

إِصْلَاحُ الظَّالِمِينَ

إِلَى الْمَكْسِبِ

شَرْحُ وَافٍ بِغُرُصِ الْكِتَابِ ، يَتِمُّ مِنْ كُلِّ مُشْكِلٍ لَهُ
وَأَبْدَاءُ مَقَاصِدِهِ - فِي إِبْجَازٍ وَتَوْضِيحٍ

تَأَلَّفَ فِي

أَوَّلِ لَيْلَةِ الْاِتِّمَاطِ

الْجَاهِ السَّخِيَّةِ فِي الْحُسَيْنِيِّ الشَّيْخِ الرَّزِيِّ

« دَامَ ظِلُّهُ »

الْجُزْءُ الرَّابِعُ عَشَرَ

مَوْسِمُ سَنَةِ الْاِتِّمَاطِ

طَبْعُ دُرِّ



آية الله المجاهد

أحسان الرشيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظلّه

الجزء الرابع عشر

إيصال الطالب إلى المكاسب

شرح واف بغرض الكتاب ، يتعرض لحل مشكلاته
وابدأ مقاصده في إيجاز وتوضيح .

القسم الرابع من كتاب الخبارات

مشورات الأعلیٰ - طهران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين و
لعنة الله على اعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين .
و بعد : فهذا هو القسم الرابع من كتاب الخيارات والجزء الرابع
عشر من اجزاء كتابنا (ايصال الطالب الى المكاسب) للشيخ الفذآية
الله الانصارى قدس سره .

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

محمد بن المهدي الحسينى

كربلاء المقدسة

الشيرازى

مسئلة

قد عرفت ان مطلق المرض عيب خصوصا الجنون والبرص والجذام و
القرن .

ولكن يختص هذه الاربعة من بين العيوب بانها لو حدثت الى سنة
من يوم العقد يثبت لاجلها التخيير بين الرد والارشى ، هذا هو المشهور .
ويدل عليه ما استفيض عن مولانا ابي الحسن الرضا عليه السلام فى
رواية على بن اسباط عنه فى حديث خيار الثلاثة ، ان احداث السنة

(مسألة : قد عرفت ان مطلق المرض عيب) فاذا كان العبد او الحيوان
مريضا ، ولم يعلم به المشتري كان له الرد والارشى ، ان كان هناك تفاوت
بين الصحيح والمعيب (خصوصا الجنون والبرص والجذام والقرن) فى
العبد والامة والخصوصية للنص والفتوى بها .

(و لكن يختص هذه الاربعة من بين العيوب بانها لو حدثت الى
سنة) ابتدا ١٤ (من يوم العقد يثبت لاجلها التخيير بين الرد والارشى) . و
(هذا هو المشهور) بين العلماء .

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

ترد بعد السنة ، قلت وما احداث السنة؟ قال : الجنون والجذام والبرص
والقرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه
الى تمام السنة من يوم اشتراه .

وفى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال فى اربعة اشياء خيار
سنة الجنون والجذام والقرن والبرص .

وفى رواية اخرى له عنه عليه السلام ، قال ترد الجارية مع اربع خصال
من : الجنون والجذام والبرص والحدبة ، هكذا فى التهذيب .
وفى الكافى القرن : الحدبة ، الا انها تكون فى الصدر تدخل الظهرو

ترد بعد السنة ، قلت وما احداث السنة؟ قال : الجنون والجذام والبرص
والقرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم ان يرد على صاحبه
الى تمام السنة من يوم اشتراه) وعلى هذا فقله عليه السلام ((بعد السنة))
اي فى السنة .

(وفى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال) قال عليه السلام (فى
اربعة اشياء خيار سنة : الجنون والجذام والقرن والبرص) .
(وفى رواية اخرى له) اى لابن فضال (عنه عليه السلام ، قال : ترد
الجارية مع اربع خصال ، من : الجنون والجذام والبرص والحدبة)
يفتح الحاء المهملة والمدال (هكذا) رواه (فى التهذيب) باتيان واوالعطف
على الحدبة .

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

تخرج الصدر، انتهى .

و مراده ان الحذب ليس خامساً لها، لان القرن يرجع الى حذب

فى الفرج .

لكن المعروف انه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطى .

وفى الصحيح عن محمد بن على، قيل وهو مجهول واحتمل بعض كونه

الحلبى عنه عليه السلام، قال : يرد المملوك من احداث السنة من

الجنون والبرص والقرن ،

تخرج الصدر، انتهى) كلام الكافى .

(و مراده) اى الكافى من هذا التفسير (ان الحذب ليس خامساً

لها) ويدل عليه قوله عليه السلام - فى اول الرواية - من اربع خصال،

فتفسير القرن بالحدبة انما هو (لان القرن يرجع الى حذب فى الفرج)

فذكر الحدبة فى الرواية - سواء كان مع الواو كفاى بعض النسخ، او

بدون الواو كفاى نسخ اخرى - من باب عطف البيان .

(لكن) هذا العطف مشكل .

اذ (المعروف انه) اى القرن (عظم فى الفرج كالسن) فى الفم (يمنع

الوطى) فلاحدبة فى ذات الفرج، الا ان يقال ان الحدبة فى الصدر ايضا

عبارة عن العظام التى تقوس الصدر فالحدبة ايضا عظم .

(وفى الصحيح عن محمد بن على، قيل وهو مجهول، واحتمل

بعض) وهو الارد بيلى (كونه الحلبى) وعلى هذا لا يكون مجهولا (عنه

عليه السلام، قال : يرد المملوك من احداث السنة من الجنون والبرص والقرن

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

وهذه الرواية لم يذكر فيها الجذام ، مع ورودها فى مقام التحديد والضبط لهذه الامور ، فيمكن ان يدعى معارضتها لباقي الاخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الارد بيلى فى الجذام وليس التعارض من باب المطلق والمقيد ، كما ذكره فى الحقائق ردّا على الارد بيلى ره .

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

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

(و من هنا) حيث ظهر التعارض (استشكل المحقق الارد بيلى فى الجذام) وهل انه يرد به ، ام لا ؟ (و ليس التعارض من باب المطلق والمقيد ، كما ذكره فى الحقائق ردّا على الارد بيلى ره) .

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

.....
 الا ان يريد ان التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيد في وجوب
 العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى في معارضة .
 و هو هنا احتمال سهو الراوى في ترك ذكر الجذام فانه اقرب
 الاحتمالات المتطرفة في مانحن فيه .

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

لكن الشيخ رحمه الله كانه فهم منه ان المراد من المقيد مثل « رتبة
 مؤمنة » ولذا نفاه - فتأمل - .

(الا ان يريد) الحدائق (ان التعارض يشبه تعارض المطلق والمقيد
 في وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى في معارضة) .
 فان المطلق يجرى فيه احتمال ان يكون عدم ذكر القيد من باب كون
 كلام المطلق في مقام بيان الحكم في الجملة ، او انه اعتمد على القرائن
 الداخلية والخارجية وهذا الاحتمال لا يجرى في المطلق ، ولذا يحمل
 المطلق على المقيد .

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

.....
 و يمكن ان يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية انعتاقها
 على المشتري بمجرد حدوث الجذام ، فلامعنى للرد •
 و حينئذ فيشكل الحكم بالرد فى باقى الاخبار •
 و وجهه فى المسالك بان عتقه على المشتري موقوف على ظهور الجذام
 بالفعل •

فى مقام التحديد ، الى غيرها •

و لكن لا يخفى ان السيد الطباطبائى قال فى تعليقه : ان الرواية
 مذكورة فيها الجذام ، وان الارد بيلى رحمه الله لم يستشكل فى الجذام ،
 فكلام المكاسب — على ما ذكره الطباطبائى رحمه الله — يحتاج الى
 المراجعة •

(و يمكن ان يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية) انه لا مجال
 لرد المجدوم اصلا •

و ذلك لـ (انعتاقها) اى الرقبة (على المشتري بمجرد حدوث الجذام
 فلامعنى للرد) اذ لا موضوع له ، فانه قد ورد النص والفتوى بان العبد
اذا اجذم انعتق •

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

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

.....
 ويكفى في العيب الموجب للخيار وجود مادته في نفس الامر، وان لم يظهر، فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق، فان فسخ، انعتق على البائع، وان امضى، انعتق على المشتري.
 وفيه اولا ان ظاهر هذه الاخبار ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض لانه المعنى بقوله: فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة

وعليه فمادّل على ان المجدوم يعتق يقول: اذا ظهر الجذام.
 والذى يقول: ان المجدوم يرد، يريد انه اذا حصلت فيه مادة الجذام فلاتعارض بين الروايتين، لانه اذا كانت المادة فقط، يردّ، اما اذا ظهر الجذام فيعتق.

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

(وفي اول ان ظاهر هذه الاخبار) المثبتة للخيار بالجذام (ان سبب الخيار ظهور هذه الامراض، لانه المعنى بقوله: فحدث فيه هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة) فليس الموجب مواد هذه الامراض كما قاله الشهيد.

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

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

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

(وهذا) اى كفاية الظهور بعد السنة بقليل فى الخيار (مما لا اظن
 احداً يلتزمه) اذ النص و الفتوى تطابقا على لزوم الظهور فى السنة .
 اللهم الا ان يقال : ان انحصار المواد مع الظهور فى السنة — ولكنه
 خلاف الظاهر — (مع انه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الامراض
 كان ظهورها زيادة فى العيب حادثة فى يد المشتري) لان الظهور
 عبارة عن انتشار المرض (فلتكن مانعة من الرد ، لعدم قيام المال بعينه
 حينئذ) اى حين الظهور ، وقد تقدم ان من شروط الرد بالعيب القديم
 عدم حدوث عيب جديد فى يد المشتري — و الزيادة عيب جديد —
 (فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا

عن الرد تخصيصا آخر للعمومات .

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

عن الرد (.

فهناك دليل يقول : ان النقص الحادث مانع عن الرد ، ودليل ثان يقول : بان مواد هذه الامراض توجب الرد ، وان زادت - بالظهور - فى يد المشتري ، فيكون دليل هذه العيوب (تخصيصا آخر للعمومات) اذ هذا الدليل يخص عموم : اوفوا بالعقود - اولا - ودليل : ان العيب مانع عن الرد بالعيب القديم - ثانيا - و زيادة التخصيص خلاف الاصل .
اما اذا قلنا بان ظهور هذه الامراض يوجب الرد ، فهو تخصيص واحد - هو التخصيص الاول فقط - .

(وثانيا ان سبق سبب الخيار) على سبب الانعتاق (لا يوجب عدم الانعتاق) للعبد (بطرؤ سببه) اى سبب الانعتاق فاذا اجتمع اقدم سبب الانعتاق (بل ينبغي ان يكون الانعتاق القهرى سببه) وهو الجذام (مانعا شرعيا) عن الرد فيكون (بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت) .
فاللزام اما ان نقول : بالرجوع الى بدل الرد - وهو الارش ان كان هناك ارش -

او نقول انه يرد لكن حيث لا يتمكن من رد العين يرجع الى رد بدله - وهو القيمة - (ولذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام) مثل

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

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

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

(هذا ولكن رفع اليد عن هذه الاخبار الكثيرة المعتمدة بالشهرة المحققة والاجماع المدعى فى السرائر والغنية) على ان الجذام ايضا من اسباب رد العبد فى جملة احداث السنة (مشكل) .

فلا يمكن ان نقول : بان العبد اذا اجزم صار حراً ، فلارد له ، بل اللازم ان نقول : ان العبد اذا اجزم كان للمشتري حق الرد ، ولم يصبح حراً .

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

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

ثم

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

فاذا امضى المشتري العقد انعتق ، واذا لم يمض ، لم ينعتق ، بل رده الى البائع (و لو فى غير المقام) اى غير مقام احداث السنة .
مثلا : اذا اشترى عبداً وجعل لنفسه الخيار الى سنتين ، او كان المشتري مغبوناً فيه ثم اجزم العبد بعد السنة .

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

(ثم) الظاهر انه لافرق بين الجنون الادوارى و الاطباقي والخفيف والثقيل ، وكذا فى سائر الاحداث ، كما ان سبب هذه الامور لو حدث فى اثناء السنة ، كما لو وقع العبد من مكان مرتفع فحدث فيه الجنون - بان لم تكن مادة هذه الامور موجودة فيه فى حال البيع - ففى الخيار و عدمه احتمالان : من اطلاق الروايات و من ظاهر بعض الفقهاء ، على ان الخيار انما هو لاجل وجود مادة هذه الامراض فى العبد من قبل بالاضافة الى انصراف الروايات الى وجود المادة من قبل .

لوفسخ المشتري فانهتاقه على البائع موقوف على دالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم ، لان جذام المملوك يوجب انعقائه بحيث يظلم — اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه .

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

و منه يظهر الاشكال فيما لو ظهر الحدث بعد السنة لكن علمنا بان المادة كانت موجودة عند البائع ، لكن الظاهر ان هنا يكون الخيار لوجود العيب اذ العبد الذى يوجد فيه هذه المادة معيوب (لوفسخ المشتري) بعد جذام العبد عنده (ف) هل يعتق على البائع ، ام لا ؟ نقول ان (انعقائه على البائع موقوف على دالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم) اى ان يفهم من دليل انعتاق المجذوم انه اعم من ان يجذم عند المالك ، او يدخل فى ملكه وهو اجذم (لا) ان يفهم من الدليل ان جذام المملوك يوجب انعقائه بحيث يظهر اختصاصه اى دليل انعقاق المجذوم (بحدوث الجذام فى ملكه) .

اما اذا فهم من الدليل ذلك ، فلا ينعقد لانه لم يجذم فى ملك البائع ، بل دخل فى ملكه وهو اجذم .

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

فى الدروس ساكتنا عن الخلاف فيه .

وعن التحرير نسبه الى ابي على ، وفى مفتاح الكرامة انه لم يظفر
بقائل غير الشهيدين و ابي على .

و من هنا تأمى المحقق الارد بيلى من عدم صحة الاخبار ، و فقد
الانجبار .

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

الاربعة (فى الدروس ساكتنا عن الخلاف فيه) مع ان من عادة الدروس ذكر
المخالف .

(وعن التحرير نسبه) اى كون القرن من احداث السنة (الى ابي
على ، و) لكن (فى مفتاح الكرامة انه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و ابي على)
(و من هنا) اى عدم وجود القائل بذلك الا الثلاثة فقط (تأمل
المحقق الارد بيلى) فى كون القرن من احداث السنة (من) جهة (عدم
صحة الاخبار ، و فقد الانجبار) بشهرة ، و انحوها .

لكن لا يخفى ان حجية بعض الروايات كافية فى العمل بها ، ولعل
عدم ذكرهم للقرن للاجمال فى معناه والله العالم .

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

و ذلك لان من المستبعد جداً ان الانسان لا يتصرف فى العبد
المشتري ما يقارب السنة (لكن المشهور تقيد الحكم بالرد (بغيرها) اى

.....
 ونسب اليهم جواز الارش قبل التصرف، وتعينه بعده، و الاخبار خالية عنه وكلاهما مشكل، الا ان الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما .

لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى، والشيخ وابن زهرة لم يذكر التصرف ولا الارش

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

اما الاشكال فى الاول فلما عرفت من انه بعيد .

واما الاشكال فى الثانى : فلانه لم يذكر الارش فى الاخبار مطلقا فكيف يقال به - خصوصا بهذا التفصيل قبل التصرف و بعد التصرف - (الا ان الظن من كلمات بعض) الاعلام (عدم الخلاف الصريح فيهما) اى فى الحكمين، وهما تقييد الاخبار، والحكم بالارش - على التفصيل المذكور - (لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطى) و انه اذا وُطئ الامنة ثم ظهر فيها احد العيوب الاربعة سقط حق الرد، والظاهر من التخصيص بالوطى ان سائر التصرفات لا تسقط الرد (والشيخ وابن زهرة لم يذكر) حكم (التصرف) وهل انه مسقط للرد، ام لا ؟ (ولا الارش) فكيف يمكن ان

.....
 نعم ظاهر الحثي : الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه
 الجهة ، و ان هذه العيوب كسائر العيوب في كونها مضمونة ، الا ان الفارق
 ضمان هذه اذا حدثت في السنة بعد القبض وانقضاء الخيار .
 و لو ثبت ان اصل هذه الامراض تكمن قبل سنة من ظهورها ، وثبت
 ان اخذ الارش للعيوب الموجود قبل العقد ، او القبض مطابق للقاعدة .

يدعى بعض الاعلام عدم الخلاف الصريح في الحكمين .
 (نعم ظاهر الحثي : الاجماع على تساويها مع سائر العيوب من
 هذه الجهة) اى جهة اسقاط التصرف للخيار و الارش (و ان هذه
 العيوب) الاربعة (كسائر العيوب في كونها مضمونة) على البائع رد او ارش
 (الا ان الفارق) بين هذه العيوب الاربعة و سائر العيوب (ضمان هذه)
 العيوب الاربعة (اذا حدثت في السنة بعد القبض وانقضاء الخيار) اى
 خيار كان ، بينما ضمان البائع لسائر العيوب انما هو فيما اذا حدثت قبل
 القبض او في زمان خيار المشتري .

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

ثبت الارش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الامراض الكامنة فى المبيع
لا بهذه الامراض الظاهرة فيه ، قال — فى المقنعة — : ويرد العبد و
الامة من الجنون والجذام والبرص ما بين ابتياعها وبين سنة واحدة ، و
لا يردان بعد سنة .

وذلك ان اصل هذه الامراض يتقدم ظهورها بسنة ولا يتقدم بازيد ،
فان وطئ المبتاع الامة فى هذه السنة لم يجز له

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

و يشهد لتقدم مادة هذه الامراض ما ذكره المفيد ، فانه رحمه الله
(قال — فى المقنعة — : ويرد العبد والامة من الجنون والجذام و
البرص) اذا حدثت (ما بين ابتياعها وبين سنة واحدة ، ولا يردان) اى
العبد والامة اذا ظهرت (بعد سنة) .

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

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

.....
 ردّها، وكان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمة، انتهى .
 و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة .
 و لذا او رد عليه فى السرائر ان هذا موجب لانتعاق المملوك على
 البائع، فلا يصح البيع .
 و يمكن ان يريد به ما ذكرنا من ارادة موادّ هذه الامراض .

ردّها) لان الوطئ مانع عن الردّ (و كان له) اى للمشتري (قيمه) اى قيمة
 العيب (ما بينها صحيحة و سقيمة) اى بالنسبة (انتهى) .
 (و ظاهره ان نفس هذه الامراض يتقدم بسنة) لانه قال « اصل هذه
 الامراض » .

(و لذا) الذى ظاهر المقنعة ذلك (او رد عليه فى السرائر) ب) ان
 هذا) الكلام ان تمّ فهو (موجب لانتعاق المملوك على البائع) لان الجذام
 و ما اشبهه يوجب عتق المملوك (فلا يصح البيع) اصلا .
 (و يمكن ان يريد به) اى بقوله « اصل هذه الامراض » (ما ذكرنا من
 ارادة موادّ هذه الامراض) لانفسها وهناك فرق بين المادة وبين نفس
 الشئ .

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

.....
خاتمة فى عيوب متفرقة ، قال فى التذكرة : ان الكفر ليس عيبا فى
 العبد ولا الجارية .

ثم استحسّن قول بعض الشافعية بكونه عيبا فى الجارية اذا منع
 الاستمتاع ، كالتمجس والتوثن ، دون التهود والتنصر .
 و الاقوى كونه موجبا للرد فى غير المجلوب وان كان اصلا فى الممالك
 الا ان الغالب فى غير المجلوب الاسلام ، فهو نقص موجب لتنفر الطباع

(**خاتمة** فى عيوب متفرقة ، قال فى التذكرة : ان الكفر ليس عيبا فى
 العبد ولا الجارية) لانه ليس بنقص فى العين ، ولا يوجب نقص القيمة —
 غالبا — اللهم الا اذا كان فى مكان يوجب نقص القيمة .
 (ثم استحسّن) العلامة (قول بعض الشافعية بكونه عيبا فى الجارية
 اذا) كان الكفر كفرا (منع) شرعا عن (الاستمتاع ، كالتمجس) اذا قلنا بان
 المجوسى ليس من اهل الكتاب ، والا كان حاله حال اليهودى والنصرانى
 (والتوثن ، دون التهود والتنصر) لانه يجوز وطيهما ، بل ونكاحهما
 دوما وانقطاعا .

(و الاقوى) التفضيل و (كونه) اى الكفر (موجبا للرد فى غير المجلوب)
 من بلاد الكفر ، بل ربّى فى بلاد الاسلام ، لان مثله مسلم غالبا (وان كان)
 الكفر (اصلا فى الممالك) لان الكافر هو الذى يسترى ، دون المسلم (الا
 ان الغالب فى غير المجلوب الاسلام) فقدم الغالب على الاصل لما تقدم
 فى صورة تعارضهما كالبراءة والشيوبة فى الامة (فهو نقص موجب لتنفر الطباع

.....

عنه خصوصا بملاحظة نجاستهم المانعة عن كثير من الاستخدامات .

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

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

ولو ظهر ممن ينعق عليه ، فكذلك كفاى التذكرة ، معللا بانه ليس نقصا عند كل الناس ، وعدم نقص ما ليته عند

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

(نعم : الظاهر عدم الارش فيه ، لعدم صدق العيب عليه عرفا)
حتى تكون قيمة المعيب اقل (وعدم كونه نقصا او زيادة فى اصل الخلقة)
المستتبع لنقص القيمة ، والحاصل انه لا نقص فى قيمته فلا ارش له .
(و لو ظهرت الامة محرمة على المشتري برضاع او نسب) او مصاهرة
(فالظاهر عدم الردّ به ، لانه لا يعد نقصا بالنوع) .

والمعيار فى العيب النقص النوعى لا بالنسبة الى خصوص المشتري
لاجل فوات غرض له ، فانه ليس بعيب حتى يكون له حكم العيب (ولا عبرة
بخصوص المشتري) .

(و كذا) لو ظهر العبد (ممن ينعق عليه) كالعومدين (فكذلك)
اي ان الظاهر عدم الردّ (كفاى التذكرة ، معللا بعدم الرد) بانه ليس
نقصا عند كل الناس) لا للمشتري ولا غير المشتري (وعدم نقص ما ليته عند

غيره .

وفى التذكرة : لو ظهر ان البائع باعه وكالة او ولاية او وصاية او امانة
ففى ثبوت الرد لخطر فساد النيابة احتمال .
اقول : الاقوى عدمه ، وكذا لو اشترى ما عليه اثر الوقف .
نعم لو كان عليه امانة قوية لم يبعد كونه موجبا للرد ، لقلة رغبة
الناس فى تملك مثله ، وتأثير

غيره) اى غير المشتري و نقص ما ليته عند المشتري لا يوجب الخيار .
(و) قال (فى التذكرة : لو ظهر ان البائع باعه) المتاع (وكالة او
ولاية او وصاية او امانة) بان لم يكن المتاع ملكا له (ففى ثبوت) الخيار بـ
(الرد لخطر فساد) البيع ، لفساد (النيابة) بان يظهر بعد ذلك ان
البائع كان فضولا ، لا وكىلا وما شبه (احتمال) فقاعدة : لا ضرر ، تقول ان
البيع ليس بلازم ، ومنه يظهر انه لو تبين ان البائع كان فضولا كان
للمشتري حق الفسخ .

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

(نعم لو كان عليه امانة قوية) كما لو كان مكتوبا على الفراش ، او الظرف
انه وقف للحسين عليها لسلام ، او كانت البناية منذ عشرات السنوات تعامل
معاملة الوقف ، كالمدرسة والحسينية والمسجد يدون دليل شرعى يقتضى
انه وقف (لم يبعد كونه موجبا للرد ، لقلة رغبة الناس فى تملك مثله ، وتأثير

ذلك فى نقصان قيمته عن قيمة اصل الشئ - لو خلى و طبعه - اثرا بينا

و ذكر فى التذكرة : ان الصيام والاحرام والاعتداد ليست عيوباً .

اقول : اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه .

واما عدم ايجابها الرد ، ففيه اشكال اذ افات بها الانتفاع فى مدة

طويلة ، فانه لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً .

وقال ايضا : اذا كان المملوك نماماً او ساحراً او قاذفاً للمحضنات او

شارباً للخمر او مقامراً ففى كون هذه عيوباً اشكال ، اقربه العدم .

ذلك (اى تأثير قلة الرغبة) فى نقصان قيمته عن قيمة اصل الشئ - لو

خلى و طبعه -) اى بدون وجود اثر الوقف عليه (اثرا بيناً) و مثل ذلك

عيب بلا اشكال .

(و ذكر) العلامة (فى التذكرة : ان الصيام والاحرام والاعتداد

ليست عيوباً) اذا كان العبد المشتري متصفاً بها .

(اقول : اما عدم ايجابها الارش فلا اشكال فيه) اذا لم يوجب نقصاً

فى القيمة ، والا فلا اشكال فى ان فيه الارش .

(و اما عدم ايجابها الرد ، ففيه اشكال) بل اللازم ان نقول : ان له

الرد ايضا (اذ افات بها) اى بهذه الاعمال (الانتفاع فى مدة طويلة فانه

لا ينقص عن ظهور المبيع مستأجراً) فكما ان له الرد ، كذلك هنا .

(وقال) العلامة (ايضا : اذا كان المملوك نماماً او ساحراً او قاذفاً

للمحضنات او شارباً للخمر او مقامراً ففى كون هذه عيوباً اشكال ، اقربه

العدم) .

وقال لو كان الرقيق رطب الكلام او غليظ الصوت او سيئ الادب او ولد زنا او مغنيا او حجاما او اكلوا وزهيدا، فلارد و ترد الدابة بالزهادة وكون الامة عقيما لا يوجب الرد، لعدم القطع بتحقيقه فربما كان من الزوج او لعارض، انتهى .

و مراده : العارض الاتفاقى لا المرض العارضى، قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الرد والضابط ان الرد

لكن الظاهر اختلاف الزمان والمكان فى امثال هذه الامور، فاذا كانت عيبا عند العرف فاللازم القول بالرد والارش .

(وقال) العلامة (لو كان الرقيق رطب الكلام) بمعنى كثرة قذفه البصاق عند التكلم ، او انه يتكلم بكل ما اراد ، فلا يجف لسانه عن التكلم (او غليظ الصوت او سيئ الادب او ولد زنا) او زانيا او سارقا (او مغنيا او حجاما او اكلوا وزهيدا) فى الاكل (فلارد) اذا لم تكن هذه عيوب عند العرف ، و الا كان له الرد (وترد الدابة بالزهادة) فى الاكل لانها تؤثر فى قوتها وعملها . (وكون الامة عقيما لا يوجب الرد لعدم القطع بتحقيقه) منها (فربما كان من الزوج او لعارض) خارجى ، لالانها عقيمة ، وهذا من باب الشك فى الموضوع لا الاشكال فى الحكم ، ومنه يظهر انه لو تبين عقمها قطعاً كان له الرد (انتهى) .

(و مراده : العارض الاتفاقى) الذى لا يوجب كونه عيبا (لا المرض العارضى) الذى يوجب تعيبها .

و (قال فى التذكرة فى آخر ذكر موجبات الرد والضابط ان الرد

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

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

القول فى الارش

وهولغة — كما فى الصحاح ، وعن المصباح — دية الجراحات •

وعن القاموس : انه الدية •

و يظهر من الاولين انه فى الاصل اسم للفساد •

و يطلق فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون فى

مال او بدن ، و لم يقدر له فى الشرع مقدار •

وعن حواشى الشهيد قدس سره انه يطلق بالاشتراك

(القول فى الارش) موضوعا و حكما (و هو لغة — كما فى الصحاح ، و

عن المصباح — دية الجراحات) سواء كانت مقدرة شرعا ، اولا ، بل بنظر

الحاكم الشرعى •

(وعن القاموس : انه الدية) فيشمل دية قتل النفس •

(و يظهر من الاولين) وهما الصحاح و المصباح (انه فى الاصل)

قبل تنوع استعماله فى معانى متعددة (اسم للفساد) ثم اطلق على ثمن

الفساد ، من باب علاقة السبب و المسبب •

(و يطلق) الارش (فى كلام الفقهاء على مال يؤخذ بدلا عن نقص

مضمون فى مال او بدن) كارش نقص قيمة المبيع او نقص حاصل فى البدن

من الجراحة (و) الحال انه (لم يقدر له فى الشرع مقدار) خاص ، لانه

اذا كان له مقدار خاص سمي دية ، فيقال دية القتل ، ولا يقال ارش القتل

و قوله « لم يقدر » صفة « مال » •

(وعن حواشى الشهيد قدس سره انه) اى الارش (يطلق بالاشتراك

اللفظى على معان .

منها : مانحن فيه .

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

الشرعى .

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

اللفظى على معان) متعددة .

(منها : مانحن فيه) اى ارش غيب المبيع .

(و منها : نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره) فانه بمقدار

نقص العبد يلزم على الجانى اعطاء ثمن ذلك الى مالك العبد (فى غير

المقدّر الشرعى) اما فى المقدّر فيسمى دية لا ارشا - كما تقدم - .

(و منها : ثمن التالف المقدّر شرعا بالجناية ، كقطع يد العبد) فان

قدره الشرعى نصف قيمة العبد ، كما ان فى قطع يد الحرّ خمسائة دينار ،

نصف الالف الذى هو دية الحرّ .

والنسبة بين هذا المعنى و معنى نقص القيمة لجناية الانسان على

عبد غيره عموم من وجه ، لان ذاك النقص يلاحظ من جهة تفاوت النسبة بين

العبد صاحب اليد ، والعبد مقطوع اليد .

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

العبد .

مثلا : اذا كان عبد صحيح يسوى مائة دينار ، فالمقطوع يده ، ربما

يسوى خمسين ، و ربما ستين ، وربما اربعين - على ان الارش بمعنى

.....
ومنها : اكثر الامرين من المقدرا الشرعى والارش ، وهوما تلف بجناية الغاصب ، انتهى .

وفى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى اشارة الى ان هذا اللفظ قد اُصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى ،

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

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

(ومنها : اكثر الامرين من المقدرا الشرعى والارش وهوما تلف بجناية الغاصب) و المقدرا الشرعى هو الثالث ، والارش هو الثانى وانما كان اكثر الامرين ، لان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال — على ما ذكرنا — (انتهى) كلام الشهيد .

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

فاللفظ اولا يستعمل فى هذه المعانى بالاصطلاح لا باللغة ، وثانياً انما اُصطلح فى هذه المعانى (بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى) لان

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

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

كل ارش اصطلاحى هو قسم من المال المعطى لاجل نقص فى الجسم او المال، و ثالثا انما كان اشتراكا لفظيا لان الاصطلاح يكون (مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها) اى من هذه المعانى الثلاثة (و بين الآخر، فلا يكون مشتركا معنويا بينهما) اى بين المعانى والآخر والمشارك المعنوى هو ان يكون اللفظ قد وضع لمعنى، وذلك المعنى يستعمل فى مصاديق ثلاثة، مثل اشتراك الانسان بين الزنجى والرومى والآسيوى مثلا، فانه لم يوضع لهذا مرة و لذاك مرة، بل وضع لمعنى جامع بين الثلاثة (ولا) يكون (حقيقة ومجازا) بان يكون استعماله فى احدها من باب الحقيقة و فى الآخر من باب المجاز (فهى) اى المعانى الثلاثة للارش التى ذكرها الشهيد (كلها منقولات عن المعنى اللغوى، بعلاقة الاطلاق والتقييد) فان المعنى اللغوى مطلق شامل لكل وانتقل اللفظ الى كل مقيد مقيد، لان المقيد قسم من المطلق .

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

.....
 وكيف كان فقد ظهر من تعريف الارش انه لا يثبت الامع ضمان النقص
 المذكور .

ثم ان ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص وهو الاصل ،
 فان كان مضمونا بقيمته كالمغصوب والمستام وشبههما - ويسمى ضمان

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

(ثم ان ضمان النقص) على قسمين .

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

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

فكيفما يكون ضمان الاصل يكون ضمان النقص (وهو) اى المنقوص هو
 (الاصل ، فان كان) الاصل (مضمونا بقيمته كالمغصوب والمستام) وهى
 البضاعة التى فى سوم البيع ، قبل ان يجرى عليها العقد (وشبههما)
 كما اذا جنى على عبد الغير ، او كسر اناء الغير (ويسمى) ضمانه (ضمان

.....
 اليد - كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة اذا وزعت على الكل؛ وان كان مضمونا بعوض بمعنى ان فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى في المعاوضة ويسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض اذا وزع على مجموع الناقص والمنقوص ، لا نفس قيمة العيب .

(اليد) لان دليله قوله عليه السلام « على اليد ما اخذت حتى تؤدى » (كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة) الواقعية (اذا وزعت) القيمة (على الكل) فمثلا : اذا كانت قيمة الكتاب عشرة و كان النقص الوارد عليه يساوى الخمس ، فانه يلزم ان يدفع اثنين ، اذا العشرة اذا وزعت على كل الكتاب كان نصيب هذا الجزء المنقوص اثنين (وان كان) الشئ (مضمونا بعوض بمعنى ان فواته) على يد المضمن (يوجب عدم تملك عوضه المسمى) اى الذى سمي (فى المعاوضة) .

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

.....

لان الجزء تابع للكل فى الضمان .

و لذا عرف جماعة الارش فى عيب المثلثن — فيما نحن فيه — بانه جزء من المثلثن ، نسبته اليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح .

((بما يخصه)) .

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

(ولذا) الذى ذكرنا من ان الضمان هنا ضمان العوض لاضمان القيمة (عرف جماعة الارش فى عيب المثلثن — فيما نحن فيه — بانه) اى الارش (جزء من المثلثن ، نسبته اليه) اى الى المثلثن (كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب الى الصحيح) فالصحيح عشرة ، و المعيب ثمانية ، و التفاوت الخمس .

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

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

نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كاکثر النصوص يوهم ارادة قيمة العيب كلها، الا انها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقرينة ما فيها من ان البائع يرد على المشتري، وظاهره

(وذلك) اي اخذ النسبة الذي هو الواحد لا التفاوت الواقع على الذي هو اثنان في المثال (لان ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة) اي ان البائع ضمن ان يعطى المبيع الذي عوض بخمسة (بمعنى ان البائع ضامن لتسليم المبيع تاماً الى المشتري، فاذا فاته) اي البائع (تسليم بعضه) اي خمس المبيع (ضمنه) اي الخمس (بمقدار ما يخصه من الثمن) الذي هو خمس الثمن، - وهو دينار واحد - (لا بقيمته) اي قيمة الفئات السوقية، التي هي ديناران.

(نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كاکثر النصوص يوهم ارادة قيمة العيب) السوقية (كلها) فالخمس الذي يجب اعطائه - في المثال - هو ديناران (الا أنها) اي كلمات الفقهاء و الروايات (محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع) فالغالب ان الانسان يشتري الشئ بقيمته السوقية لا باكثر ولا باقل.

وانما نقول انها محمولة على الغالب (بقرينة ما فيها) اي ما في الكلمات والروايات (من ان البائع يرد على المشتري، وظاهره) اي

كون المردود شيئا من الثمن الظاهر في عدم زيادته عليه ، بل في نقصانه
فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزداد على الثمن في بعض الاوقات
كما اذا اشترى جارية بدينارين و كان معيبتها تسوى مائة و صحيحها
تسوى ازيد فيلزم استحقاق مائة دينار فاذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا
بقرينة عدم صدق الرد ، و الاسترجاع ، تعين كون هذا التعبير لاجل
غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن .

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

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

فاذا بنى الامر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها في اسواقها بقيمتها المتعارفة .
وقد تهرم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان في الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب .

(فاذا بنى الامر) في قولهم : يرّد التفاوت (على ملاحظة الغلبة) اي اذا كانت كلماتهم منصّبة على الغالب (فمقتضاها) اي مقتضى ملاحظة الغلبة (الاختصاص) اي اختصاص كلامهم (بما هو الغالب من اشتراء الاشياء من اهلها في اسواقها بقيمتها المتعارفة) .
والحاصل ان خروج الفرد - الازيد قيمة - دليل على ارادتهم الغلبة ، والغلبة لتساوى القيمة ، فليس كلامهم منافيا لكلامنا من ملاحظة النسبة .

ثم انه قد تقدم بعض الروايات في باب الارش في مسألة سقوط الرد لخيار العيب بسبب التصرف ، فراجعها لترى صدق كلام المصنف .
(وقد توهم بعض من لا تحصيل له ان العيب اذا كان في الثمن كان ارشه تمام التفاوت بين الصحيح والمعيب) بعد تسليمه ان العيب اذا كان في الثمن كان ارشه بالنسبة - كما ذكره المشهور - .
فعلى قوله مثلاً ان اشترينا من البقال حقة من الحنطة بحقة من الارز ، وكانت قيمة الحنطة بالنقد ديناراً ، وقيمة الارز : صحيحها عشرة و معيبها ثمانية ، لزم ان نعطي للبقال دينارين وهو القدر الناقص من الارز فيجتمع عند البقال الثمن والمثمن وشئ زائد .

.....

ومنشأه ما يترأى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع ، فاذا ظهر معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و الا فلو فرض انه اشترى عبداً بجارية تسوى معيها اضعاف قيمته فانه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً .

— فالثمن دينار وهى قيمة الحنطة ، والتمن ثمانية دنانير وهى قيمة الارز ، والشئ الزائد دينار اضافى — وكان هذا الشخص الذى لا تحصيل له ظن ان كلام المشهور فى معيب الثمن ، فلا يجرى فى معيب الثمن .

(ومنشأه) اى منشأ توهمه هو (ما يترأى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع) السوقية (فاذا ظهر) الثمن (معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت) مثل ان يشتري حنطة بدینار معيب ، والتفاوت بين الدينار الصحيح والدينار المعيب ربع دينار ، فاللزام اعطاء المشتري للبائع ربع دينار (والا) يكن الثمن من النقود المساوى للقيمة ، فالمحذور الذى ذكرناه فى الثمن آت فى الثمن ايضا (فلو فرض انه اشترى عبداً) ثمنا (بجارية) ثمنا (تسوى معيها اضعاف قيمته) اى قيمة العبد ، بان كان العبد بمائة و الجارية صحيحها بالـ ٢٠٠ و معيها بخمسمائة (فانه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها ومعيبها قطعاً) حتى يجب اعطاء المشتري للبائع خمسمائة دينار ، بل اللزام اعطاء المشتري للبائع خمسين ديناراً هو نسبة التفاوت بين صحيح الجارية ومعيبها .

و كيف كان فالظاهر انه لا اشكال ولا خلاف فى ذلك وان كان المترائى
من الاخبار خلافه ، الا ان التأمل فيها قاض بخلافه .
نعم يشكل الامر فى المقام من جهة اخرى ، وهى : ان مقتضى
ضمان وصف

اذ العبد لَمَّا سُوِّى بمائة كانت قيمة الجارية - القيمة فى المعاملة -
صحيحها بمائة و معييبها بخمسين ، لانها كانت عدلا للعبد فى القيمة -
حسب بناء المتعاملين - .

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

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

و هذا الاشكال لا يرد لوقلنا : بأن الارش بملاحظة القيمة ، ولا يرد
ان قلنا : بانه ضامن للقيمة السوقية لان البائع فوت بعض المبيع فيلزمه
اعطاء بدله السوقى فحاله حال ما اذا فوت المغاصب وصف الصحة ، حيث
ان المغاصب يعطى مقدار قيمته السوقية .

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

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

و يلزم من ذلك ايضا تعيين اخذ الارش من الثمن مع ان ظاهر
 جماعة عدم تعيينه منه ، معللاً بأنه غرامة .

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

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

(و يلزم من ذلك) اى من ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من
 الثمن (ايضا تعيين اخذ الارش من الثمن) لا من مال خارجى .

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

و توضيحه ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن لا لتنقيص
الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب، ولذا سمي ارشا كسائر الاروش المتدركة
للقائص، ف ضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين

(و توضيحه) اى توضيح رفع الاشكالين وهما ما اشار اليهما بقوله « ان
مقتضى ضمان » و « يلزم من ذلك » (ان الارش لتتميم المعيب حتى يصير
مقابلا للثمن) فالبايع اعطى شاة معيبة تسوى بتسعين ، و اعطى عشرة ، فى
مقابل ما اخذه من المشتري من مائة درهم (لا) ان الارش (لتنقيص الثمن
حتى يصير مقابلا للمعيب) فليس للبايع ان يرد من المائة عشرة الى
المشتري لتكون الشاة المعيبة فى مقابل تسعين (ولذا) الذى ان الارش
متم للمعيب (سمي ارشا كسائر الاروش) فى الابدان والاموال (المتدركة)
- باسم الفاعل - (للقائص) فان الانسان اذا خدش وجهه انسان - مثلا -
فاعطاه ارش الخدشة ، كان ذلك الارش لتتميم الانسان اذا او رد عليه
العيب ، وبناء على كون الارش تنميما للمعيب يرتفع الاشكالان فلا
انفساخ للعقد بقدر وصف الصحة اذ ليس الارش استرجاعا لبعض الثمن
ولا يلزم تعين اخذ الارش من الثمن لانه ليس من الثمن ، بل تدارك من
البايع بدل وصف الصحة الفائتة (ضمان العيب على هذا الوجه) اى وجه
انه تتميم للمعيب (خارج عن الضمانين المذكورين) اى ضمان المعاوضة
و ضمان القيمة ، فليس مثل ان يظهر بعض المبيع مستحقا للغير - مثلا -
حيث انه يكون من تبعض الصفقة ، والبايع يرد من نفس الثمن بالنسبة و
لا مثل ان يخذل الانسان فى اثناء الغير عيبا ، حيث انه يضمن قيمة ذلك

لان ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى الفائت المضمون و مقابله ، اذ لا معنى له غير ضمان الشئ واجزائه بعوضه المسمى واجزائه .

و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعية فلا وثق

الشئ — بقدر ما عيبه — قيمة سوقية .

و انما كان مانحن فيه — من الارش — خارجا عن الضمانين (لان ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة الى) القدر (الفائت المضمون) على البائع (و مقابله) من الثمن الذى يكون على المشتري . فاذا اشترى شاتين بمأتين ، ثم ظهرت لحديهما للغير ، انفسخ البيع بالنسبة الى شاة منهما و الى المائة التى هى فى مقابل تلك الشاة .

و انما نقول بالانفساخ (اذ لا معنى له) اى لضمان المعاوضة (غير ضمان الشئ) كلاً (و اجزائه) جزءاً جزءاً (بعوضه المسمى و اجزائه) اى اجزاء العوض .

فكلا الشاتين فى مقابل كلا المأتين ، وكل شاة — وهو جزء جزء — فى مقابل مائة مائة .

(و الضمان الآخر) اى ضمان القيمة (يقتضى ضمان الشئ بقيمته الواقعية) و حيث ان الارش الفائت ليس فى مقابل جزء من نفس الثمن بل يصح اعطائه من مال آخر ولا يكون بالقيمة الواقعية بل بالقيمة المعاوضة ، كان اللازم ان نقول بان الارش قسم ثالث من الضمان (فلا وثق

.....
 من ان يقال : ان مقتضى المعاوضة - عرفا - هو عدم مقابلة وصف الصحة بشئ من الثمن ، لانه امر معنوى كسائر الاوصاف .
 و لذا لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا

من ان يقال) فى تقريب لزوم الارش مقابل انتفاء وصف الصحة : ان المباع حيث تعهد ان يكون متاعه صحيحا كان للمشتري ان يطالبه بالوفاء بتعهدده اما بان يسلمه وصف الصحة - مع المبيع - .
 و اما ان يسلم الى المشتري قدراً من المال - غرامة - بسبب عدم وصف الصحة لنقصان قيمه المبيع بقدر ذلك المال .

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

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

(و لذا) الذى ليس فى مقابل وصف الصحة شئ من المال (لو قابل المعيب بما هو انقص منه قدرا) فى الاجناس الربوية .

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

.....
 حصل الربا من جهة صدق الزيادة ، وعدم عدا العيب نقضا يتدارك بشئ
 من مقابله ، الا ان الدليل من النص والاجماع دل على ضمان هذا
 الوصف من بين الاوصاف ، وكونه فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه
 بمقدار من الثمن يضاف الى ما يقابل باصل المبيع لاجل اتصافه بوصف
 الصحة فان هذا الوصف

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

.....
 كسائر الاوصاف وان لم يقابله شئ من الثمن ، لكن له مدخل فى وجود
 مقدار من الثمن ، وعدمه ، فاذا تعهد البائع كان للمشتري مطالبتة
 بخروجه عن عهده باءاء ما كان يلاحظ من الثمن لاجله ، وللمشتري ايضا
 اسقاط هذا الالتزام عنه .

نعم يبقى الكلام فى كون هذا الضمان المخالف للاصل بعين بعض

وصف الصحة (كسائر الاوصاف) مثل وصف الكمال (وان لم يقابل شئ من
 الثمن ، لكن له) اى لوصف الصحة (مدخل فى وجود مقدار من الثمن) ان
 كان وصف الصحة موجودا (وعدمه) اى عدم وجود مقدار من الثمن ان كان
 وصف الصحة معدوما (فاذا تعهد البائع) اى تعهد وصف الصحة (كان
 للمشتري مطالبتة) اى مطالبة البائع (بخروجه) اى بان يخرج البائع
 (عن عهده) اى عهده هذا الوصف ، والخروج انما هو (باءاء) البائع
 (ما كان) قد قد رمن المال (يلاحظ من الثمن لاجله) اى لاجل هذا
 الوصف فيقول المشتري للبائع انى اعطيتك عشرة زائدة لاجل وصف الصحة
 فاذا فقد فعليك ان ترد علىّ العشرة (و للمشتري ايضا اسقاط هذا
 الالتزام) اى التزام البائع بوصف الصحة (عنه) اى عن البائع ، فلا يطالبه
 بشئ .

والى هنا تم ان المال ليس بازاء الوصف حتى يوجب عدم الوصف
 الفسخ ، فهذا تمام الجواب عن الاشكال الاول .

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

.....
 الثمن كما هو ظاهر تعريف الارش فى كلام الاكثر بانه جزء من الثمن ، او بمقداره ، كما هو مختار العلامة فى صريح التذكرة ، و ظاهر غيرها و الشهيدين فى كتبهما وجهان ترد بينهما فى جامع المقاصد ، واقويهما الثانى لاصالة عدم تسلط المشتري على شئ من الثمن ، وبرائة ذمة البائع من وجوب دفعه لان المتيقن من مخالفة الاصل ضمان البائع لتدارك الفألت

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

الذى التزم وجوده فى المبيع بمقدار وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن ، لداعى وجود هذه الصفة ، لافى مقابلها .

مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام فى روايتى حماد وعبد الملك انه له ارش العيب ولا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن ، عدا ما يترائى من ظاهر التعبير فى روايات الارش عن تدارك العيب برد التفاوت الى المشتري لظاهره فى كون المردود شيئا كان عنده اولا وهو بعض الثمن

(الذى التزم وجوده) اى وجود ذلك الفأنت (فى المبيع بمقدار) متعلق بـ «تدارك» (وقع الاقدام من المتعاقدين على زيادته) اى زيادة ذلك المقدار (على الثمن) فان المتبايعين جعلتسعين فى مقابل ذات الشاة وجعلاعشرة فى مقابل الشاة ايضا ، ولكن هذه العشرة انما جعلت فى مقابل الشاة (لداعى وجود هذه الصفة) وهى صفة الصحة فى الشاة (لا فى مقابلها) اى لم تجعل الزيادة وهى العشرة فى مقابل الصفة وهى وصف الصحة والالزم الربا - على التقريب الذى ذكرناه - .

(مضافا الى اطلاق قوله عليه السلام فى روايتى حماد وعبد الملك انه له ارش العيب) فانه شامل لكونه من نفس الثمن او من غيره (ولا دليل على وجوب كون التدارك بجزء من عين الثمن ، عدا ما يترائى) فى بادى الرأى (من ظاهر التعبير فى روايات الارش عن تدارك العيب بـرد التفاوت الى المشتري) «برد» متعلق بـ «التعبير» (الظاهر) صفة «الرد» (فى كون المردود شيئا كان عنده) اى عند المشتري (اولا ، وهو بعض الثمن) والا لم يسم ردا

.....
 لكن التامل التام يقضى بان هذا التعبير وقع بملاحظة ان الغالب
 وصول الثمن الى البائع ، وكونه من النقيدين ، فالرد باعتبار النوع لا
 الشخص .

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

(لكن التامل التام يقضى ب) عدم الظهور المذكور ، و (ان هذا التعبير)
 بالرد (وقع بملاحظة ان الغالب وصول الثمن الى البائع) فى مقابل
 ما اذا لم يصل الثمن اليه ، لانه طلبه منه سابقاً ، او كانت المعاملة نسيئة
 — فانه ايضا ليس بحقيقة الرد — (وكونه من النقيدين ، فالرد باعتبار
 النوع) فانه اذا اخذ ديناراً ، و ان لم يكن نفس دينار الثمن ، قيل عرفاً
 انه استرد ديناره — باعتبار استرداد نوع ما اعطاء — (لا الشخص) وكذا
 قال بعض فى قوله تعالى : إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى
 أَهْلِهَا ، ان اللزوم رد المثل و ان لم يكن عيناً .

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

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

بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن مافى ذمته عليه .
 ثم على المختار من عدم تعيينه من عين الثمن ، فالظاهر تعيينه من
 النقدين ، لانهما الاصل فى ضمان المضمونات ، الا ان يتراضى على غيرهما
 من باب الوفاء ، او المعاوضة .

بالارش حسب المشتري عند اداء الثمن مافى ذمته (اى ذمة البائع - من
 الارش -) (عليه) اى على البائع ، من باب انتقاص و تهاतर الذم فالبايع
 يطلب من المشتري مائة ثمن للمبيع والمشتري يطلب من البائع عشرة و
 هى الارش ، فتتهاطر عشرة فى مقابل عشرة ، ويعطيه المشتري تسعين .
 وعلى هذا فاذا كان الثمن عينا نزم اعطاء المشتري للبائع كل الثمن
 ثم يأخذ منه الارش .

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

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

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

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

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

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

ويمكن رفع هذا الاشكال بان المضمون بالنقدين هي الاموال المتعينة المستقرة والثابت هنا ليس مالا في الذمة والابطال البيع فيما قابله من الصحيح لعدم وصول عوضه قبل التفرق

فاللزام صحة اخذ الارش من احد هما في باب الصرف ايضا .

(ويمكن رفع هذا الاشكال) وذلك بتصحيح كلام العلامة والشهيد (بان المضمون بالنقدين هي الاموال المتعينة المستقرة والثابت هنا ليس مالا في الذمة) فالضمان بالنقدين يعتبر فيه ثلاثة امور :
الاول : ان يكون مالا ، ومقامنا ليس كذلك ، لان المضمون حق الخيار والخيار ليس بمال .

الثاني : ان يكون متعينا ، ومقامنا ليس كذلك ، لانه يخير بين الرد والارش .

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

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

وانما هو حق لو اعمله جاز له مطالبة المال .

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

نعم للآخر الامتناع منه لعدم تعيينه عليه ، كما ان لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام وان لم يكن للآخر

و لم يسلّم صاحب الفضة فضته — بمقدار الدرهم من الجانبين — ولذا فاللزم ان نقول ان الارش تكليف شرعى خارجى مثل التكليف بنفقة الاقارب (وانما هو) اى الارش (حق لو اعمله) صاحب الحق الذى انتقل اليه المعيب (جاز له مطالبة المال) وان اراد الفسخ او لم يعمل حقه ، لم تكن مطالبة للمال .

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

(نعم للآخر) الذى عليه الارش (الامتناع منه) اى من اعطاء غير النقدين (لعدم تعيينه عليه) اى ليس غير النقدين معيناً على من عليه الحق ، بل الحق كلى ينطبق على المال وعلى البضاعة فاللزم اختيارهما معالشي واحد حتى ينطبق عليه الكلى (كما ان لذى الخيار مطالبة النقدين فى غير هذا المقام) وهو باب الصرف (وان لم يكن للآخر

.....
الامتناع حينئذ .

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

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

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

(و بالجمله) فالفرق بين الارش هنا فى النقدين و فى غيره ان الارش
هنا كلى قابل للانطباق على غير النقدين ، بخلاف سائر المقامات فالارش
خاص بالنقدين (فليس هنا) اى فى باب النقدين (شئ معين ثابت فى
الذمة ، الا ان دفع) من عليه الضمان (غير النقدين يتوقف على رضا ذى
الخيار) اذ الكلى لا ينطبق على الفرد الا برضا الطرفين (ويكون) المدفوع من غير
النقدين - لدى رضا ذى الخيار - (نفس الارش) لانطباق الكلى عليه ابتداء
(بخلاف دفع النقدين ، فانه اذا اختير غيرهما لم يتعين للارشية) لان النقدهو
الاصل و بهذا تبين ان اشكال المحقق الثانى على العلامة والشهيد ليس بوارد فتأمل
(ثم انه قد تبين مما ذكرنا فى معنى الارش) و هو مقدار الفاتت من
المعيب - حسب المعاوضة - (انه لا يكون الا مقدارا مساويا لبعض
الثمن) المسمى (ولا يعقل ان يكون) الارش (مستغرقا له) اى لكل الثمن .
و ذلك (لان المعيب ان لم يكن مما

يتمول ، و يبذل فى مقابله شئ من المال بطل بيعه ، والا فلا بد من ان يبقى له من الثمن قسط .

نعم ربما يتصور ذ لك فيما اذا حدث قبل القبض ، او فى زمان الخيار عيب يستغرق للقيمة مع بقاء الشئ على صفة التملك بناءً على ان مثل ذ لك غير ملحق بالتلف فى انفساخ

يتمول ، و) مما (يبذل فى مقابله شئ من المال) بان كان العيب قد اسقطه عن المالية ، كالبيض الفاسد الذى لا ينتفع به اصلاً (بطل بيعه) واسترجع المشتري كل ثمنه من باب انه لا بيع ، لا من باب انه الارش (والا) يكن كذ لك ، بل كان مما يتمول فى الجملة (فلا بد من ان يبقى له) اى للمبيع (من الثمن قسط) و لو اقل من مقدار الارش ، كما لو كان العيب مستغرقا ثلاثة ارباع المبيع ، فان المشتري يرجع ثلاثة ارباع الثمن ويبقى للمبيع — عند البائع — ربع الثمن .

(نعم ربما يتصور ذ لك) اى استغراق العيب لكل الثمن (فيما اذا حدث) العيب (قبل القبض ، او فى زمان الخيار) .

اما العيب المستغرق الاحداث قبل العقد ، فذ لك يوجب بطلان البيع لانه لامالية له حينئذ حتى يصح العقد عليه (عيب يستغرق) العيب الحادث (للقيمة مع بقاء الشئ على صفة التملك) اذ لو خرج الشئ عن صفة التملك خرج عن ملك المشتري ، فلا يسمى ما يأخذه من البائع من تمام الثمن ارشاً ، وانما يأخذ الثمن من البائع لان التلف قبل القبض وفى زمن الخيار من البائع (بناءً على ان مثل ذ لك) العيب المستغرق للقيمة (غير ملحق بالتلف فى انفساخ

.....
 العقد به ، بل يأخذ المشتري ارش العيب، وهو هنا مقدار تمام الثمن لكن
 عدم الحاقه بالتلف مشكل بناءً على ان العيب اذا كان مضمونا على
 البائع - بمقتضى قوله عليه السلام : ان حدث فى الحيوان حدث فهو
 من مال البائع حتى ينقض خياره - كان هذا العيب كانه حدث فى
 ملك البائع ، والمفروض انه اذا حدث مثل هذا فى ملك البائع كان بيعه
 باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بازائه شئ من المال .

العقد به) اى بهذا العيب المستغرق .

وانما لا يكون ملحقا لاصالة صحة العقد وبقائه وبقى اختصاص
 الشئ المعيب الذى لا مالية له للمشتري ، دون البائع ، بينما اذا قلنا
 بانفساخ العقد يكون الاختصاص للبائع (بل يأخذ المشتري ارش العيب
 وهو هنا) اى فى العيب المستغرق (مقدار تمام الثمن) هذا .
 و (لكن عدم الحاقه) اى عدم الحاق العيب المستغرق (بالتلف)
 فى بطلان البيع (مشكل) .

وانما كان مشكلا (بناءً على ان العيب اذا كان مضمونا على البائع
 - بمقتضى قوله عليه السلام : ان حدث فى الحيوان حدث فهو من مال
 البائع حتى ينقض خياره - كان هذا العيب كانه حدث فى ملك البائع
 و) البيع الحادث فى ملك البائع موجب للبطلان ، اذ (المفروض انه
 اذا حدث مثل هذا) العيب المستغرق للثمن و المسقط للمتع عن
 المالية (فى ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه) اى المتاع المعيب
 بهذا العيب المستغرق (متمولا يبذل بازائه شئ من المال) و اذا كان

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

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

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

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

.....
 فلاد ليل على الحاقه بالتلف بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشتري، و
 ان لم يكن ملكا له كالخمر المتخذ للتخليل و يأخذ الثمن او مقداره من
 البائع ارشالا من باب انفساخ العقد .

هذا الا ان العلامة قد س سره فى القواعد والتذكرة والتحرير و محكى
 النهاية يظهر منه الارش المستوعب فى العيب المتقدم على العقد الذى

لما لا مالية له ايضا ، بينما الثانى يطلق على ماله مالية بالاضافة الى الملكية
 مثلا حبة الحنطة ملك و ليس بمال (فلاد ليل على الحاقه بالتلف) حتى
 يكون حاله حال ما لا ملكية له قبل العقد - بحيث يوجب فسخ العقد -
 (بل تبقى العين غير المملوكة حقا للمشتري ، وان لم يكن ملكا له) اذا الحق
 شامل للمال و الملك و الاختصاص (كالخمر المتخذ للتخليل) فانها ليس
 بمال و لا ملك ، ولكنها مختصة بالانسان الذى كان له المائع قبل التخميم
 (و) بناء على هذا (يأخذ) المشتري (الثمن او مقداره من البائع ارشا)
 فان المشتري ياخذ الثمن اذا قلنا بان الارش عين الثمن ، او مقداره
 اذا قلنا بان الارش لا يلزم ان يكون من عين الثمن (لان باب انفساخ
 العقد) ورجوع كل شئ الى ماله ، بل من باب الارش ، ولذا يبقى المثلث
 المعيب خاصا بالمشتري .

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

ذكرنا انه لا يعقل فيه استيعاب الارش للثمن .

قال فى القواعد : لو باع العبد الجانى خطأ ضمن اقل الامرين على رأى ، والارش على رأى ، وصح البيع ان كان موسرا ، والا تخير المجنى عليه ولو كان عمدا وقف على اجازة المجنى عليه

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

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

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

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

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

و يضمن الاقل من الارش والقيمة ، لا الثمن معها .
وللمشتري الفسخ مع الجهل ، فيرجع بالثمن او

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

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

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

.....
 الارش فان استوعب الجناية القيمة فالارش ثمنه ايضا ، والا فقد ر الارش ،
 ولا يرجع لو كان عالما و له ان يفديه كالمالك ، ولا يرجع به عليه .

ب (الارش) ان لم يفسخ ، لان العبد الجانى اقل قيمة من غير الجانى
 فاذا كانت قيمة الجانى تسعين ، وقيمة غير الجانى مائة ، ودفع المشتري
 الى البائع مائة ، ارجع عشرة ، ارش العيب (فان استوعب الجناية القيمة)
 بان كانت قيمة العبد مائة ، وكانت جنايته ايضا مائة — وقد امضى المشتري
 البيع — (ف) الشئ الذى يأخذه المشتري ارشاكل المائة ، لان (الارش)
 مساو لـ (ثمنه ايضا) ومعنى « ايضا » انه ثمنه وانه ارشه — فى وقت واحد —
 (و الا) تستوعب الجناية القيمة ، بان كانت الجناية اقل من القيمة (ف)
 المشتري يأخذ (قدر الارش) فقط .

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

و لو اقتص منه فلارد وله الارش و هو نسبة تفاوت ما بين كونه جانيا و غير جان من الثمن ، انتهى .

و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب ، وقال فى اوائل البيع من التذكرة - فى مسألة بيع العبد الجانى - و لو كان المولى معسرا لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة ، ما لم يجز البيع اولا ،

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

و قد ظهر منه انه يقول بالارش المستوعب و هذا يظهر منه فى عبارته الآتية ايضا ، ولذا نقلها المصنف .

(و ذكر فى التذكرة هذه العبارة بعينها فى باب العيوب ، وقال فى اوائل البيع من التذكرة - فى مسألة بيع العبد الجانى - و لو كان المولى معسرا) وقد باع العبد الجانى (لم يسقط حق المجنى عليه من الرقبة) اى رقبة العبد بمجرد بيع المولى للعبد (ما لم يجز) المجنى عليه (البيع) فان اجاز المجنى عليه البيع (اولا) سقط حقه عن الرقبة اذ :

فان البائع انما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه .

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

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

وانما لا يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد بببيع المولى للعبد (فان البائع انما يملك نقل حقه) اى حق المجنى عليه ، فينقله عن رقبة العبد — بان يصبح العبد خالى الرقبة عن تعلق حق المجنى عليه بها — (عن رقبته) اى رقبة العبد (بفدائه) اى فيما اذا اعطى المولى انفدية فان رقبة العبد تفك عن الجناية حينئذ ، اما البيع فلا يوجب فك رقبة العبد (و) من المعلوم انه (لا يحصل) الفداء (من ذمة المعسر) فليس للمعسر ان ينقل حق المجنى عليه من رقبة العبد الى ذمة نفسه (فيبقى حق المجنى عليه مقدما على حق المشتري) فيملك المجنى عليه الاقتصار ويملك الاسترقاق — فيما اذا كان له الاسترقاق — (ويتخير المشتري الجاهل) بان العبد جان (فى الفسخ) لان الجناية عيب فى العبد (و) اذا فسخ (يرجع بالثمن ، وبه) اى بان المشتري له حق الفسخ والرجوع بالثمن (قال احمد) بن حنبل (وبعض الشافعية ، او) يبقى المشتري البيع على حاله ولا يفسخ ، ولكنه مع ذلك يرجع بتمام الثمن ، وذلك (مع الاستيعاب) للارش كل الثمن فيما اذا كانت الجناية تستوعب كل قيمة

لان ارش مثل هذا جميع ثمنه .

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

العبد .

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

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

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

وقال ابوحنيفة والشافعى يرجع بجميع ثمنه ،

للمشتري الرد ، ويكون له حق الارش فقط (وهو) اى الارش (قسط) اى
 جزء (قيمة ما بينه) اى ما بين العبد (جانبا ، و) ما بينه (غير جان) .
 وذكر معنى الارش هنا ، لبيان الفرق بين هذا الارش ، وبين الارش
 المستوعب الذى تقدم الكلام حوله (ولا يبطل البيع من اصله) بسبب
 القصاص الجارى عليه المتلف له (لانه) لم يتلف عند البائع ، بل (تلف
 عند المشتري) .

منتهى الامران تلفه عند المشتري انما كان (ب) سبب (العيب الذى
 كان فيه) عند البائع ، والعيب هو جنايته ، ولا دليل على ان التلف عند
 المشتري — ولو كان بعيب سابق — يكون بمنزلة التلف عند البائع ، فى
 بطلان البيع ، بل استصحاب العقد يقتضى بقاءه ، نعم له الخيار — كما
 سبق — .

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

(وقال ابوحنيفة والشافعى يرجع) المشتري (بجميع ثمنه) اذا اقتص

لان تلفه لا مر استحق عليه عند البائع ، فجرى مجرى اتلافه ، انتهى .
وقال فى التحرير فى بيع الجانى خطأ ، ولو كان السيد معسرا لم يسقط حق المجنى عليه عن رقبة العبد ، و للمشتري الفسخ مع عدم علمه فان فسخ رجع بالثمن ، و ان لم يفسخ و استوعبت الجناية قيمته و انتزعت ، يرجع المشتري بالثمن ايضا وان لم تستوعب قيمته رجع بقدر الارش

عليه بالقتل عند المشتري (لان تلفه لا مر استحق عليه) اى على العبد (عند البائع ، فجرى) هذا التلف (مجرى اتلافه) اى اتلاف البائع له (انتهى)
و فيه ان كونه جارا مجرى الاتلاف يحتاج الى دليل مفقود ، فاصالة بقاء العقد محكمة ، و من هذه العبارة للتذكرة ايضا ظهر ان العلامة قائل بالارش المستوعب .

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

.....
 و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد ، لم يرجع بشئ .
 و لو اختار المشتري ان يفديه جاز و رجع به على البائع — مع
 الاذن ، و الا فلا ، انتهى .
 قوله : و انتزعت اما راجع الى رقبة العبد او الى القيمة اذا باعه
 المجنى عليه و اخذ قيمته ، و هذا القيد غير موجود فى باقى عبارات
 العلامة فى كتبه الثلاثة .

بالعيب .

(و لو علم المشتري بتعلق الحق برقبة العبد ، لم يرجع بشئ) لانه
 اقدم على شراء المعيب .
 (و لو اختار المشتري ان يفديه) عوض الاقتصاص منه (جاز و رجع
 به) اى بما افداه (على البائع مع الاذن) بان استأذن البائع فى
 الفدية ، لان قرار الفدية على البائع (والا) يستأذن (فلا) حق له فى
 الرجوع الى البائع ، اذ ليس البائع مكلفا باعطاء الفدية (انتهى) كلام
 التحرير ، وفيه ايضا ذكر للارش المستوعب .

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

ولا يخفى ان كلمات العلامة تحتاج الى كثير من الشرح والتطبيق

و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه يستوعب قيمته
اما ان تكون له قيمة تبذل بازائه ،اولا .

وعلى الاول : فلا بد ان يبقى شئ من الثمن للبائع بازائه ، فلا يرجع
بجميع الثمن عليه .

وعلى الثانى : فينبغى بطلان البيع ، ولوقيل ان انتزاعه

على القواعد ، كما لا يخفى بعض موارد النظر فيها .

