



٦٨١

المكاسب والبيع

تقرير

أبحاث الأستاذ الأعظم الميرزا النائيني (قدس)

بتلسم

العلامة الرباني الشيخ محمد تقي الآملی (قدس)

مكتبة الآملی

مؤسسة النشر الإسلامي (السابعة)

بإدارة المدرسين في قم المقدسة (الطبعة)



٦٨١

المكاسب والبيع

جمعدازی شد
شماره ٢٨٩١

تقریر

أبحاث الاستاذ الاعظم الميرزا النائینی (قدسه)

بقلم

العلامة الربانی الشیخ محمد تقی الاملی (قدسه)

مركز تحقیقات کامیوتر علوم اسلامی

لِجَنَّةِ الْأَوَّلَاءِ

مُؤَسَّسَةُ النَّشْرِ الْإِسْلَامِي
التَّابِعَةُ لِمَجْمَاعَةِ الْمُدَرِّسِينَ بِمَكَّةِ الْمُسْتَقَرَّةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

نظراً لحاجة فضلاء الحوزة العلمية الماسة الى بحث وتعليق الاستاذ الأعظم الميرزا محمد حسين الغروي النائيني قدس سره على كتاب «المكاسب» قامت المؤسسة على نشر تقريراته رحمه الله بقلم العالم الرتاني المحقق الحاج الشيخ محمد تقى الآملى طاب ثراه بعد تصحيح الأخطاء الموجودة في الطبعة السابقة وطبعه بالاوفىست.
وبناءً للحاجة الشديدة إليه متعنا من تحقيقه وطبعه بأسلوب حديث، راجين من الله عزشأنه أن يوفقنا لخدمة رواد العلم والفضيلة إنه ولي التوفيق.

كتابخانه

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى



۰۱۹۳۱۲

شماره ثبت:

تاریخ ثبت:

المكاسب والبيع

- اجاث الاستاذ الأعظم آية الله العظمى
- الميرزا محمد حسين الغروي النائيني
- العلامة الرتاني الشيخ محمد تقى الآملى
- فقه
- جزءان
- ۴۹۷
- ۲۰۰۰ نسخة
- ربيع الثاني ۱۴۱۳ هـ. ق

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

- تأليف:
- الموضوع:
- عدد الأجزاء:
- عدد الصفحات:
- المطبوع:
- التاريخ:

مؤسسة النشر الإسلامى

التابعة لجامعة المدرسين بقم المشرقة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سبحانك اللهم ، لك الحمد على عطايك الوافرة ، ومنك المتظافرة
ونبتهل اليك في الصلوة على افضل خليقتك ، وسيد اصفائك من انبيائك و
رسلك ، محمد المبعوث الى الثقلين ، وعلى آله المرضيين المطهرين ، عليهم من
الصلوات اذكاهم ، ومن التحيات انماها ، وبعد ، فيقول الضيف الراجي رحمة
ربه محمد تقي بن محمد الآملي عفى الله عنهما هذه جملة مما استفدته في
أبواب المكاسب والمعاملات من مباحث شيخنا وملاذنا ومن اليه في العلوم
الثقلية سنادنا واعتمادنا ، مولى الأنام ، مرجع المجتهدين الأعلام ، آية الله
الملك العلام ، الميرزا محمد حسين الثاني طيب الله تعالى ربه ،
وشكر سعيه وجزاه عنا خير جزاء ، أستأنف عن تلامذته ، وقد أوردته على نهج
التعليق على مكاسب الشيخ الأكبر أستاذ الأساتيد ، الآية الكبرى من الله
الباري ، الشيخ مرتضى الانصاري ، نور الله مضجعه الشريف .

ولقد قال الأستاذ قدس سره عند شروعه فيها لجهايزة تلامذته شكر الله
مساعدتهم الجميلة "تعلموا مني المكاسب فاني رجل مقبوض" ، تشويقاً لهم في
التلقي والحفظ ، ولعمري لقد أجاد فيما أفاد ، وأنا ما كان ما أودعه الشيخ الأكبر
قدس سره مخزوناً علمه عنده ، وأعطيت مفاتيحه بيده وكان هو المخصوص
في كشف حقائق اسرارهِ ، كما هو الظاهر من آثاره ، التي منها ما اثبتناه في
هذه الصحائف ، وعلى الله توكلنا ، وبه تقي .

((الكلام في المكاسب))

اعلم أن المكاسب تنقسم باعتبار نفس التكسب الى حرام ومكروه
ومندوب ومباح، ومثلوا للمندوب بالزراعة والرعي، والظاهر عدم وجود
الواجب بمعنى أن يكون نوع خاص من التجارات واجباً بعنوانه الأولي، و
إن كان بسبب طر و عنوان آخر يصير واجباً إلا أنه خارج عن الفرض (وكيف
كان) فالمهم هو البحث عن المكاسب المحرمة وهي تنقسم الى قسمين (الأول)
ما كان بعنوان مبادلة العين بمال كالبيع ونحوه بما يوجب ثقل العين (الثاني)
ما كان من قبيل ثقل المنافع كالاجارة (والقسم الأول) أيضاً ينقسم الى قسمين:
(أحدهما) ما كان النهي عنه ناشئاً من عدم قابلية أحد العوضين للمبادلة
كالحشرات (والثاني) ما كانت حرمة ناشية عن مفسدة في نفس تلك المبادلة
مع صلاحية العوضين للنقل و الانتقال، و القسم الأول من هذين القسمين
ينقسم الى اقسام

وقبل الشروع في اقسامه يجب تقديم أمرين (الأول) ان الفقهاء رضوان الله
عليهم ذكروا في باب المكاسب المحرمة أموراً محرمة لا ربط لها بباب المعاملات
كالغيبة والنميمة والكذب استطراداً (فرمما يورد عليهم) بأنه إن كان الفرض
هو البحث عما يتعلق بالمكاسب المحرمة فماوجه هذا الاستطراد ؟ وان كان
الفرض استقصاء المحرمات فماوجه الاقتصار على ذكر بعضها في طي المكاسب
المحرمة ؟ ولكن هذا البحث لفظي لا يعاين به . (الثاني) في تعيين متعلق هذه
الحرمة كما في قولنا «بيع الخمر حرام» وأنه هل هو عبارة عن التلفظ بالايجاب
والقبول ؟ أو عن انشاء البيع باللفظ ؟ أو عن المنشأ بذلك الانشاء اعني المعاملة

المخصوصة المعبر عنها بمبادلة مال بمال ؛ وجوه : (والتحقيق هو الأخير) و ذلك لكون الحرمة متعلقة الى ما هو البيع اعنى تلك المبادلة الخاصة التى هى عبارة عن تبديل طرفى الاضافة الاعتبارية ، لا تبديل نفس الاضافة (على ما يأتى توضيحه فى شرح حقيقة البيع) وحرمة تلك المبادلة ذاتية لأنها ارشاد الى فسادها وان كانت مستلزمة لذلك ولا حرمة تشريعية منوطة بقصد التشريع ، بل ذاتية كحرمة شرب الخمر ونحوها ولا ينافى ذلك مع حرمة ما يترتب عليه أيضاً من التصرف فيما انتقل اليه بالبيع المحرم كالأكل والشرب ونحوهما لأن ذلك محرم آخر ثبتت حرمة من ناحية عدم جواز التصرف فى مال الغير بعد فرض فساد المعاملة ، وحرمتها غير منافية مع حرمة ايجاد البيع المنهى عنه بمعنى الاسم المصدري .

(فان قلت) النهى عن البيع بالاسم المصدري مقتضى لسلب القدرة عن ايجاده فلا يكون حراماً ذاتياً لاشتراط متعلق التكليف بالقدرة والاختيار (قلت) : اعتبار المتعاملين للنقل و الانتقال شئى ، وكونه مما أمضاء الشارع شئى آخر ، فما هو متعلق النهى هو الأول وهو مقدور للفاعل بعدا لنهى أيضاً وما هو المرتفع بالنهى هو الثانى لكاشفية النهى عن عدم امضاء الشارع ؛

اذا عرفت ذلك فلنشرع فى بيان الأقسام (فالأول) ما كان النهى عن المعاملة « بمعنى الاسم المصدري » من جهة عدم مالية أحد العوضين عرفاً كبيع الديدان و الخنافس ، ويلحق به ما اسقط الشارع ماليته بالنهى عن جميع تقلباته كالهيئة ، حيث أنه بعد النهى عن الانتفاع بها تسلب عنها المالية بعد أن كانت مالاً عرفاً ، و لعل أكثر الأعيان النجسة من هذا القليل ، و بعد انتفاء المالية عن أحد العوضين اما عرفاً واما شرعاً يكون لكل المال بازائه أكلاً للمال بالباطل المنهى عنه فى الآية الكريمة .

وليعلم أن مناط مالية كل شئى هو أحد الأمرين على سبيل منع الخلو

(أحدهما) باعتبار الخاصية المرتبة عليه اعنى المنافع التى يتوقف ترتيبها على الشيئ
على ذهاب عينه كرفع الجوع فى الخبز و رفع العطش فى الماء (الثانى) باعتبار
المنافع المترتبة على الشيئ مع بقاء عينه كالسكنى بالنسبة الى الدار والركوب
بالنسبة الى الدابة والخدمة بالنسبة الى العبد، فاذالم يكن للشيئ لخاصية ولا
منفعة صح سلب المالية عنه، وكذا اذا كان له شئ منهما نادراً بحيث لا يعاب به عند
العرف، كما أن الأمر كذلك لو كان مسلوب الخاصية والمنفعة شرعاً بأن حرم
الانتفاع به مطلقاً، وهذا معنى قوله **وَالْفَتْحُ** "إن الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه"،
فان المراد من تحريم الشيئ تحريمه بقوله مطلق الذى هو عبارة عن تحريم
جميع انتفاعاته لا تحريم بعض منافعه مع الترخيص لبعض آخر اذ هو ليس
تحريماً للشيئ بقوله مطلق (وعلى هذا) فالملازمة بين تحريم الشيئ بهذا
المعنى وبين تحريم ثمنه عرفية ارتكازية لكون تحريم الشيئ كذلك مستلزماً
لسلب المالية عنه ومعه لا يصح بذل المال بازائه لأنه انما يبذل المال عند العرف
بأزاء المال و اكثر ما ورد فى ابواب المعاملات أمور ارتكازية ليس بنائها
على التعبد كما لا يخفى على المتدبر فيه (وبالجملة) فتحريم الشيئ بما هو هو بقوله
مطلق يستلزم تحريم ثمنه لا انتفاء المالية عنه بالتحريم فلا يصح بذل المال بازائه،
و لا يوجب جواز استعماله فى حال الاضطرار لجواز الاكتساب به
بتوهم أنه ليس حراماً بقوله مطلق، فان المراد من تحريمه بقوله مطلق هو
تحريمه بما هو هو منع قطع النظر عن طرق العناوين الثانوية الطارئة عليه
كالاضطرار ونحوه (لا يقال): لو لم يكن الجواز المختص بحال الاضطرار منشأ
لجواز الاكتساب للزم المنع من الاكتساب بشئ من عفاقر الأدوية، لاختصاص
مورد الانتفاع بها بحال المرض والاضطرار (لأنا نقول): فرق بين كون الانتفاع
العادى للشيئ فى حال الاضطرار مع كون الاضطرار غادياً وبين ما اذا كانت
منافعه العادية محرمة ولم يبق له منفعة عادية محللة أصلاً وكان منفعته فى

حال الاضرار لندرة وقوع الاضرار ملحقه بالعدم ، فباب عقاير الأدوية من قبيل الأول وما ذكرناه من قبيل الثاني . كيف ؟ ولو كان ما يحصل الانتفاع به في خصوص حال الاضرار مع كون الاضرار عارداً مما لا يجوز التمسك به لكان اللازم المنع عن الاكتساب بالخبز والماء ونحوهما حيث ان الانتفاع بالخبز انما هو في حال الجوع وبالماء في حال العطش (فالمتحصل مما ذكرناه) هو عدم جواز الاكتساب بمالا مالية له عرفاً أو شرعاً اى من جهة انتفاء الخاصية والمنفعة عنه اما بنظر العرف كالخنافس وامام من جهة تحريم الشارع الانتفاع به بقوله مطلق .

ويندرج تحت هذا الضابط أمور (الأول) ما تقدم مما لا مالية له عرفاً. (الثاني) جميع الأعيان النجسة وغيرها من النجاسات (عدى ما استثنى) وما ورد من نفى البأس عن بيع العذرة فهو مطروح وحمله على عذرة غير الانسان لا شاهد له، ورواية سماعة الجامعة بين حرمة بيع العذرة وحرمة ثمنها وبين نفى البأس عن بيعها لا تصير شاهدة على الحمل المذكور لأنه ليس جمعاً عرفياً اذ المعيار فيه هو أنه اذا فرض المتعارضان في كلام واحد وعرض على العرف لا يبقى للعرف تحير في فهم الكلام، ولا خفاء في التحير في الجمع بين قوله حرام بيع العذرة وبين نفى البأس عن بيعها المذكورين في رواية سماعة .

ويلحق بالعذرات النجسة أبوال مايؤكل لحمه لأنها لا منفعة محللة فيها فلا مالية لها ، إلا أنه استثنى منها بول الابل لدعوى النص والاجماع على علي جواز شربه وبيعه وهو ممنوع لأن النص الوارد على جوازه ضعيف ، والاجماع مردود بمخالفة العلامة وجملة من الأساطين المانعين عن شربه وبيعه . ويلحق بها أيضاً جميع المتنجسات التي لا تقبل التطهير مع كون ماليتها

متقومة باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة كاللبن والدبس المايح ، فالمعتبر في حرمة المعاوضة عليها أمران (الأول) عدم قبولها للتطهير فلو كان المنتجس قابلاً للتطهير فلا مانع من المعاوضة عليه سواء كان مائعاً كالماء المنتجس القابل للتطهير بالقاء الكر عليه، أو كان غير مائع مما يقبل التطهير كالأواني والفرش و سواء كان قوام مالهته باستعماله فيما يشترط فيه الطهارة كالماء المنتجس و الحنطة المنتجسة أم لا كالفرش المنتجس (وهل يجب) إعلام المشتري مطلقاً أو لا يجب مطلقاً أو يفصل بين ما كان استعماله العادي مشروطاً بالطهارة كالماء وبعض الأواني فيجب الإعلام وبين ما ليس كذلك فلا يجب وجوه: اقواها عدم الوجوب مطلقاً وذلك لعدم ما يدل على وجوب الإعلام ، لعدم المحذور في ملاقة المنتجس مع الجهل فليس في ترك الإعلام محذور إلا أن الأحوط هو الإعلام خصوصاً فيما يكون استعماله العادي مشروطاً بالطهارة (وثانيهما) كون قوام مالهيتها باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة بأن كان تحصيل خاصيتها المترتبة عليها أو المنفعة المحصلة منها مشروطاً بالطهارة (وعند تحقق الأمرين) تصير مسلوقة المالية شرعاً وذلك لأن قوام مالهيتها باستعمالها مع الطهارة والمفروض عدم قابليتها للطهارة فتكون حراماً بقوله مطلق ، وكلما حرم الله شيئاً حرم ثمنه ، فيدخل فيما استثناء من الضابط بخلاف ما إذا لم يكن قوام مالهيتها مع الطهارة حيث أنه لا منع عن الانتفاع بها (ح) ولولم يقبل التطهير ومع عدم تجريمها بقوله مطلق تكون مالهيتها محفوظة عرفاً وشرعاً فيصح المعاوضة عليها (فتحصل مما ذكرناه) أن ما سلبت عنه المالية عرفاً أو شرعاً لا تصح المعاملة عليه ، وإن من هذه الكلية هو جميع الأعيان النجسة والأبوال الطاهرة (إلا بول الأبل على كلام فيه) وجميع المنتجسات المتوقفة مالهيتها على طهارتها مع عدم قبولها للتطهير

ويستثنى عن هذه الكلية أمور (الأول) المملوك الكافر، حيث يصح بيعه وشراؤه وإيقاع جميع أنواع المعاملة عليه من الهبة و الإجارة وجعله مهرأ ونحو ذلك ولا كلام في غير الفطرى منه سواء كان ذمياً أو مرتداً ملياً، وقد وقع الخلاف في الفطرى فمن جماعة الاستشكل في بيعه ورهنه من جهة وجوب قتله الموجب لزوال ماليته و عدم ركون المرتين عليه وعن فقيه عصره (قده) « ١٠ » ابتناء المنع عن بيعه على عدم قبول توبته و انه لو قلنا بقبولها صح بيعه لكونه (ح) مما يقبل التطهير، و صريح هذا الكلام هو تخيل كون المانع عن بيعه نجاسته ولم يسبقه في ذلك غيره من الأصحاب (ولا يخفى) ما فيه لأن النجاسة بما هي ليست مانعة عن صحة البيع إلا اذا كانت موجبة لسلب المالية عرفاً كما في بعض النجاسات أو شرعاً كما في الخمر، فلا وجه للمنع مع بقاء مالية النجس عرفاً و شرعاً ولا إشكال في أن الانتفاع بالعبد ليس مشروطاً بطهارته فليس قوام ماليته منوطاً بالطهارة فهو مال وإن كان نجساً (وأما حديث كونه في معرض التلف) فالحق أنه أيضاً غير مانع، فإن التزلزل في بقاءه لا يوجب زوال ماليته فهو مادام باقياً مالاً وإن وجب اتلافه كما أن التزلزل في العبد المسلم المشرف على الموت غير مزيل لماليته لا يمكن عتقه (و مما ذكرنا) ظهر أن خروج الكافر عن ماذكرنا من الضابط ليس تخصيصاً بل هو تخصص لعدم شمول الضابط له أصلاً كما عرفت.

(الثاني) الكلب غير كلب الهراش ولا إشكال في جواز المعاملة على الكلب السلوقي لقيام الإجماع عليه، وإنما الكلام في أمرين (أحدهما) في اختصاص الجواز بالسلوقي أو تعميمه لغيره من كلب الصيد ولولم يكن سلوقياً (وثانيهما) في اختصاص الجواز بكلب الصيد أو تعميمه لكلب الحائط والماشية والزرع (أما الأول) فربما قيل بالاختصاص بالسلوقي كما عن المقنعة والنهاية وذلك بدعوى انصرف ما ذل على جوازيه كلب الصيد بالسلوقي منه، و

الاعتبار يشهد بالاختصاص به لأمانة الكلب السلوقي بطبعه ، حيث أنه لا يأكل ما اصطاده دون غيره (ولا يخفى) ما في دعوى الانصراف من الوهن كما أن ما ادعى من اختصاص الأمانة بالسلوقي اثباته على مدعيه مضافاً إلى عدم كون ذلك موجباً لاختصاص الجواز به بعد كون غيره أيضاً قابلاً للتعليم (فالأقوى) ما عليه المعظم من عدم الاختصاص وأنه يجوز البيع في مطلق كلب الصيد كما دل عليه جملة من المطلقات (وأما الثاني) فالمشهور بين المتأخرين من زمن شيخ الطائفة هو جواز بيع كلب الماشية و الحائط والزرع ، و قد روى الشيخ (قده) في المبسوط رواية مرسلة على جوازه في كلب الماشية والحائط وادعى عليه الاجماع في جملة من الاقوال و الكلمات و هذا هو الموافق للقاعدة أيضاً حيث أنه تقدم أن النجاسة بما هي ليست مانعة عن البيع ما لم تكن موجبة لسلب المالية عرفاً أو شرعاً ، ولا شبهة في أن المنافع المترتبة على الاقسام المذكورة من حفظ الدور و الماشية والزرع و البستان اعظم مما يترتب على كلب الصيد لم يرد في الشرع ما يدل على حرمة اقتنائها لأجل هذه الفائدة العظيمة فليس أكل المال بازائها أكلاً للمال بالباطل و لا يشملها عموم قوله ﷺ **إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئاً حَرَّمَ نَمْنَهُ** .

ولكن المنقول عن القدماء بل نسب إلى المشهورينهم هو المنع ، و ذلك لما يدل على انحصار الجواز بكلب الصيد (كخبر قسم بن الوليد) عن الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد، قال سحت، «و اما الصيود فلا بأس به» (و خبر أبي بصير) عنه عليه السلام عن ثمن كلب الصيد قال لا بأس به و أما الآخر فلا يحل ثمنه (و خبره الآخر) عنه عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: **ثَمْنُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْبَغْيِ وَ ثَمْنُ الْكَلْبِ الَّذِي لَا يَصْطَادُ مِنَ السَّحْتِ** . وفي معناها غيرها (ولكن يمكن) حمل هذه الاخبار على كون حصر الجواز فيها بكلب الصيد حصراً اضافياً

في مقابل كلب الهراش كما هو المترامي من قوله بإشهاد وأما الآخر فلا يحل ثمنه ،
(ح) فلا بأس بالجواز في غير كلب الهراش بعد ثبوت المالية له عرفاً وشرعاً و
تأيد ذلك بمرسلة المبسوط و الله العالم .

(الثالث) العصير العنبي بعد الغليان قبل ذهاب ثلثيه (والكلام فيه) يقع
تارة من حيث نجاسته وأخرى في جوازيه من حيث حرمة (والتحقيق) عدم
اقتضاء نجاسته ولا حرمة للمنع عن بيعه ، وذلك لعدم زوال ماليته بذلك
لكونه قابلاً للعلاج ومعه فليس مما سلب المالية عنه بقوله مطلق الذي هو
المالك في عدم جواز البيع (فان قلت) الخمر أيضاً مما يقبل العلاج لامكان
الاستخلاص فيلزم جوازيه بها بهذا الملاك (قلت) الفرق بين الخمر وبين العصير
من وجهين (الأول) ان قابلية العصير للعلاج انما هو مع بقاء صورته النوعية
فيصح الحكم عليه بما هو عصير بالمالية لكونه قابلاً للعلاج ، وهذا بخلاف
الخمر اذ هي بالعلاج تخرج عن الخمرية وتصبح خلافاً في حال كونه خمرأ ليس
بمال وفي حال ماليته خل لا خمر (الثاني) ان مناط مالية الخمر بحسب العرف
هو المنفعة الشائعة عندهم للاستخلاص فان ذلك لا يعد من منافعها ولا يبذل
المال عندهم بازائها باعتبار هذه الفائدة النادرة وهذا بخلاف العصير حيث ان
قوام ماليته انما يجعله دساً مثلاً الموقوف على ذهاب ثلثيه شرعاً فيصح بذل
المال بازائه باعتبار هذه المنفعة الشائعة له (والظاهر) عدم اعتبار اشتراط
العلاج على المشتري في البيع و ذلك لما عرفت من أن مجرد قابليته للعلاج
مصحح لاعتبار المالية فيه (نعم) شرط عدم العلاج بذهاب ثلثيه مانع عن الصحة
لعدم المالية له (ح) لمكان الشرط (وهل يجب الاعلام) بغليانه أولاً وجهان
اقواهما الوجوب لاملاك وجوب الاعلام بالنجاسة بل بملاك كون علاجه
مقوماً لماليته فلا بد من الاعلام حتى لا يصرف الى غيره من المنافع المحرمة

التي ليس هو بها مالاً، وأما الأخبار الواردة في المنع عن بيعه بعد الغليان فهي محمولة إما على صيرورته خمرأ أو على صورة عدم الإعلام به .

(الرابع) المعروف بين الأصحاب استثناء الدهن المتنجس ، والظاهر عدم الاختصاص بالمتنجس بل بالنجس أيضاً حكمه ذلك و لعل الاختصاص بالمتنجس في كلمات الأصحاب لندرة تحقق الدهن النجس كالمأخوذ من الية الميتة أو لبن الكلب والخنزير (وكيف كان) فالكلام يقع تارة في حكم بيعه بحسب ما تقتضيه القاعدة و أخرى بحسب ما يستفاد من النص (إنا بحسب القاعدة) فاعلم ان الدهن على اقسام (فمنها) ما تكون منفعته المقصودة منه التي هو بها مال هو الاستصباح بحيث لو فرض له منفعة غيره لكانت نادرة غير مؤثرة في اعتبار ماليته وذلك كالنقط (ومنها) ما تكون منفعة الشايعة مشتركة بين الاستصباح وغيره كالزيت (ومنها) ما يكون منفعته الشايعة هو الأكل لا الاستصباح ولا يكون استصباحه من مقومات ماليته كالسمن (ومنها) ما تكون قيمته اعلى من أن يستصبح به كدهن اللوز والبنفسج (وحكم هذه الاقسام) بحسب القاعدة هو جواز البيع في الأولين دون الآخرين ، وذلك لتحقيق المالية بمناط تحقق ملاكها في الأولين دونهما اذ المنافع النادرة التي لا تحسب من منافع الشئ عرقاً لا تأثير لها في اعتبار المالية والمفروض في الآخرين حرمة منافعهما الشايعة التي بها اقوام ماليته بالنجس وعدم قبول التطهير ، هذا بحسب القاعدة (وأما مقتضى النصوص) فما يدل عليه بعضها هو جواز بيع الزيت المتنجس للاستصباح ، وهو مطابق مع ما عرفت من مقتضى القاعدة ، وفي بعضها تعميم الجواز للسمن أيضاً و لا محيص عن العمل به إلا انه يقع البحث في أنه هل يقتصر في الجواز على السمن أو يتعدى الى القسم الرابع اعني دهن اللوز ونحوه وفيه وجهان : من كون الحكم على خلاف مقتضى القاعده للاقتصار

على المتيقن منه، ومن ظهور كون ذكر السمن من باب المثال للأجل خصوصية فيه فيتعدى منه الى كل ما يمكن أن ينتفع به بالاستصباح ولو كان نادراً (وهذا هو الأقوى).

ثم انه يقع الكلام في أمور (الأول) انه هل يعتبر في صحة البيع اشتراط الاستصباح؟ أو يعتبر مجرد كونه غرضاً للبيع ولولم يشترط في العقد؟ أو لا يعتبر شيء من ذلك؟ وجوه: مقتضى ظاهر النصوص عدم اعتبار الاشتراط (ففي صحيح معاوية بن وهب) المحكى عن التهذيب بعد التفصيل بين السمن والعسل وبين الزيت بان السمن والعسل يؤخذ الجرد وما حوله والزيت يستصبح به قال «يبيع ذلك الزيت وينبه لمن اشتراه ليستصبح به» (وفي صحيح سعيد الاعرجي) في السمن والعسل والزيت قال: «وان كان الصيف فادفعه حتى يسرج به» (وفي خبر أبي بصير) عن حكم السمن والزيت قال عليه السلام «وان كان ذائباً فاسرج وأعلمهم اذا بعته» (وفي خبر اسمعيل بن عبد الخالق قال عليه السلام «اما الزيت فلا يبعه إلا أن تبين له فيبتاع للسراج».

وظاهر هذه الاخبار كما ترى هو صحة البيع من دون اعتبار اشتراط الاسراج بل ظاهر ما عدى الأخير منها هو صحته لمجرد ترتب الاستصباح عليه وأنه كاف في ماليته، لأنه يعتبر في صحته قصد الاسراج حتى من قوله عليه السلام في رواية أبي بصير «وأعلمهم اذا بعته» وقوله عليه السلام في صحيح معاوية «وينبه لمن اشتراه ليستصبح به» فان الظاهر أن الاعلام انما هو لأجل اطلاع المشتري على النجاسة لئلا يصرفه في منفعه المحرمة لأنه يعتبر في صحة بيعه قصد الاسراج به، (لكن الظاهر من الرواية الأخيرة) اعنى قوله عليه السلام فيبتاع للسراج هو اعتبار كون الابتياح لأجل الاسراج به بمعنى كون الغرض منه هو ذلك (والأقوى) التفصيل بين القسم الاول من الاقسام الاربعة المتقدمة وبين بقية الاقسام، فلا يعتبر في

الأول قصد الاسراج لكون ذلك هو المنفعة المقصودة منه فيصرف بيعه اليه من غير اعتبار قصده بالخصوص و ذلك كالنفط ، بخلاف بقية الاقسام لعدم الانصراف الى الاسراج به إلا بالقصد اليه بالخصوص حتى في القسم الثاني من الاقسام الاربعة بناء على أن تكون المنفعة المحللة الشائعة فيماله منفعة محللة ومحرمة عنواناً للمبيع لاداعياً في بيعه كما سيبحثي انشاء الله تعالى في الأمر الرابع مع كلام فيه .

(الأمر الثاني) نسب الى المشهور وجوب كون الاستصباح به تحت السماء وليس على الاختصاص به دليل سوى المرسل المنقول عن المبسوط ، وفي صحة الاستدلال به منع فانه مضافاً الى ارساله يمكن منع دلالة على الوجوب لاحتمال كون ذلك ارشاداً الى تأثر السقف بدخان النجس (لوقيل بتنجسه به) ضرورة عدم الحرمة الذاتية لتنجيس السقف و ان كان ظاهر المرسل ذلك إلا أنه بعيد ، و مجرد ذهاب المشهور على وجوب الاسراج تحت السماء لا يصلح الاستناد اليه في الحكم ، مع امكان كون فتوهم أيضاً ارشاداً الى ما ذكرنا والله العالم .

(الأمر الثالث) هل يختص جواز بيع الدهن المتنجس بكونه لأجل الاسراج به ؟ أوبصح بيعه للانتفاع به في غيره من المنافع المحللة له ؟ وجهان مبنيان على حصر جواز الانتفاع به بالاسراج في بعض النصوص ، و من جواز الانتفاع به في غيره مما لا يشترط فيه الطهارة كأن يعمل به الصابون أو يظلى به الأجرب ونحوه (وتنقيح ذلك) موقوف على تنقيح الأصل في النجاسات والمنتجسات الغير القابلة للتطهير وأنه هل هو يقتضي جواز الانتفاع بهما في غير ما يشترط فيه الطهارة إلا ما ثبت حرمة ؟ أو ان الأصل يقتضي حرمة الانتفاع بهما إلا ما ثبت جوازه (والكلام) يقع تارة في تنقيح ما هو

المختار عند الأصحاب وأخرى فيما تقتضيه الأخبار وثالثة بالنظر إلى ما يقتضيه الأصل العملي (أما بالنظر إلى كلمات الأصحاب) فالمختار عند المشهور من المتأخرين من زمن شيخ الطائفة هو الجواز إلا فيما ثبت فيه المنع وكذا عند المحدثين من المتقدمين الذين عليهم التعويل في جبر العمل بالرواية فيما عملوا به والقدرح فيما عرضوا عنه (وعند أصحاب الفتوى من القدماء) هو المنع إلا ما ثبت جوازه (هذا حال أقوال الأصحاب) وأما بحسب الروايات فمجموع القول فيها هو تعارضها في المنع والجواز بالتعارض التبايني بحيث لا جمع عرفي فيها.

ففي المروى عن نوادر الراوندی عن الكاظم عليه السلام في السؤال عن الشحم الذي يقع فيه شيء له دم فيموت قال تبيعه لمن يعمل صابوناً (الخبر) وهو دال على جواز الانتفاع بالشحم بجعله صابوناً وعلى بيعه لأجل هذه الفائدة وعلى الانتفاع بالصابون المتنجس وبيعه (ولكن مودعه) مختص بالشحم المتنجس دون النجس حيث يستل عن الشحم الذي يقع فيه شيء له دم فيموت، الظاهر في طهارة الشحم ذاتاً (وخبر الصيقل) وفيه (بعد السؤال عن حكم عمل جلود الميتة وشرائها وبيعها ومساها عن حكم الصلوة مع مسها للبدن والثوب) كتب عليه السلام «اجعلوا نوباً للصلوة» وظاهره التقرير على ما هم عليه من عمل الميتة لغمد السيوف وبيعها وشرائها فيدل على جواز الانتفاع بها بمثل ذلك الانتفاع وعلى جواز بيعها وشرائها أيضاً.

وفي مقابلها ما دل على أن الميتة لا تنتفع بها مثل خبر الكاهلي وفيه قال عليه السلام ان في كتاب علي عليه السلام ان ما قطع (أي من الياق الغنم) ميت لا ينتفع بها (وما ورد) من أن نمن الميتة سحت الظاهر في حرمة بقول مطلق الملازم لحرمة الانتفاع بها المقوم لماليتها (وما في خبر تحف العقول) بعد عدم ما فيه

وجه من وجوه الفساد نظير الربا ونحوه قال : «أوشيتي من وجوه النجس فهذا كله منهي عن أكله وشربه ولبسه وملكه وامساكه والتقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام » فانه دال على حرمة جميع الانتفاعات : من النجس ويكون المتنجس الغير القابل للتطهير بحكمه ، (و المناقشة فيه) بعدم ظهور كون قوله في ذلك حرام ، راجعاً الى الأخير (ضعيفة) لأنه اما راجع الى الأخير أو الى الجميع وعلى كل تقدير فرجوعه الى الأخير متيقن ، فيدل على المنع من جميع الانتفاعات بالأعيان النجسة .

ولكن الانصاف عدم المعارضة بين تلك الروايات بالتعارض التبايني وذلك لأن ماورد منها في المنع عن الميئة عام ، مثل ثمن الميئة سحت ، وما دل على جواز الانتفاع بها خاص بالنسبة الى بعض الانتفاعات كالاستقاء بجلدها كما في بعض ادلة الجواز ، أو بيعها من مستحليها كما في بعض آخر ، و كذا ماورد في الجواب عن حكم الفم يقطع من ألباتها وهي احياء يصلح أن ينتفع بها ، قال : «نعم يذنبها ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها» وظاهر النهي عن بيعها انما هو النهي عن الأكل لا النهي عنه بقوله مطلق ، (وكذا ما تقدم) من رواية الصيقل.

وهذه الروايات المجوزة كلها كما ترى اخص من روايات المنع ، لأنها تثبت الجواز في موارد خاصة ، وهي تدل على المنع بالعموم ، ومقتضى الصناعة الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد أو العام على الخاص (وأما رواية تحف العقول) فهي ايضاً تدل على حرمة جميع التقلبات بالاطلاق سواء كان مما فيه الصلاح أو الفساد ، (لكن في نفس هذه الرواية) ما يدل على تقييد المنع بما فيه الفساد ، فتخرج الانتفاعات الحاصلة من النجس مما ليس فيها وجه من وجوه الفساد ، ومقتضى ذلك عدم بقاء ما يدل على المنع على

عمومه ، هذا بحسب ما يستفاد من الروايات في الميتة ، والمتحصل منها هو عموم المنع من الاخبار المانعة الا ما ثبت جوازه من الاخبار المجوزة في موارد خاصة .

وأما في الخمر فيمكن دعوى المنع عن انتفاعاتها التي بها اقوام ماليتها العرفية بل لم تثبت لها منفعة مباحة سوى التضميد الذي لو سلم جوازه لا يعد من المنافع التي تقوم ماليتها بالكونه من المنافع النادرة فلا يصح بيعها لأجل هذا النفع النادر (وأما سائر انواع النجاسات) غير الميتة والخمر فالظاهر المستفاد من الجمع بين الأدلة هو جواز الانتفاع بها لإيفاقا مقام الدليل على المنع (وعليه) فيصح بيعها أيضاً اذا كانت منافعها المحللة مما تقوم به ماليتها أو كان استعمالها بخواصها المباحة مقومة لمالياتها * هذا بحسب ما يستفاد من الاخبار في مسألة الانتفاع بالنجاسات .

وأما بالنظر الى ما يستفاد من الأصول (فتوضيح الكلام فيه) ان اصالة الحل الثابتة في الاشياء المشكوكة تثبت جواز الانتفاع بالاعيان النجسة فيما شك في جوازه مما لم يرد فيه نهى ، و بجواز الانتفاع بها الثابت بالأصل يثبت جواز بيعها اذا كان مقوماً لماليتها وذلك لترتب قياس من كبرى معلومة وهي : * كلما لا يكون الانتفاع المقوم لماليته منهيّاً عنه يصح بيعه * وصغرى محرزة بالأصل وهي : * ان النجاسات مما لا يكون الانتفاع المقوم لماليتها منهيّاً عنه (لا يقال) ان الموجب لانتفاء ماليته هو الحرمة الواقعية و لو ثبت الترخيص في استعمالها عند الشك في حرمتها بالأصل ، وهذا كما أن الترخيص في حال الاضطرار لا يوجب ماليتها مع حرمتها في حال الاختيار (فانه يقال) لاشبهة في أن الحرمة المزيلة لماليتها انما هي التي توجب حرمان المكلف عن الانتفاع بها في عالم التشريع بحيث كان العين لأمالية لها في مرحلة التكوين

ولا اشكال ان هذا المعنى لا يتحقق إلا بعد تنجز التكليف لوضوح أن التحريم بوجوده الواقعي الغير الواصل الى المكلف لا يقتضى حرمانه عنه ، وبعد ثبوت الترخيص في الانتفاع عند الشك في الحرمة تكون المالية باقية بحالها المكان الانتفاع بها المقوم لماليتها ، (وأما الحلية في حال الاضرار) فقد تقدم أنها ليست من مقومات المالية للشيء لكون الاضرار نادراً وهذا واضح وان لم يتعرض له الاستاذ دام بقاءه في البحث .

(اقول) ما أفاده دام بقاءه في المنع عن استعمال الخمر الا في التضميد مع الاستشكال فيه أيضاً محل منع لعدم ثبوت تحريم اسقائه الدواب والزرع واستعماله في الأصباغ اذ لم يتم دليل على حرمة هذه الانتفاعات فلو كانت مما تقوم به المالية العرفية لكان اللازم صحة بيعها لأجلها أيضاً (لكن الانصاف) ان غير التضميد من تلك الانتفاعات لا تعد من منافعها المقصودة الحافظة لماليتها عرفاً والمنفعة النادرة لا توجب صحة المعاملة عليها وان كانت مباحة (وأما التضميد) فهو منفعة شائعة مقصودة موجبة لماليتها عرفاً ، فلو لم يثبت منع عنه يكون اللازم هو الحكم بصحة البيع لأجل تلك المنفعة الشائعة (اللهم إلا أن يقوم دليل) على تحريم بيعها تعبداً كما لا يبعد ان يكون الخمر كذلك بالنظر الى اطلاق معاقدا الاجماع والنصوص الناهية عن بيعها .

وأما المتنجسات فالأمر فيها أوضح ، اما بالنظر الى الدليل فلورود اخبار متعددة على جواز الانتفاع بها في موارد كثيرة بحيث يمكن استنباط قاعدة كلية منها مع عدم ما يدل على المنع عن الانتفاع بها بالعموم أو الاطلاق فلاحاجة الى تجشم الجمع بين الاخبار كما في باب النجاسات على ما عرفت (وأما بالنظر الى الأصل العملي) فمقتضى استصحاب جواز الانتفاع بها الثابت قبل التنجس هو عموم الجواز لا ما ثبت المنع عنه (فظهر أن مقتضى الأصل في

النجاسات والمنتجسات) هو جواز الانتفاع بها فيما لم يثبت اشتراط الطهارة فيها، هذا كله حكم بيع النجاسات و المنتجسات التي ثبت لها منافع محللة. ثم انه على تقدير المنع عن جواز بيعها فاما أن يكون المنع من جهة عدم تسليم ماليتها عرفاً باعتبار تلك المنافع المحللة واما يكون من جهة قيام الدليل على المنع عن بيعها تعبداً ، وعلى كل تقدير فلا بأس في جواز إعطاء مشيئى مجاناً لمن له حق اختصاص بها ليرفع اليد عنها فيحوزها غيره. (وأما صحة الصلح) عن حق الاختصاص بها فالحق هو التفصيل بين كون المنع عن البيع لمكان انتفاء المالية العرفية وبين كونه لأجل التعبد، بالقول بصحة الصلح في الأول دون الثاني (وذلك) لكون مناط الفساد في بيعها في الأول هو انتفاء المالية بالنهي عن الانتفاع بها وبكفى في صحة الصلح كونها متعلقة لحق الغير واختصاصها به ولو لم يكن مالا عرفاً ، وهذا بخلاف الثاني حيث يستفاد من النهي التعبدى مبنوية المبادلة على هذا المال، والصلح تغيير في المبادلة إذ به يحصل ما كان يحصل بالبيع .

(الرابع) انه هل يعتبر في صحة بيع الدهن المنتجس اعلام المشتري بتنجسه ؟ أولا يعتبر ، ولا يجب وجوباً شرطياً ؛ وجهان مبنيان على أن المنتجس الذي زال عنه بعض منفعته التي كانت مناط ماليته وبقي بعض آخر، مثل الدهن المنتجس الذي زال منفعته الشائعة وهي الأكل مثلاً وبقيت منفعته في الاستصباح ، هل تكون منفعته الباقية المقومة لماليته عنواناً له أوداعياً بمعنى انه يعتبر في بيعه أن يكون معنوياً بعنوان كونه واقعاً على المبيع الذي يقوم ماليته بتلك المنفعة ؛ أولا يصير عنواناً لبيع بل يصح بيعه ولو لم يكن معنوياً بذاك العنوان وانما هي ملاك مالية متعلق البيع بل أن يصير عنواناً للمبيع ؛ (وبعبارة أخرى) اذا كان للشيئ منفعة محرمة ومنفعة محللة وكانت منفعته المحللة مقومة لماليته فهل يصير البيع الواقع عليه معنوياً

ب عنوان كونه واقعا على المال تارة وعلى غير المال أخرى حتى يحتاج في تحقق عنوان البيع الواقع على المال الى القصد لكونه أمراً قصدياً ؛ أو أن يبيع ببيع وارد على المال بملاك صحة ترتب المنفعة المحللة عليه وان لم يقصد في بيعه تلك المنفعة، بل وان قصد المنفعة المحرمة ما لم يكن على نحو الاشتراط (قال الأستاذ دامت افادته): «الظاهر هو الأول» ولم يظهر لي وجه لذلك، بل يمكن دعوى الظهور في خلافه حيث أن ملاك المالية موجود قصد أولم يقصد، والمفروض اناطة صحة البيع على مالية متعلقة الموجودة فليس في اعتبار قصد منفعته المحللة ولا عدم قصد منفعته المحرمة وجه أصلاً (فالحق أن الاعلام ليس شرطاً) نعم لا بأس بالقول بالوجوب النفسى لظهور الاخبار المتقدمة فيه مثل قوله عليه السلام: وأعلمهم اذا بعته وقوله عليه السلام: وبينه لمن اشتراه فيستصبح به والله العالم.

هذاتمام الكلام فيما يكون المنع عن بيعه من جهة
انتفاء ماليته عرفاً أو شرعاً

مركز تحقيقات كميونير علوم اسلامی

(القسم الثاني)

مما يحرم التكسب به، ما يحرم من جهة صفة موجودة فيه، أو لترتب غاية محرمة عليه، وهذا على اقسام (الأول) ما كانت الصفة المحرمة فيه أمراً موجوداً في الخارج، وذلك كالصليب والصنم ونحو ذلك مما يكون مركباً من المادة والصورة وكانت ماليته قائمة بهما أو بصورته فقط، وحكم هذا القسم انه لا يخلو بيبعه عن وجوه، (احدها) أن يبيع ذلك بحيث يقع الثمن

بأزاء صورته، وهذا مما لا اشكال في تحريمه (ثانيها) أن يبذل العوض بأزاء مجموع المادة والصورة بحيث يكون للصورة أيضاً دخل في المبادلة وهذا أيضاً لا اشكال في تحريمه (الثالث) أن يكسره ويبيع مادته وهذا مما لا اشكال في جوازه « اذا بقيت له مالية بعد الكسر » . (الرابع) أن يبيعه بحيث يبذل العوض بأزاء مادته فيما كان لمكسوره قيمة و يشترط على المشتري كسره مع الاطمينان والوثوق بوفائه بالشرط، وهذا أيضاً مما لا اشكال في صحته (وأما مع عدم الاطمينان) ففي صحة البيع اشكال من جهة أن الدفع اليه مع عدم الوثوق بوفائه اعانة على الاثم ، (لكن الأقوى) عدم اعتبار الوثوق بالوفاء بل يكفي اشتراط الكسروان لم يفي المشتري به لأن مرحلة الوفاء بالشرط اجنبى عن مرحلة اعتباره في صحة البيع .

وفي حكم هذا القسم « الدراهم المغشوشة » والكلام في حكمها يقع تارة في جواز بيعها وأخرى في حكم كسرها (أما الأول) فاما يكون البيع واقعاً على الكلى وكان دفع المغشوش في مرحلة القبض وفاءً، أو يكون واقعاً على المعين الخارجى ، (فان وقع على الكلى) فلا اشكال في صحته وان المغشوش المدفوع في مقام الوفاء لا يكون وفاءً ، فيجب على الدافع اعطاء مصادق من الكلى المنطبق عليه حقيقة (و إن وقع على المعين) فلا يخلو من اقسام (الأول) أن يكون الغش في طرف الهيئة مع كون المادة سليمة عن الغش وحكم هذا القسم هو صحة البيع وثبوت الخيار للمشتري بسبب العيب إن عدت السكة الموجودة عيباً، أو بسبب التدليس إن لم تكن عيباً ، (ولا فرق فيما ذكرناه) بين كون السكة المعمولة التي وقعت عليها البيع ضمناً عند وقوعه على هذا المعين مأخوذة عنواناً أو وصفاً بمعنى انه سواء كان وقوع البيع على هذا المعين بعنوان كونه مسكوكاً بسكة المعاملة أو وقع عليه

لابد ذلك العنوان خلافاً للشيخ (قده) حيث فصل بين القسمين بالحكم بالبطلان فيما وقع عليه البيع بعنوان كونه مسكوكاً بسكة المعاملة ، والصحة فيما وقع على شخصه من دون عنوان (وهو ممنوع) لأن مورد البطلان من جهة تخلف العنوان هو ما إذا كان التخلف بتخلف جنس إلى جنس آخر لا بتخلف الوصف مع اتحاد الجنس ، فالأول كما فيما إذا باع الموجود المعين على أنه حمار فبان أنه فرس ، والثاني كما إذا باع العبد المعين بعنوان أنه كاتب فظهر أنه أمي ، وكما إذا باع الدرهم المعين بعنوان أنه مسكوك بسكة المعاملة فبان أنه مسكوك بالسكة الخارجة فانه (ح) يصح البيع ويثبت الخيار كما سيأتي تفصيله بعون الله تعالى (وبالجملة) فحكم هذا القسم هو الصحة من غير اشكال (القسم الثاني) ما إذا كان الفس في طرف المادة بكونها من غير جنس الدرهم كما إذا كانت رصاصاً مع كون السكة هي سكة المعاملة ، وحكمه هو فساد البيع فيما إذا وقع على المعين الخارجي بعنوان أنه فضة ، وذلك لعدم وقوعه على الفضة بعدئين كونه غيرها فهو كما لو باع الموجود على أنه حمار فبان أنه فرس وهذا واضح

(القسم الثالث) هو بعيته القسم الثاني ، لكن مع كون المادة مختلطة من جنس الفضة والرصاص مثلاً وحكمه أنه وإن كان يمكن أن يقال بالتبعيض بمعنى صحة البيع فيما يخصه من جنس الفضة والبطلان بقدر ما يخصه من جنس الرصاص (لكن) لمكان عدم انفصال أحدهما عن الآخر واختلاطهما لا يصح البيع في الجميع ، هذا بالنسبة إلى حكم المعاوضة

وأما بالنسبة إلى حكم كسره ، فنقول : هل يجب كسره أو يجوز إبقاؤه وصرفه في مثل التزوين و الدفع إلى الظالم و العثار أو إلى الحربي احتيالاً للاستغناء منه ؛ وجهان ، أقواهما الأول ، وذلك لمادل على وجوب كسره على

نحو الاطلاق كما في رواية الجعفي، أو مع القائه في البالوعة كما في خبر موسى بن بكير، الدالين على وجوب الكسر حسماً لمادة الفساد، اذ الدفع الى العشار ونحوه مستلزم لبقاء مادة الفساد (وهل يجب اعدام مادتها) بعد الكسر أولاً؟ وجهان، من ظهور الخبر الأخير في اعدامها و الأمر بالالتقاء في البالوعة كناية عنه، ومن أن الأمر به إنما هو كناية عن عدم ماليته وهو مختص بما اذا لم يكن لمكسوره مالية معتد بها فينحصر في القسم الثاني الذي كان الفش فيه من جهة المادة مما لا قيمة لها كالرصاص، وأمامع ماليتها فيجوز صرفها في البيع ونحوه بعد الكسر لأنها مال عر في يجوز الانتفاع به، بل من أظهر أنواع المال فيما اذا كان ذهباً أو فضة، وهذا هو الأقوى.

(القسم الثاني) ما كانت صفته المحرمة أمراً نفسانياً لا شيئاً موجوداً في الخارج، وذلك كالجارية المغنية حيث أن صفتها راجعة الى كمال نفساني والوجوه المتقدمة في القسم الأول متصورة في هذا القسم عدى ازالة الصفة ثم بيعها أو اشتراط ازالتها على المشتري عند البيع وذلك لعدم قبول ازالتها (والظاهر) صحة المعاوضة على نفس الجارية لا بما هي مغنية بحيث يبذل العوض بأزاء كونها جارية، كما أنه لا اشكال في تحريم المعاوضة عليها بما هي مغنية، ويدل عليه من النص ماورد من أن ثمن الجارية المغنية سحت وأنه مائنها إلا كثر الكلب و ثمن الكلب سحت والسحت في النار.

(القسم الثالث) ما كان تحريمه لأجل تحريم غايته المترتبة عليه، مثل آلات اللهو والقمار وهذا أيضاً على قسمين (الأول) أن لا تكون له إلا الغاية المحرمة وذلك كآلات القمار حيث لا يترتب عليها أثر محلل إلا نادراً، وحكمه كالصليب والصنم فما يصح فيه البيع من الوجوه المتقدمة يصح في هذا القسم أيضاً وما يبطل فيه باطل فيه أيضاً، فراجع وتأمل (الثاني) أن يستعمل تارة في المحلل وأخرى

في المحرم استعمالاً شائعاً كالطبل المستعمل في الحرب و اللهو، والظاهر في هذا القسم صحة بيعه مع بقاء هيئته ولو مع عدم اشتراط كسره على المشتري اذا كان بعنوانه المحلل كما اذا قصد من بيعه ترتب الغاية المحللة عليه كبيع الطبل للحرب بحيث يكون الغرض المحلل عنواناً للبيع الموجب لوقوعه على ذلك الوجه الموجب للصحة، (وأما اذا قصد من بيعه) ترتب غاية محرمة كبيع العنب ممن يعمله خمرًا، أو الخشب ممن يعمله صنماً أو الطبل لأهل اللهو والطرب، فان كان على نحو الاشتراط فلا اشكال في البطلان كأن يبيع العنب على أن يعمله خمرًا، وأما مجرد العلم بكون المشتري يصرفه في الغاية المحرمة فقد ورد في حكمه اخبار متعارضة، ففي جملة منها تصريح على جواز بيع العنب ممن يعلم أنه يصنعه خمرًا، وفي بعضها قد صرح بالمنع عن بيع الخشب ممن يتخذنه صليباً أو صنماً، وقد افتى بعض بمضمونها معاً ففرق بين بيع العنب وبين بيع الخشب ولكنه بعيد لظهور اتحاد الحكم فيهما وإن كان ربما يفرق بكون الفساد في صناعة الصنم اشد من عمل العنب خمرًا (وقال الاستاذ دامت بر كاته) ان الأظهر حمل اخبار المنع على الكراهة لمادل على الكراهة في بيع العنب كقوله عليه السلام في خبر رفاعه عن بيع العصير ممن يصنعه خمرًا، «بيعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا حب التي ولا يرى بالأول بأساً» (ولكنه) يشكل الحكم بالكراهة في بيع العنب أيضاً لمادل على صدور ذلك منهم عليهم السلام مما يأتى عن الحمل على الكراهة (ففي خبر أبي كهش) «هوذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرًا» (وفي خبر رفاعه) قال سئل أبو عبد الله عليه السلام وأبا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره قال عليه السلام: «حلال، السنا نبيع تمرنا ممن يجعله شراباً خيثاً» وابائهما عن الحمل على الكراهة واضح حيث أنه لا يناسب الترخيص في فعل المكروه مؤيداً باستمرار فعله عليه السلام كما يظهر من قوله عليه السلام السنا نبيع (الخ) وقوله عليه السلام هوذا نحن نبيع (الخ) فانه

مشعر باستمرار ذلك منه عليه السلام - نعم - لا بأس بالقول بالكراهة في خصوص بيع الخشب ممن يعمله صنماً أو صليباً أو مزماراً للتعبير في إخباره بكلمة «لا» القابلة للحمل على الكراهة .

وربما يستدل على حرمة بيع العنب ممن يعمله خمراً ونحوه بكونه إعانة على الإثم (وهو ضعيف) و توضيحه موقوف على تنقيح موارد الإعانة (فتقول) لا إشكال في حرمة مقدمة الحرام (إذا كانت من فعل فاعل الحرام) بالحرمة المقدمة فيما إذا كانت علة تامة لوقوع الحرام أو الجزء الأخير منها وكذا في غير الجزء الأخير منها إذا كان ارتكابها بقصد التوصل إلى الحرام ، كما أنه لا إشكال في عدم حرمة غير الجزء الأخير إذا فعله لا بذلك القصد ، (وأما بالنسبة إلى فعل شخص آخر) فلا إشكال أيضاً في حرمة الجزء الأخير من أجزاء مقدمات صدور الحرام عن الآخر بحيث لا يحتمل عادة عدم صدوره منه باختياره بعد تحقق تلك المقدمة ، كما إذا أراد الظالم ضرب أحد عدواناً فأعطاه السوط بعد تمامية إرادته للضرب بحيث لم يكن بينه وبين الضرب حائل إلا عدم كون السوط بيده ، (وكذا لا إشكال) في عدم حرمة كلما له دخل في صدور الحرام عن الغير إذا كان من المقدمات البعيدة ولم يك فعله بقصد التوصل إلى صدور الحرام من الغير، وإلا كان اللازم حرمة أكثر المعاملات .

(وانما الكلام) في المتوسط بين المقدمات البعيدة والمقدمة الأخيرة مع عدم قصد التوصل وبيان ضابط كلي بحيث ينطبق على مصاديقها (فتقول) قد عرفت شهادة الأخبار على جواز بيع العنب ممن يعمله خمراً بل صدور ذلك منهم عليهم السلام ومن البديهي أن جواز ذلك ليس من باب التخصيص لحرمة الإعانة على الإثم، لكون عموم هذا الحكم من العمومات التي لا تقبل التخصيص كالأحكام العقلية (فح) لا بد من بيان ضابط لمعنى الإعانة بحيث لا ينطبق على

مثل بيع العنب ممن يعمله خمرأ المصرح بجوازه في الاخبار حتى يكون خروجه عن حكم الاعانة بالتخصيص لا بالتخصيص (فاعلم) أن مفهوم الاعانة عبارة عن فعل ما يمكن به الغير من ايجاد ما هو مطلوبه، ولاشبهة في صدق هذا المعنى على الفعل الذي لا يتوسط بينه وبين صدور مطلوب الغير إلا صدور الارادة التحقيقية من الغير بعد أن كانت تقديرية كما في مثال مناولة السوط للظالم، حيث أنه يريد للضرب على تقدير مناولة السوط وليس بينه وبين الارادة الفعلية للضرب حائل إلا عدم كون السوط بيده (كما أنه لاشبهة في عدم صدق الاعانة على ما كان خارجاً عن سلسلة مقدمات وجود المعصية و ان كان له دخل في تحقق ارادة المعصية (وبعبارة أخرى) يكون واقعاً قبل حصول ارادة المعصية من العاصي، وهذا كتجارة التاجر الموضوع لأخذ العشار منه العشر حيث أن تجارته هذه تكون منشأ لارادة العشار أخذ العشر منه بحيث لا ارادة منه قبل التجارة أن يأخذ من ذلك التاجر شيئاً وان كانت له ارادة كلية بأخذ العشر من كل تاجر إلا أن صدور أخذ العشر من هذا التاجر لا يتمشى من هذه الارادة الكلية مالم تنضم اليها ارادة أخذ العشر بارادة جزئية. (وانما الكلام) في صدق الاعانة على ما عدى الأخيرة من المقدمات الخارجة التي تقع بعد تحقق الارادة وانها هل هي اعانة مطلقاً أو ليست اعانة مطلقاً أو يفصل بين ما يقصده به توصل يريد الاثم على المعصية وبين مالم يكن كذلك فيقال بكونها اعانة في الأول دون الأخير؛ وجوه، وهذا كما تقدم فيما كان صدور تلك المقدمات لصدور المعصية من شخص العاصي نفسه (فتقول) الحق هو التفصيل بمعنى أن كل فعل له دخل في صدور الحرام عن الغير اذا قصد به توصل الغير به الى الحرام فهو اعانة على الاثم وإلا لا يكون اعانة إلا اذا كان الجزء الأخير من مقدمات صدوره فانه لا يحتاج في صدق الاعانة عليه الى قصد التوصل

(فعليها) ففي بيع العنب ممن يعمل خمراً اذا قصد به توصل المشتري الى التخمير يكون اعانة وإلا فلا .

فان قلت شراء المشتري للعنب مقدمة للتخمير فيكون حراماً وفعل البائع اعانة على شراء المشتري لكون البيع مقدمة اخيرة بالنسبة الى الشراء وان لم يكن اعانة بالنسبة الى شرب الخمر ولا عمل التخمير لعدم كونه الجزء الأخير من مقدماتهما وبهذا البيان يكون البيع اعانة على الحرام وهو شراء المشتري (قلت) هذا مبني على تسليم حرمة الشراء وهو موقوف على أن مقدمة الحرام حرام وهو على الاطلاق ممنوع (وتوضيحه) أن مقدمة الحرام على اقسام (الأول) أن يكون الشيء الواحد معنوياً بعنوانين يكون بأحدهما مقدمة وبالأخر ذنبها كبغض الاسباب والمسببات التوليدية كما في رمي السهم بقصد القتل حيث أنه بالعنوان الأول رمي وبالعنوان الثانوي قتل، والرمي علة للقتل، وفي مثله لاشبهة في حرمة المقدمة لصدق نفس عنوان الحرام (الذي هو رمي المقدمة) عليه (الثاني) أن تكون بحيث لا يصدق عليها عنوان ذنبها فيكون وجودها منجازاً عن وجود ذنبها ولكن مع كونها آخر ما ينتهي اليه مقدمات الحرام بحيث ليس ينهاو بين صدور الحرام عنه مقدمة أخرى لا ارادة الحرام، وهذا القسم وان قلنا بحرمة سابقاً إلا أنه يمكن المنع عنه وذلك لمكان كون الحرام بعد تحقق تلك المقدمات أيضاً ممكن الصدور عن الفاعل بحيث له أن يفعل وله أن لا يفعل، ومعها فلا وجه للالتزام بحرمة .

(فان قلت) ما الفرق بين مقدمة الواجب و مقدمة الحرام حيث

يقال باستلزام ايجاب الشيء ايجاب مقدمته و يمنع عن استلزام تحريم الشيء تحريم مقدمته ؛ (قلت) : الفرق واضح حيث أن وجود الشيء يتوقف على وجود مقدماته فيترشح من ناحية ارادته ارادة الى مقدماته ،

وهذا بخلاف عدم الشيء فإنه لا يتوقف على عدم مقدماته اذ مع تحقق مقدماته أيضاً يمكن تركه اذا كان صدوره بعد تحققها اختيارياً (فح) لا يتوقف عدمه على عدم جميع المقدمات حتى يكون عدم المقدمات مطلوباً من ناحية مطلوبة عدمه (نعم) هذا يتم في العلة التامة فإنها تصير حراماً بالحرمة المقدمة لمكان استحالة تخلف الحرام عنها، لكنه خارج عن هذا القسم بل هو من القسم الأول لأن الضابط فيه عدم تخلل الإرادة بين المقدمة وبين ذيلها، كما أن ضابط هذا القسم هو بقاء الاختيار بعد تحقق المقدمة.

(الثالث) أن لا تكون المقدمة آخر ما ينتهي اليه المقدمات الخارجية سواء وقعت بعدها مقدمة واحدة أو يزيد ولكن مع قصد الفاعل في اتيانها التوصل الى الحرام، وذلك كشراء العنب بقصد التخمير فيما اذا لم يكن الشراء مقدمة أخيرة لعمل الخمر، وعدم الحرمة في هذا القسم أولى من القسم الثاني لابعدية صدور الحرام عن فاعل هذه المقدمة من القسم المتقدم، وأظهر من هذا القسم في عدم الحرمة (القسم الرابع) وهو ما لا يكون قصده في اتيان المقدمة الغير الأخيرة التوصل الى الحرام، كما اذا اشترى العنب للأجل أن يتوصل به الى التخمير لكنه بداله التخمير بعد الاشتراء فإنه لا شبهة في عدم حرمة شرائه ولا يلزم حرمة أكثر ما يصدر من الانسان من الافعال لأن لها دخلاً في صدور ما يصدر منه من الحرام (فتحصل) مما ذكرنا انحصار حرمة مقدمة الحرام بالقسم الأول وان شراء العنب ولو كان بقصد التخمير لا دليل على حرمة حتى يكون البيع اعانة للحرام. (فان قلت) شراء العنب بعنوان التوصل الى الحرام تجرى على المولى فيكون حراماً بعنوان التجري و يكون يبعه اعانة على التجري المحرم؟ (قلت) : هذا مدفوع (أما أولاً) فلأن الشراء لا ينطبق عليه التجري بالمعنى الأخص إلا اذا تخلف عن عزمه بأن لا يجعله خمرأ بعد ما كان قاصداً للتخمير

وهذا خارج عن محل البحث لأن كلامنا فيما يقصد به التخمين مع ترتب عمل الخمر عليه فليس هذا من التجري المصطلح (وأما ثانياً) فلا أنه لو سلمنا كونه تجريباً بمعنى كونه بصدد العصيان ، وفاعلاً لما يوجب الطغيان ، وأن فيه جرأة على مخالفة السبحان فالفعل المتجري به لا يكون حراماً شرعياً على ما أوضحناه في الأصول من أن غاية ما يسلم هو الفصح الفاعلي وهو غير مستتب للخطاب المولوي (فح) لا يكون الشراء ولو بعنوان التجري حراماً حتى يكون البيع اعانة على الاثم (وأما ثالثاً) فلا أنه لو فرض حرمة الفعل المتجري به أيضاً فليس فعل البائع اعانة للمشتري على التجري ، وذلك لأن شراءه ليس بنفسه عبارة عن التجري بل الشراء محصل له ويترتب عليه كترتب اللازم على الملزوم ، لكن المشتري لم يقصد في شرائه التجري لكي يكون بيع البائع اعانة له فيه بل انما قصد في شرائه التوصل الى التخمين و يكون في قصده ذلك متجريباً بمعنى أن قصده ذلك مصداق للتجري (كيف؟) ولو كان قصده في شرائه أن يتوصل به الى التجري لكان قصده ذلك أيضاً تجريباً فكان في قصده ذلك محتاجاً الى أن يقصد ذلك التجري فيلزم التسلسل في التجري، فليس المشتري قاصداً للتجري ، (ح) لا يكون البائع في فعله معيناً له في تجريبه.

وقد يستدل لحرمة بيع العنب ممن يعلم أنه يعمل به خمرأ بأدلة وجوب النهي عن المنكر بتقريب أن المستفاد من أدلة وجوبه هو مغبوضية المنكر ومحبووية خلو صفحة الوجود عنه، وهذا المعنى كما يتحصل بالرفع كذلك يحصل بالدفع فيكون الدفع كالرفع واجباً (ولا يخفى) أنه استدلال حسن، إلا أنه يتم فيما اذا توقف الدفع على ترك بيعه بحيث لم يوجد بايع غيره، اذ مع وجود غيره لا يجب تركه ، وليس ترك البيع (ح) كالواجب الكفائي حيث

أنه يستحق كل واحد من المكلفين أن يعاقب على تركه بل المأمور به هو دفع المنكر فمع وجود باطل آخر لا يتحقق الدفع بتركه فلا يجب الترك لأن وجوب تركه (ح) إنما هو لكونه دفعاً للمنكر من باب وجوب النهي عن المنكر ومن المعلوم اشتراط وجوبه بارتداع فاعل المنكر بسبب النهي عنه ، و مع وجود بايع آخر لا يصير الفاعل مرتدعاً فلا يجب تركه بملاك النهي عن المنكر ، ومع ذلك كله فلا تخلو المسئلة عن شوب اشكال .

(القسم الثالث)

ما يحرم لتحريم ما يقصد منه شأناً بمعنى أنه يحتمل أن يترتب عليه غاية محرمة كبيع العنب ممن يحتمل أن يعمله خمراً أو يبيع السلاح لأعداء الدين في حال المداينة وعدم وجود مقدمات الحرب مع المسلمين لكن مع احتمال قيام الحرب بينهم ، وهذا القسم لا يدخل تحت ضابط كلي ، بل كلما ثبت حرمة فأنما هو مقصور على النص ومع عدم النص لا وجه لتحريمه لعدم صدق عنوان محرم عليه سوى ما يتوهم من كونه اعانة على الاثم ، وقد تقدم بما لا مزيد عليه عدم صدق ذلك على مثل المقام وأن المتيقن منه ما اذا لم يفصل بين المقدمة وبين صدور الاثم من الغير سوى ارادته أو ما اذا اتى بالمقدمة بقصد توصل الغير بها على الحرام ، (نعم) قد ورد في بيع السلاح من اعداء الدين ما ظاهره التحريم إلا ان مقتضى الجمع بينه وبين بعض آخر هو حمله على صورة قيام الحرب فيحرم البيع (ح) وأما مع الهدنة فصريح رواية السراج هو الجواز والله العالم .

بقي الكلام في جهتين (الأولى) في بيان ضابط ما يفسد من المعاملات من جهة النهي عنه وما لا يفسد (فنقول) كلما كان النهي عن البيع من جهة عدم المالية في أحد العوضين إما عرفاً وإما بسبب تحريم الشارع منافع أو الانتفاع بخواصه المقومة لماليته فيكون بيعه فاسداً وذلك لكون البيع عبارة عن تبادل المال بالمال المفروض انتفاؤه مع انتفاء المالية في العوضين أو أحدهما (و كلما كان النهي) عن بيعه راجعاً الى مرحلة المسبب المستلزم لمبغوضيته بالمعنى الاسم المصدري فهو أيضاً يقتضي الفساد كالربا وبيع آلات اللهو والقمار والصنم والصلبان ونحو ذلك مما تعلق التحريم فيه بالمنشأ بالعقد لا بنفس الانشاء ولا بالايجاب والقبول، و وجه فساد نهى هو أن مبغوضية وجود المنشأ عبارة أخرى عن عدم امضاء الشارع لوقوعه بالانشاء ومن البديهي توقف صحة المعاملات على امضاء الشارع لها، ولا معنى لبقاء امضاء المنشأ مع كونه مبغوضاً له (و كلما كان النهي عنه) راجعاً الى ناحية السبب والمعنى المصدري ومرحلة الانشاء بلانظر الى تحريم المنشأ فذلك لا يقتضي الفساد، لعدم دلالة على مبغوضية المنشأ ولا على الردع عنه وعدم امضاءه وذلك كحرمة البيع وقت النداء وقد ادرج الاستاذ دامت بركاته في هذا القسم، جميع ما ثبت حرمة من جهة صدق اعانة الاثم عليه بدعوى كون حرمة راجعة الى ناحية السبب دون المسبب لما تقدم من عدم صدق الاعانة إلا اذا قصد التوصل بالبيع الى الحرام وتحريمه بهذا العنوان لا يستلزم تحريم المنشأ (ولا يخفى عليك) أن ما أفاده دامت افاداته باطلاً مشكلاً، بل الظاهر هو التفصيل بين ما اذا قصد التوصل الى الحرام بالبيع بالمعنى المصدري أو بالبيع بمعنى الاسم المصدري أو بكليهما فان البيع بكلا المعنيين يكون من مقدمات الحرام (وبعبارة أخرى) تارة يكون

مجرد التلطف بالعقد بقصد التوصل الى الحرام، وأخرى يقصد التوصل اليه بالتملك المنشأ بالعقد، وثالثة يقصد التوصل بالأمرين اعنى العقد والمنشأ به فاللازم في الأول هو صدق الاعانة على مجرد العقد دون المنشأ به ولازم الأخيرين هو سراية صدق الاعانة الى المنشأ ايضاً لأن المفروض أنه قصد التوصل به الى الحرام وأنه من مقدمات وقوعه فمقتضى حرمة هو عدم امضاء الشارع له فيدخل في القسم السابق هذا مضافاً الى أن احتياج صدق الاعانة على البيع الى قصد التوصل به الى المعصية انما هو فيما كان البيع من المقدمات البعيدة بمعنى ما يفصل بينه وبين الحرام (زائداً على ارادة المشتري للمعصية) مقدمات أخر، وأما اذا فرض كونه العلة الأخيرة للحرام بمعنى ما لا يفصل بينه وبين الحرام سوى ارادة المشتري له فصدق الاعانة عليه غير محتاج الى قصد التوصل به كما تقدم بيانه في ضابط الاعانة والله الموفق.

(الجهة الثانية) انه اذا شك في صحة البيع وفساده فاما أن يكون من جهة الشك في مالته العرفية أو يكون من جهة الشك في سلب مالته العرفية شرعاً أما من جهة الشك في تحريم ما يتقوم به مالته عرفاً وامام من جهة الشك في كون المحرم مما توجب سلب المالية عنه بتحريمه (وتحقيق الكلام) يقتضى بسطاً في هذه الاقسام (فتقول) هي هنا اقسام (الأول) ما اذا كان الشك في كون المنفعة التي بها قوام مالية الشيء معتداً بها حتى يكون بها مالاً عرفاً كما اذا شك في منفعة الخنفساء بحيث لم يعلم حكمها عند العرف فلا اشكال في أن الأصل الأولي الذي عليه المعول في باب المعاملات هو الفساد (وانما الكلام) في الأصل الوارد عليه المقتضى للصحة (فقد يقال) كما افاده في المكاسب بأن مقتضى عمومات أدلة التجارة مثل قوله تعالى أو فوا بالعقود، وأحل الله البيع، و تجارة عن تراض، ونحوها هو الصحة، وكذا ما في خبر تحف العقول من

حلبة كل شيء يكون فيه الصلاح من جهة من الجهات ، حيث أن في ذلك المشكوك جهة صلاح وهي تلك المنفعة التي يشك في قوام المالية بها فيكون بيعه وشراؤه ~~حلالاً~~ (ولا يخفى) أن التمسك بعمومات أدلة التجارة في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، حيث أن تلك العمومات مخصصة بما لا يكون ما لأعرفاً ومع الشك في مالية شيء يكون الشك في كونه من مصاديق المخصص أو العام ويكون الرجوع إلى العموم (ح) تمسكاً به في الشبهة المصدقية للمخصص وقد ثبت في الأصول عدم جوازه (هذا مضافاً) إلى أن التمسك بقوله تعالى أحل الله البيع في المقام من قبيل التمسك بالعام في الشك في كون المورد من أفراد العام وهو افحش من التمسك بالعام في الشك في عنوان المخصص ولذا لا يجوز القائل بالصحة هناك ، ووجه كونه من باب الشك في تحقق عنوان العام هو أن البيع عرفاً عبارة عن مبادلة مال بمال ومع الشك في مالية أحد العوضين يشك في صدق عنوان البيع عليه فيكون من قبيل التمسك بعموم وجوب إكرام العالم في مورد مع الشك في كونه من أفراد العام .

ويمكن أن يوجه كلام الشيخ (قده) بأن المخصص في المقام لا يوجب تعنون العام، ومعه لا بأس بالتمسك بالعموم (وتوضيحه) أن المخصص إما أنواعي وإما أفرادى فالأول ما كان على نهج القضايا الحقيقية، وهو مستلزم لتعنون العام بعنوان ماعدى الخاص وفي مثله لا يجوز التمسك بالعموم في الشك في عنوان المخصص، لأنه بعد صيرورة تقيض الخاص أو ضده جزء من موضوع حكم العام يخرج العام عن كونه تمام الموضوع ويصير جزءاً منه وإذا شك في كون شيء من أفراد المخصص يكون مرجع الشك إلى الشك في جزء الموضوع ، ولا يجوز إثبات الحكم الثابت للموضوع المركب من جزئين باحراز أحد جزئيه فقط على ما حذرناه

في الأصول (وأما ما كان مخصصاً أفرادياً) على نهج القضايا الخارجية فلا يستلزم تعنون العام، فعند الشك في كونه من أفراد المخصص يكون تمام الموضوع لحكم العام معلوماً فلا مانع فيه من التمسك بالعموم (إذا عرفت ذلك فتقول) ان الخارج من عمومات أدلة التجارة ليس عنوان «مالا مالية له» حتى يوجب ذلك تعنون العام بماله مالية عرفية، بل الخارج بالأدلة عبارة عن الاشياء الخاصة مثل الدم والعذرة وكلب الهراش و أمثال ذلك، ثم استفيد من مجموع هذه الأدلة قاعدة اصطیادية، وهي عدم جواز المعاملة على مالا مالية له، فعند الشك في حرمة بيع ما يشك في ماليتة العرفية لو كان حراماً كان تحریمه بتخصيص زائد عن المقدار المعلوم فيكون المرجع هو العموم وليس هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية في شيء.

هذا غاية ما يمكن أن يوجه به كلامه (قدم) في هذا المقام (ولكن لا يخفى ما فيه) فانه ليس في الين أدلة مخصصة لعموم أدلة البيع بالنسبة الى عناوين خاصة ممالا مالية له عرفاً مثل الخنفساء ونحوها حتى يكون الخارج عن العموم عبارة عن عناوين خاصة لا بعنوان «مالا مالية له» بل الدليل على عدم جواز البيع في مالا مالية له عرفاً هو أن مدار المعاوضة على تحقق المالية العرفية في العوض والمعوض وأن عموم أدلة البيع انما يدل على حلية البيع المتداول عند العرف فاذا لم يمكن لأحد العوضين مالية عرفية لا يكون المعاوضة (ح) بيعاً عرفياً حتى تشملها العمومات، (ولو تنزلنا عن ذلك) فمقتضى قوله تعالى «لأنأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» هو خروج مالا مالية له عن عموم أدلة البيع لكون اكل المال في مقابل مالا مالية له اكلاً للمال بالباطل فيكون الشك في مالية الشيء موجباً للشك في تحقق عنوان المخصص الذي عرفت عدم جواز التمسك فيه بالعموم لكون المخصص انواعياً لا أفرادياً.

ومما ذكرنا يمكن المناقشة في التمسك بخبر تحف العقول أيضاً فإن غاية ما يستفاد منه هو صحة البيع إذا كان في الشيء جهة من جهات الصلاح ، وقد عرفت انه مع الشك في مالية الشيء يشك في تحقق عنوان البيع عرفاً فكيف يتمسك بالخبر على جوازه؟

ويمكن أن يقال بصحة التمسك بالعمومات بعد احراز مقدار من المنافع المحللة مع الشك في كونها مقومة للمالية (وتوضيح ذلك) أنه قد يكون الشك في أصل المنفعة المقومة للمالية الشيء بحيث يكون الشك فيه منشأً للشك في ماليتها وفي تعلق حق الاختصاص به ، وقد يكون مقدار من المنفعة التي يثبت بها حق الاختصاص معلوماً ولكن الشك في ماليتها بعد الفراغ عن تعلق الاختصاص به (فعلى الأول) لا يصح التمسك بشيء من العمومات لما عرفت من كون الشبهة مصداقية (وأما على الثاني) فلا بأس بالتمسك بها ، إما آية التجارة اعنى قوله تعالى «تجارة عن تراض» التي هي اعم مافي باب المعاملات فواضح ، لمكان صدق التجارة بعد فرض احراز ثبوت حق الاختصاص فيه ، وإنما الشك في ماليتها ، ولأمانع من شمول الآية الكريمة له بعد صدق التجارة عليه عرفاً ، وإما آية «أوفوا بالعقود» فلأنها وإن اعتبر في التمسك بها احراز صدق العقد ولا يمكن احراز ذلك بعموم الآية لأنها متكفلة لاثبات حكم العقد على تقدير تحققه للاثبات عقدية ما يشك في عقديته ، (لكن بعد اعتبار) مقدار من المالية في المقام الموجبة لتحقيق حق الاختصاص يصدق العقد والعهد على فعل المتعاملين ، ومعه فلا مانع عن التمسك بها لصحته (وأما آية احل الله البيع) فقد عرفت ابتناء المنع عن التمسك بها على كون البيع مبادلة مال بمال ، وهو وإن كان مفسراً بهافي اللغة إلا أن مبادلة المال بالمال ليست مذكورة في نص شرعي والظاهر من معناه العرفي هو مبادلة شيء بشيء ومعاوضة طرف اضافة بطرف اضافة

أخرى ولو كانت الاضافة عبارة عن حق الاختصاص، وعليه فيصح التمسك بتلك الآية أيضاً، وعلى هذا التقرير يصح التمسك بخبر تحف العقول أيضاً من غير شبهة.

