الشروط

أو

الالتزامات التبعية في البيوع

للشيخ السنيد
حجة الإسلام والمسلمين
السيد محمد باقر الخرسان

١

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

معهد الخوئي
www.alkhoei.net
info@alkhoei.net

الطبعة الثالثة
١٤١٥هـ - ١٩٩٥م
حقوق الطبع محفوظة

اسم الكتاب ..... الشروط أو الإلتزامات التبعية في العقود ج ١
المؤلف ..... حجة الاسلام والمسلمين السيد محمد تقي الخوئي
المطبعة ..... ياران
الطبعة ..... الثالثة - ١٤١٥ هـ ق
الكمية ..... ١٠٠٠ نسخة
السعر ..... يوزع مجاناً
الناشر ..... عائلة الفقيد

صورة الشهيد

كلمة عائلة الفقيد

بِسْمِ اَللهِ اَلرَّحْمنِ اَلرَّحِيمِ

)مِنَ اَلْمُؤْمِنِينَ رِجالٌ صَدَقُوا ما عاهَدُوا اَللهَ عَلَيْهِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَضى نَحْبَهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يَنْتَظِرُ وَما بَدَّلُوا تَبْدِيلاً(

صدق الله العلي العظيم

وان اغتال الاعداء فقيدنا الغالي حجة الإسلام والمسلمين الشهيد السعيد السيد محمد تقي الخوئي قدّس سرّه وهو عائد من زيارة جده الامام الحسين بن علي عليهما السّلام بين كربلاء والنجف الأشرف(١)، في ظرف مأساوي وبأسلوب قاسي، الاّ انه يبقى فينا حيا وصورة لا تنسى ولن ينمحي ذكره، لما سطر في حياته المشرقة من خطوط عريضة ووضع بصماته وترك آثاره القيمة في مختلف المجالات العلمية والخدمات الاجتماعية والمواقف النبيلة.

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

واما في مجال خدمة الحوزات العلمية وتأليف الكتب القيمة التي ينتفع بها فقد ترك الشهيد السعيد آثارا خالدة في المكتبة الفقهية الإسلامية معروفة لدى أهل الفن والاختصاص وهي تضم مواد حافلة بما تصنفها في عداد المصادر المهمة للبحوث الفقهية، من تقريرات والده المعظم سماحة الامام الخوئي قدّس سرّه في كتاب النكاح، والمساقاة، والمضاربة وغيرها، ومنها هذا الكتاب الذي نقدمه للمسلمين وطلبة العلوم الدينية خصوصا-الشروط أوالالتزامات التبعية في العقود - والذي يمكّن الباحث المختص من ان يتلمس من خلاله الفكر الصائب وعمق التحقيق ومناقشة الأراء الفقهية لعظماء من علماء الإمامية ومراجعها، مما يدلل على نضوجه العلمي وهوفي سن مبكر وظرف قاس رغم ما كان يقوم به من مسئوليات جسام إبان مرجعية والده قدّس سرّه.

---

(١)ليلة الجمعة ١٢ صفر ١٤١٥ هـ

وكذلك من الله تعالى على هذه الأسرة العلمية المحترمة-أسره الامام الراحل السيد الخوئي رضي الله عنه بأولاد اختطوا هدي خط أئمة أهل البيت عليهم السّلام والذي رفع رأيتها في هذا القرن الامام الخوئي قدّس سرّه وجدوا واجتهدوا في العمل المتواصل على خطى تلك المسيرة الصالحة.

ومن بين هؤلاء الذين نعقد عليهم آمالنا قرة عيننا العزيز السيد جواد الخوئي الذي أكد على رغبته الحثيثة في تحمل المسئولية العلمية ونشرها امتدادا لسيرة أبيه الشهيد ورسالة جده الامام الخوئي رضي الله عنه لتبقى راية العلم التي حملتها الأسرة الكريمة خفاقة باذنه تعالى.

وأخيرا فإن اعتصرت القلوب ألما وبكت العيون دما للفاجعة القاسية والكارثة المؤلمة التي المت بنا والحوزات العلمية بفقد العالم الجليل الفاضل الشهيد السيد محمد تقي الخوئي قدّس سرّه، فان ذكراه ستبقى حية في النفوس وآثاره حاضرة في الميادين المختلفة، والنقاط المضيئة في حياته الجهادية تنير الطريق لأهله وأولاده ومحبيه وعارفي فضله.

وبمناسبة ذكري رحيله نقدم من نتاجه العلمي هذا السفر الى علماء وطلاب الحوزات العلمية ثوابا الى روحه الطاهرة.

عائلة الفقيد جمادى الثانية/١٤١٥ هـ

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

بين يدي الكاتب

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

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

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

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

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

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

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

النجف الأشرف ١/رجب المرجب/١٤١٣ هـ محمد تقي الخوئي

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المقدمة

١- أهمية البحث

٢- خطة الدراسة

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

أهمية البحث

يحظى البحث عن الشرط باهمية عملية كبيرة باعتبار انه يدخل في صميم حياة الفرد في عمله اليومي مرارا.

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

وبعبارة اخرى: ان الشرائع على اختلاف مذاهبها لا تتكفل إلاّ بيان ما يجوز وما لا يجوز من المعاملات بالمعنى الأعم-واقصد به ما يشمل العقود غير التجارية كالزواج ونحوه-بصيغتها العامة وهيكلها العام، وما يلزم وجوده أوعدمه في صحتها عموما ومن غير تعرض الى خصوصيات الموارد، وما تفرضه ظروف المتعاملين اعتباره ضمن المصداق الخاص بهما من ذلك العنوان العام.

بل ذلك أمر يتعذر، بل يستحيل تحديده بجزئياته من قبل المشرّع مهما عظم مقامه، أوكبر مدار علمه واطلاعه، إذ ان ما يمكن أخذه ضمن ما يقع بين بني البشر يوميّا، من خصوصيات واعتبارات جزئية، زمانية أومكانية أوفعلية أوخارجية أوغيرها بما يوسع دائرة العقد أويضيقها، مما يحظى بخاصية لدى المتعاملين أوأحدهما، فوق حدّ الإحصاء، بل والتصور أيضا.

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

وبعبارة اخرى: ان ما يريده المتعاملان وما يختلج في نفسيهما من المعاملة

الجزئية بخصوصيتها وأطرها المميزة لها عن غيرها، يحتوي على كثير مما لم تحوه المبادئ العامة والقواعد الكلية لذلك العقد، مما تفرضه العوامل العرفية والعادية أوالاجتماعية، أوالأدبية أوالتجارية، أوالنظرة المستقبلية، والذي يؤثر بشكل أوبآخر على مفعول العقد ومدى تأثيره، على اختلاف مراتب التأثير، فإنه قد يكون تأثيره تأثيرا طفيفا لا يذكر، وقد يكون الى حد تكون تلك الخصوصية هي نقطة الفصل بين عنوانين وحقيقتين.

إذا: فلا بد من تحديد الضوابط العامة والقواعد التي تحدد دائرة هذه الالتزامات والخصوصيات، وتفرز ما يكون تأثيره على العقد تأثيرا سلبيا عن الذي يكون تأثيره عليه إيجابيًا.

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

ذلك ان من النادر الذي يكاد يلحق بالمعدوم، تصور معاملة خارجية لا تتضمن خصوصية لم تذكر ضمن المبادي العامة لذلك العقد، أوتتعارض مع حدودها تعميما أوتخصيصا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

خطة البحث

يشكّل بحثنا هذا محاولة لدراسة الشرط عند الإمامية دراسة وافية ومن جميع جوانبها بدءا بالحد والتعريف وانتهاء بالأحكام والآثار، ومرورا بالأقسام وضوابط الصحة، وما قيل أويمكن ان يقال حول مفردات كثيرة ترتبط ارتباطا عضويا مباشرا بالبحث.

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

وهوما يعني التعرض لأقوال الاعلام وآرائهم-بعد تحرير المسألة وتحديد موضع البحث منها-ومن ثمّ المقارنة بينها والنظر في أدلتها بروح علمية موضوعية بعيدة عن التعصب والتحكم للوصول إلى نتيجة تستقر القناعة عندها وتركن النفس إليها، سواء وافقت بعض تلك الأقوال أم خالفتها، ما دامت هي موافقة للضوابط والمعايير العلمية الرصينة.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار عدم تعرض الاعلام عموما-باستثناء ما فعله الشيخ الأعظم(قده) في المكاسب - لدراسة الشرط دراسة مستقلة، وإنما تعرضوا لشتات مسائله وفروعه في مطاوي الأبحاث الفقهية الكثيرة-وان كان لمبحثي البيع والنكاح حصة الأسد من ذلك-فما يجعل الباحث مضطرا لأن يبحث في غمار بحر من المسائل والفروع للوصول إلى رأي فقيه واحد في مسألة جزئية.

وإذا أضفنا الى ذلك اللغة العلمية الصعبة عند الاعلام -لا سيما القدماء - ما يجعل الجزم بآرائهم في كثير من الأحيان أمرا غير ممكن، لما يدور حولها من احتمالات

وآراء، عرفنا الجهد المبذول من أجل هذه الدراسة والصعوبات التي ملأت طريقها.

ثم انني بعد ذلك لا أدعي الكمال لنفسي -فالكمال لله وحده - وغاية أملي أن أكون وفقت لتقديم شيء من أجل خدمة فقه أهل البيت(عليهم السلام)، فان كان التوفيق حليفي في ذلك فهو، وإلاّ فعذري اني بذلت غاية الجهد.

والله من وراء القصد وهوالهادي إلى سواء السبيل.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المدخل

ويشتمل على مبحثين

-١معنى الشرط واصطلاحاته

-٢أقسام الشرط في الاحكام،

وتحديد موضوع البحث في هذه الرسالة

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المبحث الأول: معنى الشرط واصطلاحاته

تمهيد

من الواضح ان البحث عن مادة الشرط إنما ينبغي أن يكون عن المبدأ الساري في جميع مشتقاتها والقابلة للهيئات الموضوعة للنسب المتقابلة.

وعلى هذا الأساس، لا بد ان يكون معنى الشرط حدثا عاريا عن جميع النسب حتى النسبة الناقصة المصدرية والمبنية للفاعل أوالمفعول، كما هوشأن المبدأ في جميع المشتقات.

ضرورة أن المتكيف بأحدها كالنسبة المصدرية المبنية للفاعل -مثلا- لا يمكنه ان يكون مبدأ وأصلا محفوظا في اسم المفعول -مثلا- فان المقابل لا يقبل مقابله، كما هوأوضح من ان يخفى.

إذا: فالشرط المبحوث عنه هوالمبدأ الساري في جميع المشتقات.

نعم، قد يطلق على المشروط بالحمل الشائع في مقام الاستعمال مسامحة، كإطلاق الخلق على المخلوق.

وسيأتي الحديث عنه إن شاء الله عند التعرض للأدلّة والنصوص.

تعريف الشرط:

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

العلم وضوابطه.

ومن هنا نجد اختلافا ليس بيسير بين تلك التعاريف والحدود، ونحن نتعرض أولا لسرد تلكم الأقوال كي نعرّج بعده للبحث عن امكانية إيجاد جامع بين تلك المعاني أوعدمها.

اللغة:

ففي القاموس: «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة، ج: شروط..
والدون اللئيم الساقل، ج: أشراط. وبالتحريك العلاقة، ج: أشراط.. وأول الشيء ورذال المال وصغارها، والأشراف أشراط أيضا، ضد»(١.(
ووافقه عليه في تاج العروس، غير أنه أضاف للأول جمعا آخر هو:(شرائط) . (٢)
وفي العين: «الشرط: معروف في البيع، والفعل: شرط يشرط.. والشريط: شبه خيوط تفتل من الخوص، والجميع: الشّرط.. وأشراط الساعة: علاماتها، الواحد: شرط»(٣.(
وفي جمهرة اللغة: «الشرط: معروف، والجمع: شروط وأشراط، وأشرط فلان نفسه لهذا الأمر، أي جعل نفسه علما له»(٤.(
وفي لسان العرب: «الشرط: معروف، وكذلك الشريطة، والجمع: شروط وشرائط.
والشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع: شروط. في الحديث:

---

(١)القاموس ج ٢ ص ٣٦٨.

(٢)تاج العروس ج ٥ ص ١٦٦.

(٣)العين ج ٦ ص ٢٣٤ ـ ٢٣٥.

(٤)جمهرة اللغة ج ٢ ص ٣٤٢.

لا يجوز شرطان في بيع..، والشرط بالتحريك: العلامة، والجمع: أشراط. وأشراط الساعة: أعلامها.. والاشتراط: العلامة التي يجعلها الناس بينهم.. والشرطة في السلطان: من العلامة والاعداد.. وأشراط الشيء: أوائله.. وأشراط كل شيء: ابتداء اوله»(١.(

وفي أقرب الموارد: «شرط عليه في البيع ونحوه، شرطا: الزمه شيئا فيه..

الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، ج: شروط، وفي المثل: الشرط أملك عليك أم لك، أي: أن الشرط يملك صاحبه في إلزامه إياه المشروط ان كان له أوعليه»(٢.(

وفي معجم متن اللغة: «إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أوفي أمر من الأمور، ج: شروط. والعلامة لغة في الشرط.. الشريطة: الشرط بمعنى إلزام الشيء والتزامه، ج: شرائط»(٣.(

وفي المعجم الوسيط: «الشرط: ما يوضع ليلتزم في بيع أونحوه.. ج: شروط»(٤.(

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٨.

(٢)أقرب الموارد ج ١ ص ٥٨٣.

(٣)معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٤ ـ ٣٠٥.

(٤)المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٨١.

(٥)مختار الصحاح ص ٣٣٥.

السافل. ج: أشراط»(١.(

وفي المنجد: «الشرط(مص) ج: شروط: إلزام الشيء والتزامه.. شرّط الشيء: شدّه وربطه. الشريط ج: شرط خوص مفتول يشرّط به السرير ونحوه.. الشريطة ج: شرائط: عصابة من حرير أوقطن بيضاء أومختلفة الألوان لا يتجاوز عرضها أربع الأصابع، تعقدها الفتيات على شعورهن وتزيّن بها الثياب»(٢.(

النحو:

قال في محيط المحيط: «الشرط عند النحاة هوترتيب وقوع أمر على وقوع أمر آخر بواسطة اداة ملفوظة، نحوإن قام زيد قام غلامه»(٣.(

وفي الشامل: «الشرط هوقرن أمر بآخر-مع وجود اداة شرط-بحيث لا يتحقق الثاني إلا بتحقق الأول»(٤.(

وفي المعجم الوسيط: «وعند النحاة ترتيب أمر على أمر آخر بأداة»(٥.(

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

وقال الجرجاني: «الشرط تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني.

وقيل: الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا

---

(١)محيط المحيط ص ٤٦٠.

(٢)المنجد ص ٣٨٢.

(٣)محيط المحيط ص ٤٦٠.

(٤)الشامل ص ٥٤١.

(٥)المعجم الوسيط ج ١ ص ٤٨١.

(٦)المنجد ص ٣٨٢.

في وجوده»(١.(

ويرى الدكتور جمال الدين: «ان الغرض من التركيب الشرطي هوتعليق الحكم الذي يتضمنه الجزاء بالحكم الذي يتضمنه الشرط»(٢.(

»فالجملة الشرطية مثلا تتضمن عبارتين كانتا في الأصل جملتين، ثم دخلت عليهما اداة ربطت إحداهما بالأخرى، فكونت منهما جملة واحدة نزلت العبارة الأولى -فيما يقول بعض النحاة-منزلة السبب، والثانية منزلة المسبب، أونزلت الاولى منزلة القيد، والثانية منزلة المقيد فيما يقول البعض الآخر»(٣.(

الفلسفة والكلام:

ففي الموسوعة الفلسفية: «الشرط مقولة فلسفية تعبّر عن العلاقة بين شيء ما والظواهر المحيطة به والتي بدونها لا يكون له وجود، والشيء نفسه شيء متحد، بينما يمثل الشرط تنوع العالم الموضوعي خارج الشيء»(٤.(

وفي محيط المحيط: «الشرط في اصطلاح المتكلمين هوما يتوقف عليه الشيء، فلا يكون داخلا فيه ولا مدبرا عنه.

وقيل: هوما لا يوجد الشيء بدونه، ولا يلزم أن يوجد عنده»(٥.(

---

(١)التعريفات ص ٧٢.

(٢)البحث النحوي عند الأصوليين ص ٢٥٦.

(٣)البحث النحوي عند الأصوليين ص ٢٥٦.

(٤)الموسوعة الفلسفية ص ٢٥٩.

(٥)محيط المحيط ص ٤٦٠.

القانون:

ففي الموسوعة العربية الميسرة: «الشرط في القانون وصف للالتزام يجعل وجوده أوزواله معلقا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع، ويكون الشرط واقفا أوفاسخا، ويكون للشرط عند تحققه اثر رجعي يستند الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام المشروط ما لم يتفق على خلاف ذلك، أواقتضت طبيعة العقد غير ذلك»(١.(

وقال الدكتور السنهوري: «الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أوزواله، فإذا كان وجود الالتزام هوالمترتب على وقوع الشرط كان واقفا، اما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هوالمترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا»(٢.(

فيما يرى كولان وكابتيان: «ان المعنى الحقيقي للشرط هو: جعل العلاقة القانونية معلقة على تحقيق حصول أمر غير محقق في المستقبل أوعدم حصوله.

وتعرف المادة ٨١ من قانون الموجبات اللبناني الشرط على النحوالآتي: الشرط عارض مستقبل غير مؤكد، يتعلق عليه تولد الموجب أوسقوطه»(٣.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

(١)الموسوعة العربية الميسّرة ج ٢ ص ١٠٧٨ - دار نهضه لبنان-بيروت.

(٢)الوسيط في شرح القانون المدني ج.

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

الأصول:

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

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

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

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

وقال الشيخ المظفر: «ان الواجب إذا قيس وجوبه إلى شيء آخر خارج عن الواجب فهولا يخرج من أحد نحوين: الأول: ان يكون متوقفا وجوبه على ذلك الشيء، وهو-أي الشيء-مأخوذا

---

(١)كفاية الأصول ج ١ ص ٣٠٢.

(٢)كفاية الأصول ج ١ ص ١٥١.

(٣)حقائق الأصول ج ١ ص ٢٣٠.

في وجوب الواجب على نحوالشرطية، كوجوب الحج بالقياس إلى الاستطاعة، وهذا هوالمسمى(بالواجب المشروط)لاشتراط وجوبه بحصول ذلك الشيء الخارج(١.(

وذكر في تعريف الجملة الشرطية: «ان المتبادر منها -الجملة الشرطية - لابدية الجزاء عند فرض حصول الشرط.. فان هذا هومعنى التعليق الذي هومفاد الجملة الشرطية التي لا مفاد لها غيره»(٢.(

وذكر المحقق الصدر في البحث عن مفهوم الجملة الشرطية: «ولا شك في دلالتها على ربط الجزاء بالشرط»(٣.(

الفقه:

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

بل لم أجد أحدا تعرض للشرط بعنوانه قبل الشيخ الأعظم الأنصاري(قده) حيث أفرد بحثا بعنوان الشروط، الحقه بكتابه المكاسب، وتبعه بعد ذلك من تأخر عنه من الاعلام ممن جعل كتابه محورا لتحقيقه وبحثه.

وهذا مما يجعل الباحث امام مهمه صعبة في بحثه عن آراء الأعلام وأقوالهم في جزئيات وخصوصيات محل البحث.

---

(١)أصول الفقه ج ١ ص ٨٧.

(٢)أصول الفقه ج ١ ص ١١٣.

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

تعريف الشيخ الأنصاري(قده: (

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

وذكر في باب الشروط ان: «الشرط يطلق في العرف على معنيين: أحدهما: المعنى الحدثي، وهوبهذا المعنى مصدر شرط، فهوشارط الأمر الفلاني، وذلك الأمر مشروط، وفلان مشروط له أوعليه..

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

الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود أولا، وهوبهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلا ولا حدثا، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايفين في الفعل والانفعال، بل الشارط هوالجاعل، والمشروط هوما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب.

فعلم من ذلك ان الشرط في المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر وبمعنى الشيء واما استعماله في ألسنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهواصطلاح خاص، مأخوذ من افادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثاني، كما ان استعماله في ألسنة أهل المعقول والأصول فيما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى، إلا انه أضيف إليه ما ذكر في اصطلاحهم مقابلا

---

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

للسبب.

فقد تلخص مما ذكرنا: ان للشرط معنيين عرفيين، وآخرين اصطلاحيين لا تحمل عليهما الإطلاقات العرفية، بل هي مرددة بين الأولين، فإن قامت قرينة على ارادة المصدر تعين الأول، أوعلى ارادة الجامد تعين الثاني، والا حصل الإجمال»(١.(

تعريف الشهيد الأول(قده: (

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

وكيف كان، فقد وقعت مقالة الشيخ الأعظم(قده) محورا للأخذ والرد، وأساسا لتحديد ماهية الشرط، فمن موافق له في المعنيين، الى رافض لهما معا، مرورا بإرجاع المعنى الثاني إلى الأول والقول باتحادهما.

ولمعرفة الحق من تلك الأقوال لا بد من القيام بجولة حرة بينها.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)المكاسب ص ٢٧٥ الطبعة القديمة.

(٢)القواعد والفوائد ج ١ ص ٦٤.

تعريف المحقق الايرواني:

فقد ذكر المحقق الايرواني(قده) انه ليس للشرط إلا معنى واحد هوتقيد أمر بآخر، غاية الأمر ان هذا التقييد قد يكون واقعيا خارجا عن حدود الجعل والاعتبار، وقد يكون جعليا خاضعا لاعتبار الجاعل.

فقد ذكر(قده) في تعليقته على المكاسب ما هذا نصه: «ليس للشرط في العرف سوى معنى واحد، وهوتقيد أمر بآخر، اما واقعا أوبجعل جاعل.

فالأول: كتقييد المعلول بعلته، فان المعلول مشروط وجوده بوجود كل جزء من أجزاء علته، فوجود العلة شرط في وجود المعلول.

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

والظاهر ان إطلاق الشرط في ألسنة النحاة على المقدم في القضايا الشرطية من هذا الباب، فإنه شرط جعلي أوواقعي للوجود التالي، فلا يكون لهم اصطلاح خاص في ذلك.

وكذا إطلاق الشرط على جزء مخصوص من أجزاء العلة في اصطلاح أهل المعقول من هذا الباب، فقد نقل من العام الى الخاص.

واما الإلزام والالتزام مجموعا، فضلا عن الإلزام فقط الشامل للتكليف، أوالالتزام فقط وهوالتعهد، فليس شرطا.

نعم، إذا علّق تعهده على أمر كان ذلك الأمر هوالشرط. ولعلّ إطلاق الشرط على التكليف من باب انه شرط للوصول الى الدرجات»(١.(

---

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

رأي المحقق الأصفهاني:

ويبدوانه قد تبع في ذلك ما ذكره المحقق الأصفهاني(قده) حيث قال: «ان الشرط-على ما في كتب اللغة-يطلق على معان، وهي الإلزام والالتزام في البيع ونحوه، والعهدة، ومطلق الربط والتعليق-بل هوالأصل كما في القاموس-والشق، وأول الشيء ومقدمه. والظاهر من الإلزام والالتزام رجوعهما الى معنى واحد يختلف باختلاف المشروط له والمشروط عليه، كما ان الظاهر هواللزوم الوضعي دون التكليفي، فالإلزام المساوق للإيجاب ليس مما يصدق عليه الشرط، بل الإلزام الشرطي هوجعل الشيء لازما للشخص لا ينفك عنه إلا بالوفاء به، ويساوق العهدة التي عدت معنى آخر للشرط.

بل يمكن أن يقال: ان الشرطية وهي المبدأ بمعنى اللزوم، وهوتارة مجعول بجعل تشريعي كجعله في المعاملة بارتباط عمل أونتيجة بها وجعلهما لازما لها.

واخرى مجعول بجعل تشريعي لا في المعاملة، كجعل الصلاة لازمة للطهارة ومتقيدة بها بحيث لا ينفك وجودها عن وجودها.

وثالثة، غير مجعول بجعل تشريعي، كشرطية الوضع والمحاذاة لاحراق النار، فليس لمثل هذا اللزوم جعل، وإنما الجعل للملزوم أواللازم تكوينا.

وعليه فليس المعنى الثاني-الذي سيجيء الكلام فيه ان شاء الله تعالى-معنى آخر(١).(

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب/قسم الخيارات ص ١٣٨.

رأى السيد الطباطبائي:

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

رأي السيد الخميني:

غير ان السيد الخميني(قده) اعتبر محاولة إرجاع المعنى الثاني إلى الأول وجعله من المشتقات، أوإرجاع جميع المعاني إلى معنى واحد من التكلف.

قال(قده) : «ولقد تكلف بعض المحشين وتصدى لإرجاع الثاني إلى الأول وجعله من المشتقات، وبعض آخر لإرجاع جميع المعاني إلى معنى واحد من التكلف.

قال(قده) : «ولقد تكلف بعض المحشين وتصدى لإرجاع الثاني إلى الأول وجعله من المشتقات، وبعض آخر لإرجاع جميع المعاني إلى معنى واحد، وهوتقيد أمر بآخر إما واقعا أوبجعل جاعل»(٢.(

مضيفا ان: «الذي يظهر من كلمات اللغويين ان الإلزام والالتزام اما مطلقا أوفي البيع ونحوه أحد معانيه، واما المعنى الثاني فلم أر شاهدا عليه في اللغة»(٣.(

ثم خلص الى القول بان للشرط معنيين في العرف:

-١الإلزام والالتزام في ضمن المعاملات.

---

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

(٢)كتاب البيع ج ١ ص ٨٥.

(٣)كتاب البيع ج ١ ص ٨٥.

ب- ما علق عليه شيء تشريعا وجعلا أوتكوينا وخارجا.

وقال في مقام بيان ذلك: «انه لا شبهة في صدق الشرط عرفا ولغة على الإلزام والالتزام في ضمن المعاملات، سواء كان الإلزام أوالاشتراط بعنوانهما أوبالحمل الشائع، بل الظاهر ان مطلق الجعل في ضمنها-سواء كان إلزاما أم مستتبعا له، أم كان الإلزام من احكامه-يكون شرطا عرفا.

كما ان له معنى آخر في العرف، وهوما علق عليه شيء تشريعا وجعلا أوتكوينا وخارجا، فيصدق على نحوالجعالة والسباق وسائر الشروط المتداولة بين الناس مما جعل شيء معلقا على شيء، فيقال للمعلق عليه الشرط لا بمعنى الشرط المصطلح النحوي، فلا تغفل، كما انه يطلق بهذا المعنى أيضا على ما يتوقف عليه وجود شيء ويلزم من عدمه العدم»(١.(

ثم انه(قده) قد صرح في توضيحه للمعنى الأول بأن الارتباط بين الإلزام والالتزام وبين العقد الذي يحويهما ليس إلا الحيثية الظرفية، بأن يكون البيع ونحوه وعاء وظرفا لذلك الإلزام والالتزام فقط، ومن دون ارتباط أحدهما بالآخر إطلاقا، فكل منهما -العقد والإلزام والالتزام - مستقل عن الآخر من جميع الحيثيات، سواء التعليق أوالتقييد أوغيرهما، إلا الحيثية الظرفية، حيث يكون العقد وعاء للإلزام والالتزام.

قال(قده) : «الظاهر منهما انه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا أن البيع معلق عليه أومتقيد به، ضرورة ان البيع المعلق على الشرط لا يكون الشرط فيه، وكذا الحال في المتقيد»(٢.(

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

---

(١)المصدر نفسه ص ٨٧ - ٨٨.

(٢)المصدر نفسه ص ٨٦.

البيع، لكن يعتبر في تحقق عنوانه وتحققه ان يقع في ضمن العقد من غير تقييد مطلقا لا للعوضين ولا للإنشاء ولا المنشأ»(١.(

رأي الامام الخوئي:

تعرض السيد الوالد -رحمه الله - لبيان معنى الشرط وحقيقته والمائز بينه وبين القيد في موارد عديدة من أبحاثه الفقهية، وحاصل ما اختاره: «ان الشرط في العقد ليس مجرد مقارنة التزام بالتزام أوأمر آخر، وإنما هونحوارتباط بين الشرط والمشروط، يقتضي تعليق نفس المنشأ والعقد على التزام المشروط عليه بشيء، أوتعليق التزامه بالمنشإ والوفاء به علي شيء، على سبيل القضية مانعة الخلوفإنهما قد يجتمعان معا.

فقد يكون الشرط بمعنى تعليق نفس العقد على التزام المشروط عليه بشيء، بحيث لولم يلتزم به لما كان الأول منشإ لذلك العقد، كاشتراط الزوجة الاستقلال في السكنى أوعدم إخراجها من بلد أهلها فيصح بقبول الأخر.

وقد يكون الشرط بمعنى تعليق التزامه بالمنشإ والوفاء به على شيء في الخارج، فيكون العقد فيه مطلقا وغير معلق، وانما المعلق التزامه ووفاؤه به، ويرجع هذا في الحقيقة إلى جعل الخيار لنفسه عند فقدان ذلك الوصف المطلوب، كاشتراط الكتابة أوالعدالة في قبول بيع العبد.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وقد يجتمعان معا كما إذا اشترط أحد طرفي العقد على الآخر عملا معينا كخياطة ثوب أوكتابة شيء، فإنه يكون من تعليق العقد على التزام الآخر بذلك العمل، وتعليق التزامه بذلك العقد والوفاء به على تحقق ذلك العمل في الخارج»(٢.(

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

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

رأى السيد السبزواري:

أما السيد السبزواري فقد التزم بأن: «المعنى الجامع للشرط في جميع استعمالاته الشد والربط، ويستعمل بهذا المعنى في التكوينيات، كشرطية المحاذاة للإحراق، وطلوع الشمس للنهار، وفي المجعولات الاعتبارية -شرعية كانت أوعرفية - كشرطية الطهارة للصلاة، والقدرة على التسليم-مثلا. ويعبّر عن القسم الثاني بالتعهد أيضا، لأن التعهد بشيء نحوشد وربط له بالعهدة، فالجامع القريب بين جميع موارد استعمالاته انما هوالشد، سواء استعمل في الفقه أوفي الأصول أوالعلوم الأدبية وغيرها.

ولوقيل: ان مادة الكلمة كانت بحسب الأصل(الشد) فبدلت احدى الدالين(راء) والأخرى(طاء) توسعة في الاستعمالات، لم يكن به بأس»(١.(

ثم أضاف: «وقد أتعب بعض مشايخنا(قده) نفسه الشريفة في إرجاع ذلك كله الى الالتزام، ولكنه خلاف المنساق منها عرفا»(٢.(

رأى السيد الروحاني:

وقد ذهب الى هذا الرأي أيضا السيد الروحاني، فإنه وبعد تعرضه لذكر الأقوال والمصطلحات في المسألة، خلص الى ان «للشرط معنى واحد وإطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهوتقيد أمر بآخر، غاية الأمر ان هذا التقيد والربط قد يكون

---

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

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

تكوينيا كربط إحراق النار بالمحاذاة، وقد يكون مجعولا بجعل تشريعي كجعل الطهارة شرطا للصلاة، وقد يكون مجعولا بجعل المتعاملين، وليس له معنى آخر»(١.(

هل هناك جامع بين الأقوال؟

بعد استعراض الأقوال والآراء بالنسبة لمعنى الشرط، ومعرفة أن العمدة التي أنصبت عليها انظار الاعلام ووقعت موضع النقض والإبرام قولان:

-١الإلزام والالتزام في عقد آخر كالبيع ونحوه.

-٢الربط والشد.

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

فنقول: ان استقصاء علميا مبنيا على تتبع موارد استعمال الشرط لدى العرف وملاحظة المتفاهم عندهم لدى الإطلاق، يعطينا عدم استقلالية المعنى الأول في قبال الثاني، وان مرجعه ومآله اليه وان اختلف التعبير في مقام البيان.

ذلك ان الظاهر الذي لا ينبغي الشك فيه انه ليس المراد من تعريف الشرط بكون الإلزام والالتزام في ضمن عقد آخر، كونه الإلزام والالتزام المظروفين لعقد آخر كيف ما تحققا في ضمنه ولوعلى الظرفية والاستقلال ومجرد المقارنة، فإن ذلك ليس بمراد القائلين بهذه المقالة قطعا، فان مجرد استبطان عقد لإلزام والتزام على نحوالمقارنة وصرف الظرفية، لا يعني صدق الشرط عليه عرفا وسريان وجوب الوفاء اليه، بل ان ذلك انما يتحقق فيما إذا تضمنت تلك الظرفية لعلقة ربطية تشد أحدهما بالآخر، وتجرد

---

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

كلا منهما عن الاستقلالية، فلا الشرط هوالإلزام والالتزام الذي لا علاقة له بالعقد، ولا العقد هوالظرف الذي لا ربط له بالشرط.

فإنه إذا باع أحد غيره شيئا ووعده في ضمن العقد أومقارنا له أمرا، لم يكن ذلك التقارن الاستقلالي الحاصل بين هذين الالتزامين بما هوهووفي حد ذاته مستوجبا لصدق الشرط على ذلك الوعد، ومن ثمّ وجوب الوفاء به بتبع الوفاء بذلك العقد.

فما عن بعضهم من ان «الظاهر منهما انه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا ان البيع معلق عليه أومتقيد به»(١) مما لا يمكن المساعدة عليه على ما ستعرفه قريبا ان شاء الله.

والحاصل: انه لما لم يكن المراد من الإلزام والالتزام في ضمن عقد آخر، هومجرد وعائية عقد وظرفيته لالتزام آخر في ضمنه مع احتفاظ كل منهما باستقلاليته وانعزاله عن الآخر، كان مرجعه الى نحومن الربط والشد واناطة كل منهما بالآخر وتقييده به على نحويقتضيه موضوع ذلك العقد وضوابطه وحدوده المعيّنة من قبل الشارع أوالقانون لا محالة.

إذا فالذي يلخص من البحث، ان الحق في المقام مع القائلين بوحدة معنى الشرط عرفا، وان الأصل فيه هونحومن الربط والشد، حيث يقوم الشرط بدور ربط نفس المنشأ وشده بالتزام المشروط عليه بشيء، أوربط التزامه بالمنشإ ووفائه به بذلك الشيء على نحوالقضية مانعة الخلو.

ثم ان تفسير الشرط بالربط وان لم يرد في شيء من كلمات أهل اللغة -باستثناء صاحب المنجد - إلا ان وضوحه عرفا، بعد اعتماد كثير من أهل اللغة على ذلك، حيث اكتفوا في مقام تفسيره بكونه معروفا بالإضافة إلى اتفاقهم على إطلاق

---

(١)كتاب البيع ج ١ ص ٨٦.

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

ثم انه الى هذا المعنى يرجع كل ما قيل في تعريف الشرط وما ذكر من المصطلحات، فإن أكثرها تعود الى استعمال المعنى العام في بعض مصاديقه وافراده، كما هوالحال بالنسبة الى أكثر ما ورد عن اللغويين، وكذا ما ورد في ألسنة النحاة من إطلاقه على الجملة الواقعة عقيب اداة الشرط، وإطلاقه في ألسنة أهل المعقول على جزء من أجزاء العلة، أوما ذكر في التعريف من استلزام عدمه للعدم، فإن الإطلاق في جميع تلك الموارد إنما هوبلحاظ تقيد أمر بآخر وارتباطه به بنحوارتباط تكويني، أوجعلي، شرعي أوبجعل المتعاقدين واتفاقهما عليه.

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

وقفة مع الأقوال والآراء:

بعد أن عرفنا أن للشرط معنى واحدا عرفيا يجمع بين شتات موارده ومصاديقه ويرجع إليه أكثر ما قيل في المقام، ألا وهوالربط والإناطة وتقييد نفس المنشأ أوالتزامه به على شيء على سبيل منع الخلو، لا بد لنا-وقبل ان نختم الحديث عنه-ان نسعى لتقييم مدى تعبيره عن المطلوب وضبطه لحدود المعرّف، وما يمكن ان يقال حول كل رأي من تلك الآراء.

ثم ان الأسلوب الفني وان كان يقتضي ذكر كل ما يدور حول كل قول بعد ذكره مباشرة، إلا ان حرصنا على عدم تشتيت الفكر والخروج عن الهدف الأساس في استعراض الأقوال والآراء، لا سيما ان بعض الأبحاث التي تذكر في هذا المقام خارجة عن صميم البحث ومحل الكلام، جعلنا نؤثر التعرض. تلك الملاحظات في وقفة

مستقلة مع الأقوال.

وكيف كان فالكلام في نقاط:

النقطة الاولى: تعريف البيع بالإلزام والالتزام.

وفيها مباحث ثلاثة متسلسلة ومتفرعة بعضها عن بعض.

أ- هل يصح تفسير الشرط بالإلزام والالتزام؟ ب - هل الشرط مطلق الإلزام والالتزام أوخصوص ما يكون في ضمن عقد آخر؟ ج - وعلى الثاني فهل العقد مجرد وعاء لهما، أوهما مرتبطان به برباط التقييد والتعليق؟

ا-تفسير الشرط بالإلزام والالتزام.

عرفت ان أكثر الأصحاب قد أخذوا في تعريف الشرط الإلزام والالتزام وذلك -فيما يبدو-تبعا لما ورد في اللغة، وما ذكره الشيخ الأنصاري(قده) من كونه أحد المعنيين العرفيين له.

ويلاحظ على هذا الرأي:

أولا: ان التأمل في معنى الشرط وموارد استعمالاته الطبيعية الخالية من العناية والتسامح، يعطينا كونه معنى حرفيا قائما بالغير ولا يمكن فصله عن طرفيه -العقد ومتعلق الشرط - ولحاظه مستقلا ومجردا عنهما، فلا يصح تفسيره وتعريفه بالإلزام والالتزام اللذين هما من المعاني الاسمية القائمة بالذات والاستقلال.

ثانيا: عدم التضايف والترادف بين المعنيين.

رغم ان التعريفات العرفية ليست حدودا للمعرّف بالمعنى الدقيق فلا يعتبر فيها التطابق من جميع الحيثيات والخصوصيات-كالتعدي واللزوم وما شاكلهما-معه، الاّ ان عدم الترادف بين المعرّف -بالكسر- والمعرّف-بالفتح-وعدم صحة استعمال أحدهما مكان الآخر، يبقى حدا فاصلا مائزا بين صحة التعريف وعدمها.

ونحن إذا تأملنا في المشتقات المتعارفة المستعملة في المحاورات العرفية من

المبدأين-أعني الشرط من جهة والإلزام والالتزام من جهة أخرى-وجدنا عدم التطابق والترادف بينهما، بل وعدّ استعمال أحدهما مكان الآخر من الأغلاط المستهجنة، آية تكشف عن عدم الاتحاد بينهما، وان الشرط لا يساوق الإلزام والالتزام.

فمثلا إذا كلّف زيد عمروا بالخياطة والزمه بها-ابتداء أوفي ضمن عقد آخر -فقبل عمر وذلك وتعهد بها، فإنه يقال لزيد: انه الملزم والمكلف -بالكسر- ولعمرو: انه الملزم والمكلّف -بالفتح- والملتزم والمتعهد -بالكسر- وللخياطة، انها المكلّف بها والملزم عليها، وطرف الإضافة في الإلزام والالتزام هوعمرو، فإنه المكلّف بالخياطة والملزم بها، لا البيع المتضمن لهما، فإنه لا معنى لأن يكون البيع أوالعقد المتضمن لهما هوالمكلف والملزم بالخياطة كما هوواضح.

وهذا على العكس من مشتقات المبدأ الآخر -الشرط- وطرف الإضافة فيه، فإنه لا يصح منها في المثال المتقدم إذا أبدل التكليف والإلزام بالشرط سوى اسم الفاعل فقط، فيقال لزيد في المثال انه الشارط، واما باقي المشتقات فاستعماله في المثال غلط فظيع، فلا يقال لعمروانه مشروط، ولا يصح أن يقال: شرط زيد عمروا، ولا للخياطة انها مشروط بها، بمعنى كون عمروملزما بها. نعم، يصح إطلاق المشروط بها على الخياطة بلحاظ العقد المتضمن لها، لا عمروالملتزم بها.

مؤسسة الخوئي
Al-Khoei Institute

والحاصل: ان عدم صحة استعمال أحد المبدأين مكان الآخر دليل واضح على عدم الترادف بين المبدأين وعدم كون الشرط هوالإلزام والالتزام.

والعجب من الشيخ الأنصاري(قده) انه رغم التفاته الى هذه العلامة وتمسكه بها في استدلاله على جمود المعنى الثاني للشرط-ما يلزم من عدمه العدم-لم يتعرض إليها بالنسبة إلى المعنى الأول-الحدثي.

قال(قده) : «الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود أولا، وهوبهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلا ولا حدثا، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايفين في الفعل والانفعال، بل الشارط هوالجاعل، والمشروط هوما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر

والفتح المشتقين من السبب»(١.(

فإنك قد عرفت جريان ما أفاده رحمه الله في المعنى الثاني الذي اختار جموده في المعنى الأول الحدثي اتفاقا، فالإلزام فاعله زيد ومفعوله عمرو، والحال انه لا يصح إطلاق المشروط على عمرورغم صحة إطلاق الشارط على زيد، فان المشروط هوالعقد المتضمن له.

ومن هنا يظهر انه ليس السبب في عدم التضايف كون المعنى الثاني جامدا وكون الاشتقاق فيه مصنوعا على خلاف الأصل، بل السبب هواختلاف المبدأين واللفظين في المعنى، وعدم كون أحدهما مساوقا ومرادفا للآخر.

وهذا بخلاف الالتزام بكون الشرط بمعنى الربط والتعليق، حيث تجد كمال التطابق والترادف بين المبدأين واللفظين-الشرط والربط في الجملة-في اشتقاقاتهما وموارد استعمالاتهما المتعارفة في موارد الإنشاء والاعتبار، فإذا باع زيد ماله لعمرو -مثلا- والزمه في ضمن البيع بعمل ما كالخياطة ونحوها على وجه التقييد والربط بين العقد والشرط، فإنه كما يصح إطلاق الشارط على زيد، والمشروط على البيع، والمشروط بها على الخياطة، يصح إطلاق الرابط والمربوط والمربوط بها عليهم، كما انه وبلحاظ ان المثال يتضمن نفعا عائدا لزيد، وضيقا وإلزاما على عمرو، صح اضافة(له وعليه)عليهما، فيقال لزيد انه المشروط له، ولعمروانه المشروط عليه.

نعم، كثيرا ما يطلق الشرط على المشروط به، إلا انه كإطلاق الخلق على المخلوق من المسامحة في التعبير والمجاز في الاستعمال قطعا.

ب- هل الشرط مطلق الإلزام والالتزام، أم خصوص ما يكون في ضمن عقد أخر؟

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

---

(١)المكاسب ص ٢٧٥ الطبعة الحجرية.

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

وإرادتهما للمطلق من كلامهما لا تخلومن تأمل، فإن كلام صاحب المنجد مسبوق بقوله: «شرط عليه في بيع ونحوه: الزمه شيئا فيه». كما ان الظاهر كون صاحب معجم متن اللغة بصدد تعريف «الشريطة» وبيان انها بمعنى الشرط، لا ذكر الشرط بحدوده وبيان انه مطلق الإلزام والالتزام في مقابل كونه خصوص ما يكون في ضمن عقد آخر، ولعل عدم ذكره للقيد في هذا المقام جاء اعتمادا على تصريحه به في مقام تعريف الشرط نفسه، حيث قال: «الشرط: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أوفي أمر من الأمور»(٣).

على انه لا اثر لتفردهما بالإطلاق بعد اتفاق سائر أرباب اللغة-خصوصا القدماء منهم، والمصادر الأصلية للغة-على التقييد.

غير ان الفقهاء -رغم الاتفاق اللغوي - قد اختلفوا في صدق الشرط على التعهد الابتدائي، وشموله لمطلق الإلزام والالتزام حتى ولولم يكن في ضمن عقد آخر.

أقول: اما بناء على المختار من كون معنى الشرط هوالربط والتعليق، فعدم صدقه على التعهد الابتدائي أوما يسمى في المصطلح بالوعد، أوضح من ان يخفى، إذ الربط -على ما عرفت - من المعاني الحرفية القائمة بالغير والذي لا يمكن فصله عن طرفيه ولحاظه مستقلا ومجردا عنهما.

---

(١)المنجد ص ٣٨٢.

(٢)معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٥.

(٣)معجم متن اللغة ج ٣ ص ٣٠٤.

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

قال السيد الوالد - قده-: «ان الشرط في اللغة بمعنى الربط بين شيئين، وقد أشير إليه فيما حكي عن القاموس من ان الشرط هوالالتزام في بيع ونحوه.

وفي أقرب الموارد: شرط عليه في البيع ونحوه شرطا: الزمه شيئا فيه. وإذا فالشروط الابتدائية خارجة عن حدود الرواية»(١.(

وقال في مقام الاستدلال على وجوب الوفاء بالشرط في ضمن العقد الجائز: «لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فإنه غير مختص بالشروط في ضمن العقود اللازمة، بل يعم كل ما يصدق عليه الشرط، سواء أ كان في ضمن عقد لازم أم جائز، بل لولم يكن الشرط ظاهرا في نحوارتباط شيء بشيء، لقلنا بوجوب الوفاء بالشروط الابتدائية، لكن الأمر ليس كذلك باعتبار ان الشرط الابتدائي ليس شرطا في الحقيقة وانما هووعد محض»(٢.(

وقال المحقق الروحاني: «وبالجملة: للشرط معنى واحد وإطلاقه في جميع الموارد من ذلك الباب، وهوتقييد أمر بآخر.. ثم ان الشرط بهذا المعنى لا يصدق على الشروط الابتدائية وهوواضح»(٣.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

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

---

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

(٢)مباني العروة الوثقى كتاب المضاربة ص ٤٢.

(٣)فقه الصادق ج ١٤ ص ٢٨٥.

والربط في ضمن التزام آخر أم لا؟ مقتضى الأصل والإطلاق واستقلالية المفاهيم الاسمية في مرتبة ذاتها عدم اعتبار ذلك، فيصح استعماله مستقلا في المحاورات الصحيحة العرفية من دون ان يكون في ضمن التزام آخر، فيقال: شددت حبل مودتك بعنقي، وربطت رأيي برأيك، تعهدت لك بكذا، وشرطت لك على نفسي بكذا، والكل صحيح في المحاورات، ولا يعدّ ذلك غلطا محاوريا»(١.(

وفيه: ان دعوى استقلالية معنى الربط وكونه من المعاني الاسمية في حيز المنع جدا، فإن الأمر على العكس من ذلك تماما، لما عرفته من كون الشرط من المعاني الحرفية القائمة بطرفيها.

وأما ما ذكره من الأمثلة، فالاستشهاد بصحة قول القائل: «شددت حبل مودتك بعنقي، وربطت رأيي برأيك» مردود بأنه ليس الشرط هوالربط والشد بعينهما وبقول مطلق، كي يشهد بصحة استعمالهما مستقلا من غير ان يعد ذلك من الاغلاط المحاورية، وإنما هونوع علقة ربطية يشد الالتزام بين الشارط والمشروط عليه والمشروط والمشروط فيه، بحيث يكون لكل منهما دور في إنشائه وإيجاده.

وبعبارة اخرى: ان مفهوم الشرط لا يساوق مفهوم الربط بقول مطلق، وإنما هونوع ربط قائم بين المشروط والمشروط فيه يحدثها كل من الشارط والمشروط عليه إيجابا وقبولا، وإلا فإطلاق الربط والشد واستعمالهما في موارد بعيدة عن العقد وما شاكله أكثر من ان يحصى، فيقال: ربطت زيدا بالشجرة، وشددت المتاع بالحبل، الى غيرهما من موارد الاستعمال العرفي الصحيح.

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

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

---

(١)مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٦.

نفسي كذا» فستعرف الحال فيه عند التعرض لموارد استعمال هذه الكلمة في النصوص، وان موارد استعمالها مستقلا لا تخلوعن مسامحة وعناية، فلا حظ.

هذا كله بناء على تعريف الشرط بالربط والتقييد، واما بناء على مذهب المشهور بين الاعلام من تفسيره بالإلزام والالتزام، فهل يعم مطلق الإلزام والالتزام وان كانا بمعزل عن أي عقد يرتبطان به، أم يختص مفهومه بالمرتبطين بمعاملة أخرى؟ يبدوان المسألة محل خلاف كبير بين الملتزمين بهذه المقالة-الإلزام والالتزام: فقد جزم الشيخ الأنصاري(قده) في مقام الاستدلال على لزوم المعاطاة بقولهم(ع) : «المؤمنون عند شروطهم»، بأن الشرط لغة مطلق الالتزام.

قال(قده) : «وكذلك قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فان الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ»(١.(

وقال في باب الشروط: «وظاهره-تفسير صاحب القاموس له بإلزام الشيء والتزامه في البيع وغيره-كونه في الإلزام الابتدائي مجازا او غير صحيح، لكن لا إشكال في صحته لوقوعه في الاخبار كثيرا مثل قوله صلّى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة: «إن قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق»(٢.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

(٢)لم يرد هذا النص بهذا الشكل في شيء من كتب الحديث للفريقين، فالمروي عن طرق الإمامية لم يتضمن غير قوله(ص) : «والولاء لمن أعتق»، فعن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله(ع) عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال: أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وان شاءت نزعت نفسها منه. قال: وروي لمن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة وأعتقتها، فخيرها رسول الله(ص) وقال: ان شاءت ان تقرّ عند زوجها، وان شاءت فارقته، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها، فقال رسول الله(ص) : الولاء لمن أعتق..» الحديث، الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٢.

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

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

وقد أطلق على النذر أوالوعد في بعض اخبار الشرط في النكاح(٣) وقد اعترف في الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار.

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

شيئا، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا، وقالوا: ان شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل، وليكن لنا ولاؤك. فذكرت ذلك لرسول الله صلّى الله عليه وآله فقال رسول الله(ص) : ابتاعي فاعتقي، فإنها الولاء لمن أعتق.

قالت، ثم قام رسول الله(ص) فقال: ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وان شرط مائة مرة، شرط الله عز وجل أحق وأوثق» مسند احمد بن حنبل ج ٦ ص ٨١ المكتب الإسلامي -دار صادر - بيروت.

وقد رواه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٢٣٨. نعم رواه في موضع آخر(ج ١٠ ص ٢٩٥)بنفس السند وفيه «قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، وانما الولاء لمن أعتق» وهوأقرب شيء إلى المذكور في المتن.

(١)محمد بن مسلم عن أبي جعفر(ع) قال: «قضى أمير المؤمنين(ع) في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها ان تزوج عليها امرأة، أوهجرها، أواتى عليها سرّية، فإنها طالق فقال: شرط الله قبل شرطكم» الحديث، الوسائل ج ١٥ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٦.

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

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

على النذر أوالعهد، ومع ذلك فلا حجة فيما في القاموس مع تفرده به، ولعله لم يلتفت الى الاستعمالات التي ذكرناها وإلا لذكرها ولوبعنوان يشعر بمجازيتها»(١.(

غير انه(قده) ذكر في مقام بيان شروط صحة الشرط ما هذا نصه: «الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد، فلوتواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف، عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف وسيأتي، لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا..»(٢.(

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

ومن هنا فعدم وجوب الوفاء به، للإجماع-على ما يظهر منه-أوغيره، لا يلازم عدم دخوله في حقيقة الشرط ومفهومه.

ووافقه عليه العلامة الطباطبائي في حاشيته. قال(قده) : «قد عرفت ان المعنى هوالجعل والتقرير والإثبات، وهووان كان يمكن ان يكون جعلا خاصا وهوما كان في ضمن العقد، إلا ان التحقيق حسب ما ذكره المصنف(قده) كونه أعم، فهوحقيقة في الشرط الابتدائي أيضا»(٣.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

واختاره المحقق الرشتي(قده) في مقام الاستدلال على لزوم المعاطاة. قال رحمه الله «والإشكال في صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية، مستشهدا له بأن المتبادر منه عرفا هوالالتزام التابع، اعتمادا على موارد من الأمثلة مما لا يخلوعن نظر»(٤.(

غير ان التزامه هذا مغاير لصريح ما التزم به في مقام الاستدلال على صحة

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٥.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

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

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

المعاطاة بقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم» حيث ذكر: «أن صدق الشرط على الالتزامات الابتدائية محل منع، فان المتبادر من الشرط إنما هوالالتزام التابع، كما تشهد بذلك موارد الاستعمالات العرفية»(١.(

واليه ذهب السيد الخميني(قده) حيث قال: «ثم على فرض ارادة المعنى الأول -الإلزام والالتزام-فهل تشمل الالتزامات الابتدائية أولا؟ الظاهر المتبادر من الشرط هوالضمني، ولا يطلق على الابتدائي بنحوالحقيقة، فإذا التزم إتيان شيء لا يقال: شرط إتيانه أوشرط عليه ذلك، ولا أقل من الشك في الشمول، ودعوى تبادر الأعم ضعيفة، واستعماله في الروايات أوغيرها في الابتدائي أعم من الحقيقة، مع إمكان التفصي عن الجل أوالكل»(٢.(

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

على انه يكفينا في مقام النفي الشك في الشمول، فان عمومه له وصدقه عليه هوالمحتاج إلى الإثبات.

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

---

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

(٢)كتاب البيع ج ١ ص ٨٩ - ٩٠.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

جـ- علاقة العقد بالشرط المذكور في ضمنه

بعد ان عرفان كون الشرط الجعلي بمعناه الجامع أومعانيه المتعددة، امرا مرتبطا بالعقد الذي يحويه، سواء أ كان ذلك العقد هوالبيع أم غيره، يقع الكلام في تحديد نوع ذلك الارتباط والعلقة، وهل ان ذلك الارتباط يقف عند حد الظرفية المجردة، أم يرقى الى حد التعليق والتقييد؟ المشهور بين الأصحاب شهرة تكاد تبلغ حد الاتفاق هوالثاني.

قال الشيخ الأعظم(قده) في تعليل عدم وجوب الالتزام بالشرط المذكور خارج العقد: «لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا، وان كان أثره مستمرا في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان الى حين حصول المطلوب، وان وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له.

نعم، يمكن ان يقال: ان العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون الا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيدا بالشرط..»(١).

وعبارته(قده) كما تراها ظاهرة في كون العبرة في وجوب الوفاء به ولزومه بعنوان الشرط -الذي هومحل الكلام - كون العقد مقيدا به صريحا كالشرط المذكور في متنه، أوعلى نحوالتواطؤ عليه بحيث يكون قيدا معنويا له.

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

---

(١)المكاسب الطبعة القديمة ص ٢٨٢.

وجوب الوفاء بالشرط الذي وقع العقد مبنيا عليه وان لم يذكر في متنه: «والوجه فيه: صدق الشرط على هذا المقدار من التواطؤ والتباني، فيشمله عموم قوله صلّى الله عليه وآله «المؤمنون» وأيضا هوقيد معنوي للعقد، فيدل عليه عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(١.(

وذكر أيضا: «انه بناء على عدم الاعتبار بالشروط البدوية، فاللازم ذكر الشرط في العقد على وجه يرتبط به، وإلا فلوالتزم في عقد البيع بخياطة ثوب المشتري مع عدم الارتباط بالبيع على وجه يكون جزء من المبيع ويكون تخلفه موجبا للخيار، لا يكون إلا شرطا بدويا، فالمراد من الشرط البدوي ما لم يرتبط بالعقد وان ذكر في ضمنه على وجه الاستقلال، وهوواضح»(٢.(

وعبارته الأخيرة أصرح تعبير في رفض مجرد العلقة الظرفية بين الشرط والعقد.

وقال المحقق الشهيدي(قده) في رد تفسير الشرط بما في القاموس من كونه إلزام الشيء والتزامه: «ومقتضى هذا التفسير صدق الشرط بمجرد قول البائع: بعتك هذا بهذا، وألزمتك على ان تخيط ثوبي، وقول المشتري قبلت بيعه به والتزمت بخياطة ثوبك من دون ان يكون هناك احداث ربط وتقييد للبيع والمبيع أوالثمن بالخياطة بل لم يكن هناك إلا صرف كون صيغة البيع ظرفا لذلك الإلزام والالتزام، وستعرف فساده»(٣.(

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

قال(قده) : «وكذا الظاهر منهما -القاموس وأقرب الموارد - انه الالتزام الذي ظرفه البيع، لا ان البيع معلق عليه أومتقيد به، ضرورة ان البيع المعلق على الشرط

---

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

(٢)المصدر نفسه ص ١١٩.

(٣)هداية الطالب إلى أسرار المكاسب/قسم الخيارات ص ٥٦٠.

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

وقال أيضا: «ضرورة أن المجعول في ضمن المعاملة في العرف واللغة، ليست المعاملة معلقة عليه، لعدم توقف وجودها على وجوده، فهي معنى تنجيزي يشترط في ضمنها شيء على أحد المتعاملين مثلا، فلا يكون قرارهما معلقا، بل من قبيل قرار في قرار..»(٢.(

وفي موضع آخر من كلامه: «لأن الشروط الضمنية ليست قيدا للبيع ولا المبيع، فإذا باع حمارا بدينار وشرط عليه زيارة بيت الله لا يكون بيعه مقيدا بها، وهوواضح، وليس المبيع عبارة عن الحمار المقيد بزيارة بيت الله، بل المبيع هوالحمار، والشرط أمر آخر جعل في ضمن البيع»(٣.(

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

فيما عبّر عن القول بتقييد الالتزام أوالملتزم أووحدة العقد حقيقة بكونه تكلفا لا ينبغي ان يصغى إليه(٥.(

أقول: وما افاده(قده) لا يمكن المساعدة عليه لأمور: الأول: منافاته للفهم العرفي من الشرط جدا، فإنهم لا يقصدون بقولهم ان

---

(١)كتاب البيع ج ١ ص ٨٦ - ٨٨.

(٢)كتاب البيع ج ١ ص ٨٦ - ٨٨.

(٣)نفس المصدر ص ٨٩.

(٤)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

(٥)نفس المصدر ص ٢٢٠.

الشرط التزام في ضمن التزام، مجرد الظرفية والمقارنة.

وكذا قولهم: بأن الشرط اما أن يتعلق بما يتقوم به المبيع الشخصي، أويتعلق بصفة من صفاته، أويتعلق بأمر خارج عنه مفارق له، فإنه كيف يمكن حمله على الإلزام المستقل غير المرتبط بالعقد إلا بنحووقوعه في ضمنه، فان مجرد التقارن بين التزامين بما هولا يستوجب تأثيرا لأحدهما على الآخر كالمبيعين استقلالا إذا جمعهما عقد واحد، فان فساد أحدهما لا يستتبع حكما في الآخر -حتى الخيار - ما لم تتحقق بينهما علقة ربطية تعقد أحدهما بالآخر.

الثاني: ان ظرفية العقود للشروط ليست ظرفية حقيقة، باعتبار انها ليس مكانا ولا زمانا، ودخول حرف(في) عليها ليس بلحاظ المعنى الحقيقي، وإنما هوبضرب من العناية والمجاز وبملاك ان الارتباط بها يجعلها محلا لها، ومن هنا فإذا فرضنا نفي هذا الارتباط أيضا، ودعوى ان البيع -مثلا- هوالعقد المستقل من جميع الجهات المستجمع لجميع شرائط الصحة من معلومية العوضين ورضى الطرفين بلا قيد ولا ربط بالشرط، لا في مرحلة الإنشاء ولا المنشأ ولا العوضين إطلاقا، لم يبق ما يصحح العلقة الظرفية حتى بالعناية والمجاز.

وبعبارة اخرى: ان دخول حرف(في) على العقد المصحح لظرفيته للشرط، يحتاج إلى علقة بينهما تصحح الاستعمال المجازي، بعد ان لم يكن العقد ظرفا حقيقيا له، وليست هذه العلقة إلا ربط أحدهما بآخر بنحوما من الارتباط، فإذا أنكرنا هذا الارتباط وقلنا باستقلالية كل منهما عن الآخر تماما، فقد أنكرنا ما يبرر الظرفية بقول مطلق، أعني حتى الاستعمال المجازي.

نعم، قد يقال: ان البيع بالمعنى المعاملي المستعمل في مجموع الجزءين الصادرين من البائع والمشتري -الإيجاب والقبول - لا بالمعنى المقابل للشراء المستعمل فيما يتحقق من البائع فقط، لما كان مؤلفا من جزءين، كان وقوع الإلزام بينهما وتوسطه للإيجاب والقبول هوالمصحح لمعنى الظرفية في البيع بالعناية.

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

خاص لمفهوم بلحاظ نفسه استقلالا، ووضع لفظ آخر له بلحاظ ظرفه، كي يقال: ان التكليف والتعهد ان لوحظ مستقلا فهوإلزام والتزام، وان لوحظ في ضمن بيع أونحوه فهوشرط. فان مثل هذا الوضع غير معهود، أوعلى أقل التقادير فهوشاذ ونادر.

ان الذي يقع في ضمن البيع على التوجيه المذكور إنما هوأحد جزئي الشرط -أعني الإلزام-فقط، فإنه الذي يقع بين الإيجاب والقبول، واما الجزء الأخر-الالتزام -الذي به يتم مفهوم الشرط وهومجموع الإلزام والالتزام، فهوإنما يأتي مقارنا للقبول.

وعلى هذا يكون المصحح لعلقة المجاز صرف وقوع جزء الشرط-الإلزام- بين جزئي البيع بالمعنى المعاملي، وهومما لا يدركه العرف مبررا ومصححا لاستعماله لفظ الشرط في معاملاته ومحاوراته.

الثالث: إن لازم ما ذكره: أ - الالتزام بصحة العقد المتضمن للشرط بوحدة فيما إذا قبله صاحبه مجردا عن الشرط، كما هوالحال في البيعين المستقلين إذا جمعهما إنشاء واحد، بحيث لم يكن بينهما أية علاقة سوى الدمج والتقارن في الإنشاء، وهذا مما لم يلتزم به فقيه، بل وفساده غني عن البيان.

قال الشيخ الأنصاري(قده) : «من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول، فلواختلفا في المضمون.. أوتوابع العقد من الشروط، فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد، ووجه هذا الاشتراط واضح، وهومأخوذ من اعتبار القبول وهوالرضا بالإيجاب»(١.(

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

---

(١)المكاسب ج ٧ ص ١٢٩.

إشكال في اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول، إذ مع عدمه لا يصدق عليهما العقد.. فلا بد وان يكون متعلقا بعين ما أوجب، وهوواضح. وإنما الكلام في تشخيص الصغرى في بعض الموارد، والمناط الكلي: ان في كل مورد ينحل العقد عرفا الى عقدين، أوالى عقد وشيء آخر، فقبل القابل البعض المنحل يقع التطابق بينهما.. وهكذا الكلام في الشروط والمتعلقات، ففي مثل الشرط لوقلنا بالانحلال وانه التزام في التزام كما لا يبعد في بعض الموارد يكون القبول بلا شرط قبولا ومطابقا للإيجاب»(١.(

وليت شعري لم تردد في تطبيق القاعدة التي ذكرها أولا على الشروط، ولم قال أخيرا: كما لا يبعد في بعض الموارد، وهوالقائل: «ان الشرط عبارة عن قرار مستقل في قراريته مقابل قرار البيع» (٢) و«فإذا باع حمارا بدينار وشرط عليه زيارة بيت الله.. بل المبيع هوالحمار والشرط أمر آخر جعل في ضمن البيع»(٣.(

والخلاصة: ان لازم ما افاده(قده) هوالالتزام بصحة العقد لوحدة إذا قبله المشتري - القابل- مجردا عن الشرط، وهوأمر لم يلتزم به أحد، بل لم يلتزم هوبه أيضا.

ب- لزوم البيع وعدم ثبوت الخيار للبائع فيما إذا تخلف المشتري عن الوفاء بما التزم وتعهد به في متن العقد.

والوجه فيه ما تقدم في سابقه، فان التزام البائع بالعقد لما كان مطلقا وغير مقيد بشيء، لم يكن وجه لثبوت الخيار له إذا تخلف المشتري عن قرار معه مستقل في قراريته.

وبعبارة اخرى: ان تخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بمضمون عقد بينهما لا يوجب ثبوت الحق للآخر في رفع اليد عن معاملة أخرى وقعت بينهما، فان كلا منهما

---

(١)كتاب البيع ج ١ ص ٢٣٧ - ٢٣٨.

(٢)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٥.

(٣)كتاب البيع ج ١ ص ٨٩.

لما وقع مستقلا في قراريته عن الآخر ومن غير ربط بينهما في مقام الإنشاء أوالمنشأ أوالعوضين، لم يكن وجه لتأثير التخلف في أحدهما على اللزوم في الآخر.

وقد تنبّه(قده) لهذا الاشكال وتفصى عنه: تارة بأن الخيار في موارد تخلف الشرط إنما هوبحكم العقلاء.

قال(قده) : «واما قضية خيار التخلف فهي عقلائية منوطة بتخلف ما له دخالة في القيم والأغراض»(١.(

وقال: «ثم انه لا ينبغي الإشكال في ان المشروط له مخيّر بين الإجبار والفسخ.

واما الفسخ فلأنه مع التخلف يثبت خيار التخلف عند العقلاء من دون توقف على التعذر، فمجرد التخلف عن الشرط يثبت الخيار العقلائي، لتخلفه عن القرار والشرط»(٢.(

واخرى: بتأثير الشرط في القيم والأغراض بحسب الواقع فيوجب تخلفه الخيار.

قال في مقام بيان ان وجوب العمل بالشرط من احكام مطلق الشرط: «واما التخلف الموجب للخيار، فهوإنما ثابت فيما إذا كان للشرط نحودخالة في القيم والأغراض بحسب اللب، وان لم يكن قيدا بوجه من الوجوه»(٣.(

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

النقطة الثانية: الشرط في مصطلح النصوص.

قرأنا في مطاوي البحوث السابقة ان الاعلام كثيرا ما استشهدوا بالنصوص لإثبات أوتأييد مصطلح أوإطلاق للشرط، وقد آثرنا في حينه ترك التعرض لمناقشة تلك الاستدلالات أوالاستشهادات الى بحث مستقل، بغية الحفاظ على وحدة

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٠٦.

(٢)المصدر نفسه ص ٢٢٠.

(٣)المصدر نفسه ص ٢٢١.

الموضوع المبحوث عنه والتركيز على المهم في البحث قدر الإمكان.

وقد حان الأوان الآن للتعرض الى ذلك البحث لما يحويه من أهمية في مقام تحديد مفهوم الشرط فقهيا بل وعرفيا أيضا، باعتبار ان النصوص بأسئلتها وأجوبتها تعبّر-مضافا الى العمق التشريعي-عن محاورات عرفية، استخدم فيها أناس عرفيون الكلمات في بيان مراداتهم، أوما يعبّر عنه بالتفهيم والتفهّم، فيكون إطلاقهم للكلمة على معنى خير شاهد على صحة استعماله فيه.

وعلى هذا الأساس فلا بد من سرد الأقوال والنصوص التي ادعي إطلاق الشرط فيها على معنى معيّن ومن ثمّ ملاحظة ما يمكن ان يقال حوله.

أ- الالتزامات الابتدائية:

هناك جملة من النصوص الواردة في أبواب متفرقة من الفقه يظهر منها إطلاق الشرط على الالتزام الابتدائي والمجرد عن غيره، ذكرها الشيخ الأعظم(قده) وبعض من تأخر عنه، لإثبات عموم مفهوم الشرط للالتزامات الابتدائية.

منها: رواية عروة عن عائشة: «ان بريرة جاءت عائشة تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئا، فقالت لها عائشة: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي فعلت، فذكرت ذلك بريرة لأهلها فأبوا، وقالوا: إن شاءت ان تحتسب عليك فلتفعل، وليكن لنا ولاؤك. فذكرت ذلك لرسول الله(ص) فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله: ابتاعي فاعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق، قالت: ثم قام رسول الله(ص) فقال: ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله عز وجل، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله عز وجل فليس له وان شرط مائة مرة، شرط الله عز وجل أحق وأوثق»(١.(

---

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

وقد تقدم ان نص البيهقي(ج ١٠ ص ٢٩٥)هوأقرب النصوص الى ما ذكره الفقهاء في كلماتهم، مثل ما ذكره الشيخ الأنصاري(قده) في مكاسبه من قوله: «مثل قوله صلّى الله عليه وآله في حكاية بيع بريرة: ان قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق»(١.(

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

فعن الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأعتقت الأمة، قال: أمرها بيدها، ان شاءت تركت نفسها مع زوجها، وان شاءت نزعت نفسها منه، قال: وروى(وذكر) ان بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة وأعتقتها، فخيرها رسول الله(ص) وقال: إن شاءت أن تقر عند زوجها، وان شاءت فارقته، وكان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة ان لهم ولاءها، فقال رسول الله(ص) : (الولاء لمن أعتق»(٢.(

نعم، في مستدرك الوسائل عن دعائم الإسلام عن علي عليه السلام انه قال: «أرادت عائشة ان تشتري بريرة، فاشترط مواليها عليها ولاءها، فاشترتها منهم على ذلك الشرط، فبلغ ذلك رسول الله صلّى الله عليه وآله فصعد المنبر فحمد الله واثنى عليه ثم قال: ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، يبيع أحدهم الرقبة ويشترط الولاء، والولاء لمن أعتق، وشرط الله آكد، وكل شرط خالف كتاب الله فهورد»(٣.(

---

(١)المكاسب الطبعة القديمة ص ٢٧٥.

(٢)الوسائل ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

(٣)مستدرك الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة باب ٥ من أبواب الخيار ح ٢.

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

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوجها رجل وشرط عليها وعلى أهلها إن تزوج عليها امرأة أوهجرها، أوأتى عليها سرّية، فإنها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم»(١.(

ومنها: خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أوتسريت فهي طالق، قال: ليس ذلك بشيء، ان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: من اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه»(٢) حيث أطلق فيه الشرط على الوعد الذي قطعه الرجل لزوجته.

ب- إطلاقه على النذر والعهد:

وفي عداد ما استدل به لإثبات إطلاق الشرط على التعهدات المستقلة رواية منصور بزرج عن عبد صالح(ع) قال: قلت له: «ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه الا أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(٣.(

---

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

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

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

حيث أطلق الإمام عليه السلام الشرط على ما طلبته منه، أعنى أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها الظاهر في النذر أوالعهد، وكلاهما من الالتزامات المستقلة.

جـ- إطلاقه على الخيار:

ورد في جملة من النصوص إطلاق الشرط على خيار الحيوان.

فقد روى الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهوبالخيار فيها إن شرط أولم يشترط»(١.(

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

وعن علي بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل ثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط»(٣.(

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

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

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

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

د- إطلاقه على البيع:

تقدم في كلام الشيخ الأنصاري(قده) انه نسب الى صاحب الحدائق(قده) اعترافه بأن إطلاق الشرط على البيع كثير في الاخبار.

وهذه النسبة وان لم نجد لها أساسا في الحدائق-رغم بذل الجهد الكثير من أجلها-غير ان الأصحاب ذكروا بعض النصوص التي يمكن دعوى إطلاق الشرط فيه على المبيع أوالإجارة.

منها: ما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن الرجل يسلم في وصف أسنان معلومة ولون معلوم، ثم يعطي دون شرطه أوفوقه، فقال: إذا كان عن طيبة نفس منك ومنه فلا بأس»(١.(

ومنها: ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من اشترى طعاما أوعلفا إلى أجل فلم يجد صاحبه وليس شرطه إلا الورق، وان قال: خذ مني بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أوعلفه، فان لم يجد شرطه وأخذ ورقا لا محالة قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، (لا تَظْلِمُونَ وَلا تُظْلَمُونَ)»(٢.(

حيث ادعى المحقق الشهيدي(قده) إطلاق الشرط فيها على المبيع. (٣.(

ومنها: ما رواه محمد بن يحيى قال: كتب محمد بن الحسن الى أبي محمد عليه

---

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

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

(٣)هداية الطالب إلى أسرار المكاسب قسم الخيارات ص ٥٦١.

السلام: «رجل استأجر أجيرا يعمل له بناء وغيره وجعل يعطيه طعاما وقطنا وغير ذلك، ثم تغيّر الطعام والقطن عن سعره الذي كان أعطاه إلى نقصان أوزيادة، أ يحسب له بسعر يوم أعطاه أوبسعر يوم حاسبه؟ فوقّع عليه السلام: يحتسب له بسعر يوم شارطه فيه»(١). وبمضمونها غيرها.

هـ- إطلاقه على النكاح أوالأجل فيه:

ورد في بعض اخبار العقد المنقطع إطلاق الشرط على العقد أوالأجل فيه.

فقد روى زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يتزوج المتعة وينقضي شرطها، ثم يتزوجها رجل آخر حتى بانت منه ثم يتزوجها الأول حتى بانت منه ثلاثا وتزوجت ثلاثة أزواج، يحل للأول ان يتزوجها؟ قال: نعم»(٢.(

وروى ابان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر، ثم انها تقع في قلبه فيحب ان يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدها في أجرها ويزداد في الأيام قبل ان تنقضي أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط، قلت: كيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطا جديدا»(٣.(

فإن إطلاق الشرط على العقد في الثانية وعلى الأجل في الأولى مما لا يخفى.