(و كيف كان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنى عليه) بحيث
(يستوعب) الحق (قيمته) ف (اما ان تكون له قيمة تبذل بازائه) اى بازاء
العبد ، ولا منافات بين استيعاب الجناية ، وبين قيمة تبذل بازاء العبد
و ذلك فيما اذا كانت قيمته السوقية مثلامائة ، لكن المشتري لرغبته فى
العبد اشتراه بمائة وعشرة ، وكانت الجناية تستغرق مائة ، فان حق
المجنى عليه يستوعب قيمة العبد لكن بعد ذلك يبقى للعبد قدر زائد بذل
بازاء العبد ، وهو العشرة - فتأمل - (اولاً) قيمة له ازيد من حق المجنى
عليه .

(وعلى الاول) وهو ما كان له قيمة زائدة تبذل بازائه (فلا بد ان
يبقى شئ من الثمن) وهو العشرة (للبائع بازائه) اى بازاء العبد (فلا
يرجع) المشتري (بجميع الثمن عليه) اى على البائع ، بل يرجع بالقدر
الذى تضرره وهو المائة .

(وعلى الثانى) وهو الذى اشار اليه بقوله « (اولاً) » (فينبغى بطلان
البيع) لانه لا مالية له اصلاً (ولوقيل ان انتزاعه) اى انتزاع المجنى عليه

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

وقد عرفت من التذكرة والقواعد الحكم بقسط من الثمن فيه .
 و بالجملة فالمسألة محل تأمل ، والله العالم .

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

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

فاللازم اما بطلان البيع فيهما ، او صحة البيع فيهما ، مع اخذ
 المشتري من البائع الخسارة .
 (و بالجملة فالمسألة محل تأمل ، والله العالم) بحقائق الاحكام .

مسئلة

يعرف الارش بمعرفة قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما
فيؤخذ من البائع بنسبة ذ لك التفاوت .

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

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

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

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

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

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

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

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

اهل الخبرة .

وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة كالأصناف العارفاً بصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والرداءة ، مع كون قيمة الجيد والردى محفوظة عند الناس معروفة بينهم ، فقله : هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا ، وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم وكذا القسم الاول

(اهل الخبرة) .

لكن الظاهر انه اذا سمى في العرف باهل الخبرة لم يشترط فيه الا الوثاقة ، اذ هو المتعارف عند العقلاء ، ولم يدل دليل على ان الشارع غير ذلك بالزيادة او النقص ، وهذا القدر كاف للاستصحاب مضافا الى السيرة ونحوهما .

(وقد يخبر عن قيمته باعتبار خصوصيات في المبيع يعرفها) اي يعرف تلك الخصوصيات (هذا المخبر مع كون قيمته على تقدير العلم بالخصوصيات واضحة) لدى الجميع (كالأصناف العارفاً بصناف الذهب والفضة من حيث الجودة والرداءة) وانه عياركم ؟ (مع كون قيمة الجيد والردى محفوظة عند الناس معروفة بينهم ، فقله : هذا قيمته كذا يريد به انه من جنس قيمته كذا) فهو يعين الموضوع ، لا المحمول الذي هو القيمة (وهذا في الحقيقة لا يدخل في المقوم) بل في شخص الموضوع (وكذا القسم الاول) فانه ليس بمقوم بل شاهد على المحمول .

فمرادهم بالمقوم : هو الثانى .

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

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

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

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

ف (فى مثل ذلك مما انسدفه باب العلم) يؤخذ الظن (و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الاخذ بالاكل) فيما اذا قوم العادل الواحد الفرق بين الصحيح و المعيب بمائة مثلاً ، فشككنا فى ان الفرق مائة او

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

تسعون ، فاجرينا صالة البرائة عن العشرة الزائدة المشكوكة .
 فقلوه : (لا صالة براءة ذمة البائع) علة لقوله : الاخذ بالاقل (تضييع
 حق المشتري في اكثر المقامات) .

اذا اللازم على اصالة البرائة اعطاء المشتري الارش الاقل من الارش
 الذي عينه العادل الواحد .

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

بانه ينبغى ان يبذل بازائه كذا وكذا وان لم يوجد راغب يبذل له ذلك .
ثم لو تعدر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقفهم ، ففى كفاية
الظن او الاخذ بالاقل ، وجهان .
و يحتمل ضعيفا الاخذ بالاكتر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون
الآبه .

(بانه ينبغى ان يبذل بازائه كذا وكذا) من المال (وان لم يوجد راغب)
الآن (يبذل له ذلك) المقدار .
والاظهر كما تقدم هو كفاية الثقة للسيرة ، ولانه استبانة عرفية فيشملة
قوله عليه السلام : حتى يستبين ، وبغير ذلك . بالاضافة الى ما ذكره المصنف
من الادلة والشواهد .
(ثم لو تعدر معرفة القيمة لفقد اهل الخبرة او توقفهم) فى التقويم
(ففى كفاية الظن) بالقيمة ان كان ظن (او الاخذ بالاقل) فيما كان شك
بين الاقل والاكتر (وجهان) .
وجه الاول ان الظن قائم مقام العلم فى امثال المقام من باب
الانسداد الصغير .

وجه الثانى اجراء اصالة البرائة عن الاكتر .
(و يحتمل ضعيفا الاخذ بالاكتر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون)
الذى كان فى ضمان البائع (الآبه) اى بالاكتر ، فقد علم البائع بضمانه
فاذا اعطى الاقل شك فى انه هل ادى ما عليه ، ام لا ؟ والاصل عدم

.....

براءة ذمته ، لانه من الشك في المحصل .

وانما كان ضعيفا ، لان البرائة محكمة ، اذ الشك في اداء ما عليه

تابع للشك في انه هل اشتغلت ذمته باكثر من الاقل ، ام لا ؟ ولا صلة

براءة الذمة عن الاكثر ، ويحتمل القرعة .

مسئلة

لو تعارض المقومون ، فيحتمل تقديم بينة الاقل للاصل ، و بينة الاكثر ، لانها مثبتة ، و القرعة لانها لكل امر مشتبه ، و الرجوع الى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة .
و المورد غير قابل للحلف ، لجهل كل منهما بالواقع ، وتخيير الحاكم

(مسألة : لو تعارض المقومون) فقال احدهم ان الارش مائة ، وقال الآخر انه تسعون — مثلاً — (فيحتمل تقديم بينة الاقل) اى المقوم الاقل الذى هو بمنزلة البينة (للاصل) اى اصالة عدم ضمان الذمة بالعشرة فى المثال (و) يحتمل تقديم بينة الاكثر ، لانها مثبتة) و اذا تعارض النفسى و الاثبات قدم بينة الاثبات ، اذ المثبت مدّع ، و على المدعى البينة ، اما النافى فهو منكر و على المنكر اليمين ، لا البينة ، (و) يحتمل (القرعة لانها لكل امر مشتبه) و المقام منه (و) يحتمل (الرجوع الى الصلح) القهرى (لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة) و لا دليل على تقديم احدهما على الآخر .

(و) ان قلت : نعطى الحكم لمن حلف .

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

لا متناع الجمع وفقد المرجح .

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

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

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

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

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

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

.....

فاذا قوم احدهما بعشرة ، فقد قوم كلامن نصفه بخمسة ، واذا قوم الآخر بثمانية ، فقد قوم كلامن نصفه باربعة ، فيعمل بكل منهما في نصف المبيع وقولا هما وان كانا متعارضين في النصف ايضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا القولين في النصفين ، الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بيّنة من طرح كليهما ، او احديهما رأسا .

(فاذا قوم احدهما) المتاع (بعشرة ، فقد قوم كلامن نصفه بخمسة ، و اذا قوم الآخر) الكل (بثمانية ، فقد قوم كلامن نصفه باربعة ، فيُعمل) — بصيغة المجهول — (بكل منهما في نصف المبيع) فاذا كان التفاوت بين الصحيح والمعيب : الربع ، استرجع المشتري دينارين و ربعا .

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

قلت : (قولا هما وان كانا متعارضين في النصف ايضا كالكل فيلزم بما ذكر) من سقوط المتعارضين (طرح كلا القولين في النصفين) ونتيجته طرح القولين رأسا (الا ان طرح قول كل منهما في النصف مع العمل به في النصف الآخر اولى في مقام امثال ادلة العمل بكل بيّنة) اذا دليل شامل لكلا البيّنتين (من طرح كليهما) والرجوع الى امر ثالث (او احديهما) واخذ الاخرى (رأسا) لان الموافقة الاحتمالية اولى من المخالفة القطعية ، والموافقة الاحتمالية وان كانت في الاخذ باحديهما ايضا ، الا ان هذا النوع من الموافقة الاحتمالية اقرب الى الامثال —

.....
 وهذا معنى قولهم ان الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما
 - ولو من وجه - اولى من طرح احدهما رأساً .

ولذا جعل في تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف
 فيما لو تعارضت البيّنات في دار في يد رجلين يدعيهما كل منهما بل
 مانحن فيه اولى بمراعات هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين في
 احكام الله تعالى لان الاخذ باحد هما كلية وترك الآخر كذا في التكليف

عرفا - من الاخذ باحديهما كلا وطرح الاخرى رأساً - كما لا يخفى .
 (وهذا) الذي ذكرناه من الاخذ بقول كل واحد منهما في النصف
 (معنى قولهم ان الجمع بين الدليلين والعمل بكل منهما - ولو من
 وجه - اولى من طرح احدهما رأساً) والعمل بالآخر كلا .

(ولذا) الذي ذكرناه من الاولوية (جعل في تمهيد القواعد من
 فروع هذه القاعدة) اي قاعدة الجمع (الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت
 البيّنات في دار في يد رجلين يدعيهما) اي يدعى تمام الدار (كل منهما)
 وعلى هذا فلو ادعى احدهما الكل ، والآخر النصف ، كان لمدعى
 الكل ثلاثة ارباع الدار ، ولمدعى النصف ربع الدار ، وهكذا (بل ما
 نحن فيه) من تعارض المقيمين (اولى بمراعات هذه القاعدة) اي قاعدة
 الجمع مهما امكن اولى (من) اعمال هذه القاعدة في (الدليلين
 المتعارضين في احكام الله تعالى) .

ووجه الاولوية (لان الاخذ باحدهما كلية وترك الآخر كذا) كلية
 في احكام الله تعالى (في التكليف

الشرعية الآتية لا ينقص عن التبعية من حيث مراعات حق الله سبحانه
لرجوع الكل الى امثال امر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف باحقاق
حقوق الناس، فان في التبعية جمعاً بين حقوق الناس ومراعاة
للجميع و لو في الجملة .
و لعلّ هذا

الشرعية الآتية) .

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

فربما يمثل كل جانب ويترك كل جانب آخر وربما يمثل بعض جانب ويترك
بعض جانب (بخلاف مقام التكليف) اي تكليف الحاكم الشرعي (باحقاق حقوق الناس)
و ايصالها اليهم (فان في التبعية) باعطاء كل واحد من المدعيين نصف
الدار - في المثال - (جمعاً بين حقوق الناس و مراعاة للجميع) اي لكل
اطراف الدعوى (ولو في الجملة) باعطاء كل منهما نصف ما يدعيه بخلاف
ما اذا اعطى الدار لاحدهما فان فيه تضييعاً لحق من لم يعطه شيئاً .
(و لعلّ هذا) الذي ذكرناه من ان في التبعية جمعاً لحقوق

.....
هو السرفى عدم تخيير الحاكم عند تعارض اسباب حقوق الناس فى شئ
من الموارد .

وقد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق ، لان
مرجع بينة النفى الى عدم وصول نظرها واحد سها الى الزيادة ، فبينية
الاثبات المدعية للزيادة ، سليمة .

واخرى بان الجمع فرع عدم اعتضاد احدى البيئتين بمرجح ، واصالة
البرائة هنا مرجحة للبينية الحاكمة بالاقل .

الناس - و هو اولى من اعطاء الحق لاحدهما وحرمان الآخر - (هو
السرفى عدم تخيير الحاكم) الشرعى (عند تعارض اسباب حقوق الناس فى
شئ من الموارد) (« فى » متعلق ب « عدم تخيير ») بل اللازم عليه الجمع .
(وقد يستشكل ما ذكرنا) من الجمع بين المقومين (تارة بعدم تعارض
بينهما عند التحقيق) و الواقع وان كان بينهما تعارض بحسب الظاهر
(لان مرجع بينة النفى) الذى يقول بان القيمة تسعون - مثلاً - (الى
عدم وصول نظرها واحد سها الى الزيادة) عن تسعين فى المثال (فبينية
الاثبات المدعية للزيادة) وان القيمة مائة (سليمة) عن المعارض فاللازم
العمل على بينة الاثبات .

(و) تارة (اخرى بان الجمع) بين البيئتين (فرع عدم اعتضاد احدى
البيئتين بمرجح) والاقدمت على ما ليس لها مرجح - كما هو الميزان فى
باب التعادل والترجيح - (واصالة البرائة) عن الزائد (هنا مرجحة
للبينية الحاكمة بالاقل) فتقدم بينة الاقل على بينة الاكثر ، وهذا مقابل

و ثالثة بان في الجمع مخالفة قطعية و ان كان فيه موافقة قطعية .
 لكن التخيير الذي لا يكون فيه الامخالفة احتمالية اولى منه .
 و يندفع الاول : بان المفروض ان بينة النفي تشهد بالقطع على
 نفي الزيادة واقعا ، و ان بذل الزائد في مقابل المبيع سفه .
 و يندفع الثاني بما قررناه في الاصول من ان الاصول الظاهرية

الاشكال الاول الذي حكم بتقدم بينة الاكثر .

(و ثالثة بان في الجمع مخالفة قطعية) في الجملة ، لانه مخالف
 لكلتا البيئتين ، فاي منهما لا يقول بالتسعة ، فاخذنا بالتسعة — في مثال
 المصنف — مخالف لهما (و ان كان فيه) اي في الجمع (موافقة قطعية)
 ايضا ، لانه موافق لكل واحد منهما في نصف كلامه .
 (لكن التخيير الذي لا يكون فيه الامخالفة احتمالية) لانه اذا علمنا
 باحدهما احتملنا المخالفة ، كما نحتمل الموافقة للمواقع (اولى منه) اي من
 الجمع .

(و) لكن هذه الاشكالات كلها غير تامة .

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

(و يندفع الثاني بما قررناه في الاصول من ان الاصول الظاهرية)

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

كالبراءة والاحتياط والاستصحاب والتخيير (لا تصير مرجحة للدلالة الاجتهادية) اي الامارات والطرق ، وذلك لان موضوع الاصل هو الشك و موضوع الطرق والامارات هو الموضوع الواقعي و ان كان الشك اخذ ظرفاً فيها .

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

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

احدهما للاصل ، و مانحن فيه ليس من هذا القبيل .

والحاصل ان بينة الزيادة تثبت امرا مخالفا للاصل ، ومعارضتها
بالاخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرة ، لفقد المرجح .

احدهما للاصل) اى اصالة عدم وجوب الاكرام ، فانا نرجع الى الاصل
حينئذ بعد تساقطهما (ومانحن فيه) اى البيئتان المتعارضتان (ليس من
هذا القبيل) اى من قبيل الظاهرين المتعارضين فى سقوط مناط
الظهور فان الظهور مأخوذ فى موضوعه الشك بالواقع ، فاذا علمنا بخلاف
احد الظهورين ، سقط الشك الذى هو مناط الظهور فى احدهما - على
الاجمال - و حيث لا ترجيح لاحدهما على الآخر ، سقط الظهوران .
اما مانحن فيه فان البيئة تبقى على دلائلها على مفاد كلامها ، و ان
كانت معارضة ببيئة اخرى .

والحاصل : ان الظهور يسقط بالمعارضة ، والبيئة ظهورها لا يسقط
بالمعارضة ، وحيث ان البيئة لا تسقط ، فلا تصل النوبة الى الاصول .
(والحاصل ان بينة الزيادة) التى تقول بانها تسوى مائة (تثبت
امرا مخالفا للاصل) اذا الاصل عدم زيادة العشرة (و معارضتها بالاخري)
التى تقول انه بتسعين (النافية لها) اى للزيادة (لا يوجب سقوطها) اى
سقوط الزيادة (بالمرة ، لفقد المرجح) اى لان الزيادة لا مرجح لها ،
بخلاف النقيصة التى لها مرجح والمرجح هو الاصل ، و« لفقد » علة لـ « سقوط »
و انما لا يوجب لما عرفت من بقاء الظهور حتى مع المعارضة

.....
 فيجمع بين النفي والاثبات بالنصفين .

ويندفع الثالث بان ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها انما هو فى مقام الاطاعة والمعصية

(ف) حيث لم تسقط بينه الزيادة (يجمع بين النفي) للعشرة (والاثبات) لها (بالنصفين) نصف العشرة نعطيه لبنه الاثبات ونصف العشرة نعطيه لبنه النفي (ويندفع الثالث) الذى قال بان فى الجمع مخالفة قطعية ، والموافقة الاحتمالية اولى (بان ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية) (غير) صفة «الموافقة» اى ترجيح عدم التنصيف فى العشرة (على الموافقة القطعية) باعطائه النصف ، اى الخمسة (المشتملة) تلك الموافقة (عليها) اى على المخالفة القطعية لان الخمسة ليست موافقة لمن يقول بالعشرة الزائدة ، ولا لمن يقول بعدم العشرة اصلا ، فاذا اعطيناه خمسة وتسعين ، فقد خالفنا كلتا البيئتين .

فترجح الاحتمال على القطع (انما هو فى مقام الاطاعة والمعصية) فالاطاعة الاحتمالية اولى من العصيان القطعى ، فاذا علم بانه نذرا ما ان يجلس فى المسجد طول النهار ، او نذرا ان لا يجلس فى المسجد طول النهار ، فالاولى اما ان يجلس كل النهار او يترك كله ، لان يجلس بعض النهار ويترك بعضه .

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

الراجعتين الى الانقياد والتجري ، حيث ان ترك التجري اولى من
تحصيل العلم بالانقياد بخلاف مقام احقاق حقوق الناس ، فان مراعات
الجميع اولى من اهمال احدهما رأسا ، وان اشتمل على اعمال الآخر ، اذ
ليس الحق فيها لو احد معين كما في حقوق الله سبحانه .

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

والحاصل : ان من يجلس نصف النهار فقط ، فقد حصل له العلم
بالانقياد في نصف النهار ، ولكن ايضا تجرى في نصف النهار بالعصيان
اما اذا تلبس اما بالجلوس او بالترك ، فلم يقطع بالتجري ، فامره دائر
بين ان يجلس النصف حتى يكون متجريا قطعاً ، وان يتلبس باحدهما
حتى لا يقطع بالتجري ، والاول اولى بنظر العقلاء .

اقول : وعندى في ذلك نظر اذ لم نحز من العقلاء الاولوية (بخلاف
مقام احقاق حقوق الناس ، فان مراعات الجميع اولى من اهمال احدهما
رأسا ، وان اشتمل) اهمال احدهما رأسا (على اعمال الآخر) كلا .

فوجه الفرق بين حق الله و حق الناس (اذ ليس الحق فيها) اى في
حقوق الناس (لو احد معين) حتى يتحقق الانقياد له على كل تقدير اى
بترك الكل او فعل الكل (كما في حقوق الله سبحانه) حيث ان الحق لواحد
اما على ما اختاره فالجمع في حقوق الناس لما ذكر ، والتخير بين
الجمع او الانقياد الاحتمالى يكون في حقوق الله تعالى .

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

فهما سببان مؤثران - بحكم الشارع - فى

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

(ثم ان قاعدة الجمع حاكمة على دليل القرعة) فلامجال القرعة بعد
الجمع (لان المأمور به هو العمل بكل من الدليلين) اذ ادلة البيّنة
تشملهما (لا بالواقع المرّد بينهما) و دليل القرعة انما يأتى فيما اذا كان
هناك واقع مرّد يجب العمل به ، وفى مقامنا شكّ فى انه هل هناك واقع
بين البيّنتين ، ام لا ؟ (اذ قد يكون كلاهما مخالفا للواقع) والقيمة الحقيقية
ثمانون ومائة وعشرون فلا واقع بين البيّنتين حتى تكون القرعة كاشفة عنه .

الهم الا ان يقال ان لفظ (مشكل) فى دليل القرعة يشمل الواقع
المرّد والمقام الذى يحتمل انه لا واقع بينهما ، مع ان له واقعا قطعاً
لا واقع له اصلاً كما اذا طلق احديهن بصيغة المجهول ، كما قال به جمع
من الفقهاء حيث يعينها بالقرعة ، او اقرع لطلاق واحدة فيمن اسلم عن خمس
(ف) ان قلت : اذا لم يكن واقع بينهما فكيف تكون البيّنة واجبة

الاتباع ، وهل تكون البيّنة الا طريقاً الى كشف الواقع المجهول .

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

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

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

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

فاذا قلنا ان القيمة مائة والارش العشر ، كان اللازم اعادة عشرة
وهذا يوجب اهمال حق البائع .

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

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

الاربع ربعهما و هكذا فى المعيب ثم يلاحظ النسبة بين المأخوذ للصحيح ، و بين المأخوذ للمعيب ، و يؤخذ بتلك النسبة ، فاذا كان احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر و الاخرى ستة و احدى قيمتى المعيب اربعة و الاخرى اثنين اخذ للصحيح تسعة ، و للمعيب ثلاثة ، و التفاوت بالثلثين فيكون الارش ثلثى الثمن .

و يمكن ايضا على وجه التنصيف فيما به التفاوت بين القيمتين بان تعمل

فى نصفه

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

(و يمكن ايضا) معرفة الارش بوجه آخر ، وهو (على وجه التنصيف

فيما به التفاوت بين القيمتين بان تعمل فى نصفه) اى نصف المبيع

بقول المثبت للزيادة ، وفى نصفه الآخر بقول النافى فاذا قومه احديهما باثنى عشر و الاخرى بثمانية اخذ فى نصف الاربعة بقول المثبت و فى نصفها الآخر بقول النافى جمعا بين حقى البائع والمشتري

(بقول المثبت للزيادة ، وفى نصفه الآخر بقول النافى) للزيادة (فاذا قومه احديهما) اى احدى البينتين (باثنى عشر و) البينة (الاخرى بثمانية اخذ فى نصف الاربعة) وهى مقدار التفاوت بين الصحيح على البينة الاولى ، والصحيح على البينة الثانية (بقول المثبت) الذى يقول ان القيمة اثنى عشر (وفى نصفها الآخر بقول النافى) الذى يقول ان القيمة ثمانية و معنى ذلك ان نجعل قيمة البضاعة عشرة ، ونضيف على الثمانية اثنين ، وننقص من الاثنى عشر اثنين فتكون قيمة الصحيح عشرة (جمعا بين حقى البائع) الذى يريد اعطاء ارش اقل (و المشتري) الذى يريد ان يأخذ ارشا اكثر .

مثلا : اذا قوم الصحيح احدهما اثنا عشر ، والآخر بثمانية و قوم المعيب احدهما عشرة ، والآخر اربعة .

فعلى الطريقة الاولى نجمع بين الاثنى عشر و الثمانية فيصير عشرين ، ونصفه عشرة ، فالعشرة قيمة الصحيح ، ونجمع بين العشرة والاربعة فيصير اربعة عشر و نصفه سبعة و النسبة بين العشرة و بين السبعة ثلاثة اعشار ، فيرد البائع على المشتري ثلاثة اعشار الثمن .

وعلى الطريقة الثانية نجعل القيمة للصحيح عشرة حيث نعطى نصف الاربعة الى الثمانية ، وننقص نصف الاربعة من الاثنى عشر و نجعل القيمة

لكن الاظهر هو الجمع على النهج الاول .

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

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

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

و قد عرفت ان لافرق بينهما فى النتيجة - هذا كله هو الجمع بطريق المشهور ، لكن باسلوبين - (لكن الاظهر هو الجمع على النهج الاول) .
(و يحتمل الجمع بطريق آخر ، وهو ان يرجع الى البيئة فى مقدار التفاوت) بين صحيح و صحيح آخر ، و التفاوت بين معيب و معيب آخر (و يجمع بين البيّنات فيه) اى فى التفاوت (من غير ملاحظة القيم) لقيمة الصحيح و لقيمة المعيب (و هذا منسوب الى الشهيد قدس سره على ما فى الروضة) .

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

وقد يختلفان كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر، والاخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الاول عشرة، وعلى الثانى خمسة .
فعلى الاول يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح اعنى العشرة، ونصف قيمتى المعيب، وهو سبعة ونصف، فالتفاوت بالربع، فالارش ربع الثمن اعنى ثلاثة من اثنى عشر — لو فرض الثمن اثنى عشر — .
وعلى الثانى يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البيئتين بالسدس .

وكذلك التفاوت بين الستة والاثنين ايضا بالثلثين .
(وقد يختلفان) فالارش بطريق المشهور يزيد او ينقص عن الارش بطريق الشهيد (كما اذا كانت احدى قيمتى الصحيح اثنى عشر، و) القيمة (الاخرى ثمانية، وقيمة المعيب على الاول عشرة، وعلى الثانى خمسة)
(ف) اما (على الاول) اى على تقويم المشهور (يؤخذ نصف مجموع قيمتى الصحيح) و (اعنى) بالنصف (العشرة، و) يؤخذ (نصف قيمتى المعيب، و هو) اى النصف (سبعة ونصف، فالتفاوت) بين عشرة و بين سبعة ونصف (بالربع، فالارش ربع الثمن اعنى ثلاثة من اثنى عشر — لو فرض الثمن اثنى عشر —) .
(و) اما (على الثانى) وهو طريق الشهيد (يؤخذ التفاوت بين الصحيح والمعيب على احدى البيئتين بالسدس) لان التفاوت بين اثنى عشر، و بين عشرة : السدس .

.....
وعلى الاخرى ثلاثة اثمان ، وينصف المجموع اعنى ستة و نصفاً ، من
اثنى عشر جزءاً ، و يؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع ، وقد كان فى الاول ثلاثة ،
و قد ينقص عن الاول .

كما اذا اتفقا على ان قيمة المعيب ستة ، وقال احد يهما قيمة الصحيح
ثمانية ، وقال الاخرى عشرة .

فعلى الاول يجمع القيمتان و يؤخذ نصفهما

(وعلى) البينة (الاخرى ثلاثة اثمان) لان التفاوت بين ثمانية و
خمسـة ثلاثة اثمان (وينصف المجموع) اى مجموع التفاوتين (اعنى ستة و
نصفاً ، من اثنى عشر جزءاً) اذ ثلاثة اثمان اثنى عشر ، اربعة و نصف و سدس
اثنى عشر اثنان ، فالمجموع ستة و نصف من اثنى عشر (و يؤخذ نصفه)
اى نصف مجموع التفاوت (و هو ثلاثة و ربع) فاللازم ان يدفع البائع الى
المشتري ثلاثة و ربع ، اذا كان الثمن اثنى عشر - حسب الفرض - (وقد
كان) الارش (فى الاول) و هو حساب المشهور (ثلاثة) فقد زاد الارش على
حساب الشهيد عن الارش على حساب المشهور بالربع اى ربع نصف
السدس فى هذا المثال (وقد ينقص) الارش على حساب الشهيد (عن
الاول) الذى هو الارش على حساب المشهور .

(كما اذا اتفقا) اى البينتان (على ان قيمة المعيب ستة ، وقال
احديهما قيمة الصحيح ثمانية ، وقال الاخرى عشرة) .

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

تسعة ونسبته الى الستة بالثلث .

وعلى الثانى يكون التفاوت على احدى البيئتين ربعا .

وعلى الاخرى خمسين فيؤخذ نصف الربع و نصف الخمسين فيكون ثمنا

و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس .

(تسعة) فهذا قيمة الصحيح (ونسبته الى الستة) التى هى قيمة المعيب

(بالثلث) فاللازم ان يرد البائع الى المشتري ثلث الثمن ، وهو اربعة —

اذا فرضنا ان قيمة المبيع اثنى عشر — .

(وعلى الثانى) و هو حساب الشهيد (يكون التفاوت) بين الصحيح

و المعيب (على احدى البيئتين) وهى التى تقول : بان الصحيح ثمانية

و المعيب ستة (ربعا) لان اثنين ربع الثمانية .

(وعلى) البيئة (الاخرى خمسين) لانها قالت : الصحيح عشرة و

المعيب ستة ، والتفاوت باربعة ، وهى خمسان من العشرة (فيؤخذ نصف

الربع) من اثنى عشر — حسب فرض انه قيمة المبيع — وهى واحد ونصف

(و نصف الخمسين) اى الخمس ، وهو اثنان و خمسان من اثنى عشر

(فيكون ثمنا و خمسا) و المجموع ثلاثة و اربعة اخماس و نصف اى ثلاثة

اعداد و تسعة اعشار (وهو) اى الارش على حساب الشهيد (ناقص عن

الثلث) الذى هو اربعة (بنصف خمس) اى واحد من عشرة .

وان شئت قلت : ان الثمن اذا كان اثنى عشر دينارا ، فلا رش على

حساب المشهور اربعة دنانير ، وعلى حساب الشهيد ثلاثة دنانير و

تسع مائة فلسا ، لان كل دينار الف فلس .

توضيح هذا المقام ان الاختلاف اما ان يكون فى الصحيح فقط مع اتفاقهما على المعيب .

واما ان يكون فى المعيب فقط .

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

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

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

(واما) الثالث : (ان يكون) الاختلاف (فيهما) اى فى الصحيح ، و المعيب (فان كان) الاختلاف (فى الصحيح فقط) وهو القسم الاول (كما فى المثال الاخير) وهو ما اذا اتفقتا على ان قيمة المعيب ستة، وقالت احديهما ان قيمة الصحيح ثمانية، وقالت الاخرى عشرة (فالظاهر لتفاوت بين الطريقين دائما) وهما طريق الشهيد وطريق المشهور (لانك قد عرفت ان الملحوظ على طريق المشهور نسبة المعيب) الواحد لفرض اتفاقهما فى المعيب (الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح

المجعلول قيمة منتزعة وعلى الطريق الآخر نسبة المعيب الى كل من
من القيمتين المستلزمة لملاحظة اخذ نصفه مع نصف الآخر ليجمع بين
البينتين في العمل .

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

المجعلول قيمة منتزعة) « المجعلول » صفة « مجموع » (وعلى الطريق الآخر)
اي طريق الشهيد (نسبة المعيب الى كل من القيمتين) فالمعيب تارة
ينسب الى هذا الصحيح ، وتارة اخرى ينسب الى ذلك الصحيح (المستلزمة
لملاحظة اخذ نصفه) اي نصف حاصل النسبة الاولى (مع نصف الآخر) اي
مع نصف حاصل النسبة الثانية (ليجمع بين البينتين في العمل) .
فمثلا : قوم احدهما الصحيح باربعة ، و قومه الآخر خمسة ، وكلاهما
قوما المعيب بثلاثة .

فعلى المشهور يجمع بين الاربعة والخمسة ، وينصف فيصير اربعة
ونصف ، فينسب الثلاثة الى الاربعة والنصف .
وعلى طريقة الشهيد ينسب الواحد والنصف الى اثنين مرة وينسب
الواحد والنصف باثنين ونصف مرة اخرى ، والنسبة الاولى ثلاثة ارباع و
النسبة الثانية ثلاثة اخماس ، فيجمع بين نصف ثلاثة ارباع ، و نصف ثلاثة
اخماس .

(و المفروض في هذه الصورة) اي القسم الاول الذي هو وحدة المعيب
و تعدد الصحيح (ان نسبة المعيب الى مجموع نصفى قيمتى الصحيح)

.....
 التى هى طريقة المشهور، مخالفة لنسبة نصفه الى كل من النصفين لان
 نسبة الكل الى الكل تساوى نسبة نصفه الى كل من نصفى ذلك الكل و
 هو الاربعة والنصف فى المثال، لا الى كل من النصفين المركب منهما
 ذلك الكل، كالاربعة والخمسة بل النصف

كنسبة الثلاثة الى الاربعة والنصف - فى مثالنا - (التى هى طريقة
 المشهور، مخالفة لنسبة نصفه) اى نصف المعيب، كواحد ونصف - فى
 مثالنا - (الى كل من النصفين) اى الى اثنين ونصف مرة، والى اثنين
 مرة اخرى .

وانما كانت مخالفة (لان نسبة الكل الى الكل تساوى نسبة نصفه
 الى كل من نصفى ذلك الكل) .

فمثلا : نسبة الاربعة الى العشرة تساوى نسبة الاثنين الى خمسة
 مرة، والى خمسة ايضا مرة اخرى، فان اربعة اعشار تساوى خمسين لخمسة وخمسين
 لخمسة اخرى (وهو) اى كل من نصفى ذلك الكل (الاربعة والنصف فى
 المثال) وهو مثال المصنف، وهو ان قيمة المعيب ستة على كلا القولين
 وان قيمة الصحيح ثمانية على قول احديهما وعشرة على قول الاخرى .
 فنسبة الاربعة الى التسعة تساوى نسبة الثلاثة الى كل من اربعة ونصف
 واربعة ونصف (لا الى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل) اى كل من
 البعضين وهما (كالاربعة والخمسة) - فى مثال المصنف - والمركب
 منهما ذلك الكل هو تسعة، لانها ركبت من الاربعة والخمسة .

وانما قلنا «لا» لما اشار اليه بقوله : (بل) نسبة (النصف) اى الثلاثة

المنسوب الى احد بعض المنسوب اليه كالاربعة نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر اعنى الخمسة، وهكذا غيره من الامثلة .

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

— فى مثال المصنف — (المنسوب الى احد بعض المنسوب اليه) والمنسوب اليه هو تسعة ، واحد بعضه (كالاربعة) فنسبة الثلاثة اليها (نسبة مغايرة لنسبته الى البعض الآخر اعنى الخمسة) .
اذ نسبة الثلاثة الى الاربعة ثلاثة ارباع ، و نسبة الثلاثة الى الخمسة ثلاثة اخماس .

لكن لا يخفى ان هذا الدليل غير كاف فى افادة الكلية ، فاثبات الكلية بحاجة الى الاستقراء ، او الى دليل آخر .
فقوله : (وهكذا غيره من الامثلة) يحتاج الى احد الامرين —
الاستقراء او الدليل القطعى .

(وان كان الاختلاف بين المقومين) فى المعيب فقط (مع اتفاقهما على الصحيح) فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقتين وهما طريق المشهور و طريق الشهيد (ابداً ، لان نسبة الصحيح) المتفق عليه (الى نصف مجموع قيمتى المعيب — على ما هو طريق المشهور —) حيث يجمعون قيمتى المعيب وينصفونهما ، وينسبون الصحيح الى ذلك النصف (مساوية لنسبة نصفه) الى نصف الصحيح (الى نصف احديهما) اى احدى القيمتين

ونصفه الآخر الى نصف الاخرى، كما اذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر، وقالت احديهما المعيب ثمانية، وقالت الاخرى ستة فان تفاوت السبعة والاثني عشر الذي هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتي الثمانية الاثنى عشر والستة مع الاثنى عشر. لان نسبة الاولين بالثلث والآخرين بالنصف ونصفهما السدس والربع.

وهذا بعينه تفاوت السبعة و

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

وذلك (كما اذا اتفقا على كون الصحيح اثني عشر، و) اختلافافى المعيب، ف) قالت احديهما المعيب ثمانية، وقالت الاخرى) المعيب (ستة) - فمجموعهما اربعة عشر، ونصفهما سبعة - (فان تفاوت السبعة) نصفى المعيبين (والاثني عشر) قيمة الصحيح (الذى هو طريق المشهور) حيث ينسبون الصحيح الى نصف قيمة المعيبين (مساو لنصف مجموع تفاوتي ثمانية مع الاثنى عشر) فيكون تفاوت الثمانية مع الاثنى عشر بالثلث (والستة مع الاثنى عشر) ويكون تفاوت الستة مع الاثنى عشر بالنصف (لان نسبة الاولين) الى الثمانية والاثني عشر (بالثلث) فان الثمانية تنقص عن الاثنى عشر بمقدار ثلث الاثنى عشر (و) نسبة (الآخرين) وهما الستة والاثني عشر (بالنصف) فان الستة نصف الاثنى عشر (و) نصفهما (اي الاولين والآخرين) (السدس والربع).

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

الاثني عشر .

وان اختلفا في الصحيح والمعيب فان اتحدت النسبة بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين فيتحد الطريقان دائماً، كما اذا قوّمه احديهما صحيحاً باثني عشر ومعيباً بستة، وقوّمه الاخرى صحيحاً بستة ومعيباً بثلاثة فان نصف الصحيحين اعنى التسعة تفاوتت مع نصف مجموع المعيبين وهو الاربعة ونصف

الاثني عشر) اذ سدس الاثني عشر وربعه : خمسة، والتفاوت بين السبعة والاثني عشر، خمسة ايضاً .

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

(وان اختلفا) المقومان (في الصحيح والمعيب) معافوه على قسمين قسم يتحد طريق المشهور وطريق الشهيد .

وقسم يختلفان في النتيجة (فان اتحدت النسبة بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين) كما اذا كان كل صحيح ضعف المعيب ، او كان كل معيب ثلثي الصحيح — مثلاً — (فيتحد الطريقان) وهما طريق المشهور وطريق الشهيد (دائماً ، كما اذا قوّمه احديهما صحيحاً باثني عشر ومعيباً بستة ، وقوّمه) البيئـة (الاخرى صحيحاً بستة ، ومعيباً بثلاثة) فان كل صحيح ضعف المعيب — على كلا التقويمين — (فان نصف الصحيحين) اي الاثني عشر والستة (اعنى التسعة تفاوتت مع نصف مجموع المعيبين) اي الستة والثلاثة (وهو الاربعة ونصف) فان هذه

.....

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

والحاصل : ان كل صحيح ضعف المعيب ، فيلزمه كون نصف

الصحيحين ضعف نصف المعيبين .

وان اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقان وقد يتحدان ، وقد تقدم

مثالهما فى اول المسئلة .

النسبة - على طريق المشهور - (عين) النسبة على طريق الشهيد ، وهو

(نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة) النصف (والستة مع الثلاثة) النصف ايضا

(والحاصل : ان كل صحيح ضعف المعيب ، فيلزمه كون نصف

الصحيحين ضعف نصف المعيبين) فالصحيحان هما اثنى عشر وستة و

جمعها ثمانية عشر ونصفها تسعة والمعيبان هما الستة والثلاثة و

نصفهما اربعة ونصف .

ومن المعلوم ان التسعة ضعف الاربعة والنصف .

(وان اختلفت النسبة) بين الصحيح والمعيب على كلتا البيئتين

كما اذا قوّمت احديهما الصحيح باثنى عشر والمعيب بستة وقوّمت

الاخرى الصحيح بعشرة والمعيب بثمانية (فقد يختلف الطريقان) اى

طريق المشهور عن طريق الشهيد (وقد يتحدان ، وقد تقدم مثالهما فى

اول المسئلة) فراجع .

وقد عرفت ايضا ان الكليات التى ذكرها المصنف بحاجة الى الاستقراء

او الدليل القطعى .

ثم ان الاظهر، بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب الى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكى عن ايضاح النافع، حيث ذكر ان طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه ويمكن ارجاع كلام الاكثر اليه كما سيجئ .

ووجه تعيين هذا الطريق ان اخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور او النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثاني .
اما للجمع بين البيئتين باعمال كل منهما في نصف العين - كما ذكرنا - .

(ثم ان الاظهر) حسب الادلة (بل المتعين في المقام هو الطريق الثاني المنسوب الى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكى عن ايضاح النافع ، حيث ذكر ان طريق المشهور) في باب التقييم (ليس بجيد و) لكن (لم يذكر وجهه) اي وجه انه ليس بجيد (و يمكن ارجاع كلام الاكثر اليه) اي الى طريق الشهيد (كما سيجئ) وجه الارجاع .

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

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

واما لاجل ان ذلك توسط بينهما لاجل الجمع بين الحقين بتنصيف مابه التفاوت نفيا واثباتا على النهج الذى ذكرناه اخيرا فى الجمع بين البيئتين ، كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقي من الدرهمين المملوكين لشخصين اذا ضاع احدهما المردّد بينهما من عند الودعى، ولم تكن

بنصف البيئتين الثانية فى النصف الثانى للعين .

(واما لاجل ان ذلك) اى طريق المشهور (توسط بينهما) فلانعمل ،

لا بهذه البيئتين ولا بتلك ، وانما نأخذ بالاوسط بينهما .

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

وانما نفعل ذلك (لاجل الجمع بين الحقين) وهما حق البائع وحق المشتري (بتنصيف مابه التفاوت) وهواربعة فى المثال (نفيا) لان احدى البيئتين تنفى الاربعة (واثباتا) حيث تثبت الاربعة البيئتين الثانية (على النهج الذى ذكرناه اخيرا فى الجمع بين البيئتين) حيث قلنا « ويمكن ايضا » قبل قوله « ويحتمل الجمع . . . الى قوله منسوب الى الشهيد » .
وقوله « على » متعلق بقوله « واما لاجل ان ذلك » .

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

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

فعلى الاول فاللازم وان كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب — كما فعله المشهور —

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

و ذلك كما اذا علمنا نحن بانفسنا — بدون البينة — ان قيمة الصحيح اما ثمانية او اثنى عشر ، فانه لاجمع بين البيئتين حينئذ ، وانما الملازم الاخذ بعشرة بمقتضى قاعدة العدل و الانصاف .

(فعلى الاول) اى يرد على ما ذكره بقوله : اما للجمع بين البيئتين ان جمع النصفين — اى نصف ثمانية و نصف اثنى عشر — تام ، اما نسبة هذا المجموع الى المعيب غير تام ، بل اللازم نسبة اربعة الى نصف المعيب ، ونسبة ستة الى نصفه الآخر ، اما نسبة الكل الى الكل ، فذلك يقتضى ان ننسب الاربعة الى كلانصفي المعيب ، والحال ان الاربعة كانت منسوبة الى النصف ، لا الى الكل .

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

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

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

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

(ولازم ذلك) اى لازم ان نصفه ستة و نصفه باربعة (كون تمامه بعشرة ، و) كذلك (يجمع قيمتا المعيب اعنى العشرة والخمسة) حسب ما قومه مقوماه (و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من احدهما) فلنصف المعيوب خمسة ، ولنصفه الآخر اثنان و نصف .

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

الآخرى اعنى سبعة و نصفاً ، — كما نسب الى المشهور — لانه اذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر ، وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين ، صحيحاً ومعيباً ، واخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه .

فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح ، الا باعتبار ان نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر باربعة ، وكذا السبعة والنصف ليست قيمة لمجموع

(الآخرى) اى المعيب (اعنى سبعة و نصفاً) فانها نصفان لقيمة المعيب نصفه خمسة ، ونصفه اثنان و نصف (— كما نسب الى المشهور) — حيث ينسبون الكل الى الكل .

وانما لا يصح نسبة الكل الى الكل (لانه اذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر) فنصفه ستة و نصفه اربعة — صحيحاً — و نصفه خمسة ، ونصفه اثنان و نصف — معيباً — (وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة الى كل من النصفين ، صحيحاً ومعيباً) بان ننسب ستة الى خمسة و ننسب اربعة الى اثنين و نصف (واخذ الارش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه) فارش النصف الاول السدس ، وارش النصف الثانى ثلاثة اثمان ، لان ننسب العشرة الى سبعة و نصف ، ونقول ان الارش الربع .

(فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح ، الا باعتبار ان نصفه) اى نصف الصحيح (مقوم) — بصيغة المفعول — اى قوم البينة نصفه (بستة ، و نصفه الآخر) مقوم (باربعة وكذا السبعة والنصف ليست قيمة لمجموع

.....
 المعيب الا باعتبار ان نصفه مقوم بخمسة، ونصفه الآخر باثنين و نصف، فلا وجه لاخت تفاوت ما بين مجموع العشرة والسبعة والنصف، بل لا بد من اخذ تفاوت ما بين الاربعة والاثنين و نصف لنصف منه، تفاوت ما بين الستة والخمسة للنصف الآخر.

و توهم ان حكم شراء شئ تغاير قيمتا نصفيه

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

و حيث ان المجموع باعتبار كل نصف نصف (فلا وجه لاخت تفاوت ما بين مجموع العشرة) اى قيمة الصحيح (و) ما بين (السبعة والنصف) اى قيمة المعيب (بل لا بد من اخذ تفاوت ما بين الاربعة) قيمة نصف الصحيح (و الاثنين و نصف) قيمة نصف المعيب (لنصف منه) اى من المبيع ((لنصف)) متعلق ب «اخذ» (و) لا بد من اخذ (تفاوت ما بين الستة) قيمة نصف الصحيح (و) ما بين (الخمسة) قيمة نصف المعيب (للنصف الآخر) من المبيع و من المعلوم فرق فى النتيجة بين نسبة الكل الى الكل و بين نسبة البعض الى البعض .

(و) ان قلت: لافرق بين نسبة الكل الى الكل، ونسبة البعض الى البعض - فكلالا مرين جائز- وذلك كما اذا اشترى شيئين مختلفين فى القيمة صفقة واحدة، فان معيب الكل ينسب الى صحيح الكل .

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

حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد ما لين معييين مختلفين فى القيمة صحيحا ومعيبا ، بان اشترى عبداً و جارية باثنى عشر فظهرهما معييين ، و العبد يسوى اربعة صحيحا و اثنين و نصف معيبا ، و الجارية تسوى ستة صحيحة و خمسة معيبة ، فانه لاشك فى ان الملازم فى هذه الصورة ملاحظة مجموع قيمتى الصفقة صحيحة و معيبة اعنى العشرة و السبعة و النصف ، و اخذ التفاوت و هو الربع من الثمن ، و هو ثلاثة ، اذا فرض الثمن اثنى عشر كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه

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

و انما لان شك فى ذلك لان الصفقة واحدة فلا وجه لتجزئتها الى الابعاض (كما هو طريق المشهور فيما نحن فيه) من اختلاف المقومين .
فاللزام ان نقول : ان حال اختلاف المقومين حال اختلاف ابعاض

مدفوع بان الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد والجارية بحسب قيمتهما فاذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشاً فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته وللجارية سدسها

الصفقة الواحدة فى ملاحظة المجموع ونسبته الى المجموع اذا اريد اخذ الارش فهذا التوهم (مدفوع بان الثمن فى المثال لما كان موزعا على العبد والجارية بحسب قيمتهما فاذا اخذ المشتري ربع الثمن ارشاً) اى ثلاثة من اثنى عشر (فقد اخذ للعبد ثلاثة اثمان قيمته ، و للجارية سدسها) .
توضيح ذلك يظهر من هذه الجداول :

الجدول الاول :

اذا كانت قيمة العبد والجارية عشره ، فقيمة الجارية ستة وقيمة العبد اربعة ويتفاوت المعيب عن الصحيح بربع القيمة اى اثنان ونصف من العشرة .
ولنفرض ان قيمة الجارية المعيبة خمسة ، وقيمة العبد المعيب اثنان ونصف ، اذا ٠٠٠ فالجارية نقصت قيمتها بمقدار سدسها اى الواحد ، و العبد نقصت قيمته بمقدار ثلاثة اثمانه اى واحدا ونصفا .

وللتوضيح نقول مرة ثانية : مجموع قيمة العبد والامة ، صحيحين عشرة ، قيمة العبد فقط اربعة ، قيمة الامة فقط ستة ، مجموع قيمة العبد والامة معيبين سبعة ونصفا ، فقيمة العبد فقط معيبا اثنان ونصف ، وهو ينقص عن الاربعة بمقدار ثلاثة اثمان ، وقيمة الامة فقط معيبة خمسة وهو ينقص عن الستة بمقدار السدس

الجدول الثانى :

اذا كانت قيمة الجارية : ستة من عشرة - حسب الجدول الاول -
فقيمتها : سبعة وخمسا من اثنا عشر ، حسب ما فرضنا من ان قيمة الاشتراء

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

الجدول الثالث :

ينقص معيب الجارية عن صحيحها بالسدس - حسب الفرض فى الجدول
 الاول - فاذا كانت قيمة الجارية الصحيحة سبعة و خمسا من اثنى عشر -
 حسب الفرض فى الجدول الثانى - كانت قيمة معيبتها ستة ، فان الستة
 تنقص عن السبعة والخمس بمقدار سدس قيمتها ، اذ كل سدس واحد وخمس
 ينقص معيب العبد عن صحيحه بثلاثة اثمان - حسب الفرض فى الجدول
 الاول - فاذا كانت قيمة العبد الصحيح اربعة و اربعة اخماس من اثنى
 عشر - حسب الفرض فى الجدول الثانى - كانت قيمة معيبيه ثلاثة ، فان
 الثلاثة تنقص عن الاربعة والاربعة اخماس بمقدار ثلاثة اثمان قيمته ، اذ كل
 ثمن ثلاثة اخماس ، ومجموع ثلاثة اثمان قيمة العبد واحد ، واربعة اخماس،
 ننقص واحد او اربعة اخماس من اربعة و اربعة اخماس ، يبقى ثلاثة .

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

الجدول الرابع :

الجارية الصحيحة	العبد الصحيح	المجموع	الارش ربع القيمة	الباقى
٦	٤	١٠	$٢\frac{1}{4}$	$٧\frac{1}{4}$
$٧\frac{1}{8}$	$٤\frac{4}{8}$	١٢	٣	٩

والحاصل :

الجارية المعيبة	العبد المعيب	المجموع
٥	$٢\frac{1}{4}$	١٠ ينقص سدس القيمة اى $١\frac{1}{8}$
٦	٣	١٢ ينقص ثلاثة اثمان القيمة اى $١\frac{4}{8}$

(كما هو الطريق المختار) فتبعاً للشهيد ننسب معيب كل الى صحيحه ، لا
ان ننسب مجموع المعيبين الى مجموع الصحيحين - كما ننسب الى
المشهور - .

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

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

وان شئت توضيح ذلك فمثله بالدينار الذي هو الف فلس .
 فاذا اشترى العبد والجارية باثنى عشر دينارا ، فمقابل الجارية سبعة دنانير و خمس دينار اي مأتا فلس ، فسدسه يكون ديناراً و مأتى فلس ، ومقابل العبد اربعة دنانير و اربعة اخماس دينار اي ثمانمائة فلس ، فثلاثة اثمانه يكون ديناراً و ثمانمائة فلس (فالثلاثة التي هي ربع الثمن) لغرض ان قيمة المعيب اقل من قيمة الصحيح بمقدار الربع ، وان قيمة المجموع اثنى عشر (منطبق على السدس) و هو ارش الجارية (وثلاثة اثمان) و هو ارش العبد ، فان الثلاثة تعادل مجموع واحد وخمس ، و واحد و اربعة اخماس (بخلاف مانحن فيه) الذي هو عبارة عن ان الثمن المعطى للشئيين انما اعطى بالتساوى بحيث ان كل نصف من المبيع كان بازاء نصف الثمن (فان المبدول في مقابل كل من النصفين المختلفين بالقيمة) اذ لكل نصف قيمة خاصة به — لاننا نأخذ في كل نصف بقول مقوم وتقويم احدهما ازيد من تقويم الآخر — (امر واحد) و هو خبر « ان » (و) الامر الواحد (هو نصف الثمن) فاللازم نسبة كل معيب الى صحيحه لانسبة مجموع المعيب الى مجموع الصحيح .

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

.....
فالمناسب لما نحن فيه فرض شراء كل من الجارية والعبد - ففى

المثال المفروض --

هى ان ينسب الكل الى الكل .

والمتوهم ، قال : بانه يجب ان ينسب الكل الى الكل ، لان الاختلاف
فى صحيح كل نصف ومعيبه ، وبان يكون تقويم نصف المبيع ازيد من تقويم
النصف الآخر ، صحيحا ومعيبا ، انما هو مثل الاختلاف فى قيمة العبد
والجارية صحيحا ومعيبا ، ومع ذلك ينسب الكل الى الكل ، ولا ينسب
نعيب العبد الى صحيحه ومعيب الجارية الى صحيحها .

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

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

(فالمناسب لما نحن فيه) الذى هو ان يكون لكل نصف ثمن مماثل
لثمن النصف الآخر ، حيث ان الشئ قد اشترى بثمان واحد فلكل نصفه نصف
الثمان (فرض شراء كل من الجارية والعبد - فى المثال المفروض -) اى

بشمن مساو للآخر، بان اشترى كلا منهما بنصف الاثنى عشر في عقد واحد او عقدين، فلا يجوز حينئذ اخذ الربع من اثنى عشر، بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية سدس، و من ستة العبد اثنان و ربع، فيصير مجموع الارش ثلاثة و ربعا، وهو المأخوذ في المثال المتقدم على الطريق الثاني .

الذي فرضه المتوهم (بشمن مساو للآخر، بان اشترى كلا منهما) اي العبد و الامة (بنصف الاثنى عشر في عقد واحد او عقدين، ف) انه (لا يجوز حينئذ) اي حين ما اشترى العبد بستة و الجارية بستة (اخذ الربع من اثنى عشر) اذ يلزم ان ينسب كل معيب الى صحيحه، و يؤخذ التفاوت (بل المتعين حينئذ ان يؤخذ من ستة الجارية) اي قيمتها التي هي ستة (سدس) اي واحد لان المفروض ان معيب الجارية انقص من صحيحها بسدس قيمتها (و) يؤخذ (من ستة العبد) اي قيمته التي هي ستة (اثنان و ربع) لان المفروض ان معيب العبد ينقص عن صحيحه بثلاثة اثمان، اذ ثمن الستة ثلاثة ارباع فثلاثة اثمانه اثنان و ربع (فيصير مجموع الارش) في العبد و الجارية (ثلاثة و ربعا، وهو المأخوذ في المثال المتقدم) اي ما ذكره في اوائل البحث بقوله : و قد يختلفان كما اذا كانت احدى قيمتي الصحيح اثنى عشر الخ (على الطريق الثاني) اي طريقة الشهيد .

وقد ذكر هناك انه ثلاثة و ربع و ان شئت توضيحا لكلام المصنف
ففي المقام ثلاثة امور :

وقد ظهر مما ذكرنا انه لافرق بين شهادة البيّنات بالقيّم ، او
شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب

الاول : ان نشتري العبد والجارية كل واحد منهما بستة دنانير ، وفي
هذه الحال ، يجب ان ننسب معيب كل الى ستة ، والتفاوت حينئذ ثلاثة
وربع - حسب التقديرات التي ذكرناها في الجدول - .

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

الثالث : ان نشتري الشئ بثمن واحد ، لكن اختلف المقومّان ،
فجعلنا لكل مقومّ نصفاً من المبيع ، فان حال هذا حال الاول ، لاحتال
الثاني لانه اشترى النصفين بقيمتين متساويتين ، وانما الاختلاف حسب
اختلاف المقومّين ، كما ان اختلاف الاول حسب اختلاف القيمة السوقية .

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

(وقد ظهر مما ذكرنا) من انه يجب نسبة كل معيب الى صحيحه
لانسبة الكل الى الكل (انه لافرق بين شهادة البيّنات بالقيّم) كان يقول
احدهما الصحيح عشرة و المعيب خمسة ، ويقول الآخر الصحيح ثمانية ، و
المعيب سبعة (او شهادتهم بنفس النسبة بين الصحيح والمعيب) .
كان يقول الاول المعيب نصف الصحيح ، ويقول الثاني المعيب سبعة

و ان لم يذكروا القيم .

هذا كله اذا كان مستندا المشهور في اخذ القيمة الوسطى العمل بكل من البيئتين في جزء من المبيع .

واما اذا كان المستند مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرناه اخيرا بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع الناقصة على حد سواء، فالمتعين الطريق

اثمان الصحيح ، فان اللازم في الحالة الثانية - ايضا - ان نأخذ بقول كل واحد في النصف (و ان لم يذكروا القيم) اذ قد عرفت ان اجمع بين البيئتين يقتضى تنفيذ كل بيئية في نصف المبيع ثم ننسب معيب كل الى صحيحه و نجمع النسبتين و تنصيف التفاوت بينهما .

(هذا كله) وجه لزوم تنصيف التفاوتين - لاجمع القيمتين و تنصيفهما - (اذا كان مستندا المشهور في اخذ القيمة الوسطى) بين القيمتين (العمل بكل من البيئتين في جزء من المبيع) اذ قد عرفت ان مقتضى ذلك اخذ نصف التفاوتين لانصف القيمتين .

(و اما اذا كان المستند) للمشهور في طريقتهم (مجرد الجمع بين الحقيين على ما ذكرناه اخيرا) قبل كلام الشهيد بقولنا « و يمكن ايضا ٠٠ » (بان ينزل القيمة الزائدة و يرتفع) القيمة (الناقصة على حد سواء) اى ينقص بعد ان زاد فاذا قومه احدهما باثنى عشر و الآخر بثمانية ، ننزل اثنى عشر فقد رنصف التفاوت اى اثنين و نرفع الثمانية بذلك المقدار اى اثنين حتى تكون القيمة عشرة - كما سبق - (فالمتعين الطريق

.....
 الثانى ايضا ، سواء شهدت البيّنتان بالقيمتين ام شهدتا بنفس النسبة
 بين الصحيح و المعيب ؟

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

(الثنى) المنسوب الى الشهيد (ايضا) اى لزوم اخذ نصف التفاوتين (سواء
 شهدت البيّنتان بالقيمتين) كان قالتا اثنى عشر و ثمانية (ام شهدتا
 بنفس النسبة) كان قالتا النسبة (بين الصحيح و المعيب؟) كذا وكذا ،
 بدون ان تذكر القيمة .

(اما اذا شهدتا بنفس التفاوت ف) (اللازم ما ذكره الشهيد ، لا مانع
 الى المشهور) (لانه اذا شهدت احديهما بان التفاوت بين الصحيح و
 المعيب بالسدس ، وهو الاثنان من اثنى عشر) فيما اذا كانت القيمة
 اثنى عشر (و شهدت) البيّنة (الاخرى بانه) اى بان التفاوت (بثلاثة
 اثمان ، وهو الثلاثة من ثمانية) اى بعد ان قوم الصحيح بثمانية (زدنا
 على السدس) وهو اثنان (ما ينقص) السدس (من ثلاثة اثمان) بعد نسبة
 ثلاثة اثمان الى اثنى عشر ، اذا المفروض ان المبيع قيمته اثنى عشر .
 و من المعلوم ان ثلاثة اثمان من اثنى عشر ، يكون اربعة و نصفاً ،
 فهناك قولان للبيّنة .

احدهما ان التفاوت باثنين .

و صار كل واحد من التفاوتين بعد التعديل سدسا و نصف سدس و ثمنه
 و هو من الثمن المفروض اثني عشر، ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقا .
 و ان شهدت البيئتان بالقيمتين فمقتضى الجمع بين حقّ البائع و
 المشتري في مقام اعطاء الارش و اخذه تعديل قيمتي كل من الصحيح و
 المعيب بالزيادة

والثاني ان التفاوت باربعة و نصف، فالزائد على الاثنین هو اثنان
 و نصف ننصفه ، لنزيد نصفه على الاثنین، فنصفه هو واحد و ربع فاذا
 زدناه على السدس صار ثلاثة و ربعا (و) على هذا (صار كل واحد من
 التفاوتين) وهما تفاوت باثنین، وتفاوت باربعة و نصف (بعد التعديل)
 اى تنصيف الزائد وجعل نصفه على الناقص، وطرح نصفه عن الزائد
 (سدسا) و هو اثنان من اثني عشر القيمة (و نصف سدس) و هو واحد
 (و ثمنه) اى ثمن السدس، وهو الربع (وهو) اى هذا التفاوت المعدّل
 (من الثمن المفروض) كونه (اثني عشر، ثلاثة و ربع، كما ذكرنا سابقا) في
 بيان طريقة الشهيد .

(و ان شهدت البيئتان بالقيمتين) لا بالتفاوت و هذا عطف على
 قوله « اما اذا شهدت بنفس التفاوت » (فمقتضى الجمع بين حقّ البائع
 و المشتري في مقام اعطاء) البائع (الارش و اخذه) اى اخذ المشتري اياه
 و قوله « في مقام » بيان « الجمع » اذ قبل الاعطاء و الاخذ ليس هناك
 مقام للجمع .

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

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

بينة الاقل قيمة (و النقصان) على ما قاله بينة الاكثر قيمة ، و التعديل انما هو (باخذ قيمة نسبته الى المعيب ، دون نسبة القيمة الزائدة و فوق نسبة القيمة) الناقصة ، فيؤخذ من الاثنى عشر) اعلى قيمة للصحيح (و العشرة) اعلى قيمة للمعيب (و من الثمانية) انزل قيمة للصحيح (و الخمسة) انزل قيمة للمعيب (قيمتان) نائب فاعل « يؤخذ » (للصحيح و المعيب) .
 وهاتان القيمتان الجديدتان (نسبة احديهما الى الاخرى) اى نسبة القيمة الجديدة للصحيح الى القيمة الجديدة للمعيب (يزيد على السدس) اى التفاوت بين اثنى عشر و عشرة (بما) اى زيادة بمقدار (ينقص من ثلاثة اثمان) و هو التفاوت بين الثمانية و الخمسة فسدس القيمة التى هى اثنى عشر اثنان ، و ثلاثة اثمان القيمة التى هى اثنى عشر اربعة و نصف ، فالتوسط بين الاربين ثلاثة و ربع (فيؤخذ قيمتان) جديدتان (يزيد صحيحهما على المعيب بسدس ، و نصف سدس ، و ثمن سدس) فاذا فرضنا ان قيمة الصحيح ثمانية و اربعون و قيمة المعيب خمسة و ثلاثون كان التفاوت بينهما كما ذكره المصنف بالسدس و نصف السدس و ثمن السدس و من المعلوم ان هذا التفاوت يعادل نصف السدس ، و نصف ثلاثة

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

الجدول الاول :

المقوم الاول قال : التفاوت بالسدس بنصف قوله وناخذ نصف السدس .
والمقوم الثاني قال : التفاوت بثلاثة اثمان بنصف قوله وناخذ ثمن
ونصف ثمن ، فاللزام ان يكون الاختلاف بين الصحيح والمعيب بنصف
السدس ، وبالثلثين ونصف الثلثين .

ثم نقول : السدس والثلثين ونصف الثلثين : تعادل : السدس ، و
نصف السدس ، و ثمن السدس فالمصنف بدل ان يقول : السدس والثلثين
ونصف الثلثين قال : السدس ونصف السدس ، و ثمن الثلثين فلا تغفل .
اذا فرضنا ان الصحيح ثمانية واربعون والمعيب خمسة وثلاثون
فالتفاوت بينهما ثلاثة عشر ، فثلاثة عشر تعادل . نصف السدس وهو اربعة
اذا السدس من ثمانية واربعين يكون ثمانية ونصف ثلاثة اثمان وهو تسعة
اذ كل ثمن ستة فثلاثة اثمان تساوي ثمانية عشر ونصفها تسعة وتعادل
ايضا = ائسدس وهو ثمانية ونصف السدس وهو اربعة وبهذا عبّر
المصنف بدل ان يعبر بنصف السدس ونصف ثلاثة اثمان و ثمن السدس
وهو واحد .

الجدول الثاني : اذا كان الثمن الذي اشترى به اثنى عشر وقومه

احدهما باثنى عشر صحيحا وعشرة معيبا ، فالتفاوت بالسدس وقومه
الآخر بثمانية صحيحا وخمسة معيبا ، والتفاوت بثلاثة اثمان فاللزام ان

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

يسترجع المشتري نصف السدس و نصف ثلاثة اثمان ، وهو ثلاثة و ربع
 فنقول : ثلاثة و ربع تعادل : نصف السدس و هو واحد لان السدس
 اثنان و نصف ثلاثة اثمان و هو اثنان و ربع لان الثمن واحد و نصف ثلاثة
 اثمان تساوى اربعة و نصفاً فالمجموع يساوى ثلاثة و ربع و تعادل ايضاً
 السدس و هو اثنان و نصف السدس و هو واحد و ثمن السدس و هو
 الربع فالمجموع ثلاثة و ربع .

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

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

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

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

و ليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة .
و كذ لك قيم المعيب ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى
قال فى المقنعة : فان اختلف اهل الخبرة عمل على اوسط القيم ونحوه

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

(و ليس فى كلام الاكثر انه يجمع قيم الصحيح و ينتزع منها قيمة) .
(و كذ لك) يجمع (قيم المعيب) و ينتزع منها قيمة (ثم تنسب احدى القيمتين المنتزعتين الى الاخرى) .

نعم صرح بذلك بعض ، لكن نسبته الى المشهور لا وجه له .
و اليك كلمات بعض الفقهاء حتى ترى قابلية انطباقها على كلام الشهيد .

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

فی النہایة .

و فی الشرائع حمل علی الاوسط .

و بالجملۃ فکل من عبّر بالاوسط یحتمل ان یرید الاوسط من حیث النسبة ، لا من حیث العدد ، هذا مع ان المستند فی الجمیع هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکل من البینتین فی قیمة نصف المبیع .
نعم لو لم تکن بیئۃ اصلا ، لکن علمنا من الخارج ان قیمة الصحیح اما هذا واما ذاک ، و کذلک قیمة المعیب

الشیخ (فی النہایة) .

(و قال (فی الشرائع) ان اختلف اهل الخبرة (حمل علی الاوسط)
الی غیرها من عبارات الفقهاء .
(و بالجملۃ فکل من عبّر بالاوسط یحتمل ان یرید الاوسط من حیث النسبة) كما قاله الشہید (لا من حیث العدد) كما نسب الی المشہور (هذا) من جهة کلمات الفقهاء (مع) ان الدلیل لا یدل الاعلی کلام الشہید - كما تقدم - ! (ان المستند فی الجمیع) للبیئات (هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکل من البینتین فی قیمة نصف المبیع) فالفرق بین اثنا عشر و عشرة فی نصفهما ؛ السدس و الفرق بین الثمانية و الخمسة فی نصفهما ؛ نصف من ثلاثة اثمان و الحاصل ثلاثة و ربع لا ثلاثة كما نسب الی المشہور من انہم یقولون بثلاثة فقط .

