدوث حدث، بل هذه العهدة بمعنىٰ المضمونية.

والثاني: قد ورد في باب خيار الحيوان أنّ الحدث سواء كان بمعنىٰ التلف أو النقص مضمون علىٰ البائع، ومعنىٰ ضمانه في التلف انفساخ العقد، وفي غيره سببية

---

(١) كتابه مخطوط.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢ من احكام العيوب ح ٣.

الحدث للخيار.

وعليه فالجذام المشترك في الحكم مع الجنون مضمون علىٰ البائع، وحيث إنّه بمنزلة التلف لانعتاق المجذوم فضمانه علىٰ البائع؛ فيكون العقد منحلاً قهراً قبل التلف وما بمنزلته آناً ما فيقع التلف من البائع.

والجواب: أنّ العهدة وإنْ كانت بمعنىٰ يلائم الخيار والانفساخ إلّا أنّ أخبار الباب ظاهرة بل صريحة في الرد بالفسخ وفي الخيار، فإنّ رواية الخصال[1] متضمنة للفظ الخيار، مع أنّ المعهود من الشارع هو الانفساخ بالتلف قبل القبض وفي زمان الخيار، وليس ما نحن فيه من أحدهما، إلّا أنْ يجعل النص المتقدم دليلاً علىٰ المضمونية ولو بعد القبض، وفي غير زمن الخيار، نعم الانصاف انه أوجه ما قيل في الباب.

رابعها: ما نسب اليه[2] أيضاً من أنّ الخيار يجامع التلف فينعتق علىٰ المشتري، لكنه مع الفسخ لا تعود العين بعينها، لأنّ الحر لا يعود رقاً، لكنها تعود بماليتها، فله استرداد الثمن واداء قيمة المجذوم كما فصلنا القول في مثله مراراً.

وفيه: أنّه يصح في سائر الخيارات دون خيار العيب المتقيد برد العين، ولذا قالوا بسقوط خيار العيب بتلف المعيب، وتعيّن الارش، وظاهر روايات الباب رد المجذوم علىٰ حد رد المجنون والمبروص، لا أنّ الرد في بعضها رد العين بعينه وفي المجذوم رده بماليته.

وتوهم: بعض أجلّة المحشين[3] ﷺ أنّ هذا الوجه موقوف علىٰ تقدم سبب الخيار وهو ممنوع.

مدفوع: بأنّه ناشٍ من عدم الالتفات إلىٰ ما وجهنا به كلامه (رفع الله مقامه)، ولايخفىٰ أنّ مانعية التلف غير مستند إلىٰ المرسلة المتكفلة لاناطة رد العين بقيامها بعينها؛ ليقال بأنّ موردها ما اذا ورد التلف أو التغير علىٰ المعيب بالعيب الحادث في يد البائع، لا علىٰ المعيب بالعيب الحادث في يد المشتري، بل مستند إلىٰ ما ذكرناه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب احكام العيوب، ح ٧.

(٢) كتابه مخطوط.

(٣) حاشية اليزدي ٢: ١٠٠ سطر ١.

في محله من أنّ خيار العيب اذا كان عبارة عن حق رد العين فلا رد، اذ لا مردود؛ فبقاء العين شرط عقلي لا شرعي.

غاية الأمر أنّه في غير ما نحن فيه يكون التلف رافعاً للخيار، وفيما نحن فيه يكون دافعاً له، بل ما نحن فيه أعظم من ذلك، اذ حديث الدافعية إنّما يتصور في مقتضيين أحدهما يؤثر في الخيار والآخر في التلف المانع منه، وما نحن فيه ليس إلّا الجذام المؤثر في الانعتاق وفي الخيار؛ فلا يعقل التأثير في حق الرد لمكان التأثير في التلف المساوق لعدم المردود، فلا رفع ولا دفع، فإنّ عدم امكان تأثير شيء واحد في أمرين متقابلين معنىً، وعدم امكان تأثير شيئين في أمرين متقابلين حدوثاً أو بقاءً معنىً آخر، وما نحن فيه من الأول، والدفع والرفع من الثاني.

خامسها: تخصيص دليل الانعتاق بدليل سببية الجذام للخيار كما هو مسلك المصنف ﷺ، وهذا مما لابد منه بعد عدم امكان الجمع بينهما باحد الوجوه المتقدمة بعد فرض تطابق الفتاوىٰ علىٰ استحقاق الرد بالجذام كغيره من احداث السنة، ونتيجته ثبوت الخيار وعدم الانعتاق بفعلية الجذام من دون سقوط حق الخيار إمّا بالفسخ وإمّا بالامضاء، ومع سقوطه بأحدهما ينعتق علىٰ البائع تارة وعلىٰ المشتري أُخرىٰ؛ لعدم المعارض في هذه الحال.

نعم ربما يشكل الانعتاق علىٰ البائع بعد فسخ المشتري؛ بملاحظة ظهور أدلة الانعتاق بالجذام في الانعتاق علىٰ مالكه بحدوث الجذام في ملكه، وليس هو إلّا المشتري، اذ الفسخ لايقتضي إلّا رد ملك المجذوم؛ فيرد اعتبار الملك علىٰ المجذوم، لا أنّه يرد الجذام علىٰ ملك البائع بسبب فسخ المشتري إلّا علىٰ أحد تقريبين لا يقول به أحد، إمّا دعوىٰ كون انشاء الفسخ سبباً متأخراً لانحلال العقد من الاول؛ فيكون الجذام بحسب الواقع حادثاً في ملك البائع، وإمّا دعوىٰ الانقلاب حقيقة، والاول علىٰ فرض معقوليته لا موجب له، والثاني محال، اذ من يقول بأنّ الفسخ من الاصل لا من حينه إنّما يقول باعتبار الانحلال واعتبار رد الملك من الاول، لا به حقيقة، واعتبار الملك من الاول بحيث يكون الاعتبار بالفعل والمعتبر من الاول

لا يقتضي تغيّر الواقعيات، بل غايته اعتبار ملك المجذوم من الاول، لا اعتبار الجذام من الاول؛ ليتوهم الحكم بترتيب أثر حدوث الجذام في ملك المشتري صوناً للغوية اعتبار الجذام من الاول.

والانصاف: أنّ ظهور (اذا جذم العبد فلا رقّ عليه)[1] كما في خبر السكوني في حدوث الجذام، وأنّه سبب لزوال الرقية مما لاينبغي انكاره، لكنه يفهم منه بمناسبة الحكم والموضوع منافاة وجود الجذام للبقاء علىٰ الرقية، لا منافاة خصوص حدوثه، وعليه فالملاك وجوده الاعم من البقاء والحدوث فيعم البائع والمشتري، وهذا هو مراد المصنفﷺ لا ما هو المترائي من عبارته؛ حيث قال: (موقوف علىٰ دلالة الدليل علىٰ عدم جواز تملك المجذوم ...الخ) فإنّ مقتضاه عدم تحقق الفسخ، اذ لا فسخ إلّا مع رد الملك، ولا معنىٰ لرد الملك إلّا صيرورة البائع مالكاً، فمراده مما افاده ما حررناه من أنّ مجرد وجوده مزيل للملك؛ لا خصوص حدوثه، فلابد من فرض الفسخ ورد الملك حتىٰ يتحقق الانعتاق المتقوم بالملك، فافهم جيداً.

منها: أنّ ظاهر كلمات الاصحاب أنّ التصرف مانع عن هذا الخيار ـ ولو قبل حدوثه بحدوث سببه ـ إلاّ سلّار في مراسمه[2] حيث صرّح بسقوط الخيار بالتصرف بعد حدوثه، مع أنّ أخبار الباب علىٰ كثرتها لم تقيد بالتصرف، ومن المستبعد جداً بل يقرب من المحال عادة عدم وقوع التصرف في ظرف السنة بالنسبة إلىٰ المملوك المشترىٰ للانتفاع به بوجوه التصرفات، فاطلاق الروايات منافٍ لاطلاق الكلمات.

وأُجيب عن اطلاق الروايات بوجهين:

أحدهما: أنّ السؤال لم يقع عن أمر واقع ليقال باستبعاد عدم وقوع التصرف، بل بيان لحكم كلي في موضوع كلي، ويؤول أمر هذا الجواب إلىٰ أنّ الروايات غير متكفلة لحكم فعلي؛ حتىٰ يشكل باستبعاد عدم وقوع التصرف، بل متكفلة لحكم طبعي ذاتي، وحاصله أنّ هذه العيوب مما يوجب الرد لا أنّها مما يرد به فعلاً.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٣ من ابواب العتق، ح ٢.

(٢) الينابيع الفقهية ١٣: ١١٢.

وفيه: أنّ كلي هذا الموضوع اذا كان عادة لا ينفك عن التصرف فهذا الحكم الاقتضائي يلغو جعله لمثل هذا الموضوع.

وثانيهما: أنّ التصرف المسقط للخيار هو التصرف الواقع بعد صيرورة العقد خيارياً؛ لا في حال لزومه وقبل حدوث موجب الخيار، وما هو المستبعد جداً عدم التصرف قبل حدوث العيب في ظرف السنة، ولا مانع من الالتزام بوقوعه وعدم كونه مانعاً من الخيار، فاطلاق الأخبار بالنسبة إلىٰ ما لا موجب للتقييد به لا مانع منه، فينحصر المسقط في التصرف بعد حدوث العيب، ولا مانع من تقييد الأخبار به بما تقدم في خيار العيب، والجواب أنّ كون التصرف قبل حدوث الخيار غير موجب لسقوط الخيار محل كلام بين الاعلام كما تقدم[1] في الخيار المشروط برد مثل الثمن.

والتحقيق: أنّ التصرف إنْ كان مسقطاً تعبدياً فظاهر اخبار خيار الحيوان واخبار خيار العيب وقوع الحدث مع تحقق الخيار لا قبله، فلا دليل علىٰ كونه مسقطاً هنا وإنْ كان من أفراد خيار العيب، وأمّا إنْ كان مسقطاً من حيث الدلالة علىٰ الرضا والالتزام بالعقد فيمكن أنْ يقال إنّ الرضا والالتزام إنّما يكون مسقطاً اذا كان المورد من شأنه أنْ يلتزم به وأنْ لا يلتزم به؛ وهو العقد الخياري دون العقد اللازم.

ويمكن أنْ يقال: إنّ العقد اللازم بقول مطلق هو الذي لا موقع للرضا والالتزام به، وأمّا اللازم الذي هو في معرض الخيارية ويترقب حدوث الخيار فيه فتجدد الرضا ببقائه علىٰ حاله وعدم انقلابه عما هو عليه إلىٰ الجواز أمر معقول؛ فيكون دافعاً للخيار كما نبهنا عليه في محله، ولكن لولا مخافة مخالفة الشهرة لكان القول بعدم سقوط الخيار هنا باطلاق الأخبار وجيهاً جداً، هذا كله من حيث التصرف.

وأما من حيث التغير فلم أجد من تعرض له صريحاً إلّا المحقق في الشرائع حيث قال: (فرع: هذا الحكم يثبت مع عدم الاحداث، فلو أحدث فيه ما يغير عينه أو صفته ثبت الارش وسقط الرد ...الخ)[2] وهو ظاهر ابن حمزة في الوسيلة حيث قال: (ما لم

---

(١) ح ٤: ١٩٩، تعليقة ١١٨.

(٢) شرائع الاسلام ٢: ٣٤.

يحدث عنده عيب آخر)[١].

وأمّا بالنظر إلىٰ الأدلة فظاهر اخبار الباب وإنْ كان عدم التقييد به إلّا أنّه ليس كالتصرف بحيث لاينفك عادة عن العين في مدة سنة مثلاً فلا يأبىٰ عن التقييد، إلّا أنّ الكلام في الدليل عليه؛ وليس إلّا المرسلة، وموردها ورود التغير علىٰ المعيب، لكن سقوط الرد بالتغير وتعين الارش حيث إنّه ارفاق بالبائع؛ وجمع بين حقي البائع والمشتري؛ فلا فرق بين ورود التغير علىٰ المعيب وورود العيب علىٰ المتغير، اذ الملاك رجوع العين متغيرة إلىٰ البائع.

ثم إنّه تبين مما ذكرنا اجمالاً حال الأرش وأنّ ظاهر كلمات الاصحاب إلّا من شذ ثبوت الارش علىٰ حد سائر العيوب، كما أنّ مقتضىٰ اطلاق النصوص عدمه، ولم يرد فيها مع كثرتها اشارة إلىٰ الارش ولو مع عدم التمكن من الرد.

وبالجملة: إنْ كان سبب الخيار هنا اصول هذه الامراض وموادها الموجودة حال العقد دخل ما نحن فيه تحت أخبار خيار العيب، فحالها حال غيرها من العيوب، وإنْ كان سبب الخيار نفس تلك الامراض المساوقة لمرتبة فعليتها فهي خارجة عن تحت أخبار خيار العيب، فلا دليل علىٰ الارش لا تخييراً ولا تعييناً، وليس الارش علىٰ طبق القاعدة حتىٰ تشترك هذه العيوب مع غيرها، فليس للارش هنا مدرك إلّا الشهرة.

٤١ ـ قوله ﷺ: (وفيه أولاً: أنّ ظاهر هذه الاخبار ...الخ)[٢].

الاولىٰ أنْ يقال: إنّ ظاهر الاخبار أنّ سبب الخيار هذه الامراض بما هي فعليات؛ لا بما هي أصول ومواد، وإلاّ فتعليق الحكم علىٰ الظهور قابل للحمل علىٰ الطريقية، بل هو الشائع دون الموضوعية، ولعل العدول عنه بملاحظة ما في كلام الشهيد الثاني ﷺ (من أنّ وجودها في السنة دليل علىٰ حدوثها قبل البيع، لأنّها تكمن في البدن سنة ثم تخرج ...الخ)[٣].

وحينئذ فالمناسب في مرحلة الايراد عليه أنّ وجودها الواقعي غير مجدٍ في

---

(١) الوسيلة ٢٥٦.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٠ سطر ٦.
(٣) مسالك الافهام ٣: ٣٠٥.

الخيار، بل وجودها في الحس والظاهر فإنّه القابل للتجدد في اثناء السنة، وأمّا وجودها الواقعي فهو محفوظ من أول انعقاد البيع إلىٰ آخر السنة، فلا معنىٰ لأنْ يقال فحدث ما بينك وبين ذي الحجة كما في الخبر، نعم وجود الجذام أو البرص أو الجنون حقيقة واقعاً، وتأخر ظورها حساً خلاف الواقع، بخلاف وجود موادها المنتهية بمرور الزمان إلىٰ فعلية صورها، والشيء شيء، بصورته النوعية لا بمادته وهيولاه.

٤٢ ـ قوله ﷺ: (ولولا ذلك لكفىٰ وجود موادها ...الخ)[1].

حيث إنّ هذه المواد لا يتأخر ظهورها عن السنة وإلّا لم يكن المبيع ذا مادة جذامية حال البيع، فتأخر ظهورها عن سنة كاشف عن حدوث مادتها في ملك المشتري لا في ملك البائع، فلا موقع لهذا الايراد.

٤٣ ـ قوله ﷺ: (كان ظهورها زيادة في العيب ...الخ)[2].

أمّا بناء علىٰ ما نقلناه من عبارة الشهيد الثاني فلا وجه لهذا الاعتراض، لأنّ الكاشف عن الشيء لايعقل أنْ يكون زيادة علىٰ الشيء المكشوف، وأمّا بناءً علىٰ المادية والفعلية ـ كما هو مبنىٰ اعتراضه ـ ففعلية الشيء تحققه المساوق لوجوده المختص به في نظام الوجود؛ لا امر زائد عليه، وليس من باب الخروج عن مرتبة من الشيء إلىٰ مرتبة عالية حتىٰ يكتفى به في مانعية العيب الحادث، كما يقال به في زيادة العيب في يد البائع، لأنّ المادية والصورية مغايرة لكون الشيء بصورته النوعية ذا مراتب فيخرج من حد إلىٰ حد.

٤٤ ـ قوله ﷺ: (وثانياً: أنّ سبق سبب الخيار ...الخ)[3].

هذا إنّما يرد اذا كان مراد الشهيد الثاني ﷺ مجرد رفع التزاحم بتقدم سبب الخيار؛ فإنّ تأثيره في الخيار وفعلية مقتضاه لا يمنع عن تأثير الآخر في محله وسقوط الخيار

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٠ سطر ٧.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٠ سطر ٩.
(٣) كتاب المكاسب ٢٧٠ سطر ١٠.

الثابت، لكنه اذا كان مراده ﷺ علىٰ ما وجهناه به من أنّ حق المجذوم إنّما يؤثر اذا لم يكن في مورد الحق؛ فلا يرد اذ لا حق حتىٰ ينعتق المملوك، ويكون كالتلف المسقط لحق الخيار، اذ المانعية فرع الوجود، ولا وجود له كما سمعت، والظاهر منه ﷺ أنّه لا يرىٰ لما وجهناه به وجهاً بنحو الكلية كما يستفاد من تتمة العبارة، والله أعلم.

خاتمة في عيوب متفرقة

٤٥ ـ قوله ﷺ: (خاتمة في عيوب متفرقة ...الخ)[1].

تحقيق المقام: أنّ العيب ـ كما مرّ في تضاعيف كلماتنا هنا ـ إمّا بمعنىٰ النقص والزيادة في أُصول الخلقة، وإمّا بمعنىٰ الخروج عن المجرىٰ الطبيعي العادي؛ وهو أوسع من الاول، وإمّا بمعنىٰ النقص المرغوب عنه لاخلاله بالغرض النوعي المعاملي المترقب من المبيع؛ وهو أوسع من الأولين؛ فنقول:

أمّا الكفر فهو ليس بالمعنىٰ الاول وجداناً، وليس من الثاني أيضاً إلّا بتوهم ولادة كل مولود علىٰ فطرة الاسلام، فكفره عرضي خارج عن مجراه الفطري الذي هو بمنزلة الطبيعة الثانوية.

وهذا التوهم إنّما يجدي اذا كان المولود مسلماً حال الولادة مع أنّه ليس كذلك وجداناً بأي معنىٰ يفرض من الاسلام، بل المراد من كونه مفطوراً علىٰ الاسلام انه كذلك فطرة وقوة؛ لما أودع الله فيه علىٰ القوة العاقلة المؤدية له إلىٰ الاسلام والايمان بالله وبرسوله، وهذا الاستعداد الإلهي والقوة الربانية محفوظ لم ينعدم وإنْ لم يصر ما بالقوة فعلياً لغلبة سلطان الجهل وجنوده كما حقق في محله.

نعم بالاضافة إلىٰ المعنىٰ الثالث من العيب يمكن أنْ يقال: إنّ وقوع الخلل في المنافع المقصودة المترقبة من شراء المملوك يختلف باختلاف اصناف المتعاملين، فاذا اشترىٰ كافر عبداً كافراً لم يختل شيء من منافعه بالنسبة اليه، بخلاف ما اذا اشتراه مسلم فإنّه يختل نظام انتفاعاته منه بلحاظ نجاسته، بل بلحاظ كفره أيضاً؛ فإنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٠ سطر ٢٥.

لا يمكن شرعاً تزويج الكافرة والانتفاع بولدها.

ولايخفىٰ عليك أنّ المصنفﷺ فصّل بين المجلوب من بلاد الكفر وغيره فاوجب الرد في الثاني دون الأول، لا لأنّه عيب، بل لأنّ الغالب في غير المجلوب حيث إنّه الاسلام فاقدامه اقدام علىٰ شراء المسلم، وتخلّف الوصف الملتزم به ضمناً موجب للرد، كما أنّ اقدامه علىٰ شراء المجلوب اقدام علىٰ شراء المعيب.

لكن هذا المبنىٰ أجنبي عما أفادهﷺ بأنّه نقص لتنفّر الطباع عنه، خصوصاً بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات، وذلك لأنّ الغلبة هي المصححة للرد كان هناك نقص منفّر ونجاسة مانعة أم لا، كما أنّ هذا المعنىٰ ملاك العيب العرفي حقيقة فلا وجه لنفي صدق العيب عنه عرفاً، ومما ذكرنا ظهر أنّ الكفر بالاضافة إلىٰ المسلم عيب موجب للرد والارش.

وأمّا الإرتداد فمن حيث النجاسة حاله حال الكفر الأصلي، وأمّا من حيث كونه مهدور الدم فربّما يقال إنّه في معرض التلف فهو أولىٰ بكونه عيباً من الكفر الموجب لقلة الانتفاع به.

وفيه: أنّه في معرض التلف تشريعاً لا تكويناً، فمع القطع بعدم اجراء الحد عليه لعدم بسط يد القائم بهذا الأمر فليس هو في معرض التلف خارجاً جزماً، فلا عيب خارجي له يقيناً.

وأمّا محرمية الأمة بنسب أو رضاع ففي المتن أنّه لا يعد نقصاً بالنوع، ولا عبرة بخصوص المشتري.

وفيه: أنّ مدار العيب اذا كان علىٰ اختلال الغرض النوعي المعاملي فهو صادق هنا، لأنّ الوطئ غرض نوعي من شراء الأمة؛ لا غرض شخصي، وكونها بالاضافة إلىٰ غير المشتري ليست كذلك أجنبيٌ عن نوعية الغرض وشخصيته، فهي معيبة حقيقة بالنسبة إلىٰ المشتري، نعم عدم التمكن من الانتفاع تارة يكون لنقص في المبيع كما في عدم تمكن المسلم من الانتفاع بالكافر لنجاسته، فإنّ وجوب الاجتناب علىٰ المسلم السالب لقدرته علىٰ الانتفاع ناشٍ عن نجاسة الكافر، وأُخرىٰ لأمر اضافي بين

الطرفين كالنسب والرضاع لا يختص بالمبيع فهو نقص في الطرفين، لا في خصوص المبيع ليكون له الخيار من حيث نقص المبيع دفعاً للضرر، بل ربما يلحق الاول بالثاني؛ نظراً إلىٰ أنّ امتناع الانتفاع مستند إلىٰ اختلاف المبتاع والمتاع في صفتي الاسلام والكفر، ولذا لا يكون كفره ونجاسته مانعة في حق المتحد معه في صفة الكفر.

إلّا أنّ التأمل فيهما يقضي بأنّهما لا يجديان شيئاً، لأنّ الشركة في النسب والرضاع والاختلاف بالاسلام والكفر ليسا من العيوب حتىٰ يقال لا ينفرد المبيع بالمعيب، بل هما منشآن تارة لتحقق المحرمية المانعة عن الانتفاع وهي عيب، وأُخرىٰ لمانعية النجاسة وصيرورتها عيباً، والمدار علىٰ كون المبيع معيباً، لا علىٰ منشأ أصل العيب أو عيبية الصفة.

فالتحقيق: أنّ الوطئ وإنْ كان غرضاً نوعياً من شراء الأمة إلّا أنّ الاخلال به ليس نوعياً بمعنىٰ أنّ هذه الامة ليست بحيث يمتنع نوعاً استيفاء هذا الغرض النوعي منه، بل يمتنع شخصاً استيفاء هذا الغرض النوعي منها، والمناط في صدق العيب عرفاً لزوم الخلل نوعاً منه في الاغراض النوعية، وعليه يحمل ما أفاده في المتن.

وأما سائر الأمور المذكورة في المتن فهي وإنْ كانت منفّرة للطباع إلّا أنّه لطباع أهل الايمان لا لطباع المتعاملين، حيث لا يوجب الاخلال بالاغراض النوعية المترقبة من المبيع، نعم في مثل أثر الوقف علىٰ المبيع؛ فضلاً عما اذا كانت امارة قوية علىٰ الوقفية ربما يقال بأنّه عيب لنقصان ماليته وقلة رغبة الناس في شرائه، إلّا أنّه كذلك عند المحتاطين والوسواسيين؛ لا عند المتعاملين الملتزمين بمقتضيات أحكام الدين، اذ المفروض أنّه في نظر الشارع مع غيره علىٰ حد سواء.

الارش

٤٦ ـ قوله ﷺ: (القول في الارش وهو لغة ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧١ سطر ٣.

توضيح المقام بتنقيح الكلام في أُمور:

منها: أنّ الارش كما في القاموس[1] بمعنىٰ الدية، وبمعنىٰ الخدش، وللنقص، ولما به يتفاوت قيمة الصحيح وقيمة المعيب، وهو الارش المتعارف، وللخصومة والاختلاف يقال بينهما أرش ـ أي خصومة ـ، وتأريش النار تأريثها وايقادها، والمأروش بمعنىٰ المخلوق، والارش ـ كصاحب ـ اسم لجبل.

وظني ـ والله أعلم ـ اندراج الجميع تحت جامع، وبعض ما ذكر مصاديقه، وبعضها مسبب عنه، والجامع ما يعبر عنه في الفارسية بـ«برانكيختن»، ويساوقه في العربية التحويل والتهييج، فتأريش النار تهييجها بايقادها واشعالها، وتهييج البائع والمشتري ـ بملاحظة النقص الحاصل في المبيع مع انه اشتراه بعنوان التام والصحيح ـ هو المعبر عنه بالخصومة والاختلاف، والارش بالمعنىٰ المتعارف مسبب عن هذا الاختلاف ونتيجته، والنقص سبب لهذا الهيجان، فاطلق عليه الارش أيضاً، وكذا الخدش الموجب للهيجان الموجب للارش المتعارف، والارش بمعنىٰ المخلوق للهيجان والحركة من العدم إلىٰ الوجود، والارش ـ كصاحب ـ للجبل يناسب هيجانه إلىٰ العلو كهيجان النار، إلّا أنّ الارش المتعارف في لسان الشرع والعرف يراد به ما يتدارك به النقص علىٰ أي تقدير، سواء كان هو بنفسه من معانيه لغة أو اطلق عليه الارش بعلاقة السببية والمسببية، أو بعلاقة الاطلاق والتقييد بناءً علىٰ أنّه لغة لمطلق الدية كما في القاموس.

وأمّا ما أفاده المصنفﷺ من (أنّه مال يؤخذ بدلاً ...الخ) فهو ليس من المعاني اللغوية، ولا من مصطلحات الفقهاء، بل جامع انتزاعي من مصطلحات الفقهاء كما أفادهﷺ في آخر كلامه، نعم حيث اخذ في حده بقوله (ولم يقدر له ...الخ) فلا محالة لايصدق علىٰ بعض ما ذكره الشهيدﷺ الغير المنافي للتقدير الشرعي، والامر سهل.

منها: أنّ ضمان الارش المتعارف بعد ما لم يكن من ضمان اليد ـ حيث إنّه وقع العقد علىٰ التالف لا أنّه تلف مال المشتري في يد البائع ـ فهل هو من ضمان

---

(١) قاموس المحيط ـ مادة أرش ٢: ٣٨٢.

المعاوضة كما هو صريح اول كلامه؟ أم ضمان مستقل خارج عن ضماني اليد والمعاوضة؟.

ولا يخفىٰ عليك أنّ ضمان المعاوضة ـ كما صرح به المصنف في باب[1] القبض ـ هو ضمان التالف قبل القبض أو قبل انقضاء زمان الخيار، فمورده علىٰ أي حال ورود التلف علىٰ المعقود عليه، لا ورود العقد علىٰ التالف، فمقتضىٰ تبعية الجزء للكل وتبعية الوصف للجزء عدم انعقاد العقد علىٰ الصحيح، وانعقاده علىٰ المعيب لتلف الوصف كعدم انعقاده علىٰ الكل أو علىٰ الجزء مع فرض تلف كل منهما، فلا انفساخ ولا غرامة.

مضافاً إلىٰ ما ذكرنا في بعض المباحث المتقدمة[2] من أنّ قاعدة التلف قبل القبض لا تعم تلف الوصف، ومع فرض الشمول لا تقتضي الخيار، فضلاً عن الارش، فإنّ مقتضىٰ تقريب المصنف في مباحث القبض[3] هو الانفساخ لا الخيار، فإنّ غاية ما أفاده أنّ مقتضىٰ تقدير التلف في ملك البائع فرض العقد كأنْ لم يكن، ومقتضاه انفساخ العقد عند تلف الكل أو الجزء، وجريان أحكام العيب عند تلف الوصف، اذ مقتضىٰ فرض العقد كأنْ لم يكن علىٰ الموصوف من حيث وصفه وقوع العقد علىٰ المعيب الفاقد للوصف، وحكمه خيار العيب، مع أنّه لو صح ذلك لكان مقتضاه الانفساخ، اذ الوصف بما هو لا عقد عليه، بل علىٰ الموصوف به بالذات؛ فيكون الوصف معقوداً عليه بالعرض، ففرض العقد كأنْ لم يكن علىٰ الوصف بالعرض بفرض العقد كأنْ لم يكن علىٰ الموصوف به بالذات، وهو معنىٰ الانفساخ، لا وقوع العقد علىٰ فاقد الوصف ليكون لازمه الخيار، ومما ذكرنا ـ كما اعترف به المصنف أخيراً ـ تبين أنّ ضمان الوصف المفقود حال البيع خارج عن الضمانين.

منها: بعد ماعرفت من أنّ ضمان الوصف بالتخيير بين الرد والارش خارج عن الضمانين، فهل الارش المضمون علىٰ البائع ما به يتفاوت الصحيح والمعيب بحسب

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٣.
(٢) تعليقة ٣٣.
(٣) كتاب المكاسب ٣١٥.

القيمة الواقعية أو ملحوظاً بالنسبة إلىٰ الثمن؟ فالارش علىٰ الاول ثلث قيمة الصحيح مثلاً، وعلىٰ الثاني ثلث المسمىٰ، والكلام تارة في ما تقتضيه القواعد، وأُخرىٰ فيما تقتضيه اخبار خيار العيب.

أمّا الاول فربما يقال: ـ كما عن غير واحد منهم المصنفﷺ في طي كلامه أخيراً ـ أنّ البائع قد التزم علىٰ الفرض بوصف الصحة في المبيع بازاء المسمىٰ المبذول في مقابل الصحيح بما هو صحيح، ومقتضاه لزوم الخروج عن عهدة الوصف بالمقدار الذي له دخل في المسمىٰ لا بأزيد من ذلك.

والجواب: أنّ الالتزام بوصف الصحة الدخيل في مالية الصحيح كالالتزام بسائر الاوصاف الدخلية في المالية، فإنّ دخل الوصف في المالية لا اختصاص له قطعاً بوصف الصحة، ومن البيّن المسلّم عندهم أنّ تخلّف الوصف الملتزم به لا يوجب إلّا ارتفاع اللزوم؛ لكون لزوم العقد مع تخلف الوصف ضررياً؛ فلا يثبت من قبل الالتزام الضمني أزيد مما يثبت بالالتزام الصريح وهو الخيار فقط دون الارش، والالتزام بالوصف ليس التزاماً بتداركه؛ ليتوهم كون عهدة الوصف عليه بمقدار دخله في المسمىٰ، ولذا لا يقولون بالارش في تخلّف سائر الاوصاف مع وحدة سنخ الالتزام، والاتحاد في سنخ الدخل في المالية.

وأمّا حديث المعاوضة اللبيّة والمعاوضة الحسية والمقابلة بين مقدار من الثمن ووصف الصحة في عالم اللب دون عالم الحس ـ كما أشرنا اليه سابقاً[1] وجعله بعض اجلّة المحشين[2] (رحمهم الله) هنا تحقيقاً وثيقاً ومدركاً صحيحاً للارش بالنسبة إلىٰ المسمىٰ ـ فلا حكم له شرعاً ولا اعتبار به بحسب القواعد الفقهية، اذ المعاوضة التي لم يتسبب اليها بسبب من الاسباب الشرعية؛ بل يستحيل أنْ يتسبب اليه ـ حيث إنّ الوصف لا مال ولا مملوك فلا معنىٰ للمعاوضة ـ لا يمكن أن يؤثر في التغريم ولا في الانفساخ، نعم يصح اعتباره حكمة لحكم الشارع بالتغريم بما يناسب المسمىٰ.

وأمّا الثاني: وهو ما تقتضيه الاخبار فتوضيح الحال فيها بعد تمهيد مقدمة: وهي أنّ

---

(١) ٤: ٤٣٦، تعليقة ٣١٦.

(٢) حاشية اليزدي ٢: ١٠١ سطر ١٤.

لكل من الصحيح والمعيب بلحاظ القيمة السوقية تعيناً واقعياً يصح أنْ يقال بلا عناية يرجع إلىٰ نقصان العيب أو أرش العيب وما أشبههما، وأمّا بلحاظ المسمىٰ فلا تعين إلّا للصحيح؛ بداهة أنّه ليس للمعيب مسمىٰ فلا يصح أنْ يقال يرجع إلىٰ قيمة المعيب ونحوه إلّا بعناية تقويم الصحيح والمعيب ونسبة ما به التفاوت إلىٰ الثمن المسمىٰ.

ومن هذه المقدمة تعرف أنّ جلّ اخبار خيار العيب لها ظهور في الرجوع إلىٰ التفاوت من حيث القيمة الواقعية، مضافاً إلىٰ صراحة رواية طلحة بن زيد في ذلك حيث قال عليه السلام: (تقوّم وهي صحيحة وتقوّم وبها الداء، ثم يرد البائع علىٰ المبتاع فضل ما بين القيمتين)[1].

وأمّا حمل الاطلاق فيها وفي غيرها علىٰ صورة عدم تفاوت القيمة الواقعية مع المسمىٰ لمكان غلبة المساواة فهو انما يصلح لدفع المعارض عن الدليل الدال علىٰ ملاحظة التفاوت بالنسبة إلىٰ المسمىٰ، فهو من قبيل دفع المانع لا تحقيق المقتضي، وما يصلح في بدو النظر للدلالة علىٰ ملاحظة ما به التفاوت مضافاً إلىٰ المسمىٰ فقرتان:

احداهما: من صحيحة زرارة حيث قال عليه السلام: (ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به)[2].

ثانيتهما: ما في صحيحة ابن سنان حيث قال عليه السلام: (ويوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إنْ كان فيها)[3].

ودلالة الاولىٰ علىٰ المطلوب متوقفة علىٰ تعلق[4] قوله عليه السلام: (بقدر ما ينقص) فيكون الثمن هو المنقوص منه، بخلاف ما اذا كان متعلقاً بقوله عليه السلام: (ويرد عليه) فإنّ الثمن حينئذ هو المخرج لاداء ما به التفاوت واقعاً، ولكل منهما جهة بعد:

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب ح ٢.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ١.
(٤) هكذا في الاصل، ولايخفىٰ ما في العبارة.

أمّا الاول فلما مرّ[١] من أنّ المعيب لا تعيّن لماليته من حيث المسمىٰ، بل من حيث القيمة الواقعية، فلابد من حمل قوله (ما ينقص من ثمن ذلك) علىٰ النقص منه بعد التقويم وملاحظة النسبة.

وأمّا الثاني فلأنّ تعيّن الثمن للمخرجية بعد القول بأنّ الارش ما به التفاوت بلحاظ القيمة الواقعية مما لم يقل به أحد ولم يحتمله محتمل، وإنّما يقول بتعين المخرجية في الثمن بعض من يقول بأنّ ما به التفاوت يلاحظ بالنسبة إلىٰ المسمىٰ، ودلالة الفقرة الثانية أضعف؛ لأنّ قوله (من ثمنها) متعلق بقوله (يوضع عنه) إلّا أنّ ظهورها فيما ادعىٰ من حيث إنّ الظاهر أنّ العيب هو الموجب لنقص الثمن والوضع عنه، والعمدة استبعاد تعين الثمن للمخرجية، فلا محالة يكون ذكر الثمن لملاحظة النسبة، وأنّ النقص الحادث من قبل العيب ملحوظ بالاضافة إلىٰ الثمن.

وأمّا ما عن شيخنا الاستاذ[٢] من الاستشهاد بمقابلة الشق الثاني في مرسلة جميل[٣] للشق الاول؛ والرجوع في الشق الأول بتمام الثمن، فلا محالة يكون في الشق الثاني ببعض الثمن لابتمامه ولو احياناً، وإلّا لم يتحقق بينهما مقابلة، فمحل مناقشة؛ اذ التقابل بين الرد في الأول والارش في الثاني لا بين استرداد الثمن في الاول وبعضه في الثاني، مع أنّ الاطلاق اذاكان وارداً مورد الغالب فحيث إنّ الغالب مساواة القيمة للمسمىٰ فلا محالة يكون المردود بعض المسمىٰ والقيمة، ولا معين حينئذ لكون الملاك هي القيمة بما هي أو المسمىٰ بما هو ليعمل علىٰ طبقه في الفرد الغير الغالب.

كما أنّ ما أفاده المصنف في طي كلامه من أنّ الارش لتتميم المعيب لا لتنقيص الثمن إنّما يجدي لمرامه من أنّ الارش غرامة، اذ ليس لتنقيص الثمن حتىٰ يتوهم الانفساخ، بل لتتميم المعيب المؤكد لعدم الانفساخ، إلّا أنّ تتميم المعيب تارة يكون بلحاظ قيمته واقعاً، وأُخرىٰ بلحاظ نسبته إلىٰ المسمىٰ، فالارش علىٰ أي

---

(١) نفس التعليقة، عند قوله (واما الثاني).
(٢) حاشية الآخوند ٢٣١.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

تقدير ضميمة للمعيب حتىٰ يوافق الصحيح في قيمته واقعاً، أو حتىٰ يوافقه فيما بذل له من المسمىٰ.

ومن جميع ما ذكرنا تبيّن عدم اقتضاء القاعدة، بل عدم اقتضاء الاخبار لملاحظة النسبة إلىٰ المسمىٰ، نعم المسألة كما عن المصنفﷺ آنفاً فيه[1] غير خلافية.

منها: بناءً علىٰ أنّ الارش ما به التفاوت بلحاظ المسمىٰ لا بلحاظ القيمة فهل يتعين دفعه من عين الثمن المسمىٰ او لا؟ بل الذي يستحقه المشتري علىٰ البائع ما يوازي بعض المسمىٰ، والكلام تارة فيما يقتضيه الأصل والقاعدة، وأُخرىٰ في مقتضي أخبار المسألة.

أمّا الأول فتوضيحه بعد تمهيد مقدمة: وهي أنّ الارش ليس تكليفياً محضاً، كيف؟ وهو قابل للاسقاط، والتكليف غير قابل له، ولا كلياً ذمياً فإنّه قابل للابراء دون الاسقاط، مع أنّهم لا يقولون باشتغال الذمة بالارش، بل يستحيل في بدو الأمر، اذ لا يعقل التخيير بين الرد واشتغال الذمة، وإنّما له حق الرد أو التغريم، وليس أيضاً ملكاً مشاعاً خارجياً؛ لوضوح أنّ الارش قابلٌ للاسقاط، والملك غير قابل للاسقاط، بل قابل للنقل والانتقال بعوض او بلا عوض، بل حقيقته حق تغريم البائع بما به التفاوت، وحينئذٍ يشك في أنّه يستحق التغريم بما به التفاوت من عين المسمىٰ أو بما به التفاوت مطلقاً، فليس علىٰ الاول للبائع الامتناع بدفع الغرامة من غير عين الثمن، كما أنّه له علىٰ الثاني، وليس للمشتري الزامه به.

اذا عرفت ذلك فاعلم: أنّه لا مجال لاصالة البراءة عن وجوب دفع الغرامة من خصوص المسمىٰ؛ لما عرفت من أنّ الارش ليس تكليفياً محضاً بل حق، ومع الشك في سقوط الحق بمجرد دفع الغرامة من غير المسمىٰ مع مطالبة المشتري فالاصل بقاء الحق، فيجب اسقاطه بما يتيقن بسقوطه معه، وليس هو إلّا جزء الثمن المسمىٰ، وحيث إنّ الشك في السقوط مسبب عن الشك في كيفية الثبوت فلا مجال للاصل ابتداء إلّا فيما يتعلق بالثبوت اطلاقاً وتقييداً، وحينئذ نقول:

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر زيادة (فيه).

إنّ الفرق بين الارش بالمعنىٰ الذي لايتعين بعين الثمن وبالمعنىٰ المتعين بعين الثمن هو الفرق بين الماهية لا بشرط والماهية بشرط شيء، واستحقاق المشتري علىٰ البائع للتغريم بما لا تعين له معلوم، واستحقاقه للتغريم بما له تعين مشكوك، والاصل عدم استحقاقه إيّاه، وهو المراد مما [ذكر][1] في المتن من اصالة عدم تسلط المشتري علىٰ شيء من الثمن، فما يقطع باستحقاق المشتري إيّاه يقطع بسقوطه بدفع الغرامة من غير المسمىٰ، وما يشك في سقوطه به واقعاً لا قطع بثبوته حتىٰ يجب الفراغ عنه جزماً.

وأمّا التعليل الذي ذكره المصنف ﷺ بقوله (لأنّ المتيقن من مخالفة الاصل ...الخ) فهو إنّما يجدي لعدم عود بعض الثمن بالانفساخ، لما فرضه من عدم مقابلة الوصف بشيء من الثمن، والكلام هنا في استحقاق استرجاع بعض الثمن تغريماً لا انفساخاً، بل مقتضىٰ الاعتبار في مرحلة التغريم استحقاق استرداد ما بذله بملاحظة الوصف، لا استرداد ما يساوي لما بذله، فلا حاجة إلىٰ التعليل بالوجه المسطور، ويكفي الاصل علىٰ الوجه المذكور.

نعم بناء علىٰ تعين ما يساوي بعض الثمن في النقدين؛ لتمحضهما في المالية ـ كما سيجيء[2] إن شاء الله تعالىٰ ـ ربما أمكن التفصيل بين ما اذا كان ثمن المعيب من النقدين أو من غيرهما، فإنّه علىٰ الاول يدور الأمر بين استحقاق التغريم بمطلق المالية المنفية في النقدين، أو استحقاق التغريم بمالية النقد الخاص المجعول ثمناً كما مرّ، بخلاف الامر علىٰ الثاني فإنّ الامر يدور بين استحقاق التغريم بمقدار من المالية المتعينة في النقدين أو التغريم بالمالية المتعينة في الحنطة، وهما متبائنان، فالأصل متعارض بمثله في الثاني دون الاول.

بل التحقيق: أنّ وجه الرجوع إلىٰ اصالة عدم تسلط المشتري ليس ما قربناه آنفاً، لأنّ الماهية المبهمة لا حكم لها، والماهية اللابشرط القسمي ـ أي الماهية الملحوظة

---

(١) اضافة يقتضيها السياق.

(٢) نفس التعليقة، عند قوله (منها: بناء علىٰ ان الارش...).

لا متقيدة بخصوصية الثمن ولا بعدمها ـ ليست مقطوعاً بها، كيف؟ واستحقاق الخصوصية محتمل، فكيف يكون عدم اقترانها بالخصوصية مقطوعاً؟! بل كون الماهية ملحوظة لا بشرط على حد كونها ملحوظة بشرط شيء مشكوك، إلّا أنّ أحد المشكوكين مطابق للاصل دون الآخر، فإنّ الفرق بين الملحوظين بتقيد أحدهما بخصوصية الثمن وعدم تقيّد الآخر لا بوجودها ولا بعدمها، فعدم استحقاق الخصوصية مطابق الاصل دون استحقاقها.

والاعتبار اللابشرطي وإنْ كان مقابلاً لاعتبار البشرط شيء إلّا أنّ الاعتبار لا أثر له، بل الحكم للمعتبر، ولذا تجتمع الماهية اللابشرط مع الماهية بشرط شيء، فكلا الاعتبارين وإنْ كان مسبوقاً بالعدم إلّا أنّ المعتبرين متفاوتان في السبق كما عرفت، وبعد التعبّد بعدم استحقاق الخصوصية لا مجال للمشتري أنْ يطالب ببعض الثمن، كما أنّه للبائع الامتناع اذا طالبه من غير استحقاق، ولا محالة يكون سقوط الحق باداء ما يوازي الثمن معلوماً شرعاً، فلا مجال لاصالة بقائه، هذا بعض الكلام في ما يقتضيه الاصل.

وأمّا الثاني وهو ما يقتضيه الاخبار فنقول: أخبار المسألة طوائف ثلاث:

الاولى: ما مضمونها يرجع بقيمة العيب أو فضل القيمة، فمثله لا دلالة له على أحد الطرفين، لأنّه إنْ أُريد به القيمة الواقعية التي لها تعين وقد نقصها العيب فهو أجنبي عما نحن فيه، لأنّ الكلام بعد التنزل، وإنْ أُريد به القيمة المبذولة فهي الثمن المسمى، وإنْ أُريد به المالية المبذولة فهي قابلة لارادة ما يوازي المسمى، ولا تعين لاحد المحتملات.

الثانية: ما عنوانه له أرش العيب كما في روايتي حمّاد[1] وعبد الملك[2]، وحيث إنّ أرش تدارك العيب فاطلاقه من حيث التعين بخصوصية الثمن يجدي لما هو المعروف هنا، ولعله لذلك اقتصر المصنفﷺ على اطلاق هاتين الروايتين دون

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العيوب، ح ٣.

الطائفة الاولىٰ.

الثالثة: ما تقدم في صحيح زرارة من أنّه (يرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك)[١]، وما في صحيحة ابن سنان من أنّه (يوضع من ثمنها بقدر العيب)[٢] فإنّ ظاهرهما تعيّن الثمن الشخصي.

إلّا أنّك قد عرفت[٣] أنّ ذكر الثمن إمّا لبيان المخرج لما به التفاوت الواقعي، وإمّا لبيان كون التفاوت الواقعي يلاحظ بالاضافة إلىٰ الثمن المسمىٰ لا لبيان مخرجية الثمن، والاول خلاف المبنىٰ هنا، والثاني غيرُ كافٍ لما نحن فيه، لأنّ كون الثمن المسمىٰ ملحوظاً وظرفاً للنسبة أمر، وكونه مخرجاً أمر آخر.

وأمّا ما عن المصنفﷺ من ارادة النقدين من الثمن فمرجعه إلىٰ اداء الارش من النقدين لا من خصوص الثمن، فهو ـ مع كونه خلاف الظاهر ـ غير وافٍ بالمراد؛ لأنّ ارادة النقد من الثمن دون خصوص المسمىٰ مع اضافته إلىٰ المبيع لا يناسب التعدي من خصوص المسمىٰ لتعين النقد في المسمىٰ بملاحظة اضافته إلىٰ المبيع، فإنّ النقد المضاف إلىٰ المبيع ليس إلّا خصوص المسمىٰ؛ لوضوح أنّ النقد المطلق لا اضافة له إلىٰ المبيع، فتدبر جيداً.

كما أنّ ما أفادهﷺ في الجواب عن قولهﷺ (ويوضع من ثمنها ...الخ) أنّ الغالب كون الثمن كلياً فيحتسب الارش علىٰ البائع عند اداء الثمن.

مدفوع: بأنّه إنّما يسلم ذلك فيما اذا اطلع علىٰ العيب بعد العقد وموقع اداء الثمن، لا فيما اذا اطلع علىٰ العيب بعد التصرف بالوطئ؛ فإنّه بعد اداء الثمن غالباً.

منها: بناءً علىٰ أنّ الارش مما يوازي المسمىٰ لا من عينه فهل يتعين في النقدين أم لا؟.

فنقول: الغرامات كلية مضمونة بالنقدين، لأنّ المضمون ليست إلّا المالية المحضة بلا تعين لخصوصية أصلاً، وليس في الاعيان الخارجية التي لها مالية ما

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيب، ح ١.

(٣) عند ذكر الصحيحتين في اول التعليقة.

ليس فيه خصوصية تتفاوت بها الرغبات إلّا النقد؛ فإنّه متمحض في المالية، فالوفاء للمال المحض بالمال المحض قهري ليس للضامن والمضمون الامتناع من ادائه وأخذه.

نعم في كلام العلّامة في باب الصرف[1] ما أوهم عدم تعين النقدين؛ حيث ذكر ان احد العوضين المختلفين في الصرف اذاكان معيباً وظهر العيب بعد التفرق جاز أخذ الارش من غير النقدين ولم يجز منهما، فإنّه قد استظهر منه جامع المقاصد[2] عدم تعين النقدين عنده فأورد عليه بأنّ الحقوق المالية إنّما يرجع فيها إلىٰ النقدين، فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما.

واجاب عنه المصنف ﷺ بما سيجئ[3] إن شاء الله تعالىٰ توضيحه، ومجمل القول في ذلك أنّ الارش حيث إنّه ـ عند العلّامة بل عند غير واحد من الاصحاب ـ متمم المعاوضة وتتميم للمعيب ليساوي الصحيح فلذا بنوا علىٰ لزوم الربا في المتجانسين، وعلىٰ عدم جواز اداء النقد ارشاً بعد التفرق عن مجلس الصرف،لأنّ تتميم المعاملة الصرفية بعد التفرق منافٍ لاعتبار التقابض في المجلس، بخلاف ما اذا ادىٰ الارش من غير النقدين فإنّ المعاملة المزبورة تنحل إلىٰ صرف وغير صرف، والتفرق في غير الصرف غير ممنوع عنه.

وغرض جامع المقاصد أنّ الغرامات تتعين في النقدين في سائر الموارد، وغرامة أحد النقدين أولىٰ بأنْ تكون منهما، ولازمه حينئذ عدم امكان تتميم المعاملة الصرفية، أمّا بالنقد فلفرض منافاته للتفرق، وأمّا بغير النقدين فلأنّ ما يستحقه المشتري علىٰ البائع ليس إلّا النقد كلية، وغيره لابد من أن يكون بدلاً عنه، فاذا لم يستحق المبدل لفرض التفرق لايستحق البدل فلا أرش اصلاً، لا نفساً ولا بدلاً.

وغرض المصنف ﷺ أنّ تعين الارش في النقدين كسائر الغرامات بمعنىٰ عدم استحقاق كل من الضامن والمضمون له للامتناع من ادائهما وأخذهما لا ينافي عدم

---

(١) القواعد ١: ١٣٣ سطر ١، التحرير ١: ١٧٢ سطر ٩.

(٢) جامع المقاصد ٤: ١٩٢.

(٣) كتاب المكاسب ٢٧٢ سطر ٦.

تعين الارش فيهما بمعنىٰ وقوع غيرهما أرشاً حقيقة مع التراضي، لا أنّ غير النقدين بدل عن الارش حتىٰ لايصح البدل حيث لا يصح المبدل كما في الصرف، توضيح ذلك أنّ المالية لها اعتبارات ثلاثة:

احدها: اعتبار المالية بشرط عدم الخصوصية التي تتفاوت بها الرغبات، ولا مطابق لها إلّا النقد لتمحضه في المالية؛ لعدم اقترانه بمثل تلك الخصوصية.

ثانيها: اعتبار المالية بشرط الخصوصية إمّا معيناً أو بدلياً.

ثالثها: اعتبار المالية لا بشرط وجود خصوصية ولا بشرط عدمها.

فإنْ اعتبرت المالية علىٰ الوجه الاول فلا يستحق من له الحق إلّا النقد الفاقد لكل خصوصية، كما لا يستحق من عليه الحق الالزام بما فيه خصوصية، لعدم مطابقة[1] بشرط شيء لما هو بشرط لا، وإنْ اعتبرت المالية علىٰ الوجه الثاني فلا محالة يستحق من له الحق ما فيه خصوصيةٌ معينة، أو ما فيه خصوصية مطلقاً، ويتخير من عليه الحق في اداء أية خصوصية كانت علىٰ الأخير، وإنْ اعتبرت المالية علىٰ الوجه الثالث فلا يستحق من له الحق مطالبة خصوصية من الخصوصيات، لفرض عدم التقيد بخصوصية لا تعينياً ولا بدلياً، ويستحق من عليه الحق أنْ يؤدي الفاقد لكل خصوصية كالنقد، وأنّ يؤدي الواجد لأية خصوصية، لفرض عدم تقيد المال بعدمها.

اذا عرفت ذلك فنقول: إنّ الفرق بين سائر الغرامات وبين الغرامة الأرشية من وجهين:

احدهما: أنّ سائر الغرامات المالية تشتغل بها الذمة، لتعلق الاعتبار الحقي بنفس المال، ولا وعاء له بعد الخارج إلّا الذمة، ولابد كما عرفت من تعينه في الذمة باحد التعينات الثلاثة، والمعروف فيها هو التعين الاول أعني المال بشرط لا، وهو كما عرفت منحصر في النقد.

ووجه تعين هذا الاعتبار الخاص في الغرامات الغير الارشية هو أنّه اذا تلف قيمي

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (مطابقته).

من القيميات فهذا التالف له شؤون ثلاثة، حيثية شخصيتها، وحيثية كونها ذات حصة من طبيعة نوعية، وحيثية المالية، وكل طبيعة نوعية كما أنّه لها جهة وجدان ماهوي هي مبدأ جنسها الطبيعي ومبدأ فصلها الطبيعي كذلك لها جهة فقدان لما فوقها، بها تكون هذه الماهية نوعاً، والماهية الأُخرىٰ نوعاً آخر، فماهية الشجر مثلاً المتقومة بالجسمية والقوة النباتية فاقدة لمرتبة الحيوانية، فهي بشرط لا من حيث الحيوان، ولذا لا يصدق عليها الحيوان كما لايصدق الشجر علىٰ الحيوان.

وعلىٰ هذا فاذا فرض تلف فرد من نوع خاص، وشخصية التالف غير قابلة للتدارك عقلاً، ونوعيته لعدم المثل غير قابلة للتدارك، فلم يبقَ إلّا مالية ماهية هي بشرط لا بالاضافة إلىٰ سائر الماهيات، فلا محالة تكون المالية المشتغلة بها الذمة مالية هي بشرط لا عن سائر الماليات، فتدبره فانه حقيق به.

هذا في سائر الغرامات، وأمّا الغرامة الارشية فقد عرفت مراراً أنّها لا تشتغل بها الذمة ليجب أنْ يكون لها تعين مخصوص، فإنّ حقيقتها حق التغريم لا استحقاق المال، وحيث أنّ الاستحقاق متعلق بالفعل لا بالمال فلا معنىٰ لتعينه الذمي، كما أنّه حيث لا تعين له في الذمة فلا بأس بجعل حق التغريم بما هو بشرط لا، وهو النقد عند المخاصمة في الخصوصيات، وبما هو بشرط شيء عند التراضي علىٰ خصوص شيء.

ثانيهما: أنّه لا ريب في صحة التراضي علىٰ غير النقدين في باب الغرامات جميعاً، ففي غير الغرامة الارشية حيث إنّ الذمة مشغولة بخصوص مال لا يطابقه إلّا النقد فلا محالة يكون ما تراضيا عليه بدلاً عن النقد، وفي الغرامة الارشية حيث إنّه لا مال في الخارج ولا في الذمة فلا معنىٰ للبدلية ولا للمعاوضة، بل هو اداء عين ما يستحق التغريم به عند التراضي، كما أنّه اذا أدىٰ النقد كان هو عين ما يستحقه أرشاً عند امتناع كل منهما عن الخصوصية، ومما ذكرنا اتضح صحة ما أفاده المصنف ﷺ، ولا يرد عليه شيء من الاعتراضات الناشئة عن عدم الوصول إلىٰ حقيقة مرامه (زيد في علو مقامه).

منها: في تصور الارش المستوعب لتمام الثمن وتحقيق القول بالبحث في موارد:

احدها: أنّ النقص الوارد علىٰ العين علىٰ قسمين، فتارة نقص خارجي يوجب سلب المالية رأساً مع بقاء ذات المبيع كذهاب رائحة ماء الورد مثلاً رأساً بحيث كان بلا فائدة اصلاً، وكذا اذا أوجب سلب الملكية مع بقاء حق الاختصاص كالخل المنقلب خمراً مع امكان اتخاذه للتخليل، أو اذا لم يمكن ذلك أيضاً، وأُخرىٰ نقص اعتباري من حيث تعلق حق الجناية به الموجب للاسترقاق أو القصاص أو دية كاملة مستوعبة لقيمة العبد.

فإنْ كان النقص من قبيل الاول وكان قبل القبض لا حال العقد فهل هو مندرج تحت عنوان التلف قبل القبض بحيث يوجب الانفساخ أو يوجب الخيار؟ فإنْ كان من تلف ذات المبيع عرفاً فهو موجب للانفساخ، والرجوع بتمام الثمن حينئذ أجنبي عن تصور الارش المستوعب.

وإنْ كان من تلف وصف المبيع ـ وهي حيثية المالية وقد مرّ[1] أنّه موجب للخيار ـ فلا محالة يتعقل الارش المستوعب، وظاهر قوله عليه السلام (كل مبيع تلف قبل قبضه)[2] هو تلف ما هو مبيع بالحمل الشائع، وهو عين المال لا المالية، فتلف المالية من تلف الوصف، وقد مرّ[3] أنّ مضمونية تلف وصف المبيع لا يقتضي إلّا الخيار.

وأمّا تلف الملكية فقد ادعىٰ أنّه كتلف ذات المبيع وذات الملك، وهو فيما اذا لم يبقَ حق الاختصاص لا بأس به؛ لا لصدق تلف المبيع، بل لأنّه ليس هناك شيء له اقباض؛ حيث إنّه لا اعتبار ملكي ولا حقي للمشتري كي يترقب قبضه واقباضه.

وإنْ كان النقص من قبيل الثاني وكان قبل القبض فتارة يحكم عليه بالتلف بلحاظ الحكم بأحد تلك الامور من الاسترقاق والقصاص والدية، وأُخرىٰ بلحاظ فعلية احد تلك الامور.

أمّا الاول فنقول: أمّا الحكم باستحقاق المجني عليه للاسترقاق فمن الواضح أنّ

---

(١) تعليقة ٣٣، آخرها.
(٢) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٣، رواية ١٥٤٣٠.
(٣) نفس التعليقة، عند قوله (اما الاول فربما يقال...).

الجاني لم يخرج بذلك عن الملك ولم يدخل فعلاً في ملك المجني عليه؛ حتىٰ يكون من قبيل تلف الملكية، بل مجرد استحقاق المجني عليه للتملك فيكون كاستحقاق الشريك لتملك حصة شريكه من المشتري، غاية الامر أنّه هناك بالعوض وهنا مجاناً، فمجرد استحقاق التملك وحق اتلاف ملكية المشتري وازالتها ليس من تلف المبيع لا ذاتاً ولا مالية ولا ملكية فلا انفساخ ولا خيار.

نعم ربما يتخيل خيار التعذر فيه بملاحظة استحقاق المجني عليه اقباضه من البائع.

ويندفع: بأنّ مجرد الاستحقاق لا يوجب اقباض الجاني حتىٰ يمتنع اقباضه للمشتري شرعاً، بل بالاسترقاق يصير ملكاً للمجني عليه، فيجب اقباضه.

وأمّا الحكم بالقصاص كما في قتل العمد فانفساخ العقد بملاحظة أنّ استحقاق المجني عليه للقصاص يوجب سقوطه عن المالية، بل عن الملكية، أمّا سقوطه عن المالية فإنّه مع استحقاق القصاص لا يبذل بأزائه مال مع عدم نفع معتدٍ به، وأمّا سقوطه عن الملكية فإنّ اعتبارها للمشتري مع عدم المالية وعدم نفع معتدٍ به لغو، والتحقيق أنّ جواز القصاص ليس إلّا جواز اعدام المال، لا أنّه هدر للمالية كالحكم بهدر مالية الخمر والخنزير، ومنه تبيّن عدم زوال الملكية.

وأمّا الحكم بدية كاملة فكونه من تلف المبيع ليس إلّا بتوهم استحقاق مالية الجاني للمجني عليه، وأنت خبير بأنّ استحقاق أرش الجناية استحقاق ما يوازي مالية الجاني؛ لا استحقاق شخص ماليته، فلم يخرج الجاني عن المالية ولا عن الملكية ولو بالنسبة إلىٰ المولىٰ، هذا كله في التلف بلحاظ الاحكام المزبورة.

وأمّا بالاضافة إلىٰ نفس الاسترقاق أو القصاص أو استيفاء الدية المستوعبة لقيمة الجاني فنقول: أمّا الاسترقاق فهو داخل في القاعدة بملاحظة انه لم يبقَ ما يقبض وأنّه لا يرتفع ضمانه إلّا بالقبض، لا أنّ التملك ـ بما هو موجب للانفساخ لكونه مزيلاً للملكية ـ فيدخل في تلف الملكية المسلّم كونه موجباً للانفساخ، أمّا التملك فهو موجود في التملك بالشفعة، مع أنّه لا يوجب الانفساخ، ومنه تعرف أنّ زوال

الملكية بسبب مملك يلزمه عدم بقاء الملك الاول غير زوال الملكية بمعنىٰ عدم قابلية الشيء لاعتبار الملكية.

وأمّا القصاص أو القتل بالارتداد فهو من أوضح أفراد تلف المبيع.

وأمّا أخذ الارش المستوعب فلا يستدعي بوجه انفساخ العقد لبقاء المبيع علىٰ ماليته وملكيته، ويستحيل أنْ تزول عنه المالية والملكية بأخذ ما يوازي ماليته خارجاً، نعم تكون الجناية الموجبة لتفديته بما يساوي ماليته أو بأنقص عيباً مضموناً علىٰ البائع، فأرش الجناية علىٰ عهدة البائع، إلّا أنّه لو اداه المشتري بلا اذن من البائع لم يكن له الرجوع عليه، فإنّه كاداء الدين بلا اذن من المديون كما حكي التصريح به عن العلامة في جملة من كتبه[1]، هذا كله حكم ما قبل القبض.

ثانيها: في حكم ورود البيع علىٰ المعيب باحد اقسام العيوب المذكورة فنقول:

أمّا النقص الخارجي المسقط للمالية فهو مانع عن انعقاد البيع؛ فإنّه مبادلة مال بمال، وكذا المسقط للملكية فإنّه تمليك عين بعوض، وقد اشرنا إلىٰ بعض ما يتصور من المناقشات من حيث اعتبار المالية أو الملكية في حقيقة البيع في ما علقناه علىٰ كتاب البيع، فراجع[2].

وأمّا النقص الاعتباري كتعلق حق الجناية بالعبد المبيع فقد بينا في بيع العبد الجاني سابقاً[3] عدم لزوم شيء من المحاذير المنافية لحقيقة البيع، فإنّ جهات النقص والمنافاة إمّا راجعة إلىٰ المالك وإمّا راجعه إلىٰ المملوك، والنقص المنافي للاول إمّا عدم ملك العين وإمّا عدم ملك التصرف، ولا دليل علىٰ خروجه عن ملك مولاه بمجرد الجناية وإنْ قواه صاحب المقابيس ﷺ[4]؛ نظراً إلىٰ ظواهر بعض الاخبار المعارضة لبعضها الآخر والمنافية للقواعد، كما أنّ ملك التصرف لا يزول إلّا باحد موجبات الحجر، وليس هنا شيء منها إلّا تعلق حق المجني عليه بنفس العين، وسيجيء[5] ان شاء الله تعالىٰ أنّه لا يمنع من النقل والانتقال، فلا يعقل أنْ يوجب

---

(١) التذكرة ١: ٥٤٠ سطر ٣٠.
(٢) ح ١: ١٥، تعليقة ٥.
(٣) ح ٣: ٢٧٣، تعليقة ١٩٠.
(٤) مقابس الانوار ١٨٢ سطر ١٨.
(٥) نفس التعليقة.

قصوراً في سلطان المالك.

وأمّا جهات النقص في المبيع فتارة خروجه عن المالية، وأُخرىٰ خروجه عن الملكية، وثالثة كون بذل المال بازائه سفهاً، ورابعة تعلق حق مانع عن النقل.

أمّا خروجه عن المالية بمجرد استحقاق القصاص أو استحقاق الاسترقاق أو استحقاق قيمته فقد مرّ أنّ الحكم باعدام ذات المَال ليس هدراً لماليته بوجه ولا سلباً لاحترامه إلّا المجني عليه، ولذا يكون بالاضافة إلىٰ غيره كسائر الاعيان المحترمة.

وأمّا خروجه عن الملكية بنفس تجويز القصاص أو الترخيص في الاسترقاق فأوضح، أمّا الاول فلأنّ المجني عليه لا يملك الجاني، ولا يتوقف القصاص عليه؛ فضلاً عن حكمه، وأمّا الثاني فإنّ التملك مزيل للملكية ولا يعقل أنْ يكون تجويز التملك مزيلاً للملكية وإلّا لزم الخلف.

وأمّا كون بذل المال بازائه سفهاً ففيه: أنّه مع كونه مما يتمول في حد ذاته وقابلاً للتملك في نفسه فبذل المال بازاء المحكوم بالقصاص أو الاسترقاق مع رجاء العفو أو التفدية بشيء يسير لا يكون الاقدام علىٰ ابتياعه سفهياً.

وأمّا مانعية حق القصاص أو استحقاق الاسترقاق فمدفوعة: بأنّ مجرد تعلق الحق غير مانع، بل المانع هو الحق الذي لايجامع نفوذ البيع شرعاً أو عقلاً، وحيث إنّ حق القصاص أو الاسترقاق يتبع العين أياً ما كان فلا يزول بنفوذ البيع حتىٰ يمنع ثبوته عن نفوذه، فالبيع صحيح والحق ثابت.

وحيث عرفت صحة البيع في صورة العلم تعرف أنّه كذلك في صورة الجهل أيضاً، إلّا أنّه للمشتري حينئذ الخيار، ومقتضىٰ ورود البيع علىٰ المعيب بعيب الجناية الموجبة للقصاص أو الاسترقاق ملاحظة ما هو عيب حال العقد؛ ونسبة العبد المحكوم بكذا وكذا والغير المحكوم به؛ فما به يتفاوت العبد الذي هو في معرض القصاص أو الاسترقاق هو الارش، وهو لايوجب استيعاب القيمة، وإنّما الموجب هو العبد المقتص منه أو المسترق.

ثالثها: أنّه لو تعقب العقد المفروض صحته قصاص أو استرقاق فهل يبطل من اصله لكونه مراعىٰ، أو ينفسخ من حينه، أو يوجب الخيار؟

والكل مورد الاشكال:

أما كونه مراعىٰ بعدم القصاص أو بعدم الاسترقاق فهو مبني علىٰ منافاة الصحة الفعلية لبقاء حق القصاص أو الاسترقاق، ولذا قيل بأنّ صحة البيع في ما يوجب القصاص ـ أي الجناية العمدية ـ موقوفة علىٰ اجازة المجني عليه أو وليه، مع أنّك عرفت[1] أنّه لا يمتنع اعمال أحد الحقين من القصاص أو الاسترقاق مع فرض صحة البيع، بل يسري الحق مع سريان الجاني في ملك كل واحد إلىٰ آخر، وليس للمجني عليه إلّا حق القصاص أو الاسترقاق الذين لا يختصان بمالكية أحد، فلا معنىٰ للتوقف علىٰ اجازة المجني عليه، نعم له اسقاط حق القصاص أو الاسترقاق.

وأمّا انفساخ العقد باحد الامرين من القصاص أو الاسترقاق فهو علىٰ خلاف القواعد، لأنّ المفروض أنّ التلف بعد القبض وفي غير زمان الخيار، ولا موجب له إلّا أحد الامرين، وإمّا الخيار مع فرض جهل المشتري؛ فمع كون المعرضية عيباً موجباً للخيار فالقتل عيب حادث في ملك المشتري لا يوجب خياراً إلّا بدعوىٰ أنّ العيب السابق بالاضافة إلىٰ اللاحق كما بالقوة بالاضافة إلىٰ ما بالفعل فهو ليس عيباً آخر، ولا زيادة العيب بل بابه باب تحقق ما يترقب تحققه.

ومما ذكرنا تبين: أنّه ليس في هذه الموارد مورد يكون أرشه مستوعباً لقيمته؛ بمعنىٰ أنّ أرش الجناية وإنْ كان مستوعباً لقيمته إلّا أنّ أرش خيار المعيب أرش المعرضية، لا أرش المقتص منه أو أرش المسترق، وسيجيء[2] إن شاء الله تعالىٰ بقية الكلام.

رابعها: ذكر العلّامة ﷺ في جملة من كتبه أنّ المشتري اذا كان جاهلاً فله الفسخ أو الارش، ثم قال ـ كما حكاه في المتن ـ ما نصه: (فإنْ استوعبت الجناية القيمة فالارش

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) نفس التعليقة.

ثمنه أيضاً وإلّا فقدر الارش ...الخ)[١].

ومحتملات العبارة ثلاثة:

أحدها: ما هو الظاهر وعليه جلّ الناظرين في كلامه، وهو أرش خيار العيب واستيفاؤه لتمام ما يوازي ثمنه كما يشهد له تفريعة[٢] علىٰ رجوع الجاهل؛ ووقوعه بين قوله ﷺ «فيرجع» وقوله «ولا يرجع لو كان عالماً» وحينئذ فالمراد من ثمنه ما يوازي الثمن لا عينه.

ثانيها: ما حكي عن بعض المشايخ في شرحه للقواعد من الرجوع إلىٰ عين الثمن بتمامه انفساخاً لا أرشاً، فيكون البيع باطلاً عنده، إلّا أنّه لا يناسب عنوان الارش؛ فإنّ الارش لايصدق إلّا علىٰ أرش الجناية الذي يستحقه المجني عليه، أو أرش خيار العيب الذي يستحقه المشتري.

ثالثها: ما استظهره جامع المقاصد من أنّ العبارة متعرضة لحال المشتري الجاهل مع المجني عليه، فإنّه بعد اجازة المجني عليه للبيع لا يستحق إلّا قيمة العبد، قال: (فهذا الارش إنْ كان من البائع فقد سبق ذكره في قوله ويضمن أقل الامرين، وإنْ كان من المشتري فسيأتي في قوله وله أن يفديه كالمالك؛ فيكون مستدركاً.

ويمكن الجواب: بأنّ هذا بيان لحكم ما اذاكان المشتري جاهلاً ورضي بالارش من البائع؛ فإنّه إنْ طلب المجني عليه وكان مستوعباً لم يلزم المشتري سوىٰ القيمة، ولو اقتص منه ذهب علىٰ المشتري ولم يذكره هنا لظهوره)[٣] انتهىٰ.

والعجب أنّه لم يحتمل رجوع الجاهل إلىٰ البائع بالارش الموازي للثمن بتمامه تارة وبمقدار منه أُخرىٰ كما هو الظاهر، ولعله لم يذكره احتمالاً لعدم تعقل الارش المستوعب في خيار العيب، أو لعدم تحققه حيث إنّ العيب الذي ورد عليه العقد كونه معرضاً لاخذ قيمته، لا المأخوذ قيمته والاسترقاق ونحوه أمر حادث في ملك المشتري، ولذا ذكر في آخر كلامه أنّه لو اقتص منه ذهب علىٰ المشتري فلا مورد

---

(١) التذكرة ١: ٥٤٠ سطر ٢٩، قواعد الاحكام ١: ١٤٦ سطر ٢٤.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الأصل (تعريفه). (٣) جامع المقاصد ٤: ٣٤٥.

للارش المستوعب حينئذٍ لا قبل وقوع أحد الامور المزبورة ولا بعده، إلّا أنّ كلمات العلّامة في سائر كتبه غير قابلة لما احتمله، بل استظهره جامع المقاصد.

ويمكن أنْ يقال: إنّ بيع الجاني اذا كان خطأ التزام من البائع بالدية؛ حيث إنّ الخيار له من حيث دفعه إلىٰ المجني عليه ليسترقه والالتزام بقيمته، فبيعه اختيار منه للدية، ومع ضمانه للدية لا ضرر علىٰ المشتري حتىٰ يرجع إلىٰ البائع بشيء.

واذا كانت الجناية عمدية فالخيار للمجني عليه أو وليه فاجازته للبيع التزام منه بقبول الدية، وحينئذ فإنْ رجع المجني عليه علىٰ المشتري بالدية فللمشتري الجاهل الرجوع بها علىٰ البائع، إلّا أنّها أرش الجناية لا أرش خيار العيب، فلا ربط له بالارش المستوعب.

مضافاً إلىٰ ما ذكره العلّامة ﷺ قبل هذه العبارة تفريعاً علىٰ اجازة المجني عليه بقوله ﷺ (ويضمن الاقل من الارش والقيمة لا الثمن معها ـ أي مع الاجازة ـ، واذا كان ضمان البائع مانعاً عن خيار المشتري في الخطأ فكذا في العمد)[1] فيعلم منه أنّ الخيار المذكور بعده لاينافي ضمان البائع للدية، فيصح حينئذ أنْ ينسب اليه الارش المستوعب ولو لم يرجع المجني عليه إلىٰ المشتري؛ بدعوىٰ أنّ الجناية الموجبة للدية المستوعبة للقيمة عيب مستوعب، وأرشه تمام ما يوازي ثمنه، سواء رجع المجني عليه إلىٰ البائع أوإلىٰ المشتري، فإنّ الرجوع بما أدىٰ رجوع بأرش الجناية، بل لو أداه بلا اجازة من البائع كان كقضاء الدين بلا اذن المديون.

وأمّا الفرق بين الخطاء والعمد فهو أنّ الاختيار في الاول بيد البائع فيصح أنْ يجعل البيع اختياراً لأحد الامرين؛ فيتعين عليه الفداء، وأمّا الثاني فالاختيار فيه بيد المجني عليه أو وليه، واجازته انفاذ للبيع ورضا بالمال، وهذا غير موجب لضمان البائع.

وقوله: (ويضمن ...الخ) معناه أنّه لا يجب عليه عند الرجوع اليه إلّا أقل الامرين دون ثمن المبيع، فللمجني عليه من حيث تعلق حقه بعين الرقبة الرجوع إلىٰ كل من

---

(١) القواعد ١: ١٤٦ سطر ٢٣.

اختار من البائع والمشتري، غاية الامر أنّ المشتري لا رجوع له إلىٰ البائع من هذه الجهة إلّا مع اذنه، وأمّا الرجوع بارش العيب فهو له ثابت سواء رجع المجني عليه اليه أو لا، هذه غاية ما يمكن أنْ يوجه به كلامه (رفع مقامه).

كيفية التقويم

٤٧ ـ قوله ﷺ: (وهذا داخل في الشهادة يعتبر فيها ...الخ)[١].

لاريب في انحصار القضية في الخبرية والانشائية، إلّا أنّ الخبرية علىٰ صنفين، فصنف منها يتصف بالشهادة، وصنف آخر يتمحض في كونه خبراً، والوجوه التي ذكرت للفرق بين الخبر والشهادة كثيرة:

أحدها: ما حكي عن الشهيد ﷺ في قواعده[٢] من أنّ المخبر به إنْ كان عاماً لا يختص بمعين فهو خبر ورواية، وإنْ كان مختصاً بمعين فهو شهادة.

وأورد عليه: بأنّ الخبر عن خصوص قول المعصوم ﷺ أو فعله أو تقريره رواية قطعاً، مع أنّ لازم الفرق بالتعميم والتخصيص خروجه عن الرواية واندراجه في الشهادة، وسيجيء[٣] إنْ شاء الله تعالىٰ ما فيه.

ثانيها: أنّ الاخبار يتكفل الالزام بحقه تعالىٰ، والشهادة خبر بتكفل الالزام بحق الغير.

ورد: بأنّ الخبر عن شرب الخمر لا يترتب عليه إلّا حقه تعالىٰ من الحد المعين، ولا تعلق له بحق الناس مع أنّه شهادة، وكذا في الاخبار برؤية الهلال وكون الجبن فيه الميتة وغيرهما مع اطلاق الشهادة بحسب النصوص والكلمات عليه، وليس في شيء من تلك الموارد حق الناس.

ثالثها: ما قيل من أنّ كل ما يشترط فيه التعدد فهو شهادة، وإلّا فهو خبر.

ورد: بأنّه التزام بعدم الفرق بينهما واقعاً، بل بمجرد التسمية، مع أنّ تحقيق الفرق إنّما هو لاعتبار التعدد فيما يكون شهادة دون ما يكون خبراً، وعدم ترتبه هنا واضح؛

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ٢. (٢) القواعد والفوائد ١: ٢٤٧، قاعدة ٨٢، فائدة ١.

(٣) في نفس التعليقة، عند قوله (ولعله اليه يؤول..).

لتفرع التسمية علىٰ اعتبار التعدد.

رابعها: ما عن صاحب الجواهر[١] من الرجوع إلىٰ العرف، فبعض الموارد يعد عرفاً شهادة وبعضها يعد خبراً.

ورد: بأنّه لا شبهة في تميز مفهوم الشهادة عن مفهوم الخبر، فلا اجمال في مفهومه حتىٰ يرجع إلىٰ العرف، وسيأتي[٢] إن شاء الله تعالىٰ ما يتعلق به.

خامسها: ما نسب إلىٰ شيخنا العلّامة الانصاري في بحث القضاء أنَّ ما كان مسبوقاً بسؤال تحقيقاً أو تقديراً فهي شهادة، وأنّ ما كان ابتدائياً من دون توقع وانتظار فهو خبر.

ورد: بأنّ الخبر عن المعصوم عليه السلام رواية علىٰ أي تقدير سواء صدر بعد السؤال أم لا.

سادسها: ما عن بعض الاجلّة من أنّه كل ما كان الغرض منه محض فائدة الاعلام بالوقوع والحصول في الخارج من دون التفات إلىٰ فائدة أُخرىٰ فهو خبر، وما كان الغرض منه التوسل إلىٰ تمكن الغير من ترتيب فائدة أُخرىٰ فهو شهادة.

ويرد عليه: أنّ المراد من تمكن الغير من ترتيب الفائدة ما يعم ترتيب الاثر الشرعي فهو شامل للخبر والرواية قطعاً، وما لا أثر له شرعاً خارج عن الخبر المبحوث عنه.

سابعها: ما يمكن أن يقال، ولعله أوجه الوجوه والاقوال: وهو أنّ ما يحكي عن الحكم الشرعي والموضوع الكلي فهو خبر ورواية، وما يحكي عن التطبيق فهو شهادة، مثلاً ما يحكي عن أنّ الكر لا ينجسه شيء، وما يحكي عن أنّ الكر ثلاثة أشبار ونصف في ثلاثة أشبار ونصف فهو خبر ورواية، وما يحكي عن أنّ هذا الماء كر ينطبق عليه المذكور آنفا فهو شهادة، وكذا ما يحكي عن وجوب الصوم بدخول شهر رمضان، وأنّ الدخول باهلال الهلال فهو خبر ورواية، وما يحكي عن تحقق الهلال المرتب عليه الحكم فهو شهادة، وهكذا في غيره من الموارد.

ولعله اليه يؤول كلام الشهيد رحمه الله في قواعده من العموم والخصوص، والمراد من كلية المخبر به حكماً أو موضوعاً كلية مقول القول، فاخبار زرارة عن قول الامام عليه السلام

---

(١) جواهر الكلام ٤٠: ١٠٧، ٤١: ٧.

(٢) في نفس التعليقة، عند قوله (وعلىٰ هذا فلا فرق...).

شخصاً ليست خبريته باعتبار تضمنه لشخص القول، بل باعتبار تضمنه للحكم علىٰ لسان الامام عليه السلام، فاندفع ما تقدم ايراده علىٰ كلام الشهيد رحمه الله.

ويمكن أنْ يقال: بسقوط هذا النزاع؛ فإنّ الشهادة لها معنىً عام لغةً وعرفاً وهو متحقق في تمام موارد الخبر من غير فرق بين تعلقه بأمر عام أو خاص أو مورد الحق وغيره، فالاخبار بعنوان اظهار العقيدة والجزم بشيء شهادة، وبما هو حكاية عن أمر واقعي خبر، فلذا تصدق الشهادة في مورد اظهار الاعتقاد بالمبدأ وبصفاته وكتبه ورسله وبما جاء به النبي صلى الله عليه وآله وهكذا، ولها معنىٰ خاص عند الفقهاء بحسب اصطلاحهم عليه وهو الاخبار الجازم عن حق لازم للغير من غير الحاكم، ولعله من الاصطلاح علىٰ بعض مصاديق المعنىٰ العام.

وعلىٰ هذا فلا فرق بحسب المعنىٰ العام بين افراد الخبر إلّا بالاعتبار، وبحسب المعنىٰ الخاص المصطلح عليه لا معنىٰ للنزاع في أنّ الحكاية الكذائية خبر أو شهادة مع عدم تضمنها لحق الغير، كما لا معنىٰ له مع تضمنها لحق الغير، وليس مع قطع النظر عن المعنىٰ العرفي العام والمعنىٰ الخاص المصطلح عليه معنىٰ عرفي آخر؛ حتىٰ يرجع فيه إلىٰ العرف كما عن صاحب الجواهر رحمه الله.

وعلىٰ هذا ينبغي تحقيق أنّ الخبر كلية يشترط في وجوب العمل به التعدد إلّا ما خرج، أو بالعكس فلا يشترط التعدد إلّا في موارد خاصة، أو لا كلية في أحد الطرفين.

أمّا الدليل علىٰ التعدد كلية إلّا ما خرج فليس إلّا ما يستفاد من الموارد المتفرقة، مثل قوله عليه السلام في ذيل رواية مسعدة بن صدقة في الشبهات الموضوعية (والاشياء كلها علىٰ ذلك حتىٰ يستبين أو تقوم به البينة)[1] وقوله عليه السلام في ما ورد في الخبر (حتىٰ يجيئك شاهدان علىٰ أنّ فيه الميتة)[2] وقوله عليه السلام في باب ثبوت الهلال (لا أُجيز إلّا شهادة رجلين عدلين)[3] فيعلم من ذلك كله أنّ الخبر عن الموضوعات وإنْ لم يتضمن حقاً للغير يعتبر فيه التعدد.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب ما يكتسب به، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦١ من ابواب الاطعمة المباحة، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب احكام شهر رمضان، ح ١.

وأمّا الدليل علىٰ القبول مطلقاً فمنه آية النبأ، وموردها الموضوع، ومنه بناء العقلاء وهو العمدة في حجية الخبر فإنّه لا فرق عندهم بين الحكم والموضوع مطلقاً، وأمّا الاجماع المدعىٰ علىٰ اعتبار التعدد في الشهادة فلا يجدي شيئاً اذا أُريد منها الشهادة المصطلح عليها، فإنّ موارد الحقوق كلها منصوصة، والإجماع متصيد من النصوص، واذا أُريد ما يصدق عليه الشهادة بمعناها العام فهو غير صحيح قطعاً، ولا ثالث علىٰ مامرّ.

والحق: أنّ العمدة في الباب بناء العقلاء، وهو علىٰ قسمين:

أحدهما: بناء العقلاء علىٰ اتباع خبر الثقة.

وثانيهما: بناؤهم علىٰ الرجوع إلىٰ اهل الخبرة فيما يحتاج إلىٰ اعمال الرأي والنظر، وهو المدرك الصحيح للرجوع إلىٰ المفتي، والكلية المتقدمة المستفادة من الموارد المتفرقة لا تعم الرجوع إلىٰ اهل الخبرة، فالبناء الاول وإنْ كان مما ردع عنه الشرع بتلك الاخبار، إلّا أنّ البناء الثاني لا رادع عنه، ومسألة التقويم من الثاني لا مجرد الخبر عن القيمة السوقية مع عدم كون المخبر من أهل الخبرة، فإنّه ليس الرجوع اليه رجوعاً إلىٰ المقوّم عرفاً، بل رجوع إلىٰ الشاهد علىٰ القيمة السوقية.

٤٨ ـ قوله ﷺ: (ويحتمل ضعيفاً الاخذ بالاكثر ...الخ)[١].

قد تقدم ماهو مقتضىٰ الاصل في نظائر المقام، وأنّ الارش من الحقوق، وأنّه بعد ثبوت اصل الحق لا قطع بسقوطه إلّا باداء أكثر الامرين، وقد تقدم جوابه أيضاً من أنّ استحقاق التغريم بالزائد مشكوك وعدمه مطابق للاصل لا وجوده، فراجع[٢].

تعارض المقومين

٤٩ ـ قوله ﷺ: (من وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان ...الخ)[٣].

لايخفىٰ أنّ الامكان الموجب للجمع ليس الامكان الذاتي، ولا الامكان الوقوعي،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ١١.
(٢) تعليقة ٢٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ١٤.

ولا الامكان الاحتمالي، بل الامكان القياسي، أي بالقياس إلىٰ قواعد المحاورة يمكن الجمع بينهما، بأنْ يكون أحدهما مثلاً قرينة علىٰ التصرف في الآخر، ومثله إنّما يعقل في ما اذا كان الكلامان من واحد أو ممن هو بمنزلة الواحد، وأمّا البينتان فلا معنىٰ لأنْ تكون احداهما قرينة علىٰ التصرف في الأُخرىٰ مع فرض الاثنينية حقيقة ومعلومية مراد كل منهما جداً.

وحينئذ نقول: الامارتان المتعارضتان إنْ كانتا حجة علىٰ وجه الطريقية فالاصل فيهما علىٰ المعروف هو التساقط والرجوع إلىٰ غيرهما من اصل أو قاعدة، ومسألة حجية احداهما بلا عنوان نظراً إلىٰ وجود المقتضي في كل منهما؛ وتساوي المانع بالاضافة إلىٰ المقتضيين؛ حيث إنّ المقتضي احتمال الاصابة شخصاً وغلبتها فيه نوعاً، والمانع هو العلم الاجمالي بكذب أحدهما بلا تعين في مرتبة العلم مما تعرضنا لدفعها في الاصول[1]، فالاصل كما مرّ هو التساقط، فلا حجة في البين حتىٰ يصدق في نصف مدلولها، نعم التصنيف من حيث الجمع بين الحقين لا الجمع بين الحجتين أمر آخر لا ينافي الطريقية.

وإنْ كانتا حجة علىٰ وجه الموضوعية والسببية فلا تساقط، بل في باب التكاليف يحكم بالتخيير؛ وذلك لأنّ المفروض كون المورد في كل منهما ذا مصلحة لزومية، وحيث إنّها استيفائية بايجاد محصلها ولا يمكن استيفاؤهما معاً فلا محالة يتخير المكلف في استيفاء احداهما.

وأمّا باب الحقوق والوضعيات فالمصلحة الحاصلة بقيام الحجة ليست استيفائية؛ حتىٰ يتصور التخيير، بل تحدث بسبب قيام الحجة علىٰ ملكية العين لزيد مثلاً مصلحة مقتضية لاعتبار الملكية، وحيث إنّ العين الواحدة غير قابلة لاعتبار الملكية لزيد ولعمرو بالاستقلال فلا يعقل تأثير السببين معاً، والتأثير في احدهما المعين ترجيح بلا مرجح، والتأثير في الملكية لاحدهما المردد ـ مع أنّه خلاف مقتضي كل من الحجتين ـ غير معقول؛ لاستحالة تعلق كل صفة حقيقية أو اعتبارية بالمردد بما

---

(١) نهاية الدراية ٦: ٢٨٥.

هو مردد؛ حيث لا ثبوت للمردد لا ذاتاً ولا وجوداً ولا ماهيةً ولا هويةً، بخلاف اعتبار ملكية نصف العين لزيد ونصفها لعمرو فإنّه معقول، فتأثير السببين في ملكية التمام استقلالاً غير معقول، وتأثير كل منهما في نصف مدلوله معقول؛ لعدم المزاحمة، فلابد من الأخذ به؛ بداهة استحالة عدم تأثير السببين في مالا تزاحم بينهما، هذه غاية ما يتصور في تأثير الحجتين في نصف مدلولهما.

والتحقيق: أنّ اعمال السببين في النصف إنّما يعقل اذا كان كل ما هو ملك بالاستقلال لاحد كانت كسوره الاشاعية أيضاً ملكاً اشاعياً له، مع أنّه ليس لمالك الدار بتمامها إلّا الملك الاستقلالي لتمامها المنحل إلىٰ ملك كل جزء جزء من اجزائها العينية المتعينة خارجاً، نعم كسوره الاشاعية كسور ملكه الاستقلالي، لا أنّها ملك اشاعي له مع فرض عدم شريك له في الملك، وجواز بيع النصف المعين والمشاع من آثار السلطنة المطلقة علىٰ العين المملوكة له، لا من آثار ملك العين استقلالاً واشاعةً معاً.

اذا عرفت هذا تعرف: أنّ مدلول احدىٰ البينتين أنّ العين بتمامها وباجزائها ملك استقلالي لزيد، ومدلول الأُخرىٰ أنها بتمامها وبأجزائها المعينة ملك استقلالي لعمرو، فكما أنّ السببين متزاحمان في اعتبار ملكية التمام لهما كذلك متزاحمان في اعتبار ملكية كل جزء جزء لهما، فما هو مدلول البينة ويترقب منها التأثير فيه مورد المزاحمة، وما لا يكون مورد التزاحم وهما النصفان علىٰ الاشاعة فهو خارج عن مدلول البينة؛ فلا يترقب تأثيرها فيه ليقال إنّ السببين غير متزاحمين فيه، فلابد من الالتزام بتأثيرهما، هذا كله في التنصيف من حيث العمل بالبينتين واعمال السببين.

وأمّا التنصيف من حيث رعاية الحقين فنقول: حيث إنّ العين الواحدة التي هي مورد التداعي غير خارجة عن الطرفين، إمّا للعلم الاجمالي أو لدلالة البينتين بمدلولهما الالتزامي علىٰ نفي الثالث، فلابد من ايصالها إلىٰ مستحقها الواقعي مادام الامكان، وحيث لا يمكن ايصالها بتمامها إلىٰ مستحقها الواقعي وامكن ايصال نصفها فيجب؛ فإنّ المستحق لها إنْ كان زيداً فقد وصل اليه نصف ما يستحقه، وإنْ كان

عمروا فقد وصل اليه نصف حقه، ولا يسوغ عند العقل اهمال الحق رأساً بمجرد عدم امكان ايصاله بتمامه.

ثم إنّ هذا البيان إنّما يتم في مثل التداعي بالنسبة إلىٰ عين واحدة، وأمّا فيما نحن فيه الدائر امره في الزائد عما اتفق عليه المقومان بين الاستحقاق وعدم الاستحقاق، لا استحقاق المشتري واستحقاق البائع فلا مجال للتنصيف من باب الجمع بين الحقين لعدم الموضوع كما عرفت.

نعم بناءً علىٰ سببية البينة ينبغي القول بسببية بينة الاكثر، فإنّ مدلول بينة الاقل وإنْ كان نفي الزائد إلّا أنّه لا معنىٰ لسببية بينة الأقل لاعتبار عدم ملكية الزائد، وعدم اعتبار ملكية شيء بعدم السبب لا بسبب العدم، فإنّ العدم لا شيء حتىٰ يتوقف علىٰ سبب، وعدم القبول بتقديم بينة الاكثر مع أنّها سبب لا مزاحم له في التأثير لعله من جهة عدم القول بالسببية، فتدبر جيداً.

ثم إنّ هنا وجهاً آخر للسببية ـ ولعل كلام المصنف العلّامة ﷺ وغيره من الاعلام (رحمهم الله) مبنيّ عليه ـ وهو أنّ قيام البينة ليس سبباً لاعتبار الملكية والحقية حتىٰ يرد المحذور المتقدم، بل سبب لوجوب ترتيب أثر الملك والحق عملاً، ففي مورد البينتين معاً مصلحة مقتضية لترتيب الاثر، وتأثير المقتضيين معاً محال؛ لعدم امكان ترتيب الاثر علىٰ ملكية العين بتمامها لكل منهما، فيجب إمّا طرح المقتضيين معاً، وهو مع امكان التأثير في الجملة بلا موجب، أو طرح أحدهما رأساً واعمال الآخر وهو بلا مرجح، أو التخيير وهو في حقوق الناس باطل، فإنّ معناه التخيير بين اداء الحق إلىٰ مستحقه والىٰ غير مستحقه، بخلاف الالتزام بترتيب الاثر علىٰ كل منهما بمقدار متساوي النسبة إلىٰ البينتين وهو التنصيف، ومدلول كل منهما وإنْ كان ترتيب الاثر علىٰ ملكية كل جزء حزء من اجزاء العين الواحدة ووجود المقتضي في الاجزاء المعينة، إلّا أنّ التخيير بين اداء هذا النصف المعين إلىٰ زيد والآخر إلىٰ عمرو أو العكس بحكم العقل فيكون التخيير في النصف كالتخيير في الكل بناءً علىٰ جوازه.

ومنه تبيّن أنّ العمل بالبينتين في باب التقويم بالتنصيف أيضاً لا مانع منه، اذ

مقتضىٰ بينة الاكثر جواز مطالبة الزائد، ومقتضىٰ بينة الاقل النافية للزائد حرمة مطالبته، فيمكن ترتيب الاثر في الزائد بتجويز مطالبة نصفه وتحريم مطالبة نصفه، والله أعلم.

٥٠ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّ قاعدة الجمع حاكمة ...الخ)[١].

لايخفىٰ أنّ البينتين اذاكانتا حجة علىٰ الطريقية وتساقطتا فلا جمع، فيبقىٰ مجال للقرعة لتشخيص الواقع المردد، إمّا حقيقة أو بدلالة البينتين التزاماً علىٰ نفي الثالث، واذا كانتا حجة علىٰ الموضوعية وقلنا باقتضائها التنصيف إمّا حقيقة أو عملاً فلا مجال للقرعة، لتعين كل نصف لشخص خاص شرعاً فعلاً، وإنْ كانت البينة علىٰ خلاف الواقع فلا أثر شرعاً فعلاً للواقع المردد حتىٰ يعين بالقرعة.

وإنْ قلنا بالتنصيف من أجل الجمع بين الحقين لا بين الدليلين فلا مجال إلّا للقرعة، اذ التنصيف مبني علىٰ عدم امكان ايصال الحق بتمامه إلىٰ مستحقه، ومع امكان تعيين المستحق الواقعي بالقرعة لا مورد للتنصيف.

وأمّا توهم اعمال القرعة في تعيين احدىٰ البينتين فباطل علىٰ أي تقدير، اذ علىٰ تقدير الطريقية فهما متساقطتان، لا شيء حتىٰ يعين، وعلىٰ تقدير السببية فكلتاهما يؤثران بالمقدار الممكن؛ ولم يشتبه السبب بغير السبب حتىٰ يتعين السبب من غيره بالقرعة، نعم بناءً علىٰ الطريقية وسقوط احدهما بلا عنوان وبقاء أحدهما بلا عنوان فإنْ قلنا بأنّ القرعة لكل أمر مشتبه فلا مجال للقرعة، اذ لا تعين للحجة واقعاً ليدخل تحت عنوان الاشتباه، وإنْ قلنا بأنّ القرعة لكل أمر مشكل ـ كما في الخبر المرسل[٢] ـ فالاشكال أعم من الاشتباه والابهام، فالقرعة معينة للمبهم لا كاشفة عن المجهول، فتدبر جيداً.

٥١ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّ المعروف في الجمع بين البينات ...الخ)[٣].

توضيح المقام برسم أُمور:

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ٣٠.

(٢) غوالي اللآلئ ٢: ١١٢ رواية ٣٠٨.

(٣) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ٣٢.

منها: أنّ مورد الكلام ما اذا تعارض المقومان، وهذا إنّما يكون اذا كان ما به التفاوت علىٰ قول احدهما ثلثاً وعلىٰ قول الآخر ربعاً مثلاً، وأمّا اذا كان ما به التفاوت ثلثاً علىٰ أي تقدير وإنْ اختلفا في قيمتي الصحيح والمعيب فهو خارج عن مورد البحث، حيث لا تعارض لمكان اتحاد النتيجة بالنسبة إلىٰ المسمىٰ وهو استحقاق ثلث الثمن.

ومن البين أنّ المثال الاول الذي ذكره المصنفﷺ وهو ما اذا كان احدىٰ قيمتي الصحيح اثني عشر والأُخرىٰ ستة، واحدىٰ قيمتي المعيب اربعة والأُخرىٰ اثنان خارج عن مورد التعارض، لأنّ التفاوت علىٰ كلا التقويمين بالثلثين كما صرحﷺ به، وكذا المثال الآتي في كلامهﷺ تحت عنوان قولهﷺ(وإنْ اختلفا في الصحيح والمعيب فإنْ اتحدت النسبة ...إلىٰ آخره) حيث جعل مثاله ما اذا قوّم الصحيح باثني عشر والمعيب بستة، وقوّم الصحيح أيضاً بستة والمعيب بثلاثة فإنّ النسبة علىٰ أي حال بالنصف فلا تعارض في نتيجة التقويم، وهو ملاحظة النسبة بالاضافة إلىٰ المسمىٰ.

نعم هذان المثالان إنّما يعدان من التعارض اذا قلنا باستحقاق ما به التفاوت من حيث القيمة الواقعية لا من حيث المسمىٰ، فإنّ مصداق الثلثين في المثال الاول ومصداق النصف في المثال الثاني علىٰ احد التقويمين يختلف مع مصداقهما علىٰ التقويم الآخر، إلّا أنّه لا يقول به المصنفﷺ، بل ذكر سابقاً[1] أنّه لا اشكال ولا خلاف في ذلك، وإنْ كان يوهمه ظاهر النصوص وكلمات بعض القدماء، بل في الجواهر (فما عن بعض الجمهور من أنّ الارش نقص قيمة المعيب من الاغلاط)[2].

والعجب أنّ هذين المثالين مذكوران في الجواهر[3] في آخر الصورة الاولىٰ من الصور الثلاث التي ذكرها في مقام بيان اتحاد طريقتي المشهور والشهيدﷺ، مع أنّهما خارجان عن مقسم تعارض المقومين، ولعل المصنفﷺ أخذ منهﷺ غفلة عن

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٣ سطر ٣٢.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢٨٩.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٢٩٢.

خروجه عن مورد التعارض رأساً، والله أعلم.

منها: أنّ طريقة المشهور في التنصيف علىٰ ملاحظة قيمتي الصحيح وقيمتي المعيب وتنصيف كل من القيمتين، فقيمة الصحيح نصف مجموع قيمتي الصحيح، وكذا قيمة المعيب نصف قيمتي المعيب، وهو المراد بالقيمة المنتزعة من القيمتين؛ فتلاحظ نسبة القيمة المنتزعة للمعيب إلىٰ القيمة المنتزعة للصحيح، فإنْ كان التفاوت بينهما بالربع مثلاً أخذ من الثمن المسمىٰ ربعه وهكذا.

وأسهل من ذلك ملاحظة مجموع قيمتي الصحيح ومجموع قيمتي المعيب وملاحظة نسبة المجموع إلىٰ المجموع؛ والاخذ من الثمن بتلك النسبة، فإنّ النسبة بين المجموعين هي النسبة بين نصفيهما.

ونسب إلىٰ الشهيدﷺ طريق آخر للتنصيف؛ وهو ملاحظة قيمة المعيب إلىٰ صحيحه في كل من التقويميين، واخذ الكسر الحاصل من نسبة كل معيب إلىٰ صحيحه، وتنصيف الكسرين.

فالمشهور علىٰ الكسر بين القيمتين المنتزعتين، والشهيد علىٰ نصف مجموع الكسرين، والمراد من اتحاد الطريقين مطابقة نصف الكسرين لكسر مجموع القيمتين المنتزعتين، والمراد من عدمه عدمها، وصريح المصنفﷺ ـ كظاهر غيره ـ هي المطابقة الدائمية بين الطريقين فيما اذا اتحدت قيمة الصحيح واختلفت قيمة المعيب، وعدم المطابقة دائماً فيما اذا اختلفت قيمة الصحيح واتحدت قيمة المعيب، والوجه في ذلك أنّ الصحيح اذا كانت قيمته واحدة انتزاعاً كما عليه المشهور، فلا محالة يكون نسبة الكسر المضاف اليها سارية في نصفيها، فكسر مجموع قيمتي النصفين نصفه كسر نصف القيمة المنتزعة، وهكذا اذا كانت قيمة الصحيح واحدة حقيقة؛ فإنّ الكسر وإنْ كان مختلفاً باختلاف قيمة المعيب؛ إلّا أنّ الكسرين متساوي النسبة إلىٰ كل نصف من الصحيح، لفرض تساوي النصفين في القيمة، فمجموع الكسرين قهراً هو كسر مجموع النصفين، فلا فرق بين ملاحظة قيمتي الصحيح والمعيب وملاحظة الكسر الواحد، وبين ملاحظة الكسرين

واضافتهما إلىٰ الواحد.

بخلاف ما اذا اختلفت قيمتا الصحيح واتحدت قيمة المعيب فإنّ كسر كل نصف من الصحيح غير متساوي النسبة؛ لفرض اختلاف قيمة كل نصف، فلا يعقل أنْ يكون مجموع الكسرين كسر المجموع المركب من نصفين غير متساويين.

ومنه يظهر حال ما اذا اختلفت قيمتا الصحيح وقيمتا المعيب لفقد الوحدة الانتزاعية الموجبة للحاظ كسر واحد، وفقد الوحدة الحقيقة الموجبة لاضافة الكسرين إلىٰ الواحد، وأمّا ما في آخر كلامه ﷺ من اتحاد النسبة تارة واختلافها[1] اخرىٰ فقد مرّ ما فيه لخروج صورة اتحاد النسبة عن محل البحث.

ومنها: هل الصحيح طريقة المشهور أو طريق الشهيد ﷺ؟ فنقول:

أمّا اذا كان التنصيف من اجل الجمع بين الحقين فلا مقتضي لملاحظة قيمتي الصحيح والمعيب وانتزاع قيمة متوسطة، ثم ملاحظة كسر تلك القيمة المنتزعة، بل الحق ابتداء دائر أمره بين النصف والربع فلابد من تنصيفهما، وأمّا اذا كان التنصيف من اجل تصديق كل بينة في نصف مدلولها فإنْ قامت البينة ابتداء علىٰ نفس ما به التفاوت من دون تعرض لقيمتي الصحيح والمعيب، بل ربما لا يعلمان بالقيمة الواقعية فلا موجب أيضاً للقيمة الانتزاعية، بل لابد من تنصيف ما به التفاوت ابتداءً، فإنّه مدلول البينة.

وإنْ قامت البينة علىٰ القيمة صحيحاً ومعيباً فلكل من البينتين مدلولان مطابقي والتزامي فيقع الكلام حينئذ في أنّه هل يجب ابتداء ملاحظة المدلول المطابقي وتنصيفه؟ فيتفرع عليه التنصيف في المدلول الالتزامي، او يجب ملاحظة المدلول الالتزامي ابتداءً وتنصيفه، واصالة المدلول المطابقي وإنْ كانت مقتضية لملاحظة وترتيب الاثر عليه، كما ربما يؤيده قوله ﷺ في اصل أخذ الارش في الجارية الموطوءة من (أنّها تقوّم وهي صحيحة وتقوم وبها الداء، ثم يرد البائع علىٰ المبتاع

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (اختلافهما).

فضل ما بين القيمتين)[١]؛ حيث يستفاد منها أنّه القاعدة في أخذ الارش من دون خصوصية للتعارض وعدمه، إلّا أنّ الظاهر الذي لاينبغي الريب فيه أنّ التقويم[٢] مقدمة لتعيين ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، فالاعتبار بالمدلول الالتزامي، والامر بالتقويم أيضاً مقدمي طريقي، بل ربما يشعر رواية أُخرىٰ بذلك؛ حيث قال عليه السلام: (يقوّم ما بين الصحة والعيب ويرد علىٰ المبتاع)[٣] فإنّ الظاهر رجوع الضمير في يرد علىٰ ما بين الصحة والعيب، وهو نفس ما به التفاوت، فتدبر.

بل التحقيق: أنّ ملاحظة المدلول المطابقي ابتداءً أيضاً لا يقتضي ما سلكه المشهور كما يستفاد مما أفاده المصنف رحمه الله، وذلك لأنّ كل بينة تشهد بأنّ قيمة الصحيح كذا وقيمة المعيب كذا، وحيث لا يمكن العمل بهما تحت[٤] العمل بنصف مدلولهما، ومقتضىٰ العمل بكل منهما في نصف مدلوله ملاحظة قيمتي نصف المبيع صحيحاً ومعيباً وملاحظة كسر هذا النصف، فاللازم الجمع بين كسري النصفين، لا الجمع بين القيمتين وانتزاع قيمة متوسطة وملاحظة كسرها.

وبالجملة: لكل بينة عمل بمدلولها مطابقةً والتزاماً، وعند التعارض لكل منهما عمل بنصف مدلولها مطابقةً والتزاماً، وهذا عين ما نسب إلىٰ الشهيد رحمه الله، فهو الوجه الوجيه في تعيين الارش عند تعارض المقومين.

* * * *

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٢، وفيه (ثم يرد البائع علىٰ المبتاع فضل ما بين الصحة والداء).

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل للتقويم.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام العيوب، ح ٤.

(٤) هكذا في الاصل، ويحتمل انها (تعين).

الشروط

الخاتمة

الشروط

٥٢ ـ قوله ﷺ: (الشرط يطلق في العرف علىٰ معنيين احدهما ...الخ)[١].

توضيح المقام برسم اُمور:

منها: أنّ الشرط علىٰ ما في كتب اللغة يطلق علىٰ معان: وهي الالزام والالتزام في البيع ونحوه، والعهدة، ومطلق الربط والتعليق، بل هو الاصل كما في القاموس[٢]، والشق، وأول الشيء ومقدمه، والظاهر من الالزام والالتزام رجوعهما إلىٰ معنىٰ واحد يختلف باختلاف المشروط له والمشروط عليه، كما أنّ الظاهر هو اللزوم الوضعي دون التكليفي، فالالزام المساوق للايجاب ليس مما يصدق عليه الشرط، بل الالزام الشرطي هو جعل الشيء لازماً للشخص لا ينفك عنه إلّا بالوفاء به، ويساوق العهدة التي عدت معنىٰ آخر للشرط.

بل يمكن أنْ يقال: إنّ الشرطية ـ وهي المبدأ ـ بمعنىٰ اللزوم، وهو تارة مجعول بجعل تشريعي كجعله في المعاملة بارتباط عمل أو نتيجة بها، وجعلهما لازماً لها، وأُخرىٰ مجعول تشريعي لا في المعاملة كجعل الصلاة لازمة للطهارة ومتقيدة بها، بحيث لاينفك وجودها عن وجودها، وثالثة غير مجعول بجعل تشريعي كشرطية الوضع والمحاذاة لاحراق النار، فليس لمثل هذا اللزوم جعل، وإنّما الجعل للملزوم أو اللازم تكويناً، وعليه فليس المعنىٰ الثاني الذي سيجيء[٣] الكلام فيه إن شاء الله

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢٠.

(٢) قاموس المحيط ٢: ٥٤٢، مادة شرط.

(٣) نفس التعليقة.

تعالىٰ معنىٰ آخر.

منها: أنّ الشرط اذا كان بمعنىٰ الالزام والالتزام هل هو مطلق أو مقيد بوقوعه في ضمن معاملة كما هو ظاهر القاموس؟.

تحقيق المقام: أنّ الشرط إنْ كان بمعنىٰ اللزوم الجامع لجميع انحاء اللزوم فالشرط ليس لزومه باعتبار جعل الشيء لازماً لنفسه؛ حتىٰ لايتوقف معناه علىٰ معاملة يرتبط بها، بل باعتبار جعل شيء لازماً لشيء كما في غير الشرط الفقهي، ونتيجته حينئذ جعل الخياطة مثلاً لازماً للبيع ونحوه، وكونها له أو عليه من لوازم مورد الجعل لا مقوم لمعنىٰ المجعول، وإنْ كان بالمعنىٰ المساوق للعهدة فلا يتوقف في نفسه علىٰ معاملة، بل لابد من استفادة الاطلاق أو التقييد من الخارج.

وما يمكن الاستناد اليه في دعوىٰ التقييد تنصيص اللغوي ـ كصاحب القاموس[1] ـ به، مضافاً إلىٰ اقتضاء المعنىٰ الجامع كون اللزوم المجعول لزوم شيء لشيء، لا اللزوم علىٰ الشخص لغيره.

فان قلت: اذا كانت الشرطية بمعنىٰ لزوم شيء لشيء فلا محالة تكون المعاملة المتضمنة لمثله تعليقية، ومقتضاها البطلان، بخلاف ما اذا كانت بمعنىٰ الالتزام بشيء، فإنّ المعاملة منوطة بالالتزام المحقق الذي لا تخلّف له، وإنْ تخلّف الملتزم به.

قلت: لا ريب في أنّ قول القائل «بعت كذا بكذا علىٰ أنْ أخيط كذا» ظاهر في ابتناء البيع علىٰ نفس فعل الخياطة، ومقتضاه البطلان، وإنّما يستفاد الالتزام من وقوع البيع وما بنىٰ عليه واقعاً موقع الالتزام، فالشرطية إنّما تطلق علىٰ الالتزام بما بنىٰ عليه العقد من حيث لزوم البيع لما التزم به، لا من حيث الالتزام به، فالالتزام مصداق للشرط بتلك الحيثية لا من حيثية ذاته، وكذا الامر اذا كان بمعنىٰ التعلق والربط ومقدم الشيء فإنّ المبني عليه البيع مصداق لتلك المعاني بحيثية ارتباط البيع به وتعليقه عليه وكونه مقدماً له؛ بحيث لا يتحقق بدونه.

---

(١) قاموس المحيط ٢: ٥٤٢، مادة شرط.

وأمّا ما يمكن الاستناد اليه في الاطلاق بعد عدم الاعتداد بقول صاحب القاموس لتفردّه به اطلاق الشرط علىٰ الالتزامات والالزامات الابتدائية كما هو مذكور في المتن، إلّا أنّها قابلة للمناقشة، أمّا مثل قوله عليه السلام: (شرط الله أوثق والولاء لمن اعتق)[١] وقوله عليه السلام (شرط الله قبل شرطكم)[٢] فمن المجاز للمشاكلة، كقوله تعالىٰ ﴿ومن اعتدىٰ عليكم فاعتدوا عليه﴾[٣]، بل ما نحن فيه أولىٰ بذلك لكمال المنافرة بين الظلم والمجازاة بالحق، وكمال الملائمة بين الالزام الابتدائي والالزام الضمني للمشاركة في حقيقة الالزام الجامع.

وأمّا قوله عليه السلام (الشرط في الحيوان ثلاثة أيام)[٤] فعن شيخنا الاستاذ قدس سره[٥] أنّه قابل للحمل علىٰ الضمنية، ولعله باعتبار أنّه الزام منه تعالىٰ في البيع وجعل حق فيه كجعل احد المتعاقدين للخيار، لكن الضمنية المدعاة هنا كون الالتزام الوضعي في ضمن البيع، وحق الخيار ليس من مقولة الالزام والالتزام الوضعي، كما أنّ الخيار في مورد البيع لا أنّه مجعول في ضمن البيع؛ لقيام الحق في مرحلة الجعل بجاعله، وقيام البيع بالبائع، وإلّا لكان كل حكم متعلق بموضوعه مصداقاً للشرط، لكونه فيه مع أنّه لا يصدق علىٰ ايجاب الصلاة عنوان الشرط.

نعم بناء علىٰ ما احتملنا من أنّ المبدأ لزوم شيء لشيء، وهو تارة مجعول بجعل الشرع، وأخرىٰ بجعل غيره امكن أنْ يقال: إنّ جعل الخيار في البيع مرجعه إلىٰ جعل الخيار لازماً له، فباعتبار لزوم الخيار للبيع يصدق عنوان الشرط علىٰ الخيار، كما أنّ البائع الملتزم بالخيار للمشتري يصدق علىٰ فعله جعل الخيار لازماً للبيع، وعلىٰ الخيار أنّه شرط في البيع عنواناً، وبه يفترق جعل الخيار في البيع وجعل الحكم لموضوعه فإنّ الشرطية باعتبار جعل لزوم شيء لشيء، لا باعتبار تعلق الحكم

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٠، ح ١٥٤١٩، (الولاء لمن اعتق وشرط الله آكد).

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦، وباب ٣٨ من ابواب المهور، ح ١.

(٣) البقرة الآية: ١٩٤.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ١، ٤، ٥، قريب منه.

(٥) حاشية الآخوند ٢٣٥.

وتقومه بموضوعه، والمراد من الضمنية ما يساوق لزوم شيء لشيء في قبال مجرد الزام شخص بشيء أو الالتزام به لغيره، وإنْ اختلفت موارده بكونها معاملة عقداً أو ايقاعاً، او جعلاً شرعياً أو عرفياً.

ومنه يتبين الجواب عن الفقرتين في الدعاء؛ فإنّ الضمنية محفوظة بكون العهد مع الله في ضمن التوبة، واناطة توبته بالمعاهدة معه تعالىٰ، فإنّ المعاهدة معه تعالىٰ أمر زائد علىٰ التوبة المتقومة بالندم والعزم علىٰ العدم، وكذا الضمنية في قوله (واوجب لي محبتك كما شرطت)[1] فإنّه جعل محبته منوطة ومربوطة بالتوبة، ولازماً لها، وكذا الامر في فقرة دعاء الندبة (بعد أنْ شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا)[2] فإنّ اختياره تعالىٰ لهم المقامات المنيعة منوطة بالزهد في الدنيا، وقد عرفت أنّ المراد بالضمنية المقومة للشرطية كون الشيء لازماً لشيء، وطرفا اللزوم مختلف باختلاف المقامات.

وأمّا ورود النص بصدق الشرط علىٰ النذر أو العهد فهو اشارة إلىٰ رواية منصور بن يونس بزرج عن العبد الصالح عليه السلام قال: (قلت له عليه السلام إنْ رجلاً من مواليك تزوج امرأةً ثم طلقها فبانت منه فاراد أن يراجعها فأبت عليه إلّا أنْ يجعل لله عليه أنْ لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال عليه السلام: بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه في الليل والنهار، قل له فليفِ للمرأة بشرطها؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم)[3] فإنّه لا شرط بعنوانه في السؤال إلّا ما جعله لله عليه، وهو إمّا نذر او عهد.

وأمّا ما في بعض حواشي الكتاب[4] من أنّه اشارة إلىٰ رواية عبدالله بن سنان[5] ففيه اشتباه من وجهين:

احدهما: عدم ذكر ما يوهم النذر أو العهد فيها.

---

(١) الصحيفة السجادية ١٥٦ دعاء التوبة. (٢) بحار الانوار ١٠٢: ١٠٤، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.

(٤) حاشية اليزدي ٢: ١٠٤ سطر ٩، وهو نفسه رجع عنه.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ٢.

ثانيهما: أنّه ليست الرواية مذيلة بكلام النبيﷺ، وعلىٰ أي حال فصدق الشرط هناك ليس باعتبار النذر أو العهد بما هما نذر او عهد، بل باعتبار اناطة التزويج بعدم الطلاق والتزويج عليها بالتزام مؤكد بجعله لله عليه، فالنذر والعهد مورد للشرط والالتزام المزبور مما لا ريب في ارتباط التزويج به، سواء ذكر في متن العقد أو مقدماً علىٰ العقد مع بناء العقد عليه، فإنّه غير منافٍ للضمنية المقابلة للالتزام المجرد الغير المنوط بشيء.

وأمّا اطلاق الشرط علىٰ البيع الكاشف عن كونه التزاماً مطلقاً لا في ضمن التزام آخر ـ علىٰ ما نسب إلىٰ صاحب الحدائق رحمه الله[1] ـ فقد اشكله شيخنا الاستاذ دام ظله[2] بعدم المعقولية، فلا محالة يكون الشرط بمعنىٰ آخر مجازاً، لا بمعنىٰ الالتزام، ووجه عدم المعقولية أنّ مقولة البيع تتعلق بالاعيان، لأنّه تمليك عين بعوض، ومقولة الالتزام تتعلق بفعل أو نتيجة، ولا يعقل تعلقه بالعين.

ويندفع: بأنّ البيع وإنْ لم يكن بمفهومه الزماً والتزاماً إلّا أنّه واقع موقع العهد والالتزام من المتبايعين، أي التمليك واقع موقع القرار المعاملي، وبهذا الاعتبار تكون مضامين العقود جميعاً عهوداً، فإنّها كما تقدم مراراً باعتبار تعلق القرار المعاملي بها عهود، وباعتبار ارتباط أحد القرارين بالآخر تكون عقوداً، ولعله لاجل هذه النكتة ورد في صحيحة ابن سنان[3] أنّ المراد من العقود هي العهود، فإنّ الوفاء يناسب العهد والالتزام لا العقد بما هو ربط، ولذا يستهجن عرفاً أنْ يقال «اوفِ بربطك» لا أنّ التفسير بالعهود لتعميم مورد الوفاء إلىٰ العقد والايقاع، فإنّ التقابل بينهما من المصطلحات، وإلّا فالعقد في لسان الشارع يصدق علىٰ الايقاع أيضاً باعتبار ارتباط اليمين مثلاً بمتعلقه كما في قوله تعالىٰ **﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان﴾**[4].

وبالجملة: لا شبهة في معقولية اطلاق الالتزام والعهد المساوق له علىٰ البيع وسائر العقود، إنّما الكلام في صدق الشرط، وما ظفرت به من موارد الاطلاق المدّعىٰ في

---

(١) الحدائق الناظرة ٢٠: ٧٣. (٢) حاشية الآخوند ٢٣٥.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٥ من ابواب النذر والعهد، ح ٣.

(٤) المائدة الآية: ٨٩.

كلام صاحب الحدائق رحمه الله عدة روايات:

منها: (عن الرجل يسلم في وصفاء باسنان معلومة ولون معلوم، ثم يُعطى فوق شرطه أو دون شرطه ...الخبر)[١] فإنّ المراد من الشرط هو المبيع، من الشرط بمعنىٰ المشروط، وعلىٰ طبقها روايات أُخر.

ومنها: ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال امير المؤمنين عليه السلام: من اشترىٰ طعاماً أو علفاً إلىٰ أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه إلا الورق، وإنْ قال خذ مني بسعر اليوم ورقاً فلا يأخذ إلّا شرطه طعامه أو علفه، فإنْ لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل أنْ يأخذ شرطه فلا يأخذ إلّا رأس ماله ...الخبر)[٢] فإنّ الشرط في قوله (إلّا شرطه طعامه أو علفه) وفي قوله (لم يجد شرطه) وقوله (أن يأخذ شرطه) يراد منه المبيع، فقد اطلق الشرط علىٰ المبيع.

وفيه: أنّ اطلاق الشرط في جميع هذه الروايات ليس باعتبار البيع بالمعنىٰ المفعولي، بل باعتبار كون المبيع قد التزم فيه بوصف خاص من سن مخصوص ولون مخصوص أو كونه طعاماً أو علفاً، ولذا اطلق الشرط علىٰ العوض أيضاً في قوله (وليس شرطه إلّا الورق) مع أنّ العوض لا يصدق عليه البيع بالمعنىٰ المفعولي أيضاً، فليس اطلاق الشرط في الكل إلّا باعتبار الالتزام والتعهد بامر مخصوص ثمناً ومثمناً، والكل واقع في ضمن البيع.

وأمّا ما ورد في باب الاجارة ما نصه كتب محمد بن الحسن إلىٰ أبي محمد عليه السلام (رجل استأجر أجيراً يعمل له بناء أو غيره وجعل يعطيه طعاماً أو قطناً وغير ذلك، ثم تغير الطعام والقطن عن سعره الذي كان اعطاه إلىٰ نقصان أو الىٰ زيادة أيحتسب له بسعر يوم اعطاه أو بسعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحتسب بسعر يوم شارطه فيه ان شاء... الخبر)[٣] فالمراد من يوم المشارطة كما هو صريح روايات أُخر هو يوم الاعطاء، وحينئذ إنْ كان اطلاق المشارطة علىٰ الاعطاء باعتبار تضمن الوفاء بغير

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب السلف، ح ١، وفي نسخة اخرىٰ (وصف أسنان).

(٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب السلف، ح ١٥.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام العقود، ح ٤.

الجنس لنوع من التبديل والالتزام بكونه بدلاً عن الاجرة فهو من باب صدق الشرط علىٰ الالتزام المجرد، وإنْ كان المراد من يوم شارطه يوم اعطىٰ شرطه ـ أي اعطىٰ ما التزم به في الاجارة ـ فهو من الالتزام الضمني.

منها: أنّ صريح كلام المصنف ﷺ أنّ للشرط معنىٰ آخر عرفاً وهو ما يلزم من عدمه العدم، سواء لزم من وجوده الوجود كالسبب والمقتضي أو لا كالشرط المصطلح المقابل للسبب، وأنّ الشرط بهذا المعنىٰ اسم جامد لا مصدر، فليس فعلاً لاحد علىٰ حد قيام الالتزام باحد المصحح لاشتقاقاته المعنوية، من شرط يشرط وشارط ومشروط، ومن الواضح أنّ هذا المعنىٰ وهو ما يلزم من عدمه العدم لا قيام له بالشخص ليكون مصححاً لتلك المشتقات.

ثم أجاب عن صدق المشروط الذي هو معنىٰ اشتقاقي علىٰ ما يلزم عدمه من عدم شرطه: بأنّه اشتقاق جعلي، كما أنّ الشارط من الشرط بهذا المعنىٰ أيضاً كذلك، فإنّ الشارط حينئذ بمعنىٰ جاعل الشرط، فالمبدء المصحح للاشتقاق هو الجعل المضاف إلىٰ ما يلزم من عدمه العدم، لا نفس ما يلزم من عدمه العدم، قال ﷺ: (ولذا ليسا بمتضائفين في الفعل والانفعال) فإنّ مقتضىٰ التضائف المزبور هو أنّ الشارط ـ بمعنىٰ جاعل الشرط ـ مضائفة مجعولة ـ وهو نفس ما يلزم من عدمه العدم ـ لا المشروط بالمعنىٰ المتعارف ـ أي ما يلزم عدمه من عدم شرطه ـ فإنّه غير مجعول للشارط.

ثم جعله نظيراً للسبب والمسبب، فإنّ القابل للاشتقاق هو جعل السبب لا نفسه، ومضائف المُسَبِب ـ بالكسر ـ مجعولة وهو المُسَبَب الذي يصدق علىٰ المجعول له السببية، وهو السبب لا المُسَبَب المقابل للسبب فإنّه ليس مجعولاً للمُسَبِب ـ بالكسر ـ، فمن عدم مضائفة المسبب والمشروط ـ بالمعنىٰ المتعارف ـ للشارط يعلم أنّ اطلاق المسبب والمشروط ليس علىٰ وفق الاصل، هذا محصل كلامه (زيد في علو مقامه).

وفيه مواقع للنظر:

أمّا اولاً: فإنّ الاشتقاق المعنوي في قبال الجمود كون المعنىٰ قابلاً للقيام بشيء باحد انحاء القيام، ومن البيّن أنّ استلزام شيء لشيء هو معنىٰ قائم بشيء له جميع تطورات القيام، من كونه مستلزماً واستلزم ويستلزم واشباهها؛ فاللزوم والاستلزام بالمعنىٰ الذي هو مبدأ سارٍ في جميع المراتب من المعاني القائمة بذاك الشيء الذي يقال إنّه شرط بالمعنىٰ الوصفي الحملّي الذي عبرّ عنه في مقام التحليل بأنّه ما يلزم من عدمه العدم، وما هو اللازم في مقام تشخيص الاشتقاق والجمود ملاحظة نفس المبدأ وصلاحيته للقيام بشيء وصلاحية اللزوم والاستلزام مما لا يكاد ينكر، وعدم قيام عنوان ما يلزم من عدمه العدم غير ضائر، اذ القيام شأن المبدأ لا شأن المشتق، اذ لا اشتقاق للمشتق بل لمبدئه، فالعنوان له الصدق والحمل أو الاسناد؛ لا القيام بذات من الذوات بنحو قيام العرض بمعروضه مثلاً، وبالجملة فكون اللزوم معنىٰ اشتقاقياً لا شبهة فيه.

نعم يبقىٰ الكلام في أنّه معنىٰ الشرط الذي هو مبدأ لشَرَطَ يشرط وشارط ومشروط أو أنه معنىٰ آخر لا يصحح تلك الاشتقاقات، بل مصحح لاشتقاق لزم ويلزم ولازم وملزوم ونحوها فنقول: إنّ اللزوم له قيام حلولي بموضوعه يصحح عنوان اللازم والملزوم ولزم ويلزم، وله قيام صدوري بجاعل اللزوم، فإنّ استلزام الطهارة للصلاة بالنحو الخاص مجعول تشريعي تأليفي، وأمّا الجعل التكويني فهو متعلق بذات الشرط، فقولنا «شرط يشرط» باعتبار القيام الصدوري كقولنا «خلق يخلق ورزق يرزق وكسر يكسر» واشباه ذلك، فإنّ المبادئ لا قيام حلولي لها إلّا بذات المخلوق والمرزوق والمكسور، وقيامها الصدوري بذات الخالق والرازق والكاسر، فهذا القيام الصدوري هي النسبة العارضة للمبدأ، لا أنّه عين الجعل المأخوذ في المشتقات الجعلية، فهو نظير القيام الصدوري المتقوم به مفاد هيئة الافعال والتفعيل.

نعم في الموارد التي لا قيام صدوري لها كالشرائط الواقعية الغير الجعلية، مثل شرطية الوضع والمحاذاة ويبوسة المحل للاحراق لا يصدق شرط يشرط، بل ينحصر في استعمال الشرط بالمعنىٰ الوصفي العنواني الحملي والمشروط، ولابأس

بالالتزام به فيكون كالموارد التي يستعمل فيه المضارع دون الماضي، مثل ينبغي ويدع ويذر.

وثالثاً[١]: سلمنا أنّ الشرط بمعنىٰ الالزام ـ أي جعل اللزوم لا نفس اللزوم ـ فيكون القيام الصدوري الملحوظ في باب الافعال بنحو الربط والنسبة مقوم المبدأ هنا؛ فيعم جميع الشرائط الجعلية، ولا يعم الشرائط الواقعية، واطلاق الشرط والمشروط علىٰ يبوسة المحل والاحراق مثلاً ـ حينئذ ـ لا علىٰ طبق الاصل، بل باعتبار نتيجة الاشتراط، فإنّ الالزام كما يجعل متعلقه ملزماً به كذلك يجعله لازماً وملزوماً، إلّا أنّ الالتزام بهذا المعنىٰ لا دخل له بجمود معنىٰ الشرط المنطبق علىٰ ما يلزم من عدمه العدم، بل غاية الامر أنّ مفهوم الشرط ليس مساوقاً لمفهوم اللزوم والاستلزام، وعدم صدق الشرط ـ الذي هو مبدأ ـ علىٰ اللزوم والاستلزام المقوم للشرائط الواقعية غير كون الشرط بمعنىٰ اللزوم والاستلزام من الجوامد كما هو واضح بعد التأمل.

ورابعاً: أنّ عدم مضائفة المشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط لا يكشف عن كونه علىٰ خلاف الاصل، فإنّ المشروط باعتبار القيام الحلولي مضائف للشرط بالمعنىٰ الوصفي كعنواني اللازم والملزوم، ولا يشترط في التضائف أنْ يكون مضائف ما هو علىٰ هيئة المفعول هو هيئة الفاعل، ولا أنْ يكون بينهما حيثية الفعل والانفعال كالرب والمربوب في الاول، وكاللازم والملزوم في الثاني.

وقد عرفت آنفاً أنّه لا منافاة بين صدق الشرط وصفاً علىٰ مثل الطهارة، وصدق المشروط باعتبار القيام الصدوري عليها، فإنّها باعتبار لازم وباعتبار ملزم به، كما أنّ الصلاة مشروطة أيضاً باعتبار القيام الصدوري، فإنّ التضائف لا ينحصر في شيئين، وإنّما ينحصر فيما لا تعلق للمبدأ بشيء ثالث، مثلاً الارادة التكوينية حيث تتعلق بفعل نفس المريد فلا يصحح إلّا عنواني المريد والمراد، والارادة التشريعية حيث لها تعلق بثالث يصحح المريد والمراد منه، وكذا الالزام بمعنىٰ جعل لزوم شيء لشيء يصحح عنوان جاعل اللزوم ومجعول له اللزوم بالمعنيين من حيث اللازم والملزوم،

---

(١) لم يذكر المصنف (ثانياً).

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 أنّه لو لم يكن الاشتقاق في المشروط الصادق أصلياً علىٰ الفرض ولا جعلياً لانحصار المجعول في الطهارة فما المصحح لهذا العنوان الصادق علىٰ الصلاة، فتدبر في المقام فإنّه حقيق به.

شروط صحة الشرط

[الشرط الاول: ان يكون مقدوراً]

٥٣ ـ قوله ﷺ: (أنْ يكون داخلاً تحت قدرة المكلف ...الخ)[١].

لابد في تحقيق حال اعتبار القدرة في شرط الفعل والوصف والغاية من بيان أُمور:

منها: أنّ المراد من جعل الزرع سنبلاً إمّا جعل المشروط عليه كما هو ظاهر الشرائع[٢] والتذكرة[٣] والقواعد[٤] وهو صريح جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد[٥]، وإمّا جعل الله تعالىٰ شأنه كما هو صريح الشهيد ﷺ علىٰ ما حكي عنه وتبعه المصنف ﷺ، وإمّا جعل الاعم من الله ومن المشروط عليه كما هو صريح الجواهر[٦] فنقول:

أمّا جعل المشروط عليه للزرع فيتصور علىٰ وجوه ثلاثة:

أحدها: أنْ يريد من جعله الزرع سنبلاً اخراجه من حد إلىٰ حد بافاضة الوجود عليه، ومن الواضح عند اهله أنّه من شؤون الواجب تعالىٰ، فإنّ الممكن ـ بما هو موجود تعلقي ربطي وحيثية ذاته عين الربط والفقر والتعلق ـ فيستحيل أنْ يكون مقتضياً وفاعل ما منه الوجود، وفرضه منه فرض الممكن واجباً وهو خلف، وهو ممتنع بامتناع ذاتي، لا من حيث فقد القدرة الموجب لكونه ممتنعاً بالغير كما في سائر الافعال الغير المقدورة، وظاهر الشهيد ﷺ ارادة هذا المعنىٰ من الجعل

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٤.
(٢) شرائع السالام ٢: ٢٧.
(٣) التذكرة ١: ٤٩٠ سطر ٣٢.
(٤) القواعد ١: ١٥٢ سطر ١٦.
(٥) جامع المقاصد ٤: ٤١٦.
(٦) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠٣.

المنسوب إلىٰ المشروط عليه، وكذلك هو ظاهر جامع المقاصد.

ثانيها: جعل الزرع سنبلاً بمعنىٰ فاعل ما به الوجود بحيث يكون مجرىٰ افاضة الله تعالىٰ، وكما أنّ المعنىٰ الاول مختص بواجب الوجود تعالىٰ فهذا المعنىٰ الثاني مختص بغيره من مجاري الفيض ووسائطه، ويستحيل أنْ يكون مبدأ الوجود مجراه، وهذا المعنىٰ إنّما يتمشىٰ من الجاعل اذا كان من وسائط الفيض أو ذا قوة عمالة متصرفة في مواد الكائنات، فعدم صدوره من غير من له تلك القوة لفقد القوة لا لامتناع القوة، فضلاً عن امتناع الجعل بهذا المعنىٰ ذاتاً، فحاله كحال سائر الافعال الغير المقدورة، فتدبر.

ثالثها: جعل الزرع سنبلاً باعداد المقدمات المؤدية إلىٰ صيرورته سنبلاً، وكون افاضة الوجود منه تعالىٰ بتوسط المدبرات العلوية لا اختصاص له بالمقام، بل الاحراق بالالقاء في النار أيضاً كذلك، فإنّه لا فرق بين وجود ووجود ولا بين الافعال المباشرية والتوليدية، كما أنّه لابد في وصول فيض الوجود إلىٰ كل موجود ما عدا الموجود الاول من الوساطة وافاضة الصور علىٰ المواد العنصرية دائماً بتوسط المدبرات العلوية، وليس شرط هذا المعنىٰ من الجعل راجعاً إلىٰ شرط ايجاد المقدمات، بل شرط فعل توليدي بايجاد ما يتولد منه.

نعم تتفاوت الافعال بتفاوت موانعها كثرةً وقلةً، فاذا كان المانع اتفاقياً فالفعل التوليدي مقدور بالقدرة علىٰ المقدمات الاعدادية له عادة، واذا كان المانع عادياً كالزرع الذي آفاته السماوية والارضية عادية فلا قدرة علىٰ الفعل عادة إلّا بالقدرة علىٰ دفع موانعه، وحيث إنّ دفع الموانع غير مقدور فالفعل غير مقدور.

ومثل هذا الجعل ينبغي أنْ يكون محل الكلام بين الاعلام، فإنّ الالتزام بمثله هو المناسب لحال نوع المتعاملين؛ دون ارادة افاضة الوجود أو التصرف علىٰ جهة الولاية المتعينة في العموم، فإنّه لا يخطر ببال أحد من المتعاملين حتىٰ يقوم بصدد الالتزام به.

وأمّا اشتراط جعل الله الزرع سنبلاً ـ كما افاده الشهيد ﷺ وعليه حمل كلمات القوم

ـ فمرجعه إلىٰ ايجاده منه تعالىٰ، وحيث إنّه لا سبيل للممكن للسعي في ايجاده تعالىٰ فلا يكون من الفعل التسبيبي المقدور بالواسطة، قال جامع المقاصد: (وإنّما بطل هذا الشرط أيضاً لأنّ جعل الله الزرع سنبلاً والبسر تمراً ليس للبائع فيه مجال السعي، بخلاف اشهاد الشاهدين فإنّ ذلك وإنْ لم يكن من مقدوراته، لأنّ تحمّل الشاهدين الذي هو المطلوب بالشرط فعلهما لا فعل البائع إلّا أنّه يمكنه سعيه في وقوعه والتماسه لتحققه)[1] انتهىٰ.

ويظهر منهﷺ أنّ فعل الله سبحانه غير قابل للتسبيب اليه، بخلاف فعل غيره تعالىٰ فإنّه قابل للتسبيب اليه، فشرط ايجاده منه تعالىٰ شرط فعل غير مقدور، وشرط ايجاده من غيره شرط فعل مقدور.

لكن لايخفىٰ عليك ان الواجب جلّ شأنه تام الفاعلية، وفاعليته ليست بالقوة ولا بالامكان حتىٰ يخرج بسبب من حد القوة إلىٰ الفعلية، ومن حد الامكان إلىٰ الضرورة كما حقق في محله، والنقص بالقوة والامكان إنّما هو في طرف القابل، فلو فرض تمامية قابلية القابل والمفروض أنّه لا نقص في الفاعل فلا محالة يتحقق فيض الوجود من مبدئه، وإلّا لزم انفكاك المعلول عن علته التامة، فالتسبب إلىٰ ايجاده تعالىٰ ليس ممتنعاً إلّا مع فرض نقص في الاسباب.

وقد عرفت أنّ الافعال الغير المباشرية تختلف من حيث طرو الموانع كثرة وقلة عادة واتفاقاً، فأصل التسبب إلىٰ ايجاده بتهيئة مقدماته الاعدادية التي لاتنفك عن ذيها كما هي سنة الله تعالىٰ في عباده معقول مقدور، إلاّ أنّ الموانع السماوية والارضية العادية في بعض الافعال التي لا قدرة للعبد علىٰ دفعها هي الموجبة لعدم اتصاف الايجاد منه تعالىٰ بالمقدورية.

وأمّا أنْ الفعل التسبيبي مع توسط ارادة الفاعل المختار غير معقول كما قيل فالبحث عنه له محل آخر، وقد ذكرنا في بعض تحريراتنا امكانه بل وقوعه كثيراً.

ومما ذكرنا تبين: أنّ التسبب إلىٰ فعل الواجب تعالىٰ أولىٰ من التسبب إلىٰ فعل

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٤١٦.

غيره للبرهان الذي يختص به تعالىٰ، وأمّا شرط صيرورة الزرع سنبلاً فيرجع إلىٰ شرط الوصف الاستقبالي، وسيأتي[١] الكلام فيه إن شاء الله تعالىٰ.

منها: أنّ مورد القدرة هي الافعال سواء كانت مباشرية أو توليدية أو تسببية، غاية الامر أنّ القدرة علىٰ الافعال التوليدية والتسببية بالقدرة علىٰ الفعل المتولد منه والقدرة علىٰ التسبب، وذلك لأنّ القدرة تارة يراد منها القوة المثبتة في العضلات في الحركات الأينية والوضعية، وأُخرىٰ منها اقتدار النفس في الافعال الجنانية وباعتبار اتحاد النفس والبدن، ربما يقال إنّ القدرة كيفية نفسانية وعليه فالاعيان الخارجية لا تعلق للقدرة بذاتها، ومثلها الاوصاف والاعراض القائمة بها لا تعلق للقدرة بذاتها، وإنّما لهما الوجود والعدم والامكان والامتناع، وإنّما يكون للقدرة ماس بالافعال المتعلقة بهما، وحينئذ فكما لا توصف الاعيان وأوصافها بالمقدورية كذلك لا توصف بعدم المقدورية، لأنّ القدرة وعدمها من باب العدم والملكة.

ومنه يتضح أنّ متعلق الالتزام إنْ كان وصفاً من الاوصاف ككونه رومياً أو زنجياً أو كاتباً، أو كون الدابة تحمل في المستقبل واشباهها لا يوصف بالمقدورية ليعتبر في الالتزام بها، بل يوصف بالامكان والامتناع والموجودية والمعدومية.

لا يقال: كيف لا يوصف وجود الاوصاف والاعيان بالمقدورية ويوصف ايجادها بها مع اتحاد الايجاد والوجود بالذات واختلافهما باعتبار الصدور والحلول.

لانا نقول: تعلق الالتزام بوجود الوصف منه راجع إلىٰ الالتزام بايجاده وهو عين حيثية القيام الصدوري، والالتزام بوجوده في نفسه لا منه غير المرجع إلىٰ ايجاده ليكون من مقدوراته، مثلاً تارة يشترط عليه في شراء العبد منه أنْ يجعله كاتباً فهو شرط فعل تسبيبي يكون مقدوراً بالقدرة علىٰ تعليمه الكتابة، وهو عين حيثية قيامه بقيام صدوري، وأُخرىٰ يشترط عليه أنْ يكون كاتباً، فالالتزام بوجوده المفروض، وهذا شرط ذات الوصف لا شرط جعله ذا وصف، وكونه كاتباً خارجاً مفروض الحصول لا لازم التحصيل.

---

(١) نفس التعليقة، عند قوله (ثم انه يتضح..).

ومنه تبين حال ما تقدم من شرط صيرورة الزرع سنبلاً، فإنّه إنْ أُريد صيرورته منه فهو راجع إلىٰ شرط تصييره كذلك، وإنْ أُريد شرط كونه كذلك في المستقبل فهو شرط الوصف بذاته، وبهذا الاعتبار لا معنىٰ لكونه مقدوراً أو غير مقدور، فتدبر جيداً.

وأمّا شرط النتيجة فمرجعه إلىٰ القرار علىٰ كون الشيء الفلاني ملكاً للمشتري بقوله «علىٰ أنْ يكون ملكاً له» فهذا القرار مصداق التمليك لا أنّه متعلق بالتمليك ليكون من شرط الفعل، فللقدرة مساس بحصول الملكية بالالتزام بها، لا أنّ الالتزام متعلق بأمر مفروض الحصول حالاً أو استقبالاً كشرط الوصف.

ومن جميع ما ذكرنا تبيّن: أنّ مورد اشتراط القدرة هي الافعال ونتائج العقود مثلاً دون شرط الوصف مطلقاً.

ومنها: أنّ مضامين العقود والايقاعات والالتزامات وإنْ كانت من الاعتبارات الوضعية العرفية والشرعية، والاعتبار من المعتبر خفيف المؤونة، إلّا أنّ الاعتبار الجدي من العاقل الشاعر لا يتعلق بالممتنعات، سواء كان امتناعاً لفقد القدرة أو لوجه آخر، فالتسبب الجدي إلىٰ تلك الاعتبارات من المتعاملين ممتنع؛ لأنّ قصد ايجاد الممتنع لتقومه بالجد محال.

وعليه فالالتزام الجدي ـ بفعل لا يقدر عليه أو بنتيجة ليس التزامه سبباً لحصولها ـ محال، أو بوصف يمتنع حصوله محال؛ من دون وصول النوبة إلىٰ شرطية القدرة أو عدم الامتناع شرعاً، وإنّما يستند إلىٰ شرطية شيء لشيء شرعاً اذا أمكن حصوله لا شرطيته شرعاً، كما لا تصل النوبة إلىٰ التمسك بالعمومات والاطلاقات او منع التمسك بها الا بعد الفراغ عن مقام الثبوت.

ولا يخفىٰ أنّ الغرض اناطة التمليك بالحمل الشائع والالتزام بالحمل الشائع بالقدرة عقلاً، لا التمليك الانشائي والالتزام الانشائي المتحقق كل منهما بمجرد قوله «ملكت والتزمت» فإنّه من انحاء استعمال اللفظ في معناه، ولا يتقوم إلّا بقصد استعمال اللفظ في معناه سواء ترتب عليه أثر ام لا.

ومنها: أنّ مجموع ما ظفرت به من الوجوه التي استند اليها في اعتبار القدرة في متعلق الشرط أُمور:

احدها: اللغوية.

وثانيها: السفاهة.

وثالثها: لزوم التسليم المنوط بالقدرة.

رابعها: لزوم الغرر مع عدم القدرة.

أمّا لزوم اللغوية والسفاهة فموردها ما اذا امكن وجود الشيء الموصوف بأنّه بلا فائدة أو بلا غرض عقلائي، وحيث إنّه لغو أو سفهي لا يعمه الاطلاقات فلا ينفذ، وأمّا ما يمتنع وجوده فلا شيء حتىٰ يوصف باللغوية والسفاهة، نعم الالتزام الانشائي حيث لا يترتب عليه الاثر لغو وسفاهة، إلّا أنّ القدرة لم تلاحظ بالنسبة اليه، بل بالنسبة إلىٰ ما هو تمليك والتزام بالحمل الشائع، فما يعتبر فيه القدرة لا يوصف باللغوية والسفاهة، وما يوصف بهما لا يعتبر فيه القدرة، وقد عرفت أنّ لا مجال فيما نحن فيه للاطلاقات نفياً واثباتاً.

وأمّا لزوم التسليم المنوط بالقدرة فهو إنّما يجدي فيما اذا كان لاعتبار الملكية مقام، وللزوم التسليم مقام آخر، كما اذا كان التمليك متعلقاً بعين من الاعيان فإنّ التسليم غير مقوم لمتعلق الملكية، ولزوم تسليم العين للتمليك يقتضي الشرطية بخلاف مورد الكلام فأن التمليك والالتزام متعلقان بايجاد العمل وتسليم العمل عين ايجاده. لا أنّه متفرع علىٰ وجوده، فلا معنىٰ لجعل القدرة علىٰ التسليم دليلاً علىٰ شرطية القدرة علىٰ العمل.

وأمّا مثل شرط الوصف فتسليمه وإنْ كان يتبع تسليم الموصوف به حيث لا تسليم له استقلالاً إلّا أنّ التسليم فرع الوجود، فما يمتنع وجوده خارج عن مقسم التسليم وعدمه، فنفس عدم معقولية الالتزام بالوصف الممتنع حصوله كافٍ في المقصود؛ من دون وصول النوبة إلىٰ التسليم المرتب علىٰ الوجود.

وأمّا مثل شرط النتيجة فهو أجنبي عن التسليم بالكلية، فإنّ النتيجة تارة تحصل

بمجرد الالتزام بها، وأُخرىٰ لا تحصل به، فلها حصول وعدم الحصول، وليس في نفسها تسليمياً لا بذاتها ولا بالتبع، فالقدرة دخيلة في حصولها عقلاً، لا في تسليمها بالذات ولا بالتبع؛ مع أنّ القدرة علىٰ التسليم كما تعرضوا لها في محله لا يراد منها هذا العنوان، بل مجرد امكان وصول العين وحصولها في يد المشتري، فكيف يستدل بها لاعتبار القدرة بعنوانها علىٰ العمل والوصف والنتيجة؟! فإنّ جعل الله الزرع سنبلاً بايجاده منه تعالىٰ غير مقدور حقيقة وممكن الحصول في الخارج، وكذلك صيرورة الزرع سنبلاً.