---

(١)الوسائل ج ١٢ باب ٢٦ من أبواب أحكام العقود ح ٤.

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

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

هذه جملة ما حضرني من النصوص-سواء ما ذكره الأصحاب أووجدته بالتتبع-مما يمكن ان يستشهد به على إطلاق الشرط على الالتزامات الابتدائية أومعان اخرى مستقلة في حد ذاتها وغير مرتبطة بعقد أوإنشاء آخر.

إلا ان الظاهر انه لا يمكن المساعدة على الاستدلال بشيء من تلك النصوص لإثبات غير ما ذكرناه في معنى الشرط، ورفع اليد عمّا حققناه، من المفهوم العرفي، فإن الاستعمال في معظم هذه الموارد استعمال مجازي، أطلق الشرط فيها لعلاقة مقالية أومقامية. والاستعمال المجازي وان كان شائعا ومتعارفا في المحاورات العرفية، إلاّ انه لا يصلح لأن يستند إليه في تحديد مفاهيم الألفاظ وما ينبغي حمل اللفظ عليه عند الإطلاق، فإن بين المقامين من الفرق ما لا يخفى، فإذا أخذنا لفظ الأسد مثلا، وجدناه يطلق على الرجل الشجاع إطلاقا شائعا ومتعارفا، غير ان ذلك لا يعني دخوله في مفهوم لفظ الأسد وشموله له في مقام الحدّ والتعريف، بحيث لوتعلق حكم شرعي -كالنذر ونحوه - كان المثال كافيا في تحقق الاجزاء والامتثال به.

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

هذا وعلاقة المجاز في أكثر تلك الروايات واضحة، فإن المشاكلة والمجازاة في التعبير هي المصحح لإطلاق الشرط في رواية عروة وما عن دعائم الإسلام ورواية محمد بن مسلم، فإن الإطلاق فيها جميعا جاء جريا على إطلاقه من قبل الجانب المقابل، كأولياء بريرة والمرأة أوأولياؤها في النكاح، نظير قوله تعالى (وَمَكَرُوا وَمَكَرَ اَللهُ وَاَللهُ خَيْرُ اَلْماكِرِينَ)(١)، وقال تعالى (فَمَنِ اِعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اِعْتَدى عَلَيْكُمْ)(٢) وقوله تعالى (وَجَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها)(٣).

---

(١)البقرة: الآية ٥٤.

(٢)البقرة: الآية ١٩١.

(٣)الشورى: الآية ٤٠.

فإن من الواضح البديهي ان إطلاق الاعتداء والمكر والسيئة على ما يقع في مقام رد الفعل والجزاء، إنما هوإطلاق مجازي بعلاقة المشاكلة والمجازاة في التعبير، وإلا فليس رد السيئة بسيئة، ولا الاعتداء باعتداء، ويجلّ شأن الباري جل اسمه عن المكر.

وهذا ما يجري بالنسبة للموارد التي ذكرناها، فإن إطلاق الشرط بالمعنى الحقيقي - أعني الربط - من قبل أولياء بريرة في ضمن عقد بيعها لعائشة، على الإلزام بكون ولائها لهم وربط موافقتهم العقدية بموافقتها على ذلك، وإطلاق الشرط على الإلزام والالتزام الحاصل في ضمن عقد الزواج، على عدم التزوج والتسري على المرأة، سبب صحة إطلاقه من باب المشاكلة والمجاراة في مقام الجواب على ما جعله الله تبارك وتعالى من الحكم المخالف لذلك الالتزام.

واما رواية منصور بزرج فلم يتضح إطلاق الشرط فيها على النذر أوالعهد، بل الظاهر من قوله: «إلاّ أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها» اشتراط ذلك في العقد، بأن يكون عدم الطلاق والتزوج عليها شرطا في العقد، غاية الأمر ان المطلوب من قبلها ليس هوالالتزام البسيط، وانما هوالالتزام المؤكد بعهد الله، وهوأمر متعارف لدى العوام حيث يعتبرون في التعهدات جعل الله كفيلا أووكيلا على ما يفعلونه أويقولونه، وهوغير النذر والعهد بالمعنى المصطلح.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

إذا، فإطلاق الشرط فيها ليس باعتبار تحقق نذر أوعهد شرعي في ضمن العقد أوقبله، وانما هوباعتبار إناطتها لموافقتها على تزوجه منها ثانيا بذلك الالتزام المؤكد، وبهذا الملاك يكون المورد من استعمال اللفظ في معناه الحقيقي، أعني ربط التزامها بالعقد بالتزامه بعد الطلاق والتزوج عليها.

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

صريحا، فقد ذكر: «رواية منصور عن العبد الصالح: في من نذر أن لا يطلق زوجته، قال عليه السّلام: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم» وقد ذكر الوافي ج ١٢ ص ٨٠ باب ٨٦ الحديث ١٧ مصدرا لها(١.(غير انا لم نعثر على هذه الرواية في المصدر المذكور، بل ولا فيما بأيدينا من المصادر، رغم بذل الجهد التام ومراجعة المعاجم والفهارس.

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

واما إطلاقه على خيار الحيوان، فالظاهر أنه إطلاق حقيقي لا عناية فيه، فان جواز الفسخ في الثلاثة أيام شرط في ضمن بيع الحيوان، فهومن ربط المنشأ بذلك الالتزام، غاية الأمر ان الربط والاشتراط كان يفعل الشارع دون المتعاقدين لكنه لا يؤثر على صدق مفهوم الشرط عليه شيئا، فإنه الربط والتعليق -كما عرفت - وهوقد يكون بجعل الشارع وقد يكون بفعل المتعاقدين، ألا ترى انه لوكان ذلك بفعل المتعاقدين لم يكن شك في صدق الشرط بالمعنى الذي ذكرناه عليه.

والحاصل: ان الشرط لما كان نوعا من العلقة الربطية تقوم بين العقد وبين الالتزام الذي يتضمنه، مع قطع النظر عن منشأ تلك العلقة وجاعلها، كان إطلاق الشرط على الخيار إطلاقا حقيقيا، لارتباط العقد به بجعل الشارع خارج ارادة المتعاقدين كما يظهر ذلك من قوله عليه السّلام: «في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، وهوبالخيار فيها، ان شرط أولم يشترط»(٢)، بوضوح.

وأما إطلاقه على الأجل في النكاح المنقطع، فهوإطلاق حقيقي بلحاظ ان الأجل فيه أمر زائد على طبيعي الزواج وحقيقته، يتحدد بموجبه مفعول العقد ومدى تأثيره، وعليه فهوالتزام في ضمن الالتزام العقدي يرتبط به العقد ارتباطا بجعله مقيدا

---

(١)مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٧.

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

به ومعلقا عليه.

وحيث ان هذا الشرط هوالمائز الحقيقي الواضح لعقد المتعة عن مطلق الزواج جاء التعبير عنه بالشرط، فهوشرط باعتبار أن مقومة الأساس الفاصل بينه وبين غيره هوالشرط.

واما إطلاقه على المبيع، فمن الواضح انه ليس باعتبار البيع بالمعنى المفعولي، ولذا أطلق على العوض في قوله: «وليس شرطه إلا الورق» مع انه لا يصدق على العوض البيع -بذلك المعنى - قطعا، وإنما هوباعتبار الالتزام فيه بوصف خاص أوعمر معين أولون مخصوص، أوكونه طعاما أوعلفا.

فليس إطلاق الشرط في الكل إلا باعتبار الالتزام والتعهد بأمر مخصوص ثمنا ومثمنا الواقعين في ضمن عقد البيع والمرتبطين به.

واما إطلاقه في باب الإجارة، فهومن جهة ان الاتفاق على السعر والقيمة والالتزام بهما لما كان في ضمن عقد الإجارة، صح إطلاق الشرط عليه، ويكون المراد بـ «يوم شارطه فيه» يوم أعطاه الشرط والالتزام.

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

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

النقطة الثالثة: هل الشرط معنى جامد أومشتق؟

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

أقول: عرفت فيما تقدم ان الشيخ الأعظم(قده) اختار جمود المعنى الثاني للشرط-أعني ما يلزم من عدمه العدم-حيث قال: «الثاني: ما يلزم من عدمه العدم من دون ملاحظة انه يلزم من وجوده الوجود أولا، وهوبهذا المعنى اسم جامد لا مصدر، فليس فعلا ولا حدثا، واشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط، ولذا ليسا بمتضايفين في الفعل والانفعال، بل الشارط هوالجاعل، والمشروط هوما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر والفتح المشتقين من السبب»(١.(

ووافقه عليه المحقق الشهيدي(قده) قائلا في مقام التفريق بينه وبين المعنى الأول، ان الفرق: «هوما ذكره من كون ذاك المعنى حدثيا اشتقاقيا، وهذا المعنى جامدا غير اشتقاقي»(٢.(

واستظهره السيد الخميني أيضا، حيث قال: «كما ان له معنى آخر في العرف، وهوما علّق عليه شيء تشريعا وجعلا أوتكوينا وخارجا، فيصدق على نحوالجعالة والسباق وسائر الشروط المتداولة بين الناس مما جعل شيء معلقا على شيء، فيقال للمعلق عليه الشرط، بمعنى الشرط المصطلح النحوي، فلا تغفل. كما انه يطلق بهذا المعنى أيضا على ما يتوقف عليه وجود شيء، ويلزم من عدمه العدم.

فهل هذا معنى جامد، فيكون الشرط هوما يلزم من عدمه العدم أي الذوات الجامدة الكذائية، كما ادعاه الشيخ، أومعنى حدثي اشتقاقي، كما تكلف لإثباته بعض أهل التحقيق؟ لا يبعد صحة ما ذهب اليه الشيخ وكونه موافقا للعرف، لأن إطلاق الشرط عرفا على مثل الوضوء للصلاة وعلى مطلق الأسباب والعلل، إنما هولأجل ان عدمها يوجب عدم ما يتوقف عليها، ولا ينقدح في الأذهان اللزوم والملازمة ونحوهما، وان كان

---

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

(٢)هداية الطالب إلى أسرار المكاسب/قسم الخيارات ص ٥٦٢.

مثله لازم المعنى العرفي»(١.(

وخالفه في ذلك جماعة من الاعلام منهم المحقق الطباطبائي والمحقق الأصفهاني والسيدان الروحاني(٢) والسبزواري(٣) وغيرهم، غير ان مخالفة الأول إنما تعود لإرجاعه المعنى الثاني إلى المعنى الأول، فهولا يرى للشرط معنى غير الجعل الإلزامي، أي المستتبع له.

قال(قده) معلقا على قول المصنف: (وهوبهذا المعنى اسم جامد) ما هذا نصه: «التحقيق ان هذا المعنى أيضا من افراد المعنى الأول على الوجه الذي ذكرناه، فهومصدر بمعنى التقييد، وإطلاقه على نفس القيد وهوالذي يلزم من عدمه العدم، إنما هومن باب إطلاق الخلق وارادة المخلوق كما في المعنى الأول إذا أريد منه المشروط، والتقييد نوع من الجعل والتقييد..

واما ما ذكره من حكاية عدم التضايف في الفعل والانفعال بينه وبين المشروط.

ففيه: ان المشروط بمعنى المشروط فيه، وإلا فهوبمعنى المشروط مضايف للشارط، إذ هوالجاعل للشروط والمشروط المجعول شرطا وهوالوضوء لكن في العرف يطلق المشروط على مثل الصلاة لكن بتقدير فيه، وكذا في لفظ المسبب والمسبب فإن الثاني بمعنى المسبب له، وإلا فالمسبب هونفس ما جعل سببا وهونفس السبب، فلا يكون في عدم التضايف دلالة على كونه اسما جامدا»(٤.(

أما المحقق الأصفهاني(قده) فقد سجّل مواقع للنظر في كلام الشيخ الأعظم(قده. (

---

(١)كتاب البيع ج ١ ص ٨٧.

(٢)فقه الصادق ج ١٤ ص ٢٨٧.

(٣)مهذب الاحكام ج ١٧ ص ٢٣٧.

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

منها: «ان الاشتقاق المعنوي في قبال الجمود كون المعنى قابلا للقيام بشيء بأحد أنحاء القيام، ومن البيّن ان استلزام شيء لشيء هومعنى قائم بشيء، له جميع لتطورات القيام من كونه مستلزما واستلزم ويستلزم وأشباهها، فاللزوم والاستلزام بالمعنى الذي هومبدأ سار في جميع المراتب من المعاني القائمة بذاك الشيء الذي يقال انه شرط بالمعنى الوصفي الحملي الذي عبّر عنه في مقام التحليل بأنه ما يلزم من عدمه العدم. وما هواللازم في مقام تشخيص الاشتقاق والجمود ملاحظة نفس المبدأ وصلاحيته للقيام بشيء، وصلاحية اللزوم والاستلزام مما لا يكاد ينكر، وعدم قيام عنوان ما يلزم من عدمه العدم غير ضائر، إذ القيام شأن المبدأ لا شأن المشتق، إذ لا اشتقاق للمشتق بل لمبدئه، فالعنوان له الصدق والحمل والاسناد لا القيام بذات من الذوات بنحوقيام العرض بمعروضه مثلا.

وبالجملة: فكون اللزوم معنى اشتقاقيا لا شبهة فيه»(١.(

ومنها: «ان عدم مضايفة المشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط لا يكشف عن كونه خلاف الأصل، فإن المشروط باعتبار القيام الحلولي مضايف للشرط بالمعنى الوصفي كعنواني اللازم والملزوم، ولا يشترط في التضايف ان يكون مضايف ما هوعلى هيئة المفعول هوهيئة الفاعل، ولا أن يكون بينهما حيثية الفعل والانفعال كالرب والمربوب في الأول، وكاللازم والملزوم في الثاني، وقد عرفت آنفا انه لا منافاة بين صدق الشرط وصفا على مثل الطهارة وصدق الشروط باعتبار القيام الصدوري عليها، فإنها باعتبار لازم وباعتبار ملزوم به، كما ان الصلاة مشروطة أيضا باعتبار القيام الصدوري، فان التضايف لا ينحصر في شيئين، وإنما ينحصر في ما لا تعلق للمبدإ بشيء ثالث، مثلا الإرادة التكوينية حيث تتعلق بفعل نفس المريد فلا يصحح إلا عنواني المريد والمراد، والإرادة التشريعية حيث لها تعلق بثالث يصحح المريد والمراد منه، وكذا الإلزام بمعنى

---

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

جعل لزوم شيء لشيء يصحح عنوان جاعل اللزوم ومجعول له اللزوم بالمعنيين من حيث اللازم والملزوم، فالطهارة ما يلزم من عدمه العدم، والصلاة ما يلزم عدمه من عدم شيء، والكل يكون مجعولا بقوله: صل عن طهارة، فلا ينحصر المجعول بالجعل التشريعي التأليفي في خصوص الطهارة، مع انه لولم يكن الاشتقاق في المشروط أصليا على الفرض ولا جعليا لانحصار المجعول في الطهارة، فما المصحح لهذا العنوان الصادق على الصلاة؟ »(١.(

أقول: عرفت من كلام الأكابر ان القول بجمود الشرط بمعنييه-ان لم نرتض رجوعهما الى معنى واحد - مما لا أساس له، وان ما استدل به من عدم التضايف لإثبات الجمود، مردود بما افاده المحقق الأصفهاني(قده) مفصلا وبما لا مزيد عليه من انه ليست العبرة في الاشتقاق بكون المعنى فعلا لأحد، بل العبرة قابليته للقيام بشيء بأحد أنحاء القيام، وهومتحقق في المعنى الثاني-ما يلزم من عدمه العدم-أيضا، فإنه وان لم يكن قابلا للقيام بشيء بنفسه ومباشرة إلا ان ذلك ليس من ناحية جموده وعدم اشتقاقه، وانما من ناحية كون بعض المشتقات-كاسم الفاعل واسم المفعول-معناه هوالذات باعتبار تلبسه بالمبدإ، ومن البديهي عدم قيام ذلك بشيء بأي نحومن أنحاء القيام، إلا ان مبدأه -أعني الاستلزام - لما كان معنى حدثيا قائما بشيء بل له جميع تطورات القيام، كان ذلك كافيا في عدّ هذا المعنى من المشتقات والمعاني الحدثية.

إذا فالمعنى الثاني -على تقدير استقلاله - أيضا من المشتقات ومعناه التقييد وجعل شيء قيدا لآخر ودخيلا فيه، وهوما من شأنه ان ينتفي المقيد بانتفائه ويلزم من عدمه العدم.

---

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

خلاصة المبحث الأول:

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

-١الشرط وهوالمبدأ الساري في مشتقاته لا يكاد يكون معناه إلا حدثا عاريا عن جميع النسب والإضافات، بما في ذلك النسبة الناقصة المصدرية والمبنية للفاعل أوالمفعول.

-٢ليس للشرط لدى العرف إلا معنى واحد جامع يرجع اليه جميع موارد استعمالاته وما قيل في تحديد مفهومه، ليس الا هونوع علقة ربطية تقوم بين أمرين أحدهما بالآخر وتقييده به، فإنه المتبادر من إطلاقاته، والمطرد في جميع موارد استعمالاته، والمنطبق على كافة اشتقاقاته.

-٣ان الربط والتقييد بين الأمرين قد يكون واقعيا تكوينيا كالربط المتحقق بين العلة والمعلول، وقد يكون اعتباريا شرعيا كالربط المجعول بين الطهارة والصلاة، وقد يكون اعتباريا جعليا يخضع لإرادة المتعاقدين ومطلوبهما.

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

واحتمال كون معناه الإلزام والالتزام في عقد آخر، مردود - سواء أ كانت الضمنية على نحوالتعليق أم التقييد أم الظرفية المجردة-وذلك لعدم التبادر وعدم

الاطراد، وعدم التطابق في المشتق من المبدأين.

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

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

-٧الشرط بجميع معانيه الالتزامية من المشتقات بما في ذلك تفسيره بما يلزم من عدمه العدم، ومجرد عدم مضايقة المشروط المقابل للشرط لعنوان الشارط، لا يكشف عن كونه بهذا المعنى اسما جامدا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المبحث الثاني

١-تقسيمات الشرط

٢-تحديد محل البحث

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المبحث الثاني: تقسيمات الشرط

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

-١الشرط الحقيقي والشرط الاعتباري

ينقسم الشرط مبدئيا الى شرط حقيقي وتكويني، وشرط اعتباري جعلي، ذلك ان الربط بين شيئين تارة يكون ربطا حقيقيا ذاتيا مأخوذا فيهما في مقام الخلق والتكوين، بحيث لا تناله يد الجعل والاعتبار -بعد ذلك - وضعا أورفعا، كالربط بين النار والحرارة، ورؤية العين المبصرات والنور.

وأخر يكون اعتباريا جعليا، يتبع ارادة الجاعل وتحديده.

ثم ان هذا الأخير -الشرط الجعلي - ينقسم:

-١تارة بلح اظ جاعله ومصدره إلي: أ - الشروط العقلية، كاشتراط القدرة في التكليف.

ب- الشروط العقلائية، كاشتراط المالية في العوضين.

جـ- الشروط الشرعية، كاشتراط البلوغ في التكليف.

د- الشروط العادية، كاشتراط السلم للصعود الى السطح.

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

٢- واخرى بلحاظ مورده وسعة دائرته وضيقها إلي: أ - الشرائط العامة، الثابتة في جميع موارد التكليف، كالبلوغ والعقل والاختيار.

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

-٣وثالثة بلحاظ متعلقه وما يتوقف عليه الى:

أ- شرط الحكم، سواء أ كان وضعيا أم تكليفيا، كشرائط الضمان باليد والاستطاعة في وجوب الحج، ويصطلح على هذا القسم شرط الوجوب أيضا.

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

-٤ورابعة بلحاظ تأثيره في متعلقه الى:

أ- شرط الصحة، وهوما يعتبر في أصل صحة العقد، بحيث لولاه يحكم بفساده رأسا، كاشتراط معلومية العوضين في المعاملات.

ب- شرط اللزوم، وهوما يعتبر في الحكم بلزوم العقد بعد وقوعه صحيحا، كاشتراط عدم الخيار في العقد.

-٥وخامسة ينقسم بلحاظ إضافته إلى مشروط وبالقياس الى عنصر الزمان الى:

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

ب- الشرط المقارن، كاشتراط الاستقبال في الصلاة.

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

٦- وسادسة ينقسم بلحاظ متعلقه الى:

أ- شرط الوصف، كاشتراط كون العبد كاتبا.

ب- شرط النتيجة، كاشتراط الانعتاق والتملك.

جـ- شرط الفعل، كاشتراط الإعتاق والتمليك.

-٧وسابعة ينقسم بلحاظ كيفية إضافته وربطه بمشروطه إلي: أ - القيد.

ب- الشرط بالمعنى الأخص.

-٨وثامنة ينقسم بلحاظ استقلالية تعهده وارتباطه بغيره الى:

أ- الوعد، وهوالتعهد الابتدائي.

ب- الشرط، وهوالتعهد المرتبط بعقد آخر.

ثم ان هناك تفصيلات اخرى آثرنا تأجيل التعرض إليها إلى مطاوي البحث، باعتبارها تفصيلات فرعية تذكر في ضمن بعض فصول الدراسة كتقسيمه إلي: أ - المصرح به في متن العقد.

ب- الارتكازي الضمني كشرط الصحة.

جـ- المبني عليه العقد.

الى غيرها من التفصيلات التي يمكن ذكرها في المقام.

وهناك حديث طويل وعريض حول كل مفرد من مفردات هذه الأقسام، سواء بلحاظ الإمكان أوالوقوع في بعضها، أواستقلالها وتفردها عن قسيمها في البعض الآخر، فمثلا الحديث عن إمكان الشرط المتأخر يحظى بمكانة علمية لا يستهان بها في علم الأصول، حيث تعرض المتأخرون من اعلام هذا العلم إلى إثبات إمكانه بعد ان ذهب السلف مع بعض من المتأخرين إلى امتناعه «لأن الشرط بالنسبة إلى المشروط بمثابة العلة بالنسبة إلى المعلول، ولا يعقل ان تكون العلة متأخرة زمانا

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

عن معلولها.

وقد يقال: بالإمكان ويرد على هذا البرهان، اما بالنسبة إلى الشرط المتأخر للواجب، فان القيود الشرعية للواجب لا يتوقف عليها وجود ذات الواجب، وانما تنشأ قيديتها من تخصيص المولى للطبيعة بحصة عن طريق تقييدها بقيد، فكما يمكن أن يكون القيد المخصص مقارنا أومتقدما، يمكن ان يكون متأخرا، واما بالنسبة إلى الشرط المتأخر للوجوب، فبأن قيود الوجوب كلها قيود للحكم المجعول لا للجعل كما تقدم، لوضوح ان الجعل ثابت قبل وجودها، والمجعول وجوده مجرد افتراض، وليس وجودا حقيقيا خارجيا، فلا محذور في إناطته بأمر متأخر»(١.(

الى غير ذلك مما قيل أويمكن ان يقال بالنسبة الى بعض التقسيمات.

-٢تحديد محل البحث:

غير ان الحديث عن كل تلك الأقسام وما يمكن ان يضاف إليها من تقسيمات عقلية وفلسفية ومنطقية وما إليها، وما قيل أويقال عن الشرط بالمعنى العام ودراسته دراسة موضوعية علمية وافية، لما كان يتجاوز حد الموسوعة فضلا عن رسالة محدودة الأطراف لتشعب مسائله في علوم مختلفة يستدعي أداء البحث حقه دراسة ومناقشة النظريات والآراء المذكورة في ذلك العلم، بل ودراسة جملة من مسائله المرتبطة نوعا ما بمحل البحث، وقع الاختيار على مفردة واحدة من مفردات تلك التقسيمات، بل وفي الحقيقة على شق واحد من شقوق تلك التقسيمات وهوخصوص الشرط المجعول من قبل المتعاقدين أوأحدهما في ضمن عقد أوإيقاع آخر بما يتبعه ويلحقه من فصول وتقسيمات.

---

(١)دروس في علم الأصول الحلقة الثانية ص ٢٥٤.

وذلك أولا: لما لهذا القسم بالذات من أهمية عملية كبيرة ترتبط بالحياة الاجتماعية اليومية للإنسان بجميع صنوفه ومذاهبه، مؤمنة وملحدة على حد سواء من خلال عقوده ومعاملاته التي يقيمها مع الغير.

ثانيا: يضاف الى ذلك أهميته العلمية الكبيرة أيضا، بالنظر الى سعة دائرة الأبحاث المطروحة والآراء العلمية القيمة التي ذكرت أوالتي يمكن ان تقال حول مسائله وفروعه الدقيقة.

فإن كلا من هذا أوذاك وغيرهما من عوامل ثانوية، كان السبب وراء اختيار هذا القسم بالذات.

وعلى هذا الأساس وقع الاختيار على عنوان: «الشروط أوالالتزامات التبعية في العقود» عنوانا لهذه الدراسة، ليكون دلالة واضحة وعلامة فارقة لمحل البحث عن غيره من مباحث الشرط، لا سيما ان هذا القسم من الشرط هوالمرتبط بموضوع علمي الفقه والقانون مباشرة، فإن موضوعهما هوأفعال المكلفين، وضعا كالصحة والفساد، أوتكليفا كالوجوب والحرمة، والإلزام والمنع.

ثم ان الشرط الثابت بجعل المتعاقدين وإنشائهما، لما كان على نحوين:

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

٢- اشتراط ما عدا الخيار في العقد، وهوما يصطلح عليه بباب الشروط أوالشرط في العقد.

كان محور الحديث في هذه الرسالة في فصلين:

الفصل الأول: الشرط في العقد

الفصل الثاني: شرط الخيار

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الفصل الأول

الشرط في العقد

أ- تمهيد

عرفنا فيما سبق ان الشرط بجميع أنواعه وأنحائه إنما يعبّر في جوهره وحقيقته عن نحوربط قائم بين العقد والتعهد التابع له، سواء فيه ما كان من أفعال المتعاقدين أوغيرهما كاشتراط الخياطة ونحوها، أم كان من صفات المبيع أوالثمن كالبكارة في الجارية، والكتابة في العبد، أم كان من قبيل غاية الفعل -شرط النتيجة - كانعتاق المملوك ونحوه. فان جميعها لا تخلوعن نوع ارتباط منشا ومجعول بين الالتزام الأصيل المقصود أولا وبالذات والالتزام المذكور بتبعه.

كما عرفنا ضرورة خضوع ذلك الارتباط لموازين وضوابط تحدد الإطار العام لما يمكن إنشاؤه بالتبع وما لا يمكن، وتميّز الصحيح من الالتزام عن فاسدة.

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وبالنظر لاهمية هذا البحث، وأداء لحقه بما يتناسب مع حجمه العلمي ارتأينا توزيع البحث على مقاصد ثلاثة: المقصد الأول: فيما يعتبر أوقيل باعتباره في صحة الشرط ونفوذه.

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

المقصد الثالث: فيما يترتب على الشرط الفاسد.

المقصد الأول

ما يعتبر في صحة الشرط:

١- القدرة عليه.

٢- ان يكون سائغا في نفسه.

٣- ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة.

٤- ان يكون فيه غرض عقلائي معتد به.

٥- ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

٦- ان لا يكون مجهولا.

٧- ان لا يكون مستلزما لمحال.

٨- ان يذكر في متن العقد.

٩- التنجيز.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الشرط الأول: قدرة المشروط عليه على الوفاء به

مما يعتبر في نفوذ الشرط قدرة المشروط عليه على الوفاء به، بمعنى كون الشرط تحت سلطانه استيلائه، وكونه متمكنا من تحقيقه أوتحصيله في الخارج، وعلى هذا الأساس فلا يختص الشرط بما كان من مقولة الأفعال سواء التوليدية أوالمباشرية، بل يعم ما كان من أوصاف المبيع أوالثمن، بل وما كان من قبيل الغايات، فان جميعها تشترك في لزوم كون المشروط عليه متمكنا من تحصيله وتحقيقه.

أدلته:

المذكور في كلمات الأصحاب في مقام الاستدلال على اشتراط القدرة على الشرط أمور:

الأول: الإجماع

فقد اتفقت كلماتهم قولا واحدا على لزوم قدرة المشروط عليه على الوفاء بالشرط في صحته ونفوذه، كما اتفقت كلماتهم على التمثيل له ببيع الزرع على ان يجعله سنبلا، وقد أضاف إليه بعضهم اشتراط جعل الرطب تمرا والأمة حاملا.

قال الشيخ(قده) في النهاية: «ولا يجوز ان يشرط ما ليس في مقدوره، مثل ان يبيع الزرع على ان يجعله سنبلا، والرطب على ان يجعله تمرا»(١).

---

(١)النهاية ص ٤٠٢.

وقال المحقق(قده) في الشرائع: «ولا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره، كبيع الزرع على ان يجعله سنبلا، أوالرطب على ان يجعله تمرا، ولا بأس باشتراط تبقيته»(١).

وقال الشهيد الأول(قده) في الدروس: «ويصح اشتراط تبقية الزرع الى سنبله والثمرة إلى إيناعها، ولوشرط المشتري انعقاد الثمرة وإيناعها وصيرورة الزرع سنبلا وشبهه مما ليس بمقدور بطل وأبطل»(٢).

وفي اللمعة والروضة: «وكذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه، كاشتراط حمل الدابة فيما بعد، أوان الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه ان يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله، لاشتراكهما في عدم المقدورية.

ولوشرط تبقية الزرع في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر إلى أوان السنبل جاز، لأن ذلك مقدور له»(٣).

وقال العلامة(قده) في القواعد: «ويجوز اشتراط ما يدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غيره، كجعل الزرع سنبلا أوالبسر تمرا، ولوشرط التبقية صح»(٤).

وقد علل في المسالك عدم الجواز في الأمثلة المذكورة بقوله: «فان ذلك غير مقدور للبائع، بل لله تعالى، ولا فرق في البطلان بين ان يشترط عليه ان يجعله وأوالله تعالى، لاشتراكهما في عدم المقدورية.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وفي بعض حواشي الشهيد رحمه الله ان المراد به اشتراط ان يجعل الله الزرع سنبلا لا اشتراط ان يجعله البائع سنبلا، فان ذلك وان كان باطلا أيضا، إلا انه غير مراد هنا، لأنهم إنما يفرضون ما يجوز ان يتوهمه عاقل، لا ما يمنعه، وهذا حسن إذا

---

(١)شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٧.

(٢)الدروس ج ٢ ص ٣٤٣.

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

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

أرادوه، وان اشترك الأمران في البطلان»(١.(

وفي كفاية الاحكام: «ويجوز اشتراط ما هوسائغ مقدور معلوم، ولا يجوز بيع الزرع على ان يجعله سنبلا، ويجوز اشتراط تبقيته»(٢.(

وفي الرياض: «لا يجوز اشتراط غير المقدور، كبيع الزرع على ان يصير سنبلا، والدابة على ان تصير حاملا ونحوذلك، سواء شرط ان يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى، لاشتراكهما في عدم المقدورية، ولا بأس باشتراط تبقيته،-أي الزرع في الأرض -إذا بيع أحدهما دون الآخر إلى أوان السنبل، لان ذلك مقدور له»(٣.(

وفي جامع المقاصد تعليقا على كلام العلامة(قده) المتقدم: «أي دون غير ما يدخل تحت القدرة، كاشتراط جعل البائع الزرع سنبلا، فان ذلك غير مقدور له بل لله تعالى اسمه، وفسّره شيخنا الشهيد بشرط ان يجعل الله الزرع سنبلا، وكأنه نظر الى ان الأول لا يكاد يتصور وقوعه من عاقل، للعلم البديهي بامتناع ذلك من غير الإله سبحانه، وانما بطل هذا الشرط أيضا لأن جعل الله سبحانه الزرع سنبلا والبسر تمرا ليس للبائع فيه مجال السعي بخلاف إشهاد الشاهدين، فان ذلك وان لم يكن من مقدوراته-لأن تحمل الشاهدين الذين هوالمطلوب بالشرط فعلهما لا فعل البائع-إلا انه يمكن سعيه في وقوعه والتماسه لتحققه»(٤.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وفي مفتاح الكرامة تعليقا عليه: «الحكمان مما لا خلاف فيهما كما عرفت، وقد صرّح بهما المحقق في كتابيه، والمصنف في التحرير والتذكرة، والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، ويجب ان يقيد الأول بما إذا كان سائغا كما في الشرائع وغيرها، ولعله تركه للعلم به، ولأن النظر موجه إلى القدرة.

---

(١)مسالك الافهام ج ١ مبحث الشرط.

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

(٣)رياض المسائل ج ١ ص ٥٣٧.

(٤)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٢.

وفي حواشي الشهيد فسر جعل الزرع سنبلا بان يجعل الله جل اسمه الزرع سنبلا، قال: لأنا إنما نفرض ما يجوز ان يتوهمه عاقل، لامتناع ذلك من غير الإله جلّت عظمته.

قلت: وهذا الشرط باطل أيضا، كما نص عليه الشهيدان، والكركي وغيرهم، لان جعل الله سبحانه ذلك ليس فيه للبائع مجال السعي، ولا كذلك اشتراط الضمين والكفيل، لأن المشتري قادر على تحصيل أسباب الضمان، بخلاف تحصيل أسباب الصيرورة سنبلا. وبذلك دفع الشهيد ما أورد على المصنف من انه جوّز اشتراط الضمين والكفيل وكلاهما غير مقدور»(١.(

الثاني: لغوية اشتراط ما ليس بمقدور

فإن إلزام المشروط عليه بما يعلم عجزه عنه وعدم قدرته على تحقيقه لغومحض ولا فائدة فيه، للعلم بعدم حصوله.

الثالث: لزوم السفاهة من اشتراط غير المقدور

باعتبار ان اشتراط ما يعلم عدم حصوله في الخارج قطعا أمر سفهي، ولا يتعلق به غرض العقلاء، ولا تعمه الإطلاقات.

---

(١)مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٤.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الرابع: لزوم التسليم المنوط بالقدرة

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

الخامس: لزوم الغرر في فرض عدم القدرة

ذكره الشيخ الأعظم ونسبه الى العلامة(قده) ، باعتبار ان تحقق مثل هذا الشرط «بضرب من الاتفاق، ولا يناط بإرادة المشروط عليه، فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحققه.. وقد صرّح العلامة فيما حكي عنه ببطلان اشتراط ان يكون الأمة تحمل في المستقبل، لأنه غرر عرفا»(١.(

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

إلا ان شيئا مما ذكروه من الأدلة وما استشهدوا به من الأمثلة، لا يمكن المساعدة عليه.

ولأجل تحديد الموقف وبيان المختار لا بد من جعل البحث في نقطتين: الاولى: حصر موضوع البحث ومحط النزاع ودراسة الأمثلة المذكورة في كلماتهم.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)المكاسب، الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

الثانية: دراسة الوجوه المذكورة للمنع وبيان المختار.

إما النقطة الاولى: فلا يخفى ان مرادهم من اشتراط جعل الزرع سنبلا والبسر تمرا، أوحمل الأمة والدابة، لا يخلومن احتمالات: الأول: شرط الوصف الاستقبالي، فيكون معنى جعل الزرع سنبلا بلوغه ذلك.

وهوظاهر كل من عبّر ببلوغ الزرع سنبلا والبسر تمرا كالشهيدين في اللمعتين، أوبصيرورة الزرع سنبلا والدابة حاملا كصاحب الرياض(قده. (

فان كلا من التعبيرين ظاهر في رجوع الشرط الى اشتراط الوصف الاستقبالي واعتباره في العقد.

الثاني: شرط فعل البائع وجعله للزرع سنبلا وللبسر تمرا.

وهوظاهر عبارة الشيخ(قده) في النهاية، والمحقق في الشرائع، والعلامة في القواعد، والسبزواري في الكفاية، بل وصريح عبارة جامع المقاصد المتقدمة.

والظاهر انه ليس المراد من ذلك إخراج البائع -المشروط عليه - له من حد الى حد، وقلبه من الزرع إلى السنبلة -مثلا- بإفاضة الوجود عليه.

فان اختصاص ذلك بالله تبارك وتعالى، وامتناع تحققه من البشر لعجزه منه عجزا مطلقا حقيقة أوضح من ان يخفى.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

فان مجاري فيض الله ووسائطه من مختصاته تبارك وتعالى، ولا تخضع لإرادة المتعاقدين واعتبارهما قطعا.

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

-بأن كانت موانعه عادية، كالزرع الذي لا ينفك عن آفات سماوية أوأرضية خارجة عن ارادة المكلف عادة-لا يكون تحت قدرته وإرادته.

فإن مثل هذا الجعل ينبغي ان يكون محل البحث بين الاعلام، باعتبار ان اشتراط مثله هوالمناسب لحال نوع المتعاقدين، دون إرادة إفاضة الوجود أوالتصرف على نحوالولاية مما يقطع بعجز المشروط عليه عنه.

الثالث: شرط جعل الله الزرع سنبلا والبسر تمرا.

وهوصريح عبارة الشهيد(قده) في حواشيه على القواعد وعبارة جامع المقاصد، بل وصريح عبارة الشيخ الأعظم(قده) في المكاسب حيث قال: «الظاهر ان المراد به جعل الله الزرع والبسر سنبلا وتمرا، والغرض الاحتراز عن اشتراط حدوث غير العاقد مما لا يكون تحت قدرته كافعال الله سبحانه لا عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط عليه، لأن الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أوعادة مما لا يرتكبه العقلاء، والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أوالطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، والإتيان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء، ولذا لم يتعرضوا لمثل ذلك في باب الإجارة والجعالة»(١.(

ثم ان الاحتمال الأول -شرط الوصف الاستقبالي- وإن كان أمرا عقلائيا يقع في معاملاتهم، إلا انه فاسد من جهة استلزامه الغرر، حيث لا سبيل لإحراز تحققه خارجا. والحكم مع عموم نفى الغرر-للنص كما ذكره الشهيد الأول(قده) في قواعده أوبناء العقلاء، كما هوالمختار-واضح.

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

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

نفسه، لانه كالجزء من العوضين في الواقع.

وبطلان البيع بسبب الغرر يوجب فساد الشرط بتبعه وارتفاع موضوعه إلا ان مرجع هذا في الحقيقة الى الأمر السادس مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه، أعني اعتبار عدم كونه مجهولا وغرريا، وليس هوامرا قائما بنفسه في قباله، ولا علاقة له باعتبار القدرة في الشروط.

توضيح ذلك: ان القدرة سواء أريد منها القوة المثبتة في العضلات والمؤثرة في الحركات، أم أريد بها اقتدار النفس في الأفعال الجنانية والذي قد يقال بلحاظ وباعتبار اتحاد النفس والبدن، ان القدرة كيفية نفسانية لا تتعلق بذات الأعيان الخارجية ولا الاعراض والأوصاف القائمة بها، فإنها جميعا خارجة عن مدار تعلق القدرة، وداخلة في محور الوجود والعدم والإمكان والامتناع، فهي اما ممكنة أوممتنعة وموجودة أومعدومة، ولا ارتباط للقدرة بها إطلاقا، ومدارها ومحورها هي الأفعال المتعلقة بها.

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

وعلى هذا الأساس لا مجال لوصف صيرورة الزرع سنبلا أوالبسر تمرا، وكون الدابة أوالأمة تحمل في المستقبل، بل وكون العبد روميا أوزنجيا، أوكاتبا-بناء على ارادة الوصف القائم بموردة منه-بكونها مقدورة للمشروط عليه -البائع- أوكونهما خارجة عن قدرته.

فإنها أجنبية عن هذه المقولة بالمرة.

نعم، لوكان المراد منه -الوصف- ما يتعلق البائع، أعني تحقيقه لتلك الأوصاف وإيجادها في تلك الموارد، صح وصفه بالقدرة وعدمها، حيث ان منها ما يكون تحت قدرته في بعض الموارد، كتعليم الكتابة أوالخياطة للعبد، ومنها ما هوخارج عن قدرته كجعل الزرع سنبلا، أوكون العبد روميا أوزنجيا، إلا انه خروج عن فرض

شرط الوصف الاستقبالي -الذي هومحل الكلام - الى فرض اشتراط فعل البائع.

ثم ان وجود الوصف مطلقا -حاليا كان أواستقباليا - لما كان تابعا لوجود علته الواقعية، لم يكن بنفسه قابلا للاشتراط والالتزام، فان الشرط ليس سببا لحصوله وتحققه كي يكون من اشتراط النتيجة، وليس هومن التعهد بتحصيله -كما هوالمفروض - كي يكون من اشتراط الفعل.

وعلى هذا الأساس فلا محيص من إرجاع اشتراط الوصف -الحالي أوالاستقبالي - الى التوصية، واخبار البائع بوجود ذلك الوصف في المبيع، فيصدق في اخباره كما في اخباره بالكيل والوزن.

وعليه يتجه التفصيل بين الوصف الحالي والوصف الاستقبالي، فإن البائع لما كان مطلعا -عادة- على عين ما له بما له من الأوصاف فعلا، كان توصيفه ملزوما عادة للاخبار به -المبني على التصديق - وموجبا لرفع الغرر، بخلاف التوصيف بالوصف الاستقبالي، فإن العادة لما لم تقم على اطلاع البائع على ما لما له من الشأن في الزمان القادم، لم يكن توصيفه اخبارا به ولا موجبا لرفع الجهالة والغرور.

والحاصل: ان اشتراط صيرورة الزرع سنبلا في متن العقد على نحوشرط الوصف الاستقبالي، وان كان امرا يصدر من العقلاء في معاملاتهم، إلا انه محكوم بالفساد من جهة الغرر والجهالة، وبذلك يكون أجنبيا عن البحث في المقام-اعتبار قدرة المشروط عليه-وداخلا في البحث عن الأمر السادس مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه-ان لا يكون الشرط غرريا وموجبا للجهالة.

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

وعلى هذا الأساس فلا مجال للبحث عن صحته أوفساده، فان امتناع تحققه ينفي موضوع البحث بالمرة.

ولذا التجأ الشيخ الأعظم(قده) تبعا للشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد الى حمل كلماتهم على اشتراط جعل الله تبارك وتعالى للزرع سنبلا باعتبار «ان الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أوعادة مما لا يرتكبه العقلاء، والاحتراز عن مثل الجمع بين الضدين أوالطيران في الهواء مما لا يرتكبه العقلاء، والإتيان بالقيد المخرج لذلك والحكم عليه بعدم الجواز والصحة بعيد عن شأن الفقهاء»(١).

واما الاحتمال الثالث-اشتراط جعل الله الزرع سنبلا والبسر تمرا-فمرجعه الى اشتراط إيجاد الله عز وجل لذلك الوصف في المبيع، ومن الواضح انه ليس من الفعل التسبيبي المقدور بالواسطة للبائع، إذ «ليس للبائع فيه مجال السعي بخلاف إشهاد الشاهدين، فان ذلك وان لم يكن من مقدوراته-لان تحمل الشاهدين الذي هوالمطلوب بالشرط فعلهما لا فعل البائع-إلا انه يمكنه سعيه في وقوعه والتماسه لتحققه»(٢).

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

وعليه فيجري فيه ما تقدم ذكره في اشتراط الوصف الاستقبالي.

خلاصة البحث وتحديد محل الكلام:

والذي يتحصل مما تقدم ان شرط جعل الزرع سنبلا أوالبسر تمرا وما إليهما، ان كان بمعنى جعل البائع له كذلك وتحقيقه إياه، فهولا يعد وصورة الاشتراط ولا

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

(٢)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٢.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

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

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

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

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

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

والصحيح في التمثيل له هواشتراط أحدهما على صاحبه عملا كخياطة ثوب أوكتابة شيء ونحوه، حيث يجري البحث فيه في لزوم قدرة المشروط عليه على تنفيذه وتحقيقه، وانه هل يحكم بفساد الشرط أوحتى العقد مع ظهور عدم قدرته عليه أم لا؟ فإنه هوالذي ينبغي ان يكون محل البحث ومحط النزاع بينهم، باعتبار كون النزاع فيه الصحة والفساد من جهة القدرة عليه وبعد الفراغ من أصل وجوده ومعقوليته.

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى النقطة الاولى، أعنى تحديد محط البحث ودراسة الأمثلة المذكورة في كلماتهم.

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

هذا بالإضافة الى ان احتمال استناد المجمعين إلى سائر الوجوه المذكورة للمنع يمنع من قبوله كإجماع تعبدي ودليل مستقل في المقام.

واما استلزام اللغوية والسفاهة، فموردها أجنبي عما نحن فيه.

وذلك لوضوح عدم انطباق اللغوية-كون الشيء بلا فائدة -والسفاهة- كون الشيء بلا غرض عقلائي-على ما ذكرنا مثالا للبحث ومحل الكلام، فان اشتراط الخياطة أوالكتابة مثلا ليس مما يخلوعن الفائدة والغرض العقلائي، كما هوواضح.

بل وكذا الحال بالنسبة الى ما ذكروه من الأمثلة أيضا، فإن موردها «ما إذا أمكن وجود الشيء الموصوف بأنه بلا فائدة أوبلا غرض عقلائي، وحيث انه لغوأوسفهي لا تعمه الإطلاقات فلا ينفذ، وأما ما يمتنع وجوده فلا شيء حتى يوصف باللغوية والسفاهة.

نعم، الالتزام الإنشائي حيث لا يترتب عليه الأثر لغووسفاهة، إلا ان القدرة لم تلاحظ بالنسبة إليه، بل بالنسبة الى ما هوتمليك والتزام بالحمل الشائع.

فما تعتبر فيه القدرة لا يوصف باللغوية والسفاهة، وما يوصف بهما لا تعتبر فيه القدرة»(١.(

وبعبارة اخرى: ان ما هوشرط بالحمل الشائع-جعل البائع الزرع سنبلا، مثلا-غير مقدور للمشروط عليه، ولا يمكن تحققه منه خارجا، كي يوصف باللغوية أوالسفاهة.

---

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

وما يمكن تحققه منه -نفس الاشتراط والالتزام - فكونه لغوا أوسفهيا إنما يؤدي الى سلب الإرادة الجدية والقصد الحقيقي إلى تحقيقه من العاقل، وبذلك يكون صورة اشتراط لا واقع لها، وهوما يعني خروجه عن محل البحث، فان الكلام في الاشتراط الحقيقي الذي يكون محكوما بالفساد من جهة اللغوية أوالسفاهة، كما هوالمدعى.

واما لزوم التسليم، فهوفرع تحقق الشرط ووجوده، ولا يجري فيما لا يكون وجوده إلا صوريا هزليا.

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

بل وكذا الحال بالنسبة الى ما ذكروه من الأمثلة أيضا إذا كان المراد من الشرط فعل أحد المتعاقدين دون الوصف الاستقبالي، فإن التمسك بنفي الغرر إنما يصح حيث يتحقق الشرط ويقع المكلف لولا النهي عنه في الخطر والجهالة، فلا يشمل موارد امتناع الشرط وعدم إمكان تحققه، إذ لا خطر فيه على أحد كي ينفى بحكم الشارع أوبناء العقلاء.

نعم، لوكان الشرط هوالوصف الاستقبالي-أعني صيرورة الزرع سنبلا وبلوغ البسر تمرا-كان غرريا محكوما بالفساد، لكنه خروج عن فرض البحث في اعتبار القدرة والشرط الأول كما عرفت.

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

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

مع تصورهما واعتقادهما ذلك -محل الكلام - وبين طروالعجز بعد العقد عليه بعد قدرته عليه في حينه.

فان دليل وجوب الوفاء بالشرط شامل لهما على حد سواء، ولا موجب لتخصيصه بأحدهما دون الآخر.

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

مدفوع بأنها كالعلم من شرائط تنجيز التكليف لا قيود نفسه، فلا يكون فقدها إلا عذرا في التخلف عن الأداء ورفع اليد عن الوفاء به، كما هوالحال في فقد العلم.

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

نعم، ينبغي تقييد الحكم بعدم علمهما بالعجز عنه وعدم قدرته على تحقيقه مطلقا -حين العقد وبعده - إذ مع علمهما بذلك لا يمكن تحقق الإرادة الجدية في الاشتراط والإلزام والالتزام كما هوواضح.

نتيجة البحث:

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

فإنها لا تخلوعن كونها إمّا شرطا في تحقق الإرادة الجدية في الاشتراط، أوكونها معتبرة بملاك نفي الغرر، أوكونها غير معتبرة.

وعلى جميع التقادير فهي ليست شرطا مستقلا في نفوذ الشرط وصحته.

الشرط الثاني: ان يكون الشرط سائغا في نفسه

اتفقت كلمات الأصحاب على اعتبار كون الشرط سائغا، وعدم نفوذ الشرط الحرام كاشتراط جعل العنب خمرا.

»ويدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم، إلا شرطا أحلّ حراما أوحرم حلالا(١)، فان الشرط إذا كان محرما كان اشتراطه والالتزام به إحلالا للحرام، وهذا واضح لا اشكال فيه»(٢).

وكيف كان، فالحكم متفق عليه بينهم ولا خلاف فيه.

إنما الإشكال في عدّ هذا الشرط امرا مستقلا في قبال اشتراط عدم مخالفته للكتاب والسنة-الشرط الرابع.

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

في حين تصدى آخر لتصحيح جعله شرطا مستقلا، وإبداء الفرق بينهما.

والذي يمكن ان يقال في المقام: ان للشرط اصطلاحين وإطلاقين.

فإنه قد يطلق ويراد منه المعنى المصدري، أعني الإنشاء والفعل الصادر من المتعاقدين، والذي قد يعبّر عنه لضيق خناق التعبير بالاشتراط.

وقد يطلق ويراد منه متعلق الشرط -المشروط- من قبيل إطلاق الخلق على المخلوق.

---

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

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٦.

(٣)تعليقة الطباطبائي على المكاسب ج ص ١٠٩.

فان كان المراد من الشرط في المقام هوالأول، كان الفرق بينه وبين الشرط الرابع واضحا جليا.

فان المقصود من اشتراط كونه سائغا -على هذا التقدير - كون نفس الالتزام والتعهد ومع قطع النظر عن الملتزم به أمرا سائغا غير محرم، فلا يصح الاشتراط المنهي عنه كالواقع وقت النداء أوالمتعلق لنهي الوالدين أوالمولى-على ما احتمله بعضهم -وان كان متعلقه امرا مباحا سائغا.

وبهذا يفترق عن الشرط الرابع الذي يقصد به عدم كون الملتزم به مخالفا للكتاب والسنة.

غير ان الحمل على هذا المعنى يصطدم بمشكلة قصور الأدلة عن إثباته، فإنه لا دليل على بطلان ما تعلق النهي به من المعاملات ما لم يكن متعلقا بعنوانه وذاته، فإن حرمة اشتراط الخياطة في البيع وقت النداء أومع تعلق نهي الوالدين أوالمولى عنه لا تستلزم الحكم بعدم نفوذه وفساده على ما هوموضح في الأصول.

على ان هذا الاحتمال خلاف صريح ما اتفقوا عليه في التمثيل لهذا الشرط بجعل العنب خمرا، بل وتعليلهم ذلك بـ(عدم نفوذ الالتزام بالحرام، فان لزومه مع بقاء الحرام على حرمته يؤول إلى اجتماع الوجوب والحرمة في شيء واحد)(١)، بل واستدلالهم بذيل قوله قوله(ص) «المؤمنون عند شروطهم» أعني قوله(ص) : «إلا شرطا حرّم حلالا أوأحلّ حراما»(٢.(

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

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

---

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

(٢)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥.

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

وان كان المراد من الشرط هوالثاني-أعني المشروط نفسه على ما هوظاهر كلماتهم ويساعد عليه التمثيل والاستدلال-فهوأمر صحيح في نفسه ولا غبار عليه، حيث يتعين فيه الحكم بالفساد وعدم النفوذ.

إلا انه يبقى فيه سؤال الفرق بينه وبين الشرط الرابع، فإنه وعلى ضوء هذا الاحتمال يكون مصداقا وجزئيا من جزئيات الأخير.

اللهم الا أن يقال بالفرق بينهما، بدعوى كون الملحوظ فيما نحن فيه هونفي الالتزام بالحرام مع عدم التنازل عن حرمته كاشتراط فعل الحرام عصيانا، في حين ان الملحوظ في الشرط الرابع الالتزام به بعنوان كونه حلالا بمقتضى الشرط.

ففرق بين كون الشرط الإتيان بالمحرّم عصيانا ومخالفة الكتاب والسنة عملا عمدا مع الالتفات الى حرمته ومخالفته والالتزام بهما، وبين كونه تحليلا للحرام ومخالفا لهما من حيث الحكم والجعل.

ولعل ما ذكرناه هومراد المحقق الايرواني(قده) بقوله: «ان الفرق بين هذا الشرط وشرط عدم المخالفة للكتاب والسنة، هوان مآل هذا الشرط الى عدم كون الشرط امرا غير سائغ اما فعل حرام أوترك واجب، وأما معنى ذلك الشرط فهوان لا يكون الشرط بحسب مقام جعله على خلاف جعل الشارع، كاشتراط أن يكون الحلال حراما والحرام حلالا من غير نظر الى ان يرتكبه المشروط أولا يرتكبه، وهذا مخالف للكتاب والسنة، وذلك الأول مخالفة لهما وشرط لعصيان أمرهما»(١.(

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

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦١.

معا، فضلا عن القول بظهوره في المخالفة العملية، وتحليل الحرام أوتحريم الحلال عملا، كما يشهد له بعض موارد استشهاد الامام عليه السلام به-كان مقتضاه انحصار الدليل فيما نحن فيه بما ذكر من عدم نفوذ الالتزام بإتيان المحرم، فيكون فساد شرط جعل العنب خمرا، كفساد اجارة العامل لصنع العنب خمرا، حيث يتعارض فيهما دليل النفوذ مع دليل حرمة صنع الخمر، فيتساقطان ويبقى العقد أوالشرط عاريا عما يقتضي إمضاءه أونفوذه.

وبعبارة اخرى: إن دليل نفوذ الشرط أعني قوله صلّى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم» لما كان يصطدم-ومع قطع النظر عن الاستثناء الوارد في ذيله-بدليل حرمة صنع الخمر -مثلا- كان مقتضى القاعدة سقوطهما وعدم نفوذهما معا، وهوما يعني خلوالشرط من الإمضاء الشرعي.

ولا مجال للتمسك للبطلان في المقام بالاستثناء المذكور في ذيل النص المتقدم -إلا شرطا حرّم حلالا أوأحل حراما-فإنه خلاف فرض التفريق بين المقامين وجعل مورد الشرطين مغايرا.

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

ومنه يظهر ما في استدلال الشيخ الأعظم(قده) عليه بقوله: «ويدل عليه ما سيجيء من قوله: المؤمنون عند شروطهم، الا شرطا أحل حراما أوحرّم حلالا»(١.(

فإنه مناف لفرض التغاير بين الشرطين -الثاني والرابع - واستقلال كل منهما عن الآخر.

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

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٢٦.

الشرط حراما، هوما افاده الشيخ الأعظم(قده) بقوله: «لعدم نفوذ الالتزام بالمحرّم»(١)، بالبيان الذي قدمناه، دون ما ذيّله من التمسك بالاستثناء الوارد في نصوص الشرط.

الشرط الثالث: أن يكون فيه غرض عقلائي معتد به

لا ينبغي الإشكال في اعتبار كون الشرط مما فيه غرض عقلائي معتد به نوعا أوبلحاظ شخص الشارط، فلا يصح اشتراط ما يخلوعن الفائدة بالمرة، أوتكون من القلة بحيث لا يلتفت إليها العقلاء ولا يأخذونها بنظر الاعتبار، كاشتراط الكيل أوالوزن بخصوص مكيال أوميزان معين من الأفراد المتعارفة للمكاييل والموازين، فإنه لا يخلومن كونه لغوا محضا عديم الفائدة أوكون فائدته من القلة بحيث لا يعتني بها العقلاء.

ويقتضيه قبل كل شيء امتناع انقداح الإرادة الجدية بالشرط مع خلوّه من الغرض العقلائي والفائدة النوعية أوالشخصية، فإن الإرادة الحقيقة إنما تنبعث عن ملاحظة الأغراض والفوائد والآثار، فإذا انعدمت انتفت الإرادة الجدية وبه ينعدم جدّ الالتزام ويبقى الشرط لفظا عاريا عن المعنى وصورة لا تحكي الواقع ولا تعبر عن شيء، ومعه لا شيء كي تشمله أدلة الإمضاء والوفاء.

على «أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره، فيثبت له الخيار أويعتني به الشارع فيوجب الوفاء به ويكون تركه ظلما، فهونظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء»(٢) كبيع كف من الماء عند الشاطئ أوقبضة من التراب في الصحراء.

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

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٢٦.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٧.

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

وأما دعوى عدم اعتناء الشارع به ليوجب الوفاء فهي مصادرة بالمطلوب، ولم يعلم ان مناط إيجاب الشارع للوفاء كون ترك الوفاء ظلما لئلا يجب هنا لعدم كونه ظلما»(١.(إلا ان الظاهر عدم تمامية ما أفاده(قده) من الإيراد.

ذلك: ان المعاملات والعقود والمبادلات الرائجة في المجتمعات، بل والحقوق الثابتة للافراد تجاه بعضهم البعض، مما يتوقف عليها بقاء المجتمع ونظام أمرهم، ليست من الأمور التأسيسية للشارع المقدس ومبتدعاته، كي يتعين اتباع الدليل الشرعي في ثبوتها وعدمه، أوصحتها وفسادها أوسعتها وضيقها، وإنما هي مما يدركه العقل والعقلاء بفضل النور المستودع في الإنسان والمميز له عن سائر الموجودات.

وليس دور الشارع في هذه المجالات-عموما. إلا تقرير إدراكهم وإمضاء طرقهم المتداول اتباعها فيما بينهم.

نعم، قد يتفق إدراك الشارع-وبفضل كونه العقل الكامل-لخطإ العقلاء في إدراكهم في مورد معيّن، واتخاذه قرارا منافيا لقرارهم، والذي يصطلح عليه بردع الشارع عن بناء العقلاء، وذلك كما في قوله عز من قائل (ذٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا اَلْبَيْعُ مِثْلُ اَلرِّبا وَأَحَلَّ اَللهُ اَلْبَيْعَ وَحَرَّمَ اَلرِّبا)(٢)، وقوله عليه السلام: «ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فلا يصلح مجازفة»(٣.(

---

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

(٢)البقرة: ٢٧٥.

(٣)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

إلا ان ذلك لا يشكل القاعدة العامة في اتجاه الشارع بالنسبة إلى العقود والمعاملات والحقوق، بل يبقى الأصل الاولي فيها جميعا هواتباع ما سنّة العقلاء، وأقروه في سيرتهم وتعاملهم، ما لم يثبت بالدليل المنع عنه ورفضه.

على العكس منه تماما في أبواب العبادات حيث تكون ماهياتها مستحدثة ومخترعة من قبل الشارع، فيتعين اتباع النص واقتضاء أثره في كل صغيرة وكبيرة منها، بدءا بحقائقها وكيفياتها وانتهاء بأبسط أحكامها وتعاليمها.

وعلى هذا الأساس، فحيث إن الإدراك العقلائي للشرط والالتزام والتعهد في العقود والمعاملات ليس إلا جعل حق للمشروط له على المشروط عليه، كان عدم وصوله اليه ضررا ونقصا عليه، فيما فرض ثبوته له على نحويؤثر في الثمن، وظلما عليه من هذه الناحية.

وعلى هذا المبنى يعتمد حكمهم بجواز إجبار من عليه الحق على الأداء فيما يمكنه الوفاء به، وثبوت حق الفسخ للمشروط له في العقد الذي تضمن ذلك الشرط.

ومعه لا وجه لأن يقال بأنه «لم يعلم ان مناط إيجاب الشارع للوفاء كون ترك الوفاء ظلما لئلا يجب هنا لعدم كونه ظلما»، فإنه ثابت على حسب قاعدة الشارع في تنظيم الشئون الاجتماعية للناس وترتيب أمورهم وسبل تعاملهم.

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

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

شروطهم»(١.(

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

واخرى بالتفصيل بين ما لا فائدة له، فيبطل لكونه عبثا ولغوا، وبين ما يتضمن فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم، فيصح بملاك ثبوت الخيار عند تخلفه، وهومن الفوائد العقلائية.

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

فإنه ربما يكون الشرط بالمعنى المصدري عقلائيا، لأجل ترتب الخيار على تخلفه، من غير ان يكون في البين فائدة أخرى للشارط، كاشتراط بيعه بالقيمة التي اشتراه، بل اشتراط الأوصاف الحالية مما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف، فإن أمرها دائر بين الوجود والعدم، ولا يترتب على الشرط شيء سوى الخيار، ففي مثلها لا يعد الاشتراط لغوا وملغى عرفا، بل يصح ويترتب عليه الخيار عند التخلف، وهوأمر عقلائي، ولا يقاس المقام بالبيع حيث لا يكون ماهيته الا التبادل، ولا يترتب عليه أثر عقلائي آخر.

وبالجملة: ما لا فائدة له إما أن يكون بنحويكون الاشتراط به عبثا ولغوا فلا اشكال فيه، واما ان يكون له فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم، فبطلانه هاهنا ممنوع، لان ثبوت الخيار عند التخلف من الفوائد العقلائية، واختصاص خيار التخلف

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٤٣.

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

وما افاده(قده) لا يخلومن إبهام وغموض، فإنه لوصح ان يكون «ترتب الخيار على تخلفه، من غير ان يكون في البين فائدة أخرى للشارط» كما هوالحال في «اشتراط الأوصاف الحالية مما لا فائدة له إلا الخيار عند التخلف» من دون ان «يعد الاشتراط لغوا وملغى عرفا» لم يبق لقرض «ما لا فائدة له.. بنحويكون الاشتراط به عبثا ولغوا» مورد كي يحكم فيه بالبطلان بـ «لا اشكال فيه» كما افاده(قده) ،«لان ثبوت الخيار عند التخلف من الفوائد العقلائية» على حد تعبيره.

والحاصل: ان ثبوت الخيار عند التخلف لوكان مصححا للشرط في الثاني - أن يكون له فائدة لا يعتني بها العقلاء في معاملاتهم-ومخرجا له عن اللغوية والسفاهة، كان مصححا له في الأول-الاشتراط بما لا فائدة له عبثا ولغوا-أيضا، ولخرج الشرط به عن اللغوية.

على ان ترتب الخيار فرع نفوذ الشرط وإمضائه شرعا، وفي مرتبة متأخرة عنه، فلا يصلح لأن يكون محققا لشرط النفوذ والإمضاء، أعني كونه أمرا عقلائيا في نفسه، فلا يكون رافعا للغوية اشتراط ما لا فائدة فيه وسفاهته.

وتوهم كون الخيار هوالمقصود بالذات من هذا الاشتراط، وهوأمر عقلائي مقصود للعقلاء في معاملاتهم.

مدفوع بأن المقصود لوكان ذلك، لكان المتعين اشتراط الخيار مباشرة ومن غير تعليقه بشيء، ولا مبرر لسلوك طريق ملتويأباه العقلاء، أعني اشتراط أمر لغولا فائدة فيه كي يترتب على تخلفه الخيار.

هذا مضافا الى ان ما ذكره من الفائدة انما يتم -على تقدير التسليم - بالنسبة للشرط بالمعنى المصدري، أعني فعل المتعاقدين في مقام الإنشاء وما يعبر عنه

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ١٥١.

بالاشتراط، حيث يمكن فيه القول بأن فائدته هي ثبوت الخيار للمشروط له.

إلا ان هذا المعنى ليس هوالمقصود للاعلام من الشرط الذي يعتبر كونه ذا فائدة عقلائية قطعا، بل المقصود منه هوالشرط بالحمل الشائع الصناعي أعني المشروط ومتعلق الالتزام، فإنه الذي ينبغي ان يكون ذا فائدة عقلائية مقصودة.

وعليه لا مجال لجعل فائدته هوثبوت الخيار، فإنه ليس فائدة للشرط بالمعنى المذكور، وإنما هومن آثار واحكام تخلف الالتزام به وتحققه.

بل على العكس مما ذكره تماما، فإن فائدة الشرط -بهذا المعنى - إنما تكمن في فرض الوفاء به وتحققه، دون فرض تخلفه وعدم الالتزام به، فان الشارط وبلحاظ ما يصبواليه من المنفعة العقلائية النوعية أوالشخصية في تحقق الشرط ووجوده في الخارج، يقيّد عقده به ويفرضه على صاحبه.

وما ذكرناه واضح جلي ويجري في جميع موارد اشتراط شيء في العقد بما فيه المثالان المذكوران في كلامه(قده) -اشتراط ان يبيعه بالقيمة التي اشتراه، واشتراط الأوصاف الحالية-فان التفات المشتري في الأول إلى بناء أساس المعاملات على المغالبة والمرابحة، يدعوه لأن يشترط كون البيع بقيمة الشراء، وهوما يعني عند وفاء البائع بالشرط، عدم خروج مال زائد من كيس المشتري، وهوفوز له.

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

وبالجملة ففائدة الشرط بالحمل الشائع إنما تكمن في وجوده وتحققه، دون تخلفه وتعذره، كما هوأوضح من ان يخفى.

ومجرد ثبوت الخيار على تقدير التخلف لا يعني كونه فائدة الشرط، فإنه أثر لفوات الفائدة المتوخاة والمنفعة المقصودة.

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

والصحيح في المقام هوما ذهب اليه جمهور الأصحاب من اعتبار كون الشرط ذا فائدة معتد بها عند العقلاء، فلا يصح اشتراط عديم الفائدة بالمرة، أوما تكون فائدته من القلة والهوان الى حد لا ينظر إليها العقلاء ولا يعتبرونه حقا للمشروط له.

الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة

من أهم شروط نفوذ الشرط وصحته عدم كونه مخالفا للكتاب والسنة وهو - على نحوالموجبة الجزئية-حكم إجماعي اتفاقي، لا يختلف فيه اثنان إطلاقا.

والمستند فيه هوالنصوص العامة والخاصة، وهي على طوائف عديدة، نذكرها جميعا لنتعرض بعد ذلك الى ما يمكن ان يقال حول هذا الشرط.

فمنها: ما دل على اعتبار موافقة الكتاب العزيز.

كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز وجل»(١).

وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال-في حديث-: «ان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: من شرط لامرأته شرطا سوى كتاب الله عز وجل لم يجز ذلك عليه ولا له»(٢).

وما ورد في قضية بريرة حين اشترط مواليها على عائشة كون ولاءها لهم، فقال صلّى الله عليه وآله: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان شرطا

---

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

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

ليس في كتاب الله فهوباطل وان كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»(١.(

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للكتاب.

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

وصحيحة الحلبي عنه عليه السّلام أيضا: «وان كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهوردّ الى كتاب الله عز وجل»(٣.(

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

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للسنة.

كصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «قضى علي عليه السّلام في رجل تزوج امرأة وأصدقها، واشترطت ان بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة وولت الحق من ليس أهله، قال: فقضى علي عليه السّلام ان على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق، وذلك السنة(٥.(

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

---

(١)السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٣٣٨.

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

(٣)المصدر نفسه ج ٤.

(٤)المصدر نفسه ج ٢.

(٥)الوافي ج ١٢ ص ٨٠.

ولىّ الأمر من ليس اهله، وخالف السنة، ولم يجز النكاح»(١.(

وقريب منها مرسلة ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة وشرطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، فقال: خالف السنة، وولي الحق من ليس اهله، وقضى أن على الرجل الصداق، وأن بيده الجماع والطلاق، وتلك السنة»(٢.(

ومنها: ما دل على اعتبار عدم مخالفته للكتاب، والسنة معا.

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

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

كموثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: «ان علي بن أبي طالب عليه السّلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطا حرّم حلالا أواحل حراما»(٤.(

هذه هي العمدة في نصوص الباب على اختلاف ألسنتها ومداليلها، و

لمعرفة حدود الحكم وتفاصيله، لا بد من البحث في جهات:

الجهة الأولى: هل المدار في الشرط على موافقته للكتاب، بحيث يتوقف نفوذه على وجود آية فيه تنطبق عليه، أم يكفي فيه عدم مخالفته له؟ ذكر الشيخ الأعظم(قده) وتبعه أكثر من تأخر عنه، أنه «لا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة، نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة في النفس والمال، فخياطة الثوب مثلا موافق للكتاب

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٥.

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

(٣)الغنية ص ٥٢٤.

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

بهذا المعنى»(١.(

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

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

الاولى: إنكار ظهور صحيحتي ابن سنان والحلبي المتقدمتين في اعتبار موافقة الشرط للكتاب في النفوذ.

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

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

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

واما صحيحة الحلبي فمن المحتمل قريبا ان يكون المراد بقوله عليه السّلام: «سوى كتاب الله» ما يقابله ويغايره، بحيث يكون في الكتاب العزيز حكما، ويكون

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٧٧.

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

الشرط غيره وسواه.

ويشهد لذلك مورد الصحيحة فإنها واردة في «رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك أوبتّ عنك فأنت طالق» فلاحظ.

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

وذلك لظهور الاولى في كون المخالفة مانعة عن نفوذ الشرط وصحته، في حين ان ظاهر الثانية كون الموافقة للكتاب شرطا فيهما.

وحيث انه لا يمكن الجمع بينهما بأن يقال: ان الموافقة شرط، والمخالفة مانعة، باعتبار انه لا تعارض بين المثبتين من النصوص كما قد يتوهم، لإسناد البطلان مع عدم الموافقة إلى فقدان الشرط قبل تحقق دور المانع كما هوواضح، يتعين الأخذ بروايات المانعية باعتبار كونها أظهر وأقوى دلالة.

قال السيد الخميني(قده) : «ثم اعلم ان مقتضى الأخبار الدالة على بطلان الشرط المخالف للكتاب، ان المخالفة له مانعة عن صحة الشرط، وان البطلان لأجل مزاحمة الكتاب لا لاعتبار عدم كونه مخالفا له.

ويؤكد ذلك قوله في صحيحة محمد بن قيس: «ان شرط الله قبل شرطكم»(١.(

وفي رواية دعائم الإسلام: «شرط الله أكد»(٢)، وفي رواية: «قضاء الله أحق وشرطه أوثق» (٣) ولم يدل دليل على اشتراط صحة الشرط بعدم المخالفة..

وحينئذ يدور الأمر بحسب الواقع بين شرطية موافقة الكتاب أومانعية مخالفته، ولا يعقل الجمع بينهما، لأنه مع اشتراط الموافقة يستند البطلان الى فقد الشرط لا

---

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

(٢)مستدرك الوسائل ج ٢ الطبعة القديمة باب ٥ من أبواب الخيار ح ٢.

(٣)سنن البيهقي ١٠: ٢٩٥.

وجود المانع، مع أن جعل المانعية لغوبعد جعل الشرط المذكور.

والتحقيق: ان ظهور الأدلة في مانعية المخالفة أقوى(١.(

ومهما يكن الموقف من المحاولة الثانية، من حيث تسليم كون عدم المخالفة مانعة لا عدمها شرطا، وأقووية ظهوره، فان المحاولة الاولى موفقة وقريبة جدا، ويشهد لها ذهاب معظم الأصحاب الى ذلك واختيارهم له، خصوصا مع ملاحظة فتاويهم في جزئيات المسائل، فإنها صريحة في كون الملاك والعبرة في صحة الشرط ونفوذه بعدم مخالفة الشرط للكتاب العزيز.

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

الجهة الثانية: في عموم الشرط لمخالف السنة.

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الظاهر هوالثاني، فإن المذكور في أغلب روايات الباب وان كان عدم مخالفة الكتاب فقط، إلا انه لا ينبغي الإشكال في عدم اختصاص الحكم به وعمومه لمخالفة السنة أيضا.

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

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ١٥٧ ـ ١٥٨.

يقتضي النفوذ.

بل ان تجويز الشرط المخالف للسنة يقتضي تحريف الدين وطمس معالمه واحكامه ذلك أن معظم احكام الدين-لا سيما ما يرتبط ببيان تفصيلات العناوين الكلية للعبادات والمعاملات-انما ثبت بفضل النصوص الواردة عن النبي صلّى الله عليه وآله والأئمة الأطهار عليهم السّلام، وإلا فما ثبت بالكتاب العزيز لا يعدوفي أكثر الموارد أصل تشريع العنوان الكلي.

فإذا جاز مخالفة ما ثبت بالسنة الشريفة بالاشتراط ونفذ الشرط معها، لزم منه جواز إلغاء معظم الأحكام الشرعية وتغييرها، إن لم نقل باستلزامه لتغييرها كليا.

على انك قد عرفت ذكر السنة في بعض النصوص كصحيحة محمد بن قيس ومرسلتي هارون بن مسلم، وابن بكير، بل وقد عرفت الجمع بين الكتاب والسنة في مرسلة الغنية.

وهذان الوجهان هما العمدة في الحكم بالتعميم في المقام، وهناك مجموعة قرائن ووجوه ذكرت في كلمات الأصحاب لإثبات المدعى.

منها: انصراف أدلة النفوذ عن الشرط المخالف للسنة، لعدم ثبوت بناء العقلاء على العمل بما يستلزم مخالفة الحكم العرفي أوالشرعي.