(نعم لو لم تکن بیئۃ اصلا ، لکن علمنا من الخارج ان قیمة الصحیح اما هذا واما ذاک ، و کذلک) علمنا من الخارج ان (قیمة المعیب) اما

— و لم نقل حينئذ بالقرعة او الاصل — فاللازم الاستناد في التنصيف الى الجمع بين الحقين على هذا الوجه .

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

هذا واما ذاك (— و لم نقل حينئذ بالقرعة) لانها لكل امر مشكل (او الاصل —) اى اصاله براءة ذمة البائع من القدر الزائد على المتيقن (فاللازم الاستناد في التنصيف الى الجمع بين الحقين على هذا الوجه) اى اعطاء كل نصف من المبيع ، لاحد الاحتمالين ، فيكون موافقا لطريق الشهيد ايضا .

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

فكانه قال : في صورة وجود البينة ، يحتل طريق المشهور و طريق الشهيد — و طريق الشهيد اقرب — اما في صورة عدم البينة فاللازم طريق الشهيد فقط .

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

والله العالم .

اذلا خصوصية للقيمة المحتملة ، بل قد عرفت ان القيمة الخارجية كثيراً ما
تخالف كل القيم المحتملة ، كما تخالف كل القيم التي ذكرتها البيضة (و
الله العالم) بحقائق الاحكام .

القول

فى الشروط التى يقع عليها العقد ، و شروط صحتها و ما يترتب
على صحيحها و فاسدها ، الشرط يطلق فى العرف على معنيين .
احدهما المعنى الحدى و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شرط
للامر الفلانى ، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له ، او عليه .
و فى القاموس انه الزام الشئ و التزامه فى البيع وغيره ، و ظاهره

(القول فى الشروط التى يقع عليها العقد) عند الناس و التى
تعرض لها الفقهاء اثباتا او نفيا (و شروط صحتها) اى صحة الشروط
شرعا ، كان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و السنة (و ما يترتب على صحيحها و
فاسدها) من الاحكام ، مثل انه هل الشرط الفاسد مفسد ، ام لا ؟
فنقول : (الشرط يطلق فى العرف على معنيين) - و تنقيح المعنى
العرفى لان الموضوع الشرعى يؤخذ من العرف ، كما يؤخذ من اللغة - .
(احدهما المعنى الحدى) مثل النصر و الحمد (و هو) اى الشرط .
(بهذا المعنى) الحدى (مصدر شرط) يشترط (فهو شرط للامر
الفلانى ، و ذلك الامر مشروط و فلان مشروط له) اذا كان الشرط فى نفعه
(او) مشروط (عليه) اذا كان الشرط فى ضرره .
(وفى القاموس) فسر الشرط بالمعنى الحدى ، حيث قال : (انه
الزام الشئ) على الغير ، مثل ان البائع يشترط على المشتري قراءة
القرآن (فى البيع وغيره) اى غير البيع كالرهن و الاجارة (و ظاهره)

.....
 كون استعماله في الالتزام الابتدائي مجازاً، او غير صحيح، لكن لا اشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً، مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة ان قضاء الله احق وشرطه اوثق، والولاء لمن اعتق.

حيث اقتصر على هذا المعنى (كون استعماله) اي الشرط (في الالتزام الابتدائي) كان يقول زيد لعمرو: اشترط عليك ان تأتي الى داري (مجازاً) من باب مشابهة الشرط الابتدائي للشرط الضمني (او غير صحيح) اصلاً و انما كان ظاهره ذلك، لان بناء القاموس استقصاء المعاني الحقيقية للالفاظ، فتقييد الشرط بكونه في البيع دليل على ان الشرط الابتدائي اما مجاز او غير صحيح، اذا كان بنائه ذكر المعاني الحقيقية والمجازية اقول: لكن من المحتمل ان يكون قول القاموس «وغيره» عطفاً على مجموع «في البيع» لاعلى خصوص «البيع».

و حينئذ يكون شاملاً للشرط الابتدائي (لكن لا اشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيراً) وهي وان كانت قابلة للتأويل بما يرجع الى الشرط الضمني، لكن التأويل خلاف الظاهر (مثل قوله صلى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة) الآتية في الرابع من شروط صحة الشرط (ان قضاء الله احق) اي ما قضاه وامره احق بالاتباع (و شرطه اوثق) من شرط الناس ما يخالف قول الله، فالمراد بالشرط هنا حكم الله (والولاء لمن اعتق) العبد لا لمن باع العبد للمعتق، قال صلى الله عليه وآله ذلك حينما شرط البائع ان يكون الولاء له، لا للمشتري للمعتق ومعنى الولاء، انه اذا مات العبد بعد ان اعتقه المشتري، ولم يكن له وارث، فالمشتري

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

المعتق له هو الذى يرثه .

وجه التأويل فى هذا الخبر ومثله : ان المراد بان الله سبحانه وعد الناس بالجنة بشرط ان يطيعوه فاحكامه تعالى شروط وقعت فى ضمن الوعد ، او ان الله اشترى من المؤمنين انفسهم و اموالهم بان لهم الجنة و شرط عليهم اطاعة الاحكام او ما اشبه ذلك .

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

في النكاح .

وقد اعترف في الحدائق بان اطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار
واما دعوى كونه مجازا فيدفعها - مضافا الى اولوية الاشتراك
المعنوي، والى ان المتبادر من قوله : شرط على نفسه كذا ليس الامجرد

في النكاح) .

و ذلك مثل خبر ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام ، في رجل
قال لامرئته : ان نكحت عليك او تسريت فهي طالق ، قال عليه السلام :
ليس ذلك بشئ ، ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ان من اشترط
شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه ، فان الشرط اطلق على
الوعد - لعدم دليل في الرواية على انه كان في ضمن النكاح - .

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

(واما دعوى كونه) اي كون اطلاق الشرط على غير الشرط في ضمن
العقد (مجازا فيدفعها - مضافا الى اولوية الاشتراك المعنوي) فانهم
قد ذكروا في مبحث تعارض الاحوال انه لو دار الامر بين الحقيقة و
المجاز ، وبين الاشتراك المعنوي ، فالثاني اولى .

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

.....
 الالتزام — استدلال الامام عليه السلام بالنبوى : المؤمنون عند شروطهم
 فيما تقدم من الخبر الذى اطلق فيه الشرط على النذر او العهد ، ومع
 ذلك فلاحجة فيما فى القاموس مع تفرده به ، ولعله لم يلتفت الى
 الاستعمالات التى ذكرناها ، والا لذكرها ولوبعنوان يشعر بمجازيتها .
 ثم قد يتجاوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى ؛ فيطلق على نفس

(الالتزام) — لا الالتزام فى الالتزام ، والتبادر آية الحقيقة كما ذكر فى
 الاصول (استدلال الامام عليه السلام) فاستدلال ، فاعل يدفعه —
 (بالنبوى : المؤمنون عند شروطهم ، فيما تقدم من الخبر) اى خبر ابن سنان
 الذى ذكرناه و اشار اليه المصنف بقوله « وقد اطلق . . الخ » (الذى
 اطلق فيه الشرط على النذر او العهد) او الوعد — كما عرفت — (ومع
 ذلك) الذى ذكرناه من اطلاقه فى الاخبار على الشرط الابتدائى اطلاقا
 تدل القرائن على انه بنحو الحقيقة (فلاحجة فيما فى القاموس) من انه
 خاص بالالتزام والالتزام فى البيع و نحوه (مع تفرده به) اذ غيره لم
 يخصه بذلك (ولعله لم يلتفت الى الاستعمالات التى ذكرناها ، والا
 لذكرها) اى ذكر هذه الاستعمالات ، بان الشرط يستعمل فى الشرط
 الابتدائى — كالموارد المذكورة — (ولو) ذكرنا (بعنوان يشعر بمجازيتها)
 فعدم الذكر دليل على عدم الالتفات ، اذ لو اغمضنا النظر عن كونه حقيقة
 فلا قل من كونه مجازا .

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

المشروط ، كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الانسان على نفسه
الثاني : ما يلزم من عدمه العدم ، من دون ملاحظة انه يلزم من
وجوده الوجود ، اولاً ، و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر

المشروط ، كالخلق بمعنى المخلوق) فان الخلق قد يطلق ويراد به
المعنى المصدرى ، كالضرب والنصر ، وقد يطلق ويراد به ما تعلق به
الخلق ، اى المخلوقات ، كقوله تعالى : هَذَا خَلْقُ اللَّهِ اى ما خلقه الله .
وعلى هذا الاطلاق (فيراد به) اى بالشرط (ما يلزمه الانسان على
نفسه) فاذا شرط زيد على عمرو ان يخييط قبائه يقال : الشرط خياطة
القباء ، مثلاً ، وهذا مجاز ، كما لا يخفى .

(**الثانى**) من المعنيين للشرط (ما يلزم من عدمه العدم) اى القيد
فى الشئ ، كسائر القيود ، مثل الحال والتميز والوصف وغيرها (من دون
ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود ، اولاً) يلزم .

مثال يقال : الموضوء شرط الصلاة ، ويراد بانه يلزم من عدم الموضوء
عدم الصلاة ، مع انه لا يلزم من وجود الموضوء وجود الصلاة ، اذ ربما يتوضأ
الانسان ولا يصلى .

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

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

مصدر وله معنى حدثى .

واما الفرق بينه وبين المعنى المجازى الاول - وهو ما ذكره بقوله :
وقد يتجاوز فى لفظ الشرط - هو ان المعنى الثانى قيد ، والمعنى المجازى
مقيّد .

فالخلق بمعنى المخلوق ليس قيّدًا لشيء ، كذ لك الشرط بمعنى
المشروط ليس قيّدًا لشيء ، اما الوضوء ، فهو قيد للصلاة .
كما ان الشرط بالمعنى الاصولى مقابل للسبب ، وقد عرفت ان الشرط
بالمعنى الثانى اعم من السبب ، لانه يطلق على ما يلزم من عدمه العدم ،
سواء لزم من وجوده الوجود ايضا وهو السبب ، ام لا وهو الشرط الاصولى
والشرط بالمعنى النحوى ما يكون بعد اداة الشرط ، وهذا غير معتبر
هنا كما لا يخفى .

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

.....
 و لذا ليسا بمتضايين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل
 و المشروط هو ما جعل له الشرط

(ولذا) انذى ذكرنا ان الاشتقاق منه ليس على الاصل ف (ليسا)

اي الشارط و المشروط (بمتضايين) .

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

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

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

كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب .

والحاصل ان عدم التضايف بين الشارط والمشروط دليل على ان الشرط — بالمعنى الثانى — ليس مشتقا ، بل جامداً ، وان اشتقاق الشارط والمشروط منه ، انما هو بالتضمين ، وليس على الاصل .

فحال هذه الالفاظ الثلاثة (كالمسبب بالكسر) الذى يقال لعله " الشئ (والفتح) الذى يقال للمسبب له ، لا لنفس السبب (المشتقين من السبب) مثلاً الله سبحانه مسبب — بالكسر — والنار سبب ، والاحتراق مسبب — بالفتح — .

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

فعدم التضايف بين المسبب والمسبب دليل على ان السبب جامد ، وان الاشتقاق منه بالتضمين .

وان شئت قلت : الشارط هو الله والمشروط الصلاة والشرط الوضوء ولو كان الشرط مشتقا لكان اللازم ان يكون المشروط هو الوضوء — لا الصلاة — .

وكذلك المسبب هو الله والمسبب هو الاحتراق ، والسبب النار . ولو كان السبب مشتقا لزم ان يكون المسبب هو النار — لا الاحتراق — فتأمل .

.....
 فعلم من ذلك ان الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر ، و
 بمعنى الشئ .

واما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب ادواة
 الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من افادة تلك الجملة ، لكون مضمونها
 شرطاً بالمعنى الثانى ، كما ان استعماله فى السنة اهل المعقول والاصول
 فيما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده

(فعلم من ذلك) الذى ذكرنا فى معنى الشرط الاول والثانى (ان
 الشرط فى المعنيين نظير الامر بمعنى المصدر) لأمر يأمر أمراً ، وهذا
 على قياس الشرط بالمعنى الاول الحدثنى (و بمعنى الشئ) نحو اِذَا
 قَضَى أَمْرًا اِى شَيْئًا ، وهذا على قياس الشرط بالمعنى الثانى الجامد .
 (و اما استعماله) اى الشرط (فى السنة النحاة على الجملة الواقعة
 عقيب ادواة الشرط) مثل : ان جائك زيد فاكرمه ، فانهم يسمون جملة جائك
 زيد شرطاً ، كما يسمونه جملة شرطية (فهو اصطلاح خاص مأخوذ) هذا
 الاصطلاح (من افادة تلك الجملة) : - الشرط - فان جملة الشرط تفيد
 ان المجئ شرط للاكرام ، فالاكرام مقيد بقيد المجئ ، كما ان الصلاة مقيدة
 بالوضوء .

فكما ان الوضوء يسمى شرطاً كذا لك المجئ يسمى شرطاً (لكون
 مضمونها) اى مضمون الجملة الاولى وهى ان جائك زيد (شرطاً بالمعنى
 الثانى) وهو المعنى الجامد (كما ان استعماله) اى الشرط (فى السنة
 اهل المعقول والاصول فيما يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده

الوجود، مأخوذ من ذلك المعنى، الا انه اضيف اليه ما ذكر فى اصطلاحهم
مقابلا للسبب .

فقد تلخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين، وآخرين اصطلاحيين
لا يحمل عليهما الاطلاقات العرفية، بل هى مرددة بين الاولين .
فان قامت قرينة على ارادة المصدر تعيين الاول

الوجود) وهذا اخص مما ذكرنا فى المعنى الثانى حيث قلنا : انه ما
يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود فيشمل
ما يلزم وما لا يلزم (مأخوذ من ذلك المعنى) الثانى ايضا (الا انه اضيف) عند
اهل المعقول والاصول (اليه) اى الى المعنى الثانى (ما ذكر فى
اصطلاحهم مقابلا للسبب) .

فالمعنى الثانى اعم من الشرط والسبب — عند اهل المعقول — بينما
المعنى عند اهل المعقول خاص بالشرط الاصطلاحى عندهم، ولا يشمل
السبب .

(فقد تنخص مما ذكرنا ان للشرط معنيين عرفيين) وهما ما ذكرناه بقولنا :
الاول، الثانى (وآخرين اصطلاحيين) فى اصطلاح النحاة، وفى
اصطلاح اهل المعقول (لا يحمل عليهما) اى على المعنيين الاصطلاحيين
(الاطلاقات العرفية، بل هى) اى الاطلاقات العرفية (مرددة بين
الاولين) وهما المعنى الحدى الاول، والمعنى الجامد الثانى .

(فان) استعمل الشرط فى لسان العرف، آية او رواية او كلام فقيه .
او ما اشبهه، و(قامت قرينة على ارادة المصدر تعيين الاول) اى الحدى

.....
 او على ارادة الجامد تعين الثانى ، والا حصل الاجمال .

و ظهر ايضا ان المراد بالشرط فى قولهم صلوات الله عليهم :
 المؤمنون عند شروطهم ، هو الشرط باعتبار كونه مصدرا .
 اما مستعملا فى معناه اعنى الزاما على انفسهم .
 و اما مستعملا بمعنى ملتزماتهم .
 و اما بمعنى جعل الشئ شرطا بالمعنى الثانى ،

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

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

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

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

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

.....

بمعنى التزام عدم شئ عند عدم آخر وسيجئ الكلام فى ذلك .

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

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

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

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

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

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

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

و يحتمل ان يراد به الحكم الشرعى المقرر ، وهو ثبوت الخيار .
وعلى كل تقدير ففى الاخبار عنه بقوله : ثلاثة ايام ، مسامحة .

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

(و يحتمل ان يراد به) اى بلفظ الشرط (الحكم الشرعى المقرر) فالشرط اسم مصدر ، لانه مستعمل فى الهيئة بدون النسبة (و) المراد بالحكم الشرعى المقرر (هو ثبوت الخيار) اى الخيار الثابت شرعا و هو الخيار المنسوب الى الشرع .

و الحاصل انه قد يكون السؤال عن الموضوع ، اى نفس الخيار فكانه قال السائل : ما هو الخيار فى الحيوان ، وقد يكون السؤال عن الحكم ، فكانه قال السائل : ماذا قرر الشارع فى الحيوان .

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

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

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

ايام .

اما مدة الخيار فتحمل على ثلاثة ايام وعلى ارجاع لفظ الشرط
الى الحكم ، فيكون التقدير كائن فى الثلاثة .
ومن المعلوم ان امثال هذه التقديرات كتقدير لفظ المدة ، او كائن ،
لا تحتاج الى التوجيه لانها من المجازات المتعارفة .
(نعم فى بعض الاخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة ايام ، ولا يخفى
توقفه على التوجيه) اذا الشرط باى معنى كان لا يكون فى الحيوان ، بل
اللازم ان يقال : الحيوان متعلق الخيار ، او متعلق حكم الخيار ، فتأمل .

فى شروط صحة الشرط ، وهى امور قد وقع الكلام او الخلاف

• فيها

احدها : ان يكون داخل تحت قدرة المكلف ، فيخرج مالا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها مثل صيرورة الزرع سنبلًا وكون الامة والدابة تحمل فى المستقبل او تلد كذا او كان عملا يجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا ، كما مثل به فى القواعد •

(الكلام فى شروط صحة الشرط ، وهى امور قد وقع الكلام او الخلاف

• فيها)

(احدها : ان يكون) الشرط (داخل تحت قدرة المكلف) بان يقدر المكلف على انجاز الشرط مباشرة او بالتسبيب ، بفعل نفس الشرط او مقدماته المؤدية اليه ، كان يشترط عليه الاحراق ، فانه قادر عليه بايجاد مقدماته (فيخرج مالا يقدر العاقد على تسليمه الى صاحبه سواء كان صفة لا يقدر العاقد على تسليم العين موصوفا بها) اى بتلك الصفة (مثل صيرورة الزرع سنبلًا) بان يبيعه الزرع بشرط ان يصير فى المستقبل سنبلًا (وكون الامة والدابة تحمل فى المستقبل او تلد كذا) اى تلد ذكرًا او انثى مثلاً (او كان عملا يجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا ، كما مثل به فى القواعد) •

.....
لكن الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلا و تمرا ، و
الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته
كافعال الله سبحانه ، لاعن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط
عليه ، لان الالتزام

و الفرق بين الصفة و الجعل ، ان الصفة لا ينسبها العاقد الى نفسه
بخلاف الجعل ، ففى الاول لا يقول ، انا اجعل بل يقول هو يصير سنبلا
و فى الثانى يقول : انا اجعل .

(لكن الظاهر ان المراد به) اى بالجعل (جعل الله الزرع والبسر)
و هو التمر قبل ان يحلو و ينضج (سنبلا و تمرا) فشرط ان يجعل العاقد
بنفسه الزرع سنبلا ، شرط غير عقلائى ، والكلام فى الشروط التى يجريها
العرف ، وان كانت غير مقدورة ، واقعا (و الغرض) من شرطهم : كـون
الشرط داخلا تحت قدرة المكلف (الاحتراز عن اشتراط فعل غير العاقد
مما لا يكون تحت قدرته) بان يشترط فعلا ليس هو فعل العاقد ، ولا يكون
تحت قدرة العاقد (كافعال الله سبحانه) كاشتراط الحمل و السنبل ،
فان الحمل ليس فعل العاقد ، ولا يكون تحت قدرته ، بخلاف ما اذا شرط
سقى الحديقة مثلا ، فانه فعل العاقد ، او تحت قدرته بان يأمر عبده او
ولده بالسقى (لا) ان قصد هم بهذا الشرط (المقدورية) الاحتراز (عن
اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه) و ان كان الفعل فى نفسه
ليس مستحيلا ، او كان الفعل فى نفسه ايضا مستحيلا .

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

.....
 والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا او عادة مما لا يرتكبه العقلاء والاحتراز
 عن مثل الجمع بين الضدين او الطيران فى الهواء مما لا يرتكبه العقلاء
 والالتيان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز، والصحة، بعيد
 عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك فى باب الاجارة والجمالة
 مع ان اشتراط كون الفعل سائغا يغنى عن اشتراط القدرة .

والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا او عادة) وان لم يمتنع عقلا (مما لا يرتكبه العقلاء) (من المعلوم ان (الاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين) المستحيل عقلا (او الطيران فى الهواء) المستحيل عادة (مما لا يرتكبه العقلاء) اذ كلام العقلاء فى الامور الممكنة عقلا وعادة (والالتيان بالقيد المخرج لذلك) بان يقيدوا الشرط بكونه مقدورا لاجرا المحال العقلى والعادى (والحكم عليه) اى على هذا النحو من القيد (بعدم الجواز، وعدم) (الصحة، بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك) القيد المخرج للمستحيلات (فى باب الاجارة والجمالة) فلم يقولوا : يشترط فى الاجارة ان يكون متعلقها مقدورا، فلاتصح اجارة الانسان على ان يطير، او يجمع بين الضدين - هذا
 اولاً - .

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

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

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

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

و الغرض الاحتراز عن ذلك •

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

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

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

و من المعلوم ان ذلك ليس بمحال عقلا ولا عادة، وانما هو بحيث
لا يكون داخلا تحت قدرة المشروط عليه، بل داخلا تحت قدرة الله تعالى
(١) و لصيرورتهما كذا لك عطف على « ببلوغ » حيث ان بعضهم عبر بشرط
ان يبلغ الزرع، وبعضهم عبر بشرط ان يصير الزرع (و تمثيلهم لغير
المقدور) « تمثيلهم » عطف على « تعبير » (بانعقاد الثمرة و ايناعها) اى
بنضجها (و حمل الدابة في ما بعد) العقد (و وضع الحامل في وقت كذا)
فان كل ذلك مقدور لغير الشارط - و خارج عن قدرة الشارط -

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

وغير ذلك .

وقال فى القواعد : يجوز اشتراط مايدخل تحت القدرة من منافع
البائع دون غيره ، كجعل الزرع سنبلًا والبسر تمرًا ، قال الشهيد ره فى
محكى حواشيه على القواعد ان المراد جعل الله الزرع سنبلًا والبسر تمرًا ،
لانا انما نفرض فيما يجوز ان

الدابة كان ذلك غير مقدور له اصلا ، بل محال بالنسبة اليه .
وقوله « و تمثيلهم » مثال آخر لبلوغ الزرع الذى ذكره اولًا ، لانه
شئ جديد ، كما ربما يتوهم من ظاهر العبارة (وغير ذلك) من الامثلة .
والحاصل ان الشيخ يقول : ان قولهم : بوجوب ان يكون الشرط
داخلا تحت القدرة ، يريدون قدرة الشارط ، مقابل ماكان تحت قدرة
غيره ، بدليل ان اخراج المحال لا يحتاج الى القيد ، وبشهادة امثلتهم
لانهم يريدون مطلق القدرة ، مقابل المحال العقلى او العادى .
(و يدل على ما ذكرناه ما ذكره الشهيد فى شرح عبارة القواعد) قال
فى القواعد : يجوز اشتراط مايدخل تحت القدرة من منافع البائع دون
غيره (اى دون ما لا يدخل تحت قدرة البائع ، ومثل للغير بقوله (كجعل
الزرع سنبلًا والبسر تمرًا) .

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

يتوهمه عاقل لا متناع ذلك من غير الآله جلت عظمته ، انتهى ، لكن قال فى الشرائع : ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل فى مقدوره ، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلًا والرطب على ان يجعله تمرًا ، انتهى ، ونحوها عبارة التذكرة ، لكن لا بد من ارجاعها الى ما ذكر ، اذ لا يتصور القصد من العاقل الى الالتزام والالتزام بهذا الممتنع العقلى .

يتوهمه عاقل) .

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

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

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

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

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

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

وانما لا يصح هذا الشرط ، لان الايصال ليس بيد البائع (فاسند)
 — بالمجهول — اى فى كلام الفقهاء (الجعل الى نفسه) اى نفس
 المشروط عليه (بهذا الاعتبار) اى اعتبار ارادة مقدمات الجعل من لفظ
 الجعل .

فتحصل ان الشرط على اربعة اقسام .

- ١- : ان يجعل الله الزرع سنبلًا ، وهذا ممكن غير جائز .
- ٢- : وان يجعل الانسان الزرع سنبلًا ، وهذا محال .
- ٣- : وان يأتى المشروط عليه بالمقدمات فقط ، وهذا ممكن جائز .
- ٤- : وان يأتى المشروط عليه بالمقدمات على وجه توصل الى النتيجة
 وهذا ممكن غير جائز (فافهم) فان ارجاع عبارتى المحقق والتذكرة الى
 خلاف ظاهرهما لا وجه له .

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

(و كيف كان فالوجه في اشتراط الشرط المذكور) اي شرط ان يكون
 الشرط داخلا تحت قدرة المكلف (- مضافا الى عدم الخلاف فيه -) بين
 الفقهاء (عدم القدرة على تسليمه) اي تسليم الشرط غير المقدور (بل و
 لا على تسليم المبيع اذا اخذ) المبيع (متصفا به) اي بهذا الشرط .
 و صورة القياس هكذا ، هذا الشرط غير مقدور على تسلمه و كل شرط
 غير مقدور على تسلمه فهو باطل ، فهذا الشرط باطل .

اما الصغرى : ف (لان تحقق مثل هذا الشرط) انما هو (بضرب من
 الاتفاق ، ولايناط) تحققه (بارادة المشروط عليه) فانه ربما يشاء الله
 سبحانه جعل الزرع سنبلاو ربما يشاء عدمه ، وكذا لك في حمل الدابة ، و
 سائر الامثلة .

واما الكبرى (ف) لانه (يلزم) من اشتراط هذا الشرط (الغرر في
 العقد ، لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه) وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله
 عن الغرر .

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

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

ولا ينقص ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حائلا لا يعلم تحققه فى المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملا ، للفرق بينهما — بعد الاجتماع — بان التزام وجود الصفة فى الحال بناء على وجود الوصف الحالى

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

لكن لا يخفى الاشكال فى الكبرى ، اذ عدم القدرة لا يجعل الامر غرريا — عرفا — بل العقلاء يتعلق غرضهم بهكذا معاملة ، كما تقدم ، — من مثال اشتراطهم الاجارة والبيع بعدم مجئ الزوار او بمجيئهم — مثلا — (و) ان قلت : اذا كان الشرط المجهول التحقق يوجب بطلان الشرط .

بل بطلان البيع ، فلماذا لا تقولون بمثله فى الشرط الحالى .

قلت : (لا ينقص ما ذكرنا بما لو اشترط وصفا حائلا) و كان الوصف بحيث (لا يعلم تحققه فى المبيع كاشتراط كونه كاتباً بالفعل او حاملا) فى حال انه لا يعلم انه كاتب او انها حامل ، فانه لا اشكال فى صحة هذا الشرط مع انه والشرط الاستقبالى بمنزلة واحدة .

وانما لا ينقص (للفرق بينهما) اى بين الشرط الاستقبالى المجهول الشرط الحالى المجهول (— بعد الاجتماع —) المتقدم (بان التزام وجود الصفة فى الحال بناء على وجود الوصف الحالى) « بناء » خبر « التزام »

.....

و لو لم يعلما به .

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

اى ان البائع يلتزم وجود الوصف ، والتزامه هذا يرفع الغرر ، بخلاف
الوصف الاستقبالى فان البائع لا يتمكن من الالتزام به ، لانه ليس بيده
المستقبل ، و اذا لم يتمكن من الالتزام به ، كان ذلك غرريا .
ثم ان التزام البائع كاف فى رفع الغرر (و لو لم يعلما به) اى بالوصف
هل هو موجود الآن ام لا ؟ فان الرفع للغرر الالتزام ، لا وجود الوصف
الفعلى او العلم به .

(فاشترط كتابة العبد المعين الخارجى) بان باعه هذا العبد على
شرط ان يكون كاتبا الآن حال البيع (بمنزلة توصيفه بها) اى بمنزلة ان
يقول : انى ابيعك هذا العبد الكاتب (و بهذا المقدار) من الالتزام و
التوصيف (يرتفع الغرر) فلا مانع من مثل هذا البيع (بخلاف ما سيتحقق
فى المستقبل) كجعل الزرع سنبلًا (فان الارتباط به) اى ارتباط البائع
العقد بهذا الشرط الاستقبالى (لا يدل على البناء على تحقيقه) .

وفيه اولا : ان مجرد البناء فى الوصف الحالى لا يخرج العقد من
الغرر - اذا كان الجهل بهذا المقدار غررا - .

و ثانيا : ان البناء و التوصيف موجودان فى الاستقبالى ايضا ، فهو
بمنزلة ان يقول : انى ابيعك هذا الزرع المتصف بانه سيصبح سنبلًا .

وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان تكون الامة تحمل فى المستقبل لانه غرر عرفا، خلافا للمحكى عن الشيخ والقاضى، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل، و بجواز الفسخ اذا لم يتحقق و ظاهرهما — كما استفاده فى الدروس — تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق، فيتحقق الخلاف فى مسألة اعتبار القدرة فى صحة الشرط .

و يمكن توجيه كلام الشيخ بارجاع اشتراط الحمل فى المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل .

(وقد صرح العلامة فيما حكى عنه ببطلان اشتراط ان تكون الامة تحمل فى المستقبل) وعلل ذلك بقوله : (لانه غرر عرفا) .

ثم ان ما ذكرناه من بطلان الشرط الاستقبالى ليس اتفاقيا ، بـ (خلافا للمحكى عن الشيخ والقاضى ، فحكما بلزوم العقد مع تحقق الحمل) فى المستقبل (و بجواز الفسخ) لانتفاء الشرط (اذا لم يتحقق) الحمل فى المستقبل (و ظاهرهما — كما استفاده فى الدروس — تزلزل العقد باشتراط) شرط (مجهول التحقق) لابطالان العقد، كما ادعاه الغنية .

و عليه (فيتحقق الخلاف فى مسألة اعتبار القدرة فى صحة الشرط) لان تزلزل العقد يلزم صحة هذا الشرط .

(و يمكن توجيه كلام الشيخ) والقاضى (ب) ما لا ينافى كلام المشهور القائلين ببطلان البيع بمثل هذا الشرط الاستقبالى المجهول ب (ارجاع اشتراط الحمل فى المستقبل الى اشتراط صفة حالية موجبة للحمل) حتى يكون

فعدمه كاشف عن فقد ها .

و هذا الشرط و ان كان للتأمل فى صحته مجال ، الا ان ارادة هذا المعنى يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف .
ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته فيه اصلا كاشتراط ان الحامل تضع فى شهر كذا .

الشرط حاليا - من قبيل شرط كتابة العبد - بان يشترط ان تكون فى الامة قابلية الحمل (فعدمه) بان لم تحمل ، مما يكشف عن انه لم تكن لها قابلية (كاشف عن فقد ها) اى فقد تلك الصفة حال العقد ، كما لو تبين ان العبد لم يكن كاتبا .

(و هذا الشرط) اى شرط الصفة الحاضرة (و ان كان للتأمل فى صحته مجال) لانه لا يكفى فى دفع الفرر التزام البائع بما لا يعلم ان بوجوده وعدمه ، و ان التزم البائع وجود الوصف (الا ان ارادة هذا المعنى) من عبارة الشيخ و القاضى (يخرج اعتبار كون الشرط مما يدخل تحت القدرة عن الخلاف) .

و يحقق ما ذكرناه سابقا من انه لا خلاف فى ذلك الا ان ارجاع كلام الشيخ و القاضى الى ما ذكره المصنف خلاف ظاهرهما فلا وجه له ، وقد عرفت ان مثل هذا الشرط الاستقبالى لا يوجب الفرر .

(ثم ان عدم القدرة على الشرط تارة لعدم مدخليته) اى عدم مدخلية المشروط عليه (فيه) اى فى الشرط (اصلا) فلا يتمكن من ايجاده و ذلك (كاشتراط ان الحامل تضع فى شهر كذا) او يوم كذا ، و ان يصير الزرع سنبلًا .

.....
 و اخرى لعدم استقلاله فيه ، كاشتراط بيع المبيع من زيد فان
 المقدور هو الايجاب فقط ، لا العقد المركب فان اراد اشتراط المركب
 فالظاهر دخوله فى اشتراط غير المقدور ، الا ان العلامة قدس سره فى
 التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد قال : لو اشترط بيعه
 على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار بين الفسخ والامضاء ،
 والعدم ، اذ تقديره : بيعه على زيد ان اشتراه انتهى .
 ولا اعرف وجهها لاحتمال الاول ، اذ على تقدير

(و اخرى لعدم استقلاله) اى استقلال المشروط عليه (فيه) اى فى
 حصول الشرط ، وان كانت له مدخلية (كاشتراط بيع المبيع من زيد)
 او بيع المبيع من اى انسان كان (فان المقدور هو الايجاب فقط ، لا العقد
 المركب) من الايجاب والقبول (فان اراد) الشارط (اشتراط المركب)
 بان يأتى المشروط عليه بالعقد بايجاب وقبول (فالظاهر دخوله فى
 اشتراط غير المقدور) و يكون الشرط باطلا حينئذ (الا ان العلامة قدس
 سره فى التذكرة بعد جزمه بصحة اشتراط بيعه على زيد) مثلا (قال : لو
 اشترط بيعه على زيد فامتنع زيد من شرائه احتمل ثبوت الخيار) للبائع
 (بين الفسخ والامضاء) لان شرطه لم يتحقق (و) احتمل (العدم) فلا
 خيار له (اذ تقديره) اى تقدير الشرط (بيعه على زيد ان اشتراه ، انتهى)
 فاذا لم يشتره فلا امر بالبيع فلا خيار ، لانه لم يتخلف الشرط - كما لو
 شرط عليه اكرام زيد ان اتاه فلم يأت زيد - فانه لا مجال للفسخ .
 (ولا اعرف وجهها لاحتمال الاول) اى ثبوت الخيار (اذ على تقدير

ارادة اشتراط الايجاب فقط قد حصل الشرط .

وعلى تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغي البطلان ، الا ان يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء فاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الايجاب ، فاتفق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط .
وعليه يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط على البائع اقامة

ارادة اشتراط (الشارط) (الايجاب فقط) او عرضه على البيع ف (قد حصل الشرط) فلا وجه لخيار الفسخ ، لان المفروض ان المشروط عليه عرض المتاع على البيع او اوجب البيع .

(وعلى تقدير اشتراط المجموع المركب) من الايجاب والقبول (ينبغي البطلان) لان هذا الشرط غير مقدور للمشروط عليه ، فهذا الشرط باطل لكنك قد عرفت صحة مثل هذا الشرط ، فكلام العلامة في محله (الا ان يحمل) كلام العلامة (على صورة الوثوق) من الشارط (بالاشتراء) فالشرط وان كان غير مقدور، الا ان الوثوق بحصوله كاف في صحته (فاشتراط النتيجة) اي اشتراط البائع : الاشتراء الخارجى (بناء) خبر «اشترط» (على حصولها) اي النتيجة (بمجرد الايجاب فاتفق امتناعه) اي المشتري (من الشراء بمنزلة تعذر الشرط) المقدور كما اذا شرط على المشتري ان يخييط قبائه ثم اصابه الشلل ولا يقدر على الخياطة ، فانه يوجب خيار الفسخ للشارط ، لان الشرط باطل من اصله (وعليه) اي على ما ذكرنا من صورة الوثوق بحصول الشرط ، ثم تعذر الشرط (يحمل قوله في التذكرة و لو اشترط) المشتري (على البائع اقامة

كفيل على العهدة فلم يوجد ، او امتنع المعين ثبت للمشتري الخيار ،
انتهى .

و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب
خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط ، كاشتراط
كون امرئة مزوجة او الزوجة مطلقة من غير ان يراد من ذلك ايجاد الاسباب اما

كفيل على العهدة) بان استاع ان ظهر ملكا للغير ، او ظهر معيба
فالكفيل يكفل البائع ثلاثيهرب من اداء ما عليه (فلم يوجد) الكفيل الذى
يكفله (او) كان الشرط كفاية انسان معين للبائع ، ف (امتنع المعين)
عن قبول الكفاية (ثبت للمشتري الخيار) .

وانما نحمل كلام العلامة على ذلك ، لانه لو لم نحمله عليه كان الشرط
باطلا لانه غير مقدور (انتهى) كلام التذكرة .

لكنك قد عرفت عدم الاحتياج الى امثال هذه التجشّات .

(و من افراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية) بنفس الشرط من
دون الاتيان باسبابها الشرعية بان كانت تلك الغاية (متوقفة شرعا على
سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط) كان
الاولى ادخال ذلك فى اشتراط ان لا يكون الشرط مخالفا للكتاب و
السنة (كاشتراط كون امرئة مزوجة) مثل ان يبيع الرجل المتاع لامرئة
اجنبية بشرط ان تكون زوجة له بنفس هذا الشرط (او الزوجة مطلقة)
كان يبيع للزوج متاعا بشرط ان تكون زوجته مطلقة بنفس هذا الشرط
(من غير ان يراد من ذلك) الشرط (ايجاد الاسباب اما

لو اراد ايجاد الاسباب او كان الشرط مما يكفى فى تحقيقه نفس الاشتراط فلا شك .

و لو شك فى حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتى الكلام فيه فى حكم الشرط .

الثانى : ان يكون الشرط سائغا فى نفسه ، فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمر او نحوه من المحرمات ، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم .

لو اراد ايجاد الاسباب) بالشرط بان تكون زوجة له بالنكاح الشرعى ، او ان يطلق زوجته (او كان الشرط مما يكفى فى تحقيقه نفس الاشتراط) كان يشترط البائع ، ان تكون دار المشتري مكانا للبائع ، فان الشرط كاف فى نقل الملكية (فلا شك) فى صحة مثل هذا الشرط ، لانه مقدور و جائز شرعا .

(و لو شك فى حصوله) اى حصول ذلك المشروط (بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة) اذا شككنا فى انه هل يحتاج المالك الى اسباب خاصة او انها تتحقق بنفس الشرط ؟ (فسيأتى الكلام فيه) اى فى حكم ما لو شك و هل يصح شرطه ام لا ؟ (فى حكم الشرط) ان شاء الله تعالى .

(**الثانى**) من شروط صحة الشرط (ان يكون الشرط سائغا فى نفسه فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمر او نحوه) كاشتراط نحت الخشب صليبا او صنما (من) سائر (المحرمات) و ذلك (لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم) و الا لانفتح باب تحليل المحرمات و اسقاط الواجبات بالشرط فى ضمن العقد ، وهو بديهى البطلان .

و يدل عليه ما سيجئ من قوله المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا احل حراما او حرّم حلالا .

فان الشرط اذا كان محرّما كان اشتراطه و الالتزام به احلالا للحرام و هذا واضح لا اشكال فيه .

الثالث: ان يكون مافيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا ، او بالنظر الى خصوص المشروط له .

(و يدل عليه ما سيجئ من قوله) عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرّم حلالا) و المراد بالحلال مقابل الحرام فيشمل الاحكام الاربعة الاخر و هى : الواجب و المندوب و المكروه و المباح و كذلك فى قوله عليه السلام : حلال محمد «ص» حلال الى يوم القيامة ، و حرام محمد حرام الى يوم القيامة — و سيأتى الكلام فيه — .

(فان الشرط اذا كان محرّما كان اشتراطه) من المشترط (و الالتزام به) من المشترط عليه (احلالا للحرام) او تحريما للحلال (و هذا واضح لا اشكال فيه) فان الالتزام و ان لم يكن عملا -- و انما هو الذى عنيه جمع من المحققين ان الالتزام بالاحكام غير لازم ، و انما يلزم العمل — الا انه عرفا احلال للحرام ، و لا يخفى ان هذا الشرط داخل فى الشرط الرابع فذكره مستقلا لم يعرف له وجه .

(الثالث) من شروط صحة الشرط (ان يكون) الشرط (مافيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا) لهذا المشروط له ولغيره (او بالنظر الى خصوص المشروط له) و ان لم يكن فيه غرض للعقلاء فاذا لم يكن هناك غرض للعقلاء ولهذا الشرط او كان غرض غير معتد به لم يصح الشرط .

و مثل له فى الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات .
 وقد صرح جماعة بان اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان
 معين من افراد المتعارف لغو ، سواء فى السلم ، وغيره .
 و فى التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ، ولا يزيد به المالية ،

اما اذا كان فيه غرض للعقلاء لاهذا الشارط ، او كان فيه غرض
 لهذا الشارط لا للعقلاء ، فانه يصح لما سأتى من انه حق عرفا ، فيشمليه
 دليل الشرط المنصرف الى ما كان حقا ، وقوله : نوعا ، لان الغالب عدم
 اتفاق كافة العقلاء فى الاغراض .

(و مثل له) الشهيد (فى الدروس) بما فيه غرض لخصوص المشروط له
 لا عند العقلاء (باشتراط جهل العبد بالعبادات) اذ الجهل لا يتعلق
 به غرض العقلاء بل العلم غرضهم ، وانما شرطه الشارط لان العبد الجاهل
 لا يقيم العبادة فيزيد فى العمل لمولاه .

(وقد صرح جماعة بان اشتراط الكيل او الوزن بمكيال معين او ميزان
 معين من افراد) الكيل والوزن (المتعارف) كما لو اشترى منه بعنوان الكلى
 طنا من الطعام بشرط ان يكيله فى هذا المكيال الخاص (لغو ، سواء) كان
 الشرط (فى) بيع (السلم) الذى هو اعطاء الثمن مقابل الثمن المستقبل
 (وغيره) كسائر البيوع الكلية .

وانما كان لغوا لانه لا يتعلق به غرض للعقلاء ولا لافراد فى ذلك .
 (و) قال (فى التذكرة) لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه ، ولا يزيد به المالية ،

.....
فانه لغو لا يوجب الخيار .

و الوجه فى ذلك ان مثل ذلك لا يعدّ حقاً للمشروط له حتى يتضرر
بتعذره ، فيثبت له الخيار او يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون
تركه ظلماً .

فهو نظير عدم امضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها
عند العقلاء .

و لو شك فى تعلق غرض صحيح به

فانه لغو لا يوجب) تخلفه (الخيار) و قوله ((لا يزيد)) من عطف الخاص على
العام .

(و) كيف كان ، ف (الوجه فى ذلك) الذى ذكرناه بلزوم الغرض فى
الشرط (ان مثل ذلك) الذى لا غرض فيه (لا يعدّ حقاً للمشروط له حتى
يتضرر بتعذره) اى بعدم اتیان المشروط عليه به ، سواء كان متعذراً ام لا
(فيثبت له الخيار) من باب : لا ضرر ، (او) حق (يعتنى به الشارع فيوجب
الوفاء به) و يدخل تحت : المؤمنون عند شروطهم (و يكون تركه ظلماً)
فدليل الشرط منصرف عن مثله ، فهو داخل فى : اَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

(فهو) اى عدم امضاء الشارع لمثل هذا الشرط (نظير عدم امضاء
الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء) ولا غرض
شخصى للبذل فيه ، مثل ان يشتري الخنافس ، وما اشبه مما ذكره الفقهاء
انه لا يصح بيعه اذا لم تكن فيه منفعة .

(و لو شك فى تعلق غرض صحيح به) اى بهذا الشرط ، سواء كان

حمل عليه .

و من هنا اختار في التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل الا الهريسة ، و
لا يلبس الا الخز .

و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته او لغويته قولان للشيخ ، و
الحلى .

من تعلق الغرض المعتقد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر ، و
لا ستغراق اوقاته بالخدمة .
و من ان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه .

الشاك البائع او المشتري (حمل عليه) اى على ان فيه غرضا صحيحا ،
لا صالة الصحة .

(و من هنا) الذى يكفى الشك فى الغرض الصحيح ، فى وجوب الوفاء
بالشرط (اختار فى التذكرة صحة اشتراط ان لا يأكل العبد) الا الهريسة
و لا يلبس الا الخز) لاحتمال ان يكون للبائع الشارط غرض صحيح .
(و لو اشترط كون العبد كافرا ففي صحته او لغويته قولان للشيخ)
فقال بالغوية (و الحلى) فقال بالصحة .

(من تعلق الغرض المعتقد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر)
بينما العبد المسلم لا يجوز بيعه للكافر (ولا ستغراق اوقاته بالخدمة)
بخلاف المسلم الذى يصرف بعض وقته فى العبادة و الطهارة و نحوهما
- و هذا وجه صحة الاشتراط - .

(و من ان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه) فلا يمكن ان يكون العبد

والاغراض الدنيوية لا تعارض الاخرية .

و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة قدس سره .

الرابع : ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة .

فلو اشترط رقية حرّ او توريث اجنبى كان

الكافر افضل من المسلم ، فلا يكون فى المسلم الخيار ، دون الكافر (و
الاغراض الدنيوية) كالبيع للمسلم والكافر ، واستغراق الوقت بالخدمة
(لا تعارض الاخرية) بل الاخرية تقدم على الدنيوية — وهذا وجه
لغوية الاشتراط — .

و المراد بالغرض الاخرى بغض الكفر وحب الاسلام ، وحب العبادة
مما ينفع فى الآخرة .

(و جزم بذلك) اى باللغوية — تبعاً للشيخ — (فى الدروس و بما
قبله) اى بالصحة تبعاً لـ (العلامة) الحلى (قدس سره) .

و كان المصنف رحمه الله توقف فى المسألة ولذا لم يرجح احدهما
على الآخر و مثل اشتراط الكفر اشتراط ان يكون عاصيا بترك العبادات
نعم ربما يقال ان مثل هذا الشرط مناف لمنع المنكر و دفعه الذى
من اعظم الكفر ثم ترك العبادات .

(الرابع) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة)

مخالفا فى مطلق الاحكام ، او فى الاحكام التكليفية .

(فلو اشترط رقية حرّ) او حرّية عبد (او توريث اجنبى) او حرمان وارث

وكذلك اذا اشترط ان لا يصلى ! او ان يشرب الخمر (كان) الشرط

فاسداً، لان مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغهما شئ .

نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بادلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة .

(فاسداً . لان مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغهما شئ) من شرط او عهد او نذر او يمين او امر والدين او زوج او غير ذلك .

اما ارتفاع الاحكام بالاضطرار ونحوه فليس ذلك مخالفة للكتاب والسنة بل هي موافقة للكتاب والسنة لانهما قالا : برفع الحكم لدى الاضطرار .

(نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب والسنة بادلة الوفاء) فيما اذا ورد دليل خاص على جواز شرط في مورد خاص ، مع كونه مخالفاً للكتاب والسنة بان يقال : ان دليل الوفاء بالشرط مثل اداة الاضطرار تخصص عموم الكتاب والسنة ، لان دليل الوفاء مثل دليل الاضطرار حاكم على عموم الكتاب ، لانه دليل ثانوي ، والكتاب والسنة دليل اولى ، والدليل الثانوي مقدم على الدليل الاولى .

ولا يخفى ان هذا مجرد احتمال وليس بصحيح كما يظهر مما يأتى (بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب والسنة) .

ثم انه انما استدرك ذلك بقوله « نعم » لافادة ان ما ذكره اولاً بقوله « لان مخالفة الكتاب » خاص بما كان التناقض بين الشرط والكتاب بنحو

.....
لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه .

و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و
السنة موقوف على ذكر الاخبار الواردة فى هذا الشرط ، ثم التعرض
لمعناها .

التباين .

و الحاصل ان الشرط قد يكون مخالفا للكتاب و السنة بنحو التباين
ولا اشكال فى تقديم الكتاب و السنة فلا احتمال لتقديم الشرط اصلا ، اما
اذا كانت المخالفة بنحو العموم المطلق فهناك احتمال تقديم الشرط .
(لكنه) مجرد احتمال ، وهو (مما لا يرتاب فى ضعفه) .

لان الحكم قد يكون ثابتا للموضوع على كل تقدير ، وفى هذه الصورة
لا اشكال فى ان العنوان الطارى بالشرط لا يتمكن من تغيير الحكم — لفرض
ان الحكم ثابت على كل تقدير — .

وقد يكون ثابتا للموضوع بعنوانه الاولى — مع قطع النظر عن العنوان
الطارى بالشرط — وفى هذه الصورة ان تغيير الحكم بالشرط لم يكن
ذلك مخالفا للكتاب ، اذا الكتاب لم يثبت الحكم على كل تقدير بل اثبتته
بالعنوان الاولى للموضوع — حسب الفرض — .

(و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب
و السنة) و بيان انه فى اى مورد يخالف الشرط وفى اى مورد لا يخالف
(موقوف على ذكر الاخبار الواردة فى هذا الشرط) اى شرط ان لا يكون
الشرط مخالفا للكتاب (ثم التعرض لمعناها) حتى تتبين دلالتها .

فنقول : ان الاخبار فى هذا المعنى مستفيضة ، بل متواترة معنى .
ففى النبوى المروى صحيحا عن ابي عبد الله عليه السلام : من اشترط
شرطا سوى كتاب الله عز وجل ، فلا يجوز ذلك له ولا عليه .

والمذكور فى كلام الشيخ والعلامة ره المروى من طريق العامة قوله
صلى الله عليه وآله فى حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها
عليها ولائها ، ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله فما كان من شرط

(فنقول : ان الاخبار فى هذا المعنى) اى ان لا يكون الشرط مخالفا
للكتاب والسنة (مستفيضة ، بل متواترة معنى) و التواتر المعنوى عبارة عن
ان يكون المعنى واحداً وان كان اللفظ متعدد ا .

(ففى النبوى المروى صحيحا عن ابي عبد الله عليه السلام : من
اشترط شرطا سوى كتاب الله) اى ليس فى كتاب الله (عز وجل ، فلا يجوز
ذلك) الشرط (له) اى للشارط فليس له المطالبة به (ولا عليه) اى على
المشروط عليه ، فليس عليه الوفاء به .

(و) كذلك الخبر (المذكور فى كلام الشيخ والعلامة ره المروى عن
طريق العامة قوله صلى الله عليه وآله فى حكاية بريرة) وهى امة (لما
اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها) اى على عائشة (ولائها) اى بانها
اذا ماتت ، هم يرثونها لا عائشة - وهذا ما يسمى بولاء العتق فى باب
الارث ، قال صلى الله عليه وآله وسلم (ما بال اقوام يشترطون شروطا
ليست فى كتاب الله) اى لم يصدق و لم يقرر الكتاب هذه الشروط (فما
كان من شرط

ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل ، قضاء الله احق ، و شرطه اوثق ،
و الولاء لمن اعتق .

و فى المروى موثقا عن امير المؤمنين عليه السلام من شرط لامرئته
شرطا فليف به لها فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او احل حراما

ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل) وضعا ، والظاهر انه حرام تكليفا
اذ هو من الامر بالمعكر والتعاون عليه (قضاء الله) اى حكمه (احق) بالاتباع
— والتفضيل هنا لا يراد به معنى المفاضلة الحقيقية حتى يكون قضاء
غير الله حقا ايضا ، بل المراد انه حق ، وانما يؤتى بالتفضيل للتعيين
العرفى — (و شرطه اوثق) والمراد بالشرط هنا الحكم ، وعبر به للمقابلة
مع شرط البائع ، فهو من قبيل: تعلم ما فى نفسى ولا اعلم ما فى نفسك ، مع
ان الله سبحانه لا نفس له .

و معنى اوثق انه متين محكم لا يقبل الانقسام والبطلان ، فقضاء الله
مطابق للحق والواقع اى المصلحة ، وشرطه سبحانه وثيق متين لا يسقط
من تمسك به كالحبل الذى يتعلق به الانسان فانه اذا كان متينا يامن من
القطع والسقوط (و الولاء لمن اعتق) لا لمن باع للمعتق .

(و فى المروى موثقا عن امير المؤمنين عليه السلام من شرط لامرئته
شرطا) اى فى ضمن النكاح (فليف به) اى بالشرط (لها ، فان المسلمين
عند شروطهم) اى من احكام الاسلام ان يكون الانسان عند شرطه فلا
يفارق شرطه بالمخالفة (الا شرطا حرم حلالا او احل حراما) وقد تقدم
المراد بالحلال فى امثال هذه الروايات و سياى ايضا .

.....
 و في صحيحة الحلبي: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود .
 و في صحيحة ابن سنان من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عزوجل
 فلايجوز له ، ولايجوز على الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم
 فيما وافق كتاب الله .
 و في صحيحته الاخرى : المؤمنون عند شروطهم الاكل شرط خالف
 كتاب الله عز و جل فلايجوز .
 و في رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في من تزوج امرئة و اصدقها

(و في صحيحة الحلبي) قال عليه السلام (كل شرط خالف كتاب الله
 فهو مردود) اي باطل .
 (و في صحيحة ابن سنان) قال عليه السلام (من اشترط شرطا
 مخالفا لكتاب الله عز و جل فلايجوز له) اي المشارط المطالبة ، او المراد
 لايجوز له ان يشترط هذا الشرط اي يحرم عليه - على ما عرفت من انه
 امر بالمنكر - (ولايجوز على الذي اشترط عليه) ان يأتي به (والمسلمون
 عند شروطهم فيما وافق كتاب الله) اي اباحه الكتاب و لو على نحو
 العموم .

(و في صحيحته الاخرى) قال عليه السلام (المؤمنون عند شروطهم
 الاكل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلايجوز) اي لاينفذ - وضعا - او
 لايجوز - تكليفا - راذا لم يجز تكليفا لم ينفذ - وضعا - كما لا يخفى .

(و في رواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام ، في
 من تزوج امرئة و اصدقها

واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق، قال : خالفت السنة ووليت
حقا ليست اهلالة ، فقضى ان عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق، و
ذلك السنة .

وفى معناها مرسله ابن بكير عن ابي عبد الله عليه السلام ومرسله
مروان بن مسلم ، الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح .

واشترطت عليه ان بيدها الجماع والطلاق، قال : خالفت السنة (اى
الحكم الاسلامى) (ووليت) بالمجهول اى فرض اليها (حقا ليست اهلالة)
اى ان الشارع لم يجعل لها هذا الحق لا ابتداء ولا بالشرط (فقضى)
اى حكم الامام عليه السلام (ان عليه) اى على الرجل (الصداق) فلم
يوجب بطلان الشرط بطلان النكاح ، كما لم يوجب سقوط الشرط اكثريه
الصداق على الرجل ، حيث ربما يزعم ان كون الشرط للمرثه تقليل صداقها
فاذا سقط الشرط كان اللازم ازدياد الصداق (وبيده الجماع والطلاق
وذلك السنة) .

ولا يخفى ان هذا لا ينافى اعطائها الوكالة فى ان تطلق نفسها
بشرط كذا ، اذا التوكيل جائز سواء كان الوكيل رجلا وامرأة ، زوجا او غيره .
اما الجماع فلعل المراد بالشرط الشرط بعد عقد الزواج ، لان ظاهر
الواو الترتيب ، كما قالوا ان ظاهره ذلك فى قوله تعالى : **فَاَغْسِلُوكُمْ**
وَأَيِّدِيَكُمْ ، الآية .

(وفى معناها مرسله ابن بكير عن ابي عبد الله عليه السلام ومرسله
مروان بن مسلم ، الا ان فيهما عدم جواز هذا النكاح) .

و فى رواية ابراهيم بن محرز ، قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام : رجل قال لامرئته امرك بيدك فقال عليه السلام : انى يكون هذا ، وقد قال الله تعالى : **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** .

وعن تفسير العياشى ، عن ابن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام ، قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى امرئة تزوجها رجل ، وشرط عليها وعلى اهلها : ان تزوج عليها او هجرها او اتى عليها

و لعل وجه ذلك ان الطلاق لا يكون بيد المرأة الا وكالة ، فجعل الطلاق بيد المرأة خلاف حكم الله ، فاذا رضيت المرأة بالنكاح المقيّد فلا رضاهما بالنكاح المجرد ، ويكون النكاح حينئذ باطلا لعدم الرضا .
(وفى رواية ابراهيم بن محرز ، قال : قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قال لامرئته امرك بيدك) فاطلاق الرواية شامل لما اذا قال ذلك بعد النكاح ، او قال ذلك شرطا فى ضمن النكاح ، وكأنّه لهذا ذكره المصنف فى عداد هذه الاخبار (فقال عليه السلام : انى يكون هذا ، وقد قال الله تعالى : **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**) فان كان ذلك بعد العقد فهو وعد لا يجب الوفاء به ، وان كان فى ضمن النكاح فهو شرط خلاف الكتاب ، اذا القيسومة حكم وليس بحق ولذا لا يقبل الانتقال او الاسقاط او الارث .

(وعن تفسير العياشى ، عن ابن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : قضى امير المؤمنين عليه السلام فى امرئة تزوجها رجل ، وشرط عليها وعلى اهلها : ان تزوج عليها او هجرها) هجرأ شرعياً (او اتى عليها

سرية فهى طالق ، فقال عليه السلام : شرط الله قبل شرطكم ان شاء وفى بشرطه وان شاء امسك امرئته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك ، قال الله تعالى : فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنْى وَ ثَلَاثَ ، وقال : أَجَلَ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ، وَاللَّاتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةِ
ثم الظاهر ان المراد بكتاب الله

سرية) اى امة (فهى طالق) فهل يصح هذا الشرط (فقال عليه السلام شرط الله قبل شرطكم) (شرط الله) اى حكم الله سمي شرطا ، اما من باب ما تقدم فى معنى الشرط ، واما من باب المقابلة (بشرط الرجل) من قبيل ! تعلم ما فى نفسى ولا اعلم ما فى نفسك (ان شاء وفى بشرطه) بمعنى لم يفعل كل ذلك ، او اذا فعل طلق زوجته (وان شاء امسك امرئته و تزوج عليها و تسرى و هجرها ان اتت بسبب ذلك) الهجران ، و هو النشوز .

وذ لك لان الطلاق لا يكون الاسببه ، لا بهذه الاعمال ، فشرطه باطل ثم استدل الامام عليه السلام لذ لك بقوله : (قال الله تعالى : فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنْى وَ ثَلَاثَ) فللرجل حق التزويج عليها (و قال : أَجَلَ لَكُمْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) فللرجل حق التسرى .

والظاهر ان المراد نقل معنى الآية ، والا فلا توجد هكذا آية فى القرآن ، وقال : (وَاللَّاتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ الْآيَةِ) فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فللرجل حق الهجران ان اتت بسبب الهجران من النشوز .

(ثم الظاهر) من بعض الروايات كرواية بريرة (ان المراد بكتاب الله

هو ما كتب الله على عباده من احكام الدين ، وان بيّنه على لسان رسوله (ص)
فاشترط ولاء المملوك لبايعه انما جعل في النبوى مخالفا لكتاب
الله بهذا المعنى .

لكن ظاهر النبوى ، واحدى صحيحتى ، ابن سنان : اشترط موافقة
كتاب الله فى صحة الشرط ، وان ما ليس فيه

هو ما كتب الله على عباده ، من احكام الدين ، وان بيّنه على لسان
رسوله (ص) (بان ذكره الرسول او الأئمة الطاهرون عليهم السلام .
(فاشترط ولاء المملوك لبايعه انما جعل فى النبوى) اى خبر بريرة
(مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى) اى الكتاب الشامل للسنة .

لكن ربما يقال : ان المراد نفس الكتاب الذى هو القرآن الحكيم ، و
العمومات تدل على كل حكم .

فحال مانحن فيه حال عرض الخبرين المتعارضين على القرآن .
اما خبر بريرة : فلعله - بعد عدم حجيته سنداً - اراد ان كون الولاء
للبائع مخالفاً لنقطاعه عن المبيع و انتقاله الى المشتري ، فهو مخالف
لقوله : تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ .

وكيف كان فقد تقدم اشترط ان لا يكون الشرط مخالفاً لكتاب الله ،
فلا تعتبر الموافقة ، وانما المعتبر عدم المخالفة .

(لكن ظاهر النبوى) حيث قال : قضاء الله احق ، الظاهر فى لزوم
المطابقة مع قضاء الله (واحدى صحيحتى ابن سنان) وهى الصحيحة
الاولى (اشترط موافقة كتاب الله فى صحة الشرط ، وان ما ليس فيه) كما فى

اولا يوافقه ، فهو باطل .

ولا يبعد ان يراد بالموافقه عدم المخالفة نظراً الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة

النبوى (اولا يوافقه) كما فى الصحيحة (فهو باطل) .

و الفرق بين لزوم الموافقة و لزوم عدم المخالفة يظهر فيما اذا لم يكن حكم فى القرآن ، فان كان اللازم الموافقة ، بطل ذ لك الشرط ، اما اذا كان اللازم عدم المخالفة ، لم يبطل لان الشرط حينئذ لم يكن مخالفاً ، من باب المسالبة بانتفاء الموضوع .

(ولا يبعد ان يراد بالموافقة عدم المخالفة) فكل ما لم يخالف موافقاً ، و ليس بين الامرين عموم مطلق .

و انما نقول بان ذ لك ليس ببعيد ، لانه عبر فى الروايات بالتعبيرين وهما : الموافقة وعدم المخالفة ، بل فى رواية واحدة عبر بالامرین كما فى صحيحة ابن سنان الاولى .

والجمع العرفى بين الامرین يقتضى ان يكون بينهما تساوياء ، ولذا عبر باحدهما مرة ، وبالأخر مرة اخرى .

ان قلت : كيف يكون كل ما لم يخالف ، موافقاً ، فانا نرى ان بعض الاحكام ليس بمخالف ، لانه غير مذكور فى القرآن ، لكنه ليس بموافق .

قلت : انما نقول ذ لك (نظراً الى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة) — بصيغة الفاعل — (للتصرفات غير المحرمة

فى النفس و المال ، فخياطة ثوب البائع مثلاموافق للكتاب بهذا المعنى
ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب امانفس المشروط و الملتزم ككون
الاجنبى وارثا وعكسه ، و كون الحرا و ولده رقّا ، و ثبوت الولا ء لغير
المعتق و نحو ذلك .

فى النفس و المال ، فخياطة ثوب البائع مثلا) اذا شرطه على المشتري
(موافق للكتاب بهذا المعنى) فانه ليس بمخالف ، حيث انه ليس بمنهى
عنه ، و موافق ، لانه قال : *يَتَجَارَةُ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ* ، مثلا .
ثم لا يخفى ان المصنف لا يحتاج الى تجشم التوفيق ، بين الموافقة
و عدم المخالفة ، اذ بناءه على ان المراد بالكتاب الاعم من الكتاب و السنة .
و من المعلوم انه ذكر فى السنة حكم كل شئ ، فكل ما ليس بمخالف
للسنة موافق لها قطعاً ، وليست السنة كالقرآن بحيث لم يذكر فيها كثير
من الاحكام - بالنص - .

(ثم ان المتصف بمخالفة الكتاب امانفس المشروط و الملتزم) - بصيغة
المفعول - (ككون الاجنبى وارثا وعكسه) اى القريب ليس بوارث (و كون
الحرا و ولده) اى ولد الحر - كما لو باع الحرجارىته و شرط على المشتري
ان يكون ولدهما (رقّا) للبائع - (و ثبوت الولا ء لغير المعتق و نحو ذلك)
فان هذه الملتزمات مخالفة للكتاب مع قطع النظر عن الالتزام بها
فان من يلتزم عدم شرب الماء لم يفعل حراماً ، وان كان الماء فى الاسلام
حلال شربه ، اما انقلاب الحر عبد افقد حرمة الاسلام .

واما ان يكون التزامه مثلا : مجرد عدم التسرّى والتزوج على المرأة
ليس مخالفا للكتاب ، وانما المخالف الالتزام به ، فانه مخالف لباححة
التسرّى والتزوج الثابتة بالكتاب .

(واما ان يكون) المخالف للكتاب (التزامه) وان لم يكن نفـس
الملتزم حراما (مثلا : مجرد عدم التسرّى) وعدم (التزوج على المرأة) و
هى الزوجة السابقة (ليس مخالفا للكتاب) اذ الكتاب اباح كلام التسرّى
والتزوج ، فان ماء الانسان فعله وان شاء تركه (وانما المخالف)
للكتاب (الالتزام به) بان يلتزم الانسان بنذر او شرط او ما
اشبهه ، ان لا يتسرّى او لا يتزوج (فانه) اى الالتزام (مخالف
لباححة التسرّى والتزوج الثابتة) تلك الاباححة
(بالكتاب) .

ان قلت : ما هو الفرق بين شرب الماء وبين التسرّى ، فان كليهما
مباح ، والحال انكم تقولون بجواز نذر عدم شرب الماء فلماذا لا تقولون
بمثله فى التسرّى .

قلت : المباح على قسمين ، قسم فهمنا من الشارع انه لا يريد الابقائه
مباحا ، وقسم لم نفهم من الشارع ذلك .

ففى القسم الاول لامجال للدلالة الثانوية ، بل يبقى على اباحته ، و
ان عرض عليه النذر او الشرط او ما اشبه .

وامّا القسم الثانى ففيه مجال للدلالة الثانوية .

والتسرّى من القسم الاول حسب الدليل ، وشرب الماء من القسم لثانى

وقد يقال : ان التزام ترك المباح لا ينافى اباحته ، فاشتراط ترك
الزواج والتسرى لا ينافى الكتاب ، فينحصر المراد في المعنى الاول .
و فيه ان ما ذكر لا يوجب الانحصار ، فان التزام ترك المباح وان لم
يخالف الكتاب المبيح له الا ان الالتزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم
له ، فيكفى هذا مصداقا لهذا المعنى .

(وقد يقال : ان التزام ترك المباح لا ينافى اباحته) اذا لا باحة حكم
اولى ، والا لالتزام يكون بالحكم الثانوى كالنذر والشرط (فاشتراط ترك
الزواج و) ترك (التسرى لا ينافى الكتاب ، فينحصر المراد) من مخالف
الكتاب (في المعنى الاول) و هو ما كان نفس الملتزم مخالفا للكتاب ولا معنى
لكون الالتزام في نفسه مخالفا للكتاب .