(اقول) هكذا أفيد، ولا يخفى ما فيه لأنه بعد ذلك كله يقع السؤال في أن ادخال ماشك في ماليته في حكم العمومات من باب التمسك بالعام في الشبهة المصدقية، وذلك بعد فرض تخصيصها بما يكون مالاً بدليل آخر (فالعمدة) هو تشخيص أن الدليل المخرج لغير المال عن تلك العمومات هل يوجب تخصيصها بخصوص ذاك العنوان أولاً؟ فإن كان لسان المخصص اخراج ماليس بمال فعند الشك في المالية لا محيص عن المنع من التمسك بها (لكن الانصاف) عدم وجود مخصص لتلك العمومات الموجبة لخراج غير المال عنها وإنما المخصص هو آية اكل المال بالباطل ولا يخفى عدم صدق الأكل بالباطل بعد فرض تحقق مقدار من المنافع الموجب لتعلق حق الاختصاص وليس اكل المال بازائه من باب اكل المال بالباطل، فعند الشك في صحته (ح) لامنع عن التمسك بالعموم (فالاقوى) ما عليه الأستاذ دام بقاءه وفقاً للشيخ (قده) من صحة التمسك بالعمومات عند الشك في المالية العرفية بعد فرض تحقق ما به يتحقق حق الاختصاص سيما اذا كانت المعاملة الواقعة عليه غير البيع من سائر المعاملات كالصلح الذي لا دليل على اعتبار المالية فيه أصلاً. ثم ان من جملة ما يشك في ماليته ما يكون الشك ناشياً من قبوله للتذكية كالمسوخ والسباع فإن بعضها له منفعة عرفية توجب له المالية عند العرف مثل ما ينتفع بعظمه أو جلده بل يبذل الثمن الغالي بازائهما، وحيث أن الاقوى عندنا عموم قبول التذكية في ماعدى الحشرات سواء كان مما يؤكل لحمه أم لا كان المسوخ والسباع مما لهما مالية يجوز المعاوضة عليهما فيما اعتبر

لهما العرف مالية لترتب المنافع عليهما بعد التذكية، (وأما الحشرات) فصحة بيعها دائرة مدار ماليتها أو احراز منفعة لها بحيث لا يكون اكل المال بازاها اكلًا للمال بالباطل (هذان تمام الكلام في القسم الأول) ومنه يظهر حكم (القسم الثاني) أيضاً وهو الشك في كون المنفعة المحرمة من الشيء مقومة لماليتها عرفاً فان الحكم فيه كالقسم الأول من حيث الأصل الأولى و الثانوى منعاً وجوازاً.

القسم الثالث ما كان الشك في تحريم المنفعة التي هي مقومة لماليتها، والفرق بينه وبين القسم الثاني ان الشك في القسم الثاني في كون المنفعة المحرمة مقومة للمالية بعد العلم بحرمتها، والشك في هذا القسم انما هو في تحريم ما يقوم المالية بعد العلم بكونها مقومة لها (والمرجع) في هذا الشك هو اصاله الحل وبها ينتج الموضوع ويثبت جواز الانتفاع بتلك المنفعة فيرتفع المنع الموجب لسلب ماليتها.

(فان قلت) جواز البيع مترتب على حلية الانتفاع بتلك المنفعة واقعاً، وبأصالة الحل لا يثبت إلا الحلية الظاهرية، فلا ينتج بها موضوع جواز البيع، كما أن جواز الصلوة في ما يشك في ما كوليته لا يثبت باجراء اصاله الحل في لحم الحيوان، فان المنع عن الصلوة في غير المأ كول مترتب على ما هو كذلك واقعاً ولا يثبت بأصالة الأكل إلا الحلية الظاهرية.

قلت الفرق بين المقام وبين المقيس عليه ظاهر فان المالية العرفية في المقام محرزة ولا مانع منه إلا المنع الفعلي الشرعي لا الحرمة الواقعية فمجرد الترخيص الفعلي كاف في ذلك كما أن المنع الفعلي ولو كان ظاهرياً مانع عن ثبوت المالية وهذا بخلاف الصلوة في اجزاء المشكوك فيه حيث ان الموضوع هناك (كما قررناه) هو الحرمة الواقعية لا المنع الفعلي كما

يستفاد من الأخبار في ذلك الباب (ومنه يظهر) أن الحل الثابت بحكم الأصل ولو كان حكماً ظاهرياً لكن جواز البيع المترتب عليه حكم واقعي (وتوضيحه) أن انسلاب المالية العرفية واقعاً إنما هو بالتحريم المنجز، وبأصالة الحل يرتفع تنجز التحريم الواقعي على تقدير ثبوته واقعاً، وجواز البيع واقعاً مترتب على انسلاب المالية انسلاباً واقعياً، والمفروض انخفاض المالية بأجراء أصالة الحل انخفاضاً واقعياً، فيثبت جواز البيع واقعاً (وتظهر الثمرة) في صورة انكشاف الخلاف، فعلى تقدير كون جوازه حكماً ظاهرياً يحكم بعدم وقوع البيع من أول الأمر ويجب على البائع رد الثمن إلى المشتري وعلى تهدير كونه حكماً واقعياً يصح البيع إلى زمان الانكشاف لكن لا يجوز ترتيب آثار المال عليه من حين الانكشاف فلا يصح بيعه (وربما يستغرب) ذلك لغرابة كون الشيء مالاً واقعاً قبل الانكشاف وانسلاب المالية عنه واقعاً بعده، و لكن مقتضى القاعدة هو ما ذكرناه.

هذانام الكلام في المقام الأول اعني ما يحرم التكسب

بهمما هو من قبيل مبادلة الأعيان.

مركز تحقيق وپژوهش حقوق اسلامي

(المقام الثاني)

في حكم بذل المال بازاء المنافع المحرمة الذي يشمل باب الاجارة ،
 (وضابط التحريم) في هذا القسم هو أن يقال أن الاجارة تارة تقع على الاعمال
 وأخرى على المنافع وضابط صحة الاجارة أمران (احدهما) كون المنفعة
 والعمل للذين يبذل المال بازائهما ملكاً للموجر وتحت سلطنته (ثانيهما)
 كونهما مما يمكن حصوله للمستأجر بحيث يمكن له استيفاءهما فمع انتفاع
 الأمرين أو احدهما تبطل الاجارة (وهذان الأمران) متلازمان في الوجود غالباً
 بحيث يكون انتفاء احدهما موجباً لانتفاء الآخر، إلا أنه قد يتفق انفكاكهما
 كما سنشير اليه انشاء الله تعالى .

(وكيف كان) فالكلام يقع في مقامين (الأول) فيما اذا لم يكن الموجر
 مسلطاً على المنفعة أو العمل، وذلك بأحد وجهين (احدهما) أن يكون احد طرفي
 المنفعة من الوجود أو العدم خارجاً عن تحت قدرة الموجر تكويناً اما بالالزام
 على ايجادها المستلزم للعجز عن تركها تكويناً، واما بالالزام على تركها كذلك
 (ثانيهما) أن يكون أحد الطرفين خارجاً عن تحت القدرة شرعاً، (وهذا الثاني)
 أيضاً على قسمين (الأول) أن يكون رفع سلطنته من جهة الزامه على ترك هذه
 المنفعة وعدم استعمال العين في هذه المنفعة (الثاني) أن يكون من جهة الزامه
 على فعلها، فان خروج الشيء عن تحت السلطنة تارة يكون بصيرورة المكلف
 مقهوراً على الترك وأخرى بصيرورته مقهوراً على الفعل ، فمن الأول اخذ

الاجرة على المنافع المحرمة كاجارة الدكان لبيع الخمر فيه وكرام الدابة أو السفينة لحملها ونحو ذلك من المنافع المحرمة، هذا بالنسبة الى المنافع، (وكذا بالنسبة الى الأعمال) فان ارتفاع السلطنة عنها أيضاً بأحد النحويين فمن الأول جميع الاعمال المحرمة فلا يجوز أخذ الاجرة عليها كالغناء والنوح بالباطل وتدليس الماشطة ونحو ذلك، (ولكن يعتبر) في الاعمال أن تكون بنفسها متعلقة للحرمة بمعنى أن تكون حرمة ذاتية ناشية عن مفسدة فيها لأن تكون حرمة الأمر خارج عن ذاتها كما اذا كانت ضد الواجب اهم وقلنا بأن الأمر بالشئ يقتضى النهي عن ضده فان ما يصاد من الأعمال تكون محرمة (ح) لكن لا بالحرة الذاتية الناشئة عن مفسدة فيها، ومثل ذلك غير مانع عن صحة الاجارة.

ومن الثانى (اعنى ما كان العمل خارجاً عن سلطنة المكلف بالزامه الشارع على فعله) جميع ما يجب على المكلف من الأعمال في غير الواجب الصناعية النظامية على ما سيجئ في التفصيل فيه انشاء الله تعالى، وهكذا المنافع التي يجب على المكلف بذلها مجاناً فلا يجوز أخذ الاجرة عليها والخروجها عن تحت قدرة المكلف بالالزام على بذلها فيكون الالتزام في ذلك تعجيزاً مولوياً كما أن النهي فيما يحرم من المنافع والأعمال أيضاً تعجيزاً مولوياً (والعمدة) في البحث هي هنا هو ما يحرم وقوع الاجارة وشبهها كالجعل القلعة عليه من جهة وجوبه ولم يتعرض الاستاذ دام بقاءه لما يحرم لأجل وقوع النهي عنه و تفصيل الكلام فيه متوقف على بيان موارد وقدر كفانا المؤنة ما تعرض له الشيخ (قدم) في المكاسب.

والكلام هنا في الاجرة على الواجبات وفيه مقامان (الأول) في حكم أخذ الاجرة على الواجب بأن يصير المكلف اجيراً للغير فيما يجب عليه فعله

(الثاني) في حكم الاجارة فيما يجب على الغير بأن يصير أجيراً في اتيان ما يجب على الغير كالاستنابة في العبادات .

(اما المقام الأول) فتفصيل الكلام فيه أن يقال أن الواجب اما نظامي أو غير نظامي ، والمراد بالأول هو كلما كان وجوبه لأجل حفظ نظام العباد ، كجميع صنوف الصناعات التي يتوقف نظام الناس عليها (وبالثاني) هو كلما كان وجوبه لأجل غرض عائد الى الاشخاص غير جهة حفظ النظام وهو المعبر عنه بالتعبد في مقابل النظامي سواء كان من العبادات بالمعنى الأخض اعني ما يجب فيه قصد القرية أو كان من التوصليات (ثم ان هذا الأخير) اعني الواجب الغير النظامي اما أن يكون عينياً أو يكون كفايياً ، و الواجب الكفاي اما أن يكون مما ثبت فيه امكان الاستنابة أولا يكون كذلك ، سواء لم يكن قابلاً للاستنابة أو كان قابلاً لذلك ولكن لم يرد دليل على ذلك فيه .

(وحكم هذه الاقسام) هو جواز أخذ الاجرة على كل ما كان وجوبه نظامياً وعدم جوازه في كلما كان واجباً عينياً غير نظامي أو كفايياً لم يثبت قابليته للاستنابة ، وجوازه فيما ثبت قبوله للاستنابة (اما جواز أخذ الاجرة) في الواجبات النظامية فلتحقق ملاك صحته فيها بكل الأمرين ، وذلك لبقاء سلطنة الأجير على فعل متعلق الاجارة وتركه ، وكونه ممكن الحصول للمستأجر (اما بقاء سلطنته عليه) فلأن متعلق الاجارة هو العمل بالمعنى الاسم المصدري فالمستأجر لخياطة الثوب انما يملك على الأجير مخيطة الثوب لا حيث صدر عمله منه بالمعنى المصدري ، ولذا لو فرض تحقق الخياطة في الثوب بلا صدور عمل من الأجير يتحقق ملك المستأجر إلا اذا شرط المباشرة على الأجير . (وبالجملة) فمعنى الاسم المصدري هو متعلق العقد وهو لا يكون تحت الأمر بل الأمر تعلق بالمعنى المصدري اعني بذل العمل وعدم احتكاره ، وذلك

لا يوجب سلب القدرة عن معنى الاسم المصدري بل هو باق على ملكيته للموَجَر وحاصل تحت سلطنته فيصح (ح) تملكه للغير (واما كونه ممكن الحصول) للمستأجر فواضح لا يحتاج الى البيان (واما عدم الجواز في الواجب العيني الغير النظامي) فلا انتفاء كلا الركنين في صحة الاجارة فيه وذلك لعدم سلطنة الموجه على العمل لا يجابه عليه، وعدم كونه ممكن الحصول للمستأجر.

(وتوضيح ذلك) ان طبيعة الأمر بحسب الاقتضاء لولا قيام القرينة على خلافه هو ان يكون متعلقاً بالعمل بمعنى الاسم المصدري، فالأمر بالصلوة مقتضى لايجاب الصلوة ومطلوبية وجودها في الخارج وهكذا في كل أمر بكل عمل سواء كان المعنى المصدري أيضاً مطلوباً أم لا وهذا ضابط كلي في باب الأوامر إلا أن يقوم دليل على خلافه كما في الواجب النظامي، حيث ان معلومية الغرض من ايجابه وانه عبارة عن رفع اختلال النظام صارت قرينة على كون المطلوب بذل العمل وعدم احتكاره لاجوده بما هو عمل، وكلما انتفت القرينة على صرف الأمر الى ناحية العمل بالمعنى المصدري كان اللازم ابقاؤه على طبعه من اقتضائه لايجاب العمل بمعنى الاسم المصدري فيصير العمل بالمعنى الاسم المصدري خارجاً عن سلطنة العامل بسبب ايجابه عليه فيكون موجباً لانتفاء الأمر الأول من ركني صحة الاجارة (وأما انتفاء الأمر الثاني) فواضح حيث أن عمل الأجير لا ربط له بالمستأجر لكونه واقعاً لنفسه عن نفسه ويوجب براءة ذمته عما وجب عليه بلامساس بالمستأجر أصلاً.

وأما عدم الجواز في الواجب الكفائي الذي لم يثبت امكان الاستنابة فيه فلا انتفاء الأمر الثاني ولو تحقق فيه الأمر الأول (وتوضيحه) أن الوجوب الكفائي مالم يتعين على المكلف بالعرض تعييناً ناشياً عن فقد مَنْ به الكفاية لا يوجب رفع السلطنة عنه متعلقه بل هو مع كونه واجباً بهذا الوجوب مقدور الفعل

والترك وهذا كما في الواجب التخيري حيث أنه أيضاً لا يقتضي رفع السلطنة عن كل واحد من اطراف متعلقه ، بل كل واحد بخصوصيته مقدور كما لو لم يكن وجوب أصلاً فالأمر الأول من ركني الصحة موجود ولكن العمل ليس ممكن الحصول للمستأجر وذلك لغرض عدم دخول النيابة فيه وعدم صحة الاستنابة، فما يقع من الأجير انما يقع عن نفسه بلاربط له الى المستأجر أصلاً .

(وأما الجواز في الواجب الكفائي القابل للنيابة فظاهر لمكان تحقق الأمرين فيه من مقدورية الفعل بعد الوجوب وكونه ممكن الحصول للمستأجر لمكان وقوعه عنه وفراغ ذمته عنه بسبب عمل الأجير وذلك لكونه قابلاً للنيابة، وهذا كما في باب الجهاد على ما هو المتسالم بينهم من قابليته للنيابة فإذا كان واجباً عينياً على المنوب عنه بواسطة قربته الى محل الجهاد وتحقق شرائطه فيه وكان كفائياً على النائب فيصح أن ينوب عنه فيقع جهاده عنه فلا يصيبه نصب ولا مخصصة في سبيل الله ولا يناله من عدوئيل إلا كتب للمستأجر بسبب استيجاره عمل صالح على ما هو مقتضى وقوع العمل عنه .

(ولافرق) في هذه الاقسام مما يجوز فيه الاجارة وما لا يصح بين كون الواجب تعبدياً أو توصلياً بل المدار في الصحة هو تحقق الأمرين ولو كان تعبدياً وفي الفساد هو انتفاء الأمرين أو أحدهما ولو كان توصلياً (نعم) في باب العبادات اشكال آخر من حيث قصد القربة على ما سيبحث في المقام الثاني لكنه لا ربط له بما نحن فيه لأنه اشكال بعد الفراغ عن صحة الاجارة، والكلام ههنا في اصل صحتها . (المقام الثاني) في صحة النيابة عن الغير فيما يكون واجباً على المنوب عنه دون النائب (والكلام فيه) يقع تارة في أصل صحة النيابة وأخرى في تصحيحها فيما ثبت صحة النيابة فيه (أما الأول) فالأصل الأولي في كل واجب

صواء كان كفايئاً أو عينياً أو تخييرياً هو عدم صحة النيابة فيه إلا ما ثبت فيه ذلك وقد حررناه في مبحث التوصلى والتعبدى بما لا مزيد عليه و بينا هناك ضابط ما يقبل النيابة وما لا يقبلها وقلنا أن المعيار فى صحة النيابة هو صحة وقوع العمل عن المتبرع به من غير فرق فيه بين التعبدى و التوصلى (وأما الثانى) فالكلام فيه يقع من جهات :

(الأولى) فى تصحيح عمل الأجير ولا اشكال فى ذلك فى ما اذا كان الواجب توصلياً وأما اذا كان تعبدياً فيقع فيه الاشكال من وجهين (وحاصل الأول منهما) أن داعى الأجير على العمل ليس إلا أخذ الاجرة اذ لولا الاجرة لما كان يأتي بالعمل وان المفروض عدم انبعاته على العمل امثالاً لاستحباب التبرع فتعمله لأجل الاجرة خاصة وهذا موجب للبطلان ضرورة كونه عبادة متوقفة على قصد القرية (وحاصل الاشكال الثانى) فى ما يتحقق به عبادة العمل وذلك لاحتياج العبادة الى تعلق الأمر بها فان كان ملاك عباديته هو الأمر الاجارى اعنى ما دل على وجوب الوفاء بعقده امثالاً فيشكل بأن هذا الأمر توصلى لا يتوقف صحة متعلقه على قصد الأمر، والمفروض توقف صحة عمل الأجير على قصد الأمر فيستكشف أنه لا بد من أن يكون ملاك عباديته شيئاً وراء الأمر الاجارى، و (ح) فاما أن يكون أمر عبادى آخر متوجه الى الأجير بعد صيرورته اجيراً مثل الأمر المتوجه الى المنوب عنه ويكون شرط تعلقه بالأجير صيرورته اجيراً، (أو يكون نفس الأمر) المتوجه الى المنوب عنه إما حقيقة بأن يكون شخص ذلك الأمر المتوجه الى المنوب عنه متوجهاً الى النائب بعد الاجارة ويكون ذلك الأمر الواحد الشخصى متعلقاً بمأمورين حقيقة (أو يكون ادعاء) بأن يكون النائب جعل نفسه نفس المنوب منه بالتنزيل و الادعاء، و يترتب عليه كون أمر المنوب عنه أمر النائب بالتنزيل

(وشيئ من المحتملات ليس بصحيح) وكذلك لأن امتثال مثل أمرا لمنوب عنه المتوجه الى النائب لا تنفي عن امتثال الأمر المتوجه الى المنوب عنه اذ هما أمران متعلقان بمأمرين لكل واحد منهما امتثال على حده (واستحالة) توجه شخص الأمر المتعلق بالمنوب عنه الى النائب حقيقة و امتناع انبعث النائب عن أمر المنوب عنه مالم يتعلق به لعدم معقولية انبعاث احد يبعث شخص آخر (وكون أمر المنوب عنه) أمراً للنائب ادعاء لا يزيد عن ادعاء.

(وتحقيق الكلام) في دفع الاشكالين يتوقف على بيان أمرين (الأول) ان الظاهر من الأمر بالشيئ المتوجه الى الشخص هو لزوم مباشرة من توجه اليه الأمر فاذا قام الدليل على صحة الاستنباط كان ذلك مقتضياً لتوسعة الموضوع الى النائب فمعنى «صل» بعد قيام الدليل على قبول الصلوة للنيابة هو وجوب ايجاد الصلوة بالايجاد الأعم من المباشرة والاستنباط (الثاني) انه اذا تعلق أمران بشيئ واحد و كان احدهما ندياً تعبدياً والآخر وجوباً توصلياً فأما ان يكونا في عرض واحد و رتبة واحدة بأن تكون رتبة تعلق احدهما في رتبة تعلق الآخر ، و اما أن يكون احدهما في طول الآخر بأن يتعلق احدهما بالعمل بما هو هو الآخر يتعلق بالعمل الذي يتعلق به الأمر الأول (مثال الأول) ما اذا تعلق النذر بصلوة الليل مثلاً فان الأمر الندي العبادي متعلق الى نفس صلوة الليل والنذر أيضاً متعلق بها بما هي هي لا بما هي مندوبة بالأمر الندي فالأمران في رتبة واحدة (ومثال الثاني) ما اذا تعلق الاجارة بصلوة الليل فانها متعلقة للأمر الاجاري بما هي متعلقة للأمر الندي لا بما هي هي فيكون الأمر الندي مأخوذاً في متعلق الأمر الاجاري (فاللزام القسم الأول) هو اكتساب كل من الأمرين عن الآخر ما كان فاقداً له فبالأمر الندي لما كان فاقداً للجهة الوجوب يكتسب الوجوب من الأمر الوجوبي ، والأمر الوجوبي لما كان فاقداً للجهة

العبادية يكتسب ذلك من الأمر الندي و نتيجة ذلك هو تأكد الوجوب وضرورة الأمرين أمراً واحداً تعبدياً (وتوضيحه) أن صلوة الليل اذا تعلق بها النذر فهي مع قطع النظر عن النذر لا اقتضاء فيها للوجوب كما أن الأمر بالوفاء بالنذر لا اقتضاء فيه للتعبدية فاذا اجتمع الأمر الندي و الأمر بالوفاء بالنذر يكتسب كل منهما عن الآخر ما لا اقتضاء له بالنسبة اليه وينتج الأمر الوجوبي التعبدى (ولازم الثانى) هو بقاء الأمرين على ما كانا عليه فلا الأمر التعبدى الندي يكتسب الوجوب عن الأمر التوصلى ولا الأمر التوصلى يكتسب التعبدية من الأمر التعبدى ويكون نتيجة ذلك هو توقف صحة العمل المستأجر عليه بأن يؤتى به بداعى أمره التعبدى المتعلق بالمنوب عنه الذى هو موضوع الأمر الاجارى لا اتيانه بداعى الأمر الاجارى، فلو أتى به بداعى الأمر الاجارى لم يقع صحيحاً لكى يقع عن المنوب عنه، لأن الاجارة لم تتعلق إلا بالعمل الذى يؤتى به بداعى أمره التعبدى وهو ليس هذا العمل لكونه لم يؤت به بداعى أمره العبادى بل انما أتى به بداعى أمره الغير العبادى وهو الأمر الاجارى فما أتى به لا يكون متعلقاً للأمر الاجارى، ولو أتى به بداعى أمره التعبدى صح ووقع عن المنوب عنه سواء قصد النائب فى اتيانه امثال الأمر الاجارى أيضاً أم لا، (غاية الأمر) أنه لو قصد امثاله أيضاً كان فى اتيانه بعبادة الغير قاصداً للامثال فيصير صدور عمله العبادى عبادياً فيستحق هو أيضاً للأجر بعبادته فى اتيان عبادة الغير، ولو كان قاصداً لامثال الأمر العبادى المتوجه الى المنوب عنه فلا يصير النائب مثاباً فى اتيانه بمتعلق الاجارة بل يسقط عنه أمر الاجارة لكونه توصلياً يسقط باتيان متعلقه و لو لم يكن بداعى امثاله .

اذا عرفت ذلك فنقول أن الميعار فى صحة عمل الأجير واحتسابه عن

المنوب عنه هو بعينه الميعار فى صحة عمل المتبرع و احتسابه عن

المتبرع عنه فيجب (ح) ان يتفحص عن عمل المتبرع وتشخيص معياره ، ثم جعله معياراً لعمل الأجير وعمل المتبرع في كونهما واقعين عن الغير وفي كون كليهما متعلق الأمر الآن الأمر المتوجه الى الأجير أمر وجوبى اعنى الأمر بالوفاء بالعقد والأمر المتوجه الى المتبرع ندبى (فنقول) لاشبهة في أن المتبرع انما يأتى بالعمل بداعى تفريغ ذمة الغير ويكون داعيه في عمله هو تخلص المتبرع عنه عما ثبت في ذمته من التكليف فيكون في اتيانه بما يفرغ به ذمة الغير قاصداً لامتنال الأمر المتوجه الى المنوب عنه وذلك الأمر هو الداعى له والباعث اياه نحو العمل اذ لو لا اشتغال ذمة المتبرع عنه من ناحية الأمر المتعلق به لما كان المتبرع آتياً بالعمل ، فداعى اتيانه به هو حصول امتثال ذلك الأمر وهو منبعث عنه و ليس ملاك عبادية عمله هو قصد امتثال الأمر الندبى المتوجه اليه ، ضرورة امكان أن لا يقصد امتثاله اصلاً مع أنه لو فرض انحصار الداعى في قصد امتثال ذلك الأمر لم يقع عن المتبرع عنه لأن وقوعه عنه انما هو باتيان ما وجب عليه وهو متوقف على اتيانه بداعى الأمر المتوجه الى المتبرع عنه لكى يكون آتياً بما وجب عليه ، فلو لم يأت بداعى أمره بل اتى بداعى الأمر المتعلق بالمتبرع لم يرتبط العمل بالمتبرع عنه اصلاً فلم يكن العامل في عمله متبرعاً عنه .

وليس العامل في عمله ينزل نفسه منزلة المنوب عنه لكى يتعلق بسبب التنزيل أمر المنوب عنه اليه حتى يكون الأمر المتعلق بالمنوب عنه متوجهاً الى النائب ادعاءً اعنى بادعاء كونه منوباً عنه و ذلك لعدم تنزيل من النائب بل انما نيابته عبارة عن نفس اتيان العمل بداعى تفريغ ذمة المتبرع عنه ، فهذا الفعل الخارجى اعنى العمل المأتمى به بداعى تفريغ ذمة الغير هو مصداق النيابة و بنفس ذلك العمل يصير المتبرع نائباً و المتبرع عنه

منوباً عنه ، لأن العامل قبل العمل يجعل نفسه بمنزلة المتبرع عنه ثم بعد التنزيل ومشاهدة نفسه نفس المنوب عنه يأتي بما يجب على المنوب عنه (نعم) هذا التنزيل واقع من الشارع اذ هو وسع متعلق تكليفه بما اذا صدر عن المكلف المتوجه اليه التكليف بالمباشرة أو عن الذي يصدر عنه بداعي تفريغ ذمة من توجه اليه التكليف وذلك بعد فرض دخول النيابة فيه وسقوط ذمة المتبرع عنه بعمل المتبرع .

وليس التوسع في متعلق التكليف باعتبار أهيمته عن المباشرة والتسيب اذ ليس الصادر عن المتبرع بتسيب من المتبرع عنه أصلاً سواء كان من قبيل التسيب في باب الضمان اعني ايجاد مقدمة اتلاف مال الغير التي لا يتوسط بينها وبين التلف مقدمة اختيارية كما اذا حفر بئراً في الطريق فوقع فيه الغير أو من قبيل التسيب في مثل «بنى الأمير المدينة» الذي هو بمعنى آخر من التسيب (وهو المعنى الأعم من التسيب في باب الضمان اعني سواء كان بتوسط المقدمة الاختيارية أم لا) .

وجه انتفاء التسيب في العمل الصادر عن المتبرع هو امكان تحققه عن المتبرع حتى مع عدم اطلاع المتبرع عنه بل ولومع اطلاعه وعدم رضاه بل ولومع نفيه كما اذ انهى الولد الأكبر غيره عن التبرع بالعمل فلم ينته و اتى بالعمل بداعي تفريغ ذمة الميت فانه يصح ويحصل براءة ذمة الميت و براءة الولد الأكبر أيضاً مع أنه ليس في هذه الصورة تسيب أصلاً لا من الميت ولا من الولي ومع ذلك يضح عمل المتبرع، وهذا كاشف عن أن المعيار في صحته ليس هو التسيب كما ظهر أنه ليس هو التنزيل ولا قصد امتثال الأمر المتعلق بالمتبرع، بل المصحح هو ما ذكرناه من كونه قاصداً في اتيانه تفريغ ذمة الغير وهو متوقف على قصد امتثال الأمر المتعلق بذلك الغير.

وظهر أن في الفعل الخارجي الصادر من المتبرع بعنوان كونه عن الغير يصدق عنوانان طوليان (أحدهما) كونه نيابة عن الغير، وصدق هذا العنوان عليه يتوقف على قصد كونه عن الغير لأنه من العناوين القصدية التي يتوقف تحققها على القصد، فمال يقصده كونه عن الغير لا يقع عنه سواء قصد الأمر المتعلق بالغير أم لا (وثانيهما) كونه عبادة واجبة على الغير وصدق هذا العنوان متوقف على قصد امتثال الأمر المتوجه إلى الغير، ولكن صدقه بذلك القصد متوقف على قصد كونه عن الغير، إذ لو قصد اتيان عبادة الغير لكن لا بقصد كونها عن الغير لم يقع عن الغير. (ويترتب) على صدق هذا العنوان الثاني (عنوان ثالث) واقع في طول العنوان الثاني وهو كون اتيان هذا الفعل الخارجي امتثالاً للأمر المتوجه إلى الغير، ثم بعد تحقق عنوان النيابة عن الغير يتحقق موضوع اتيان عبادة الغير فيكون قصد امتثال أمر الغير في الرتبة المتأخرة عن قصد النيابة عن الغير اعني قصد اتيان العمل لتفريغ ذمة الغير وكونه عن الغير.

وهذا الأمر المتأخر بالرتبة (اعني قصد امتثال الأمر المتوجه إلى الغير هو ملاك عبادة عمل المتبرع (وأما كون العمل عن الغير) المحقق لعنوان النيابة المتقدم على قصد امتثال أمر الغير فهو اجنبي عن ملاك عبادة العمل الذي يأتي عن الغير فان العمل يكون مقرباً للمتبرع عنه لا للمتبرع والنيابة عمل للمتبرع بما هو هو، فلو كان قصدها ملاكاً لعبادة عمله لكان ذلك منشأً لتقرب المتبرع لا لتقرب المتبرع عنه فالمتبرع في قصده النيابة اعني اتيانه العمل عن الغير) يمكن أن يقصد القربة ويمكن أن لا يقصد، فان قصد القربة كان عمله هذا مقرباً له أيضاً أي تبرع باتيان عبادة الغير قربة إلى الله (فيحصل) حينئذ تقرب للمتبرع عنه لا تيان عبادته بفعل المتبرع، وتقرب للمتبرع لقصده التقرب في تبرعه وإذا لم يقصد في تبرعه التقرب بل قصد اتيان العبادة عن

الغير و يكون موجباً لتقرب المتبرع عنه لكن لا يكون تبرعه هذا موجباً لتقرب نفسه لعدم قصده القربة بالنيابة ، لكن ذلك غير ضائر بنيابته ، اذا النيابة ليست عبادية لكي لا تصح بدون قصد القربة بل هي توصلية تصح ولولم تكن عن داع قربي (هذا بالنسبة الى عنوان النيابة) وأما بالنسبة الى عنوان العبادة عن الغير فالعمل بهذا الاعتبار يصير عملاً للغير وموجباً لتقرب الغير ومفرغاً لذمته عما اشتغلت به ولا ربط له بالمتبرع .

(وبالجملة) فهنا عنوانان طوليان احدهما عنوان كون العمل نيابة عن الغير ، والآخر عنوان كون العمل عبادة الغير ، ومن الواضح أن العنوان الثاني اعني صيرورة العمل عبادة الغير متوقف على العنوان الأول اذا ما لم يصدق كون العمل عن الغير لم يصدق عليه أنه عبادة الغير ، لكن العنوان الأول أمر قصدي مضاف الى المتبرع وليس عبادياً متوقفاً على قصد القربة به بل يصح ولولم يقصد به التقرب ، ولو قصد به التقرب كان موجباً لتقرب المتبرع دون المتبرع عنه ويكون محقق عباديته الأمر الندي المتعلق بالمتبرع الذي هو توصلي لا الأمر العبادي المتوجه الى المتبرع عنه (والعنوان الثاني) مضاف الى المتبرع عنه لكونه عبادة عنه ويتوقف تحققه على قصد امتثال الأمر المتوجه الى المتبرع عنه ولا يصح الا بذلك القصد ويكون موجباً لقربه دون المتبرع فانه في اتيان عبادة الغير لا بد من أن يقصد اما امتثال الأمر المتوجه الى الغير أو علل امره أو معلولاته كما كان المتبرع عنه لو كان هو المباشر لكان قصده كذلك وقصد النيابة عنه اعني اتيان العمل عنه لا يكون مرتبطاً بعبادية العبادة التي يأتي بها بذلك القصد اذ ليست النيابة عنه في سلسلة علل الأمر المتوجه الى المتبرع عنه ولا في سلسلة معلولاته ، وعبادية عبادة المتبرع عنه اما بأمره أو بعلل امره أو بمعلولات امره وبعد

خروج النيابة عن هذه السلسلة فى اجنبية عن ملاك عبادية العمل ،
 فوزان اجتماع العنوانين اعنى عنوان النيابة وعنوان العبادة عن الغير المحقق
 فى طول عنوان النيابة على هذا الفعل الخارجى الصادر عن المتبرع وزان
 اجتماع عنوانى النصب والصلوة فى الفعل الخارجى الذى هو عبارة عن
 الصلوة فى الدار المغصوبة إلا أن عنوانى النصب والصلوة عرضيان وهذان
 العنوانان طوليان .

إذا تحقق ذلك فنقول هذا العنوان الاول اعنى عنوان النيابة فى عمل
 المتبرع يكون متعلق عقد الاجارة ويقع بازائه الاجرة ويصير ملكاً للمستأجر
 بسبب العقد (وقد عرفت) انه توصلى يصح أن يقصده به الاجرة وليس مرتبطاً
 بملاك عبادية العبادة التى يأتى بها عن الغير حتى يكون اخذ الاجرة منافياً
 لها بل انما ينافى اخذها مع كون النيابة عبادة والمفروض عدمها . وعدم
 استحقاق الأجير للأجر والثواب بنيابته لا ينافى تحقق عبادة الغير عنه وصيرورة
 المنوب عنه مستحقاً للأجر ، والمفروض دخول النيابة فى عمل المنوب عنه
 بمعنى حصول القرب له بالأعم من عمل نفسه وعمل نائبه فعمل النائب عنه
 يوجب قرب المنوب عنه بعد فرض صحة النيابة وتحقق التقرب بالعمل الأعم
 من المباشرة بنفسه أو بنائبه (والحاصل) أن العمل الذى هو متعلق للاجارة
 هو عمل مباشر للنائب وهو عبارة عن اتيانه العمل بقصد نيابته عن المنوب
 عنه لا بمعنى تنزيل نفسه بمنزلة نفس المنوب عنه بل بمعنى قصده لأن يأتى
 بعبادة المنوب عنه والباعث على صدور ذلك عن النائب هو بذل الاجرة ، (وأما
 ملاك عبادية العمل) فهو الأمر المتوجه الى المنوب عنه ، وتعنون العمل بكونه
 عبادة المنوب عنه فى طول اتيان النائب بالعمل بقصد النيابة عن الغير ، فأحد
 العنوانين محقق لنيابة النائب والعنوان الآخر محقق لعبادة المنوب عنه

وما يتوقف في صحته قصد الامثال هو الثاني و ما يقع بازائه الاجرة هو الأول (فظهر) أن اخذ الاجرة لا ينافي قصد العبادية وان العبادية تتحقق بقصد امثال الأمر المتعلق بالمنوب عنه ، فاندفع الاشكال بكلاشقيه .

وخلاصة ما ذكرناه من الجواب (اما عن الاشكال الأول) فبما عرفت من أن الاجرة تقع بلزاء النيابة لا بازاء العبادة وظهر المراد من النيابة وانها ليست عبارة عن التنزيل (والتعبير عنها) في عبارة الشيخ (قده) مسامحة وقعت عن ضيق العبارة لان يكون مراده (قده) هو جعل النائب نفسه بمنزلة المنوب عنه حتى يشكل عليه بأن نفس هذا التنزيل و لو لم يترتب عليه العمل ليس متعلق غرض المستأجر، وبوصف ترتب العمل عليه يلزم ان يكون داعيه في العمل المتفرع على التنزيل هو صحة التنزيل الذي يستحق به الاجرة فيتحقق التناهي مع عباديته . بل مراده (قده) من التنزيل هو نفس اتيان العمل عن الغير المتوقف على قصد كونه عنه و يكون الاجرة بازائه (وان شئت قلت) ان الاجرة بازاء العمل بعنوانه الأولي الذي به يكون نيابة لعبادة و العبادية بازائه بعنوانه الثانوي الذي لا يكون الاجرة بازائه (واما عن الاشكال الثاني) فبما عرفت من ان عبادية هذا العمل هي بنفس شخص الأمر المتوجه الى المنوب عنه بعد فرض التوسعة في متعلقه بدليل النيابة في مرحلة الاسقاط فيكون النائب منيعاً عن نفس ذلك الأمر بمعنى ان العلم بأمر المنوب عنه محرك للنائب في ايجاد عبادته لان امره متعلق بالنائب .

(ومما ذكرناظهر) ان ملاك صحة عبادة الأجير ليس بتصوير الداعي على الداعي بمعنى كون نفس العمل بداعي القربة و كون العمل القربي بداعي الاجرة وذلك لأن الاجرة لا يقع بازاء العمل القربي اصلاً مع أن الداعي على الداعي لا يصح العبادة ، بل هو بان يكون اشكالاً أولى وقد اوضحنا فساده فيما حررناه

فى مبحث النية فى الصلوة (فراجع).

(اقول) هذه جملة مما افيد فى المقام مع زيادة توضيح منى ، وهو الغاية مما يمكن أن يدفع به الاشكال، (ولكنه) مع ذلك كله لا يندفع به وذلك للفرق الين بين المتبرع والأجير بعد اشتراكهما فى معنى مشترك بينهما (وتوضيح ذلك ان كلاً من المتبرع والأجير يصدر منهما فعلاً طولياً واحدهما النيابة و الآخر العبادة لكن المتبرع متحرك فى فعله عن تحريك الأمر المتوجه الى المتبرع عنه حيث يرى ذمته مشغولة به و يجده مسئولاً عنه مؤاخذاً به مطلوباً بامتثال الأمر و انه يمكن استخلاصه بايقاع الفعل عنه فيتحرك نحو ايقاعه عنه فيكون حركته نحو العمل بتحريك امر المتبرع عنه بحيث لولاه لما كان يتحرك اصلاً ، فالداعى والعلة الغائية لفعله ليس الا امتثال امر المتبرع عنه (وهذا بخلاف الأجير) حيث انه مع مشاهدة امر المنوب عنه و ابتلائه بأليم العذاب لا يتحرك اصلاً نحو العمل له إلا بعد أخذ الاجرة أو تملكه لها بالاجارة، فحركته نحو العمل انما نشأت عن العلم بأخذ الاجرة ، (والمفروض) أن الاجرة ليست فى سلسلة علل الأمر ولا فى سلسلة معلولاته فانها ليست مما ترجع الى الله تعالى كالثواب والعقاب المترتين على موافقة الأمر و مخالفته فانهما المترتبهما على موافقة الأمر ومخالفته واقعان فى سلسلة معلولات الأمر سواء كانا دنيويين أو أخرويين (ولا يمكن) قياس الاجرة على الثواب المترتب على موافقة الأمر لأنها ليست معلولة لموافقة (وعليهذا) فيشكل تصحيح عبادة الأجير بهذا الوجه ، بل لا بد له من التماس وجه آخر. وسيأتى بيانه انشاء الله تعالى.

قال دامت بر كاته ومحصل ما افادوه فى تصحيح عمل الأجير وجوه (الأول)
أن يكون بنحو الداعى على الداعى بأن كانت الاجرة بازاء العمل العبادى فيأتى

الأجير بالعمل يقصد امثال أمره ويكون في اتيانه بذلك القصد قاصداً لأخذ
الاجرة فأخذ الاجرة داع على اتيان العمل بداعي الأمر (ولا يخفى ما فيه من حيث
الصغرى والكبرى) (اما من حيث الصغرى) فلأنه لا يعقل أن يكون أخذ الاجرة
من المستأجر موجباً لاحداث صفة البعث في أمر الأمر بحيث يكون النائب
بأخذ الاجرة منبعثاً عن الأمر ومع عدم اخذها لا يكون منبعثاً عنه (ولعمري)
ان هذا كلام غريب، (ولعل منشأ توهمه) هو تخيل كون الاتيان بداعي الأمر
عبارة عن تصور الفاعل حين العمل كونه آتياً بداعي الأمر بمعنى كونه تصور
مفهوم داعي الأمر هوالمعتبر في العبادة و لو كان مصداق الداعي شيئاً آخر
اذ يصح (ح) أن يصير أخذ الاجرة داعياً للعمل مع تصور العامل حين العمل دعوة
الأمر (ولكن هذا توهم فاسد) بل المراد من داعوية الأمر انبعث العامل
حقيقة عن أمر المولى بحيث يكون محرّكه نحو العمل حقيقة هو الأمر
ومن الواضح أن أخذ الاجرة غير صالح لايجاد صفة المحركة في أمر المولى
فالداعي على الداعي كلام غير معقول (وأما من حيث الكبرى) فلأنه لو سلم
ايراث صفة الدعوة في الأمر بسبب أخذ الاجرة فصحة العبادة بملاك هذا
البعث هو أول الاشكال و ذلك لتوقف صحة العبادة على أن يكون انبعث
ارادة المكلف في اتيانها من أمر المولى اما بنفسه أو بعلته أو بمعلوله (ومن
الواضح) أن الانبعث عن بعث الأمر الناشئ من قيل أخذ الاجرة ليس انبعثاً
عن الأمر نفسه ولا عن علته ولا عن معلوله لما تقدم من أن الاجرة غير واقعة
في سلسلة علل الأمر ولا في سلسلة معلولاته .

(الوجه الثاني) أن يكون تصحيح عمل الأجير بالتسيب وأنه يكفي
قصد القربة من المسبب (وتوضيحه) أن يقال أن مرجع دخول النيابة في عمل
واجب هو أن الوجوب متعلق بالعمل الأعم من مباشرته والتسيب اليه فيكون

الواجب على المكلف هو احدى الأمرين من ايجاده بنفسه مباشرة أو ايجاد سبب في فعل الغير من الأمر أو الاستيجار أو الاستدعاء ونحو ذلك مع تعقبه بصدر العمل من النائب (ولا يخفى ما فيه) لما تقدم بيانه اجمالاً (و تفصيله) أن التسبب يطلق على معنيين (اجددهما) في باب الضمان حيث يقال أن الضمان كما يثبت بالفعل المباشري كذلك يثبت بالتسبب والمراد به هو استناد التلف الى فعل المسبب كما اذا حفر بئراً في الطريق فمات انسان بوقوعه فيها فإن ديته على الحافر (ويشترط فيه) أن لا يتوسط بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها بوقوعه فعل فاعل مختار، وإلا لم يستند الى الحافر بل يستند الى ذلك الفاعل بالاختيار سواء كان الاختيار من نفس الواقع في البئر كما اذا أوقع نفسه فيها اختياراً فمات حيث أن تلفه (ح) لا يكون على الحافر ، أو كان بالاختيار من غيره، سواء كان الفعل الاختياري الصادر من الغير (الذي أوجب وقوع هذا في البئر) مباشرياً كما اذا كان الواقع قائماً عند البئر فالقاء فيها، أو كان بالتسبب كما اذا وضع المزلق في اطراف البئر فوقع فيها بسبب ذلك المزلق فمات ، ففي جميع هذه الصور التي توسط الفعل الاختياري بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها لا يكون الضمان على الحافر (والسرفي ذلك) أن الفعل بعد استناده الى الفاعل الاختياري لا يكون مستنداً الى الحافر ويكون حفر البئر (ح) من العلة المعقدة بخلاف ما اذا لم يتوسط الفعل الاختياري حيث يكون استناده الى الحافر (ح) فهو المتلف حقيقة بايجاد سبب الاتلاف سواء لم يتوسط فعل اصلاً أو كان المتوسط فعل غير اختياري كما اذا أوقعه في البئر حيوان أو صبي غير مميز ولو كان مميزاً حيث أن التلف على الحافر أيضاً (ومحصل معنى التسبب) بهذا المعنى هو اسناد الفعل الى المسبب حقيقة كاستناده الى المباشر (وثانيتها) ما كان الفعل

مستنداً الى المسبب اسناداً مجازياً وكان اسناده الحقيقي الى الفاعل المباشر كما في مثل « بنى الأمير المدينة » حيث انه للبناء اسناد حقيقي الى البناء واسناد مجازي الى الأمير (ولا يخفى) أن التسيب بشيئ من الوجهين لا يصح في المقام وذلك لأن عمل العامل في المقام اما تبرع أو يكون بنحو الاجارة ، والأجير اما أن يكون اجيراً عن الولي أو عن المتبرع (فيما كان المنوب عنه ميتاً) أو يكون اجيراً عن المنوب عنه فيما كان اجيراً عن الحي لأن يعمل لنفس المستأجر لالحي آخر (والتسيب بالمعنى الأول) مفقود في جميع هذه الصور لكون صدور العمل عن العامل بالاختيار (واما بالمعنى الثاني) فهو أيضاً كذلك إلا فيما اذا كان اجيراً عن نفس المنوب عنه و استأجر الأجير لأن يعمل لنفس المستأجر، وذلك لأن في غير هذه الصورة لا يكون مستنداً الى المنوب عنه ولو مجازاً لعدم تسيب منه ولا تحريك له في صدور العمل، بل العمل صادر عن العامل اما لأمن تحريك من الغير اصلاً كما لمتبرع وعمل الولي نفسه واما بتحريك من غير المنوب عنه كما في استيجار الولي أو المتبرع عن الميت أو استيجار متبرع عن حي من غير تسيب من المنوب عنه لهذا الاستيجار الواقع من المتبرع بل ولا اطلاع منه بل ومع نفيه، حيث أن الاسناد المجازي إنما هو الى المستأجر الذي صار منشئاً لصدور العمل عن الأجير، لا الى المنوب عنه اذ ليس منه تسيب الى العمل اصلاً مع وضوح صحة عمل الأجير ووقوعه عن المنوب عنه (نعم) في صورة واحدة يصح القول بالتسيب واسناد العمل الى المنوب عنه اسناداً مجازياً وهي ما كان الاستيجار من نفس المنوب عنه فيما يصح استيجاراً لحي للعمل في زمان حيوته ولكن المعلوم أن وزان هذه الصورة وزان بقية الصور فما يكون مصححاً فيها يكون هو المصحح في هذه الصورة أيضاً ومنه يعلم أن مسألة التسيب اجنبية عن تصحيح العمل

رأساً

الوجه الثالث أن يكون المصحح لعمل الأجير هو أمر الاجارة بأن يأتي بالعمل بداعي امثال الأمر بالوفاء بعقد الاجارة (وهذا الوجه اوضح فساداً من الأولين) اما اولاً فلأن أمر الاجارة توصلى لا يشترط في سقوطه اتيان متعلقه بداعي امثاله والمفروض توقف صحة عمل الاجير على قصد الأمر فلا بد من أن يكون ملاك عبادية عمله غير ذاك الأمر الاجارى (واما ثانياً) فلأن الأمر الاجارى انما تعلق بالوفاء بمضمون العقد لكن عقد الاجارة لم يتعلق بذات العمل العبادى منفكاً عن جهة عباديته حتى يؤتى به بداعي الأمر الاجارى بل الاجارة وقعت على اتيان العباداة فلا بد من حصول ملاك عبادية العمل قبل رتبة تعلق الأمر الاجارى و لا يعقل أن يكون الأمر الاجارى بنفسه ملاكاً لعبادية متعلقه (واما ثالثاً) فلان العباداة (ح) تصير عباداة للأجير وموجباً لقربه لعبادة للمنوب عنه ولا تقربه فان الأمر الاجارى انما تعلق بالأجير باتيان العمل ويكون الوفاء به واجباً عليه ، فكيف يكون ذلك ملاكاً لكون العباداة عبارة عن المنوب عنه؟

قال دامت افادته: وهذه وجوه مخدوشة مذكورة في المقام فلنعدل الى الوجه المختار ونقول ان الاجرة ليست واقعة في مقابل العمل العبادى اصلاً ، بل انما هي بازاء النيابة ، وهي تعنون العمل العبادى بعنوان النيابة ، و حيث أن النيابة أمر قصدى فيتوقف تحققها على القصد فيحتاج الى قصد كون العمل عن المنوب عنه وهذا هو متعلق عقد الاجارة ، وهذا القصد مما يحتاج اليه في التبرع أيضاً بل هو كذلك في التوصليات التى يتبرع بها عن الغير أو يستأجر عليها اذا كانت الاجارة واقعة على العمل النيابة كالاستيجار على البيع و الشراء ففى كل عمل اذا أُريد وقوعها عن الغير لا بد فيه من قصد

ذلك من غير فرق بين التوصلى والتعبدى ولا بين المتبرع والأجير (نعم) في العمل التوصلى لما كان المنوب عنه لو كان هو بنفسه فاعلاً لم تكن صحة عمله متوقفة على قصد أمره كذلك النائب عنه اذا قصد في فعله كون الفعل عنه لم يكن صحة عمله موقوفة على أن يأتي به بداعى الأمر المتعلق بالمنوب عنه وهذا بخلاف التعبدى فان المنوب عنه كما لا يسقط عنه الأمر بفعل الصلوة لا بداعى امرها كذلك النائب بعد قصده لإتيان الصلوة عن المنوب عنه لا يسقط بفعله امر المنوب عنه إلا اذا كان فعله بداعى الأمر المتعلق بالمنوب عنه (وبالجملة) لا فرق بين التوصلى والتعبدى في توقف وقوع الفعل عن المنوب عنه على قصد الفعل عنه وبعد تحقق القصد عنه بفعل فعله فان كان توصلياً يأتي به كيف شاء وان كان تعبدياً يأتي به بداعى الأمر المتعلق بالمنوب عنه فكون داعيه هو الأمر محقق لعبادية عمله لالعنوان النيابة وهذا المعنى كما ترى مشترك بين عمل المتبرع والأجير إلا أن المتبرع مالك لفعله هذا (اعنى جعل عمله معنوياً بعنوان النيابة) فله أن يفعل وله أن لا يفعل، ولكن الأجير قد ملك ذلك للمستأجر بعقد الاجارة فصار هذا الفعل (اعنى اتيان العمل بعنوان النيابة) ملكاً للمستأجر ولكن على كل من التقديرين لا يكون اتيان العمل من النائب بداعى وقوعه عن المنوب عنه فإن وقوعه عنه عبارة عن عنوان النيابة الذى هو عنوان ثانوى للعمل وقد حققنا فى مبحث النية من الصلوة أن الدواعى على العمل غير العناوين المترتبة عليه كما فى الالتقاء و الاحراق حيث أن الاحراق عنوان ثانوى للالتقاء وليس هو فى مرتبة الداعى على الالتقاء و انما الداعى يكون فى مالا يكون ترتيبه على الفعل من قبيل ترتب المسيبات التوليدية على اسبابها (وبالجملة) فهنا أمور (١) النيابة (٢) العبادة (٣) امثال أمر المنوب عنه ، فالنيابة هى متعلق قصد النائب و هى المتعلق للاجارة

وهي التي يأتي بها النائب بداعي أخذ الاجرة، والعبادة في رتبة متأخرة عن ذلك وهي أن يأتي بالفعل بداعي سقوط أمر المنوب عنه ثم يتحقق بعد ذلك امثال أمر المنوب عنه وسقوط أمره عنه ، واما المتبرع فيأتي بالنيابة أيضاً بداعي القربة ولهذا يستحق الثواب لأنه في عمله المباشر اعني قصده النيابة منبعث من داعي القربة .

هذا ما أفاده الأستاذ دامت افادته توضيحاً وتلخيصاً لما اختاره في تصحيح عمل الأجير في العبادات .

(اقول) والمتحصل لي ببركة مولى الأنام مستمداً من فضل علمه ﷺ في دفع عويصة الاشكال في المقام اعني تصحيح عمل الأجير في العبادة مع شهادة الوجدان على دخل أخذ الاجرة في انبعائه نحو العمل بل انحصار داعيه في ذلك يحتاج الى بسط في الكلام (فتقول) ومن الله الاعانة أن الأمر العبادي المتعلق بالمنوب عنه داعٍ ومحرك للأجير نحو ايجاد العمل العبادي وهذا مما لا اشكال فيه بعد فرض كون العبادة مما تدخلها النيابة فان مرجع ذلك الى ثبوت التخيير في مرحلة الامثال بين فعل المنوب عنه بنفسه أو بنائمه (لا في مرحلة الاثبات) لكي ينافي مع تعيين الواجب على المنوب عنه حسبما حققنا القول فيه في مبحث التوصل والتعبد فيكون نفس ذلك الأمر المتعلق بالمنوب عنه داعياً ومحركاً لكل مكلف قابل لأن يصدر منه ذلك العمل العبادي من غير فرق في ذلك بين الولي والمتبرع والأجير لكن بين بعثه المنوب عنه بنفسه وبين بعثه لغيره في ايجاد ما هو عمله فرق وهو أن بعثه للمنوب عنه مطلق غير مشروط بما عدى تحقق موضوعه وهو المكلف بماله من شرائط التكليف وبعثه لغيره منوط بتحقيق قصده النيابة عن المنوب عنه، وذلك لتوقف وجود فعل المنوب عنه عن النائب على أن يقصد

النيابة عنه بفعله ويكون قصده للنيابة من مقدمات تحقق فعل المنوب عنه عن النائب بما هو فعل المنوب عنه .

وليس المراد من المقدمة هو القصد المنفك عن العمل، بل الغرض تعنون العمل العبادى بعنوان النيابة المتوقف على القصد و لاضير فى كون الشئى بعنوان مقدمة وبعنوان آخر ذا مقدمة كما أوضحناه فى باب مقدمة الواجب من أن المقدمة قد تكون منحازة الوجود عن ذىها كنصب السلم للكون على السطح، وقد تكون متحد الوجود مع ذىها كاللقاء و الاحراق حيث أن الحركة الخارجية لقاء و احراق بعنوانين فبالعنوان الأولى اللقاء ومقدمة وبالعنوان الثانوى احراق وذو المقدمة. (و مانحن فيه) من هذا القليل فإن الحركة الخارجية الصادرة عن النائب نيابة بالعنوان الأولى وعبادة عن المنوب عنه بالعنوان الثانوى، وهى بالعنوان الأولى مقدمة، و بالعنوان الثانوى ذو المقدمة.

ولا يعقل انبعث النائب فى ايجاد ذاك القصد من قبل أمر المنوب عنه لا بالأصالة ولا بالأمر المقدمى المترشح منه نحو المقدمات الوجودية، وذلك اما بالنسبة الى استحالة داعوية نفس أمر المنوب عنه بنفسه فلأن الأمر لا يدعو إلا الى متعلقه و قصد نيابة النائب ليس فعل المنوب عنه بوجه من الوجوه وانما هو فعل للنائب بما هو هو فيستحيل صدوره عن النائب بداعى أمر المنوب عنه (وأما بالنسبة الى استحالة) ترشح الأمر الغيرى المقدمى اليه من ناحية أمر المنوب عنه فلأن الأمر الغيرى المقدمى يتعلق الى ما كان مقدمة وجودية اختيارية بماهى تحت قدرة الأمور لا بماهى فعل اختيارى لغيره بما هو غير مأمور (وقصد نيابة النائب بما هو قصده ليس أمر اختيارياً للمنوب عنه. ولو فرض توقف صدور المأمور به عن المنوب عنه بالمباشرة على اقترانه بقصد

النائب للنيابة بأن كان تمكنه من فعل نفسه مشروطاً بصدور قصد النيابة من النائب لما كان قصده واجباً على المنوب عنه بالوجوب المقدمي لأن قصده خارج عن اختيار المنوب عنه وقصد النائب حين صدور فعل المنوب عنه يكون كذلك، حيث أن قصده صادر عنه بما هو فعله، وفعل المنوب عنه يصدر عنه بما هو فعل المنوب عنه، فقصد به ما هو فعله لا يعقل أن يصير واجباً من قبل الأمر بفعل المنوب عنه بما هو فعل المنوب عنه.

وتتبع ذلك هو خروج قصد النيابة الذي هو مقدمة وجودية لصدور فعل المنوب عنه عن النائب بما هو فعل المنوب عنه عن دائرة متعلق تكليف المنوب عنه وبعد خروجه فلما أن يكون أمر المنوب عنه محرراً للنائب مطلقاً عن قصده للنيابة أو كان بعثه منوطاً به، لكن لاسيما إلى الأولى لاستحالة تحقق فعل المنوب عنه عن النائب بدون ذلك القصد لكونه من مقدمات وجوده عن النائب فتعين الثاني اعني اناطة باعثة أمر المنوب عنه للنائب على تحقق قصد النيابة عنه.

ومما يوضح ما ذكرنا من التفاوت بين الفعلين الصادرين عن النائب اعني بهما النيابة والعبادة هو صحة اسناد الأخير إلى المنوب عنه مجازاً دون الأول فيقال فيما إذا صلى زيد عن عمرو: أنه صلى عمرو، ولا يقال: نائب عمرو وهذا الاختلاف دليل قطعي على ما ادعينا من خروج فعل النيابة عن مقدمات فعل المنوب عنه بما هو فعله.

ولما كانت ارادة النائب للنيابة عن المنوب عنه متوقفاً على داعٍ له في تلك الارادة فلا جرم يتوقف تحقق تلك الارادة عنه وانباعته نحوها على وجود باعث له في تلك الارادة ضرورة استحالة تحقق قصد النيابة من دون داعٍ وباعث (وهذا الباعث) اما اجرة كما في الأجير أو أمر الزامي كما في الولي

أوندي كفاي المتبرع أو محبة واحسان الى المنوب عنه أو غير ذلك مما يمكن
داعوته للنيابة سوى أمر المنوب عنه.

ثم بعد ذلك قد لا يجب احداث عنوان النيابة على النائب بل له السلطنة
في ايجاده وتركه، وهذا كفاي المتبرع (وقد يجب) اما بأمر متوجه الى
النائب كما في الولي، واما بأمر الاجارة كما اذا ملك العامل هذا العمل (اعنى
قصده النيابة في فعله) للمستأجر فيكون ملزماً عليه بواسطة لزوم الوفاء
بعقد الاجارة (وفيما لا يجب عليه) قد يكون اتمامه واجباً بالشروع فيه
كالصلوة الواجبة عن الميت وقضاء الصوم عنه بالنسبة الى بعد الزوال، فانه
كما كان لا يجوز للمنوب عنه ابطال صلوته وافتار صومه بعد الزوال، كذلك في
النائب (بناءً على اتحاد حكمه مع حكم المنوب عنه في ذلك) وقد لا يكون
الانتماء واجباً كالصوم قبل الزوال.

ونظير قصد النيابة في خروجه عن تحت أمر المنوب عنه واناطة محررية
أمره للنائب بتحقيقه هو الاستطاعة بالنسبة الى الحج فان وجوبه لمكان اناطته
بها لا يعقل أن يصير منشأ لوجوبها، لكنها بالنظر الى حكم آخر قد تجب
كفاي مورد العهد ونحوه وقد لا تجب وفي الثاني اما لا يجب حفظها على تقدير
حصولها كفاي الاستطاعة قبل اشهر الحج وأما يجب حفظها كالاستطاعة الحاصلة
في اشهر الحج.

ومن جميع ما ذكرنا ظهر اندفاع الاشكال بما لا مزيد عليه حيث ظهر أن
محرك الأجير في ايجاد فعل المنوب عنه ليس بالأمر المنوب عنه غاية الأمر
باعثية أمره منوطة بتحقيق قصد النيابة من النائب عن علته الباعثة له في ايجاد
ذلك القصد المفروض تحققها من ناحية أخذ الاجرة وعقد الاجارة (ولو فرض
عدم انبعاث النائب) عن أمر المنوب عنه في ظرف تحقق قصد النيابة بل كان

فعل المنوب عنه صادر عنه لا بذالك الداعي لكان محكوماً بالبطلان ولا محذور فيه ، كما أن فاعل الحج بعد حصول الاستطاعة لو لم يكن حجة بداعي امتثال أمره لكان باطلاً (وكما أنه) لو حج بتخييل أن حجه علة لبقاء الاستطاعة وضعاً وكان داعيه في الحج هو حفظ الاستطاعة لا امتثال أمر الحج لكان حجه محكوماً بالبطلان (كذلك) في المقام ، فلو صدر فعل المنوب عنه عن النائب بداعي حفظ الاجرة وعدم استردادها اذا كان أخذها أو بداعي أخذها فيما لم يأخذها لكان محكوماً بالبطلان .

وهما ذكرنا يظهر أن فعل النائب عن المنوب عنه في الوجوب والاستحباب تابع لأمر المنوب عنه فإن كان أمره وجوبياً لكان الصادر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه متصفاً بالوجوب ولو كان متبرعاً ، (وإن كان أمره نديباً) كان ما يصدر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه نديباً ، وإن كان ما يصدر منه بما هو فعله اعني قصد النيابة واجباً كما في الأجير على فعل ما يستحب على المنوب عنه ويظهر لك من ذلك اقسام (الأول) ما كان الفعلان الصادران عن النائب اعني فعله بما هو هو وفعله بما هو فعل المنوب عنه اعني عمل المنوب عنه كلاهما واجبين وذلك كما في الأجير في العبادة الواجبة وكذا الولي (الثاني) ما كان كلاهما مندوبين كالمتبرع بالعبادة المندوبة (الثالث) ما كان فعل المنوب عنه واجباً وفعل النائب مستحباً كالمتبرع بالعمل الواجب (الرابع) عكسه كالأجير في العبادة المستحبة ، هذا ما تيسر لي فهمه في هذا المقام بالاستمسك بحبل ولاية باب العلم ﷺ والحمد لله ولي الفضل والانعام .

ثم انه قد ذكر لتصحيح عمل الأجير وجهان آخران ولا يرجع شيئي منهما الى محصل (الأول) ما أفاده صاحب الكفاية وتبعه بعض اساتيدنا دامت أفادته من محقق تلامذته (وحاصله) على ما أفاده دام بقاؤه محاذياً لما ذكره

أستاذة في مجلس بحثه ، أن عمل الأجير لا يحتاج في تصحيحه الى الأمر حتى يبحث عنه بأنه هل هو شخص أمر المنوب عنه أم مثله بل الأجير يأتي بداعي الاجرة ولكن المأتى به خضوع في نفسه محبوب عند المولى موجب لقرب المنوب عنه لكونه خضوعاً ، والخضوع في نفسه لا يحتاج في كونه خضوعاً الى الأمر به ، بل ولا يحتاج الى كون الفاعل معتقداً لاحترام من يخضع له كما اذا استناب لتفصيل يد عالم رجلاً لا يعتقد ما يعتقد المنوب عنه من حرمة ذلك العالم فقبل النائب يده فان القرب يحصل للمنوب عنه عند ذلك العالم بخضوع نائبه عنده مع عدم تحقق القرب للنائب نفسه ولا (يخفى ما فيه) .

اما أولاً فلأن الخضوع من العناوين القصدية لا تنطبق على فعل خارجي إلا بالقصد حتى مثل السجدة وتفصيل اليد فدعوى كون الخضوع لبعض الافعال ذاتياً غير محتاج الى القصد مجازفة (وأما ثانياً) فلأن الخضوع قد يكون مبعوضاً فليس المحبوبة ذاتية له بل يحتاج الى التوقيف والأمر به ، ألا ترى أن المولى اذا عين للخضوع لديه زماناً معيناً أو محلاً معيناً بحيث كان في غير ذلك الزمان أو المكان مبعوضاً له كان الخضوع (ح) مخالفة لأمر المولى لا مقرباً (وأما ثالثاً) فلأن جميع العبادات ليست مثل السجود والركوع حتى يدعى كون عبادتها ذاتية (وقد قسم العبادات في الكفاية) في مسألة النهي في العبادات الى ما تكون بذاتها عبادة من غير حاجة الى الأمر كالسجود والركوع والى ما يحتاج في صيرورتها عبادة الى اتيانها بقصد امثال الأمر (فما افاده هنا) انما يتم على فرض صحته في القسم الأول دون الأخير .

(الوجه الثاني) ما نقل عن منى الأعظم (قده) (١) من أن تصحيح عبادة

الأجير انما هو بأن يقال بالالتزام باهداء الثواب بمعنى أن الأجير يفعل العمل لنفسه ثم يهدى ثوابه الى الميت نظير صلوة ليلة الدفن و تلاوة القرآن للأموات ، وكأنه (قده) أراد دفع اشكال عدم امكان سقوط الفعل عن المنوب عنه بفعل النائب (ومحصل ما يتصور فى تقرير هذا الوجه) بحيث يندفع به هذا الاشكال أن استقرار العبادة فى ذمة الميت مثلاً يوجب تعلق تكليفين (احدهما) الى الولي (والآخر) الى الأجنبي والأول تكليف وجوبى والآخر تكليف ندى وكل واحد منهما مشروط بفوت الواجب عن الميت فيكون التكليف المتوجه الى الاجنبى مثلاً بالصلوات الفائتة عن الميت تكليفاً مستقلاً اجنبياً عن اداء مافات عن الميت لعدم قابلية اداؤه من غير من توجه التكليف به ، ولكن الدليل قد دلّ على براءة ذمة الميت بفعل الغير مثل ما اشتغلت ذمته به فيكون فعل النائب موجباً للثواب للميت و دفع العقوبة عنه لا أن يكون النائب آتياً بالفعل بداعى أمر المنوب عنه .

(ولا يخفى) أنه مع ما فيه من الغرابة ضرورة كون المأتى به من الولي والأجنبي هو نفس الفائتة عن الميت لاشيئاً اجنبياً عنه ، لا يندفع به اشكال قصد القرابة فإن العمل سواء كان لنفسه أو للمنوب عنه عبادة لا بد فيه من قصد الأمر حتى يكون له ثواب يمكن اهداؤه الى الميت بل ترتب الثواب فى التوصليات أيضاً موقوف على قصد الامثال وهو نافي مع الاتيان بداعى أخذ الاجرة على ما هو مبنى الاشكال فهذا الوجه مضافاً الى غرابته لا يفيد شيئاً.



(الكلام في جواز السلطان)

ويلحق بها كل ما يؤخذ ممن يختلط ماله بالحرام، ولا بد من بيان صور المسئلة (فالأولى) ما إذا لم يعلم بوجود حرام في أمواله ولو على نحو العلم الاجمالي بل يشك في حلية ماله وحرمة، ولا اشكال في جواز الأخذ (ح) لقاعدة اليد (الثانية) ما إذا علم اجمالاً باختلاط أمواله بالحرام مع احتمال أن يكون المال المأخوذ منه كله من الحلال (وفي هذه الصورة) أيضاً لا اشكال في جواز الأخذ منه لو كان بعض الأطراف خارجاً عن محل ابتلاء الأخذ وإنما الكلام في ميزان الخروج عن محل الابتلاء (وقد مثله الشيخ طالب نراه) في صدر كلامه للخارج عن محل الابتلاء بالأمة التي جعلها الجائر من جوارى حُرِّمه وصارت أم ولد له، وذيله في آخر كلامه بكل مالم يأذن في التصرف فيه من أمواله (ولا يخفى) أن الصواب هو ما قاله أخيراً وذلك لأن المعيار في الخروج عن محل الابتلاء هو عدم تمكن المكلف عن ارتكابه فعلاً وعدم صحة تكليفه بالاجتناب عنه إلاً مشروطاً. ومن المعلوم عدم التمكن من التصرف في أموال الغير إلا بعد إذن من يده فلا يصح خطابه بالاجتناب عنه إلا معلقاً على القدرة و الابتلاء (وعلى هذا) فجميع ما ورد من الأخبار الدالة على جواز الأخذ من الجائر ليس مخالفاً مع قواعد العلم الاجمالي، وذلك لندرة الابتلاء بجميع أمواله بحيث يصير جميع اطراف العلم مورداً للابتلاء و لكن في الأخبار ما يدل بصراحته أو باطلاقه على جواز الأخذ منهم ولو مع العلم بكون جميع بأيديهم من الحرام (كصحيحة أبي ولاد) قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما ترى في رجل يلبى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم وأنا أمر به وأنزل عليه فيضيقني

ويحسن التي وربما أمرلي بالذراهم والكسوة و قدضاق صدرى من ذلك فقال (ع) لى كُنْ ، وَخُذْ مِنْهَا فَلَكَ الْمَهْنَى وَعَلِيهِ الْوِزْرُ (الخبر) فان صريحه فرض عدم مكسب لذلك العامل إلا من عمل السلطان الموجب لكون جميع ماله من الحرام ، سيما مع حكم الامام عليه السلام بأن لك المهنى و عليه الوزر فان الظاهر ثبوت الوزر للعامل فيما اعطاه للسائل من الدراهم والكسوة وغيرهما لا ثبوت أصل الوزر له في عمله ، وذلك بقرينة مقابله مع قوله (ع) فَلَكَ الْمَهْنَى كما لا يخفى (وأما حملة) على كونه من الخراج والمقاسمة وانهما مما أحل للشيعه (فبعيد) للعلم بعدم انحصار ما في ايدي العمال بهما لكونهم يأخذون من اموال الناس مصادرة اكثر مما يأخذونه بعنوان الخراج والمقاسمة ، (وفي معنى هذا الخبر) جملة من الأخبار التي باطلاقها تدل على ذلك والظاهر أن العمل على مضمونها ثابت (ولكن الانصاف) عدم دلالتها على ازيد مما أثبتته قواعد العلم الاجمالي فان وجود الخراج والمقاسمة كافية في احتمال كون المأخوذ منهما وثبوت الوزر عليه لا ينافي ذلك ، لاختصاص اباحة الخراج والمقاسمة بالشيعه (والحاصل) انه ليس في هذه الأخبار إطلاق يشمل صورة الابتلاء بجميع ما في يد الجائر أو صورة العلم بكون جميع ما في يده حراماً على الآخذ وان كان له إطلاق بالنسبة الى ما علم بكون جميع ما في يده حراماً على الدافع دون الآخذ كالخراج والمقاسمة (نعم) في بعض الأخبار ما يدل على الاباحة لو كان المأخوذ مما علم وجود الحرام فيه اجمالاً مع اطلاقه بالنسبة الى كون الجميع محل الابتلاء مثل ما ورد من اباحة مال المورث للوارث الذي يعلم بوجود الربا في اموال مورثه ، فان ظاهره أن اختلاط الربا بالحلال موجب لحلية المال للوارث بقرينة انه (ع) قد استثنى من صورة الحلية ما اذا كان شيئ من الربا معزولاً معلوماً حيث

انه (ع) حكم برده (و يمكن تصحيح ذلك) بإمكان تقييد الحرمة بما علم بها تفصيلاً بنتيجة التقييد حسبما أوضحناه في الأصول ولا محذور فيه في مقام الثبوت ولكن الكلام في اثباته وهو مشكل لأجل عدم إمكان الاستناد في ما خالف القواعد إلى الخبر المذكور من جهة الشك في كونه معمولاً به فان ثبت ذلك فلا محذور فيه لا يمكن تصحيحه بما عرفت .

الصورة الثالثة ما اذا علم بكون المأخوذ حراماً تفصيلاً (و جملة القول فيها) انه اما يعلم بحرمة قبل الأخذ أو يعلم بحرمة بعده (أما الأول) فاما أن يأخذه بقصد الرد إلى مالكه أو يأخذه بغير هذا القصد (لاشكال) في جواز الأخذ بقصد الرد إلى مالكه (فيما يمكن رده إليه) و عدم الضمان عليه لكون يده (ح) يدأمانة ولكونه محسناً في ذلك و ما على المحسنين من سبيل كما أنه لا اشكال في الضمان لو أخذه لا بقصد الرد إلى المالك اذا كان متمكناً من الامتناع عن الأخذ و أما اذا اضطر إلى الأخذ مع عدم التمكن من الرد إلى مالكه كما اذا أعطاه الجائر امانة عنده بحيث لا يتمكن من عدم قبولها ولا من ردها إلى المالك من جهة الخوف من الظالم فلا اشكال في جواز الأخذ (ح) جوازاً تكليفاً للتقية (وفي الضمان وعدمه وجهان، و وجه العدم ما سيأتي عن قريب من انصراف قاعدة اليد إلى صورة الاستيلاء على مال الغير عدواناً وقهراً عليه، وللنبوي المشهور في حديث رفع التسعة «وما أستره هو عليه» ولما ورد من جواز ارتكاب كلما أكره عليه سوى الدم وعموم حلية كلما يكون حراماً لأجل التقية (ولكن الانضاف) عدم نهوض شيئ من الوجوه المذكورة لرفع الضمان لاطلاق قاعدة اليد وعدم دلالة حديث الرفع لرفع الآثار الوضعية ولا لزوم منه تأسيس فقه جديد و كذا اخبار التقية فمقتضى اطلاق «على اليد» هو الضمان (ولو علم به بعد الأخذ) ففي ضمانه بأخذه وعدمه

وجهان ، فعن المسالك عدمه و تبعه عليه العلامة الطباطبائي في محكي مصايحه (وما يمكن أن يستدل له) وجهان (الأول) ما يرجع الى دعوى عموم عدم الضمان في مورد الجهل (وحاصله) دعوى اختصاص عموم على اليد بما اذا كان عدواناً فلا يشمل صورة الجهل فان المراد من الأخذ ليس هو الأخذ باليد الجارحة بل انما هو الاستيلاء على مال الغير قهرأعليه فالجاهل بكونه مال الغير لا يكون في استيلائه عليه قهر عليه فيكون خارجاً عن عمومه ومعه فلا موجب للضمان (ولا يخفى) أن هذا لو تم للزم الحكم بعدم الضمان في جميع موارد الجهل ، وهذا شئ لا يمكن الالتزام به ، بل وقع التسالم على خلافه ، وسيأتي توضيحه انشاء الله تعالى .

(الثاني) ما يرجع الى دعوى عدم الضمان في خصوص ما يؤخذ من الجائر وذلك للأخبار الواردة في جلّ أخذه عند الجهل به غاية الأمر وجوب الرد الى مالكه بعد العلم به تفصيلاً ، فلا موجب للضمان مع هذه الأخبار اذا كان قاصداً للرد الى المالك على تقدير علمه به ، (وهذا الوجه حسن) لكن المعروف بينهم هو الضمان وان كان قراره على العالم بالغصب ، لرجوع المفرور الى من غره .

(وكيف كان) فلو أخذه لابنية الرد في غير مورد التقية فلا اشكال في ثبوت الضمان عليه فهل يرتفع الضمان بنية الرد الى مالكه أولاً ، قولان . ظاهر الأكثر هو عدم الارتفاع والمنقول عن بعض (في باب الوديعة) هو عدم الضمان فيما اذا تعدى في الحفظ ثم عدل عنه متمسكاً بأنه صار أميناً محسناً وما على المحسنين من سبيل (ولا يخفى مافيه) لأن الاحسان وان كان منافياً مع الضمان إلا أنه لا دليل على كونه موجباً لارتفاع الضمان الحاصل قبل تحقق الأمانة ، فبقاء الضمان لا ينافي عدم كون الأمين ضامناً لأن هذا الضمان انما

نشأ من حال الخيانة التي كانت قبل العدول الى الأمانة، ولادليل على رفع الضمان بالاحسان المتأخر .

ثم انه قد ذكر هنا أمور ربما يقال بارتفاع الضمان بها (فمنها) ما ذكرنا من نية الرد الى المالك فيما اذا أخذ مال الغير جهلاً ثم حصل له العلم به (ولا يخفى) أنه لو قلنا بأن أخذه لا يكون موجباً للضمان لمكان جهله كما عن المسالك بدعوى انصراف دليل الضمان الى صورة الاستيلاء على المالك فلا ضمان حتى يرتفع بارادة الرد، ولو قلنا بكونه موجباً للضمان كما هو المعروف المشهور (وإن وقع الاشكال في كيفية استفادة ذلك من عموم على اليد لما عرفت من دعوى انصرافه الى صورة الاستيلاء على المالك فلا وجه لرفع الضمان بمجرد ارادة الرد الى المالك بعد العلم به كما عرفت (ومنها) استرداد الغاصب عنه قهراً . وقد قيل فيه انه أيضاً موجب لرفع الضمان (ولكن الظاهر) عدم وجه لارتفاع الضمان به وهل هو إلا كغصب غاصب آخر وكون قرار الضمان على الغاصب وجواز رجوعه اليه لجهله أمر آخر (ومنها) الاعلام بالمالك بأن المال موجود عنده وأنه حاضر لدفعه اليه ، حيث أنه قيل ان ذلك رافع للضمان (وفيه) أنه مع فرض تحقق الضمان لا رافع له إلا الرد الى المالك والاعلام ليس مصداقاً له ولعل منشأ التوهم هو كون الاعلام موجباً لأذن المالك في كون المال عنده الى وقت الأداء فيكون بذلك وديعة عنده فيرتفع الضمان (ولا يخفى ما فيه) لعدم دلالة مجرد الاعلام مع عدم اظهار رضا المالك في بقاءه عنده على اذنه في ذلك حتى يصدق عليه عنوان الوديعة (وبالجملة) فهذه الأمور ليست رافعة للضمان .

وهي هنا أمور أخر ينبغي البحث عنها (الأول) في بيان ما يتحقق به القبض، لا اشكال في أن القبض في باب البيع ونحوه انما هو بالتخلية بين

المال وبين الآخذ من غير توقف على نقله اليه (واما في باب الوديعة) فربما يقال أن ظاهر التعبير بالأداء في الآية الشريفة « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » هو وجوب الحمل إلى المالك (لكن الأقوى) فيها أيضاً كفاية مجرد التخلية لكون الزام الأمين بحمل المال إلى المالك وتحمله لمؤنة نقله بعيداً جداً فالأداء والرد عبارة عن نفس التخلية ، وربما يختلف ذلك باختلاف الأموال حسبما يأتي شرحه في كتاب البيع انشاء الله تعالى .

(الثاني) قال الشيخ (قده) لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الامكان لتوقف الأداء بمعنى التمكين وعدم الحبس على الفحص (وتحقيق الكلام في المقام أن يقال أن وجوب الأداء هل هو مطلق أو مشروط العلم بالمالك فعلى الأول يجب الفحص عن المالك لكونه مقدمة للواجب المطلق وهو الأداء إلى المالك (وعلى الثاني) فلا يجب لكون الفحص مقدمة للعلم بالمالك مع أن العلم به شرط لوجوب الأداء (والتحقيق) هو الأخير وذلك لعدم دليل على الوجوب المطلق ومع الشك في اطلاق وجوبه فالأصل يقتضي الاشتراط كما تقرر في الأصول .