ومنها: ما ورد في قضية شراء عائشة لبريرة من قوله صلّى الله عليه وآله: «قضاء الله أحق، وشرطه أوثق» فإنه بمنزلة القاعدة العامة والكبرى الكلية لكل ما يخالف قضاء الله وحكمه، من دون فصل بين ما ثبت منه بالكتاب العزيز وما ثبت منه بالسنة الشريفة.

ومنها: «دعوى إلغاء الخصوصية عن الروايات الواردة في مخالفة الكتاب، بان يقال: إن للكتاب جهات من كونه كلام الله تعالى، وانه (نَزَلَ بِهِ ٱلرُّوحُ ٱلْأَمِينُ)، وانه إعجاز، وانه كتاب المسلمين يجب عليهم الايمان به، وانه مشتمل على احكام الله تعالى.

وتلك الخصوصيات سوى الأخير منها لا دخالة لها بنظر العرف في بطلان الاشتراط، فتمام الموضوع لذلك هوكونه مخالفا للحكم الإلهي.

وعليه يكون الميزان هوالمخالفة لحكم الله تعالى، فخصوصية الكتاب غير دخيلة، بل الحكم ثابت لمخالف السنة أيضا»(١.(

ومنها: ما ورد في موثقة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «قضى علي عليه السّلام في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هوتزوج عليها امرأة أوهجرها أواتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك: ان شرط الله قبل شرطكم، فان شاء وفي لها بالشرط، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها»(٢.(

فان قوله عليه السّلام: «ان شرط الله قبل شرطكم» بمنزلة تعليل الحكم بعدم النفوذ وبطلان الشرط بكونه مخالفا لحكم الله وشرطه، ومن الواضح عدم اختصاصه بما ورد في الكتاب العزيز.

ومنها: «ان المراد بالكتاب في تلك الروايات كل ما كتب الله على عباده، ولوعلى قلب نبيه وحيا أوإلهاما، فالمراد كتابه التشريعي في قبال كتابه التكويني»(٣.(

ومنها: «ان المخالف للسنة مخالف للكتاب العزيز لا محالة، لما ورد فيه من الأمر بإطاعة النبي صلّى الله عليه وآله واولى الأمر عليهم السّلام واتباعهم في أوامرهم ونواهيهم.

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

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

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ١٥٣.

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

(٣)كتاب البيع ج ٥ ص ١٥٣.

صلّى الله عليه وآله.

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

خلاصة البحث

والذي يتحصل مما تقدم: ان أكثر روايات المقام وان اقتصرت على ذكر مخالفة الكتاب والمنع عنها، إلا انه لا ينبغي التردد في عدم اختصاص الحكم بها، وشموله لمطلق ما ينافي حكم الله وشرعه، سواء أ كان منزّلا في الكتاب العزيز أم مبيّنا على لسان نبيه الكريم صلّى الله عليه وآله، فإنهما على حد سواء من هذه الناحية.

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

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وانطلاقا من ذلك، فلوسلمنا اختصاص الطائفة الأولى بمخالف الكتاب وعدم شمولها لمخالف السنة، وقلنا باختصاص الطائفة الثانية بالأحكام التكليفية دون الوضعية، حصل التنافي بينهما على نحوالعموم من وجه فإنهما تتفقان في نفوذ الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالسنة، كاشتراط عدم الخيار للمتبايعين في المجلس، فإنه مشمول بالمستثنى منه فيهما، باعتبار عدم ثبوته بالكتاب من جهة وعدم كونه حكما تكليفيا من جهة أخرى.

وتنفرد الاولى في الشرط المخالف للحكم الوضعي الثابت بالكتاب العزيز.

والثانية في الشرط المخالف للحكم التكليفي الثابت بالسنة، فإن مقتضى الأولى

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

ومن هنا فلا محيص اما من القول بسقوطهما في مورد التعارض، وتعيّن الرجوع الى العمومات -إن كانت - أوالأصول.

واما القول بتقييد المستثنى منه في كل منهما بغير ما هومندرج تحت المستثنى في الآخر، ولازمة الحكم بالبطلان في موردي الافتراق معا.

واما الالتزام باتحاد مضمون الطائفتين، وإنكار التعارض بينهما، بالنظر لعدم وجود ما يدل على الحصر -الموجب للتعارض - في كل منهما، وعليه فيكون الفاسد من الشروط هوالشرط المخالف للكتاب المحرم للحلال أوالمحلل للحرام، ولازمة الحكم بالصحة في الموردين السابقين، باعتبار ان ما لم يكن مخالفا للكتاب العزيز لا يكون محللا للحرام أومحرّما للحلال، وما لا يكون محللا للحرام أومحرّما للحلال لا يكون مخالفا للكتاب العزيز، والعكس بالعكس في القضيتين.

إلا ان الذي يهوّن الخطب ويسهّل الأمر، عدم اختصاص الطائفة الأولى بمخالف الكتاب العزيز فقط، وشمولها لمخالف السنة الشريفة أيضا على ما عرفته في البحث السابق.

وعدم اختصاص الطائفة الثانية بالأحكام التكليفية، وشمولها للأحكام الوضعية أيضا، لما هومحقق في محله من الأصول، من عدم ثبوت الحقيقة الشرعية للحل والحرمة، وكونهما مستعملين في معناها العرفي، المضي والمنع، وإنما يستفاد منهما - وبلحاظ مناسبة الحكم والموضوع-التكليف مرة كالحرمة المجعولة للخمر، والوضع اخرى كالحرمة المجعولة للبيع الغرري.

وبالجملة: فالمستفاد من الطائفتين كليهما أمر واحد، هونفوذ الشروط إلا ما خالف حكم الله، وأحلّ حراما أوحرم حلالا، بلا فرق في ذلك بين كونه مبيّنا في الكتاب العزيز أم مبيّنا عن طريق النبي الكريم صلّى الله عليه وآله والأئمة الأطهار عليهم السّلام، سواء أ كان الحلال أوالحرام تكليفيا أم وضعيا، فإنها جميعها على حد سواء بالنسبة إلى نصوص الشرط التي تتحد في المفاد رغم اختلاف ألسنتها.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

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

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

-١الإنشاء والاعتبار الصادر من المتعاقدين إيجابا وقبولا، وهوما يعبّر عنه بالإلزام والالتزام، ويصطلح عليه بالاشتراط بالمعنى المصدري.

-٢اللزوم ووجوب الوفاء الحاصل من الإلزام والالتزام، والمتحقق بعد الإنشاء والاعتبار، وهوما يعبّر عنه بالشرط تارة وباسم المصدر اخرى.

-٣متعلق اللزوم، وهوما يعبّر عنه بالملزوم والمشروط، كولاء البائع في قضية بريرة أووصف الكتابة ونحوها في العبد، أوخياطة الثوب ونحوها من الافعال.

ومن هنا فالمراد بالشرط في المستثنى والمستثنى منه في النصوص، لا يعدوأحد الأمور المذكورة على نحومنع الخلو، إذ قد يقال بشموله لاثنين منها-على ما اختاره الشيخ الأعظم(قده) -أوالجميع.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وكيف كان فلا بد من دراسة كل واحد منها على حدة، لنرى مدى احتمال كونها مرادا بالنصوص جوازا أومنعا.

-١الشرط بالمعنى المصدري-الإنشاء والاعتبار.

وهولا يكاد يكون المراد من المستثنى والمستثنى منه في النصوص قطعا.

وذلك ان الإنشاء أمر متأصل وفعل حقيقي، ولا علاقة له بالاعتبار، سواء قلنا فيه انه من فعل النفس وان حقيقته هوعمد تحقق مفهومه وماهيته والقصد إليه، أم قلنا انه إبراز للاعتبار النفساني، فإنه وعلى كلا التقديرين أمر حقيقي بعيد كل البعد عن عالم الفروض والاعتبار.

خلافا لكلمات كثير من الاعلام، بل وصريح عبارات بعضهم، حيث اعتبروه من الأمور الاعتبارية.

قال السيد الخميني(قده) : «والإنشاء غير التلفظ بالألفاظ الموقعة له والتلفظ من التكوين -ولا يعقل تعليقه - بخلاف الإنشاء والإيقاع الذي هوأمر اعتباري، نظير الإيجاب والتلفظ الدال عليه، ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بينهما فوقع فيما وقع»(١.(

فإنه أمر لا أساس له وبعيد عن الصواب جدا، ولوضوح الحق ومعرفة الحقيقة في الإنشاء، تمهيدا لتنقيح ما نحن بصدده، لا بد من التعرض لحقيقة الإنشاء والإيجاد على نحوالاختصار، موكلين التفصيل الى محله في علم الأصول وبعض المباحث الفقهية كاعتبار التنجيز في العقود.

فنقول: إن تكوين الأشياء وإيجادها يختلف باختلاف نوعها وفاعلها اختلافا كبيرا.

فبالنسبة الى الله تبارك وتعالى، تكفي إرادته المحضة والمجردة عن كل ما سواها بما في ذلك قول «كن» سببا وعلة في خلق الأشياء ووجودها بقول مطلق.

وتلك هي القدرة المطلقة لذات واجب الوجود جلّ اسمه، والتي لا يقف امامها عائق ولا يحول دونها مانع.

واما بالنسبة إلى الإنسان، فمقتضى عجزه الامكاني ان لا يكون بوسعه فعل كل ما يريد، فليس له إيجاد الجواهر وتكوينها، بل ولا خلق كثير من الاعراض، وما يقع تحت قدرته منها لا يكفي مجرد إرادته وقصده علة في تحققه، بل لا بد -بالإضافة إليها - من حركة العضلات المنبعثة عنها حركة تؤدي إليه، كما هوالحال في مثل القيام والقعود.

واما الأمور الاعتبارية التي يكون زمام أمرها بيد المعتبر، فيكفي في تكوينها وتحققها قصد صاحب الأمر وإرادته مجردا أومع إبرازه بمبرز في مقام الإنشاء، ومن

---

(١)كتاب البيع ج ١ ص ٢٣٣.

دون احتياج إلى شيء وراء ذلك كحركة العضلات أوفعل آخر من أفعال النفس أوغيرها، حقيقيا كان أم اعتباريا.

ويشهد لذلك الوجدان، حيث لا نجد في مقام الإنشاء واعتبار ما بيدنا زمامه كإبراء ذمة من لنا عليه دين، أوالائتمام بشخص معيّن في الصلاة وما شاكلهما، غير التصور والعمد والقصد الى تحققه في وعائه مع لزوم إبرازه كيف ما كان ليخرج عن حدود الإرادة المحضة إلى الإنشاء، ومن دون ان يكون وراءه شيء آخر من سنخ الأمور الاعتبارية كي يكون هوالإنشاء والاعتبار فليس وراء قصد براءة الذمة واعفاء المدين من دينه، أوقصد تحقق الائتمام لنا، والإمامة في الصلاة للشخص المعين، أمرا آخر في أفق النفس يكون من الأمور الاعتبارية ويعدّ هوالإنشاء والاعتبار، وما ذكرناه جار في جميع الأمور الاعتبارية من العقود والإيقاعات والأوامر والنواهي وغيرها بأسرها، حيث لا يجد الوجدان في مقام إنشائها غير قصد تحقق الماهية في وعائها مع إبرازها بمبرز في الخارج، شيئا آخر يكون من سنخ الأمور الاعتبارية ويكون هوالإنشاء والاعتبار.

والحاصل: ان الإنشاء سواء اعتبرناه هوالقصد والإرادة، أم اشترطنا في تحققه انضمام ما يبرز ذلك القصد والاعتبار في الخارج من لفظ أوفعل، فهوفعل حقيقي يصدر من المنشئ-سواء أ كان من فعل الجنان خاصة أم أضيف إليه فعل الأبدان - وليس من الأمور الاعتبارية مطلقا.

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

على ان الذي يصلح لان يتصف بالموافقة أوالمخالفة لحكم الله عز وجل، اما هوالمكلف نفسه فيقال، وافق حكم الله أوخالفه وعصاه، واما هوالحكم الصادر من

أحدهما تجاه الآخر، فيقال انه موافق لحكم الله أومخالف له.

واما نفس الاشتراط -بالمعنى المصدري - والإنشاء بما هوفعل صادر من فاعله، فلا معنى لاتصافه بالموافقة أوالمخالفة فإنه إنما يتصف بالحرمة أوالجواز فيقال انه فعل محكوم بالحرمة أوالجواز مثلا، واما الموافقة أوالمخالفة فلا وجه لإطلاقهما عليه، كما هوواضح.

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

والوجه ما قدمناه.

-٢اللزوم ووجوب الوجود.

والظاهر فيه هوالتفصيل بين ما إذا كان الشرط حكما من الاحكام كاشتراط ولاء المملوك للبائع، أوعملا من الاعمال كاشتراط خياطة الثوب ونحوها من جهة، وبين ما إذا كان الشرط وصفا من الأوصاف كالكتابة في العبد والعربية في الفرس من جهة أخرى، فإنه يصح وصف القسم الأول بكونه موافقا أومخالفا لحكم الله تبارك وتعالى بخلاف القسم الثاني، حيث لا مجال لوصفه بذلك.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

والوجه في ذلك بالنسبة إلى القسم الأول واضح، فان تعلق الشرط-بمعنى اللزوم وتحتم الوجود - بالحكم أوالفعل، وكذا اتصافه بكونه موافقا لحكم الله عز وجل أومخالفا له، من الوضوح مما يجعله غنيا عن البيان.

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

ذلك منافيا للحكم الثابت من الشارع المقدس قبل جعل المتعاقدين.

نعم، قد يقع الخلاف في بعض أمثلته من حيث اعتباره موافقا للكتاب أومخالفا له والملاك في ذلك، بحيث يعد اشتراط الولاء للبائع مخالفا لقوله صلّى الله عليه وآله: «الولاء لم أعتق» (١) ولا يعدّ اشتراط الخيار للمتبايعين أوأحدهما بعد الافتراق مخالفا لقوله عليه السّلام: «فإذا افترقا وجب البيع»(٢.(

إلا أن ذلك غير الإشكال في أصل تصور تعلق الشرط بهما-الحكم والفعل - وتصور كونه موافقا أومخالفا لحكم الله، كما هوواضح، وسيأتي التعرض الى ذلك في نهاية البحث.

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

وذلك لخروج أخذ الوصف في المبيع الكلي عن محط البحث ودائرة النزاع في كلماتهم بالمرة، على ما هوصريح عباراتهم، باعتبار انه لا غموض في الكلي لا من حيث التصور ولا من حيث الحكم، فإنه سواء ذكر بنحوالوصف أوالشرط، يكون دخيلا في العنوان ومشخصا للمبيع.

ومن هنا فإذا لم يكن المدفوع من قبل البائع -المشروط عليه - واجدا لذلك الوصف، لم يكن مصداقا للمبيع، ولا أداء لما في ذمته، ويجبر البائع على أداء ما ثبت في ذمته وفرد واجد للوصف المطلوب، وفاء بالعقد، من غير ان يثبت للمشتري - المشروط له-خيار مطلقا، سواء في ذلك تخلف الشرط أوتخلف الوصف، فإنه لا تخلف في المبيع بالمرة، غاية الأمر ان المدفوع غير ما ثبت في ذمته فيجبر على دفعه.

بل ولوثبت عدم وجود الموصوف أوالمشروط في الخارج، تعين الحكم ببطلان العقد من الأول، بالنظر لانكشاف العجز وعدم قدرة المشروط عليه على التسليم.

وبالجملة: ففرض أخذ الوصف في المبيع الكلي بعيد عن بحث الخيار وحديث

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

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

تخلف الشرط أوالوصف.

واما أخذ الوصف الحالي في المبيع الشخصي، كالكتابة أوالرومية أوالزنجية في المملوك، والبخاتية أوالعرابية في الإبل، والعربية في الفرس، والمغنية في الجارية وأمثال ذلك، فهوأيضا غير متصور، باعتبار ان أمر الأوصاف التكوينية في الأعيان الخارجية، دائر في الواقع بين الوجود والعدم، فهي اما موجودة أومعدومة، من غير ان يكون للشرط دور في تحتم وجوده وعدمه، وما كان منها معدوما لا يعقل تحتم وجوده بالشرط، فإنه ليس فعلا كي يلزم المشروط عليه تحقيقه والإتيان به، ولا هوأمر اعتباري كي يقال بتحققه بنفس الجعل والاشتراط، كما هوالحال في موارد شرط النتيجة.

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

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

ذلك ان اشتراط الوصف في المبيع الشخصي إنما يعني تعليق التزامه بالعقد على احتوائه -المبيع- على ذلك الوصف، فان كان المبيع كذلك بالفعل فهوملزم بالوفاء به وإنهائه، وان لم يكن كذلك فهوغير ملتزم به، ولا متعهد بالوفاء بما أنشأه.

نعم، ذلك لا يعني التزامه بالعدم، فان المرتكز منه في أذهان أهل العرف والمتداول عند العقلاء في معاملاتهم هونفي التعهد بالعقد والإلزام بالوفاء بمعنى قبوله مجردا عن الوصف، وذلك لا يعني تحتم الرفض، بل الأمر موكول اليه، ان شاء رفع يده عن وصفه وشرطه ورضي بالمبيع مجردا عنه، وان شاء رفضه وفسخ العقد لتخلف الشرط أوالوصف في المبيع الشخصي الذي لا يمكن تداركه.

والحاصل: ان المبيع وبحكم الإشارة في المبيع الشخصي هوذات العبد، والوصف أمر مقصود بالتبع على نحوتعدد المطلوب، فيجبر خطر نقض الغرض فيه بثبوت الخيار عند تخلفه، سواء في ذلك أخذه على نحوالتوصيف بأن يقول: بعتك هذا

العبد الكاتب أوعلى انه كاتب، أم أخذه بنحوالاشتراط بأن يقول: بعتك هذا العبد بشرط كونه كاتبا، فان واقعهما واحد، والحكم فيهما هوالخيار عند التخلف.

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

ذلك ان تواجد الأوصاف التكوينية في الأعيان الخارجية، كالمغنية في الجارية -مثلا- ليس فعلا من الأفعال كي يقال بكون حكمه في الشرع هي الحرمة نظير صنع العنب خمرا، وجعل الخشب صنما، فيكون لزومه وتحتم وجوده بحكم الشرط منافيا للحرمة المجعولة له شرعا.

فإن الاحكام ومعها العقاب والثواب إنما تتعلق بالافعال دون الأوصاف، حيث لا يكون فيها إلا المدح أوالذم، والحسن أوالقبح.

ولا هومن الأمور الاعتبارية والأحكام الوضعية، كالولاء ونحوه، كي يقال بتحققها بنفس إنشاء البائع للعقد مقرونا بالشرط، فيكون مخالفا لحكم الله من حيث استلزامه لسلب الولاء عن المعتق الثابت بالنص.

فلا مجال الوصف للحكم بكونه منافيا ومخالفا للكتاب أوالسنة، حيث ليس هنا ما يقتضي تحتم وجوده أوعدمه.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

نعم، في مثل اشتراط المغنية في الجارية يبطل العقد من أساسه، إلا ان ذلك ليس من أجل كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة، وإنما لما دل على كون ثمن الجارية المغنية سحت(١.(

والفرق بين بطلان العقد رأسا للنهي عنه، وبطلان الشرط لكونه مخالفا لحكم الله عز وجل، أوضح من ان يخفى.

ومن هنا يفترق اشتراط الوصف عن اشتراط الفعل أوالنتيجة-شرط الحكم

---

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

الوضعي-حيث لا يتصور فيه اتصافه بمخالفة الكتاب والسنة، على العكس منهما.

بقي الكلام فيما به تمييز الشرط المخالف عن غيره.

وملخص الكلام فيه: ان متعلق اللزوم وتحتم الوجود، ان كان هوالفعل كخياطة الثوب، أوصنع العنب خمرا والخشب صنما، أوطاعة الوالد وصلة الرحم.

فان كان حكمه في نفسه وقبل تعلق الشرط به هواللزوم أيضا، كما هوالحال في المثالين الأخيرين، كان الشرط واللزوم المنشأ من قبلهما موافقا لحكم الله تبارك وتعالى، ومشمولا بالمستثنى منه لا محالة.

وان كان حكمه في نفسه وقبل تعلق الشرط به الحرمة، كما هوالحال في اشتراط صنع الخمر والصنم، كان اللزوم الصادر منهما مخالفا لحكم الله، ومشمولا بالمستثنى كما هوواضح.

وان كان حكمه في نفسه ما عداهما، كالكراهة والإباحة والاستحباب، فقد يتوهم في بادئ الأمر كون اللزوم المنشأ بالشرط وتحتم الوجود والصادر منهما مخالفا له بقول مطلق، لمنافاة الإحكام فيما بينها منافاة النقيضين أوالضدين.

وعليه فينبغي الحكم ببطلان الشرط وفساده مطلقا، ما لم يكن مقتضى متعلقه في نفسه هواللزوم.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

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

غير ان هذا الاشكال لا يعدوالتوهم، وسوف نتعرض له وللإجابة عنه قريبا ان شاء الله.

هذا كله فيما إذا كان متعلق اللزوم وتحتم الوجود فعلا من الافعال.

واما إذا كان متعلقه امرا اعتباريا وحكما وضعيا-وهوما يعبّر عنه في الاصطلاح بشرط النتيجة، كاشتراط ولاء المملوك للبائع، أوإرث الأجنبي أوعدم إرث اولي الأرحام، أوعدم الخيار في المجلس أوثبوته بعد انقضائه وما الى ذلك-فليس معنى اللزوم وتحتم الوجود إلا تحقق تلك الأحكام الوضعية.

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

فان «ما هوخارج اختياره وراجع الى الشارع والمقنن، كالمجعولات الشرعية التي منها الضمان، فليس للشارط تغيير القانون وتبديله، ولا يكاد يشمله عموم: «المؤمنون» بوجه، لعدم كون الشرط مشرعا ولا موجدا لحكم لم يكن مشروعا في حد نفسه.

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

فلا مانع من ان يبيع داره مشروطا بأن يكون أثاث البيت مثلا، أوالمزرعة الفلانية أيضا ملكا للمشتري، أوان يكون وكيلا عنه في المعاملة الكذائية، بحيث تثبت الملكية أوالوكالة بنفس هذا الاشتراط.

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

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

وأما ما اعتبر فيه سبب خاص كالنكاح والطلاق والظهار ونحوها، أولم يكن اختياره بيد المكلف، ولم يكن له إيجاده بالفعل حتى بغير الشرط، كاعتبار الوراثة للأجنبي، أوالملكية لشخص بعد شهر مثلا، المحكوم بالبطلان لمكان التعليق المبطل، فلا يصح اشتراطه ان يملك الشيء الفلاني بعد شهر.

وعلى الجملة، فالعبرة في نفوذ الشرط في شرائط النتيجة بتحقق أمرين: أحدهما: كون تلك النتيجة تحت اختيار المشروط عليه بحيث يكون قادرا على إيجادها فعلا ولومن غير اشتراط.

والثاني: عدم اعتبار لفظ خاص في تحققها»(١.(

نعم، يبقى الإشكال في تمييز كثير من صغريات الضابطة المذكورة، ولا سيما في ما يعود الى الأمر الأول، حيث يشكل التمييز في كثير من الموارد بين ما يكون ثبوته على نحوخارج عن ارادة المتعاقدين واختيارهما، وبين ما لا يكون كذلك.

وسنتعرض قريبا ان شاء الله لبعض تلك الموارد، وعلاجه.

-٣المشروط-ومتعلق اللزوم.

والظاهر انه ليس مرادا من الشرط في النصوص أيضا، إذ لا يكاد يحصل لكون المسلم عنده أوكونه مخالفا لحكم الله أوموافقا له معنى معقول.

وهومع كون المشروط وصفا ككتابة المملوك، أوفعلا كخياطة الثوب، واضح، فان الملتزم به -بالكسر- إنما يقف عند اللزوم المنشأ من قبله، ويراه مستقرا على عاتقه، فلا يجوز له ان يفارقه أوأن يتبرأ منه، دون اتصاف المملوك بالكتابة أونفس الخياطة، فإنهما ليسا مما يصح الوقوف عندهما أواستقرارهما على عاتقه.

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

بل وكذلك الأمر في وصف المخالفة لحكم الله أوالموافقة له، فإنه-اللزوم المنشأ من قبل المتعاقدين-الذي يصح وصفه بالموافقة أوالمخالفة، دون وصف الكتابة أونفس العمل.

بل وكذا الأمر مع كون المشروط امرا اعتباريا وحكما وضعيا، كولاء البائع

---

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

للمملوك، فإنه ومن حيث هووبنفسه ومع قطع النظر عن تحققه ووجوده في الخارج ليس شيئا كي يقف الملتزم عنده، أويكون مخالفا لحكم الله.

وإنما الذي يصح الوقوف عنده واعتباره موافقا أومخالفا له، هوالولاء بعد تحققه وتكونه، نتيجة إلزام الشارط والتزام المشروط عليه، وبلحاظ ثبوته ووجوده بالاعتبار.

خلاصة البحث

ويتلخص ما قدمناه في بيان المراد بالشرط في المستثنى منه والمستثنى في النصوص في أمور: الأول: ان المراد بالشرط في جميع روايات الباب معنى واحد، وهواسم المصدر، أعني اللزوم ووجوب الوجود، المتحقق من إلزام أحد طرفي المعاملة والتزام الطرف الآخر به.

فإنه وبهذا المعنى يصح ان يقال فيه: ان المسلم عنده كناية عن وجوب الوفاء به، وصيرورته لزوما قانونيا داخلا في أحكام الشرع، ويصدق عليه انه موافق لحكم الله أومخالف له، فيدخل في المستثنى منه تارة وفي المستثنى أخرى، إلا أن يكون متعلقه وصفا حاليا في العين الشخصية، حيث لا مجال لوصفه بالموافق أوالمخالف، فيبقى مشمولا بالمستثنى منه دائما.

وليس معناه الاشتراط بالمعنى المصدري، ولا المشروط بالمعنى المفعولي فان كلا منهما لا يمكن ان يكون هوالمراد بالشرط في النصوص، أووصفه بالموافقة أوالمخالفة لحكم الله.

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

لا يقبل التغيير في موردهما.

فان تم هذان الشرطان، نفذ اشتراط الحكم الوضعي، بمعنى تحقق الأمر الاعتباري المشروط -النتيجة- بنفس الاشتراط، وإلا بأن كان سببه منحصرا في أمر خاص كالطلاق، أوثبت في مورده حكم شرعي لا يقبل التغيير مخالف له، تعيّن الحكم بالبطلان.

ومن هنا فاشتراط البائع لولاء المملوك، وارث الأجنبي، وعدم إرث الأقرب في أولي الأرحام، وكون الطلاق بيد الزوجة، أوتحققه بمجرد تسري الزوج أوتزوجه عليها-على ما نطقت به الروايات(١)-وما الى ذلك، فهي لمخالفتها لحكم الله داخلة في المستثنى ومحكومة بالفساد وعدم النفوذ.

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

ومنشأ الاشكال إباء أدلة استثناء الشرط المخالف وعدم نفوذه عن التخصيص والتقييد كيف ما كان، مما يجعل علاج التعارض بينهما بتقديم الأدلة الخاصة بملاك أقووية ظهور الخاص في مورده امرا غير ممكن.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

فإنه لولا ذلك لتعيّن القول بتقديم أدلة الشروط على الأدلة الأولية للأحكام، باعتبار حكومة الأدلة المثبتة للأحكام بالعنوان الثانوي على المثبتة لهما بالعنوان الاولي.

إلا ان ذلك يعني تخصيص أدلة استثناء الشرط المخالف، بل إلغاءها كلية، حيث ان لازم القول بالحكومة المطلقة نفوذ الشرط كيف ما كان.

---

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

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

نعم، ستعرف قريبا انه لا مانع من التمسك بالعام بعد إحراز عدم المخالفة بالأصل الموضوعي.

إذا فالصحيح في الضابطة أن يقال: إن الحكم الثابت بالعنوان الاولي لمتعلق الشرط، وقبل تعلق الشرط به، إن كان على نحواللزوم غير المفارق له، بحيث كان ثابتا للمورد على نحوالبت والقطع خارجا عن ارادة المتعاقدين، كان اشتراط خلافه من الشرط المخالف لحكم الله، فلا ينفذ. وإن كان ذلك على نحوالاقتضاء وإيجاب طبع العقد لوخلي ونفسه ومع قطع النظر عن العوامل الثانوية المؤثرة في خلافه أوالمانعة من نفوذه، لم يكن اشتراط خلافه منافيا لحكم الله تبارك وتعالى وممنوعا، بل على العكس منه يكون اشتراطه حاكما ومقدما على الحكم الثابت بالعنوان الاولي.

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

وبالجملة: فالمناط في نفوذ الشرط مع منافاته للحكم الاولي، إحراز كون ذلك الحكم على نحواقتضاء طبع الموضوع له، فان معه يكون دليل الشرط حاكما عليه، وبه ينتفي التعارض وينسد باب الرجوع الى المرجحات.

وينحصر بصحة الشرط المخالف له، فإن إباء لسان أدلة بطلان الشرط المخالف يجعل من المتعين حمل الحكم الاولي على اقتضاء طبع الموضوع له، فيكون دليل الشرط حاكما عليه.

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

مؤسسة الخوئي
Al-Khoei Institute

الشبهات المصداقية.

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

ونتيجة ذلك انحصار مورد المنع والحكم بالبطلان، بالشرط المنافي لما علم من لسان دليله أوالخارج كونه على نحواللزوم القطعي الذي لا يقبل التغيير والتبديل ولوتحت العناوين الثانوية.

الثالث: الضابط في الشرط المخالف في الافعال.

وما ذكرناه في شرط النتيجة من حيث مخالفته لحكم الله يجري في شرط الفعل أيضا، فإنهما من هذه الناحية سواء، ولا فرق بينهما سوى ان اشتراط النتيجة يزيد على اشتراط الفعل في اعتبار عدم تقومها بسبب خاص، بمعنى عدم اعتبار سبب معين من قبل الشارع في تحققها بحيث لا تحصل من دونه، كما هوالحال في الطلاق.

وعليه، فان كان الشرط فعل واجب أوترك حرام، كاطاعة الوالدين أوعدم شرب الخمر، كان موافقا لحكم الله ونافذا لا محالة.

وإن كان الشرط فعل حرام أوترك واجب، كشرب الخمر أوترك الصلاة كان باطلا لمخالفته لحكم الله، واقتضائه لتحليل الحرام أوتحريم الحلال.

وان كان الشرط فعل أمر غير محكوم بشيء من قبل الشارع، بناء على كون الإباحة نفي الحكم، كان صحيحا ونافذا لعدم كونه مخالفا لحكم الله ولوعلى نحوالقضية السالبة بانتفاء الموضوع.

وان كان الشرط بإتيان فعل أوتركه مع كونه محكوما في الشرع بحكم غير لزومي كالإباحة أوالكراهة أوالاستحباب، فان كان ذلك من الثبوت واللزوم لمورده على نحولا ينفك منه ولا يقبل التغيير حتى تحت العناوين الثانوية الطارئة، كان الشرط مخالفا لحكم الله وباطلا.

وان لم يكن ثبوت الحكم في مورده كذلك، بل كان على نحواقتضاء الطبع الاولي للموضوع ذلك، بمعنى ثبوته له لوخلي وطبعه، كان دليل الشرط حاكما عليه

وموجبا لثبوته ولزومه.

وتوهم كون اللزوم المنشأ من قبلهما مخالفا لعدم اللزوم المجعول من قبل الشارع، فيدخل في تحريم الحلال، لا يعدوالنظر البدوي.

فإنه مناف للضرورة الفقهية ومستلزم لإلغاء المستثنى منه بالمرة، حيث لا يبقى معه مورد لنفوذ الشرط.

وليس الوجه في حله إلا ما ذكرناه من حكومة أدلة العناوين الثانوية على ما ثبت بالعنوان الاولي بنحوالاقتضاء ومجردا عما يطرأ عليه من العناوين.

ومنشأ ذلك ما نجده بالوجدان من عدم التنافي بين الأحكام الثانوية الثابتة للأفعال بفضل العناوين الطارئة عليها-كالضرر والحرج والنذر والعهد واليمين، وأمر الوالدين أوالمولى ونهيهما، وحفظ مال الغائب، أوحفظ النفس، والغصب والإسراف، أوإهانة المؤمن أوتعظيم الشعائر، أوالشرط والالتزامات التبعية في العقود اللزومية وغيرها، الموجبة لفرض لزوم الفعل أوالترك من جهة، وبين الأحكام الأولية الثابتة لمواردها بالعنوان الاولي وقبل عروض تلك العوارض من جهة أخرى.

فإن ذلك-وبملاحظة مناسبات الحكم والموضوع-إنما يكشف عن عدم اختصاص التقديم بآحاد تلك العناوين، لعدم وجود خصوصية فيها تميزها عن غيرها، وكون العبرة يتبدل الموضوع الحاصل بفضل طروتلك العناوين مما يجعل الحكم الأول قاصرا عن شموله.

نعم، في خصوص الأحكام الثابتة لمواردها على نحولا يقبل الانفكاك مهما تغيرت ظروف الموضوع، أوطرأ عليها من العوارض، يتعين الالتزام بها مطلقا، لقصور أدلة العناوين الثانوية عن شمول مواردها، كما هوالحال في الأحكام المبنية على الضرر.

والحاصل: ان ظاهر إطلاقات الاحكام الأولية وان كان ثبوته حتى في الحالات الطارئة على الموضوع وفق العناوين الثانوية، إلا أن تسالم تقدم الاحكام الثانوية عليها، نصا وعملا في غير موارد اللزوم غير المفارق، يكشف عن حكومتها عليها وعدم

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

ولا يختص ذلك بمورد كون الحكم الاولي هوالإباحة، بل يجري في جميع موارد الحكم الذي لا يكون ثبوته ولزومه على نحوغير مفارق، سواء فيه الإباحة والكراهة والاستحباب بل والوجوب أيضا، فإن لزومها إذا لم يكن على نحوالبتّ والقطع بحيث لا يقبل التغيير، يكون مقتضى أدلة الحالات الطارئة تبدلها الى ما تقتضيه تلك الحالة.

لا سيما وانه لا يعتبر في الشرط كون متعلقه فعلا راجحا-كما هوالحال في النذر-بل ولا كونه مساوي الطرفين، أعني عدم كونه مرجوحا-كما هوالحال في العهد واليمين فيلزم حتى مع تعلقه بفعل مكروه شرعا، بل لوتصورنا وجود حرام تكون حرمته اقتضائية، بمعنى ثبوتها للعنوان لوخلي وطبعه وبمعزل عن الشرط، لقلنا بتأثير الشرط في اللزوم، وحكومة أدلته على الأدلة المثبتة للحكم الأولى.

فإن طرواشتراط الفعل أوالترك-في الموارد القابلة للتغيير-يجعل المورد خارجا عن دائرة الاحكام الأولية، ومعه لا مجال لاعتباره مخالفا له، لعدم وحدة الموضوع.

إذا فمقتضى التأمل والنظر الدقيق هوالحكم بالصحة ونفوذ الشرط حتى مع مخالفته الصورية للأحكام الأولية، شريطة عدم كون تلك الاحكام مما لا يقبل التغيير بحال أوبالشرط على أقل التقادير.

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

عليه وآله قال: «المؤمنون عند شروطهم»(١). فإن الأمر بالوفاء بالشرط واضح الدلالة على عدم كونه مخالفا لحكم الله تبارك وتعالى.

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

ثم ان هذا كله بناء على ما اختاره الشيخ الأعظم(قده) من التعارض بين أحكام العناوين الثانوية وحكم العنوان الاولي، وتقدمها عليه تخصيصا أوحكومة.

وأما بناء على ما اختاره المحقق الخراساني(قده) وتبعه عليه الاعلام من بعده من التزاحم بينهما، فالأمر أوضح، حيث يتقدم الحكم اللزومي المنبعث من الشرط على الحكم الثابت بالعنوان الاولي في مورده بلا اشكال، باعتبار عدم بلوغ ذلك الحكم إلى مرحلة الفعلية وبقاؤه في مرحلة الإنشاء، فلا تنافي بينهما.

قال في الكفاية: «وبالجملة الحكم الثابت بعنوان أولى، تارة يكون بنحوالفعلية مطلقا، أوبالإضافة إلى عارض دون عارض، بدلالة لا يجوز الإغماض بسبب دليل حكم العارض المخالف له، فيقدم دليل ذاك العنوان على دليله.

واخرى يكون على نحولوكانت هناك دلالة للزم الإغماض عنها بسبب عرفا، حيث كان اجتماعهما قرينة على انه بمجرد المقتضي وان العارض مانع فعلي هذا ولولم نقل بحكومة دليله على دليله، لعدم ثبوت نظره الى مدلوله كما قيل»(٢).(

نعم، يبقى الإشكال في تمييز صغريات القاعدة المتقدمة، وتشخيص ما يكون الحكم الاولي فيه فعليا مطلقا وعلى نحواللزوم غير المفارق، عما يكون على نحومجرد الاقتضاء ويقبل التغيير بفضل عروض الحالات الطارئة عليه.

فإنه لا يخلوعن صعوبة، لخضوعه لاعتبارات اجتهادية، واستنباطات شخصية تختلف من فقيه الى آخر.

---

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

(٢)كفاية الأصول ج ٢ ص ٢٦٩.

ومن هنا نرى اختلاف الاعلام في جزئيات كثيرة من حيث نفوذ الشرط أوعدمه، باعتباره مخالفا لحكم الله وعدمه.

ونحن نتعرض لبعض تلك الموارد، مقتصرين فيه على ما ذكره الشيخ الأعظم(قده. (

منها: اشتراط: «كون من أحد أبويه حر رقا، فان ما دل على انه لا يملك ولد حر قابل لان يراد به عدم رقية ولد الحر بنفسه، بمعنى ان الولد ينعقد لوخلي وطبعه تابعا لأشرف الأبوين، فلا ينافي جعله رقا بالشرط في ضمن العقد، وان يراد به ان ولد الحر لا يمكن أن يصير في الشريعة رقا، فاشتراطه اشتراطه لما هومخالف للكتاب والسنة الدالين على هذا الحكم»(١.(

وقد اختلفت كلمات الأصحاب في ذلك اختلافا كبيرا، فمنهم من يرى الرقية في المورد على القاعدة، وان الحرية هي التي تحتاج الى الاشتراط.

قال الشيخ(قده) : «ويكره للرجل أن يطأ جارية غيره بتحليله لها، إلا بعد أن يشرط ان يكون الولد حرا، فان امتنع مولاها عن ذلك كره له وطؤها»(٢.(

ونسب اختياره الى ابن الجنيد صريحا بدعوى تغليب حق الآدمي على حق الله تعالى(٣.(

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

قال المحقق(قده) : «ولوكان أحد الزوجين حرا لحق الولد به، سواء كان الحر هوالأب أوالأم، إلا أن يشترط المولى رق الولد، فان شرط لزم الشرط، على قول

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

(٢)النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ص ٤٩٤.

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

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

مشهور»(١.(

وقد جزم به العلامة(قده) في القواعد حيث قال: «ويتبع في الحرية أحد أبويه، إلا ان يشترط المولى رقيته فيلزم، ولا تسقط بالإسقاط بعده»(٢.(

ومنهم من أبطل الشرط وحكم بحرية المولود مطلقا، لمخالفته لحكم الله تبارك وتعالى.

ففي اللمعة والروضة انه «لوشرط مولى الرق منهما رقيته جاز وصار رقا على قول مشهور بين الأصحاب ضعيف المأخذ، لانه رواية مقطوعة دلت على ان ولد الحر من مملوكة مملوك، وحملوها على ما إذا شرط المولى الرقية، ومثل هذه الرواية لا تصلح مؤسسة لهذا الحكم المخالف للأصل، فان الولد إذا كان مع الإطلاق ينعقد حرا، فلا تأثير في رقيته للشرط، لانه ليس ملكا لأبيه حتى يؤثر شرطه، كما لا يصح اشتراط رقية من ولد حرّا، سيما مع ورود الأخبار الكثيرة بحرية من أحد أبويه حر، وفي بعضها: لا يملك ولد حر»(٣.(

وتبعهما عليه أكثر المتأخرين.

قال السيد الطباطبائي(قده) : «إذا كان أحد الأبوين حرا فالولد حر، لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى في ضمن عقد التزويج، فضلا عن عقد خارج لازم»(٤.(

وعلّق عليه السيد الحكيم(قده) بقوله: «وأما عمومات نفوذ الشرط مثل قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فمقيدة بما دل على بطلان الشرط المخالف للكتاب، والمحقق في محله ان المراد به شرط حكم على خلاف المقتضى

---

(١)شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٦١.

(٢)قواعد الاحكام/كتاب النكاح/المقصد الثاني في نكاح الإماء/الفصل الأول.

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

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

الشرعي، وظاهر نصوص حرية المتولد بين الحر والمملوك، مثل: ليس يسترق ولد حر، انّ الانتساب الى الحر مقتض للحرية، فشرط الرقية يكون مخالفا للمقتضى الشرعي فلا يصح.

ودعوى: ان الشرط راجع الى رفع يد الحر عن مقتضى ما أثبته العقد له من الشركة في الولد، فيختص الأخر بالنماء، فيتبعه في الملك، فالرقية تكون بالتبعية للملوك لا بالشرط، وليس مفاد الشرط إلا رفع المزاحم لا غير.

مندفعة: بأن رفع يد الحر عن المتولد خلاف الحكم الاقتضائي أيضا فيرجع الاشكال، ولا تنفع الدعوى في حله وإن ذكرها في الجواهر.

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

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

ومثلهما في الاشكال مقايسته شرط الرقية بشرط الحرية، مع ما بينهما من البون البعيد، فإنه لم يرد في الرقية: لا يتحرر الرق، كما ورد في الحرية: لا يسترق الحر، ولذا جاز شرط الحرية، ولم يجز شرط الرقية، وان كانا من شرط النتيجة، لإمكان صحته في بعض الموارد، كما لا يخفى»(١.(

أقول: وضوح كون الحرية حكما شرعيا لا يقبل الاسقاط، وأصلا ثابتا لا يقبل التغيير، يجعل الاختيار الأخير مما لا محيد عنه، فان عمومات الشرط «ليست مشرعة، وانما هي تقتضي نفوذ الشرط المشروع خاصة، فلا توجب لزوم الحكم المخالف

---

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

للكتاب والسنة»(١.(

على اننا لا نحتاج في الحكم ببطلان هذا الشرط وعدم نفوذه الى تكلف إثبات كونه مخالفا للكتاب والسنة، فإنه باطل على كل حال.

وذلك لما افاده الشهيد الثاني(قده) في الروضة من عدم كون الولد ملكا لأبيه حتى يؤثر شرطه فيه.

وقد أوضحه السيد الوالد -رحمه الله - بقوله: «ان دليل لزوم الوفاء بالشرط إنما يقتضي إثبات لزوم الوفاء بالنسبة إلى المشروط عليه، بحيث يلزمه ما لم يكن لازما له، واما إثبات لزوم الوفاء بالنسبة إلى الأجنبي عنه فلا دليل عليه.

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

والحاصل: ان تأثير الاشتراط ومفعول الشرط إنما يختص بالأحكام القابلة للتغيير والمتوجهة إلى المشروط عليه، بحيث يكون امرا عليه يلزمه الوفاء به بمقتضى الشرط، فلا يشمل الاحكام المتوجهة إلى الأجنبي وان كان الحكم في نفسه قابلا للتغيير، نظير ما لواشترطا في العقد عدم تزوج الأجنبي ثانية أوعدم تسريه على زوجته، فإنه غير نافذ من جهة تعلقه بالأجنبي، وان قلنا بجواز ذلك ونفوذه بالنسبة إلى المتعاقدين، باعتبار عدم كونه مخالفا لحكم الله تبارك وتعالى.

ومنه يظهر أن توهم إمكان «إجراء أصالة عدم المخالفة بالأصل الأزلي، كما يجرونه في جملة من الموارد»(٣) لا يجدي في إثبات نفوذ هذا الاشتراط، وان شككنا في دلالة النصوص على تعيّن حرية من أحد أبويه حر، وان ولد الحر لا يمكن ان يكون

---

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

(٢)المصدر السابق ص ٩٣.

(٣)مهذب الأحكام ج ٢٤ ص ٢٢٦.

رقا، ولم نناقش في جريان أصالة العدم الأزلي أساسا كما عليه جماعة.

ومنها: «إرث المتمتع بها، هل هوقابل للاشتراط في ضمن عقد المتعة أوعقد آخر، أم لا؟.

فان الظاهر الاتفاق على عدم مشروعية اشتراطه في ضمن عقد آخر، وعدم مشروعية اشتراط إرث أجنبي آخر في ضمن عقد مطلقا، فيشكل الفرق حينئذ بين افراد غير الوارث وبين افراد العقود، وجعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب، وما منعوا عنه مخالفا.

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

ولكن عرفت وهن الثاني، والأول يحتاج إلى تأمل»(١.(

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

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

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

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

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

(٣)المصدر السابق ح ٥.

(٤)المصدر السابق ح ١.

وفي المسألة أقوال أخر مأخذها أخبار أوإطلاقات لا تقاوم هذه.

أحدها: التوارث مطلقا.

وثانيهما: عدمه مطلقا.

وثالثها: ثبوته مع عدم شرط عدمه.

والأظهر مختار المصنف»(١.(

وعليه فقد يشكل الفرق بين افراد غير الوارث وبين افراد العقود، حيث يصح في عقد المتعة للمرأة المتمتع بها أوللزوج دون غيره.

اللهم إلا أن يقال: ان التوارث إنما يختص بعناوين معينة، والشرط إنما يثبته للمورد القابل، أي ما يكون مشمولا بأحد تلك العناوين ولوعلى نحوالاقتضاء وضرب من التردد وعليه فينجلي الفرق بين عقد المتعة وسائر العقود، والاشتراط للزوجين والأجنبي، فإن المتعة نكاح والزوجين ممن ثبت لهما التوارث بحسب قانون الميراث ولوبنحوالموجبة الجزئية، فلا مجال لقياس عقدها بعقد البيع -مثلا- ولا الزوجين فيها بالأجنبي.

والحاصل: انه لا مانع من الالتزام بكون الحكم بثبوت التوارث بين الزوجين على نحومختلف في مصاديقه وجزئياته، فهوثابت على نحولا يقبل التغيير والتبديل مطلقا بالنسبة إلى الزوجية الدائمة. واما بالنسبة إلى الزوجية المنقطعة، فيقال بتوقف تأثير اقتضاء الثبوت على اشتراط في العقد، بحيث لولاه لم يثبت التوارث بينهما، أويقال بكون ثبوته فيها على نحويمكن نفيه مع الاشتراط، فإنه لا مانع من الالتزام بذلك، لا سيما بعد دلالة النصوص الذي هوالأصل في ثبوت الميراث عليه.

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

---

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

بالاشتراط هواستحقاق ما يعادل حصة الزوجة أوالزوج من مال الميت من دون ان يكون ذلك بعنوان الإرث.

فإنه مناف لصريح النصوص وكلمات الأصحاب نفيا وثباتا، وما التزموا به - على تقدير القول بثبوته-من مشاركتها للزوجة الدائمة والتأثير على حصتها الى غير ذلك مما يوجب القطع بكون محل النزاع بينهم هوالتوارث بحدوده ومفهومه.

ومنها: «انهم اتفقوا على جواز اشتراط الضمان في العارية، واشتهر عدم جوازه في عقد الإجارة، فيشكل ان مقتضى أدلة عدم ضمان الأمين عدم ضمانه في نفسه من غير إقدام عليه، بحيث لا ينافي إقدامه على الضمان من أول الأمر، أوعدم مشروعية ضمانه وتضمينه ولوبالأسباب، كالشرط في ضمن عقد تلك الأمانة أوغير ذلك»(١.(

فان كان مقتضى إطلاقات عدم الضمان، ثبوت الحكم لصورتي الاشتراط وعدمه، تعين القول بفساد الشرط في الموردين معا. وان لم يكن الأمر كذلك، وكان العقدان بالإضافة الى عدم الضمان من قبيل عدم المقتضى لا المقتضى للعدم-بمعنى انهما لا يقتضيان الضمان، لا انهما يقتضيان عدمه-فلا مانع من إثباته بالشرط، ولا يكون منافيا ومخالفا للسنة بوجه.

اللهم الا ان يقال بالتفصيل في المستفاد من دليل الموردين بالنسبة لعدم الضمان، وان اتفاق الاعلام على جواز اشتراط الضمان في العارية، واشتهار عدم الجواز في الإجارة، يكشفان عن كون عدم الضمان في الأول من قبيل الحقوق والأحكام القابلة للتغيير، وفي الثاني من الأحكام اللازمة غير المفارقة له.

ونظير هذا التفصيل في لسان الأدلة بالنسبة للأبواب المختلفة للفقه ليس بعزيز، فلزوم البيع -مثلا- قابل للتغيير بالاشتراط، في حين ان جواز الهبة غير قابل للإسقاط.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

إلا ان ذلك إنما يتم على تقدير تسليم كون الحكم في كل من الموردين على القاعدة، فيقال باقتضاء القاعدة لنفوذ الشرط في العارية، وعدم نفوذه في الإجارة.

فإنه يتوجه حينئذ إشكال الفرق بين المقامين، ويمكن الدفاع عنه باختلاف لسان دليل الموردين.

إلا ان الأمر ليس كذلك، فالقاعدة تقتضي البطلان فيهما معا، وذلك لان «الضمان-الذي معناه كون التلف في عهدة الشخص، وكون الذمة مشغولة بمثل التالف أوقيمته-حكم شرعي أوعقلائي مجعول بأسباب خاصة، ولا يكاد يتحقق بجعل الشارط ولا بالتزام المشروط عليه، لخروجه عن اختيار المتعاقدين وقيام اعتباره بمعتبر آخر، فلا معنى لالتزام المشروط عليه بكون ذمته مشغولة شرعا أوعقلائيا بالمثل أوالقيمة..

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

والسر ما عرفت من ان الضمان حكم شرعي له أسباب معينة، وليس الشرط من أحد أسبابه، فلم يكن اختياره بيد المكلف بعد ان لم يكن الشرط شرعا، ومن ثمّ يحكم بفساده في المقام»(١.(

»واما العارية فحالها حال الإجارة في مناط المنع وعدم الصحة بمقتضى القاعدة حسب ما عرفت، إلا ان النص الخاص قد دل على صحة اشتراطه فيها، وان الشارع الذي بيده أمر الرفع والوضع قد منح المكلف اختيار هذا الحكم وجعل امره بيده وهذا هوالفارق بين البابين بعد وضوح كون الحكم قابلا للتخصيص»(٢.(

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٢٢٨ - ٢٣٠.

(٢)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٢٢٨ - ٢٣٠.

إذا فالقاعدة تقتضي المنع في الموردين، والنص الخاص هوالموجب لخروج العارية عن الحكم، ومعه لا وجه للاستشكال.

ومنها: «اشتراط ان لا يخرج بالزوجة إلى بلد آخر، فإنهم اختلفوا في جوازه، والأشهر على الجواز، وجماعة على المنع من جهة مخالفته للشرع، من حيث وجوب إطاعة الزوج وكون مسكن الزوجة ومنزلها باختياره.

وأورد عليهم بعض المجوزين: بان هذا جار في جميع الشروط السائغة، من حيث ان الشرط ملزم لما ليس بلازم فعلا أوتركا»(١.(

قال الشهيدان(قدهما) في اللمعة والروضة: «ولوشرط إبقاءها في بلدها لزم، لانه شرط لا يخالف المشروع، إذ خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء والأهل والانس وغيرها، فجاز شرطها توصلا الى الغرض المباح، ولصحيحة أبي العباس عن الصادق عليه السلام «في الرجل يتزوج المرأة ويشترط أن لا يخرجها من بلدها، قال: يفي لها بذلك، أوقال: يلزمه ذلك» (٢) ولعموم: «المؤمنون عند شروطهم.«

وكذا لوشرط إبقاءها في منزلها وإن لم يكن منصوصا، لاتحاد الطريق.

وقيل: يبطل الشرط فيهما، لان الاستمتاع بالزوجة في الأزمنة والأمكنة حق الزوج بأصل الشرع، وكذا السلطنة عليها، فإذا شرط ما يخالفه كان باطلا، وحملوا الرواية على الاستحباب.

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

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

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

من الشروط السائغة.

والحق ان مثل ذلك لا يمنع، خصوصا مع ورود النص الصحيح بجوازه.

واما حمل الأمر المستفاد من الخبر الذي بمعناه على الاستحباب، فلا ريب على انه خلاف الحقيقة، فلا يصار اليه مع إمكان الحمل عليها، وهوممكن، فالقول بالجواز أوجه في مسألة النص.

واما المنزل فيمكن القول بالمنع فيه، وقوفا فيما خالف الأصل على موضع النص. وفي التعدي إليه قوة، لعموم الأدلة، واتحاد طريق المسألتين»(١.(

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

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

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

---

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

خاتمة: في مقتضى الأصل عند الشك في المخالفة.

لا إشكال في نفوذ الشرط وصحته على تقدير موافقته للكتاب والسنة، أوعدم مخالفته لهما -على أقل التقادير - لما دل على نفوذ الشرط غير المخالف لهما.

كما لا إشكال في عدم نفوذ الشرط المخالف لهما وبطلانه، لما دل عليه صريحا من النصوص.

وعليه، فان أحرز كون الشرط في مورد من قبيل الأول أوالثاني فهو، فيثبت له حكمه من النفوذ أوالبطلان.

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

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

فهل يتعين الحكم بعدم نفوذه، باعتبار ان الشك في المخالفة وعدمها يستتبع الشك في نفوذ الشرط وعدمه، ومقتضى الأصل المسببي فيه-بعد فقدان الأصل السببي-هوعدم النفوذ، وعدم كون المشروط عليه ملزما به؟ أويتعين القول بالنفوذ ولزوم الوفاء به، باعتبار انه «لا مانع من التمسك بأصالة عدم المخالفة ولوبنحوالعدم الأزلي، إذ الخارج من عموم «المؤمنون عند شروطهم» عنوان وجودي وهوالشرط المخالف، كخروج عنوان القرشية من عموم تحيض المرأة إلى

خمسين، فالمستثنى هوالشرط المتصف بالمخالفة، واما المستثنى منه فلم يؤخذ فيه أي عنوان إلا عدم هذا العنوان، فيتمسك بعموم العام بعد نفي العنوان المخصص بأصالة العدم الأزلي، وتكون النتيجة نفوذ الشرط» (١)؟ خلاف بين الاعلام من حيث إمكان تنقيح الموضوع -عدم المخالفة - بأصالة العدم الأزلي وعدمه.

ففي حين اختار الشيخ الأعظم(قده) في المكاسب، وصاحب الكفاية وجملة ممن تأخر عنهما-منهم السيد الوالد رحمه الله-الأول، ذهب المحقق النائيني(قده) تبعا لما ذكره الشيخ الأعظم رحمه الله في الفرائد الى الثاني، وتبعه عليه بعض الاعلام.

والظاهر هوالأول، باعتبار «ان التخصيص بعنوان وجودي، سواء أ كان بالاستثناء أم بمخصص منفصل، إنما يستلزم تقييد موضوع العام بعدم ذلك العنوان الوجودي بمفاد ليس التامة، نظرا الى ان أخذ عدم عرض ما في موضوع الحكم بطبعه لا يقتضي إلا أخذه كذلك، فان تقييده به بمفاد ليس الناقصة يحتاج إلى عناية زائدة ثبوتا وإثباتا، وعليه فلا مانع من جريان الاستصحاب في الاعدام الأزلية»(٢).

وتفصيل الكلام فيه موكول الى محله من الأصول.

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٢٢٧ - ٢٢٨.

(٢)محاضرات في أصول الفقه ج ٥ ص ٢٣٢.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الشرط الخامس: أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد

مما تسالم عليه الفقهاء في لزوم الشرط ونفوذه، اعتبار أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد. ذكره كل من تعرض لشروط صحة الشرط ونفوذه، وان اختلفوا في التمثيل له، وما يستدل به عليه.

أدلته

اختلفت كلمات الاعلام في الاستدلال على اعتبار عدم كون الشرط منافيا لمقتضى العقد، ويمكن تلخيص ما ورد في عباراتهم في خمسة وجوه.

الوجه الأول: الإجماع

يعتبر الإجماع أحد ابرز أدلة الأصحاب على اعتبار عدم كون الشرط منافيا لمقتضى العقد، فقد تمسك به صريحا غير واحد من الاعلام، بل يظهر من الشيخ الأعظم(قده) كونه أمرا مفروغا عنه، حيث ختم حديثه عن الاستدلال عليه بقوله: «هذا كله مع تحققه الإجماع على بطلان هذا الشرط، فلا إشكال في أصل الحكم»(١.(

ويشهد له إرسال أكثر الأصحاب لهذا الشرط إرسال المسلمات في كلماتهم.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨١.

الوجه الثاني: امتناع شمول أدلة وجوب الوفاء للعقد المشتمل عليه

قال الشيخ الأعظم(قده) «الشرط الخامس: أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد، وإلاّ لم يصح لوجهين: أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقيّده بهذا الشرط، فلا بد إما ان يحكم بتساقط كليهما، واما ان يقدم جانب العقد، لانه المتبوع المقصود بالذات والشرط تابع، وعلى كل تقدير لا يصح الشرط»(١.(

الوجه الثالث: مخالفته للكتاب والسنة

قال الشيخ الأعظم(قده) : «إن الشرط المنافي مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في التذكرة ان اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته، فيخالف قوله صلّى الله عليه وآله: الناس مسلطون على أموالهم»(٢.(

بل ذكره غير واحد من الأصحاب ممزوجا مع اشتراط عدم كونه مخالفا للكتاب والسنة، بحيث يظهر منهم تفسير أحدهما بالآخر، أوالتمثيل لكل منهما بالآخر، بل وقد جعل بعضهم محل البحث ضابطا للشرط المخالف للكتاب والسنة.

قال في الكفاية: «وكذا-عدم الخلاف في البطلان-إذا كان الشرط مخالفا للكتاب والسنة، ومثل بأن لا يبيعه أولا يطأه ولا يعتقه.

وجعل بعضهم ضابطه ما ينافي مقتضى العقد، بل يقتضي عدم ترتب الأثر الذي جعل الشارع العقد من حيث هومقتضيا له، ورتبه عليه»(٣.(

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨١.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨١.

(٣)كفاية الأحكام/كتاب البيع/الفصل الخامس في الشروط.

الوجه الرابع: استلزامه بطلان العقد

وقد نسب ذلك الى الفاضل النراقي في قواعده، وحاصله: «ان الشرط المنافي لمقتضى العقد يستلزم فساد العقد، لفرض التنافي وعدم ترتب مقتضى العقد عليه وهومعنى فساده، وفساد العقد يستلزم فساد الشرط، لان الشرط الذي يجب الوفاء به ما كان في ضمن عقد صحيح»(١.(

الوجه الخامس: استلزام عدمه من وجوده وهومحال

وقد نسب ذلك الى بعض الأجلة باعتبار «أن وجود الشرط يستلزم عدم المشروط لغرض التنافي، وعدم المشروط يستلزم عدم الشرط، لانه التزام ضمني، وما يلزم من وجوده عدمه فهومحال»(٢). أقول: قبل الخوض في مناقشة الوجوه التي استندوا إليها في الحكم، لا بد من تحديد موضوع البحث في كلماتهم بما يميزه عن سائر الشروط المعتبرة في المقام ويجعله امرا قائما بنفسه في قبالها.

إذ بدون ذلك لا يمكن الحكم على شيء مما ذكر دليلا بالصحة أوالفساد.

على أن تحديد الموضوع يشكل الحجر الأساس للحكم فيما اختلفوا فيه، من حيث مخالفته لمقتضى العقد وعدمها.

وهوبحث يحظى بكثير من الأهمية، فانهم وبعد تسالمهم على أصل الحكم واتفاقهم على عدم الاشكال فيه مبدئيا، وذكرهم لمورد اتفقت كلمتهم على كونها منافية لمقتضى العقد وعدمها، كاشتراط عدم بيعه في ضمن العقد اشتراط عدم الخسران في العقد أوعدمه، اختلفوا في موارد كثيرة من حيث منافاة الشرط فيها لمقتضى الشركة، أوعدم التوارث في العقد المنقطع، أواشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها، الى غير ذلك مما ذكروه في مطاوي كلماتهم.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٠.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٠.

فإنه ومن دون حسم النزاع في هذا البحث، لا يمكن الجزم بالحكم في شيء من تلك الموارد.

وعلى هذا الأساس اهتم المتأخرون من الاعلام به اهتماما كبيرا، ولعل خير ما قيل فيه هوما افاده المحقق الأصفهاني(قده) وتبعه عليه المحقق الايرواني(قده. (

قال الأصفهاني(قده) : «ان مقتضى العقد تارة بمعنى مضمونه الحقيقي وما يتقوم به ومن علل قوامه، واخرى يراد منه ما هومن لوازمه وأحكامه ففي الحقيقة هوأثر المقتضي بالمعنى الأول. واللازم اما مفارق أوغير مفارق، واللازم الذي هوكالمقوم مبالغة في عدم الانفكاك، وإلا فلا يعقل ان يكون الخارج عن حقيقة الشيء مقوما يأتلف منه الشيء.

ثم ان منافي لازم العقد تارة يكون حكما منافيا لحكم العقد، واخرى موضوعا ينافي حكم العقد بحكمه لا بذاته، كشرط عدم التصرف المنافي بنفوذه للسلطنة على التصرف الثابتة بالعقد.

فنقول: اما شرط عدم المقوم، كما إذا شرط عدم الثمن في المبيع: فتارة يكون المنافي مقصودا في عرض قصد البيع -مثلا- وحيث ان قصد المتنافيين جدا من العاقل الشاعر محال، فلا يعقل تحقق البيع والشرط معا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

واخرى بقصد المنافي بعد قصد ما ينافيه، بأن قصد البيع حقيقة أولا ثم بدا له أن يعقبه بعدم العوض له، وهوعلى قسمين: اما مع البقاء على ما قصده أولا، واما مع رفع اليد عنه، حيث ان أمر الإيجاب قبل تمامية العقد بيده.

فان كان مع البقاء على قصده فنفس قصد المنافي محال، لأن المنافي لا يقع بعد وقوع ما ينافيه، فقصده بعد قصد ما ينافيه محال، فلا يعقل تحقق الشرط، واما العقد فلا مانع منه عقلا ولا نقلا.

وان كان مع رفع اليد عن الإيجاب فهوأيضا على طورين: فتارة برفع اليد عن الإيجاب كلية فالشرط لغو، إذ لا معنى للالتزام بعدم العوض، مع انه لا شيء حتى يكون له عوض أوبلا عوض.

واخرى برفع اليد عن خصوصية الإيجاب وحيثية العوضية فقط، فهووان قصد التمليك بعوض إلا انه رفع اليد عن خصوص العوضية وأتمه تمليكا بلا عوض، فكان بيعا حدوثا وهبة بقاء وتتميما، وليس فيه استحالة، إنما المحذور في انعقاده هبة شرعا بعد حدوثه بيعا، وفي انعقاد الهبة بالألفاظ المجازية، وهوقوله: بعت، مريدا به الهبة اما ابتداء أوفي الأثناء.

هذا كله بالإضافة إلى الملتفت إلى الاستحالة.

واما الغافل عن وجوه الاستحالة، فإذا قصد المتنافيين في عرض واحد، ففرض التنافي فرض استحالة وقوعهما وان تمشي منه القصد لغفلة الموجب إذا قصد المنافي بعد وقوع المنافي، فالقصد وان لم يكن مستحيلا إلا ان استحالة وقوع المنافي بعد وقوع منافيه تابعة للواقع، وحيث انه غافل عن الاستحالة فلا موقع لفرض رفع اليد عن الإيجاب كلية أومن جهة خاصة إلا بنوع من الاتفاق، وعليه فحكمه ما قدمناه»(١.(

اما المحقق الايرواني(قده) فقد ذكر في تحقيق ذلك: «ان العقد إذا اقتضى شيئا عرفا اما بلا واسطة أومعها، مثلا عقد النكاح اقتضى بلا واسطة حصول علقة الزوجية، واقتضى بواسطة هذه العلقة الآثار المرتبة على الزوجية، فإذا اشترطا خلاف أحد الأثرين كان ذلك في قوة اشتراط عدم حصول علقة الزوجية فيبطل عقد النكاح لعدم تحقق القصد على طبقه. هذا إذا اشترط جدا.

وأمّا لوكان هازلا بشرطه فهووان لم يضر بقصد العقد فيختص الشرط بالبطلان، لكن ذلك إذا أحرز الهزل بالشرط، ومع الشك لم تكن الصيغة المنضم إليها الشرط مجدية في ترتب الأثر.

والحاصل: ان الشرط فاسد على كل حال، لانه اما شرط ابتدائي وذلك إذا

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٤٩ - ١٥٠.

كان العقد بلا قصد والشرط معه أولم يقصد مضمونه، واما العقد فاما غير مقصود جدا، أولا دلالة على ذلك القصد لاحتفافه بالشرط.

هذا إذا اشترط عدم حصول الزوجية بصيغتها مطلقا، أوشرط عدم حصول زوجية خاصة ذات احكام، بل قصد حصول زوجية لا حكم لها عرفا، فان هذه الزوجية ليست في العرف، وما هوفي العرف وهي الزوجية ذات أحكام لم يقصدها.

واما إذا اشترط عدم الالتزام بأحكامها في الخارج مع القصد الى ثبوت الزوجية بأحكامها، فذلك ليس من اشتراط خلاف مقتضى العقد، إذ ليس مقتضى العقد ترتيب الآثار خارجا، ولذا لونكح ولم يرتب شيئا من الآثار لم تخرج الزوجة بذلك عن الزوجية.

ومن ذلك يمكن تصحيح كثير مما أفسدوه بعنوان خلاف مقتضى العقد، فان ذلك ليس من اشتراط خلاف مقتضى العقد بمعنى انه لا يؤثر العقد أثره، بل من اشتراط عدم الالتزام بآثاره في الخارج وعدم العمل عليه، ولذا لوخالف الشرط ورتب الأثر لم يعامل معه معاملة الزاني.

هذا كله في شرط عدم الأثر العرفي للعقد، واما شرط عدم الأثر الشرعي له فهوخارج عن المقام داخل في شرط خلاف الكتاب والسنة»(١.(

وبالجملة: فمقتضى العقد الذي يعتبر في الشرط عدم منافاته له، ليست هي الاحكام والآثار الشرعية المترتبة عليه، فان العقد موضوع لتلك الاحكام والآثار، وهي مجعولة من قبل الشارع للعقد المفيد فائدة معينة ومدلولا خاصا.

على ان الشرط المنافي للحكم الشرعي المجعول للعقد، إنما يبطل بموجب اشتراط عدم كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة، فلا وجه لإدراجه تحت شرط آخر بعنوان مستقل في قباله ثانيا.

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٤ ـ ٦٥.

بل هو -مقتضى العقد - اما مضمونه الحقيقي ومدلوله الواقعي الذي يتقوم به، نظير الثمن في البيع، فيكون اشتراط عدمه فيه من الشرط المنافي لمقتضاه وقد ورد التمثيل به في كلمات أكثرهم.

ويكون الوجه في فساده عدم تحقق القصد الجدي إلى العقد من العاقل الملتفت إلى حقيقة الأمر، باعتبار تنافي العقد والشرط، فلا يمكن القصد الى تحققهما ووجودهما جدا، إذ لا معنى لقصده البيع ومبادلة المال بالمال، وقصده عدمه وإعطاء المال بلا مقابل، في آن واحد وبالنسبة الى الأمر الواحد - المبيع.

نعم، القصد الجدي إلى الإنشاء وان لم يكن مستحيلا بالنسبة للغافل عن التنافي، إلا ان استحالة وقوع المنافي بعد تحقق منافيه، لما كانت تابعة للواقع ولم يكن للالتفات أو الغفلة تأثير بالنسبة إليها، لم يكن مجال للالتزام بتحقق الشرط بعد وقوع العقد وتحقق ماهيته.

واما هولوازم العقد وأحكامه العرفية التي لا تفارقه ولا تنفك عنه، نظير اشتراط عدم التصرف في المبيع أوالثمن مطلقا، خارجا أواعتبارا، فان حق التصرف والسلطنة على المال ولوفي الجملة وعلى نحوالموجبة الجزئية من الآثار واللوازم العرفية المترتبة- على نحولا يقبل الانفكاك-على الملك، فلا يصح اشتراط عدمه المطلق في العقد المفيد له.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وليس الوجه فيه إلا ما ذكرناه في اشتراط ما ينافي المضمون الحقيقي للعقد، من عدم تحقق القصد الجدي إلى مثل ذلك الإنشاء، إذ لا يمكن القصد الى العقد المقتضى والمستلزم للسلطنة وحق التصرف في الجملة، في عرض القصد الى عدم تحقق شيء من ذلك إطلاقا.

على ان السلطنة والتصرف في متعلق العقد لما كانت الغرض النوعي من المعاملة، كان اشتراط عدمها مستلزما للغوية الاقدام المعاملي، ومعه فلا يكون مشمولا لأدلة الإمضاء.

والحاصل: ان مقتضى العقد هوماهيته وما به قوامه والآثار المترتبة عليه عرفا،

ترتبا يحكم العرف بعدم قبولهما للانفكاك عنه والمفارقة له.

والوجه في فساد ما ينافيه عدم تأتي الجد وقصد الإنشاء من الملتفت إلى المنافاة وعدم اجتماعهما في التحقق والوجود، واستحالة تحقق المنافي مع وجود منافيه في الواقع ونفس الأمر، مع فرض غفلة المنشئ من التنافي، وتصور قصد الجد والإنشاء منه.

وعلى ضوء هذا البيان يظهر عدم تمامية شيء من الوجوه التي استندوا إليها في الحكم بلزوم عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد وبطلان الشرط المنافي.

وذلك، اما الإجماع فالتمسك به لإثبات المدعى في المقام يكون من قبيل تعليل البطلان بالأمر العرضي مع وجود المانع الذاتي، فإن عدم تحقق قصد الإنشاء لا يدع مجالا لتعليل البطلان بالإجماع التعبدي.

على ان في ثبوت الإجماع التعبدي مع وضوح استناد جلهم إلى سائر الوجوه المذكورة من الاشكال ما لا يخفى.

ومنه يظهر الحال في دعوى عدم شمول أدلة الإمضاء له، فان شمول تلك الأدلة للشرط وعدمه إنما يكون في مرتبة متأخرة عن تحقق الشرط خارجا، فلا وجه لتعليل الحكم به مع عدم تحقق الشرط بالمرة.

وكذا الحال بالنسبة لمخالفته للكتاب والسنة، فان المخالفة فرع التحقق والوجود، فما لا وجود له واقعا لا معنى لكونه مخالفا للكتاب والسنة.

بل وكذا الحال بالنسبة أي ما أفاده المحقق النراقي(قده) ، فان البطلان والفساد فرع التحقق والوجود، في حين ان التنافي بين العقد والشرط يمنع تحققهما ويبطل القصد إليهما، وما لا وجود له لا يقال فيه انه فاسد.

على ان لازم الاستناد في فساد الشرط الى فساد العقد، هوالحكم بصحته بناء على القول بنفوذ الشروط الابتدائية، والحال انه لا مجال لتصحيح هذا الشرط حتى مع القول بذلك، فإن التنافي بين المفهومين يمنع عن تحقق القصد اليه جدا، فلا يحصل في الخارج كي يحكم عليه بالصحة أوالفساد.

ومنه يظهر الحال في ما نسب الى بعض الأجلة، فإن حاصل ما افاده هوالحكم

بصحة العقد مجردا عن الشرط، لسقوط الشرط المنافي باستلزام وجوده عدمه.

وذلك لما عرفت من عدم تحقق العقد في الخارج بالمرة، لامتناع القصد الجدي اليه والشرط معا، فلا يتحقق منهما في الخارج سوى صورتهما وصورة اعتبارهما وإنشائهما، فلا مجال للحكم بتحقق شيء منهما بوجه.

والحاصل: إن شيئا مما ذكره الأصحاب في مقام الاستدلال على اعتبار عدم منافاة الشرط لمقتضى العقد، لا يمكن قبوله، باعتبار كون جميعها متفرعا على تحقق القصد الجدي إلى العقد والشرط، وقد عرفت امتناعه.

فالصحيح في الاستدلال هوما ذكره العلمان-الأصفهاني والايرواني(قده) - من عدم تحقق الإنشاء والقصد الجدي إليهما.

ثم ان السيد الخميني(قده) بعد رفضه لما ذكره العلمان، ورفضه لتفسير مقتضى العقد بماهيته وما به قوامه والآثار المترتبة عليه عرفا مما هولازم غير مفارق له، بدعوى ان البحث إنما هوفي ما يعتبر في صحة الشرط بعد الفراغ عن إمكانه وتحققه في الخارج، عاد فالتزم بامتناع تحقق الشرط المنافي وكونه السبب في اعتبار عدم كون الشرط منافيا، وهوكرّ على ما فرّ منه.

قال(قده) : «الخامس: ان لا يكون منافيا لمقتضى العقد، وقد اضطربت كلماتهم في بيان هذا الشرط، ووقع الخلط في مورد البحث، وذكروا أمثلة خارجة عن محطه.