(و فيه ان ما ذكر) اي ان التزام ترك المباح ليس مخالفا للكتاب .
فاللزام ان يكون المراد بمخالف الكتاب خاصا بما اذا كان الملتزم مخالفا
(لا يوجب الانحصار) فان اخراج التزام ترك المباح لا يحصر مخالفة الكتاب
بما اذا كان الملتزم مخالفا ، بل هناك فرد آخر يكون التزامه مخالفا للكتاب
فيثبت ما ذكرنا من ان مخالف الكتاب اما الملتزم ، واما الالتزام (فان التزام
ترك المباح وان لم يخالف الكتاب المبيح له) اي لذاك المباح (الا ان
التزام فعل الحرام) كان يلتزم الانسان بالنذر او الشرط ان يشرب الخمر
مثلا (يخالف الكتاب المحرم له) اي لذلك الحرام ، فالالتزام ايضا صار
مخالفا للكتاب في بعض الصور (فيكفى هذا) القسم من الالتزام المخالف
للكتاب (مصداقا لهذا المعنى) اي ما ذكرنا بقولنا : واما ان يكون التزامه .

مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج والتسرى مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بمادّل من الكتاب على اباحتها كما لصريحة فى هذا المعنى .

و ماسيجئى من تأويل الرواية بعيد .

مع ان قوله عليه السلام فى رواية اسحاق بن عمار : المؤمنون عند شروطهم ، الاشرطا حرم حلالا او احل حراما ظاهرا ، بل صريح فى فعل الشارط .

(مع ان الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج ، و ترك (التسرى مخالفا للكتاب مستشهدا) فى الرواية (عليه) اى على انه مخالف للكتاب (بمادّل من الكتاب على اباحتها) اى قوله تعالى : فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ و قوله تعالى : أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ) كالصريحة فى هذا المعنى) الذى ذكرناه ، وهو ان الالتزام مخالف للكتاب ، و ان لم يكن الملتزم مخالفا للكتاب .

(و ماسيجئى من تأويل الرواية) بان المراد ترتب الطلاق على هذه الامور بدون اجراء الصيغة — و عليه فالملتزم خلاف الكتاب لا الالتزام — (بعيد) لما سيجئى من انه خلاف استشهاد الامام بالآيات .

(مع ان قوله عليه السلام فى رواية اسحاق بن عمار : المؤمنون عند شروطهم ، الاشرطا حرم حلالا ، او احل حراما ، ظاهرا ، بل صريح فى فعل الشارط) فليس المراد ان المشتراط مخالف للكتاب ، بل المراد ان الالتزام مخالف للكتاب فالاحلال والتحريم — الصادران من الشارط — مستثنيان

فانه الذى يرخص باشتراطه الحرام الشرعى و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعى ، اذا المراد من التحريم والاحلال ما هو من فعل الشارط ، لا الشارع .

واصرح من ذلك كله المرسل المروى فى الغنية : الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب او سنة .
ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة

من قاعدة : المؤمنون عند شروطهم (فانه) اى الشارط هو (الذى يرخص (ب) سبب (اشتراطه الحرام الشرعى) (الحرام) مفعول (يرخص) (و) هو الذى (يمنع ب) سبب (اشتراطه عن المباح الشرعى) ففعله حرام ، ولا يشمل : المؤمنون عند شروطهم (اذا المراد من التحريم والاحلال) فى قوله عليه السلام : حرم حلالا او احل حراما (ما هو من فعل الشارط ، لا) من فعل (الشارع) فليس المراد ان الملتزم حرام ، بل المراد الالتزام غير صحيح .

(و اصرح من ذلك كله) فى افادة انه قد يكون نفس الالتزام حراما (المرسل المروى فى الغنية : الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه) اى عن الشرط (كتاب او سنة) فانه صريح فى ان الشرط فى نفسه ممنوع بالكتاب و السنة ، لان متعلق الشرط - اى الملتزم - ثبت ما ذكرناه من انه قد يكون الملتزم مخالفا وقد يكون الالتزام مخالفا ، فظهر عدم تمامية ما تقدم من جملة : وقد يقال ان الالتزام ترك المباح الخ .

(ثم ان المراد بحكم الكتاب و السنة) الذى يجب ان لا يكون الشرط

الذى يعتبر عدم مخالفة المشروط او نفس الاشتراط له هو ما ثبت على وجه لا يقبل تغييره بالشرط لاجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط .
توضيح ذلك ان حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه ومجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه .

مخالفا له ، فان جملة : الشرط مخالف لحكم الكتاب تشتمل على اربع كلمات وقد بينا ان المراد بالشرط هو الاعم من الالتزام والملتزم ، وبيننا ان المراد بالمخالف والموافق ما هو ، وبيننا المراد بالكتاب انه كل حكم الله تعالى بقى ان نبين المراد بالحكم .

فنقول المراد بحكم الكتاب والسنة (الذى يعتبر عدم مخالفـة المشروط) — اى الملتزم — (او نفس الاشتراط) — اى الالتزام — (له) اى لذلك الحكم (هو ما ثبت) فى الشرع (على وجه لا يقبل تغييره بالشرط) تغييرا (لاجل تغيير موضوعه بسبب الاشتراط) فانه ربما يتغير الحكم بسبب الشرط ، بتغيير موضوع الحكم بسبب الاشتراط .

مثلا : اذا شرط ان لا يشرب الماء ، فانه تغيير حكم الماء وهو الاباحة بهذا الشرط ، لتغيير موضوع الاباحة ، وهو بما هو بسبب الاشتراط لان الماء بما هو هو ، غير الماء بما هو مشروط عدم شربه ، فالاباحة هى الحكم الاول والتحریم هو الحكم الثانى .

(توضيح ذلك) وانه كيف يتغير الموضوع بالشرط ، فيتبعه تغييرا لحكم (ان حكم الموضوع قد يثبت له) اى الموضوع (من حيث نفسه) اى نفس الموضوع (ومجردا من ملاحظة عنوان آخر طار عليه) اى على الموضوع .

ولا زل من ذلك من عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم و بين ثبوت حكم آخر له اذ افرض عروض عنوان آخر لذ لك الموضوع .

و مثال ذ لك اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها ، حيث ان تجويز الفعل و الترك انما هو من حيث ذات الفعل ، فلا ينافى طرؤ عنوان يوجب المنع عن الفعل او الترك كاكل اللحم ، فان الشرع قد دل على اباحته فى نفسه بحيث لا ينافى عروض التحريم له اذ احلف على تركه او امر الوالد بتركه ، او عروض الوجوب له اذ اصابه مقدمة لواجب او نذر فعله مع انعقاده

(ولا زل ذ لك) اى كون الحكم للموضوع (من) حيث نفسه (عدم التنافى بين ثبوت هذا الحكم) الاول - كالا باحة للماء - (وبين ثبوت حكم آخر له) اى للموضوع (اذ افرض عروض عنوان آخر لذ لك الموضوع) كعنوان ان الماء مشروط عدم شربه (و مثال ذ لك) الموضوع الثابت له الحكم من حيث نفسه (اغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث ان تجويز) الشارع (الفعل و الترك) بالتساوى ، كما فى المباح ، او مع ترجيح الفعل ، كما فى المستحب او مع ترجيح الترك كما فى المكروه (انما هو من حيث ذات الفعل) بما هو بدون طرؤ عنوان آخر ثانوى عليه (فلا ينافى) حكمه الاولى (طرؤ عنوان) ثانوى عليه (يوجب المنع عن الفعل او الترك) كان يذر مثلاً فعله فيجب ، او يذر تركه فيحرم (كاكل اللحم ، فان الشرع قد دل على اباحته فى نفسه بحيث لا ينافى) حكمه بالا باحة (عروض التحريم له) اى لاكل اللحم (اذ احلف على تركه ، او امر الوالد بتركه) او شرط تركه مثلاً (او عروض الوجوب له) (« او ») عطف على « عروض التحريم » (اذ اصابه مقدمة لواجب ، او نذر فعله مع انعقاده)

وقد يثبت له لامع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه .

ولازم ذلك حصول التنافى بين ثبوت هذا الحكم ، وبين ثبوت حكم آخر له ، وهذا نظير اغلب المحرمات والواجبات فان الحكم بالمنع عن الفعل او الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع ، الا عن بعض

اى انعقاد النذر ، بان كان فعله واجبا اذ الشرط فى النذر رجحان متعلقه (وقد يثبت) الحكم (له) اى للموضوع ، وهذا عطف على قوله « قد يثبت له من حيث نفسه » (لامع تجرده) اى تجرد الموضوع (عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطارية عليه) بل مطلقا سواء طرأ عليه عنوان ، ام لا (ولازم ذلك) الحكم الثابت للموضوع مطلقا (حصول التنافى بين ثبوت هذا الحكم) المطلق (وبين ثبوت حكم آخر له) اى للموضوع — اى حكم ثانوى — فحكمه الاولى و حكمه الثانوى متنافيان (وهذا نظير اغلب المحرمات والواجبات) .

و انما قال اغلب لان بعض هذه الاحكام تتغير بالعنوان الثانوى مثل حرمة الاحرام قبل الميقات فانها تتغير بالنذر ، ومثل وجوب القصر فى السفر فانه يتغير بالجهل (فان الحكم بالمنع عن الفعل) فى الاحرام كالخمر (او) بالمنع عن (الترك) فى الواجب كالصيام (مطلق) سواء تعلق به النذر والشرط و امر الوالد ، ام لا (لا مقيد بحيثية تجرد الموضوع) فسواء كان الموضوع مجردا ، او طاريا عليه عنوان ثانوى — كالنذر — فان الخمر حرام ، والصيام واجب (الا) استثناء عن « مطلق » (عن بعض

العنوانات، كالضرر والخرج فاذا فرض ورود حكم آخر من غير جهة الحرج و' لضرر فلا بد من وقوع التعارض بين دليلي الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه

العنوانات، كالضرر والخرج) فان الحكم مقيد بعدمهما، فاذا صار الموضوع ضروريا بان مات اذا لم يشرب الخمر، او اذا صام - مثلا - ارتفع التحريم والوجوب .

وعلى هذا فالاحكام على اربعة اقسام :

الاول : ماهو مطلق - بقول مطلق - كوجوب الاعتقاد بالله تعالى .

الثاني : ماهو مطلق حتى بالنسبة الى الضرر والخرج ، كالجهد و

اعطاء الخمس فان الضرر والخرج لا يرفعهما .

الثالث : ماهو مطلق - الا اذا كان ضررا او حرجا - كتحريم الخمر

وجوب الصيام .

الرابع : ماهو مقيد بعدم طرؤ عنوان ثانوى عليه ، كالاحكام الثلاثة

المستحب والمكروه والمباح ، فانه اذا طرأ عليها النذر او الشرط يرتفع

الحكم (فاذا فرض ورود حكم آخر) من جهة النذر و الشرط فى الواجبات

و المحرمات (من غير جهة الحرج والضرر فلا بد من وقوع التعارض بين

دليلي الحكمين) وهو دليل «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» و دليل «يُوفُونَ

بِالنَّذْرِ» فالاول، يقول: صُمْ، والثانى، يقول: لا تَعْمَ .

اما اذا كان من جهة الضرر فقد عرفت ان دليل الضرر مقدم عليه ،

لان دليل الضرر ناظر الى الاحكام الاولية (فيعمل بالراجح بنفسه)

كدليل الصيام المقدم على دليل نذر عدم الصوم

.....
 او بالخارج .

اذا عرفت هذا فنقول : الشرط اذا ورد على ما كان من قبيل الاول ،
 لم يكن الالتزام بذلك مخالفا للكتاب ، اذ المفروض انه لا تنافى بين حكم
 ذلك الشئ فى الكتاب والسنة ، وبين دليل الالتزام بالشرط ووجوب
 الوفاء به ، و اذا ورد على ما كان من قبيل الثانى كان التزامه مخالفا
 للكتاب والسنة .

و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول كترك التزوج

(او بالخارج) كدليل نذر الاحرام من غير الميقات الراجح على دليل
 وجوب الاحرام من الميقات .

(اذا عرفت هذا فنقول : الشرط اذا ورد على ما كان من قبيل
 الاول) الذى ثبت له الحكم من حيث هو هو ، كلاحكام الثلاثة الاقتضائية
 (لم يكن الالتزام بذلك الشرط) مخالفا للكتاب ، اذ المفروض (من عدم
 اقتضائية الحكم) انه لا تنافى بين حكم ذلك الشئ فى الكتاب والسنة ، و
 بين دليل الالتزام بالشرط ووجوب الوفاء به) اى بمضمون : المؤمنون عند
 شروطهم ، بل الحكم الاول يخلو مكانه للحكم الجديد (واذا ورد) الشرط
 (على ما كان من قبيل الثانى) اى من قبيل الاحكام الاقتضائية كالواجب
 والحرام (كان التزامه) اى التزام الشرط (مخالفا للكتاب والسنة) و
 لذا فالشرط باطل .

(و لكن ظاهر مورد بعض الاخبار المتقدمة من قبيل الاول) و ان
 الشرط باطل ، و ان كان وارداً على المورد اللاقتضائى (كترك التزوج

و ترك التسرى ، فانهما مباحان من حيث انفسهما ، فلا ينافى ذلك لزومها بواسطة العنوانات الخارجة ، كالحلف والشرط وامر السيد والوالد .

وحينئذ فيجب اما جعل ذلك الخبر كاشفا عن كون ترك الفعلين فى نظر الشارع من الجائز الذى لا يقبل اللزوم بالشرط وان كان فى انظارنا نظير ترك اكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم .

و ترك التسرى ، فانهما) اى التزوّج و التسرى (مباحان من حيث انفسهما) فاللازم تقدم الشرط عليهما ، و مع ذلك قدمهما الامام عليه السلام على الشرط ، وابطل حكم الشرط (فلا ينافى ذلك) اى كونهما مباحان (لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة ، كالحلف والشرط وامر السيد والوالد) و النذر والعهد ، فكيف قال الامام عليه السلام ببطلان الشرط .

(و حينئذ) اى حين ورد الخبر ببطلان الشرط (فيجب اما جعل ذلك الخبر) الدال على بطلان الشرط (كاشفا عن كون ترك الفعلين) وهما التزوّج و التسرى (فى نظر الشارع من الجائز الذى لا يقبل اللزوم بالشرط) بان اراد الشارع بقاءهما جائزا ، فشرط عدمهما - المخرج من الجواز الى التحريم - خلاف ارادة الشارع (وان كان فى انظارنا) لو لا الخبر (نظير ترك اكل اللحم والتمر وغيرهما من المباحات القابلة لطرو) اى عروض (عنوان التحريم) فالخبر جاء لرفع هذا الاشتباه ، وحينئذ يكون المباح تارة قابلا لطرو عنوان ثانوى ، وتارة غير قابل لطرو عنوان

فى ان الشرط يلزم ان لا يكون مخالفا للكتاب و السنة

١٨٣

لكن يبعده استشهد الامام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك فى القرآن ، و هو فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط .

واما الحمل على ان هذه الافعال مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها ، وانها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط ، فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة ، اذ الكتاب دال على اباحتها ،

ثانوى .

(لكن يبعده) اى يبعد ان يكون لهذين خصوصية بل ظاهرا لخبراً كل مباح كذ لك .

و ذلك لـ (استشهد الامام لبطلان تلك الشروط باباحة ذلك فى القرآن) فالشرط باطل ، لانه مباح ، لا لانه قسم خاص من المباح (وهو) اى تعليل الامام للبطلان ، بانه مذكور فى القرآن (فى معنى اعطاء الضابطة لبطلان الشروط) و ان كل ما ذكر فى القرآن و لو كان حكما مباحا لا يمكن رفعه بالشرط و نحوه من الاحكام الثانوية .

(واما الحمل على) ان السائل سئل هل انه يقع الطلاق بمجرد مخالفة الزوج للشرط ؟ — بدون اجراء صيغة الطلاق — فاجاب الامام : على (ان هذه الافعال) وهى : التزوج والتسرى والهجران (مما لا يجوز تعلق وقوع الطلاق عليها ، وانها) اى هذه الافعال (لا توجب الطلاق كما فعله الشارط) اى انه ان فعل احد هذه الافعال فبمجرد الفعل هى طالق — بدون اجراء الصيغة — (فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة) على تلك الافعال (اذ الكتاب دال على اباحتها) اى اباحة تلك

وانها مما لا يترتب عليه حرج ، ولو من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل .

و يشهد لهذا الحمل - وان بعد - بعض الاخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل رواية منصور بن يونس ، قال قلت لابي الحسن عليه السلام : ان شريكاً لى كان تحت امرته ، فطلقها فبانت منه فاراد مراجعتها فقالت له المرأة : لا والله ، لا تزوجك ابداً حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تتزوج على ، قال : وقد فعل ، قلت : نعم ،

الافعال (وانها مما لا يترتب عليه حرج ، ولو) كان الحرج (من حيث خروج المرأة بها عن زوجية الرجل) .

و الحاصل ان الكتاب المجوز لهذه الامور له اطلاق بانها جائزة ، سواء شرطت الخروج بها عن زوجية الرجل ام لا .

(و يشهد لهذا الحمل - وان بعد -) و انما بعد لظهور ان سبب بطلان الشرط هو كونها مباحات فى الكتاب و (بعض الاخبار الظاهرة فى وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام) ما ينافى تلك الاخبار الدالة على عدم لزوم الوفاء (مثل رواية منصور بن يونس ، قال قلت لابي الحسن عليه السلام : ان شريكاً لى كان تحت امرته ، فطلقها فبانت منه) اى انقضت عدتها (فاراد مراجعتها) بالنكاح الجديد (فقالت له المرأة : لا والله ، لا تزوجك ابداً حتى يجعل الله لى عليك ان لا تطلقنى ولا تتزوج على) فهل هذا الشرط صحيح ؟ (قال) عليه السلام (و) هل (قد فعل ، قلت : نعم

جعلنى الله فداك قال : بئسما صنع ، ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار ، ثم قال : اما الآن فقل له : فليتم للمرأة شرطها ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : المسلمون عند شروطهم ، فيمكن حمل رواية محمد بن قيس على ارادة عدم سببته للطلاق بحكم الشرط ، فتأمل .

ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين ، و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

جعلنى الله فداك قال عليه السلام (بئسما صنع ، ما كان يدرى ما يقع فى قلبه بالليل و النهار) من ارادة طلاقها او تزوج امرئة عليها (ثم قال : اما الآن) و قد اشترط لها (فقل له : فليتم للمرأة شرطها ، فان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : المسلمون عند شروطهم ، ف) بحكم هذه الرواية (يمكن حمل رواية محمد بن قيس) الدالة على بطلان مثل هذا الشرط . (على ارادة عدم سببته) اى سببيه هذا العمل (للطلاق بحكم الشرط) لان الشرط فى نفسه باطل ، لانه مخالف لحكم مباح .

و الحاصل ان الشرط لا يجعل هذه الامور موجبا للطلاق بدون الصيغة و ذلك للجمع بين هذين الخبرين (فتأمل) حيث ان ظاهر استدلال الامام عليه السلام فى رواية محمد بن قيس ان اباحة هذه الامور فى القرآن الحكيم هى سبب بطلان الشرط .

(ثم انه لا اشكال فيما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعى الى القسمين المذكورين) قسم يرد عليه الشرط فاللازم تنفيذ الشرط ، و قسم يبقى الحكم على حاله ، فيبطل الشرط (و ان المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على

القسم الثانى ، لا الاول ، وانما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات .

منها : كون من احدا بويه حرّ رقا ، فان مادّل على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقيّة ولد الحر بنفسه ، بمعنى ان الولد - ينعقد لو خلّى وطبعه - تابعا لاشرف الابوين ، فلا ينافى جعله رقا بالشرط فى ضمن عقد ، وان يراد به ان ولدا الحر لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقا ، فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة

القسم الثانى ، لا القسم (الاول) فانه ليس مخالفا للكتاب (وانما الاشكال فى تميز مصداق احدهما عن الآخر فى كثير من المقامات) وهل انها من القسم الاول حتى ينفذ الشرط فيه ؟ ام من القسم الثانى حتى لا ينفذ الشرط فيه ؟ .

(منها : كون من احدا بويه حرّ رقا) كما اذا زوج المولى جاريته لحرّ بشرط ان يكون ولدهما رقا للمولى ، او بالعكس (فان مادّل على انه لا يملك ولد حرّ قابل لان يراد به عدم رقيّة ولد الحر بنفسه) حتى يكون هذا الحكم من قبيل اباحة شرب الماء ، مما يمكن ان يزحزحه الشرط (بمعنى ان الولد - ينعقد لو خلّى وطبعه -) بدون الشرط (تابعا لاشرف الابوين فلا ينافى جعله رقا بالشرط) الكائن ذك الشرط (فى ضمن عقد) لان الشرط انما يكون لازم الوفاء اذا كان فى ضمن العقد - كما تقدم - (وان يراد به ان ولدا الحر لا يمكن ان يصير فى الشريعة رقا) من قبيل اشتراط شرب الخمر (فاشتراطه) اى الرقية (اشتراط لما هو مخالف للكتاب والسنة

.....
 الدالين على هذا الحكم .

و منها : ارث المتمتع بها ، هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة او عقد آخر ، ام لا ؟ فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه فى ضمن عقد آخر وعدم مشروعية اشتراط ارث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا ، فيشكل الفرق حينئذ

الدالين على هذا الحكم) اى حكم عدم رقية ولدا الحر و ان كان الحر احد الابوين فقط فاللازم ان نرى ان الشارع رجع ايّهما .
 (و منها : ارث المتمتع بها ، هل هو قابل للاشتراط فى ضمن عقد المتعة او عقد آخر ، ام لا)

و بعد الاتفاق على انه لا يمكن اسقاط الوارث الشرعى عن الارث بواسطة الشرط كان يبيع الاب لولده دارا ويشترط عليه فى ضمن العقد ان لا يرثه (فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه) اى اشتراط ارث المتعة (فى ضمن عقد آخر) اى عقد بيع او شبهه (وعدم مشروعية اشتراط ارث اجنبى آخر فى ضمن عقد مطلقا) سواء كان ذلك العقد متعة ام لا ، كان يشترط ارث اجنبى فى ضمن عقد بيع ، او ضمن عقد متعة على امرئة ، والمراد بالاجنبى من لا يرث و لو كان قريبا ، وانما لا يرث لان فيه موانع الارث كالرقية او لوجود من هو اقرب منه ، ومنه اشتراط زيادة الارث كان يشترط ان يرث كل بنت بمقدار الولد ، كما ان اشتراط ارث المتعة على القول بصحته انما هو فيما اذا بقيت تحت جعالة الى حين الموت ، اما اذا انقضت وقتها او وهبها فلا ترث (فيشكل الفرق حينئذ) اى

بين افراد غير الوارث، وبين افراد العقود .

و جعل ماحكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و مامنعوا عنه مخالفا

الا ان يدعى ان هذا الاشتراط مخالف للكتاب الا في هذا المورد،

او ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع

حين قلنا بانها تترث بالشرط في ضمن عقد المتعة - ان كان الدليل لذلك عموم : المؤمنون عند شروطهم - (بين افراد غير الوارث) فلماذا تترث المتعة بالشرط دون سائر الاجانب (و بين افراد العقود) فلماذا تترث اذا شرط في ضمن عقد المتعة دون سائر العقود كالبيع و نحوه .

(و يشكل) جعل ماحكموا بجوازه) من ارث المتمتع بها عند الشرط في ضمن عقد المتعة (مطلقا) اي نافذا بمعنى انه لم يمنع عنه مانع (مطابقا للكتاب) الذي يقول : **وَ الَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ** فان الشرط نوع من العهد (و مامنعوا عنه) من عدم ارث سائر الاجانب بالشرط، وعدم ارث المتعة بالشرط في ضمن سائر العقود (مخالفا) للكتاب الذي يقول : **وَ أُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ** .

و انما يشكل الفرق لان دليل الشرط ان كان مقدما على الكتاب قدم

فيهما و ان كان الكتاب مقدما سقط الشرط فيهما ، فالتفصيل لوجه له .

(الا ان يدعى) في وجه الفرق (ان هذا الاشتراط) اي اشتراط ارث

المتعة (مخالف للكتاب الا في هذا المورد) فليس مخالفا له ، لانه اخص

مطلقا فيثبت بالخبر الدال على ان المتعة تترث كما تخصص عمومات

الكتاب بالاخبار التي هي حجة (او ان الشرط المخالف للكتاب ممنوع

الافى هذا المورد .

و لكن عرفت وهن الثانى ، والاوّل يحتاج الى تأمل .

ومنها : انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية واشتهر

عدم جوازه فى عقد الاجارة

الافى هذا المورد) فانه وان كان مخالفا للكتاب الا ان الشارع قدّم المخالف ، وهذا تخصيص لقوله عليه السلام « كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود » فقولنا « الشرط المخالف مردود » له فى المقام جوابان - على سبيل منع الخلو - .

الاول : ان هذا الشرط ليس مخالفا .

الثانى : انه مخالف ولكنه ليس بمردود .

(ولكن عرفت) عند قولنا فى اول المسألة « لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه »

(وهن الثانى) لانه اذا كان مخالفا للكتاب فلا يمكن نفوذه (والاوّل يحتاج

الى تأمل) فكيف يكون هذا الشرط ليس مخالفا مع ان مثله - من ارث

الاجنبى او ارث المتعة فى ضمن عقد غير المتعة - مخالف ، فاما ان نقول

بمخالفتهما او بعدم مخالفتهما .

(ومنها : انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان فى العارية) فاذا

اعطى شيئا عارية - فالاصل فيه عدم ضمان المستعير ، اذا تلف بدون تعد

او تغريط - ، لان المستعير امين ، وليس على الامين الا اليمين .

اما اذا شرط صح الشرط ، لان المؤمنين عند شروطهم (والحال انه

اشتهر عدم جوازه فى عقد الاجارة) لانه ليس على الامين الا اليمين ، و

فيشكل ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين عدم ضمانه فى نفسه من غير اقدم عليه بحيث لا ينافى اقدامه على الضمان من اول الامر ، او عدم مشروعية ضمانه و تضمينه ولو بالاسباب ، كالشرط فى ضمن عقد تلك الامانة او غير ذلك .

ومنها : اشتراط ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر فانهم اختلفوا فى جوازه

المستأجر امين ، فالشرط خلاف ما كتبه الله و بينه اوليائه عليهم السلام (فيشكل) الفرق بين البايين ، بل اللازم ان نقول باستواء البايين اما بالضمان فيهما اذا شرط الضمان ، واما بعدم الضمان فيهما وان شرط . و (ان مقتضى ادلة عدم ضمان الامين) اما (عدم ضمانه فى نفسه من غير اقدام عليه) اى ان عدم الضمان انما هو فى صورة عدم اقدام الامين على الضمان (بحيث لا ينافى) دليل عدم الضمان (اقدامه على الضمان) بواسطة الشرط (من اول الامر) حين العقد ، و عليه فاللازم القول بضمان الامين فى بابى الاجارة و العارية - اذا شرط - (او عدم مشروعية ضمانه) اى ضمان الامين (و تضمينه) اى تضمين الموجد والمستعير (ولو) تضميناً (بالاسباب - كالشرط فى ضمن عقد تلك الامانة) و الاجارة (او غير ذلك) من سائر الاسباب ، كالنذر و العهد على الضمان ، و عليه فاللازم القول بعدم ضمانهما ، فالفرق بينهما مما لا وجه له .

(ومنها : اشتراط) الزوجة على الزوج فى ضمن عقد النكاح (ان لا يخرج بالزوجة الى بلد آخر) او يكون بيدها اختيار السكنى (فانهم اختلفوا فى جوازه) و منعه

والاشهر على الجواز .

و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج و كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره .
و اورد عليهم بعض المجوزين بان هذا جار فى جميع الشروط السائغة من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا او تركا .

(و الاشهر على الجواز) لانه مقتضى : المؤمنون عند شروطهم .

(و جماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع من حيث وجوب اطاعة الزوج) و الشرط لا يرفع الحكم الواجب ، كما لا يرفع وجوب الصلاة (و) من حيث (كون مسكن الزوجة و منزلها باختياره) و الاحكام الوضعية لا ترفع بالشرط ، كما لا ترفع بالشرط الحرية والرقية و الزوجية الاجنبية — بسان تصبح الاجنبية زوجة بالشرط مثلا — .

(و اورد عليهم بعض المجوزين بان هذا) الاشكال الذى ذكرتموه (جار فى جميع الشروط السائغة من حيث ان الشرط ملزم) — بالكسر — (لما ليس بلازم فعلا او تركا) اى الزام فعل او الزام ترك ، وهناك فرق بين وجوب الصلاة و بين حق الزوج ، فحقه قابل للاسقاط ، كما قال عليه السلام فى مثل ذلك : لم يعص الله و انما عصى سيده ، فاذا اجاز جاز و الاحكام الوضعية على قسمين ، فـ كان من حق الله تعالى ليس يقابل لان يرفع بالشرط ، اما اذا كان من قبيل حق الانسان فهو قابل لذلك ، كما قبل ان تسقط الزوجة نفقتها او قسمها مع انها حكمان وضعيان .

و بالجملة فموارد الاشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغييره
 بالشرط بسبب تغيير عنوانه عن غير القابل كثيرة يظهر للمتتبع ، فينبغى
 للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغييره
 بالشرط ، والتأمل فيه حتى يحصل له التميز و يعرف ان المشروط من
 قبيل ثبوت الولاة لغير المعتق المنافى لقوله صلى الله عليه وآله : الولاة
 لمن اعتق ، او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافى لقوله عليه
 السلام : اذا افترقا وجب البيع ، او عدمه لهما فى المجلس مع قوله عليه
 السلام : البيعان بالخيار ما لم يفترقا

(و بالجملة فموارد الاشكال فى تميز الحكم الشرعى القابل لتغييره
 بالشرط بسبب تغيير عنوانه) و تغيير العنوان يكون بانضمام الشرط اليه
 فالحكم الاول كذا ، و الحكم بعد انضمام الشرط اليه كذا (عن غير القابل)
 متعلق ب ((تميز)) كثيرة يظهر للمتتبع ، فينبغى للمجتهد ملاحظة الكتاب
 و السنة الدالين على الحكم الذى يراد تغييره بالشرط ، والتأمل فيه) اى
 فى ذلك الحكم (حتى يحصل له التميز ، و يعرف ان المشروط من قبيل
 ثبوت الولاة لغير المعتق المنافى لقوله صلى الله عليه وآله : الولاة لمن
 اعتق) فلا يجوز (او من قبيل ثبوت الخيار للمتبايعين غير المنافى لقوله
 عليه السلام : اذا افترقا وجب البيع) فيما يريد اثبات الخيار لاحدهما بعد
 الافتراق ، وهو ما يسمى بخيار الشرط (او) من قبيل (عدمه) اى عدم
 الخيار (لهما فى المجلس) فيما اذا شرط ضمن العقد عدم الخيار لهما
 فى المجلس (مع) وجود (قوله عليه السلام : البيعان بالخيار ما لم يفترقا)

الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة ، المخالفة حكما ، فان لم يحصل له بنى على اصاله عدم المخالفة فيرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم

و

المقتضى لخيار المجلس ، فاذا تميز ان مورد ه من اى القسمين ، ظهر انه يصح فيه الشرط او لا يصح فيه الشرط (الى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة ، المخالفة حكما) فان قبل المجلس و بعد المجلس متشابهة من حيث ان العقد قد تم ، لكن لهما حكمان مختلفان لوجود الخيار فى المجلس و عدمه فى خارج المجلس .

و كيف كان فان حصل له تميز و ان المورد من اى القسمين ، القسم القابل للشرط او القسم الذى لا يقبل الشرط فهو ، و الا (فان لم يحصل له) التميز و وقع فى الشك (بنى على اصاله عدم المخالفة) اى عدم مخالفة الشرط لدليل ذلك الحكم الذى يراد رفعه بالشرط (فيرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم) و يقول بصحة الشرط .

و الحاصل ان دليل : المؤمنون ، شامل لكل شرط الا ما كان مخالفا فاذا لم نعلم المخالفة فعموم المؤمنون محكم ، فتأمل .

(و) ان قلت : الخارج من عموم : المؤمنون ، ما كان مخالفا واقعا ، و عدم العلم بالمخالفة — وهو ظرف جريان اصاله عدم المخالفة — لا يحقق عدم المخالفة واقعا ، فكيف يكون مجرى لعموم : المؤمنون .

و بعبارة اخرى ، المؤمنون عند شروطهم يجرى فى ظرف عدم المخالفة واقعا ، لا فى ظرف عدم العلم بالمخالفة .

الخارج عن هذا العموم وان كان هو المخالف واقعا للكتاب والسنة ،
 لا ماعلم مخالفته الا ان البناء على اصالة عدم المخالفة يكفى فى احراز
 عدمها واقعا كما فى سائر مجارى الاصول .
 و مرجع هذا الاصول الى اصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه
 لا يقبل تغييره بالشرط .

قلت : (الخارج عن هذا العموم) اى عموم : المؤمنون عند شروطهم
 (وان كان هو المخالف واقعا للكتاب والسنة) علمنا به ام لم نعلم (لا ما
 علم مخالفته) فان العلم والجهل لامدخلية لهما فى الاحكام الاولية (الا
 ان البناء على اصالة عدم المخالفة) التى ذكرناها (يكفى فى احراز عدمها)
 اى عدم المخالفة (واقعا) قيد ١ « عدمها » (كما فى سائر مجارى الاصول)
 فان الاصل ينزل الشئ منزلة الواقع فيترتب عليه حكم الواقع .
 مثلا : الصلاة مشروطة بالطهارة الواقعية ، فاذا شككنا فى الطهارة ،
 و كان هناك استصحاب الطهارة ، كفى الاستصحاب فى احراز الطهارة ،
 و صح اتيان الصلاة بهذه الطهارة المستصحة - لانها نازلة شرعا منزلة
 الطهارة الواقعية - .

(و مرجع هذا الاصل) اى اصالة عدم المخالفة (الى اصالة عدم
 ثبوت هذا الحكم) الذى نريد رفعه بالاصل - كحكم كون السكنى بيد
 الرجل - (على وجه لا يقبل تغييره بالشرط) فاذا شككنا فى ان حكم
 السكنى بيد الرجل هل هو ثابت على كل تقدير ، او على تقدير عدم الشرط
 فقط كان المتيقن انه ثابت على تقدير عدم الشرط ، فاذا جاء الشرط

مثلا : نقول : ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن ، لا من حيث هو لو خلى و طبعه و لم يثبت فى صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن .

لكن هذا الاصل انما ينفع بعدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى اطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كفاى اكثر الادلة المتضمنة للاحكام المتضمنة للرخصة و التسليط

ارتفع الحكم و صار السكنى بيد الزوجة حسب الشرط .

(مثلا : نقول : ان الاصل عدم ثبوت الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن) اى ليس تسلطه تسلطا مطلقا ، فان الثابت من تسلطه هو التسلط فى الجملة (لا من حيث هو) بدون الشرط (لو خلى و طبعه) هذا التسلط (و لم يثبت فى صورة الزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن) بان يكون البلد او المسكن الخاص بيد الزوجة .

(لكن هذا الاصل انما ينفع) حتى يكون مسرجا للشرط (بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى اطلاقه) « فى » متعلق ب « ظهور » اطلاقا (بحيث يشمل صورة الاشتراط) .

فاذا كان دليل المسكن مطلقا اطلاقا يشمل صورة وجود الشرط ايضا فلا يبقى مجال للشرط (كفاى اكثر الادلة المتضمنة للاحكام المتضمنة للرخصة) فى الشئ (و التسليط) على الشئ ، فانه اغير ظاهرة فى الاطلاق ، فقله « كما » بيان لقوله « عدم ظهور » .

فالادلة التى تقول ان الرجل مرخص فى تهية اكل او لباس او

فان الظاهر سوقها في مقام بيان حكم الشئ من حيث هو ، الذي لا ينافى
طروّ خلافه لمعزم شرعى ، كالنذر وشبهه من حقوق الله ، والشرط وشبهه
من حقوق الناس .

اما ما كان ظاهره العموم كقوله : لا يملك ولد حرّ ، فلامجرى فيه لهذا
الاصل .

ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خصّ الشرط المخالف للكتاب

مسكن او ما شبه لزوجه ليس لها اطلاق (فان الظاهر سوقها) اى تلك
الادلة (فى مقام بيان حكم الشئ من حيث هو ، الذي لا ينافى طروّ خلافه
لمعزم شرعى) ثانوى (كالنذر وشبهه) من العهد واليمين (من حقوق الله
و) ك (الشرط وشبهه) من امر الاب والسيد (من حقوق الناس) فاذا طرأ
الخلاف ارتفع الحكم الاولى .

(اما ما كان ظاهره العموم) بمعنى ان له قوة فى العموم بحيث يطارد
كل حكم ثانوى والا فالقسم الاول ايضا له عموم كما لا يخفى ، منتهى الامر
ثم يكن عموم بهذه القوة (كقوله : لا يملك ولد حرّ ، فلامجرى فيه لهذا
الاصل) اى اصاله عدم المخالفة .

فاذا زوج الاب ابنته لشخص ، وكلاهما حران ، واشترط عليه ان يكون
ولده رقابطل الشرط - كما لا يخفى - فالمهم ان يعرف قوة العموم من
القرائن الخارجية ، والا جرى الاصل .

(ثم ان بعض مشايخنا المعاصرين) وهو النراقي فى عوائده (بعد
ما خص الشرط المخالف للكتاب

.....
 الممنوع عنه فى الاخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب وان التزام
 فعل المباح او الحرام او ترك المباح او الواجب خارج عن مدلول تلك
 الاخبار ذكر ان المتعین فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دل
 على حكم ذلك الفعل ، و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط ، و يرجع الى
 المرجحات

الممنوع عنه فى الاخبار) حيث قال عليه السلام : كل شرط خالف كتاب
 الله فهو مردود (بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب) ((بما)) متعلق بـ
 (خص) و لم يذكر ما اذا كان الالتزام مخالفا ، اذ قد عرفت سابقا ان المخالف
 على قسمين ، الاول ما كان الملتزم مخالفا و الثانى ما كان الالتزام مخالفا
 (و) بعد ان ذكر (ان التزام فعل المباح او الحرام او ترك المباح او
 ترك (الواجب خارج عن مدلول تلك الاخبار) فان الالتزام ليس مخالفا
 للكتاب ، سواء كان متعلق الالتزام حكما لا اقتضاءيا كالمباح ، او حكما
 اقتضاءيا كالواجب و الحرام (ذكر ان المتعین فى هذه الموارد) - التى
 التزم فيها المشروط عليه بفعل شئ او ترك شئ - الخارجة عن مدلول
 الاخبار اعنى التزام فعل المباح الخ (ملاحظة التعارض بين ما دل على
 حكم ذلك الفعل) مع قطع النظر عن الشرط (و ما دل على وجوب الوفاء
 بالشرط) اى المؤمنون عند شروطهم (و يرجع الى المرجحات) فى مورد
 الاجتماع .

فاذا ورد : لا تشرب الخمر ، وورد المؤمنون عند شروطهم ، كان بينهما
 عموم من وجه ، لان الشرط يشمل غير هذا الشرط ايضا ، كما ان لا تشرب

- و ذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع .
- قال : و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيها لقواعد و الاصول .
- و فيه من الضعف ما لا يخفى .
- مع ان اللازم على ذلك

يشمل غير مورد الشرط .

فاذا شرط شرب الخمر تعارض الدليلان في مورد الاجتماع ، فاللازم الرجوع الى المرجحات الخارجية (و ذكر ان المرجح في مثل اشتراط شرب الخمر هو الاجماع) الذي يقول بحرمة شرب الخمر حتى مع الشرط (قال) النراقي (و ما لم يكن فيه مرجح) مثل ما اذا اشتراط ارت المتعة حيث يعارض ((اَوْ لَوْ اَلْاَرْحَامُ بَعْضُهُمْ اَوْلٰى)) مع ((المؤمنون عند شروطهم)) (يعمل فيها لقواعد و الاصول) و ان لم تكن قاعدة و اصل فرضاً كان من قبيل الدليلين المتعارضين فاللازم اعمال قواعد التعادل و الترجيح .

(و فيه من الضعف ما لا يخفى) .

اولا : لما عرفت من ان ما دل على عدم نفوذ مخالف الكتاب اعم مما كان الملتزم مخالفا ، او كان الالتزام مخالفا .

و ثانيا : ضرورة ان دليل : المؤمنون عند شروطهم ، لا يشمل مثل شرب الخمر و الزنا و اكل الربا ، فايقاع التعارض بينها لا يليق بالفقيه فكيف بمثل النراقي الذي حاز قصب السبق في العلم و الفضيلة .

(مع) انه يرد عليه ثالثا (ان اللازم على ذلك) الذي ذكره من كون

الحكم بعدم لزوم الشرط ، بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لان الشرط ان كان فعلا يجوز تركه كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط وادلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يلزم ، بل لا يصح .

المرجع - اذا لم يكن مرجح فى البين - هو القواعد والاصول (الحكم بعدم لزوم الشرط) اذا كان الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد (بل عدم صحته) اصلا اذا قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (فى جميع موارد عدم الترجيح) بخلاف ما يظهر من النراقى من بقاء الشرط على حاله فتأمل . واما قلنا ان اللازم على ذلك عدم لزوم الشروط او عدم صحته (لان الشرط ان كان) متعلقه (فعلا يجوز تركه) مثل شرط طلاق الزوجة فانه فعل يجوز تركه ، فى نفسه ، مع قطع النظر عن الشرط (كان اللازم مع تعارض ادلة وجوب الوفاء بالشرط) مثل : المؤمنون عند شروطهم (وادلة جواز ترك ذلك الفعل) فيما اذا انكحها بشرط ان يطلقها اذا اشأنت فانه يقع التعارض بين : المؤمنون عند شروطهم ، المقتضى للطلاق اذا اشأنت ، وبين : الطلاق بيد من اخذ بالساق ، المقتضى لجواز ان يترك الزوج الطلاق ، حتى اذا اشأنت هى الطلاق (مع فقد المرجح) لاحد هما على الآخر (الرجوع الى اصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط ، فلا يلزم) الشرط ، ان قلنا ببقاء العقد لان الشرط الفاسد ليس بمفسد (بل لا يصح) ان قلنا بان الشرط الفاسد مفسد ، فانه اذا بطل العقد بطل الشرط بطريق اولى .

وان كان فعل محرم او ترك واجب لزم الرجوع الى اصالة بقاء
الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط .

فالتحقيق ما ذكرنا من ان من الاحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما
يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كاكثير ما ترخص في فعله و تركه ، ومنها
ما لا يقبله

(وان كان) الشرط متعلقه (فعل محرم او ترك واجب) كما اذا شرط
شرب الافيون او ترك الانفاق على زوجته ، فانه يتعارض دليل الشرط
و دليل وجوب ذلك الواجب ، و حرمة ذلك المحرم ، فيتساقطان و(لزم
الرجوع الى اصالة بقاء الوجوب والتحريم الثابتين قبل الاشتراط) .
و اذا ردّ كلام النراقي لورود الاشكالات الثلاثة عليه .

(فالتحقيق ما ذكرنا من) انه لا تتعارض ادلة الاحكام ، و ادلة الشرط
اصلا ، بل اذا جرى دليل الشرط انسحب دليل الحكم ، و اذا جرى دليل
الحكم انسحب دليل الشرط .

فحاصل ما ذكرناه (ان من الاحكام المذكورة في الكتاب والسنة ما
يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه) فان ذلك عنوان الحكم لو خلى وطبعه .
فاذا الحقه شرط او نذر او ما اشبه خرج عن كونه لو خلى وطبعه فنبدل حكم ذلك
الموضوع على وفق الشرط ايجابا او تحريما (كاكثير ما ترخص في فعله وتركه) مع
التساوي كالمباح او مع ترجيح الفعل كالمستحب ، او مع ترجيح الترك كالمكروه .
و انما قال « كاكثير » لان بعض المرخصات لا يغيرها الشرط ، كما قال
بعضهم في اشتراط عدم التسرّي (ومنها ما لا يقبله) اي لا يقبل التغيير

كالتحريم و كثير من موارد الوجوب .

و ادلة الشروط حاكمة على القسم الاول ، دون الثانى فان اشتراطه

مخالف لكتاب الله كما عرفت وعرفت حكم صورة الشك .

وقد تفتن قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى ، وان الشرط فيه

مخالف للكتاب بعض التفتن

بالشرط (كالتحريم و كثير من موارد الوجوب) فان الشرط لا يتمكن من

اباحة حرمة شرب الخمر و الزنا ، كما لا يتمكن من اسقاط الصلاة والصيام و

الحج عن وجوبها .

و انما قال « كثير » لان بعض موارد الوجوب يسقط عن وجوبه بواسطة

الشرط مثل اشتراط ان يكون السكنى بيد الزوجة ، فانه يسقط وجوب

متابعة الزوجة للزوج فى البلد و المكان .

(و ادلة الشروط) التى تقول : المؤمنون عند شروطهم (حاكمه على

القسم الاول) القابل للتغيير (دون الثانى) الذى لا يقبل التغيير (فان

اشتراطه) اى اشتراط القسم الثانى (مخالف لكتاب الله) الذى يقتضى عدم

تغيير هذا القسم (كما عرفت وعرفت حكم صورة الشك) فيما اذا شككنا ان

الحكم من القسم الاول او القسم الثانى ، وان الاصل يقتضى كون الحكم

من القسم القابل للتغيير بالشرط .

(وقد تفتن) النراقى (قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى)

الذى لا يتغير بالشرط (وان الشرط فيه) اى فى هذا القسم (مخالف

للكتاب بعض التفتن) فلا تعارض بين دليل الشرط ، ودليل الحكم

بحيث كاد ان يرجع عما ذكره اولاً من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، وادلة حرمة شرب الخمر، فقال : و لو جعل هذا الشرط من اقسام الشرط المخالف للكتاب، و السنة كما يطلق عليه عرفاً لم يكن بعيداً، انتهى .

و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله (ع) في رواية اسحاق بن عمار المتقدمة : المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً، فان

(بحيث كاد ان يرجع عما ذكره اولاً من التعارض بين ادلة وجوب الوفاء بالشرط، وادلة حرمة شرب الخمر، فقال) ما يظهر منه الرجوع بما نصّه : (و لو جعل هذا الشرط) اي شرط شرب الخمر (من اقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفاً) انه مخالف للكتاب - فلا نلاحظ الدقة المقتضية للتعارض، على ما ذكرناه اولاً - (لم يكن بعيداً، انتهى) .

وانما قلنا « بعض المتفطنين » لا ناقلنا بانه لا تعارض، لا دقة ولا عرفاً والنراقي نفى التعارض العرفي، مما يظهر منه انه باق على رأيه في وجود التعارض الدقي (و مما ذكرنا من انقسام الاحكام الشرعية المدلول عليها في الكتاب و السنة على قسمين) قسم يقبل التغيير بالشرط لتغير عنوانه، و قسم لا يقبل التغيير بالشرط (يظهر لك معنى قوله (ع) في رواية اسحاق بن عمار المتقدمة : المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او احل حراماً، فان

المراد بالاحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر دليله حتى مسح
الاشترط ، نظير شرب الخمر ، وعمل الخشب صنما او صورة حيوان ، و
نظير مجامعة الزوج التى دل بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع
حكمها - اعنى الاباحة - متى اراد الزوج ، باشتراط كونها بيد المرأة ، و
نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الاخبار على عدم
ارتفاع اباحتها باشتراط تركها ، معللا بورود الكتاب العزيز باحتها .

المراد بالاحلال و الحرام فيها) اى فى هذه الرواية القسم الثانى الذى
لا يقبل التغيير (ما كان كذلك) حلالا او حراما (بظاهر دليله حتى مسح
الاشترط ، نظير شرب الخمر ، وعمل الخشب صنما او صورة حيوان) هذه
امثلة الحرام الذى لا يقبل الحلية بالشرط (و نظير مجامعة الزوج التى
دل بعض الاخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها - اعنى الاباحة -
متى اراد الزوج) الجماع (باشتراط كونها بيد المرأة) « باشتراط »
متعلق بـ « عدم ارتفاع » فهذا حلال لا يقبل الحرمة بالشرط (و نظير
التزوج) بامرأة ثانية (و التسرى) بجارية (و الهجر) للزوجة اذا اتت
بسبب الهجر و هو النشوز (حيث دل بعض تلك الاخبار على عدم ارتفاع
اباحتها باشتراط تركها) فهذه حلال لا تقبل الحرمة بالشرط (معللا)
فى الاخبار (بورود الكتاب العزيز باحتها) .

والحاصل : ان الواجب و الحرام لا يقبل الشرط الا بدليل
خاص و الاحكام الثلاثة الاخر تقبل الشرط الا بدليل
خاص .

.....
 اما ما كان حلالا لو خُلّي وطبعه بحيث لا ينافي حرمة او وجوبه
 بملاحظة طرؤ عنوان خارجي عليه او كان حراما كذلك ، فلا يلزم من
 اشتراط فعله او تركه الا تغيير عنوان الحلال والحرام الموجب لتغيير
 الحل والحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال ولا تحليل حرام .
 الا ترى انه لو نهى السيد عبده ، او الوالد ولده عن فعل مباح اعنى
 مطابقة ماله فى ذمة غريمه ،

(اما ما كان حلالا لو خُلّي وطبعه بحيث لا ينافي) حليته الذاتية
 (حرمة او وجوبه بملاحظة طرؤ عنوان خارجي عليه) كطرؤ النذرا والشرط
 على فعله او تركه (او كان حراما كذلك) لو خُلّي وطبعه ، بحيث لا تنافي
 حرمة الذاتية طرؤ عنوان خارجي عليه يوجب حليته مثل حرمة عصيان
 الزوج فى السكنى بان لا تطيع الزوج اذا اراد لها السكنى فى مكان
 خاص فتشترط عليه ان يكون انسكنى بيدها فان الحرمة الذاتية لا تنافي
 طرؤ هذا العنوان الموجب لباحة مخالفة الزوج لها (فلا يلزم من اشتراط
 فعله او تركه الا تغيير) الموضوع ، و ذلك بتبدل (عنوان الحلال والحرام
 الموجب) ذ لك التغيير (لتغير الحل والحرمة) فكلما تبدل الموضوع تبدل
 الحكم (فلا يكون حينئذ) اى حين تبدل الموضوع (تحريم حلال ولا تحليل
 حرام) بل كان ذ لك من قبيل وجوب الصيام فى الحضر ، ووجوب الافطار فى
 السفر .

(الا ترى انه لو نهى السيد عبده ، او الوالد ولده عن فعل مباح)
 (باحة ذاتية) اعنى مطابقة ماله (اى الشئ الذى للولد) فى ذمة غريمه)

.....
 او حلف المكلف على تركه لم يكن الحكم بحرمة شرعا من حيث طرؤ عنوان
 معصية السيد والوالد ، وعنوان حنث اليمين عليه تحريما لحلال فكذلك
 ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به ، وكذلك امتناع الزوجة
 عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر محرم فى نفسه وكذلك امتناعها من
 المجامعة ولا ينافى ذلك حليتهما باشتراط عدم اخراجها عن بلدها او
 باشتراط عدم مجامعتها

المطلوب للولد (او حلف المكلف) الدائن (على تركه) اى ترك المديون
 بان لا يطالبه ، (لم يكن الحكم) الثانوى (بحرمة) اى المطالبة (شرعا)
 قيد « الحكم » (من حيث طرؤ عنوان معصية السيد والوالد ، وعنوان حنث
 اليمين عليه) اى على المطالبة (تحريما لحلال) لان المطالبة فى ذاتها
 موضوع ومعصية السيد ، وحنث اليمين موضوع آخر ، واذا كانت المعصية
 للوالد ، والحنث لليمين يبدلان الموضوع الموجب لتبدل الحكم (فكذلك)
 تحريم الحلال الذاتى مثل (ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به)
 موضوع آخر غير الفعل الذى كان موضوعا للاباحة فان الفعل بما هو هو ،
 غير الفعل بما هو وقع فى ضمن العقد (وكذلك) بالنسبة الى تحليل
 الحرام الذاتى ، مثل (امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها الى بلد آخر
 محرم فى نفسه) اذا لم يطرء عليه عنوان آخر (وكذلك) امتناعها من
 المجامعة ولا ينافى ذلك (التحريم) (حليتهما) اى حلية الامتناع عن
 الخروج والامتناع عن المجامعة (ب) سبب (اشتراط عدم اخراجها عن
 بلدها) فى ضمن العقد (او باشتراط عدم مجامعتها) كذلك فى ضمن

كما في بعض النصوص .

و بالجملة فتحریم الحلال و تحليل الحرام انما يلزم مع معارضة ادلة انوفاء بالشرط لادلة اصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله .

اما اذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد الاثبوتة لو خلتى الموضوع وطبعه فانه لا يعارضه مادل على ثبوت ضد ذلك الحكم اذا طرء على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له

العقد (كما في بعض النصوص) .

(و بالجملة ، ف) الشرط لا يلزم تحريم الحلال او تحليل الحرام فان (تحريم الحلال و تحليل الحرام انما يلزم مع معارضة ادلة الوفاء بالشرط . لادلة اصل الحكم) بان كان دليل الحكم عامّا يشمل حتى صورة الشرط ، كما في ادلة حرمة شرب الخمر ، و وجوب الصلاة ، فانها عامة تشمل حتى صورة شرط ترك الصلاة او شرط شرب الخمر (حتى يستلزم وجوب الوفاء) بالشرط (مخالفة ذلك) الدليل المتعرض لاصل الحكم (و طرح دليله) اذا قد منادى دليل وجوب الوفاء بالشرط .

(اما اذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد الاثبوتة) اى ثبوت ذلك الحكم (لو خلتى الموضوع و طبعه) مثل دليل كون السكنى بيد الزوج (فانه لا يعارضه مادل على ثبوت ضد ذلك الحكم) كالتحليل فى مثال سكنى الزوجة (اذا طرء على الموضوع) اى السكنى فى المثال (عنوان آخر) كعنوان الشرط (لم يثبت ذلك الحكم) اى حرمة عدم الاطاعة (له)

الامجردا عن ذلك العنوان .

ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرم للحلال على ما ذكرنا فى معنى الرواية بان ادلة حلية اغلب المحللات بل كلها انما تدل على حليتها فى انفسها لو خليت و انفسها ، فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط . كما قد تحرم من اجل النذر و اخويه ، و من جهة اطاعة الوالد و السيد ، و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها .

اى موضوع السكنى مثلا (الامجردا عن ذلك العنوان) فان وجوب اطاعة الزوج فى السكنى ثابت للسكنى غير المعنون بعنوان الشرط ، فاذا جاء الشرط تبدل الحكم .

(ثم انه يشكل الامر فى استثناء الشرط المحرم للحلال على ما ذكرنا فى معنى الرواية) من ان المراد بالاحلال و الحرام : ما كان كذلك حتى مع الشرط ، ولذا لا يتمكن الشرط من تبديل حكمهما (بان ادلة حلية اغلب المحللات بل كلها انما تدل) دلالة عرفية (على حليتها فى انفسها لو خليت و انفسها) فلا اطلاق لها لجميع الحالات (فلا تنافى حرمتها من اجل الشرط) لان الشئ بعنوان الشرط غير الشئ بعنوان نفسه (كما قد تحرم) المحللات (من اجل النذر و اخويه) وهما العهد و اليمين (و من جهة اطاعة الوالد و السيد) و الزوج (و من جهة صيرورتها علة للمحرم) و مقدمة له بناء على ان مقدمة الحرام حرام (و غير ذلك من العناوين الطارئة لها) اى للمحللات .

وجه الاشكال انه لا يبقى حينئذ مصداق للشرط المحرم للحلال .

نعم لو دَلّ دليل حَلّ شئ ، على الحَلِّية المطلقة ، نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرؤ عنوان مغير عليه أصلا ، أو خصوص الشرط من بين العناوين ، أو دَلّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك ، كما دَلّ بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتسرى والتزوّج وترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه لكن دلالة نفس دليل الحَلِّية على ذلك

(نعم لو دَلّ دليل حَلّ شئ ، على الحَلِّية المطلقة) وانه حلال سواء وقع عليه عنوان ثانوي ، أم لا (نظير دلالة أدلة المحرمات حيث انتهت دلالة الحُرمة المطلقة - دلالة عرفية - (بحيث لا يقبل) ذلك الحلال (طرؤ عنوان مغير عليه أصلا) سواء كان ذلك العنوان الثانوي شرطا أو نذرا أو من الوالدين (أو لا يقبل طرؤ (خصوص الشرط من بين العناوين) الثانوية (أو دَلّ الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك) أي لا يقبل طرؤ عنوان مغير عليه أصلا وهذا عطف على قوله « لو دَلّ دليل حَلّ الشئ الخ ٠٠٠ » (كما دَلّ بعض الأخبار) المتقدمة (بالنسبة إلى بعض الأفعال) وهذا مثال للدليل الخارجي كالتسرى والتزوّج وترك الجماع من دون إرادة الزوجة) وترك الهجران - مع اتيانها بالنشوز (كان مقتضاه) أي يقتضي هذا الدليل الخارجي أو المداخل ، و « كان » جواب « لو » (فساد اشتراط خلافه) أي خلاف ذلك الحَلّ ، فالشئ يبقى حلالا وإن شرط خلاف الحَلِّية .

(لكن دلالة نفس دليل الحَلِّية على ذلك) الإطلاق ، وانه حلال و

.....

لم توجد فى مورد .

و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج
 الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك ، اذ مورد الشك
 حينئذ محكوم بصحة الاشتراط .

و مورد ورود الدليل على عدم تغيير حلّ الفعل باشتراط تركه مستغن
 عن الضابطة

ان ورد عليه الشرط بخلافه (لم توجد فى مورد) حسب ما استقرأناه .

(و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط) بان
 نقول : كلما دلّ دليل خارجى على اطلاق الحلية ، لم يرد عليه الشرط
 وكلما لم يكن هكذا دليل كان قابلا لمرود الشرط (يخرج الرواية) التى
 قالت « الا ما احل حراما او حرم حلالا » (عن سوقها لبيان ضابطة
 الشروط عند الشك) اذ ظاهر الرواية ان كل حلال لا يقبل الحرمة
 بالاشتراط ، كما ان كل حرام لا يقبل الحلية بالاشتراط .

و انما يخرج الرواية (اذ مورد الشك حينئذ) اى حين الاحتياج الى
 الدليل الخارجى (محكوم بصحة الاشتراط) لانه كلما لم يكن دليل خارج
 على بطلان الاشتراط كان اللازم القول بصحة الاشتراط .

(و مورد ورود الدليل على عدم تغيير حلّ الفعل باشتراط تركه)
 (باشتراط) متعلق بـ « عدم تغيير » (مستغن عن الضابطة) .

اذ لو لم تكن الضابطة كان الدليل الخارج - الدال على عدم تغيير
 الحلال بالاشتراط - كافى افادة ان الحلال فى المسألة الفلانية

.....
 مع ان الامام عتّل فساد الشرط في هذه الموارد بكونه محرما للحلال،
 كما عرفت في الرواية التي تقدمت في عدم صحة اشتراط عدم التزوّج، و
 التسرى، معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على اباحتهما .
 نعم لا يرد هذا الاشكال في طرف تحليل الحرام، لان

لا يقبل التغيير بالشرط، هذا ولا اشكال على الاحتياج الى الدليل الخارج
 و ثانيا (مع ان الامام) عليه السلام (عتّل فساد الشرط في هذه الموارد)
 و هي التسرى و التزوّج و ما اشبه (بكونه محرما للحلال، كما عرفت في
 الرواية التي تقدمت) عن ابن مسلم، عن الباقر عليه السلام (في عدم صحة
 اشتراط عدم التزوّج، و) عدم (التسرى، معللا بكونه) اى عدم التزوّج، او
 عدم التسرى (مخالفا للكتاب الدال على اباحتهما، .

و الظاهر من الرواية عدم الاحتياج الى الدليل الخارجى و انما
 يكفى وجود الحلية في الكتاب .

و الحاصل : ان قولكم بالاحتياج الى الدليل الخارجى يستشكل
 عليه اولابانه موجب للاستغناء عن الضابط .

و ثانيا : بانه خلاف ظاهر كلام الامام (ع) في رواية ابن مسلم .
 (نعم لا يرد هذا الاشكال) و هو ان اطلاق الحكم اما ان يفهم من
 دليل داخلى، او دليل خارجى، والدليل الداخلى ليس موجودا في
 المحلّلات، والدليل الخارجى موجب لهدم الضابطة، ومخالفة ظاهر رواية
 ابن مسلم (في طرف تحليل الحرام، لان) في ادلة المحرمات دليل
 داخلى على اطلاق الحرام، وانه لا يرتفع بالشرط، والدليل الداخلى

ادلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط والنذر وشبههما، بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على ارادة الحرام فى نفسه لولا الشرط .
وليس كذلك فى طرف المحرم للحلال ، فانا قد علمنا ان ليس المراد الحلال لولا الشرط ، لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

هو الظهور العرفى ، فان العرف اذا القى عليه ان الشئ الفلانى حرام يستظهر انه حرام بقول مطلق ، فلا يقبل الحلية بالشرط والنذر ونحوهما فان (ادة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط والنذر وشبههما) كاطاعة الوالد والزوج (بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام) استثنائه (عما يجب الوفاء به) حيث قال : المؤمنون عند شروطهم الا شرطا احل حراما (دليل على ارادة الحرام فى نفسه) اى (لولا الشرط) اذا المفروض ان الشرط يريد تحليل الحرام ، فالاحرام لوحظ مجردا عن الشرط ، فقال انه لا يحلل بالشرط .

(و) ان قلت : فلتكن هذه القرينة التى ذكرتموها فى تحليل الحرام بقولكم : بل نفس . الخ ، ايضا قرينة على ان المراد بتحريم الحلال ، الحلال فى نفسه ، فتدل هذه القرينة على ان الحلال لا يحرم بالشرط قلت : (ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال) فالقرينة خاصة بتحليل الحرام (فانا قد علمنا) من الخارج (ان ليس المراد الحلال لولا الشرط) .
و وجه علمنا هو ما ذكره بقوله : (لان تحريم المباحات لاجل الشرط فوق

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات وترك المحرمات
مستلزم لتحريم الحلال فعلا تركا .

و ربما يتخيّل ان هذا الاشكال مختصّ بما دلّ على الاباحة التكليفية ،

حدّ الاحصاء بل اشتراط كل شرط) من مجئ زيد وعدم مجيئه ، و خياطة
القباء و تسليم الدار في وقت كذا ، وغيرها من الشروط الواقعة في ضمن
المعاملات (عدا) اشتراط (فعل الواجبات و ترك المحرمات) كما اذا شرط
عليه في ضمن العقد ان يمتلئ او يترك شرب الخمر ، فان الشرط صحيح و
مؤكّد للواجب و الحرام ، كما ان نذر فعل الواجب و ترك الحرام ايضا
صحيح و مؤكّد (مستلزم لتحريم الحلال فعلا و تركا) فان الحلال فعله و
تركه جائز ، فاذا شرط الفعل حرم الترك ، و الترك حلال في نفسه ، و
اذا شرط الترك حرم الفعل و الفعل حلال في نفسه .

فتحصّل ان جملة «حرم حلالا» يرد عليه الاشكال بخلاف جملة «حلّ حراما»
لان الاحرام حرام مطلقا - على كل حال - فلا يرفع الشرط بخلاف الحلال فانه
حلال لو خلّى وطبعه فهو قابل للورود الشرط عليه واذا ورد عليه الشرط حرّمه .
و عليه فاللازم تقييد حرّم حلالا ، بما اذا علم انه حلال مطلق ، و هذا
و ان كان خلاف انظاهر الا انه لا بد ان يمار اليه صيانة للكلام - من
اللغوية ، فتأمل .

(و ربما يتخيّل ان هذا الاشكال) و هو ما ذكرناه بقولنا : ثم اتّيه
بشكل الامر في استثناء المحرم الخ (مختصّ بما دلّ على
الاباحة التكليفية .

كقوله : تحل كذا و تباح كذا .

اما الحلية التى تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية ، او الملكية ، او الرقية ، او اضرارها فهى احكام لا تتغير لعنوان اصلا .

كقوله : تحل كذا و تباح كذا) فانها قابلة لورود الشرط عليها ، فلا ينطبق على هذا القسم من المحلات قوله عليه السلام : الا شرطا حرم حلالا فان الشرط المحرم للحلال التكليفى كثير .

(اما الحلية التى تضمنها الاحكام الوضعية كالحكم بثبوت الزوجية) المتضمن لباحة الوطى و النظر و اللمس و ما اشبه (او الملكية) المتضمن لباحة التصرف و الاذن فى التصرف و الاتلاف — فيما لم يكن اسرافا — (او الرقية) المتضمن لباحة الامروا النهى و التزويج و الاستخدام و ما اشبه (او اضرارها) اى اضرار الزوجية و الملكية و الرقية ، كالاجنبية و الاباحة الاصلية و الحرية ، فانها ايضا تشتمل على مباحات .

فالمرأة الاجنبية يحل زواجها بالدوام و بالمتعة ، ويحل ان تكون مرضعة ، وان تكون ام زوجة .

و المباح الاصلى يحل الانتفاع به و اقتنائه — فيما لم يكن اسرافا — و استملاكه .

و الانسان الحريجل استيجاره و الاشتراء منه و البيع له و تزويجه و غير ذلك من الاحكام التكليفية المترتبة على الاحكام مما لا تعد و لا تحصى (فهى احكام لا تتغير لعنوان) ثانوى (اصلا) فالشرط لا يتمكن من حريمها كما لا يتمكن من تحليل المحرمات .

.....
 فان الانتفاع بالملك فى الجملة والاستمتاع بالزوجة والنظر الى
 أمها وينتهي من المباحات التى لا تقبل التغيير .

ولذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع بماله ، او
 لا يبطأ جاريته .