وعليه فإنْ أُريد من القدرة في محل البحث حقيقة القدرة بعنوانها فهي أجنبية عن القدرة علىٰ التسليم بمعنىٰ امكان الحصول، وإنْ أُريد منها امكان حصول الفعل أو الوصف أو النتيجة صح الاستناد، إلّا أنّ امتناع حصول الفعل أو الوصوف غير مفروض هنا، بل عدم القدرة مفروض، وسيجيء[1] إن شاء الله تعالىٰ تحقيقه.

وأمّا لزوم الغرر من اشتراط ما لا قدرة له عليه فتوضيح القول فيه: أنّ مورد التمسك بنفي الغرر ما اذا كان الشيء يتحقق لولا النهي عن الغرر، وإنّما نهىٰ الشارع عن الغرر واناط نفوذ العقد به لئلا يقع في الخطر، وأمّا في موارد امتناع الشيء سواء كان لاجل عدم القدرة أو لجهة أُخرىٰ موجبة لامتناعه فلا يحتمل الوقوع في الخطر؛ حتىٰ يجب تحصيل الوثوق، بل المفروض القطع بعدم الوقوع لفرض الامتناع، فما معنىٰ احتمال الخطر المرتب علىٰ احتمال الوجود، مثلاً جعل البائع الزرع سنبلاً بالمعنىٰ الاول محال في حد ذاته، وبمعناه الثاني والثالث غير مقدور قطعاً، فلا وجود فلا خطر، وكذا جعل الله الزرع سنبلاً بمعنىٰ ايجاد البائع منه تعالىٰ ليكون من افعاله التسببية كما عرفت غير مقدور لعدم القدرة علىٰ دفع الموانع العادية فلا يتحقق منه هذا المعنىٰ، وهو ايجاده التسببي منه تعالىٰ فلا خطر.

وأمّا جعل الله الزرع سنبلاً بمعنىٰ ايجاده تعالىٰ لا الايجاد منه تعالىٰ فهو خارج عن الافعال المباشرية والتوليدية والتسببية علىٰ الفرض؛ فهو خارج عن مقسم

---

(١) نفس التعليقة.

المقدور وغيره، بل لا معنىٰ للالتزام به جداً لعدم ارتباطه به اصلاً حتىٰ يتعهده، فهو وإنْ كان عنواناً شرط الفعل إلّا أنّه بشرط الوصف أشبه، وإنْ لم يكن منه حقيقة لعدم كون فعل الغير من شؤون المبيع، وهو علىٰ فرض تعلق الالتزام به حاله حال الوصف له امكان وامتناع ووجود وعدم، والغرر غير مربوط بالامتناع والعدم، بل بعدم احراز الامكان والوجود، وإلّا فمن المستحيل كون الامر الوجداني الواقع في أُفق النفس علة لامر واقعي وبالعكس.

وحيث إنّ ايجاده تعالىٰ ممكن وحصول الوصف الاستقبالي ممكن كالوصف الحالي فتخرج المسألة عن عدم الامكان؛ لخروجها في نفسها عن عنوان غير المقدور؛ فينتفي البحث في مثله عن أنّ شرط فعل الغير بما هو فعله، وشرطَ الوصف الاستقبالي مع عدم احراز وجودها في موطنه صحيح ام لا، فحينئذ يصح الاستناد في بطلانه إلىٰ نفي الغرر لمناسبة العلة مع معلولها، إلّا أنّ المعتبر في الشرط حينئذ بالاضافة إلىٰ شرط الوصف الاستقبالي، وشرط الفعل بالمعنىٰ الأخير الراجع اليه هو عدم كون المتعلق مجهول الحصول، وهو الشرط السادس الآتي في كلامه ﷺ، ولا معنىٰ لتعدد الشرط بتعدد المصاديق.

ومما ذكرنا يتضح حال الاستناد إلىٰ الغرر في شرط النتيجة والغاية، فإنّ مقتضىٰ كلام المصنف من اعتبار القدرة في الشرط للزوم الغرر وجعل شرط النتيجة من افراده كون الدليل علىٰ اعتباره هو نفي الغرر، مع أنّ النتيجة اذا كان لها سبب خاص فايجادها بنفس الالتزام من المحال، لأنّ المعلول لا يوجد إلّا بما فرض أنّه علة له، لا بما عداه، ومع عدم حصولها لامتناع حصولها لا معنىٰ لوقوعه في الخطر.

وأمّا في الشبهة الحكمية من حيث كون النتيجة ذات سبب خاص أو لا، فإنْ كان لدليل الشرط اطلاق كان مقتضاه سببية الشرط؛ فالنتيجة مقدورة شرعاً، وإنْ لم يكن له اطلاق فلا موجب لنفوذ الشرط وصحة التسبب بالالتزام إلىٰ حصولها، لا للزوم الغرر.

وتوهم: بعض اجلّة المحشين[1] أنّ شرط الانعتاق في نفسه شرط أمر مقدور للقدرة علىٰ سببه، وهو انشاء العتق، وإنّما يكون من غير المقدور اذا شرط الانعتاق مقيداً بعدم سببه.

وهو فاسد: لأنّ المراد بشرط النتيجة الالتزام بالنتيجة؛ بحيث تحصل بنفس الالتزام، وهو مع فرض السبب الخاص له محال، وأمّا الالتزام بالانعتاق بسببه فهو من شرط الفعل حقيقة، وهو خلف؛ لتمحض البحث في شرط النتيجة الحاصلة بنفس الشرط، فلا حاجة في كونها غير مقدورة إلىٰ التقييد بعدم سببها، فتدبر جيداً.

ثم إنّه يتضح مما ذكرنا أنّه لا فرق بين الوصف الحالي والاستقبالي، لا من حيث عدم مساس للقدرة بهما، ولا من حيث الجهل بالحصول ولزوم الغرر، ولا من حيث الوثوق بالحصول الرافع للغرر.

ويظهر من المصنف الفرق بقبول الوصف الحالي للبناء علىٰ الوجود دون الاستقبالي، وغاية تقريبه: أنّ الوصف الحالي قابل للوجود بالفعل فيقبل البناء عليه، والوصف الاستقبالي الذي وعاء وجوده الزمان المستقبل لا هو موجود بالفعل ولا هو معدوم بالفعل؛ لأنّ المفروض ان وجوده وعدمه إنّما هو بلحاظ الزمان المستقبل؛ فيكون كالعدم والملكة، واذا لم يوصف بالموجودية الخاصة بالفعل كما لم يوصف بالمعدومية الخاصة فكيف يبنىٰ علىٰ وجوده ليقع البيع علىٰ شيء مبنياً علىٰ كونه موصوفاً بكذا، ولعله المراد مما أفاده شيخنا الاستاذ[2] من أنّ الوصف الاستقبالي متوغل في الامكان، بخلاف الحالي فإنّه خرج عن حدود الامكان إلىٰ الوجوب والامتناع.

وفي الفرق المزبور نظر كبرىٰ وصغرىٰ:

أمّا في الاولىٰ فلأنّ مجرد البناء والتوصيف لا يوجب الوثوق ولا يرفع الغرر.

وأمّا في الثانية فلأنّ البناء خفيف المؤونة، ولا يتوقف إلّا علىٰ وجود موضوعه في أُفق البناء، والوصف الاستقبالي وإنْ لم يكن موجوداً بالفعل لكنه غير محتاج اليه،

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ١٠٨ سطر ٨. (٢) حاشية الآخوند ٢٣٦.

بل يتعلق بوجوده في وعائه، فيبنىٰ علىٰ وجوده في ظرفه لا علىٰ وجوده الخاص بالفعل، وتوصيف الاشياء بالاوصاف الاستقبالية مما لا يكاد ينكر.

نعم يمكن أنْ يقال: إنّ الوصف مطلقاً غير قابل للالتزام كما مرّ مراراً، لأنّ الشرط ليس سبباً لحصوله كشرط النتيجة، ولا تعهداً بتحصيله كما في شرط الفعل، ووجوده وعدمه تابعان لوجود علته وعدمها، فلابد من ارجاع الاشتراط إلىٰ التوصيف، وحيث إنّ الغرر لا يرتفع به فلابد من جعل التوصيف اخباراً بوجوده بالدلالة الالتزامية، ويصدق اخبار البائع حينئذ كما في الاخبار بالكيل الوزن.

وحينئذ يتجه الفرق بين الوصف الحالي والاستقبالي، فإنّ البائع عادة له الاطلاع علىٰ عين ماله بما له من الوصف الحالي، وليس له عادة الاطلاع علىٰ ما له من الشأن فيما بعد، فتوصيفه بالوصف الحالي ملزوم عادة للاخبار به، دون توصيفه بالوصف الاستقبالي، إلّا أنّه غير مراد للمصنف؛ لتصريحه بصحة التوصيف بالوصف الحالي ولو لم يعلما به.

ومنها: أنّه لا اشكال عند المشهور في اشتراط عقد أو ايقاع في ضمن المعاملة، وإنّما الاشكال عندهم فيما اذا امتنع طرف العقد المشروط عن القبول من حيث الخيار وعدمه، وتوضيح القول فيه: أنّ المشروط تارة هو العقد المركب من الايجاب والقبول، وأُخرىٰ هو الايجاب فقط، وثالثة بذل نفسه للبيع مثلاً، ورابعة هو ايجاد الملكية، وهو البيع بالحمل الشائع.

وما هو مصب الكلام المسلم بين الاعلام هو الرابع، وهو البيع بالحمل الشائع، لأنّ الايجاب فقط لا أثر له حتىٰ يشترط، وليس ببيع، وكذا بذل نفسه للبيع لا دخل له باشتراط البيع، والعقد المركب من الايجاب والقبول بيع واشتراء انشائي لا بالحمل الشائع، فعدم كونه مقدوراً للمشروط عليه لتركبه من فعله وفعل غيره لا يضر بالقدرة علىٰ ما هو بيع بالحمل الشائع، وأنّ البيع بالحمل الشائع هو التمليك الحقيقي الذي هو قائم بالبائع، لا التمليك والتملك بالحمل الشائع القائم احدهما بالبائع والآخر بالمشتري، واشتراط تحققه بايجابه منه وقبول من المشتري لا يجعله متقوماً

بشخصين، فهو كالاحراق الذي يتوقف علىٰ يبوسة المحل، فكما أنّ الاحراق يتوقف علىٰ تحققها لا علىٰ القدرة عليها فكذا تعقب القبول للايجاب؛ فإنّه شرط ترتب الملكية علىٰ الايجاب، فلا حاجة إلّا إلىٰ وجوده لا إلىٰ القدرة علىٰ ايجاده، فمع القطع بتحققه أو الوثوق بتحققه يتمكن من التمليك بالحمل الشائع، وليس هكذا العقد المركب من الايجاب والقبول فإنّه مع القطع بتحقق القبول من المشتري لا يكون العقد مقدوراً للبائع.

وعلىٰ ما ذكرنا فلا حاجة إلىٰ تأويل كلام القوم بما أفادهﷺ من اشتراط النتيجة الذي هو بمنزلة الايجاب من المشروط عليه البيع عند الوثوق بالقبول محقق للتمكن من ايجاد الملكية عندنا، ومحقق لنفس وجود الملكية عندهﷺ، وهو مع فرض كون الملكية البيعية متوقفة علىٰ الايجاب والقبول يستحيل حصولها بنفس الاشتراط الذي جعله بمنزلة الايجاب، فتدبر جيداً.

وأمّا ثبوت الخيار وعدمه فمبنىٰ الاول أنّ البيع بالحمل الشائع مقدور عادة، وامتناع زيد بمنزلة تعذّر الشرط لا خروجه عن كونه مقدوراً عادة.

ومبنىٰ الثاني أنّ المتعارف في مثله اشتراط البيع علىٰ تقدير القبول من زيد، أي هذا المعنىٰ الخاص المتقوم بالقبول، وهذا المعنىٰ لا تخلّف له، فإنّه مع فرض امتناع زيد محفوظ، وهو البيع علىٰ تقدير، وسيجيء[1] إنْ شاء الله تعالىٰ من المصنفﷺ في محله أنّ مثل هذا التعليق بل مطلقاً غير ضائر بالاشتراط.

الشرط الثاني: ان يكون سائغاً

٥٤ ـ قولهﷺ: (الثاني: أنْ يكون الشرط سائغاً ...الخ)[2].

وجه تدوينه مستقلاً مع اندراجه تحت الشرط الرابع ما أشارﷺ اليه من عدم نفوذ الالتزام بالحرام، فإنّ لزومه مع بقاء الحرام علىٰ حرمته يؤول إلىٰ اجتماع الوجوب والحرمة في شيء واحد، وإنْ لم تكن المخالفة للكتاب مانعة بمقتضىٰ الاستثناء، كما

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٣٤.

أنّ الاجارة علىٰ المحرم غير نافذة مع أنّه ليس فيها هذا الاستثناء، نعم هذا الامر لا يتم إلّا اذا لم يكن عنوان الشرط من العناوين المغيرة للعنوان كالاجارة، وإلّا فلا يتم الامر إلّا بلحاظ الاستثناء، وحينئذ يندرج تحت الشرط الرابع.

الشرط الثالث: ان يكون فيه غرض معتد به

٥٥ ـ قوله ﷺ: (الثالث: أنْ يكون فيه غرض معتد به ...الخ)[1].

اللغوية ربّما تقابل السفاهة، وهو ما ليس فيه فائدة اصلاً؛ في قبال ما فيه فائدة غير متعلقة للاغراض العقلائية، وربّما تساوق السفاهة وهو ما ليس فيه غرض عقلائي، والمراد من اللغوية هنا هو الثاني، فإنّ ما لا فائدة فيه اصلاً يستحيل أنْ ينقدح فيه الارادة المنبعثة عن غرض ما؛ لتقوم جد الالتزام بالارادة الجدية، ثم إنّ الوجه في اعتبار هذا الشرط قصور مقام الثبوت والأثبات معاً عن شمولها له.

أمّا قصور مقام الاثبات فلانصراف دليل الشرط كأدلة المعاملات الواردة كلاً في مقام امضاء العهود والالتزامات العرفية عما لا غرض عقلائي فيه.

وأمّا قصور مقام الثبوت فهو من حيث الموضوع والحكم ومناط الحكم.

أمّا من حيث الموضوع فلما مرّ منا مراراً أنّ العهود والعقود والالتزامات من الاعتبارات العقلائية والشرعية، اذ ليس المراد من العقد مجرد العقد الانشائي الذي تمام حقيقته المعنىٰ المقصود ثبوته باللفظ؛ فإنّه غير قابل للبقاء حتىٰ ينسب اليه الابرام والحل؛ فإنّ المعدوم لا يبرم ولا يحل ولا يتأكد ولا ينحل، بل المراد هو العقد اللبي المعنوي، وهما القراران المرتبطان بحسب اعتبار العقلاء الممضىٰ شرعاً، ومن الواضح أنّ الالتزام المعنوي الاعتباري العقلائي لايكاد يتحقق مع عدم الغرض العقلائي، وإلّا لكان اعتبار الالتزام من العقلاء لا بما هم عقلاء؛ وهو خلف.

وأمّا من حيث الحكم فإنّ استحقاق المشروط له علىٰ المشروط عليه ليس إلّا كونه ذا حق عليه، والحق من الاعتبارات العقلائية كالملكية، واعتبار استحقاق ما لا

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ١.

غرض عقلائي فيه من العقلاء خلف، وحيث إنّه لا التزام ولا حق عند العقلاء فلا موقع لوجوب الوفاء، كما لا موقع للخيار عند تخلفه.

وأمّا من حيث الملاك فإنّ انفاذ الشرط رعاية وامتنان علىٰ المشروط له، ولا منّة في اللغو، ومن جميع ما ذكرنا تبيّن أنّه لا موقع للتمسك باطلاق (المؤمنون عند شروطهم).

٥٦ ـ قوله ﷺ: (ولو اشترط كون العبد كافراً ...الخ)[1].

لايخفىٰ عليك أنّ الكافر إنْ كان كالمسلم في جميع المنافع والمصالح المقصودة العقلائية فاشتراط الكفر لغو، سواء كان ترجيح الكافر علىٰ المسلم اعلاء للكفر علىٰ الاسلام أم لا، فالتعليل به بلا موجب، وإنْ لم يكن كذلك، بل كان الكافر من حيث استغراقه في الخدمة ومن حيث التمكن من بيعه من المسلم والكافر ذا غرض عقلائي كما هو كذلك؛ فاشتراط الكفر من حيث الغرض العقلائي بلا اشكال، وكونه اعلاء ممنوعاً عنه شرعاً لا دخل له باشتراط الغرض العقلائي، فالتعليل بلزوم اعلاء الكفر إمّا بلا موجب أو غير مرتبط بشرط الموافقة للاغراض العقلائية هذا.

مع أنّ التحقيق أنّ اشتراط كفر العبد ليس اعلاء، بل ربما يكون الغرض من اشتراطه دينياً ايضاً؛ لتعلق غرضه بعدم استخدام المسلم لشرافة اسلامه، فلا يكون من التزاحم بين الاغراض الدينية والدنيوية كما في المتن.

وأمّا النقض باشتراء الكافر وترجيحه علىٰ المسلم فمن حيث لزوم الاعلاء وجيه، وأمّا من حيث اللغوية فلا؛ فانه مع تساوي المسلم والكافر في المنافع لا حاجة في شرائه إلىٰ غرض عقلائي آخر زيادة علىٰ الموجود في كل معاملة، فإنّ ترجيح احد الفردين المتساويين لا يحتاج إلىٰ ذلك، بخلاف اشتراطه الذي هو كنفس المعاملة يحتاج إلىٰ غرض عقلائي، فافهم وتدبر.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٥.

الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة

٥٧ ـ قوله ﷺ: (الرابع: أنْ لا يكون مخالفاً للكتاب ...الخ)[١].

توضيح الكلام برسم اُمور في المقام:

منها: أنّ المذكور في أغلب الروايات مخالفة الكتاب فقط، وفي بعضها الاقتصار علىٰ السنة، وفي المرسل في الغنية[٢] الجمع بين الكتاب والسنة، وعليه فالمراد من الكتاب كل ما كتب الله علىٰ عباده ولو علىٰ قلب نبيه ﷺ وحياً أو الهاماً، فالمراد كتابه التشريعي في قبال كتابه التكويني، فإنّ انحاء الوجودات الخارجية كما هي أرقامه تعالىٰ ونقوشه في الواح الذوات كذلك انحاء المجعولات التشريعية ارقامه ونقوشه تعالىٰ علىٰ الواح قلوب انبيائه ورسله؛ من دون اختصاصه بخصوص ما في الكلام المنزل علىٰ وجه الاعجاز، بل الظاهر خصوص ما بلغ مرتبة البعث والزجر دون ما اُوحي أو اُلهم ولم يؤمر بتبليغه؛ فإنّه وإنْ كان مما كتبه الله إلّا أنّه لا يعقل أنْ يكون مناطاً لنفوذ الشرط وعدمه بعد فرض عدم مساسه فعلاً بالمكلفين.

والظاهر بدواً من الكتاب وإنْ كان خصوص القرآن كما هو الظاهر منه في الاخبار العلاجية، إلّا أنّ باب العرض علىٰ الكتاب مع فرض التعارض بين الحديثين لعله قرينة علىٰ ارادة خصوص القرآن، مع أنّ النبوي المتضمن لبطلان ما ليس في كتاب الله دل علىٰ (أنّ قضاء الله أحق وشرطه أوثق والولاء لمن اعتق)[٣] فهو صريح في أنّ ولاء المعتق مما قضىٰ به الله ومما شرطه تعالىٰ، مع أنّه ليس في القرآن فيعلم منه سعة دائرة الكتاب.

وتوجيهه ـ بأنّه في الكتاب، فإنّه لا رطب ولا يابس إلّا في كتاب مبين وإنْ لم يعرفه غير الراسخين ـ بعيد؛ إذ ما لا طريق اليه لعامة الناس لا يمكن أنْ يجعل ميزاناً لشروطهم والتزاماتهم.

وأمّا ما استدركه المصنف ﷺ بقوله (لكن ظاهر النبوي ...الخ) فبملاحظة أنّ ظاهر

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٧.

(٢) غنية النزوع ـ سلسلة الينابيع الفقهية ١٣: ٢١١.

(٣) مسند احمد، رواية ٣٤٦٠٣.

ما ليس في كتاب الله هي الليسية المطلقة، وهو مناسب للقرآن لخلوه من الولاء نفياً واثباتاً، لا ماكتبه الله علىٰ عباده فإنّه لا يخلو عن احد الامرين، وكذلك عدم الموافقة في صحيحة ابن سنان[1] يمكن أنْ يكون بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، وهو يناسب خصوص القرآن كما عرفت.

والجواب: أنّ المراد مما ليس في كتاب الله عدم كونه في كتابه تعالىٰ كما شرط لا عدمه مطلقاً، وسيجيء[2] إن شاء الله تعالىٰ بقية الكلام.

ومنها: أنّ المدار علىٰ المخالفة وعدمها أو علىٰ الموافقة وعدمها؛ نظراً إلىٰ امكان الواسطة بين المخالفة والموافقة، فإنّ ما لا أثر له في الكتاب والسنة يصدق عليه أنّه لا يوافقهما بنحو السالبة بانتفاء الموضوع، فهو شرط غير موصوف بالمخالفة ولا بالموافقة.

والتحقيق: أنّ عدم الموافقة مثلاً وإنْ كان عقلاً يمكن أنْ يكون بعدم الطرفين فضلاً عن طرف واحد إلّا أنّ المقابلة بين الموافقة وعدمها عرفاً بتقابل العدم والملكة لا السلب والايجاب، فلا يصدق عرفاً أنّ الشيء الفلاني ليس موافقاً إلّا اذاكان له طرف من شأنه أنْ يقابله، مع أنّ صلاحية السالبة للعموم فيما اذاكانت هناك قضية مستقلة لا فيما اذاكان بالمفهوم التابع للمنطوق سعةً وضيقاً موضوعاً ومحمولاً.

مضافاً إلىٰ ما أفيد في المتن من أنّ الموافقة لاتختص بصورة ثبوت المشروط، خصوصاً في الكتاب، بل يعم الموافقة بالعموم أيضاً، وحينئذ فلا ينفك الموافقة عن عدم المخالفة كما لاينفك عدمها عن المخالفة، فلا واسطة حينئذ بين الموافقة والمخالفة.

ومنها: أنّ المتصف بالمخالفة هل هو المشروط أي الملتزم به، أو نفس الشرط وهو الالتزام، ولابد من أنْ يكون هذا الترديد لاجل ثمرة عملية وهي سعة دائرة المخالف علىٰ الثاني دون الاول.

ومنه يتبين: أنّ ما أفادهﷺ ـ من عدم انحصار المخالفة في مخالفة الملتزم به مع

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الخيار، ح ١. (٢) نفس التعليقة.

الاعتراف بخروج الالتزام بترك المباح؛ لكفاية اتصاف الالتزام بفعل الحرام بالمخالفة في كونه مصداقاً لمخالفة الشرط والالتزام ـ مورد المناقشة، فإنّ وجه اتصاف الالتزام بفعل الحرام بالمخالفة إنْ كان مخالفة فعل الحرام للكتاب فالالتزام به مخالف بالتبع، فحينئذ لا ثمرة عملية للترديد، فإنّ توصيف الشرط بالمخالفة حينئذ دائماً بالتبع؛ فأية فائدة في الترديد، وإنْ لم يكن فعل الحرام مخالفاً للحرمة فإنّ مقابل الحرمة هي الحلية لا فعل الحرام، بل الالتزام حيث إنّه تحليل من الشارط فهو بهذا الاعتبار مقابل للتحريم شرعاً، فحينئذ لا وجه للاعتراف بخروج الالتزام بترك المباح والعدول عنه إلىٰ الالتزام بفعل الحرام، اذ كما أنّ الالتزام بفعل الحرام تحليل من الشارط كذلك الالتزام بترك المباح تحريم من الشارط علىٰ نفسه.

والتحقيق: أنّ هنا ظهورين متعارضين:

أحدهما: ظهور الشرط في المعنىٰ المصدري دون المعنىٰ المفعولي أي الملتزم به.

ثانيهما: ظهور الاسناد في الاسناد إلىٰ ما هو له.

فإنْ قلنا بأنّ المراد من الشرط هو المعنىٰ المفعولي فالاسناد دائماً إلىٰ ما هو له، إلّا أنّه لم ينحفظ الظهور الاول، وإنْ قلنا بأنّ المراد منه هو المعنىٰ المصدري فالظهور الاول محفوظ، إلّا أنّ الاسناد إمّا الىٰ غير ما هو له دائماً، إنْ كان مخالفة الالتزام بتبع مخالفة ما التزم به، وأمّا إلىٰ ما هو له وغير ما هو له بملاحظة اسناد جامع بين اسنادين، إنْ كان مخالفة الشرط تارة بالتبع وأُخرىٰ بالذات فالظهور الثاني غير محفوظ دائماً، إلّا أنّ اللازم رفع اليد عن الظهور الثاني لوجوه:

احدها: أنّ الاخبار الواقع فيها استثناء الشرط المحلل والمحرم لبيان أمر واحد ومطلب فارد، وكما أنّ المحللية والمحرمية وصفان للشرط بمعنىٰ الالتزام، بداهة أنّ فعل الحرام فعل الحرام، لا أنّه محلل للحرام، فلا تحليل إلّا من قبل الشارط بشرطه،كما نص به في باب الحلف بقوله عليه السلام (فليس له أنْ يحرم ما أحل الله)[1]

---

(١) وسائل الشيعة باب ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٢.

مستشهداً بقوله تعالىٰ ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾[١] كذلك المخالفة وصف للالتزام.

ثانيها: دلالة الاخبار المقتضية لعدم نفوذ شرط عدم التسري وعدم التزويج ثانياً[٢] ان الملتزم به من المباحات التي لا تخالف الكتاب، فلا محالة يكون باعتبار مخالفة الالتزام المحرم لما أحله الله تعالىٰ.

وثالثها: ما في المرسل المروي في الغنية وهو (الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة)[٣] بل جعله المصنف ﷺ أصرح من الكل، ولعله باعتبار الجواز المساوق للنفوذ والمضي، وهو صفة الالتزام لا صفة الملتزم به، وكذا باعتبار قوله (بين المسلمين) فإنّ الشرط بمعنىٰ الالتزام هو الواقع بينهم؛ لمكان التزام أحد الطرفين للآخر دون الملتزم به الذي هو فعل الملتزم خاصة، نعم لابد من ارجاع الضمير في قوله (ما لم يمنع منه) إلىٰ الملتزم به، فإنّه هو الذي يمنع منه الكتاب أو السنة، فتدبر.

ومنها: أنّ الشرط النافذ حيث إنّه من شأنه احداث ما لم يكن فلابد من بيان كيفية الحكم الذي يخالفه الشرط تارة فلا ينفذ ولا يخالفه أُخرىٰ فينفذ، والكلام تارة في مقام الثبوت، وأُخرىٰ في مقام الاثبات فنقول:

أمّا مقام الثبوت فمختصر القول فيه: أنّ الاحكام الطلبية من الوجوب والحرمة والاستحباب والكراهة كلها منبعثة عن مصلحة لزومية أو غير لزومية وعن مفسدة لزومية أو غير لزومية، وأمّا الاباحة فناشئة عن لا اقتضائية الموضوع، لخلوها عن المصلحة مطلقاً وعن المفسدة مطلقاً، وحيث إنّ المصالح والمفاسد مقتضيات فيمكن طرو عنوان ذي مصلحة أو ذي مفسدة علىٰ خلاف تلك المقتضيات.

فحينئذ إنْ كانت المصلحة الواقعية أو المفسدة من القوة بحيث لا يزاحمها مصلحة العنوان الطارئ أو مفسدته فلا محالة يكون الموضوع ملحوظاً بنحو الماهية

---

(١) التحريم، الآية ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور.
(٣) غنية النزوع ـ سلسلة الينابيع الفقهية ١٣: ٢١١.

اللابشرط[١] القسمي؛ لفرض عدم دخل العنوان الطارئ وجوداً وعدماً في تأثير المقتضيات الواقعية القائمة بموضوعاتها، والحكم المرتب عليها حكم فعلي تام الحكمية، وإنْ كانت المصلحة الواقعية والمفسدة الواقعية لا تقاوم المصلحة والمفسدة في العنوان الطارئ فلا محالة تكون الماهية ملحوظة بشرط لا، فالحكم المرتب عليها ما دام الموضوع مجرداً حكم فعلي، ومع طرو عنوان لا يعقل بقاء الحكم علىٰ فعليته لتبدل موضوعه علىٰ الفرض، ولكن حيث إنّ مقتضي الحكم الاولي ثابت يقال بثبوت الحكم الاقتضائي والطبعي، وقد مرّ غير مرة أنّ ثبوت المقتضىٰ بثبوت المقتضي ثبوت عرضي لا الثبوت المختص به في نظام الوجود.

وأمّا الاباحة فحيث إنّها لا اقتضاء فلا محالة يكون موضوعها دائماً ملحوظاً بنحو البشرط لائية، ومع عدم طرو عنوان فهي اباحة فعلية، ومع طرو العنوان لا اباحة اصلاً لا فعلاً ولا اقتضاءً، أمّا الاول فواضح، وإلّا لزم الخلف، وأمّا الثاني فلأنّ المفروض أنّها ناشئة عن لا اقتضائية الموضوع، فلا مقتضي حتىٰ يكون للاباحة ثبوت عرضي بثبوت المقتضي، هذا بحسب مقام الثبوت.

وأمّا مقام الاثبات فنقول: اثبات الحكم الطلبي التام الحكمية موقوف علىٰ ظهور الانشاء في كونه بداعي البعث أو الزجر لا بسائر الدواعي، واطلاق الموضوع وعدم تقيده بقيد وجودي ولا عدمي فيدل علىٰ أنّ موضوع هذا الحكم واقعاً علىٰ وجه اللابشرطية، فلا محالة يقع التعارض بين دليل الحكم الاولي ودليل العنوان الطارئ كالشرط، إلّا أنّ الاستثناء يرفع التعارض ويخصص نفوذ الشرط بما عدا مورد الحكم التام الحكمية، وأمّا الحكم الفعلي لولا عروض عارض فثبوته يحتاج إلىٰ دليل خاص يدل علىٰ كون الموضوع بشرط لا، فاذا فرض دليل مثله لم يكن معارضاً لعموم دليل الشرط، وإنْ فرض عدم الاستثناء.

ومما ذكرنا تبين أنّ اثبات الحكم التام الحكمية لا يحتاج إلىٰ دليل مخصوص، بل نفس دليل الواجب والحرام وتجرده عن القيد كافٍ في اثباته.

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (اللابشرطي).

وأمّا توهم أنّ الاطلاق يجامع الحكم الطبعي الاقتضائي؛ فيصح أنْ يقال إنّ الخمر حرام في نفسه حتىٰ مع الاضطرار، فهو مدفوع بأنّ الحكم الاقتضائي في فرض طرو العنوان ليس من مقولة الحكم الحقيقي، لاستحالة اجتماع حكمين فعليين ولو طوليين، بل كما عرفت ثبوته عرضي يتبع ثبوت المقتضي، والاطلاق يجامع ثبوت المقتضي فيكون الانشاء مسوقاً للارشاد إلىٰ ثبوت الملاك والمقتضي في جميع الحالات، وهو كما عرفت خلاف الظاهر، فما يمكن فيه الاطلاق لا دخل له بمقولة الحكم، وما هو من مقولة الحكم لا يعقل أنْ يكون له اطلاق، لأنّ موضوعه علىٰ الفرض هي الماهية بشرط لا، وأمّا اذا لم يكن هناك اطلاق فكما لا دليل علىٰ الحكم الطبعي كذلك لا دليل علىٰ الحكم التام الحكمية، فتصل النوبة إلىٰ الاصول العملية كما سيجيء[1] إن شاء الله تعالىٰ، هذا حكم الاحكام الطلبية.

وأمّا الاباحة فكما أنّ موضوعها الواقعي يستحيل أنْ يلاحظ لا بشرط كذلك يستحيل أنْ يكون دليلها في مقام الاثبات مطلقاً من حيث طرو أي عنوان اقتضائي، بل حيثية كون الاباحة حكم الموضوع قرينة قطعية علىٰ أنّ موضوعها بشرط لا، فيستحيل أنْ يعارض دليلاً اثباتاً، كما يستحيل أنْ يزاحم مقتضياً ثبوتاً، وأمّا الموارد التي حكم الشارع بعدم نفوذ الشرط فيها مع أنّ حكمها الاباحة كعدم التسري وعدم التزويج ثانياً فلابد من توجيهها بوجوه سيأتي الاشارة اليها، فتدبر جيداً.

والتحقيق: أنّ الكلية التي ذكرها المصنف ﷺ ونحن أوضحناها باحسن تقريب ثبوتاً واثباتاً وإنْ كانت صحيحة في نفسها لكنها أجنبية عما نحن فيه، بمعنىٰ أنّ نفوذ الشرط تارة وعدمه اخرىٰ لا يدور مدارها، وتوضيح المقام: أنّ متعلق الشرط إمّا أنْ يكون من الاحكام الخمسة التكليفية، وإمّا أنْ يكون من الاعتبارات الوضعية الشرعية، وإمّا أنْ يكون من الاعمال فعلاً أو تركاً.

وإنْ كان من الاحكام التكليفية كإشتراط وجوب شيء أو حرمته شرعاً مثلاً فلا يعقل؛ لأنّ الاحكام التكليفية من المجعولات الشرعية التي مبادئها بيده وتحت

---

(١) تعليقة ٦٣.

سلطانه وقدرته، فالالتزام الجدي بها التزام بامر غير مقدور للملتزم، بل هي اشكل من المجعولات التكوينية للواجب تعالىٰ؛ لما مرّ[1] من امكان اعداد المقدمات التي تلازم افاضة الوجود منه تعالىٰ، وبالجملة فمثل شرط الحكم الشرعي شرط أمر غير مقدور، سواء كان استثناء الشرط المخالف للكتاب أم لم يكن.

وإنْ كان من الاعتبارات الوضعية الشرعية كإعتبار الملكية والزوجية واعتبار استحقاق القريب للارث واستحقاق المعتق لولاء الارث واشباهها فهذه الاعتبارات علىٰ قسمين، قسم منها تسبيبي يمكن التسبب بسبب من الاسباب الىٰ حصولها، كالتسبب إلىٰ الملكية والزوجية وحق الخيار ثبوتاً وسقوطاً، وقسم منها غير تسبيبي، بل اعتبار ابتدائي من الشارع لما فيه من المصلحة، كجعل القريب وارثاً، وجعل الولاء للمعتق، فهذا يشبه الاحكام التكليفية فهي حيث لم تكن تسبيبية فاشتراطها أيضاً شرط أمر غير مقدور، فهو أجنبي أيضاً عن اعتبار الموافقة للكتاب والسنة؛ بمعنىٰ أنّه لا يدور عدم نفوذه مدار اعتبار موافقة الكتاب في الشرط.

والقسم الآخر الذي هو تسبيبي ربّما يكون له سبب خاص كالطلاق المتوقف علىٰ صفة خاصة، فاشتراطه بطور شرط النتيجة من باب ايجاد الشيء بغير سببه الخاص وهو أيضاً محال، ولا يدور مدار الموافقة وعدم المخالفة للكتاب، وربّما لا يكون له سبب خاص، والشرط بدليله أحد الاسباب من دون محذور.

وإنْ كان المتعلق من الاعمال فعلاً أو تركاً فهو محل الكلام من حيث المخالفة للكتاب وعدمها، وهو مورد اعمال تلك الكلية وتزاحم المصلحة والمفسدة تارة وعدمه أُخرىٰ فنقول: لا ريب في أنّ عنوان الشرط كعنوان البيع والاجارة واشباههما ليس من العناوين الحسنة عقلاً، ولا من العناوين ذوات المصالح، لوضوح أنّ ما فيه بنفسه مصلحة فلابد من وجوبه اذا كانت المصلحة لزومية، واستحبابه اذا كانت غير لزومية، ولا شبهة لاحد في أنّ البيع والشرط واشباههما غير واجبة ولا مستحبة، بل مباحة، وإنّما يعرضها الوجوب والاستحباب والحرمة والكراهة بعروض عنوان

---

(١) تعليقة ٥٣.

عليها، واذا لم يكن عنوان الشرط ذا مصلحة لزومية فكيف يعقل أنْ يكون انطباقه علىٰ فعل الحرام أو ترك الواجب موجباً لتزاحم المقتضيين؟! حتىٰ يشكل الأمر اذا لم يعلم أقوائية المقتضي الواقعي من المقتضي الطارئ.

وأمّا وجوب الوفاء بالالتزام فهو مرتب علىٰ تحقق الالتزام النافذ، والكلام في عنوان الالتزام المنطبق علىٰ ترك الواجب وفعل الحرام، ولا منافاة بين أنْ يكون اصل الالتزام مباحاً إلّا أنّه بعد تحققه يجب الوفاء به لما في الوفاء بالعهد من الحسن عقلاً والرجحان شرعاً، وأمّا اعتبار الملكية أو الحقية فهو وإنْ كان عن مصلحة لكنها في الاعتبار، لا أنّها مصلحة استيفائية حتىٰ يجب تحصيلها أو يتدارك بها مفسدة فعل الحرام مثلاً.

وعليه فنقول: انفاذ الالتزامات المعاملية ومنها الالتزام الشرطي حيث أنّه منّة منه تعالىٰ علىٰ عباده للوصول إلىٰ اغراضهم المعاملية فما لم يكن فيه فوات مصلحة أو الوقوع في مفسدة فلا ريب في أنّ انفاذه من كمال الامتنان من الكريم المنّان،وأمّا ما يتضمن فوات مصلحة أو الوقوع في مفسدة كالالتزام بفعل الحرام أو ترك الواجب مع عدم التدارك علىٰ الفرض فهو خلاف المنّة عقلاً، فينحصر نفوذ الالتزام المعاملي في المباح أو فعل الواجب وترك الحرام، فإنّ انفاذ مثله من محض الامتنان بلا محذور.

ومما ذكرنا تقدر علىٰ دفع ما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ من الموارد المشتبهة، وأنّها إمّا خارجة عن محل الكلام، أو داخلة في الشرط المخالف تارة وعدمه أُخرىٰ.

٥٨ ـ قوله ﷺ: (لكن ظاهر بعض الاخبار المتقدمة ...الخ)[1].

الاخبار الواردة في هذا الباب كثيرة:

منها: رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة وشرط لها إنْ هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق؟ فقضىٰ عليه السلام في ذلك أنّ شرط الله قبل شرطكم، فإنْ شاء وفىٰ بما اشترط وإنْ شاء امسكها واتخذ عليها

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٦، وفيه ولكن (ظاهر مورد بعض..).

ونكح عليها)[١].

منها: رواية ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلىٰ اهلها إنْ تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتىٰ عليها سرية فانها طالق، فقال عليه السلام: شرط الله قبل شرطكم إنْ شاء وفىٰ بشرطه، وإنْ شاء أمسك امرأته ونكح عليها وتسرىٰ عليها وهجرها إنْ اتت بسبيل ذلك، قال الله تعالىٰ في كتابه ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنىٰ وثلاث ورباع**﴾ وقال ﴿**احل لكم ما ملكت ايمانكم**﴾ وقال ﴿**واللاتي تخافون نشوزهن ...الآية**﴾[٢].

وهاتان الروايتان أصرح ما في الباب في بطلان شرط الامور المذكورة وفي قبالهما ما عن منصور بزرج عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له إنّ رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فاراد أنْ يراجعها فأبت عليه إلّا أنْ يجعل لله عليه أنْ لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك كيف يصنع؟ قال عليه السلام: بئس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له فليفِ للمرأة بشرطها؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم)[٣].

وما عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يقول لعبده اعتقك علىٰ أنْ ازوجك ابنتي فإنْ تزوجت عليها أو تسريت فعليك مائة دينار، فاعتقه علىٰ ذلك وتسرّىٰ أو تزوج؟ قال: عليه شرطه)[٤].

وبمضمونه روايات كثيرة[٥]، وللاصحاب (رضوان الله عليهم) توجيهات بعيدة:

منها: حمل الأخبار المانعة عن شرط التسري ونحوه علىٰ أنّ الاباحة فيها كما ذكرنا سابقاً بحيث لا تقبل التغير بالشرط، وهذا إنّما يجدي في امتياز هذا المباح عن سائر المباحات التي لاريب في نفوذ شرطها نصاً وفتوىً، لا في الجمع بين الاخبار

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٣٨ من ابواب المهور، ح ١.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٧ من ابواب المهور، ح ١.
(٥) راجع باب ٢٠، ٣٨ من ابواب المهور.

المتعارضة في خصوص التسري والتزويج.

ومنها: حمل خبر الجواز علىٰ التقية مع أنّ خبر العتق معمول به من دون حمله علىٰ التقية.

منها: أنّ المنع راجع إلىٰ شرط عدم السلطنة علىٰ التسري ونحوه، لا شرط ترك الفعل، وهو خلاف الظاهر نصاً وفتوىً.

منها: أنّ المنع راجع إلىٰ شرط الطلاق علىٰ تقدير وقوع احد الأمور المزبورة، لا شرط ترك الامور المذكورة،وهذا الحمل وإنْ لم يكن بعيداً عن ظاهر السؤال المتضمن لتعليق الطلاق علىٰ فعل تلك الامور إلّا أنّ قوله عليه السلام في الجواب (شرط الله قبل شرطكم) بملاحظة الاستدلال بالآيات ظاهر في أنّ شرط الله تعالىٰ تلك الاحكام المتعلقة بالتزويج والتسري والهجر، فبقرينة المقابلة يكون الشرط المقابل شرط ترك تلك الامور الذي هو في الحقيقة تحريم من الشارط لما أحله الله تعالىٰ، مع أنّ الظاهر من حال الشارط تعلق الغرض بترك تلك الامور، والالتزام بالطلاق بمنزلة الجزاء علىٰ ترك الوفاء، لا أنّ الغرض انشاء الطلاق المعلق؛ فإنّه أجنبي عن مقصد الزوجين.

والانصاف: أنّ رواية منصور أظهر في الجواز والنفوذ وفي تعلق الالتزام بترك التزويج، إلّا أنّ المشهور بل ادعىٰ الاتفاق عليه بطلان الشرط المزبور، نعم خبر العتق ظاهر في تعلق الشرط بدفع مائة دينار اذا تزوج علىٰ ابنة المولىٰ لقوله عليه السلام (بعد التزويج عليه شرطه) فيعلم منه أنّ المشروط هو دفع المائة بعد التزويج، والله أعلم.

٥٩ ـ قوله رحمه الله: (فإنّ ما دل علىٰ أنّه لا يملك ولد حر ...الخ)[1].

الرقية والحرية وإنْ كانتا لباً بمعنىٰ الملكية، وزوالها رفعاً أو دفعاً، ومثل الملكية وزوالها من الاعتبارات القابلة للتسبب اليهما، إلّا أنّ زوال الملكية لا يتوقف علىٰ قابلية المحل، ولذا لا اشكال في حرية الرق بالعتق الانشائي فكذا بالشرط، وأمّا الملكية فهي وإنْ كانت اعتبارية إلّا أنّ قبول المورد لهذا الاعتبار شرط، فمجرد صحة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٦.

التسبب إلىٰ الاعتبارات التسببية بالشرط وغيره لا يجدي إلّا مع احراز قابلية المورد لهذا الاعتبار.

وبالجملة: مورد الكلام امران: احدهما ولد المزوجة، ثانيهما ولد الامة المحللة، والاخبار فيهما متعارضة، إلّا أنّ المشهور في الاول انعقاده حراً إلّا أنْ يشترط رقيته، وكذا الامر في الثاني علىٰ الظاهر، وإنْ كان انعقاده رقاً ما لم يشترط الحرية هو الظاهر من غالب النصوص الواردة فيه، مع أنّ رقية الحر ولو بعود الحر رقاً بالشرط منصوص في باب العتق كما في خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبدالله عليه السلام (قال: سألته عن الرجل يعتق مملوكه ويزوجه ابنته ويشترط عليه إنْ هو اغارها أن يرده في الرق؟ قال عليه السلام: له شرطه)[1] فمن مجموع اخبار الباب يستفاد أنّ رقية الحر كحرية الرق قابل للتسبب اليها بالشرط وغيره.

٦٠ـ **قوله رحمه الله: (ومنها: ارث المتمتع بها ...الخ)**[2].

الكلام فيه يقع تارة من حيث كون الشرط منافياً لمقتضىٰ عقد الانقطاع، وأخرىٰ من حيث إنّه شرط مخالف للكتاب، والبحث من الجهة الاولىٰ سيأتي[3] إن شاء الله تعالىٰ في الشرط الخامس، وأمّا البحث من الجهة الثانية: فهو باعتبار ورود الاخبار بأنّ من حدود المتعة أنّها لا ترثك ولا ترثها فيقع الكلام في أنّ هذا الحكم السلبي بنحو العلية لئلا يتغير بالشرط، أو بنحو الاقتضاء حتىٰ يتغير بالشرط، نعم مقتضىٰ النص الدال علىٰ عدم التوارث اشترطا ام لم يشترطا أنّ الحكم بعدم الارث من قبيل الاول.

وأمّا الكلام من حيث عدم قابلية الارث للشرط نظراً إلىٰ ما قدمناه من أنّه شرط أمر غير مقدور فإنّه من قبيل شرط الحكم الشرعي، فمختصر القول فيه: أنّ الحكم بالارث وإنْ كان من الاعتبارات الابتدائية الغير التسببية فلا يعقل التسبب بالشرط اليه، إلّا أنّ مقتضىٰ صحة ولاء ضمان الجريرة علىٰ ما ذكروا في ايجابه وقبوله كما

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب العتق، ح ٣.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٨. (٣) تعليقة ٧٣.

عن المحقق الثاني[١] من أنّ صورة عقد الضمان أنْ يقول احد المتعاقدين: «دمك دمي وثارك ثاري وحربك حربي وسلمك سلمي وترثني وارثك» فيقول الآخر: «قبلت» هو قبول اعتبار الارث للتسبيب، لكن ظاهر اخبار ضمان الجريرة كون الارث من احكام ضمان الجريرة، لا أنّه من مقومات عقده ومتعلقاته، وتمام الكلام في محله.

٦١ ـ قوله: (ومنها: أنّهم اتفقوا علىٰ جواز اشتراط الضمان ...الخ)[٢].

الكلام فيه تارة من حيث إنّ عقد العارية وعقد الاجارة يقتضيان عدم الضمان ام لا كما سيأتي[٣] إن شاء الله تعالىٰ في الشرط الخامس، وأُخرىٰ من حيث إنّ الضمان في العارية هل هو منافٍ لما دل علىٰ انه لا يضمن الامين؟ بأنْ يكون الامانة علة تامة لعدم الضمان، فيكون شرط الضمان شرطاً مخالفاً للسنة، أو الامانة مقتضية فلا ينافي مانعية الشرط، إلّا أنّ مقتضىٰ النص الوارد في العارية وأنّها مضمونة تارة وغير مضمونة أُخرىٰ هو كون الامانة علىٰ وجه الاقتضاء لا العلية، وهو الفارق بين العارية والاجارة.

وأمّا قابلية اعتبار الضمان للتسبب اليه فلا ينبغي الريب فيها؛ لدلالة النص الوارد في العارية علىٰ أنّ اتخاذ العين في العهدة صحيح، فيعلم منه قابليته لذلك، وكفىٰ بدليل الشرط للدلالة علىٰ نفوذ الشرط الذي يتسبب به إلىٰ الضمان.

٦٢ ـ قوله: (ومنها: اشتراط أنْ لا يخرج بالزوجة ...الخ)[٤].

البحث فيه أيضاً تارة من حيث منافاة هذا الشرط لاقتضاء عقد الزواج لسلطنة الزوج علىٰ الاستمتاع بالزوجة في أي زمان ومكان اراد، فولاية الاسكان له دون غيره، فالشرط المزبور المقتضي لسلطنة الزوجة علىٰ الامتناع منافٍ لمقتضىٰ العقد، وتمام الكلام في الشرط الخامس إن شاء الله تعالىٰ.

وأخرىٰ من حيث مخالفة الشرط للكتاب والسنة نظراً إلىٰ أنّ مقتضىٰ الشرط

---

(١) حكاه عنه مفتاح الكرامة ٨: ٢٠٤.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٢١.
(٣) تعليقة ٧١.
(٤) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٢٣.

المزبور إمّا جعل ولاية أمر الاسكان بيد الزوجة كجعل أمر الجماع بيده فهو مخالف لما ثبت في الكتاب من (أنّ الرجال قوامون علىٰ النساء)[١] كما استدل به الامام عليه السلام[٢] في قول الزوج لزوجته أمرك بيدك، وأمّا شرط عدم الاخراج عن البلد كما هو ظاهر مورد النص فهو مخالف لوجوب اطاعة الزوج علىٰ الزوجة، فإنّها بالشرط لها الامتناع عن امتثال أمره بالخروج، فحينئذ يقع الكلام في أنّ هذا الوجوب علىٰ نحو لا يتغير ام لا.

وأمّا الوجه الاول فهو من قبيل شرط الحكم الذي ليس أمره بيد الشارط وإنْ انطبق عليه المخالفة للكتاب أيضاً، إلّا أنّك عرفت مراراً أنّ نفوذ الشرط وعدمه لا يدور مدار استثناء الشرط المخالف، هذا إلّا أنّ ظاهر النص الوارد بلزوم الوفاء للزوجة بما اشترط لها من حيث عدم اخراجها إلىٰ بلد آخر أنّ هذا الحكم قابل للتغير، بل يمكن أنْ يقال إنّ وجوب اطاعة الزوج إنّما هو فيما له، ومع الشرط ليس له الالزام بالخروج، فلا موضوع لوجوب الاطاعة، فافهم.

٦٣ ـ قوله قدس سره: (فإنْ لم يحصل له بنىٰ علىٰ اصالة عدم المخالفة ...الخ)[٣].

توضيح الكلام وتنقيح المرام برسم اُمور في المقام:

منها: أنّ الوجود بحسب القسمة الاولية ينقسم إلىٰ وجود في نفسه والىٰ وجود لا في نفسه، والمراد بالاول هو الوجود المحمولي المضاف إلىٰ ماهية كوجود الانسان ووجود البياض، فيحمل علىٰ الانسان أنّه موجود، وكذا علىٰ البياض، والمراد بالثاني هو الوجود الرابط، وهو الوجود المتوسط بين شيئين المعبر عنه بثبوت شيء لشيء، في قبال ثبوت الشيء، وهو منحصر في مفاد الهلية المركبة الايجابية في قبال الهلية البسيطة كالانسان موجود، فإنّ حقيقة مفاد تلك القضية ثبوت الانسان لا ثبوت شيء له.

---

(١) النساء، الآية: ٣٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٤١ من ابواب مقدمات النكاح وشرائطه ح ٦.

(٣) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٢٨.

والفرق بين الوجود الرابط والثبوت المتوسط والنسبة الحكمية، أنّ الوجود الرابط بين الموضوع ومبدأ المحمول والنسبة الحكمية بين الموضوع ونفس المحمول، ولذا يعم جميع القضايا والعقود سواء كانت من الهليات البسيطة أو المركبة، فإنّ كون هذا ذاك مفاد النسبة الحكمية، وهي موجودة في «زيد كاتب» و «زيد موجود».

ثم إنّ الوجود في نفسه المعبر عنه بالوجود المحمولي ينقسم إلىٰ وجود في نفسه لنفسه كالجوهر، والىٰ وجود في نفسه لغيره كالعرض، ويسمىٰ الاول بالوجود النفسي، والثاني بالوجود الناعتي والوجود الرابطي لا الرابط، فتوهم أنّ الوجود المحمولي في قبال الوجود الناعتي فاسد، فإنّه مقسم للوجود النفسي الجوهري والوجود الناعتي الرابطي العرضي، وإنّما المقابل للوجود المحمولي هو الوجود لا في نفسه المصطلح عليه بالوجود الرابط والكون المتوسط، هذا حال الوجود بحسب القسمة الاولية والثانوية.

وأمّا العدم فحيث إنّه عين الليسية واللاشيئية فلا يعقل أنْ يكون رابطاً بين شيئين ليتصور العدم الرابط، بل المعقول هو عدم الرابط، وكذا النسبة الحكمية فإنّها لا تكون إلّا في الموجبة، وأمّا السالبة فليس فيها إلّا سلب النسبة الحكمية كما عليه المحققون، فإنّ النسبة الحكمية مطابقها هوية واحدة، وهي ما به اتحاد الموضوع وعنوان المحمول، لا بما هو وجود كل منهما في نفسه، فهذا الاتحاد الجزئي المتصور بينهما تارة يذعن العقل بثبوته، وأُخرىٰ بنفيه، لا أنّه هناك حالة بين الموضوع والمحمول هي عين الانتفاء والليسية.

اذا عرفت هذا فاعلم: أنّ مخالفة الشرط للكتاب ـ كما هو ظاهر الادلة ـ قد أخذت علىٰ وجه الربط، ومفاد كان الناقصة، وما يقابلها ـ أعني عدم المخالفة ـ وإنْ لم يكن بنحو العدم المحمولي؛ فإنّه بديل الوجود المحمولي دون الوجود الرابط، إلّا أنّك حيث عرفت أنّ العدم الرابط غير معقول، وإنّما المعقول عدم الرابط وسلب النسبة لا النسبة السلبية، ولذا قالوا بأنّ السالبة المحصلة لا تحتاج إلىٰ وجود الموضوع، بل كما يصدق سلب النسبة بانتفاء المحمول كذلك يصدق بانتفاء الموضوع، فعدم

مخالفة الشرط للكتاب كما يصدق مع وجود الطرفين من الشرط والكتاب كذلك مع عدمهما، فلا منافاة بين كون المخالفة في طرف القضية الايجابية مأخوذة بنحو الوجود الرابط ومفاد كان الناقصة، وبين كون عدمها أعم من نفي المخالفة مع وجود الطرفين ـ لتكون القضية سالبة بانتفاء المحمول ـ ومن نفي المخالفة مع عدمها لتكون القضية سالبة بانتفاء الموضوع.

فحينئذ لا مجال للاشكال في اصالة عدم المخالفة بدعوىٰ: أنّ عدم المخالفة بنحو العدم المحمولي ليس موضوعاً للحكم، بل بوجه الربط، لأنّ مقابل الوجود الرابط بديله لا العدم المحمولي الذي هو بديل الوجود المحمولي، فالاصل الجاري في العدم المحمولي مثبت بالاضافة إلىٰ العدم المقابل للوجود الرابط.

وفساد هذه الدعوىٰ ظاهر مما مرّ، فإنّه لا حاجة إلىٰ استصحاب العدم المحمولي حتىٰ يرد محذور الاصل المثبت، بل المستصحب هو عدم الرابط ومفاد السالبة المحصلة التي هي صادقة مع وجود الموضوع ومع عدمه، فعدم كون الشرط مخالفاً بعدم الطرفين معنىٰ وعدم المخالفة معنىٰ آخر، والثاني عدم محمولي، والاول عدم الرابط، وسلب النسبة بعد ما تبين استحالة العدم الرابط والنسبة السلبية، فتدبره فإنّه حقيق به.

نعم اذا كان موضوع الحكم كون الشرط غير مخالف بنحو العدم المقابل للملكة فالقضية قهراً موجبة معدولة المحمول، ومن البين حاجة الموجبة إلىٰ وجود الموضوع، فلا حالة سابقة متيقنة حينئذ، وعدم المخالفة إلىٰ حال وجود الموضوع ملازم عقلاً لكون الشرط غير مخالف فهو مثبت.

والتحقيق: ما قدمناه من أنّ السالبة المحصلة وإنْ كانت أعم، إلّا أنّه ليس هنا قضية سالبة منطوقية حتىٰ يقال بأنّها أعم، وإنّما يستفاد موضوعية عدم المخالفة للحكم من مفهوم قوله عليه السلام (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز ...الخ)[1]، ومن المقرر في محله أنّ المفهوم تابع للمنطوق سعة وضيقاً، فالسالبة حينئذ سالبة

---

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

بانتفاء المحمول فقط، ومثلها ليست لها حالة سابقة متيقنة، فحينئذ لا مجال لاصالة عدم المخالفة بأي وجه لوحظ العدم، سواء لوحظ بنحو العدم المحمولي، أو العدم المقابل للملكة، أو عدم الرابط، وسلب النسبة في فرض وجود الموضوع هذا هو الذي ينبغي أنْ يعتمد عليه في تحقيق حال هذا الاصل.

وعن بعض اعلام العصر[1] تفصيل في امثال المقامِ محصله: أنّ الموضوع إنْ كان مركباً من العرض ومحله فوجوده وعدمه وجود نعتي وعدم نعتي لمحله، وإنْ كان مركباً من عرضين لمحل واحد أو من عرضين لمحلين فليس وجود أحدهما نعتاً للآخر، اذ الناعتية شأن العرض بالنسبة إلىٰ محله، ولا يعقل ناعتية العرض لعرض آخر، ولا ناعتية العرض لجوهر آخر غير محله.

وعليه فإنْ كان موضوع الحكم من قبيل الاول فلا يجدي في ترتيب الاثر إلّا وجوده النعتي أو عدمه النعتي، فاستصحاب العدم الازلي استصحاب العدم المحمولي ولا يثبت به العدم النعتي، وإنْ كان الموضوع من قبيل الثاني فحيث إنّ عدمه علىٰ الفرض محمولي لا نعتي فيجدي استصحاب عدمه الازلي المحمولي، مثلاً المخالفة عرض للشرط فوجودها نعتي وعدمها نعتي، ومثله لا حالة سابقة له، وعدمها المحمولي وإنْ جرىٰ فيه الاصل إلّا أنّه مثبت، وكذا القرشية للمرأة عرض للمرأة فوجودها ناعتي وعدمها كذلك، فلا يجدي استصحاب عدم الانتساب المحمولي في اثبات العدم النعتي، بخلاف التذكية وزهاق الروح فإنّهما عرضان للحيوان، وليس احدهما عرضاً للآخر، فعدم الذبح الخاص في حال حياة الحيوان اوجره إلىٰ حال زهاق الروح المحرز بالوجدان يجدي في ترتيب الحرمة والنجاسة، ولا موجب لاحراز عدم الذبح في حال زهاق الروح، لأنّ أحد العرضين ليس نعتاً للآخر، ولا عدمه ناعتياً بالاضافة إلىٰ زهاق الروح.

ويرد عليه اولاً: أنّ وجود العرض وإنْ كان نعتاً لمحله، إلّا أنّ العرض والجوهر كليهما من اقسام الوجود المحمولي كما مر، لا أنّه في قبال المحمولي، لان ما هو في

---

(١) فوائد الاصول ٢: ٥٣٠.

قبال المحمولي هو الوجود الرابط لا الرابطي الناعتي، وما هو مفاد كان الناقصة هو الوجود الرابط دون الناعتي الرابطي، ومفاد كان التامة وهو الوجود المحمولي جوهراً كان أو عرضاً.

وثانياً: أنّ الناعتية المختصة بالاعراض من شؤون وجود العرض، فإنّ الناعتية هو الحلول في الموضوع، وهو شأن الوجود، فالعدم حيث إنّه لا شيء لا يعقل له حلول في شيء، وعدم العرض عبارة عن عدم ماهية اذا وجدت في الخارج كان في الموضوع، لا أنّ عدمها في الموضوع، وهذا وسابقه من واضحات فن المعقول عند اهله.

وثالثاً: أنّ فرض العدم المحمولي للعرض يستلزم فرض الوجود المحمولي، فإنّ العدم بديل الوجود، فحصر وجود العرض في الناعت المقابل للمحمولي دون عدمه بلا وجه.

ورابعاً: أنّ معنىٰ عدم كون العرض نعتاً لعرض أو لجوهر غير محله هو عدم قيام العرض بالعرض وعدم كون العرض عرضاً لاي شيء، لا أنّه يوجب أنْ يكون العرض بالاضافة إلىٰ غير محله ملحوظاً بنحو المحمولي، فإنّ الناعتية ليست في قبال المحمولي حتىٰ اذا استحالت الناعتيّة وجبت المحمولية، بل الوجود المحمولي في قبال الوجود الرابط المتوسط، ولا يختص الوجود الرابط بكون طرفيه الموضوع وعرضه، بل مفاد كل قضية مركبة ايجابية هو ثبوت شيء لشيء، سواء كان الموضوع والمحمول جوهرين كـ «الانسان حيوان»، فإنّ مفاد القضية ثبوت حصة من الجنس للنوع، وكـ «زيد انسان» لتقرر حصة من الانسانية في مرتبة ذات زيد، أو عرضين كـ«البياض لون» أو جوهر وعرض كـ«الجسم أبيض»، بل لا يختص بذلك أيضاً فيجري في العدم والملكة كقولنا: «زيد أعمىٰ»، بل يجري في الامور الاعتبارية بالنسبة إلىٰ الماهية الخارجية «كزيد ممكن»، بل يجري في الموجودات الذهنية أيضاً «كالانسان نوع والحيوان جنس» واشباه ذلك، فتوهم قصر ما يقابل الوجود المحمولي وما هو مفاد كان الناقصة علىٰ خصوص العرض بالاضافة إلىٰ محله من أشنع الاوهام، فتدبر

جيداً.

وخامساً: أنّ العرض وإنْ لوحظ بنحو الرابطية الناعتية المقابلة للوجود المحمولي عند هذا المفصل، إلّا أنّك قد عرفت أنّ العدم لا رابط ولا رابطي، فغاية ما يقتضي ملاحظة المخالفة بنحو الربط ملاحظة عدمها بنحو عدم الرابط وعدم الرابطي، لا رابطية العدم، ورفع الرابط والرابطي يمكن ولو برفع موضوعهما.

وأمّا ما استقر عليه رأيه من أنّ وجود العرض وعدمه وإنْ كان قابلاً للحاظ النعتية وللحاظ المحمولية، إلّا أنّ البرهان يقتضي تعين لحاظ النعتية للعرض بالاضافة إلىٰ محله، لأنّ المحل إمّا أنْ يلاحظ مطلقاً بالنسبة إلىٰ عرضه، أو مقيداً به أو بضده؛ لاستحالة الاهمال واقعاً، واطلاقه بالاضافة إلىٰ عرضه وتقييده بضده محال؛ للزوم الخلف في الاول، والتناقض في الثاني، فيتعين لحاظه مقيداً به، وهو معنىٰ الناعتية.

فمندفع: بأنّ التقييد به لازم الجزئية وتركب الموضوع من شيئين، وترتب أثر واحد عليهما، وهذا أعم مما أفيد، اذ من الممكن تركب الموضوع للأثر من المحل وعرضه كالجسم وبياضه، ومجرد اضافة وجود البياض إلىٰ الجسم لا يخرجه عن المحمولية، ولا يدرجه في الربطية ومفاد كان الناقصة، مثلاً تركب الموضوع من المرأة ومن انتسابها إلىٰ قريش يلزمه عدم الاطلاق، ولا يلزمه لحاظ القرشية بنحو الوجود الرابط ومفاد كان الناقصة، فالمتبع لسان الدليل ومقام الاثبات، لا أنّ مقام ثبوت العرض مقتضٍ للزوم ملاحظته بنحو الربط مع محله، ومقام ثبوت غيره لا يقتضي ذلك، فتدبر في اطراف ما ذكرناه في المقام فإنّه من مزال الاقدام.

ومنها: أنّ شيخنا الاستاذ العلّامة (رفع الله مقامه) سلك في فقهه واصوله[1] مسلكاً مخصوصاً لتصحيح الاصل المزبور وامثاله؛ مع الاعتراف بأنّ مفاده العدم المحمولي دون العدم الربطي، ومفاد ليس التامة دون ليس الناقصة.

وتقريبه: أنّ العام أو المطلق الذي استثنىٰ منه عنوان ربطي ـ حيث إنّه غير معنون بعنوان وجودي ولا عدمي، لا من حيث نفسه، ولا من قبل الاستثناء كما بنىٰ عليه

---

(١) كفاية الاصول ٢٢٣ ـ مؤسسة آل البيت.

في محله ـ يمكن نفي حكم الخاص عنه، لا بنفي موضوعه بالاصل؛ ليقال بأنّ العدم الرابط ليس له حالة سابقة، والعدم المحمولي مثبت، بل بمضادة حكم العام لحكم الخاص؛ نظراً إلىٰ أنّ العام محكوم بحكمه بأي عنوان كان، إلّا العنوان الخارج، ومن العناوين الباقية تحت العام المبائنة لعنوان الخاص كل شرط لا مخالفة له مع الكتاب، أو كل أمراة لا انتساب لها إلىٰ قريش، وهذا العدم الذي هو احدىٰ عناوين العام قابل للاحراز بالاصل، فيثبت له حكم العام، ولعدم مجامعة هذا العنوان لعنوان الخاص ينفي حكم الخاص عنه بالمضادة.

وقد ذكرنا في الاصول[1] بأنّ معنىٰ كون العام محكوماً بحكمه بأي عنوان كان هو عدم دخل عنوان من العناوين وجوداً أو عدماً في ثبوت الحكم للعام وللمطلق، وليست اللابشرطية جمعاً بين القيود، بل رفضاً للقيود وجوداً وعدماً، فليس العنوان المزبور دخيلاً في حكم العام ولو بنحو جزء الموضوع؛ حتىٰ يكون له أثر يصحح التعبد به، ولذا التجئنا إلىٰ اصلاحه بوجه آخر وهو أنّ حكم العام حيث إنّه حكم فعلي تام الحكمية لا حكم طبعي من حيث نفسه ـ فلا محالة يدل بالالتزام علىٰ أنّه ليس لافراده عنوان منافٍ له بحكمه، والمخصص يثبت منافاة عنوان الخاص فقط فتبقىٰ سائر العناوين تحت المدلول الالتزامي المنفي عنه ما عدا حكم العام، والاصل المزبور يثبت أحد العناوين المبائنة لعنوان الخاص، والمفروض أنّه منفي عنه ما عدا حكم العام؛ فينفي حكم الخاص بالمناقضة، لا بالمضادة بالالتزام، لا بالمطابقة، إلّا أنّ هذا النفي المدلول عليه بالالتزام لازم عقلي لكل حكم يثبت لموضوع، لا أنّه مدلول التزامي عرفي بحيث إنّ الشارع جعل حكماً ايجابياً بالمطابقة وحكماً سلبياً بالالتزام حتىٰ يكون قابلاً للتعبد به بالاصل، فتدبر.

ومنها: أنّه ذكر المصنف ﷺ أنّ مرجع هذا الاصل الىٰ اصالة عدم ثبوت هذا الحكم علىٰ وجه لا يقبل تغيره بالشرط، وحملت هذه العبارة تارة علىٰ بطلان الاصل السابق؛ فعدل عنه إلىٰ هذا الاصل، وأُخرىٰ علىٰ أنّ الاصل السابق محكوم بهذا

---

(١) نهاية الدراية ٢: ٤٦٠ ـ مؤسسة آل البيت.

الاصل، لأنّ الشك في مخالفة الشرط ناشٍ عن الشك في كون الحكم بحيث يتغير؛ حتىٰ لايكون الشرط مخالفاً، أو بحيث لا يقبل التغير؛ حتىٰ يكون مخالفاً، وكلا الوجهين بعيد عن عنوان رجوع اصل إلىٰ اصل كما لايخفىٰ، مع أنّ المخالفة وعدمها غير مترتبين شرعاً علىٰ نحوي الحكم الثابت، ولا هما قابلان للتعبد بهما بنفسهما، لأنّهما من غير سنخ المجعولات التشريعية.

والتحقيق: أنّ المراد من الرجوع أنّ الاصل السابق عبارة أخرىٰ عن الاصل اللاحق، فإنّ نفي كل عنوان منتزع عن شيء تارة بنفي مبدأ العنوان، وأُخرىٰ بنفي الانتساب المقوم لعنوانية العنوان، وثالثة بنفي المعنون، ومآل الكل إلىٰ أمر واحد، وهي نفي العنوان؛ فنفي عنوان المخالف المنتزع عن مقام ذات الشرط وحكم الكتاب تارة بعدم المخالفة، وأُخرىٰ بعدم الحكم المخالف، أي عدم الحكم الذي لا يتغير.

نعم إنْ أُريد اصالة عدم ثبوت هذا الحكم علىٰ وجه لا يتغير فمرجع الاصل إلىٰ عدم حيثية عدم قبوله للتغير، وإلّا فذات الحكم الشخصي قد انقلب عدمها إلىٰ الوجود، وحينئذ لا فرق في الاشكال المتقدم بين اصالة عدم المخالفة واصالة عدم حيثية عدم قبوله للتغير بنحو العدم المحمولي.

وإنْ أُريد اصالة عدم الحكم المخالف علىٰ وجه الكلية فهو لا يجدي في كون هذا الحكم الكتابي مخالفاً أو غير مخالف، فهو نظير اصالة عدم الكر في الحوض فإنّه لا يجدي في كون الماء الموجود غير كر، إلّا أنْ يقال إنّ الموارد تختلف من حيث اختلاف الآثار، فإنّ انفعال الماء الموجود بالملاقاة من آثار عدم كريته، لا من آثار عدم الكر في الحوض، بخلاف صحة الشرط فإنّه يكفي فيها عدم حكم علىٰ خلافه في الكتاب؛ وإنْ لم يعلم حال هذا الحكم الموجود، فتدبر.

وقد يورد علىٰ هذا الاصل بأنّ غاية مقتضاه عدم مخالفة الكتاب للشرط، مع أنّ موضوع الصحة عدم كون الشرط مخالفاً للكتاب، واثبات أحد المتلازمين بالآخر ونفي أحدهما بنفي الآخر من الاصل المثبت.

والجواب عنه أمّا اولاً: فبما بنىٰ عليه شيخنا الاستاذ ﷺ في الاصول[١] من أنّ المتلازمين اذا كانا عنوانين متضائفين فهما كالواحد الذي له وجهان في نظر العرف، فالتعبد باحدهما تعبد بالاخر عرفاً، لا أنّ التعبد باحدهما يستلزم التعبد بالآخر عقلاً؛ حتىٰ يقال بأنّه لا ملازمة بين التعبدين عقلاً، بل بين واقعهما، وعليه فالتعبد بعدم مخالفة الكتاب للشرط تعبد بعدم مخالفة الشرط للكتاب، فإنّ المخالفتين من المتضائفين بالاضافة المتشابهة الاطراف كالاخوة والجوار.

وأمّا ثانياً: فبأنّ الشرط المخالف عبارة عن الالتزام بترك التسري الذي له اباحة مطلقة غير قابلة للتغير، والشرط الذي لا يخالف عبارة عن الالتزام بترك ما ليس له اباحة مطلقة، فكون الملتزم بتركه مباحاً بالاباحة المطلقة، أو مباحاً لا بالاباحة المطلقة مصحح لانتزاع عنواني المخالفة من الشرط والكتاب، وهو أمر واحد مسبوق بالعدم، فالشرط محرز بالوجدان وعدم اباحة متعلقه اباحة مطلقة محرز بالتعبد، فهو نظير تكون شخص من نطفة شخص؛ فإنّ هذا الواحد مصحح لانتزاع الابوة والبنوة.

وعليه فالمستصحب عدم الحكم الكذائي الذي هو جزء موضوع الصحيح، لا عنوان المخالف القائم به المضائف لعنوان المخالف القائم بالشرط.

وأمّا توهم: التعارض بين اصالة عدم الحكم علىٰ وجه لا يتغير واصالة عدم الحكم علىٰ وجه يتغير.

فمندفع: بأنّه لا حاجة في نفي فساد الشرط إلّا إلىٰ نفي موضوعه، لا إلىٰ اثبات أنّه موافق للحكم الذي يتغير؛ حتىٰ يكون منفياً باصالة عدم الحكم علىٰ وجه يتغير، فتدبر جيداً.

٦٤ ـ قوله ﷺ: (ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص ...الخ)[٢].

هو الفاضل النراقي ﷺ عن عوائده[٣]، ومطلبه ﷺ مؤلف من أمرين:

أحدهما: أنّ الشرط المخالف منحصر فيما اذا كان الملتزم به حكماً مخالفاً لما ثبت

---

(١) كفاية الاصول ٤١٦ ـ مؤسسة آل البيت. (٢) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٣٤.

(٣) عوائد الايام ١٤٤.

في الكتاب، فإنّ كون أمر المرأة بيدها[١] هو المخالف لكون امرها بيد الزوج، والولاء لغير من أعتق هو المخالف لكونه لمن أعتق وهكذا، وأمّا شرط عدم التصرف أو عدم التسري فليس مخالفاً؛ بمعنىٰ كونه معارضاً لما ثبت في الكتاب؛ وإنْ كان مخالفاً بمعنىٰ كونه معصية للوجوب والحرمة الثابتين في الكتاب فيما اذا اشترط ترك الواجب أو فعل الحرام، وسيجيء[٢] إن شاء الله تعالىٰ كما تقدم[٣] مراراً أنّ شرط الحكم شرط أمر غير مقدور.

ثانيهما: أنّه بناءً علىٰ الاختصاص المذكور يقع التعارض بين الدليل المثبت للحرمة أو الوجوب ودليل نفوذ الشرط مطلقاً، فلابد من اعمال قواعد التعارض، ولا يخفىٰ عليك أنّه بعد البناء علىٰ عدم مخالفة شرط الفعل والترك للكتاب فلا مناص من اعمال قواعد التعارض مع اطلاق دليل الحكم، كما لا مناص من الاخذ بدليل الشرط مع اهمال دليل الحكم، فإنّه لا يعمه الاستثناء المخصص للشرط بما عدا المخالف واقعاً؛ حتىٰ لا يتمسك بعموم دليل الشرط، كما لا تصل النوبة إلىٰ الاصل في صورة الشك، فلا موقع لاعمال الاصل في صورة الشك، لاهمال دليل الحكم، كما لا موقع للحكومة إلّا اذا كان موضوع دليل الحكم ملحوظاً بنحو التجرد وبشرط لا، وأنّىٰ لنا بمثله، فما أفاده ﷺ من الكلية إنّما يجدي في مقام الثبوت لا في مقام الاثبات المنحصر بحسب المتعارف في صورتي الاطلاق والاهمال.

نعم الذي يرد علىٰ الفاضل النراقي ﷺ أنّ ما ذكره من التعارض يختص بالواجبات والمحرمات، ولا يعم الاباحات التي هي لا اقتضاء، بل لا يعم المستحبات والمكروهات التي هي أيضاً بالاضافة إلىٰ الحيثية المقتضية للوجوب بالشرط لا اقتضاء، فكما لا يعقل فيها التزاحم في مقام الثبوت كذلك لا يعقل التعارض في مقام الاثبات، لاستحالة الاطلاق كما عرفته سابقاً[٤] مفصلاً.

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (بيده). (٢) تعليقة ٧٢، ٧٣.

(٣) تعليقة ٥٧، عند قوله (والتحقيق ان الكلية التي...).

(٤) التعليقة السابقة.

٦٥ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّه يشكل الامر في الاستثناء ...الخ)[١].

محصله: أنّ الاستثناء في طرف المحلل للحرام محتاج اليه، وفي طرف المحرم للحلال مستغنىٰ عنه، فيكون بلا فائدة.

أمّا الاول فلأنّ اطلاق أدلة المحرمات يقتضي كون الحكم فعلياً تام الحكمية لا يتغير بالشرط ونحوه؛ فيعارض ما دل علىٰ نفوذ الشرط مطلقاً، والاستثناء رافع للمعارضة، ويخصص الشرط النافذ بغير ما له حكم فعلي، فالاستثناء يفيد هذه الفائدة.

وأمّا الثاني فادلة المباحات بما هي مباحات جميعاً ثبوتاً واثباتاً لا اقتضاء، وعليه فالشرط بالنسبة إلىٰ مثلها نافذ بلا مزاحم ولا معارض؛ فلا فائدة للاستثناء بالنسبة اليها.

وأمّا ما دل علىٰ عدم نفوذ شرط التسري ونحوه ـ مما يستكشف كون الاباحة لحكمة في نفسها لا تزول ـ فهو المخصص لعموم دليل الشرط لنصوصيته، ولو لم يكن استثناء الشرط المخالف فلا فائدة للاستثناء لا بالاضافة إلىٰ الاباحات المتعارفة الثابتة بادلتها العامة، ولا بالاضافة إلىٰ الاباحة الغير المتعارفة الثابتة بدليل خاص، إلّا أنْ يقال إنّ فائدة الاستثناء مجرد التنبيه علىٰ أنّ الحلال علىٰ قسمين، فلذا صح استثناء الشرط المتعلق بأحد قسميه.

وما ذكرنا من البيان أولىٰ مما ذكره في نتيجة الاشكال من أنّ الرواية تخرج عن كونها ضابطة الشروط عند الشك، لوضوح أنّ الحكم اذا كان مشكوك الحال من حيث القبول للتغير بالشرط وعدمه لا يكون الاستثناء ضابطة يستعلم بها حال المشكوك.

٦٦ ـ قوله ﷺ: (وربّما قيل في توجيه الرواية وتوضيح معناها ...الخ)[٢].

القائل هو الفاضل النراقي ﷺ[٣] وتوضيح المقام: أنّ تحريم الحلال وتحليل الحرام

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٩ سطر ١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨٠ سطر ٥.
(٣) عوائد الايام ١٤٨.

قد فسر بوجوه:

أحدها: أنّ التحريم والتحليل المستندين إلىٰ الشرط إنّما هو بلحاظ حكمه، وهو وجوب الوفاء، فالشرط بحكمه محرم للحلال ومحلل للحرام، فإنّ الشرط اذا تعلق بترك المباح فايجاب الوفاء به مرجعه إلىٰ طلب تركه وهو التحريم، واذا تعلق بفعل الحرام فايجاب الوفاء به طلب فعل الحرام، وهو مساوق لتحليله، فالمحرِّم والمحلِّل هو الشارع بايجابه الوفاء دون الشارط وشرطه، مع أنّ الظاهر أنّ الشرط حيث إنّه محلل ومحرّم فلا يجب الوفاء به، لا أنّه من حيث فرض وجوب الوفاء به محلل ومحرّم، فلا يصير المفروض محققاً.

ثانيها: ما اختاره الفاضل النراقي ﷺ من أنّ التحريم والتحليل بلحاظ متعلق الشرط، وهو الملتزم به، فالالتزام بحرمة الحلال محرم للحلال، والالتزام بحلية الحرام محلل للحرام؛ نظراً إلىٰ أنّ فاعل حرم وأحل في قوله ﷺ (إلّا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)[1] هو الشرط، ولا يتحقق ذلك إلّا باشتراط حرمة الحلال وحلية الحرام، واما اشتراط ترك الحلال مثلاً فهو شرط ترك التصرف، ولا تحريم للشرط إلّا اذا انفذه الشارع، وحينئذ فالمحرِّم هو الشارع دون الشرط.

وأورد عليه في المتن بوجهين:

أحدهما: أنّ الحكم الشرعي أمره بيد الشارع وليس مقدوراً للشارط، فلا يدخل تحت الجعل حتىٰ يلتزم به.

وثانيهما: أنّ استثناء الشرط المحلل والمحرم من الشرط الذي يجب الوفاء به، والحلية التي التزم بها المشترط كالحرمة ليست من مقولة الفعل حتىٰ تكون قابلاً للوفاء، خصوصاً للمشترط، فإنّها وإنْ كانت من افعال الشارع ولو بنحو التسبيب بما يتحقق معه الحل والحرمة، إلّا أنّه ليست الحلية والحرمة بهذا الاعتبار أيضاً فعلاً للمشترط، لأنّ مبادئهما التسبيبية بيد الشارع.

ويندفع الثاني: بأنّ الوفاء كما سيجي إن شاء الله تعالىٰ لا يختص بشرط الفعل، بل

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الخيار، ح ٥.

يتحقق في شرط النتيجة أيضاً، فالالتزام بالحلية كالالتزام بالملكية في قبولهما للوفاء بابقائهما علىٰ حالهما وعدم هدمهما ونقضهما.

وربما يورد علىٰ الاول: بامكان تعلق الشرط بالحكم كما في شرط الولاء لغير من اعتق؛ حيث قال ﷺ: (ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله)[1] وكما في شرط الارث حيث اطلق عليه الشرط، وكما في شرط الضمان في العارية.

ويندفع: بأنّ الحكم التكليفي والوضعي الاعتباري الذي هو غير تسبيبي كاعتبار الولاء والارث حيث إنّ مبادئ وجودها بيد الشارع الجاعل لها فهي لا تتحقق إلّا بتلك المبادئ، ويستحيل تحققها بالشرط.

وأمّا امكان تعلق القصد المقوّم للالتزام الجدي به وامتناعه فهو أمر آخر، فإنْ كان الشارط عاقلاً ملتفتاً إلىٰ ذلك فلا يتمشىٰ منه الالتزام الجدي، وإنْ كان غافلاً يتوجه منه الالتزام القصدي، إلّا أنّ المقصود يستحيل تحققه، فإنّه له مبادٍ خاصة لا يمكن تحققه إلّا بها، فيستحيل تحققه بالشرط؛ وإنْ كان مقصوداً جدياً للغافل، فاطلاق الشرط حقيقة عليه لا ينافي استحالة وقوع متعلقه، وعليه فاستحالة وقوعه مغنية عن ابطاله بقوله ﷺ (إلّا شرطاً حرم حلالاً واحل حراماً)[2].

وأمّا الضمان فهو كما مرّ أمر اعتباري قابل للتسبب اليه، فلا موقع للنقض به، ومثله شرط النتيجة فإنّها مقدورة بالقدرة علىٰ سببها فلا نقض به أيضاً، فتدبر جيداً.

ثالثها: ما عن المصنف ﷺ وهو أنّ المراد بالحلية والحرمة مجرد الترخيص والمنع، بيانه: أنّ الشارط حيث إنّه التزم بترك التسري مثلاً فهو بالتزامه حرم نفسه عن التسري، وحيث إنّه التزم بشرب الخمر رخص نفسه في شربه، فهو حرمان ورخصة من الشارط في قبال الترخيص والتحريم من الشارع، فهو بالتزامه حرّم حلال الله وأحل حرامه تعالىٰ، واستنادهما إلىٰ الشارط يجامع استناده إلىٰ الشرط، كما في كل فعل آلي يوجد بآلة، فانه ينسب إلىٰ الموجد والىٰ آلة ايجاده كما هو واضح من

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٠، باب ٥ ح ١٥٤١٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الخيار، ح ٥.

الاطلاقات الآتية.

والشاهد على صحة هذا المعنى المستند إلى الشارط دون الشارع ما ورد في باب الحلف على ترك الشراب الحلال بقوله عليه السلام (ليس لك أنْ تحرم ما أحل الله)[١] مستشهداً تارة بقوله تعالى ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾[٢] واخرى بقوله تعالى ﴿ولا تحرموا طيبات ما احل الله لكم﴾[٣] بل التحريم المستند إلى النبي صلى الله عليه وآله أيضاً لم يكن إلّا بحلفه على ترك شرب العسل أو ترك مقاربة مارية، لا شرط حرمتها شرعاً عليه، وعلى هذا المنوال قوله تعالى ﴿إلّا ما حرم اسرائيل على نفسه﴾[٤] وقوله تعالى ﴿يحلونه عاماً ويحرمونه ... إلى آخر الآية﴾[٥] بل الحرمة ربما تطلق على مطلق الحرمان ولو في التكوينيات كما في قوله تعالى ﴿وحرام على أهل قرية﴾[٦] وقوله تعالى ﴿إنّ الله حرمهما على الكافرين﴾[٧] إلى غير ذلك.

والانصاف: أنّ هذا الوجه مع وجاهته في نفسه ومع موافقته لموارد اطلاقاته أظهر من المعنى الثاني، فإنّ الالتزام بحرمة شيء شرعاً في نفسه ليس محرماً شرعاً، بل سببية الالتزام بالحرمة شرعاً للحرمة شرعاً إنّما هي بلحاظ نفوذه المحقق للحرمة الشرعية، مع أنّ الظاهر أنّ الشرط حيث إنّه محرم للحلال لا ينفذ، لا أنّه حيث إنّه على تقدير نفوذه محرم فلا ينفذ، بخلاف هذا الوجه فإنّ الشرط بنفسه ما به يحرم الشارط مع قطع النظر عن نفوذه، فهذا الوجه أوجه الوجوه إلّا أنّ لازمه عدم صحة كل شرط يتعلق بالمباح فعلاً أو تركاً، وما أفاده المصنف رحمه الله من تعقل قسمين للحلية يجدي في معقولية مقام الثبوت، لا في مقام الاثبات كما مرّ الوجه فيه سابقاً[٨].

وأحسن ما قيل في المقام: هو أنّ متعلق الشرط تارة يكون مباحاً قبل العقد والشرط، وبالشرط يكون حراماً، وهو من تحريم الحلال كشرط ترك التسري والتزويج

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٨ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.
(٢) التحريم، الآية ١.
(٣) المائدة، الآية ٨٧.
(٤) آل عمران، الآية ٩٣.
(٥) التوبة، الآية ٣٧.
(٦) الانبياء، الآية ٩٥.
(٧) الاعراف، الآية ٥٠.
(٨) تعليقة ٦٤.

فإنّهما مباحان قبل العقد علىٰ المرأة المشروط لها فيكون شرط تركهما محرماً للحلال، وأُخرىٰ لا يكون مباحاً للشارط إلّا بالعقد فاذا كان العقد متضمناً لشرط تركه لم يثبت حلال حتىٰ يكون محرماً بالشرط، بل في الحقيقة وقع ما هو غير حلال بالعقد فعلاً، كاشتراط عدم اخراج الزوجة من البلد، فإنّ اخراجها من البلد قبل عقد الزواج لم يكن حلالاً للزوج ولا له سلطان عليها، وإنّما يحل له اخراجها بالعقد ويكون له السلطان عليها به، فاذا انعقد العقد مشروطاً بعدم الاخراج لم يثبت سلطنة له علىٰ الاخراج، ولا حل له بعقده اخراج حتىٰ يحرمه شيء.

وكذا البيع بشرط أنْ لا يبيع ولا يهب كما وردت النصوص به في الجارية المبيعة المشترط علىٰ المشتري عدم بيعها وهبتها فإنّ جوازهما إنّما هو بالعقد لا قبله، ومع العقد المشروط لا جواز ولا سلطنة حتىٰ يكون الشرط رافعاً لهما، بل دافع عن تحققهما، واين هو من تحريم الحلال؟! وكذا شرط عدم الوطئ في ضمن عقد المتعة أو مطلقاً، فإنّ جوازه وسلطنة الزوج علىٰ هذا الانتفاع الخاص بالعقد لا قبله، فلم يتحقق له بالعقد المشروط إلّا سلطنة مقصورة علىٰ سائر التصرفات.

وأمّا ما أورده عليه الفاضل النراقي ﷺ في عوائده (بأنّه يوجب التفرقة بين اشتراط سكنىٰ البائع في دار باعها في مدة معينة وبين اشتراط سكناه في دار اخرىٰ للمشتري غير تلك الدار في تلك المدة، وجواز الاول وعدم جواز الثاني وهو ليس كذلك، وكذا الفرق بين اشتراط عدم الانتفاع مدة بالمبيع وبين عدم الانتفاع بغيره مما هو من مال البائع أو المشتري ولا وجه له)[1] انتهىٰ.

ففيه: أمّا شرط السكنىٰ فقد عرفت حال شرط سكنىٰ الدار المبيعة، وأمّا شرط سكنىٰ دار أُخرىٰ للمشتري فليس من تحريم الحلال أيضاً، لأنّ مرجعه إلىٰ شرط النتيجة وهي ملكية منفعة تلك الدار بالشرط، وحرمة السكنىٰ علىٰ المالك من جهة خروجه عن ملكه بالشرط، ولا منافاة بين حلية التصرف في الملك وحرمة التصرف في غيره، فالشرط غير محرم للحلال علىٰ المشتري، بل مخرج له عن موضوعه.

---

(١) عوائد الايام ١٤٧.

وأمّا شرط عدم الانتفاع بالمبيع أو بمال آخر فالاول يوجب دخول المبيع في ملكه مسلوب المنفعة إلىٰ مدة فلا موضوع للحلية، والثاني تحريم للحلال لكونه أجنبياً عن البيع، وليس مرجعه إلىٰ تملك ذلك المال بالشرط ليكون من شرط النتيجة، فلا مانع من القول بعدم نفوذ الشرط فيه.

وأمّا التحليل والتحريم في باب الحلف فإنْ قلنا بأنّ مورده ماكان فيه رجحان ديناً أو دنيوياً ـ كما في صريح النص فيفارق النذر باختصاصه بالاول فقط كما عن جماعة من الاعلام ـ فالامر هين، لأنّه يتمحض تحريم الحلال فيما ليس فيه فائدة دينية ولا دنيوية، وعليه فعدم انعقاد الحلف علىٰ ترك التسري والتزويج لأنّ خلافه راجح، ولا ينعقد الحلف علىٰ ترك الراجح، لا أنّه تحريم للحلال بهذا العنوان.

وإنْ قلنا بأنّ مورده أعم فينعقد علىٰ المباح الذي يتساوىٰ طرفاه كما هو ظاهر المشهور، وجملة من النصوص فلابد من تأويل التحريم والتحليل بحمل الحلال المحلوف علىٰ تركه علىٰ ماكان فيه رجحان ولو دنيوياً، فالحلف علىٰ تركه لاينعقد كما في الجواهر[1] إلّا أنّه لا يخلو عن تكلف.

٦٧ ـ قوله ﷺ: (وللنظر في مواضع من كلامه مجال ...الخ)[2].

منها: أنّ الالتزام بالمذكورات في صدر كلامه ليس حراماً ذاتاً ولا تشريعاً، والاول واضح اذ لا دليل عليه لا عقلاً ولا نقلاً، والثاني خلاف الفرض هنا؛ اذ ليس التزامه بعنوان الاسناد إلىٰ الشارع ليكون تشريعاً، وما في ذيل رواية اسحاق بن عمار[3] من الاستثناء لا يدل علىٰ حرمة تحليل الحرام أو تحريم الحلال بشرطه، بل علىٰ عدم نفوذ الشرط المحرم والمحلل أو عدم وجوب الوفاء به.

منها: أنّ الفرق بين الشرط وبين النذر وشبهه ـ وهو الحلف ـ بالرخصة شرعاً في الثاني فلا يحرم النذر والحلف، وعدم الرخصة في الاول فيحرم الشرط بلا فارق مع استثناء المحرم والمحلل في باب الحلف أيضاً.

---

(١) جواهر الكلام ٣٥ : ٢٧٧.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الخيار، ح ٥.

منها: أنّ حمل التحريم للحلال والتحليل للحرام علىٰ الالتزام علىٰ وجه الكلية والعموم؛ نظراً إلىٰ أنّ الحرام شرعاً والحلال شرعاً هو الكلي ابتداء دون الفرد فيه محذور من وجهين:

أحدهما: أنّ قضية حرمة شرب الخمر مثلاً وإنْ كانت بنحو القضية الحقيقة إلّا أنّ مجرد ذلك لا يوجب عدم تعلق الحكم الحقيقي بموضوعاته الفعلية في الخارج، بل في الحقيقة احكام حقيقة متعلقة بموضوعات محققة الوجود ومقدرة الوجود، فالالتزام بشرب هذا الخمر تحليل للحرام الحقيقي، لا الحرام العرضي.

وثانيهما: أنّ قصر التحليل والتحريم علىٰ كلي الحرام وكلي الحلال مخالف لما هو المسلم عند الكل؛ حيث إنّهم مثلوا للصلح المحرم للحلال بما اذا صالح علىٰ أنْ لا يطأ حليلته، وأنْ لا ينتفع بماله، ولا فرق عند الكل أيضاً في ترك التسري والتزويج بين تركهما المطلق وترك التسري بشخص خاص، بل ظاهر النصوص في باب اليمين عدم الفرق بين الكلي والجزئي، كما اذا حلف علىٰ أنْ لا يكلم أباه أو أمه وأخاه إلىٰ غير ذلك.

الشرط الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد

٦٨ ـ قوله ﷺ: (أنْ لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد ...الخ)[1].

تفصيل القول فيه: أنّ مقتضىٰ العقد تارة بمعنىٰ مضمونه الحقيقي وما يتقوم به ومن علل قوامه، وأُخرىٰ يراد منه ما هو من لوازمه واحكامه، ففي الحقيقة هو أثر المقتضي بالمعنىٰ الاول، واللازم إمّا مفارق أو غير مفارق، واللازم الذي هو كالمقوّم مبالغة في عدم الانفكاك، وإلّا فلا يعقل أنْ يكون الخارج عن حقيقة الشيء مقوّماً يأتلف منه الشيء.

ثم إنْ منافي لازم العقد تارة يكون حكماً منافياً لحكم العقد، وأُخرىٰ موضوعاً ينافي حكم العقد بحكمه لا بذاته كشرط عدم التصرف المنافي بنفوذه للسلطنة علىٰ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٣.

التصرف الثابتة بالعقد فنقول:

أمّا شرط عدم المقوم كما إذا شرط عدم الثمن في البيع فتارة يكون المنافي مقصوداً في عرض قصد البيع مثلاً، وحيث إنّ قصد المتنافيين جداً من العاقل الشاعر محال فلا يعقل تحقق البيع والشرط معاً، وأُخرىٰ يقصد المنافي بعد قصد ما ينافيه؛ بأنْ قصد البيع حقيقة اولاً ثم بدا له أنْ يعقبه بعدم العوض له، وهو علىٰ قسمين إمّا مع البقاء علىٰ ما قصده اولاً، وإمّا مع رفع اليد عنه حيث إنّ أمر الايجاب قبل تمامية العقد بيده، فإنْ كان مع البقاء علىٰ قصده فنفس قصد المنافي محال، لأنّ المنافي لا يقع بعد وقوع ما ينافيه، فقصده بعد قصد ما ينافيه محال، فلا يعقل تحقق الشرط، وأمّا العقد فلا مانع منه عقلاً ولا نقلاً.

وإنْ كان مع رفع اليد عن الايجاب فهو أيضاً علىٰ طورين: فتارة برفع اليد عن الايجاب كلية فالشرط لغو؛ اذ لا معنىٰ للالتزام بعدم العوض مع أنّه لا شيء حتىٰ يكون له عوض أو بلا عوض، وأُخرىٰ برفع اليد عن خصوصية الايجاب وحيثية العوضية فقط فهو وإنْ قصد التمليك بعوض إلّا أنّه رفع اليد عن خصوص العوضية وأتمه تمليكاً بلا عوض، فكان بيعاً حدوثاً وهبة بقاءً وتتميماً، وليس فيه استحالة، إنّما المحذور في انعقاده هبة شرعاً بعد حدوثه بيعاً، وفي انعقاد الهبة بالالفاظ المجازية، وهو قوله «بعت» مريداً به الهبة إمّا ابتداء او في الاثناء، هذا كله بالاضافة إلىٰ الملتفت إلىٰ الاستحالة.

وأمّا الغافل عن وجوه الاستحالة فاذا قصد المتنافيين في عرض واحد ففرض التنافي فرض استحالة وقوعهما وإنْ تمشي منه القصد لغفلة الموجب، واذا قصد المنافي بعد وقوع المنافي فالقصد وإنْ لم يكن مستحيلاً إلّا أنّ استحالة وقوع المنافي بعد وقوع منافيه تابعة للواقع، وحيث إنّه غافل عن الاستحالة فلا موقع لفرض رفع اليد عن الايجاب كلية أو من جهة خاصة إلّا بنوع من الاتفاق، وعليه فحكمه ما قدمناه.

هذا هو الذي ينبغي أنْ يقال في هذا المجال، وللاصحاب (رضوان الله عليهم)

وجوه في بطلان هذا الشرط:

احدها: ما عن المصنف العلّامة (رفع الله مقامه) وهو أنّ نفوذ العقد والشرط ملزوم لوجوب الوفاء، وحيث إنّ الوفاء بالمتنافين مستحيل فيستحيل ايجابه، فلابد إمّا من الحكم بتساقطهما وعدم وجوب الوفاء بهما لعدم المرجح، أو الحكم بوجوب الوفاء بالعقد دون الشرط، لأنّ العقد مقصود بالذات والشرط تابع، فكأنّه مرجح لجانب العقد.

وفيه اولاً: أنّ استحالة القصد الجدي يمنع عن وصول النوبة إلىٰ استحالة الوفاء.

وثانياً: إنّما يصح ذلك في ما اذا قصدهما معاً، وأمّا اذا قصد الشرط بعد قصد العقد فلا يتردد أمر الوفاء بينهما، بل ينبغي القول بالوفاء بالعقد فقط وطرح الشرط أو طرحهما أو اصلاحهما معاً علىٰ تفصيل قد عرفته.

وأمّا توهم: أنّ هذا الدليل أخص من المدّعىٰ؛ لعدم التناقض إلّا في شرط عدم المقوّم، ولا يجري في شرط عدم اللازم.

فمندفع: بأنّ التفكيك بين الملزوم واللازم الغير المفارق أيضاً محال، وليس أمر اللازم الغير المفارق بأوضح من أمر المقوم؛ ليقال بأنّه اذا علم أنّ اللازم غير مفارق فعدم نفوذ اشتراط عدمه لايحتاج إلىٰ الدليل.

ثانيها: ما عن المصنف ﷺ أيضاً من أنّ الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة فلا ينفذ.

والجواب أولاً: ما عرفت من عدم وصول النوبة إلىٰ مانعية المخالفة للكتاب مع فرض الاستحالة عقلاً.

وثانياً: أنّ عنوان المخالفة للكتاب والسنة يناسب اشتراط عدم اللازم، لا اشتراط عدم المقوم، اذ ما هو من شأن الكتاب اثبات اللوازم والاحكام، وإلّا فحقيقة البيع ليست من المجعولات التشريعية، بل موضوع للمجعولات التشريعية.

ثالثها: ما عن الفاضل النراقي ﷺ في عوائده[1] بالنسبة إلىٰ شرط عدم المقوم، وهو

---

(١) عوائد الايام ١٥١.

أنّ الشرط المنافي لمقتضىٰ العقد يستلزم فساد العقد، لفرض التنافي وعدم ترتب مقتضىٰ العقد عليه، وهو معنىٰ فساده، وفساد العقد يستلزم فساد الشرط، لأنّ الشرط الذي يجب الوفاء به ما كان في ضمن عقد صحيح.

والجواب أمّا اولاً: أنّ التكلم في الصحة والفساد بعد الفراغ عن المعقولية، وقد عرفت عدم معقولية وقوع العقد والشرط معاً تارة، وعدم معقولية وقوع الشرط أُخرىٰ، ولغويتهما معاً ثالثة، وعدم اللغوية رابعة، فراجع[1].

وثانياً: أنّ الاستناد في فساد الشرط إلىٰ فساد العقد مبني علىٰ توقف صحة الشرط علىٰ كونه في ضمن عقد صحيح، مع أنّا لو قلنا بصحة الشرط الابتدائي أيضاً لما كان مجال لتصحيح الشرط، كيف؟ وقد مرّ أنّ اشتراط عدم العوض مثلاً لا يستقل بالتحصل فراجع[2].

رابعها: ما عن بعض الاجلة ﷺ من أنّ وجود الشرط يستلزم عدم المشروط؛ لفرض التنافي، وعدم المشروط يستلزم عدم الشرط، لأنّه التزام ضمني، وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

والجواب: أنّ مقتضىٰ هذا البيان أنّ وجود الشرط المنافي محال، فالعقد صحيح، لأنّه يستحيل وجود المانع عن تحققه، فضلاً عن صحته، مع إنّك قد عرفت أنّ قصدهما معاً محال، ووقوعهما معاً في مرتبة واحدة محال، فهما متلازمان في الاستحالة، لا أنّ وجود الشرط مستلزم لعدم المشروط، كما أنّه إنْ قصد الشرط بعد قصد العقد فوجود الشرط هو بنفسه محال، لأنّ المنافي لايقع بعد وقوع منافيه، فلا يستلزم عدم المشروط، كما أنّه مع رفع اليد عن الايجاب ينهدم الايجاب برفع اليد عنه، حيث إنّ أمره بيد الموجب، لا أنّ وجود الشرط يستلزم هدمه ونقضه.

مع أنّ هذا البيان مبني على أنّ الشرط بذاته التزام ضمني، فلذا ينعدم الشرط بانعدام المشروط، والحال أنّا لو قلنا بأنّ الشرط مطلق الالتزام لما كان للالتزام بعد عدم المشروط هنا مجال، لما مرّ من عدم استقلاله بالتحصل، فالصحيح ما قدمناه.

---

(١) ما تقدم في نفس التعليقة.

(٢) ما تقدم في نفس التعليقة.

٦٩ ـ قوله ﷺ: (منها: اشتراط عدم البيع ...الخ)[١].

فإنّه بمدلوله المطابقي وإنْ لم يكن منافياً لمقتضىٰ العقد بكلا معنييه، إلّا أنّه بالالتزام يقتضي عدم السلطنة علىٰ البيع، مع أنّ السلطنة علىٰ التصرف من مقتضيات الملك الذي هو مقتضىٰ العقد، والكلام تارة في بطلان الشرط من حيث منافاته لما يقتضيه العقد من السلطنة علىٰ التصرفات، ومنها السلطنة علىٰ البيع، وأُخرىٰ في بطلانه من حيث منافاته للغرض النوعي المعاملي، فمع منافاة الشرط له يكون الاقدام المعاملي لغواً وسفهياً، فالشرط علىٰ الاول منافٍ لمقتضىٰ العقد ـ بالفتح ـ، وعلىٰ الثاني منافٍ للمقتضي للعقد ـ بالكسر ـ.

أمّا الاول فإنّما يبطل الشرط اذاكانت السلطنة من اللوازم الغير المفارقة، فكيشف عن ملازمتها لطبيعة العقد مطلقاً في قبال اللازم المفارق الذي مقتضاه كونه لازماً للعقد المجرد عن الشرط ونحوه، والكاشف عن أنّ السلطنة من اللوازم المفارقة انفكاكها عن الملكية في موارد الحجر وشبهه من نذر التصدق والحلف علىٰ ترك بيعه، فليكن الشرط بعموم دليله من الاسباب الموجبة للانفكاك، مع ورود النص الصريح بصحة شرط عدم بيع الجارية وهبتها، فلا ينبغي الاشكال في الصحة من هذه الجهة.

وأمّا الثاني فالغرض النوعي المعاملي من التمليك والتملك وإنْ كان تحصيل السلطنة علىٰ وجوه التصرفات وانحاء التقلبات إلّا أنّ شرط عدم خصوص تصرف لاينافي الغرض النوعي، وإنّما ينافيه اذا كان المشروط عدم الانتفاع بجميع وجوه الانتفاعات، فإنّه الذي يعد لغواً وسفهاً في باب المعاملات، وعليه فشرط عدم البيع أو عدم العتق ليس من شرط المنافي لمقتضي العقد ولا لمقتضاه.

وأمّا شرط عدم السلطنة سواء أُريدت السلطنة التكليفية المنتزعة من اباحة التصرفات أو السلطنة الوضعية المتحققة باستجماع العقد من حيث العاقد والمعقود

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٦.

عليه لشرائط النفوذ فهو داخل في شرط أمر غير مقدور، وعدم نفوذه لا يلازم عدم نفوذ شرط عدم التصرف، هذا كله في شرط عدم تصرف خاص.

وأمّا شرط تصرف خاص كشرط العتق أو البيع أو الوقف فمختصر القول فيه: أنّ شرط البيع مثلاً له حيثيتان، حيثية مطابقية وهي ايقاع البيع، وحيثية التزامية وهي عدم السلطنة علىٰ سائر التصرفات، اذ لازم قصر السلطنة علىٰ البيع عدم السلطنة علىٰ غيره من التصرفات، أمّا الحيثية الالتزامية فقد عرفت الكلام فيها، اذ لا فرق في عدم السلطنة بين تحققه بالمطابقة وبالالتزام، وأمّا الحيثية المطابقية فلا ينبغي الريب في عدم منافاتها لمقتضى العقد، فإنّ السلطنة علىٰ البيع لاتزول بشرط البيع، فإنّ وجوب ايقاع البيع بالشرط وغيره لاينافي جوازه بالمعنىٰ الاعم، ولعله مراد من قال إنْ شرط البيع مؤكد للسلطنة لا منافٍ لها، فإنّ التأكد باعتبار هذه الحيثية، لا باعتبار الحيثية الالتزامية.

٧٠ـ قوله ﷺ: (ومنها: ما ذكره في الدروس ...الخ)[1].

لايخفي أنّ مقتضىٰ اشاعة المال بين شخصين بالمناصفة أنْ يكون الربح الحاصل بوقوع المعاوضة عليه بالمناصفة، وأنْ تكون الخسارة والوضيعة كذلك، وكذلك النماء المتصل والمنفصل مملوك بتبع المال بحسب النسبة إلىٰ المال، فشرط زيادة الربح لأحدهما يتصور علىٰ وجهين:

احدهما: أنْ ينتقل بنفس المعاوضة الواقعة علىٰ المال المشاع أزيد من نصف العوض إلىٰ أحد الشريكين، وهذا غير معقول، لأنّ البيع يقتضي انتقال العوض إلىٰ صاحب المعوض، لا إلىٰ غيره بناءً علىٰ أنّ البيع معاوضة حقيقة، وأمّا اذا قلنا بأنّ حقيقته جعل شيء في قبال شيء فقط فمقتضاه صحة جعل المال من زيد في قبال دينار لعمرو، فالشرط حينئذ معقول.

ثانيهما: أنْ ينتقل العوض المنتقل إلىٰ صاحبه إلىٰ شريكه بالشرط بطور شرط النتيجة، فهو شرط أمر معقول، اذ ليست المعاوضة الواقعة علىٰ المال مقتضية لعدم

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٦.

انتقال العوض كلاً أو بعضاً بسبب ناقل إلىٰ الغير، فهو شرط غير منافٍ لمقتضىٰ عقد الشركة.

وأمّا شرط دخول النماء المتصل أو المنفصل كلاً أو بعضاً إلىٰ أحد الشريكين بالخصوص فإنْ أُريد حدوثه في ملكه فهو شرط أمر غير معقول، وأولىٰ بعدم المعقولية من شرط زيادة الربح، لما عرفت من امكانه علىٰ تقدير عدم كون البيع معاوضة حقيقة، ومثله غير ثابت هنا؛ لأنّ حدوثه في ملكه قهري لا بالبيع، وإنْ أُريد دخوله في ملكه بالشرط بعد حدوثه في ملك صاحب المال فلا ريب في صحته، وقد عرفت أنّه غير منافٍ لمقتضىٰ الشركة.

ومما ذكر يتبين حال الفرع المذكور في كتاب الصلح، وهو ما اذا اصطلح الشريكان علىٰ أنْ يكون رأس المال لاحدهما وللآخر ربح المال وعليه خسرانه، فإنّ هذا الصلح إنْ كان عند انقضاء الشركة ورادة الفسخ لم يكن فيه محذور اصلاً، لتمحض الصلح في تملك الربح تماماً وتدارك الخسران ولو بحصة من المال المشاع، وإنْ كان بعد عقد الشركة فحاله حال ما قدمنا من شرط زيادة الربح او كون الخسران علىٰ الشريك من صحته تارة وفساده أُخرىٰ، فإنّ الصلح المتعلق بأمر غير معقول كالشرط المتعلق به، ولا يكون تعلق الصلح به موجباً لمعقوليته، فراجع.

٧١ ـ قوله ﷺ: (ومنها: ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط ضمان ...الخ)[1].

توضيح المقام: ان منافاة عدم الضمان لمقتضىٰ عقد الاجارة تارة يراد بها منافاته لما يتقوم به حقيقة الاجارة، وأُخرىٰ يراد بها منافاته للاثر المرتب عليها شرعاً، لما مرّ[2] من أن المقتضي له اطلاقان في كلماتهم.

فإنّ كان المراد المنافاة بالمعنىٰ الاول ففيه: أنّ حقيقة الاجارة إمّا تمليك المنفعة بعوض، وإمّا جعل العين في الكراء واعطاء العين بالاجرة، وإمّا تمليك العين في مدة مخصوصة في جهة خاصة، فإنْ كانت بالمعنىٰ الاول فهي أجنبية عن العين اقتضاء

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٨.

(٢) تعليقة ٦٨.

نفياً واثباتاً، فحالها من حيث ضمان العين حال غيرها، فهي لا اقتضاء بالاضافة إلىٰ ضمان العين وعدمه.

وإنْ كانت بالمعنىٰ الثاني كما هو مقتضىٰ تعدي مفهومها إلىٰ العين دون المنفعة؛ ولذا لا يصح «آجرت منفعة الدار» إلّا أنّ مرجعه إلىٰ المقابلة بين المنفعة والاجرة، فإنّ عنوان الاجرة في قبال الثمن، وكما لايقع الثمن إلّا في مقابلة العين كذلك لا تقع الاجرة إلّا في قبال عمل أو منفعة عين، فمقتضىٰ الاجارة جعل المنفعة في مقابلة الاجرة بعنوان اعطاء العين بالاجرة، فليس في الواقع اعطاء العين، فهي أيضاً لا اقتضاء من حيث ضمان العين وعدمه.

وإنْ كانت بالمعنىٰ الثالث فربما أمكن توهم اقتضاء عدم الضمان، نظراً إلىٰ مالك العين في مدة يستحيل أنْ يكون ضامناً لما له لنفسه أو لغيره، فالاجارة حينئذ مقتضية لعدم ضمان المستأجر عقلاً، إلّا أنّه لا ريب في أنّ حقيقة الاجارة ليست تمليك العين في مدة بنفسها، بل كما يقول به من يسلك هذا المسلك أنّها تمليك العين في جهة من جهاتها، فمرجعها إلىٰ ملك الجهة، وتوصيف العين بالملكية من باب الوصف بحال متعلقه، وإلّا فلو أراد تمليك العين المتحيثة بهذه الحيثية لزم ورود الملكين الاستقلاليين علىٰ عين واحدة؛ وإنْ اختلفت العين المملوكة من حيث الاطلاق والتقييد بالجهات، ولا أظن أنْ يلتزم أحد بانقطاع ملكية المؤجر بتاتاً في هذه المدة؛ مع أنّه مما تسالم عليه الكل جواز بيع العين وهبتها وسائر التصرفات الناقلة لها، وعليه فحال هذا الوجه حال الوجهين المتقدمين من حيث اللااقتضائية.

وأمّا إنْ كان المراد المنافاة بالمعنىٰ الثاني فلا مقتضي لعدم الضمان إلّا الائتمان المنافي للضمان فنقول: التأمين علىٰ قسمين:

أحدهما: التأمين بالمعنىٰ الاخص، وهو استنابة الغير لحفظ المال، وهو تارة تأمين مالكي كما في الوديعة، وأُخرىٰ تأمين شرعي كما في الولي الشرعي المسلط شرعاً علىٰ مال القصر لحفظه ورعاية حاله، ومن الواضح أنّ التأمين الحقيقي بهذا المعنىٰ ليس لازماً لحقيقة الاجارة، لا مالكياً ولا شرعياً؛ بداهة أنّه ليس بعد عقد الاجارة التي

عرفت حقيقتها إلّا تسليط فعلي خارجي علىٰ العين المستأجرة من دون استنابة للحفظ، لا من المالك ولا من الشارع.

ثانيهما: التأمين بالمعنىٰ الاعم، وكون اليد يد امانة؛ لكونها باثبات المالك عن رضاه، وباثبات الشارع لها علىٰ المال لاستيفاء ما يستحقه المستأجر من المنافع، ومن الواضح أنّ الاستيلاء علىٰ المال باذن المالك أو باذن الشارع هو لازم الاجارة، إلّا أنّ تعنونه بعنوان الائتمان حتىٰ ينافي الضمان، لما مرّ من أنّ المالك ومن بمنزلته لا يكون ضامناً لما بيده مما يحتاج إلىٰ دليل يدل عليه، وغاية ما يدل عليه ما ورد من أنّ المستعير مؤتمن وأنّ صاحب البضاعة مؤتمن[1] مع أنّه ليس فيهما إلّا الاستيلاء علىٰ المال باذن المالك.

وأمّا ما ورد من عنوان الامين والمأمون وتعليق عدم الضمان عليهما ففيه محذور من وجهين:

الاول: أنّ قوله عليه السلام: (لا غرم علىٰ مستعير عارية اذا كان مأموناً)[2] يدل بمقتضىٰ الشرطية أنّ يد المستعير ليس بقول مطلق يد امانة، فليس حاله حال قوله عليه السلام (المستعير مؤتمن)[3] من الحكم علىٰ المستعير بأنّه مؤتمن بقول مطلق.

والثاني: أنّ ما دل علىٰ أنّه لا غرم اذا كان مأموناً أو اذا كان أميناً كقوله عليه السلام (لا غرم اذا كان مسلماً عدلاً)[4] وكل هذه العناوين تناسب توهم التعدي والتفريط، فإنّ الامين والمأمون والمسلم العدل لاينبغي أنْ يتهم بالتعدي والتفريط، دون الضمان بالتلف الذي يستوي البر والفاجر والمأمون وغير المأمون فيه، وهذا هو محل البحث.

وأمّا استفادة الائتمان المنافي للضمان من مثل قوله عليه السلام (المستعير مؤتمن) بضميمة ما مرّ من أنّه ليس في العارية إلّا السلطنة علىٰ المال برضا صاحبه فمشكلة

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العارية، ح ٦.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العارية، ح ٣، وفيه (لا غرم علىٰ مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مؤموناً).

(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العارية، ح ٦، وفيه (صاحب العارية والوديعة مؤتمن).

(٤) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العارية، ح ٢.

جداً، فإنّه مع أنّ المستعير مؤتمن ورد النص بجواز اشتراط الضمان فيها، فيعلم منه أنّ المستعير بما هو مؤتمن فإنّ التسليط المطلق في قوة اتخاذ الشخص أميناً، فلذا سلطه علىٰ المال بلا شرط فلا ينافي عدم ائتمان من سلطه علىٰ المال بشرط الضمان، وهو كذلك حقيقة في العارية والاجارة، فإنّ مصحح الائتمان كون استيلائه علىٰ المال بالاذن المطلق من المالك، فلا مصحح له موضوعاً اذا سلطه بالاذن المقيد بالضمان.

مضافاً إلىٰ أنّ عموم علىٰ اليد لليد المأذونة من المالك بعيد جداً، كما يساعده الغاية بقوله عليه السلام (حتىٰ تؤدي) فإنّ ظاهره اليد التي من شأنها التأدية إلىٰ المالك، وهي شأن اليد التي لم يكن اثباتها علىٰ المال باذن المالك وكونها بمنزلة يد المالك، هذا كله في التأمين المالكي بالمعنىٰ الاعم.

وأمّا التأمين الشرعي بالمعنىٰ الاعم فبدعوىٰ وجوب تسليم العين المستأجرة، واستيلاء المستأجر مقدمة لاستيفاء المنفعة، فاليد حينئذ باذن الشارع، بل بايجابه، ولعل أمره أقوىٰ من التأمين المالكي؛ لأمكان تقيد الاذن بالضمان المحقق لعدم الائتمان؛ دون اذن الشارع فإنّه غير متقيد بشيء إلّا بالتعدي والتفريط الخارجين عن مورد البحث.

ويندفع اولاً: بأنّ مقتضىٰ ملكية المنفعة هو تمكين المستأجر منها بتمكينه من العين، لا بجعله مستولياً علىٰ العين.

وثانياً: أنّ وجوب تسليم العين ليس وجوباً نفسياً حتىٰ يقال بأنّ اطلاقه يقتضي عدم الضمان، بل وجوب مترتب علىٰ عقد الاجارة، فاذا كان عقد الاجارة مطلقاً يجب تسليم العين الغير المتقيدة بكونها مضمونة، واذا كان عقداً مشروطاً بالضمان كان الواجب تسليم العين المضمونة، فوجوب التسليم لا اقتضاء من حيثية الضمان وعدمه، فتدبر جيداً.

٧٢ ـ قوله قدس سره: (ومنها: اشتراط عدم اخراج الزوجة ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٢٠.

قد مرّ[١] سابقاً أنّ شرط عدم السلطنة علىٰ اخراج الزوجة من باب شرط عدم الحكم الذي ليس هو بيد الزوج ولا غيره، نعم لو فرض أنّ مثل الاسكان من الحقوق فهي لا تأبىٰ من السقوط بالشرط، وأمّا شرط الفعل والترك فلا مانع منه من هذه الحيثية، وإنْ لزمه عدم السلطنة كما مرّ[٢] في شرط البيع فعلاً وتركاً، وأمّا وجوب اطاعة الزوج فهو فرع بقاء سلطنة الزوج عليها من حيث السكنىٰ، فلا يمنع من شرط لا يبقىٰ معه موضوع الاطاعة.

٧٣ـ قوله ﷺ: (ومنها: مسألة توارث الزوجين ...الخ)[٣].

قد مرّ سابقاً[٤] أنّ الارث من سنخ الحكم الوضعي الذي لا يتسبب اليه، فشرطه شرط أمر غير مقدور، وأمّا مع قطع النظر عنه فنقول: عقد الانقطاع ليس بأسوأ من البيع مثلاً، فكما لا اقتضاء للبيع ثبوتاً ونفياً للارث فكذا عقد الانقطاع، فليس له اقتضاء عدم الارث حتىٰ يكون شرط الارث منافياً لمقتضي العقد.

وأمّا بناءً علىٰ أنّ الزوجية مطلقاً مقتضية للارث فشرط عدمه داخل في محل البحث، ومع تعارف وجود المانع عن الارث ـ كما هو مذكور في محله ـ يعلم أنّ اسبابه مقتضيات لا علل تامة له، فالارث بالاضافة إلىٰ الزوجية ليس من اللوازم الغير المفارقة.

وأمّا ورود النص في الجارية وأنّ شرط عدم انتقالها بالارث غير جائز فهو لايدل علىٰ العلية التامة، بل لعله لاجل ما مرّ مراراً من أن الارث سنخه سنخ الحكم الوضعي الغير التسبيبي، فلا مجال للتسبب إلىٰ غير المقدور.

٧٤ـ قوله ﷺ: (ولو شك في مؤدىٰ الدليل ...الخ)[٥].

لايخفىٰ أنّ مورد كلامه (زيد في علو مقامه) ما اذا شك في أنّ اللازم مفارق أو غير مفارق، دون ما له دخل في تحقق حقيقة العقد؛ حتىٰ يقال إنّه لا احراز معه للعقد

---

(١) تعليقة ٦٢.
(٢) تعليقة ٦٩.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٢٢.
(٤) تعليقة ٦٠.
(٥) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٧.

ولا اصل يحرز به العقد.

لا يقال: الشك في اللازم كذلك، اذ مع كونه غير مفارق يستحيل انفكاكه عن العقد، وانفكاك العقد عنه، فتحقق العقد مع عدم اللازم غير محرز.

لانا نقول: امتناع القصد اليهما إنّما هو مع احراز التنافي، ومع عدمه يتوجه القصد إلىٰ العقد والشرط، فإمّا أنْ يتحققا معاً، وإمّا أنْ يتحقق العقد بلا شرط؛ لاستحالة وجوده، فيؤثر القصد إلىٰ العقد اثره، ولا يؤثر القصد إلىٰ اللازم المنافي.

نعم لابد من دليل علىٰ نفوذ الشرط وانفاك اللازم عن ملزومه، واصالة عدم الحكم علىٰ وجه لا يتغير بالشرط تكفي في المطلوب علىٰ ما تقدم، ولا حاجة إلىٰ التعبد بعدم المنافاة بين الشرط والعقد، أو عدم استحالة الوفاء لأنّهما من اللوازم العقلية للحكم الأعم من وجوده الواقعي والظاهري، فنسبة الاصل اليهما نسبة المحقق لموضوعهما كما هو واضح.

الشرط السادس: ان لا يكون الشرط غررياً

٧٥ ـ قوله ﷺ: (أنْ لا يكون الشرط مجهولاً ...الخ)[1].

توضيح الكلام برسم اُمور في المقام:

منها: أنّ للشرط المجهول الغرري جهات من الكلام:

الاولىٰ: أنّ الجهالة المستلزمة لغررية الشرط كالجهالة في أحد العوضين مانعة عن نفوذ الشرط كمنعها عن نفوذ البيع أم لا؟.

الثانية: أنّ غررية الشرط هل تستلزم غررية البيع حتىٰ يبطل البيع وإنْ لم يكن الغرر ممنوعاً عنه في غير البيع؟.

الثالثة: أنّ العقد اذا فسد من ناحية غرريته السارية من الشرط اليه يوجب بطلان الشرط، حيث لا شرط إمّا موضوعاً أو حكماً إلّا ما كان في عقد صحيح.

ومن البيّن أنّ ما ينبغي البحث عنه هنا هي الجهة الاولىٰ، اذ الكلام فيما يعتبر في

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٨.

نفوذ الشرط، لا فيما يعتبر في نفوذ العقد موضوعاً أو حكماً، ولا فساد الشرط لعدم العقد الصحيح، فإنّ الكلام في الثاني يناسب مباحث البيع، والكلام في الثالث قد تقدم في اول البحث[1] عن حقيقة الشرط وأنّه التزام في ضمن التزام معاملي، فما عن المصنفﷺ في عنوان اشتراط عدم الجهالة في الشرط بقولهﷺ (أنْ لا يكون الشرط مجهولاً جهالة توجب الغرر في البيع، لأنّ الشرط في الحقيقة كالجزء من العوضين ...الخ) يناسب الجهة الثانية موضوعاً وتعليلاً، ولا يناسب مورد البحث عنواناً وتعليلاً، وتصحيحه بأنّ مرجعه إلىٰ بطلان الشرط ببطلان العقد الغرري بلا وجه، لما مرّ من أنّه مما تقدم فيه الكلام كلية، وتعداد محققاته بعنوان اعتبار عدم الجهالة في الشرط خارج عن سياق سائر ما يعتبر في الشرط.

منها: أنّ جريان الغرر فيما عدا البيع حتىٰ يعم الشرط موقوف علىٰ أمرين:

احدهما: اعتبار المرسلة التي ارسلها العلّامة وغيره من أنّه (نهىٰ النبيﷺ عن الغرر).

ثانيهما: شمولها للشرط الذي لا استقلال له كسائر المعاملات المستقلة المتداولة.

أمّا الاول فلا شاهد لاستناد الاصحاب إلىٰ المرسلة ـ حتىٰ ينجبر بعمل الاصحاب ـ إلّا ما أفاده المصنفﷺ من حكم الاصحاب في جميع الابواب بنفي الغرر، ولا مستند لهم إلّا المرسلة، مع أنّ احتمال استفادة العلة من الغرر المنهي عنه في خصوص البيع، وأنّ المعاملة الغررية الخطرية مرغوب عنها عند العقلاء احتمال قوي جداً.

وأمّا الثاني فدعوىٰ الانصراف إلىٰ المعاملات والاسباب المستقلة غير بعيدة، كما أنّ شمول معقد اجماعهم لنفي الغرر عن مثله غير محرز، فمانعية الغرر عن نفوذ الشرط بما هو ـ وهو الذي ينبغي البحث عنه هنا ـ لا دليل عليها، فلا مخصص لعموم دليل الشرط، والذي يمكن التأييد به لدعوىٰ الانصراف المتقدم أنَّ الجهالة وإنْ كانت تعرض الشرط بنفسه إلّا أنّ الغررية بمعنىٰ الخطر وذهاب المال هدر لا يتصور

---

(١) تعليقة ٥٢.

في الشرط بما هو، بل لو كان غررياً لكان باعتبار غررية المعاملة من قبل جهالته، لا من قبل غرريته، نعم يتصور الغرر فيه بنفسه اذا قوبل بشيء واستقل بالتحصيل، ولا يقول المشهور بالشرط الابتدائي، فتدبر.

منها: أنّ جهالة الشرط هل يقتضي غررية البيع المتضمن له حتىٰ يفسد البيع بوجوده لا بحكمه ام لا؟ فنقول:

الشرط اذا كان بمعنىٰ التقييد والتوصيف كما في شرط الوصف الذي قد مرّ مراراً أنّه لا يتصور الالتزام بوجوده، فتارة يرد البيع علىٰ الموصوف المتقيد به، فالجهالة راجعة إلىٰ احد العوضين ويلزم الغرر في البيع بما هو معاوضة بين مالين، وأُخرىٰ يرد الشرط علىٰ البيع فيوصف ما وقع عليه البيع بوصف خاص وهو المراد من شرط الوصف في البيع، فبالنظر الدقيق وإنْ لم يكن غرر في البيع بما هو تبديل مال بمال؛ اذ لا خطر من قِبَل أحد العوضين، ولا حقيقة للبيع إلّا تبديل ما لا خطر فيه من حيث كونه مقوماً لحقيقة البيع، لكنه بالنظر العرفي الخطر في شأن من شؤون العوضين خطر في العوضين، والبيع المتعلق بمثله خطري عرفاً.

وإنْ كان الشرط بمعنىٰ الالتزام في ضمن التزام بيعي كالالتزام بالخياطة من البائع أو المشتري؛ فإنّ مثله يتمحض في الالتزام ولا يتعنون بعنوان الوصف والشأن للمبيع أو الثمن، فلا خطر في ما يتقوم به البيع لا ذاتاً ولا وصفاً، ولا من حيث مالية العوضين، وإنّما الخطر في الغرض المعاملي الباعث علىٰ هذه المعاملة الخاصة، ومثل هذا الغرض المعاملي ليس داعياً محضاً ليكون تخلّفه من باب تخلف الداعي، بل حيث إنّه وقع موقع الالتزام فهو غرض عقدي، فكما يوجب تخلّفه الخيار في عقد البيع فكذا يوجب الجهل به الخطر في الغرض البيعي العقدي وإنْ لم يوجب الغرر من حيث ذهاب العوض أو المعوض هدراً، وعليه فتصدق عرفاً انها معاملة بيعية غررية وإنْ لم تكن كذلك بالدقة العقلية؛ لخروج الالتزام الشرطي عما يتقوم به الالتزام البيعي، فتدبر جيداً.

نعم الشرط الغير المتعلق بالغرض العقدي بل كان نسبة عقد البيع اليه نسبة

الظرف إلىٰ المظروف فقط، بأنْ كان ايقاعه في ضمن العقد لمجرد اخراجه عن الابتدائية إلىٰ الضمنية، فجهالته لا يوجب غرراً في البيع بوجه اصلاً.

ومنها: أنّ التبعية علىٰ قسمين:

أحدهما: التبعية الذاتية عرفاً كتبعية بيض الدجاجة لها وكتبعية مفتاح الدار لها عرفاً.

ثانيهما: التبعية من حيث الشرطية، حيث إنّ الشرط من توابع المعاملة ولم يكن كالعوضين مقصوداً من المبادلة.

أمّا التبعية بالمعنىٰ الاول فحيث إنّ التابع يملك بتبع ملكية المتبوع وإنْ لم يذكر ولم يلتفت اليه، فذكره مع عدم الاحاطة به أولىٰ، فلا يزيده الشرطية إلّا تبعية فوق التبعية، إنّما الاشكال فيما اذا أُخذ التابع العرفي بنحو الجزئية، فانه في بادئ النظر اخراج له عن التبعية وجعله في مقابل العوض أو المعوض المقتضي لتقسيط الثمن عليه، فحاله حال العوضين فإنّه منهما علىٰ الفرض، إلّا أنّ ظاهر الشهيد ﷺ أنّ الجهل بالتابع العرفي غير ضائر سواء أخذ في المعاملة بنحو الشرطية أو بنحو الجزئية.

ويمكن أنْ يقال: إنّ التابع العرفي الذي يملك بالتبع قهراً إنْ أُخذ في العقد فهو ليس إلّا لمجرد التأكيد والتنبيه، فالجزئية والاشتراط كلاهما صوري بلا دخل في الغرض البيعي بجميع وجوهه، وأمّا اذا فرض أنّ فيه خصوصية دخيلة في الغرض البيعي فكما أنّ أخذه بنحو الجزئية موجب للغرر عند الجهل به كذلك أخذه في العقد بنحو الشرطية، فإنّه علىٰ الفرض لدخله في الغرض العقدي الذي مرّ الكلام فيه، وقد عرفت صدق البيع الغرري عليه عرفاً، فلا فرق بين الجزئية والشرطية علىٰ أي تقدير، فتدبر.

وأمّا التبعية بالمعنىٰ الثاني وإنْ لم يكن متعلق الشرط مانعاً عرفياً فهي لا تجدي في رفع الغرر، وعدم مانعيته من حيث سريانه إلىٰ البيع، نعم التبيعة لها أثر آخر وهو عدم تقسيط الثمن عليه وترتب الخيار عند تخلفه إلىٰ غير ذلك من الآثار، فتدبر.

الشرط السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال

٧٦ـ قولهﷺ: (**أنْ لا يكون مستلزماً لمحال كما لو شرط** ...الخ)[١].

يمكن تقرير الدور بناء علىٰ ارادة ما يلزم من عدمه العدم من الشرط كما هو ظاهر تقرير العلّامة، كما يمكن تقريره بناء علىٰ ارادة الالتزام الانشائي من الشرط.

أمّا علىٰ الاول فواضح، لأنّ صحة البيع الاول يتوقف علىٰ صحة البيع الثاني، لفرض كون البيع الثاني شرطاً للبيع الاول بحيث يلزم من عدمه العدم، والبيع الثاني من المشتري يتوقف علىٰ كونه مالكاً حيث لا بيع إلّا في ملك، ولا يكون مالكاً إلّا بعد صحة البيع الاول، فتوقف صحة كل من البيعين علىٰ الآخر من باب توقف المشروط علىٰ شرطه، بمعنىٰ ما يلزم من عدمه العدم.

والجواب: أنّ الشرط في ضمن البيع بمعنىٰ الالتزام لا بمعنىٰ ما يلزم من عدمه العدم، فلا توقف للبيع إلّا علىٰ الالتزام بالبيع الثاني لا علىٰ نفسه، ولذا لا شبهة عند العلّامة في أنّه لو باع بشرط الخياطة يتحقق البيع قبل تحقق الخياطة، فيعلم منه أنّ البيع غير منوط بوجود الخياطة، بل بالالتزام بها، وعليه فلا توقف إلّا للبيع الثاني علىٰ البيع الاول فلا دور.

وأمّا علىٰ الثاني بارادة الالتزام من الشرط فتقريب الدور: أنّ الالتزام بشيء لابد من أنْ يكون مقدوراً، والملتزم به يختلف من حيث كونه مقدوراً في نفسه تارة كالالتزام بالخياطة، ومن حيث عدم كونه كذلك أُخرىٰ كالبيع علىٰ المالك؛ فإنّه في نفسه غير مقدور، وعليه فالالتزام به التزام بغير المقدور في نفسه، دون البيع علىٰ غير المالك لامكان الوكالة والفضولية فيه، بخلاف البيع علىٰ المالك فإنّه كما لا معنىٰ لبيعه اصالة علىٰ المالك كذلك لا معنىٰ لبيعه وكالة أو فضولة علىٰ المالك، وعلىٰ ما ذكرنا فصحة الالتزام متوقفة علىٰ حصول الملكية المتوقفة علىٰ البيع الاول.

وأمّا توقف البيع الاول علىٰ الالتزام فلأنّ المفروض تقيد البيع واناطته بالالتزام وإنْ لم يكن منوطاً بوجود الملتزم به، ومقتضىٰ اناطة شيء بشيء عدم حصوله مع

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ١٩.

عدم حصول ما أُنيط به، وإلّا لزم الخلف من فرض الاناطة، وعليه فشرطية كل من البيع والالتزام للآخر بمعنىٰ ما يلزم من عدمه العدم، غاية الامر أنّ الاشتراط بالاضافة إلىٰ البيع الثاني التزام، وبالاضافة إلىٰ البيع الأول شرط حقيقي.

والجواب: أمّا عن توقف الالتزام علىٰ البيع فبأنّ المراد من عدم معقولية البيع علىٰ المالك ـ كما هو ظاهر المصنفﷺ في مبحث النقد والنسيئة[1] ـ إنْ كان استحالة البيع علىٰ المالك بما هو مالك فالاستحالة واضحة، إلّا أنّه لا يتوقف علىٰ البيع، اذ مع فرض صحة البيع الاول يخرج البائع الشارط عن كونه مالكاً، فلا يعقل البيع علىٰ المالك أيضاً؛ حيث إنّه ليس بمالك.

وإنْ كان استحالة البيع علىٰ ذات المالك حال الالتزام به لأنّه غير مقدور في تلك الحال ففيه: أنّ عدم القدرة حال الالتزام مسلم، إلّا أنّ الالتزام حيث إنّه بنحو شرط الفعل لا شرط النتيجة فاللازم هي القدرة في ظرف الوفاء، وهو بعدْ تحقق الايجاب والقبول المتضمنين للالتزام، وقدرته بعده علىٰ البيع علىٰ ذات المالك بمكان من الوضوح، فالالتزام بفعل مقدور في ظرف يترقب ايجاده فيه مقدور.

وأمّا عن توقف البيع علىٰ الالتزام فبأنّ الاناطة ليست بمعنىٰ التعليق حتىٰ يتوقف حصول المعلق علىٰ حصول المعلق عليه، وإلّا لكان البيع باطلاً وإنْ لم يلزم الدور، بل بمعنىٰ تقيد البيع بالالتزام، والمقيد بما هو مقيد متوقف علىٰ حصول القيد لا ذات المقيد، والكلام في توقف البيع وهو ذات المقيد علىٰ ذات القيد، ولا موجب لتوقفه عليه بوجه كما في غيره من المقيدات وقيودها.

الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد

٧٧ ـ **قولهﷺ: (أنْ يلتزم به في متن العقد** ...الخ)[2].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ الشرط تارة بمعنىٰ التقييد، وأُخرىٰ بمعنىٰ الالتزام الانشائي، فإنْ كان

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٨ سطر ١٨.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٢٥.

بمعنىٰ التقييد فالشرط الوصفي بالحمل الشائع سواء كان وصفاً من اوصاف العوضين، أو فعلاً منضماً إلىٰ أحد العوضين كسائر قيود الكلام يكفي في تقيّد أحد العوضين به قصد الموصوف بالوصف الخاص، أو المنضم إلىٰ فعل مخصوص كما يكفي في الدلالة علىٰ القيد المقصود قرائن الحال والمقال، فذكر الوصف أو الفعل قبل العقد بقرينة التواطئ والتباني كافٍ في الدلالة علىٰ القيد الخاص، ولا فرق في هذه المرحلة بين المذكور سابقاً بعنوان المقاولة أو بعنوان الانشاء.

وإنْ كان بمعنىٰ انشاء الالتزام فالتباني عليه تارة بمعنىٰ لولاه لما عقدا، فليس له إلّا شأن الداعي والباعث، ومثله لا يجدي شيئاً، أمّا الانشاء السابق بما هو فلأنّ المفروض أنّ الشرط الابتدائي إمّا ليس بشرط حقيقة، وإمّا أنّه ليس له حكم الشرط شرعاً، وأمّا مجرد الداعي فتخلفه غير ضائر، اذ المفروض عدم تقيد العقد به، فلا أثر له لا من حيث نفسه ولا من حيث وقوع العقد مقيداً به.

وأُخرىٰ بمعنىٰ ايقاع العقد مبنياً عليه، وهو عين قصد البيع الخاص وخصوصيته كونه مبنياً علىٰ الالتزام السابق، وهو عين تقيد العقد بالالتزام، وقد عرفت أنّ قصد الخاص يكفي في التقيد، وقرينة الحال والمقال تكفي في الدلالة، ولا فرق في حصول التقييد ثبوتاً واثباتاً بين أن يكون القيد خياطة الثوب أو الالتزام بخياطته، فإنّ ما هو انشائي وهو الالتزام متحقق بكلام انشائي سابقاً علىٰ الفرض، والتقييد ليس بانشائي حتىٰ يتوقف علىٰ وجود ما ينشأ به في مرحلة التقييد، نعم إنْ كان الشرط المرتب عليه الاثر هو انشاء الالتزام في ضمن انشاء آخر لا مجرد الانشاء المرتبط والمتقيد بانشاء آخر فلا مناص من ذكره في متن العقد.

والتحقيق: أنّ المراد بالالتزام الضمني ليس مجرد وقوع الالتزام الشرطي بين ايجاب البيع وقبوله، فإنّه اذا قال «بعت الكتاب بدينار والتزمت بخياطة ثوبك» فقال المشتري «قبلت» لم يكن هذا الالتزام شرطاً؛ لعدم ترتب البيع عليه وعدم تقيده به، مع أنّه في ضمن العقد، والمفروض أنّ حقيقة الشرطية متقومة بالالتزام في ضمن البيع، فمنه يعلم أنّ حقيقة الشرطية متقومة بترتب العقد علىٰ الالتزام، وأنّ الضمنية

أمر أجنبي عن حقيقة الشرطية، وأنّ المراد بالظرفية مجرد ارتباط الالتزام بالعقد في قبال وجوده المطلق.

وأمّا الضمنية في العقد اللفظي فأوضح فساداً، لأنّ الشرط والبيع من مقولة المعاني لا من مقولة الالفاظ، هذا اذا اريد عدم تحقق حقيقة الشرطية إلّا بالضمنية.

وأمّا اذا أُريد عدم ترتب الاثر عليه شرعاً مع صدق حقيقته عرفاً ففيه: أنّ المتيقن من الاجماع علىٰ بطلان الشروط الابتدائية هو الالتزام الذي لم يتقيد به معاملة؛ دون ما اذا كان مما بني عليه العقد سواء كان في ضمنه ام لا، فتدبر جيداً.

منها: أنّه مع فرض لغوية الالتزام السابق فهل يجدي البناء والالتزام النفساني المدلول عليه بقرينة حال أو مقال أم لا؟ وهل يجدي الانشاء القلبي دون مجرد البناء ام لا؟ فنقول:

أمّا الاول: فقد مرّ مراراً أنّ حقائق العقود والايقاعات والالتزامات أُمور اعتبارية شرعية أو عرفية يتسبب اليها بالاسباب الانشائية من القولية أو الفعلية، فإنّها التي لها بقاء وارتفاع شرعاً وعرفاً ولزوم وجواز كذلك، وابقاء وحل كذلك، دون الالتزام النفساني الذي ربما يكون وربما لا يكون حقيقة، ولا ريب لأحد في أنّ عقد البيع مثلاً مع عدم المصحح لحله وفسخه باقٍ عرفاً وشرعاً سواء كان الالتزام النفساني بالملكية باقياً في نفس البائع أو لا، مع أنّ المعدوم لا يحل ولا ينحل، وعليه فليس الالتزام النفساني المقارن لعقد البيع مناط الالتزام الانشائي الشرطي عرفاً ولا شرعاً.

وأمّا الثاني: فمختصر القول فيه: أنّ مجرد احضار المعنىٰ في النفس ليس ملاك الانشاء المقابل للاخبار، بل حقيقة الانشاء ايجاد المعنىٰ بتبع ايجاد قول أو فعل، فالانشاء القلبي حينئذ هو ايجاد المعنىٰ بايجاد لفظه قلباً؛ بحيث يكون اللفظ بوجوده القلبي قصد به معناه، وهو وإنْ كان معقولاً لمعقولية الأفعال القلبية إلّا أنّ مثل هذا الانشاء ليس موضوعاً لحكم تكليفي ولا وضعي في باب المعاملات، ولذا لا يشك ذو مسكة بأنّ مثله غير كافٍ في تحقق حقيقة البيع عرفاً ولا شرعاً، بل الانشاء النافع هو ايجاد المعنىٰ بوجوده القولي أو الفعلي خارجاً لا قلباً، فتدبر جيداً.

منها: في ما استظهره المصنفﷺ من كلمات القوم من عدم كفاية الشرط الغير المذكور في متن العقد، والكل مخدوش، أمّا قولهم بعدم لزوم الوفاء بالاشتراط لا في عقد فهو غير منافٍ للمفروض هنا، وهو الشرط المتقيد به العقد لابتنائه عليه فإنا نقول أيضاً بأنّ الشرط السابق بما هو لا يجب الوفاء به وإنْ وجب الوفاء بما هو متقيد به العقد.

وأمّا ما ذكروه في باب الربا والمرابحة فإنّه حيث كان لايجاد العقد مطلقاً فيبتني علىٰ مجرد المقاولة السابقة مع الاستيثاق بالعمل علىٰ طبقها، لا مع تقيد العقد به، وكون المقاولة السابقة باعثة إلىٰ ايجاد العقد مطلقاً غير تقييد العقد بها بالابتناء عليها، وليس للذكر حينئذ شأن إلّا الدلالة علىٰ البناء والتقييد، لا أنّه محقق للشرطية.

وأمّا ما ذكره جماعة من انقلاب العقد المقصود به الانقطاع دائماً مع عدم ذكر الاجل ـ فهو مع أنّه محل الخلاف ـ ليس مورده ما اذا اشترطا الاجل قبلاً واوقعاً العقد مبنياً عليه، بل محمول إمّا علىٰ سبق المقاولة فقط فلا يجدي البناء أيضاً، أو علىٰ كونه من قصد الزوج فقط دون الزوجة أيضاً، وتحقيقه موكول إلىٰ محله.

وأمّا الاخبار المتضمنة لكون النكاح هادماً للشرط السابق فغير منافية لكفاية التباني، فإنّ منها ما عن عبدالله بن بكير: قال ابو عبدالله عليه السلام: (اذا اشترطت علىٰ المرأة شروط المتعة فرضيت به وأوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فإنْ اجازته جاز وإنْ لم تجزه فلا يجوز عليها من شرط قبل النكاح)[1] فإنّ الظاهر منه لزوم بقائهما علىٰ الشرط وعدم كفاية الشرط السابق، والرد والاجازة طريقي كما يظهر بالتأمل.

ومنها: أنّه قد ذكر المصنفﷺ أخيراً وجهاً لبطلان اصل العقد فضلاً عن الشرط، وحكم بوجاهته، واعتمد في تقريبه علىٰ امرين:

احدهما: أنّ الشرط من اركان العقد المشروط، ومقتضىٰ الركنية فساد العقد بفساد ركنه، وتقريبه: أنّ الشرط وإنْ عد تابعاً في كلماتهم فلا جزئية له فضلاً عن الركنية، إلّا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٩ من ابواب المتعة، ح ١.

أنّ الشرط تابع لعقد البيع مثلاً بما هو عقد البيع، ومقوم لعقد البيع المشروط بما هو عقد مشروط، بداهة أنّ هذا الخاص بما هو خاص مؤتلف من ذات الخاص ومن خصوصيته، ولا نعني بالمقوم والركن إلّا ما يأتلف الشيء منه بحيث ينعدم بانعدامه.

وفيه: أنّ الشرط وإنْ كان من علل قوام العقد المشروط، إلّا أنّ مقتضىٰ عدم تحققه عدم العقد المشروط بما هو عقد مشروط، لا بما هو عقد البيع بما هو، لأنّ المفروض تحققه بجميع اركانه، ومن يقول بفساد الشرط الغير المذكور يلتزم بعدم تحقق المشروط بما هو مشروط أيضاً، ولذا ترىٰ أنّ الاصحاب بين قولين إمّا بطلان الشرط أو صحته، وأمّا الحكم بفساد العقد لفساد شرطه بتوهم تقيد الرضا ولو من حيث البناء الغير المؤثر فهو كلام آخر يصح مع التبعية، ولا يتوقف علىٰ الجزئية ولا علىٰ الركنية، وسيجيء[1] إن شاء الله تعالىٰ منه تضعيف هذا الوجه أيضاً.