والتحقيق ان البحث عن شروط صحة الشرط إنما هوبعد الفراغ عن الشروط أوالأسباب التي هي دخيلة في تحققه ووجوده، فالقول باعتبار معقولية تعلق القصد بالعقد والشرط معا والتفصيل في ذلك أجنبي عن مورد البحث، كما ان مقتضى العنوان-وهوعدم كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد - أن يكون البحث عن مخالفته لماهية العقد وأركانه، أومخالفا للأحكام المترتبة على ذات العقد، أوللأحكام المترتبة على المعقود عليه-إلا في بعض الموارد التي سنشير اليه خارجا عن محط الكلام.. وما هوداخل فيه هوما يقتضيه من النقل الإنشائي، ويلحق به النقل الحقيقي الاعتباري

الذي هومترتب على الإنشائي..

فالشرط المخالف لمقتضى العقد الذي هوقابل للبحث وداخل في عنوانه، هومثل شرط أن ينعتق العبد، وشرط أن يصير المبيع وقفا أوملكا لغيره، مما قد يتفق من بعض الناس، نظير اشتراء من ينعتق عليه قبل أن يصير ملكا، كما يحتمل في النص.

ومن المعلوم أن مثل هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد، فان مقتضى مضمون البيع تمليك العين للمشتري، ومقتضى الشرط عدم ملكيته، وبطلان الشرط على ذلك واضح، للتنافي بين مضمونيهما ولا يعقل وقوعهما، وبطلان الشرط متيقن بعد البناء على بطلان الشرط الابتدائي أوفي ضمن العقد الفاسد، لا لأجل عدم تعقل تعلق القصد بهما كما قبل، بل لأجل التنافي بحسب الواقع.

نعم، مع تصور الأطراف والمعرفة بجميع الجهات لا يكون الجد فيهما معقولا، لكنه خارج عن عنوان البحث، كما تقدم»(١).

وفيما افاده(قده) مواقع للنظر نوجزها فيما يأتي: الأول: ان ما ذكره من كون: «ما هوداخل فيه هوما يقتضيه من النقل الإنشائي»، كرّ على ما فرّ منه صريحا، فان ما يقتضيه النقل الإنشائي في كل عقد ليس إلا ماهية ذلك العقد وما به قوامه، فالبيع يقتضي المبادلة بين المالين في الإضافة، والإجارة تقتضي تمليك المنفعة بعوض، والهبة تقتضي التمليك المجاني، وهكذا.

فالالتزام بكون مقتضى العقد هوما يقتضيه من النقل الإنشائي، بعد إنكار تفسيره بماهية وما به قوامه، عود عليه بصيغة أخرى وبيان آخر، وليس هوأمرا جديدا في قباله.

الثاني: إن ما افاده بقوله: «وبطلان الشرط على ذلك واضح، للتنافي بين مضمونيهما، ولا يعقل وقوعهما» وقوله: «بل لأجل التنافي بحسب الواقع» اعتراف منه بعدم تحقق الشرط المنافي في الواقع ونفس الأمر، حتى مع غفلة المنشئ عن

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ١٨٤ - ١٨٥.

الاستحالة، وإمكان تأتي الإنشاء وقصد الجد منه، وهوما أنكره على العلمين، بل وجعل مقتضاه خروج هذا الشرط عن محور البحث ومحط الكلام عندهم من الصحة والفساد بعد المفروغية عن فرض إمكان التحقق والوقوع.

الثالث: ما ذكره أخيرا من انه «مع تصور الأطراف والمعرفة بجميع الجهات لا يكون الجد فيها معقولا» هوعين ما ذكره العلمان من عدم إمكان تحقق الجد والقصد الحقيقي للإنشاء، مع التفاتهما الى كون الشرط منافيا لمقتضى العقد.

والحاصل: إن ما افاده(قده) لا يتجاوز في واقعه ولوبكلمة واحدة ما أفاده العلمان رحمهما الله، من كون مقتضى العقد ماهيته، وما به قوامه، والآثار العرفية المترتبة عليه مما هولازم غير مفارق له.

وان الوجه في اعتبار عدم منافاة الشرط له هوعدم تحقق الشرط، اما لعدم تحقق القصد الجدي من المنشئ اليه-فيما إذا كان ملتفتا إلى التنافي والاستحالة-واما لكون عدم تحقق المنافي مع وجود منافيه امرا واقعيا خارجا عن ارادة المنشئ واعتباره، فلا يتحقق حتى مع الغفلة عن التنافي والاستحالة.

ومعه فلا وجه لما فعله(قده) من تشديد النكير على ما ذكروه، ولا لإنكاره كون مقتضى العقد ماهيته وحقيقته، ودعواه ان محل البحث والكلام إنما هوشرائط صحة الشرط، فلا يكون البحث إلا في مرتبة متأخرة عن إمكانه وتحققه، وإلا فالبحث عن عدم تحققه لعدم تحقق الجد وقصد الإنشاء، أجنبي عن محل الكلام.

نعم، يبقى على ما ذكرناه خروج محل البحث عن شروط صحة الشرط ونفوذه، لكونه من شروط تحققه ووجوده، إلا ان ذلك غير ضائر في ذكره والبحث عنه في المقام، لا سيما بعد الالتفات الى أن أكثر مصاديق اشتراط المنافي إنما يصدر مع الغفلة التامة من المتعاقدين عن منافاته للعقد، وهوما يعني تحقق القصد الجدي اليه، ووقوعه صورة، وبذلك يكون التنبيه على عدم وقوعه من قبيل الحكم ببطلانه وعدم نفوذه بعد تحققه ولوباعتقاد المنشئ.

موسسة الخوئي
Al-Khoei Institute

الشرط السادس: أن لا يكون مجهولا

وهومما لا خلاف فيه بينهم في الجملة وعلى نحوالقضية الموجبة الجزئية، وإنما الخلاف بينهم في إطلاقه وسعته وتقييده وضيقه، فمنهم من يرى اعتبار أن لا يكون الشرط مجهولا بقول مطلق، ومنهم من يقيده بالجهالة المؤدية إلى لزوم الغرر في العقد.

ومنشأ الخلاف بينهم في هذه الناحية، هوالدليل الذي يتمسك به لإثبات المدعى، والاختلاف في مدى ثبوته ومدلوله.

فقد تمسك كل من قال بالإطلاق بما أرسله العلامة(قده) في التذكرة والشهيد الأول(قده) في القواعد، بل ونسب الى الصدوق رحمه الله، من نهي النبي صلّى الله عليه وآله عن الغرر(١)تارة.

وبما أرسله الصدوق(قده) من نهي النبي صلّى الله عليه وآله عن بيع الغرر(٢) اخرى.

بدعوى كون المستفاد منهما علّية الغرر مطلقا للنهي، وان القرار المعاملي الغرري مطلقا ممنوع منه ومرغوب عنه لدى الشارع، سواء فيه البيع وغيره من العقود.

وضعف السند بالإرسال فيهما منجبر بعمل الأصحاب، حيث تمسك بهما غير واحد من الاعلام في موارد مختلفة من أبواب الفقه.

فقد استند اليه -نفي الغرر - شيخ الطائفة(قده) في الضمان والشركة من الخلاف، واعتمده ابن زهرة في الغنية، والعلامة(قده) في التذكرة حيث جزم ببطلان

---

(١)القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

(٢)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

اشتراط عمل مجهول في عقد البيع، وان تردد في سريانه الى العقد نفسه، بل صرح الشيخ الأعظم(قده) بأنهم «يستندون إليه في أبواب المعاملات حتى الوكالة»(١.(

والحاصل: ان مقتضى إطلاق النهي عن الغرر، هوالمنع عن الجهالة مطلقا، سواء فيه القرارات المستقلة والقرارات التابعة والتي منها الشرط.

وفي قبال هؤلاء رفض غير واحد من الاعلام قبول المرسلتين مستندا للحكم، وذلك: أما الأولى، فلعدم وجودها في شيء من كتب الحديث للفريقين، إذ «لم توجد لا في كتبنا ولا في كتب العامة، وقد تتبعنا وفحصنا عنها في مظانها فلم نعثر عليها، فلا أساس لهذه المرسلة التي تفرد بنقلها الصدوق.

ومعه لا يحتمل استناد المشهور إليها ليدعى الانجبار»(٢.(

وبعبارة اخرى: ان الانجبار -على تقدير تسليمه - فرع ثبوت النص على أساس كونه رواية منسوبة للنبي صلّى الله عليه وآله أوالأئمة الأطهار عليهم السلام، فلا موضوع له مع عدم ثبوته كذلك، كما هوالحال في المقام.

واما الثانية، فلأن النهي عن بيع الغرر وان روي بطرق متعددة، حتى ان الصدوق(قده) رواه بأسانيد عديدة، إلا انها لما كانت بأجمعها ضعافا لم يكن مجال للاعتماد على شيء منها.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ودعوى: انجبار ضعفها بعمل المشهور من الأصحاب بمضمونها.

مدفوعة: بعدم تسليم كبرى الانجبار أولا، وعلى تقدير تسليمها عدم تحققه بعمل المعدود من الأصحاب - وان عظم قدرهم وجلّ شأنهم-بل لا بد من تحقق استناد المشهور إليها في مقام العمل والإفتاء، وهوأمر لا سبيل الى تحقيقه.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

(٢)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٣٣.

على ان تسليم ذلك أيضا لا يعني الإقرار بعموم الحكم وشموله لجميع العقود، فان النص مختص بالبيع، ولا مبرر للتعدي عنه الى غيره.

اللهم إلا ان يدعى القطع بعدم الفرق بينه وبين غيره، وأن ذكره بالخصوص من قبيل المثال، أووروده مورد الغالب بحسب الابتلاء.

لكن إثبات ذلك بعد فرض كون الحكم ثابتا بفضل التعبد والنص، مشكل جدا ولا يخلودعوى القطع به من مجازفة.

نعم، على تقدير الاعتراف بثبوت النص والإقرار بشموله لغير البيع من العقود، لا وجه لاستثناء الشرط منه بدعوى: «الانصراف الى المعاملات والأسباب المستقلة(١)كما ذكره بعضهم.

فان الشرط وان كان شأنه هوالتبعية حيث يكون التزاما في ضمن التزام آخر، إلا انه قرار مستقل في نفسه والتزام مقصود بين الطرفين، غاية الأمر ان لزومه ونفوذه يتوقف على ارتباطه بالقرار العقدي ووروده في ضمن التزام آخر، فلا موجب لدعوى الانصراف عنه.

والعمدة في المقام هوعدم ثبوت النص الأول وعدم تمامية حجية النص الثاني.

نعم، لا يبعد دعوى كون المنع عن الغرر في المعاملات قاطبة حكما عقلائيا لا يحتاج في ثبوته الى ورود النص وثبوت التعبد من الشارع.

فـ «إن أساس المعاملات العقلائية من البيع والإجارة ونحوهما مبني على التحفظ على أصول الأموال والتبدل في أنواعها، فلدى التصدي لتبديل عين أومنفعة بعوض يرون التساوي بين مالية العوضين كشرط اساسي مرتكز قد بني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه.

وعلى هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هوموضح في محله.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٢.

وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر، كبيع جسم اصفر مردد بين الذهب وغيره، أوجعله اجرة، خارج عن المعاملات الدارجة بين العقلاء، وما هذا شأنه لا يكون مشمولا لدليل النفوذ والإمضاء، من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحوذلك، فان دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى»(١.(

وعلى ضوء ما تقدم من البيان يظهر انه لا موضوعية لعدم الجهالة بحده وخصوصيته في نفوذ الشرط وصحته-كما يظهر ذلك من كلمات المشهور-وإنما المنفي منه خصوص ما يلزم منه الغرر ويؤدي الى الخطر، سواء في ذلك إثباته عن طريق التمسك بحديث النهي عن الغرر مطلقا، أوحديث النهي عن بيع الغرر، أوإنكارهما والتمسك له ببناء العقلاء.

فان الكل يتفق في نفي موضوعية الجهالة بعنوانها، وإثبات الحكم لخصوص ما يؤدي الى الغرر، وان اختلفت من حيث دلالتها على اعتبار سراية الغرر الى العقد المتضمن له، وكفاية تحققه في نفس الشرط، وان لم يسر ذلك الى العقد.

فان مقتضى الأول-حديث النهي عن الغرر -والأخير- بناء العقلاء-هوالثاني، أعني كفاية تحقق الغرر في الشرط نفسه وان لم يؤثر ذلك على العقد المتضمن له إطلاقا، كما لوباعه الدار بثمن معين واشترط عليه خياطته لثوبه، ودار أمر الخياطة بين الفارسية والرومية -الخياطة بدرز أوبدرزين - على نحوالإجمال لا الإطلاق، فإن الغرر في الشرط بلحاظ اختلاف قيمته -لوثبت- لا يعني تحقق الغرر في البيع نفسه، باعتبار ان اختلاف قيمة الخياطة يكون ضئيلا بالنسبة إلى قيمة الدار، ولا يستلزم زيادتها أونقصانها اختلافا مؤديا إلى الغرر فيها، وهوما يعني الحكم ببطلان الشرط خاصة دون العقد المتضمن له، وان أمكن القول بثبوت الخيار فيه أيضا باعتبار تخلف الشرط، إلا انه غير الحكم ببطلانه مبدئيا.

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٣٣.

في حين ان مقتضى الثاني-حديث النهي عن بيع الغرر-هوالأول، أعني الاقتصار في الحكم بالبطلان على خصوص ما استلزم الجهل في الشرط تحقق الغرر في العقد المتضمن له، وهوما يعني عدم الحكم بالبطلان في الثاني المتقدم حتى بالنسبة إلى الشرط أيضا.

ولعل الاعتماد على هذا النص هوالذي دعا المحقق الأصفهاني(قده) الى ما تقدم منه من دعوى عدم شمول الحكم للشرط، بلحاظ «الانصراف الى المعاملات والأسباب المستقلة» على حدّ تعبيره.

بل ولعل ذلك هوالمنشأ الأساس لتقييد الأكثر ولا سيما المتأخرين-ومنهم الشيخ الأعظم(قده) -لعنوان البحث في كلماتهم بالجهالة المؤدية للغرر في البيع.

فان الاعتماد على حديث نفي الغرر في البيع، يعني-حتى مع إلغاء خصوصية المورد وحمله على المثال، أووروده مورد الغالب - اعتبار سراية جهالة الشرط الى العقد المتضمن له على نحويستلزم الغرر فيه لا محالة ولوبلحاظ تأثيره في بدله - الثمن أوالأجرة-زيادة ونقصانا.

ثم ان مما ذكرناه بالتفصيل يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني(قده) من إنكار استقلالية هذا الشرط-ان لا يكون مجهولا-بالمرة، باعتبار انه «ان استدل عليه بحديث النهي عن الغرر ونحوه مما يرجع الى النهي الشرعي، فيندرج في الشرط المخالف للكتاب، ضرورة انه مع النهي عن الغرر يكون الشرط الغرري مخالفا له، وعليه فلا يكون شرط عدم الجهالة شرطا مستقلا.

ولوقيل ببطلان الشرط المجهول من أجل انه غير عقلائي، لكان البطلان لأجل اعتبار العقلانية فيه، كما أشرنا إليه سابقا، وهوشرط آخر بعنوان آخر يندرج فيه ما ذكر»(١.(

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ١٩٧.

فإنك قد عرفت عدم جواز الاستناد الى المرسلتين في مقام الاستدلال لعدم ثبوت الاولى وعدم حجية الثانية.

على اننا لوتنزلنا وقلنا باعتبارهما، فلا ينبغي الإشكال في كون النهي فيهما إرشاديا إلى حكم العقلاء، باعتبار عدم الغرر في العقود والقرارات مطلقا والتي منها الشرط، فإنه لوكان مولويا لما اقتضى فساده، بل وعلى العكس منه لكان كاشفا عن صحته، كما هوالحال في سائر موارد النهي المولوي في المعاملات(١.(

ومعه لا مبرر لاحتمال رجوع هذا الشرط الى اشتراط عدم مخالفة الكتاب والسنة - الشرط الرابع - بعد وضوح كون المقصود به استثناء ما خالف الحكم المولوي للشارع من أدلة الإمضاء ولزوم الوفاء بالشرط.

واما احتمال رجوعه الى اعتبار العقلائية -على حد تعبيره - فهومن إرجاع الشرط الى جامع انتزاعي بينه وبين غيره، وهوخلاف مبنى الأصحاب في ذكر الشروط الدخيلة بالفعل النفوذ والمؤثرة خارجا وبالمباشرة في صحة الالتزام وعدمها.

ومما يشهد لما ذكرناه انه لوصح ما ذكره(قده) في المقام لأمكن القول بمثله

---

(١)قال المحقق الخراساني(قده) : «المقام الثاني في المعاملات: ونخبة القول ان النهي الدال على حرمتها لا يقتضي الفساد، لعدم الملازمة فيها -لغة وعرفا - بين حرمتها وفسادها أصلا، كانت الحرمة متعلقة بنفس المعاملة بما هوفعل بالمباشرة، أوبمضمونها بما هوفعل بالتسبيب أوبالتسبب بها اليه، وان لم يكن السبب ولا المسبب بما هوفعل من الافعال بحرام..

نعم، لا يبعد دعوى ظهور النهي عن المعاملة في الإرشاد إلى فسادها، كما ان الأمر بها يكون ظاهرا في الإرشاد إلى صحتها من دون دلالته على إيجابها أواستحبابها..

حكي عن أبي حنيفة والشيباني دلالة النهي عن الصحة، وعن الفخر انه وافقهما على ذلك.

والتحقيق: انه في المعاملات كذلك إذا كان عن السبب أوالتسبيب، لاعتبار القدرة في متعلق النهي كالأمر، ولا يكاد يقدر عليهما الا فيما كانت المعاملة مؤثرة صحيحة». كفاية الأصول ج ١ ص ٢٩٦.

معهد الخوئي Al-Khoei Institute

في أغلب الشروط المذكورة-إن لم نقل كلها-فإن أكثر الشروط المذكورة يرجع الى اعتبار العقلائية فيه، كاشتراط القدرة عليه، واعتبار المنفعة المعتدة بها فيه، واشتراط عدم منافاته لمقتضى العقد أواستلزامه المحال.

بل ويمكن القول برجوع شرطي كونه سائغا وعدم مخالفته للكتاب والسنة إليها أيضا، فإن ما يكون محظورا من قبل الشارع ومبغوضا للمولى، لا يصدر من العاقل الملتفت الى عدم نفوذه وسوء عواقبه، وهذا مما لا يلتزم به هو(قده) أيضا، حيث التزم باستقلالية أكثر تلك الشروط من دون الإيراد عليها برجوعها في النتيجة إلى الجامع الانتزاعي الشامل للجميع، اعني اعتبار العقلائية في الشرط.

فإنه خير شاهد على عدم كون ذلك -الجامع الانتزاعي - مقصودا للأعلام في مقام الاشتراط.

والحاصل: ان رجوع هذا الشرط إلى أمر أعم جامع له ولغيره، لا يعني إلغاء خصوصيته بعد أن كانت هي العنصر المبتلى به عملا في مقام الاشتراط.

حصيلة البحث

وبالنتيجة يمكن تلخيص حصيلة البحث في نقاط: الاولى: انه لا دليل على اعتبار عدم الجهالة بحدودها ومعالمها شرطا في نفوذ الشرط وصحته.

فإن غاية ما يقتضيه دليلهم-على اختلاف ألسنته وبيانه-هواعتبار عدم كونه غرريا، ومن الواضح عدم تطابقه مع الجهل دائما، فإنهما قد يتفقان وقد يفترقان.

الثانية: ان الحكم ببطلان الشرط الغرري في فرض عدم سرايته للعقد المتضمن له، يتوقف على التمسك لإثبات الشرط بحديث النهي عن الغرر -على تقدير ثبوته - أوبناء العقلاء في رفضهم التعامل الغرري، وخروج ذلك عن دائرة ما هوالدراج والمألوف عندهم في مقام المعاملة والتبادل. -

اما لوبنينا على التمسك بحديث النهي عن بيع الغرر-كما هوظاهر الأكثر -فالتعدي عن مورد النص الى غيره من العقود، فضلا عن الالتزامات التابعة كالشروط، لا يخلوعن مجازفة.

الثالثة: ان ثبوت الغرر في الشرط إنما يقتضي بطلانه بذاته، ولا ينسحب ذلك على العقد المتضمن له قهرا، ما لم يؤد الغرر في الشرط الى الغرر فيه أيضا، ولوبلحاظ تأثيره على القيمة زيادة أونقصانا.

نعم، قد يقال بحصول ذلك غالبا، إلا انها ليست الحالة العامة التي تشكل القاعدة الفقهية في الحكم، بل يبقى الحكم تابعا لمورد تحققه. فقد يكون التفاوت في قيمة الشرط موجبا لتحقق الغرر فيه بحد ذاته، من غير ان يستلزم ذلك الغرر في العقد المتضمن له، على الرغم من استلزامه لنوع ما من الجهل في قيمته.

فان تردد قيمة الشرط بين ما يسوى عشرة دنانير أوعشرين دينارا مستلزم للغرر فيه لا محالة، باعتبار كون التفاوت بينهما فاحشا في حد ذاته بالنسبة إلى العمل المشترط مثلا إلا ان منشأ هذا التفاوت إذ لوحظ كونه شرطا ضمن عقد تكون قيمته مائة الف دينار أوأكثر، كان الجهل الناشئ في قيمة العقد نتيجة الغرر في الشرط مما لا يلتفت اليه العقلاء ولا يعدونه جهلا، فضلا عن الحكم بتحقق الغرر في العقد نفسه بسبب الغرر في الشرط.

ومنه يظهر ان لا وجه لما عن جمع من الاعلام من الحكم ببطلان العقد بثبوت الغرر في شرطه مطلقا كما هوصريح الشيخ الأعظم(قده) حيث قال: «لكن الإنصاف أن جهالة الشرط يستلزم في العقد دائما مقدارا من الغرر الذي يلزم من جهالته جهالة أحد العوضين»(١.(

وظاهر المحقق الخراساني(قده) في قوله: «ان الشرط قيد للبيع أوأحد

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

العوضين وليس بأمر مستقل في ضمن عقد، وقصارى ما يمكن ان يقال: ان إطلاق النهي عن بيع الغرر ينصرف الى ما كانت الجهالة في نفس العوضين بأنفسهما لا بقيدهما، ولوسلّم فلا أقل من كون جهالتهما كذلك قدرا متيقنا في مقام التخاطب، فلا يشمل ما إذا كانت الجهالة بالسراية من القيد، لكنه كما ترى..

ان جهالة التابع إنما لا تسرى إذا كان مما لا يقصد في البيع، كأساس الجدران ونحوها، لا مثل الشرط المقصود بالخصوص في البيع، فافهم.«

بل وصريح المحقق النائيني(قده) أيضا حيث ذكر: «ان المتجه هوالقول بالبطلان، لصيرورته ضميمة لأحد العوضين كالأوصاف، فجهالته توجب جهالتهما لا محالة»(١.(

كما لا وجه لما أطلقه المحقق الايرواني(قده) من الحكم بعدم السراية مطلقا، حيث أفاد: «جهالة الشرط لا توجب الغرر في البيع وان وزّع عليه الثمن، لكن إذا كان الموزع عليه جزءا معيّنا، وذلك ان لفظ البيع لا يشمل شرطه، وان أطلق على المجموع كان بضرب من التوسع، واما جهالته بنفسه فهولا يضر لعدم حجية المرسل، نهي النبي صلّى الله عليه وآله عن الغرر، وقوة احتمال السقط فيه.

هذا كله في الشرط المقصود بالأصالة، وأمّا المقصود بالتبع فالأمر فيه أوضح، لعدم اقتضاء جهالة التابع ولوكان جزءا من المبيع غررا في المعاملة»(٢.(

والصحيح ما ذكرناه من التفصيل باختلاف الموارد ونظر أهل العرف.

نعم، لا يبعد أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان الشرط فعلا خارجا عن حقيقة متعلق العقد وماهيته، كاشتراط الخياطة أوالزيارة وما شاكلهما في إجارة الدار

---

(١)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٢٠.

(٢)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٥.

وبيعها، إذ في مثله يصح ان يقال بالتفصيل في السراية بحسب اختلاف الموارد، فان من الافعال ما يقتضي الغرر فيه الغرر في العقد، لاشتراط ذلك الفعل، ومنها ما لا يقتضي ذلك، كما عرفته فيما قدمناه من المثال.

واما إذا كان الشرط الغرري وصفا من أوصاف متعلق العقد، كالكتابة في العبد، والحمل في الدابة، كان الجهل به جهلا بالموصوف المتقيد به وغررا في المعاوضة بين المالين لا محالة، إذا كان التفاوت مما لا يتسامح به العرف.

السابع: ان لا يكون مستلزما لمحال.

واعتباره كبرويا ومع قطع النظر عما ذكر في كلماتهم من الأمثلة والمصاديق، وان كان مما لا اشكال ولا خلاف فيه-لوضوح امتناع تحقق مستلزم المحال خارجا، والإلزام والالتزام-الشرط في ضمن العقد - بما لا يتحقق في الخارج، لا يعدوصورة الاشتراط ومجرد ألفاظ عارية عن قصد الإنشاء والعمد والجد - إلا ان ذكره كشرط مستقل في عداد ما يعتبر في نفوذ الشرط وصحته يواجه محذورين اساسيين هما: أ - كونه من شرائط الوقوع والتحقق، التي هي في مرتبة سابقة عن شروط الصحة.

ب- عدم استقلاليته في قبال سائر الشروط، حيث تعود مفرداتها لدى التحقيق إلى سائر الشروط المذكورة في المقام.

ولئن أمكن تجاوز الإشكال الأول، وردّه بعدم اختصاصه بهذا الشرط، وجريانه في غير واحد من الشروط المذكورة في المقام، ولا أقل من الشرط الأول-اعتبار القدرة - والخامس- عدم منافاته لمقتضى العقد - فيكشف ذلك عن نوع من التسامح في إضافة وصف الصحة إلى الشرائط المذكورة في المقام بما يشمل بعض شرائط التحقق التي قد يغفل عنها المتعاقدان مما يكثر الابتلاء بها.

إلا ان الاشكال الثاني مما لا يمكن تجاوزه والذّب عنه، فان جميع موارد رجوعه الى شرط الصحة-موارد تحقق قصد الاشتراط والجد من المنشئ نتيجة الغفلة عن استلزام الشرط للمحال-تعود لا محالة الى بعض الشروط المذكورة في المقام،

كاشتراط القدرة على التسليم فيما يكون الامتناع عقليا، أواشتراط عدم المخالفة للكتاب والسنة فيما يكون الامتناع نتيجة حظر الشارع، أوفرضه سببا معينا لتحقق متعلق الشرط كالنكاح والطلاق.

ومعه لا مبرر لعدّه شرطا مستقلا في قبالهما.

والحاصل: انه لا موجب لعدّ هذا الشرط شرطا مستقلا قائما بنفسه في قبال سائر الشروط المعتبرة في نفوذ الشرط وصحته، فإنه وبعد تصحيح كونه من شرائط الصحة يعود في حقيقته وواقعه إلى شرطي القدرة عليه -الشرط الأول - وعدم كونه مخالفا للكتاب والسنة-الشرط الرابع.

هذا كله بالنسبة إلى كبرى اشتراط عدم استلزام الشرط للمحال.

واما بالنسبة إلى الصغرى والتطبيق، فقد نقل الشيخ الأعظم(قده) عن العلامة(قده) في التذكرة قوله انه: «لوباعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرا وجنسا ووصفا أم لا، وإلا جاء الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور. واما لوشرط ان يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا، حيث لا منافاة فيه للكتاب والسنة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

لا يقال: ما التزموه من الدور آت هنا.

لأنّا نقول: الفرق ظاهر، لجواز ان يكون جاريا على حد التوكيل أوعقد الفضولي، بخلاف ما لوشرط البيع على البائع.«

ثم نقل عن الشهيد الأول(قده) في الدروس قوله: «بان هذا الشرط باطل لا للدور بل لعدم القصد الى البيع.«

ثم أورد عليه وعلى الدور بـ «النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري أن يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرّح في التذكرة بجوازه وصرح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه»(١.(

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية القديمة ص ٢٨٢.

أقول: اما بالنسبة الى ما أفاده العلامة(قده) فهوإنما يتم بناء على القول بتوقف تحقق الملك المنشأ بالعقد على تحقق الشرط وانقضاء زمان الخيار مطلقا - المتصل والمنفصل-فإنه عليه يتضح الدور في المقام بما لا يقبل التردد، حيث يتوقف تحقق الملك للمشتري على انقضاء الخيار المتوقف بدوره على تحقق الشرط المتوقف على حصول الملك، إذ لا معنى لبيعه قبل ملكه، وهودور لا غبار عليه.

وبعبارة اخرى: ان القول بتوقف الملك على تحقق الشرط يتوقف على ارادة الشرط المعقولي-جزء العلة وما به قوامها-من الشرط، حيث يتوقف الملك الأول - ملك المشتري-على تحقق الملك الثاني -ملك البائع - توقف المعلول على علته، والمسبب على سببه.

واما بناء على ما هوالحق من تحقق الملك قبل حصول شرطه، ويقتضيه المعنى الفقهي للشرط، فلا مبرر لتوهم الدور فيه إطلاقا، فإن الملك الثاني وان توقف على الملك الأول، باعتبار استحالة انتقاله إلى الأول ثانيا قبل خروجه منه، إلا ان الملك الأول غير متوقف على الثاني، فإنه يتحقق بمجرد العقد، ومع قطع النظر عن الوفاء بالشرط وعدمه.

نعم، قد يؤخذ عليه عدم قدرة المشروط عليه -المشتري- على الوفاء به حين العقد، باعتبار ان المبيع حين العقد ملك للبائع، فاعتبار تمليكه له ثانيا من تحصيل الحاصل المحال، وهوخارج عن قدرة المشروط عليه.

لكنه لا يعدوكونه توهما لا أساس له، إذ الشرط إنما هوالتمليك المجدد للبائع بعد خروجه عن ملكه وانتقاله إلى المشتري، والعبرة في قدرة المشروط عليه إنما هي بزمان الوفاء وظرف العمل دون وقت الإنشاء وحين الاشتراط.

وعلى تقدير تسليمه فهوأجنبي عن استلزامه الدور المحال.

بل يمكن ان يقال بعدم جريان محذور الدور مطلقا، وأن اشتراط بيعه من البائع ثانيا ليس من تحصيل الحاصل، حتى على القول بتوقف الملك على انقضاء الخيار، كما هومذهب شيخ الطائفة(قده) .

وذلك بدعوى اقتضاء العقد المقرون بهذا الشرط في المقام لثبوت مرتبة إنشائية من الملك للمشتري في قبال الملك الفعلي الثابت للبائع قبل تحقق الشرط، ولا محذور فيه، فان الحكمين يجتمعان بلحاظ اختلاف مرتبتهما سواء أ كانا مثلين أم ضدين، تكليفين أم وضعين، فيجتمع المالكان على المال الواحد بلحاظ الفعلية والإنشائية، كما هوالحال في المبيع فضوله، حيث يملكه المشتري ملكا إنشائيا في حين يملكه صاحبه بالملك الفعلي.

وعلى ضوء هذا ينتفي محذور اجتماع المثلين وتحصيل الحاصل أوالدور، فان الحاصل للبائع الأول قبل الشرط الملك الفعلي، والحاصل له بعد إنشاء البيع له من قبل المشتري هوالملك الإنشائي، فالموقوف عليه غير الموقوف عليه وليس هومن تحصيل الحاصل.

نعم، يبقى على هذا التوجيه أن هذا الاشتراط لغومحض لا يترتب عليه أثر إطلاقا، لعدم بلوغه مرتبة الفعلية دوما، فلا يصدر من العقلاء.

إلا ان كون الشرط لغوا وغير عقلائي، غير كونه محالا أومستلزما لمحال، كما هوالمدعى.

ثم اننا لوتنزلنا عن كل ما ذكرناه والتزمنا بمحذور الدور في اشتراط البائع على المشتري بيعه عليه ثانيا-كما أفاده العلامة(قده) -لجرى ذلك في اشتراط بيعه من غيره أيضا على حدّ سواء ومن غير فرق بينهما إطلاقا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وأما ما أفاده رحمه الله في مقام التفريق بينهما بحمل العقد على التوكيل أوالفضولية في مورد اشتراط البيع على الغير، خروج عن محل الكلام ومحط البحث، اعني اشتراط البيع في ضمن عقد البيع.

هذا كله بالنسبة الى ما أفاده العلامة(قده. (

وما افاده الشهيد الأول(قده) فالظاهر عدم إمكان المساعدة عليه أيضا.

وذلك لوضوح إمكان تحقق القصد الى الشرط حقيقة وكونه أمرا عقلائيا في غير مورد، كاختلاف الثمن قدرا أوجنسا، بل ومع اتحادهما مع الاختلاف زمانا، كأن

يبيعه منه بعد سنة مثلا.

على انه قد يفرض ذلك لوجود خصوصية في المبيع والمشتري، فيبيع الأخ ما يستعزّ به من إرث أبيه إلى أخيه، ويشترط عليه ان لا يبيعه إلا منه حذرا من خروجه إلى الأجنبي.

بل قد يكون ذلك للفرار من محذور الكذب في بيعه المتاع مرابحة من غيره، فيبيعه أولا من زوجته أوابنه على ان يبيعاه له ثانيا بثمن أعلى، مع علمه بابرائهما لذمته من الثمن بعد ذلك، ليدعي ذلك الثمن العالي في بيعه له من غيرهما مرابحة.

بل قد يكون ذلك لاحتياج البائع للنقد فعلا، فيبيعه بما يحتاجه-ولوكان ذلك الثمن بخسا بالنسبة اليه-مع اشتراطه ان يبيعه عليه بنفس الثمن حيث هوتمكن من دفعه، كما هوأحد الاحتمالات في بيع الخيار.

والحاصل: انه لا وجه للمنع من اشتراط البيع منه ثانيا، وعدّه مما يستلزم منه المحال، أوعدم تمشي القصد منه حقيقة لكونه امرا غير عقلائي.

فإنك قد عرفت عدم استلزامه للمحال من تحصيل الحاصل أواجتماع المثلين أوغيرهما، كما عرفت كونه أمرا عقلائيا يصدر منهم بدواعي عديدة، وانه لا فرق بينه وبين اشتراط بيعه من غيرهما في الصحة والنفوذ.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الشرط الثامن: أن يذكر في متن العقد.

قال الشيخ الأعظم(قده) : «الشرط الثامن: ان يلتزم به في متن العقد، فلوتواطيا عليه قبله لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف والمختلف، وسيأتي، لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا وان كان أثره مستمرا في نفس الملزم الى حين العقد بل الى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء اثر الطلب المنشأ في زمان الى حين حصول المطلوب، وان وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه، فإذا ترك ذكره في العقد فلم يحصل ملزم له.

نعم يمكن أن يقال: إن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا

له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيدا بالشرط»(١.(

تحديد محل الكلام:

عرفت في المبحث الأول من هذه الدراسة وعند تحديد معنى الشرط وتقسيماته بالضبط، ان الشرط بمعناه العام-مطلق التعاهد والإلزام والالتزام ينقسم-فيما ينقسم اليه من الأقسام إلى قسمين: الأول: الشرط الابتدائي، وهوعهد مستقل وقرار بسيط، يتحقق بين الطرفين -الملزم والملتزم-من دون ان يكون قيدا لقرار معاملي آخر، أويكون بينهما-القرار الشرطي والقرار المعاملي-أي ارتباط يشدّ أحدهما بالآخر ويوثقه ثبوتا أولزوما أوتكليفا -على أقل التقادير - به، بلا فرق فيه بين كون أدائه وإبرازه خارجا بكلام مستقل وغير مقترن بإبراز قرار آخر، وبين كونه مقارنا له، بل وكونه بكلام مندرج بين جزئي القرار الآخر -الإيجاب والقبول - كما هوالحال في اقتران قرارين بيعيين، أووقوع أحدهما بين الإيجاب والقبول للآخر مع كونه مستقلا عنه بحسب قصدهما وغير مرتبط به.

فان الجميع على حد سواء في استقلالية القرار وكونه قائما بنفسه وغير مرتبط بقرار آخر.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وهوما يعبّر عنه في اصطلاحهم بالشرط الابتدائي تارة وبالوعد أخرى.

وقد تقدم بيان آراء الأصحاب فيه، حيث قد عرفت ان منهم من ينكر كونه شرطا حقيقة، مستندا في ذلك الى مقالة جملة من اللغويين -كصاحب القاموس - ممن

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

فسّر الشرط بكونه: الإلزام والالتزام في البيع ونحوه.

وان منهم من اعترف بصدق حدّ الشرط عليه، لكنه استثناه من الحكم بلزومه ووجوب الوفاء به، تخصيصا للأدلّة بالإجماع ونحوه.

وان منهم من حكم بلزوم الوفاء ووجوب الكون عنده.

الثاني: الشرط المرتبط بعقد آخر بنحومن الارتباط.

وقد عرفت مفصلا الاختلاف الكبير بينهم في حدود ذلك الربط ودوره، فمنهم من ربطه بالإنشاء نفسه، ومنهم من أرجعه إلى المنشإ -بالفتح- ومنهم من اعتبره قيدا ووصفا مأخوذا في أحد العوضين، ومنهم من تجاوز ذلك ليجعله جزءا من أحدهما، أوهوكالجزء له، ومنهم من ربطه بالوفاء وجعله قيدا لانهاء القرار المعاملي، في حين اعتبره آخرون انه مجرد داع في المقابلة مع منحه ميزة خاصة تجعله يختلف عن سائر الدواعي التي لا يؤثر تخلفها شيئا في العقد، ومنهم من جعل العلاقة بينهما مجرد الظرفية والوعائية مع احتفاظ كل منهما بالاستقلال التام.

الى غير ذلك مما ذكر في كلماتهم وتعرضوا له إثباتا ونفيا.

ولسنا نحن الآن بصدد تنقيح ذلك وتحديد الصحيح من تلك الأقوال، فإنه بحث طويل عريض، يخرجنا الدخول فيه عما نحن بصدده في المقام، وقد تقدم الشيء الكثير عنه عند البحث عن تحديد معنى الشرط ومفهومه.

وإنما المهم هوالتنبيه على ما اتفقت عليه كلماتهم من آثاره واحكامه، وهي:

-١عدم توقف تحقق الملك -مدلول العقد - على تحقق الشرط خارجا، بل يتحقق ذلك بمجرد وقوع العقد، سواء تحقق الشرط أم لم يتحقق.

-٢عدم توزيع الثمن عليه، فإنه وان كان مؤثرا في زيادة الثمن ونقصانه، إلا انه لا يقابل بالمال مباشرة ولا يجعل بإزائه حصة من الثمن.

-٣اقتضاء تخلفه لثبوت الخيار في الموارد حصة من الثمن.

-٤اقتضاء فساده لفساد العقد المتضمن له في الجملة.

إذا عرفت ذلك، فاعلم ان الظاهر كون محط البحث وموضع النزاع بين

الاعلام هوالقسم الثاني من الشرط خاصة، أعني الشرط المرتبط بقرار معاملي غيره، فيبحث عن اعتبار ذكره في متن العقد أوكفاية تواطئهما عليه قبله، وذلك لوضوح خروج الشرط الابتدائي-غير المرتبط بقرار آخر-عن حريم هذا النزاع.

وعلى هذا الأساس تكون جميع الأقوال والمباني المذكورة في الشرط الابتدائي أجنبية عن محل البحث، ولا تصلح للاعتماد عليها كأساس للترجيح بين الأقوال أواختيار شيء منها في المقام.

فإنه بعد ان كان مفاد ما صدر من المتعاقدين في مقام الاشتراط هوالقرار المرتبط، لم يكن ذكره قبل العقد موجبا لانقلابه شرطا ابتدائيا-القرار غير المرتبط - كي يلزم القائل بلزوم الوفاء بالشرط الابتدائي القول بعدم اعتبار ذكر الأول -القرار المرتبط - في ضمن العقد، أوبلزوم القول بعدم وجوب الوفاء بالشرط الابتدائي القول باعتبار ذكر الشرط المرتبط في متن العقد.

ومن هنا يظهر أن ما فعله الشيخ الأعظم(قده) من الاستناد في لزوم ذكر الشرط في متن العقد، الى «ان المشروط عليه ان أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا» ليس كما ينبغي.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المختار في المقام

على ضوء ما قدمناه يظهر ان التواطي على الشرط المرتبط قبل العقد لا يمكن تصوره إلا على نحوين: أ - المقاولة والتراخي على القرار -الشرط- مع الوعد بإجراء العقد.

ب- إيقاع إنشائه معلقا على تحقق العقد، فهما يحققان الإلزام والالتزام بالقرار الشرطي معلقا على القرار العقدي الذي سيتحقق بعد ذلك، فيكون هذا الإلزام والالتزام من توابع ذلك العقد، والقرار المأخوذ فيه.

واما إنشاؤه مطلقا وعلى نحوالتنجيز قبل إنشاء البيع وتحققه، فهوأمر غير قابل

للتصور في القرار المرتبط.

ثم ان المتعاقدين أن أعرضا عما تحقق منهما قبل العقد من الشرط والقرار التابع، أونسياه، بحيث تراضيا على العقد المطلق واتفقا على القرار المعاملي من دون تقييده بشيء، صح العقد وبطل الشرط.

اما الأول فلكونه مقتضى إنشائه مستجمعا للشرائط المعتبرة.

واما الثاني فلانفساخه في فرض الاعراض، وكونه مقتضى إمضاء العقد والحكم بصحته على نحوالإطلاق ومجردا عن الشرط في فرض النسيان.

وان بقيا على قرارهما السابق وعملا بعهدهما الذي اتفقا عليه، فأوقعا العقد مبنيا على ذلك التفاهم والارتكاز الحاصل لديهم نتيجة التواطي على الشرط مسبقا، تعين الحكم بلزومهما معا -العقد والشرط - وان لم يذكراه حين العقد لفظا.

فان القرار المعاملي المتحقق منهما والاعتبار المنشأ في نفسهما إنما هي حصة خاصة من القرار، هوالعقد المبني على التواطي القبلي والمقيد به، وليست هناك ثمة قصور في المقام سوى عدم ذكر التابع باللفظ، لكنه غير ضائر بعد ما كانت القرينة العهدية كافية في إبراز اعتباره النفساني.

وعليه فان كان مراد المشهور في عنوان البحث من لابدية الالتزام بالشرط في متن العقد، وعدم كفاية التواطي عليه قبلا، هوارتباط العقد المعاملي حين إنشائه بما قد اتفقا عليه من الشرط قبلا، فهوحق لا غبار عليه، إلا انه لا يفيد لزوم ذكره لفظا في متنه.

وان أريد منه التلفظ به حينه والإشارة إليه في متن العقد - على ما هوصريح جملة من الكلمات، وظاهر بعض الاستدلالات-فهومما لا وجه له، ولا ملزم لاعتباره.

الشرط التاسع: التنجيز.

مما قيل باعتباره في نفوذ الشرط هوالتنجيز، فلا يصح تعليقه على أمر مردد الحصول، أووصف مشكوك التحقق، باعتبار «ان تعليقه يسري الى العقد بعد ملاحظة رجوع الشرط الى جزء من أحد العوضين.

فان مرجع قوله: بعتك هذا بدرهم على ان تخيط لي إن جاء زيد، الى وقوع المعاوضة بين المبيع وبين الدرهم المقرون بخياطة الثوب على تقدير مجيء زيد» (١) فيبطل العقد، للإجماع على عدم صحة التعليق فيه، ويتبعه الشرط في ذلك.

بل ربما يقال بان العقد المتضمن للشرط المعلق يرجع عند التحليل إلى المبادلة بثمنين على تقديرين، حيث يكون الثمن هوالمال المعين بضميمة الشرط على تقدير تحقق المعلق عليه، والمال المعين مجردا عن كل شيء على تقدير عدم تحققه، وهوباطل جزما.

ويدفعه: وضوح رجوع القيد الى الشرط خاصة، ومعه يكون العقد منجزا وغير معلق على شيء.

وذلك لما هومقرر في محله من علم الأصول من ان القيد والاستثناء المتعقبان للجمل المتعددة، وان احتمل رجوعها الى الجميع، إلا ان احتمال رجوعهما إلى الأخيرة خاصة- في فرض عدم القرينة على الخلاف-هوالأظهر والأرجح، ولا أقل من كون ذلك هوالمتيقن.

ويزداد الحكم وضوحا فيما إذا لم تكن الجملتان على حدّ سواء في الرتبة والاستقلال، بان كانت أحدهما في مرتبة متأخرة عن الأخرى، كما هوالمفروض في المقام، حيث ان الجملة الثانية تابعة للأولى ومتفرعة عنها من حيث الارتباط، فان اختلاف الرتبة يمنع من عوده إليهما معا، بل لا بد اما من عوده الى المتبوع خاصة، واما الى التابع كذلك.

وحيث انه لا وجه لرجوعه إلى الأول خاصة بحيث لا يشمل الثاني، لما فيه من تجاوز الأقرب من دون مبرر، يتعين عوده الى الثاني فقط، ومعه يبقى المتبوع على إطلاقه.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

ففي فرض بيع الكتاب بدرهم على ان يخيط له ثوبه ان جاء زيد - مثلا- يكون البيع والمبادلة بين الكتاب والدرهم منجزا وغير معلق على شيء، ويكون التعليق في خصوص الشرط وحده، أعني اقتران الدرهم بخياطة الثوب، فإنه المعلق على قدوم زيد.

على انه يمكن أن يقال: «انه لا تعليق في الشرط وهوالالتزام بالخياطة، وإنما التعليق في متعلق الالتزام وهوالفعل الملتزم به مع إطلاق الالتزام، فالتزام التزاما مطلقا بالخياطة على تقدير المجيء، كما في الواجب التعليقي في التكاليف»(١.(

وبعبارة اخرى: انه لا تعليق في الشرط أيضا، حيث يكون الشرط هوالالتزام، فإنه متحقق من المشروط عليه وعلى نحوالتنجيز حين العقد، وانما التعليق في متعلق ذلك الالتزام من الخياطة ونحوها، نظير ما يقال في الواجب التعليقي في التكاليف، لا الواجب المشروط.

وعليه فيكون مفاد قول البائع عند التحليل هوإنشاء البيع والمبادلة -في المثال المتقدم - بين الكتاب والدرهم المقرون بالالتزام، وهي بأجمعها أمور منجزة لا تعليق فيها.

نعم، متعلق ذلك الالتزام المقرون بالثمن هوالمقيد بمجيء زيد، فهي الحصة الخاصة من الخياطة دون مطلقها والطبيعة على جميع التقادير.

وبهذا البيان يندفع محذور سراية التعليق من الشرط الى العقد نفسه، حيث لا تعليق في نفس الشرط والاشتراط كي يسري الى العقد ويلزم منه محذور المبادلة بثمنين على تقديرين.

نعم، يبقى على هذا التوجيه انه إنما يتم فيما إذا كان الشرط هوالالتزام، بأن كان العقد معلقا «على التزام الطرف الآخر بشيء، بحيث يكون المنشأ هوالحصة

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٦.

المقيدة بالتزام الطرف الآخر.

-وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والإيقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار.

فان فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى-أعني تعليق المنشأ على التزام الآخر-إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي نذكره للشرط»(١.(

وامّا إذا كان الشرط هوحصول المشروط في الخارج، بان كان الالتزام بالعقد معلقا «على تحقق المشروط في الخارج ووجوده.

وهذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط امرا خارجا عن ارادة المشروط عليه واختياره، كما هوالحال في اشتراط الكتابة في العبد عند شرائه، فإن مثل هذه الشروط لا يمكن أن يرجع الى المعنى الأول، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هوخارج عن اختياره- »(٢.(

فلا وجه لادعاء كون التعليق خارجا عن الشرط نفسه، فإنه خلاف الواقع بعد ما كان الشرط هووجود المعلق في الخارج.

وفيه ينحصر الدفاع بما ذكرناه أولا من عدم سراية التعليق في الشرط الى العقد المتضمن له.

ثم ان عبارة الشيخ الأعظم(قده) في دفع ما قيل لاعتبار التنجيز، ظاهرة بصدرها في الجواب الثاني، وبذيلها في الجواب الأول.

قال(قده) : «ويندفع بان الشرط هوالخياطة على تقدير المجيء لا الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة»(٣) فلاحظ.

---

(١)مباني العروة الوثقى/كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٥.

(٢)المصدر نفسه ص ٩٦.

(٣)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

هذا وقد استدل المحقق النائيني(قده) على نفوذ الشرط مع التعليق بصحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام، قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك ان أعينك في مكاتبك حتى تؤدي ما عليك، بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك.

قال عليه السّلام: لا يكون لهما الخيار، المسلمون عند شروطهم» (١) واعتبرها «أقوى دليل على المدعى»(٢.(

والأمر كما افاده(قده) حيث تضمنت الصحيحة صريحا تعليق الشرط -عدم الخيار - على حريتها وملكها لأمرها.

ثم ان بعض الاعلام قد نقل عن العلامة(قده) في التذكرة قوله: «لوشرط البائع كونه أحق بالمبيع لوباعه المشتري ففيه اشكال»، مدعيا كون منشأه استشكاله(قده) في تعليق الشرط(٣.(

وفيه: ان ذلك لا يعدوالاحتمال والتخرص، فان احتمالات ما يصلح وجها للإشكال في المقام عديدة.

فقد يكون ذلك لما أفاده رحمه الله في مسألة اشتراط البائع على المشتري البيع منه ثانيا، من استلزامه الدور على ما عرفته منه(قده) في الشرط الرابع.

وقد يكون من جهة اعتقاده مخالفة جعل الأحقية في المقام للكتاب والسنة، باعتبار ان ثبوت الحق للبائع على خلاف سلطنة المشتري المالك بالفعل-كما هوالحال في الشفعة- يحتاج الى الدليل، وهومفقود، فيكون اشتراطه منافيا لما ثبت من

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٦ باب ١١ من أبواب المكاتبة ح ١.

(٢)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٢٦.

(٣)راجع المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

الشارع من السلطنة للمالك.

وقد يكون من جهة مخالفته لمقتضى العقد، باعتبار ان مرجعه الى قصر سلطنة المشتري وتحديدها بالمبيع منه خاصة، فيكون كاشتراط عدم البيع بالمرة باطلا، على ما ذهب اليه المشهور.

ويحتمل أن يكون منشأه هوالتعليق في الشرط، باعتبار أن البيع منه-الشرط -معلق على ارادة المشتري البيع والاقدام عليه.

وحيث انه لا ظهور لكلامه(قده) في الأخير، فلا وجه لحمله عليه واعتباره هوالمنشأ في الحكم.

هذا بالإضافة الى ان «ظاهر عبارة التذكرة وكثير منهم في بيع الخيار بشرط رد الثمن، كون الشرط وهوالخيار معلقا على رد الثمن»(١) فلا حظ.

خلاصة البحث:

والذي يتحصل مما تقدم انه لا دليل على اعتبار التنجيز في نفوذ الشرط وصحته، فإن الإجماع المدعى على بطلان التعليق إنما يختص بالقرارات المستقلة - العقود والإيقاعات-إن لم ينقل باختصاصه بالبيع فقط فلا يشمل الشرط.

ودعوى سريان التعليق فيه الى العقد المتضمن له، لانه جزء من أحد العوضين، أواستلزامه المبادلة بثمنين على تقديرين.

مما لا أساس لها، ولا يمكن المساعدة عليها، بل قد عرفت دلالة النص الصحيح على خلافها.

إذا فالصحيح هوالقول بعدم اعتبار التنجيز في الشروط.

- (١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المقصد الثاني

فيما يترتب على الشرط الصحيح من أحكام وآثار

تمهيد

شرط الوصف

شرط النتيجة

شرط الفعل

المقصد الثاني: فيما يترتب على الشرط الصحيح من احكام وآثار

تمهيد:

بعد ما عرفنا في الفصل السابق من البحث -المقصد الأول - ما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه، وعرفنا الضوابط التي يمكننا بموجبها تمييز الشرط الصحيح عن الشرط الفاسد، نتعرض في بحثنا هذا -المقصد الثاني - الى ما يترتب على الشرط المستجمع لشرائط الصحة والنفوذ من آثار وما يقتضيه من أحكام.

ولإعطاء هذا الفصل من الدراسة حقه، لا بد من العودة الى المبحث الثاني من مبحثي المدخل لهذه الدراسة، لنقرأ من جديد انقسام الشرط المجعول من قبل المتعاقدين في ضمن العقد الى:

-١شرط الوصف الحالي في متعلق العقد، كاشتراط الكتابة في العبد، والحمل في الجارية.

-٢شرط النتيجة، كاشتراط انعتاق المملوك، أوتملك عين خاصة.

-٣شرط الفعل، كاشتراط خياطة الثوب، أوتعليم الكتابة.

فإن دراسة أحكام الشرط الصحيح وآثاره تقتضي النظر في كل واحدة من مفردات هذا التقسيم على نحوالاستقلال، وملاحظة ما تقتضيه الأدلة في كل منها.

شرط الوصف:

قد يبدوفي الوهلة الاولى امتناع أخذ الصفة الفعلية في متعلق العقد إذا كان شخصيا، كبيع العين الشخصية أوإجارتها، باعتبار ان الصفة الفعلية ليست هي عملا أوفعلا يدخل تحت قدرة المشروط عليه واختياره الملتزم وسلطانه، كي يقال بان معنى اشتراطها هولزوم إتيانه بها وتحقيقها في الخارج، كما هوالحال في شرط الفعل.

وليست هي حكما وضعيا وامرا قائما بالاعتبار، كي يكون معنى اشتراطها ولزومها هوتحققها وتلبسها بالوجود بصرف الاعتبار الحاصل بالإنشاء والاشتراط، كما هوالحال في شرط النتيجة.

وإنما هي أمر حقيقي تكويني، يدور حالها بين الوجود والعدم بتبع وجود علتها وعدمه، ومن دون ان يكون لاشتراطها والتزام المتعاقدين بها وتعهدهما بوجودها ايّ دور في تحققها وتكونها، فلا اثر للاشتراط في كون العبد روميا أوزنجيا، كما لا اثر له في حمل الجارية وكتابة العبد. فإنها أوصاف حقيقية تتبع عللها في الوجود، ولا تخضع للاعتبار والفرض.

وعلى هذا الأساس قد يتوهم امتناع اشتراط الصفة الفعلية في المبيع الشخصي، لأنه لا يعود الى معنى محصل ومفهوم متصور، وما يكون كذلك شأنه لا ينبغي صدوره من العقلاء ولا البحث حوله من الاعلام.

غير ان تعارف اشتراطها في المعاملات العقلائية الدارجة خارجا بشكل لا يقبل الشك والإنكار، وتعرض الاعلام من العامة والخاصة لأحكامها وآثارها، يعطي الباحث انطباعا آخر يختلف عن النظرة البدوية تماما.

ذلك ان من غير المنطقي الالتزام بكون محور أبحاث العلماء قاطبة ومتعلق فعل العقلاء في معاملاتهم امرا غير معقول، بل ومعنى غير متصور.

إذا فلا بد من وجود معنى متصور ومعقول عندهم يكون هوالمقصود لديهم في مقام اشتراطها.

وهذا المعنى لا يخلو -بحسب التحقيق والتأمل - عن احتمالين، إذ لا ثالث يمكن وصفه بالمعقولية. وهذان الاحتمالان هما:

-١تعليق العقد والمنشأ نفسه على وجود تلك الصفة المتفق عليها، بحيث يكون المنشأ هي الحصة المقيدة بوجود تلك الصفة.

-٢تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج ووجوده،«فهوينشئ العقد مطلقا ومن غير أي تعليق فيه نفسه، إلا انه يجعل التزامه بهذا العقد وإنهائه له منوطا ومعلقا على تحقق أمر أووصف معين»(١.(

فإنه لا ثالث لهذين الاحتمالين، إذ لا مجال في مثل هذه الشروط الخارجية عن قدرة المشروط عليه لكون العقد معلقا على التزامه بها «إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هوخارج عن اختياره»(٢.(

ثم انه وبالالتفات الى ما يستلزمه الاحتمال الأول من التعليق في العقد الباطل إجماعا من جهة، وكون مقتضاه الحكم ببطلان العقد عند تخلف الصفة رأسا ومن دون ان يكون للمشروط له حق في الاختيار-وهوخلاف ما اتفقت عليه كلماتهم، بل خلاف ما نجده بكل وضوح في سيرة العقلاء وعملهم من الحكم بتخير من له الشرط بين الالتزام بالعقد مجردا عن الشرط وبين رفع اليد عنه-يتعين الالتزام بالاحتمال الثاني، أعني تعليق الالتزام بالعقد على وجود الصفة.

»فإنا لوفتشنا كيفية ارتباط البيع بكتابة العبد التي هي أمر اتفاقي خارجي، قد تكون وقد لا تكون، نرى ان البائع لا يعلق أصل البيع على الكتابة، ولا يجعل

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٩٢.

(٢)مباني العروة الوثقى/كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٦.

الإنشاء البيعي منوطا بها، كيف والتعليق في العقود باطل بالإجماع، كما انه ليس بمراد له خارجا قطعا.

وإنما يعلق التزامه بهذا البيع-المفروض وقوعه وتحققه على كل تقدير-على وجود تلك الصفة، بحيث لولاها لم يكن ملتزما بهذا البيع وله الحق في أن يرفع اليد عنه.

وهذا -كما ترى - مرجعه الى جعل الخيار على تقدير عدم الكتابة، ومن المعلوم أن التعليق في الالتزام ليس فيه أي محذور أوشائبة إشكال»(١.(

وبعبارة اخرى: ان معنى اشتراط الصفة الفعلية في متعلق العقد، هوكون التزامه بذلك العقد وتعهده بالوفاء به وإنهائه معلقا عليها، فان كانت موجودة فيه، فهومتعهد بالعقد ولا محيص له عن الوفاء به، وان لم تكن موجودة فيه، فهوبالخيار بين الالتزام به على ما هوعليه وبين رفع اليد عنه وإبطاله.

وتوهم بطلان ذلك، من جهة استلزامه لتعليق اشتراط الخيار على تخلف الوصف.

يدفعه ما عرفته قريبا عند البحث عن اشتراط التنجيز في الشرط، من عدم المانع من التعليق فيه بالمرة.

نعم، قد يقال باستلزام ذلك للغرر بالنسبة إلى المشتري، حيث لا يحرز وجود الصفة حين العقد.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ولا يندفع ذلك بالحكم بثبوت الخيار له عند التخلف، فإن الغرر مبطل للعقد في حين ان الخيار فرع الصحة، ولولا ذلك لأمكن تصحيح جميع العقود الغررية بإثبات الخيار فيه للمغرور.

إلا انه يدفعه ان المشتري إنما يقدم على العقد معتمدا على إخبار البائع بوجود الوصف في المبيع الشخصي، ولما كان الغالب في حال البائع هواطلاعه على ما له من مزايا

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٩٢.

وأوصاف فعلية، وكانت السيرة على تصديقه في إخباره والاعتماد على قوله بوصفه ذي اليد ومالك المتاع، كفى ذلك في ارتفاع الغرر بالنسبة إلى المشتري، والحكم بصحة العقد مبدئيا.

ثم إن تبين صدقه في إخباره بوجود الوصف كان ذلك هوالمطلوب، وإلا ثبت للمشتري الخيار في رفع العقد، لما عرفته من تعليق التزامه به على وجود ذلك الوصف بمقتضى الاشتراط في متن العقد.

شرط النتيجة:

اختلفت كلمات الأصحاب في صحة اشتراط النتيجة وما هومن قبيل الغاية للفعل- كاشتراط انعتاق العبد، أوصيرورة المال المعين صدقة أووقفا-على قولين: فمنهم من يرى عدم صحته، ومنهم من يرى الجواز: واستدل على المنع: تارة بما ذكره السيد الحكيم(قده) من ان «النتائج لا تقبل أن تكون مضافة الى مالك، فلا يمكن ان تكون شرطا، إذ التحقيق ان الشرط مملوك للمشروط له، ولذا كان له حق المطالبة به فإذا امتنع ان تكون مملوكة امتنع أن تشترط ملكيتها.

نعم، إذا كانت في العهدة جاز أن تكون مملوكة، لكنها حينئذ تخرج عن كونها شرط نتيجة، بل تكون من قبيل شرط الفعل، وليس هومحل الكلام..

ان النتائج إذا لم تكن في العهدة لا تصلح لان تكون طرفا لإضافة الملكية، وكذلك سائر الأعيان التي لا وجود لها في الخارج، إذا لم تكن في العهدة لا تكون مملوكة أيضا»(١.(

---

(١)مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

واخرى: بما افاده(قده) أيضا من «أن مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك بين المشروط له والمشروط، لا جعل نفس المشروط، فإن صيغة الشرط لا تتكفل ذلك، فإذا لم يحصل الشرط لا يكون ثابتا، فلا تترتب آثاره، وحينئذ لا نتيجة ولا يجوز ترتيب آثارها.

وهذا معنى بطلان شرط النتيجة» (١) وكأنه(قده) قد نظر في إشكالية هذين-مضافا الى إثبات مدّعاه-الى ردّ ما افاده المحقق الأصفهاني(قده) وجها للمنع في المقام حيث ذكر «ان الشرط إن كان بمعنى إلزام الغير الشيء أوإلزام الشخص نفسه بشيء-كما يستظهر من عبارة القاموس-فلا محالة يختص بشرط الفعل، فإن طبيعة الإلزام والإيجاب لا يعقل تعلقها إلا بالفعل»(٢.(

فردّه(قده) بما افاده من كون مفاد صيغة الشرط مجرد جعل التمليك، فلا يشمل ما لا يقبل الملك، بل تكون صيغة الشرط قاصرة عن إثبات نفس المشروط.

وقد اعترف رحمه الله بذلك صريحا حين قال: «ان الإشكالين المذكورين إنما يتوجهان على شرط النتيجة، بناء على ان مفاد الشرط تمليك المشروط له للمشروط كما يقتضيه مناسبته مع شرط الفعل، أما إذا كان مفاده مجرد الالتزام للمشروط له بالشرط، فيكون مفاده إنشاء المشروط، وهوالنتيجة في ضمن العقد، فلا بأس به، عملا بعموم نفوذ الشروط»(٣.(

وثالثة بقصور أدلة لزوم الشرط ووجوب الوفاء به عن شمول شرط النتيجة، ومعه لا يبقى دليل على الإمضاء وموافقة الشارع على النفوذ.

---

(١)مستمسك العروة الوثقى ج ١٣ ص ٣٠٦.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٢.

(٣)مستمسك العروة الوثقى ج ١٣ ص ٣٠٦.

وقد اختلفت كلمات الاعلام في صياغة هذا الاشكال.

فقد ذكره الشيخ الأعظم(قده) بعنوان أن «عموم: (المؤمنون عند شروطهم) ونحوه لا يجري هنا، لعدم كون الشرط فعلا ليجب الوفاء به»(١.(

وهو -كما تراه - ظاهر في حمل مفاد النصوص على بيان الحكم التكليفي، وانه يجب على المسلم الوفاء بشرطه، فلا يتعلق بغير فعل المكلف، ولا يعم الوضع ولا شرط الغاية.

في حين صاغه المحقق الايرواني(قده) ببيان يرجع الى إنكار دلالتها على التكليف والوضع بالمرة، وحاصله دعوى كون مفادها بيان ما يقتضيه أدب الإسلام وخلقه، وانه ينبغي للمسلم والمؤمن بما هومسلم ومؤمن أن يكون عند التزامه وشرطه.

قال رحمه الله: «إذا كان مفاده الأخلاق وبيان ما ينبغي أن يتصف به المؤمن، كان أجنبيا عن المقام فعلا ونتيجة»(٢.(

والحاصل: ان هذا النصوص ليست بصدد بيان الحكم مطلقا -التكليفي أوالوضعي - وإنما هي بصدد بيان القضية الأخلاقية وما ينبغي ان يكون عليه المؤمن كما يشهد له أخذه في الموضوع، باعتبار انه لوكان مدلولها حكما تكليفيا أووضعيا لما كان وجه لتخصيصه به.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

فيما صاغه بعض الاعلام بـ «ان الحمل على الوجوب يستلزم التخصيص الكثير، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الفاقدة لأحد شروطها الثمانية، ولعدم وجوب الوفاء بالشروط المذكورة في العقود الجائزة بالذات أوبالعرض لكونها خيارية»(٣.(

وقد يقال في وجه المنع: ان قوله صلّى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم«

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

(٢)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٦.

(٣)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٧.

جملة خبرية، فلا يكون مفادها الإنشاء والإيجاب.

الى غير ذلك مما يجده المتتبع في كلماتهم في مقام بيان عدم دلالة النصوص على إمضاء الشروط بشكل عام أوخصوص شرط الغاية.

أقول: أما بالنسبة الى ما أفاده السيد الحكيم(قده) ، ففيه: أن مفاد الشرط ليس هوالتمليك، وإلا لامتنع تعلقه بشرط الوصف أيضا، باعتبار ان الوصف وإن كان مؤثرا ودخيلا في زيادة قيمة الموصوف أونقصانها، إلا انه ليس مما يتعلق به الملك بالذات، فالمشتري إنما يملك ذات العبد الموصوف بالرومية، لا العبد والرومية على نحوالانفراد والاستقلال، فما يقال في الوصف يقال في النتيجة أيضا.

على اننا لوتنزلنا عن ذلك، فلا وجه لما أفاده رحمه الله ثانيا من قصور مفاد الشرط عن شمول النتيجة.

فاننا إذا سلمنا قابلية النتيجة للملك بحد ذاتها-كما هومفروض تنزله(قده) عن الإشكال الأول(عدم قابلية النتيجة للملك)-فلا وجه لإنكار شمول مفاد صيغة الشرط لاشتراطها، بدعوى ان مفادها «جعل التمليك بين المشروط له والمشروط»- مفاد كان الناقصة-«لا جعل نفس المشروط»-مفاد كان التامة.

فإنه إذا كان مفاد شرط النتيجة «قصد أن له ملكية الفرس من دون أن تكون في عهدة المشروط عليه»-على ما نص عليه هو(قده) (١)-كان ذلك من مفاد كان الناقصة جزما، فإنه إثبات للملكية بالإضافة إلى المشروط له، ومعه لا مبرر لاعتباره من مفاد كان التامة وإنكار شمول مفاد الشرط له.

وأما ما افاده المحقق الأصفهاني(قده) فقد أجاب عنه هو(قده) انه إنما يتم بناء على كون معنى الشرط هوالإلزام والإيجاب - الحكم التكليفي واما «إن كان بمعنى الإلزام والالتزام الوضعي دون التكليفي، فلا اختصاص له بالفعل.

---

(١)مستمسك العروة الوثقى ج ١٢ ص ٧١.

والظاهر هوالثاني، فإن الإلزام بمعنى الإيجاب معنى اصطلاحي، وإلا فمفهومه جعل الشيء لازما وقرينا لا ينفك عنه، والمبدأ وهواللزوم بهذا المعنى والإلزام بمعنى الإيجاب بمناسبة جعل الشارع للعمل على رقبة العبد ولازما لا ينفك عنه إلاّ بأدائه.

وعليه: فالالتزام ومطاوعة لزوم شيء لا اختصاص له بالعمل، بل يعم شرط النتيجة»(١.(

وفيه: انه لا حاجة في تصحيح تعلق الشرط بالنتيجة إلى حمل مفاد أدلته على اللزوم الوضعي، فإنه وكما يمكن تصحيحه على هذا التقدير، يصح على التقدير الآخر الذي يقتضيه التحقيق، أعني حمل مفادها على الحكم التكليفي المحض.

ذلك ان الاشتراط والإلزام والالتزام -بالمعنى المصدري - أفعال حقيقية تصدر من المتعاقدين، وتتعلق بالطبائع والماهيات والأفعال المقصودة لهما أولأحدهما، على حد سواء.

والذي يتحصل من إنشائهما لها-وفي اطار فعل المتعاقدين وحدوده-ليس إلا اللزوم وتحتم تلك الماهية بحسب قرارهما.

فان كان متعلق الشرط فعلا من الأفعال، كخياطة الثوب ونحوها، كان مفاد الشرط وجوب وجود ذلك الفعل ولزومه على المشروط عليه بقرارهما.

وإن كان متعلقه حكما وضعيا كالحرية والوقفية والمالكية ونحوها، وكان مفاده اللزوم ووجوب ترتيب آثار وجود تلك الماهية، أي فرضها متحققة خارجا ومتلبسة بالوجود فعلا، فيترتب عليها ما يترتب على الوجود الحقيقي لها المنشأ بالاستقلال.

وما ذكرناه معنى معقول ومفهوم متصور، يجده المصنف فيما هوالمتعارف عند العقلاء في مقام الاشتراط في معاملاتهم والتزاماتهم، سواء في ذلك شرط الفعل أوشرط

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٥.

النتيجة.

ثم ان هذا الوجوب المنشأ من قبل المتعاقدين إن لم تشمله ضوابط الإمضاء الشرعي للشرط، دخل في مفهوم الشرط الفاسد ولحقته احكامه. وان شملته أدلة الإمضاء، انقلب ذلك الوجوب الفردي المنشأ من قبلهما الى وجوب قانوني شرعي وتكليف يحاسب عليه. إذا فـ «ما يترتب على نفوذ الشرط ليس إلا الحكم التكليفي المحض، والخيار للشارط عند التخلف، وليس معنى الوفاء بالشرط المستفاد وجوبه من مثل قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم)أزيد من ذلك»(١.(

ثم انه لا علاقة لوجوب الوفاء هذا بتحقق النتيجة وتحققها في الخارج بالمرة، فإن ذلك يتبع عدم توقف تلك النتيجة على سبب خاص ومبرز معين، بمعنى كفاية مجرد إنشائها ممن بيده الأمر مع إبرازه كيف ما كان في الخارج في تحققه.

فان كانت النتيجة المشترطة من هذا القبيل، كفى الاشتراط لوحدة-وأعني به الإنشاء المجرد، ومع قطع النظر عما سوف يلحقه من الحكم شرعا-في تحققها ومن ثم يحكم عليها باللزوم بفضل الوجوب التكليفي المستفاد من أدلة نفوذ الشرط، حتى ولوكان مقتضى ذاتها لوأنشئت استقلالا هوالجواز، كما هوالحال في اشتراط الوكالة على نحوشرط النتيجة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

»ولأن هذه الوكالة إنما تحققت من أجل نفوذ الشرط المحكوم باللزوم لكونه من توابع العقد اللازم، فلزومها من شئون لزوم العقد ومقتضياته نظرا الى ان ما دل على لزوم العقد، فهوكما دل على لزوم أصله دل على لزوم ما يشتمل عليه من الشرط، فإذا كان الشرط هوالوكالة فلا جرم كانت لازمة بتبع لزوم أصل العقد.

فالوكالة وان كانت في نفسها من العقود الجائزة، إلا انه لا تنافي بين الجواز

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٤٦٤.

الطبعي وبين اللزوم العرضي الناشئ من قبل الوقوع في ضمن عقد لازم واشتراطه فيه، فليس للمؤجر عزله عن الوكالة في المقام، كما ليس للزوج عزل الزوجة عن وكالتها في الطلاق المشترطة في عقد لازم بنحوشرط النتيجة»(١.(

وإن كانت النتيجة المشترطة مما يتوقف تحققها على سبب خاص ومبرز معين، كما هوالحال في النكاح والطلاق والضمان، فلا تتحقق بالاشتراط كي يعمها الوجوب التكليفي المستفاد من أدلة نفوذ الشرط ولزوم الوفاء به، بل ويحكم بفساد الشرط فيها لكونه مخالفا للكتاب والسنة.

ثم ان مما ذكرناه يظهر انه لا وجه لدعوى قصور أدلة نفوذ الشرط عن شمول شرط النتيجة.

فإنه لا مبرر لدعوى عدم جريان عموم: «المؤمنون عند شروطهم» بالنسبة إليه، لعدم كونه فعلا.

لما عرفته من عدم الفرق بين الفعل والنتيجة بالنسبة إلى مفاد أدلة نفوذ الشرط ومدلولها، فإنها إنما تفيد حكما تكليفيا محضا ناشئا مما فرضه المتعاقدان على أنفسهما وأثبتاه بقرارهما، وانطباقه في الموردين على حد سواء.

على انه مناف لصريح تمسك الامام عليه السلام واستشهاده بهذا العموم- «المسلمون عند شروطهم»-لإثبات نفوذ شرط النتيجة.

فقد روى سليمان بن خالد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك وكان لأبيه امرأة مكاتبة قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك ان أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك، بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على ان لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٤٦٥ - ٤٦٦.

شروطهم»(١.(

فإنه خير شاهد على عدم اختصاص عموم لزوم الشرط ونفوذه بشرط الفعل، وشموله لشرط النتيجة أيضا.

كما لا وجه لما فعله المحقق الايرواني(قده) من حمل مفاد النصوص على بيان ما يقتضيه أدب المؤمن وأخلاقه، فإنه بعيد كل العبد عن روح النصوص ومدلولها.