لكن مقدمات الواجب المشروط قد تجب لأملاك الوجوب المقدمي بل بملك حكم العقل بحرمة تفويت الواجب على وجه يرجع إلى تتميم الجعل حسبما أوضحناه في الواجب المشروط والفحص عن المالك من هذا القبيل ، لاستلزام تركه عدم انتهاء المال إلى مالكه كثيراً وهو مما يقطع بعدم رضا الشارع به نظير ترك الفحص عن البلوغ والاستطاعة والنصاب حيث أن هذه الثلاثة مع كونها شرائط للوجوب يجب الفحص عنها لا بالوجوب المقدمي الغيرى بل بالوجوب النفسى الذى ينتج نتيجة الوجوب المقدمى بملك استلزام ترك الفحص عنها غالباً لترك امتثال الأحكام عن البالغين والحج عن المستطيع

والزكاة عن مبلغ ماله النصاب، (ثبت) أن الفحص في المقام واجب ولولم يثبت اطلاق لأدلة وجوب الأداء والرد.

مضافاً إلى إمكان استفادة الاطلاق من ادلته كاطلاق قوله تعالى «ان الله يامرکم ان تؤدوا الامانات الى اهلها» (نعم) يمكن ان يقال بان الاوامر الواردة في التصديق بما لا يعرف صاحبه ونحوها مطلقات تنفي وجوب الفحص رأساً إلا بمقدار يتوقف تحقق موضوع عدم العرفان عليه بحيث يصدق انه لا يعرف صاحبه.

ثم انه على تقدير وجوب الفحص وعدم وجود ما ينفي وجوبه فيقع الكلام في مقدار ما يجب منه والظاهر أن حده هو اليأس عن الظفر بالمالك ولو كان اليأس حاصلًا بالاقل من الفحص في السنة، لكن قيل ان مقتضى اخبار باب اللقطة هو وجوب الفحص سنة (ولا يخفى) أن اطلاق هذه الاخبار في موردها ليس معمولاً به ضرورة ظهور كون وجوب الفحص طريقاً فلو حصل اليأس في اقل من السنة لم يجب في اللقطة فضلاً عن غيرها من الأموال المجهولة (نعم) مقتضى القاعدة وجوب الفحص الى حد اليأس ولو كان في الأكثر من السنة ومقتضى اخبار اللقطة جواز ترك الفحص في الزائد عنها ولولم يحصل اليأس، وعليه فيصير باب اللقطة عكس المقام فيجب الفحص في المقام الى حد يأس ولو زاد عن السنة، ويكفي في اللقطة بمقدار السنة، وهذا بناء على عدم التعدى من باب اللقطة الى باب الأموال المجهولة في الاقتصار على السنة (وهل يتعدى) من بابها الى المقام اولاً؟ وجهان، من ان مقتضى القاعدة كما عرفت هو التحديد باليأس، ومن ورود خبر حفص بن غياث في مورد من أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً فهل يرد عليه قال لا يرد فان أمكنه أن يرد على صاحبه فعل وإلا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها

فيعرفها حولاً (الخبر) وهذا هو الأقوى و ذلك للقطع بعدم خصوصية ايداع اللص بل الظاهر كون مطلق الوديعة التي جهل صاحبها كذلك .

(نعم) يقع الكلام في التعدي عن الوديعة الى مطلق من وقع مال الغير بيده ولو أخذه لمصلحة نفسه فان في التعدي عنه اليه اشكالا، لامكان كون الحكم مختصاً بباب الوديعة فالماخوذ عارية أو اجارة ونحوهما لا يلحق بالوديعة في الاكتفاء بالفحص سنة ولولم يبلغ حد اليأس بل اللازم في ذلك هو حد اليأس ولو بأكثر منها كما أنه يشكل في اللقطة في مالو حصل اليأس في اثناء السنة من أن الظاهر كونه طريقاً لازمه الاقتصار على ما حصل به اليأس ، ومن أن الظاهر من الفتاوى عدم ظهور الخلاف في تعيين الفحص سنة والله العالم .

(بقي الكلام) في حكم الضمان مع الجهل الذي استشكلنا فيه سابقاً بسبب دعوى ظهور دليل الضمان في الأخذ قهراً على المالك لامطلق الأخذ فلا يشمل صورة الجهل (وربما يقال) بإمكان الاستدلال في نفي الضمان بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (وأورد عليه) بكون القاعدة اجنبية عن ذلك (توضيحه) أن مورد القاعدة انما هو في مورد تسليط المالك غيره على ماله مجاناً أو بعوض فان كان تسليطاً مجانياً فلا ضمان كما في الوديعة والهبة والعارية ونحوها من غير فرق بين صحيحها وفاسدها وان كان تسليطاً بعوض ففيه الضمان كما في البيع والاجارة والهبة المعوضة ونحوها من غير فرق بين صحيحها وفاسدها اذ المالك في الجميع هو التسليط في مقابل العوض و لكن كيف كان فلا بد أن يكون التسليط من المالك دون الغاصب أو الجائر (ولكن يمكن المنع عنه) بجعل المورد منطبقاً على القاعدة للأجل اقدام المالك على التسليط بعوض أو بلا عوض بل لمكان اقدام الآخذ مجاناً أو مع العوض

فكل مورد كان أخذه بعنوان المجان فلا ضمان سواء كان بعقد صحيح أو فاسد وكما كان إقدامه في الأخذ مع العوض ففيه الضمان وعلى هذا فيحكم بعدم الضمان في صورة جهله بكون المعطى غير المالك وكان أخذ المصلحة نفسه بواسطة قاعدة ما لا يضمن وعلى هذا فيجمع بين كلماتهم في الحكم بعدم الضمان في مورد الجهل، وبأن المبرور يرجع إلى من غره بجعل مورد الأول فيما إذا أقدم الأخذ على الأخذ المجاني، ومورد الثاني ما إذا أقدم في الضمان المعاوضي (فالمحصل) من هذا عدم الضمان في أخذ الأموال المجهولة بما هي أموال مجهولة إلا إذا تحقق موجب للضمان من الإقدام على الضمان المعاوضي ونحوه وسيجئ في أبواب البيع مزيد توضيح لذلك انشاء الله تعالى .

(أقول) دعوى انصراف عموم على اليد إلى ما كان الأخذ قهراً أو استيلاءً على المالك لم يظهر وجه لعدم دلالة عليه لامن حيث المادة ولامن حيث الهيئة ولامن مدلول السياق .

(الأمر الثالث) في حكم التصديق بما جهل مالكة: اعلم أن الأخبار في هذا الباب على طوائف (فمنها) ما يدل على أن المال المجهول للإمام كخبر داود بن أبي زيد حيث يقول ع فيه: هو الله ماله صاحب غيري، (ومنها) ما يدل على وجوب التصديق به مثل رسالة السرائر وما ورد من الأمر بالتصديق بما جمعه من جوائز بني أمية مؤيداً بأخبار اللفظة والأمر بالتصديق بما يجتمع عند أهل الصياغة، وعلة الوقف المجهول أربابه ونحو ذلك (ومنها) ما يدل على وجوب حفظه وأمسكه والإيصاء به عند الموت، ومقتضى الجمع بين هذه الأخبار هو إبقاء ما يدل على وجوب الحفاظ على مورد الذي هو آثر من لا يجده وارثاً لأجل احتمال محيى صاحبه وحمل أخبار التصديق على أنه باذن

الامام من باب الولاية وأنه أذن بتصدق ماله لأنه أمر بالتصدق عن ماله المجهول، ويشهد لذلك نفس خبر داود، فإن فيه بعد حلف الامام ع بأنه ماله مالك غيره الأمر بالتصدق .

هذا كله فيما اذا لم يظهر المالك بعد. وأما لو تبين المالك بعد الدفع فأمّا أن يكون الدفع الى الحاكم أو الى مستحق الصدقة فإن كان الدفع الى الحاكم فأمّا أن نقول بوجوب الدفع اليه لكون المال للامام وهو نائب عنه أو بجواز الدفع اليه لكونه ولياً على المالك المجهول كما أن المتصدق اذا تصدق بنفسه أيضاً كان صحيحاً لولايته في التصديق بنفسه (فعلى الأول) فهل للمالك أن يرجع الى الدافع أولاً؟ وجهان، اقواهما عدم لكونه مأموراً بالأداء الى الحاكم من باب إيصال المال الى ماله الذي هو الامام ع والحاكم نائب عنه وليس بعد الأداء ضمان فمقتضى كون مجهول المالك للامام ع هو عدم بقاءه على ملك ماله الأول اذ لا يعقل أن يكون للمال مالكين والمفروض أنه قد دفعه الى نائب المالك فلا وجه للضمان. (وعلى الثاني) فهل يضير الدافع ضماناً بالدفع الى الحاكم أولاً؟ ثم على تقدير عدم اقتضاء دفعه للضمان فهل يرتفع به ضمانه السابق (لو كانت يده يضمن) أولاً؟ وجهان اقويهما عدم ضمانه بالدفع الى الحاكم لو لم تكن يده يضمن بل يرتفع ضمانه بالدفع اليه اذا كانت يده يضمن، وذلك لأن دفعه اليه دفع الى ولي المالك وهو بمنزلة الدفع الى نفس المالك. (واحتمل الشيخ الأكبر قدس في الكتاب) ثبوت الضمان بدعوى كون الحاكم وكيلاً عن الدافع للتصدق فيكون تصدقه عن الدافع لأنه قابض عن المالك (وهو مدفوع) بأنه انما يأخذه عن الدافع ولاية منه على المالك لا وكالة عن الدافع مضافاً الى ما سيأتى من الاشكال في ضمان الدافع لو كان هو المباشر للتصدق .

ثم ان المال اما أن يكون باقياً عند الحاكم أو انه تصدق به وعلى الثاني فاما أن يكون عين المال موجوداً عند الفقير أولاً (لاشكال) في عدم استحقاق المالك لشيئ لا على الحاكم ولا على الفقير لو تلف عند الفقير وذلك واضح، حيث أن الحاكم تصدق بمال الامام ع باذنه أو بمال المالك ولاية عليه، و الفقير قد ملكه بأخذه وأتلف ماله الذي ملكه بالأخذ فلا سبيل للمالك عليه بشيئ اصلاً بعد خروجه عن ملكه (ولو كان باقياً عند الحاكم) فهل يعود الى المالك بعد تبينه أولاً؟ وجهان من أنه قد خرج عن ملكه ودخل في ملك الامام (بناء على كونه له ع) ولا وجه لعوده الى المالك بعد خروجه عنه ومن أنه كان بعنوان مجهول المالك و قد خرج عن هذا العنوان بظهور ماله فيعود الى ملكه بعد تحقق موضوعه، وأشكل من ذلك ما لو تصدق به الحاكم وكان موجوداً عند الفقير لصيرورة الفقير مالكا بالأخذ، فهل يكون عنوان مجهول المالك حشية تعليلية في انتقال المال الى الامام ع ومنه الى الفقير بالتصدق عنه ع وكذا في انتقاله الى الفقير بالتصدق عن المالك على القول به؟ أو أن هذا العنوان حشية تقييدية يدور مدارها الحكم جدواً وبقاءً؟ (وقد اختار الأستاذ دام بقاؤه) فيما كان موجوداً في يد الحاكم وظهر ماله قبل الدفع الى الفقير انه يعود الى المالك في أخذه من الحاكم و أما اذا تصدق به الحاكم وكان المال موجوداً عند الفقير فاختار دام بقاؤه عدم عوده الى المالك وأنه لا حق له على الفقير بمطالبة ذلك المال الموجود عنده و لكن الفرق مشكل، (والتمسك) باستصحاب بقاء المال في ملك الفقير بعد ظهور ماله (موقوف) على صحة الاستصحاب في الشك في المقتضى وهو خلاف المختار عند الاستاذ في الأصول وذلك لأن الشك في بقاء المال في ملك الفقير بعد ظهور المالك مسبب عن الشك في كيفية دخوله في ملكه وان ذلك هل كان بعنوان مجهول

المالك على نحو الحيثية التعليلية أو أنه على نحو الحيثية التقييدية فالشك راجع إلى الشك في المقتضى، هذا كله في صورة الدفع إلى الحاكم.

وأما لو كان من يده المال هو المباشر للتصدق به فلا شك في عدم جواز الرجوع إلى الفقير لو لم يبق عنده وفي جواز الارتجاع منه مع وجوده الوجهان المتقدمان وأما بالنسبة إلى الرجوع إلى المتصدق فهل له الرجوع إليه مطلقاً أو ليس له الرجوع مطلقاً. أو يفصل بين ما إذا كانت يده يد ضمان بالقبض فيقال بعدم ارتفاع ضمانه بالتصدق وبين ما إذا لم تكن كذلك فيقال بعدم ضمانه بالتصدق؛ وجوه، أقوىها القول بعدم الضمان مطلقاً، (أما فيما إذا لم يكن ضامناً من أول الأمر فواضح، حيث أن التصديق به وإن كان اتلافاً إلا أن المتصدق ليس هو المتلف حتى يكون ضامناً لعموم من أتلف بل إنما التلف مستند إلى الأمر الشرعي بالصدقة وكون المتصدق ملزماً بها ولا معنى للأمر بالصدقة وبقاء حكم الرد إلى مالكه فيكون الأمر بالصدقة حاكماً إمامياً على دليل مالكية المالك وكاشفاً عن خروج المال عن ملكه، أو على دليل وجوب رد كل مال إلى مالكه وموجباً للتوسعة في الرد وأنه (ح) أعم من الرد إلى الفقير، وعلى التقديرين لا موجب للضمان للمالك أما إخروجه عن ملكه بالصدقة عنه أو لتحقيق عنوان الأداء والرد إليه بتعميمه للرد إلى الفقير (فإن قلت) لامنافاة بين التصديق وبين بقاء الضمان كما في اللقطة حيث يصح أن يتصدق بها الملتقط مع بقاء الضمان، وكما في الوديعة من اللص (قلت) المنافاة إنما هي بين الإلزام بالصدقة وبين الضمان وليس في باب اللقطة إلا الترخيس بالصدقة فإن الملتقط مخير بين الصدقة وبين الحفظ عنده إلى أن يظهر مالكه وهذا بخلاف ما لو تعين الصدقة إلزاماً كما في المقام (هذا فيما لم تكن يده يد ضمان).

وأما لو كان ضامناً من أول الأمر فهل يرتفع ضمانه بالتصدق أولاً ؟ وجهان ، أقوىهما الأول ، لما عرفت من كونه امامصدق الرد أو كاشفاً عن خروج المال عن ملك المالك (وعلى فرض الشك) فالمرجع هو استصحاب الضمان كما يستصحب عدم الضمان في الصورة الأولى و ليس هذا قولاً بالتفصيل بين الصورتين حتى يستشكل فيه بعدم القول بالفصل في المسئلة بل هو تفكيك بين موارد الأحكام الظاهرية حسب اختلاف ما يقتضى انطباق ادلتها على مواردها و ذلك غير عزيز في الأحكام الظاهرية كما لا يخفى ، هذا مضافاً الى أنه لو صح التمسك بعدم القول بالفصل في المقام امكن التعسك بالبراءة فيما لم يكن ضمان سابق و يحكم بعدم الضمان و رفع اليد عن استصحاب الضمان (فيما كان مسبوقاً به) تمسكاً بعدم القول بالفصل ، (والقول) بحكومة استصحاب الضمان فيما كان مسبوقاً به على اصالة البرائة فيما لم يكن مسبوقاً به كما افاده الشيخ (قده) في المكاسب (غريب) لكون الأصلين في موردين ولا حكومة للاستصحاب في مورد على البرائة في مورد آخر (هذا تمام الكلام) في الصورة الثالثة وهي ما لو علم بكون المأخوذ حراماً تفصيلاً مع ما فيها من الفلق و الاضطراب

(الصورة الرابعة) فيما اذا علم باشتغال المأخوذ على الحرام فاما أن يكون مقدار الحرام ومالكه كلاهما مجهولين أو كلاهما معلومين أو مختلفين فان علم بهما أو علم مالكة فقط وجب دفع المقدار المعلوم الى المالك ، و التخلص عنه ولو بالصلح أو البراء في المقدار المجهول . وان علم مقدار الحرام وجهل مالكة فالكلام فيه ما تقدم في الصورة السابقة على تفصيل تقدم فيها ، (وأما مع الجهل بالمقدار والمالك كليهما) فاما أن يحتمل زيادة مقدار

الحرام عن الخمس ونقصانه واما أن يعلم بالزيادة عنه مع الشك في مقدار الزيادة واما أن يعلم بالنقصان عن الخمس مع الشك في مقدار النقصان (لا اشكال) في شمول ادلة الخمس للصورة الأولى (اعنى الشك في اصل الزيادة والنقصان عن مقدار الخمس) لكونه القدر المتيقن منها و أما فيما علم زيادة الحرام عن الخمس فهل يكفي بمقدار الخمس استناداً الى بعض ما دل على أن الله تعالى رضى في حل الأموال بالخمس أولاً يكفي ذلك ؟ وجهان ، وهكذا فيما علم نقصان الحرام عنه فهل يكفي بأداء المقدار المعلوم ؟ أو يجب أداء الخمس نظراً الى اطلاق بعض اخبار الخمس ؟ وجهان وعلى التقديرين فهل يصرف الى مصارف الخمس أو الى مصارف الصدقة ؟ وجهان ، وتفصيل الكلام في ذلك هو كقول الى كتاب الخمس هذا تمام الكلام فيما تعرض

له الأستاذ دامت بركاته في المكاسب المحرمة

ويتلوه الكلام في حقيقة البيع

والحمد لله أولاً وآخراً

مركز تحقيق كتاب توحيد علوم اسلامی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة على سيدنا ونبينا محمد سيد المرسلين وعلى آله الطاهرين ، واللجنة على أعدائهم اجمعين من الآن الى يوم الدين .

قوله قدس سره : كتاب البيع الخ وينبغي أن نحقق أولاً أن البيع مندرج في أي باب من ابواب الفقه فاعلم انهم قسموا الفقه الى عبادات ومعاملات و احكام . والعبادة تطلق على معانٍ (الأول) ما يتوقف صحته على اتيانه بقصد القربة وهذا هو العبادة بالمعنى الأخص (الثاني) ما يؤثر به بقصد القربة ولولم تكن صحته منوطة باتيانه كذلك وهذا هو العبادة بالمعنى الأعم (الثالث) الوظائف التعبدية المقررة . للمكلفين مما لا يتوقف على انشاء اصلاً وهذا اعم من المعنى الثاني ويشمل مثل القضاء والشهادات والمواريث ونحوها (والمعاملة أيضاً تطلق) على معانٍ (الأول) ما لا يتوقف صحته على اتيانه بداعي القربة وهو المعاملة بالمعنى الأعم المقابل للعبادة بالمعنى الأخص ، سواء لم يكن متوقفاً على الانشاء أو توقف من جانب واحد أو من جانبيين (الثاني) ما يتوقف على الانشاء مطلقاً ولو من جانب واحد وهذا اخص من الأول (الثالث) ما يتوقف على الانشاء من جانبيين وهذا اخص من الثاني أيضاً لانحصاره بالعقود .

ثم ان العقود تنقسم الى اذنية وعهدية ، والمراد بالاذنية ما يتوقف على الاذن حد وثأ وبقاء بحيث يرتفع بارتفاع الاذن ولولم يعلم به المأذون كالوكالة الاذنية والأمانة ونحوهما ، وفي ادراجها في العقود مسامحة لان العقد عبارة عن العهد المؤكد ولا عهد في العقود الاذنية لأن قوامها انما هو

بالاذن فقط وانما ادرجوها في العقود لمكان اشتمالها على الايجاب والقبول وعلى هذا فلا يشملها عموم اوفوا بالعقود تخصصاً لاتخصيصاً، و انما قيدنا الوكالة بالاذنية لإخراج ما كان منها مندرجاً تحت العقود حقيقة وهي التي تشتمل على شرائط العقد على ماقرر في محله، و يترتب عليه عدم بطلانها بمجرد رجوع الموكل بل يتوقف على بلوغ الرجوع عن الاذن الى الوكيل. والمراد بالعقود العهدية هي ما تشتمل على العهد و الالتزام، وهي تنقسم الى تعليلية وتنجزية والمراد بالتعليلية ما كان المنشأ معلقاً على أمر كالجعلالة (بناءً على كونها من العقود لامن الايقاعات) وكذا المسابقة والمراماة الوصية، .. والمراد بالتنجزية ما لم تكن كذلك.

وكل واحد منهما ينقسم الى تمليكية وغير تمليكية و التمليلية أيضاً تنقسم الى ما يتعلق بالأعيان و الى ما يتعلق بالمنافع، وكل واحدة منهما اما معوضة أو غير معوضة، فالمعوضة المتعلقة بالأعيان مثل الصالح والبيع، و غير المعوضة المتعلقة بها كالهبة سواء كانت معوضة أولاً، وسواء كان العوض شرطاً فيها أولاً، فان الهبة هي التملك بلا عوض، وانما العوض في المعوضة منها بأزاء التملك بمعنى انها تملك بأزاء تملك لامبادلة مملوك بمملوك ولذا لا تقع بلفظ وهبتك هذا بهذا بل هذا تعبير عن البيع بلفظ الهبة، و في وقوع البيع به كلام يأتي تحقيقه والغرض هنا بيان أنه ليس بهبة بل هو بيع مردد بين الصحيح والفساد بناءً على اعتبار الألفاظ الحقيقية في العقود وعدم وقوعها بالألفاظ المجازية والمشاركة بالاشتراك اللفظي أو المعنوي أو عدم اعتبارها بل وقوعها بكل لفظ دال على المقصود ولو بالقرينة ولا فرق في الهبة في ما ذكرنا بين ما كانت مشروطة بالعوض كما اذا قال وهبتك هذا بشرط أن تهبنى ذلك، أو لم يكن، بل وهبه المتهب شيئاً ابتداءً بعوض هبته

وإن كان بينهما فرق من وجه آخر وهو جواز الرجوع وعدمه حيث لا يصح الرجوع في الأول ويصح في الثاني مالم يهبه المتهب على تفصيل فيهما موكول إلى محله (والغرض) بيان دفع توهم كون الهبة المعوضة من العقود التمليكية المعوضة .

و أما العقود التمليكية المعوضة المتعلقة بالمنافع فكالاجارة، فانها من العقود المعاوضة وإن كانت من جهة أخرى تعفى باب العقود الأمانية لكون العين المستأجرة امانة في يد المستأجر، ولأجل هذه المناسبة إدراجها العلامة (قده) في باب الأمانات كما يمكن إدراج الرهن أيضاً فيها بتلك المناسبة لكون العين المرهونة امانة في يد المرتهن ، كما يمكن إدراجه في باب الدين أيضاً لكونه من ملحقاته .

وأما غير المعوضة المتعلقة بالمنافع فكالعارية بناءً على أن تكون تمليك المنفعة لا باحتها وإلا فتدرج في العقود الأذنية، (فقد تحصل) أن البيع من العقود التنجزية التمليكية المعاوضة المتعلقة بالأعيان .

ثم إن الفرق بينه وبين الصلح الواقع على الأعيان مما لا يخفى (وتوضيحه) أن الصلح عبارة عن حقيقة واحدة وهي التسالم المعبر عنه بالفارسية (باهم برآمدن) لكن ما وقع عليه التسالم يختلف، فقد يكون التسالم على مبادلة العين بالمال فيفيد (ح) فائدة البيع، وأخرى يكون على مبادلة المنفعة بالمال فيفيد فائدة الاجارة وثالثة يقع التسالم على تمليك العين من غير عوض فيفيد فائدة الهبة، ورابعة يقع على إباحة المنفعة فيشمر ثمرة العارية وهكذا... ولكن المعنى وهو التسالم في الجميع واحد، ولذا يجب أن يتعدى بكلمة «على» فلوقيل صالحتك هذا بهذا لم يكن صلحاً بل هو بيع اما فاسداً وصحيح على ما تقدم في الهبة آنفاً (نعم) عن بعض الأصحاب صحة

تعديته بكلمة «عن» فيقال: صالحتك عن كذا، لكن الظاهر انحصار مورد استعمالها بمافى الذمة لامطلقاً (وبالجملة) فالصلح حقيقة أخرى مغايرة مع البيع و يكون أوسع من حقيقة البيع: بل مع كل معاملة يفيد فائدتها، ولذا يقع على الحقوق بل على اسقاط الحقوق أيضاً.

قوله (قده) وهو فى الأصل كما عن المصباح الخ أعلم أنهم ذكروا^(١) فى تعريف البيع عبارة مختلفة كلها تعاريف تقريبية لا معرفات حقيقية لعدم اشتمال البيع على الجنس والفصل كسائر المهيئات المحدودة بالحدود فقل انه مبادلة مال بمال كما نقل عن بعض اللغويين، وقيل انه تمليك عين بعوض، و يشبه أن يكون الفرق بين التعريفين معنوياً لا لفظياً محضاً اذ الظاهر من الأول هو كون البيع عبارة عن تبديل مال بمال آخر، ومن التعريف الثانى هو كونه عبارة عن تبديل ملكية عين بملكية عين أخرى، اذ معنى التمليك هو اعطاء الملكية كما لا يخفى، (ولا يخفى) أن الاعتبار فى باب البيع يساعد الأول لا الأخير اذ الظاهر كونه عبارة عن تبديل المال بالمال لا تبديل الملكية بالملكية (وتوضيحه) يتوقف أولاً على بيان حقيقة الملكية (فنقول) ان الملكية فى باب الأموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فان لها مراتب (الأولى) مرتبة وجدان الشئى حقيقة، بحيث يكون الشئى له حقيقة، وهذا يختص بملك الله سبحانه لمخلوقاته «ولله ملك السموات والأرض» ولا يمكن ادراك كنه هذا المعنى إلا بنحو التقريب، وأشبه شئى به مما يمكننا اكتناحه هو وجدان النفس الناطقة للصور المرتسمة فى صقعها، حيث أن النفس واجدة لها بالوجدان الحقيقى، إلا أنه لمكان كون وجود النفس غير قائم بذاتها لكونها قائمة بمبدعها وبارئها فلا نفسية لوجودها تكون وجدان الصور المرتسمة لها أيضاً كذلك، ولذا صار التمثيل تقريبياً (الثانية) مرتبة

وجدان الشيء حساً وذلك كالتقمص والتعم اعنى الهيئة الحاصلة من احاطة القميص والعمامة على الانسان مثلاً، ومن الواضح أن تلك الهيئة لا تحصل إلا من الاحاطة الخاصة فلا تحصل اذا كان القميص مثلاً في جانب والانسان في جانب آخر (الثالثة) مرتبة وجدان الشيء اعتباراً، وهي عبارة عن اعتبار وجدان الشيء واعتبار كون الشيء لشيئ آخر وهي الملكية المبحوت عنها، وحقيقتها هي علاقة خاصة وازافة مخصوصة بين المالك والمملوك كخيطة متصل بينهما وهي موضوعة للأحكام الشرعية والعرفية وهذا الخيط أمر اعتباري غير حسي، موجود في عالم الاعتبار لا الاعتباري بمعنى أن يلب الأغوال بل له واقعية في نفس الأمر، وحيث أن تلك الازافة الخاصة هي بعينها عبارة عن وجدان شيء يُعبر عنه بالمالك لشيء يُعبر عنه بالمملوك قلنا انها من مقولة الجدة لكنها جدة اعتبارية لا وجود لها في الأعيان، وحيث أن حقيقتها اضافة خاصة بين المالك والمملوك صح أن يقال باندراجها في مقولة الازافة كما عليه المحققون، ولكل وجه، إلا أن بناء الاستاذ على الأول.

اذا ظهر ذلك فنقول من أخرج شيئاً تمس اليه الحاجة هو تبديل الأموال، حيث أنه يمكن أن يكون الجائع عنده الماء ولا يكون لديه الخبز والعطشان يكون واجداً للخبز. ولا يكون عنده الماء بحيث لولم ينتقل مالاً من الأول الى الثاني وبالعكس لهلكاً معاً، فالضرورة تقتضي انتقال المالكين عن محلها والحكمة الالهية اقتضت جعل الدراهم والدنانير ائماناً ميزاتاً لهذه الانتقالات ولمزيد توضيحه موقع آخر.

ثم انك عرفت أن ههنا أموراً ثلاثة مالكة ومملوك وملكية اعنى ذلك الخيط الموجود في عالم الاعتبار، وهذه الامور الثلاثة متحققة في ملك كل واحد من الخبز والماء في المثال المتقدم (فح) يمكن في المقام أن يكون

التبديل بين المالكين أو يكون بين الملكيتين أو يكون بين المملوكين والتبديل بين المالكين هو يالقاء مالك الخبز مثلاً طرف الخيط الاعتباري المتصل بينه وبين الخبز عن عنقه وجعله على عنق مالك الماء وكذا عكسه في مالك الماء فإنه يلقيه عن عنقه ويجعله على عنق مالك الخبز هذا كله في عالم الاعتبار، و على هذا فالخيطان الاعتباريان باقيان بنفسهما و بطرفهما المشدود المرتبط بالمالين وإنما التحويل و التبديل في الطرف المتصل بالمالك، وهذا كما في باب الارث حيث أن الوارث يقوم مقام المورث ويتفرع عليه أنه لو كان المال متعلقاً لحق آخر يكون بما هو كذلك موروثاً (والسرفى ذلك) هو عدم حدوث التغيير والتحويل في ناحية الملكية بل إنما التبديل في طرفها المتصل بالمالك .

وأما التبديل بين الملكيتين فهو بنقل الاضافة والخيط الذى بين مالك الخبز وخبزه مكان الخيط الذى بين الماء ومالكه مع بقاء المال و مالكه على حالهما، فلو فرض حسية ذاك الخيط كان تبديله عبارة عن نقله عن مكانه الخارجى ووضع في مكان الخيط الآخر بلا تغيير مكانى في طرفيه . وأما التبديل بين المالين فهو برفع مالك الخبز طرف الخيط المتصل بالمال وحله عن الخبز وشدّه على الماء في عالم الاعتبار و كذا عكسه في مالك الماء فإنه يحل الطرف المشدود من ذلك الخيط الاعتباري عن الماء و يشده على الخبز مع بقاء الخيطين على ما هما عليه و كذا طرفهما المتصل بالمالك بلا تبديل في ذلك اصلاً (ولا اشكال) في أن اعتبار البيع بحسب العرف ليس تبديل المالكين وانتقال أحدهما مكان الآخر كما كان في باب الارث وإنما الكلام في أن الارتكاز العرفي هل هو مساعد مع الاعتبار الثانى اعنى تبديل نفس الاضافتين؟ أو أنه يساعد مع الأخير اعنى تبديل المملوك

بالمملوك؛ فتعريفه بأنه مبادلة مال بـمال يتناسب مع الأخير، وأنه تمليك عين بعوض يناسب مع كونه تبديل الملكية بالملكية .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الدليل والاعتبار يساعدان مع كون التبديل بين المالكين لا بين الإضافتين، وذلك لأن دليل سلطنة الناس على أموالهم إنما يقتضي نبوتها على الأموال لا على الملكية الاعتبارية التي بينها وبين أربابها، فتبديل الملكية بالملكية يحتاج إلى نبوت سلطنة على الملكية لأن الملكية بنفسها عبارة عن السلطنة على المال ولا معنى للسلطنة على السلطنة ولو فرض تصور معنى لذلك فلا دليل على نبوتها، ولعله لذلك يقال بعدم زوال الملكية عن المال بالأعراض حيث لا دليل على نبوت السلطنة للمالك على إزالة الملكية عن ملكه، هذا بحسب الدليل، و أما بحسب الاعتبار فللوجودان الحاكم بأن فعل البائع والمشتري ليس لا نقل الأموال لا نقل الملكية القائمة بها فالبايع يعطي المثل لأنه يعطي واجديته له والمشتري أيضاً يعطي الثمن لا واجديته له، وهكذا في جميع العقود سواء كانت معاوضة أو بلاعوض. (فان قلت) هذا لا يتم في مثل الهبة فإنها تمليك مجاني، ومعناه هو إعطاء الملكية فالمنشأ في الهبة هو الملكية بلاعوض (قلت) لا فرق فيما ذكرناه بين الهبة وغيرها ففي الهبة أيضاً يكون نقل المال إلا أنه بلاعوض ولازم انتقال المال عن الواهب إلى المتبذّر بنقل الواهب في عالم الاعتبار هو انعدام ذلك الخيط الاعتباري والإضافة التي كانت بين الواهب وبين المال وحدوث إضافة أخرى بين المتبذّر وبين المال الموهوب، لأن فعل الواهب ابتداءً هو إعطاء خيطه الاعتباري وإضافته إلى المتبذّر، (فالمتحصل) من هذا الأمر هو أن حقيقة البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال بمعنى تبديل أحد طرفي الإضافة بطرف إضافة أخرى لأنفس تبديل إضافة بإضافة أخرى .

قوله (قده) والظاهر اختصاص المعوض بالعين الخ. اعلم أنه يعتبر في المعوضين أمور تكون من مقومات البيع مفهوماً بحيث لا يصدق البيع عرفاً إلا بها ، (أما في المعوض) فيعتبر أن يكون عيناً في مقابل المنفعة والحق وذلك لعدم صدق البيع عرفاً على نقل غير العين ، ولا أقل من الشك الموجب لعدم صحة التمسك بالاطلاق من جهة الشك في الموضوع ، ولا ينافي ما ذكرناه من اطلاق البيع على نقل منفعة العبد في بعض الأخبار وذلك لعدم دلالة على كونه كذلك عرفاً إلا ما كان كونه بالعناية.

ثم انه لا فرق في العين بين أن يكون كلياً أو شخصياً وعلى تقدير الكلية أيضاً لا فرق بين كونه كلياً في المعين أو كونه في الذمة وعلى تقدير كونه في الذمة أيضاً لا فرق بين كون اعتباره سابقاً على هذا العقد كييع الدين ممن عليه وبين أن يكون اعتباره بنفس ذلك العقد كما في السلف (لكنه ربما يستشكل) في الكلي في الذمة تارة من جهة انتفاء المالية و أخرى من جهة عدم الملكية ، (وتقريب الأول) هو أن البيع كما عرفت مبادلة مال بمال ، والكلي في الذمة لا يكون مالاً ، إذ لا يقال لمن ليس له حنطة في الخارج أصلاً أنه ذو مال بالنسبة إلى ألف من منها مع أن له أن يبيعه قطعاً (ولا يخفى) أن هذا الاشكال على هذا التقريب يختص ببيع الكلي في الذمة ولا يجري في بيع الدين الذي له اعتبار في الذمة سابقاً على البيع لصدق المال على الدين في ذمة الغير سيما إذا كان مما يسهل استيفائه فيصح فيه تبديل المال بالمال (والجواب عنه) في بيع الكلي في الذمة أن المراد من المال هو ما كان كذلك في حد نفسه ، ولا اشكال في أن ألف من من الحنطة مال عرفاً إلا أنه لم يكن له اعتبار الوجود قبل البيع لأنه ليس بمال قبل اعتبار وجوده و انه كمن من التراب مثلاً لا مالية له عند العرف ، والمعتبر في البيع ليس إلا

مالية العوضين بحيث كانت المبادلة بين المالكين وأما كون الطرفين معالهما اعتباراً لوجود قبل البيع فليس بمعتبر ولا دليل على اعتباره أصلاً (وتقريب الثاني) أن الكلي قبل البيع لا يكون مملوكاً إذ لا يملك الإنسان في ذمته شيئاً مع أن المعتبر في البيع مملوكة العوضين لكل من انتقل عنه على ما هو مفاد «لا بيع إلا في ملك» وهذا الاشكال أيضاً كما ترى مختص ببيع الكلي في الذمة، ضرورة اعتبار ملكية الدين في ذمة الغير السابق على وقوع البيع عليه (والجواب عنه) أن الملكية المعتبرة في البيع عبارة عن السلطنة على البيع ولذا يصح بيع الولي لماله الولاية على بيعه مع أنه ليس ملكاً له، والمراد بالملك في قوله لا بيع إلا في ملك هو السلطنة على البيع، واستعمال الملك بمعنى السلطنة شايع عرفاً قال الله تعالى «قالوا ما اخلفنا موعداك بملكنا» وقوله عز من قائل رب اني لأملكك الانفسى وأخي، ونظائرهما كثيرة ولا شبهة أن الإنسان مسلط على اعتبار شيء في ذمته وهذه السلطنة هي المصححة للبيع.

(فان قلت) بناءً على ما تقدم من أن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع بقاء أصل الاضافة على ما هي عليه لا بد قبل البيع من اعتبار الكلي مملوكاً في ذمة البائع لكي يجعله البائع بالبيع طرفاً لاضافة المشتري و يجعل الثمن طرفاً لتلك الاضافة القائمة بالكلي حتى يتحقق التبديل في الطرفين، وهذا المعنى منافٍ مع اعتبار الكلي في الذمة بالبيع لاقبله (قلت) ليس المعتبر في البيع إلا كون المبيع منتقلاً عن البائع الى المشتري وهو حاصل بالبيع ولا يكون لاعتبار الأزيد منه دليل حتى يكون الالتزام به موجباً للاشكال، هذا ما يعتبر في المعوض

قوله (قده) وأما المعوض لأشكال في صحة كون العوض منفعة سواء

كانت من منافع الأعيان الصامته كمنفعة الدار والدابة أو الناطقة كعمل العبد مطلقاً أو عمل الحر إذا وقع عليه المعاوضة وصار مملوكاً بقصد سابق على هذا البيع كما إذا تملك منفعة الحر بقصد الاجارة فجعلها ثمناً للمبيع، (وأما إذا لم يقع عليه المعاوضة) ففي صحة وقوعه ثمناً يجري الاشكال الجارى في بيع الكلى في الذمة مع جوابه وذلك لعدم اعتباره قبل وقوع المعاوضة ملكاً للعامل ولذا لا يعد من امواله ولا يصير به ذامال بخلاف ما اذا تملكه سابقاً بقصد الاجارة ويترتب على هذا فروع كثيرة (منها) عدم ضمان حابس الحر لمنفعته التي تفوت منه بالحبس حال حبسه مع عدم وقوع المعاوضة عليها قبل الحبس، وضمانه مع وقوع المعاوضة عليها، وذلك لتفويته مال المستأجر (ح) فيتخير المستأجر بين ابقاء العقد والرجوع بعوض المنفعة الى الحابس وبين فسخ العقد والرجوع الى الأجير ثم رجوع الأجير الى الحابس كما أنه يثبت خيار الفسخ للمستأجر فيما لو كان تعذر العمل المستأجر عليه من غير ناحية الحابس وذلك لقاعدة التلف قبل القبض على ما سيأتى (ومنها) حصول الاستطاعة بعد وقوع المعاوضة اذا كان عوض المنفعة بقدر ما يعتبر في الاستطاعة وعدم حصولها قبله، وهكذا غير ما ذكر من الفروع (وبالجملة) الفرق بين عمل الحر وعمل العبد واضح فإن عمل العبد مملوك مطلقاً بخلاف عمل الحر حيث أنه لا يصير مملوكاً إلا بوقوع المعاوضة عليه (والعجب) أن المصنف (قدم) مع عدم تعرضه للاشكال في بيع الكلى ذكر عمل الحر وأشكل فيه مع أنه مشترك معه في الاشكال والجواب معاً، و مقتضى تسالمة في صحة بيع الكلى هو الالتزام بصحة كون عمل الحر ثماً قبل تعيينه بقصد المعاوضة عليه.

(فان قلت) الأمر في عمل الحر أصعب من الكلى في الذمة وذلك من جهة ورود الاشكال فيه من ناحية انتفاء المالية فيه دون للملكي حيث تقدم

أن متناً من الحنطة مثلاً مال في مقابل من من التراب وان لم يكن مضافاً الى البائع وثابتاً في ذمته وهذا بخلاف عمل الحر لعدم اعتبار المالية له قبل العقد أصلاً فيكون حاله قبل وقوع المعاوضة عليه كمن من التراب الذي لا مالية له ، ولذا لا يضمنه الحابس ولا يصير موجباً للاستطاعة ولا للحجر عليه في المفلس .

(قلت): بعد قيام الضرورة على صحة بيع الكلى واجارة عمل الحر لا بد من اعتبار البيع والاجارة على وجه ينطبق عليهما (فنقول) القدر الجامع بين بيع العين بالعين و بيع الكلى بالكلى و بيع الكلى بعمل الحر، أن يقال انه لا يعتبر في البيع إلا انتقال شئ من شخص الى آخر و انتقال شئ من الآخر اليه ، وهذا يتحقق في جميع هذه الصور ، وليس في اعتبار الزائد عليه دليل ، ولا ملزم للقول به ، وعدم مساعدة تعريف المصباح بأنه مبادلة مال بمال غير مضر بعد لزوم أخذه بمعنى ينطبق على بيع الكلى ، وذلك بعد فرض صحته بداهة ، وأما عدم اعتبار المالية في عمل الحر فمدفوع ، وما استدل به على عدم اعتبارها فيه من عدم الضمان ونحوه مما ذكر غير دال عليه (أما عدم الضمان) فلا مكان أن يكون منشأ عدم صدق الاستيلاء على الحر دون العبد ، و الاستيلاء على المنافع إنما هو بتبع الاستيلاء على الأعيان (وأما عدم حصول الاستطاعة) بواسطة عمل الحر قبل وقوع الاجارة عليه فهو مشترك بينه وبين منافع الأموال حيث لا يحسب منفعة السنين المتعدية من الدار والبستان مالا فعلياً موجباً للاستطاعة ولو كان يحصل بها الاستطاعة على تقدير الاجارة فمن كان مالك دار تستأجر كل سنة بمائة لا يصير مستطيعاً باعتبار كونه مالكا لمنافعها عشر سنين مثلاً وان كان لو آجرها عشر سنين بألف يصير مستطيعاً ، و بهذا يظهر الجواب عن مسألة الحجر على المفلس أيضاً

(وبالجملة) فالأقوى صحة جعل عمل الحر عوضاً في البيع مطلقاً من غير اشكال.
قوله (قده) وأما الحقوق الأخرى الخ لا يخفى أن كلمة «الأخر» لا
يناسب ذكرها في المقام لعدم ذكر حق قبل هذا الكلام ولعله لذا لم تضبط
في بعض النسخ، ويمكن أن يكون قد أريد الحق من عمل الحر وكان الاتيان
بكلمة «الأخر» في مقابل عمل الحر.

(وكيف كان) فالكلام يقع تارة في تعيين الحق وتمييزه عن الحكم،
وأخرى في جواز وقوعه ثمناً (أما الأول) فالكلام فيه أيضاً تارة في بيان حقيقة الحق
ثبوتاً، وأخرى في بيان المائز بينه وبين الحكم في مرحلة الإثبات (أما المقام الأول)
فالحق هو السلطنة على الشيء ومرتبة ضعيفة من الملكية قائمة بمن له الحق
ومن عليه وقد كان بعض الاساطين يعبر عنه، (ملكياً نارسيده) وأما المقام
الثاني فالأقوى هو ما نقل عن الشهيد (قده) في المائز بينهما من كون الحق
ما يسقط بالاسقاط دون الحكم، فأول درجة الحق هو ما يقبل السقوط بالاسقاط
فإن أحرز قابليته لذلك فهو، ومع الشك يكون المرجع اصالة عدم السقوط
بالاسقاط، وهي وإن لم يثبت بها الحكم إلا أن أثره يترتب عليه بمعنى أنه
يعامل معه معاملة الحكم، فتحصل أن حقيقة الحق هي السلطنة على الشيء
وكون زمامه بيده بحيث يكون له القدرة على الاعمال والاسقاط كما قالوا
أن الخيار هو ملكك فسخ العقد وابقائه (وأما الثاني) اعني الكلام في جواز
وقوعه ثمناً، فنقول: لا يخلو الحق إما أن يكون قابلاً للاسقاط فقط دون النقل
وأما أن يكون قابلاً للنقل أيضاً أما الى معين أو مطلقاً، فهذا بثلاثة أقسام، وكل
منها إما مجاناً فقط أو مطلقاً ولو مع العوض فما يختص بقابلية الاسقاط مجاناً
كحد القنف حيث لا يصح أخذ العوض في اسقاطه كما أنه لا يقبل النقل، وما يصح
اسقاطه بعوض كحق القسم حيث أنه قابل للاسقاط عن الزوج بعوض.

وما يقبل النقل الى معين بعوض أو مجاناً كحق القسم أيضاً حيث أنه يصح نقله الى الضرة بناءً على جواز المعاملة عليه ، وما يضح نقله الى الغير مطلقاً كحق التجبير ونحوه حيث أنه قابل للنقل الى كل احد ولو مع العوض ، (وحكم هذه الاقسام) هو عدم قابلية شئى منها لأن يقع ثمناً وذلك لوجهين (أحدهما) مشترك فى الجميع (والآخر) جارٍ فى بعضها دون الآخر أما البرهان المشترك فتقريره أنه لوجاز المبادلة بين الملك والحق يجعل الأول مبيعاً والآخر ثمناً للزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً والتالى باطل (بيان الملازمة) أن البيع كما عرفت عبارة عن تبديل طرفى الاضافة وخروج كل من العوضين عن طرفيته للاضافة الى من هو له وصيرورته طرفاً للاضافة الآخر ، ويعتبر فيه أمور ثلاثة (أحدها) كون كل من العوضين طرفاً للاضافة ولو فى رتبة البيع لاقبلها كما فى بيع الكلى (ثانيها) كون خروج كل منهما عن ملك احدهما الى الآخر فى قبالة خروج بدله عن ملك صاحبه اليه وذلك فى قبالة ما ليس فيه عنوان المعاوضة كالهبة ونحوها (وثالثها) أن يدخل كل واحد من العوضين فى ملك من خرج منه العوض الآخر لا الى الأجنبي وذلك فى قبالة خروج المعوض عن ملك زيد ودخول الثمن فى ملك شخص آخر كما فى بيع الغاصب لنفسه اذا أجاز له المالك فانه خارج عن حقيقة البيع العرفى (اذا عرفت هذا فنقول) لو باع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علقته البايع هو الملك والداخل تحت علقته هو الحق وقد تقدم أن البيع هو المبادلة بين طرفى العلقه لايين نفس العلقين ، فالعلقه التى بين البايع والمبيع هى العلقه الخاصة التى يعبر عنها بالملكية والتى بين المشتري والعوض هى التى يعبر عنها بالحق وطرف علقه البايع كان ملكاً لكونه طرفاً للملكية وطرف علقه المشتري كان حقاً ، وتبديل الطرفين مع بقاء العلقين يقتضى أن يصير الملك

الذى كان طرفاً لاضافة الملكية التى كانت بينه وبين البايع طرفاً للسلطنة الفعلية التى كانت بين المشتري و بين ما قام به الحق مثل الأرض المحجرة و الحق الذى كان طرفاً للاضافة الخاصة التى بين المشتري و بينه طرفاً للملكية التى هى بين البايع والملك فيلزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً أى صيرورة ما كان طرفاً للملكية طرفاً للحق وما كان طرفاً للحق طرفاً للملكية و هذا خارج عن حقيقة البيع .

(وأما البرهان المختص ببعض الأقسام) فتوضيحه أن ما لا يقبل إلا للإسقاط مجاناً فعدم وقوعه نمناً للمبيع ظاهر حيث أنه لا يصح وقوع المعاوضة عليه حسب الفرض ، وأما ما يقبل الإسقاط بعوض فلأن المبعول عوضاً للثمن لا يخلو أما أن يكون نفس إسقاط الحق بلا انتقاله الى من عليه الحق أو يكون الثمن انتقاله اليه فيترتب عليه الإسقاط ، وشئى منهما لا يصلح لأن يكون عوضاً للمبيع (أما الأول) فلأن الإسقاط لا يعقل أن ينتقل عن المشتري الى البايع بل هو إسقاط عما هو عليه فليس مما يدخل تحت البيع لأجل عدم انطباقه عليه بواسطة عدم صيرورة ما كان طرفاً لاضافة المشتري طرفاً لاضافة البايع كما لا يخفى (وأما الثانى) فلأن انتقال حق المشتري كحق الرهانة مثلاً الى البايع غير معقول كما لا يعقل انتقال هذا الحق الى الراهن وذلك لأن حق الرهانة عبارة عن سلطنة الدائن فى استيفاء دينه عن العين المرهونة التى هى ملك للراهن ، ولا يعقل سلطنة المديون الذى صاحب المال المرهون فى استيفاء الدين عن عين ماله فمهمة هذا الحق متقومة بكونها قائمة بفسر من عليه الحق بحيث لا يعقل قيامه بمن عليه الحق ، وكذا حق الخيار الثابت للمشتري حيث أنه سلطنة على فسخ العقد على البايع ولا يعقل قيام السلطنة على البايع بنفسه بحيث يكون مسلطاً على نفسه فى فسخ العقد بمعنى صيرورة

حق المشتري له مع حفظ عدم الحق للبايع فى الفسخ ، وهكذا حق القسم الذى للزوجة على الزوج فان الزوج لا يعقل أن يصير ذاق حق القسم على نفسه ، وكذا سائر الحقوق التى لا يقبل الانتقال الى غير من عليه الحق ولو كان قابلاً للاسقاط بعوض .

(فان قلت) هذا منقوض ببيع الدين ممن هو عليه حيث أنه لا يصح اعتباره ملكاً للمشتري ولو أنا ما اذلا يعقل أن يصير الشخص مديوناً لنفسه مع أنه يصح البيع منه من غير اشكال وليس مصحح بيعه منه إلا دخوله فى ملك المشتري أنا ما ، ثم تعقبه بالاسقاط (قلت) الفرق بين الحق والدين واضح حيث أن الدين لا يكون مقيداً بكونه فى ذمة المديون ، كيف « وإلا لم يعقل ادائه بتطبيقه على ما فى الخارج اذا الخارج لا يكون مصداقاً للكلى المقيد بما فى الذمة ، والكلى بهذا القيد يستحيل أن ينطبق على ما فى الخارج أصلاً ، بل الدين انما هو الكلّى الذى يستحقه الدائن على المديون و من استحقاقه عليه يعتبر فى ذمته لأن الكلّى المقيد بما فى ذمته يعتبر عليه و على هذا فاعتبار ملكية المديون لمثله الذى لا يكون مقيداً بما فى ذمته بمكان من الامكان ويترتب على اعتباره ابراء ذمته عما يستحقه الدائن ، وهذا بخلاف الحق على من عليه الحق ، كحق القسم مثلاً فان قوامه أن يكون عليه ولا يعقل أن يكون له على نفسه حق القسم أو حق استيفاء الدين فى الرهن وأمثالهما (نعم) لو كان الدين عبارة عن الكلّى المقيد بذمة المديون لكان اللازم عدم صحة البيع منه لاشتراكه (ح) مع الحق فى الاشكال حيث أنه لا يعقل أن يصير الانسان ما لكأ لما فى ذمته كما لا يعقل أن يصير ذا سلطنة على نفسه لكن الأمر فى الدين لا يكون كذلك .

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما أجاب به (قدمه) فى الكتاب حيث أن الظاهر

منه تسليم كون الدين فى ذمة المديون وأنه مع ذلك يريد أن يفرق بينه وبين الحق بكون الحق سلطنة فعلية والدين ملك و الملك نسبة بين المالك و المملوك فالحق لا يعقل قيامه بطرفيه بشخص واحد دون الملك حيث لا يحتاج الى من يملك عليه (وجه الفساد) ان الدين لو كان مقيداً بما فى ذمة المديون لاحتاج قطعاً الى من يملك عليه و يلزم استحالة اتحاد المالك و المملوك عليه كما فى الحق بعينه إلا أن الدين ليس كذلك بل المديون مطالب باداء المملوك الذى هو المنشأ لاعتبار العهدة عليه لأن المملوك المقيد بكونه فى ذمته مملوك للدائن (ويمكن) أن يكون قوله (قده) فافهم اشارة الى ما ذكرناه من الضعف وسوء التأدية (وكيف كان) فالحق هو عدم صحة جعل الحق عوضاً كما بيناه .

قوله (قده) ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة النخ اعلم أن البيع فى عرف الفقهاء قد عُرِفَ بتعاريف لا يخلو شئ منها عن المسامحة (منها) ما فى المبسوط والتذكرة وهو انتقال عين من شخص الى غيره (النخ) والمسامحة فيه واضحة حيث أن الانتقال ليس حقيقة البيع بل هو اثره فتعريفه به تعريف للشئى باثره (ومنها) تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال (واورد عليه) بأن الايجاب والقبول من مقولة اللفظ والبيع من مقولة المعنى مضافاً الى أن الايجاب والقبول آلة للانشاء و لا يكون البيع مسبباً عنهما نحو تحقق المسببات التوليدية عن اسبابها (هذا كله) مع أن البيع ليس عبارة عن مجموع الايجاب والقبول بل هذا المركب عند تحققه بكلا جزئيه يكون ايجابه بيعاً وقبرله شراءً على ما سيأتى توضيحه ، وبالجمله فهذا التعريف ليس بشئى .

(ومنها) مانع جامع المقاصد من أنه نقل العين بالصيغة المختصة

وأورد عليه المصنف (قده) بوجوه (الأول) ان حقيقة البيع لو كان هو النقل للزم صحة ايجابه بلفظ نقلت (ولا يخفى مافيه) وذلك لعدم الملازمة بين تعريفه بالنقل وبين تحققة فى عالم الابداد والانشاء بلفظ نقلت فان التعريف كما يصح أن يقع بالجنس القريب يصح أن يقع بالجنس البعيد وان كان ارتكابه مع امكان التعريف بالجنس القريب لا يخلو عن مساهلة لكن الابداد بالجنس البعيد غير معقول .

(وتوضيحه) أن حقيقة البيع امر ايجادى من البسائط الخارجية المتحققة فى عالم الاعتبار توجد بايجاد المنشئ بآلة انشائه و ايجاده ، والبسائط الخارجية لمكان بساطتها لاجنس لها ولا فصل و لا يكون لها اجزاء لكنها فى مقام التعريف و التحديد يمكن أن يعرف فى عالم المفهوم بما يكون جنساً قريباً كما يمكن أن يعرف بما يكون جنساً بعيداً ويميزها بما ينضم الى الجنس من القيود نحو تحديد الانسان بالجسم النامى الحساس الناطق .

اذا عرفت ذلك فاعلم أن النقل لما كان أعم من النقل الخارجى وهو النقل من مكان الى مكان آخر، و من النقل الاعتبارى أى النقل الحاصل بالبيع الذى هو تبديل الشئى عن طرفية اضافة وجعله طرف اضافة أخرى وكان البيع هو النقل الاعتبارى صح تعريفه بالنقل الأعم ولم يصح ايجاده بالنقل، (اما صحة تعريفه به) فلكونه تعريفاً بالأعم، وقد عرفت جوازه بعد ضم ما يوجب اختصاصه بالمعرف (وأما عدم صحة ايجاده به) فلأن ايجاده بالنقل عبارة عن انشاء مادة نقلت التى هى النقل باستعمال تلك الهيئة فى عالم الاعتبار، فاستعمال تلك الهيئة آلة لايجاد تلك المادة فى عالم الاعتبار، فهنا ايجادان وانشاءان: (احدهما) ايجاد الربط الخاص بين مفهوم النقل و بين الضمير الراجع الى الفاعل فى موطن الاستعمال ، و هذا معنى حرفى قائم بالاستعمال

(وثانيهما) ايجاد مصداق النقل بذاك الاستعمال فى موطن آخر ما عدى موطن الاستعمال، والمعنى الموجد بالايجاد الثانى معنى مشترك بين النقل الخارجى والاعتبارى لكن البيع عبارة عن النقل الاعتبارى الذى هو احدى مصداقيه ، فايجاده بالنقل الأعم لا يمكن إلا بضم قيد آخر به بحيث يكون انشاء النقل بضميمة انشاء هذا الأمر المنضم اليه كلاهما يعنى النقل الخاص وهو ينافى بساطة البيع الخارجى لاستلزامه كونه متدرجاً فى الوجود بأن يوجد جزء منه بجزء من آلة انشائه وجزئه الآخر بجزء آخر (فظهر) أن صحة تعريف مفهوم البيع بالنقل لا يستلزم صحة ايجاد مصداقه به فى مرحلة الايجاد .

(الوجه الثانى) أن البيع لو كان عبارة عن النقل بالصيغة بمعنى كون هيبته عبارة عن النقل بها لكن انشائها بالصيغة مستلزماً لايجاد النقل بالصيغة مع أن النقل بالصيغة لا يقع بالصيغة بل انما النقل يقع بها (ولا يتحقق ما فيه أيضاً) فان الغرض من هذا التعريف جعل النقل بمنزلة الجس البعيد للتعريف وكلمة «بالصيغة» بمنزلة الفصل له فيكون المجموع منهما معرفاً للبيع، فيقال ان حقيقة البيع نقل واقع بالصيغة لأن النقل بالصيغة واقع بها وهذا كما يقال ان الانسان حيوان ناطق اذ لا يصح أن يرد عليه بأنه فى معنى أن الحيوان الناطق ناطق كما لا يخفى .

(الثالث) ان هذا التعريف دورى لأن الصيغة المخصوصة هى صيغة بعث فيكون تعريف المادة اعنى البيع بما يشتق منه دورياً (وهذا أيضاً مندفع) بأن الصيغة المخصوصة لا تختص بكلمة بعث بل هى اشارة الى ما يقع آلة لانشاء البيع من الصيغ فليس معرفة البيع متوقفاً على معرفة صيغة بعث حتى يلزم الدور .

(الرابع) أن المعاطاة عنده بيع مع خلوه عن الصيغة (والانصاف)

ان هذا الایراد وارد علیه اللهم إلا أن یراد بالصیغة ما هی آلة لإنشاء البيع بالمعنى الأعم من القول والفعل أو یكون المراد من المعرف خصوص غیر المعاطاتی منه المتفق على كونه بیعاً فتأمل (وحق الایراد علیه) أن التعریف بالجنس البعید مع امكان تعریفه بالجنس القریب بعید وأما الایرادات السابقة فشیئ منها الایرد علیه

(ومنها) ما ذكره المصنف (قده) من أنه إنشاء تمليك عين بمال ولا يخفى أنه یرد علیه الوجه الذى أورده على تعریف جامع المقاصد بعینه ضرورة استحالة إنشاء التملیک اذ لا معنى لإنشاء الانشاء، مضافاً الى أنه یصدق على الایجاب وحده و لولم یقرن بالقبول مع أنه ليس بیعاً قطعاً لكون تحقق البيع من البایع فى ظرف تحقق القبول من المشتري على ما یأتى بیانه (ثم انه قد أورد علیه) بوجوه كثيرة لا محصل لشیئ منها إلا سؤال الفرق (ح) بینه وبين القرض اذ كل منهما إنشاء تمليك عين بمال (والجواب عنه) هو كون العوض فى البيع امرأ مخصوصاً وقع طرفاً للمبیع وكانت المبادلة بینه وبين الآخر بخلاف القرض حیث أن التملیک فیہ ليس بازاء العوض بل هو تمليك بضمان مثله أو قیمته فى ذمة المقرض فهو من هذه الجهة اشبه بباب الضمانات وان كان من حیث توقفه على الانشاء من باب العقود، (ولا يخفى) أن الباعث له (قده) فى زیادة كلمة الانشاء فى التعریف هو تعمیم دائرة البيع بالنسبة الى الصحیح والفساد، لأن البيع الفاسد لا یكون تمليکاً، بل هو إنشاء التملیک، فلو قيل بأن البيع هو التملیک لخرج عنه البيع الفاسد (ولكن فیہ أولاً) ان هذا المحذور ليس بال لازم لأن التملیک فى نفسه اعم من الانشائی وغیره اعنى به التملیک الصحیح والفساد لأن المنشئ للبیع انما یوجد بالبيع وينشئه على كل حال، و اما وقوع المنشأ فى الخارج لدى العرف والشرع فليس داخلاً فى

المنشأ حتى يلزم منه محذور (وثانياً) أنه لا محذور فيه على تقدير لزومه و ذلك لا يمكن الالتزام بخروج الفاسد عن حقيقة البيع واختصاصه بالصحيح كما التزم به الشهيد (قده) على ما يأتي .

فأجود التعاريف هو هذا التعريف لكن مع اسقاط كلمة الانشاء و تبديل لفظ التمليك بالتبديل فيقال أن البيع تبديل عين بمال، أما وجه اسقاط كلمة الانشاء فقد اتضح مما تقدم. وأما وجه اختيار التبديل على التمليك فلما عرفت من أن البيع يرد أولاً على مبادلة المال بالمال وطرف الاضافة بطرف الاضافة ويلزمه التمليك، فالمضمون الأولي من البيع هو التبديل لا التمليك فيكون الأولي تعريفه بما هو مضمونه الأولي والله العالم.

قوله (قده) ويظهر من بعض من قارب عصرنا الخ المراد به فقيه عصره كاشف الفطاء (قده) في شرحه على القواعد وليعلم أولاً أن في كون البيع وغيره من الفاظ عناوين المعاملات كالصالح والاجارة والهبة ونحوها اسامي للأسباب المحصلة لما يتحصل منها من المسببات أو أنها اسامي لنفس المسببات ثم على الأول قول البيع مثلاً اسم لنفس الايجاب الصادر عن البائع مطلقاً سواء اقترن به القبول من المشتري أم لا أو أنه اسم للايجاب المتعقب بالقبول بحيث لا يصدق عليه البيع إلا بعد صدق التعقب على نحو الشرط المتأخر، أو أنه اسم للايجاب لا مطلقاً ولا مع وصف اتصافه بالقبول بل اذا تحقق القبول بمعنى أن هذه الجملة المركبة من الايجاب والقبول بعد تحققها بجزئها يكون جزئها الصادر عن البائع بيعاً وجزئها الصادر عن المشتري شراء لأن فعل البائع اعنى الايجاب بيع مطلقاً أو مع اتصافه بالتعقب بالقبول ولو قبل تحقق القبول على نحو تحقق النقل ببيع الفضولي من حين العقد بواسطة اتصافه بالتعقب بالاجازة (لوقلنا بتصحيحه بعنوان تعقبه بالقبول)، وجوه .

والحق (بناءً على كون ترتب آثار تلك المعاملات عليها على نحو ترتب المسببات على أسبابها الأعلى نحو ترتب المعاني الإيجابية على آلة إيجادها وإنشائها) هو كون هذه الألفاظ اسامي للمسببات دون الأسباب وعلى تقدير كونها اسامي للأسباب فهي اسامي للإيجاب في ظرف حصول القبول على النحو الذي تقدم من أنه عند تحقق الإيجاب من البائع والقبول من المشتري يكون إيجابه بيعاً وقبول ذلك شراءً، لأنها اسامي للإيجاب مطلقاً وللمجموع المركب منه ومن القبول، ولأنه بقيد التعقب بالقبول، وذلك لتبادر ما ذكرناه منها عند الإطلاق، فإن المنسب من قول القائل: باع فلان داره، هو فعل ما هو وظيفة البائع بما يترتب عليه الأثر من النقل والانتقال من المعلوم أنه عبارة عن إنشاء البيع في ظرف تحقق القبول من المشتري لامطلقاً ولا هو مقيداً بالتعقب بالقبول ولا للمجموع المركب منهما.

وليعلم أن محل الكلام في دعوى الانسباق المذكور أنها في ما لم يكن قرينة دالة على إرادة إحدى هذه المذكورات وإلا كان ما دلت عليه القرينة هو المتعين ففي مثل شرط البيع ونذره الذي يكون المراد منه هو الإيجاب مطلقاً خارج عن محل البحث فلا يصح الاستدلال على كونه عبارة عن الإيجاب المطلق بكونه عند الشرط والنذر عبارة عنه، وذلك لأن إرادته بذلك المعنى إنما هي من جهة خصوصية الشرط والنذر (و توضيحه) أن البيع بغير معنى الإيجاب المطلق غير مقدور للبائع (أما بمعنى المسبب) فواضح حيث أنه يحصل بفعل البائع والمشتري، والأمر الحاصل بما هو خارج عن اختيار البائع أعني قبول المشتري خارج عن اختياره لا محالة وأما بمعنى الإيجاب المتعقب بالقبول أو الإيجاب في ظرف القبول فهو أيضاً خارج عن قدرة البائع لتوقف تحققه على قبول المشتري الخارج عن قدرة البائع فإذا تعلق النذر بالبيع أو صار

متعلقاً للشرط كما اذا باع بشرط ان يبيع المشتري من ثالث فلا يخلو إما أن يعلم بكون البيع الذي تعلق به النذر والشرط هو بمعنى الإيجاب فقط أو يعلم أنه باحد المعاني الأخر صار متعلق النذر و الشرط أو يشك في ذلك (فعلى الاول) يصح النذر والشرط ، ولازمه تحقق الوفاء بانشاء الإيجاب ولولم يتحقق القبول من المشتري فلو كان الشرط هو البيع من زيد صدق الوفاء بمجرد إيجاب المشروط عليه ولولم يقبل زيد بنفس هذا الإيجاب لا يصير المشروط له مسلطاً على فسخ العقد الذي وقع في ضمنه الشرط (وعلى الثاني) اعني ما اذا كان البيع بمعناه الغير المقدور شرطاً أو منذوراً فيبطل الشرط والنذر وذلك لاعتبار القدرة على متعلقهما في صحتهما (وعلى الثالث) فيلحق بالاول في حكمه ، - وكيف كان - فمن اعتبار القدرة في متعلق الشرط والنذر وظهور أن المشروط له والناذر انما تعلق غرضهما بالصحيح منهما يستكشف أن متعلق الشرط والنذر هو المعنى المقدور من البيع، وليس هذا دليلاً على كون البيع اسماً للخصوص هذا المعنى المقدور، ولذا تريهم مع الحكم بتحقيق الشرط بالإيجاب فقط وحصول الوفاء بالنذر به لا يقولون بحصوله بالإيجاب وحده ابتداءً ولا يقولون بصدق البيع على فعل البائع فقط وليس هذه التفرقة إلا لما ذكرناه.

إذا تبين ذلك فاعلم أن غرض المصنف (قده) من نقل كلام كاشف الغطاء (قده) هو دفع ما يؤرد على تعريف البيع من أنه لاشبهة في كونه فعل البائع والموجود بإيجاده، ولازم ذلك هو تحققه ولومع عدم القبول لكنه لا يتحقق إلا معه ، كيف؟! وإلزام أن يكون إيقاعاً لا عقداً (وحاصل ما أفيد في دفعه) أمور (الاول) ما نقله المصنف (قده) عن فقيه عصره من كون الإيجاب المتعقب بالقبول هو البيع لا مطلقاً فاذا لم يتحقق القبول يستكشف منه عدم تحقق البيع أيضاً

(ويرد عليه): إن الشرط المتأخر بهذا المعنى وإن كان ممكناً لكنه فى المقام مستلزم للالتزام بدخل التعقب بالقبول فى مهية البيع مع أن حقيقة البيع الصادر من البائع لا يكون منوطاً بالقبول (الثانى) مانعه أيضاً، وحاصله هو كون البيع عبارة عن مجموع الإيجاب والقبول، وهذا أيضاً فى الفساد كالاول ضرورة أن قبول المشتري إنما هو قبول البيع ومطابقة له، ولا يعقل أن يصير جزء من مهية البيع (الثالث) مانعه أيضاً من أنه عبارة عن الأثر الحاصل من فعل البائع والمشتري على ما يظهر من تعريف المبسوط (وفيه أيضاً) أن الكلام فى ما ينشئه البائع ويؤجده بإنشائه، والانتقال هو الأثر الحاصل من فعلهما.

(الرابع) ما أفاده المصنف (قده) بقوله (فالبائع وما يساويه معنى من قبيل الإيجاب والوجوب لا الكسر والانكسار) و توضيحه أن الفرق بين الإيجاب والوجوب وبين الكسر والانكسار هو بإمكان التفكيك بين الإيجاب والوجوب وعدم تحقق الوجوب بالإيجاب لتوقفه على أمر غير حاصل كما فى باب الوصية حيث إن إنشاء الملكية يتحقق حين الإنشاء لكن المنشأ يتحقق حين الموت وكما فى بيع الصرف والسلم ونحوهما مما يتوقف تحقق المنشأ بعد إنشائه على أمر آخر مثلاً لقبض (وهذا بخلاف الكسر والانكسار) ضرورة استحالة التخلف بينهما لعدم إمكان تحقق الكسر بدون الانكسار فالبائع عبارة عما يصدر من البائع ولو لم يتعقبه القبول كما أن الإيجاب قد يتحقق من السافل بالنسبة إلى العالى لكنه لا يتحقق الوجوب وإن كان ما صدر عنه وجوباً عنده لكنه ليس وجوباً واقعاً.

ولكن يرد عليه (قده) أن محض الإيجاب من دون تعقبه بالقبول ليس بيعاً، والذى يدل على ذلك هو أنه لو أقر بيع ماله ثم فسر بإنشاء الإيجاب فقط وأنه لم يصدر القبول من المشتري لم يقبل منه وكان تفسيره بذلك إنكاراً

بعد الاقرار، ولو كان المفهوم من البيع هو نفس الإيجاب الصادر عن البائع لما كان لعدم قبول قوله وجه، (ولا ينتقض) بباب الشرط والنذر (لما تقدم) من أن تعلق النذر والشرط به قرينة على كون المراد من متعلقهما هو نفس الإيجاب ولولم يتعقبه القبول من جهة عدم تعلقهما إلا بالمقدور وان تعقبه بالقبول ليس مقدوراً للبائع.

الوجه الخامس (وهو المختار) ما تقدم سابقاً وحاصله أن البيع عبارة عما يصدر من البائع لكن لا مطلقاً ولا مشروطاً بالتعقب بالقبول، بل في ظرف تحقق القبول بمعنى أنه إذا تحقق جملة الإيجاب والقبول من البائع والمشتري كان الصادر من البائع بيعاً والصادر من المشتري شراءً (و توضيحه) ان البيع الاسم المصدري اعني المنشأ بآلة الانشاء له اضافتان احديهما الى البائع والأخرى الى المشتري فالبيع ينشئه بما هو موجود بايجاده وقائم به اعني باضافته القائمة به و المشتري أيضاً بوجوده باضافته القائمة به لا بالبائع وهو يتحقق بمجموع الإيجادين والانشائين كالجسم الثقيل الذي يرتفع برفع الانثين بحيث يكون رفع كل منهما عند رفع الآخر لا قبله مطلقاً لا مقيداً برفع الآخر (و على هذا) فيرفع أساس الأشكال من غير محذور في الين.

فان قلت فعلى هذا فالذي ينشئه البائع لا يكون بيعاً لكون البيع على هذا عبارة عن جزء الجملة الصادر احد جزئيهما من البائع والآخر من المشتري فمالم تتحقق الجملة لا يتصف فعل البائع بكونه جزء من الجملة، ومالم يتصف بالجزئية لا يكون بيعاً مع انه لا اشكال في أن البائع ينشئ البيع و يقصد ايجاده بآلة الانشاء (قلت) ما ينشئه البائع انما هو قوة البيع التي تصير بيعاً عند تحقق الجملة بصدر القبول من المشتري فهو انما يوجد بانشاءه ما يصير بيعاً فعلياً بعد تحقق القبول ولا يلزم منه محذور استعمال اللفظ في غير معناه

لأنه يقصد بفعله واستعماله إيجاد مادة البيع وقوته التي تبلغ مرتبة الفعلية بعد تحقق الجملة ، وهذا جارٍ في جميع التدريجيات فإن أجزاء الصلوة كالحمد والسورة إنما تصير جزء من الصلوة بعد تحقق الجملة ، و لمكان تدريجيتها في الوجود يكون لكل واحد منها في موطن تحققه قوة أن يصير جزء من الصلوة في وجوده المصلي بواسطة تلك الشأنية لكي يصير صلوة بعد تحقق الجملة فالوجود من المصلي بالقصد والإرادة ليس هو الجزء الفعلي من الصلوة بل إنما هو يقصد إيجادها له أمكان الجزئية الذي ينتهي إلى الفعلية بعد تحقق الجملة، وهذا المقدار كافٍ في صحة سناد إيجاد الجزء إليه ، وهكذا في المقام يكون الصادر عن البائع هو الذي يصير جزء من الجملة وبصيرورته جزء منها يكون بيعاً فعلياً في مقابل ما إذا أنشأ البيع من دون أن يكون قابل في البين فانه ليس بيعاً شأنياً أيضاً بل هو هل محض كما إذا قرء الحمد من دون قصد الصلوة فانها لا تكون جزء بالقوة أيضاً ، والحاصل أن المنشأ بإنشاء البائع عبارة عن قوة البيع التي تصير بيعاً فعلياً عند تحقق القبول ، وهذا هو القابل للإيجاد بإنشائه وإيجاده.

مركز تحقيق تكاميل علوم اسلامی

(وبتقرير آخر) إن الأفعال البسيطة الصادرة من الفاعلين على قسمين (أحدهما) ما يكون تمام زمامه وقوام إيجاده بيد شخص واحد كباب الإقاعات (والثاني) ما يتوقف وجوده على فعل الطرفين، وما هو بيد اختيار أحدهما في هذا القسم إنما هو إيجاده الإعدادي كما أن ما يبدأ الآخر إنما هو مطاوعة ذلك الوجود الإعدادي، فما لم يتحقق المطاوعة من الآخر لا يتحقق ما هو تمام المعنى، والبيع وغيره من العقود من هذا القبيل، فانه ليس معنى حاصل بالايجاب فقط بل إنما يحصل بالايجاب المتحقق في ضمن المجموع المركب من الايجاب والقبول بحيث إذا تحققت الجملة صار الجزء الصادر منها عن البائع بيعاً والصادر

عن المشتري شراء ، فلو لا القبول لا يكون بيعاً فعلياً بل هو مادة وجود البيع القابل لصيرورته بيعاً، وبهذا يدخل في باب العقود وليس من باب الايقاع فالبيع عبارة عن الايجاب الحاصل في ضمن المركب منه ومن القبول لاعن الايجاب فقط ولاعن الايجاب المتعقب بالقبول بحيث كان وصف التعقب داخل في مهيته ومقوماً لها ولا للمجموع المركب من الايجاب والقبول (وان شئت قلت) إن للقبول دخلاً في وجود البيع في الخارج بحيث لا يحصل إلا عند حصوله ، لا أنه دخيل في مهيته شرطاً أو شرطاً ، (فقد تحصل) أن حقيقة البيع عبارة عن التملك الصادر عن البائع في ظرف تملك المشتري ، فالصادر أولاً عن البائع هو التملك ، ويتملك الثمن ضمناً ، والصادر من المشتري أولاً هو تملك المبيع ويتضمن ذلك تملك الثمن ، فالتملك والتملك كلاهما صادران عن البائع والمشتري كليهما إلا أنهما يتفاوتان في الصراحة والضمنية على ما بيناه ، وعلى هذا فالحق في تعريف البيع هو القول بأنه تملك عين بعوض أو تملك مال بعوض أو مع تبديل التملك بالتبديل فيقال أنه تبديل عين بعوض على ما تقدم بيناه .

قوله (قده) : وأما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني (ره) بان اطلاقه عليه مجاز الخ لا يخفى أن المذكور في عبارة الشهيد الثاني (قده) ليس اختيار مجازية اطلاق البيع على العقد وليس القول بمجازيته أيضاً صحيحاً في نفسه (أما الأول) فلأن المستفاد منه هو الرد على الشهيد الأول (قده) فيما افاده في مقام ارجاع تعريف البيع بأنه «أثر العقد» اعني الانتقال الى تعريفه بأنه «نفس الايجاب والقبول» من أن الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال فأطلق اسم المسبب اعني الانتقال وأريد منه السبب اعني العقد ، فتعريف البيع بالانتقال تعريف له بالعقد وذلك بعد ارادة العقد من الانتقال من باب اطلاق المسبب على السبب ، قال الشهيد

الثاني (قده) بعد نقله وفيه نظر لأن الإطلاق المذكور مجازي يجب الاحتراز عنه في التعريفات الكاشفة للماهية (الخ) وهذه العبارة كما ترى ظاهرة في أن إطلاق الانتقال على العقد مجاز وهو الذي صنعه الشهيد (قده) لأن إطلاق البيع على العقد مجاز، فليس فيها تصريح بمجازية إطلاق البيع على العقد، بل لا يبعد دعوى ظهورها في كونه حقيقة فيه (وأما أنه فاسد في نفسه) بناءً على المختار من كون باب المنشأ بالصيغة بالنسبة إليها من باب الآلة وذيها لا من باب الأسباب والمسببات على ما تقدم فواضح حيث أن الفرق بينهما (ح) اعباري وهو الفرق بين المعنى المصدري و الاسم المصدري، فمعنى البيع أعني ذلك الأمر البسيط باعتبار إيجاده بتلك الصيغة وتحققه عن الفاعل بتلك الآلة معنى مصدري ونفس ذلك المعنى باعتباره في نفسه مع قطع النظر عن حيثية صدوره عن الفاعل معنى اسم مصدري فلا تفاوت في نفس المعنى حتى يكون إطلاقه على العقد مجازاً بعلاقة السببية والمسببية وأما بناءً على المعروف، فمن كون نسبته إلى العقد نسبة المسبب إلى السبب فكذلك أيضاً لأن المسبب والسبب شيئ واحد يتفاوت باعتبار العنوان الأولي والثانوي كالإلقاء والاحراق، حيث أن الفعل الواحد بعنوانه الأولي إلقاء وب عنوانه الثانوي احراق وليس إطلاق الاحراق عليه بما هو إلقاء من المجاز في الكلمة فلا يكون إطلاق البيع بمعنى اثر العقد على نفس العقد إلا كإطلاق الاحراق على الإلقاء فلا مجازية في الين أصلاً فتأمل.