ثانيهما: أنّ الشرط كالجزء من أحد العوضين، فحاله حالهما في عدم تحقق العقد بدون ذكر العوضين فكذا ما هو كاحدهما، وهذا الوجه إنْ صح فإنّما يصح فيما اذا كان الشرط بمعنىٰ التقييد لا بمعنىٰ الالتزام، وإلّا فلا معنىٰ لأنْ يكون الالتزام بالخياطة قيداً للثمن أو المثمن حتىٰ يكون كالجزء، مع أنّ عدم ذكر العوضين في الكلام مع وجود الدال عليهما في المقام لا دليل علىٰ اقتضائه لبطلان العقد، فإنّ ما هو انشائي لا يعقل تحققه بدون قول أو فعل هو التمليك دون متعلقة، فتدبر جيداً.

اعتبار التنجيز في الشرط

٧٨ ـ قوله: (وهو تنجيز الشرط بناء علىٰ أنّ تعليقه ...الخ)[2].

البحث في اعتبار تنجيز الشرط يقع من وجهين:

أحدهما: من حيث صحة الشرط وفساده من حيث ذاته.

والثاني: من حيث صحة العقد وفساده بسريان التعليق وعدمه من الشرط التعليقي، والمناسب لاعتبار بعض الخصوصيات في الشرط هو الوجه الاول، لأنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ١٢، تعليقة ٩٨. (٢) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ١٠.

مرجع الثاني الىٰ أنّ العقد التعليقي هل يبطل ولو من جهة شرطه ام لا؟ وهو مناسب لمباحث البيع لا لمباحث الشرط.

وبالجملة: أمّا البحث من الجهة الاولىٰ فمختصر القول فيها: أنّ مدرك اعتبار التنجيز إنْ كان استحالة التعليق في الانشاء، أو عدم شمول أدلة النفوذ، أو اعتبار الجزم في مقام الانشاء، فالشرط كالعقد للاشتراك في جميع تلك الوجوه بينهما.

وإنْ كان هو الاجماع كما بنىٰ عليه المصنفﷺ في كتاب البيع[1] فمن الواضح أنّ المتيقن من مورده هو العقد، بل البيع فقط ولا عموم ولا اطلاق فيه ليعم الشرط.

وأمّا البحث من الجهة الثانية فالكلام فيه تارة من حيث الصغرىٰ، وأُخرىٰ من حيث الكبرىٰ.

أمّا الصغرىٰ فتبنىٰ السراية علىٰ أنّ القيد المعلق عليه الشرط قيد لمتعلق الشرط، أو قيد لنفس الشرط، فإنْ كان قيداً لمتعلق الشرط فلا معنىٰ لسراية التعليق إلىٰ العقد، لأنّ الالتزام الذي هو قيد للبيع لا تعليق فيه، وما يكون فيه التعليق ليس قيدٌ للبيع، وإنْ كان قيداً لنفس الشرط، فحيث إنّه قيدٌ للبيع فلا محالة يسري التعليق اليه، لأنّ المقيد بقيد تقديري يكون تقديرياً، وحيث إنّ بناء المصنفﷺ في فقهه واصوله علىٰ أنّه لا تعليق في الانشاء بل في المنشأ، فلذا لا يرىٰ الالتزام تعليقياً، بل الملتزم به تعليقي.

والتحقيق: أنّ البيع والشرط وغيرهما من مفاهيم العقود والايقاعات لها نحوان من الوجود، انشائي وحقيقي، والمراد بالاول مفهومه المقصود ثبوته باللفظ؛ فيكون اللفظ موجوداً بالذات والمعنىٰ موجوداً بالعرض، ولايكاد ينفك هذا الوجود عن استعمال اللفظ في معناه، والمراد بالثاني وجوده الحقيقي الذي يترتب عليه الأثر عرفاً أو شرعاً.

والاول بالاضافة إلىٰ الثاني بمنزلة السبب لمسببه، ومن المبرهن عليه في محله والبيّن عند أهله أنّ كل مرتبة من الوجود متحدة مع تلك المرتبة من الايجاد بالذات

---

(١) كتاب المكاسب ٩٩.

ومختلفان بالاعتبار صدوراً وحلولاً، فلا يعقل تنجيزية الانشاء وتعليقية المنشأ، كما لايعقل تعليقية الملكية بالحمل الشائع وتنجيزية التمليك بالحمل الشائع، وحيث إنّ الايجاد عين الوجود فلا يعقل تحقق احدهما موصوفاً بالتقديرية، فإنّ مرجعه إلىٰ التناقض.

ومن الواضح أنّ قوله «بعت» انشاء موجود لا تقدير فيه، وإنّما الكلام الانشائي تعليقي عنواناً لا حقيقةً، للدلالة علىٰ تعليقية البيع بالحمل الشائع، وهناك كما لا ملكية حقيقية فعلاً كذلك لا تمليك حقيقي فعلاً.

وعليه فالالتزام الانشائي تعليقي عنواناً وتنجيزي حقيقة انشاءً ومنشأً، وإنّما التعليق في الالتزام الجدي، وكما لا ملتزم به تنجيزاً كذلك لا التزام تنجيزاً، ولا تعليق في ذات الخياطة علىٰ شيء، بل في كونها ملتزماً بها، كما لا تعليق في ذات المبيع، بل في صيرورته مملوكاً حقيقة، هذا هو الكلام في الصغرىٰ.

وأمّا الكبرىٰ فقد مرت الاشارة اليه أنّ مدرك اعتبار التنجيز إنْ كان ما عدا الاجماع فلا فرق بين كون تعليقية البيع من ناحية نفسه أو من ناحية شرطه، كما لا فرق بين العقد والشرط، وإنْ كان المدرك هو الاجماع فالمتيقن منه ما اذا كان العقد بنفسه تعليقياً لا من ناحية شرطه، كيف؟ والمسألة محل الخلاف، بل ظاهر المصنفﷺ أنّ المعروف عدم اعتبار التنجيز من حيث الشرط، ولذا نسب اعتباره إلىٰ التوهم، فتدبر.

* * * *

حكم الشرط الصحيح

شرط الوصف

٧٩ ـ قوله ﷺ: (لا حكم للقسم الاول إلاّ الخيار ...الخ)[1].

والكلام في شرط الوصف في موارد:

أحدها: في اصل معقولية الالتزام الجدي به، وقد مرّ غير مرة أنّ الالتزام به من دون تأثيره في حصول شيء ولا في تحصيله غير معقول، فإنّ وجود الوصف في الشخصي لا حصولي ولا تحصيلي، بل وجوده وعدمه تابعان لتحقق سببه وعدمه، نعم إنْ رجع الشرط إلىٰ كونه في عهدته ـ بحيث يتداركه عند فقده ـ كان الشرط معقولاً، لكنه لا يقول احد بتدارك الوصف المفقود، بل بالخيار، وعليه فشرط الوصف لابد من ارجاعه إلىٰ التوصيف، والخيار من باب تخلّف الوصف لا تخلّف الشرط، وعليه يسقط جملة من المباحث المختصة بخصوص الشرط.

ثانيها: في معنىٰ صحته ونفوذه بعد الفراغ عن امكانه ومعقوليته، والاشكال في صحته إنّما هو بلحاظ مقام الثبوت دون الاثبات؛ حيث إنّه بعد الالتزام لم يتحقق شيء كما في شرط النتيجة، ولا يترقب عمل كما في شرط العمل حتىٰ يكون صحة الشرط بمعنىٰ تأثيره في حصول شيء أو في استحقاق عمل، ومع عدم ترتب الاثر علىٰ الانشاء لا معنىٰ لنفوذه، والخيار حكم الشرط الصحيح، لا أنّه مصحح للشرط أو

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ١٩.

مما يتسبب به اليه.

ويندفع: بأنّه بعد الفراغ عن معقولية الالتزام يكون الاثر استحقاق الوصف، فإنّه لولا الالتزام يكون الوصف علىٰ تقدير وجوده مملوكاً بتبع ملك العين، ومع الالتزام يكون هذا التابع مملوكاً بالشرط، وعلىٰ تقدير عدمه لا خيار مع عدم الالتزام؛ حيث لا يستحقه عليه، ويكون الخيار مع الالتزام لفقد ما يستحقه عليه.

ثالثها: فيما ذكره ﷺ من أنّ شرط الوصف حيث إنّه لا يقدر علىٰ تحصيله فلا معنىٰ لوجوب الوفاء فيه، وعموم (المؤمنون عند شروطهم)[1] مختص بغيره.

فإنْ أُريد من هذا البيان عدم صحة شرط الوصف كما يدل عليه الاستدلال بمثله لابطال شرط النتيجة ففيه: مع منافاته للمقسم، فإنّه الشرط الصحيح، والكلام في حكمه، ومع منافاته لترتيب الخيار حيث إنّه مرتب علىٰ الشرط الصحيح؛ بداهة أنّه لا خيار في الشرط الفاسد يرد عليه أنّ الصحة والنفوذ لا دخل له بوجوب الوفاء تكليفاً كما في العقود الصحيحة الجائزة، والدليل علىٰ الصحة غير منحصر في قوله ﷺ (المؤمنون... الخبر) بعد استظهار التكليف منه، لكفاية عموم قوله ﷺ (الشرط جائز بين المسلمين)[2] أي نافذ.

وإنْ أُريد من هذا البيان عدم اللزوم تكليفاً بعد الفراغ عن الصحة فالتعليل بعدم معقولية تحصيله مشترك بينه وبين شرط النتيجة، بل اللازم التعليل بأنّه لا وفاء له حتىٰ بمعنىٰ ترتيب الاثر، فإنّه الفارق بينه وبين شرط النتيجة.

توضيحه: أنّ الوفاء تارة بمعنىٰ العمل بمقتضىٰ الشرط وايجاد متعلق الالتزام فلا محالة يختص بشرط الفعل، فالوفاء به ايجاد ما التزم بايجاده، فكما لا يعم شرط الوصف كذلك لا يعم شرط النتيجة، فإنّ متعلق الشرط ليس ايجادياً، وأُخرىٰ بمعنىٰ يعم ترتيب الاثر كالوفاء بعقد البيع، فإنّه بعد نفوذ العقد وحصول الملكية لا عمل يقتضيه العقد حتىٰ يكون الوفاء به ايجاده، وإنّما يثبت للعقد النافذ آثار يجب ترتيبها

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤، ذيله.

(٢) عوالي اللآلئ ٣: ٢٥٥، رواية ١٠٣، باب التجارة.

من المتبايعين، من تسليم العوضين، وعدم التصرف فيما انتقل عن كل واحد إلىٰ الآخر إلّا برضاه، وحينئذ فالوفاء بهذا المعنىٰ يعم شرط الفعل وشرط النتيجة.

أمّا الاول فواضح، وأمّا الثاني فإنّ النتيجة بعد حصولها بالشرط لها آثار يجب ترتيبها عليها، كتسليم ما ملكه بالشرط، وعدم التصرف فيما انتقل عنه به، علىٰ حد الوفاء بعقد البيع، ولا يعم شرط الوصف فإنّه كما لا وفاء له بالمعنىٰ الاول كذلك بالمعنىٰ الثاني؛ فإنّه مع فقد الوصف لا عمل ولا أثر حيث لا تسليم ولا شبهه، والخيار ليس أثراً يجب ترتيبه كحرمة التصرف ووجوب التسليم، ومع وجود الوصف فليس تسليمه إلّا بتسليم الموصوف، فالوفاء بالعقد يغني عن الوفاء بالشرط، ولا يعقل له وفاء مستقل ليكون للعقد وفاء بدليله، وللشرط وفاء بدليله، كما في شرط النتيجة، فإنّ الوفاء وترتيب الاثر علىٰ ما ملكه بالشرط مغاير للوفاء وترتيب الاثر علىٰ ما ملكه بالعقد هذا.

وهنا معنىٰ أوسع من المعنيين، وهو أنّ الوفاء بالعقد مثلاً اتمامه والقيام به، فربّما يترقب منه عمل كما في الاجارة، فاتمامه والقيام بمقتضاه ايجاد العمل، وأُخرىٰ لا يترقب منه عمل فالقيام به وعدم التجاوز عنه بابقائه علىٰ حاله وعدم نكثه ونقضه، فيعم شرط الوصف فإنّه مع حله ونقضه لا يوجب فقد الوصف خياراً، حيث لا شرط، ومع ابقائه علىٰ حاله بعدم حله يترتب عليه الخيار، وقد قدمنا في اوائل الخيارات ما يتعلق بالوفاء بجميع اطرافه، فراجع[1].

شرط النتيجة

٨٠ ـ قوله ﷺ: (وإنْ أُريد حصول الغاية بنفس الاشتراط ...الخ)[2].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ الشرط إنْ كان بمعنىٰ الزام الغير بشيء، أو الزام الشخص نفسه بشيء ـ كما يستظهر من عبارة القاموس ـ فلا محالة يختص بشرط الفعل فإنّ طبيعة الالزام

---

(١) ج ٤، تعليقة ١٠.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٢١.

والايجاب لا يعقل تعلقها إلّا بالفعل، وإنْ كان بمعنىٰ الالزام والالتزام الوضعي دون التكليفي فلا اختصاص له بالفعل، والظاهر هو الثاني، فإنّ الالزام بمعنىٰ الايجاب معنىٰ اصطلاحي، وإلّا فمفهومه جعل الشيء لازماً وقريناً لا ينفك عنه، والمبدأ وهو اللزوم بهذا المعنىٰ، والالزام بمعنىٰ الايجاب؛ بمناسبة جعل الشارع للعمل علىٰ رقبة العبد ولازماً لا ينفك عنه إلّا بادائه، وعليه فالالتزام ومطاوعة لزوم شيء لا اختصاص له بالعمل، بل يعم شرط النتيجة.

فان قلت: الإلتزام بشيء والتعهد به إمّا أنْ يتعلق بعمل فمعناه أنّ العمل في عهدته وهو المرجع للمطالبة منه، وإمّا أنْ يتعلق بعين مال فمعناه أنّ المال في عهدته، فإنْ كان كلياً ملكه في ذمته، وإنْ كان شخصياً فيكون مرجعاً لمطالبته وتداركه اذا لم يتمكن من ادائه، وليس شيء من ذلك في التعهد بالنتيجة، فإنّه علىٰ فرض حصولها به لا مورد لمطالبته منه، كما لا معنىٰ لتملّكه عليه ولا لتداركه ببدله، فلا معنىٰ لاصل التعهد بالنتيجة حتىٰ يؤثر في حصولها.

قلت: معنىٰ الالتزام بالنتيجة كما مرّ[1] سابقاً هو القرار علىٰ أنْ يكون المال الكذائي ملكاً للمشروط له علىٰ نحو لا ينفك عنه من حيث القيام به وبمقتضاه، وبهذا الاعتبار تكون العقود عهوداً والتزامات، فإنّها من حيث كونها قراراً وجعلاً عهد، ومن حيث كونها بحيث لا ينفك الجاعل عنها التزام.

فان قلت: مقتضىٰ مطابقة الوجود الانشائي ـ الذي هو بمنزلة السبب ـ والوجود الحقيقي ـ الذي هو بمنزلة المسبب ـ عدم حصول الملكية مثلاً بالالتزام بها، مثلاً «بعت» الانشائي سبب يتسبب به إلىٰ البيع الحقيقي بالحمل الشائع، وهما متطابقان مفهوماً، ومقتضاه أنْ يكون الالتزام الانشائي بقوله «شرطت أنْ يكون كذا ملكاً» سبباً لحصول الالتزام بالحمل الشائع بذلك المضمون، وصيرورة الملتزم انشاءً ملتزماً حقيقة في اعتبار الشارع، وهو أجنبي عن حصول الملكية به.

قلت: مضامين العقود الانشائية في مقام تأثيرها مختلفة، فتارة يكون بمدلولها

---

(١) التعليقة السابقة.

المطابقي مؤثرة فيما يوافقه كقوله «بعت» في حصول البيع الحقيقي، وأُخرىٰ يكون بمدلولها الالتزامي مؤثراً في حصول النتيجة كقوله «صالحت علىٰ أنْ يكون هذا ملكاً لك بعوض كذا» فإنّ مدلولها المطابقي هو المسالمة علىٰ الملكية، ومدلولها الالتزامي نفس حصول الملكية، فتحصل الملكية كما يحصل المدلول المطابقي، وهي المسالمة الحقيقية علىٰ الملكية، فكذا الالتزام الانشائي الذي هو في مقام القرار علىٰ أنْ يكون المال الكذائي ملكاً، فكما يتحقق بالالتزام الانشائي ما هو التزام جدي حقيقي كذلك متعلقه، وهي ملكية المال، فتدبر جيداً.

ومنها: في بيان الدليل علىٰ نفوذ شرط النتيجة فيما لم يثبت لها سبب خاص شرعاً، وهو أُمور:

احدها: مثل قوله عليه السلام: (الشرط جائز بين المسلمين)[1] والادلة الخاصة الدالة علىٰ أنّ الشرط الذي لايخالف كتاب الله يجوز علىٰ المشترط.

ثانيها: قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم)[2] فإنّ مفاد القضية إمّا نفوذ الشرط ابتداءً ـ كما في بعض كلمات شيخنا الاستاذ قدس سره[3] ـ بشهادة استثناء الشرط الفاسد، وإمّا وجوب الوفاء الدال بالالتزام علىٰ نفوذ الشرط؛ حيث إنّ الفاسد لا يجب الوفاء به، هذا بعد تعميم الوفاء لترتيب الآثار، فضلاً عما اذا جعلناه أوسع من ذلك كما مرّ في شرط الوصف[4].

ثالثها: دليل الوفاء بالعقود بعد صيرورة الشرط جزءً للعقد، توضيحه: أنّ الشرط إنْ كان بمعنىٰ التقييد فالعمل والوصف كل منهما قابل لأنْ يكون قيداً لاحد العوضين؛ فيكون مملوكاً بتبع مملوكيته العوضين بالبيع، بخلاف النتيجة فإنّ الملكية غير قابلة لأن تكون قيداً لاحد العوضين، ولا قابلة للحصول بالتبع لمملوكية العوضين، فإنّ الملكية لا تملك.

وإنْ كان بمعنىٰ الالتزام فهو غير قابل مطلقاً لأنْ يكون قيداً لاحد العوضين، فإنّ

---

(١) عوالي اللآلئ ٣: ٢٢٥، رواية ١٠٣، باب التجارة.

(٢) وسائل الشيعة باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤، ذيله.

(٣) حاشية الآخوند ٢٣٧.

(٤) تعليقة ٧٩.

الالتزام لا يملك بتبع مملوكية العوضين، وإنّما يقبل أنْ يكون قيداً لنفس البيع، بمعنىٰ أنّ المحقق بالعقد الخاص التزام بيعي مقيد بالتزام آخر بوصف أو عمل أو نتيجة، والوفاء بالعقد المقيد هو العمل بمقتضىٰ ذات المقيد وقيده، ودليل لزوم الوفاء بالمطابقة كما عرفت دليل علىٰ النفوذ بالالتزام، فكما أنّ وجوب الوفاء بذات العقد مرتب علىٰ نفوذه، فكذلك وجوب الوفاء بقيده مرتب علىٰ نفوذ قيده وهو الالتزام، فيستحق الوصف والعمل في الالتزام بهما، وتحصل الملكية في الالتزام بالنتيجة، فدليل الوفاء بالعقد من جملة الادلة علىٰ الوفاء بالالتزام الضمني مطلقاً، وهو كاشف عن نفوذه فيما له من الاثر، فافهم وتدبر.

ومنها: أنّ النتيجة التي لا سبب مخصوص لها هل المراد بها آثار العقود والايقاعات أو يمكن حصول مضامينها بالشرط أيضاً؟ بمعنىٰ أنّ الملكية ـ التي هي أثر البيع والهبة والصلح والحيازة، بل قهراً كالارث ـ هي القابلة للاشتراط أو يمكن اشتراط كون العين الكذائية مبيعاً بكذا بحيث يلحقه أحكام البيع بعنوانه.

والتحقيق: أنّ الشيء ربّما يتعدد اسبابه؛ ولا ينحصر في سبب خاص، وأُخرىٰ له سبب واحد لكنه يتعدد اطواره، مثلاً الملكية ـ بما هي ملكية ـ لها اسباب متعددة من البيع والصلح وغيرهما، بخلاف عنوان البيع فإنّ سببه هو انشاء البيع؛ وإنْ كان يتحقق انشاؤه تارة بلفظ «بعت» و «شريت» و «ملكت»، وأُخرىٰ بالالفاظ المجازية والكنائية.

ومن البيّن أنّ التوسعة من الجهة الثانية لا ربط لها بالتوسعة من الجهة الاولىٰ؛ فإنّ حقائق العقود متبائنة لا معنىٰ لحصول بعضها ببعض، فالصلح علىٰ ملكية عين بعوض مغائر للبيع حقيقة وإنْ كان الاثر واحداً، ولا يعقل تحقق حقيقة البيع بحقيقة الصلح وإنْ أمكن انشاء البيع بلفظ «صالحت» مجازاً أو كناية، ولذا لا يجري علىٰ الصلح احكام البيع مع وحدة الاثر، لكنه يجري أثر البيع إنْ أُريد حقيقة البيع بلفظ «صالحت» مجازاً مثلاً، ومنه يتضح أنّ القابل للاشتراط هي الملكية التي ليس لها سبب خاص، لا البيع المغائر لعنوان الشرط كمغائرته لعنوان الصلح.

ومنه تعرف أنّ حال الوكالة حال البيع فإنّ الوكالة كما أنّها عنوان مغائر لعنوان

الاذن في التصرف والامر بالتصرف ولا يجري احكامها عليهما كذلك عنوان مغاير لعنوان الشرط، فلا معنىٰ لحصولها به، وكما أنّ أثر الوكالة وهي السلطنة علىٰ التصرف يتحقق بالوكالة وبالاذن في التصرف وبالامر به كذلك بالشرط، فإنّ هذه النتيجة عُلِمَ أنّه لا سبب مخصوص لها، وهذا بخلاف الزواج فإنّ اثره وإنْ كان ملك البضع والسلطنة علىٰ الاستمتاع بالمرأة؛ لكنه عُلِمَ أنّ هذه النتيجة وهذا الاثر لا يتحقق إلّا بعنوان الزواج، فكما أنّ حقيقة الزواج لا يحصل بالشرط كذلك اثره وهي السلطنة علىٰ البضع لا تثبت إلّا بالزواج، فالزواج لا يحصل بالشرط لتغائر العنوان، ونتيجته لا تحصل بالشرط لانحصار سببها في الزواج، فالبيع كالزواج من حيث العنوان ويتفاوت معه من حيث الاثر.

ومنه تعرف صحة ما أفاده في المتن من جعل الانعتاق مما له سبب مخصوص، وجعل الحرية مشكوك الحال، فإنّ الحرية وزوال الرقية يحصل بالعتق وبالتنكيل وبحدوث بعض الامراض، وأمّا الانعتاق وكون العبد معتقاً بحيث يترتب عليه احكام العتق فهو منحصر في ايجاد عنوان العتق بالصيغة الخاصة.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أنّ شرط النتيجة إنْ اريد به شرط عنوان من عناوين العقود والايقاعات بنحو اسم المصدر لا المصدر ليرجع إلىٰ شرط الفعل فلا يصح مطلقاً، لتقابل بعضها مع بعضها الآخر، والمقابل لا يتحقق بالمقابل، فإنّ البيع مثلاً تمليك عين بعوض بلا عنوان، فمع التمليك بعنوان المسالمة أو بعنوان الشرط متقابلان تقابل الماهية بشرط لا والماهية بشرط شيء.

وإنْ أُريد به شرط أثر من آثار تلك العناوين فهو ينقسم إلىٰ الاقسام الثلاثة من حيث العلم بانحصار سببه في شيء، والعلم بعدمه، والشك في الانحصار، فمورد القسمة حينئذ هذا الشق دون الشق الاول.

شرط الفعل

المسألة الاولىٰ: في وجوب الوفاء تكليفاً

٨١ـ قوله ﷺ: (في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي ...الخ)[١].

الكلام تارة في وجوب الوفاء بشرط الفعل تكليفاً محضاً، وأُخرىٰ في استحقاق المشروط له علىٰ المشروط عليه ايجاد ما اشترط له، أمّا الكلام في وجوب الوفاء تكليفاً فالعمدة مما يستدل به عليه قوله (صلوات الله عليه) (المؤمنون عند شروطهم) توضيحه: أنّ محتملات هذه القضية الخبرية المراد بها التشريع بوجه إمّا الصحة والنفوذ ابتداءً، وإمّا التكليف بالوفاء وإنْ كان دالاً علىٰ النفوذ بالالتزام، وإمّا اللزوم وضعاً، ولا ريب أنّ ظاهر كون المؤمن عند شرطه هو ملازمته إياه، والقيام بمقتضاه، وقد تحقق في محله[٢] أنّ الاخبار بالتحقق يناسب ارادة التحقق والبعث نحوه، فيناسب الاخبار بملازمة المؤمن التكليف بملازمته إياه والعمل بمقتضاه، وليس الاخبار بملازمته مناسباً ابتداء للصحة والنفوذ، فإنّه لا اخبار بتحققه منه حتىٰ يكون كناية عن نفوذه عند الشارع، نعم لا يكلف بملازمة ما لا واقعية له شرعاً، وأمّا اللزم الوضعي وعدم انحلال الشرط فهو صفة في الشرط لا في المشروط عليه.

وظاهر النبوي كون المؤمن عند شرطه فهو لا ينفك عنه، لا أنّ الشرط لا ينفك في نفسه أو لا ينفك عن المؤمن، فكيف يكون دليلاً علىٰ لزومه الوضعي كناية؟! بل اللزوم ليس كالصحة بحيث يكون الدال علىٰ التكليف بالوفاء به دالاً علىٰ لزومه؛ لمجامعة التكليف بالوفاء مع قابلية العقد أو الشرط للانحلال، بل قد مرّ في محله أنّ وجوب الوفاء حقيقة لا عملاً متفرع علىٰ قبوله للانحلال وإلّا لكان تكليفاً بغير المقدور.

ثم إنّه بعد الفراغ عن أنّ مفاد القضية هو التكليف بالوفاء دون غيره فهل هو علىٰ وجه الحتمية والوجوب أو علىٰ سبيل الفضل والاستحباب؟

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٣٢.

(٢) نهاية الدراية ١: ٣١٢.

ومجموع ما يمكن الاستشهاد به للوجوب أمور:

أحدها: ظهور نفس الجملة الخبرية الواردة مورد الانشاء على نحو الكناية، بتقريب: أنّ الاخبار بالوقوع لا أنّه يناسب ارادة الوقوع فقط ليلائم الاستحباب أيضاً، بل تتعين الارادة الحتمية، فإنّ البعث الذي لاينفك عنه المبعوث هو اللزومي، وأمّا غيره فربما يكون وربما لا يكون، ولذا قيل إنّ الجملة الخبرية أبلغ وأظهر من الصيغة.

ثانيها: ورود سنخ هذه القضية مستدلاً بها للامر بالوفاء كقوله عليه السلام: (من شرط لامرأته شرطاً فليفِ لها به؛ فإنّ المسلمين عند شروطهم)[1]، وكقوله عليه السلام (فقل له فليتم للمرأة شرطها؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المسلمون عند شروطهم)[2] ومورده شرط الفعل كما يظهر بالمراجعة، وعنوان الوفاء والاتمام ـ الذي هو معنى الوفاء لغة ـ غير عنوان اداء ما يستحقه الغير؛ ليقال كما عن شيخنا الاستاذ قدس سره[3] أنّ نفوذ الشرط يوجب ثبوت الحق، واداء الحق عند مطالبته واجب، ليكون مرجع الخبرين إلى وجوب الاداء لنفوذ الشرط بقوله عليه السلام (المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم)، مضافاً إلى ما مرّ من عدم مناسبة مفاد القضية للنفوذ والصحة.

ثالثها: جعل المؤمن موضوعاً للقضية، لا من حيث إنّ الايمان واجب فالعمل بالشرط واجب، فإنّه إنّما يستفاد اذا قيل الوفاء من الايمان، بل من حيث إنّ مفهوم قوله «المؤمن عند شرطه» أنّ من لا يكون عند شرطه لا يكون مؤمناً، ولا يكون كذلك إلّا اذا كان عاصياً وتاركاً للواجب حتى يستحق الحكم بعدم ايمانه مبالغة.

رابعها: ما في بعض الروايات (المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله)[4] فارادة العصيان في العمل بالشرط لا العصيان في الاشتراط، فيكون استثناءاً من المشروط عليه الذي تكليفه الوفاء وكونه عند شرطه، لا من الشارط سواء كان هو المشروط عليه بالتزامه او المشروط له بالزامه، وظاهر العصيان هو المخالفة للتكليف لا مخالفة

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤٠ من ابواب المهور، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٤، وفيه (المؤمنون عند شروطهم).

(٣) حاشية الآخوند ٢٤٥.

(٤) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٠، باب ٥، ح ١٥٤٢٠، وفيه (الا شرطاً فيه معصية).

الوضع، والمخالفة من حيث الاشتراط من الثاني فيتأكد ظهور الاستثناء ممن شأنه ان يكون عند شرطه وهو الشارط الذي يجب عليه الوفاء بظهور العصيان في مخالفة التكليف اللزومي.

ويبعدُه أنّ القضية حينئذ خبرية محضة غير متكفلة لحكم تكليفي ولا وضعي، لأنّ مفادها حينئذ أنّ المؤمن يفي بشرطه إلّا المؤمن العاصي لله، وهو بعيد لعدم إرتباطه بالنبي والامامعليهما السلام المعدين لتشريع الاحكام وتبليغها إلىٰ الانام، وغير مناسب للاستدلال بها لايجاب الوفاء إلا بتكلّف، وغير موافق لسياق سائر الاخبار المتكفلة لاستثناء الشرط المخالف والشرط المحرم للحلال والمحلل للحرام.

هذا وفي الوجه الاول بل الثاني كفاية لاثبات وجوب الوفاء، وعن بعض الاعلامرحمهم الله المناقشة في إفادتها للوجوب،لأنّ تعليق الوفاء علىٰ الايمان دليل الفضل والندب، نظير قوله (المسلم اذا وعد وفىٰ)[1]، ولأنّ الحمل علىٰ الوجوب يستلزم التخصيص الكثير؛ لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لاحد شروطها الثمانية، ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الجائزة بالذات أو بالعرض، لكونها خيارية.

أقول: أمّا المناقشة الاولىٰ فإنْ أُريد استظهار الفضل من كثرة ورود هذا التركيب ومثل هذا التعليق في مورد الفضل؛ فيكون بمنزلة القرينة الصارفة لظهور الجملة الخبرية في الوجوب فعهدته علىٰ مدعيه.

وإنْ أُريد أنّ جعل الوفاء من مقتضيات الايمان دليل علىٰ الفضل، وأنّ الوفاء من صفات المؤمنين بعد لزوم اخراجها عن ظاهرها المقتضي لعدم كون التارك للوفاء مؤمناً؛ فيعلم منه أنّه مقتضىٰ كمال الايمان لا اصله.

فيندفع: بأنّ ترك الوفاء وإنْ لم يوجب الخروج من الايمان حقيقة إلّا أنّ الوفاء بلغ إلىٰ حد من الرجحان بحيث عد تاركه غير مؤمن، وهذا غير صحيح إلّا مع وجوبه، فإنّ من يُصَدّق بوجوب شيء ومع ذلك يتركه فكأنه غير مصدّق به، بخلاف ما اذا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠٩ من ابواب احكام العشرة، ح ٢، قريب منه وبمعناه.

كان مستحباً فإنّ التصديق باستحبابه المجامع مع جواز تركه يجامع الترك، فلا موجب لعده غير مؤمن ولا مصدق، وظاهر القضية أنّ المؤمن عند شرطه لا المؤمن الكامل في مراتب الايمان؛ حتىٰ يجامع الفضل، فإنّ كمال الايمان يقتضي رعاية المندوب كرعاية الواجب، فلو ترك المستحب فهو منافٍ لكمال الايمان، وصح نفيه عنه.

ومما يشهد لارادة أصل الايمان تعليق الوفاء علىٰ الاسلام في جملة من الاخبار، ولا يراد منه قطعاً الاسلام بالمعنىٰ الذي هو فوق مرتبة الايمان.

وأمّا المناقشة الثانية: فبالنسبة إلىٰ الشرط الفاسد لا موقع لها؛ اذ كما يجب الالتزام بخروجه بناء علىٰ وجوب الوفاء كذلك بناء علىٰ استحبابه، مضافاً إلىٰ أنّ الشرط الفاسد لعدم القدرة أو لاستلزام المحال أو اللغوية ونحوها، فالكل غير مشمول لادلة الشروط إمّا لعدم تحققه أو لانصرافه عنه.

وبالنسبة إلىٰ الشرط المذكور في العقد الجائز ذاتاً أو عرضاً تندفع بأنّ وجوب الوفاء حكم الشرط ما دام الموضوع، فلا ينافي قبوله للانحلال بنفسه أو بتبع انحلال العقد، وإنّما ينافيه اللزوم الوضعي، فتدبر جيداً.

هذا كله في وجوب الوفاء بالشرط بعنوانه، وأمّا بعنوان الوفاء بالعقد الخاص فقد عرفت مجمل القول فيه في شرط النتيجة[1]، هذا تمام الكلام في الوجوب التكليفي.

وأمّا الكلام في ثبوت الحق واستحقاق العمل فمختصر القول فيه: أنّ استفادة الحق تارة من نفس مقام الانشاء فيكون نفوذه موجباً لثبوت مضمونه المتضمن علىٰ الفرض لجعل الحق، وأُخرىٰ من آثار الشرط كترتب جواز الاجبار المنتهي إلىٰ الحاكم، وعدم وجوب الاداء إلّا عند المطالبة، وجواز الاسقاط، فإنّه لو لم يكن حق لم تكن سلطنة علىٰ الاجبار الذي أمره بيد ذي الحق دون الامر بالمعروف الواجب علىٰ كل احد، وعلىٰ أي حال كما أنّه يجب الاداء ولو لم تكن مطالبة من المشروط له، كما أنّه لا معنىٰ لاسقاط التكليف، وثالثة من ادلة الشروط عموماً وخصوصاً كما قد يدعي دلالتها علىٰ الاستحقاق.

---

(١) تعليقة ٨٠.

أمّا الاول فنقول: حقيقة شرط الفعل الالتزام بالعمل للآخر، فيكون كالاجارة حيث إنّها أيضاً التزام بالعمل للمستأجر، فكما أنّ كون العمل له يفيد الاختصاص الملكي كذلك الالتزام الشرطي بالعمل للمشروط له يفيد الاختصاص الحقي.

ولايقال: إنّ الاجارة تمليك المنفعة، وإنْ كان مورد اللالتزام، ولا تمليك ولا جعل الاستحقاق هنا، وإلّا كان من شرط النتيجة، بل مجرد الالتزام بالعمل له.

فانه يقال: إنّ مفهوم الاجارة ليس عين مفهوم تمليك العمل، بل جعل نفسه لعمل خاص بالاجرة، فالتمليك مستفاد من هذا الجعل، وليس لبّه إلّا الالتزام بالعمل له، فكما أنّ اللام في باب الاجارة تفيد الاختصاص الملكي فكذلك في باب الشرط.

ولايقاس اللام هنا باللام في النذر، نظراً إلىٰ أنّ اللام في قوله «لله عليّ أن أفعل كذا» لام الصلة لا لام الملك كذلك هنا، فإنّ الالتزام اذا كان بين طرفين فلا محالة من أحدهما للآخر، فحقيقة الشرط الالتزام لشخص بعمل لا الالتزام بعمل لشخص.

وجه فساد القياس أنّ الملك الاعتباري الذي يتسبب اليه بالاسباب الانشائية مفقود في حقه تعالىٰ، وإنْ كان تعالىٰ شأنه مالكاً بأتم انحاء المالكية إلّا أنّه نحو آخر من الملكية الحقيقية للملّاك والاملاك، فهذه قرينة علىٰ أنّ اللام في النذر للصلة لا للاختصاص الملكي، وليس مثل هذا الصارف في ما نحن فيه.

والانصاف: أنّ اللام وإنْ كان متعلقاً بالعمل لا يستلزم الاختصاص، فاذا قيل «التزمت لك بالخياطة لزيد» صح ومع ذلك لا يستحق زيد شيئاً، وإنّما المستحق علىٰ القول به هو المشروط له دون الاجنبي، ولذا لا شبهة في أنّ أمر هذا الشرط مطالبةً واسقاطاً بيد المشروط له لا بيد الثالث، فلا فرق بين الالتزام له بعمل والالتزام بعمل له.

نعم لايبعد أنْ يقال إنّ ظاهر الالتزامات في باب المعاملات والمعاوضات هو تمليك العمل بالتزامه وتسليط الغير علىٰ نفسه، خصوصاً اذا كان للملتزم به عوض، كما اذا التزم في ضمن المعاملة بخياطة ثوبه بدرهم، فإنّ العرف لا يكاد يرتابون في أنّ أحدهما يملك العمل، والآخر يملك الدرهم، لا أنّ هذا الالتزام محقق لوجوب

العمل ولوجوب اعطاء الدرهم فقط.

وأمّا الثاني: فهو نعم الطريق إلىٰ استفادة الحق، والظاهر ثبوت آثار الحق، وجواز الاجبار وإنْ كان محل الكلام إلّا أنّ جواز الاسقاط مما لم ينقل فيه خلاف، كما أنّ الظاهر عدم لزوم العمل مع عدم المطالبة كما عليه الطريقية العرفية.

وأمّا الثالث: فالعمدة قوله عليه السلام (المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم) وقد مرّ مفصلاً أنّ غاية دلالته علىٰ وجوب الوفاء تكليفاً لا علىٰ اللزوم وضعاً، ولا علىٰ الصحة بالمطابقة، ومن الواضح أنّ التكليف بما هو لا يلازم الاستحقاق، خصوصاً اذا كان بعنوان الوفاء المحبوب عقلاً وشرعاً، فدعوىٰ أنّ الوفاء لا نفسية له بل هو عنوان لفعل الخياطة ـ بما هي للغير ومما يستحقه ـ غير مسموعة، فتدبر.

٨٢ ـ قوله قدس سره: (خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعة ...الخ)[1].

لايخفىٰ عليك أنّ ما أفاده الشهيد قدس سره في اللمعة وإنْ كان لا يعم شرط الفعل والنتيجة، بل يختص بالاول كما استظهره المصنف قدس سره علىٰ خلاف ما استظهره شارحها رحمه الله حيث إنّ قوله قدس سره (فلا يجب علىٰ المشروط عليه فعله ...الخ)[2] إنّما يقال فيما كان له فعل وترك، لا النتيجة التي لها وقوع ولا وقوع، وليس عنوان كلامه وجوب الوفاء بالشرط حتىٰ يقال إنّ شرط النتيجة وإنْ لم يكن له فعل لكنه له وفاء بمعنىٰ ترتيب الآثار، فيعم شرطي الفعل والنتيجة وهو واضح، إلّا أنّ ما حكي عن دروسه في باب شرط تأجيل القرض ظاهر في العموم، حيث قال: (ولو شرط تأجيله في عقد لازم قال الفاضل يلزم تبعاً للّازم، ويشكل بأنّ الشرط في اللازم يجعله جائزاً فكيف ينعكس)[3] انتهىٰ.

وكيف كان فالحري تحقيق كلامه في الفرق بين شرط الفعل والنتيجة، فإنّ كون التعليق الذي هو أحد اطلاقات الشرط في قبال التقييد والالتزام موجباً لبطلان البيع، وكون لازمه عدم حصول البيع مع عدم حصول المعلق عليه، لا انقلاب اللازم جائزاً

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ السطر الاخير. (٢) الروضة البهية ٣: ٥٠٦.

(٣) الدروس ٣: ٣٢٤.

مما لا ينبغي أنْ ينسب الغفلة عنه إلىٰ الشهيد الوحيد في الفقاهة فنقول:

للعقد اطلاق من حيث فعلية الصحة والتأثير في الملكية مثلاً، واطلاق من حيث اللزوم بمناسبة المقام فإنّ بعض القيود لا يناسب اللزوم، ولا يناسب كونه قيداً لأحد العوضين، فلا محالة يكون قيداً للتأثير في الملكية كمجئ زيد مثلاً، فالقضية حينئذ تعليقية، كما اذا قال «بعت كذا إنْ جاء زيد» فهو تعليق محض لا تقييد ولا التزام، وبعض القيود قابل لأنْ يكون قيداً لاحد العوضين، وقابل لتعليق الملكية عليه، وقابل للالتزام به كخياطة الثوب، فيصح بيع الدار المنضم إلىٰ الخياطة والمقيد بها، كما يصح الالتزام بها في ضمن البيع، ومثلها اذا علق عليها البيع، كما اذا باع الدار من زيد إنْ خاط الثوب كان البيع تعليقياً، وبعض القيود لا يكون إلّا تقييداً للزوم العقد كشرط الخيار؛ فإنّه لا يعقل أنْ يكون معلقاً عليه للملكية، كيف؟ ولا خيار إلّا علىٰ فرض تأثير العقد، كما لا معنىٰ لأنْ يكون مثله تقييداً لاحد العوضين، فإنّ حق الخيار لا يملك بالبيع.

وعليه نقول إنّ شرط ما يوجب تخلّفه الخيار يناسب أنْ يكون قيداً للّزوم، فإنّه لا يمكن فعلية اللزوم علىٰ أي تقدير مع خياريته علىٰ تقدير، فمراد الشهيدﷺ من تعليق البيع علىٰ شرط الفعل هذا المعنىٰ من التعليق، وتقييد اطلاق العقد من حيث اقتضائه للّزوم، ولا يخفىٰ أنّ القيد وإنْ كان هو الالتزام بالخياطة وهو امر فعلي لا تقديري، إلّا أنّ العبرة بالملتزم به لا بالالتزام بما هو، فالالتزام طريقي، فكأنّ الاطلاق من حيث اللزوم مقيد بنفس الخياطة، وحيث إنّ الخياطة قابلة للفعل والترك فهي ممكنة، فالخيارية ممكنة، والمقيد بالممكن ممكن، فإنّ المقيد بأمر تقديري تقديري، فلا محالة يكون اللزوم مراعىٰ واقعاً بفعل الخياطة، وحيث إنّ هذه الفائدة متصورة في شرط الفعل وهو معنىٰ جعل العقد عرضة للزوال فلا موجب للالتزام بوجوب الفعل علىٰ المشروط عليه.

وأمّا شرط النتيجة فإنّه لا معنىٰ لصحته إلّا تأثيره في حصول النتيجة، فلا ملزم بجعل الغرض منه جعل العقد في عرضة الزوال، بل لايعقل أنْ يكون هذا غرضاً

ابتدائياً، بخلاف شرط الفعل فإنّه صوناً للغويته مع عدم وجوب الفعل يمكن جعل الغرض منه ما ذكر، وهو معنىٰ صحة الشرط، فصحة الشرط تارة بمعنىٰ تأثيره في شيء كشرط النتيجة، وأُخرىٰ صيرورته موضوعاً لوجوب الوفاء كما في شرط الفعل علىٰ القول بوجوب الوفاء كما هو المشهور، وثالثه بتأثيره في الاستحقاق زيادة علىٰ وجوب الوفاء كما هو مختار جماعة، ورابعة تأثيره في جعل العقد اللازم بطبعه في معرض الزوال كما هو مختار الشهيدﷺ.

ولا يؤول هذا القول إلىٰ جعل الخيار علىٰ تقدير التخلّف، بل حيث إنّ الشرط المستجمع للشروط الثمانية موضوع محكوم بالخيار علىٰ تقدير التخلف، فيكون الغرض منه ايجاد هذا الموضوع الكذائي وتقييد العقد به من دون حاجة إلىٰ فرض وجوب الفعل أو الاستحقاق، وحينئذ يندفع عنه جميع ما أورده المصنفﷺ، فإنّه مبني علىٰ استفادة تعليق اصل العقد علىٰ الفعل المشروط.

نعم يرد علىٰ انكاره لوجوب الوفاء والاقتصار علىٰ الفائدة المزبورة تصحيحاً للشرط ما قدمناه[1] من الوجوه الدالة علىٰ دلالة قولهﷺ (المؤمنون عند شروطهم) علىٰ الوجوب، فتدبر.

المسألة الثانية: هل يجبر عليه لو امتنع

٨٣ ـ قولهﷺ: (فالاقوىٰ ما اختاره جماعة ...الخ)[2].

علل جواز الاجبار ابتداء بوجوب الوفاء، ثم علل اقتضاء وجوب الوفاء لذلك بأنّ العمل بالشرط كتسليم العوضين، ثم علل التمثيل بأنّ المشروط له قد ملك الشرط علىٰ المشروط عليه، وفي الكل نظر:

أمّا اقتضاء وجوب الوفاء ـ بما هو وجوب الوفاء ـ للاجبار فلا وجه له، بل الاجبار مترتب علىٰ الاستحقاق سواء كان تكليف بالوفاء ام لا؛ لما مرَّ من ان وجوب اداء ما يستحقه الغير غير وجوب الوفاء بما هو وإنْ لم يكن استحقاق، كما أنّ الاستحقاق

---

(١) تعليقة ٨١.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٤.

يثبت ويجوز الاجبار لأجله وإنْ لم يكن عنوان الوفاء.

واما اقتضاء وجوب الوفاء لكون العمل بالشرط كتسليم العوضين فلا وجه له ايضاً؛ فإن العمل بالشرط وان كان وفاء بالشرط كما مر الا ان تسليم العوضين أجنبي عن الوفاء كما سيأتي الاشارة منه ﷺ اليه.

وأمّا اقتضاء كون العمل وفاء كتسليم العوضين لملك الشرط كملك العوضين فلا وجه له أيضاً، لأنّ كونه وفاء باعتبار أنّه ملتزم به، والقيام بمقتضاه ايجاده، وأين هذا من الملك والاستحقاق، وسيأتي ان شاء الله تعالىٰ منه ﷺ عدم ملك الشرط في بعض الافعال المنافي لهذه الكلية، فالصحيح أنّ مقتضىٰ التكليف المحض وجوب الاجبار لا جوازه من باب الامر بالمعروف، ومقتضىٰ الاستحقاق وإنْ لم يكن تكليف بالوفاء جواز الاجبار، لا من حيث إنّه يجب عليه اداء ما يستحقه الغير، بل من حيث إنّه امتناع عما يستحقه الغير، فالعمدة في السلطنة علىٰ الاجبار ثبوت الاستحقاق، فمن يقول به لابد له من القول بها، وإلّا فلا.

وقد مر ما يتعلق بأمر الاستحقاق ثبوتاً ونفياً، وقد عرفت أنّ الاقوىٰ ثبوته، نعم ربما أمكن القول بالفرق بين شرط عمل يقابل بالمال كالخياطة فيملك بالشرط، وشرط عمل لا يقابل بالمال كشرط العتق، فهو مجرد استحقاق، وجواز الاجبار ورفع أمره إلىٰ الحاكم ليجبره عليه أثر الامتناع عن اداء المال، دون مجرد الاستحقاق، ولذا ترىٰ في الكلمات المنقولة عن الاصحاب في الكتاب أنّ بعضهم مع اعترافه بأنّ العتق حق للبائع يقول ليس له الاجبار، ولكن بعض كلماتهم الأُخر مطلق، والاعتبار بالدليل والبرهان فنقول:

السلطنة علىٰ الاجبار من شؤون السلطنة الثابتة بقوله ﷺ (الناس مسلطون علىٰ اموالهم) سواء أُريد المال المضاف باضافة الملكية أو باضافة الحقية، أو أُريد الاول وثبت الثاني بالفحوىٰ، نظراً إلىٰ أنّ السلطنة علىٰ الاقوىٰ يستلزم السلطنة علىٰ الاضعف بالفحوىٰ، لكنه لما كان الموضوع هو المال فلا عموم ولا فحوىٰ إلّا في المورد المذكور، فالحق الغير المالي كحق العتق ونحوه خارج عن الموضوع؛ فلا دليل

علىٰ السلطنة علىٰ استيفائه ولو بالاجبار، والسلطنة علىٰ الاسقاط لم تثبت بعموم الناس، بل للقاعدة المسلمة أنّ لكل ذي حق اسقاط حقه.

نعم الانصاف: أنّ مناط جواز الاستيفاء ولو بالقهر في الحقوق المالية ثابت في الحقوق الغير المالية أيضاً بمقتضىٰ فرض الحقية المقتضية لكون زمام متعلقها بيده، فله استيفاؤه منه قهراً، فإنّه ليس لمن عليه الحق حق الامتناع عنه قطعاً، والله أعلم.

٨٤ ـ قوله ﷺ: (من توجيه عدم الاجبار بأنّ له طريقاً ...الخ)[١].

الفرض تارة عدم الاجبار فيما كان له الخيار، وإنّما له الاجبار فيما لم يكن له خيار، وأُخرىٰ أنّ للمشروط له طريقين بكل منهما يندفع ما يلحقه من ضرر فوات ما يستحقه من المشروط عليه الممتنع عن ادائه، وظاهر كلامه في جامع المقاصد هو الثاني، حيث قال: (لان للبائع طريقاً آخر وهو الفسخ)[٢] ومقتضاه عدم تعيّن الاجبار لا عدم جوازه، كما أنّ مقتضىٰ الاول عدم جوازه، وحيث إنّ السلطنة علىٰ الاجبار ـ كما عرفت ـ من شؤون السلطنة علىٰ استيفاء الحق ممن عليه الحق ـ لا من حيث لحوق الضرر المنفي بقاعدة الضرر ـ فلا وجه لكلا الوجهين، فتدبر.

المسألة الثالثة: مع التمكن من الاجبار هل يحق له الفسخ

٨٥ ـ قوله ﷺ: (ولا نعرف مستنداً للخيار مع التمكن من الاجبار ...الخ)[٣].

ينبغي تحقيق حال مدرك خيار التخلّف من الاشتراط حتىٰ يتضح انه في عرض الاجبار أو في طوله وعند تعذره فنقول:

المعروف في اثبات الخيار هو التمسك بقاعدة نفي الضرر، وقد مرّ مراراً أنّ المنفي عند المصنف ﷺ هو الحكم الضرري ابتداء، وعند شيخنا الاستاذ ﷺ هو الموضوع الضرري فينفى حكمه المناسب رفعه للامتنان.

فعلىٰ الاول يقال: إنّ لزوم العقد ضرري من ناحية امتناع المشروط عليه، فلو لم

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٥.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٤٢٢.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١١.

يتمكن من فسخ المعاملة ولا من اجبار المشروط عليه يستقر عليه الضرر، فلا ضرر حينئذ مع التمكن من الاجبار فلا خيار.

ويمكن أنْ يقال: إنّ المانع من تحقق الضرر فعلية الاجبار لا جواز الاجبار، بل مرجع الجواز إلىٰ التمكن من رفع ضرر اللزوم، والمنفي هو الحكم الضرري لا الحكم الضرري الذي لا يتمكن من رفعه، وبعبارة أُخرىٰ مرجع جواز الاجبار إلىٰ امكان تدارك ضرر اللزوم شرعاً، والمرفوع هو الضرر لا الضرر الغير المتدارك، فيكون الخيار في عرض جواز الاجبار.

ومما ذكرنا تعرف ما في تعليله ﷺ، حيث قال ﷺ (إنّ مقتضىٰ العقد المشروط هو العمل علىٰ طبق الشرط اختياراً أو قهراً ...الخ)[1] فإنّ غاية مقتضاه أنّه كما لا ضرر مع العمل بالشرط اختياراً كذلك مع العمل به قهراً إلّا أنّ الثابت مع الامتناع جواز الاجبار لا فعلية الاجبار المحقق للعمل، ولزوم العقد مع الامتناع ضرري سواء جاز رفعه بالترخيص في الاجبار ام لا، هذا علىٰ مسلكه ﷺ.

وأمّا علىٰ الثاني وهو مسلك شيخنا الاستاذ ﷺ فلا خيار اصلاً، لأنّ المحقق هنا من الموضوعات التي لها حكم العقد والشرط والامتناع، والعقد ليس بضرري كما في بيع العين حتىٰ يرتفع حكمه، والشرط موافق للغرض فلا ضرر من قبله، والامتناع ضرري لاقتضائه فوات العمل الذي يستحقه، وحكمه المناسب للرفع جوازه وحرمة الامتناع، وجواز الاجبار لا دخل له باللزوم والخيار، بل غاية مقتضاه رفع جواز الامتناع لا اثبات جواز الاجبار بقاعدة نفي الضرر.

ومن جميع ما ذكرنا تبيّن أنّه بناءً علىٰ الاستناد إلىٰ قاعدة الضرر إمّا لا خيار وإمّا هو في عرض جواز الاجبار، وأمّا اذا استندنا في الخيار إلىٰ الاجماع فلا شبهة أنّ المتيقن من مورده صورة تعذر الاجبار، وربما يستند في الخيار إلىٰ نظير ما ذكرنا سابقاً[2] في تقريب كلام الشهيد ﷺ بتقريب: أنّ اطلاق العقد من حيث اللزوم مقيد بالالتزام بالخياطة مثلاً، وحيث إنّ الالتزام طريقي ولا موضوعية له، نظراً إلىٰ أنّ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١١.

(٢) تعليقة ٨٢.

الفرض المعاملي مترتب على فعل الخياطة لا على مجرد الالتزام، فلا محالة يكون القيد المرتبط به اللزوم فعل الخياطة، فمع تركها لا لزوم، وعليه فيكون الخيار أيضاً في عرض جواز الاجبار لا في طوله.

ويندفع: بالفرق بين ما نحن فيه وما ذكرنا في تقريب كلام الشهيدﷺ، فإنّ الخيار في كلام الشهيدﷺ مفروغ عنه، وما هو شأن المشترط ايجاد موضوع محكوم بعد[1] اللزوم، فإنّ العقد المجرد عن شرط الخيار وعن شرط ما يوجب تخلفه الخيار محكوم باللزوم، فمع تقيده بأحد الامرين لا لزوم شرعاً، والكلام هنا في أصل اثبات الخيار، ومن الواضح كما ذكرنا في اوائل الخيارات[2] أنّ اللزوم والجواز حكمان شرعيان، لا من الامور التسبيبية بلا واسطة أو معها؛ حتى يكون امرها اطلاقاً وتقييداً بيد المتعاملين، فتدبر جيداً.

٨٦ ـ قولهﷺ: (إلّا أنْ يقال إنّ العمل بالشرط ...الخ)[3].

حاصله: اثبات نتيجة الخيار في عرض الاجبار، وتقريبه: ـ بعد وضوح أنّ الاجبار موضوعه فرض امتناع من عليه الحق، وبناء من له الحق على استيفائه منه ـ أنّ امتناع المشروط عليه ترك الوفاء وهو نقض للعقد، فللمشروط له أيضاً نقضه فيكون تقايلاً منهما.

والفرق بين الامتناع عن تسليم أحد العوضين حيث لا يحكمون بكونه نقضاً وفسخاً حتى يسوغ للآخر فسخ العقد وبين الامتناع عن العمل ـ الذي هو تسليم ما يستحقه الآخر ـ هو أنّ الوفاء كما مرّ سابقاً يختلف باختلاف المقامات، ففي مثل البيع الذي مقتضاه الملكية الحاصلة بمجرد العقد ليس الوفاء به إلّا القيام بمقتضاه وابقاء الملكية على حالها بعدم حل العقد ونقضه، وفي مثل الالتزام بالعمل ليس القيام بمقتضاه إلّا ايجاد العمل، فحيث إنّ تسليم العمل عين ايجاده، وهو عين ما يقتضيه الالتزام، فالوفاء به ايجاده وتسليمه، وحيث إنّ تسليم العين ليس عين ما

---

(١) هكذا في الاصل، ويحتمل انها (بعدم). (٢) ح ٤، تعليقة ٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١٢.

يقتضيه العقد، لأنّه لم يقتضِ عملاً، بل اقتضىٰ ملكية العين فليس عدم تسليمه نقضاً، حيث إنّه ليس تسليمه وفاء.

وهذا التقريب أولىٰ من جعل الفارق أنّ كلاً من المتبايعين ملك ما في يد الآخر، ولايخرج عن ملكه بعدم تسليم الآخر، بخلاف الشرط فإنّ المشروط حيث فرض فعلاً كالاعتاق فلا معنىٰ لتملكه كما عن المصنفﷺ، وجه الاولوية أنّه لا فرق بين الملك والاستحقاق، فكما لا يخرج الملك عن ملكية صاحبه بالامتناع كذلك لا يخرج الحق بامتناع من عليه الحق عن كونه مستحقاً للغير، مضافاً إلىٰ أنّه لا وجه لحصر العمل المشروط في مثل الاعتاق الذي لا يعد مالاً حتىٰ يملك، فإنّ الخياطة مال قابل لأنْ يملك، وهي مورد الشرط الذي يبحث عنه.

نعم يرد علىٰ اصل التقريب اولاً: أنّ المراد بالوفاء إمّا الوفاء الحقيقي أو الوفاء العملي، فإنْ أُريد الاول فكما أنّ العقد له ابقاء وحل فكذا الشرط مطلقاً، وإنْ أُريد الثاني فكما أنّ ترك العمل المشروط نقض عملي للشرط فكذا ترك تسليم العين نقض عملي للعقد، وبناؤهﷺ كما صرح به في أوائل الخيارات[1] علىٰ الثاني، وعليه فالشرط كالعقد علىٰ الوفاء الحقيقي، والعقد كالشرط علىٰ الوفاء العملي، فلا وجه للفرق.

وثانياً: أنّ ترك الوفاء ليس نقضاً، فإنّ النقض في قبال الابرام، والابرام يساوق اللزوم، والنقض يساوق الحل والفسخ، والوفاء وترك الوفاء في ظرف انحفاظ العقد، لا أنّ ترك الوفاء بالعقد حل له، وليس تجويز الفسخ تخصيصاً في دليل الوفاء، بل اعدام لموضوع الوفاء، فإنّ سنخ الوفاء بشيء غير قابل للتخصيص.

وثالثاً: أنّ التقابل لا يكون إلّا بالاتفاق علىٰ حل شيء، ونقض المشروط عليه لشرطه بالامتناع عن العمل لايقابل نقض المشروط له للعقد، فلا اتفاق منهما لا علىٰ نقض العقد ولا علىٰ نقض الشرط، نعم إنْ كان الشرط بمعنىٰ تقييد أحد العوضين لا الالتزام الضمني كان مورد النقض واحداً، لكنه لا بحث عنه، بل البحث في الالتزام الضمني الذي له وفاء ونقض بالخصوص، فتدبر جيداً.

---

(١) كتاب المكاسب ٢١٥ سطر ١٣.

المسألة الرابعة: اذا تعذر الشرط فهل للمشروط الخيار او الارش

٨٧ ـ قوله ﷺ: (لو تعذر الشرط فليس ...الخ)[1].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ تعذر متعلق الشرط من وصف أو نتيجة أو عمل تارة يكون ذاتياً اصلياً، وأُخرىٰ يكون عرضياً طارئاً، فالاول وإنْ كان الشرط مستجمعاً للشروط الثمانية لا يعقل أنْ يؤثر لاستحالة استحقاق الوصف المفقود في العين الشخصية، ولاستحالة حصول ملكية مالا يقبل الملكية، ولاستحالة استحقاق العمل الذي لا يمكن ايجاده، إلّا أنّه إنْ بنينا علىٰ عدم فساد العقد بفساد الشرط مطلقاً، أو بعدم فساده من ناحية تخلّف الشرط المستجمع لجميع الشروط فلا محالة يعقل ثبوت الخيار المرتب علىٰ العقد الصحيح، بخلاف ما اذا بنينا علىٰ فساد العقد بفساد الشرط مطلقاً، فإنّه لا مجال للخيار، حيث لا عقد حتىٰ يستحق حله وفسخه.

منها: أنّ التعذر إنْ كان ذاتياً فسواء لوحظت المعاملة أو لزومها يثبت الخيار لضررية المعاملة المتضمنة للشرط المتخلف، وضررية لزوم مثلها وإنْ كان عرضياً طارئاً، فحاله حال التخلف من الشرط والامتناع من ادائه من حيث اختلاف حال المعاملة حكماً وموضوعاً من حيث الضرر كما مرّ، إلّا أنّه لا اشكال علىٰ ما هو المعروف في الخيار من دون فرق بين التعذر الذاتي والعرضي، بل أغلب الكلمات ناظر إلىٰ طرو التعذر.

منها: أنّ الشرط إمّا بمعنىٰ التقييد وإمّا بمعنىٰ الالتزام الضمني، فإنْ كان بمعنىٰ التقييد فالمقابلة المقتضية للارش ولو بالمعنىٰ الاعم تارة تلاحظ بين ذات القيد وأحد العوضين، وأُخرىٰ بين المقيد ـ بما هو مقيد ـ وأحد العوضين، أمّا اذا لوحظ القيد ففيه:

أولاً: أنّ القيد ربّما لا يكون مالاً حتىٰ يقابل بالمال.

وثانياً: أنّ مقتضىٰ القيدية خروجه عن الطرفية للعوض وإلّا لزم الخلف من فرض

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١٧.

القيد جزء.

وأمّا اذا لوحظ المقيد بما هو مقيد فحيث إنَّ المقيد ينحل إلىٰ ذات المقيد وتقيده فالمقابلة ولو تحليلاً وإنْ كانت متحققة بين أحد العوضين والتقيّد، إلّا أنّ التقيّد أمر انتزاعي لا مالية له؛ حتىٰ يقع بازاء المال ويقتضي عود بعض العوض بعينه أو بماليته، وإنْ كان بمعنىٰ الالتزام الضمني فإنْ لوحظ قيديته للبيع ـ كما هو الصحيح ـ فهو في رتبة البيع لا في رتبة المبيع؛ فيستحيل ما كان في رتبة البيع المتأخر عن رتبة المبيع أنْ يقع مقابلاً للمبيع أو للثمن، وإنْ لوحظ قيديته للمبيع ـ كما هو خلاف التحقيق ـ فالامر فيه كما مرّ بناء علىٰ التقييد من لزوم الخلف تارة، وعدم المالية أُخرىٰ.

منها: أنّ مجموع ما يتوهم للزوم الارش بالمعنىٰ الاعم أُمور:

أحدها: ادراج المورد تحت عنوان العيب، لأنّ المبيع مثلاً لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أو عمل، وتعذره يوجب نقصاً في المبيع.

ويندفع: بأنّ العيب المقتضي للارش ليس كل نقص، بل نقص وصف الصحة.

ثانيها: أنّ الشرط وإنْ لم يكن مقابلاً لاحد العوضين في عالم الانشاء، لكنه مقابل لمقدار من العوض في عالم اللب، ولا منافاة بين القيدية في مرحلة، والجزئية في مرحلة أُخرىٰ، إنّما التنافي بينهما في مرحلة واحدة.

ويندفع: بما مرّ مراراً أنّه لا حقيقة للمعاملة والمقابلة إلّا في مرحلة التسبب المعاملي إلىٰ ملكية شيء بعوض، والسابق علىٰ هذه المرحلة لا شأن له إلّا شأن المبادئ المؤدية إلىٰ ايقاع المعاملة، ويستحيل أنْ تؤدي تلك المبادئ إلىٰ ما ينافيها جزئية وقيدية، فتدبر.

ثالثها: أنّ الواقع بازاء بعض العوض ليس هو متعلق الشرط ليلزم الخلف، بل بازاء نفس الشرط بمعنىٰ أنّه إنّما بذل عشرة دراهم بازاء الكتاب مع أنّه لا يوازيه بحسب المالية الا خمسة دراهم؛ لمكان الالتزام بالخياطة، ففي الحقيقة يكون بذل الخمسة الزائدة علىٰ مالية الكتاب في قبال الالتزام، وعليه فبذل الزائد في قبال الشرط كالهبة

بازاء الهبة، فكما أنّ الموهوب لا عوض له وإنّما العوض لنفس الهبة، كذلك الخياطة لا عوض لها، والعشرة دراهم لا مقابل لها إلّا نفس الكتاب، إلّا أنّ بذل الخمسة بازاء نفس الالتزام بالخياطة.

ويندفع: بأنّه بعد فرض تمامية مقدماته يستحيل في شخص هذه المعاملة، لأنّ الملحوظ بالاستقلال في مقام تعويض شيء بشيء نفس العوضين، وأمّا التعويض فلا يعقل أنْ يكون معوضاً بعوض في هذه المعاوضة، بل في معاوضة أُخرىٰ يكون هذا التعويض فيها طرفاً ملحوظاً استقلالاً، فتدبره جيداً.

منها: أنّ الملتزم به إنْ كان مالاً فمقتضىٰ الاشتراط استحقاق المال الخاص، فإنْ كان ذلك المال كلياً كالخياطة فتعذر الخصوصية لا يمنع عن المطالبة باصل المالية، وليس ذلك من جهة مقابلته مع الثمن؛ حتىٰ يقال إنّه قيد لا جزء، بل من جهة تملك الكلي في ذمته بالشرط كتملكه بالاجارة.

وإنْ كان شخصياً كمال العبد المشترط فتعذره لا يوجب جواز المطالبة ببدله وبماليته، إلّا اذا فرض مضمن له، وتعذره قبل اقباضه لا يوجب انفساخ العقد في بعض مقتضاه، حيث لا مقابلة في المعاملة، ومن حيث إنّه تلف الوصف، نظراً إلىٰ أنّ المبيع هو العبد المصاحب للمال أيضاً لا يوجب الانفساخ، لما مرّ سابقاً أنّ ظاهر قوله عليه السلام (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه)[1] تلفه بذاته كلاً أو بعضاً لا تلفه بوصفه، فإنّه من باب الوصف بحال متعلقه.

ومما بينا يتضح عدم مجال لما استدركه بقوله قدس سره (وإنْ كان مقتضىٰ المعاوضة ...الخ) إلّا علىٰ الثاني لا مطلقاً، ومورد كلمات العلّامة هو الشق الاول كما هو واضح.

المسألة الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خرجت العين عن الملك

٨٨ ـ قوله قدس سره: (لو تعذر الشرط وقد خرج العين ...الخ)[2].

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٣، باب ٩ ح ١٥٤٣٠، غوالي اللآلي ٣: ٢١٢، رواية ٦٩.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٣٠.

توضيح المقام برسم اُمور:

منها: أنّ خروج العين عن سلطنة المشروط عليه تارة يكون مساوقاً لتعذر الشرط، كما اذا مات العبد المشروط عتقه، واُخرىٰ لا يكون كذلك؛ كما اذا اشترط خياطة ثوبه وتلف المبيع مع تعذر الخياطة عليه، فالتعذر في الاول مانع عن ثبوت الخيار علىٰ القول بأنّ التلف مانع عن الخيار، فلا يعقل أنْ يكون مثل هذا التعذر مقتضياً للخيار، وفي الثاني يكون مقتضياً للخيار وتلف العين أو التصرف فيها رافع للخيار الثابت بثبوت علته، وكلا الامرين مورد للبحث لوحدة الملاك نفياً واثباتاً.

منها: أنّ الكلام تارة في ثبوت المقتضي في مقام الاثبات للخيار مع التلف، واُخرىٰ في عدم المانع عقلاً عنه.

أمّا الاول فنقول: الخيارات بحسب ادلتها متفاوتة ففي مثل خيار العيب لا مقتضي للخيار مع التلف، بل يتعين الارش بمقتضىٰ النص الوارد فيه، وفي مثل شرط الخيار برد مثل الثمن دل الدليل علىٰ الخيار مع تلف عين الثمن كما هو المتعارف في البيع بشرط الخيار، وفي مثل خيار المجلس يقتضي اطلاق دليله ثبوت الخيار حتىٰ مع تلف احد العوضين في المجلس، وفي مثل خيار الحيوان فتلف المبيع يوجب انفساخ العقد واستقرار خسارته علىٰ البائع، وتلف الثمن يقتضي بقاء خيار الحيوان علىٰ حاله بمقتضىٰ نصوص ذلك الباب، وأمّا الخيارات الثابتة بقاعدة نفي الضرر كخيار الغبن وخيار تخلّف الشرط فثبوتها مع التلف مما لا ريب فيه، لأنّ ضررية لزوم العقد لا يتفاوت حالها بتلف العين وعدمه.

وأمّا الثاني فمبنىٰ المانع عقلاً وجوداً وعدماً ـ كما هو المعروف وقد مرّ مراراً ـ هو أنّ الخيار هل هو حق متعلق بالعين كحق الرد والاسترداد، فلا خيار مع التلف اذ لا مردود فلا رد، او هو حق متعلق بالعقد بنفسه لا بأثره، والعقد بعد وجوده باقٍ إلىٰ أنْ ينحل بسبب شرعاً أو عرفاً، وقد فصلنا القول في ذلك في باب شرط الخيار برد مثل الثمن، وبينّا أنّ الصحيح تعلقه بالعقد، وأنّه لا مانع من انحلال العقد ورجوع العين

إلىٰ صاحبها بماليتها، فراجع[١].

منها: أنّ التصرف هل هو كالتلف في اقتضاء الرجوع إلىٰ البدل وهو رجوع العين بماليتها، أو لابد من رجوعها بعينها لامكانه؟ وهل مقتضاه انحلال العقد الثاني من حين الفسخ أو انحلاله من اصله؟ فنقول:

وجه الرجوع إلىٰ البدل: صحة العقد الثاني علىٰ الفرض، وعدم الموجب لانحلاله بانحلال العقد الاول، كما سيتضح من بطلان ما يذكر وجهاً لانحلال العقد الثاني.

ووجه انحلال العقد الثاني كلية توهم اقتضاء الفسخ رجوع العين بنفسها مع امكانه، والمفروض امكانه لعدم التلف المانع عقلاً من رجوعها بعينها.

ويندفع: بأنّه مبني علىٰ حصر الامكان في الامكان الذاتي، وعدم رعاية الامكان القياسي، وعلىٰ قصر المانع علىٰ المانع العقلي، وعدم الاعتناء بالمانع الشرعي، وإلّا فالرجوع الحقيقي للعين وإنْ كان ممكناً ذاتاً لكنه بالقياس إلىٰ القواعد الشرعية المقتضية لصحة العقد، بل للزومه أحياناً، وعدم السلطنة للبائع علىٰ فسخ عقد المشتري غير ممكن، ومنه تعرف أنّ صحة العقد مانعة شرعاً عن رجوع العين بعينها، والمانع الشرعي كالمانع العقلي.

ووجه الانحلال من الحين: ـ علىٰ القول بالانحلال كلية ـ أنّ الانحلال معلول لاعمال الخيار، ومقتضىٰ العلية والمعلولية تحقق المعلول حين تحقق علته لا متقدماً عليه.

ووجه الانحلال من الاصل توهم: لزوم توقيت الملكية بالاضافة إلىٰ المشتري الثاني، مع أنّ الملكية الحاصلة ملكية مرسلة لا مؤقتة، بخلاف ما اذا قيل بأنّ الانحلال من الاصل؛ فأنّ الحاصل للمشتري الثاني بالبيع ملكية مرسلة، والعائد بالفسخ إلىٰ المشتري الاول ـ حتىٰ يتلقىٰ البائع منه ـ أيضاً ملكية مرسلة لا مؤقتة.

ويندفع: بالنقض بكل فسخ، بل بكل تصرف يرد علىٰ المال، فإنّه لا ريب في أنّ الملكية الحاصلة بالتصرف هي الملكية من حين التصرف، فيلزمه توقيت الملكية

---

(١) ح ٤: ٢٠٣، تعليقة ١٢٠.

التي كانت للمتصرف.

وحله: أنّ زمان وجود الملك وإنْ كان محدوداً إلّا أنّه في كل آن من الآنات له الملكية المرسلة اللامؤقتة، فهي الحاصلة بالبيع في آن وجود سببها، وهي العائدة إلىٰ الفاسخ في آن وجود الفسخ، فتدبر جيداً.

منها: أنّ التصرف من المشتري المشروط عليه تارة لا يكون منافياً للشرط وقد عرفت حكمه، وأُخرىٰ يكون منافياً للشرط كما اذا باع العبد المشروط عتقه، والكلام فيه يقع في مقامين:

أحدهما: في صحة التصرف المنافي وعدمها، ووجه الصحة مطلقاً كونه تصرفاً من المالك من دون مانع، لأنّ المانع إمّا هو المنع تكليفاً، وإمّا المنع وضعاً، وكلاهما منتفٍ أو غير مجدٍ.

أمّا كونه ممنوعاً عنه تكليفاً فمبني علىٰ مقدمية عدم الضد لوجود الضد، لمضادة التصرف مع العتق المشترط الواجب ايجاده، وقد حقق في الاصول[1] أنّه لا مقدمية لعدم الضد للضد، فلا يحرم التصرف، وعلىٰ فرض حرمته فقد حقق أيضاً في محله[2] أنّ الحرمة المولوية المتعلقة بالمعاملة لا يقتضي فسادها، بل يستحيل اقتضاؤها للفساد، لاشتراط الحرمة بالقدرة علىٰ متعلقها فعلاً وتركاً، فيكون تحريمها مساوقاً لنفوذها، وإلّا لم يكن مقدوراً عليها فكيف تحرم؟!

ودعوىٰ: أنّ شرط نفوذ التصرف ملك التصرف زيادة علىٰ ملك الرقبة، والحرمة سالبة لملك التصرف.

مدفوعة: بما مرّ مراراً أنّ السلطنة المسلوبة بالتحريم هي السلطنة التكليفية المساوقة للرخصة التكليفية، وأمّا السلطنة الوضعية فهي تابعة لاستجماع العقد للشرائط المعتبرة في العقد وفي المتعاقدين وفي العوضين، وثبوتها جميعاً مفروض في المقام، لأنّ المتوهم هنا هو الخلل في شرائط المتعاقدين، مع أنّ جميع اسباب الحجر الموجب لسلب ملك التصرف وضعاً منتفية؛ لمكان البلوغ والعقل والرشد

---

(١) نهاية الدراية ٢: ١٨٠ ـ موسسة آل البيت. (٢) نهاية الدراية ٢: ٤٠٧ ـ مؤسسة آل البيت.

وعدم الرقية وعدم الفلس، فلا وجه لسلب القدرة وضعاً علىٰ ايجاد المعاملة.

وأمّا كونه ممنوعاً عنه وضعاً فمبني علىٰ تعلق حق الغير بمورد التصرف؛ حتىٰ يخرج الملك عن كونه طلقاً،مع أنّ متعلق الحق هو العتق دون العبد، فإنّ البائع بشرطه يستحق العتق من المشتري، لا أنّه يستحق العبد فلا يخرج ملك العبد عن كونه طلقاً.

وأمّا منافاة استحقاق العتق للبائع مع نفوذ التصرف من المشتري، ومع وقوع أحد المتنافيين يستحيل وقوع الآخر، وإلّا لزم اجتماع المتنافيين في الوجود.

فمندفعة: بأنّه لا تقابل بين الاستحقاق ونفوذ التصرف بالذات، بل لو كان بينهما تنافٍ لكان بالعرض، أمّا عدم التقابل بالذات فلأنّ الاستحقاق مقابل لعدمه بالذات، والنفوذ مقابل لعدمه بالذات، وليس احد الامرين عدمياً، ولا ملازماً لعدم الآخر، إلّا اذا كان بين وجودهما تقابل بالتضاد، ولا تقابل بالتضاد إلّا مع وحدة الموضوع، وموضوع النفوذ هو التصرف، وموضوع الاستحقاق هو العتق، نعم نفس التصرف والعتق متضادان لوحدة موضوعهما وهو العبد، والمفروض عدم حق في العبد.

وأمّا عدم التقابل بين الاستحقاق والنفوذ بالعرض فلأنّ تقابلهما عرضاً ليس إلّا بلحاظ تقابل آثارهما ذاتاً، ولا تقابل بين آثارهما أيضاً فإنّ اثر استحقاق العتق جواز الاجبار عليه تكليفاً وجواز اسقاطه تكليفاً ووضعاً، والنفوذ كما مرّ يجتمع مع الحرمة، وهي موافقة لجواز الاجبار تكليفاً لا متقابلة، كما أنّ جواز الاسقاط مرتب علىٰ بقاء الحق، لا أنّه متكفل لانحفاظ الحق؛ فلا ينافي نفوذ المعاملة التي معها لا يبقىٰ[1] مجال لاعمال الحق ولا لاسقاطه.

وأمّا وجه البطلان الا مع الاجازة فهو توهم تعلق الحق بنفس العين، ولا سلطان لاحد علىٰ ما للغير ملكاً كان أو حقاً، فلا ينفذ إلّا باذنه أو اجازته.

لكنه كما مرّ مراراً إنّما لاينفذ اذا كان علىٰ تقدير نفوذه موجباً للتصرف في حق الغير استيفاءً أو اعداماً؛ دون ما اذا لم يكن كذلك كحق الشفعة الباقي علىٰ حاله ولو

---

(١) لو قدم (لايبقىٰ) علىٰ لفظة (معها) لكانت العبارة اوضح.

مع توارد التصرفات عليه، وكحق الجناية المتعلق برقبة العبد فإنّه باقٍ علىٰ حاله ولو مع ورود البيع عليه، إلّا أنّه قد عرفت أنّه لا حق في العين، وإلّا فمع ثبوته في العين فحاله حال حق الرهانة المانع عن نفوذ تصرف الراهن لزوال المحبوسية علىٰ الدين بانتقاله من الراهن، فكذا ما نحن فيه، فتدبر.

وأمّا وجه البطلان مطلقاً بحيث لا تجدي الاجازة، فهو أنّ الاجازة لتحقيق انتساب العقد إلىٰ المجيز ولاظهار الرضا المعتبر في باب النقل والانتقال وحلية الاموال، والعبد الذي ورد عليه التصرف ليس ملكاً للبائع ولا له حق التصرف ليعتبر اجازته من احدىٰ الجهتين، وإنّما له اسقاطه، فلا شأن لرضاه إلّا الرضا بسقوط الحق، وهو إنّما يجدي فيما اذا صدر اسقاط قولي أو فعلي حتىٰ تكون اجازته له بمنزلة اسقاطه عن رضاه مباشرة، وقصد الاسقاط بالتصرف الصادر من المشتري غير مفروض؛ ليدخل تحت عنوان الاسقاط الفعلي حتىٰ تجديه الاجازة، فتدبر جيداً، وقد سبق بعض الكلام مما يناسب المقام في البحث عن بيع العين المرهونة، فراجع[1].

وأمّا ما أفادهﷺ من ابتناء الصحة مع الاجازة وعدمها مع عدمها علىٰ القول بجواز الاجبار وعدمه فلا يخلو عن المحذور علىٰ أي تقدير، فإنّه إنْ أُريد جواز الاجبار بملاحظة وجوب الوفاء بالشرط فقد عرفت أنّه لا يلازم حرمة التصرف اولاً، ولا تلازم حرمته فساده ثانياً.

وإنْ اريد جواز الاجبار بملاحظة الحق الناشئ من الشرط فقد عرفت أنّ المستحق هو العتق، ولا حق في العين، وما لم يكن حق في العين لا مانع من صحة التصرف لتمامية مقتضي الصحة ثبوتاً واثباتاً.

ثانيهما: بعد صحة التصرف مطلقاً المحقق للتعذّر الموجب للخيار يقع الكلام في أنَّ انحلال العقد الاول باعمال الخيار يوجب الانتقال إلىٰ البدل، أو يوجب انحلال التصرف المرتب علىٰ العقد الاول من الاصل، أو من الحين، أو يوجب الانحلال في

---

(١) ح ٣: ٢٦٦، تعليقة ١٨٣.

ما عدا العتق، وقد مرّ الوجه في كل من الوجوه، وحينئذ فالمراد من بطلان العقود في كلام العلّامة انحلالها بفسخ العقد المرتبة عليه تلك العقود، وإلّا فلا تعذر مع بطلانها حقيقة، كما لا موجب للتغليب مع بطلان العتق.

نعم يبقىٰ الكلام فيما ذكره العلّامة ﷺ في وجه الانحلال بقوله ﷺ (لوقوعها في غير ملك تام ...الخ)[1] فإنّه إنْ أُريد بتمامية الملك كونه طلقاً في قبال الناقص المتعلق لحق الغير فلازمه بطلان التصرف حقيقة كما في سائر الموارد التي يبطل التصرف مع كون الملك غير طلق، وهو منافٍ لتحقق الخيار المبني علىٰ التعذر، وإلّا فمع بطلان التصرف لا تعذر حتىٰ يجيء عنوان التخيير بين الفسخ والامضاء، ولا تغليب أيضاً، فإنّه لو كان لكان مع تحقق العتق بالحمل الشائع خصوصاً مع تصريحه في التذكرة بقوله (لأنّ العتق مبني علىٰ التغليب والسراية فلا سبيل إلىٰ فسخه مع القول بصحته)[2].

وإنْ أُريد بتمامية الملك استقراره في قبال تزلزله فمن البيّن أنّ مورد التصرف لم يكن خيارياً ليكون الملك متزلزلاً، كيف؟ وبالتصرف حصل الخيار في العقد الاول؛ لحصول التعذر به، فلم يقع التصرف في غير ملك تام، بل حصل عدم التمامية المراد به التزلزل بنفس هذا التصرف الموجب لتعذر الوفاء بالشرط، والانسب بمرحلة الانحلال ارادة المعنىٰ الثاني، وحيث إنّ التزلزل في الملك يجب أنْ يكون مفروضاً في صورة ترقب الانحلال فلا يجب ورود التصرف علىٰ الملك المتزلزل، بل يصح مع مقارنته له أيضاً، وهنا كذلك، لأنّ التصرف كما أنّه محقق للملك كذلك للتعذر الموجب للخيار، وحيث إنّه فرض ترتب التصرف علىٰ العقد الخياري بنفس هذا التصرف فلا محالة ينحل بانحلاله، ففي العبارة مسامحة والغرض معلوم، إلّا أنّك قد عرفت أنّ خيارية العقد الاول هي الموجبة لانحلاله باعمال الخيار، وهو بوجه لا يوجب خيارية العقد الثاني ولا انحلاله بانحلال العقد الاول.

ثم إنّه ذكر العلّامة ﷺ في التذكرة بعد العبارة المتقدمة ما نصه (ويخالف هنا العتق

---

(١) التذكرة ١: ٤٩٣ سطر ١.

(٢) التذكرة ١: ٤٩٣ سطر ٢.

بشرط)[١] علىٰ ما ضبطه جامع المقاصد فقالﷺ (وأمّا باقي العبارة فليس لها معنىٰ ظاهر، وحقها ويخالف هنا العتق بشرطه ...الخ)[٢]، وهو أيضاً ليس له معنىٰ ظاهر، والظاهر كما فهمه المصنفﷺ ارادة العتق بشرط الخدمة، فإنّ العلّامةﷺ في التذكرة ذكر قبل هذا الفرع أنّه لو كان شرط العتق مجاناً فاعتقه بشرط الخدمة فهو مخالف لما اشترط عليه، وحينئذ ينبغي الحكم بانحلاله بتبع انحلال البيع، لكنه حكم بعدمه لمكان التغليب في العتق، فغرضهﷺ مما ذكره هنا أنّ ما عدا العتق من التصرفات المذكورة من البيع والوقف والمكاتبة مخالف للعتق، لمكان بناء العتق علىٰ التغليب فيختص بعدم الانحلال.

المسألة السادسة: هل للمشروط له إسقاط شرطه

٨٩ ـ قولهﷺ: (للمشروط له اسقاط شرطه ...الخ)[٣].

الشرط تارة يكون شرط النتيجة، وأُخرىٰ شرط الفعل، وشرط النتيجة تارة يكون شرط ملكية مال شخصي، وأُخرىٰ يكون شرط ملكية مال كلي، وشرط الفعل تارة يكون شرط عمل يقابل بالمال كالخياطة، وأُخرىٰ شرط عمل لا مالية له كالعتق، فإنْ كان شرط ملكية مال شخصي فهو كما لا يقبل الاسقاط ـ لأنّ مورده الحقوق دون الاملاك ـ كذلك لا يقبل الابراء؛ لأنّ مورده المال الذمي لا الخارجي، وإنْ كان شرط ملكية مال كلي فهو لا يقبل الاسقاط؛ لما مرّ لكنه يقبل الابراء لتحقق موضوعه، وإنْ كان شرط عمل مالي فهو قابل للابراء دون الاسقاط؛ لأنّ المال الكلي مملوك في ذمة المشروط عليه كما في ذمة الاجير، وإنْ كان شرط عمل غير مالي فهو قابل للاسقاط، لأنّه مستحق له، فقد تبين أنّ مورد الاسقاط هو هذا الأخير دون غيره، فتدبر جيداً.

٩٠ ـ قولهﷺ: (فإنْ أُريد مجرد وجوبه عليه ...الخ)[٤].

ثبوت الحق له تعالىٰ شأنه بحيث يترتب عليه آثاره إمّا لاجل وجوب العتق علىٰ

---

(١) التذكرة ١: ٤٩٣ سطر ٢.
(٢) جامع المقاصد ٤: ٤٢٦.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٦ سطر ٧.
(٤) كتاب المكاسب ٢٨٦ سطر ١٦.

المشتري، وإمّا لأجل كون العتق تعبدياً قربياً وهو العمل لله.

وتقريب الاول: أنّ الفعل اذا كان مباحاً كان زمامه بيد المكلف، بخلاف ما اذا كان واجباً فإنّ زمامه بيد الشارع والمكلف لابد منه، وليست الملكية إلّا كون زمام شيء بيد الشخص.

وتقريب الثاني: أنّ فرض التعبدية فرض تعين العمل لله، وتعين العمل لاحد فرض احتوائه له وكونه مستحقاً له دون غيره.

ويندفع الاول: بأنّ الاباحة مساوقة للسلطنة التكليفية، وهذه تزول بضدها ايجاباً كان أو تحريماً، وكون زمام العمل بيد الشارع تشريعاً مسلم، إلّا أنّ هذا المعنىٰ ثابت للشارع قبلاً وبعداً من دون اختصاص بحكم دون حكم فلا ربط له بالملك الاعتباري والحق الاعتباري اللذين هما موضوع الاثار، وكون زمام العمل بيده تعالىٰ تكويناً مع أنّه خارجاً بيد المكلف معنىٰ جارٍ وسارٍ في جميع الممكنات ملّاكها واملاكها، وهو معنىٰ احاطته الوجودية؛ دون الاحاطة والاحتواء الاعتباري الموضوع للآثار.

ويندفع الثاني: بأنّ كون العمل لله في باب الاعمال القربية ليس كونه له تعالىٰ بما هو مفاد لام الاختصاص ملكاً أو حقاً، بل لام الصلة ولام الغاية، فلا ربط له بالملك والحق، وتعينه لله ليس معناه إلّا أنّ الغرض لا يترتب عليه إلّا اذا وقع علىٰ جهة القربة، لاكتعين عمل الاجير للمستأجر.

ومما ذكرنا تبين أنّ كون العمل له تعالىٰ دون غيره إنْ اقتضىٰ الاختصاص الخاص فلا فرق بين كونه واجباً أو مستحباً، وإنْ لم يقتضِ الاختصاص الخاص فلا فرق فيه أيضاً بين تعلق الوجوب به وعدمه، ومسألة عدم الزام الحاكم به أجنبية عن كونه حقاً، وإنّما يقتضي عدم كونه حقاً وجوبياً.

نعم بناءً علىٰ أنّ ايجاب العمل أو ايجاب العمل لله يقتضي حقاً له تعالىٰ، فإنْ كان هذا الايجاب ابتدائياً فهو غير قابل للاسقاط لا بالاصالة ولا بالتبع، بخلاف ما اذا كان موضوع الايجاب ما إلتزم لزيد فإنّ حقه تعالىٰ متعلق بما يستحقه، فلا محالة اذا اسقط المشروط له حقه لا يبقىٰ موضوع لحقه تعالىٰ، فيسقط بانعدام موضوعه، واليه

يؤول ما أفاده ﷺ (ولا وجوب هنا من غير جهة ...الخ).

المسألة السابعة: هل يقسط الثمن على الشرط؟

٩١ ـ قوله ﷺ: (السابعة قد عرفت ان الشرط من حيث ...الخ)[1].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ النزاع هنا يتصور علىٰ وجوه:

أحدها: ما قيل إنّ النزاع لفظي، فإنّ من قال بالتقسيط 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، وهو بعيد جداً عن كلمات الاصحاب، بل النفي والاثبات واردان علىٰ أمر واحد وفرض فارد.

ثانيها: ما عن شيخنا الاستاذ ﷺ[2] من أنّ النزاع صغروي، وهو أنّ المبيع هل هي الارض الشخصية مثلاً حتىٰ يكون شرط كونها عشرة أذرع مثلاً التزاماً بوصف فيه؛ فلا يوجب تخلفه إلّا الخيار، أو هي الارض المتكممة بكم خاص بنحو الكلي في المعين؛ حتىٰ يكون النقص من باب فوات جزء من المتكمم الكلي في هذه الارض الشخصية، وهو أيضاً بعيد كما اعترف به ﷺ، اذ الظاهر اعتراف الطرفين بشخصية المبيع.

ثالثها: ما ذكره المصنف ﷺ من كون النزاع كبروياً بمعنىٰ أنّ قوله «علىٰ أنّه عشر أذرع» مثلاً شرط حقيقة بحسب جعل المتعاملين، إلّا أنّ مثل هذا الشرط له خصوصية بلحاظها حكم عليه شرعاً بترتيب أثر الجزئية، أو لا خصوصية له فحاله حال سائر الشروط ليس له حكم الجزء شرعاً، وهذا بظاهره غير صحيح، لأنّ حكم الشارع يختلف مع حكم العرف، وما عليه المتعاملان بعد انحفاظ الموضوع وإمّا اسقاط الموضوع والغائه وايجاد موضوع آخر فهو ليس من باب الاختلاف في الحكم، فاذا فرض عدم المقابلة بين الشرط والعوض فالحكم بالتقسيط مرجعه إلىٰ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٦ سطر ١٨.

(٢) حاشية الآخوند ٢٤٨.

الغاء معاوضة المتعاملين، واثبات معاوضة قهرية؛ فلا يقاس بحكم الشارع بالارش فإنّه تقويم من الشارع لا تعويض وتبديل علىٰ خلاف ما قصده المتعاملان.

رابعها: ما يؤول اليه كلام المصنف العلامةﷺ وهي أنّ المبيع هي الارض الشخصية، إلّا أنّ القائل بالتقسيط يدعي أنّ بناء المتعاملين علىٰ لحاظ المقابلة هنا وإنْ اتىٰ بعنوان الشرط، والقائل بعدمه يدعي أنّ حال هذا الشرط حال غيره عند المتعاملين نوعاً، وهذا التحرير وجيه سيظهر وجهه ان شاء الله تعالىٰ.

منها: أنّ الاوصاف الملتزم بها مختلفة، فمنها مالا يوجب وجوده وعدمه سعة في الموصوف ولا ضيقاً فيه كسواد العبد وسمرته وكتابته وخياطته وجودة الحنطة وردائتها ونحوها، ومنها ما يوجب وجوده وعدمه سعةً وضيقاً وزيادةً ونقصاً في الموصوف كمقولة الكم المتصل والكم المنفصل، فإنّ فوات الكم المتصل يوجب فوات جزء جوهري من المتكمم، وفوات الكم المنفصل يلازم فوات موجود جوهري من المتكمم.

منها: أنّ فوات الوصف المستلزم لفوات جزء جوهري من الموصوف إنّما يوجب التقسيط اذا كان الجزء قابلاً للتقسيط لا مطلقاً، فالعبد المشترط فيه أنْ يكون طوله خمسة اشبار مثلاً فتبين أنّه اربعة اشبار وإنْ فات منه جزء جوهري بفوات شبر منه إلّا أنّ القيمة لا تتقسط علىٰ رأسه وبدنه ويده ورجله، بل علىٰ هيكله بنحو الوحدة، فلا تخلف إلّا للوصف بالنسبة إلىٰ ما يبذل بازائه الثمن.

منها: انا لا ندعي أنّ اشتراط كل وصف يلازم موجوداً جوهرياً يفوت بفواته يوجب التقسيط؛ حتىٰ ينتقض بحمل الدابة ومال العبد فإنّهما موجودان جوهريان ولا يوجب عدمهما مع اشتراطهما تقسيط الثمن علىٰ المشهور، بل ندعي أنّ جزء ذات المبيع اذا أخذ 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 أنّ المبيع ليس هو الجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعين الموجب لصيرورته جسماً تعليمياً، كما أنّه لا غرض نوعاً في

شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ معه تعين ما، فليس تعين الجسم امراً زائداً علىٰ الغرض النوعي حتىٰ يؤخذ بنحو الاشتراط الذي هو شأن التابع كما في مال العبد بالاضافة اليه، أو حمل الدابة بالاضافة اليها.

اذا عرفت ما رسمناه من الامور فاعلم: أنّ المبيع تارة يكون متساوي الاجزاء، وأُخرىٰ مختلفها، وكل منهما إمّا يتبين النقص فيه، وإمّا أنْ يتبين الزيادة فيه، فالاقسام أربعة:

أحدها: اذا تبين النقص في متساوي الاجزاء، والمشهور علىٰ ما قيل علىٰ تقسيط الثمن، والوجه ما عرفت في المقدمة في اختصاص وصف الكمية بخصوصية مقتضية للتقسيط وإنْ اخذ بنحو الاشتراط فيكون نظير ما اذا اشار إلىٰ ما في الدار وقال «بعت هذين العبدين» فتبين أنّه واحد، ولا اشكال هناك في التقسيط، لا أنّ المبيع هو ما في الدار والاثنينية وصف.

وعند جملة من المتأخرين عدم التقسيط مستدلاً علىٰ ذلك في جامع المقاصد[1] بأنّ مجموع المبيع المقابل بمجموع الثمن هو ذلك الموجود، غاية ما هناك أنّه لم يعلم بالنقصان فيكون من فوات الوصف.

وفي الجواهر[2] ما ملخصه: أنّ المبيع هي العين الشخصية التي لا تزيد ولا تنقص عما هي عليه، فلا محالة كل مقدار يؤخذ فيه فهو من باب اشتراط الوصف الذي لا اثر له في المبيع، بل في الخيار لتخلف الوصف.

ويندفع الاول: بأنّ المبيع وإنْ كان هو الموجود لكنه لا بما هو موجود، بل بما هو متكمم بكم خاص، كما اذا اخبره بأنّه كذلك وباعه.

ويندفع الثاني: بأنّ العين الشخصية لا تزيد ولا تنقص واقعاً، فإنّه انقلاب محال، لكنها تنقص وتزيد بحسب فرض المتعاملين، ومفروض المتعاملين هو المتكمم بكم خاص، كما أنّ الموجود في الدار لايزيد ولا ينقص عما هو عليه لكنه بحسب فرض المتعاملين يزيد وينقص.

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٤٢٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٢١٥.

وربما يستدل علىٰ ما قويناه من التقسيط بخبر عمر بن حنظلة[١] المذكور في الكتاب كما احتج به الشيخ ﷺ في النهاية[٢]، وأما تعبير المصنف ﷺ بفحوىٰ الرواية فإنّما هو بالنظر إلىٰ أنّ الارض قيمية، والقيمي مالا يتساوىٰ اجزاؤه في القيمة كما اعترف به الشيخ ﷺ أيضاً، ومن يقول بالتقسيط في مختلف الاجزاء مع اختصاصه ببعض الاشكالات فهو يقول به في المتساوي بالاولوية.

والمناقشة في سنده مع استناد الشيخ ﷺ اليه وعمل ابن ادريس ﷺ به ـ مع ما علم من حاله انه لا يعمل إلّا بالقطعيات ـ بلا وجه.

ثانيها: ما اذا تبيّن النقص في مختلف الاجزاء والحكم فيه من حيث وجود المقتضي وعدمه ما عرفت في متساوي الاجزاء، نعم ربما يستند في عدم التقسيط إلىٰ وجود المانع هنا، وهو المحذور العقلي المحكي عن الايضاح، وهذه عبارته المحكية في مفتاح الكرامة (أنّ ما فات لا قسط له من الثمن؛ لاستحالة تقسيط الثمن علىٰ الاجزاء أو القيم، لعدم الفائت وعدم المماثل له، فاستحال تقومه فاستحال ثبوت قسط له، ففواته كفوات صفة كمال، وهو كم والكم عرض فكان كالتدليس)[٣] انتهىٰ.

وما ذكره ﷺ أجنبي عن مسألة جهالة القيمة كما ركن اليها الشيخ ﷺ في المبسوط[٤]، فارجاعه اليها كما عن المصنف ﷺ بلا وجه، كما أنّه وجه مخصوص بمختلف الاجزاء فاجراؤه في المتساوي كما في الجواهر[٥] أيضاً بلا وجه، ويظهر الوجه فيما ذكرنا من توضيح مرام فخر الاسلام فنقول:

كل ما يحكم عليه بأنّه جيد او ردئ أو سهل أو حَزِن واشباه ذلك من المتقابلات لابد فيه من تعين وجودي أو تعين طبيعي بوجود مماثله في الطبيعة، والفائت لا تعين وجودي له حتىٰ يقوم بقيمة الجيد أو الردئ ونحوهما، ولا تعين ماهوي طبيعي له كما في متساوي الاجزاء؛ حتىٰ يقال إنّ الفائت مثل الموجود، ومالا تعين له بأحد

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٤ من ابواب الخيار، ح ١.

(٢) النهاية، لم نجده فيها.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٧٤٥.

(٤) المبسوط ٢: ١٤٥.

(٥) جواهر الكلام ٢٣: ٢٢٠.

النحوين مع انحصار التعين عقلاً في أحد التعينين من الوجودي والماهوي يستحيل تقويمه، وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه، وعليه فالفائت من حيث جزئه الجوهري أي ذات المتكمم يستحيل تقومه، ومن حيث جزئه العرضي أي نفس الكمية فهو عرض محض، ولا يقابل بالمال كسائر الاوصاف، بل يوجب تخلفه الخيار، هذا توضيح مرامه من كلامه (زيد في علو مقامه).

والجواب: أنّ الفائت وإنْ لم يكن له تعيّن وجودي ليتعين جودته ورداءته ونحوهما، ولا له تعيّن ماهوي من حيث عدم التساوي إلّا أنّ المنفي هو التعين من حيث خصوص الجودة أو خصوص الرداءة، وأمّا التعين من حيث كونه جزءً مما فيه الجيد والرديء فلا موجب لنفيه، والمفروض أنّ المبيع بحسب فرض المتعاملين عشرة امنان من الحنطة المختلطة، أو عشرة اذرع من الارض المختلفة الاجزاء بالسهولة والحزونة، والفائت خمسة امنان من تلك الحنطة المفروضة، وخمسة أذرع من الارض المتعينة بهذا التعين فكيف يستحيل تقومه؟!

ومما ذكرنا يندفع اشكال جهالة القيمة؛ وإنْ كان لا تصل النوبة إلىٰ محذور الجهالة مع فرض الاستحالة، وأمّا حديث لزوم جهالة الثمن في ابتداء العقد فإنّما يصح اذا كان اللازم معرفة ما يقع واقعاً ثمناً لما يكون مبيعاً واقعاً، فإنّ ما وقع مبيعاً وثمناً له هو الموجود، لاستحالة وقوع المعاوضة واقعاً بين المعدوم والموجود.

وهذا غير صحيح قطعاً، بل اللازم معرفة ما هو مبيع وما هو عوض له في مرحلة العقد بحسب بناء المتعاملين، وهي عشرة اذرع من الارض مثلاً وعشرة دنانير، ولا جهالة في شيء منهما، فلا اشكال إلّا في مرحلة التقسيط بلحاظ استحالة التقويم وقد مرّ دفعه.

ثالثها: ما اذا تبين الزيادة في متساوي الاجزاء، والكلام فيه تارة في أنّ الزيادة للبائع أو للمشتري، وأُخرىٰ في الخيار للبائع أو للمشتري أولهما.

أمّا الاول: فإنْ قلنا بأنّ المبيع هي ذات الارض الشخصية، والكم الخاص شرط محض، فالزيادة علىٰ المقدار المشترط للمشتري ولا تخلف إلّا للوصف، وإنْ قلنا

بأنّ المبيع هي الارض المتكممة بكم خاص فالجزء الزائد للبائع من دون دخل للابشرطية المبيع وبشرط لائيته في ذلك.

توضيحه: أنّ الجزء الزائد لابد له من سبب مملك فيه للمشتري، ولا سبب هنا إلّا عقد البيع، والمفروض أنّ المبيع هي الارض المتكممة بعشرة اذرع، فالجزء الحادي عشر مثلاً غير داخل في المبيع، ولا بشرطية المتكمم بالعشرة مقتضاها تحقق المتكمم بالعشرة في ضمن الاحد عشر أيضاً، كما هو مقتضىٰ كل لا بشرط بالنسبة إلىٰ وجود الشرط وعدمه، فهو غير آبٍ عن ملكية الزائد، لا أنّه مقتضٍ لملكية الزائد، فالزائد خارج عن المبيع بمقتضي التقدير الخاص من دون حاجة إلىٰ استثناء وشرط عدم الزيادة.

وعليه فما أفاده المصنفﷺ في أول كلامه من كون الزيادة للمشتري بمقتضىٰ اللابشرطية غير وجيه علىٰ أي تقدير، اذ البيع إنْ كان ذات الارض فالزائد للمشتري سواء لوحظ وصف الكمية لا بشرط أو بشرط لا، فإنّ التخلف في صورة بشرط لا ليس إلّا للوصف لا للمبيع بذاته، وإنْ كان المتكمم بكم خاص هو المبيع فالزائد للبائع علىٰ الفرض من دون حاجة إلىٰ فرض البشرط لائية، نعم ما أفاده بعد ذلك فهو راجع إلىٰ ما ذكرنا من ابتناء أمر الزيادة علىٰ الجزئية والشرطية كما يظهر بالتأمل، لا إلىٰ اللابشرطية والبشرط لائية.

وأمّا الثاني فنقول: إنّ اعتبار اللابشرط وبشرط لا تارة يكون من اعتبارات المتقدر، وأُخرىٰ يكون من اعتبارات المقدار، فإنْ كان من اعتبار المتقدر فحيث إنّ المبيع هو المتقدر بمقدار خاص فشرط عدم الزيادة شرط حقيقةً، فهناك بيع وشرط، وتخلّف الشرط يوجب الخيار للبائع، وحيث إنّ الزائد للبائع فيكون هناك عيب الشركة فيقتضي الخيار للمشتري أيضاً.

ومنه يتبين أنّ اللابشرطية بناءً علىٰ هذا المبنىٰ ليس له شأن، وإنّما الخيار وعدمه للبائع بوجود الشرط وعدمه، وأمّا خيار المشتري فوجوده وعدمه يدور مدار البشرط لائية واللابشرطية، لأنّ الزيادة وإنْ كانت للبائع والشركة متحققة إلّا أنّ الاقدام مع

اللابشرطية سواء كان زائداً اولا اقدام منه علىٰ شراء المعيب علىٰ تقدير الزيادة، وإنْ كان من اعتبارات المقدار بمعنىٰ أنّ المبيع علىٰ أي حال هذه الارض الشخصية زادت أو نقصت، إلّا أنّ البائع شرط مقداراً خاصاً، فتارة يكون شرط المقدار الخاص في قبال عدمه فقط فهو لا بشرط من حيث الزيادة؛ فلا خيار المشتري لعدم النقص في المقدار، ولفرض كون الزيادة له فلا خيار من حيث عيب الشركة، كما لا خيار للبائع لعدم شرط منه حتىٰ يكون له التخلف بتبين الزيادة، وأُخرىٰ يكون شرط المقدار الخاص شرط حد خاص في قبال سائر الحدود فلا محالة لا ينحفظ هذا الحد بحده في ضمن الزائد فقد تخلف الوصف فيكون الخيار للبائع، والغرض من هذا الشرط بهذه الخصوصية أنْ يكون أمر البيع بيده بعد ظهور الزيادة، من دون فرق بين أن تكون الزيادة للبائع أو للمشتري.

أمّا علىٰ الثاني فواضح؛ لمكان سلطنته علىٰ فسخ العقد بعد ظهور الزيادة.

وأمّا علىٰ الاول فلأنّ البائع ربّما يتعلق غرضه بامساك عين المبيع لو كان زائداً علىٰ المقدار المأخوذ جزءاً أو شرطاً، فيشترط عدم الزيادة تحفظاً علىٰ الغرض المزبور.

فتوهم أنّه لا خيار للبائع مع كون الزيادة له حيث لا ضرر مدفوع بعدم انحصار الضرر في الضرر المالي، بل نقض الغرض المعاملي وإنْ كان شخصياً ضرر منفي بقاعدة نفي الضرر.

رابعها: ما اذا تبينت الزيادة في مختلف الاجزاء، وحاله من جميع جهات الكلام حال الصورة الثالثة، وليس حال الزيادة حال النقصان من حيث المحذور العقلي المتقدم، فإنّه لا تقويم ولا تقسيط من حيث الزيادة مع كونها للبائع، والمفروض شركة البائع بنحو الاشاعة في جميع الاجزاء المختلفة، لا أنّ جزء غير متعين للبائع حتىٰ يتوهم استحالة ملكية جزء غير متعين كاستحالة تقويم مالا تعيّن له، فتدبر جيداً.

٩٢ ـ قوله ﷺ: (ولعل هذا أظهر ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢١.

دعوىٰ الاظهرية مع ما تقدم منه من تقوية جانب الجزئية متنافيان، نعم بناءً علىٰ الجزئية يصح أنْ يقال إنّ شرط عدم الزيادة شرط حقيقة يوجب تخلّفه الخيار بين فسخ العقد وامضائه بتمام الثمن في المقدار الواقع عليه البيع، لا علىٰ تمام الشيء.

٩٣ ـ **قوله ﷺ: (مضافاً إلىٰ امكان الفرق ...الخ)**[١].

اذا بنىٰ علىٰ الشرطية فالتقسيط تعبداً لا معنىٰ له، نعم استرجاع ما يوازي الفائت أرشاً وتغريماً معقول كما تقدم.

٩٤ ـ **قوله ﷺ: (وقد يحكي عن المبسوط القول بالبطلان ...الخ)**[٢].

والظاهر من المحكي في المختلف عن المبسوط[٣] احتمال البطلان لا القول به كما احتمله في القواعد[٤]، نعم في التبصرة[٥] أنّ الوجه عندي البطلان لجهالة المبيع، لأنّ الزيادة غير متعينة، والظاهر أنّ مورد هذا الاحتمال ما اذا كان المبيع مختلف الاجزاء، فإنّ العنوان المحكي في المختلف هكذا (لو باعه ارضاً علىٰ أنّه عشر اجربة فظهرت احد عشرة قال في المبسوط قيل فيه وجهان ...الخ)[٦] والارض قيمية عندهم، وهي ما لا تتساوي اجزاؤه كما صرح بذلك في المبسوط علىٰ ما حكاه عنه في المختلف، وعليه فكما أنّ الفائت عنده في صورة النقصان في مختلف الاجزاء غير معلوم فلا يتقسط عليه الثمن، كذلك الزائد فيه غير معلوم فلا يتعين المبيع، واثره فساد البيع.

والجواب: ما تقدم من حيث عدم التعين واقعاً، ومن حيث جهالة المبيع كجهالة الثمن، وأمّا في المبسوط فالمنقول عنه في وجه البطلان ما أوضحه العلامة في المختلف؛ حيث قال ﷺ: (ووجه البطلان أنّه لا يمكن اجبار البائع علىٰ تسليم الزيادة، وإنّما باع عشرة، ولا المشتري علىٰ أخذ البعض، وإنّما اشترىٰ الكل)[٧].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢١.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢٣.
(٣) المبسوط ٢: ١٥٤.
(٤) القواعد ١: ١٥٣ سطر ١٢.
(٥) التبصرة ١٠٠، ليس فيها التعليل (لجهالة المبيع...).
(٦) المختلف ٥: ٢٨٩.
(٧) المختلف ٥: ٢٩٠.

والجواب: إنْ كان المبيع ذات المتقدر فيجب علىٰ البائع تسليمه، ولا يجبر المشتري علىٰ بعضه، وإنْ كان المبيع المتقدر بما هو متقدر فالواجب تسليمه دون غيره ويجبر المشتري علىٰ قبول حقه، وعلىٰ أي تقدير لا موجب للبطلان، ومنه يتبين الجواب عما أفاده ﷺ في المتن، فتدبر جيداً وهو وجه تأمله ﷺ.

* * * *

حكم الشرط الفاسد

الامر الاول: لايجب الوفاء به

٩٥ ـ قوله ﷺ: (بل هو داخل في الوعد ...الخ)[1].

ربما يورد عليه: بأنّ الشرط التزام انشائي والوعد اخبار، والانشاء والاخبار متقابلان، فلا يعقل اجتماعهما في كلام واحد، ولايخفىٰ أنّ الوعد يوصف بالخلف والوفاء تارة وبالصدق والكذب أُخرىٰ، كما تكرر ذلك في الاستعمالات القرآنية وغيرها، والاول مناسب للانشاء، والثاني مناسب للاخبار، فهل حقيقة الوعد اخبار ويوصف بما يوصف به الانشاء بالعناية أو بالعكس؟ والظاهر هو الثاني، فإنّ الوفاء ويقابله الخلف في الوعد ليس إلّا اتمام الشيء وانجازه، وهو معنىٰ يناسب الاخبار والانشاء، ويعرف كون مورده الانشاء أو الاخبار بمقابله، فإنّ نقض العقد ونكث العهد لا يكون إلّا بجعل شد وربط، بخلاف الخلف فإنّه ليس إلّا العمل المخالف للوعد، فالوفاء بالوعد باتمامه وانجازه باخراجه من حد الوجود الحكائي إلىٰ الوجود الحقيقي، هذا.

وأمّا ما أفاده ﷺ من التقييد بعدم كون الشرط الفاسد مفسداً فلا ارىٰ له وجهاً وجيهاً، لأنّ فساد العقد يوجب خروج الالتزام المحقق عن كونه شرطاً لخروجه عن الضمنية، لا أنّ طبيعة الالتزام تنعدم بفساد العقد، ويستحيل أنْ يكون طبيعة الالتزام

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢٥.

متقومة بكونها في ضمن التزام آخر، والوجه واضح حيث إنّه لا ضمنية إلّا مع فرض تحققه، فكيف تكون مقومة له؟!

٩٦ ـ قوله ﷺ: (ولا تأمل أيضاً في أنّ الشرط الفاسد ...الخ)[١].

حيث إنّ الكلام في كون الشرط الفاسد مفسداً للعقد فلابد من فرض وجود العقد مع الشرط، ومن تأثير فساد الشرط في فساد العقد لا تأثير وجوده في فساده، وعليه فالشرط علىٰ اقسام:

منها: ما وجوده يمنع عن وجود العقد كشرط البيع من البائع[٢] ثانياً بناء علىٰ أنّه يستلزم الدور، فلا يعقل معه وجود العقد حتىٰ يتكلم في صحته وفساده، وكذا الشرط المنافي للعقد، فإنّ ايجاد المتنافيين محال علىٰ تفصيل عرفته في محله[٣].

ومنها: ما يكون وجوده مؤثراً في فساد العقد كشرط أمر مجهول، فإنّ وجوده يوجب غررية البيع وإنْ لم يكن شرط المجهول باطلاً لفرض اختصاص النهي عن الغرر بالبيع مثلاً، وكذا تعليقية الشرط؛ فإنّ المقيد بأمر تقديري يكون تقديرياً وإنْ لم يكن التعليق ممنوعاً في الشرط لعدم الاجماع إلّا علىٰ المنع عن التعليق في البيع.

ومنها: ما يكون فاسداً، لكنه لا مساس له بالعقد كالشرط الغير المذكور في متن العقد، فإنّه وإنْ كان فاسداً بناء علىٰ أنّه مصداق للشرط حقيقة، لكنه لا اثر له للاجماع علىٰ عدم نفوذه، إلّا أنّه حيث لا مساس له بالعقد لا يؤثر فساده في فساد العقد، وسيجيء[٤] ان شاء الله تعالىٰ تحقيق القول فيه.

ومنها: ما يكون من حيث فساده لا من حيث وجوده مؤثراً في فساد العقد لا في عدمه كشرط ما يخالف الكتاب والسنة مثلاً، فإنّه لولا استثناء الشرط المخالف لم يكن وجوده مخلاً بشرط من شرائط صحة العقد، وإنّما يؤثر في فساده علىٰ القول به من حيث فساده، فهذا هو محل الكلام دون سائر الاقسام.

وأمّا الشرط المتعلق بغير المقدور فيختلف حاله باختلاف المباني المقتضية

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢٦.
(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (البيع).
(٣) تعليقة ٦٣.
(٤) تعليقة ١٠٤.

لاعتبار القدرة، فإنْ قلنا باعتبارها من حيث امتناع الالتزام الجدي بغير المقدور فلا شرط فلا عقد؛ فحينئذ يدخل في القسم الاول، وإنْ قلنا بأنّ شرط أمر غير مقدور لغو وسفهي فلا يعتنىٰ به عند العقلاء ولا يكون ممضىً شرعاً فهو يدخل في القسم الأخير؛ من حيث إنّ فساده يوجب فساد العقد، وإنْ قلنا بأنّ اعتبار القدرة دفعاً للغرر فهو يدخل في القسم الثاني فإنّه بوجوده يوجب غررية البيع، فافهم جيداً.

٩٧ ـ قوله ﷺ: (من أنّ للشرط قسطاً للعوض مجهولاً ...الخ)[١].

قد اجاب عنه المصنف ﷺ بوجوه ثلاثة:

احدها: عدم المقابلة بين الشرط وبعض أحد العوضين، وقد مرّ بيانه مراراً[٢] وإنّ مقتضىٰ القيدية لاحد العوضين عدم المقابلة، وإلّا لكان جزءً لا شرطاً وهو خلف، وأنّ الشرط إنْ كان بمعنىٰ الالتزام فهو قيد للبيع لا لاحد العوضين، والبيع متأخر طبعاً عن العوضين، وقيده متأخر طبعاً عنه، فيستحيل ما هو متأخر طبعاً عن العوضين ان يكون في عرضهما أو قيداً لهما، وقد مرّ مراراً أنّ الشرط كما أنّه لا مقابلة بينه وبين احد العوضين في مرحلة الانشاء كذلك في مرحلة اللب، وأنّه يستحيل أنْ تؤدي المبادئ إلىٰ غير ما تستدعيه من النتائج.

وأمّا ما استشهد ﷺ به من أنّه ليس في فقده إلّا الخيار بين الفسخ والامضاء مجاناً فنظره ﷺ إلىٰ عدم التقسيط، فإنّه لو كان جزءً مقابلاً بالثمن للزم التقسيط؛ لا الامضاء مجاناً، لا أنّ نظره إلىٰ الارش.

نعم بعض الشرائط الموجب انتفائه انتفاء جزء جوهري من المبيع كشرط الكم المتصل أو المنفصل يوجب التقسيط كما مرّ[٣]، إلّا أنّه خارج عن محل الكلام، فإنّ حاله حال الجزء الذي لا شبهة في تقسيط الثمن عليه، واشكال الجهالة فيما يقابل الجزء بهذا المعنىٰ لايندفع بعدم المقابلة كما في الشرط بما هو شرط، بل بما سيأتي ان شاء الله تعالىٰ من الجوابين، ومنه تعرف كما ان خروج هذا الشرط لوجه يختص به

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ٣. (٢) تعليقة ٩١.
(٣) تعليقة ٩١.

من عدم المقابلة كذلك، هذا الجواب ليس جواباً كلياً عن كل شرط حتىٰ شرط الحكم مطلقاً.

ثانيها: أنّه مع تسليم المقابلة لا نسلّم الجهالة لانضباط النسبة عند العرف كما في باب الارش والقيمة كما في المتن، الّا أنّ هذا الوجه غير وجيه؛ لأنه مع فرض المقابلة لابد من العلم في مرحلة العقد، وتعين الثمن واقعاً لا يجدي في التعيين المعتبر شرعاً، ولا يقاس بالارش والقيمة لعدم المقابلة في المعاملة فيهما، بل الحكم في الارش حكم تعبدي من باب التغريم لا من باب استرجاع بعض الثمن، والحكم في القيمة ايضاً ليس باقتضاء المقابلة، بل من حيث استحقاق عمل بالشرط فيملكه عليه في ذمته، ومع تعذّره له المطالبة بماليته، فليس في شيء منهما مقابلة حتىٰ يضره الجهالة في مرحلة المعاملة، فتدبر.

ثالثها: أنّ رفع مثل هذه الجهالة ولو الىٰ الأخر غير معتبر في صحة المعاملة؛ لما مر منا أنّ اللازم معرفة ما هو مبيع وما هو ثمن في مرحلة البيع بحسب بناء المتعاملين، لا معرفة ما يصير مصداقاً للمبيع أو للعوض بالأخرة، فلو كان ما نحن فيه من باب الجزئية المستدعية للمقابلة كما في باب بيع ما يملك ومالا يملك لما وجب الا معرفة المبيع وثمنه بحسب فرض المتبايعين في مرحلة المعاملة، فراجع[1].

وهذا البيان أولىٰ مما أفاده ﷺ (من ان الجهالة الطارئة غير قادحة، انما القادح هو الجهل به عند انشاء العقد) انتهىٰ، فانه يوهم انه لا جهل عند العقد وان عروض الجهل بعد العقد لا يمنع عن تأثير العقد مع انه لا شبهة في الجهل من الاول بما يقع بازاء المبيع المجرد عما اشترطه، لا أنه جهل عارض، بل الصحيح ان الجهل بالعوضين بحسب فرض المتبايعين مضر لا الجهل بما ينتهي امر المعاملة إليه، فافهم واستقم.

٩٨ ـ قوله ﷺ: (الثاني ان التراضي انما وقع علىٰ العقد...الخ)[2].

بل ربما يقال: بان المعاملة مقيدة بحسب الانشاء، والمقيّد ينتفي بانتفاء قيده؛ فلا

---

(١) ٢: ٣٣٥، تعليقة ٣٠٢.

(٢) كتاب المكاسب ٨٨ سطر ١٢.

اختصاص للاشكال بخصوص الرضا، والجواب عن الاشكال بوجوه:

احدها: ما هو المختار وتوضيحه برسم امور:

منها: أن العقد بماله من المضمون غير معلق علىٰ شيء والّا لبطل البيع وان كان المعلق عليه صحيحاً بل واقعاً؛ للإجماع علىٰ انه لا تعليق في البيع، فالعقد والرضا فعليّان، غاية الأمر انهما مقيدان بوجه سيأتي ان شاء الله تعالىٰ.

منها: أنّ الشرط إمّا بمعنىٰ التقييد، فالمعقود عليه امر خاص، وهو الكتاب المنضم الىٰ الخياطة مثلاً، وإمّا بمعنىٰ الالتزام في ضمن البيع فيكون المعقود عليه هو الكتاب لكن تمليكه لوحظ مقيداً بالالتزام بالخياطة، وإمّا الكتاب المنضم الىٰ الالتزام بالخياطة فلا معنىٰ له حتىٰ يكون المعقود عليه أمراً خاصاً.

ومنها: أنّ هذه الكبرىٰ المعروفة وهي أن كل مقيد ينتفي بانتفاء قيده لا معنىٰ لها، إلّا أنّ المقيد ـ بما هو مقيد لتقومه بالقيد ـ لا يتحقق إلّا مع تحقق قيده، حيث لا فرق في علل القوام بين مرحلة ماهيته ووجوده، فكما أنّ فرض ذات المقيد فقط مبائن لفرض المقيد بما هو مقيد، كذلك وجود ذات المقيد فقط مغائر لوجود المقيد بما هو مقيد، ومن الواضح أنّ انتفاء المقيد بما هو مقيد معنىٰ، وانتفاء ذات المقيد معنىٰ آخر، ولازم الكبرىٰ المتقدمة انتفاء المقيد بما هو، لا انتفاؤه بذاته لعدم تقومه في ذاته بقيده، وما هو المبحوث عنه بقاء ذات العقد مثلاً مع عدم سلامة قيده، وإلّا فانتفاء القيد مفروض فكيف يعقل دعوىٰ بقاء المقيد بما هو؟!

اذا عرفت هذه الامور فنقول: أمّا اذا كان الشرط بمعنىٰ التقييد وكان الملتزم به قيداً لاحد العوضين فقد مرّ مراراً أنّه إنّما يتصور في شرط الفعل وشرط الوصف دون النتيجة، وإلّا لزم حصولها بلا سبب، ولا يعقل حصولها بالتبع، لأنّ الملكية مثلاً غير قابلة للتمليك فراجع[1].

وأمّا شرط الفعل فحيث أنّه لوحظ الفعل وهي الخياطة مثلاً قيداً منضماً إلىٰ المبيع وهو الكتاب مثلاً فالكتاب مملوك بالاصالة، والخياطة بالتبع، وحيث إنّ البيع

---

(١) تعليقة ٨٠.

فعلي لا علىٰ تقدير، والرضا فعلي لا علىٰ تقدير، فالعقد يؤثر فيما هو قابل للملكية بالاصالة لعدم المانع، والقيد غير قابل للملكية بالتبع لفرض المانع شرعاً، وليس الكتاب المنضم إلىٰ الخياطة مغائراً خارجاً لما هو غير منضم كالكليات التي تتخصص بضم القيود، فتكون حصة منها مبيعاً وهي مبائنة لحصة أخرىٰ، فحال ما نحن فيه حال ورود العقد علىٰ مجموع اشياء بعضها قابل لتأثير العقد فيه، وبعضها غير قابل، غاية الامر أنّ الملكية هناك عرضية وبالاصالة، وهنا في بعضها بالاصالة وفي بعضها بالتبع، فهنا ملكيتان طوليتان.

ومنه تبين حال الوصف فإنّه لا يملك إلّا بالعرض لا بالتبع، فتخلفه[1] أهون من تخلف الفعل، ومع ذلك فكبرىٰ انتفاء المقيد بانتفاء قيده محفوظة كما مرّ، لكنه لا يضر بما نحن فيه كما عرفت.

وأمّا إنْ كان الشرط بمعنىٰ الالتزام وكان البيع مقيداً بالالتزام لا بالملتزم به؛ لاستحالة كون الملتزم به قيداً للتمليك أو للملكية، وإلّا لم يحصل استحقاق الملتزم به اذا كان الالتزام طريقياً وكان الملتزم به قيداً حقيقةً لنفس البيع، وحيث إنّ البيع علىٰ أي حال محقق لا معلق، والرضا فعلي لا تقديري فلا يضر تخلّف الالتزام الشرطي بتحقق البيع والرضا، والكبرىٰ المتقدمة محفوظة كما مرّ وغير مجدية هنا كما عرفت، وإنّما التقديري هو عدم الرضا بمعنىٰ أنّه لو التفت إلىٰ عدم سلامة الشرط له لما كان راضياً، والاعتبار في تأثير العقد بالرضا الفعلي لا بالتقديري وجوداً وعدماً، مع أنّه ربما يتخيل أنّه لا تخلّف للقيد هنا؛ فإنّ القيد هو الالتزام لم يتخلّف، لا الملتزم به المتخلف، لكنه كما ترىٰ.

ثانيها: ما عن المصنف العلّامة (رفع الله مقامه) من دعوىٰ الاتحاد بين الواجد والفاقد القيد عرفاً، والمعقود عليه والمرضي به موجود عرفاً، فلا حاجة إلىٰ تجديد العقد وتجدد الرضا، وظاهر اول كلامه ﷺ بدواً وإنْ كان هو الفرق بين القيود والشروط بالركنية والمقومية للمبيع تارة، وبعدمهما أُخرىٰ، فيتوهم أنّه تفصيل في المسألة،

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (فتخلف).

وأنّ ذلك أخص من المدعىٰ، إلّا أنّ ملاحظة بقية كلامه تشهد بأنّ مراده أنّ المأخوذ علىٰ وجه الشرطية من الوصف والفعل هو قيد غير ركني، وأمّا الركني فهو خارج عن محل البحث نفياً واثباتاً، سواء أخذ بعنوان الجزئية أو بعنوان الشرطية، فلو قال «بعتك هذا الموجود علىٰ أنّه عبد» فهو كما اذا قال «بعتك هذا العبد» فتخلّفه تخلّف ذات المبيع، لا تخلّف قيد من قيود المبيع؛ بداهة أنّ المشار اليه بما هو موجود غير قابل للبيع، بل بما هو عبد أو حنطة أو غيرهما من عناوين الذوات والحقائق.

ولايخفىٰ أنّ مورد البحث وإنْ كان ما هو غير مقوم للمبيع حقيقة وواقعاً؛ لوضوح أنّ الوصف فضلاً عن الفعل خارج عن ذات المبيع، إلّا أنّ المناط ليست المقومية واقعاً وعدمها، بل المقومية وعدمها بحسب بناء المتعاملين، فلابد من تحقيق أنّ ما أخذ علىٰ وجه الشرطية فرضه فرض الخروج عن المبيع بما هو مبيع بحسب جعل المتعاملين، فيكون أخذه بعنوان الاشتراط قرينة عرفية عامة علىٰ أنّه غير داخل في المبيع، بحيث لو اراد دخوله فيه فرضاً لزم عليه نصب قرينة صارفة لهذه القرينة العامة المحفوفة بالعقود المشروطة.

ولايخفىٰ أنّ ظاهر الاشتراط وإنْ كان ذلك، ولذا اشتهر أنّ الشرط تابع إلّا أنّ المبيع تارة هو المتقوم بالقيد جعلاً وبناءاً، وأُخرىٰ هو الملازم له المنضم اليه لا بذاته، وحكم العرف بأنّ المبيع هو الشيء بذاته لئلا يكون فرق بين الانضمام والتقييد وعدمهما بلا وجه، وكبرىٰ انتفاء المقيد بانتفاء قيده لا اختصاص لها بالقيد المقوم، وهذا الجواب غير متكفل لدفع هذا الاشكال، ولذا اعترف بورود الاشكال مع اتحاد الواجد والفاقد عرفاً في باب خيار الرؤية كما تقدم[1].

ثالثها: ما عن غير واحد من اعلام المتأخرين منهم شيخنا الاستاذ[2] وهو كون التقييد يوجب تعدد المطلوب اذا لم يكن القيد مقوماً لحقيقة المبيع، ووحدة المطلوب اذا كان مقوماً، بل جعل شيخنا مرجع جواب المصنف إلىٰ هذا

---

(١) كتاب المكاسب ٢٥٠ سطر ٢٥.

(٢) حاشية الآخوند ٢٥١.

الجواب.

وتوضيحه: أن الطريقة العرفية في معاملاتهم علىٰ أخذ ما هو دخيل في اصل الغرض المعاملي بنحو التقويم، فيقولون «بعتك هذه الصبرة من الحنطة»، وعلىٰ اخذ ما لا دخل له في اصل الغرض بل في مرتبة منه بنحو التبعية والشرطية، فيقولون «بعتك هذا العبد علىٰ أن يكون كاتباً»، فالغرض الأصلي[1] مرتب علىٰ شراء العبد بما هو عبد، والغرض الأقصىٰ التبعي علىٰ شراء الكاتب، فحيث لم يتخلّف الغرض الاصيل ولم ينتفِ الغرض الاصلي فلا بطلان للبيع بما هو بيع، وحيث تخلّف الغرض الاقصىٰ، وهو أيضاً غرض عقدي معاملي، لا من باب الداعي المحض فيوجب تخلفه نقض الغرض المعاملي، وهو ضرر منفي فيوجب الخيار.

وعليه فلا تقييد لاصل الرضا بالمعاملة بما هي بيع، بل لا تقييد لاصل العقد أيضاً، فإنّ العقد وان كان بحسب مرحلة انشائه مقيداً لا مطلقاً، إلّا أنّه غير مقيد بقيد مطلقاً، بل علىٰ تقدير سلامة القيد، إمّا موضوعاً أو حكماً، والدليل علىٰ أنّ القيد كذلك هي القرينة النوعية القائمة علىٰ أنّ سنخ الغرض الباعث علىٰ تحصيله بالعقد سنخ غرض لا يتقيد به العقد والرضا علىٰ الاطلاق.

إلّا أنّ مقتضىٰ هذا الجواب عدم التقييد للغرض ولا للرضا ولا للعقد بقول مطلق، واذا لم يكن هناك تقييد بقول مطلق للعقد بمباديه، فليس لزومه مع التخلف أو فساد الشرط نقضاً للغرض وضرراً علىٰ المشروط، اذ لا تقييد بقول مطلق حتىٰ يستند الضرر إلىٰ الشارع، بل هو قد اقدم علىٰ البيع حتىٰ مع تخلف القيد أو فساده.

ومنه يتضح الفرق بين هذا الجواب وما اخترناه، فانا[2] نقول بأنّ القيد مطلق وانتفاؤه يوجب انتفاء المقيد مما هو مقيد لا ذات المقيد، وهم يقولون بانّه لا قيد في هذه المرتبة حتىٰ ينتفي بانتفائه المقيد، فحيث إنّ ذات المقيد غير منتفٍ عندنا فهو معنىٰ صحة البيع، وحيث إنّ المقيد بما[3] هو مقيد منتفٍ فهو نقض للغرض

---

(١) هكذا في الاصل، ويحتمل انها (الاصيل). (٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (فاذا).
(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (مما).

المعاملي، فلو لزم البيع لزم الوقوع في الضرر المستقر بلزوم البيع، وحيث إنّه لا قيد عندهم في مرحلة التخلف أو الفساد فالبيع صحيح، وحيث إنّه قد اقدم علىٰ العقد بلا قيد في هذه المرتبة فلا موجب لاسناد الضرر إلىٰ حكم الشارع باللزوم، فأوجه الوجوه المزبورة هو الجواب الاول لابتنائه علىٰ البرهان، وعدم التكلف فيه بالوجدان، والله المستعان.

٩٩ ـ قوله ﷺ: (الثالث رواية عبد الملك ...الخ)[١].

توضيح المقام: أنّ قوله ﷺ (لاينبغي)[٢] إمّا يراد به الكراهة ـ كما هو الظاهر ـ أو الحرمة أو الارشاد إلىٰ الفساد كما يدعي في أمثاله في أبواب المعاملات، وعلىٰ أي تقدير إمّا يرجع إلىٰ اشتراط كون الوضيعة علىٰ البائع أو إلىٰ البيع المشتمل علىٰ الشرط المزبور، أمّا علىٰ تقدير الرجوع إلىٰ الشرط فهو [علىٰ][٣] أي حال أجنبي عن محل الكلام، لأنّ كراهة الشرط أو حرمته أو فساده لا دخل له بمفسدية الشرط الفاسد.

وأمّا علىٰ تقدير الرجوع إلىٰ البيع فإنْ كان «لا ينبغي» للكراهة، فكراهة البيع الخاص أجنبية عن فساده، وكذا الحرمة علىٰ التحقيق، لأنّ الحرمة المولوية وإنْ تعلقت بذات المعاملة لا تدل علىٰ فسادها، بل تدل علىٰ صحتها؛ بداهة أنّ البيع بالحمل الشائع لو لم يكن مقدوراً منه لامتنع النهي المولوي عنه.

وإنْ كان «لاينبغي» للارشاد إلىٰ الفساد، فحيث إنّه لا موجب لفساد البيع إلّا من حيث اشتماله علىٰ الشرط، ولو لم يكن الشرط فاسداً لما كان البيع المشتمل عليه فاسداً، فحينئذ يدل علىٰ المطلوب.

والجواب: أنّه بناء علىٰ تسليم جميع المقدمات لا يتم المطلوب، لأنّ مثل هذا الشرط خارج عن محل البحث لاحد وجهين:

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ٢٦.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣٥ من ابواب احكام العقود، ح ١.

(٣) اضافة يقتضيها السياق.

الاول: أنّ الوضيعة ـ وهي الخسارة الواردة علىٰ المال في المعاملة المرتبة علىٰ اشترائه ببيعه من آخر ـ مجهولة، والشرط الموجب لسريان[1] الجهالة منه إلىٰ البيع بوجوده لا بحكمه كما مرّ خارج عن محل البحث، وظاهر الرواية بدواً وإنْ كان عدم الخسارة علىٰ المشتري، إلّا أنّ المراد كون الخسارة علىٰ البائع، وإلّا لم يكن الشرط شرطاً عليه كما هو واضح.

والثاني: أنّ ربح المال وخسارته تابعان لنفس المال، فيستحيل أنْ يكون ربحه وخسارته لغير صاحب المال، وأمّا تدارك الخسارة فاشتراطه علىٰ البائع معقول، لكنه أجنبي عن مدلول الرواية، فهذا الشرط أيضاً خارج عن محل الكلام كما بيناه في اول البحث[2].

ثم إنّه افاد المصنفﷺ في طي الاستدلال ما نصه (والظاهر أنّ المراد الحرمة لا الكراهة، اذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد) انتهىٰ.

توضيحه: أنّ منشأ الحرمة والكراهة في العقد هو حرمة الشرط أو كراهته، فإنْ كان المراد من «لا ينبغي» هي الحرمة ـ أي الوضعية ـ كانت الرواية دليلاً للمسألة، فإنّ فساد العقد لا منشأ له إلّا فساد الشرط، وإنْ كان المراد منه الكراهة، فكراهة البيع مجامعة لصحته، ولابد من أنْ يكون منشأ الكراهة كراهة الشرط، مع أنّ العقد اذا فرض صحيحاً لا معنىٰ لكراهة الوفاء بالوعد، فإنّ سنخ
الوفاء بالوعد آبٍ عن الكراهة.

والجواب: أنّ كراهة العقد اذا لم يكن لها منشأ إلّا الاشتمال علىٰ الشرط فغايته كراهة الاشتراط، لا كراهة الوفاء به، ولا منافاة بين كراهة الوعد وبين استحباب الوفاء به بعد وقوع هذا المكروه.

١٠٠ ـ قولهﷺ: (وأمّا عن الروايتين فأولاً ...الخ)[3].

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (لزيان). (٢) تعليقة ٧٠.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ٣٤.

توضيح المقام: أنّ المسؤول عنه في الروايتين[١] صحة البيع الثاني وفساده دون البيع الاول، وحكمه عليه السلام بفساد البيع الثاني إمّا لاجل فساد الشرط، وإمّا لاجل فساد البيع الاول، فإنْ كان الثاني كان دليلاً علىٰ المطلوب، وإنْ كان الاول فلا دلالة [له][٢] علىٰ المطلوب، نعم فساد الشرط لابد من أنْ يوجب اختلالاً في ما يعتبر في صحة البيع الثاني؛ حتىٰ يعقل استناد فساده إلىٰ فساد الشرط.

والوجه الذي احتمله المصنف رحمه الله في اقتضاء فساد الشرط فساد البيع الثاني مع عدم تقيده به هو أنّ الشرط لو كان في ضمن العقد الاول كان البيع الثاني وفاء به واجباً، وأمّا لو كان في خارجه لكان فاسداً غير واجب الوفاء، لكن العرف ـ حيث لا يرون فرقاً في لزوم الجري علىٰ وفق الالتزام بين كونه في ضمن العقد أو خارجه ـ فلو صدر البيع الثاني بتوهم اللزوم كان صادراً عن غير طيب النفس طبعاً، فالبيع الثاني فاسد لفقد الطيب المسبب عن توهم لزوم الشرط الفاسد.

وهذا الوجه مع ما فيه من التكلف غير صحيح، لما ذكرنا في محله[٣] من كفاية الطيب العقلي علىٰ حد الطيب الطبعي، فكما يصح البيع الثاني المنبعث عن لزوم الوفاء حقيقة بالشرط الصحيح كذلك يصح فيما اذا انبعث عن لزومه توهماً، لاشتراكهما في عدم الطيب الطبعي ووجود الطيب العقلي، وإلّا لم يكن هناك فعل اختياري بدونهما.

نعم قد استثنىٰ الاكراه بدليل خاص، لا لانحصار الطيب المشروط به صحة العقد بالطبعي، ولذا يصح بيع المضطر مع عدم الطيب الطبعي، فالاولىٰ الالتزام بأنّ البيع الثاني يستند إلىٰ فساد البيع الاول بفساد شرطه، وهو شرط بيعه منه ثانياً، فإنّه إمّا موجب للدور كما عن العلّامة[٤] أو موجب لعدم قصد البيع حقيقة كما عن الشهيد[٥]، ومثله خارج عن مورد البحث، لأنّ الكلام في تأثير فساد الشرط في فساد العقد، لا تأثير نفس وجود الشرط في اختلال العقد بنفسه، حيث يستحيل البيع المستلزم منه

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٤، ٦.
(٢) اضافة يقتضيها السياق.
(٣) ح ٢: ٣٩، تعليقة ٢٩.
(٤) التذكرة ١: ٤٩١ سطر ٢١.
(٥) الروضة البهية ٣: ٥١٨.

المحال، أو حيث لا عقد بلا قصد هذا، ولايخفىٰ أنّه بعد ابطال توهم الدور وعدم القصد كما هو مسلك المصنفﷺ لايمكن حمل الرواية عليه.

فالجواب عن الروايتين مستنداً إلىٰ فساد الشرط أو إلىٰ فساد العقد علىٰ وجه يخرج عن محل البحث مشكل، إلّا أنْ يقال كما عن بعض الاعلامﷺ أنّ البيع الثاني من دون شرط حلال، ومع الشرط حرام، كما في اعطاء الزيادة في باب القرض، فإنّه مع الشرط حرام وبدونه حلال، فلا ربط له بفساد الشرط ومفسديته للمشروط به، والله أعلم.

١٠١ ـ **قولهﷺ: (وقد يستدل علىٰ الصحة** ...الخ)[1].

تحقيق الجواب عن الدور المبني علىٰ ملاحظة طبيعة صحة البيع وصحة الشرط: هو أنّ لكل من العقد والشرط جهتين من الصحة، صحة كل منهما في نفسه، وصحة كل منهما بالاضافة إلىٰ الآخر؛ من حيث اشتمال العقد علىٰ الشرط، ومن حيث كون الشرط في ضمن العقد، ولا دور إلّا اذا توقف صحة كل منهما في نفسه علىٰ صحة الآخر في نفسه، أو اذا توقف صحة كل منهما بالاضافة إلىٰ الآخر علىٰ صحة الآخر بالاضافة اليه، وأمّا اذا توقف صحة احدهما في نفسه علىٰ صحة الآخر بالاضافة أو بالعكس فلا دور، لتغائر الموقوف والموقوف عليه.

توضيحه: أنّ العقد له حيثيات دخيلة في صحته ولو لم يكن هناك شرط، كحيثيات العربية والماضوية والتنجيز وملك التصرف واشباهها، وله حيثية دخيلة في صحته اذا كان مشتملاً علىٰ شرط؛ وهي أنْ لا يكون مشتملاً علىٰ شرط فاسد، وكذا الشرط له حيثيات دخيلة في صحته مع قطع النظر عن صحة العقد، وهي كون متعلقه مقدوراً غير منافٍ لمقتضىٰ العقد، ولا مخالفاً للكتاب والسنة، وأنْ لا يكون غررياً ونظائرها، وله حيثية دخيلة في صحته بالاضافة إلىٰ العقد، وهي أنْ يكون في ضمن عقد صحيح.

ومن الواضح أنّ شيئاً من تلك الحيثيات الدخيلة في صحة العقد في نفسه لا

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ١٦.

يتوقف علىٰ الحيثيات الدخيلة في صحة الشرط في نفسه؛ بداهة عدم توقف الصحة من حيث العربية والماضوية إلىٰ الآخر علىٰ الصحة من حيث المقدورية والموافقة للكتاب والملائمة لمقتضىٰ العقد إلىٰ الآخر، بل هذه الحيثيات معتبرة في العقد ولو لم يكن شرط في العالم، وكذا تلك الحيثيات من طرف الشرط، لبداهة عدم توقف الصحة من حيث المقدورية والموافقة للكتاب ونحوهما علىٰ كون العقد عربياً ماضوياً؛ لعدم الارتباط بين هذه الحيثيات وتلك الحيثيات، كما أنّ حيثية عدم كون العقد مشتملاً علىٰ الشرط الفاسد لا يعقل أنْ يكون موقوفاً علىٰ حيثية كون الشرط في ضمن العقد فإنّه مفروض لا لازم الحصول، ولا علىٰ صحة الشرط من حيث كونه في ضمن العقد، فإنّ وجود الضمنية ملازم لحيثية الصحة من هذه الجهة، وكذا حيثية كون الشرط في ضمن العقد لا يكون موقوفة علىٰ اشتمال العقد علىٰ شرط صحيح من حيث الضمنية حتىٰ يلزم الدور، بل حيثية صحة العقد من حيث الاشتمال موقوفة علىٰ صحة الشرط من حيثيات المقدورية واشباهها، وحيثية الصحة في الشرط من جهة الضمنية موقوفة علىٰ صحة العقد من حيثيات العربية والماضوية ونظائرهما، ومع تغائر الموقوف والموقوف عليه من جهة تغائر الحيثيات الراجعة إلىٰ توقف حيثية علىٰ حيثية أُخرىٰ، وعدم توقف تلك الحيثية علىٰ الحيثية الاولىٰ، بل التوقف من الطرفين علىٰ حيثيتين متغائرتين فلا دور.

وإنّما توهم الدور بملاحظة طبيعي الصحة من الطرفين، وصدق توقف صحة العقد علىٰ صحة الشرط، وصحة الشرط علىٰ صحة العقد، ولقد طال بنا الكلام في المقام، وبالله الاعتصام.

١٠٢ ـ قوله ﷺ: (ثم علىٰ تقدير صحة العقد ففي ثبوت الخيار ...الخ)[1].

توضيحه: أنّ امتناع الوصول إلىٰ غرضه المعاملي بالاشتراط تارة واقعي قهري كتعذر الشرط، وأُخرىٰ اختياري لتخلف المشروط عليه عن العمل بالشرط، وثالثة امتناع شرعي لفساد الشرط الموجب لنقض غرضه المعاملي، فالملاك وهو الضرر

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ١٨.

من نقض غرضه المعاملي مشترك بين الجميع.

وأمّا ما أفاده ﷺ أخيراً بأنّ ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بأنّ الضرر المترتب علىٰ فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك فيمكن الجواب عنه: بأنّ المقصود في هذه الموارد الثلاثة المتقدمة ليس رفع الضرر المرتب علىٰ فقد الشرط؛ حتىٰ يشكل في الاخير بما أفاده ﷺ، بل رفع الضرر المرتب علىٰ لزوم العقد الصحيح مع فقد الشرط باحد الوجوه، فليس الغرض أنّ الفساد ضرري فهو مرفوع عند الجهل، بل الغرض أنّ لزوم العقد الصحيح من حيث اقتضائه لاستقرار الضرر وعدم التمكن من دفعه ضرر مستند إلىٰ الشارع فهو مرفوع، فلا مجال للايراد علىٰ التمسك بقاعدة الضرر هنا، إلّا أنّها تحتاج إلىٰ جابر، وهو عمل الاصحاب المفقود هنا.

وعليه فإنْ احتجنا إلىٰ العمل في كل مورد مورد فالايراد وارد، وإنْ اكتفينا بالعمل بالقاعدة في الضرر الناشئ من الجهل بالحكم كفىٰ في ذلك عملهم بها في الجهل بالخيار وبفوريته واشباه ذلك، فتدبر.

الامر الثاني: اذا اسقط الشرط الفاسد هل يصح العقد

١٠٣ ـ قوله ﷺ: (لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد ...الخ)[1].

ليس المراد من الاسقاط ما هو ظاهره من كون مورده قابلاً للسقوط، فإنّه مختص بالحقوق، ولا المراد من رفع اليد عن الشرط كونه قابلاً للانقلاب عما وقع عليه، فإنّه أيضاً غير معقول، بل المراد هو الرضا المتجدد بالعقد المجرد.

وحينئذ نقول: إنْ استندنا في فساد العقد بفساد شرطه إلىٰ انتفاء العقد بانتفاء قيده فلا يجدي الرضا المتجدد، فإنّه إنّما يجدي فيما اذا بقىٰ عقد، وحيث لا عقد فلا معنىٰ للرضا به، وإنْ استندنا فيه إلىٰ تقيد الرضا وأنّ الرضا بالمقيد ينتفي بانتفاء قيده فيمكن القول بتأثير الرضا المتجدد، اذ المفروض بقاء العقد وأنّ عدم تأثيره لانتفاء الرضا الدخيل في تأثيره، فمع الرضا المتجدد بالعقد المجرد لا مانع من صحة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ٢٤.