فإنك قد عرفت ان مداليلها ليست أحكاما تشريعية تأسيسية، وإنما هي أحكام إمضائية تقرر الثبوت لما فرضه المتعاقدان من اللزوم على أنفسهما.

على انه مخالف لصريح استشهاد الامام عليه السلام بالعموم لإثبات اللزوم وتحتم الوفاء على المشروط عليه شرعا في غير مورد.

منها: ما رواه موثقا منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: قلت له: «إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا ان يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: «المؤمنون عند شروطهم»(٢.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وما رواه موثقا إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه: «ان علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم، إلا شرطا حرّم حلالا أوأحل حراما» (٣) وغيرهما.

ودعوى: ان الاستشهاد المذكور «لا يكون قرينة على أن المراد بالكبرى وجوب الوفاء بالشرط»(٤.(

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٦ - باب ١١ من أبواب المكاتبة ح ١.

(٢)وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

(٣)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار ح ٥.

(٤)كتاب البيع ج ٥ ص ٢١١.

«ضرورة أن الجمل الاخبارية التي تستعمل في مقام إفادة الحكم لا تستعمل في الإنشاء، لكن يستفاد منها البعث أوالزجر أوالإلزام بوجه أبلغ، وتكون الجملة الإنشائية المصطادة منها غير مخالفة لها إلا في الاخبار والإنشاء.. فوجوب الوفاء بها وجوازها وصحتها ونفوذها كلها خارجة عن مفاده الظاهري، وان كانت مستفادة منه»(١.(

عهدتها على مدعيها، فإنها منافية لظهوره في التعليل وتطبيق الكبرى على الصغرى، وانه إنما لزمه الوفاء في المورد لكونه من مصاديق ذلك العموم الذي أفاده النبي صلّى الله عليه وآله.

واما دعوى استلزام القول بوجوب الوفاء تكليفا أووضعا لتخصيص الأكثر، لعدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية والشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة.

فيدفعها: اما الشروط الابتدائية فقد عرفت خروجها عن الحكم تخصصا، باعتبار انها ليست شروطا في الواقع، وان إطلاق لفظ الشرط عليها لا يعدوالإطلاق التسامحي.

واما الشروط الواقعة في ضمن العقود الجائزة، فخروجها عن عموم الحكم أول الكلام، وسيأتي التعرض اليه ان شاء الله.

على ان خروجها أيضا لا يشكل تخصيصا للأكثر بعد الالتفات الى ضالة العقود الجائزة بالنسبة الى ما يجري بين الناس من المعاملات يوميا.

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢١٢.

حصيلة البحث:

والذي يتحصل مما تقدم انه لا وجه للقول بخروج شرط النتيجة من عمومات أدلة لزوم الوفاء بالشرط، فضلا عن القول بعدم إمكان تحققه ووقوعه في الخارج، فإنه أمر معقول ومتصور، بل معهود ومتعارف بين أهل السوق والعقلاء في معاملاتهم وعقودهم.

وعموم «المسلمون عند شروطهم» شامل له، ويجري بالنسبة اليه على حد شموله وجريانه في شرط الفعل أوالوصف.

على انه يكفينا في إثبات نفوذه، ولزومه قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(١)، لما هومقرر في محله من اقتضائه لنفوذ العقد بجميع شئونه وتوابعه، ما لم يمنع منه دليل.

نعم، بقي إن نؤكد مرة اخرى أن ما ذكرناه لا يعني القول بنفوذ شرط النتيجة بقول مطلق ومهما كانت، بل الحق هوالتفصيل بين ما يتوقف وجودها على سبب معين ومبرز خاص، وبين ما لا يكون كذلك، فيصح اشتراط الثاني دون الأول، من دون أن يرجع ذلك الى تخصيص في أدلة الشروط إطلاقا.

فـ «إن شرط النتيجة انما لا يصح فيما إذا كان للنتيجة سبب خاص-كالضمان -فان الشرط لا يحقق تلك النتيجة ولا يحصلها ما لم يقم عليه دليل آخر. وأما فيما لا يحتاج الى سبب خاص، بل يكفي مجرد الإنشاء ممن بيده الأمر وإبرازه كيف ما كان، فلا مانع في مثله من الالتزام بشرط النتيجة، وهذا كما في الملكية حيث انها لا تختص بسبب معين، بلل قابلة للإنشاء بأي مبرز كان من بيع أوهبة أومصالحة

---

(١)المائدة: الآية.

ونحوها من سائر الأسباب التي منها الشرط في ضمن العقد، فلوباع الدار بشرط ان يكون مالكا للدكان أيضا، صح وملكه بنفس هذا الشرط، لما عرفت من عدم احتياج الملكية إلى سبب خاص.

والوكالة أيضا من هذا القبيل، إذ يكتفي في تحققها بمجرد الاعتبار النفساني وإبرازه بمبرز ما، والشرط من أحد أسباب الإبراز، فكما ان الوكالة تتحقق بإنشائها مستقلا فكذلك باشتراطها في ضمن العقد على سبيل شرط النتيجة، فيشترط المستأجر أن يكون وكيلا عن المؤجر في التجديد، أوالزوجة أن تكون وكيلة عن الزوج في الطلاق وهكذا، فيكون الشارط وكيلا بنفس هذا الشرط»(١.(

ثم انه ان ثبت توقف نتيجة معينة على سبب خاص ومبرز معين، كما هوالحال في النكاح والطلاق والضمان والعبودية، تعين الحكم بعدم نفوذ اشتراطها، لكونه منافيا للكتاب والسنة الدالين على انحصار السبب، فيفسد لا محالة، فإن الشرط لا يكون مشرعا، وغاية مدلوله ما هومشروع بحد ذاته، فلا يشمل الشرط المخالف.

وان ثبت عدم توقفها على سبب خاص، وكفاية إبراز اعتبارها النفساني كيف ما تحقق، كما هوالحال في الوكالة والوديعة والعارية والرهن والقرض والشركة وملكية شيء معين تابع لأحد العوضين كحمل الجارية وثمرة الشجرة، فلا إشكال في تحققها بنفس الاشتراط، باعتبار ان الشرط وسيلة من وسائل إبراز الاعتبار النفساني، فيشمله دليل الإمضاء، ويكون مفاده تحققها ولزوم ترتيب آثارها عليها.

وأما مع الشك في ذلك واحتمال توقف حصول نتيجة معينة على سبب خاص، فهل يحكم بنفوذ اشتراطها وتحققها بمجرد الشرط، أم يتعين القول بالمنع، لاحتمال كونه مخالفا للكتاب والسنة؟ الصحيح هوالأول، والوجه فيه ما تقدم في البحث عن اعتبار عدم كون

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٤٦٥.

الشرط مخالفا للكتاب والسنة، من جريان احالة العدم الأزلي في الموضوع المشكوك وتنقيحها له، فيدخل المورد في المستثنى منه وتشمله أدلة الإمضاء.

ومن المعلوم انه لا مجال بعد جريان الأصل الموضوعي للتمسك بأصالة عدم تحقق تلك النتيجة إلا بما علم كونه سببا لها، فإنه وبعد تنقيح الموضوع وإحراز كونه داخلا في المستثنى منه ويتحقق بأي مبرز كان، لا يبقى مجال للشك في تحققها بالاشتراط كي يتمسك بالأصل لإثبات عدمه.

ومن هنا يظهر انه لا مانع من اشتراط ملك شيء معين في ضمن العقد بقول مطلق، سواء أ كان ذلك الشيء تابعا لأحد العوضين كحمل الجارية، أم لم يكن كاشتراط ملكية الكتاب في ضمن بيع البستان.

وتوهم كون الملك والصدقة من قبيل الأول، أعني ما علم توقفه على سبب خاص ومبرز معين.

لا يعدوالادعاء المحض، حيث لا شاهد يعضده، بل أن اتفاق الاعلام على تحققه بالشرط في الجملة-كما هوالحال في اشتراط ملكية حمل الجارية ومال العبد - شاهد على الخلاف، وان تحقق الملك بالشرط أمر ممكن ومشروع.

وبالجملة: فالذي يقتضيه التحقيق هوالحكم بصحة اشتراط الغايات والنتائج بقول مطلق، إلا ما ثبت من الشارع إناطتها بأسباب خاصة وصيغ معينة.

فإن جريان الأصل الموضوعي -أصالة العدم الأزلي - يقتضي إلحاق المورد المشكوك المستثنى منه، فتشمله أدلة الإمضاء ولزوم الوفاء بالشرط.

شرط الفعل:

رغم اتفاق الاعلام على معقولية شرط الفعل وتعلق الإلزام والالتزام به، بل واتفاقهم على كونه القدر المتيقن من حيث الشمول لأدلة الإمضاء ووجوب الوفاء بالشرط، إلا انه يبقى المحطة الأكثر حديثا وجدلا بينهم ضمن مجموعة محطات البحث عن الشرط واحكامه. -

ذلك ان الاتفاق على أصل الإمكان بل والنفوذ في الجملة، لا يتنافى-بل وعلى العكس منه يستلزم-والحديث عن مفاده وحدوده وآثاره وما يترتب عليه من احكام والتزامات.

ومن أجل استيفاء حق البحث والإحاطة قدر الإمكان بما ينبغي التعرض إليه في المقام، ورعاية لمنهجية الأصحاب في المسألة، لا بد من برمجة البحث ودراسته ضمن مسائل، هي كالاتي.

الاولى: في مفاد أدلة الإمضاء.

الثانية: في جواز إجبار المشروط عليه الممتنع على الفعل.

الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط.

الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالأرش عند تعذر الشرط؟ الخامسة: عدم منع خروج العين عن سلطان المشروط عليه من ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط.

السادسة: في قابلية الشرط للإسقاط.

السابعة: في اشتراط ما هوجزء للمبيع حقيقة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المسألة الأولى: مفاد أدلة الإمضاء.

اختلفت كلمات الاعلام في مفاد أدلة الإمضاء على مذاهب.

الأول: الحكم التكليفي المحض، أعنى وجوب الوفاء بالشرط ولزوم الإتيان به شرعا، وهوالمشهور بينهم.

قال الشيخ الأعظم(قده) : «المشهور هوالوجوب - التكليفي الشرعي - لظاهر النبوي المؤمنون عند شروطهم» والعلوي: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فان المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرّم حلالا أوحلّل حراما.«

ويؤكد الوجوب ما أرسل في بعض الكتب من زيادة قوله: «إلا من عصى الله في» النبوي بناء على كون الاستثناء من المشروط عليه لأمن الشارط.

هذا كله مضافا الى عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد كون الشرط كالجزء من ركن العقد»(١.(

وقد ذهب اليه سيدنا الوالد -دام ظله - حيث قال: «إن ما يترتب على نفوذ الشرط ليس إلا الحكم التكليفي المحض والخيار للشارط عند التخلف.

وليس معنى الوفاء بالشرط المستفاد وجوبه من مثل قوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم، أزيد من ذلك»(٢.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الثاني: استحباب الوفاء بالشرط.

جرّح به المحقق الايرواني(قده) في غير موضع من تعليقاته، معللا ذلك بقوله: أن «استفادة الوجوب من النبوي مبني على تقدير يجب أواستعمال الجملة في الإنشاء،

---

(١)المكاسب: الطبعة الحجرية ص ٢٨٣.

(٢)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٤٦٤.

وكلا الأمرين خلاف الظاهر، وأخذ عنوان المؤمن موضوعا كاشف عن عدم صوغ القضية في إنشاء الحكم، وإلا فأي اختصاص للمؤمن في ذلك، فتحمل القضية على ظاهرها وهوالأخبار، وتكون بيانا لصفات المؤمن، كما يقال: المؤمن إذا وعد وفى، قال الله تعالى (وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِياءُ بَعْضٍ)(١)، فلا يكون مضادا القضية الحكم الاستحبابي فضلا عن الإيجابي.

وبالجملة: هذه العبارة تطلق في مقامات ثلاث: يقال المؤمن لا يبخل، ويقال المؤمن لا يترك صلاة الليل، ويقال المؤمن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، ولا ظهور لها في شيء منها، أن لم ندّع انها ظاهرة فيما يليق بمقام المؤمن وشأنه من التخلق بالأخلاق الفاضلة، أوالالتزام بالوظائف الشرعية، فيخرج الواجبات عن ذلك، فتكون قرينة على ارادة الاستحباب من صيغة الأمر في العلوي،: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، ولا أقل من الإجمال وعدم كون أحد الظهورين قرينة لصرف الآخر.

نعم لولم تكن القضية ظاهرة فيما ذكرنا صلح قوله: «فيلف» لإرادة الوجوب منها.

وما زيادة: «إلا من عصى الله» في بعض الكتب، فلئن صح لا تكون قرينة على ارادة الوجوب، إلا إذا أريد من المعصية فيها معصية التكليف المستفاد من خطاب المؤمنون. ولعل ذلك محال، لأن قضية الاستثناء عدم وجوب الوفاء بالشرط، فلا تكون معصية، فهوكما إذا قيل: يجب إقامة الصلاة على الناس إلا من عصى الله بتركها.

فيتعين ان يراد منها أحد معان ثلاث: الأول: ارادة عصيان الله تعالى وسائر تكاليفه، على أن يكون المستثنى منه جملة خبرية حاكية عن صفات المؤمنين، وان عدم الوفاء بالشرط من شأن الفسقة الفجار، إيماء إلى

---

(١)التوبة: الآية ٧١.

ان ذلك يساوق الفسق وان مرتكبه هومن لا يبالي بالفسق.

الثاني: أن يراد من المعصية المعصية بالشرط وبالالتزام بما خالف الكتاب والسنة.

إلا ان يناقش بأن الالتزام بنفسه ليس معصية.

الثالث: ان يراد من المعصية المعصية بإتيان الملتزم به، وذلك فيما إذا كان الشرط غير سائغ، فتكون الرواية إشارة إلى اعتبار أن يكون الشرط سائغا»(١.(

الثالث: التفصيل بين ما يكون العقد كافيا في تحققه كالوكالة، فهولازم ولا يجوز الإخلال به، وبين ما لا يكون كذلك، فلا يكون لازما، بل يكون مفاده انقلاب العقد اللازم جائزا.

نقله الشهيد الثاني(قده) عن الشهيد الأول(قده) في بعض تحقيقاته.

قال رحمه الله في الروضة: «وللمصنف رحمه الله في بعض تحقيقاته تفصيل وهوان الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة، فهولازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في العقد.

وإن احتاج إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق، فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزا.

وجعل السر فيه ان اشتراط ما العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول، فهوتابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط ما سيوجد، أمر منفصل عن العقد وقد علّق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهومعنى قلب اللازم جائزا»(٢.(

الرابع: ثبوت مجرد الخيار مطلقا.

ذهب اليه بعض الأصحاب، واختاره صريحا الشهيد الأول(قده) في اللمعة

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٦.

(٢)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٧ ـ ٥٠٨.

حيث قال: «وكذا كل شرط لم يسلم يفيد تخبره، ولا يجب على المشترط عليه فعله، وإنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال عند عدم سلامة الشرط، ولزومه عند الإتيان به»(١).

الخامس: الحكم الوضعي، أعني استحقاق المشروط له للشرط في ذمة المشروط عليه، واشتغال ذمة الأخير له.

اختاره المحقق النائيني(قده) قائلا: «ان الحكم التكليفي السابغ بحيث لا يسقط بإسقاط المشروط له، ويكون وجوب الوفاء به تكليفا كسائر التكاليف الوجوبية في عرض التكليف بوجوب أداء مال الغير مع مطالبته، مما لا ينبغي أن يحتمل أحد، لبداهة سقوطه بإسقاط الشرط، فلا يكون من قبيل حرمة الغيبة والشتم والضرب ونحوها أيضا، بأن يكون فيه جهتان، جهة متعلقة بالله تعالى من حيث كون هذه الأمور مخالفة وعصيانا له، وجهة متعلقة بالمغتاب والمضروب من حيث كونها إيناء لهما، ولذا لا يكاد يسقط عصيانه تبارك وتعالى بإسقاط المغتاب حقه، كما لا يكاد يجوز بإذنه في غيبته أوشتمه.

وهذا غلاف المقام فإنه يسقط الشرط بإسقاط المشروط له ولا يجب الوفاء به مع اذنه ورضاه بتركه أوبتأخيره.

وكيف كان: بعد الاتفاق ظاهرا على سقوط الشرط بإسقاطه من صاحبه-فيما عدا شرط العتق-فالتكليف المحض في كونه حقا لله تبارك وتعالى، مما لا يكاد يحتمل.

وكذلك المثوب منه ومن حق الناس، كما في موارد الغيبة والشتم والقذف ونحوها، لنباهة عدم تسويغها بإذن المشتوم والمقذوف قطعا كما لا يخفى.

فالتكليف الذي يتصور في المقام ما يتبعه ملكية الشرط للمشروط له واستحقاقه لأن يطالبه، فيجب أداؤه شرعا أيضا كما في الدين وأشباهه.

وحينئذ فالبحث عنه في قبال الوضع وجعله امرا مستقلا بنفسه في غير محله،

---

(١)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ح ٣ ص ٥٠٦.

فضلا عن البحث في ظواهر الأدلة من انها دالة على الوجوب أوالاستحباب كما احتمل، فإنه مبني على حمل ظواهر الأدلة على التكليف الساذج، فيمكن القول بالاستحباب نظرا الى ترتب الحكم على عنوان المؤمن، أولكون مساقها مساق أدلة استحباب الوفاء بالوعد ومكروهية خلفه ونحوذلك.

واما بعد ما عرفت من عدم احتمال التكليف المحض ودلالة الأدلة على ثبوت الوضع، كما استظهرناه من قوله عليه السلام: «عند شروطهم»، أي واقفون عندها وملزمون بها، فلا يبقى مجال لاحتمال الاستحباب بلا ارتياب، بل احتماله من قبل شيخنا اسناد الأساتيذ بعيد غاية البعد»(١.(

أقول: مما عرفته في تحديد معنى الشرط وانه إلزام والتزام بشيء البيع ونحوه - كما في القاموس.

ومما تقدم منا ففي مبحث شرط النتيجة من كون دور الشارع في إمضاء الشرط هوإعطاء صيغة القانون واصفاء وصفة الشرعية على القرار الفردي الصادر من المتعاملين، كما هوالحال في النذر وأخويه، وإن اختلفا من حيث كون الإلزام فيما نحن فيه على الغير، وكونه فيها على المنشأ نفسه.

إلا ان ذلك لا يوجب اختلافا من حيث مقتضى الإنشاء -الإلزام- ومفاد دليل إمضائه- الوجوب- ، فإنهما من هاتين الحيثيتين على حد سواء.

فما وهما هوإنشاء الإلزام والتعهد، ومفاد دليل امضائهما هوقلب الوجوب الفردي المنشأ استقلالا من قبل الملتزم نفسه أوهوبالاتفاق مع طرفه في العقد، الى الوجوب الشرعي القانوني، بحيث يصبح ما نشأه على نفسه منا لأحكام الشرعية والواجبات الإلهية التي يحاسب عليها المكلف من حيث الإطاعة والعصيان.

يتضح تعين القول الأول، أعني وجوب العمل تكليفا بكل شرط سائغ وممن يقول مطلق ومن دون ان يترتب عليه أي اثر وضعي إطلاقا.

---

(١)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣١.

فان معنى كون المؤمن عند شرطه، ليس إلا لزوم الوفاء به وتعنّي إنهائه عليه شرعا، وهوما يعني وجوبه تكليفا.

نعم قد يكون مقتضى الشرط الذي يجب الوفاء به تكليفا في بعض الموارد، ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف المشروط، وذلك في الموارد التي يكون معنى الشرط تعليق الالتزام بالعقد على وجود الصفة المأخوذة في متعلقه أوالعمل المعتبر تحققه كالكتابة في العبد أوالخياطة.

حيث قد عرفت عند البحث عن معنى الشرط والإلزام والالتزام والربط القائم ان حقيقة الربط القائم بين الإلزام والالتزام -الشرط- والعقد المتضمن له تعود في مثل هذه الموارد الى تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج ووجوده بحيث لولم يوجد ما شرطه فلا الالتزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه وإبطاله، وهوما يعبّر عنه بالخيار.

إلا ان هذا المعنى ليس من مضاد أدلة الإمضاء نفسها، وإنما هومن مفاد الشرط الذي شملته أدلة الإمضاء.

ومن هنا يظهر انه لا مبرر لاعتبار قول سيدنا الوالد(رحمه الله)قولا مستقلا في قبال مذهب المشهور.

فإنه(رحمه الله)وإن أضاف ثبوت الخيار في بعض الموارد الى الحكم التكليفي المحض، وهومما لم يذكره المشهور، إلا ان وضوح خروجه عن مفاد أدلة الوفاء بالشرط نفسها- وان اقتضته باعتبار كونه مفاد متعلق وجوب الوفاء-يجعلهما قولا واحدا.

فان دليلهما من المثبتين -مع اختلاف الرتبة - فلا موجب لفرض التعارض بينهما، أوجعل عدم تعرض المشهور للخيار دليلا على نفيه.

فأدلة الوفاء لا تقتضي شيئا زائدا عن الوجوب التكليفي المحض، والخيار - حيث ثبت- انما يثبت بمقتضى مفهوم الشرط في تلك الموارد، أعنى تعليق الالتزام بالعقد على وجود المعلق عليه خارجا.

ثم إن هذا الخيار وان كان مشمولا بأدلة الإمضاء ووجوب الوفاء باعتبار كونه شرطا من الشروط، إلا ان ذلك لا يعنى كونه مفادا لها مباشرة، فإن الفرق بينهما لا يكاد يخفى.

ثم إن مما ذكرناه يظهر الحال فيما نسب الى الشهيدين(قدهما) -القول الثالث والرابع.

فان وجوب الوفاء بالشرط ولزوم الكون عنده وانهاءه، لا يختص بمورد دون غيره من الموارد المستجمعة للشرائط المعتبرة.

كما ان ثبوت الخيار وحق رفع اليد عن التعهد بالعقد عند تخلف الشرط، ليس من مقتضيات أدلة الوفاء ومفاد نفوذ الشرط نفسها، بل هو -وكما عرفت - في موارد ثبوته من مقتضيات نفس الاشتراط وتعليق الالتزام بالعقد على تحققه في الخارج.

على ان لازم ما أفاده الشهيد الثاني(قده) أخيرا في توجيه كلام الشهيد الأول(قده) من أن «اشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهومعنى قلب اللازم جائزا» هوالحكم ببطلان العقد من رأس عند فقد الشرط، لا الحكم بانقلابه جائزا بعد اللزوم، وثبوت الخيار عند انتفاء المعلق عليه.

بل ومقتضاه الحكم بالبطلان مطلقا، حتى مع تحقق المعلق عليه في الخارج، باعتبار أن التعليق على المحتمل يوجب عدم الجزم المفسد للعقد، حتى على تقدير تحقق ذلك الأمر خارجا، وليس ذلك من جهة الإجماع على بطلان التعليق في العقود، كي يقال ان الإجماع دليل لبيّ، والقدر المتيقن من البطلان هوالتعليق في اللفظ والإنشاء، فلا يعم التعليق في اللب والواقع.

بل هومن جهة استلزامه لعدم الجزم بالعقد -كما عرفت - وهولا يفرق الحال فيه بين حصوله باللفظ أوبحسب اللب والواقع.

على ان ما أفاده رحمه الله مناف لما عليه جلّ الأصحاب، وتقتضيه القاعدة

اللفظية في العقد المشروط، من عدم تعليق العقد عليه، بلا فرق فيه بين شرط الفعل وشرط النتيجة.

وكذا يظهر مما ذكرناه الحال فيما افاده المحقق الايرواني(قده) من الحمل على الاستحباب، فإنه مناف لكونه أدلة الوفاء إمضائية وتقررية بالنسبة الى ما يجعله المتعاقدان على أنفسهما بالشرط، بحيث ينقلب القانون المجعول من قبلهما الى حكم شرعي وتكليف مولوي، فإن المجعول من قبلهما ليس هورجحان الالتزام وندب التعهد، بل المجعول من قبلهما هوفرض التقيد ولابدية الوفاء والإنهاء.

على ان ما أفاده رحمه الله مخالف لظاهر جميع النصوص الواردة في المقام، ولا سيما المتضمنة لاستشهاد الامام عليه السلام بقول رسول الله صلّى الله عليه وآله، فان سياق الاستشهاد فيها يأبى عن الحمل على الاستحباب جدا.

ودعوى استفادة ذلك من أخذ المؤمن موضوعا للحكم.

يردها: ان المذكور في أكثر نصوص الباب عنوان «المسلم» وهوشامل للمؤمن - بالمعنى الأخص-والفاسق على حد سواء، فلا يكون كاشفا عن «عدم صوغ القضية في إنشاء الحكم، وإلا فأي اختصاص للمؤمن في ذلك» على حدّ تعبيره(قده. (

نعم، لا يشمل الحكم الكافر، وهوغير ضائر، حاله في ذلك حال سائر الأحكام التكليفية.

على ان حمل عنوان المؤمن الوارد في بعض النصوص على المعنى الأخص المقابل للفاسق، أول الكلام وخلاف الظاهر جدا.

فان عنوان المؤمن في مصطلح الآيات الكريمة والنصوص النبوية الشريفة يساوق عنوان المسلم.

بل ان إطلاقه على المعنى الأخص المذكور -ما يقابل الفاسق - مصطلح فقهائي، لا أثر له في شيء من النصوص.

واما ما أفاده بالنسبة للعلوي، فالتصرف في ظهور الأمر-«فليف لها به»-في الوجوب وحمله على الاستحباب، ليس بأولى من رفع اليد عن احتمال كون المقصود

بالكبرى حكما اخلاقيا بحتا.

بل المتعين في المقام هوالثاني، فإن وضوح ظهور الأول في الوجوب يرفع الإجمال عن الثاني ويحدد المقصود منه من ضمن الاحتمالات التي ذكرها(قده. (

على ان ذكر هذا التعبير-«فليف لها به»-لم ينحصر بالعلوي المذكور في كلامه رحمه الله، بل ورد في رواية منصور بزرج عن عبد صالح: «قال: قلت له: ان رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فيكف يصنع؟ فقال: بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فان رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم»(١.(وسبق قوله عليه السلام: «بئس ما صنع» لأمره عليه السلام بالوفاء للمرأة بشرطها فيها خير شاهد على ارادة الوجوب منه، والا فما يكون التخلص منه مستلزما لمجرد مخالفة الاستحباب فضلا عن مخالفة ما يقتضيه الأدب، لا يستحق التعبير بـ «بئس ما صنع»، وإنما المناسب له هوالإلزام على نحولا يمكنه التخلص منه، فيقال: بئس ما صنع، لانه ما كان يدريه يقع في قلبه بالليل أوالنهار، ولعله يرغب في طلاقها أوفي التزوج من غيرها وهولا يقدر على ذلك لمكان الشرط.

ومما يؤيد ما ذكرناه ما ورد في نسخة الكليني(قده) في الكافي من استفهامه عليه السلام -الظاهر في الاستنكار - بعد السؤال بقوله: «وفعل؟ »(٢) فلما كان الجواب بالإثبات قال عليه السلام: «بئس ما صنع وما كان ما وقع يدريه ما يقع في قلبه في جوف الليل أوالنهار، ثم قال: اما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها» الحديث.

فان كلا من سؤاله عليه السلام بقوله: «وفعل؟ » ثم تعقيبه بقوله عليه السلام: «بئس ما صنع». إلخ، ومن ثم التفريع عليه بقوله عليه السلام «اما الآن فقل له: فليتم

---

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

(٢)الكافي ج ٥ باب ٦٦ الشرط في النكاح وما يجوز منه وما لا يجوز ح ٨.

للمرأة شرطها» ظاهر في كون الحكم إلزاميا، وان المشروط عليه -الزوج- هوالذي تسبب في توريط نفسه وإيقاعها في المأزق، ومعه كيف يمكن دعوى دلالته على الاستحباب، فضلا عن إنكار دلالته على الحكم بالمرة.

واما ما افاده(قده) بالنسبة لما أرسل في بعض الكلمات في ذيل النبوي الشريف من قوله صلّى الله عليه وآله: «إلا من عصى الله» من عدم دلالته على الوجوب للاحتمالات الواردة فيه.

فيرده: كون الظاهر من جميع تلك الاحتمالات وهوالعصيان بعدم الوقوف عند شرطه واللامبالاة وعدم الاعتناء به، دون عصيان سائر الأحكام مما لا ربط لها بالمقام، أوعصيان الله بنفس الاشتراط كي يكون مفاده مساوقا لما ورد من النهي عن الشرط المخالف للكتاب والسنة.

فان الأول بعيد غايته، إذ لا معنى لاستثناء تارك الصلاة أوشارب الخمر - مثلا-من الحكم بنفوذ الشرط وكون المسلمين عنده.

والثاني يدفعه عدم وضوح كون نفس الالتزام والاشتراط مما هواعتبار محض وفعل النفس-حتى مع إبرازه في الخارج - مما يتصف بالحرمة والعصيان ما لم يرجع ذلك الى التشريع.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

والحاصل: ان الظاهر من مفاد هذا الاستثناء -على تقدير ثبوته - هولزوم الوفاء بالشرط ووجوب الإتيان به كي لا يكون عاصيا لله تبارك وتعالى وخارجا عن طاعته.

ومثل هذا التعبير -وصف التارك بالعصيان - للدلالة على الوجوب أمر شائع ومتعارف، من غير ان يعني ذلك جواز الفعل للعاصي.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني(قده) بقوله: «ثم انه ربما يستدل للوجوب بقوله صلّى الله عليه وآله: «المسلمون عند شروطهم إلا من عصى الله»، بناء على ان المراد عصيان الله بعدم العمل بالشرط.

وهومشكل، لان الظاهر منه عصيان الله باشتراطه، بأن يشترط على الغير

إتيان محرم أوترك واجب، كما تشهد به رواية دعائم الإسلام: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا فيه معصية»(١.(

والحمل على ما ذكر مضافا الى انه خلاف الظاهر يوجب حمل الاستثناء على الانقطاع، والا لا يستقيم الا ان تكون الجملة اخبارية، فيكون المراد أن كل مؤمن يعمل بشرطه إلا العصاة، فحينئذ لا يتم المقصود»(٢.(

فإن إطلاق العاصي على المستثنى ومن لا يقف عند شرطه-على الاحتمال الأخير في كلامه-يجعل مفاد الذيل هووجوب الإتيان بالشرط ولزوم الوفاء به فيتم المقصود.

واستظهار ارادة عصيان الله تبارك وتعالى بالاشتراط نفسه في حيّز المنع جدا، إذ ليس في صدر الرواية تعرض للاشتراط -الاعتبار- كي يكون الذيل استثناء منه.

على انك قد عرفت عدم اتصاف الاشتراط بنفسه بالحرمة أوالعصيان.

وقياس ما نحن فيه من الاستثناء بما ورد في رواية دعائم الإسلام، ليس في محله ولا يمكن قبوله لما بين لساني النصين من الفرق الواضح.

على انه يجري فيها ما تقدم في المرسلة من عدم إرادة حرمة الاشتراط منها، لعدم اتصافه بالمعصية.

هذا ومن غير البعيد دعوى كون المتفاهم العرفي من استثناء الشرط المخالف للكتاب والسنة والحكم عليه بعدم النفوذ والحرمة «فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه» (٣) وغيره من التعبير، هولزوم المستثنى منه ووجوب الوفاء به.

فإنه وان لم تكن بينهما ملازمة عقلا حيث يمكن القول بحرمة المخالف واستحباب الوفاء بغيره، إلا ان من غير البعيد كون المتفاهم العرفي من لسانه وسياقه، تقابله مع المستثنى منه بحيث يكون على العكس منه تماما.

---

(١)مستدرك الوسائل ج ٢ باب ٥ من أبواب الخيار ح ٣.

(٢)كتاب البيع ج ٥ ص ٢١٧.

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

بل يمكن ان يقال: ان الحكم في المستثنى منه إذا لم يكن لزوميا-الوجوب- لم يكن وجه لتخصيص المستثنى بمحلل الحرام ومحرّم الحلال-بوصفهما مخالفان لمقتضى الشرع- فان مقتضى مخالفة المستثنى للمستثنى منه ومقابلته له عموم الحكم على هذا التقدير- ارادة الاستحباب من المستثنى منه-للشرط المخالف للمكروه على نحويعود الى نفي الكراهة-لا بمعنى اشتراط فعل المكروه مع الاحتفاظ على عنوانه ووصفه-فإنه مخالف للشرع أيضا، وهوخلاف المستثنى منه.

والحاصل: ان اختصاص المستثنى بمحلل الحرام ومحرم الحلال يكشف عن كون الحكم في المستثنى منه لزوميا.

هذا كله مضافا الى إمكان التمسك لإثبات الوجوب بما دلّ على وجوب الوفاء بالعقد، باعتبار شموله له بجميع مفاده، أركانه وتوابعه على حدّ سواء، لدخولها تحت مظلة العقد وشمولها بعنوانه.

ومنه يظهر انه لا وجه لما في بعض الكلمات من «عدم صحة الاستدلال به على ذلك» باعتبار «ان الشرط ليس جزء لأحد العوضين»(١).

إذ لا دليل على اعتبار اتصافه بجزئية أحد العوضين في شمول أدلة الوفاء له، بل يكفي كونه من توابعه وشئونه ومما يؤثر على أحدهما زيادة ونقصانا.

والحاصل: ان وضوح مفاد أدلة نفوذ الشرط في حدّ ذاتها، واستشهاد الامام عليه السلام بالقضية الكلية في موارد إثبات اللزوم، بالإضافة الى ما عرفته من شواهد وأدلة، يمنع وبشكل جزمي من الموافقة على ما افاده المحقق الايرواني(قده) من حمل القاعدة على بيان ما يقتضيه واجب الأدب بالنسبة للمؤمن وما ينبغي ان يكون عليه، أوحملها على الندب والاستحباب على أحسن التقادير.

وأما ما أفاده المحقق النائيني(قده) -القول الخامس-من اقتضاء أدلة الوفاء لثبوت الحكم الوضعي وما اصطلح عليه بالملكية الضعيفة، بحيث يكون المشروط له

---

(١)فقه الصادق ج ١٤ ص ٣٢٠.

يملك في ذمة المشروط عليه ذلك الشرط.

فيرده ما عرفته من عدم تجاوز دلالتها للحكم التكليفي المحض، باعتبار ان مفادها لا يعدوإمضاء ما قرره المتعاقدان في إنشائهما، الذي ينحصر بدوره -وبحسب الفهم العرفي - في إلزام الشارط للمشروط عليه بالفعل أوالنتيجة التي اعتبراها، وفرضهما عليه، وربط ذلك بالعقد على نحوتعليق التزامه به عليه أوتعليقه على الالتزام به أوهما معا.

فإنه ليس معنى كون المؤمن عند شرطه إلا إلزامه بما التزم به وما فرضه على نفسه من التكليف، كما يظهر ذلك جليا من قوله عليه السلام في رواية منصور بن بزرج المتقدمة على نسخة الكافي: «أما الآن فقل له: فليتم للمرأة شرطها». (١) فان تفريع ذلك على استفهامه عليه السلام بعد بيان السائل ان المرأة اشترطت عليه ان يجعل الله لها عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها، بقوله عليه السلام: «وقد فعل؟ » وجواب السائل بالإثبات، وتعقيبه عليه السلام على ذلك بقوله: «بئس ما صنع» إلخ، خير شاهد على كون التكليف الشرعي والأمر بالوفاء وإتمام الشرط للمرأة ناشئا مما فرضه الرجل بسوء تصرفه على نفسه، وانه لما كان قد أعطى للمرأة ذلك التعهد والزم نفسه به فعليه ان يتمه ويثبت عنده.

والحاصل: انه لا وجه لحمل مفاد أدلة الوفاء على الوضع وجعل الملكية للمشروط له في ذمة المشروط عليه، فإنه بعيد عن مفادها ولا يساعد عليه الفهم العرفي.

وإن شئت قلت: «ان محتملات هذه القضية الخبرية المراد بها التشريع بوجه، اما الصحة والنفوذ ابتداء، واما التكليف بالوفاء وان كان دالا على النفوذ بالالتزام، واما اللزوم وضعا.

ولا ريب ان ظاهر كون المؤمن عند شرطه هوملازمته إياه والقيام بمقتضاه، وقد تحقق في محله ان الاخبار بالتحقيق يناسب ارادة التحقق والبعث نحوه، فيناسب

---

(١)الكافي ج ٥ باب ٦٦ الشرط في النكاح وما يجوز فيه وما لا يجوز ح ٨.

الاخبار بملازمة المؤمن التكليف بملازمته إياه والعمل بمقتضاه، وليس الاخبار بملازمته مناسبا ابتداء للصحة والنفوذ، فإنه لا اخبار بتحققه منه حتى يكون كناية عن نفوذه عند الشارع.

نعم، لا يكلف بملازمة ما لا واقعية له شرعا.

واما اللزوم الوضعي وعدم انحلال الشرط، فهوصفة في الشرط لا في المشروط عليه، وظاهر النبوي كون المؤمن عند شرطه، فهولا ينفك عنه، لا أن الشرط لا ينفك في نفسه، أولا ينفك عن المؤمن، فكيف يكون دليلا على لزومه الوضعي كناية؟.

بل اللزوم ليس كالصحة بحيث يكون الدال على التكليف بالوفاء به دالا على لزومه، لمجامعة التكليف بالوفاء مع قابلية العقد أوالشرط للانحلال، بل قد مرّ في محله ان وجوب الوفاء حقيقة -لا عملا - متفرع على قبوله للانحلال والا لكان تكليفا بغير المقدور.«

واما ما أفاده رحمه الله لنفي كون الوجوب حكما تكليفيا محضا، من ان لازمة عدم جواز إسقاطه من قبل المشروط له، وهو «مما لا ينبغي ان يحتمله أحد، لبداهة سقوطه بإسقاط الشرط» على حد تعبيره(قده. (

فهومما لا يمكن قبوله إطلاقا، ذلك ان المقصود ان كان إسقاطه -الوجوب في المقام - مع بقاء موضوعه -الشرط- على حاله، فهوأول الكلام، بل لا يقول به أحد من القائلين بالوجوب جزما، فضلا عن ان يكون مما لا ينبغي ان يحتمله فقيه.

وان كان المقصود إسقاطه برفع موضوعه-كما هوصريح قوله رحمه الله، سقوطه بإسقاط شرطه، فمن الغريب إنكاره(قده) لسقوطه في سائر الموارد، فان ارتفاع الحكم التكليفي المحض -أيا كان - بارتفاع موضوعه من الأمور الواضحة التي لا ينبغي التأمل فيه فضلا عن التردد أوالمنع.

ومن الغريب في المقام استشهاده(قده) لعدم سقوط الحكم التكليفي المحض حتى مع رفع موضوعه -كما هومفروض كلامه - بعدم سقوط الحرمة التكليفية في الغيبة والشتم والقذف برضى المغتاب والمشتوم والمقذوف بها وإذنه فيها. -

فان من الواضح أن عدم رضى المنسوب اليه الفعل أوالمشتوم، ليس موضوعا للحكم بالحرمة فيه كي يستشهد به لعدم ارتفاعه بارتفاعه، بل الموضوع فيه هوهتك حرمة المؤمن وإهانته والنيل من كرامته بتلك الصيغ والأساليب، وهولا يرتفع برضاه بها وقبوله لها.

نعم، لوفرضنا جدلا ارتفاع هذه العناوين في مورد بحيث خرجت نسبة الفعل القبيح عن كونها قذفا، لارتفعت الحرمة جزما.

ومما ذكرناه يظهر الحال في مثاله حرمة الضرب مع رضى المضروب، فإنه إن استلزم ذلك الضرر المعتد به المنهي عنه شرعا كالمستلزم لتلف عضوأونقصه لم يكن لرضى المضروب أثر في ارتفاع الحكم لعدم كونه موضوعا له.

وان لم يستلزم ذلك وكان موضوع الحكم فيه هوإيذاء المؤمن، فلا مبرر للقول ببقائه بعد انتفاء موضوعه برضاه وقبوله.

والحاصل: ان ما افاده(قده) لا يصلح دليلا يعتمد عليه في نفي كون الوجوب المستفاد من أدلة الوفاء بالشرط حكما تكليفيا محضا، وإثبات جعل الحق في عهدة المشروط عليه والحكم الوضعي.

وبذلك يظهر الحال فيما افاده المحقق الاصفهاني(قده) في المقام بقوله: «نعم، لا يبعد ان يقال ان ظاهر الالتزامات في باب المعاملات والمعاوضات هوتمليك العمل بالتزامه وتسليط الغير على نفسه، خصوصا إذا كان للملتزم به عوض كما إذا التزم في ضمن المعاملة بخياطة ثوبه بدرهم، فان العرف لا يكاد يرتابون في ان أحدهما يملك العمل، والآخر يملك الدرهم، لا ان هذا الالتزام محقق لوجوب إعطاء الدرهم فقط.«

وقوله في مقام إثبات الحكم الوضعي عن طريق «آثار الشرط، كترتب جواز الإجبار المنتهي الى الحاكم وعدم وجوب الأداء إلا عند المطالبة وجواز الإسقاط، فإنه لولم يكن حق لم تكن سلطنة على الإجبار الذي أمره بيد ذي الحق، دون الأمر بالمعروف الواجب على كل أحد وعلى اي حال، كما انه يجب الأداء ولولم تكن مطالبة من المشروط له، كما انه لا معنى لإسقاط التكليف».

«فهونعم الطريق إلى استفادة الحق والظاهر ثبوت الحق وجواز الاخبار وان كان محل الكلام، إلا ان جواز الاسقاط مما لم ينقل فيه خلاف، كما أن الظاهر عدم لزوم العمل مع عدم المطالبة، كما عليه الطريقة العرفية»(١.(

فإنه بعيد جدا، وخلافها هوالمرتكز والمتفاهم عليه لدى العرف في مقام الاشتراط، حتى ولوكان للملتزم به عوض عند الاستقلال، وإلا لكان لازمة القول بتقسيط الثمن في العقد المشروط به على المعوض والشرط معا، وهوما لا يلتزم به هو(قده) أيضا.

واما حديث إثبات الحق وكون الوجوب وضعيا في المقام عن طريق التمسك بالآثار المذكورة في كلامه(رحمه الله)فهومما لا يمكن المساعدة عليه، بل لم يكن ينبغي صدوره منه(قده. (

وذلك ان ثبوت هذه الآثار ليس من الأمور المسلمة عند الجميع، بل وحتى عند الأكثر، ولا هي مما قدم الدليل التعبدي عليها، كي تكشف وبطريق الإن عن العلة وكون الحكم في المقام وضيعا.

فان جواز الإجبار محل خلاف عند كثير من الأصحاب، بل لا دليل على ترتبه -بناء على القول به-على الالتزام بثبوت الحق، فإن كثيرا من القائلين بثبوت الحكم التكليفي يلتزمون به من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وجواز الاسقاط بدون رفع الموضوع أول الكلام، وارتفاعه برفعه يجري حتى في الأحكام التكليفية، وعدم وجوب العمل مع عدم المطالبة في حيّز المنع جدا، وعلى تقدير قبوله فهوليس مما قام التسالم عليه.

بل وحتى لوثبت ذهاب الأكثر إلى ثبوت هذه الآثار، فلا وجه لجعلها دليلا على كون الثابت بالاشتراط حقا للمشترط على المشروط عليه، لوضوح استناد أكثر

---

(١)تعليقية الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٧.

القائلين بها الى تفرعها على ثبوت الحق بالشرط.

وبعبارة اخرى: ان مستند الالتزام بهذه الآثار هواختيار ثبوت الحق بالشرط، فلا يمكن ان تكون هي المستند في ثبوته.

على ان لازم القول بثبوت الحق والملكية في مرتبتها الضعيفة-على حد تعبير المحقق النائيني(قده) -هوجواز المعاوضة عليه ونقله الى الغير حتى مع عدم رضى المشروط عليه، بحيث يصبح المنقول اليه هوصاحب الحق في ذمة المشروط عليه وصاحب القرار الاستقلالي من حيث المطالبة والاسقاط، كما هوالحال في الأعمال والحقوق الثابتة في ذمة الغير بموجب العقود كالإجارة ونحوها، حيث يجوز لمالكها نقلها الى الغير من غير ان يكون لمن ثبت الحق في ذمته الاعتراض عليه، إذا لم يكن العقد الأول مقتضيا لانحصار الحق فيه وقيامه بشخصه-صاحب العقد الأول.

وهومما يأباه الفهم العرفي من الشرط جدا، بل ولا أظن التزامهما-المحققين النائيني والأصفهاني(قده) -فضلا عن غيرهما به.

فان كان لا بد من التمسك بطريق الإن في المقام، فلا بأس بالتمسك بما ذكرناه للاستدلال على كون الثابت في المقام حكما تكليفيا محضا.

وبالجملة: فالمستفاد من أدلة وجوب الوفاء بالشرط ولزوم إنهائه وإتمامه، لا يعدوالحكم التكليفي المحض، والإلزام الشرعي به، مع ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط فيما يكون واقعه تعليق الالتزام بالعقد المتضمن له على تحقق الفعل أووجود الوصف المأخوذ فيه.

المسألة الثانية: في جواز إجبار المشروط عليه الممتنع على الوفاء.

لا ينبغي الاشكال والتردد في عدم جواز إجبار الشارط للمشروط الممتنع عن العمل بموجب الشرط والوفاء به على التنفيذ والالتزام، بناء على ما ذهب اليه المحقق الايرواني(قده) من كون مفاد أدلة الإمضاء بيان الحكم الأخلاقي، أومحض الاستحباب، لمنافاتهما منع الإلزام والإجبار كما هوواضح.

وكذا الحال بناء على ما اختاره الشهيد الأول رحمه الله في بعض تحقيقاته من كون فائدة الاشتراط صرف ثبوت الخيار عند التخلف -القول الرابع - باعتبار ان ثبوته على خلاف قصد المتعاقدين وإنشاؤهما في مقام الاشتراط يحتاج الى دليل تعبدي خاص وهومفقود.

كما لا ينبغي الإشكال في ثبوته، بناء على كونه حقا للمشروط له ثابتا في ذمة المشروط عليه-القول الأخير.

باعتبار ان فائدة الشرط هو «ثبوت حق مالكي لصاحب الشرط على الآخر المستتبع لجواز الفسخ عند تعذر تسليمه، كتعذر تسليم العوضين لا مجرد تخلفه، فلوامتنع يجبر على التسليم وأداء الحق إلى مالكه، كما لوامتنع من تسليم العوض المنتقل عنه»(١.(

وبعبارة اخرى: «ان المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه»(٢.(

بلا فرق فيه بين كون الشرط من حقوق الله، أومن حقوق المشروط له، أومن غيرهما، فان جميعها سيان من حيث كونها ملكا في ذمة المشروط عليه.

---

(١)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣٢.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

نعم، قد يقع الخلاف فيها فيمن له حق المطالبة والإجبار، وهوغير مناف لأصل ثبوت حق الإجبار.

ومن هنا فلا وجه لما عن الصيمري في غاية المرام-على ما استظهره في المكاسب - من «أن كل شرط يكون حقا مختصا للمشترط لا كلام ولا خلاف في عدم الإجبار عليه»(١.(

فإنه بعيد غايته، لمنافاته لمبدإ ثبوت الحق وملك المشروط له للشرط في ذمة المشروط عليه.

واما بناء على المختار من كون مفاد أدلة الإمضاء حكما تكليفيا محضا، فقد يقال بعدم جواز الإجبار باعتبار ان الأدلة لا تساعد إلا على كون الممتنع عن الوفاء آثما، اما جواز إجباره وارغامه على التنفيذ فهوخارج عن مفادها.

إلا انه لا يمكن المساعدة عليه، إذ لا أقل من اقتضاء أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ذلك، فان مقتضاها جواز الانتقال من اللسان الى اليد في مقام تحميل الممتنع عن الوفاء.

نعم، قد يؤخذ على هذا الدليل أن مقتضاه عدم اختصاص الإجبار بالشارط نفسه، فان حاله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حال الأجنبي عن العقد والشرط عاما.

بل وعلى العكس من ذلك قد يقال بكون مقتضاه عدم ثبوته للشارط واختصاصه بالحاكم الشرعي، بأن يكون الثابت رفع أمره إليه ليتصدى هوالى إلزامه وحمله على الوفاء والتنفيذ، كما هوالحال في كثير من موارد امتناع من عليه الحكم من تنفيذه.

لكن هذا لا يعني التنازل عن الحكم بجواز الإجبار عند الإصرار على كون مفاد أدلة الإمضاء حكما تكليفيا محضا.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٤.

فان من الممكن القول بان جواز الإجبار ليس من مداليل أدلة الإمضاء، بل هوكجعل الخيار عند التخلف من مفهوم الشرط نفسه، فإن الإلزام المنشأ من قبل الشارط يساوق بحسب الفهم العرفي الغرض والتحتم والإرغام والإجبار، من غير أن يعني ذلك كون المنشأ من قبلهما حقا وملكا للمشروط له في ذمة المشروط عليه، إذ لا منافاة بين كون المنشأ من قبلهما حكما عرفيا أمضاه الشارع بمقتضى أدلة وجوب الوفاء بالشرط، وبين كون المتفاهم بينهما يتبع المتفاهم بين أهل العرف ترتب الإجبار والإرغام عليه، بحيث يكون ذلك مساوقا بنظرهم لما أنشأه.

وإذا كان الشارع قد امضى الحكم العرفي -الإلزام التكليفي - بما دلّ على وجوب الوفاء بالشرط تكليفا، فإنه يكفي في نفوذ الجانب الثاني من الشرط عدم ردعه عما ثبت تفاهم أهل العرف عليه، وأقدامهم على العقد بموجبه، كما هوالحال في ثبوت الخيار عند التخلف.

ولعل ما ذكرناه هومقصود السيد الخميني(قده) في قوله: «وقضية جواز مطالبة المشروط عليه بالعمل بشرطه، بل وجواز إلزامه عليه وصحة إسقاط حقه وتأجيله كلها عقلائية»(١.(

وبعبارة اخرى: ان المتفاهم العرفي من جعل الوجوب الشخصي أعني الإلزام من طرف على آخر وقبول ذلك الغير له، هوإثبات حق الإجبار للطرف الملزم - بالكسر-على صاحبه.

على انه لا يبعد القول بثبوت حق الإجبار لمن له الحكم في الأحكام الخاصة مطلقا، بحيث يثبت له نوع امتياز عن غيره الأجنبي عنه تماما، فيقال بجواز إجبار الأقارب المستحقين النفقة لمن وجبت نفقتهم عليه عند امتناعه عنها، من غير ان يدخل ذلك في مفهوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر المقتضي لمساواتهم للأجانب.

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢١٩.

فإن كون الحكم لهم دون غيرهم يجعل لهم أولوية في المطالبة به وتنفيذه، تميزهم عن غيرهم ممن لا علاقة له به.

ولعل أوضح مثال يمكن ذكره لهذه القاعدة إجبار الرجل زوجته على القدر المتيقن من الاستمتاع واحكام الزوجية، وليفرض ذلك في مثل النظر إليها بغير حجاب وبشهوة وتلذذ، فإنه وان اعتيد التعبير عن هذا الحكم بالحق، إلا ان وضوح عدم قابليته-أقل ما يمكن فرضه من آثار الزوجية-للإسقاط، يكشف عن كونه اصطلاحا مسامحيا بلحاظ الغالب في الآثار والمتعارف في الاستمتاعات، وانه حكم شرعي محض ليس للرجل التنازل عنه.

فان اتفاقهم على جواز إجباره لها عليه مباشرة ومن غير حاجة لرفع أمره الى الحاكم الشرعي، ووضوح عدم مساواته لغيره في هذه الجهة كي يقال انه من باب النهي عن المنكر، يكشف عن ثبوت نوع أحقية وأولوية لمن له الحكم الخاص، في مطالبة من عليه الحكم الممتنع عن تنفيذه والتقيد به، فلا حظ وتأمل.

والحاصل: ان المنشأ من قبل المتعاقدين في مقام الاشتراط، ومفاد أدلة الإمضاء ووجوب الوفاء شرعا، ليس إلا الوجوب التكليفي بمعنى الفرض والتحتم والجعل في العهدة والإلزام به.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

نعم، مقتضى الفهم العرفي وبناء العقلاء في سيرتهم العملية ثبوت حق الإجبار لمن له الحكم عند امتناع من عليه الوجوب من امتثاله.

فحق الإجبار أمر مقارن لثبوت الحكم وملازم للوجوب والتحتم بمقتضى الفهم العرفي، وقد أقره الشارع المقدس بموجب عدم الردع عنه.

ومن الواضح ان هذا غير الالتزام بكون المجعول بالإنشاء حقا للشارط في ذمة المشروط له، فان الفرق بينهما لا يكاد يخفى.

ومما ذكرناه يظهر انه لا مانع من الجمع بين الالتزام بثبوت حق الإجبار للمشروط له من جهة، وعدم جواز نقل ما ثبت بالشرط -المشروط- الى الغير من

جهة أخرى-كما يظهر من كلماتهم ويساعد عليه الفهم العرفي-فإنه وبمقتضى الحق الثابت للشارط مقارنا لإنشاء التكليف بحسب بناء العقلاء، يثبت له إجبار الممتنع عن الوفاء عليه وإلزامه به قهرا، وبمقتضى كون المنشأ بالاشتراط حكما محضا لا يجوز إيقاع العقد عليه ونقله الى الغير.

ثم ان الفعل المشروط إتيانه قد يكون من أفعال الجوانح محضا، وأعني به ما يصدر من بعض الأطراف من دون توقف على فعل النفس كالاعتبار أوقصد العنوان أوالأمر أوالتقرب، كما هوالحال في أكثر الأعمال لا سيما الحرفية كالخياطة والكتابة والبناء والنجارة ونحوها.

وقد يكون متوقفا على الإنشاء والاعتبار النفساني، كالبيع والإجارة والهبة ونحوها.

وقد يكون مما يتوقف على قصد العنوان أوالأمر أوالتقرب، كما هوالحال في الأمور العبادية والصدقة ونحوها.

فان كان من قبيل الأول، فلا إشكال في الإجبار والعمل المجبر عليه، حيث يكفي في استيفاء الشارط لشرطه تحققه في الخارج كيف ما كان.

وان كان من قبيل الثاني، فهل يجبره الشارط أوالحاكم على إيقاعه ويسقط بذلك اعتبار رضاه واختياره في الإنشاء، باعتبار كون الإكراه بحق، نظير ما يقال في إكراه المحتكر على بيع ما احتكره، ومع تعذره يقوم الحاكم مقامه في الإنشاء بحسب ولايته على الممتنع، أويقوم الحاكم مقامه ابتداء ومن دون حاجة لمحاولة إجباره؟ أوجه، بل أقوال، يتعرض إليها في مبحثي اعتبار الاختيار والرضا في الإنشاء، وولاية الحاكم على الممتنع.

وإن كان من قبيل الثالث، فان كان مما يحتاج الى قصد التقرب مع كون ذات العمل قابلا للإلزام والتحقق كالصدقة ونحوها، فقد يقال بجواز إلزامه بالعطاء مع قيام الحاكم مقامه في قصد القربة، نظير ما يقال في إلزامه بدفع الخمس والزكاة.

وقد يقال بمباشرة الحاكم للعطاء والإخراج أيضا.

وان كان مما يتوقف تحقق ماهيته على القصد، بحيث لا يمكن تحققه خارجا من دونه ولا يصدق عليه العنوان إلا معه كالصلاة والصيام ونحوها، فلا مجال لفرض الإجبار، ولا معني لقيام الحاكم مقامه في القصد، بل يتعين القول فيه بتعذر الشرط وانحصار حق الشارط معه في الخيار.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المسألة الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط.

لا اشكال ولا خلاف في ثبوت الخيار للمشروط له في العقود القابلة للفسخ عند امتناع المشروط عليه عن الوفاء وتعذر إجباره عليه، فإنه حق له على هذا التقدير جزما وقولا واحدا عند كل من يلتزم بثبوت الخيار بمقتضى الشرط.

إنما البحث والكلام في ثبوت هذا الحق في عرض جواز الإجبار ومقارنا له، بحيث يكون المشروط له مخيرا بينهما بمحض امتناع المشروط عليه وتنصله عن الوفاء.

فقد اختلفت كلماتهم في المقام اختلافا كثيرا، فمنهم من يرى ذلك، ومنهم من يصرّح بكونه في طوله ومتفرعا على تعذر الإجبار وعدم إمكان استيفاء الشرط منه ولوقهرا عليه.

فقد نقل في المكاسب عن العلامة(قده) في التذكرة قوله: «لوباعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر، أويفرضه بعد شهر أوفي الحال، لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخل به لم يبطل البيع، لكن يتخير المشترط بين فسخه للبيع وبين إلزامه بما شرط»(١.(

وهوظاهر عبارة شيخ الطائفة(قده) في المبسوط، حيث قال: «إذا اشترى عبدا بشرط أن يعتقه كان البيع والشرط صحيحين، لقوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم» فإذا ثبت ذلك فالمشتري ان أعتق العبد فقد وفي بالشرط، وان لم يعتقه قيل فيه شيئان:

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

أحدهما: يجبر عليه، لأن عتقه قد استحق بالشرط.

والثاني، لا يجبر عليه لكن يجعل البائع بالخيار.

والثاني أقوى»(١.(

اللهم الا ان يقال بخروجه عن محل البحث، باعتبار أن الكلام في ثبوت حق الفسخ وعدمه بمحض الامتناع بالنسبة لمن يلتزم بجواز الإجبار، بحيث يكون النزاع في طوليته له أوعرضيته، فلا يكون الالتزام بثبوت الخيار مجردا عن حق الإجبار مرتبطا به.

في حين نقل الشهيد الثاني(قده) في الروضة عن بعضهم القول بأنه «يجب الوفاء بالشرط، ولا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله الى شرطه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، وقوله صلّي الله عليه وآله: (المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله.(

فعلي هذا لوامتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن إجباره، رفع امره الي الحاكم ليجبره عليه-ان كان مذهبه ذلك-فان تعذر فسخ حينئذ ان شاء»(٢.(

ولا يبعد ان يكون هذا القول هوالمشهور بينهم.

قال في الكفاية: «ولواشترط شرطا سائغا في العقد وامتنع المشروط عليه، كان للمشروط له إجباره عليه، وان لم يمكن رفع امره الى الحاكم، فان تعذر كان له اختيار الفسخ، وهذا أقوى الأقوال في المسألة»(٣.(

وفي الحدائق: «لوامتنع من الوفاء بالشرط أثم وعوقب بتركه ووجب إجباره على ذلك، ولولم يمكن إجباره رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي ليجبره عليه-إن كان

---

(١)المبسوط كتاب البيوع ١ فصل في تفريق الصفقة واختلاف المتبايعين.

(٢)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٦.

(٣)كفاية الأحكام/كتاب البيع الفصل الخامس في الشروط.

مذهبه ذلك-وان تعذر فسخ ان شاء»(١.(

بل في الجواهر انه «لولا الإجماع ظاهرا على ثبوت الخيار في حال تعذر الإجبار، مضافا الى خبر الضرار وخبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السّلام..، لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلا..

ومن ذلك يعلم ان المتجه الاقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار، ولعله حال تعذر جبره على الحاكم لا على من له الشرط»(٢.(

وفي المكاسب: «لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الإجبار، لما عرفت من ان مقتضى العقد المشروط هوالعمل على طبق الشرط اختيارا وقهرا..

ثم على المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الإجبار..»(٣.(

بل وقد ترقى المحقق الايرواني(قده) عن ذلك ليعتبر «عدم تعقل اجتماع حق الإجبار والخيار بمكان من الوضوح، فإن الإجبار في موضوع عموم الشرط وشموله لما يصدر جبرا فلا يكون تخلف مهما أمكن الفرد الإجباري منه، وموضوع الخيار صورة تعذر الشرط بجميع افراده، وأنّى يجتمع هذان الأمران»(٤.(

أما المحقق النائيني(قده) فقد اعتبر هذه «المسألة بعينها هي المسألة السابقة باختلاف يسير وتفاوت في العبارة بل اعتبر ذكرها بعد تلك من قبل الشيخ الأعظم(قده) سهوا من قلمه رحمه الله»(٥.(

أقول: قد عرفت فيما مضي أن حقيقة الربط القائم بين الشرط والعقد المتضمن له تعود - في العقود القابلة للفسخ-الي تعلق الالتزام بذلك العقد على تحقق

---

(١)الحدائق الناضرة ج ١٩ ص ٦٩.

(٢)جواهر الكلام ج ٢٣ ص ٢١٩.

(٣)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٤)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٧.

(٥)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٣٤.

الشرط ووجوده خارجا.

وهذا يعني بطبعه ثبوت الخيار للمشترط عند امتناع شرطه مباشرة ومن غير توقف على شيء، فإنه مقتضى التعليق وقت الإنشاء وربط الالتزام بالعقد به، حيث لا مبرر لتقييد جعلهما بالعجز عن الإجبار.

هذا بناء على المختار في ثبوت الخيار.

واما بناء على مذهب المشهور من التمسك في إثباته بحديث نفي الضرر، أوالسيرة العقلائية كحكم تعبدي غير ناشئ عن التعليق في مقام الإنشاء، فلا يبعد تعين القول بكون ثبوت الخيار في طول العجز عن الإجبار وإلزام المشروط عليه بالوفاء.

اما بناء على التمسك بحديث نفي الضرر-كما هومذهب المشهور من الأصحاب - فالأمر واضح، فإنه في فرض جواز الإجبار، وإمكان وصول المشترط الى شرطه ولوبارغام الممتنع عليه، لا يكون الحكم بوجوب الوفاء بالعقد حتى مع امتناع المشروط عليه ابتداء عنه حكما ضرريا، كي ينفى بالقاعدة ويلتزم بثبوت الخيار بمجرده.

نعم، وجوب الوفاء به حتى مع تعذر حمل الممتنع على الوفاء، حكم ضرري على المشروط له، فتشمله أدلة نفي الضرر جزما.

وعليه فما عن المحقق الأصفهاني(قده) من «ان المانع من تحقق الضرر فعلية الإجبار لا جواز الإجبار، بل مرجع الجواز الى التمكن من رفع ضرر اللزوم، والمنفي هوالحكم الضرري لا الحكم الضرري الذي لا يتمكن من رافعه.

وبعبارة أخرى: مرجع جواز الإجبار إلى إمكان تدارك ضرر اللزوم شرعا، والمرفوع هوالضرر لا الضرر غير المتدارك، فيكون الخيار في عرض جواز الإجبار.

ومما ذكرنا تعرف ما في تعليله(قده) حيث قال رحمه الله: ان مقتضى العقد المشروط هوالعمل على طبق الشرط اختيارا أوقهرا.. إلخ.

فإن غاية مقتضاه انه كما لا ضرر مع العمل بالشرط اختيارا كذلك مع العمل

به قهرا، إلا ان الثابت مع الامتناع جواز الإجبار لا فعلية الإجبار المحقق للعمل، ولزوم العقد مع الامتناع ضرري، سواء جاز رفعه بالترخيص أم لا»(١.(

وبعبارة اخرى: ان وجوب الوفاء بالعقد مع امتناع المشروط عليه عن الوفاء، حكم ضرري بحسب ذاته وطبعه.

نعم، يتمكن المشترط من دفع الضرر عن نفسه والتخلص منه، بإجباره عليه وارغامه على الوفاء، إلا ان كون الحكم في حدّ نفسه ضرريا شيء، وكون الضرر المتوجه اليه قابلا للتفصي عنه والتخلص منه شيء آخر.

مما لا يمكن المساعدة عليه، فإنه إذا كان احتمال تحقق الشرط من المشروط عليه وباختياره في المستقبل غير البعيد وإمكانه، كافيا في عدم كون وجوب الوفاء الصادر من الشارع حكما ضرريا، رغم عدم تلبسه بالوجود خارجا، كان إمكان تحققه منه خارجا ولوقهرا عليه، وبالتمسك بالقوة والإجبار -بعد فرض جوازه - كافيا في عدم كون وجوب الوفاء به حكما ضرريا.

وذلك لما افاده الشيخ الأعظم(قده) : «من ان مقتضى العقد المشروط هوالعمل على طبق الشرط اختيارا أوقهرا»(٢.(

وإلا فلولم يكن إمكان التحقق بالقوة والقهر كافيا في عدم كون وجوب الوفاء بالعقد حكما ضرريا، لم يكن إمكان تحققه اختيارا في المستقبل غير البعيد كافيا في عدم كون وجوب الوفاء بالعقد حكما ضرريا أيضا، وحيث ان التالي باطل بالبداهة والضرورة، لاستلزامه ثبوت الخيار من حين تحقق العقد مباشرة وبلا فصل، فالمقدم مثله.

وبعبارة اخرى: ان العرف كما لا يرى اللزوم مع التأخير البسيط عند تحقق

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٨.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

الشرط باختيار المشروط عليه في المستقبل غير البعيد، حكما ضرريا، لا يراه مع إمكان تحققه بالقهر والإكراه فيما لا يستلزم العسر والحرج على المشروط له كذلك.

واما بناء على التمسك بالسيرة العقلائية كدليل تعبدي، كما هوالحال في أكثر أبواب المعاملات بالمعنى العام الشامل للعقود والإيقاعات، بدعوى إدراك العقل وقيام السيرة العقلائية ومن غير ردع من الشارع على ثبوت الخيار للشارط عند تعذر استيفائه للشرط، من غير تعليل ذلك بالتعليق في مقام الإنشاء أوالضرر أوغيرهما، فالأمر كذلك أيضا، أعني كون الخيار في طول تعذر قهر المشروط عليه على الوفاء وأداء ما عليه.

فان بناء العقلاء دليل لبي، ويتعين الاقتصار فيه على المتيقن، وهوما لوتعذر وصول حق المشترط اليه سواء عن طريق السلم واختيار المشروط عليه، أم بطريق القهر والجبر، فإنه لا إشكال حينئذ في قيام السيرة العقلائية على ثبوت الخيار وجواز رفع الشارط يده عن الالتزام بالعقد.

واما لوتمكن المشترط من الوصول الى حقه باختيار المشروط عليه، أورغم إرادته، من دون تكلف أوعسر عليه -المشروط له - فلا يرى العقلاء مبررا لرفع اليد عن التزامه وإبطاله لعهده وميثاقه.

ويكفي في المقام الشك، إذ معه يتعين الرجوع الى أصالة اللزوم وأدلة الوفاء بالعقد، باعتبار ان التمسك بأدلة الخيار-حتى مع فرض كونها أدلة لفظية-يكون من التمسك بالعام في الشبهات المصداقية.

ومن هنا يظهر انه لا وجه لما أطلقه السيد الخميني(قده) من الحكم بأنه «مع التخلف يثبت خيار التخلف عند العقلاء من دون توقف على التعذر، فبمجرد التخلف عن الشرط بثبت الخيار العقلائي، لتخلفه عن القرار والشرط»(١.(

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٠.

فان العقلاء لا يحكمون بالخيار لمجرد تخلف المشروط عليه عن الوفاء طوعا، مع إمكان تحقيقه قهرا عليه من غير عسر أوحرج بالنسبة للمشروط له، ويكفينا الشك في الحكم بكون الخيار في طول الإجبار.

نعم، بناء على ما ذكرناه من كون مفهوم الشرط في مثل هذه الموارد هوتعليق الالتزام بالعقد على وجوب الشرط وتحققه من المشروط له، يتعين القول بمجرد التخلف، سواء أمكن الإجبار عليه أم لم يمكن، كما هوقضية التعليق وربط الالتزام بالعقد به.

فان حمله على خصوص مورد تعذر الإجبار وامتناع قهر المشروط عليه على الوفاء بالشرط، بعيد عن روح الشرط وظاهر القرار بينهما، لا سيما مع التفات الى عدم خلوالإجبار والقهر غالبا عن نوع من التكليف والاحراج للمشروط له.

ولا وجه لقياس الشرط بالعوضين، حيث التسالم بينهم على عدم جواز الفسخ بمجرد امتناع صاحبه عن تسليم ما انتقل اليه بالعقد.

فان الفرق بينهما لا يكاد يخفى، فإنه لا تعليق في العوضين إطلاقا، والخيار عند الامتناع من التسليم ثابت بمقتضى النص ونفي الضرر، فأين ذلك من تعليق الالتزام به حين الإنشاء على وجوده وتحققه.

على «أن كلا منهما -المتعاقدين- ملك ما في يد الآخر ولا يخرج عن ملكه بعد تسليم صاحبه فيجبران على ذلك، بخلاف الشرط، فان المشروط حيث فرض فعلا كالاعتاق فلا معنى لتملكه، فإذا امتنع المشروط عليه عنه فقد نقض العقد، فيجوز للمشروط له أيضا نقضه»(١.(

وبعبارة اخرى: ان الوفاء يختلف باختلاف مقاماته، ففي مثل البيع الذي يكون مقتضاه الملكية، ويكون معنى الوفاء به الالتزام بالملكية الحاصل بمجرد العقد وإبقاءها على حالها، بعدم حلّها أورفع اليد عنها.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

واما في مثل الشرط والالتزام بشيء في ضمن العقد، فليس الوفاء به إلا القيام بمقتضاه وإيجاده خارجا.

وعلى هذا الأساس لا يكون عدم تسليم العين في العقود المقتضية للملكية نقضا لها ولمفادها، في حين ان عدم إيجاد العمل في الخارج في مورد الشرط يعتبر نقضا له ورفعا لليد عنه.

مع ان ضرر صاحب العقد عند امتناع صاحبه الأخر عن تسليم ما انتقل اليه، متدارك بجواز امتناعه هوعن تسليم ما في يده الى حين تسليم الأخر ما قابله في العقد، بخلاف الشرط، فإنه وبلحاظ عدم مقابلته لشيء من العوض لا يكون الامتناع عنه مسوّغا، لامتناع المشروط له عن تسليم ما في يده، فلولا جواز الخيار وفسخ العقد لا يكون الضرر متداركا بشيء.

والحاصل: إن ثبوت الخيار في عرض جواز الإجبار، بناء على ما اخترناه من كون مفهوم الشرط في موارد قابلية العقد للفسخ، هوتعليق الالتزام به على تحقق الشرط، مما لا ينبغي التردد فيه.

واما بناء على مسلك الاعلام من التمسك بحديث نفي الضرر، أوبناء العقلاء في معاملاتهم، فالقول بكونه في عرض الإجبار مشكل جدا، بل المتعين هوالحكم بكونه في طوله وفي فرض تعذر قهر المشروط له للمشروط عليه على الوفاء وإجباره على الالتزام بالشرط.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالأرش عند تعذر الشرط؟

يختلف تأثير تعذر الشرط في العقد المتضمن له باختلاف نوع الشرط، من حيث كونه شرط وصف في المبيع الشخصي أوشرط نتيجة أوشرط فعل، واختلاف حالتي التعذر من حيث كونه طارئا على العقد أوحاصلا حينه، واختلاف حالات المتعاقدين من حيث علمهما أوجهلهما به.

فان لكل فرع من هذه الفروع بحثه المختص به، ويستحسن بنا قبل الدخول في تحرير البحث المذكور في عنوان المسألة، التعرض -ولوإجمالا- لتلك البحوث كتمهيد ومدخل للبحث المقصود في المقام.

فنقول: امّا مع علم المتعاقدين بتعذر الشرط حال العقد، سواء في ذلك شرط النتيجة والوصف والفعل، كاشتراط نتيجة يعلمان بعدم تحققها بالاشتراط، أووصف يعلمان عدم وجوده في المبيع، أوفعل يعلمان عجز المشروط عليه عن تحقيقه، فقد عرفت في بعض الأبحاث السابقة عدم تجاوز ذلك لصورة الاشتراط، باعتبار عدم تأتي القصد الجدّي من العاقل بعد الالتفات الى العجز وعدم إمكان التحقق.

لكن ربما يقال فيه بكونه شرطا فاسدا مع اقتضائه لفساد العقد المتضمن له أوعدمه.

وتفصيل الحديث موكول الى محله عند التعرض لأحكام الشرط الفاسد.

وامّا مع جهلهما أوجهل الشارط خاصة بالتعذر حال العقد، فان كان الشرط وصفا حاليا في المبيع الشخصي، بأن اشترط أمرا في المبيع المعين وكان يعتقد وجوده فيه ثم بان عدمه.

فقد عرفت ان مرجعه الى اشتراط الخيار، بمعنى تعليق الالتزام بالعقد وإنهائه

بوجود ذلك الوصف في متعلقه. فان كان موجودا فهومتعهد به، ولا طريق له لرفع اليد عنه من طرف واحد. وان كان مفقودا كان بالخيار، بين قبوله للمبيع الفاقد له، وبين رفضه له ورفع يده عن العقد المقتضى لنقله اليه.

وإن كان الشرط نتيجة أوفعلا للمشروط عليه، فقد تقدم في مبحث اعتبار القدرة على الشرط في صحته ونفوذه القول بعدم صحته، لاعتبار القدرة عليه حين العقد.

لكنك قد عرفت انه مما لا يمكن المساعدة عليه، باعتبار ان ما ذكر له من الأدلة بين ما لا يتم في حد نفسه، وبين ما لا يرتبط باعتبار القدرة، بل يرجع الى اعتبار أمر آخر، كنفي الغرر وما شاكله.