قوله (قده) ثم إن الشهيد الثاني (ره) نص في كتاب اليمن الخ .
 (١) لا يخفى أن القول بكون الفاظ العقود حقيقة في الصحيح ومجاز في الفاسد إنما يتصور على تقدير تصوير الصحيح الشرعي و الفاسد الشرعي فيها نحو العبادات و هو غير صحيح، أما بناءً على كونها الفاظاً للمسببات فلدوران

الأمر في تلك المسببات بين الوجود والعدم لا بين الصحيح و الفاسد (و تصوير الصحة و الفساد فيها) بما ذكره المصنف (قده) بقوله "نعم يمكن أن يقال أن البيع وشبهه في العرف النخ" الذي حاصله دعوى كون البيع صحيحاً عند قوم و فاسداً عند آخرين فيكون الشيء الواحد صحيحاً و فاسداً باعتبارين (ضعيف) وذلك لان معنى البيع حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الانظار و لا تفاوت فيه بحسب تفاوت الاشخاص بحيث يكون له معنى عرفي و معنى آخر شرعي بل العرف و الشرع و جميع الملل يطلقونه على معنى واحد و هو ما قد مناه من تملك العين بالعرض و انما الاختلاف بينهم راجع الى المصداق فالبيع بالفارسي مثلاً على تقدير اعتبار العربية عند الشارع ليس مصداقاً للبيع عنده بمعنى انه ليس مصداقاً لتلك الحقيقة (التي تكون معنى البيع عند الكل) بحسب نظر الشارع.

وأما بناء على كونها الفاظاً للأسباب فلائها (ح) اسامى للأسباب بما يترتب عليها المسببات ، و من المعلوم أن هذا البيع أيضاً غير متصف بالصحة و الفساد و ليس للشارع اختراع بالنسبة اليه حتى يكون مجال للنزاع المعروف بين القوم في انها موضوعة للصحيح أو الاعم ، و على هذا فما افاده الشهيذان قدس سرهما من كون الفاظ العقود كالبيع و نحوه حقيقة في الصحيح و مجازاً في الفاسد، مشكل.

و يمكن توجيهه، بان حقيقة البيع لما كانت من الأمور الاعتبارية، و الامر الاعتباري متقوم في حقيقته بالاعتبار و ليس الاعتبار نافذاً من كل احد بل انما يتوقف على كونه ممن بيده ذلك، و الفرد الأجلئ ممن ينفذ اعتباره هو الشارع فيكون تحقق البيع منوطاً باعتباره بحيث لا تحقق لما لا يعتبره الشارع فكان اعتباره بتلك العناية داخلاً في قوامه و يكون متقوماً به، و على هذا فيتصور

الصحيح والفاقد، فالصحيح هو ما اعتبره الشارع وصار متعلقاً لامضائه والفاقد ما لم يكن كذلك .

هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيه كلامهما قدس الله سرهما. (ولا يخفى) أنه أيضاً لا يرجع إلى محصل لرجوعه إلى أن ما لم يعتبره الشارع لا يكون مصداقاً للبيع لا إلى أن الامضاء داخل في مهية البيع مفهوماً بحيث يصير مفهوم البيع هو البيع الممضى لكي يكون إطلاقه على غيره مجازاً ، هذا كله بناءً على أن يكون باب البيع من قبيل الاسباب والمسببات (وأما بناءً على المختار) من كون التفاوت بينهما بالمعنى المصدري والاسم المصدري، فعدم صحة تصوير الصحيح والفاقد أوضح حيث أنه لا يكون في البين إلا معنى واحد يوجد بآلة ابتجاده أعني الصيغة المخصوصة فيدور أمره بين الوجود والعدم لا بين الصحيح والفاقد على تقدير الوجود كما لا يخفى (فتحصل) أن التحقيق عدم جريان النزاع بين الصحيح والأعم في الفاظ المعاملات وإن الفاظها موضوعة لمعانيها الوحدانية البسيطة المعلومة عند الجميع بلا اختلاف فيها عند الكل، وهي المعاني الموجودة بايجاد فاعلها بآلة استعمال الصيغ المخصوصة على ما بيناه .

قوله (قده) كالتبادر وصحة السلب الخ لا يخفى أن الوجود في كثير من نسخ المسالك هكذا: كالتبادر وعدم صحة السلب وقد أورد عليه بناءً على هذه النسخة في القوانين بأن عدم صحة السلب عن الصحيح لا يثبت المجازية في الفاسد، قال (قده) لأننا لا ننكر كونه حقيقة في الصحيح إنما الكلام في الاختصاص وهو لا يثبت، والظاهر أن المصنف (قده) أطلع على نسخة ذكر فيها صحة السلب بحذف كلمة «عدم» وهو الصحيح وعليه فلا يبقى مورد لاعتراض القوانيين .

قوله (قده) ومن ثم حمل الاقرار به عليه حتى لو ادعى ارادة

الفاسد لم يسمع منه اجماعاً الخ عدم سماع ارادة الفاسد بعد الاقرار
 بالبيع لا يدل على كونه حقيقة في الصحيح وذلك لا يمكن كونه لاجل الانصراف
 الى الصحيح عند الاطلاق وكذلك حملة على الصحيح في مقام الحلف على
 ترك البيع حيث أن المنصرف منه هو البيع الصحيح، وهكذا الكلام في كل ما
 يجعل موضوعاً لحكم شرعي (غير الامضاء والنفوذ) فانه منصرف الى الصحيح
 وهذا بخلاف المأخوذ في دليل الامضاء اذ لا انصراف فيه الى الصحيح لان
 الصحة تثبت من محمول هذا الدليل اعني الامضاء فلا يعقل أن يكون مأخوذاً
 في موضوعه كما في مثل زيد موجود حيث أن الموضوع فيه هو المبهمة المعرأة
 عن الوجود والعدم اعني ذات المبهمة من حيث هي هي، لا بوصف التعرية وانما
 الموجودة تجبئ من قبل المحمول (وتوضيح ذلك) أن محمولات القضية قد
 تكون من المحمولات الأولية مثل الوجود والعدم في قضية زيد موجود أو
 معدوم وقد تكون من المحمولات الثانية الطارئة على الشئ في المرتبة
 المتأخرة عن عروض المحمول الأولى مثل زيد كاتب فان عروض الكتابة انما هو
 بعد الوجود، اذ ما لم يكن موجوداً لا تعرضه الكتابة، وقد تكون من المحمولات
 الثالثة بعد طريان المحمول الثاني مثل زيد متحرك الاصابع، فان حركة
 الاصابع وصف لا يعرض إلا بعد عروض الكتابة مثلاً، وهكذا...

(اذا تحقق ذلك فاعلم) أنه فرق بين ما إذا وقع البيع موضوعاً للدليل
 المتكفل لأصل الامضاء والنفوذ مثل أحل الله البيع وبين ما إذا وقع موضوعاً
 لدليل متكفل لحكم شرعي له غير الامضاء مثل ما إذا أمره الشارع بالبيع
 أو وقع موضوعاً لإقرار أو حلف ونحوهما (ففي القسم الأول) لا يعقل أن يكون
 البيع بوصف الصحة موضوعاً للدليل لان الصحة انما تتحقق من ناحية الامضاء
 والمفروض كون حكم هذا الدليل هو بنفسه الامضاء فلا يعقل أن يكون

مايجئني من قيل الامضاء مأخوذاً في موضوعه بخلاف القسم الثاني فإن المنصرف اليه من اطلاق البيع فيه مثل «بعث» أو «باع فلان داره» و نحوه هما هو الصحيح (و بالجملة) فعدم سماع ارادة الفاسد ليس دليلاً على الوضع للصحيح.

قوله **قده** إلا الحج لوجوب المضي فيه الخ لا يخفى أن وجوب المضي في الحج لا يدل على صحة اطلاقه على الفاسد أما على تقدير كون ما فسد هو حجة الاسلام وأن ما يأتى به في الغابر هو العقوبة فواضح لكون الاول هو الصحيح الواجب المحسوب من حجة الاسلام وأما بناءً على العكس فكذلك أيضاً لأن وجوب المضي ليس دليلاً على كون الحج حقيقة في الفاسد بشئى من الدلالات كما أن وجوب الامساك في يوم شهر رمضان بعد افساد الصوم ليس دليلاً على كون الصوم حقيقة في الأعم.

قوله (قده) **يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو** أحل الخ اعلم انهم فرعوا صحة التمسك بالاطلاقات الواردة في أبواب المعاملات عند الشك في شرطية شئى أو جزئيته في الاسباب على كون الفاظها اسامى للاسباب دون المنسيات (و توضيح ذلك) ان المنسيات امور بسيطة حاصلة من اسبابها فلو تعلق الامضاء بالاسباب وكان السبب المشكوك في اعتباره شئى فيه جزء أو شرطاً أمراً عرفياً ولو كان فاقداً لما شك في اعتباره فيه يتمسك لصحته باطلاق ما يدل على امضائه بعد كونه مصداقاً عرفياً لما تعلق به الامضاء، ولو تعلق الامضاء بالمسبب لا يكون امضائه امضاءً للمسبب فعند الشك في حصوله عند السبب الذى يشك في دخل شئى فيه شرطاً أو شرطاً يرجع الى الاشتغال والاحتياط نظير الشك في المحصل، والاطلاق الراجع الى امضاء المسبب لا يكون متكفلاً لامضاء سببه

وحيث أن الاطلاقات الواردة في ابواب المعاملات كلها راجعة الى امضاء المسببات فيشكل التمسك بها، وذلك مثل أحل الله البيع، وتجارة عن تراض، والنكاح ستنى، وامثالها ضرورة أن الحلية حكم للبيع الحاصل عند السبب اذ لا معنى لحلية انشاء الايجاب والقبول أو كون لفظ أنكحت وقبلت سنة، وهذا ظاهر في تلك الاطلاقات بل الحال كذلك في مثل أوفوا بالعقود. اذ هو أيضاً راجع الى ناحية المسبب ضرورة ان العقد عبارة عن العهد الموثق الحاصل بالايجاب والقبول لانفس الايجاب والقبول.

وقد اجاب المصنف (قده) عن هذا الاشكال بأن تلك المطلقات وإن كانت ناظرة الى مرحلة المسببات لكن امضاء المسببات يدل بالملازمة على امضاء اسبابها لأن امضاء المسبب عن سبب عين امضاء سببه، فامضاء الاحراق بالنار، المتولد عن الالتقاء عين امضاء الالتقاء (هذا محصل) ما يستفاد من عبارته في المقام وهو منظوره فيه لمنع الملازمة المذكورة، والقدر المسلّم منها هو دلالة امضاء المسبب على امضاء السبب في الجملة لا بقول مطلق وهذا الكلام فيه، وانما البحث في امضاء السبب الخاص الذي يشك في دخل شئ فيه، وهذا لا يثبت بدليل امضاء المسبب.

هذا تمام الكلام في ما بنوا عليه من كون ترتب المنشأ على الفاظ العقود والايقاعات من قبيل ترتب المسببات على اسبابها، ادعى هذا يقع البحث في كون الفاظ المعاملات اسامى للمسببات أو للاسباب، ثم على التقدير الثاني فهل هي في العقود اسامى للايجاب المطلق أو للمقيد باحد النحويين المتقدمين أو للمجموع المركب من الايجاب والقبول، ثم يقع الاشكال في التمسك بالاطلاقات (لكن الحق) بطلان اساس ذلك رأساً وذلك لان باب المنشأ بالفاظ الانشاء ليس من باب المسببات والاسباب بل هو من قبيل ايجاد

ذى الآلة بآلة ايجاده، والفاظ العقود آلات لايجاد المعانى الانشائية بها (وتوضيح ذلك) أن السبب يطلق على موردين (الاول) الشئى الذى يكون من المقدمات الاعدادية لشيئ آخر كما يقال القاء البذر سبب لصيرورته سنبلًا، اى إنه من العلل المعدة للسنب (و ضابطه) هو كون ترتب المعدله على هذا المعد متوقفاً على تحقق أمور خارجة عن اختيار فاعل العلة المعدة كتوقف السنب على أمور كثيرة بعد القاء البذر من الأمور الخارجة عن قدرة الزارع (والثانى) العلة التامة للشيئ الذى لا يكون بينه وبينها أمور غير اختيارية، مثل الاحراق واللقاء، فإن اللقاء علة تامة للاحراق ويكون اللقاء فعلاً مباشراً والاحراق فعلاً توليدياً وكلاهما يستندان الى الفاعل، لكن اللقاء يستند اليه لكونه صادراً عنه بالمباشرة وأنه متعلق ارادته أولاً وبالذات، والاحراق مستند اليه لكونه مترتباً على فعله المباشري و مقدوراً له بالواسطة و متعلق ارادته ثانياً وبالعرض، والفعل المباشري الصادر عن الفاعل اما أن لا يتوقف صدوره عنه على آلة كايجاد النفس للصور الذهنية فى صنعها حيث أن ايجادها لا يتوقف على آلة، أو يتوقف صدوره عنه على آلة، والآلة إما تكون من اعضائه كالتكلم المتوقف على اللسان والبطش المتوقف على اليد، أو يكون أمراً خارجاً كالنجر المتوقف على القدم والمنشار، والكتابة المتوقفة على القلم فاحتياج الكتابة الى القلم لأخرج الكتابة عن حيز قدرة الفاعل أولاً وبالذات ولا يجعلها من الأفعال التوليدية بل هى فعل مباشرى صادر عن الفاعل بالذات لكن صدوره عنه باستعانة القلم، فهو يكتب بالمباشرة لأنه يفعل شيئاً يترتب عليه الكتابة قهراً مثل فعل اللقاء المترتب عليه الاحراق.

(إذا ظهر ذلك فنقول) صدوره هذه المعانى الابدادية عن الفاعل يكون بالمباشرة لكن باستعانة تلك الالفاظ فى انشائها و ايجادها، فتلك الالفاظ

كالأفعال في باب المعاطات آلات لايجاد تلك المنشآت، لأن تلك الألفاظ اسباب توجد بالمباشرة لكي يترتب عليها تلك المنشآت قهراً نحو ترتب الاحراق على الالتقاء بل هذه المنشآت بنفسها مخترعات وموجدات بالايجاد والانشاء إلا أنها تحتاج الى آلة من قول أو فعل نحو حاجة الكتابة الى القلم فلا يصح وصفها بالمسببات ولا وصف آلاتها بالاسباب.

(نعم) هذه المنشآت لها اعتباران، اعتبار نفس ذاتها من حيث هي هي مع قطع النظر عن انتسابها الى الفاعل، واعتبارها من حيث نسبتها الى الفاعل، فهي بالاعتبار الأول معنى اسم مصدرى، وبالاعتبار الثانى معنى مصدرى، وهذان الاعتباران واردان على حقيقة واحدة، وانما الفرق بالاعتبار، فالبيع مثلاً اعنى تلك الحقيقة التى توجد تنشأ بالآلة ايجاده من القول أو الفعل له اعتباران، مصدرى، واسم مصدرى، والمصدرى منه هو تلك الحقيقة باعتبار انتسابها الى الفاعل، والاسم المصدرى هي تلك الحقيقة باعتبارها فى نفسها، وهذان اللحاظان يختلفان فى عالم الاعتبار على حسب اختلاف تراكيب الكلام فاذا قلنا البيع صحيح مثلاً، وأسندنا الصحة الى نفس البيع يراد منه المعنى الاسم المصدرى وإذا قلنا للفاعل رخصة فى البيع يراد منه المعنى المصدرى اذ الترخيص انما يتعلق بالفعل من حيث الصدور وفى الحقيقة يكون المرخص فيه هو حيشة صدوره اذ الترخيص كسائر الاحكام التكليفية انما يتعلق بالمعنى المصدرى.

(وعلى هذا) فمثل «تجارة عن تراض» و«النكاح ستنى» وامثالهما من الاطلاقات الواردة مما يتضمن الحكم التكليفى كلها راجعة الى امضاء المعانى المصدرية، وأما فى مثل احل الله البيع فيحتمل ان يكون كذلك بناء على أن يكون المراد من الحلية هي الحلية التكليفية، ويحتمل أن يكون امضاء

لبيع بالمعنى الاسم المصدرى إذا كان الحِلّ و ضعياً لا بمعنى الترخيص إذ
الحلية أو لوضعية بمعنى النفوذ لا تستدعى اعتبار الانتساب إلى الفاعل
(وكيف كان) فامضاء المنشأ بالانشاء عين امضاء انشاءه بالآلة المعدة لانشائه
سواء كان الامضاء متعلقاً بالمعنى المصدرى أو بالاسم المصدرى أما على الاول
فواضح جداً ضرورة أن إيجاد كل شئى له آلة تخصه، فامضاء الكتابة بالمعنى
المصدرى عين امضاء إيجادها بالقلم فالممضى هو الكتابة بالقلم، وامضاء الفعل
باعتبار صدوره عن الفاعل عين امضاء إيجاده بالآلة المعدة لإيجاده عرفاً لأن
امضاءه ملازم لامضاء آله حتى يرد عليه أنه ملازم لامضاء الآلة فى الجملة ،
بل بمعنى أنه عين امضاء الآلة وأما على الثانى اعنى ما إذا كان الامضاء
راجعاً إلى المعنى الاسم المصدرى فهو وإن كان فى كونه عين امضاءه لآلة انشاءه
نوع خفاء، وذلك لا يمكن دعوى أن امضاءه إنما تعلق بالمعنى الاسم المصدرى
بما هو هو بل لاحظ صدوره عن الفاعل فلا يرتبط بامضاء آلة إيجاده فإن الممضى
(ح) هو الوجود لا الإيجاد (لكن النظر الدقيق) يعطى انتفاء الفرق بينهما ،
وذلك لكون المعنى المصدرى عين المعنى الاسم المصدرى بحسب الواقع وإنما
التغاير بينهما بالاعتبار فامضاء معنى الاسم المصدرى عين امضاء المعنى المصدرى
لأن المعتبر فى صدق الامضاء هو صدق العنوان الذى تعلق به الامضاء على
المصداق الخارجى نحو صدق الكلى على أفراده بالحمل الشائع ولا شك فى
أن مصداق البيع بمعنى الاسم المصدرى الذى ورد عليه الامضاء هو بعينه
مصداق البيع بمعنى المصدرى فىكون امضاءه عين امضاءه.

(فتحصل) أن التحقيق يقتضى كون الالفاظ موضوعة للمنشآت بإيجاد
الفاعلين بآلة انشاءها وأنه لا مسرح للأسباب والمسببات فى باب المعاوضات
فإن المنشأ فيها هو الفعل المباشر الموجود بإيجاد الفاعل (نعم) بلب الخيارات

يكون من باب الاسباب والمسببات التوليدية فان البيع سبب لثبوت الخيار و ظهر أيضاً أنه لا اشكال في امكان التمسك بالمطلقات عند الشك في شرطية شيء أو جزئية شيء في الفاظ المعاملات بناءً على عدم كون المنشأ في أبواب العقود من باب المسببات و أما بناءً على كون المنشأ فيها من باب المسببات و كون الفاظها من باب الاسباب فيكون مصحح التمسك بالاطلاقات الواردة في امضاء المنشآت لاثبات الامضاء في ناحية الاسباب بأحد وجهين (الأول) دعوى الملازمة العرفية بين امضاء المسبب وبين امضاء السبب مع فرض الحكم بالتغاير بين السبب وبين مسببه الموجب للمحافظ المغايرة بين امضاءها بحيث يكون لكل واحد جعل مخصوص لكن شدة الارتباط بينهما اقتضت احراز امضاء السبب و جعله بما يدل على امضاء المسبب (ونظير ذلك) هو احراز طهارة موضع العض من الآية الكريمة الدالة على حلية اكل ما امسكه كلب الصيد بناءً على أن يكون المراد من الحلية المذكورة فيها هو الترخيص الفعلي لا الحكم بكونه حلال الأكل لكونه مذكئ في مقابل الميتة كما يقال: المذكئ حلال أي من حيث أنه مذكئ لا بما هو متلطخ بالدم بعد الذبح (الوجه الثاني) دعوى انتفاء التغاير بين السبب وبين المسبب و ملاحظة العرف كون مصداق أحدهما عين مصداق الآخر بالمسامحة العرفية الموجبة لرؤية امضاء أحدهما عين امضاء الآخر بهذا النظر المسامح، هذا، والظاهر من عبارة المصنف (قده) يلائم الوجه الاول .

(و كيف كان) فشيئ من هذين الوجهين لا يصلح لاثبات جواز التمسك بالعمومات لمنع الأول من حيث الصغرى والثاني من حيث الكبرى وذلك لعدم تمامية الدعوى الأولى اعني الملازمة العرفية بين الامضائين وان كانت متبعة على تقدير تماميتها بخلاف الدعوى الثانية حيث انها ولو كانت تامة لكن

العرف ليس هو المرجع في الانطباق المسامحى وان كان يرجع اليه في التطبيق الحقيقى الناشئ عن المسامحة فى المفهوم .

(وتوضيحه) ان العرف تارة يتسامح فى المفهوم من حيث السعة والضيق فيجعلون المفهوم أوسع عما هو عند اهل اللغة ثم يطلقون المفهوم بماله من السعة حقيقة على بعض ما ليس من أفراد لولا هذا التوسع فى المفهوم كما فى اطلاق مفهوم الماء على المختلط بالطين (وأخرى) يسامحون فى التطبيق على ما ليس من أفراد حقيقة بلامسامحة فى المفهوم ، وذلك كتطبيق المَن على الأقل من مقداره بقليل وتطبيق الفرسخ على الأقل منه كذلك، ومن هذا الباب جميع التطبيقات التسامحية فى الأوزان والمقادير (ولا يخفى) أن ما يكون فيه العرف مرجعاً إنما هو الأول دون الأخير فلا سييل الى الرجوع الى العرف فى الثانى، فإذا كان وزن مخصوص أو مكيال خاص موضوعاً للحكم كما فى باب الزكوة أو مقدار من المسافة كما فى باب السفر لم يجز الاكتفاء بما ينطبق عليه المفهوم تسامحاً بل المتبع هو المصدق الحقيقى .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن حكم العرف باتحاد السبب والمسبب من قبيل الأخير حيث أن مفهوم السبب والمسبب ميين لا اشتباه فيه، وليس اطلاق مفهوم المسبب على مصداق السبب من جهة التسامح فى ناحية المفهوم الموجب لصحة الانطباق حقيقة بل إنما المسامحة فى تطبيق مفهومه على مصداق السبب بعد بقاءه على ما هو عليه من السعة والضيق ومعها لا موقع للرجوع اليهم فى مثل هذه المسامحة .

والمتحصل من هذا الأمر عدم صحة التمسك بالاطلاقات لو كان باب المعاملات من باب الاسباب والمسببات وعدم الاشكال فى التمسك بها لو كان بابها باب المنشأ والانشاء وآلة الانشاء .

قوله (قده) لا يستعمل حقيقة إلا فيما كان صحيحاً موثقاً ولو في نظرهم الخ قد عرفت عدم تفاوت معنى البيع بحسب الانظار وأنه معنى واحد عند الجميع ، و إنما الاختلاف في تحقق تلك الحقيقة بحسب اختلاف الانظار هذا تمام الكلام فيما يتعلق بتعريف البيع وبيان حقيقته قوله (قده) وأما وجه تمسك العلماء باطلاق أدلة البيع ونحوه الخ قد عرفت ما هو الوجه في صحة التمسك بالاطلاقات بناء على المختار من كون نسبة المنشأ في البيع الى الصيغة نسبة ذى الآلة الى آلة ايجاده ، واما بناء على المعروف من كونه من باب المسببات والاسباب فالأدلة المتكفلة لامضاء المسببات لا يصلح للاستناد اليها في اثبات امضاء الاسباب فان امضاءها أعم من امضاء اسبابها فيحتاج الى امضاء آخر ثبوتاً والى دليل آخر على امضاء الاسباب اثباتاً اللهم إلا أن يكون الدليل متكفلاً لامضاء السبب فانه لمكان دلالة على امضاء المسبب (و) ^(١) امضاء الاسباب يكتفى به عن دليل امضاء المسبب اثباتاً وان كان المسبب (ح) أيضاً محتاجاً الى امضاء آخر ثبوتاً.

ثم أنه قد يورد على المصنف (قده) بان ما استشكله في المقام في التمسك بالاطلاقات بناء على الصحيح مناف مع ما ذكره في الرسائل من صحة التمسك بها في باب العبادات عند الشك في الشرطية والجزئية بناء على ان يكون الفاظها موضوعة للصحيح بدعوى ان الموضوع له بناء على هذا القول ليس هو مفهوم الصحيح بل اللفظ موضوع لمصدق ما هو الصحيح فعند الشك في اعتبار شئ شطراً او شرطاً يتمسك في نفيه بالاطلاقات .

(ولكن هذا الايراد غير وارد عليه) لوضوح الفرق بين المقامين وذلك بناء على كون المقام من قبيل الاسباب والمسببات فانه يرجع الى الشك في المحصل والمرجع فيه هو الاشتغال ولا يصح التمسك بالاطلاق ، لتبين معنى

البيع وكون الشك في محصله ، ولكن الكلام في صحة هذا المبنى لما عرفت
بما لا مزيد عليه من كون المقام من باب ايجاد شيئي بآلة ايجاده لا من باب الاسباب
والمسببات فلا يبقى فرق (ح) بين المقامين (العبادات والمعاملات) على
ما اخترناه.

الكلام في المعاطاة

قوله (قده) اعلم أن المعاطاة على ما فسر جماعة الخ يقع الكلام
هنا في مقامين (الأول) أنه لاشبهة في أنه يقع البيع بالقول في الجملة (واما تفصيل
القول فيه) بأنه هل يعتبر اللفظ الحقيقي أو يقع بالمجاز و الكناية فسيأتي
تحريره (الثاني) في أنه بعد وقوعه بالقول هل يقع بالفعل المعطائي أم لا
(ولا يخفى) أن هذا هو المناسب للعنوان كما عليه عناوين الاصحاب لا ما عنونه
في الكتاب كما لا يخفى ، ولكن غرضه (قده) من عقد عنوان البحث كما
عنونه هو تعيين محل النزاع بين القائلين بالملك والاباحة وبيان أن القول
بإفادة المعاطاة للاباحة هل وفي صورة قصد المتعاطين للملك او الاباحة ؟
ثم ان جملة الأقوال في باب المعاطاة - وان انها المصنف (قده)
الى ستة أو سبعة - لكن المتحصل منها خمسة (الأول) القول بعدم افادتها
شيئاً أصلاً ، لا الملك ولا الاباحة ويكون حالها كالمقبوض بالعقد الفاسد في
عدم افادته لشيئي ، فلو حصلت اباحة من غير ناحية العقد الفاسد صح للقباض
ان يتصرف في ما قبضه وإلا فلا اباحة من ناحية العقد الفاسد ، وفي مقابل هذا
القول هو القول بكونها مفيدة لشيئي في الجملة ، وينشعب عنه اقوال ، عمدتها
قولان ، القول بافادتها للملك ، والقول بافادتها للاباحة ، وكل من القولين

ينحل الى قولين فان القائلين بالملك بين قائل بكونها مفيدة للملك اللازم وهو المنقول عن المفيد (قده) وبين قائل بافادتها الملك الجائز وهو المختار عند المحقق الثاني ومن تبعه، والقائلون بالاباحة أيضاً بين قائل بافادتها لاباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالوطئ ونحوه، وبين قائل باختصاصها بغير التصرفات المتوقفة على الملك، هذا بيان الاقوال في المسئلة

واما محل النزاع فيتصور على وجوه: (الاول) أن يكون كل من المتعاطيين في اعطائه قاصداً للبيع بان يريد ايقاع البيع بالفعل مثل ايقاعه بالقول وهذا هو الظاهر من كلماتهم ومن عنوانهم هذه المسئلة في طي مسائل البيع وتفرعها على البيع اللفظي حيث تريحهم يقولون بعد حكمهم بصحة البيع بالقول «وهل يكفي الفعل أولاً إذا الظاهر منه هو البحث عن اكتفاء الفعل في ايقاع ما كان اللفظ كافياً في ايقاعه» (الثاني) ان يكون قصدهما الاباحة (الثالث) أن يكون قصدهما نفس الاعطاء والأخذ بلا قصد شيئي آخر من تمليك أو اباحة (الرابع) أن يكون قصد هما التمليك المطلق لا خصوص البيع. (ولا يخفى) أن الوجهين الأخيرين مما لا يرجع الى محصل (أما الأول) فلاستحالة تمشي الاعطاء والأخذ الاختياريين بلا قصد تمليك أو اباحة بالنسبة الى العين أو المنفعة (و بعبارة أخرى) من دون قصد عنوان من عناوين العقود الخاصة المعنونة في المعاملات (وأما الأخير) فلأن التمليك المطلق بموضع عبارة عن البيع لما عرفت في تحديده من أنه عبارة عن تمليك عين بمال (فالعمدة في المقام هو الوجهان الأولان).

وحيث أن الظاهر من التقدم هو الوجه الأول اعني قصد الملكية وأنهم كانوا قائمين بالاباحة (أورد عليهم) بان حصول الاباحة مع قصد البيع مستلزم لوقوع مالم يقصد عدم وقوع ما قصد (وقد وجه كلامهم) بأمرين بعيدين غاية البعد

(أحدهما) ماعن المحقق الثاني (قده) من ارادة الملك المتزلز لمن الاباحة .
 (الثاني) ماعن الجواهر من كون كلامهم فيما اذا كان التعاطي بقصد الاباحة لا
 التمليك (أما وجه بُعد الاول) فلكونه مع منافاته لتصريح جملة من الكلمات ،
 خلاف الظاهر حيث أنه لامناسبة في اطلاق الاباحة وإرادة الملك الجائر ،
 مضافاً الى أنه لا خصوصية له بباب المعاطاة فلم لا يطلقون الاباحة على الملك
 الجائر في غير المعاطاة من العقود الجائزة كالهبة ونحوها (وأما وجه بُعد الثاني)
 فلصراحة كلماتهم - كما ذكرنا - فيما كان قصد المتعاطيين هو التمليك مع أنه
 لا ينبغي البحث عن حصول الاباحة بقصد الاباحة ، اذ هو من الواضحات الغير
 القابلة للانكار (ويمكن أن يوجه) كلامهم بوجه ثالث وحاصله دعوى الفرق
 بين ارادة الشيء نفسه و ارادة غايته المترتبة عليه في فعله ، و ما لا يمكن
 انفكاكه عن المقصود هو الأول وما هو المتحقق في المعاطاة هو الأخير (وبعبارة
 أخرى) في المعاطاة قصدان قصد التسليط بالتعاطي وقصد ترتب التمليك على
 ذلك التعاطي الذي قصده التسليط، وما تخلف عن المقصود هو قصد التمليك
 المترتب على التسليط وهو مما لا محذور فيه لكون تخلف الدواعي والاعراض
 غير عزيز، وما كان فيه المحذور هو تخلف التسليط عن قصده وهو غير لازم .
 (وتوضيح هذه الجملة) يتوقف على بيان أمور (الأول) ان العناوين
 تنقسم الى الأولية والثانوية فالعناوين الأولية كالضرب و القتل و الأخذ
 والاعطاء و نحوها، والعناوين الثانوية تنقسم الى ما تكون تكوينية
 قهرية سواء قصد وقوعها أم لم يقصد كالا حراق المترتب على الالتقاء حيث أنه
 عنوان مترتب على الالتقاء ولا يتوقف ترتبه عليه على قصده و ارادته ،
 وكالاضرار المترتب على اتلاف مال الغير مثلاً حيث أن ترتبه أيضاً
 لا يكون منوطاً بالقصد ، والى ما يكون قصدياً يتوقف تحققه على القصد

والارادة (وهذا أيضاً ينقسم) الى قسمين (احدهما) ما يكون الأمر المنوط بالقصد الذي هو عنوان ثانوى أمراً عينياً خارجياً (الثانى) ما يكون أمراً اعتبارياً، والعقود كلها من هذا القبيل، فالبيع مثلاً اعنى مبادلة مال بمال وتبديل طرف اضافة بطرف آخر (على ما حقق سابقاً) أمر اعتبارى لايعنى، لأنه ليس من قبيل تبديل شئ من مكان خارجى الى مكان آخر كرفع الحجر مثلاً عن هذا المكان ووضعه فى مكان آخر، بل هو تبديل فى عالم الاعتبار بلا نقل وتبديل فى الخارج أصلاً، وهذا التبديل الاعتبارى متقوم بالقصد والارادة، ولا يعقل تحققه فى عالم الاعتبار بلا قصد و ارادة، وهذا ظاهر، وهو من العناوين الثانوية المترتبة على العنوان الأولى (اعنى القول الصادر من البائع) حيث أن قول البائع بعث مثلاً قول أو لفظ بالعنوان الأولى وهو بيع بالعنوان الثانوى (فظهر) أن البيع عنوان ثانوى قصدى اعتبارى وهكذا سائر عناوين العقود كالصلح ونحوه.

(الامر الثانى) إن حقيقة ايجاد العقد هو بايجاد ما هو مصداق لعنوان ذاك العقد الذى يريد ايجاده بحيث يحمل على ما وجد بايجاده عنوان ذاك العقد بالحمل الشائع الصناعى ، فإيجاد البيع عبارة عن ايجاد معنى الهيئة الخاصة التى هى معنى حرفى ايجادى فى موطن الاستعمال و ايرادها على مادة البيع ومفهومه بداعى ايجاد تلك المادة فى عالم الاعتبار، ونفس فعله هذا اعنى ايجاد المادة فى موطن وجودها بإيراد الهيئة فى موطن الاستعمال مصداق البيع إذ يقال على هذا الفعل انه بيع فهنا ايجادان (احدهما) ايجاد معنى الهيئة فى موطن الاستعمال بإيرادها على المادة ، وهذا معنى حرفى لا موطن له إلا الاستعمال حسبما حقق فى مبحث المعانى الحرفية (وثانيهما) ايجاد المادة التى هى من الأمور الاعتبارية القابلة لأن توجد فى الواقع اللامق بها ،

باستعمال الهيئة فهذا ايجاد في موطن الاعتبار ببركة الاستعمال، ويحمل عليه البيع نحو حمل الكلى على افراده فيقال على هذا الأمر الصادر أنه بيع، كما يقال على زيد أنه انسان، وليس كل ما يصدر عن الانسان بقصد البيع مما يصدق عليه أنه بيع بالحمل الشائع كما إذا أنشأ ما هو مصداق للمصلح أو الاجارة بقصد البيع وكذا إذا أوجد غيرهما من الأمور الخارجية الغير الاعتبارية كالضرب ونحوه بنية البيع، فإنه لا يصدق على شئ من ذلك أنه بيع، فإيجاد البيع منه وصدوره عنه متوقف على أن يكون الموجود منه هو مصداق البيع لا مصداق أمر آخر، وهذا كما في جعل التكوين في الأمور المتأصلة الخارجية، حيث أن صدور فرد من الانسان مثلاً متوقف على جعل فرد منه، فلا يحصل بجعل فرد من نوع آخر من سائر أنواع الحيوان ولو قصد بجعله وجود فرد من الانسان، وهكذا لو قصد إيجاد البيع وأوجد ما هو مصداق لشئ آخر لم يكن الصادر منه والموجود بايجاده بيعاً.

(الأمر الثالث) أن العناوين القصدية المتوقفة على القصد لا يحتاج في قصدها الى قصد مفهوم العنوان المترتب عليها بل يكفي في قصدها قصد المعنوي بمذاك العنوان مع الالتفات الى تعنونه به، وذلك كالرجوع في العدة والفسخ في أيام الخيار. حيث أن فعل المطلق ما لا يحل إلا للزوج كاللمس والتحويل بنفسه مصداق للرجوع، فلو صدر ذلك من المطلق اختياراً مع الالتفات الى كونه مصداقاً للرجوع يقع به الرجوع ولو لم يكن هو بهذا الفعل قاصداً لعنوان الرجوع، وكذا تصرف ذي الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد، وفيما انتقل اليه امضاء للعقد، فلو صدر عنه مع الالتفات الى كونه مصداقاً للفسخ أو الامضاء تحقق به الفسخ أو الامضاء ولو لم يقصد به ذلك، وهذا معنى قوله **فإنما** وذلك رضى منه بالبيع على ما حقق في محله، وكذا ايجاد ما هو مصداق

للاباحة بالقصد والاختيار مع كونه ملتفتاً الى كونه مصداقاً لها فانه اباحة ولولم يقصد هو بهذا الفعل مفهوم الاباحة فالتسليط الخارجى الذى هو مصداق للاباحة اذا صدر عن الفاعل بالقصد والاختيار مع الالتفات الى كونه مصداقاً للاباحة محقق للاباحة بلا احتياج معه الى قصد تعنون هذا التسليط بعنوان كونه اباحة (والحاصل) أن ايجاد العنوان الثانوى القصدى انما هو بايجاد مصداقه مع القصد الى ايجاد ذلك المصداق عند الالتفات الى كونه مصداقاً لذلك العنوان فقول البائع بعث مع الالتفات الى كونه مصداقاً للبيع يبع منه وهذا ظاهر.

(الأمر الرابع) لا اشكال فى كون انشاء البيع باللفظ مصداقاً للبيع حقيقة ، حيث يحمل عليه البيع بالحمل الشايع الصناعى ، وأما المنشأ بالفعل والتعاطى فلا يعقل أن يكون مصداقاً للبيع ، و ذلك لما عرفت من أن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرف اضافة بين المالك و المملوك بطرف آخر مع بقاء تلك العلة و الاضافة التى هي المعبر عنها بالملكية فين البائع و المضمن علة خاصة كأنها فى عالم التصور خيط متصل بينه و بين المضمن يكون أحد طرفيه بالبائع والطرف الآخر بالمضمن والبيع عبارة عن حل طرف ذلك الخيط الممدود الى المضمن وشده على المضمن مع بقاء الخيط الاعتبارى و طرفه الآخر (اعنى البائع) و هذا الحل والشد كأصل الخيط المتصور كلها أمور اعتبارية لاعينية خارجية و(ح) نقول هذا الأمر اعتبارى من مقولة المعنى ومن سنخ المجردات بمعنى عدم تحققه فى ضمن مادة من المواد ، والتعاطى الخارجى من مقولة الأعيان الخارجية فلا مناسبة بينهما حتى يكون ذاك الأمر الخارجى مصداقاً لذلك الأمر الاعتبارى فلا يكون

التعاطي مصداقاً للبيع كما لا يكون مصداقاً للصالح لأنه كما عرفت عبارة عن التسالم، ومن الواضح أن التعاطي ليس مصداقاً للتسالم فالفعل لا يكون مصداقاً للبيع وهذا بخلاف اللفظ حيث أنه بسبب العلاقة الحاصلة بينه وبين المعنى اعنى المفهوم المحكى به؛ له مناسبة مع المعنى؛ والمعنى المفهوم به الذى يكون حاكياً عن البيع الاعتبارى مناسب مع البيع الاعتبارى فى كونهما معاً من سنخ المعانى وغير الماديات فاللفظ حالك عن المفهوم لمناسبة بينه وبين المفهوم إما ذاتاً أو وضعاً أو بهما معاً على ما هو التحقيق؛ والمفهوم حالك عن واقع ذلك الأمر الاعتبارى لمناسبة بينهما فى كونهما من مقوله غير الماديات فاللفظ يكون مصداق البيع دون الفعل .

إذا علمت هذه الأمور فنقول: لو قصد إيجاد البيع والملكية بفعل المعاطاة لم يقع البيع بفعله هذا لأنه ليس مصداقاً للبيع بحكم الأمر الرابع ويعتبر فى إيجاد البيع إيجاد ما هو مصداقه ويحمل عليه بالحمل الشائع بحكم الأمر الثانى وأنه يقع به الإباحة لكونه مصداقاً للتسليم الخارجى الذى هو عبارة عن الإباحة ولا يحتاج تحقق الإباحة إلا إلى قصد ما هو مصداقها مع الالتفات إلى كونه مصداقاً لها بالاحتياج إلى قصد تعنونه بعنوان كونه إباحة بحكم الأمر الثالث ويترتب على ذلك عدم وقوع البيع بالمعاطات و وقوع الإباحة بها فيما إذا كان المقصود بها البيع من غير لزوم محذور أصلاً من المحاذير التى أوردها المحقق الثانى على القائلين بالإباحة مثل لزوم عدم كون العقود تابعة للمقصود ولزوم وقوع ما لم يقصد وعدم وقوع ما قصدوا نحو ذلك .

ولا ينتقض بالمقبوض بالعقد الفاسد حيث أنه لا يفيد الإباحة أيضاً مع أنه تسليط خارجى صدر عن قصده مع الالتفات إلى كونه مصداقاً للإباحة إلا أن داعيه فى ذلك التسليط هو الوفاء بالعقد (وذلك لمكان الفرق بينه)

وبين المقام لأجل وقوعه بعنوان الوفاء بالمقد والتواطي عليه بخلاف المقام حيث أنه تسليط ابتدائي صدر من الفاعل ويكون داعيه فيه هو التملك ولكنه لمكان عدم كونه مصداقاً للتمليك لم يتحقق منه التملك اعني ما هو مصداقه ويكون فعله هذا مصداقاً للإباحة ، فوقع منه الإباحة وإن كان إيقاعها منه بداعي التملك لكن تخلف الدواعي ليس بمميز (ومن ذلك يظهر) أن اسناد القول بالإباحة عند ارادة التملك الى الاصحاب ليس بذلك الحد من الشناعة التي ينبغي أن يقال فيه أنه لا يصح صدوره عن أصاغر الطلبة فضلاً عن أعظم الاصحاب كما افاده صاحب الجواهر (قدم).

بل على تقدير تمامية الأمر الرابع لا مجال للتشكيك فيه ولا محيص عن الالتزام به إلا أن الشأن في تماميته فإن التحقيق يقتضى عدم استقامته وذلك لأمر (الأول) من عدم مصداقية التسليط الخارجى للبيع اعني تبديل طرف الاضافة بطرف اضافة اخرى (وما ذكر في وجهه) من كون هذا التسليط الخارجى من سنخ الماديات والتبديل الاعتبارى من سنخ المعانى ولا مناسبة لكى يكون التسليط الخارجى مصداقاً للتبديل الاعتبارى (انما يصح) اذا كان الغرض دعوى مصداقية التسليط للتبديل بما هو تسليط خارجى ، وأما اذا كان المدعى صيرورته مصداقاً للتبديل بالقصد فهو غير صحيح جداً.

(وتوضيحه) أن حقيقة الملكية وان كانت أمراً اعتبارياً لكنها بمعنى يشمل مطلق الواجدية ولو كانت واجدية خارجية كالتمص ونحوه من افراد مقولة الملك والجدة، وكونه ملكاً خارجياً من مقولة الجدة لا ينافى الملكية الاعتبارية، بل هو من مصاديقه و (ح) فالتسليط الخارجى اعني اعطاء المبيع الى المشتري شئى فى حد نفسه وقابل لأن يكون تملكاً للعين بعوض أو مجاناً أو مع الضمان بالمثل أو القيمة أو تملكاً للمنفعة كذلك بعوض أو مجاناً

أو مع الضمان بالمثل أو القيمة فهو قابل لأن يصير مصداقاً للبيع والهبة والقرض والاجارة والعارية وليس حاله في كونه مصداقاً للبيع كحالته في كونه مصداقاً للمصلح، حيث أن حقيقة المصلح هو التباني والتسالم، والفعل التسليطي ليس مصداقاً له بخلاف البيع فانه تبديل اعتباري، والتسليط الخارجي مصداق للتمليك كما أن التقمص الخارجي مصداق للملكية، وعلى هذا فيكون نفس التسليط هو القدر المشترك والجامع بين هذه الأمور، ويتوقف مصداقيته لكل واحد من البيع والهبة ونحوهما على القصد ولا يعقل تحققه بلا قصد شيئي من هذه العناوين كما لا يعقل تحقق الاعطاء بلا قصد شيئي من عناوين العقود؛ فظهر صحة صيرورة الفعل التسليطي مصداقاً للبيع عند إيقاعه بقصد كونه بيعاً وأن بيعية التعاطي الخارجي ممكن من الامكان.

(الثاني) انه لو سلمنا عدم قابلية الفعل التسليطي لان يكون مصداقاً للبيع، لكن هذا التسليط الخارجي (بعد الفراغ عن كونه صحيحاً في مقابل فساد بمعنى عدم اقتضائه شيئاً بل كونه كالمقبوض بالعقد الفاسد في عدم اقتضائه شيئاً من الملكية والاباحة وبعد الفراغ عن كونه مقتضياً للصحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك مثل العتق والوقف على ما هو التحقيق وإن نقل فيه الخلاف لكنه شاذ لا يعاب به وبعد الفراغ عن كونه بعوض مسمى) موجب لتحقيق السلطنة الفعلية الملازمة مع الملكية فيكون من باب ايجاد البيع بالازم يساويه وسيأتي انه لا بأس به.

(فان قلت) إيقاع البيع بالفعل التسليطي يصير (ح) نظيراً لإيقاعه بلفظ سلطت وسيأتي أن التحقيق عدم الوقوع به كما عليه العلامة (ره) في التذكرة فما الفرق بين التسليط بالقول والتسليط بالفعل مع أن كليهما عبارة عما هو

اللازم المساوى.

(قلت): الفرق بينهما هو قيام السيرة القطعية باقتضاء التسليط الفعلى لصحة جميع التصرفات المتوقفة على الملك عمن سلطه العالك على ماله . وعدم قيامها بصحته فى التسليط القولى فنفس تحقق السيرة فى الأول دون الأخير هو الموجب للحكم بوقوع البيع بالتسليط الفعلى وعدم وقوعه بالتسليط القولى مع كون الموجود بكليهما معالزماً مساوياً للتعليك .

(الثالث) أنه لو سلمنا عدم امكان وقوع البيع بالفعل أصلاً وأنه كان مفيداً للإباحة ؛ لكن الالتزام بكون الإباحة بالعوض المسمى مما لا وجه له لأن المفروض بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وعدم تحقق التبديل والانتقال ، و(ح) فلا ملزم لهما فى الالتزام بكون الإباحة بالعوض المسمى ولازم عدم مجانية الإباحة لزوم المثل والقيمة لخصوص المسمى وهذا شئى يرد على القائلين بالإباحة مضافاً الى ما يرد عليهم من استلزام القول بها لتأسيس قواعد جديدة فى الفقه على ما يأتى .

فتحصل أن الأقوى امكان كون المعاطاة بيعاً من غير شائبة محذور فى مرحلة إمكانه لكن احراز امكانه لا يدل على وقوعه مالم يدل على وقوعه دليل والأدلة العامة مثل أحل الله البيع ونحوه لا يثبت صحته بعد الشك فى كونه بيعاً لأن تلك الأدلة المتكفلة لحكم البيع انما هى بعد الفراغ عن كونه بيعاً ولا يمكن أن تكون متكفلة لكونه بيعاً لأن الحكم لا يثبت موضوعه بل يحتاج فى اثبات موضوعه الى دليل آخر فلا بد فى المقام من دليل يحرز به كون المعاطاة بيعاً ثم التمسك بالعمومات فى اثبات صحته (فتقول) السيرة القطعية القائمة على عدم فساد المعاطاة وأنها ليست كالمقبوض بالعقد الفاسد والسيرة القائمة على صحة جميع التصرفات بها حتى التصرفات المتوقفة

على الملك قد لان على كونها بيعاً عرفياً ولا طريق لمن ينكر كونها بيعاً الى انكار السيرتين أصلاً وثبوتهما في كل زمان بحيث يقطع بانتهاهما الى زمان المعصوم عليه السلام فتكونان حجة قطعاً، ومعه فلا سييل إلا الى الالتزام بكونها بيعاً عرفياً واذا ثبت ذلك فيتمسك لاثبات صحتها بالعمومات مثل اخل الله البيع وتجارة عن تراض ونحوهما .

ولكن لا يصح التمسك بقوله تعالى «أوفوا بالعقود» في اثبات لزومه (وذلك) لأن العقد هو الالتزام المقرون بالالتزام الآخر، والفعل الخاص ليس مصداقاً للالتزام حتى يشمله عموم وجوب الوفاء ويكون الوفاء به لازماً بدليل وجوبه، بخلاف اللفظ حيث أنه بالمطابقة يدل على التبديل ويدل بالدلالة الالتزامية على التزام كل من المتعاملين بما وقع منه فيتحقق منهما مصداق الالتزام لكن بالدلالة الالتزامية، والفعل ليس مصداقاً للالتزام ولو بالدلالة الالتزامية من جهة قصور الفعل عن دلالة عليه بخلاف القول حيث أنه بالالتزام يدل على الالتزام، والخيار الثابت فيه يجعل الشارع أو يجعل المتعاملين انما هو لأجل النظرة الثانية في الالتزام ، بحيث يكون لذى الخيار حق لأن ينظر في التزامه ويتروى في ابقائه والرجوع عنه .

ومما ذكرنا ظهر أنه لا وجه للقول باللزوم وأن القول بعدمه انما هو من جهة عدم الدليل عليه لامن جهة قيام الدليل على عدمه (اعنى الاجماع) بل مع قطع النظر عن الاجماع على عدم اللزوم فلما وجب للزوم أصلاً .

فتحصّل من جميع ما ذكرناه أن الدليل على صحة المعاطاة وحصول الملك بها هو السيرة القطعية وعمومات المعاملات مثل آية الحل والتجارة ولا يبقى الارتياح في تحقق السيرة و في كونها حجة في المقام لتحقق ملك حجيتها باتصالها بزمان المعصومين عليهم السلام واطلاعهم عليها بالعلم العادي

وعدم الردع عنها مع امكانه وكل ذلك أمر قطعى مما لا ينبغي الارتياح فيه .
 (أما اتصالها بزمان المعصوم) فللقطع بقيام هذه المعاملات فى تلك
 الأعصار بل فى الأعصار السابقة عليها بحيث يُقطع بأن بنائهم فى المعاملات
 الواقعة منهم فى الأسواق لم تكن على اجراء الصيغة وإيقاع الإيجاب والقبول
 اللفظيين (وأما اطلاعهم عليهم السلام) على ذلك عادة فللقطع بكون معاملاتهم
 الصادرة عن عييدهم كانت كذلك، (وأما عدم ردعهم) فهو أيضاً معلوم كما أن امكان
 ردعهم أيضاً ظاهر، حيث لم يكن الردع عنها مما يضاد مع سلطنة مخالفيهم لكى
 يتركوه تقية، (وبالجملة) فملك الحجة فيها موجود قطعاً ولا يمكن انكاره .
 (نعم) يمكن أن يقال أن السيرة قائمة على صحة التصرفات المتوقفة على
 الملك، وهى تنفع لنفى القول بفساد المعاطاة لكنها لا تثبت الملكية
 إذ القائل بالاباحة أيضاً قائل باباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك
 غاية الأمر أنه يلتزم بتحقيق الملك آنأ ما قبل وقوع التصرف فليس صحة
 التصرفات كاشفة عن كون المعاطاة مفيدة للملك لا الاباحة وليس للسيرة لسان
 تنادى بأفادتها الملكية أو الاباحة بل الثابت بها انما هو مجرد صحة التصرفات
 وهى أهم من الملك وتجتمع مع الاباحة فلا يمكن التمسك بها لإثبات الملك
 وان كان يصح التمسك بها فى نفي الفساد .

(والجواب عن هذا الإيراد) بما تقدم من اثبات كون التسليط الخارجى
 مصداقاً للبيع بالسيرة (وتزیده توضيحاً) بأن الوجه الذى وجهنا به القول
 بالاباحة حسبما تقدم كان مبنياً على عدم صدق البيع على التسليط الخارجى
 و ادعاء عدم كونه مصداقاً له من جهة عدم المناسبة بين الفعل الخارجى
 الذى هو من سنخ الماديات وبين البيع الذى حقيقته من سنخ المعانى والمعقولات
 من جهة كونه عبارة عن تبديل العين بالمال فى عالم الاعتبار (ولكن هذا المبنى

ضعيف) بل التسليط الخارجى كما يمكن أن يكون مصداقاً للإباحة كذلك يمكن أن يكون مصداقاً للبيع فيكون بمنزلة المادة المشتركة القابلة لكونها مصداقاً لكلا الأمرين ومع قابليتهما معاً فلا يتعين لأحدهما إلا بالتصديقان قصد به الإباحة صار مصداقاً لها وإن قصد به التمليك صار مصداقاً للبيع فالمعاطاة مع قصد التمليك بها بيع عرفاً لمعاملتهم معها معاملة البيع فالسيرة (ح) قائمة على كونها بيعاً ولا يحتاج فى احراز كونها بيعاً الى التمسك بالسيرة القائمة على صحة التصرفات المتوقعة على الملك حتى يستشكل فيها بعدم دلالتها على كونها بيعاً لاجتماعها مع القول بالإباحة أيضاً بل السيرة دليل (ح) على كونها بيعاً، ثم بعد اثبات كونها بيعاً يتمسك لاثبات صحتها بالسيرة القائمة على صحة التصرفات الموقوفة على الملك، فبالسيرة الأولى يثبت كون المعاطاة بيعاً وبالثانية يثبت صحتها.

و يمكن احراز كونها بيعاً وصحتها بنقض قيام السيرة على صحة التصرفات المتوقعة على الملك نظر إلى قيام السيرة على كون المأخوذ بالمعاطاة عندهم مضموناً بالعوض المسمى بالمثل والقيمة فإن هذين الأمرين لازمان مساويان للبيع فمن العلم بهما يستكشف كون المعاطاة بيعاً وأنها بيع صحيح لا فاسد فكونها بيعاً وأنها بيع صحيح ملزومان لصحة جميع التصرفات بالعوض المسمى فإذا ثبت ذلك بالسيرة القطعية ثبت ما هو ملزوم له اعنى كونها بيعاً صحيحاً (هذا قريب الاستدلال بالسيرة).

وأما العمومات فتقريب آية الحل أن يقال أنه إما أن يراد بالحل الحلية الوضعية أو يراد به الحلية التكليفية وعلى الثانى فالأمر أن يكون الحل راجعاً الى ناحية السبب بمعنى إباحة انشاء البيع أو يكون راجعاً الى ناحية المسبب بمعنى إباحة إيجاد البيع بانشائه بآلة انشائه.

فلو كان المراد به الوضع أو التكاليف الراجع الى مرحلة المسبب فدلالته على صحة البيع المعاطائي واضحة وتكون دلالتها بالمطابقة (أما بناء على ارادة الحلية الوضعية) فظاهر، وأما على ارادة الحلية التكليفية مع كون التكاليف راجعاً الى مرحلة المسبب فلأن معنى اباحة ايجاد البيع بانشاءه بآلة انشاءه هو وقوعه بايجاده بتلك الآلة لأنه لا معنى لاباحته إلا وقوعه إذا المعنى المسببي على فرض الوجود لا ينقسم الى الصحيح و الفاسد على ما تقدم .

وان كان تكليفاً راجعاً الى مرحلة السبب فبالدلالة المطابقة التي تدل على صحة البيع بل لا بد من التمسك بدلالته الالتزامية بتقريب أن اباحة انشاء البيع تدل بالالتزام على صحة جميع التصرفات المترتبة على البيع مطلقاً ولو كانت متوقفة على الملك وصحة جميع التصرفات المذكورة تدل على حصول الملك.

والأظهر في الآية المباركة هو كون المراد من الحل هو الوضع، وعلى تقدير رادة التكاليف فالظاهر كونها راجعة الى ناحية المسبب (فلى كلا التقديرين) تدل الآية على صحة المعاطاة بالمطابقة وهو المطلوب، ولا نحتاج (ح) في اثبات الصحة الى التمسك بصحة التصرفات المتوقفة على الملك والدلالة الالتزامية، بل الأمر بالعكس، فإن صحة البيع (ح) تدل على صحة التصرفات المتوقفة على الملك بالالتزام . (هذا محصل الاستدلال) بالآية على نحو يسلم عن المناقشة.

ولكن المصنف (قده) استظهر أولاً من الآية المباركة الحلية التكليفية ثم استدل بها على الصحة بالدلالة الالتزامية ثم اورد على الاستدلال بها بأنها لا تدل إلا على صحة التصرفات المتوقفة على الملك و اباحة هذه التصرفات

بالملازمة الشرعية إنما تدل على الملك في سائر المقامات ببركة الاجماع القائم على الملازمة بينهما، وهو غير متحقق في المعاطاة لأن القائلين بالاباحة يقولون باباحة هذه التصرفات، مع أنهم لا يقولون بحصول الملك من أول الأمر، وان كان يلزمهم القول به آناً ما قبل التصرف، فالآية لا تدل (ولو بالدلالة الالتزامية) على صحة المعاطاة بيعاً، هذا خلاصهما أفاده (قده).

ولا يخفى ما فيه (أما أولاً) فلمنع ظهور الحل في التكليف بل الظاهر منه بقرينة تعلقه بالأعيان هو الوضع (ويان ذلك) أن المصنف (قده) استظهر من الآية الكريمة كون الحلية هي التكليفية لا الوضعية، وذلك بقرينة المقابلة مع حرمة الربا، فإن المراد من حرمة الربا هي الحرمة التكليفية فعلى لا يتم الاستدلال بالآية على صحة المعاطاة (لكن الانصاف) عدم تمامية ما استظهره بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالى «وحرم الربا» هي التكليفية بل يراد بها الوضع بقرينة مقابلتها مع حلية البيع الظاهرة في الوضع وليس العكس (اعني رفع اليد عن ظهور آية الحل في الوضع بقرينة آية الربا) أولى من رفع اليد عن ظهور آية الربا في التكليف بقرينة آية الحل الظاهرة في الوضع مع أن الانصاف ظهور كلتا الفقرتين في الوضع بواسطة اسناد الحل والحرمة فيهما الى البيع والربا الى الافعال المترتبة عليهما والحلية والحرمة إذا اسندتا الى الاعيان يراد بهما الوضع لأن ارادة التكليف منهما محتاجة الى مؤنة زائدة وهي تقدير الفعل لكون فعل المكلف هو الموضوع للحل والحرمة لانفس الاعيان.

(وأما ثانياً) فبمنع الحاجة الى التمسك بصحة التصرفات في اثبات صحة البيع، بدعوى تعلق الحل بمرحلة المسبب لا السبب حسبما تقدم.

(وأما ثالثاً) فلأنه على تقدير التسليم والتمسك بالدلالة الالتزامية فصحة

التصرفات المتوقفة على الملك بعنوان تفرعها على البيع وكونها من توابعه كاشفة عن صحة البيع اذا الملكية الملتزم بها آناً ما قبل التصرف ليست من متفرعات البيع فعلية البيع بما يترتب عليه من اباحة هذه التصرفات اجنبية عن هذه الملكية المفروضة قبل التصرف فالآية لاتدل إلا على حصول الملكية من أول الأمر .

(وأما رابعاً) فلا أنه على تقدير تسليم المنع عن صحة الاستدلال بالآية بما ذكر يلزم المنع عن صحة الاستدلال بها في كل مورد يراد التمسك بها لصحة البيع ، و ذلك لا يمكن دعوى الالتزام بالملكية آناً ما قبل التصرف المتوقف على الملك في كل مورد شك في صحة البيع (ودعوى) الاجماع على الملازمة بين صحة هذه التصرفات وبين حصول الملك من أول الأمر (مدفوعة) وانما المسلم على تقدير تسليمه هو الملازمة بين صحة التصرفات وبين حصول الملك في الجملة ولو كان حصوله آناً ما قبل هذه التصرفات .

(وأما خامساً) فيمنع توقف هذه التصرفات على حصول الملك ولو آناً بما يمكن تخصيص أدلة توقف هذه التصرفات على الملك مثل « لا بيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك ولا وقف إلا في ملك » بغير ما دل الدليل على صحتها فعدم المحيص عن الالتزام بحصول الملك آناً ما ممنوع .

ثم أن المصنف (قدّه) فصل فيما قامت السيرة على صحته من هذه التصرفات بين البيع والعتق والوطى والايضاء فالتزم بصحتها بواسطة السيرة مع الالتزام بالملك آناً قبلها وبين التورث فمنع من حجية السيرة فيه ، وقال بأنها كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة بالدين (ولا يخفى ما فيه أيضاً) لعدم ظهور الفرق بين السيرة القائمة على التورث وبين السيرة القائمة على البيع ونحوه فلو أمكن منعها في التورث صح منعها في الجميع

فلا فرق بينهما أصلاً وهذا إيراد سادس عليه (قده) في هذا الموضع، هذا تمام الكلام في الاستدلال بآية الحل.

قوله (قده) ومما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ قَرِيبٍ** الاستدلال بهذه الآية أن يقال أن المراد بالأكل فيها ليس هو «الازدراء» بل المقصود هو أخذ الشيء وجعله تحت التسلط، مثل ما يقال: أكل فلان داراً زيداً أو فرسه. ثم الاستثناء يحتمل أن يكون متصلاً أو منقطعاً فعلى الأول فالمستثنى منه عبارة عن مطلق أكل الأموال، وكلمة «الباطل» خارجة عن المستثنى منه إنما جيئ بها للدلالة على قسم المستثنى فالمعنى (ح) انقسام أكل المال إلى الباطل وغيره فالباطل هو ما إذا لم يكن تجارة عن تراض، وغير الباطل ما كان بالاكتساب عن تراض. وهذا المعنى هو الأظهر، لظهور الاستثناء في الاتصال وعلى الثاني فكلمة «الباطل» داخلة في المستثنى منه، وهذا ظاهر.

ثم على التقديرين يتم الاستدلال بتقريب أن المعاطاة تجارة عن تراض وذلك بعد احراز كونها مصداقاً للبيع، فإذا كانت تجارة عن تراض فالآية المباركة تدل على صحتها لكونها ليست أكلاً للمال بالباطل (ولا يخفى) أن دلالة هذه الآية على صحة المعاطاة أظهر من آية الحل لأظهرية كون المعاطاة تجارة عن تراض عن كونها بيعاً لكون التجارة أعم من البيع.

قوله (قده) وأما قوله: **الناس مسلطون على أموالهم** فلا دلالة فيه على المدعى الخ^(١٢) لا يخفى أن الاستدلال به لا يصح على صحة المعاطاة لأن عمومها يدل على صحة تصرف المالك في ملكه بالبيع ونحوه، وأما أنه مسلط في إيقاع البيع بأي لفظ يريد أو بأي فعل يشاء فهذا أجنبى عن عمومها، فإذا

توقف وقوع البيع على ايجاده بأسباب خاصة فمقتضى السلطنة على المال هو بيعه بأسبابه بأن لا يكون ممنوعاً عن بيعه ، لانتسلطه في بيعه بغير تلك الأسباب ، ولأظن أحداً استدل به في المقام .

(نعم) يمكن أن يتمسك به في موردين آخرين (أحدهما) فيما اذا شك في صحة الاذن في التصرفات المتوقفة على الملك كما اذا أذن المالك لغيره في التصرف في ملكه بالتصرف الموقوف على الملك كالبيع والوقف ونحوهما فانه ربما يقال بصحة اذنه من باب عموم السلطنة (الأخر) فيما اذا أباح ماله بعوض مسمى فيتمسك في صحتها أيضاً بعموم السلطنة .

فالاستدلال به في هذين الموردين له وجه ، إلا أن الأقوى أيضاً فساد ذلك لما عرفت من أنه ليس مشرعاً ، والاذن في التصرف الموقوف على الملك تصرف في سلطان الشارع لأن المفروض جعل الشارع تلك التصرفات موقوفة على الملك فسلطنة المالك في ماله لا يوجب سلطنته فيما للشارع أن يتصرف فيه (وكذا الكلام في الاباحة المعوضة) إذ جعل العوض هو المثل أو القيمة من وظائف الشارع .

وحاصل الكلام في عموم دليل السلطنة أنه يدل على صحة التصرفات الواردة على المال في مرحلة المسببات مثل البيع و الصلح و نحوهما لا السلطنة الراجعة الى مرحلة الاسباب بأن يكون مسلطاً على ايجاد البيع بأي سبب شاء بل مقتضى سلطنته على البيع هو ايقاعه بالسبب الذي جعله الشارع ولو بالامضاء وهذا مما لا اشكال فيه انما الكلام في الأمرين المتقدمين (أما الأول منهما) أعني السلطنة على الاذن بأن يتصرف الغير في ماله بما يتوقف على الملك فربما يقال بشبوتها بعموم الناس مسلطون (الخ) لارجاعه الى التصرف في ناحية المسبب حيث أن الاذن في التصرف ليس تصرفاً في

ناحية الاسباب التي تكون وظيفة الشارع، وربما يقال بالعدم وذلك لأنه وان لم يكن تصرفاً في ناحية الاسباب إلا أنه يوجب تخصيص عموم ما يدل على توقف هذه التصرفات على الملك (والتحقيق) أن يقال أنه لاشبهة في اعتبار الملك في الصدقة والوقف و العتق بمعنى اعتبار كون المتصدق والواقف والمعتق مالاً لما يتصرف فيه .

وأما البيع فهل هو كالصدقة ونحوها في اعتبار دخول كل من العوضين في ملك من خرج عنه الآخر فيعتبر فيه مالكية كل من البائع والمشتري للمثمن والمثمن ؟ أرى صح خروج أحدهما عن ملك شخص ودخول الآخر في ملك ثالث ؟ قد يقال بالثاني وذلك لأن المعتبر في مفهوم البيع هو كون خروج كل من العوضين مع العوض في مقابل الهبة التي هي خروج بلا عوض، وأما دخول العوض في ملك من خرج عنه المعوض فغير لازم (قال الاستاذ دام بقاءه) وقد يظهر التعرض له عن بعض مطاوي كلام الشيخ (قده) وذكره استاذة (قده) وجهاً واختاره جملة من أصحابه، ولكن التحقيق منافاته مع مفهوم البيع وحقيقته (وتوضيحه) أنه تقدم سابقاً في تحقيق معنى البيع أن بين البائع والمثمن إضافة خاصة كالخيطة المشدود أحد طرفيه على رقبة المالك والطرف الآخر على المال وكذا بين المشتري والمثمن فالبيع في عالم الاعتبار يمكن أن يكون عبارة عن حل البائع ماله عن طرف تلك الإضافة (مع بقاء اضافته) وشيء على إضافة المشتري وحل المشتري المثل من طرف خيطه وشيء في موضع المثل هذا هو الظاهر من تعريفه لغة وعرفاً أعني تبديل مال بعوض بحيث تكون المبادلة بين المالكين والطرفين لا بين نفس الإضافتين ويمكن أن يكون اعتباره بتبديل الإضافة بالإضافة وعلى كلا التقديرين فاللزام هو اعتبار خروج كل من العوضين عن ملك من دخل في ملكه الآخر (أعلى الأول) فظاهر فإنه إذا فك المبيع عن طرف الإضافة

التي بينه وبين زيد مثلاً وشده على طرف الاضافة التي بين عمر وماله بازا مشد
 المال الذي كان في طرف اضافة عمر وعلى اضافة بكر لم يصريعاً لأن الاضافة التي
 كانت بين زيد وماله (ح) تصير بلا طرف ولم يكن بين بكر وبين شيئ اضافة قد
 فكطرفها لكي يشد طرف اضافة عمر وموضعه بل ليس هذا الاهبة وهبة بمعنى أن
 زيد أو هب ماله لعمر و، وعمر و هب ماله لبكر مجاناً في كليهما، فما يتوهم أنه بيع
 لا يكون بيعاً بل هنا هبتان مجانيتان (وأما على الثاني) اعنى كون التبديل في
 نفس الاضافة فكذلك أيضاً اذا الاضافة التي بين عمر وماله منتقلة (ح) الى بكر
 وتشد طرفها على رقة بكر بازا، فك الاضافة التي بين زيد وماله وشدها على رقة
 عمر و (مع أن التحقيق) في باب البيع هو المعنى الأول وعليهذا فلا فرق بين البيع و
 بين الصدقة ونحوها في اعتبار خروج المال عن دخل العوض في ملكه ، و
 (ح) فاذا قلنا بدلالة عموم دليل السلطنة على صحة تصرف المالك في ماله
 باذنه للآخر في التصرف فيه بما يتوقف على الملك كن اللازم في صحة ذلك
 تقدير الملك آنأما قبل التصرف لكي يتحقق التصرف الصحيح .

والمراد من تقدير الملك آنأما هو السير في الطريق الإعوجاجي ففى
 بيع مال الغير عن نفسه مثلاً لا يخرج المال عن ملك مالكة الآذن الى ملك
 المشتري بل يدخل في ملك المأذون حين البيع ثم يخرج عن ملكه الى ملك
 المشتري ويأخذ المال طريقه الى المشتري بهذا الطريق المعوج، واذا لم نقل
 بدلالة عموم دليل السلطنة على ثبوت هذه السلطنة للمالك فليس بيعه صحيحاً
 حتى نحتاج الى هذا السير الإعوجاجي (فنقول قد تقر في موضعه) انه
 اذا كان ثبوت حكم من وضع أو تكليف في موضوع مستلزماً لثبوت
 أمر آخر لم يكن دليل الحكم متكفلاً لا ثبات ذلك الأمر فلا يخلو اما أن
 يكون اثبات الحكم في المورد المذكور بدليل خاص به أو يكون بدليل

عام له افراد متعددة وكان ثبوت الحكم في بعضها متوقفاً على ثبوت ذلك الأمر الذي لم يقم الدليل على اثباته وفي بعض آخر غير متوقف على ثبوته (في الدليل الخامس) يثبت الحكم في المورد ويستكشف من ثبوته ثبوت ذلك الأمر بدلالة الاقتضاء، لأن الأمر يدور بين عدم الالتزام بثبوت الحكم في هذا المورد وبين الالتزام بثبوته بلازمه لكن الأول مستلزم لطرح الدليل وبقائه بلا مورد ويلزم من ذلك لغوية الدليل، فيتعين الالتزام به واثبات لازمه فراراً عن لزوم اللغوية (وأما في الدليل العام) فلا طريق الى اثبات الحكم في المورد الذي يتوقف ثبوته على اثبات أمر آخر، بل ينصرف الدليل الى ما عدى ذلك المورد ولا يلزم منه طرحه ولا بقاءه بلا مورد

إذا عرفت ذلك فاعلم أن اثبات السلطنة للمالك في الأذن في تصرف الغير تصرفاً موقوفاً على الملك من قبيل الثاني اعني اثبات اللازم بالدليل العام فإن عموم دليل السلطنة له افراد متعددة منها تصرف المالك في ماله بما يرجع الى ناحية المسبب كالبيع ونحوه، ومنها اذنه لغيره في الفعل الموقوف على الملك، كان يقول له: اشتر بعمالي شيئاً لك أو اعتق عبيدي عنك أو تصدق بعمالي عنك وهكذا الكلام في عكس هذه الأمور، كُن يقول: اعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني أو اشتر بمالك شيئاً لي فإن هذه كلها تتوقف صحتها على السير في الطريق الإعوجاجي المتقدم مع عدم تكفل العموم لاثباته و (ح) يكون اثبات السلطنة في هذه الموارد بدليل العموم من قبيل الأصل المثبت وقد فصلوا في الأصل المثبت بين الوسطة الخفية والجلية، وهذا التفصيل وإن كان في موضعه يمكن المنع عنه كما هو رفي الأصول لكن لا بأس به في المقام، وعلى هذا فإن كان توقف ثبوت هذه السلطنة على تحقق هذا اللازم أمراً جلياً يعرفه العرف بحيث لا يرون تصرف المالك في ملكه بيعه عن غيره إلا بانتقاله الى الغير ثم البيع عنه أو بيعه عن نفسه وانتقال عوضه اليه لا يمكن اثباته بالعموم

لأن العموم لا يكون متكفلاً له (ح) لتوقفه على هذه المؤنة الزائدة لأنه شامل لها ويثبت به ذلك اللازم وإن كان التوقف امرأ خفياً بنظر العرف بحيث لا يرون بيعه ماله عن غيره إلا كبيعته عن نفسه، ولا يبيع مال غيره عن نفسه إلا كبيع ماله، ولا يكون شمول هذا العموم لهذا التصرفات متوقفاً على اثبات هذا اللازم بنظر العرف (وإن كان متوقفاً عليه بنظر علمي عقلي لاعرفي) فاللازم شمول العموم للمورد واثبات تلك السلطنة به.

والانصاف صحة دعوى خفاء الواسطة، و عليه فلا منع عن التمسك بالعموم لاثبات السلطنة على مثل هذه التصرفات فيستدل (ح) بعمومها على صحة التصرفات المتوقفة على الملك في المعاطاة بناءً على القول بالاباحة كما أنه يلتزم في مثل اشتري بهذا الدرهم شيئاً لنفسك أما بانتقال الدرهم الى المأذون قبل الشراء آنأما، وأما بانتقال ذلك الشيء عن مالك الى مالك الدرهم الآن ثم انتقاله عنه الى المأذون، ولكن مقتضى ظاهر قضية اشتري لنفسك هو الأول وأن الشراء يقع ابتداءً للمأذون، و على هذا يكون عموم السلطنة أيضاً موافقاً مع السيرة ويتعدد الدليل.

هذا غاية ما يمكن تقريره لصحة التمسك بدليل السلطنة في المقام، و لكن للمنع عنه مجال اذ بعد اللتيا والتي لا يثبت هنا دلالة الاقتضاء لإثبات الواسطة وتقدير الملك آنأما وسيجيئ تنمة الكلام في التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة انشاء الله تعالى.

هذا تمام الكلام في التمسك بعموم السلطنة لإثبات السلطنة على هذه التصرفات (وأما الأمر الثاني) اعني التمسك به لإثبات السلطنة على الاباحة بالعوض المسمى فأمره اشكل بل لا يصح أصلاً (وتوضيحه) أن ضمان المال إما معاوضي وإما مترتب على قاعدة اليد أو الائتلاف وهذا الضمانان لا يجتمعان

ففي كل مورد يتحقق الضمان المعاوضي لا يتحقق ضمان اليد والاتلاف، وإذا لم يكن هناك ضمان معاوضي ينتهي الأمر إلى قاعدة ضمان اليد والاتلاف لكن تحقق الضمان المعاوضي يتوقف على أمرين (الأول) انشاء المتعاملين عقداً معاوضياً (الثاني) امضاء الشارع للعقد المذكور فإذا تحقق الأمران يتم الضمان المعاوضي، وإذا انتفيا أو أحدهما وصلت النوبة إلى ضمان اليد، والعقد المعاوضي في المورد المبحوث عنه مفقود حسب الفرض (فعلى القول) بكون المعاطاة مفيدة للإباحة لا عقد معاوضي في المين فليس هنا ما يوجب الضمان المعاوضي فلا بد فيه من القول بضمان اليد فالجمع بين الضمانين غير معقول فعموم السلطنة لا يمكن شموله لاثبات السلطنة على التضمن بسبب اليد بالضمان المعاوضي كما لا يخفى.

قوله ومنها أن العقود وما قام مقامها الخ اعلم أنه قد أورد الشيخ الأكبر (قده) على القول بالإباحة وجوهاً من الأشكال لا بد من التعرض لها وتنقيحها (الأول) أن القول بالإباحة مستلزم لتخلف العقد عن القصد مع أن العقود تابعة للقصد، أما تخلف العقد عن القصد فلأن المتعاطيين قاصدان للتملك وهو لم يقع، والواقع (اعني الإباحة) غير مقصود لهما (وأما بطلان التالي) اعني تخلف العقد عن القصد فلأن امضاء الشارع انما تعلق بالعقود المعهودة المعمولة عند العرف وإذا وقع المتعاقدان عقداً بالقصد والارادة وأوجداه بالانشاء فإن كان متعلقاً لامضاء الشارع كان صحيحاً وإلا كان فاسداً فصححة العقد في الخارج موقوفة على أمرين أحدهما صدوره من المتعاقدين بالقصد لكونه أمراً انشائياً متوقفاً على القصد وثانيهما امضاء الشارع لمصدر منهما بالانشاء فإذا تحقق الأمران صح العقد، وعند انتفائهما أو انتفاء أحدهما لا يصح ففي المعاطاة انما يكون الصادر من المتعاطيين هو البيع والتملك والمفروض

عدم وقوعه لعدم امضاء الشارع له والاباحة لم تصدر منهما لكى يتعلق بها الامضاء ولازم ذلك عدم تحقق شئى من البيع و الاباحة اما البيع فلعدم الامضاء واما الاباحة فلعدم صدورهما عنهما (ومما ذكرنا يظهر) أن ما افاده المصنف (قدم) فى دفع هذا الاشكال بأن تخلف العقد عن القصد غير عزيز ليس بصحيح ضرورة عدم امكان التخلف بما يئناه وماعده من موارد التخلف لا يكون منها، حسبما سيظهر.

والجواب عنه هو ما قدمناه فى أول بحث المعاطاة من أنه بناءً على على القول بالاباحة والالتزام بعدم مصداقية الفعل للبيع لا تخلف أصلاً، وإنما التخلف فى الداعى (و توضيحه زيادة عما تقدم) أن يقال الداعى بحسب الاصطلاح عبارة عما لم يكن هو بنفسه متعلق الارادة الفاعلية و كان منشأً لتعلق الارادة بشئى اذا كان تحقق ذاك المراد متوقفاً على تحقق ما هو خارج عن حيز قدرة الفاعل كصيرورة البذر سنبلاً، المتوقف بعد القاءه فى الارض على مبادئ أخر من العوامل الأرضية والسماوية والحركات السفلية والعلوية فلمكان خروجه عن قدرة الفاعل لخروج بعض مبادئه عن قدرته لا يعقل أن يتعلق به الارادة الفاعلية ، ولمكان امكان ترتبه على القاء البذر فى الأرض يصير منشأً لفاعلية الفاعل وتعلق ارادته بالقاء البذر الذى هو بنفسه مقدور للفاعل خارج عن باب الداعى وكذا العلة التامة للفعل اذا كانت مقدورة للفاعل والعجز الأخير من العلة التامة اذا كان مقدوراً له، فلن ذلك كله بنفسه مراد للفاعل بالارادة الفاعلية ويكون الداعى له شئى آخر، وقد بسطنا الكلام فى ذلك فى غير موضع من تحريرات الاصول حسب ما افاده شيخنا العلامة ادام الله ايامه .