العقد بلحوقه.

ولا يقال: لا عقد مجرد حتىٰ يجديه الرضا المتجدد.

فانه يقال: لا مبائنة بين العقد المجرد والمقيد إلّا بانضمام التزام شرطي اليه وعدمه، لا أنّ المعقود عليه أمر خاص حتىٰ يتوهم أنّه لا عقد علىٰ ذات الخاص، ولعل ما ذكر هو الوجه في حكم العلّامةﷺ بالاتفاق.

الامر الثالث: اذا ذكر الشرط الفاسد قبل العقد هل يبطل العقد

١٠٤ ـ قولهﷺ: (لو ذكر الشرط الفاسد قبل العقد ...الخ)[1].

في الحكم بالصحة والبطلان طريقان:

أحدهما: ما عن المصنف العلّامةﷺ من دوران الصحة والبطلان مدار القول بتأثير الشرط المتقدم الغير المذكور في متن العقد وعدمه.

والتحقيق: إن بنينا علىٰ ملاحظة عنوان مفسدية الشرط الفاسد للعقد صح ما أُفيد، اذ بناءً علىٰ عدم تأثير الشرط المتقدم فالعقد غير مشروط بشيء حتىٰ يكون فساده مؤثراً في فساد العقد، وإنْ بنينا علىٰ ملاحظة الملاك والدليل فتأثير الشرط المتقدم وعدمه أجنبيان عن البحث، لأنّ موضوع البحث هو العقد المبني علىٰ الشرط، وإلّا فلا مجال للبحث عن صحة العقد وفساده بفساده إلّا مساس العقدية، وحيث إنّ ابتناء العقد عليه مفروض فتقيد الرضا مفروض، وفساد الشرط من حيث عدم ذكره في متن العقد أمر، وابتناء العقد علىٰ هذا الالتزام الغير المذكور أمر آخر، وفساد العقد ينشأ من الابتناء علىٰ التزام فاسد من حيث نفسه؛ وإنْ لم يكن فاسداً من حيث عدم ذكره في العقد.

ثانيهما: ما نسب إلىٰ صاحب المسالك[2] من ابتناء صحة العقد وفساده علىٰ العلم بفساد الشرط المتقدم، فيصح العقد والجهل بفساد الشرط، فيفسد العقد نظراً إلىٰ أنّه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ٣٠.

(٢) مسالك الافهام ٣: ١٥٤ ـ مؤسسة المعارف الاسلامية.

مع علمه بفساد الشرط المتقدم لا يوقع العقد مبنياً علىٰ الشرط، فلذا يصح العقد لعدم الابتناء، ومع جهله بالفساد يوقع العقد مبنياً عليه بطبعه، فيفسد لتقيده لباً بالالتزام الفاسد، وليس غرضه من فساد الشرط الذي جعل العلم والجهل به ملاك صحة العقد وفساده فساد الشرط من حيث نفسه؛ حتىٰ يورد عليه بأنّ العقلاء يقدمون علىٰ الشرط الفاسد كاقدامهم علىٰ العقد الفاسد.

بل غرضه فساد الشرط من حيث عدم ذكره في متن العقد، والفرق بين نحوىٰ فساد الشرط أنّ الغرض العقلائي وإنْ لم يكن منوطاً في التسبب إلىٰ حصوله بموافقته للغرض شرعاً، إلّا أنّه لا غرض للعقلاء إلّا في نفس المعقود عليه والملتزم به، مثلاً الخياطة التي التزم بها متعلقة للغرض من دون اهتمام من العقلاء بكونها معينة أو مجهولة مثلاً، ولا غرض آخر لهم في ابتناء العقد علىٰ الالتزام الفاسد بالخياطة، فمع العلم بفساد الالتزام بالخياطة يقدمون عليه لموافقته لغرضهم، بخلاف العلم بفساد الالتزام من حيث عدم ذكره في العقد فإنّه لا غرض عقلائي في الاقدام علىٰ جعل العقد مبنياً علىٰ هذا الالتزام الغير المذكور، وحيث إنّه لا غرض في الاقدام علىٰ جعل العقد مبنياً عليه فلا محالة لا يتحقق منهم عقد مبني عليه، هذه غاية ما يمكن به توجيه ما في المسالك.

والتحقيق: دوران الامر في مفسدية الشرط وعدمها مدار ايقاع العقد مبنياً عليه وعدمه، سواء كان الشرط فاسداً من حيث نفسه أو من حيث عدم ذكره في العقد، وسواء علم الشارط بالفساد من احد الوجهين أم لا.

١٠٥ ـ قوله: (ثم حكي اعتراضاً علىٰ المحقق ...الخ)[1].

العبارة المنقولة في الاعتراض والجواب مما تحيرت فيها ألباب الاصحاب، فتارة حكموا بأنّه لا محصل لها، وأُخرىٰ احتملوا سقطاً فيها، والذي يسنح بالبال في حلها هو أنّ محصل الايراد أنّ مقتضىٰ تبعية العقود للقصود الحكم ببطلان العقد، لأنّ المقصود هو الامر المقيد بالشرط الغير المذكور المعقود عليه كما تقتضيه عبارة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ السطر الاخير.

العقد، هو المجرد عن القيد، فلا مطابقة بين العقد والقصد.

وحاصل الجواب يبتني على مقدمة: هي أنّ كل عقد له مدلول يترقب حصوله منه، فلابد أنْ يكون ذلك الامر المعقود عليه مقصوداً، اذ لا عقد بلا قصد، وأمّا عدم حصول ما ليس من مدلوله وإنْ كان مقصوداً فلا يعتبر مطابقة العقد له، فالمطابقة بين المعقود عليه والمقصود يعتبر في طرف تأثير العقد فيما يترقب حصوله من مدلوله، وأمّا في طرف عدم تأثيره في ما ليس من مدلوله فلا يعتبر مطابقة العقد للقصد، فإنّ المقصود في ناحية عدم حصول ما ليس من مدلوله ليس من جهة عدم تبعية العقد للقصد، بل من جهة أنّه ليس من مدلوله، ولا لفظ آخر حتى يكون بانضمام القصد اليه سبباً لحصوله.

وعلى هذا فما أُفيد في الجواب من أنّ القصد وإنْ كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان يراد منه مطابقة القصد مع العقد، وهو كما أُفيد يعتبر موافقتهما فيما يترقب حصوله من العقد، لا فيما لا يترقب حصوله.

وقوله ﷺ (لتوقف البطلان على اللفظ والقصد وكذلك الصحة ولم يوجد في الفرض)[1] انتهى، راجع إلى المنفي لا إلى النفي، بمعنى أنّه ليس دليلاً لعدم الاعتبار، بل تعليل لتوهم الاعتبار، اي لا يعتبر الموافقة في طرف البطلان بتوهم أنّ البطلان كالصحة منوط بموافقة القصد واللفظ، ومنه يظهر سقوط اعتراض صاحب المسالك ﷺ عنه.

الامر الرابع: هل يفسد العقد الشرط الفاسد لعدم الغرض

١٠٦ ـ قوله ﷺ: (لو كان فساد الشرط لاجل عدم تعلق غرض ...الخ)[2].

قد مرّ[3] في وجه اعتبار هذا الشرط أنّ الملتزم به اذا لم يكن فيه غرض عقلائي فمعناه أنّ العقلاء لا يرونه التزاماً اعتبارياً عندهم، لما مرّ من أنّ الالتزام والعقد

---

(١) مسالك الافهام ٣: ٣٠٩.
(٢) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ١١.
(٣) تعليقة ٥٥.

والعهد كالملكية والزوجية اعتبارات عرفية عقلائية، فاذا لم يكن انشاء الالتزام التزاماً اعتبارياً عند العقلاء فلا تقيد للعقد بالتزام اعتباري حتىٰ يتكلم في أنّه مفسد للعقد ام لا.

نعم تقيد الرضا أمر لا يدور مدار اعتبار العقلاء، والرضا وعدمه تابعان للاغراض الشخصية دون الشرعية أو العقلائية، فيفسد العقد من جهة فقد الرضا، لا من جهة الابتناء علىٰ التزام فاسد؛ حتىٰ يقال بأنّه لا التزام فلا تقيد للعقد، فافهم جيداً.

* * * *

احکام الخیار

احكام الخيار

هل يورث الخيار

١٠٧ ـ قوله ﷺ: (الخيار موروث بانواعه ...الخ)[1].

تنقيح المقام بتوضيح الكلام في موارد:

أحدها: أنّ الخيار حق حتىٰ يورث، أو حكم كجواز الرجوع في الهبة فلا يورث؟ فنقول:

أمّا الخيار المجعول بالشرط فلا شبهة في أنّ المجعول به امر تسبب اليه باشتراطه كما يتسبب إلىٰ ملكية شيء باشتراطها بنحو شرط النتيجة، والحكم غير قابل للجعل إلّا ممن بيده امره، وهو الشارع في الاحكام الشرعية، فلا يعقل التسبب اليه بايجاده، نعم ايجاد موضوع يترتب عليه حكمه المجعول من جاعله معقول، لكنه ليس من التسبب اليه بجعله، وليس من الشارط هنا موضوع حتىٰ يترتب عليه حكم يعبر عنه بالخيار، بل ليس له ابتداءً إلّا جعل الخيار بالاشتراط، وعليه فينبغي أنْ يكون الخيار المجعول بالشرط خارجاً عن مورد البحث.

وأمّا سائر الخيارات فكونها حقاً أو حكماً يدور مدار أحد أمور: إمّا ظهور لسان دليله في جعل الحق، وإمّا وجود قرينة خاصة تدل علىٰ أن المجعول حق، وإمّا ترتب

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ١٧.

آثار الحق عليه شرعاً ولو بالاجماع فنقول:

الخيارات التي مدركها قاعدة الضرر كخيار الغبن وخيار تخلّف الشرط أو التخلف عن الشرط فهي ليست إلّا حكماً، لما مرّ مراراً من أنّ اللزوم اذا كان ضررياً فرفعه لا يقتضي إلّا عدم اللزوم، وهو مساوق لجواز العقد، فاثبات حق حل العقد زيادة علىٰ جواز فسخه تكليفاً ووضعاً يحتاج إلىٰ دليل آخر.

وأمّا الخيارات الثابتة بعنوانها في لسان أدلتها كقوله عليه السلام (البيعان بالخيار)[1] وقوله عليه السلام (صاحب الحيوان المشتري بالخيار)[2] وقوله عليه السلام (له في ذلك خيار الرؤية)[3] فيمكن استفادة الحقية منها، فإنّ السلطنة وإنْ كانت تارة تكليفية، وأُخرىٰ اعتبارية، إلّا أنّ التكليفية منتزعة عن الترخيص في شيء؛ فيقال إنّه مسلط عليه غير مصدود عنه[4]، إلّا أنّ ظاهر جعل الخيار جعل نفس السلطنة، لا جعلها بجعل الترخيص وعنوان الخيار، وكون العاقد مختاراً ليس إلّا جعل هذا العنوان الاعتباري المعبر عنه في كلمات الاصحاب بملك فسخ العقد أو السلطنة عليه، وليس الحق المجعول إلّا اعتباراً كاعتبار الملكية في مواردها.

وأمّا بقية الخيارات كخيار التأخير وخيار ما يفسده المبيت وخيار العيب فلسان ادلتها لعدم تكفل عنوان الخيار وشبهه قابل لكلا الامرين من الحق والحكم، هذا كله بملاحظة لسان الدليل المتكفل للخيار.

وأمّا القرينة المعينة لكون الخيار حقاً فمثل ما ذكره المصنف رحمه الله في المتن من قوله عليه السلام في ذيل خبر خيار الحيوان (بأنّه رضىٰ منه)[5]؛ نظراً إلىٰ أنَّ التصرف يمكن أنْ يكون رضا بسقوط الحق، ولا يعقل أنْ يكون رضا بسقوط الحكم حتىٰ يرتفع جواز الفسخ، وإلّا فلو أُريد منه الرضا المتجدد ببقاء العقد أو الالتزام بالعقد بقاءً فلا مانع من أنْ يكون جواز حل العقد ممتداً إلىٰ أنْ يرضىٰ متجدداً ببقاء العقد أو أنْ يلتزم به،

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ١، وغيره.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٢. (٣) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (عليه). (٥) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١.

فحاله حال قوله عليه السلام (يستخلف بالله تعالىٰ ما رضيه)[١] أي ما رضي بالبيع أو بالمبيع، وأمّا بملاحظة الاثار فالظاهر تحقق الاجماع علىٰ أنّ جميع هذه الخيارات قابلة للاسقاط، وما يقبل الاسقاط لا يكون إلّا الحق.

ثانيها: بعد الفراغ عن كون الخيار حقاً هل الحق قابل في نفسه للارث ام لا؟

وملخص الاشكال في قبوله: أنّ الحق اعتبار خاص في قبال الملكية، وكما أنّ الملكية لا تورث وذات الملك يورث فإنّه المتروك دون الملكية الزائلة بالموت، فكذا الحق فإنّه اعتبار قائم بذي الحق ومتقوم ومتشخص به فيزول بموته، لا أنّه باقٍ متروك بعد موته، وقوله عليه السلام (ما ترك الميت فهو لوارثه)[٢] يقتضي بقاء شيء بعد موته ليضاف إلىٰ الوارث بقوله عليه السلام (لوارثه)، فلا يعقل دخول الحق الاعتباري في عموم الموصول لوجهين:

أحدهما: أنّه زائل لا متروك.

وثانيهما: أنّ الحق لا يمكن أنْ يضاف إلىٰ الوارث باضافة حقية، كما أنّ الملكية مضافة بذاتها إلىٰ طرفها لا باضافة ملكية أُخرىٰ، فلا يعقل أنْ يعرض الملكية اضافة الملكية المدلول عليها بقوله عليه السلام[٣] (لوارثه).

والجواب عنه بالنقض والحل: أمّا النقض فإنّ ملكية ما في الذمة تتشخص بطرفيها، وبالموت تزول الاضافة، ولا يعقل بقاء ما في الذمة حتىٰ يورث، لأنّ تشخص ما في الذمة إنّما هو باعتبار ملك لاحد علىٰ احد، فليس كالعين الخارجية حتىٰ لايتقوم وجودها باضافتها.

وأمّا الحل فنقول: لمتعلق الملكية ومتعلق الحقية تارة بقاء حقيقة، وأُخرىٰ اعتباراً، فالعين الخارجية المملوكة بقاؤها في الخارج حقيقي، وكلي الحنطة بقاؤها في الذمة اعتباري، فيقال «مات عن مَنٍّ من الحنطة في ذمة فلان»، وكذلك متعلق الحق فتارة حقيقي كحق الاولوية بالارض المحجرة، وحق الاختصاص بالخمر

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٤.

(٢) دعائم الاسلام ٢: ٣٩٥ وفيه (ما ترك الميت من شيء فلورثته).

(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (لقوله).

المتخذ للتخليل، وأُخرىٰ اعتباري كحق حل العقد وفسخه، فإنّ هذا الموضوع له بقاء عرفاً فيستحقه الوارث، فكما أنّ الملكية لا تورث بل مجعولة بدليل الارث كذلك الحقية لا تورث بل مجعولة بدليل الارث، وإنّما الموروث هو المتعلق ملكاً أو حقاً سواء كان متروكاً حقيقةً أو اعتباراً.

ثالثها: بعد الفراغ عن كون الحق بما هو قابلاً في حد ذاته للارث يتكلم في أنّ الحقوق تختلف باختلاف موضوعاتها، فربما يكون الموضوع مقوماً، وربما يكون عنواناً وحيثية تقييدية لذي الحق، وربما يكون معنىٰ بنحو غاية يستحيل بقاؤها بعد الموت، فمع أحد هذه الخصوصيات لا يقبل الانتقال بالموت فعلاً؛ وإنْ كان في حد ذاته قابلاً، ومع انتفائها جميعاً يقبل الانتقال فعلاً كما كان ذاتاً وطبعاً.

أمّا الاول: فمثل حق التولية وحق النظارة الملحوظ فيهما شخص خاص، فلا يعقل الانتقال فيه بالارث.

وأمّا الثاني: فكالحق المجعول للعالم وللطلبة وشبههما، فإنّ هذه الحيثية حيثية تقييدية لذي الحق، فلا يعقل الانتقال إلىٰ وارثه، وأنّها مع فرض اتصاف وارثه بالعنوان فهو يستحقه بنفس الدليل المتكفِل للحق لا بدليل الارث كما هو واضح.

ومما يتردد امره في بدو النظر أنّه حيثية تقييدية أو حيثية تعليلية هو حق الشفعة الثابت للشريك، فهل الشركة حيثية تعليلية لذات الشريك فينتقل الحق إلىٰ وارثه، أو حيثية تقييدية فلا ينتقل إلىٰ وارثه.

وربما يتخيل التفصيل بين أنْ يكون الوارث شريكاً فيرث حق الشفعة أو لم يكن كالزوجة بالنسبة إلىٰ الارض فلا ترث حق الشفعة.

وفيه: أنّ الشركة الموجبة للشفعة هي الشركة قبل بيع أحد الشريكين حصته، لا بعد بيع الحصة، مع أنّه لا ريب في ثبوت الشفعة لجميع الورثة علىٰ المشهور، مع أنّه لا شبهة عندهم في عدم الشفعة مع تعدد الشركاء، فيعلم أنّ الشفعة بعنوان الارث لا بعنوان الشركة، وأنّ الشركة حيثية تعليلية للحق لا حيثية تقييدية، مع أنّ استحقاق الوارث لو كان بعنوان الشركة لم يتوقف علىٰ ارث الحق اصلاً، فإنّه ثابت

ولو لم ينقل بارث حق من الحقوق، بل ارث المال يوجب تحقق الشركة، والشركة موجبة لحق الشفعة كنفس المورث، فالموت محقق للشركة لا سبب لأرث الحق.

وأمّا الثالث: فمثل خيار المجلس المغيّي[١] بالافتراق؛ بناءً علىٰ ما ذكرنا في مبحث خيار المجلس أنّ المراد من الافتراق ما هو في قبال الاجتماع علىٰ المعاملة لا مجرد[٢] الحضور في مجلس البيع، ولذا قلنا بأنّ حضور الموكل فيما[٣] اذا كان الوكيل مستقلاً في أمر المعاملة كعدمه، اذ لا اجتماع له مع الطرف علىٰ المعاملة، وإنْ كان اثرها عائداً اليه، فالاجتماع والافتراق هنا يراد منهما سنخ اجتماع وافتراق لا يصدق إلّا فيمن كان من شأنه ايجاد المعاملة وهو الحي مع الحي، لا الميت الذي هو كالجماد مع الحي، فبمجرد الموت يزول ذلك الاجتماع، ولعله المراد مما حكي عن العلّامة ﷺ في التذكرة[٤] بأنّ الموت يوجب المفارقة عن الدنيا وهو أعظم من المفارقة عن المجلس، فتدبر، وقد مرّ في مبحث خيار المجلس بعض ما يناسب المقام[٥].

١٠٨ ـ قوله ﷺ: (في أنّ ارث الخيار ليس تابعاً لارث المال ...الخ)[٦].

الظاهر منه ﷺ أنّ حق الخيار تارة يورث بلاكلام، وأُخرىٰ لا يورث بلاكلام، وثالثة يكون محل الكلام.

فالاول: في مورد استغراق الدين للتركة، فإنّ الوارث لا يرث شيئاً من المال فعلاً، ومع ذلك فاستغراق الدين لا يمنع عن ارث الخيار، وهذه الحيثية لا دخل لها بكون التركة ارضاً او عقاراً وأنّ الزوجة محرومة، فإنّها حيثية أُخرىٰ سيجيء[٧] إن شاء الله تعالىٰ الكلام فيها، والقول بالارث وعدمه هناك أجنبي عن حلّية[٨] الدين واستغراقه، وحرمان[٩] الوارث عن الارث الفعلي.

ولعل وجه كون الارث مسلماً هنا ـ مع أنّ الحق من جملة التركة، والارث علىٰ

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (المضي).
(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (تجرد).
(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (مما).
(٤) التذكرة ١: ٥١٧ سطر ٣٩.
(٥) ح ٤ تعليقة ٣٣.
(٦) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ٢٦.
(٧) التعليقة اللاحقة.
(٨) يعني كونه حالاً.
(٩) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (جريان).

الفرض بعد الدين ـ هو أنّ الاستغراق يمنع عن ارث ما يمكن وفاء الدين به وهو المال المتروك؛ دون حق الخيار بما هو فهو كحق القصاص مع استغراق دين المقتول لتركته وحرمان وارثه عنها، فإنّه لا مجال للشبهة في ارثه لحق القصاص، وليس محروماً منه علىٰ حد حرمانه من المال، فحق الخيار بما هو ليس مما يوفى به الدين؛ ليكون الدين مستغرقاً مانعاً عن انتقاله إلىٰ الوارث.

نعم اعمال الخيار من حيث اقتضائه لذهاب مقدار من التركة إلىٰ المفسوخ عليه اضراراً بالديان، وهو ممنوع عنه، مع أنّه يمكن أنْ يقال بأنّ الدين المستغرق يمنع عن انتقال التركة باعمال الخيار، فباعمال الخيار وانتقال المال من المفسوخ عليه إلىٰ الوارث لا ينتقل من تركة الميت إلىٰ المفسوخ عليه شي، لكونه كالتالف الذي لايعود، بل يشتغل ذمة الميت بالبدل كما سيجيء[1] ان شاء الله تعالىٰ نظيره في المبحث الآتي المعنون بعنوان الفرع فانتظر.

والمانع الثاني: الذي لاكلام في مانعيته هو احد موانع الارث كالقتل والرق والكفر، فإنّها موانع متساوية الاقدام بالنسبة إلىٰ جميع متروكات الميت، سواء كانت ملكاً أو حقاً، وفي الحقيقة هو أجنبي عن تبعية ارث الحق لارث المال، فإنّ[2] حرمان الوارث القاتل من الارث للحق ليس من أجل حرمانه عن مال الميت، بل هو محروم منهما في عرض واحد.

والمانع الثالث: ما هو مانع تعبدي ككون المتروك[3] ارضاً بالاضافة إلىٰ الزوجة غير ذات الولد، فإنّ حرمانها من المال المتروك يوهم حرمانها من حق الخيار المتعلق به، وحرمانها من الحق حتىٰ فيما اذا كانت الارض منتقلة عن الميت بالخيار باعتبار أنّ اعمال الخيار يوجب انتقال الارض إلىٰ الميت ثم إلىٰ الورثة، والزوجة محرومة منها، فالحرمان تارة بالفعل وأُخرىٰ بالاخرة.

١٠٩ ـ قوله ﷺ: (ففي حرمانها من الخيار المتعلق بذلك المال ...الخ)[4].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ٧، تعليقة ١١١. (٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (بان).
(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (التروك). (٤) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ٢٩.

مورد الكلام اعم مما اذا كان المحرومة منه الزوجة منتقلاً إلىٰ الميت أو منتقلاً من الميت، والوجوه أو الاقوال فيها أربعة:

أمّا وجه القول بالارث مطلقاً فلعموم (ما ترك الميت فهو لوارثه)، وعدم المانع عن خصوص الحق.

وأمّا وجه القول بعدمه مطلقاً فما افاده المصنفﷺ بتقريب: أنّ الخيار هو السلطنة علىٰ استرداد ما انتقل عن ذي الخيار بعد الفراغ عن السلطنة علىٰ رد ما انتقل اليه ولو بالاقالة، والزوجة لا سلطنة لها علىٰ رد ما انتقل الىٰ الميت؛ لكونه ارضاً وهي محرومة منها، ولا سلطنة لها علىٰ الاسترداد لأنّ المنتقل عن الميت هي أرض لا تنتقل اليها، فلا معنىٰ لاستردادها، ففي كلتا الصورتين لا خيار، إمّا لعدم السلطنة علىٰ الرد فيما اذا كان المنتقل إلىٰ الميت ارضاً، وإمّا لعدم السلطنة علىٰ الاسترداد فيما اذا كان المنتقل عن الميت ارضاً.

وأمّا وجه القول بعدمه اذا كان المنتقل عن الميت ارضاً، وثبوته فيما اذا انتقلت اليه الارض فهو عدم السلطنة علىٰ استردادها، لا لنفسها لحرمانها، ولا لمن نصب من قبله في الاول، وثبوت تلك السلطنة في الثاني مع عدم الاعتناء بلزوم السلطنة علىٰ الرد قبلاً كما يدعيه المصنفﷺ، أو دعوىٰ أنّه وإنْ لم يكن لها السلطنة علىٰ الرد إلّا أنّ العقد حيث إنّه متزلزل علىٰ الفرض لثبوت الخيار لسائر الورثة، فالثمن في معرض الانتقال إلىٰ جميع الورثة ومنهم الزوجة، فللزوجة حق في الثمن فلها استيفاؤه باعمال الخيار كما ادعاها المصنفﷺ في صريح كلامه، مع أنّه يرىٰ توقف السلطنة علىٰ الاسترداد علىٰ السلطنة علىٰ الرد، إلّا أنّه جعل هذا الوجه فارقاً بين هذه المسألة ومسألة عدم الخيار للوكيل المستقل في امر العقد، وأنّ الخيار هناك للموكل دون الوكيل، وسيجيء[1] إن شاء الله تعالىٰ تحقيق الحق فيه.

وأمّا وجه القول بعدمه فيما اذا كان المنتقل إلىٰ الميت ارضاً، وثبوته فيما انتقل عنه، ففي الاول أنّ الارض حق لسائر الورثة فلا سلطنة للزوجة بابطال حقهم

---

(١) في نفس التعليقة.

واخراجها عن ملكهم كما في جامع المقاصد[١]، وفي الثاني أنّ الثمن يستحقه الزوجة، والخيار وإنْ كان سلطنة علىٰ الاسترداد إلّا أنّ الاسترداد إلىٰ النفس أو إلىٰ من كان منصوباً من قبله غير لازم، بل اعمال الخيار يقتضي الرجوع إلىٰ الميت كما سيجئ تفصيل القول فيه، هذه نبذة من وجوه الاقوال الاربعة.

والحق هو الارث مطلقاً، وتوضيحه ببيان أُمور:

منها: انا قد بيّنا في مبحث خيار المجلس أنّ الخيار هو حق حل العقد دون حق الرد والاسترداد، وعلىٰ فرض كونه حقاً متعلقاً بمقولة الرد والاسترداد ملكاً لا خارجاً فلا موجب أولاً لجعل الخيار بمعنىٰ خصوص حق الاسترداد، ولا موجب لجعله ثانياً متوقفاً علىٰ حق الرد ولو بالاقالة كي يلزم منه بعض المحاذير، وقد فصلنا القول فيه هناك، فراجع[٢].

ومنها: أنّ الخيار حيث إنّه حق حل العقد أو حق استرداد الربط الملكي المتعلق بالمبيع مثلاً فهو لا يقتضي إلّا انحلال العقد، أو رجوع الربط الملكي إلىٰ ماكان، لا إلىٰ المسلط علىٰ ارجاع الربط إلىٰ ماكان؛ حتىٰ يتوهم أنّ الزوجة حيث لا ترث لا معنىٰ لسلطنتها علىٰ استرداد الارض، وسيجئ[٣] تحقيق هذا المعنىٰ مفصلاً ان شاء الله تعالىٰ في شرح كلام المصنف ﷺ المعنون بعنوان الفرع في المسألة الآتية.

ومنها: أنّه لو قلنا بأنّ الخيار هي السلطنة علىٰ الاسترداد المتوقفة علىٰ السلطنة علىٰ الرد ولو بالاقالة فاللازم ثبوت سلطنة علىٰ الرد ملكاً أو حقاً، وثبوت الخيار لسائر الورثة لا يوجب الخيار للزوجة كما هو واضح، وتزلزل العقد من ناحية الورثة لا يوجب أي سلطنة ملكية أو حقية للزوجة علىٰ رد الارض، وكون الثمن في معرض الانتقال لا يوجب سلطنة فعلية لا عليه ولا علىٰ الارض بالفعل، بل الثمن ملك شأني للزوجة علىٰ تقدير اعمال الخيار من سائر الورثة، فلاحق للزوجة فعلاً حتىٰ تستوفيه باعمال الخيار، ولو فرض أنّ هناك حقاً فلا يمكن استيفاؤه إلّا بسبب صحيح، وإلّا

---

(١) جامع المقاصد ٤: ٣٠٦.
(٢) ح ٤ تعليقة ١٠٨.
(٣) تعليقة ١١١.

فهو غير قابل للاستيفاء، ولا سبب له إلّا حق الخيار لا حق آخر، حيث لا موجب له ولا دليل عليه، وحق الخيار للزوجة أول الكلام، فإمّا أنْ يقال بعدم لزوم السلطنة علىٰ الرد، وإمّا أنْ يقال بعدم السلطنة علىٰ الاسترداد، حيث إنّ هذه الوجوه لا تحقق سلطنة علىٰ الرد ولو حقاً من غير ناحية حق الخيار، فتدبر.

وأمّا ما عن الفخرﷺ فيما سيأتي ان شاء الله تعالىٰ في شرح عبارة والدهﷺ (فالاقرب ارثها من الخيار، ولأنّ لها حقاً في الثمن، ويحتمل عدمه لأنّها لا ترث من الثمن إلّا بعد الفسخ، فلو علل بارثها لدار)[1] انتهىٰ، فمرجعه إلىٰ حمل حقها في الثمن علىٰ ملكها الفعلي، وملكها الفعلي موقوف علىٰ الفسخ، والفسخ علىٰ استحقاقه بالخيار، فلو توقف حق الخيار علىٰ ملكها الفعلي لزم الدور، وأمّا اذا أُريد من حقها في الثمن ملكها التقديري فهو لا يتوقف علىٰ الفسخ ولا علىٰ حق الفسخ، فيتوقف حق الخيار علىٰ مثل هذا الملك التقديري المعبر عنه بالحق، باعتبار أنّه نحو تشبث لها بالثمن، فلا مانع من أنْ تملك، تملكه بالفسخ، نعم لا موجب لحق الخيار لاستيفاء هذا الحق كما مرّ.

ومنها: أنّه قد تقدم في البحث عن جعل الخيار للاجنبي أنّ مرجعه ليس إلىٰ التوكيل في اعمال الخيار؛ ليكون الخيار للجاعل ومباشرة اعماله للمجعول له، بل حق خيار مجعول للاجنبي علىٰ حد ثبوته لغيره، وقد بيّنا في محله تحقيق هذا الامر فراجع[2]، ومختار المصنفﷺ أيضاً ذلك.

وعليه نقول: إنْ كان الاجنبي وكيلاً عن الجاعل في الفسخ فيصح ما أفاده المصنفﷺ من أنّ الاجنبي له السلطنة علىٰ استرداد المال إلىٰ من هو منصوب من قبله، فلا يتبعض به خيار الزوجة في استرداد المال الذي لا تملكه، والمفروض[3] عدم كونها منصوبة من قبل احد، وإنْ كان الاجنبي أحق حقيقة فله السلطنة علىٰ الاسترداد، ورجوع المال إلىٰ مالكه السابق من حيث اقتضاء الفسخ، لا من حيث

---

(١) ايضاح الفوائد ١: ٤٨٧.
(٢) ح ٤ تعليقة ١٠٨.
(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (المعروض).

قصد الفاسخ استرداده للمالك، وعليه فللزوجة السلطنة علىٰ الاسترداد؛ وإنْ كان مقتضاه رجوع المال إلىٰ سائر الورثة.

اذا عرفت ما رسمناه من الامور المزبورة تعرف: أنّ الزوجة ترث الخيار مطلقاً سواء كان المال المحرومة منه منتقلاً إلىٰ الميت أو منتقلاً عنه؛ لوجود المقتضي وعدم المانع، لأنّ المانع في الاول عدم السلطنة لهما علىٰ رده، وقد عرفت أنّ ذلك إمّا غير لازم في الخيار وهذه السلطنة مجعولة بنفس جعل الخيار الذي هو علىٰ هذا المبنىٰ حق الرد والاسترداد، ورد مال الغير إلىٰ المفسوخ عليه بجعل الشارع كردّه بجعل المالك للاجنبي، حيث لا فرق في حقيقة الخيار بين جاعل وجاعل، والمانع في الثاني عدم السلطنة علىٰ استرداده إلىٰ نفسها، ولم يفرض من تكون منصوبة من قبله، وقد عرفت أنّ السلطنة علىٰ الاسترداد غير متقومة بالاسترداد إلىٰ نفس من له السلطنة، وسيجيء[1] ان شاء تعالىٰ بقية الكلام في الفرع الآتي في المسألة الآتية.

كيفية استحقاق الورثة للخيار

١١٠ ـ قوله ﷺ: (في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار ...الخ)[2].

حيث إنّ المسألة من مفصلات المسائل فينبغي توضيحها بتقديم أُمور:

منها: أنّ وحدة الحق كوحدة الملكية تارة عمومية وأُخرىٰ شخصية، أمّا وحدة الملكية العمومية فملك الدار مثلاً، فإنّ المالك لها كما يملك الكل يملك البعض المعين والبعض المشاع منها نصفاً وثلثاً وربعاً إلىٰ آخر الكسور، ولا يتوهم احد أنّ الملكية شخصية؛ فإنّ الاضافات تتشخص بتشخص اطرافها، فلا يعقل كثرة المملوك معيناً ومشاعاً مع وحدة الاضافة شخصاً.

وأمّا وحدة الحق وحدة عمومية كحق التحجير في الارض المحجرة، وكحق الاختصاص في الخمر المتخذ للتخليل، فإنّ الارض تماماً وبعضاً متعلق للحق وكذا الخمر، فكما لذي الحق اللاولوية بهذه الارض تماماً فكذلك بابعاضها معيناً ومشاعاً،

---

(١) تعليقة ١١١.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩١ سطر ٢٧.

وكما له الاختصاص بالخمر تماماً فكذلك بابعاضها، فلمثل هذا الحق وحدة عمومية ينحل إلىٰ الحقوق بحسب تبعّض متعلقه معيناً ومشاعاً.

وتوهم: أنّ الحق بسيط لا يتجزئ ولا يتبعّض.

مدفوع: بأنّ الاعتبار الحقي كاعتبار الملكية بسيط، بل الاعتبارت اشد بساطة من الاعراض؛ فإنّها ذوات احصاص وفصول عقلية دون الاعتباريات، إلّا أنّ البساطة تنافي التجزئ والتبعّض دون التعدد، فلا يعقل نصف الملكية وربعها، لكن يتعقل تعدد الملكيات بتعدد الاملاك، وما نحن فيه من قبيل الثاني، فتدبر.

وأمّا وحدة الملكية شخصاً كما إذا ملك بالاجارة أو الشرط عملاً غير قابل للتبعّض لا معيناً ولا مشاعاً كما اذا ملك عليه العتق أوالبيع ونحوه، فإنّ العتق بما هو لا بعض له ولاكسر له؛ فكذلك الحق كحق القصاص فإنّ القصاص لاكسر له ولا بعض له، فلا يمكن تعدد الملكية والحقية من ناحية تبعض المملوك ومورد الحق.

ومنها: أنّ مورد حق الخيار وإنْ كان هو العقد فيوهم أنّه ليس له إلّا حل واحد، إلّا أنّ العقد اذا كان علىٰ ملكية الدار مثلاً؛ فقبول الدار للتبعّض يوجب قبول الملكية للتعدد، فيوجب قبول العقد تحليلاً للانحلال إلىٰ عقود، وعليه يبتني صحة العقد علىٰ ما يملك ومالا يملك في الاول دون الثاني، ومع فرض قبول العقد للتعدد يكون الحل أيضاً قابلاً له فيعقل تعدد حق الحل والفسخ، وحينئذ فإنْ كان الحق الثابت لذي الخيار بحيث كان له حل العقد في الكل والبعض ـ كما في خيار فسخ العقد برد مثل الثمن تماماً في تمامه وبعضاً في بعضه، فمثل هذا الحق المنحل إلىٰ الحقوق قابل لأنْ ينتقل إلىٰ اشخاص متعددين.

واذا فرض أنّ الحق الثابت حق حلّ العقد رأساً وتركه اصلاً، فلا محالة هو غير متعدد علىٰ الفرض، وتعدده بقيامه باشخاص متعددين خلف واضح، كما هو الظاهر في جميع الخيارات المجعولة شرعاً، فليس لمن له خيار المجلس أو الغبن أو الحيوان أو العيب إلّا حلّ العقد بتاتاً أو تركه رأساً، وقد صرح المصنف ﷺ بذلك في مبحث خيار العيب، حيث قال: (انه لا يشك احد في أنّ دليل هذا الخيار كغيره من

ادلة جميع الخيارات صريح في ثبوت هذا الخيار لمجموع المبيع، [لا لكل جزء] ولذا لم يجوّز أحد تبعيض ذي الخيار بين اجزاء ما له فيه الخيار)[1] انتهىٰ.

ومنها: أنّ وحدة مورد الحق لا توجب وحدة الحق، لبداهة تعلق حقين لشخصين بالنسبة إلىٰ عقد واحد، كما في خيار المجلس بالبيعين، بل وضوح تعلق حقوق متعددة لشخص واحد بالاضافة إلىٰ عقد واحد باسباب متعددة كما في تعلق خيار المجلس وخيار الحيوان وخيار الغبن في عقد واحد لشخص واحد، ولا يلزم منه اجتماع المثلين في موضوع واحد، ولا توارد سببين علىٰ مسبب واحد كما اوضحناه في مبحث خيار الحيوان[2]، بل الوحدة هنا من حيث فرض تعلق الحق بمورد واحد بسبب واحد لشخص واحد إمّا اعمالاً أو تركاً، وأنّ مثله هل يتعدد بالارث أم لا؟ فتعقل تعدد الخيار بتعدد من له الحق وامكان قيام حق واحد استقلالاً بشخصين أجنبي عن موضوع البحث، كقيام حق القصاص بشخصين من اولياء الدم ونحوه.

ومنها: أنّ الموت ليس سبباً لملكية الوارث أو استحقاقه ابتداء، بل سبب لانتقال الملك أو الحق من المورث إلىٰ وارثه، فلا يعقل تعدد الواحد بالانتقال من طرفه إلىٰ طرف آخر، ولا يقاس بالمقولات العرضية بحيث اذا تعدد موضوعاتها تعددت قهراً، كما اذا كان المحاذي للجدار واحداً فإنّ المحاذاة واحدة بوحدته، فاذا قام اثنان مقام ذلك الواحد تعددت المحاذاة حقيقة، والفارق أنّ المقولة وإنْ كانت اضافة محتاجة إلىٰ موضوع شخصي تقوم به، ولا يعقل عرض واحد وموضوعان، بخلاف الاعتبارات الشخصية فإنّ الواحد بالاعتبار يعقل أنْ يقوم بواحد بالاعتبار، فالطرف وإنْ كان متعدداً بذاته إلّا أنّه واحد بما هو طرف لاعتبار واحد، وقد عرفت أنّ الموت سبب لانتقال ذلك الواحد، لا أنّه سبب[3] ابتدائي للحق حتىٰ يعقل تعدده بتعدد من له الحق؛ بداهة أنّ الموت ليس سبباً لامثال ما للميت، بل سبب لنفس ما للميت.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٥٨ سطر ٣٣. (٢) ج ٤ تعليقة ٩١.

(٣) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (بسبب).

فان قلت: ليس المتروك الملكية أو الحقية؛ ليقال بأنّها واحدة حقيقة، والواحد لا يتعدد بالانتقال، بل المتروك ذات المملوك وذات مورد الحق، وانتقاله بصيرورته طرفاً لاضافة الوارث بعد ماكان طرفاً لاضافة الميت، فلا مانع من انتقال هذا المتروك الواحد إلىٰ المتعدد بصيرورته طرفاً لاضافات متعددة بعدد الورثة، اذ ليس فيه المانع المزبور، وهي صيرورة الواحد متعدداً، كما لا مانع من تعلق الحق المستقل متعدداً بعقد واحد كما في خيار المجلس للبيعين بالنسبة إلىٰ عقد واحد، وهو غاية ما يمكن أنْ يوجه به مختار صاحب الجواهر رحمه الله[1].

قلت: نعم المتروك هو مورد الملكية والحقية، وأنّ انتقاله ملكاً أو حقاً هو معنىٰ الارث المدلول عليه بقوله عليه السلام (فهو لوارثه) إلّا أنّ المتروك تارة واحد بوحدة عمومية فهو قابل للتعدد كالدار وكحق خيار الشرط برد مثل الثمن كلاً وبعضاً، وأُخرىٰ يكون واحداً بوحدة شخصية بحسب الفرض وإنْ كان قابلاً للتعدد بذاته، فحلّ العقد معنىٰ له وحدة عمومية قابلة لفرض التعدد بالنسبة إلىٰ العقد المضاف إلىٰ كل جزء من الملك، لكن المفروض أنّ المورث له حق حل واحد حقيقة، والحل الواحد بالحقيقة كان طرف اضافته المسماة بالحق، والواحد لا يتعدد بالانتقال من طرف إلىٰ طرف.

وأمّا أنّ الحل الذي هو مورد حق المورث واحد حقيقة بوحدة شخصية؛ فإنّ تعدده إمّا بتعدد الحل بلحاظ تعدد العقد علىٰ ملكية منحلة إلىٰ ملكيات؛ فالمفروض أنّه ليس له حل العقد في ابعاضه، وإمّا بتعدد الحل اعتباراً، وهو بالنسبة إلىٰ شخص واحد بسبب واحد غير معقول، فإنّ مرجعه إلىٰ اعتبار استحقاقه للحل مرتين، وهو لغو يستحيل صدوره من جاعل حكيم، ومنه يتضح عدم الانتقاض بتعدد استحقاقه لاشخاص متعددين أو باسباب متعددة.

ودعوىٰ: أنّه لا مانع من صيرورة الواحد متعدداً بالانتقال؛ نظراً إلىٰ أنّ حق الخيار اذا كان لواحد فصار مجنوناً فلكل من الوليين له الخيار.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٧٦.

فمدفوعة: بأنّ الجنون ليس من اسباب انتقال الملك أو الحق إلىٰ الولي، بل من اسباب السلطنة للوَلي علىٰ التصرف فيه بالبيع ونحوه في الملك، وباعمال الخيار أو اسقاطه في الحق، فكما لا يكون مالكاً إلّا للتصرف فكذا لا يكون ذا حق الخيار، بل له ملك استيفاء الحق واسقاطه، ولذا لا شبهة في أنّ هذا الحق ينتقل إلىٰ وارث المجنون لا إلىٰ ورثة الاولياء، ولعمري إنّه من الوضوح بمكان وإنْ اشتبه امره علىٰ بعض الاعيان.

ومنها: أنّك قد عرفت في تضاعيف ما قدمناه أنّ مسألة بساطة الحق وعدم تبعضه أجنبية عن محل البحث، وإنّما البحث في وحدته وتعدده، والبسيط ربما يتحد وربما يتعدد، وحينئذ نقول: إنّ تعدد متعلق الحق تارة يكون واسطة في ثبوت تعدد الحق، وأُخرىٰ يكون واسطة في عروضه، بمعنىٰ أنّ الحق وإنْ كان علىٰ الفرض واحداً حقيقةً لكنه لتعدد متعلقه ينسب اليه التعدد، لا أنّه حقيقة متعدد، فإنْ كان الاول صح أنْ يقال إنّ لكل واحد من الورثة اعماله في نصيبه، كما أنّه له اسقاطه.

إلّا أنّ المبنى فاسد؛ لما تقدم من وحدة الحق علىٰ الفرض وأنّ قابلية المتعلق لفرضه متعدداً لا يجدي وأنّ المتعلق القابل للتعدد ليس بنهج الكثرة والتعدد متعلقاً للحق الواحد، بل بنهج الوحدة، وكما يستحيل قيام الواحد الحقيقي بالمتعدد ـ بما هو متعدد حقيقة لا بما هو واحد بالاعتبار ـ كذلك يستحيل تعلق الواحد الحقيقي بالمتعدد بما هو متعدد وكثير، بل لابد وأنْ يكون بما هو واحد بالاعتبار؛ لأنّ كل ذلك خلف واضح.

وإنْ كان الثاني فمن الواضح أنّ المتعدد بالعرض والمجاز لا يعقل أنْ يترتب عليه السلطنة علىٰ اعمال الحق في نصيبه، مع أنّه لا حق له حقيقة، والتشبث بذيل صدق التعدد عرفاً علىٰ الحق الواحد في ذاته باعتبار تعدد متعلقه ذاتاً لا يصغى اليه، ولا ينبغي الالتفات اليه بعد وضوح مقام الثبوت، ومنه تعرف أنّ ما في المتن من أنّ تجزئ الخيار بحسب متعلقه مما لم يدل عليه ادلة الارث لا حاجة اليه؛ لعدم وصول النوبة إلىٰ مقام الاثبات بعد عدم معقولية مقام الثبوت تارة، وعدم ترتب الثمرة

المترقبة عليه أُخرىٰ.

ومنها: أنّ الواحد الحقيقي الشخصي اذا كان مقولياً لا يعقل أنْ يقوم إلّا بموضوع شخصي خارجي، ولا يعقل قيامه بالكثير الخارجي وإلّا لزم إمّا وحدة الكثير أو كثرة الواحد، ولا يعقل أنْ يقوم بالكثير الواحد بالاعتبار، لأنّ الواحد بالاعتبار بما هو كذلك لا ثبوت له إلّا في أُفق الاعتبار، والمفروض أنّ العرض القائم به خارجي، وقيامه أيضاً خارجي؛ بمعنىٰ أنّه وجود ناعتي لامر عيني فيلزم الخلف أيضاً، فإنّه يلزم إمّا تأصل الاعتباري أو اعتبارية المتاصل، بخلاف الاعتباريات فإنّها قابلة لأنْ تقوم بالواحد بالحقيقة وبالواحد بالاعتبار؛ لعدم لزوم محذور من كون الكثير ملحوظاً بنهج الوحدة ومجعولاً طرفاً واحداً لأمر اعتباري واحد، ومنه يتضح أنّه لا مانع من صيرورة الورثة مجموعاً طرفاً واحداً لحق واحد، فتدبره جيداً.

ومنها: أنّ الملكية أو الحقيّة ربما تقوم بالاشخاص، وربما تقوم بوجودات الطبيعة، ولا فرق بينهما إلّا في لحاظ المشخصات المفردة أو اللازمة للافراد في الاولىٰ دون الثانية، وحديث قيامها بالطبيعي بما هو أجنبي عن القيام بوجود الطبيعة المتعدد بتعدد افرادها، بل ما يقوم به اعتبار الملك والحق نفس الطبيعي بما هو، لا وجود الطبيعي؛ فإنّه لا فرق في الملكية مثلاً بين طرفيها من ذات المالك وذات المملوك، فكما يملك كلي المنّ من الحنطة في ذمة زيد من دون تعين وجودي عيني خارجي فكذا يمكن أنْ يكون مالك الزكاة والخمس كلي الفقير والسيد من دون تعين من تعينات الفقراء والسادة الموجودين في الخارج؛ حتىٰ بنهج ملاحظة الوجودات بنحو الوحدة والكثرة، ولحاظ طبيعة الوجود المضافة إلىٰ طبيعة الفقير والسيد، اذ لو لوحظت هكذا بنحو فناء العنوان في المعنون لكان الملك أو الحق مختصاً بهم، لا بمن يوجد بعدُ، ولمّا احتاج يعينه الىٰ تعيّن من عليه الخمس والزكاة، ولكان الخمس والزكاة مشتركاً بين افراد هذه الطبيعة الملحوظة بنحو الوحدة ولزوم توزيعه عليهم، فإنّ كل وجود من وجودات الطبيعة مقوّم هذا الوجود الوحداني فهو مقوّم للمستحق لهما إلىٰ غير ذلك من المحاذير.

وبالجملة: فكما أنّ الكلي بما هو طبيعي مملوك من دون نظر إلىٰ وجود خاص ولا إلىٰ وجود مطلق فكذلك المالك يمكن أنْ يكون كلي الفقير أو كلي السيد أو كلي الوارث، غاية الامر أنّ جميع المفاهيم الثبوتية مطابقها ما هو بالحمل الشائع فقير او سيد او وارث، ولابد في تعيّن الطبيعي المجرد عن انحاء التعينات في مرتبة المالكية والمملوكية مثلاً من معين، إمّا تعيين البائع الذي له الولاية علىٰ تطبيق ما اشتغلت به ذمته، أو تعيين من عليه الخمس والزكاة، وربما يكون بنفس اقدام من هو مصداق الطبيعي القابل للانطباق عليه، كالسبق إلىٰ ما يكون بسبقه أحق به، أو بالاخذ بالخيار لمن هو مصداق الطبيعي.

ومما ذكرنا تبين: أنّه غير استحقاق كل شخص من الورثة في كل مورد الحق أو في مقدار نصيبه من المال أو مجموع الورثة، فتخيل رجوعه إلىٰ الاول فاسد كما عرفت، نعم لا دليل علىٰ اعتبار ارث الحق هكذا، كما أنّ ارث الملك ليس كذلك قطعاً كما نص به المصنف ﷺ في المتن.

ومنها: أنّ الورثة إنْ كان كل واحد منهم ذا حق بالاستقلال في الكل ـ كما عن صاحب الجواهر ﷺ[1] ـ فحاله حال البائع والمشتري في خيار المجلس، فلو اسقط أحدهما حقه لم يوجب سقوط حق الآخر، كما أنّه لو استوفىٰ أحدهما حقه باعمال الفسخ لم يبقَ للآخر موضوع لاعمال الخيار، بل لو قلنا بأنّ حق الخيار متقوّم بالفسخ والامضاء والابرام لم يكن امضاء أحدهما إلّا موجباً لابرام العقد من قبله، وهو لاينافي تزلزل العقد بالنسبة إلىٰ الآخر، كما اذا كان من الاول كذلك، فإنّ لزوم العقد بالاضافة إلىٰ أحدهما وتزلزله بالنسبة إلىٰ الآخر كثير في الغاية.

وإنْ كان كل واحد منهم ذا حق مستقل ولكنه في مقدار نصيبه فله اعمالاً واسقاطاً في ذلك المقدار، كما هو مقتضىٰ الوجه الثاني المذكور في المتن، فيبقىٰ مجال للآخرين للاعمال والاسقاط في مقادير سهامهم، وأمّا لو كان المجموع ذا حق واحد اعمالاً واسقاطاً فمقتضاه عدم الانفساخ بفسخ احدهم، وعدم سقوط الحق

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٧٦.

باسقاطه، بل لابد من الاجتماع علىٰ الفسخ أو الاسقاط، وهو من القضايا التي قياسها معها.

إلّا أنّه ورد في الشرع ما ينافي ذلک في موارد، بحيث يوهم أنّ الحق ليس للمجموع بما هو، بل لكل واحد منهم في الكل لا في مقدار نصيبه، فمن تلك الموارد ما ورد في الشفعة من أنّها تورث، وأنّ المشهور أنّه لو عفىٰ بعض الورثة لم تسقط، وأنّه للآخر أنْ يأخذ الجميع؛ وإنْ تردد فيه المحقق ﷺ في الشرائع[1]، وحكىٰ عن التذكرة[2] أنّ حق العافي[3] للمشتري، وتأمل فيه المحقق الاردبيلي ﷺ[4].

ومن تلك الموارد حق القذف فإنّه يورث أيضاً، وقد ذكروا أنّه لو عفىٰ أحد الورثة لم يسقط بمقدار نصيبه من الحد، بل للآخر استيفاء الحد تماماً، بل هو منصوص[5] أيضاً.

ومن تلك الموارد حق القصاص إلّا أنّه عن جماعة أنّه إنْ كان الوارث ـ الذي هو ولي الدم ـ جماعة لم يجز الاستيفاء إلّا باجتماع الجميع، ونسب ذلك إلىٰ المشهور، وعن جماعة آخرين أنّه يجوز لكل منهم المبادرة إلىٰ استيفائه ولو لم يأذن به الآخر، ونسب ذلك إلىٰ الاكثر، وكذا اذا عفىٰ احد الورثة كان للآخر استيفاء حق القصاص، لكنه مع ضمان حصة من لم يأذن اليه، وأنّه اذا عفىٰ بعضهم مجاناً يجوز استيفاء الحق للآخر مع رد نصيب من عفىٰ علىٰ القاتل، فإنّ هذا كله منافٍ في بدو النظر لقيام الحق بالمجموع الذي مقتضاه عدم امكان استيفاء الحق أو اسقاطه إلّا بالاجتماع.

وبالجملة: فالاشكال من وجهين:

أحدهما: ما معنىٰ نفوذ العفو من أحدهما مع أنّ الحق واحد قائم بالمجموع اعمالاً واسقاطاً؟!.

وثانيهما: ما معنىٰ جواز الاستيفاء من أحدهما ولو لم يأذن به الآخر؟!.

أمّا الاول فيندفع: بأنّ العفو إنْ كان مرجعه إلىٰ اسقاط الحق فهو منافٍ لقيامه

---

(١) شرائع الاسلام ٣: ٢٠٩.
(٢) التذكرة ١: ٦٠٠ سطر ١٧.
(٣) يعني من اسقط حقه.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٤١٥.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢٢ من ابواب حد القذف، ح ٢.

بالمجموع، وأمّا اذا كان مرجعه إلىٰ اخراج نفسه عن الطرفية لاضافة الحق وعدم المعية في الاخذ بالحق لا اسقاطه فهو غير منافٍ لوحدة الحق، ولا لبقائه ولا لاستقلال الآخر في الاخذ بالحق.

وتقريبه: أنّ معنىٰ قيام الحق الوحداني الشخصي بالمجموع أنّ كل واحد من الورثة مقوم طرف اضافة الحق، فمعنىٰ جعل الحق لمجموع الورثة جعل كل واحد دخيلاً له المعية مع غيره، وهذه المعية له لا عليه، فله المعية مع غيره في الاخذ بالحق، وله لا[1] أنْ لا يكون معه، وهذا معنىٰ اخراج نفسه عن الطرفية، ولا محالة كل اضافة شخصية قائمة بشخصين تقوم بالواحد مع خروج أحدهما قهراً أو اختياراً عن الطرفية؛ فيستقل الآخر ويكون تمام الطرف، ومقتضاه الاستقلال بالاخذ، فهذا الذي قوّيناه من لوازم طرفية المجموع؛ فلا يقال إنّ هذا المعنىٰ لم يكن للمورث فكيف يكون للوارث؟! فإنّه غير موروث، بل من لوازم ارث المجموع للحق الواحد الشخصي.

وأمّا الثاني فيندفع اولاً: أنّ جواز الاستيفاء من دون اذن من الآخر غير مسلم، كيف؟ وظاهر جماعة منهم المحقق رحمه الله في الشرائع[2] أنّه لا يجوز استيفاء حق القصاص لاولياء الدم إلّا باجتماع الجميع.

وثانياً: أنّ ثبوت حق القصاص لورثة المقتول ليس من باب ارث الحق الثابت للمقتول؛ حتىٰ يقال إنّه حق واحد، والواحد لا يتعدد بالارث، بل حق ابتدائي ثابت لورثة المقتول بعنوان أنّهم اولياء الدم كما هو ظاهر قوله تعالىٰ (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً)[3] فالسلطان مجعول ابتدائي لولي الدم، لا أنّه للمقتول فيرثه اولياء الدم، فلا يقاس به حق الخيار الثابت للمورث، بل هو نظير جعل الخيار ابتداءً للبيعين في المجلس؛ فلا يكون احدهما منوطاً بالآخر استيفاءً واسقاطاً.

نعم اذا فرض اتحاد ولي الدم فمات عن ورثة متعددين كان حق القصاص موروثاً

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر زيادة (لا).
(٢) شرائع الاسلام ٤: ٢١٣.
(٣) الاسراء، الآية ٣٣.

لهم فيكون كحق الخيار، مع أنّه يمكن الفرق أيضاً بأنّ مثل هذا الحق لا يرثه الوارث بما هو بل بما هو ولي الدم، ولذا لايرثه كل الورثة اجماعاً، وحيث إنّه بهذا العنوان، وهذا العنوان منطبق علىٰ كل واحد فلكل واحد هذا الحق، غاية الامر أنّ هذه الطبقة من الاولياء متأخرة عن الطبقة الاولىٰ المنحصرة في الواحد.

وأمّا اجراء هذا المعنىٰ في حق الشفعة بدعوىٰ أنّ الورثة شركاء فيثبت الحق لكل واحد، فقد تقدم دفعه حيث إنّ الشركة حال البيع هي المؤثرة في استحقاق الشفعة، لا الشركة المحدودة، وهذا الحق يرثه كل الورثة حتىٰ الزوجة التي لا شركة لها في الارض إلىٰ غير ذلك من المحاذير.

وأمّا سر استحقاق الزوجة مثلاً تملّك ثمن الارض المشتراة بدفع ثمن الثمن من كيسها[1] فهو أنّ الحق القائم بالمجموع حيث إنّه بعنوان الارث فكأنّ للزوجة ثمن الطرف، والاب سدس الطرف، فلا يستحقون تملك أزيد من نصيبهما.

ومنه يتضح ما في المحكي عن الدروس حيث قالﷺ: (الثانية ارثها ـ أي الشفعة ـ علىٰ حد المال، فلو عفوا إلّا واحداً فله الجميع... إلىٰ أنْ قال:ولك أنْ تقول هل الوارث أخذ بسبب أنّه شريك أم أخذه للميت تقديراً ثم يخلفه فيه، فعلىٰ الاول يتجه القول بالرؤس ـ أي لا بالسهام ـ وعلىٰ الثاني لا)[2] انتهىٰ كلامهﷺ.

أقول: أمّا الشركة فقد مر ما فيها، وأمّا الاخذ للميت ففيه: أنّ المتروك الموروث هو الحق فقط، وكلّ يتملك من المشتري بثمن من كيسه، فلا موجب لانتقال المأخوذ إلىٰ الميت، فإنّ الانتقال اليه كان في باب الخيار من لوازم حلّ العقد ورجوع كل من المالين إلىٰ ما كانا عليه، بل الوجه ما ذكرنا من انَّ اعتبار الحق في الارث اذا كان كاعتبار الملك فطرفية الزوجة في ضمن المجموع اعتبار كونها ثمن الطرف، فلا يستحق عند الاخذ بالشفعة إلّا تملك ثمن الارض بثمن ثمنها من كيسها.

وتوضيح المقام: أنّ الحقوق بناء علىٰ قيامها بالمجموع مختلفة.

أمّا حق الخيار: فحيث إنّ الثابت للمورث استحقاق حل العقد رأساً، لا حله في

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (كبسبها). (٢) الدروس الشرعية ٣: ٣٧٤.

كل جزء جزء بحسب تحليل العقد، فليس للورثة إلّا الاجتماع علىٰ حل العقد، فلا مورد في هذه المرحلة لأنْ يقال إنّه يستحقون بالسهام أو علىٰ الرؤس، وانتقال المال بعد الفسخ بالسهام؛ لما مرّ من أنّه ينتقل بالفسخ إلىٰ الميت وارث المال لا محالة بالحصص.

وأمّا حق القصاص: فهو مع قيامه بالمجموع لا موقع لأنْ يقال إنّه لهم القصاص بالرؤس أو بالسهام،فإنّ القصاص بما هو قصاص غير قابل للتبعيض؛ ليتصور بسببه اعتبار تبعّض الحق علىٰ السهام أو علىٰ الرؤس، نعم خصوص هذا الحق حيث إنّه له بدل مالي بتراضي الجاني واولياء الدم، ودية المقتول بحكم مال الميت، فباعتبار بدله يتصور السهام، ولذا قالوا إنْ عفىٰ بعض اولياء الدم مجاناً فكأنّه وهب حقه من الدية إلىٰ الجاني؛ فلابد علىٰ مريد القصاص بذل نصيب العافي إلىٰ الجاني، وإنْ عفىٰ بالتراضي مع الجاني علىٰ مقدار نصيبه من الدية يجب علىٰ مريد القصاص بذله للعافي.

وأمّا حق القذف: اذا ورثه جماعة فالحد وإنْ كان قابلاً للتبعيض إلّا أنّه لا اشكال عندهم في أنّه لا يورث علىٰ مقتضىٰ ارث المال، فاذا عفىٰ بعضهم فللآخر اقامة الحد عليه كاملاً، وهو منصوص أيضاً، ووجهه ما ذكرنا.

وأمّا حق الشفعة: فحقيقته السلطنة علىٰ تملك حصة الشريك من المشتري تماماً، او ترك الاخذ بها رأساً، فمن حيث إنّ السلطنة واحدة فهي تقوم بالمجموع، ولا يستقل أحد الورثة بهذه السلطنة، وحيث إنّ مورد السلطنة التملك، ولا معنىٰ لتملك كل واحد للكل، ولا لتملك الكل بعنوان المجموع للكل؛ بحيث يكون المجموع مالكاً واحداً؛ فلا محالة يكون تملك المجموع للمجموع إمّا علىٰ الرؤس وإمّا علىٰ السهام، وحيث إنّ هذا التملك بعنوان الارث لا أنّ ملك المال بعنوان الارث، فلا محالة اذا أخذ المجموع بالشفعة كان كل واحد متملكاً لما هو نصيبه في الارث بتبع ارث الحق المتروك.

وبالجملة: فوحدة السلطنة وقيامها بالمجموع أمر، ووحدة التملك حقيقة أمر آخر،

والموروث هي السلطنةعلىٰ التملك لا المال ولا تملّك الحصة.

وأمّا وجه جواز استيفاء الحق كاملاً في جميع هذه الحقوق مع عفو البعض فالصحيح فيه ما ذكرنا من أنّه ليس بابه باب اسقاط الحق، بل اخراج نفسه عن الطرفية، فلا محالة يستقل الطرف بالحق الواحد؛ فيجوز له حلّ العقد وحده، ويجوز له استيفاء القصاص وحده، ويجوز له اقامة الحد كاملاً وحده، ويجوز له تملك حصة الشريك تماماً وحده، فكأنّ الطرف من الاول واحد.

وأمّا ما افاده ﷺ في المتن من أنّ عدم سقوط الحق بعفو البعض لاجل الضرر علىٰ الغير فهو علىٰ فرض تماميته دليل علىٰ عدم السقوط، لا أنّه دليل علىٰ استيفاء الحق في الكل، فإنّه إنّما كان يتملك بمقدار حصته مع موافقة الآخر له، فعدم موافقته له يوجب تضرره بمقدار نصيبه؛ فكيف يكون دليلاً علىٰ جواز استيفاء الكل؟! ولعله ﷺ أشار اليه بالامر بالتأمل.

اذا عرفت ما رسمناه من الامور تعرف: أنّ الحق في ارث الحق ما ذكره المصنف ﷺ من كونه حقاً واحداً شخصياً علىٰ الفرض، ومثله لا يعقل أنْ ينتقل بالارث إلىٰ المتعدد علىٰ نحو يتعدد الحق الواحد بمجرد الانتقال بالموت، ونتيجة انتقال الواحد الشخصي إلىٰ المتعدد طرفيّة المتعدد للحق الواحد، وبقية الكلام من النقض والابرام مذكورة في الامور المرسومة فراجعها بعين الدقة والانصاف، والله المؤيد المسدد.

فرع: اذا فسخ الورثة يرد عين الثمن او قيمته

١١١ ـ **قوله ﷺ: (ولو لم يكن للميت مال ففي وجوب ...الخ)**[1].

لايخفىٰ عليك أنّ الحقوق الموروثة علىٰ قسمين:

احدهما: مالا يقتضي رجوع شيء إلىٰ الميت ثم الانتقال منه ارثاً كحق الشفعة، فإنّ الموروث هو حق تملك حصة الشريك من مشتريها بثمنها، ومن البين أنّ تملك

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ١٠.

حصة الشريك ببذل الثمن لا يقتضي رجوع الحصة إلىٰ الميت ليكون ثمنها منه، بل الموروث نفس حق التملك من دون موجب لرجوع المال إلىٰ الميت.

ثانيهما: حق حلّ العقد المقتضي لرجوع الامر إلىٰ ما كان، فلا محالة تنتقل العين إلىٰ الميت ويعود بدله من الميت، لأنّ المعاوضة كان بينه وبين المفسوخ عليه، والعقد كان وارداً علىٰ مالهما، فهذه الخصوصية من لوازم حق الخيار بما هو حق حل العقد، لا بما هو حق؛ كي ينتقض بحق الشفعة، فالانتقال ابتداء إلىٰ الوارث ورجوع البدل منه علىٰ خلاف مقتضى الفسخ، للاختلال في احدىٰ المقدمات المزبورة.

وجملة ما يذكر في هذا الباب أُمور:

احدها: ابتناء هذا الوجه علىٰ الانتقال إلىٰ الميت وهو غير معقول، وذلك لأنّ الملكية إمّا حقيقية وهي احدىٰ المقولات،وإمّا اعتبارية، فإنْ كانت حقيقيّة فالمقولات الحقيقية القائمة بالانسان علىٰ اقسام، منها ما تقوم بنفسه المجردة فقط كعلمه وارداته وسائر صفاته النفسانية، والملكية ليست منها، ومنها ما يقوم ببدنه وجسمه فقط كسواده وبياضه وكمه وكيفه الجسماني، والملكية ليست من عوارض الجسم بما هو، ومنها ما تقوم بالمركب منهما كابصاره واسماعه وشمه وذوقه فإنّه لو لا تعلق النفس ببدنه لايقوم به شيء من تلك الامور، والملكية الحقيقية من هذا القبيل، فإنّها حيثية احاطته بالعين الموجبة للتمكن من تقليبها وتقلبها، وهذا المعنىٰ يستحيل قيامه بالنفس المجردة والبدن المحض؛ حتىٰ يتوهم أنّ موضوعها باقٍ بعد الموت فيقبل عروض هذه الصفة له، وإنْ كانت اعتبارية فاعتبار أمر محال وإنْ لم يكن محالاً إلّا أنّه لغو لايصدر من معتبر حكيم، فيستحيل صدوره منه بالعرض.

والجواب: باختيار الشق الثاني، فإنّه الموافق للبراهين القاطعة التي تعرضنا لها في الفقه[1] والاصول[2]، إلّا أنّ اعتبار معنىٰ مقولي لا مطابق له خارجاً لا ينبعث إلّا عن حكمة ومصلحة داعية إلىٰ الاعتبار، ومع المصلحة الداعية لا لغوية، ونفي المصلحة الداعية لا برهان عليه، مع أنّه يكفي للخصم كون المال بحكم ملك الميت كما في

---

(١) ح ١: ٣٠.

(٢) نهاية الدراية ٥: ١١٢ ـ مؤسسة آل البيت.

الدية المعدودة بعد موته من جملة أمواله التي تُوفّىٰ بها ديونه، وينفذ منها وصاياه، ويرثها الوارث، فهو حينئذ بمنزلة اعتبار في اعتبار.

ثانيها: أنّ الخيار ليس بمعنىٰ حق حل العقد، بل بمعنىٰ حق استرداد العين، ولا حقيقة للاسترداد إلّا تملك العين، ولذا قيل بأنّ الفسخ معاوضة جديدة؛ فيكون حق تملك العين هنا كحق تملك العين في الشفعة، فكما لا عود إلىٰ الميت هناك فكذا هنا.

والجواب: أنّ الفسخ وإنْ لم يقع بعنوانه في موارد جعل الخيار إلّا أنّ عنوان رد البيع واقع فيها، وهو في قبال اثبات البيع واقراره وجعله علىٰ حاله، فرد البيع وهو المعاملة جعله كأنْ لم يكن بعد إنْ كان، فيساوق الفسخ بمعنىٰ حل العقد، اذ لا نعني به إلّا القراران المرتبطان، وهو عين التمليك والتملك بعوض، ولا موجب لصرف رد البيع إلىٰ رد المبيع بجعل المصدر مبيناً للمفعول، مع أنّه لو التزمنا به لكانت نتيجته نتيجة الفسخ بمعناه، اذ ليس المراد من رد المبيع رده خارجاً، بل رده ملكاً، وهو عين اعادة الربط الملكي، وحيث إنّ التمليك والتملك الذي هو المبدأ متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار ـ كما في كل ايجاد ووجود ـ فرد البيع إنّما هو باعتبار الايجاد، ورد الملك باعتبار الوجود، ومن الواضح مجرد التملك ليس رداً واعادةً للربط الملكي، بل اذا كان بعنوان الملك بحاصل[1] بعقد المعاوضة بين المورث وطرفه كما هو واضح.

ثالثها: أنّ الوارث ليس نائباً عن الميت حتىٰ يفسخ عنه وله، بل هو كنفس المورث وقائم مقامه في أنّه يفسخ عن نفسه ولنفسه.

والجواب: أمّا عدم كونه نائباً عن الميت في فسخه فمسلم، لكن معناه أنّه ليس الحق للميت وللوارث اعماله كما هو شأن النائب.

وأمّا أنّ مقتضىٰ كونه ذا حق كالميت أنْ يكون الفسخ لنفسه ففيه: أنّ بعض المعاني اضافية تعلقية تتشخص بتشخص اطرافها كالملكية؛ فلا يعقل القصد إلىٰ

---

(١) هكذا في الاصل.

حصول الملكية من دون تعيين تفصيلي أو اجمالي لطرفها، وبعض المعاني ليس كذلك فلا يحتاج إلىٰ تعيين قصدي، بل نسبة إلىٰ الكل علىٰ حد سواء، كالفسخ فإنّ معناه حل العقد، والحل لايختلف حاله بالاضافة إلىٰ الاشخاص ليكون حلاً له أو لغيره، وإنّما شأنه انحلال القرارين المرتبطين القائمين بشخصين خاصين، بل اذا كان الفسخ رد الملك كان كذلك، فلا معنىٰ لكون الرد له أو لغيره.

نعم المردود حيث إنّه الملك المتشخص بطرفه فلا محالة يقوم بطرفه الذي كان متعلقاً به اولاً، وإلّا فالرد ـ بما هو عمل قائم بذي الحق ـ لا يتفاوت حاله؛ حتىٰ يقال بأنّ الرد ـ بما هو رد ـ له أو لغيره، بل الرد رده وهو يستحقه وان كان المردود اجنبياً عنه كما في حق الخيار المجعول للاجنبي.

رابعها: أنّ الوارث حيث إنّه قائم مقام مورثه فلذا كان حق الميت حقاً لوارثه، ومقتضاه أنْ يكون عقده عقداً له، وفسخه فسخاً له، فكأنّ العقد وارد علىٰ ماله، والحل حل لهذا العقد المضاف اليه، ولازمه تلقي الفاسخ من المفسوخ عليه من حين فسخه، لا التلقي من الميت.

والجواب: أنّ مقتضىٰ دليل الارث قيام الوارث مقام الميت في متروكاته من ملك أو حق، لا في كل شيء؛ حتىٰ يكون عقد الميت عقداً لوارثه، وفسخ المورث فسخه، وماله الواقع عليه العقد ماله، وكون العقد والفسخ متضائفين لا يستدعي إلّا أنّه لا حل اذ لا عقد، لا أنّ من له الحل له العقد كما في الخيار المجعول للاجنبي.

خامسها: أنّ الخيار ليس حق حل العقد، بل حل أثره ورفعه، فإنّ العقد قد وجد وانقضىٰ، والمعدوم لا حل له ولا رفع له ولا رد له، ومن الواضح أنّ اثر العقد هي الملكية، وحيث إنّ الفسخ من حينه لا من الاصل فلا يتعلق الرفع بالملكية الحاصلة بالعقد القائمة بالمورث وطرفه، بل الرفع من الطرفين يتعلق بالملك الفعلي، ومقتضاه تلقي الفاسخ من المفسوخ عليه لا من الميت.

والجواب: أنّ الموجود الذي قد انقضىٰ هو العقد اللفظي التدريجي الوجود الغير القار، وكذا المعنىٰ الانشائي الذي ثبوته بثبوت اللفظ حيث إنّه موجود بالعرض،

واللفظ الذي قصد به المعنىٰ موجود بالذات، ولا بقاء لما بالعرض مع عدم بقاء ما بالذات، وليس شيء من الامرين هو العقد الذي له وفاء وله نقض وله حل، فإنّه أمر لبي اعتباري عرفي وشرعي له حدوث بآلية العقد الانشائي، وله بقاء ما لم ينحل، ومثله لم يقع إلّا بين الميت وطرفه، مع انا لو قلنا بأنّ الفسخ رفع اثر العقد وهو الملك للزم تعلق الرفع بما حصل بالعقد، وأمّا الملك الفعلي الحاصل بالارث أو بعقد آخر فلا ربط له بأثر العقد؛ حتىٰ يكون عنوانه رد الملك وحل العقد ولو باعتبار أثره.

وأمّا حديث كون الفسخ من الحين أو من الاصل فهو أجنبي عن هذا المقصد، فإنّ معنىٰ كونه من الاصل هو أنّ العقد كأنْ لم يكن من الاول، وكونه من الحين هو كونه كأنْ لم يكن من حين الفسخ، فيؤثر في نمائه واشباهه، وحيث إنّ الخيار محقق ولو مع فرض تلف العوضين حقيقة أو انتقالهما بتصرف صحيح إلىٰ غير المتعاملين، فلابد من اعتبار عوده تقديراً سواء قلنا بأنّ الفسخ حل العقد أو رفع أثره، أو أنّ الفسخ من الحين أو من اصله.

ومن جميع ما ذكرنا في رد الوجوه الخمسة تعرف أنّه ليس في المقام وجه يقتضي السلوك علىٰ خلاف مقتضىٰ الفسخ وعود المال إلىٰ الميت، ثم انتقاله من الميت إلىٰ الوارث، وعليه فتنتقل العين إلىٰ الميت، فإنْ كان بدله موجوداً فهو بنفسه يعود إلىٰ طرفه المفسوخ عليه، ولا يتعين بالارث للوارث لكونه ملكاً متزلزلاً، وإنْ لم يكن البدل موجوداً فلابد من فرض رجوعه بماليته إلىٰ المفسوخ عليه، وهو مساوق لاشتغال ذمة الميت به؛ فيؤدىٰ هذا الدين كسائر الديون من ماله؛ بحيث لو فرض أنّه لم يكن له مال وترك حق الخيار فقط يوفّي ذمته من العين الراجعة اليه باعمال الخيار، وإنْ فَضُل منه شيء كان ارثاً، وإلّا فلا، كما أنّه لو قلنا بخلاف هذا المبنىٰ تنتقل العين إلىٰ الورثة وتشتغل ذممهم بمقدار حصصهم للمفسوخ عليه، فتفصيل المصنفﷺ بين ما اذا كان للميت مال وبين ما لم يكن لا وجه له ظاهراً.

١١٢ ـ قولهﷺ: (ثم لو قلنا بجواز فسخ بعض الورثة ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ١٥.

تفصيل القول في المقام: أنّه قد تقدم[١] أنّ الاقوال في كيفية انتقال الحق ثلاثة:

أحدها: ما عن صاحب الجواهر[٢] وهو انتقال حق الخيار إلىٰ كل واحد من الورثة استقلالاً، وحينئذ فإنْ فسخ البعض فقد فسخ العقد رأساً، لا في مقدار مما تعلق به، فإنْ قلنا بأنّ الفسخ حلّ العقد ورجوع المال كلاً إلىٰ الميت فلا اشكال، لا من حيث انفساخ العقد رأساً وإنْ لم يوافق الباقون، ولا من حيث انتقال المال من الميت إلىٰ الورثة قهراً بمقدار حصصهم من المال، وإنْ قلنا بأنّ حق الخيار حق تملك المعقود عليه وكان مقتضىٰ انتقال الحق اليه كانتقاله إلىٰ غيره فمقتضاه جواز تملك المال كلاً.

ثانيها: انتقال حق الخيار بالحصص إلىٰ الورثة، فمقتضاه جواز اعمال كل منهم خياره بمقدار حصته من المال، فإنْ قلنا بأنّ اعمال الخيار يقتضي الانتقال إلىٰ الميت فلا محالة ينتقل المال إلىٰ كل الورثة؛ وإنْ كان باعمال الخيار في مقدار من المعقود عليه، وإنْ قلنا بأنّ اعمال الخيار يقتضي الانتقال إلىٰ الفاسخ فهو المتملك لهذه الحصة ولا يشاركه فيها سائر الورثة.

ثالثها: ما عن المصنف ﷺ وقد اخترناه وهو قيام الحق بمجموع الورثة، فلا محالة ليس لكل منهم اعماله إلّا مع موافقة الباقين، فاذا فرض عدم اقدامهم علىٰ اعمال الحق وقلنا إنّ مقتضاه اخراج نفسه عن الطرفية واستقلال الفاسخ في كونه طرفاً لهذا الحق؛ فحينئذ إنْ قلنا بأنّ مقتضىٰ الخيار رجوع المال إلىٰ الميت فلا محالة ينتقل إلىٰ كل الورثة، وإنْ قلنا بأنّ مقتضاه تملك الفاسخ فلا محالة يختص به، فالعمدة تحقيق المبنىٰ في المسألتين وإلّا فالحكم واضح.

اذا كان الخيار لاجنبي هل ينتقل لورثته

١١٣ ـ قوله ﷺ: (لو كان الخيار لأجنبي ومات ...الخ)[٣].

قد تقدم منا في مبحث شرط الخيار[٤] تحقيق مبنىٰ هذه المسألة، وأنّ جعل

---

(١) تعليقة ١١٠.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٧٦.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ١٩.
(٤) ح ٤ تعليقة ١٠٨.

الخيار هل هو تمليك أو توكيل أو تحكيم، وقلنا إنّ الحق هو الاول، وقلنا إنّ الانتقال منه إلىٰ غيره صلحاً أو ارثاً مبني علىٰ أنّ الخيار مجعول له بما هو كما يجعله المتبايعان لانفسهما، أو بما هو ذو نظر وبصيرة بأمر العقد وما يقتضيه الصلاح اجازةً أو حلاً؛ بحيث يكون هذه الحيثية تقييدية في نظر الجاعل لا تعليلية لجعله، وهذا هو الغالب الشائع، وحينئذ لا ارث فإنّه غير متروك حتىٰ يرثه وارثه فضلاً عن جاعله، وكذا ذكرنا كل ما يتعلق بجعل الخيار للعبد ولعبد أحدهما، وتوجيه كلام العلّامة بما يخرجه عن بداهة الفساد وعدم الفارق فراجع.

الفسخ بالفعل

١١٤ ـ **قوله**ﷺ: (**والمقصود هنا بيان أنّه كما يحصل** ...الخ)[١].

حيث إنّ المسألة الآتية يبحث فيها من أنّ الفعل سبب أو كاشف فيعلم أنّ موضوع هذه المسألة أعم، بمعنىٰ أنّه يبحث هنا أنّ الفعل كالقول يصلح للفسخ كشفاً او تسبيباً أم لا؟ وتنقيح الكلام فيه بالبحث تارة في أنّ الفعل يصلح في ذاته لذلك ام لا، وأُخرىٰ أنّ الظهور الناشئ من الفعل كالظهور القولي، وثالثة أنّ ما يحصل به الاجازة من التصرف في ما انتقل اليه يحصل به الفسخ اذا تعلق بما انتقل عنه ام لا.

أمّا الاول فواضح،فإنّ الفعل احد الدوال اخباراً وانشاءً كما سيجئ[٢] ان شاء الله تعالىٰ في دفع توهم أنّ الانشاء يختص بالقول وان الفعل لا انشاء فيه.

وأمّا الثاني فالسيرة المستمرة من العرف والعقلاء علىٰ اتباع الكاشف عن المراد الجدي قولاً كان أو فعلاً.

وأمّا الثالث فمورد البحث والاشكال، فإنّ بيع ما انتقل اليه مع الالتفات إلىٰ الخيار كاشف عن رضاه فعلاً بالعقد، والتزام عملي منه بما عقد عليه قبلاً، فهو بحسب الطبع والعادة ظاهر في الاجازة، بخلاف بيع ما انتقل عنه فإنّه كما يحتمل أنْ يكون فسخاً كذلك يحتمل أنْ يكون تصرفاً فضولياً في مال الغير أو عدوانياً، أو تصرفاً

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ٢٥.

(٢) التعليقة اللاحقة.

صحيحاً للغير لشهادة حاله بالرضا بالبيع له، فلابد من سد باب الاحتمالات باصل من الاصول العقلائية المعمولة في باب تحقيق الظهور والكشف النوعي عن المراد الجدي فنقول:

أمّا احتمال الفضولية فيدفع باصالة عدم الفضولية، ومرجعها إلىٰ ظهور الاطلاق وعدم التقييد بكونه للغير فضولة أو وكالة أو ولاية، والظهور الاطلاقي بهذا المعنىٰ متبع عند العرف والعقلاء.

وأمّا استصحاب عدم كونه للغير فمرجعه إلىٰ عدم قصد الغير في تمليكه، والقصد كما انه مقوّم لاصل العقد كذلك مقوّم لوقوعه عن الغير عقلاً، لا أنّه موضوع يترتب عليه حكم شرعي حتىٰ يتعبد باثره بالتعبد به نفياً واثباتاً، مع أنّه لا يثبت به تحقق الفسخ إلّا بالاصل المثبت.

وأمّا احتمال كون التصرف عدوانياً فدفعه باصالة الصحة في فعل المسلم، بمعنىٰ عدم كونه فاعلاً للحرام والقبيح، فلا يجدي لأنّ مجرد الانشاء المتعلق بمال الغير ولو بعنوان الاستقلال وعدم البناء علىٰ مراجعة المالك لا حرام ولا قبيح؛ حيث لا يوجب خروج المال عن ملك مالكه قهراً عليه حتىٰ يقال إنّه حرام أو قبيح كالتصرفات الخارجية التي لها مساس خارجي بالعين.

وأمّا اصالة الصحة بمعنىٰ الحكم بنفوذ تصرف المسلم، فهي وإنْ كانت من الاصول العقلائية الممضاة شرعاً، ولا فرق فيها بين المسلم وغيره، إلّا أنّ المتيقن منها ترتيب آثار الصحيح لا ترتيب اثار ما يتوقف عليه التصرف الصحيح، فاذا شك في بلوغ العاقد وقلنا بصحة تصرفه لا يثبت البلوغ بها كي يترتب عليها آثار البلوغ، فهنا وإنْ توقف صحة التصرف علىٰ الفسخ لا نحكم بتحقق الفسخ وان قلنا بصحة بيعه.

وأمّا احتمال كونه بشاهد الحال فاصالة عدم شاهد الحال ليست من الاصول العقلائية، وكونها اصلاً تعبدياً مع فرض ترتب الاثر لا يثبت بها الفسخ كما مرّ، وعليه فلابد من تحقيق الظهور بالقرائن الحافة بالتصرف حتىٰ يثبت بها الفسخ الفعلي،

والاجماع المدعىٰ علىٰ أنّ ما يحصل به الاجازة يحصل به الفسخ، إمّا يراد منه أنّ الفعل كما يحصل به الاجازة يحصل به الفسخ، لا أنّه متكفل لحكم الصغرىٰ، بل لبيان التلازم بين الواقعيات، وإمّا يراد أنّ ما كان ظاهراً في الاجازة اذا كان ظاهراً في الفسخ كان متبعاً، لعدم الفرق بين الاجازة والفسخ في الاكتفاء بظهور الفعل فيهما، لا أنّ ما هو ظاهر في الاجازة فهو ظاهر في الفسخ، لأنّ الحكم بتحقق الظهور لايكون قابلاً للاجماع، فتدبر.

وأمّا بناءً علىٰ مسقطية التصرف للخيار تعبداً كما هو احد الوجوه في باب الاجازة، بحمل الصحيحة الواردة في باب خيار الحيوان[1] المعللة «بأنّه رضىٰ منه» علىٰ أنّه رضاً منه تنزيلاً وتعبداً، فعلىٰ فرض القول به ينبغي الاقتصار عليه ولا يتعدىٰ منه إلىٰ الفسخ، ولا اجماع علىٰ أنّ كل ما يحصل به الاجازة ولو تعبداً فهو فسخ، بل ما يحصل به الاجازة حقيقةً وواقعاً أو ظهوراً لا مطلقاً، كما لا تأبىٰ عنه الكلمات المتصيد منها هذا الاجماع، والله أعلم.

التصرف سبب أو كاشف

١١٥ ـ قوله ﷺ: (التصرف سبب أو كاشف وجهان ...الخ)[2].

الموجب لحمل التصرف علىٰ الكاشف دون السبب احد أُمور ثلاثة: إمّا عدم قابلية الفعل للانشاء، أو عدم كون حقيقة الفسخ امراً تسبيبياً حتىٰ يتسبب اليه بانشائه ولو بالفعل، أو لزوم المحذور العقلي من سببية الفعل للفسخ، فينبغي التكلم في هذه المقامات الثلاثة:

أمّا المقام الاول فنقول: لا شبهة في أنّ الفعل احد الدوال، اذ لا يتقوم الدلالة إلّا بالكاشفية النوعية عن المراد، والكشف لا اختصاص له باللفظ، بل كشف اللفظ جعلي عرضي، وكشف الفعل تارة يكون ذاتياً واقعياً ككشف وجود المعلول عن وجود علته، وكشف علته التامة عن وجود معلولها، وأُخرىٰ جعلي عرضي كما اذا

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١. (٢) كتاب المكاسب ٢٩٤ سطر ١٤.

بنىٰ العرف والعقلاء علىٰ كاشفية الاشارة باليد إلىٰ القيام عن ثبوته أو عن البعث نحوه، وكذلك سائر الدوال الفعلية.

وأمّا اختصاص دلالته وكشفه بغير صورة الانشاء كما عن ظاهر عبارة المصنفﷺ؛ حيث قال (لأنّ الفعل لا انشاء فيه ...الخ) فمما لا برهان عليه، اذ الانشاء خفيف المؤونة، وليس في باب اللفظ إلّا قصد ثبوت المعنىٰ به؛ بحيث يكون الموجود بالذات وهو اللفظ وجوداً جعلياً عرضياً للمعنىٰ، وثبوت المعنىٰ بالعرض بثبوت الفعل جعلاً وبناءً في غاية المعقولية، بل كما حقق في محله أنّ التفهيم والتفهم الطبعي إنّما هو بالافعال، والوضع توسعة في ابراز المقاصد اخباراً وانشاءً، لا أنّ الانشائية شأن اللفظ بحيث لولاه لم يكن للعقلاء انشاء، وظني أنّ نفي الانشائية عن الفعل منهﷺ من طغيان القلم، وإلّا فهو معترف بأنّ المعاطاة تفيد التمليك ويقصد به حصول الملك، لا أنّه يخبر به عن حصوله قبلاً.

وأمّا المقام الثاني فتوضيح القول فيه: أنّ الفسخ هو الحل، وهو في الحقيقة مقابل للعقد وبديل له، لما مر مراراً أنّ العهد هو القرار، وارتباط احد القرارين بالآخر عقد، وانحلال أحد القرارين عن الاخر انفساخ، فالفسخ لا يعرض العقد، بل يعرض القرار المعاملي، كيف؟ والمعروض لابد من انحفاظه حال عروض عارضه عليه، ويستحيل انحفاظ العقد مع الفسخ، فهو كاشف عن كونه بديلاً له ومقابلاً له، كالوجود والعدم بالاضافة إلىٰ الماهية، فإنّ الاعدام وإنْ لم يتعقل إلّا مع كون الشيء موجوداً إلّا أنّه لا يعرض الموجود بما هو، بل يعرض ماهو معروض الوجود.

ومن الواضح أنّ العقد والشد اعتباران تسبيبيان، لا يحصل هذا الامر الاعتباري بمجرد القصد والارادة، وإلّا لم يكن تسبيبياً، بل كسائر الحركات المباشرية، والحل الذي هو بديله كذلك لا يحصل إلّا بالتسبب اليه بقول أو فعل، اذ ليس للعقد غاية ليزول بحصول غايته كما سيجئ ان شاء الله تعالىٰ في سقوط الخيار، ولا له أمد كامتداد الخيار في الحيوان إلىٰ الثلاثة حتىٰ ينحل قهراً ببلوغه إلىٰ منتهىٰ أمده، ولم يحصل بمجرد القصد حتىٰ يكون بقاؤه ببقاء القصد، ولا كان تحققه بمجرد الرضا

حتىٰ يزول بتبدل الرضا بالكراهة، بل حصل بسبب وزواله بسب آخر، فافهم وتدبر.

وأمّا الاجازة فليست في قبال الفسخ، بل شأنها ابرام العقد واحكامه واقراره، وهو في قبال تزلزله وقبوله للانحلال، وابرام العقد بخروجه عن التزلزل، وهو تارة يحصل بانشائه، وأُخرىٰ بسقوط حق الخيار الموجب لتزلزل العقد، وسقوطه مع عدم الاجازة المبرمة للعقد تارة بانشاء سقوط الحق؛ فلا حق حتىٰ يكون العقد متزلزلاً، وأُخرىٰ بحصول غاية هذا الخيار المجعول، فإنّ جعل الخيار للارفاق بالمالك حتىٰ يتروىٰ في أمر العقد، ومع رضاه المتجدد بالعقد لا موقع لهذه الغاية، فلا معنىٰ لبقاء الحق، فسقوط الحق المجعول لغاية عند حصول الغاية أمر، والاجازة بمعنىٰ ابرام العقد معنىٰ آخر، ومنه تعرف أنّ سقوط الحق بحصول الملاك الباعث علىٰ جعله لا دخل له بسقوط الحق بالاجازة، وثالثة بانتهاء أمد الخيار المجعول، فسقوطه بانتهاء أمده وإنْ كان يوجب خروج العقد عن التزلزل إلّا أنّه لا دخل له بابرام العقد التسبيبي.

ومما ذكرنا ظهر الفرق بين الفسخ والاجازة بلحاظ اثرهما دون نفسهما، كما تبين عدم خلو جملة من الكلمات عن بعض المناقشات، والله مقيل العثرات.

وأمّا المقام الثالث فنقول: المحاذير المذكورة في الكتاب علىٰ فرض ورودها إنّما تمنع عن سببية التصرف الصحيح للفسخ لا عن سببية مطلقة له، فالدليل أخص من المدعىٰ، وتفصيل القول فيه أنّ المحاذير المذكورة:

احدها: ما عن المصنف العلّامة ﷺ من أنّ التصرف لا يعقل أنْ يكون فسخاً موجباً للدخول في ملك الفاسخ، لأنّ المشروط لايعقل حصوله بدون شرطه، والملك يحصل بسبب الفسخ الذي هو مسبب عن التصرف، فالملك الذي هو شرط صحة التصرف لم يكن حاصلاً.

وتقريبه: بأنّ مقتضىٰ سببية الانشاء للتمليك حصوله حال تماميته، والملك المقارن ليس شرط الصحة، بل الملك المتصل بزمان تمامية الانشاء، اذ لا يعقل اشتراط حصول الشيء بضده، ومقتضىٰ وحدة السبب للتمليك والفسخ حصول

ملكية الفاسخ وحصول ملك المشتري في زمان واحد، ولا يعقل أنْ يكون مثل هذه الملكية شرطاً، بل الملكية المتصلة بزمان التمليك، والمفروض عدمها، فالتسبب إلىٰ الفسخ بسبب فاقد لشرطه محال.

لكنك قد عرفت أنّ صحة هذا المحذور مرجعها إلىٰ عدم حصول التصرف الصحيح والفسخ في آنٍ واحد، فلا يعقل أنْ يكون الاول سبباً للثاني، لا أنّ التصرف بما هو فعل العاقد لا يمكن أنْ يكون سبباً، بل يلزم أنْ يكون كاشفاً، فإنّ عدم تأثير الانشاء في ملكية المشتري لا ينافي حصول الفسخ من البائع بانشائه الغير المؤثر في الملك.

ثانيها: ما نقل عن بعض العامة في التذكرة[1]، وهو أنّ الشيء الواحد لا يعقل أنْ يكون فسخاً وعقداً، وتقريبه بوجهين:

الاول: ما فهمه العلّامة ﷺ من أنّ العقد والفسخ متقابلان، فلا يعقل أنْ يجتمعا في واحد، أو عروض أحد المتقابلين علىٰ الآخر، أو سببية أحد المتقابلين للآخر.

وحينئذ فما اجاب به العلامة من أنّه كذلك بالنسبة إلىٰ شيء واحد لا بالنسبة إلىٰ شيئين صحيح، فإنّ العقد علىٰ ملكية عين لزيد وحلّ تلك الملكية في زمان واحد غير معقول، وأمّا العقد علىٰ الملكية لزيد وحلّ ملكية عمرو فليس من اجتماع المتقابلين.

والثاني: ما يفهم من تنظير ذلك البعض بالتكبيرة الثانية بقصد الافتتاح؛ بدعوىٰ أنّ المبطل والمزيل لا يكون مصححاً وسبباً لشيء آخر.

والجواب: أنّ الصلاة حيث إنّها عبادة فالتكبيرة حيث إنّها زيادة محرمة فلا يعقل أنْ يكون جزءً للعبادة؛ وإلّا فلو فرضنا أنّ ابطال الصلاة بالزيادة العمدية غير محرم لم يكن مانع من انعقاد الصلاة بهذه الزيادة، فالتقريب الاول له كبرىٰ عقلية لكنها غير منطبقة علىٰ ما نحن فيه، والتقريب الثاني منطبق علىٰ ما نحن فيه لكنه لاكبرىٰ عقلية له.

---

(١) التذكرة ١: ٥٣٨ سطر ١.

ثالثها: لزوم الدور؛ لتوقف الفسخ علىٰ التصرف المتوقف علىٰ الفسخ.

والجواب: يتوقف علىٰ زيادة بسط في الكلام فنقول: التصرفات المقصود بها إمّا تصرفات معاملية كالعقود والايقاعات، وإمّا تصرفات غير معاملية كالوطئ والاكل والشرب ونحوها مما لا تتصف في نفسها إلّا بالحرمة والجواز تكليفاً، فهنا موردان للكلام.

أمّا المورد الاول: فالتصرف المعاملي الذي يقصد به الفسخ إمّا هو البيع بالحمل الشائع مثلاً، وهو التمليك الحقيقي، أو البيع بالحمل الاولي أي التمليك الانشائي العقدي.

والاول: لا يعقل حصوله إلّا ممن كان مالكاً بملكية متصلة بزمان تمليك الغير دون الملكية المقارنة، لاستحالة ملكيتين شخصيتين استقلالاً لشخصين في زمان واحد بالنسبة إلىٰ عين واحدة، ففي جميع المعاوضات الحقيقية يعتبر تلك الملكية المتصلة لذلك، كما أنّه في موارد الايقاعات كالعتق يلزم اجتماع الملكية وزوالها في زمان واحد، وفي مثل هذا التصرف ليس محذور الدور؛ لأنّ مقتضىٰ سببية التصرف لحصول الفسخ حصول الملكية المقارنة للتمليك، لا حصول الملكية السابقة المتصلة بزمان التمليك، فالفسخ وإنْ كان يتوقف علىٰ التصرف لكن التصرف لا يتوقف علىٰ هذه الملكية الحاصلة بالفسخ؛ ليلزم توقف التصرف علىٰ مثل هذا الفسخ، بل محذوره أمران:

أحدهما: اجتماع ملكيتين علىٰ عين واحدة للمشتري بالتصرف، وللبائع بالفسخ، وهو محال من غير جهة الدور.

ثانيهما: ايجاد المعلول بغير علته التامة، لأنّ المفروض التسبب إلىٰ الفسخ بالبيع بالحمل الشائع، والبيع بالحمل الشائع لايتحقق إلّا مع الملكية المتصلة بزمان حصوله، والمفروض عدم حصوله بالفسخ.

نعم إنْ جعل التصرف سبباً متأخراً لحصول الفسخ اندفع المحذوران وتحقق الدور، لأنّ المفروض توقف الفسخ علىٰ البيع توقف المسبب علىٰ سببه المتأخر،

وتوقف البيع علىٰ الملكية المتصلة الحاصلة بالفسخ الحاصل بنفس التصرف.

ومنه يعلم أنّ محذور الدور غير وارد إلّا علىٰ تقدير محال،وهو تأخر السبب عن مسببه، وعلىٰ فرض معقوليته يحتاج إلىٰ دليل يوجب الالتزام بهذه الكلفة، وحيث إنّ البيع بالحمل الشائع له وجود وعدم، لا الصحة والفساد، فكما لا يعقل حصول البيع لايعقل حصول الفسخ، وليس كالفسخ بالبيع الانشائي الذي ذكرنا أنّ فساده لايمنع من حصول الفسخ به، هذا كله فيما اذا قصد الفسخ بما هو بيع حقيقي.

وأمّا الثاني: وهو قصد الفسخ بالبيع العقدي الانشائي فتارة يقصد الفسخ بتمام العقد الانشائي المركب من الايجاب والقبول، وأُخرىٰ يقصد الفسخ بنفس الايجاب فقط حيث لا شرط في الفعل الذي يقصد به الفسخ خصوص فعل، بل كل ما له مساس بمورد عقده الذي يقصد حله، فحينئذ إنْ أُريد الفسخ بتمام العقد فمحذوره اجتماع ملكين لشخصين مقارناً لتمامية العقد؛ كما هو شأن كل علة تامة بالنسبة إلىٰ معلولها، وليس محذوره الدور؛ لأنّ البيع الانشائي بما هو لا يتوقف علىٰ الملكية، والفسخ لا يتوقف إلّا علىٰ البيع الانشائي.

نعم تأثير هذا العقد في الفسخ والتمليك معاً محال، إلّا أنّ تأثيره في الفسخ فقط لا مانع منه لما قدمناه، وتأثيره في التمليك الحقيقي له مانع، وهو عدم حصول شرطه بمثل هذا الفسخ، إلّا أنْ يلتزم بسببية العقد الانشائي بنحو الشرط المتأخر للفسخ، وبنحو الشرط المقارن للتمليك، فحينئذ يندفع محذور اجتماع ملكين في زمان، ومحذور عدم حصول شرط تأثير العقد، فتدبر.

لكن معقولية الشرط المتأخر محل النظر، كما لا دليل هنا بالخصوص ليلتزم به علىٰ فرض معقوليته، إلّا أنْ يقال إنّ مقتضىٰ مقارنة العقد للفسخ حصول الملكية للفاسخ حال تمامية العقد، وحيث إنّ تأثير العقد مشروط بالملكية السابقة المتصلة بزمان حصول الاثر فيتأخر حصول الاثر عن العقد قهراً كتأخر الاثر في باب بيع الصرف لتوقفه علىٰ القبض بعد العقد، وكما أنّ دليل شرطية القبض يوجب تقييد

ادلة العقود بحصوله كذلك قوله ﷺ (لا بيع إلّا في ملك)[١] يوجب توقف تأثير العقد علىٰ حصول الملك، فيكون العقد في كلا المقامين سبباً متقدماً للملكية، وسبباً مقارناً لحصول الفسخ كما هو مقتضىٰ طبع كل سبب ومسبب، وكل شرط ومشروط، فتأمل جيداً.

وأمّا إنْ قصد حصول الفسخ بجزء من العقد فيندفع المحاذير كلها، أمّا الدور فمن اصله مندفع، وأمّا سائر المحاذير فلفرض حصول الفسخ قبل تمامية العقد المترقب منه التأثير في الملك، فالتأثير واجد لشرطه وهي الملكية المتصلة، ولا يجتمع ملكان في زمان واحد، هذا كله في قصد الفسخ بالتصرفات المعاملية.

وأمّا المورد الثاني: وهو التصرف الغير المعاملي فنقول: إنّ اللازم كون الوطئ المباح مقارناً للملك، وحيث إنّ الوطئ قصد به الفسخ فهو سبب مقارن لحصول الملك، والوطئ المقارن للملك لا يصدر حراماً، وتقدم الملك علىٰ الوطئ لا ملزم به عقلاً، كما كان يقتضيه برهان عدم اجتماع ملكين في زمان واحد في التصرف المعاملي، ولا ملزم به شرعاً بقوله عليه السلام (لا وطئ إلّا في ملك)[٢] بدعوىٰ أنّ الظرفية الحقيقية تستدعي تقدم الملك، فلابد من وقوع جزء من الوطئ حراماً.

وتندفع هذه الدعوىٰ بأنّه لا شبهة لاحد في أنّ الفعل الواقع في زمان خاص لا يتعداه بالتقدم والتأخر، بل له المعية مع زمانه الواقع فيه، ويوصف الزمان بظرفيته له، ويوصف الفعل بوقوعه فيه، بل البرهان يقتضي أنّ الظرفية الحقيقية تستدعي المقارنة، وينافيها التقدم والتأخر، لأنّ الظرفية والمظروفية متضائفتان، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، فيستحيل الظرفية ولا مظروفية، والمظروفية ولا ظرفية، فيستحيل اتصاف الزمان المتقدم بالظرفية مع عدم المظروف، فاذا فرض سبق الملك علىٰ الوطئ زماناً فزمان الملك مع سبقه علىٰ زمان الوطئ يمنع عن تحقق ظرفيته للوطئ، وإنّما الظرف له هو زمان الملك الواقع فيه الوطئ.

وأمّا قوله ﷺ (لا بيع إلّا في ملك) فإنْ أُريد البيع الانشائي فاللازم مقارنته ولو عند

---

(١) غوالي اللآلئ ٢: ٢٤٧ حديث ١٦.

(٢) لم أجد رواية بهذا النص.

تماميته لملك البائع، وإنْ أُريد البيع بالحمل الشائع فحيث يستحيل مقارنته لملك البائع؛ اذ لا يعقل اشتراط الشيء بضده أو نقيضه فلا محالة يجب التصرف فيه بارادة الملكية المتصلة بزمانه توسعاً في الظرفية، فتدبر.

ولابأس بالاشارة إلىٰ توضيح بعض ما في الكتاب:

منها: ما حكاه عن الشهيدﷺ من أنّ الدور معي لا توقفي، ولعله لأنّ الموقوف علىٰ الملك هو البيع الحقيقي المعبر عنه في الكتاب بالنقل العرفي دون البيع الانشائي، فالعقد المتضمن للبيع الانشائي سبب لامرين، للفسخ المحقق للملك، وللبيع الحقيقي، فهما معلولان لعلة واحدة، والفسخ والبيع الحقيقي متلازمان، لاكل منهما علة للآخر.

وتوهم: أنّ الملك حيث إنّه شرط البيع الحقيقي فهو في طوله، فكيف يكون في عرضه؟!

مدفوع: بأنّ العرضية من حيث المعلولية لعلة واحدة لا تنافي الطولية من حيث شرطية أحد المعلولين للآخر، ولا برهان علىٰ استحالة كون شيء واحد سبباً للشرط والمشروط معاً.

ومنها: قولهﷺ (والجزء الذي لا يتجزأ غير موجود ...الخ).

توضيحه: أنّه بناءً علىٰ لزوم وقوع الانشاء بجميع اجزائه في ملك المنشئ الذي يستفاد من قوله (لا بيع إلّا في ملك)، وقد استظهرﷺ أنّ مقتضىٰ الظرفية الحقيقية تقدم الظرف علىٰ المظروف، ولازمه تقدم الملك علىٰ الانشاء بجميع اجزائه، فحينئذ إنْ قصد الفسخ بتمام العقد فعدم التقدم للملك واضح، بل عدم المقارنة لتمام اجزاءه أيضاً مفروض، وإنْ قصد الفسخ بجزئه الاول فحيث إنّ الجزء الذي لا يتجزئ غير موجود فكل جزء قابل للقسمة، فلا يتعين جزء للاولية حتىٰ يكون ما عداه واقعاً في ملك المنشئ.

وأمّا اذا قلنا بوجود الجزء الذي لا يتجزئ ففرضه فرض جزء ليس له يمين ولا يسار حتىٰ يتصف بهما من حيث فرض التوسط فيه، ومثل هذا الجزء ليس له قبل

وبعد حتىٰ يقال إنّ الملك حصل بعده، ولذا قالﷺ (إنّ الجزء الذي لايتجزئ غير موجود) حتىٰ يقال لا بعد له؛ حتىٰ يقع الملك بعده، مع أنّه لو كان موجوداً وكان سبباً فلابد من مقارنته للملك، ومقارنة الملك غير مجدية، لفرض لزوم تقدم الملك، فإنّ فرض عدم التجزئة فرض عدم القبل والبعد، لا فرض عدم المقارنة، إلّا أنّ لزوم سبق الملك حينئذ لزوم أمر محال في فرض سببيته الجزء الذي لا يتجزئ، فإمّا لا يعقل السببية، وإمّا لا يعقل اشتراطه بسبق الملك عليه.

ومما ذكرنا في توضيح كلامه يندفع ما ذكره بعض أجلة المحشينﷺ[1] في رد كلامه من أنّ الجزء بمقتضىٰ السببية مقدم علىٰ الملكية، فتدبر جيداً.

ومنها: ما ذكرهﷺ من لزوم سبق الملكية علىٰ جميع اجزاء العقد قضاءً لحق الظرفية، فإنّك قد عرفت أنّ الظرفية لا تستلزم أزيد من المقارنة، بل البرهان يقضي بأنّ الظرفية الحقيقية لا تكون إلّا مع المقارنة، وحينئذ فإنْ قصد الفسخ بأول جزء من الصيغة فقد وقعت تمام الصيغة بجميع اجزائها مقارناً للملك.

وتوهم: أنّ فرض استحالة الجزء الذي لايتجزئ فرض انقسام كل جزء ولا ينتهي إلىٰ جزء غير منقسم ليتعين للاولية حتىٰ يقع تمام الاجزاء في الملك.

مدفوع: بأنّ المفروض استحالة تناهي الاجزاء الفرضية والقسمة العقلية الوهمية، لا بحسب القسمة الخارجية، فإنّ ما في الخارج متناهٍ لا غير متناهٍ، فاذا قصد الفسخ بمثل تلك القسمة تكون مقارنة للملك ويكون كل اجزائها الوهمية مقارنة له بتبع منشأ انتزاعها.

ومنها: ما ذكره جواباً عما استدل به بعضهم لصحة التصرف المقصود به الفسخ بادراجه تحت عنوان «من باع ثم ملك»، ومرجع جوابهﷺ إلىٰ أنّ المفروض صحة التصرف هنا كسائر تصرفاته لا فضولياً، وإلّا لتوقف علىٰ الاجازة، والفرض صحته بلا اجازة، مع أنّ القائل بصحة التصرف هنا لا يفرق بين العقد والايقاع، مع أنّه لا فضولي في الايقاعات علىٰ المعروف، بل ادعي عليه الاجماع.

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ١٥٥ سطر ١٩.

أقول: مناط الفضولية إنْ كان عدم تعلق الانشاء بملك المنشئ فهو فضولي قطعاً، وإنْ كان تعلق الانشاء بمال الغير بحيث لا يؤثر فيه بمجرد تمامية الانشاء فما نحن فيه ليس من الفضولي، لفرض مقارنة ملك المنشئ مع تمام انشائه.

وأمّا الحاجة إلىٰ الاجازة فلاحد امرين إمّا تحقيق انتساب العقد إلىٰ المالك، وإمّا اظهار الرضا المعتبر في نفوذ التصرف، وفي مسألة من باع ثم ملك لابد من الاجازة تارة للامرين معاً، كما اذا باعه عن غير مالكه ثم ملك ذلك الغير، فإنّه لا انتساب للعقد اليه، ولا رضا منه به، فلابد من اجازته، واخرىٰ لتحقيق الرضا كما اذا باعه عن نفسه ثم ملكه، فإنّ الانتساب محقق فلابد من رضاه، لأنّ رضاه به حال الانشاء رضا من لا يعتبر رضاه، وأمّا ما نحن فيه فسواء سمي فضولياً ام لا لاحاجة فيه إلىٰ الاجازة، لأنّه صدر منه ورضىٰ به حال تمامية الانشاء، وهو حال مالكيته، فتدبر جيداً.

قصد الفسخ والاجازة بفعل واحد

١١٦ ـ **قوله**ﷺ: **(لو اشترىٰ عبداً بجارية مع الخيار** ...الخ)[1].

لايخفي أنّه لو لم يقصد بانشاء العتق إلّا عتق العبد والجارية من دون التفات وقصد إلىٰ الاجازة والفسخ؛ فلا محالة يتحقق عتق العبد دون الجارية؛ لورود الانشاء علىٰ ماله ومال غيره؛ فيؤثر في الاول دون الثاني، وهل يسقط خياره أو لا؟

فإنْ قلنا بأنّ التصرف مسقط تعبدي فلا خيار لفرض حصول المسقط، وإلّا فخياره باقٍ حيث لا التزام قصدي ولا رضا فعلي إلّا بالعتق، وعليه فاذا اخذ بالخيار فإنْ أمكن عود الرق حراً فلا اشكال، وإلّا تعذر عوده بماليته، فيأخذ الجارية ويؤدي قيمة العبد، كما أنّه لا اشكال أيضاً فيما اذا قلنا بأن الاجازة ليست إلّا لاظهار الرضا فهو دائماً مقدم علىٰ الفسخ التسبيبي الانشائي، فلا مجال للفسخ، وعلىٰ فرض كون الفسخ أيضاً لابراز الكراهة النفسانية فحصول الرضا ببقاء العقد وكراهة بقائه قلباً ممتنع الحصول.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٥ سطر ١٩.

وعليه فمورد البحث ما اذا كان مقتضىٰ الاجازة ابرام العقد انشاء، ومقتضىٰ الفسخ حل العقد، وهما متنافيان ولو بالعرض، حيث إنّ الفسخ كما عرفت بديل العقد ومنافيه ذاتاً، وابرام العقد في قبال تزلزله، لكنه لتوقفه علىٰ العقد لعروضه عليه فلا محالة لا يجامع ارتفاع العقد وانحلاله، فالبحث حينئذ يقع في موارد:

الاول: ما اذا قصد الاجازة والفسخ بمعناهما المتنافيين، ولا ريب أنّه مع الالتفات إلىٰ تنافيهما يستحيل تحقق القصد إلىٰ المتنافيين جداً، فلا موقع للبحث أيضاً، وأمّا مع عدم الالتفات إلىٰ تنافي مقتضاهما فيتوجه القصد، لكن فرض التنافي واقعاً يستلزم عدم حصولهما معاً، وإلّا لزم الخلف، ولا أحدهما بالخصوص لعدم المخصص، وحينئذ فكما لا فسخ ولا اجازة كذلك لا يقع شيء من العتقين، أو يقع أحدهما وهو عتق العبد، لأنّ شرط الانشاء فيه وهو الملك حاصل، والاجازة غير دخلية في تأثير الانشاء في ملكه، والفسخ الذي هو مزيل لشرطه وهو الملك مزاحم بالاجازة علىٰ الفرض، وكل مقتضٍ لا مانع له او له ما لا مانعية له ـ لابتلائه بالمزاحم ـ يؤثر أثره.

ويندفع: بأنّ الفسخ له حيثيتان، حيثية ذاتية، وحيثية عرضية بلحاظ مقتضاه واثره، فبالحيثية الاولىٰ ـ وهو كونه حلاً للعقد ـ منافٍ للاجازة المتقومة ببقاء العقد، وبالحيثية الثانية اثرها خروج العبد من ملك المشتري ودخوله في ملك البائع، واحد الاثرين ـ وهو خروجه عن ملك المشتري ـ وإنْ لم يكن منافياً لعتق العبد لاجل التوهم المتقدم من حيث كونه مزيلاً لشرطه؛ فإنّ الشرط في تمام العقود والايقاعات هي الملكية المتصلة بزمان تمامية الانشاء.

ومن الواضح أنّ الفسخ علىٰ تقدير تحققه بالانشاء يزيل الملك المقارن لتمامية الانشاء، لا الملك السابق، بل منافاته لعتق العبد بلحاظ الاثر الثاني؛ وهو دخول العبد في ملك البائع، ومن البين أنّ دخول العبد في ملك البائع مقارناً لتمامية الانشاء، وزوال الرقية والملكية عنه رأساً في ذلك الآن محال، فجهة منافاة الفسخ غير مقصورة علىٰ المنافاة مع الاجازة بلحاظ حيثية الذاتية، بل له جهة منافاة أُخرىٰ للعتق

من حيث اقتضائه لدخول العبد في ملك البائع، وأمّا عدم انعتاق الجارية؛ لأنّ انعتاق العبد مع وجود شرطه اذا لم يحصل بعتق الجارية لا يحصل بالاولوية.

نعم البرهان المتقدم إنّما يجدي اذا قصد الفسخ والاجازة بجزء من الصيغة، فإنّ منافي الفسخ هي الاجازة فقط؛ حيث لا يترقب تأثير الانشاء في العتق قبل تماميته ليقع التنافي بين تأثير الانشاء في عتق العبد وتأثيره في الفسخ المقتضي لدخوله في ملك البائع.

وأمّا توهم: أنّ مرتبة الانشاء في الفسخ متقدمة على مرتبة الفسخ في اقتضاء الدخول والخروج، فلا منافي له في مرتبة نفسه إلّا الاجازة.

فمندفع: بما ذكرناه في محله أنّ التنافي لا يكون إلّا بلحاظ المعية والاجتماع في نحو الوجود الخارجي الزماني، فالتقدم والتأخر بالطبع لا يجدي في رفع المنافاة مع المعية الزمانية.

ومما ذكرنا يتضح أنّ ما اقتصر عليه في الجواهر[1] من التدافع بين كونه ملزماً وفاسخاً إنّما يجدي في عدم تحقق الاجازة والفسخ، لا في عدم تحقق العتق اصلاً؛ حتى عتق العبد المصادف لشرط نفوذه وعدم توقفه على الاجازة، وكذلك ما أفاده المصنف ﷺ من عدم كون المشتري مالكاً لهما بالفعل، لأنّ ملك احدهما يستلزم خروج الآخر عن ملكه، فإنّه إنّما يجدي في دفع توهم انعتاقهما معاً، لا في دفع توهم انعتاق العبد المصادف لشرطه، مع ما عرفت من أنّ الفسخ غير مزيل لشرط عتق العبد، فإنّ شرطه الملك المتصل بزمان تمامية الانشاء، والزائل هو الملك المقارن.

وأولى بالمناقشة فيه ما ذكره في صدر كلامه من أنّ عتق العبد موقوف على عدم عتق الجارية وبالعكس، فإنّ التنافي لا يوجب توقف وجود أحدهما على عدم الآخر وبالعكس، بل وجود كل منهما ملازم لعدم الآخر لا متوقف عليه.

المورد الثاني: ما اذا قصد خصوص الفسخ بانشاء عتقهما، فعن بعض اجلّة المحشين[2] ﷺ تحقق الفسخ وعتق الجارية والعبد معاً، أمّا الفسخ فلعدم المزاحم له

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٧١.

(٢) حاشية اليزدي ٢: ١٥٦ سطر ٢.

وهي الاجازة، وأمّا عتق الجارية فلصيرورتها ملكاً له بالفسخ الذي لا مزاحم له، وأمّا عتق العبد فلأنّ صحته غير متوقفة علىٰ الاجازة، بل علىٰ كونه مملوكاً له فعلاً، ومقارنة الفسخ المزيل للملك له غير ضائرة بصحته، فإنّه كالتلف المقارن للفسخ؛ فإنّه لا يمنع عن الفسخ، ولا الفسخ مانع عنه، بل تأثير الفسخ مع عدم قبوله للدخول في ملك المفسوخ عليه يوجب الانتقال إلىٰ البدل.

هذا محصل ما أُفيد، ولكنه غير مفيد، أمّا في الفسخ فلما عرفت من عدم حصر ما ينافيه في خصوص الاجازة، بل انشاء عتق العبد موجب لزوال الملكية رأساً، وانشاء الفسخ موجب لدخوله في ملك البائع، وثبوت الملك وزواله في آنٍ واحد محال.

وأمّا في عتق الجارية فلأنّ دخولها في ملك المشتري وزوال الرقية والملكية عنها بعتقها في زمان واحد محال، مع أنّ شرط العتق وهو الملك المتصل بزمان العتق غير موجود في ذاته، ولا يوجد بالفسخ، بل الموجود علىٰ فرض محال هو الملك المقارن للانعتاق، وايجاد المعلول بغير علته التامة بل بما ينافيه محال.

وأمّا في عتق العبد فلأنّ الشرط وهي الملكية المتصلة وإنْ كانت لا تزول بالفسخ علىٰ فرض تحققه إلّا أنّ كونه كالتلف المقارن فرع صحته، مع أنّ صحته موقوفة علىٰ عدم دخوله في ملك البائع وإلّا لزم اجتماع الملك وزواله في آنٍ واحد، نعم اذا تحقق الفسخ قبل تمامية الصيغة صح عتق الجارية فقط، وإلّا لم يصح شيء من العتقين.

لايقال: إنّه فرق بين هذا المورد والمورد الاول حيث إنّ الفسخ كان هناك مزاحماً بالاجازة، وتحققهما معاً محال، وتحقق أحدهما بالخصوص بلا مخصص، أمّا هنا فلا مزاحم له إلّا العتق، فتأثير الانشاء في العتق مع الفسخ الموجب للدخول في ملك المفسوخ عليه لا يجتمعان، إلّا أنّ حصول الفسخ لا يتوقف علىٰ الانشاء المؤثر في مدلوله المطابقي اعني العتق، بل يتحقق بمطلق الانشاء كما مرّ مراراً.

لانا نقول: اذا كان عدم تأثير الانشاء في العتق مستنداً إلىٰ غير التأثير في الفسخ كان الامر كما ذكر من عدم المزاحم للتأثير في الفسخ، كما اذا فرض انشأ عتق الجارية

قاصداً به الفسخ، فإنّه لا يقع العتق ويقع الفسخ، لأنّ الفسخ لا يحقق شرط صحة العتق، وهو الملك المتصل بزمان تمامية الانشاء، بل لو اثّر لكان محققاً للملك المقارن لزمان تمامية الانشاء، واذ لا تأثير لهذا الانشاء في العتق لفقد شرطه، فلا يجتمع زوال الملك وثبوته في آنٍ واحد، فلا مانع من تأثير الانشاء في الفسخ.

بخلاف ما اذا قصد بانشاء عتق العبد والجارية فسخ العقد فإنّ شرط التأثير في عتق العبد وهو الملك المتصل موجود، فلا يمنع من تأثيره فيه إلّا تأثيره في الفسخ، كما لا مانع من تأثير هذا الانشاء في الفسخ إلّا تأثيره في عتق العبد، فتأثير الانشاء في كل منهما مزاحم بالتأثير في الآخر، ولا موجب لاختصاص تأثيره بأحدهما، وكما لا يكون انشاء عتق الجارية مزاحماً لتأثيره في الفسخ كذلك لا يكون مزاحماً لتأثيره في عتق العبد، لما مرّ من فقد الشرط الموجب لعدم وصول النوبة بتأثير الانشاء عند تماميته، فتدبره جيداً.

المورد الثالث: ما اذا قصد بانشاء عتقهما الاجازة فقط فإنّه لا ريب في حصول عتق العبد؛ لمصادفته لشرطه وهو الملك، ووجود الاجازة وعدمها في تأثيره علىٰ حد سواء، ولا ريب في عدم حصول انعتاق الجارية لفقد شرطه وهو الملك، والاجازة أيضاً وجودها وعدمها في عدم تأثير الانشاء فيه علىٰ حد سواء، وعليه فتتحقق الاجازة بهذا الانشاء فيخرج العقد عن الخيارية والتزلزل.

تذنيب: اذا انشأ وكالة شخص قاصداً به الفسخ أو الاجازة أو هما معاً فله صور:

الاولىٰ: انشاء الوكالة في عتق الجارية قاصداً به الفسخ فلا شبهة في امكان الفسخ والوكالة في زمان واحد، لأنّ حال تمامية الانشاء حال الفسخ ودخول الجاريةفي ملكه؛ فله في تلك الحال السلطنة علىٰ ملكه؛ فله السلطنة علىٰ تسليط الغير في تلك الحال.

الثانية: ما اذا قصد بتوكيله في عتق العبد اجازة العقد فلا شبهة في تحقق الوكالة والاجازة فيسقط خياره بنفس توكيله.

الثالثة: ما اذا قصد بتوكيله في عتق العبد والجارية الاجازة والفسخ معاً، فهل

يتزاحم الفسخ والاجازة وتثبت الوكالة في عتق العبد خاصة؛ لأنّه ملكه وله السلطنة عليه وعلىٰ اعطاء السلطنة عليه للغير من دون مزاحم ـ لسقوط الفسخ المنافي له بالاجازة ـ أم لا؟ كما قدمناه في انشاء عتقهما مريداً به الفسخ والاجازة.

والتحقيق: جريان نظير ما قدمناه هنا، إلّا أنّه هناك كان لمنافاة الفسخ من حيث أثره وهو دخول العبد في ملك البائع لزوال ملكه فعلاً بالانعتاق، وهنا لمنافاة الفسخ من حيث أثره الآخر وهو خروج العبد عن ملك المشتري، فإنّه ينافي خروجه عن ملكه عند تمامية الانشاء تحقق الوكالة المترتبة علىٰ بقاء الملك في ذلك الزمان، فإنّ اعطاء السلطنة للغير فرع سلطنته، وهي فرع بقائه علىٰ ملكه في حال اعطاء السلطنة، فالفسخ مزيل لشرط نفوذ انشاء الوكالة، وليس كالفسخ بالاضافة إلىٰ نفس عتق العبد، فإنّه كما مرّ لا يزيل شرط نفوذه، فإنّ شرطه هو الملك المتصل بآن تمامية الانشاء.

بخلاف ما نحن فيه فإنّ الملك المقارن شرط لنفوذ الانشاء في الوكالة، وعليه فكما لا يتحقق فسخ ولا اجازة كذلك لا تتحقق الوكالة في عتق العبد، وأمّا عدمها في عتق الجارية فاوضح، لأنّها غير مملوكة له فعلاً إلّا بالفسخ المزاحم بالاجازة، ففي هذه يستحيل تحقق الشرط، بخلاف السابق فإنّ الشرط محقق في نفسه، إلّا أنّ مقتضىٰ انشاء الوكالة بقاؤه، ومقتضىٰ قصد الفسخ ارتفاعه.

١١٧ ـ قوله ﷺ: (صحة عتق الجارية ويكون فسخاً ...الخ)[١].

إنْ أُريد حصول الفسخ عند تمامية انشاء عتقها فالحق عدم حصولهما، لأنّ الفسخ حينئذ لا يحقق الملك المتصل، وهو شرط نفوذ انشاء عتقها، بل يحقق الملك المقارن المنافي، لما مرّ من[٢] استحالة وقوع الملك وزواله في آن واحد.

وإنْ أُريد حصول الفسخ بجزء من الانشاء فالملك المتصل حاصل، ولا منافي لتأثير الانشاء في عتق الجارية، إلّا أنّه يجب القول بصحة عتق العبد في ما اذا كان الخيار لمشتري العبد وحده؛ لأنّ الفسخ والاجازة لايتزاحمان في آنٍ لايترقب فيه تأثير الانشاء في العتق، فلا يكون الفسخ منافياً لعتق العبد، وحيث إنّ ملكه تحقق

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٥ سطر ٢٨.　　(٢) التعليقة السابقة.

ومانعه غير محقق فلابد من تأثير الانشاء في عتق العبد، فتدبر جيداً

تصرفات غير ذي الخيار هل تمنع عن الاسترداد

١١٨ ـ قوله ﷺ: (من احكام الخيار عدم جواز تصرف ...الخ)[١].

توضيح المقام برسم اُمور:

منها: أنّ المسألة هل هي مبنية جوازاً ومنعاً علىٰ تعلق حق الخيار بالعقد؟ وهو باقٍ ما لم ينحل، فالتصرف غير مفوت لموضوع الحق، أو تعلق الحق بالعين والسلطنة علىٰ استرداد العين مع السلطنة علىٰ اتلافاها أو ما بحكمه لا يجتمعان، فلا يبعد التصرف مع السلطنة علىٰ استرداد العين، كما لا يجوز تكليفاً اتلافها، أو أنّ المسألة غير مبنية علىٰ شيء من الامرين، بل يمكن المنع علىٰ الأول، والجواز علىٰ الثاني؟.

وقبل التعرض للابتناء علىٰ ما ذكر وعدمه ينبغي أنْ يعلم أنّ بقاء العقد حتىٰ يتعلق به حق الخيار مورد المناقشة من وجهين:

أحدهما: ما عن غير واحد من الاعلام من قصر العقد علىٰ اللفظي والانشائي، والاول موجود غير قار، والثاني موجود بالعقد اللفظي، فهو موجود بالعرض، ومع عدم قرار الموجود بالذات لا يعقل بقاء الموجود بالعرض، ولذا قالوا بأنّ معنىٰ حل العقد رفع أثره وهي الملكية الاعتبارية التي لها قرار ما دام الاعتبار.

وقد اجبنا عنه سابقاً بأنّ ما وراء العقد اللفظي والانشائي عقد لبي معنوي باعتبار العرف والشرع، ونسبة العقد اللفظي والانشائي اليه نسبة السبب إلىٰ مسببه، أو نسبة الآلة إلىٰ ذي الآلة، فراجع[٢].

ثانيهما: أنّ العقد اللبي والقرار المعنوي وإنْ كان له بقاء عرفاً وشرعاً إلّا أنّه أمر لا يستقل بالتحصل؛ بداهة أنّ القرار المطلق لا يوجد، ولا محالة يتقوم بمتعلقه وهو القرار علىٰ ملكية شيء بعوض، فبقاؤه ببقاء متعلقه وما يتقوم به، ومع التصرف والتلف لا ملكية، فلا يعقل بقاء القرار، فلا فرق حينئذ بين تعلق الحق بنفس العقد أو

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٥ سطر ٣٠. (٢) تعليقة ١١٥.

بالعين.

وقد مر دفع هذه المناقشة أيضاً بأنّ المقوم للقرار هي الملكية في أُفق القرار لا في الخارج، فراجع ما تقدم خصوصاً في مبحث شرط الخيار[1].

وحيث عرفت أنّ العقد له بقاء حتىٰ مع ارتفاع الملكية خارجاً بتلف متعلقها أو ما بحكمه فاعلم: أنّه إنْ قلنا بتعلق الخيار بنفس العقد الباقي في نفسه ومن حيث تقومه بالملكية فلنا أنْ نقول بأنّ مقتضىٰ فسخه وحله الحقيقي رجوع طرفي المعاوضة، وهما العوضان بشخصهما إلىٰ مالكهما الاول، فالعقد وإنْ كان باقياً مع تلفهما إلّا أنّ حلهما ممتنع لامتناع رجوعهما بشخصهما، فالتصرف المنافي لرجوع العين بشخصها غير جائز ولا نافذ، لأنّه موجب لتوفيت موضوع الحق الثابت.

ولنا أنْ نقول بأنّ فسخ العقد غير مقصور علىٰ رجوع العين بشخصها، بل مقتضاه رجوع العين ولو ببدلها علىٰ التقريب الآتي ان شاء الله تعالىٰ، فحينئذ لا يوجب التصرف تفويت موضوع هذا الحق الذي لمتعلقه عرض عريض، وكذلك اذا قلنا بأنّ الخيار حق يتعلق ابتداء بالعوضين من حيث الرد والاسترداد، فإنّ مجرد تعلق الحق بالعين لا يمنع عن نفوذ التصرف كما في بيع العبد الجاني، والتصرف فيما فيه حق الشفعة ونحوهما، بل الجواز وضعاً وتكليفاً دائر مدار طور الحق وأنّه يفوت بالتصرف أو لا يفوت بالتصرف كما في المثالين فنقول:

إنْ كان حق الرد والاسترداد ملكاً حق استرداد شخص العين ملكاً فلا محالة يكون التصرف مفوتاً له حقيقةً أو حكماً، وإنْ كان حق استرداد العين ولو بمرتبة منها من حيث طبيعتها النوعية أو ماليتها فلا يكون التصرف مفوتاً لموضوع الحق بجميع مراتبه، فالعمدة تحقيق هذا المعنىٰ في طرف العقد وفي طرف العين من دون فرق بين تعلقه بالعقد أو بالعين كما هو المعروف.

ومنها: أنّ مقتضىٰ اطلاق نصوص الخيار وفتاوىٰ المشهور من علمائنا الاخيار هو أنّ لذي الخيار حق الفسخ حتىٰ مع تلف العين، فيستكشف منهما أنّ سنخ الحق لا

---

(١) ح ٤: ٢٠٤، تعليقة ١٢٠.

يفوت بالتلف، ومع عدم فواته بعدم فوات موضوعه بتلف العين لا يكون اتلافها الحقيقي ولا ما بمنزلته اعداماً لموضوع الحق، فلا مانع من جوازه تكليفاً ووضعاً.

وتوضيحه: بتقديم مقدمات:

الاولى: أنّ الرجوع إلىٰ بدل التالف بفسخ العقد مما تسالموا عليه، وهو تارة يكون بفسخ العقد، ومن مقتضياته بمعناه الذي يكون حال وجود العين، فلابد أنْ يكون الفسخ بمعنىٰ جامع، وأخرىٰ لا من مقتضيات الفسخ بمعناه، بل بتقدير يحتاج إلىٰ مؤونة ثبوتاً واثباتاً، واغلب الوجوه المذكورة في الرجوع إلىٰ البدل غير صالحة لاثباته، لأنّه إمّا يحتاج إلىٰ دليل غير دليل الخيار وحل العقد بعنوانه، وإمّا بتوهم أنّه من مقتضيات الفسخ وليس كذلك.

فمن الوجوه: ما هو ظاهر كلام شيخنا الاستاذ قدس سره في مبحث ملزمات المعاطاة[1] من أنّه يرجع الىٰ البدل بعد الفسخ بمقتضىٰ اليد والاتلاف مع أنّ التلف تحت يد المالك غير مضمن، كما إنّ اتلاف المالك لماله كذلك، وتقدير رجوع العين إلىٰ مالكه من الاول بنحو الانقلاب الغير المستحيل عنده قدس سره في الاعتباريات غير مجدٍ هنا؛ لورود الاعتبار علىٰ التالف دون التلف علىٰ الاعتبار، واعتبار ورود التلف علىٰ ما اعتبره ملكاً للمالك من الاول تضمين ابتدائي بلا موجب.

ومن الوجوه: ما ذكره قدس سره مشافهة في البحث واشار اليه في تعليقته[2] هنا أنّ العين ترجع بنفسها إلىٰ الفاسخ بما هي مضافة باضافة الملكية مع وجودها، وترجع اليه بما هي تالفة منه مع تلفها، ونفس هذه الاضافة تقتضي الرجوع إلىٰ بدلها؛ حيث إنّها تلفت من الفاسخ علىٰ المفسوخ عليه.

وذكر قدس سره في تعليقته أنّ العين ترجع إلىٰ الفاسخ المنتقل عنه ويصير حاله معها حال المنتقل اليه، بحيث لو عادت علىٰ خلاف العادة لكانت ملكاً له، ولا حال لها مع المنتقل اليه عند تلفها إلّا أنّها تالفة منه، وإلّا فليس هناك اضافة اخرىٰ من ملكية

---

(١) حاشية الآخوند ٢٢.

(٢) حاشية الآخوند ٢٦٠، اشار اليهما المصنف في مبحث ملزمات المعاطاة وناقشهما راجع ١: ٢٠٦. من هذا الكتاب.

أو حقية، مع أنّ تلف شيء من احد ليس مضافاً إليه إلّا باعتبار اضافة ذات التالف، لا أنّ التلف منه اضافة اليه، بمعنىٰ أنّ المضاف تلف لا تلفه مضاف، ومع الغض عنه فاعتبار تلفه منه كما كان عند المفسوخ عليه كان بمعنىٰ كونه خسارة منه، لا خسارة عليه حتىٰ يجب تداركها ببدلها.

ومع الاغماض عنه وصدق تلفه عليه اذا رجع بهذا الوصف إلىٰ الفاسخ كان تالفاً من الفاسخ عليه، وهو ضد المقصود، والتفكيك بين رجوع العين بما هي تالفة منه إلىٰ الفاسخ وبقائها علىٰ حالها من كونها تالفة علىٰ المفسوخ عليه ـ ليكون تالفاً من الفاسخ علىٰ المفسوخ عليه ـ ركيك إلىٰ الغاية.

ومن الوجوه: ما عن بعض الاجلة ﷺ من أنّ رجوع العين تارة تحقيقي، واخرىٰ تقديري، فمع تلف العين يقدر وجوده عند المفسوخ عليه وفي عهدته، ومقتضىٰ كونه في عهدته تداركه ببدله، مع أنّ تقدير وجوده عنده ورجوع المفروض الوجود فقط لا يجدي في وجوب البدل، وتقدير وجوده في عهدته تضمين ابتدائي بلا موجب،فإنّ مجرد تقدير وجوده عنده له مصحح لوجوده عنده تحقيقاً، بخلاف تقديره في عهدته، مع أنّ هذا المعنىٰ ليس باقتضاء الفسخ، لأنّ الفسخ حل العقد علىٰ العوضين، فبعد تلفهما إمّا لا حلّ لامتناع رجوعهما الذي هو مقتضىٰ حل العقد عما وقع عليه بشخصه، وإمّا له معنىٰ لا حاجة معه إلىٰ التقدير، والرجوع الحكمي الذي يحتاج إلىٰ دليل مخصوص؛ حيث لا يفي به دليل الخيار علىٰ الفرض.

ومن الوجوه:ما أفاده صاحب الجواهر ﷺ[1] وتبعه عليه غيره، وهو أنّ العين خرجت عن ملك مالكها مضمونة بعوضها، فلابد من رجوعها اليه مضمونة بعوضها، فوجوب دفع البدل مقتضىٰ رجوعها مضمونة.

والجواب: أنّ ضمان العين علىٰ انحاء:

احدها: كونها مضمونة بعوضها المسمىٰ؛ بمعنىٰ كونها معوضة، والثمن عوضها، وهو معنىٰ معاوضتها بشيء.

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٢٣١، وقد ذكره المصنف في ملزمات المعاطاة وناقشه بمناقشة اخرىٰ، راجع ١: ٢٠٧. من هذا الكتاب.

ثانيها: كونها في عهدة البائع كما في الضمان قبل القبض، والضمان في ايام خيار الحيوان، فإنّ ضمانها علىٰ البائع بمعنىٰ تقدير ملكها آناً ما قبل التلف، وتلفها من البائع، وهو بمعنىٰ انفساخ العقد قهراً بحكم الشارع قبل التلف.

ثالثها: ضمان الغرامة وموجبه اليد والاتلاف.

والاول لا أثر له في دفع البدل، لأنّ المفروض حل تلك المعاوضة وخروج العين عن كونها معوضة والثمن عن كونه عوضاً، والثاني خلاف المقصود هنا، اذ المفروض انحلال العقد بحله لا بتلف العوضين، والثالث بلا موجب هنا؛ حيث لا يد علىٰ مال الغير ولا اتلاف له، وسيجيء[1] ان شاء الله تعالىٰ أنّ الرجوع إلىٰ البدل من مقتضيات الفسخ علىٰ وجه لايحتاج إلىٰ أمر آخر غير حل العقد.

المقدمة الثانية: أنّ الخيار له معنىٰ واحد في صورة وجود العين وتلفها كما هو مقتضىٰ اطلاق نصوصه؛ لوضوح أنّ المطلق لابد من انحفاظه في جميع اطواره وشؤونه، فاذا كان معنىٰ الخيار في صورة وجود العين رجوع العين بشخصها وبنفسها محل المعاوضة الواقعة علىٰ العوضين بشخصهما، وكان معناه في صورة تلف العين رجوعه تقديراً وفرضاً فهو ليس من حل العقد حقيقة حيث يمتنع انحلال المعاوضة المتقومة بشخص العوضين، فلا محالة هو معنىٰ آخر يحتاج إلىٰ فرض وتقدير ثبوتاً، والىٰ دليل علىٰ هذا الفرض والتقدير اثباتاً؛ لعدم كفاية دليل الخيار لهذا المعنىٰ، لأنّ المفروض أنه ليس حلاً حقيقة، ولا اطلاقه كافٍ في اثباته، لأنّ الاطلاق يكفي في ثبوت المطلق بتمام شؤونه ولواحقه، والفسخ الحقيقي لايعقل سريانه إلىٰ هذا الشأن وهو تلف العين، ففرض الاطلاق فرض قبول المعنىٰ الواحد لعروض التلف وعدمه، وهو المعنىٰ الجامع الذي سنحققه ان شاء الله تعالىٰ دون الفسخ الحقيقي الدائر مدار شخص العين.

المقدمة الثالثة: أنّ حق الخيار كما أنّه معنىٰ واحد كذلك موجود واحد، فهناك حق واحد معنىٰ ووجوداً، إلّا أنّه في صورة وجود العين حق استردادها المتقوم بشخص

---

(١) في نفس التعليقة، عند قوله (وتقريب التوسعة بحيث...).

العين، [و][1] مع تلفها أو اتلافها يحدث حق استرداد مثلها، ومع تعذره حق استرداد قيمتها، فهناك حقوق مترتبة، فلا ينافي التنزل إلىٰ مرتبة لاحقة حرمة اعدام موضوع المرتبة السابقة، فلا يمكن استكشاف حكم التصرف والاتلاف من جواز الرجوع إلىٰ البدل في صورة التلف وتعدد الحق، مع أنّه لا دليل عليه لايمكن الالتزام بآثاره، فأنّ منها منها جواز اسقاط حق المرتبة السابقة، ومطالبة حق الرتبة اللاحقة، وبالجملة وحدة الحق نصاً وفتوىً وأثراً مما لا ينبغي التشكيك فيها.

المقدمة الرابعة: العين التي وقعت المعاوضة العقدية عليها ذات شؤون ثلاثة، وهي ماهية[2] الشخصية التي بها تمتلأ هذه الحصة من سائر الحصص ماهيةً، والوجود الذي يمتاز به هذه الهوية عن سائر الهويات وجوداً، فهذه العين الشخصية تنحل إلىٰ ماهية شخصية ووجود خاص، والحيثية الثانية حيثية كونها ذات طبيعة نوعية كطبيعة الحنطة التي لها افراد مماثلة، والحيثية الثالثة حيثية المالية التي يمتاز بها عين ذات مالية عن غيرها من الاعيان.

ومن الواضح أنّ اغراض المتعاملين تارة تتعلق بتلك الحيثية الاولىٰ التي وقعت العين بملاحظتها مورداً للعقد، وهذه اغراض شخصية، وأُخرىٰ تتعلق بحيثية الطبيعة النوعية وحيثية المالية، وهي الاغراض النوعية، فإنّ الغرض النوعي إنّما هو متوجه إلىٰ ايقاع العقد علىٰ هذا الشخص من حيث إنّه حنطة مثلاً، والىٰ اقامة مال مقام مال؛ من دون نظر إلىٰ الخصوصيات الموجبة لتخصص الطبيعة بصيرورتها حصة، أو إلىٰ خصوصية الوجود الخاص الممتاز بذاته عن سائر الوجودات.

وكما أنّه للشارع رعاية خصوصية الوجود الخاص كما وقع في خيار العيب بالنسبة إلىٰ المعيب؛ حيث قال عليه السلام (إنْ كان الشيء قائماً بعينه رده إلىٰ صاحبه...إلىٰ آخره)[3] فلم يعتبر بقاءه بحيثية الطبيعة النوعية أو المالية في الفسخ، كذلك له رعاية الطبيعة النوعية وحيثية المالية التي هي مدار الاغراض النوعية العقلائية فيوسع في

---

(١) اضافة يقتضيها السياق. (٢) هكذا في الاصل والصحيح (ماهيتها).

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب الخيار، ح ٣.

دائرة الحق، ولا يجعله مقصوراً على صورة بقاء العين الشخصية.

وتقريب التوسعة بحيث لا يختل بها المقدمات المزبورة ـ من كون الرجوع باقتضاء الفسخ لا بمعونة شيء آخر، وكون الحق واحداً معنىً ووجوداً ـ هو أنّ مورد المعاوضة وإنْ كان الماهية الشخصية المتحدة مع وجودها من باب اتحاد اللامتحصل مع المتحصل، إلّا أنّ الشارع في مقام اعتبار حق الفسخ لم يعتبر هذا الاتحاد الخاص، بل اعتبر الماهية الشخصية بما هي متحدة مع الطبيعة النوعية، فإنّها موجودة بوجود فردها، فإنّ فرد الطبيعة النوعية هي الحصة المتحدة مع وجودها المضاف اليها بالذات، وإلّا فنفس وجود الماهية الشخصية فرد مفهوم الوجود لا فرد ماهية الانسان، والطبيعة النوعية كما أنّها محفوظة مع وجود هذه الماهية الشخصية كذلك مع تلفها، فليست الطبيعة النوعية ملحوظة بما هي، ولا بشرط حتىٰ يكون لمن عليه الخيار اداؤها باداء ما يماثل العين مع وجودها، ولا الماهية الشخصية ملحوظة بما هي متحدة مع وجودها الخاص بها بالذات؛ حتىٰ يسقط الحق بتلفها، ويكون اداء بدلها باقتضاء فرد آخر من الحق، أو بمعنىٰ آخر أجنبي عن حقيقة الفسخ.

بل لوحظ متعلق الحق الوحداني نفس الماهية الشخصية بما هي متحدة مع طبيعتها النوعية، فهذا الاتحاد هو المصحح لسعة دائرة موضوع الحق الوحداني، فمع وجود الماهية الشخصية يجب رجوعها، ووجودها لازم رجوعها، لا مقوم اللازم رجوعه، ومع تلفها فهي وإنْ تلفت بما هي متحدة مع وجودها الخاص ـ لفرض عدمها البديل ـ إلّا أنّها لم تتلف بما هي متحدة مع وجود طبيعتها النوعية المفروض اعتبار اتحادها معها ماهيةً ووجوداً بالذات وبالعرض.

ومن البين أنّ مقتضىٰ رجوع الطبيعة النوعية وطبيعة المالية بلحاظ اتحادهما مع فردهما هو استحقاق الفاسخ للطبيعة النوعية وحيثية المالية من المفسوخ عليه من دون حاجة إلىٰ سبب آخر للرجوع إلىٰ البدل، هذا بحسب مقام الثبوت، وأمّا بحسب مقام الاثبات فيكفي اطلاق دليل الخيار لصورة تلف العين مع انحفاظ وحدته مفهوماً ووجوداً، فتدبره فإنّه حقيق به.

ومنها: أنّ في المسألة تفصيلين متعاكسين:

أحدهما: ما عن شيخنا الاستاذ ﷺ في التعليقة[١] علىٰ الكتاب من جواز الاتلاف تكليفاً، والمنع عن التصرف المعاملي وضعاً.

وثانيهماً: ما حكاه في المتن عن المحقق صاحب المقابيس ﷺ[٢] من جواز التصرف المعاملي وضعاً، والمنع عن الاتلاف تكليفاً.

أمّا التفصيل الاول: فمبني علىٰ أنّ الفسخ الحقيقي يقتضي رجوع العين بنفسها، وفرض نفوذ التصرف المعاملي فرض عدم امكان رجوعها بنفسها؛ لاستحالة كون العين الواحدة ملكاً للفاسخ وللمشتري من المفسوخ عليه، فانفاذ التصرف مع استحقاق الاسترداد الملكي متنافيان، ومع ثبوت أحد المتنافيين يستحيل تحقق الآخر.

وأمّا جواز الاتلاف تكليفاً فهو خالٍ عن محذور الاستحالة، بل غايته رجوع العين تالفة إلىٰ الفاسخ فيرجع الىٰ بدلها.

لكنك قد عرفت مما قدمناه أنّ حق الفسخ إنْ كان بالمعنىٰ الوسيع المجامع مع رجوع العين بشخصها، ومع رجوعها بطبيعتها النوعية وحيثية المالية فلا فرق بين التصرف والاتلاف، لأنّ مقتضىٰ الفسخ مع نفوذ التصرف رجوع العين بماليتها مثلاً، ولا يلزم منه اجتماع الملكين علىٰ عين واحدة كما هو واضح.