و بعبارة اخرى ترتب آثار الملكية على الملك فى الجملة و آثار الزوجية
 على الزوج كذلك من المباحات التى لا تتغير عن ابحاثها ، وان كان
 ترتب بعض الآثار قابلا لتغيير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط
 اسكان البائع فيه مدة

(فان الانتفاع بالملك فى الجملة والاستمتاع بالزوجة) فى الجملة .
 و انما قلنا فى الجملة ، لانه يمكن تحريم بعض الانتفاعات والاستمتاعات
 بالشرط او سائر العناوين الثانوية (و النظر الى أمها و بنتها - ا) و
 استخدام العبد (من المباحات التى لا تقبل التغيير) بالشرط و نحوه .
 (و لذا ذكر فى مثال الصلح المحرم للحلال ان لا ينتفع) المصالح
 (بماله) اصلا (او لا يبطأ جاريته) اصلا ، لانهما من الحلال الناشئ عن
 الاحكام الوضعية - اى الملكية والرقية - فلا يحرم بالشرط .

(و بعبارة اخرى ترتب آثار الملكية على الملك فى الجملة و آثار
 الزوجية على الزوج كذلك) اى فى الجملة (من المباحات التى لا تتغير
 عن ابحاثها) بالشرط او النذر او ما اشبه من سائر العنوانات الثانوية
 (و ان كان) - ان : وصلية - (ترتب بعض الآثار) للحكم الوضعى (قابلا
 لتغيير حكمه الى التحريم كالسكنى فيما لو اشترط اسكان البائع فيه مدة)

.....
 واسكان الزوجة فى بلد اشترط ان لا يخرج اليه او وطئها مع اشتراط
 عدم وطئها اصلا كما هو المنصوص .

و لكن الانصاف انه كلام غير منضبط ، فانه كما جاز تغيير اباحة بعض
 الانتفاعات كالوطئ فى النكاح ، والسكنى فى البيع الى التحريم لاجل
 الشرط ، كذلك يجوز

فان حلية سكنى المشتري الذى ملك الدار من آثار الحكم الوضعى —
 للذى له الملك — لكن يمكن نقله الى البائع مؤقتا بالشرط فالاحلال يصبح
 حراما على المشتري (واسكان الزوجة فى بلد اشترط) — بالمجهول —
 (ان لا يخرج) الرجل بزوجه (اليه) فهذا كان حلالا ، و صار حراما
 بالشرط (او وطئها) أى وطئ الزوجة (مع اشتراط عدم وطئها اصلا)
 فان الوطئ حلال ، لكنه اذا اشترط عدم الوطئ ، حرم الاحلال بسبب
 الشرط (كما هو المنصوص) فى ان للمرأة ان تشتترط ان لا يطئها الزوج .
 ومن هذا كله تبين انه لا يصح الشرط المحرم للحلال ، اذا كان
 الاحلال ناشئا عن الاحكام الوضعية ، والاحلال الناشئ من الاحكام
 الوضعية كثير جدا ، كما لا يصح الشرط المحلل للحرام .

(و لكن الانصاف) ان هذا التخيل غير تام ، اذ (انه كلام غير منضبط)
 فلا ضابط لما يمكن تحريمه بالشرط وما لا يمكن تحريمه بالشرط — — —
 المباحات التابعة لاحكام الوضعية — (فانه كما جاز تغيير اباحة بعض
 الانتفاعات كالوطئ فى النكاح) المحلل فى نفسه (والسكنى فى البيع)
 المحلل فى نفسه للمشتري (الى التحريم لاجل الشرط ، كذلك يجوز

تغير اباحة سائرهما الى الحرمة .

فليس الحكم بعدم تغير اباحة مطلق التصرف في الملك، والاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط الا للاجماع او لمجرد الاستبعاد والثاني غير معتد به ، والاوّل يوجب ماتقدم من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة

تغير اباحة سائرهما (اي سائر الانتفاعات) الى الحرمة بسبب الشرط، و عليه فالشرط تمكن من ان يحرم الشيء الذي كان محللا بسبب الحكم الوضعي .

(ف) ان قلت : نعم الشرط يتمكن من ذلك في الجملة ، لكنه لا يتمكن من تحريم كل اباحة تابعة لحكم وضعي .

قلت : (ليس الحكم بعدم تغير اباحة مطلق التصرف في الملك ، و) مطلق (الاستمتاع بالزوجة لاجل الشرط) « لاجل » متعلق ب « التغير » (الا للاجماع او لمجرد الاستبعاد) وانه كيف يمكن ان يرفع الشرط كل آثار الملك او كل آثار الزوجية (والثاني غير معتد به ، والاوّل) وان كان صحيحا الا انه (يوجب ماتقدم) في جوابنا عن : ثم انه يشكل الامر (من عدم الفائدة في بيان هذه الضابطة) و هي قوله عليه السلام « الا شرطا حرم حلالا » .

وجه عدم الفائدة ، هو ان الاجماع منع عن هذا الشرط الذي يقتضى تحريم مطلق التصرف والاستمتاع ، لا ان بطلان الشرط كان لاجل انه محرم للحلال ، بينما ظاهر الرواية ان الشرط المحرم للحلال باطل ، لانه محرم للحلال .

مع ان هذا العنوان — اعنى : تحريم الحلال و تحليل الحرام —
انما وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين .

و ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال ، وقد ورد بطلان
الحلف على ترك شرب العصير المباح دائما ، معللا بانه ليس لك ان
تحرم ما احل الله ، و من المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام
الوضعية ، بل هى من الاحكام التكليفية الابتدائية .

(مع ان) هناك اشكالا ثانيا على قول المتخيل ، لان المتخيل قال :
تحريم الحلال عبارة عن تحريم الحلال المستفاد من الحكم الوضعى .
فاشكل المصنف عليه اولاً بقوله : لكن الانصاف ، وثانيا : باننا نرى ان
الامام عليه السلام استعمل تحريم الحلال فيما كان الحلال حكما تكليفيا
فكيف يمكن ان يستعمل هذه الجملة : الا ما حرم حلالا تارة فى الحلال
الوضعى ، كما قال المتخيل و تارة فى الحلال الوضعى ، كما فى باب اليمين
فان (هذا العنوان — اعنى : تحريم الحلال و تحليل الحرام — انما
وقع مستثنى فى ادلة انعقاد اليمين) .

(و) ذلك حيث (ورد انه لا يمين فى تحليل الحرام و تحريم الحلال ،
وقد ورد) صغرى لتلك الكلية (بطلان الحلف على ترك شرب العصير
المباح) فى مقابل العصير المحرم الذى فيه سكر (دائما) و ان صح احلاف
على ترك شربه مؤقتا (معللا) البطلان (بانه ليس لك ان تحرم ما احل
الله ، و) الحال انه (من المعلوم ان اباحة العصير لم يثبت من الاحكام
الوضعية ، بل هى) اى اباحة العصير (من الاحكام التكليفية الابتدائية)

و بالجملة فالفرق بين التزويج و الترسى الذين ورد عدم جواز اشتراط تركهما، معللانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهما، و بين ترك الوطى الذى ورد جواز اشتراطه .
و كذا بين ترك شرب العصير المباح الذى ورد عدم جواز الحلف عليه معللانه من تحريم

لا الثانوية التابعة لحكم وضعى فمن مثال الامام (ع) لـ « تحريم الحلال »
ب « شرب العصير » يعرف ان ليس المراد من تحريم الحلال، الحلال
الوضعى و الحال ان المتخيّل قال : ان المراد من الحلال فى الضابطة
هو الحلال الوضعى .

(و بالجملة) نقول فى بيان انه لم يفهم المراد من قوله « الا شرطاً
حرم حلالاً » : ان بعض المحللات جعلها الشارع من تحريم الحلال ، و
بعضها لم يجعله من ذلك فمما هو الفرق ؟ (فالفرق بين التزويج و الترسى
الذين) - بميعة الثنية - (ورد عدم جواز اشتراط تركهما ، معللاً)
عدم الجواز (بانه خلاف الكتاب الدال على اباحتهما ، و بين ترك
الوطى الذى ورد جواز اشتراطه) مع انه ايضاً ورد الدليل من الكتاب و
السنة على جوازه ، قال تعالى « وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ اِلَّا عَلَى
أَزْوَاجِهِمْ اَوْ مَا مَلَكَتْ اَيْمَانُهُمْ فَاتِّمُوا غَيْرَ مَلُومِينَ » .

(و كذا) الفرق (بين ترك شرب العصير المباح) شربه - فى مقابل
العصير المسكر الذى لا يباح شربه - و كذا العصير الذى لم يذهب ثلثاه
(الذى ورد عدم جوازه الحلف عليه ، معللاً) عدم الجواز (بانه من تحريم

.....
 الاحلال ، وبين ترك بعض المباحات المتفق على جواز الحلف عليه فى غاية الاشكال .

و ربما قيل فى توجيه الرواية ، وتوضيح معناها ان معنى قوله : الا شرطا حرم حلالا ، او احل حراما ، اما ان يكون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الاحلال .

الاحلال ، و بين ترك بعض المباحات) كترك التدخين (المتفق على جواز الحلف عليه) مع ان كليهما مباحان ، فاما ان يجوز الحلف على تركهما ، او لا يجوز (فى غاية الاشكال) .

و ليس الجواب عن وجه ذلك الفرق ان يقال : بان الشارع فرق ، فانه من المعلوم ان الشارع فرق ، وانما الكلام فى انه كيف فرق الشارع مع ان كليهما داخل فى تحريم الاحلال ، او ليس بداخل فى تحريم الاحلال والحاصل : اننا نريد فهم وجه انطباق الكلية على فرد دون فرد حتى نفهم من ذلك الموارد التى هى من تحريم الاحلال والموارد التى ليست من تحريم الاحلال .

(و ربما قيل فى توجيه الرواية ، و توضيح معناها) والقاتل هو المنراقى فى عوائده ، والمراد بالرواية قوله عليه السلام « الا شرطا حرم حلالا . . . الخ » (ان معنى قوله : الا شرطا حرم حلالا ، او احل حراما اما ان يكون الا شرطا حرم وجوب الوفاء به الاحلال) .

فان الانسان الذى يشترط على نفسه عدم وطئ الزوجة صار وطئ الزوجة عليه حراما ، فوجوب الوفاء بالشرط حرم عليه الاحلال .

و اما ان يكون الاشرطا حرم ذلك الشرط الحلال .

والاول مخالف لظاهر العبارة مع مناقضته لما استشهد به الامام عليه السلام في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق والتزوج ، بل يلزم كون الكل لغواً اذ ينحصر مورد :

(و اما ان يكون) المراد به (الاشرطا حرم ذلك الشرط الحلال) بان يصبح الحلال حراما ، وهذا يكون حراما قبل وجوب الوفاء .
والحاصل ان الشرط قد يحرم الحلال بضميمة وجوب الوفاء حتى ان الشارع لو لم يقل بشرط لم يحرم الشرط ، وقد يحرم الشرط الحلال بدون ملاحظة وجوب الوفاء حتى يكون الشرط مشرعا لتحريم الحلال .

(و الاول مخالف لظاهر العبارة) اى عبارة « الاشرطا حرم حلالا او احل حراما » لان تقدير وجوب الوفاء به في الكلام خلاف الظاهر ، بل الظاهر ان نفس الشرط يحرم (مع مناقضته) اى مناقضة المعنى الاول (لما استشهد به الامام عليه السلام في رواية منصور بن يونس المتقدمة الدالة على وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و) عدم (التزوج) .

فالوفاء بهذا الشرط يحرم عليه الطلاق والتزوج ، ومع ذلك اجازه الامام فليس المراد من تحريم الحلال ما كان الوفاء به يحرم الحلال (بل يلزم) من ارادة المعنى الاول (كون الكل) اى كل الشروط (لغوا) ولا يلزم الوفاء به ، اذ قبل الشرط كان الفعل والترك مباحا ، فالوفاء بالشرط يلزم منه عدم اجتناب الحلال (اذ ينحصر مورد

المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات .

فيبقى الثانى ، وهو ظاهر الكلام فيكون معناه الا شرطا حرم ذ لك

الشرط الاحلال ، بان يكون المشروط هو حرمة الاحلال .

ثم قال : فان قيل اذا شرط عدم فعله فلا يرضى بفعله فيجعله حراما

عليه .

المسلمون عند شروطهم) — على المعنى الاول — (باشتراط الواجبات و

اجتناب المحرمات) فان الوفاء بمثل هذا الشرط لا يلزم منه تحريم الاحلال

و تحليل الحرام .

(فيبقى) المعنى (الثانى) للرواية الذى اشرنا اليه بقولنا « حرم

ذ لك الشرط الاحلال » (و هو ظاهر الكلام) اذ ليس فيه تقدير ، فالمعنى

الاول خلاف اظاهر و يناقض رواية منصور و يوجب اللغوية بخلاف

المعنى الثانى (فيكون معناه) على هذا (الا شرطا حرم ذ لك الشرط

الاحلال ، بان يكون المشروط هو حرمة الاحلال) بان شرط ان يكون شرب

الماء حراما ، وهذا الشرط باطل ، لان الشرط ليس بمشّرّع ، و لهذا

ابطل الامام (ع) بقوله « الا شرطا حرم حلالا » .

(ثم قال) انراقى ره (فان قيل) ان المعنى الاول ايضا مشّرّع و

محرم للاحلال ، فانه (اذا شرط) المشتراط (عدم فعله) اى عدم فعل الاحلال

(فلا يرضى) المشتراط (بفعله) اى بان يفعل ذ لك الاحلال (فيجعله) اى

الفعل (حراما عليه) .

فلا فرق بين ان يقول « بشرط ان احرم الماء على نفسى » او يقول

قلنا لانريد ان معنى الحرمة طلب الترك من المشتراط ، بل جعله حراما ذاتيا اى مطلوب الترك شرعا .

ولاشك ان شرط عدم فعل ، بل نهى شخص عن فعل ، لا يجعله حراما شرعيا .

ثم قال : فان قيل : الشرط من حيث هو مع قطع النظر عن ايجاب

((بشرط ان لا اشرب الماء)) اذ ((لا اشرب)) معناه ((احرم)) ايضا ، فلما ذا قلتم بالفرق بين المعنيين ، وان المراد بالرواية المعنى الثانى دون المعنى الاول .

(قلنا) هنا فرق بين المعنيين ، فاننا (لانريد ان معنى الحرمة) فى المعنى الثانى (طلب الترك من المشتراط) حتى يكون كلا المعنيين بالنتيجة طلب الترك ، فلا يكون فرق بينهما (بل) مرادنا من المعنى الثانى (جعله) اى الفعل (حراما ذاتيا) كسائر المحرمات الشرعية ، مثل الزنا و شرب الخمر (اى مطلوب الترك شرعا)

(و) اما المعنى الاول فليس كذالك ، اذ (لاشك ان شرط عدم فعل بل نهى شخص عن فعل ، لا يجعله حراما شرعيا) .

والحاصل : ان المراد بالرواية النهى عن شرط يكون هكذا ((بشرط ان احرم على نفسى شرب الماء)) اما الشرط الذى يكون هكذا ((بشرط ان لا اشرب الماء)) فليس فيه محذور .

(ثم قال) انراقى (فان قيل : الشرط من حيث هو) شرط صادر من المشتراط (مع قطع النظر عن ايجاب

الشارع الوفاء لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا ، فلا يحرم ولا يحلل .
 قلنا : ان اريد انه لا يوجب تحليلا ولا تحريما شرعيا بحكم الشرط فهو
 ليس كذ لك بل حكم الشرط ذ لك ، وهذا معنى تحريم الشرط و تحليله .
 وعلى هذا فلا اجمال فى الحديث ، ولا تخصيص فى ذ لك

الشارع الوفاء) به (لا يوجب تحليلا و تحريما شرعا ، فلا يحرم و لا يحلل)
 فكيف قلتم ان المراد بالرواية « تحريم الشرط » فالصحيح هو المعنى
 الاول ، فالمراد وجوب الوفاء بالشرط يوجب التحريم لان الشرط بذاته
 يوجب التحريم .

(قلنا : ان اريد انه) اى الشرط (لا يوجب تحليلا ولا تحريما شرعيا
 بحكم الشرط) اى ان الشرط لا يوجب الحكم الشرعى بالحرمة (فهو) اى
 الشرط (ليس كذ لك) اى ليس « لا يوجب تحليلا و تحريما » (بل) الشرط
 يوجب تحليلا و تحريما ، ف (حكم الشرط ذ لك) اى التحليل و التحريم (و
 هذا معنى تحريم الشرط و تحليله) الذى نهى عنه الامام عليه السلام
 بقوله « الا شرطا حرم حلالا او احل حراما » و ان اريد ان الشرط لا يوجب
 تحليلا ولا تحريما بذاته اى مع قطع النظر عن الشرع فهو كذ لك ، لكن لم
 ندعه حتى يستشكل علينا « بان قيل » بل ادعينا ان الشرط يوجب
 تحليلا و تحريما بحكم الشارع ، و قلنا ان المراد بالرواية « النهى عن
 ان يحرم على نفسه بان يجعل المشروط محرما شرعيا ذاتيا » .
 (وعلى هذا) المعنى الذى ذكرناه من ان المراد جعل المشروط
 حراما ذاتيا (فلا اجمال فى الحديث ، ولا تخصيص فى ذ لك) .

كالنذر والعهد واليمين ، فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد
ولو نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا او يحرم ذلك على
نفسه شرعا لم ينعقد ، انتهى .

اقول لا افهم معنى محصلا لاشتراط حرمة الشئ او حليته شرعا ، فان

هذا امر

كان يقال ان كل شرط محرم للحلال غير صحيح ، الا شرط ان لا يوطأ
زوجته ، فانه شرط صحيح - لورود النص الخاص بجواز هذا الشرط -
(كالنذر والعهد واليمين) فان حال الثلاثة ايضا حال الشرط في انها
لا يمكن ان تحرم الحلال (فان من نذر ان لا يأكل المال المشتبه ينعقد)
نذره لانه لم يجعل المال المشتبه حراما ذاتيا ، بل نذر ان يتركه (ولو
نذر ان يكون المال المشتبه حراما عليه شرعا) من قبيل الزنا والخمر (او
نذر ان) يحرم ذلك على نفسه شرعا لم ينعقد (نذره) انتهى (كلام النراقي
والفرق بين « ان يكون » و بين « او يحرم » ان الاول من قبيل نذر
الغاية ، والثاني من قبيل نذر الفعل .

نظير الفرق بين نذر كون داره ملكا لزيد ، وبين نذر ان يملك داره
لزيد ، وكذا لك قد ينذر ان تكون زوجته طالق ، وهذا باطل ، وقد ينذر ان
يطلق زوجته وهذا صحيح .

(اقول لا افهم معنى محصلا) - وان امكن ان يتلفظ به المشتري -
(لاشتراط حرمة الشئ او حليته شرعا) بان يقول المشتري ان الشئ
الفلاني حرام شرعا - بينما قد حلله الشارع - (فان هذا) الجعل (امر

غير مقدور للمشتراط ، ولا يدخل تحت الجعل فهو داخل فى غير المقدور
ولا معنى لاستثنائه عما يجب الوفاء به ، لان هذا لا يمكن عقلا الوفاء به ،
اذ ليس فعلا خصوصا للمشتراط .

و كذ لك الكلام فى النذر و شبهه .

و العجب منه قدس سره حيث لاحظ ظهور الكلام فى كون

غير مقدور للمشتراط ، ولا يدخل تحت الجعل (اى جعل المشتراط) فهو
داخل فى غير المقدور (فان شرطه كان باطلا ، لانه غير مقدور للمشتراط ،
وقد تقدم اشتراط ان يكون الشرط مقدورا (ولا معنى لاستثنائه) اى
استثناء جعل الشئ حراما و حلالا شرعا (عما يجب الوفاء به) بان يقول
الشارع : المؤمنون عند شروطهم الا ما حرم حلالا بهذا المعنى (لان هذا)
اى التحريم و التحليل (لا يمكن عقلا الوفاء به) (« عقلا » قيد لـ « الوفاء به »)
(اذ ليس فعلا) و عملا (خصوصا للمشتراط) .

و من المعلوم : ان الاستثناء يلزم ان يكون معقولا ، مثلا : لا يصح ان
يقال يجوز كل شرط الا شرط خلق الانسان ، اذ المستثنى يلزم ان يكون
من جنس المستثنى منه ، والمستثنى منه يلزم ان يكون مقدورا .

(و كذ لك الكلام فى النذر و شبهه) فانه لا يتعلق النذر بغير المقدور

فقول النراقى اخيرا « كالنذر و العهد واليمين » فيه اشكال .

(و العجب منه قدس سره) اى من النراقى ره (حيث لاحظ ظهور

الكلام) اى قوله عليه السلام « الا شرطا حرم حلالا او حلال حراما » (فى كون

.....
 المحرم والمحلل نفس الشرط و لم يلاحظ كون الاستثناء من الافعال
 التى يعقل الوفاء بالتزامها .

و حرمة الشئ شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض .
 وقد مثل جماعة للصالح المحلل للحرام بالصالح على شرب الخمر ، و
 للمحرم للحلال بالصالح على ان لا يظاً جاريته ولا ينتفع بماله .
 و كيف كان فالظاهر بل المتعين

المحرم والمحلل) بالكسر (نفس الشرط) اى لاحظ هذه الدقة (و لم
 يلاحظ كون الاستثناء) لا بد وان يكون (من الافعال التى يعقل الوفاء
 بالتزامها) لانه اذا لم يعقل الوفاء بها ، لم يكن معنى لاستثناء الشارع
 لها ، اذا انتهى انما يتعلق بالمقدور .

(و) من المعلوم ان (حرمة الشئ شرعاً لا يعقل فيها الوفاء والنقض)
 فان الشارع ان حرم ذلك الشئ فذاك حرام ، وان لم يحرمه فليس بحرام
 و كلاهما ليسا بيد المشتري ، حتى يفي بالتحرير او ينقض التحريم .

(و) مما يدل على ان المراد بتحليل الحرام و تحريم الحلال هو
 العمل للانسان ، لا التشريع الذى ليس الا بيد الله تعالى ، و (قد مثل
 جماعة للصالح المحلل للحرام بالصالح على شرب الخمر ، و للمحرم للحلال
 بالصالح على ان لا يظاً جاريته ولا ينتفع بماله) و لم يمثلوا بان يصالح على
 ان تكون الخمر حلالاً وان تكون جاريته عليه حراماً .

(و كيف كان) الامر فى تمثيلهم للصالح و وطى الجارية (فالظاهر)
 من الانصراف العرفى عند القاء عبارة الرواية عليهم (بل المتعين) لان ما

.....
 ان المراد بالتحليل والتحريم المستندين الى الشرط، هو الترخيص والمنع
 نعم المراد بالاحلال و الحرام ما كان كذا بحيث لا يتغير موضوعه
 بالشرط، لا ما كان حلالا لو خلى و طبعه، بحيث لا ينافى عروض عنوان
 التحريم له لاجل الشرط .
 وقد ذكرنا ان المعيار فى ذلك

عداه لا يصدر من الشارع الحكيم (ان المراد بالتحليل المستندين الى
 الشرط، هو الترخيص) فى التحليل (و المنع) فى التحريم، اى لا يشترط
 شرب الخمر او منع وطى الجارية .

(نعم المراد بالاحلال و الاحرام ما كان كذا) اى حلالا مطلقا و حراما
 مطلقا (بحيث لا يتغير موضوعه بالشرط) — كما ذكرنا سابقا .

فالاحلال الذى لا يصح تحريمه بالشرط، و الاحرام الذى لا يصح تحليله
 بالشرط، هو الاحلال و الاحرام على كل تقدير — اى هو حلال وان لحقه
 الشرط، وهو حرام وان لحقه الشرط — (لا ما كان حلالا لو خلى و طبعه
 بحيث لا ينافى) حليته (عروض عنوان التحريم له) اى لذ لك الحلال
 (لاجل الشرط) (« لاجل » متعلق ب « عروض ») لا ما كان حراما لو خلى و طبعه
 بحيث لا ينافى حرمة عروض عنوان التحليل له لاجل الشرط .

فالاحلال على كل تقدير مثل التزويج — كما فى الرواية — و الاحرام
 على كل تقدير مثل شرب الخمر، و الاحلال لو خلى و طبعه مثل وطى
 الزوجة و الاحرام لو خلى و طبعه، مثل مخالفة الزوجة للزوج فى السكنى .
 (وقد ذكرنا ان المعيار فى ذلك) اى فى انه حلال و حرام على كل

وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء او حرمة و بين وجوب الوفاء بالشرط وعدم وقوعه .

ففى الاول يكون الشرط - على تقدير صحته - مغيراً للحكم الشرعى
وفى الثانى يكون مغيراً لموضوعه

تقدير ، او حرام و حلال لو خلى و طبعه ، وانما نحتاج الى فهم المعيار
لنرى هل ان الشرط يقدم على الحكم ، او ان الحكم يقدم على الشرط؟
فالمعيار (وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشيء او حرمة و بين
وجوب الوفاء بالشرط) مثاليق التعارض بين « **إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ** » و
« **إِنَّمَا الْخَمْرُ رَجَسٌ** » و بين « **الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ** » اذ اشرط عدم
التزويج او شرب الخمر (وعدم وقوعه) عطف على « **وقوع التعارض** » اى هل
يقع التعارض ولا يقع ؟

مثلا : لا يقع التعارض بين « **الماء حلال** » و « **الزوجة لا تخالف الزوج
فى السكنى** » و بين « **الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ** » .
(ففى الاول) الذى يقع التعارض (يكون الشرط - على تقدير صحته -)

وانما قلنا « **على تقدير** » لان بنائنا ان الشرط ليس بصحيح ، فان
الشرط لا يتمكن من اباحة الخمر - مثلا - . (مغيراً للحكم الشرعى) الذى
قال : الخمر حرام لكن الشارع لم يصح هذا الشرط ، لانه قال « **الا شرطا
حليل حراما** » .

(وفى الثانى) الذى لا يقع التعارض (يكون) الشرط (مغيراً لموضوعه)

فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حد يثى الصالح و الشرط انهما لا يغير
ان حكماً شرعياً ، بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم ، لاجل الوفاء بالصالح
و الشرط ، كالنذر و شبهه .

واما تغييرهما للموضوع الاحكام الشرعية فى غاية الكثرة ، بل هما

اذ موضوع الحلية فى « الماء حلال » هو « الماء لو خلى و طبعه »
فاذا شرط عدم شربه تغير الموضوع ، لان قيد « لو خلى و طبعه » قد
زال و موضوع الحرمة فى « يحرم على الزوجة مخالفة الزوج فى السكنى »
هو « يحرم . . . لو خلى و طبعه » فاذا شرط اسكانها فى بلد كذا ، تغير
الموضوع ، لان قيد « لو خلى و طبعه » قد زال (فحاصل المراد به — هذا
الاستثناء فى حد يثى الصالح و الشرط) الصالح جائز بين المسلمين — الا
صالحا احل حراما او حرم حلالا ، والمؤمنون عند شروطهم الا شرطاً حلال
حراما او حرم حلالا (انهما) اى الصالح و الشرط (لا يغير ان حكماً شرعياً
بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم ، لاجل الوفاء بالصالح و الشرط) فلا
يحل ان حكم الخمر ولا حكم التزويج (كالنذر و شبهه) فانهما لا يغيران
حكماً شرعياً ، فاذا نذر شرب الخمر او ترك التزويج ، لم يحل الاول و لم
يحرم الثانى .

(و اما تغييرهما) اى الصالح و الشرط ، وكذا النذر و اخويه —
(لموضوع الاحكام الشرعية) فيما اذا كان الحكم مرتباً على الموضوع — لو
خلى و طبعه — فاذا جاء النذر و الشرط والصالح خرج الموضوع عن
كونه لو خلى و طبعه (فى غاية الكثرة ، بل هما) اى الصالح و الشرط .

موضوعان لذلك .

وقد ذكرنا ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميز احد القسمين من الاحكام عن الآخر .

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا ! لتفسير الذى تكلمنا عليه ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسئلة

(موضوعان لذلك) اى تفسير الموضوعات ، فاذا تغير الموضوع تغير الحكم طبعاً .

(وقد) عرفت فيما سبق ما (ذكرنا) من (ان الاشكال فى كثير من الموارد فى تميز احد القسمين من الاحكام عن القسم (الآخر) و هل انه رتب على الموضوع - على كل تقدير - او على الموضوع لو خلى و طبعه كما انك قد عرفت ايضا ان فى مورد الشك يرجع الى عموم : المؤمنون عند شروطهم ، لاصالة عدم كون الحكم على كل تقدير .

(و مما ذكرنا) فى الاشكال على تفسير النراقى ره للاستثناء الذى وقع فى قوله عليه السلام « الا ما حرم حلالاً او احل حراماً » (يظهر للنظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذى تكلمنا عليه) اى يقرب من تفسير النراقى (ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسئلة) وهى مسئلة معنى تحليل الحرام و تحريم الحلال .

وعليه فللحد يث ثلاثة تفاسير .

التفسير الاول للشيخ المصنف ره و هو ان كل حكم علم من الشرع ان يريده مطلقا لا يمكن تغييره بالشرط ، سواء كان ذلك الحكم حلالا او حراما فالحلال المطلق و الحرام المطلق لا يمكن تغييره بالشرط ، و كل حكم علم من الشرع ان الشارع يريده لو خلى و طبعه ، امكن تغييره بالشرط ، و كل حكم لم يعلم انه من قبيل الاول او الثانى فهو كالثانى فى انه يمكن تغييره بالشرط .

ثم ان حال النذر و العهد و امر الوالدين و الزوج ، حال الشرط ايضا التفسير الثانى للنراقى ، و هو ان الشرط لا يتمكن ان يجعل الحرام حلالا او الحلال حراما ، بمعنى ان يكون مشروعا ، لكنه يتمكن ان يمنع المشروط عليه من اتيان الفعل ، او من ترك الفعل ، فقد يقول المشتراط : احرم على المشروط عليه الطلاق ، وقد يقول : بشرط ان لا يطلق زوجته و اشكل الشيخ عليه بان : تحريم الحلال و تحليل الحرام غير مقدور للمكلف ، لانه بيد الشارع ، فاللازم ان يدخل ذلك فى كون الشرط مقدورا لافى كونه لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال .

التفسير الثالث : للمحقق القمى ، و حاصله ان الشرط لا يتمكن من المنع المطلق لجميع افراد كلى حلال ، او الاباحة المطلقة لجميع افراد كلى محرم .

اما المنع عن بعض الافراد و الاباحة لبعض الافراد ، فلا بأس به فاذا شرط ان لا يتزوج ابدا ، فهو شرط باطل .

اما اذا شرط ان لا يتزوج بهذه المرأة الخاصة فهو شرط صحيح ، و المصنف يرى ان الاشكال الذى ورد على النراقى و ارد عليه ايضا ، ان لو

فانه بعد، ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز في نفسه - مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه - شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات و من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات، و فعل المستحبات كان يشترط تقليم الاظفار بالسّن ابدأً و

كان الكلى الذى يريد الشرط تغييره حكماً للشئ لو خلى و طبعه امكن للشرط تغييره ، ولو كان الكلى حكماً للشئ بصورة مطلقة ، لم يتمكن الشرط تغييره ، وكذا الجزئى فان كان الحكم للجزئى لو خلى و طبعه تمكّن الشرط من تغييره ، وان كان الحكم للجزئى على كل تقدير ، لم يتمكن الشرط من تغييره .

و من ذلك تعرف ان الاشكال على المحقق القمى نفس الاشكال على النراقى رحمهما الله (فانه) اى القمى (بعد ما ذكر من امثلة الشرط غير الجائز في نفسه - مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه -) اى ان المحرم هو «المستلزم» مع قطع النظر عن «الالتزام» فانك قد عرفت فى كلام المصنف ان الحرام قد يكون (الملتزم) وقد يكون «الالتزام» (شرب الخمر و الزنا و نحوهما من المحرمات) «(شرب) مفعول (ذكر)» (و) بعد ما ذكر (من امثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات) ف «الالتزام» حرام لا «(الملتزم)» (فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات) «(فعل) و «(ترك)» مفعولان (لذكر)» .

و ينبغى اضافة «فعل المباحات» لان ما ذكره القمى من العلة آت فيه ايضا (كان يشترط تقليم الاظفار بالسّن ابدأً) فانه مكروه فى نفسه (و

.....
 ان لا يلبس الخنز ابدأ ، ولا يترك النوافل فان جعل المكروه او المستحب واجبا ، وجعل المباح حراما حرام الا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية ، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام على عليه السلام فى رواية اسحاق بن عمار ، من اشترط لامرئته شرطا فليف لها به ، فان المسلمين عند شروطهم الا

ان لا يلبس الخنز ابدأ) فان لبس الخنز مباح (ولا يترك النوافل) فان النافلة مستحبة .

و انما لا يصح هذا النوع من الشرط (فان جعل المكروه او المستحب واجبا ، وجعل المباح حراما) بل جعل الاحكام الثلاثة واجبا او حراما (حرام) خبر « ان » (الا برخصة شرعية حاصلة من الاسباب الشرعية ، كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه) النذر ، لان النذر لا ينعقد الا فى الامر الراجح .

ولا يخفى انه على ما ذكره القمى ره لا فرق بين النذر والشرط فى ان كلامهما لا يتمكن من تغيير الحكم الكلى ، وفى ان كلامهما يتمكن من تغيير الحكم الكلى ، وفى ان كلامهما يتمكن من تغيير الجزئيات و يضاف فى النذر لزوم ان يكون متعلقه راجحا بخلاف الشرط ، فتأمل .

قال المحقق ره : (و يستفاد ذلك) الذى ذكرنا من ان « الالتزام » فى هذه الموارد حرام (من كلام على عليه السلام فى رواية اسحاق بن عمار ، من اشترط لامرئته شرطا فليف لها به ، فان المسلمين عند شروطهم الا

.....

شرطا حرّم حلّالا او احل حراما، قال قدس سره .

فان قلت: ان الشرط كالنذر وشبهه من الاسباب الشرعية المتغيرة للحكم بل الغالب فيه هو ايجاب ما ليس بواجب فان بيع الرجل ماله، او هبته لغيره مباح .

واما لو اشترط في ضمن عقد آخر يصير واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الامثلة ؟ .

شرطا حرّم حلّالا او احل حراما) فان الشرط في ان لا يفعل المباح تحريم للحلال (قال قدس سره) « قال » خبر « فانه » الذي ذكر قبل اسطر .

(فان قلت: ان الشرط كالنذر وشبهه من الاسباب الشرعية المتغيرة للحكم) فكما ان النذر يغيّر المباح الى الواجب، كذلك الشرط (بل الغالب فيه) اي في الشرط (هو ايجاب ما ليس بواجب) .

وانما قال « الغالب » لانه يصح ان يتعلق الشرط بالواجب، كان يشترط على المشتري ان يصلى مثلا (فان بيع الرجل ماله، او هبته لغيره مباح) في نفسه .

(واما لو اشترط في ضمن عقد آخر) مقابل ان يشترط ذلك في نفس عقد الهبة مثلا، فانه لا يوجب - كما لا يخفى - (يصير) البيع والهبة واجبا (فقد غيّر الشرط الحكم الاول، اي غير الاباحة الى الوجوب - فما وجه تخصيص الشرط) الصحيح (بغير ما ذكرته من الامثلة ؟) اي « تقديم الاطراف ٠٠٠ الخ » .

والحاصل: انه لا فرق بين شرط البيع والهبة، وبين شرط التقلیم

قلت: الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحلل او الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم من دون النظر الى خصوصية فرد، فتحريم الخمر معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى، و كذا حلية المبيع

و ترك النافلة فما هو الفارق الذى اوجب ان يصح الشرط الاول ولا يصح الشرط الثانى، مع ان كلاما من البيع و التقليم مباح فى نفسه مع كراهة او بلا كراهة.

(قلت: الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس (المشترط (القاعدة) الكلية (وهو) اى تأسيس القاعدة انما يكون ب) تعلق الحكم بالحلل او الحرمة ببعض الافعال على سبيل العموم) اى ان يحرم المشترط او يحلل فعلا من الافعال على سبيل الكلية، لان يحرم او يحلل فردا جزئيا من ذلك الفعل.

مثلا قد يحرم على نفسه نكاح اية امرئة، وهذا هو تأسيس القاعدة و قد يحرم على نفسه نكاح هند مثلا وهذا لا بأس به، فالشرط المحرم للحلال و المحلل للحرام هو ما كان معلقا بالكلية (من دون النظر الى خصوصية فرد) بان لا يشترط تحريم فرد - فانه لا بأس به - .

و ذلك يظهر بمثال ما ذكره بقوله: (فتحريم الخمر) التى حرّمها الشارع (معناه: منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى) الذى هو الخمر (وكذا حلية المبيع) معناه اباحة كل بيع للمكلف بحيث يحق له ان يزاول اتى فرد منه .

فالتزوج والتسرى امر كلّى حلال ، والتمتاز تركه مستلزم لتحريمه .
وكذلك جميع احكام الشرع من التكاليفية والوضعية وغيرها انما
يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلّى فيها .
فالمراد من تحليل الحرام ، وتحريم الحلال المنهى عنه : هو ان يحدث
المشترط قاعدة كلية ، ويبدع حكماً جديداً .

اذا عرفت المثال نقول : (فالتزوج والتسرى امر كلّى حلال ، والتمتاز)
الشارط (تركه مستلزم لتحريمه) وهذا غير جائز .
نعم اذا شرط عدم التسرى بجارية خاصة ، او فى وقت خاص لم يكن
بذلك بأس .
(وكذلك جميع احكام الشرع من التكاليفية) كترك النافلة (والوضعية و
غيرها) كترك التزوج مطلقاً (انما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلّى فيها)
فنكاح هند حلال باعتبار ان كلّى النكاح حلال ، ونكاح هند فرد من
ذلك الكلّى .

وكذلك صلاة زيد واجبة باعتبار انها فرد من كلّى الصلاة ، وصلاة زيد
فرد من ذلك الكلّى وهكذا .

(فالمراد من تحليل الحرام ، وتحريم الحلال المنهى عنه) فى رواية :
المؤمنون عند شروطهم (هو ان يحدث المشترط قاعدة كلية ، ويبدع حكماً
جديداً) كتحريم نكاح مطلق النساء ، او وجوب الاتيان بكل نافلة .

فان الاول تحريم للحلال والثانى ايجاب للمستحب .
وقد اراد الشارع حجية الاول واستحباب الثانى ، فمفعله المشترط

وقد اجيز فى الشرع البناء على الشروط الا شرطا اوجب ابداع حكم
كلى جديد ، مثل تحريم التزوج والتسرى ر ان كان بالنسبة الى نفسه
فقط .

وقد قال الله تعالى : فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ، وكجعل الخيرة
فى الجماع والطلاق بيد المرأة وقد قال الله تعالى : الرِّجَالُ قَوَّامُونَ
عَلَى النِّسَاءِ .

و فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج اولا تتسرى بفلانة خاصة اشكال

بدعة .

(وقد اجيز فى الشرع البناء على الشروط) الجزئية ، مثل ترك تزويج
فلانة ، والا تيان فى هذا اليوم بالنافلة (الا شرطا اوجب ابداع حكم
كلى جديد ، مثل تحريم التزوج والتسرى) مطلقا باية امرأة و اية جارية
(و ان كان) التحريم (بالنسبة الى نفسه فقط) فانه ايضا كلى ، وان كان
كلى التحريم بالنسبة الى كل واحد كلى اوسع من الكلية السابقة .

(و) كيف يحرم على نفسه مطلق التزوج والتسرى ، وال حال انه (قد قال
الله تعالى : فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) وقال سبحانه « أَوْ مَا مَلَكَتْ
أَيْمَانُهُمْ » (و كجعل الخيرة فى الجماع والطلاق بيد المرأة) فانه لا ينصح
كيف (وقد قال الله تعالى : الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) ومقتضى
القيومة : ان يكون الامر بيده لا بيدهما .

(و) اما (فيما لو اشترطت عليه ان لا تتزوج اولا تتسرى) انت ايها
الرجل (بفلانة خاصة اشكال) من انه جزئى ، فلا بأس .

فما ذكرفى السؤال من وجوب البيع الخاص الذى يشترطانه فى ضمن عقد
ليس مما يوجب احداث حكم للبيع ، ولا تبديل حلال الشارع و حرامه .
وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب ، الى ان قال : قد سسر :
وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزة
ليس من باب تحليل حرام ، او تحريم حلال ، او ايجاب جائز على سبيل
القاعدة

و من ان عدم التزوج بفلانة ايضا له شائبة الكلية بالنسبة الى مختلف
الازمنة والخصوصيات ، ففيه بأس .

نعم اذا شرطت ان لا يتزوج بهافى يوم كذا او ما شبه فلاشكال فيه (فما
ذكرفى السؤال) ب « ان قلت ان الشرط . . . الخ » (من وجوب البيع
الخاص) وجوبه بالشرط (الذى يشترطانه) اى يشترط ذلك البيع البائع
والمشتري (فى ضمن عقد) بيع او اجارة او ما اشبه (ليس) ذلك الوجوب
(مما يوجب احداث حكم للبيع) مقابل حكم الشارع (ولا) يوجب ايضا
(تبديل حلال الشارع و حرامه) حتى يشمله : الا ما حرم حلالا او احل حراما
(وكذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب) بان يبطأها كل ستة اشهر
بدل كل اربعة اشهر ، فان ذلك لا يوجب تبديل حكم الشارع (المسمى ان
قال) المحقق القمى (قد سسر : وبالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما
يشترطانه من الشروط الجائزة) « من » بيان « لما » (ليس من باب تحليل
حرام ، او تحريم حلال ، او ايجاب جائز) بحيث يكون (على سبيل القاعدة)
و الكلية ، فيشمه قوله عليه السلام : الا شرطا حرم حلالا او احل حراما

بل الذى يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطه و هذا الحكم ايضا من جعل الشارع .

فقولنا : العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب ، حكم كلى شرعى ، و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام ، وعكسه بل انما هو صادر من الشارع ، انتهى كلامه رفع مقامه .
لننظر فى مواضع من كلامه مجال ، فافهم

(بل الذى يحصل من ملاحظة جميع موارد حكم كلى) (« حكم » فاعمل (يحصل) (هو) خبر (« الذى ») وجوب العمل على ما يشترطه) .
فان المستفاد من الادلة المختلفة والموارد الجزئية الواردة فى الشريعة : انه يلزم العمل بما يشترطه الطرفان المتعاقدان اذا لم يكن على سبيل القاعدة (وهذا الحكم) اى حكم وجوب العمل بالشرط (ايضا من جعل الشارع) فليس هو فى مقابل حكم الشارع وفى مقابل جعله .
(فقولنا : العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب ، حكم كلى شرعى) لان الشارع قال بوجوبه (وحصوله) اى حصول هذا الوجوب (ليس من جانب شرطنا) حتى يقال : ان شرطكم اوجب ما ليس بواجب فى الشرع (حتى يكون من باب تحليل الجرام ، وعكسه) وهو تحريم الاحلال (بل انما هو) وجوب العمل بالشرط (صادر من الشارع ، انتهى كلامه رفع مقامه) اى كلام المحقق القمى .

(و لننظر فى مواضع من كلامه مجال ، فافهم) حيث انه فرق بين النذر و بين الشرط ، مع انهما من باب واحد ، وانه جعل تحريم الاحلال و

والله العالم .

الشرط الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد، والا لم يصح

لوجهين .

احدهما وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه

الذي لا يتخلف عنه ، وبين الشرط

تحليل الحرام خاصا بما اذا كان المتعلق كلياً ، مع انه مطلق في الرواية وجعل تعلق الشرط بالكلية بدعة ، مع انه داخل في: المؤمنون عند شروطهم ، الى غير ذلك (والله العالم) بحقائق الاحكام .

(الشرط الخامس) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون) الشرط

(منافيا لمقتضى العقد) منافاة تباين ، او عموم مطلق ، او عموم من وجه .

فالاول : مثل ان ينكحها بشرط ان تبقى اجنبية .

والثاني : مثل ان ينكحها بشرط ان تكون في بعض الايام اجنبية .

والثالث : ان ينكحها متعة سنة ، بشرط ان تكون من ستة اشهر

الى بعد سنة كاملة اجنبية .

فانهما يجتمعان في الستة الاشهر المتوسطة ، ويفترق النكاح في

الستة الاشهر الاولى ، ويفترق الشرط في الستة الاشهر الاخيرة (والا)

اي ان شرط ما ينافي العقد (لم يصح) الشرط (لوجهين) .

(احدهما وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه)

اي يقتضى العقد (الذي لا يتخلف) ذلك المقتضى (عنه) اي عن العقد ،

فان مقتضى العقد الزوجية وهى لا تتخلف عن عقد النكاح (وبين الشرط

.....
 الملزم لعدم تحققه ، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط.
 فلا بدّ اما ان يحكم بتساقط كليهما ، واما ان يقدم جانب العقد ، لانه المتبوع
 المقصود بالذات ، والشرط تابع .

وعلى كل تقدير لا يصح الشرط .

الثانى : ان الشرط المنافى مخالف للكتاب والسنة الدالين على
 عدم تخلف العقد عن مقتضاه ،

الملزم) - بصيغة المفعول - (لعدم تحققه) اى عدم تحقق المقتضى
 (فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيده بهذا الشرط) لانه من الجمع
 بين المتنافيين (فلا بدّ) له اذا شرط هذا الشرط (اما ان يحكم بتساقط
 كليهما) فيبطل العقد والشرط معا (واما ان يقدم جانب العقد ، لانه
 المتبوع المقصود بالذات ، والشرط تابع) و مقصود بالعرض فيسقط
 الشرط .

(وعلى كل تقدير) سواء سقط كلاهما ، او سقط الشرط ف (لا يصح
 الشرط) وهذا هو المطلوب .

(الثانى : ان الشرط المنافى) لمقتضى العقد (مخالف للكتاب و
 السنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه) اذا الشريعة دلت على
 ان العقد الفلانى مقتضاه كذا ، فاذا شرطنا عدم ذلك المقتضى ، فقد
 خالفنا الشريعة .

لكن الظاهر ان مثل هذه المخالفة اذا لم تكن تشريعا لم تكن حراما
 فلم يفعل المشرط الحرام ، وانما يبطل شرطه فقط ، وبطل العقد ايضا ، ان

فاشترط تخلفه عنه مخالف للكتاب .

ولذا ذكر في التذكرة : ان اشتراط عدم بيع المبيع ، مناف لمقتضى ملكيته ، فيخالف قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على اموالهم .

ودعوى ان العقد انما يقتضى ذلك مع عدم اشتراط عدمه فيه لا مطالبا خروج عن محل الكلام ، اذا الكلام فى

قلنا بان الشرط الفاسد مفسد (فاشترط تخلفه) اى العقد (عنه) اى عن مقتضاه (مخالف للكتاب) ، و السنة .

(ولذا) الذى انه مخالف للشريعة (ذكر في التذكرة : ان اشتراط) البائع على المشتري (عدم بيع المبيع ، مناف لمقتضى ملكيته) لان مقتضى الملك ان يكون للمشتري السلطة على كل تصرف (فيخالف) هذا الشرط (قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على اموالهم) .
لكن لا يخفى ما فى الصغرى ، اذا اقتضاء العقد جواز البيع ، وهو مقتضى اطلاقه لا مقتضى ماهيته .

(و) ان قلت : ان العقد لا يقتضى شيئا الا بسبب اطلاقه ، فاذا اشترط عدم ذلك الشئ كان الشرط منافيا للاطلاق لا للمهمية .

قلت : (دعوى ان العقد انما يقتضى ذلك) المقتضى - بالفتح - (مع عدم اشتراط عدمه) اى اشتراط عدم ذلك المقتضى - بالفتح - (فيه) اى فى العقد (لا) ان العقد يقتضى ذلك (مطلقا) سواء اشترط عدمه ، ام لم يشترط (خروج عن محل الكلام) الذى نحن بصدده (اذا الكلام فى)

ما يقتضيه مطلق العقد وطبيعته السارية فى كل فرد منه ، لا ما يقتضيه
العقد المطلق بوصف اطلاقه ، و خلوه عن الشرائط والقيود حتى لا ينافى
تخلفه عنه لقيده ، و شرط يشترط فيه ، هذا كله مع تحقق الاجماع
على بطلان هذا الشرط فلا اشكال فى اصل الحكم وانما الاشكال فى تشخيص

الشرط الذى يخالف (ما يقتضيه مطلق العقد) اى العقد مطلقا (وطبيعته
السارية فى كل فرد منه) حتى كان الشرط مخالفا لمهية العقد (لا ما
يقتضيه العقد المطلق بوصف اطلاقه) وعدم ذكر الشرط فيه (و بوصف
(خلوه عن الشرائط والقيود) - لا ما يقتضيه ٠٠ - (حتى لا ينافى تخلفه)
اى العقد (عنه) اى عن ذلك المقتضى - بالفتح - تخلفا (ل) اجل
(قيد يقيد) اى يقيد العقد (و شرط يشترط فيه) عطف بيان لقوله « ليقيد
يقيد » .

مثلا شرط ان لا يكون المبيع ملكا للمشتري ، منافى للعقد مطلقا ، و شرط
ان لا يبيعه منافى للعقد المطلق ، وكلامنا نحن فى الاول لافى الثانى .
فاذا شرط ان لا يملكه بطل الشرط ، لانه منافى لمهية العقد .
اما اذا شرط ان لا يبيعه لم يكن منافيا للمهية ، وانما نافي الاطلاق .
و من الواضح ان كل شرط ينافى الاطلاق ، ليس بمضر (هذا كله)
د ليلان لاشتراط ان لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد (مع) ان هناك
د ليلانثا ايضا وهو : (تحقق الاجماع على بطلان هذا الشرط) المنافى
لمقتضى العقد (فلا اشكال فى اصل الحكم) و ان الشرط المنافى لمقتضى
العقد باطل (و انما الاشكال فى تشخيص

.....
 آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد في نظرا العرف او الشرع
 و تميزها عما يقبل التخلف لخصوصية تعترى العقد ، وان اتضح ذلك في
 بعض الموارد لكون الاثر كالمقوم العرفي للبيع او غرضا اصليا كاشتراط عدم
 التصرف اصلا في المبيع ، وعدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى انظرونحو
 ذلك ، الا ان الاشكال في كثير من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم

آثار العقد التي لا يتخلف عن مطلق العقد) لانها من آثار المهيبة
 (في نظرا العرف) الممضى من قبل الشرع (او الشرع) وان لم ير العرف
 ذلك الاثر من مقتضيات المهيبة .

مثلا «الملكية» من آثار مهية البيع عرفا ، اما القبض في باب السلم
 فانه ليس من آثار المهيبة عرفا ، وانما هو اثر المهيبة شرعا ، فاذا شرط
 عدمه بطل الشرط (و) في (تميزها) اي تميز آثار المهيبة (عما) اي عن
 الآثار التي (يقبل التخلف) عن العقد تخلفا (لخصوصية) كالشرط مثلا
 (تعترى) و تطرأ تلك الخصوصية (العقد) والاشكال في بعض الآثار
 (وان اتضح ذلك) وان الشرط مخالف للمهيبة (في بعض الموارد لكون
 الاثر كالمقوم العرفي للبيع او غرضا اصليا) فان لم يكن مقوما (كاشتراط
 عدم التصرف اصلا في المبيع ، وعدم الاستمتاع اصلا بالزوجة حتى النظر)
 فان التصرف والاستمتاع مقومان او غرضان اصليان ، فاشتراط عدمهما
 مخالف لمقتضى العقد (و نحوذ لك) كان يشترط في العارية ان لا يسلمها
 للمستعير (الا ان الاشكال في كثير من المواضع خصوصا) يقع الاشكال
 (بعد ملاحظة اتفاقهم

.....
على الجواز فى بعض المقامات ، و اتفاقهم على عدمه فيما يشبهه — ، و
يصعب الفرق بينهما و ان تكلف له بعض ، مثلا المعروف عدم جواز المنع
عن البيع ، والهبة فى ضمن عقد البيع ، و جواز اشتراط عتقه بعد البيع
بلا فصل او وقفه حتى على البائع و ولده ، كما صرح به فى التذكرة .
وقد اعترف فى التحرير بان اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد .

على الجواز فى بعض المقامات ، و اتفاقهم على عدمه) اى عدم جواز الشرط
و انه شرط باطل (فيما يشبهه) فى الخصوصيات (و يصعب الفرق بينهما)
اى بين الشبيهين اللذين قالوا بعدم الجواز هنا ، وبالجواز فى شبيهه
(و ان تكلف له) اى لبيان الفرق (بعض) الفقهاء (مثلا المعروف) بينهم
(عدم جواز) شرط (المنع عن البيع ، والهبة فى ضمن عقد البيع) بان
يبيعه على شرط ان لا يبيعه المشتري لاحد ، و ان لا يهبه لاحد ، قالوا لان
هذا الشرط خلاف مقتضى العقد ، فان مقتضى العقد التسلط الكامل على
المبيع ، وهذا الشرط ينافى التسلط الكامل (و جواز اشتراط عتقه بعد
البيع بلا فصل) مع انه ايضا مناف للسلطة ، اذ قيد (بلا فصل) يوجب
ان لا يتمكن المشتري من اى تصرف فيه (او وقفه حتى على البائع و ولده)
اى ولد البائع الذى يوجب ان لا ينتفع المشتري به اصلا (كما صرح به
فى التذكرة) و الحال ان المنع عن البيع والهبة مثل شرط الوقف والعتق
كلاهما اما مناف لمقتضى العقد ، فاللازم بطلان الشرط فيهما ، و اما ليس
بمناف فاللازم صحة الشرط فيهما .

(وقد اعترف فى التحرير بان اشتراط العتق مما ينافى مقتضى العقد)

.....

و انما جاز لبناء العتق على التغليب .

وهذا لو تم لم يجز في الوقف ، خصوصا على البائع وولده ، فانه

شرط مناف كالعتق ليس مبنيًا على التغليب .

ولاجل ما ذكرنا وقع في موارد كثيرة الخلاف والاشكال في ان الشرط

الفلاني مخالف لمقتضى العقد ، ام لا ، منها اشتراط عدم البيع ، فان المشهور

عدم الجواز .

فان العقد يقتضى التسلط ، وشرط العتق يقتضى عدم التسلط .

(و انما جاز) شرط العتق (لبناء العتق على التغليب) اى ان كل

شائبة من العتق توجب ترتب العتق عليها .

(وهذا) الكلام من التذكرة (لو تم) في شرط العتق - لانه مبني

على التغليب - (لم يجز في الوقف) لانه غير مبني على التغليب (خصوصا

على البائع وولده ، فانه شرط مناف) لمقتضى العقد (كالعتق) الذى

هو مناف ، و (ليس مبنيًا على التغليب) .

(ولاجل ما ذكرنا) من عدم وضوح مقتضيات العقود (وقع في موارد

كثيرة الخلاف والاشكال في ان الشرط الفلاني مخالف لمقتضى العقد ،

ام لا) .

لكن اللازم ان نقول بصحة كل شرط الا اذا علمنا بانه مخالف لمقتضى

العقد علما من العرف او من الشرع .

ف (منها) اى من تلك الموارد (اشتراط عدم البيع ، فان المشهور

عدم الجواز) لان مقتضى البيع التسلط التام على البيع ، فاذا شرط عدم

لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك، بل قوى بعض من تأخر

عنه صرحته .

ومنها : ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة فيه
اذا قال : الربح لنا ولا خسران عليك لصحيحة رفاعة فى الشركة فى
الجارية .

قال : ومنعه ابن ادريس لانه مناف لقضية الشركة .

بيعه كان ذلك خلاف مقتضى العقد، فيبطل الشرط .

(لكن العلامة فى التذكرة استشكل فى ذلك) اى فى كون شرط عدم
البيع شرطاً فاسداً (بل قوى بعض من تأخر عنه صرحته) لانه خلاف اطلاق
العقد، لا خلاف مقتضى العقد، وهذا عندى اقرب .

(ومنها : ما ذكره فى الدروس فى بيع الحيوان من جواز الشركة
فيه) اى فى الحيوان (اذا قال) احدهما للشريك الآخر (الربح لنا)
جميعا (ولا خسران عليك) وانما الخسارة على فقط (لصحيحة رفاعة فى
الشركة فى الجارية) قال سئلت ابا الحسن عليه السلام، عن رجل شارك
آخر فى جارية له، وقال : ان ربحنا فيها فلك نصف الربح، وان كانت
خسارة فليس عليك شئ فقال عليه السلام : لا ارى بذلك بأسا اذا اطابت
نفس صاحب الجارية .

ومثلها : خبر ابي الربيع عن الصادق عليه السلام : الا انه قال
لا ارى بهذا بأسا اذا كانت الجارية للقائل .

(قال : ومنعه ابن ادريس لانه مناف لقضية الشركة) اى لمقتضاها

قلنا : لانستلم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة ، بل للشركة المطلقة ، والاقرب تعدى الحكم الى غير الجارية من المبيعات انتهى .
ومنها : ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية ، و عدم جوازه فى الاجارة مستدلين بان مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر ، فاورد

اذ الشركة تقتضى الاشتراك فى الربح والخسارة .
(قلنا) هذا مقالة الشهيد فى رد ابن ادريس (لانستلم ان تبعية المال لازمة لمطلق الشركة) حتى تكون التبعية من مهية الشركة (بل للشركة المطلقة) اى اطلاقها وعدم تقييدها ، فاذا قيدت الشركة كان اللازم اتباع القيد (والاقرب تعدى الحكم) بعدم تحمل احد الشريكين الخسارة (الى غير الجارية من المبيعات) .
اذ لخصوصية للجارية فى النص ، فاطلاق ادلة المؤمنون عند شروطهم شامل لكل موارد الشركة اذ قد عرفت ان هذا الشرط ليس خلاف مقتضى العقد ، بل خلاف اطلاقه (انتهى) كلام الدروس .
(ومنها : ما اشتهر بينهم من جواز اشتراط الضمان فى العارية) فيجوز للمعيران يشترط ضمان المستعير اذا تلف المتاع بدون تعدى او تفريط ، اما مع التعدى والتفريط فهو ضامن بلا اشكال (وعدم جوازه فى الاجارة) وذلك لان المستأجر امين ، وليس على الامين الا اليمين (مستدلين) على عدم صحة شرط الضمان فى الاجارة (بان مقتضى عقد الاجارة عدم ضمان المستأجر) فشرط الضمان خلاف مقتضى العقد (فاورد

عليهم المحقق الارد بيلى و تبعه جمال المحققين فى حاشية الروضة بمنع
اقتضاء مطلق العقد لذ لك ، انما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن
اشتراط الضمان نظير العارية .

و منها : اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها ، فقد جوزه جماعـة
لعدم المانع ، وللنص .

و منعه آخرون ، منهم فخر الدين فى الايضاح مستدلاً بان مقتضى
العقد تسلط الرجل على المرأة فى الاستمتاع والا س كان .

عليهم المحقق الارد بيلى و تبعه جمال المحققين فى حاشية الروضة بمنع
اقتضاء مطلق العقد (اى مهية عقد الاجارة) (لذ لك) اى لعدم الضمان
(انما المسلم اقتضاء العقد المطلق) اى (المجرد عن اشتراط الضمان)
اما اذا كان العقد مقيدا بالضمان فالشرط نافذ فيه (نظير العارية)
فما الذى اوجب ان يقولوا بصدحة الشرط فى العارية ولا يقولوا بصدحة
الشرط فى الاجارة ؟ ثم انه لافرق بين المستأجر والاجير فى هذا الحكم
(و منها : اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها) (الا برضاها) (فقد
جوزه جماعة) (بالشرط فى ضمن العقد) (لعدم المانع) (من هذا الشرط
لانه ليس مخالفا للكتاب و السنة ، ولا مخالفا لمقتضى العقد) (و للنص)
الوارد فى ذلك .

(و منعه آخرون ، منهم فخر الدين فى الايضاح) (لان هذا الشرط
خلاف مقتضى العقد) (مستدلاً بان مقتضى العقد تسلط الرجل على المرأة
فى الاستمتاع والا س كان) (فشرط كون الا س كان بيد المرأة خلاف مقتضى

وقد بالغ حتى جعل هذا قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء
ومنها : مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع من دون شرط او معه
وعدم توارثهما مع

العقد .

(وقد بالغ) فخر الدين (حتى جعل هذا) الذي ذكره من كون هذا
الشرط خلاف مقتضى العقد (قرينة على حمل النص على استحباب الوفاء)
فاذا قبل الرجل الشرط كان الشرط باطلا ، لكن يستحب له الوفاء بالشرط .
لانه اعطاها وعدا بذلك :

وفيه اولا : انه ليس خلاف مقتضى العقد .

و ثانيا : انا اذا رأينا شيئا خلاف مقتضى العقد ثم رأينا نصا صحيحا
يقول بصلته كان اللازم ان نخطئ رأينا ، ونقول ان الرواية قرينة على
ان الشئ الفلاني ليس مقتضى العقد .

(ومنها : مسألة توارث الزوجين بالعقد المنقطع) .

وفى المسئلة اربعة اقوال .

الاول : ان العقد المنقطع يوجب التوارث كالعقد الدائم - مطلقا -

وهذا ما اشار اليه المصنف بقوله : (من دون شرط) .

الثاني : انه ان شرط الارث كان الارث ، والافلا ارث ، وهذا ما اشار

اليه بقوله : (او معه) اي مع شرط الارث .

الثالث : انه لا يتوارثان اذا شرط عدم الارث ، اما اذا لم يشترط عدم

الارث فهما يتوارثان ، وهذا ما اشار اليه بقوله : (وعدم توارثهما مع

.....
 الشرط ، اولامعه ، فانها مبنية على الخلاف فى مقتضى العقد المنقطع
 قال فى الايضاح — مالمخصه بعد اسقاطه مالا يرتبط بالمقام — انهم
 اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى التوارث ، ام لا .
 وعلى الاول فقول : المقتضى هو العقد المطلق من حيث هو هو ،
 فعلى هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط ، لان كل ما تقتضيه الماهية
 من حيث هى هى فيستحيل عدمه مع وجودها .

الشرط) اى مع شرط عدم الارث .

الرابع : انهما لا يتوارثان مطلقا ، سواء شرطا الارث ، ام لم يشترطا
 وهذا ما اشار اليه بقوله : (اولامعه) — ولا يخفى غموض العبارة —
 (فانها) اى هذه المسئلة (مبنية) فى الجملة (على الخلاف فى مقتضى
 العقد المنقطع) .

و لتوضيح المطلب ننقل كلام فخر الدين (قال فى الايضاح — مالمخصه
 بعد اسقاط مالا يرتبط بالمقام — انهم اختلفوا فى ان هذا العقد يقتضى
 التوارث ، ام لا) قولان .

(وعلى الاول) وهو اقتضاء هذا العقد التوارث (فقول : المقتضى
 هو العقد المطلق من حيث هو هو) فحال الزوجة المنقطعة حال الزوجة
 الدائمة فى انها ترث (فعلى هذا القول لو شرط سقوطه) اى سقوط
 الارث (لبطل الشرط ، لان كل ما تقتضيه الماهية من حيث هى هى) اى
 من حيث هى ماهية ، سواء كان ذلك فى الامور العينية والامور الاعتبارية
 (فيستحيل عدمه) اى عدم ذلك « المقتضى » بالفتح (مع وجودها) اى

وقيل: المقتضى اطلاق العقد اى العقد المجرد عن شرط نقيضه
اعنى الماهية بشرط لا شئ ، فيثبت الارث ما لم يشترط سقوطه .
وعلى الثانى : قيل: يثبت مع الاشتراط ، ويسقط مع عدمه ، وقيل:
لا يصح اشتراطه ، انتهى .
ومرجع القولين الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد ، او ماهيته .

وجود الماهية .

مثلا : يستحيل وجود الانسان بدون وجود الحيوان الناطق — ق و
يستحيل وجود البيع بدون وجود النقل والانتقال .
(وقيل: المقتضى) للارث فى المتعة (اطلاق العقد) وعدم شرط
نقيض الارث فيه (اى العقد المجرد عن شرط نقيضه) اى نقيض الارث
(اعنى) المقتضى للارث (الماهية بشرط لا شئ ، فيثبت الارث) فى المتعة
(ما لم يشترط سقوطه) اى سقوط الارث .
(وعلى الثانى) وهو ما اشار اليه بقوله «اولا» (قيل يثبت) الارث (مع
الاشتراط ، ويسقط مع عدمه) اى عدم الاشتراط (وقيل لا يصح اشتراطه)
اصلا ، فهو من قبيل شرط ارث الاجنبى (انتهى) كلام الايضاح .
(و مرجع القولين) اى القولين المذكورين بعد قوله « وعلى الثانى »
(الى ان عدم الارث من مقتضى اطلاق العقد) اعنى الماهية بشرط لا شئ
وعليه يثبت الارث مع الاشتراط (او) من مقتضى (ماهيته) فلا يصح اشتراط
الارث .

.....
 واختاره هو هذا القول الرابع تبعا لجده و والده قدس سرهما .
 واستدل عليه اخيرا بما دل على ان من حدود المتعة ان لا ترشها و
 لا ترك، قال: فجعل نفى الارث من مقتضى الماهية .
 ولاجل صعوبة دفع ما ذكرنا - من الاشكال فى تميز مقتضيات ماهية
 العقد من مقتضيات اطلاقه - التجأ المحقق الثانى

(واختاره هو) الايضاح (هذا القول الرابع) اى ان فهمية العقد
 تقتضى عدم التوارث، فلا يرث حتى مع الاشتراط (تبعا لجده و والده)
 العلامة (قدس سرهما) .
 (واستدل عليه) اى على ما اختاره من القول الرابع (اخيرا بما دل
 على ان من حدود المتعة ان لا ترشها ولا ترك ، قال) الايضاح فى وجه
 الاستدلال بهذه الرواية لمذهبه (فجعل نفى الارث من مقتضى
 الماهية) .
 و من المعلوم ان ما كان من مقتضى الماهية لا يتغير بالاشتراط، فلو
 شرط الارث لم يصح الشرط، بل بقيت المتعة على حالها فى انها لا توجب
 الارث .
 (و) كيف كان ، ف (لاجل صعوبة دفع ما ذكرنا - من الاشكال فى تميز
 مقتضيات ماهية العقد) حتى لا ينفع الشرط المخالف، لان مقتضى الماهية
 لا يتغير (من مقتضيات اطلاقه -) حتى ينفع الشرط المخالف، لانه اذا
 قيد الاطلاق ارتفع الاطلاق .
 ولاجل ما ذكرنا (التجأ المحقق الثانى) الكركى ره صاحب جامع

.....
مع كمال تبخره في الفقه حتى ثنى به المحقق فارجع هذا التمييز عند
عدم اتضاح المنافات، وعدم الاجماع على الصحة او البطلان الى نظر
الفقيه .