اذا تحقق ذلك فنقول: فعل التملك بما هو مصداقه مقدور للفاعل ،

فيمكن أن يصير متعلقاً للارادة بنفسها، وفعله وانشائه بما ليس مصداقاً له بل هو مصداق للإباحة ليس مقدوراً للفاعل اذ لا يعقل تحقق الشيء بوجود ما هو اجنبي عنه ومباين معه واذا لم يكن التعاطي مصداقاً للتمليك بل كان مصداقاً للإباحة والتسليط لا يعقل أن يتعلق به الارادة الفاعلية بمعنى ايجاد التمليك به بل انما ارادة التمليك يصير داعياً لايجاد مصداق التسليط بارادته واختياره كما أن صيرورة البذر سبباً يصير داعياً في القائه في الأرض ولما كان الفعل مصداقاً للتسليط وكان صدوره عنه بالارادة والاختيار كان ذلك موجباً لصحة الحكم بتحقيق التسليط بالفعل، كما أن عدم ترتب التمليك عليه منشأ لتخلف الداعي عن المراد فما قصد المتعاطيان اعنى التسليط واقع من غير لزوم تخلف المقصود عن القصد وما لم يقع (اعنى التمليك) فهو مما لم يتعلق به القصد والارادة الفاعلية لكونه من قبيل الداعي وذلك لاستحالة ايجاده بما لا يكون من مصاديقه (فظهر بما ذكرنا) ان الفعل المعاطاتي غير متخلف عن القصد اصلاً (بناء على القول بالإباحة) وانما المتخلف هو الداعي وتخلفه ليس بغريب

ولا يخفى بأن هذا كله (بناء على عدم مصداقية التعاطي للتمليك) حق لا غبار عليه بوجه. (وانما الكلام) في اصل المبنى وقد تقدم صحة صيرورة الفعل مصداقاً للتمليك كصحة صيرورته مصداقاً للإباحة بما لا مزيد عليه وعليه فإيجاد البيع بالفعل ليس الا كإيجاده بالقول في كونه مقدوراً قابلاً لأن يتعلق به الارادة الفاعلية - هذا هو التحقيق في المقام .

ولكن للمصنف (قده) دفع هذا الاستبعاد تارة بالحل وأخرى بالنقض بالموارد التي تخلف العقد فيها عن القصد (ومحصل ما افاده في الحل) هو المنع عن كون المعاطاة عند القائلين بالإباحة عقداً ولا قائماً مقامه ، وقال

بأن تبعية العقد للقصد انما هى فى العقود الصحيحة التى دل الدليل على صحتها فلا يمكن الحكم بصحتها مع عدم ترتب الأثر المقصود عليها وأما المعاملات الفعلية التى لم يدل دليل على صحتها فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها (نعم) اذا دل الدليل على ترتب اثر مخصوص عليها يحكم به وان لم يكن مقصوداً (وبالجملة) فحديث تبعية العقود للقصد انما يتم فيما كان عقداً، و المعاطاة على القول بالاباحة خارجة عن موضوع العقد.

ولا يخفى ما فيه لأن المراد من العقود التى يقال بلزوم تبعيتها للقصد ليس هو خصوص العقود اللازمة المنشأة بالصيغة بل المراد منها مطلق العقد ولو كان من العقود الاذنية الحاصلة بالفعل والرضا فهذا الدفع ليس بشئ. وأما الموارد التى جعلها من موارد تخلف العقد عن القصد فشئ منها لا يكون من موارد بل كلها خارجة عن مورد تخلف العقد عن القصد (اما الأول) وهو اطباقهم على أن عقد المعاوضة اذا صار فاسداً يؤثر فى الضمان بالمثل والقيمة مع أن قصد المتعاملين انما هو الضمان بالمسمى (فيه) أن الضمان فى المأخوذ بالعقد الفاسد ليس من آثار المعاملة وانما هو من جهة اليد، وليس تمسكهم بقاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » لأجل اثبات الضمان المعاوضى وذلك لأن هذه القاعدة ليست قاعدة مستقلة فى مقابل قاعدة اليد بل انما هى مأخوذة عنها فىكون ذكرها هناك من باب الإشارة الى قاعدة اليد وعطف الاستدلال بقاعدة اليد على قاعدة ما يضمن فى بعض العبارات لا يدل على الاتينية، وعلى تقدير الدلالة فيرد على هذه العبارة المنع عن التغير لأجل عدم وجود مستند لقاعدة ما يضمن عدا قاعدة اليد على ما سيجئ الكلام فيها ان شاء الله تعالى.

(واما الثانى) وهو أن الشرط الفاسد مما لم يقصد المتعاملان إلا اقترعاً

المعاملة به وإذا لم يكن مفسداً يلزم وقوع المعاملة عارية عن الشرط، وهو مستلزم لتخلف العقد عن القصد لأن المقصود انما كان العقد المقترون بالشرط، والواقع هو المجرد عن الشرط (ففيه) أن الوجه في صحة المعاملة (ح) عند القائلين بها انما هو الالتزام بتعدد المطلوب بدعوى أن اصل المعاملة كان مطلوباً واقترانها بالشرط مطلوب آخر، وعدم تحقق الأخير لا يستلزم عدم وقوع المطلوب الأول، ومع كونه مطلوباً مستقلاً لا يكون تخلف في البين اصلاً.

(وأما الثالث) وهو أن يبيع ما يملك وما لا يملك صحيح عند الكل بالنسبة الى ما يملك مع أن المقصود كان بيعهما معاً وهو لم يقع، وما وقع اعنى بالنسبة الى ما يملك لم يكن مقصوداً (ففيه) أن مالك الصحة عندهم يقول بها بالنسبة الى ما يملك انما هو انحلال العقد الى عقدين، كل منهما مقصود ضمناً يكفي في تبعية العقد للقصد تحقق القصد ولو كان ضمناً ولذا يحكم بكون تبعض الصفقة مطابقاً للقاعدة (وأما الرابع) وهو بيع الناصب لنفسه ووقوعه للمالك اذا اجاز، حيث أنه أيضاً مستلزم لتخلف العقد عن القصد (ففيه) أن الأقوال في بيع الناصب لنفسه ثلاثة (منها) القول بالفساد وعدم تأثير الاجازة اصلاً ومنها القول بالصحة ووقوعه للنصاب بالاجازة، وعلى هذين القولين فلا نقض اصلاً ومنها وقوعه للمالك بالاجازة وعلى هذا أيضاً لا يلزم محذور تخلف العقد عن القصد لأن الناصب أوقع المعاملة حقيقة، وقوام المعاوضة انما هو بدخول العوض في ملك من خرج عنه العوض لما عرفت من أنه لا معنى لخروج المثل من ملك شخص ودخول الثمن في ملك ثالث لخروجه عن حقيقة البيع، فالناصب الذي يبيعه عن نفسه لا بد في قصده من أن يقصد البيع عن المالك ويبني على أنه المالك لكي يتمشى عنه قصد البيع حقيقة، والاجازة

تتعلق بمواقع من الغاصب عن قصده وهو صدور البيع عن المالك و دخول
العوض في ملك المالك، وأما بناء الغاصب على أنه هو المالك فيصير لغواً ساقطاً
فلم يلزم التخلف لأن الصادر من الغاصب (ح) هو البيع عن المالك والواقع هو
ايضاً يكون البيع من المالك بلا تخلف في البين اصلاً.

وأما الخامس وهو أن ترك ذكر الأجل في العقد المقصود به الانقطاع
موجب لانقلابه دائماً عند جملة من الاصحاب مع أنه خلاف المقصود (ففيه)
أن القول بالانقلاب متوقف على الالتزام بكون الدوام والانقطاع حقيقة واحدة
لانوعين متغايرين ، غاية الأمر أنه اذا ذكر الأجل كان متعة واذا لم يذكر كان
دواماً، ففي مثله ايضاً يتعدد القصد وهو القصد الى إيقاع طبيعة النكاح وقصد
خصوصية الانقطاع ، وعدم وقوع المقصود الأخير لأجل ترك ذكر الأجل
لاستلزام تخلف العقد عن القصد بعد كون حقيقة العقد ايضاً مقصوداً .

فظهر أن شيئاً من هذه الموارد لا يعد نقضاً لقاعدة وجوب تبعية العقد
للقصد، مع أنك قد عرفت عدم إمكان التخلف بحسب الاعتبار العقلي على

ما بيناه . من تحقيق تكاملاً علوم

هذا تمام الكلام في الوجه الأول من وجوه الاشكال على القول بالاباحة
من استلزامه لتأسيس قواعد جديدة وقد عرفت المنع عن استلزامه .

قوله قدّه ومنها أن يكون ارادة التصرف من الممتلكات الخ هذا
هو الوجه الثاني من وجوه الاستبعاد، (و ليعلم) أن استلزام القول بالاباحة
لتأسيس القواعد الجديدة متوقف على استلزامه لأمر مخالف مع القواعد مع
انعدام نظيره في غير باب المعاطاة ، فلوانتهى الأمران أو احدهما بأن لم يكن
الأمر اللازم من القول بالاباحة مخالفاً للقواعد أو كان مخالفاً معها ولكن لم
يكن مختصاً بباب المعاطاة بل ثابتاً في غيره ايضاً فلا يلزم من القول به

تأسيس قواعد جديدة، لأن تأسيسها لازم و لو لم نقل في المعاطاة بالاباحة، اذا عرفت ذلك فاعلم أن مملكية التصرف أو ارادة التصرف « على الاختلاف في أن المملك هل هو نفس التصرف أو ارادته » غير مختصة بباب المعاطاة بناءً على الاباحة بل كما يلزم في هذا الباب كذلك يلزم في فسخ ذي الخيار في زمن خياره اذا كان فعلياً، وفي رجوع الواهب في العين الموهوبة ايضاً اذا كان الرجوع فعلياً بأن تصرف تصرفاً موقوفاً على الملك، فالتصرفات الموقوفة على الملك من المتعاطين في باب المعاطاة بناءً على الاباحة نظير تصرفات ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالعقد الخيارى والهبة، وتطبيقه على قاعدة من القواعد لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة من ناحية القول بالاباحة في باب المعاطاة وأما وجه صحة هذه التصرفات مع توقفها على الملك فالمنقول عن الشيخ الفقيه (قده) هو التصحيح بمملكية نفس التصرف، والمذكور في عبارة الكتاب هو جعل ارادة التصرف مملكاً فلا بد من أن ينظر في أن المملك في هذه الموارد اعنى في مورد تصرف ذي الخيار أو الواهب فيما انتقل عنه بالتصرف المتوقف على الملك وتصرف كل من المتعاطين فيما صار بيده باعطاء الآخر بهذا النحو من التصرف هل هو نفس التصرف المتوقف على الملك على نحو الطريق الاعوجاجى و تقدير الملك التام ؟ وأن المملك هو ارادة التصرف السابقة على التصرف لا التصرف نفسه (فنقول) التصرفات الموقوفة على الملك على انحاء ثلاثة (الأول) التصرفات المتلفة كالأكل و الشرب ونحوهما مما ينتفى به المال المتصرف فيه خارجاً (الثانى) التصرفات الناقلة كتقيل المال الى آخر بعقد معاوضى (الثالث الوطى) حيث أنه ايضاً متوقف على الملك .

اما التسم الأول فنفس الاتلاف بما هو اتلاف لا يتوقف على الملك وانما الموقوف عليه هو ثبوت ضمان المسمى في العهدة بسبب الاتلاف ، حيث ان

مقتضى قاعدة اليد (على ما تقدم) هو ثبوت ضمان المثل أو القيمة عند التلف وأما ثبوت المسمى فهو متوقف على تحقق المعاوضة والمبادلة لكي يثبت به ضمان المسمى، و(ح) نقول لا إشكال في أن ثبوت العهدة بالمثل أو القيمة إنما هو بعد التلف، فهل ثبوت المسمى في العهدة أيضاً كالمثل والقيمة يمكن أن يكون بعد التلف؛ أو أنه لا بد من أن يكون في حال وجود العين وقبل التلف.

فربما يقال بالأول وذلك بدعوى عدم التفاوت بين تعلق العهدة بالضمان بالمثل أو القيمة الناشئ من اليد وبين تعلقها بضمان المسمى فكما أنه في ضمان المثل والقيمة بالعهدة يكون بعد التلف فكذا في ضمان المسمى.

ولا يستشكل بأن ضمان المسمى يتوقف على المعاوضة الموقوفة على إيقاع العقد المعاوضي، فنفس التواطئ على الضمان بالمسمى لا يوجب قراره لأن قراره بالتواطئ إنما هو وظيفة الشارع، وليس لأحد غيره جعل السبب وإنما الناس مسلطون على أموالهم بالتصرف بأحكام الأسباب المفعولة، لا أن لهم السلطنة في جعل الأسباب (وذلك) لأن تثبيت ضمان المسمى على المتلف ليس من وظائف الشارع بل هو من انحاء السلطنة على المال الثابتة ببركة دليل عموم السلطنة. (و بالجملة) فحال الضمان بالمسمى هو بعينه حال ضمان المثل والقيمة.

و ربما يقال بالثاني وذلك لما ذكرنا في وجه الإشكال في كونه كالضمان بالمثل والقيمة من كونه تصرفاً في سلطان الشارع لافي مال نفسه لأن الترخيص في اتلاف مال بعوض مسمى يتوقف على سبب معاوضي، والمعاوضة لا بد وأن يتحقق بين الموجودين، ولا يعقل تحققها بعد التلف، فمن صحة التصرف للمتلف بضمان المسمى لا بد وأن نلتزم بتحقيق المعاوضة قبل تحقق التلف لكي يقع التلف على مال المتلف لا المالك الأول (وقد تقدم سابقاً أن الأخير هو

المطابق للتحقيق) وكيف كان فلازم الوجه الأول هو وقوع التلف على المالك الأول وتعلق ضمانه المسمى على عهدة المتلف بعد التلف ولا يحتاج (ح) الى ادخال المال في ملكه قبل التلف لكي يقع البحث عن السبب المملك وانه هل هو نفس التصرف أو ارادته (وعلى الثاني) فنحتاج في تصحيح الحكم بصحة ضمان المسمى الى الالتزام بمالكية المتلف قبل التلف لكي يتحقق المعاوضة الموجبة لقرار ضمان المسمى التي عرفت انها لا تقع إلا بين الموجودين ، فلا بد من أن تكون قبل التلف ، و(ح) فيقع البحث في أن المملك هل هو قصد التصرف و ارادته أو نفس التصرف المتلف؟! (و معنى كون ارادة التصرف مملكاً هو انتقال المال عن مالكه الى المتصرف ثم وقوع التصرف في ماله بعد انتقاله اليه في الرتبة السابقة على التصرف ، ومعنى كون التصرف مملكاً هو كون هذا التصرف الصادر من المتصرف علة لمملولين طوليين احدهما - انتقال المال عن المالك الى المتصرف بواسطة هذا التصرف - وثانيهما - كون التالف عنه اللازم لانتقاله اليه ، فعلى تقدير مملكية الارادة يكون الانتقال عن المالك الى المتصرف قبل التصرف وعلى تقدير مملكية نفس التصرف يكون الانتقال متأخراً عنه معلولاً له .

ثم لا يخفى أن هذا الثاني هو المعبر عنه بتقدير الملك والطريق الاعوجاجي و أن المراد بالتقدير هو انتقال المال عن مالكه الى المتصرف ثم تلفه عنه أو انتقاله عنه حقيقة ، وليس المراد بالتقدير هو صرف فرض مالكية المتصرف و تصويره ، بحيث لا يكون له واقعية اصلاً إلا محض تصويره .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن في كل مورد امكن الالتزام بالصحة بالالتزام بمملكية نفس التصرف فلا ينتهي النوبة الى الالتزام بمملكية الارادة، وفي كل مورد لم يكن الالتزام بمملكية التصرف مصححاً لهذا التصرف

المتوقف على الملك بحب الالتزام بمملكية الارادة (ووجه ذلك) هو تأخر مملكية التصرف عن نفس التصرف و تقدم الانتقال على تقدير مملكية الارادة، ومن المعلوم أن الالتزام بخروج المال عن مالكه الأولى على تقدير الحاجة الى الالتزام به لابد وأن يكون بمقدار الحاجة، ومع التفصى عن ذلك بالالتزام بخروجه فى المرتبة المتأخرة عن التصرف لا حاجة الى الالتزام به فى المرتبة السابقة على التصرف، فىكون الالتزام به (ح) من قىل الالتزام بما لا يلزم، لكن فى صحة التصرفات المتلفة لا موجب للالتزام بالانتقال قبل التصرف، اذ يكفى فى صحة الضمان بالمسمى انتقال المال المتصرف فيه الى المتصرف بنفس تصرفه وصيرورة عوضه المسمى على عهده ثم وقوع التلف عنه، لما قد عرفت من أن الضمان المعاوضى يحتاج الى المعاوضة بين الموجودين، والمال المتصرف فيه فى رتبة التصرف موجود، وانما يصير تالفاً بسبب التصرف، فكما أن التصرف يكون علة لتلفه كذلك يصير علة لانتقاله الى المتصرف بواسطة التصرف بعوض المسمى فالتصرف كما تقدم علة للمعلولين طوليين احدهما انتقال المال عن مالكه الأولى الى المتصرف وثانيهما تلفه عن المتصرف، هذا حال التصرفات المتلفة لتقسم الثانى التصرفات الناقلة للملك وهذا النحو من التصرف يتوقف على الملك وذلك بواسطة ما تقدم من أن طبع المعاوضة يقتضى أن يكون البديل قائماً مقام المبدل فاذا كان العوض منتقلاً الى المتصرف يجب لامحالة أن يكون المعوض منتقلاً عنه أيضاً لتحقيق المعاوضة والمبادلة (فح) لا محيص إلا عن الالتزام بانتقال المال المتصرف فيه عن مالكه الأولى الى المتصرف ثم انتقاله الى من ينتقل المتصرف اليه لكن يجب النظر فى أن المعتبر فى مالكية المتصرف هل هو حال السبب أو حال المسبب وبعبارة أوضح بعدأنه لاشبهة

في لزوم كون المتصرف مالكاً يقع الكلام في أن اللازم هل هو اعتبار ما لكيتته حين الانشاء وإيجاد السبب أو أنه يكفي كونه مالكاً في رتبة تحقق المسبب بانشاء السبب فعلى الأول فلا بد في اعتبار تقدم الانتقال إليه على تصرفه الناقل لكي يكون التصرف الناقل مقارناً مع مالكته فالمملك (ح) يصير هو الإرادة المتقدمة على التصرف فبالإرادة يصير مالكاً ويقع تصرفه في حال مالكته وعلى الثاني فلا حاجة إلى اعتبار تقدم الانتقال على التصرف بل يكفي تحقق الانتقال ولو كان معلولاً للتصرف متأخراً عنه فبالصرف أعني إيجاد السبب ينتقل المال عن مالكه إليه ثم ينتقل عنه إلى من يريد أن ينتقل إليه فيكون لتصرفه هذا معلولان طوليان أحدهما الانتقال عن المالك إليه و ثانيهما الانتقال عنه إلى غيره و والمعلول الأخير متأخر عن المعلول الأول فيكون الانتقال عنه في حال مالكته ولا يخفى أن هذا الأخير هو الأقوى وذلك لأن المستفاد من مثل لا يبيع إلا في ملك ليس الاعتبار ملكية المبيع حين البيع بمعنى المسبب لما عرفت مراراً من أن هذه الأسباب اسمي للمسببات لا للأسباب ونتيجة ذلك هو اعتبار ملك المتصرف في حال تحقق النقل عنه بمعنى الاسم المصدري والمعتبر في قوام المعاملة أيضاً ليس بأزيد من انتقال المعوض عمن ينتقل إليه العوض كما مر نظيره في بيع الكلي في الذمة حيث أنه بنفس انشاء السبب يعتبر الكلي في ذمة البائع ثم ينتقل عنه إلى المشتري ولا يحتاج إلى اعتباره قبل البيع المصدري حتى يقال بأنه لا منشأ لاعتباره قبله إذا لا إنسان لا يملك في ذمته شيئاً فالحاجة إلى الالتزام بانتقال المال المتصرف فيه عن مالكه إلى المتصرف ترتفع بالالتزام بكونه بعد التصرف ولا يحتاج في هذا القسم إلى اعتبار ملكية الإرادة فهذا القسم أيضاً كالقسم الأول في كفاية ملكية التصرف القسم الثالث الوطى وقد استصعب

المحقق الثاني حكمه من حيث الجواز والحرمة وقال بحرمة أول ما يتحقق عنه وان كان يحصل به الحلية أيضاً وذلك لأنه بالتصرف يصير مالاً فيكون أول جزء من التصرف واقعاً في غير ملكه وحيث أنه لا وطني إلا في ملك يكون هذا الجزء حراماً ولما يحصل به الملك تتعقبه الحلية في بقية أجزائه ولا يخفى ما فيه لأن حرمة الوطني مع السلطنة عليه المفروض ثبوتها في المعاطاة وفي زمان الخيار ممن له الخيار وعن الواهب في العين الموهوبة لا يجتمعان إذ مقتضى حرمة الوطني هو الحرمان عنه في عالم التشريع ومقتضى السلطنة عليه كونه مسلطاً عليه بحيث له أن يفعل والسلطنة عليه مع الحرمان عنه تشريعاً لا يجتمعان فمقتضى السلطنة عليه هو جوازه ولو بجزئه الأول ويكون نفس ذلك التصرف الوطني ملكاً فهذا القسم أيضاً كالقسمين الأولين يكون المملك هو التصرف فظهر أن في جميع هذه الأقسام يكون التصرف هو المملك لا إرادته إلا في القسم الثاني على احتمال أن يكون الموقوف على الملك هو إيجاد السبب لا المسبب هذا تمام الكلام في الوجه الثاني من وجوه الاستبعاد قوله قد روي عنه أن الإخماس والزكوة الخ هذا هو الوجه الثالث من وجوه الاستبعاد في القول بالإباحة وقد ذكر قد روي عنه موارد تسعة مما يلزم فيها تأسيس القواعد الجديدة على القول بالإباحة ولا يخفى أن مخالفة هذه الموارد مع القواعد إنما يلزم مع عدم تصرف كل واحد منهما فيما صار إليه بالمعاطات ولذا ذكر في آخر كلامه ابتناء لزوم المحذور على العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينتفي بالأصل والمراد بالإخماس والزكوة هو تعلق الزكوة والخمس بالمال الذي صار عنده بالمعاطاة مع أنه لا يكون مال كآله مع توقف تعلقهما على الملك وليس الغرض هو الاستبعاد في إعطاء ما صار إليه بالمعاطاة بازاء الخمس والزكوة المتعلق بأعيان أمواله إذ لا كلام

في صحة تصرفاته بناءً على الإباحة حتى المتوقفة على الملك وإن كان في الموقوفة على الملك استبعاداً تقدم لكن الكلام الآن ليس في إعادته كما لا يخفى وسيجيئ في التنبيه الرابع حكاية المنع عن إعطائه بأزاء الخمس والزكاة وثمان الهدى عن الشهيد قده ويأتي وجهه انشاء الله .

والمراد بالاستطاعة هو تعلق وجوب الحج عليه بواسطة استيلائه على المال بسبب المعاطات مع أنه ليس مالكاً له حين عدم تصرفه فيه أو تصرف الآخر في عوضه .

والمراد بالديون هو تعلق حق الغرماء بهذا المال الذي صار عنده بالمعاطاة قبل التصرف بعنوان أنه ماله مع أنه لا يكون مالاً له بل هو باقٍ على ملك مالكه والمراد بالنفقات هو تعلق حق واجبي النفقة عليه بواسطة وجدانه لهذا المال مع أنه لا يكون مالاً له .

والمراد بحق المقاسمة هو تعلق حق القسمة لمن صار المال عنده إذا كان مشاعاً إذ لمن يصل إليه المال بالمعاطاة أن يطالب شريكه بالقسمة مع أنه لا يكون المال له .

والمراد بالشفعة هو ثبوت حق الشفعة لمن صار إليه المال لوباع الشريك شقصه على ثالث مع أن حق الشفعة لا يثبت إلا للمالك وهذا لا يكون مالاً .

والمراد بالمواريث هو انتقال هذا المال عن كل من المتعاطين إلى وارثه مع

أنه لا يكون مالاً له .

والمراد بالربا هو ثبوت الربا في المعاملة الفعلية إذا كان العوضان ربويين بأن كانا من جنس واحد مع كونهما مكيلاً أو موزوناً مع أنه لا مفاضة في البين وإنما إباحة التصرفات من الجانبين ولا مخذول في إباحة كل واحد

منهما ماله الى الآخر وان كان احدهما اكثر من الآخر .

والمراد بالوصايا هو صيرورة هذا المال مخرجاً للثلث مع أنه لا يكون من امواله فكيف يصير مخرجاً للثلث .

والمراد بصفة الفنى والفقر هو صيرورة من بيده هذا المال غنياً لا يجوز له اخذ الزكوة والخمس وصيرورة معطيه فقيراً يجوز له الأخذ مع أنه ما خرج عن ملك المعطى و لم يدخل فى ملك المعطى له هذا وقد تقدم أن لزوم تأسيس القواعد من القول بالاباحة انما يتم اذا تحقق امران احدهما الالتزام بما يخالف القواعد المؤسسة .

وثانيهما كون الالتزام به مخصوصاً بمورد المعاطات على القول بالاباحة (فح) يجب أن ينظر فى كل واحد من هذه الموارد التسعة حتى يستعلم من أن الالتزام فيها مستلزم لتأسيس القواعد الجديدة أم لا .

ف نقول أما اولاً فيمكن أن يجاب عن جميع هذه الموارد على نحو العموم بقيام السيرة على صحة هذه الأمور اعنى تعلق الزكوة والخمس بهذه الأموال الى آخر الأمور المذكورة فتكون السيرة دالة على صحتها ومخرجة لها عن مخالفة القواعد... ويمكن أن ينظر فى كل واحد منها بالخصوص ليعلم حاله بالخصوص، اما تعلق الزكوة والخمس فالظاهر أنه لا مدفع عنه لاستلزامه تأسيس القواعد الجديدة حيث أن صرف الاباحة وحصول التعاطى من المتعاطين لا يقتضى تعلق الخمس والزكوة بما اباح لكل واحد منهما . أن يتصرف فيه بل انما يتوقف تعلقهما على الملك ومع عدم الملك يكون الالتزام بتعلقهما بما حصل بالمعاطات لامحالة متوقفاً على تأسيس قواعد جديدة فى خصوص باب المعاطات، وأما الاستطاعة فالظاهر أنها لا تكون اشكالا على القول بالاباحة وذلك لأن المناط فى الاستطاعة هو التمكن من الزاد

والراحلة ولولم يكن عن ملك كما في البذل والمفروض تمكن المتعاطين في التصرف فيما بأيديهم بانحاء المتصرفات فيحصل لهم الاستطاعة ولو لم يكن ملك في اليين وهذا هو مراد المصنف قده في المتن فيما ذكر في دفع الاستبعاد المذكور بقوله مع أن الاستطاعة الموجبة للحج الخ، وأما الديون فتعلق حق الغرماء بهذا المال عند عجز من يده أيضاً لا يكون اشكالاً لأن ما يده من المال الحاصل بالتعاطي إنما حصل بالضمان المعاوضي حيث أن عوضه وقع على يد مقابله بعوض ما يده فيكون ما بعوضه ملكاً له وحيث أنه لا يكون متعلقاً لحق الغرماء لمكان خروجه عن يد المديون المحجور فيتعلق الحجر ببذله فيصير هذا المال متعلقاً لحق الغرماء بدلاً عن مال المديون الذي في يد صاحبه الذي وقع بينهما التعاطي هكذا أفيد فتأمل ... وأما النفقات فحالها كحال الاستطاعة إذ المعتبر في تعلق حق واجبي النفقة هو التمكن من الانفاق عليهم الحاصل بالمعاطات لا الملك... وأما حق المقاسمة فالتقسيم داخل في التصرف المملك وحيث أن له التملك بسبب التصرف فيكون من باب ملك أن يملك وذلك لأجل السلطنة على التملك بسبب السلطنة على التصرف فيصح له ثبوت حق المقاسمة الموجبة لحصول الملك بها .. وأما حق الشفعة فالظاهر أنه يكون كالزكوات والاحماس مما لا مدفع عنه إذ لا يمكن تصحيحه إلا بالالتزام بقواعد جديدة... وأما الموارث فيمكن أن يلتزم فيها بكون موت أحد المتعاطين مملكاً وهذا لا يستلزم تأسيس قاعدة جديدة لأن له نظير كما في باب الهبة حيث أن موت الواهب أو المتبهي يوجب اللزوم بحيث لا يجوز الرجوع للواهب عند موت المتبهي أو لورثته عند موته نفسه ... وهكذا حال الوصايا حيث أن مخرجة هذا المال للثلث باعتبار انتقاله إلى من يده بالموت .. وأما الربا فالحق ثبوته في مطلق المعاوضات

الربوية ولولم تكن يبعاً كما عليه الأكثر واختاره الشيخ الكبير قده وعليه
 فلا إشكال أصلاً حيث أن المعاطات أيضاً من المعاوضات ولوعلى القول بالاباحة
 وأما صفة الغنى والفقر فحالهما كحال الاستطاعة و النفقات في عدم اعتبار
 الملك بل الملاك فيها هو التمكن من قوت نفسه وعياله الواجبى النفقة الحاصل
 بواسطة المعاطات، وقد ظهر مما ذكرناه من أن في الموارد المذكورة لا يستلزم
 تأسيس قاعدة جديدة من القول بالاباحة إلا باب الزكوات والاخلص والشفعة منها.
 قوله قده ومنها جعل التلف السماوى مملكاً الخ (!) توضيح هذا
 الاستبعاد هو أن القائلين بالاباحة ملتزمون بحصول الملك عند تلف العوضين أو
 احدهما عند من صار إليه وهذا مستبعد بل محال عقلي في الجملة وذلك لأن تلف
 احد الطرفين على هذا يكون مملكاً لهذا التالف على من تلف عنده وللطرف
 الآخر الموجود على من هو موجود عنده لكن تمليك الطرف الموجود على من هو
 موجود عنده ليس فيه محذور عقلي وانما هو مستبعد لبعده مملكية تلف أحد
 الطرفين للطرف الآخر وأما صيرورة التالف ملكاً لمن وقع التلف عنده بسبب
 التلف فهو مع بقاء محال عقلاً وذلك لأن حصول الملك لا يخلو إما أن يكون قبل
 التلف أو يكون مقارناً معه أو يكون بعده وشيئ من هذه الصور لا يكاد يصلح
 أما قبل التلف فللزوم سببية التلف المتأخر للملك المتقدم وهو مستلزم لتقدم
 المعلول على علته وأما المقارن معه فلعدم قابلية التالف حين التلف لأن يصير
 ملكاً وأما بعده فلا أنه ملك للمعدوم (والجواب عنه) أن الالتزام بملك كل من
 العوضين للقبض بسبب تلفهما أو احدهما ليس مما لا نظير له في الفقه بل إن
 هو إلا كالتلف قبل القبض الذي من مال بايعه فكما أن في ذلك المقام يحكم
 بانفساخ البيع ورجوع كل من العوضين الى من انتقل عنه لكي يقع التلف
 على من انتقل عنه فكذلك يقال في المقام بوقوع الملكية قبل التلف لكي

يقع التلف على ملك القابض لا الدافع وكما انه في التلف قبل القبض يلتزم بالطريق الاعوجاجي وتقدير الملك آنأما قبل التلف كذلك في المقام يلتزم به قبله إلا أن الالتزام بالملك آنأما قبل التلف في باب التلف قبل القبض انما هو مقتضى الجمع بين ما يدل على كون التلف من مال البائع وبين استصحاب ملك المشتري الى زمان آنما قبل التلف وفي المقام لمكان الجمع بين ادلة ثلاثة على عموم على اليد واستصحاب عدم الملك الى آنما قبل التلف والاجماع على عدم الضمان بالمثل أو القيمة بل كون المال مضموناً بالمسمى .

(وتوضيح ذلك) يتوقف على بيان مقدمة وهي أنه قد ثبت في مبحث العام والخاص من أنه لو ورد عام مثل اكرم العلماء وورد خاص مثل لا تكرم زيدا وتردد زيد المنهى عن اكرامه بين زيد العالم وزيد الجاهل فلو كان زيد العالم كان تخصيصاً للعموم ولو كان زيد الجاهل كان تخصيصاً يشترط بركة العموم وجوب اكرام زيد العالم و بلازم وجوب اكرامه ثبت أن المنهى عن اكرامه هو زيد الجاهل و حيث أن أصالة العموم من الأصول اللفظية وهي حجة ولو كانت من الأصول المثبتة فلا محذور في كونها مثبتة للوازمها و ملزوماتها وملازماتها على ما حقق في الأصول و(ح) نقول مقتضى عموم على اليد هو ضمان المثل أو القيمة في التلف ولكن قام الاجماع على ضمان المسمى في باب المعاملات والأمر بدورين انتقال التلف الى من وقع التلف عنده قبل التلف فيكون تخصصاً خارجاً عن موضوع عموم على اليد وبين عدم انتقاله اليه وبقائه على ملك مالكة الأول لكي يكون الحكم بضمن المسمى تخصيصاً للعموم فبعموم على اليد ثبت الانتقال وانه لا يكون تخصيصاً ولازم ذلك نبوت الانتقال الى القابض ويدور الانتقال اليه قبل التلف في الآتات السابقة عليه من اول آن القبض الى الآن المتصل بالتلف لكون وقوع الملك مشكوكاً

فيما عدى الآن المتصل بالتلف فيستصحب عدمه الى زمان القطع به و هو الآن المتصل بالتلف فبالاجماع وعموم على اليد ثبت الانتقال قبل التلف وبلاستصحاب ثبت كونه في آن ماقبله (وأما استبعاد) كون التلف المتأخر مملكا فمذموم بأنه مع اشتراك المقام مع مقام تلف قبل القبض يصحح اما بالالتزام بالشرط المتأخر بناءً على صحته أو بالالتزام بالتعقب بمعنى كون المملك هو تعقب الآن بالتلف، هذا تمام الكلام في صورة تلف احد الطرفين أو تلفهما معاً.

واما حكم مالو غصب احدهما فقد استبعد فيه أيضاً من حيث أن رجوع المغضوب منه الى الغاصب مع عدم كونه ملكاً له بعيداً و صيرورته بسبب الغصب ملكاً له كالتلف أبعد، و رجوع المالك الأصلي اليه مخالف للسيرة القطعية، وقد اجاب عنه المصنف (قده) في الكتاب .
بأنه عند تلف المال عند الغاصب يكون المتعين هو رجوع المغضوب منه اليه لا المالك الأول وذلك لصيرورته بالتلف ملكاً للقباض المغضوب منه ومع وجوده عند الغاصب يكون لكل من المغضوب منه والمالك الرجوع اليه (ولا يخفى) أن ما ذكره في صورة التلف متين جداً لما تقدم من ملكية التلف، وأما رجوع المالك الى الغاصب في صورة وجوده فلا وجه له مع بقاء مال المغضوب منه عنده لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوض (نعم) لرد مال المغضوب منه اليه ثم رجوعه الى الغاصب بماله وأما مع بقاء مال المغضوب منه عنده الذي هو ابقاء للتعاطي فلا يصح منه الرجوع كما لا يخفى .

قوله (قده) ومنها أن التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية الخ

(١) حاصله أن التصرف الملزم على القول بالملك هو مملك على القول بالاباحة و سيأتي تحقيق الكلام فيه وأنه هل هو مطلق التصرف أو التصرف الناقل للعين

أو الأعم من الناقل أو المغير لها (وكيف كان) فاما يكون مملكاً بالنية أو مطلقاً و الأول مخالف للسيرة ويلزم أن يكون الواطئ للجارية التي صارت عنده بالمعاطات واطياً بالشبهة والجاني عليه والمتلف جانياً على مال الغير ومتلفاً له والثاني اعنى مملكية التصرف بلانية بعيد جداً وأيضاً لو كان التصرف من احد الجانبين مملكاً لما وقع فيه التصرف بالنسبة الى المتصرف وعوضه الى الآخر لزم أن يكون المتصرف بتصرفه موجباً وقابلاً و ذلك أيضاً بعيد .

(والجواب عنه) أن هذا أيضاً ليس بعيداً في النظر في الفقه لمكان كون تصرف ذي الخيار في زمان الخيار من هذا القليل بل اسوء وذلك لوجود الاذن في التصرف في المقام بخلاف التصرف في زمان الخيار (وتوهم) افتقار مملكية التصرف في زمان الخيار الى النية (مدفوع) بأنه لم يذهب الى وهم وانما الكلام فيه هو في افتقار الالتفات الى كونه في زمان الخيار أو كونه فسخاً مطلقاً مع الالتفات الى التصرف ولولم يكن ملتفتاً الى كونه في زمان الخيار على ما سيجئ في الكلام فيه انشاء الله ، وقد تقدم مراراً أن تأسيس القواعد الجديدة انما يلزم فيما اذا لم يكن لما التزام به على القول بالاباحة نظير في الفقه، فهذا الاستبعاد أيضاً هيّن (ومنه يظهر) أن لزوم كون المتصرف موجباً وقابلاً أيضاً ليس بمحذور وذلك لمكان وجود نظيره في التصرف في زمان الخيار على ما لا يخفى .

قوله (قدّه) ومنها ان النماء الحادث قبل التصرف الخ، حاصله أنه لاشبهة في كون النماء المتصل في المقام كسائر المقامات تابعاً للعين محكوماً بحكمه وأما النماء المنفصل ففي كونه للمالك الأول مطلقاً، أو للقابض كذلك أو كونه تابعاً للعين فان صارت العين ملكاً للقابض بمملك، من تلف أو تصرف

ونحوهما فيتبعها النماء وإن عادت إلى المالك الأول فالنماء كذلك؛ احتمالات لكن الأول اعنى كونه للمالك الأول ولومع صيرورة العين ملكاً للقباض مخالف للسيرة وكونه للقباض مطلقاً ولومع عود العين إلى المالك مستبعد إذ لا مملك (ح) للنماء وتبعيته للعين مقتضى لشمول الاذن له اعنى الالتزام بكون الاذن في التصرف في العين اذنأ في التصرف في النماء أيضاً وهو خفي. وقد اجاب عنه المصنف (قده) في الكتاب باختيار الأخير وهو تبعية النماء للعين في الاباحة و الملك ولاخفاء فيه اصلاً بعد قيام السيرة عليه. (ولكن الحق) هو الاحتمال الثاني اعنى كونه للقباض مطلقاً وذلك لقاعدة الخراج بالضمان (وتوضيحه) أن الخراج عبارة عما يخرج من الارض والمراد به هنا مطلق المنافع وفي كلمة الخراج بالضمان احتمالات (الأول) أن يكون الضمان بمعنى الاسم المصدري فالمعنى (ح) أن كل ما كان ضمانه في عهدة شخص فمنافعه له سواء كان ضمانه بسبب اختياري كتعهد ونحوه أم لا وهذا هو الذي فهمه أبو حنيفة في فتواه بعدم ضمان كراء البغل من يوم المخالفة على ما هو مذكور في صحيحة أبي ولاد كما سيأتى انشاء الله، وهذا المعنى مع بعده في نفسه مردود بورود النص على خلافه كما هو مضمون لصحيحة الحكم بضمان المنافع من يوم المخالفة (الثاني) أن يكون بالمعنى المصدري مع كون سبب الضمان عقداً مملكا فيختص (ح) بالعقود المعاوضة. (الثالث) أن يكون بالمعنى المصدري أيضاً مع كون الضمان ناشئاً عن مطلق التعهد ولو لم يكن بعقد بل كان من قبيل المعاطاة (ولا يخفى) أن هذا الاحتمال الأخير هو الأقوى، لعدم امكان حمل الخبر على الاحتمال الأول وعدم ما يوجب تقييده بالضمان الناشئ عن العقد المملك وعليه فيكون النماء المنفصل في باب المعاطاة للقباض مطلقاً كما لا يخفى.

ثم انه ربما يقال بأن مقتضى قاعدة تبعية النماء للعين ثبوت ضمان
 المنافع على القابض فيقع التعارض بينها وبين قاعدة الخراج بالضمان بالعموم
 من وجه (ولكنه يجاب) بأن التعارض بينهما وإن كان كذلك لكن الترجيح
 لقاعدة الخراج بالضمان لوجهين (الأول) ان قاعدة التبعية لُتية لا تكون
 مستفادة من اللفظ و قاعدة الخراج بالضمان لفظية فهي تقدم على القاعدة
 اللبية (الثاني) ان قاعدة الخراج بالضمان تكون كالعام المعلن حيث انها
 في قوة أن يقال ملك المنافع معلل بالضمان والعام المعلن يقدم على غيره
 في التعارض بالعموم من وجه على ما حقق في محله هذا تمام الكلام في
 الاستبعادات التي ذكرها فقيه عصره قدمه على القول بالاباحة وقد عرفت اندفاعها
 إلا أنه لا يخلو عن الاستبعاد كما لا يخفى، قوله قدمه ودفعها بمخالفتها
 للسيرة الخ لا يخفى أنه لا يظهر لهذه العبارة معنى ويمكن أن يكون
 مرجع الضمير المؤنث في دفعها ومخالفتها هو الاستبعاد المذكور قبله
 وإتيان الضمير مؤنثاً مع تذكير مرجعه كان بالمسامحة والمعنى (ح) و دفع
 الاستبعاد بأن عدم تعلق هذه الحقوق بمخالف السيرة لقيام السيرة على تعلقها
 رجوع الى السيرة فلا يكون مستلزماً لتأسيس قواعد جديدة و هذا غاية
 التوجيه لهذه العبارة لكنه بعد كما ترى لا يخلو عن التكلف .

قوله قدمه وبالجملته فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة
 المحققة الخ لا يخفى أنه مع فرض دلالة عموم ادلة البيع والهبة على صحة
 المعاطات يبعاً وهبة لا اشكال في الخروج عن اصالة عدم الملك بل لا محيص عن
 الخروج عنها اذ هي اصل عملي تنتهي النوبة اليه فيما اذا لم يكن اطلاقاً أو عموم
 فجعل احدهما شكلاً والآخر اشكل ممنوع نعم الذي ربما يتصور فيه الاشكال
 هو رفع اليد عن اجماع المنقول عن الغنية والقواعد والمسالك لكن لا وقع

للمنقول عن الغنية لعدم حجية الاجماع المنقول في كلام القدماء على ما حقق في
الاصول ووهن المنقول في القواعد و المسالك بدعوى الاتفاق المنقول عن
المحقق الثاني في افادة المعاطات للملك بناء على تأويل كلما تم بارادة
الملك وهذا التأويل وان كان مستبعداً في نفسه كما تقدم إلا أنه يصير شبهة
مانعة للأخذ بالاجماع المنقول عن القواعد والمسالك فيكون المحكم (ح)
هو عموم ادلة البيع و بالجملة فلا ينبغي الاشكال في وقوع البيع بالمعاطات
سواء قلنا بأن التسليط الخارجى مصداق للتملك كما هو الحق أم لا... أما على الأول
فواضح.. وأما على الثاني فلا أنه وان لم يكن مصداقاً للتملك لكنه كناية عنه فيصح
وقوعه به اذا كان التعبير به عنه متعارفاً وسيجيئ في باب الفاظ العقود اختيار القول
بصححة ايقاع العقد بالالفاظ الكنى إذا كان متعارفاً وانما قيدنا بالمتعارف لأن
لا يرد النقض بايقاع البيع بلفظ سلطت حيث انه لا يقع به البيع ولازمه عدم وقوعه
بالتسليط الخارجى أيضاً لعدم الفرق بين التسليط القولى والفعلى ووجه عدم
الورود هو التفاوت بين التسليطين بتعارف ايقاعه بالتسليط الخارجى دون القولى.

قوله قده وعليه فهل هي لازمة ابتداء مطلقاً الخ... الاقوال في باب المعاطات
على القول بالملك ثلاثة اللزوم مطلقاً وعدمه كذلك والتفصيل بين ما كان الدال
على التراضى لفظاً فيكون لازماً وبين ما لم يكن كذلك فلا وكان الوجه في
التفصيل هو دلالة قوله (ص ع) انما يحلل الكلام: بتوهم ان المراد من الكلام
هو مطلقه ولو كان على نحو المفاولة ولكنه ممنوع والحق اسقاطه من الاقوال
وجعل للمسئلة ذات قولين.

قوله قده اوفقها بالقواعد هو الاول الخ... بل الأوفق هو القول بعدم
اللزوم وذلك لعدم ما يدل عليه حسباً تقدم اجماله وسيجيء تفصيله.
قوله قده بناء على اصالة اللزوم في الملك الخ...

(١) الكلام في اثبات حكم المعاطاة من حيث اللزوم والجواز قديقع فيما يقتضيه الأصل وقد يقع فيما يقتضيه الدليل الاجتهادي من العمومات والاطلاقات فالكلام هنا في تنقيح الأصل العملي فنقول قديقال بأن مقتضى الأصل هو عدم اللزوم بتقريب استصحاب بقاء علة المالك الأول اذا شك في اللزوم والجواز يرجع الى الشك في انقطاع علة المالك الأول بشرائها وتامها فعند الشك في انقطاعها يستصحب بقاءها ولا يخفى ما فيه من الوهن فان تلك العلة زالت بواسطة ايجاد السبب المملك قطعاً مطلقاً من غير فرق بين ما كان السبب عقداً أو غيره كان لازماً أو جازياً كان جوازه حكماً أو حقياً وانما يحدث عند الفسخ في العقود الجائزة علة جديدة مستحدثة ومع القطع بارتفاع العلة السابقة لامبال لاستصحابها و لمكان شدة وضوح و هه لم يتعرض له في الكتاب لاتعبيد ال على وضوح و هه وهو قوله قد و ربما يزداد استصحاب بقاء علة المالك الأول

ولا اشكال فيما ذكرناه وانما الكلام في اجراء استصحاب بقاء علة المالك الثاني عند الشك في زواله بمجرد رجوع مالكه الأول ومنشأ الاشكال هو الاشكال في أن اللزوم والجواز هل ينوعان الملكية بحيث يصير الملك اللازم نوعاً والجائز نوعاً آخر كالحدث الأكبر والأصغر أو لا يكونان منوعين لها ثم على تقدير كونهما منوعاً فهل يجري فيه الاستصحاب كما في القسم الثاني من اقسام استصحاب الكلى اعنى الحيوان المردد بين البق والفيل أم لا فالكلام هنا في جهتين اما الجهة الأولى فتنتيح البحث عنها يتم بيان أمور

الأول هل اللزوم والجواز امران ناشيان عن انشاء المنشئ و يكون زمام امرهما بيده بحيث لو اراد انشاء الملك اللازم ينشأ و لو اراد انشاء

الملك الجائز ينشأة أو حکمان شرعیان لیس اختیارهما یبد المنشیء أصلاً؟
 احتمالان لاسیبل الی الأول منهما اذا المنشیء فی جمیع ابواب العقود لا ینشأ
 إلا الملكية لأنه ینشأ الملكية الجائزة تارة واللازمة أخرى فلا یكون جواز
 البیع واللزوم به بانشاءه وهذا ظاهر .

الثانی بعد وضوح كون اللزوم والجواز ناشئان عن الحكم الشرعی
 هل الحكم بهما یرجعان الی ناحية المسبب اعنی الأثر الحاصل عن اسباب
 المعاملات كالمملکة فی باب البیع أو انهما راجعان الی مرحلة الاسباب فالعقد
 الذی هو سبب للمملکة هو المتصف باللزوم شرعاً تارة وبالجواز أخرى احتمالان
 اقربهما هو الأخير و ذلك لمكان تمسك الفقهاء فی اثبات اللزوم بعموم
 اوفوا بالعقود وهذا التمسك لا یتیم إلا بكون اللزوم صفة للسبب لا للمسبب
 ولولم یکن اللزوم راجعاً الی ناحية السبب لم یکن لهذا الاستدلال وجه
 ولأن الفسخ فی کل مورد من مواردہ انما هو حل العقد ابتداء المترتب علیه ارتجاع
 الملكية لا العود الی الملكية من أول الأمر وهذا أيضاً شاهد علی كون الجواز
 أو اللزوم حکماً للسبب لا للمسبب .

الثالث هل اللزوم والجواز بعد رجوعهما الی ناحية السبب یصیران
 منشأة لاختلاف السبب نوعاً فی مقام التأثير حیث یترب علی کل واحد اثرأ
 مغایر مع الأثر المترتب علی الآخر كالحدث الأكبر والأصغر حیث أن کل
 واحد منهما مؤثر فی اثر غیر الأثر الحاصل من الآخر ویكون الأثران مختلفین
 نوعاً أو لا یكون کک . احتمالان اقواهما الأخير . وذلك لأن الکاشف عن
 الاختلاف النوعی متحقق فی مثل الحدث وهو اختلاف الآثار المرتبة علیه
 بخلاف المقام فان السبب المترتب علیه الملك اللازم متحد فی الأثر مع ما
 یترب علیه الملك الجائز وهو الملكية ولا تفاوت فی أثرهما بوجه إلا

في اللزوم والجواز وهذا لا يوجب اختلافاً حسب النوع كما لا يخفى فظهر أن اللزوم والجواز لا يكونان بإنشاء المنشئ بل إنما هما راجعان إلى الجعل التشريعي وإنهما راجعان إلى ناحية السبب لا المسبب واختلاف السبب بهما لا يوجب الاختلاف النوعي والمتحصل من جميع ذلك عدم منوعية اللزوم والجواز ونتيجة ذلك صحة استصحاب الملكية عند الشك في زوالها لأجل الشك في تأثير رجوع المالك الأول وهو المطلوب .

قوله قدّم مضافاً إلى إمكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك في الاستصحاب الخ هذا هو البجّة الثانية من الجهتين اللتين قدّمناهما وهي صحة استصحاب الكلي على تقدير تغير الملكية اللازمة مع الجائزة بالنوع وهذا هو القسم الثاني من أقسام استصحاب الكلي أعني ما إذا تردد وجود الكلي بين فرد مقطوع الارتفاع وبين فرد مقطوع البقاء كما إذا علم بوجود الحيوان في الدار المردد بين كونه بقاً أو فيلاً، وقد حقق في الأصول عدم المناقشة في صحة استصحابه والمقام من هذا القبيل لأن الملكية الحادثة بالمعاطاة مرددة بين الفرد الذي يقطع بارتفاعه بواسطة الرجوع وهي الملكية الجائزة وبين الفرد الذي يقطع ببقائه بعد الرجوع وهي الملكية اللازمة ولأمانع عن استصحاب القدر المشترك والجامع المرددين هذا وذاك .

وليعلم أن الشك في بقاء الكلي في هذا القسم قد يكون من قبيل الشك في المقتضى وقد يكون من قبيل الشك في الرفع فالأول كالحيوان المردد بين البق والفيل حيث أن الشك في بقاءه إنما هو لأجل كونه بقاً أو فيلاً فإنه لو كان بقاً لا يكون فيه اقتضاء البقاء ولو كان فيلاً لكان باقياً لما فيه من الاقتضاء للبقاء .

ومثال الثاني الحدث المردد بين النوم والجذابة إذا تضاء بعده فإن

الشك في بقاءه انما هو لأجل كونه نوماً أو جنابة وأنه على تقدير كونه نوماً ارتفع بالرافع وهو الوضوء .

و مانحن فيه من هذا القيل فان الملكية المرددة بين الجائزة واللازمة انما يشك في بقاءها لأجل انها لو كانت جائزة قدارتفعت بالرافع وهو الرجوع وما في حكمه فلا يرد على هذا الاستصحاب بأنه من قيل الشك في المقتضى فالعمدة في المقام تنقيح انه هل يكون في البين اصل حاكم على هذا الأصل أم لا وما يتوهم حكومته عليه امران .

احدهما استصحاب بقاء علقه المالك الأول وهو على تقدير جريانه يكون حاكماً على استصحاب بقاء الملكية لكن الشأن في اجرائه و قد تقدم المنع عنه .

وثانيهما اصالة عدم وجود الملكية اللازمة اذا شك في بقاء القدر المشترك مسبب عن الشك في حدوث الملكية اللازمة ومع اجراء الأصل في السبب لا ينتهي النوبة الى اجرائه في المسبب .

ويندفع أولاً بأن اصالة عدم وجود الملكية اللازمة وان كانت جارية لكنها لا تكون حاكمة على اصالة بقاء الملكية لأن الشك في بقاءها ناشر ومسبب عن الشك في كون ما وجد من الملكية التي يقطع وجودها هل هي الملكية اللازمة أو الجائزة واصالة عدم وجود الملكية اللازمة لا يثبت بها عدم كون الملكية الموجودة هي الملكية اللازمة إلا على القول بالأصل المثبت والحاصل أن الشك في بقاء الملكية ليس مسبباً عن الشك في وجود الملكية اللازمة في العالم بل هو مسبب عن الشك في كون هذا الموجود هو الملكية اللازمة فاصالة الملكية اللازمة وان كانت جارية لكنها لا تكون حاكمة على اصالة بقاء الملكية وأما ثانياً فلا نعلم على فرض تسليم التسبب لا تكون السببية شرعية

وذلك لأن عدم وجود الفرد وان كان ملازماً مع عدم وجود الكلى أو الحصاة إلا أن التلازم بينهما عقلي لا شرعي من غير فرق في ذلك بين ما اذا كان الكلى امراً مجعولاً شرعياً كالحدث والملكية أو أمراً تكوينياً كالحيوان المردد بين الفيل والبقر وقد ثبت في محله أن الأصل السببي انما يفتنى عن المسببي اذا كان التسبب بينهما شرعياً .

وبالجملة فلا أصل حاكم على اصاله بقاء الملكية الجامعة بين الملكية اللازمة والجائزة قوله قدده فتأمل ربما يقال أن الوجه فيه هو ما بطلناه آنفاً من كون الشك في بقاء الفرد المشترك مسيئاً عن حدوث الفرد المشكوك الحدوث والأصل عدمه ولكنه مدفوع بما مر من منع الحكومة بمنع التسبب تارة ومنع كون التسبب شرعياً (أخرى) بل الوجه فيه هو اعتبار وجود الأثر المترتب على الكلى في صحة استصحابه عدى ما يترتب على الفرد كما في الحدث المردد بين الأصغر والأكبر وهو مفقود في المقام اذ المقصود من استصحاب بقاء الملكية هو اثبات اللزوم للأثر المشترك بين الملكية اللازمة والجائزة فهذا الأصل لا يجري في المقام لأجل هذه الخصوصية وبعبارة أخرى المستصحب لا بد وأن يكون في حد نفسه قابلاً للبقاء حتى يستصحب بقاءه عند الشك فيه لا ان كان مردداً بين ما كان قابلاً للبقاء وما لم يكن قابلاً له وما نحن فيه من هذا القليل (وبعبارة اوضح) ربما قيل بصحة استصحاب الفرد المردد في القسم الثاني من اقسام استصحاب الكلى بدعوى صحة القول باجراء الأصل في نفس الشخص المردد بين طويل العمر وقصيره (وأجيب عنه) بأن الشخص المردد بين ما كان مقطوع البقاء أو مقطوع الارتفاع فلا يكون شك في بقاءه لكى يستصحب فلا يتم أحد ركني الاستصحاب وهو الشك اللاحق بالنسبة اليه ولا يخفى أن هذا الاشكال الوارد على استصحاب الفرد المردد

جارٍ في استصحاب الكلى في خصوص المقام اذ المراد باستصحابه انما هو استصحاب الحصة بالمعنى المعهود وتخصص الملكية بخصوصية اللزوم و الجواز انما هو بنفس البقاء و الارتفاع فيكون الكلى مردداً بين مقطوع البقاء و الارتفاع هكذا أفيد وللنظر فيه مجال من جهة كون المراد بالكلى المستصحب هو الحصة و من جهة كون خصوصية اللزوم و الجواز نفس البقاء و الارتفاع وسيجئ اعادة الكلام في هذا المبحث مفصلاً .

قوله قد و يدل عليه مع أنه يكفي في الاستصحاب الشك في أن اللزوم من خصوصيات الملك الخ اراد قد أن يستدل على عدم اختلاف حقيقة الملكية باللزوم والجواز بوجوه ثلاثة :

احدها كفاية الشك في كون اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك وظاهره هو اعادة ما سبق من صحة استصحاب القدر المشترك عند الشك في اللزوم اذ لا معنى للقول بصحة الاستصحاب مع الشك في اختلاف حقيقة الملك... ويمكن توجيهه بأن الشك في كون اللزوم من خصوصيات الملك هو بعينه الشك في بقاء الملكية الذي يتوقف عليه الاستصحاب اذ الشك في كون اللزوم من خصوصيات الملك يوجب الشك في بقاءه بعد الرجوع فيستصحب بقاءه .

ولكن لا يخفى ما في هذا التوجيه من الوهن لأن الشك في كون اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك يوجب الشك في صحة اجراء الاستصحاب لأنه على تقدير كونه من خصوصيات الملك لا يصح الاستصحاب وعلى تقدير كونه من لوازم السبب المملك يصح والشك في كونه من هذا القليل أو من ذلك يوجب الشك في صحة الاستصحاب وعدمها ومع الشك في صحته

كيف يصح القول بكفايته و ارادة استصحاب القدر المشترك اعادة لما تقدم .

هذا مضافاً الى أنه بناءً على هذا التوجيه أيضاً لا يكون دليلاً على ما هو بصدد اثباته من عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الانقسام الى المتزلزل والمستقر بل هو دليل على صحة الاستصحاب مع الشك في اختلاف حقيقته فلا يكون الدليل مطابقاً مع المدعى، قال دامت بركاته: ويمكن أن يقال أن مراده -قدم- هو اجراء الأصل في القدر المشترك بين كونه من لوازم السبب أو من احكام المسبب وهذا القدر المشترك سالم عما أورد على استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز ولا يخفى فيما أفاده أيضاً فتدبر .

قوله -قدم- مع أن المحسوس بالوجدان انشاء الملك في الهبة اللازمة وغيرها الخ هذا وجه ثانٍ لاثبات عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الانقسام الى اللزوم والجواز ومحصله دعوى الوجدان على أن المنشأ الذي يوجد المنشئ بإنشائه في الهبة اللازمة مثل المعوضة منها وفي الهبة الجائزة وهو الملكية شئ واحد بالوجدان لا يرى تفاوتاً فيه أصلاً لأن المنشئ في الهبة اللازمة ينشئ الملكية المتخصصة بخصوصية كونها لازمة وفي الجائزة ينشئ الملكية المتخصصة بخصوصية كونها جائزة وهذا ظاهر بعد المراجعة الى الوجدان ولا غبار عليه أصلاً .

قوله -قدم- أن اللزوم والجواز لو كان من خصوصيات الملك الخ هذا هو الوجه الثالث من الاستدلال لاثبات عدم اختلاف حقيقة الملك .

و حاصله أن تخصص الملك بخصوصية اللزوم والجواز اما يجعل المالك أو بحكم الشارع لاسيما الى الأول ضرورة لزوم سيرورة النكاح اللازم مثلاً جائزاً بالقصد لو قصد ايقاع النكاح الجائز أو سيرورة الهبة الجائزة مثل الهبة

العير المعوضة أو بغير ذى الرحم لازماً لو قضدها وهو ضرورى البطلان ؟
 ولا سبيل الى الثاني والا فيلزم تخلف العقد عن القصد فيما اذا تخلف امضاء للشارع
 عما قصده المنشئ بأن كان المقصود انشاء الملكية الجائزة وكانت الممضى
 هو الملكية اللازمة وهو اعنى تخلف العقد على القصد أيضاً باطل فكون
 اللزوم والجواز من خصوصيات الملك باطل... هذا ، - ويرد عليه انه على
 تقدير كون اللزوم والجواز بحكم الشارع يكون اللازم بطلان العقد عند
 التخلف وبطلانه عنده ليس من باب تخلف القصد عن العقد والا يلزم أن
 يكون كل عقد باطل كك كما اذا انشاء البيع بعقد النكاح أو بالعكس وهو ضرورى
 البطلان ثم انه لا بأس باعادة الكلام فى المقام وتحريره على وجه كلى يفيد فى
 جميع ابواب المعاملات عند الشك فى اللزوم والجواز وهو يتم ببيان مقامات:
 الأول فى تنقيح اجراء الاستصحاب فى اثبات ابقاء اثر العقد بناء على
 أن يكون اللزوم والجواز من لوازم المنشأ بالعقود لامن احكام العقود
 نفسها من غير فرق فى ذلك بين أن يكون الأثر الذى يراد اثباته بالأصل هو
 الملكية كما فى البيع والهبة ونحوهما أو غيرهما من الآثار المترتبة على سائر
 العقود، وعقد البحث لخصوص الملكية انما هو لأجل كونها من احدى
 الصغريات لا لأجل الاختصاص بها .

ومن غير فرق أيضاً بين كون العقد تعليقياً أو تنجيزياً بعد الفراغ عن
 كونه من العقود العهدية لا الاذنية لخروج العقود الاذنية عن محل الكلام
 بالتخصص لدوران بقاء آثارها مدار بقاء الاذن وهذا بخلاف العقود العهدية
 فانه يجرى فيها البحث عن استصحاب بقاء آثارها مطلقاً ولو كان تعليقياً
 كالوصية ونحوها .

وما يظهر من المصنف قدده فيما يأتى فى الكتاب من المناقشة فى التعليق

منها بدعوى عدم تحقق الأثر بالفعل لكي يستصحب... مدفوع، بالنقض بأصالة عدم النسخ المسلم عند الجميع حيث إنها عبارة عن استصحاب بقاء الحكم التعليقي على ما هو التحقيق من كون جعل الأحكام على نهج القضايا الحقيقية وأن فعليتها إنما هي بتحقيق موضوعاتها ولا فرق بين الملكية المنشأة بعقد الوصية مثلاً وبين وجوب الحج إلا أن منشئ الملكية هو الموصي ومنشئ وجوب الحج هو الشارع فكما أن الملكية المنشأة معلقة على موت الموصي كذلك وجوب الحج معلق على وجود الموضوع بماله دخل في موضوعيته وكما أن الملكية قبل الموت لا يكون فعلياً وإنما فعليتها عند الموت كذلك وجوب الحج قبل تحقق الموضوع لا يكون فعلياً وإنما فعليته عند تحقق موضوعه فكما أنه عند الشك في نسخ وجوب الحج يرجع إلى أصالة عدم نسخه من غير أشكال كذلك عند الشك في ارتفاع الملكية المعلقة على الموت يرجع إلى أصالة عدم ارتفاعها نعم لو كان الشك في بقاء الأمر التعليقي من غير جهة النسخ وما يحكمه كما فيما نحن فيه لا يجري فيه الاستصحاب على ما حقق في الأصول خلافاً للمصنف قدس في أصوله فيأليته يمسك الأمر ويختار عدم الجريان في الأصول ويقول بأجرائه في المقام ... وبالجملته فالتحقيق هو عدم الفرق بين العقد التعليقي والتنجيزي ولا فرق أيضاً بين ما إذا كانت الشبهة موضوعية كما إذا كان منشأ الشك في اللزوم والجواز هو الشك في كون العقد صادرياً أو هبة مع فرض العلم بلزوم الأول وجواز الثاني أو كانت حكيمية كما إذا شك في حكم عقد من حيث اللزوم والجواز ففي جميع هذه الصور يجري الأصل في اثبات القدر المشترك بين اللزوم والجواز أعني الملكية التي هي الجامع بين الملكية البازية واللازمة كالقدر المشترك من الحدث الجامع بين الأصغر والأكبر وكالحيوان المردد بين البق والفيل ، و توهم كون الشك في بقاء القدر

المشترك مسبباً عن الشك في وجود الفرد الطويل كالملكية اللازمة في المقام وكالفيل في مثال البق والفيل و مع اجراء الأصل في السبب لا ينتهي الأمر الى اجرائه في المسبب مدفوع ،

اولاً بمنع التسبب ضرورة أن الشك في بقاء القدر المشترك مسبب عن كون الموجود هو الفرد الطويل على حسب مفاد كان الناقصة وهذا لا يجري فيه الأصل لعدم العلم بالحالة السابقة وما يجري فيه الأصل اعني عدم وجود الفرد الطويل على نحو المفاد التامة لا يكون سبباً للشك في بقاء القدر المشترك .
وثانياً بأنه على فرض تسليم كون الشك في وجود الفرد الطويل سبباً للشك في بقاء القدر المشترك لا يكون التسبب شرعياً بل عدم بقاء الكلي بواسطة عدم الفرد عقلي كما لا يخفى فهذا الوجه ساقط جداً و ليس نظر الشيخ قده في امره بالتأمل اليه رأساً .

وانما الوجه في الأمر بالتأمل هو الاشكال في اجراء الاستصحاب في خصوص المقام بناء على صحة اجرائه في القسم الثاني من اقسام استصحاب الكلي وذلك للفرق بين المقام وبين ساير المقامات .. ومحصله أنه يعتبر في صحة استصحاب القدر المشترك كون الكلي قدراً مشتركاً بين امرين أو أمور مع قطع النظر عن حكم البقاء والارتفاع كالحيوان المرددين البق والفيل والحدث المردد بين الأصغر والأكبر لا ما اذا كان بين نفس البقاء والارتفاع بأن كان تنوعه بالنوعين باعتبار نفس البقاء والارتفاع كما في المقام فانه لا يصح أن يجري فيه الاستصحاب لأن حكم الاستصحاب اعني البقاء عند الشك فيه يرد على الموضوع ولا بد في كل موضوع أن يؤخذ مع قطع النظر عن حكمه ويرد عليه الحكم ففي مثل زيد موجود لا يكون المحكوم عليه بالوجود هو القدر المشترك بين الموجود والمعدوم وفي مثل زيد اسود مثلاً لا يكون قدراً مشتركاً بين

الأسود وغير الأسود هو المحكوم عليه بالسواد وفي المقام أيضاً لا يكون القدر المشترك بين الملكية الباقية والزائلة هو المحكوم عليه بالبقاء إذا الحكم بالبقاء مأخوذ في ناحية عقد الحمل والموضوع إذا كان قدراً مشتركاً لا بد وأن يكون هو القدر المشترك مع قطع النظر عن عقد الحمل وإلى هذه الدقيقة أشار بقوله فتأمل .

المقام الثاني في حكم الشك في كون اللزوم والجواز من لوازم المسبب أو من أحكام السبب وأنه هل يرجع معه إلى الاستصحاب أم لا والذي صرح به في الكتاب هو صحة إجراء الاستصحاب ... وقد يورد عليه بأن هذا الشك يوجب الشك في صحة إجراء الاستصحاب حيث أنه على تقدير كونهما من أحكام السبب يجري الأصل وعلى تقدير كونهما من لوازم المسبب لا يجري فالشك فيهما موجب للشك في صحة إجراء الأصل ومع الشك في صحة إجراءاته كيف يحكم بإجراءاته ... ولكنه مدفوع بأن نظره قدنه في حكمه بصحة إجراءاته مع هذا الشك هو انتفاء المانع عن إجراءاته الذي كان مانعاً عند العلم بكونه من لوازم المسبب أعني ما ذكرنا في وجه الثاني ومع عدم العلم بالمانع يتحقق أركان الاستصحاب ويجري عند تمامية أركانه ، وتوضيحه أنه قد يردد الشك بين ما يصح استصحابه وبين ما لا يصح لأجل الشك في كونه من أفراد عموم دليل الاستصحاب كما إذا تردد الشيء بين كونه من موارد الشك في المقتضى أو من موارد الشك في الرافع بناء على عدم شمول العموم للشك في المقتضى وفي مثله لا يجري الاستصحاب لكونه من قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصدقية للعام الذي لا يصح التمسك به بالاتفاق ، وقد يردد الشيء بين ما يصح فيه الاستصحاب وما لا يصح لأجل الشك في كونه من أفراد العموم بل الوجه في عدم إجراءاته مع فرض كونه من أفراد عموم الدليل إنما هو لنكتة أخرى

وفى مثله عند الشك يجرى فيه الاستصحاب لأن عموم الدليل شامل له حسب
القرض وليس فى البين ما يمنع عنه لمكان الشك فى وجود المانع لأجل تردد
المورد بين ما يكون فيه المانع وبين ما لا مانع فيه .

وما نحن فيه من هذا القيل لماعرفت من أن المانع عن استصحاب
القدر المشترك على تقدير كون اللزوم والجواز من ناحية المسبب هو كون
الكلى قدراً مشتركاً بين الباقي والزائل وصيرورة عقد الحمل داخلاً فى عقد
الوضع وعند الشك فى كونهما من ناحية المسبب أو من ناحية السبب هذا المانع
مشكوك والمفروض عدم قصور الدليل للشمول له فيتمسك بعمومه فى إجراء
الأصل من غير اشكال .

المقام الثالث فى تحقيق أن اللزوم والجواز إنما هما من ناحية السبب
لأن ناحية المسبب قد تقدم تفصيله ومحصله أن اللزوم والجواز بعد وضوح
كونهما حكيمين شرعيين مجعولين بالجعل التشريعى لا سبيل الى دعوى
كونهما بجعل المتعاقدين اذ لا معنى لجعل الحكم الشرعى من غير الشارع
فالمتعين فيهما هو كونهما مجعولاً شرعياً ولا اشكال فى كونهما صفة للعقد
ضرورة أن الفسخ إنما يرد عليه و ليس من الشارع جعلان احدهما راجعاً
الى مرحلة السبب و الآخر مهما الى مرحلة المسبب فلم يبق إلا كونهما
راجعين الى مرحلة السبب وعليه فالتحقيق عدم الاشكال فى إجراء الاستصحاب
عند الشك فى اللزوم لأن اختلاف احكام السبب لا يوجب اختلاف المنشأ
بالسبب فالملكية المنشأة بالعقد الجائز هي بعينها الملكية المنشأة بالعقد
اللازم من غير تفاوت فيهما أصلاً وإنما الاختلاف فى ناحية العقد الذى هو آلة
لانشائها .

قوله قد و كذا لو شك فى أن الواقع فى الخارج هو العقد اللازم الخ

قد عرفت القول بعدم الفرق في اجراء الاستصحاب فيما اذا كانت الشبهة
 حكمية أو موضوعية بل المحكم هو اصاله للزوم في كل عقد شك في لزومه
 وجوازه سواء كان الشك ناشياً عن الشك في حكمه أو كان الشك في مصداق
 المتبين حكم نوعه كما اذا تردد العقد الواقع بين كونه هبة على الأجنبي
 أو على ذي رحم مثلاً.. نعم قد يكون الشك في اللزوم والجواز لأجل الشك
 في كون الصادر هو العقد المضمن كالبيع ونحوه أو العقد الغير المضمن كالهبة
 الغير المعوضة فيدور الأمر بين ضمان ما يدعى تضمينه و بين عدم الضمان
 فهل المرجع فيه هو البرائة عن الضمان أو الاشتغال لكونه الأصل المحكم في
 باب الدماء والفروج والأموال أو يفصل بين ما اذا كان مصب الدعوى هو الضمان
 فيكون المرجع فيه هو البرائة أو الاشتغال و بين ما اذا كان مصب الدعوى هو الضمان
 هو العقد المضمن كما اذا ادعى احدهما كون العقد الصادر بيعاً و ادعى الآخر
 كونه هبة ففي مثله لا بد من الرجوع الى قاعدة التداعي كما عليه صاحب الجواهر
 قده وجوه.. اقواها هو الرجوع الى الاشتغال مطلقاً كما عليه معظم بل لم
 يتقل فيه خلاف إلا عن شاذ قابل بالبرائة ولا وجه لما فصله في الجواهر أصلاً
 وذلك لأن ضابط باب التداعي هو كون قول المتداعيين معاً غير مطابق مع
 اصل معتبر في جميع المراتب من الأسباب والمسببات اعني عدم كون قولهما
 موافقاً مع اصل سببي أو مسببي اما لعدم جريان الأصل في قولهما رأساً أو
 لمكان معارضة الأصل الجارى في قول احدهما مع الأصل الجارى في قول
 الآخر لو كان قولهما معاً مجرى الأصل ففي مثله لا بد من التحالف اذ ليس
 في البين مدعى ومنكر لعدم مطابقة قول احدهما مع الأصل واما لو كان الأصل
 موافقاً مع احدهما ولو باعتبار ما يترتب على الدعوى فهو خارج عن باب التداعي
 ويندرج في باب المدعى والمنكر فنقول لو ادعى احدهما كون العقد الصادر

بيعاً وادعى الآخر كونه هبة فنفس هذه الدعوى بما هي دعوى البيع و الهبة لا اثر لها اصلاً ومع قطع النظر عما يترتب على كل واحد منهما من الضمان وعدمه لم تكن مسموعة لأن المدعى ما كان مطالباً واذا لم يكن للدعوى اثر لم يكن مدعيها مدعياً فسماع هذه الدعوى انما هو بلحاظ ما يترتب عليها من الضمان وعدمه وعليه فيكون الأصل مطابقاً مع احدهما اما مدعى كونه الهبة لوقلنا بالبرائة أو مدعى البيع لوقلنا بالاشتغال وبعد وضح فساد ما ذهب اليه صاحب الجواهر قدّم نقول المختار هو الاشتغال لما عليه المعظم من كونه الأصل المؤسس في باب الأموال .

لا يقال مبنى القول بالاشتغال في المقام هو التمسك بعموم على اليد مع الشك في كون المورد من مصاديق المخصص أو العموم أو التمسك بقاعدة المقتضى والمانع أو باستصحاب عدم الأزلى في اثبات حكم عدم النعتى و شئى من هذه المباني لا يستقيم حسبما أوضحناه في الأصول في باب العام و الخاص لأننا نقول بل هنا وجه رابع وهو التمسك باستصحاب عدم النعتى .

و توضيحه أن الضمان في مورد نبوته ناشئ عن اليد مع عدم اقدام المالك على المجان بحيث يكون هذا عدم نعتاً للمالك فتح نقول قبل تحقق العقد لم يكن اقدام من المالك على المجان وعند تحققه يشك في اقدامه عليه فيستصحب عدمه وهذا لا ربط له باستصحاب عدم الأزلى و بسط ذلك موكول الى باب العام و الخاص من الأصول والى ما حررناه في لباس المشكوك فراجع .

وبالجملة فالتحقيق في المقام هو الرجوع الى الاشتغال في كل مورد من موارد الشبهة الموضوعية الذى تردد العقد بين كونه مع الضمان أو بلا ضمان من غير فرق بين ما كان التردد بين ما كان الصادر من العقود المملوكة

أو غيرها كما اذا تردد بين كونه هبة أو وديعة أو كان التردد بين كون الصادر من العقود المضمنة أو غير المضمنة بعد الفراغ عن كونه من العقود المملكة كما اذا تردد بين كونه هبة غير معوضة أو بيعاً ففي كلتا صورتين يكون المرجع أصالة الضمان لأصالة عدم رضى المالك بعد استيلاء المستولي على ماله وهذا بخلاف أصالة اللزوم فإنها لا تجرى فيما اذا كان التردد بين العقود المملكة أو غيرها لعدم العلم بانتقال المال عن مالكه الأول حتى يستصحب بقاءه بل ينحصر مورد به اذا علم كون الصادر من العقود المملكة ولكن تردد بين الجواز و اللزوم فظهر ان دائرة أصالة الضمان أوسع من أصالة اللزوم لجريانها في مورد الشك في الضمان ولولأجل الدوران بين كون الصادر هو العقد المملك أو غيره و اختصاص أصالة اللزوم بمورد العقد المملك .

قوله قد عرفنا مقتضى السلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره
 الخ اعلم أن الاستدلال بعموم دليل السلطنة لاثبات لزوم المعاملة تارة يكون في الشبهة الموضوعية وأخرى في الشبهة الحكمية لكن لا مجال للاستدلال به في الشبهة الموضوعية كما اذا كان تردد الصادر بين كونه هبة أو بيعاً لكون التمسك به لاثبات لزوم ما شك فيه من جهة الشبهة المصدقية تمسكاً بالعام في الشبهة المصدقية وهو غير مجوز فينحصر مورد التمسك به كسائر العمومات والاطلاقات بالشبهة الحكمية وبهذا يفرق الأصول العلمية واللفظية حيث قد عرفت جريان الأول في الشبهة الموضوعية أيضاً هذا...

و أما تقريب التمسك به في الشبهة الحكمية فبأن يقال مقتضى تمامية سلطنة المالك على ماله هو عدم تسلط الغير على ما يملكه فكان هذه الجملة اعني الناس مسلطون على اموالهم تتضمن عقدين (احدهما) العقد الايجابي

وهو سلطنة المالك على ماله بجميع انحاء السلطنة (وثانيهما) العقد السلبى وهو نفى سلطنة الغير عن ماله بجميع انحاء السلطنة ، وهذا العقد السلبى لازم لعقده الايجابى لأن مقتضى تمامية سلطنة المالك على ماله وكمال سلطنته بجميع انحاء السلطنة هو سلب جميع انحاء سلطنة الغير عن ماله ولولا هذا العقد السلبى لم يتم الاستدلال لعدم المنافات بين سلطنة المالك على ماله وبين سلطنة الغير عليه أيضاً هذا وربما يورد على الاستدلال به بوجوه :

الأول أن مقتضى عموم السلطنة هو عموم تسلط المالك على التصرف فى ماله بجميع انحاء التصرفات بمعنى أن له أن يبيع ويهب ويصالح ويؤاجر ونحوها وهذا لا يستلزم نفى سلطنة الغير حتى يثبت به اللزوم ، ويندفع بان ثبوت جميع انحاء هذه التصرفات للمالك لازم ثبوت السلطنة التابعة الكاملة على ماله ومن ثبوتها كذلك تنفى سلطنة الغير كما حررناه .