وإنْ كان بالمعنىٰ المقصور علىٰ رجوع العين الشخصية فالاتلاف كالتصرف، فإنّ التسليط علىٰ اعدام العين الشخصية التي هي متعلقة لحق الغير منافٍ للتسلط علىٰ استرداد العين بشخصها أو ما ينتهي الامر اليه ولو لم يلزم محذور اجتماع الملكين في صورة الاتلاف، اذ كما أنّ لازم اجتماع السلطنتين في التصرف انتهاء الامر إلىٰ اجتماع الملكين لشخصين في زمان واحد بالنسبة إلىٰ عين واحدة، كذلك لازم اجتماع السلطنتين في الاتلاف اجتماع الملك وعدمه في زمان واحد، لأنّ مقتضىٰ السلطنة علىٰ استرداد العين بشخصها تملكها باستردادها، وهو إنّما يعقل مع

---

(١) حاشية الآخوند ٢٦٠.

(٢) مقابس الانوار ٢٠٠ سطر ٢٠.

وجودها، فإنّ المعدوم لا يملك، فمقتضىٰ نفوذ الفسخ مالكية الفاسخ للعين، ومقتضىٰ اتلافها الجائز عدم مالكيته بعد الفسخ لفرض الاتلاف.

وليس مقتضىٰ الفسخ مجرد اضافة العين إلىٰ الفاسخ؛ ليقال إنّه في صورة وجودها تضاف اليه باضافة الملكية، وفي صورة تلفها تضاف اليه باضافة أنّها تالفة منه، بل اللازم في حقيقة الفسخ عود تلك الاضافة المنبعثة عن العقد، وهي اضافة الملكية، بل قد مر أنّه لا اضافة بين الشخص والعين التالفة، وعلىٰ فرض اعتبارها لا يوجب الرجوع إلىٰ البدل.

وأمّا التفصيل الثاني: فمبني علىٰ انحلال العقد الثاني بحل العقد الاول، فلا يكون التصرف مفوتاً لحق الغير، بخلاف الاتلاف فإنّه مفوت محض لحق الغير، وتقريب الانحلال بوجهين:

أحدهما: أنّ صحة العقد الثاني لا مانع منها إلّا الفسخ، وحيث إنّ الفاسخ يتلقىٰ الملك من المفسوخ عليه فلابد من انحلال العقد الثاني، وإلّا لم يكن الفسخ فسخاً حقيقة، فالعقد الثاني مترتب علىٰ العقد الاول حدوثاً وبقاءً.

وثانيهما: ما اشرنا اليه في مبحث خيار الغبن[1] من أنّ المشتري الاول ليس له إلّا ملكية متزلزلة، فنقلها إلىٰ المشتري الثاني، وقيام الثاني مقام الاول في اضافة الملكية المتزلزلة يستدعي انحلالها بانحلال العقد الاول قهراً، ولعله اليه يؤول ما هو ببالي من صاحب الجواهر ﷺ من أنّ الفرع لايزيد علىٰ اصله، ولاجله قوّىٰ الانحلال في مبحث خيار الغبن[2].

ويندفع التقريب الاول: بأنّ ترتب العقد الثاني علىٰ العقد الاول إنْ كان من حيث الصحة فهو صحيح حدوثاً لا بقاءً، لأنّ النفوذ والصحة ليس تدريجياً حتىٰ يتفرع تأثير العقد الثاني بقاءً علىٰ تأثير العقد الاول، فليس للنفوذ بقاء وارتفاع، بل عقد البيع في حال حدوثه اذا كان مستحقاً للشرائط يؤثر في الملكية المرسلة الغير المحدودة بحد زماني، وكذا العقد الثاني، فإمّا لا نفوذ للثاني، وإمّا لا انحلال له.

---

(١) ح ٤، تعليقة ٢٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٤٨.

وان كان ترتب الثاني علىٰ الاول من حيث الانحلال فالامر بالعكس، لأنّ حل العقد الاول مقتضاه تلقي الملك من المشتري الاول المفسوخ عليه، وهو فرع الموضوع، فيتوقف ملك المشتري الاول ـ حتىٰ يتلقاه البائع منه بفسخه ـ علىٰ عود الملك من المشتري الثاني إلىٰ المشتري الاول، فكيف يكون عوده معلولاً لعود الملك من المشتري الاول إلىٰ البائع الفاسخ؟! وليس للبائع إلّا حق حل العقد الاول دون الثاني ليكون حل الاول مقدوراً بالواسطة، فإمّا أنْ لاينفذ العقد الثاني لكونه موجباً لامتناع حل العقد الاول، وإمّا لا انحلال للعقد الثاني لعدم تقوم حق الخيار بعود شخص العين.

وتوهم: أنّ المانع من صحة العقد الثاني ليس مجرد حق الخيار، فإنّ حق الخيار لا يمنع عن الصحة، بل عن اللزوم قياساً بحق الشفعة وحق الجناية، فإنّهما لايمنعان عن صحة التصرفات.

مدفوع: ببطلان القياس، فإنّ حق الشفعة حق تملك حصة الشريك ببذل مثل الثمن وإنْ تواردت عليه عقود، لا حق التملك من خصوص المشتري الاول، وكذا حق الجناية حق استرقاق الجاني لا من خصوص مولاه الاول، بخلاف حق الخيار فإنّ مقتضاه تلقي الفاسخ الملك من خصوص طرف المعاوضة، ويستحيل ذلك إلّا مع بقائه علىٰ ملكه أو عوده اليه، والثاني بلا موجب، والاول يقتضي عدم نفوذ التصرف، فلابد لمن يلتزم بصحة التصرف وبقاء الحق من التوسعة بما قدمناه، لا الالتزام بالصحة والانحلال المحال.

ويندفع التقريب الثاني: بأنّ المراد من العقد المتزلزل ماكان فيه حق الخيار والملكية المعقود عليها متزلزلة بسببه، وكما أنّ العقد لايخرج عن التزلزل إلّا بعد سقوط حق الخيار بوجه؛ كذلك الملكية العنوانية المقومة للعقد في أُفق القرار المعاملي المعنوي، وأمّا الملكية الحقيقية التي هي مطابق العنوان المزبور فهي موصوفة به ما دامت العين موجودة، ومع تلفها لا ملكية حقيقية، لأنّ المعدوم لا يملك مع بقاء العقد بمقومه علىٰ التزلزل.

وأمّا مع نقل العين بتصرف معاملي فليس بابه باب نقل اضافة الملكية؛ حتىٰ يتوهم أنّه لم يكن للناقل إلّا اضافة متزلزلة، بل نقل العين من طرف اضافته إلىٰ طرف اضافة الغير، والاضافة الحادثة اضافة جديدة لا توصف بالتزلزل إلّا مع كون العقد عليها مورداً لحق خيار شرعاً أو جعلاً، وعلىٰ أي حال فهي اضافة جديدة حادثة بعقد جديد، لأنّ المشتري الثاني يقوم مقام المشتري الاول في اضافته التي كانت له، ولذا لا شبهة في أنّ البائع اذا كان له ملك مستقر له أنْ يبيع ببيع خياري أو هبة جائزة، فلو كان البيع أو الهبة جعل الشخص قائماً مقامه في اضافته وأنّه من باب نقل اضافته لم يكن له إلّا اضافة مستقرة.

نعم هذا شأن الارث فإنّ مقتضىٰ دليله قيام الوارث مقام مورثه فيما له من ملك أو حق، ولذا لا شبهة أنّ لذي الخيار حل العقد واسترجاع شخص العين التي هي بيد الوارث.

ومما ذكرنا تبيّن أنّه لا فرق فيما نحن فيه بين التصرف اللازم والجائز، فإنّه علىٰ الفرض لا حق للبائع الفاسخ إلّا في العقد الاول، فليس امر العقد الثاني بيده، وكما لا ولاية علىٰ العقد الثاني كذلك لا ولاية ولا سلطنة علىٰ المشتري المفسوخ عليه حتىٰ يلزمه بفسخ العقد الثاني، وإنّما له السلطنة علىٰ حل العقد الاول فقط، والمفروض امتناع اعماله بحيث يرجع اليه شخص العين لتوقفه علىٰ ما لا سلطنة له عليه.

نعم ربما يتوهم كما قدمناه[1] أنّه عند الاتلاف الحقيقي والحكمي يقدر العين موجودة في عهدة المشتري، ومن اثار العهدة جواز مطالبة شخص ما في العهدة مع امكان ادائه كما ذكروه في قاعدة اليد الموجبة لدخول العين في العهدة، فمع المطالبة وكون الناقل عقد جائزاً له الزام الناقل بفسخ عقده وارجاع شخص العين التي دخلت في عهدته بسبب تصرفه، بل ربما زيد علىٰ ذلك بجواز الالزام في الملازم أيضاً اذا امكنه الاستقالة أو الاشتراء.

---

(١) في نفس التعليقة، عند قوله (ومن الوجوه: ما عن بعض الاجلة...).

ويندفع هذا التوهم أولاً: بما مرّ منا من أنّ تقدير وجود العين عند المفسوخ عليه غير تقدير وجوده في عهدته، فإنّه تضمين ابتدائي بلا موجب.

وثانياً: أنّ العهدة تارة حقيقية، وأُخرىٰ تقديرية فرضية، والاولىٰ كما في مورد وضع اليد علىٰ مال الغير يترتب عليها جميع آثار العهدة، والثانية كما في ما نحن فيه؛ فإنّه لا عهدة حقيقة هنا، بل يُقدّر لترتيب أثر الرجوع إلىٰ البدل المسلم عند الكل في حال تلف العين حقيقة، وأمّا تقديره لاثر آخر غير مسلم فيحتاج إلىٰ الدليل، فإنّ التقدير كما مرّ ليس من مقتضيات الفسخ، بل يحتاج إلىٰ مؤونة زائدة ثبوتاً واثباتاً.

وثالثاً: أنّ عود العين إلىٰ المشتري بالاستقالة والتفاسخ وإنْ كان بالعناية عود الملكية الحاصلة بالعقد الثاني فكأنّ ملكية المشتري باقية، إلّا أنّ عودها بالاشتراء ليس من العود في شيء حتىٰ بالعناية والمسامحة، بل ملكية جديدة حاصلة بعقد ثالث، فحال المشتري هنا حال غيره من الاجانب، فلا مجال لتوهم أنّ الفسخ يقتضي الاعادة حتىٰ بالاشتراء، فتدبره فإنّه حقيق به.

ومنها: أنّه بناءً علىٰ انحلال العقد الثاني بانحلال العقد الاول كما يراه صاحب المقابيس ﷺ فهل ينحل العقد الثاني من حين انشاء الفسخ أو من أصله؟ والظاهر من صاحب المقابيس ﷺ[1] هو الثاني كما حكاه المصنف ﷺ، وقد مرّ منا بعض الكلام في مبحث خيار الغبن[2]، وقد عرفت هناك أنّ الملازمة بين الانحلالين تحقيقاً لتلقي الفاسخ الملك من المفسوخ عليه مما لابد منه علىٰ كلا الوجهين، فإنّه اذا كان الفسخ من الحين كان الفاسخ متلقياً أيضاً من المفسوخ عليه دون المشتري الثاني.

وتوهم لزوم توقيت البيع والملكية من كون الفسخ من الحين لازم كل فسخ من الحين، فلا فارق بين الفسخ في المقام وغيره، والمظنون بصاحب المقابيس ﷺ أنّ مراده من لزوم الانفساخ من الاصل هنا ـ بدعوىٰ لزوم تلقي البائع الملك من المشتري لا ممن اشترىٰ منه ـ هو أنّ فسخ العقد الاول من حين انشاء الفسخ لا

---

(١) مقابس الانوار ٢٠٠ سطر ٢١.

(٢) ج ٤، تعليقة ٢٠٧.

يمكن، اذ لا ملك للمشتري حين الفسخ وحل العقد الثاني فعلاً ليتحقق موضوع الملك للمشتري الاول فرع[1] كونه ذا حق في العقد الثاني، والمفروض عدمه.

بخلاف ما اذا كان الفسخ من الاصل فإنّ ما قبل تحقق العقد الثاني ظرف ملك المشتري الاول ووعاؤه، فاذا انشأ الفسخ بلحاظ ذلك الزمان فقد تملك مال المشتري الاول من الاول، ولازم هذا الاعتبار انحلال كل عقد وارد علىٰ المفروض كونه ملكاً للبائع، فهو يقول بأنّ انحلال العقد الاول يستلزم انحلال العقد الثاني قهراً، لا أنّ حل الاول متوقف علىٰ حل الثاني.

وأمّا حديث توقيت البيع الثاني فهو بالنظر إلىٰ دفع توهم امكان حلّ العقد الاول من دون حاجة إلىٰ حلّ الثاني، ولا استلزام انحلال الاول لانحلال الثاني بكون صحة العقد الثاني مؤقتة إلىٰ حين انشاء الفسخ، فإنّه علىٰ الفرض يكون المبيع حينئذ ملكاً للمشتري الاول، فلا مانع من تلقي الملك منه فعلاً، فلذا اجاب عنه بقوله ﷺ (ولايمكن توقيت البيع ...الخ)[2].

ومنه يظهر اندفاع جميع ما أورد عليه، وأوردناه عليه هنا وسابقاً، نعم الذي يرد عليه أنّ دليل حق الخيار ونفوذ انشاء فسخه للعقد لايفي بذلك، فإنّ مقتضىٰ سببية انشاء الفسخ كما في كل سبب ومسبب تأثيره فيه مقارناً له، لا تأثير المتأخر في المتقدم، والكشف الانقلابي في الفسخ كما يقال به في الاجازة، وإنّما يصح ذلك مع دليل خاص حتىٰ يتكلف له باحد الوجهين.

ومما ذكرنا في توضيح مرامه (زيد في علو مقامه) يندفع عنه أيضاً ما أورده المصنف العلّامة (رفع الله مقامه) من النقض بالتلف قبل القبض، فإنّه لا شبهة في انفساخ العقد مع عدم انفساخ العقد الوارد علىٰ الثمن المقبوض، وجه الاندفاع أنّ فرض ورود التصرف بعد رجوع المال إلىٰ مالكه الاول يوجب انحلال التصرف، لا أنّ انحلال العقد الاول يوجب الانحلال في العقد الثاني كلية، ومسألة التصرف الوارد علىٰ الثمن مفروضة قبل التلف، فالانحلال والانفساخ وارد علىٰ التصرف، لا أنّ

---

(١) لايخفىٰ ما في العبارة.

(٢) مقابس الانوار ٢٠٠ سطر ٢٣.

التصرف وارد علىٰ الانحلال ولو بالاعتبار كما فرضناه في تصحيح كلامه وتنقيح مرامه.

ومنها: أنّ ما ذكرناه من جواز اتلاف العين فإنّما هو من حيث عدم مانعية حق الخيار، وإلّا فربما يوجد جهة أخرىٰ مقتضية لوجوب ابقاء العين، كما ربما يدعىٰ في البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن.

توضيحه: أنّ البيع بشرط الخيار برد مثل الثمن غالباً يقع لاحد غرضين، إمّا أنّ المبيع لا مشتري له بقيمته السوقية، والحاجة تضطره إلىٰ بيعه بأقل من القيمة بشرط الخيار تحفظاً علىٰ مالية المبيع، ومثل هذا الفرض لا يوجب إلّا التحفظ علىٰ مالية عينه بالخيار، فلا ينافي التصرف الموجب للانتقال إلىٰ بدله الواقعي، وإمّا أنّه له غرض شخصي في التحفظ علىٰ شخص عينه بحيث اذا بذل له قيمتها السوقية لم يبعها، ومثل هذا الغرض يقتضي التحفظ علىٰ خصوص عينه، إلّا أنّ الغرض الخارجي لا اثر له ما لم يكن غرضاً عقدياً واقعاً موقع الالتزام.

نعم ربما يكون هناك قرينة نوعية أو شخصية علىٰ هذا البناء فيقع العقد مبنياً عليه؛ فيكون شرطاً ضمنياً يعامل معه معاملة الشرط الصريح، ويؤول حينئذ شرط الخيار في مثله إلىٰ شرطين، شرط استحقاق الاسترداد، وشرط ابقاء العين، لا أنّه يؤول إلىٰ تضيق دائرة شرط الخيار؛ بحيث يستحق شرط استرداد العين بشخصها، فإنّه وإنْ كان مانعاً عن التصرف والاتلاف أيضاً إلّا أنّه يوجب انتفاء الحق المزبور بتلف العين كما مر، مع أنّ الخيار باقٍ هنا كسائر الخيارات في موارد أُخر.

وحينئذ فيمتاز شرط الخيار برد مثل الثمن عن سائر الخيارات بما ذكرنا من أوْلِهِ إلىٰ شرطين بقرينة المقام، إلّا أنّ شرط الابقاء لايقتضي إلّا حرمة الاتلاف والتصرف تكليفاً، لا عدم نفوذ التصرف؛ لما مرّ غير مرة من أنّ الحرمة المولوية لا تنافي نفوذ التصرف، ولا توجب انتفاء السلطنة الوضعية، وأمّا انتفاء السلطنة التكليفية فليس مقتضاه إلّا تبدل جواز التصرف تكليفاً بحرمته تكليفاً.

وأمّا ارجاع شرط ابقاء العين إلىٰ شرط عدم السلطنة علىٰ التصرفات الناقلة، فإنْ

أُريد منه شرط عدم السلطنة التكليفية فمرجعه إلىٰ شرط عدم الحكم الذي امره بيد الشارع؛ فيكون شرط أمر غير مقدور مع كونه مخالفاً للكتاب والسنة، وإنْ أُريد شرط عدم السلطنة الوضعية فهو أيضاً كذلك، لأنّ نفوذ السبب وعدمه شرعاً تابعان لاستجماع السبب وشرائط تأثيره وعدمه، فلا يتغير بالشرط، وإنْ أُريد شرط عدم السلطنة الاعتبارية المعبر عنها بالحق المقابل للملك فمن الواضح أنّ المشتري لا يتحقق له بالاشتراء إلّا ملك المال فقط، لا ملك وحق حتىٰ يشترط عليه عدم الحق، فتدبر جيداً.

نعم التخلف عن شرط الابقاء هو بنفسه يوجب الخيار، فللبائع حينئذ خياران، أحدهما الخيار المعلق أو المقيد برد الثمن، وثانيهما الخيار الفعلي الناشئ عن التخلف عن الشرط باتلاف أو تصرف، فله حينئذ اعمال الخيار الثاني قبل حصول المعلق عليه الخيار الاول، كما أنّه له اسقاطه، لكنه إنْ أسقط الخيار الاول قبل التلف فلا موقع للشرط حتىٰ يكون له تخلّف موجب للخيار.

بل يمكن الاشكال في بقاء الخيار الثاني اذا اسقط الخيار الاول بعد التلف أيضاً، لأنّ خيار التخلّف من ناحية الضرر، وهو نقض الغرض الذي قام بحفظه باشتراطه، ومع اسقاط الخيار الاول لايلزم نقض غرض معاملي من تخلّف الشرط حتىٰ يثبت الخيار، نعم اذا كان دليله الاجماع وقد فرض تحقق موجبه وهو التخلف عن الشرط فاسقاط الخيار المشترط لا ربط له بالخيار المنبعث عن التخلف عن الشرط، فتدبر.

ومنها: أنّه بناءً علىٰ المنع من التصرفات تكليفاً ووضعاً فهل يمتاز الزمان الذي يكون حق الخيار فيه فعلياً كخياري المجلس والحيوان عن الزمان الذي ليس فيه الخيار فعلياً كخيار الغبن والرؤية وخيار التأخير والخيار المشترط في زمان منفصل عن العقد ـ بناء علىٰ كون ظهور الغبن والرؤية علىٰ الخلاف سبباً لا كاشفاً ـ أو لا فرق بين فعلية الخيار وعدمها؟

والظاهر في بدو النظر أنّ الحق هو المانع عن التصرف، ومع عدم فعليته يؤثر المقتضي اثره، والعلم بالمانع المتأخر لا اثر له، لأنّ المانعية شأن ذات المانع

المتأخر، والعلم به علم بما لا مانعية له فعلاً ولا مانعية للعلم، فالتفصيل بين شرط الخيار في الغد وبين غيره للعلم بمجئ الغد دون ظهور الغبن والرؤية علىٰ الخلاف ونحوهما كما عن المصنف ﷺ بلا وجه ظاهراً.

ويمكن أن يقال: بناءً علىٰ ثبوت الخيار علىٰ أي حال وأنّه لمكان ثبوته علىٰ أي تقدير لا مجال لانفاذ التصرف وتجويز الاتلاف، وأنّه ينتقل بسببه إلىٰ البدل مع التلف القهري؛ أنّ الامر هنا دائر بين أُمور ثلاثة، إمّا انفاذ التصرف بقول مطلق؛ بحيث لا يبقىٰ مجال لاعمال الخيار فيما بعد، وإمّا عدم انفاذه بقول مطلق حتىٰ يتمكن ذو الخيار في ظرفه من اعماله، وإمّا انفاذ التصرف إلىٰ زمان تحقق الخيار.

لا مجال للثالث،لأنّ الصحة غير قابلة للتوقيت، ولا يقاس باللزوم والجواز حيث يمكن انقلاب الجائز لازماً واللازم جائزاً، والثاني هو المطلوب، والاول خلف، اذ المفروض أنّ حق اعمال الخيار في ظرفه ثابت، والمفروض أنّ اعطاء السلطنة علىٰ التصرف لا يجامع السلطنة علىٰ الرد والاسترداد، ولا فرق في منافاة السلطنتين بين أن يكون بدو حدوثهما واحداً أو متعدداً، فإنّ تأخر الخيار إنّما يجدي لنفوذ التصرف في احدىٰ صورتين، إمّا قبول الصحة للتوقيت، أو سقوط المتأخر بملاحظة سبق المتقدم، وحيث إنّ المفروض ثبوته في ظرفه وعدم سقوطه بسبق التصرف فلا محالة لايجامع المتأخر مع المتقدم في الوجود، والمفروض أنّ الانتقال إلىٰ البدل عند القائل بمنع التصرفات مختص بالتلف القهري، وأنّه لا يسوغ التصرف ولا الاتلاف.

وعليه فالترخيص وضعاً وتكليفاً في التصرف والاتلاف فعلاً مع التسليط المحقق فيما بعد علىٰ رد العين واستردادها بشخصها لا يجتمعان، لا أنّ معرضية العين لورود حق عليها مانعة ليطالب بدليلها، ولا أنّ العلم به مانع ليقال بأنّه خلف، فتدبر جيداً.

ومنها: في حكم الوطئ الذي هو في معرض الاستيلاد تكليفاً، وحكم نفس الاستيلاد وضعاً فنقول:

أمّا بناء علىٰ سعة دائرة حق الخيار وعدم المنع مطلقاً فلا شبهة في جواز الوطئ تكليفاً وتأثير الاستيلاد أثره لفرض عدم المنافاة، وأمّا بناءً علىٰ قصر الخيار علىٰ استرداد العين بشخصها فالكلام يقع تارة في حكم نفس الاستيلاد، وأُخرىٰ في الوطئ الذي هو في معرض الاستيلاد فهنا مقامان:

أحدهما: في حكم الاستيلاد في مورد الخيار، وهو أيضاً يقع الكلام فيه تارة من حيث تأثير الاستيلاد في المنع من مطلق النقل والانتقال ولو قهراً، وأُخرىٰ من حيث اقتضائه ثبوت حق لام الولد بحيث يقتضي انعتاقها بموت مالكها.

أمّا الكلام من الحيثية الاولىٰ فمختصر القول فيها: أنّ الاستيلاد مقتضٍ للمنع عن النقل عن مالكها إلىٰ غيره تكليفاً ووضعاً، والعقد الخياري مقتضٍ للسلطنة علىٰ استردادها بشخصها وبعينها، فالمسألة من باب تزاحم المقتضيين، لا من باب التعارض المبني علىٰ أنّ المقتضي موجود في احد الطرفين، والشاهد علىٰ ذلك ثبوت المنع عن النقل مع اسقاط الخيار أو شرط سقوطه، وثبوت الخيار مع موت الولد مثلاً بعد العقد عليها، وعلىٰ هذا فلابد في الحكم بفعلية المقتضي في أحدهما من احراز اقوائية سببه ومقتضيه من سبب الآخر ومقتضيه.

وما يقال من أهمية الانعتاق في نظر الشارع لو صح لصح عتقها اختياراً مع خيار البائع، لأنّ الملكية مقتضية للسلطنة علىٰ العتق المفروض أنّه أهم في نظر الشارع من استرداد العين بالخيار.

ولم يثبت أهمية الانعتاق إلّا في مسألة السراية وانعتاق بعضها، فإنّه ينعتق الباقي علىٰ مالكه قهراً عليه، وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، كما أنّ التنزل إلىٰ البدل مع عدم امكان اعمال الخيار في استرداد العين لا يوجب تقديم جانب الاستيلاد، اذ المفروض بناء الكلام علىٰ القول بالمنع من مطلق التصرفات وضعاً وتكليفاً لقصر حق الخيار علىٰ استرداد العين بشخصها وبعينها، وإنّما يتنزل إلىٰ البدل مع فوات محل الخيار، وفواته هنا فرع تأثير الاستيلاد، فكيف يجعل امكان التنزل إلىٰ البدل موجباً لتقديم جانب الاستيلاد المتوقف تأثيره علىٰ عدم مانعية حق الخيار؟! إلّا أنّ

الذي يهون الخطب امران:

احدهما: أنّ المسلّم في باب الاستيلاد المنع عن النقل اختياراً دون مطلق الانتقال ولو قهراً علىٰ مالكها.

ثانيهما: أنّ حق الخيار غير مقصور علىٰ استرداد العين بشخصها كما مرّ مفصلاً، فالاشكال إنّما هو بناءً علىٰ القول بمانعية الاستيلاد مطلقاً وقصر الخيار علىٰ استرداد العين بشخصها، وعليه فمع عدم احراز اقوائية احد السببين يحكم ببقاء الخيار المتيقن ثبوته قبل الاستيلاد، فتدبر.

وأمّا الكلام في الحيثية الثانية فنقول: تارة يعبر عنه بحق ام الولد للانعتاق من نصيب ولدها، وأُخرىٰ يعبر عنه بحقها علىٰ مالكها بعدم الانتقال من ملكه إلىٰ غيره، فتكون المسألة من تزاحم الحقين، حق الخيار وحق أم الولد، فلابد من تقديم أسبق السببين أو أقوىٰ الحقين، ويقال في اقوائية حقها ما تقدم من الوجهين.

ومقتضىٰ التأمل عدم ثبوت حق لها اصلاً، اذ ليس انعتاقها من نصيب ولدها إلّا الحكم شرعاً بانعتاقها من نصيب ولدها، نظير انعتاق العمودين علىٰ الولد، لا أنّ هناك مقولة الحق الذي له آثار مخصوصة، من سقوطه بالاسقاط، وقبوله للمصالحة عليه، وانتقاله بالارث، ومع عدم ترتب شيء من آثار الحق لا معنىٰ لاعتباره، ومجرد تعبير الفقيه عن الحكم الشرعي الوضعي بالحق لا يجعله حقاً في قبال الحكم، وأوضح منه حق المنع عن الانتقال عن ملك مالكها مع أنّه ليس هناك الا المنع وضعاً عن النقل الاختياري، أو عن مطلق الانتقال.

ثانيهما: في حكم الوطئ الذي هو في معرض الاستيلاد، أمّا بناء علىٰ عدم مانعية الاستيلاد فواضح، حيث إنّه لا يفوت الحق حتىٰ يحرم، وأمّا بناءً علىٰ المانعية فالعرضية بما هي لا أثر لها، وإنّما الاثر لنفس الاستيلاد، والشبهة في حرمة الوطئ واقعاً من حيث كونه مؤدياً إلىٰ الاستيلاد أو لا وان كانت موضوعية، والبراءة فيها مسلمة، إلّا أنّه حيث إنّه تصرف في متعلق حق الغير فلابد من احراز أنّه غير منافٍ له ولا مفوت لمحله ولو بالاصل فنقول:

لا حكم للوطئ بما هو وطئ، ولذا لا شبهة في جوازه مع العزل، وإنّما الحكم للايلاد والاستيلاد، وإنّما يحرم القاء النطفة المتولد منه الايلاد والاستيلاد باعتبار حرمة الفعل المتولد منه، واصالة عدم تحقق الايلاد بالقاء النطفة كأصالة عدم تحقق الاحراق المحرم بالالقاء في النار عند الشك في تولده منه، ولا حاجة إلىٰ اثبات أنّه لا يتولد منه بطور العدم الرابط.

ومنها: أنّه هل يجوز اجارة العين في زمان الخيار؟ والوجه في التكلم فيه بعد الفراغ عن حكم التصرف كلية أنّ مورد حق الخيار هي العين ابتداء أو بالاخرة، والاجارة تمليك المنفعة فليست هي من التصرفات الناقلة للعين حتىٰ يلزم من نفوذها فوات مورد الحق، والكلام تارة في منافاة التصرف الاجاري ولو من حيث اللازم لحق الخيار، وأُخرىٰ في أنّ عقد الاجارة ينفسخ بفسخ عقد البيع لخصوصية في الاجازة ام لا؟ وثالثة في أنّ الاجارة اذا كانت صحيحة لازمة فهل يجب تدارك المنفعة المستوفاة بالاجارة من حين فسخ البيع بوجه من وجوه التدارك ام لا؟ فهنا مقامات من الكلام:

[المقام] الاول: في صحة الاجارة وعدمها، وغاية ما يمكن أنْ يقال في تقريب بطلانها: أنّ الاجارة وإنْ لم تكن منافية بالذات لحق الخيار فإنّ حق استرداد العين ملكاً بشخصها لاينافي السلطنة علىٰ استيفاء منافعها بعد الفسخ، ولا من حين عقد الاجارة، إلّا أنّ لازم حق الخيار هو حق استرداد العين خارجاً لكونها ملكاً للفاسخ بفسخ البيع، ولازم الاجارة السلطنة علىٰ امساك العين لاستيفاء المنافع المملوكة بالاجارة، والسلطنة علىٰ امساك العين خارجاً والسلطنة علىٰ مطالبتها متنافيتان بالذات، فحق الخيار مع نفوذ الاجارة متنافيان بالتبع.

والجواب: أنّ السلطنة علىٰ مطالبة العين ليست من لوازم حق الخيار ومقتضياته، بل من لوازم ملك العين بدليل (الناس مسلطون علىٰ اموالهم)، ومن الواضح أنّ السلطنة علىٰ مطالبة الملك إنّما تكون اذا لم تكن العين متعلق حق الغير بسبب نافذ كما في المقام؛ حيث ان الاجارة اذا لم تكن منافية لحق الخيار بالذات ولا بالتبع فلا

محالة تنفذ فلا تصل النوبة إلىٰ السلطنة علىٰ مطالبة الملك الذي هو متعلق حق الغير، فالسلطنة علىٰ مطالبة الملك متوقفة علىٰ عدم كونه متعلق حق الغير، فكيف يمكن اثباتها بمنافاة السلطنة علىٰ امساك العين لاستيفاء المنافع المملوكة؟!

وأمّا ما أفاده المصنفﷺ في وجه صحة الاجارة من الاستناد إلىٰ الملك فهو استناد إلىٰ الجهة المشتركة بين التصرفات المنافية وغيرها، بل اللازم الاستناد إلىٰ عدم المانع وعدم المنافاة كما ذكرنا، كما أنّ ما ذكرهﷺ في وجه المنع من ابطال هذا التصرف لتسلط الفاسخ علىٰ أخذ العين مدفوع بأنّ هذه السلطنة ليست من شؤون الخيار، بل من شؤون الملك، فليس للفاسخ ـ بما هو فاسخ ـ التسلط علىٰ أخذ العين بل بما هو مالك، فتدبر.

المقام الثاني: في انفساخ عقد الاجارة بفسخ البيع وعدمه، وقد تقدم[1] بعض الوجوه في انفساخ العقد الثاني بفسخ العقد الاول، كما تقدم فساد جميع تلك الوجوه، نعم هنا وجه آخر ربما يتوهم أنّه مختص بعقد الاجارة، وهو أنّ العين غير قابلة للتوقيت وكذا الملكية المتعلقة بها، بخلاف المنفعة فإنّها قابلة للتوقيت والتحديد بالزمان، وهذا التوقيت تارة يكون باقتضاء عقد الاجارة كما هو المتعارف في باب الاجارة من تحديد المنافع بمدة مخصوصة، وأُخرىٰ باقتضاء أمر خارج كما اذا تلفت العين في بعض الازمنة، فإنّه ينفسخ عقد الاجارة بالاضافة إلىٰ ذلك الزمان؛ حيث لا منفعة واقعاً؛ فلا ملك للمؤجر واقعاً، فكذا هنا حيث لا ملك للمؤجر المفسوخ عليه واقعاً لانتقال العين بشؤونها وحيثياتها إلىٰ الفاسخ في ذلك الزمان.

ويندفع هذا التوهم: بالفرق بين تلف العين ـ فإنّه لا منفعة فلا ملكية، لأنّ المعدوم لا يملك ـ وبين ما نحن فيه، فإنّ عدم نفوذ الاجارة فيما بعد الفسخ أو انفساخها فيه إمّا لعدم المقتضي، وإمّا لوجود المانع، والمفروض أنّ المشتري مالك للعين بمالها من المنافع ملكية مرسلة لا مؤقتة، ولا مانع من بقائها إلّا فسخ البيع، وليس مقتضىٰ فسخ البيع إلّا عود مورده اليه بماله من الحيثيات، فاذا كانت احدىٰ حيثياتها تالفة

---

(١) في نفس التعليقة، عند قوله (واما التفصيل الثاني..).

عقلاً أو شرعاً فلا عود لها، والمنفعة المستوفاة بالاجارة الصحيحة علىٰ الفرض بمنزلة التالفة، والمفروض أنّه لا حق للمؤجر علىٰ المستأجر ولا للفاسخ عليه فلا موجب لانفساخ عقد الاجارة، كما لا موجب لبطلانها، فمجرد قبول المنفعة للتوقيت لا يقتضي فعلية التوقيت، لا من حيث الصحة، ولا من حيث اللزوم.

المقام الثالث: في تدارك المنافع المستوفاة بالاجارة من حين الفسخ فنقول: أمّا التدارك بأجرة المسمىٰ فهو بلا موجب؛ لفرض كون المؤجر مالكاً لا فضولياً، وأمّا التدارك باجرة المثل فمورده ما اذا كان العقد فاسداً وإنْ كان العاقد مالكاً، وحيث إنّ مال المسلم المستوفىٰ محترم لا يذهب هدراً فلابد من تداركه بماليته، وهي اجرة مثله هنا، والمفروض صحة العقد.

وأمّا التدارك باقتضاء الفسخ فهو موجه وتقريبه: أنّه بناءً علىٰ انفساخ البيع من حين الفسخ لا من الأصل لابد من عود العين بجميع ما لها من الحيثيات والشؤون حال الفسخ، لأنّها دخلت في ملكه كذلك، فاذا كانت العين تالفة رجعت إلىٰ الفاسخ بماليتها، واذا تلف جزؤها لزم عود الجزء بماليته، واذا تلف وصفها لزم تداركه حتىٰ يصح عود العين بما لها من الوصف لفرض تداركه، واذا تلف حيثية منفعتها بمتلف شرعي لا ينقلب عما هو عليه، فلابد من تداركها حتىٰ يصح عودها بالفسخ بما لها من شؤونها.

وأمّا منافعها السابقة علىٰ الفسخ فليست هي من شؤونها حال الفسخ حتىٰ يتوهم تداركها، بمعنىٰ أنّه يمكن فرض وجود العين حال الفسخ وفرض تلفها، ويمكن فرض وجود جزئها وفرض تلفه، ويمكن فرض وجود وصفها وفرض تلفه، فيجب العود في فرض بعينه وفي فرض بماليته، ولا يمكن فرض وجود المنافع السابقة حال الفسخ حتىٰ يجب تداركها بتلفها حال الفسخ، بخلاف المنافع بعد الفسخ فإنّه يمكن فرض وجودها، ويمكن فرض تلفها، فتعود بعينها تارة وبماليتها أُخرىٰ، فتدبر جيداً.

ومنها: أنّ التصرف المأذون فيه من ذي الخيار أو نفس الاذن فيه هل يوجب سقوط الخيار أم لا؟ فنقول:

أمّا الاذن في التصرف المنافي بما هو اذن ولو قبل تعقبه بالتصرف فكونه مسقطاً مبني علىٰ أنْ يكون رضا متجدداً ببقاء العقد، فلا خيار لزوال ملاكه، وهو الارفاق بذي الخيار، ومع رضاه المتجدد لا مورد للارفاق، أو أنّ الخيار متقوم بالفسخ والاقرار والالتزام بالعقد والاذن في التصرف التزام بالعقد، ومع استيفاء الحق باعمال احد طرفيه لا يبقىٰ الحق، أو أنّ الاذن انشاء لاسقاط الحق.

والكل ممنوع، اذ ليس الاذن إلّا ترخيصاً في التصرف، والرضا بالتصرف ليس رضا ببقاء العقد، لعدم المنافاة بين التصرف وبقاء الحق بمرتبة منه؛ حتىٰ يكون الاذن في التصرف رضا ببقاء العقد الذي به يرتفع ملاك الخيار، ومنه تعرف أنّ مجرد الترخيص في التصرف ليس التزاماً بالعقد لا انشاءً ولا عملاً.

وأضعف منهما دعوىٰ انشاء اسقاط الحق بالاذن، فإنّه وإنْ كان الانشاء خفيف المؤونة يحصل بكل قول أو فعل، إلّا أنّه لا دال علىٰ قصد الانشاء بما كان بطبعه ترخيصاً محضاً في التصرف، نعم دلالة الاذن علىٰ الترخيص في تفويت محل الحق فيكون راضياً بسقوط حقه وباستقرار العقد أمر آخر يدور مدار كون التصرف مفوتاً لمحل الحق أم لا، وستعرف ان شاء الله تعالىٰ الكلام فيه.

وأمّا نفس التصرف المأذون فيه فقد نص المصنفﷺ علىٰ أنّه تفويت لمحل الحق فيسقط الحق المتقوم بمحله.

والتحقيق: أنّ حق الخيار إنْ كان موضوعه وسيعاً لا يتقوم بالعين بشخصها أو بنفسها فالتصرف ليس تفويتاً لمحل الحق اصلاً ولو لمرتبة منه، وإنْ كان موضوعه العين بشخصها وبنفسها فليس تفويته تفويتاً لمحل الحق بقول مطلق، لوضوح أنّه مع تلف العين له حق الفسخ والرجوع إلىٰ بدله، فغاية ما يقتضيه التصرف تفويت محل الفسخ الحقيقي الابتدائي، لا تفويت محل الحق بجميع مراتبه، والفرق بين القسمين أنّ تفويت هذه المرتبة المتقومة بوجود العين حرام، وبالاذن يحل، دون ما اذا لم يتقوم بوجودها بعينها، فانه لا تفويت حتىٰ يحرم أو يحل بالاذن.

ومنه يتضح الفرق بينه وبين حق الرهانة، فإنّ حق الرهانة له مرتبة واحدة لكونها

وثيقة، ومع الاذن في التصرف ولحوق التصرف له لا تبقىٰ وثيقة للمرتهن الدائن، بخلاف الخيار كما عرفت.

وأمّا ما عن المصنفﷺ من أنّ الرجوع إلىٰ البدل فرع تلف العين في حال حلول الحق فيه لا مع سقوطه عنه فهو مندفع بما عرفت، من أنّ سقوط الحق بمرتبة لا يلازم سقوطه بجميع مراتبه، ولذا لو اتلف العين لم يسقط حق الرجوع إلىٰ البدل، ولا فرق إلّا بحرمة الاتلاف تارة، واباحته أُخرىٰ، لا أنّ بقاء الحق بمراتبه منوط ببقائه بمرتبته العليا.

وأمّا الايراد عليهﷺ كما عن بعض اجلّة المحشينﷺ[1] بما محصله: من أنّ التلف حال حلول الحق لا حال سقوطه، نظراً إلىٰ أنّ التلف علة لسقوط الحق، فسقوط الحق بعد التلف.

فمدفوع: بأنّ مقتضىٰ العلية التامة مقارنة المعلول لتمامية العلة لا تأخره عنها، فسقوط الحق مقارن للتلف، ولا يقارنه حلول الحق حينئذ، لأنّ المتقابلين لا يجتمعان في زمان واحد.

نعم الذي يرد عليهﷺ أنّ حلول الحق الذي يعتبر حال التلف ليرجع إلىٰ بدله ليس كونه مقارناً لتحقق التلف، فإنّه بهذا المعنىٰ مستحيل في جميع موارد التلف والاتلاف؛ لاستحالة ملكية التالف أو حقيته، بل بمعنىٰ ورود التلف والاتلاف علىٰ مورد الملكية أو الحقية حال اتصافه بكونه ملكاً أو حقاً ليكون التلف مزيلاً لمحله، والحالية بهذا المعنىٰ محفوظة هنا؛ بداهة عدم المزيل له إلّا التلف علىٰ الفرض.

وأمّا كونه اتلافاً بالاذن فقد عرفت أنّه لا يجدي إلّا في جوازه وحليته، لا في سقوطه مع عدم اسقاط الحق به، ولا مع عدم قصد الاذن في اسقاطه بجميع مراتبه، فتدبر جيداً.

وأمّا الفرق بين الرضا بتصرف نفسه والرضا بتصرف غيره، حيث إنّ الاول يعد اجازة للعقد دون الثاني، فلعله لأنّ تصرف نفسه عن رضاه التزام عملي بالعقد، لأنّه

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ١٦٥ سطر ٢٧.

معاملة مع المال معاملة سائر املاكه المستقرة، فهو يتجاوز عن حقه، وبانٍ عملاً علىٰ التصرف فيه كالتصرف في سائر امواله، بخلاف الثاني فإنّه ليس تصرفاً منه في ملكه كي يكون التزاماً عملياً بالعقد، بل هو من قبيل رفع المانع تكليفاً أو وضعاً عن تصرف الغير فيما يملكه، فإنْ كان الحق ذا مرتبة واحدة كان رفع المانع رفع الحق الوحداني، وإنْ كان ذا مراتب فرفع بعض مراتبه ليس دليلاً علىٰ رفع الحق بجميع مراتبه، فتدبر.

ثم إنّ هذا كله من حيث طبع الاذن والترخيص في التصرف المنافي، وربما يحصل بقرائن المقام كاشف عن رضاه المتجدد ببقاء العقد والتجاوز عن حقه بالكلية، كما لا يبعد أنْ يكون كذلك عرفاً، والله أعلم.

توقف الملك علىٰ انقضاء الخيار وعدمه

١١٩ ـ قوله ﷺ: (مأخذه أنّ الناقل هو العقد ...الخ)[1].

الوجه الاول ناظر إلىٰ أنّ غاية الخيار والعلة المقتضية لجعله لاتنافي ثبوت الملك، لأنّ استدراك ما فاته في امر العقد بالسلطنة علىٰ استرداد الملك ممكن، والوجه الثاني ناظر الىٰ أنّ غاية الملك منافية لاعتباره مع الخيار المانع من التصرف، فإنّ الغاية المترقبة من اعتبار الملكية التمكن من التصرف، ومع عدم نفوذ التصرف يلغو اعتبار الملكية، فالوجه الاول يرجع إلىٰ عدم المانع من الملكية، والوجه الثاني يرجع إلىٰ عدم المقتضي لاعتبار الملكية.

١٢٠ ـ قوله ﷺ: (لعموم ادلة حل البيع واكل المال ...الخ)[2].

توضيحه: أنّ المراد من البيع إمّا هو البيع الانشائي أي البيع في مقام السبب، أو البيع بالحمل الشائع والتمليك الحقيقي، والاول يوصف بالنفوذ وعدمه، والثاني بالوجود والعدم فقط، والمراد من الحل أمّا هي الحلية التكليفية، أو الحلية الجامعة بين التكليف والوضع.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٨ سطر ١٦.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ١٣.

فإنْ أُريد البيع الانشائي والحلية التكليفية فحيث إنّه لا موهم لحرمته شرعاً فلابد من ارادة الحلية بالاضافة إلىٰ التصرفات المترتبة علىٰ البيع، وإباحة التصرفات بما هي وإنْ لم تستلزم الملكية من اول الامر إلّا أنّ اباحة التصرفات المترتبة علىٰ المعاملة بما هي كذلك تدل بالالتزام علىٰ سببية المعاملة للملكية؛ لرجوعها إلىٰ اباحة الاكل بهذا السبب.

وإنْ أُريد البيع الانشائي والحلية المساوقة للنفوذ فالامر أوضح، فالآية علىٰ الثاني تدل علىٰ صحة البيع بالمطابقة، وعلىٰ الاول بالالتزام، وحيث إنّ البيع المحكوم بالحلية مطلق غير مقيد بانقضاء الخيار فلا محالة تدل علىٰ ثبوت الملك من حين انعقاد البيع الانشائي.

وإنْ أُريد من البيع ما هو بيع بالحمل الشائع فلا معنىٰ لنسبة الحلية المساوقة للنفوذ اليه، اذ هو من شؤون السبب دون المسبب، كما لا فائدة في اباحة التمليك الحقيقي في قبال الحرمة المولوية، فإنّ فرضه فرض حصول الملك بسببه، فلا تدل علىٰ نفوذ العقد بما هو، فإنّ التمليك الحقيقي لابد من انحفاظه في مرتبة اطلاقه، وانحفاظه بعد فرض حصول سببه التام، فلا يعقل أنْ يكون له اطلاق كلامي بالنسبة إلىٰ خصوصيات سببه.

نعم ربّما يتصور اطلاق مقامي كما نبهنا عليه في محله[1]، فإنّ معنىٰ (احل الله البيع) هو أنّه أقره مقره ولم يجعله كالعدم، ومرجعه إلىٰ اعتبار الملكية بالمعاملة البيعية شرعاً كما هو كذلك عرفاً، وحيث إنّه لم يبين ولم يعين له محققاً خاصاً فكل محقق له عرفاً فهو محقق له شرعاً، لا باطلاق الكلام، بل باطلاق المقام، وبقية الكلام في محله.

وأمّا آية التجارة فهي أوضح دلالة علىٰ المقصود، لأنّ ظاهرها حلية الاكل المكنىٰ به عن مطلق التصرف في المستثنىٰ وحرمته في المستثنىٰ منه، والمراد من التجارة هي التجارة المعاملية فإنّها القابلة للاشتراط بالتراضي دون المسبب الذي لا

---

(١) ح ١: ١٠٥، تعليقة ٥٨، ح ٤ تعليقة ١٢.

نفوذ له؛ حتىٰ يكون له شرط النفوذ، فتدبر.

١٢١ ـ **قوله**ﷺ: (**ويدل عليه لفظ الخيار** ...الخ)[١].

إنْ أريد من الخيار حق استرداد العين ملكاً أو حق حل العقد المنتهي بالأخرة باسترداد العين ملكاً فالامر واضح، اذ لايعقل استرداد الملك إلّا بعد تحققه بالعقد، وإنْ أُريد منه حق حل العقد في قبال لزومه وابرامه حيث إنّ للعقد مقاماً، ولتأثيره في الملك مقاماً آخر ـ كما تقدم من المصنفﷺ في مبحث الفضولي[٢]، وعليه بنىٰ حرمة نقض الاصيل للعقد قبل رد الآخر ـ فلا دلالة للخيار حينئذ إلّا علىٰ أنّه مع قطع النظر عن حق الخيار يجب الوفاء بالعقد وعدم نقضه، وحيث إنّ بناء المصنفﷺ كما تقدم في المسألة السابقة علىٰ أنّ الخيار علقة في العقد وحق حله، وبناؤه علىٰ أنّ العقد بما هو عقد له وفاء ونقض ولو لم يؤثر في الملك، فلا مجال له للاستدلال بلفظ الخيار.

نعم اذا أُريد من البيعيّن من هو مملك بالحمل الشائع، والخيار مرتب علىٰ العقد من اول انعقاده، فلا محالة يدل علىٰ حصول البيع الحقيقي قبل انقضاء الخيار؛ لعدم انفكاك الايجاد عن الوجود.

١٢٢ ـ **قوله**ﷺ: (**وما دل علىٰ جواز النظر** ...الخ)[٣].

مع أنّه لا يحل النظر إلّا إلىٰ المملوكة، ولا يخفىٰ أنّ الاستدلال ليس بجواز النظر ثبوتاً، فإنّه من الممكن حصول الملك بنفس النظر؛ لكونه اجازة للبيع، وهي مقارنة لسقوط الخيار، بل الاستدلال بما دل علىٰ جواز النظر، فإنّ ظاهره جواز النظر إلىٰ الحلال فعلاً الحرام قبلاً، لا جواز النظر إلىٰ ما يحل بالنظر.

لايقال: لا ينحصر حلية النظر إلىٰ الأمة في كونها مملوكة، بل يحل اذاكانت محللة.

لانا نقول: لا تحليل من البائع لا انشاءً ـ فإنّه انشأ البيع ـ ولا فعلاً، فإنّ دفعها خارجاً إلىٰ المشتري بعنوان الوفاء بالبيع، لا بعنوان التحليل.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٤.
(٢) كتاب المكاسب ١٣٤.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٤.

مضافاً إلىٰ ما ذكرنا من أنّ الاستدلال للملك ليس بمجرد جواز النظر ثبوتاً حتىٰ يدور الامر بين كون الأمة مملوكة أو محللة، بل الاستدلال بما دلّ عليه من حيث كونها قبل الشراء محرمة النظر وبعده محللة النظر، وهذه القبلية والبعدية أجنبية عن التحليل المقابل للتمليك، بل هذه القبلية والبعدية بلحاظ الملكية.

مضافاً إلىٰ أنّ الرواية في مقام كون النظر اجازة، والنظر بعد التحليل لا يعقل أنْ يكون اجازة للبيع المنفسخ بالتحليل الدال بالالتزام علىٰ اعادة الامة إلىٰ ملكه، فتوهم جواز النظر سخيف جداً لا ينبغي أنْ يسطر أو يذكر، فتدبر.

١٢٣ ـ قوله ﷺ: (ويدل عليه ما تقدم في ادلة بيع الخيار ...الخ)[1].

توضيحه علىٰ وجه يندفع عنه ما افاده المصنف ﷺ: أنّ الموجب للسؤال عن حال النماء هو كون المبيع في معرض الانتقال، أما لفعلية حق الخيار أو لحدوثه بنفسه أو بنتيجته فيما بعد، والجواب بتبعية النماء للاصل كتبعية الخسارة بالتلف له، وأنّهما من لوازم الملك بما هو ملك، لا بما هو ملك غير متزلزل باحد الوجوه، فالروايات سؤالاً وجواباً كاشفة عن عدم دخل اللزوم في الملكية، فكذا في التبعية، وعن عدم منافاة المعرضية للملكية، فكذا في التبعية، وهذا هو المقصود، ولو كان المقتضي للتبعية هي الملكية المساوقة للّزوم بمقتضىٰ توقفها علىٰ انقضاء الخيار لكان المناسب الجواب بلزوم العقد ومقتضاه، وأنّه ليس شيء هناك يقتضي المنافاة للتبعية، لا بأنّه ملك فيترتب عليه لازمه، فتدبر جيداً.

١٢٤ ـ قوله ﷺ: (لما عرفت من أنّ هذا البيع جائز ...الخ)[2].

إلّا أنّ ظاهره أنّ البيع الثاني جائز، لأنّ البائع ملكه بالعقد، لا بتواطئه مع المشتري علىٰ المبايعة الثانية، وأنّه ليس بقرك ولا غنمك حيث إنّه بعته، لا أنّه حيث تواطئت علىٰ اشترائه.

والعجب من دعواه ﷺ أنّه واضح لمن تأمل في فقه المسألة، لأنّه مقتضىٰ التدقيق

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٥.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ١٤.

في مقام الثبوت، لا أنّه مقتضىٰ الظهور في مقام الاثبات، نعم لم يفرض في مورد الرواية خيار حتىٰ يكون دليلاً للمستدل، وحيث إنّ الحكم مسوق[١] لبيان غير ما نحن فيه فلا وجه لدعوىٰ الاطلاق، ومنه يظهر أنّه لا وجه للتمسك بترك الاستفصال.

ثم لايخفىٰ كما أنّ ظاهر قوله عليه السلام (ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك)[٢] هو ما ذكرنا من أنّه ليس متاعك حيث إنّك بعته، لا حيث إنّك متواطئ علىٰ اشترائه، كذلك ظاهره أنّه ليس متاعك لما هو المفروض في الرواية من بيعه لا لبيعه المتعقب باشترائه في علم الله، فلا فرق بين النقل والكشف نفياً واثباتاً، فتدبر جيداً.

١٢٥ ـ قوله قدس سره: (اشارة إلىٰ أنّ هذا ليس ...الخ)[٣].

إنْ كان الامر كما أفاده قدس سره فمن الواضح أنّ مجرد الاستيجاب لايخرجه من عنوان بيع ما ليس عنده الراجع إلىٰ بيع ما لم يملكه حقيقةً، لا ما لم يملكه انشاءً، إلّا أنْ يكون المراد من كون المال عنده وأنّه ليس عنده دخوله تحت سلطانه علىٰ التصرف وعدمه، ومن البيّن إنّ لكل من المتعاقدين سلطاناً علىٰ بيع ما بيده بسلطانهما علىٰ اجازة العقد، فافهم.

والحق أنّ هذه الرواية ورواية منصور بن حازم ظاهرتان في أنّ مصحح الشراء الثاني هو الشراء الاول المعبر عنه تارة بعنوان الملك بقوله عليه السلام (بعد ما يملكه)[٤] وأُخرىٰ لا بعنوان بقوله عليه السلام (إنّما البيع بعد ما يشتريه)[٥]، وكلاهما واحد، ولا يصح البيع إلّا بعد الملك الحقيقي لا الانشائي، وقد عرفت أنّ الاستدلال ليس بصحة البيع الثاني بعد البيع الاول ثبوتاً حتىٰ يقال بأنّ المفروض فيه هو التواطئ أو حضور البائع وتعريض المبيع للبيع، أو أنّ الغالب هو الافتراق عن مجلس البيع الاول، بل بتصحيح الامام عليه السلام للبيع الثاني بحصول الملك بالاشتراء في المعاملة الاولىٰ من دون

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (مسبوق).
(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٣.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٢١.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٨.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب احكام العقود، ح ٦.

تقييد بشيء، فتدبر.

١٢٦ ـ قوله ﷺ: (بناء علىٰ أنّ المبيع في زمان الخيار ...الخ)[١].

لايخفي أنّ الضمان بمعنىٰ خسارة المال، لا بمعنىٰ الغرامة من لوازم الملك عقلاً، فإنّه من المستحيل أنْ يكون تلف ملك زيد من عمرو وإنْ أمكن أنْ يكون غرامته بسبب علىٰ عمرو، فإنّ المفروض أنّه ملك زيد فتلفه خسارة، وكما أنّ التلف يكون مضافاً إلىٰ الملك حقيقة كذلك الخسارة الصادقة عليه، ومن الواضح أيضاً أنّ منفعة ملك زيد منفعة ملكه فهي تابعة اذا لم تكن بالخصوص مملوكة لغيره، وكلا الامرين من لوازم الملك، وحيث إنّهما بمنزلة معلولين لعلة واحدة فهما متلازمان، لا أنّ أحدهما بازاء الآخر، فالباء لمجرد الالصاق والمقاربة لا للسببية.

وعليه فكما يستكشف العلة من أحد معلوليه كذلك من الآخر من دون توقف علىٰ ملاحظة التلازم بين المعلولين، فاذا كان تلف المبيع من المشتري في الخيار المفروض في المتن مسلماً كان كافياً في استكشاف الملزوم وهو الملك من دون حاجة إلىٰ الاستدلال بقوله ﷺ (الخراج بالضمان)[٢] وإلّا لما تم الاستدلال في نفسه.

وربما يتخيل ان الاستدلال بالنبوي مختص بغير الخيار المختص بالمشتري، فإنّ ظاهر الاخبار الآتية أنّ التلف من البائع لا من المشتري، وسيجيء[٣] ان شاء تعالىٰ دفع هذا التخيل، وأنّ الروايات غير منافية لهذه القاعدة.

١٢٧ ـ قوله ﷺ: (لأنّه مقابل للخراج ...الخ)[٤].

قد عرفت[٥] أنّه لا مقابلة، وأنّ بينهما الملازمة والمقارنة، ولا يتوقف الاستدلال علىٰ ملاحظة الملازمة بين النماء والضمان، بل علىٰ الملازمة بين الملك والضمان، كما سيجيء[٦] ان شاء تعالىٰ من المصنف ﷺ، وإنّما الحاجة إلىٰ الملازمة في الضمان بنحو الغرامة وهي الملازمة التي يدعيها أبو حنيفة وأنّ غرامة الملك اذا كان علىٰ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٣٤.
(٢) عوالي الآلئ ١: ٢١٩ حديث ٨٩.
(٣) التعليقة اللاحقة.
(٤) كتاب المكاسب ٣٠٠ سطر ١.
(٥) في التعليقة السابقة.
(٦) كتاب المكاسب ٣٠٠ سطر ٨.

الغاصب فمنافع الملك له مستدلاً بالنبوي، وبالجملة يكفي فيما نحن فيه مجرد كون تلف المال من البائع، فهو ملكه لقاعدة تبعية الضمان بمعنىٰ الخسارة للملك.

١٢٨ ـ قوله ﷺ: (وهذه الاخبار إنّما تجدي في مقابل مقابل ...الخ)[1].

العبارة هكذا حتىٰ في نسخة الاصل الموجودة عندي فعلاً، ولا شبهة أنّه سهو من قلمه الشريف ﷺ اللطيف، لوضوح أنّ المراد هو أنّ هذه الاخبار لورودها في الخيار المختص بالمشتري إنّما تجدي لمن ينكر تملّك المشتري مع اختصاص الخيار به، لا لمثل شيخ الطائفة وابن سعيد القائلين بتملّك المشتري مع اختصاص الخيار به، فهما كالمشهور في لزوم الجواب عن هذه الاخبار.

وأمّا وجه اختصاص عدم الملك إلّا بانقضاء الخيار بصورة عدم اختصاص الخيار بالمشتري ـ مع أنّ المأخذ المتقدم عن الشهيد ﷺ يعم مطلق الخيار ـ هو أنّ ظاهر العناوين حتىٰ عنوان هذا الكتاب اختصاص النزاع بالمبيع، وأنّ المبيع هل يملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، نظراً إلىٰ ملكية العوض تبع لملكية المعوض، فاذا تحققت ملكية المعوض بالعقد فقط فقد تحققت ملكية الثمن بتبعه، لاستحالة تحقق ملكية المعوض بعنوان المعاوضة وعدم تحقق ملكية العوض، واذا لم يتحقق ملكية المعوض إلّا بانقضاء الخيار لم يتحقق بالتبع ملكية العوض، للاستحالة المزبورة.

وعليه فيتجه التفصيل بين الخيار المختص بالمشتري وغيره سواء كان للبائع فقط اولهما وذلك بناء علىٰ المأخذ المتقدم ذكره عن الشهيد ﷺ، فإنّ الخيار اذا كان مختصاً بالمشتري لم يكن مانع عن تصرف المشتري في المبيع، اذ المنع من التصرف بالنسبة إلىٰ غير ذي الخيار، فاعتبار الملكية للمشتري لا يكون لغواً، بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فإنّ المشتري ممنوع من التصرف، واذا لم يكن المبيع مملوكاً فلا ملكية للثمن؛ لأنّه ملك بالتبع، وكذا اذا كان الخيار لهما فإنّ المشتري أيضاً ممنوع لمكان خيار البائع، لا لمكان خيار نفسه، هذه غاية التوجيه، إلّا أنّ المأخذ باطل وأدلة الطرفين عامة، فتدبر.

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٠ سطر ٦.

١٢٩ ـ قوله ﷺ: (فهذه الاخبار إمّا أنْ تجعل مخصصة لادلة المشهور ...الخ)[١].

بيانه: أنّ ادلة المشهور عامة تقتضي الملكية بالعقد، سواء كان هناك خيار أم لا، وقاعدة التلازم بين الضمان والملك أيضاً كذلك، سواء كان الملك بالعقد الخياري أم لا، وهذه الاخبار يدور أمرها بين أنْ تكون مخصصة للاولىٰ، بمعنىٰ أنّ العقد يفيد الملك إلّا اذا كان خيارياً، فإنّه لا ملك فيه إلّا بانقضاء الخيار، وحينئذ فقاعدة التلازم محفوظة، لأنّ المبيع بعدُ علىٰ حاله وملك للبائع، فلذا كان ضمانه عليه، وأنْ تكون مخصصة لقاعدة التلازم، بمعنىٰ أنّ المبيع ملك للمشتري بنفس العقد وإنْ كان خيارياً، إلّا أنّ ضمان هذا المبيع علىٰ البائع الذي هو غير مالك له، فالعمومات المقتضية للملك بالعقد فقط محفوظة وإنّما التخصيص لقاعدة التلازم فإنّها غير محفوظة فيما اذا كان الملك بالعقد الخياري.

وما أفاده ﷺ من ضم قاعدة التلازم إلىٰ ادلة المشهور لاجل أنّ مفاد هذه الاخبار ليس ابتداءاً تخصيص الادلة العامة المقتضية للملكية، بل مفادها اثبات الضمان علىٰ البائع، فكونه مالكاً والعين باقية علىٰ ملكه حتىٰ تكون العمومات مخصصة بملاحظة التلازم بين ضمان البائع ومالكيته، ومنه يتضح وجه ضم ادلة المشهور الىٰ القاعدة في تخصيص القاعدة.

وتحقيق الحال يتوقف علىٰ بيان مقدمة: وهي أنّ الضمان المدّعىٰ تلازمه مع الملك إمّا بمعنىٰ ضمان الغرامة، وإمّا بمعنىٰ الخسارة التي مصداقها نفس تلف مال الشخص، ولا شبهة لأحد أنّ الضمان بمعنىٰ الغرامة ليس لازماً للملك، لاستحالة كون المالك غارماً لملكه عند تلفه، وما معنىٰ أنْ يتدارك الانسان ملكه التالف، فمثل هذا الضمان دائماً علىٰ غير المالك، اذ لا استحالة أنْ يغرم الانسان مال غيره، غاية الامر يحتاج تغريمه إيّاه إلىٰ سبب من يد أو اتلاف، أو كونه مبيعاً ببيع خياري مثلاً.

وأمّا الضمان بالمعنىٰ الثاني بمعنىٰ أنْ يكون تلف ملك زيد خسارة منه لا عليه

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٠ سطر ٨.

فهو كما عرفت سابقاً لازم عقلي للملك يستحيل تخلفه للزوم الخلف المحال، فدعوىٰ كون هذه الاخبار مخصصة لقاعدة التلازم بين الضمان والملك دعوىٰ غير معقولة، لأنّ المراد بالضمان إنْ كان هي الغرامة فلا ملازمة، فما معنىٰ التخصيص وإنْ كان هي الخسارة منه فالملازمة محققة، إلّا أنّ تخصيصها يستلزم الخلف المحال.

وأمّا دعوىٰ كون هذه الاخبار مخصصة لأدلة المشهور بانضمام قاعدة التلازم فالجواب عنها: أنّ المراد بالضمان المنصوص عليه في هذه الاخبار إنْ كان هي الغرامة ـ كما قيل به هنا وفي التلف قبل القبض ـ فقد عرفت أنّ الغرامة تقتضي أنْ تكون علىٰ غير المالك، فضمان البائع بهذا المعنىٰ دليل علىٰ أنّ المشتري هو المالك دون البائع، فهذه الاخبار موافقة للعمومات لا منافية لها حتىٰ تكون مخصصة لها.

وإنْ كان الضمان بمعنىٰ الخسارة فهو كاشف عن أنّ الخاسر هو المالك، أمّا أنّه هو المالك حين الخسارة أو مالك من اول صدور العقد فلا دلالة لهذه الاخبار عليه، بل الجمع بين ادلة المشهور ودليل التلف من البائع يقتضي القول بكون المشتري مالكاً بنفس العقد إلىٰ ما قبل ورود التلف، فحينئذ ينفسخ العقد ويملكه البائع، ويكون التالف منه كما هو مسلك المشهور في التلف قبل القبض والتلف في زمان الخيار، ولا موجب أصلاً لكون البائع مالكاً من الاول ببقائه علىٰ ملكه، فإنّه تخصيص بلا مخصص، لأنّ المتيقن منه ثبوتاً واثباتاً هو الملك حال الخسارة، لا من أول الامر، والضرورة تتقدر بقدرها، بل في الحقيقة ليس الانفساخ قبل التلف وتجدد الملك للبائع تخصيصاً في ادلة تأثير العقد بنفسه في الملك، فإنّ الانفساخ والتجدد مؤكد لثبوت الملكية المطلقة المرسلة للمشتري بالبيع، وإنّما هو مخالف لأصالة بقاء العقد علىٰ حاله وعدم ارتفاعه وانحلاله، وسيجيء[1] بعض الكلام بما يناسب هذه التتمة ان شاء الله تعالىٰ.

---

(١) التعليقة اللاحقة.

التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له

١٣٠ ـ قوله ﷺ: (ومن احكام الخيار كون المبيع في ضمان من ...الخ)[١].

توضيح الكلام برسم امور في المقام:

منها: أنّ اصول الصور المتصورة في المقام اربعة:

أحدها: ما اذا كان الخيار للبائع وتلف المبيع في يد المشتري، فإنّ تلفه من المشتري على طبق القاعدة الاولية في الملكية.

ثانيها: ما اذا كان الخيار للمشتري وتلف الثمن في يد البائع، فإنّ تلفه من البائع الذي لا خيار له أيضاً على طبق القاعدة.

ثالثها: ما اذا كان الخيار للمشتري وتلف المبيع في يده، فإنّ كونه من البائع يحتاج إلى دليل.

رابعها: ما اذا كان الخيار للبائع وتلف الثمن في يده، فإنّ كونه من المشتري أيضاً يحتاج إلى دليل، فلو تمّ الدليل على هاتين الصورتين صحت القاعدة على الاطلاق بأنّ التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له.

ومنها: أنّ مورد الروايات المثبتة لهذه القاعدة الثانوية على خلاف القاعدة الاولية هو خيار الحيوان وخيار الشرط، وفي الاقتصار عليهما أو التعدي إلى خيار المجلس أو إلى جميع الخيارات كلام، فصاحب الجواهر ﷺ[٢] على الاول، والمصنف ﷺ على الثاني مع تأمل منه فيه، والمشهور كما قيل على الثالث.

أمّا مستند الاختصاص بهما فهو اختصاص الدليل من حيث المورد، خصوصاً بملاحظة ذكر المدة في جميع الروايات إلّا النبوي المروي في قرب الاسناد[٣]، مضافاً إلى ما قيل من أنّ ظاهر قولهم إنّ التلف في زمن الخيار هو الخيار الذي يختص بزمان، وليس الخيار المحدود بالزمان الموجب لاضافة الزمان اليه إلّا المحدود شرعاً وهو خيار الحيوان، أو المحدود جعلاً وهو خيار الشرط، وأمّا غيرهما فإمّا لا زمان

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٠ سطر ٢٢. (٢) جواهر الكلام ٢٣: ٨٦.

(٣) مستدرك الوسائل، باب ٩ من ابواب الخيار، ح ١.

خاص له كخيار المجلس المحدود بالافتراق لا بزمان خاص، وإمّا لا زمان له اصلاً كسائر الخيارات المثبتة علىٰ الفور، والعمدة هو الوجه الاول.

وأمّا مستند التعميم إلىٰ خيار المجلس فهو اطلاق الشرط علىٰ خياره في اخبار خيار المجلس، وتعليق الحكم في اخبار الباب علىٰ انقضاء الشرط ومضية، فيراد منه انقضاء خياره ومضيه، إلّا أنّ صدق الشرط علىٰ خيار المجلس بل علىٰ مطلق الخيار لايجدي مع ظهور ارادة الشرط المذكور سابقاً في السؤال والجواب.

وأمّا مستند التعميم لسائر الخيارات كخيار الغبن وخيار الرؤية ونحوهما دون خيار العيب الذي تطابق النص والفتوىٰ علىٰ عدم انفساخ العقد فيه بالتلف، وأنّه يتعين فيه الارش فهو أمران:

أحدهما: صدق الشرط علىٰ مطلق الخيار وقد عرفت أنّه مع الاعتراف بهذه الصغرىٰ لاكبرىٰ لها إلّا هذه الاخبار المختصة بخيار الحيوان أو الشرط المراد منه شرط الخيار سؤالاً وجواباً.

ثانيهما: استفادة المناط الذي يعم جميع الخيارات الموجبة لتزلزل العقد بقرينة ما هو كالعلة للحكم، وهو قوله عليه السلام (ويصير المبيع للمشتري)[1] بعد حمله علىٰ ارادة صيرورته ملكاً لازماً للفراغ عن كونه ملكاً له قبل انقضاء خياره، إلّا أنّ استفادة مناط عام في غاية الاشكال، لأنّ الظاهر كون قوله عليه السلام ويصير المبيع للمشتري تتمة لما قبله، حيث قال عليه السلام في جواب علىٰ من ضمان ذلك (علىٰ البائع حتىٰ ينقضي الشرط ثلاثة ايام ويصير المبيع للمشتري) وعليه فاللزوم من وجه هو المناط، وهي الغاية لارتفاع ضمان البائع.

بل لولا ما في ذيل صحيحة ابن سنان من قوله عليه السلام (وإنْ كان بينهما شرط أياماً معدودة...الخبر) لامكن أنْ يقال باختصاص هذا الحكم بخصوص مورد خيار الحيوان، فإنّ مورد الاخبار جميعاً هو الحيوان مع تصريحه عليه السلام بأنّ الضمان علىٰ البائع دون المشتري اشترط ام لم يشترط، وكما للحيوان خصوصية مقتضية لجعل

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢.

الخيار ثلاثة أيام للاطلاع علىٰ حاله، وقد عبر عنه بالنظرة في بعض اخباره، فكذلك تلك الخصوصية مقتضية لجعل عهدته علىٰ البائع، لئلا يلزم نقض الغرض من جعل الخيار له بمفاجأة الموت أو ظهور العيب الذي لا يكون عادة إلّا لسبب سابق علىٰ البيع، فإنّ فسخ العقد والرجوع إلىٰ الثمن مع تدارك التالف ليس فيه رعاية لحال المشتري، بل جعل الخيار كعدمه حينئذ، والغرض أنّه مع احتمال دخل هذه الخصوصية الظاهرة بحسب العادة كيف يمكن دعوىٰ عموم المناط والحكم بضمان البائع في سائر الخيارات علىٰ خلاف قاعدة الملكية؟!.

ومنها: أنّ هذه القاعدة هل تختص بالخيار المتصل بالعقد أم تعم الخيار المنفصل؟ سواء كان انفصاله لترتبه علىٰ ظهور الغبن المنفصل عن العقد، أو علىٰ رؤية المبيع علىٰ خلاف الوصف، أو علىٰ شرطه فيما بعد العقد بمدة، أو علىٰ الثلاثة في خيار التأخير واشباه ذلك.

ومدرك التعميم استفادة عموم المناط، وهو التلف في زمان تزلزل الملك، سواء كان من الاول أو في حال التلف، ومدرك الاختصاص ما أفيد في المتن من ظهور لفظة «حتىٰ» في الاستمرار في حال العقد إلىٰ حال انقضاء الخيار.

وقد عرفت حال المناط وأنّه غير منقح بحيث يستفاد منه العموم، كما أنّ ظهور لفظة «حتىٰ» في الامتداد لايجدي إلّا في أنّ الضمان أمر ممتد بامتداد الخيار، أمّا أنّ مبدأه من حين العقد أو غيره فلا دلالة للفظة «حتىٰ» عليه جزماً، بل مقتضىٰ مناسبة الحكم والموضوع أنّ الممتد بامتداد شيء كون مبدأه كمنتهاه، أي يحدث بحدوث الخيار ويبقىٰ ببقائه، وينتهي بانتهائه، نعم مقتضىٰ مورد الاخبار سواء كان خيار الحيوان أو خيار الشرط أنّ مبدأه العقد علىٰ الحيوان أو العقد المشروط بالخيار فعلاً، كما يظهر للمراجع اليها.

وأمّا ما عن المصنف ﷺ من الحاق شرط الخيار المنفصل بالمتصل نظراً إلىٰ العلم بتحققه فقد عرفت ما فيه سابقاً، فراجع[1]، مع أنّ الكلام في التلف في زمان الخيار

---

(١) ح ٤: ١٧٥، تعليقة ١٠٢.

وأنّه هل يفترق الخيار المنفصل فلا حكم لتلفه فيه، أو يعمه فالتلف في زمانه كالتلف في زمان الخيار المتصل، لا أنّ الكلام في التلف قبل حدوث الخيار؛ ليقال بالفرق بين الخيار المعلوم تحقق شرطه وعدمه، فالعلم بالشرط لو كان له أثر فهو في غير ما نحن فيه، فتدبر.

وأمّا خيار التأخير فخروجه عن محل البحث مع تلف المبيع بعد الثلاثة ـ وهو زمان خيار البائع ـ فينبغي أنْ يكون تلفه من المشتري الذي لا خيار له ليس لاجل معارضة هذه القاعدة لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه...الخ» وتخصيصها بما بعد القبض كما عن المصنفﷺ في مبحث خيار التأخير وهنا، بل لأنّ القاعدة في نفسها لا تعمه، فإنّ المناط كما أفاده ﷺ هنا مكرراً أنْ يكون التالف ملكاً لازماً علىٰ المشتري؛ بحيث لا يمكن سلبه عن نفسه، ومع فرض خياره لا يكون لازماً عليه بحيث لا يقدر علىٰ سلبه عن نفسه، والخيار هنا أي بعد ثلاثة التأخير للبائع، والمبيع منتقل إلىٰ المشتري بانتقال لازم من قبله لا إلىٰ البائع الذي يقدر علىٰ سلبه عن نفسه، فالخيار لمن لم ينتقل مبيع اليه، وما انتقل اليه لا يوصف ملكه بالتزلزل من قبله، بل تلفه منه بمقتضىٰ قاعدة الملكية لا بملاك التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له، وإنْ انطبق عليه هذا العنوان قهراً لا بالملاك العام المتقدم، فافهم وتدبر، وسيجيء[1] ان شاء الله تعالىٰ الكلام في معارضة القاعدتين وما ينبغي أنْ يقال فيها.

ومنها: هل القاعدة تختص بالمبيع أو تعم الثمن؟ والبحث عن هذا التعميم لا ينافي الفراغ عن شموله لجميع الخيارات، فإنّه مع القول بالشمول يمكن دعوىٰ اختصاص المورد بالمبيع، بأنْ يكون تلف المبيع في ما اذا كان المشتري مغبوناً من البائع، لا تلف الثمن فيما كان البائع مغبوناً من المشتري وهكذا.

ومدرك الاختصاص هو أنّ مورد هذه الاخبار المثبتة لهذه القاعدة تلف المبيع حتىٰ ما في ذيل صحيحة ابن سنان حيث قال: (وإنْ كان بينهما شرط اياماً معدودة فإنّه يصدق مع اشتراط البائع للخيار)[2] إلّا أنّ ما بعده يعين الخيار للمشتري حيث

---

(١) نفس التعليقة.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٢.

قال عليه السلام: (فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع).

ومدرك التعميم وجهان:

أحدهما: عموم المناط وأنّ الملاك تلف الملك المتزلزل مبيعاً كان أو ثمناً، وقد عرفت حال المناط خصوصاً مع أنّ ما هو كالعلة للحكم متقيد بالمبيع، لقوله عليه السلام (حتىٰ ينقضي شرطه ويصير المبيع للمشتري) فغاية ما يقتضيه عموم هذه العلة هو أنّ المبيع اذا كان متزلزلاً بأي سبب يكون تلفه من البائع، نعم لو كان الملاك صيرورة البيع لازماً لكنا نأخذ بعمومه كما هو ظاهر التعبير بقوله عليه السلام (حتىٰ يصير البيع للمشتري) بناءً علىٰ نقل هذه الرواية بطريق الصدوق، حيث قال عليه السلام: (لا ضمان علىٰ المبتاع حتىٰ ينقضي الشرط ويصير البيع له)[1] فيعلم منه أنّ الملاك لزوم البيع إلّا أنّ الرواية حيث كانت واحدة يقوىٰ ارادة المبيع من البيع كما هو الشائع في الروايات.

ثانيهما: استصحاب ضمان المشتري للثمن قبل اقباضه للبائع إلىٰ أنْ ينقضي الخيار، وصحة هذا الاستصحاب وبطلانه مبنيان علىٰ أنّ الضمان، وهو الحكم بالانفساخ بالتلف في زمان الخيار حكم اخر مماثل للحكم بالانفساخ قبل القبض، وكل منهما بموجب غير موجب الاخر، أو حكم واحد، غاية الامر أنّه حدوثاً بموجب وبقاءً بموجب آخر، فإنْ كان من الاول فاستصحاب الحكم الشخصي لا مجال له للقطع بزوال فرد والشك في حدوث فرد آخر، واستصحاب الحكم الكلي من قبيل القسم الثالث الذي لا يقول به المصنف رحمه الله.

وإنْ كان من الثاني فهو من استصحاب الحكم الشخصي الحادث بموجب جزماً المحتمل بقائه باحتمال موجب آخر لبقائه، وتعدد الموجب فقط لايوجب تعدد الحكم، وليس من قبيل الخيارين حيث إنّ تعدد الاثر من سقوطه باسقاطه والمصالحة عليه بشيء كاشف عن تعددهما، بل الحكم بالانفساخ حكم شرعي غير قابل للاسقاط والمصالحة، فلا كاشف عن تعدد الضمان علىٰ فرض كون التلف في زمان الخيار كالتلف قبل القبض.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار، ح ٢، ذيله.

إلّا أنّ الانصاف أنّ ظاهر دليل كل منهما اعتبار الانفساخ بالتلف مستقلاً لا أنّ دليل التلف قبل القبض يتكفل اعتبار الانفساخ حدوثاً، ودليل التلف قبل انقضاء الخيار يتكفل اعتبار الانفساخ بقاءً؛ بحيث يحكيان عن اعتبار واحد مستمر، غاية الامر أنّ احدهما ناظر إلىٰ حدوثه والآخر إلىٰ بقائه، بل الحق أنّ كلاً منهما متكفل لهذا الاعتبار بنفسه ولو لم يكن موجب آخر ثبوتاً أو اثباتاً، واذا كان الحكم في زمان الخيار علىٰ فرض وجوده واقعاً غير الحكم السابق شخصاً لا نوعاً فلا محالة لا شك في البقاء هذا.

ثم إنّه بناءً علىٰ صحة هذا الاستصحاب لا مجال لمعارضته باصالة عدم الانفساخ، فإنّه إنْ أُريد منه عدم انفساخ العقد فعلاً قبل التلف المفروض تحققه فالشك فيه ناشٍ من كون الحكم فيه شرعاً هو الانفساخ عند التلف أم لا، فمع فرض اثبات هذا الحكم الكلي تعبداً لا مجال للشك في فعلية الانفساخ، لأنّ فعلية كل حكم بفعلية موضوعه؛ وإنْ أُريد عدم اعتبار الانفساخ بالتلف شرعاً فالمفروض أنّ هذا الموضوع كان محكوماً بهذا الحكم الكلي وإنّما يشك في بقائه، ومما ذكرنا يتضح اندفاع كثير من الايرادات التي اوردها بعض أجلة المحشين[1] عليه.

ثم إنّه ربّما يؤيد القول بعدم شمول القاعدة للثمن بما ورد في اخبار البيع الخياري بشرط رد مثل الثمن من التصرف مع بقاء الخيار؛ وعدم انفساخ العقد بالتصرف في الثمن.

وهو مبني علىٰ أنّ الاتلاف كالتلف موجب للانفساخ، ولا يقولون به، بل مدرك القاعدة ظاهر في التلف دون الاتلاف كما سيأتي[2] ان شاء الله تعالىٰ، واخبار شرط الخيار لا تدل إلّا علىٰ التصرف في الثمن فإنّ اصابة المنفعة من الثمن في ثلاث سنين كما في رواية[3]، والحاجة إلىٰ بيع الدار المساوقة للحاجة إلىٰ الانتفاع بثمنها كما في رواية[4] أُخرىٰ مقابل للتلف ومساوق للتصرف.

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ١٦٩ سطر ١٤. (٢) في نفس التعليقة عند قوله (ومنها: أنّ الاتلاف...).
(٣) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ح ٣. (٤) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب الخيار، ١

وأمّا دفع التأييد بأنّه مبني علىٰ كون حق الخيار ثابتاً من الاول لا حادثاً برد مثل الثمن فليس التلف في زمان الخيار بل في زمان اللزوم كالجواب عن هذا الدفع من المصنفﷺ بأنّ مثل هذا الخيار المنفصل حكمه حكم الخيار المتصل، فكلاهما مما لا حاجة اليه، فإنّا لو فرضنا أنّ حق الخيار ثابت من الاول لم يكن مثله داخلاً في عموم مناط القاعدة، فإنّ الحق في شرط الخيار وإنْ كان من الاول إلّا أنّ اعماله يتوقف علىٰ رد مثل الثمن، ففي ظرف ثبوت الحق لا يقدر علىٰ سلبه عن نفسه، وكل ما كان حكمه بحسب هذا المناط حكم اللازم الذي لا يقدر علىٰ سلبه عن نفسه فلا يكون تلفه من غيره، فتدبره جيداً.

كما أنّ تأييد القول بالعموم بأنّ ما نحن فيه ليس كالتلف قبل القبض، فإنّ المأخوذ في دليله عنوان المبيع بقولهﷺ (كل مبيع تلف ...الخ)[1].

مخدوش: بأنّه وإنْ لم يؤخذ فيما نحن فيه المبيع بالحمل الأولي، لكنه أخذ فيه المبيع بالحمل الشائع، لأنّ مورد جميعها العبد والامة والدابة والحيوان كما قدمناه.

ومنها: أنّ القاعدة هل تختص بالمبيع الشخصي والثمن الشخصي أم تعم الكلي منهما بعد التطبيق علىٰ الفرد وتعينه فيه، وتحرير البحث هكذا اولىٰ من التكلم فيه تبعاً لعموم القاعدة للثمن كما في المتن.

أمّا مستند الاختصاص فامران:

احدهما: ظهور اخبار الباب في ورود البيع علىٰ الشخص وتلفه، لا تلف ما ينطبق علىٰ المقبوض.

ثانيهما: ما أفاده المصنفﷺ من أنّ مقتضىٰ اخبار الباب علىٰ ما فهمه غير واحد من الاصحاب بقاء ضمان البائع مثلاً في زمان الخيار علىٰ ما كان عليه قبل القبض، ونتيجته انفساخ العقد، ومثل هذا المعنىٰ في الفرد المنطبق عليه الكلي المبيع بقاء الفرد علىٰ ما كان عليه قبل قبضه، ونتيجته رجوع الفرد إلىٰ البائع، فكأنّه لم يقبض، لا كأنّه لا بيع عليه؛ حيث لم يكن مورداً للبيع.

---

(١) تعليقة ١٤٦، عند قوله (ومنها: ان كل ما ذكرنا انما هو في التلف...).

ومن الواضح أنّ الضمان المدلول عليه في الاخبار هو المعنىٰ الاول لا الجامع بينه وبين عدم القبض، فلا محالة تكون نتيجة تلف الفرد تلفه من المشتري، لا انفساخ العقد، ولا انفساخ القبض، أمّا عدم انفساخ العقد فلعدم كون الفرد مورداً له، وأمّا عدم انفساخ القبض فلعدم دلالة الاخبار عليه، وجامعهما أنّه لم يتلف من البائع بل من المشتري.

وأمّا مستند التعميم فأيضاً امران:

أحدهما: ما عن شيخنا الاستاذ ﷺ في تعليقته الانيقة[1]، وحاصله: [عند][2] تعيّن الكلي المبيع الذمي في الفرد وصيرورة الذمي خارجياً فقد استقر البيع عليه، فهو المبيع بالحمل الشائع من البائع، وتلف المبيع بالحمل الشائع من البائع، ونتيجته انفساخ العقد المدلول عليه بالاخبار، لا انفساخ القبض الخارج عن مدلولها.

ويمكن الخدشة فيه: بأنّ مورد البيع هو المبيع بالحمل الشائع، وهو الكلي الذمي، وصيرورة الكلي الذمي خارجياً ليس مرجعه إلىٰ خروج المبيع بالحمل الشائع من وعاء إلىٰ وعاءٍ آخر، بل وفاء له، ولا يخرج العقد بعد تحققه من حد إلىٰ حد ليستقر العقد علىٰ الفرد، فلو فرض كون التلف من البائع فلا محالة مقتضاه أنّه كأنّه لا وفاء، لا كأنّه لا بيع، والاخبار علىٰ الفرض لا تدل إلّا علىٰ انفساخ العقد فقط، لا الأعم منه ومن انفساخ القبض، ولا موجب للالتزام بانفساخ القبض حتىٰ يقال بأنّه لا موجب لاشتغال الذمة ثانياً بالكلي بعد فراغه عنه، فلا انفساخ اصلاً.

ثانيهما: عموم المناط، فإنّه مع فرض الخيار يكون المشتري قادراً علىٰ سلب الفرد عن نفسه بفسخ العقد الموجب لدخول الفرد في ملك البائع قهراً، وكلما كان كذلك فالتلف من البائع، وقد مرّ[3] دفعه.

ومنها: هل الضمان المدلول عليه بهذه الاخبار التي هي مدرك القاعدة ضمان المعاوضة ـ وانفساخ العقد بالتلف في زمان الخيار كالتلف قبل القبض كما هو

---

(١) حاشية الآخوند ٢٦٣.
(٢) اضافة يقتضيها المعنىٰ.
(٣) نفس التعليقة.

المعروف هنا وهناك ـ أو ضمان الغرامة؟ والرجوع على البائع بقيمته وبدله على تقدير عدم الفسخ كما هو ظاهر العبارة المنقولة عن الشهيد ﷺ في المتن، حيث قال (وبعده ـ أي بعد القبض ـ لا يبطل الخيار)[1] وهو فرع بقاء العقد وعدم انفساخه، وهو أيضاً ظاهر العبارة المحكية عن التذكرة[2]، وهذا الاحتمال يميل اليه الشهيد الثاني ﷺ في التلف قبل القبض كما سيجئ[3] ان شاء الله تعالى، وأمّا سائر الوجوه المحتملة في الكتاب وغيره فليس بها قائل يعتمد عليه.

أمّا مستند القول بالانفساخ: فهو ظاهر قوله ﷺ (فهو من مال بائعه) فيما نحن فيه، وفي النبوي المشهور في باب التلف قبل القبض، حيث إنّه لا يعقل تلفه حقيقة من بائعه إلّا بعد صيرورته ملكاً له فعرضه التلف؛ حيث لا معنى لملك البائع حال التلف، فإنّ التالف لا يملك.

ومستند القول بالغرامة: ظهور لفظ الضمان في الغرامة والخسارة لمال الغير، فلا يقال الانسان ضامن لامواله التالفة، ويقال خاسر لها، فيعلم أنّ الضمان ليس مطلق الخسارة، بل خسارة مال الغير، مضافاً إلى التعبير بـ«على» فإنّ تلف مال كل احد منه خسارة منه لا خسارة عليه، وإنّما تكون خسارة عليه اذا تلف من غيره وكان تداركه عليه، مضافاً إلى الجمع بين التلف والحدث في جملة من الروايات، مع أنّه لا انفساخ في الحدث، بل التدارك فقط، فالضمان الواحد المنسوب اليهما بمعنى واحد، وهي الغرامة.

ويندفع: بأنّ الضمان الواقع في السؤال والجواب والمنفي عن المشتري والمثبت للبائع لايعقل أنْ يكون بمعنى الغرامة، اذ لا يتوهم عاقل أنْ يكون المشتري غارماً لما تلف في ملكه، لأنّ تدارك التالف لنفسه محال، لعدم الاثنينية، والتدارك للغير محال؛ لعدم الملكية، فلا محالة يكون بمعنى جامع يناسب الغرامة ويناسب الانفساخ وهي الخسارة، فيتوجه السؤال أنّ خسارة هذا المال راجعة إلى المشتري حتى تكون

---

(١) الدورس ٣٦١.
(٢) التذكرة ١: ٥٣٧ سطر ١٦.
(٣) تعليقة ١٤٧.

خسارة منه أو راجعة إلىٰ البائع حتىٰ تكون خسارة منه بناءً علىٰ الانفساخ، وخسارة عليه بناءً علىٰ الغرامة وعدم الانفساخ؟ والظهور في الجامع القابل للانفساخ لا يعارض الظهور في الانفساخ بقوله عليه السلام (من مال بايعه).

ومنه تعرف الجواب عن التعدي بحرف الاستعلاء للزوم التصرف فيه، وكذا عن الجمع بين ما يوجب الانفساخ وما يوجب الغرامة؛ لمكان ارادة الخسارة الجامعة بين الامرين، فيتعين في الانفساخ في التلف بقوله عليه السلام (من مال بائعه)، وبقرينة خارجية في الغرامة في حدث غير التلف بناء علىٰ عدم القول بالانفساخ فيه، وإلّا فلا اشكال كما سيجئ[1] ان شاء تعالىٰ تحقيق القول فيه، هذا كله بملاحظة دلالة الروايات.

وأمّا بلحاظ القواعد الشرعية الخارجية فكل من القولين لا محالة مخالف لقاعدة من القواعد التي يجب الالتزام بها بحسب الاخبار، أمّا القول بالانفساخ فمخالف لاصالة بقاء العقد، وأمّا القول بالغرامة فمخالف للبراءة عن وجوب تدارك التالف في ملك صاحبه، فكل من القولين يحتاج إلىٰ دليل، لا أن[2] القول بالغرامة يختص بمخالفة القاعدة أو القول بالانفساخ مخصوص بها.

وكيف كان فقد رجح المصنف رحمه الله القول بالانفساخ؛ نظراً الىٰ أنّ القول بالغرامة مخالف لقاعدتين دون القول بالانفساخ، احداهما قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف في ملك مالكه، وثانيتهما قاعدة التلازم بين الضمان والخراج.

وتقريبه: أنّ التالف اذا كان ملكاً للمشتري كما هو مقتضىٰ عدم الانفساخ فلا محالة تكون خسارته عليه، فكيف يكون خسارته علىٰ البائع؟! بخلاف ما اذا قدرناه ملكاً للبائع قبل التلف فإنّه ملكه وخسارته عليه، وأنّ التالف اذا كان ملكاً للمشتري فلا محالة يكون نماؤه له ويكون خسارته حينئذ عليه لا علىٰ البائع؛ للتلازم بين الخسارة والخراج، بخلاف ما اذا كان ملكاً للبائع فإنّ الخسارة عليه، ومع فرض نماء له في ذلك الآن فهو أيضاً له، فالملازمة محفوظة علىٰ الانفساخ دون غيره.

والجواب: أنّ اخذ الضمان بنحو الابهام وعدم تعينه أوجب هذا الاشكال، أمّا

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (لأنّ).

المخالفة للقاعدة الاولىٰ فإنْ أُريد بالضمان خسارة الملك فهي دائماً علىٰ المالك، ولا يعقل تخلفها عنه، فالقاعدة تقتضي ثبوتها لا عدمها، وإنْ أُريد الضمان بمعنىٰ الغرامة فالملك بالاضافة اليها لا اقتضاء، وهي بطبعها لو كان لها موجب علىٰ غير المالك، نعم هي تحتاج إلىٰ موجب لها، وهذه الاخبار بناء علىٰ تمامية دلالتها نِعْمَ الموجب، فاللازم الخدشة في دلالتها، لا الاستناد إلىٰ البراءة عن الغرامة، وإلّا فكما أنّ الغرامة علىٰ خلاف الاصل كذلك انفساخ العقد أيضاً علىٰ خلاف الاصل.

وأمّا المخالفة للقاعدة الثانية، فإن أُريد بالضمان الغرامة ـ وهي التي يكون المستدل بصدد دفعها ـ فلا ملازمة بين الغرامة والنماء إلّا عند أبي حنيفة، ولا يقول بها أحد منا، وإنْ أُريد بالضمان خسارة الملك المساوقة لتلفه من مالكه فالملازمة ثابتة، لأنّ الخسارة بهذا المعنىٰ والنماء بطبعه كلاهما من مقتضيات أمر واحد، وهي الملكية، ولذا كانت بينهما الملازمة كالمعلولين لعلة واحدة،إلّا أنّ هذه الملازمة لا تنفي الغرامة، فإنّ ملك المشتري اذا تلف حال كونه مالكاً فهو خسارة منه، إلّا أنّ تداركها علىٰ البائع، إلّا أنّها خسارة من البائع.

ثم إنّه في قبال هذه الدعوىٰ من المصنفﷺ دعوىٰ ترجيح الانفساخ رأساً علىٰ الانفساخ قبل التلف وتقدير الملك آناً ما كما عن بعض اعلام العصرﷺ في مسألة التلف قبل القبض المشاركة لما نحن فيه من حيث الاشكال، قائلاً إنّ القول بالانفساخ رأساً مساوق للقول بالبطلان؛ فلا يكون مخالفاً إلّا للدليل علىٰ صحة البيع وسببية العقد للملكية فقط، وأنّ القول بالانفساخ من الحين ـ أي قبل التلف آناً ما ـ مخالف للقواعد الاربع، قاعدة سببية العقد للملكية مطلقاً حتىٰ قبل التلف، وقاعدة سلطنة الناس علىٰ اموالهم، ودخل اذنهم في خروجه المال عن ملكهم، حيث إنّ المبيع يخرج عن ملك المشتري قهراً عليه، وقاعدة سلطنة الناس علىٰ انفسهم لدخول الثمن في ملكه قهراً عليه، وكذا العكس في طرف البائع، وقاعدة الخراج بالضمان، لأنّ الخسارة علىٰ البائع والنماء للمشتري.

بخلاف ما اذا قلنا بالانفساخ من رأس المساوق للبطلان فإنّه لا ملك من الاول

حتىٰ يلزم مخالفة هذه القواعد، فيجب المصير إلىٰ القول بالانفساخ رأساً ترجيحاً لمخالفة قاعدة واحدة علىٰ مخالفة القواعد الاربع.

بل صرح ﷺ في محل آخر أنّ القول بالانفساخ قبل التلف يستلزم مخالفة القاعدة العقلية المقتضية لبطلان الجزء الذي لايتجزئ، وسيجئ[1] ان شاء تعالىٰ تقريبها مع دفعة.

أقول: أمّا توهم رجوع الانفساخ من رأس إلىٰ البطلان المقابل للصحة فهو فاسد، فإنّ الانفساخ فرض انعقاد العقد، ورجوع العين إلىٰ ملك البائع فرع خروجها عن ملكه، ومنه يتضح أنّ الانفساخ ينافي اصالة بقاء العقد، لا دليل سببية العقد للملكية.

وأمّا توهم: البطلان بالتلف قبل القبض أو في زمان الخيار؛ نظراً إلىٰ أنّ مقتضىٰ الاطلاق ثبوت الملك في جميع الازمنة، فكما أنّ الانفساخ من رأس يوجب رفع اليد عن هذا الاطلاق، كذلك الانفساخ قبل التلف يوجب رفع اليد عن اطلاق دليل سببية العقد للملك حتىٰ في هذا الآن.

فمندفع: بأنّ الصحة غير قابلة للتوقيت، والعقد لا يوجب الملكية في كل آنٍ؛ بحيث يكون التأثير تدريجياً بتدريجية الزمان، بل سبب للملكية المرسلة اللامؤقتة فمن آن تمامية العقد إمّا أنْ تحصل الملكية المرسلة او لا، والفسخ أو الانفساخ يوجب رفع هذه الملكية، لا أنّه يوجب انقطاع التأثير أو ارتفاع التأثير.

نعم كما أنّ تأثير العقد في هذه الملكية المرسلة يمكن أنْ يكون منوطاً بانقضاء الخيار كما قيل به، كذلك يمكن أنْ يكون مشروطاً ببقاء العين في زمان الخيار، واخبار خيار الحيوان لا دلالة لها علىٰ الاشتراط، بل علىٰ الضمان المتفرع علىٰ تأثير العقد، وقد عرفت أنّ الصحة غير قابلة للتوقيت حتىٰ تجامع هذه الاخبار المبنية علىٰ ثبوت الملك، بل قوله عليه السلام في بعض هذه الاخبار (يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برئ من الضمان)[2] دال علىٰ أنّ الباب باب الاجازة وامضاء العقد وانفساخه، لا باب اناطة

---

(١) في نفس التعليقة عند قوله (واما مخالفة القول بالانفساخ...).

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب الخيار ح ٤.

التأثير بشيء.

وأمّا مخالفة القول بالانفساخ للقواعد الأُخر فنقول:

أمّا مخالفته لقاعدة السلطنة علىٰ المال فقد عرفت أنّه علىٰ تقدير لزومها مشترك الورود علىٰ الانفساخ رأساً وعلىٰ الانفساخ قبل التلف، مع أنّها غير واردة في نفسها.

أمّا أولاً: فلما ذكرنا في اوائل الخيارات[1] أنّ عدم سلطنة الغير علىٰ التصرف في مال غيره لعدم الملك، لا لمزاحمته لسلطان المالك، فدليل السلطنة لا ينفي سلطان الغير إلّا من حيث إنّه غير مالك، لأنّ السلطنة التي يتكفلها دليل السلطنة هي السلطنة التي هي من شؤون الملك، فهي ثابتة للمالك بالمطابقة، ومنفية عن غيره بالالتزام، وأمّا السلطنة الابتدائية الغير المترتبة علىٰ الملك فهي تتبع سببها، ولا ينفيها سلطنة الناس علىٰ اموالهم، كالسلطنة الثابتة للشريك في باب الشفعة فإنّها غير مترتبة إلّا علىٰ كونه شريكاً.

وأمّا ثانياً: فغاية ما يقتضيه دليل السلطنة علىٰ المال جواز التصرف فيه تكليفاً ووضعاً، ولا تعرض له لغيره، والانفساخ حكم شرعي فلا معنىٰ لأنْ يكون دليل السلطنة نافياً له، وليس هناك تصرف من أحد من الناس في ماله المعتبر رضاه فيه حتىٰ يكون منفياً بدليل السلطنة، ومنه تعرف مخالفته لسلطنة الناس علىٰ انفسهم، فإنّه لاينفي سلطان الشارع علىٰ ادخال شيء في ملكه بدون رضاه.

وأمّا مخالفته لقاعدة الخراج بالضمان فمدفوعة بما مرّ مراراً أنّ هذه الملازمة نشأت من وحدة العلة، وهي محفوظة سواء كان المعلولان موجودين أو أحدهما أو لا، فإنّ الشرطية صادقة مع كل ذلك، فمع بقاء ملك المشتري لا يفرض فيه تلف حتىٰ يكون منه، كما أنّ نماءه له، وفي فرض ملك البائع يفرض فيه التلف لكن لقصور الزمان لا يفرض فيه نماء حتىٰ يكون له، ومع ذلك فالشرطية صادقة، والنماء في زمان ملك المشتري معلول لمالكيته، كما أنّ التلف في زمان مالكية البائع خسارة ملكه، وعدم فرض اجتماعهما لكل منهما غير عدم الملازمة في ظرف ثبوت ملك

---

(١) ح ٤ تعليقة ١٧.

كل منهما.

وأمّا مخالفة القول بالانفساخ قبل التلف للقاعدة العقلية الحاكمة ببطلان الجزء الذي لايتجزئ فتقريبها بتوضيح منّي: أنّه لو قلنا بالبطلان بالتلف فلا شيء حتىٰ يقال في أي آنٍ يفرض وقوعه، ولو قلنا بالانفساخ من رأس فالآن الذي تعين بوقوع العقد فيه ينفسخ في ذلك الآن المتعين سواء كان قابلاً للتجزئ ام لا، ولو قلنا بالغرامة فالآن الذي يقع فيه التلف يحكم فيه بعينه بالغرامة، بخلاف ما لو قلنا بالانفساخ قبل التلف فإنّ الضرورة حيث كانت تتقدر بقدرها فلا محالة يفرض وقوع الانفساخ في الآن المتصل بآن التلف، وذلك الآن قابل للقسمة، فالمتصل منه أيضاً قابل للقسمة، فاذا قسم قسمين فالمتصل منهما أيضاً قابل للقسمة، فلا يتعين شيء من الآنات لعدم تناهيها، لكونه متصلاً بآن التلف.

وتندفع هذه الشبهة: بأنّ الجزء الذي حكموا ببطلانه إنّما هو بحسب الاعم من القسمة الفكية والغير الفكية اي الخارجية والفرضية، اذ من الواضح أنّ ما في الخارج المحدود بحدين لا يمكن أنْ يكون غير متناهٍ، وإلّا لزم تحديد الغير المتناهي وهو خلف، واذ كانت القسمة الفعلية الخارجية متناهية فبوجدان خارجي غير قابل للقسمة الخارجية الفعلية، وإنْ كان قابلاً للقسمة الفرضية الوهمية، والانفساخ خارجاً كسائر الخارجيات لايحتاج إلّا إلىٰ وعاء فعلي خارجي، فالعقد مثلاً كما يقع في آن خارجاً وإنْ كان ذلك الآن بحسب القسمة غير متناهٍ ولم يلزم وقوع المتناهي في غير المتناهي فكذا انفساخه، فتدبر جيداً.

ونظير هذا الاشكال في المخالفة للقاعدة العقلية[1] اشكال آخر ذكروه في تقوية جانب القول بالغرامة؛ من أنّ الانفساخ بالتلف المتأخر يلزمه تقدم المعلول علىٰ العلة وهو محال، بخلاف الغرامة فإنّها معلولة للتلف وتحدث بحدوثه فتقارنه زماناً؛ وإنْ كان التلف متقدماً عليها تقدماً بالعلية.

ويندفع هذا الاشكال: بان سببية التلف أو شرطيته غير مفروضة لا بحسب لسان

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (الفعلية).

الاخبار، ولا بحسب ظاهر القاعدة القاضية بأنّ التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له، أو القائلة بأنّ كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، بل لنا أنْ نقول إنّ بقاء العقد شرعاً منوط بعدم القبض في الآن المتصل بآن التلف، وأنّ بقاءه مشروط بعدم انقضاء الخيار في الآن المتصل بآن التلف، والشرط علىٰ التقديرين مقارن للانفساخ في باب التلف قبل القبض، وفي باب التلف في زمان الخيار، وكون عدم القبض أو عدم انقضاء الخيار ملازماً للتلف لا يستدعي شرطية التلف بوجه حتىٰ يعود المحذور.

ومنها: أنّ تلف الجزء الذي يقبل تقسيط الثمن عليه كتلف الكل من حيث انحلال العقد بالنسبة اليه ورجوع ما يوازيه من عين الثمن، وأمّا الوصف والجزء الذي لايتقسط الثمن عليه فانفساخ العقد بالاضافة اليه غير معقول؛ لفرض عدم مقابلته بالثمن، فلذا اتفقوا علىٰ أنّ الحكم فيه جواز الرد أو مع الارش بنحو التخيير كما في خيار العيب.

والمستند لذلك ما أفاده المصنف ﷺ في مسألة التلف قبل القبض من أنّ مقتضىٰ كون التلف من البائع فرض العقد كأنْ لم يكن بالنسبة إلىٰ الكل أو الجزء الذي يتقسط عليه الثمن، وهو فرض كونه ملك البائع قبل التلف، وفرض العقد كأنْ لم يكن بالنسبة إلىٰ مالا يتقسط عليه الثمن؛ مع فرض وقوع العقد علىٰ الموصوف بما هو موصوف بالصحة هو عدم وقوع العقد قبل التلف علىٰ المتحيث بهذه الحيثية، ولازمه وقوعه علىٰ ذات المتحيث، وانفساخ العقد بالاضافة إلىٰ الحيثية دون ذات المتحيث مرجعه إلىٰ وقوع العقد علىٰ المعيب؛ فيجري عليه حكم خيار العيب من التخيير بين الرد والامساك بالارش.

وهذا البيان علىٰ تقدير تماميته لا يقتضي اجراء حكم العيب، اذ لا دليل علىٰ الخيار إلّا في مورد تعلق العقد بالمعيب حدوثاً، لا الاعم منه ومن تعلقه بالمعيب بقاء، ولذا قام بصدد اصلاحه بعض أجلّة المحشين ﷺ[1] مدعياً من أنّ لازم كون

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ٧٦ سطر ١٩.

التلف من مال البائع مطلقاً تنزيل التلف قبل القبض أو قبل انقضاء الخيار منزلة التلف قبل العقد، ولازم ورود العقد علىٰ التالف بذاته قبل العقد عدم تأثيره مطلقاً، وعلىٰ التالف بجزئه عدم تأثيره في الجزء التالف، وعلىٰ التالف بوصفه تأثيره في ذات الموصوف دون وصفه، وورود العقد علىٰ المعيب قبل العقد يقتضي اجراء احكام بيع المعيب، وقد قدمنا في مباحث[1] خيار العيب أنّ كون التلف من البائع فعلاً يقتضي عدم ملك المشتري فعلاً، وثبوت ملك البائع فعلاً، لا عدم ملك المشتري قبلاً ليترتب عليه حكم وقوع العقد علىٰ المعيب.

ويمكن أنْ يقال: ـ وإنْ كان علىٰ خلاف المشهور ـ أنّ ملك الوصف علىٰ حد العقد عليه عرضي تبعي، فالعقد علىٰ الموصوف عقد علىٰ ذاته بالذات، وعلىٰ وصفه بالعرض، وكذا ملك الموصوف ملك لذاته بالذات ولوصفه بالعرض، لعدم استقلال الوصف بالملكية والعقدية، وكما أنّ ثبوتهما بالاضافة إلىٰ الوصف بالعرض، فكذا ارتفاعهما فسخاً أو انفساخاً بالعرض، وحيث إنّ ما بالعرض تابع لما بالذات ثبوتاً ونفياً فاذا دل الدليل باطلاقه علىٰ أنّ التلف بمراتبه يوجب الانفساخ فتلف الوصف يوجب الانفساخ بتبع انفساخ العقد عن الموصوف؛ فيكون كاشفاً عنه كشف المعلول عن علته، وما بالعرض عما بالذات، ولا يخفىٰ أنّ ظاهر اخبار خيار الحيوان أو الشرط المتكفلة لكون التلف من البائع هو أنّ نحو ضمان الحدث نحو ضمان التلف، فيؤكد ما ذكرناه من أنّ الانفساخ في جميع مراتب التلف ولو لم نقل بظهورها، فالاظهر أنّ ثبوت الغرامة هو المتيقن منها دون الرد.

نعم له الرد بخيار الحيوان والشرط، لا بخيار آخر من قبل حدوث الحدث، فلا وجه للتسالم علىٰ الرد، والاختلاف في الارش كما ينسب إلىٰ المشهور، وسيجيء[2] ان شاء تعالىٰ ما يتعلق بالتلف قبل القبض في محله.

ومنها: أنّ الاتلاف حكمه مغائر لحكم التلف، لأنّه إمّا من ذي الخيار، أو ممن عليه الخيار، أو من الاجنبي، أمّا اذا كان من ذي الخيار فهو تصرف منه فيسقط خياره،

---

(١) ج ٤ تعليقة ٣٤١.

(٢) تعليقة ١٤٩.

وأمّا إنْ كان ممن عليه الخيار فلذي الخيار اعمال الخيار والرجوع بالثمن أو بدله، وله الامضاء والرجوع بقيمة التالف، غاية الامر أنّه اذا اختار الفسخ ـ الذي مقتضاه عود المبيع بماليته إلىٰ الفاسخ والمفروض اشتغال ذمة المفسوخ عليه للفاسخ قبلاً ـ تكون الذمة باقية علىٰ حالها، فهي حدوثاً من باب ضمان الغرامة وبقاءً من اقتضاء الفسخ، ولا مانع منه، وليس للعين ماليتان حتىٰ يؤثر كلا السببين، نعم اذا كان هناك تفاوت في القيمة كانت العبرة بقيمة المبيع حال الفسخ المقتضي لعود مالية العين حال رجوع العين.

وأمّا إنْ كان الاتلاف من الاجنبي ففيه وجوه ثلاثة:

أحدها: رجوع الفاسخ بقيمة عينه إلىٰ المتلف.

ثانيها: رجوعه إلىٰ المفسوخ عليه.

ثالثها: تخييره بين الرجوع إلىٰ المتلف والمفسوخ عليه.

أمّا وجه الرجوع إلىٰ المتلف فامران:

أحدهما: اقتضاء بدلية ما في ذمة المتلف للعين، فلابد من رجوع العين أو بدلها في الفسخ، والمفروض أنّ بدلها في عهدة المتلف فالبدلية الذمية كالبدلية الخارجية، فكما أنّ البدل الخارجي اذا كان عند أحد يستحق الفاسخ المالك له الرجوع إلىٰ من كان عنده؛ فكذلك البدل الذمي إنْ كان في عهدة الاجنبي.

ثانيهما: اقتضاء الفسخ، وذلك لأنّ شأن الفسخ تبدل اضافة الملكية، فالعين التي كانت قبل الفسخ طرفاً لاضافة المفسوخ عليه تصير بالفسخ طرفاً لاضافة الفاسخ، وكذلك العين التي هي في عهدة المتلف كانت طرفاً لاضافة المفسوخ عليه تصير بالفسخ طرفاً لاضافة الفاسخ.

وهذا التقريب أولىٰ من تقريب المصنفﷺ من فرض رجوع العين إلىٰ الفاسخ قبل التلف أو قبل الفسخ، نظراً إلىٰ أنّ وجه الرجوع إلىٰ البدل منحصر في ورود التلف علىٰ ملكه، فيستحق الرجوع بقيمته من باب ضمان الغرامة، وقد مرّ مراراً أنّه بلا موجب؛ لورود الملك علىٰ التالف لا التلف علىٰ الملك حقيقة، وفرض الملك قبل

التلف لفرض ورود التلف عليه هو فرض التضمين الغرامي الذي لا يقتضيه الفسخ بوجه، فما ذكرناه من الوجه أوجه.

وأمّا وجه الرجوع إلىٰ المفسوخ عليه بعد اقتضاء الفسخ لتلقي الملك عيناً وبدلاً من المفسوخ عليه دون الاجنبي الذي ليس طرفاً للمعاملة، فهو بطلان الوجهين.

أمّا الوجه الاول: فللفرق بين البدل الخارجي والذمي، فإنّ العين الخارجية محفوظة التشخص بتوارد الاضافات عليها، بخلاف البدل الذمي فإنّه متشخص باطرافه من ذي الذمة ومن له ما في الذمة، ويستحيل تبدّل الاضافات وانحفاظ ما فيها، فالكلي المتقوم بذمة زيد لعمرو له[1] حصة خاصة، والكلي المتقوم بذمة زيد لبكر حصة أُخرىٰ، ومن الواضح أنّ اشتغال ذمة زيد لعمرو باتلاف ماله صحيح بموجب للضمان، واشتغال ذمته لبكر من دون موجب لضمان الغرامة ومن دون موجب للطرفية للمعاوضة المفروضة غير صحيح، فما معنىٰ رجوع الفاسخ عليه.

وأمّا الوجه الثاني: فلأنّ الفسخ لابد وأنْ يرد علىٰ ما ورد عليه العقد، لأنّه بديله، وما ورد عليه العقد هي العين بماليتها، وتبدل الاضافة بالاضافة الىٰ العين الشخصية صحيح كما مرّ، وأمّا بالاضافة إلىٰ البدل الذمي فتبدلها مساوقة لتبدل ما في الذمة، وهذه الحصة باقتضاء الاتلاف لا باقتضاء العقد، فكيف يقتضي الفسخ الذي هو بديله الرجوع بها؟!

ولا حاجة إلىٰ ما أفاده المصنفﷺ موافقاً لتقريبه من رجوع العين المضمونة لمالكها علىٰ متلفها، والعين الموصوفة بهذا الوصف تسترد من المالك، لا من المتلف، مع أنّ المردود هي العين بماليتها، فإنّها التي ورد عليها العقد، لا العين المضمونة لمالكها حتىٰ يقتضي الفسخ رجوع ما هو كذلك ليختص الرجوع بالمالك، فتدبر.

وأمّا وجه التخيير بين الرجوع إلىٰ المالك والىٰ المتلف فهو اجتماع سببين للضمان.

---

(١) وفي الاصل (المتقوم بذمة زيد له لعمرو حصة خاصة).

ويندفع: بأنّ الاتلاف سبب الضمان، لكنه للمالك وهو المفسوخ عليه لوروده عليه حال كونه ملكاً له، فلا معنىٰ لجعله طرفاً للتخيير، فلا محالة يتعين أحد الامرين من الرجوع إلىٰ المفسوخ عليه أو المتلف كما عرفت.

ثم إعلم أنّ ما افاده ﷺ من رجوع الفاسخ علىٰ المفسوخ عليه أو علىٰ المتلف أو يتخير في الرجوع بيان لكلي المسألة، ونظره ﷺ إلىٰ ذلك، وإلّا فلا ينطبق عباراته هنا علىٰ المسألة المبحوث عنها هنا، وهي ما اذا كان الخيار للمشتري واتلف المبيع شخص اجنبي، فإنّ الفاسخ هو المشتري، والمفسوخ عليه هو البائع، والتالف هو المبيع، وله الرجوع علىٰ البائع بالثمن لا ببدل التالف ليتصور الرجوع منه تارة علىٰ البائع، وأخرىٰ علىٰ الاجنبي، وثالثة يتخير بينهما، والمفسوخ عليه هو البائع، ولا يد له علىٰ المبيع، نعم اذا كان الخيار للبائع وتلف المبيع بيد المشتري باتلاف الاجنبي صح جميع ما فرضه من الصور من دون محذور.

حكم تسليم العوضين في زمان الخيار

١٣١ ـ قوله ﷺ: (ما ذكره في التذكرة[1] فقال لايجب علىٰ البائع ...الخ)[2].

بعد فرض كون كل من العوضين ملكاً لمالكه، والناس مسلطون علىٰ اموالهم، فلا يمكن سلطنة الغير علىٰ الامساك مع مطالبة مالكه، وغاية ما يمكن تقريب ما افاده العلامة ﷺ في التذكرة وتفرد به في خصوص هذا الكتاب ما اشرنا اليه سابقاً: من أنّ معنىٰ الخيار أنّ زمام أمر العقد بمقتضياته بيد من له الخيار، ومن مقتضياته التسليم، ومع فرض أنّ زمام أمر التسليم بيده حيث إنّ زمام سببه ومقتضيه بيده لا يعقل سلطنة من عليه الخيار علىٰ تسلمه من حيث كونه ملكاً له، كما لا يعقل مع هذه السلطنة وجوب التسليم عليه.

ويندفع: بأنّ التسليم بنفسه ليس من مقتضيات العقد ولا الملك، لأنّه ليس اثراً شرعياً ولا عرفياً؛ ليكون له ترتب شرعي أو عرفي علىٰ العقد، بل خارجي، وإنّما

---

(١) التذكرة ١: ٥٣٧ سطر ٣٠.

(٢) كتاب المكاسب ٣٠٢ سطر ٢١.

الذي يكون مقتضىٰ العقد أو الملك وجوب التسليم عند مطالبة مالكه، ومثله لايعقل أنْ يكون كالعقد تحت سلطان ذي الخيار، فإنّ المكلف له السلطنة علىٰ التسليم لا علىٰ حكمه، نعم حيث إنّ ذا الخيار له السلطنة علىٰ حل العقد فله السلطنة علىٰ رفع موضوع وجوب التسليم، والسلطنة علىٰ رفع موضوعه يجامع وجوب التسليم مع بقاء موضوعه.

وأمّا ما احتمله من أنّ مرجعه إلىٰ وجوب أحد الامرين فغير صحيح، اذ لا موجب لتوهم وجوب الفسخ حتىٰ يقال يجب عليه إمّا الفسخ وإمّا التسليم، كما أنّه لا معنىٰ للتخيير بين الفسخ ووجوب التسليم، وأمّا السلطنة علىٰ الفسخ أو التسليم فليس معناها وجوب أحد الامرين، بل جواز أحد الامرين، ولا معنىٰ معقول له هنا إلّا ما بيّناه من أنّه له السلطنة علىٰ الفسخ فله السلطنة علىٰ ترك التسليم باعدام موضوعه، لا في عرض السلطنة علىٰ اعدام موضوعه.

بقاء الخيار مع تلف العين

١٣٢ ـ قوله ﷺ: (لا يسقط الخيار بتلف العين ...الخ)[1].

المعروف ابتناء النزاع علىٰ أنّ حق الخيار متعلق بالعقد فلا يسقط مع تلف العين، أو متعلق بالعين وأنّه بمعنىٰ حق الرد والاسترداد فلا يبقىٰ مع تلف العين، وقد نبهنا مراراً علىٰ خلافه، وأنّه يمكن تعلقه بالعقد ولضيق دائرة موضوعه يسقط الحق، ولو مع بقاء العقد، ويمكن تعلقه بالعين ولكنه مع سعة دائرة موضوع الحق يبقىٰ مع تلف العين فنقول:

أمّا اذا قلنا بتعلقه بالعقد وأنّه حق حل العقد فالعقد المعنوي اللبي الاعتباري أمر قابل للبقاء وهو الذي ينحل، لا الانشائي الذي لا بقاء له، والمعدوم لايحل، وأنّ العقد وهو القرار المعاملي وإنْ لم يكن مستقلاً في التحصيل؛ بل لابد من تعلقه بالملكية ونحوها إلّا أنّ المقوّم لهذا الامر الاعتباري هي الملكية العنوانية في أُفق

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٢ سطر ٢٧، وفيه (لايبطل الخيار...).

القرار المعاملي، لا الملكية الاعتبارية القائمة بمعتبرها، فزوال الملكية الحقيقية لا يوجب انعدام الملكية العنوانية حتىٰ ينحل العقد المعنوي الاعتباري، فتلف العين بل زوال الملكية الحقيقة لا يوجب انعدام موضوع حق الخيار إلّا اذا ثبت في مورد أنّ الحق أُخذ علىٰ وجه مخصوص، وهو حق حل العقد المتعلق بالعوضين بشخصهما بحيث تعود العين بنفسها إلىٰ صاحبها بفسخ العقد؛ لا بماليتها المحفوظة ولو ببدلها، فالعقد حينئذ وإنْ كان إلىٰ الآخر باقياً، إلّا أنّ اعمال الحق ممتنع لضيق دائرته.

وأمّا اذا قلنا بتعلقه بالعين فالمردود ليس هي العين خارجاً بل ملكاً، بمعنىٰ أنّ الخيار حق استرداد الربط الملكي، ومن البيّن أنّ الربط الملكي القائم بالعين لا بقاء له مع تلف العين، والعرف لا يعتبرون مالكية الشخص لأمواله التالفة، فطبع رد الربط الملكي يقتضي سقوط الحق مع تلف العين، إلّا أنّه لا ريب في امكان اعمال الخيار في باب العيب المنوط ببقاء العين، فإنّ الثابت هناك رد العين المعيبة اذا تلف الثمن بيد البائع؛ مع استحالة انحلال المعاوضة برد المعيب فقط وعدم استرداد الثمن التالف.

فيعلم منه أنّ حق الرد أيضاً له عرض عريض، وكذا في باب بيع الخيار فإنّ تلف الثمن ولو بتوارد العقود الناقلة اللازمة عليه منصوص في اخباره، ومع ذلك فالخيار باقٍ؛ فيعلم منه سعة دائرة الرد أيضاً في باب الخيار، أمّا بجعل الرد عنوانياً وإنْ كان لباً تملكاً جديداً، وإمّا بجعل الرد حقيقياً والمردود عنوانياً بجعل المردود هي الملكية العنوانية المقومة للعقد، فتارة ينحل القرار فينحل الربط الملكي العنواني، وأُخرىٰ ينحل الربط العنواني فينحل القرار المعاملي.

وإمّا بجعل الرد والمردود كليهما حقيقياً بتقريب أنّ الملكية ليست من الاعراض المتأصلة حتىٰ تحتاج الىٰ موضوع محقق في الخارج، بل امر اعتباري، وحدوثه وبقاءه يتبع المصلحة في الاعتبار، والعرف إنّما لا يعتبر ملكية التالف لعدم الاثر

المرغوب منه، وأمّا اذا فرض هناك اثر يترقب ترتبه عليه [كاعتبار][1] حق الخيار الذي قد اقتضت المصلحة ثبوته؛ فلا محالة يعتبر بقاء اعتبار الملكية بعد التلف لاعادة الربط الملكي باعمال الخيار، فالرد حقيقي لا عنواني، والمردود حقيقي، لأنّ الباقي عين الحادث لا عين المقوم للقرار المعاملي حتىٰ يكون عنوانياً، فتدبره فإنّه حقيق به.

هذا كله بملاحظة مقام الثبوت وامكان بقاء الخيار مع التلف تارة وعدمه أُخرىٰ، سواء كان بمعنىٰ حق حل العقد أو حق الرد والاسترداد.

وأمّا بملاحظة مقام الاثبات: فقد مرّ منا سابقاً مراراً أنّ ما كان عنوانه الخيار لا يراد به إلّا حق حلّ العقد، ولذا قوبل في بعض الاخبار بالوجوب الذي لا اضافة له إلّا إلىٰ العقد، ولا يراد منه إلّا الثبوت المستقر، وما كان عنوانه الرد فهو أيضاً مضاف إلىٰ البيع، وظاهره البيع بمعنىٰ المعاملة الخاصة، لا المبيع بارادة المبني للمفعول، ومن الواضح أنّ رد المعاملة البيعية في قبال استقرارها عبارة اخرىٰ عن حل العقد في قبال ثبوته وقراره، فصح أنْ يقال إنّ الاصل بقاء الخيار مع تلف العين إلّا اذا ثبت اعتبار بقائها في خصوص مورد، كما ثبت في خيار العيب بالنسبة إلىٰ المعيب، لا بالنسبة إلىٰ الثمن، وقد تكرر منا في هذه التعليقة جملة مما يتعلق بخصوصيات المقام[2] فلا نعيد.

العين مضمونة بعد الفسخ

١٣٣ ـ قوله ﷺ: (فالعين مضمونة في يده ...الخ)[3].

الضمان تارة يراد منه ضمان الغرامة، وأُخرىٰ ضمان المعاوضة الذي اثره انفساخ العقد بالتلف قبل القبض أو في زمان الخيار، وثالثة مجرد كونه معوضاً بعوضٍ في العاملة، ولا ريب أنّ هذا المعنىٰ الأخير لا بقاء له بعد الفسخ قطعاً، فلا معنىٰ لان

---

(١) كلمة غير واضحة في الاصل يحتمل انها ما اثبتناه.

(٢) ح ٤ تعليقة ٣٤٠، وما بعدها، تعليقة ١٢٠. (٣) كتاب المكاسب ٣٠٣ سطر ١٣.

تكون العين مضمونة بهذا الضمان، وانتفاء الخصوصية من حيث المسمىٰ وبقاء اصله بلا موجب، والضمان بالمعنىٰ الثاني قد زال بالقبض ولم يبق موضوع له بعد الفسخ، اذ لا عقد حتىٰ يبقىٰ انحلاله وانفساخه بالتلف في زمان الخيار، حيث لا عقد ولا خيار فلا يعقل بقاء الضمان بهذا المعنىٰ.

والضمان بالمعنىٰ الاول أمر معقول إلّا أنّ العين قبل الفسخ كانت ملكاً لمن بيده، ويستحيل ضمان الغرامة للشخص في ماله، فلا معنىٰ لبقاء ما لم يثبت، بل كان ممتنعاً فلا معنىٰ لقوله ﷺ (لأنّها كانت مضمونة قبل الفسخ) فلا مضمن بضمان الغرامة بعد الفسخ إلّا اليد؛ وحيث إنّها ليست امانية من المالك، والامانة الشرعية لا دليل عليها، فلابد من القول بكون العين مضمونة من دون فرق بين ما يكون بيد الفاسخ وما بيد المفسوخ عليه، والاقدام علىٰ الفسخ ليس تأميناً مالكياً للمفسوخ عليه كما هو واضح.

* * * *

النقد والنسيئة

النقد والنسيئة

١٣٤ ـ قوله ﷺ: (اطلاق العقد يقتضي النقد ...الخ)[1].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ البيع المؤجل هل هو تمليك شيء بازاء شيء مؤجل؛ بحيث يكون الثمن شيئاً خاصاً؟ أو تمليك بعوض معلق علىٰ مضي الاجل بحيث يكون الاول كالواجب المعلق، والثاني كالواجب المشروط؟ أو تمليك شيء بشيء فعلاً تمليكاً ومملوكاً بشرط التأخير في الاداء إلىٰ رأس المدة المعلومة؟ واطلاق العقد وتقييده بلحاظ مدلوله المطابقي علىٰ الاول والثاني، وبلحاظ مدلوله الالتزامي علىٰ الثالث.

بيانه: أنّ مدلول البيع متقوم بالملكية والعوضين، ومعنىٰ اطلاق الملكية عدم كونها معلقة علىٰ شيء، وفي قباله تقييده، واطلاق العوضين عدم تقيدهما بقيد يوجب ضيق دائرتهما، وفي قباله تقييدهما بما يكون المبيع شيئاً خاصاً، والثمن كذلك، وأمّا لزوم الاداء بعد العقد فهو من لوازم الملك؛ فان الناس مسلطون علىٰ اموالهم، فمع المطالبة يجب الأداء، لأنّ سلطنة المشتري علىٰ ترك الاداء مزاحمة لسلطان المالك علىٰ ملكه، وهي منفية عقلاً مع ثبوت سلطنة المالك علىٰ ماله، والتقييد المقابل لهذا الاطلاق عدم لزوم الاداء إلىٰ رأس الشهر مثلاً، ولا يخفىٰ عليك أنّ التأجيل في البيع علىٰ ما هو المعروف بالمعنىٰ الثالث دون الأولين، وظاهر

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٣ سطر ٢١.

شيخنا الاستاذ ﷺ في تعليقته[1] علىٰ الخيارات في بعض المباحث الآتية هو الاول من المعاني مع احتماله أيضاً للثاني.

والتحقيق: أنّ الاجل وإنْ أمكن أنْ يكون معلقاً عليه التمليك إلّا أنّه لا تعليق في البيع اجماعاً، وأمّا كون المملوك خاصاً فهو غير معقول، لأنّ الزمان وإنْ كان يمر علىٰ الاعيان لكنها لا تتقدر به، بخلاف المنافع فإنّها تدريجية الوجود فتتقدر بالزمان، فلا معنىٰ للدرهم في هذا اليوم أو الدرهم الغدي، بخلاف منفعة الدار في هذا اليوم أو في الغد، فلا محالة يكون التأجيل تقييداً للمدلول الالتزامي، واطلاقه كذلك كما عرفت، ومنه تعرف متانة تعليل العلامة ﷺ في التذكرة[2] بما ذكره ﷺ في المتن.

ومنها: أنّ شرط التعجيل هل هو مؤكد لاطلاق العقد أم لا؟

والتحقيق: أنّ شرط التعجيل يتصور علىٰ وجوه:

أحدها: شرط حق التعجيل بنحو النتيجة، ومثله غير مؤكد لاطلاق العقد، فإنّه لا يقتضي إلّا بقاء سلطنة المالك علىٰ ماله، لا أنّه له حق زائد علىٰ ملكه، ويترتب علىٰ مثله ما لا يترتب علىٰ غيره؛ فإنّه قابل للاسقاط دون غيره.

ثانيها: شرط نفس التعجيل والاسراع في الاداء مطلقاً، طالبه المالك ام لا، وهذا أيضاً غير مؤكد لاطلاق العقد، فإنّ اطلاقه بملاحظة مدلوله الالتزامي لايقتضي إلّا لزوم الاداء عند المطالبة، فإنّ لازم الملك سلطنة المالك علىٰ ماله، فله المطالبة، فليس لغيره الامتناع، وإلّا لكان مزاحماً لسلطانه، بخلاف عدم الاداء مع عدم المطالبة فإنّه لا يكون مزاحماً لسلطان المالك.

ثالثها: اشتراط التعجيل في زمان معين ولو مع عدم المطالبة، وهو أيضاً لا يكون مؤكداً لما عرفت.

رابعها: اشتراط التعجيل في أول أزمنة الامكان أو بالاطلاق المنصرف اليه، ولكنه مع المطالبة، ولا ريب في أنّه مؤكد لاطلاق العقد المقتضي للاداء مع المطالبة، والمراد كونه مؤكداً من حيث متعلقه، لا بلحاظ حكمه أيضاً وهو الخيار عند

---

(١) حاشية الآخوند ٢٦٨.

(٢) التذكرة ١: ٥٤٦ سطر ١٧.

التخلف، بل ولا من حيث استحقاق التعجيل [و][1] لا لزومه فقط فإنّه اثر الاشتراط لا مما تعلق به الاشتراط كما مرّ[2] في شرط النتيجة، كما أنّ المراد من اشتراط التعجيل حتىٰ مع عدم المطالبة هو عدمها بعد العقد والشرط، ومن الواضح أنّ عدمها بعد العقد لا يكشف عن الرضا بالتأخير ليكون منافياً لوجوب الاداء مطلقاً، فإنّ اشتراط التعجيل في أول أزمنة الامكان مساوق للمطالبة في أول أزمنة الامكان، فلا حاجة إلىٰ مطالبة متجددة حتىٰ يكون عدمها كاشفاً عن الرضا بالتأخير المنافي لوجوب الاداء.

خامسها: ما اضافه بعض الاعلام[3] إلىٰ سائر الاقسام، وهو شرط عدم حق للمشتري في التأخير، فإنّه كشرط حق التعجيل يرجع إلىٰ شرط النتيجة، لكنه مؤكد لاطلاق العقد، فإنّ شرط التأجيل كان مقتضاه حق التأخير وعدمه الذي ـ هو معنىٰ الاطلاق ـ مقتضاه عدم حق التأخير، فالشرط اذا تعلق بعدم حق التأخير كان مؤكداً لاطلاق العقد.

وفيه اولاً: ما عرفت من أنّ مقتضىٰ شرط التأجيل سلطنة المشتري علىٰ التأخير المقيدة لسلطنة المالك علىٰ مطالبة ماله متىٰ شاء، لا أنّ مقتضاه حق التأخير ليكون مقتضىٰ الاطلاق عدم حق التأخير حتىٰ يكون شرط عدمه مؤكداً له.

وثانياً: عدم معقولية شرط النتيجة هنا فإنّه ليس المتعلق امراً ثبوتياً حتىٰ يكون مفاده اثبات الحق بالشرط نظير شرط حق الخيار، ولا هنا مقتضي ثبوت الحق حتىٰ يكون شرط عدمه المقارن لمقتضيه مانعاً عن فعلية مقتضاه كشرط عدم الخيار في ضمن العقد المقتضي للخيار، وهل هو إلّا كشرط عدم ملكية دار زيد للمشتري مثلاً؟! فإنّه معدوم بعدم علته، فلا معنىٰ لاشتراط عدمه.

وثالثاً: لغوية هذا الشرط، فإنّه لولاه لم يكن حق للمشتري في التأخير، ولا يترتب علىٰ تخلّفه الخيار كشرط عدم التأخير، فإنّ النتيجة لا تخلّف عنها، بل إمّا يثبت او لا

---

(١) اضافة يقتضيها السياق.
(٢) تعليقة ٨٠.
(٣) حاشية الميرزا محمد تقي الشيرازي ٢: ٨٩.

يثبت، فتدبره فإنّه حقيق به.

ومن جميع ما ذكرنا تبيّن أنّ شرط التعجيل مؤكد للاطلاق علىٰ الوجه المتعارف للشرط، وهو الاسراع عند المطالبة وعدم المماطلة في الاداء، فاندفع ما أورده صاحب الجواهر[1] من أنّ شرط التعجيل لا يكون مؤكداً كما ذكره الفقهاء.

ومنها: أنّ التعجيل له مراتب، ومطلقه في قبال مقيده وهو التعجيل في زمان معين يكون اشتراطه من شرط المجهول كما عن صاحب الجواهر[2] ايراداً علىٰ الفقهاء القائلين بصحة شرط التعجيل.

ويندفع: بأنّ المراد من الاطلاق في التعجيل ليس اللابشرط القسمي، وهو لحاظ التعجيل لا مقترناً بزمان خاص ولا مقترناً بعدمه، بل مجرد عدم التقييد بزمان معين، وربما يفيد عدم التقييد بزمان معين اثبات خصوص زمان لعدم الحاجة إلىٰ التنبيه عليه دون غيره كالاطلاق المقتضي للوجوب التعييني والعيني والنفسي، فإنّ التعجيل المطلق هو التعجيل في أول أزمنة الامكان، فإنّه لا يحتاج إلىٰ التنبيه عليه دون غيره من مراتب التعجيل، كما في ثبوت الماء المطلق في قبال المضاف، والبيع المطلق في قبال صنف خاص وهكذا، ومع تعين أول أزمنة الامكان عند عدم تقييده بخصوص زمان لا جهالة في الشرط.

ومنها: ما أورده صاحب الجواهر[3] أيضاً من حكم الفقهاء بالخيار من دون تقييد بعدم امكان الاجبار، مع أنّه لابد منه، ودفعه المصنف بوجهين:

أحدهما: أنّ الخيار مترتب علىٰ فوات التعجيل، لا علىٰ نفس التعجيل، فما يترتب علىٰ الخيار ليس فيه موقع الاجبار، وما يمكن فيه الاجبار وهو التعجيل لم يترتب عليه الخيار حتىٰ يقيد بالاجبار، فالاجبار سواء كان ممكناً أو غير ممكن فهو أجنبي عن موضوع الخيار، وليس غرض المصنف مجرد أنّ الكلام هنا في اصل الخيار لا في اثباته بشرائطه؛ حتىٰ يجب بيان الاجبار المتفرع علىٰ تعذره الخيار، فإنّه

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ٩٨.
(٢) جواهر الكلام ٢٣: ٩٩.
(٣) جواهر الكلام ٢٣: ٩٨.

وإنْ كان وجيهاً إلّا أنّه لا يدفع ايراد صاحب الجواهرﷺ؛ فإنّه مبني علىٰ أنّ الظاهر من حكمهم بالخيار بمجرد ترك التعجيل ثبوت الخيار فعلاً لا اقتضاءً، وكون البحث من حيثية خاصة.

وثانياً: أنّ أول أزمنة الامكان عرفاً هو زمان الاداء، ومثله غير قابل للاجبار، وقبله لا حق للبائع حتىٰ يسوغ له الاجبار، وبعد زمان الانقضاء لا معنىٰ للاجبار، فإنّه ليس اجباراً علىٰ التعجيل المشترط لفوات موضوعه بانقضاء أول أزمنة الامكان.

فالجواب الاول ناظر إلىٰ أنّ موضوع الخيار غير قابل للاجبار، والجواب الثاني ناظر إلىٰ أنّ قبل زمان تحقق موضوع الخيار أيضاً لا موقع فيه للاجبار.

البيع بثمن حالاً وبآخر مؤجلاً

١٣٥ ـ قولهﷺ: (لو باع بثمن حالاً وبأزيد منه مؤجلاً ...الخ)[1].

المعاملة بأحد الثمنين حالاً ومؤجلاً يتصور علىٰ وجوه:

أحدها: البيع بأحد الثمنين علىٰ نحو الترديد، وهو غير معقول؛ فلا تصل النوبة إلىٰ الاستدلال علىٰ فساده بدليل شرعي، ووجه الاستحالة أنّ المردد لا ثبوت له ذاتاً وهويةً وماهيةً ووجوداً، لأنّ ما لا تعين ماهويّ له لا يكون بحسب وجدانه ماهية من الماهيات، ومالا تعين وجودي له لا وجود له، فإنّه عين التشخص، ومالا ثبوت له بوجه يستحيل أنْ تتشخص به الملكية الاضافية أو تتقوم به، ولا فرق فيه بين الصفات الحقيقية والاعتبارية كما يظهر من المصنفﷺ في مسألة بيع صاع من الصبرة[2]،بملاحظة أنّ الملكية أمر اعتباري لا متأصل، ولابأس بقيام الامر الاعتباري بالمردد.

وجه الفساد أنّ كل هوية حقيقية أو اعتبارية اذا كانت تعلقية غير مستقلة في التحصّل فلا محالة لا توجد بنحو وجودها إلّا متعلقة بمتعلقها، ومالا تعين له في أُفق الاعتبار يستحيل أنْ يتعلق به امر اعتباري بحيث يتحقق هوية اعتبارية، وبقية الكلام

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٤ سطر ١٦.

(٢) كتاب المكاسب ١٩٥ سطر ٢٧.

تطلب من غير المقام.

ثانيها: البيع بأحد الثمنين علىٰ نحو التخيير بمعني البيع بما يختاره من أحد الثمنين، ومختاره فيما بعد له تعين في الواقع في علم الله تعالىٰ، فلا ترديد في الثمن ولا مانع من صحة مثله إلّا مجرد جهالة الثمن عند ايقاع المعاملة لا الغرر، فإنّه لا خطر فيه بوجه كما هو واضح.

ثالثها: البيع بدرهم مثلاً حالاً وشرط زيادة درهم إلىٰ شهر مثلاً، ولاكلام عندهم في بطلان التأجيل في قبال الزيادة فإنّه من الربا، إنّما الكلام في صحة البيع وجواز التأخير مع عدم المطالبة كما في سائر البيوع الحالة.

أمّا صحة البيع فلا مانع منها إلّا وقوع الشرط الفاسد في ضمنه، وقد قدمنا أنّه غير مفسد، وتوهم تقيد الرضا المعاملي بالشرط مدفوع بما قدمناه[1] في البحث عن كون الشرط الفاسد مفسداً، وأنّه غير موجب لانتفاء الرضا الفعلي المنوط به المعاملة، خصوصاً مثل هذا الشرط الذي لا يوجب وجوده وعدمه تفاوتاً في وقوع المبيع بازاء الدرهم، وأنّ الدرهم الزائد في قبال الاجل كما هو واضح.

وأمّا تقيّد الرضا بالتأخير باستحقاق الدرهم الزائد فمع عدم سلامة الدرهم الزائد لا رضا بالتأخير فمدفوع بأنّ الرضا غير معلق؛ حتىٰ لا يكون فعلياً إلّا بعد تحقق المعلق عليه المفروض عدمه، ولا مقيد حتىٰ يتوهم أنّ المقيد منتفٍ بانتفاء قيده، بل من الرضا بالمقيد وهو التأخير بالزيادة وهذا الاشتراط الفعلي عن رضا مطلق فعلي لم يؤثر، فعدم الرضا علىٰ تقدير عدم النفوذ تقديري لا أن الرضا تقديري، كما أوضحناه في المبحث المتقدم.

وعليه فالمعاملة المشروطة بالتأجيل بالعوض صحيحة، وحالها حال سائر البيوع الحالة فتكون كالمعاملة بلا شرط، وحينئذ يمكن تنزيل ما في الروايتين عن أمير المؤمنين عليه السلام علىٰ هذا القسم، والمراد من نفوذ البيع بالاقل من الثمنين في أبعد الاجلين أنّ المبيع يؤثر في الثمن الاقل فقط دون الزيادة بالشرط، وأنّه اذا أخر إلىٰ

---

(١) تعليقة ٩٨.

أبعد الأجلين لايستحق إلّا اقل الثمنين، ولا يبعد أنْ يقال إنّ البيع بثمنين علىٰ هذا النحو عرفاً بمعنىٰ أنّه يبيع بدرهم لكنه إنْ أخره إلىٰ شهر فعليه درهمان.

وأمّا تنزيل الروايتين علىٰ التعبد باقل الثمنين في أبعد الاجلين في فرض البيع بالمردد أو بما يختار فهو مخالف لقواعد كثيرة، أعظمها أنّه تعبد بملكية الاقل مؤجلاً بلا سبب معاملي، لا تعبد بصحة البيع بما هو بيع، اذ هو متقوم بالقصد المنتفي هنا وجداناً فهو ابطال للبيع علىٰ أي تقدير، وتعبد بغير البيع لا بالبيع بالغاء شرط أو شروط حتىٰ يعقل التعبد به.

ثم إنّ ما ذكرنا من الصورة الثالثة التي نزّلنا عليها الروايتين لا يقتضي إلّا صحة البيع بالاقل مع جواز التأخير كالبيع الحال، وأمّا لزوم التأخير من طرف البائع فلا يقتضيه البيع المشروط بالوجه المذكور، وربما يستفاد من الروايتين استحقاق المشتري للتأخير إلىٰ أبعد الاجلين، وقد حكي عن الدروس[1] لزوم الاجل من طرف البائع.

وأمّا ما أفاده المصنفﷺ في تصحيح ذلك بأنّ الزيادة ليست في قبال التأخير حتىٰ اذا لم يستحق البائع للزيادة لا يستحق المشتري للتأخير، بل في قبال اسقاط حق مطالبة البائع إلىٰ شهر.

فهو مندفع: بأنّ حق المطالبة ليس إلّا السلطنة علىٰ المطالبة، لا أنّه حق حتىٰ يقبل الاسقاط، مع أنّ مقابل الزيادة إنْ كان سقوط الحق بنحو شرط النتيجة فمع عدم نفوذ الشرط لا نتيجة، وإنْ كان اسقاط الحق بنحو شرط الفعل فاذا لم يستحق البائع الزيادة علىٰ المشتري لا يستحق المشتري اسقاط حق المطالبة علىٰ البائع.

وأمّا اصلاحه بأنّ حق المطالبة غير قابل للمقابلة لأنّ المشتري لا يعقل أنْ يقوم به حق المطالبة كما يقوم به ملك الزائد بالبائع، اذ لا معنىٰ لاستحقاق الشخص المطالبة عن نفسه، بخلاف حق التأخير فإنّ المشتري له التأخير بسبب المقابلة بالزيادة.

فهو واضح الفساد، اذ ليس الكلام في مقابلة الزيادة لحق المطالبة، بل في قبال

---

(١) الدروس الشرعية ٣: ٢٠٣.

سقوط الحق بطور النتيجة، أو في قبال اسقاط الحق، والاول لا يقتضي القيام، بل الغرض منه سقوطه عنه، والثاني قابل للقيام بمعنىٰ أنّ المشتري يستحق علىٰ البائع هذا الفعل وهو اسقاط حق المطالبة.

نعم اذا كان اسقاط الحق شرطاً من البائع علىٰ نفسه، وكان الزيادة شرطاً في ضمنه علىٰ المشتري ففساد الشرط لا يقتضي فساد شرط السقوط أو الاسقاط المشروط كما هو المبنىٰ، إلّا أنّه أمر آخر لا دخل له بالبيع بشرط الاجل بالزيادة، مع أنّ البائع بعد فساد شرط الزيادة المأخوذ في شرط سقوط الحق أو اسقاطه له الخيار بناءً علىٰ أنّ فساد الشرط توجيه للمشروط له، فلا يكون البائع ملزماً بترك المطالبة وهو المطلوب.

هل يجب القبول لو دفعه قبل حلول الاجل

١٣٦ ـ قوله ﷺ: (لو تبرع بدفعه لم يجب علىٰ البائع القبول ...الخ)[1].

ذكر ﷺ في هذه المسألة أمرين:

أحدهما: وجوب قبول البائع للثمن الذمي قبل الحلول وعدمه

ثانيهما: أنّه لو اسقط المشتري الاجل الذي يستحقه هل يسقط وللبائع مطالبته في الحال ام لا

أمّا الاول: فغاية ما يقال في وجه عدم الوجوب أُمور:

أحدها: ما عن التذكرة[2] بأنّ التعجيل كالتبرع بالزيادة فلا يكلّف تقليد المنّة.