فقال (اولا : المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى عدم ترتب الأثر
الذى جعل الشارع العقد من حيث هو ويحيث يقتضيه ورتب عليه

المقاصد (مع كمال تبخره في الفقه حتى ثنى به المحقق) و اولهما المحقق
الحلى صاحب الشرائع (فارجع هذا التمييز) بين مقتضى الماهية ، و
مقتضى الاطلاق (عند عدم اتضاح المنافات) اى عدم وضوح منافات الشرط
لمقتضى العقد (و) عند (عدم الاجماع على الصحة او البطلان) فان كان
هناك وضوح في المنافات بطل الشرط ، وان كان هناك اجماع على صحة
الشرط او على بطلان الشرط قلنا بمقتضى الاجماع .

اما اذا لم يكن وضوح ولا اجماع فيرجع (الى نظرا لفقيه) متعلق بقوله
« فارجع » .

اى ان رأى الفقيه - من القرائن - ان الشرط ، مناف ، حكم ببطلانه
والاحكم بصحته ، ولم يجعل لذك ميزانا ، مع ان الارجاع الى نظر
الفقيه يقتضى ان يكون نظر كل فقيه شيئا وهذا مما يوجب الغوضى .

(فقال) المحقق الثانى (اولاً : المراد بمنافى مقتضى العقد ما يقتضى
عدم ترتب الأثر الذى جعل الشارع العقد من حيث هو هو) « ما يقتضى »
بيان « للمنافى » و « الذى » صفة « الأثر » (بحيث يقتضيه) « بحيث »
متعلق ب « جعل » (ورتب) - بالمجهول - اى رتب ذلك الاثر (عليه)

على انه اثره وفائدته التى لاجلها وضع ، كانتقال العوضين الى المتعاقدين و اطلاق التصرف فيهما فى البيع ، وثبوت التوثق فى الرهن والمال فى ذمة الضامن بالنسبة الى الضامن ، وانتقال الحق الى ذمة المحال عليه فى الحوالة ، ونحو ذلك فاذا شرط عدمها وعدم البعض

اى على العقد (على انه اثره) اى اثر العقد (وفائدته التى لاجلها) اى لاجل تلك الفائدة (وضع) العقد ومثل لمقتضى العقد بقوله : (كانتقال العوضين الى المتعاقدين و) ك (اطلاق التصرف فيهما) فكل من المتعاقدين له حق التصرف فى العوض الذى انتقل اليه (فى) باب (البيع) فاذا شرط عدم الانتقال ، او شرط ان لاحق للمنتقل اليه التصرف فى الشئ الذى انتقل اليه ، كان الشرط منافيا لمقتضى العقد (و) ك (ثبوت التوثق فى) باب (الرهن) فاذا شرط عدم كون المال المرهون وثيقة ، كان ذلك خلاف مقتضى العقد (و) ك ثبوت (المال فى ذمة الضامن بالنسبة الى) باب (الضمان) فانه من مقتضيات عقد الضمان ، فاذا شرط عدمه كان ذلك الشرط خلاف مقتضى العقد (و) ك (انتقال الحق الى ذمة المحال عليه فى) باب (الحوالة) فاذا اشترط عدم انتقال الحق كان ذلك الشرط خلاف مقتضى عقد الحوالة (و نحو ذلك) كاشتراط عدم السقى فى باب المساقات ، واشترط عدم الفقرة فى باب الطلاق ، فان حال العقود والايقاعات واحد من هذه الجهة (فاذا شرط عدمها) اى عدم هذه الفوائد التى هى آثار لتلك العقود والايقاعات (او عدم البعض) اى عدم بعض الأثر فى بعض الاحيان ، كان اشترط عدم ترنب

.....
 اصلاً نافي مقتضى العقد .

ثم اعترض على ذلك بصحة اشتراط عدم الانتفاع زماناً معيناً و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتاً مافى مقتضى العقد .

ثم اعترض بان العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً ، فالمنع عن البعض مناف له .

ثم قال : و دفع ذلك لا يخلو عن عسر

آثار الملك فى ايام الجمعة عند البيع (اصلاً) اى عدم الكل او عدم البعض اطلاقاً ، لا لعدم فى الجملة ، فان كل شرط يرفع بعض الآثار فى الجملة (نافى) هذا الشرط . (مقتضى العقد) فيكون الشرط باطلاً .

(ثم اعترض على ذلك) الذى ذكره من ان رفع بعض الآثار موجب لكونه خلاف مقتضى العقد (بصحة اشتراط عدم الانتفاع) فى باب البيع (زماناً معيناً) كان يشترط عليه ان لا ينتفع بالدار فى ايام الجمعة فان هذا شرط صحيح قطعاً (و اجاب بكفاية جواز الانتفاع وقتاً مافى الجملة) (فى مقتضى العقد) فان المنافى لمقتضى العقد عدم الانتفاع مطلقاً ، او عدم ترتب آثار الملك و لو فى بعض الاحيان ، اما عدم الانتفاع فى الجملة فليس منافياً ، اذ الانتفاع مطلقاً من آثار اطلاق العقد .

(ثم اعترض) على جواب الاعتراض (بان العقد يقتضى الانتفاع مطلقاً فالمنع عن البعض) اى بعض الانتفاعات (مناف له) اى لمقتضى العقد .

(ثم قال : و دفع ذلك) الاعتراض (لا يخلو عن عسر) و كانه اعتقد

ان مقتضى العقد الانتفاع المطلق .

وكذا القول فى نحو خيار الحيوان مثلا ، فان ثبوته مقتضى العقد ، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له .

ثم قال : ولا يمكن ان يقال ان مقتضى العقد ما لم يجعل الا لاجله كانتقال العوضين ، فان ذلك ينافى منع اشتراط ان لا يبيع المبيع مثلا

لكنك قد عرفت ان المقتضى الانتفاع فى الجملة ، فاذا اطلق العقد اقتضى الانتفاع مطلقا ، والا لم يطلق بان شرط عدم الانتفاع فى بعض الاوقات ، كان ذلك خلاف اطلاق العقد ، لا خلاف مهية العقد .

قال : (وكذا) لا يخلو عن عسر (القول فى نحو خيار الحيوان مثلا ، فان ثبوته مقتضى العقد ، فيلزم ان يكون شرط سقوطه منافيا له) اى منافيا لمقتضى العقد ، فيلزم ان يكون هذا الشرط باطلا .

(ثم قال : ولا يمكن ان يقال) فى توجيه صحة ما ذكرناه « لا يخلو عن عسر » (ان مقتضى العقد ما لم يجعل) العقد (الا لاجله ، كانتقال العوضين) فى باب البيع ، فان العقد وضع لانتقال العوضين ، فالشرط الذى ينافى ذلك باطل .

اما شرط عدم الانتفاع فى الجملة ، او شرط عدم خيار الحيوان فلا ينافى مقتضى العقد ، فلما اذا قلتم ان فيه عسرا ، وانما لا يمكن ان يقال لان العقد وضع للانتقال والانتفاع ، ومن مقتضى مهية الخيار (فان ذلك) الذى ذكرتم لو صح بان العقد وضع للانتقال فقط ، فهو (ينافى منع اشتراط ان لا يبيع) المشتري (المبيع مثلا) .

فحيث منع الفقهاء من شرط ان لا يبيع المبيع ، تبين ان مقتضى

ثم قال : والاحاسم لمادة الاشكال ان الشروط على اقسام .
 منها : ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد .
 ومنها : ما وضع فيه المنافات للمقتضى كاشتراط عدم ضمان المقبوض
 بالبيع ، او وضع مقابله ولا كلام فيما وضع .
 ومنها : ما ليس واحدا من النوعين ، فهو

العقد الانتفاع بالاضافة الى الانتقال .
 (ثم قال : والاحاسم لمادة الاشكال) حتى يعرف ان اى شرط ينافى
 و اى شرط لا ينافى (ان الشروط على اقسام) .
 (منها : ما انعقد الاجماع على حكمه من صحة او فساد) مثل : ان
 يرث الاجنبية ، فانه مجمع على فساده و مثل : ان يشترط خياطة ثوبه ،
 فانه مجمع على صحته .
 (ومنها : ما وضع فيه المنافات للمقتضى) اى مقتضى العقد (كاشتراط
 عدم ضمان المقبوض بالبيع) بان يشترط المشتري على البائع ان المبيع
 مضمون على البائع ، بعد ان قبضه المشتري وكذا العكس بان اشترط
 البائع ضمان الثمن على المشتري ، بعد ان قبض الثمن ، فان مثل هذا
 الشرط مناف لمقتضى العقد الذى يقول : بان الملك ينتقل الى المنتقل
 اليه انتقالا كاملا ، فتلفه من كيس المنتقل اليه ، لا المنتقل عنه (او وضع
 مقابله) و انه ليس منافيا لمقتضى العقد ، كاکثر الشروط التى يشترطها
 احد المتعاقدين على الآخر (ولا كلام فيما وضع) منافاته و عدم منافاته .
 (ومنها : ما ليس واحدا من النوعين) فلا اجماع ولا وضوح (فهو)

.....
بحسب نظر الفقيه ، انتهى كلامه رفع مقامه .

اقول وضح المنافات ان كان بالعرف كاشتراط عدم الانتقال فى
العوضين ، وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن والمحال عليه فلايتأتى
معه انشاء مفهوم العقد العرفى .

وان كان بغير العرف ، فمرجعه الى الشرع ، من نص او اجماع على
صحة الاشتراط . وعدمه

اي هذا القسم من الشروط (بحسب نظر الفقيه) فان رأى حسب اجتهاده
انه مناف لمقتضى العقد بطله ، وان رأى انه ليس بمناف قال بصحته
(انتهى كلامه رفع مقامه) .

(اقول) يدل على قوله « ومنها : ماوضح فيه المنافات . . . الخ »
ان (وضح المنافات ان كان بالعرف) اي ان العرف يرى بكل وضوح ان
العقد مناف للشرط (كاشتراط عدم الانتقال فى العوضين) فى باب البيع
(وعدم انتقال المال الى ذمة الضامن والمحال عليه ، ف) يرد على
المحقق الثانى انه (لايتأتى معه) اي مع وضوح المنافات (انشاء
مفهوم العقد العرفى) فالعقد باطل من رأس ، لان العقد يقع ، لكن
الشرط باطل ، فان الانسان لايمكن من انشاء المتناقضين ، والحال ان
كلام المحقق فى بطلان الشرط .

(وان كان) وضح المنافات الذى ذكره المحقق (بغير العرف ،
فمرجعه) اي مرجع وضوح المنافات (الى الشرع ، من نص او اجماع على
صحة الاشتراط وعدمه) .

و مع عدمهما وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذ لك الأثر المشترك
عدمه .

فان دل عليه على وجه يعارض باطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء
به بحيث لو اوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلك الدليل و تخصيصه حكم
بفساد الشرط ، لمخالفته حينئذ للكتاب والسنة .

وعلى هذا يرد الاشكال على المحقق فى شقّه الاخير الذى ذكره
بقوله (ومنها : ما ليس واحدا من النوعين) (و مع عدمهما) اى عدم
النص و الاجماع (وجب الرجوع الى دليل اقتضاء العقد لذ لك الأثر
المشترط عدمه) شرطا فى ضمن العقد .

(فان دل) الدليل (عليه) اى على ذلك الاثر (على وجه يعارض)
دليل الأثر (باطلاقه او عمومه دليل وجوب الوفاء به) اى بالشرط ، وهو
المؤمنون عند شروطهم ، معارضة (بحيث لو اوجبنا الوفاء به) اى بالشرط
(وجب طرح عموم ذلك الدليل) الدال على ذلك الأثر (و تخصيصه)
عطف بيان لـ (طرح عموم) (حكم بفساد الشرط) المذكور (لمخالفته) اى
الشرط (حينئذ) اى حين كان معارضا لعموم دليل ذلك الاثر للكتاب
والسنة .

مثلا عموم الكتاب الذى يقول (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ) يدل على ان الوطى
بيد الرجل ، فاذا شرطت الزوجة ان يكون الوطى بيدها ، كان دليل
(اَوْفُوا) معارضا لدليل (قَوَّامُونَ) .

فاذا قدمنا دليل الشرط لنزح طرح عموم (قَوَّامُونَ) و عليه : فنطرح

وان دل على ثبوته للعقد لو خلى وطبعه ، بحيث لا ينافى تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط .

وقد فهم من قوله تعالى : **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ** ، ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغير ، فجعل اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة منافيا لهذا الاثر ، ولم يجعل اشتراط عدم الاخراج من البلد منافيا .

دليل الوفاء بالنسبة الى هذا الشرط ، وتكون النتيجة ان الشرط باطل والوطى يبقى بيد الزوج .

(وان دل) دليل ذلك الاثر (على ثبوته للعقد لو خلى) العقد (وطبعه ، بحيث لا ينافى) دليل ذلك الاثر (تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط) لان الشرط يقيد اطلاق دليل الاثر .

(وقد فهم) الفقهاء (من قوله تعالى : **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**) ان السلطنة على الزوجة من آثار الزوجية التى لا تتغير) وفهموا ان من آثار هذه السلطنة كون الجماع بيد الرجل (فجعل) الفقهاء (اشتراط كون الجماع بيد الزوجة فى الرواية السابقة) فى اول المبحث منافيا لهذا الاثر .

ولذا اسقطوا هذا الشرط (ولم يجعل) الفقهاء (اشتراط عدم الاخراج) للزوجة (من البلد منافيا) لهذه السلطنة ، ولذا جعلوا شرط عدم اخراجها من بلد ما نافذاً لانه خلاف اطلاق العقد لا خلاف مهية العقد

وقد فهم الفقهاء من قوله : البيعان بالخيار حتى يفترقا فان افترقا
وجب البيع عدم التنافي ، فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي
هو من الآثار الشرعية للعقد ، وكذا على صحة اشتراط الخيار بعد
الافتراق .

و لو شك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى اصالة ثبوت ذلك
الأثر على الوجه الثاني ، فيبقى عموم ادلة الشرط سليما عن المخصص .

(وقد فهم الفقهاء من قوله : البيعان بالخيار حتى يفترقا فان افترقا
وجب البيع عدم التنافي) بين هذا الدليل وبين دليل : المؤمنون عند
شروطهم (فاجمعوا على صحة اشتراط سقوط الخيار الذي هو من الآثار
الشرعية) لا آثار المهيبة العرفية مثل الانتقال في البيع (للعقد ، وكذا)
فهموا عدم التنافي بين دليل الشرط و دليل لزوم البيع بعد الافتراق ،
فاجمعوا (على صحة اشتراط الخيار بعد الافتراق) وهل فهمهم حجة
لنا ؟ الظاهر لا ، ولذا لا يستبعد انه في اى مقام لم يدل دليل قطعى
على كونه خلاف مقتضى العقد نحكم بمقتضى الشرط .

(و لو شك في مؤدى الدليل) المثبت لذلك الاثر على العقد ، وهل
انه على وجه العموم او انه اثر للعقد لو خلى وطبعه ؟ (وجب الرجوع الى
اصالة ثبوت ذلك الأثر على الوجه الثاني) اى انه اثر للعقد لو خلى و
طبعه (فيبقى عموم ادلة الشرط) مثل : المؤمنون عند شروطهم (سليما عن
المخصص) فيحكم بمقتضى الشرط .

وقد ذكرنا هذا فى بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة .

الشرط السادس : ان لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فى البيع لان الشرط فى الحقيقة كالجزء من العوضين ،

(وقد ذكرنا هذا) وان الاثر من باب العموم ، او من باب لو خلى وطبعه (فى بيان معنى مخالفة الكتاب والسنة) فلاتغفل .
ثم انه لو اختلف الاجتهادان ، او التقليدان فى ان الشرط مخالف ام لا ، حيث كان احدهما يرى هذا اجتهادا او تقليدا ، ويرى الآخر خلافه ، فالحكم فيه كما اذا اختلفا فى اصل صحة العقد ، او ما اشبه و تفصيل الكلام لا يناسب هذا الشرح وقد ذكرناه فى شرحنا على العروة الوثقى .

(**الشرط السادس**) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر) العرفى — على ما نختاره — والغرر الشرعى على ما اختاره المصنف ، اما الجهالة التى لا توجب الغرر العرفى كما اذا اشترط ان يخطط قبائه بدون تعيين ان يخطه روميا او فارسيا ، او يصبغ داره بدون ذكر اللون ، فيما لا يكون ذلك غررا عرفيا فلا بأس بها .
ثم الظاهر ان الشرط بنفسه يلزم ان يكون غير غررى لما ورد من نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، كما انه يشترط ان لا يوجب الغرر (فى البيع) لما ورد من نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر بالاضافة الى شمول الحديث الاول له ايضا (لان الشرط فى الحقيقة كالجزء من العوضين) و كل غرر فى الجزء او فيما هو بمنزلته فهو

.....
 كما سيجئ بيانه قال فى التذكرة : وكما ان الجهالة فى العوضين مبطلّة
 فكذا فى صفاتهما ولو اُحق المبيع ، فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل البيع ،
 انتهى .

وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط فى الثمن بل لو
 فرضنا عدم سراية الغرر فى

مفسد للبيع (كما سيجئ بيانه) .

اما ان الشرط كالجزء فلان المال يبذل فى مقابل كل من الجزء و
 الشرط - فى الحقيقة - وكذلك فى طرف الشرط الذى يكون فى جانب
 الثمن ، فان المال والشرط يعدان بمنزلة الثمن .

واما الكبرى التى ذكرناها بقولنا « وكل غرر الخ » فلما عرفت من
 نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن الغرر ، فتأمل .

ويدل على ما ذكرناه من الكبرى والصغرى ما ذكره العلامة ، فانه
 (قال فى التذكرة : وكما ان الجهالة فى العوضين مبطلّة) للبيع (فكذا
 فى صفاتهما) كما اذا علم انه ذهب ، لكن لم يعلم انه مسكوك ، ام لا (و
 لواحق المبيع) اى ما يلحق المبيع كالشرط (فلو شرطاً شرطاً مجهولاً بطل
 البيع ، انتهى) .

ولعل وجه ذلك ان الشرط الفاسد مفسد ، اولان الجهالة فى
 الشرط تتسرى الى الجهالة فى البيع ، وان لم نقل بان كل شرط فاسد مفسد
 (وقد سبق ما يدل على اعتبار تعيين الاجل المشروط فى الثمن) لانه
 اذا لم يعين الاجل ، كان غرراً فكان مبطلاً (بل لو فرضنا عدم سراية الغرر فى

.....
 البيع كفى لزومه فى اصل الشرط بناء على ان المنفى مطلق الغرر حتى
 فى غير البيع .

و لذا يستندون اليه فى ابواب المعاملات حتى الوكالة .

فبطلان الشرط المجهول ليس لابطاله البيع المشروط به .

ولذا قد يجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشكال فى بطلان البيع .

السبيع كفى لزومه فى اصل الشرط) اى كفى لزوم الغرر فى نفس الشرط
 فى ايجابه بطلان الشرط، وذلك ما نحن بصدد من اشتراط ان لا يكون
 الشرط غرريا (بناء على ان المنفى) فى الشريعة (مطلق الغرر حتى فى
 غير البيع) اما لفهم المناط من قوله عليه الصلاة والسلام نهى النبى عن
 بيع الغرر، واما لوجود حديث نهى النبى عن الغرر الشامل لما نحن فيه
 (ولذا يستندون اليه) اى الى انه غرر فهو باطل (فى) مختلف (ابواب
 المعاملات حتى الوكالة) التى هى عقد غير لازم، ولا يهم الغرر فيها لانها
 مبنية على تفويض الامر الى الوكيل كيفما عمل .

(فبطلان الشرط المجهول) تفريع على قوله « بل لو فرضنا » (ليس
 لابطاله البيع المشروط به) حتى يكون وجه الاستدلال انه اذا بطل
 البيع الذى هو اصل، بطل الشرط الذى هو فرع .

(و لذا) الذى ليس بطلان الشرط فرعا لبطلان البيع (قد يجزم
 ببطلان هذا الشرط) الذى هو مجهول (مع الاستشكال فى بطلان
 البيع) .

و لو كان بطلان الشرط منوطا ببطلان البيع، لزم الاستشكال فى

.....
 فان العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع
 ان في بطلان البيع وجهين مع الجزم ببطلان الشرط .
 لكن الانصاف ان جهالة الشرط يستلزم - في العقد - دائما مقدارا
 من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة احد العوضين .
 ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما

الشرط اذا استشكل في البيع ، لا الجزم ببطلان الشرط .
 (فان العلامة في التذكرة ذكر في اشتراط عمل مجهول في التذكرة
 ذكر في اشتراط عمل مجهول في عقد البيع ان في بطلان البيع وجهين)
 البطلان ، لسراية جهالته الشرط الى جهالة البيع ، وعدم البطلان ، لان
 الشرط تابع ، وبطلان التابع لا يلزم بطلان المتبوع (مع الجزم) اي جزم
 العلامة (ببطلان الشرط) مما يدل على عدم التلازم بين البطلانين .
 (لكن الانصاف) التلازم ، فان بطل الشرط للجهالة ابطال البيع
 ايضا ، لسراية جهالته الى جهالة البيع .
 و (ان جهالة الشرط يستلزم - في العقد - دائما مقدارا - من
 الغرر الذي يلزم من جهالته) اي جهالة الشرط (جهالة احد العوضين)
 الذي انضم الشرط اليه ، ثمنا كان او مثمنا .
 اقول لا يخفى الانتواء في العبارة ، والاولى ان يقال « مقدارا من
 الغرر بحيث يسرى الى البيع » او ما اشبه ذلك .
 (ومن ذلك) الذي ذكرنا من التلازم بين بطلان البيع ، وبطلان
 الشرط لسراية جهالة الشرط الى جهالة البيع (يظهر وجه النظر فيما

ذكره العلامة فى مواضع من التذكرة ، من الفرق فى حمل الحيوان وبيع
الدجاجة ، ومال العبد المجهول المقدار بين تملكها على وجه الشرطية
فى ضمن بيع هذه الامور بان يقول : بعتكها على انها حامل ، او على
ان لك حملها ، وبين تملكها على وجه الجزئية بان يقول : بعتكها او
حملها ، فصحيح الاول لانه تابع ، وابطل الثانى لانه جزء .

ذكره العلامة فى مواضع من التذكرة ، من الفرق فى حمل الحيوان وبيع
الدجاجة ، ومال العبد المجهول المقدار .

فان العبد اذا بيع انتقل ماله معه بحيث يكون تحت سلطة المالك
الثانى ، وان لم يملكه المالك لان العبد يملك نفسه بنفسه ، لكن هناك
تفاوت بين قيمة العبد الغنى ، وقيمة العبد الفقير (بين تملكها على وجه
الشرطية فى ضمن بيع هذه الامور بان يقول : بعتكها على) شرط (انها
حامل) فالحمل للمشتري ، لكن يملكه على وجه الشرط ، لا على وجه الجزء
(او على ان لك حملها) عبارة ثانية تفيد نفس المعنى السابق (و بين
تمليكها على وجه الجزئية بان يقول : بعتكها و حملها) بان يكون الحمل
جزء المبيع (فصحيح) العلامة (الاول) وهو جعله شرطا (لانه تابع) و
لا يشترط عرفان التابع معرفة تامة (و ابطال الثانى) وهو جعله جزء
(لانه جزء) و اجزاء المبيع يجب ان تكون معلومة .

وفيه ان جهالة الشرط تسرى الى جهالة البيع ، فلا فرق فى ابطالان
بين جعله شرطا او جزء .

.....
 لكن قال فى الدروس : لو جعل الحمل جزء من المبيع ، فالاقوى الصحة ، لانه بمنزلة الاشتراط ، ولا يضر الجهالة لانه تابع .
 وقال فى باب بيع المملوك : ولو اشتراه وما له صح ، ولم يشترط علمه ولا التفصى من الربا ان قلنا انه يملك ، ولو احلناه اشتراطا .

(لكن) عكس الشهيد ، ف (قال فى الدروس : لو جعل الحمل جزء من المبيع ، فالاقوى الصحة ، لانه) اى يجعله جزء (بمنزلة الاشتراط ، ولا يضر الجهالة) بخصوصيات هذا الجزء انه ذكر او انشئ ، كبير او صغير وكم حمله من الاشهر وما اشبه ذلك (لانه تابع) والتابع وان كان جزء لم يضر ، كما ان جهالة اسس البناء لا تضر فى بيع الدار وهكذا فى سائر التوابع .

(وقال) صاحب الدروس (فى باب بيع المملوك : ولو اشتراه) اى العبد (و ما له) بان يتسلط المشتري على مال العبد (صح) البيع (و لم يشترط علمه) اى علم المشتري بمقدار ما له (ولا التفصى من الربا) المحتمل لانه اذا كان للعبد مائة مثقال ذهب ، واشتراه بمائة مثقال لزم الربا لان المئتين « العبد و المائة » والثلثين « المائة » فقط وهو محل توهم الربا ، لكن لا يلزم الربا لان المال تابع و المائة - الثلثين - فى مقابل رقبة العبد .

هذا (ان قلنا انه) اى العبد (يملك ، ولو احلناه) اى قلنا ان تملك العبد محال ، بل ان كل ما فى يده للمولى (اشتراطا) اى علم المشتري بمقدار ما له ، وبانه لا يلزم الربا ، اذا المال حينئذ للمالك الاول ، فهو

انتهى .

والمسئلة محل اشكال ، وكلماتهم لا يكاد يعرف التيامها حيث صرحوا بان للشرط قسضا من احدا العوضين ، وان التراضى على المعاوضة وقع منوطا به ولازمه كون الجهالة فيه قاذحة .
والاقوى اعتبار العلم لعموم نفى الغرر ، الا اذا عد الشرط فى العرف تابعا غير مقصود بالبيع كبيض الدجاج .

يبيع شيئين ، وهما العبد و ماله ، فكان ماله جزء المبيع .

و من الواضح لزوم علم المشتري بالشئ ، ولزوم عدم كون البيع مستلزما للربا (انتهى) كلام صاحب الدروس .

(والمسئلة) اى مسئلة لزوم العلم بالشرط (محل اشكال ، وكلماتهم لا يكاد يعرف التيامها) بحيث تكون شهرة على شئ اذ بعضهم ذهب الى لزوم العلم بالشرط ، وبعضهم ذهب الى عدم لزوم العلم (حيث) ان جماعة منهم ذكر عدم لزوم معرفة الشرط ، مع انهم (صرحوا بان للشرط قسضا من احدا العوضين ، وان التراضى على المعاوضة وقع منوطا به) اى بهذا الشرط فاذا بطل الشرط لم يكن رضا ، فلا تشمل : تجارة عن تراض (ولازمه كون الجهالة فيه) اى فى الشرط (قاذحة) اى مضرّة فى البيع (والاقوى اعتبار العلم) بخصوصيات الشرط (لعموم نفى الغرر ، الا اذا عد الشرط فى العرف تابعا غير مقصود بالبيع) اى ليس فى الحقيقة كالجزء لاحدا العوضين (كبيض الدجاج) فانه لا تضر جهالته ، لانه ليس بغرر عرفا .

وقد مر ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين ، وسيأتى بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله .

الشرط السابع : ان لا يكون مستلزما لمحال ، كما لو شرط في البيع ان يبيعه على النبايع فان العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور .

والذى يقرب في الذم ان كان الشرط غررا ساريا الى البيع بطل البيع ، وان كان غررا غير سار الى البيع بطل الشرط ، لا اشتراط عدم الغرر فيه ايضا ، وان لم يكن غررا عرفا ، وان كان مجهولا في الجملة لانه تابع لم يبطل البيع ولا الشرط .

(وقد مر ما ينفع هذا المقام في شروط العوضين ، وسيأتى بعض الكلام في بيع الحيوان ان شاء الله) تعالى .

وقد تقدم ذلك في ذيل مسئلة عنوانها بقوله : لافرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه .

ثم اللازم ان يعرف الشرط كلاهما فلا ينفع علم احدهما ، لانه حينئذ بالنسبة الى الآخر غرر ، والغرر اذا دخل اليه فسد .

(الشرط السابع) من شروط صحة الشرط (ان لا يكون) الشرط (مستلزما لمحال) وذلك لان المستلزم للمحال غير مقدور ، فيأتى فيه دليل اشتراط ان يكون الشرط مقدورا (كما لو شرط في البيع ان يبيعه على النبايع) و انما يكون هذا الشرط محالا (فان العلامة قد ذكر هنا انه مستلزم للدور) .

.....
 قال فى التذكرة لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه اياه لم يصح ، سواء
 اتحد الثمن قدرا و جنسا ووصفا ، اولاً ، و الاجاء الدور ، لان بيعه له
 يتوقف على ملكيته له المتوقعة على بيعه فيدور .
 اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح عند ناحيث لا منافاة فيه
 للكتاب و السنة .

(قال فى التذكرة لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه) المشتري (اياه) اى
 لنفس البائع (لم يصح) الشرط (سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا ووصفا)
 كما لو باعه بعشرة من الدنانير الموصوف بانها عراقية ، بشرط ان يبيعه
 اياه بنفس ذلك المبلغ (اولاً) بان شرط عليه شرطا مطلقا ، ولم يعين
 قدر الثمن فى البيع الثانى (و) اى وان جاز هذا الشرط (جاء
 الدور ، لان بيعه له) اى بيع المشتري للبائع (يتوقف على ملكيته له)
 اذ ما لم يملك المشتري المبيع لا يمكنه بيعه — فانه لا بيع الا فى ملك —
 (المتوقعة) تلك الملكية (على بيعه) للبائع .

فالبيع للبائع متوقف على ملكية المشتري للمبيع ، لانه لا بيع الا فى
 ملك و ملكية المشتري للمبيع متوقعة على بيعه للبائع .
 اذ لو لم يبعه لم يف بالشرط و اذا لم يف بالشرط لم تتم ملكيته
 (فيدور) والشرط المستلزم للدور باطل .

(اما لو شرط ان يبيعه على غيره فانه يصح) الشرط (عند ناحيث لا
 منافاة فيه) اى فى هذا الشرط (للكتاب و السنة) فيشملة عموم : المؤمنون
 عند شروطهم .

لا يقال : ما التزموه من الدورآت هنا .

لانا نقول : الفرق ظاهر ، لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل ، او عقد الفضولى ، بخلاف ما لو شرط البيع على البائع ، انتهى .

(لا يقال : ما التزموه من الدورآت هنا) اى فى ما لو شرط ان يبيعه على غيره ، لان البيع للغير يتوقف على ملك المشتري للمبيع ، وملك المشتري للمبيع لا يتم الا بعد البيع ، فالبيع للغير يتوقف على البيع للغير (لانا نقول) لا دور هنا ، لان (الفرق ظاهر ، لجواز ان يكون) البيع للاجنبى (جاريا على حد التوكيل) بان يكون ائبائع وكيلًا عن المالك (او عقدا الفضولى) بان يكون البائع فضوليا - فالبيع ممكن وليس بمستحيل - (بخلاف ما لو شرط البيع على البائع ، انتهى) فانه مستحيل .

وحاصل هذا الجواب : انه لو فرضنا ان البيع الاول لم يكن صحيحا لم يعقل بيع المشتري للمتاع الى البائع ، اذ يستحيل ان يباع مـ ملك المالك الى المالك نفسه ، فهل يعقل ان نبيع دار زيد لنفس زيد ؟ كلا اما مع فرض ان البيع الاول لم يكن صحيحا ، يعقل بيع المتاع الى الاجنبى بعنوان كون البائع وكيلًا عن المالك او فضوليا .

اذا تحقق ذلك ، وهو البيع الى المالك الاول لا يصح ، اذا كان البيع الاول باطلا ، والبيع الى الاجنبى يصح اذا كان البيع الاول باطلا . قلنا : يتوقف الملكية للمشتري على العمل بالشرط فاذا لم يعمل بالشرط لم يكن ملكا له .

فاذا لم يكن ملكا له لم يصح بيعه للمالك ، لانه من بيع الشئ لـ مالـكه

و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة .
وقد صرح فى الدروس بان هذا الشرط باطل لا للدور، بل لعدم القصد

و يصح بيعه لاجنبى ، لانه من بيع الوكيل او بيع الفضولى .
وعلى هذا فيصح شرط البيع للاجنبى ، لانه لا يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول ، فالمشتري يتمكن ان يبيعه للاجنبى ، وان لم يكن مالكا ، ولا يصح شرط البيع الى المالك نفسه لانه يتوقف العمل على الشرط على صحة البيع الاول .
اذا عرفت ذلك ، نقول : الدور آت فى شرط البيع على المالك ، وليس بآت فى شرط البيع على الاجنبى .

اما الاول : فلان البيع الى المالك يتوقف على ملكية المشتري للمبيع و ملكية المشتري للمبيع متوقفة على البيع الى المالك .
واما الثانى : فلان البيع الى الاجنبى لا يتوقف على ملكية المشتري للمبيع .

والى منع هذه المقدمة الاولى ، اشار العلامة ره بقوله : لجواز ان يكون بيع المشتري للاجنبى جاريا على حد التوكيل او عقد الفضولى ، فلا تغفل .

(و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة) ان شاء الله تعالى .

(وقد صرح فى الدروس بان هذا الشرط) اى شرط ان يبيعه الى المالك الاول ، باطل ، لا للدور ، بل لعدم القصد

الى البيع .

و يرد عليه ، وعلى الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه ، فقد صرح فى التذكرة بجوازه .
و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه
الشرط الثامن : ان يلتزم به فى متن العقد .

الى البيع) فان المالك الذى يشترط هذا الشرط على المشتري لا يقصد فى الحقيقة نقل المتاع عن نفسه ، والا لم يشترط هذا الشرط .
(و يرد عليه ، وعلى الدور النقض بما اذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه ، فقد صرح فى التذكرة بجوازه) مع ان اشكال الدور ، واشكال عدم القصد آت هنا ايضا ، اذ يتوقف الوقف على الملك ، ويتوقف الملك على الوقف بمثل ما ذكره العلامة فى تقرير الدور ، و لانه لا يقصد البائع البيع حقيقة ، بل يقصد ان يوقف على نفسه وعلى عقبه ، فكيف تالوا هنا بالصحة ، وقالوا فى شرط البيع لنفسه بالبطلان .
(و صرح) صاحب التذكرة ايضا (بجواز اشتراط رهن المبيع) عند البائع (على الثمن) فاذا لم يرد المشتري ، دفع الثمن الى البائع حالا (مع جريان الدور فيه) ايضا اذ لا رهن الا فى ملك ، فالرهن متوقف على ملك المشتري ، و ملك المشتري متوقف على الرهن .

(الشرط الثامن) من شروط صحة الشرط (ان يلتزم به) المشتري (فى متن العقد) قبل قراءة الصيغة او بعدها او فى وسطها ، كان يقول : على شرط ان تخطط ثوبى بعتك الدار ، او يقول : بعتك الدار على شرط ان

فلو تواطيا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسأتى لان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا، وان كان اثره مستمرا فى نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء اثر انطبالب المنشأ

تخييط ثوبى، او يقول: بعث لك على شرط ان تخييط ثوبى الدار.

وذلك لانه لافرق بين الاقسام الثلاثة فى شمول اطلاقات الشرط له (فلو تواطيا) اى المتعاقدان (عليه) اى على الشرط (قبله) اى قبل العقد (لم يكف ذلك فى التزام المشروط به) فهو من قبيل الشرط.

الابتدائى (على المشهور) بين الفقهاء (بل لم يعلم فيه خلاف) بناء على ان الشرط الابتدائى ليس بلازم (عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتى) كلاهما، وانما شرطنا ان يكون الشرط فى متن العقد لا ما قبله (لان المشروط عليه ان انشأ الزام الشرط على نفسه قبل العقد، كان الزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا) لما تقدم من ان الالتزام الابتدائى لا يلزم الوفاء به، اذا لادلة خاصة بالالتزام والالتزام فى ضمن عقد ونحوه (وان كان اثره) اى اثر الالتزام ((ان)) وصليحة (مستمرا فى نفس الملزم) — بالكسر — (الى حين العقد) واثره عبارة عن ارادته للشرط (بل الى حين حصول الوفاء وبعده) اى بعد الوفاء فان الانسان الذى يريد شيئا يريد به الى حين تحققه، فاذا تحقق انمحي اثر الارادة عن نفسه، فبقاء اثر الالتزام هو (نظير بقاء اثر انطبالب المنشأ

فى زمان الى حين حصول المطلوب ، و ان وعد بايقاع العقد مقروننا
 بالتزامه فاذا ترك ذكره فى العقد ، فلم يحصل ، ملزم له .
 نعم يمكن ان يقال : ان العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط ،
 كان قيداً معنوياً له ، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الامع العمل بذلك
 شرط و يكون العقد بدونه تجارة ، لاعن تراض اذا التراضى وقع بقيداً
 بالشرط .

فى زمان (« المنشأ ») بصيغة المفعول (الى حين حصول المطلوب) بل
 لا اثر للشرط اذا لم يذكر فى متن العقد (و ان وعد) المشترط عليه
 (بايقاع العقد مقروننا بالتزامه) فشرط المشترط قبل العقد ، والتزام
 المشروط عليه بانه يوقع العقد ملتزماً به لا ينفعان ، اذا لم يتحقق الشرط
 فى ضمن البيع (فاذا ترك ذكره) اى ذكر الشرط (فى العقد ، فلم يحصل
 ملزم له) اى للشرط ، لان المقابلة و الالتزام و الالتزام الخارج عن العقد لا
 اثر لهما فى الملزوم .

(نعم يمكن ان يقال : ان العقد اذا وقع مع تواطئهما على الشرط .
 كان) الشرط (قيداً معنوياً له) اى للعقد (فالوفاء بالعقد الخاص) اى بهذا
 العقد الذى هو من صغيريات « أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » (لا يكون الامع العمل
 بذلك الشرط) المبني عليه ، فان القرائن المكتنفة بالكلام لها مدخلية فى
 الكلام (و يكون العقد بدونه) اى بدون الشرط ، بان لم يأت المشروط
 عليه بالشرط يكون (تجارة ، لاعن تراض) فان المشترط لم يرض به هذه
 التجارة (اذا التراضى وقع بقيداً) هذا (الشرط) فبدون الشرط لازماً

فانهم قد صرحوا بان الشرط كالجزء من احدا العوضين ، فلا فرق بين ان يقول : بعثك العبد بعشرة ، وشرطت لك ماله ، و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري ، فقال : بعثك العبد بعشرة ، قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري هذا مع ان الخارج من عموم ، المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيا عليه ، فيعم محل الكلام .
وعلى هذا افلوتواطيا على شرط فاسد ، فسد العقد المبني عليه وان لم يذكر

(ف) ان قلت : الشرط لا يرتبط بالرضا ، لان الرضا كان لاجل تبادل المثلن بالثلثن و هذا حاصل .

قلت : الشرط كجزء من احدا العوضين ، فالرضا منوط به ، لا (انهم قد صرحوا بان الشرط كالجزء من احدا العوضين ، فلا فرق بين ان يقول بعثك العبد بعشرة ، وشرطت لك ماله) شرطا لفظيا (و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشتري ، فقال) البائع (بعثك العبد بعشرة ، قاصدين) اى البائع و المشتري (العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشتري) فلا فرق بينهما لدى العرف ، فيشمله دليل الشرط (هذا) وجه الاستدلال بآية : تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ ، (مع ان الخارج من عموم : المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيا عليه ، فيعم) العموم (محل الكلام) الذى هو الشرط .
البنائى المتواطئ عليه .

(وعلى هذا) الذى ذكرنا من شمول الشرط للشرط الضمنى (فلو تطاطيا على شرط فاسد ، فسد العقد المبني عليه) اذا قلنا : بان الشرط انفاسد ، مفسد (وان لم يذكر) الشرط

فيه .

نعم لونسيا الشرط المتواطأ عليه فاقعاً العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد ، وعدم لزوم الشرط .

هذا ، ولكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد ، وعدم اجراء احكام الشرط عليه ، وان وقع العقد مبنياً عليه ، بل في الرياض من بعض الاجلة حكاية

(فيه) اي في العقد ، لما عرفت من انه لا فرق بين الشرط المذكور في العقد والشرط المبني عليه .

(نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه) من قبل (فاقعاً العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض) العوض (المقرون بالشرط) اي لم يقصدا هكذا .

فقوله « بحيث » بيان لمدخول غير ، فالمعنى لم يقصدا عوضاً مقروناً بالشرط (اتجه صحة العقد ، وعدم لزوم الشرط) لانه لا شرط اصلاً .
(هذا ولكن الظاهر من كلمات الاكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور في متن العقد ، وعدم اجراء احكام الشرط عليه ، وان وقع العقد مبنياً عليه) .

فانهم يحضرون الشرط اللازم الوفاء بالشرط اللفظي ، فلا يشمل الشرط المتواطئ عليه دليل الشرط ، كما انه تجارة عن تراض ، فانه لا اعتبار الا بالرضا الذي ذكر في متن العقد (بل في الرياض عن بعض الاجلة حكاية

.....
 الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لافى عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لاحكم للشروط اذا كانت قبل عقد النكاح ، و تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فترههم يجوزون فى باب الربا والصرف الاحتيال فى تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك فى العقد .

الاجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لافى عقد) بل فى خارج العقد وان بنى العقد عليه (بعد ما ادعى هو قدس سره الاجماع على انه لاحكم للشروط اذا كانت) تلك الشروط مذكورة (قبل عقد النكاح ، و) كلامه صحيح لان (تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى) اى ما حكاه بعض الاجلّة (فترههم يجوزون فى باب الربا والصرف) وفى باب الربا لا يجوز زيادة احد المتجانسين عن الآخر اذا كان مكيلا او موزونا فلا يجوز بيع كيلو من الحنطة بكيلو ونصف .

وفى باب الصرف وهو عبارة عن بيع النقود ، لا يجوز زيادة احدهما على الآخر (الاحتيال) المراد بالحيلة العلاج ، والغرار من الحرام الى الحلال ، قال الامام عليه السلام « ولا تمكربى فى حيلتك » و من هذا القيل باب الحيل المذكور فى الفقه ، لا المراد بالحيلة بمعنى الشيطنة كما هو اصطلاح العرف (فى تحليل معاوضة احد المتجانسين بازيد منه) اى من الاحتيال (ببيع الجنس بمساويه ثم هبة الزائد من دون ان يشترط ذلك فى العقد) .

فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطئ على هبة الزائد بعد البيع والتزام الواهب بها قبل العقد مستمرا الى ما بعده .

وقد صرح المحقق والعلامة في باب المراجعة بجواز ان يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع تصدهما نقله بعد ذلك الى البائع ، ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مراجعة اذا لم يشترط ذلك لفظا .

وجه الاستدلال بهذا على ان الشرط الخارج لا يؤثر ما ذكره بقوله :

(فان الحيلة لا تتحقق الا بالتواطئ) قبل العقد (على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها) اي بالهبة (قبل العقد) التزاما (مستمرا الى ما بعده) .

فلو كان هذا الشرط المقدم المبني عليه العقد مؤثرا في العقد لزم الربا ، لان جانب الشرط زائد على الجانب الذي لا شرط فيه .

لكن الظاهر ان مرادهم التواطئ بدون بناء العقد عليه ، والاعتماد على الاقوال فقط ومثل هذا قد نجده بين المتدينين الآن .

(وقد صرح المحقق والعلامة في باب المراجعة) وهو البيع بالربح مع اخبار البائع بقدر رأس المال (بجواز ان يبيع الشيء من غيره بثمان زائد مع تصدهما نقله) اي المبيع (بعد ذلك الى البائع ، ليخبر المشتري البائع بذلك الثمن) الذي فيه الزيادة (عند بيعه مراجعة اذا لم يشترط) وهما البائع الاول والمشتري (ذلك) النقل الى البائع بعد البيع (لفظا) .

مثلا : اشترى خالد من بكر كتابا بعشرة - بينما الكتاب يسوى خمسة - .

و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض لا يكون الامع التواطئ و
الالتزام بالنقل ثانياً .

نعم خصّ فى المسالك ذلك بما اذا وثق البائع بان المشتري ينقله
اليه من دون التزام ذلك ، و ايقاع العقد على هذا الالتزام ، لكنه

ثم اشتراه البائع من المشتري بعشرة ، وذلك لان يخبر البائع عند ما يريد
بيعه لهذا بانه اشتراه بعشرة .

و مثله ما لو اشترى زيد من محمد قُلماً بعشرة دراهم و تواطئاً على
ان يرد عليه البائع خمسة ، وفائدة ذلك انه اذا اراد المشتري بيع القلم
باحد عشر مراححة اخبر بانه اشتراه بعشرة فان هذا البناء لو كان بمنزلة
الشرط كان اللازم على المشتري الذى يريد بيعه مراححة ان يقول اشتريته
بعشرة بشرط ان يرد على خمسة اذ يلزم فى بيع المراححة ذكر الشرط
الذى يرتفع او ينتقص منه الثمن .

(و معلوم ان المعاملة لاجل هذا الغرض) اى رد المشتري على
البائع الثمن (لا يكون الامع التواطئ والالتزام بالنقل) للمناع الى
البائع (ثانياً) .

اقول لكن فيه ان الظاهر كون مرادهم الالتزام قولى ، لا من قبيل الشرط
(نعم خصّ فى المسالك ذلك) الالتزام بالنقل الذى اشار اليه
بقوله « بجواز ان يبيع » (بما اذا وثق البائع بان المشتري ينقله اليه من
دون التزام ذلك ، و) من دون (ايقاع العقد على هذا الالتزام) فهو من
قبيل التعهد اللفظي ، لا انه من قبيل الشرط (لكنه) اى كلام المسالك

تقييد لاطلاق كلماتهم، خصوصا مع قولهم : اذا لم يشترط لفظا .
وبالجملة فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة ان الاشتراط والالتزام
من قصد هما ، و لم يذكرهما لفظا ، لان النقل من قصد هما ، فراجع .

(تقييد لاطلاق كلماتهم) بدون دليل على هذا التقييد (خصوصا مع
قولهم : اذا لم يشترط لفظا) مما يدل على ان اشتراطهم الالتزامى و
البنائى غير ضار .

الحكم الا ان يقال : ان مرادهم من اللفظ الاعم من اللفظ فى ضمن
العقد ، او اللفظ المبني عليه العقد .

(وبالجمله فظاهر عبارتي الشرائع والتذكرة ان الاشتراط والالتزام
من قصد هما) اى فى مسئلة البيع مرابحة التى ذكرها بقوله « وقد صرح
المحقق والعلامة » (و لم يذكرهما) اى لم يذكر المتبايعان الاشتراط
(لفظا) عند العقد ، وعليه فالشرط البنائى عند المحقق والعلامة لا اعتبار
به (لا) ان الظاهر من عبارة المحقق والعلامة (ان النقل من قصد هما)
اى قصد المتبايعين ، وعليه فالشرط البنائى له اعتبار (فراجع) عبارتي
الشرائع والتذكرة .

والحاصل : ان المتبايعين قد يشترطان النقل لفظا .

وقد يلتزمان به من دون لفظ .

وقد يقصدانه بدون لفظ وبدون التزام ، وكلامنا فى انه هل القسم

الثانى ملزم ام لا ؟

فالشيخ يقول ان المشهور قالوا بانه غير ملزم ، واستدلوا به بعبارتي

.....
 و ايضا فقد حكى عن المشهور ان عقد النكاح المقصود فيه الاحل و
 المهر المعين اذا خلى عن ذكر الاجل ينقلب دائما .
 نعم ربما ينسب الى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار فى
 عقد البيع .

ان شرائع و العلامة فان كانت عبارتهما ظاهرة فى القسم الثانى تحقق
 كلام الشيخ .

اما اذا كان كلاهما فى القسم الثالث لم ينحقق كلام الشيخ وبينما
 صاحب المسالك يقول ان كلام المشهور فى القسم الثالث ، والظاهر ندى
 ايضا ما ذكره المسالك لا ما ذكره المصنف ره .

(و ايضا) يدل على ان الشرط البنائى لا اثر له ما ذكره فى باب
 النكاح (فقد حكى عن المشهور ان عقد النكاح المقصود فيه الاجل والمهر
 المعين) أى اذا كان قصدهما المتعة (اذا خلى عن ذكر الاجل ينقلب
 دائما) مع ان الشرط البنائى موجود ، وانما لم يلفظ به اشتباها ، فيدل
 كلامهم على ان الشرط البنائى لا ينفع .

وفيه ان ذلك ثبت بالنص ، والا كان اللازم البطلان ، اذ لا شك فى
 ان العقود تتبع القصد ، وهما لم يقصدا الدوام ، فليس المقام من باب
 ما ذكره المصنف ، بل امر ثابت بالنص الخاص .

(نعم ربما ينسب الى الخلاف و المختلف صحة اشتراط عدم الخيار
 قبل عقد البيع) و بناء العقد عليه ، فانه يوجب سقوط الخيار مع انه
 لا لفظ فيه ، فان هذا يدل على ان الشرط البنائى كاف فى لزوم العمل به

.....
 لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في هذه النسبة إلى الخلاف،
 بل المختلف فراجع .

ثم ان هنا وجهها آخر لا يخلو عن وجه ، وهو بطلان العقد الواقع
 على هذا الشرط ، لان الشرط من اركان العقد المشروط ، بل عرفت انه
 كالجزء من احد العوضين ، فيجب ذكره في الايجاب والقبول ، كاجزاء
 العوضين .

(لكن قد تقدم في خيار المجلس النظر في) صحة (هذه النسبة الى
 الخلاف ، بل) النظر في نسبته الى (المختلف) ايضا (فراجع) ما ذكرناه
 في خيار المجلس .

(ثم ان هنا) اي في باب عدم ذكر الشرط في متن العقد مع البناء
 عليه قبلا (وجهها آخر) غير ما ذكر .

فان بعضهم ذكر صحة العقد و الشرط ، وبعضهم ذكر صحة العقد
 دون الشرط ، والوجه الآخر الذي يذكره الآن ، هو بطلان العقد و
 الشرط معا .

وهذا الوجه (لا يخلو عن وجه) اي عن دليل (وهو بطلان العقد
 الواقع على هذا الشرط) البنائي الذي لم يذكر في متن العقد (لان
 الشرط من اركان العقد المشروط) اذ العقد مقيد به ، والمقيد بدون القيد
 كالعدم (بل عرفت انه) اي الشرط (كالجزء من احد العوضين ، فيجب
 ذكره في الايجاب والقبول ، ك) سائر (اجزاء العوضين) فاذا لم يذكر
 فكأنه لم يذكر الجزء ، ومن المعلوم ان العقد بدون ذكر اجزائه باطل .

وقد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقد وعدم الاستغناء عنه بذكره سابقاً، كما اذا قال : بعنى بدرهم، فقال : بعثك فقال المشتري، قبلت و سياتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى .

وقد يتوهم هنا شرط تاسع و هو تنجيز الشرط بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد، بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

(وقد صرح الشهيد فى غاية المراد بوجوب ذكر الثمن فى العقد و عدم الاستغناء عنه) اى عن ذكر الثمن (بذكره سابقاً، كما اذا قال) المشتري (بعنى بدرهم ، فقال) البائع (بعثك) بدون ذكر : بدرهم (فقال المشتري : قبلت) .

لكن الظاهر انه لا وجه لهذا القول ، بل الشرط البنائى كاف لانه متعارف عرفاً و لم يردع عنه الشارع فتشمطه ادلة الشروط (و سياتى فى حكم الشرط الفاسد كلام من المسالك ان شاء الله تعالى) .

كما ان الظاهر ان الشرط الفاسد ليس بفسدائه لانه الزام فى الزام فاذا بطل الالتزام الثانى لم يستلزم عرفاً الا الخيار فى الالتزام الاول ، لا البطلان .

(وقد يتوهم هنا شرط تاسع وهو تنجيز الشرط) مثل ان يقول : بعثك على ان تخطط لى ان جاء زيد .

وانما يجب تنجيز الشرط (بناء على ان تعليقه يسرى الى العقد) و انما يسرى الى العقد (بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من احد

.....
 العوضين ، فان مرجع قوله : بعثك هذا بدرهم على ان تخطى لى ان جاء
 زيد على وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب
 على تقدير مجئ زيد ، بل يؤدى الى البيع بثمانين على تقديرين فباعه
 بالدرهم المجرد على تقدير عدم مجئ زيد و بالدرهم المقرون مع خياطة
 الثوب على تقدير مجئيه .

و يندفع بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجئ

العوضين) و من المعلوم ان العقد المعلق باطل - كما تقدم فى شرائط
 العقد - .

اما كيف يرجع تعليق الشرط الى تعليق العقد لما ذكره بقوله : (فان
 مرجع قوله : بعثك هذا بدرهم على ان تخطى لى) ثوبى (ان جاء زيد)
 مرجعه (على وقوع المعاوضة بين المبيع) من جانب (و بين الدرهم
 المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجئ زيد) من جانب آخر ، وهذا عين
 التعليق ، لان تعليق الجزء يوجب تعليق الكل ، فان النتيجة تابعة
 لاختصاص المقدمتين (بل يؤدى الى البيع بثمانين على تقديرين) و هو
 باطل قطعاً ، لانه لم يتحقق العقد - على ما ذكرنا - .

و بيان ذلك ما ذكره بقوله : (فباعه بالدرهم المجرد على تقدير عدم
 مجئ زيد) لانه لا خياطة حينئذ (و بالدرهم المقرون مع خياطة الثوب
 على تقدير مجئيه) اى سجد زيد فهذا الوجهان للزوم عدم التعليق فى
 الشرط .

(و يندفع) كلاً الوجهين (بان الشرط هو الخياطة على تقدير المجئ

.....
 لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة .

و مجرد رجوعهما - فى المعنى - الى امر واحد لا يوجب البطلان .
 ولذا اعترف بعضهم بان مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر
 فى ان تبيع وانت وكيلى فى ان تبيع اذا جاء رأس الشهر الى واحد .

لا الخياطة المطلقة) فهو من قبيل ان يقول ((خيط الى يوم الجمعة))
 فليس معنى ذلك ان الخياطة معلقة ، بل معناه تحديد لها بشرط خاص
 او بزمان خاص او بمكان خاص ، وهذا لا يستلزم تعليقا .
 وعلى التقدير الثلاثة ليس هناك تعليق فى الشرط وما اشبهه
 (ليرجع التعليق الى اصل المعاوضة الخاصة) الى المعاوضة المقيدة
 بهذا الشرط .

(و) ان قلت : لافرق بين ان يقول : الشرط هو الخياطة على تقدير
 المجئى و بين ان يقول : الشرط هو ان جاء زيد فخيطه ، وكما ان الثانى
 تعليق كذلك الاول .

قلت : (مجرد رجوعهما - فى المعنى -) والواقع (الى امر واحد لا يوجب
 البطلان) و الا لزم بطلان الجملة فيما تبطل فيه الاجارة للجملة ، و
 هكذا ، والحال ان لكل موضوع حكمه - وان كانت النتيجة واحدة - .
 (ولذا) الذى ذكرنا من ان كون المرجع امرا واحدا لا يوجب البطلان
 (اعترف بعضهم بان مرجع قوله : انت وكيلى اذا جاء رأس الشهر فى ان
 تبيع) حيث ان الوكالة معلقة بمجئ رأس الشهر (وانت وكيلى فى ان تبيع
 اذا جاء رأس الشهر) حيث ان الوكالة من الآن وانبيع معلق (الى واحد)

مع الاتفاق على صحة الثاني ، وبطلان الاول .

نعم ذكره في التذكرة انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري ففيه اشكال ، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط ، بل ظاهر عبارة التذكرة ، وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن كون الشرط - و هو الخيار - معلقا على رد الثمن .
وقد ذكرنا ذلك سابقا في بيع الخيار .

و هو البيع اول الشهر (مع الاتفاق على صحة الثاني) لان الوكالة - معلقة - منجزة (وبطلان الاول) لان الوكالة معلقة .

(نعم ذكره في التذكرة) الاشكال في الشرط المعلق ، فقال : (انه لو شرط البائع كونه احق بالمبيع لو باعه المشتري) اي اراد بيعه (ففيه اشكال ، لكن لم يعلم ان وجهه تعليق الشرط) بارادة البيع (بل ظاهر عبارة التذكرة ، وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن) بان شرط في عقد البيع ان المشتري ان رد الثمن فله الفسخ (كون الشرط - و هو - الخيار - معلقا على رد الثمن) فالبيع انما يكون بشرط الخيار المعلق ، و منه يعلم ان العلامة لا يستشكل في الشرط المعلق .

(وقد ذكرنا ذلك) الخيار بشرط رد الثمن (سابقا في بيع الخيار)

فراجع .

مسئلة

فى حكم الشرط الصحيح و تفصيله ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات المبيع الشخصى ككون العبد كاتباً و الجارية حاملاً ونحوهما .
و اما ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما ،
كاشتراط اعتناق العبد و خياطة الثوب .

(مسألة : فى حكم الشرط الصحيح) و بيان ان اى شرط صحيح ، و
اى شرط غير صحيح (و تفصيله ان الشرط اما ان يتعلق بصفة من صفات
المبيع الشخصى) و ذكر الشخصى لانه اذا كان المبيع كلياً ، كما اذا باعه
كتاباً بصفة كذا فسلمه كتاباً ليس بتلك الصفة فان المشتري ليس له خيار
الفسخ و انما له ان لا يقبل هذا الفرد ، و يطالب البائع بتسليم فرد آخر
مشمول على الشرط (ككون العبد كاتباً و الجارية حاملاً ونحوهما) من
الصفات الفعلية او الماضية ، كان يشترط عليه ان لا يكون للعبد سابقة
سوء ، او المستقبلية كان يشترط ان تكون الجارية ولوداً .

(و اما ان يتعلق بفعل من افعال احد المتعاقدين او غيرهما) سواء
كان فعل الغير باختيار احدهما ، او خارجاً عن اختيارهما (كاشتراط
اعتناق العبد و خياطة الثوب) سواء كان ذلك بالنسبة الى احد المتعاقدين
او بالنسبة الى ثالث .

و هذا تارة يكون مع سلطة احد المتعاقدين عليه ، كان يشترط
عليه ان يخطط ثوبه خياط البائع ، فان الخياط تحت سلطة البائع بمعنى

.....
 واما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل ، كاشتراط تملك عين
 خاصة و انعقاد مملوك خاص و نحوهما .
 و لا اشكال في انه لاحكم للقسم الاول ، الا الخيار مع تبين فقد
 الوصف المشروط ، اذ لا يعقل تحصيله هنا فلما معنى لوجوب الوفاء فيه ، و
 عموم :

ان البائع يتمكن من بيعه على الخياطة .
 و تارة اخرى يكون بلاسلطة احد المتعاقدين كان يشتري داره على
 شرط ان تفتح الحكومة شارعا من امام الدار .
 (و اما ان يتعلق بما هو من قبيل الغاية للفعل ، كاشتراط تملك)
 المشتري من البائع (تبين خاصة و انعقاد مملوك خاص) للبائع (و نحوهما)
 و اشتراط زوجية بنت البائع المشتري مثلا .
 (و لا اشكال في انه لاحكم للقسم الاول) الذي تعلق الشرط فيه بصفة
 من صفات البيع (الا الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط) .
 و اما لا اشكال (اذ لا يعقل تحصيله هنا) اذ المشروط هو الوصف في
 حال البيع ، والمفروض انه غير موجود .
 نعم لو كان الشرط بحيث يشمله الوصف المفقود الذي سوف يحصل
 قبل القبض او حتى بعده ، كما اذا اراد المشتري ان يكون العبد كاتباً
 حين تسليمه اليه ، وجعله المشتري كاتباً بين البيع و بين القبض ، لم يكن
 له خيار ، لكنه خارج عن مفروض المتن (فلما معنى لوجوب الوفاء فيه) اذ
 وجوب الوفاء انما هو فيما وقع التراضي عليه ، وهذا لم يقع التراضي عليه (و عموم

المؤمنون ، مختص بغير هذا القسم .

واما الثالث فان اريد باشتراطه الغاية اعنى الملكية والزوجية و نحوهما ، اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية ، فيرجع الى الثانى ، و هو اشتراط الفعل .

وان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط فان دّل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية الاسببها الشرعى الخاص كالزوجية

المؤمنون ، مختص بغير هذا القسم) اذ لا موضوع ، فلاحكم .

(واما الثالث) و هو ما اذا تعلّق الشرط بما هو من قبيل الغاية للفعل (فان اريد باشتراطه الغاية اعنى الملكية والزوجية و نحوهما) كالانعتاق (اشتراط تحصيلهما باسبابهما الشرعية ، فيرجع الى الثانى و هو اشتراط الفعل) .

فمعنى شرط زوجية المشتري لبنت البائع : ان يزوجه البائع ابنته . و معنى شرطية ملكية المشتري لدار البائع ان يبيعه البائع داره او يهبه له ، فاذا كان هناك اسباب متعددة يمكن الوصول بها الى تلك الغاية يحق للبائع اختيار اى سبب شاء ، كان يبيعه ، او يهبه ، او يباحه او ما اشبه ، لان الشرط حصول هذه الغاية باى سبب كان .

(و ان اريد حصول الغاية بنفس الاشتراط فان دّل الدليل الشرعى على عدم تحقق تلك الغاية الاسببها الشرعى الخاص كالزوجية) التى لا تتحقق الا بالصيغة الخاصة .

نعم لعل التحليل للامة يقع بلا عقد و يكفى فيه الشرط — لكن الكلام

و الطلاق و العبودية و الانعتاق و كون المرهون مبيعا عند انقضاء الاجل و نحو ذلك كان الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة كما انه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه كالوكالة و الوصاية و كون مال العبد و حمل الجارية و ثمر الشجرة ملكا للمشتري ، فلا

ليس في هذا الموضوع - (و الطلاق) الذي يحتاج الى الصيغة (و العبودية) التي تحتاج الى اسبابها الخاصة من بيع ، او نحوه ، او اسر او شرط في ضمن النكاح ان يكون ولد الحرة و العبد - المتزوجين - عبدا ان قلنا بصحة هذا الشرط فانه لا تتحقق بدون هذه الاسباب الخاصة (و الانعتاق) الذي يحتاج الى صيغة التحرير (و كون المرهون مبيعا) بنفسه (عند انقضاء الاجل) بدون اجراء صيغة البيع (و نحو ذلك) ككون المرأة الاجنبية و ارثة (كان) ذلك (الشرط فاسدا لمخالفته للكتاب و السنة) .

اذ الكتاب و السنة جعل لهما هذه الغايات اسبابا خاصة ، و الشرط ليس من اسبابها ، فلا يكون الشرط مشرعا كما انه لو دل الدليل على كفاية الشرط فيه) اي في حصول تلك الغاية المشروطة (كالوكالة و الوصاية) بان باعه شيئا بشرط ان يكون المشتري وكيله ، او وصيه ، او وليه ، او قيما على اولاده ، او ما اشبه ذلك (و كون مال العبد) فيما لو باعه العبد بشرط ان يكون ماله للمشتري (و حمل الجارية) فيما اذا باع الجارية له و هي حامل من غير المولى بما يصح انتقال الحمل ، فشرط ان الحمل للمشتري (و ثمر الشجرة) فيما اذا باعها بشرط ان يكون الثمر ملكا للمشتري ، فلا

اشكال .

واما لو لم يدل دليل على احد الوجهين ، كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لاحد العوضين — كالا مثله المذكورة — ملكا لحد هما ، او صدقة ، او كون العبد الفلانى حرا ونحو ذلك .

اشكال) فى صحة الشرط ، لانه لم يعلم من الشارع احتياج هذه الامور الى اسباب خاصة .

وحيث ان العرف يرى كفاية الشرط ، والشارع سكت عن ذلك فهو امضاء منه للامر العرفى .

(واما لو لم يدل دليل على احد الوجهين) وهل ان هذه الغاية تحتاج الى سبب خاص ، ام تتحقق بكل سبب ولو بالشرط ؟ (كما لو شرط فى البيع كون مال خاص غير تابع لاحد العوضين — كالا مثله المذكورة — اى امثلة الحمل ، والثمر ، ومال العبد حيث انها تابعة لاحد العوضين . ومثال ما ليس بتابع كما لو باع داره بشرط ان يكون قلمه للمشتري ، فان القلم ليس تابعا للدار) ملكا لحد هما ، او صدقة ، او كون العبد الفلانى حرا) الحرية غير الانعتاق .

فان الاول غير منسوب الى الفاعل ، والثانى انفعال لا بد فيه من الفعل ، ولذا جعل الانعتاق كالزوجة مما يحتاج الى سبب خاص وجعل الحرية مما يشك فيه هل انه من هذا القبيل او من قبيل تملك التابع كالحمل ؟ (ونحو ذلك) من سائر ما يشك هل ان الشارع قرر له اسبابا خاصة ، ام لا ؟

.....
 ففى صحة هذا الشرط اشكال من اصاله عدم تحقق تلك الغاية الا
 بما علم كونه سببا لها .

وعوم المؤمنون عند شروطهم ، ونحوه لايجرى هنا ، لعدم كون الشرط
 فعلا ليجب الوفاء به ، ومن ان الوفاء لا يختص بفعل ما شرط ، بل يشمل
 ترتيب الآثار عليه نظيرا الوفاء بالعهد .

(ففى صحة هذا الشرط) اى شرط الغاية (اشكال من اصاله عدم
 تحقق تلك الغاية الا بما علم كونه سببا لها) فلا يصلح الشرط .
 (و) ان قلت : المؤمنون عند شروطهم ، عامّ يشمل كل شرط الا الشرط
 الذى علم خروجه ، وحيث لانعلم بخروج هذا الشرط فهو داخل فى
 العموم .