الثانى أن التمسك به لاثبات لزوم ما يشك فى لزومه متوقف على كون الفسخ من الفاسخ تصرفاً فيما انتقل عنه وارتجاعاً له عما انتقل اليه أولاً وبالذات وهو ممنوع بل الفسخ هو حل العقد ويلزمه ارتجاع العين و عليه فلا يكون الفسخ تصرفاً فى ملك الغير حتى يكون منافياً مع عموم سلطنته ، ويندفع أيضاً بان الفسخ وان كان يرد أولاً وبالذات على العقد ويلزمه رجوع العين الى الفاسخ الآن حل العقد طريقى لاموضوعى ويكون الغرض من حله هو ارتجاع العين فيكون تصرفاً فى العين غاية الأمر بسبب فسخ العقد فيكون منافياً مع عموم سلطنة مالك العين .

الثالث أن التمسك بعمومه فى مورد الشبهة يكون من قبيل التمسك بعموم العام فى الشبهة المصداقية ولو كانت الشبهة حكمية وتوضيحه أنه اذا

شك في لزوم معاملة أو جوازها كالمعاطات، وفسخ أحد المتعاملين « يشك في جواز تصرف الفاسخ بعد الفسخ فيما انتقل عنه ولا يمكن احراز حرمة تصرفه بعد الفسخ بعموم دليل السلطنة وذلك للشك في كون المال بعد الفسخ مالا لما انتقل اليه لاحتمال تأثير الفسخ ورجوع المال عما انتقل اليه الى ما انتقل عنه ومع عدم احراز كونه بعد الفسخ مالا له لا يصح التمسك في اثبات حرمة التصرف فيه بعموم دليل السلطنة ويندفع هذا أيضاً بأن عموم دليل السلطنة بنفسه متكفل لاثبات حرمة الفسخ وعدم تأثيره في ارتجاع المال عما انتقل اليه الى ما انتقل عنه.

وتوضيح ذلك أن نفرض أن أحدهما آن يقع فيه الفسخ ، والآخر آن يقع فيه التصرف في العين المرتجعة بعد الفسخ فما ذكر في الاشكال انما يتم بالنسبة الى التصرف الواقع بعد الفسخ لأنه في هذا الآ ن لا يعلم أن العين باقية على ملك ما انتقل اليه أو ارتجعت الى مالك من انتقلت عنه والجواب ان مبنى الاستدلال هو اثبات حرمة التصرف في الآ ن الذي يقع فيه الفسخ لأن العين في هذا الآن ملك لمن انتقلت اليه قطعا ودليل السلطنة يثبت حرمة هذا التصرف وعدم تأثير الفسخ ومع احراز عدم تأثيره لا يبقى شك في حرمة التصرف في الآن المتأخر عنه لأن الشك في حرمة كان ناشياً عن الشك في تأثير الفسخ والمفروض زوال الشك في تأثيره ببركة العموم ،، فظهر أن مورد التمسك بالعموم لا يكون من قبيل الشبهة المصدقية .. وما يكون من قبيل الشبهة المصدقية لا يكون مورداً للتمسك بالعموم.

قوله قد و يمكن الاستدلال أيضاً بقوله تعالى «ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل آه قد تقدم فيما تقدم في مقام الاستدلال بالآية المباركة على صحة المعاطاة بأن في الآية المباركة تقريرين (احدهما) كون الاستثناء

منقطعاً بناءً على أن تكون كلمة الباطل قيداً للمستثنى منه وثانيهما أن يكون متصلاً بناءً على أن لا يكون الباطل قيداً للمستثنى منه بل إنما جيئ به للدلالة على أن ماعدى المستثنى يكون من باب الأكل بالباطل وعليه فيصير مفاد الآية الكريمة هكذا، لا تأكلوا أموالكم بينكم إلامع التراضى لأنه مع عدم التراضى يكون أكلًا بالباطل وقد تقدم أن هذا الوجه هو الأقرب، وكيف كان فإن مقتضى حصر حل اكل مال الغير بصورة التجارة عن تراضٍ هو عدم جواز رجوع كل واحد من المتعاملين الى ما انتقل عنه الى صاحبه وهو معنى اللزوم، والاشكال الأخير الوارد على عموم الدليل يجرى في هذه الآية أيضاً... وتقريبه أن الآية مخصصة بما ثبت فيه الفسخ ضرورة أن تصرف لفاسخ بعد الفسخ فيما ثبت الخيار كموارد خيار المجلس ونحوه ليس من باب الأكل بالباطل وعند الشك في ثبوت الخيار وعدمه ولزوم المعاملة وجوازها يكون إثبات حرمة التصرف بعد الفسخ باطلاق الآية الكريمة من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لكان تحقق الشك في كون المقام من افراد العموم أو من صغريات المخصص.

والجواب عنه أن هذا يتم لو كان المخرج عن حكم العام هو عنوان من له الخيار أو ذو الخيار ونحوهما من العناوين العامة لكي يقع الشك في كون المعاملة الخاصة مثل المعاطات من أفراد العام أو المخصص لكن الأمر ليس كذلك، بل الخارج عن تحت حكم العام هو عناوين خاصة قد خرجت بخصوصياتها مثل خيار المجلس والغبن ونحوهما وإذا شك في جواز معاملة خاصة يكون الشك بالنسبة إليه في التخصيص الزائد لا في كون المورد من أفراد المخصص فيكون المرجع فيه هو عموم الدليل أو إطلاقه.

قوله قده وقد يستدل ايضاً بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
 (١) اعلم أن الآية المباركة اظهر ما يدل على لزوم العقود وفي دلالتها على اللزوم تقريران
 مبنيان على أن اللزوم الذي هو حكم وضعي هل هو مجعول بجعل مستقل أو أنه
 منتزع عن حكم تكليفي وقد اختلف في الاحكام الوضعية والمختار
 عندنا هو صحة تعلق الجعل المستقل بها إلا الأربعة المعروفة
 منها اعنى السببية وأخواتها التي هي منتزعات عن التكليف
 حسبما حققناه في الأصول والمختار عند المصنف قده حسبما يظهر
 من بعض كلماته هو انتزاعية جميعها عن التكليف (فعلى المختار
 نقول في تقريب الدلالة، أن قوله تعالى اوفوا بالعقود بالدلالة المطابقة يدل
 على اللزوم ويكون الأمر ارشاداً الى جعل اللزوم و اللزوم هو عبارة عن
 ثبات الشيء وعدم تفتته بمفتت ومعلوم أنه شيء ليس بيد المكلف وتحت قدرته
 بحيث له أن يفعل وله أن يترك حتى يتعلق به الأمر والنهي المولوى ومع
 كونه بنفسه قابلاً للجعل ومما تناله يد الجعل المستقل يكون الأمر في الآية
 ارشاداً الى جعله فالأمر في هذه الآية من هذه الجهة ارشادى والمرشد اليه
 هو اللزوم الذي هو حكم شرعى وضعى مولوى ففى الأمر جتهان جهة ارشاد
 الى الحكم الوضعى فمن هذه الجهة ارشادى أى قسم من الأمر الارشادى
 وجهة الحكم المرشد اليه ومن هذه الجهة مولوى ولامناقشة فى دلالة الآية
 المباركة على هذا التقريب على لزوم كل معاملة شك فى لزومها أصلاً وعلى مختار
 المصنف قده فلا بد فى كل حكم وضعى من تصوير حكم تكليفي يكون منشأ
 لانتزاعه،، وتصوره مشكك فى بعضها ممكن فى البعض الآخر فمن قسم المشكك
 هو الحجية والملكية فان تصوير حكم تكليفي يكون منشأ لانتزاع الحجية عسير
 جداً، وغاية ما يمكن أن يقال فيه كما يستظهر من بعض عبارة المصنف قده فى

دليل الانسداد عند البحث عن كلام شيخ المحققين في الظن هو جعل الهووية وقد حررنا في أوائل مباحث الظن بأنه لا يرجع إلى محصل، وكذا الكلام في الملكية حيث أن حكم الوارد في مورد الملكية لا ينحصر في حكم واحد حتى يصير مخصصا بكونه منشأ لانتزاع الملكية ولا يمكن جعل مجموع الأحكام الواردة في مورد الملكية أيضاً منشأ لانتزاعها وكل هذه العضال نشأة عن القول بانتزاعية الأحكام الوضعية والتخلص عنه بالالتزام بجعل ما عدا الأربعة المذكورة منها مستقلاً وموضوعاً لما يترتب عليها من الأحكام التكليفية ومن القسم الثاني هو اللزوم فإنه ينتزع عن وجوب الوفاء بالعقد وتقريب الاستدلال بالآية ح على لزوم كل عقد شك في لزومه أن يقال مقتضى إطلاق وجوب الوفاء حتى بعد فسخ الفاسخ للعقد هو عدم تأثير فسخه وهو معنى اللزوم وسيجئني هذا التقريب من المصنف قده في أول الخيار أتولايرد عليه شيء إلا الشبهة في معنى الوفاء الذي هو متعلق التكليف وأنه هل هو عبارة عن الالتزام القلبي حتى أنه لو استرد العين عن انتقال إليه بعنوان النصب كان وفاة أو أنه عبارة عن الوفاء الخارجي وعدم استرداد العين ولا يمكن الالتزام بشيء منهما بخلاف ما لو قلنا بأن الوفاء بالعقد عبارة عن لمزومه على ما بينا حيث يسلم عن هذا الإشكال، وأما الإيراد عليه قده بأن التمسك بالآية لاثبات اللزوم بعد صدور الفسخ عن الفاسخ يكون من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية فمدفوع بأنه يكون كذلك لو كان المراد من العقد هو معنى الاسم المصدري أعني العقدة الحاصلة من ربط أحد الالتزامين بالآخر لأنها المشكوك ببقائها بعد الفسخ لكن المراد بالعقد الذي تعلق الوجوب بوفائه هو المعنى المصدري أعني ما صدر عن العاقد الذي وجوده في حال انشائه وتحققه وهو لابقاء له حتى يرتفع بالفسخ فبعد تحقق الفسخ يصح تعلق الأمر بالوفاء به هذا تمام الكلام في العمومات التي

يستدل بها على إثبات اللزوم و العمدة منها هي آية وجوب الوفاء بالعقد ...
وأما قوله تعالى لمؤمنون عند شروطهم فالتمسك به متوقف على شمول الشرط
للشروط الابتدائية فسيأتي الكلام في تحقيقه في أول الخيارات .

بقي الكلام في حكم خصوص المعاطات فالمشهور المسلم فيها هو عدم
اللزوم بل لا يبعد أن يكون اجماعياً وهذا مالا كلام فيه .. انما الكلام في أنها
هل هي خارجة عن عموم أو فوا بالعقود بالتخصيص أو بالتخصيص و التحقيق
عدم شمول العموم لها و أنها خارجة بالتخصيص و توضيح ذلك يتوقف على
بيان أمور :

الأول أن المنشآت بالعقود تنقسم على ثلاثة أقسام :

الأول أن يكون فيها مقتضى اللزوم وذلك كالنكاح والضمان ونحوهما
مع وقوع الكلام في تشخيص مصاديقه وصغرياته .

الثاني أن يكون فيها مقتضى الجواز كالهبة ونحوها .

الثالث أن لا يكون فيها اقتضاء للزوم ولا للجواز، ففي القسم الأول
لا يكون للزوم الناشئ من قبل العقد تأثير إلتأكيد لزوم الناشئ عن مقتضى
مضمون العقد والمنشأ به كما أنه لا يؤثر اللزوم العقدي في القسم الثاني بل
القسم الثاني خارج عما دل على لزوم العقد بالتخصيص .

و أما القسم الثالث فهو الذي يصير لازماً بواسطة لزوم العقد و هو
موضوع اللزوم المستفاد من عموم أو فوا بالعقود فاللزوم العقدي يؤثر فيها
القسم و يصير ما لا يقتضى اللزوم من ناحية اللزوم العقدي لازماً وهذا أكثر
العقود المعاوضة كالبيع ونحوه .

الأمر الثاني اللزوم الناشئ عن مقتضى المنشأ بالعقد حكماً غير قابل
للاسقاط وكذا الحال في الجواز الناشئ عن مقتضى المنشأ بالعقد فلا يرد فيه

الاقالة ولا يصح فيه شرط الخيار لكونه مخالفاً لمضمون العقد وإنما القابل للاقالة وشرط الخيار هو في مورد اللزوم العقدي فهو حق قابل للاسقاط.

الأمر الثالث اللزوم العقدي يطلع عن دلالة العقد على التزام المتعاملين على ما أنشأه بدلالة التزامية عرفية.

وتوضيحه أن المدلول قول القائل بعث واشترت بالمطابقة هو مبادلة المالكين بالمعنى المتقدم في أول البيع وبالدلالة الالتزامية هو الالتزام على ما أوقعاه من المبادلة وهذا المدلول الالتزامي هو معنى العقد اذ هو عبارة عن العهد أو المؤكده ونفس انشأه المبادلة بين المالكين لا يكون عهداً وإنما العهد هو الالتزام على ما أنشأه كما هو واضح.

الأمر الرابع كل مورد يصح فيه الاقالة يصح فيه جعل الخيار بالشرط وبالعكس، وذلك لأن معنى اللزوم العقدي كما عرفت هو ثبات كل من المتعاقدين على الالتزام بما صدر منه بالانشاء وعدم تمكنه من رفع اليد عنه إلا برضاه الآخر فكل واحد منهما مالك للالتزام الآخر ومسلط عليه وله السلطنة على التزامه والاقالة عبارة عن رفع يد كل واحد عما يملكه على الآخر من التزامه ومعنى شرط الخيار هو ايقاع المعاملة من الطرفين الذي هو المدلول المطابقة والالتزام أيضاً من الطرفين الذي هو المدلول الالتزامي ومالك ذي الخيار للالتزام من لا خيار له دون العكس بل مع سلطنته على التزام نفسه ولازم كونه سلطاناً على التزام الغير عدم جواز فسخ من لا خيار له ولازم سلطنته على التزام نفسه صحة رفع اليد عنه ومن المعلوم جواز رفع اليد في طرف واحد إنما يمكن فيما يمكن فيه رفع اليد من الطرفين وهو المعنى الملازمة بين ما يصح فيه الاقالة وما يصح فيه شرط الخيار.

الأمر الخامس إذا كانت المعاملة منشأة باللفظ تحقق في اللفظ الدالتان

فالصفة بالدلالة المطابقة تدل على المعاملة وبالالتزامية على الالتزام وإذا كانت بالفعل فالفعل لادلالة فيه على الالتزام بل هو مهمل من هذه الجهة وليس فيه ما يدل على الالتزام حتى يصير مشمولاً لدليل وجوب الوفاء فعموم دليل وجوب الوفاء لا يشمل المعاطاة لعدم كونها عقداً حتى يشملها الأمر السادس أن الالتزام على المعاملة وإن كان أمراً قليلاً لكنه في مرحلة الثبوت إنما يترتب عليه أثر لو ابرز ببرز فما دام لم يبلغ إلى مرتبة الإبراز لا حكم له أصلاً إذا عرفت هذه الأمور فنقول الفعل مهمل من حيث الدلالة على الالتزام فالمعاملة الفعلية في مرحلة الثبوت خالية عن الالتزام المؤثر أعني الالتزام المبرز ببرز فلا تكون عقداً فلا يشملها عموم دليل اللزوم أعني أوفوا بالعقود وهذا بالنسبة إلى مقام الثبوت وأما في مقام الإثبات فيكفي الإجماعات المحكية على الجواز في نفي اللزوم و مخالفة المفيد غير معلوم والتعير بالأشهر كما في كلام العلامة قد لا يدل على قيام الشهرة على اللزوم ، وذلك لاحتمال أن يكون التعير بالأشهر في مقابل المشهور القائلين بالإباحة لا القائل باللزوم وقد حقق في الأصول حجية الإجماع المنقول لو كان ناقله من المتأخرين ومن المعلوم حصول الاعتماد على نقل مثل الشهيد الثاني قدس الذي يقول بعد نقل الكلام المحكي عن المفيد بأنه ما أحسنه وأمتن دليلاً لولا الإجماع على خلافه وكذا نقل فقيه عصره كاشف الغطاء من محقق المتأخرين هو بالجملة فبعض الإجماعات المحكية إلى ما استثناء بالنسبة إلى مرحلة الثبوت يكفي في إثبات عدم اللزوم .

نعم لا بد من الالتزام بالتخصيص في عموم دليل السلطنة وآية التجارة لشمولها للمعاطاة كما تقدم ولا بدح في إخراج المعاطاة عنهما من مخصص

لهما وبكفي في التخصيص قصور المعاطاة في مرحلة الثبوت لأن تكون لازماً مطلقاً باللزوم الحكمي والحقي وقيام الاجتماعات المحكية على عدم لزومها في مرحلة الاثبات ووجه قصورها ثبوتاً عن قسمي اللزوم أما عن اللزوم الحكمي فلقبولها الاقالة وشرط الخيار وقد تقدم أن ما يقتضى بطبعه اللزوم غير قابل لهما وأما عن اللزوم المقدى فلعدم الالتزام المؤثر فيها حتى يكون موضوعاً للزوم .

وأما حديث البيعان بالخيار فهو لا يدل على لزوم المعاطاة حتى نحتاج الى المنخص وذلك لأن المحمولات « اما تكون محمولات أولية مترتبة على نفس الموضوع بما هو وبلا أخذ محمول من محمولاته معه نظير حمل الوجود على المية في مثل زيد موجود حيث أن الموضوع فيه نفس المية من حيث هي هي غير مأخوذ معها شيئ من لواحقها ويعبر عنها بعوارض المية واما تكون محمولات ثانوية مترتبة على الموضوع بعد أخذ شيئ من لواحقه معه في مرتبة الموضوعية نظير حمل الكاتب على المية في مثل زيد كاتب حيث أن الموضوع فيه هو زيد الموجود لامية زيد من حيث هي هي و يعبر عنها بعوارض الوجود والمراد بالمحمولات الثانية ما لا تكون في المرتبة الأولى ولو كانت في المرتبة الثالثة وغيرها لا خصوص ما كانت في المرتبة الثانية فمثل متحرك الأصابع في قولك زيد متحرك الأصابع من المحمولات الثانية مع أنه عارض للموضوع المأخوذ مع قيد الكتابة فزيد بما هو موجود وبما هو موجود يصير موضوعاً للكاتب وبما هو كاتب يصير موضوعاً لمتحرك الأصابع فهو محمول في المرتبة الثالثة حقيقة لكنه يسمى بالمحمول في المرتبة الثانية اصطلاحاً بمعنى ما ليس محمولاً في المرتبة الأولى وإن لم يكن في المرتبة الثانية حقيقة إذا عرفت ذلك فنقول المحمول في قوله (ع) البيعان

بالخيار هو قوله بالخيار والخيار من المحمولات الثانية ويحمل على البيع الذي يقع فيه الخيار ويصير المعنى (ح) البيع الذي فيه الخيار يكون اليثعان فيه بالخيار ما لم يفترقا على البيع بما هو وهو المعاطاة وإن كان يباع ما تقدم في تحقيق حقيقتها من أن التسليط الفعلي مصداق للبيع لأنها لا يقع فيها الخيار لأنها ليست عقداً فلا يرد عليها الالتزام العقدي كما عرفت بما لا مزيد عليه وإذا لم تكن مما وقع فيها الخيار فلا يشملها إطلاق قوله **إثنا** اليثعان بالخيار، فإطلاق هذا الكلام لا يشمل المعاطاة حتى يحتاج في إخراجها إلى المقيد .

قوله قد نعلم قول العلامة ره في التذكرة أن الأشهر الخ (١) قد تقدم أن التعبير بالأشهر أو الأكثر أو الأقوى يدل على وجود قول معتد به في مقابل القول بالجواز أما أنه عبارة عن القول باللزوم فلا، لاحتمال أن يكون القول المقابل له هو القول بالإباحة فهذه التعميرات لا تدل على كون القول باللزوم مما يعتد به لكي تضرب بالاجتماعات المحكية .

قوله قد نعلم لأن قول الأكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع الخ (٢) يعني أن جملة القائلين بعدم اللزوم إنما يقولون به من جهة القول بعدم الملك فلا يحصل الاتفاق على عدم اللزوم على تقدير القول بالملك فهذا الاتفاق لا يفيد شيئاً إلا أن يتمسك بدعوى الاجتماع المركب و محصله أن العلماء على قولين فمن قائل بعدم الملك ومن قائل بالملك الجائز فالقول بالملك اللازم خرق للاجماع المركب واحداث للقول الثالث .

وقوله قد نعلم فتأمل إشارة إلى ما في هذا البيان من المناقشة وحاصلها أن الاجتماع المركب إنما يكون حجة إذا كان راجعاً إلى الاجتماع على القدر المشترك بحيث يصير القدر المشترك بين القولين مورد الاجتماع وفي المقام ليس كذلك. لأن عدم اللزوم وإن كان هو القدر المشترك بين القولين إلا أن سلب اللزوم بالقياس إلى

القول بالإباحة موضوعي لكونه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وسلبه بالقياس إلى القول بالجواز محمولي فيرجع إلى دعوى الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي والمحمولي وهو غير مفيد هذا، ولكننا تندفع بأن الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعي و المحمولي غير مفيد إذا لم ينته إلى الاتفاق على حكم شرعي ومع انتهائه إليه بأن كان القدر المشترك موضوعاً له لا يجوز خرقه بأحداث قول ثالث كما فيما نحن فيه إذا قائل بالملك يقول بجواز تصرف كل واحد من المتعاطين فيما انتقل عنه كما أن القائل بالإباحة أيضاً قائل به فجواز تصرف كل واحد من المتعاطين فيما صار عند الآخر حكم شرعي اتفاقاً عليه فالقول باللزوم مخالف لهذا الأمر المتفق عليه.

قوله قد ه سواء لم يوجد لفظ أصلاً أم وجد لكن لم ينشأ التملك به الخ قد تقدم عند نقل الأقوال في مسألة المعاطاة القول بالتفصيل بين ما لم يوجد لفظ أصلاً فيقال فيه بعدم الملك وبين ما وجد ولكن لم ينشأ التملك به بل كان من باب المساومة فيقال بالملك.

والتحقيق عدم الفرق بين القسمين إذا مدار على اللفظ الذي يتحقق به اللزوم هو اللفظ الذي يتحقق به العقد ويصدر به الانشاء لأطلاق اللفظ ولو كان التقول المتقدم على الانشاء فوجود اللفظ الذي لا يصدر به الانشاء لا يخرج المعاملة عن كونها فعلية والمدار على الجواز هو كون الانشاء بالفعل سبقه اللفظ أم لا.

قوله قد ه بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة الخ من الأقوال في المعاطاة هو التفصيل بين المحقرات وبين البيوع الخطيرة بجريان المعاطاة في الأول دون الأخير ومنشأ هذا القول هو تخيل قيام السيرة في الأول دون الأخير ولا يخفى أن السيرة قائمة في المعاملات السوقية ولو لم تكن من المحقرات كالجواهر الغالية الأثمان كما جرت السيرة

على عدم الاكتفاء بالمعاطاة في غير المعاملات السوقية من البيوع و لولم تكن من البيوع الخطيرة فكان حق التفصيل هو أن يفصل بين المعاملات السوقية وبين غيرها لا بين المحقرات وبين غيرها ومع ذلك لا وجه له أصلاً إذ تحقق السيرة في المعاملات السوقية لا يوجب انحصار جواز المعاطات بها بعد فرض كون المعاطاة بيعاً مشمولاً لأدلته نعم لو قامت السيرة على عدم جوازها في غير المعاملات السوقية لكان لهذا التفصيل وجه لكن أنى بذلك من سبيل .

بقي مطلب آخر وهو أنه قد قسمنا اللزوم والجواز إلى الحقي والحكمي وقلنا بأن اللزوم الحكمي هو ما يقتضيه ذات المنشأ بالعقد ومثله بالضمان والنكاح وحكم هذا القسم هو عدم قبوله للاقالة والفسخ ولا ينافي الحكم بعدم قبوله لهما مع صحة الفسخ في باب النكاح بسبب العيوب وفي باب الضمان عند اغسار الضامن وجهل المضمون له بإعساره وذلك لأن المقصود من الاقتضاء في قولنا ذات المنشأ يقتضي اللزوم ليس هو العلة التابعة بل هو المقتضى القابل لأن يقرن بالمانع فيكون مثل سائر الأحكام قابلاً للتخصيص وما دل على صحة الفسخ بالعيوب في باب النكاح أو عند جهل المضمون له بإعسار الضامن في باب الضمان يكون مخصصاً لما يدل بعمومه على عدم ورود الفسخ في هذا القسم من اللزوم ولما كان اللزوم العقدي في مورد اللزوم الحكمي مؤكداً له كما قدمناه كان تخصيص ما دل على الحكمي تخصيصاً لما يدل على اللزوم العقدي وبهذه الجهة يكون الخيار الثابت في باب النكاح و الضمان حقياً قابلاً للاسقاط لاحقياً لا يسقط بمسقط .

قوله قد بقي الكلام في الخبر الذي تمسك به في باب المعاطات (١) لا يخفى أن قوله لا يخلو إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام لما ورد في باب بيع

ماليس عنده وفي باب المزارعة بمضمون واحد لا بد أن يحمل على معنى ينطبق على كلا البابين بحيث يمكن أن يجعل كبرى لهما و كان كل واحد منهما صغرى بالقياس اليه لئلا يلزم ارادة معنى منه في باب مغاير مع المعنى المراد منه في باب آخر وشيئ من هذه الاحتمالات الأربع المذكورة في المتن لا يستقيم للانطباق على كلا البابين فالأولى أن يقال في معناه أن الكلام الجامع لما اعتبر فيه من الشرائط اذ اورد في مورده يكون محلاً و اذالم يكن كك بأن لم يكن جامعاً لما اعتبر فيه ولو كان في مورده أو كان جامعاً ولكن لم يكن في مورده يكون محرماً فإيجاب البيع قبل الاشتراء وان كان جامعاً لما اعتبر فيه لكن لمكان عدم كونه في مورده يكون محرماً واشتراط الحصة للبذر والبقر لمكان عدم اجتماعه لما اعتبر فيه يكون محرماً وهذا المعنى منطبق على البابين معاً فهو المتعين وعليه فيكون الخبر أجنيا عن الدلالة على لزوم اللفظ في المعاملة وعدم صحة المعاطاة فيها.

قوله قدّم فتأمل، وجه التأمل هو امكان كون المبيع قبل الاشتراء من مالكة عند الدلال فيمكن معه المعاطاة، ثم لا يخفى أنه بناء على الاحتمال الذي قويناه في معنى الخبر لا ينتهي الأمر بما استظهر في اعتبار الكلام في ايجاب البيع بوجه آخر ضرورة أن المحصل من المعنى المتقدم هو اعتبار جامعية الكلام لما يعتبر فيه مع كونه في مورده وأين هذا من اعتبار اصل الكلام في المعاملة لكي ينتج منه اعتبار الكلام في ايجاب البيع.

قوله قدّم الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك ببيع (الخ) قد تحصل مما قدمناه أن المعاطاة بيع يوجب الملك غاية الأمر انها بيع جاز لا يصير لازماً إلا باحدى الملزمات الآتية وهذا هو نتيجة المتحصل مما قدمناه والكلام في هذا التنبيه يقع في مقامين :

الأول في أنه هل يعتبر في المعاطاة ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط المعتبرة في المتعاملين والعوضين أم لا يعتبر .
 الثاني انه هل يجرى احكام البيع على المعاطاة أم لا؟ أما المقام الأول فلا بد فيه من التكلم على حسب المسالك المختلفة و المشارب المتعددة في باب المعاطاة .

فنقول: قد اوضح مما سبق في صدر مسألة المعاطاة أن فيها مسالك (احدها) ما هو المختار من أنها بيع عرفي إلا أنه مصداق من البيع والبيع بالصيغة مصداق آخر، ولا ينبغي الاشكال على هذا المسلك في اعتبار كلما يعتبر في البيع فيها من الشروط في العوضين و المتعاملين و ذلك لاطلاق دليل اعتبارها في البيع الشامل باطلاقه لهذا المصداق منه أيضاً ولا موجب لتوهم عدم الاعتبار إلا دعوى انصراف اطلاق ادلة اعتبارها الى خصوص ما كان من البيع بالصيغة وهي ممنوعة جداً ادلاً وجهه للإنصراف بعد كون المعاطاة مصداقاً من البيع عرفاً .

وليعلم أن الظاهر من كلمات الأصحاب في عنوان المعاطاة هو البحث عنها بعد الفراغ عن اشتغالها على كل ما يعتبر في البيع من الشروط فان الظاهر من قولهم يشترط في البيع أن يكون بصيغة الماضي هو اشتراط هذا الشرط في البيع الواجد لما يعتبر فيه عدى هذا الشرط الذي يراد أن يذكر اعتباره بهذه العبارة فقولهم عند اعتبار الصيغة بأنه يكفي المعاطاة يعني في البيع الجامع لما يعتبر فيه من الشروط وهذا ظاهر جداً .

وثانيها مسلك القول بالاباحة على ما وجهناه سابقاً ومحصله هو كون قصد التمليك داعياً في انشاء ما هو مصداق الاباحة وهو التسليط عن قصد و ارادة في انشاءه فيقع الاباحة لأنها المقصودة بالانشاء عن اختيار ويتخلف قصد التمليك

ولا يضر تخلفه لأنه يكون من باب تخلف الداعي وعلى هذا المسلك أيضاً يعتبر فيها ما يعتبر في البيع من الشروط وذلك لأنها (ح) لمكان كون العوضين فيها مضموناً بالمسمى لا بالمثل معاملة خاصة وليست من باب الإباحة المطلقة لكون الضمان فيها بالمثل أو القيمة فلا بد في اثبات صحتها من قيام دليل دال على صحتها وليس في اليمين ما يدل على صحتها كذلك أي بما يتضمن صحتها مع الضمان بالمسمى إلا السيرة والسيرة دليل لبي لا إطلاق لها ولا عموم لكي يؤخذ باطلاقها أو عمومها فيجب الأخذ بالمتيقن والمتيقن منها هو ما اجتمع فيه الشرائط المعتبرة في البيع في ناحية العوضين والمتبايعين معاً ولا يصح التمسك في نفي اعتبارها بعموم دليل السلطنة وذلك لأن دليل السلطنة ناظر إلى اثبات السلطنة في إيجاد المسببات بلا نظر إلى اثباتها في ناحية اسبابها بل لا يعقل جعل السلطنة في ناحية الأسباب بعد كونها اسباب شرعية لا بد منها من الجعل التشريعي فإن مرجع إعطاء السلطنة في ناحية الأسباب هو تفويض تشريع الأسباب إلى المكلفين بحيث يكون لهم الخيرة في إيجاد أي مسبب من الهبة والبيع ونحوهما بمعنى الاسم المصدري بأي سبب شاؤا وهو كما ترى .

ونالها مسلك القول بالإباحة أيضاً لكن لا بالمعنى المتقدم في المسلك الثاني بل بمعنى أنه مع إنشاء المتعاملين للتعمليك وكون قصدهما التعمليك أيضاً الشارع حكم تعبداً بحصول الإباحة وعدم حصول الملك إلى زمان تحقق إحدى الملزمات فيكون تحقق الملك المنشأ بإنشائهما منوطاً بحكم الشارع بتحقيق إحدى الملزمات قال الأستاذ دام بقاءه ولاظن لهذا المسلك قائلاً ولا صدق بوجود القائل به وكيف كان وعليه فاللزام أيضاً هو اعتبار ما يعتبر في البيع وذلك لما تقدم في المسلك الأول من أنها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر في

في البيع لأن المفروض كون قصد المتبايعين هو التمليك و كان المنشأ بإنشائهما أيضاً هو التمليك غاية الأمر لم يترتب المنشأ على إنشائهما حين الانشاء بواسطة حكم تعبدى وصار ترتيبه عليه منوطاً على أمر متأخر من وجود إحدى الملزمات وهذا لا يخرج به عن كونه بيعاً نظير توقف الملكية في بيع الصرف على القبض فكل ما يدل بالاطلاق أو العموم على اعتبار شرط في البيع يدل على اعتباره في المعاطاة أيضاً ولا موجب للمنع عنه إلا دعوى الانصراف الممنوعة كما عرفت في المسلك الأول .

ورابعاً لمسلك القول بكون قصد المتعاطيين من أول الأمر هو الإباحة كما سلكه صاحب الجواهر قدس في توجيه كلام المشهور القائلين بالإباحة وقد قدمنا ما فيه من البعد وكيف كان فلازم هذا المسلك أيضاً هو لزوم اعتبار شرائط البيع في صحتها وذلك لأنه وإن كان مقصود المتعاطيين هو الإباحة وكان الصادر منهما أيضاً هو مصداق الإباحة وهو التسليط واثراً فلهما أيضاً في الإباحة ولكنها لمكان اشتغالها على الضمان بالمسمى دون المثل أو القيمة معاملة خاصة لا بد لها من دليل وهو منحصر بالسيرة التي يعتق منها هو فيما إذا اجتمع فيهما ما يعتبر في البيع من الشرائط ولا يمكن التمسك بعموم دليل السلطنة لما تقدم في المسلك الثاني . ومنه يظهر أن ما افاده قدس سره بقوله و حيث أن المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيته بعموم الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ماثبت شرطيته ليس على ما ينبغي ؛ ادلاً موقعاً للتمسك بعمومه أصلاً ؛ هذا هو ما يقتضيه التحقيق في باب المعاطاة على المسالك الأربع فيها وقد عرفت أن مقتضى التحقيق اعتبار جميع الشروط فيها على جميع هذه المسالك من غير فرق بينهما من هذه الجهة أصلاً .

وظهر أيضاً أن المعاطاة على المسلك الثاني المختار عندنا في توجيه

القول بالإباحة والمسلك الرابع المختار عند صاحب الجواهر في توجيه هذا القول معاملة خاصة يحتاج في احراز صحتها من قيام الدليل عليها وان عموم السلطنة لمكان سلب نظره عن مرحلة الاثبات لا يفي في اثبات صحتها وحيث أن الدليل عليها منحصراً بالسيرة فيجب الأخذ بالمتيقن نعم لو فرض وجود دليل على صحة هذه المعاملة الخاصة على هذين المسلكين لكان المرجع عند الشك في اعتبار شيء فيها مما يعتبر في البيع عموم ذلك الدليل أو إطلاقه لكنه منتفٍ كما لا يخفى .

قوله قده وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضاً (النخ) هذا هو
المقام الثاني اعني موضع البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي في الأحكام المترتبة عليه فنقول، اما الربا فالظاهر جريانه فيها وذلك لجريانه في كل معاملة معاوضية وعدم اختصاصه بخصوص البيع بل المستظهر من ادلته جريانه حتى في باب الغرامات فلو تلف الحل المصوغ الذي يساوي قيمة ذهبه عشرون وقيمة صياغته عشرون لا يجوز أخذ أربعين من الذهب للزوم الربا بل لا بد من أخذ قيمة الأربعين من الفضة فراراً عن الربا وعلى هذا فيجوز الربا في المعاطاة على جميع المسالك الأربعة المتقدمة، أما على تقدير كونه بيعاً فواضح وأما على القول بالإباحة على وجوه الثلاثة المتقدمة فلا أنها معاوضة يكون الضمان فيها بالمسمى لا بالمثل أو القيمة فتكون اما بيعاً أو معاملة معاوضية وعلى كلا التقديرين فيجوز فيها الربا .

وأما حكم التلف قبل القبض فالظاهر أيضاً جريانه فيها وذلك لعدم اختصاصه أيضاً بالبيع ومعنى كون التلف على من بيده هو ضمانه للتالف بالمسمى وهذا المعنى موجود في المعاطاة .

هكذا أفيد ولا يخفى أن تحقق المعاوضة في المعاطاة يتوقف على القبض

قبل القبض لا تكون معاملة حتى يتحقق موضوع التلف قبل القبض اللهم إلا على القول بكفاية حصول التعاطى و لو من جانب واحد على ما يأتى الكلام فيه فى التنبيه الآتى .

وأما حكم الخيار فتارة يقع الكلام بالنسبة الى قبل تحقق احدى الملزمات وأخرى بالنسبة الى بعده .

أما الأول فالأقوى عدم الخيار فيها قبل اللزوم وذلك لما عرفت وسيجئ تفصيلاً أن الخيار حق و سلطنة لذى الخيار على التزام الآخر فهو يسلط على التزامه ويكون مالكه و لا يكون الآخر مالكاً لالتزامه فكان الالتزامين كليهما بيده أما التزام طرفه فلأنه لا يكون لطرفه حل العقد اذا لم يكن له الخيار وأما التزام نفسه فلأنه ليس لطرفه منعه اذا أراد هو حل العقد و هذا المعنى لا يتصور فى المعاطاة لانتفاء الالتزام فيها رأساً فيكون نفى الخيار فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع أى لا عقد والتزام حتى يثبت فيه الخيار .

وأما الثانى اعنى التكلم فى ثبوت الخيار بعد اللزوم بتحقيق احدى الملزمات، فعلى مسلك القول بالاباحة وتوجيهه بكون تحقق احدى الملزمات يكون كالقبض فى باب الصرف فى توقف تحقق الملكية عليه إلا أنه فى باب الصرف لم يحصل شيئ قبل القبض وفى المعاطات حكم الشارع بالاباحة قبل تحقق احدى الملزمات، لا اشكال فى امكان ثبوت الخيار بعد اللزوم لكون المعاطات ح بيعاً حكم الشارع قبل وجود احدى الملزمات فيها بالاباحة وبعد وجودها تكون بحكم البيع فيقع فيها ما يقع فى البيع و على مسلك القول بالبيع الجائز أو القول بالاباحة لكن مع توجيهه بأحد التوجيهين الباقيين من التوجيه المرضي اعنى كون تخلف قصد البيع من باب تخلف

الداعي أو توجيه صاحب الجواهر من كون مقصود المتعاطين هو الاباحة من أول الأمر فيشكل تصحيح نبوت الخيار فيها بعد اللزوم من جهة الاشكال في كون اللزوم المتحقق باحدى الملزمات حكماً أو حقياً وعسر تصوير كونه حقاً لكي امكن فيه نبوت الخيار و سيأتى في التنبيهات الآتية البحث عنه مفصلاً .

قوله قده الأمر الثاني ان المتقين من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى
(الخ) اعلم أن انشاء البيع بل كل معاملة معاوضة يمكن أن يكون على احدى وجوه خمسة :

(الأول) أن يكون بالصيغة وهذا مالا اشكال فيه (الثاني) أن يكون بالفعل والتعاطى من الجانبين وهذا هو الذى تقدم البحث عنه من أنه مفيد للملك أو الاباحة وقد عرفت التحقيق فيه ، من كونه مفيداً للملك الجازئ .
(الثالث) أن يكون بالفعل من احد الطرفين كالمعاملات السوقية نسئة التى يكون الاعطاء و الأخذ فيها من جانب واحد فهل هو ملحق بالمعاطاة من الجانبين فيفيد الملك أو الاباحة على اختلاف القولين أم لا (احتمالان) المختار عند المصنف قده هو الأول ، وذلك لأن المعاطاة ماورد على اللفظ بها آية أو رواية بل المعاملة الخاصة التى قامت السيرة عليها ثبت مشروعيتها من قيام السيرة عليها و المفروض قيام السيرة على ماكان الأخذ و الاعطاء فيه من جانب واحد كما قامت على ماكان فيه من الجانبين فكما أنه بالسيرة فيماكان من الجانبين ثبت مشروعية المعاطاة من الجانبين كذلك بها يثبت مشروعية ماكان من جانب واحد هذا محصل ما افاده فى المقام ولا يخفى ما فيه .

و توضيحه أن العقود المعاوضة التى تقع فيها المعاطاة عبارة عن

البيع والاجارة والقرض والهبة المعوضة وأما غيرها كالصلح فلا يجري فيها المعاطاة لما تقدم من أن المعاطاة ليست عبارة عن ايقاع كل مقولة بكل فعل اتفق مقارنته معها كايقاع البيع بالمعلق في الهواء بل انما هي عبارة عن ايقاع كل مقولة بالفعل الذي يكون مصداقا لتلك المقولة كالتمليط الذي مصداق للتمليك وليس في الافعال ما يكون مصداقا للتسالم و (سازش) حتى يصير ايقاعه به معاطاة فالمعاطاة غير جارية في العقود المعاوضة إلا في هذه الأربعة وقد تقدم الفرق بين هذه العقود بأن حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة بأن يعلق الخيط الممدود لهذا المال على رقبة مال صاحبه ويجعل هذا المال متعلق خيط صاحبه وحقيقة الهبة المعوضة هي تمليك مجاني من المتهب الى الواهب فيكون تمليك بازاء تمليك و حقيقة القرض هي التمليك بشرط ضمان المثل أو القيمة وأما الفرق بينهما وبين الاجارة فواضح .

اذا تحقق ذلك فتقول اذا كان التعاطي من جانب واحد كما اذا اعطى البائع مثلاً للمشتري وأخذته المشتري بلا اعطاء الثمن اياه فهذا الفعل الخارجي لا يكون مصداقاً للبيع اذ ليس هو تبديل طرفي الاضافة لأن المفروض عدم صدور فك المال المشدود عن الخيط الممدود على رقبة المشتري عن خيطه لامن البائع ولامن المشتري لا بالفعل ولا بالقول أما من البائع فلأن المفروض أنه ما صدر منه قول أصلاً ولا فعل إلا فك ماله عن طرف الخيط الممدود على رقبته باعطاء ماله الى المشتري وأما من المشتري فلأنه ما صدر منه إلا الأخذ عن البائع وهذا الفعل ليس فك ماله عن طرف خيطه وليس في الين قول ينشأ به تبديل طرف خيط المشتري فمافي طرف خيط المشتري بعد الاعطاء من طرف البائع باقى بحاله ولم يتبدل عما هو عليه لا بالقول

ولا بالفعل لامن البايع ولا من المشتري (فح) فهذا الاعطاء في عالم الاعتبار لا يخلو اما أن يكون فك مافي طرف الخيط الممدود على رقبة البايع وشده على طرف الخيط الممدود على رقبة المشتري مع بقاء الخيط الممدود على طرف البايع اعنى الاضافة التي كانت بينه وبين المال على حاله أو يكون تسليطاً للأخذ على المال بايجاد السلطنة والاضافة له عليه الملازم مع انتفاء العلة التي بين المالك الأول وبين المال وبعبارة أوضح هذا الاعطاء الخارجي إما يكون نقل طرف الاضافة بلا احداث اضافة جديدة في طرف الأخذ بل جعل المال طرفاً لضافته أو يكون باحداث اضافة بين الأخذ وبين المال الذي يعطيه الملازم مع انتفاء الاضافة التي بينه وبين المال لكن الأول لا اعتبار له في المقام لأن الخيط الممدود بين المشتري وبين ماله طرفه مشغول بماله فشد مال البايع على طرف خيطه في حال اشتغال خيطه بماله نفسه لا يكون بيعاً لكونه عبارة عن تبديل الطرفين و النقل من طرف واحد لا يكون بيعاً مع أنه يلزم بقاء اضافة التي بين البايع والمال بعد نقل طرفه وشده على خيط المشتري بلا أن يكون لها طرف فتعين الثاني اعنى كون الاعطاء احداثاً لضافة بين الأخذ والمال الملازم مع انتفاء الاضافة التي بين المال وبين المعطى وهذا يكون مصداقاً للهبة لأنها عبارة عن تملك مجاني وروحها وحقيقتها هو احداث علة بين المال وبين المتب الملازم مع انتفاء العلة التي بين الواهب وبين ماله ولو كانت معوضة اذ العوض فيها لا يقع بازاء المال حتى تكون المبادلة بين المالكين بل العوض يقع بازاء الفعل اعنى الهبة بالمعنى المصدري فتكون المعاوضة بين هبة الواهب و هبة المتب و لذلك لا يصح في انشائها أن يقال و هبتك هذا بهذا بل هذا بيع بمادة الهبة فيكون اما فاسداً لو قلنا بعدم صحة انشاء البيع بالألفاظ

المجازبة أو صحيح لوقلنا بصحته وانما انشاء الهبة المعوضة لابدأن يكون هكذا، وهبتك هذا على أن تهبنى ذلك بجعل الهبة الصادرة من المتهب شرطاً ومن هذا يقع الاشكال في وقوع الهبة المعوضة بالمعاطات لمكان فقد ما يدل على الشرط من الفعل لعدم وجود فعل قائم مقام الشرط اللفظي وان كان التحقيق اندفاعه بكفاية التبانى عليه اعنى ايقاع الهبة بالفعل مبنياً على الشرط المتواطئ عليه وكيف كان فالتعاطى من جانب واحد مصداق للهبة لا للبيع سواء كان العوض كلياً أو شخصياً خارجياً بعدأن كان معيناً

ولو كان الاعطاء بعوض غير معين لم يسم في مقام التواطئ اصلاً بل يعطى المعطى شيئاً بقصد أن يأخذ منه عوضاً غير مسمى فهذا ينطبق على القرض فان حقيقة القرض هو التملك بشرط أن يأخذ منه العوض الغير المسمى (والحاصل) ان هذا الاعطاء الواقع من احد الطرفين لا ينطبق على البيع ابدأ بل اما يكون مصداقاً للهبة المعوضة، وذلك فيما اذا كان العوض معيناً كأن كلياً أو جزئياً أو يكون مصداقاً للقرض و ذلك فيما اذا لم يكن معيناً هذا تمام الكلام في حكم هذا القسم .

الوجه الرابع أن تكون المعاملة بمجرد ايصال الثمن وأخذ المثلثن بلا صدق اعطاء اصلاً من جانب واحد فضلاً عن التعاطى من الطرفين، وذلك اما بارسال الكلب المعلم الى الدكان وتعليمه ووضع الفلوس فيه وأخذ المتاع منه عند غيبة صاحب الدكان و اما بوضعه نفسه فلوسه في الدكان وأخذه المتاع منه ومن ذلك دخول الحمام بلا اطلاع الحمامى ثم وضع الاجرة في صندوقه ولا اشكال في قيام السيرة على هذه المعاملة في المحقرات .

كالخضرويات ونحوها مع القطع برضاء الطرف كما أنه لا ينبغي التأمل في أنها مبادلة مال بمال اعنى تبديل طرف الاضافتين ، و هل هي بيع أم اباحة (وجهان)

مبينان على أن البيع هل هو تبديل طرف الاضافتين بالمعنى المصدري أو انه تبديل بالمعنى الاسم المصدري فعلى الأول فهذه المعاملة ليست بيعاً اذ ليس فيها تبديل بالمعنى المصدري وعلى الثاني فهي بيع .

والتحقيق أن كون البيع هو التبديل بمعنى الاسم المصدري وإن لم يكن بكل البعد لكن المستفاد من الاطلاقات والعمومات مثل أحل البيع ونحوه هو كونه بالمعنى المصدري مضافاً الى تسالم الفقهاء في وجوب اجبار الممتنع عن البيع عليه فيما يجب عليه ثم تولى الحاكم لو تعذر الاجبار اذ هو ايضاً كشف عن كونه تبديل بالمعنى المصدري فلو كان تبديلاً بمعنى الاسم المصدري لم يكن في اجباره وجه بل كان اللازم تولى الحاكم له بعد امتناعه .

وكيف كان فالحكم في هذه المعاملات ايضاً هو الصحة لكن في خصوص ما قامت السيرة عليها لامطلقاً لأجل مخالفتها مع البيع الظاهر في كونه تبديلاً بالمعنى المصدري .

الخامس أن تكون المعاملة خالية عن الاعطاء و الايصال رأساً بأن كان بمقابلة المبادلة بين المالين من غير ايصال على وجه لا ينتهي الى انشائها بالصيغة بأن يقول البائع هذا الفرس يسوى مائة مثلاً وبصرف هذه المقابلة يتباينان على أن يكون الفرس للمشتري والمائة للبائع بالأخذ واعطاء وايصال ووصول من الجانبين وهذه ايضاً مما قامت السيرة عليها وهل هي بيع أم لا التحقيق انها شبه بالصلح لأنه عبارة عن التسالم والتباني وهذا هو حقيقته واذا وقع التسالم على مبادلة المالين يكون صلحاً يفيد فائدة البيع ولذا لا بد في انشائه بالصيغة من أن يقال صالحتك هذا علي هذا بالتعدي بكلمة على فلو أتى بكلمة (باء) كان بيعاً مائياً بمادة الصلح وفي صحته وفساده الوجهان المتقدمان

وغير خفي أن ما وقع منها من المقابلة مصداق من التباني والتسالم على المبادلة فتكون مقاولتها بالصلح شبه وكيف كان فلا اشكال في صحة هذه المعاملة أيضاً فيما قامت السيرة عليها.

قوله فده الثالث تميز البائع من المشتري (الخ) اعلم أن البائع هو الذي يفك المالكين عن طرفي الاضافة ويشد كل واحد منها مكان الآخر والمشتري هو الذي يخلو البائع مع فعله ويطاوعه وتميزهما فيما اذا كان الانشاء بالصيغة واضح.

وأما في المعاطات فان كان المال من أحد الطرفين عروضا ومن الآخر ثمننا كالدارهم والدنانير فصاحب المتاع هو البائع وصاحب الثمن هو المشتري وان كان من الطرفين عروضا أو ثمننا من ابتدأ بالعطاء هو البائع والآخر هو المشتري فلو كان التعاطي منهما في آن واحد ووقع دفعة فان كان أحد العوضين مما قصد قيامه مقام المثل والآخر قيامه مقام الثمن فالأول يكون بايعاً والآخر هو المشتري وان لم يقصد ذلك أيضاً ففي كون هذه المعاملة صلحاً أو بيعاً وعلى تقدير الثاني فيكون كل واحد منهما بايعاً ومشترياً أو أن أحدهما الغير المعين بايع والآخر كك مشتر احتمالات لا ينبغي احتمال كونها صلحاً وان احتمله في الكتاب وذلك لبعده وقوع المعاطاة في الصلح وعدم تصوير وقوعه بالفعل وتوضيحه أن حقيقة الصلح كما عرفت مراراً هي التسالم والتباني وليس في الأفعال ما يكون مصداقاً للتباني لأنه امر قصدي والفعل الخارجي يمكن أن يكون مصداقاً للعناوين الأولية مثل القيام والعود وكذا لما ينزع منها من مسبباتها مثل التعظيم والاهانة وأما مصداقته لما يتحقق بالقصد فغير معقول والتباني لمكان كونه قصدياً لا يعقل أن يصدق على الفعل فليس في الأفعال ما يصلح أن يكون مصداقاً للصلح على كلام في ذلك يأتي في التنبيه الخامس ان شاء الله فهذا التعاطي

الدفعي غير قابل لا يكون مصداقاً للصالح فتعين (ح) أن يكون بيعاً (و) فيبقى احتمال كون كل واحد منهما بايعاً من جهة و مشترياً من جهة أخرى أو كان احدهما الغير المعين بايعاً والآخر كك مشترياً والاحتمال الأول مبني على كفاية الاعطاء والأخذ في تحقق الإيجاب والقبول بأن يكون المعطى موجباً باعطائه والأخذ قابلاً باخذه كما كان هو مبني القول بكفاية الاعطاء من طرف واحد في تحقق البيع على ما عرفت في التنبيه السابق مع ما فيه فتقول في عالم التصور يحتمل أن لا يكتفي بنفس الاعطاء والأخذ في تحقق الإيجاب والقبول مطلقاً سواء كان الاعطاء من الطرفين أو من طرف واحد بل يكون الاعطاء من جانب آخر قبولاً وهذا هو المختار حسبما فصلناه في التنبيه السابق ويحتمل أن يكتفي به فيما إذا كان من جانب واحد فيكون الاعطاء ح ايجاباً والأخذ قبولاً وفيما إذا كان التعاطي من الجانبين يكون القبول كالإيجاب بالاعطاء ويحتمل أن يكون القبول مطلقاً بالأخذ ولو كان فيما كان التعاطي من الجانبين فيكون ممن يعطى أولاً هو الموجب باعطائه والأخذ منه قابلاً بأخذه ويكون اعطاء الآخر وفاء بالمعاملة المحققة بالاعطاء الأول وأخذ لأمدة خلية له في تحقق أصل المعاملة ولا يخفى أنه لو لم نقل بالاحتمال الأول لكان المتعين هو الاحتمال الأخير إذ لو أمكن أن يكون الاعطاء والأخذ ايجاباً وقبولاً لكان كك سواء تحقق التعاطي من الطرفين أم لا، ولا يصح القول بكون الأخذ قبولاً في وقت ولا يكون قبولاً في وقت آخر لأنه لو كان صالحاً لأن يقع به القبول لما كان الاعطاء مانعاً عن كونه قبولاً.

وكيف كان فعلى الاحتمالين الأولين لا يمكن أن يكون كل واحد من المتعاطين في صورة التعاطي الدفعي بايعاً ومشترياً من جهتين لأنه ليس في البين الا بيع وشراء واحد متحقق بالاعطائين معاً، أما على الاحتمال الأول

فظاهر وأما على الاحتمال الثاني فكذلك أيضاً ضرورة تحقق التعاطي من الجانبين (فح) اذا كان التعاطي تدريجياً يكون الأول بايعاً والمعطى أخيراً مشترياً وفيما اذا وقع التعاطي دفعة ففى تمييز البائع عن المشتري اشكال بمعنى انه مشكل واقضى لأن البائع متميز عن المشتري واقعاً وغير معين بل لا واقع له إلا الابهام لأن كل واحد من الاعطائين صالح لأن يقع به الإيجاب والقبول واقعاً ولامعين فى البين بحسب الواقع فيكون تخصيص احدهما لأن يقع به الإيجاب والآخر للقبول تخصيصاً من غير مخصص و(ح) لأبد من الحكم بوقوع البيع لأنه المتيقن ورفع اليد عن ترتيب الآثار المختصة على خصوص البيع أو الشراء والبائع أو المشتري (هذا) وعلى الاحتمال الثالث ففيما اذا كان التعاطي تدريجياً يكون الاعطاء الأول بيعاً وأخذه شراء والاعطاء الثانى وفاة بالبيع الواقع بالاعطاء الأول وأخذه وفيما اذا كان دفعيًا فكل اعطاء يمكن أن يقع به البيع وأخذه الشراء وحيث لا مرجح فى البين فمع قابلية كل اعطاء لأن يكون ايجاباً ولو مع كون الآخر ايضاً ايجاباً نقول أن كل واحد ايجاباً وأخذه قبول فكل واحد من المتعاطيين بايع من جهة كونه معطياً ومشتري من جهة كونه آخذاً لما يعطيه الآخر فقد تحقق فى كل واحد جهتان بهما يصير كل واحد بايعاً ومشترياً وحيث أن المختار عندنا هو الاحتمال الأول فعليه فالتحقيق كون واحد منهما على نحو الابهام بايعاً والآخر كذلك مشترياً وعلى فرض الانعاض عن المختار فالمتيقن هو الأخير وعليه فيكون كل واحد بايعاً من جهة ومشترياً من جهة أخرى فقد تحصل منشأ ما افاده قده من وجه كون كل بايعاً ومشترياً وأنه مخالف للتحقيق المختار .

قوله قده الرابع ان اصل المعاطاة هو اعطاء كل منها الآخر ماله ويتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه (الخ) محصل هذه الوجوه هو أن مقصود

المستعاطين اما يكون الملك أو يكون الاباحة: فعلى الأول، فاما يكون قصدهما المبادلة بين المالكين بأن يكون الواقع منهما تبديل مال بمال أو يكون قصدهما المبادلة بين التملكين بأن يكون تملك بازاء تملك وعلى الثاني أيضا فاما يكون قصدهما المبادلة بين المال والاباحة بأن يبيع احدهما ماله بالآخر بازاء اكتساب ماله وبعبارة أوضح يكون المال المباح له بدلًا عن اباحه مالا لم يبيع أو يكون قصدهما تبديل الاباحة بالاباحة وهذه وجوه أربعة و يتصور في المقام وجوه أخر لكنها نادرة و لذالم يتعرض لها المصنف قده كالمبادلة بين التملك والاباحة أو بين التملك والمال ونحو ذلك مما يمكن تصوره بكون احد العوضين من سنخ والعوض الآخر من سنخ آخر كالملكية والاباحة والملكية والمال، والاباحة والمال ونظائر ذلك مما لا يخفى.

قوله قده احدها أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر
 النح وهذا هو حقيقة البيع اذ قد عرفت انه عبارة عن تبديل طرفي الاضافة اعني المالكين مع بقاء الاضافتين بحالهما فكل منهما يعطى ماله أي العين التي كانت طرفاً لاضافته الى الآخر أي يجعله طرفاً لاضافة لممدودة على رقبته بازاء صيرورة مال الآخر طرفاً لاضافته وأما تحقق هذا المعنى بالاعطاء والأخذ أو بالتعاطي من الجانبين فقد تقدم الكلام فيه في التنبيه الثاني ، و المصريح به في هذا المقام هو تحققه بالاعطاء والأخذ عليه فيكون اعطاء الآخر وفاء بالمعاملة كالقبض في غير الصرف لأنه جزء محققها كالقبول من غير فرق بين وقوع العطاء من الآخر في هذا المجلس أو في مجلس آخر مع طول الزمان أو قصره وهذا وان لم يكن فيه محذور ، لكنه بعيد و يترتب عليه تمامية المعاملة بعد تحقق العطاء والأخذ من جانب قبل تحققهما من الجانب

الآخر ولولم يبق المتعاطيان أو أحدهما على ما هما عليه من الشرائط كما إذا مات أحدهما أو كلاهما أو طرأ الجنون والانعماء ونحو ذلك فيجب على الآخر أو على ورثته أو وليه الاعطاء وفاة بالمعاملة وهذا بخلاف ما لو كان جزءاً محققاً للمعاملة حيث يكون طرأ وإحدى المذكورات (ح) قبل اعطاء الآخر من باب طرورها بين الإيجاب والقبول ويكون موجباً للبطلان والانصاف أن المسئلة ملتبسة من جهة عدم تعرض الأصحاب والقطع ، بتحقيق المعاملة بالاعطاء والأخذ فيما إذا كان من جانب كالمعاملات السوقية المبنية على النسبة و بعد التفكيك بين هذه الصورة و بين ما إذا كان التعاطي من جانبيين بالالتزام بدخل الاعطاء في تحقق القبول في الثاني وتحققه بالأخذ في الأول .

أقول قد تقدم في التنبيه الثاني أن ما كان فيه الاعطاء من جانب واحد يكون مصداقاً من الهبة المعوضة وهذا الكلام منه دام ظله ترديد لما قواه في ذلك المقام .

قوله قد ه ثانيها أن يقصد كل منهما تمليك الآخر بأداء تمليك ماله إياه (الخ) هذا هو الوجه الثاني من الصور الأربعة المتقدمة وهو ما كان المبادله بين التملكين لابين المالين وقد احتمل فيه أموراً (أحدها) كونه بيعاً إيجابه باعطاء الآخر وقبوله بأعطاء الآخر فلو مات المعطي الثاني قبل الدفع كان باطلاً (وثانيها) كونه هبة لكون كل من المالين خالياً عن العوض إذ لم يقع المعاوضة بينهما بل يكون التعاوض بين تمليك وتمليك آخر فهو بالهبة المعوضة أشبه (ثالثها) كونه صلحاً (ورابعها) كونه معاملة مستقلة هذا هو المتحصل من العبارة والتحقيق أن يقال أنه باطل لا بيع ولا هبة ولا صلح ولا معاملة مستقلة .. إمامه لا يكون بيعاً فلأن البيع كما عرفت مراراً هو المبادلة بين المالين اللذين طرفي الإضافة مع انحفاظ الإضافتين بهما وهذا تبديل إحدى

الاضافتين بالأخرى . . و اما انه لا يكون هبة معوضة فلأن الهبة المعوضة عبارة عن تمليك مجاني مشروط بعمليك مجاني آخر لامبادلة تمليك بتملك وتوضيحه أن بين الواهب وبين ماله يتصرر علقه خاصة وخيط مخصوص يعبر عنه بملكية احد طرفيه ممدود على المال وطرفه الآخر على رقبة المالك والهبة ليست عبارة عن نقل تلك الاضافة الى المتهب بل معنى الهبة وروحها هو احداث اضافة وسلطنة بين المال وبين المتهب فالواهب يوجد و يحدث خيطا ممدودا بين المال وبين المتهب ويسلطة على المال مجانا وبلا عوض ويلزمه انتفاء خيطه الممدود بينه وبين المال لانتفاء طرفه و هو المال بصيرورته طرفاً لخيط الحادث بينه وبين المتهب لأنه ينقل ذلك الخيط الى المتهب ويعلقه على رقبته ولأنه يحدث خيطا من كتم العدم بازاء عوض فروح الهبة متقوم بأن يكون على نحو المجان ولذا لو أدى بياء المعاوضة وقيل و هبتك هذا بهذا لم يكن هبة وانما المعوضة منها هي التي وقع فيها شرط تمليك مجاني عن المتهب وهبة أخرى عنه فظهر أن هذا الوجه لا ربط له بباب الهبة أصلاً .

اما انه لا يكون صلحا فلو جهين (احدهما) بما تقدم في التنبيه السابق من أن الصلح لا يقع بالفعل أصلاً وقد تقدم مع كلام فيه يأتي في التنبيه الخامس و (ثانيهما) ان الصلح عندنا معاملة مستقلة وان كان يفيد فائدة البيع تارة، والاجارة تارة أخرى، والهبة ثالثة وذلك لأن حقيقة التسالم والتباني والتعبير الفارسي (باهم بر آمدن) ولكن التسالم يقع على أمر هو التسالم عليه فان وقع على مبادلة مالٍ بمال يفيد فائدة البيع، وان كان التسالم عليه هو المبادلة بين منفعة ومال، يفيد فائدة الاجارة وهكذا، فلا بد في الصلح من أن يكون التسالم عليه في حد نفسه امرأ ممكنة معقولا حتى يقع التسالم عليه لكن التسالم عليه في المقام هو المبادلة بين التملكين و هو غير معقول لأن التملك لا يخلو اما أن يراد به معناه

المصدرى اعنى تبديل اضافة باضافة بما هو فعل الفاعل أو يراد به معناه الاسم المصدرى اعنى مبادلة احدى العلتين بالأخرى التى هى نتيجة تبديل الاضافتين، وشئى منهما لا يكون قابلاً للمعاوضة اما معناه المصدرى فلأنه ليس مما يبذل بازائه العوض لأنه ملحوظ للمتعاوضين كالمعنى الحرفى بما هو غير مستقل فى اللحاظ بل بما هو صلة ومقدمة لا يجاد معنى الاسم المصدرى وهذا معلوم بالوجدان ضرورة أن مقصود المتعاوضين ليس فعل التملك بما هو فعل صادر عنهما بحيث كان الغرض فى نفس الفعل من حيث هو فعل.

وأما معناه بالاسم المصدرى فالأن الملكية اعنى السلطنة الخاصة و الاضافة المخصوصة القائمة بين المال و المالك هى سلطنة موجبة لصحة التصرفات الصادرة عن المالك فى ماله من الاعطاء والنقل وكل تصرف، فهى سلطنة على المال و هو بهذه العلة سلطان على ماله فى نقله وتقليبه وتقليبه وهذه السلطنة بنفسها لا تكون منشأ لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها بحيث يبدلها من مكانها الى مكان آخر ولا يكون فى الين سلطنة أخرى على تلك السلطنة لكن بصير بالسلطنة الثانية سلطاناً على السلطنة الأولى وإلتسلسل فهو سلطان على المال لأنه سلطان على السلطنة على المال و اذا لم تكن سلطنته تحت سلطانه فليس له تبديلها ولا تحويلها بل انما هو بها يكون مسلطاً على تبديل المال فظهر أن تبديل الملكية فى حد نفسه غير معقول واذا وقع تسالم عليه يكون صلحاً وتسالم على ما هو غير معقول فلا يمكن أن يكون صلحاً.

ومن هذا يظهر انه لا يكون معاملة مستقلة لعدم تمشئ وجه الصحة فيه اصلاً فلا يكون إلابطلاً.

قوله قد نهائهما ان يقصد الأول اباحة ماله بعوض (الخ) هذا هو

الوجه الثالث من الصور الأربع المتقدمة وهو ما كانت المبادلة بين المال و
الاباحة بأن يبيع أحدهما ماله بالآخر بازاء تملك الآخر ماله إياه فيكون
اباحة بازاء مال ولا يخفى أنه في حد نفسه يكون فاسداً لأن من يخرج عنه
المال لا يسلم له شيئاً و اباحة مال الآخر لا تصلح لأن تكون عوضاً عما ينتقل إليه .

وتوضيحه أن لازم كون المعاوضة بين الاباحة والمال هو كون الصادر
عن المبيع هو اباحة تصرف المباح له في ماله وإنشاء رخصة في التصرف مع بقاء
ماله على ما هو عليه من كونه طرفاً للخيط الممدود على رقبة المبيع و المال
فالعلقة الملكية بينه وبين المال باقية على ما هي عليها والصادر عن المباح
له هو رفع ماله عن طرف خيطه الممدود على رقبة و المال و وضعه على
طرف خيط المبيع : وهذا غير معقول من طرف المباح له والمبيع معاً ، أمام
طرف المباح له فللزوم بقاء خيطه بلا طرف لعدم قابلية اباحة مال المبيع
لأن تصير طرفاً لاضافة الملكية وأمام طرف المبيع فللزوم صيرورة مال
الآخر طرفاً لاضافته وخيطه مع اشتغال خيطه بمال نفسه اذ لم يخرج ماله
باباحته عن كونه طرفاً لاضافته وكل ذلك نشأ من كون المبادلة بين الاباحة
والمال ، وهذا بخلاف ما لو كانت الاباحة معوضة بمعنى انه يبيعه بشرط
أن يملكه شيئاً مجانياً أى بشرط الهبة المجانية فانه لا محذور أصلاً : اذا الصادر
عن المباح له (ح) هو أحداث العلة بين ماله و بين المبيع و يلزمه انتفاء
العلة التي بينهما بانتضاء طرفها ولا يلزم ح بقاء علقته و لا صيرورة ماله
طرفاً لعلقة المالك مع اشتغال اضافته بمال نفسه .

فوله قدم اما اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر
انها لا يجوز (الخ) : وذلك لما تقدم في اول المعاطاة من عدم جواز خروج
أحد العوضين في البيع عن شخص ودخول الآخر في ملك شخص آخر غير من خرج

عنه العوض ، « كأن تخرج الدراهم عن ملك زيد بازاء دخول المعوض من ملك عمر والى ملك بكر فانه قد اوضحنا مغايرته مع معنى البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة وان توهم صحته بدعوى عدم اعتبار الأزيد من المبادلة بين الشئين بلا احتياج قيام احدهما مكان الآخر ، لكنه توهم فاسداً وضحنا فساد به بالامزيد عليه فعليه فلا يصح البيع من المباح له بمجرد اباحة المبيع ماله اياه ولا يمكن اثبات صحته بدليل عموم السلطنة ، بتقريب أن المالك سلطان على ماله فله أن يبيع ماله لغيره بأن يتصرف فيه بكل تصرف حتى التصرف المتوقف على الملك وذلك لأن دليل السلطنة انما يثبت السلطنة للمالك بايجاد المسببات بأسبابها الشرعية ، ولا تدل على اثبات السلطنة على نفس الأسباب والاباحة ليست سبباً لحل التصرف الموقوف على الملك فبعموم السلطنة لا يمكن اثبات السلطنة على حل التصرف الموقوف على الملك بمجرد الاباحة » فمثل هذه التصرفات التى هى راجعة الى مرحلة الأسباب خارجة عن عموم دليل السلطنة بالتخصص لا بالتخصيص ، وهذا هو مراده قد من قوله فان اذن الشارع ليس مشرعاً وانما يمضى فيما يجوز شرعاً.

فان قلت ما الفرق بين المقام الذى عبارة عن اذن المالك لغيره فى أن يتصرف فى ماله بما يتوقف على الملك كأن يقول اشتر بهذه الدراهم ثوباً لنفسك وبين نظائره حيث تقولون بعدم جواز التصرف فى المقام و بجوازه فى نظائره وهى أمور (منها) استدعاء غير المالك عن المالك أن يعتق عبده عنه بأن يقول اعتق عبدك عنى أو أددينى بمالك أو اشتر الثوب لى بمالك (ومنها) دخول العمودين فى ملك من يعتق عليه ثم يعتق عنه (ومنها) تصرف ذى الخيار فى زمن الخيار بالتصرف المتوقف على الملك (ومنها) دخول احد العوضين فى ملك المتصرف بسبب التصرف فى باب المعاوضة بناء على القول بالاباحة

حسبما مر القول فيه ، فكما أنه في جميع هذه الموارد الأربع تقولون بالصحة بالالتزام بتقدير الملك آنأما ، فكذلك في المقام فمواجهة التفكيك قلت ليس المراد بتقدير الملك آنأما هو فرضه و تصويره بل المقصود هو تحققه الواقعي آنأما المعبر عنه بالطريق الاعوجاجي ، وواضح أن تحققه كذلك يحتاج الى مثبت موجود في الموارد الأربعة مفقود في المقام مع الاختلاف بين الموارد في كيفية استفادة ثبوت ذلك الطريق الاعوجاجي .

و توضيحه يتوقف على بيان كل واحد من هذه الموارد بالخصوص فنقول أما مسألة اعتق عبدك عنى التى هى عكس المقام فوجه الصحة فيها إنما هو لأجل كون استدعاء العتق الصادر عن الآمر بالعتق، والجواب الصادر عن المالك بأعتاقه عنه متضمناً لنقل العبد عن المالك الى الآمر ثم عتق المالك عنه لأنه ضمان اختياري والضمنان الاختياري يتوقف على الملك بل ربما يقال بالملك في باب الغرامات أيضاً كما حكى عن الشيخ اسدالله التستري قده وان منع عنه في باب الغرامات لكن لا محيص عنه في الضمان الاختياري وهذا إنما يصبح فيما إذا كان وقوع الفعل عن المالك ممكناً بالتبرع عن الآمر لولا استدعائه فكلما يصح فيه التبرع يصح فيه الاستدعاء و يكون وقوعه تبرعاً عنه موجباً لبرائة ذمته المتبرع عنه لو كان مشغولاً به مع وقوع الفعل عن المالك من غير تعلق قيمته الى المتبرع عنه ووقوعه عنه، واشتغال ذمته بقيمته بواسطة أمره فأن كان أمره بالعتق مثلاً ولم يعين شيئاً يكون ضامناً للمعتق بقيمته وان أمره به مع تعيين ثمنه بأن قال اعتق عبدك عنى بمأة يكون ضامناً للمسمى وعلى التقديرين يكون العتق عن الأمر ولاء العتق له بل يمكن أن يقال بكون استدعائه مع تعيين المسمى وجواب المالك بيعاً لو لم نقل

باعتبار لفظ خاص في البيع وكيف كان ففي هذه الصورة يكون اصل ايقاع الفعل من المالك عن غيره صحيحاً غير مشروط بالاذن، وانما الاذن يصح رجوعه الى الآذن بالمثل أو القيمة أو بالمسمى لا أنه لا يجوز قطعه عنه إلا بالاذن، فتحصل أن الضابط لتقدير الملك آناً في هذه المسئلة ونظامها مما كان الآمر يستوفي بأمر معامل مالا أو عملاً من المالك والعامل هو تحقق علة الملك وهو الاستدعاء والجواب فبتحقق العلة يستكشف تحقق المعلول من غير فرق بين ما إذا كان مستدعياً للعين كما في اعتق عبدك عنى أو مستدعياً لعمل له قيمة كما في من حلق رأسى أو حمل متاعى ونحو ذلك سواء عيّن الاجرة أم لا وهذا الاستدعاء من الأمر والجواب من المالك و ان لم يدل بدلالة الاقتضاء على التملك والتملك لان دلالة الاقتضاء هي ما كان المدلول فيها مما يتوقف عليه صحة الكلام وما نحن فيه ليس كذلك لعدم توقف صحة الاستدعاء على التملك والتملك بل وقوع المؤدى عنه اعنى كون العتق عنه يتوقف عليه فيكون نظير دلالة الاقتضاء لأنها نفسها، ومنه يظهر أن ما افاده المصنف قدّم من عد دلالة هذا الكلام على التملك من دلالة الاقتضاء ليس على ما ينبغي .

وأما مسئلة تصرف ذى الخيار في زمن خياره فانما تقدر الملكية آناً ما اعنى يحكم بتحققها واقعاً قبل التصرف لمكان تحقق معلول الملكية وهو التصرف المتوقف على الملك مع قيام الدليل على صحته ومع قيام الدليل على صحته وتسلم توقف صحته على الملكية يستكشف تحقق الملكية قبله نحو استكشاف وجود العلة بوجود معلولها، ومنه يظهر أن التقدير في هذه المسئلة يتوقف على قيام دليل بالخصوص على صحة التصرف المتوقف على الملك وليس مثل المسئلة الأولى مما يمكن احراز صحتها بالأدلة العامة لأجل توافقها مع القاعدة .

وأما مسألة تصرف أحد المتعاملين في ما عنده بناءً على الإباحة فمن قيام الدليل على كون الضمان فيه بالمسمى لا بالمثل أو القيمة يستكشف تحقق الملكية قبل التصرف وعليه فيكون كالمسألة الثانية مما كان التقدير من ناحية العلم بتحقيق معلول الملكية .

و أما مسألة انعقاد المملوك على من ينعق عليه فيكون الحكم بالملكية ناشئاً من جهة وقوع ما يلزمها وهو الانعقاد على من ينعق عليه ويمكن أن يكون من ناحية تحقق علته وهو البيع الجامع لشرائط الصحة إذا لمانع عن ملك من ينعق عليه إنما يمنع عن بقاء الملك لا عن أصل حدوده كما يمكن أن يكون من ناحية تحقق معلوله أعني الانعقاد المتوقف على الملك ، إذا لم يدخل في ملك من ينعق عليه ، لا ينعق عليه كما لا يخفى . فتحصل أن الضابط في تقدير الملك في هذه الموارد هو أحد أموراً ما تحقق علة الملكية أو تحقق معلولها أو تحقق ما يلزمها ويمكن أرجاع الأخير إلى أحد الأولين إذا ظهر ذلك فنقول: شئى من هذه الضوابط لا يكون متحققاً في المقام أعني فيما إذا ادّعى المالك في أن يتصرف في ماله بالتصرف المتوقف على الملك كأن يقول اعتق عبدي عنك أو اشتريه هذا الدرهم ثوباً لك و نحو ذلك، وذلك لأن صحة تصرف المأذون في المقام يتوقف على الإذن عكس مسألة اعتق عبدك غنى حيث قد عرفت أن أصل تصرف المالك في عتقه عنه بالتبرع لم يكن متوقفاً على إذن الآذن و إنما الإذن كان دخیلاً في جواز رجوع المالك إليه أما بالمسمى أو بالمثل أو القيمة وهذا بخلاف المقام حيث أن أصل جواز تصرف المأذون متوقف على الإذن و (ح) فهذا الإذن لا يخلو عن أحد أمور فإما يكون إذناً محضاً بلا تضمنه لتوكيل المأذون في التصرف ولانقل المال المدفوع إليه إلى المأذون قبل تصرفه ولانقل عوضه الذي

تسلم المأذون عن بايع معه بعد التصرف واما يكون متضمناً لتوكيله في التصرف واما يكون متضمناً لنقل المدفوع أو عوضه الى المأذون، فعلى الأول فلا يصح التصرف المتوقف على الملك بهذا الاذن لأن عموم الناس ولو قلنا بأنه يدل على سلطنة المالك في ماله بجميع انحاء التصرف حتى بأن يأذن لغيره بأن يتصرف بما يتوقف على الملك لكن هذه الدلالة تكون بالعموم وقد خصص عمومها بمثل لا يبيع إلا في ملك ولا عتق إلا في ملك ونحوهما مع المنع عن اصل شمول العموم لمثل هذه التصرفات لكى يقال بخروجها بالتخصيص بل انما هي خارجة بالتخصيص كما تقدم وفي وقوع ماصدر من المأذون عن الاذن مطلقاً أو فيما اجاز كلام، يأتي تحقيقه عن قريب

وعلى الثاني يصح تصرف المأذون لكن لو باع أو عتق يقع عن المالك لأن المأذون ولو قصد المأذون وقوعه عن نفسه إلا أنه يلغى قصده عن نفسه فيكون نظير بيع الغاصب عن نفسه اذا اجاز المالك حيث يقع عن المالك ويلغى قصد الغاصب عن نفسه .

وعلى الثالث فيصح التصرف عن المأذون ويقع عنه نفسه لكن اذا كان متضمناً لنقل المدفوع اليه يكون متضمناً للتعليم والتملك نظير اعتق عبدك عنى واذا كان متضمناً لنقل ما يقبضه عوضاً عن المدفوع اليه لا بد أن يكون البيع الصادر منه واقعاً عن الآمر لكى ينتقل عوضه اليه فينتقل عنه الى المأذون فيحتاج الى توكيل ضمنى مضافاً الى نقل المقبوض اليه وعلى كل حال فليس في نفس الاذن دلالة ولو على نحو الاقتضاء على وقوع هذا النقل الضمنى فلا يصح التصرف المتوقف على الملك بهذا الاذن بل اما يبطل أو يقع عن المالك على ما يأتي الكلام فيه ، فظهر الفرق بين المقام وبين الموارد المتقدمة بما لا مزيد عليه وبالتأمل فيما ذكرناه تظهر مواقع للنظر فيما افاده المصنف قده في الكتاب

مما يظهر لمن راجع اليه فتدبر .