فالصحيح ان التعذر وعدم القدرة حال العقد مع فرض تمشي القصد والجد منهما لجهلهما بواقع الحال، ليس إلا كالتعذر الطارئ على العقد بعد فرض التمكن منه حينه.

وبذلك يكون الشرط صحيحا ويترتب على تخلفه وتعذره الخيار.

إذا عرفت ذلك، يقع الحديث في انحصار حق المشروط له عند تعذر الشرط، أوامتناع المشروط عليه من الوفاء بالشرط مع تعذر إجباره عليه كما عليه المشهور، أوحتى مع إمكانه كما هوالمختار، في الخيار، بمعنى تخيّره بين فسخ العقد ورفع اليد عنه، وبين إمضائه كما هوعليه بتمام الثمن المسمى.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

أويمكن القول بثبوت الخيار له بين الفسخ والمطالبة بالأرش في الموارد التي لا يعدّ الفعل المشروط إتيانه مالا في حد ذاته، ولا يبذل بإزائه بنفسه الثمن، كاشتراط عتق العبد المشتري ونحوه. أوبينه وبين أخذ بدل الشرط مثلا، أوقيمة في الموارد التي يكون الفعل المشترط مالا ويبذل بإزائه في نفسه الثمن، كاشتراط الخياطة والكتابة ونحوها.

المشهور هوالأول «لعدم دليل على الأرش، فإن الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا وشرعا إنما هي بين المالين والتقييد أمر معنوي لا يعدّ

مالا، وان كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه، وثبوت الأرش في العيب لأجل النص»(١.(

وبسط الكلام في المقام يستدعي الحديث في موردين: الأول: في ثبوت الأرش في موارد تعذر ما لا يعدّ مالا في حدّ ذاته.

الثاني: في جواز أخذ بدل الشرط فيما يعدّ مالا في نفسه.

اما المورد الأول فقد نسب الشيخ الأعظم(قده) الى «ظاهر العلامة(قده) ثبوت الأرش إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق.

وتبعه الصيمري فيما إذا اشترط تدبير العبد، قال: فان امتنع من تدبيره تخيّر البائع بين الفسخ واسترجاع العبد، وبين الإمضاء، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لوبيع مطلقا وقيمته بشرط التدبير.

ومراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لا تمام التفاوت، لان للشرط قسطا من الثمن، فهومضمون به لا بتمام قيمته، كما نص عليه في التذكرة»(٢.(

وكيف كان، فقد استدل لثبوت الأرش عند تعذر الشرط بوجوه: الأول: ما ذكره العلامة(قده) وتبعه عليه الصيمري رحمه الله من أن للشرط قسطا من الثمن، فيكون مضمونا عند تخلفه.

وقد رده الشهيد الأول(قده) في الدروس: «بان الشروط لا يوزع عليها الثمن»(٣.(

وقد أوضحه الشيخ الأعظم(قده) بما عرفته من «ان الشرط في حكم القيد لا يقابل بالمال، بل المقابلة عرفا وشرعا إنما هي بين المالين، والتقييد أمر معنوي لا يعد

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٣)الدروس ج ٢ ص ٣٤٣.

مالا، وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه.«

وبعبارة اخرى: ان الأوصاف «لا تقابل بالمال، ولا يقع بإزائها جزء من الثمن أوالأجرة، وإنما هي تستوجب زيادة بذل المال بإزاء العين، فتؤثر في ازدياد الرغبة إلى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بإزائها من دون ان تقابل بنفسها بشيء.

إذا فلا مقتضى للمطالبة بالتفاوت بين القيمتين.

ولوسلمنا المقابلة كان لازمها تقسيط الأجرة لا المطالبة بالأرش.

وتوضيحه: ان الأرش الثابت في باب خيار العيب ليس معناه استرداد جزء من الثمن الواقع بإزاء وصف الصحة، بحيث يبقى البائع مشغول الذمة بسبب تخلف هذا الوصف، وإنما يثبت الأرش، ويضمن البائع بنفس مطالبة المشتري لا يفقد ذاك الوصف، بحيث لوفرضنا ان المشتري لم يطالب ولولأجل انه لم يعلم بالعيب الى ان مات لم تكن ذمة البائع مشغولة بشيء، لما عرفت من عدم مقابلة هذا الوصف بجزء من الثمن.

فضمان التفاوت بين الصحيح والمعيب المعبّر عنه بالأرش حكم جديد ثبت بنفس المطالبة، وبها تشتغل الذمة ومن ثم لم يختص بجزء من الثمن، بل عليه الخروج عن عهدة هذا الضمان من أي مال كان.

فلوكان المناط في هذا الضمان المقابلة المزعومة المزبورة لزم استرداد جزء من نفس الثمن، طالب المشتري أم لا، علم بالعيب أم لا، لأن هذا المقدار من المال لم يملكه البائع من الأول.

وهذا كما ترى لم يلتزم به أحد جزما، لتطابق النص والفتوى على اناطة الضمان بالمطالبة، وجواز الدفع من أي مال كان، فلا جرم كان هذا حكما تعبديا مختصا بمورده وهوالمبيع ولا ينسحب الى غيره»(١.(

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ١٤٩ - ١٥٠.

الثاني: «إدراج المورد تحت عنوان العيب، لأن المبيع مثلا لوحظ فيه وصف الانضمام بوصف أوعمل، وتعذره يوجب نقصا في المبيع»(١.(

وبعبارة اخرى: ان اشتراط الصفة الحالية أوالعمل في متعلق العقد يوجب اضافة ذلك الوصف أوالفعل اليه، بحيث يكون المتعلق هوالمتاع -مثلا- بوصف انضمامه الى ذلك الفعل أوتلك الصفة.

وبهذا اللحاظ يكون تعذره موجبا لورود النقص عليه، وهوما يعني العيب فيه، ولا خلاف في ثبوت الأرش في موارد العيب.

وقد رده المحقق الأصفهاني(قده) : «بأن العيب المقتضي للأرش ليس كل نقص، بل نقص وصف الصحة»(٢.(

على انك قد عرفت فيما تقدم من كلام السيد الوالد(رحمه الله)أن ثبوت الأرش حتى في مورد نقص وصف الصحة حكم تعبدي مختص بمورده وهوالبيع، ولا ينسحب الى غيره من الموارد كي يشمل مطلق موارد تخلف الشرط، وان سلمنا كون مرجعه الى نقص وصف النتيجة.

والحاصل: انه «كما ترى حكم تعبدي مخالف للقاعدة قد ثبت في خصوص البيع بالنص الخاص، فاللازم الاقتصار عليه، ولا موجب للتعدي عن مورده بعد عدم الدليل عليه»(٣.(

الثالث: ما ذكره المحقق الأصفهاني(قده) من «ان الشرط وإن لم يكن مقابلا لأحد العوضين في عالم الإنشاء، لكنه مقابل لمقدار من العوض في عالم اللب، ولا منافاة بين القيدية في مرحلة والجزئية في مرحلة اخرى، إنما التنافي بينهما في مرحلة

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٣)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ١٥٠.

واحدة»(١.(

وقد أجاب عنه(قده) بقوله: «انه لا حقيقة للمعاملة والمقابلة إلا في مرحلة التسبب المعاملي إلى ملكية شيء بعوض، والسابق على هذه المرحلة لا شأن له إلا شأن المبادئ المؤدية إلى إيقاع المعاملة، ويستحيل ان تؤدي تلك المبادئ الى ما ينافيها جزئية وقيدية»(٢.(

والى واقع هذا الجواب يرجع ما افاده السيد الخميني(قده) بقوله: «انه إن كان المراد بالمقابلة في عالم اللب انه يقع معاوضة في عالم اللب ومعاوضة أخرى في عالم الظاهر فهوبمكان من الضعف، ضرورة انه لا يرجع شيء من المعاملات العقلائية إلى معاملتين ومعاوضتين، فلا معاوضة إلا الإنشائية الظاهرية، وفيها لم يقع الشرط مقابلا بشيء من الثمن كما اعترف به.

مع انه لازمة الرجوع بما قابله لا الأرش..

وإن كان المراد أن القيم في الأعيان تختلف بحسب الشروط، وأن لها دخالة في ازدياد القيم ونقصانها، كما هوالمراد من قولهم: «للشرط قسط من الثمن» فهومسلم، لكن لا ينتج ما هوالمقصود من إثبات كون الأرش على القاعدة»(٣.(

معهد الخوئي
A. Khoei Institute

الرابع: ما ذكره المحقق الأصفهاني(قده) ايضا بقوله: «ان الواقع بإزاء بعض العوض ليس هومتعلق الشرط ليلزم الخلف، بل بإزاء نفس الشرط، بمعنى انه إنما بذل عشرة دراهم بإزاء الكتاب مع انه لا يوازيه بحسب المالية الاّ خمسة دراهم، لمكان الالتزام بالخياطة، ففي الحقيقة يكون بذل الخمسة الزائدة على مالية الكتاب في قبال الالتزام.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٠٩.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩.

(٣)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٥ ـ ٢٢٦.

وعليه فبذل الزائد في قبال الشرط كالهبة بإزاء الهبة، فكما أن الموهوب لا عوض له، وإنما العوض لنفس الهبة، كذلك الخياطة لا عوض لها، والعشرة دراهم لا مقابل لها إلا نفس الكتاب، لا ان بذل الخمسة بإزاء نفس الالتزام بالخياطة»(١.(

وفيه: انه بعد فرض تماميته في حدّ نفسه، لا يقتضي استحقاق صاحب الشرط للخمسة الزائدة وثبوت حق إرجاعها له عند تعذر الخياطة، وذلك لعدم مقابلتها هي بنفسها بشيء من المال إطلاقا -كما هوصريح الدعوى - وإنما المقابل للخمسة الزائدة عن مالية الكتاب هوالالتزام بالخياطة، وقد تحقق بنفسه قبول الشرط في ضمن قبول العقد المتضمن له.

وبعبارة اخرى: ان المقابل للزيادة هوالتزام المشروط عليه بالخياطة وهوأمر قد تحقق بنفس قبوله للعقد المشروط، فلا مبرر للالتزام بالأرش وإن لم يتحقق متعلق ذلك الالتزام في الخارج.

على انه لا يتم في نفسه، ويستحيل تحققه «في شخص هذه المعاملة، لأن الملحوظ بالاستقلال في مقام تعويض شيء بشيء نفس العوضين، واما التعويض فلا يعقل أن يكون معوضا بعوض في هذه المعاوضة بل في معاوضة أخرى يكون هذا التعويض فيها طرفا ملحوظا استقلالا»(٢.(

وبعبارة اخرى: انه لا مجال لوقوع جزء أحد العوضين -جزء الثمن - مقابل التعويض القائم بين العوضين، أوالاشتراط التابع له -التعويض- فإنه أمر غير معقول، باعتبار ان الملحوظ بالاستقلال في مقام مبادلة شيء بشيء ومعاوضته به إنما هونفس العوضين دون ما هوناش عن ذلك، فضلا عما هوتابع له.

نعم، لا بأس بملاحظة ذلك استقلالا في معاوضة أخرى وجعله طرفا وبذلا فيها.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٥٩ - ١٦٠.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

الخامس: ما اختاره المحقق الايرواني(قده) من «ان التقييد وان لم يكن بنفسه مالا لكن الذات على صفة التقييد مال يبذل بإزائه بما له من التقييد المال، فإن الكتابة مجردة وان لم تكن مالا لكن ذات الكاتب على صفة الكتابة وبما هوكاتب مال يبذل بإزائه المال، وهذا عين معنى تقسيط الثمن، ولا يعتبر في التقسيط كون المقسط عليه إذا لوحظ مجردا مالا، وإلا لم يقسط الثمن على الاجزاء أيضا، لأن كل مركب فهومركب من أجزاء غير متمولة ومع ذلك المجموع بما هومجموع مال ويبذل الثمن بإزاء الأجزاء مجتمعة»(١.(

وفيه: ان وجود القيد واشتمال الذات على الوصف الموجب لكثرة الرغبة إليها، أوالانصراف والاعراض عنها، لا يوجب إلا زيادة قيمة الذات وماليتها أونقصانها، من دون أن «يقع بإزائها جزء من الثمن أوالأجرة وإنما هي-الصفات الكمالية - تستوجب زيادة بذل المال بإزاء العين، فتؤثر في ازدياد الرغبة إلى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بإزائها من دون ان تقابل بنفسها بشيء.

إذا فلا مقتضى للمطالبة بالتفاوت بين القيمتين»(٢.(

بل ان استرجاع جزء من العوض مع التحفظ بتمام المعوض المقابل في مقام إنشاء المعاوضة والمبادلة بتمام العوض، من الجمع بين المعوض وقسط من العوض، وهومنافي لمقتضى العقد وما تم الاتفاق عليه.

ومنه يظهر ما في قوله(قده) : «وهذا عين معنى تقسيط الثمن.«

وأما تنظيره رحمه الله للمقام بالاجزاء ونقضه بها بقوله: «وإلا لم يقسط الثمن على الاجزاء أيضا، لأن كل مركب فهومركب من أجزاء غير متمولة.«

فلا وجه له ولا يمكن المساعدة عليه، ذلك لما حققناه في محله، من عدم انقسام الموجود الواحد -متعلق العقد - الى أجزاء فعلية كثيرة، محصورة أوغير محصورة، فإنه

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٧.

(٢)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ١٤٩.

أمر على خلاف الوجدان جدا، وانما هوأمر واحد بسيط تعلق العقد به بوجوده وقوامه، غاية الأمر انه قابل للانقسام إليها بلحاظ ما يقتضي التجزئة والتخصيص.

نعم، لوكان متعلق العقد مركبا من أجزاء فعلية منفصلة بعضها عن بعض كبيع الشياه جملة، أوالشاة والخنزير إذا بيعا صفقة-على ما استشهد به هو(قده) -كان الثمن مقسطا عليها لا محالة، وكان له وبلحاظ مقابلته للثمن أقساط فعلية أيضا.

السادس: ما ذكره المحقق الايرواني(قده) أيضا بقوله: «هب أن التقيد لا يتمول لكنه داخل في المبيع، وضم المال بغير المال في البيع لا يوجب وقوع مجموع الثمن بإزاء المال، بل يبطل البيع بمقدار ما أوقع من الثمن بإزاء غير المتمول، كما في ضم الخنزير إلى الشاة في البيع، ومقتضاه في المقام استرداد ما قابل الشرط من الثمن وبطلان الشرط رأسا»(١.(

وفيه: انه من القياس مع الفارق جدا، فان الخنزير قد لوحظ في مقام الإنشاء جزء من المبيع واتفقا على ان يكون بإزائه جزء من الثمن، على ما هوقضية عطف أحدهما على الآخر، وجعلهما معا في قبال الثمن بموجب حرف الباء في قوله: بعتك هذا وهذا بمائة دينار مثلا.

وأين هذا من الاشتراط الذي لا يقع بإزائه شيء من العوض إطلاقا على ما عرفته تفصيلا؟.

وبالجملة: فالذي يتحصل مما تقدم انه لا مبرر للالتزام بالأرش في موارد تخلف الشرط وتعذره في المقام.

فإن الأرش اما ان يكون تعبديا ثابتا بالنص، كما هوالحال في موارد خيار العيب.

واما ان يكون ثابتا على القاعدة، بمعنى استرجاع جزء من العوض نتيجة

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٧.

فقدان جزء من المعوّض.

وثبوت الأول في المقام يتوقف على ثبوت التعبد وقيام الدليل عليه، وهومفقود، لما عرفته من اختصاصه بالعيب وعدم ثبوته في غيره.

وثبوت الثاني يتوقف على وقوع المقابلة في مقام المعاوضة بينه وبين الثمن، وهوغير ثابت بل غير متحقق، فان الشروط -نفس القيد - خارجة عن حيّز المعاوضة، ولا يقع بإزائها شيء من الثمن، والتقيد وان كان داخلا في المعاملة إلا انه لا يقع بإزائه شيء، ولم يقع في الإنشاء في حيّز المقابلة بمقتضى مفاد الباء، فلا وجه لجعل شيء من الثمن بإزائه.

وقد عرفت الحال فيما ورد في كلماتهم لإثباته.

واما المورد الثاني، أعني اشتراط ما يكون ذا مالية في حدّ ذاته من الافعال والأوصاف، بحيث يبذل بإزائه بنفسه المال كالخياطة والكتابة ونحوهما.

فقد قيل فيه-عند تعذر الفعل أوالوصف-بالتخيير بين فسخ العقد واسترداد الثمن المسمى، وبين إبقائه على حاله ومطالبة من عليه الشرط بقيمة الوصف واجرة العمل.

إلا ان المشهور بين الأصحاب انحصار حق صاحب الشرط في الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

قال الشيخ الأعظم(قده) : «لوكان الشرط عملا من المشروط عليه يعدّ مالا ويقابل بالمال -كخياطة الثوب - فتعذر، ففي استحقاق المشروط له لأجرته، ومجرد ثبوت خيار له، وجهان.

قال في التذكرة: لوشرط على البائع عملا سائغا، تخيّر المشتري بين الفسخ والمطالبة به أوبعوضه إن فات وقته وكان مما يتقوم، كما لوشرط تسليم الثوب مصبوغا، فأتاه به غير مصبوغ وتلف في يد المشتري. ولولم يكن مما يتقوم تخيّر بين الفسخ والإمضاء مجانا، انتهى.

وقال أيضا: لوكان الشرط على المشتري، مثل ان باعه داره بشرط أن يصبغ

له ثوبه فتلف الثوب، تخيّر البائع بين الفسخ والإمضاء بقيمة الفائت إن كان مما له قيمة، وإلا مجانا، انتهى.

والظاهر ان مراده بما يتقوم ما يتقوم في نفسه-سواء كان عملا محضا كالخياطة، أوعينا كمال العبد المشترط معه، أوعينا وعملا كالصبغ-لا ماله مدخل في قيمة العوض، إذ كل شرط كذلك.

وما ذكره(قده) لا يخلوعن وجه، وان كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقا قيدا غير مقابل بالمال، فان المبيع هوالثوب المخيط، والعبد المصاحب للمال، لا الثوب، والخياطة، والعبد وماله، ولذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين في المجلس لوكان من أحدهما»(١.(

أقول: أما ما افاده الشيخ الأعظم(قده) أخيرا وجها لعدم استحقاق صاحب الشرط للقيمة أوالأجرة، فهوبعيد عن إثبات المدعى، ولا يرتبط به.

وذلك لان ما افاده(قده) إنما يصلح وجها لنفي استحقاق صاحب الشرط للأرش، بمعنى استرداده لجزء من الثمن المسمى بإزاء الشرط المتعذر، فإنه حينئذ يمكن أن يقال: بان الشرط لما لم يكن مقابلا بالمال مطلقا، باعتبار ان المعاوضة لا تقتضي إلا مبادلة العوضين بأنفسهما، لم يكن وجه لاسترداد جزء من الثمن عند تعذره وامتناعه.

وأين ذلك من الحكم باستحقاقه عند تعذر الشرط لقيمة الصفة أوأجرة العمل، اللذين ملكهما باشتراطهما في ضمن العقد الصحيح.

فإنه لا ملازمة بينهما في النفي إطلاقا، ولا يلزم من نفي الأول الحكم بنفي الثاني أيضا.

كما لا وجه لتعليل نفي الثاني بعدم مقابلة الشرط في مقام المعاوضة بالمال، فان

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

ثبوته-على تقدير القول به-ليس بملاك مقابلته بالمال في مقام المعاوضة، كي يكون اختيار عدمها موجبا للقول بعدمه.

وإنما هوعلى تقدير القول به بملاك كونه امرا متمولا-كما هوالمفروض - ومملوكا للمشروط له، فيكون تعذره وامتناعه مضمونا على المشروط عليه.

وكيف كان، فالظاهر ان الحق في المقام مع المشهور، القائلين بانحصار حق المشروط له عند تعذر شرطه في الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا، ومن دون أن يكون له أي حق في المطالبة بقيمة الشرط أوأجرته.

بل لم أجد في كلمات الاعلام توجيها لما اختاره العلامة(قده) وبيانا لمستنده، حتى ان الشيخ الأعظم رحمه الله رغم تعليقه عليه بأنه لا يخلوعن وجه، لم يتعرض لبيان وجهه.

نعم، اختاره صريحا السيد الخميني(قده) حيث قال: ان «جميع الشروط التي لها مالية وللمشروط له حق متعلق به، يجبر الحاكم المشروط عليه على إيجاده، ومع عدم الإمكان يجبره على إعطاء خسارته، فلوشرط خياطة ثوب خاص فأتلفه، يؤخذ منه قيمة الثوب والخياطة، أوقيمة الثوب المخيط، وكذا الحال في نظائره»(١.(

وقال أيضا: لو «شرط إعطاء عين موجودة كان عاجزا عن إعطائها، فإن الظاهر في هذا القسم الرجوع الى العوض ان كان الشرط ماليا، فان الشرط في الماليات يثبت به حق مالي على الطرف، والحكم الوضعي لا يتوقف على القدرة، فللشارط حق خياطة هذا الثوب وإعطاء ذلك المال، فمع تعذره يرجع الى العوض في مثل شرط الخياطة، أي العمل الذي له مالية، والى قيمة حقه فيما إذا تعلق الشرط بإعطاء ما له قيمة وكان موجودا ولكن تعذر تسليمه، فان للحق في مثله قيمة يصح الرجوع إليها، فلا مورد للأرش في أمثال الفرض»(٢.(

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٣.

(٢)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٥.

وقد عالله في غير مورد من كلامه بقيام السيرة العقلائية عليه، وبناء العقلاء على اعتبار مثل هذه الشروط حقا، وستعرف الحال فيه.

والذي ينبغي أن يقال: ان الشرط المتمول إن كان أمرا كليا غير متخصص بخصوصية من حيث مورده أوفاعله، كاشتراطه خياطة الثوب من دون حصرها بقطعة معينة أوتقييدها بمباشرتها هوبنفسه، فلا مورد لفرض التعذر كي يبحث فيه عن جواز أخذ الأجرة منه، فان تعذرها في قطعة معينة أومنه مباشرة لا يوجب تعذر الشرط، كما هوواضح.

وكذا الحال لوكان الشرط متحصصا من حيث المورد أوالفاعل في مقام الذكر، وعلمنا من القرائن الحالية أوالمقالية كون ذكر تلك الخصوصية من أجل انطباق الكلي المطلوب على ذلك الفرد، ومن دون ان يكون له وبما هوفرد ذوتخصص خصوصية تحصر المطلوب به، فإنه ملحق بسابقه، بل هوفي الحقيقة من افراده ومصاديقه، إذ لا عبرة بذكرها في مقام التلفظ بعد العلم بعدم ارادتها في الواقع وعدم القصد إليها في مقام الإنشاء.

نعم، بناء على جريان الخيار بمجرد امتناع المشروط عليه من الوفاء بشرطه -كما هوالمختار-يجرى الحديث عن جواز أخذ قيمة الوصف أواجرة العمل فيه، ولوكان كليا أوملحقا به أيضا، إلا ان الظاهر فيه هوعدم الجواز لما ستعرفه.

واما إذا كان الشرط أمرا مشخصا ومعينا من حيث المورد والفاعل، كاشتراط خياطة القطعة المعينة من القماش من قبل المشروط عليه مباشرة، مع فرض العلم بإرادة الخصوصيات في مقام الإنشاء، فالظاهر هوانحصار حق المشروط له عند تعذر الشرط، أوامتناع المشروط عليه من الوفاء مع عدم إمكان الإجبار كما عليه المشهور، أوحتى معه كما هوالمختار في الخيار، بين إبطال العقد وفسخه وبين إمضائه بتمام الثمن مجردا عن الشرط، من دون أن يكون له حق المطالبة بالأجرة أوالقيمة.

والوجه فيه: هوعدم الدليل عليه، فان مفاد الشرط سواء أ كان حكما تكليفيا محضا كما هوالمختار، أوحقا وملكا ناقصا للمشروط له كما عليه جملة من الاعلام، لا

يكون ملكا للمشروط له على حدّ سائر الأملاك، فإنه انما يستحق على المشروط عليه العمل أوالصفة-وهوما يعبّر عنه بالملك الناقص-من دون أن يملكه عليه في ذمته، وإلا للزم مقابلة بشيء من المال، وجزء من العوض المقابل لضميمته لا محالة.

ولعلّ هذا هومقصود الشيخ الأعظم(قده) فيما نقلناه من كلامه سابقا من ان: «مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقا قيدا غير مقابل بالمال» فلاحظ.

واما دعوى قيام السيرة العقلائية وبناء العقلاء على استحقاق المشروط له القيمة والأجرة في موارد تعذر الشرط المتمول في عرض حق الفسخ-كما جاء في كتاب البيع-فلا يمكن المساعدة عليها، وعهدتها على مدعيها.

ذلك ان السيرة العقلائية وبناء العقلاء ليس نصا اجتهاديا يمكن فرض اختلاف الاعلام في استنباط الحكم منه والاجتهاد في مدلوله، وإنما هي إدراك وجداني يجده كل فرد في تعامله، وإحساس يلتفت إليه في قلبه وضميره.

ومن هنا فمراجعة الوجدان خير شاهد على انحصار الحق في الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا وعدم استحقاق الأجرة.

ويكفينا الاستشهاد على ما ذكرناه-وان كان يكفينا الشك فيه في عدم ثبوته -ذهاب جلّ الاعلام بل كلهم باستثناء العلامة(قده) الى عدم استحقاق المشروط له للأجرة، فكيف يمكن أن يدعي قيام السيرة على الاستحقاق مع اختيار فطاحل العلماء لخلافة؟.

إذا فالصحيح هوالالتزام بانحصار حق المشروط له عند تخلف الشرط، سواء بالتعذر أوالامتناع، بالخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا في جميع الموارد، وسواء أ كان الشرط مما يتمول في حد ذاته أم لم يكن كذلك، على ما هوالمشهور بين الأصحاب، ولا مبرر للالتزام بالأرش أواستحقاق الأجرة في شيء منها.

المسألة الخامسة: عدم منع خروج العين عن سلطان المشروط عليه من ثبوت الخيار للمشروط له عند تخلف الشرط

.

خروج العين عن سلطنة المشروط عليه: قد يكون حقيقيا، كما هوالحال في موارد تلف العين واقعا.

وقد يكون عرفيا، بمعنى اعتبار أهل العرف للعين تالفة وحكمهم بذلك على الرغم من وجودها حقيقة، كما هوالحال في موارد غرق العين في أعماق البحار بحيث لا يمكن إخراجها، أوضياعها في البراري.

وقد يكون بخروجها عن دائرة سلطان تصرفه وإرادته، كما هوالحال في موارد الغصب، أوانتقالها الى الغير بعقد لازم أوجائز، أونتيجة تعلق حق الغير بها كموارد الاستيلاء والرهن.

أما في مورد تلف العين حقيقة، فقد يقال بامتناع ثبوت الخيار عقلا عند تعذر الشرط، بدعوى ان الخيار «حق متعلق بالعين، كحق الرد والاسترداد، فلا خيار مع التلف، إذ لا مردود فلا رد»(١.(

وبعبارة اخرى: ان الخيار إذا كان حقا متعلقا بالعين لم يكن وجه لثبوته عند تلفها، إذ لا معنى لثبوت حق استرجاع العين المعدومة، فإن المعدوم لا يقبل العود.

وكذا الحال بناء على القول بتعلقه بالعقد نفسه، فإنه اضافة قائمة بين العوضين، فتنعدم بانعدامهما أوانعدام أحدهما، ومعه فلا يبقي مجال لتعلق حق الفسخ به.

إلا انه لا مجال للمساعدة عليه.

والوجه فيه كونه مبنيا على الالتزام بكون الخيار حقا متعلقا بالعين دون العقد، وكون حقيقته صلاحية استرجاع العين.

وهوأمر لا يساعد عليه التحقيق إطلاقا، إذ قد عرفت فيما سبق كونه حقا متعلقا بالعقد دون العين، وكون واقعه ومفاده حق إبطال العقد ورفع اليد عنه.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

فان معه لا وجه للقول بامتناع فسخه عند تعذر متعلقه.

ذلك ان العقد بالمعنى المصدري-المبدأ الحامل للنسبة الناقصة المضافة إلى الفاعل-وان كان فعلا حقيقيا وامرا متأصلا يصدر من فاعله في آن ثم ينعدم وينصرم، ومعه فلا يبقى مجال لتعلق حق الفسخ به.

إلا انه -العقد- وبمعنى اسم المصدر-المبدأ العاري عن جميع النسب والمتحقق بعد الإنشاء والإيجاب والقبول-أمر اعتباري له وجود استمراري بمعزل عن وجود العوضين وعدمهما، على ما هوالشأن في جميع الأمور الاعتبارية، فإن وجوب الحج الثابت في ذمة المكلف لا يرتفع بانعدام المكلف نفسه وموته، بل تبقى ذمته مشغولة به رغم تلف جسمه الذي هوالحيث لتعلق التكليف.

وما ذكرناه هوالمصحح لإتيان الغير بالعمل نيابة عنه عند عجزه عن القيام به بنفسه أوموته.

بل لا مانع من الالتزام بشمول الحكم في مرتبة الإنشائية للمعدوم ابتداء، على ان يصل الى مرتبة الفعلية بعد وجوده وتحقق الشرائط المعتبرة فيها منه.

بل ويتحقق العقد في بيع الكلي في الذمة حتى مع عدم وجود العوضين في حينه، بان يبيع أحدهما عشرة أرطال من الحنطة الى صاحبه بالف دينار مع عدم ملكية كل منهما لما ثبت عليه في حينه، بل وحتى مع عدم وجودهما في الخارج في ذلك الوقت إطلاقا مع فرض القدرة على التسليم في ظرفه.

وتوهم كون ذلك لأجل فرض كل من المتعاملين لملكية ما ينتقل منه الى صاحبه لنفسه، ومن ثمّ اعتبار نقله الى صاحبه بإزاء العوض المعين المتفق عليه، وإلا لامتنع تحقق مفهوم البيع ومبادلة المال بالمال.

مدفوع بعدم تحقق الملكية بصرف الاعتبار في بناء العقلاء وسيرتهم، ولذا لا يرتبون عليه سائر آثار الملك واحكامه، كتعلق الحقوق الشرعية من الأخماس والزكوات، وتحقق الاستطاعة والغني ونحوهما.

والحاصل: ان الأمور الاعتبارية لما كانت تتلبس بالوجود بصرف الإنشاء

والاعتبار مطلقا -التكليفية والوضعية - لا تكون تابعة في البقاء لموضوعها أوموردها، بل تبقي مستمرة في الوجود حتى مع انعدامهما.

وان كان الأمر كذلك، فلا مانع من تعلق الفسخ به، بمعنى إبطاله في مقام الاستمرار ورفع وجوده الاعتباري، حتى مع ارتفاع موضوعه قبل ذلك.

ثم لوقلنا بكون الخيار حقا متعلقا بالعين ذاتها والتزمنا بكون مفاده وحقيقته حق استرجاع العين، كان الأمر كما افادوه، لانتفاء مورد الاسترجاع بتلف العين، ولذا التزم الأصحاب بانتفاء الجواز الحكمي المتعلق بالعين عند تلفها، كجواز الرجوع في الهبة، إلا انه أمر بعيد عن الصواب كما عرفته.

هذا كله في فرض التلف الحقيقي للعين.

واما في الموردين الآخرين-اعني التلف العرفي، أوخروج العين عن حدود تصرف المشروط عليه بغصب أونقل أوتعلق حق الغير بها-فقد يقال فيهما أيضا بامتناع الفسخ عند تعذر الشرط، لعدم إمكان إرجاع كل من العوضين الى ملك صاحبهما وما كانا عليه قبل العقد.

إلا أنك وعلى ضوء ما قدمناه في المورد السابق، تعرف انه لا أساس لذلك، فان العقد أمر اعتباري له وجود استمراري بمعزل عن جود متعلقه وعدمه.

فللمشروط له في جميع تلك الموارد حق فسخ العقد وإبطاله، وبعده يسترد عين ماله الذي انتقل عنه إذا كانت موجودة خالية من الموانع، وإلا يستحق على صاحبه بدلها مثلا أوقيمة بحسب اختلاف الموارد.

ثم ان هذا كله فيما إذا لم يكن تصرف المشروط عليه في العين بالرهن أوالاستيلاء أوالنقل اللازم أوالجائز، منافيا للشرط المأخوذ في العقد مباشرة، وذلك كالتصرف بأحد الأنحاء المذكورة في العين المبيعة بشرط خياطة الثوب مع تعذر الشرط.

واما إذا كان التصرف منافيا للشرط نفسه، كبيع ما اشترط وقفه أوعتقه، فهل يحكم بصحته ونفوذه ويكون للمشروط له خيار تخلف الشرط، أويكون التصرف

مراعى ومعلقا على إجازته، أويحكم ببطلانه من رأس ويجبر المشروط عليه على الوفاء بالشرط؟ . وجوه: قال العلامة(قده) في القواعد: «ولوباعه-العبد المبيع بشرط العتق-أووقفه أوكاتبه، تخير البائع بين الفسخ والإمضاء»(١.(

وفي مفتاح الكرامة تعليقا عليه: «كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والروضة، لأن الشرط لم يحصل، فان فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها في غير ملك تام»(٢.(

وهوكما ترى ظاهر في حمل كلام العلامة(قده) على الاحتمال الأول، أعني تخير المشروط له في فسخ العقد المتضمن للشرط وإمضائه.

وهوصريح عبارة الروضة حيث ذكر تعقيبا على قول الماتن(قده) : «ولوشرط عتق المملوك جاز، فإن أعتقه والا تخير البائع» قوله: «بين فسخ البيع وإمضائه، فإن فسخ استرده، وان انتقل قبله عن ملك المشتري»(٣.(

إلا ان عبارة الدروس وعبارة جامع المقاصد مجملة تحتمل ذلك وتحتمل غيره.

قال في الدروس: «ولوأخرجه -العبد المشروط عتقه - عن ملكه ببيع أوهبة أووقف فللبائع فسخ ذلك كله»(٤.(

وهوكما ترى الى الثاني-ثبوت الخيار للمشروط له في التصرفات المنافية - أقرب منه الى الأول-الخيار في أصل العقد.

وقال في جامع المقاصد: «الذي ينبغي أن يقال: ان المشتري شرعا ممنوع من

---

(١)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/الفصل الثالث في الشرط/الفرع الثالث.

(٢)مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤٢.

(٣)الروضة البهية ج ٣ ص ٥٠٦.

(٤)الدروس ص ٣٤٣.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

كل تصرف ينافي العتق المشترط»(١.(

وهوالى الاحتمال الأخير أقرب منه الى غيره.

وفي المكاسب: «خيرها -الوجوه- أوسطها، فلوباع بدون اذنه كان للمشروط له فسخه وإلزامه بالوفاء بالشرط»(٢.(

ووافقه عليه المحقق النائيني(قده) حيث قال: «المتجه ما افاده(قده) من ان خير الأقوال أوسطها.

وحينئذ لوأجاز صحت العقود المترتبة ويسقط حقه الثابت بالاشتراط، لما ذكرنا من إرجاعها إلى إسقاط الشرط والرضا بالعقد بدونه، ولوردّ العقود اللاحقة تنفسخ كلها ويجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط بعد انفساخ العقود المترتبة، فلا موجب للخيار كما لا يخفى»(٣.(

وقد خالف في ذلك السيد الطباطبائي(قده) حيث اختار البطلان من رأس - القول الأخير- باعتبار «تعلق حق الشرط به وكون التصرف في متعلق حق الغير، نظير بيع العين المرهونة، فإن حق الرهانة مانعة عن صحته.

ووجهه: خروج الملك عن الطلقية، فلا يقال المفروض كونه ملكا للمتصرف، فلا وجه لعدم نفوذ تصرفه، لأنه إذا تعلق حق الغير به فله في هذا المال شيء وعليه سلطنته، إلا ان سلطنته أضعف من سلطنة المالك»(٤.(

وتبعه على ذلك المحقق الايرواني(قده) حيث علق على كلام الماتن(قده) ، بقوله: «بل خيرها أخيرها، لوقوع العقد حال تعلق حق الغير، والإجارة اللاحقة من

---

(١)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٣.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٥.

(٣)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤١.

(٤)حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ١٣٢.

ذي الحق لا تجديه، سواء كانت الإجازة من ذي الحق إسقاطا لحقه، أوإنفاذا للمعاملة، مثل اجازة المالك.

اما على الأول فواضح، لان نفاذ الحق لا يجدي بحال العقد في حال ثبوت العقد.

واما على الثاني، فلأن العقد حين وقوعه لولم يشمله دليل الصحة فكيف يشمله بعد حين، إلا على تقدير ثبوت العموم الأزماني في الدليل، وهوباطل.

واما بيع الفضولي فعنوانه يتغير بالإجازة ويصير عقدا للمالك بعد ما لم يكن عقدا له، فيدخل في عنوان الدليل وهوعقد المالك بعد ان كان خارجا عن عنوانه قبلا، فعدم الشمول هناك من باب التخصص لا التخصيص.

نعم، يتوجه النقض بعقد المكره إذا أجاز»(١.(

أقول: احتمالات المسألة بل وأقوالها وإن لم تكن محصورة في الثلاثة التي ذكرناها، حيث يجد المتتبع لكلماتهم احتمالات وأقوال كثيرة تتراوح بين الصحة مطلقا والبطلان كذلك.

كالتفصيل في التصرف المنافي بين العتق وغيره، فلا يبطل الأول لبنائه على التغليب، فيرجع المشروط له على المشروط عليه بالقيمة، وبين غيره فيبطل.

وكالقول بان للمشروط له إمضاء عقده الأول مع طلب فسخ ما نقله المشروط عليه.

الى غير ذلك مما ورد في كلماتهم، إلا ان العمدة التي يدور حولها الحديث هي الثلاثة التي نقلناها.

وكيف كان، فالأقوى من تلك الأقوال هوالأول.

والوجه في ذلك: امّا على ما اخترناه من كون مفاد الشرط حكما تكليفيا محضا،

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٨.

فواضح جدا، فـ «ان الوجوب التكليفي وحرمة المخالفة لا تنافي الصحة الوضعية لوخالف، ومن ثمّ لم يكن النهي المولوي التكليفي المتعلق بالمعاملة موجبا لفسادها.

إذا فنفوذ الشرط لا يستوجب قصر السلطنة وزوالها، لعدم كون ذلك من شئون النفوذ ومقتضياته.

فلوخالف في المقام-اشتراط الوكالة في العقد - وعزل فقد صدر العزل من اهله وفي محله من حيث الوضع، فلا مانع من ترتب الأثر عليه، وكذا في مسألة الطلاق ونظائره»(١.(

وبعبارة أخرى: «إذا اشترط البائع على المشتري ان لا يبيع المال المشتري من غيره، فإن غاية ما يترتب على هذا وجوب الوفاء به، وقد عرفت انه لا ينافي صحة البيع وإمضائه على تقدير تحققه في الخارج، فلا بد في الحكم بفساده من التماس دليل آخر، وإلا لكان مقتضى الإطلاق صحته وترتب الأثر عليه»(٢.(

فإنه «إذا كان النهي مولويا ودالا على حرمتها ومبغوضيتها، فقد عرفت انه لا يدل على فسادها بوجه، سواء أ كان متعلقا بأحد جزئي المعاملة أوبكلا جزأيها»(٣.(

على ان ثبوت الحرمة للتصرف المنافي «مبني على مقدمية عدم الضد لوجود الضد، لمضادة التصرف مع العتق المشترط الواجب ايجاده، وقد حقق في الأصول انه لا مقدمية لعدم الضد للضد، فلا يحرم التصرف»(٤.(

ومنه يظهر ما في تعليل جامع المقاصد -المتقدم- للبطلان بقوله: «ان المشتري شرعا ممنوع من كل تصرف ينافي العتق المشترط.«

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٤٦٤.

(٢)محاضرات في أصول الفقه ج ٥ ص ٤٤.

(٣)محاضرات في أصول الفقه ج ٥ ص ٤٤.

(٤)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٠.

فان ثبوت الحرمة التكليفية شرعا أول الكلام، وعلى تقديره فاقتضاؤها للبطلان في حيّز المنع جدا.

واما بناء على مذهب جملة من الأعاظم من ثبوت الحق بالاشتراط، فغاية ما يمكن أن يقال في توجيه المنع والبطلان هوما افاده السيد الطباطبائي(قده) وأوضحه المحقق الايرواني(قده. (

وحاصله: انّ الاشتراط لما كان موجبا لثبوت حق للمشروط له في متعلق العقد -العين- كان تصرف المشروط عليه تصرفا في متعلق حق الغير، فلا يؤثر في حينه، لعدم كونه طلقا.

ولا يؤثر بعد الإجازة أيضا، باعتبار انها انما تعتبر لتحقيق الانتساب الصادر من غير إجازة إلى المجيز، ولإظهار الرضا المعتبر في النقل-وهوما يعبر عنه بالإنفاذ - كما هوالحال في العقد الفضولي.

وحيث لا مجال لانتساب العقد -في المقام- حتى بالإجازة إلى المشروط له، باعتبار انه لا يملك المبيع على أي تقدير، فلا وجه بتأثيرها في النفوذ.

نعم، يمكن ان يقال: ان الإجازة في المقام ترجع إلى إسقاط المشروط له لحقه وشرطه.

إلا انه لا ينفع في تصحيح ما كان حين صدوره وتحققه متعلقا، لحق الغير.

وفيه: أولا: النقض بعقد المكره إذا لحقته الإجازة، فإنه يصح اتفاقا مع ان الإجازة فيه لا تؤثر في انتساب العقد اليه، لتحققه قبلها، ولا تنفع في تأثير العقد بعد وقوعه حال الإكراه.

وقد تفطن المحقق الايرواني(قده) لهذا الاشكال، فذكره في نهاية كلامه من دون أن يتعرض للتعليق عليه وبيان كيفية التخلص منه.

وثانيا: وهوالعمدة في دفع الاشكال-ان الإجازة ليست من أجل تصحيح خصوص الانتساب، كي يقال بعدم تحققه بعدها في المقام، أوحصوله قبلها في عقد المكره، بل هي من أجل جبر الحيث الناقص في العقد وإتمامه بإكمال المقتضي أورفع

المانع-على ما هومحقق في محله-فتكون الإجازة في المقام مؤثرة في رفع المانع عن الصحة.

وبعبارة اخرى: ان المانع من تأثير العقد في المقام لوفرض، فليس هوسوى حق البائع الشارط، وإلا فالمفروض كون العقد مستجمعا لجميع شرائط الصحة والنفوذ.

فإذا فرضنا ارتفاع هذا المانع بالإجازة اللاحقة، تم تأثير العقد على القاعدة وشمله دليل الإمضاء.

نعم، قد يقال في المقام: ان تعلق حق المشروط له بالعين نتيجة الاشتراط وان لم يكن يستوجب الحكم بالبطلان مطلقا، إلا انه لا سبيل للحكم بصحة التصرف اللاحق من غير اذنه وإجازته، إذ لا سلطان لأحد على مال الغير، ملكا كان أوحقا، وهوما عرفته من الشيخ الأعظم والمحقق النائيني(قدس سرهما.(

إلا انه مردود بان متعلق حق المشروط له -بناء على ثبوته - إنما هوالفعل دون العين، فالشارط لا يكون له بالاشتراط إلا حق العتق -مثلا- وأما العين نفسها فهي أجنبية عن حقه بالمباشرة.

نعم، هي متعلق العتق الذي هومتعلق الحق، لكن ذلك لا يوجب إناطة التصرفات فيها بإجازة صاحب الحق في الفعل.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ألا ترى ان الخيار هوحق فسخ العقد، ولا يناط شيء من التصرفات في متعلق العقد - العين- بإذن صاحب الخيار وإجازته.

فإنه ليس ذلك إلا لما عرفته من تعلق الحق بالفعل بعيدا عن العين ذاته، وان كانت هي متعلقا لذلك الفعل المتعلق به الحق، لعدم إيجاب ذلك حقا للمشروط له في العين نفسها.

نعم، لا محيص عن الالتزام بتوقف نفوذ التصرف اللاحق على اجازة صاحب الحق فيما يكون الحق فيه متعلقا بالعين مباشرة، كما هوالحال في حق الرهانة، فإن العين تكون بذاتها وثيقة للدين ومتعلقا لحق المرتهن، فلا يصح التصرف فيها من دون

إجازته.

إلا انه أين ذلك من حق الشرط أوالخيار، حيث يكون متعلق الحق فيهما هوالفعل خاصة.

وبالجملة: فالذي يتحصل مما تقدم ان المتعين في المقام هوالحكم بالصحة مطلقا، لعدم اقتضاء الشرط حتى بقاء على القول باقتضائه لثبوت الحق للمنع عن التصرفات المنافية له، ومعه لا وجه للحكم بتوقفها على الإجازة اللاحقة، فضلا عن الحكم بالبطلان من رأس.

المسألة السادسة: قابلية الشرط للإسقاط.

لا ينبغي الإشكال في قابلية الشرط للإسقاط، بمعنى رفع الشارط يده عن الإلزام والفرض اللذين جعلهما على عهدة المشروط عليه، وجعله في حل من التعهد والالتزام.

وبرفعه ينتفي موضوع الحكم الشرعي بوجوب الوفاء ولزوم الكون عنده، لوضوح تفرعه على وجود الإلزام وبقاء الشرط.

وعلى ما ذكرناه السيرة العقلائية القطعية، بل والتسالم القطعي من الأصحاب، حيث لم ينسب الى أحد نفيه مطلقا، وإن وقع الخلاف بينهم في بعض الجزئيات لخصوصية فيه.

ومعه فلا يمكن المساعدة على ما افاده المحقق الايرواني(قده) من انه «لا دليل على ان كل حق قابل للإسقاط، ودليل السلطنة على المال لا يقتضي السلطنة على الحق لا لفظا ولا بالفحوى، ودليل المؤمنون لا يشمل الإسقاط لأنه التزام ابتدائي»(١.(

على ان القابلية للإسقاط هي المائز الوحيد بين كون التكليف أوالوضع حقا أوحكما بالمعنى الأخص، فلا يمكن تصور حق غير قابل للإسقاط.

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٥ ص ٦٨.

وعلى كل حال فأصل الحكم مما لا ينبغي التردد فيه أوالكلام حوله.

نعم، هناك بعض الموارد الخاصة قد وقع الخلاف فيه بينهم في جواز إسقاط الشرط ورفع الشارط يده عن إلزامه لاعتبارات خاصة، نتعرض للحديث عنه ودراسته.

المورد الأول: شرط النتيجة

يستثنى من القاعدة العامة التي ذكرناها شرط النتيجة، فإنه لا يقبل الاسقاط.

والوجه فيه: توقف الاسقاط على بقاء الشرط والحق، فإذا انتفيا ولومن جهة تحقق الوفاء من المشروط عليه واستيفاء المشروط له لحقه، فلا موضوع للإسقاط ولا مورد للتنازل.

وعليه فحيث ان اشتراط النتيجة يوجب تحققها-فيما يقبل التحقق بالاشتراط-بنفس العقد ومقارنا له،-فلا حق للمشروط له على المشروط عليه كي يتنازل عنه بالإسقاط.

وبعبارة اخرى: ان المشروط له يستوفي حقه من المشروط عليه بمجرد تمامية العقد المتضمن للشرط، ومعه لا يبقى له في ذمته شيء كي يسقطه ويتنازل عنه.

واما ذكرناه في التعليل أولى مما افاده المحقق الأصفهاني(قده) من أن «شرط النتيجة تارة يكون شرط ملكية مال شخصي، وأخرى يكون شرط ملكية مال كي..

فإن كان شرط ملكية مال شخصي فهومما لا يقبل الإسقاط، لأن مورده الحقوق دون الاملاك، وكذلك لا يقبل الإبراء، لأن مورده المال الذمي لا الخارجي.

وان كان شرط ملكية مال كلى فهولا يقبل الاسقاط، لما مر، لكنه يقبل

الإبراء، لتحقق موضوعه»(١.(

فان شرط النتيجة لا ينحصر امره بالملك، بل يشمل جميع ما هومن قبيل الحاصل والناتج وان لم يكن ملكا، كاشتراط كون المال وقفا، أوكون المملوك حرا، أوالمرأة زوجة، أوالزوجة مطلقة أوغيرها، بناء على عدم توقفها على أسباب معينة شرعا.

نعم، قد يقال بكونها أيضا نظير الملك فلا تقبل الإسقاط.

إلا أن للتأمل في بعضها أوكلها مجالا.

وكيف كان فما ذكرناه من تحقق الاستيفاء وارتفاع الموضوع أولى في التعليل مما أفاده رحمه الله.

ومن الواضح ان ما ذكرناه لا يجري في اشتراط الوصف الفعلي في العين الشخصية، ككون العبد روميا أوكاتبا.

فإنك قد عرفت فيما سبق ان الإلزام والالتزام لما لم يكونا تحت قدرة المشروط عليه، لم يكن لهما معنى معقول غير جعل الخيار وحق الفسخ، وإلا فالوصف ان كان موجودا لم يكن للالتزام به اثر، وان كان مفقودا لم يكن الالتزام به موجدا له.

فالمعقول في اشتراط الوصف الحالي في العين الشخصية هوجعل الخيار وتعليق الالتزام بالعقد عليه.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ومن هنا، فحيث ان الخيار حق للمشروط له عند تخلف الوصف، كان إسقاطه قبل اعماله، ورفع اليد عنه والتنازل منه، بمكان من الإمكان.

والحاصل: ان تخلف الوصف يجعل للمشروط له حقا في فسخ العقد ورفع اليد عنه، فللمشروط له إسقاطه والتنازل عنه قبل اعماله وتنفيذه.

ومنه يظهر انه لا وجه لما افاده السيد الخميني(قده) بقوله: «كما ان الأمر

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦١.

كذلك-لا معنى لإسقاط الحق فيه-في شرط الصفة، فإسقاط الحق منحصر في شرط الفعل»(١).

المورد الثاني: ما له مالية في نفسه من الافعال

ظاهر كلام الشيخ الأعظم(قده) عدم الفرق في شرط الفعل بين ما لا مالية له في نفسه كاشتراط الوقف والعتق، وبين ما له مالية كذلك كاشتراط الخياطة والكتابة، فإن الشرط في الجميع قابل للإسقاط إذا أراد الشارط التنازل عن حقه.

قال رحمه الله: «للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الاسقاط، لا مثل اشتراط مال العبد أوحمل الدابة، لعموم ما تقدم في إسقاط الخيار وغيره من الحقوق، وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له كالعتق..

وبالجملة: فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل، أويتصدق به عليه»(٢).

إلا ان المحقق الأصفهاني(قده) لم يرتض ذلك، والتزم بالتفصيل بين ما لا مالية له من الافعال كالبيع والوقف والعتق، فيقبل الاسقاط لكونه حقا للمشروط له، وبين ما له مالية في حد نفسه كالخياطة ونحوها، فلا يقبل الاسقاط، لكونه ملكا له، والملك لا يقبل الاسقاط.

قال رحمه الله: «وشرط الفعل تارة يكون شرط عمل يقابل بالمال كالخياطة، واخرى شرط عمل لا مالية له كالعتق..

وان كان شرط عمل مالي فهوقابل للإبراء دون الإسقاط، لأن المال الكلي

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٣٦.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

مملوك في ذمة المشروط عليه كما في ذمة الأجير.

وان كان شرط عمل غير مالي فهوقابل للإسقاط، لأنه مستحق له.

فقد تبين ان مورد الاسقاط هوهذا الأخير دون غيره»(١.(

وقد أورد عليه السيد الخميني(قده) بأن «الظاهر عدم الفرق بين الشروط المالية كالخياطة، وغيرها كالبيع والعتق، لأن للمشروط له حقا على الفعل في الفرضين وله إسقاطه.

بل لوقلنا: بأن الشروط المالية موجبة لاشتغال الذمة بالمال، فلواشترط عليه إعطاء عشرة دنانير أوخياطة الثوب اشتغلت ذمته بهما، كان له أيضا إسقاط الإعطاء والعمل، لأنهما متعلقان للشرط وله حق العمل وإنما ينتزع الاشتغال منه، فله إسقاط حقه فيسقطان من ذمته تبعا، كما تشتغل بهما تبعا، وله إبراء ذمته عما اشتغلت به فيسقط الحق استلزاما.

بل لا يبعد ان يكون له إلغاء الشرط، فيسقط الحق وتبرأ الذمة، فإن الشرط قرار ثابت للمشروط له، ولا سلطان للمشروط عليه بالنسبة إليه، فللمشروط له في جميع الموارد إلغاء شرطه وحل قراره، كما ان للمتبايعين الإقالة وحل قرارهما بحسب الحكم العقلائي، لأن القرار بينهما لا يجاوزهما، فكما لهما عقده لهما حله، وكما ان زمام الشرط لوكان بيدهما كان لهما حله كذلك للمشروط له حله وإلغاؤه، لان زمامه بيده عرفا لا بيد المشروط عليه.

ففي شرط الفعل مطلقا له حل الشرط وله إسقاط الحق الثابت به من غير فرق بين المتعلقات، وله إبراؤه على القول بان الشرط المتعلق بالماليات موجب للاشتغال.

والقول بعدم صحة الإسقاط إلا في الشروط غير المالية ساقط حتى على

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦١.

القول بالاشتغال»(١.(

أقول: الظاهر ان الحق في المقام مع الشيخ الأعظم(قده. (

والوجه فيه ما عرفته فيما تقدم، ويأتي تفصيله في بعض المباحث القادمة من ان الاشتراط بالمعنى المصدري أمر متأصل وفعل حقيقي يحصل في آن ثم ينتهي، ومعه فلا يبقى موضوع للإسقاط أوالإبراء أوالإلغاء.

ولا نقصد بالاشتراط -المعنى المصدري - هوالقرار في مرحلة التلفظ، بل المقصود به ما هوفعل النفس، أعني القرار والاعتبار النفساني، وما يعبّر عنه بعمد تحقق المفهوم.

فلا يرد علينا ما ذكره السيد الخميني(قده) ردا على المحقق النائيني(قده) حين وافق الشيخ الأعظم(قده) في اعتبار التنجيز في العقد، معللا إياه بـ «ان الإيجاد سواء كان اعتباريا أوتكوينيا يستحيل أن يعلق على شيء، أي كما لا يمكن ان يعلق وقوع الضرب على أحد على كونه عدوا، فكذلك يستحيل أن يكون إنشاؤه استثناء واخباره به معلقا على شيء.

فان إيجاد المعنى باللفظ اما لا يحصل واما أن يحصل مطلقا، فوقوع الإيجاد معلقا مرجعه الى التناقض»(٢.(

بقوله: «والإنشاء غير التلفظ بالألفاظ الموقعة له، والتلفظ من التكوين ولا يعقل تعليقه، بخلاف الإنشاء والإيقاع الذي هوأمر اعتباري نظير الإيجاب والتلفظ بلفظ دال عليه.

ولعل القائل رحمه الله تعالى خلط بينهما، فوقع في ما وقع»(٣.(

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٣٦ - ٢٣٧.

(٢)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ١ ص ١١٢.

(٣)كتاب البيع ج ١ ص ٢٣٣.

على ان المحقق النائيني(قده) لا يقصد بالإنشاء الا القرار الذي هوفعل النفس دون التلفظ، وهورحمه الله أجل شأنا من ان يخلط بين التلفظ والإنشاء، فإنه لا يليق باصاغر الطلبة فضلا عن علم التحقيق والاستنباط.

والحاصل: ان الشرط بالمعنى المصدري أمر قار ومتأصل يحصل في لحظة ثم ينعدم وينصرم، فلا يتصور فيه الاسقاط.

واما الشرط بمعنى اسم المصدر والحاصل من الاشتراط، فقد عرفت أن حقيقته هواللزوم وتحتم الوجود مع فرض الخيار عند التخلف، فهوحكم ثابت للمشروط له على المشروط عليه، وامره بيده، فله إسقاطه والتنازل عنه متى شاء ذلك قبل تحقق الوفاء، بلا فرق فيه بين كون متعلقه مما لا مالية له في حد ذاته كالبيع أوالعتق، أومما له مالية كذلك كالخياطة والبناء.

فإن السيرة العقلائية-المحكمة في أمثال المقام-لا تشهد لأي فرق بين الموردين، من حيث نوع الحكم والآثار والحقوق المترتبة عليهما.

ودعوى حصول الملك في الموارد التي يكون الشرط فيها ذا مالية بحد ذاته.

لا يدعمها دليل، فان تحقق الملك يحتاج الى السبب، وليس في المقام إلا الشرط، وقد عرفت انه لا يقتضي الملك.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

على ان القول بالملك فيما له مالية في نفسه، يستلزم القول به فيما لا مالية له أيضا.

وذلك لعدم انحصار الملك وتحقق الإضافة المالكية بما له مالية في حدّ نفسه، فإنه كما يتحقق في ذلك يتحقق في غيره أيضا على حد واحد، فكما يصح ملك المن من الحنطة، يصح ملك الحبة الواحدة أيضا، بل الملكان على حد سواء من حيث الملكية والإضافة.

وبالجملة: فما افاده المحقق الأصفهاني(قده) من التفصيل بين ما لا مالية له في حد ذاته فيصح فيه إسقاط الحق، وما له مالية كذلك فلا يصح الاسقاط فيه، لا يمكن المساعدة عليه.

ومما ذكرناه يظهر الحال في ما افاده السيد الخميني(قده) في المقام، فإنه لا مجال للإبراء والإلغاء حتى مع الالتزام بكون الثابت بالاشتراط-الحاصل من المصدر - حقا للمشروط له في ذمة المشروط عليه.

فان الثابت بالإنشاء -على هذا التقدير - ليس إلا اللزوم الوضعي المستقر في ذمة المشروط عليه والمتعلق بالخياطة مثلا خاصة، وهوحق قابل للإسقاط.

أما الإبراء فيتوقف على إثبات كونه مالا للمشروط له، وملكا في عهدة المشروط عليه، ولا دليل عليه إطلاقا، ومعه فلا مبرر لقوله: «والملك قابل للإبراء» فإنه لا ملك كي يقبل الإبراء.

واما إلغاء القرار فهومفهوم عام يختلف باختلاف موارده، فإنه إن كان القرار قرارا عقديا كان إلغاؤه بحل العقد وفسخ المعاهدة بالإقالة، وان كان القرار قرارا ضمنيا وشرطيا-بمعنى اسم المصدر والحاصل منه حيث يتصور فيه البقاء والاستمرار - فالغاؤه يكون بإسقاطه ورفع اليد عن اللزوم الحاصل.

إذا فليس وراء اللزوم الحقي -على تقدير تسليمه - أمر آخر يغايره يكون هوالشرط كي يكون قابلا للإلغاء، بل ليس إلغاء الشرط إلا تعبيرا آخرا عن إسقاط اللزوم الحقي.

ومعه فلا وجه لقول(قده) : «والشرط قابل للإلغاء.»

المورد الثالث: العتق

المعروف بين القدماء من الأصحاب انه يجتمع في مثل اشتراط العتق حقوق ثلاثة: حق البائع بالشرط، وحق الله تبارك وتعالى لكون العتق قربيا، وحق العبد لرجوع منفعة الشرط اليه.

ومقتضى ذلك عدم جواز إسقاط الشرط والتنازل عنه بعد العقد، لانه وإن اقتضى سقوط حق البائع نفسه، إلا انه لا مبرر لسقوط الحقين الآخرين فإنهما

خارجان عن سلطنة المشروط له.

قال في المكاسب: «للمشروط له إسقاط شرطه إذا كان مما يقبل الاسقاط، لا مثل اشتراط مال العبد وحمل الدابة، لعموم ما تقدم في إسقاط الخيار وغيره من الحقوق.

وقد يستثنى من ذلك ما كان حقا لغير المشروط له كالعتق، فان المصرح به في كلام جماعة-كالعلامة وولده والشهيدين وغيرهم-عدم سقوطه بإسقاط المشروط له.

قال في التذكرة: الأقوى عندي ان العتق المشروط اجتمع فيه حقوق: حق لله وحق للبائع، وحق للعبد.

ثم استقرب بناء على ما ذكره مطالبة العبد بالعتق لوامتنع المشتري.

وفي الإيضاح: الأقوى انه حق للبائع ولله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط.

وفي الدروس: لوأسقط البائع الشرط جاز إلا العتق، لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به، انتهى.

وفي جامع المقاصد: ان التحقيق ان العتق فيه معنى القربة والعبادة وهوحق الله تعالى، وزوال الحجر وهوحق للعبد، وفوات المالية على الوجه المخصوص للقربة وهوحق للبائع. انتهى»(١.(

وقد خالف فيه المتأخرون من الاعلام تبعا لبعض المتقدمين، فالتزموا بانحصار الحق فيه للبائع خاصة.

وقد ذهب اليه من القدماء العلامة(قده) في القواعد، حيث قال: «لوباعه العبد بشرط العتق مطلقا أوعن المشتري صح، والأقرب انه حق للبائع لا لله تعالى، فله المطالبة به، ولوامتنع المشتري تخير البائع في الفسخ والإمضاء لا إجبار المشتري»(٢.(

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

(٢)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/الفصل الثالث في الشرط/الفرع الثالث.

وهوالصحيح، والوجه فيه ما افاده الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «وأما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع فهوواضح.

واما كونه حقا للعبد، فإنه ان أريد به مجرد انتفاعه بذلك، فهذا لا يقتضي سلطنة له على المشتري، بل هومتفرع على حق البائع، دائر معه وجودا وعدما.

وان أريد ثبوت حق على المشتري يوجب السلطنة على المطالبة، فلا دليل عليه، ودليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع.

وبالجملة: فاشتراط عتق العبد ليس إلا كاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل، أويتصدق به عليه، ولم يذكر أحد ان لزيد المطالبة.

ومما ذكر يظهر الكلام في ثبوت حق الله تعالى، فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه، لانه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض، فهذا جار في كل شرط، ولا ينافي ذلك سقوط الشروط بالإسقاط.

وإن أريد ما عدا ذلك من حيث كون العتق مطلوبا لله-كما ذكره جامع المقاصد - ففيه ان مجرد المطلوبية إذا 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»(١.(

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

والحاصل: ان المراد بحق العبد ان كان انتفاعه بالشرط، فهوأمر مسلم ولا يقبل الإنكار، فإن فائدة الشرط تعود اليه، حيث يتحرر ويملك أمر نفسه، إلا ان مجرد هذا لا يعني ثبوت حق وضعي بالمعنى الأخص له، بحيث يكون له مطالبة المشروط عليه به وإلزامه بالوفاء والكون عنده.

وإلاّ للزم القول بثبوت الحق لكل أجنبي عن العقد يكون ذا مصلحة في الاشتراط، كاشتراط البائع على المشتري بيع المتاع عليه بأدون من ثمن المثل، أو

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

التصدق به عليه، بل وفي مثل اشتراط خياطة لثوبه.

بل وينبغي القول به في مثل اشتراط رعي الماشية والدابة، بل واشتراط سقي الأشجار والبستان.

ولا أظن أحدا يلتزم بشيء من ذلك.

على ان حق الأجنبي حتى على تقدير القول به، إنما هومن فروع حق البائع وتوابعه، فيثبت ما دام الأصل باقيا، فإذا سقط فلا موضوع لبقاء الفرع.

واما حق الله تبارك وتعالى، فإن أريد به وجوب الوفاء المتوجه على المشروط عليه فهومسلم، إلا انه لا يختص بالعتق ونظائره، بل يعم الشروط جميعها.

وإن أريد به كونه محبوبا لله تعالى، فهولا علاقة له بالاشتراط بل ثابت قبله أيضا، فإن أمثال العتق مطلوب في نفسه ومع قطع النظر عن اشتراطه، بل الاشتراط لا يؤثر فيه شيئا.

إذا فالصحيح انه ليس هناك فرق بين العتق وما عده من الشروط، فان الحال في جميعها واحد، وأمر الشرط في الكل بيد المشروط له، وليس للأجنبي حق فيه وان كان منتفعا بالشرط.

وعليه فإذا رفع المشروط له يده عن شرطه وأسقطه، سقط الشرط حتى ولوكان ذلك هوالعتق، من دون أن يكون للعبد أوالحاكم حق في مطالبته به، فضلا عن إلزامه وإجباره.

المسألة السابعة: اشتراط ما هوجزء للمبيع حقيقة.

اتفقت كلمات الاعلام على عدم مقابلة الشرط بشيء من العوض، وانه لا يتقسط عليه وعلى المبيع نفسه، بل الثمن بتمامه يكون بإزاء المبيع فقط، كما تقتضيه باء المقابلة في الإنشاء، ويكون دور الشرط دور المؤثر في الرغبة فيه زيادة ونقصانا الموجبة لزيادة الثمن أونقصانه، فلا فرق في ذلك بين الشرط شرط فعل أونتيجة، أووصف ذاتي أوعرضي، ما لم يكن ذلك من ذاتياته ومما يتوقف عليه قوامه كالذهبية بالنسبة للجسم الأصفر والإنسانية في المملوك، لأنه حينئذ يخرج التعهد به عن

الشرطية إلى القيدية.

كما اتفقت كلماتهم على تقسيط العوض على أجزاء المبيع الشخصي المعين، كأن يبيعه الموسوعة من الكتب بثمن معين ثم ينكشف نقصان بعض اجزائها، إذ لا ينبغي الإشكال في بطلان البيع بالنسبة إلى الجزء المفقود ورجوع ما قابله من الثمن إلى المشتري، مع ثبوت الخيار له في فسخ العقد في الباقي لتبعض الصفقة.

ومنه بيع ما يملك وما لا يملك، وبيع ما يملكه البائع وما لا يملكه صفقة، حيث يبطل العقد بالنسبة الى ما لا يملك وما لا يملكه البائع، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ من رأس والقبول بالباقي بحصته من الثمن.

وقد اختلفت كلماتهم فيما كان جامعا للوصفين معا، فيشترط ما هوجزء للمبيع حقيقة، كأن يبيعه الأرض بشرط كونها ثلاثة جربان، أوالصبرة على انها ثلاثون صاعا، ثم ينكشف نقصانه وتخلف الشرط.

فمنهم من رجّح جانب الشرطية فيه، فألحقه بالفرض الأول وحكم بعدم تقسيط الثمن عليه، وان المشروط له مخير بين فسخ العقد وإمضائه بتمام الثمن، كالعلامة في القواعد، وولده السعيد في الإيضاح، والشهيد في محكي حواشيه والميسية، والسبزواري في الكفاية، والشهيد الثاني في المسالك، والكركي في جامع المقاصد، واختاره من المتأخرين الايرواني في تعليقته، والسيد الخميني في البيع.

قال في القواعد: «لوباعه متساوي الاجزاء على انه قدر معين فزاد، فالزيادة للبائع ولا خيار للمشتري، ولونقص تخير المشتري بين الفسخ والإمضاء بقدر حصته من الثمن.. والأقرب ان للبائع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ والإمضاء في الجميع في متساوي الاجزاء أومختلفها، وللمشتري الخيار في طرف النقصان فيهما بين الفسخ والإمضاء بالجميع»(١).

---

(١)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/الفصل الثالث في الشرط.

وفي جامع المقاصد: «وجه القرب: ان المبيع هوالعين الشخصية موصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين، وبفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا، ولا يختلف في ذلك متساوي الاجزاء ومختلفها»(١.(

ومنهم من رجّح جانب الجزئية، والحقه بالفرض الثاني، وانه يتقسط عليه الثمن، ويتخير المشروط له بين فسخ العقد وإمضائه بحصة الباقي من الثمن.

وهذا القول هوالمشهور بين الأصحاب، ذهب اليه شيخ الطائفة في المبسوط، والمحقق في الشرائع، والعلامة في بعض كتبه، والشهيدان في الدروس والروضة، والحلي في السرائر، واختاره الشيخ الأعظم في بعض فروع المسألة، والمحقق الأصفهاني مطلقا.

قال في المبسوط: «إذا اشترى صبرة على انها مائة كر فأصاب خمسين كرا، كان المشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وان شاء فسخ البيع»(٢.(

وقال المحقق(قده) : «لوباعه أرضا على جريان معينة فكانت أقل، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع، وبين أخذها بحصتها من الثمن»(٣.(

وفي الدروس: «ولوأخبره بالقدر فنقص أوزاد، تخير فيأخذ بالحصة مع النقص ان شاء»(٤.(

وفي المكاسب: «الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء، وفاقا للأكثر، لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع»(٥.(

---

(١)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٤.

(٢)المبسوط/كتاب البيوع/فصل في بيع الصبرة/المسألة العاشرة.

(٣)شرائع الإسلام ج ٢ ص ٢٩.

(٤)الدروس ص ٣٣٧.

(٥)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٧٨.

وقال المحقق الأصفهاني(قده) : «ان جزء ذات المبيع إذا أخذ بنحوالاشتراط لا يخرج عن كونه جزء ملحوظا كسائر الأجزاء مقابلا للثمن، حيث لا فرق في الغرض المعاملي النوعي المتعلق باشتراء ذات الاجزاء بين جزء منها وجزء آخر، بعد وضوح ان المبيع ليس هوالجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعين الموجب لصيرورته جسما تعليميا، كما انه لا غرض نوعا في شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ معه تعين ما فليس تعيّن الجسم أمرا زائدا على الغرض النوعي حتى يؤخذ بنحوالاشتراط الذي هوشأن التابع، كما في مال العبد بالإضافة اليه، أوحمل الدابة بالإضافة إليها»(١.(

ومنهم من توقف في الحكم فعنون المسألة وذكر اختلاف الأصحاب فيها على قولين من غير تعليق عليها، كالمحقق النائيني(قده) ، فإنه قد تعرض الى تنقيح محط النزاع بين الاعلام بشيء من التفصيل وذكر ما هوخارج عن حريمه، وخص مورده بالشرائط التي تكون ذات حيثيتين وتشتمل على جهتين كالمقادير، ثم تركه من دون تعليق عليه أوبيان للمختار فيه»(٢.(

وقد حاول بعض الأصحاب الجمع بين كلمات الاعلام بقوله: «قيل: ان النزاع لفظي، فإن من قال بالتقسيط يقول به في صورة الشرط الصوري وارادة الجزئية حقيقة، ومن قال بعدمه يقول به في صورة الشرط الحقيقي الذي مقتضاه عدم المقابلة مع الثمن عقلا»(٣.(

وقد علق عليه المحقق الأصفهاني(قده) قائلا: «وهوبعيد جدا عن كلمات الأصحاب، بل النفي والإثبات واردان على أمر واحد وفرض فأرد»(٤.(

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

(٢)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤٢ - ١٤٤.

(٣)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

(٤)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

والأمر كما أفاده رحمه الله، كما يشهد له صريح كلماتهم في المقام.

فيما اعتبر المحقق الخراساني(قده) النزاع بين الاعلام صغرويا، وأن مرجع النزاع في «ان المبيع هل هي الأرض الشخصية مثلا، حتى يكون شرط كونها عشرة أذرع مثلا التزاما بوصف فيه فلا يوجب تخلفه الا الخيار، أوهي الأرض المتكممة بكم خاص بنحوالكلي في المعين، حتى يكون النقص من باب فوات جزء من المتكمم الكلي في هذه الأرض الشخصية؟ »(١.(

ثم استبعده رحمه الله، باعتبار ان ظاهر كلماتهم هوالاعتراف بكون المبيع في قرارهم هوالموجود المشخص والمعين خارجا، وهوكذلك.

وعليه فيكون محط النزاع بينهم في «ان كون المبيع الشخصي بذلك المقدار وان كان بصورة الشرط، إلا ان مرجعه الى كون المبيع هذا القدر، كما لوكال طعاما فاشتراه فتبين الغلط في الكيل، ولا يرتاب أهل العرف في مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا..»(٢.(

أو «أن المبيع هوالموجود الخارجي كائنا ما كان، غاية الأمر انه التزم أن يكون بمقدار معين وهووصف غير موجود في المبيع، فأوجب الخيار، كالكتابة المفقودة في العبد، وليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار، الا انه غير موجود في الخارج.

مع ان مقتضى تعارض الإشارة والوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا»(٣.(

وهورغم صراحته في كون محط النزاع هوفرض الاشتراط في العين الشخصية، يرجع الى بحث كلي قد يتلخص في النزاع في كبرى عدم تقسيط الثمن على الشروط بقول مطلق، كما أشار إليه الشيخ الأعظم(قده. (

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٦.

(٣)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٦ - ٢٨٧.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وكيف كان، فلا بد من استعراض أدلة الطرفين للوقوف على ما يقتضيه التحقيق.

اما القول الأول، أعني الحاقه بالشرط مطلقا وعدم تقسيط الثمن عليه، فيتلخص ما يصلح للاستدلال به عليه في وجوه أربعة: الوجه الأول: ما ذكره المشهور وحاصله: «ان المبيع هوالعين الشخصية موصوفة بكونها مقدارا مخصوصا بالثمن المعين، وبفوات الوصف لا يخرج الجميع عن كونه مبيعا»(١.(

وبعبارة اخرى: ان المبيع الذي وقع بإزائه الثمن إنما هوالموجود الخارجي كائنا ما كان، غاية الأمر ان البائع قد التزم في العقد كونه بمقدار معين، فتخلفه لا يوجب تغييرا في نفس المبيع، بل المبيع محفوظ على حاله وواقعه، ويثبت للمشتري الخيار لتخلف الوصف المشترط، علي ما تقتضيه القاعدة في سائر الشرائط كالكتابة ونحوها، فله ان يرفع اليد عن التزامه بالعقد لكونه معلقا على وجود ما التزم به المشروط له، وبين إمضائه وقبوله بتمام الثمن، لعدم مقابلة شيء منه بالمال في مقام الإنشاء.