قلت : (عموم المؤمنون عند شروطهم ، ونحوه لايجرى هنا ، لعدم كون
 الشرط فعلا) من افعال المشروط عليه (ليجب الوفاء به) فان وجوب
 الوفاء انما يتعلق بالافعال ، والغاية المشروطة ليست من الافعال (و من
 ان الوفاء) بالشرط المستفاد من : المؤمنون عند شروطهم (لا يختص بفعل
 ما شرط) فلا يلزم الوفاء فعل المشروط عليه (بل يشمل) ايضا (ترتيب الآثار
 عليه) اى على ما شرط ، فاذا شرط ملكية داره للمشروط عليه ، كان معنى
 الشرط ترتيب آثار الملكية للمشروط له على الدار (نظيرا الوفاء بالعهد)
 فاذا قال : عاهدت الله ان تكون الدار لزيد ، كان معناه ترتيب آثار
 ملكية الدار لزيد ، فهو فعل ايضا ، لكنه فعل ترتيب الآثار ، لا فعل
 تمليك او نحوه .

ويشهد له تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم فى موارد كلها من هذا القبيل ، كعدم الخيار للمكاتبة التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها عدم الخيار على زوجها بعد الانعتاق ، مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود فى ذلك بعد صيرورة الشرط جزء للعقد

(ويشهد له) اى لان : المؤمنون ، شامل لترتيب الآثار كما يشمل الافعال (تمسك الامام عليه السلام بهذا العموم) اى عموم : المؤمنون عند شروطهم (فى موارد كلها من هذا القبيل) اى من قبيل ترتيب الآثار ، لان قبيل الافعال (كعدم الخيار للمكاتبة التى اعانها ولد زوجها على اداء مال الكتابة مشترطا عليها) اى ان ولد الزوج اشترط عليها عند قراره معها ان يؤدى عنها مال الكتابة (عدم الخيار على زوجها) فى ابطال نكاحها (بعد الانعتاق) فان الجارية المكاتبة اذا ادت مال الكتابة كان لها الخيار فى البقاء على نكاحها وفى ابطال نكاحها .
نكن اذا شرط عليها عدم الخيار ، لم يكن لها ذلك ، فهذا دليل على ان الشرط يقتضى ترتيب الآثار ، لا انه خاص بالفعل .

اللهم الا ان يقال : ان الرواية ليست دليلا ، لان ترك الابطال للنكاح فعل ايضا ، كما اذا شرط عدم الذهاب الى بيت زيد (مضافا الى كفاية دليل الوفاء بالعقود) اى قوله تعالى : اَوْفُوا بِالْعُقُودِ ونحوه (فى ذلك) اى نى شموله لشرط الغاية ، اى بالاضافة الى شمول دليل : المؤمنون عند شروطهم ، له (بعد صيرورة الشرط جزء للعقد) ان الشرط جزء عرضى ، او كالجزء — كما تقدم — و : اَوْفُوا بِالْعُقُودِ ، يقول : اَوْفِ بِكُلِّ

.....
 واما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة فهي دعوى غير مسموعة
 مع وجود افراد اتفق على صحتها ، كما في حمل الجارية ، و مال العبد ، و
 غيرهما .

و دعوى تسويغ ذلك لكونها توابع للمبيع ، مدفوعة ، لعدم صلاحية

اجزاء العقد ، وما يرتبط بالعقد ، فاللازم الوفاء بهذا الشرط ايضا ، و
 ان كان شرطاً موجهاً ، وبهذا تحقق ان الاقوى هو هذا الوجه الذي ذكره
 بقوله « و من ان الوفاء لا يختص » .

(و) ان قلت : الملك و ما اشبه متوقف على اسباب خاصة ، فلا يمكن
 ايجاده بالشرط .

قلت : (اما توقف الملك و شبهه على اسباب خاصة) كالبيع ، والهبة ،
 و الصلح ، ونحوها فلا يتحقق بالشرط (فهي دعوى غير مسموعة مع وجود
 افراد) من التملك بدون تلك الاسباب (اتفق) الفقهاء (على صحتها)
 اذ لو كان الملك يتوقف على اسباب خاصة لم يتحقق بدون تلك الاسباب و
 الحال انا نرى تحققه باتفاق الفقهاء (كما في حمل الجارية ، و مال
 العبد ، وغيرهما) كبيض الدجاجة ، و ثمرة الشجرة ، فانها اذا انتقل
 الاصل انتقل الفرع بالتبع بدون سبب آخر غير الفرعية .

(و دعوى تسويغ ذلك) شرعا ، فانه فرق بين كون الشرط موجبا للملك
 و بين ما اذا كانت التبعية موجبة للملك ، فان الثاني جائز (لكونها توابع
 للمبيع) دون الاول (مدفوعة) .

اولا : (لعدم صلاحية

ذلك للفرق مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخرى كما يظهر من المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين ، وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه ، وان انضم الى معلوم .

وكيف كان ، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة .

ذلك الذى ذكرتم من الفارق (للفرق) اذ ان الملك لو كان يحصل باسباب خاصة فالتبعية والشرط كلاهما ليسا من تلك الاسباب ، ولو كان الملك لا يحتاج الى اسباب خاصة ، فكلاهما جائز .

ثانيا : (مع انه يظهر من بعضهم جواز اشتراط ملك حمل دابة فى بيع اخرى) مع ان حمل الدابة ليس تابعا لدابة اخرى .

فمن هذا الكلام يظهر ان الشرط من موجبات الملك ، وانه ليس لتسويغ ذلك من جهة كونه من توابع البيع (كما يظهر) ذلك (ممن المحقق الثانى فى شرح عبارة القواعد فى شرائط العوضين) .

وعبارة القواعد هى هذه (وكل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه وان انضم الى معلوم) .

فان المحقق الثانى ذكر فى شرح هذه العبارة ما تقدم من جواز بيع الحمل تبعا لحيوان آخر .

(وكيف كان ، فالاقوى صحة اشتراط الغايات التى لم يعلم من الشارع اناطتها باسباب خاصة) و بنفس الشرط تقع تلك الغاية .

كما يصح نذر مثل هذه الغايات بان ينذر كون المال صدقة او الشاة اضحية او كون هذا المال لزيد .
 وحينئذ فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار .

وانما الخلاف والاشكال فى القسم الثانى ، وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل ، والكلام فيه يقع فى مسائل .
الاولى : فى وجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى ، ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوى : المؤمنون عند شروطهم .

(كما يصح نذر مثل هذه الغايات بان ينذر كون المال صدقة او كون (الشاة اضحية) بحيث لا يمكن التصرف فيها 'غير الاضحية' او كون هذا المال لزيد) او ما اشبه ذلك .
 (وحينئذ) اى حين نذر هذه الامور (فالظاهر عدم الخلاف فى وجوب الوفاء بها) اى بهذه النذور (بمعنى ترتيب الآثار) اى آثار الصدقة والاضحية ، فلا يجوز التصرف فى المال وفى آثار ما لكية زيد .
 (و) اذا ظهر حال القسم الاول و القسم الثالث من الشرط فنقول :
 (انما الخلاف والاشكال فى القسم الثانى ، وهو ما تعلق فيه الاشتراط بفعل) من افعال المكلف (و الكلام فيه يقع فى مسائل) .
(الاولى : فى وجوب الوفاء) بالشرط (من حيث التكليف الشرعى) اى الحكم التكليفى .

و (ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوى : المؤمنون عند شروطهم)

والعلوى من شرط لامرئته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم، الا شرطا حرم حلالا او حلال حراما ويؤكد الوجوب ما ارسل فى بعض الكتب من زيادة قوله : الا من عصى الله ، فى النبوى ، بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه ، لا من الشارط .

هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد ، بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد .

فان الظاهر من كلمة «عند» التلازم بين المؤمن وشرطه ، والتلازم لا يعقل الا ان يكون بحكم الشرع بان يحكم الشارع بهذا التلازم ، والحكم الشرعى ليس الا الوجوب (و العلوى) المروى عن امير المؤمنين عليه السلام كما تقدم (من شرط لامرئته شرطا فليف لها به فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا او حلال حراما) .

و من المعلوم ان صيغة الامر ظاهرة فى الوجوب ، ولا خصوصية للامرئة فيها بالاضافة الى كلمة «عند» كما ذكر فى النبوى (ويؤكد الوجوب ما ارسل فى بعض الكتب من زيادة قوله : الا من عصى الله ، فى النبوى) اذ ظاهرة ان المشروط عليه الذى لا يفى بالشرط عاص لله تعالى (بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه) المفهوم من الكلام (لا من الشارط) المذكور بقوله « المؤمنون » اما اذا كان « من الشارط » كان معناه الا شرطا كان فيه عصيانا لله تعالى .

(هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد ، بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد) لان الشرط والجزء — فى نظر العرف — مآلهما

.....
 خلافاً لظاهر الشهيد في اللمعة ، وربما ينسب الى غيره حيث قال :
 انه لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط وانما فائدته جعل العقد
 عرضة للزوال .

و وجهه مع ضعفه يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله المحكى في
 الروضة عنه قدس سره في بعض تحقیقاته ، وهو ان الشرط الواقع في
 العقد اللازم ان كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة ،
 فهو لازم لا يجوز الاختلال به ، كشرط الوكالة .

الى شئ واحد ، فلا فرق بين ان يقول : ابيعك هذا الكتاب بدینار و
 خياطة قبائی ، او يقول : بشرط ان تخیط قبائی (خلافا لظاهر الشهيد
 في اللمعة ، وربما ينسب الى غيره) ايضا (حيث قال : انه لا يجب على
 المشروط عليه فعل الشرط) وجوبا شرعيا (وانما فائدته) اي فائدة الشرط
 (جعل العقد عرضة) و معرضا (للزوال) اذا لم يف المشروط عليه بالشرط
 (و وجهه) اي وجه كلام الشهيد (مع ضعفه) اي ضعف هذا الوجه
 (يظهر مما ذكره قدس سره في تفصيله) حول الشرط (المحكى) هذا
 الوجه (في الروضة عنه قدس سره) اي عن الشهيد الاول (في بعض
 تحقیقاته ، وهو) اي وجه ما ذكره من عدم لزوم الشرط (ان الشرط الواقع
 في العقد اللازم) على قسمين .

الاول (ان كان العقد كافيا في تحققه) اي في تحقق ذلك الشرط (و
 لا يحتاج بعده) اي بعد العقد (الى صيغة) ثانية (فهو) اي الشرط
 (لازم لا يجوز الاختلال به ، كشرط الوكالة) فانه لو باع داره بشرط ان

.....
 وان احتاج بعده الى امر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق
 فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزا،
 وجعل السرفيه ان اشتراط ما العقد كاف فى تحققه، كجزء من
 الايجاب والقبول فهو تابع لهما فى اللزوم والجواز.
 واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن

يكون المشتري وكيله فى معاملاته صار المشتري وكيل بنفس هذا العقد .
 (و) الثانى انه (ان احتاج) الشرط (بعده) اى بعد العقد (الى امر
 آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق) كما لو باع عبده بشترط ان يعتق
 ذلك العبد، فانه بمجرد الشرط لا يعتق العبد، بل يحتاج الى ان يجرى
 المشتري صيغة العتق (فليس) الشرط (بلازم، بل) الشرط (يقلب العقد
 اللازم جائزا) فان شاء المشتري رفى، وان لم يشأ لم يرف، واذا لم يرف
 كان للشارط خيار فسخ البيع .

(وجعل) الشهيد (السرفيه) اى فى هذا التفصيل بقسميه .
 اما الاول: فـ (ان اشتراط ما العقد كاف فى تحققه، كجزء من
 الايجاب والقبول فهو) اى الشرط (تابع لهما) اى للايجاب والقبول
 (فى اللزوم والجواز) .

فان كان العقد لازما كالبيع، كان الشرط لازما بالتبع، وان كان العقد
 جائزا كالوكالة كان الشرط جائزا ايضا، لان الشرط تبع فهو تابع للعقد فى
 جوازه ايضا .

(و) اما الثانى: فلان (اشتراط ما سيوجد) كالعتق (امر منفصل عن

العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن.

وهو معنى قلب الملازم جائزا، انتهى.

قال في الروضة - بعد حكاية هذا الكلام - والاقوى لزوم مطلقا،

وان كان تفصيله اجود مما اختاره هنا.

اقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلا

في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة،

العقد لان العتق يتحقق بصيغة خاصة بعد العقد (وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن) للذي هو العتق (ممكن) اذ لا يعقل ان يكون العقد التابع للشرط الممكن واجبا لازما.

(وهو معنى) ما ذكرناه من ان الشرط المنفصل يوجب (قلب الملازم

جائزا) اذ لو لا الشرط كان العقد لازما (انتهى) كلام الشهيد الاول.

قال في الروضة - بعد حكاية هذا الكلام - والاقوى لزوم للعقد

(مطلقا) سواء كان الشرط كالجزء او كان منفصلا (وان كان تفصيله) اي

تفصيل الشهيد الاول (اجود مما اختاره هنا) من كون الشرط مطلقا يوجب

جواز العقد، انتهى كلام الشهيد الثاني.

(اقول: ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عده تفصيلا

في محل الكلام مقابلا لما اختاره في اللمعة) فانه اختار في اللمعة انه

لا يجب على المشروط عليه فعل الشرط كالعتق، واختار في تحقیقه ان مثل

الوكالة اذا كانت شرطا تجب، وان الفعل الخارجى كالعتق لا يجب.

ومن المعلوم ان الفعل الخارجى وفعل الشرط شئ واحد.

لان الكلام فى اشتراط فعل سائغ و انه هل يصير واجبا على المشروط عليه ، ام لا ؟ كما ذكره الشهيد فى المتن .

فمثل اشتراط كونه وكيلا ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار ، او عدم ثبوته له فلا يقال : انه يجب فعله اولا يجب .

نعم وجوب الوفاء بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المحقق بنفـس العقد ، مما لا خلاف فيه

و اختار فى كلا المقامين وهما اللمعة و تحقيقه ، انه لا يجب ، فجعل الشهيد الثانى تحقيقه تفصيلا مقابلا لما ذكره فى اللمعة غير تمام (لان الكلام) فى اللمعة (فى اشتراط فعل سائغ) كالاعتق (و انه هل يصير واجبا على المشروط عليه ، ام لا ؟) وقد اختار اللمعة عدم وجوبه (كما ذكره الشهيد) الاول (فى المتن) اى اللمعة .

(فمثل اشتراط كونه وكيلا) الذى ذكره فى تحقيقه ، و انه واجب الوفاء (ليس الا كاشتراط ثبوت الخيار ، او عدم ثبوته له) كان يشترط ان يكون للمشتري الخيار بعد انقضاء المجلس ، او يشترط ان لا يكون له خيار فى المجلس .

(فلا يقال : انه يجب فعله اولا يجب) فعله ، اذ ليس هو عملا لاحدهما بل شئ يقع تلقائيا بالشرط .

(نعم وجوب الوفاء) فى امثال هذه الشروط و هى « شرط كونه وكيلا » او « له الخيار » او « ليس له الخيار » (بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد ، مما لا خلاف فيه) .

.....
 ان لم يقل احد بعدم ثبوت الخيار او آثار الزوم بعد اشتراطهما فى
 العقد .

و بالجمله فالكلام هنا فى اشتراط فعل يوجد بعد العقد

فاللازم ترتيب آثار الوكالة و ترتيب آثار الخيار ، و ترتيب آثار عدم
 الخيار ، اذا شرط الوكالة ، او الخيار ، او عدم الخيار .
 لكن كل ذلك لا يسمى « فعل الشرط » فهناك « فعل الشرط » كالعق
 و « الشرط المتحقق بنفس العقد » كوكالة و الخيار و عدم الخيار ، و
 « آثار هذا الشرط » المتحقق كترتيب اثر الوكالة و الخيار ، فالكلام فى
 اللمعة و فى « تحقيقه » فى « فعل الشرط » و فى كلا المقامين قال الشهيد
 الاول انه لا يجب ، و فى « تحقيقه » قال بوجوب « الشرط المتحقق بنفس
 العقد » و المصنف اضاف ان « آثار الشرط المتحقق » لازمة ايضا (ان لم
 يقل احد بعدم ثبوت الخيار) فيما اذا اشترط الخيار (او عدم ثبوت
 آثار الزوم) فيما اذا اشترط عدم الخيار (بعد اشتراطهما) اى الخيار
 او عدم الخيار (فى العقد) و لذلك لم يقل احد بعدم ثبوت الوكالة فيما
 اذا اشترط فى العقد ان يكون وكيله عنه ، كما مثل الشهيد فى بعض
 تحقيقاته .

(و بالجمله) نقول : توضيحا لما ذكرناه من ان كلام الشهيد فى
 « تحقيقه » ليس تفصيلا مخالفا لما ذكره فى « اللمعة » (فالكلام هنا)
 اى فى كلا المورد ين وهما « اللمعة » و « تحقيقه » (فى اشتراط فعل يوجد
 بعد العقد) كالعق .

.....
 نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه و من كل شرط لم يستلم لمشرطه
 و مراده تعذر الشرط .
 وكيف كان فمثل اشتراط الوكالة او الخيار وعدمه خارج عن محل
 الكلام .

اذ لا كلام ولا خلاف فى وجوب ترتب آثار الشرط عليه .
 ولا فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار .

و الحاصل : ان المصنف يريد اقضاء مثل شرط الوكالة عن محل الكلام
 فلاوجه لجعل الروضة ذلك تفصيلا فى المسئلة .

(نعم كلام الشهيد فى اللمعة اعمّ منه) اى من شرط الفعل (و من كل
 شرط لم يستلم لمشرطه) « لم يستلم » بالمجهول (و مراده) من الشرط الذى
 لم يستلم (تعذر الشرط) فلايشمل كلام اللمعة مثل شرط الوكالة ، والخيار
 وعدم الخيار .

(وكيف كان) الامر (فمثل اشتراط الوكالة او الخيار وعدمه خارج
 عن محل الكلام) الذى هو عبارة عن اشتراط فعل على المشروط عليه ، و
 انه هل فائدته لزوم الشرط ، او فائدته ما ذكره الشهيد الاول من جعل
 العقد عرضة للزوال .

(اذ لا كلام ولا خلاف فى وجوب ترتب آثار الشرط عليه) اى على مثل
 اشتراط الوكالة ، والخيار ، وعدمه .

(ولا) خلاف ايضا (فى عدم انفساخ العقد بعدم ترتيب الآثار) فان
 لم يرتب المشروط عليه الاثر على شرط الوكالة مثلابان كان وكىلا فى بيع

ولافى ان المشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار .

وان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات، لا المبادئ .
ومما ذكرنا يظهر ان تأييد القول المشهور، او الاستدلال عليه بما
فى الغنية من الاجماع على لزوم الوفاء بالعقد غير صحيح، لانه انما ذكر
ذلك فى مسألة اشتراط الخيار، وقد عرفت خروج مثل ذلك عن محل الكلام

املاك الشارط فلم يفعل لم يفسخ العقد .

(ولا) خلاف ايضا (فى ان المشروط عليه يجبر) من قبل الحاكم
الشريعى او القائم مقامه (على ترتيب الآثار) ان لم يرتب الاثر بنفسه .
(وان شئت قلت: اشتراط الوكالة من اشتراط الغايات) التى تتحقق
بنفس الشرط (لا المبادئ) التى يكون فيها الاختلاف .

فهل ان فائدة الشرط فيها اللزوم او جعل العقد عرضة للزوال ؟ -
(ومما ذكرنا) من ان الخلاف بين المشهور والشهيد انما هو فى شرط
الفعل لا شرط النفاية اذ لا خلاف فى شرط الغاية (يظهر ان تأييد
القول المشهور، او الاستدلال عليه بما فى الغنية من الاجماع على لزوم
الوفاء بالعقد غير صحيح) .

وانما كان اجماع الغنية لا يرتبط بقول المشهور، فلا يكون مؤيدا له
(لانه) اى صاحب الغنية (انما ذكر ذلك) الاجماع (فى مسألة اشتراط)
ان يكون (الخيار) لاحد المتعاقدين (وقد عرفت خروج مثل ذلك) من شرط
الغاية (عن محل الكلام) الذى هو شرط الفعل .

نعم فى التذكرة : لو اشترى عبداً بشرط ان يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط ، عند علمائنا اجمع .

ثم ان ما ذكره الشهيد قدس سرّه من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل وقد علق عليه العقد الخ ، لا يخلو عن نظر .

اذ حاصله ان الشرط قد علق عليه العقد فى الحقيقة ، وان كان لاتعلق صورة فحاصل قوله : بعثك هذا العبد على ان تعتقه ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق ، فاذا لم يلتزم

(نعم) قال (فى التذكرة : لو اشترى عبداً بشرط ان يعتقه المشتري صحّ البيع و لزم الشرط ، عند علمائنا اجمع) فان هذا الاجماع الذى ذكره صاحب التذكرة يكون مؤيداً للمشهور ، اذ كلامه فى شرط الفعل فان العتق فعل لا غاية ، كما هو واضح .

(ثم ان ما ذكره الشهيد) الاول (قدس سرّه) فى تحقيقه السابق (من ان اشتراط ما سيوجد امر منفصل ، وقد علق عليه العقد الخ ، لا يخلو عن نظر) و حاصل نظره انه لو كان العقد معلقا على الممكن فيلزم بطلان العقد اذالم يتحقق المعلق عليه — وهو الشرط — ، لا ما ذكره من انقلاب العقد جائزاً .

(اذ حاصله) اى ، حاصل كلام الشهيد (ان الشرط قد علق عليه العقد فى الحقيقة ، وان كان لاتعلق صورة ، فحاصل قوله : بعثك هذا العبد على ان تعتقه) — بناء على كلام الشهيد — (ان الالتزام بهذه المعاوضة معلق على التزامك بالعتق) او معلق على عتقك — خارجاً — (فاذا لم يلتزم

بالاعتاق لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة .

وفيه مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين وان القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى

ايضا .

وان رجوعه الى التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد،

بالاعتاق) و لم يعتق (لم يجب على المشروط له الالتزام بالمعاوضة) لا ن المعاوضة التزام على تقدير التزام .

(وفيه) اولاً : (مع ان المعروف بينهم ان الشرط بمنزلة الجزء من احد العوضين) فقد فقد لا يوجب الا ما يشبه خيار تبعض الصفقة ، وليس الشرط مما علق به التزام المعاملة ، بل الشرط يقتضى التزام المشروط عليه والالتزام غير التعليق .

(و) ثانياً : (ان القاعدة اللفظية في العقد المشروط لا يقتضى هذا المعنى ايضاً) اى لا يقتضى التعليق ، بل يقتضى الالتزام ، فالبيع بحقق و انما التزم المشروط عليه ان يأتى بالشرط ، لان البيع معلق على الشرط نعم اذا قال : بعثك ببيع معلقا ، كان البيع معلقا ، فكلام الشهيد لا يؤيده المعنى المقصود للمتعاقدين ، ولا ظاهراً للفظ حسب القواعد اللفظية التى تدل على ان الشرط التزام وليس بتعليق .

(و) ثالثاً : (ان رجوعه) اى الشرط (الى التعليق على المحتمل) بان كان البيع معلقا على الشرط المحتمل وقوعه ، وعدم وقوعه (يوجب عدم الجزم المفسد للعقد) اذ يشترط في العقد الجزم ، فاذا كان الشرط

.....
وان لم يكن فى صورة التعليق ان لازم هذا الكلام اعنى دعوى تعليق
العقد على الممكن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط ، لانقلابه جائزا .

الثانية : فى انه لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى فهل
يجبر عليه لو امتنع ، ظاهر جماعة ذلك .

و ظاهر التحرير خلافا لقال فى باب الشروط ان الشرط ان تعلق
بمصلحة المتعاقدين ، كالا لجل

تعليقا كما ذكره الشهيد لم يكن جزما ، فاللازم بطلان كل عقد ذكر فيه الشرط .
وهذا ما لا يقول به حتى الشهيد نفسه (وان لم يكن فى صورة التعليق)
(ان) وصلىة اذ كل تعليق معنوى ، سواء كان فى صورة التعليق ، ام لا ،
فهو مفسد .

ورابعا : (ان لازم هذا الكلام) — هذا هو الجواب ، وهو مربوط
بقوله « مع ان المعروف » (اعنى دعوى تعليق العقد على الممكن ارتفاعه)
اى ارتفاع العقد (من رأس عند فقد الشرط ، لانقلابه جائزا) وقد ذكر
الشهيد انه ينقلب جائزا .

(الثانية) من المسائل المرتبطة بالشرط المتعلق بالفعل (فى انه
لو قلنا بوجوب الوفاء من حيث التكليف الشرعى ، فهل يجبر عليه لو امتنع)
عن فعل الشرط (ظاهر جماعة ذلك) اى انه يجبر ، لانه حق للمشروط له ،
فله انقاذه من المشروط عليه كسائر الحقوق التى يمتنع من عليه ادائها .

(و ظاهر التحرير خلافا) و انه لا يجبر (قال فى باب الشروط ان
الشرط ان تعلق بمصلحة المتعاقدين) اى بما ينفع احدهما (كالا لجل)

.....
 والخيار والشهادة، والتضمين والرهن، واشتراط صفة مقصودة كالكتابة، جاز، ولزم الوفاء، ثم قال: اذا باع بشرط العتق صح البيع والشرط، فان اعتقه المشتري، والآفة اجباره وجهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى.

وقال في الدروس: يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه، فان اخل به فللمشتري الفسخ، وهل يملك اجباره عليه؟

بان يعطيه الثمن او المثل بعد شهر مثلا (والخيار) بان يكون لاحدهما الخيار حتى اذا شاء فسخ (والشهادة) كان يبيعه على شرط ان يشهد له عند الطلاق مثلا (والتضمين) كان يضمنه عند مطالبة دائنه (والرهن) كان يرهن عنده داره، او يرهنها عند اجنبى لاجل دينه (واشتراط صفة مقصودة كالكتابة) كما لو اشترى عبده الامم على شرط ان يجعله كاتباً (جاز) ان الشرط (ولزم الوفاء) به (ثم قال: اذا باع بشرط العتق) وهذا قسم ثان، لانه لامصلحة لها وانما المصلحة لثالث وهو العبد (صح البيع والشرط، فان اعتقه المشتري) فهو المطلوب (والا) بان لم يعتقه (ففى اجباره وجهان، اقربهما عدم الاجبار، انتهى) كلام العلامة.

(وقال في الدروس: يجوز اشتراط سائغ في العقد، فيلزم الشرط في طرف المشتري عليه) اما في طرف المشتري فلا يلزم، اذ هو حقه، فله ان يرفع اليد عنه (فان اخل) المشروط عليه (به) اى بالشرط (فللمشتري الفسخ، وهل يملك) المشتري (اجباره عليه؟) اى على الشرط، ام لا يملك؟

.....
فيه نظر، انتهى .

ولا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به .

وقال فى التذكرة - فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه - اذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه ، الى ان قال : وان امتنع اجبر عليه ، ان قلنا انه حق لله تعالى ، وان قلنا انه حق للبائع لم يجبر كما فى شرط الرهن والكفيل .

(فيه نظر ، انتهى) كلام الدروس .

(ولا معنى للزوم الشرط الا وجوب الوفاء به) فلا يثبتهم ان الشهيد لا يقول بوجوب الوفاء ، فلا يقول بلزوم الاجبار ، بل قوله « لزوم الشرط » معناه وجوب الوفاء ومع ذلك لا يقول بالا جبار .

(وقال فى التذكرة - فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه -) فى ضمن العقد (اذا اعتقه المشتري فقد وفى بما وجب عليه ، الى ان قال : وان امتنع) عن العتق (اجبر عليه ، ان قلنا انه) اى الشرط (حق لله تعالى) باعتبار انه سبحانه امر به (وان قلنا انه حق للبائع) كما فى باب الدين ، فانه حق للدائن (لم يجبر) المشروط عليه على الوفاء بالشرط (كما فى شرط الرهن والكفيل) فانه اذا باعه بشرط ان يرهن شيئا عنده حتى اذا ظهر المبيع مستحقا للغير استوفى ثمنه من الرهن ، او شرط ان يأتى البائع بكفيل حتى اذا ظهر المتاع ملكا للغير اخذ حقه من الكفيل ان امتنع البائع من اداء الثمن الذى اخذه ، فانه اذا لم يفعل البائع ما شرط عليه من اتيان الكفيل ووضع الرهن ، لم يجبر البائع على

.....
 لكن يتخير البائع فى الفسخ بعد سلامة ما شرط .

ثم ذكر للشافعى وجهين فى الاجبار وعدمه ، الى ان قال : والاولى
 عندى الاجبار فى شرط الرهن والكفيل لو امتنع ، كما لو شرط تسليم
 الثمن معجلا ، فاهمل ، انتهى .

ويمكن ان يستظهر هذا القول ، اعنى الوجوب تكليفا مع عدم جواز
 الاجبار من كل من استدل على صحة الشرط بعموم : المؤمنون ، مع قوله
 بعدم

ذلك .

وكذلك فى العكس ، اذا اراد البائع من المشتري الكفيل او الرهن
 ثم لم يف المشتري بالشرط ، فان المشتري لم يجبر (لكن يتخير البائع
 فى الفسخ) والامضاء (بعد سلامة ما شرط) اذا كان شرطه شرعيا ، ولم
 يكن من الشروط الباطلة .

(ثم ذكر) صاحب التذكرة (للشافعى وجهين فى الاجبار وعدمه
 الى ان قال) صاحب التذكرة (والاولى عندى الاجبار فى شرط الرهن
 والكفيل لو امتنع) المشروط عليه (كما لو شرط) البائع على المشتري (تسليم
 الثمن معجلا ، فاهمل) فان للبائع حق اجباره فى التسليم كما شرط .
 (انتهى) كلام صاحب التذكرة .

(ويمكن ان يستظهر هذا القول ، اعنى الوجوب) وهو وجوب الوفاء
 بالشرط (تكليفا مع عدم جواز الاجبار) اذا لم يف بالشرط (من كل من
 استدل على صحة الشرط بعموم : المؤمنون) عند شروطهم (مع قوله بعدم

.....
وجوب الاجبار كالشيخ فى المبسوط ، حيث استدل على صحة اشتراط

عتق العبد المبيع بقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم .

ثم ذكر ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع قولين : الوجوب ، لان
عتقه قد استحق بالشرط .

وعدم الوجوب ، وانما يجعل له الخيار ، ثم قال : والاقوى هو الثانى

انتهى .

فان ظهور النبوى فى الوجوب من حيث نفسه ،

وجوب الاجبار) .

فان ظاهر استدلاله بـ « المؤمنون » انه واجب (كالشيخ فى المبسوط
حيث استدل على صحة اشتراط عتق العبد المبيع) بان شرط البائع على
المشتري ان يعتقه (بقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم) والعتق
من صغريات الشرط فشرطه صحيح .

(ثم ذكر) الشيخ (ان فى اجباره على الاعتاق لو امتنع) عن العتق

(قولين) .

الاول : (الوجوب ، لان عتقه قد استحق بالشرط) فيجب الوفاء به .

(و الثانى :) عدم الوجوب ، وانما يجعل له (اى للمشروط له) الخيار

ثم قال : والاقوى هو الثانى ، انتهى) و ذلك لاصالة عدم الوجوب ، وفى

القول بعدم الوجوب نظر

(فان ظهور النبوى) اى قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون

عند شروطهم (فى الوجوب من حيث نفسه) حيث ان المستفاد من كلمة

و من جهة القرائن المتصلة و المنفصلة ، مما لا مساغ لانكاره ، بل الاستدلال به على صحة الشرط عند الشيخ ومن تبعه في عدم افساد الشرط الفاسد يتوقف ظاهراً على ارادة الوجوب منه ، اذ لا تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط ، وفساده .

فلا يدل استحباب الوفاء بالغتق المشروط في البيع على صحته .

« عند » انتلازم ، والظاهر التلازم الشرعى المفيد للوجوب (و من جهة القرائن المتصلة) كقوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات « الا من عصى الله » بناء على ما تقدم من انه استثناء من المشروط عليه ، لا من الشرط (و المنفصلة) كقوله فى العلوى : فليف لها به ، بصيغة الامر انظاهرة فى الوجوب (مما لا مساغ لانكاره ، بل الاستدلال به) اى ب « المؤمنون عند شروطهم » (على صحة الشرط عند الشيخ ومن تبعه فى عدم افساد الشرط الفاسد) للعقد فالشرط الفاسد ليس بمفسد ، كما هو احد القولين فى المسئلة .

و القول الآخر هو ان الشرط الفاسد مفسد (يتوقف) ذلك الاستدلال (ظاهراً على ارادة الوجوب عنه) اى من « المؤمنون » (اذ لا تنافى) ظاهراً (بين استحباب الوفاء بالشرط ، و) بين (فساد) اى فساد الشرط (فلا يدل استحباب الوفاء بالغتق المشروط فى البيع على صحته) اى صحة البيع ، فحيث ان الاستحباب وعدمه يجتمع مع فساد البيع ، كما يجتمع مع صحة البيع .

ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال : لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لانه غير مخالف للكتاب والسنة ، فيجب الوفاء به وقال : هل يكون حقاً لله تعالى ، او للعبد ، او للبائع ؟ يحتمل الاول ، الى ان قال : ويحتمل الثالث ، هو مذهب العلامة فى القواعد ، والتحرير ، لانه استقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق ، وهو يدل على انه حق للبائع .

(ثم ان الصيمرى فى غاية المرام قال : لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق) سواء كان هذا الشرط فى ضمن بيع نفس العبد او بيع شئ آخر (لانه) يشمل د ليل الشرط ، وهو (غير مخالف للكتاب والسنة فيجب الوفاء به ، وقال : هل) العتق بعد اشتراطه (يكون حقاً لله تعالى ، او للعبد ، او للبائع ؟)

ف (يحتمل الاول) لانه سبحانه امر بالعتق فهو من قبيل نذر الصيام و يحتمل الثانى لان العبد هو الذى يعتق ، فله المطالبة به ، كما اذا نذر ان يعطى لزيد مالا (الى ان قال : ويحتمل الثالث) وهو ان يكون حقاً للبائع ، و (هو مذهب العلامة فى القواعد ، والتحرير ، لانه) اى العلامة (استقرب فيهما عدم اجبار المشتري على العتق ، وهو) اى هذا الكلام من العلامة (يدل على انه حق للبائع) فمعنى كونه حقاً للبائع : التعليق ، لا الالتزام ، اى ان البائع اذا شرط هذا الشرط ولم ينفذه المشتري ، كان له ان يفسخ البيع .

.....
 وعلى القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع
 ولا يسقط باسقاط البائع .
 وعلى القول بكونه للبائع ، تكون المطالبة له ويسقط باسقاطه ولا يجبر
 المشتري .
 ومع الامتناع يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ .

(وعلى القول بانه حق لله يكون المطالبة للحاكم) لان الحاكم هو
 الموظف للمطالبة بحقوق الله سبحانه ، هذا اولا وبالذات والافكل الناس
 يجب عليهم الامر بالمعروف والنهي عن المنكر - من باب الكفاية - (و
 يجبره) الحاكم على العتق - وفاء بالشرط - (مع الامتناع) اذا لم
 يرد المشتري العتق (ولا يسقط) هذا الشرط (باسقاط البائع) لانه حق
 لله تعالى ، فليس للانسان ان يسقطه .

(وعلى القول بكونه) اي العتق حقا (للبائع ، تكون المطالبة) اولا و
 بالذات (له) لانه ذوالحق (ويسقط باسقاطه) لان الانسان له الحق
 في ان يسقط حقوقه التي تكون على الآخرين (ولا يجبر المشتري) على
 ادائه لما تقدم من ان الشرط يفيد التعليق ، لا الالتزام .
 نعم اذا لم يفعله المشتري كان للبائع فسخ العقد .
 (ومع الامتناع) اي امتناع المشروط عليه من الاتيان بالشرط (يتخير
 المشتري بين الامضاء والفسخ) .

اما الامضاء فلانه حق له فله ان يسقطه .
 واما الفسخ فلان : لاضرر ، يرفع لزوم العقد ، كما ذكرنا في خبار

.....
 وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق .
 ومع الامتناع يرافعه الى الحاكم ليجبره على ذلك ، وكسبه قبل
 العتق للمشتري على جميع التقادير ، انتهى .
 وظاهراستكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الاجبار
 ان كل شرط يكون حقا مختصا للمشتري لا كلام ولا خلاف فى عدم الاجبار
 عليه .

الغبين وغيره .

(وعلى القول بأنه) حق (للعبد) المشروط عتقه فى ضمن البيع
 (يكون هو) اى العبد (المطالب بالعتق) لانه متعلق حقه ، كما اذا نذر
 لزيد ، فان النذر يكون حقا لزيد ، فله المطالبة بحقه .
 (ومع الامتناع) اى امتناع المشروط عليه من عتق العبد (يرافعه)
 العبد (الى الحاكم ليجبره على ذلك) العتق (وكسبه) اى العبد (قبل
 العتق للمشتري) لان كسب العبد للمالك — بناء على ان العبد لا يملك —
 (على جميع التقادير) للمشتري سواء كان العتق حقا لله ، او حقا للمشتري .
 او حقا للعبد (انتهى) كلام الصيمرى .

(و ظاهراستكشافه) اى الصيمرى (مذهب العلامة قدس سره عن
 حكمه بعدم الاجبار) « بعدم » متعلق بـ « استكشاف » قال الصيمرى « لانه
 استقرب فيها عدم اجبار المشتري على العتق » (ان كل شرط يكون حقا
 مختصا للمشتري) بدون ان يكون حقا لله ، او حقا لثالث (لا كلام ولا خلاف
 فى عدم الاجبار عاياه) اذ لو كان خلاف لم يكن كلام العلامة « بأنه حق

و هو ظاهر اول الکلام السابق فی التذکرة .

لکن قد عرفت قوله اخيراً ، والاولى ان له اجباره عليه ، وان قلنا انه حق للبائع وما بعد ما بین ما ذکره الصیمری و ما ذکره فی جامع المقاصد والمسالک من انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلاکلام فی ثبوت الاجبار ، حیث قال : و اعلم ان فی اجبار المشتري علی الاعتاق وجهین .
احدهما : العدم ، لان للبائع طریقاً آخر للتخلص

للبائع» کاشفا عن عدم حقه فی الاجبار .

(و هو) ای انه حیث کان حقاً للبائع ، لا کلام فی عدم الاجبار علیه (ظاهر اول الکلام السابق فی التذکرة) الذی تقدم قبل اسطر ، حیث قال « و ان قلنا انه حق للبائع لم یجبر » .

(لکن قد عرفت قوله) ای صاحب التذکرة (اخيراً ، والاولى ان له) ای للمشروط له (اجباره) ای الشارط (علیه) ای علی ان يأتي بالشرط (و ان قلنا انه حق للبائع) « ان » وصلیة (و ما بعد ما بین ما ذکره الصیمری) من انه ان کان حقاً للبائع فلاکلام فی انه لم یجبر علیه (و بین) ما ذکره فی جامع المقاصد و المسالک من) ما ظاهره : انه اذا کان حقاً للبائع فلا کلام فی انه یجبر علیه ، حیث قال : (انه اذا قلنا بوجوب الوفاء فلاکلام فی ثبوت الاجبار ، حیث قال) جامع المقاصد : (و اعلم ان فی اجبار المشتري علی الاعتاق) فیما اذا باع البائع العبد و شرط علیه اعتاقه (وجهین) .

(احدهما : العدم) ای عدم الاجبار (لان للبائع طریقاً آخر للتخلص)

و هو الفسخ .

والثانى له ذ لك ، لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ والمؤمنين عند شروطهم الامن عصى الله و هو الاوجه انتهى .

وفى المسالك جعل احدا القولين ثبوت الخيار وعدم وجوب الوفاء مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء .

وانقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط ، واستدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد ،

من الضرر المتوجه اليه بسبب بيع العبد وعدم عفه (وهو الفسخ) فمادام الفسخ بيده فلا ضرر عليه حتى يكون ذ لك مجوزا له فى الاجبار .

(و الوجه (الثانى) ان (نه ذ لك) اى الاجبار) لظاهر قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان الوفاء بالعقد المشروط ان يأتى بشرطه ايضا (و المؤمنون عند شروطهم الامن عصى الله) بناء على ان ظاهر الاستثناء ، هو ان مخالف الشرط عاص لله تعالى ، ومن المعلوم ان العاصى يجبر على ترك العصيان (وهو الاوجه) فله اجباره على العتق (انتهى)

(وفى المسالك جعل احدا القولين) فى مسألة ان له اجباره ، ام لا (ثبوت الخيار) للمشروط له (وعدم وجوب الوفاء) بالشرط على المشروط . عليه (مستدلا له باصالة عدم وجوب الوفاء) لان الوفاء بالشرط تكليف لم نعم بشيئته على المشروط عليه .

(وانقول الآخر وجوب الوفاء بالشرط ، واستدل له بعموم الامر بالوفاء بالعقد) لان الوفاء بالعقد المشروط ، يلزم اتيانه بكل اجزائه وشرائطه و

.....
 والمؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله .
 و ظاهره وحدة الخلاف في مسئلتى وجوب الوفاء والتسلط على
 الاجبار ، كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء ؛ بل وعلى
 عدم الاجبار فيما كان حقا مختصا للبائع .
 والاظهر فى كلمات الاصحاب وجود الخلاف فى المسئلتين .

الا لم يكتفوا (و) بعموم (المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله) كما فى
 بعض الروايات .

(و ظاهره) حيث استدل بالوجوب المستفاد من الروايتين (و وحدة
 الخلاف فى مسئلتى وجوب الوفاء والتسلط على الاجبار) فكل من قال
 بوجوب الوفاء ، قال بالتسلط على الاجبار ، وكل من قال بعدم وجوب
 الوفاء - وانما فائدة الشرط خيار المشترط كما تقدم - قال بعدم التسلط
 على الاجبار .

لكنك قد عرفت قبل اسطر عدم التلازم بين المسئلتين فى نظر الصيمرى
 (كما ان ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء) بالشرط (ب - ل ، و)
 الاتفاق (على عدم الاجبار فيما كان) الشرط (حقا مختصا للبائع) .
 (و) لكن (الاظهر فى كلمات الاصحاب) عدم تمامية ما ذكره الصيمرى و
 الشهيد ، بل (وجود الخلاف فى المسئلتين) وهما مسئلة وجوب الوفاء ، و
 مسئلة الاجبار .

فبعض يقول بوجوب الوفاء ، وبعض يقول بعدم وجوب الوفاء .
 وكذا لك بعض يقول بان له حق الاجبار ، وبعض يقول ليس له حق

وكيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له اجب - ار
 المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و الشرط، فان العمل بالشرط
 ليس الاكتسليم العوضين، فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط.
 عليه بمقتضى العقد المقررون بالشرط، فيجبر على تسليمه .
 وما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بان له طريقا الى
 التخلص بالفسخ، ضعيف فى الغاية

الاجبار .

(و كيف كان) الامر (فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له
 اجبار المشروط عليه) للوفاء بشرطه .
 و ذلك (لعموم وجوب الوفاء بالعقد، و) ب (الشرط) .
 وانما يستفاد من وجوب الوفاء الاجبار (فان العمل بالشرط ليس
 الاكتسليم العوضين) .

فكما ان من ابى من تسليم العوض يجبر على التسليم، كذلك من ابى
 من تسليم الشرط (فان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه)
 فملكه (بمقتضى العقد المقررون بالشرط) فان فائدة الشرط هو ذلك الملك
 (فيجبر) المشروط عليه (على تسليمه) اى تسليم ملك المشترط اليه .

(وما) تقدم (فى) كلام (جامع المقاصد من توجيه عدم الاجبار بان
 له) اى المشروط له (طريقا الى التخلص بالفسخ) الجار والمجرور متعلق
 بالتخلص (ضعيف فى الغاية) اى فى غاية الضعف فانه مثل ان يقال :
 لا يجب تسليم العوض لان لما لك العوض الآخر طريقا الى التخلص -

فان الخيار انما شرع بعد تعذر الاجبار دفعا للضرر .
 وقد يتوهم ان ظاهر الشرط هو فعل الشئ اختيارا ، فاذا امتنع
 المشروط عليه فقد تعذر الشرط .
 وحضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه ، فلا ينفع في الوفاء
 بالشرط .

بفسخ العقد .
 وحل ما ذكره بقوله : (فان الخيار) للمشروط له (انما شرع بعد
 تعذر الاجبار) .
 وانما شرع الخيار (دفعا للضرر) المتوجه الى المشروط له من عدم
 تمكنه من تسليم شرطه ، فهناك دليلان .
 الاول : انه ملك للشارط فله اجبار المشروط عليه لاستيفاء ملكه .
 والثاني : لاضرر فله اذا لم يتمكن من الاجبار الفسخ ، دفعا للضرر .
 (وقد يتوهم ان ظاهر الشرط) اي شرط فعل شئ (هو فعل الشئ
 اختيارا) لان ظاهر نسبة الفعل الى انسان ، انه فعله اختيارا .
 فاذا قيل من نكح او طلق او اعتق كان حكمه كذا ، ظاهره انه فعل
 عذه الامور اختيارا ، ولذا لا يترتب احكام هذه الامور فيما اذا وقعها
 كرها و اجبارا (فاذا امتنع المشروط عليه) عن اداء الشرط (فقد تعذر
 الشرط) واذا تعذر الشرط جاء دور الخيار فليس للمشترط اجباره .
 (و) من المعلوم ان (حضور الفعل منه) اي من المشروط عليه (كرها)
 واجبارا انما هو (غير ما اشترط عليه ، فلا ينفع في الوفاء بالشرط) - فاذا

.....
 و يندفع بان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار
 و الاجبار وانما يعرض له من حيث انه فعل واجب عليه فاذا اجبر فقد اجبر
 على نفس الواجب .

نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا وعن رضا

اجبره واتى به لم يكن آتيا بالشرط، كما انه اذا اجبر على الطلاق و
 طلق لم يكن آتيا بالطلاق، ولم ينفع مثل هذا الطلاق .
 (ويندفع ب) انه فرق بين « شرط فعل » على انسان، وبين مثل قوله
 « من نكح او طلق او اعتق » .

فان ظاهر الاول اتيان ذات الشئ و لوجهلا و سهوا او فى حالة
 النوم، كما اذا شرط عليه خياطة قبائه فخاطه بظن انه قباء زيد، ثم بان
 انه قباء الشارط .

و ظاهر الثانى اتيان الفعل الاختيارى اذا لم يعرف من الخارج
 انه امر توصلى، كما عرف فى مثل « من غسل يده قبل الطعام كان آمنا من
 المرض » مثلاً .

ف (ان المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و
 الاجبار) فاذا حصل الفعل حصل الشرط (وانما يعرض له) الاجبار (من
 حيث انه فعل واجب عليه) اى الى المشتراط (فاذا اجبر) المشروط عليه
 (فقد اجبر على نفس الواجب) فلا يكون ما اتى به الانفس ما اشترط عليه .

(نعم لو صرح) المشتراط (باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا وعن رضا

منه لم ينفع اجباره في حصول الشرط .

الثالثة : في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مخيرا بينهما ؟ ام لا يجوز له الفسخ الامع تعذر الاجبار ظاهر الروضة و غير واحد هو الثاني .

وصريح موضع من التذكرة هو الاول ، قال : لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه آخر ، او يقرضه بعد شهر او في الحال لزمه الوفاء بالشرط ، فان اخل به لم يبطل البيع ، لكن يتخير المشتري بين فسخه للبيع وبين الزامه بما

منه) اي من المشروط عليه (لم ينفع اجباره في حصول الشرط) لانه لم يفعله عن رضا و اختيار ، ولكن ذلك خارج عن محل الكلام الآن .

(الثالثة) من المسائل المتعلقة باشتراط الفعل في ضمن العقد (في انه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار) فيما لو ابي المشروط عليه من المشروط (فيكون) المشتري (مخيرا بينهما ؟) اي بين الفسخ و الاجبار - فهما في عرض واحد -- (ام لا يجوز له الفسخ الامع تعذر الاجبار) فالاجبار مقدم على الفسخ .

(ظاهر الروضة وغير واحد) من الفقهاء (هو الثاني) وانه لا فسخ مع امكان الاجبار (و صريح موضع من التذكرة هو الاول) و ان المشتري مخير بين الفسخ و الاجبار (قال) في التذكرة (لو باعه شيئا بشرط ان يبيعه) الى (آخر او يقرضه) نفس المتاع (بعد شهر او في الحال لزمه الوفاء بالشرط فان اخل) المشتري (به) اي بالشرط (لم يبطل البيع ، لكن يتخير - - المشتري) اي من له الشرط (بين فسخه للبيع ، وبين الزامه بما

.....
 شرط، انتهى، ولا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الاجبار، لما عرفت
 من ان مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا او قهرا
 الا ان يقال: ان العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر
 عليه اذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد .
 واما اذا اراد الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على
 الوجه الذى رقع عليه،

شرط) واجباره (انتهى، ولا نعرف مستندا للخيار) والفسخ (مع التمكن
 من الاجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط) بشرط (هو العمل
 على طبق الشرط) لان الشرط ملك للمشروط له (اختيارا او قهرا) فان
 المالك له حق ان يسترد ملكه بكل صورة .
 وحيث يمكن الاجبار فلا ضرر على المشترط حتى يقال: ان مقتضى:
 لاضرر، الخيار .
 نعم اذا امتنع عن اداء الشرط اقتضى دليل: لاضرر، جواز العقد،
 فيكون له الفسخ .

(الا ان يقال) فى وجه خباره للفسخ مع تمكنه من الاجبار (ان العمل
 بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه) فيما (اذا بنى المشروط له
 على الوفاء بالعقد) بان اراد ابقاء العقد، فاذا اراد المشترط ابقاء العقد
 كان له الاجبار .

(واما اذا اراد) المشترط (الفسخ، لامتناع المشروط عليه عن الوفاء
 بالعقد) وفاء (على الوجه الذى رقع عليه) من الاتيان بجميع خصوصياته

فله ذ لك ، فيكون ذ لك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما .
 و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين
 ليجوز للآخر فسخ العقد ، لان كلامهما قد ملك مافى يد الآخر ولا يخرج
 عن ملكه بعد م تسليم صاحبه ، فيجبر ان على ذ لك ، بخلاف الشرط فان
 المشروط حيث فرض فعلا كالاتاق فلامعنى لتملكه .

التي منها الشرط (فله) اى للمشتراط (ذ لك) اى الفسخ (فيكون ذ لك)
 اى الامتناع عن اداء الشرط (بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما)
 فمنتهى الامران المشروط عليه اول من يتقايل فهو بامتناعه عن الشرط
 يكون بمنزلة رد المشتري للمتع و المشتراط بعدم اجباره له يكون بمنزلة
 من يقبل الرد .

(و) ان قلت : فعلى هذا يلزم ان يكون لكل واحد من المتعاقدين
 ايضا الامتناع عن تسليم متاعه ، فلماذا اتقولون هنا بالاجبار .
 قلت : لان (هذا الكلام) الذى ذكرناه فى الشرط وانه بمنزلة التقايل
 (لا يجرى مع امتناع احدهما عن تسليم احد العوضين ليجوز للآخر
 فسخ العقد) بان يعتبر الامتناع كالتقايل .

وانما لا يجرى هذا الكلام (لان كلامهما) اى من المتعاقدين (قد ملك
 مافى يد الآخر ، ولا يخرج عن ملكه بعد م تسليم صاحبه ، فيجبر ان على
 ذ لك) التسليم - اذا امتنع احدهما عن التسليم - (بخلاف الشرط)
 فانه ليس كالعوضين (فان المشروط حيث فرض فعلا) من الافعال لا شرط
 غاية - كالكالة - (كالاتاق) وخياطة الثوب ، وما شبه (فلامعنى لتملكه)

.....
 فاذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد ، فيجوز للمشروط له ايضا
 نقضه ، فتأمل .

ثم على المختار من عدم الخيار الامع تعذر الاجبار لو كان الشرط.
 من قبيل الانشاء القابل للنيابة ، فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر
 اجباره ، الظاهر ذلك ، لعموم ولاية السلطان على الممتنع ، فيندفع ضرر
 المشروط له بذلك .

اذ فعل الغير ليس ملكا لانسان آخر(فاذا امتنع المشروط عليه عنه) اى
 عن الفعل المشروط (فقد نقض العقد ، فيجوز للمشروط له ايضا نقضه)
 بدون الحاجة الى الاجبار (فتأمل) فان ما ذكر من ان الشرط ليس ملكا
 للمشروط محل نظر ، اذ هو ملك له عرفا ، فحاله حال العوضين .
 (ثم على المختار من عدم الخيار الامع تعذر الاجبار لو كان الشرط
 من قبيل الانشاء القابل للنيابة) كما لو كان الشرط ان يعتق العبد / ويوقف
 الدار ، او يطلق زوجته ، او تنكح نفسها (فهل يوقعه الحاكم عنه اذا فرض تعذر
 اجباره ، الظاهر ذلك) اى ان الحاكم يوقعه (لعموم) ادلة (ولاية
 السلطان على الممتنع) فانه يشمل الانشائيات ايضا (فيندفع ضرر المشروط
 له بذلك) الانشاء من الحاكم ، كما انه لو اجبره الحاكم و اجرى الصيغة
 هو بنفسه ، صحت الصيغة وان كانت منبعثة عن الاكراه ، ولا يكون الاكراه
 هنا رافعا للحكم ، لفرض ان الشارع امر بهذا الاكراه ، فهو خارج عن
 عموم : ما استكروهوا عليه ، كما انه لو شرط اباحة ما له لزيد ثم امتنع ، كان
 لزيد التصرف فيه و هو خارج عن عموم : لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه

الرابعة: لو تعذر الشرط، فليس للمشتري الا الخيار لعدم دليل على الارش فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هي بين المالكين و التقييد امر معنوي لا يعدّ مالا وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه .

و

(الرابعة) من المسائل المرتبطة بالشرط (لو تعذر الشرط، فليس للمشتري الا الخيار) اى ليس له الارش (لعدم دليل على الارش).
اما الخيار فلما تقدم من انه من مقتضيات: لا ضرر .

و اما عدم الارش (فان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا و شرعا انما هي بين المالكين) فاذا باعه دارا بالف واشترط عليه خباطة ثوبه، فان المعروف يبرى ان الالف فى مقابل الدار، وان الشرط امر خارج ليس بازائه المال، وكذلك العقد الذى امضاه الشارع فانما هو بين الدار و المال (و التقييد امر معنوي لا يعدّ مالا وان كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده) اى تزيد بوجود القيد (وعدمه) اى تنقص بعدم القيد فهو مثل ما اذا تزوج امرئة بمهر كثير لان اباه صاحب ثروة اورثته فان كل المهر فى مقابل البضع، لان مقدارا منه يكون فى مقابل البضع، ومقدارا آخر منه يكون فى مقابل عنوانها لثراء ابائها، ولذا التوبين ان اباهما سقط عن المرتبة قبل العقد لم يكن له ان يسترجع بعض المال (و) **ان قلت:** فلماذا يسترجع المشتري فى باب العيب «المنتقل اليه المعيوب» بعض الثمن فى باب العيب، فان ذلك بدل على ان الثمن بعضه فى مقابل الذات وبعضه فى مقابل القيد الذى هو وصف

ثبوت الارش فى العيب لاجل النص .

و ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشترط عتق العبد فمات العبد
قبل العتق .

و تبعه الصمري فيما اذا اشترط تدبير العبد ، قال : فان امتنع من
تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد ، وبين الامضاء فيرجع
بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا ، و قيمته بشرط التدبير انتهى .

الصحة .

قلت : (ثبوت الارش فى العيب لاجل النص) الخاص على خلاف
القاعدة ، لكن الظاهر من العرف فى بعض الموارد ان المقابل للمال فى
البيع امران ، ذات المبيع و قيده ، والارش فى النص على وفق القاعدة
(و كيف كان ف (ظاهر العلامة ثبوت الارش اذا اشترط) البائع
على المشتري (عتق العبد فمات العبد قبل العتق) بمعنى ان يلاحظ
العبد الذى يباع بدون هذا الشرط كم قيمته ، والعبد الذى يباع بهذا
الشرط كم قيمته ، فياخذ المشتري التفاوت بين القيمتين .

(و تبعه الصمري فيما اذا اشترط تدبير العبد) بان يقول له
المولى المشتري : انت حررد بروفاتى (قال) الصمري (فان امتنع) المشتري
(من تدبيره تخير البائع بين الفسخ) للعقد (و استرجاع العبد ، وبين
الامضاء) و اخذ الارش (فيرجع) الى المشتري (بالتفاوت بين قيمته لو بيع
مطلقا) بدون شرط التدبير (و) بين (قيمته بشرط التدبير) انتهى .

مثلا : قيمته بدون الشرط عشرة ، ومع الشرط ثمانية ، فانه يرجع

و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن ، نسبته اليه كنسبة التفاوت الى القيمة ، لاتتمام التفاوت لان للشرط قسطا من الثمن ، فهو مضمون به لاتتمام قيمته ، كمانص عليه في التذكرة .

البائع الى خمس الثمن .

(و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن) فاذا كانت القيمة الخارجية التي اشتراها خمسة ، فالمراد بالتفاوت واحد (نسبته) اى نسبة ذلك الجزء (اليه) اى الى الثمن نسبة الواحد الى الخمسة (كنسبة التفاوت الى القيمة) وهى نسبة الاثنين الى العشرة فى ما اذا كانت القيمة السوقية عشرة (لاتتمام التفاوت) اى الاثنين .

والحاصل ان القيمة السوقية تؤخذ لمعرفة مقدار التفاوت ، وهى انه ثلث ، او ربع ، او خمس ، او ما اشبه لا انها تؤخذ لاجل كون الارش نفس ذلك التفاوت .

وانما قلنا نسبة التفاوت لاتتمام التفاوت (لان للشرط قسطا من الثمن فهو) اى الشرط (مضمون به) اى بذلك القسط - كالمواحد فى المثال - (لاتتمام قيمته) السوقية - كالاثنين فى المثال الاول - (كمانص عليه) اى على نسبة التفاوت لاتتمام التفاوت (فى التذكرة) وقد تقدم مثله فى سائر موارد الارش .

والحاصل ان الاجزاء والشروط انما كانت بازاء القيمة الخارجية ، لا بازاء القيمة السوقية ، فاللزام لملاحظة القيمة الخارجية ، نرى كم وقع منها قبال هذا الشرط لملاحظة القيمة السوقية ، والا فلربما كان الارش

.....
و ضعف فى الدروس قول العلامة بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسّط على الشروط .

واضعف منه ثبوت الارش بمجرد امتناع المشتري عن الوفاء بالشرط،
وان لم يتعذر كما عن الصيمرى .
ولو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا ويقابل بالمال كخياطة الثوب

مساويا للثمن ، او ازيد منه .

مثلا : اذا اشتراه بخمسة والحال ان قيمته السوقية عشرون او عشرة
وكان التفاوت بين المشروط وغير المشروط بالنصف لزم استرجاع خمسة
او عشرة ، وذلك يوجب ان لا يقابل المال بثمان ، بل يكون المالك باذلا
لشئ مع ماله فى مقابل لا شئ .

(و ضعف فى الدروس قول العلامة) القائل بالارش فى مقابل الشرط
المفقود (بما ذكرنا من ان الثمن لا يقسّط على الشروط) فكيف يؤخذ الارش
اذا تعذر الشرط .

(و اضعف منه) اى من قول العلامة (ثبوت الارش بمجرد امتناع
المشتري عن الوفاء بالشرط ، وان لم يتعذر) الشرط (كما عن الصيمرى)
فيما اذا امتنع المشتري عن تدبير العبد المشروط تدبيره فى ضمن البيع
هذا كله فيما اذا كان الشرط لا يعدّ مالا عرفا كالتعق والتدبير .

(و) اما (لو كان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا ويقابل بالمال)
عرفا (كخياطة الثوب) كما لو اشترى دار زيد ، بشرط ان يخطط المشتري

فتعذر رفقى استحقاقى المشروط له لاجرته و مجرد ثبوت خيار له ، وجهان
 قال فى التذكرة : لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري بين
 الفسخ والمطالبة به او بعوضه ان فات وقته وكان مما يتقوم ، كما لو شرط
 تسليم الثوب مصبوغا ، فاتاه به غير مصبوغ ، وتلف فى يد المشتري .
 ولو لم يكن مما يتقوم ، تخير بين الفسخ والامضاء مجانا ،

ثوب البائع (فتعذر) ذلك الشرط ، بان تمرض المشتري ولم يتمكن من الخياطة
 او احترق القماش الذى كان متعلق الشرط (ففى استحقاق المشروط له)
 - كالبائع فى المثال - (لاجرته) ا (و مجرد ثبوت خيار له) فى الفسخ
 والابقاء بلا خياطة ولا اجرتها (وجهان) .
 من انه يقابل بالمال عرفا فله الارش .
 ومن ان المال بازاء المثلن والشرط لا مقابل لها كما تقدم ولكنك قد
 عرفت قوة قول العلامة .

(قال فى التذكرة : لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشتري
 بين الفسخ والمطالبة به) اى بما شرط (او بعوضه) كاجرة الخياطة (ان
 فات وقته) اى وقت الشرط (و كان) الشرط (مما يتقوم) اى له قيمة عرفا
 (كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا ، فاتاه) المشتري (به) اى بالثوب
 (غير مصبوغ ، و) فات محل الصبغ ، كما لو (تلف فى يد المشتري) فانه
 لا محل للصبغ بعد التلف .

(و لو لم يكن) الشرط (مما يتقوم) فلا قيمة له عرفا ، وتعذر الشرط
 كمثال العتق (تخير) من له الشرط (بين الفسخ والامضاء مجانا) لان

.....
 انتهى .

وقال ايضا : لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه ، فتلف الثوب ، تخير البائع بين الفسخ و الامضاء بقيمة الفات ان كان ممّا له قيمة ، والامجانا ، انتهى .
 و الظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا محضا ، كالخياطة ، او عينا ، كمال العبد المشترط معه او عينا و عملا كالصبغ ، لا ماله مدخل فى قيمة العوض ، اذ كل شرط كذ لك .

الشرط لا يقابل بالمال (انتهى) .

(وقال ايضا) فى موضع آخر (لو كان الشرط على المشتري مثل ان باعه داره بشرط ان يصبغ له ثوبه ، فتلف الثوب ، تخير البائع بين الفسخ للمعاملة (والامضاء بقيمة الفات) اى يأخذ قيمة الصبغ (ان كان) الشرط . (ممّا له قيمة ، والا) يكن له قيمة ، ف (مجانا ، انتهى) كلام العلامة .
 (و الظاهر) بقرينة قوله « ولو لم يكن مما يتقوم » وقوله « والا مجانا » (ان مراده بما يتقوم ما يتقوم فى نفسه) اى كانت له قيمة عند العرف (سواء كان ذلك الشرط الذى يتقوم عملا محضا ، كالخياطة ، او عينا) محضا (كمال العبد المشترط معه) فيما اذا اشترى العبد بشرط ان يكون معه ماله فتلف المال و لم يصل الى المشتري (او عينا و عملا) معا (كالصبغ) فان اللون عين ، ويحتاج الى الصباغ (لانه مدخل فى قيمة العوض) وفى زيادة الثمن (اذ كل شرط) ولو لم يكن مالا ولا عملا - كما فى منال التدبير و العتق - (كذ لك) له مدخلية فى زيادة العوض .

و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه ، وان كان مقتضى المعاوضة بين
العوضين بانفسهما كون الشرط مطلقا قيد غير مقابل بالمال ، فان المبيع
هو الثوب المخيط والعبد المصاحب للمال ، لا الثوب والخيطة ، والعبد
وماله .

ولذا لا يشترط قبض ما بازاء المال من النقيدين في المجلس ، لو كان
من احدهما .

(و ما ذكره) العلامة (قدس سره) من الارش (لا يخلو عن وجه) لا ن
للشرط قسطا من المال عرفا ، فتعذره او امتناعه يوجب ان يكون للمشروط
له حق القسط (وان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بانفسهما)
لا يبين جزء من العوض و بين الشرط (كون الشرط مطلقا) اى سواء كان
عملا او مالا او كلاهما معا ، او ليس باحدهما كالتدبير (قيدا) للعوض
(غير مقابل بالمال) ، فان المبيع هو الثوب المخيط والعبد المصاحب
المال ، لا الثوب والخيطة والعبد وماله (فلاشئ من الثمن يقابـــــــــل
بالخيطة ، ولا بمال العبد ، ففوت الخيطة و مال العبد لا يوجب ارجاع
مقدار من المال (ولذا) الذى ليس للشرط قسط من المال (لا يشترط
قبض ما بازاء المال من النقيدين في المجلس ، لو كان) ما بازاء المال
(من احدهما) اى من احدا النقيدين .

فاذا كان للعبد ذهب ، واشترط ان يكون معه عند الانتقال الى
المشتري ، فلا يشترط قبض مال العبد في المجلس ، والاحال انه لو كان مال
العبد بازاء بعض الثمن لزم قبض ذلك المقدار من الثمن في المجلس ، لانه

.....
و سيجئ فى المسئلة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة
الاجزاء .

الخامسة : لو تعذر الشرط وقد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه
بتلف ، او بنقل ، او رهن ، او استيلاء فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ
فاذا فسخ ، ففى رجوعه عليه بالقيمة او بالعين مع بقائها بفسخ العقد

يشترط فى بيع النقيدين القبض فى المجلس .
اللهم الا ان يقال : ان ادلة القبض فى المجلس لا تشمل مثل المال
المشروط وان كان الشرط بازاء المال .
(و سيجئ فى المسئلة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة
الاجزاء) وهذا يؤيد كلام العلامة .