قوله قده وأما حصول الملك في الآن المتعقب بالبيع و العتق
(الخ) ظاهره ابداء الفرق بين تقدير الملك في تصرف الواهب في العين الموهوبة
بالبيع أو العتق وبين تقديره في الدية بالنسبة الى الميت أو شراء العبد المعتق
عليه بكون الملك في الأول واقعاً حقيقياً وفي الثاني فرضياً تقدير يؤول الى خفى
هافيه: اذ لا يفرق في جميع موارد تقدير الملكية وانه في تمام موارد تقديرها بمعنى
واحد وهو سير الملك بالطريق الابعوجاجي حسبما يناء مراراً فتبصر .

قوله قده ولكن الذي يظهر من جماعة (الخ) اذا اشترى من الغاصب
ما بيده من العين المغصوبة ودفع اليه الثمن مع علمه بالغصب فلا ضمان
على الغاصب لو تلف عنده الثمن ، وأما اذا اشترى به شيئاً ففي صحة بيعه
له لكونه في حكم تلف الثمن أو كونه مراعى على اجازة مالك الثمن فلو
اجاز يقع عنه و إلا يبطل خلاف مقتضى ما تقدم من عدم صحة التصرفات
المتوقفة على الملك بسبب الاذن هو الثاني ، لكن المنقول عن الجماعة هو
الأول ، وعليه فيكون الظاهر منهم جواز التصرف المتوقف على الملك بسبب
الاذن به ، ويمكن أن يكون منشأ ذهابهم الى القول بصيرورة البيع واقعاً
عن الغاصب هو كون مالك الثمن مملكاً ثمنه للغاصب مجاناً وذلك لعلمه
بعدم انتقال المال المعصوب اليه عوضاً عن ثمنه ومع ذلك العلم يكون تمليك
الثمن منه مجاناً وبلا عوض ، وهذا مما يظهر عن موضع من جامع المقاصد
وعليه فيخرج حكمهم في هذه المسئلة عن الحكم بجواز التصرف الموقوف
على الملك بمجرد الاذن ، ولعله الى ذلك يشير بقوله (فتأمل) . وكيف
كان فالأقوى في هذه المسئلة هو توقف صحة بيع الغاصب بهذا الثمن على
اجازة مالك الثمن ووقوعه عن مالك الثمن بالاجازة لاعن الغاصب وسيأتي

الكلام في تحقيقها في باب الفضولي.

بقي الكلام في حكم التصرف الواقع عن المأذون وأنه هل يبطل رأساً ولا يقع عنه ولا عن المالك أو يقع عن المأذون أو يقع عن المالك ولولم يتعقبه الاجازة أو فيما اذا اجازته وجوه: اقواها الثالث و ذلك لعدم المنشأ للبطلان رأساً اذ ليس اعظم من بيع الغاصب لنفسه حيث يقع عن المالك بالاجازة وأما احتمال وقوعه للمأذون فلقياسه ببيع الغاصب لنفسه اذا اجازته المالك حيث قيل بوقوعه للغاصب قولاً شاذاً لا يعبأ به ومبنى صحة هذا القول كفاية صحة البيع عن غير المالك بالاجازة وعلى تقدير تماميته لا يفرق بين الاجازة اللاحقة والاذن السابق فكما يقع بالاجازة اللاحقة عن الغاصب فكذا يقع بالاذن السابق عن المأذون .

هذا وقد ظهر فساد هذا التوهم مما تقدم من عدم كفاية الاذن في صحة وقوع المعاملة عن المأذون ومنه يظهر فساد القول بوقوع بيع الغاصب عنه باجازة المالك كما سيأتي، وأما احتمال توقف وقوعه للمالك على اجازته فقد نشأ مما يأتى في باب الفضولي من أنه لو باع الابن مال ابيه بظن حيوته ثم بان موته حين البيع وكون المبيع لابن نفسه لتوقف صحته على اجازته بعد علمه بكونه له ولا يكفي نفس وقوعه منه في صحته وذلك لاشتراط صحة المعاملة بالرضا والطيب ولعله لم يكن راضياً ببيع ماله وانما كان غرضه بيع مال ابيه ويقال في المقام أيضاً أن المالك انما رضى بوقوع بيع ماله عن المأذون ولعله لا يطيب في بيعه عن نفسه فراضاً في بيعه عن المأذون لا يكفي في طيبه ببيعته عن نفسه فلا بد من الرضا ببيعته عن نفسه وهذا معنى اناطة الصحة بالاجازة .

ولكنه توهم مدفوع للفرق بين بيع الابن مال ابيه باعتقاد حيوته

وبين رضى المالك ببيع ماله عن المأذن لأنه فى الأول رضى المالك غير متحقق بخلاف الثانى حيث أن المالك اجازواذن فى بيع ماله ومع رضاه لا يحتاج الى رضى آخر فالتحقيق هو وقوع البيع عن المالك بلا حاجة الى اجازة جديدة بل نفس الاذن السابق كافى فى الحكم بوقوعه ويكون هو بعينه نظير بيع الغاصب لنفسه المتعقب باجازة المالك حيث يقع للمالك لا للغاصب من غير فرق بينهما اصلاً إلا أنه فى بيع الغاصب يكون الاذن متأخراً عن البيع وفى المقام يكون متقدماً عليه .

هذا كله تمام الكلام فى حكم الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك واما بيان أن أياً من التصرفات متوقف على الملك وأياً منها غير متوقف عليه فاعلم أن المسلّم منها هو توقف البيع و العتق والوطئ على الملك وذلك لما ورد من قوله لا يبيع إلا فى ملك ولا واطئ إلا فى ملك ولا عتق إلا فى ملك وهذا مما لا شك فيه إلا أنهم فرّقوا بين العتق وبين البيع والوطئ وحكموا بصحة وقوع العتق عن المأذن بواسطة اذن المالك دون البيع والوطئ ووجه الفرق هو صحة التبرع فى العتق بأن يعتق المالك عن غيره تبرعاً كما يصح أداء ديون الغير عنه تبرعاً بخلاف البيع اذ لا يصح أن يبيع احداً مال نفسه عن غيره تبرعاً بأن يتصرف المالك فى ماله فى البيع ويقع عن غيره . و اذا كان عتقه عن غيره تبرعاً صحيحاً بالمباشرة فيصح أن يأذن غيره فى ابقائه و لو كالف هو المتبرع عنه فهذه النكته امتاز العتق عن الوطئ والبيع هذا .

وذكر الشهيد قده ثلثة موارد أخرى مما يتوقف التصرف فيها على الملك وهى اخراج المال زكوة أو خمساً أو تمناً للهدى وادراج هذه الثلثة فيما يتوقف صحته على الملك مبنى على أن تكون هذه الأمور متعلقة بالأعيان

لا بالذم اذ عليه يكون القدر المتيقن من جواز التبديل هو تبديل من عليه الزكوة والخمس وضمن الهدى للمعين التي تعلقت بها احدى هذه الأمور الى عين أخرى من امواله واما التبديل بمال غيره فلم يثبت جوازه هذا وقد تقدم في اصلاح ما يلزم من تأسيس القواعد الجديدة على القول بالاباحة ما يناسب المقام فراجع .

(١١)

قوله قدده وأما الكلام في صحة الاباحة بالعوض (الخ) اعلم أن مرجع الاباحة بالعوض . اما الى تقدير الضمان على فرض تلف العين المباعة عند المباح له بالأكل ونحوه فمعنى تعويض الاباحة هو جعل العوض للعين المباعة على تقدير تلفها ، و اما مع بقائها فلا يجب اعطاء العوض عنها بل هي ملك للمبيح يأخذها متى شاء ومالم يأخذها تكون امانة عند المباح له .

واما الى جعل العوض فعلاً لا اباحة بحيث يصير مال المبيح مباحاً للمباح له وعوضه ملكاً للمبيح كسائر المعاوضات المتضمنة للنقل وعلى التقديرين فاما يكون العوض مثلاً أو قيمة أو يكون عوضاً مسمى فهنا اربع اقسام لا اشكال في صحة اباحة المعوضة بتقدير الضمان بالمثل أو القيمة على تقدير التلف وهي العبارة عن الاباحة المضمونة بالمثل أو القيمة كما لا ينبغي الاشكال في فساد ما كان الضمان المقدر فيها هو المسمى اذ لم يتحقق بعد معاوضة ولا نقل ولا انتقال ولا معاملة وليس في البين الاتقدير تعلق عهدة المباح له بالمسمى على تقدير تلف العين من غير تحقق نقل حتى يقال بصحته أو فساده وها تان الصورتان خارجتان عما هو مفروض الكلام في المتن .

الصورة الثالثة ما اذا كانت الاباحة بازاء العوض فعلاً وهذا هو مراده قدده ممافى المتن وقد ذكر فيها وجوها ثلثة البطلان من جهة خروجها عن المعاوضات المعهودة فلا بيع لكى يشمله عمومات ادلة البيع ولا معاملة

مستقلة لكى يشملها عموم دليل التجارة مثل قوله تعالى تجارة عن تراض و كونها صلاحاً لمناسبتها معه لغة وتوضيحه أن الصلح عبارة عن التسالم وما يعبر عنه بالفارسي (باهم برآمدن) وهوتازة يكون مدلولاً مطابقاً مثل ما لو وقع بلفظ الصلح كما لو قال صالحتك وقال الآخر قبلت ، وأخرى يكون مدلولاً سياقياً كما اذا قال احد الشريكين المختلط ماله بالآخر ما بيدك لك وما يبدى لى فانه بمدلوله السياقى صلح وان لم يكن بمدلوله المطابقى كك وما نحن فيه من هذا القيل فان قول المييح ابحت هذا لك بدرهم و قبول المباح له فيما اذا كان الايجاب والقبول بالقول لا بالفعل أو بالفعل الذى مصداق للإباحة فيما اذا كان بالمعاطات بمدلوله السياقى مما يصدق عليه الصلح فيدل على صحته ما يدل على صحة الصلح .

وكونه معاملة مستقلة يستدل على صحتها بعموم الناس ، والمؤمنون عند شروطهم ، ثم على الأخير فهل هو لازم من الطرفين أو لا يكون لازماً كك أو أنه لازم من طرف المباح له وجاز من طرف المييح قال قدمه وجوه التحقيق هو الأول وهو اللزوم من الطرفين لعموم المؤمنون عند شروطهم و مع الأعضاء عنه فالأقوى هو الأخير هذا ما حصل مرأمة قدمه ولا يخفى ما فيه بل التحقيق فساد هذه المعاملة وعدم صحتها لصلاحاً ولا بعنوان المعاملة المستقلة و ذلك لما تقدم وجهه من عدم تحقق معنى المعاوضة أصلاً لعدم ورود شيئى مكلن المال الذى يخرج عن المباح له وجواز الانتفاع من مال المييح ليس شيئاً يمكن أن يقع فى طرف خيطه لأنه حكم شرعى مترتب على اباحة المييح ولا يكون ملكاً كالعين والمنفعة ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملها شيئى من العمومات لإدليل الصلح ولا دليل التجارة ولا عموم المؤمنون ولا شيئاً من الأدلة و منه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لإثبات لزومها أيضاً ثم على تقدير

الصحة فالتمسك بالعموم لاثبات اللزوم حتى من طرف المبيع لا يخلو عن الغرابة ولا يصح التمسك لاثبات لزوم كل اباحة وهذا كما ترى فان المبيع ما التزم بشئى اصله هذا كله فيما اذا كان الايجاب والقبول بالقول ومنه يظهر أن المعاطاة فيها تكون اضعف لما مر من المناقشة في وقوع الصلح بالفعل ويأتى تفصيله في التنبيه الآتى أيضاً هذا كله حال الاباحة بالعوض، ومنه يظهر حكم الصورة الرابعة و هي الاباحة بعوض الاباحة أيضاً كما لا يخفى .

(١)

قوله قدّمه الخامس في حكم جريان المعاطاة في غير البيع (الخ)
ينبغي في المقام تمهيد أمور :

الأول قد تقدم في صدر مسألة المعاطاة أن ملاك وقوع معاملة بالفعل ليس ايجاد فعل في الخارج مقترباً مع نية معاملة بأن ينوى عند صدور الفعل منه وقوع معاملة كيفما كان بل المعيار هو في كون الفعل مصداقاً لعنوان تلك المعاملة بحيث يحمل عليه ذلك العنوان حملاً شائعاً صناعياً ضرورة أنه لو قصد البيع بالوثبة مثلاً لا يتحقق بها البيع قطعاً ، بل يعتبر في تحققه بالفعل أن يكون الفعل مصداقاً للبيع ويحمل عليه عنوانه حملاً صحيحاً ، فمثل التسليط الخارجى الذى مما يصدق عليه البيع يكون مصداقاً له ولا يرد أنه (ح) يلزم صحة وقوعه بلفظ سلطتك لعدم الفرق بين التسليط بالقول أو الفعل ، و ذلك لما مر و سيجئ أيضاً من عدم صحة انشاء البيع بالألفاظ التى لا يكون بازاء المعنى المنشأ البسيط كلفظ التسليط حيث أنه يقع في مورد الاجارة والاباحة و العارية والبيع و الصلح ، فكونه تسليطاً بيعياً يتوقف على ضم ما يحصله بيعاً وهو موجب لانشاء المعنى البسيط بالأمر المتدرج في الوجود وهذا و إن كان يصح فيما قامت السيرة عليه لكن في التسليط اللفظى لم تهم السيرة

على جوازه دون الفعلى فمحصل الفرق بينهما هو قيام السيرة على صحة البيع بالتسليط الفعلى دون القولى .

لا يقال سيجبئى فى الفاظ العقود أنه يعتبر فيها أن لا تكون بالألفاظ المشتركة بالاشتراك اللفظى أو المعنوى ولا بالألفاظ المجازية أو الكنائية ولا بالألفاظ المركبة من الجنس والفصل ولازم ذلك عدم صحة المعاملة بالتسليط الفعلى اذ لو لم ينضم اليه ما يدل على أنه بيع أو معاملة أخرى لم يصير مصداقاً لما يراد ايقاعه به ولو انضم اليه ذلك يصير نظير ايقاع المعاملة بالألفاظ المشتركة المتوقفة فى تعيين المراد منها الى قيام القرنية .

لأنه يقال ليس وزان الفعل الخارجى بالنسبة الى ما يصدق عليه من العناوين فى الحاجة الى الدال كوزان اللفظ المشترك فى الجاجة الى القرنية بل الفعل الخارجى كالمادة الهيولانية القابلة لأن تصير مصداقاً لهذا العنوان أو ذاك وبضم الخصوصية يتعين لصدق عنوان عليه و بضم خصوصية أخرى يصير مصداقاً لعنوان آخر وما هو المصداق هو ذاك الفعل ويكون الدال المنضم اليه مخرجاً اياه عن مرتبة القوة الى الفعلية فتأمل .

الأمر الثانى إن الأفعال التى تنشأ بها المعاملات اما تكون ذات وجه واحد به تصير مصداقاً لعنوان تلك المعاملة كالتصرف من ذى الخيار الذى يقع به الفسخ واما تكون ذات وجوه متعددة فعلى الأول فلا اشكال و على الثانى ، فيقع الاشكال المتقدم فى الأمر الأول من استلزام وقوع المعاملة بها صحة وقوعها بالألفاظ المتوقفة دلالتها على قيام ذال آخر كالألفاظ المشتركة والكنائية والمجازية وقد عرفت الجواب عنها .

الأمر الثالث إن عناوين المعاملات باعتبار وقوع المعاطاة فيها وعدمه يتقسم على اقسام الأول ما لا تقبل المعاطاة شرعاً بأن جعل الشارع المانز

بين صحيحها وفاسدها اللفظ، فالمشتمل منها على اللفظ صحيح وغير المشتمل منها فاسد وذلك كالنكاح حيث أن المائز بين النكاح والسفاح هو اللفظ وهذا القسم مما لا تجرى فيه المعاطاة أصلاً.

الثاني ما يكون قابلاً لأن يتحقق بالفعل لكن ليس للفعل مصداق في الخارج وهذا أيضاً لا يجرى فيه المعاطات

الثالث ما كان فعل خارجي مصداقاً له أيضاً ولكن مصداقية الفعل له متوقفة على ضم ما يعينه اصدق عنوان المعاملة المخصوصة عليه وهذا على قسمين فمنها ما يكون العنوان أمراً بسيطاً صادقاً على نفس الفعل ويكون الفعل هو مصداق المعاملة وتكون الحاجة الى الضميمة من جهة تعيين المحتملات التي يصح انطباقها على الفعل المخصوص لأجل قابليته لأن يكون مصداقاً لها وذلك كالتمسيط بالنسبة الى البيع اذ عنوان البيع يصدق على نفس التمسيط لكن بمعونة ما انضم اليه لأن التمسيط مع ما انضم اليه معاً أي المجموع منهما يصير مصداقاً للبيع (ومنها) ما يكون العنوان أمراً مركباً يصدق على الفعل وعلى ما انضم اليه معاً بحيث يكون المجموع المركب منهما هو المصداق وذلك كتسليط القراض في باب المضاربة اذ نفس التمسيط ليس مصداق المضاربة بل لا بد معه من وجود ما يعتبر فيه من تعيين حق العامل والمالك، ولو أتى بما يعتبر فيه باللفظ يصير مصداق المضاربة مركباً من الفعل والقول وحكم هذا القسم بقسميه هو صحة المعاطاة فيه، أما في القسم الأول منه فلما عرفت من الفرق بين الفعل الذي يحتاج الى ما يدل على مصداقيته لعنوان وبين اللفظ المشترك معنى أو لفظاً، وأما القسم الثاني منه فلما يدل على صحة المعاطاة عموماً اذ لا يفرق فيه بين ما يكون الفعل فيه تمام المصداق

وبين ما كان جزءاً من مركب كان ذلك المركب هو تمام المصدق .

الرابع ما لا يحتاج الفعل في مصداقيته الى شئني أصلاً لأن يكون الشئني المحتاج اليه معيناً لمصداقية الفعل ولا بأن يكون جزءاً من المصدق بل يكون الفعل ذا وجه واحد لا يتعين إلا للعنوان واحد وحكم هذا القسم واضح اذ يصح فيه المعاطاة من غير اشكال ، وذلك كالفسخ من ذي الخيار والرجوع في العدة والاجازة من المالك .

الأمر الرابع اعلم أن وقوع المعاملة بالفعل الذي فرض صحة حملها عليه إما بنفسه أو بانضمام ما ينضم اليه ، يتوقف على قصد ذلك الفعل بأن صدر عنه ذلك الفعل بالقصد والارادة ولا يحتاج معه الى قصد انطباق ذلك العنوان عليه لأنه مع فرض كونه مصداقاً للعنوان المعاملة اذا تحقق الفعل في الخارج ينطبق عليه ذلك العنوان قهراً فانطبق العنوان على المصدق ليس مما يناط بالقصد بحيث لو قصد الا نطبق ينطبق ولو لم يقصد لم ينطبق اذا لانطبق أمر تكويني وذلك فيما اذا لم يكن العنوان أمراً قصدياً نظير التعظيم والاهانة .

والحاصل ان قصد تحقق الفعل الذي يكون مصداقاً للمعاملة كاف في تحققها سواء قصد الانطباق أو لم يقصد بل لو قصد عدم الانطباق كما اذا تصرف فيما انتقل عنه في زمن خياره بقصد أنه تصرف في مال الغير فانه يقع به الفسخ قهراً عليه وكما اذا وطئ المطلقة أو قبلها أولاً مسها بعنوان أنها اجنبية محرمة فانه يقع به الرجوع ولو أنه اراد عدم وقوعه ، ووجه ذلك كله انما هو لمكان وقوع مصداق الفسخ والرجوع عن قصده منه الى ذلك المصدق كما لا يخفى .

اذا تحقق تلك الأمور فنقول ، ، العقود المعاوضة وما يلحق بها

مما يشتمل على التسليط كالعارية والوديعة ونحوهما كلها مما تصح بالمعاطاة لصلا حية الفعل التسليطى لأن يقع مصداقاً لها ولا يكون مانع شرعى عن وقوعها به سواء كان مما يصدق عليه عنوان المعاملة بنفسه أو بضميمة ، كان عنوان المعاملة بسيطاً يقع بالتسليط بنفسه ولو بدلالة ضميعة ، أو مركباً يقع بالمركب من الفعل والقول وأما ما عدى العقود المعاوضية فالوصية لا تجرى فيها المعاطاة لعدم كون التسليط مصداقاً لها أما العهدية منها فواضح ، وأما التمليكية منها فكذلك أيضاً لأنها عبارة عن التمليك بعد الموت والتسليط الفعلى لا يكون قابلاً لأن يصير مصداقاً للتمليك بعد الموت ، وأما الرهن والوقف فسيجئى الكلام فيهما ، وأما الايقاعات فمثل الفسخ والرجوع والاجازة مما لا اشكال فى وقوعها بالفعل كما يدل قوله فذلك رضى منه بالبيع حيث أن المراد بالرضاء فى المقام هو الاختيار لا الطيب النفسانى فهو يدل على كون التصرف مصداقاً للاختيار وأما غير هذه الثلاثة المذكورة كالطلاق والعتق ونحوهما فلا تقع بالفعل لعدم تحقق مصداق لها من الأفعال .

فتحصل أن التحقيق جريان المعاطاة فى جميع العقود المعاوضية حتى الصلح وإن منعنا وقوعه بالفعل فيما تقدم لأجل أن التسليط الخارجى ليس مصداقاً للتسالم بل إنما هو مصداق لما يتسالم عليه والصلح عبارة عن نفس التسالم ، ولكن يمكن أن يقال أنه بالدلالة السياقية يدل على التسالم ولا يعتبر فى مصداق الصلح ولو كان بالقول من أن يكون مدلوله المطابقى هو التسالم كما فى مثل لك ما عندك ولى ما عندى فإنه صلح وإن لم يكن مدلوله بالمطابقة وكذا فى العقود التسليطية التى تتضمن التسليط وفى الفسخ والاجازة والرجوع من الايقاعات .

قوله قده لأن الظاهر ثبوت اجرة المثل لانه لم يقصد التبرع الخ
 (١) لاشكال في استحقاق العامل لاجرة المثل اذا عمل بأمر الأمر فيما اذا لم
 يتعين المسمى وأمام ذكر المسمى ففي استحقاق المسمى مطلقاً أو الرجوع
 الى المثل كذلك أو استحقاق اقل الأمرين من المسمى والمثل وجوه
 بل اقوال : الوجه الأول هو أنه لو كان المسمى اقل من المثل فالعامل نفسه
 اقدم على الرضا بالأخذ بالأقل من اجرة المثل ومع اقدمه فلا يكون
 مستحقاً للزائد عن المسمى ولو كان المسمى ازيد من المثل فالأمر اقدم
 على الرضا بالاعطاء بالأزيد ومع اقدمه فليس له الا كتفاء باجرة المثل
 (وبالجملة) فالأقدام من كل منهما في صورتى الزيادة والتقصية اوجب
 استحقاق المسمى دون المثل، ووجه الأخير هو اقدام العامل بالرضا بالأخذ
 بالأقل من المثل لو كان المسمى اقل وبأن المسمى لم يسلم له لفساد
 المعاملة فلا يستحقه لو كان ازيد (و بالجملة) فمالك وجه الأخير هو جعل
 المناط اقدام العامل وهو موجب لعدم استحقاقه لأجرة المثل فيما اذا كانت
 ازيد هذا ولا يخفى ما فيهما من الضعف ، وذلك لأن اقدام العامل بأخذ
 الأتقص من اجرة المثل في صورة نقصان المسمى عن المثل أو المالك
 باعطاء الأزيد في صورة زيادة المسمى على المثل وان كان صحيحاً إلا أنه لا
 ملزم لهما على الا لتمام بما اقدم عليه مع فساد المعاملة لعدم امكان
 التمسك بشيئ من العمومات لاثبات لزوم ما اقدم عليه من آية الحل
 والتجارة ووجوب الوفاء بالعقد كما هو الظاهر وكذا دليل عموم الشرط
 لعدم شموله للشروط الابتدائية ومع عدم الملزم لهما في الين فلكل
 واحد منهما الرجوع عما اقدم عليه فح فالمرجع هو اجرة المثل و هو
 الوجه الثانى وهو الحق الذى لا محيص عنه .

واعلم أن ثمرة الأقوال تظهر فيما اذا كان المسمى مخالفاً مع المثل كمية أو كيفية أو بهما معاً والمراد بالاختلاف في الكم هو التفاوت في الزيادة والتقصان ولو كان المسمى من جنس المثل والمراد بالاختلاف في الكيف هو التفاوت في الجنس ولو كان المسمى مساوياً في القيمة مع المثل كما اذا جعل المسمى من الحنطة الذي يساوي الدرهم الذي هو اجرة المثل مثلاً وأما مع تساوي المسمى مع المثل كماً وكيفاً فلا يكون في الأقوال المذكورة ثمرة اصلاً .

قوله قد عول وجه الاشكال عدم تأني المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي اجروها في البيع (الخ) اعلم أنه يمكن الاشكال في اجراء المعاطاة في الرهن من وجهين (الأول) ما اشار اليه في الكتاب وحاصله ان ما هنا اجماعان (احدهما) الاجماع على أن الرهن لازم من طرف الراهن (وثانيهما) الاجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل وأن اللزوم في جميع العقود يتوقف على الايجاب والقبول اللفظيين ومقتضى الجمع بين الاجماعين هو بطلان المعاطاة في الرهن لكون صحته ملازماً مع لزومه من طرف الراهن وهو مخالف مع الاجماع على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل ولكنه يجاب عنه بأن اللزوم كما تقدم سابقاً وسيأتي في التنبيه الآتي ايضاً على قسمين حكمي وحقي والمراد بالأول هو ما كان المعاملة في ذاتها مقتضية للزوم تعبداً من الشارع كالنكاح وبالثاني ما كان اللزوم فيها ناشياً عن التزام المتعاملين والاجماع المنعقد على عدم لزوم ما ينشأ بالفعل انما هو ينفي اللزوم العقدي والاجماع المنعقد على لزوم الرهن من طرف الراهن انما يدل على كونه لازماً باللزوم الحكمي ، وثبوت اللزوم الحكمي للرهن بالاجماع ، لا ينافي نفى اللزوم العقدي عما ينشأ منه بالفعل أيضاً

بالاجماع .

الوجه الثاني أن الرهن ليس عبارة عن صرف التسليم الخارجي فلا يكون الفعل المجرد عن القول مصداقاً له فيحتاج في تحقق المصداق الفعلي منه الى انضمام القول بالفعل فيكون مصداقه مركباً من القول والفعل هذا وقد تقدم في الأمور المتقدمة أن التحقيق صحة انشاء المعاملة بالمركب من الفعل والقول فهذا المحذور أيضاً غير وارد فتحصل أن الأقوى صحة المعاطاة في الرهن من غير اشكال .

قوله قد علم أن الأصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من

الوجوه الثمانية المتقدمة (الخ) قد تقدم في صدر مسألة المعطاة أن مقتضى الأصل فيها هو الجواز على القول بالاباحة و اللزوم على القول بالملك وتقريب الأول هو التمسك باستصحاب بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة ولا تعارض مع استصحاب بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لأنها محكومة باستصحاب بقاء السلطنة اذ الشك في بقاء الاباحة أو زوالها بعد الرجوع ناشئ عن الشك في بقاء السلطنة الثابتة قبل المعاطاة كما لا يخفى .

وأما تقريب الثاني فقد تقدم من الأدلة الدالة على اللزوم بناء على الملك من العمومات الاجتهادية والأصل العملي وذكرنا دلالة كل واحد من العمومات مفصلاً ودللنا على عدم صحة التمسك في اثبات لزومها بآية أو فوا بالعقود لخروجها عن عمومها بالتخصيص لا بالتخصيص ثم لم يعلم أنه على القول بالاباحة فهي خارجة على وفق القاعدة وعلى القول بالملك و ان كان مقتضى الأصل والدليل هو اللزوم لكن الاجماع قام على جوازها

والمدرک لجوازها هو الاجماع وان كان منشأ اجماع المجمعين على الجواز هو خروجها عن عموم آية او فوا بالعقود الذى هو الأصل في اثبات عموم كل عقد فهي جائزة على كلا تقديرى القول بالملك والاباحة إلا أنها تصير لازمة بطرق طوارى موجبة للزومها والكلام في هذا التنبيه في ملزماتها.

ومما يجب أن ينبه عليه أنه قد تقدم تقسيم كل من اللزوم والجواز الى الحقى والحكمى وقلنا بأن المراد من اللزوم الحكمى هو ما كان باقتضاء من ذات المعاملة مع قطع النظر عن التزام المتعاملين بل نفس طبع المعاملة اينما تحققت تقتضى اللزوم ويترتب عليه عدم وقوع الاقالة فيها وعدم صحة شرط الفسخ فيها وعدم انفساخها بالفسخ إلا أن يرد دليل بالخصوص على انفساخها بالفسخ فيؤخذ به بمقدار دلالة يقتصر عليه وذلك كالنكاح والمراد من اللزوم الحقى هو ما كان ناشياً عن اقتضاء التزام المتعاملين على مضمون المعاملة من غير أن يكون في ذات المعاملة اقتضاء اللزوم ويترتب عليه صحة شرط الفسخ فيها وقبولها للاقالة وانفساخها بالفسخ ، ومما ذكرنا ظهر التفاوت بين اللزومين ثبوتاً واثباتاً حيث أن اللزوم الحكمى في مرحلة الثبوت متميز عن اللزوم الحقى من ناحية اقتضاء ذات المعاملة وعدمه وفي مرحلة الاثبات متميز عنه بعدم جريان الاقالة والانفساخ واشتراط الفسخ وجريانها كما لا يخفى هذا هو ما يقتضيه التحقيق ولكن المترائى من ظاهر العبارة هو الفرق بينهما بكون الجواز الحكمى راجعاً الى جواز تراد العينين ومتعلق الرجوع فى الجواز الحقى هو العقد وهذا بظاهره فاسد وذلك لوجهين .

الأول ان جعل تراد العينين موضوع الرجوع فى الجواز الحكمى

بحيث لا يمس بكرامة العقد مخالف لما هو المسلّم من كونه صفة للعقد حيث يقال بأن عقد الهبة ونحوه جاز فلو كان العينين هو الموضوع للرجوع فيكون أشبه بالتقاص .

الثاني ان جماعة من الأصحاب ذهبوا في باب الرجوع في زمن الخيار الى أنه يتعلق بالعين لا للعقد ومعه فلا يبقى فرق بين الجواز الحكمي والحقي مع أن جواز الرجوع عن ذي الخيار حقي بلا ريب .

ويمكن أن توجه العبارة بأن المراد هويان المائز بين الجواز الحكمي والحقي بعد اشتراكهما في كون موضوع الرجوع هو العقد لا نفس التراد بتقريب أن موضوع الرجوع في الجواز الحكمي هو نفس العقد ولازمه جواز التراد المتوقف على بقاء العينين وموضوع الرجوع في الجواز الحقي هو الالتزام المدلول عليه العقد بالا لتمام ولازمه جواز فسخ العقد حتى مع تلف العينين (فتأمل) .

وبالجملة فما ذكرنا من الضابط في تمييز اللزوم والجواز الحكمي عن الحقي من صحة الاقالة والانفساخ بالفسخ واشتراط الفسخ وعدّها أولى ، اذا عرفت ذلك فاعلم أن الاستصحاب الدال على اللزوم بناء على القول بالملك لا يثبت إلا ذات اللزوم من غير تكفل في اثبات كونه حكماً أَوْ حقيقاً .

وكذا عموم آية التجارة ايضاً لا يستفاد منه إلا اللزوم من غير نظيره الى بيان أنه حكمي أَوْ حقي وهذا بخلاف عموم وجوب الوفاء بالعقد اذ هو يدل على اللزوم الحقي في كلما يصح التمسك به كما في العقود اللفظية ثم ان هاهنا جهاتاً من البحث يجب التنبيه عليها الأولى بناء على المختار في المعاطاة من كونها مفيدة للملك وانها تقتضي

اللزوم لأجل الاستصحاب و عموم دليل التجارة لأبد في إثبات جوازها من التمسك بدليل مثبت لجوازها وهو الا جماع المنعقد على جواز رجوع كل من المتعاطين الى ما انتقل عنه ، وقد عرفت أن ملاك انعقاده على الجواز هو عدم شمول آية وجوب الوفاء للمعاطاة في مرحلة الثبوت وكيف كان فالمتيقن من مقدار الاجماع هو الجواز مع بقاء العينين وأما مع تلفهما أو احدىهما فيشك في جواز الرجوع فيرجع الى العموم الدال على اللزوم أو الى الاستصحاب الدال عليه .

فان قلت اذا ورد عام مثل افوا بالعقود وورد مخصص مثل دليل خيار الغبن وشك في مقدار المخصص يكون المرجع هو استصحاب حكم المخصص لا عموم العام على ما حقق في الأصول ، خلافاً للمحقق الثاني وعلى هذه القاعدة لأبد في المقام من الرجوع الى حكم المخصص لأنه قبل تلف العينين أو احدىهما كان الجواز ثابتاً ويكون الشك في انقطاعه عند التلف أو بقاءه بعده .

قلت مورد هذه القاعدة هو ما اذا كان الشك في بقاء حكم المخصص من جهة دورانه بين القصير والطويل وبعبارة أخرى فيما اذا كان الشك في مقدار بقاء الخاص في عمود الزمان وما نحن فيه ليس من هذا القليل بل الشك في المقام ناشئ عن سبب التخصيص وكان راجعاً الى ناحية سببه حيث أن المعلوم من سبب التخصيص اعني الاجماع هو فيما اذا كان العينان باقيين وأما بعد التلف فليس في اليمين سببه .

والحاصل أن الخارج عن عموم دليل اللزوم هو المعاطاة في صورة بقاء العينين لأنه خروج المعاطاة عن عموم الدليل ويشك في بقاء حكم المخصص بعد التلف فتأمل فان الفرق بينهما لا يخلو عن خفاء ولعله يأتي بزيادة توضيح فيه .

الجهة الثانية الظاهر من قوله قدمه وحيث ارتفع مورد الترداد امتنع (الفتح) في مقام الفرق بين الجواز الحكمي والحقي هو اختصاص ثبوت جواز الحكمي بصورة بقاء العينين فلا يصح الرجوع مع التلف لارتفاع مورده بخلاف الجواز الحقي فانه يصح مع بقاء العينين ومع التلف إلا أنه عند التلف يرجع الى المثل أو القيمة وهذا مع ما فيه من جعل موضوع الرجوع في الجواز الحكمي هو الترداد كما تقدم فاسد، وذلك لأن الجواز الحكمي ليس مختصاً بصورة بقاء العينين على نحو الاطلاق بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعاملة على الضمان وكانت معاوضة وبين ما لم تكن كذلك كالهبة فيشترط جواز الرجوع ببقاء العينين في الثاني دون الأول اما في الثاني فلأن المعاملة ليست مبنية على الضمان فالواجب انما ذهب العين للمتهدب لكي يتلفه بلا ضمان له بالمثل أو القيمة فاذا كان باقياً في يد المتهدب فله الرجوع بعين ماله فاذا تلف فليس له الرجوع بأخذ مثله أو قيمته لكون مبنى المعاملة على عدم التضمن بالمثل والقيمة.

وأما في الأول فلأن بناء المعاملة على الضمان بالمسئ فإذا سلم المسمى فهو ومع عدمه اما بفساده من الأول أو بواسطة الرجوع لا بد من الرجوع الى المثل أو القيمة وليس التلف في هذه الصورة مانعاً عن الرجوع بعد امكان الرجوع بأخذ المثل أو لقيمة كما لا يخفى.

الجهة الثالثة اذا صارت المعاطاة لازمة بالتلف أو بغيره من الملزمات فهل هذا للزوم الطاري حقي أو حكمي لا يخلو كل منهما عن اشكال لبعد اللزوم الحقي بالالتزام في البين كما هو المفروض وكون البيع المعاطاتي بعد تلف العينين أو احدهما لازماً كالنكاح بحيث يحكم بعدم صحة التقايل فيه وعدم قابليته لاشتراط الفسخ يكون أبعد لعدم الالتزام بأحكام اللزوم الحكمي فيه من احدهما من الأصحاب.

وحل الاشكل هو اختيار كون اللزوم فيه حقياً لاحكامياً بدعوى عدم الحاجة في اللزوم العقدي الى الالتزام العقدي دائماً بل يكفي في تحقيقه بجعله من الشارع وهذا كالجواز الحقى حيث أنه قد يكون بجعل المتعاملين كما في خيار الشرط و قد يكون بجعل الشارع كما في خيار المجلس والحيوان وكذلك اللزوم الحقى تارة يكون بجعل المتعاملين كما في المعاملة العقدية و أخرى يكون بجعل الشارع كما في المعاطاة عند تغير العيين عما هو عليه فهذا اللزوم حقى يترتب عليه صحة التقابل وغيره مما يترتب على اللزوم الحقى لكنه لا يكون بواسطة التزام المتعاملين بل انما هو بجعل الشارع فنبر .

قوله قدّمه أماً على القول بالاباحة فواضح لأن تلفه من مال مالكه

ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (الخ) لا يخفى أن ما افاده قدّمه من كون التلف من مال مالكه هدم لما أسس به القول بالاباحة من لزوم تقدير الملك آنما قبل التلف كما تقدم تحقيقه عند نقل كلام كاشف الغطاء قدّمه و كان مختاره قدّمه أيضاً هو تقدير الملك قبل التلف ومعه فلا وجه لما افاده في المقام من كون التلف من مال مالكه على القول بالاباحة وتحقيق الكلام في المقام بناءً على القول بالاباحة يتم ببيان مقدمة تأتي في موضعها تفصيلاً، وجمالها انه اذا تلف العين في زمن الخيار ثم فسخ ذو الخيار بعد تلفها فربما يقال بلزوم تقدير الملك و ربما يقال بعدم لزومه وعلى فرض الحاجة الى التقدير فربما يقال بتقديره قبل التلف آنما لم يكن يقع التلف في ملك الناسخ حتى يكون ضمانه المثل أو القيمة على من وقع عنده التلف وربما يقال بتقدير التلف بعد الفسخ و وقوع الفسخ قبل التلف، والأقوى أنه لا يحتاج الى التقدير اصلاً لا تقدير الفسخ قبل التلف ولا تقدير الملك قبله وذلك لأن المعاملة معاوضة وكل منهما مقدم عليها بالضمان المسمى فمادام المسمى سالم لمن له الخيار فهو والا فيرجع الى المثل أو القيمة

ومع ثبوت الخيار له لو فسخ فان وجد عين ماله فهو و إلا يرجع الى المثل أو القيمة فمع التلف لا يحتاج الفسخ الى تقدير أصلاً ولو قلنا بلزوم التقدير لكان اللازم عدم تمشي الفسخ لمكان الاحتياج الى التقدير الذي لم يقم على صحته دليل لأنه يصح الفسخ مع التقدير وبعبارة أخرى كلما كان صحة شيء متوقفاً على التقدير فان ورد الدليل بالخصوص على صحته فنأخذ به ونقول بالتقدير وإلا فيمنع صحته من رأس لمكان الحاجة الى التقدير لأنه يلتزم بالصحة ويقال بالتقدير.

إذا عرفت ذلك فنقول بناءً على احتياج الفسخ الى تقدير الملك آنما قبل التلف في اثبات ضمان المثل أو القيمة لا يصح الفسخ في المقام بعد التلف بناءً على القول بالإباحة ، وذلك لأن ضمان المسمى على القول بالإباحة متوقف على تقدير الملك آنما قبل التلف على ما تقدم في رد ما أفيد من استلزام القول بالإباحة لتأسيس قواعد جديدة فإذا كان تقدير الملك آنما قبل التلف منشأً لتحقيق ضمان المسمى فلا يعقل أن يصير منشأً لضمان المثل أو القيمة أيضاً ، وعلى هذا فتلف العوضين ملزم على القول بالإباحة كما ذكر في الكتاب إلا أنه قد علة بكون التلف من مال مالكه وعلى ما ذكرنا فهو معلل بعدم كون تقدير الملك قبل التلف منشأً لضمان المثل أو القيمة مع احتياج الفسخ الى التقدير ، وبناءً على المختار من عدم الحاجة في الفسخ الى التقدير فاللزوم يثبت بالاستصحاب اعني استصحاب ملكية كل واحد لما ينتقل اليه بالتلف وإذا شك في تأثير الرجوع يكون المرجع هو ذلك الاستصحاب و الحاصل أنه لا تفاوت بين القول بالملك و الإباحة في جواز الرجوع قبل التلف و في عدمه بعده و ان كان يختلف وجه الحكمين اعني جواز الرجوع قبل التلف وعدمه بعده بالنسبة.

الى كل من قولى الملك والاباحة ، أما جواز الرجوع قبل التلف بناءً على القول بالملك فليقيام الاجماع عليه وإلا فقد عرفت أن مقتضى القاعدة هو اللزوم بمعنى أن المستفاد من عموم دليل التجارة ونحوه هو اللزوم وإن كان عموم وجوب الوفاء بالعقود غير شامل للمقام ، وأما وجه اللزوم بعد التلف فلأن المتيقن من دليل المخصص للعموم هو الجواز مادام بقاء العينين ، وأما مع تلفهما معاً أو تلف أحدهما فلم يثبت ما يدل على الجواز فيكون المرجع هو أدل على اللزوم من العموم والاستصحاب وليس المورد من موارد التمسك بعموم المخصص كما في مثل خيار الغبن لو شك في فوريته لكون مورد التمسك بحكم الخاص هو ما إذا كان الشك في بقاء حكم الخاص لأجل الشك في طول عمره وقصره بحسب الزمان لا مثل المقام الذى ليس الدليل متكفلاً لاثبات حكم الخاص بأزيد من مورد بقاء العينين وذلك نظير جواز الرد الثابت بخيار العيب حيث أنه مختص بصورة بقاء العين ومع تلفها فلا رد .

وأما وجه الجواز قبل التلف على القول بالاباحة فليكونه الموافق مع القاعدة لبقاء كل واحدة من العينين على ملك مالكه الأول وأما وجه اللزوم بعده على هذا القول فلا تنقل كل من العينين عن مالكها الى الآخر آنأما قبل التلف وإذا شك في جواز ارتجاعها عنه فيقال بعدم الجواز إما من جهة وجوب الوفاء بالعقد لو قلنا بأن الفعل التسليطى المترتب عليه النقل والانتقال عند التلف التزام من الطرفين فيشمله عموم وجوب الوفاء أو من جهة استصحاب بقاء كل من المالكين على ملك من انتقل اليه إلا أن هذا الاستصحاب لا يخلو عن منع لأجل تلف العين ولا معنى لبقاء الملكية بعد تلف العين .

لكن هناك اصلين آخرين يمكن اثبات اللزوم بهما أحدهما استصحاب برائة ذمة كل واحد منهما عن ضمان المثل أو القيمة عند تلف العينين

أو برائة ذمة من وقع عنده التلف لو كان التالف إحدى العينين ، وهذا الأصل لا غبار عليه ضرورة أن التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمى وبعد الرجوع يشك في ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة ويكون المرجع في هذا الشك هو أصالة العدم .

وثانيهما استصحاب بقاء الملكية الثابتة آنأما قبل التلف لاثبات عدم جواز الرجوع الى المثل أو القيمة ضرورة أن عدم جواز الرجوع من أنسار تلك الملكية الثابتة قبل التلف اذ لا ملكية بعده لسلب الملكية بعد التلف بسلب موضوعها ، ولا فرق فيما ذكرنا بين ما إذا كان الجواز حقيقاً أو حكماً ، لأن التحقيق كون الموضوع في كليهما هو المعاملة وما يترامى من ظاهر العبارة في الكتاب يجعل موضوع الجواز الحقي هو المعاملة والجواز الحكمي نفس تراد العينين وقوله بعدم الجواز بعد التلف لأجل عدم الموضوع ليس بصحيح . هذا كله فيما اذا تلف العينان ومنه ظهر حكم تلف احد يهما اذ بتلفها يتحقق اللزوم على كلا القولين ، أما على القول بالملك فواضح لاختصاص دليل الجواز بصورة امكان تراد العينين وهو الاجماع وأما على القول بالاباحة فلكون تلفها كاشفاً عن تحقق الملك قبل التلف آنأما فتصير العين الموجودة لمن هي عنده ومعها فلا موجب للارتجاع بل العموم والأصل يدلان على عدمه ، هذا هو ما يقتضيه التحقيق بناءً على كلا القولين ، ولكن على القول بالاباحة فقد استدجبه بعض لمشايخ وفاقاً لبعض معاصريه تبعاً للمسالك على ما في الكتاب قدس الله أسرارهم أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكوها ، وفيه أنه لا محصل لهذا الأصل بعد القطع بانتقاض الحالة السابقة بانتقال العين الموجودة عن مالكوها الى من ييده بواسطة تلف الآخر ومع هذا القطع

بالانتقاض فلا سييل الى الرجوع الى اصالة بقاء سلطنة مالكها بل المرجع هو اصالة سلطنة المالك الثاني الذي انتقل اليه العين الموجودة بتلف العين الاخرى ومقتضاه اللزوم ، و دعوى عدم حصول الانتقال بواسطة التلف ، هدم لما تقدم في المنع عن لزوم القول بالاباحة لتأسيس القواعد الجديدة كما تقدم هكذا ينبغي أن يورد عليهم قدس اسرارهم لكن في الكتاب قال قد وه فيه أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف أو قيمته و التمسك بعموم على اليد عنافي غير محله الى أن قال ولكن يمكن أن يقال أن اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة (الخ) و لا ينفى عدم استقامة ما افاده بكلمه ، أما أولاً فلأنه بناء على التحقيق من تحقق الملك آنما قبل التلف فلا تنتهي النوبة الى التمسك بأصالة بقاء السلطنة في اثبات الجواز ولا الى دفعه بمعارضتها بأصالة براءة الذمة عن مثل التالف أو قيمته لكي ينتهي الأمر الى بيان تحقق كونهما متعارضين أو أن بينهما الحكومة .

و أما ثانياً فلما في منعه من التمسك بعموم على اليد في المقام مستدلاً له بالقطع بعدم الضمان قبل تلف العين ولا بعده اذا بني مالك العين الموجودة على امضاء المعاطلة وذلك لأن مقتضى على اليد هو ليس ضمان المثل أو القيمة مع وجود العين بل انما مفاد على اليد ردها ما دامت موجودة و ردها كان اقرب اليها لو صارت معدومة ولو منع عن التمسك به في المقام لانسد باب التمسك به في كل معاملة خيارية اذ قبل التلف لا ضمان على ما ذكره وكذا بعده اذا لم يختار الفسخ وهذا كما ترى . والتحقيق هو أن المتعاملين لما لم يقدموا إلا على الضمان بالمسمى وما دامت العين سالمة لهما فهو وإلا فيرجع الى الأقرب اليها من المثل أو القيمة كل

ذلك بواسطة دليل الضمان وان كان استفاضة هذه الجملة بتمامها من عموم على اليد مشكلاً إلا أنه اشكال علمي يرد عليه وإلا فأصل المطلب ثابت من غير اشكال .

وأما ثالثاً فلما في ما ذكره من حكومة اصاله بقاء سلطنة المالك الأول على اصاله براءة ذمة من وقع التلف عنده عن المثل أو القيمة ، لأن الأصليين متعارضان لكونهما في رتبة واحدة وليس بينهما سببية ولا مسببية وذلك لأن الشك في الاشتغال بالمثل أو القيمة ناشئ عن الشك في بدلية العوض المسمى اذ لو كان المسمى عوضاً لم ينته الى المثل أو القيمة فثبتت المثل أو القيمة منوط بعدم بدلية المسمى فالشك في ثبوتها ناشئ عن الشك في ثبوته لكن اصاله بقاء سلطنة المالك الأول لا تدل بنفسها على نفى بدلية المسمى لأن بدلية المسمى من آثار عدم بقاء سلطنته فمؤدى اصاله بقاء السلطنة ليس سبباً لثبوت المثل أو القيمة بل انما ثبوتها سبب لازم والحاصل أن لازم بقاء سلطنة المالك الأول هو نفى المسمى فلو كان الأصل جارياً في نفى المسمى بنفسه لكان حاكماً على الأصل الجارى في براءة الذمة عن المثل أو القيمة وأما الأصل الجارى في بقاء السلطنة الملازم مع عدم بدلية المسمى فهو ليس بحاكم عليه إلا على تقدير اثبات لازمه المتوقف على الأصل المثبت ، فظهر أن الحق هو تعارض الأصليين على تقدير تسليم جريان اصاله بقاء سلطنة المالك الأول ، وأما بناء على ما حققناه فلا مجرى لهذا الأصل اعني اصاله بقاء سلطنة المالك بل المرجع هو اصاله براءة الذمة عن المثل أو القيمة لو كان الراجع منهما من بقيت العين عنده و اصاله بقاء العين الموجودة على ملك من انتقلت اليه بالتلف لو كان الراجع فيهما من تلف العين لديه وهذا التفاوت بين الأصليين نشأ من عدم

امكان اجراء الأصل في بقاء الملكية بالنسبة الى التالف كما لا يخفى هذا كله مع قطع النظر عن اصالة بقاء العلقه الثابتة قبل التلف آنأما لأنه مع جر يانها تكون حاكمه على اصالة برائة الذمة عن المثل أو القيمة ولو كانا موافقين اذ الشك في برائة الذمة ناشئ عن بقاء اثر تلك الملكية الثابتة قبل التلف وباستصحابها لاثبات اثرها يرتفع الشك عن البرائة .

وأما رابعاً فلما في قوله قده مع أن ضمان التالف يبدله معلوماً لأن الكلام في أن البديل هو البديل الحقيقي اعني المثل أو القيمة أو البديل الجعلي اعني العين الموجودة فلا اصل انتهى ، ومراده قدس سره هو المنع عن اجراء كل واحد من الأصليين في المقام مع قطع النظر عن المعارضة وذلك للعلم بضمان التالف المرددين كونه بالمثل أو القيمة أو بالمسمى ، والعلم بالضمان مانع عن اجراء الأصل في نفي ضمان المثل أو القيمة أو المسمى ، فلا يجري الأصل في نفي المثل أو القيمة ولا في نفي المسمى ، ووجه فساد هو أن ما ذكره يصح فيما اذا كان المتيقن في مرحلة الثبوت وأريد احراز بقاء احدي الخصوصيتين بالأصل اذ لا مورد لاجراء الأصل في شيئي منهما لعدم العلم بحدوث شيء من الخصوصيتين ، كما اذا علم بملاقات النجاسة لأحد الانائين الطاهرين فانه لا يجري استصحاب بقاء النجاسة في شيئي منهما لعدم العلم بنجاسة كل واحد منهما بالخصوص . ، لا في مرحلة البقاء كما اذا علم ملاقات احدا الانائين النجسين بالمطرفانه لامانع عن اجراء الأصل في اثبات بقاء نجاسة كليهما و ان كانا لا يجريان معاً لمكان المعارضة وما نحن فيه من هذا القليل فانه قبل التلف لم يكن ضمان بالنسبة الى المثل أو القيمة ولا بالنسبة الى المسمى وبعد التلف يتحقق ضمان مردد بين المثل أو القيمة وبين المسمى فحال هذا الضمان المتيقن هو بعينه حال المطر الواقع على احد

الانائين النجسين فلا يمنع عن استصحاب عدم ضمان المثل أو القيمة ولا عن استصحاب عدم ضمان المسمى وإنما المانع عن اجرائهما هو المعارضة بينهما لمكان العلم الاجمالي بتحقيق احدهما .

وأما خامساً فلما في قوله مضافاً الى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه وعلى المال التالف بأخذ بدله ، فإن التمسك بهذا العموم منوط على كون المال الموجود ملكاً لا يأخذ لكى يثبت صحة تصرفه بذلك العموم ، وأما لو لم يكن ملكاً له فلا يمكن احراز صحة أخذه بعموم الناس مسلطون ، والمفروض خروج هذا المال عن ملكه وانتقاله الى من ييده بواسطة تلف الآخر وكذا انتقال التالف الى من وقع التلف عنده ومع هذا الفرض فلا موقع لهذا التمسك أصلاً و لو أريد احراز بقاء ملكيته باستصحاب بقاء السلطنة فيرجع الى ما تقدم ويرد عليه المنع السابق من أن المورد مورد استصحاب بقاء ملكية كل مال لمن انتقل اليه بالتلف المقتضى للزوم وعدم جواز تصرف كل بالأخذ ، وبالجمله فما افاده قده في هذا المقام لا يستقيم بوجه أصلاً .

ولا بأس باعادة ما يرد على العبارة بعد ايضاحها تفصيلاً فتقول

(قوله قده لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها

يمكن أن يكون قوله وملكه لها عطفاً تفسيرياً لسلطنة مالك العين فيكون الحاصل هو التمسك باصالة بقاء العين على ملك مالكيها الأول ويمكن أن يكون مغايراً معه بأن يكون الغرض منه هو الاستدلال باصالة بقاء ملك المالك الأول وأن المراد من اصالة بقاء سلطنة مالك العين هو بقاء علقه مالك العين على العين ولو بعد خروجها عن ملكه بالتلف نظير ما قالوا من عدم انقطاع علقه المالك عن العين في المعاملة الخيارية بتمامها بل انما يبقى

من علقته شيئاً بها يصح منه الفسخ وأن حق الفسخ ليس حقاً جديداً يثبت بالعقد بل إنما هو حق موجود قبل العقد الغير الزائل بسبب العقد، هذا، وكيف كان فلا يمكن المساعدة معه في شيء من الاحتمالين لعدم اجراء شيء من الأصليين لأصالة بقاء العين على ملك مالكيها الأول ولأصالة بقاء سلطنة المالك بعد انتقال العين عنه بواسطة التلف أما الأول فللقطع بانتقال العين الموجودة عن مالكيها إلى الآخر بواسطة تلف العين .

وأما الثاني فلأنه بعد الانتقال لا تبقى علاقة للمالك الأول أصلاً فعلاقة الملكية التي بينه وبين العين بتمامها وكمالها تتعلق ببطل العين المنتقلة اليه بحيث لا يبقى منها تعلق إلى العين المنتقلة عنه بوجه أصلاً وإنما حق الخيار حق جديد يثبت بالعقد ما يجعل الشارع كفاً في مثل المجلس والحيوان أو يجعل المتعاملين كفاً في مثل خيار الشرط من غير فرق في ذلك بين كون الجواز حكماً أو حقاً كما سيأتي تحقيقه في مباحث الخيارات ومع القطع بانقطاع علاقة المالك بتمامها عن العين الموجودة لا ينتهي إلى الشك حتى يستصحب بقاء سلطنته فظهر أن الأصليين لا مجرى لهما بدأ وأنه مع القطع بانتقال العين الموجودة إلى مالك العين التالف لو شك في ارتجاعها عنه إلى المالك الأول يكون المحكم هو أصالة بقاء ملكية المالك الثاني أو أصالة براءة ذمة مالك الأول عن المثل أو القيمة مع قطع النظر عن حكومة أصالة بقاء ملك المالك الثاني عليها كما بناه .

قوله قدم وفيه أنها معارضة بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف

أو قيمته (الخ) ظاهر العبارة تسليم اجراء أصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة لكنه يمنع عن اجرائها المكان المعارضة وقد عرفت أنه لا مجرى لها بعد القطع بانتفاض الحالة السابقة بواسطة انتقال العين الموجودة إلى مالك العين

التالفة بسبب التلف فالمرجع (ح) هو اصاله برائة الذمة عن المثل أو القيمة مع قطع النظر عن محكوميتها بأصاله بقاء ملكية من انتقل اليه العين بالتلف . قوله قدده والتمسك بعموم على اليد هنا في غير محله (الخ) لا يخفى أن الأولى أن يستدل لعدم امكان الاستدلال بعموم على اليد في المقام بأن عمومه انما يدل على ضمان المثل أو القيمة على تقدير الفسخ لا مطلقاً فانبات ضمان المثل أو القيمة مطلقاً بما يدل على اثباته في حال دون حال يكون كاثبات وجوب اكرام زيد في حالتي العلم و الجهل بعموم وجوب اكرام العالم و هو كما ترى وأما ما افاده قدده من أنه قبل التلف لم يكن يد ضمان بل و لا بعده اذا لم يرد الرجوع انما الكلام في الضمان اذا اراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً فلا يستقيم اصلاً لأن مقتضى اليد ليس إلا ضمان المثل بعد الرجوع لأن ضمانه بعد الرجوع ليس من مقتضى اليد ، مع أن قوله قدده بأن اليد قبل التلف لم تكن يد ضمان لا معنى له بعد القطع بكون المعاملة معاوضة لا مجانية ، اللهم إلا ان يكون مراده نفي ضمان المثل أو القيمة و هو و إن كان صحيحاً إلا أن ضمان المثل أو القيمة في كل مورد يتحقق انما يتحقق بعد التلف اذ لا معنى له على تقدير عدم التلف ، ومنه يظهر ما في قوله بل و لا بعده اذا لم يرد الرجوع ، مضافاً الى أن نفي ضمان المثل أو القيمة عند عدم ارادة الرجوع متحقق في كل معاملة اختيارية و لازمه عدم صحة التمسك بعموم على اليد لا ثبات ضمان المثل أو القيمة في كل معاملة اختيارية يقع الفسخ فيها بعد تلف احد العينين ، وهو مخالف لما بنوا عليه و بنى هو ايضاً من التمسك بالعموم المذكور في اثبات ضمان المثل أو القيمة .

قوله قدده ولكن يمكن أن يقال ان اصاله بقاء السلطنة (الخ) الظاهر

أن يكون المراد بهذا الأصل هو نظير ما قالوا من بقاء السلطنة بعد الانتقال عند ثبوت حق الخيار ولا يخفى أنه بناءً عليه لاحكومة بينه وبين اصاله عدم الضمان بالمثل لأن الضمان بالمثل مسبب عن انتفاء بدلية المسمى لاعن بقاء السلطنة فثبوت ضمان المثل مسبب عن اللازم المترتب على بقاء السلطنة فأصالة بقائها على تقدير الجريان معارض مع اصاله عدم الضمان بالمثل لاحاكمه عليها وما يكون حاكماً اعني اصاله عدم بدلية المسمى غير جارية للقطع بثبوت بدليته بواسطة تحقق الانتقال بالتلف .

قوله قدم ولو كان احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطين

(البحر) كان الكلام المتقدم في تلف العينين أو احدهما اذا كان التعاطي بالعين ولو كان احد العوضين ديناً كما اذا باع المديون عيناً للداين بالدين الذي في ذمته فهل يكون ابراء ذمة المديون عن الدين بعد البيع في حكم التلف فيكون ملزماً للمعاطاة مطلقاً بناءً على القول بالملك والاباحة أو لا يكون كذلك مطلقاً أو يفصل بين القول بالملك وبين القول بالاباحة بالقول بكونه ملزماً في الأول دون الأخير وجوه واحتمالات وتفصيل الكلام يتم ببيان مقدمة وهي انه وقع الخلاف في بيع الدين على من هو عليه كبيع من ينعق عليه بعد الاتفاق على حصول براءة الذمة في الأول والانعقاد في الأخير في أن المبيع اعني الدين في الأول والعبد في الثاني هل ينتقل الى المشتري ثم يتلف عليه بالابراء بمعنى الاسم المصدري في الأول والانعقاد في الأخير أو التلف يحصل بنفس انشاء البيع والمنشأ وان كانت ملكية الدين لمن هو عليه أو العبد لمن ينعق عليه إلا أنه ينتج نتيجة التلف ، ومنشأ القول الثاني : اما في باب الدين فهو لأجل استحالة أن يسلط الانسان على نفسه بماله ويملك على نفسه شيئاً لعدم صحة اعتبار مال الانسان على نفسه وإلا فيصح أن يصير الانسان مستطيعاً باعتبار الوفاء

في ذمته و هو كماترى ، والسرفى ذلك هو عدم صحة ذاك الاعتبار عند العقلاء و اذا ورد الدليل على صحة بيع الدين عليه ، فلا بد من أن يكون راجعاً الى ابراء ذمته عن الدين بالعوض فيصير مال بيع الدين عليه سقوط ذمته عن الدين بالعوض لا صيرورته ما لكاً لما فى ذمته ، و اما فى باب بيع من ينعق عليه فلقيام الدليل على أن الانسان لا يملك عموديه ونتيجة الجمع بينه و بين ما يدل على الانعاق عليه بعد البيع هو كون بيعه عليه منتجاً للانعاق عليه بلا تحقق ملك المشتري له اصلاً ، ومنشأ القول الأول هو المنع عما ذكر فى وجه القول الثانى .. اما فى باب الدين فلان المانع عن اعتبار المال للانسان على نفسه انما يمنع عن اعتباره كذلك على نحو الاستقرار ، و أما اعتبار مالكيته لما ثبت فى ذمته عن الغير ملكاً يترتب عليه الابراء لاملكاً مستقراً . فلا منع عن اعتباره عقلاً و عرفاً و أما فى باب العتق فلأن الدليل الدال على عدم ملكية العمودين ايضاً انما يمنع عن الملك المستقراً لا الملك المترتب عليه العتق (فح) يمكن ملك الدين للانسان نفسه بعد اعتبار قراره فى الذمة بواسطة كونه ملكاً للغير ملكاً يترتب عليه الابراء و ملك العمودين ملكاً يترتب عليه العتق ومع امكان ذلك فلا موجب لصرف بيع الدين أو بيع من ينعق على المشتري عما يقتضيه معاملة البيع من مبادلة المال بالمال بل هو كسائر البيوع فى كونه بيعاً إلا أنه يترتب على هذا البيع تلف المبيع على المشتري لمكان عدم اعتبار المال للانسان على نفسه فى الدين ولان قرار الملكية على العمودين فى بيع من ينعق عليه ، و هذا هو الأقوى لما ذكر وسيأتى تفصيله ايضاً و على هذا القول يكون تلف الدين بعد دخوله فى ملك المدين كما أنه يكون على القول الأول بنفس البيع بلا توسط دخوله فى ملك المدين

و كيفما كان يتحقق التلف بسقوط ذمة المدين عن الدين، إما ابتداءً أو بعد اعتبار دخوله في ملكه، إذا تحقق ذلك فنقول فهل هذا التلف الاعتباري الشرعي كالتلف الخارجي التكويني في كونه ملزماً للمعاطاة أم لا، وجهان: والكلام تارة يقع في حكم هذا التلف بناءً على القول بالملك وأخرى في حكمه بناءً على القول بالإباحة أما على القول بالملك فالحق أنه كالتلف الخارجي في كونه ملزماً لأن الدليل الدال على الجواز إنما يدل عليه مع إمكان التراد كما تقدم و مع تلف الدين على من هو عليه لا يمكن التراد فلا يبقى مورد للجواز، و ما ذكرناه ليس متوقفاً على القول بصيرورة الدين ملكاً لمن هو عليه ثم تلفه عليه كما هو الحق بل يصح ولو قلنا بترتب التلف على البيع بلا واسطة وما ذكره في العبارة بقوله قد علم القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه من جهة بيان ما هو المختار عنده لا من جهة ابتناء دخول الدين في ملك من هو في ذمته على الحكم بتلفه كما لا يخفى فإن قلت فرق بين التلف الاعتباري وبين التلف التكويني الخارجي إذا التالف بالتلف الخارجي ممتنع العود لاستحالة إعادة المعدوم بخلاف التالف بالتلف الاعتباري إذ هو يمكن أن يعود بالفسخ أو بالأقالة فلا يكون في حكم التلف و إلى هذا أشار بقوله (و يحتل العود) قلت هذا الفرق ضعيف في الغاية أما أو لا فلأن الدين الساقط عن الذمة لا يعود بالفسخ و الأقالة أصلاً بل الفسخ أو الأقالة يصير منشأة لاعتبار مثل ما كان عليه في ذمته أيضاً فيكون حال الفسخ في المقام كحال الفسخ في بيع العين بعد تلفه بلا تفاوت و أما ثانياً فلأنه لو سلم عود الدين الموجود قبل البيع بشخصه في الذمة بعد الأقالة أو الفسخ لكن ما لم يقع الفسخ لم يكن له اعتبار الوجود في الذمة فيكون بحكم التلف وح فجعل إمكان تحققه في الذمة بالفسخ منشأة

لجواز الفسخ يكون دوراً اذ جواز المعاملة (ح) متوقف على امكان عود الدين وامكان عوده يتوقف على جواز المعاملة لأنه مع لزومها لا يكون العود ممكناً لعدم امكان الفسخ والى هذا اشار بقوله قدس (وهو ضعيف) هذا كله بناءً على القول بالملك، وأما على القول بالاباحة فالحكم ايضاً كذلك إلا أنه لا يخلو عن اشكال اشار اليه بقوله فافهم، و توضيحه أن صرف اباحة الدين على مَنْ هو عليه لا يوجب اتلافه عليه لأنها لا تستلزم سلطنة المديون على نفسه إلا اذا تصرف فيه بعد الاباحة بتصرف يكون مبرئاً له فنفس الاباحة بما هي اباحة لا توجب ابراء ذمة المديون و لا انتقال الدين اليه هذا ولكنه ضعيف لأن المنشأ بالمعاطاة بناءً على الاباحة ليس هو الاباحة حتى يكون مفاد المعاطاة مفاداً لا باحة بالقول بل بالمعاطاة لما كان تسليطاً والتسليط عند القائل بالا باحة لا يقع هذا القصد التمليك بل هو مصداق للا باحة يقول باقتضائه الاباحة فالمتحقق بالمعاطاة هو التسليط و (ح) فنقول ، كما لا يصح تمليك الانسان على نفسه شيئاً كذلك لا يصح تسليطه على نفسه بل عدم صحة ما كتمه على ما في نفسه ناس عن عدم صحة سلطنته على نفسه فالتسليط كالتمليك لو وقع على ما في الذمة يقتضى سقوطه عنها فيكون حال المعاطاة على القول بالا باحة بعينه حالها على القول بالملك في اقتضاءها تلف ما في الذمة لو وقعت عليه نعم لو كان المنشأ في المعاطاة هو الا باحة لكان لما ذكر وجه لكنه ليس كذلك كما عرفت .

قوله قدس ولو نقل العينين أو احد هما بعقد لازم (الخ) لما فرغ عن الكلام في حكم المعاطاة عند تلف العينين أو احديهما حقيقة أو حكماً أراد أن يبين حكم غير التلف من بقية الملزمات وهي أمور (منها) نقل العينين أو احديهما بعقد لازم ، و الكلام يقع تارة في حكم هذا العقد اللازم من

كونه ملزماً للمعاطاة أم لا، وأخرى في حكم رجوع العين المنتقلة الى من انتقل عنه بواسطة فسخ ذلك العقد أو اقالته ، أما المقام الأول : فلا اشكال في لزوم المعاطاة بوقوع ذلك العقد بناءً على القول بالملك ، لما عرفت من أن جوار الرد في المعاطاة كان منحصراً بصورة امكان الترادوم مع وقوع العقد فلا يمكن التراد فلا موقع معه للجواز وكذا على القول بالاباحة ، وذلك لأن وقوع العقد الناقل يكشف عن سبق ملك من صدر عنه العقد وصيرورته مالكا لكي يقع الانتقال عنه على الطريق الاعوجاجي و يكون امكان الخروج عن ملكه بالفسخ متوقفاً على امكان التراد المفروض امتناعه حين تحقق العقد وأما المقام الثاني فعلى القول بالملك فلا يجوز الرد بعد رجوع العين المنتقلة الى المنتقل عنه بواسطة الفسخ أو الاقالة سواء قلنا بأن الزائل العائد كان لم يزل أو أنه كان لم يكن أو فصلنا فيه بين ما اذا كان العود بالفسخ أو بالاقالة و قلنا فيه بأنه كان لم يزل و بين ما اذا كان بعقد جديد و قلنا فيه بأنه كان لم يكن و توضيح هذه الجملة يحتاج الى بسط فيقول اذا اشترى شيئاً ببيع خيارى ثم باعه من آخر ثم انتقل عن المشتري الثاني اليه بفسخ أو اقالة أو عقد جديد ثم فسخ البايع الأول فهل يرجع الى العين الموجودة عند المشتري لأنها موجودة عنده بالفعل و يكون انتقاله عنه الى المشتري الثاني كأن لم يكن فكان الملك كأن لم يزل أو يرجع الى المثل أو القيمة لصيرورة العين بسبب الخروج عن ملك المشتري الثاني كالمعدوم التالف ودخوله في ملكه بالفسخ أو بالاقالة أو بالعقد الجديد موجب لتملك جديد فيكون كأن لم يكن أو يفصل بين ما اذا كان الانتقال اليه بالفسخ أو الاقالة فيقال يرجع البايع الأول (ح) الى العين لأن الزائل العائد كأن لم يزل وذلك لانفساخ موجب الانتقال بالفسخ أو الاقالة فالمشتري الأول (ح)

يتملك العين عن مشتره بالعقد الأول اعنى العقد الواقع بينه وبين البائع الأول، فهذه الملكية الحاصلة بعد الفسخ والاقالة هي الملكية الموجودة قبل البيع الثانى المتقومة بالعقد الأول والعقد الأول هو القيوم لها، وبين ما اذا كان الانتقال اليه بعقد جديد فيقال برجوع البائع الأول بعد الفسخ (ح) الى المثل أو القيمة لأن الزائل (ح) كأن لم يعد، وذلك لأن العقد الجديد موجب لانتقال العين اليه بهذا العقد لا بالعقد الأول بقيوم الملكية (ح) هو العقد الجديد لا العقد الأول واذا لم يكن العقد الأول قيوم هذه الملكية فبزواله لا يستحق البائع الأول لهذه العين التى ملك للمشتري بالعقد الثانى وتكون ملكيته متقومة به لا بالعقد الأول وهذا هو الأقوى.

اذا تحقق ذلك فنقول: فى المقام لو رجع العين الى مَنْ انتقل عنه لايجوز الرجوع عن المعاطاة بعد رجوعها مطلقاً سواء كان رجوع العين اليه بالفسخ أو بالاقالة أو بالعقد الجديد قلنا بكون الزائل كأن لم يزل أو كأن لم يعد مطلقاً أو اختارنا التفصيل، وذلك للفرق بين المقام وبين مورد فسخ البائع فى المثل المتقدم، وذلك لأن جواز الرجوع فى باب المعاطاة كان منحصراً بصورة امكان التراد المنتهى عند تحقق العقد الناقل قطعاً وبعد رجوع العين الى مَنْ انتقل عنه يشك فى جواز الرجوع الى المعاطاة فيكون المحكم هو استصحاب عدمه الثابت بعد العقد الناقل وقبل رجوع العين الى مَنْ انتقل عنه.

لا يقال هذا يتم لو لم يكن اللزوم الحاصل بسبب العقد الناقل مشروطاً بشرط عدم رجوع العين الى مَنْ انتقل عنه بالشرط المتأخر وإلا فلا لزوم مع رجوع العين اليه، لأنه يقال لادليل على اعتبار هذا الشرط أصلاً فلو فرض الشك فيه فانما يتصور فى مرحلة بقاء اللزوم، وإلا فلا اشكال

في انقطاع جواز التراد الثابت قبل العقد الناقل حين تحققه الى زمن رجوع العين الى مَنْ انتقل عنه واذا كان الشك في مرحلة بقاء اللزوم يكون المرجع هو استصحابه .

ومنه يظهر أنه لاسيلا الى اجراء استصحاب جواز الرد الثابت قبل العقد الناقل للقطع بانقطاعه بالعقد فموضوعه محرز العدم فما افاده قدمه بقوله فالموضوع غير محرز في الاستصحاب ليس على ما ينبغي بل الحق أن يقال الموضوع محرز العدم ، ولا فرق فيما ذكرنا بين كون الرجوع بالفسخ أو بالاقالة أو بالعقد الجديد ، قلنا بأن الزائل العائد كان لم يزل أو كان لم يعد أو بالتفصيل ادعى جميع التقادير يكون المرجع هو استصحاب اللزوم لانقطاع الجواز السابق على العقد الناقل بتحقيقه حتى على احتمال كون الفسخ من حين العقد وأنه يرفع اثر العقد من حين حدوثه فعلى هذا الاحتمال أيضاً العقد حين تحققه كان رافعاً لحكم الجواز الثابت قبله بواسطة صيرورته منشاء لامتناع التراد ومعه فالمرجع هو استصحاب اللزوم كما لا يخفى هذا على القول بالملك وأما على القول بالاباحة فالأمر اظهر ، وذلك لأن تصرف احد المتعاطيين بما في يده بالعقد الناقل يصير منشاء لانتقاله اليه وبعد فسخ العقد الناقل لا موجب لاجراج ما وقع به التصرف عن ملك هذا العاقد اصلاً ولا يتوهم في المقام اجراء استصحاب الجواز المتوهم جريانه على القول بالملك وان كان مدفوعاً على هذا القول ايضاً بالقطع بانقطاع الجواز بواسطة تحقق العقد الناقل كما تقدم .

قوله نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه

(١)

بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول (الخ) توضيح هذه العبارة يتوقف على بسط في

الكلام فنقول اذا باع ذو الخيار ما انتقل عنه بالعقد الخيارى أو تصرف فيه بما حكم به بفسخ ذلك العقد الخيارى ففما يتحقق به الفسخ احتمالات وأقوال .

الأول أن يكون الفسخ بإرادة المتصرف فتكون إرادة البيع من ذى الخيار فسخاً بإرادته يرجع المال اليه ثم يقع إنشاء البيع الثانى فى ملكه أى فى حال انتقال المبيع اليه بسبب الفسخ بالإرادة وهذا هو مختار المحقق الثانى وجماعة منهم المصنف قدس سرهم ، وعليه كان بناء العبارة المتقدمة فى قوله لأن المتصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف بمعنى أن المتصرف كاشف عن تحقق ملك المتصرف قبل التصرف بواسطة إرادة المتصرف .

الثانى أن يكون الشروع بأول البيع مثل التكلم بكلمة باء بعث مثلاً فسخاً موجباً لانتقال المال الى المتصرف وتمامه بيعاً موجباً لانتقال المال عن المتصرف الى المشتري الثانى ولازم ذلك وقوع أول البيع فى ملك الغير وهو المشتري الأول وهذا هو الذى اورد المحقق الثانى قدمه على القائلين به من لزوم كون أول الوطئ فيما لو تصرف بالوطئ زناً ولمكان القرار عن هذا اللازم التزم بكون إرادة الوطئ هو المنشأ للفسخ لا الوطئ نفسه .

الثالث أن يكون الفسخ حاصلاً بنفس المتصرف فأنشاء البيع الصادر عن ذى الخيار يترتب عليه منشاء آن طوليان (أحدهما) انتقال المبيع عن المسفوخ عليه الى المتصرف والثانى انتقاله عن المتصرف الى المشتري الثانى فالأول إنشاء واحد ولكنه يترتب عليه ملك المشتري الثانى بالطريق الآخر عاجب أى بتلقيه الملك عن البائع بعد انتقال الملك الى البائع عن المشتري الأول .

الرابع أن يكون الفسخ حاصلًا بنفس انشاء البيع وملك المشتري الثاني يكون مترتباً عليه والفرق بينه وبين الثالث أن الفسخ والبيع بمعنى الاسم المصدرى كلاهما على الثالث كانا مترتبتين على انشاء البيع لكن ترتباً طولياً وعلى القول الرابع يكون انشاء البيع هو بنفسه الفسخ لأنه مما يترتب عليه الفسخ ، وسيأتى التفصيل في هذه الأقوال وبيان ما هو المختار منها ، والغرض الآن هو بيان ما يمكن اجرائه من هذه الأقوال في المعاطاة بناءً على القول بالملك أو الإباحة وما لا يمكن ، فنقول أما على القول بالملك فلو تصرف أحدهما فيما انتقل عنه بالمعاطاة فيجوز فيه كل واحد من هذه الاحتمالات ، اذ يمكن أن تكون ارادة التصرف فسخاً أو أن الشروع في التصرف كان هو الفسخ ؛ أو أنه يترتب على التصرف الفسخ ووقوع ما هو هتداف التصرف طولاً أعنى انتقال الملك عن المتصرف الى المشتري الثاني أو كان انشاء التصرف فسخاً ويترتب عليه المنشأ به .