وفيه: أنّ الزيادة مال لا يتعين ملكاً للدائن إلّا بقبوله، فلا يقاس بما هو ملكه، والتعجيل إنّما هو في وفائه.

ثانيها: أنّ التأجيل كما هو حق للمشتري كذلك هو حق للبائع، نظراً إلىٰ التزام المشتري للبائع بحفظ ماله في ذمته، فله السلطنة علىٰ حقه دون حق البائع.

وفيه: أنّ التأجيل لا يقتضي إلّا تقييد ما لولاه لثبت، وليس ذلك إلّا سلطنة البائع

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٥ سطر ١٩.

(٢) التذكرة ١: ٥٥٩ سطر ٢.

علىٰ مطالبة الثمن متىٰ شاء، والتأجيل يمنع عن هذه السلطنة إلىٰ شهر مثلاً، فلا يقتضي توجه اثبات حق للبائع زيادة علىٰ ماله في ذمة المشتري.

ثالثها: ما ذكره شيخنا الاستاذ ﷺ[1] في الامر الآتي من أنّ المملوك شيء مؤجل، فلا ينطبق علىٰ المدفوع في الحال، بل احتمل ﷺ أنْ تكون الملكية معلقة علىٰ مضي شهر مثلاً، فلا ملك له في ذمته اصلاً حالاً حتىٰ يتصور له الوفاء.

وقد مرّ[2] دفعه في أول النقد والنسيئة من أنّ الاجل لا قيد للمملوك ولا للملكية.

رابعها: أنّ البائع له السلطنة علىٰ نفسه فله القبول وله تركه، ولا يستحق المشتري منه القبول حتىٰ يكون امتناعاً عن حق الغير أو مزاحماً بسلطنة الغير، وهذا خير الوجوه وسيجيء[3] ان شاء تعالىٰ في المسألة الآتية الكلام في اصل الوجوب حتىٰ مع حلول الدين.

وأمّا الامر الثاني: فالمانع من الاسقاط أُمور:

أحدها: ما عن جامع المقاصد[4] من أنّه قد ثبت التأجيل في العقد اللازم فلا يسقط، وهو مبني علىٰ أنّه لا حق للمشتري، فمرجع الاسقاط إلىٰ حل الاشتراط، وانحلال الشرط بانحلال العقد، وهو علىٰ الفرض لازم، وهذا غير بعيد لما مرّ من أنّ غاية ما يقتضيه التأجيل تقييد سلطنة البائع علىٰ مطالبة ماله لا اثبات حق للبائع ولا للمشتري، بل ما أفاده الشرط هو سلطنة المشتري علىٰ التأخير في الاداء، وعدم سلطنة البائع علىٰ المطالبة قبل حلول الاجل، خصوصاً اذا قلنا بأنّ الشرط لا يوجب الحق مطلقاً للمشروط له، نعم اذا تعلق الشرط هنا بحق التأخير بنحو شرط النتيجة فهو لا شبهة في جواز اسقاطه، وبعدم حق للمشتري في التأخير بعده.

ثانيها: ما عنه ﷺ أيضاً من أنّ لصاحب الدين حقاً في الاجل، فإنْ أراد ما أفاده المصنف ﷺ آنفاً من أنّ البائع كالمشتري له حق فيندفع بما أفاده المصنف من أنّ ثبوت حق لا يمنع عن سقوط آخر.

---

(١) حاشية الآخوند ٢٦٩.
(٢) تعليقة ١٣٤.
(٣) تعليقة ١٣٧.
(٤) جامع المقاصد ٥: ٤١.

وإنْ أراد أنّه حق واحد متقوم بطرفين فلا يسقط باسقاط احدهما، بخلاف ما اذا اتفقا علىٰ اسقاطه فإنّه كاتفاقهما علىٰ اثباته، ويشهد له ذكر التقايل المراد منه هنا الاتفاق علىٰ الاسقاط.

ففيه: أنّ وحدة الحق إنّما يتصور اذا كان مثل ارث الخيار القائم بمجموع الورثة دون ما نحن فيه، فإنّه لو فرض الحق لكليهما فمعناه أنّه للبائع حق تأخير الاستيفاء علىٰ المشتري، وللمشتري حق تأخير الوفاء علىٰ البائع، ويستحيل وحدة مثل هذا الحق مع تعدد اطرافه من جميع الجهات.

ثالثها: ما عن التذكرة[1] من أنّ الاجل صفة تابعة فلا تستقل بالسقوط كما لا تستقل بالثبوت، ولا يستقيم هذا البرهان إلّا علىٰ كون المملوك شيئاً مؤجلاً فلا يقبل الاسقاط، لأنّ اسقاط ما للغير في ذمته ليس تحت سلطانه، وأمّا اذا كان متعلقاً للشرط، فالمتعلق هو التأخير، وهو فعل لا صفة؛ مع أنّ استحقاق الصفة بالشرط كاستحقاق كون العبد كاتباً لا مانع من اسقاطه، فعدم استقلاله في الوجود غير عدم استقلاله في الاستحقاق، ومناط جواز الاسقاط هو الثاني دون الاول.

رابعها: ما عن المصنف ﷺ من أنّ مرجع شرط التأجيل إلىٰ شرط سقوط حق مطالبة البائع، ومعنىٰ نفوذ الشرط سقوط حق المطالبة، والساقط لا يعود باسقاط الاجل، بل لا معنىٰ لاصل اسقاط الاجل، حيث لا حق له بالشرط حتىٰ يكون له اسقاطه، بل استحق عليه سقوط حقه، فمرجع اسقاط الاجل إلىٰ اعادة الحق، وهو بلا سبب.

وفيه: أنّ حق المطالبة ليست من الحقوق القابلة للاسقاط أو لشرط سقوطه، بل ليس لكل ذي مال إلّا السلطنة علىٰ ماله، لا أنّ له حقاً زيادة علىٰ ملكه، بل مقتضىٰ شرط التأجيل كما مرّ تضييق دائرة السلطنة علىٰ المطالبة وتأخيرها إلىٰ شهر مثلاً، والحق كما أنّه لا حق للبائع حتىٰ من حيث المطالبة كذلك لا حق للمشتري من حيث التأخير، فلا شيء حتىٰ يقبل الاسقاط أو يرجع إلىٰ اعادة الساقط.

وخامسها: ما عن شيخنا الاستاذ ﷺ[2] من أنّ الثابت في البيع المؤجل ليس إلّا ملكية

---

(١) التذكرة ١: ٤٩١ سطر ٢٠.

(٢) حاشية الآخوند ٢٦٨.

الثمن المؤجل فقط، ولازم هذا المملوك أنّه ليس لمالكه المطالبة، وأنّه لمن ملكه عليه جواز التأخير، فليس هناك حق يقبل الاسقاط، والمملوك الذمي المؤجل غير قابل للاسقاط بل للابراء، والمفروض هنا بقاؤه في ذمته واسقاط أجله، وقد مرّ دفعه سابقاً فراجعه[1].

اذا حلّ الدين هل يجب على مالكه قبضه عند دفعه

١٣٧ ـ قوله ﷺ: (اذا كان الثمن بل كان دين حالاً ...الخ)[2].

تنقيح ما في هذه المسألة من الفروع برسم أُمور:

منها: في اصل وجوب قبول الدين بعد حلوله، وحيث إنّه لا دليل على وجوبه بعنوانه فلابد من اثباته بعنوان آخر، وهو عنوان الاضرار وعنوان الظلم فنقول:

أمّا انطباق عنوان الاضرار على ترك القبول حتى يحرم فيجب نقيضه وهو القبول فيتوقف على أمرين، كون بقاء المال في ذمته ضرراً عليه، وكون هذا الضرر مستنداً إلى الدائن حتى يكون اضراراً منه، وإلّا فمجرد ضررية شيء على احد لا يلازم وجوب فعل على آخر، أمّا عدم كونه ضرراً عليه فالضرر هو النقص إمّا في النفس أو الطرف أو المال أو العرض، وبقاء المال في ذمته لا يوجب نقصاً لا في نفسه ولا في اطرافه ولا في ماله ولا في عرضه، والكل واضح.

وأمّا عدم الاستناد اليه فلأنّ عدم كون الذمي في الخارج ـ وإنْ استند إلى ترك القبول وهو مستند إلى الدائن ـ إلّا أنّ الكون في الخارج والكون في الذمة متضادان، وليس عدم الضد مقدمة لوجود ضده حتى يكون وجوده في الذمة بقاءً مستنداً إلى شرطه، وهو عدم كونه في الخارج المستند إلى ترك القبول المستند إلى الدائن، بل بقاؤه في الذمة ببقاء سببه، فإنّه مما اذا حدث يبقى إلى أنْ يوجد سبب لبراءة الذمة كالابراء، أو سبب لوجود ضده الملازم لعدمه في الذمة، فلو سلم أنّ البقاء في الذمة ضرر فليس مستنداً إلى الدائن ولو بوسائط مترتبة؛ حتى يكون ابقاؤه إيّاه اضراراً

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) كتاب المكاسب ٣٠٦ سطر ١.

عليه.

وأمّا انطباق الظلم عليه فتارة من حيث إنّ ابقاء ماله في ذمة الغير مع عدم استحقاق هذا المعنىٰ منه، بل استحقاق الآخر لتفريغ ذمته حيث إنّ الناس مسلطون علىٰ انفسهم ظلم منه عليه، وأُخرىٰ من حيث إنّ ترك قبوله منه مع قيامه عن حق بصدد تفريغ ذمته ايذاء له وظلم عليه.

أمّا الاول فقد عرفت أنّه لا ابقاء من الدائن حتىٰ يقال إنّ ابقاءه لا عن حق، بل مع استحقاق الغير لنقيضه ظلم منه عليه.

وأمّا الثاني ففيه: أنّ ترك القبول ليس ايذاء، بل قبوله يرفع اذية الغير وتنفّره من اشتغال ذمته للناس، ودفع أذية الغير غير واجب اذا لم تكن منه، وأمّا سلطنة المديون علىٰ تفريغ ذمته فمعارضة لسلطنة الدائن علىٰ القبول وتركه إنْ لم يثبت بعدُ وجوب القبول عليه شرعاً.

ومنها: أنّ المديون له الولاية علىٰ تعيين الكلي الذمي في فرد، بمعنىٰ أنّه ليس للدائن مطالبة غيره ولكنه للدائن مطالبة غيره[1]، ولكنه للدائن ولاية علىٰ القبول والقبض؛ بحيث لايتعين المدفوع ملكاً له خارجاً إلّا بعد قبوله وقبضه، فالفرق بين ما نحن فيه ومسألة الزكاة ـ بناء علىٰ القول بالاشاعة بل الكلي أيضاً ـ أنّ للمالك تمييز المشاع او تعيين الكلي فيتعين الزكاة وحصة الفقير فيه، ولكنه ما لم يقبضه الفقير لا يتعين مالكاً له، فالقبض في الزكاة يعين الكلي المالك في القابض، والقبض هنا يعين الكلي المملوك في المقبوض.

وعليه فنقول: اذا فرض أنّ القبض شرط في تعيين الكلي في فرد، وفرض أنّ بقاءه في ذمة المديون إلىٰ الآخر مع امتناع الدائن عن تفريغها بقبضه ضرر عليه، لأنّه يمس بجاهه واعتباره عند العرف والعقلاء وإنْ لم يكن مستنداً إلىٰ الدائن، فحينئذ لابد من ارتفاع الضرر بوجه من الوجوه، فربما يقال إنّه للحاكم اجباره علىٰ القبض وإلّا فيقبض عنه، بتخيل أنّ المعتبر قبضه عن رضاه، وضرريته يوجب سقوط اعتبار

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر زيادة هذه العبارة لانها تنافي سابقتها.

رضاه إنْ أمكن اجباره فيصدر منه القبض كرهاً، وإنْ لم يمكن[1] سقط مباشرة قبضه فيقبض عنه الحاكم، إلىٰ أنْ ينتهي إلىٰ سقوط اعتبار القبض رأساً.

وفيه أولاً: أنّ الرضا وطيب النفس إنّما يعتبر في المعاملات المنوطة بالرضا، وأمّا القبض ونحوه فلا يعتبر فيه إلّا المقدار المعتبر في الاختيارية سواء كان من طيب النفس أولاً.

وثانياً: أن جواز الاجبار تارة من حيث الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فهو غير مختص بالحاكم ليرفع الامر له بخصوصه، والحال أنّ اجبار الدائن من هذا الباب يتوقف علىٰ وجوب القبض عليه، وقد مرّ عدم الدليل عليه، ومجرد ضررية بقاء المال في ذمته لا يوجب الاجبار من هذا الباب، وأُخرىٰ من حيث كون امتناع الدائن امتناعاً عن الحق، والسلطان ولي الممتنع، ومن الواضح أنّ المديون لا يستحق علىٰ الدائن قبضه منه؛ حتىٰ يكون امتناعه امتناعاً عن الحق الثابت للمديون، إلّا بتعميم الامتناع إلىٰ القهري كما في مجهول المالك؛ حيث إنّه يمتنع ايصاله إلىٰ المالك فيجب ايصاله إلىٰ الحاكم، فإنّ ايصاله اليه ايصال إلىٰ الولي القائم مقام المالك.

لكن اثبات الولاية للحاكم في مطلق الامتناع مشكل، فإنّ أمر الاميرعليه السلام لشريح ببيع الدار والعقار في أداء الدين مورده الامتناع الاختياري عن حق مالي لا مطلقاً، وليس مثل بقاء المال في ذمة المديون من الامور المهمة التي لا يجوز تعطيلها ولابد من القيام بها، ومنه تعرف حال تصدي عدول المؤمنين مع فقد الحاكم للاجبار، فضلاً عن تصديهم للقبض عن الدائن.

وأمّا حديث مجهول المالك والمظالم فالفرق أنّ للمالك الولاية علىٰ ماله بقبضه أو علىٰ تعيين ماله بقبضه فيقوم الحاكم مقامه في اعمال الولاية حيث لا يتمكن المالك من اعمال ولايته، بخلاف ما نحن فيه فإنّ المالك باختياره لا يتصدىٰ لاعمال ولايته، فلا موجب لقيام الحاكم مقامه في اعمال الولاية التي هو لم يقم بصدده، فلم يمتنع عليه اعمالها حتىٰ يقوم الحاكم مقامه، فعلىٰ التعميم من قبل المالك لامانع من

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (يكن).

قيام الحاكم مقامه في مثل هذه الصورة، لا في مثل ما نحن فيه.

وبعبارة أُخرىٰ الحاكم ولي من امتنع عن اداء حق الغير فيقوم مقامه في ايفاء الدين، وولي من امتنع عليه اداء حقه اليه كمجهول المالك فيقوم مقامه في استيفاء ما امتنع عليه، لا أنّ الحاكم ولي من امتنع عن استيفاء حقه من الغير، فتدبر جيداً.

ومنها: اذا قلنا بعدم وجوب القبول أو قلنا بوجوبه ولم يكن من يقبض عنه فهل يسقط اعتبار قبض المالك في تعين ماله ـ فللمديون الولاية علىٰ تعيين ما في ذمته في فرد بالعزل ـ أو لا يسقط اعتبار قبضه؟ ومع ذلك فله تفريغ ذمته بالعزل الذي لا يوجب تشخصه لمالكه فنقول:

ليس مجرد بقاء المال في الذمة ضرراً حتىٰ مع اقدام المديون، بل بقاؤه بحيث لابد له لاناطته بقبض الدائن، فالضررية ناشئة من اناطة تفريغ ذمته بقبول الدائن، فاذا كانتِ هذه الاناطة ضررية فهي المرفوعة، ومرجعه إلىٰ أنّ تفريغ ذمته بيده لا بيد الدائن، فاذا عينه بالعزل تعين ملكاً للدائن وصار الملك الذمي خارجياً.

وأمّا تقريب ما أفاده المصنفﷺ في تفريغ ذمته بالعزل مع عدم تعين المعزول ملكاً للدائن: فهو أنّ بقاء ذمته مشغولة إلىٰ الآخر قهراً عليه ضرر عليه، وذهاب مال الدائن هدراً بمجرد امتناعه عن قبضه ضرر عليه، والجمع بينهما لا يقتضي سقوط القبض عن الاعتبار، بل تفريغ الذمة علىٰ وجه لا يتضرر به الدائن، وهو يحصل بالعزل الذي يوجب تعلق الدائن به، بحيث له متىٰ شاء استيفاء حقه منه، فالمعزول ملك للمديون لكنه متعلق حق الدائن؛ بحيث يكون له تعيين ملكه فيه واستيفاء حقه منه، فيكون المعزول كالمتروك من الميت عند تعلق حق الديان بها بناء علىٰ عدم اعتبار الذمة للميت، وتعلق ما في ذمته بتركته مع كونها ملكاً لوارثه.

وهذا أولىٰ من تنظير ما نحن فيه بتعلق الحق برقبة الجاني مع كونها ملكاً لمولاه، فإنّ حق الاسترقاق حق ابتدائي حدث بسبب الجناية، بخلاف حق الديان فإنّه مثل ما نحن فيه مسبوق باشتغال الذمة، ومالكية الدائن لما في الذمة، غاية الامر أنّ فراغ ذمة المديون وتعلق الحق بما في الخارج قهريٌ في مسألة الميت واختياري هنا.

والجواب عنه يتوقف علىٰ مقدمة: هي أنّ وعاء الملك إمّا هو الخارج أو الذمة، فالكلي المملوك للدائن لابد من أنْ يكون باقياً في الذمة أو متعيناً في الخارج، فسقوطه عن الذمة وعدم ثبوته في الخارج مرجعه إلىٰ ذهاب الملكية المتحققة بسبب صحيح بلا موجب، والالتزام بتبدل صفة الملكية إلىٰ صفة الحقية أيضاً بلا موجب، والالتزام بتبدل الملك التحقيقي إلىٰ الملك التقديري آناً ما أيضاً بلا موجب، والالتزام بملك الاستيفاء الراجع إلىٰ حق التملك بعد ملك الكلي الذمي الفعلي أيضاً بلا موجب.

وعليه فإمّا أنْ يبقىٰ الملك في الذمة أو يتعين في الخارج بعد فرض ضررية اناطة التعيين بقبض الدائن، ورفع هذا الامر الضرري عين سقوط ولاية الدائن علىٰ التعيين، بخلاف رفع الضرر باحد الوجوه المتقدمة فإنّ ثبوتها بمجرد ضررية الاناطة أجنبي عن رفع الامر الضرري، وكل من تلك الجهات يحتاج إلىٰ موجب لا دليل عليه.

وما ذكرنا في وجه الاشكال علىٰ التقريب المذكور لما افاده ﷺ مغاير لما أفاده من الاشكال والدفع علىٰ مختاره من تفريغ ذمته مع بقاء المعزول علىٰ ملكه، فإنّ ما ذكرناه راجع إلىٰ لزوم تعيين المعزول ملكاً للدائن، لأنّه مقتضىٰ سقوط قبضه عن الشرطية بناء علىٰ ضرريته، وإلّا فمع عدم ضررية الاناطة لا موجب للعزل، وما أفاده مرجعه إلىٰ منافاة عدم تعين المعزول ملكاً للدائن مع كونه تالفاً من الدائن، ولذا دفعها بأنّه من باب تلف الحق بتلف مورده، أو من باب تقدير الملك للدائن قبل التلف آناً ما؛ حتىٰ لا يكون تلف ملك أحد من غيره، فإنّه إمّا تلف حقه فعلاً منه، وإمّا تلف ملكه تقديراً منه، مع أنّ سقوط ذمته بالعزل كان أولىٰ بالبيان والاشكال عليه ثم دفعه، والصحيح ما ذكرنا.

ومنها: أنّ نماء المعزول بناء علىٰ تعينه للدائن ملكاً إنّما هو للدائن بمقتضىٰ تبعية النماء للعين، كما أنّ نماءه للمديون بناء علىٰ ما أفاده من بقائه علىٰ ملكه، فإنّ النماء نماء العين المملوكة، لا نماء الحق، فإنّ حق استيفاء الحق وحق تملك العين لا نماء له، كما في غير المقام من حق الرهانة وحق الجناية وحق الخيار وحق الشفعة فإنّ

نماء الاعيان المتعلقة لحق الغير لملاكها لا لذوي الحقوق فيها، إنّما الكلام في التلف من الدائن فانه بناء علىٰ كونه ملكاً له لا اشكال فيه، وأمّا بناء علىٰ بقائه علىٰ ملك المديون فتلفه من الدائن مورد الاشكال، ويوهم انتقاض قاعدة الخراج بالضمان.

وظاهر عبارة المصنفﷺ أنّ القاعدة المزبورة غير جارية هنا، لا أنّها غير منافية للتفكيك بين النماء والخسارة كما في غير المقام، وسره واضح مما قدمناه، فإنّ النماء للعين لا للحق، وتلف العين من المديون ونماؤها له، وتلف الحق من الدائن وهو لا نماء له؛ حتىٰ يكون مورداً لقاعدة الخراج بالضمان، نعم بناء علىٰ الملك التقديري يكون تلفه من الدائن، ولو فرض نماء له في حال تقديره ملكاً له كان له، وصدق الشرطية والملازمة لاينافي كذب طرفيها.

وأمّا الضمان بمعنىٰ الغرامة فهو غير ملازم لملك النماء إلّا علىٰ مذهب أبي حنيفة، وإنما لا نقول به هنا لاقتضاء القاعدة، بل لأنّ موجب ضمان الغرامة علىٰ المديون هو اليد، وسيجيء ان شاء تعالىٰ أنّها لا توجب الضمان هنا علىٰ أي حال، سواء كان باعتبار التلف ملك الدائن تحت يد المديون، أو باعتبار تلف حقه تحت يد المديون.

ومنها: أنّه بناء علىٰ تعين المعزول ملكاً للدائن لايجوز للمديون التصرف فيه ولا اتلافه ولا تبديله، والوجه في الكل واضح، وأمّا بناءً علىٰ بقائه علىٰ ملك المديون فهل تعيّن حق الدائن فيه يمنع عن الامور المذكورة أم لا؟ فنقول:

أمّا التصرف في متعلق حق الغير فإنْ كان مفوتاً للحق فهو غير جائز، دون ما اذا لم يكن كذلك كحق الاسترقاق وحق الشفعة، فإنّ استرقاق الجاني وإنْ انتقل من مولاه إلىٰ غيره لايبطل بانتقاله، فله استرقاقه، فلذا لا مانع من بيعه، وكذا حق الشفعة فإنّه وإنْ انتقل إلىٰ ألف مشتري فللشريك أخذه ببذل مثل الثمن، فلا يمنع من نقله، بل الامر كذلك في حق الرهانة علىٰ القاعدة فإنّه لا مانع من أنْ يجعل الانسان ماله رهناً علىٰ دين الغير، فاذا رضي المشتري ببقاء حق الرهانة واستيفاء المرتهن حقه منه لا مانع من التصرف الناقل له، وكذا حق الخيار بناء علىٰ التعميم في متعلقه كما قدمناه،

وعليه فمن الممكن هنا الرضا من المشتري باستيفاء الدائن حقه من المعزول متىٰ شاء فلا يذهب حقه هدراً بمجرد التصرف الناقل.

وأمّا اتلاف المعزول فهو في نفسه ابطال للحق، وعود المال إلىٰ ذمته يحتاج إلىٰ دليل وموجب، واتلاف المال يوجب اشتغال ذمة المتلف ببدله، إلّا أنّ اتلاف الحق لا دليل علىٰ ايجابه لاشتغال ذمته بالحق، بل لا معنىٰ لان يستحق عليه الحق .

وأمّا التبديل فيتوقف علىٰ ولايته عليه بعد تعين الحق في المعزول.

وأمّا توهم: رضا الدائن بالاتلاف لرضاه ببقاء الحق في ذمته.

فمدفوع اولاً: بأنّ رضاه ببقاء المال في ذمته أمر، ورضاه باتلاف المعزول أمر آخر.

وثانياً: أنّ رضاه بالاتلاف كالرضا باتلاف المال يمنع عن الضمان بالبدل فكيف يوجبه؟!

وثالثاً: أنّ رضاه بتبديل الحق بما في ذمته لا يوجب التيديل إلّا بسبب للمبادلة، ولا يجدي مجرد الرضا في حصول المبادلة، فإنّ الرضا بالتبديل مساوق لقبول الوفاء بالمعزول، فيكون ملكاً له، ولا يمكن تبديل الملك الخارجي إلىٰ مثله في الذمة إلّا بسبب معاملي.

والتحقيق: في المراتب الثلاث من التصرف والاتلاف والتبديل أنّ تعلق الحق هنا بالمعزول ليس بتعيين من الشارع كتعين الجاني للاسترقاق، فإنّه ليس للمولىٰ تبديله بعبد آخر، وليس بتعيين من المتبايعين المتعاملين كجعل حق الخيار في عقد مخصوص فليس لواحد منهما تبديله بحق حل عقد آخر بدلاً عن هذا العقد، بل الحق هنا لرعاية المديون من حيث إنّ بقاء المال في ذمته ضرر عليه، فله ابقاؤه في ذمته وتحمل الضرر، وله تفريغ ذمته بعزل ما يتمكن الدائن من استيفاء ماله منه، فيكون فراغ ذمته عن مال الدائن مراعىٰ ببقاء المعزول علىٰ حاله، فله التصرف والاتلاف وتحمل الضرر ببقاء المال في ذمته، كما أنّه له تبديل المعزول بفرد آخر حيث يكون التمكن من استيفاء الدائن لماله محفوظاً معه.

ومنها: في لزوم التحفظ علىٰ المعزول ومجمل القول فيه:أمّا إنْ قلنا بتعين المعزول

ملكاً للدائن فحاله حال العين الشخصية التي امتنع مالكها من أخذها، ولا موجب للالتزام بحفظها، فإنّ وجوب الحفظ لازم استنابته لحفظ المال إمّا مالكياً كما في الوديعة، وإمّا شرعاً كالولي المنصوب شرعاً لحفظ المال القاصر[1]، وهنا لا تأمين مالكي ولا شرعي، نعم ترك التحفظ المساوق للتعدي في المال كالالقاء في الطريق فهو اتلاف لمال الغير وهو حرام وموجب للضمان، فإنّ امتناع المالك من أخذ ماله يسوغ ترك التحفظ باهماله، لا أنّه يسوغ اتلاف ماله.

وأمّا إنْ قلنا بعدم تعين المعزول ملكاً للدائن، بل صار متعلقاً لحق الاستيفاء فلا موقع للبحث عن لزوم حفظه، وأمّا بالنسبة إلىٰ العين بما هو مال المديون فحاله حال سائر أمواله لا معنىٰ لايجاب حفظه لمالكه، وأمّا بالنسبة إلىٰ كونه مورداً لحق الغير فلأنّ المفروض أنّ اتلافه جائز له، لكون فراغ ذمته مراعىٰ بعدم التصرف والاتلاف، فترك التحفظ بالاهمال أو الاتلاف لايكون حراماً حتىٰ يجب التحفظ عليه، فتدبر جيداً.

ومنها: في أنّه اذا تلف المعزول هل يكون ضمانه علىٰ المديون او لا ضمان عليه؟ والمعروف أنّ فائدة العزل علىٰ أي حال سقوط الضمان والخسارة، وإلّا لكان العزل لغواً، لأنّ المفروض أنّ بقاءه في ذمته ضرر عليه، وعزله أيضاً ضرر عليه، فالعزل إنْ كان لدفع الضرر فلابد من أنْ لا يلحقه الضرر، أمّا اذا قلنا بتعين الذمي خارجياً فواضح، لأنّ ضمانه ضمان الغرامة، وضرره أعظم من ضرر بقائه في الذمة.

وأمّا اذا قلنا بفراغ ذمته وتعين المعزول حقاً للدائن مع كونه ملكاً للمديون، فضمان الغرامة بالاضافة إلىٰ ذات المعزول غير معقول، فإنّ الانسان لا يغرم مال نفسه لنفسه ولا لغيره، ومورد ضمان الغرامة لابد من أنْ يكون مالاً لغيره حتىٰ يغرمه له، وأمّا بالاضافة إلىٰ الحق المتعلق به فمرجع تلفه من المديون إنْ كان إلىٰ عود المال إلىٰ ذمته، فهذا ليس معنىٰ ضمان الغرامة ولا من مقتضيات اليد، وإنْ كان إلىٰ لزوم عزل فرد آخر يتعلق به الحق فهو ضرر منفي بنفس قاعدة الضرر المقتضية

---

(١) هكذا في الاصل وحقها ان تكون (للقاصر)، او (مال القاصر).

للعزل، اذ لا يعقل اقتضاء نفي الضرر لامر يترتب عليه الضرر، فكما لا يعقل لزوم العدم من فرض وجود شيء كذلك لا يعقل لزوم الوجود من فرض عدمه، فتدبر جيداً.

ومنها: في أنّه كما يتعين الكلي في المعزول لضررية بقائه في الذمة كذلك يتعين المشاع فيما أخذه الغاصب إمّا بالجبر علىٰ القسمة أو بأخذه بعنوان مال الشريك لمكان ضررية بقائه علىٰ الاشاعة وعدم تعينه فيما أخذه الغاصب أم لا؟ فنقول:

إنّ ما أخذه الغاصب من المال المشاع فلا يتعين بأخذه غصب حصة الشريك، فضلاً عن كونه قسمة موجبة لافراز حصة الشريك وخروجها عن الاشاعة إلىٰ الاختصاص.

وأمّا اذا اجبر الشريك علىٰ القسمة مقدمة لغصب ما يتعين لشريكه، فهل قاعدة نفي الضرر من ترك القسمة كما توجب سقوط ولاية الشريك علىٰ القسمة مع امتناعه بالاختيار، فكذا مع امتناعه بالاضطرار، بمعنىٰ أنّه كما تسقط ولايته عند امتناعه عن اعمال ولايته كذلك مع تعذر اعمال ولايته لغيبته أو لسبب آخر ام لا؟

وحيث إنّ الضرر غير مختص بترك القسمة كما في صورة امتناع الشريك عن قسمة ما لا ضرر في قسمته، بل كما أنّ تركها ضرر علىٰ الشريك المجبور كذلك فعلها ضرر علىٰ الشريك الآخر؛ لذهاب حصة[1] بعضها الموقوف علىٰ القسمة علىٰ الفرض فيقع الكلام في أنّهما ضرران متساوي النسبة حتىٰ لا تصح القسمة أو الضرر متوجه إلىٰ الشريك الآخر والشريك المجبور لا يجب عليه تحمل الضرر المتوجه إلىٰ شريكه، فيجوز له دفع الضرر عن نفسه بالقسمة.

ولا يخفىٰ عليك أنّ كلية عدم وجوب تحمل الضرر المتوجه إلىٰ الغير وإنْ كانت مسلمة، إلّا أنّه في المال المعين للغير لا شبهة فيه، كما اذا قال الظالم «ادفع إليّ مال زيد وإلّا فعليك كذا»، لكن فيما نحن فيه لا تعين له إلّا بالقسمة فكيف يجوز القسمة المتوقف جوازها علىٰ توجه الضرر إلىٰ المال المتعين للغير؟! فلابد حينئذ من

---

(١) هكذا في الاصل.

الاكتفاء بتعينه الموجب لتوجه الضرر اليه بحسب قصد الغاصب، فالتوجه القصدي كالتوجه الخارجي؛ فيكون كما اذا كان هناك مالان متعينان خارجاً لزيد وللمُكْرَه مع جهل الغاصب بعينه فيجبره علىٰ دفع مال زيد، فكما يكفي في توجه الضرر الىٰ زيد توجهه بحسب قصد الغاصب وبنائه فكذا هنا، والمسألة مورد الاشكال، فتدبر.

عدم جواز التأجيل بزيادة

١٣٨ ـ قوله ﷺ: (لا خلاف علىٰ الظاهر من الحدائق ...الخ)[1].

الكلام في المسألة تارة فيما تقتضيه قواعد باب المعاملات من حيث صيرورتها ربوية، وأُخرىٰ فيما يقتضيه الدليل الخاص هنا:

أمّا الكلام في الاول فنقول: شرط الزيادة بازاء التأجيل بعد حلول الدين تارة يوجب الربا في المعاملة السابقة، وأخرىٰ في المعاملة اللاحقة المتضمنة لجعل الزيادة في قبال التأجيل بعنوان الصلح أو الشرط في ضمن عقد لازم.

أمّا اقتضاء ربوية المعاملة السابقة بعد وقوعها صحيحة غير ربوية فمحال إنْ كان بنحو الانقلاب، وخلاف الواقع إنْ كان بنحو الشرطية؛ لاستقرار المعاملة السابقة، للاجماع علىٰ أنّ المعاملة الاولىٰ صحيحة لا يضرها شرط التأجيل بزيادة بعد وقوعها.

وأمّا اقتضاء الربوية في المعاملة اللاحقة المتضمنة للزيادة في قبال التأجيل فتوضيح الحال فيها: أنّ المعاملة الثانية لها صور:

أحداها: أنْ يقع الصلح علىٰ ابراء الحال مما ذمته بازاء أزيد منه مؤجلاً، فالمعوض هو الابراء، وليس هنا معاملة المثل بمثلين مثلاً.

ثانيتهما: أنْ يبيع ما في ذمته من العروض الربوي كالحنطة مثلاً بأزيد منها مؤجلة، وهو باطل لا من حيث الزيادة العينية بل بيع الحال بمثله مؤجلاً في الربويين باطل كما هو المشهور، لا من حيث وقوع زيادة في قبال الاجل.

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٦ سطر ٣٠.

ثالثتها: أنْ يبيع الحال مما في ذمته من الاثمان كالدينار والدرهم بأزيد منه مؤجلاً، وهو أيضاً باطل لا من حيث الزيادة، بل من حيث عدم صحة الصرف إلّا يداً بيد؛ ولو مع اختلاف الجنس الذي لا ربا فيه، ولذا لو وقع بعنوان الصلح لم يكن مشروطاً بالقبض في المجلس.

رابعتها: أنْ يبيع المختلفين في الجنس سواء كان أحدهما عروضاً والآخر غيره، أو كان من الاثمان وكان أحدهما ديناراً والآخر درهماً فإنّه لا ربا فيه من حيث الحلول والتأجيل، ولا من حيث الزيادة العينية، ومحل الكلام هنا عام لا يختص بمورد دون مورد، ومنه يعلم أنّ هذا الشرط اذا وقع في ضمن المعاملة الاولىٰ لا يوجب الربا أيضاً بحسب قاعدة الربا في المعاملات المبني علىٰ شرائط خاصة، فالزيادة الحكمية وإنْ كانت كالزيادة العينية في ايجاب الربا إلّا أنّه في المورد القابل لجريان الربا فيه؛ كما اذا باع مناً من الحنطة بمثلها إلىٰ أجل فإنّه كالبيع بمنين من الحنطة، لا فيما اذا باع مناً منها بدرهمين إلىٰ أجل، أو بدرهم بشرط زيادة درهم إلىٰ شهر.

وبالجملة: فشرط الزيادة إلىٰ أجل بما هي زيادة ليس من الربا المحرم في باب المعاملات، نعم في القرض مطلق شرط الزيادة ربا محرم، وربما أمكن التعميم إلىٰ الشرط في ضمنه، والشرط الذي له مساس به ولو في خارجه؛ نظراً إلىٰ ما ورد من أن الربا من ناحية الشروط، والله أعلم.

وأمّا الكلام في الثاني: وهو ما يقتضيه دليل خاص بالمقام فما استند اليه المصنف ﷺ في المقام أُمور:

أحدها: ما نقله عن مجمع البيان شاهداً علىٰ ما ادعاه من أنّ الزيادة في قبَال الاجل من الربا المحرم، وأنّ مورد نزول آية ﴿احل البيع وحرم الربا﴾ ذلك، فعلىٰ فرض تسليمه لا يقتضي إلّا حرمة الزيادة بالاجل بعد البيع، لا حرمة الزيادة في ضمن البيع بالشرط، وإلّا لم يكن مقابلة بين البيع والربا، بل بين البيع بزيادة بلا شرط والبيع بزيادة بشرط، فتدبر.

ثانيها: صحيحة ابن أبي عمير بملاحظة قوله عليه السلام (إنّه لم يزد علىٰ رأس ماله قال الله

تعالىٰ ﴿فلكم رؤس اموالكم لا تظلمون ولا تظلمون﴾[١][٢] فإنّه كالعلة التي يدور الربا المحرم مدارها، وتمديد الاجل وإنْ كان في قبال تعجيل بعض الثمن إلّا أنّ الاجل لم يقع بازاء زيادة مالية؛ لوضوح أنّه لا فرق في الحرمة بين أنْ يكون الاجل بازاء درهم ودينار، أو بأزاء عمل له مالية كما اذا طلب منه التأجيل بازاء خياطة ثوبه.

وعليه فنقول: هذا المعنىٰ في القرض صحيح؛ حيث إنّ رأس مال المقرض هو بدل ما أقرضه، فالزيادة عيناً كانت أو عملاً له ماليّة من الربا، لأنّه زيادة علىٰ رأس ماله، وأمّا في البيع فرأس ماله هو بدل المبيع سواء كان بعنوان المقابلة للمبيع أو بعنوان الشرطية، فلا فرق بين أنْ يبيع المتاع بدرهمين أو بدرهم علىٰ أن يخيط ثوبه بدرهم، فلا تعين لرأس المال إلّا بأخذه بدلاً عن المبيع بانحائه، نعم بعد تعينه في البيع فالزيادة في خارج البيع زيادة علىٰ رأس ماله، فالمظنون كون مورد نزول الآية وورود الرواية مثل القرض أو الزيادة بعد البيع لا في ضمنه في قبال الاجل، والله أعلم.

ثالثها: الاخبار الكثيرة[٣] الدالة علىٰ كيفية الاسترباح بزيادة محللة، فإنّها شاهدة علىٰ أنّ بذل الزيادة في قبال الاجل لو كان صحيحاً لما توقف حلّية الزيادة علىٰ هذه الحيلة، وهذه الاخبار أيضاً علىٰ كثرتها لا تدل علىٰ بطلان شرط الزيادة في قبال الاجل في ضمن البيع، والله أعلم.

اذا اشترىٰ عيناً بثمن مؤجل هل يجوز بيعها من صاحبها

١٣٩ ـ قوله ﷺ: (اذا ابتاع عيناً شخصية بثمن مؤجل ...الخ)[٤].

هذه المسألة متكفلة للبحث عن اُمور:

أحدها: عن بيع المؤجل مطلقاً، والمخالف فيه الشيخ ﷺ في النهاية[٥]؛ حيث منع

---

(١) البقرة، الآية ٢٧٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب احكام الصلح، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢، ١٤ من ابواب احكام العقود، وغيرهما.

(٤) كتاب المكاسب ٣٠٧ سطر ١١.

(٥) النهاية ٣٨٨.

عن بيعه بعد حلول الاجل بنقصان من الثمن.

ثانيها: ما نسب إلىٰ الشيخ ﷺ أيضاً في خصوص الطعام بأنّه بعد الحلول لايجوز للبائع أخذ الطعام بدلاً عن الثمن إلّا بما يساويه بلا زيادة.

ثالثها: أنّ بيع الشيء بشرط أنْ يبيعه منه باطل[١] نسب إلىٰ المشهور.

وتنقيح المقام يستدعي بسط الكلام في المقامات الثلاثة:

المقام الاول: في جواز بيع المؤجل مطلقاً قبل حلوله وبعده بزيادة ونقيصه بجنسه وبغير جنسه، ومستند المشهور بعد العمومات والاطلاقات روايات في قبال الشيخ ﷺ المانع عن البيع بعد الحلول بنقصان من الثمن، فبعضها يدل بعمومها الناشئ عن ترك الاستفصال كصحيحة يسار بن بشار[٢] فإنّ موردها بيع النسيئة ثم الاشتراء من دون تفصيل بين حلول الأجل وعدمه، والمفروض أيضاً أنّ المورد شخص البيع، ولذا قال الراوي (اشتري متاعي وغنمي).

وبعضها يدل بنصوصيتها في ما بعد الحلول، وعمومها للمبيع الشخصي ومثله كصحيحة ابن حازم[٣] فإنّ التقاضي لايكون إلّا بعد الاستحقاق بالحلول وقوله (ابيعك هذه الغنم) كما يمكن اشارة إلىٰ ما باعه كذلك إلىٰ مثله، ومع ذلك لم يستفصل الامام عليه السلام.

وبعضها يدل علىٰ الاشتراء قبل الحلول كروايات ابن المنذر[٤] وعلي بن جعفر[٥] فإنّ الاولىٰ صريحة في الاشتراء وهو في مكانه، إلّا أنّها لا ظهور لها في كون البيع مؤجلاً حتىٰ يكون دليلاً علىٰ الشيخ ﷺ، وروايتا علي بن جعفر الاولىٰ منهما ظاهرة في المؤجل، والثانية صريحة فيه، وكلتاهما ظاهرتان في الاشتراء قبل حلول الاجل وصريحتان في الاشتراء بنقصان من الثمن، كما أنّهما صريحتان في ورود البيع اولاً

---

(١) لايخفىٰ ما في العبارة.

(٢) وسائل الشيعة،باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٣، وفيه عن بشار بن يسار.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٤.

(٥) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٦.

وثانياً علىٰ البيع الشخصي، وأمّا رواية يعقوب بن شعيب[١] فلا ظهور لها في الاشتراء، بل في الوفاء بغير الجنس، ولذا تنظرﷺ في دلالتها.

وأمّا ما استدل به للشيخﷺ فروايتان:

احداهما: رواية خالد بن الحجاج[٢] وهي صريحة في الاشتراء بعد حلول الاجل ولا ظهور لها إلّا في المنع عن الاشتراء مطلقاً من حيث كون المبيع ثانياً هو الطعام الاول، ومن حيث الزيادة والنقيصة والمساواة.

وثانيهما: رواية عبد الصمد بن بشر[٣] وهي صريحة في أنّ المورد شخص المبيع، وظاهرة في ما بعد الحلول، كما أنّها ظاهرة في التّغيّر النافع بحال المشتري، وهو التغير بالنقصان، ولذا قال: (أرغم الله انفي وخص لي فرددت عليه ...الخ) وهذه أخص من جميع ما ذكرنا حتىٰ من روايتي علي بن جعفر، فإنّ روايته الاولىٰ وإنْ كانت ظاهرة في اشتراء شخص المبيع، وفي الاشتراء بالنقصان إلّا أنّها ظاهرة في الاشتراء قبل الحلول، بل لا ظهور له في الموجل، وروايته الثانية صريحة في المؤجل إلّا أنّها ظاهرة في الاشتراء قبل الاجل، وإلّا فلا باعث للمشتري علىٰ تنقيص الثمن لولا ملاحظة التعجيل، فليس في قبال رواية عبد الصمد رواية تعارضها بنحو السابق في مورد كلام الشيخ، وهو الاشتراء بعد الحلول بالنقصان، بل لو كان لكان بنحو العموم والاطلاق فلابد من تقديم هذه الرواية.

نعم يمكن الخدشة فيها بأنّها نظيرة رواية يعقوب بن شعيب في عدم الدلالة علىٰ الاشتراء ثانياً، بل علىٰ الاخذ وفاء بغير الجنس الذي علىٰ ذمته فيما اذا أخذ طعاماً بسعر يومه، وعلىٰ التقايل والتفاسخ فيما أخذ نفس ما باعه بسعر يومه، وحيث إنّه لا يجوز الزيادة والنقص في مورد الاقالة والفسخ فلذا نهىٰعليه السلام علىٰ الاخذ بسعر يومه، فتدبر.

المقام الثاني: فيما نسب إلىٰ الشيخﷺ من عدم جواز أخذ الطعام عوضاً عن عوض

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب السلف، ح ١٠.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب السلف، ح ٣.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١٢ من ابواب السلف، ح ٥.

الطعام ـ لرجوعه إلىٰ بيع الطعام بالطعام ـ إلّا بنحو التساوي، بل حكي عن تهذيبه[١] سريان ذلك في جميع موارد المعاوضات الربوية، فلا يجوز في اسلاف الطعام أخذ الدراهم بدلاً عن الطعام؛ لرجوعه إلىٰ بيع الدراهم بالدراهم، والاصل فيه خبر علي بن جعفرعليه السلام قال: (سألتهعليه السلام عن رجل له علىٰ آخر تمر أو شعير أو حنطة أيأخذ بقيمته دراهم؟ قالعليه السلام: اذا قومه دراهم فسد، لأنّ الاصل الذي يشتري به دراهم، ولا يصلح دراهم بدراهم)[٢].

وهو مع مخالفته للقواعد معارض بروايات، منها (كتبت اليه رجل له علىٰ رجل تمر أو حنطة أو شعير أو قطن فلما تقاضاه قال خذ بقيمة مالك عندي دراهم أيجوز له ذلك أو لا؟ فكتبعليه السلام يجوز ذلك عن تراضٍ منهما ان شاء الله)[٣] فيحمل الخبر السابق وما شاكله علىٰ ضرب من الكراهة.

المقام الثالث: فيما اذا باع شيئاً بشرط أنْ يبيعه منه، ونسب إلىٰ المشهور بطلانه لوجوه:

أحدها: لزوم الدور، وتقريبه بانحاء ثلاثة:

الاول: ما هو ظاهر عنوان الشرط، فإنّ البيع الاول مشروط جعلاً والثاني مشروط شرعاً فيتوقف البيع الاول علىٰ الشرط الجعلي، وهو البيع الثاني، ويتوقف البيع الثاني علىٰ الملك المتوقف علىٰ نفوذ البيع الاول شرعاً.

ويندفع: بأنّ توهم الدور نشأ من عنوان الشرط، مع أنّه بمعنىٰ الالتزام لا بمعناه المصطلح عليه من أنّه ما يلزم من عدمه العدم، فإنّه إنّما يكون كذلك اذا كان حصول البيع الاول معلقاً علىٰ البيع الثاني، مع أنّه لا تعليق، ولو فرض فهو باطل اجماعاً من دون وصول النوبة إلىٰ الدور.

وتصحيحه ـ حتىٰ مع ارادة الالتزام من الشرط ـ بأنْ تقيّد البيع بالالتزام يوجب تزلزل العقد، والمبيع في زمان الخيار غير مملوك للمشتري، فتصح دعوىٰ توقف

---

(١) التهذيب ٧: ٣٠، باب ٢٢ ح ١٧. (٢) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب السلف، ح ١٢.
(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب السلف، ح ١١.

تأثير البيع الاول علىٰ البيع الثاني الذي يخرج معه عن التزلزل المانع عن حصول الملك، وأمّا توقف البيع الثاني علىٰ البيع الأول واضح.

مدفوع: بأنّ مجرد الاشتراط لا يوجب خيارية العقد، بل تعذره والتخلف عنه وحصول الملك بعد انقضاء الخيار ليس من مذهب العلّامة وغيره المستدلين بلزوم الدور.

الثاني: أنّ الشرط وإنْ كان بمعنىٰ الالتزام، إلّا أنّ الملتزم به غير مقدور للملتزم فلا يصح منه الالتزام، والمفروض تقيد البيع بالالتزام الغير المقدور، وأمّا أنّه غير مقدور، فإنّ بيع مال البائع منه حال الالتزام غير مقدور، لأنّ المفروض أنّه حال الالتزام ملّك البائع، ولا يعقل تمليك مال أحد له.

ويندفع: بأنّ اللازم القدرة علىٰ البيع الثاني في ظرف ترقب صدوره منه؛ وهو بعد البيع الاول، وفي ذلك الظرف مقدور فالالتزام به متعلق بأمر مقدور، فالبيع المتقيد بأمر مقدور صحيح.

الثالث: أنّ الشرط هو الالتزام بالبيع علىٰ المالك بعنوانه وهو غير مقدور رأساً، أمّا حال الالتزام فواضح، وأمّا بعده فلأنّه لو فرض صحة البيع الاول أيضاً لم يكن الشرط مقدوراً، لأنّ البيع الثاني بيع علىٰ ذات المالك قبلاً، لا علىٰ المالك بما هو فعلاً، لانتفاء هذا العنوان عنه فلا يتمكن من بيع المال علىٰ عنوان المالك.

والجواب: أنّ الشرط حينئذ غير معقول من دون لزوم الدور ممكناً[1] أيضاً لكان هذا الالتزام التزاماً بالمحال علىٰ تقدير صحة البيع الاول وفساده، إلّا أنّ الالتزام بمثل هذا الالتزام في مرحلة شرط البيع ثانياً بلا ملزم، وقد تقدم بعض الكلام في شرائط نفوذ الشرط فراجع[2].

وأمّا ماذكره ﷺ من النقض بالرهن والوقف فهو وارد بالنسبة إلىٰ الوقف دون الرهن، اذ لا مانع من حصول ملكية المبيع ورهنيته عند تمامية العقد في آنٍ واحد، لعدم

---

(١) هكذا في الاصل، وحق العبارة (بل لو كان ممكناً ايضاً لكان...).
(٢) تعليقة ٧٦.

الموجب لسبق الملك على الرهن، بل اللازم كونه مملوكاً حال الرهن، بخلاف الوقف فإنّ الدخول في الملك والخروج عنه بالوقف على غيره غير معقول، فاشكاله على حد اشكال البيع من المالك.

ومن جميع ما ذكرنا [تبيّن][1] أنّ الدور بجميع تقريباته غير وارد، نعم لو كان شرط البيع الثاني بنحو شرط النتيجة كان محالاً، لأنّ مقتضى العقد المشروط بشرط النتيجة حصول مضمونهما معاً عند تمامية الايجاب والقبول، ويستحيل دخول المبيع في ملك المشتري وخروجه عنه إلى البائع في آنٍ واحد، وكذا دخوله في ملكهما معاً في آنٍ واحد، فإنّ لازم الاول اجتماع النقيضين، ولازم الثاني اجتماع الضدين، وكذا في شرط الوقف، بخلاف شرط الرهن بنحو النتيجة فإنّه كما تقدم لا مناقضة بين حصولهما معاً في آنٍ واحد كما لا مضادة.

ثانيها: ما عن الشهيد ﷺ من عدم القصد، لأنّ مثل هذا الشخص لا يريد قطع علاقة الملك عن نفسه، والعقد متقوم بالقصد.

وما أورد عليه المحقق والشهيد الثانيان ﷺ[2] من أنّ الفرض حصول القصد إلى النقل، وإلّا لم يصح اذا قصد البيع ثانياً ولم يشترطاه لفظاً، فإنّ محذور عدم القصد وارد، مع أنّ البيع بلا شرط صحيح اتفاقاً، فيعلم منه أنّ البطلان غير مستند إلى عدم قصد النقل مع قصد البيع ثانياً، بل إلى اشتراطه في البيع.

مندفع: بأنّ غرض الشهيد ﷺ أنّ الالتزام الجدي بالشرط مع القصد الجدي إلى قطع علاقة الملك لا يجتمعان، لا أنّ مجرد العزم على الشراء ثانياً ونية هذا المعنى والبناء عليه منافٍ للقصد المقوم للعقد.

نعم ما أفاده الشهيد ﷺ صحيح اذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، فإنّ القصد إلى الاخراج مع القصد إلى دخوله في ملكه عند تمامية الايجاب قصد امرين متنافيين كما مرّ، وأمّا إنْ كان بنحو شرط الفعل فمرجع الشرط إلى اعادة الملك، وقصد عود

---

(١) اضافة لابد منها.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٠٤، الروضة البهية ٣: ٥١٨، مسالك الافهام ٣: ٢٢٥.

الملك مؤكد لقصد خروجه، ولا يعتبر في النقل إلّا قصد الاخراج فعلاً، بل لا يعقل دائماً غيره، اذ خروج مال عن ملك صاحبه ليس تدريجي الحصول بحسب تدرج الزمان حتىٰ اذا كان قاصداً لرده في المستقبل كان منافياً لقصد خروجه في ذلك الزمان، بل الملكية المرسلة اللامؤقتة تحصل من أول الامر بقصد حصولها، فلا يمنع من [ذلك][1] القصد إلىٰ اعادتها كما في كل بيع يجعل فيه الخيار، فإنّه قاصد لاعادة الملك متىٰ شاء فلا تغفل.

ثالثها: روايتا الحسين بن المنذر[2] وعلي بن جعفر[3] المتقدمتان في مسألة كون الشرط الفاسد مفسداً[4] أم لا، وقد تعرضنا هناك لما افاده المصنفﷺ في الجواب وما يرد عليه، ونزيدك هنا أنّ حمل الشرط علىٰ الخارج عن العقد خلاف الظاهر، فإنّ الخارج عما ليس بشرط أو ليس بصحيح في نفسه سواء تعلق بالبيع من البائع ثانياً أم لا، مع أنّ الظاهر أنّ فساده من ناحية تعلقه بالبيع ثانياً مع كونه في نفسه صحيحاً، فتدبر.

* * * *

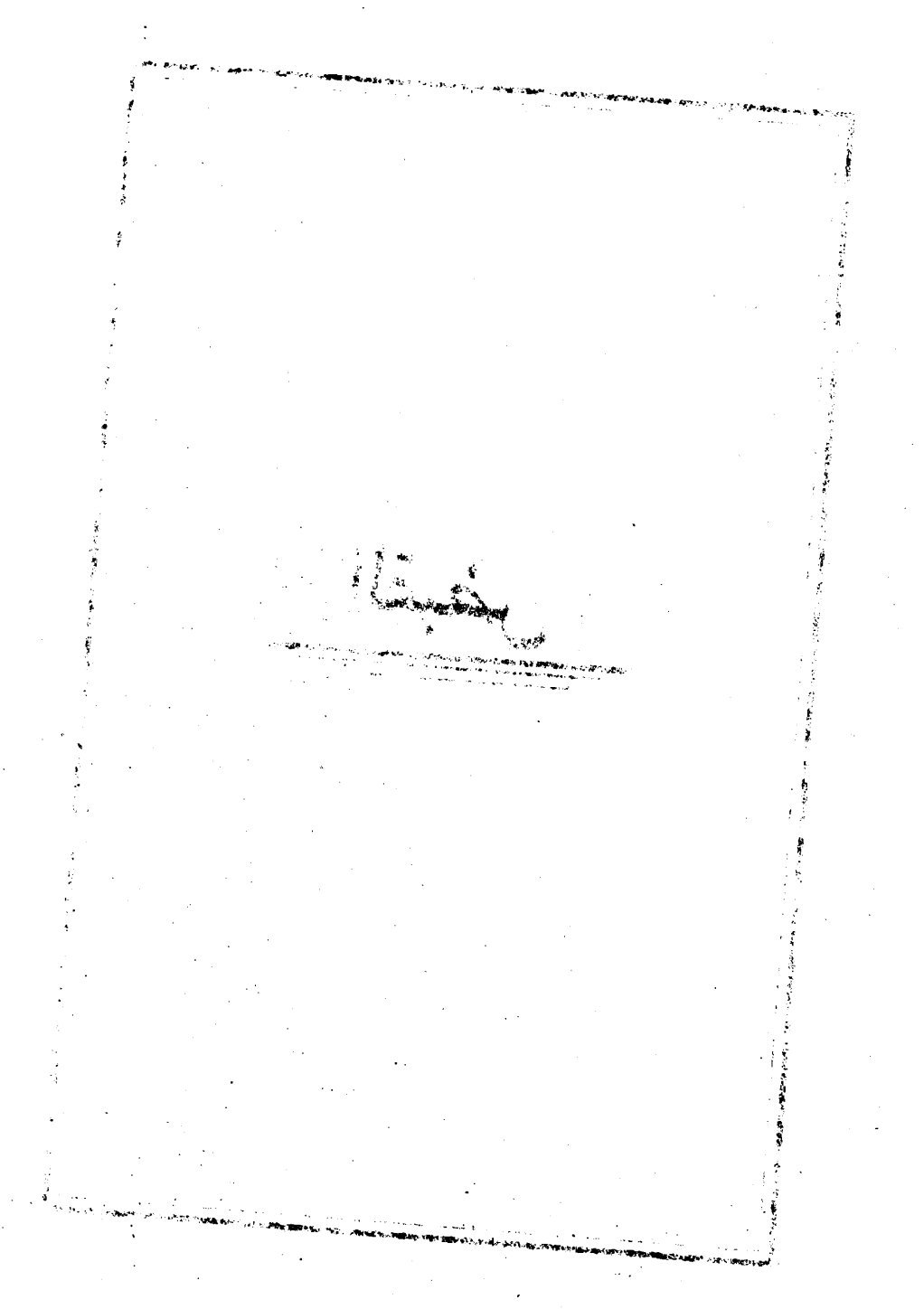
(١) اضافة يقتضيها المعنىٰ.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٤

(٣) وسائل الشيعة، باب ٥ من ابواب احكام العقود، ح ٦.

(٤) تعليقة ١٠٠.

القبض



القبض

حقيقة القبض

١٤٠ ـ قوله ﷺ: (اختلفوا في ماهية القبض ...الخ)[1].

توضيح المقام برسم امور:

منها: أنّ القبض الذي هو المبدأ باعتبار قيامه بالبائع قيام صدور يعبّر عنه بالاقباض، وباعتبار قيامه بالمشتري قيام حلول يعبّر عنه بالقبض، كالايجاد والوجود متحدان بالذات مختلفان بالاعتبار، سواء جعلناه بمعنىٰ التخلية او بمعنىٰ الاستيلاء، فإنّ التخلية بالمعنىٰ الفاعلي قائمة بالبائع، وبالمعنىٰ المفعولي قائمة بالمشتري، فإنّ البائع مخلّي والمشتري مخلّىٰ له، وكذا الاستيلاء بمعناه الفاعلي قائم بالبائع، وبمعناه المفعولي قائم بالمشتري، فمبدأ القبض بأي معنىٰ كان له اعتباران، لكل من الاعتبار[2] حكم عرفاً وشرعاً.

نعم التخلية محققة للاستيلاء بمعنىٰ التخلية بين المشتري والمال، لا مجرد رفع البائع يده عن المال، اذ ليس المراد بالاستيلاء خارجاً علىٰ المال إلّا كونه بحيث يتمكن من التصرف في المال تصرفاً له مساس خارجي بالعين، لا الاستيلاء الاعتباري علىٰ التمليك ونحوه، فإنّ مثله لا يكاد يتوقف علىٰ الاستيلاء الخارجي

---

(١) كتاب المكاسب ٣٠٩ سطر ١٩.

(٢) هكذا في الاصل، وحق العبارة (لكل من الاعتبارين) او (لكل اعتبارٍ).

بالتخلية، بل يكفي فيه صيرورته مالكاً بالعقد.

ومما ذكرنا تعرف أنّ عدم كون التخلية قبضاً ليس باعتبار أنّها فعل البائع، وأنّه الاستيلاء وهو فعل المشتري، لما مرّ أنّ المبدأ صالح لملاحظته بالمعنىٰ الفاعلي ولملاحظته بالمعنىٰ المفعولي في التخلية والاستيلاء معاً، وأنّ التخلية بالمعنىٰ المتقدم لاتنفك عن الاستيلاء، وهي بمنزلة المحقق له، لا أنّها عينه، وكفايتها في بعض الموارد ليست بملاحظة نفسها، بل ملاحظة ما يتحقق بها كما سيجيء[1] ان شاء تعالىٰ.

منها: أنّ القبض وإنْ كان له معنىٰ واحد في جميع الموارد، إلّا أنّه لازمه وحدة معناه في كل ما اعتبر القبض فيه بعنوانه كما في التلف قبل القبض، والقبض في الرهن وفي الهبة وفي الصرف وفي بيع المكيل والموزون قبل قبضه، وأمّا فيما لم يعتبر القبض بعنوانه فيه كما في رد المغصوب واداء ما دخل تحت اليد، والتسليم الذي يقتضيه عقد البيع بقول مطلق، فإنّ لزوم الجامع بين جميع الموارد من النوعين بلا ملزم.

فلا بأس باختلاف مفهوم القبض بعنوانه مع ما لم يعتبر فيه، بل اعتبر فيه ما هو أعم منه، فإنّ رد المغصوب لا يقتضي إلّا تمكين مالكه وجعله مستولياً عليه كما كان الغاصب مستولياً عليه، والتأدية المغياة بها اليد ليست إلّا الخروج عن استيلاء ذي اليد ودخوله تحت استيلاء صاحبه، والتسليم في المبيع ليس إلّا صيرورة المشتري علىٰ ما كان عليه البائع من تمكينه من جميع التصرفات الخارجية كالاعتبارية.

ولا موجب لمرادفة القبض مع غيره في معناه سعةً وضيقاً، بل القبض علىٰ ما هو المنساق من معناه عرفاً في قبال البسط، ويعتبر في حقيقته ما يساوق الامساك المناسب للمقبوض بظهور أثر من آثاره من التصرفات الخارجية التي لها مساس بالعين خارجاً، فمفهومه أخص من مفهوم الاستيلاء، فإنّه لا يتحقق بدون الاستيلاء، اذ كل تصرف خارجي اختياري لابد فيه من السلطنة والقدرة الفعلية علىٰ التصرف،

---

(١) في نفس التعليقة، عند قوله (ومنها قد عرفت ان القبض...).

بخلاف التمكن من التصرف فإنّه لا يلازم التصرف بوجه، فليكن ذلك علىٰ ذكر منك.

منها: فيما اعتبر فيه القبض بعنوانه:

أحدها: الخروج عن ضمان المبيع المنوط بقبضه بعنوانه كما في النبوي المعروف[١]، وفي رواية عقبة[٢] بن خالد التي [هي] شارحة لحقيقة القبض، فإنّ صدرها ظاهر، بل صريح فيما ذكرنا، حيث قال: (وأوجبه غير أنّه ترك المتاع عنده ولم يقبضه)[٣] مع أنّ ترك المتاع عنده باختياره يتضمن السلطنة والاستيلاء علىٰ الترك والاخذ، ومع هذا الاستيلاء نفى عنه القبض، فيعلم منه أنّ القبض غير الاستيلاء.

ولاينافي ذلك ما في الجواب حيث قال عليه السلام: (من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتىٰ يقبض المتاع ويخرجه من بيته ...الخبر) فإنّه إنْ قرء يَقْبض من القبض وكان الفاعل هو المشتري فهو مؤكد لما ذكرنا، فإنّ الاخراج المعطوف علىٰ القبض فعله وتصرفه في المبيع، وإنْ قرء يُقبض من الاقباض وكان الفاعل فيه وفي«يخرجه» هو البائع فربما يتوهم أنّ المناط هو تخلية البائع، فإنّ الاخراج من البيت كناية عن اخراجه عن تحت استيلائه وتمكين المشتري منه، بل سيأتي[٤] ان شاء تعالىٰ من المصنف رحمه الله تقوية كفاية التخلية في سقوط ضمان البائع، إلّا أنّ الجمع بين الصدر والذيل يقتضي ارادة الاخراج الملازم للوصول إلىٰ المشتري.

وأمّا ما في المتن من أنّ الاقباض والاخراج يقتضي فعلاً من غير البائع فهو صحيح بالاضافة إلىٰ الاقباض دون الاخراج، فإنّ ما هو كالايجاد والوجود هو الاقباض والقبض والاخراج والخروج، والقبض فعل المشتري دون الخروج، بل هو صفة في المبيع، نعم لا يراد من اخراج المبيع اخراجه في نفسه، بل اخراجه إلىٰ المشتري وهو مساوق لاستيلاء المشتري، وعليه يحمل ما أفاده المصنف رحمه الله هنا.

---

(١) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٣، رواية ١٥٤٣٠، عوالي اللآلئ ٣: ٢١٢، رواية ٥٩.

(٢) عتبة، هكذا في الهامش منه رحمه الله، ولكن لا يوجد في الرجال عتبة بن خالد.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

(٤) كتاب المكاسب ٣١٤ سطر ١٣.

ثانيها: الرهن وظاهر الآية[١] والرواية[٢] اعتبار القبض بعنوانه، وليس في بابه شيء يدل علىٰ أنّه مجرد الاستيلاء بلا مساس تصرف خارجي بالعين حتىٰ يتصرف به في القبض، إلّا بتوهم أنّ الاستيثاق المقصود من الرهن ـ بل المقوّم له ـ يحصل بمجرد الاستيلاء، ولم يعتبر القبض الا لاجل الاستيثاق.

ويندفع: بأنّ الاستيثاق مقوّم حقيقة الرهن والقبض شرط فيه شرعاً لا مقوم له، فيعلم منه أنّ القبض ليس لاجل الاستيثاق، بل الاستيثاق يحصل بمجرد تحقق الرهن شرعاً، فإنّ الراهن بمجرد تحقق الرهن لا ينفذ تصرفه في العين المرهونة، والمرتهن بمجرد الرهن له شرعاً استيفاء دينه ببيعها ولا يضرب الغرماء معه، كان هناك قبض خارجي أم لا، بل كان له استيلاء خارجي أم لا، فإنّ جميع تلك الاثار يكفي فيها عدم استيلاء الراهن شرعاً، واستيلاء المرتهن شرعاً، وقد مرّ[٣] أنّ الاستيلاء الاعتباري أثر الملك أو الحق شرعاً وهو غير الاستيلاء الخارجي المعبر عندهم بالقبض.

ثالثها: الهبة، فإنّه قد اعتبر في لزومها القبض بعنوانه، وقد فسرت في بعض الاخبار بقوله عليه السلام (انت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت إلىٰ صاحبها فليس لك أن ترجع فيها)[٤] وظاهر الخروج إلىٰ صاحبها وصولها اليه ودخولها في تصرفه، لا مجرد الاستيلاء المساوق للقدرة علىٰ التصرف.

رابعها: بيع الصرف وقد اعتبر في صحة التقابض المفسر بقوله عليه السلام (يداً بيد)[٥] وعبر عنه كثيراً بالاخذ من الطرفين[٦]، ولا يصدق شيء منها خصوصاً الثاني بمجرد القدرة علىٰ التصرف المتحققة بمجرد التخلية، فتدبر.

خامسها: في بيع المكيل والموزون وسيجيء[٧] ان شاء تعالىٰ تحقيق الحال فيه من

---

(١) البقرة، الآية ٢٨٣.
(٢) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الرهن، ح ١، ٢.
(٣) في نفس التعليقة.
(٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب احكام الهبات، ح ٦.
(٥) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الصرف، ح ٣، ٦، ٧.
(٦) وسائل الشيعة، باب ٢ من ابواب الصرف، ح ١، ٨.
(٧) تعليقة ١٥٠.

كون القبض فيه كما في غيره أو يتحقق بمجرد الكيل والوزن.

ومنها: قد عرفت أنّ القبض أخص من الاستيلاء المتحقق بالتخلية من دون فرق بين المنقول وغيره، فإنّ امساك غير المنقول والتصرف المالكي خارجاً فيه لايتوقف علىٰ الاخذ باليد، بل مجرد دخوله في الدار وأخذ مفتاحها قبض لها، وحينئذ فإنْ كان المبيع مشغولاً بأمتعة البائع سواء كان منقولاً أو غيره فقبضه يتحقق بأدنىٰ تصرف فيه، وإنْ استلزم تصرفاً في أمتعة البائع، كما اذا نقل الصندوق بما فيه.

فإنّ قبضه تارة بعد اداء الثمن، وأُخرىٰ قبله، فإنْ كان بعده فلا أثر لاذن البائع في قبض المبيع، فالقبض المؤثر في رفع الضمان وفي غيره من الاثار يحصل حقيقة وشرعاً وإنْ استلزم تصرفاً محرماً مقارناً للقبض المؤثر شرعاً، وإنْ كان قبله فهو ـ كما سيجيء ان شاء تعالىٰ ـ لا يستحق القبض قبل اداء الثمن، فلا أثر لقبضه خارجاً، فيتوقف حصول القبض بأي معنىٰ كان علىٰ اذن البائع؛ حتىٰ بناء علىٰ كفاية التخلية المحققة للاستيلاء، اذ مع فرض عدم الاذن في النقل لم ترتفع الموانع المحقق رفعها للاستيلاء لحرمة تصرفه شرعاً، فلا استيلاء حقيقة، بل لا تخلية بمعنىٰ رفع الموانع، ومما ذكرنا تعرف أنّه لا فرق في حصول القبض تارة وعدمه اخرىٰ بين القبض بمعنىٰ الامساك والتصرف وبين التخلية والاستيلاء.

ومنها: في ما اشتهر من أنّ القبض في المكيل والموزون بكيله ووزنه فنقول المبيع من أحدهما تارة شخصي، وأُخرىٰ كلي، سواء كان كلياً ذمياً أو كلياً خارجياً في المعيّن.

أمّا اذا كان شخصياً فتوضيح القول فيه: أنّ الكلام في حرمة البيع الثاني أو كراهته قبل القبض بعد الفراغ عن صحة البيع الاول وصحة البيع الثاني من حيث نفسهما باعتبار استجماعهما لجميع ما يعتبر فيهما حتىٰ الكيل والوزن، وإنّما الكلام في أنّ القبض المتوسط بين البيعين الرافع لحرمة البيع الثاني أو كراهته هل ينحصر في الكيل والوزن المتجدد بعد البيع الاول وقبل البيع الثاني أم هما أحد افراد القبض؟ أو لا يكفيان اصلاً عن القبض المعتبر في رفع الحرمة والكراهة بما هما كيل أو وزن من

دون تضمنهما للقبض الحقيقي.

ربما[١] يقال بالاول كما في عبارة المسالك[٢] المنقولة عن الشهيد الثاني ﷺ المحكية في المتن، نظراً إلىٰ الجمود علىٰ ظاهر بعض الاخبار، والىٰ أنّ الكيل والوزن المصحح للبيع الاول قبله والقبض لابد من أنْ يكون بعده، والىٰ استثناء التولية؛ فإنّ ظاهر الاستثناء من الكيل والوزن هو المتجدد منهما، لا المعتبر في صحة البيع الاول وإلّا لما صح تولية البيع الفاسد، وسيجيء[٣] ان شاء تعالىٰ ما يمكن تنزيل الاخبار الظاهرة في مساوقة القبض للكيل أو الوزن عليه.

وأمّا أنّ الكيل أو الوزن المصحح للبيع الاول ليس من القبض فأعم من المدعىٰ، فإنا لا ندعي الاكتفاء في القبض به، بل ندعي أنّ القبض بعده لا يتوقف علىٰ تجديد الكيل والوزن.

وبالجملة: فإنْ أُريد من تجديد الكيل والوزن تحقيق القبض فهو يحصل بأخذه بلا تجديد لهما، وإنْ اعتبر الكيل والوزن حتىٰ بعد قبضه فيستحيل أنْ يكون محققاً للقبض مع تحققه، فلابد من اعتبارهما زيادة علىٰ القبض، وهو خلاف ظاهر اخبارهما، فإنّ ظاهرها أنّ قبض المكيل والموزون بكيله أو وزنه المتجدد، مع أنّ جعل الكيل والوزن أحد افراد القبض المعتبر أيضاً غير صحيح، اذ من الممكن حصول الكيل والوزن لا بمباشرة المشتري.

مضافاً إلىٰ أنّ مباشرته لهما مسبوق بقبضهما دائماً، اذ بمجرد أخذهما والشروع في الكيل والوزن يتحقق القبض فيسقط الكيل والوزن عن عنوان القبضية، فلا محيص عن التعبد بالكيل والوزن المتجدد، لا بعنوان القبض، ولا يساعده دليل اصلاً، وسيجيء[٤] ان شاء تعالىٰ وجه استثناء التولية، هذا كله ان كان البيع شخصياً.

وأمّا اذا كان كلياً بأحد قسميه فلا مانع من جعل الكيل والوزن بعد البيع الاول قبضاً، توضيحه: أنّ بيع كلي المكيل والموزون لا يعتبر في صحته إلّا تقديره بمقدار

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (وبما).
(٢) مسالك الافهام ٣: ٢٤٣.
(٣) تعليقة ١٥٠.
(٤) تعليقة ١٥٠.

معين كيلاً أو وزناً، اذ كما لايصح بيع المبيع الشخصي جزافاً كذلك لا يصح الكلي جزافاً، كأنْ يقول «بعتك مقداراً من الحنطة يساوي هذه الصبرة في الخارج» فصحة البيع حينئذ يتوقف علىٰ التقدير لا علىٰ فعلية الكيل والوزن.

وأمّا الوفاء وتطبيق المقدار الخاص علىٰ ما في الخارج فهو أيضاً لا يصح جزافاً، فلابد من فعلية الكيل والوزن في مقام الوفاء، ومن المعلوم أنّ الوفاء وتعيين الكلي في الفرد كما تقدم يتوقف علىٰ قبول المشتري وقبضه، فمجرد الكيل أو الوزن الفعلي من دون قبول وقبض من صاحب الحق لا يوجب التعين، بل هو كيل مال البائع لا كيل مال المشتري، ففعلية كيله أو وزنه المُعَيِّن والمُشَخِّص للكلي مساوقة لقبول المشتري وقبضه.

وعليه يمكن تنزيل الاخبار الظاهرة في مساوقة القبض للكيل والوزن، كما ينزّل عليه كلمات من نسب اليه كون قبض المكيل والموزون بكيله أو وزنه،وعليه فاستثناء التولية مناسب لهذا المقام؛ فإنّه يوليه البيع الصحيح ويكون هو المباشر لما يكون وفاء، فكأنّ اعتبار بيع التولية اعتبار قيام المشتري الثاني مقام المشتري الاول في الطرفية للبيْع، لا أنّه بيع جديد حتىٰ يعتبر فيه قبض البائع في البيع الثاني.

وجوب تسليم المبيع

١٤١ ـ **قوله**ﷺ: **(يجب علىٰ كل من المتبايعين تسليم** ...الخ)[1].

توضيح المقام: أنّ مدلول عقد البيع بالمطابقة ليس إلّا تمليك عين بعوض من دون تضمنه للتسليم والتسلم، ووجوب التسليم لاحد وجهين:

الاول: ما هو المعروف من أنّه من لوازم الملك، لسلطنة الناس علىٰ اموالهم فلهم المطالبة، وعلىٰ من بيده المال دفعه اليه، وليس له الامتناع وإلّا لكان له سلطان مزاحم لسلطان رب المال، وحيث إنّ هذا المعنىٰ من لوازم الملك صح أنْ يقال إنّ العقد يقتضي وجوب التسليم من حيث مدلوله الالتزامي كما مرّ في أول مبحث[2]

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٢ سطر ١٨.

(٢) تعليقة ١٣٤.

النقد والنسيئة.

وحيث إنّ وجوب التسليم من آثار الملك بما هو ملك لا من آثار البيع بما هو بيع فيجب علىٰ كل منهما التسليم وإنْ امتنع الآخر، فإنّ ظلم أحد لايسوغ ظلم الآخر، كما أنّه اذا امتنعا معاً لا يجبران علىٰ التسليم إلّا من باب الامر بالمعروف، لا من باب الامتناع عن حق حتىٰ يرفع أمره إلىٰ الحاكم الذي هو ولي الممتنع، اذ ليس لكل منهما إلّا الملك فقط، ولا اثر للملك إلّا السلطنة التكليفية، ولا وجوب علىٰ من بيده المال إلّا بعنوان اداء مال الغير.

والثاني: ما عن غير واحد وعليه تبتني الفروع الآتية من بناء عقود المعاوضات علىٰ كون التمليك في قبال التمليك، والتسليط الخارجي في قبال التسليط، لا أنّ عقد البيع بما هو يقتضي ذلك بتخيل أنّ المقصود بالعقد هو التسليط بازاء التسليط بمعناه الجامع بين السلطنة الاعتبارية والسلطنة الفعلية الخارجية، فإنّ السلطنة الاعتبارية التي هي حقيقة الملكية عندهم قابلة للانشاء والتسبب اليها، دون السلطنة الفعلية الخارجية فليس للسلطنة الحاصلة بنفس العقد هذا العرض العريض.

بل بمعنىٰ أنّ المستكشف من بناء العقلاء في باب المعاوضات التزام المتعاملين بالتزام بيعي بالملكية بازاء الملكية، والتزام شرطي ضمني بالتسليط بازاء التسليط كما هو التحقيق في مسألة خيار الغبن من أنّ بناء العقلاء في باب المعاوضات المالية علىٰ اقامة مال مقام مال، فكأنّهم ضمناً ملتزمون باقامة ما يساوي المبيع في المالية مقامه، فيكون الخيار لاجل تخلف هذا الشرط الضمني، وإلّا فنفس عقد البيع متعلق بتمليك شخص العين، لا بعنوان المساوي.

وعليه فيحصل لكل منهما بسبب هذا الالتزام استحقاق تسلّم العين بازاء تسليم بدلها من دون تعليق لالتزام كل منهما علىٰ شيء، ولا لاستحقاق كل منهما علىٰ شيء، ولا لوجوب الوفاء علىٰ كل منهما علىٰ شيء، بل الملتزم به هو التسليم المعاوضي، ويتفرع عليه جميع الفروع المذكورة في المتن:

منها: أنّه لو امتنعا معاً عن التسليم فقد امتنع كل منهما عما يستحقه الآخر فيجبران

معاً علىٰ اداء الحق.

ومنها: أنّه لو امتنع احدهما عن التسليم مع بذل الآخر وتمكينه من التسليم فإنّه يجبر عليه، ولا يجب علىٰ الآخر التسليم؛ لأنّه لم يلتزم بالتسليم المطلق، بل بالتسليم بازاء التسليم، فهو غير ممتنع عن الحق حتىٰ يجبر ولا ملتزم بالتسليم مع امتناع الآخر، فلا يرد حينئذ أنْ ظلم أحدهما لا يسوغ ظلم الآخر، لأنّه لا ظلم من الآخر، نعم لابد من كون التزامهما علىٰ وجه يكون مقيداً لدليل سلطنة كل منهما علىٰ ماله، فإنّ مجرد عدم التزام كل منهما بالتسليم المطلق يوجب عدم لزوم الوفاء مع امتناع احدهما، لا أنّه يوجب جواز الامتناع للآخر مطلقاً مع اطلاق دليل السلطنة.

وبالجملة: عدم وجوب التسليم لعدم وجوب الوفاء لعدم الالتزام لاينافي وجوبه من حيث حرمة امساك مال الغير بدون اذنه، فنقول: لازم الالتزام بالتسليم المعاوضي عدم المطالبة مع امتناعه عن التسليم، ومعه فليس لصاحب المال مطالبة ما لا يجوز له مطالبته بالتزامه، ولا يجب دفع ما لايستحق مطالبته وإنْ طالبه، لا أنّ هناك التزامين، أحدهما الالتزام بالتسليم المعاوضي، والآخر الالتزام بعدم التسلم مع امتناعه، بل الاول يغني عن الثاني كما لايخفىٰ، واليه يرجع ما أفاده المصنف ﷺ من بيان الالتزام الثاني بأنّه التزم علىٰ صاحبه أنْ لا يسلم مع امتناع الآخر بعدم التزامه بالتسليم المطلق، لا بالالتزام بعدمه، نعم لازم التسليم المعاوضي هو عدم استحقاق كل منهما للتسلم، وحيث لا يستحق فلا مانع من منعه وعدم تسليم ماله.

ومنها: أنّه لو كان تسليم أحد العوضين مؤجلاً فليس هناك التزام بالتسليم المعاوضي فإنّه خلف مع فرض التأجيل، ولذلك اذا حل الاجل وفرض عدم تسليم غير المؤجل فإنّه حيث لا التزام بالتسليم المعاوضي لا حين العقد ولا حال حلول الأجل، فلكل تسليم حكم نفسه سواء قلنا بوجوب التسليم بدليل السلطنة أو لاجل الالتزام، فليس لكل منهما الحبس مع امتناع الآخر لا قبل حلول الاجل ولا بعده إلّا اذا فرض الالتزام بالتسليم المطلق قبل الاجل، وبالتسليم المعاوضي بعده اذا فرض

عدم تسليم غير المؤجل لمانع اختياري أو قهري، لكنه أنّىٰ للالتزام الضمني هذا العرض العريض؟!

ومنها: أنّه بناء علىٰ الالتزام بالتسليم المعاوضي لو قبض الممتنع ماله بغير اذن صاحبه كان لصاحبه استرداده، فإنّه وإنْ كان المقبوض ملكاً له لكنه لا سلطان له علىٰ قبضه لتقيّد سلطنته بالتزامه بالتسليم المعاوضي، وللآخر علىٰ الفرض السلطنة علىٰ حبسه مع امتناع القابض.

وأمّا نفوذ تصرفاته ففيه تفصيل فإنْ كان سنخ التصرف لم يكن مشروطاً بالاقباض حيث لا يتمكن من اقباضه لفرض عدم سلطانه علىٰ قبضه، فلا سلطان له علىٰ اقباضه، فلا يتمكن من التصرف المشروط باقباضه، ودليل السلطنة علىٰ التصرف في المال لم يتقيد إلّا بعدم تسلمه مع الامتناع عن تسليم بدله، لا بالمنع من مطلق التصرفات.

ومنه يظهر حال التصرفات الغير المعاملية كلبس الثوب والصلاة فيه فإنّه لا موجب للمنع عنها، حيث لم يثبت بالالتزام إلّا جواز الامتناع عن دفعه المترتب عليه جواز استرداده فقط، لا أنّ له حقاً في العين ليكون التصرف في حق الغير حتىٰ يحرم أو لا ينفذ، وظاهر الجواهر[1] عدم جواز التصرف الغير المعاملي، والله أعلم، هذا كله في الامتناع عن التسليم رأساً.

واذا تشاحا في البدئة بالتسليم ففيه وجهان:

أحدهما: أنّه يجب علىٰ البائع البدئة به وتسليم المبيع، ثم تسلم الثمن قضاءً لحق العوضية.

والجواب: أنّ العوضية والمعوضية متضائفتان، وكل متضائفين متكافئان في القوة والفعلية، ففي مرتبة التعاوض في الملكية يكون المبيع والثمن موصوفاً بهما في مرتبة واحدة في آنٍ واحد عند تمامية العقد من دون سبق ولحوق اصلاً، وكذا في مرتبة استحقاق التسليط المعاوضي، فبالتزامهما يستحق كل منهما تسلم المال بازاء

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٤٧.

تسليمه في مرتبة واحدة، ويستحيل اتصاف الثمن بالعوضية قبل اتصاف المبيع بالمعوضية وبالعكس في أية مرتبة كان التعارض.

وباب الاجارة أيضاً كذلك، وإنّما الفارق أنّ تقارن التسليمين في البيع اذا كان العوضان عينين معقول من الاول، وفي باب الاجارة حيث إنّ المعوض عمل تدريجي الوجود أو منفعة قائمة بالدار أو الدابة وهي تدريجية الوجود فربما يقال بأنّ تسليمه باتيانه بتمامه أو حصول المنفعة بتمامها، وعند تسلمهما بالاستيفاء يستحق تسليم الاجرة، فالتسليمان متقارنان حينئذ دون غيره، كما أنّه ربّما يقال بأنّ تسليم المنفعة بتسليم ما فيه المنفعة، فالتسليمان من اول الامر متقارنان، وتحقيق القول في الترجيح موكول إلىٰ محله.

ثانيهما: انه يجب علىٰ المشتري البدئة بالتسليم ثم تسلم المبيع، وحكي في وجهه كما في التذكرة[1] أنّ حق المشتري متعين في المبيع فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البائع أيضاً، ومورده هو الثمن في الذمة فإنّه الذي لايتشخص إلّا [بعد][2] قبض البائع وقد نبه عليه العلّامة ﷺ في آخر كلامه، فراجع.

وهذا أجنبي عما أفاده في الجواهر من بيانه بقوله (فإنّ للبائع حقاً آخر وهو التسلط علىٰ الخيار بعد ثلاثة ايام، وقد يفوته ذلك بالقبض)[3]، ومرجع هذا في الحقيقة إلىٰ أنّ تكليف البائع بالبدئة يفوّت حقاً يختص به وهو خيار التأخير بعد ثلاثة أيام، فهو والمشتري في استحقاق التسليم سواء، ويترجح جانب البائع بما ذكر لكنه أجنبي عن حديث التعين وعدمه إلّا بتكلّف لا حاجة اليه بعد وضوح أنّ الثمن الذمي كلي لا يتعين إلّا بتسلم البائع، وأنّه مورد البحث.

والجواب عما في التذكرة: أنّ التزام المشتري بتسليم الثمن المفروض أنّه كلي ذمي ليس إلّا الالتزام بتسليم فرده المساوق لصيرورته ملكاً للبائع تطبيقاً، وأمّا تسليم الثمن المملوك في مرتبة متقدمة علىٰ التسليم فهو غير معقول، فالالتزام به غير

---

(١) التذكرة ١: ٥٦٤ سطر ٢٤.

(٢) سقط في الاصل، يحتمل انه (بعد).

(٣) جواهر الكلام ٢٣: ١٤٥.

معقول، وبعد فرض تعلق الالتزام بتسليم ما يصلح للانطباق عليه لا فرق بين الالتزامين، ولا اثر لتأخر رتبة التعين الملكي عن رتبة التسليم ليكون فارقاً بين تسليم البائع وتسليم المشتري.

وأمّا عما في الجواهر ففيه اولاً: أنّ المفروض في هذا التشاح مجرد الامتناع عن البدئة لا الامتناع عن التسليم، وحيث إنّ المفروض قيام كل منهما مقام البذل والتمكين فلا يفوت البائع حتىٰ يتضرر بفواته.

وثانياً: أنّ المفروض بناء المعاوضات علىٰ التسليم المعاوضي فقط، ومع الالتزام بالتسليم المقارن لتسليم الآخر فهذا الوجه يمنع عن لزوم بدئة البائع، لا أنّه يوجب بدئة المشتري.

وجوب تفريغ المبيع

١٤٢ ـ قوله ﷺ: (يجب علىٰ البائع تفريغ المبيع عن امواله ...الخ)[1].

توضيح المقام بالبحث عن اُمور:

منها: أنّ وجوب التفريغ نفسي كوجوب التسليم أو شرطي كما هو ظاهر قولهم يجب التسليم مفرّغاً، فإنْ كان مدركه دليل سلطنة الناس علىٰ اموالهم فكما أنّ عدم تسليمه مع مطالبة المالك مزاحمة له في سلطانه كذلك ترك تفريغه مزاحمة له في سلطانه علىٰ الانتفاع بماله، وعليه فلا سلطان للبائع علىٰ ترك التفريغ كما لا سلطان له علىٰ ترك التسليم، فيجب التفريغ والتسليم عرضاً.

وإنْ كان مدركه الالتزام الضمني كما يومئ اليه عبارة المصنف ﷺ فالظاهر عدم تعدد الالتزام، بل الظاهر أنّ الغرض النوعي المعاملي من العقلاء في مقام المعاوضة تمكين كل منهما للآخر من التصرف في ماله والانتفاع به، وهذا الغرض لا يحصل إلّا بالتسليم التام، وهو التسليم الذي يترتب عليه هذا الغرض، لا ما يكون وجوده كعدمه كما في عبارة المصنف ﷺ، فدعوىٰ أنّ وجوب التفريغ ليس شرطياً، والتعليل بهذه

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٣ سطر ٤.

العلة لا يتلائمان إلّا بالالتزام بتعدد الالتزام، ولا يصح إلّا بتعدد الغرض الباعث عليه.

والتحقيق: أنّ اصل التسليم كما يكفي في سائر الاثار من خروج البائع عن ضمانه ومن تحقق القبض المشروط به صحة بيعه اذا كان مكيلاً أو موزوناً كذلك يكفي في الاثر الذي يبحث عنه هنا، وهو استحقاق تسلم الثمن، فلا يجوز الامتناع عن تسليم الثمن بعد تسلم المبيع ولو كان مشغولاً بامتعة البائع، فيعلم منه أنّ التفريغ ليس قيداً للتسليم الواجب الذي يجوز مع تركه الامتناع عن اداء الثمن، فالتفريغ إمّا واجب بنفس مزاحمة تركه لسلطان المشتري علىٰ ماله، وإمّا واجب بالتزام آخر وهو بلا موجب.

ومنها: أنّه اذا مضت مدة يفوت معها بعض منافع المبيع علىٰ المشتري بحيث يتضرر المشتري بفواته فقد حكم المصنفﷺ عليه بالخيار مع جهل المشتري بكون المبيع مشغولاً غير مفرّغ، وهو علىٰ مسلكهﷺ من أنّ مفاد قاعدة الضرر نفي الحكم الضرري وجيه، لأنّ لزوم البيع يوجب استقرار الضرر عليه، ولولاه لأمكنه حل العقد والتخلص عن التضرر بفوات منافع ملكه.

وأمّا علىٰ ما مرّ مراراً من أنّ مفاد القاعدة كما اختاره شيخنا الاستاذ نفي الحكم بنفي موضوعه الضرري فالعقد من حيث النقل والانتقال ليس بضرري؛ كما في المعاملة الغبنية حتىٰ يكون لزومه موجباً لاستقرار الضرر عليه، بل الموضوع الضرري هو تأخير التفريغ الموجب للضرر، وحكم هذا الموضوع الضرري أجنبي عن لزوم العقد، فلا موجب لنفي اللزوم واثبات الخيار.

نعم اذا قلنا بأنّ التفريغ من مقتضيات الالتزام الضمني بالتفريغ، وأنّ المتخلف[1] عن الشرط كتخلّف الشرط وتعذّره يوجب الخيار صح الحكم به هنا كما في الامتناع عن التسليم أوتعذره، إلّا أنّه علىٰ هذا المبنىٰ لايدور أمر الخيار مدار فوات بعض المنافع التي يتضرر بفواته، بل له الخيار من حيث نقض الغرض المعاملي، لا من حيث ضرر المالي، فقصر الخيار علىٰ صورة التضرر المالي كاشف عن عدم ابتناء

---

(١) هكذا في الاصل، والظاهر انها (التخلف).

الخيار علىٰ التخلف عن الالتزام الضمني، فتدبر جيداً.

ومنها: أنّه لو مضت مدة فات فيها بعض المنافع، فإنْ كانت بتقصير منه كان تفويتاً للمنافع فيعمه اتلاف مال الغير، حيث لا فرق فيه بين اعدام الموجود أو المنع من الوجود؛ فهو ضامن لاجرة مثلها، وإنْ لم يكن بتقصير منه بحيث لا يسند اليه فضمان المنافع الفائتة بلا موجب، حيث لا اتلاف لها ولا يد عليها، لفرض كونها تحت يد المشتري، وأمّا احترام مال المسلم وعدم ذهابه هدراً فهو إنّما يوجب الضمان اذا كان البائع مستوفياً له أو هاتكاً لحرمته، ومجرد وصول نفع اليه لا يوجب الضمان.

ومنها: اذا كان المبيع أرضاً مشغولة بزرع للبائع لم يبلغ أوان حصاده، ففي المسألة جهات من الكلام:

الاولىٰ: في ثبوت الخيار للمشتري مع الجهل.

الثانية: في استحقاقه الاجرة مع عدم الخيار أو مع عدم اعمال الخيار.

الثالثة: في عدم سلطنة المشتري علىٰ المنع من ابقاء الزرع رأساً، فضلاً عن قلعه أو الالزام بقلعه.

أمّا الجهة الاولىٰ فنقول: في مدرك ثبوت الخيار للمشتري في العين المستأجرة وجوه مع التسالم علىٰ اصله:

أحدها: أنّ سلب المنفعة عيب.

ورد اولاً: بأنّه لازمه الامساك مع الارش مع عدم الفسخ، ولا يقولون به.

وثانياً: عدم صدق تعريف العيب عليه؛ حيث لا نقص ولا زيادة في نفس مورد البيع وهي العين، ولذا اوتوه[1] بأنّه عيب حكمي لا يترتب عليه إلّا الخيار، لا التخيير بين الفسخ والامساك بالارش.

ثانيها: أنّه من باب تخلّف الوصف، فإنّه اشترىٰ الدار بزعم أنّها تامة المنفعة فتبين أنّها مسلوبة المنفعة.

ورد: بأنّ الوصف ما لم يذكر في العقد أو لم يقع العقد مبنياً عليه لسبق مقاولة لا

---

(١) هكذا في الاصل.

عبرة بتخلفه ولا يوجب الخيار.

ثالثها: ما عن صاحب الجواهر[1] في مبحث الاجارة بأنّ اطلاق العقد يقتضي التعجيل في التسليم، ومع كون العين تحت اجارة الغير لايمكن التعجيل في تسليمها.

وفيه أولاً: أنّه أخص من المدّعىٰ، اذ ربّما يكون المملوك بعقد الاجارة منفعة السنة[2] الآتية، فلا مانع من تسليمها معجلاً.

وثانياً: أنّ التسليم والتعجيل اذا وقع موقع الالتزام ليدخل تخلّفه تحت عنوان تخلّف الشرط كان موجباً للخيار، وإلّا فمجرد وجوب التسليم أو وجوب تعجيله لا اقتضاء فيهما للخيار.

والتحقيق: في وجه الخيار فيه وفي امثاله أنّ خصوصيات المبيع تارة تكون متعلقة للاغراض الشخصية لاشخاص المتعاملين، ككون العبد كاتباً أو خياطاً ونحوه، فلابد من ذكرها في العقد أو ايقاعه مبنياً عليها، وأُخرىٰ يكون متعلقة للاغراض النوعية لنوع المتعاملين كسكنىٰ الدار والانتفاع بسكناها فيها، وكالركوب في الدابة والخدمة أو الوطئ في الجارية، فكونها كذلك نوعاً بمنزلة القرينة النوعية علىٰ ارادتها في مورد العقد، فيكون كالتوصيف المذكور أو كالالتزام الضمني لها، فتخلّف مثل هذا الوصف أو الالتزام يوجب الخيار، لأنّ لزوم العقد والحالة هذه يوجب الضرر، وهو نقض الغرض المعاملي، وإنْ لم يكن ضرراً مالياً، وعليه فوجه الخيار في الارض المشتراة بناء علىٰ أنّها فارغة ينتفع بها وهي مشغولة لاينتفع بها نقض الغرض المعاملي، وهو الضرر الموجب للخيار، وثبوت الاجرة هنا أو أداء بدل منفعة العين المستأجرة لا يتدارك به هذا الضرر، وإنّما يتدارك به مالا دخل له في استحقاق الخيار، فتدبر ه فإنّه حقيق به.

وأمّا الجهة الثانية: وهو استحقاق المشتري للأجرة مع اختيار البائع للابقاء وعدم اعمال المشتري للخيار، فتحقيق الحال فيها يتوقف علىٰ بيان أُمور:

---

(١) جواهرالكلام ٢٧: ٢٠٦.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (بالسنة).

احدها: أنّ المنافع تدريجية الوجود، ولها نحوان من الاستيفاء:

الاول: هو الاستيفاء الحقيقي الخارجي باخراج المنافع من القوة إلىٰ الفعل ومن العدم إلىٰ الوجود، فايجادها علىٰ طبع وجودها تدريجي.

والثاني: وهو الاستيفاء الاعتباري بنقلها إلىٰ الغير باجارة أو صلح، ومثل هذا الاستيفاء دفعي، فإنّ مالك العين يملك منافعها الابدية فعلاً، فله تمليكها للغير فعلاً.

فالعين المستأجرة عند انتقالها بالبيع غير واجدة للمنافع؛ حتىٰ تملك بتبع العين ليؤخذ بدلها، بل لا مجال إلّا للخيار، بخلاف الارض المزروعة أو المغروس فيها فإنّ استيفاء منافعها بالزرع والغرس استيفاء خارجي، وبقاؤها في كل آنٍ استيفاء لمنفعة الارض في ذلك الآن، فما دامت الارض مملوكة للزارع والغارس كان الاستيفاء متعلقاً بمنفعة[1] المملوكة له، واذا انتقلت الارض بمنافعها الغير المستوفاة لا حقيقة ولا اعتباراً كان ابقاء الزرع والغرس استيفاء للمنفعة المملوكة لمالك الارض فعلاً، فلا مجال للقياس بالاجارة.

ثانيها: أنّ كل مال مضاف إلىٰ المسلم باضافة الملكية له الاحترام بلحاظ حيثية المالية وبلحاظ حيثية الملكية، والاحترام من الحيثية الاولىٰ مقتضاه عدم ذهابه هدراً وبلا تدارك، والاحترام من الحيثية الثانية مقتضاه عدم مزاحمة المالك في سلطانه بالتصرف فيه من غير اذنه ورضاه، وهذا هو الذي يقتضيه دليل السلطنة علىٰ المال.

وعليه فسلطنة المشتري علىٰ ماله عيناً ومنفعةً وإنْ كانت مقتضية للسلطنة علىٰ منع البائع من ابقاء الغرس والزرع، إلّا أنّ هذه السلطنة لما كانت ضررية علىٰ البائع حيث لا مناص له مع المنع من الابقاء إلّا القلع الضرري، وقاعدة الضرر حاكمة علىٰ ادلة الاحكام، ومنها دليل السلطنة، فلذا نقول بأنّه ليس للمشتري المنع عن الابقاء رأساً، وأنّ للبائع ابقاء الزرع والغرس، إلّا أنّ ذهاب هذه السلطنة وسقوط احترامها بسبب الضرر لا يقتضي بوجه سقوط نفس المال عن الاحترام وذهابه هدراً؛ مع عدم كون استيفاء المنفعة ببدلها ضرريا لا علىٰ البائع ولا علىٰ المشتري، فيكون كأكل

---

(١) هكذا في الاصل، وحق العبارة (بمنفعة مملوكة له).

المال في المخمصة مع عدم اذن المالك، فإنّ سقوط حرمة سلطنته المستدعية لاعتبار اذنه لا يوجب سقوط حرمة ماله المقتضية للبدل، فتدبره فإنّه حقيق به.

ثالثها: ان الضرر المترتب علىٰ المعاملة ـ كما مرّ ـ إمّا ضرر مالي كضرر ما به يتفاوت العين الفارغة والمشغولة، والمستأجرة وغيرها، والصحيحة والمعيبة، وإمّا ضرر حالي وهو نقض الغرض المعاملي وإنْ لم يكن تفاوت في القيمة، وهذا الضرر بقسميه هو الذي ينجبر بالخيار، وهو الموجب للخيار، وأمّا استيفاء منفعة العين المنتقلة إلىٰ المشتري بمنافعها بلا اجرة وعوض فهو ضرر أجنبي عن المعاملة وعن الخيار فكيف ينجبر بالخيار؟!

واذا عرفت هذه الامور تعرف أنّ ثبوت الخيار لاينافي استحقاق الاجرة مع عدم اعماله، فافهم جيداً، وإنْ كان ظاهر جملة من الكلمات عدم الاجرة مع الخيار إلّا أنّ الحق أحق أنْ يتبع، والله العالم.

وأمّا الجهة الثالثة فملخّص القول فيها: أنّ لكل من البائع والمشتري السلطنة علىٰ ماله دون مال غيره، ولكل منهما السلطنة علىٰ نفسه دون غيره، أمّا البائع فله السلطنة علىٰ قلع زرعه فإنّه ماله، وليس له السلطنة علىٰ ابقاء زرعه فإنّه من السلطنة علىٰ مال الغير، وأمّا المشتري فله السلطنة علىٰ ارضه فله السلطنة علىٰ المنع من التصرف فيها، وليس له السلطنة علىٰ قلع الزرع؛ لأنّه سلطنة علىٰ مال الغير، وليس له السلطنة علىٰ الزامه بقلعه؛ لأنّه سلطنة علىٰ الغير والناس مسلطون علىٰ اموالهم وانفسهم.

نعم حيث إنّ سلطنة المشتري علىٰ المنع من الابقاء كانت ضررية علىٰ البائع فلذا كانت منفية، ولا يقاس القلع بالارش بالابقاء بالاجرة بتوهم أنّه كما أنّ الابقاء بالاجرة ليس ضرراً علىٰ المشتري كذلك القلع بالارش ليس ضرراً علىٰ البائع، وهو منشأ احتمال تخيير المشتري بين الابقاء بالاجرة والقلع بالارش.

وجه بطلان القياس أنّ سلطنة المشتري علىٰ الابقاء بالاجرة سلطنة علىٰ نفسه من حيث ايجار أرضه ببدل منفعتها، وسلطنته علىٰ القلع سلطنة علىٰ مال الغير، فعدم هذه السلطنة بعدم المقتضي لا بوجود المانع وهو الضرر حتىٰ يقال لا فرق بين

الابقاء والقلع.

كما لا مجال لقياس قلع المشتري بالارش بابقاء البائع بالاجرة، فإنّ سلطنة المشتري علىٰ المنع حيث كانت ضررية علىٰ البائع فلذا ارتفعت وجاز للبائع الابقاء، وإنّما ثبتت عليه الاجرة لحرمة المال وعدم ذهابه هدراً، واستفاء المنفعة ببدلها ليس ضرراً؛ بل منافٍ لسلطنة المشتري، والمفروض انتفاؤها لضرريتها، بخلاف القلع فإنّه ضرر والارش تدارك للضرر، والمرفوع هو الضرر لا الغير المتدارك منه، فكما أنّ سلطنة البائع عن المنع من القلع ضررية علىٰ المشتري كذلك سلطنة المشتري علىٰ القلع ضررية علىٰ البائع، والارش تدارك للضرر ووجوده وعدمه في عنوان ضررية القلع علىٰ حد سواء، وتوهم المساواة بين الابقاء والقلع من حيث الضررية، وكون الاجرة والارش تداركاً هو منشأ احتمال دوران الامر بين الضررين، وأنّ اللازم ملاحظة اكثر الضررين.

ومن جميع ما ذكر تبيّن أنّ الاقوىٰ ثبوت الخيار للمشتري مع ثبوت الاجرة مع عدم اعمال الخيار من دون سلطنة له علىٰ القلع بالارش وبلا أرش ومن دون سلطنة له علىٰ الالزام بالقلع، والله أعلم بحقائق أحكامه.

لو امتنع البائع من التسليم

١٤٣ ـ قوله ﷺ: **(لو امتنع البائع من التسليم ...الخ)**[1].

اذا امتنع لا عن حق كما اذا كان الآخر باذلاً فلا شبهة في ضمان المنافع لمكان اليد والاتلاف كغيره من الغاصبين، وأمّا اذا كان امتناعه عن حق، كما اذا لم يكن الآخر باذلاً ففي ضمان المنافع الفائتة بسبب حبس العين ولو مع صدق عنوان التفويت المندرج تحت الاتلاف وجهان، بل قولان.

وحكي في وجه الضمان عن جامع المقاصد[2] أنّ جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة، ولا يلزم من ثبوت الاول الثاني، وهو مبني علىٰ أنّ المقتضي من اليد أو

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٣ سطر ١٨.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٤١٢.

الاتلاف موجود، وأنّ جواز الحبس ليس بمانع، والظاهر عدم الضمان خصوصاً بناء علىٰ الالتزام الضمني بالتقابض المعاوضي، فإنّ مقتضاه الالتزام باستحقاقه للحبس المفوت لمنافع ماله، فهو أقوىٰ من التأمين المالكي، مع أنّ الظاهر بناء المشهور علىٰ أنّ المال في هذه الموارد أمانة شرعية، فهو غير مضمون، ولذا حكموا بأنّ نماءه أيضاً اذا تلف لا يكون ضمانه علىٰ من بيده العين ونماؤها؛ تعليلاً بانه امانة.

وبالجملة: ففي كل مورد جاز أو وجب وضع اليد علىٰ المال حفظاً لصاحبه وايصالاً لا اليه كما في اللقطة ومجهول المالك، وكل ما دخل تحت اليد ولو باطارة الهواء لثوب الغير، فضلاً عما أمر الشارع بوضع اليد عليه فهي امانة شرعية، وكل ما كان بتسليط من المالك من دون تعليقه علىٰ عنوان غير محقق واقعاً فهي امانة مالكية بالمعنىٰ الاعم، وإنْ لم يكن بعنوان الاستنابة[1] في الحفظ، وهي الامانة بالمعنىٰ الاخص، واذا لم يكن أحد الامرين كانت اليد مضمنة له وإنْ لم تكن عادية، وبقية الكلام موكولة إلىٰ محله المناسب له.

١٤٤ ـ قوله ﷺ: (ونفقة المبيع علىٰ المشتري ...الخ)[2].

فإنّ نفقة المملوك علىٰ مالكه ولا دليل علىٰ أنّ حبسه بحق مسقط للنفقة، فضلاً عن ثبوتها علىٰ البائع، نعم اذا كان حبسه لا عن حق فهو غاصب، ومقتضىٰ صحيحة أبي ولاد[3] أنّه عليه نفقته.

وأمّا مسألة نفقة الزوجة فهي مشروطة بالتمكين التام فيقع الكلام فيها أنّ امتناعها اذا كان عن حق كما اذا امتنعت حتىٰ تقبض المهر فهل هو كامتناعها بغير حق أم لا؟ إلّا أنّ الظاهر أنّ التمكين الذي هو شرط لثبوت النفقة هو التمكين الواجب عليها، ولا وجوب مع جواز امتناعها مع استحقاق المهر، وعليه فالفارق أنّ وجوب نفقة المملوك بحسب دليله غير مشروط بتمكين احد منه أو تمكنه من الانتفاع به،

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (الاستبابة).

(٢) كتاب المكاسب ٣١٣ سطر ١٩، وفيه (وعلىٰ المشتري نفقة المبيع..).

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٧ من ابواب الاجارة، ح ١.

بخلاف نفقة الزوجة فإنّها مشروطة بالتمكين، والتردد فيها من حيث إنّ التمكين الذي هو شرط مطلق التمكين أم خصوص التمكين اللازم عليها، دون ما نحن فيه الذي لا يشترط اصلها بالتمكين.

١٤٥ ـ قوله ﷺ: (ففي وجوب اجابته وجهان ...الخ)[1].

من أنّ الغرض من الالتزام بالتقابض المعاوضي حفظ ماله وعدم ذهابه هدراً خارجاً، فيكفي فيه ابقاء المبيع تحت يده، ومن أنّ الغرض كون المشتري ممنوعاً من التصرفات ليكون باعثاً له على تسليم الثمن، ولكن مقتضى عموم دليل السلطنة على جميع التصرفات وعدم التقييد إلّا بالمقدار المتيقن وهو الامتناع عن التسليم فقط هو وجاهة الوجه الاول، والله اعلم.

* * * *

(١) كتاب المكاسب ٣١٣ سطر ٢٠.

احكام القبض

انتقال الضمان للقابض

١٤٦ ـ قوله ﷺ: (من احكام القبض انتقال الضمان ...الخ)[1].

توضيح المقام بالبسط في الكلام في اُمور:

منها: أنّ الضمان المبحوث عنه في المقام هل هو ضمان المعاوضة بحيث يتلف المبيع من مال البائع حقيقة؟ أو ضمان الغرامة بحيث يتلف في ملك المشتري ودركه علىٰ البائع، فيكون تلفه عليه لا تلفه منه حقيقة؟ وعلىٰ الاول فهل هو بمعنىٰ انفساخ العقد قبل التلف وتقدير الملك آناً ما كما هو المشهور؟ أو بمعنىٰ عدم استقرار المعاملة إلّا علىٰ التسليط الفعلي بازاء التسليط الفعلي، فمع عدم تحققه لا تنعقد المعاملة كما هو محتمل كلام بعض الاواخر؟ فنقول:

أمّا دعوىٰ استقرار المعاملة علىٰ التقابض المعاوضي بأنْ اُريد بها أنّ مقتضىٰ الالتزام الضمني عدم لزوم العقد وأنّه لكل من الطرفين مع الامتناع الاختياري أو القهري الخيار فلا بأس به، إلّا أنّ هذا غير الانفساخ الموجب لعود الثمن، وإنْ اُريد به استقرار المعاملة من حيث التأثير في الملكية فمع التلف لا تمليك ولا تملّك فيعود الثمن من دون حاجة إلىٰ دليل علىٰ الانفساخ، وتقدير الملك فهو لو تم لكان خالياً

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٢ سطر ٢٢.

عن جميع المحاذير العقلية والشرعية، إلّا أنّه لا دليل علىٰ أنّ التقابض في مطلق البيع شرط، وإنّما المشروط به بيع الصرف فقط، والالتزام الضمني المستكشف من بناء العقلاء لم يثبت به إلّا جواز الامتناع والخيار عند التخلف، لا عود الثمن قبل التلف.

وقد بيّنا فيما تقدم من أنّ جعله من مقتضيات العقد غير معقول علىٰ وجه، وغير مجدٍ علىٰ وجه آخر، فإنّه إنْ أُريد أنّ التسبب المعاملي إلىٰ الملكية والتسليط الخارجي يجامع السلطنة الاعتبارية والخارجية فمن البيّن أنّ السلطنة الخارجية لا انشائية ولا تسببية.

وإنْ أُريد أنّه من احكام العقد علىٰ الملكية عرفاً الممضاة شرعاً فليس أثره إلّا وجوب التسليط أو بزيادة استحقاق التسليط، فمع التلف لا موجب لانفساخ العقد ولا لارتفاع أثره، وهو الملك، فلا يكون رجوع الثمن إلىٰ المشتري علىٰ وفق القاعدة ـ كما يرومه هذا القائل ـ.

فلم يبق وجه صحيح في المسألة إلّا القول بالانفساخ قبل التلف، أو القول بتدارك التالف بارجاع الثمن، وقد قدمنا في مسألة التلف في زمان الخيار شطراً وافياً من الكلام، وذكرنا هناك ما يتوهم وروده علىٰ القول بالانفساخ من انحاء المخالفة للقواعد العقلية والشرعية واجبنا عنه بما لا مزيد عليه، بل بينا هناك أنّ الحق في الانفساخ هو الانفساخ قبل التلف آناً ما، لا الانفساخ من الاصل، وأنّ الانفساخ من الاصل غير البطلان كما تخيله بعض الاعيان، فراجع[1] وتدبر.

منها: أنّ ظاهر النبوي وإنْ كان تلفه من البائع لا تلفه عليه، فيكون ظاهره موافقاً للانفساخ، اذ مع بقائه علىٰ ملك المشتري إلىٰ حال ورود التلف عليه يستحيل أنْ يكون تلفه من البائع، إلّا أنّ ظاهر كون المبيع التالف موضوعاً وقوله ﷺ (فهو من مال بائعه)[2] محمولاً ورود الملكية للبائع علىٰ التالف، مع أنّ التالف ليس له اعتبار المالية، ولا له اعتبار الملكية.

---

(١) تعليقة ١٣٠.

(٢) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٣، باب ٩ رواية ١٥٤٣٠.

مضافاً إلىٰ أنّ ورود الملكية علىٰ التالف لا يلازم الانفساخ، فلا يلازم عود الثمن إلىٰ المشتري، بخلاف ما اذا ورد التلف علىٰ ملك البائع فإنّه لا يعقل إلّا بالانفساخ، لأنّ بقاءه علىٰ ملك المشتري لا يجامع ملكيته للبائع لاجتماع الملكين الاستقلاليين علىٰ عين واحدة، وعود المبيع إلىٰ البائع مع أنّه معوض بعوض يلازم عود العوض إلىٰ المشتري، وهذا المعنىٰ غير محقق في فرض ورود الملكية علىٰ التالف، لأنّ ملكية التالف للبائع تجامع ملكية المبيع حال وجوده للمشتري، فلا يلزم اجتماع الملكين حتىٰ يستلزم الانفساخ، واعتبار ملكية التالف للبائع لا بعنوان الفسخ والانفساخ لايقتضي بوجه عود الثمن إلىٰ المشتري.

إلّا أنّ الذي يهوّن الخطب أنّ النبوي وشبهه ليس في مقام اثبات ملك للبائع؛ ليقال بأنّ ظاهره ملكية التالف، بل في مقام اثبات تلف ملك من البائع، فليس مفاد النبوي أنّ المبيع التالف قبل قبضه مملوك للبائع، بل مفاده أنّ المبيع قبل قبضه مملوكاً للبائع يتلف فيكون ظاهراً في الانفساخ وتقدير الملك آناً ما.

وأمّا احتمال أظهرية رواية عقبة بن خالد في الانفساخ من النبوي فلعله بملاحظة ظهور قوله (فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتىٰ يقبض المتاع ...الخ)[1] في أنّ سرقة المتاع من مال البائع، ولا يكون إلّا بالانفساخ حتىٰ يكون سرقته منه، وليس كعنوان التلف حتىٰ يقال إنّه باعتبار استقرار الخسارة عليه يصدق أنّه تلف منه.

منها: أنّ الضمان بناء علىٰ المعروف غير قابل للاسقاط، وبناء علىٰ أنّه ضمان الغرامة قابل للاسقاط، توضيحه: أنّ الكلام تارة في اسقاط الضمان بأحد المعنيين بعد ثبوته بسببه، وأُخرىٰ في اشتراط عدمه في عقد البيع.

أمّا الاول: فحقيقة الضمان المعاوضي كون المبيع بعد البيع بحيث اذا تلف قبل قبضه ينفسخ العقد شرعاً، فهناك امران، أحدهما هذه الحيثية الثابتة للمبيع قبل تلفه وبعد عقده، والآخر انفساخ العقد شرعاً وصيرورة المبيع آناً ما ملكاً للبائع قبل تحقق

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

التلف وصيرورة الثمن ملكاً للمشتري، ومن الواضح أنّ هذه الحيثية الثابتة قبل التلف ليس إلّا كون المبيع محكوماً شرعاً بعوده إلىٰ البائع بانفساخ العقد، وهي بالاضافة إلىٰ الملكية الحاصلة قبل التلف آناً ما، والىٰ الانفساخ في ذلك الآن كالقوة بالاضافة إلىٰ الفعلية، وليست هذه الحيثية ولا تلك الفعلية قابلة للاسقاط ولا للابراء، لأنّ الانفساخ وانحلال العقد سواء فرض بالقوة أو بالفعل ليس من الحقوق حتىٰ يقبل الاسقاط، بل حكم وضعي شرعي محض، واثر الانفساخ ـ وهي صيرورة المبيع ملكاً للبائع والثمن ملكاً للمشتري ـ ليس قابلاً للابراء، فإنّه لا يتعلق إلّا بالملك الذمي، لا بالملك العيني الخارجي فإنّه قابل للتبديل المعاملي ونحوه، فليس في الضمان المعاوضي اولاً وأخراً قوة وفعلاً أمر قابل للاسقاط أو الابراء.

وأمّا الضمان الغرامي فهو تارة أيضاً بالقوة، وأُخرىٰ بالفعل، فإنّه بمجرد تحقق سببه من يد أو عقد تدخل العين في العهدة؛ بحيث اذا تلفت تشتغل الذمة ببدلها، واعتبار العهدة قابلة للاسقاط، وذمة البدل قابلة للابراء، ولا معنىٰ لاعتبار العهدة في الضمان المعاوضي، اذ لا درك علىٰ البائع بناء علىٰ الانفساخ حتىٰ يتوهم أنّه باعتبار عهدة المبيع قابل للاسقاط، اذ من البيّن أنّ انفساخ العقد شأنه رجوع المبيع إلىٰ مالكه الاول، وتلف ملك احد من نفسه لا يوجب دركاً عليه؛ حتىٰ يصح بلحاظ اعتبار العهدة، هذا حال الضمان الغرامي كلية.

وأمّا في المقام فالمفروض عند القائل به تعين الثمن الخارجي للبدلية للمبيع التالف من المشتري، ومثل هذا الملك غير قابل للابراء كما مرّ، فلا فرق من حيث الابراء بين الضمانين هنا، نعم اسقاط العهدة لا مانع منه كما في غير المقام من موارد الضمان بالقوة، هذا كله في اسقاط الضمان باحد العينين.

وأمّا الثاني: وهو شرط عدم الضمان بأحد المعنيين فمختصر القول فيه: أنّ الضمان الغرامي مما لاريب في قبوله للاشتراط وجوداً وعدماً فيما لايكون المورد علة تامة لثبوته أو لنفيه، فلا يمكن شرط الضمان في الوديعة دون العارية، وأمّا الضمان المعاوضي فربّما يتوجه في النظر أنّ اشتراط عدم الانفساخ كاشتراط الانفساخ قابل

للتسبب اليه بالاشتراط، كما هو أحد الوجوه المتصورة في بيع الخيار؛ بأنْ يشترط في البيع انفساخه برد مثل الثمن، واذا امكن اشتراط ثبوته أمكن اشتراط عدمه، فيكون دافعاً لاعتبار الانفساخ شرعاً، كما أنّ شرط عدم الخيار في البيع كذلك.

وتحقيق الحال فيه: أنّ حق الخيار ربّما يكون مجعولاً شرعاً، وربّما يكون مجعولاً بجعل المتعاقدين، والمجعول شرعاً حيث إنّه مرتب علىٰ العقد المجرد عن الشرط فكما له رفعه بعد ثبوته فكذلك له دفعه بشرط عدمه، والمجعول عرفاً وبجعل المتعاقدين لا مقتضي له إلّا نفس الجعل فله اثباته وله اسقاطه ورفعه، وليس له مقتضي حتىٰ يعقل دفعه.

وأمّا الانفساخ فهو أيضاً تارة شرعي وأُخرىٰ جعلي معاملي، وحيث إنّ للمتعاملين جعل حق الخيار فلهما جعل نتيجته وهو الانفساخ، وكما لا يعقل جعل عدمه فكذلك لا يعقل جعل عدم نتيجته، وأمّا الانفساخ المجعول شرعاً فليس كحق الخيار حتىٰ يكون له رفعه ودفعه، ولا أمره بيد المتعاملين من حيث جعل الحق وجعل نتيجته حتىٰ يقاس عدم الانفساخ بالانفساخ، فعدم الانفساخ شرعاً وإنْ كان مع وجود المقتضي لاعتباره لكنه ليس كالحق بحيث يكون له رفعه فله دفعه، ولا كنتيجة الحق الذي أمر جعله بيده حتىٰ يكون أمر رفعه بيده، فتدبره جيداً.

ثم إنّه بناء علىٰ صحة اشتراط عدم الانفساخ فهو لا يلازم صحة الاسقاط، فانّ الاسقاط لابد من أنْ يتعلق بالحق، والانفساخ علىٰ أي حال ليس بحق، ولذا لا يقبل الاسقاط في البيع بشرط الانفساخ دون الخيار.

ومنها: أنّ الانفساخ الحقيقي كما مرت الاشارة اليه لا محذور فيه، ويترتب عليه جميع آثار الملك التحقيقي كما عن العلامة في التذكرة[1] من أنّ تجهيز المملوك التالف قبل قبضه علىٰ البائع، وربّما يتخيل ترتب هذا الاثر وسائر الآثار علىٰ الانفساخ الحكمي، نظراً إلىٰ أنّ ظاهر قوله عليه السلام (من مال بائعه) كون التالف قبل تلفه ملكاً مطلقاً للبائع، والمحاذير العقلية والشرعية تمنع عن كون هذه الملكية المطلقة

---

(١) التذكرة ١: ٥٢٥ سطر ٧.

تحقيقية، ولا تمنع عن كونها تقديرية حكمية، ومقتضىٰ الحكم بكونه ملكاً مطلقاً له تقديراً ترتيب جميع الآثار، ومنها التجهيز، فلا دلالة لكلام العلامةﷺ علىٰ التزامه بالانفساخ الحقيقي والملك التحقيقي.

ويندفع هذا التخيل: بأنّ الرواية ليست في مقام اثبات ملك للبائع؛ ليقال بأنّ ظاهره الملكية المطلقة، بل في مقام تلف ملك من البائع، وحيث لايعقل تلف ملك منه حقيقة فهو تلف ملك منه حكماً، وليس أثر تلف الملك منه إلّا انفساخ العقد حكماً وعود الثمن اليه بحكم الشارع، لا بانفساخ العقد؛ مع أنّ الملكية لاتتفاوت بترتب الاثار عليها وعدمه سعةً وضيقاً، بل الاطلاق والتقييد في سلطان المالك علىٰ ماله وعدمه، وأدلة الآثار غير متكفلة إلّا لترتبها علىٰ الملك التحقيقي، وترتبها علىٰ غيره يحتاج إلىٰ تقدير الملك بجميع الآثار، ومرجعه إلىٰ الحكم بترتيب جميع الاثار، والمفروض أنّه لا تتكفل الرواية إلّا للحكم بكون تلفه منه، فتدبر.

وأمّا ترتبها علىٰ القول بالانفساخ الحقيقي فلعود الملك التحقيقي إلىٰ البائع فيتحقق موضوع جميع الاثار حقيقة لا حكماً وتقديراً.

ومنها: أنّ ظاهر النبوي وإنْ كان تعليق الحكم علىٰ التلف، والتلف الحقيقي مساوق للانعدام؛ إلّا أنّ التلف عرفاً أعم منه كما هو ظاهر رواية عقبة بن خالد[1]؛ حيث حكم فيها بأنّه من البائع بسبب السرقة التي ليست من التلف الحقيقي، بل غايته تعذّر التسليم، نعم حيث إنَّ تعذّر التسليم موجب للخيار لا الانفساخ فينبغي أنْ يقال إنّ السرقة واشباهها علىٰ قسمين، فتارة لا يرجىٰ عود المبيع فهو ملحق بالتلف عرفاً، وأُخرىٰ يرجىٰ عوده وإنْ لم يمكن التسليم فعلاً فهو من تعذر التسليم الموجب للخيار، وهكذا الامر في غير السرقة مما يلحق بالتلف بملاحظة عدم امكان اقباضه عادة، كاباق العبد وانقلاب صيد الوحش ونحوهما.

ومنها: هل يكفي القبض ولو مع عدم اذن البائع في رفع الضمان، بحيث لو تلف بعده كان من التلف بعد القبض أو أنه كلا قبض فالتلف قبله؟ والاقوىٰ هو الاول؛ لأنّ

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

القبض بمعنىٰ التخلية والاستيلاء بمعنىٰ رفع الموانع من طرف البائع وإنْ لم يتحقق، كيف؟ والمفروض أنّه لا اذن منه فلم يرتفع المانع شرعاً من قبله، إلّا أنّ اعتبارهما في القبض مرجعه إلىٰ كفاية أحدهما في حصوله من دون توقف علىٰ الاخذ والامساك، فلا منافاة بين حصول الاخذ والامساك حقيقة وعدم حصول التخلية والاستيلاء من البائع، كما لا منافاة بين حصول القبض الحقيقي وجواز استرداد المقبوض للبائع، بل وحرمة القبض الحقيقي أيضاً، والتلف الموجب للانفساخ هو ما كان قبل القبض الحقيقي، والمفروض أنّه بعده.

وأمّا في المكيل والموزون فإنْ كان شخصياً فالقبض إنّما يعتبر في جواز بيعه ثانياً بتجديد الكيل والوزن، لا أنّ تجديدهما معتبر في تحقق القبض في نفسه وإنْ كان كلياً، فالوفاء لا يكون إلّا بالكيل والوزن فإنّه كما لايصح البيع جزافاً لا يصح البيع حراماً، فالقبض بغير اذن من البائع لا يتحقق به الوفاء، ولا يتشخص ملك المشتري به حتىٰ يكون تلفه منه بعد قبضه، فتدبر جيداً.

ومنها: هل يكفي التخلية في رفع ضمان البائع أم يتوقف علىٰ الاستيلاء أو علىٰ الاخذ والامساك بما يناسب المبيع؟ وقد مرّ سابقاً[1] أنّ كل مورد يَعتبر فيه القبض بعنوانه لا يكفي فيه إلّا الاخذ والامساك وما يساوقهما، مضافاً إلىٰ ما في رواية عقبة بن خالد فإنّها ظاهرة في أنّه ترك المتاع عنده باختياره، وهو عين التمكن من التصرف في المال، وإنّما لم يقبضه أي لم يأخذه ونحوه، فمن الغريب ما في المتن من كفاية التخلية وإنْ لم يصدق عليها القبض في سقوط ضمان البائع، ولا يخفىٰ أنّ القبض الذي لا يجوز معه امتناع الطرف من التسليم وإنْ كان مجرد تمكين كل من المتبايعين للآخر فإنّه الذي بني عليه التعاوض والالتزام الضمني به، إلّا أنّه لا يلازم أنْ يكون القبض المنوط به رفع الضمان هو الاخذ والنقل ونحوه كما هو ظاهر الرواية.

نعم من يجعل الانفساخ موافقاً للقاعدة يتوهم أنّه لايستقر العقد إلّا علىٰ التقابض صح له دعوىٰ كفاية التمكين من التصرف في استقرار العقد، إلّا أنّ المبنىٰ فاسد،

---

(١) تعليقة ١٤٠.

وعلىٰ فرض صحته فاستقرار العقد عرفاً علىٰ هذا المقدار لاينافي انفساخ العقد المستقر بالتلف قبل الاخذ والامساك شرعاً، ولا يخفىٰ أيضاً أنّ معنىٰ قوله في الرواية (ترك المتاع عنده ولم يقبضه) هو أنّه ابقاه علىٰ حاله، لا أنّه اودعه عنده حتىٰ يكون مخالفاً للقاعدة في الوديعة، حيث إنّ التلف لايوجب ضمان الغرامة، فضلاً عن ضمان المعاوضة.

ومنها: أنّ كل ما ذكرنا إنّما هو في التلف، وأمّا الاتلاف فتارة من المشتري، وأُخرىٰ من البائع، وثالثه من الاجنبي، أمّا اذا كان من المشتري فظاهر غير واحد أنّه بمنزلة قبضه، وعللهﷺ في المتن بأنّه ضمن ماله باتلافه، أي خسره باتلافه، فلا يكون خسارة من البائع، وهو بظاهره لايخلو عن مصادرة، اذ لو كان الاتلاف كالتلف موجباً للانفساخ كان خسارة من البائع، نعم حيث إنّه قبل الاتلاف ينفسخ العقد ويكون المبيع ملكاً للبائع فالاتلاف وارد علىٰ مال البائع؛ فيضمنه المشتري بضمان الغرامة، ويعود الثمن اليه بمقتضىٰ ضمان المعاوضة، فهو خسارة البائع من وجه، وخسارة المشتري من وجه آخر، ولعل غرضهﷺ أنّ القبض حيث إنّه للانتفاع به بوجوه التصرفات؛ فالاتلاف الذي هو فعلية التصرف منه المتحقق باستيلائه عليه بالقوة رافع للضمان، كما أنّ الاستيلاء والاخذ الذي يكون التصرف بسببه بالقوة رافع له، فقد خسر ماله بتصرفه فيه باتلافه، فتدبر.

وأمّا اذا كان الاتلاف من البائع ففيه وجوه:

أحدها: الانفساخ به كالانفساخ بالتلف، نظراً إلىٰ أن الضمان معلق علىٰ التلف من دون تقيده بسبب قهري أو اختياري، بل ظاهر خبر عقبة بن خالد شموله للاختياري، فإنّ السرقة المنزلة منزلة التلف لا تكون إلّا بالاختيار، ولا فرق في هذا المعنىٰ بين اتلاف الاجنبي والبائع.

ثانيها: كون اتلافه موجباً لضمان الغرامة؛ نظراً إلىٰ اختصاص النبوي بالتلف الذي يقابل الاتلاف عرفاً، وعلىٰ فرض الشك في الشمول فأصالة بقاء العقد وبقاء المبيع علىٰ ملك المشتري ينقح موضوع من أتلف مال الغير؛ لئلا يتوهم أنّه تمسك بالعموم

في الشبهة المصداقية.

ثالثها: كما عن جماعة تخيير المشتري بين الرجوع بالمسمىٰ والرجوع ببدل التالف، ووجهه المصنف ﷺ بوجهين:

أحدهما: اجتماع سبب ضمان المسمىٰ وسبب ضمان الغرامة، ولا موجب لاهمالهما معاً، ولا موجب لاعمالهما معاً، ولا مرجح لاحدهما بالخصوص، فلا محالة يتخير بين اعمال أيهما شاء.

توضيحه: أنّ التلف سبب لضمان المسمىٰ، والاتلاف سبب لضمان البدل، وموضوع كل واحد منهما المبيع الذي هو ملك المشتري، وإنّما يخرج من ملكه بتأثير التلف المزاحم مع الاتلاف المانع عن تأثيره، وتضاد الاثرين بالعرض؛ لأنّ المتضادين بالذات هو خروج الثمن عن ملك البائع وبقاؤه وخروج المبيع عن ملك المشتري وبقاؤه، وأمّا ضمان البدل الذي لازمه هو بقاء المبيع علىٰ ملك المشتري فهو مضاد لخروج المبيع عن ملك المشتري بملاحظة ذلك اللازم، فاعمال السببين يلزم الالتزام بالضدين، فلا محالة يجب اعمال احدهما، والالتزام بأحد الاثرين من ضمان المسمىٰ أو ضمان البدل.

والجواب عنه اولاً: أنّ الالتزام باجتماع السببين بذاتهما مبني علىٰ شمول التلف لما اذا كان بتسبيب اختياري من الغير، وعلىٰ شمول الاتلاف المضمّن لما اذا كان سبباً لتلف المبيع قبل قبضه، مع أنّه لا يستشكل احد في الانفساخ وضمان المسمىٰ مع فرض شمول التلف للاتلاف وعدم وصول النوبة إلىٰ ضمان الغرامة.

وثانياً: أنّ المورد ليس من تزاحم السببين ولو قلنا بأعمية التلف والاتلاف، لأنّ تأثير التلف يبطل موضوع تأثير الاتلاف، والاتلاف إنّما يؤثر علىٰ تقدير وجود موضوعه، وليس حافظاً لموضوعه، فلا مانع من تأثير التلف إلّا علىٰ وجه دائر، لأنّ تأثير الاتلاف موقوف علىٰ وجود موضوعه، وهو مال الغير، وبقاؤه موقوف علىٰ عدم تأثير التلف، فمانعيته عن تأثير التلف دورية.

ومما ذكرنا تبين انه كما لاتزاحم بين السببين لاتعارض بين الدليلين؛ لان دليل

الاتلاف يتكفل الضمان في فرض وجود موضوعه وهو اتلاف مال الغير فكيف يعارض ما يتكفل اخراج المبيع عن كونه مال الغير؟! هذا تمام الكلام في الوجه الاول.

ثانيهما: أنّ الاتلاف يوجب تعذر التسليم؛ فيوجب الخيار، وحيث إنّه متعلق بمال المشتري مع بقاء موضوعه؛ لأنّ الخيار مؤكد لبقائه لا منافٍ له فيعمه دليل (من اتلف) فله الخيار وله التضمين بالبدل، غاية الامر أنّه مع اعمالِ الخيار وانفساخ العقد لا يبقىٰ له مجال التضمين، كما أنّه مع أخذ البدل وقبض ماله بماليته لا مجال لاعمال الخيار، إلّا أنّك قد عرفت سابقاً[1] أنّ مورد خيار تعذّر التسليم ما اذا لم يتمكن فعلاً من تسليمه مع امكانه في نفسه، ولذا قلنا بلزوم حمل السرقة في خبر عقبة بن خالد علىٰ ما لايرجىٰ عوده عادة، وما نحن فيه أولىٰ بذلك، فلا مجال للخيار، ولو تنزلنا عن شمول التلف للاتلاف كما هو ظاهر الخبر المزبور فالاوجه ضمان الغرامة ولو بضميمة اصالة بقاء العقد وبقاء ملك المشتري علىٰ حاله، والله أعلم، هذا كله اذا كان الاتلاف من البائع.

وأمّا اذا كان الاتلاف من الاجنبي فتجري فيه الوجوه المتقدمة، ووجه الانفساخ فيه أظهر، لما في خبر عقبة بن خالد من الانفساخ بما هو بمنزلة اتلاف الاجنبي فاتلافه أولىٰ بأنْ يكون موجباً للانفساخ.

وتوهم: أنّه لاينافي التخيير، فإنّ تعين الضمان بالمسمىٰ لتعذر الفرد الآخر وهو الرجوع علىٰ السارق لعدم معرفته.

مدفوع: بأنّ ظاهر مجموع الرواية تعين الانفساخ في نفسه، لا من حيث تعذّر الفرد الآخر، هذا في التخيّر بين اعمال سبب الانفساخ وسبب الضمان بالبدل، وأمّا التخيّر بين الخيار والرجوع بالبدل فالامر أوضح، اذ الظاهر من الخبر تعين التلف من مال البائع، لا تعينه بعد اعمال الخيار.

وأمّا ما قيل من أنّ وجه التخيير هنا أقوىٰ فلم يعلم له وجه، ولعله بملاحظة

---

(١) نفس التعليقة، عند قوله (ومنها ان ظاهر النبوي...).

صدق تعذر التسليم بالتلف أو اتلاف الاجنبي، بخلاف اتلاف البائع فإنّه لم يمتنع عليه التسليم، بل جعله ممتنعاً علىٰ نفسه.

ويندفع: بأنّ الخيار ليس إلّا من ناحية ضررية لزوم البيع التي لافرق فيها بين انحاء أسبابها لا بدليل لفظي[1]؛ ليقال بعدم صدق التعذر باتلاف البائع، وصدقه باتلاف الاجنبي.

ومنها: أنّه بناءً علىٰ تخيير المشتري بين اعمال الخيار ومطالبة القيمة، فمع اعمال الخيار المقتضي لعود الثمن وعود المبيع لا رجوع للبائع، لأنّ مالية ماله عنده باتلافه الذي هو بمنزلة استيفائه، وأمّا مع عدم اعمال الخيار فهل للبائع حبس القيمة إلىٰ أنْ يتسلّم الثمن من المشتري كما كان له حبس العين أم لا؟ وبعد قوله في المتن «وجهان» هكذا (من أنّها بدل عن العين، ومن أنّ دليل الحبس وهو الانفهام من العقد يختص بالبدل) انتهىٰ، وليس لهذه العبارة في النسخة الاصلية الموجودة عندي عين ولا اثر، بل بعد قوله ﷺ «وجهان» (أقواهما العدم).

وبالجملة: مقتضي الالتزام الضمني المستكشف بالطريقة العرفية وهو التعاوض في تقابض العوضين، فلا موجب لحبس القيمة، إلّا أنّ هذا الالتزام ليس إلّا للتحفظ علىٰ ماله لئلا يذهب هدراً خارجاً مع عدم تسلم عوضه، وهذا المعنىٰ موجود في القيمة، وهي في الحقيقة مالية ماله، وبها العبرة في المعاملات المالية لا باشخاص الاموال بذواتها، ولذا قلنا بأنّ خيار الغبن مما يقتضيه الالتزام العقلائي باقامة مال في مقام مال في المالية، وتخليته يوجب الخيار مع عدم تخلف ذات المال.

ومنها: أنّه لو قبضه المشتري بلا اذن من البائع فأتلفه البائع وهو في يد المشتري، فهل هو كاتلافه قبل القبض ـ فتجري فيه الوجوه المتقدمة ـ أو كاتلافه بعد القبض فلا يوجب إلّا القيمة؟ فنقول:

منشأ الترديد أحد أمرين:

الاول: أنّ القبض بلا اذن بمنزلة العدم فيبتني علىٰ ما قدمناه، فمن يراه كالعدم

---

(١) يحتمل انها (نقلي).

فالاتلاف قبل القبض الرافع للضمان، ومن يراه قبضاً حقيقياً وان كان غير مستحق له بل كان آثماً فيه فالاتلاف بعد القبض حقيقة، فلا يعقل جريان الوجوه المتقدمة فيه، بل يتمحض في كونه اتلافاً لمال الغير وهو يوجب ضمان البدل معيناً.

الثاني: أنّ القبض اذا كان بلا اذن ويجوز حينئذ استرداده فكما اذا استرده وتلف ينفسخ العقد، واذا أتلفه بعد استرداده جرىٰ فيه ما ذكر في الاتلاف قبل القبض، فكذلك اذا كان اتلافه استرداداً له فلا يكون اتلافاً له بعد القبض حتىٰ يتمحض في ضمان القيمة، فهو كما اذا تلف باسترداده فإنّه لا شبهة في أنّه كالتلف بعد استرداده، فلا فرق بين ما كان استرداده اتلافاً وما كان اتلافه استرداداً، فهو نظير ما مرَّ من إنَّ اتلاف المشتري للمبيع وهو في يد البائع بمنزلة قبضه، ولا فرق بين القبض الابتدائي والقبض المتجدد الذي هو عين الاسترداد، ولعل هذا الوجه هو الباعث علىٰ تحرير هذا الفرع مستقلاً دون الوجه الاول، فإنّه من آثار الفرع المتقدم من أنّ القبض بلا اذن كافٍ في سقوط الضمان أم لا؟ فلا وجه لتدوينه مستقلاً.

والجواب: أنّ الاسترداد اعادة للاستيلاء السابق، فاذا قارن التلف أو الاتلاف كان تلفاً واتلافاً وهو تحت استيلاء البائع، بخلاف ما اذا اتلفه وهو في يد المشتري فإنّه اتلاف لما ليس تحت استيلائه، ولا هو بنفسه استيلاء.

وأمّا الفرق بين اتلاف المشتري لما في يد البائع واتلاف البائع لما في يد المشتري فهو أنّ اتلاف المشتري تصرف منه في مال نفسه، واستيفاء لماله الذي هو نتيجة الاستيلاء، بل منزلة الاستيلاء من التصرف منزلة ما بالقوة مما بالفعل، بخلاف اتلاف البائع فإنّه تصرف في مال الغير من دون أنْ يكون تحت استيلائه فيشمله من اتلف مال الغير، ولا يعمه الاتلاف لما هو تحت استيلائه، فتدبره فإنّه حقيق به.

اذا تلف الثمن قبل القبض

١٤٧ ـ قوله ﷺ: (**تلف الثمن المعين قبل القبض** ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٤ سطر ٢٦.

بعد عدم الخلاف في المسألة ـ كما ادعاه ـ لا مدرك لها إلّا امران:

احدهما: ما في ذيل خبر عقبة بن خالد حيث قال (فاذا اخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتىٰ يرد ماله اليه)[1] والضمير «لحقه» إمّا راجع إلىٰ البائع أو إلىٰ المشتري، فإنْ كان راجعاً إلىٰ البائع فالمراد ضمانه للثمن، لكنه يقتضي أنْ يقال حتىٰ يرده اليه، ولا موجب لوضع الظاهر موضع المضمر، وإنْ كان راجعاً إلىٰ المشتري فالمراد أنّ المشتري خاسر لماله حتىٰ يرد الثمن إلىٰ البائع، فإنّ تلف الثمن حيث يوجب انفساخ البيع فلا محالة يرجع المبيع إلىٰ البائع فيخسره المشتري، لكنه يوجب التفكيك بين الضمائر؛ لرجوع الاول إلىٰ المشتري، والباقي إلىٰ البائع.

إلّا أنّ ترتب ضمان المبتاع علىٰ قوله (فاذا أخرجه من بيته) يناسب الثاني دون الاول؛ لأنّ انفساخ العقد بتلف الثمن لا ترتب له علىٰ قبض المبيع كما لا ترتب لانفساخ العقد بتلف المبيع علىٰ قبض الثمن، بخلاف خسارة المبيع فإنّها من البائع قبل اخراجه من بيته، ومن المشتري بعد اخراجه من بيته، ومنشأ خسارة البائع له تلفه، ومنشأ خسارة المشتري تلف الثمن.

ثانيهما: صدق المبيع علىٰ الثمن فيعمه (كل مبيع تلف قبل قبضه) ووجه توهم الصدق ما اشتهر أنّ البيع من الاضداد فيصدق علىٰ الاشتراء.

وفيه: أنّه علىٰ فرض صحة هذا المشهور لا يقتضي ذلك، لأنّ مقتضىٰ كون البيع بمعنىٰ الاشتراء أنّه بمشتقاته كمشتقات الاشتراء فيصدق البائع علىٰ المشتري وباع بمعنىٰ اشترىٰ والمبيع علىٰ المشترىٰ ـ بالفتح ـ، وليس هو إلّا المعوض دون العوض.

نعم صدق البائع علىٰ المشتري مجدٍ في قوله (فهو من مال بائعه)، لكنه بعد كون موضوع القضية هو المعوض علىٰ أي تقدير يتعين كون البائع بمعناه لا بمعنىٰ المشتري، مضافاً إلىٰ أنّ مجرد كون البيع من الاضداد لا يجدي، لأنّه لا يصح استعماله فيهما معاً، بل لا يعقل فلابد من فرض الجامع واستعماله فيه، والجامع بين الضدين وإنْ كان معقولاً، بل لعله شرط التضاد المصطلح، إلّا أنّه لا يتوقف علىٰ

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٠ من ابواب الخيار، ح ١.

وضع البيع لمعنيين متضادين، بل يصح الاستعمال مجازاً علىٰ أي تقدير.

١٤٨ ـ قوله ﷺ: (ثم إنّه هل يلحق العوضان في غير البيع ...الخ)[١].

اذا قلنا بأنّ المعاوضة ـ بما هي معاوضة ـ تقتضي ذلك ـ كما تقدم احتماله بل القول به من بعضهم ـ فالامر واضح، وإلّا فلا موجب للالحاق، لأنّ غاية ما يمكن الالتزام به بسبب الالتزام الضمني المستكشف ببناء العرف والعقلاء هو جميع آثار الالتزام من جواز الامتناع لاحدهما مع امتناع الآخر، وجواز اجبار الممتنع، وثبوت الخيار مع تعذر التسليم أو تعذر الاجبار.

وأمّا انفساخ العقد فهو أجنبي عن الالتزام الضمني، بل كما عرفت حكم شرعي محض يحتاج إلىٰ دليل، وأمّا ابطال العقد بملاحظة تقييد الرضا المعاملي بالتقابض فهو اشتباه وخلط بين العقد[٢] والالتزام الشرطي، وقد عرفت الجواب عن تقيد الرضا في مبحث مفسدية الشرط الفاسد وعدمها، فراجع[٣].

وأمّا استكشاف عموم الحكم من التسالم علىٰ بطلان الاجارة بتلف العين المستأجرة قبل القبض بل بعده بلا فصل.

ففيه: أنّ الوجه فيه أنّ المملوك بعقد الاجارة هي المنفعة القائمة بالعين في موقع استيفائها منها، فلا شيء حتىٰ تملك أو تملّك عقلاً، بخلاف البيع فإنّ وجود العين حال البيع كافٍ في تمليكها وتملّكها، فانفساخه يحتاج إلىٰ موجب ودليل، وبالجملة إنْ كان اجماع علىٰ الالحاق فهو وإلّا فلا مدرك له.

اذا تلف بعض المبيع قبل قبضه

١٤٩ ـ قوله ﷺ: (لو تلف بعض المبيع قبل قبضه ...الخ)[٤].

توضيح المقام برسم أمور:

منها: أنّ البعض الذي يقسّط عليه الثمن ويقبل الاستقلال في الملكية مملوك

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٤ سطر ٣٤.
(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (العبد).
(٣) تعليقة ٩٨.
(٤) كتاب المكاسب ٣١٥ سطر ٣.

بحقيقة الملكية، وليس البيع إلّا التمليك وهو ايجاد الملكية، وهو متحد بالذات مع وجود الملكية، فالجزء مبيع بالحمل الشائع حقيقة، بل معقود عليه حقيقة، فإنّ العقد المعنوي اللبي ـ وهو القرار المرتبط بقرار آخر ـ لا يستقل بالتحصّل، فلابد من تعلقه بملكية شيء بعوض، فيتعدد بتعدد الملكية المتعددة بتعدد ذات المملوك، لأنّ الاضافات والاعتبارات تتشخص بتشخص اطرافها، فتتعدد بتعددها، وإنّما الواحد هو العقد الانشائي المركب من الايجاب والقبول اللفظيين مثلاً.

وأمّا عدم صدق البيوع علىٰ بيع الدار بعوض مخصوص فالجواب عنه: أنّ وحدة البيع فيه وحدة عمومية لا شخصية، ولا منافاة بين هذه الوحدة وتلك الكثرة، وكذلك الاضافات الحقيقية فإنّ السقف فوق الارض اذا لوحظ السقف والأرض بنظر الوحدة، مع أنّ كل جزء من السقف له الفوقية بالقياس إلىٰ ما يحاذيه من اجزاء الارض، وعليه فالجزء التالف مبيع حقيقة، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه.