(**الخامسة**) من المسائل المربوطة بالشرط (لو تعذر الشرط وقد
خرج العين عن سلطنة المشروط عليه ، بتلف ، او بنقل) كالبيع (اورهن)
بان صار متعلق حق الغير (او استيلاء) بان صارت الامة متشبهة بالحرية
او بما اشبه ، كما اذا وقع المتاع فى البحر ، او غصبته السلطة مثلاً
(فالظاهر عدم منع ذلك) وهو الخروج عن سلطنة المشروط عليه (عن
الفسخ ، فاذا فسخ ، ففى رجوعه) اى الفاسخ (عليه) اى على المشروط
عليه (بالقيمة) لتعذر العين تعذراً عقلياً كالتلف ، او شريعياً كالبيع (او)
رجوعه عليه بالقيمة اذا كانت العين تالفة ، و (بالعين مع بقائها) وان
كانت منتقلة ، او صارت متعلق حق الغير ، او متشبهة بالحرية (بفسخ العقد

الواقع عليه من حينه او من اصله ، وجوه يأتى فى احكام الخيار ، ويأتى ان الاقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الادلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بان لا يكون منافيا للوفاء بالشرط .
واما لو كان منافيا ،

الواقع عليه) وابطال الفسخ لحق الاستيلاد مثلا ويكون الفسخ (من حينه) فاذا باعه الدار بشرط كذا ، والمشتري لم يف بالشرط ، وقد باع الدار وفسخ المالك الاول كان فسخه من حين الفسخ ، ومنافع الدار بين البيع الاول ، وبين الفسخ للمنتقل اليه لا المنتقل عنه (او من اصله) فمنافع الدار فى تلك المدة للبائع الاول (وجوه) واحتمالات (يأتى) بيانها وذكر ادلتها (فى احكام الخيار ، ويأتى ان الاقوى) لدى المصنف (الرجوع بالبدل) لا بالعين (جمعا بين الادلة) وهى دليل ان المشتري له الفسخ ، ودليل ان البيع الواقع عليه الثمن من المشروط عليه صحيح واجب الوفاء به .

و (هذا) الذى ذكرناه (كله) من الرجوع الى البدل وبعـض الاحتمالات الاخر (مع صحة العقد الواقع) من المشتري على الثمن (بان لا يكون) العقد الواقع (منافيا للوفاء بالشرط) .

فمثال غير المنافى كما اذا باعه داره بشرط ان يخيط ثوبه ، فانه اذا باع المشتري الدار لم يكن بيعه منافيا للشرط الذى هو الخياطة لا مكان الجمع بين الخياطة وبين بيع الدار .

(واما لو كان) العقد الذى اوقعه المشتري على الثمن (منافيا)

كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففى صحته مطلقا، او مع اذن المشروط له، او اجازته، او بطلانه، وجوه، خيرها او سورها .

للشرط (كبيع ما اشترط وقفه على البائع) («على») متعلق ب «وقفه» فباع زيد دارا لعمرو، بشرط ان يوقفها زيد على عمرو نفسه، وكذا - كمثل بيع ما اشترط عتقه، واستيلاد ما اشترط بيعه، واصلح ما اشترط رهنه، الى غير ذلك من الامثلة (ففى صحته مطلقا) سواء اذن او اجاز ام لا، لانه صار ملكا له فله ان يتصرف فيه كيف يشاء (او - مع اذن المشروط له) سابقا على العقد الثانى واستيلاده (او اجازته) لاحقابعد ان عقد المشروط عليه، لانه حق المشروط له فاذا اذن او اجاز، جاز، و الا بطل (او بطلانه) مطلقا وان اذن و اجاز، لان الشرط اخرج الملك عن الاطلاق، ومع عدم اطلاقه لا يملك المشروط عليه التصرف فيه، اذ من شروط التصرف فى الملك ان يكون طلقا (وجوه، خيرها او سورها) .

اذ: المصلحة - والحال ان المثلث متعلق حق الغير - لوجه له فانه لا يستوى حق امرء مسلم .

والبطلان - حتى مع الاذن والاجازة - ايضا لوجه له، والحال ان المثلث مربوط بالبائع والمشتري، وقد اراد كلاهما بيعه، فيبقى القول الوسط، نعم ذلك لا يجرى فى مثل استيلاد الجارية .

اللهم الا ان يقال: ان حق البائع سابق على الاستيلاد فاللازم توقف الاستيلاد على اجازة البائع .

فلو باع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه و الزامه بالوفاء بالشرط
نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثاني
فاذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من حينه او من اصله او الرجوع
بالقيمة وجوه ، رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق ، فلا يبطل لبنائه

(فلو باع) المشتري المتاع (بدون اذنه) اى اذن المشترط الذى
هو البائع فى المثال (كان للمشروط له فسخه و الزامه) اى التزام
المشروط عليه (بالوفاء بالشرط) كما ان له ان يصاحبه حقه بقدر من
المال ، او بشرط آخر ، او ما اشبه ذلك .

(نعم لو لم نقل باجبار المشروط عليه) فى اصل مسألة الشرط - كما
تقدم انه قول لبعض الفقهاء - (فالظاهر صحة العقد الثانى) وللمشروط
له الفسخ (فاذا فسخ المشروط له) العقد الثانى (ففى انفساخ العقد)
الاول (من حينه) اى من حين الانفساخ ، فمنافع الملك للمنتقل اليه (او
من اصله) اى من حين العقد الاول ، فمنافع الملك للمنتقل عنه اى
البائع الاول .

و هناك احتمال كون انفساخ العقد الثانى من حينه فالمنافع
للمشتري الثانى ، او من اصله فالمنافع للمشتري الاول (او الرجوع) اى
رجوع الفاسخ - بعد الفسخ - (بالقيمة) لتعذر استرجاع العين ، لانها
انتقلت من المشروط عليه (وجوه ، رابعها التفصيل بين التصرف) اى تصرف
المشتري المشروط عليه المخالف للشرط (بالعتق فلا يبطل) العتق (لبنائه

على التغليب فيرجع بالقيمة ، و بين غيره فيبطل، اختاره فى التذكرة و الروضة، قال فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه — بعد ما ذكره — ان اطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا —، فلو اعتقه بشرط الخدمه مدّة تخير المشروط له بين الامضاء و الفسخ ، فيرجع بقيمة العبد .
قال بعد ذلك : و لو باعه المشتري او وقفه ، او كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تام و تخالف

على التغليب) فكلما تشبث العبد بالحرية لا يمكن استرجاعه الى الرق (فيرجع) المالك الاول الفاسخ (بالقيمة) جمعاً بين الحقوق و هى حق البائع ، و حق المشتري ، و حق العبد (و بين غيره) اى غير العتق (فيبطل) انتصرف ، و يسترجع المشترط المثلث (اختاره) اى هذا التفصيل (فـ فى التذكرة و الروضة ، قال) فى التذكرة (فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه — بعد ما ذكر ان اطلاق اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا —) لافى مقابل مال بأخذه من انسان آخر او خدمة يطلبها من العبد فى مقابل عتقه له ، قال : (فلو اعتقه بشرط الخدمة مدّة تخير المشروط له بين — بين الامضاء) للعقد (و الفسخ ، ف) اذا فسخ (يرجع بقيمة العبد) لان العبد قد اعتق ، فلا يمكن ارجاعه الى الملك .

قال بعد ذلك : و لو باعه المشتري او وقفه ، او كاتبه (على خلاف الشرط — الذى هو عتقه —) تخير البائع بين الفسخ و الامضاء ، فان فسخ) العقد (بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تام) الملكية (و تخالف

هذه العتق بشرط الخدمة لأن العتق مبني على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه وهل له امضاء البيع مع طالب فسخ مانقله المشتري؟ فيه احتمال، انتهى.

ومثله ما في الروضة.

وقال في الدرر - في العبد المشروط عتقه - ولو أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله انتهى وظاهره ما اخترناه ويحتمل

هذه العقود (العتق بشرط الخدمة) الذي ذكرناه أنه يرجع بالقيم؛ فالفرق بينهما (لأن العتق مبني على التغليب، فلا سبيل إلى فسخه) أي فسخ العتق (وهل له) أي المباح (امضاء البيع) أي إبقائه (مع طالب فسخ مانقله المشتري؟) إلى غيره طليبا لتنفيذ شرطه (فيه احتمال) لأن الشرط يقتضي إبقاء البيع على حاله حتى ينفذ الشرط فيه (انتهى) كلام العلامة.

(ومثله ما في الروضة) من التفصيل بين العتق فلا يفسخ، وبين سائر العقود، فتفسخ.

(وقال في الدرر - في العبد المشروط عتقه -) في عقد البيع (ولو أخرجه) المشتري (عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف، فللبائع فسخ ذلك كله انتهى) ولم يذكر حالة عتق العبد بشرط الخدمة، وأنه لو خالها المشتري ماذا يكون أمر البائع المشتري؟ (وظاهره ما اخترناه) عند ما قلنا - (خيرها أوسطها) أي وقف تلك العقود على الإذن أو الإجازة (ويحتمل)

ضعيفا غيره .

وفى جامع المقاصد الذى ينبغى ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشتري .

ثم ان هذا الخيار كما لا يسقط بتلف العين كذا لا يسقط بالتصرف فيها ، كما نبه عليه فى المسالك فى اول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على

ضعيفا غيره) بان يكون مراد الدروس فسخ العقد الاول ، فتفسخ هذه العقود بالتبع .

(وفى جامع المقاصد) قال : (الذى ينبغى ان المشتري ممنوع من كل تصرف ينافى العتق المشتري) فاذا تصرف تصرفا ينافيه ، بطل التصرف لانه كان ممنوعا منه .

لكن الظاهر ان مراده الاحتياج الى الاجازة ، لانه ليس اسوء من الفضولى .

(ثم ان هذا الخيار) أى خيار الشرط الذى هو للمشروط له (كما لا يسقط بتلف العين) عند المشتري فاذا باع عبائة بدينار ، بشرط ان يخط المشتري قبائه فتلف الدينار عنده ، فلا يسقط خيار شرطه ، فاذا لم يخط المشتري القباء كان للبائع خيار الفسخ وان تلف الدينار عنده ، فاذا فسخ اعطى بدله للمشتري (كذا لا يسقط بالتصرف فيها) أى فى العين المنتقلة الى المشتري ، لانه لا دليل على ان التصرف يسقط لخيار الشرط (كما نبه عليه) أى على عدم سقوط خيار المشتري بالتصرف (فى المسالك فى اول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على

البائع .

نعم اذا دل التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد وسقط الخيار
 نظير خيار المجلس والحيوان بناء على ما استفيد من بعض اخبار
 خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللاً بحصول الرضا
 بالعقد .

و اما مطلق التصرف ، فلا .

البائع) فان تصرف البائع في الثمن ، فلا يسقط خيار المشتري بتصرف
 البائع فيما اذا ظهر الثمن معيبا .

(نعم اذا دل التصرف) اي تصرف ذي الخيار (على الالتزام بالعقد)
 و انه لا يريد الاخذ بالخيار (لزم العقد وسقط الخيار) و هو خيار الشرط .
 فلا يحق له الاخذ بعد ذلك بخيار الشرط ، وفسخ العقد فيما اذا لم يأت
 المشروط عليه بالشرط .

(نظير خيار المجلس والحيوان) فانهما لا يسقطان بالتصرف الا اذا
 دل التصرف على الرضا بالعقد (بناء على ما استفيد من بعض اخبار
 خيار الحيوان المشتمل) ذلك الخبر (على سقوط خياره) اي خيار الحيوان
 (بالتصرف) في الحيوان (معللاً) السقوط (بحصول الرضا بالعقد) فيدل
 على ان الرضا هو المسقط للخيار .

(و اما مطلق التصرف ، فلا) يسقط الخيار .

ثم انه اذا تصرف ذو الخيار (خيار الشرط) في المنتقل اليه تصرفا
 مخرجا عن الملك او شبهه ، ثم اخذ بالخيار ، فهل يحق للمشروط عليه

.....
 السادسة : للمشروط له اسقاط شرط اذا كان مما يقبل الاسقاط ،

لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة

ارجاع ملكه حتى اذا كان الثمن عبدا فاعتقه البائع المشروط ، او كانت امة فاولدها ، او كان ملكا فوقفه مسجدا ، ام لا ؟ بل لا بد من الرجوع الى التبدل احتمالات - كما تقدّم مثله - .

(السادسة) من المسائل المرتبطة بالشرط ، فى ان (للمشروط له اسقاط شرطه اذا كان) الشرط (مما يقبل الاسقاط) كما اذا كان حقا للبائع ، وفعلا للمشروط عليه نحو اشتراط ان يخييط المشتري ثوب البائع (لا مثل اشتراط مال العبد او حمل الدابة) لانه شرط نتيجة ، وشرط الغاية لا يقبل الاسقاط ، لانه قد حصل بمجرد الشرط ، وصار الحمل والمال ملكا للمشروط له والملك لا يسقط بالاسقاط ، نعم ان الملك يقبل الخروج عن ملك ماله بالاعراض .

الهم الان يقال : ان الاسقاط امر اعتبارى والعرف يرى صحته بالنسبة ، حتى الى شرط الغاية .

فاذا اشترى الدابة بشرط ان يكون للمشتري الحمل ، ثم قال اسقطت شرطى ، رأى العرف ان ذلك يوجب ان يكون الحمل للمالك البائع ، و ليس من قبيل ان يقول « اسقطت ملكيتى للدار » وان كان ذلك معقولا فى نفسه ، لكنه خلاف الاعتبار العرفى الممض ، من قبل الشارع .
 ثم انه لو شك فى انه هل هو شرط قابل للاسقاط ، او ليس بقابل للاسقاط ؟ كان اصل « امكان اسقاط كل حق الا ما خرج » محكما .

.....
 لعموم ما تقدم فى اسقاط الخيار ، وغيره من الحقوق ، وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له ، كالعتيق .
 فان المصرّح به فى كلام جماعة ، كالعلامة ، وولده ، والشهيدين ، وغيرهم عدم سقوطه باسقاط المشروط له .
 قال فى التذكرة : الاقوى عندى ان العتيق المشروط اجتمع فيه حقوق ، حق لله ،

اذ معنى الحق انه قابل للاسقاط ، والنقل ، والارث ، وغيرها ، وهذا الاصل العقلائى مقدّم على استحباب عدم السقوط ، وعدم الانتقال ، وما اشبه .
 وانما قلنا : ان للمشروط اسقاط شرطه (لعموم ما تقدم فى اسقاط الخيار ، وغيره من الحقوق ، وقد يستثنى من ذلك) اى من قابلية الشرط للاسقاط (ما كان حقا لغير المشروط له) اى بالاضافة الى كونه حقا للمشروط له (كالعتيق) كما اذا باع عبده بشرط ان يحتقه ، ثم اراد اسقاط هذا الشرط ، لم يتمكن من اسقاط شرطه ، لان العتيق حق العبد ايضا و المشروط نه انما له ان يسقط حق نفسه ، لاحق العبد .
 (فان المصرّح به فى كلام جماعة ، كالعلامة ، وولده ، والشهيدين وغيرهم عدم سقوطه) اى العتيق (باسقاط المشروط له) بل اللازم على المشروط عليه العتيق .

(قال فى التذكرة : الاقوى عندى ان العتيق المشروط) فى البيع و نحوه (اجتمع فيه حقوقي) ثلاثة (حق لله) لان العتيق يؤتى به قربة الى

.....
 وحق للبائع ، وحق للعبد ، ثم استقر بـ بناء على ما ذكره — مطالبة
 العبد بالعتق لو امتنع المشتري .

وفى الايضاح : الاقوى انه حق للبائع و لله تعالى ، فلا يسقط
 بالاسقاط ، انتهى .

وفى الدروس : لو اسقط البائع الشرط جاز الالعتق ، لتعلق حق
 العبد ، وحق الله تعالى به ، انتهى .

وفى جامع المقاصد : ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرينة و
 العبادة ، وهو حق الله تعالى ، و زوال

الله (وحق للبائع) لانه شرط ذلك فى ضمن العقد (وحق للعبد) لانه
 هو الذى يعتق و يستفيع بهذا الشرط (ثم استقر) العلامة (بناء على
 ما ذكره) من انه حق للعبد — ايضا — (مطالبة العبد) من سيده الجديد
 (بالعتق لو امتنع المشتري) من ان يعتقه .

(وفى الايضاح : الاقوى انه حق للبائع و لله تعالى) و ليس حق
 للعبد (فلا يسقط بالاسقاط ، انتهى) اذ البائع ليس وكيل عن الله سبحانه
 حتى يسقط حقه سبحانه .

(و) قال (فى الدروس : لو اسقط البائع الشرط جاز) اى نفذ اسقاطه
 (الالعتق) فان اسقاطه لم ينفذ (لتعلق حق العبد ، وحق الله تعالى
 به) بالاضافة الى حق البائع الذى اسقطه (انتهى) .

(وفى جامع المقاصد : ان التحقيق ان العتق فيه معنى القرينة . و
 العبادة ، وهو) بهذا الاعتبار (حق الله تعالى ، و) فيه ايضا (زوال

.....
الحجر وهو حق للعبد ، وفوات المالمية على الوجه المخصوص للقربة وهو
حق للبائع ، انتهى .

اقول : اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر
المطلوب للشارع ، فهو واضح .

و اما كونه حقا للعبد ، فانه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك فهو - هذا
لا يقتضى ساطنة له على المشتري بل هو متفرع على حق البائع دائر معه

الحجر) عن العبد (وهو حق للعبد ، و) فيه ايضا (فوات المالمية على
الوجه المخصوص للقربة) المعتبرة فيه (و هو) اى كونه مالا - الذى يفوته
العتق - (حق للبائع ، انتهى) كلام جامع المقاصد .

(اقول : اما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الامر
المطلوب للشارع ، فهو واضح) ولا يشترط ان تكون وجهه نظرا للبائع هي
المطوبية للشارع ، بل العتق المطلوب للشارع ، سواء قصد به البائع ، ام لا .
(و اما كونه حقا للعبد ، فانه ان اريد به مجرد انتفاعه بذلك) العتق
(فهذا) مسلم .

و لكن (لا يقتضى ساطنة له على المشتري) اذ ليس كل منتفع بشئ
له حق على الذى ينفعه ، وان كان ذلك واجبا على النافع ، فان من
نذر ان يتصدق بدينار على الفقير ، لا يكون للفقير حق عليه .
و من حلف ان يزور الحسين عليه السلام لا يكون للسائق والمكارى حق
عليه (بل هو) اى انتفاع العبد (متفرع على حق البائع دائر معه) اى

وجودا وعدمًا ، وان اريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة ، فلا دليل عليه .

و دليل الوفاء لا يوجب الاثبوت الحق للبائع .

و بالجملة : فاشتراط عتق العبد ليس الاكاشترط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل ، او يتصدق به عليه ، ولم يذكر احد ان لزيد المطالبة .

و مما ذكر يظهر الكلام فى ثبوت حق الله

مع حق البائع (وجوداً أو عدماً) فان كان للبائع حق انتفع العبد ، والا لم ينتفع (وان اريد ثبوت حق) للعبد (على المشتري يوجب) للعبد (السلطنة على المطالبة ، فلا دليل عليه) اى على وجود مثل هذا الحق بل اصالة عدم تعلق العبد على المشروط عليه محكمة .

(و دليل الوفاء لا يوجب الاثبوت الحق للبائع) فانه يدل على الوضع لا التكليف المجرد .

و المفهوم من الوضع عرفاً ثبوت هذا الحق مع قطع النظر عن الادلة الخارجية على ذلك .

(و بالجملة : فاشتراط) البائع على المشتري (عتق العبد ليس الا) كاشتراط ان يبيع المبيع من زيد بادون من ثمن المثل ، او يتصدق به (اى بالمبيع) عليه ، ولم يذكر احد ان يزيد (المشروط بنفعه) (المطالبة) مما يدل على ان الفقهاء لم يفهموا من الادلة ثبوت الحق لزيد .

(و ما ذكر) من انه لا دليل على حق للعبد (يظهر الكلام فى ثبوت حق الله

.....
 تعالى ، فانه ان اريد به مجرد وجوبه عليه ، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار في كل شرط ، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالاسقاط ، وان اريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوباً لله ، كما ذكره جامع المقاصد ففيه ان مجرد المطلبية اذا لم يبلغ حد الوجوب لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم ، ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد والقيام بحقوقهم .

وقد عرفت ان المطلوب غير هذا

تعالى ، فانه ان اريد به (اي بحق الله (مجرد وجوبه عليه) اي على المشروط عليه) لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض) وقد اوجب الله هذا الوفاء (فهذا) الحق لله تعالى (جار في كل شرط ، ولا ينافي ذلك) الحق لله تعالى (سقوط الشروط بالاسقاط) لان وجوب الحق لله تعالى تابع لطالب ذي الحق ، كما يسقط حق الله (اي وجوبه) اذا سقط الدائن دينه (وان اريد) حقاً (ما عدا ذلك) الوجوب الشرعي المتبعي (من حيث كون العتق مطلوباً لله) فهو حق ابتدائي له سبحانه على المشروط عليه (كما ذكره جامع المقاصد ففيه ان مجرد المطلبية اذا لم يبلغ حد الوجوب) الاستقلال (لا يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم) (يلزم) من باب الافعال (ولا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد) المستفاد من قوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم (والقيام بحقوقهم) المستفاد من قوله عليه السلام : لا يستوى حق امرء مسلم وشبهه (وقد عرفت ان المطلوب) للذي يقول : بانه حق لله تعالى (غير هذا)

فافهم .

السابعة : قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلّف على المشهور لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد

اذ هذا النحو من حق الله تعالى تابع لحق المشترط ، فاذا اسقط المشترط حقه ، لم يبق امر شرعى بتنفيذ الشرط ، كما قال عليه السلام — فى ما يشبه المقام — : انه لم يعص الله ، وانما عصى سيّده ، فاذا اجاز جاز (فافهم) فانه يحتمل ان يشمل قوله عليه السلام : ما كان لله فلارجعة فيه فانه لو شرط العتق صار ذلك لله تعالى ، اذ العتق ما يتقرب به اليه سبحانه ، فلا يتمكن المشترط من الرجوع ، وعلى فرض الرجوع ، فانما يرجع فى حق نفسه لافى حق الله تعالى ، لكن الاقرب هو الاول وانه يسقط الحق مطلقا .

(**السابعة**) من مسائل الشرط (قد عرفت ان الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن عند انكشاف التخلّف) للشرط فلا يكون الثمن جزئيين ، جزء فى مقابل اصل المثلّمين ، وجزء فى مقابل شرطه حتى يكون تخلّف الشرط موجبا لاسترجاع المشترط جزء من الثمن (على المشهور) وان تقدم التأمل فى ذلك ، وان بعض الشروط مما يقسط عليه الثمن عرفا .

وحيث ان الشارع امضى العقود مطلقا الا ما استثناه و ليس المقام بما استثناه ، كان اللازم القول بامضاء الشارع لما يراه العرف هنا .

وكيف كان فانما قلنا بعدم تقسيط الثمن (لعدم الدليل عليه) اى على التقسيط (بعدم دلالة العقد

عرفا على مقابلة أحد العوضيين إلا بالآخر، والشرع لم يزد على ذلك، إذ:
أمره بالوفاء، بذلك المدلول العرفي.

فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين هذا .
و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتري
مركباً، ويشترط كونه كذا وكذا جزء كان يقول: بعثك هذا الأرض والثوب
أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعاً أو صاعاً ،

عرفا على مقابلة أحد العوضيين إلا بالآخر) فالثمن في مقابل الثمن ، و
التمن في مقابل الثمن ، ولا مدخلية للشرط إلا أن للمشتري الفسخ إذا لم
يأت المشروط عليه بالشرط (والشرع لم يزد على ذلك) الأمر العرفي
(إذ أمره) أي أمر الشرع المشروط عليه (بالوفاء، بذلك المدلول العرفي)
الذي هو كون الثمن في مقابل الثمن والعكس .

(فتخلف الشرط لا يقدح في تملك كل منهما لتمام العوضين) بدون
أن يسقط من أحدهما بمقدار الشرط (هذا) هو مقتضى القاعدة في كل
شرط إلا ما استثنى ، وهو ما ذكره بقوله :

(و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة) «تضمن»
بالنصب خبر « يكون» (بأن يشتري مركباً ، ويشترط كونه كذا وكذا جزء)
فإن ما تصوّره ذكر بعنوان الشرط وهو جزء في الواقع (كان يقول :
بعثك هذا الأرض ، أو الثوب ، أو الصبرة) وهي مقدار من الحنطة (على
أن يكون كذا ذراعاً) بالنسبة إلى الأرض والثوب (أو صاعاً) بالنسبة إلى
الصبرة ، أو يكون الظاهر في الجزئية من الأمثلة المذكورة ، كان يقول

.....
 فقد جعل الشرط تركبته من اجزاء معينة ، فهل يلاحظ حينئذ جانب
 القيدية و يقال : ان المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا
 جزء ، فالمتخلف هو قيد من قيود العين ، كالكتابة ونحوها فى العبد لا يوجب
 فواتها الا خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن او يلاحظ جانب الجزئية
 فان المذكور، و

بعتك هذه البرتقالات على ان تكون مائة مثلا ، حيث ان الوحدات منفصلة
 (فقد جعل الشرط تركبته من اجزاء معينة ، فهل يلاحظ حينئذ جانب
 القيدية) اى الصورة (ويقال : ان المبيع هو العين الشخصية) الخارجية
 — زادت او نقصت — فالثمن فى مقابل هذه العين كيف كانت (المتصفة
 بوصف كونه كذا جزء ، فالمتخلف) اذا ظهرت اقل جزء (هو قيد من قيود
 العين) الخارجية .

فاذا ظهر المبيع اقل جزء ، كان للمشتري خيار تخلف الشرط فقط
 من دون ان يكون له استرداد ما يقابل ذاك من الثمن .
 و لكن ليعلم ان عدم حقه فى الاسترداد بناء على ان تخلف الشرط
 لا يوجب ارشا والا كان له الارش و ان كان ذلك المتخلف ليس بجزء ،
 كما تقدم نقله عن بعض الفقهاء ، فيكون الجزء الواقعى بناء على ما
 ذكره (كالكتابة ونحوها فى العبد) اذا شرطها المشتري (لا يوجب
 فواتها الا خيارا بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن) « بتمام » متعلق ب
 « (الامضاء) » (او يلاحظ جانب الجزئية) التى هى الواقع و التحقيق
 (فان المذكور) بقوله : بشرط ان يكون كذا اصاعا ، او ذراعا ، او عدداً (و

ان كان بصورة القيد ، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد وعدمه ، فالمبيع فى الحقيقة هو كذا وكذا جزء الا انه عبر عنه بهذه العبارة كما لو اخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على اخباره ، فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتت .

و بالجملة فالفاتت عرفا وفى الحقيقة هو الجزء ، وان كان بصورة الشرط ، فلا يجرى فيه ما مر من عدم

ان كان بصورة القيد، الا ان منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد (فيزيد) و عدمه) فينقص (فالمبيع فى الحقيقة هو كذا وكذا جزء) فاذا اشترى مائة برتقالة بعشرة دنانير ، فكل برتقالة تساوى مائة فلس مثلا (الا انه عبر عنه بهذه العبارة) الظاهرة فى الشرطية ، والعقود تتبع القصد لا اللفاظ . (كما لو اخبر) البائع (بوزن المبيع المعين) وانه مائة رطل مثلا (فباعه) (المشتري الى الغير) اعتمادا على اخباره) بوزن ذكر الوزن فى العقد (فان وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفاتت) .

فاذا كان بعض المبيع فائتا ، كان له ان يسترد من الثمن بالنسبة وذلك لانه -- فى المعنى والحقيقة -- باعه كذا جزء ، كل جزء بنسبته من الثمن .

(و بالجملة فالفاتت عرفا وفى الحقيقة هو الجزء) فيما اذا باعه صبرة بشرط ان تكون كذا صاعا مثلا (وان كان) الفاتت ذكر (بصورة الشرط ، فلا يجرى فيه) أى فى هذا النحو من الشرط (ما مر من عدم

التقابل الا بين نفس العوضين .

ولاجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه ارضا على انها جريان معينة او صبرة على انها اصوع معينة .

و تفصيل ذلك العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله : لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معيناً ، فنبين الاختلاف من حيث الكم ، فاقسامه اربعة .
لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء ، او متفقها .
وعلى التقديرين فاما ان يزيد ،

التقابل الا بين نفس العوضين) حتى لا يكون لفواته تأثير فى تنقيص الثمن بل فواته يوجب تنقيص الثمن بالنسبة .

(ولاجل ما ذكرنا) من ان هذا الشرط هل هو كسائر الشروط او هو كفوات بعض الاجزاء (وقع الخلاف) بين الفقهاء (فيما لو باعه ارضا على انها جريان معينة ، او باعه (صبرة على انها اصوع معينة) (اصوع) جمع صاع وقع الخلاف فى انها تعامل معاملة الجزء ، او معاملة الشرط (و تفصيل ذلك العنوان) هو (الذى ذكره فى التذكرة) (تفصيل « نبتدء و « الذى » خبره (بقوله : لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معيناً ، فتبين الاختلاف من حيث الكم ، فاقسامه) اى اقسام ذلك المبيع (اريد) (لانه اما ان يكون مختلف الاجزاء) كما اذا باعه شيئا على انها مائة (او متفقها) كمثال الصبرة ، ولا يخفى ان المراد بالاتفاق هو الاتفاق العرفى ، والا فاجزاء كل شئ مختلفة بنظر الدقة و الواقع .
(وعلى التقديرين) وهما الاختلاف والاتفاق (فاما ان يزيد) كان

و اما ان ينقص .

فالاول تبين النقص فى متساوى الاجزاء ، ولا اشكال فى الخيار ، وانما الاشكال والخلاف فى ان له الامضاء بحصة من الثمن او ليس له الامضاء الابتتام الثمن

كانت مائة وعشرة شياة (و اما ان ينقص) كما لو كانت تسعين .

اما اذا ظهر مطابقا للعدد المشروط ، فذلك خارج عن موضوع الكلام .

وقد يتصور ان يزيد وينقص معا ، كما اذا باعه كمية من الشياة والسخال ببيع واحد ، على ان يكون كل منهما مائة فظهرت احديهما مائة وعشرة و الاخرى تسعين .

(فالاول) من الاقسام الاربعة (تبين النقص فى متساوى الاجزاء ، و لا اشكال فى الخيار) و ان المشتري مخير بين الفسخ والامضاء ، اما الامضاء فعلى الاصل ، واما الفسخ فتقاعدة : لا ضرر وشبههما (وانما الاشكال والخلاف فى ان له الامضاء بحصة من الثمن) الحصة بالنسبة لا الحصة مطلقا .

مثلا : لو اشترى مائة شاة بمائة دينار فظهرت تسعين ، كان له ان يسترجع عشرة — اذا كانت متساوية القيمة — لان بقول : اما ان تعطينى عشرين ، واما ان افسخ ، اللهم الا على وجه الصلح ، كما انه ليس له ان يطالبه بعشرة من الخارج اذا كان البيع شخصيا ، و اذا كان كليا فليس له المطالبة المقدار الناقص او الصلح (او ليس له الامضاء الابتتام الثمن

فالمشهور — كما عن غاية المرام — هو الاول .

وقد حكى عن المبسوط ، والشرائع وجملة من كتب العلامة والدروس و
التنقيح ، والروضة ، وظاهر السرائر و ايضاح النافع ، حيث اختارا ذلك
فى مختلف الاجزاء فيكون كذللك فى متساوى الاجزاء بطريق اولى .
و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم فى مختلف الاجزاء كونه

فالمشهور — كما عن غاية المرام — هو الاول (بان له الامضاء بحصة من
الثلث .

(وقد حكى) هذا القول (عن المبسوط ، والشرائع ، وجملة من كتب
العلامة ، والدروس ، والتنقيح ، والروضة ، وظاهر السرائر) .
و يحتمل ان يكون مراد السرائر غير ذلك و لذا قال « و ظاهر
السرائر » (و ايضاح النافع) و انما قلنا انه الظاهر منهما (حيث اختارا)
وهما السرائر و الايضاح (ذ لك) الامضاء بحصة من الثلث (فى مختلف
الاجزاء) كالارض (فيكون) رأيهما (كذللك) الامضاء بحصة من الثلث (فى
متساوى الاجزاء بطريق اولى) .

و وجه الاولوية ان مختلف الاجزاء فيه جهتان ((الاجزاء)) و ((الاختلاف
بينها)) .

فاذا كان الحكم التقديس ، يكون فى متساوى الاجزاء اولى ، لانه ليس
فيه الا ((الاجزاء)) فقط .

(و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم) اى تقسيط الثلث (فى
مختلف الاجزاء كونه) اى الحكم

فى متساوى الاجزاء مفروغا عنه .

وعن مجمع البرهان انه ظاهر القوانين الشرعية .

ووجهه - مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى - ما
اشرنا اليه من ان كون المبيع الشخصى بذلك المقدار وان كان بصورة
الشرط الا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر ، كما لو كالأطعاما
فاشتراه فتبين الغلط فى الكيل ، ولا يرتاب اهل العرف فى مقابلة

(فى متساوى الاجزاء مفروغا عنه) .

وكذلك اولى بالحكم من مختلف الاجزاء لو كان بعض المبيع مختلف
الاجزاء و بعضه متساوى الاجزاء ، كما اذا باعه ارضا مع صبرتها على
ان الارض مائة جريب والمبيرة مائة طن .

(وعن مجمع البرهان انه) اى التقسيط (ظاهر القوانين الشرعية)
(ووجهه) اى وجه التقسيط (- مضافا الى فحوى الرواية الآتية فى
القسم الثانى -) اى مختلف الاجزاء ، والفحوى يعنى الاولوية لانه اذا
قسط فى مختلف الاجزاء كان التقسيط فى متساوى الاجزاء اولى - كما
عرفت - (ما اشرنا اليه) خبر « ووجهه » (من ان كون المبيع الشخصى
بذلك المقدار) الذى اتفقا عليه (وان كان) مذكورا فى لفظ العقد بصورة
الشرط الا ان مرجعه عند العرف (الى كون المبيع هذا القدر) اى مائة
طن مثلا ، وكأنه اشتراه بالاجزاء ، فيكون حال الشرط (كما لو كالا) البائع
والمشتري (طعاما فاشتراه) بدون ذكر الكمية ، جزءا أو شرطا (فتبين
الغلط فى الكيل) (و) من المعلوم انه (لا يرتاب اهل العرف فى مقابلة

الـثمن لمجموع المقدار المعين المشـرط هنا خلافا لصريح القواعد، ومحكى
الايضاح .

وقواه فى محكى حواشى الشهيد والميسية والكفاية، واستوجهه فى
المسالك، ويظهر من جامع المقاصد ايضا لان المبيع هو الموجب —
الخارجى، كائنا ما كان .

غاية الامر انه التزم ان يكون بمقدار معين .
وهو وصف غير موجود فى المبيع فاجب الخيار، كالكتابة المفقودة فى

الـثمن لمجموع المقدار المعين المشـرط هنا) شرطا معنويا، لانه لم يذكر
فى اللفظ .

فالعلة التى توجب التقسيط هنا هى بعينها موجودة فى مسئلتنا
(خلافا لصريح القواعد، ومحكى الايضاح) حيث لم يقسطا الثمن على
الاجزاء بل قالان المشتري بخير بين الامضاء بكل الثمن او الفسخ .
(وقواه فى محكى حواشى الشهيد والميسية والكفاية، واستوجهه فى
المسالك) اى قال ان له وجهها (ويظهر) عدم التقسيط (من جامع
المقاصد ايضا) .

وجه عدم التقسيط (لان المبيع هو الموجود الخارجى، كائنا ما كان)
(غاية الامر انه) اى البائع (التزم) على نحو الشرط فى ضمن العقد
(ان يكون بمقدار معين) .

(و) حيث ان المقدار المعين (هو وصف غير موجود فى المبيع فاجب
الخيار) فيكون حال هذا الوجه (كالكتابة المفقودة فى

العبد، و ليس بمقابل الثمن نفس ذلك المقدار، الا انه غير موجود فى الخارج مع ان مقتضى تعارض الاشارة والوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا
 فارجاع قوله : بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع

العبد (من انه يوجب الخيار لاسترجاع قدر من الثمن) و ليس بمقابل الثمن نفس ذلك المقدار) فكل طنّ من مائة طنّ فى مقابل دينار (الا انه غير موجود فى الخارج) فله ان يسترجع بكل طنّ مفقود ديناراً و ليس هكذا على ما ذهب اليه القول الاول ، هذا هو الوجه الاول لعدم التقسيط و هناك وجه ثان وهو ما ذكره بقوله : (مع ان مقتضى تعارض الاشارة والوصف غالبا ترجيح الاشارة عرفا) .

فاذا كانت شاة رمادية اللون ، فقال المشتري ، اشترى منك هذه الشاة الغبراء صحّ البيع ، وان كان الوصف - الغبراء - والاشارة الى الرمادية ومانحن فيه كذ لك ، اذ الاشارة الى الصبرة الخارجية ، والوصف - المائة طنّ - فاذا تخلف الوصف قدّمت الاشارة ، و يكون الثمن فى مقابل المشار اليه لافى مقابل المائة ، فتكون المائة من باب الوصف ، لا من باب الكمية والاجزاء .

وانما قال « غالبا » لانه قد يقدم الوصف اذا علم المراد ، كما اذا جاء الى دار زيد عدو فى الظلام ، وطرق الباب ، فظنه زيد صد يقا فقال : ايها الصديق ادخل الدار ، وعلم العدو بانه لا يرضى بدخوله لم يجز له الدخول ، فيقدم الوصف على الاشارة هنا .

(فارجاع قوله : بعتك هذه الصبرة على انها عشرة اصوع) على نحو

.....
الى قوله : بعثك عشرة اصوح موجودة فى هذا المكان ، تكلف .
والجواب ان كونه من قبيل الشرط مسلم ، الا ان الكبرى وهى ان
كل شرط لا يوزع عليه الثمن ، ممنوعة ، لان المستند فى عدم التوزيع عدم
المقابلة عرفا ، والعرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة ، فتأمل .

الشرط (الى قوله : بعثك عشرة اصوح موجودة فى هذا المكان) على نحو
الجزء (تكلف) .

فاذا لم تكن بتلك الكمية ، فهى من قبيل تخلف الشرط ، لا تخلف الجزء
حتى يكون فى مقابلة مقدار من الثمن ، من قبيل تبعض الصفقة .
(والجواب ان كونه) اى الحكم المذكور (من قبيل الشرط مسلم ، الا
ان الكبرى وهى ان كل شرط لا يوزع عليه الثمن ، ممنوعة) .
فحاصل استدلال القائل بانه شرط ، ان الكمية فى الموارد المذكورة
شرط و الشرط لا يوزع عليه الثمن ، فتخلف الكمية لا يوجب استرجاع بعض
الثمن ، بل للمشتري الخيار ، فاما ان يقبل البيع بكل الثمن ، واما ان
يفسخ البيع ، لان يقبل البيع ببعض الثمن (لان المستند فى عدم
التوزيع عدم المقابلة) بين الثمن و اجزاء الثمن (عرفا ، و الحال ان
(العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة) والشارع امضى العقود العرفية
فيما لم يزد الشارع او ينقص و ليس المقام مما زاد او نقص (فتأمل) فان
الشارع جعل تخلف الشرط موجبا للخيار ، فلم يترك العرف على ما يراه
من التقييد هنا فروية العرف التقييد لا تكفى بعدم ردع الشارع

.....
الثانى : تبين النقص فى مختلف الاجزاء ، والاقوى فيه ما ذكر من
 التقسيط مع الامضاء ، وفاقا للاكثر ، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون
 ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع ، مضافا الى خبر ابن حنظلة : رجل
 باع ارضا على انها عشرة اجرة فاشترى المشتري منه بحدوده و نقد
 الثمن و اوقع صفقة البيع وافترقا ، فلما مسح الارض ، فاذا هى خمسة اجرة
 قال : فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض .

(**الثانى**) من الاقسام الاربعة (تبين النقص فى مختلف الاجزاء) كما
 اذا اشترى عشر شياة بعشرة دنانير فتبين انها تسعة (والاقوى فيه ما
 ذكر) فى القسم الاول (من التقسيط مع الامضاء) فله الحق فان يسترجع
 دينارا - فى المثال - (وفاقا للاكثر ، لما ذكر سابقا من قضاء العرف) و
 حكمهم (بكون ما انتزع منه الشرط) اى لم يكن على نحو ما ذكر من
 الشرط - بان كانت كميته اقل مما ذكر - (جزء من المبيع) و من المعلوم
 ان الجزء يكون فى مقابل الثمن (مضافا الى خبر ابن حنظلة) حيث
 سئله عليه السلام عن (رجل باع ارضا على انها عشرة اجرة) و هى جمع
 جريب (فاشترى المشتري منه) المبيع (بحدوده) المعلوم (و نقد الثمن)
 اى اعطاه نقدا (و اوقع صفقة البيع) كناية عن تمامية العقد لان المتعارف
 عند تمامية العقد ، ان يصفق احدهما بيده على يد الآخر بمعنى انتهاء
 العقد (و افترقا) فان البيعين اذا افترقا لزم البيع (فلما مسح) المشتري
 (الارض ، فاذا هى خمسة اجرة) فما هو التكليف ؟ (قال) عليه السلام :
 (فان شاء استرجع فضل ماله و اخذ الارض) اى التفاوت بين ثمن خمسة

.....
 وان شاء رد المبيع واخذ المال كله ، الا ان يكون له الى جنب تلك
 الارض ارضون فليوفه ، ويكون المبيع لازما فان لم يكن له فى ذلك المكان
 غير الذى باع فان شاء المشتري اخذ الارض ، واسترجع فضل ما له و
 ان شاء رد الارض ، واخذ المال كله الخبر .
 ولا بأس باشتما له على حكم مخالف

اجربة و بين ثمن عشرة اجربة (وان شاء رد المبيع) كله (واخذ المال
 كله) .

فان الامام عليه السلام حكم باسترجاع التفاوت مع ان الكمية المبيعة
 كانت بنحو الشرط ، لانه قال ((باع ارضا على انها عشرة اجربة)) .
 و ظاهر (على) الشرط ، لا ان المال كان بازاء الكمية .

ثم قال عليه السلام : (الا ان يكون له) اى للبائع (الى جنب تلك
 الارض ارضون فليوفه) اى يوف البائع القدر الناقص بان يعطى الخمسة
 الاجربة الناقصة من الارض الملاصقة للارض المشتراة (و يكون) حينئذ
 (المبيع لازما) ولاحق للمشتري فى الفسخ ، ولا فى اخذ التفاوت (فان لم
 يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع) بان لم تكن له ارضون ملاصقة
 بالارض المشتراة (فان شاء المشتري اخذ الارض ، واسترجع فضل ما له)
 و هو التفاوت بين الخمسة والعشرة — اى بالنسبة — (وان شاء رد الارض
 واخذ المال كله) الخبر كما ذكرناه أولا .

(و هذا الخبر دال على ما ذكرناه من ان الشرط الصورى لا ينافى
 التفسير فى الواقع .) (لا بأس باشتما له) اى الخبر (على حكم مخالف

للقواعد لان غاية الامر على فرض عدم امكان ارجاعه اليها ومخالفة
ظاهره للاجماع طرح ذيله غير المستقط لصدوره عن الاحتجاج ، خلافا

للقواعد) وهو حكم الامام عليه السلام بانه اذا كانت للبائع ارضون ملاصقة
اعطى المشتري منها بالمقدار الناقص .

وهذا انما ينافي القواعد لان البيع الشخصى واقع على الارض
المشتراة فلزوم ان يعطيه من ارض اخرى بخلاف قاعدة : العقود تتبع
القصور ، وقاعدة : تجارة عن تراضي ، وقاعدة : الناس مسلطون على
اموالهم .

وانما قلنا لا ينافي التيسيط (لان غاية الامر على فرض عدم امكان
ارجاعه) اى ارجاع ما ذكره الامام عليه السلام من اعطائه ارضا الى جنب
الارض المشتراة (اليها) اى الى القواعد ، بان يقال : ان المبيع كان
شخصيا بالنسبة الى القدر الموجود ، وكليا بالنسبة الى الاجرة الخمسة
الباقية ، فاذا كانت للبائع ارض الى جنب المبيع الشخصى ، كان الكلى
منطبقا عليه ، ولذا لزم على البائع الوفاء ، فلا خيار فى الرد ولا فى اخذ
التفاوت (ومخالفة ظاهره للاجماع) اذ لو لم يكن مخالفا للاجماع امكن
القول بظاهر الرواية وان كان مخالفا للقاعدة ، وذلك لوجود النص الخاص
فهذه المخالفة (طرح ذيله غير المستقط) ذلك الطرح (لصدوره) الذى هو
محل الشاهد (على الاحتجاج) لانه قد تحقق فى موضعه التبعض فسوى
الحديث ، اذ سقوط بعضه عن الحجية لا ينافي حجية باقيه ، هذا كله خلافا

.....
 للمحكى عن المبسوط ، و جميع من قال فى الصورة الاولى بعدم التقسيط
 لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد ولا ينقص ، لوجود الشرط
 وعدمه .

و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار ، كما لو
 اشترط حمل الدابة او مال العبد فتيين عد مهما .
 و زاد بعض هؤلاء ما فرق به فى المبسوط بين الصورتين

للمحكى عن المبسوط ، و ل (جميع من قال فى الصورة الاولى) وهى
 صورة تساوى الاجزاء (بعدم التقسيط) فان من لم يقل فى صورة تساوى
 الاجزاء بالتقسيط لا يقول بالتقسيط فى الصورة الثانية بطريق اولى .
 و انما خالفوا هؤلاء (لما ذكر هناك) فى الصورة الاولى (من كون
 المبيع عينا خارجيا) بحيث (لا يزيد ولا ينقص ، لوجود الشرط وعدمه) و
 الثمن وقع فى مقابل هذه العين الخارجية .

(و الشرط) انما هو (التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار)
 كما لو شرط ان تكون الشاة المشتراة مائة - مثلا - فيكون حال شرط
 المقدار (كما لو اشترط حمل الدابة او مال العبد فتيين عد مهما) حيث
 يكون ذلك من تخلف الشرط الموجب لتخير المشتري بين الامضاء والفسخ
 و لا ارش ، وان كان العبد ذو المال والدابة الحامل يساويان باكثر .
 (و زاد بعض هؤلاء) القائلين بعدم التقسيط (ما فرق به فى المبسوط
 بين الصورتين) « ما » فاعل « زاد » .

و الصورتان هما صورة تساوى الاجزاء ، وصورة تخالف الاجزاء .

.....
 بان الفاتت هنا لا يعلم قسطه من الثمن ، لان المبيع مختلف الاجزاء ، فلا
 يمكن قسمته على عدد الجريان .

و فيه ان عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما
 يستحقه على تقدير العلم ، فيمكن التخلص بصلح ، او نحوه ، الا ان يدعى
 استلزام ذلك جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد .

و فرق المبسوط حيث حكم بالتقسيت في صورة التساوي ، وعدم
 التقسيت في صورة التخالف (بان الفاتت هنا) في مختلف الاجزاء (لا يعلم
 قسطه من الثمن ، لان المبيع مختلف الاجزاء) .

فاذا اشترى مائة شاة بالف دينار ، كان بعضها بعشرة ، وبعضها
 بخمسة عشر ، وبعضها بخمسة ، وهكذا .

و كذلك اذا اشترى جربانا مختلفة الاجزاء (فلا يمكن قسمته على عدد
 الجريان) بخلاف متساوي الاجزاء المعلوم فيه قسمة الثمن على الاجزاء .
 (و فيه ان عدم معلومية قسطه) اي قسط الثمن المقابل للموجود ، و
 المقابل للمفقود (لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير
 العلم) اذ الجهل لا يسقط حق الانسان ، كما في سائر موارد الارش
 (فيمكن التخلص) من حق المشتري - المقابل للفقد المفقود - (بصلح
 او نحوه) بتراض او استطلاع عن اهل الخبرة (الا ان يدعى استلزام
 ذلك) اي اختلاف الاجزاء (جهالة ثمن المبيع في ابتداء العقد) فانه في
 متساوي الاجزاء يعلم المشتري ان كل جزء كذا ، فيعلم ثمن المبيع .

اما في مختلف الاجزاء فحيث لا يعلم ثمن كل جزء لا يعلم ثمن المبيع

مع عدم امكان العلم به عند الحاجة الى التقييط .
وفيه منع عدم المعلوماتية ، لان الفاتئ صفة كون هذه الارض المعنية
المشخصة عشرة اجربة ، و يحصل فرضه و ان كان المفروض مستحيل الوقوع
بتضاعف كل جزء من الارض .

مجموعا (مع عدم امكان العلم به) اى بثمان المبيع (عند الحاجة الى
التقييط) وعدم الامكان يأتى من جهاته بقيمة كل جزء جزء ، و الرجوع
الى اهل الخبرة لا يفيد لان المفروض لزوم علم المشتري و هو مفقود .
فحاله كما اذا اشترى شيئا بثمان مجهول ، ثم رجع الى اهل الخبرة
لتبين المراد كما اذا قال : بعتك هذه الدار بثمان كثير ، ثم رجع الى اهل
الخبرة ليعلم معنى الكثير لغة ، وكيف كان فاذا كان الثمن مجهولا
يكون البيع باطلا .

(وفيه) اى فى ما ذكر بقوله « الا ان يدعى » (منع عدم المعلوماتية) بل
الثن معلوم (لان الفاتئ صفة كون هذه الارض المعنية المشخصة)
الخارجية (عشرة اجربة) لانها ظهرت خمسة اجربة — حسب الفرض — (و
يحصل فرضه) اى فرض كون الارض المشتراة (و ان كان المفروض مستحيل
الوقوع بتضاعف كل جزء من الارض) بان نقول كل جزء من الخمسة
الموجودة اصبح جزئين و هذا الفرض و ان كان مستحيلا ، لان الجزء
ليس بجزئين ، لكن هذا الفرض انما جاء لان يعلم المشتري بالقيمة ،
قيمة العشرة المشتراة اذا كانت مائة ، كانت قيمة الخمسة الموجودة خمسين
و بهذا ظهرت للمشتري القيمة .

لانه معنى فرض نفس الخمسة عشرة .

و

ان قلت : كيف نفرض الخمسة عشرة .

قلت : (لانه معنى فرض نفس الخمسة عشرة) فان المشتري رأى الارض كاملة ، فظنّها عشرة فاشتراها ، ومعنى ذلك انه تصور ان امتار هذه الارض ضعف ما عليه الآن ، كما اذا رأى سلّة من البيض فظنّها خمسين ، ثم ظهرت انها خمس وعشرون ، فان معنى ذلك ان قيمة الموجود هو نصف قيمة المظنون ، وعلى هذا فليس القسط غير معلوم ، فبطل ما ذكره المستشكل وكان القسط معلوما .

(و) ان قلت : القسط غير معلوم ، اذا انكم فرضتم الخمسة عشرة حتى تجعلوا الثمن على النصف ، والحال ان هناك صورا اخرى ممكنة ايضا .
كان تفرضوا ان ثلاثة اجربة من الخمسة الموجودة ثمانية وان الجريبين الآخرين الموجودين جريبان فقط .

او ان تفرضوا ان اربعة من الخمسة تسعة ، وان الجريب الآخر الموجود واحد .

او ان تفرضوا ان جريبا واحدا ستة وان الاربعة الاخر الموجودة ، اربعة .

وعليه فالقيمة مجهولة ، لانه اذا اشترى الارض بمائة وكانت ثلاثة تعادل ثمانية فثلاثة اجربة منها تسوى ثمانين .

و ح بيان يسويان عشرين فالامر مجهول ، لانه لا يعلم ان كل جريب

.....
 فرضه ايضا بصيرورة ثلاثة منها ثمانية ، او اربعة تسعة ، او واحد ستة ، او
 غير ذلك ، و ان كان ممكنا الا انه لا ينفع مع فرض تساوى قطاع الارض
 و مع اختلافها

يسوى جريبين ، او ان ثلاثة تسوى ثمانية ، او اربعة تسوى تسعة او واحد
 يسوى ستة .

قلت : (فرضه) اى فرض كون الاض المشتراة ايضا بصيرورة ثلاثة
 منها) اى من الخمسة (ثمانية) فالاثان الباقيان من الخمسة يعادلان
 اثنين فقط (او اربعة) منها تعادل (تسعة) فالواحد الباقي من الخمسة
 يعادل واحد فقط (او واحد) منها يعادل (ستة) والاربعة الباقية من
 الخمسة تعادل اربعة فقط (او غير ذلك) كان يعادل واحد و نصف
 منها خمسة ، والثلاثة و النصف الباقية تعادل خمسة ، او ما اشبه ذلك
 (و ان كان) هذا الفرض (ممكنا) ايضا ، كما انه اذا اشترى خمس بيضات
 فكل بيضة منها تعادل بيضتين ، او ثلاث ، او ما اشبه احيانا بينما فى
 سائر البيضات تعادل كل بيضة منها بيضة واحدة فقط (الا انه) اى هذا
 الفرض (لا ينفع) المستشكل القائل بان هذا البيع باطل ، لانه مجهول
 الثمن ، لافى متساوى الاجزاء ولا فى مختلف الاجزاء .

اذ (مع فرض تساوى قطاع الارض) فكل جزء يعادل جزئين ولا
 جهالة .

(و) اما (مع اختلافها) بان كانت ثلاثة تعادل ثمانية الخ

.....
 فظاهر التزام كونها عشرة مع رؤية قطاعها المختلفة ، او وصفها له يقضى
 بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه من الصفات المرئية او
 الموصوفة .

(ف) ان الاختلاف الواقعي ليس بمبهم بعد التساوى فى الالتزام عند
 العقد .

اذ (ظاهر التزام) البائع (كونها) اى الاجرة (عشرة مع رؤية)
 المشتري (قطاعها المختلفة ، او وصفها له) اى وصف البائع الارض له
 (يقضى بلزوم كون كل جزء منها مضاعفا على ما هو عليه) سواء كان الجزء
 فى الواقع يعادل جزئين ، او كانت ثلاثة اجزاء تعادل ثمانية اجزاء
 — مثلا — فيكون التباين بينهما على ان كل جزء يعادل جزئين على ما
 هو عليه (من الصفات المرئية او الموصوفة) .

وعليه فالقيمة معلومة و ليست مجهولة كما ادعاه المستشكل ، ولا يكون
 البيع باطلا من جهة الجهالة .

ثم لا يخفى ان قوله « و فرضه » مبتدء ، خبره « لا ينفع » .
 و تحصل من قوله « بان الفات هنا » الى قوله « ثم ان المحكى »
 اشكالات و جوابات .

الاشكال الاول : ان القسط غير معلوم الثمن ، لاختلاف الاجزاء فلا
 يمكن تقسيم الثمن عليه ، و جوابه عدم المعلومية لا يوجب عدم الاستحقاق
 و الاشكال الثانى : ان القسط غير معلوم ، فيوجب جهالة الثمن
 المبطل للبيع ، و جوابه ان القسط معلوم لفرض كل جزء جزئين .

.....
ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة ، ونفى عنه
البعد فى التذكرة ، معللا بان القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل
من الارش .

وفيه مع منع كون نحو الارض مثليا ان الفأنت لم يقع المعاوضة
عليه فى ابتداء العقد وقسطه من الثمن باق فى ملك المشتري ، وليس
مضمونا على البائع حتى يقدم مثله على قيمته .

والاشكال الثالث : ان فى مختلف الاجزاء يمكن فرض كل جزء ازيد
اواقل من جزئين ، فلا يعلم الثمن ، وجوابه ان بنائهما على ان كل جزء
جزئين وان كان فى الواقع كل جزء يساوى جزئين او اكثر اواقل ،
(ثم ان المحكى عن الشيخ العمل بذيل الرواية المذكورة) المتعرضة لاعطاء
الارض من جنب الارض المشتراة (ونفى عنه البعد فى التذكرة ، معللا) لذك (بان
القطعة المجاورة للمبيع اقرب الى المثل) الذى يجب دفعه الى المشتري (من الارش)
الذى هو تفاوت ما بين العشرة المشتراة والخمسة التى ظهرت بعد ذلك ناقصة
(وفيه مع منع كون نحو الارض مثليا) لانها لا تتساوى اجزائها —
وفيه نظر لان العرف يرى ان بعض الاراضى مثلية كما لا يخفى — (ان
الفأنت) وهى الاجربة الخمسة الناقصة (لم يقع المعاوضة عليه فى ابتداء
العقد) حتى اذا فات يكون البائع ضامنا لمثله او قيمته (وقسطه) اى ما
يقابل القدر الفأنت (من الثمن) كنصف الثمن فى مثال الاجربة — فى
الرواية — (باق فى ملك المشتري ، وليس مضمونا على البائع حتى يقدم
مثله على قيمته) .

.....
 واما الشيخ قدس سرّه فالظاهر استناده في ذلك الى الرواية .
الثالث: ان يتبين الزيادة عمّا شرط على البائع ، فان دلت القرينة
 على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة فالظاهر
 ان الكل للمشتري ، ولا خيار .

فاللزام ارجاع نصف القيمة اذا كان البائع قد اخذ كل القيمة ، فليست
 مسألة اعطاء ارض اخرى مجاورة لها على القاعدة - على ما اراده
 العلامة - .

(واما الشيخ قدس سرّه) الذي قال باعطاء الارض (ف) ليس فتواه
 من باب القاعدة ، بل (الظاهر استناده في ذلك الى الرواية) المتقدمة
 فلا يرد عليه ما اورده على العلامة والله العالم .

(**الثالث**) من اقسام مخالفة كمية المبيع لما بنينا عليه (ان يتبين
 الزيادة) في الكمية (عمّا شرط) المشتري (على البائع) كما اذا قال :
 اشترى منك هذه السلّة على انه مائة بيضة ، فظهرت مائة وعشرة (فان
 دلت القرينة) الداخلية او الخارجية (على ان المراد اشتراط بلوغه
 بهذا المقدار ، لا بشرط عدم الزيادة) فيكون حاله حال ما اذا قال : اكثر
 سبعة وعشرون شبرا ، فانه يريد به ان لا يكون اقل ، وليس المراد انه ليس
 باقل ولا باكثر) فالظاهر ان الكل للمشتري ، ولا خيار) للبائع ، اذا المبيع
 هو المعين الخارجى - - كيفما كان - والشرط عدم النقيصة ، فلا وجه
 لبطلان البيع ، او بطلان الشرط ، او الخيار ، او الاشتراك او غير
 ذلك .

وان اريد ظاهره و هو كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة ، و عليه من حيث عدم النقيصة ، ففى كون الزيادة للبائع ، و تخير المشتري للشركة او تخير البائع بين الفسخ والاجازة لمجموع الشئ بالثمن ، وجهان ، من ان مقتضى ماتقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به ، فهو شرط صورة و له حكم الجزء عرفاً ان اشتراط عدم الزيادة

(وان اريد ظاهره و هو) اى ظاهر هذا الشرط (كونه شرطاً للبائع من حيث عدم الزيادة ، و) شرط (عليه) اى على البائع لنفع المشتري (من حيث عدم النقيصة ، ففى كون الزيادة للبائع) لانها كانت له و لم يخرجها من ملكه فيكون المشتري و البائع شريكين فى المتاع ، عشرة منها مشاعة للبائع ، ومائة منها مشاعة للمشتري (و تخير المشتري) بين الامضاء و الفسخ .

وانما يكون له الخيار (للشركة) كما اذا اشترى شيئاً ، وظهر له شريك فى ذلك ، وهذا ما يسمى بخيار الشركة (او) ان الكل للمشتري ، و (تخير البائع بين الفسخ) و ارجاع كل الثمن (و الاجازة لمجموع الشئ بالثمن) الذى سمياه (وجهان) .

وجه الاول : ما ذكره بقوله (من ان مقتضى ماتقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به) اى بذل المقدار (فهو) اى المقدار (شرط صورة وله حكم الجزء عرفاً) فالثمن انما هو فى مقابل مائة جزء اذ وقع العقد عليهما لعشرة الزائدة خارجة عن البيع فهى باقية على ملك البائع (ان اشتراط عدم الزيادة

.....
على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد عن المبيع ، و من
الفرق بينهما بان اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء
فتخلفه لا يوجب الا الخيار .

و لعل هذا اظهر مضافا الى امكان الفرق بين الزيادة والنقيصة مع
اشتراكهما فى كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لانقص
الجزء او زيادته بورود النص المتقدم فى النقيصة ،

على المقدار) المقرر (هنا) فى باب الكم (بمنزلة الاستثناء و اخراج الزائد
عن المبيع) « و اخراج » عطف على « الاستثناء » .

فكانه قال : ابيعك الارض التى هى مائة جريب بدون العشرة
الزائدة على المائة ، و عليه فالعشرة الزائدة للبائع ، و يكون بمقدارها
شريكا مع المشتري (و من الفرق بينهما) اى بين تعلق البيع بالكم
فالزائد للبائع و بين اشتراط عدم الزيادة (بان اشتراط عدم الزيادة
شرط عرفا و ليس بمنزلة الاستثناء) فالبايع قد باعه هذه الارض الموجودة
كلها بشرط عدم الزيادة (فتخلفه لا يوجب الا الخيار) فان شاء البائع
امضى البيع و للمشتري كل الارض ، وان شاء فسخ الكل و استرجع الارض
(و لعل هذا اظهر) عند مراجعة العرف (مضافا الى امكان الفرق بين
الزيادة والنقيصة مع اشتراكهما فى كون مقتضى القاعدة فيهما) اى فى
كل من الزيادة والنقيصة (كونهما من تخلف الوصف ، لانقص الجزء او
زيادته) فهما متساويان من هذه الجهة (بورود النص المتقدم) و هى
رواية الاجربة (فى النقيصة) فان الامام عليه السلام خير به بين اخذ التفاوت

.....
 وبقى الزيادة على مقتضى الضابطة .

ولذا اختار الاحتمال الثانى بعض من قال بالتقسيط فى اطراف
 النقيصة .

وقد يحكى عن المبسوط القول بالبطلان هنا ، لان البائع لم يقصد
 بيع الزائد ، والمشتري لم يقصد شراء البعض ، وفيه
 تأمل .

والرد ، فجعله بمنزلة الجزء لا بمنزلة الشرط (وبقى الزيادة على مقتضى
 الضابطة) التى هى شرط ، فليس للبائع الا الفسخ او الامضاء ، لا اخذ
 الزائد والاشتراك مع المشتري فى المبيع .

(ولذا) الذى ذكرنا من كون الفارق بينهما النص (اختار الاحتمال
 الثانى) وهو تخير البائع بين الفسخ والامضاء ، لا التقسيط فى المثلث
 (بعض من قال بالتقسيط فى اطراف النقيصة) لانه اخذ بمقتضى القاعدة
 فى طرف الزيادة اما طرف النقيصة فلم يأخذ فيها بالقاعدة لوجود النص
 الخاص .

(وقد يحكى عن المبسوط) قول ثالث فى طرف الزيادة لا التقسيط ، و
 لا الخيار ، بل (القول بالبطلان هنا) فى باب الزيادة (لان البائع لم
 يقصد بيع الزائد ، والمشتري لم يقصد شراء البعض) اى بعض هذه الارض
 الخارجية ، فلا يلتقى القمندان فى محل واحد ، ويكون حاله كما اذا
 قصد البائع بيع القلم وقصد المشتري اشتراء الكتاب حيث ان البيع
 باطل (وفيه تأمل) اذ كلاهما قصدا هذه الارض الخارجية ، منتهى

الرابع : ان يتبين في مختلف الاجزاء ، و حكمه يعلم مما ذكرنا .

الامر لم يعرف ان قصدهما من المقدار الوصف والشرط ، والاستثناء .
 (الرابع) من صور تخلف الشرط في الاجزاء (ان يتبين) الخلاف
 بالزيادة (في مختلف الاجزاء) كما اذا اشترى قطيعا بشرط انها مائة ،
 فظهرت مائة وعشرة (و حكمه يعلم مما ذكرنا) في الثالث ، وان فيه اقوالا
 ثلاثة وهى : البطلان ، و : انه كالشرط ، و : انه كالاستثناء .

قربها جدا

بعونه تعالى سيصدر القسم الخامس من
 الخيارات والجزاء الخامس عشر من الكتاب
 (اوصول الطالب الى المكاسب) عن قريب
 ان شاء الله تعالى .
 و يبحث فى القول فى حكم الشرط الفاسد
 (الناشر)

محتويات الكتاب

العنوان	الصفحة
مقدمة الكتاب	٣
فى ان الامراض التى تحدث خلال السنة عيب	٤
خاتمة : فى عيوب متفرقة	٢١
<u>القول فى الارش</u>	٢٧
فى معرفة الارش	٤٨
فيما لو اختلفت آراء المقومين	٧٥
<u>القول فى الشروط</u>	
فى الشروط التى يقع عليها العقد	١٢٥
<u>فى شروط صحة الشرط</u>	
فى لزوم ان يكون الشرط داخلا تحت قدرة المكلف	١٤٠
فى لزوم ان يكون الشرط سائغا فى نفسه	١٥٦
فى ان الشرط يلزم ان يكون فيه غرض معتد به	١٥٧
فى ان الشرط يلزم ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة	١٦١
فى ان الشرط يلزم ان لا يكون منافيا للعقد	٢٤٠
فى ان الشرط يلزم ان لا يكون مجهولا	٢٦٣
فى ان الشرط يلزم ان لا يكون مستلزما لمحال	٢٧٠

العنوان	الصفحة
فى ان الشرط يلزم ان يلتزم به فى متن العقد	٢٧٤
فى حكم الشرط الصحيح	٢٨٩
فى وجوب الوفاء بالشرط	٢٩٨
فى اجبار الممتنع عن الوفاء بالشرط وعدمه	٣٠٩
فى ان للمشروط له هل يجوز الفسخ ام لا	٣٢٤
فى تعذر الشرط و وجود الخيار للمشرط	٣٢٨
فى تعذر الشرط و خروج العين عن السلطنة	٣٣٥
فى ان للمشروط له اسقاط شرطه	٣٤٣
فى عدم تقسيط الثمن على الشرط	٣٤٩
فى تبين النقص فى متساوى الاجزاء	٣٥٤
فى تبين النقص فى يختلف الاجزاء	٣٦٠
فى تبين الزيادة عما شرط على البائع	٣٧٠
محتويات الكتاب	٣٧٥