الوجه الثاني: ما ورد في كلام الشيخ الأعظم(قده) من «ان مقتضى تعارض الإشارة والوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا»(٢.(

وبعبارة اخرى: «ان مقتضى الإشارة في قوله: «بعتك هذه الصبرة» كون المبيع هذه الصبرة المشار إليها بلغت ما بلغت، كانت عشرة أصول أوأقل أوأكثر، في حين ان مقتضى الوصف في قوله: «على ان تكون عشرة أصوع كون المبيع هوالعشرة أصوع. فإذا تعارضت الإشارة والوصف، بأن كانت الصبرة المشار إليها أقل من عشرة

---

(١)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦٤.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

أصوع أوأكثر، قدم جانب الإشارة لأرجحيته عرفا.

الوجه الثالث: ما ذكره المحقق الايرواني(قده) وحاصله الأخذ بظاهر التعبير في الشرطية.

قال رحمه الله: «الشرطية والجزئية يدوران مدار جعل المتبايعين واعتبارهما، فمع العلم بكيفية اعتبارهما فلا اشكال، وان كان تعبيرهما على خلاف اعتبارهما، فان الحكم يتبع الواقع، ولا اعتناء بالتعبير إذا خالف الواقع، ومع الجهل أخذ بظاهر التعبير في استكشاف الواقع، ومعلوم ان ظاهر التعبير بالشرطية هوالاعتبار على وجه الشرطية، ولم يثبت له ظهور ثانوي في المقام على خلافه»(١.(

الوجه الرابع: ما افاده السيد الخميني(قده) من ان «التحقيق عدم الفرق بين هذا الشرط وسائر الشروط في عدم التقسيط.

وذلك لان البيع مع هذا الشرط متضمن لقرارين: أحدهما: بيع هذا الشخص الموجود بعشرة دنانير مثلا، وهذا يتم إنشاؤه بقول البائع: «بعتك هذه الصبرة بعشرة» أو «بعتك هذه الأرض بها.«

ثانيهما: شرط ان يكون المبيع كذا مقدارا، فتمام ماهية البيع التي هي عبارة عن تمليك الشيء بعوض متحققة إنشاء به قبل انشاء الشرط الذي هوأيضا يتحقق بإنشاء الموجب، والقبول المنضم إلى إنشاء البيع يوجب ترتب الأثر عليه، كما ان القبول اللاحق بالشرط يوجب ذلك.

فهاهنا ايجابان وقبولان، إنشاء البيع المتضمن لمقابلة المبيع الخاص بتمام الثمن، وإنشاء الشرط الذي هوقرار آخر غير قرار البيع إيجابا وقبولا.

ومقتضى البيع مبادلة المبيع الخارجي في الموارد بتمامه بالثمن المذكور بتمامه، بحيث لوبدا للمنشئ عدم الشرط وتركه وقبل المشتري إيجابه صح، ويقابل المبيع

---

(١)تعليقة الايرواني على المكاسب ج ٢ ص ٦٨.

بتمام الثمن بالضرورة.

فالقائل بالتقسيط لورجع قوله الى ان البيع موجب له مع الغض عن الشرط، فهوخلاف الضرورة.

ولورجع الى ان الشرط يوجب انقلاب البيع عما عليه، فهومحال بالضرورة.

ولورجع الى ان البيع الملحق به الشرط المذكور موجب للتقسيط، فإن أريد به إنشاء المقابلة بين الثمن والثمن مع هذا الجزء أوباستثنائه، فهوخلاف المفروض، وخلاف ما في الواقع من ان البيع الذي هوإنشاء مستقل يتحقق قبل تحقق إنشاء الشرط وان الشرط إنشاء مستقل آخر. وإن أريد أنه مع عدم المقابلة في البيع يقسط الثمن فهوغير معقول. فالقول بالتقسيط لا يرجع الى محصل وأمر معقول»(١.(

واما القول الثاني أعني الحاقه بالجزء مطلقا-فدليله يتلخص في ما تقدم من كلام المحقق الأصفهاني(قده) من «ان جزء ذات المبيع إذا أخذ بنحوالاشتراط لا يخرج عن كونه جزء ملحوظا كسائر الأجزاء مقابلا للثمن، حيث لا فرق في العوض المعاملي النوعي المتعلق باشتراء ذات الاجزاء بين جزء منها وجزء آخر، بعد وضوح ان المبيع ليس هوالجسم الطبيعي مع قطع النظر عن التعين الموجب لصيرورته جسما تعليميا، كما انه لا غرض نوعا في شراء الجسم التعليمي المطلق الملحوظ معه تعيّن ما، فليس تعيّن الجسم أمرا زائدا على الغرض النوعي حتى يؤخذ بنحوالاشتراط الذي هوشأن التابع، كما في مال العبد بالإضافة اليه، أوحمل الدابة بالإضافة إليها»(٢.(

أقول: الظاهر ان أدلة الطرفين قابلة للتأمل ولا تخلومن ملاحظات.

اما القول الأول فيمكن مناقشة أدلته جميعا.

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٢٩.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

اما الدليل الأول فيرده ما افاده الشيخ الأعظم(قده) من: «أن كونه من قبيل الشرط مسلم، إلا ان الكبرى وهي ان كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة، لأن المستند في عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا، والعرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة»(١.(

وبعبارة اخرى: ان كون الالتزام بالمقدار المعين وصفا في المبيع أمر مسلم ومفروغ عنه في محل البحث، فإنه ليس هناك من ينكر ذلك من الطرفين، وإنما الخلاف بينهم في كون الوصف والالتزام في أمثال مقدار المبيع، الذي ينتزع عما شأنه الوجود في نفسه، سواء أ كان موجودا واقعا كالاصوع الموجود منه، أم مفقودا كالاصوع غير الموجودة، على حد الوصف والالتزام الذي شأنه الوجود في ضمن الموضوع، بحيث يكون قائما به ولا يتحقق في الخارج من دونه، كالكتابة في العبد.

فان المدعى كون هذا الالتزام غير ذلك الالتزام ومختلفا عنه كاختلافه عن الالتزام الذي يكون مفاده امرا مستقلا في نفسه ومن دون اقتضاء للجزئية أوالوصفية للمبيع، كاشتراط خياطة الثوب -مثلا- في ضمن عقد بيع الدار، على ما ستعرفه قريبا ان شاء الله.

إذا فالتمسك بكون الالتزام في المقام شرطا لا يكفي في إثبات عدم تقسيط الثمن عليه.

واما الدليل الثاني فيرد عليه انه لا يتجاوز حدود التعبير وصياغة العبارة وتكييفها وفق المطلوب، ولنا ان نردّ التعبير بالتعبير وفق صياغة أخرى تؤدي الى مطلوبنا، وهي القول بان الوصف في مثل هذا الاشتراط انتزاعي، باعتبار انه يقتبس مما هوجزء للمبيع حقيقة، والتعبير بالشرطية أوالوصفية لا يغيّر من الحقيقة شيئا، فيبقى الجزء جزءا داخلا في المبيع حقيقة وبحسب قصد المتعاملين وجعلهما، وان تأخر ذكر الوصف المنتزع منه الى ما بعد المقابلة في مقام الإنشاء.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

على ان ترجيح الإشارة على الوصف ليس من الأمور المسلمة بقول مطلق، بل يختلف ذلك باختلاف موارده والفهم العرفي منه، على ما حققه الاعلام في مبحث تعارض الوصف والإشارة في مباحث خيار الوصف.

واما الدليل الثالث فيرده انه وان تم في الجملة إلا انه لا مجال للموافقة عليه على إطلاقه، فإن الالتزام التبعي يختلف باختلاف موارده كثيرا، ويختلف الظهور من مورد الى غيره.

ولذا نجد ان شيخ الطائفة(قده) رغم التزامه في مثل بيع الصبرة على انها مائة كر فبان خمسين بين فسخ العقد وإمضائه بحصة الموجود من الثمن على ما عرفته، التزم في قوله: «بعتك هذه الأرض على أنها مائة ذراع، فكانت تسعين» ان «المشتري بالخيار، ان شاء فسخ البيع وان شاء اجازه بجميع الثمن، لان العقد وقع عليه.«

وقد ذكر رحمه الله في بيان الفرق بين المقامين «ان الثمن ينقسم ها هنا-الصبرة -على أجزاء الطعام، لتساوي قيمتها، وليس كذلك الخشب والثوب والأرض، لان اجزاءها مختلفة القيمة»(١.(

ولسنا بصدد الموافقة على ما أفاده رحمه الله في بيان الفرق، أوالمخالفة معه، بقدر ما نحن بصدد بيان اختلاف الفهم العرفي في مقام الإنشاء باختلاف الموارد.

واما الدليل الرابع فيرد عليه أن أساسه مبني على أمرين لا يمكن المساعدة عليهما معا:

الأول: تحقق ماهية العقود -البيع وغيره - بالإيجاب وحده، وانحصاره دور القبول في التأثير في ترتب الأثر على الماهية المتحققة بالإيجاب.

الثاني: استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي تماما، بحيث لا يكون بينهما أي ارتباط سوى الظرفية المجردة من الثاني للأول.

---

(١)المبسوط/كتاب البيوع فصل في بيع الصبرة/المسألة العاشرة.

وفيهما معا ما لا يخفى.

أما الأول فيرد عليه انه ان أراد من تحقق البيع -مثلا- بالإيجاب وحده تحقق ما يطلق في مقابل فعل المشتري -الشراء- فيقال: «باع» في مقابل انه «اشترى» ومنه يشتق عنوان البائع والمشتري، فهوأمر مسلم ولا مجال للإنكار فيه.

إلا انه أجنبي عن البحث في المقام، بل وجميع الأبحاث التي تدور حول البيع بما هوعقد مركب من الإيجاب والقبول، ويترتب على صحيحه وفاسدة آثار واحكام معينة، والذي يقع في قبال سائر العقود كالنكاح والإجارة.

وان أراد به الثاني-أعني العنوان الذي يقع في قبال سائر العقود - ففيه ان الممضى في لسان الأدلة هوالبيع بعنوانه وبحد ذاته ومن غير اعتبار أمر زائد على ماهيته سوى القبض في الصرف والسلم.

قال عز من قائل (أَحَلَّ اَللهُ اَلْبَيْعَ وَحَرَّمَ اَلرِّبا)(١.(

ومعه فلا مجال للقول بان «القبول المنضم إلى إنشاء البيع يوجب ترتب الأثر عليه.« وبعبارة اخرى: انه وبعد إحراز رضا الطرفين المتعاقدين وتحقق ماهية العقد بالإيجاب الصادر من البائع، لا وجه لاعتبار انضمام القبول إليه، فإن المفروض تحقق البيع عن رضى منهما قبله، فيكون اعتباره لغوا محضا.

هذا مضافا الى ان عدم صدق البيع الذي هوأحد العقود على الإيجاب لوحدة، وتقومه بالإيجاب والقبول، لعله بمكان من الوضوح، ولا ينبغي الارتياب فيه.

واما الثاني فيرده ان لازم استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي وعدم ارتباطه به، بطلان العقد في مثل بيع الصبرة مما يباع مكيلا، باعتبار ان لازم انعقاد البيع بقول البائع: «بعتك هذه الصبرة بعشرة» ومن غير ارتباط له بما يتلوه من الشرط، كون المبيع جزافا، وقد ورد في الصحيح النهي عن بيع المكيل جزافا(٢.(

---

(١)البقرة الآية ٢٧٥.

(٢)راجع وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٤ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وغني عن الذكر ان النهي في أمثال المقام ليس نهيا مولويا كي يقال بعدم اقتضاءه للفساد في المعاملات، وإنما هوإرشاد إلى اعتبار الكيل وبطلان البيع جزافا.

ولا أظن التزامه هو(قده) بذلك فضلا عن غيره، بل هومناف لقوله: ان «مقتضى البيع مبادلة المبيع الخارجي في الموارد بتمامه بالثمن المذكور بتمامه.«

على ان لازم الاستقلال وتحقق البيع وتماميته قبل الشروع بقرار الشرط، كون البائع حين أدائه القرار الشرطي والتزامه به أجنبيا عن المبيع تماما، لانتقاله إلى المشتري قبل ذلك، ومن الواضح البديهي انه لا أثر لالتزام الأجنبي للمشتري بأوصاف في ماله، بل ولا يبعد اعتباره أمرا لغوا لا يصدر عن العاقل.

هذا مضافا الى انه لوأمكن تكلف توجيه استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي في مثل اشتراط خياطة الثوب في ضمن عقد بيع الدار مثلا، مما يكون مفاد كل منهما قائما بنفسه ومستقلا عن الآخر مع قطع النظر عن اداة الشرط والارتباط، فلا يمكن توجيه ذلك في أمثال المقام مما يكون مفاد القرار الشرطي بيانا للمبيع ورافعا لإبهامه، بوجه، فان فساد توهم استقلاله عنه أوضح من أن يخفى.

وقد تقدم الكلام في بطلان دعوى استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي في مباحث المقصد الأول من هذه الدراسة مفصلا، فراجع.

ثم انه وببطلان ركني بناء مختاره(قده) وأساس حكمه، ينهدم جميع ما فرّعه عليهما وبناه على اساسهما.

هذا تمام الكلام بالنسبة إلى أدلة القول الأول، أعني إلحاق المقام بالشرط مطلقا والحكم بعدم تقسيط الثمن عليه.

واما دليل القول الثاني فهووان كان قريبا من الصواب والقبول، إلا ان الذي يلحظ عليه عدم اطراده في جميع الموارد، فان العرف ورغم قطعه بتقسيط الثمن في مثل بيع الصبرة والموسوعة من الكتب، بل وفي الأراضي الكبيرة، وكون المبيع عبارة عن الاصوع المعلومة المنضمة بعضها الى بعض والاجزاء المعينة والجربان المذكورة بشرط الاجتماع، بحيث يكون كل مفردة منها مبيعا في حد ذاته غاية الأمر أنها

انضمت الى غيرها فبيعت صفقة، يتردد في غير مورد في ذلك، بل ويقطع في بعض الموارد بعدم التقسيط وكون المبيع هوالموجود الخارجي بهيئته، كما هوالحال في بيع الدار بشرط كون مساحتها خمسمائة متر فبانت أربعمائة وثمانين، أوبيع الصندوق من البيض على انه يحتوي على مائتين وخمسين بيضة فبان احتوائه على مائتين وأربعين بيضة مثلا، فان العرف لا يرى في أمثالهما إلا كون المبيع الدار القائمة والصندوق بمحتواه، بحيث لا يتقسط الثمن على الموجود منه والمفقود.

نعم، يثبت للمشتري في المقامين خيار تخلف الشرط، فله ان يفسخ العقد من رأس ويسترد تمام الثمن.

إذا فالصحيح في المقام هوالتفصيل بحسب اختلاف الموارد، وحسب ما يفهمه العرف فيها من التقسيط وعدمه.

وتفصيل الكلام في بيان الفرق بين موارد الشرط والقيد في الأعيان الشخصية، هوان الشرط -بالمعنى الأعم - فيها يتصور على وجوه أربعة: «أحدها: ان يكون من مقومات الموضوع باعتبار ان له تمام الدخل في ماليته، بل في قوامه وعنوانه، كما لوباعه هذا الجسم الأصفر على ان يكون ذهبا، أوالحيوان على ان يكون شاة، ونحوذلك من التعليق على ما به شيئية الشيء وتتقوم به صورته النوعية.

ولا شك ان مثل هذا يعدّ قيدا مأخوذا في المبيع ويرجع الشرط الى التقييد، أي إلى تعليق البيع بهذا العنوان، فلا يبيع ولا يشتري إلا المتصف بهذا الوصف العنواني، ولا ضير في مثل هذا التعليق، ضرورة ان مالية الشيء إنما هي بصورته وعنوانه.

فالتعليق على ما يكون عنوانا للمبيع يرجع في الحقيقة إلى ورود البيع على هذا العنوان، فقوله: «بعتك هذا على ان يكون ذهبا» بمنزلة قوله: «بعتك هذا الذهب» فمع تخلفه ينكشف عدم وقوع البيع من أصله، فهوقيد مأخوذ في الموضوع وان عبّر عنه بلسان الشرط.

ثانيها: ان يكون من اعراض المبيع وأوصافه، كما لوباع العبد بشرط ان يكون

كاتبا، وحيث ان العين الشخصية جزئي حقيقي ومثله لا سعة فيه ولا إطلاق حتى يكون قابلا للتقييد، فيمتنع إذا رجوع الشرط الى القيد إلاّ إذا كان على نحوالتعليق -بحيث يكون البيع معلقا على الاتصاف بالكتابة-المستلزم للبطلان حينئذ، لقيام الإجماع على اعتبار التنجيز في العقود، وبطلان التعليق فيها.

وبهذا افترق عن القسم السابق، إذ التقييد فيه وان رجع أيضا الى التعليق حسب ما عرفت، إلا ان التعليق هناك لم يكن ضائرا بعد كون المعلق عليه من مقومات الموضوع الدخيلة في صورته النوعية، لا من الصفات الخارجة عن مقام الذات كما في المقام، لرجوع ذاك التعليق الى تحقيق موضوع العقد، وهنا الى ان العقد على موضوعه نافذ في تقدير دون تقدير، ومن ثم كان الثاني باطلا دون الأول كما مرّ.

ومما ذكرنا يظهر الحال في ثالث الوجوه، أعني ما إذا كان الشرط امرا خارجيا مفارقا ولم يكن من قبيل الصفات والاعراض، كالبيع بشرط الخياطة، فإن التقييد هنا أيضا لا معنى له، إلا ان يرجع الى التعليق المستوجب للبطلان.

فبعد امتناع التقييد في هذين الموردين لا محيص من ارادة الشرط بالمعنى الذي تقدم، اعني تعليق الالتزام بالعقد على وجود الوصف خارجا الراجع الى جعل الخيار كما في المورد السابق، أوهومع تعليق العقد على الالتزام الذي نتيجته جواز المطالبة والإلزام بالوفاء كما في هذا المورد»(١.(

رابعها: ان يكون من أجزاء المبيع حقيقة -محل البحث - بان يشتري مركبا خارجيا معلوما ويشترط كونه مقدارا معينا.

وفي مثله لا بد من ملاحظة الفهم العرفي في المورد بما يحتوي عليه من خصوصيات ومزايا، فيلحق تارة بالقيد ويقسط عليه الثمن، واخرى بالشرط، فلا يكون للمشروط له عند تخلفه الا الخيار بين فسخ العقد وإمضائه بتمام الثمن.

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ٩٤ - ٩٦.

نعم، لا يبعد القول بحكمهم في أغلب الموارد بإلحاقه بالقيد وتوزيع الثمن على الاجزاء المتضمنة في مقام الإنشاء.

بل ولعل ندرة موارد الحاقه بالشرط -بالمعنى الأخص - هي التي أدت إلى إطلاق المشهور حكمهم بإلحاقه بالتقييد والجزئية، كما عرفته من مقالة الشيخ الأعظم(قده) وغيره.

لكن ذلك لا يمنع المحقق من التفصيل في مقام بيان القاعدة الكلية في اشتراطه، واناطة الحاقه بالقيد أوالشرط الى الفهم العرفي في ذلك المورد.

ومما ذكرنا يظهر ان لا وجه للاستدلال على مدعى المشهور برواية عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السّلام: «في رجل باع أرضا على انها عشرة أجربة، فاشترى المشتري ذلك منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة البيع وافترقا، فلما مسح الأرض إذا هي خمسة أجربة، قال: إن شاء استرجع فضل ماله وأخذ الأرض، وان شاء ردّ البيع وأخذ ماله كله» الحديث(١.(

فإنها أخص من المدعي، لما عرفت من اختلاف الفهم العرفي في الموارد، فلا يكون إلحاقه في هذا المورد بالجزئية دليلا على الإلحاق في جميع الموارد.

على انها ضعيفة سندا ولا يمكن الاعتماد عليها من هذه الناحية ومجرد استناد شيخ الطائفة وابن إدريس(قدس سرهما)إليها لا يصلح جابرا لضعفها حتى على تسليم كبرى الانجبار بعمل الأصحاب.

نعم، لا حاجة في موردها الى النص، لكون الحكم فيه على القاعدة، وموافقا تقدير للفهم العرفي بالجزئية والتقسيط.

ثم ان التخلف اما ان يكون بظهور النقيصة في المبيع، واما ان يكون بظهور الزيادة فيه.

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ١٤ من من أبواب الخيار ح ١.

وعلى التقديرين، فاما ان يكون المبيع متساوي الاجزاء في القيمة كالصّبرة من الحنطة من الصنف الواحد، واما ان يكون مختلف الاجزاء في القيمة كالأراضي حيث يختلف بعضها عن بعضها الآخر قيمة بلحاظ موقعها أوصلوح ترتبها وغيرهما.

إذا فصور التخلف تكون أربعة: الاولي: ظهور النقصان في متساوي الاجزاء.

الثانية: ظهور النقصان في مختلف الأجزاء.

الثالثة: ظهور الزيادة في متساوي الأجزاء.

الرابعة: ظهور الزيادة في مختلف الاجزاء.

وبسط الكلام فيها يستدعي التكلم عن كل صورة مستقلا وعلى حدة.

أما الصورة الأولى: فالظاهر انها القدر المتيقن في الحكم بتقسيط الثمن مطلقا كما عليه المشهور، أوفي بعض الموارد كما هوالمختار، عند القائلين بترجيح جانب الجزئية، حيث لم يستشكل في الحكم -على إجماله - فيها أحد منهم.

واما الصورة الثانية: فقد استشكل فيها شيخ الطائفة(قده) لعدم إمكان تقسيم الثمن في مثل «الخشب والثوب والأرض، لأن اجزاءها مختلفة القيمة فلا يمكن قسمة الثمن على الاجزاء، لانه لا يعلم ان الناقص من الذراع لووجد كم كانت تكون قيمته، فإذا كان كذلك خيّر البائع في الزيادة بجميع الثمن، وخيّر المشتري في النقصان بجميع الثمن»(١.(وقد عالله في مفتاح الكرامة نقلا عن الإيضاح وشرح الإرشاد بـ «ان ما فات لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن على الاجزاء، أوالقيم لعدم الفائت

---

(١)المبسوط كتاب البيوع/فصل في بيع الصبرة/المسألة العاشرة.

وعدم المماثل له، فاستحال تقومه فاستحال ثبوت قسط له، ففواته كفوات صفة كمال، وهوكم والكم عرض، فكان كالتدليس»(١.(

ويظهر من الشيخ الأعظم(قده) اعتبارهما وجها واحدا، فإنه قد جمع في مقام بيان ما نسب الى الشيخ(قده) بين الأمرين.

قال(قده) بعد اختياره التقسيط في المقام: «خلافا للمحكي عن المبسوط وجميع من قال في الصورة الأولى بعدم التقسيط، لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد ولا ينقص لوجود الشرط وعدمه، والشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار، كما لواشترط حمل الدابة أومال العبد فتبين عدمهما.

وزاد بعض هؤلاء ما فرق به في المبسوط بين الصورتين، بأن الفائت هنا لا يعلم قسطه من الثمن، لان المبيع مختلف الاجزاء فلا يمكن قسمته على عدد الجربان.«

ثم أورد عليه: بـ «ان عدم معلومية قسطه لا يوجب عدم استحقاق المشتري ما يستحقه على تقدير العلم، فيمكن التخلص بصلح أونحوه»(٢.(

فأشكل عليه المحقق الأصفهاني(قده) بأنه لا وجه له، باعتبار ان مرجع تعليل شيخ الطائفة(قده) إلى جهالة القيمة، في حين ان مرجع تعليل الإيضاح إلى وجود المانع والمحذور العقلي.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وقد أوضح رحمه الله المقصود من تعليل الإيضاح بقوله: ان «كل ما يحكم عليه بأنه جيد أورديء أوسهل أوحزن وأشباه ذلك من المقابلات، لا بد فيه من تعين وجودي أوتعين طبيعي لوجود مماثلة في الطبيعة، والفائت لا تعين وجودي له حتى يقوّم بقيمة الجيد أوالرديء ونحوهما، ولا تعيّن ما هوطبيعي له كما في متساوي الأجزاء حتى يقال ان الفائت مثل الموجود، وما لا تعين له بأحد النحوين مع انحصار التعيّن

---

(١)مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٤٥.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

عقلا في أحد التعينين من الوجودي والماهوي، يستحيل تقويمه، وما يستحيل تقويمه يستحيل تقسيط الثمن عليه.

وعليه فالفائت من حيث جزئه الجوهري أي ذات المتكلم يستحيل تقومه، ومن حيث جزئه العرضي أي نفس الكمية فهوعرض محض ولا يقابل بالمال كسائر الأوصاف، بل يوجب تخلفه الخيار»(١.(

وبعبارة اخرى: ان للفائت في المقام حيثان ووجهان: الأول: حيث ذاته والجزء الجوهري المادي.

الثاني: حيث جزئه العرضي وكون الأرض مثلا عشرة جربان.

اما الحيث الثاني فهوعرض محض لا يقابل بالمال مطلقا، كما هوالحال في وصف الكتابة في العبد.

واما الحيث الأول فهوأيضا لا يقابل بالمال، لانه لا وجود له خارجا كي يقوّم بالمال مباشرة، وليس له مماثل-كما كان الحال في متساوي الأجزاء-كي يقوّم بقيمة مماثله.

إذا يستحيل ثبوت قسط من الثمن له، لاستحالة تقويمه وتحديد سعره.

وقد ردّه رحمه الله بقوله: «ان الفائت وان لم يكن له تعين وجودي ليتعين جودته ورداءته ونحوهما، ولا له تعين ماهوي من حيث عدم التساوي، إلا ان المنفي هوعدم التعين من حيث خصوص الجودة، أوخصوص الرداءة، وأما التعين من حيث كونه جزء مما فيه الجيد والرديء فلا موجب لنفيه، والمفروض ان المبيع بحسب فرض المتعاملين عشرة أمنان من الحنطة المختلطة، أوعشرة أذرع من الأرض المختلفة الأجزاء بالسهولة أوالحزونة، والفائت خمسة أمنان من تلك الحنطة المفروضة، وخمسة أذرع من الأرض المتعينة بهذا التعين، فكيف يستحيل تقومه!

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢.

ومما ذكرنا يندفع إشكال جهالة القيمة، وان كان لا تصل النوبة إلى محذور الجهالة مع فرض الاستحالة»(١.(

ولنعم ما أفاده رحمه الله، فإن الفائت جزء من مجموعة أجزاء للمبيع المختلف اجزاؤه، فكل جزء مشاع من المبيع بهذا الوصف له حصة من الثمن تقابل نسبته الى المجموع، فالجزء الفائت بما هومختلف الاجزاء له من الثمن ما يعادل نسبته الى الجميع بوصف اختلاف اجزائه.

إذا فالجزء الفائت قابل للتقويم وتقسيط الثمن عليه بلحاظ قيمة أمثاله مما هوموجود من المبيع، غاية الأمر ان ثمنه ليس ثمن الجزء المعين الخارجي من الصنف الجيد أوالرديء مثلا، بل هوثمن الجزء المشاع من المبيع الموجود المختلف اجزاؤه.

ومما ذكرناه يتضح اندفاع توهم عدم القيمة للفائت، ومشكلة عدم إمكان تحصيل العلم بها.

إذا فالصحيح في المقام أيضا هوالقول بتقسيط الثمن حيث يرى العرف ذلك.

هذا ويؤيد المختار رواية عمر بن حنظلة المتقدمة باعتبار ان موردها ظهور النقص في المبيع المختلف الاجزاء.

واما الصورتين الثالثة والرابعة-أعني ظهور الزيادة في متساوي الاجزاء أومختلفها- فقد احتمل شيخ الطائفة رحمه الله بطلان البيع في الموردين، باعتبار ان البائع لم يقصد بيع الزائد، والمشتري لم يقصد شراء البعض دون البعض.

قال في المبسوط: «وان كانت الأرض أكثر من مائة ذراع-فيما إذا باعها على انها مائة ذراع-قيل فيه وجهان: أحدهما: يكون البائع بالخيار بين الفسخ وبين الإجازة بجميع الثمن، وهوالأظهر.

---

(١)تعليقه الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٢ - ١٦٣.

والثاني: ان البيع باطل، لانه لا يخبر على ذلك»(١.(

وعن العلامة(قده) في التبصرة: ان الوجه عندي البطلان لجهالة المبيع، لأن الزيادة غير متعينة.

وتردد فيه الشيخ الأعظم(قده) ، واستظهر في الأخير عدم اللحوق بالجزئية.

قال رحمه الله: «الثالث: ان يتبين الزيادة عما شرط على البائع، فإن دلت القرينة على ان المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزيادة، فالظاهر، ان الكل للمشتري ولا خيار.

وان أريد ظاهره، وهوكونه شرطا للبائع من حيث عدم الزيادة، وعليه من حيث عدم النقيصة، ففي كون الزيادة للبائع وتخيّر المشتري للشركة، أوتخيّر البائع بين الفسخ والإجازة لمجموع الشيء بالثمن، وجهان: من ان مقتضى ما تقدم من ان اشتراط بلوغ المقدار المعين بمنزلة تعلق البيع به، فهوشرط صورة وله حكم الجزء عرفا، ان اشتراط عدم الزيادة على المقدار هنا بمنزلة الاستثناء وإخراج الزائد عن المبيع.

ومن الفرق بينهما بأن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا وليس بمنزلة الاستثناء، فتخلفه لا يوجب إلا الخيار، ولعل هذا أظهر.

مضافا الى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أوزيادته، بورود النص المتقدم في النقيصة، وتبقي الزيادة على مقتضى الضابطة»(٢.(

وقد تبعه على ذلك السيد الخميني(قده) حيث اختار عدم اللحوق بالجزئية حتى على تقدير تسليم اللحوق في جانب النقيصة.

---

(١)المبسوط كتاب البيوع/فصل في بيع الصبرة/المسألة العاشرة.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

قال(قده) : «ثم ان الوجه المتقدم لعدم التقسيط مشترك بين الأقسام الأربعة أوالثمانية، ويختص ما إذا تبين الزيادة بوجه آخر، وهوأن في البيع الواقع على الخاص الخارجي، لوقيل بعدم وقوعه على الزائد وببقاء ذلك في ملك البائع لا يخلواما ان يقال بوقوع البيع على المقدار المشخص المعين، وبقاء مقدار مشخص معين على ملك البائع، أويقال بوقوعه على الكلي في المعين أوعلى الجزء المشاع.

والاحتمال الأول واضح الفساد، ويتلوه الاحتمالان الآخران، لأنه إن كان المدعى أن إنشاء البيع على الخاص المشخص الموجود لم يكن إلا صوريا ويراد به الكلي في المعين أوالجزء المشاع، فهومع كونه خلاف الواقع والوجدان خروج عن محط البحث.

وان كان المدعي ان الشرط يوجب انقلاب الخاص إلى الكلي في المعين أوالمشاع، فهوأفسد.

وان كان المدعى انه مع وقوع البيع على الخاص الموجود وبقاء الشرط على حاله من كونه أمرا خارجا زائدا يحكم العقلاء بالانقلاب بلا سبب، فهوأفسد من سابقه.

وان كان المقصود ان العقلاء يرتبون عليه حكم الكلي أوالإشاعة تعبدا فهويتلوالسابق في الفساد.

وعليه فلوفرض تسليم التقسيط في النقيصة لم يمكن موافقته في تبيّن الزيادة، فلا تغفل»(١.(

أقول: الظاهر انه لا مجال للمساعدة على شيء مما افادوه رحمهم الله، وأن الصحيح هوالحكم بإلحاقه بالجزئية مطلقا.

اما ما افاده شيخ الطائفة(قده) فيمكن أن يلحظ عليه ان موضوع البحث

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤١ - ٢٤٢.

ومفروض الكلام إنما هوالمورد المستجمع لجميع شرائط الصحة بما فيها موافقة الطرفين وتراضيهما على المفاد المعلوم المضبوط، فإنه وفي هذا الفرض يمكن البحث عن ان أداء القرار الثاني بنحوالشرطية هل يوجب عدم تقسيط الثمن عليه، أوانه لا أثر لكيفية الأداء بعد ان كانت الوصفية والشرطية فيه منتزعة عما هوجزء للمبيع حقيقة، مما يكون سنخ وجوده هوالوجود في نفسه لا الوجود في غيره، بحيث يكون دور الشرط بيان ما هوالمراد من المبيع واقعا؟.

على انه لا اختصاص لهذه الدعوى بصورة تبيّن الزيادة، فإنها لوتمت لجرت حرفيا في جانب النقصان أيضا، كما هوأوضح من ان يخفى، فلا وجه للتفصيل بين الصورتين كما فعله(قده. (

واما ما أفاده العلامة(قده) ، فالظاهر ان مورده خصوص الصورة الرابعة - أعني ظهور الزيادة في مختلف الاجزاء-كما يظهر من دليله في المقام، حيث قد علل الحكم بعدم تعين المبيع بعد استثناء الزائد، باعتبار ان الزائد لما لم يكن وصفه من حيث الجودة والرداءة معلوما، لم يكن طريق لتعين الباقي في ضمن الجيد أوالرديء، ومعه يتعين الحكم بفساد العقد من رأس، في حين انه لم يلتزم في فرض النقصان مع اختلاف الاجزاء ببطلان العقد، وانما التزم فيه بعدم تقسيط الثمن عليه، باعتبار ان حصته من الثمن غير معلومة.

وكيف كان، فالذي يرد على هذا القول ما عرفته في صورة ظهور النقصان في مختلف الأجزاء -الصورة الثانية - من ان الجزء الفائت وان لم يكن معلوما بوصفه وشخصه الخارجي، انه من الجيد أوالرديء، إلا انه وبشخصيته المشاعة في ضمن المبيع المختلف الاجزاء معلوم ومحدد، فهو -مثلا- العشر المشاع من الأرض المختلفة الأجزاء، فإنه يجري حرفيا في فرض الزيادة أيضا، فإن المبيع وان لم يكن بعد الاستثناء معلوما ومحددا بشخصه ووصفه في ضمن المعلوم المختلف اجزاؤه على نحوالإشاعة. وذلك لانه ليس للبائع استثناء جزء معين في الخارج موصوف بوصف خاص

من الجودة والرداءة بإزاء الزائد في المبيع، وإنما يكون له في المجموع المكوّر ما يعادل الزائد على نحوالإشاعة، فهوشريك مع المشتري بقدر الزائد في المجموع المختلف اجزاؤه على نحوالإشاعة.

ومعه لا يبقى مجال لدعوى جهالة المبيع كي يترتب عليها الحكم بالبطلان.

واما ما افاده الشيخ الأعظم(قده) فيرد عليه: جريان ما تمسك به هو(قده) لترجيح جانب الجزئية في الصورتين الأوليين حرفا بحرف، فان المتعاقدين وبالتزامهما بالقرار الشرطي إنما أقدما على بيان ما هومقصودهما من المبيع الجزاف بحسب مقام الظاهر، ومعه يكون عبارة عن أجزاء عشرة -مثلا- منضمة بعضها الى بعض، وهذا كما يقتضي فساد البيع في الجزء الفائت بحصته من الثمن، يقتضي خروج الجزء الزائد منه وعدم مقابلته بالثمن المدفوع من قبل المشتري، وهوما يعني بالنتيجة حصول الشركة بينهما فيه، مع ثبوت الخيار للمشتري بين إمضاء العقد وقبول الشركة بالثمن المسمى، وبين فسخ العقد واسترداد تمام الثمن.

ومنه يظهر انه لا وجه لما أفاده رحمه الله من «أن اشتراط عدم الزيادة شرط عرفا وليس بمنزلة الاستثناء.«

فإنه ليس الغرض كون مفاد الاشتراط الالتزام بعدم الزيادة، بل المفروض ان مفاده تعيين مقدار المبيع وتسميته وتحديده، ولما كان الواضح أن الشرط أوالوصف الرافع للإبهام عن كم المبيع، ليس كاشتراط خياطة الثوب في بيع الدار أوالكتابة في العبد، لكونه امرا منتزعا عما له وجود خارجي من سنخ الوجود في نفسه، كان في الحقيقة بيانا للاجزاء المنضمة بعضها الى بعض والتي تقع في النتيجة وبمقتضى باء المقابلة بإزاء الثمن المعين.

وبعبارة اخرى: أن دور الشرط يتمثل في رفعه الإبهام عن الاجزاء التي تقع بإزاء الثمن، وتعيين مقدارها، ولازم ذلك توزيع الثمن على الاجزاء المبيّنة للمبيع.

وهوكما يقتضي بطلان البيع فيما يقابل الجزء الفائت، يقتضي استثناء الزائد في المقام.

-

ومما ذكرناه يظهر الإشكال في قوله رحمه الله: «مضافا الى إمكان الفرق بين الزيادة والنقيصة، مع اشتراكهما في كون مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أوزيادته.. إلخ.«

فإنه غريب غايته بعد صراحة كلامه في كون التزامه بالتقسيط في الصورة الثانية على وفق القواعد في المقام حيث ذكر فيها أن «العرف حاكم في هذا الشرط بالمقابلة» وانه يقتضي «بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع.«

بل لم يذكر رحمه الله خبر عمر بن حنظلة إلا بعد اختياره لترجيح جانب الجزئية، وتحت عنوان ما يضاف الى الدليل.

فان معه كيف يمكن القول بان «مقتضى القاعدة فيهما كونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أوزيادته»؟.

نعم، لوكان اختياره للجزئية هناك مستندا الى التعبد والنص كما هوظاهر شيخ الطائفة(قده) كان لما أفاده رحمه الله في المقام وجه، إلا ان الأمر ليس كذلك، فلاحظ.

واما ما افاده السيد الخميني(قده) فليس هوإلا إعادة لما ذكره في الصورتين الأوليين لإثبات عدم التقسيط.

وقد عرفت الحال فيه مفصلا، وانه يبتني على أساس استقلال القرارين العقد والشرط- وعدم ارتباط أحدهما بالآخر، وتمامية ماهية العقود بالإيجاب وحده.

وقد عرفت الحال فيهما مفصلا فلا نعيد.

حصيلة البحث:

والذي يتحصل من جميع ما تقدم، اننا لا نرى فرقا بين الصور الأربعة لتخلف الشرطية المنتزعة عما هوجزء المبيع حقيقة، فإنه يتعين الحكم بتقسيط الثمن في الجميع

على المقدار المسمى في الشرط، حيث يراه العرف بيانا لكم المبيع ورافعا لإبهامه، فيثبت للمشتري الخيار حيث يظهر النقص بين إمضاء العقد وقبول الموجود بحصته من الثمن، وبين فسخه ورفع اليد عنه لتبعض الصفقة.

ولازم ذلك استثناء الجزء الزائد على المسمى بالشرط عن المبيع، والالتزام ببقائه على ملك البائع، مع ثبوت الخيار للمشترى في فسخ العقد من جهة حصول الشركة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المقصد الثالث

في ما يترتب على الشرط الفاسد

فساد الشرط لا يوجب فساد العقل

ترتب الخيار على الشرط الفاسد

عدم صحة العقد بإسقاط الشرط الفاسد

ذكر الشرط الفاسد قبل العقد

فساد الشرط لعدم تعلق غرض عقلائي به

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

بعد أن عرفت الكلام في موازين الشرط الصحيح وما يترتب عليه من أحكام وآثار، يقع الكلام في الآثار المترتبة على الشرط الفاسد وما يقتضيه عند اقدام المتعاملين عليه حين إنشاء العقد.

والعمدة في البحث مسائل خمسة:

المسألة الأولي: في اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد.

المسألة الثانية: في ترتب الخيار على تخلفه.

المسألة الثالثة: في صحة العقد بإسقاط الشرط.

المسألة الرابعة: في الشرط الفاسد المذكور قبل العقد.

المسألة الخامسة: في الشرط الفاسد لعدم تضمنه غرضا عقلائيا.

تحديد محل البحث:

فالذي ينبغي ان يقال: أن فساد الشرط قد يوجب اختلالا في العقد وما يعتبر في صحته، كما هوالحال في الشرط المجهول حيث يوجب الغرر في البيع نفسه، أوانطباق عنوان يوجب خروجه عن أدلة الإمضاء، كاشتراط جعل العنب المبيع خمرا والخشب صنما، مما يجعله من أنحاء أكل المال بالباطل ومصاديقه، وقد نهى عنه عزّ من قائل في قوله تعالى (وَلا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ)(١)إرشادا إلى فساده وعدم نفوذه.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)البقرة: الآية ١٨٨.

وفيهما لا ينبغي التردد في الحكم بالبطلان، بل وخروجهما عن حريم محط الكلام في المقام. فان فساد العقد بسبب فقدانه لبعض ما يعتبر في صحته، أوانطباق عنوان محكوم بالفساد عليه، أجنبي عن سراية فساد الشرط اليه، ولا يرتاب فيه أحد.

وانما المقصود بالبحث في المقام وما وقع حوله الحديث بين الأعلام، هوتأثير الشرط الفاسد على العقد المستجمع لجميع شرائط الصحة، وسريان الفساد منه اليه على الرغم من بقائه على ما كان عليه واحتفاظه لكل ما يعتبر في صحته، فإنه الذي يصح فيه البحث عن فساده بسبب انضمام الشرط الفاسد اليه، وبطلانه بسبب لحوقه به.

وعلى أي حال، فلا بأس-قبل الشروع في البحث-بالتعرض الى تفصيل الشروط الفاسدة، لتحديد ما هوالمقصود بالبحث بالفعل بشيء من الدقة والتفصيل.

فنقول: قد عرفت في المقصد الثاني، ان المشهور بين الأعلام اعتبار شروط تسعة في صحة الشرط ونفوذه، بحيث يتوقف شموله لأدلة الإمضاء ووجوب الوفاء به على استجماعه لها كمّلا ومن غير تخلّف لشيء إلا بعض الموارد.

وهذه الشروط كما عرفتها هي:

١-ان يكون الشرط مقدورا للمشروط عليه.

٢-ان يكون سائغا في نفسه.

٣-ان يكون متضمنا لغرض عقلائي معتد به.

٤-عدم مخالفته للكتاب والسنة.

٥-عدم منافاته لمقتضى العقد.

٦-عدم الجهالة والغرر فيه.

٧-عدم استلزامه للمحال.

٨-الالتزام به في متن العقد.

٩-ان يكون منجزا.

وقد تقدم الكلام مفصلا حول كل مفردة من تلك المفردات، وما قيل أويمكن

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ان يقال حولها، وبالتالي تحديد ما هوالمختار فيها من حيث الاعتبار وعدمه.

إلاّ أننا نضطر للعودة إليها مرة أخرى، لدراسة تأثير تخلفها وبطلانها على العقد نفسه.

فنقول:

١- أمّا اعتبار القدرة على الشرط.

فقد عرفت من رفض قبول التمثيل لفاقدها باشتراط جعل الزرع سنبلا والبسر تمرا، لعدم تحقق جدّ الاشتراط وعمد قصد المفهوم فيه، فيكون اشتراطه من اللفظ المجرد عن المعنى والصورة الفاقدة للواقع.

وان الصحيح في التمثيل لها هواشتراط الخياطة أوالكتابة -مثلا- مع اعتقادهما قدرة المشروط عليه عليهما ثم انكشاف عدمها.

وقد عرفت انه لا دليل على اعتبار القدرة بهذا المعنى في نفوذ الشرط وصحته، وأن الصحيح نفوذ غير المقدور أيضا مع ثبوت الخيار للمشروط له عند انكشاف الواقع وتبيّن العجز.

ومن هنا يكون هذا الشرط خارجا عن محط البحث في المقام-أعني تأثير الشرط الفاسد على العقد - لما عرفته من صحة الشرط حتى على تقدير انكشاف عدم قدرة المشروط عليه عليه.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

وعلى ضوء ذلك يظهر الإشكال في التفصيل المنسوب الى السيد أبي المكارم ابن زهرة(قده) في الغنية: «بين الشرط الغير المقدور كصيرورة الزرع سنبلا والبسر تمرا، وبين غيره من الشروط الفاسدة، فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد والإفساد»(١.(فإن الأول خارج عن محور الحديث في اعتبار القدرة على الشرط بالمرة،

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

والثاني ليس بفاسد كي يبحث عن تأثيره على العقد.

كما يظهر الاشكال فيما أورده الشيخ الأعظم(قده) عليه بقوله: «ومقتضى التأمل في كلامه ان الوجه في ذلك صيرورة المبيع غير مقدور على تسليمه، ولوصح ما ذكره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف، لرجوعه -كالشرط المجهول - الى ما يوجب اختلال بعض شروط العوضين»(١.(

فان ما هومحط النزاع من شرطية القدرة، لا يوجب تخلفه اختلالا في شروط العوضين، كما اعترف به هورحمه الله بعد ذلك.

وبه يظهر الحال فيما عن العلامة(قده) في التذكرة من وقوع الخلاف في الشرط غير المقدور مع التمثيل له باشتراط صيرورة الزرع سنبلا والبسر تمرا(٢.(

فان جميع ذلك ليس على ما ينبغي، فلاحظ.

-٢امّا اشتراط كونه سائغا في نفسه.

فقد عرفت مما ذكرناه في التمهيد، أن اشتراط خلافه يوجب اتصاف المبيع بما يوجب خروجه عن أدلة الإمضاء، وهوما يعني -بالتالي- خروجه عن محط البحث في المقام.

وبعبارة اخرى: ان تخلف اشتراط كون الشرط سائغا في نفسه وإن كان يقتضي فساد العقد نفسه، الا انه ليس بملاك سراية الفساد من الشرط الى العقد - الذي هومحل البحث- بل هومن جهة انطباق عنوان على المبيع يقتضي خروجه عن أدلة الإمضاء واللزوم.

وعلى هذا الأساس يظهر ان الحكم بفساد العقد ليس مطلقا، وانما هومقيد بخصوص فرض رجوع الشرط بنفسه ومفاده الى أحد العوضين، بحيث يكون وصفا له أوعملا فيه، كالمثالين اللذين ذكرناهما في تحرير النزاع، اعني بيع الخشب بشرط

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

(٢)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

جعله صنما، أوالعنب بشرط صنعه خمرا.

وأمّا إذا كان الشرط قائما بنفسه ومستقلا في وجوده عن المبيع، كما لوباعه الدار بشرط أن يصنع ما ملكه المشتري من العنب بالإرث أوبالشراء مستقلا عن الدار خمرا، فإنه لا مبرر فيه للحكم بسراية الفساد من الشرط الى العقد نفسه، إذ لا وجه لعدّ أكل المال بإزاء المبيع الحلال في نفسه أكلا للمال بالباطل، بعد عدم اتصافه بعنوان يخرجه عن أدلة الإمضاء.

بل المتعين فيه هوالحكم بصحة العقد وبطلان الشرط خاصة، لكونه غير سائغ في نفسه، مع ثبوت الخيار للمشترى لتخلف الشرط.

والحاصل: ان الشرط غير السائغ ان كان من قبيل المثال الأول، مما يوجب انقلابا في المبيع نفسه بحيث يخرجه عن كونه في نفسه سائغا ومباحا ويجعله من مصاديق أكل المال بالباطل، فهوخارج عن محط النزاع، ولا ينبغي الإشكال في بطلانه أيضا، لرجوعه في الواقع الى بيع صنم هذا الخشب وخمر هذا العنب.

وان كان من قبيل الثاني، فهوالمبحوث عنه في المقام، والمختار فيه هوعدم سراية الفساد الى المبيع نفسه، بعد عدم تغيّر عنوانه وحقيقته عما كانا عليه قبل انضمام الشرط الحرام اليه، وعدم اتصافه بكونه أكلا للمال بالباطل.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

-٣امّا اعتبار كون الشرط مما يتعلق به غرض معتد به عند العقلاء، وفساد ما يكون لغوا وسفهيا من الشروط.

فقد عرفت ان ما يكون منه لغوا محضا لا فائدة فيه بالمرة-كاشتراط الكيل أوالوزن بمكيال أوميزان معيّن من بين المكاييل والموازين المتعارفة-ليس الا كبيع كف من الماء في البحر، أوقبضة من التراب في الصحراء، مما لا يتجاوز القرار صورة العقد ولفظ الإنشاء، فيكون الاشتراط ألفاظا فارغة لا واقع وراءها، فلا يتمشى فيها القصد ولا يتحقق فيها الجد، ولا يكون شرطا كي يبحث عن صحته وفساده، ووجوب الوفاء به أوالخيار عند تخلفه، فهوخارج عن محل البحث من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

وامّا ما يكون منه سفهيا بمعنى اشتماله على الفائدة اليسيرة التي لا يعتني بها العقلاء، فهووان كان شرطا ويتحقق فيه الجد، الا ان مثله لا يكون مشمولا لأدلة وجوب الوفاء، فيكون فاسدا من هذه الجهة، وبذلك يدخل في حريم محل النزاع.

فما عن العلامة رحمه الله من «أن هذا الشرط لغولا يؤثر الخيار»(١.(

ناظر إلى الصورة الأولى دون الثانية.

-٤وامّا اعتبار عدم مخالفته للكتاب والسنة، وفساد مثل اشتراط كون ولاء المعتق للبائع.

فمن الواضح عدم تأثير فساد الشرط على العقد المتضمن له، فان الشرط لا يجعل البيع المتضمن له من وجوه الأكل بالباطل، فيتمحض البيع في العنوان الذي انضم اليه الشرط الفاسد، ومن دون ان ينطبق عليه عنوان محكوم بالفساد.

وبهذا يفترق المقام عن بيع العنب بشرط صنعه خمرا.

هذا ويدل على ما ذكرناه جملة من النصوص التي تقدمت في مبحث اعتبار عدم كون الشرط مخالفا للكتاب والسنة، حيث دلت صريحا على نفوذ العقد وبطلان الشرط، كالتي وردت في قضية عائشة مع بريرة حين اشترط أولياؤها عليها الاحتفاظ بولائها(٢.(

وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام المتضمنة لقضاء علي عليه السلام: «في رجل تزوّج امرأة وأصدقها، واشترطت أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة، وولت الحق من ليس بأهله، قال: فقضى علي عليه السلام: أن على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق، وذلك السنة»(٣) على ما ستعرفه مفصلا.

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢)وسائل الشيعة ج ١٦ باب ٣٧ من أبواب كتاب العتق ح ١٣.

(٣)الوافي ج ١٢ ص ٨٠.

٥- وامّا اعتبار عدم منافاته لمقتضى العقد، وفساد مثل اشتراط عدم الثمن في البيع.

فقد عرفت فيما سبق أن في عدّه من شروط صحة الشرط، واعتبار منافيه من الشروط الفاسدة، مسامحة واضحة، لعدم تحقق القصد جدا اليه مع الالتفات إلى التنافي بينهما، وعدم تحقق المنافي مع وجود منافيه مع الغفلة عن المنافاة وتمشي الجد والقصد منه واقعا.

وما لا يتحقق في موطنه لعدم تحقق الجد في الإنشاء، أولعدم إمكان تحققه في نفسه لأجل تحقق منافيه، يكون من السالبة بانتفاء الموضوع، فلا يكون هناك شرط كي يبحث عن صحته أوفساده، فضلا عن تأثير فساده على العقد المتضمن له.

وبذلك يخرج عن حريم النزاع في المقام.

-٦وامّا عدم الجهالة والغرر فيه، وفساد الشرط المجهول.

فقد تقدم انه لا موضوعية لعدم الجهالة بحده وخصوصيته في نفوذ الشرط وصحته، وانما المنفي منه خصوص ما يلزم منه الغرر ويؤدي الى الخطر.

وعلى هذا الأساس، فإن كان المستند في المنفي منه حديث النهي عن بيع الغرر(١)كما هوالمشهور، خرج المورد من محط النزاع في المقام، باعتبار ان لازم الاستدلال الاقتصار في الحكم ببطلان الشرط على خصوص فرض سرايته الى البيع نفسه، وبه يدخل المورد في مصاديق انطباق عنوان محكوم بالفساد عليه، وقد عرفت خروجه عن مورد الكلام.

وان كان المستند فيه حديث النهي عن الغرر مطلقا(٢)كما ورد في بعض الكلمات، أوالتمسك ببناء العقلاء في المنع عن كل ما فيه خطر معاملي لا يتسامح فيه،

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣.

(٢)القواعد والفوائد ج ٢ ص ٦١.

كما هوالمختار على ما تقدم بيانه مفصلا، كان المورد من مصاديق محل النزاع فيما لا يسري الغرر منه الى البيع نفسه، والا كان حاله حال سابقه في خروجه عن محل النزاع.

-٧وامّا عدم استلزامه للمحال، وفساد الشرط المستلزم له.

فالظاهر خروجه عن حريم النزاع أيضا، باعتبار ان مستلزم المحال محال خارجا، فلا يتحقق هوفي الخارج كي يبحث عن صحته وفساده، فضلا عن سراية فساده الى العقد المتضمن له.

وبعبارة اخرى: ان اشتراط المحال أوما يستلزم المحال، لا يعدوصورة الشرط وألفاظها من دون تحقق للإرادة الجدية والقصد الواقعي إليه.

هذا كله مع علم المتعاقدين بالحال والتفاتهما اليه حين الإنشاء.

وامّا مع غفلتهما عن ذلك، وتصور تأتّي القصد والجدّ منهما إليه حقيقة، فلا يختلف الحال فيه من حيث نفوذ الشرط، فإن أدلة الوفاء لا تشمل المحال أوما هومستلزم للمحال، باعتبار انه لا مجال لكون المسلم عنده.

الا انه يختلف عن سابقه بكونه شرطا حقيقيا محكوما بالفساد، فيدخل بهذا اللحاظ في حريم النزاع.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

كما يختلف عن سابقه في ثبوت الخيار فيه عند ظهور الاستحالة، بناء على ما ذهب اليه السيد الوالد -رحمة الله - وتبعناه عليه، من كون الخيار عند التخلف مستندا الى تعليق الالتزام بالعقد على وجود المشروط وتحققه في الخارج.

وامّا بناء على ما ذهب اليه المشهور من الاستناد فيه الى أدلة الوفاء، سواء في ذلك دعوى استفادته منه مباشرة بناء على كون مفاده حكما وضعيا أوبالواسطة بناء على استفادته من الحكم التكليفي بالوفاء، فلا وجه للالتزام بثبوته في المقام، لما عرفته من عدم شمولها له.

-٨وامّا اعتبار ذكره في متن العقد، وعدم كفاية التواطؤ عليه قبله.

فقد تقدم ان المراد بهذا العنوان، ان كان لزوم ارتباط القرار العقدي حين الإنشاء بما قد تواطئا عليه قبلا، فهوحق لا ينبغي التردد فيه، باعتبار ان ما لم يكن كذلك لا يكون شرطا حقيقيا، بل يكون وعدا ابتدائيا مستقلا.

وان كان مرادهم لزوم الإشارة إليه في متن العقد والتلفظ به، كما هوظاهر جملة من كلماتهم ولازم قسم من أدلتهم، فقد عرفت انه لا وجه له ولا ملزم لاعتباره.

ومن هنا فالفاقد لهذا الشرط، امّا ان لا يكون بشرط بالمرة وامّا ان يكون شرطا صحيحا نافذا.

ومعه فلا موضوع فيه للشرط الفاسد كي يبحث عن تأثيره على العقد نفسه.

-٩وامّا اعتبار التنجيز، وفساد الشرط المعلق.

فقد عرفت انه لا دليل على اعتباره بالمرة، وان الشرط المعلق كالشرط المنجز صحيح ونافذ.

وعليه فيكون هوالآخر خارجا عن مورد النزاع في المقام.

إذا عرفت كل هذا، علمت ان محط النزاع بين الأعلام في الشرط الفاسد من حيث سرايته الى العقد وعدمه، ينحصر في: ا-بعض موارد تخلف الشرط الثاني.

ب- خصوص ما كان سفهيا من موارد تخلف الشرط الثالث.

جـ- جميع موارد تخلف الشرط الرابع.

د- بعض موارد تخلف الشرط السادس.

هـ- موارد تأتّي القصد الجدي إلى الشرط من موارد تخلف الشرط السابع.

وامّا ما عدا ذلك من موارد تخلف الشروط المذكورة في كلماتهم، فقد عرفت أنها بين ما لا دليل على اعتبارها، فيصح الشرط وينفذ حتى مع فقدها، كما هوالحال في الشرط الأول، وقسم من الشرط السادس، وقسم من الشرط الثامن، والشرط التاسع بتمامه.

وبين ما يستلزم تخلفه انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد، كما هوالحال

في قسم من الشرط الثاني والسادس.

وبين ما يكون شرطا في تحقق الاشتراط والقصد اليه، بحيث يكون تخلفه موجبا لعدم تحقق الشرط حقيقة، فيخرج عن محل البحث بملاك القضية السالبة بانتفاء الموضوع، فليس هناك شرط كي يبحث عن صحته وفساده، فضلا عن سراية فساده الى العقد نفسه، كما هوالحال في اللغومن الشرط الثالث، والفاقد للخامس، وقسم من الشرط السابع، وقسم من الشرط الثامن. إذا عرفت ذلك، فاعلم ان الأعلام(قدس الله أسرارهم)قد اختلفوا في سراية الفساد - من الشرط حيث يثبت-الى العقد المتضمن له، على قولين.

ففي المكاسب انه: «حكي أولهما -الفساد- عن الشيخ والإسكافي وابن البراج وابن سعيد. وثانيهما: للعلامة والشهيدين والمحقق الثاني وجماعة ممن تبعهم»(١.(

الا ان الموجود في المصادر لا يطابق المحكي.

فقد حكم الشيخ(قده) في المبسوط في الشرط الذي لم تتعلق به مصلحة العقد ولم يبن على التغليب، والسراية، بأنه «شرط باطل، الا انه لا يبطل العقد، لأنه لا دليل عليه، وقال قوم: ان الشرط إذا كان فاسدا فسد البيع، لجهالة الثمن في البيع»(٢.(

ومما نسبه الى القوم يظهر عدم اختصاص حكمه رحمه الله بالمورد الذي ذكره، وعمومه لجميع موارد الشرط الفاسد.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

في حين ذكر العلامة في المختلف بان: «المعتمد عندي بطلان العقد والشرط معا.

لنا: أن للشرط قسطا من الثمن، فإنه قد يزيد باعتباره وقد ينقص، وإذا بطل

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٧.

(٢)المبسوط/كتاب البيوع/فصل في تفريق الصفقة واختلاف المتبايعين.

الشرط بطل ما بإزائه من الثمن وهوغير معلوم، فتطرقت الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع.

وأيضا البائع إنما رضي بنقل سلعة بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له، وكذا المشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط له، فإذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه كان البيع باطلا، لانه لا يكون تجارة عن تراض»(١).

وقال في القواعد بان: «كل شرط يقتضي تجهيل أحد العوضين فان البيع يبطل به، وما لا يقتضيه لكنه فاسد، فالأقوى بطلان البيع، ولا يحصل به ملك المشتري»(٢).

وفي جامع المقاصد: أن «وجه القوة ان التراضي لم يقع الا على المجموع من حيث هومجموع، فإذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض، وهوالأصح.

ويحتمل ضعيفا الصحة، لأن التراضي قد تعلق بكليهما، فإذا امتنع أحدهما بقي الآخر، وليس بشيء، لأن التراضي بالمجموع لا بكل منهما»(٣).

وفي اللمعتين: «ولوشرط غير السائغ، بطل الشرط وأبطل العقد في أصح القولين، لامتناع بقائه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراده وما هومقصود لم يسلم، ولأن للشرط قسطا من الثمن فإذا بطل يجهل الثمن.

وقيل: يبطل الشرط خاصة، لأنه الممتنع شرعا دون البيع، ولتعلق التراضي بكل منهما. ويضعّف بعدم قصده منفردا، وهوشرط الصحة»(٤).

---

(١)مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢)قواعد الاحكام/كتاب المتاجر/الفصل الثالث في الشرط.

(٣)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦١ - ٢٦٢.

(٤)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ج ٣ ص ٥٠٥ - ٥٠٦.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

ووافقهم عليه المحقق السبزواري(قده) في الكفاية حيث قال: «ولوشرط فاسدا في البيع، فهل يصح البيع ويبطل الشرط، أم يبطل البيع أيضا؟ الأقرب الثاني، لأن التراضي لم يقع الا على المجموع، فيكون تجارة لا عن تراض، وينسحب الحكم فيما يشبهه من العقود اللازمة»(١.(

وعليه فما عن الشيخ الأعظم(قده) من نسبة القول بالسراية والبطلان الى الشيخ(قده) والصحة إلى العلامة والشهيدين والمحقق الثاني، لم نعرف مستنده. فان الموجود في كلماتهم، بل والمنسوب إليهم في كلمات الأصحاب خلاف ذلك، ولعله من سهوقلمه الشريف(رحمه الله)أومن غلط النسّاخ.

قال في مفتاح الكرامة تعقيبا على اختيار العلامة(قده) في القواعد البطلان: «الأصحاب في البيع الذي تضمن شرطا فاسدا على أنحاء: الأول: صحة البيع وبطلان الشرط، وهوخيرة الشيخ في المبسوط، وابن سعيد في الجامع، والآبي في كشف الرموز، والمحكي عن أبي علي والقاضي، وربما حكي عن الحلي ولم أجده في السرائر.

ووافقهم أبوالمكارم في الشرط المخالف لمقتضى العقد أوالسنة، واحتج في الغنية على صحة العقد حينئذ بالإجماع وغيره كما ستسمع.

ووافقهم ابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض، كما لوشرط أكل طعام بعينه أولبس ثوب ونحوه، فليتأمل.

الثاني: بطلانهما معا، كما هوخيرة الكتاب هنا وفيما يأتي والتذكرة والمختلف والإرشاد وشرحه لولده، والدروس واللمعة، والمهذب البارع والمقتصر، وحواشي الكتاب وجامع المقاصد، وتعليق الإرشاد وتعليق النافع، والميسية والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية.

---

(١)كفاية الأحكام/كتاب البيع/الفصل الخامس في الشروط.

ووافقهم أبوالمكارم في الشرط غير المقدور، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرا، فقال: انه فاسد ومفسد بلا خلاف.

لكنه في التذكرة جعل هذا أيضا محل خلاف للشيخ.

الثالث: ما في الشرائع والنافع والتحرير والإيضاح والتنقيح وغاية المرام وإيضاح النافع من عدم الترجيح.

وهذه الأنحاء جارية في كل ما شابه البيع من العقود اللازمة»(١.(

وكيف كان، فالصحيح في المقام هوالحكم بصحة العقد نفسه وعدم سراية الفساد من الشرط اليه، وذلك: أولا: لاقتضاء القاعدة ذلك، فإن سراية الفساد من القرار الشرطي إلى العقد المستجمع لشرائط الصحة في نفسه والمشمول بأدلة النفوذ والإمضاء بحد ذاته، مع عدم استلزامه لأي تغيّر في عنوانه، تحتاج الى الدليل وهومفقود - على ما ستعرف - ومقتضى القاعدة فيه عدم السراية.

ثانيا: النصوص الواردة في الموارد الخاصة، المتضمنة للحكم بنفوذ العقد مع فساد الشرط المنضم اليه، وهي عديدة: منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله(عليه السلام)أنه ذكر «أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة، فاشترتها عائشة فأعتقتها، فخيّرها رسول الله صلّى الله عليه وآله إن شاءت تقر عند زوجها، وان شاءت فارقته، وكان مواليها الذين باعوها قد اشترطوا ولاءها على عائشة، فقال رسول الله(صلّى الله عليه وآله): الولاء لمن أعتق»(٢.(

فإن دلالتها واضحة على المدعى، باعتبار ان الحكم بتخيرها في زواجها دليل

---

(١)مفتاح الكرامة ج ٤ ص ٧٣٢.

(٢)وسائل الشيعة ج ١٦ باب ٣٧ من أبواب كتاب العتق ح ٢.

على صحة العتق المستلزم لصحة البيع لا محالة، مع انها تضمنت الحكم ببطلان الشرط وعدم ثبوت الولاء للبائع المشترط.

ومنها: صحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر(عليه السلام)أنه «قضى في رجل تزوج امرأة وأصدقته هي واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، قال: خالفت السنة، ووليت حقا ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق، وبيده الجماع والطلاق وذلك السنة»(١).

وقريب منها صحيحته الأخرى عنه(عليه السلام)والذي تقدم نقلها في ص ٢٨٣.

ومنها: صحيحته الأخرى عنه عليه السلام أيضا: «في الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى، فان جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته، وان لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل، وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه، فقضى للرجل أن بيده بضع امرأته، وأحبط شرطهم»(٢).

ودلالة الثانية أصرح من الأولى-وان كانت دلالتها غير قاصرة، فان قوله عليه السلام: «أن عليه الصداق» دليل على صحة النكاح، في حين أن قوله(عليه السلام): «وبيده الجماع والطلاق» صريح في إبطال الشرط.

ومنها: صحيحة علي بن رئاب عن أبي الحسن موسى(عليه السلام)، قال: «سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه الى بلاده، فان لم تخرج معه فان مهرها خمسون دينارا إن أبت أن تخرج معه الى بلاده، قال: فقال: ان أراد أن يخرج بها الى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها، وان أراد ان يخرج بها الى بلاد المسلمين ودار الإسلام فله ما اشترط

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٢٩ من أبواب المهور ح ١.

(٢)المصدر نفسه باب ١٠ من أبواب المهور ح ٢.

عليها، والمسلمون عند شروطهم، وليس له أن يخرج بها الى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أوترضى منه من ذلك بما رضيت وهوجائز له»(١.(

فان قوله(عليه السلام): «ولها مائة دينار التي أصدقها إياها» بعد قوله(عليه السلام)«فلا شرط له عليها في ذلك» صريح في بقاء العقد على صحته بعد فساد شرطه وعدم سراية الفساد منه اليه.

ومنها: مرسلة جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما(عليهما السلام): «في الرجل يشتري الجارية ويشترط لأهلها أن لا يبيع ولا يهب ولا يورث؟ ، قال: يفي بذلك إذا شرط لهم الا الميراث»(٢.(

وعلق عليها في المكاسب بـ «أن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع في العقد، لا يكون الا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه»(٣.(

الى غير ذلك مما يجده المتتبع في الأبواب المختلفة، كأبواب عقد البيع، ونكاح العبيد والإماء، والمهور، ومقدمات الطلاق، والعتق، والمكاتبة، وموانع الإرث، وبيع الحيوان وغيرها، مما يتضمن الحكم بصحة العقد مع فساد شرطه.

ثم انه وان أمكن المناقشة في بعض تلك النصوص سندا أودلالة، الا أن غير واحد منها سالم عن الاشكال من الناحيتين، لتمامية أسانيدها ووضوح دلالتها.

ثم ان القائلين بسراية فساد الشرط الى العقد المتضمن له استندوا الى وجهين أيضا.

الأول: النصوص المدعى دلالتها على ذلك.

الثاني: استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد.

---

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

(٢)وسائل الشيعة ج ١٥ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٣.

(٣)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

امّا الوجه الأول: فقد ورد في كلمات الأعلام الاستدلال بجملة من النصوص لإثبات فساد العقد بفساد الشرط المأخوذ في ضمنه.

منها: رواية عبد الملك بن عتبة، قال: «سألت أبا الحسن موسى(عليه السلام) عن الرجل ابتاع منه طعاما أوابتاع منه متاعا على أن ليس علىّ منه وضيعة، هل يستقيم هذا؟ وكيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغي»(١.(

بدعوى: ان قوله(عليه السلام): «لا ينبغي» ظاهر في الحرمة وأنه يتعين عدم الوفاء به، فيكون إرشادا إلى فساد العقد المتضمن للشرط الفاسد، والمستفاد فساده من الحكم بعدم النفوذ إذ لا سبب له غيره.

ولا وجه لحمله على الكراهة، فإنه خلاف الظاهر، لا سيما مع الالتزام بكون مفاد الشرط حكما وضعيا، إذ لا معنى لكراهة الأمر الوضعي، لدوران أمره بين الثبوت وعدمه.

والحاصل: ان كلمة: «لا ينبغي» تدل على الحرمة الوضعية، أعني الفساد وعدم النفوذ، وإذا علمنا انه لا وجه لفساد العقد غير فساد الشرط المأخوذ فيه، توصلنا إلى النتيجة المطلوبة، اعني سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له.

وقد أورد على الاستدلال بها بايرادين: الأول: ما أفاده الشيخ الأعظم(قده) من: «ظهور «لا ينبغي» في الكراهة، ولا مانع من كراهة البيع على هذا النحو، لا ان البيع صحيح غير مكروه والوفاء بالشرط مكروه»(٢.(

وبعبارة اخرى: ان كلمة «لا ينبغي» ظاهرة في الكراهة، وهي تعني كراهة البيع على النحوالمذكور، اعني المشتمل على اشتراط: «أن ليس منه عليّ وضيعة»، لانه

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٣٥ من أبواب أحكام العقود ح ١.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

المسئول عنه في كلام الراوي، ولا مبرر لجعل متعلق الكراهة خصوص الاشتراط الصادر منهما، فضلا عن الالتزام بتعلقها بالوفاء بالشرط الذي لا عين له ولا أثر في السؤال.

الثاني: ما أفاده المحقق الايرواني(قده) بقوله: «تضمنت الرواية سؤالين: أحدهما: السؤال عن صحة البيع بشرط ان تلحق خسارة المشتري إذا باع وخسر البائع.

الثاني: السؤال عن صحة الشرط وتسلط المشتري على أخذ الخسارة منه.

والاستدلال بها على المدعي يبتني على إرجاع قوله(عليه السلام): «لا ينبغي» إلى السؤال الأول، ويكون المراد منه هوالحرمة بمعنى الفساد دون الكراهة، وامّا إذا رجع الى السؤال الثاني، دل على فساد الشرط فقط، بل صح الاستدلال بها على عدم السراية»(١.(

وتبعه على ذلك السيد الخميني(قده) حيث قال: «ان فيها احتمالين، أحدهما ما ذكر، والآخر وهوالأرجح، ان يكون السؤال عن الشرط، وان هذا الشرط يستقيم أم لا؟ فعلى فرض كون الكلام إرشادا إلى البطلان لا يدل الاّ على بطلان الشرط.

بل لأحد ان يقول حينئذ: ان مقتضى السكوت عن البيع صحته، والا كان عليه البيان في مقام الحاجة.

وكيف كان، لوفرض تساوي الاحتمالين لا يصح الاحتجاج بها»(٢.(

أقول: وفي كلا الإيرادين ما لا يخفى.

امّا ما أفاده الشيخ الأعظم(قده) من حمل «لا ينبغي» على الكراهة، فيرد

---

(١)تعليقة الإيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٢)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٨.

عليه كونه خلاف الظاهر جدا، فان «لا ينبغي» في لغة العرب بمعنى عدم التيسر والتأتي(١) وهوما يساوق عدم التحقق والوقوع، على ما يشهد له جميع موارد استعمال هذه الكلمة في الكتاب العزيز.

قال تعالى (وَما يَنْبَغِي لِلرَّحْمنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً)(٢). وقال (قالُوا سُبْحانَكَ ما كانَ يَنْبَغِي لَنا أَنْ نَتَّخِذَ مِنْ دُونِكَ مِنْ أَوْلِياءَ)(٣). وقال تعالى (وَما تَنَزَّلَتْ بِهِ اَلشَّياطِينُ `وَ ما يَنْبَغِي لَهُمْ وَما يَسْتَطِيعُونَ)(٤). وقال عز وجل (لاَ اَلشَّمْسُ يَنْبَغِي لَها أَنْ تُدْرِكَ اَلْقَمَرَ وَلاَ اَللَّيْلُ سابِقُ اَلنَّهارِ)(٥). وقال (وَما عَلَّمْناهُ، اَلشِّعْرَ وَما يَنْبَغِي لَهُ. إِنْ هُوَ إِلاَّ ذِكْرٌ وَقُرْآنٌ مُبِينٌ). (٦). وقال عزّ اسمه (قالَ رَبِّ اِغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مُلْكاً لا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي)(٧.(

فإنها من جميع تلك الموارد مستعملة في النفي القطعي، وانه لا يمكن وقوع ذلك ولا يتيسر، ولوبلحاظ المقام والشأن كما هوالحال في قوله تعالى (وَما عَلَّمْناهُ اَلشِّعْرَ وَما يَنْبَغِي لَهُ)، فإنها أيضا مستعملة في النفي القطعي بلحاظ شأن النبوة ومقام النبي(ص. (بل وكذا الحال فيما استعمل في لسان النصوص، حيث ورد بيان جملة مما يحظر على المحرم أوالصائم أوالزوجين وغيرها بكلمة «لا ينبغي»، فحملها على الكراهة لا وجه له ويحتاج إلى القرينة القطعية، وهي مفقودة.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)المنجد ص ٤٤.