ومنها: أنّ الجزء تارة مما ينبسط عليه وعلىٰ غيره الملكية سواء لوحظ معيناً أو مشاعاً كأجزاء الدار مثلاً، وأُخرىٰ لا ينبسط عليه الملكية باعتبار التعين الخارجي، بل باعتبار الاشاعة فقط كأجزاء الحيوان من عبد وأمة أو دابة، فإنّه ليس له اعتبار الملكية بما هو يد أو رجل أو رأس، بل لنصفه المشاع وثلثه وربعه اعتبار الملكية فقط، وله التلف استقلالاً بالاعتبار الاول، لكنه ليس له اعتبار الملكية بالذات، وله الملكية بالاعتبار الثاني لكنه لا تلف له بالاستقلال، بل تلفه بتلف الكل وهو خارج عن محل الكلام، اذ الكلام في تلف البعض المقابل لتلف الكل، وعليه فحال التلف بالاعتبار الاول حال تلف الوصف الذي لا يتقسط عليه الثمن.

ومنها: أنّ ما عدا الجزء من حيثيات العين وشؤونها علىٰ قسمين، فتارة تقبل انبساط الملكية عليه بالتبع كالمنافع، فإنّها من شؤون العين وحيثياتها الوجودية التدريجية الوجود؛ فتكون مملوكة بتبع ملك العين اذا لم تكن مستوفاة بالاستيفاء الاجاري الاعتباري، كما تقبل الملكية الاستقلالية بالاجارة، فيعلم منه أنّ التبعية في

قبال الاصالة لا بمعنىٰ العرضية المقابلة للذاتية، نظير وجوب المقدمة بوجوب ذيها، فإنّه وجوب حقيقي لا عرضي.

وأُخرىٰ لا يقبل الانبساط بالتبع بل بالعرض كجودة العين وبياضها وغيرهما من اعراضها، فإنّها لاتقبل الملكية حتىٰ بالتبع، بل مملوكة بالعرض؛ بمعنىٰ أنّ العين حيث كانت مملوكة حقيقة وبالذات فبياضها من أوصاف المملوك فينسب اليه الملكية بالعرض، وبعبارة أخرىٰ الجارية البيضاء مملوكة، لا أنّ هناك ملكيتين حقيقيتين ينسب احداهما إلىٰ العين بالاصالة والىٰ الآخر بالتبع كما في العين ومنافعها.

ومنها: أنّ الوصف وما يشبهه مما لا يقسّط عليه الثمن لا يقبل أنْ يكون ضمانه كضمان الكل والجزء المستقل ضمان المعاوضة، اذ لا مقابل له ليعود بانفساخه إلىٰ المشتري، بل سيجئ[1] ان شاء تعالىٰ أنّه لا يعقل اصل الانفساخ ولو مستلزماً لعود ما يقابله ولذا اتفقوا علىٰ أنّ المشتري له الرد، واختلفوا في استحقاق الارش مع الامساك.

وقد جمع المصنفﷺ بين الانفساخ والتخيير بين الرد والامساك بالارش بتقريب تفرّد بهﷺ وملخصه: أنّ مرجع تلف المبيع من مال البائع الىٰ فرض العقد كأنْ لم يكن، ومقتضاه في تلف الكل مع عدم العقد عليه فيكون تلفه من البائع وانفساخ العقد عنه تمامه، وفي تلف الجزء عدم العقد عليه فيكون تالفاً من البائع بانفساخ العقد بالنسبة اليه، وفي تلف الوصف ـ مع فرض العقد علىٰ الموصوف بما هو موصوف وعلىٰ المتحيث بهذه الحيثية بما هو كذلك ـ هو انفساخ العقد بالاضافة إلىٰ الحيثية والوصف التالف، والمفروض وقوع العقد الصحيح فيكون واقعاً علىٰ ذات المتحيث وذات الموصوف، ومقتضاه جريان احكام وقوع العقد علىٰ المعيب من التخيير المزبور، فمقتضىٰ قاعدة تلف المبيع هو انفساخ العقد بالنسبة إلىٰ صفة المبيع وحيثيته، ومقتضىٰ لازمه ـ وهو وقوع العقد علىٰ ذات الموصوف ـ جريان

---

(١) في نفس التعليقة.

احكام العيب.

وفي تطبيق كلا الامرين نظر، أمّا انفساخ العقد بالاضافة إلىٰ الوصف فقد علمت مما تقدم أنّ الوصف وما يشبهه لا عقد عليه حتىٰ بالتبع، وما لا عقد عليه لا انفساخ له، وإنّما ينسب العقد إلىٰ الوصف بالعرض، وما بالعرض تابع لما بالذات ثبوتاً وسقوطاً، فلا يعقل الانفساخ بالعرض إلّا اذا كان انفساخ بالذات، ومعه كيف يعقل بقاء العقد علىٰ الفاقد حتىٰ تجري احكام العيب عليه ؟!.

وأمّا في إجراء أحكام العيب فلأنّ الدليل دلّ علىٰ الخيار فيما وقع العقد علىٰ المعيب، لا الاعم منه ومن تعيّب المبيع بعد وقوع العقد عليه وهو صحيح، ولذا قام بعض أجلّة المحشين ﷺ[1] بصدد اصلاحه، وملخص ما ذكره ﷺ في باب خيار العيب: أنّ مقتضىٰ التلف من مال البائع هو فرض تلفه وهو في ملك البائع، وفرض وقوع العقد علىٰ التالف كلاً بطلان العقد، اذ التالف لا يملك، وعلىٰ التالف بعضه هو بطلان العقد بالنسبة إلىٰ البعض التالف لعين ما مرّ، وعلىٰ التالف وصفه تأثير العقد فيما هو موجود وهو ذات الموصوف.

ويندفع: بأنّ مقتضىٰ قوله ﷺ (فهو من مال بائعه) هو كونه كذلك قبل التلف، لا كونه كذلك قبل العقد، والبطلان في صورتين والخيار في صورة من مقتضيات وقوع العقد علىٰ التالف قبل العقد لا علىٰ التالف بعد وقوعه، والمفروض هو الانفساخ الحقيقي قبل التلف لا البطلان وعدم التأثير رأساً، فإنّه بلا موجب.

ومنه تعرف أنّ ما أفاده المصنف ﷺ بكلا جزئية غير وجيه، نعم يمكن أنْ يقال: ـ كما مرّ منا في المباحث السابقة[2] ـ أنّ دليل التلف قبل القبض اذا عم التلف بجميع مراتبه كان مقتضاه انفساخ العقد عن الموصوف بتلف وصفه لانتهاء ما بالعرض الىٰ ما بالذات، فيكشف الانفساخ بالعرض عن الانفساخ بالذات من باب كشف المعلول عن علته، إلّا أنّ القوم لا يقولون به، بل بالرد أو به وبالارش معاً.

مضافاً إلىٰ أنّ ظاهر قوله ﷺ (كل مبيع تلف قبل قبضه) هو تلف المبيع بالحمل

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ٧٦ سطر ١٩.

(٢) تعليقة ١٣٠، عند قوله (ومنها: ان تلف الجزء...).

الشائع، وحمله علىٰ تلف المبيع بذاته وبجزئه وبوصفه خلاف الظاهر، لأنّ تلف الجزء تلف المبيع حقيقة، لكن تلف المبيع بوصفه من باب الوصف بحال المتعلق ـ أي تلف وصفه ـ، وعليه فلا دليل علىٰ الانفساخ، ولا دليل علىٰ ضمان الغرامة كما في باب خيار الحيوان، بل لو قيل بالحاقه بتلف الوصف في زمان الخيار لم يثبت به إلّا الامساك بالارش، لأنّ الرد هناك لمكان الخيار، ولا خيار هنا، ومنه تعرف أنّ الرد أولىٰ بالاشكال من الارش.

وربما يستدل للرد بل للارش أيضاً بقاعدة نفي الضرر، وتوضيح القول فيه أنّ الموضوعات الضررية هنا أُمور:

احدها: ضرر الصبر علىٰ المعيب.

ثانيها: ضرر ردّه علىٰ البائع، حيث إنّه خرج عن ملكه صحيحاً وعاد اليه معيباً.

ثالثها: ضرر الرد علىٰ المشتري لنقض غرضه المعاملي المعبر عنه فيما حكي عن العلامة ﷺ بمسيس الحاجة إلىٰ المعاوضة.

رابعها: ضرر الامساك بلا ارش، فنقول:

أمّا ضرر الصبر علىٰ المعيب فتارة يلاحظ من حيث إنّه موضوع ضرري في نفسه من دون ارتباط بالعقد فنفي حكمه المناسب له من وجوب الصبر لايقتضي خيارية العقد، وأُخرىٰ من حيث أنّ لزوم العقد علىٰ المبيع الذي تعيّب قبل قبضه ضرري فيرتفع.

ففيه: أنّ تعيّبه قبل القبض كتعيّبه بعده أجنبي عن العقد وحكمه، فإنّ العقد لم يقع علىٰ المعيب حتىٰ يكون لزومه ابقاءً للضرر وموجباً لاستقرار الضرر علىٰ المشتري، وما لم يستند الضرر إلىٰ الحكم الشرعي لا يكون الحكم معنوناً بعنوان الضرية حتىٰ يكون مرفوعاً، واذا قلنا بأنّ المرفوع هو الحكم بنفي موضوعه الضرري فالامر أوضح، اذ العقد لم يتعلق بالمعيب حتىٰ يتصوّر موضوع ضرري ليرفع عنه حكمه، فلا يقاس بالمعاملة الغبنية ولا بيع المعيب كما هو واضح، ولا دليل علىٰ لزوم[1]

---

(١) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (لزومه).

تدارك الضرر اذا لم يستند إلىٰ الشارع؛ حتىٰ يكون مرجعه إلىٰ رفع الحكم الذي ينشأ منه الضرر.

وأمّا ضرر الرد علىٰ البائع فهو وجيه، اذ المفروض توجه الضرر الىٰ المشتري لحدوث العيب في ملكه، فلا معنىٰ لتحميله علىٰ البائع، بل قاعدة الضرر لا تعم نفي الضرر الذي يتضرر به الغير؛ لمنافاته للامتنان، لتساوي المكلفين في هذا الملاك.

وأمّا ضرر الرد علىٰ المشتري فلو لوحظ في نفسه لما كان له أثر هنا، لأنّ أمر المشتري دائر بين ضررين يتخير في اختيار احدهما، وأمّا لو لوحظ مقدمة لضرر الامساك بلا أرش لينتج التخيير بين الرد والامساك مع الارش ففيه كما أنّ الامساك بلا ارش ضرر علىٰ المشتري كذلك الرجوع بالارش ضرر علىٰ البائع، ولا موجب لتدارك ضرره باضرار البائع مع حدوث العيب في ملكه، مع أنّه لم يتعين عليه الامساك حتىٰ يكون امساكه بلا أرش القاء له في الضرر، ولذا لايشك في عدم الارش وبذل ما به التفاوت في الغبن وشبهه، وإنّما حكم بالارش في مورد خيار العيب بدليل خاص، لا من ناحية قاعدة نفي الضرر، مع ما عرفت من الفرق بين وقوع العقد علىٰ المعيب وحدوث العيب في ملك المشتري.

ومن جميع ما ذكرنا تبيّن أنّ قاعدة الضرر لا تثبت جواز الرد، فضلاً عن الارش، فإنْ كان اجماع علىٰ الرد والارش او علىٰ الاول ـ كما أُدعي ـ فهو، وإلّا فالاقوىٰ عدم جواز الرد، فضلاً عن الارش، ولا يخفىٰ أنّ غرض المصنف ﷺ من قوله ﷺ (إلّا أنّه لما استندوا ...الخ) وتعقيبه بكلام العلامة ﷺ هو أنّ اثبات الخيار وحده بقاعدة الضرر يتوجه عليه الايراد بأنّ الرد ربّما يكون ضرراً، وتدارك الضررين ليس بالخيار وحده، بل بالتخيير بين الرد والامساك بالارش.

ومنه تعرف أنّ ما أفاده ﷺ في مقام الجواب بقوله ﷺ (لكن فيه ...الخ) غير وافٍ بدفع الايراد ومنع التخيير، بل بقصور ضرر الصبر علىٰ المعيب من اثبات أزيد من جواز الرد، مع أنّ مقتضىٰ الايراد وجود ضرر آخر يقتضي الارش، فاللازم دفع ذلك المقتضي الآخر كما مرّ منا، فتدبر جيداً.

ومنها: بعد الفراغ عن أنّ العيب الحادث قبل القبض اذا لم يكن مستنداً إلىٰ آدمي يوجب الخيار بل الارش يقع البحث فيما اذا كان تلف الوصف باتلاف المشتري أو البائع أو الاجنبي، أمّا اتلاف المشتري للوصف فكاتلاف الموصوف، ولا معنىٰ لأنْ يكون ضامناً لمال نفسه، وهو المقدم علىٰ اضرار نفسه فلا معنىٰ لايجابه الخِيار علىٰ غيره.

وأمّا اتلاف البائع أو الاجنبي فظاهر الجواهر[1] في صدر كلامه أنّه لا خلاف في ايجابه الخيار، وجعل موقع البحث في الارش، وظاهر المصنفﷺ ثبوت الارش فقط، ثم احتمل التخيير بين الرد والامساك وأخذ الارش من المتلف[2] بايعاً كان أو أجنبياً.

ومبنىٰ الاول وجود المقتضي للارش، لعموم «من اتلف»، وعدم المقتضي للخيار، لأنّ نفي الضرر اذا كان لا من قبل أحد يقتضي الخيار دون ما اذا كان مستنداً إلىٰ أحد، فإنّ اضرار الغير متدارك بدليل الاتلاف بضمانه دون ما اذا لم يكن مستنداً إلىٰ احد فإنّه لا ينجبر ولا يتدارك إلّا بالخيار.

ومبنىٰ الثاني تحقق الضرر والاضرار المحقق لموضوع الاتلاف، فهناك سببان للخيار لكون اللزوم ضررياً، ولا ضرار الغير الموجب للارش، وقد تبيّن بطلانه من الوجه الاول، كما تبيّن بطلان الكل من البحث المتقدم أنفاً، فلا موجب إلّا لأرش الجناية لعموم من اتلف، فلا تغفل.

بيع المكيل والموزون قبل قبضه

١٥٠ ـ قولهﷺ: (الاقوىٰ من حيث الجمع بين الروايات ...الخ)[3].

توضيح المقام بالبسط في الكلام في اُمور:

منها: أنّ ظاهر كثير من روايات الباب سؤالاً وجواباً هو المنع وضعاً أو تكليفاً

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٦١.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (التلف).

(٣) كتاب المكاسب ٣١٥ سطر ٢٧.

تحريماً أو تنزيهاً عن بيع ما لم يقبض بعنوانه، وظاهر أكثر الروايات دوران الحكم مدار عنوان الكيل والوزن، أو ظاهر هذه الطائفة باجمعها هو الكيل والوزن في مرحلة الوفاء، لا الكيل والوزن المصحح للبيع الاول، ولا الكيل والوزن المصحح للبيع الثاني، ولا يكون ذلك إلّا في فرض بيع المكيل والموزون كلياً مقدّراً بأحدهما، فالكيل والوزن المسؤول عنهما بقوله (قبل ان اكتاله) والجواب بقوله عليه السلام (حتىٰ تكيله أو تزنه)[1] لا موقع لهما إلّا مرحلة الوفاء، ولا ينبغي أنْ يراد منه الكيل المجدد والوزن كذلك في ماكيل أو وزن، لإباء قوله (قبل أنْ اكتاله) ومنافاة قوله عليه السلام (حتىٰ تكيله) مع وقوع الكيل منه سابقاً.

ولا ينبغي حمله علىٰ ما احتمله صاحب الجواهر رحمه الله من ارادة الكيل والوزن في البيع الثاني في قبال الاكتفاء بالاخبار، فإنّه مخصوص بما اذا أخذه اعتماداً علىٰ اخبار البائع الاول لا مطلقاً، والروايات مطلقة من هذه الجهة، ويشهد لجميع ما ذكرنا رواية الكرخي (قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اشتري الطعام الىٰ اجل مسمىٰ فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أنْ اقبضه؟ قال: لابأس أنْ تبيع إلىٰ أجل كما اشتريت، وليس لك أنْ تدفع قبل أنْ تقبض، قلت: فاذا قبضته ـ جعلت فداك ـ فلي أنْ أدفعه بكيله؟ قال: لابأس بذلك اذا رضوا)[2].

فإنّ المراد من القبض إنْ كان أخذ المبيع الشخصي كان دفعه مسبوقاً بقبضه، فلا معنىٰ للنهي عن دفعه قبل قبضه، بخلاف ما اذا كان المبيع كلياً وأُريد من قبضه كيله وفاءً، فإنّ مفاده دفعه قبل كيله، فإنْ دفعه حينئذ قبل كيله لا يكون الا بقبضه جزافاً، وهو كالبيع مجازفة بلا أثر.

ثم إنّ قوله (فلي أنْ ادفعه بكيله ...الخ) سؤال آخر مرتب علىٰ السؤال، والجواب المذكورين في جميع الروايات، فيعلم منه أنّ مفاد السؤال والجواب العام لا دخل له بعدم الاعتماد علىٰ الاخبار.

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ١١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ١٩.

ومن هذا البيان تعرف أنّ مفاد هذه الطائفة هو المنع قبل الكيل وفاء، ومورده الكلي، فلا دلالة لها على المنع في المبيع الشخصي، وحيث إنّ مساق الطائفة الاولى مساق الثانية فيعلم أنّ المراد بالقبض المذكور في السؤال والجواب هو الكيل والوزن في مورد الوفاء، ويشهد له وقوع السؤال عن القبض والجواب بالكيل والوزن كما في صحيحة معاوية بن وهب قال: (سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أنْ يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه)[1] فيعلم أنّ المراد من القبض هو كيله أو وزنه.

والتحقيق: أنّ القبض الذي جعل مقسماً لما يكال ولما لا يكال فاعتبر في الاول دون الثاني لايمكن أنْ يكون بمعنى الكيل والوزن، بل بمعنى جامع يجامع الكيل والوزن، اذ من الواضح أنْ الكيل الوفائي لا يكون عادة إلّا في مقام التسليم والتسلّم، والسر في التعبير عنه في المكيل والموزون بالكيل والوزن الغير المنفكين عنه عادة التنبيه على أنّ القبض الصحيح في مقام الوفاء لابد من أنْ لايكون جزافاً، حيث فرض صحة البيع بتقدير الكيل والوزن فكذا القبض لابد من أنْ يكون بهما، فإنّه كما لا يصح البيع مجازفةً كلياً كان المبيع أو شخصياً كذلك لا يصح القبض مجازفة اذا صح البيع بالتقدير المخصوص بالكلي، وعليه فحيث إنّ المقسم عام والعبرة بالقبض بما هو قبض فلا محالة يسري المنع بأي وجه كان إلى الشخصي؛ وإنْ كان مورد السؤال والجواب كلياً، فتدبره فإنّه حقيق به.

ومنها: أنّ الاخبار الواردة في المكيل والموزون طوائف ثلاث:

الاولى: ما يدل على المنع عن بيع ما لم يقبض مطلقاً.

الثانية: جوازه مطلقاً.

الثالثة: التفصيل بين بيع التولية فيجوز وما عداه فلا يجوز.

وكما أنّ هذه الطائفة الثالثة مقيدة للاولى كذلك مقيدة للثانية، وعليه فقوله عليه السلام (لابأس) وإنْ كان نصاً في الجواز (وفيه بأس، أو لاتبع) ظاهراً في الحرمة ومقتضى

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ١١.

الجمع العرفي حمل النهي علىٰ الكراهة، إلّا أنّ هذا الجمع فرع التعارض باتحاد المورد، وأمّا مع عدمه فلا، لأنّ العام والخاص والمطلق والمقيد لا يعدان عرفاً من المتعارضين المحتاجين إلىٰ اعمال قواعد العلاج.

وربما يقال بترجيح الحمل علىٰ الكراهة لوجوه لاينافي حمل المطلق علىٰ المقيد كلية، فإنّه جمع عرفي طبعي فلا ينافي عدم الحمل لخصوصية عرضية:

أحدها: أنّ حمل الاطلاقات الدالة علىٰ الجواز علىٰ بيع التولية حملٌ لها علىٰ الفرد النادر، فإنّ تولية البيع قبل القبض الذي هو بعد العقد بلا مضي مدة يتحقق اليأس من الربح في المعاملة نادر عادة، مع أنّ الباعث علىٰ المعاملات غالباً هو الانتفاع بها، بخلاف استثنائه من المنع فإنّه موافق لما يقتضيه الاستثناء غالباً.

ثانيها: أنّه مع البناء علىٰ التقييد يجب تقييد الاطلاقات المانعة بما اذا لم يكن البيع قبل القبض من نفس البائع فإنّه جائز كما سيجيء[1] ان شاء تعالىٰ، بخلاف ما اذا حملت علىٰ الكراهة فإنّ امرها سهلٌ.

ثالثها: أنّه مع البناء علىٰ التقييد يجب حمل الاخبار الدالة علىٰ الجواز في بيع الثمرة علىٰ ما اذا كانت علىٰ الشجرة دون ما إذا حمل المنع علىٰ الكراهة.

رابعها: يجب علىٰ التقييد تقييد الاطلاقات المانعة بما اذا لم يكن البيع الثاني بعنوان الاشتراك فيما اشتراه كما في خبر السفينة[2] فإنّه جائز مع أنّه من بيع ما لم يقبض.

خامسها: يجب علىٰ التقييد تقييد مطلقات المنع بما اذا لم يكن البيع من احد الشركاء لشريكه، فإنّه جائز حتىٰ مع الربح كما في خبر جماعة.

فإنّ الالتزام بهذه التقييدات الكثيرة في المطلقات المانعة بعناوين مختلفة يوجب وهن الاطلاق في المنع التحريمي، فظهور الاخبار المفصلة في التحريم الموهون بلزوم الالتزام بهذه التقييدات في المستثنىٰ منه كما في اطلاقات المنع والموهون بلزوم حمل الجواز في المطلقات الشاملة للمستثنىٰ علىٰ الفرد النادر يوجب الالتزام

---

(١) في نفس التعليقة.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٦.

بالكراهة فيهون معه الخطب في كل ذلك.

ويمكن الخدشة في الكل:

أمّا في الاول: فبأنّ مطلقات الجواز عمدتها روايتان:

احداهما: رواية جميل بن دراج وهي مقيدة بقوله (ويوكل الرجل المشتري منه بكيله وقبضه) كما في الوسائل[١] والحدائق[٢] فهي ظاهرة في اعتبار الكيل في مقام الوفاء، غاية الامر هو أنّ الكيل المعتبر أعم من أنْ يكون قبل البيع الثاني أو بعده بتوكيل البائع للمشتري في الكيل والقبض.

ثانيتهما: رواية الكرخي وهي مقيدة أيضاً بقوله (فاقول ابعث وكيلك حتىٰ يشهد كيله ...الخ)[٣] وهي قريبة من الاولىٰ، فلا دلالة لهما علىٰ عدم اعتبار القبض مطلقاً ولو كيلاً ووزناً بعد البيع الثاني.

وأمّا في الثاني: فبما أفاده ﷺ من اختلاف موضوع تلك المسألة مع موضوع ما نحن فيه، فلا اطلاق لدليل المنع حتىٰ يجب تقييده، بل استثناء التولية يخصصه بما اذا اراد بيعه من غير بائعه.

وأمّا في الثالث: فبأنّ ظاهر اخبار بيع الثمرة هو بيعها علىٰ الشجرة[٤]، فلا اطلاق لها بحيث تعم الثمرة الموضوعة علىٰ الارض حتىٰ يجب تقييد الاطلاقات المانعة وبيعها علىٰ الشجرة بخرصها وتقديرها لا بكيلها ووزنها خارجاً، وإنّما المنع في مورد يترقب فيه الكيل والوزن، إمّا في مورد البيع لئلا يكون من بيع المجازفة، وإمّا في مورد الوفاء لئلا يكون القبض جزافاً، وبيع الثمرة علىٰ الشجرة خارج عن المقسم بيعاً ووفاءً.

وأمّا في الرابع: فبأنّ الاشتراك مع المشتري كما هو صريح الرواية من التولية بمقدار حصة المشترك معه، وفي الخبر (فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفع اليهم

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٦.

(٢) الحدائق الناضرة ١٩: ١٧٤.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب بيع الثمار.

ويقبض الثمن)[1] فلا تقييد زيادة علىٰ التقييد بالتولية.

وأمّا في الخامس: فبأنّ البيع اذا كان مختصاً فأمر القبض من البائع يدور بين الاثبات والنفي، بخلاف ما اذا كان اشتراكياً، فإنّ عدم قبض احد الشركاء البائع لحصته من الآخر لا يدل علىٰ عدم قبض المبيع المشترك من البائع، لامكان قبض البعض المأذون في قبضه، والخبر لايدل إلّا علىٰ أنّ قبض بائع الحصة غير لازم، لا علىٰ أنّ قبض المبيع من البائع كلية غير لازم.

هذا إلّا أنّ الانصاف أنّ مجموع ما ذكر كافٍ في ترجيح احتمال الكراهة علىٰ حمل المطلق علىٰ المقيد كما ذهب اليه المشهور من محققي المتأخرين.

وأمّا دعوىٰ: ترجيح حمل المطلق علىٰ المقيد علىٰ حمل النواهي علىٰ الكراهة بما محصله: أنّه لا يجوز في التقييد، فإنّه من باب تعدد الدال والمدلول، بخلاف حمل النهي الظاهر في التحريم علىٰ الكراهة.

فيندفع: بأنّه كما أنّ الثاني علىٰ خلاف اصالة الحقيقة كذلك الاول علىٰ خلاف اصالة الاطلاق، ولا فرق بين المجاز الاصولي والمجاز اللغوي، هذا اذا كان استفادة الوجوب والتحريم بالوضع، وأمّا اذا كان بالاطلاق كما هو الصحيح فكلا التصرفين علىٰ خلاف اصالة الاطلاق.

كما أنّه ربما يؤيد التقييد بأنّ حمل النواهي علىٰ الكراهة مع استثناء التولية يقتضي أنْ لا يكون بيع التولية مكروهاً؛ مع أنّه لا خلاف في كراهته، وليس وجه الاشكال لزوم حمل مطلقات الكراهة علىٰ المقيد وهو ما عدا التولية؛ حتىٰ يجاب بأنّه لا حمل في المستحبات والمكروهات، وإنّما يحملان علىٰ مراتب الاستحباب والكراهة، وذلك لأنّ مورد عدم الحمل فيهما ما اذا كان موضوع الكراهة والاستحباب تارة عاماً وأُخرىٰ خاصاً، دون ما اذا قام الدليل علىٰ عدم الكراهة كما في استثناء التولية.

ومنه تعرف أنّ الاشكال ليس من اجل عدم الدليل علىٰ كراهة بيع التولية بعد

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ٧.

الاستثناء؛ ليجاب بأنّ مطلقات المنع كافية في اثبات الكراهة لها، كما ربّما يقال في الجواب عن الاشكال، فإنّ الاشكال ليس في عدم الدليل علىٰ الكراهة، بل في أن الاستثناء يدل علىٰ عدمها، مع أنّه لا اشكال في ثبوتها.

نعم يندفع اصل الاشكال بأنّ مقتضىٰ الجمع بين المطلقات والروايات المفصلة حمل الاستثناء علىٰ خفة الكراهة، وعدم كون بيع التولية كغيرها في شدة الكراهة، فالاستثناء يدل علىٰ عدم الكراهة بتلك المرتبة التي للمستثنىٰ منه، لا علىٰ عدمها رأساً.

ومنها: أنّ عنوان المسألة بحسب الفتاوىٰ والنصوص يختص بالمبيع الشخصي أم يعم الكلي أيضاً؟ أمّا بحسب الفتاوىٰ فظاهرها كما أفاده المصنف ﷺ مختص بالشخصي؛ لاستدلالهم علىٰ المنع بأنّ المبيع في معرض الانفساخ بالتلف، ولا تلف إلّا للشخص، نعم اذا كان تلف مالية الشخص يعد تلفاً له أمكن سقوط الكلي عن المالية رأساً؛ فيكون تلفاً له؛ فيكون الكلي كالشخصي في شمول الدليل له.

لا يقال: موضوع الدليل الدال علىٰ الانفساخ بالتلف ليس هو المال؛ حتىٰ يقال إنّ تلف المالية تلف المال بما هو مال حقيقة، بل موضوع الدليل تلف المبيع، وتلفه ظاهر في تلفه بذاته.

لانا نقول: تلف مالية المبيع الشخصي مع بقاء ذاته إنْ كان مصححاً عرفاً لتلف المبيع بالحمل الشائع فالكلي كالشخصي، وإلّا فلا، وأمّا أنّ تلف المالية في الشخصي داخل في تلف المبيع أو تلف وصفه فهو محل البحث كما اشرنا اليه في مبحث الارش[1].

ولايقاس بسرقة المتاع المعدودة في الخبر من التلف قبل قبضه، نظراً إلىٰ أنّ عدها تلفاً ليس إلّا بملاحظة عدم التمكن من الانتفاع به، وبعد سقوطه عن المالية رأساً أيضاً يسقط عن القابلية للانتفاع نظير ما اذا ذهبت رائحة ماء الورد بالكلية وذلك لامكان كون المناط عدم التمكن من القبض والاقباض بالسرقة التي لايرجىٰ الظفر به،

---

(١) تعليقة ٤٦، عند قوله (منها: ان ضمان الارش...).

والمبيع في ضمان البائع إلىٰ أنْ يتحقق قبضه، فمع عدم امكانه عادة يستقر عليه الضمان، وزوال المالية في الشخص لا يوجب عدم التمكن من القبض، بل ليس إلّا زوال الوصف، خصوصاً اذا كان مثل ذهاب رائحة ماء الورد، لا زوال المالية من دون ذهاب شيء منه كما في الاوراق المطبوعة المتقومة ماليتها باعتبار السلطان مثلاً.

وبالجملة: دخول زوال المالية في الشخص في باب التلف قبل القبض ليس مسلماً حتىٰ يقاس به الكلي ويتصور تلفه قبل قبضه بقبض فرده، مضافاً إلىٰ وضوح انصراف التلف في النبوي عن مثل هذا التلف، هذا بحسب الفتاوىٰ.

وأمّا بحسب النصوص فقد مرّ أنّ مورد غالب اخبار المنع هو الكلي المتوقف تعينه علىٰ الكيل والوزن في مقام الوفاء، نعم بالقرينة التي ذكرناها يمكن التعميم، كما أنّ مورد خبر الثعلبة[1] وخبر بيع الثمرة[2] وبيع البز[3] قبل القسمة هو الشخص، وظاهر جملة منها هو الاعم، فالظاهر عموم الحكم منعاً وجوازاً للشخصي والكلي سواء ذمياً أو خارجياً، والله العالم.

ومنها: هل المنع وضعي أو تكليفي تحريمي أو تنزيهي؟ والكلام تارة بحسب ما يستفاد من الاخبار، وأخرىٰ من الكلمات.

أمّا بحسب الاخبار فظاهر النهي وإنْ كان هو التحريم تكليفاً إلّا أنّه ربما يقال إنّ النواهي المتعلقة بالمعاملات لها ظهور ثانوي في الارشاد إلىٰ الفساد، وكذا الاوامر المتعلقة بها ظاهرة في الارشاد إلىٰ الصحة، لا أنّه بعد رفع اليد عن ظهورها في الوجوب لها ظهور في الترخيص التكليفي، والانصاف أنّ هذا الظهور الثانوي لا ينبغي انكاره إلّا اذا كانت قرينة موجبة لرفع اليد عنه وارادة الحرمة التكليفية أو الكراهة.

وأمّا ابقاء النواهي علىٰ ظهورها الأَوّلي واستفادة البطلان من تعلقها بذات

---

(١) وفي نسخة (أ) (السعلية) والظاهر انها (التوالية)، اخبار التولية راجع وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب احكام العقود.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٧ من ابواب بيع الثمار.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ١٠.

المعاملة كما هو ظاهر الجواهر[١] وغيره فمندفع بما مرّ مراراً من عدم الملازمة عرفاً وشرعاً بين المبغوضية والبطلان، بل تقدم مراراً أنّ التحريم التكليفي المولوي اذا تعلق بالبيع الشائع فهو يدل علىٰ الصحة عقلاً، وإلّا لزم تعلق النهي بغير المقدور في ظرف الامتثال.

وأمّا بحسب الكلمات فظاهر بعض استدلالاتهم هو البطلان، إلّا أنّ استدلالهم بالاخبار لا يكشف عن فتواهم بالبطلان إلّا بالملازمة بين الحرمة والفساد كما صرح به غير واحد، ولو لم يكن النهي عندهم علىٰ ظاهره من التحريم التكليفي وكان ارشاداً إلىٰ الفساد لم يكن هناك دليل علىٰ الكراهة، المردد أمر حكم المسألة بينها وبين المنع، فلا يكشف فتاويهم ولو اطبقوا علىٰ البطلان عن مستند آخر، بل مستند البطلان علىٰ القول به توهم الملازمة بين مفاد الاخبار وهي الحرمة والفساد.

وبالجملة: فالفتوىٰ بالمنع في قبال الكراهة غير كاشف عن الفتوىٰ بالبطلان، وعلىٰ فرض الكشف فالمستند واضح البطلان، إلّا أنّ الانصاف أنّ الجواز وعدمه المنسوبين إلىٰ المعاملات في الكلمات لها ظهور ثانوي في الصحة والنفوذ وعدمهما، وإنْ كان المستند للفتوىٰ بالفساد خالياً عن السداد.

التنبيه الاول: هل للثمن نفس حكم المبيع

١٥١ ـ قوله ﷺ: (ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن ...الخ)[٢].

الثمن تارة من غير جنس المكيل والموزون، وأُخرىٰ منهما.

أمّا الاول: فالمنع والجواز كلية تارة بلحاظ ما قيل من أنّ البيع في معرض الانفساخ إلىٰ غير ذلك من الوجوه الواهية المأخوذة من كتب المخالفين، وأُخرىٰ بلحاظ الاخبار فإنْ كان بلحاظ تلك الوجوه فحكم الثمن حكم المبيع المساوي نسبة المدرك اليهما.

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٦٩.

(٢) كتاب المكاسب ٣١٦ سطر ٣١.

فإنْ كان بلحاظ الاخبار فنقول: لم يثبت من طرقنا ما يدل علىٰ المنع عن بيع مالم يقبض مطلقاً؛ حتىٰ يسري حكم المبيع إلىٰ الثمن، وعلىٰ فرض حجية النبوي[1] المرسل المشتمل علىٰ المنع عن بيع ما لم يقبض فهو مقيد بمقتضىٰ الاخبار الكثيرة الصحيحة المسوغة لبيع ما لا يكال ولا يوزن قبل القبض، فلا منع في المبيع فضلاً عن الثمن.

وأمّا الثاني: وهو ما اذاكان من جنس المكيل الموزون فسراية حكم المبيع اليه مع اختصاص مورد المنع في جميع الاخبار بالمبيع مبنية علىٰ استفادة الملاك الساري إلىٰ الثمن، وليس هناك شيء يعتمد عليه إلّا ما في ذيل خبر الحلبي، حيث قال عليه السلام: (إنّ هذا ليس بمنزلة الطعام، إنْ الطعام يكال)[2] نظراً إلىٰ أنّ المفهوم من التعليل أنّ كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه بكيله، إلّا أنّ مورده حيث إنّه السؤال عن بيع البر الذي اشتراه قبل قبضه فلا يقتضي التعليل إلّا أنّ كل ما اشتراه مما يكال لا يباع قبل قبضه، لا أنّ كل ما يكال لا يجوز بيعه قبل قبضه.

ومما ذكرنا تبيّن أنّ الرواية المستدل بها علىٰ الجواز في المتن إنّما تجدي للجواز في المقام الاول، فإنّ الثمن فيه من غير جنس المكيل والموزون؛ بحيث لو فرض أنّه كان مبيعاً لم يكن له هذا الحكم، فلا دلالة للرواية علىٰ الجواز فيما اذاكان من جنس المكيل والموزون.

وأمّا ما أفاده قدس سره في مقام الجواب عنها بأنّ مورد الرواية جعل الثمن ثمناً في المعاملة الثانية، والكلام في بيعه ثانياً فهو وجيه اذا أمكنه الالتزام بمثله في المبيع، وهو جعل المبيع ثمناً في المعاملة الثانية، ولا أظن أنْ يلتزم بجوازه، فكأنّ المراد أنّ المبيع اذاكان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز ايقاع المعاملة البيعية عليه قبل قبضه، سواء كان بجعله مثمناً في البيع أو ثمناً فيه، والله العالم.

---

(١) هناك رواية مسندة فيها النهي عن بيع مالم يقبض، الوسائل، باب ١٠ من ابواب احكام العقود، ح ٦.
(٢) وسائل الشيعة، باب ١٦ من ابواب احكام العقود، ح ١٠.

التنبيه الثاني: هل يجري هذا الحكم في المعاوضات الاخرىٰ

١٥٢ ـ قوله ﷺ: (هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال ...الخ)[1].

الكلام تارة في النقل بغير البيع لما انتقل اليه بالبيع، وهو الذي صدّر به البحث ﷺ، وأُخرىٰ في النقل بالبيع لما انتقل اليه بغير البيع، وهو الذي اشار ﷺ اليه في آخر المبحث فنقول:

أمّا المقام الاول: فالكلام تارة بلحاظ الوجوه المانعة عن بيع ما لم يقبض مثل كونه في معرض الانفساخ بالتلف، وأخرىٰ بلحاظ اخبار المسألة.

فإنْ كان بلحاظ تلك الوجوه فليس له مطلق التصرف ما لم يقبض؛ نظراً إلىٰ بعض تلك الوجوه كقولهم إنّ الملك ضعيف لكون عقد البيع في معرض الانفساخ فليس له ولاية التصرف، وهذا الوجه يعم كل تصرف للحاجة إلىٰ الولاية المنتفية بضعف الملك، وأمّا بالنظر إلىٰ وجه آخر وهو أنّ المبيع قبل قبضه في ضمان البائع، واذا باعه المشتري كان في ضمان المشتري، فيلزم اجتماع ضمانين في شيء واحد، فعمومه لكل تصرف مبني علىٰ سريان الانفساخ بالتلف في كل معاوضة، وقد تقدم من المصنف ﷺ استفادة تسالم العامة والخاصة عليه.

وإنْ كان بلحاظ الاخبار فلا ريب في أنّ موردها بيع ما لم يقبض، وليس فيها مع كثرتها غير عنوان البيع ثانياً، ولا مجال لاستفادة المناط وأنّ العبرة بمطلق الاستبدال مع كثرة ما يرىٰ من تفاوت حكم البيع مع غيره مع وحدة النتيجة المقصودة كالصلح علىٰ عين بعوض، إلّا ترىٰ أنّ بيع أحد النقدين بالآخر مشروط بالتقابض في المجلس، وليس الصلح علىٰ احدهما بالآخر مشروطاً به وهكذا، فدعوىٰ الالحاق مجازفة بينة.

وأمّا المقام الثاني: وهو ما اذا انتقل اليه بغير البيع من ارث أو صداق أو عوض الخلع ونحوهما، فالظاهر عدم الخلاف في جواز بيعه قبل قبضه، كما أنّه لا تعمه الاخبار

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٧ سطر ٢.

أيضاً، لأنّ موردها ما انتقل بالبيع دون غيره، بل لا تقتضيه تلك الوجوه الاعتبارية فيما انتقل بغير المعاوضة كالامثلة المتقدمة، نعم ما انتقل بالمعاوضة بناء علىٰ أنّ الانفساخ بالتلف جارٍ في جميع المعاوضات يجري فيه تلك الوجوه، إلّا أنّ العمدة هي الاخبار وموردها النقل بالبيع لما انتقل اليه بالبيع أيضاً، ومنه يظهر أنّ حكم المقامين من حيث الاخبار واحد لا فرق بينهما، نعم يختلفان احياناً بلحاظ غير الاخبار من الوجوه التي لا يعتمد عليها.

التنبيه الثالث: هل المنهي عنه ايقاع العقد

١٥٣ ـ قوله ﷺ: (هل المراد من البيع المنهي عنه ...الخ)[1].

توضيح المقام برسم أُمور:

منها: أنّ المبيع اذا كان كلياً وأُريد تطبيقه علىٰ فرد غير مقبوض فله جهتان:

احدهما: أنّ ايفاء الكلي الغير المقبوض داخل في مورد النهي أم لا، وهذا أحد مصاديق البحث السابق، بل صرح ﷺ به في قوله سابقاً (ولا وفاء عما عليه ...الخ)، فلا وجه لاعادته.

ثانيهما: ادراجه تحت عنوان بيع ما لم يقبض؛ بجعل البيع السابق مستقراً علىٰ فرد غير مقبوض للبائع، كما مثّل به بما اذا كان عليه سلم لصاحبه فدفع اليه دراهم وقال اشتر لي بها طعاماً واقبضه لنفسك، فإنّ مشتري الطعام وهو من عليه السلم لم يقبض ما اشتراه له وجعل البيع السابق مستقراً علىٰ ما اشتراه؛ بدعوىٰ عدم الفرق بين احداث البيع علىٰ ما لم يقبض واقرار البيع علىٰ ما لم يقبضه، وسيجيء[2] إنْ شاء الله تعالىٰ توضيح القول فيما اذا كان ما اشتراه ايضاً كلياً او شخصياً.

ومنها: أنّ ظاهر أخبار الباب هو أنّ الممنوع عنه احداث البيع علىٰ ما اشتراه قبل قبضه، لا الاعم منه ومن اقرار بيع سابق علىٰ ما لم يقبضه، خصوصاً بملاحظة

---

(١) كتاب المكاسب ٣١٧ سطر ١٧.

(٢) نفس التعليقة، عند قوله (ومنها ان الذي يشتريه...).

خصوصيات الموارد، وخصوصاً بملاحظة التفصيل بين المرابحة والتولية، فإنّ شيئاً منهما لا يتصور إلّا في احداث معاملة علىٰ ما لم يقبض، نعم مجرد الاستثناء لا يدل علىٰ ذلك لامكان أعمية المستثنىٰ منه من جميع انواع البيع، ومن حيث الاحداث والاقرار.

وأمّا الاستدلال للجواز برواية يعقوب بن شعيب[1] فمبنية علىٰ كون أحمال الرطب أو الثمرة عليه بعنوان بيع السلم لا بعنوان آخر، وإلّا خرج عن عنوان اقرار البيع السابق، واندرج تحت عنوان الوفاء المحض، كما أنّ استفادة الجواز من الروايات مبنية علىٰ ملاحظة ظاهرها من التوكيل في الاشتراء والاذن في الاستيفاء، وأمّا اذا استفيد منها التوكيل في القبض ممن عليه السلم فقد خرج عن مورد البحث لدخوله تحت عنوان البيع المقبوض مبيعه بالتوكيل، ولا يبعد هذه الاستفادة بدلالة الاقتضاء، فتدبر.

ومنها: أنّ الذي يشتريه المريد لاقرار البيع السابق عليه تارة يكون شخصياً، وأُخرىٰ يكون كلياً كالمبيع في البيع السابق، فإنْ كان شخصياً فلا اشكال من حيث امكان تعين المبيع فيه باذن المشتري في قبضه من بائعه من دون توقفه علىٰ شيء، لأنّ المفروض أنّه يملك الفرد بما هو، فلا مانع من تعيين كلي ما عليه فيه.

نعم فيه اشكال من وجهين:

أحدهما: في صغرىٰ استقرار البيع عليه كما عن الشهيد الثاني[2] رحمه الله في مقام الاعتراض علىٰ الشهيد رحمه الله كما سيأتي في المتن.

وثانيهما: في كبرىٰ شمول البيع الممنوع عنه قبل القبض لاقرار البيع علىٰ ما لم يقبض كما قدمناه، وأمّا إنْ كان كلياً فيندرج في المسألة المعنونة في الفقه؛ من أنّه اذا كان له علىٰ غيره طعام من سلم وعليه مثل ذلك فأمر غريمه أنْ يكتال لنفسه من الآخر فإنّه يحرم أو يكره علىٰ الخلاف، وعلله في الشرائع[3] بأنّه قبضه عوضاً عن

---

(١) التهذيب ٧: ٤٢، باب ٢٢، رواية ٦٨. (٢) مسالك الافهام ٣: ٢٥٠.
(٣) شرائع الاسلام ٢: ٢٥.

ماله قبل أنْ يقبضه صاحبه.

وتوضيح الحال يقتضي تمهيد مقدمة وهي: أنّه اذا لوحظ كلي ما عليه بالاضافة إلىٰ كلي ما له علىٰ غيره فتارة يقع المبادلة بين أحدهما والآخر، فيبيع ما له علىٰ غيره بما هو عليه، فيكون متمحضاً في بيع ما لم يقبض، وهو أجنبي عن عنوان اقرار البيع السابق، بل عن عنوان ايفاء ما عليه بتعيينه فيما علىٰ غيره.

وأُخرىٰ يراد تعيين ما عليه فيما له علىٰ غيره؛ بحيث يكون وفاءً من وجه وموجباً لاقرار البيع السابق بتطبيق ما عليه علىٰ ما له، وهذا هو محل البحث، ومثله مع قطع النظر عن قبض ما له علىٰ غيره بقبض فرده، ثم تعيين ما عليه فيه غير معقول، لأنّ الكلي المتخصص بكونه في ذمته مع الكلي المتخصص بكونه في ذمة غيره اذا لوحظا بما هما حصتان فهما متباينان، ولا يصدق حصة بما هي علىٰ صحة أُخرىٰ حتىٰ يعقل تعيينها فيها وتشخصها بها، واذا لوحظا بما هو كلي فكلي المنّ من الحنطة مثلاً واحد بوحدة طبيعية عمومية، ولا اثنينية حتىٰ يتصور تطبيق شيء علىٰ شيء، فلا محالة لا معنىٰ للتعيين والتطبيق إلّا بلحاظ تعيين كلي ما عليه في فرد ما له علىٰ غيره، ولا يصح هذا التعيين إلّا بعد تعيين كلي ما له علىٰ غيره في فرد نفسه، ولا يتعين ذلك الكلي في فرد نفسه إلّا بعد قبضه بقبض فرده، فيكون حاله حينئذ حال العين الشخصية في دعوىٰ استقرار المبيع الكلي عليه.

اذا عرفت هذه المقدمة فنقول: تعيين كلي ما عليه في كلي ما له بلحاظ فرده إمّا بالتوكيل في القبض ممن له الكلي، وإمّا بمجرد الاذن في قبض من له في ذمته الكلي، وكفاية هذا المقدار في تعين الكلي من دون حاجة إلىٰ قبض من له الكلي، وإمّا بحوالة من له عليه علىٰ من عليه له.

أمّا التوكيل فهو صحيح، فيخرج عن عنوان بيع ما لم يقبض مطلقاً.

وأمّا مجرد الاذن كما ادعاه المصنفﷺ بقوله (ويمكن أنْ يقال ...الخ) توجهه إلىٰ التعين في الفرد ممن له عليه لا يحتاج إلّا إلىٰ تعيين المديون ورضا من له الدين المستفاد من الاذن في قبض من له عليه لنفسه، غاية الامر يكون موجباً لاستقرار

المبيع بالسلم علىٰ ما لم يقبض، وهو وجيه في نفسه.

وأمّا الحوالة فتوضيح القول فيها يتوقف علىٰ بيان محتملات الحوالة فنقول: حقيقة الحوالة تارة تبديل ما للمحيل في ذمة المحال عليه بما للمحتال في ذمة المحيل؛ فيكون بيعاً حقيقةً بصورة الحوالة، فيدخل في بيع ما لم يقبض حقيقة من دون حاجة إلىٰ عنوان التطبيق واقرار البيع السابق علىٰ ما لم يقبض.

وأُخرىٰ نقل ما في ذمة المحال عليه إلىٰ المحتال عوضاً عما للمحال في ذمة المحيل لا بقصد التبديل، فيكون وفاءً عما في ذمته لا تبديل بما في ذمته؛ فيكون نقلاً لما لم يقبض، فيدخل تحت عنوان عام تقدم الكلام فيه، وهذا أيضاً لا دخل له بالتطبيق واقرار البيع السابق، فإنّه مملوك بنفس هذا النقل الذي هو حقيقة الحوالة لا بالبيع السابق من حيث تطبيقه عليه.

وثالثة مجرد الايفاء والاستيفاء وتعيين ما عليه للمحيل فيما له علىٰ المحال عليه فيندرج تحت تطبيق الكلي المبيع من المحتال علىٰ ما اشتراه من المحال عليه.

والصحيح من هذه الوجوه الثلاثة هو الوجه الثاني، كما يستفاد من تعريف الحوالة عند الخاصة بأنّها تحويل المال من ذمة إلىٰ ذمة، فإنّ مقتضاه نقل ما في ذمة المحال عليه إلىٰ المحتال عوضاً عما له في ذمة المحيل، فكأنّه تحوّل المال من ذمة المحيل إلىٰ المحال عليه، لا أنّه لوحظ تبديل أحدهما بالآخر، وإلّا لكان بيعاً حقيقة، لا عقداً آخر في قباله.

وأمّا الوجه الثالث وهو التمحض في الايفاء حتىٰ يترتب عليه انصباب عقد السلم عليه كما يدعيه الشهيد ﷺ[1] فغير وجيه، لأنّ الوفاء لا يحصل إلّا بنقل المال الذي هو مصداق لما يوفىٰ به إمّا استقلالاً أو تبعاً، والاستقلال لا يتصور إلّا بأحد الوجهين المتقدمين، والتبعية إنّما تتصور في تطبيق الكلي المملوك علىٰ فرده، فإنّ الكلي مملوك بالذات، وفرده مملوك[2] بالتبع كما في وفاء سائر الديون باداء ما تنطبق عليه،

---

(١) مسالك الافهام ٣: ٢٥٠.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (فرد لمملوك).

وما في ذمة المحال عليه كلي، وهو علىٰ الفرض لا ناقل له، وليس فرداً لما يملكه المحتال في ذمة المحيل، لما مرّ من عدم تعقل انطباق كلي علىٰ كلي، وانطباق الكلي الذي للمحتال في ذمة المحيل علىٰ الفرد الذي يقبضه المحتال من المحال عليه فرع تملك ما في ذمة المحال عليه، حتىٰ يكون فرده المقبوض مملوكاً بالتبع، والمفروض أنّه لا مملك له.

فانصباب عقد السلم إنْ كان بالاضافة إلىٰ نفس الكلي فقد عرفت امتناعه، وإنْ كان بالاضافة إلىٰ فرده فهو فرع حصول نقل الكلي بالحوالة، واذا فرض نقل الكلي بعقد الحوالة ففرده مملوك بسبب عقد الحوالة تبعاً لا باستقرار عقد السلم عليه، ولا يعقل كونه مملوكاً بالتبع بهما معاً، اذ لا فرق بين المملوك بالاستقلال والمملوك بالتبع في امتناع حصولهما بسببين مستقلين، ولعله مراد المصنفﷺ في وجه عدم صدق الانتقال بناقل البيع، وكذلك هو مراد صاحب[1] الجواهرﷺ من أنّ الحوالة عقد مستقل، فلا وجه لانصباب عقد السلم علىٰ موردها.

ومن جميع ما ذكرنا اتضح وجوه الاشكال فيما جعله الشهيدﷺ من لطائف الفقه، فإنّ بعضها مشترك بين الكلي والشخصي، وهو المنع من صغرىٰ الانصباب وكبراه كما تقدم، وبعضها يختص بالكلي وهو عدم وصول النوبة إلىٰ الانصباب بجميع وجوه الحوالة الصحيحة، فتدبر.

١٥٤ ـ قولهﷺ: (ظاهر الحوالة بناء علىٰ كونها معاوضة ...الخ)[2].

اذا أريد من كونها معاوضة نقل ما في ذمة المحال عليه إلىٰ المحتال بازاء ما في ذمة المحيل فالامر كما افادهﷺ، لكنه بيع حقيقة بلفظ الحوالة، ولا أظن أنْ يقول به أحد من الخاصة كما يقتضي تعريفهم للحوالة بأنّها تحويل المال من ذمة إلىٰ ذمة، فمتعلق التحويل ما للمحتال في ذمة المحيل، فإنّه المنتقل بالحوالة إلىٰ ذمة المحال عليه، فالمعاوضة المقابلة للاستيفاء في كلام الخاصة ـ حيث يقولون إنّ الحوالة

---

(١) جواهر الكلام ٢٣: ١٧٥.

(٢) كتاب المكاسب ٣١٨ سطر ١٤.

اعتياض او استيفاء ويرتبون عليه بعض الاثار كجواز الحوالة علىٰ البرئ بناء علىٰ الثاني وعدمه علىٰ الاول ـ لايراد منها إلّا أنّ الحوالة هي نقل ما للمحتال في ذمة المحيل إلىٰ المحال عليه عوضاً عما له في ذمته، في قبال نقل ما للمحتال إلىٰ ذمة المحال عليه وفاءً عما للمحتال في ذمة المحيل، وحينئذٍ فلا يتم ما افاده ولا الاستدلال بالرواية.

نعم الاشكال المتقدم علىٰ هذه الرواية لا اختصاص له بها، بل جارٍ في بعض الاخبار المتقدمة في صدر المبحث، كرواية يعقوب بن شعيب ايضاً مع أنّه بناء علىٰ كون الحوالة معاوضة بالمعنىٰ الذي افاده كان تبعاً لما لم يقبض حقيقة بصورة الحوالة فقط، لا أنّه موجب لاستقرار البيع السابق علىٰ ما له في ذمة الغير، فالرواية ليست من أدلة هذا المبحث، بل دليل علىٰ جواز الحوالة بما لم يقبض، هذا والانصاف أنّ الرواية أجنبية عن الحوالة أيضاً، بل يفيد الاذن في استيفاء حقه مما يقبضه بعنوان مال الآذن، لا أنّه يملك المال قبل قبضه كما هو مقتضي الحوالة، فيخرج عن ايقاع أي عقد كان علىٰ مالم يقبض، فتدبر جيداً.

إلىٰ هنا جف قلمه الشريف ﷺ اللطيف.

* * * *

فهرس

اختلاف المتبايعين ٩
اختلاف الموكل والمشتري في مقدار العيب ١٤
بيان الاختلاف المسقط ١٦
بيان ماهية العيب ٣٥
بيان بعض افراد العيب ٤٤
حمل الجارية عيب ٤٤
هل الثيبوبة عيب ٤٧
هل عدم الختان عيب ٤٩
هل عدم الحيض عيب ٥١
الاباق عيب ٥١
هل الثفل عيب ٥٣
من العيوب الجنون والجذام والبرص ٥٧
خاتمة في عيوب متفرقة ٦٨
الارش ٧٠
هل يتعين الارش في النقدين ٧٩
الارش المستوعب لتمام الثمن ٨٣

كيفية التقويم ٩٠
تعارض المقومين ٩٣

الشروط ١٠٣
معنىٰ الشرط ١٠٣
شروط صحة الشرط ١١٢
الشرط الاول: ان يكون مقدوراً ١١٢
الشرط الثاني: ان يكون سائغاً ١٢٢
الشرط الثالث: ان يكون فيه غرض معتد به ١٢٣
الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة ١٢٥
تحقيق في استصحاب العدم الازلي ١٣٧
الشرط الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد ١٥٣
الشرط السادس: ان لا يكون غررياً ١٦٤
الشرط السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال ١٦٨
الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد ١٦٩
اعتبار التنجيز في الشرط وعدمه ١٧٣

حكم الشرط الصحيح ١٧٦
شرط الوصف ١٧٦
شرط النتيجة ١٧٨
شرط الفعل ١٨٣
المسألة الأولىٰ: وجوب الوفاء بالشرط تكليفاً ١٨٣
المسألة الثانية: هل يجبر عليه لو امتنع ١٨٥

المسألة الثالثة: مع التمكن من الاجبار هل يفسخ ١٩٢
المسألة الرابعة: اذا تعذر الشرط هل له الخيار او الأرش ١٩٦
المسألة الخامسة: لو تعذر الشرط وقد خربت العين ١٩٨
المسألة السادسة: هل للمشروط له اسقاط شرطه ٢٠٥
المسألة السابعة: هل يقسّط الثمن علىٰ الشرط ٢٠٧

حكم الشرط الفاسد ٢١٦
الامر الاول: لا يجب الوفاء به ٢١٦
الشرط الفاسد هل يفسد العقد ٢١٧
الامر الثاني: اذا سقط الشرط هل يصح العقد ٢٢٩
الامر الثالث: اذا لم يذكر الشرط الفاسد في العقد هل يبطل العقد ٢٣٠
الامر الرابع: هل يفسد العقد الشرط الفاسد لعدم الفرض ٢٣٢

احكام الخيار ٢٣٥
هل يورث الخيار ٢٣٥
كيفية استحقاق الورثة للخيار ٢٤٤
فرع: اذا فسخ الورثة يرد العين او القيمة ٢٥٥
اذا كان الخيار لاجنبي هل يورث ٢٦٠
الفسخ بالفعل ٢٦٠
التصرف سبب او كاشف ٢٦٣
قصد الفسخ والاجازة بفعل واحد ٢٧٢
تصرفات غير ذي الخيار هل تمنع من الرد ٢٧٨
هل يتوقف الملك علىٰ انقضاء الخيار ٣٠١

التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له ٣١٠
حكم تسليم العوضين في زمن الخيار..... ٣٢٨
بقاء الخيار مع تلف العين..... ٣٢٩
العين مضمونة بعد الفسخ ٣٣١

النقد والنسيئة..... ٣٣٤
البيع بثمن حالاً وبآخر موجلاً ٣٣٨
هل يجب القبول لو دفعه قبل حلول الأجل ٣٤١
اذا حل الأجل هل يجب قبضه ٣٤٤
عدم جواز التأجيل بزيادة..... ٣٥٣
اذا اشترىٰ عيناً بثمن مؤجل هل يجوز بيعها من صاحبها..... ٣٥٥

القبض ٣٦٥
حقيقة القبض ٣٦٥
وجوب تسليم المبيع ٣٧١
وجوب تفريغ المبيع..... ٣٧٦
لو امتنع البائع عن التسليم ٣٨٢

احكام القبض..... ٣٨٥
انتقال الضمان للقابض ٣٨٥
اذا تلف الثمن قبل القبض ٣٩٦
اذا تلف بعض المبيع قبل قبضه..... ٣٩٨
بيع المكيل والموزون قبل قبضه ٤٠٤

التنبيه الاول: هل للثمن نفس حكم المبيع ٤١٢
التنبيه الثاني: هل يجري الحكم في المعاوضات الاخرىٰ ٤١٤
التنبيه الثالث: هل المنهي عنه ايقاع العقد ٤١٥

* * * * *

حاشية

كتاب المكاسب

القديمة

تأليف

سماحة آية الله العظمى

المحقق الفقيه الشيخ محمد حسين الاصفهاني

المتوفى سنة ١٣٦١هـ

تحقيق

الشيخ عباس محمد آل سباع القطيفي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وآله الميامين الذين أذهب الله عنهم الرجس وطهرهم تطهيراً.

بعد أن تمَّ الجزء الخامس، بقي مقدار من مما هو مربوط بمباحثه، وهو ليس من هذه الحاشية المعروفة، وإنّما هو حاشية أسبق من هذه الحاشية بيد المؤلف، ولاتمام الفائدة أردنا إلحاقها وإنْ كانت مشتملة فقط على مبحثين وهو بحث الشروط وما بعده، ولكن لا تخلو من فوائد لمن لاحظها.

والأمر الآخر قد أشرنا فيما سبق إلىٰ أنه سوف نلحق بهذا الجزء رسالة له، وهي رسالة في أخذ الاجرة علىٰ الواجبات، ولكن عند الاخراج وبعد إضافة هذه الحاشية تبيّن أن المجلد يكون أكبر من المتعارف؛ فلذا سوف تطبع تلك الرسالة مستقلة، ولله الحمد أولاً وآخراً.

عباس محمد آل سباع

١٤١٩/٩/٥هـ

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

قوله ره وفي القاموس [illegible] الزام الشيء والتزامه الخ كونه الزاما والتزاما باعتبار الشرط على الغير وعلى نفسه
ولو جعل بمعنى الالزام فقط كان اولى بداهة انه ليس بناء على هذا المعنى الحدثي مشتركا لفظيا بين الالزام
والالتزام غاية الامر ان الزام الشيء تارة على الغير واخرى على النفس والمراد بالالزام ليس جعل الشيء واجبا
اذ الوجوب الشرعي او العرفي ليس الا بيد الشارع او المولى العرفي وليس امرا يتسبب اليه بصيغ الشرط
كسائر الامور التسببية من الملكية والزوجية وغيرهما بل المراد هو اللزوم الوضعي وهو جعل الشيء
بحيث لا ينفك عن رقبة الشخص وبهذا الاعتبار كان التكاليف الالزامية من حيث تعلقها برقاب
المكلفين بحيث لا تنفك عنها الا بادائها والعمل على طبقها والمظنون قويا كون الشرط الذي هو
المبدء للمشتقات منه بمعنى العهدة فيتسبب بصيغة او بغيرها الى اثبات عهدة الفعل او الترك
على نفسه او غيره والالزام والالتزام لازم اثبات العهدة وقد نقل كونه بهذا المعنى عن بعض كتب اللغة
ويؤيده ما روي عن الاصبغ بن نباتة وقد سئل عن وجه تسميته واصحابه بشرطة الخميس حيث قال
لانا قد ضمنا له الذبح او الفتح كما في مجمع البحرين فراجع قوله ره لكن لا اشكال في صحته لوقوعه الخ
يمكن الجواب عن بعض هذه الاطلاقات مثل قوله شرطه اوثق وشرط الله قبل شرطكم بانه من باب المجاز
للمشاكلة كقوله تعالى ومن اعتدى عليكم فاعتدوا مع ان ما نحن فيه اولى بذلك لكمال المنافرة بين
الظلم والمجازاة بحق بخلاف الالتزام الابتدائي والضمني لاشتراكهما في حقيقة الالتزام وهذا الوجه
غير جار في مثل الشرط في الحيوان ونحوه بتوهم انه الزام من الله تعالى في البيع فان البيع مورد للحكم
لا ان حقيقة الالتزام واقعة في ضمنه كما لا يخفى فمثل هذا الخبر وما دل على اطلاق الشرط على البيع
وما ورد في قوله ع بعد ان شرطت عليهم الزهد في دعاء الندبة وقوله ع واوجب لي محبتك كما شرطت
وقوله ع وشرطي لك الا اعود الخ وامثال ذلك كاف في الدلالة على وقوع الشرط بمعنى الالزام
المطلق ومجرد وقوع الشرط في ضمن التوبة ونحو ذلك لا يخرجه عن الابتدائية بالمعنى الذي هو محل
الكلام نعم ربما يدعى ان الشرط لم يطلق بما له من المعنى على البيع بل بمعنى اخر فلا دلالة له على كونه التزاما
مطلقا لان البيع يتعلق بالاعيان ومقولة الالتزام تحتاج في تعلقها بها الى مقولة اخرى كالالتزام
بفعل او نتيجة فلا يعقل ان يكون الشرط بمعنى الالتزام صادقا على البيع ويمكن دفعه بان البيع وان لم يكن

بمضمونه التزاما والتزاما لكنه واقع موقع العهد والالتزام من المتبايعين ولهذا الاعتبار يكون العقود
عهودا والا فتفسير معنا من العقود لا تتضمن عهدا مل تسببات الى الملك والزوجية ونحوهما
ولا بد من الالتزام سببا ذكرنا والا فلا معنى للوفاء بالعقد ضرورة ان العقد بمفهومه وبمصداقه
لا يصح انتساب الوفاء اذ العقد هو الربط المطلق او الموثق ومن المستحيل جدا ان يتوافق ربط
او ما يجاد الملكية او الزوجية مل الوفاء بعنوانه ينسب الى العهد والالتزام ونحوهما ولعل تفسير
العقود في الاية المباركة بالعهود لبيان هذه النكتة فلا تغفل قوله ره بان اطلاق الشرط
على البيع كثير الخ دعوى الكثرة على عهدة مدعيها وما وجدته وظفرت به من موارد اطلاقه على
البيع ما رواه محمد بن قيس عن ابي جعفر ع قال قال امير المؤمنين ع من اشترى طعاما او علفا
الى اجل فلم يجد صاحبه وليس بشرطه الا الورق وان قال خذ مني بسعر اليوم ورقا فلا ما خذ
الا بشرطه طعاما او علفه فان لم يجد شرطه واخذ ورقا الا محالة قبل ان ياخذ شرطه فلا ما خذ
الا راس ماله الخبر فان المراد من الشرط في تمام فقرات الخبر هو المبيع من الشرط بمعنى المشروط ويحتمل
ارادة هذا المعنى ايضا في عدة روايات منها عن الرجل يسلم في وضعاء ما سنان معلومة ولون معلوم
ثم يعطي دون شرطه او فوقه الخبر وان امكن اطلاق الشرط على التوصيف بالاسنان واللون
والطعام ان اطلاقه على البيع في خبر محمد بن قيس ايضا بلحاظ ان السلف نوع تعهد فله خصوصية
من بين سائر اقسام البيع لكنه لا ينافي الدلالة على ما نحن بصدده من اطلاقه على امر غير صمني
وقد اطلق على الاجارة في عدة روايات منها كتب محمد بن الحسن عن ابي جعفر ع رجل استاجر اجيرا يعمل
له بناء او غيره وجعل يعطيه طعاما وقطنا وغير ذلك ثم تغير الطعام والقطن عن سعره الذي
كان اعطاه الى نقصان او الى زيادة ايحتسب له بسعر يوم اعطاه او بسعر يوم حاسبه فوقع ع
يحتسب له بسعر يوم شارطه فيه انتهى الخبر فان يوم الاجارة هو يوم المشارطة وهذا الاطلاق
ايضا لعله بلحاظ ان الاجارة للعمل نوع تعهد له قوله ره فيما تقدم من الخبر الذي اطلق عبد الرحمن
هو خبر يونس الاتي في الشرط الرابع الا انه لا ظهور له في وقوع الشرط لا في ضمن الزواج فتدبر
قوله ره وهو بهذا الاعتبار اسم جامد لا مصدر الخ فانه على الفرض موضوع لما هو بالحمل الشائع يلزم
من عدمه العدم والاشتقاق المعنوي عبارة عن طرو النسب على المبدء وقبول المبدء لطرو النسب
لا يكون الا في المعاني التي لها الاصل او بالعرض حيثية حركة من العدم الى الوجود دون الاعيان الخارجية

الشروط

Lined

الشروط

تعريف الشرط

١ ـ قوله ﷺ: (وفي القاموس انه الزام الشيء والتزامه ....الخ)[1].

كونه الزاماً والتزاماً باعتبار الشرط علىٰ الغير وعلىٰ نفسه، ولو جُعل بمعنىٰ الالزام فقط كان اولىٰ، بداهة أنّه ليس بناء علىٰ هذا المعنىٰ الحدثي مشتركاً لفظيّاً بين الالزام والالتزام، غاية الامر أنّ الزام الشيء تارة علىٰ الغير وأُخرىٰ علىٰ النفس، والمراد بالالزام ليس جعل الشيء واجباً؛ اذ الوجوب الشرعي او العرفي ليس الا بيد الشارع او المولىٰ العرفي، وليس امراً يتسبب اليه بصيغ الشرط كسائر الامور النسبية من الملكية والزوجية وغيرهما، بل المراد هو اللزوم الوضعي وهو جعل الشيء بحيث لاينفك عن رقبة الشخص، وبهذا الاعتبار كان التكاليف الالزامية الزاماً من حيث تعلقها برقاب المكلفين بحيث لاتنفك عنها الا بادائها والعمل علىٰ طبقها.

والمظنون قوياً كون الشرط الذي هو المبدء للمشتقات منه بمعنىٰ العهدة؛ فيتسبب بصيغة او بغيرها الىٰ اثبات عهدة الفعل والترك علىٰ نفسه او غيره، والالزام والالتزام لازم اثبات العهدة، وقد نقل كونه بهذا المعنىٰ عن بعض كتب اللغة، ويؤيده ما روىٰ عن الاصبغ بن نباتة وقد سئل عن وجه تسميته واصحابه بشرطة الخميس

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢١.

حيث قال: (لانا قد ضمنا له الذبح او الفتح)[١] كما في مجمع البحرين[٢]، فراجع.

٢ ـ قوله ﷺ: (لكن لا اشكال في صحته لوقوعه ...الخ)[٣].

يمكن الجواب عن بعض هذه الاطلاقات مثل قوله (شرطه اوثق، وشرط الله قبل شرطكم)[٤] بأنه من باب المجاز للمشاكلة كقوله تعالىٰ: ﴿ومن اعتدىٰ عليكم فاعتدوا﴾[٥] مع أن ما نحن فيه اولىٰ بذلك لكمال المنافرة بين الظلم والمجازاة بحق، بخلاف الالتزام الابتدائي والضمني لاشتراكهما في حقيقة الالتزام، وهذا الوجه غير جارٍ في مثل الشرط في الحيوان ونحوه بتوهم انه الزام من الله تعالىٰ في البيع، فان البيع مورد للحكم، لا ان حقيقة الالتزام واقعة في ضمنه كما لايخفىٰ.

فمثل هذا الخبر وما دل علىٰ اطلاق الشرط علىٰ البيع وما ورد في قوله ﷺ: (بعد ان شرطت عليهم الزهد)[٦] في دعاء الندبة وقوله ﷺ: (واوجب لي محبتك كما شرطت)[٧] وقوله ﷺ: (وشرطي لك الا اعود....الخ)[٨] وامثال ذلك كافٍ في الدلالة علىٰ وقوع الشرط بمعنىٰ الالزام المطلق، ومجرد وقوع الشرط في ضمن التوبة ونحو ذلك لايخرجه عن الابتدائية بالمعنىٰ الذي هو محل الكلام.

نعم ربما يدعى ان الشرط لم يطلق بما له من المعنىٰ علىٰ البيع بل بمعنىٰ آخر، فلا دلالة علىٰ كونه التزاماً مطلقاً، لان البيع يتعلق بالاعيان، ومقولة الالتزام تحتاج في تعلقها بها الىٰ مقولة اخرىٰ كالالتزام بفعل او بنتيجة، فلا يعقل ان يكون الشرط بمعنىٰ الالتزام صادقاً علىٰ البيع.

ويمكن دفعه بان البيع وان لم يكن بمضمونه الزاماً والتزاماً لكنه واقع موقع العهد والالتزام من المتبايعين، وبهذا الاعتبار تكون العقود عهوداً، والا فتفسير مضامين العقود لا تتضمن عهداً، بل تسبيبات الىٰ الملكية والزوجية ونحوهما، ولابد من

---

(١) بحار الانوار ٤٢: ١٨٠، رواية ٣٧ وفيه (انا ضمنا له الذبح وضمن لنا الفتح).
(٢) مجمع البحرين ٤: ٢٥٧.
(٣) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢١.
(٤) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٠، رواية ١٥٤١٩، وفيه (شرطه آكد).
(٥) البقرة الآية: ١٩٤.
(٦) بحار الانوار ١٠٢: ١٠٤.
(٧) الصحيفة السجادية ١٥٦. دعاء التوبة.
(٨) الصحيفة السجادية ١٥٦. دعاء التوبة.

الالتزام بما ذكرنا والا فلا معنىٰ للوفاء بالعقد؛ ضرورة ان العقد بمفهومه وبمصداقه لايصح انتساب الوفاء اليه؛ اذ العقد هو الربط المطلق او الموثق، ومن المستهجن جداً ان يقال أُوفِ بربطك او بايجاد الملكية او الزوجية، بل الوفاء بعنوانه ينسب الىٰ العهد والالتزام ونحوهما، ولعل تفسير العقود في الآية المباركة بالعهود[١] لبيان هذه النكتة فلا تغفل.

٣ـ قوله رحمه الله: (بان اطلاق الشرط علىٰ البيع كثير)... الخ[٢].

دعوىٰ الكثرة علىٰ عهدة مدعيها، وما وجدته وظفرت به من موارد اطلاقه علىٰ البيع ما رواه محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام: (قال عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام: من اشترىٰ طعاماً او علفاً الىٰ أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه الا الورق، وإنْ قال خذ مني بسعر اليوم ورقاً فلا يأخذ الا شرطه طعامه او علفه، فان لم يجد شرطه وأخذ ورقاً لا محالة قبل ان يأخذ شرطه فلا يأخذ الا راس ماله...الخبر)[٣] فان المراد من الشرط في تمام فقرات الخبر هو المبيع من الشرط بمعنىٰ المشروط، ويحتمل إرادة هذا المعنىٰ أيضاً في عدة روايات:

منها: (عن الرجل يسلم في وصفاء باسنان معلومة ولون معلوم، ثم يعطىٰ دون شرطه او فوقه الخبر)[٤] وإنْ امكن اطلاق الشرط علىٰ التوصيف بالاسنان واللون، والظاهر أنّ اطلاقه علىٰ البيع في خبر محمد بن قيس ايضاً بلحاظ أنّ السلف نوع تعهد فله خصوصية من بين سائر اقسام البيع، لكنه لا ينافي الدلالة علىٰ ما نحن بصدده من اطلاقه علىٰ امر غير ضمني.

وقد اطلق علىٰ الاجارة في عدة روايات منها: كتب محمد بن الحسن عن ابي محمد عليه السلام (رجل استأجر أجيراً يعمل له بنّاء او غيره وجعل يعطيه طعاماً وقطناً وغير ذلك، ثم تغيّر الطعام والقطن عن سعره الذي كان أعطاه الىٰ نقصان او الىٰ زيادة

---

(١) وسائل الشيعة باب ٢٥ من ابواب النذر والعهد، ح ٣.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢٤.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١١ من ابواب السلف، ١٥.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٩ من ابواب السلف، ح ١.

أيحتسب له بسعر يوم أعطاه او بسعر يوم حاسبه؟ فوقع عليه السلام يحتسب له بسعر يوم شارطه فيه أن شاء... الخبر)[١] فان يوم الاجارة هو يوم المشارطة، وهذا الاطلاق ايضاً لعله بلحاظ أنّ الاجارة للعمل نوع تعهد له.

٤ ـ قوله رحمه الله: (فما تقدم من الخبر الذي اطلق فيه الشرط)...الخ[٢].

هو خبر منصور بن يونس الآتي[٣] في الشرط الرابع، الا انه لا ظهور له في وقوع الشرط لا في ضمن الزواج، فتدبر.

٥ ـ قوله رحمه الله: (وهو بهذا الاعتبار اسم جامد لا مصدر)...الخ[٤].

فانه علىٰ الفرض موضوع لما هو بالحمل الشائع يلزم من عدمه العدم، والاشتقاق المعنوي عبارة عن طروّ النسب علىٰ المبدء، وقبول المبدء لطرو النسب لا يكون الا في المعاني التي لها بالاصل او بالعوض جهة حركة من العدم الىٰ الوجود، دون الاعيان الخارجية التي لا قيام لها بشيء ولا حركة لها من العدم الىٰ الوجود وإن كان لها العدم والوجود.

وربما يرجع هذا المعنىٰ الىٰ الاول بدعوىٰ ان الشرط علىٰ هذا المعنىٰ مصدر بمعنىٰ التقييد، واطلاقه علىٰ نفس القيد ـ وهو الذي يلزم من عدمه العدم ـ من باب اطلاق الخلق وارادة المخلوق، والتقييد نوع من الجعل والتقرر، غاية الامر ان الحاكم به قد يكون هو الشارع، وقد يكون هو العقل او العرف؛ فيكون الشرط شرعياً او عقلياً او عرفياً، وعليه فالشرط بمعنىٰ مطلق الجعل، وهو قد يكون الزاماً والتزاماً، وقد يكون تقييداً.

وفيه: ان شأن العقل في الشروط العقلية مجرد ادراك التوقف، ولا حكم ولا انشاء ولا جعل له كي يجعل الشرط العقلي جعلاً للقيد من العقل، مضافاً الىٰ أنّ الشرط

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من ابواب احكام العقود، ح ٤.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢٥.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٢٦ من أبواب احكام العقود، ح ٤.
(٤) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢٨.

ليس مطلق الجعل، ولا جامع آخر بين الالزام والتقييد.

٦ـ **قوله**ﷺ: **(ولذا ليسا بمتضائفين في الفعل والانفعال**...الخ)[١].

فان مضائف الفاعل هو المفعول؛ فلابد من التضائف بين الشارط والمشروط المفعولي، مع أنّ الصلاة مثلاً هي المشروط دون الطهارة.

وقد يردّ بأنّ الطهارة هي المشروط والصلاة مشروط فيها فالتضائف علىٰ حاله.

وفيه: ان المشروط انما يطلق علىٰ نفس الشرط اذا كان الجعل جعلاً بسيطاً، فان الشارط بمعنىٰ جاعل الشرط، والمجعول بهذا الجعل نفس الشرط، لكنه من الواضح ان الجعل المأخوذ في الشارط هو الجعل التأليفي التشريعي، فمعنىٰ الشارط جاعل الشيء شرطاً في شيء، ومضائف هذا المعنىٰ ليس هو المجعول بل المجعول فيه وهو المشروط كالصلاة مثلاً، فالايراد مندفع، والتضائف ثابت ايضاً بين الشارط والمشروط بهذا المعنىٰ.

٧ـ **قوله**ﷺ: **(فيحتمل ان يراد به ما قرره الشارع**...الخ)[٢].

يحتمل ان يراد به ما ذكرناه في معنىٰ الشرط اعني العهدة كما في الخبر (عهدة البيع في الرقيق ثلاثة ايام)[٣].

شروط صحة الشرط

الاول: ان يكون مقدوراً

٨ـ **قوله**ﷺ: **(مما لا ترتكبه العقلاء**...الخ)[٤].

بل يستحيل ارتكابه لاستحالة علته، وهي الارادة الجدية، فان حقيقة الالتزام بالحمل الشائع لا تتحقق الا اذا كانت عن جدّ، وجدّ الالتزام بشيء من الالتفات الىٰ استحالته مستحيل،لان من عادي الارادة الجدية الحزم،وحيث لا حزم فلا قصد جدّاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٥ سطر ٢٩. (٢) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٢.

(٣) وسائل الشيعة، باب ٣ من ابواب الخيار، ح ٧. (٤) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٨.

٩ ـ قوله ﷺ: (فيلزم الغرر في العقد ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك ان القدرة وعدمها امر واقعي، والغرر والوثوق أمر وجداني، وتعليل الامور الواقعية بالامور الوجدانية عليل، فربما يكون التسليم مقدوراً عليه واقعاً ولا علم ولا وثوق به فيجيء الغرر، وربما يوثق بالقدرة علىٰ تسليمه، ولا قدرة واقعاً، مع انه علىٰ فرض صحته لا مجال لتدوين هذا الشرط فانه من مصاديق الغررَ المبحوث عنه في الشرط السادس.

١٠ ـ قوله ﷺ: (للفرق بينهما بعد الاجماع بان التزام وجود الصفة ...الخ)[٢].

حاصله: أنّ المانع هو الغرر وهو مندفع في الوصف الحالي بالالتزام به الراجع الىٰ توصيف المبيع به فعلاً، بخلاف الاستقبالي فانه لا بناء علىٰ وجوده كي يرجع الىٰ التوصيف فيرتفع به الغرر.

ويندفع: بان المانع لو كان هو الغرر فربما لا وثوق بثبوت الوصف الحالي فالغرر ثابت، وربما يوثق بتحقق الأمر الاستقبالي فلا غرر، ومجرد البناء ولو بمعنىٰ التوصيف اذا كان الوصف مجهولاً لا يرفع الغرر والخطر، فان الوثوق من الامور الوجدانية التابع تحققها لاسبابها، وتوصيف الشخص وبنائه علىٰ ثبوت امر مجهول التحقق لا يكون سبباً لوثوقه، هذا مع انه غفلة عما بنىٰ ﷺ عليه في باب خيار الرؤية من كون الوصف رافعاً للغرر؛ لرجوعه الىٰ التعهد والالتزام بالصفة، فافهم واستقم.

١١ ـ قوله ﷺ: (ومن افراد غير المقدور ما لو اشترط حصول غاية ...الخ)[٣].

ربما يدّعىٰ البطلان من جهة المخالفة للكتاب والسنة دون عدم القدرة، لان المشروط وهو الانعتاق مثلاً مما يمكن للمتعاقدين الالتزام به، غاية الامر انه غير ممضىٰ شرعاً لاناطته شرعاً بسبب خاص.

وفيه: ان التسبيبات الشرعية والعرفية تسبيبات الىٰ امور اعتبارية في نظر الشارع او

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ١٨.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٢٠.
(٣) كتاب المكاسب ٢٧٦، سطر ٣١.

العرف، بمعنىٰ ان البائع بقوله بعت يتسبب الىٰ حصول اعتبار الشارع او العرف للملكية علىٰ ما تحقق عندنا من عدم واقعية للملكية الشرعية الا اعتبارها من الشارع او العرف، ومن الواضح ان كل اعتبار امر مباشري للمعتبر وتسببي من غيره، فلا يعقل التسبب الىٰ اعتبار معتبر الا بما جعله سبباً ووسيلة الىٰ تحصيله، ومن الواضح ايضاً ان نفوذ هذه المسببات الشرعية والعرفية لازم وجودها، فالالتزام بالانعتاق الذي هو نحو من الاعتبار إنْ كان بلحاظ حصوله في نظر الشارع فلا محالة لا يتحقق الا بسببه، ونفوذه لازم وجوده؛ فلا يعقل حصوله في نظره وعدم كونه نافذاً في نظره، وإن كان بلحاظ حصوله في نظر الملتزم فمن البيّن ان اعتبار الشخص غير موقوف علىٰ انشاء وتسبب منه.

ومما ذكرنا اتضح ان المسبب اذا كان منوطاً بسبب خاص فتحصيله بغير طريقه وسببه محال، فالالتزام ايضاً محال، ولا ينبغي عدّه من افراد الغير المقدور المبحوث عنه، بل هو كالذي أفاد في أول البحث وصرّح بخروَجه عن مطارح انظار الفقهاء.

نعم بناء علىٰ ما يراه ﷺ من كون البيع وما بمعناه من قبيل الايجاب والوجوب دون الكسر والانكسار لم يرد عليه شيء، وعليه فوجه دخوله في ما نحن فيه دون مخالفة الكتاب تمحّض شرط مخالفة الكتاب في المخالفة للكتاب، وما نحن فيه باطل وان لم يكن الشرط المخالف للكتاب باطلاً.

الثاني: ان يكون سائغاً

١٢ ـ قوله ﷺ: (الثاني ان يكون الشرط سائغاً في نفسه...الخ)[1].

وجه تدوينه مستقلاً مع اندراجه تحت الشرط الرابع هو ما أشار ﷺ اليه من عدم نفوذ الالتزام بالمحرم؛ فان لزوم الالتزام مع بقاء المحرّم علىٰ حرمته محال وإن لم يكن هناك استثناء الشرط المخالف للكتاب، نظير الاجارة علىٰ المحرّم فانها غير نافذة مع عدم مثل هذا الاستثناء فيها، نعم هذا الاشتراط مبني علىٰ عدم كون الشرط

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٣٤.

من العناوين المغيِّرة للعنوان كالاجارة، والا فلا يتم الامر الا بلحاظ الاستثناء فلا يبقىٰ مورد لتدوين هذا الشرط علىٰ حده، فلا تغفل.

الثالث: ان يكون فيه غرض معتد به

١٣ ـ قوله ﷺ: (الثالث ان يكون مما فيه غرض معتد به ...الخ)[١].

لايخفي ان مورد الكلام ما اذا كان الغرض الداعي الىٰ الالتزام الجدي موجوداً، غاية الامر انه غير عقلائي، والا فلا التزام جدّاً كي يكون صحيحاً او فاسداً، وليس الوجه في اشتراط الغرض العقلائي انه حيث يكون لغواً لا يترتب عليه الخيار؛ فانه من جهة تخلّف الغرض، ومثله لا يعبأ بتخلّفه، فان عدم ترتّب الخيار لا يلازم الفساد؛ لان الخيار حكم الشرط الصحيح، لا انه مصحح الشرط كما هو واضح.

بل الوجه فيه ان حقيقة العهدة اعتبار من الشارع والعقلاء، ونفوذ الشرط عبارة عن تحقق هذا الاعتبار، وكما ان الشارع والعقلاء لا يعتبرون ملكية مالا منفعة فيه كذلك لا يعتبرون عهدة اللغو ومالا غرض فيه بنظرهم، ومع قطع النظر عما ذكرنا نقول ان الامر بالوفاء بالشرط امتنان علىٰ الشارط ولا امتنان في امضاء الالتزام باللغو والوفاء بـه، ومنه انقدح ما في الاستدلال بعموم المؤمنون عند شروطهم.

١٤ ـ قوله ﷺ: (ومن ان الاسلام يعلو ولا يعلىٰ عليه ...الخ)[٢].

إنْ كان اشتراط كون العبد كافراً لاغراض لا توجد في المسلم كـالاستغراق فـي الخدمة، فهو في الحقيقة ترجيح للمستغرق في الخدمة علىٰ غيره، لا للكـافر مـن حيث انه كافر علىٰ المسلم، وإن كان المسلم والكافر مشتركين في جميع المـنافع والمصالح ولم يكن للكفر غرض عقلائي يرجع الىٰ المشترط فحينئذ يلغو الاشتراط وإنْ لم يمنع مانع عن اعلاء الكفر علىٰ الاسلام، وهذا هو الفارق بين اشتراء الكافر واشتراط كفر العبد في هذه الصورة.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ١.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٦.

الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة

١٥ ـ قوله ﷺ: (ثم ان الظاهر ان المراد بكتاب الله ...الخ)[١].

هذا الاستظهار لعله بملاحظة استفادة الولاء لمن اعتق من الكتاب، مع انه ليس في الكتاب منه أثر، وانما هو مستفاد من السنة، ويندفع بان الظاهر من كتاب الله هو ما بين الدفتين، واستفادة الولاء للمعتق منه لايمنع منه؛ حيث إنّ القرآن كما يستفاد من الاخبار مشتمل علىٰ جميع الاحكام والعلوم والمعارف وان عجز عن استفادة جلها منه غير الراسخين في العلم، وحينئذ يسهل الخطب في الاقتصار علىٰ الكتاب تارة والاقتران مع السنة اخرىٰ؛ اذ كذلك ما ثبت في السنة فهو ثابت في الكتاب ونسبة السنة اليه نسبة المفسّر والشارح.

ويؤيد ما ذكرنا ظاهر النبوي[٢] وصحيحة ابن سنان[٣] المشتمل احدهما علىٰ ان ما ليس في كتاب الله فهو باطل، والاخر علىٰ ان الصحيح ما يوافق كتاب الله الدال بمفهومه علىٰ عدم نفوذ مالا يوافقه، وكلا الخبرين لايناسبان ارادة الكتاب بالمعنىٰ الذي افاده ﷺ، لان العدم وعدم الموافقة صادقان بعدم الوجود في الكتاب، مع ان ما كتب الله علىٰ عباده لايخلو عن حكم كل شيء نفياً او اثباتاً، نعم التحقيق رجوع كلتي الفقرتين الىٰ مالا ينافي ما افاد، للزوم ارتكاب خلاف الظاهر فيهما، فانتظر.

١٦ ـ قوله ﷺ: (لكن ظاهر النبوي واحدي ...الخ)[٤].

هذا استدراك من دعوىٰ ظهور الكتاب فيما كتب الله علىٰ عباده، وقد مر بيانه آنفاً.

نعم التحقيق اما في قوله (كل شرط ليس في كتاب الله عزوجل فهو باطل)[٥] فهو كناية عن عدم ثبوت الشرط كما شرط في الكتاب لا عدمه نفياً واثباتاً، وهذه العبارة متعارفة في مقام ابطال شيء بانه ليس في كتاب علي ﷺ، ويؤيده تفريعه ﷺ علىٰ ذلك بقوله ﷺ: (قضاء الله أحق وشرطه أوثق) فان المستفاد من هذا التفريع ثبوت

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢١.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٨ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب الخيار، ح ١. (٤) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٢.

(٥) عوالي اللآلئ ٣: ٢١٩ رواية ٩١.

نص منه تعالىٰ وقضاء وشرط منه في الكتاب علىٰ خلافه حتىٰ يكون أحق وأوثق، والا فلا ربط لهذا التفريع بالكلية المتقدمة الدالة علىٰ بطلان مالا أثر له في كتاب الله ولو نفياً واثباتاً.

وأمّا في قوله (المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله)[1] فهو أيضاً تفريع وتطبيق علىٰ صدر الرواية، حيث قال عليه السلام (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عزوجل فلا يجوز علىٰ الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم ...الخ) لا أنّ الباطل أحد أمرين ما يخالف كتاب الله كما في الصدر، ومالا يوافقه كما في الذيل بمفهومه، فيستفاد منه أنّ المورد صورة تعرض الكتاب للشيء نفياً واثباتاً، فلا واسطة بين المخالفة والموافقة، مع أنّ المسلّم هو صدق عدم الوصف بعدم موصوفه عقلاً لكونه عدماً، لا الصدق عرفاً فان الظاهر من قوله ما لايوافق كتاب الله باطل هو الفراغ عن وجود الطرفين وان كان عدم الموافقة يثبت عقلاً ولو بعدم الطرفين، مع ان هذا العنوان الملازم عقلاً لما ذكر انما هو بالمفهوم، والمفهوم تابع للمنطوق، ولا يلاحظ لوازمه التي تلازمه لو كان منطوقاً به كما لايخفىٰ، ولا شبهة في لزوم الفراغ عن تعرض الكتاب وثبوته في المورد في طرف الموافق المنطوق به في الخبر.

١٧ ـ قوله رحمه الله: (ولايبعد ان يراد بالموافقة عدم المخالفة ...الخ)[2].

هذا جواب عما استدركه آنفاً، وليس غرضه ان المراد من قوله (ماوافق كتاب الله) مالا يخالفه كي يناقش في تعليله الصريح في بقاء الموافقة علىٰ معناها وعدم رجوعها الىٰ عدم المخالفة، بل غرضه عدم انفكاك احدهما عن الآخر نفياً واثباتاً، اذ لو اريد من الموافقة موافقة الشرط ولو لعمومات الكتاب فلا محالة ينحصر غير الموافق في المخالف لخصوص حكم ثابت، والا كان موافقاً للعمومات الموجودة في الكتاب، فلا يوجد شرط يصدق عليه انه غير موافق بطرد السالبة بانتفاء الموضوع، فان المفروض وجود العمومات المصححة للموافقة لولا المخالفة من

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٦ من ابواب الخيار، ح ١. (٢) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٣.

جهة خصوص حكم، وعليه فلا واسطة بين الموافقة والمخالفة، فتدبر.

١٨ ـ قوله ﷺ: (ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب اما نفس المشروط ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك ان مقتضىٰ اعترافه ﷺ أخيراً بخروج الالتزام بالمباح فعلاً وتركاً عن الشرط المخالف، وانحصار مصداقه في الالتزام بفعل الحرام او ترك الواجب فلا يبقىٰ ثمرة عملية لهذا الترديد والتشقيق، اذ اتصاف الالتزام بالمخالفة من ناحية الملتزم به، وهو علىٰ الفرض منحصر في فعل الحرام وترك الواجب، فلا فرق بين نسبة المخالفة الىٰ الملتزم به او الىٰ الالتزام به، نعم نسبتها الىٰ الملتزم به خلاف ظاهر لفظ الشرط بارادة المشروط او ظاهر الاستثناء من الشرط، كما أنّ نسبة المخالفة الىٰ الالتزام خلاف ظاهر الاسناد، فان المتصف بها في الحقيقة علىٰ حسب اعترافه ﷺ نفس الملتزم به، وتوصيف الالتزام به من باب وصف الشيء بحال متعلّقه.

واما لو قلنا بصحة الالتزام ولو في المباح بالمخالفة ـ كما سيجيء[٢] ان شاء تعالىٰ ـ فللترديد ثمرة عملية، اذ بناء علىٰ توصيف الملتزم به بالمخالفة لا دلالة لهذه الاخبار علىٰ عدم نفوذ الالتزام بالمباح، اذ لا مخالفة للملتزم به للكتاب، وبناء علىٰ توصيف الالتزام بها يعم جميع اقسام الشرط، غاية الامر ان الالتزام يتصف بالمخالفة في المباح بنفسه وفي غيره من ناحية الملتزم به.

والتحقيق: ان الاخبار التي وقع فيها استثناء الشرط المخالف للكتاب والتي وقع استثناء الشرط المحلل والمحرّم فيها بصدد امر واحد ومطلب فارد، وانما التفاوت بينهما بالاجمال والتفصيل، ولا شبهة في ان المتصف بالمحلّل والمحرّم نفس الشرط دون المشروط، اذ فعل الحرام حرام لا محلل للحرام، وترك المباح ترك المباح لا انه محرّم للحلال، لكن لما دل الدليل علىٰ حرمة شرب الخمر فالالتزام بشربه تحليل للحرام؛ لان الشارط بصدد تحليله بشرطه، وكذلك الدليل لما دل علىٰ كون التسري مثلاً حلالاً فعلياً حتىٰ بلحاظ الشرط فالالتزام بتركه تحريم له؛ لان الشارط بصدد تحريمه علىٰ نفسه بشرطه، وبهذا الوجه يتصف الالتزام بالمخالفة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٤.　　(٢) تعليقة ٢٢.

للدليل لا بلحاظ متعلقه؛ اذ التحريم مخالف للتحليل كالعكس، فالالتزام المحرّم للحلال مخالف لما دلّ علىٰ حليّته حتىٰ بلحاظ الشرط، والالتزام المحلّل للحرام مخالف لما دل علىٰ تحريمه.

١٩ ـ قوله ﷺ: (فينحصر المراد في المعنىٰ الاول ...الخ)[١].

لعل دعوىٰ الانحصار بتخيل ان هذا الترديد لاجل فائدة عملية وهي شمول الاخبار لجميع اقسام الشرط علىٰ المعنىٰ الثاني دون الاول، وبعد عدم كون التزام ترك المباح كنفس الملتزم به مخالفاً للكتاب لا وجه للالتزام بتوصيف الالتزام بالمخالفة مع كونه خلاف الظاهر؛ لكونه من باب وصف الشيء بحال متعلقه.

وجوابه حينئذ معارضة هذه المخالفة للظهور بمخالفة ظهور الشرط في المعنىٰ المصدري، وصرفه الىٰ المعنىٰ المفعولي علىٰ المعنىٰ الاول، هكذا ينبغي تحقيق المقام.

٢٠ ـ قوله ﷺ: (الا ان التزامه فعل الحرام ...الخ)[٢].

الوجه فيه واضح؛ حيث إنّ الالتزام بمخالف الكتاب مخالف للكتاب لا من حيث نفسه، بل من حيث الملتزم به، بخلاف الالتزام بترك المباح فان الملتزم به لايخالف الكتاب حتىٰ يكون التزامه مخالفاً له، وعليه فهذه الروايات لاتعم جميع اقسام الشرط، وقد عرفت آنفاً معنىٰ مخالفة الشرط للكتاب وانها باعتبار نفس الشرط دائماً، فراجع[٣].

٢١ ـ قوله ﷺ: (مع ان الرواية المتقدمة ...الخ)[٤].

بعد ما التزم بعدم مخالفة الالتزام والملتزم به في المباح للكتاب كيف يقول بظاهر الرواية؟! وهذه الرواية شاهدة لما ذكرنا في معنىٰ المخالفة لا لما اعترف به أخيراً، فتدبر.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٧.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٨.
(٣) تعليقة ١٨.
(٤) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٢٨.

٢٢ ـ قوله ﷺ: (توضيح ذلك ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ...الخ)[١].

تفصيل القول في المقام بالبحث في مقامي الثبوت والاثبات:

اما مقام الثبوت فتحقيقه: ان الشيء ربما يكون ذا مصلحة ملزمة او غير ملزمة او ذا مفسدة كذلك فيكون واجباً او مندوباً او حراماً او مكروهاً، وربما يخلو عن كل ذلك فيكون مباحاً، فالأحكام الأربعة الأولىٰ بلحاظ طبائع موضوعاتها احكام اقتضائية، والاباحة من حيث طبع موضوعها لا اقتضاء، ومن البين ان المصالح والمفاسد من حيث طبع موضوعها مقتضيات للأحكام، وانما تتصف بالعلّية اذا لم يمنع عنها مانع، اما لبقاء الشيء علىٰ طبعه وعنوانه الاولي، او لقوة مقتضية بحيث لايزاحمه مقتضي العنوان الطارئ، واما المباح فحيث انه خالٍ عن جميع المقتضيات ـ اعني المصالح والمفاسد ـ فنفس خلّوه عنها منشأ لترخيص الشارع، اذ كما ان السنّة الربانية والرحمة الرحمانية جرت علىٰ الايجاب والتحريم والاستحباب والكراهة ارشاداً للعباد الىٰ ما فيه الصلاح والفساد كذلك جرت علىٰ الترخيص فيما يخلو عن كذلك ذلك لئلا يكونوا في ضيق منه، وحيث ان الاباحة منشائها اللا اقتضائية فمجرد وجود المقتضي القائم بالعنوان الطارئ ينقلب الحكم الىٰ ما يناسب المقتضي من غير مزاحمة اصلاً.

نعم قد يكون ابقاء الاباحة حتىٰ مع العنوان الطارئ ذا مصلحة أقوىٰ من مصلحة العنوان الطارئ او مفسدته كما في التسرّي علىٰ المعروف، فان هذه الاباحة التي لا تزول بالشرط لايعقل ان تكون ناشئة عن لا اقتضائية الموضوع؛ والا لما عارضت العنوان الطارئ؛ بداهة ان العدم لايزاحم الوجود، بل النقيض ينقلب الىٰ النقيض بمجرد عروضه عليه.

وعلىٰ ما ذكرنا فجميع الاحكام الخمسة علىٰ قسمين: لانها اما ان تكون مرتبة علىٰ موضوعاتها بطبعه وعنوانه مع ملاحظة تجرده عن سائر العناوين لا مع قطع

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٧ سطر ٣٣.

النظر عنها في كلامه ﷺ، فانه لا اهمال في الواقع، فالحكم حينئذ في مورد خلّوه عن العناوين الطارية فعلّي لعدم المزاحم، ومع عروضها حكم اقتضائي ملاكي جهتي حيثيتي لوجود ملاك الحكم ومقتضيه والجهة الباعثة الداعية الىٰ الحكم دون حقيقة الحكم وروحه؛ اذ لا ثبوت للشيء بما هو شيء في قبال سائر الاشياء الا بعلته التامة دون مقتضيه فقط.

واما ان تكون مرتبة علىٰ الموضوع وان طرء عليه ما طرء من العناوين ذات المصالح والمفاسد لمكان اقوائية مصلحة هذا الموضوع او غلبة مفسدته، وهذا الحكم دائماً فعلي تام الحكمية لتمامية علّته.

واما مقام الاثبات: فان كان دليل الحكم من قبيل الاول بان رتب الحكم علىٰ موضوعه بلحاظ طبعه وعنوانه مع ملاحظة تجرده عن سائر العناوين ذات المصالح والمفاسد فحينئذ لاتنافي بينه وبين نفوذ الشرط مثلاً باطلاق دليله.

وربما يتوهم: أن هذا المعنىٰ من الحكم الكذائي لاينافي اطلاق دليله للعناوين الطارية بان يكون الخمر مثلاً من حيث نفسه حتىٰ في صورة الشرط حراماً.

وهو مدفوع: بما سمعت آنفاً من أن الثابت في صورة طروّ الطواري حكم ملاكي اقتضائي لعدم معقولية اجتماع الحكمين خصوصاً في العنوانين الطوليين، وقد عرفت ان الحكم الاقتضائي الملاكي ليس من حقيقة الحكم في شيء؛ فلا معنىٰ لصرف الادلة المتكفلة للاحكام اليه.

وإنْ كان دليل الحكم من قبيل الثاني بان كان باطلاقه مثبتاً لحقيقة الحكم للشيء في جميع الحالات وإنْ عرضه ما عرض من العناوين فحينئذ يكون معارضاً لدليل الشرط لولا الاستثناء، وحيث ان المقتضي في الطرفين موجود فلابد من احراز الاهمية وتقديم أقوىٰ المقتضيين، والا فتقديم الدليل المتكفل للعنوان الثانوي، لان المفروض وإنْ كان اطلاق دليل العنوان الاولي الا انهما اذا القيا علىٰ العرف يرىٰ الحكم المرتب علىٰ العنوان الاولي مرتباً عليه من حيث نفسه، فكأنّهما مع الاجتماع يحدث لهما ظهور فيما ذكر، لكن نحن في سعة من هذه الغائلة فيما نحن فيه؛ لمكان

الاستثناء المعيّن لمورد نفوذ الشرط، وهو ما اذا لم يتعلق بحرام فعلي او حلال فعلي ولو باطلاق دليله.

فان قلت: ما الفرق بين الواجبات والمحرمات وبين المباحات؛ حيث ان الالتزام بترك الواجب وفعل الحرام لم ينفذ بدليله غالباً، بل لايكاد يوجد، بخلاف المباحات فان الالتزام بها فعلاً وتركاً نافذ، بل لايكاد يوجد خلافه الا في التسرّي علىٰ اشكال فيه، مع ان ادلة الاحكام ظاهرة في فعلية الاحكام، واطلاق ادلتها للعناوين علىٰ نهج واحد.

قلت: الاباحة الناشئة عن طبائع موضوعاتها من باب اللااقتضاء، وكما أن اللااقتضاء في مقام الثبوت يستحيل بقاؤه علىٰ حاله مع تحقق المقتضي القائم بالعنوان الطارئ؛ لاستحالة بقاء النقيض مع طروّ النقيض كذلك في مقام الاثبات لايعقل اطلاق دليل مثل هذه الاباحة للعناوين المقتضية، بخلاف الواجبات والمحرّمات فان وجود المتقضيين المتنافيين في التأثير معقول وواقع، واما الاباحة التي لاتزول فقد عرفت أن بقاءها من ناحية حكمة في نفسها لا في موضوعها، وهذه الاباحة لا دخل لها بالاباحة الناشئة عن طباع موضوعاتها ولا يدل عليها الأدلة المتكفلة للاباحات المتعارفة، فافهم واستقم.

٢٣ ـ قوله ﷺ: (لكن يبعّده استشهاد الأمام لبطلان شرط الترك باباحة ذلك ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك أنّ رواية ابن مسلم[٢] المتقدمة المتضمنة لشرط ترك التسرّي لا تعرّض لها بشرط ترك التسرّي، ولا اشارة اليه في الجواب، اذ المذكور في السؤال هو الالتزام بترتب الطلاق علىٰ احد تلك الامور من التزويج عليها او التسرّي عليها او هجرها، وهذا الالتزام لو كان نافذاً لم يكن محرماً لتلك الامور، بل تلك باقية علىٰ ما هي عليها، غاية الامر أنّ نفوذ الشرط يقتضي وقوع الطلاق بفعل احد تلك الامور وعدمه عدمه.

والاستدلال بالايات المذكورة في الرواية بملاحظة أن السائل بملاحظة نفوذ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٩.

(٢) وسائل الشيعة، باب ٢٠ من ابواب المهور، ح ٦.

شرطه كان متحرّجاً من فعل أحد تلك الامور لمكان وقوع الطلاق قهراً عليه، فلذا أفادﷺ بان الشرط كالعدم، وانه إن شاء طلق وان شاء أمسك وتزوج وتسرّىٰ وهجرها لبقاء الامور المزبورة علىٰ اباحتها الثابتة بالآيات المذكورة، وعليه فلا منافاة اصلاً بين هذه الرواية ورواية منصور بن يونس الآتية من دون حاجة الىٰ الجمع وشاهد الجمع، فضلاً عن كونه بعيداً كما أفيد.

٢٤ ـ قولهﷺ: (انما الاشكال في تميز مصداق احدهما عن الاخر ...الخ)[1].

لايخفىٰ ان الشرط نوع من التعهد واثبات العهدة علىٰ النفس او الغير، ومقتضىٰ المناسبة بين الحكم والموضوع انه كسائر المعاملات كالتعهد في الاجارة ليس عنواناً حسناً او قبيحاً يوجب تغيّر العناوين وانقلابها عما لها من العنوان الحسن والقبيح الىٰ غيره، بل مقتضىٰ الامتنان كما في سائر المعاملات انفاذ ما تعهده الانسان مما كان أمره بيده فعلاً وتركاً كالمباحات، دون الواجبات والمحرّمات، وكالأمور التسبيّة التي ليس لها سبب خاص دون ما كان لها سبب خاص، والأحكام الشرعية مطلقاً اما المباحات والامور السببية التي ليس لها سبب خاص فان مقتضىٰ الامتنان انفاذها، حيث انه تعهدها وتسبب بتعهده الىٰ حصولها.

واما فعل المحرمات وترك الواجبات فكما لا يسوّغه الاجارة كذا الشرط، بداهة انهما ليسا من العناوين المحسّنة المسوّغة لفعل الحرام وترك الواجب، ولا امتنان حينئذ في انفاذ التعهّد، واما الامور التي لها سبب خاص فالتسبب بالشرط الىٰ حصولها غير معقول لعدم امكان وجود المعلول بغير علته التامة.

اما الاحكام الشرعية مطلقاً تكليفية كانت او وضعية فمن الواضح ان مبادئها بيد الشارع ولا قدرة للشارط عليها، فلا يعقل الالتزام والتعهد بوجودها، والظاهر كما سيظهر من مطاوي الاخبار الآثار فما سيأتي ان شاء تعالىٰ عدم تخلّف هذه الضابطة.

٢٥ ـ قولهﷺ: (منها كون احد ابويه حرّ رقاً فان مادل علىٰ ...الخ)[2].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٥.　　(٢) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٦.

ينبغي ان يعلم اولاً ان شرط الرقية والحرية هل هو شرط الحكم الشرعي او شرط اعتبار شرعي يمكن التسبب اليه بسبب؟

ولايخفىٰ عليك ان الرقية لا حقيقة لها الا الملكية، والحرية زوالها، وشرط الحرية في الامة المحلّلة بالنسبة الىٰ ولدها صحيح واقع، وليس حقيقتها الا شرط سقوط الملك عن الملكية؛ اذ ولد الامة المحلّلة لولا الشرط نماء ملك لمولىٰ الامة، فيدخل في ملك مالك الامة، وبالشرط يخرج عن ملكه، وحيث إنّ الوالد لا يملك ولده يكون حرّاً، وزوال صفة الملكية عين الحرية.

واما حصول الرقية بالشرط فهو وان كان مرجعه الىٰ شرط الملكية الا انه موقوف علىٰ قبول المورد للملكية وكون المتولد من حرّ ورّق حراً بالذات او رقاً بالذات غير معلوم، وقياس المورد بالمتولد من الحرّ من حيث لا يعقل شرط رقيّته مع الفارق، اذ لا تشبث للملكية به كي يعقل الشرط، بخلاف ما نحن فيه، والغرض ان مرد كون شرط الرقية راجعاً الىٰ شرط الملكية لايسهل الخطب، بل يجب اولاً احراز قبول المتعلق للملكية، ومقتضىٰ اطلاق الاخبار كونه حراً، بل في بعضها لا يسترق الولد اذا كان احد ابويه حرّاً، فانه ناظر الىٰ مرحلة السبب، فمقتضىٰ الاستثناء في دليل الشرط عدم امكان تعلق الشرط به، وتمام الكلام في محله.

٢٦ ـ قوله ﷺ: (ومنها ارث المتمتع بها هل هو قابل ...الخ)[١].

اعلم ان الارث وإنْ كان تمليكاً الهياً بالنسبة الىٰ اشخاص خاصة عن اشخاص مخصوصين، وشرط ملكية مقدار كذا من المال بعد الموت معقول، الا انه ليس ارثاً، بل الارث تمليك خاص محكوم باحكام[٢] خاصة، وهو غير قابل للتسبب اليه بسبب شرطاً كان او غيره، والا جاز في غير ما نحن فيه، ومجرد تشريع ارث الزوجة في كتاب الله مع الاعتراف بعدم شموله لما نحن فيه والا لم يحتج الىٰ الشرط لا يكون فارقاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ١٨.

(٢) ما اثبناه هو الصحيح، وفي الاصل (محكوم ما خاصة).

وتوهمّ ان الارث جاء من قبل الزوجية دون الشرط فلا يكون مشرِّعاً غريب جدّاً، اذ الشرط التزام جدّي بارث المتمتع بها بنفس هذا الشرط والا فلا متعلق للشرط، فدعوىٰ ان فائدة الشرط تحقق الموضوع وهو المتمتع بها حال الاشتراط غير معقولة، وتمام الكلام في محله، وسيأتي[1] الاشارة اليه في الشرط الخامس فانتظر.

٢٧ ـ قوله ﷺ: (ومنها انهم اتفقوا علىٰ جواز اشتراط الضمان ...الخ)[2].

لايخفىٰ عليك ان التسبب بالشرط الىٰ الضمان منصوص في العارية؛ فمنه يعلم ان اتخاذ العين في العهدة بالشرط امر معقول، والا لايكاد يصحّ التعبّد به، فيبقىٰ الكلام في الفرق بين العارية والاجارة، وجوابه الاجمالي هو ان القول بجواز الاشتراط في العارية لانه منصوص عليه فمنه يعلم ان عدم الضمان في العارية ليس علىٰ وجه لا يتغير بالشرط وفي الاجارة غير منصوص بالخصوص، وعموم (المؤمنون ...الخ) لمكان الاستثناء لا يعارض ما دلّ علىٰ عدم الضمان في الاجارة، فسؤال الفرق انما يتجّه اذا كان جواز الاشتراط في العارية بعموم دليل الشرط، وسيجئ تفصيل القول فيه في الشرط الخامس ان شاء.

٢٨ ـ قوله ﷺ: (بنىٰ علىٰ اصالة عدم المخالفة ...الخ)[3].

توضيحه: ان عدم المخالفة قد يلاحظ بنحو العدم الرابط اعني مفاد ليس الناقصة فلا حالة سابقة، اذ لا زمان يقطع بعدم كون هذا الشرط مخالفاً للكتاب، وقد تلاحظ بنحو العدم المحمولي ـ وهو مفاد ليس التامة ـ فله حينئذ الحالة السابقة المتيقنة؛ حيث ان المخالفة ـ وهي صفة قائمة بطرفيها من الكتاب والشرط ـ كانت معدومة في الازل فانقلب العدم الىٰ الوجود بالاضافة الىٰ ذات الطرفين، وانقلاب العدم بالاضافة الىٰ عنوان المخالفة مشكوك، فيؤخذ باليقين السابق.

فان قلت: عدم المخالفة كذلك وان كان قابلاً للاستصحاب الا ان الفراغ عن حكم الخاص لازم، والفراغ عنه لايكون الا بالفراغ عن عنوان موضوعه وجداناً او تعبّداً،

---

(١) تعليقة ٤١.
(٢) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٢١.
(٣) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٢٨.

ومن الواضح ان عدم المخالفة بنحو الرابط والمحمولي ليس احدهما عين الاخر، وانما هما متلازمان عقلاً، فاصالة عدم المخالفة بنحو العدم المحمولي لا يقتضي عدم كون الشرط مخالفاً ـ وهو عنوان الخاص ـ الا بالملازمة العقلية، حيث ان اتصاف الشي بعنوان المخالف وعدمه بقيام مبدء المخالفة به وعدمه قطعاً.

قلت: نعم الفراغ عن حكم الخاص لازم لكنه لا يتوقف الفراغ عنه ونفيه علىٰ نفي عنوانه، بل ربما يتحقق الفراغ عنه بالمضادة بين حكمي العنوان الثابت بالوجدان والاصل وعنوان الخاص وتقريبه:

ان المستثنىٰ منه نفس عنوان الشرط باي عنوان كان، وقد خرج بالاستثناء أحد تلك العناوين، وهو الشرط المخالف، وبقي سائر العناوين تحت المستثنىٰ منه، ومنها الشرط الذي لم يتحقق بينه وبين الكتاب مخالفة، وهذا العنوان مناقض لعنوان الخاص، وهو علىٰ الفرض محكوم بالنفوذ، وهو مضاد للفساد، فالحكم الذي يترتب علىٰ العنوان المحرز احد جزئيه بالوجدان والاخر بالاصل ـ اعني النفوذ والصحة ـ مترتب بلا واسطة، وهو بنفسه يوجب الفراغ عن حكم الخاص؛ لاستحالة اجتماع الحكمين في موضوع واحد، وليس العنوان المحرز بالاصل من العناوين المجامعة مع عنوان الخاص كي يقال ان احراز حكم الشيء بعنوان لاينافي وجوب الفراغ عن الحكم الثابت له بعنوان اخر، وهكذا الامر اذا شك في محرّمية الشرط للحلال ومحلليّته للحرام؛ فان الاصل عدم تحقق التحليل او التحريم به وهذا اصل اصيل نافع في غالب ابواب الفقه اذا لم يعنون المستثنىٰ منه بعنوان وجودي او عدمي رابطي، فتدبر.

٢٩ ـ قوله رحمه الله: (ومرجع هذا الاصل الىٰ اصالة عدم ثبوت ...الخ)[1].

وجه العدول ليس عدم تمامية الاصل المتقدم في نفسه، كيف؟ وقد اعتمد علىٰ امثاله في غير مقام، بل لمكان الاصل الجاري في السبب، لان منشأ الشك في المخالفة الشك في كيفية ثبوت الحكم وانه علىٰ وجه يتغيّر او علىٰ وجه لا يتغيّر،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٣٠.

والتحقيق سلامة الاصل المتقدم عن الاصل الوارد، لان اللازم في الفراغ عن حكم الخاص نفي حكمه ولو باثبات عنوان مناقض او مضاد لعنوانه، فلابد من نفي مخالفة الشرط بنحو من الانحاء، ومن المعلوم ان الاصل السببي لا يثبت عدم المخالفة الا بالملازمة العقلية.

واما الايراد عليه بان الاصل السببي لا يقتضي الا عدم مخالفة الحكم للشرط، واللازم احراز عدم مخالفة الشرط للحكم، فمندفع بما تحقق في محله ان تنزيل احد المتضائفين تنزيل للآخر عرفاً، فالتعبد بالمخالفة او عدمها في احد الطرفين تعبّد بمثله في الآخر.

٣٠ ـ قوله ﷺ: (لكن هذا الاصل انما ينفع بعد عدم ظهور ...الخ)[1].

ربما تجعل هذه العبارة قرينة علىٰ ان مراده ﷺ في السابق في مقام كون الحكم علىٰ وجهين من حيث القبول للتغير وعدمه هو عدم الاطلاق، وللحكم بالاضافة الىٰ الشرط تارة واطلاقه اخرىٰ؛ فاورد عليه بان الشرط لم يكن حينئذ مغيّراً، بل الحكم بنفسه قاصر.

وفيه: من الخلط بين مقامي الثبوت والاثبات مالا يخفىٰ؛ فانه ﷺ كان هناك في تقسيم الحكم بلحاظ الواقع ولا اهمال في الواقع، وهنا في مقام الاثبات، ومن الواضح ان الاهمال وعدم الاطلاق في مقام الاثبات لا يقتضي ان يكون مقام الثبوت كذلك.

وعليه فمراده ﷺ ان الحاجة الىٰ الاصل انما هو اذا لم يكن اطلاق كاشف عن ثبوت الحكم الفعلي حتىٰ في صورة الشرط الذي لازمه كون الحكم مما لا يتغير، بل كان الحكم واقعاً محتملاً لكلا النحوين، وقد عرفت عدم معقوليّة اطلاق الحكم لصورة الشرط، ومع ذلك يكون بلحاظ نفس الشيء بأن يكون الحكم طبعيّاً اقتضائياً، لما اسمعناك من أن الحكم الاقتضائي ليس من حقيقة الحكم في شيء، وانما هو مقتضي الحكم وملاكه، والا لزم اجتماع حكمين فعليّين حقيقيين في صورة الشرط،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٨ سطر ٣٢.

فظهور الحكم في الحقيقي من الايجابي او التحريمي واطلاقه لصورة الشرط كاشف عن عدم مغيّرية الشرط وعدم قبول الحكم للتغيير.

واما قوله (بان الشرط لم يكن مغيّراً) فان اراد عدم كونه مغيّراً للحكم ففيه: انه لابأس به، بل يجب ان يكون كذلك؛ اذ لا تغيير في الواقع، بل كل حكم علىٰ حدّ موضوعه التام.

وان اراد عدم كونه مغيّراً للموضوع ففيه: ان موضوع الاباحة مثلاً اذا كان نفس الشيء مع ملاحظة تجرّده عن كل عنوان حتىٰ الشرط فمجرد عروض الشرط يخرجه عما هو عليه ويكون موضوعاً آخر في قبال الموضوع الاول؛ بداهة ان الماهية بشرط شيء تغاير الماهية بشرط لا.

٣١ ـ قوله ﷺ: (وفيه من الضعف مالا يخفىٰ ...الخ)[١].

لما فيه اولاً: من تخصيص الشرط بما تعلق بالحكم المخالف للكتاب والسنة وسيجيء ان شاء تعالىٰ عدم معقوليته.

وثانياً: من رجوعه الىٰ المرجحات مع ان اللازم ملاحظة كون الحكمين من اي القسمين ولو باستفادته من الاطلاق، فلا مجال للمعارضة لمكان الاستثناء كما لايخفىٰ.

٣٢ ـ قوله ﷺ: (ثم انه يشكل الامر في استثناء الشرط المحرم للحلال ...الخ)[٢].

حاصله: ان الاستثناء في طرف المحلل للحرام محتاج إليه، وفي طرف المحرم للحلال مستغنىٰ عنه.

اما الاول فلأنّ اطلاق أدلة المحرمات تقتضي كون الحكم فعلياً حتىٰ في صورة الشرط، واطلاق دليل الشرط يقتضي نفوذه حتىٰ في مثل شرب الخمر الذي دل اطلاق الدليل علىٰ فعلية حرمته حتىٰ في صورة الشرط فيتعارضان، ولاستثناء حينئذ يرفع المعارضة ويخصص الشرط النافذ بغير ما دل اطلاق الدليل علىٰ فعلية حرمته

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٩ سطر ٢.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٩ سطر ١٨.

حتىٰ في صورة الشرط، فلا يلغو الاستثناء.

واما الثاني فلأنّ ادلة المباحات غالباً ـ بل لايكاد يوجد خلافه ـ تدل علىٰ حلية الاشياء بعناوينها مجرداً عن عروض العناوين ذات المصالح والمفاسد، بل قد عرّفناك سابقاً ان اطلاقها لمثل هذه العناوين غير معقول، لفرض كون الاباحة الناشئة عن طباع موضوعاتها من باب اللااقتضاء فلا يجامع ما له الاقتضاء قطعاً، فالشرط حينئذ نافذ لعدم المعارضة، فلا شأن للاستثناء حينئذ، واما الاباحة التي لايرفعها رافع لحكمة في نفسها فلو ثبتت في مورد فانما تثبت بدليل خاص مثل ما ورد في شرط عدم التسرّي ونحوه، وهو لايعارضه عموم دليل الشرط لاخصّيته ونصوصيّته ولو لم يكن هناك استثناء.

وهذا البيان في الاشكال علىٰ الاستثناء اولىٰ مما افاده ﷺ حيث قال (والوقوف مع الدليل الخارج الدال علىٰ فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك؛ اذ مورد الشك حينئذ محكوم بالصحة ...الخ)، وذلك لان فائدة الاستثناء ما ذكرنا، لا لان يكون ضابطة لموارد الشك؛ بداهة ان الحكم اذا كان مشكوك الحال من حيث القبول للتغيّر بالشرط وعدمه لايكون الاستثناء ضابطة يستعلم بها حال المشكوك، فالاولىٰ تقريب الاشكال علىٰ ما ذكرنا.

ولا مدفع له الا ان يقال ان الاستثناء فائدته قولاً كليّاً ما ذكرنا، وهو دفع المعارضة به بين دليل الشرط وادلة الاحكام المطلقة الفعلية، وان لم نظفر في الخارج بمثل ذلك في طرف المباحات، مع احتمال ان يكون موارد كثيرة كذلك ولم تصل الينا، والله العالم.

٣٣ ـ قوله ﷺ: (بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام ...الخ)[1].

لعله سهو من قلمه الشريف لما صرّح به سابقاً[2] وسيصرّح به من ان المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك مطلقاً حتىٰ مع الاشتراط وهو ايضاً كذلك، لانه القابل للاستثناء في الطرفين.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٧٩ سطر ٢٦.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٩ سطر ٩، ٢٨٠ سطر ١٧.

وتوهمّ ان هذا المعنىٰ لايحتاج الىٰ هذا المقدار من الاهتمام في بيانه بالاستثناء مدفوع بان مجرد ظهور الدليل في الحرمة المطلقة مثلاً لايغني شيئاً بعد اطلاق دليل الشرط فيتعارضان، والاستثناء حينئذ رافع للمعارضة، وكفىٰ بذلك فائدة.

٣٤ ـ قوله ﷺ: (لا افهم معنىٰ محصّلاً لاشتراط حرمة الشيء او حليته شرعاً ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك ان الحكم من كل حاكم شرعي او عرفي فهو تحت اختيار ذلك الحاكم، ولا يعقل ايجاده بنحو الفعل او النتيجة من غيره، وليس من الامور الاعتبارية التسبيبية التي يمكن لكل احد التسبب اليه بسببه.

واما ما في كلامه ﷺ (من انه لا معنىٰ لاستثنائه عما يجب الوفاء به؛ لان هذا لايمكن عقلاً الوفاء به لعدم كونه فعلاً خصوصاً للمشترط الخ).

ففيه: ان الوفاء مما يتعلق بالنتيجة علىٰ مسلكه ﷺ فلا حاجة الىٰ كون متعلقه فعلاً، بل الوجه ما سمعت.

واما ما عن بعض الاعلام من تلامذته (رحمهما الله) تاييداً للفاضل النراقي ﷺ من امكان تعلق الشرط بالحكم كما في شرط البائع الولاء لنفسه، حيث اطلق عليه الشرط فقال ﷺ: (ما بال اقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله)[٢]، واشتراط عدم ارث الوارث، وشرط ارث الاجنبي، وشرط الضمان في العارية كما يمكن تعلقه بالنتائج فان كل ذلك راجع الىٰ شرط ما ليس من الافعال ولا من المقدور للمكلف.

فمدفوع: اما شرط الحكم تكليفاً كان او وضعاً فانما يستحيل من الملتفت، واما العامي والغافل فيتحقق منهما الالتزام الجدّي والتعهد الحقيقي، ولا واقع للامر القصدي سوىٰ التسبّب اليه بالقصد والعمد، خصوصاً فيما كان للعرف مثله ايضاً، كالولاء فان البائع لم يتسب بشرطه الىٰ الولاء الشرعي، بل الىٰ الولاء عندهم، واما شرط الضمان فغير مستحيل من العاقل الغير الغافل ايضاً، لانه اعتبار شرعي يمكن التسبب اليه بالشرط كالملكية والزوجية.

واما شرط النتائج فلا وقع للنقض به هنا اذ الشرط المتعلق بملكية المال لزيد حال

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٠ سطر ١٣.

(٢) مستدرك الوسائل ١٣: ٣٠٠، رواية ١٥٤١٩.

قولك «ملّكت» من حيث ان المسبب المقصود ايجاده في كلا المقامين نفس الملكية التي هي من الاعتبارات الشرعية والعرفية التي يمكن ايجادها بايجاد اسبابها، واما مسألة معقولية الوفاء بها فسيأتي ان شاء تعالىٰ في محله.

وبالجملة: شرط الحكم التكليفي او الوضعي الغير التسببي من الملتفت محال، ومن غيره معقول الا انه لايحصل لعدم تحقق مبادية الموجبة له كما لايخفىٰ علىٰ الخبير.

٣٥ـ قوله ﷺ: (وللنظر في مواضع من كلامه مجال ...الخ)[1].

عمدة ما يرد عليه ان الامر دائر مدار الفعلية المطلقة وعدمها دون الكلية والجزئية، ولذا ليس له ان يقول بها في طرف تحليل الحرام مع وحدة السياق، كما ان الظاهر من النصوص والفتاوىٰ عدم الفرق بين الالتزام بترك التسرّي والتزويج ثانياً مطلقاً او بواحدة معينّة، كما لا فرق بين كون الجماع بيد المرأة مطلقاً او احياناً، فما ذكره ﷺ تخرّص علىٰ الغيب وتحكم بلا ريب.

الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد

٣٦ـ قوله ﷺ: (ان لايكون منافياً لمقتضىٰ العقد والا لم يصح ...الخ)[2].

تفصيل القول فيه: ان المنافي قد تكون منافياً لمقتضىٰ العقد بمعنىٰ مقومه وما يكون من علل قوامه، وقد يكون منافياً لما هو من لوازمه واحكامه، واللازم اما مفارق او غير مفارق، وكلاهما اما عرفي او شرعي، واما كون الشيء لازماً كالمقوّم فلا معنىٰ له الا المبالغة في عدم المفارقة، والا فالخارج عن حقيقة الشيء لا يعقل ان يكون مما يتقوم ويأتلف منه الشيء.

ثمّ ان كون الشيء منافياً للازم العقد باحد وجهين: اما ان يكون المشروط حكماً منافياً لحكم العقد او عدم الحكم، واما ان يكون موضوعاً ينافي نفوذ الشرط حكمه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٣.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٣.

كشرط عدم البيع، فان المشروط لاينافي مقتضىٰ عقد البيع، لان مقتضاه السلطنة علىٰ البيع لا نفسه، نعم نفوذ الالتزام بالعدم يرفع السلطنة علىٰ البيع، والسلطنة وعدمها متنافيان، والظاهر دخول كلا القسمين في محل الكلام كما يظهر من امثلة المقام.

اما ما ينافي مقوّم العقد كالملكية والعينيّة والعوضيّة في البيع الذي هو تمليك عين بعوض، فالقصد الىٰ حقيقة البيع مع شرط عدم احد تلك الامور متناقضان، فلا يعقل تحققهما الا عن الغافل او غير العاقل، هذا اذا قصدهما من اول الامر، واما اذا قصد البيع الحقيقي بقوله «بعت» ثم بدا له فاعقبه بشرط عدم العوض فلا يقع الشرط؛ لان المنافي لايتحقق بعد تحقق المنافي، وليسا في عرض واحد كي يمتنع القصد اليهما، لكن حيث ان الشرط حينئذ من تتمة الايجاب فهو يرفع حكمه.

فان قلت: بعد معقولية التشريع في المعاملات كالعبادات لم لا يمكن القصد الىٰ البيع بلا ثمن تشريعاً.

قلت: لا مجال للتشريع في الموضوعات، فانه لو فرض الشخص شارعاً ايضاً لا معنىٰ لان يقصد البيع بلا ثمن؛ فان معناه القصد الىٰ التمليك بعوض بلا عوض وهو محال.

وأمّا ما ينافي اللازم الغير المفارق فانه مع الالتفات الىٰ عدم المفارقة لايعقل القصد الىٰ وجود الملزوم وعدم اللازم، فان المفروض استحالة انفكاكهما، وقد عرفت ان صورة البداء من باب رفع اليد عن الايجاب.

نعم قد يفرق حينئذ بين اللازم العرفي والشرعي؛ نظراً الىٰ ان الحقيقة العرفية محفوظة في الثاني، وفيه ان المقصود إنْ كان التمليك العرفي من دون نظر الىٰ الملكية الشرعية فالامر كما ذكر، الا ان التمليك الشرعي ايضاً كذلك فيمكنه القصد اليه مع القصد الىٰ اللازم العرفي.

وبالجملة: التمليك والملكية عين الايجاد والوجود، وهما متحدان بالذات مخلفان بالاعتبار، فالتمليك الشرعي بازاء الملكية الشرعية، والعرفي بازاء الملكية

العرفية، ولكل منهما حكمه، وعليه فاذا قصد الملكية العرفية مع القصد الىٰ عدم اللازم الشرعي فانه وان كان معقولاً لعدم التنافي، لكنه يقطع بعدم حصول البيع الشرعي بالحمل الشائع لفرض استحالته مفارقة الملزوم الشرعي عن لازمه.

واما ما ينافي اللازم المفارق فلا اشكال لفرض كونه مفارقاً قابلاً للانفكاك، نعم اذا كان الملتزم به نفس الحكم المنافي للازم المفارق فالشرط غير معقول؛ لما عرفت سابقاً من استحالة تعلق الشرط بالحكم التكليفي او الوضعي الغير التسبيبي.

ومن جميع ما ذكرنا اتضح ان النوبة لا تصل الىٰ استحالة الوفاء ومخالفة الكتاب المذكورين في كلام المصنفﷺ في شيء من الصور المزبورة، فافهم واستقم.

٣٧ ـ قولهﷺ: (بان اشتراط العتق مما ينافي مقتضىٰ العقد ...الخ)[1].

لايخفىٰ ان مقتضىٰ العقد بنفسه هي الملكية، والالتزام بالعتق يلائمه لا انه ينافي، وحكم الملكية هي السلطنة المطلعة علىٰ جميع التصرفات، ومن سلطنة الشخص ان يعتق وان لا يعتق وان يلتزم بالعتق وان لا يلتزم به، فشرط العتق لاينافي شيئاً من ذلك.

نعم لو علم من دليل السلطنة انها لاينفك عن المال في جميع الاحوال لم يمكن شرط عدمه، ومن الواضح ان قوله (الناس مسلطون علىٰ اموالهم) لايقتضي الا ان المالك لا قصور فيه من حيث السلطنة، اما انه لايتمكن من اعمال سلطانه في نفي سلطانه مطلقاً او مقيداً فلا، بل مناسبة الحكم والموضوع تقتضي خلافه، اذ من كمال السلطان اعمال سلطانه علىٰ المال في كل ما يشاء، ومنها اعمال سلطانه في الالتزام بالعتق.

نعم لو شرط ان لا يكون له سلطان علىٰ تصرّف كذائي او عدمه كان باطلاً؛ لان السلطنة الشرعية ليست الا جواز التصرف، وقد مرّ غير مرّة ان حكم الغير ـ شارعاً كان او غيره ـ ليس تحت اختيار الشارط كي يتعهّد بوجوده او عدمه.

ثم لو بنىٰ علىٰ ان الالتزام بالعتق منافٍ للازم الغير المفارق فتصحيحه ببناء العتق

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٤.

علىٰ التغَليب غير صحيح، اذ الصحة فرع المعقولية، الا ان يرد دليل خاص يكشف عن ان اللازم غير مفارق بالاضافة الىٰ ما عدا الشرط، فلا تغفل.

٣٨ ـ قوله ﷺ: (ومنها اشتراط عدم البيع ...الخ)[١].

قد عرفت ان مقتضىٰ القاعدة جوازه، مع ورود الروايات المعتبرة بصحته؛ منها صحيحة الحلبي عن ابي عبدالله ﷺ: (سألته عن الشرط في الاماء لا تباع ولا توهب ولا تورث؟ فقال ﷺ: يجوز ذلك غير الميراث فانها تورث، وكل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ)[٢] وهذا شاهد لما ذكرنا سابقاً، من الفرق بين الارث ونحوه من الاحكام وبين البيع والهبة وغيرها من الامور التسبيبة.

نعم من يقول بان الملكية بمعنىٰ السلطنة وهي تنتزع عن جواز التصرف مطلقاً فلازمه المنع عن امثال هذه الشروط، ومرجعه حينئذ الىٰ منافاتها لنفس المعقود عليه لا لاحكامه، الا ان المبنىٰ ضعيف، بل سخيف.

٣٩ ـ قوله ﷺ: (ومنها ماذكره في الدورس في بيع الحيوان من جواز الشرّكة ...الخ)[٣].

لايخفىٰ عليك ان مقتضىٰ اشاعة المال بين شخصين ان يكون الربح والخسران عليهما، وغيره غير معقول، فشرطه غير معقول الا اذا رجع الىٰ امر معقول، كما اذا أُريد من هذه العبارة شرط تمليكين مجانيين بالاضافة الىٰ حصة الشريك في صورة الربح، وبالاضافة الىٰ ما يعادل الخسارة الواردة علىٰ حصته في ذمة الشريك في صورة الخسران، الىٰ غير ذلك من الصور الغير المنافية للشركة واحكامها، وعلىٰ مثل ما ذكر يحمل الصحيحة.

ثم ان ماذكر في هذه الامثلة كلها لا دخل لها بشرط ماينافي مقتضىٰ العقد، اذ السلطنة علىٰ التصرفات في الاولين وتساوي الشريكين في الربح والخسران من مقتضيات الملك، لا من مقتضيات عقد البيع وعقد الشركة، ولذا لو فرض حصول

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٦.

(٢) وسائل الشيعة، باب ١٥ من ابواب بيع الحيوان، ح ١.

(٣) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٦.

الملك من غير العقد وحصول الشركة من غير جهة العقد كان الملك المطلق والملك الاشاعي مقتضياً للاحكام المزبورة، ومقتضىٰ مقتضىٰ الشيء انما ينسب الىٰ الشيء اذا كان الجهة محفوظة، ومن الواضح ان الملك من حيث انه ملك يقتضي الاحكام المزبورة، لا من حيث انه من مقتضيات عقد البيع مثلاً او عقد الشركة، فلا تغفل.

٤٠ـ قوله ﷺ: (ومنها ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان في العارية وعدم جوازه في الاجارة ...الخ)[١].

قد عرفت سابقاً[٢] ما يمكن ان يكون فارقاً في نظر المشهور؛ بدعوىٰ ان بناء المشهور كما في بعض الاخبار[٣] علىٰ ان المستعير والمستأجر مؤتمنان، ومقتضىٰ القاعدة حينئذ عدم نفوذ شرط الضمان في العارية والاجارة، الا ان النص الوارد في العارية فرّق بينهما.

والتحقيق: ان عقدي الاجارة والعارية بمضمونهما لا يقتضيان عدم الضمان ولا الائتمان المنافي للضمان، غاية الامر اثبات التسليط العقدي علىٰ المنافع والانتفاع وهذا ليس بتأمين قطعاً، وليس من احكام التسليط العقدي في الاجارة الا وجوب تمكين المستأجر من العين لاستيفائه المنافع المملوكة له، ولا يجب عليه التأمين بوجه اصلاً، ومجرد جواز استيفاء المنافع والانتفاع لايجعل العين امانة شرعية، اذ حقيقة التأمين والاسيتمان الشرعي كالمالكي استنابة الشخص لحفظ مال الغير كما في الوديعة بالاضافة الىٰ التأمين المالكي، وكما في الولي الشرعي بالنسبة الىٰ مال المولىٰ عليه فانه استنابة من الشارع في حفظ مال القصّر، والا فمجرد الجواز بل اللزوم لا يجعل المال امانة شرعية.

وعليه فالعقد بالاضافة الىٰ ضمان العين في العارية والاجارة لا اقتضاء، لا انه يقتضي العدم؛ لانه انما يقتضيه اذا كان استئماناً او ملازماً للاستئمان، فان الائتمان ينافي الضمان، واما اذا لم يكن هناك ائتمان فلا مقتضي لعدم الضمان، وحينئذ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ١٨. (٢) تعليقة ٢٧.

(٣) وسائل الشيعة باب ١ من ابواب العارية.

فليلحظ فان كان هناك يد من المستعير والمستأجر كان لها حكمها والا فلا، لان الانتفاع واستيفاء لا يلازمان القهر والاستيلاء، فاذا كان هناك يد مضمنة فاشتراط عدم الضمان اذا لم يرجع الىٰ تأمين او اسقاط في ظرف الثبوت غير صحيح، ولا مجال للترجيح لما مر غير مرة ان عموم دليل الشرط بملاحظة الاستثناء لا يعارض الادلة المتكفلة للاحكام المطلقة الفعلية هذا.

والتحقيق: ان عدم الضمان لايدور مدار حقيقة الاستئمان، بل الامر كذلك في ما اذا كان اثبات اليد والتسليط الخارجي علىٰ العين باذن مالكها ورضاه، فان اليد حينئذ بمنزلة يد المالك، وكما لا ضمان حينئذ عند العرف والعقلاء كذلك لا يعمّ عموم علىٰ اليد مثل هذا اليد؛ حيث انه بتسليط المالك عن رضاه؛ فان عموم علىٰ اليد وردت مورد امضاء الطريقة العرفية، وهي علىٰ عدم ضمان من كان يده علىٰ المالك باذن المالك، ولذا اشتهر عندهم ان عقد العارية والاجارة وما يشابههما عقود أمانية.

وحينئذ فالفرق بين العارية والاجارة ان العارية حيث انها عقد غير لازم ولا ملزم فلا محالة يكون التسليط الخارجي واثبات يد المستعير باذن المالك ورضاه، فلذا لا ضمان فيها طبعاً دائماً، ولاجله ورد عنهم عليهم السلام (ان المستعير مؤتمن)[1] فانه تنزيل له منزلة المؤتمن العقدي الذي استنيب لحفظ المال، ومثل هذا الائتمان لاينافي اشتراط الضمان، فان ارتفاع الضمان بملاحظة الاذن والرضا، فاذا تقيد الاذن بصورة التعهّد واخذ العين في العهدة فليس يده بمنزلة يد المالك، فلذا لا يرتفع الضمان، فتحقق ان عدم الضمان ونفوذ اشتراط الضمان في العارية علىٰ القاعدة.

واما الاجارة فالتسليط العقدي وإنْ كان عن الرضا الا انه لا يلازم كون التسليط الخارجي عن الرضا ايضاً، لمكان لزوم العقد ووجوب التمكين المانع عن استكشاف الرضا باثبات اليد خارجاً كما في العارية، الا ان الغالب حيث انه عدم اختلاف حال المؤجر قبل العقد وبعده فيكون كاشفاً عن كون اثبات اليد برضاه، وعليه ينبغي

---

(١) وسائل الشيعة، باب ١ من ابواب العارية ح ٦، بمعناه.

تنزيل ما ورد[١] في عدم ضمان المستأجر.

ومما ذكرنا تعرف صحة اشتراط ضمانه وليس الامر فيه باعظم من العارية، وقد عرفت ان الائتمان هنا ليس بحقيقة الائتمان كي ينافي الضمان، ولا دخل لقوله عليه السلام (ليس علىٰ الامين الا اليمين)[٢] بما نحن فيه؛ فان المراد اما من اتخذه الشخص أميناً في نفسه فلا مجال لاتهامه في مورد يثبت الضمان من اجل التفريط والتعدي، لا من اجل التلف الذي يستوي فيه الامين وغير الامين.

٤١ـ قوله عليه السلام: (ومنها مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع ...الخ)[٣].

اما الكلام من حيث قبول الارث في نفسه للاشتراط فقد تقدم في ضمن الشرط المتقدم، واما الكلام من حيث كونه منافياً لمقتضىٰ عقد الانقطاع فمجمل القول فيه: ان عقد المتعة بنفسه وبحكمه ليس باسوء حالاً من البيع مثلاً، فكما ان عقد البيع مثلاً لايقتضي عدم الارث، بل بالاضافة الىٰ الارث لا اقتضاء ـ كما هو كذلك بالاضافة الىٰ جميع احكام العقود ـ فكذلك عقد المتعة بالاضافة الىٰ الارث لا اقتضاء، وحيث انه مفيد للزوجية، ومن احكامها التوارث فلذا سئل عن التوارث فيه.

وعليه فقوله عليه السلام (من حدود المتعة ان لا ترثها ولا ترثك)[٤] في مقام دفع هذا التوهم، لا انه يقتضي العدم، فشرط الارث ليس منافياً لمقتضىٰ عقد الانقطاع وان لم يصح في نفسه، واما لو بنينا علىٰ اقتضاء عقد المتعة للارث مطلقاً فحاله حال الزوجية الدائمة من حيث بطلان شرط عدم الارث لمكان الاستثناء، وتحقيق الحال في اصل المسألة من حيث ان عقد الانقطاع يقتضي التوارث ام لا فموكول الىٰ محله وان كان الظاهر عدمه.

٤٢ـ قوله عليه السلام: (ولو شك في مؤدّىٰ الدليل وجب الرجوع الىٰ اصالة ...الخ)[٥].

لايخفىٰ عليك ان مورد كلامه (زيد في علو مقامه) ما اذا شك في اللازم من حيث

---

(١) وسائل الشيعة، باب ٢٩ من ابواب احكام الاجارة، ح ١١، ١٢.

(٢) لم نجد رواية بهذا النص ولكن عبّر عنها الحلبي في إشارة السبق بالمشهورة.

(٣) كتاب المكاسب ٢٨١ سطر ٢٢.

(٤) وسائل الشيعة، باب ٣٢ من ابواب المتعة، ح ٨.

(٥) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٧.

انه مفارق او غير مفارق، واما اذا شك في دخل شيء في قوام العقد فلا اشكال هناك؛ حيث لم يحرز بعد عقد كي يتكلم في لوازمه واحكامه، ولا اصل يحرز به العقد، وقد يسبق الىٰ الذهن ان الشك في اللازم ايضاً كذلك؛ بداهة ان اللازم لو كان غير مفارق يستحيل وجود الملزوم وعدم اللازم الكذائي، فالعقد مع عدم هذا اللازم لو كان واقعاً غير مفارق متنافيان، فلا قطع بتحقق العقد مع شرط عدم اللازم للاحتمال المزبور.

والتحقيق: ان التنافي يمنع عن تحقق الملزوم مع عدم اللازم فيمتنع القصد اليهما معاً، ولايمنع عن تحقق الملزوم مع لازمه واقعاً، وحيث ان التنافي غير معلوم فلا يمتنع القصد الىٰ الملزوم مع عدم لازمه، فالعقد ثابت والشرط لا مانع من تحققه، غاية الامر ان نفوذه للاحتمال المزبور يحتاج الىٰ ما يوجب الفراغ عن حكم المخصص، وحينئذ نقول إن كان الشك من حيث مخالفته للكتاب فالاصل عدم المخالفة، وإن كان من حيث استحالة الوفاء فالاصل عدم كون الحكم بحيث لاينفك عن العقد او بحيث لا يتغير بالشرط حتىٰ يستحيل الوفاء، اذ استحالة الوفاء بملاحظة ان معنىٰ الوفاء عنده ترتيب أثر العقد عليه، وحيث ان اللازم اذا كان مما لاينفك فلا مجال الا عن ترتيبه علىٰ العقد، مع ان الوفاء بالشرط يقتضي عدم ترتيبه، والجمع بينهما مستحيل، فاذا احرزنا بالأصل عدم كون الحكم بحيث لا يتغير فلا مانع من عدم ترتيبه علىٰ العقد وفاء بالشرط.

لايقال: اصالة عدم ثبوت الحكم علىٰ وجه لا يتغير ولا ينفك لا يثبت عدم المنافاة وعدم استحالة الوفاء الا بالملازمة العقلية.

لانا نقول: هذه الأمور واللوازم العقلية من اثار الاعم من الواقعي والظاهري كوجوب المقدمة وحرمة الضد، فكما اذا ثبت بالاصل كون الحكم بحيث لا يتغير استحال الوفاء وتحقق التنافي كذلك اذا ثبت عدمه، فلا حاجة الىٰ التعبّد بامكان الوفاء وبعدم المنافاة.

السادس: ان لا يكون مجهولاً

٤٣ ـ قوله ﷺ: (لكن الانصاف ان جهالة الشرط يستلزم دائماً في العقد ...الخ)[1].

ان قلنا بان الشرط بمعنىٰ التقييد فلا محالة يرجع الىٰ العوض او المعوض بما هما عوض ومعوض لا بذاتهما، والا فلا يعقل القيدية، وعليه فالغرر في الشرط غرر في احد العوضين؛ اذ لا فرق بين العوض والمعوض بذاتهما او بعنوانهما المقيد بامر مجهول، فان البيع حينئذ غرري من ناحية متعلّقه.