(٢)مريم: الآية: ٩٢.

(٣)الفرقان: الآية: ١٨.

(٤)الشعراء: الآية: ٢١١.

(٥)يس: الآية: ٤٠.

(٦)يس: الآية: ٦٩.

(٧)ص: الآية: ٣٥.

وامّا ما أفاده المحقق الإيرواني والسيد الخميني(قده) ، فيرد عليه: أن مجرد احتمال عود الجواب الى الشرط خاصة، لا يقتضي رفع اليد عن ظهور النص في السؤال عن المعاملة المتضمنة للشرط، وكون ما تفضّل به الامام(عليه السلام)متعلقا بما يهم السائل بالنتيجة، اعني معرفة صحة العقد ونفوذه أوبطلانه.

فان الاحتمال إنما يؤخذ به في التوقف من العمل بالنص، في خصوص ما لوكان موجبا لتزلزل الظهور ومخلا به، والا فلا يخلواستظهار من وجود احتمال مخالف له.

وعليه فحيث ان محط النظر في ظاهر السؤال هوالابتياع بشرط عدم الخسران، وانه هل يصح ويستقيم ذلك؟ فلا مبرر لرفع اليد عنه لمجرد احتمال كون الجواب متعلقا بخصوص الشرط، وانه الذي «لا ينبغي.«

غير ان ما ذكرناه لا يعني الموافقة على بطلان البيع كي يقال بأنه لا وجه له الاّ سراية الفساد من الشرط إليه.

فإن الرواية ضعيفة السند ولا يصح الاعتماد عليها في تأسيس الحكم المخالف للقاعدة. ذلك ان عبد الملك بن عتبة هوعبد الملك بن عتبة الهاشمي الذي لم يرد فيه توثيق، كما يشهد له كون الراوي عنه على بن الحكم(١.(

على اننا لوتنزلنا عن ذلك وقلنا باعتبار الرواية، ودلالتها على فساد العقد، فلا نسلم دلالتها على المدعي في المقام-سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له-لكون بطلان العقد فيه على القاعدة.

وليس ذلك من جهة كون اشتراط الضمان على غير المالك مخالفا للكتاب والسنة، المقتضيين لتوقف ثبوته على أسباب معينة ليس منها الاشتراط.

كي يقال بعدم اقتضاء القاعدة لسريان الفساد من الشرط المخالف الى العقد المتضمن له كما تقدم.

---

(١)لمزيد التفاصيل راجع معجم رجال الحديث ج ١١ ص ٢٧.

بل ولا من جهة كونه شرط محال، باعتبار تبعية الخسارة كالربح للسلعة نفسها، فمن يملكها يتحمل خسارتها كما يجني ربحها، فلا يعقل كون خسارتها واقعة ابتداء في ملك غير صاحبها.

كي يقال بـ «منع كون الشرط هذا الأمر غير العقلائي، بل الشرط هوجبران الوضيعة، لا وقوعها في ملك غير المالك»(١.(

بل الوجه في ذلك: كون الشرط في المقام غرريا ومؤديا إلى الجهالة والخطر في العقد نفسه، فان اشتراط «أن ليس عليّ منه وضيعة» على نحوالإطلاق ومن دون تحديد له بفترة زمنية محددة، بل وعدم تحديد الخسارة بحد معيّن، يكون من أظهر مصاديق الغرر بمعنى الجهالة والخطر، حيث لا يعلم البائع انه متى يقدم المشتري على بيع المتاع وكيف يقدم عليه، وهل سوف يتحقق فيه الخسران أم لا، فيبطل لا محالة، فهونظير أن يبيعه المتاع ويشترط عليه ضمانه لما يخسره في اليوم الثاني.

ولما كان مثل هذا الاشتراط موجبا للغرر في العقد نفسه، من جهة تردد ثمنه -الذي يبقي بيد البائع وفي ملكه-بين المسمى في العقد، وما يفضل منه بعد إخراج الوضيعة، فيبطل على القاعدة.

وقد تقدم منا -مفصلا- أن البطلان في مثل هذا المورد مما يتصف العقد نفسه بعنوان محكوم بالفساد، خارج عن محل الكلام ومحط النزاع بين الأعلام، لكون الفساد فيه على القاعدة، قلنا بالسراية أم لم نقل.

ومما ذكرناه يظهر انه لا اثر لتكلف توجيه الشرط في المقام بكون المراد منه جبران الخسارة وتدارك الوضعية.

فإنه مضافا الى كونه خلاف الظاهر، لا يحل من مشكلة الغرر شيئا.

والذي يتحصل مما تقدم انه لا مجال للاستدلال برواية عبد الملك بن عتبة على

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٩.

سراية الفاسد من الشرط الى العقد المتضمن له.

وذلك لكون موردها خارجا عن محط الكلام، أعني السراية في فرض عدم انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد، واحتفاظه بجميع الشرائط المعتبرة في صحته.

على أن ضعفها السندي مانع من الاستناد إليها في الحكم.

ومنها: رواية الحسين بن المنذر، قال: قلت لأبي عبد الله(عليه السلام): «يجيئني الرجل فيطلب العينة، فاشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعه إياه، ثم أشتريه منه مكاني، قال: إذا كان بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار ان شئت اشتريت وان شئت لم تشتر، فلا بأس، فقلت: ان أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: ان جاء به بعد أشهر صلح، قال: انما هذا تقديم وتأخير، فلا بأس»(١.(

بدعوى: «ان مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أوأحدهما مختارا في ترك المعاملة الثانية، وعدم الاختيار في تركها انما يتحقق باشتراط فعلها في ضمن العقد الأول، والا فلا يلزم عليها، فيصير الحاصل: انه إذا باعه بشرط ان يبيعه منه أويشتريه منه، لم يصح البيع الأول فكذا الثاني، أولم يصح الثاني لأجل فساد الأول، إذ لا مفسد له غيره»(٢.(

وقد أورد عليها بايرادات عديدة.

فقد أورد عليها السيد الخميني(قده) بـ «ان الظاهر منها-على فرض تسليم الدلالة على البطلان وكونه لسلب الاختيار بواسطة الشرط-فرض وقوع الشرط في البيع الأول حتى جعله غير مختار في الثاني، وان ذلك صار موجبا لبطلان الثاني لا الأول، فهي تدل على عدم فساد البيع بالشرط في ضمنه على فرض بطلانه، فتدل

---

(١)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٥ من أبواب أحكام العقود ح ٤.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

على خلاف المقصود»(١.(

وفيه: ان مرجع قوله(عليه السلام): «لا بأس»، ان كان هوالعقد الأول المتضمن للشرط، كانت دلالته على المدعى واضحة، باعتبار ان مفهومه حينئذ ثبوت البأس فيه إذا لم يكن المشتري منه بالخيار ان شاء باع وان شاء لم يبع، أولم يكن هوبالخيار ان شاء اشترى وان لم يشأ لم يشتر، وهوالمطلوب.

وان كان هوالعقد الثاني، وانه الذي يثبت في البأس عند عدم الاختيار لأحدهما، كشف ذلك عن فساد العقد الأول أيضا، لوضوح عدم وجود سبب آخر غيره.

وعلى التقديرين فالرواية تدل على فساد البيع الأول، ومن الواضح انه لا مبرر له سوى فساد الشرط.

وقد أورد عليها الشيخ الأعظم(قده) تارة: بأن الظاهر منها وبقرينة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الامام(عليه السلام)«هورجوع البأس في المفهوم الى الشراء، ولا ينحصر وجه فساده في فساد البيع، لاحتمال ان يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه في خارج العقد الأول، فإن العرف لا يفرقون في إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط في متن العقد أوفي الخارج، فإذا التزم به أحدهما في خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفا، فيقع لا عن رضا منه فيفسد»(٢.(واخرى: «بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا، وهومما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه، كالشيخ في المبسوط، فلا يتعدى منه الى غيره، فلعل البطلان فيه اللزوم الدور كما ذكره العلامة أو

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٩.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد(قده) ، أولغير ذلك»(١.(

ويرد على الأول: أن التزامهما خارج العقد ان استمر الى زمان الإنشاء بحيث وقع العقد مبنيا عليه، دخل ذلك في الشرط الضمني، ولم يكن فرق بينه وبين الشرط المصرّح به في متن العقد.

وان لم يستمر ذلك الى حين الإنشاء، بحيث وقع القرار البيعي مع اعراضهما عما التزما به قبلا أومع نسيانهما له بالمرة، فلا مبرر لدعوى حكم العرف عليه باللزوم.

على اننا لوسلمنا اللزوم العرفي أوالعقلائي عليه، لم يكن ذلك كافيا في اتصاف البيع المتحقق منه ثانيا بالإكراه وكونه «واقعا لا عن رضا منه»-على حد تعبيره(قده) -غايته كونه من قبيل المأخوذ بالحياء.

ويرد على الثاني: انه على خلاف مختاره(رحمه الله)في تلك المسألة، حيث ردّ على الوجهين-الدور وعدم قصد البيع-بـ «النقض بما إذا اشترط البائع على المشتري ان يقف المبيع عليه وعلى عقبه، فقد صرّح في التذكرة بجوازه، وصرّح بجواز اشتراط رهن البيع على الثمن مع جريان الدور فيه»(٢.(

والعمدة في الجواب عن هذه الرواية أن يقال: ان الرواية ضعيفة السند بالحسين بن المنذر، حيث لم تثبت وثاقته(٣)، فلا تصلح للاعتماد عليها في تأسيس الحكم المخالف للقاعدة.

على أنه يمكن ان يقال: «ان مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه، لان الفساد ليس لأجل كون نفس الاشتراط فاسدا، لأنه في نفسه ليس مخالفا

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٢.

(٣)معجم رجال الحديث ج ٦ ص ٩٦.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

للكتاب والسنة، ولا منافيا لمقتضى العقد، بل الفساد في أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه، لا لفساد ما اشترط»(١.(

وبعبارة اخرى: ان محل النزاع في المقام هوفساد العقد نتيجة فساد شرطه، فلا يشمل المورد باعتبار «ان الفساد فيه مختص بالعقد مع صحة شرطه في حد ذاته، فيكون العقد فاسدا ابتداء ثم بتبعه يفسد الشرط، دون العكس»(٢.(

ومنها: رواية عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد، عن عبد الله بن الحسن، عن جده علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر(عليه السلام)قال: «سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم، أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس.«

ورواها، علي بن جعفر في كتابه، الا أنه قال: «بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقدا»(٣.(

والوجه في الاستدلال بها ما تقدم في رواية الحسين بن المنذر من دعوى دلالة مفهومها على ثبوت البأس فيه مع الاشتراط، وهويعني فساد العقد، وحيث انه لا موجب له غير فساد الشرط، يتحقق المدعى من سريان الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له.

أقول: الرواية وان كانت بطريقها المنقول في الوسائل ضعيفة من جهة السند بعبد الله بن الحسن، حيث لم يرد فيه توثيق(٤)الا انها معتبرة من جهة رواية علي بن جعفر لها في كتابه.

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢)تعليقة الإيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧١.

(٣)وسائل الشيعة ج ١٢ باب ٥ من أبواب أحكام العقود ح ٦.

(٤)معجم رجال الحديث ج ١٠ ص ١٦٤.

لكنها أجنبية عن محل الكلام في المقام، لما عرفته في سابقتها من كون البحث في سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، لا فساد الشرط-بعد صحته في حد ذاته-نتيجة فساد العقد المتضمن له.

واعتقد ان من غير البعيد ان يكون النظر في هذه الرواية، وسابقتها وما ورد بمضمونهما، إلى النهي عما قد يكون متعارفا ممن يحاول اضفاء غطاء الشرعية على أخذ الربا وصياغته بصياغة تضمن لهم المحتوى بعيدا عن العنوان، فيلجأون الى بيع المتاع نسيئة إلى أجل معين بثمن مرتفع، ثم يرجعون فيشترونه منه نقدا بثمن يقل عن الأول قدر ما يشاءون، فينتج من ذلك حصول المشتري الأول على الثمن الثاني-النقد- بإزاء ثبوت أضعافه في ذمته للبائع مع عود المتاع بالنتيجة اليه.

وضمانا لهذه العملية بخصوصياتها، تؤخذ المعاملة الثانية شرطا في الأولى حذرا من نكول المشتري.

ومن هنا يكون البأس فيها حتى على تقدير ثبوتها ناشئا من كون حقيقة هذه المعاملة - على تقدير الاشتراط - معاملة ربوية وان صيغت بصياغة البيع، إذ لا اثر لذلك بعد ان لم يتحقق منهم جد في البيع، وكان المقصود بالذات وفي الواقع هوالربا.

وعليه فتخرج الروايات هذه عن صلاحية الاستدلال بها على المدعى من سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، لما عرفت من كون محل الخلاف خصوص ما لم يستلزم الشرط انطباق عنوان محكوم بالفساد على العقد.

ومما ذكرنا يظهر انه لا شيء من النصوص التي استند إليها القائلون بسراية الفساد من الشرط الى العقد، يصلح للاعتماد عليه ويصح الاستدلال به لإثبات حكم مخالف للقاعدة، فإن جميعها قاصرة دلالة، بل وضعيفة السند في بعض الأحيان.

ثم اننا لوتنزلنا عن جميع ذلك والتزمنا بسلامة اسناد تلك النصوص وتمامية دلالتها على فساد العقد بفساد شرطه، فلا يخفى انها لا تكافئ النصوص الخاصة الدالة على صحة العقد عند فساد الشرط، فإنها أكثر عددا، وأصح سندا، وأقوى دلالة.

بل ومنع التنزل عن ذلك أيضا وفرض تكافئهما وتساقطهما-على ما تقتضيه القاعدة الأولية-يتعين الرجوع الى العمومات والإطلاقات الفوقانية كقوله تعالى: (أَحَلَّ اَللهُ اَلْبَيْعَ)(١) و(تِجارَةً عَنْ تَراضٍ)(٢) وهي تقتضي الصحة والنفوذ.

خلاصة البحث

والذي يتحصل من جميع ما تقدم في هذا البحث-الوجه الأول لسراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له-أنه لا شيء من النصوص التي استند إليها الأعلام لإثبات هذا المدعى، يمكن الاعتماد عليها وقبولها دليلا عليه.

فان بعضها قاصر سندا، في حين أن في دلالة جميعها تأملات كثيرة تمنع من الاستدلال بها على المدعى.

الوجه الثاني: استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد.

استند غير واحد من الأعلام ممن التزام بسراية الفساد من الشرط الفاسد الى العقد المتضمن له، لإثبات مدعاهم الى وجهين يجمعهما كون الفساد في الشرط موجبا -لا محالة-لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد نفسه.

وقد اختلفت كلماتهم في صياغة ذلك وإثباته، نتعرض الى بعض منها، لنرى مدى وفاءه بالمطلوب.

الوجه الأول: ما ذكره العلامة(قده) في المختلف من: «أن للشرط قسطا منالثمن، فإنه قد يزيد باعتباره وقد ينقص

---

(١)البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢)النساء: الآية ٢٩.

الثمن، فإنه قد يزيد باعتباره وقد ينقص، وإذا بطل الشرط بطل ما بإزائه من الثمن، وهوغير معلوم، فتطرقت الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع»(١.(

وقد ردّه الشيخ الأعظم(قده) بايرادات ثلاثة: الأول: ما أفاده بقوله: «منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة، انما القادح هوالجهل به عند إنشاء العقد»(٢.(

وبعبارة اخرى: ان حال عدم الغرر في البيع المستفاد بمقتضى حديث النهي عن بيع الغرر، ليس إلا حال سائر ما يعتبر في صحة العقد ونفوذه، حيث يرجع الجميع الى ما يصدر من المتعاملين ويعدّ فعلا لهما ويسمى في العرف بالبيع، وينظر اليه بما له من ماهية وحقيقة عرفية، بعيدا عن الطوارئ والحالات العارضة عليه في إمضاء الشارع أورده كلا أوبعضا، فإنها خارجة عن محور تلك الشروط.

وعليه فالغرر المنفي والمنهي عنه في النصوص هوخصوص ما يرتبط بالجهالة فيما يصدر عن المتعاملين من مبادلة المالين في مقام الإنشاء والقرار، دون ما يمضيه الشارع بالنتيجة ويعتبره بيعا صحيحا.

كما يشهد له التزامهم في بيع الشاة والخنزير جملة بثمن واحد، وبيع ما يملكه البائع وما لا يملكه كذلك، بالصحة في الشاة وفيما يملكه بحصتهما من الثمن المسمى، مع وضوح جهالتهما بذلك-ما يقابل خصوص الشاة أوخصوص ما يملكه-في مقام الإنشاء.

وليس السبب في ذلك سوى أن المعتبر علمهما بالثمن والمثمن المسميين في المعاملة، دون ما يحصل نتيجة تفريق الشارع بين الأبعاض في مقام الحكم بالصحة والنفوذ.

---

(١)مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

وحيث ان هذا المعنى متحقق في المقام، حيث ان كلا منهما يعلم بما يقابل ما ينتقل عنه ثمنا أومثمنا في مقام القرار والمعاملة، فلا مبرر للحكم بالبطلان حتى مع جهلهما بما يقابل المبيع المجرد عن الشرط-بعد إبطال الشارع له-من الثمن.

ومن هذا البيان يظهر انه لا مورد لما أورده المحقق الأصفهاني(قده) عليه بقوله: «انه يوهم انه لا جهل عند العقد، وان عروض الجهل بعد العقد لا يمنع عن تأثير العقد، مع انه لا شبهة في الجهل من الأول بما يقع بإزاء المبيع المجرد عما اشترطه، لا انه جهل عارض»(١.(

كما يظهر انه لا وجه لما أفاده المحقق الإيرواني(قده) بقوله: «لا جهالة طارئة هنا، انما الجهالة-اعني جهالة ما يقع بإزاء أحد العوضين من صاحبه شرعا-حاصلة من حين العقد، كما ان عدم الجهالة فيما جعله المتعاقدان حاصل من حين العقد، فان كفت المعلومية كذلك فهو، والا بطلت المعاملة رأسا»(٢.(

الإيراد الثاني: «منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض، إذ ليس العوض المنضم الى الشرط والمجرد عنه الا كالمتصف بوصف الصحة والمجرد عنه في كون التفاوت بينهما مضبوطا في العرف، ولذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لولم يتحقق العتق المشروط في صحة بيع ملوك، وبلزوم قيمة الصبغ المشروط في بيع الثوب»(٣.(

وبعبارة اخرى: انه حتى ولوسلمنا ان للشرط قسطا من الثمن، والتزمنا باعتبار عدم الجهالة فيما يقبله الشارع بيعا، فلا؟ ؟ سلم تحقق الجهالة في المقام، وذلك لكون التفاوت بين المبيع المنضم الى الشرط والمجرد عنه، معلوما ومضبوطا لدى العرف،

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٤.

(٢)تعليقة الإيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٣)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

كما هوالحال في انضباط التفاوت بين المبيع الواجد لوصف الصحة والفاقد له عرفا في مقام تحديد الأرش.

وفيه: انه وبعد تسليم الأمرين-توزيع الثمن على الشرط أيضا، ولزوم عدم الغرر في حصة المبيع المجرد عن الشرط-لا محيص عن الالتزام باعتبار العلم بما يقابل المبيع المجرد عن الشرط من الثمن حين العقد وفي مرحلة الإنشاء، فإن تعين حصته لدى العرف لا يجدي في رفع الغرر والجهالة عن المتعاقدين حينه مع عدم علمهما به.

ولا مجال لقياس المقام بباب الأرش، فإنه حكم تعبدي ثابت بالنص على خلاف القاعدة.

وبعبارة اخرى: «ان الأرش الثابت في باب خيار العيب ليس معناه استرداد جزء من الثمن الواقع بإزاء وصف الصحة، بحيث يبقى البائع مشغول الذمة بسبب تخلف هذا الوصف، وانما يثبت الأرش ويضمن البائع بنفس مطالبة المشتري لا بفقد ذاك الوصف، بحيث لوفرضنا ان المشتري لم يطالب ولولأجل ان لم يعلم بالعيب الى أن مات لم تكن ذمة البائع مشغولة بشيء، لما عرفت من عدم مقابلة هذا الوصف بجزء من الثمن.

فضمان التفاوت بين الصحيح والمعيب المعبّر عنه بالأرش، حكم جديد يثبت بنفس المطالبة، وبها تشتغل الذمة، ومن ثمّ لم يختص بجزء من الثمن، بل عليه الخروج عن عهدة هذا الضمان من أي مال كان.

فلوكان المناط في هذا الضمان المقابلة المزعومة المزبورة لزم استرداد جزء من نفس الثمن، طالب المشتري أم لا، علم بالعيب أم لا، لأن هذا المقدار من المال لم يملكه البائع من الأول»(١.(

---

(١)مستند العروة الوثقى/كتاب الإجارة ص ١٤٩.

والحاصل: ان الأرش لما لم يكن بمعنى استرداد جزء من الثمن بإزاء وصف الصحة الفائت، لم يكن ثبوته على وفق القاعدة، ومعه فلا مجال للتمسك فيه في المقام وأمثاله. نعم، لوكان الأرش بمعنى استرجاع بعض الثمن في مقابل تخلف وصف الصحة، جاز التعدي منه الى نظائره.

الإيراد الثالث: «مع مقابلة الشرط بشيء من العوضين عرفا ولا شرعا، لان مدلول العقد هووقوع المعاوضة بين الثمن والمثمن، غاية الأمر كون الشرط قيدا لأحدهما يكون له دخل في زيادة العوض ونقصانه، والشرع لم يحكم على هذا العقد الا بإمضائه على النحوالواقع عليه، فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين، ولذا لم يكن في فقده الا الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا»(١.(

وبعبارة اخرى: ان مقتضى الشرطية والقيدية عدم المقابلة بين الشرط وجزء من الثمن، والا لانقلب القرار من الشرطية إلى الجزئية.

هذا إذا كان القرار شرطا للمبيع، وامّا إذا كان شرطا للبيع والعقد فالأمر فيه أوضح، حيث لا مقابلة بين الثمن وبينه.

ومنه يظهر الحال فيما أورده المحقق الإيرواني(قده) عليه بقوله: «الظاهر أن العوض يقابل المقيد بما هومقيد لا ذات المقيد، كما في بيع الموصوف بوصف، ولا وجه للفرق بين المقيد بالصفة والمقيد بشرط خارجي.

وما تقدم من عدم مقابلة التقيد بمال، مضافا الى انه في محل المنع ربما لا ينافي هذا، فان عدم مقابلة التقيد المجرد لا ينافي مقابلة العين إذا اعتبرت مقيدة»(٢.(

فان وقوع العوض في قبال المقيّد بوصفه دون ذاته المجردة، وعدم الفرق بين

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢)تعليقة الإيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

المقيّد بالصفة والمقيّد بشرط خارجي، وان كان متينا في نفسه، الا انه لا يثبت مدعاه من توزيع الثمن وتقسيطه على الشرط والوصف.

فان حال الشرط حال أوصاف العين المبيعة، لا يقابل بالمال، ولا يقع بإزائه جزء من الثمن أوالأجرة، وانما يوجب ازدياد الرغبة إلى العين الباعث على دفع القيمة الزائدة بإزائه من دون ان يقابل بنفسه بشيء.

ومنه يظهر ما في منعه(قده) من عدم مقابلة التقيد بالمال.

ثم ان السيد الخميني(قده) قد استند في إنكاره استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد، الى ما ذكره غير مرة من استقلال القرار الشرطي عن القرار العقدي تماما، وتحقق ماهية كل عقد -ومنه البيع - بالإيجاب فقط.

قال(قده) ان «مقتضى ما مر منا مرارا في ماهية العقد والشرط الذي في ضمنه، هوعدم مفسديته حسب القواعد، لان العقد بتمام ماهيته أنشأ بإيجاب البائع قبل إيجاب الشرط، وفي هذا الظرف يكون تمام الثمن مقابل تمام المبيع بلا شبهة، ولا يحتمل التقسيط وان كان الشرط دخيلا في القيم ككثير من الأوصاف والإضافات، فالقول بالبطلان من ناحية تقسيط الثمن ولزوم الغرر والجهالة في غير محله»(١).

لكنك قد عرفت منا مرارا إبطال المبنى المذكور من أساسه، فلا نعيد.

ثم ان من الجدير ذكره أن مجرد إثبات استلزام فساد الشرط للإخلال بما يعتبر في صحة العقد، فيبطل على القاعدة، لا يكفي في الحكم بالبطلان في المقام، بل لا بد بالإضافة إليه من إبطال الاستدلال بالنصوص الخاصة الدالة على صحة العقد مع بطلان الشرط في غير مورد، والا فمقتضى القاعدة تقدمها عليها، وبه تقيّد إطلاقات ما دل على اعتبار عدم الغرر في البيع.

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٣.

الوجه الثاني: ان «البائع إنما رضي بنقل سلعة بهذا الثمن المعين على تقدير سلامة الشرط له، وكذا المشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن في مقابلة العين على تقدير سلامة الشرط له، فإذا لم يسلم لكل منهما ما شرطه كان البيع باطلا، لانه لا يكون تجارة عن تراض»(١).

وبعبارة اخرى: «ان التراضي لم يقع الا على المجموع من حيث هومجموع، فإذا امتنع بعضه انتفى متعلق التراضي، فيكون الباقي تجارة لا عن تراض»(٢).

وفيه: ما عرفته منا غير مرة «من ان الشروط في باب العقود لا تكون قيدا لها، ولا يكون العقد مقيدا بالشرط، كي يكون فساد الشرط موجبا لفساد العقد نفسه.

فان للشرط في باب العقود معنى غير ما يذكر في الفلسفة أوفي باب الأحكام، حيث يفسر في الأول بجزء العلة، وفي الثاني بالقيد للموضوع أومتعلق الحكم، وقد تقدم ذلك مفصلا.

وملخصه: ان معنى الشرط في العقد لا يخلومن أحد معنيين على نحومنع الخلو -فإنهما قد يجتمعان - وهما: أولا: تعليق العقد على التزام الطرف الآخر بشيء، بحيث يكون المنشأ هوالحصة المقيدة بالتزام الطرف الآخر، وهذا المعنى يرد في الشروط التي تذكر في التزويج وغيره من العقود والإيقاعات التي لا تقبل التزلزل والخيار، فان فيها لا بد من تفسير الشرط بهذا المعنى-اعني تعليق المنشأ على التزام الآخر-إذ المورد غير قابل للمعنى الآخر الذي نذكره للشرط.

من هنا فلا محالة يكون نفس الالتزام قيدا للمنشإ دون الملتزم به.

فلوقالت المرأة: زوجتك نفسي على أن لا تخرجني من هذا البلد -مثلا- فقبل الرجل أصل الزواج من دون التزام بالشرط، بطل العقد، لأن ما أنشأته المرأة انما هي

---

(١)مختلف الشيعة في أحكام الشريعة ج ٢ ص ١١٨.

(٢)جامع المقاصد ج ١ ص ٢٦١.

الزوجية المقيدة بالالتزام، فإذا لم يلتزم الزوج بذلك انتفى المقيد كليا وحكم ببطلان العقد، لعدم تحقق ما علق الإنشاء عليه.

وقد عرفت في محله ان مثل هذا التعليق لا يضر بصحة العقد، لكونه تعليقا على أمر حاصل ومعلوم بالفعل.

نعم، لوفرضنا تعليق الزوجية على نفس السكنى في البلد المعين، دون الالتزام به، لكان من التعليق الباطل.

ثانيا: تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط في الخارج ووجوده.

وهذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط أمرا خارجا عن ارادة المشروط عليه واختياره، كما هوالحال في اشتراط الكتابة في العبد عند شرائه، فإن مثل هذه الشروط لا يمكن ان يرجع الى المعنى الأول، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هوخارج عن اختياره، فالعقد غير معلق على شيء وانما المعلق هوالالتزام بالعقد، بحيث لولم يوجد فلا التزام للشارط بالعقد وله رفع اليد عنه، وهوما يعبّر عنه بالخيار.

هذا وقد يجتمع المعنيان في عقد واحد، كما لواشترى قماشا واشترط على البائع ان يخيطه، فإن أصل العقد معلق على التزام البائع بالخياطة، كما ان التزامه بالعقد معلق على تحقق الخياطة في الخارج، فيكون المورد مجمعا لكلا المعنيين.

إذا عرفت هذا كله يتضح لك أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد، إذ على المعنى الأول يكون العقد مقيدا بالالتزام، والمفروض انه قد تحقق من قبل الطرف الآخر، فلا وجه للقول بفساد إنشاء العقد.

وعلى المعنى الثاني، فالعقد أجنبي عن جعل الخيار للشارط، وان كان الأول ظرفا للثاني، بمعنى انه انما يجعل في ضمن الأول.

وعليه فإذا فرض فساد الثاني بحكم الشارع لكونه مخالفا للكتاب والسنة، لم يكن وجه للقول ببطلان الأول، لأنه يحتاج الى الدليل وهومفقود»(١.(

---

(١)مباني العروة الوثقى كتاب النكاح ج ٢ ص ٩٥ - ٩٦.

إذا فالرضا بالمبيع حاصل على كل تقدير-تحقق الشرط أم لم يتحقق-غاية الأمر ان للمشروط له على تقدير تخلف الشرط الخيار، وذلك لتعليق التزامه بالعقد وتعهده بانهائه وعدم النكول عنه بتحقق الشرط ووجوده، فإذا لم يتحقق انتفى اللزوم عنه.

ثم ان الشيخ الأعظم(قده) قد تصدى للإجابة عن الاشكال بالحل والنقض، فذكر أن: «فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد، ومجرد الارتباط لا يقتضي ذلك، كما إذا تبين نقص أحد العوضين، أوانكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتابة والصحة، وكالشروط الفاسدة في عقد النكاح، فإنه لا خلاف نصا وفتوى في عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه.

وقد تقدم ان ظاهرهم في الشرط الغير المقصود للعقلاء في السلم وغيره عدم فساد العقد به.

وتقدم أيضا ان ظاهرهم ان الشرط الغير المذكور في العقد لا حكم له صحيحا كان أوفاسدا..

وحل ذلك: ان القيود المأخوذة في المطلوبات العرفية والشرعية.

منها: ما هوركن المطلوب، ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا، وكون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب لا الأصفر الصالح للنارجيل، ومطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فان العرف يحكم في مثل هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود، فلا يقوم الحمار مقام العبد، ولا الأصفر مقام التتن، ولا التيمم مقام الغسل.

ومنها: ما ليس كذلك، ككون العبد صحيحا والتتن جيدا والغسل بماء الفرات، فان العرف يحكم في هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب.

والظاهر ان الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول، فلا يعد التصرف

الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا لا عن تراض»(١.(

وعن المحقق الخراساني(قده) توجيه ذلك بقيام القرينة العرفية على كون التقييد موجبا لتعدد المطلوب إذا لم يكن القيد مقوما لحقيقة المبيع، ووحدة المطلوب إذا كان مقوما(٢.(

غير ان العلمين-الأصفهاني والإيرواني(قده) -لم يرتضيا الإجابة وتوجيهها معا.

فقد أورد عليه المحقق الأصفهاني(قده) : «ان مقتضى هذا الجواب عدم التقييد للغرض ولا للرضا ولا للعقد بقول مطلق، وإذا لم يكن هناك تقييد بقول مطلق للعقد بمباديه، فليس لزومه مع التخلف أوفساد الشرط نقضا للغرض وضررا على المشروط، إذ لا تقييد بقول مطلق حتى يستند الضرر الى الشارع، بل هوقد أقدم على البيع حتى مع تخلف القيد وفساده»(٣.(

وبطلانه بمكان من الوضوح يغني عن البيان.

في حين ذكر المحقق الإيرواني(قده) : أن ما أفاده رحمه الله «لا يحل الإشكال، فإن محصل ما أفاده هوالفرق بين القيود المأخوذة عنوانا للمبيع، كما إذا باع ذهبا فبان نحاسا فيبطل، وبين القيود الخارجية المأخوذة في المتعلق بلا دخل العنوان المأخوذ منه فيه، كما إذا باع على انه صحيح فبان معيبا فلا يضر بالبيع بل كان الموجود هوالمبيع.

وأنت خبير بان هذا المقدار لا يدفع الاشكال، بل الاشكال هوان الرضا في صورة القيد الخارجي أيضا مقيد، وليس المبيع بلا ذلك القيد مطلوبا للبائع، وان لم

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٨.

(٢)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٥.

(٣)المصدر السابق نفسه.

يؤخذ في الصورة عنوانا للمبيع ولا تغيّر عنوانه الى عنوان آخر، فيكون أمر البيع أبدا بين الصحة مع اللزوم وبين الفساد رأسا بلا واسطة بينهما وهي الصحة مع الخيار»(١.(

أقول: مما قدمناه لك في جواب الاشكال تعرف انه لا حاجة لتكلف الإجابة بما أفاده الشيخ الأعظم(قده) وتوجيهها والإيراد عليها جميعا.

فإن الشرط عنصر أجنبي عن متعلق العقد دوما يوجب ازدياد قيمته أونقصانه على اختلاف موارده، فلا يقابله شيء من الثمن أوالأجرة إطلاقها، كما لا يوجب تخلفه تغييرا في الرضا بالمبيع، فإنه حاصل على كل تقدير، غاية الأمر ان العقد معلق على التزام صاحبه بالشرط-فيما لا يقبل الخيار-أويكون التزامه به وتعهده بانهائه وعدم رفع اليد عنه معلقا على وجوده وتحققه، فان تحقق الشرط لم يكن له بدّ عن الوفاء بالعقد، والا كان هوبالخيار بين الاستمرار عليه ورفع اليد عنه.

ثم انه لا وجه للنقض في المقام بالأرش الثابت عند تخلف وصف الصحة، وذلك لما عرفته سابقا من كون ثبوته في مورده بفضل الدليل التعبدي وعلى خلاف القاعدة.

هذا كله فيما يكون شرطا في العقد، وأمّا ما يكون قيدا له فالمتعين فيه البطلان.

وقد تقدم في مبحث اشتراط ما هوجزء للمبيع حقيقة من المقصد السابق، الفرق بين القيد والشرط وما يكون به التمييز بينهما، فلا نعيد.

ثم ان مما ذكرناه يظهر الحال فيما أفاده السيد الخميني(قده) بقوله: ان «العقد وقع على الثمن والمثمن بلا تقييد، كالعقود التي لا شرط فيها بحسب الوجدان والعرف، والشرط قرار مستقل في مقام الجعل والقرار لا يرتبط في ظرفه بشيء ولا يقيد ما وقع مطلقا»(٢) فلاحظ.

---

(١)تعليقة الإيرواني على المكاسب ج ٢ ص ٧٠.

(٢)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥.

حصيلة البحث

والذي يتحصل مما تقدم من البحث، أن مقتضى القاعدة عدم سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، ما لم يستلزم انطباق عنوان محكوم بالفساد عليه.

فان الخروج عنها يحتاج الى الدليل، وهومفقود، لعدم صلاحية شيء من النصوص الخاصة المذكورة في كلمات الأعلام لإثبات المدعى.

بل وقد عرفت دلالة جملة من النصوص المعتبرة على الصحة، وعدم سراية الفساد الى العقد.المسألة الثانية: في ترتب الخيار على تخلف الشرط الفاسد.بعد ما عرفت عدم فساد العقد بفساد الشرط المأخوذ فيه، يقع البحث في ثبوت الخيار للمشروط له بعد اطلاعه على عدم سلامة الشرط له بحكم الشارع.

واعتقد ان من نافلة القول التنبيه على توقف موضوع هذا البحث على الالتزام بعدم سراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، إذ مع القول بالسراية وبطلان العقد لا يبقى محل لفسخه بعد ذلك، كي يقال بثبوت حقه -الفسخ- له.

كما اعتقد ان من الجدير ذكره بيان توقف هذا البحث على عدم وصول الشرط الى المشروط له-كما هوصريح جملة من الاعاظم-والا فمجرد فساده في نفسه وعدم شمول أدلة الإمضاء له، أوكونه منهيا عنه، لا يوجب الخيار للمشروط له في أصل العقد جزما.

فإن أدلة الخيار جميعها-سواء في ذلك الإجماع، وقاعدة نفي الضرر، وبناء العقلاء، وما ذكرناه من التعليق في مقام الإنشاء-ناظرة إلى فرض عدم سلامة الشرط لصاحبه عملا، بمعنى عدم وصوله اليه وعدم حصوله له، وامّا مع وفاء المشروط عليه به وأداءه له، فلا وجه لثبوت الخيار للمشروط له، فان مجرد عدم سلامته له حكما بمعنى

حكم الشارع بعدم نفوذه أوحرمته لا يكون مبررا له بعد وفاء المشروط عليه به وتحقيقه له.

ولا يبعد ان يكون ذلك مراد الجميع، وان أهمل ذكر القيد في بعض الكلمات.

وكيف كان، فالمسألة ذات أقوال ثلاث: الأول: ثبوت الخيار مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك.

الثالث: التفصيل بين شرط الوصف من جهة، وشرط الفعل والنتيجة من جهة أخرى.

قال الشيخ الأعظم(قده) : «ثم على تقدير صحة العقد، ففي ثبوت الخيار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه، من حيث كونه في حكم تخلف الشرط الصحيح، فان المانع الشرعي كالعقلي، فيدل عليه ما يدل على خيار تخلف الشرط.

ولا فرق في الجهل المعتبر في الخيار بين كونه بالموضوع أوبالحكم الشرعي، ولذا يعذر الجاهل بثبوت الخيار أوبفوريته.

ولكن يشكل بأن العمدة في خيار تخلف الشرط هوالإجماع وأدلة نفي الضرر، وقد تقدم غير مرة انها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعي إذا لم يعتضد بعمل جماعة، لأن المعلوم إجمالا انه لوعمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جديد، خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحكم الشرعي عذرا، فربّ ضرر يترتب على المعاملات من أجل الجهل بأحكامها خصوصا الصحة والفساد، فإن ضرورة الشرع قاضية في أغلب الموارد بان الضرر المترتب على فساد معاملة مع الجهل به لا يتدارك.

مع ان مقتضى تلك الأدلة نفي الضرر غير الناشئ عن تقصير المتضرر في دفعه، سواء كان الجهل متعلقا بالموضوع أم بالحكم، وإن قام الدليل في بعض المقامات على التسوية بين القاصر والمقصر.

فالأقوى في المقام عدم الخيار وان كان يسبق خلافه في بادئ الأنظار»(١.(

في حين قوّى الأعلام ممن تأخر عنه ثبوته مطلقا.

قال السيد الطباطبائي(قده) : «قد عرفت ان خيار تخلف الشرط على طبق القاعدة، وهي جارية في الشرط الفاسد أيضا»(٢.(

وقال المحقق النائيني(قده) : «ان مقتضى القواعد في الشرط الفاسد هوالخيار مع صحة العقد»(٣.(

وقال المحقق الأصفهاني(قده) : ان «الملاك وهوالضرر من نقض غرضه العاملي مشترك بين الجميع»(٤.(

نعم، فصّل السيد الخميني(قده) فيه بين شرط الفعل والنتيجة من جهة، وبين شرط الوصف من جهة أخرى، فالتزم بثبوت الخيار عند فساد الأولين دون الأخير.

قال(قده) : «بناء على ما تقدم من الاستدلال به-«المؤمنون عند شروطهم» -لجميع أصناف الشروط أي شرط الوصف والنتيجة والفعل، يمكن القول بان مقتضاه عدم الخيار لوكان شرط الوصف ممنوعا شرعا، لأن شرط الوصف لا أثر له الا الخيار عند التخلف، ومعنى لزوم ملازمة المشروط عليه لشرطه هوترتيب آثار الخيار عند التخلف، فيدل دليل الشرط في هذا القسم على عدم لزوم ترتيب آثار الخيار أوعدم جوازه، ولازمة عدم ثبوته، فلوشرط كون العنب على صفة تصلح للخمرية، وقلنا ببطلانه شرعا وممنوعيته، كان لازمة عدم الخيار لعدم أثر غير ذلك، بخلاف شروط النتائج والأفعال.

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

(٢)حاشية الطباطبائي على المكاسب ج ٢ ص ١٤٠.

(٣)منية الطالب في حاشية المكاسب ج ٢ ص ١٤٩.

(٤)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٦.

وبالجملة: ان الاستثناء في شرط الصفة لازمة نفي الخيار، لعدم أثر غيره، وفي غيره دال على نفي الأثر في النتيجة، وعلى عدم الوجوب في الفعل، ولا دليل على تنزيل الشرط منزلة العدم حتى يستفاد منه عدم الخيار»(١.(

أقول: امّا بناء على ما اخترناه في وجه ثبوت الخيار، فالأمر واضح لا ينبغي التردد فيه، فان مقتضى تعليق المشروط له التزامه بالعقد على وجود الشرط وتحققه، هوثبوت الخيار له عند عدمه، بلا فرق بين كون المعلق عليه محللا أومحرما، فإنه لا أثر لشيء من ذلك بعد تعليقه الالتزام عليه في مقام الإنشاء.

وامّا بناء على مذهب المشهور من التمسك بقاعدة نفي الضرر أوالسيرة العقلائية لإثبات الخيار، فالظاهر ان الأمر كذلك.

فان المتعاملين انما أقدما على العقد بتوابعه وشروطه، فالحكم بلزومه عليه مجردا عن توابعه وشروطه ضرري بالنسبة إليه، فيشمله حديث نفي الضرر بقول مطلق، كان فقدان التابع واقعيا قهريا كالتعذر الحقيقي للشرط، أواختياريا كامتناع المشروط عليه عن العمل به وأدائه، أوشرعيا لكونه مخالفا للكتاب والسنة، وغير سائغ في نفسه.

فان جميعها تشترك في كون لزوم العقد المجرد عن التابع ضررا منفيا.

وكذا الحال بالنسبة إلى السيرة العقلائية وبنائهم في موارد تخلف الشرط، فان الظاهر عدم الفرق عندهم بين التخلف القهري الحقيقي، والتخلف الاختياري، والتخلف المستند الى الحكم الشرعي.

إذا فالصحيح هوثبوت الخيار عند تخلف الشرط الفاسد مطلقا على جميع المباني في ثبوت الخيار، إذ لا فرق بينها بالنسبة إلى أصل ثبوت الخيار.

نعم، تختلف النتيجة على مسلكنا عنها على مسلك المشهور في فرض علم

---

(١)كتاب البيع ج ٥ ص ٢٥٢.

المتعاقدين بفساد الشرط حين إقدامهما عليه واشتراطهما له.

فان على مسلكنا يثبت الخيار للمشروط له جزما، باعتبار ان العلم بالحرمة لا يرفع التعليق الذي اتفقا عليه في مقام الإنشاء، ولا يلغيه.

في حين يتعين الالتزام بعدم الخيار بناء على التمسك بقاعدة نفي الضرر، فإنها غير شاملة لفرض إقدامهما المتعمد عليه جزما.

وكذا الحال بالنسبة للتمسك بالسيرة العقلائية، فإن بناء العقلاء غير شامل لفرض علمهما بالفساد.

ثم ان مما ذكرنا يظهر الحال فيما أفاده السيد الخميني(قده) في المقام، فان النصوص لا تتضمن إلا إمضاء ما أنشأه المتعاقدان من الإلزام والالتزام والفرض والتعهد به، بحيث انقلب ذلك اللزوم الفردي الى القانون الشرعي والحكم التعبدي، وامّا ثبوت الخيار عند تخلفه فهوأمر خارج عن مدلولها، ولا علاقة لها به، صح الشرط أم فسد.

على ان اشتراط الوصف قرار له مفهوم خاص ومعنى معين، واشتراط الخيار على تقدير عدمه قرار آخر وله مفهومه ومعناه الخاص به.

وعليه فإذا لم يمكن تصور معنى محصل لجعل اللزوم في شرط الوصف، كان المتعين الحكم بخروجه عن مفاد النص، وعدم شموله له، دون انقلابه الى اشتراط الخيار، فإنه لا وجه له.

ومع التنزل عن ذلك وتسليم رجوعه الى اشتراط الخيار -كما أفاده - فلا يخفى كونه أخص من المدعى، لأنه لا يثبت الا عدم الخيار في الشرط الفاسد من جهة مخالفته للكتاب والسنة، دون الفاسد لأجل فقدان غيره مما يعتبر في صحة الشرط ونفوذه.

على أن في عدّ شرط الوصف مخالفا للكتاب أوالسنة ما لا يخفى، فان صنع الخمر-في مفروض مثاله(قده) -وان كان فعلا محرما ومخالفا للكتاب والسنة، الا ان ذلك لا يعني سرايته الى وصف كون العنب صالحا للخمرية، والحكم عليه بكونه مخالفا

للكتاب أيضا، فإن الوصف لا يتصف بالموافقة أوالمخالفة.

وبالجملة: فالصحيح على مختارنا في مستند ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، ثبوته عند تخلفه بقول مطلق، صح الشرط أم فسد، علم المتعاقدان بالفساد أم جهلا به، كان شرط فعل أونتيجة أم شرط وصف.

فإنه لا فرق في الحكم بالنسبة لجميع ذلك ما دام العقد المتضمن له محكوم بالصحة، ولم يف المشروط عليه بالشرط.المسألة الثالثة: عدم صحة العقد بإسقاط الشرط الفاسد.والبحث في هذه المسألة -على عكس سابقتها - يبتنى على القول بسراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له، وبطلانه من أجله، إذ لا موضوع للبحث عن تأثير الإسقاط في صحة العقد مع القول بعدم سراية الفساد اليه وبقائه على الصحة في نفسه ثم ان المقصود بالإسقاط هواعراضهما عن الشرط، ورضاهما بالعقد بدونه، وبذلك يعم شرط الفعل والنتيجة والوصف على حد سواء.

وليس المراد منه ما قد يظهر من العنوان من كون مورده حقا قابلا للإسقاط، كي يختص البحث فيه بشرط الفعل فقط دون غيره -الوصف والنتيجة - مما يدور أمره بين التحقق والعدم.

وكيف كان، فالمشهور بين الأعلام عدم صحة العقد بإسقاط الشرط الفاسد.

ونسب إلى العلامة(قده) في مواضع من التذكرة التردد فيه واحتمال التأثير، باعتبار ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

والصحيح ما ذهب اليه المشهور، والوجه فيه: أن العقد إذا حكم عليه بالفساد بلحاظ فساد شرطه، سواء كان المستند فيه النصوص الخاصة، أودعوى استلزام فساد الشرط لاختلال بعض ما يعتبر في صحة العقد، أواستلزامه لجهالة الثمن، كان الحكم عليه بعد ذلك بالصحة والنفوذ محتاجا الى الدليل وهومفقود، ومقتضى القاعدة عدم

انقلاب الشيء عما وقع عليه.

ولا وجه لقياس المقام بالعقد الإكراهي إذا لحقه الرضا والقبول، فإنه من القياس مع الفارق جدا.

ذلك ان غاية ما يستفاد من أدلة اعتبار التراضي في التجارة، اعتبار الأعم من المقارن واللاحق، إذ لا دليل على لزوم مقارنة الرضا للإنشاء.

ومن هنا يكون عقد المكره مراعى بتحقق الرضا به بعد ذلك، ولا يكون محكوما بالفساد حين وقوعه كي يقال بامتناع انقلابه عما وقع عليه.

على العكس مما ثبت في المقام، فان مقتضى ما تقدم من الأدلة-على تقدير تمامية دلالتها- هوالحكم بفساد العقد المتضمن له حين الإنشاء، فلا ينفعه رفع سبب الفساد فيما بعد والرضا به عنده، فإنه نظير ارتفاع الغرر بعد العقد، حيث لا ينفع في الالتزام بصحته.

ويكون الحكم في المقام أوضح، بناء على الاستناد في بطلان العقد الى تقيّد متعلق العقد بالقرار الشرطي، انتفاء المقيد بانتفاء قيده.

فان الرضا بالمجرد عنه بعد ذلك لا يرتبط بمفاد العقد الأول بالمرة، فإن ما أنشأه هوالمقيد وما تعلق به الرضا لا حقا هوالمجرد، فهونظير إمضاء المالك العقد المجرد بعد إنشاء الفضولي للعقد المشروط، حيث اتفقت كلماتهم على عدم كفايته.

ومما ذكرنا يظهر انه لا وجه لما أفاده المحقق الأصفهاني(قده) بقوله: «ان استندنا في فساد العقد بفساد شرطه الى انتفاء العقد بانتفاء قيده، فلا يجدي الرضا المتجدد، فإنه انما يجدي فيما إذا بقي عقد، وحيث لا عقد فلا معنى للرضا به.

وان استندنا فيه الى تقيّد الرضا، وان الرضا بالمقيّد ينتفي بانتفاء قيده، فيمكن القول بتأثير الرضا المتجدد، إذ المفروض بقاء العقد، وأن عدم تأثيره لانتفاء الرضا الدخيل في تأثيره، فمع الرضا المتجدد بالعقد المجرد لا مانع من صحة العقد بلحوقه.

ولا يقال: لا عقد مجرد حتى يجديه الرضا المتجدد.

فإنه يقال: لا مباينة بين العقد المجرد والمقيّد الا بانضمام التزام شرطي اليه

وعدمه، لا ان المعقود عليه أمر خاص حتى يتوهم انه لا عقد على ذات الخاص»(١.(فإنه يرد عليه: أن الكلام في هذه المسألة ليس مبنيا على مختاره(قده) ومختارنا من عدم سراية الفساد من الشرط الى العقد نفسه، كي نبقي نحتفظ لأنفسنا بصياغة الدليل، بل الكلام فيها مبني على تسليم القول بسراية الفساد وتمامية أدلتها.

وعليه فإذا سلّمنا ما أفادوه في وجه ذلك من انتفاء المقيد بانتفاء قيده، وكون المعاوضة بين الثمن والمثمن المجرد عن الشرط معاوضة أخرى، محتاجة إلى تراض جديد وإنشاء مستأنف-كما ورد في كلماتهم ونقلها هو(قده) -لم يبق مجال للقول بصحة العقد بمجرد لحوق الرضا به، وكونه مقتضى دليلهم.

وكيف كان، فالصحيح في المقام هوالقول بعدم تأثير إسقاط الشرط الفاسد في صحة العقد المتضمن له مطلقا.

ولنعم ما أفاده الشيخ الأعظم(قده) في المقام، حيث قال: «لوأسقط المشروط الشرط الفاسد على القول بإفساده، لم يصح بذلك العقد، لانعقاده بينهما على الفساد، فلا ينفع إسقاط المفسد.

ويحتمل الصحة، بناء على ان التراضي انما حصل على العقد المجرد عن الشرط، فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

وفيه: ان التراضي إنما ينفع إذا وقع عليه العقد أولحق العقد السابق، كما في بيع المكره والفضولي، وامّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه العقد فلا ينفع، لان متعلق الرضا لم يعقد عليه، ومتعلق العقد لم يرض به»(٢).المسألة الرابعة: في ذكر الشرط الفاسد قبل العقد.

---

(١)تعليقة الأصفهاني على المكاسب ج ٢ ص ١٦٧.

(٢)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٨٩.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

والحديث في هذه المسألة كالحديث في المسألة السابقة مبني على القول بسراية الفساد من الشرط الى العقد المتضمن له-إذ بدونه لا يبقى مورد للبحث عن كون الشرط الفاسد المذكور قبل العقد لفظا بحكم المصرح به في أثنائه وعدمه.

وكيف كان، فلا أرى في المسألة خصوصية تستوجب فصلها عن البحث عنه في الشرط الصحيح، فإنهما معا من واحد، ويجري في الشرط الفاسد ما قلناه في الشرط الصحيح. فإنه ان ذكر قبل العقد ووقع العقد مبنيا عليه كان كالمذكور في متنه، والا فلا أثر له ولا يستتبع حكما.

ولقد أجاد الشيخ الأعظم رحمه الله حين قال: «إذا أوقعا العقد المجرد على النحوالذي يوقعانه مقترنا بالشرط وفرض عدم التفاوت بينهما في البناء على الشرط والالتزام به الا بالتلفظ بالشرط وعدمه، فان قلنا بعدم اعتبار التلفظ في تأثير الشرط الصحيح والفاسد، فلا وجه للفرق بين من يعلم فساد الشرط وغيره، فان العالم بالفساد لا يمنعه علمه عن الاقدام على العقد مقيدا بالالتزام بما اشتراطه خارج العقد، بل اقدامه كاقدام من يعتقد الصحة، كما لا فرق في إيقاع العقد الفاسد بين من يعلم فساده وعدم ترتب أثر شرعي عليه وغيره.

وبالجملة: فالإقدام على العقد مقيدا أمر عرفي يصدر من المتعاقدين وان علما بفساد الشرط.

وامّا حكم صورة نسيان ذكر الشرط، فان كان مع نسيان أصل الشرط كما هوالغالب، فالظاهر الصحة، لعدم الاقدام على العقد مقيدا، غاية الأمر انه كان عازما على ذلك لكن غفل عنه.

نعم، لواتفق إيقاع العقد مع الالتفات الى الشرط، ثم طرأ عليه النسيان في محل ذكر الشرط، كان كتارك ذكر الشرط عمدا، تعويلا على تواطئهما السابق»(١.(

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٩٠.

المسألة الخامسة: فساد الشرط لعدم تعلق غرض عقلائي به.المشهور بين القائلين بسراية الفساد في الشرط الى العقد المتضمن له، عدم شمول هذا الحكم للشرط الفاسد من جهة خلوّه من الغرض العقلائي، وقد علل في كلماتهم بكونه لغوا وفي حكم العدم فلا يؤثر شيئا.

فقد نقل الشيخ الأعظم(قده) عن العلامة رحمه الله في التذكرة قوله في باب العيب: «لوشرط ما لا غرض فيه للعقلاء ولا يزيد به المالية، فإنه لغولا يوجب الخيار.«

ونقل عنه في مواضع أخر في باب الشروط حكمه بصحة العقد ولغوية الشرط.

كما نقل عن الشهيد(قده) التصريح بعدم ثبوت الخيار إذا اشترط كون العبد كافرا فبان مسلما(١.(

أقول: أمّا أصل اشتراط ما لا يتضمن غرضا عقلائيا، فقد عرفت الكلام فيه في المسألة الأولى مفصلا.

وقد عرفت انه بين ما لا يكون شرطا واقعا، وما لا يكون مشمولا بأدلة الإمضاء والنفوذ.

الا ان ذلك لا يمنع من التزامنا بثبوت الخيار للمشروط له على تقدير تخلفه وعدم تحققه.

فان الالتزام بالعقد حين إنشاءه كان معلقا عليه، فيثبت له الخيار-رفع اليد عن الالتزام بالعقد - على تقدير التخلف، إذ لا يعتبر في المعلق عليه الالتزام وتعهد البائع بالوفاء كونه أمرا عقلائيا يشتمل على غرض مقصود لدى العقلاء.

---

(١)المكاسب/الطبعة الحجرية ص ٢٩٠.

وما ذكرناه بناء على مختارنا في مستند الخيار واضح لا يكاد يخفى.

وامّا بناء على مسلك المشهور من الاستناد فيه الى قاعدة نفي الضرر أوالسيرة العقلائية، فلا يكاد يخلوالالتزام به من الاشكال.

وذلك لعدم الضرر عند انتفاء ما لا يتضمن غرضا عقلائيا، وعدم خلودعوى قيام السيرة العقلائية في مثله على الخيار من تأمل.

ومنه يظهر ما في قوله الشيخ الأعظم(قده) من: «ان لغويتها لا تنافي تقييد العقد بها في نظر المتعاقدين، فاللازم امّا بطلان العقد وامّا وجوب الوفاء، كما إذا جعل بعض الثمن مما لا يعد مالا في العرف»(١.(

فإنه انما يتم على مسلكنا في مستند ثبوت الخيار دون مسلكه.

وعلى المختار لا ينحصر الخيار بين ما ذكره رحمه الله من الالتزام ببطلان العقد من رأس، ووجوب الوفاء بالشرط.

بل هناك خيار آخر-وهوالصحيح المتعين في المقام-هوعدم نفوذ الشرط، لعدم شمول الأدلة له، مع ثبوت الخيار للمشروط له من جهة تعليق التزامه بالعقد حين الإنشاء على تحققه ووجوده.

والحمد لله رب العالمين

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

---

(١)المكاسب الطبعة الحجرية ص ٢٩٠.

صفحة فارغة (مطابق للمطبوع)

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

المصادر والمرجع

-١القرآن الكريم.

-٢أُصول الفقه --- الشيخ محمد رضا المظفر

موسوعة أُصولية في أربعة أجزاء / منشورات منتدي النشر ـ النجف الاشرف.

-٣أقرب الموارد --- سعيد الخوري الشرتوني

موسوعة لغوية في ثلاثة أجزاء / مؤسسة النصر ـ بيروت.

-٤البحث اللغوي عند الأصوليين --- الدكتور مصطفي جمال الدين

منشورات وزارة الثقافةو الاعلام ـ العراق.

-٥تاج العروس في شرح القاموس --- محب الدين محمد مرتضي الحسيني الواسطي

موسوعة لغوية في عشرةأجزاء المطبعة الخيرية ـ مصر.

-٦التعريفات --- أبو الحسن على بن محمد بن على الجرجاني

درا الشؤون الثقافية العامة / وزارة الثقافة والاعلام / العراق.

-٧تعليقة الأصفهاني على المكاسب --- الشيخ محمد حسين الغروي الأصفهاني

جزءان في مجلد ـ طبعة حجرية ـ ايران.

-٨تعليقة الأيرواني على المكاسب --- الشيخ ميرزا على الأيرواني الغروي

جزاءن في مجلد ـ طبعة حجرية ايران.

-٩جامع المقاصد --- الشيخ على بن عبدالعالي الكركي (المحقق الثاني(

مجلدن / طبعة حجرية / ايران.

-١٠جمهرة اللغة --- ابن دريد أبوبكر محمد بن الحسن الأزدي البصري

موسوعة لغوية في أربعة أجزاء/ دار صادر ـ بيروت.

-١١جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام --- الشيخ محمد حسن النجفي

موسوعة فقهية في ثلاثة وأربعين جزءاً / منشورات دار الكتب الاسلامية ـ النجف.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

١٢- حاشية الطباطبائي على المكاسب --- السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
جزءان في مجلد واحد ـ طبعة حجريه/ ايران.
-١٣الحدائق الناضرة --- الشيخ يوسف البحراني
موسوعة فقهية في خمسة وعشرين جزء / تحقيق الشيخ محمد تقي الأيرواني.
-١٤حقائق الأصول --- السيد محسن الطباطبائي الحكيم
شرح كفاية الأصول / مجلدان / المطبعة العلمية ـ النجف.
-١٥الدروس الشرعية --- الشيخ ابو عبدالله محمد بن مكي العملي (الشهيد الأول(
جزءان في مجلد / انتشارات صادقي ـ قم.
-١٦دروس في علم الأصول --- السيد محمد باقر الصدر
موسوعة أصولية في ثلاث حلقات / بيروت.
-١٧الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية
الشيخ زين الدين الجبعي العاملي.
موسوعة فقهية في عشرة أجزاء/ تحقيق السيد محمد كلانتر
-١٨رياض المسائل --- السيد على بن محمد على الطباطبائي
جزءان/ طبعة حجرية ـ ايران.
-١٩السنن اكبري --- احمد بن الحسين بن على البيهقي
موسوعة حديثية في عشرة أجزاء/ دائرةالمعارف العثمانية ـ مصر.
٢٠ـ الشامل --- محمد سعيد إسبر وبلال جنيدي
معجم في علوم اللغةالعربيةو مصطلحاتها / دار العودة ـ بيروت.
-٢١شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام
الشيخ ابو القاسم نجم الدين جعفر بن حسن الحلي / المحقق
موسوعة فقهية في أربعة أجزاء / تحقيق عبدالحسين محمد على / النجف / مطبعة الاداب.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

٢٢- العروة الوثقي --- السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي
جزءان / مطبعه الاداب/ النجف الأشرف
-٢٣العين --- أبو عبدالرحمن الخليل بن أ]مد الفراهيدي
موسوعة لغوية في عشرة أجزاء/ تحقيق الدكتور مهدي المخزومي والدكتور ابراهيم السامراني/ منشورات وزارة الثقافة والاعلام - العراق.
-٢٤الغنية --- الشيخ أبو المكارم ابن زهرة
مطبوعة ضمن الجوامع الفقهية / طهران.
-٢٥فقه الامامية --- السيد محمد كاظم الخلخالي
تقريرات أبحاث الشيخ ميرزا حبيب الله الرشتي/ مطبعة الحيدري – طهران.
-٢٦فقه الصادق --- السيد محمد صادق الحسيني الروحاني
موسوعة فقهية في واحد وعشرين جزءاً - مطبعة مهر - قم.
-٢٧القاموس المحيط --- الشيخ مجد الدين الشيرازي
موسوعة لغوية في أربعة أجزاء/ عالم الكتب - بيروت.
-٢٨قواعد الأحكام
الشيخ ابو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي/ العلامة
جزء واحد/ طبعة حجرية - ايران.
٢٩القواعد والفوائد
الشيخ ابو عبدالله محمد بن مكي العاملي / الشهيد الأول
جزءان/ تحقيق الدكتور عبد الهادي الحكيم/ منشورات منتدي النشر - النجف.
-٣٠كتاب البيع --- السيد روح الله الموسوي الخميني
موسوعة فقهية مختصة بابحاث البيع في خمسة أجزاء/ مطبعة الاداب/ النجف الأشرف.
-٣١كفاية الأحكام --- السيد محمد باقر السبزواري
مجلد واحد / طبعة حجرية - ايران.

٣٢ ـ كفايه الأصول --- الشيخ محمد كاظم الخراساني
جزءان/ طبعة حجرية ـ ايران.
-٣٣لسان العرب المحيط --- ابن منظور اعداد وتصنيف يوسف الخياط موسوعة لغوية في أربعة مجلدات/ دار لسان العرب ـ بيروت.
-٣٤مباني العروة الوثقي --- محمد تقي الخوئي / المؤلف
موسوعة فقهية صدر منها أربعة أجزاء / تقريرات ابحاث السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي/ مطبعة الآداب ـ النجف الاشرف.
-٣٥المبسوط --- الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي / شيخ الطائفة مجلد واحد / طبعة حجرية ـ ايران.
-٣٦محاضرات في اصول الفقه --- الشيخ محمد اسحق الفياض
موسوعة أصولية صدر منها خمسة أجزاء / تقريرات ابحاث السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي/ مطبعةالاداب ـ النجف الأشرف.
-٣٧محيط المحيط --- بطرس البستاني
مجلد واحد مكتبة لبنان ـ بيروت.
-٣٨مختار الصحاح --- محمد بن ابي بكر الرازي
جزء واحد / دار الفكر ـ بيروت.
-٣٩مختلف الشيعة في أحكام الشريعة
الشيخ أبو منصور الحسن بن يوسف بن مطهر الحلي / العلامة
خمسة أجزاء في مجلد واحد / طبعة حجرية ـ ايران.
-٤٠مسالک الأفهام --- الشيخ زين الدين الجبعي العاملي / الشهيد الثاني
شرح شرائع الاسلام / جزءان/ طبعة حجرية ـ ايران.
-٤١مستدرک الوسائل --- الحاج ميرزا حسين النوري الطبرسي
موسوعة حديثية في ثلاثة أجزاء / طبعة حجرية ـ دار الكتب الاسلامية ـ طهران.

معهد الخوئي
al-Khoei Institute

٤٢ ـ مستمسک العروة الوثقي --- السيد محسن الطباطبايي الحكيم
موسوعة فقهية في شرح العروة الوثقي في أربعة عشر جزءً/ مطبعة الاداب ـ النجف.
-٤٣مستند العروة الوثقي --- الشيخ مرتضي البروجردي
موسوعة فقهية صدر منها عشرة أجزاء/ تقريرات أبحاث السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي / مطبعة الاداب ـ النجف الاشرف.
-٤٤المسند --- آحمد بن حنبل
منشورات المكتب الاسلامي ودار صادر ـ بيروت.
-٤٥مصباح الفقاهة --- الشيخ محمد على التوحيدي
موسوعة فقهية صدر منها ثلاثة أجزاء / تقريرات أبحاث السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي / مطبعة الآداب ـ النجف الاشرف.
-٤٦معجم رجال الحديث --- السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي
موسوعة رجالية في أربعة وعشرين جزءاً / مطبعة الآداب ـ النجف الأشرف.
-٤٧معجم متن اللغة --- أحمد رضا
موسوعة لغوية في خمسة مجلدات / دار مكتبة الحياة ـ بيروت.
-٤٨المعجم الوسيط --- مجمع اللغة العربية
مجلدان / دار احياءالتراث العربي ـ بيروت.
-٤٩مفتاح الكرامةفي شرح قواعد العلامة --- السيد محمد جواد العاملي
موسوعة فقهية في عشرة أجزاء / مطبعة الشروي ـ مصر.
٥٠ـ المكاسب --- الشيخ مرتضي الأنصاري / الشيخ الأعظم
مجلد واحد ـ طبعة حجرية ـ ايران.
وهناک طبعة اخري حديثة صدر منه خمسة عشر جزءاً / تحقيق السيد محمد كلانتر ـ منشورات جامعة النجف الدينية.
-٥١المنجد --- الطبعة الحادية والعشرون / دارالمشرق ـ بيروت
-٥٢منية الطالب في حاشية المكاسب --- الشيخ موسى الخوانساري

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

تقريرات أبحاث الشيخ محمد حسين الغروي النائيني.
جزءان في مجلد واحد / طبعة حجرية / المطبعة المرتضوية ـ النجف.
ـ٥٣مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام --- السيد عبد الأعلي السبزواري
موسوعة فقهية في ثلاثين جزء/ مطبعة الآداب ـ النجف.
ـ٥٤الموسوعة الفلسفية --- لجنة من الأكاديميين السوفيت
ترجمة سمير كرم / دار الطليعة ـ بيروت.
ـ٥٥الموسوعة العربية الميسرة --- محمد شفيق غربال
جزاءان/ دار نهضة لبنان ـ بيروت.
ـ٥٦النظرية العامة في الشروط في الفقه الاسلامي محمد رضا عمادي
رسالة ماجستير مطبوعة بالرنيو في جزئين.
ـ٥٧النهاية في مجرد الفقه والفتاوي
الشيخ ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي / شيخ الطائفة
جزءواحد / دار الكتاب العربي ـ بيروت.
ـ٥٨هداية الطالب الي اسرار المكاسب
الحاج ميرزا فتاح الشهيدي التبريزي
جزءان في مجلد واحد ـ طبعة حجرية ـ ايران.
٥٩ـ الوافي --- محمد بن مرتضي الكاشاني
موسوعة حديثيةفي ثلاثة مجلدان/ طبعة حجرية ـ ايران.
ـ٦٠وسائل الشيعة الي تحصيل مسائل الشريعة
الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي
موسوعة أحاديث في عشرين جزءاً / تحقيق الشيخ عبدالرحيم الرباني الشيرازي.
درا الحياء التراث العربي ـ بيروت.
ـ٦١الوسيط في شرح القانون المدني --- الدكتور عبدالرزاق السنهوري
موسوعة قانونية في عشرة أجزاء / دار النهضه العربية.

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الفهرست

كلمة عائلة الفقيد ٢
المقدمة ٧
بين يدي الكتاب ٥
أهمية البحث ٩
خطة البحث ١١
المبحث الأول: معنى الشرط واصطلاحاته ١٥
تمهيد ١٥
تعريف الشرط ١٥
اللغة ١٦
النحو ١٨
الفلسفة والكلام ١٩
القانون ٢٠
الأصول ٢١
الفقه ٢٢
تعريف الشيخ الأنصاري(قده) ٢٣
تعريف الشهيد الأول(قده) ٢٤
تعريف المحقق الايرواني ٢٥
رأي المحقق الأصفهاني ٢٦
رأى السيد الطباطبائي ٢٧
رأي السيد الخميني ٢٧
رأي الامام الخوئي ٢٩
رأى السيد السبزواري ٣٠
رأى السيد الروحاني ٣٠
هل هناك جامع بين الأقوال؟ ٣١
وقفة مع الأقوال والآراء ٣٣
النقطة الاولى تعريف البيع بالإلزام والالتزام ٣٤
ا- تفسير الشرط بالإلزام والالتزام ٣٤
ب- هل الشرط مطلق الإلزام والالتزام، أم خصوص ما يكون في ضمن عقد أخر؟ ٣٦

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

جـ- علاقة العقد بالشرط المذكور في ضمنه ٤٤
النقطة الثانية الشرط في مصطلح النصوص ٥٠
أ- الالتزامات الابتدائية ٥١
ب- إطلاقه على النذر والعهد ٥٣
جـ- إطلاقه على الخيار ٥٤
د- إطلاقه على البيع ٥٥
هـ- إطلاقه على النكاح أو الأجل فيه ٥٦
النقطة الثالثة: هل الشرط معنى جامد أو مشتق؟ ٦٠
خلاصة المبحث الأول ٦٥
المبحث الثاني تقسيمات الشرط ٦٩
-١الشرط الحقيقي والشرط الاعتيادي ٦٩
تحديد محل البحث ٧٢
الفصل الأول: الشرط في العقد ٧٤
الفصل الثاني: شرط الخيار ٧٤
أ- تمهيد ٧٥
الشرط الأول: قدرة المشروط عليه على الوفاء به ٧٩
أدلته ٧٩
الأول: الإجماع ٧٩
الثاني: لغوية اشتراط ما ليس بمقدور ٨٢
الثالث: لزوم السفاهة من اشتراط غير المقدور ٨٢
الرابع: لزوم التسليم المنوط بالقدرة ٨٣
الخامس: لزوم الغرر في فرض عدم القدرة ٨٣
خلاصة البحث وتحديد محل الكلام ٨٨
نتيجة البحث ٩٢

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

الشرط الثاني: ان يكون الشرط سائغا في نفسه ٩٣
الشرط الثالث: أن يكون فيه غرض عقلائي معتد به ٩٧
الشرط الرابع: ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة ١٠٣
لمعرفة حدود الحكم وتفاصيله، لا بد من البحث في جهات ١٠٥
الجهة الأولى: هل المدار في الشرط على موافقته للكتاب ١٠٥
الجهة الثانية: في عموم الشرط لمخالف السنة ١٠٨
خلاصة البحث ١١١
الجهة الثالثة: في مدلول ما دل على استثناء تحليل الحرام أو تحريم الحلال ١١١
الجهة الرابعة: تحقيق مفاد المستثنى في النصوص، وبيان المراد بالشرط المخالف لحكم الله ١١٣
-١الشرط بالمعنى المصدري - الإنشاء والاعتبار ١١٣
-٢اللزوم ووجوب الوجود ١١٦
-٣المشروط - ومتعلق اللزوم ١٢٢
خلاصة البحث ١٢٣
خاتمة: في مقتضى الأصل عند الشك في المخالفة ١٤٠
الشرط الخامس: أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد ١٤٢
أدلته ١٤٢
الوجه الأول: الإجماع ١٤٢
الوجه الثاني: امتناع شمول أدلة وجوب الوفاء للعقد المشتمل عليه ١٤٣
الوجه الثالث: مخالفته للكتاب والسنة ١٤٣
الوجه الرابع: استلزامه بطلان العقد ١٤٤
الوجه الخامس: استلزام عدمه من وجوده وهو محال ١٤٤
الشرط السادس: أن لا يكون مجهولا ١٥٣
حصيلة البحث ١٥٩
السابع: ان لا يكون مستلزما لمحال ١٦٢
الشرط الثامن: أن يذكر في متن العقد ١٦٦
تحديد محل الكلام ١٦٧
المختار في المقام ١٦٩
الشرط التاسع: التنجيز ١٧٠
خلاصة البحث ١٧٥
المقصد الثاني: فيما يترتب على الشرط الصحيح من أحكام وآثار ١٧٩
تمهيد ١٧٩
شرط الوصف ١٨٠

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute

شرط النتيجة ١٨٣
حصيلة البحث ١٩٢
شرط الفعل ١٩٤
المسألة الأولى: مفاد أدلة الإمضاء ١٩٦
المسألة الثانية: في جواز إجبار المشروط عليه الممتنع على الوفاء ٢١٢
المسألة الثالثة: في ثبوت الخيار للمشروط له عند عدم سلامة الشرط ٢١٩
المسألة الرابعة: هل يحق للمشروط له المطالبة بالأرش عند تعذر الخيار ٢٢٧
المورد الأول: شرط النتيجة ٢٥١
المورد الثاني: ما له مالية في نفسه من الافعال ٢٥٣
المورد الثالث: العتق ٢٥٧
حصيلة البحث ٢٨٣
المقصد الثالث في ما يترتب على الشرط الفاسد ٢٨٥
أما المسألة الأولى اعني اقتضاء فساد الشرط لفساد العقد ٢٨٧
تحديد محل البحث ٢٨٧
خلاصة البحث ٣١٢
حصيلة البحث ٣٢٣
المسألة الثانية ٣٢٣
المسألة الثالثة ٣٢٨
المسألة الرابعة ٣٣٠
المسألة الخامسة ٣٣٢
المصادر ٣٣٥
الفهرست ٣٤١

معهد الخوئي
Al-Khoei Institute