وان قلنا بان الشرط التزام في ضمن التزام فان كان متعلقه وصفاً من اوصاف العوضين كأن قال «بعت العبد علىٰ ان يكون كاتباً» فحينئذ لاينبغي التامل ايضاً في سراية الغرر الىٰ العوضين من حيث المعاوضة والمعاملة؛ لان البيع من حيث انه معاوضة بين هذين الشيئين مقيدة بالتزام راجع الىٰ حيثية المعاوضة غرري، وإن كان متعلقه امراً خارجياً فهو علىٰ قسمين فقد يكون دخيلاً في اصل المعاوضة ايضاً بحيث لولاه لما بذل هذا المقدار من الثمن بازاء العين فالظاهر ايضاً سراته الغرر؛ لان البيع بما هو معاوضة غرري، وقد لا يكون كذلك بل كان اجنبياً عن العوضين وانما أُتي به في ضمن البيع لمجرد تصحيح الشرط، فالبيع كالظرف له فحينئذ لامجال للاشكال في عدم سراية الغررية منه الىٰ البيع، والله العالم.

السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال

٤٤ ـ قوله ﷺ: (فان العلامة قد ذكرنا هنا انه مستلزم للدور ...الخ)[2].

لايخفىٰ ان توقف البيع الاول وتأثيره في ملكية المشتري لا وجه له الا ارادة الشرط الاصولي من الشرط، لان البيع الاول وتأثيره في ملكية المشتري مشروط بالبيع الثاني، وكل مشروط عدم عند عدم شرطه، كما ان توقف شرط البيع الثاني علىٰ البيع الاول من جهة عدم معقولية البيع علىٰ المالك منوط بدعوىٰ لزوم

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ١٣.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٢٠.

معذورية الشرط مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه؛ ولذا فرق بين البيع علىٰ المالك وغيره، وكلا الامرين في محل المنع.

اما الاول فلأنّ الشرط بمعنىٰ الالتزام ولا توقف للبيع علىٰ الالتزام قطعاً.

واما الثاني فلأنّ الملتزم به يجب ان يكون مقدوراً في ظرف الاداء والوفاء وهو في مرتبة مالكيته، والالتزام بالمقدورية حال الالتزام من لزوم مالا يلزم فلا توقف اصلاً.

الثامن: أن يلتزم به في متن العقد

٤٥ ـ قوله ﷺ: (نعم يمكن ان يقال ان العقد اذا وقع مع تواطئهما ...الخ)[1].

وقوع العقد مبنيّاً علىٰ الشرط السابق علىٰ العقد علىٰ نحوين: فقد يعتمد في تحقق الشرط علىٰ الانشاء السابق ويوقع العقد مطلقاً وان كان بناؤه عليه؛ بحيث لولا الشرط السابق لانشأه في ضمن العقد، وقد لا يعتمد عليه ويوقع العقد مقيداً، بمعنىٰ انه يتسبب بالسبب الىٰ الملكية الخاصة المتخصصة بالالتزام بكذا وإنْ لم يذكر في ضمن العقد اللفظي، ففي الاول لا ابتناء الا بمجرد القصد، بخلاف الثاني فان حقيقة الشرط المدلول عليه باللفظ قد اخذ قيداً في واقع العقد اقتصاراً علىٰ واقع الشرط واكتفاء في الدلالة عليه بالدال السابق، هذه غاية تقريب القيدية للعقد.

وقد اشرنا في أول باب الخيار الىٰ ما فيه، وملخصه: ان الشرط التزام في ضمن التزام، لا تقييد نفس متعلق العقد بمتعلق الالتزام من حيث ذاته ولا من حيث كونه ملتزماً به، ومن الواضح ان الالتزام الشرطي امر جعلي انشائي تسببي، ولا يكاد يتحقق الامر الانشائي التسببي الا موجوداً بوجوده القولي او الفعلي المقصود به، وهو عين انشائه، فما لم يكن هناك سبب قولي او فعلي لا انشاء ولا تسبيب، وحصوله بمجرد القصد اليه عين معنىٰ غنائه عن الانشاء والسبب في مرحلة الوجود، فالانشاء والتسبب امر قصدي، لا ان تمام حقيقتهما القصد، فما لم يتحقق

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٢ سطر ٢٨.

انشاء الالتزام لم يتحقق ما هو التزام بالحمل الشائع.

ومعنىٰ القيدية قيدية الالتزام الشرطي للالتزام البيعي المتحققة بجعل الالتزام في ضمن الالتزام، والا فمن الواضح ان نفس الامر الملتزم به لايعقل ان يكون غالباً قيداً للمبيع ولا للملكية، بل وكذا حقيقة العهدة الغير المنشأة لا يعقل ان تجعل قيداً للملكية ولا للتمليك؛ لما سيجئ ان شاء تعالىٰ من ان قيدية شيء لشيء لا يكون جزافاً، بل انما يكون الشي قابلاً للقيدية اذا كان من خصوصيات المقيد ومن شؤونه، وهذا غير معقول الا في مثل شرط الوصف، فان الكتابة بالاضافة الىٰ العبد فقط يمكن ان يلاحظ قيداً، واما الافعال والنتائج فلا، كما ان الوصف بالاضافة الىٰ الملكية والتمليك ايضاً كذلك.

ومن جميع ما ذكرنا اتضح ان المانع عدم تحقق انشاء الالتزام الجدي في ضمن الالتزام الا بسبب قولي او فعلي، وهو لا يتحقق بمجرد القصد؛ فانه غير عدم الانشائية والتسبيبة، وليس المانع مجرد كون الشرط قيداً، فلابد ان يذكر حتىٰ ينتقض باركان البيع من العوض والمعوض، فان العوضين وان كانا من أعظم القيود الا ان الانشائي والتسبيبي هي الملكية دون العوضين، بخلاف قيد الالتزام الشرطي، فتدبر جيداً.

حكم الشرط الصحيح

٤٦ ـ قوله ﷺ: (لا حكم للقسم الاول الا الخيار ...الخ)[1].

لايقال: الخيار حكم الشرط الصحيح، ومع عدمه ـ كما هو ظاهر كلامه هنا وظاهر تخصيصه (عموم المؤمنون ...الخ) بغير هذا القسم مع عدم دليل آخر علىٰ الصحة ـ فلا معنىٰ للخيار.

لانا نقول: لعله ﷺ يرىٰ الخيار من جهة تخلّف الوصف المأخوذ في المعقود عليه بنحو الاشتراط لا من جهة الشرط، وقد صرّح في اول الشروط[2] برجوع شرط

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ١٩.

(٢) كتاب المكاسب ٢٧٦ سطر ٢١.

الوصف الحالي الىٰ التوصيف، فراجع.

٤٧ ـ قوله ﷺ: (اذ لا يعقل تحصيله هنا فلا معنىٰ لوجوب الوفاء ...الخ)[١].

حيث ان الوفاء عنده ﷺ هو العمل علىٰ طبق الشرط او العقد، ولا عمل هنا فلا معنىٰ للوفاء، وكذا لو عم الوفاء لترتب أثر المعقود عليه او المشروط، لان المبيع ان كان واجداً للوصف فلا عمل ولا أثر الا تسليم المبيع الواجد للوصف، وهو من آثار عقد البيع لا الشرط.

وان كان فاقداً له فلا عمل ولا أثر ايضاً، اذ ليس الوصف تحت قدرة الشارط كي يوجده، والخيار حكم لا انه أثر يرتبه الشارط، وردّ العوض بعد الفسخ من آثار الفسخ الذي هو ضد العقد، واثر ضد الشيء لا يكون أثراً للشيء، ولا يقاس الوصف بالنتيجة فان تسليم ما شرط تملكه للمشروط له من آثار شرط تملكه له كتسليم العوضين بالاضافة الىٰ البيع هذا.

والتحقيق: ان الوفاء في قبال النكث ورفع اليد عن العهد والعقد، فهو في الحقيقة القيام بمقتضىٰ العهد، وهذا المعنىٰ يختلف باختلاف متعلقات العهود والالتزامات، فان كان التعهد والالتزام متعلقاً بعمل من الاعمال فالقيام بمقتضىٰ هذا التعهد ايجاد مقتضاه، وهو العمل، وان كان متعلقاً بالنتيجة ـ ككون المال ملكاً له ـ فحيث ان مقتضىٰ هذا التعهد امر قد حصل فاللازم القيام بهذا المقتضي الحاصل بابقائه وعدم ازالته كما في جميع البيوع، فان مقتضاها الملكية التي تسبب اليها باسبابها، والوفاء بها ابقاؤها، فان القيام بمقتضىٰ الشيء يتبع المقتضي وطوره، فلا اختصاص للوفاء بالاعمال، كما انه لا مساس له بالاثار ليعم ترتيب الاثار، فان الوفاء بالعهد انما يكون وفاء به اذا تعلق بنفس ما تعلق به العهد، ومن البين ان العهد في البيع مثلاً لم يتعلق بالتسليم والتسلّم ليكون الوفاء به ايجاد التسليم والتسلّم، بخلاف ما اذا تعلق بنفس العمل والاثر كما في الاجارة وشرط الفعل ونذر الفعل ونحوها، فان متعلق هذه العهود كلها عمل، والقيام بهذا المتعلق ايجاده.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ١٩.

فان قلت: سلّمنا عدم اختصاص الوفاء بالعمل وعدم عمومه لترتيب الاثار، لكنه ما معنىٰ الالتزام بالوصف في المبيع الشخصي مع انه اما موجود او مفقود؟! وما معنىٰ الوفاء به في صورتي الوجدان والفقدان؟

قلت: معنىٰ الالتزام بشيء والتعهد له جعل نفسه مرجعاً لمطالبته منه، وتعهد الوصف بهذا المعنىٰ والوفاء به في صورة الوجدان اداء الوصف باداء موضوعه، فان الوفاء بالعرض بتوسط الوفاء بموضوعه، وهذا غير موجب لاستحالة وفائه، والوفاء به في صورة الفقدان تدارك المفقود كما في الخروج عن عهدة العين في صورة اليد عليها فانه بادائها او باداء ما يكون بحسب الاعتبار مرتبة من وجودها، وهذا هو معنىٰ الخروج عن عهدة ما يتعهده الانسان، واما الخيار فهو في صورة عدم الوفاء بقول مطلقٍ، ولعلنا نتكلم في هذه المسألة فيما سيأتي ان شاء تعالىٰ.

٤٨ ـ قوله ﷺ: (وان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط ...الخ)[1].

مايمكن الاستشكال به علىٰ شرط الغاية والنتيجة امران:

احداهما: ان الالتزام بشيء والتعهد به ليس الا جعل الانسان نفسه مرجعاً لمطالبة ما التزم به وتعهده كما في شرط الفعل والوصف علىٰ ما عرفت، وهذا المعنىٰ لا معنىٰ لتعلقه بالغاية كملكية المال لزيد، فانه لا معنىٰ للتعهد بملكية المال لزيد فان المتعهد حينئذ ليس مرجعاً لمطالبة الغاية منه مع كون المفروض تحققها بنفس الشرط، وبالجملة نفس ملكية المال لزيد لا مساس لها بالمتعهد كي يعقل تعهدها والالتزام بها بمعنىٰ جعلها لازمة عليه.

ثانيهما: ان الوجود الحقيقي للشيء التسبيبي يناسب وجوده الانشائي كما في بعت الانشائي بالاضافة الىٰ البيع الحقيقي، وبالجملة البيع المفهومي الانشائي اذا صدر من اهله وفي محله كان بيعاً حقيقياً، ولا معنىٰ لصيرورة البيع الانشائي زواجاً حقيقياً مثلاً وبالعكس، وعليه فلازم الالتزام الانشائي اذا صدر في اهله وفي محله تحقق الالتزام الحقيقي وصيرورة الشخص ملتزماً ومتعهداً حقيقياً في نظر الشارع

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٢١.

مثلاً، لا صيرورة الالتزام الانشائي سبباً للملكية الحقيقية او الزوجية الحقيقية كما لايخفىٰ.

والجواب: عن كليهما ان الشرط هو الجعل عن تعهد والتزام به، فالجعل تارة يكون لله تعالىٰ عليه فيكون نذراً، واخرىٰ يكون لغير الله عليه عن تعهد والتزام فيكون شرطاً، وجعل ملكية المال لزيد متعهدا بجعله بحيث يكون مرجع ما يتعلق بهذا الجعل هو معنىٰ شرط النتيجة، فعليه ابقاؤه او تداركه اذا انكشف عدم قبوله للغاية التي جعلها الىٰ غير ذلك من الشؤون الراجعة بهذا الجعل، فيكون الشرط كالبيع فان التمليك البيعي لا يخلو عن معاهدة والتزام من الطرفين بملكية كل من العوضين بازاء الاخر، غاية الامر ان التمليك البيعي مورد للالتزام، وجعل الملكية جعل تعهدي انشائي.

ومنه اتضح ان جعل الملكية عن تعهد انشائي يناسب حقيقة الملكية المجعولة بتعهد حقيقي، والوفاء بهذا التعهد كالوفاء بالبيع، فان الملكية حاصلة بطور الغاية والنتيجة في كليهما، ومعنىٰ الوفاء بالالتزام بها بعد حدوثها ابقاؤها وعدم نكث العهد والعقد والرجوع عنه فيما بعد.

الاولىٰ: وجوب الوفاء به

٤٩ ـ قوله ﷺ: (في وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعي ...الخ)[1].

الوجوب تارة تكليف محض، واخرىٰ ناشٍ عن استحقاق المشروط له علىٰ المشروط عليه عملاً من الاعمال، فيجب اداؤه، ولكل منهما آثار:

منها: الاجبار، فانه انما يثبت اذا نشأ الوجوب عن الاستحقاق، فانه يجوز اجباره لامتناعه عن الحق، واما علىٰ التكليف الصرف فلا اجبار الا من باب الامر بالمعروف الذي يستوي فيه المشروط له وغيره.

ومنها: ان الوجوب الصرف ثابت ولو مع عدم مطالبة المشروط له، بخلاف النحو

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٣٢.

الاخر فانه لا يجب اداء الحق الا عند المطالبة.

والظاهر ثبوت الوجوب بكلا قسميه؛ بداهة ان جعل العمل للغير يوجب اعتبار استحقاقه اياه سواء كان جعله له بالاجارة او الشرط؛ اذ ليس واقع الاجارة تمليك الفعل في اجارة الاعمال، بل جعل الانسان نفسه في الكراء، وجعل عمله بالاجرة، وكما ان لازم جعل العمل للغير عرفاً استحقاق الغير له وتمليكه اياه في الاجارة، فكذا جعله بالشرط، وهذا هو الفارق بينه وبين النذر، وهو جعل العمل له تعالىٰ، فانه لا يعتبر الملكية والحقية الاعتبارية بينه تعالىٰ وبين اعمال عباده، وملكه تعالىٰ للعباد واعمالهم واموالهم بنحو آخر غير هذه الملكية الاعتبارية ذات الاثار شرعاً وعرفاً، فلذا لا يؤثر الجعل له تعالىٰ في الملكية المتعارفة له تعالىٰ، وانما يتحقق به موضوع لوجوب الوفاء فلا ينبغي الاشكال بعد ثبوت الاستحقاق للمشروط له علىٰ المشروط عليه في وجوب الاداء، كما ان قوله عليه السلام (فليفِ لها به ويتم شرطه)[1] ونحوهما كاف في وجوب الوفاء تكليفاً محضاً وان لم يكن استحقاق، فان الظاهر من وجوب الوفاء هنا كالوجوب المتعلق بالوفاء بالبيع والنذر وغيرهما كونه من حيث الوفاء لا من حيث اداء ما يستحقه الغير كما يظهر من تعليله عليه السلام؛ حيث قال عليه السلام (من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم).

٥٠ ـ قوله عليه السلام: (لظاهر النبوي المؤمنون عند شروطهم ...الخ)[2].

لايخفىٰ ان هذه القضية خبرية، والظاهر انها كناية عن احد امور: من الصحة، واللزوم، ووجوب الوفاء، واللازم حينئذ ملاحظة ان كون المؤمن عند شرطه بحيث لاينفك عنه لازم اي واحد من الامور المزبورة، لا شبهة في عدم كونه لازماً للصحة والنفوذ؛ اذ النفوذ كما عرفت مراراً لازم وجود الامور التسبيبة، واي ملازمة بين عدم انفكاك المؤمن عن شرطه مع تحقق شرطه؟! اذ الشرط المحقق يمكن ان يكون علىٰ نحو ينفك عنه المؤمن.

فيدور الامر بين اللزوم الوضعي ـ وهو كونه مما لا ينحل شرعاً ـ وبين وجوب

---

(١) وسائل الشيعة باب ٦ من ابواب الخيار ح ٥. (٢) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٣٣.

الوفاء تكليفاً، وظاهر بعض[1] مشايخنا هو الاول؛ نظراً الىٰ ان عدم انفكاك المؤمن عن شرطه وملازمته اياه هو معنىٰ لزوم الشرط، والظاهر هو الثاني؛ لان عدم انحلال الشرط شرعاً صفة في الشرط لا مساس له بالمؤمن وبملازمته اياه، وانما يحتمل ذلك اذا قيل بان الشرط لاينفك عن الشارط، بل ملازمة المؤمن لشرطه لازم وجوب ملازمته اياه فلذا كنىٰ به عنه.

فالمراد من النبوي ـ والله تعالىٰ ورسوله ﷺ أعلم ـ هو أن المؤمن ملازم لشرطه ولا يرفع اليد عنه حيث انه يجب عليه ذلك، فايمانه يقتضي ان يكون ملازماً له كما يجب عليه، ولعله الىٰ ذلك نظر المصنف ﵀ حيث ادعىٰ ظهور النبوي في الوجوب، لا من جهة ظهوره في الوجوب من جهة التحرز في الحذف او في الهيئة كما لايخفىٰ.

ولا منافاة بين ما ذكرنا والاستدلال بالنبوي لصحة الشروط؛ اذ الوفاء مرتب علىٰ الصحة فوجوبه يكشف عن نفوذه، ومما يؤيد ما ذكر تفريع الكلية المزبورة في العلوي علىٰ الامر بالوفاء كما زبر في الحاشية السابقة.

٥١ ـ قوله ﵀: (بناء علىٰ كون الاستثناء من المشروط عليه ...الخ)[2].

فيكون المراد منه العصيان في الوفاء لا العصيان في اصل الاشتراط بأن يلتزم بما يخالف الكتاب مثلاً.

وتوهم: ان الاستثناء دائماً من المشروط عليه، غاية الامر تارة يعصي في اشتراطه علىٰ نفسه، واخرىٰ في الوفاء بشرطه.

مدفوع: بان الشارط قد يكون هو المشروط له فيبيع ويشترط علىٰ المشتري كذا وكذا، فلا يتعين ارادة المشروط عليه هذا، والظاهر بملاحظة سائر الاخبار ارادة العصيان في اصل الاشتراط فيساوق قوله ﷺ (الا ما احل الخ) الا ان العصيان علىٰ الاول من حيث التكليف كما هو ظاهره، وعلىٰ الثاني من حيث الوضع وهو خلاف الظاهر من هذه الجهة.

---

(١) حاشية الآخوند ٢٤٤.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٣ سطر ٣٤.

٥٢ ـ قوله ﷺ: (ثم ان ما ذكره الشهيد ﷺ من ان اشتراط ...الخ)[١].

تفصيل القول في المقام: هو ان الشرط اما بمعنىٰ الالتزام والتعهد، او التقييد، او التعليق، وما عدا الاول لا وجه وجيه له في المقام.

اما التقييد فلأنّه لا ينتزع عن الشيء قيديته لشيء اخر الا اذا كان الشيء من خصوصيّات المقيّد ومن شؤونه، فمثل الأوصاف يمكن ان يجعل قيداً في المبيع فيقال ان المملوك امر خاص، بخلاف غيرها من الافعال والغايات سواء جعلت قيوداً للمبيع او للملكية؛ بداهة ان الخياطة مثلاً ليست من خصوصيات المبيع ولا من شؤون الملكية كي يلاحظ المملوك او الملكية علىٰ نهج خاص كي ينتزع منه القيد والتقييد واشباههما، وكذا الامر في الغايات فان ملكية المال لزيد ليست من شؤون المبيع ولا الملكية المنشأة بالبيع حتىٰ يمكن ملاحظتها علىٰ وجه القيدية لاحدهما.

واما التعليق فمع بعده عن ظاهر العبارة يتوجّه عليه ما افاده المصنف ﷺ في الكتاب، وهو ارتفاعه من رأس لا انقلابه جائزاً، بل اللازم عدم تحققه من رأس لا تحققه وارتفاعه علىٰ الاختلاف في المبنىٰ.

واما دعوىٰ: ان المعلق علىٰ الفعل هو اللزوم دون الصحة، بتقريب: ان البيع مع الشرط في قوة قوله «ملكتك ملتزماً بذلك ابداً علىٰ كذا»، بارجاع التعليق الىٰ الحيثية المزبورة.

مدفوعة: بان اللزوم والجواز حكمان شرعيان او عرفيان مرتبان علىٰ السبب المملك او الملك، ولا يعقل ان يكون الحكم من خصوصيات موضوعه كي يعقل تعليقه علىٰ شيء.

الثانية: هل يجبر لو امتنع

٥٣ ـ قوله ﷺ: (لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط ...الخ)[٢].

قد عرفت ان وجوب الوفاء بما هو وجوب الوفاء لا دخل له بالوجوب المرتب

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٤ سطر ١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٤.

علىٰ استحقاق المشروط له عمل المشروط عليه، ومثل هذا الوجوب لا يوجب جواز الاجبار الا من باب الامر بالمعروف الذي يشترك فيه المشروط له وغيره، ومنه يظهر عدم المنافاة في كلمات الجماعة بين القول بوجوب الوفاء والقول بعدم جواز الاجبار.

٥٤ ـ قوله ﷺ: (فان العمل بالشرط ليس الا كتسليم العوضين ...الخ)[١].

تعليل لاقتضاء وجوب الوفاء جواز الاجبار، وظاهره ان وجوب التسليم في العوضين من جهة وجوب الوفاء فكذا ما نحن فيه لاشتراكهما معاً في الملك والاستحقاق.

لكن قد عرفت[٢] غير مرة ان الوفاء بالعقد انما هو القيام بمقتضاه وعدم رفع اليد عنه، وما تعلّق به العقد والعهد نفس ملكية العوضين دون التسليم والتسلّم، والوفاء به حينئذ ابقاء الملكية وعدم نكث العقد بازالتها، بل ما نحن فيه أولىٰ من هذه الجهة، فان متعلق الشرط هو الفعل والوفاء به حينئذ ايجاده، لكنه قد عرفت ان مجرد وجوب ادائه من جهة الوفاء لا ربط له بالوجوب من حيث انه مال الغير وما يستحقه، فتدبر جيداً.

الثالثة: هل للمشروط له الفسخ

٥٥ ـ قوله ﷺ: (هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار ...الخ)[٣].

تحقيق المقام: ان منشأ ضررية لزوم العقد المشروط فيه عند امتناع المشروط عليه عدم ايجاد الشرط، اعني الخياطة مثلاً، وهذا المعنىٰ لا يرتفع بمجرد امكان الاجبار، فاذا كان للمشروط له حق المطالبة من المشروط عليه وامتنع وكان العقد لازماً في هذا الزمان كان اللزوم ضررياً في هذه الحال، مع انه مرفوع في جميع الاحوال، وامكان الاجبار في قوة امكان رفع الضرر بالاجبار علىٰ الفعل الذي معه لا ضرر ولا

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٤.
(٢) تعليقة ٤٧.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٩.

ضرار، والضرر مرفوع وإنْ أمكن رفعه او تداركه، واتضح ان الاخذ بالخيار في عرض جواز الاجبار، لا انه مرتب علىٰ تعذره، هذا اذا كان المرفوع بقاعدة نفي الضرر هو الحكم الضرري.

واما بناء علىٰ ان المرفوع هو الحكم بلسان رفع موضوعه الضرري فلا وجه للخيار اصلاً، لان العقد علىٰ الملكية ليس بضرري، وشرط الخياطة المؤثر في استحقاقها كذلك، بل المفروض موافقتهما للغرض، والامتناع عن الخياطة في الخارج لا ربط له بالعقد والشرط، فضرريته يوجب رفع حكمه المناسب رفعه للمّنة، لا رفع ما ليس بضرري، ومن الواضح انه لا حكم يقتضي الامتنان رفعه عن الامتناع الضرري.

وعليه فلا مقتضي للخيار ـ حتىٰ مع تعذّر الاجبار ـ الا الاجماع، وحينئذ فالمتيقن منه صورة تعذّر الاجبار، وقد عرفت سابقاً ان دعوىٰ الخيار بمقتضىٰ العقد والشرط نظراً الىٰ تقييد لزومه او تعليقه علىٰ الشرط لا وجه لها فراجع[1].

ثم ان ما ذكرناه من عدم تخلّف الشرط والغرض انما هو في الشرط المبحوث عنه في هذه المباحث اعني شرط الفعل، فانه ليس من تخلّف الشرط، بل تخلّف من الشرط.

واما شرط الوصف والغاية فلا يعقل ان يؤثر شيئاً مع فقدان الوصف وعدم قبول الشيء للغاية من الملكية ونحوها، اذ المفروض عدم الطرف للالتزام، ولذا قلنا ببطلان الاجارة اذا لم يكن للمنفعة في ظرف الاجارة ثبوت وتحقق حيث لا طرف للملكية حينئذ، وعليه يدخل الشرطان في مسألة تخلف الشرط الموجب للخيار حتىٰ بناء علىٰ ما سلكناه في قاعدة نفي الضرر؛ حيث ان هذه المعاملة مع هذا الشرط المتخلف ضررية فيرفع حكمها.

نعم اذا كان متعلق الغاية امراً كلياً فلا تخلّف للشرط حينئذ، بل حالة حال شرط الفعل، كما ان ما ذكر في شرط الوصف ايضاً قد يوجد في شرط الفعل، وهو ما اذا كان الفعل واقعاً بحيث لايمكن ان يوجد، فان الشرط لا يعقل ان يؤثر في استحقاق المحال، فيكون حاله حال شرط الوصف والغاية، فافهم جيداً.

---

(١) تعليقة ٥٢.

٥٦ ـ قوله ﷺ: (هو العمل علىٰ طبق الشرط اختياراً او قهراً ...الخ)[١].

هذا لو سلم فانما ينتج ان وجوده بالقهر والاجبار كوجوده لا عن قهر واجبار متعلق للغرض، ومعه لا ضرر، وانه أحد فردي الشرط، ولا ينتج عدم لزوم ضررية اللزوم مع امكان الاجبار؛ لان مقتضىٰ امكان الاجبار امكان وجود الشرط المتعلق به الغرض لا وجوده، وما هو الشرط هو وجود العمل لا امكانه، فتدبر جيداً، هذا مع ما في مقابلة القهر مع الاختبار من المسامحة.

٥٧ ـ قوله ﷺ: (الا ان يقال ان العمل بالشرط حق لازم ...الخ)[٢].

حاصله: ان مجرد ثبوت الحق لا يقتضي الاجبار، بل الاجبار يدور مدار البناء علىٰ استيفاء الحق ممن عليه الحق، وهنا ليس كذلك؛ اذ امتناع المشروط عليه نكث للعقد ونقض له، فللمشروط له حينئذ نقض العقد ونكثه، فيكون كالتقابل من حيث رضا كل واحد منهما بعدم الوفاء بالعقد.

اما كون امتناع المشروط عليه نكثاً ونقضاً دون الامتناع من التسليم في البيع فلما عرفت سابقاً من ان الوفاء بالعقد هو القيام بمقتضىٰ العقد، وهو يختلف باختلاف مقتضيات العهود، فحيث ان مقتضىٰ عقد البيع ملكية العين فالوفاء به اقامة هذا المقتضي وعدم رفع اليد عنه، وهو عبارة اخرىٰ عن ابقاء الملكية، فالامتناع من التسليم ليس منافياً للوفاء بالبيع، بل منافي الادلة الاخر، وحيث ان متعلق الشرط هو العمل ـ اي الخياطة مثلاً ـ وإنْ أثرّ تعلّق الشرط بها استحقاقها فالوفاء به القيام بمقتضاه وهو اتيان العمل وايجاده في الخارج، فالامتناع عنه نقض ونكث له، وحينئذ يجوز للاخر ايضاً نقضه ونكثه فيكون تقابلاً كما يجوز اجباره علىٰ الاداء.

وفيه: ـ بعد تسليم جميع المقدمات ـ ان الامتناع عن الشرط نقض للشرط لا للعقد؛ كي يجوز للمشروط له نقض العقد، ولذا لو بنيا علىٰ عدم الوفاء بالشرط وتراضيا علىٰ عدمه لا احتياج الىٰ تجديد العقد، فتدبر.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١٢.

الرابعة: لو تعذر الشرط

٥٨ ـ قوله ﷺ: (لو تعذر الشرط فليس للمشتري الا الخيار لعدم دليل علىٰ الارش ...الخ)[1].

لايخفىٰ ان الكلام في تعذر الشرط، لا فيما اذا اشترط المتعذر في حال الشرط او في حال ادائه واقعاً، فان الشرط حينئذ غير مؤثر لعدم معقولية استحقاق المحال او المعدوم.

ثم ان الشرط كما انه ليس مقابلاً بشيء من الثمن مثلاً في مقام التسبب كذلك في مقام اللبّ؛ بداهة ان الاوصاف والنتائج ومالا يقابل بالمال من الاعمال لا يعقل ان يكون مقابلاً بشيء من الثمن في عالم من العوالم، اذ المقابلة كالمبادلة لا تكون الا بلحاظ أمر آخر، وهو هنا الملكية، والاوصاف لا تقوم مقام شيء في صفة الملكية، فانها لا تملك بما هي اعراض للأموال وان كانت موجبة لاختلاف الرغبات بوجودها وعدمها، وهكذا النتائج فان الملكية لا تملك والحرية والزوجية كذلك كما هو في غاية الوضوح.

وهكذا الاعمال التي لايبذل بازائها المال كالاعتاق والوقف وغيرهما من الامور التسبيبة التي لا مالية لها عرفاً، فانها اذا لم يبذل بازائها المال عرفاً في مقام التسبب فكيف حالها في مقام اللب، وحال الاعمال التي يقبل البذل بازائها يعلم من حال ما ذكر، فان اشتراط الجميع لبّاً وتسبّباً علىٰ نهج واحد وطرز فارد، كما لايكاد يخفىٰ علىٰ المتأمل فيها.

وتوهم: ان تمام العوض وان كان في قبال العين الا ان اعطاء بعض ذلك في مقابل العين انما هو في مقابل الشرط نظير مقابلة الهبة بالهبة، فاذا بان فساد احداهما كان للاخر فسخ الاخرىٰ.

مدفوع: بان مرجعه الىٰ ان الداعي الىٰ بذل الزائد علىٰ ما يسوىٰ العين هو الشرط،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ١٧.

فعدمه لا يوجب الا تخلف الغرض وهو يوجب الخيار، ونحن نقول بموجبه، وما افيد انما يوجب الرجوع في الزائد اذا كان بذل الزائد مقابلاً للشرط في معاوضة من المعاوضات العقدية؛ حتىٰ يكون الرجوع عن البذل بواسطة الامتناع عن الشرط موافقاً لقاعدة المعاوضة، وأنّىٰ له بمثله في المقام؟!

بل مقابلة الشرط للأعطاء المذكور بحيث يصير احدهما معوّضاً والاخر عوضاً غير معقولة الا بأخدهما كذلك في عقد معاوضة من المعاوضات كما نبهنا عليه في باب المعاطاة، اذ الاعطاء حال تعلّقه بمتعلقه ملحوظ آلي، وفي صيرورته معوضاً لابد ان يلحظ بلحاظ استقلالي، والجمع بينهما محال فلا تغفل.

٥٩ ـ قوله ﷺ: (ولو كان الشرط عملاً من المشروط عليه يعدّ مالاً ...الخ)[1].

قد عرفت أنّ شرط الفعل مطلقاً يؤثر في استحقاق المشروط له علىٰ المشروط عليه، وهنا حيث ان العمل من الاموال ويقابل بالمال فلا محالة تملكه عليه علىٰ حد سائر الاملاك في الذمم، وحينئذ فله المطالبة ببدله لان المال وان تعذر بخصوصيته لكنه غير متعذر بماليته، فله مطالبة البدل المتمحض في المالية.

نعم لو كان قاعدة التلف قبل القبض جارية في غير البيع حتىٰ ما نحن فيه لكان المتجه حينئذ انفساخ العقد؛ لان التعذر هنا كالتلف، ولذا قيل به في باب الاجارة بمجرد تعذر الاستيفاء بمضي زمان يمكن فيه الاستيفاء.

الا ان الذي يضعّفه ملاحظة حال السلف اذا تعذر ما اسلف فيه، فان مقتضىٰ الاخبار فتاوىٰ المشهور انحصار الامر في الخيار او الصبر الىٰ زمان الامكان؛ وان قال بالتنزل الىٰ البدل هناك جماعة ايضاً، بل لا مجال في المقام الا للخيار اذا كان اداء القيمة ضرريّاً علىٰ المشروط عليه لزيادته جداً علىٰ مالية المبيع الذي بلحاظه التزم علىٰ نفسه بالخياطة، واقدامه علىٰ الالتزام بنفس الخياطة ليس اقداماً علىٰ اداء ماليته حتىٰ في صورة زيادته علىٰ المتعارف.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٢٣.

٦٠ ـ **قوله ﷺ: (وان كان مقتضىٰ المعاوضة بين ...الخ)**[١].

لا مساس له بما قبله؛ اذ مدار القيمة علىٰ مالية العمل لا علىٰ مقابلته بشيء، كما ان مدار الارش علىٰ لحاظ المقابلة وان لم يكن له مالية، فهذه العبارة انما تناسب ما اذا استوجه الارش لا القيمة، فتدبر.

الخامسة: اذا تعذر الشرط وقد خرجت العين عن الملك

٦١ ـ **قوله ﷺ: (فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ ...الخ)**[٢].

ليس الكلام في مانعية الخروج عن الفسخ فانه لا خصوصية للمقام بعد امكان الفسخ في غير المقام، بل الكلام في اقتضاء تعذر الشرط للخيار فانه مما يختلف فيه الحال باختلافه[٣] مداركه، اذ بناء علىٰ القول به من جهة قاعدة نفي الضرر فلا ريب في ضررية لزوم العقد مع الخروج كما لا معه، وعلىٰ القول به من جهة الاجماع ـ كما هو الوجه ـ فيدور مدار تحقق الاجماع حتىٰ مع الخروج، والا فمع احتمال الخلاف كما يظهر من قوله ﷺ (فالظاهر ...الخ) فاللازم الأخذ بالمتيقن، وهو ما لم يخرج أحد العوضين عن تحت سلطنة المالكين.

الا ان يقال ان قوله ﷺ (فالظاهر) بالنسبة الىٰ عدم مانعية الخروج لا بالاضافة الىٰ وجود المقتضي كما هو ظاهر كلامه ﷺ، وحينئذ فيرد عليه انه لا خصوصية للمقام، وليس من احكام الشرط في صورة تعذره وخروج العين، بل امر كلي جارٍ في جميع الخيارات لايناسب البحث عنه في المباحث الموضوعة للبحث عن عوارض شرط الفعل واحكامه، بخلاف ما ذكرنا اولاً في تحقيق عنوان المسألة.

٦٢ ـ **قوله ﷺ: (واما لو كان منافياً كبيع ما اشترط وقفه ...الخ)**[٤].

والتحقيق ان الشرط لايمنع عن التصرفات المضادة والمنافية للتصرف الواقع في حيّز الاشتراط لا وضعاً ولا تكليفاً.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٢٨.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٣٠.
(٣) هكذا في الاصل، والصحيح (باختلاف).
(٤) كتاب المكاسب ٢٨٥ سطر ٣٢.

اما عدم المنع تكليفاً فلأنّ الثابت بوجوب الوفاء نفس عتق العبد، وبيعه ضد للعتق، وايجاب الضد لايقتضي حرمة الضد الا علىٰ القول بمقدمية عدم الضد لوجود ضده، فحينئذ يجب ترك البيع فيحرم فعله عرضاً، الا ان المبنىٰ ضعيف كما حرر في الاصول.

واما عدم المنع وضعاً فلأنّا وإنْ قلنا بان الشرط يوجب الحق تارة والملكية اخرىٰ الا انه في متعلقه لا في غيره وان كان لمتعلقه نحو تعلق به، ومن الواضح ان المتعلق هو العتق فيستحقه البائع علىٰ المشتري بشرطه، ولا يحدث له بهذا الشرط حق في متعلق متعلقه، الا ترىٰ انه لو اشترط عليه عمارة المسجد او القنطرة او خياطة ثوب زيد لا يحدث بسبب الشرط للمشروط له حق في المسجد ولا في القنطرة ولا في ثوب زيد، فكذا هنا؛ لان الشروط في جميع هذه الفروض متساوية الاقدام، وقابلية بعضها لتعلق الحق به لا يقتضي تعلق الحق به مع عدم تعلق الشرط به.

فان قلت: سلّمنا ان الشرط لا يوجب احداث حق في العين لكنه سيجيء ان شاء تعالىٰ في مبحث احكام الخيار ان التصرف الناقل يمنع عن الفسخ الحقيقي، فلا يمكن انفاذه للمنافاة، والتنزل الىٰ الفسخ الحكمي يحتاج الىٰ دليل خاص، فلا وجه لتجويز التصرفات الناقلة المنافية لحق الفسخ الحقيقي.

قلت: فرق بين ما نحن فيه وما سيأتي ان شاء تعالىٰ، فان الخيار هناك ثابت قبل التصرف، فالترخيص فيه وانفاذه ينافيه، بخلاف المقام فان منشأ الخيار هنا تعذر الشرط بنفس التصرف الناقل، ومثل هذا الخيار لايعقل ان يكون علىٰ وجه ينافي نفوذ التصرف الناقل، فتدبر جيداً.

وعلىٰ هذا فالوجه نفوذ التصرف وضعاً وثبوت الخيار والتنزل الىٰ البدل، فيكون جمعاً بين الادلة جميعاً.

ثم هذا كله لو باع العبد مثلاً بيعاً لا خيار له فيه، واما اذا كان له الخيار فيه فللمشروط له اجباره علىٰ فسخه لعدم تعذر الشرط بقول مطلق مع امكان فسخه.

ومنه يظهر ما في كلامه (زيد في علو مقامه) فيما سيأتي ان شاء تعالىٰ حيث بنىٰ

الصحة والبطلان على القول بالاجبار وعدمه، فان نظره الشريف ﷺ ان كان الى كشف الاجبار عن الاستحقاق ففيه انه مسلّم الا انه بالاضافة الى العتق لا العين كما عرفت.

وان كان نظره ﷺ الى اقتضاء جواز الاجبار للفسخ والزام الوفاء فهو غير صحيح؛ لعدم اقتضاء جواز الاجبار سلطنة المشروط له على فسخ عقد المشروط عليه بوجه من الوجوه، والزامه بالوفاء انما يصح مع تمكنه من فسخ عقده، وهو فيما ذكرنا آنفاً وهي صورة ثبوت الخيار له في بيعه.

السادسة: هل للمشروط له اسقاط شرطه

٦٣ ـ قوله ﷺ: (للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان ...الخ)[1].

لايخفى عليك ان امر الاسقاط والابراء لايدور مدار تعلق الشرط بالفعل او النتيجة، بل مدار الكلية والشخصية، فاذا تعلق الشرط بملكية مال شخصي فهو غير قابل للابراء ولا للاسقاط؛ اذ الابراء يتعلق بالكلي الذمّي وهو هنا غير خارجي، والاسقاط يتعلق بالحقوق لا الاملاك، وليس في شرط الملكية بنحو النتيجة الا حصول الملكية بنفس الشرط.

واما اذا تعلق الشرط بملكية كذا في ذمة المشروط عليه فهو بعد ثبوته ملك كلي ذمي يقبل الابراء، واذا تعلق الشرط بعمل من الاعمال فان كان مما يقبل ان يقابل بالمال فهو مملوك للمشروط له بالشرط فيقبل الابراء، وان لم يكن قابلاً للمقابلة فليس هناك الا الاستحقاق، والحق قابل للاسقاط.

السابعة: هل يقسّط الثمن على الشرط

٦٤ ـ قوله ﷺ: (فهل يلاحظ جانب القيدية ويقال ...الخ)[2].

يمكنّ تحرير النزاع بوجهين:

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٦ سطر ٧.

(٢) كتاب المكاسب ٢٨٦ سطر ٢٢.

احدهما: صغروياً وهو ان قوله «بعتك هذه الارض علىٰ ان تكون عشرة اذرع» هل مفاده بيع الارض الشخصية بشرط وصف كذا؟ ففي صورة النقص ليس الا تخلف الوصف، او مرجعه الىٰ بيع عشرة اذرع من هذه الارض الشخصية بنحو الكلي في المعين؟ ففي صورة النقص لم يتحقق الكلي المبيع في هذه الارض؛ فللمشتري خيار تبعّض الصفقة بالاضافة الىٰ الفائت، ولازمه تقسيط الثمن.

وثانيهما: كبروياً وهو ان الشرط علىٰ ما هو عليه من دون رجوعه الىٰ الجزئية الا ان هذا الشرط محكوم بحكم الجزء من بين سائر الشروط عرفاً فيقسّط الثمن، وفي قباله دعوىٰ مساواته مع سائر الشروط حكماً عرفاً وشرعاً، والالتزام بكلا الامرين مشكل.

اما رجوع الشرط الىٰ بيع الكلي في المعين فتكلّف كما اشار اليه صاحب جامع المقاصد.

واما الحكم عرفاً عليه بالجزئية وتقسيط الثمن فمما لا معنىٰ له، اذ بعدما كان التقابل بين الارض الشخصية وتمام الثمن بحسب تسبيب المتبايعين فكيف يعقل الانقلاب عما هو عليه؟! بجعل الارض في قبال بعض الثمن، وهل هو الا ابطال ما وقع؟! والحكم بمعاوضة قهرية بين العين وبعض الثمن.

وبالجملة: حفظ الموضوع والحكم عليه بما شاء الشرع او العرف معنىٰ، وقلب الموضوع الىٰ موضوع آخر معنىٰ آخر، والكلام في الاول، ولازم الحكم العرفي في المقام هو الثاني، وهو مشكل جدّاً.

ويمكن ان يقال: ان شرط الاوصاف يرجع دائماً الىٰ توصيف المبيع مثلاً، والا فالالتزام والتعهد بوصف شخصي في عين شخصية لا معنىٰ له بعد تبعية واقع الوصف والموصوف لما هما عليه في متن الواقع، ولم يلتزم أحد بتدارك الوصف المفقود بملاحظة تعهده في مقام البيع، والاكان للالتزام والتعهد وجه كما اشرنا اليه سابقاً في مقام امكان تعهد الاوصاف.

واذا كان مرجع شرط الوصف الىٰ توصيف المبيع نقول: ان الاوصاف والاعراض تختلف، فمنها مالا يوجب وجوده ولا شدته سعة في وجود معروضه ولا عدمه

وضعفه عدم الموصوف وضعفه كالكيف، فان اصل السواد وشدته لا يوجب وجودهما ولا عدمهما تفاوتاً في ناحية ذات موضوعه، ومنها كالكم المتصل او المنفصل فانه يلازم الموضوع وجوداً وعدماً سعةً وضيقاً كما هو واضح.

ومن البين انه لا فرق عرفاً بين قول القائل بعت هذه الارض الموصوفة بكونها عشرة اذرع وبين قوله بعت هذه العشرة اذرع مشيراً الىٰ الارض الشخصية، فان المنساق من العبارتين معنىٰ واحد وهو بيع المتكمم بكم كذا،فاذا تخلّف الكم فقد تخلّف المتكمم، فهو نظير ما اذا اشار الىٰ موضع وقال بعت هذين العبدين فتبين ان المشار اليه واحد فهل يشك متفطن لبيب في ان المتخلف هو المبيع؟! او يدعىٰ ان المبيع هو العبد والاثنينية وصف فيه، فليس هنا الا تخلف الوصف، ومن الواضح عدم الفرق بين الكم المتصل والكم المنفصل، وقد عرفت عدم رجوع الامر الىٰ بيع الكلي في المعين بل بيع الجزئي، فافهم جيّداً.

٦٥ ـ قوله ﷺ: (لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر ان الكل للمشتري ولا خيار ...الخ)[1].

لايخفىٰ عليك ان المملك لتمام العين الشخصية نفس العقد عليها، ولا بشرطية المقدار أجنبية عن هذا المعنىٰ؛ بداهة ان اللابشرط لايمنع عن الملكية في صورة الزيادة، لا انه مقتضٍ لملكية الزائد، بل اللابشرطية والبشرط لائية انما ينفعان في الخيار، لان العشرة اللابشرط متحققة في الاثنىٰ عشر، والعشرة البشرط لا ليس كذلك، فالوصف غير متخلف في الاول فلا خيار، ومتخلّف في الثاني فيقتضي الخيار.

واما جعل اعتبار البشرط لا في المقدار كالاستثناء عن المبيع حتىٰ تكون الزائد للبائع فلا وجه له، اذ هذا الاعتبار من اعتبارات المقدار الواقع في حيّز الاشتراط لا من اعتبارات المتقدّر والمبيع حتىٰ يمكن جعله كالاستثناء عن المبيع، فافهم واستقم.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ١٨.

حكم الشرط الفاسد

الاول: عدم وجوب الوفاء به

٦٦ ـ قوله ﷺ: (بل هو داخل في الوعد فان كان العمل به ...الخ)[١].

ربما يرد بان الوعد نحو من الاخبار في قبال الوعيد، فلا معنىٰ لكون الشرط بعد عدم الحكم بنفوذه شرعاً وعداً حقيقةً.

ويمكن دفعه في شرط الفعل فانه مشتمل علىٰ الاخبار بالفعل فيستحب انجازه وان يصدق وعده.

واما تقييده ﷺ استحباب الوفاء بالقول بعدم فساد العقد فغير واضح؛ لان تحقيق الوعد غير موقوف علىٰ كونه في ضمن العقد، الا ان يكون المراد بالوعد عنده مجرد الالتزام الضمني الذي لايجب الوفاء به وهو كما ترىٰ، فتدبر.

٦٧ ـ قوله ﷺ: (وانما الاشكال في ما كان فساده لا لامر مخلّ بالعقد ...الخ)[٢].

والاولىٰ ان يقال محل الكلام ما لم يكن الشرط بوجوده مخلاً بالعقد، والا فمن الواضح ان فساد العقد لا يكون الا باختلال فيه لاستحالة تخلف الحكم عن موضوعه التام.

٦٨ ـ قوله ﷺ: (وثانياً منع جهالة ما بازاء الشرط ...الخ)[٣].

الفرق بين هذا الجواب والجواب الآتي هو ان نظره في هذا الجواب الىٰ انه لا جهالة في هذه المرتبة اصلاً، وفي المرتبة الثانية يمكن رفع الجهالة الطارية، كما في وصف الصحة فان عوض الصحيح المعقود عليه معلوم، والمعيب الواقعي معلوم القيمة واقعاً.

ونظره ﷺ في الثاني الىٰ ان اللازم معلومية المرتبة الاولىٰ، واما المرتبة الثانية فلا دليل علىٰ رفع الجهالة فيها ولو بالرجوع الىٰ العرف فلا يضر بقاؤها علىٰ الجهالة ابداً،

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢٥.
(٢) كتاب المكاسب ٢٨٧ سطر ٢٩.
(٣) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ١٠.

وكلا الوجهين مشتركان في ان الجهالة اللازم رفعها هي الجهالة في نظر المتعاقدين في مرحلة المعاقدة والمعاهدة، لا في المرحلة المنحلة اليها، وسيأتي ان شاء تعالىٰ ان صحة العقد مبنية علىٰ نظير تعدد المطلوب، ولابد في تصحيح العقد من دعوىٰ العقد علىٰ الفاقد كالواجد ليعمه دليل صحة العقد، وحينئذ فدليل الصحة ودليل لزوم رفع الجهالة بالاضافة الىٰ هذه المرتبة متساوي النسبة، وانتظر لتمام الكلام فيما بعد ان شاء تعالىٰ.

٦٩ ـ قوله ﷺ: (ان التراضي وقع علىٰ العقد الواقع علىٰ النحو الخاص ...الخ)[1].

وربما يزاد علىٰ ذلك فيقال المعاملة مقيّدة بحسب الانشاء، لان الشرط قيد وبانتفائه ينتفي المقيد، فمع قطع النظر عن اعتبار الرضا يتم الوجه.

قلت: قد عرفت سابقاً ان قيدية الشيء لشيء ليس عن جزاف، بل الشيء انما يصلح لتقييد شيء به اذا كان من شؤونه وخصوصيّات وجوده، وهذا انما يعقل في شرط الاوصاف دون شرط الافعال والنتائج، اذ ليس شيء من الفعل والنتيجة والالتزام بهما من شؤون الملك ولا الملكية ولا التمليك ولا الرضا كما هو اوضح من ان يخفىٰ علىٰ من التفت الىٰ حقيقة التقييد، وشرط الاوصاف ان كان بمعنىٰ الالتزام بها كذلك لايعقل ان يكون قيداً لشيء مما ذكر كما هو واضح.

بل المعقول تقييد المبيع بنفس الوصف بارجاع شرط الوصف الىٰ تقييد المبيع بنفس الوصف لما سمعت سابقاً ان التعهد بالوصف مع عدم التزام الفقهاء بتدارك الوصف لا محصل له، فلابد من ارجاعه الىٰ توصيف المبيع بلسان الشرط، فلابد من التكلم في خصوص شرط الوصف، وعليه فالرضا غير مقيّد بشيء، بل رضا بالمقيد كما ان العقد ايضاً كذلك.

والتحقيق: ان الوصف انما يكون مقيداً وموجباً لتنويع موصوفه وضيق دائرته اذا تعلق بموصوف كلي، والكلام في بيع العين الشخصية موصوفة بالوصف، ومن البين ان توصيف القيد الشخصي لا يعقل ان يقيدّه ويضيّق دائرته كي يكون الرضا متعلقاً

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ١٢.

بغيره عند ظهور فقدان الوصف، بل البيع بمباديه تعلق بهذا العبد الشخصي الموصوف بوصف مفقود فيه واقعاً، فليس هنا الا تخلف وصف الملك الموجب لتخلف الغرض، وحيث ان الغرض غرض عقدي لا خارجي فلذا يوجب الخيار.

ومما ذكرنا عرفت عدم تخلف الرضا وعدم تعلقه بالمقيد كي لا يكون رضا بالمجرد، نعم عدم الرضا تقديري بمعنىٰ انه لو علم بفقدانه لم يكن يرضىٰ بهذا العبد الشخصي لكنه اعتقد واعتمد علىٰ تعهد البائع فرضي وتملكه، ومن الواضح ان العبرة بالرضا الموجود فعلاً لا بعدم الرضا تقديراً.

واما النقض: بما اذا اشترىٰ الموجود في البيت بعنوان كونه عبداً حبشياً فبان حماراً وحشياً؛ بلحاظ ان الرضا والملكية قد تعلق بالموجود، وانما تخلف عنوانه.

فمندفع: بان المعقود عليه ليس هو الموجود بوصف كونه عبداً حبشياً ليكون المتخلف وصف الملك، بل المعقود عليه هو العبد الحبشي المشار اليه، فالمتخلف هو المبيع لا وصفه؛ فيكون كما اذا قال بعت هذا العبد مشيراً به الىٰ موضع فبان خلّوه عنه، ووجود الحمار كعدمه حينئذ.

والحاصل المعقود عليه وإنْ كان شخصياً الا ان المتخلف قد يكون ذاته كما في المثال، واخرىٰ وصفه كما في المقام، وتخلّف الوصف بعد تسليم عدم كون الوصف مضيقاً لدائرة الشخص لا يوجب انتفاء الرضا بملكية الشخص، نعم يكشف التوصيف عن دخله في الغرض الداعي الىٰ العقد وتخلفه يوجب الخيار.

وهذا الذي سلكناه أمر كلي جارٍ في جميع الشروط المتخلفة صحيحها وفاسدها، والخيار بناء عليها علىٰ طبق القاعدة، بخلاف ما سلكه المصنف ﷺ في ما سيأتي ان شاء تعالىٰ فانه لايجري الا في طائفة خاصة من الشروط، وكذا ما سلكه شيخنا الاستاذ العلامة (ادام الله ايامه) من الالتزام بتعدد المرتبة في المعقود عليه، نظير تعدد المطلوب في التكاليف المؤقتة او المقيدة بقيد آخر فانه غير خالٍ عن شوب التكلّف والاشكال كما سيظهر فيه الحال ان شاء تعالىٰ.

٧٠ـ قوله ﷺ: (وحلّ ذلك ان القيود المأخوذة في المطلوبات الشرعية ...الخ)[١].

ظاهر كلامه (زيد في علّو مقامه) ان الفاقد للقيد الغير الركني متحد مع الواجد عرفاً، وهذا الاتحاد هو الموجب لعدم الحاجة الىٰ التراضي والانشاء بالاضافة الىٰ الفاقد، لا من جهة تعدد المرتبة للمطلوب والمعقود عليه.

والخدشة فيه بان الركنية والمقومية وعدمهما لايمكن ان تناط بنظر العرف، بل لابد ان تناط بنظر العاقد فلا اتحاد بين الواجد والفاقد.

مدفوعة بان القيد اذا كان عند العرف والعقلاء كذلك فارادة خلافه بجعله مقوّماً للمعقود عليه تحتاج الىٰ نصب قرينة صارفة لما يقتضيه القرينة النوعية.

نعم يرد عليه: ان اللازم ملاحظة ذات القيد سواء اخذ بنحو الشرط او غيره، مع ان المهم في هذا المقام ملاحظة حال الشرط ولو نوعاً وغالباً.

فالاولىٰ ان يقال: ان مطمح نظر العرف والعقلاء في معاملاتهم المشتملة علىٰ الشروط هو ذات المعوض والعوض، والشرط تابع، فنفس القيد المأخوذ علىٰ وجه الشرطية حاله التابعية في الغرض دون الاصالة وان كان في حد ذاته ما كان، فهذه قرينة نوعية عند العقلاء محفوفة بالمعاملات، وارادة خلافها تحتاج الىٰ نصب قرينة.

وعليه فليست صحة المعاملة من جهة الاتحاد بين الواجد والفاقد عرفاً، بل من جهة ان الغرض الاصيل الذي لا مجال لتخلفه قائم بالاعم من الواجد والفاقد، وإنْ كان الغرض الاقصىٰ قائماً بخصوص الواجد، هذا بحسب مرتبة الرضا وقد عرفت تعلقه بكلتي المرتبتين.

واما تصحيح مقام الانشاء فتقريبه: ان ذات المعقود عليه لم يتقيد بقيد مطلق كي ينتفي بانتفائه، بل تقيد بقيد السلامة[٢] موضوعاً وحكماً، فاذا تخلف واقعاً او كان بحكمه شرعاً فلا قيد فلا ينتفي المطلوب، والقيد وان كان بحسب جعل المتعاقدين مطلقاً الا ان احتفافه بالقرينة النوعية الكاشفة عن الاغراض النوعية العقلائية موجب لتقيده بما ذكرنا، فانتفاؤه لايوجب انتفاء المعقود عليه كما لا يوجب انتفاء التراضي.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ٢١.

(٢) هذا هو الصحيح، وفي الاصل (تقيد مقيد بالسلامة).

نعم يتوجه عليه امران:

احدهما: ان الفاقد بعد ما كان معقوداً عليه فنسبته دليل صحة العقد ودليل رفع الجهالة عن مرحلة العقد اليه علىٰ حدّ سواء، فلابد من الالتزام بالبطلان مع عدم رفع الجهالة في مرحلة العقد، وهذا الاشكال وان لم يكن له وقع في المقام لابتنائه علىٰ ما مر فساده من التقسيط عند تخلف الشروط، لكنه لا مناص عنه في مسألة تبعّض الصفقة، بل في شرط الكمية الموجب للتقسيط عنده ﷺ وعند غيره، ولا مدفع له الا قصور دليل رفع الجهالة عن مثل المقام.

ثانيهما: ان الخيار في المقام وفي تبعّض الصفقة من جهة نقض الغرض، والمفروض تصحيح العقد علىٰ الفاقد والبعض بالموافقة للغرض والاقدام عليه وان تخلّف الغرض الاقصىٰ فلا نقض للغرض، ولا ضرر كي ينجبر بالخيار، فلابد في اثبات الخيار من التماس دليل اخر من اجماع ونحوه، وهذا بخلاف ما سلكناه سابقاً كما لايخفىٰ.

٧١ ـ قوله ﷺ: (فبظهور لاينبغي في الكراهة ...الخ)[1].

فان قلت: مورد هذا الخبر خارج عن محل النزاع، لان الوضيعة المشروط كونها علىٰ البائع مجهول، فيسري الجهالة في العقد فيختل العقد، وان كان الشرط في حد نفسه صحيحاً.

قلت: فرق بين ما اذا شرط علىٰ البائع ان تكون وضيعة المبيع عليه، وما اذا شرط ان لا تكون وضيعته علىٰ نفسه وان كان مستلزماً لكون الوضيعة علىٰ البائع، فالشرط علىٰ الاول غرري، وعلىٰ الثاني لا غرر، وان كان لازم الشرط امراً غررياً، وما هو قيد للمبيع نفس الشرط لا لازمه، فتدبر.

ولعلّ وجه كراهة البيع علىٰ هذا النحو كون المشروط امراً غير معقول، اذ الخسارة الواردة علىٰ المال انما تكون علىٰ مالكه، ولا يعقل ان يكون نفس هذه الخسارة علىٰ غيره، واما الالزام بتداركها فمعقول الا انه خارج عن مدلول الخبر.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٨ سطر ٣٤.

٧٢ـ قوله ﷺ: (من جهة عدم الاختيار الناشئ عن التزامه في خارج العقد ...الخ)[١].

تقييد الالتزام بكونه في خارج العقد بملاحظة ما سيأتي ان شاء تعالىٰ منه ﷺ في آخر مبحث النقد والنسيئة ان عدم الطيب الناشئ عن الالتزام اللازم الوفاء غير قادح في صحة العقد، وسيجئ ان شاء تعالىٰ ما فيه، مع انه لو سلم هذا التخصيص فحمل الروايتين علىٰ ذلك لا وجه له؛ بداهة ان المراد من الطيب المعتبر في المعاملات اعم من الطيب الطبعي والعقلي، ومنه الطيب الناشئ عن الاضطرار الىٰ بيع الدار مثلاً، والطيب الموجود في المقام لاينقص عنه، والخارج بالدليل صورة الاكراه فقط.

ولولا الفقرة الآتية في المبحث الآتي لامكن توجيه تخصيص الالتزام بالخارج عن العقد بان مراده ﷺ دعوىٰ عدم دلالة الرواية علىٰ مفسدية الشرط الفاسد، لا دعوىٰ دلالتها علىٰ صحة المشروط بالشرط الفاسد ولو كان الشرط الفاسد في ضمن العقد، ومع ذلك لم يكن مفسداً كانت الرواية دليلاً علىٰ صحة المشروط بالشرط الفاسد.

وفي مقام ردّ الخصم المستدل بالرواية علىٰ فساد المشروط بالشرط الفاسد يكفي دعوىٰ عدم دلالة الرواية علىٰ مفسدية الشرط الفاسد، بان منشأ فساد البيع الثاني صدوره عن غير طيب من جهة الالتزام الناشئ عن الشرط في خارج العقد الاول.

٧٣ـ قوله ﷺ: (وقد يستدل علىٰ الصحة بان صحة الشرط ...الخ)[٢].

وتقريبه ـ بناءً علىٰ فساد الشرط الابتدائي ـ واضح، فان صحة الشرط موقوفة علىٰ صحة العقد، اذ لولاها لم يصح الشرط، فلو توقف صحة العقد علىٰ صحة الشرط لزم الدور.

وفيه: ان لكل من العقد والشرط جهتين من الصحة في نفسهما وبالاضافة لكل منهما الىٰ الاخر، فصحة العقد في نفسه لا تتوقف علىٰ صحة الشرط، وكذلك العكس، وصحة الشرط بالاضافة الىٰ العقد موقوفة علىٰ صحة العقد في نفسه حتىٰ

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ١. (٢) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ١٦.

يكون في ضمن عقد صحيح، وصحة العقد بالاضافة الىٰ الشرط موقوفة علىٰ نفسه، واما صحة كل منهما بالاضافة الىٰ الاخر فلا؛ اذ صحة العقد المشتمل علىٰ الشرط لا تتوقف علىٰ كون الشرط في ضمنه، بل علىٰ كونه صحيحاً في نفسه، وصحة الشرط من حيث كونه في ضمن العقد لاتتوقف علىٰ كون العقد صحيحاً من جهة الاشتمال، بل علىٰ كونه صحيحاً في نفسه.

٧٤ـ قوله ﷺ: (وادلة نفي الضرر قد تقدم غير مرة ...الخ)[١].

لايخفىٰ عليك انه بناء علىٰ تعدد المطلوب لا ضرر فلا مقتضي للخيار في نفسه، واما بناء علىٰ تصحيح العقد من جهة الاتحاد بين الواجد والفاقد فالعقد علىٰ الاول والرضا به وان كان عقداً علىٰ الثاني ورضا به لكن تخلف الغرض الداعي الىٰ هذا المقدار من التقييد مما لاريب، فيكون للخيار حينئذ وجه، ولذا افاده ﷺ من ان القاعدة تحتاج الىٰ الجابر، كما ان الخيار بناء علىٰ ما سلكناه في تصحيح العقد كذلك.

وما افاد ﷺ في وجه الحاجة الىٰ الجابر في المقام غير خالٍ عن شوب الابهام، اذ لا حاجة الىٰ عمل العلماء في كل مورد من موارد الجهل بالحكم، بل يكفي فيه العمل بالقاعدة في موارد الجهل بالحكم في الجملة، وقد اعترف ﷺ به آنفاً.

الثاني: لو اسقط المشروط له الشرط الفاسد هل يصح العقد

٧٥ـ قوله ﷺ: (لان متعلق الرضا لم يعقد عليه ...الخ)[٢].

هذا وجيه في خصوص شرط الوصف الراجع الىٰ تقييد المعقود عليه، واما في شرط الفعل والنتيجة فلا، بل المعقود عليه في كلتي الحالتين واحد، ولحوق الرضا به كلحوقه به في المكره والفضولي كما لايخفىٰ، وهذا ليس من انقلاب الفاسد الىٰ الصحيح، بل من قبل اتمام الموضوع بالحاق شرطه به، ولا فرق بين ما اذا تخلف الشرط موضوعاً او حكماً كما في المقام.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ٢٠.　　(٢) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ٢٦.

الثالث: اذا ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

٧٦ ـ قوله ﷺ: (فان قلنا بانه لا حكم له كما هو ظاهر المشهور ...الخ)[١].

العقد المبني علىٰ الشرط الفاسد بالتقييد لبّاً وان لم يفسد من جهة كونه مشروطاً بالشرط الفاسد الا انه يفسد بملاكه، وهو تقيد الرضا، من دون فرق في هذه الجهة بين الشرط الصحيح والفاسد.

ومنه يتضح وجاهة تفصيل المسالك، اذ مع العلم بان الشرط الابتدائي لا اثر له لا يتمشىٰ منه التقييد لبّاً، بل هو مقدم علىٰ العقد بلا شرط ولا قيد، واما مع توهم تأثير الشرط الابتدائي فلا محالة يتقيد رضاه، وحيث ان الشرط في نفسه فاسد فلا رضا بالفاقد.

٧٧ ـ قوله ﷺ: (فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره ...الخ)[٢].

قد عرفت آنفاً أن غرض صاحب المسالك ﷺ ليس الفرق بين العلم بفساد الشرط في نفسه وعدمه، بل العلم بان الشرط المتقدم من حيث انه متقدم غير واقع في متن العقد لا اثر له وان كان مضمونه صحيحاً، فلا موقع لا يراد المصنف ﷺ عليه.

الرابع: اذا كان فساده لعدم تعلق غرض به

٧٨ ـ قوله ﷺ: (ويشكل بان لغويتهما لاتنافي ...الخ)[٣].

وذلك لان انفاذ الشرط وترتيب الخيار علىٰ تخلفه وان كان [illegible] العقلائي، لكن حلية المال تتبع الرضا وان كان عن غرض [illegible]

---

(١) كتاب المكاسب ٢٨٩ سطر ٣١.
(٢) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ٧.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ١٦.

أحكام الخيار

الحمد لله

احكام الخيار

٧٩ ـ قوله ﷺ: (الخيار عندنا موروث بانواعه ...الخ)[١].

الكلام في المقام في موردين:

احدهما: في ان الحق بحسب القاعدة لولا الاجماع المدعىٰ علىٰ ارثه هل هو قابل للارث ام لا؟ وجه الاشكال ان الحق بالمعنىٰ المتعارف اضافة خاصة قائمة بمن له الحق كاضافة الملكية، فهو في قبال الملكية لا الملك، ومن البين ان المتروك عن الميت هو الملك دون الملكية لتشخص الاضافات باطرافها، والاعراض بموضوعاتها؛ فلا بقاء للحق بعد الموت كي يكون متروكاً فيرثه الوارث، بخلاف الملك فانه باقٍ بعد الموت وانقطاع اضافة الملكية عنه فيرثه الوارث.

قلت: الحق كالملك علىٰ قسمين فقد يتعلقان بالاعيان الخارجية كالحق المتعلق بالارض المحجرة، وكالملكية المتعلقة بالدار والعقار مثلاً، وقد يتعلقان بغيرهما كالحق المتعلق بالعقد مثلاً، وكالملكية المتعلقة بما في الذمم، فان اشكال عدم بقاء الحق القائم بالمورث جارٍ في الملكية المضافة الىٰ الذمة، فان الذمة تتشخص بما فيها ومن هي له وعليه، فبمجرد موت من هي له تنقطع اضافة الملكية فتسقط الذمة، فلا متروك كي يرثه الوارث، وما هو الجواب عن مثل هذا الملك فهو الجواب عن مثل حق الخيار ونحوه.

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ١٧.

وكما ان المتروك في الملك اعم مما كان متروكاً حقيقة او اعتباراً فكذا في الحق، فينسب البقاء الىٰ فسخ العقد وهو الحق بالمعنىٰ المفعولي؛ فيضاف الىٰ الوارث بادلة الارث، وكما ان الملكية الحادثة بالارث مطلقاً اضافة جديدة لبّاً وواقعاً وعين الاضافة الاولىٰ بالعناية والاعتبار فكذا اضافة الحقية.

وان شئت قلت: ان شأن الارث جعل الوارث قائماً مقام المورث، ولا معنىٰ له الا جعله طرفاً للاضافة الثابتة له من قبل، والا فلولا هذه العناية لم يكن معنىٰ لقيامه مقامه، ومجرد وحدة الطرف الاخر في الحالين لا يصحح قيام الوارث مقام المورث، لان اتحاد الطرف الاخر محفوظ في جميع النواقل التي لا دخل لها بقيام احد مقام غيره، وعليه فيصح نسبة البقاء الىٰ نفس اضافة الملكية والحق ايضاً بالعناية والاعتبار.

ثانيهما: بعد احراز كون ما للمورث حقاً يجب احراز قابلية للانتقال حتىٰ يصح انه متروك فينتقل بالارث، وجه الانتقال اما لكون المورد مقوّماً او عنواناً او مغيّى بغاية تنتفي بالموت.

فمن الأول حق التولية وحق النظارة حيث انهما مقصوران علىٰ من جعلا له، ولا يقبلان للانتقال الىٰ غيره وارثاً كان او غيره.

ومن الثاني حق الرهانة وحق الشفعة، فان حق الرهانة وكون الشيء وثيقة لغير الدائن غير معقول، وحق الشفعة انما ثبت للشريك علىٰ الشريك؛ فانتقاله الىٰ غير الشريك بل الىٰ الشريك غير معقول، والاول واضح، واما الثاني فلأن الشريك ليس شريكاً لنفسه كي يعقل نقل الحق اليه، وعليه فالوارث إنْ كان معنوناً بعنوان المورث ثبت له الحق لصيرورته معنوناً بذاك العنوان من جهة انتقال المال اليه، فالزوجة حيث لا ترث العقار لا تتصف بعنوان الشركة كي يكون لها حق الشفعة، هذا ما تقتضيه القاعدة، وبعد فللكلام من حيث تشخيص الصغريات محل آخر.

ومن الثالث خيار المجلس لما ذكرنا في مبحثه ان ظاهر دليله حيث ان الحق مغيّى بالافتراق ان المغيّى ثبوت الحق ما دامت الهيئة الاجتماعية المحصّلة للبيع،

فاذا زالت زال الحق، والاجتماع المحقق للبيع غير اجتماع جسم مع جسم، بل امر مختص بالحيين عرفاً، فموت احدهما يزيل هذا المعنىٰ وان كان جسد الميت باقياً في مجلس البيع، اذ لا عبرة بصدق المجلس، بداهة انهما لو خرجا من مكان البيع معاً لم يسقط الخيار، كما لا عبرة ببقاء الجسد، فان هذا الاجتماع كمصاحبة الحجر مع الحجر لا كمصاحبة انسان مع انسان، فلا محالة لا يبقىٰ خيار بموت احدهما كي يكون متروكاً فيرثه الوارث، وهذا لاينافي الاجماع علىٰ ارث الخيار، فانا نقول بان الخيار بجميع انواعه قابل في حدّ ذاته للارث، فان الحق كالملك الا انه لاينافيه ثبوت مانع عنه كما ربما يوجد في الملك ايضاً.

٨٠ـ قوله ﷺ: (ففي الاجماع المنعقد علىٰ الحكم كفاية ...الخ)[1].

لايقال: بعد ما كان المقتضي لارث الحق هو الاجماع فاختلاف الاصحاب في اي باب كان من الابواب كافٍ في الجزم بعدم الارث وان ابطلنا الموانع المسطورة في كلماتهم، حيث لا اجماع مع الخلاف.

فانا نقول: كما سمعت[2] آنفاً ان الاجماع قائم علىٰ ان الحق لا يأبىٰ عن الانتقال، وان الحق كالملك من حيث الاقتضاء والقابلية للارث وان منع عنه مانع كما ربما يتحقق في الملك كما في الزوجة بالاضافة الىٰ العقار مثلاً.

٨١ـ قوله ﷺ: (وحاصله ان الميت انما كان له الخيار والعلقة في ما انتقل عنه ...الخ)[3].

هذا بحسب الحقيقة ملخص جميع ما افاده ﷺ في المقام بعد النقض والابرام، وليس غرضه ﷺ منه ما يترائىٰ في بادئ النظر من ترتب السلطنة علىٰ الاسترداد علىٰ السلطنة علىٰ الرد المتحقق بالفسخ، ضرورة ان الرد والاسترداد متلازمان ولا يعقل تقدم احدهما علىٰ الآخر، فلا الرد مترتب علىٰ الاسترداد ولا الاسترداد علىٰ الرد، بل غرضه ﷺ كما افاد في خيار المجلس ان اطلاق ادلة الخيار مسوقة لجعل السلطنة علىٰ الفسخ لمن تمكن بنفسه من ردّ ماله ولو بالاقالة، فمثل الوكيل الذي هو اجنبي

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٠ سطر ٢٦.
(٢) تعليقة ٧٩.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩١ سطر ٥.

عن هذا المعنىٰ لا يثبت له الخيار باطلاق ادلة الخيار، واستكشاف السلطنة علىٰ ما في يده خارجاً باطلاق ادلة الخيار مع تفرّعه عليه غير ممكن.

وهذا المعنىٰ الذي افاده ﷺ لايتوقف علىٰ كون الخيار مجرد السلطنة علىٰ الاسترداد، بل الخيار لو كان بمعنىٰ السلطنة علىٰ الرد والاسترداد لكان وجه لما افاده ﷺ من ابتناء هذه السلطنة المجعولة علىٰ السلطنة علىٰ الرد ولو بنحو الاقالة خارجاً، كما ان هذا المعنىٰ لايتوقف علىٰ كون الخيار بمعنىٰ السلطنة علىٰ العين من حيث الرد والاسترداد، بل لو كان الخيار بمعنىٰ السلطنة علىٰ العقد من حيث الحل بعد الشدّ كان لما افاده ﷺ وجه ايضاً، بتقريب ان اطلاق ادلة الخيار مسوقة لجعل السلطنة علىٰ حلّ العقد لمن كان مع قطع النظر عن الخيار ذا سلطنة علىٰ حلّه ولو بالتفاسخ والتراضي علىٰ حلّه.

ولايخفىٰ عليك ايضاً ان هذا الذي افاده ﷺ ليس الا منع الاطلاق، لا ان مقتضىٰ طبيعة الخيار ذلك حتىٰ ينتقض بجعل الخيار للاجنبي عن العقد والعين، فافهم واغتنم.

ثم لايخفىٰ عليك ان هذا الوجه وافٍ بالمقصود في المسألتين، اذ كما لا سلطنة لها خارجاً مع قطع النظر عن الخيار علىٰ العقار المنتقلة الىٰ الميت بردها الىٰ البائع ولو بالاقالة، كذلك لا سلطنة لها علىٰ الثمن المنتقل اليها من الميت برده الىٰ المشتري لاسترداد العقار ولو بالاقالة؛ حيث لا ترث العقار ولو بالانتقال بعد الموت الىٰ الميت وان كان لها السلطنة علىٰ الثمن من الجهات الاخر.

وعلىٰ ما ذكرناه في تنقيح مرامه وتصحيح كلامه (زيد في علو مقامه) لا دافع له الا منع الدعوىٰ بانها لا شاهد لها، الا في الوكيل في مجرد اجراء الصيغة، حيث انه ليس بمنزلة رب المال كي يجعل له السلطنة علىٰ ما له او عقده، بل بمنزلة لسانه فهو كالآلة للموكل، وحقيقة التسبب الىٰ المعاملة قائمة به، بخلاف الوكيل المستقل في امر العقد حلاً وشدّاً فانه لا مجال لمنع الاطلاق، بل قد عرفت ان مثل خيار المجلس لا يثبت للموكل حينئذ وان حضر مجلس البيع وصدق عليه البيع فراجع هذا.

مع ان ما افاده ﷺ من منع الاطلاق انما ينفع في مورد اثبات الخيار بالاطلاق كما في الوكيل، واما في الوارث فليس دليل ارث حق الخيار اطلاق دليل الخيار، بل ما عرفت سابقاً، وقد سمعت آنفاً ان ما افاده ﷺ ليس من مقتضيات طبيعة الخيار كي لا ينفك عنه في موارد سريانه وتنزله الىٰ الوارث.

٨٢ـ قوله ﷺ: (فحق الزوجة في الثمن المنتقل إلىٰ البائع ثابت ...الخ)[١].

لايخفىٰ ان هذا الحق هو الخيار لا حق آخر كما هو بديهي، وليس غرضه ﷺ ان نفس التزلزل والمعرضية يوجب الخيار كي يكون بديهي البطلان، بل الخيار ثابت بدليل الارث، وانما منعناه لعدم مساس للزوجة بالمال مع قطع النظر عن الخيار، وهذه المعرضية توجب لها تشبثا ومساساً بالمال، فصح جعل الخيار وترتب المقتضىٰ علىٰ المقتضي، والغرض اخراج كلامه ﷺ عن بداهة الفساد.

كيفية استحقاق الورثة للخيار

٨٣ـ قوله ﷺ: (في كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار مع انه شيء واحد ...الخ)[٢].

تفصيل القول فيه: هو ان الحق كالملك وان كانا اعتباريان تبعّض ولا تجرئ لهما الا انهما باعتبار متعلقهما ربما يتحدان حقيقة وربما يتعددان حقيقة، مثلاً ملكية الدار اذا اضيفت الىٰ الدار من حيث انها واحدة فالملكية واحدة، ومن حيث ان لها النصف والثلث والربع الىٰ غير ذلك فالملكية متعدد، فالمالك كما انه مالك للكل كذلك مالك للنصف والثلث والربع الىٰ غير ذلك، واما بعض الاعمال التي لا تركب لها فالملك المتعلق بها كذلك، فاذا ملك علىٰ زيد عتق عبده او بيع كذا فالعتق والبيع حيث انهما امران بسيطان لاكسر لهما؛ فلذا لا معنىٰ لتعدد الملكية المتعلقة بهما.

وهكذا الحق، فمثل حق التحجير الذي هو عبارة عن حق الاولوية والاختصاص المتعلق بالأرض المسبب عن تحجير الأرض من قبيل الأول؛ لان متعلقه قابل للتعدد

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩١ سطر ١٢.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩١ سطر ٢٦.

فكذا الحق، فذو الحق كما ان له الاختصاص والاولوية بتمام الارض المحجرة فكذلك بنصفها وثلثها وربعها الىٰ غيرها، ومثل حق الخيار حيث انه حق فسخ العقد من قبيل الثاني؛ لعدم قبول العقد والفسخ للتعدد فكذا الحق المتعلق به.

وعلىٰ هذا فاذا كان نفس الحق القائم بالمورث من قبيل الاول قامت ورثته مقامه بالحصص، لان الحق وحدته كوحدة متعلقة وحدة انبساطية، فيقبل التعدد اذا لوحظ متعلقه متعدداً كما سمعت، واذا كان الحق من قبيل الثاني قامت ورثة الميت مقامه في كونهم بجملتهم طرفاً لهذا الحق البسيط الواحد لوجهين:

احدهما: ان الحق علىٰ الفرض بسيط وحداني لايتبعض ولا يتعدد.

ثانيهما: ان الموجب للانتقال الىٰ الورثة هو الارث وانقطاع اضافة الميت وصيرورة الورثة طرفاً لهذه الاضافة الواحدة، فلو كان كل منهما ذا حق مستقل فلا محالة ليس بسبب الارث وقيام الورثة مقام الميت في الظرفية لتلك الاضافة الشخصية، والواحد مع كونه واحداً لا يصير بكثرة الطرف متعدداً، والا لم تنتقل تلك الاضافة بالعناية الىٰ الورثة، بل امثالها.

وتوهم: المعقولية مستشهداً بما اذا جنَّ من له حق الخيار؛ فان لكل من الوليين حق الفسخ.

مدفوع: بان الحق بعدُ واحد لم يتعدد، وهو قائم بالمجنون كالملك، وانما الولي له السلطنة علىٰ اعمال حقه بالفسخ، كما ان له السلطنة علىٰ التصرف في ملكه، لا ان الجنون مملك للولي او ناقل للحق اليه، وقد عرفت وجه عدم المعقولية وسيجيء[1] ان شاء تعالىٰ دفع بعض النقوض.

٨٤ ـ قوله ﷺ: (لتعقل تعدد من لهم الخيار بخلاف المال ...الخ)[2].

لايذهب عليك ان معقولية تعدد من له حق الخيار في عقد واحد كالنار علىٰ المنار، الا ان اللازم اثبات معقولية تعدد الحق الواحد بالنقل من طرف الىٰ طرف، وهو غير معقول الا في ما اذا كان نحو وحدته نحو وحدة متعلقه وحدة انبساطية

---

(١) تعليقة ٨٦.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩١ سطر ٢٩.

بالمعنىٰ المتقدم.

والعجب من بعض اجلة المحشين في المقام[١] حيث ذهب الىٰ معقولية ملكيتين مستقلتين بالاضافة الىٰ مال واحد مدّعياً وقوعه في الشرع ايضاً كالزكاة والخمس بناء علىٰ تعلقهما بالعين علىٰ وجه الشركة للفقير مع المالك، فان كل واحد من مصاديق الفقير مالك لذلك المقدار من المال، غاية الامر انه لو سبق بعضهم فأخذه يفوت الموضوع بالنسبة الىٰ الباقين.

ولايخفىٰ ما فيه؛ لان الملكية سواء كانت من مقولة الجدة او الاضافة لايعقل تحقق فردين منها في موضوع واحد، لاستحالة اجتماع المثلين في موضوع واحد، والملكية الشرعية والعرفية وان كانت في مسلك التحقيق اعتبار المعنىٰ المزبور، واعتبار المحال كفرض المحال ليس بمحال، لكنه لغو قطعاً.

ومسألة الزكاة والخمس لا دخل لهما بالمقام، اذ طرف اضافة الملكية كلّي الفقير وهو واحد، والمصاديق ليست بما هي من اطراف الاضافة؛ فلا يلزم تعدد الطرف وتعدد الاضافة، نظير ما ذكرنا في خيار المجلس من ان الخيار الثابت للوكيل وموكله واحد؛ لثبوته لجنس البيِّع، وهو واحد وان صدق علىٰ كل منهما انه بيِّع، فالحق واحد ومن له الحق واحد، وصدقه علىٰ كل من الموكل والوكيل لا يوجب تعدد الحق ولا تعدد من له الحق، فليتأمل فانه حقيق به.

٨٥ـ قوله ﷺ: (وهنا معنىٰ اخر لقيام الخيار بالمجموع ...الخ)[٢].

هذا نظير ما ذكرناه في ملك كلي الفقير وخيار كلي البيع، فان الحق اذا ثبت للواحد لوحدة طبيعية لا بوحدة عمومية سريانية كان مقتضاه عدم تعدد الحق بتعدد افراد الطبيعة، نعم لكل واحد من افرادها ـ حيث ان الطبيعي عين الفرد في الخارج ـ اعمال الحق، فاذا فسخ او اجاز لم يبقَ حق في البين لسائر افراد الطبيعة، فتدبره جيداً.

٨٦ـ قوله ﷺ: (لكن يبقىٰ الاشكال في حكم المشهور من غير خلاف يعرف ...الخ)[٣].

---

(١) حاشية اليزدي ٢: ١٤٧ سطر ٤.
(٢) كتاب المكاسب ٢٩٢ سطر ١.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٢ سطر ٢٠.

يمكن ان يقال: ان الاسقاط والعفو هنا وفي حق القذف والقصاص بمعنىٰ اخراج نفسه عن الطرفية للاضافة الشخصية، فلا ينافي وحدة الحق حقيقة كما كان للمورث مثلاً.

واما ما ذكرنا من ان الحق باعتبار قابلية متعلقة قابل للتعدد والنقض، وفي الشفعة كذلك فان استحقاق تملك الارض مثلاً باعتبار متعلقه قابل للتعدد فيقوم الورثة مقام مورثهم بالحصص.

فمدفوع هنا بانه انما يوجب التعدد اذا كانت وحدة الحق انبساطية عمومية كما في حق الاولوية، اذ ليس المورث مستحقاً لتملّك التمام والنصف والثلث والربع حتىٰ يعقل قيام ورثته مقامه بالحصص، بل الشفيع له الأخذ بالتمام والا فلا، فله خصوصية لايمكن معها الانبساط الموجب للتعدد بالحصص.

وتوهم: ان الاخذ بالتمام مع الاستحقاق بالحصص عند عفو بعض الورثة لان المقتضي للاخذ هو الشركة.

مدفوع: بان الشركة المقتضية للشفعة هي شركة المورث، والورثة انما يرثون الحق بسبب الارث لا من اجل كونهم مع المشتري شركاء، والا اختص الحق بما عدا الزوجة في مثل العقار، مع ان المشهور انها ترث مطلقاً، وعلىٰ هذا المسلك فاللازم دعوىٰ ان عنوان الشريك ليس بلازم في مراتب سريان الحق، وانما هو عنوان بالاضافة الىٰ الاخذ بالشفعة في الطبقة الاولىٰ.

فظهر من جميع ما ذكر ان عفو بعض الورثة ليس معنىٰ اسقاط اصل الحق كي ينافي بقاءه مع فرض الوحدة او انقلابه عما هو عليه، بل بمعنىٰ اخراج نفسه عن الطرفية لتلك الاضافة الشخصية فيستقل الوارث الاخر في الطرفية من دون انقلاب في الحق، والمانع من استقلال هذا الوارث في الطرفية ابتلاؤه بالاخر، فاذا زال لم يكن مانع عن الاستقلال.

فان قلت: اذا كان الحق واحداً لم يتعدّد ولم يتبعّض فما الوجه في حكم المشهور بان الورثة يرثون حينئذ بالحصص؛ فللزوجة الثمن وللذكر مثل حظ الانثيين.

قلت: استحقاقهم بالحصص مبني علىٰ وحدة الحق كما يظهر من الاصحاب في كتاب الشفعة، ومنهم الشهيد في الدروس فانه قال (الثانية ارثها ـ اي الشفعة ـ علىٰ حد المال؛ فلو عفوا الا واحد فله الجميع، وليس هذا مبنياً علىٰ الكثرة لان مصدرها واحد، وحينئذ يقسم علىٰ السهام لا علىٰ الرؤوس، فللزوجة مع الولد الثمن. الىٰ ان قال: ولك أنْ تقول هل الوارث اخذ بسبب انه شريك ام اخذه للميت تقديراً ثم يخلفه فيه، فعلىٰ الاول يتجّه القول بالرؤوس، وعلىٰ الثاني لا)[1] انتهىٰ كلامه رفع مقامه، وقال في موضع آخر ـ في صورة عفو بعض الورثة ـ (ويحتمل بطلان حقهم لانهم بمثابة المورث اذا عفىٰ عن بعض حقه ...الخ)[2].

وبالجملة: يمكن تصور الحصص بناءً علىٰ عدم تبعّض الحق وتعددّه، وهو ان الحق للثابت للمورث واحد لم يتبعّض، وليس معنىٰ قيامهم مقام المورث ان يتملكوا للميت فيرثوا المال كما فرضه الله تعالىٰ بالسهام كما بنىٰ عليه الشهيدﷺ، فان الورثة يقومون مقام المورث في الطرفية لاضافة الحق، وفي كونهم جميعاً مستحق واحد للشفعة، والموروث المتروك من الميت هو الحق المقتضي لتملّك الورثة باداء الثمن من كيسهم، وليس المال المبذول بازائه الثمن متروكاً للميت كي يرثوا منه، ولا الحق علىٰ نحو يقتضي انتقال المال الىٰ الميت كما نقول به في الخيار.

بل الوجه ان الزوجة مثلاً وإن كانت طرفاً مع سائر الورثة الا انها كانها ثمن الطرف، اذ كما ان الواحد قد يكون طرفاً وكذا لاثنان والثلاثة، فالزوجة اذا اجتمعت مع الولد مثلاً فذات الطرف اثنان الا ان الزوجة كأنّها ثمن الطرف فليس لها الا تملك الثمن، وتمام الكلام في محله.

٨٧ ـ قولهﷺ: (متىٰ فسخ احدهم وأجاز الاخر لغى الفسخ ...الخ)[3].

حيث ان الاجازة عندهﷺ مرجعها الىٰ اسقاط حق الخيار فلذا اكتفىٰ في بقاء حق الخيار بلغوية الفسخ فقط، واما بناء علىٰ انها احد طرفي الحق فمجرد لغوية الفسخ

---

(١) الدروس ٣: ٣٧٤.
(٢) الدروس ٣: ٣٧٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ٦.

لايقتضي بقاء حق الخيار؛ لامكان سقوطه بابرام العقد، وهو اعمال للحق ايضاً، واما الاسقاط فان تعلق باصل الحق سقط عن الاعتبار للزوم التوافق علىٰ اسقاط الخيار كاعماله؛ وان كان مرجعه الىٰ اخراج نفسه عن الطرفية فلا بأس بنفوذه؛ حيث انه له لا عليه، ويستقل الطرف الاخر في الطرفية.

فرع: اذا فسخ الورثة البيع

٨٨ ـ قوله ﷺ: (ولو لم يكن للميت مال ففي وجوب دفع الثمن من مالهم ...الخ)[1].

لايخفىٰ ان الحقوق الموروثة علىٰ قسمين:

منها مالا يقتضي رجوع شيء الىٰ الميت والتلقّي منه باعمال الحق كحق الشفعة، فان الثابت للمورث حق تملك مال المشتري بعوض قهراً عليه، وقيام الوارث مقامه لا يقتضي شيئاً الاكونه طرفاً لهذا الحق، فله التملّك بعوض، وليس هنا امر يقتضي ان يكون التملّك بمال الميت، بل مجرد التملّك بعوض كما لا موجب لكون التملك عن الميت او للميت لما عرفت من ان مقتضىٰ الارث كون الحق الثابت للميت قائماً بمورثه فيصير طرفاً للحق بمقتضياته وشؤونه، ولذا لو كان تملك شيء بمال الغير معقولاً كما هو كذلك حقيقة كان للمورث والوارث التملك بغير مالهما ايضاً، فكون العوض من مال الميت لا موجب له اصلاً.

ومنها: ما يقتضي رجوع شيء الىٰ الميت والتلقي عنه كحق الخيار، حيث ان الفسخ هو حل العقد الواقع علىٰ العوضين، واعمال هذا الحق يقتضي رجوع كل من العوض والمعوض الىٰ مالكهما كي يكون الفسخ فسخاً حقيقة، واذا انحل العقد وزال بتبعه الربط الملكي لزم رجوع العوضين الىٰ ما كانا عليه، فينتقل المال الىٰ الميت وعوضه من الميت، فهذه الخصوصية هي المقتضية للتلقي عن الميت ودفع العوض من مال الميت، لا مجرد كونه حقاً موروثاً كي ينتقض بمثل حق الشفعة.

وما يتوهم في اقتضاء اعمال الخيار لتلقي الوارث بنفسه عن المفسوخ عليه واداء

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ١٠.

العوض من ماله امور:

منها: ان الميت لا يمكن ان يملك شيئاً، فلا مجال للرجوع اليه ثم التلقي منه؛ لان الملكية ان كانت حقيقية وهي من مقولة الجدة ذات الاضافة فيستحيل ان يعرض الميت، اذ الاعراض والاوصاف قسمان، بل اقسام، فان منها ما يعرض النفس المجردد كالعلوم والمعارف والاخلاق والملكات الراسخة، وهذه لا تفارق النفس بمفارقتها للبدن، ومنها ما يعرض البدن بما هو جسم كالكمية من حيث الطول والعرض والكيفية المتعلقة بالاجسام كالسواد والبياض الىٰ غير ذلك، ومنها ما يعرض النفس المتعلقة بالبدن كالاحاطة والتمكن من تقليب الشيء وتقلبه في الخارج كراكب الفرس بالنسبة الىٰ الفرس، وهذا المعنىٰ مما يستحيل عروضه للنفس المجردة، وللبدن المحض.

واما الملك الثابت للبارئ تعالىٰ شأنه فمن المحال ان يكون من الاعراض؛ لانه لايندرج تحت مقولة من المقولات، وصدق الملك علىٰ احاطته الوجودية المسمىٰ عند اهله بالاضافة الوجودية والاضافة الاشراقية من باب صدق العنوان، لا ان مطابقه الحقيقي موجود فيه بنحو أتم.

وبالجملة: المفهوم من المفاهيم ذات الاضافة فهي اضافة عنوانية مفهوماً واضافة وجودية اشراقية خارجاً، والا فجلّ جنابه تعالىٰ عن اندراجه او اندراج فعله تحت مقولة من المقولات.

وان كانت الملكية اعتبارية بمعنىٰ ان الملكية الشرعية والعرفية اعتبار ذلك المعنىٰ الذي لو وجد في الخارج لكان من المقولات، فحينئذ لايكون محالاً، الا ان اعتبار المحال لغو فلا يصدر من الشارع او العرف، فلا تغفل.

قلت: قد بينا في اوائل تعليقة البيع ان الملكية الشرعية والعرفية لا يعقل ان تكون من المقولات، بل حقيقتها اعتبار الشارع والعرف للمعنىٰ الذي لو وجد بنحو وجوده الحقيقي لكان مطابقه من جملة المقولات، ومن الواضح ان صحة هذا النحو من الاعتبار تدور مدار الأثر المصحّح له، ولذا يتعلق بما لا يعقل تعلق المقولة به، مع انا

لو جعلنا الشيء في حكم مال الميت كالدية التي لا شبهة في انها بحكم مال الميت لكفانا مؤونة اثبات تعلق الملكية بالميت.

ومنها: ان الخيار بمعنىٰ الرد والاسترداد المتعلق بالعين، وحقيقته تملّك العين بعوض، ولذا قال بعض بان الفسخ معاوضة جديدة، فيكون حال الخيار حال التملك القهري في الشفعة؛ حيث قلنا ان المتملك هو الشفيع دون الميت هناك، فكذا هنا.

قلت اولاً: ان حق الخيار هو حق فسخ العقد دون رد العوض والمعوّض؛ وذلك لان الفسخ وان لم يقع في اخبار الخيار بعنوانه الا ان الواقع فيها رد البيع والشراء في قبال ثبوتهما ووجوبهما ومضيهما ولزومهما.

ومنه يظهر ان البيع ليس بمعناه المفعولي كي يكون المراد ردّ المبيع وردّ البيع ـ اعني التمليك الواقع بالعقد او التعاطي ـ ليس الا جعله كأنْ لم يكن، وفي قباله وجوب البيع وثبوته ومضيّه بمعنىٰ إستقراره المسقط له عن قابلية الردّ وجعله كأنْ لم يكن، وردّ المبيع وان ورد في اخبار خيار العيب الا انه لملازمته للفسخ في ذاك الباب حيث يجب ان يكون الشيء قائماً بعينه والا ينتقل الىٰ الارش هناك.

وثانياً: سلمنا ان الخيار ليس بمعنىٰ فسخ العقد، وانما هو بمعنىٰ رد العين، لكنه ليس بمعنىٰ ردّ العين خارجاً، بل بمعنىٰ ردها ملكاً، فشأن الفسخ رد الربط الملكي المتعلق بالعين.

والفرق بين ردّ الملك وردّ البيع هو ان البيع بمعنىٰ التمليك، وهو والملكية من الأيجاد والوجود المتحدين بالذات والمختلفين بالاعتبار؛ اذ حقيقة الوجود والكون المتعلق بالملكية التي هي معنىٰ من المعاني لها اضافتان ونسبتان، نسبة الىٰ الفاعل فتكون بهذا الاعتبار ايجاداً، ونسبة الىٰ القابل وهي ماهية الملكية فتكون بهذا الاعتبار وجوداً، فهذا الكون الخاص من حيث قيامه بالبائع بيع وتمليك، ومن حيث قيامه بالعين ملكية.

فالفسخ بالاعتبار المزبور في الوجه الاول عبارة عن الردّ بالاعتبار الاول، والمذكور في الوجه الثاني عبارة عن الردّ بالاعتبار الثاني، ومن الواضح ان ردّ الربط

الملكي مقتضاه رجوع العوضين الىٰ ما كانا عليه؛ اذ من الواضح ان التملك بما هو تملك ليس رداً ولا استرداداً للملك، بل نقل له كما لايكاد يخفىٰ علىٰ من تأمل في حقيقة الرد المذكور في غير واحد من الاخبار في مقام التعبير عن الخيار، فتدبر.

ومنها: ان الوارث ليس نائباً عن الميت كي يفسخ العقد عنه او له، بل هو كنفس المورث وقائم مقامه فيفسخ عن نفسه ولنفسه كما كان المورث يفسخ عن نفسه ولنفسه.

قلت: معنىٰ عدم كونه نائباً عن الميت ان الحق ليس للميت وليس الوارث نائباً عنه في اعماله، بل الحق له كما كان لمورثه بما له من المقتضيات والشؤون، وليس حق الفسخ كالتمليك حتىٰ لايعقل الا مع تعيين الطرف بلحاظ ان التمليك ايجاد ربط بين الشخص والمال، وكذا لا ريب في لزوم القصد لنفسه او لمورثه اذا كان حق الخيار بمعنىٰ حق تملك المال، بل الخيار حيث انه حق فسخ العقد او حق رد الملك وازالته واعادته الىٰ ما كان عليه فلا محالة لا يستدعي القصد لنفسه او لمورثه، بل الوارث يحل العقد ويزيل الملك فيعود الامر علىٰ ما كان قبل العقد، ولذا لا شبهة في جعل الخيار للاجنبي كما يجعل لاحد المتعاقدين من دون عناية زائدة، وليس من الاجنبي الا اعمال الخيار وازالته العقد فيعود الامر الىٰ ما كان، فكون الشخص ذا حق وكونه فاسخاً بنفسه لا يقتضي بوجه من الوجوه وقوعه لنفسه.

ومنها: ان الوارث حيث انه قائم مقام الميت وهو كنفس الميت فالعقد عقده والفسخ فسخه، فكأنّ العقد وقع علىٰ ماله، فاذا فسخ الوارث فكأنّه فسخ العقد الواقع علىٰ ماله لا علىٰ مال مورثه، فاللازم تلقي الفاسخ من المفسوخ عليه ورد عوضه من كيسه كمورثه؛ بملاحظة ان الفسخ يؤثر من حينه فيكون فسخاً للعقد الذي جعل بالاعتبار عقداً للوارث، لا له باعتبار كونه للميت، فانه تبدّل ذلك الاعتبار بالاعتبار اللاحق بموت المورث وخلافه الوارث.

قلت: قد ذكرنا غير مرة ان معنىٰ قيام الوارث مقام المورث صيرورته طرفاً لما كان له من الاضافات المتروكة بلحاظ نفسها او بلحاظ متعلقها، وهي اضافة الملكية او

اضافة الحقية، واما سائر الاعتبارات فلا دليل عليها، فغاية ما يقتضيه دليل الارث بالنسبة الىٰ حق الخيار قيامه مقام مورثه في الطرفية للحق، فما الموجب لكون العقد عقده والمال ماله حتىٰ يؤثر في تلقّي الوارث من المفسوخ عليه؟! والفسخ والعقد وان كانا متضائفين لكن تضائفهما يقتضي ان لاتكون حل بلا شدّ، وفسخ بلا عقد، لا ان يكون من له الفسخ له العقد، بداهة ان الاجنبي له الفسخ وليس له العقد.

ثم انه ظهر مما ذكرنا ان الوارث يتلقىٰ المال عن الميت ويؤدي العوض من ماله او تشتغل ذمته به ان لم يكن له مال، فيكون المفسوخ عليه كسائر الديّان، ومنه يتضح ايضاً انا لو قلنا بالتلقي من المفسوخ عليه فاللازم دفع العوض من كيس الورثة دون مورثهم سواء كان للميت مال ام لا، فالتفصيل المسطور في المتن غير وجيه.

اذاكان الخيار لاجنبي هل يورث

٨٩ ـ قوله ﷺ: (لو كان الخيار لاجنبي ومات ...الخ)[1].

يمكن تحرير النزاع صغروياً بان يكون الكلام في ان جعل الخيار للاجنبي هل هو بحسب المتعارف كجعله لاحد المتعاقدين، كما يمكن تحريره كبروياً وهو ان الجعل فيه وان كان كالجعل لاحدهما الا ان الاجنبي حيث انه اجنبي عن المال والعقد فكأنّ روح الحق للجاعل واعماله بيد الاجنبي، ومثله لاينتقل الىٰ وارثه.

والانصاف في الاول انه لا عبارة مخصوصة هناكي يمكن استظهار مقدار الجعل منها، فاللازم ملاحظة خصوصيات المقامات، وحكم الشك واضح، وفي الثاني انه خلف اذ المجعول للاجنبي نفس حق الخيار لا اعماله.

٩٠ ـ قوله ﷺ: (لو جعل الخيار بعد احدهما فالخيار لمولاه ...الخ)[2].

ان كان الوجه فيه ان ماكان للعبد فهو لمولاه فهو بعد تسليمه يعم عبد الاجنبي مع انه جعله لنفسه لا لمولاه، وان كان الوجه فيه انه وان امكن صيرورته ذا حق الا ان

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ١٩.

(٢) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ٢٢.

اعماله بلا اذن مولاه غير مقدور له، اذ لا قدرة له علىٰ الفسخ كما لا قدرة له علىٰ العقد؛ ضرورة انه لو نفذ منه حقائق الامور التسبيبية بلا اذن مولاه لم تكن قدرته وسلطانه مضمحلة في جنب قدرة مولاه وسلطانه، مع انه عبد مملوك لا يقدر علىٰ شيء، ففيه انه لا يقتضي كون حق الخيار لمولاه، غاية الامر توقف تحققه او نفوذ اعماله علىٰ اذن مولاه، مع انه لا فرق بينه وبين عبد الاجنبي.

ويحتمل ان يكون نظر العلامة (رفع الله مقامه) في الفرق ان صيرورة عبد احدهما ذا حق في العقد او المال في قوة كونه ذا حق علىٰ مولاه، حيث ان العقد عقده، بخلاف عبد الاجنبي فانه اجنبي عن الجاعل فلا يكون باستحقاقه الخيار ذا حق علىٰ مولاه لينافي الرقية والعبودية، وهو كما ترىٰ.

يسقط بالتصرف

٩١ ـ قوله ﷺ: (ومقتضىٰ ذلك منهم ان التصرف في ما انتقل عنه انما يكون فسخاً ...الخ)[1].

لايخفىٰ ان الفسخ والحل كالشدّ والعقد امور تسبيبته، فلا تحصل بمجرد القصد، ولا بمجرد الفعل الدال علىٰ الكراهة او ارادة الانفساخ، بل اللازم التسبب الىٰ انحلال العقد بقول او فعل كما تسبب الىٰ انعقاده باحدهما، وليس كالامضاء والاجازة حتىٰ بناء علىٰ كون الامضاء احد طرفي الخيار، اذ الامضاء والاجازة لا يتسبب بهما الىٰ اعتبار غير حاصل او ازالة اعتبار محقق، بل العقد كان قابلاً شرعاً لان يزول بالفسخ الا مع اظهار الرضا به بعد ثبوته، فاذا لحقه الامضاء زال عنه هذا المعنىٰ.

نعم لو قيل بان الملكية الحاصلة بالعقد الخياري ملكية ضعيفة، وانما تشتد بالاجازة واسقاط حق الخيار كان الامضاء والاجازة كالفسخ وكالعقد، الا ان الاخبار في الاجازة لاتدل علىٰ ازيد من الرضا المنكشف بقول او فعل، وليس مثلها في الفسخ وحينئذ فمقتضىٰ القاعدة الاقتصار في فسخ العقد علىٰ التسبب اليه بقول او

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٣ سطر ٢٩.

فعل.

والاجماع علىٰ اتحاد ما يحصل به الاجازة والفسخ كما عن المصنف ﷺ لا يجدي؛ فانه اجماع علىٰ الملازمة بين الواقعيات، لا علىٰ ان ما يكون اجازة ولو ظهوراً وتعبداً فهو فسخ ظهوراً وتعبّداً اذا كان في ما انتقل عنه، ولو كان مثل هذا الاجماع بهذا الاطلاق ثابتاً لما احتاج العلامة ﷺ الىٰ اصالة الصحة في فعل المسلم لتصحيح التصرفات التي لاتجوز الا مع انشاء الفسخ بها او قبلها.

هل يحصل الفسخ بنفس التصرف

٩٢ ـ قوله ﷺ: (ومن المعلوم انه لا يصان عنه الا اذا وقع الفسخ قبله ...الخ)[1].

لا حاجة الىٰ وقوع الفسخ قبله فانه ان تسبب الىٰ حصول الفسخ بالوطي فلا محالة يتحقق الفسخ والملك والوطي في آن واحد؛ لاستحالة تأخر المعلول عن علته التامة بالزمان، والملك المبيح للوطي هو الملك حال الوطي.

ومنه ظهر ان الظرفية المستفادة من قولهم ﷺ (لا وطي الا في الملك) محفوظة، اذ لو تقارن الملك والوطي في الزمان لكان الوطي في زمان الملك، ولا وجه اصلاً لسبق الملك علىٰ الوطي.

واما ما سيجئ[2] إن شاء الله من المصنف ﷺ من ان الحصر اضافي فلا يعم البيع الواقع بعضه في ملك الغير وتمامه في ملك البائع، ولذا قال في الوطي (بان الوطي المحصّل للفسخ لا يكون بتمامه حلالاً ...الخ) مدفوع بما عرفت.

نعم فرق بين البيع والوطي حيث ان المصحح للنواقل هو الملك المتصل بالنقل لا المقارن، والا فلا يعقل النقل، بخلاف الملك المصحح للوطي فانه المقارن دون السابق واللاحق، والوجه واضح.

٩٣ ـ قوله ﷺ: (ولو قلنا بحصوله بنفس هذه الافعال فينبغي عدم صحة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٤ سطر ١٦. (٢) كتاب المكاسب ٢٩٥ سطر ٩.

التصرفات...الخ)[1].

هذا اذا اريد حصول الفسخ الحقيقي مقارناً للبيع والعتق بالحمل الشائع، لا لعدم مصادفتها لملك العاقد التي هي شرط صحتها كما في الكتاب؛ اذ اللازم ملكية البائع متصلة ببيعه، لا الملك حال بيعه حتىٰ يقال بعدم مصادفة التصرف مع الملك، مع وضوح ان ملك البائع مصادف لبيعه، لا انه غير مصادف؛ ضرورة عدم تخلّف المعلول عن علته التامة، والمفروض حصول الفسخ المحصّل للملك مقارناً للبيع.

بل الوجه في البطلان نفس مصادفة ملك العاقد لبيعه، اذ البيع ـ وهو تمليك الغير ـ مع ملك البائع في زمان واحد يوجب اجتماع ملكين علىٰ عين واحدة في زمان واحد، والعتق حيث انه ازالة الملكية يوجب حدوث الملك وزواله في زمان واحد، فاللازم في تصحيح التصرفات الناقلة الموقوفة علىٰ الملك من الالتزام بحصول الفسخ قبل حقائق هذه التصرفات الناقلة باحد وجهين:

إما دعوىٰ ان انشاء البيع مثلاً سبب متأخر للفسخ المحصل لملك البائع وسبب مقارن للبيع بالحمل الشائع، فلا يجتمع ملكان علىٰ عين واحدة في زمان واحد، والموجب للحكم بسببية الانشاء للفسخ علىٰ هذا الوجه مع كونه خلاف القاعدة اتفاقهم علىٰ حصول الفسخ بهذه الافعال دون مباديها، مع القول بصحة تلك التصرفات.

وإما دعوىٰ ان الانشاء محصل للفسخ بجزء منه وللبيع بتمامه، اما كونه محصلاً للبيع بتمامه فلفرض توقف البيع بالحمل الشائع علىٰ الايجاب والقبول، واما كونه فسخاً محصّلاً للملك بجزء منه فلأنّ اللازم تحصيل الفسخ والتسبب اليه بكل قول او فعل دل علىٰ المقصود، فله التسبب بقوله «بعت» ـ بما هو فعل من افعاله الكاشفة عن الفسخ ـ الىٰ الفسخ، فيحصل الفسخ قبل لحوق القبول، وكذلك في العتق فبقوله «انت» قبل تمامية الصيغة يقصد حصول الفسخ حيث لم يعتبر في الفسخ فعل خاص، وبتمام الصيغة يحصل العتق وكون البيع الحقيقي والعتق الحقيقي متصلاً

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٤ سطر ٢٨.

بملك البائع والمعتق، وهذا الوجه لعلّه اولىٰ من الوجه الاول؛ اذ ليس فيه مخالفة القاعدة كي يحتاج الىٰ دليل.

فرع: لو اشترىٰ عبداً بجارية

٩٤ ـ قوله ﷺ: (لو اشترىٰ عبداً بجارية مع الخيار له فقال اعتقتهما ...الخ)[1].

تحقيق المقام: انه لو قال ذلك من دون قصد الاجازة والفسخ فلا محالة ينعتق العبد فقط؛ لكونه عتقاً في الملك؛ الا اذا قيل بتوقف تصرف ذي الخيار في ما انتقل اليه علىٰ الاجازة كما يتوقف تصرفه في ما انتقل عنه علىٰ الفسخ، لكنه غير وجيه؛ اذ ملاك صحة التصرف هو الملك مع عدم كونه متعلقاً لحق الغير، فكون المعتق او البائع ذا خيار لا يوجب وقوف عتقه وبيعه علىٰ اجازته لعقده.

واما اذا قصد بانشائه عتق العبد والجارية اجازة العقد وفسخه معاً للغفلة عن منافاة الابرام والفسخ واسقاط الحق واعماله فحينئذ لا ريب في عدم نفوذ الاجازة والفسخ؛ لعدم تعقل وقوع المتنافيين صحيحاً، ولا سبق لاحدهما علىٰ الاخر كي يصح السابق ويلغو اللاحق بناء علىٰ ان الاجازة والفسخ امران انشائيان وقد قصدهما معاً بانشاء واحد.

وهل يصح العتق فيهما او في احدهما بعد سقوط الاجازة والفسخ بالتزاحم؟، لا ريب في عدم صحة عتق الجارية لعدم كونها مملوكة فعلاً ولم يتحقق الفسخ المحصّل للملك، الا ان الكلام في صحة عتق العبد، فان قيل يتوقف التصرف في الملك علىٰ الاجازة فلا ريب ايضاً في عدم صحة عتقه؛ لسقوط الاجازة بمزاحمة الفسخ، وان لم نقل بالتوقف كما هو الوجه فحينئذ ربما يتخيل الصحة لكونه تصرفاً في الملك من دون مانع.

والتحقيق: عدمها، لا لان الفسخ كما يزاحم الاجازة كذلك مقتضاه ازالة الملك المشروط به العتق؛ كي يجاب بان انشاء العتق للعبد مقتضٍ والفسخ مانع؛ لكونه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٥ سطر ١٩.

مبطلاً ومزيلاً لشرط العتق، وهو الملك، والمانع انما يمنع عن تأثير المقتضي اذا لم يكن مزاحماً بما يوجب سقوطه، والمفروض مزاحمته بالاجازة، فقد وجد المقتضي مع المانع المزاحم الساقط بالمزاحمة، بل لان الفسخ كما يخرج العبد عن ملك المعتق كذلك بعين هذا الاخراج يدخله في ملك البائع، وادخال العبد في ملك البائع وازالة الملكية والرقية في آن واحد لايجتمعان؛ للزوم اجتماع المتناقضين في آن واحد، فليس المقام من قبيل ثبوت المقتضي مع المانع الممنوع بمانع آخر، بل من قبيل اجتماع الاسباب المتنافية، والا فقد عرفت سابقاً ان شرط العتق هو الملك المتصل به لا المقارن معه.

ومنه علم حال ما اذا قصد الفسخ فقط، فان المانع عن عتق العبد ـ وهو مزاحمة الفسخ لكونه سبباً لادخال العبد في ملك البائع والعتق لانه سبب لزوال الملكية بقول مطلق وهما متناقضان ـ موجود هنا ايضاً.

وربما يقال: بصحة عتق العبد والجارية والفسخ، اما الجارية فلأنها مملوكة فعلاً بالفسخ الغير المزاحم بالاجازة، واما العبد فلأنّ الفسخ حيث انه مقارن معه في الزمان فلا يضرّ بشرط الملك المصحّح للعتق، وانما يضرّ اذاكان سابقاً؛ لما عرفت من ان الشرط هو الملك المتصل بالعتق دون المقارن، كيف والعتق ازالة الملكية فكيف يعقل اشتراطه بما ينافي حقيقته؟! وحينئذ يؤثر الفسخ أثره وينتقل الىٰ البدل، فيكون كما اذا فسخ مقارناً للتلف.

ويندفع: بما عرفت من التنافي بين مقتضي الفسخ وعتق العبد، والانتقال الىٰ البدل فرع رجوع العبد الىٰ البائع، وهو غير معقول، والرجوع الحكمي محتاج الىٰ دليل كما سيجيء ان شاء تفصيله في المبحث الآتي.

نعم بناء علىٰ ما ذكرناه في الحاشية المتقدمة من ان الفسخ بالتصرفات التسبيبية لا يمكن ان يكون مقارناً لها، بل يحصل قبلها باحد الوجهين المتقدمين، فالفسخ دائماً متقدم علىٰ العتق بالحمل الشائع، ففي ما اذا قصد الفسخ فقط يحصل الفسخ بلا مزاحم فتنعتق الجارية دون العبد، واما اذا قصد الاجازة والفسخ بامر واحد فلا

يقع شيء منهما للتزاحم، وكالاول اذا قلنا بان حقيقة الاجازة تتحقق بمجرد الرضا فانه لسبقه لا يبقي مجال لعتق الجارية ولا للفسخ؛ لان احد المتنافيين اذا وقع صحيحاً لا يكاد يقع منافيه صحيحاً.

عدم جواز تصرف غير ذي الخيار

٩٥ ـ قوله ﷺ: (فان الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظة جواز ...الخ)[1].

ظاهره ﷺ ان الخيار حيث انه حق متعلق بالعقد دون العين فلا يمنع عن التصرف في العين، ولكنه غير تام طرداً وعكساً، اذ ليس كل حق تعلق بالعين مانعاً عن التصرف، وليس كل ما تعلق بالعقد بحيث لايمنع عن التصرف.

اما الاول فكحق الجناية الثابت للمجني عليه علىٰ العبد الجاني، فان له حق الاسترقاق وهو حق متعلق برقبة الجاني، فلو انتقل الىٰ الف مالك بعد الجناية لم يكن مانع عن استرقاقه، وانما يثمر علم المشتري وعدمه في الخيار وعدمه، وكذلك حق الشفعة فان الشفيع له حق تملك رقبة الارض من مالكها الفعلي كائناً من كان، فانتقال رقبة الارض الىٰ واحد بعد واحد لا يمنع عن تملك الشفيع لها.

بل وكذا حق الرهانة بما هو حق الرهانة، اذ رهن مال غير المديون علىٰ دينه باذن مالكه معقول، وبيع مال الغير في اداء دين المديون كذلك، فلو رضي المشتري ببقاء ما يشتريه علىٰ الرهنية بلوازمها واثارها لم يمنع الوثاقة والرهانة عن النقل والانتقال هكذا، فليس حق الرهانة بما هو مانعاً، ولذا لافرق في عدم جواز تصرف الراهن بلا اذن المرتهن بين النواقل وغيرها، فيعلم منه ان اعتبار اذن المرتهن لحكمة اخرىٰ غير منافاة التصرف للوثاقة والرهانة كما تعرضنا لها في تعليقاتنا علىٰ كتاب البيع مفصّلاً فمن جميع ما ذكرنا يظهر ان مجرد تعلق الحق بالعين لا يمنع عن التصرف فيها، بل لابد من ملاحظة طور الحق وكيفيته ولو تعلق بغير العين.

واما الثاني وهو ما اذا تعلق الحق بالعقد فنقول: ليس الامر كما يتوهم من ان مجرد

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٦ سطر ٢٣.

عدم تعلق الحق بالعين لايمنع عن التصرف فيها، بل لابد من ملاحظة طور الحق وطور التصرف فانهما ربما يتنافيان بحيث لو صح احدهما لم يصح الآخر وان تعلق احدهما بغير ما يعلق به الآخر، ومن البيّن ان المتنافيين اذا وقع احدهما صحيحاً يستحيل ان يقع الآخر صحيحاً، والا لزم صحة اجتماع المتنافيين وهو خلف، وربما لايتنافيان.

اما التصرف الغير المنافي فكالاتلاف، فان الحق المتعلق بالعقد هو حق فسخه، والفسخ الحقيقي الذي لايكون الا مع رجوع العوضين الىٰ ما كانا قبل العقد معقول قبل التلف وبعده، حيث لا مانع من رجوع العين تالفة الىٰ الفاسخ مثلاً، فينتقل الىٰ البدل بعد رجوعها تالفة، فالاتلاف حينئذ غير منافٍ لحق الفسخ الحقيقي، فليس جوازه منافياً لجواز الفسخ ونفوذه.

واما التصرف المنافي كالبيع والعتق واشباههما فانه منافٍ للفسخ الحقيقي، اذ لا يعقل رجوع العين حقيقة الىٰ الفاسخ مع صحة بيعه وعتقه، فلا يعقل انفاذ التصرف مع انفاذ الفسخ الثابت نصّاً وفتوىٰ.

ووجه عدم امكان الفسخ الحقيقي واضح، اذ لا يعقل رجوع العين بفسخ العقد الىٰ الفاسخ مع كونها فعلاً ملكاً لثالث؛ لاستحالة اجتماع ملكين علىٰ عين واحدة، ومع عدم رجوع العين حقيقة لا معنىٰ للانتقال الىٰ البدل، والفسخ الحكمي والرجوع التقديري وإن كان ممكناً ومصححاً للانتقال الىٰ البدل الا ان الكلام في حق الفسخ الثابت مع وجود العوضين وعدم تلفهما ونقلهما، والفسخ الحكمي يحتاج الىٰ دليل، فلا معنىٰ لتجويز التصرف بلحاظه، وسيجيء ان شاء تتمة فيما بعد فانتظر.

٩٦ـ قوله ﷺ: (فالمرجع فيه ادلة سلطنة الناس علىٰ اموالهم ...الخ)[1].

لايخفىٰ عليك ان دليل السلطنة مسوق لبيان حال المالك وعدم قصوره عن سائر الملّاك، فاذا شك في قصور المالك عن سائر الملّاك صح التمسك باطلاق دليل السلطنة، واما اذا شك في قصور ملك مخصوص من بين سائر الاملاك فلا نظر لدليل

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٦ سطر ٢٤.

السلطنة الىٰ هذه الجهة كي يجدي اطلاقه، وما نحن فيه من هذا القبيل للشك في تعلق حق بالعين بحيث يمنع عن السلطنة، مع ان اطلاق دليل السلطنة انما ينفع في انحاء سلطنة المالك علىٰ ماله لا علىٰ مال غيره، وما نحن فيه من قبيل الثاني لاحتمال تعلق حق الغير بحيث يكون التصرف في العين تصرفاً في حق الغير، والحق ان المرجع اصالة عدم حدوث حق مزاحم للمالك بحدوث العقد الخياري.

٩٧ ـ قوله ﷺ: (واما حق الرهن فهو من حيث كون ...الخ)[١].

قد عرفت آنفاً عدم منع حق الرهانة والوثاقة بما هو ومن حيث كونه وثيقة عن التصرفات الناقلة فراجع[٢].

٩٨ ـ قوله ﷺ: (واما الخيارات المجعولة بالشرط فالظاهر من اشتراطه ...الخ)[٣].

فيه ان المشروط الذي تسبب اليه بالشرط نفس الخيار، وهو علىٰ الفرض لا يقتضي ابقاء العين، ومجرد تعلق الغرض بابقائها لا يوجب استحقاق الابقاء مالم يتسبب اليه بسبب، ويخلف الغرض ما لم يكن غرضاً عقدياً مظهراً بالانشاء لا يجدي شيئاً، مع انه لو فرضنا اشتراط الابقاء فهو لايكاد يمنع عن نفوذ تصرفات المشتري؛ اذ ليس الابقاء الا عدم التصرف بالبيع والصلح ونحوهما، ومن الواضح ان شرط عدم هذه الامور لا يوجب الا استحقاق البائع عدم البيع والصلح وشبههما علىٰ المشتري، وتصرف المشتري بالبيع ونحوه وان كان خلاف الشرط وكان آثماً وحراماً لكنه لا مانع من انفاذه، اذ المفروض بقاء حق الخيار علىٰ حاله مع هذا التصرف ايضاً فينفذ الفسخ ويرجع الىٰ البدل، فلم يلزم انفاذ المتنافيين في النفوذ حتىٰ يمتنع انفاذ التصرف بعد انفاذ الفسخ.

والحاصل ان شرط عدم التصرف لا يوجب عدم نفوذ التصرف بوجه، وليس نسبة الشرط الىٰ الابقاء وعدم التصرفات نسبة الشرط الىٰ النتائج التسببية ليحقق بمجرد الشرط، وليس البطلان مقدوراً للشارط ولا تسبيباً كي يمكن اشتراطه كما

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٦ سطر ٢٧. (٢) تعليقة ٩٥.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٦ سطر ٢٩.

لايخفىٰ.

نعم اذا شرط رد المبيع بشخصه وبنفسه لا الخيار بقول مطلق المتحقق مع التصرف والتلف فاللازم الحكم ببطلان التصرف حينئذ، لان نفوذه مع نفوذ الفسخ بهذا المعنىٰ الثابت بالشرط متنافيان، فلا يصح التصرف بعد صحة الفسخ مهما شاء.

الا ان لازم شرط الخيار بهذا المعنىٰ انتفاؤه بالتلف، مع انهم يقولون ببقاء الخيار حتىٰ بعد التلف، وانما لاينافي البقاء حينئذ مع شرط الابقاء لا مع ضيق دائرة الخيار واختصاصه بنفس العين فقط كما لايخفىٰ، ولا يذهب عليك ان شرط الخيار لو كان بهذا المعنىٰ فلا حاجة الىٰ ارجاعه الىٰ شرط الابقاء، بل نفوذ التصرف بنفسه منافٍ لنفوذ الفسخ بهذا المعنىٰ، فتدبر جيّداً.

٩٩ ـ قوله ﷺ: (ومنه يعلم حكم نقله عن ملكه ...الخ)[1].

لايخفىٰ عليك ان ما ذكره في مقام الايراد علىٰ التصرفات الناقلة غير ما ذكرناه سابقاً واشرنا اليه مراراً، فان حاصل ما نقله ﷺ هنا ان فسخ العقد الاول يوجب فسخ العقد الثاني لترتب الثاني علىٰ الاول، وجوابه ما افاده من ان فسخ العقد الاول يوجب رفعه من حين الفسخ لا من الاول حتىٰ لايبقىٰ مجال لبقاء الثاني.

واما ما ذكرنا فهو يقتضي عدم امكان انفاذ العقد الثاني بعد انفاذ الفسخ وجوازه بالاضافة الىٰ العقد الاول لما ذكرناه من ان مقتضىٰ الفسخ الحقيقي رجوع العين حقيقة الىٰ مالكها الاول، وهو مع نفوذ العقد الثاني يوجب اجتماع ملكين مستقلين علىٰ واحدة فيستحيل انفادهما، والا لزم اجتماع المتنافيين، وهذا بخلاف الفسخ في صورة التلف فانه لا مانع من رجوع التالف الىٰ مالكه الاول حقيقة.

والتحقيق: ان الفسخ الحقيقي الذي لا ريب عندهم في ثبوته حتىٰ في حال تلف احد العوضين او كليهما غير معقول حال التلف، مع ان القوم لا يقولون بالفسخ بعنوانه فيه الا بذاك الدليل الذي يقولون من اجله بالفسخ مع عدم التلف، لا بدليل آخر كي ينزل الفسخ في التلف علىٰ الرجوع الحكمي التقديري، فيعلم منه ان حقيقة

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٦ سطر ٣٣.

الفسخ بمعنىٰ لا يمنع حقيقة عن الاتلاف والتصرف معاً.

بيانه: ان الفاسخ لابد من ان يتلقىٰ الملك عن المفسوح عليه بقطع اضافته وصيرورة نفسه طرفاً لها، وهذا انما يمكن اذا كانت اضافة المفسوخ عليه باقية الىٰ حين الفسخ لا زائلة بتلف الملك، مع ان الانسان قبل الاقالة والفسخ لا يكون مالكاً لامواله التالفة، لا لان الملكية صفة وجودية تحتاج الىٰ موضوع محقق، بل لان الملكية الشرعية والعرفية وان كانت من الاعتبارات دون المقولات الا ان الاعتبار يدور مدار الآثار، ومن الواضح ان مع قطع النظر عن الاقالة والتفاسخ والفسخ لا يكون الانسان مالكاً عرفاً وشرعاً لامواله التالفة مدة عمره، واعتبار ملكية التالف للانتقال الىٰ البدل وان كان صحيحاً عرفاً وشرعاً بلحاظ هذا الاثر الا انه اعتبار جديد غير حاصل بالعقد كي يكون الفسخ بالنسبة اليه حلاً للعقد وردّاً للملك الحادث بالعقد.

هذا كله مع ان الانتقال الىٰ بدل التالف بمجرد اعتبار ملكية التالف للفاسخ لا وجه له؛ اذ ما ذكر وجهاً له امور كلها خالٍ عن الوجه:

اما دعوىٰ الانتقال بقاعدة اليد والاتلاف ففي غاية الضعف؛ اذ اليد والاتلاف قبل الفسخ كان في ملكه لا ملك غيره الا علىٰ الفسخ من الاصل بوجه، وبعد الفسخ واعتبار ملكية التالف لا يد ولا اتلاف ولا مضمن آخر.

واما دعوىٰ كون التالف كان مضموناً ببدله فيعود كذلك فسخيفة حيث ان العوضين كانا مضمونين بضمان المعاوضة ومعنىٰ حلّ العقد حل هذه المعاوضة ورجوع ذات العوضين الىٰ مالكهما، ولم يكونا مضمونين بالضمان بقول مطلق حتىٰ يجدي للانتقال الىٰ البدل.

واما دعوىٰ تقدير وجود التالف عند المفسوخ عليه، فيجب عليه الخروج عن عهدته بعد رجوع المقدر وجوده الىٰ ملك الفاسخ.

فمدفوعة بان اعتبار وجوده عنده غير اعتبار وجوده في عهدته، والاول صحيح ومصححه وجوده عنده مسابقاً، لكنه لايوجب الانتقال الىٰ البدل؛ اذ مجرد وجود شيء عند من لا يتمكن من ادائه من دون مضمّن آخر من يد واتلاف لا يوجب اداء

بدله ولو للحيلولة، فتقدير مثل هذا الوجود كذلك واعتبار شيء وتقديره لايزيد علىٰ اصله وتحقيقه.

والثاني وهو تقدير وجوده في عهدته يوجب الانتقال الىٰ بدله الا انه غير صحيح، اذ لا مصحح لهذا التقدير كما كان في التقدير الاول، بل تضمين ابتدائي جزافاً، لا انه فسخ وحل بما له من الشؤون والمقتضيات، والكلام فيه لما عرفت سابقاً ان الفسخ الثابت حال التلف بالمعنىٰ الثابت قبله وهو حل العقد بما يقتضيه الحل، وهذا حلّ وتضمين ابتدائي، فتدبره فانه حقيق به.

وامّا دعوىٰ ان اثر العقد ما دام باقياً اضافة العين باضافة الملكية الىٰ مالكها مع بقائها، ومع تلفها اضافتها الىٰ صاحبها بكونها تالفة منه عليه لا علىٰ غيره، وارتفاع العقد يوجب انقلاب كلا الاثرين، فمع بقاء العين تضاف الىٰ الفاسخ باضافة الملكية، ومع تلفها تضاف اليه بهذه الاضافة الجزئية، وهي انها تالفة منه علىٰ المفسوخ عليه، وهو يقتضي دفع البدل، فانه مقتضىٰ كون تلف العين عليه.

فالجواب عنها ان العائد الىٰ الفاسخ ان كان مجرد كون العين تالفة منه وحيث ان التلف عند غيره فيضمن، فمن الواضح ان تلف مال الشخص عند غيره من دون يد واتلاف غير مضمن، والمفروض عدم ثبوتها بعد الفسخ، فالتضمين ابتدائي بلا سبب، وان كان العائد كون العين تالفة منه علىٰ غيره فمن البديهي ان التالف قبل الفسخ لم يكن علىٰ غيره، وان كان العائد كونها تالفة منه عليه فمن البين انه يقتضي عدم الانتقال الىٰ البدل، بل الخسارة عليه كما في الاصل، فاتضح انه لا وجه للانتقال الىٰ البدل من حيث الفسخ والحل.

واذا عرفت عدم تمامية الوجوه المتقدمة فاعلم ان اطلاق دليل الفسخ بعنوانه وكذلك حكم العرف بالفسخ بعنوانه حتىٰ في صورة التلف صالح لاستكشاف لحاظ اعتبار المعاملة والمبادلة بين العينين بماليتهما المحفوظة دائماً بالعين شخصاً وببدلها، فما دامت العين موجودة هي الراجعة الىٰ الفاسخ، والا فترجع ببدلها الذي هو نحو من انحاء وجودها، حيث ان تشخصها لم يعتبر مطلقاً، فالعائد دائماً مقدار

من المالية المحفوظة بالعين وبدلها، فلا حاجة في الانتقال الىٰ البدل الىٰ امر اخر غير ما يقتضيه الفسخ، وهذا الاعتبار المصحح للانتقال الىٰ البدل انما نقول به من جهة ان اطلاق دليل الفسخ بعنوان انه فسخ وحل للعقد لا يكون الا مع مطابقة الفسخ للعقد وموافقة الحل للشدّ.

واما حديث التلقي من المفسوخ عليه مع زوال اضافة الملكية فتصحيحه ان الربط الملكي وان كان يزول بزوال الملك الا ان المعاقدة والمعاهدة حيث انهما علىٰ حالهما فكان اثرهما وهو الربط الملكي باقٍ، فالتملّك بالفسخ وان كان تملّكاً جديداً الا انه بحسب الاعتبار عين شخص ذلك الربط السابق الحادث بالعقد، بل دائماً كذلك حتىٰ مع بقاء العين، اذ الربط المتلقى بالفسخ غير الربط الحادث بالعقد لتشخص الاضافات باطرافها، فالوحدة الاعتبارية بين الملكية المتلقاة بالفسخ والملكية المتلقاة بالعقد بملاحظة بقاء سببها ـ وهو العقد ـ كافية في المقام ووافية بالمرام.

وحيث ظهر الوجه الوجيه في الانتقال الىٰ البدل بعد التلف يظهر انه لا فرق بين التلف والتصرف؛ اذ لا يجب رجوع العين في حقيقة الفسخ كي يلزم اجتماع ملكين علىٰ عين واحدة مع صحة التصرف، بل العين باقية علىٰ حالها بشخصها وراجعة الىٰ الفاسخ بماليتها المحفوظة ببدلها.

١٠٠ ـ **قوله**ﷺ: **(نعم يبقىٰ هنا الزام العاقد بالفسخ** ...الخ)[1].

ان قلنا بان الانتقال الىٰ البدل من جهة انه من مراتب وجود العين لان العين؛ محفوظة بماليتها القائمة بها تارة، وبالبدل اخرىٰ؛ فلا مجال للالزام بالفسخ، لان حل العقد يقتضي رجوع ما امكن رجوعه بمجرد ارتفاع العقد، وهو ليس الا البدل، وان قلنا بان الانتقال الىٰ البدل من جهة رجوع نفس العين تقديراً وهو موجب لكون الغير في العهدة، ومن احكام العهدة دفع العين مهما امكن، فحينئذ يجب تحصيل العين بالفسخ لامكانه فلا يتنزل الىٰ البدل الا ان لازمه لزوم تحصيلها في العقد اللازم ولو

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٧ سطر ٥.

بالاستقالة والاشتراء، لاتحاد المناط ولملاك الموجب لتحصيلها، ولا اظن ان يقول به من يقول به في العقد الجائز مع انه بلا مائز.

١٠١ ـ **قوله**ﷺ: **(بل لابد من انفساخ العقد الثاني** ...الخ)[١].

نعم لكنه لا مقتضىٰ له من الاول، بل يصح قبل فسخ العقد الاول آناً ما، فان الضرورة تتقدر بقدرها.

١٠٢ ـ **قوله**ﷺ: **(ويمكن الفرق بين الخيار المتوقف علىٰ حضور** ...الخ)[٢].

بل الفرق بين الخيار الثابت فعلاً بثبوت علته التامة وكان الزمان المتأخر ظرف اعماله والخيار المتوقف نفسه علىٰ حصول امر غير حاصل زماناً كان او غيره، فيكون الاول كالواجب المعلق، والثاني كالواجب المشروط.

وبالجملة: تارة يكون حق الخيار بالفعل وظرف الفسخ هو الغد، واخرىٰ يكون حق الخيار متوقفاً علىٰ مجيئ الغد او ثبوت الرؤية علىٰ خلاف الوصف او مجيئ ثلاثة ايام او ظهور الغبن بناء علىٰ ناقلية هذه الامور دون الكاشفية، والا فمجرد العلم بحضور الزمان منقوض بما اذا علم احد هذه الامور، فلا تغفل.

فرع: اجارة العين زمان الخيار

١٠٣ ـ **قوله**ﷺ: **(ولو أجّره من ذي الخيار او باذنه ففسخ لم يبطل** ...الخ)[٣].

الكلام تارة في بطلان الاجارة بسبب فسخ البيع، واخرىٰ في الرجوع الىٰ أجرة المثل او تدارك آخر للمنفعة المستوفاة بالاجارة.

اما بطلان الاجارة بعد الفسخ فمن جهة ان المؤجر لم يكن واقعاً مالكاً للمنفعة في ظرف ما بعد الفسخ، نظير ما اذا تلفت العين المستأجرة في مدة الاجارة.

وجوابه ما افاده ﷺ من ان ملك العين يستتبع ملك منافعه الىٰ الأبد، والتنظير في

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٧ سطر ١٢.
(٢) كتاب المكاسب ٢٩٧ سطر ١٨.
(٣) كتاب المكاسب ٢٩٧ سطر ٢٦.

غير محله، اذ الطرف لملك المؤجر موجود الىٰ الاخر هنا، فلا مانع من استيفائه بالاجارة، بخلاف صورة التلف حيث لا طرف لاضافة الملكية في ظرف الاجارة واقعاً، فلا ملك واقعاً، وبالجملة الزمان محدّد للمنافع لا للملكية، فمالك العين في آن يملك منافعه المندرجة مدىٰ الزمان.

نعم بناء علىٰ كون الزمان محدداً للملكية دون المنافع، نظراً الىٰ ان المنافع[1] القائمة بالاعيان من الدار والدابة واشباههما هي حيثياتها الخاصة، اعني حيثية ظرفية الدار للكون فيها، وحيثية قبول الدابة للركوب عليها الىٰ غير ذلك، فحينئذ يشكل الامر، لان حال الحيثيات حال الاعيان، والزمان في الاجارة لابد من ان تكون محدداً للملكية، والملكية مؤقتة.

الا ان التحقيق: ايضاً عدم بطلان الاجارة؛ لان مالك العين كما ان ملكيته الحاصلة بالعقد بالاضافة الىٰ العين ابدية من حيث ارسالها واطلاقها، كذلك بالاضافة الىٰ حيثيات العين، غاية الامر ان له تقطيع اضافته بالنسبة الىٰ حيثيات العين، فاذا قطع قطعة من الاضافة المرسلة الابدية بمقتضىٰ السلطنة التابعة للسلطنة المطلقة علىٰ العين فهو نافذ ماضٍ، وانما يتلقىٰ الفاسخ ملك العين بحيثياتها، ولكن لايتبعه ملك حيثياتها من حين الفسخ لاقتطاعه مدة من الزمان، وتمام الكلام من هذه الجهة في محلّه.

واما الرجوع الىٰ اجرة المثل ونحوها فقد يقال به من حيث ان العين المسلوب المنفعة مدة من الزمان تنقص من حيث المالية، ومقتضىٰ الفسخ ورجوع العين كما كانت من قبل تدارك هذا النقص.

وفيه: ان النقص الموجب لخروج العين عما هي عليه ولا يكون العائد ما عقدا عليه هو النقص العيني لا المالي، بداهة ان مصب العقد هو العين، والمالية مصححة للمعاوضة لا مصبّها ومورداها، ولذا لا شبهة في عدم سقوط خيار المجلس والحيوان

---

(١) المراد من الظرفية ليس هي القابلية للظرفية، بل الظرفية الفعلية المضائقة للمظروفية، ولا محالة تكون الظرفية الفعلية متحددة متدرجة الوجود، والزمان علىٰ هذا محدد للمنفعة لا للملكية فتدبر. منه عفىٰ عنه.

بسقوط العين عن المالية ونقصانها عنها في مدة الخيار هذا.

واما بناء علىٰ ان الزمان محدّد الملكية لا المنفعة فالامر مشكل، لان المنفعة هي الحيثية القائمة بالعين، والعائد اللازم عودة نفس العين المتحيث بحيثية موجودة، وهنا لم تعد بمالها من الحيثية، والعود هو العود في الملك، والمفروض رجوع العين دون حيثيتها الىٰ الفاسخ، فتدبر جيّداً.

يهوِّن الخطب فيه ايضاً ما سمعته آنفاً من ان العائد بالفسخ ما هو مصب العقد وهي العين دون العين بما لها من الحيثيات، وان كانت الحيثيات تابعة في الملك للعين مع عدم المانع، فاخراجها عن الملك باجارة نافذة مدة من الزمان مانع عن تبعيتها لملك العين عند رجوعها الىٰ الفاسخ.

وقد يتمسك في الرجوع الىٰ اجرة المثل بقاعدة الضرر؛ حيث ان الفسخ بلا اجرة ضرر علىٰ الفاسخ.

وفيه: ان منشاء الخيار قد يكون قاعدة الضرر وقد يكون غيرها، فالاولىٰ كخيار الغبن وخيار تخلّف الوصف والشرط، والثاني كخيار المجلس وخيار الحيوان وخيار العيب، ففي ماكان من قبيل الاول يصح التمسك في اثبات ما ذكر بالقاعدة دون ما كان من قبيل الثاني.

اما صحة التمسك بها في الاول لان امر الفاسخ دائر بين ضررين، اما ضرر الصبر علىٰ المعاملة، واما ضرر الفسخ بلا اجرة، ونسبة القاعدة الىٰ الضررين علىٰ السواء فيرفعان بها، بخلاف الثاني فان الفسخ بلا اجرة وان كان ضرراً الا انه باقدامه، وليس كالاول من حيث الدوران الرافع للاقدام.

واما الاضطرار الىٰ الفسخ من جهة البيع بعوض يسير فلا يقتضي الدوران المصحح للتمسك بالقاعدة، لان البيع بانقص من ثمن المثل كان باقدامه، فالاضطرار الناشئ منه لايحقق الدوران.

١٠٤ ـ قوله ﷺ: (ثم انه لا اشكال في نفوذ التصرف باذن ...الخ)[1].

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٨ سطر ٢.

ان كان الفسخ الحقيقي منافياً للتصرف فلا ريب في ان الأذن فيه اذن في ابطال حقه فتفويته مستند اليه، كما في اذن المرتهن في بيع الراهن فانه اذن في ابطال حقه، غاية الامر انه مالم يتحقق التصرف المنافي لم يبطل حق الخيار هنا وحق الرهانة هناك؛ اذ المنافي هو التصرف دون نفس الاذن، بخلاف مالو دلّ الاذن عرفاً علىٰ الاجازة والامضاء المسقطين لحق الخيار، فان نفس الاذن ينفي الحق، اما لكونه اعمالاً لاحد طرفيه فلا يبقىٰ، او لكونه اسقاطاً له.

وان كان الفسخ الحقيقي ملائماً للتصرف، اما للوجه الذي قدمناه، او لصحة تقدير رجوع العين في تحقق الفسخ فحينئذ لا وجه لسقوط الخيار بالتصرف، اذ لا تنافي علىٰ الفرض حتىٰ يكون صحة التصرف المأذون فيه مفوتاً للحق لكونه اعداماً لمورده وهي العين.

ودعوىٰ: ان الانتقال الىٰ البدل فرع الرجوع الىٰ العين ولو تقديراً، والرجوع فرع بقاء الحق بالاضافة الىٰ العين، وهو لايجتمع مع الاذن في التصرف فيها.

مدفوعة: بان الاذن في التصرف فيها ينافي ارادة الفسخ والرجوع الىٰ العين تحقيقاً، ولا ينافي الرجوع اليها تقديراً، وبالجملة الرجوع منافٍ للاذن اذا تعلقا بامر واحد، ومتعلق الاذن هي العين بوجودها التحقيقي، ومتعلق الرجوع وجودها التقديري ولا منافاة.

المبيع يملك بالعقد

١٠٥ ـ قوله رحمه الله: (ويدلّ عليه لفظ الخيار في قولهم عليهم السلام البيّعان بالخيار) ...الخ[1].

هذا اذا كان الخيار بمعنىٰ حق استرجاع الملك، واما لو كان بمعنىٰ حق فسخ العقد فلا، ولا سيّما علىٰ مذاقه رحمه الله في حقيقة العقد، ولذا لم يتمسّك رحمه الله باطلاق (اوفوا بالعقود) لما افاده رحمه الله في مبحث الفضولي[2] وهو ان تمامية موضوع وجوب الوفاء بالعقد بتمامية العقد ولو لم يؤثر في الملك فيجب عليه الوفاء ويحرم عليه

---

(١) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٤.

(٢) كتاب المكاسب ١٣٤ سطر ٢١.

النقض الىٰ ان يؤثر في الملك، فلزوم العقد لايكشف عن الملك، فان صحة العقد من حيث انه عقد غير صحته من حيث انه بيع بالحمل الشائع مثلاً، واللزوم والجواز من احكام العقد الصحيح من الحيثية الاولىٰ دون الحيثيّة الثانية، فلا اللزوم كاشف عن الصحة من حيث التاثير في الملكية ولا الجواز والخيار، لكنك قد عرفت في مبحث الفضولي[١] عدم صحة المبنىٰ، وتمام الكلام في محله.

١٠٦ ـ قوله ﷺ: (الا ان يلتزم بانه نظير حلّ وطي المطلقة) ...الخ[٢].

لايخفىٰ عليك ان ظاهرها جواز النظر الىٰ الحلال لا ما يحل بالنظر، فان ظاهر قوله ﷺ (ان لامس او قبّل او نظر الىٰ ما كان محرماً عليه قبل الشراء)[٣] وفي آخر (او نظر الىٰ ما يحرم علىٰ غيره)[٤] حيث قيّد المتعلق بالحرمة قبل الشراء وعلىٰ غير المشتري هو الحلال بعد الشراء وعلىٰ المشتري، حيث انه اشترىٰ لا حيث انه نظر اليها، ومنه تعرف ان هذه الاخبار وان لم تكن مطلقة بالنسبة الىٰ غير ذي الخيار الا ان طريق الاستدلال غير متوقف علىٰ الاطلاق.

* * * *

(١) ح ١: ١٥٨، تعليقة ١٤٣. (٢) كتاب المكاسب ٢٩٩ سطر ٥.
(٣) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ١. (٤) وسائل الشيعة، باب ٤ من ابواب الخيار، ح ٣.

فهرس

الشروط ٧

شروط صحة الشرط ١٣

الاول: ان يكون مقدوراً ١٣

الثاني: ان يكون سائغاً ١٥

الثالث: ان يكون فيه غرض معتد به ١٦

الرابع: ان لا يكون مخالفاً للكتاب والسنة ١٧

الخامس: ان لا يكون منافياً لمقتضىٰ العقد ٣٢

السادس: ان لا يكون مجهولاً ٤٠

السابع: ان لا يكون مستلزماً لمحال ٤٠

الثامن: ان يلتزم به في متن العقد ٤١

حكم الشرط الصحيح ٤٢

الاولىٰ: يجب الوفاء به ٤٥

الثانية: هل يجبر لو امتنع ٤٨

الثالثة: هل للمشروط له الفسخ ٤٩

الرابعة: لو تعذر الشرط ٥٢

الخامسة: اذا تعذر الشرط وقد خرجت العين عن الملك ٥٤
السادسة: هل للمشروط له اسقاط شرطه..... ٥٦
السابعة: هل يقسّط الثمن علىٰ الشرط..... ٥٦

حكم الشرط الفاسد ٥٩
الاول: عدم وجوب الوفاء به ٥٩
الثاني: لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد هل يصح العقد..... ٦٥
الثالث: اذا ذكر الشرط الفاسد قبل العقد..... ٦٦
الرابع: اذا كان فساده لعدم تعلق غرض به..... ٦٦

احكام الخيار ٦٩
كيفية استحقاق الورثة للخيار..... ٧٣
فرع: اذا فسخ الورثة البيع ٧٨
اذا كان الخيار لاجنبي هل يورث ٨٢
يسقط الخيار بالتصرف ٨٣
هل يحصل الفسخ بنفس التصرف..... ٨٤
فرع: لو اشترىٰ عبداً بجارية ٨٦
عدم جواز تصرف غير ذي الخيار ٨٨
فرع: اجارة العين زمان الخيار..... ٩٥
المبيع يملك بالعقد ٩٨
الفهرس..... ١٠١

* * * *