وأما على القول بالإباحة فاذا تصرف أحدهما فيما أبيع له بالمعاطاة بالعقد الناقل الموجب لانتقال المتصرف فيه من ملكه الى المتصرف ثم منه الى من هو طرف العقد فلا يجرى الاحتمال الثاني والأخير بل لابد من أن يكون منشأ الانتقال اليه. اما ارادة التصرف وهو الاحتمال الأول ، أو أن التصرف مما يترتب عليه الانتقال اليه ثم عنه الى الآخر وهو الاحتمال الثالث لكن احتمال كون الارادة هي المملك ضعيف في جميع هذه الأبواب اعنى باب المعاطاة على القول بالإباحة و باب الفسخ فيما كان الجواز فيه حقيقياً كالعقود اللفظية وما كان حكيمياً كالمعاطاة على القول بالملك فتعين الاحتمال الثالث اعنى القول بحصول الفسخ

بنفس التصرف، والسرف في عدم تأتى الاحتمال الثانى و الأخير على القول
 بالاباحة هو أن الكاشف عن انتقال الملك المتصرف فيه في المعاظة
 منحصر بالتصرف فإذا باع يبعاً صحيحاً يكون كاشفاً عن انتقال الملك
 إليه لا مطلق صدور البيع عنه ولو كان فاسداً أو هذا بخلاف تصرف دى
 الخيار حيث أن صدور البيع عنه مطلقاً ولو كان فاسداً موجب للفسخ بل
 انكار البيع منه فسخ فلا يمكن أن يقال في المقام بأن أول الشروع في
 التصرف محقق لانتقال المال إلى المتصرف وبانتهائه ينتقل عنه إلى الآخر
 وهو الاحتمال الثانى ولا أن التصرف بإنشائه فسخ ويترتب عليه المنشأ
 اذ لو كان الانشاء بما هو فسخاً لكان البيع الفاسد فسخاً أيضاً ضرورة تحقق
 الانشاء فيه، والسرف في ذلك هو كون تصرف المباح له موجباً لضمائه
 بالمسمى وصيرورة ماله الذى عند المبيع ملكاً للمبيع بعنوان البدلية
 ومعلوم أن صرف التلفظ بباء بيعت أو انتهاء البيع ولو لم يصر ما عنده ملكاً
 لمشتريه بالإنشاء لا يوجب انتقال ماله الذى عند المبيع إلى المباح له إذ
 التلفظ بباء بيعت أو صرف إنشائه البيع في مال المبيع ليس تصرفاً في ماله
 والموجب للضمان المعاوضى هو التصرف ومع عدم حصوله فلا يتحقق الضمان
 بالمسمى فلا موجب لانتقال ما عند المباح له إليه بمثل التلفظ بباء بيعت أو بصرف
 الانشاء فلأجل هذه النكتة لا بد من أن يقال بحصول ملك المتصرف إما
 بإرادة التصرف فيما يترتب عليه التصرف الصحيح أو يكون كل من الفسخ و
 اثر التصرف معلولان مترتبان على إنشائه طوياً.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن قوله قد عرفت نعم لو قلنا بأن الكاشف عن الملك
 هو العقد الناقل ناظر إلى الاحتمال الثالث كما أن قوله المتقدم عليه (لأن
 التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف) كان ناظراً إلى الاحتمال

الأول الذي هو مختاره في باب الفسخ وحاصل المراد أنه لو قلنا بأن العقد الناقل هو السبب لانتقال المال إلى المتصرف ثم عنه إلى الآخر يمكن أن يقال بأن فسخه موجب لارتفاع كلا الأمرين الذين يترتبان عليه ولازم ذلك هو رجوع المال بذلك الطريق الأعوجاجي عن المشتري إلى المتصرف ثم عنه إلى مالكة الأول وذلك لزوال العقد الذي كان منشأ لسيار الملك بهذا الطريق الأعوجاجي ولكن هذا ضعيف كما افاده قده ووجه الضعف هو أنه على القول بهذا الاحتمال أيضاً لا يكون فسخ العقد الناقل موجباً لانتقال المال إلى المالك الأول لأن العقد الصادر من المتصرف كان سبباً لأمرين ، أحدهما الانتقال إلى المتصرف ، وثانيهما الانتقال عنه إلى الآخر ولكن هذا العقد جائز بالجواز الحقي أو الحكمي بالنسبة إلى اثره الأخير وهو الانتقال عنه إلى الآخر ولم يبدل ما يوجب جوازه بالنسبة إلى الأثر الأول ونفس جوازه بالنسبة إلى الأثر الأخير لا يقتضي جوازه بالنسبة إلى الأثر الأول فرجوع العين بعد الفسخ إلى المتصرف لأجل فسخ العقد لا يوجب رجوعه عنه إلى المالك الأول كما لا يخفى ، بل التحقيق أن يقال أن انتقال العين إلى المتصرف ليس بسبب ذاك العقد الناقل وإنما الموجب له هو التعاقد الصادر منهما بالمعاطاة يكون هذا العين مضموناً عليه بضمان المسمى عند اتلافه عنده أو نقله عنه بناقل الذي هو في حكم الاتلاف فحكم العقد الناقل كحكم الأكل فكما أن أكله لا يكون ناقلاً عن مالكة الأول إلى المباح له بل بالأكل يستكشف عن انتقاله إليه قبل الأكل آنأما بسبب التعاقد المعاطاتي فكذا العقد الناقل الصادر عن المباح له فالعقد لا يكون سبباً إلا لانتقال المال عن المباح له إلى مشتريه لالهو لا انتقاله عن المبيع إلى المباح له معاً فزوال العقد بالفسخ لا يوجب رجوع العين إلى المبيع أصلاً وعلى هذا فحق العبارة

أن يقال لو قلنا بالا احتمال الثالث وقلنا على هذا الاحتمال بعود الملك الى المالك الأول كان مقتضى القاعدة جواز التراد لو كان العوض الآخر باقياً لما ظهر من أن جواز التراد مترتب على القول برجوع الملك الى المالك الأول على هذا الاحتمال لا أن هذا الاحتمال ملازم للقول بعود المالك اليه ومنه يظهر أن وجه الضعف ليس هو ضعف هذا الاحتمال وان كان هو ضعيفاً عنده قدمه لكنه على تقدير الالتزام بهذا الاحتمال الضعيف لا يمكن القول بعود الملك الى المالك الأول كما بيناه وقد عرفت أن مقتضى التحقيق هو القول بهذا الاحتمال على القول بالاباحة لضعف القول بناقلية اعادة التصرف في جميع الأبواب قوله قدمه و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك (الخ) هذا وجه ثان لا بد له احتمال أن يكون رجوع العين الى المباح له بالفسخ منشاء لامكان التراد الموجب لجواز فسخ المعاطاة وهو واضح ضرورة أنه بناء على أن لا يحتاج في انتقال المال الى المشتري الثاني الى الالتزام بدخوله في ملك المباح له بل قلنا بخروجه عن ملك المبيع الى المشتري ودخول عوضه عن المشتري الى المباح له حتى يكون الثمن داخل في ملك من لم يخرج عنه المعوض، ويكون فسخ هذا العقد موجباً لعود المالكين على ما كانا عليه فيخرج المثلث عن ملك المشتري و يدخل في ملك المبيع ويخرج الثمن عن ملك المباح له وينتقل الى المشتري وعلى هذا يصير كل من المالكين المتعاطين ملكاً لملكه الأول كقبل تحقق هذا العقد الناقل، هذا ولكنه ضعيف.

أما أولاً فلضعف هذا المبنى كما تقدم تفصيله، وأما ثانياً فلأنه على تقدير القول بصحة هذا المبنى وامكان خروج احد العوضين في البيع عن شخص ودخول الفوض الآخر في ملك شخص آخر لا يمكن الالتزام

به في خصوص المقام وذلك لمكان الضمان المعاوضي وضرورة مال المباح له ملكاً للمبيع بواسطة هذا التصرف الناقل وهو لا يمكن إلا بانتقال مال المبيع أيضاً إلى المباح له لكي يتحقق المعاوضة وإلا فلا يكون الضمان معاوضياً ومن المعلوم أن المباح له لا يوقع العقد الناقل على ما عنده بعنوان كونه ملكاً للمبيع وأنه ولي له أو وكيل عنه أو مأذون من قبله في بيع ماله اذ لم يتحقق من المبيع شيئ من هذه الأمور بل ربما لا يكون راضياً ببيع هذا المال عنه وإن كان راضياً ببيع المباح له إياه عن نفسه، وبالجمله فمع الالتزام المعاوضي وانتقال مال المباح له إلى المبيع بعنوان ضمان المسمى لا محيص إلا عن القول بانتقال مال المبيع أيضاً إلى المباح له فلا يمكن القول بانتقال العين عن المبيع المشتري الثاني بالطريق المستقيم من دون السير في الطريق الاعوجاجي ولو قلنا بإمكان خروج أحد العوضين عن ملك من لم يدخل في ملكه العوض الآخر هذا تمام الكلام فيما إذا كان الناقل عقداً لازماً والمتحصل منه لزوم المعاطاة معه سواء انفسخ بسبب من فسخ أو اقل أو لا وسواء قلنا في المعاطاة بالملك أو قلنا بالاباحة.

قوله قدّم ولو كان الناقل عقداً جازياً (الخ) إذا كان الناقل عقداً جازياً يكون حاله حال العقد اللازم في لزوم المعاطاة سواء كان معاوضياً أو غير معاوضي كالهبة وسواء كان جوازه حقياً كالبيع الخياري أو حكماً وسواء قلنا في المعاطاة بالملك أو قلنا بالاباحة وسواء رجع المال إلى المنتقل عنه بفسخ ذلك الناقل الجازي أو بعقد جديد أو لم يرجع، ووجه الكل هو ما تقدم: أما على القول بالملك، فلعدم إمكان الترادف أنا ما عند تحقق الناقل الجازي فيكون المرجع بالنسبة إلى ما بعده على تقدير الشك هو استصحاب اللزوم، وأما على القول بالاباحة فلكون هذا الناقل الجازي موجباً لتحقيق الضمان المعاوضي وضرورة كل من المالكين المتعاطيين

ملكاً لمن يده وبعد تحقق هذه المعاوضة فلا موجب للرجوع الى الحالة الأولى وعند الشك يكون المرجع هو استصحاب اللزوم اعني بقاء كل مال على ملك من انتقل اليه كما لا يخفى .

قوله قدّه نعم لو كان غير معاوضة كالهبة (الخ) يريد ابداء الفرق بين الناقل المعاوضي الجائز وبين الغير المعاوضي بناء على القول بالا باحة وذلك بدعوى كون المانع في الناقل المعاوضي عن امكان التراد هو استحالة خروج احد العوضين عمّن لا يدخل في ملكه العوض الآخر وهذا المانع مفقود في الناقل الغير المعاوضي حيث أنه لو ذهب المباح له ما في يده الى المتبهب وقلنا بخروج وجه عن ملك المبيح الى المتبهب بالطريق المستقيم لا يلزم محذور فتح ففسخ هذه الهبة موجب لانتقال العين الى المبيح لا الى المباح له فيتحقق (ح) حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك المبيح لا الواهب المباح له فيجب أن يكون الرجوع منه لامن الواهب ولا يخفى ما فيه لأن المباح له انما وهبه عن نفسه لاعتن المبيح ولاية أو وكالة أو بالأذن منه والمفروض كون هذا التصرف موجباً لانتقال ماله الى المبيح بالضمان المعاوضي ومعه فلا بد من الالتزام بدخول مال المبيح الى ملك المتبهب بالطريق الاعوجاجي وتقدير ملك المباح له آنأ ما فلا موجب لعوده الى المبيح (ح) مضافاً الى أنه على هذا التقدير أي تقدير كون الراجع في الهبة هو المبيح لا الواهب لا بد من أن يقال بأن الرجوع في الهبة ابطال للمعاوضة لأنه يصير منشاء لامكان التراد هذا ، وعن المحشى المحقق (الخراساني) الحكم برجوع العين الى المالك الأول بعد فسخ الهبة مع بقاء ما انتقل اليه مما في يده بواسطة تصرف الواهب في ملكه فيصير ما لكاً للعوض والمعوض غاية الأمر بطريقتين اما ملك العوض فتصرف الواهب فيما في يده الموجب لصيرورة ما في يد الآخر ملكاً له ، واما ملك المعوض

فبواسطة فسخ الهبة ، ولا يخفى أن هذا في الغرابة يمكن لأن مقتضى انتقال مال الواهب الى الآخر الذي في يده هو انتقال مال هذا الآخر ايضاً الى الواهب فيكون الواهب قد وهب ماله وكانت الهبة واقعة في ملكه ويكون فسخ الهبة ايضاً موجباً لعود المال اليه لا الى المالك الأول كما لا يخفى.

قوله قد وهب لوباع العين ثالث (الخ) اذا باع العين فضولياً فاما أن يجيز المالك الأول أو يجيز المالك الثاني فلا بد من التكميل في حكم كل واحد منهما على تقديرى القول بالملك والاباحة فعلى القول بالملك فان اجاز المالك الثاني يكون اجازته كييعه المباشري في كونه ملزماً للمعاطاة وان اجاز المالك الأول ، ففي كون اجازته كييعه في كونه فسخاً اشكال ينشأ عن أن الفسخ في المعاملة المعاطائية لا بد أن يكون بتراد العينين بخلاف الفسخ في العقود لكون الجواز في المعاطاة حكماً دونها واجازة بيع الفضولي ليس رد العين ولكن لا يخفى ما فيه من الوهن اذ المعتبر في صحة الفسخ هو امكان التراد بمعنى أنه لو فسخ امكن أن يرجع الى العين في مقابل الرجوع الى المثل أو القيمة لأنه يعتبر أن يكون الفسخ واقعاً بالتراد كما كانت المعاملة واقعة بالتعاطي فلا فرق بين الجواز الحق والحكمي من هذه الجهة اصلاً. هذا على القول بالملك ، وعلى القول بالاباحة فان اجاز المالك الأول فلا اشكال في كونه رجوعاً عن المعاطاة لعدم اعتبار كون الرجوع بالتراد قطعاً وان اعتبر أن يكون في مورد امكان التراد ، وان اجاز المالك الثاني ، ففي كون اجازته كييعه في كونه تصرفاً موجباً للزوم المعاطاة اشكال ينشأ من صدق التصرف في العين على الاجازة كالا اشكال في اجازة المالك الأول على القول بالملك الناشئ عن اعتبار التراد الفعلي في الفسخ وهذا هو مراده قد به قوله (ويعكس الحكم اشكالا ووضوحاً على القول

بالإباحة) ولا يخفى عدم ورودها لا شك في كون الإجازة كالبيع في كونه تصرفاً ملزماً، ضرورة أن المالك الثاني كما له أن يبيع، له أن يجيزوكما أنه بالبيع يتحقق الانتقال وكذا بالإجازة فكلاهما سيان في صدق التصرف عليهما من غير تفاوت أصلاً.

ويمكن أن يستشكل في إجازة المالك الأول بوجه آخر على كلا تقديرى القول بالملك والا بإحتمل تقريبه أما على القول بالملك فبأن يقال فسخ أحد المتعاطيين في مورد إمكان التراد يحتاج إلى رد ما عنده لكي يتمكن من استرداد ما عند صاحبه وأما جواز نفس استرداد ما عند صاحبه بلا رد ما عنده فهو غير ثابت وعليه فإجازته الاسترداد يتوقف على الرد فنفس إجازته بما هي استرداد لا يقع بها الفسخ من دون رد ما عنده. هذا، ومع الشك في تحقق الفسخ بالاسترداد المنفرد عن الرد يكون المرجع هو أصالة عدم النفوذ. وأما على القول بالإباحة، فبأن يقال لما كان مال المباح له عند المبيع بعنوان المسمى يكون رجوعه فيما أباحه واسترداد ماله عن المباح له متوقفاً على رد ماله إليه، فما لم يرد مال المباح له إليه لم يجز له أخذ ماله عنه، والأجازة رجوع في ماله فلا تبطل بها المعاطاة لو لم تكن مع رد ما عنده، وهذا لا شك لو تم للزم المنع عن بيع المالك الأول أيضاً لأن يبعه أيضاً استرداد محض لكن الأقوى ضعفه على القول بالإباحة لأن رجوع المبيع عن الإذن في التصرف الذي عبارة عن الإباحة لا يتوقف على رد ما عنده غاية الأمر بعد الاسترداد يصير ما عنده مضموناً عليه بالمثل أو القيمة نعم على القول بالملك يمكن الشك في اعتبار الرد في صحة الفسخ المقتضى لأجراء استصحاب عدم تأثير الاسترداد المنفرد عن الرد في زوال الملكية الحاصلة بالمعاطاة كما لا يخفى

قوله قدده ولكل منهما رده قبل اجازة الآخر (الخ) هذا فرع
ثان يترتب على بيع الفضولي لما صار عند احد المتعاطين بالمعاطاة و
هو جواز رد كل واحد من المتعاطين للبيع الصادر عن الفضول على كلا
تقديرى القول بالملك والاباحة امارد من يده المال فعلى القول بالملك
فظاهر حيث أنه مالك للمال فله الرد كما أن له الاجازة وعلى القول بالاباحة
فكك، حيث أن سلطنة بيع هذا المال ثابت له بواسطة المعاطاة فله المنع
عن بيعه كما تقدم من أن له بيعه .

وأمارد المالك الأول فعلى القول بالملك، فيقع فيه الاشكال لأجل
الاشكال فى كون رد بيع الفضول بما هو رد دالاً على فسخ المعاطاة
بالدلالة العرفية وهو انما يمكن من الفسخ الفعلى بما هو مصداق للفسخ
بحسب حكم العرف ولا يكفى التلازم العقلى بين رد بيع الفضول وبين
فسخ المعاطاة بعد ما لم يكن الرد المذكور فسخاً عرفياً ومع عدم الفسخ
يكون هو اجنبياً عن المال ليس له امضاء ولا رد لما يرد عليه من بيع
الفضول، وهذا الاشكال غير مختص بالمقام بل يجرى فى رد ذى الخيار
لما صدر عن الفضول فى زمان الخيار فيما انتقل عنه .

وعلى القول بالاباحة يكون حال رده حال اجازته، فان قلنا بأنه
لا اشكال فى اجازته لكونه مالكا وان اجازته رجوع عن المعاطاة فيكون
رده ايضاً كذلك وان قلنا بعدم نفوذ اجازته فى الرجوع عن المعاطاة لتوقف
الرجوع عنها الى رد ما عنده الى صاحبه فيكون حال رده ايضاً كذلك .

قوله قدده و لورجع الأول (الخ) هذا فرع ثالث يترتب على بيع
الفضول، وحاصله أنه اذا رد احدهما واجاز الآخر . فاما يكون الراد
هو الثانى والمجيز هو الأول أو يكون بالعكس ، فعلى الاول : فيكون

اجازة المالك الأول بعد رد المالك الثاني لغواً سواء قلنا بالملك أو بالاباحة وسواء قلنا في الاجازة بالنقل أو بالكشف ووجه ذلك هو بطلان مورد الاجازة بسبق الرد فلا يؤثر الاجازة بعد الرد وإذا كان الرد من الأول و الاجازة من الثاني ، فعلى القول بنفوذ الرد من الأول مطلقاً قلنا بالملك أو بالاباحة ، لا بد من القول بلغوية الاجازة مطلقاً سواء قلنا في الاجازة بالكشف أو بالنقل ، لكن في العبارة يفصل بين القولين بتأثير الاجازة وضرورة الرد لغواً بناءً على الكشف ولغوية الاجازة بناءً على النقل ، اما لغوية الاجازة بناءً على النقل فواضح حيث أن الرد السابق مزيد لموضوعها لكون المفروض صحة الرد ، وأما لغوية الرد وتأثير الاجازة على القول بالكشف فهو مبني على اعتبار قابلية المجيز حين البيع في تأثير اجازته ولو لم يكن حين الاجازة باقيةً على القابلية بواسطة تخلل المعاملة قبل الاجازة وبعد عقد الفضول اذ على هذا كان المجيز حين البيع الصادر من الفضول قابلاً للاجازة ولو خرج عن القابلية حين الاجازة بواسطة رد المالك الأول هذا ، ولكنهم مع كونه فاسداً في نفسه ليس بمرضى عنده كما سيأتي ، بل التحقيق اعتبار قابلية المجيز حين الاجازة على جميع الاحتمالات والأقوال في بيع الفضولي سواء قلنا بالنقل أو بالكشف بأي معنى من الكشف ، وعليه فلا أثر لهذه الاجازة بواسطة سبق الرد عليها كما لا يخفى .

قوله قدّه ولو امتزجت العينان أو احدُهُما سقط الرجوع على القول بالملك (الخ) اعلم أن التصرف الواقع في العين انتى بيد كل واحد من المتعاطيين ينقسم على خمسة اقسام :

(الأول) ما لا يكون متلفاً ولا مخرجاً للعين عن الملك ولا موجباً للمزج ولا مفيراً للعين بل يكون نظير ركوب الدابة ونحوه : وهذا مما

لا إشكال في حكمه من أنه لا يكون ملزماً للمعاطاة .

(الثاني) ما يكون متلفاً بتلف حقيقى كأكل المال الذى عنده أو ما يلحق بالتلف كوطئ الأمة .

(الثالث) ما يكون ناقلاً عن الملك بنقل سواء كان عقد معاوضة أو غير معاوضة وسواء كان لازماً أو جازراً كان جوازاً حقيقياً أو حكماً وحكم هذين القسمين هو ما تقدم من لزوم المعاطاة بهما .

(الرابع) هو ما أشار إليه في هذه العبارة وهو ما كان بمزج العينين أو أحدهما ، وتفصيل الكلام فيه يحتاج إلى بسط في المقال فنقول : ذكرنا المزج والتصرف المغير في أبواب متعددة قد حكموا بأنهما يوجبان سقوط الخيار أو حق الرد في بعضها ولا يوجبانهما في بعضه آخره ففى باب خيار العيب قالوا بأنهما مسقطان للرد ويتعين معهما الأرض وفى باب الهبة ، يقولون بكونهما موجبين لعدم جواز الرد ، وفى باب التفليس يقولون بعدم سقوط الخيار مادامت العين موجودة ولو وقع فيها التصرف بأى نحوه منه ولو كان يوجب المزج والتغير أما فى باب العيب والهبة فلورد الدليل على اختصاص جواز الرد بما إذا كانت العين قائمة بنفسها المنافى مع المزج والتغير وأما فى باب التفليس فلعله لمناسبة الحكم والموضوع حيث أن ظهور فليس المشتري عند البيع مع وجود عين مال البائع عنده يقتضى أولوية البائع بعين ماله مادامت موجودة وهذا بخلاف الرجوع فى الهبة مثلاً حيث أنه لما كان كالرجوع إلى قيئه ناسب اختصاص جوازه بما إذا كانت العين الموجودة قائمة على حالها .

(وبالجملة حكم المفلس هو عدم سقوط الخيار بواسطة تصرف المغير والممزج وحكم الهبة والعيب بل الفين على تفصيل فيه هو سقوط الرد بسبب التغير فلا بد أن ينظر فى باب المعاطاة وأنه هل هو كباب

التفليس في بقاء جواز الرد بعد المزج و التغير أو أنه كباب الهبة والعيب في عدم بقاءه بعدهما واذلا دليل في المقام يحزره حال المعاطاة فلا بد من الرجوع الى القواعد فنقول: اما الكلام في المزج فيقع تارة على القول بالملك : وأخرى على القول بالاباحة:

أما على الأول ، فالظاهر هو سقوط جواز الرد بالمزج وذلك لأن جواز التراد انما ثبت بالاجماع و المتيقن منه هو نبوته في مورد عدم المزج وأمامه فلا دليل على جوازه ومع الشك فيه يكون المرجع استصحاب الملكية كما مر نظيره في التلف ولانتهى النوبة الى استصحاب الجواز الثابت قبل المزج لأن الشك لا يكون راجعاً الى مقدار عمره من حيث الزمان حتى يرجع الى الاستصحاب بل الشك انما هو في أن الثابت منه منحصر بما لم يحصل المزج أو أنه ثابت مطلقاً وفي مثل هذه الصورة لا بد من الرجوع الى استصحاب بقاء الملكية بالنسبة الى الزائد عن المتيقن الذي علم فيه بالجواز من غير ابتناء في ذلك على أن يكون الموضوع في الاستصحاب عرفياً أو حقيقياً كما ابتناء المصنف قده في التصرف المغير على ما باتى .

وأما على القول بالاباحة فالمصرح به في الكتاب هو جواز الرد وصيرورة المالك شريكاً مع مالك المال الممتزج به وهذا مبنى على أن تكون الاباحة في المقام بمعنى الاذن في التصرف كما في العارية ، ولكن التحقيق أن المتصور من الاباحة في المعاطاة هو اعطاء السلطنة التامة على جميع انحاء التصرفات التي من اللوازم المساوية للملكية فالمعاطاة على الملك عبارة عن مبادلة نفس الملكية وعلى الاباحة عبارة عن مبادلة السلطنة اللازمة للملكية وهي مادام لم يرجع اليها معدومة عن المالك وثابتة للمباح لا نعم للمالك أن يرجع اليها لأنها له ولولم يرجع .

وعلى هذا فلو شك بعد المزج في جواز الرجوع الى تلك السلطنة يكون حكم هذا الشك بعينه حكم الشك في الرجوع الى الملك بعد المزج على القول بالملك في كون نتيجة الاستصحاب هو اللزوم .

بقي في المقام شيء وهو أن المزج لا بد أن يكون مما يعد مزجاً عرفاً كمزج الحنطة بمثلها ، وأما ما لم يكن كذلك عرفاً وإن كان مزجاً عقلاً فالأقوى عدم العبرة به في سقوط جواز الرد نظير مزج الأمان بمثلها كمزج الدرهم بالدرهم إذا المدار في موضوع هذا الأحكام والعرف وإذا لم يحكم هو بالمزج فلا موجب لسقوط جواز الرد وهذا الحكم مطرد في خيار العيب والهبة والقبض أيضاً .

قوله قدده ولو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة (الخ) هذا هو القسم الخامس من أقسام التصرف وحكمه هو لزوم المعاطاة به مطلقاً سواء قلنا بالملك أو قلنا بالاباحة ، أما على القول بالملك فلما تقدم من التصرف الموجب للمزج .

وحاصله أن المتيقن من جواز التراد كان فيما إذا كانت العين قائمة بعينها وأما مع تغيرها بما يوجب المزج أو كان موجباً لتغير وصف من الأوصاف سواء أوجب زيادة في قيمتها أو نقصاً فيها ، وذلك لحصول الشركة على كل تقدير وهي موجبة لتبديل الملكية عن الإفراز الى الاشاعة و المفروض من الملكية مغايرة مع المشاع منها فما انتقل عن المالك بالمعاطاة كانت مفروزة وما يريد ارجاعها اليه با لفسخ تكون مشاعاً ومع تبديل الملكية المفروزة بالمشاعة لا يمكن التراد .

وأما على القول بالاباحة فلتقيام السيرة على عدم التراد بعد وقوع التصرف المغير فمن هذه السيرة يستكشف انتقال ما وقع فيه التصرف الى المتصرف و انتقال عوضه المسمى الى الآخر آنأ ما قبل التصرف ،

مضافاً الى ما تقدم في القسم الرابع من كون اباحة التصرف في المعاطاة عبارة عن اعطاء السلطنة التي تكون لازماً مساوياً للملكية الى المباح له بحيث لا تكون للمعطي سلطنة بعد الاعطاء إلا في ارجاع تلك السلطنة (فح) لو شك في جواز الرد يكون المرجع هو استصحاب بقاء تلك السلطنة لمن ثبتت له بواسطة المعاطاة، ومما ذكرنا يظهر ما في قوله قدء فلا لزوم على القول بالا باحة كما أنه لا يخلو قوله قدء وعلى القول بالملك في اللزوم وجهان ثم ابتداء الوجهين على البناء على أن الموضوع في الاستصحاب حقيقي أو حكمي عن مسامحة بل لا وجه للاشكال في اللزوم على القول بالملك ولو فرض اشكال فيه فليس مبتنياً على كون الموضوع في الاستصحاب حقيقياً أو حكمياً بل يكون منشأه التردد في كون هذا القسم من التصرف ملحقاً بباب خيار التفليس الذي لا يسقط فيه الخيار بمثله أو ملحقاً بباب خيار العيب الذي يسقط فيه الرد بسببه .

قوله قدء ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع

في مسألة المعاطاة (الخ) القسم السادس من الملزمات موت احد المتعاطين وهو ملزم للمعاطاة مطلقاً على القول بالملك والا باحة ، اما على القول بالملك ، فلما عرفت من أن الجواز الثابت في المعاطاة حكمي لاحق ، والجواز الحكمي غير موروث كما في مثل الهبة ، والسرف في ذلك أن الموروث لا بد من أن يكون مما تركه الميت من ملك أو حق بحيث لو لا الانتقال الى الوارث يبقى بلا محل وبحكم ما تركه الميت فهو لوارثه ينتقل الى الوارث ، والحكم بجواز المعاملة الجائزة ليس شيئاً تركه الميت بل هو حكم شرعي كان ثابتاً في موضوع مثل الواهب والمتعاطين وبعد موتهما هذا الحكم ليس قابلاً للانتقال ، وثبوت الحكم بالجواز من الشارع للوارث مثل ما كان

للمورث يحتاج الى مثبت غير ادلة الارث .

وأما على القول بالا باحة فلقيام السيرة على عدم التراد بعد موت احد المتعاطيين الكاشفة عن انتقال كل من المالكين الى من يده قبل الموت آنأما وهذه السيرة أمر قطعي على القول بالا باحة ، تكون كاشفاً قطعياً عن الانتقال و لذا يورد على القائلين بالا باحة بترتب لوازم الملك على الاباحة وهذا صار منشأ لاستبعاد القول بالا باحة وان اندفع بما تقدم من تصحيحه بتقدير الملك آنأما ، فتحصل من مجموع ما ذكرناه في هذا التنبيه بطوله عدم الفرق بين القول بالا باحة و القول بالملك . وأنه لا تظهر ثمرة عملية بينهما . وإنما البحث عنهما بحث علمي لاعلمي ومنه يظهر أن ما اختاره قده في هذا الفرع وفي الفرعين السابقين اعني التصرف الموجب للمزج أو المغير للمعين من عدم لزوم المعاطاة بالتصرف الموجب للمزج أو المغير أو بالموت بناء على القول بالا باحة مخالف لما اختاره في مقام الجواب عن استبعادات شارح القواعد في القول بالا باحة لأن هذه الاستبعادات إنما تصير استبعاداً لو كانت المعاطاة تصير لازمة بالموت أو بهذين التصرفين و إلا فلا شيء يستبعد منه أصلاً .

قوله قده السابغ ان الشهيد الثاني ذكر في المسالك (الخ)

اعلم أنه بعد طرو اللزوم على المعاطاة بواسطة تحقق احدى الملزمات المذكورة في التنبيه المتقدم ، يقع الكلام في أن اللزوم الطاري عليها هل هو قابل للفسخ والاقالة أم لا ؟ وهذا التنبيه معقود لبيان حكم اجراء الفسخ والاقالة في المعاطاة بعد اللزوم ، فنقول الكلام في ذلك يقع تارة على القول بالملك وأخرى بناء على القول بالا باحة ، أما على القول بالملك فالتحقيق وقوع الاقالة فيها وجريان الخيارات التي لم يستفد من دليلها اختصاصها

بالبیع اللفظی ، و ذلك لما عرفت سابقاً من أن اللزوم الثابت للمعاطاة بواسطة تحقق إحدى المازمات المتقدمة حتى لا حکمی ، وقد ذكرنا سابقاً من أن اللزوم الحقى اما يكون بجعل المتعاملين واما يكون بجعل الشارع فالجواز الحقى المجمعول بجعل المتعاملين كخيار الشرط والجواز الحقى المجمعول بجعل الشارع كخيار المجلس الثابت للمتبايعين أو خيار الحيوان الثابت لمشتريه و اللزوم الحقى المجمعول بجعل المتعاملين كالبيع اللفظى المنشأ بالعقد ، حيث أن الصادر من كل منهما له دلالتان دلالة بالمطابقة يدل على انتقال المال عنه الى الآخر ودلالة بالالتزام يدل على التزامه بما انتقل عنه و كل منهما يملك التزام الآخر بسبب العقد وهذا معنى اللزوم الحقى ومعنى الاقالة هو فك ذلك الالتزام من الطرفين كما أن الخيار عبارة عن مالكية احدهما لكلا التزامين فذو الخيار مثلاً مالك لالتزام طرفه بالعقد وللتزام نفسه بجعل حق النظر في المعاملة لنفسه فمن عليه الخيار لا يملك شيئاً من الالتزامين لا التزام نفسه ولا التزام الآخر وهذا فيما اذا كان الخيار لأحدهما دون الآخر .

هذا ، و اللزوم الحقى المجمعول بجعل الشارع هو كلزوم المعاطاة حيث أنه حتى لا حکمی اذ ليس حال بيع المعاطاتى فى قبول الفسخ والاقالة إلا كحال البيع العمدى (فح) اذا تحقق اللزوم تصح اقالته كالعقد كما أنه يثبت فيها من الخيارات ما لا يختص بالعقد كخيار المجلس حيث استفيد من دليله اختصاصه بالبيع اللفظى فعلى هذا فيرد فى المعاطاة خيار العيب والغبن ونحوها مما لا يختص بالعقد لأنها بيع لازم باللزوم الحقى فيكون حكمها حكم سائر البيوع .

هذا كله على القول بالملك وأما على القول بالاباحة فلا بد من أن ينظر أولاً

في أن المعاطاة بناء على الإباحة بعد اللزوم يصير بيعاً أو أنها معاوضة مستقلة لازمة إذ لا تنحصر المعاوضة بالمناوين الخاصة التي هي أنواع بالنسبة إلى جنس المعاوضة كالبيع والصلح بل يمكن تحققها بنفس ذلك المعنى الجنسي، ثم على تقدير كونها معاوضة مستقلة، يقع البحث عن وقوع الخيار فيها، فالكلام هاهنا في مقامين (الأول) في أنها هل تصير بيعاً بعد اللزوم أم لا وفيه وجهان كما نقله في الكتاب عن المسالك ولكنه يجب أن يعلم أن في الإباحة الحاصلة بالمعاطاة احتمالين حسبما أشرنا إليه في التنبيه السابق.

أحدهما أن تكون إباحة مالكية نظير إباحة أكل طعامه على المباح له وهذا هو الذي صرح به المصنف قده في آخر التنبيه المتقدم وقد عرفت تزييفه.

وثانيهما أن تكون من قبيل إعطاء السلطنة التي هي اللازم المساوي للملكية فهي المنشأ بالتسليط الفعلي، وحيث أن التسليط مصداق للإباحة عند القائلين بالإباحة يكون الصادر من المتعاطين هو الإباحة مع كونها في مقام إنشاء البيع، وصار تحقق الإباحة بداعي إنشاء البيع من بلب تخلف الداعي على ما وجهنا به القول بالإباحة لأنهما كانا من الأول قاصدين لإنشاء الإباحة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه على الاحتمال الأول ضرورة الإباحة بعد تحقق إحدى الملزمات بيعاً في غاية البعد و يكون الاستبعاد كما أفاده الشهيد في المسالك في محله، وأما على الاحتمال الثاني، فلا استبعاد فيه أصلاً. وعلى ذلك يترتب على المعاطاة جميع ما يترتب على البيع من الآثار ولذا قلنا في التنبيه السابق بأنه لا نمرة عملية بين القول بالملك والقول بالإباحة وأن البحث عنهما علمي محض، هذا ما يتعلق بالمقام الأول.

وأما المقام الثاني فالأقوى عدم جريان خيار المجلس والحيوان وخيار تأخير الثمن فيها، أما الأولين فلأن المستفاد من دليلهما هو ثبوت الخيار في العقد الذي مبناه على اللزوم لولا الخيار والمعاطاة ليست عقداً ولأن مبناها على اللزوم لولا هذا الخيار المجمعول بذلك الدليل وأما خيار تأخير الثمن فلأن المعتبر في مورد ثبوته هو عدم قبض المثلث وهذا المعنى لا يتحقق في المعاطاة إذا المعاطاة متوقعة على قبض العوضين أو أحدهما بناءً على الاكتفاء فيها بقبض أحدهما لا محالة .

وأما خيار الرؤية الذي هو أحد مصاديق خيار تخلف الوصف حيث أن شرط الوصف أما ضمنى أو أنه مذكور في طى العقد وكلما كان اعتبارها معهوداً بحيث اغنت معهوديتها عن ذكرها في طى العقد فنفس معهوديتها كافية في اعتبارها عن اشتراطها في طى العقد فمثلها يشترط في المعاطاة ويكون تخلفها موجباً لثبوت خيار تخلف الوصف، وكلاماً يمكن كذلك لا بد من اعتبارها في ضمن العقد من اشتراطها بالخصوص (ح) ففى اشتراط المعاطاة بها يقع البحث من حيث عدم دلالة الفعل على الشرط ولزوم اعتبار الشرط بذكر اللفظ فيصير الفعل مع اللفظ الدال على الشرط كلاهما آلة لإنشاء هذه المعاملة المشروطة بذلك الشرط ولكنه قد تتدم في بعض التنبيهات السابقة دعوى إمكان ذلك وأنه لا بأس به أصلاً (ح) يقع الخيار عند تخلف هذا الشرط أيضاً كما في تخلف الوصف المعهود اعتباره .

وبالجملة فالأقوى جريان خيار تخلف الوصف في المعاطاة وأما خيار العيب والغبن فلا اشكال في جريانهما فيها بل في كل معاملة معاوضة لم تكن مبناها على المحاباة هذا تمام الكلام فيما يتعلق بهذا التنبيه .

قوله قد عده كخيار الحيوان لو كان القالف الثمن أو بعضه (الخ)

(١) لعل الوجه في خيار الحيوان فيما كان التالف هو الثمن لا الحيوان هو انصراف الدليل المثبت له بما اذا كان الحيوان باقياً فيما اذا كان التالف منشاء للزوم بذلك لو ردد شبه الدور اذا كان تلفه موجباً للخيار (ح) ، وتوضيح ذلك أن المعاطاة قبل تلف احد العوضين جائزة لامورد معها لثبوت خيار الحيوان فيها واذا تلف احد العوضين تصير لازمة فان كان هو الثمن يقع المورد لثبوت خيار الحيوان لمشتريه حيث أن له النظرة فيه ثلاثة ايام واذا كان التالف هو الحيوان لا بد من أن يكون ثبوت الخيار بعد تلفه وهذا منصرف عن دليل ثبوته وان كان لامانع عن بقاءه بعد ثبوته لو تلف في زمان الخيار وبعبارة أخرى تلف الحيوان غير مانع عن بقاء الخيار لو كان التالف في زمانه وهذا بخلاف اصل ثبوته بعد تلفه اذ هو مما يمكن منعه بدعوى الانصراف ولا بأس به .

قوله قد ه لا اشكال في تحقق المعاطاة (الخ) اعلم أن هاهنا صوراً يجب بيانها لكي يتميز مورد البحث ، فالأولى ما اذا علم بعدم رضا المتعاملين بالقبض والاقباض لا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة بحيث لولا هذا العنوان لم يتحقق منهما الرضاء اصلاً ولا اشكال في خروج هذه الصورة عن محل الكلام اذ ليس في الين شيئ يجعل مورد النزاع في اجراء احكام المعاطاة عليه الثانية ما اذا صدر منهما القبض والاقباض لا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة بل مع صرف النظر عنها بحيث انشاء معاملة جديدة بنفس القبض والاقباض ولا اشكال في هذه الصورة ايضاً في كون ما صدر منهما بالتعاطي معاطاة (الثالثة) ما اذا رضيا بالقبض والاقباض مع العلم بفساد المعاملة العقديّة أو علم منهما رضائهما بالقبض لو علما بالفساد ولو لم يكونا عالمين به غاية الأمر يكون رضائهما مع عدم العلم بالفساد شأنها وهذه الصورة محل

البحث في اجراء احكام المعاطاة على هذا القبض الصادر بالرضا الفعلي على تقدير والشأنى على تقدير آخر ، والمتقول عن المحقق والشهيد الثانيين قدس سرهما كما في الكتاب هو القول بترتب احكام المعاطاة عليه وأنه معاطاة .

قال المصنف قدم: ادخال هذا في المعاطاة يتوقف على امرين وهما كفاية الرضا المركوز في النفس ولولم يبلغ الى مرتبة الابرار بل الرضا الشأنى كما فيما اذا لم يكونا عالمين بالفساد وعدم اشتراط انشاء الاباحة أو الملك بالقبض في المعاطاة بل يكفى وصول كل من العوضين الى الآخر مع رضا كل في تصرف الآخر كيفما اتفق فعلى تقدير القول بكفاية الامرين يصير هذا الرضا الباطنى أو الشأنى مع تحقق القبض والا قباض معاطاة ولولم يتحقق انشاء المعاملة بالتعاطى ، ثم استشكل في كفاية الرضا الباطنى بما هو مذكور في الكتاب ونفى البعد عن كونه معاطاة بناءً على القول بالاباحة ، والتحقيق أن يقال ان هذا الرضا المقارن مع القبض لا يكون معاطاة لاعلى القول بالملك ولا على القول بالاباحة ، وذلك لتوقف تحقق المعاطاة بالانشاء اذ هي معاملة انشائية بما على القول بالملك فواضح واما على القول بالاباحة فكذلك لما عرفت في التنبيهات السابقة من أن المنشأ على القول بالاباحة ليس محض اباحة التصرف وانما هو التسليط ، لكن لما كان الفعل التسليطى قاصراً عن كونه مصداقاً للبيع عند القائل بالاباحة قال بأنه يفيد الاباحة وقد عرفت انتفاء الفرق والثمره بين القولين (ح) كما لا يتحقق التملك بلا انشاءه كذلك لا يتحقق الاباحة بدون انشاءها واما صرف الرضا الباطنى فهو ليس مما يترتب به احكام المعاطاة . فلا يصح معه التصرفات المتوقفة على الملك ولا يصير لازماً بتحقيق احدى الملزمات المتقدمة هذا

هو الذى تقتضيه القواعد، نعم فى خصوص ما قامت السيرة على تحقق لمعاطاة بمجرد وصول كل من العوضين الى الآخر ، يحكم بكونه معاطاة ويلتزم فيه بالملك على القول به وبالا باحة وتحقق النقل والانتقال المعاوضى آنما قبل تحقق احدى الملزمات على القول بالا باحة . و ذلك كما فى مثل المحقرات والدخول فى الحمام ووضع الفلوس فى كوزه، لكنه لمكان كونه على خلاف القاعدة ، يجب أن يقتصر فيه على ما ثبت جوازه بالخصوص بالسيرة هذا تمام الكلام فى التنبيهات الثمانية المذكورة فى الكتاب ، بقى امران غير مذكورين فى الكتاب ينبغى جعل التنبيه عليهما متمماً للعشرة :

الأول حكى عن المحقق الثانى قده التفصيل بين البيع والقرض بكون المعاطاة فى الأول مفيداً للملك وفى الثانى للإباحة ولعل منشأ التفصيل هو دعوى كون الالتزام بالملك ناشياً عن الالتزام بالضمان بالمسمى وهو مفقود فى القرض اذ هو عبارة عن التملك بضمان المثل أو القيمة فلا ملزم فيه للقول بالملك، ولكن التحقيق عدم الفرق بينهما اذ لو منع عن حصول التملك بالفعل لكان اللازم هو القول بالإباحة فى البيع أيضاً ولو قلنا بتحقيق البيع بالفعل لكان اللازم هو القول بتحقيق القرض به أيضاً، و حيث قد تقدم فى المباحث السابقة صلاحية الفعل التسليطى لأن يصير مصداقاً لعناوين المعاملات التى تقع فيها المعاطات كالبيع والاجارة والقرض والهبة والصلح والرهن على كلام فى الاخيرين تقدم البحث عنهما فلا جرم يتحقق كل من هذه المعاملات بالمعاطاة غاية الامر احتياج التسليط فى صيرورته مصداقاً لكل واحدة منها الى ما يعينه لها لمكان اشتراكها بينها فالأقوى تحقق التملك فى القرض بالمعاطات كما فى البيع من غير فرق

بينهما أصلاً .

الثاني في حكم النماآت والمنافع من المنفصلة والمتصلة والمستوفاة وغيرها، والفرق بين النماء والمنفعة هو كون مورد الأول في الزيادات العينية سواء كانت متصلة على الإطلاق كالسمن أو منفصلة كذلك كاللبن والبيض أو متصلة في حال ومنفصلة في حال آخر كالصوف بالنسبة إلى الحيوان و الثمرة بالنسبة إلى الشجر ، ومورد الثاني أعني المنفعة فيما يتجدد شيئاً فشيئاً وينعدم ككسكنى الدارور كوب الدابة وحكهما في المعاطاة بناءً على القول بالملك واضح لأنه كحكمهما في البيع العقدي الذي يرد عليه الفسخ فكل ما كان منهما مستوفاة ومنفصلة في زمان الفسخ فهو لمن انتقل عنه ، وأما على القول بالاباحة فمقتضى الاستبعاد المتقدم عن الشيخ الأكبر في باب المعاطاة على القول بالا باحة من استلزامه التفكيك بين العين والمنفعة بالقول بالا باحة في العين والملك في المنفعة هو أن يكون كالقول بالملك ولكن المصنف حكى عن بعض تبعية النماءات للعين في ارتجاعه إلى المالك على القول بالا باحة وكيف كان فالحق هو الأول ، وذلك لقاعدة الخراج بالضمان وقد تقدم تقريبها ولا بأس بالاعادة هنا .

فقول الكلام فيها يقع تارة في سندها وأخرى في مقدار دلالتها ، أما الأول فقد استضعف المصنف قدم سندها في غير مورد مما سيأتي ؛ لكن المحكى عن مبسوط شيخ الطائفة هو الاعتماد عليه اذ هو يبحث عن مقدار دلالتها الكاشف عن الفراغ عن سندها مضافاً إلى استناد أبي حنيفة إليها في فتواه التي حكى عنه في صحيحة أبي ولاد الكاشف عن مفروغية هذا الخبر بين الخاصة والعامة ، وبالجمله فهذا الخبر نبوى عذ من جوامع الكلم فلا ينبغي التأمل في سنده .

وأما دلالتها فيحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور فيه هو الضمان بمعنى الاسم المصدري بمعنى أن مطلق دخول الشيء في العهدة موجب لاستحقاق المتعهد لمنافعه ولو كان التعهد بغير اختياره كالضمان باليد وهذا هو الذي فهمه أبو حنيفة في حكمه بكون منافع البغل لمن خالف من يوم وقع منه الخلاف ، ويمكن أن يكون المراد منه الضمان بالمعنى المصدري اعني تعهد الشخص بادخاله الشيء في عهده هو المنشأ لاستحقاقه للمنافع وعلى هذا فيخرج مثل ضمان اليد وما كان مثله في حصول الضمان بلا اختيار ، وينحصر مورد به بالضمان المعادى الذي اقدم الضامن على الضمان وهذا المعنى هو المتعين ، وذلك لا لأجل كون الألفاظ موضوعة للمعاني الاختيارية حتى يقال بأن معنى الضمان هو التعهد الاختياري والمعنى المصدري وذلك لفساده ، بل لو جهين (احدهما) مناسبة الحكم والموضوع حيث أن العرف يفهم من جعل ملكية المنافع بدل الضمان هو أن اقدام الشخص على التعهد والضمان يكون منشأ للحكم بملكية المنافع كما لا يخفى (وثانيهما) رد الصادق عليه السلام على أبي حنيفة في فتواه بعدم ضمان منافع البغل من يوم المخالفة مع أنه على تقدير ارادة المعنى الاسم المصدري كان المتعين هو تلك الفتوى فمن رده عليه السلام يستكشف تعين المعنى المصدري ، ثم المراد بالضمان هو التعهد الواقعي اعني الممضاة عند الشارع وبالعبارة الفارسية (ضمان ماسيده) فلا يشمل المأخوذ بالعقد الفاسد لأن الضمان فيه و ان كان اختيارياً لكنه فاسد فلا يشمل المنافع و النماآت الحاصلة من المقبوض بالعقد الفاسد كما يخرج عن عموم تلك القاعدة ما كان ضمانه من جهة عدم تحقق قبض المبيع بقاعدة كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مثل بايعه وهذه القاعدة و ان لم تكن

تعبدية ولذا تسرى الى غير البيع من ساير المعاملات حسبما يأتى تحقيقه لكن الضمان الثابت بها مخالف مع الضمان الموجب لاستحقاق الخراج وذلك لأن هذا الضمان نشأ من اقتضاء المعاملة قبض المشتري المبيع لكى يستوفى منفعه فلما تلف قبل القبض كان ضمانه على البائع حيث لم يقبضه لكى يستوفى المشتري منه وهذا الضمان نشأ من مالكية المشتري للمنافع والضمان الناشئ عن تملك المشتري للمنافع لا يعقل أن يصير منشاء لتملك البائع لها لكونه ضداً له كما لا يخفى ، فتحصل أن ضمان اليد والمقبوض بالعقد الفاسد وضمان التلف قبل القبض خارج عن مورد تلك القاعدة فبقى الضمان المعاوضى الواقعى المضى عند الشارع وهل يختص بما اذا كان بعقد لفظى أو بعم ما كان حاصلًا بالمعاطاة وعلى الأخير فهل يختص بما اذا كانت المعاطاة سبباً للنقل والا تنقل كما على القول بالملك أو بعم مطلق المعاوضة ولو كانت على نحو الإباحة ، مقتضى إطلاقها هو العموم لكلا قسمي المعاطاة اذ ليس فى البين ما يوجب الاختصاص ، فهذه القاعدة تدل على تملك المنافع لمن تعهد بضمان العين حتى على القول بالإباحة ، هذا بالنسبة الى مودى كلمة الضمان ، وأما الخراج فهو اسم لما يخرج من الشئ الأعم من نعمته ومنفعه ولذلك سمي الأراضى الخراجية بها باعتبار ما يخرج منها من المنافع فقد تحصل المراد من قوله **وَالْخَرَاجُ** الخراج بالضمان وهو أن ما يخرج من الشئ من منفعه ونما آتاه ملك لمن تعهد بضمانه بتعهد اختياري معاوضى هذا تمام الكلام فى المعاطاة والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

قوله قدّمه مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع (الخ) الغرض من هذا المقدمة هو بيان أن الأصل فى المعاملات الفعلية هو اللزوم لكى تكون لزوم معاملة الأخرس بالإشارة على طبق الأصل وجواز المعاملة المعاطاتية على

خلافه أو أن الأصل فيها عدم اللزوم لكي تكون جواز المعاملة المعاطاة على طبق الأصل ولزوم معاملة الأخرس على خلافه فهذه المقدمة وإن كانت بالنظر إلى معاملة الأخرس مقدمة لعقد البيع لكنها بالنسبة إلى حال المعاطاة تكون خاتمة لها ولهذا عنوانها بعد ختم مباحث المعاطاة وقبل الشروع في عقد البيع .

ثم اعلم أن إشارة الأخرس تقوم مقام اللفظ في إفادة اللزوم مطلقاً سواء قلنا بأن الأصل في كل معاملة فعلية هو اللزوم وإنما المعاملة المعاطاة خرجت عن تحته بقيام الاجماع على جوازها قبل تحقق إحدى ملزماتها ، أو قلنا بأن الأصل في كل معاملة فعلية هو عدم اللزوم إلا أن يقوم الدليل على اللزوم أما على الأول فلزوم معاملة الأخرس بالإشارة واضح اذ هي معاملة فعلية مقتضاها اللزوم ولم يقم دليل على جوازها ، وأما على الثاني فلأن ما يدل على اعتبار اللفظ في اللزوم هو الاجماع وهو مختص بصورة التمكن من التلفظ ، وأما مع المعجز : فلا خلاف في عدم اعتباره وكفاية الإشارة وقيامها مقامه سواء كان متمكناً من التوكيل أولاً : لأن الوكالة أيضاً عقد يحتاج إلى اللفظ والأخرس عاجز عنه فلوا كفى في عقد الوكالة الصادر عنه بالإشارة فليكتف في عقده الآخر الذي يراد أن يوكل ، فالقول بكفاية الإشارة منه في عقد الوكالة وعدم الاكتفاء بهافي عقد البيع مثلاً حتى يكون صحة عقد البيع بالإشارة متوقفاً على المعجز عن التوكيل قول بلا دليل ، هذا مع فحوى ماورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس كما في الكتاب « ووجه أولوية الاكتفاء بالإشارة عنه في العقود عن الطلاق هو كون الطلاق من الإيقاعات المعبر فيها اللفظ وعدم جريان المعاطاة فيها أصلاً فلو اكتفى فيها بالإشارة مع التمكن من التوكيل فالإكتفاء بها في العقود مع التمكن منه أولى (هذا)

وأما ما أفاده من أن وجوب التوكيل بمعنى الوجوب الشرطي هو المطابق للأصل فهو باطلاً مطلقاً ممنوع بل انما يصح اذا قلنا بأن الأصل في كل معاملة فعلية هو عدم اللزوم اذاً الأصل في اشارة الأخرس هو الاقتصار في الاكتفاء بها في صورة العجز عن التوكيل وأما لو قلنا بأن الأصل هو اللزوم يكون الأصل هو عدم الاشتراط كما لا يخفى هذا كله حال اشارة الأخرس عند العجز عن التلفظ وقد عرفت انها تقوم مقام اللفظ عند عدم التمكن منه ، وأما الكتابة فهل يصح انشاء العقد بها أم لا : ثم على الأول فهل يكون في عرض الاشارة أذا انما تكفي بها عند العجز عن الاشارة ففيها احتمالات : فقد يقال بعدم العبرة بها أصلاً اذا الانشاء لا بد من أن يكون اما بالقول أو بالفعل الخارجي والكتابة ليست إلا النقش على القرطاس فلا يقع بها الانشاء ، ولكن التحقيق انها في الدلالة على المقاصد أوضح من الفعل ، بل ربما يقال بأنها أوضح من اللفظ كما انها هي المعتبرة في هذه الأعصار في باب الأقارب ونحوها . ويمكن احراراً اعتبارها كذلك في سائر الأعصار أيضاً ولكن الانصاف أن القدر الثابت من اعتبارها انما هو في مقام احرار المرادات وكاشفتها عن المقاصد ، وأما كونها آلة لانشاء أمر انشائي مثل العقود والايقاعات فلم يثبت وليست مما يقع بها الانشاء عرفاً وعلى هذا فيشكل وقوع العقد بها حتى في مثل الوصية فضلاً عن غيرها وخلاصة الكلام في باب الاشارة هو أن لها هنا مقامات ، الأول في بيان أن الأصل هل يقتضي اشتراط تحقق كل معاملة بالقول فلا تصح المعاملة الفعلية إلا ما قام الدليل على صحتها أو الأصل يقتضي صحة كل معاملة فعلية إلا ما قام الدليل على عدم صحتها فعلى الأول تكون صحة العباطلة من جهة قيام الدليل على صحتها كما أنه على الثاني يكون الحكم بفساد المعاملة الفعلية من القادر على النطق لأجل قيام الدليل على فسادها ، ولزام الأول هو اصالته

الفساد في كل معاملة شك في صحتها لأجل فقدان ما يشك في اعتباره فيها وقد تقدم في باب المعاطاة من أن صحة المعاملة الفعلية موافقتها مع القاعدة اعني العمومات الدالة على صحة المعاملات مثل احل الله البيع ونحوه، وعلى هذا فما افاده في الكتاب من كون الوجوب الشرطي هو المطابق للأصل ليس على ما ينبغي.

الثاني في بيان أن الأصل هل يقتضي اشتراط لزوم كل معاملة على القول فلا لزوم في المعاملة الفعلية إلا فيما قام الدليل على لزومها كإشارة الأخرس عند العجز عن النطق أو أنه يقتضي لزوم كل معاملة فعلية إلا مقام الدليل على عدم لزومها كالمعاطاة فعلى الأول يكون جواز المعاطاة، على طبق الأصل دون الأخير وقد تقدم في باب المعاطاة عدم اندراج الأفعال تحت العقود من حيث قصورها عن الدلالة على الالتزام فلا تكون مشمولاً لعموم أوفوا بالعقود الذي هو الأصل في اثبات لزوم كل معاملة قولية :
الثالث أن الإشارة من الأخرس أيا تكون في مقام المعاملة المعاطائية بحيث يعلم منه أنه يريد للمعاطاة وأما تكون في مقام المعاملة القولية فيشير في مقام التلغظ بالعقد نظير إشارات في إظهار سائر مرادته فعلى الأول فتكون معاطاته كسائر المعاطاة فيجوز فيها ما يجري في المعاطاة من القول بالملك والاباحة والجواز واللزوم بتحقيق إحدى ملزماتها، وعلى الثاني فتكون الإشارة قائمة مقام النطق وتصير محكمة بحكم العقد في جميع أحكامه وهذا هو الموافق للتحقيق ولكن المستظهر من عبارة المصنف قده هو اجراء حكم المعاطاة على الإشارة مطلقاً حيث يوسس الأصل في كل معاملة فعلية لأجل إدراج الإشارة فيما يقتضيه لكونها إحدى مصاديق المعاملة الفعلية ولا يخفى ما فيه فإن الإشارة القائمة مقام اللفظ ليست من المعاملة الفعلية بل

هي تعد من العقد القولي حيث أنها تقوم مقام القول كما لا يخفى .
 الرابع لو شك في صحة العقد بالاشارة فاما يكون من جهة الشك في
 تحقق الخرس الموجب للعجز عن النطق والأصل في هذا الشك يقتضي
 الفساد حيث أن الثابت بالدليل هو قيام الاشارة مقام النطق في صورة العجز
 ومع الشك في العجز مقتضى الأصل عدم الاعتبار بالاشارة للشك في قيامها في تلك
 الحالة واما يكون من جهة الشك في تقديم التوكيل أو الكتابة مع التمكن منهما
 على الاشارة والحكم في هذا الشك هو الرجوع الى العمومات الدالة على
 كون الاشارة عقداً في حال العجز عن النطق مع فحوى ما يدل على الاكتفاء
 بها في الطلاق كما تقدم مضافاً الى ما تقدم من أن حال الوكالة انما هو كنفس
 ما يوكل فيه في كونها عقداً يحتاج الى اللفظ فلواكتفى فيها بالاشارة فليكتف
 في نفس ما يوكل فيه وأن الكتابة لدليل على صحة انشاء العقود والإقاعات
 بهارأساً فضلاً عن تقديمها على الاشارة فليس للشك في تقديم التوكيل والكتابة
 على الاشارة موقع أصلاً .

قوله قدم ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ (الخ) وليعلم
 أولاً أنه لو شك في صحة المعاملة وفسادها من جهة فقدما يشك في اعتبارها أو وجود
 ما يشك في اعتبار عدمه يكون الأصل الأولي المحكم في باب المعاملات هو الفساد
 يرجع اذا لم يكن محل للرجوع الى الاطلاقات ومع امكان الرجوع الى
 الاطلاقات يكون المرجع هي الاطلاقات فاذا كان المشكوك مما صدق عليه
 عنوان المعاملة كالبيع الفاقد لما لا يضر فقده في صدق البيع عليه عرفاً فيرجع
 الى جميع العمومات الدالة على صحة البيع من عموم او فوا بالعقود واحل
 الله البيع، وتجارة عن تراض، ونحوها واذا كان المشكوك مما يشك في صدق
 عنوان المعاملة عليه فلا اشكال في عدم امكان التمسك بما عدى عموم

أوفوا بالعقود من سائر العمومات لكونه من باب التمسك بالعام في الشبهة المصدقية وفي صحة التمسك بعموم أوفوا وجهان مبنيان على أن العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء هل هو عبارة عن الالتزام المعاملي المتحقق في ضمن إحدى هذه المعاملات الخاصة من البيع والصلح ونحوهما فكأنه قال يجب الوفاء بالعقد البيعي والصلحي ونحوهما بعد الفراغ عن كونه بيعاً أو صلحاً أو غيرهما من العقود المعاملية أو أنه عبارة عن مطلق الالتزام، فعلى الأول فشمول دليل وجوب الوفاء لما يشك في صحته يتوقف على احراز كونه من المعاملات العرفية كالبيع ونحوه لكون الالتزام البيعي مثلاً هو الموضوع حسب الفرض وعلى الثاني فيصح التمسك بعموم وجوب الوفاء ولو مع الشك في كونه بيعاً أو غيره لكن الأقوى هو الأول لأن الظاهر من العقد الذي هو موضوع وجوب الوفاء هو الالتزام المعاملي العرفي المتحقق في ضمن إحدى هذه المعاملات العرفية وعليه فعند الشك في بيعية بيع مثلاً كما لا يصح التمسك بعموم دليل الحلية لا يصح التمسك بآية أوفوا أيضاً، إذا تحقق ذلك فنقول: الكلام في الخصوصيات المعتبرة في الفاظ العقود كما أفاده المصنف قدم بقرعة تارة في مواد الألفاظ من حيث إفادة المعنى وأخرى في هيئتها باعتبار هيئة كل من الإيجاب والقبول وهيئة تركيبتها من حيث الترتيب والمكونات والبحث عن تلك الخصوصيات لا يختص بباب البيع بل يطرد في جميع أبواب المعاملات أما الكلام في مواد الألفاظ فتنتجح البحث عنه يتوقف على بيان مقدمة وهي أن البيع ونحوه من المعاملات أمور إيجابية تتحقق وتوجد بإيجادها في موطن وجودها وتحققها وهو عالم الاعتبار وهي معاني بسيطة ما به الاشتراك منها متحد مع ما به الامتياز كل منها عن الآخر نظير الأعراض الخارجية التي هي بسائط في الخارج فالسواد الشديد يمتاز عن الضعيف بالسواد كما

القريب بمثل لفظ ملكته المشترك بين انحاء النقل الاعتباري مثل الهبة والقرض والبيع بالمنع عن صحة انشاء المعاملة بالأول والقول بالصحة في الثاني، أما الأول فلتغاير انواع النقل باعتبار النقل الخارجي والاعتباري بحيث لا يكون ما به يمتاز النقل الخارجي عن الاعتباري بعين ما به الاشتراك معه فيكون حاله من هذه الجهة كالألفاظ المجازية في الحاجة الى القرينة بمعنى أن المعنى المجازي يحتاج الى ضم قرينة بها يتحصل المعنى المراد والجنس البعيد أيضاً يحتاج الى ضم فصل من غير سنخ جنسه لكي يتحصل من انضمامه المعنى المراد، وأما الثاني فلما عرفت من أن جميع انحاء النقل الاعتباري متحدة في كون ما به الاشتراك منها هو عين ما به امتيازها فالمعنى البيعي الذي هو عبارة عن التملك بعوض مسمى هو شئ واحد متميز بنفس ذاته عن التملك بعوض المثل الذي هو القرض ولا محذور في ايجاد هذا المعنى بلفظ التملك، فالتملك إذا انشاء مجرد عن ذكر عوض معبراً يقال ملكته هذا مقتصراً عليه يكون هبة بلا عوض، وإنما يستفاد المجانية من ناحية الاطلاق وعدم ذكر عوض معه ولو اقترن بعوض فإن كان هبة أخرى بان قال ملكتك هذا على أن تملكني ذلك يكون هبة معوضة وإن كان عوض المثل يكون قرضاً أو عوض المسمى يكون بيعاً وكل من البيع والقرض والهبة المعوضة لا يتحصل بمجموع لفظ ملكته مع ما يقترن به من العوض بل المحصل لها هو لفظ ملكته وإنما انضمام ما يقترن به يوجب تعيين ما قصد ايجاده بالانشاء فلا يستلزم التدرج في الانشاء المنافي مع بساطة المعنى، كما أن الهبة الغير المعوضة تتحصل من اطلاق لفظ ملكته عند الاقتصار عليه وعدم اقترانه بذكر العوض فقد تحصل من مجموع ما ذكرنا عدم استقامة انشاء العقود والا يقاعات بالألفاظ الكنائية ولا بالأجناس المعبدة مثل لفظ النقل والتبديل ونحوهما مما يكون مشتركاً

انه مشترك معه أيضاً فى السواد وهذا بخلاف الانسان مثلاً حيث أنه يمتاز عن سائر انواع الحيوان بالنطق فما به اشتراكه معها هو الحيوان وما به امتيازها عنها هو الناطق فالبيع مشترك مع القرض والهبة فى كونه تمليكاً ويمتاز عنهما بكونه تمليكاً بفوض مسمى دونهما اذ القرض تمليك بعوض المثل والهبة تمليك مجانى لكن ما يتحقق فى الخارج بايجاد موجدته اعنى ذلك الأمر الاعتبارى امر بسيط وهو البيع ويكون اشتراكه مع القرض بنفس ذلك الوجود وامتيازه عنه أيضاً بنفس ذلك الوجود وبعبارة اخرى كما أن مرتبة السواد الشديد فى الخارج شئ واحد وهو السواد لأنه سواد و شدة منضمة الى السواد بل شدته أيضاً من سنخ السواد فكذلك البيع فى الخارج شئ واحد وهو تلك المقولة الاعتبارية لأنه شئ وشئ منضم اليه وهذا المعنى البسيط الاعتبارى الابدائى الذى يوجد فى عالم الاعتبار بآلة ايجاده يجب أن يكون مما يمكن تحقيقه بآلة ايجاده بأن تكون الآلة آلة لايجاد هذا المعنى فى موطنه كصيغة بعث التى آله لايجاد مادتها وهو البيع فى عالم الاعتبار واذا عرفت ذلك فنقول الالفاظ الكتابية مطلقاً غير قابلة لأن ينشأ بها العقود سواء كانت من قبيل ذكر اللزوم و ارادة المازوم أو بالعكس وذلك لأنها ليست آلة لانشائها فمثل (بارك الله) مثلاً الذى لازم البيع لا يصح أن يقع به انشاء البيع بل هو انشاء للدعاء فهو معنى انشائى لكن يقع به انشاء الدعاء لانشاء البيع وهكذا الالفاظ المجازية لاتصلح لأن تكون آلة لانشاء العقود للزوم التدرج فى تحقيق حقيقة المنشأ بأن يكون جزء منها حاصل باللفظ المجازى والجزء الآخر منها بالقرينة وهو مناف مع بساطتها وأنها مما لا جزء لها وأما المشترك المعنوى فيجب أن يفصل فيها بين ما كان كالجنس البعيد مثل لفظ (نقلت) المشترك بين النقل الخارجى العينى والنقل الاعتبارى وبين ما كان كالجنس

معنوياً بين الفقل الخارجى والاعتبارى ولا بالا لفاظ المجازية لكن ينبغي أن يعلم فى باب الألفاظ المجازية أن قلب المعنى المجازى الملقى الى مخاطب فى مثل رأيت اسداً يرمى هل هو لفظة اسدو يكون يرمى علامة على ارادة الرجل الشجاع من كلمة اسد حين استعما لها فيكون المتكلم تصور فى ذهنه معنى الرجل الشجاع واستعمل فيه لفظة اسد مجازاً ثم لما لم يكن هذا المعنى معنى حقيقياً وكان طبع المخاطب العالم بالوضع ينتقل الى المعنى الحقيقى وكان هو خلاف المقصود دعاه الى ذكر القرينة لكي تكون علامة على عدم ارادة المعنى الحقيقى أو يكون مجموع القرينة وذبحها هو الملقى الى المخاطب حين الاستعمال بمعنى أنه لا يكون لفظ اسد مراداً منه الرجل الشجاع بالارادة الاستعمالية بل ليس الفرض إلا القاء الرجل الشجاع بكلمة اسداً يرمى مع الغفلة عن ارادة المعنى وقالية اللفظ له وكون اكتسائه بتلك الكسوة من اللفظ استعمالاً لا يرى المستعمل إلا القاء المعنى على المخاطب بحيث لو سئل عنه ما ذات صنع فيقول ألقى مقصودى الى المخاطب، فعلى الأول فيصح انشاء العقود بالألفاظ المجازية لعدم تضمنها للتدريج المنافى مع بساطة المعنى المنشأ بها، وعلى الثانى لا يصح انشاءها بها الممكن التدريج وهذا البحث يطرد بالنسبة الى المشترك اللفظى ايضاً اذ يقع الكلام فى مثل العين الجارية فى أن المستعمل فيه هل هو كلمة العين وأن الجارية قرينة معينة للمراد أو أن المجموع من كلمة العين والجارية هو المستعمل فى المعنى المراد، ولكن التحقيق يقتضى الأخير: لأننا اذا رجعنا الى وجداننا حين استعمال الأسد فى الرجل الشجاع أو العين فى الجارية لانرى حضور المعنى حين استعمال الأسد أو العين ولا نلتفت الى الاستعمال اصلاً بل انما نلقى المعنى بمجموع

الكلمتين من القرينة وذيها بلا تفاوت الى الاستعمال ولا الى ارادته وعلى هذا فالحق عدم صحة الانشاء بلا لفاظ المجازية والمشاركة بالا شراك اللفظي لاستلزامه التدرج في الانشاء المنافي مع بساطة المعنى المنشأ، ويشهد بذلك حكمهم ببطالان البيع لو قال بعثك بلا ثمن وكذا الاجارة فيما لو قال آجرتك بلا اجرة ولم يجعلوا نفى الثمن والاجرة قرينة على ارادة الهبة من الأول والعارية من الثاني لكي يحكموا بوقوع الهبة والعارية بل جعلوا نفى الثمن منافياً لانشاء البيع ونفى الاجرة مع انشاء الاجارة ، فقد تخلص من جميع ما ذكرناه انه يعتبر في الفاظ العقود أن تكون آلة لايجاد المعاني المنشأة بها عرفاً بحيث يعد في العرف آلة لانشاءها سواء كانت لفظاً صريحاً في ذلك كعمت في البيع أو لم يكن صريحاً ولكن اعد آلة للانشاء بنظر العرف كلفظ ملكت في البيع مثلاً وان ما عدى ذلك لا يصح الانشاء به سواء كان كنهائياً أو مجازياً أو مشتركاً بقسميه، وأما الفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول مثل شريت لو قيل بصحة استعماله في الشراء أيضاً أو اشتريت ، لو قيل باستعماله في البيع . فالحق فيهما هو التفصيل بالقول بصحة ايقاع القبول بلفظ شريت ، وبالمنع عن ايقاع الايجاب بلفظ اشتريت ، وذلك لحكم العرف بآلية الشراء في ايقاع القبول دون الا شراء بالنسبة الى الايجاب ، ثم ان وقع الايجاب والقبول بلفظ الشراء فان كان احدهما مقدماً على الآخر فالمتقدم في الانشاء هو البائع والمتأخر هو المشتري وان تقارنا بناءً على جواز تقارن الايجاب مع القبول و ادعى كل واحد منهما أنه البائع يقع التحالف بينهما ويحكم بسقوط الأثر المترتب على خصوص كل واحد من البيع والشراء ، ولو تداعيا بالنسبة الى خيار الحيوان فيما اذا كان احد العوضين حيواناً . فان قلنا بعدم اختصاص

خيار الحيوان بالمشتري بل يثبت للبائع أيضاً. فلا اشكال في ثبوته لهما وان لم يتميز البائع عن المشتري ، وان قلنا باختصاصه بالمشتري فيتحالفان أيضاً ويكون المرجع اصاله بقاء العقد وعدم ثبوت الخيار لكل واحد منهما لعدم تميز المشتري منهما كما لا يخفى .

(١)
قوله قدّم المحكي عن جماعة منهم السيد عميد الدين (الخ)
هذا هو الكلام في الفاظ العقود من حيث الهيئة والبحث عنه يقع في جهات ،
(الأولى) في اعتبار العربية . فقل باعتبارها للتأسي لكون العقود الصادرة
عنهم عليم السلام عربياً ولا يخفى ما فيه اذ الصادر عنهم انما كان عربياً لمكان
كونهم متكلمين باللسان العربي واذ ليس في الين ما يدل على اعتبار العربية
من آية أو رواية مع عموم الابتلاء بالعقود بحيث يقطع بأنه لو كانت العربية
معتبرة فيها لقام على اعتبارها دليل كما دل الدليل على اعتبارها في الصلوة ،
فمن نفس عموم البلوى بها مع عدم الدليل على اعتبار العربية فيها يستكشف
عدم اعتبارها من غير فرق بين ما كان قادراً على العربية أو لم يكن قادراً
عليها ، نعم في خصوص باب النكاح الأحسن مراعات الاحتياط مع التمكن
من العربية تمكناً عرفياً لا عقلياً اذ لا اشكال في عدم اعتبارها حتى في النكاح عند
التمكن العقلي لكي يجب عليه تحصيل العربية ولو بعسر شديد كما لا يخفى ،
(الثانية) هل المعتبر في العقود والايقاعات ايقاعها باللغات الفصيحة من كل لسان
أو يصح ولو بالمكسرة منها جهان اقوا هما الثاني لكن بعد فرض كون اللغة
المكسرة آلة عرفياً في انشاء العقد والايقاع بها بحيث كان لها ظهور عرفي
في ذلك ، و ذلك لان المعتبر في الفاظ العقود كما عرفت هو الصراحة
في الدلالة على تحقق المعاملة التي يراد انشاؤها وضماً أو كان لها ظهور
عرفي في ذلك واللغة المكسرة اذا كانت كذلك يصح انشاء العقد بها جزماً

(الثالثة) هل المعتبر فيها عدم الملحونية في كل لسلن كان أو يصح ولو بالملحون وجهان : وتحقيق الكلام أن الملحون على قسمين : أحدهما ما كان لحناً في المادة مع عدم تغيير المعنى به مثل ما اذا لم يتكلم بالحرف عن مخرجه كما اذا بدل الصاد بالسين أو الضاد بالراء ، وثانيهما ما اذا كان منشاء لتغير المعنى مثل ما اذا قال جوزت بدل زوجت ففي الاول ينبغي القول بالجواز بعد تحقق التعارف على مثل ذلك اللحن لانه من قبيل اللغات المكسرة وفي الثاني فالحق فيه هو المنع وذلك لان مثل جوزت مثلاً (ح) في هذه اللغة التي تعارف اطلاقها على التزويج يصير مشتركاً لفظياً بين التزويج وبين معناه الاولي الذي يستعمل في هذه اللغة فيه ايضاً وقد تقدم المنع عن استعمال الالفاظ المشتركة في العقود والايقاعات ، (الرابعة) هل المعتبر في الالفاظ أن تكون في كل لغة بصيغة الماضي مثل (بعت) في العربي و(فروختم) بالفارسي أو يصح بكل هيئة كانت ولو كانت بالمضارع أو اسم الفاعل أو الامر وجهان : التحقيق هو الأول وذلك لأن هيئة الماضي من كل لغة موضوع لنسبة تحقيقية اعني لايجاد نسبة تحقيقية بين الفاعل وبين المادة وتلك النسبة معنى حرفي توجد بايجاد موجودها بتلك الهيئة في موطن الاستعمال فان كان الغرض من ايجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث في الخارج تدل على وقوعها في النسبة المحكية عنها في زمان متقدم على الحكاية في الزمانيات فتدل على الزمان الماضي بالدلالة الالتزامية العقلية وان كان الغرض ايجاد المادة التي هي معنى اسمي كالبيع في وعاء وجودها هو عالم الاعتبار يكون بالصراحة العقلية ايقاعها هذا واما المضارع فهو موضوع للنسبة التلبسية فدلتها على ايقاع المادة بها لا تكون على نحو الصراحة بل هي على نحو من الكناية لكون التلبس بالشيء من لوازم تحققه لانفس تحققه فلا يقع بها ما عرفت من عدم وقوع الانشاء بالكناية

ولما كان مرتبة الاسم الفاعل متأخرة عن المضارع كما أن الأمر متأخر عن الجميع حسبما فصل في بحث المشتق من الأصول فإذا لم يكن المضارع قابلاً لأن يقع به إنشاء العقود فعدم وقوعها باسم الفاعل والأمر أولى .

(الخامسة) لوقلنا باعتبار العربية في الفاظ العقود فهل هي معتبرة في الصيغة الدالة على العقد فقط مثل (بعت) في البيع فيصح أن يقال بعتك أين كتاب رابده درهم أو يعتبر في أركان العقد أيضاً مثل الثمن والمثمن فيصح إتيان شروط العقد بغير العربي أو يعتبر فيما عدى أركانه أيضاً وجوه: أقواها الثاني وذلك لكون أركان العقد من مقوماته فعلى اعتبار العربية لا بد أن تكون معتبراً فيها، وأما الشرائط فهي خارجة عن العقد فما يدل على اعتبار العربية فيها لا يدل على اعتبارها في الشروط فعلى هذه فيصح تركب العقد من العربي وغيره فيما إذا كان العربي متكفلاً لأركانه .

(السادس) في تقديم الإيجاب على القبول وقد وقع الخلاف في اعتباره على أقوال من القول باعتباره مطلقاً وعدمه كك والتفصيل باعتبار تقدمه فيما إذا كان القبول بلفظ قبلت ونحوه وجواز تقدم القبول فيما إذا كان بلفظ شريت ونحوه، والأقوى هو المنع مطلقاً: وتوضيحه يتوقف على بيان أمور (الأول) لا إشكال في أن العقد المركب من الإيجاب والقبول ليس عبارة عن إيقاعين. إيقاع من الموجب وآخر من القابل بل إنما يكون فعل كل واحد مرتبط بفعل الآخر ويصير فعل كل واحد جزء من العقد المركب من فعليهما وهذا بديهي كما لا يخفى (الثاني) أن الارتباط بين الفعلين إنما هو بكون فعل الموجب متضمناً للدفع إلى القابل والآخذ عنه وكذا في طرف القابل الآن الدفع في طرف الموجب مدلول مطابق والآخذ عنه مدلول بالالتزام وفي طرف القابل يكون الأمر بالعكس بمعنى أن الآخذ منه مدلول مطابق

والدفع مدلول بالالتزام « (الثالث) أن العقود ينقسم إلى عقود اذنية كالوكالة ونحوها وإلى عقود عهدية . والعهدية أيضاً تنقسم إلى العقود المعاوضة مثل البيع والنكاح ونحوهما وإلى غيرها مما لا تشمل على المعاوضة كالرهن والهبة الغير المعاوضة وإلى عقد الصلح الذي هو عقد مستقل وإن كان يفيد في كل باب فائدة تلك المعاملة كما إذا ورد على العين بموض مسمى فإنه يفيد فائدة البيع والقبول في الأولى اعني العقود الإذنية عبارة عن مطلق الرضا بالإيجاب إذا كان الرضا مبرزاً باللفظ ولا يكفي في تحقق العقد خصوص الرضا الباطني وفي بقية العقود لا بد من مطاوعة الإيجاب و الالتزام بمدلوله .

إذا عرفت ذلك ، فنقول المصنف قد يريد أن يفصل بين أقسام العقود بالقول بوقوع قبول العقود الإذنية بكل لفظ دال على الرضا بالإيجاب مطلقاً سواء كان مقدماً على الإيجاب أو متأخراً عنه وتعيين ما يدل صريحاً على مطاوعة الإيجاب من لفظ قبلت وشبهه ولزوم تأخره عن الإيجاب في العقود العهدية الغير المعاوضة وبلزوم كون القبول في الصلح بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما لا لفظ صالحت ونحوه ولزوم تأخره عن الإيجاب أيضاً وجوز في العقود المعاوضة بأن يكون القبول بمثل لفظ قبلت ورضيت ونحوهما مما يدل على مطاوعة الإيجاب وبمثل شريت وابتعت ونحوهما في البيع وما يجري مجراها في سائر العقود وفصل بينهما بالمنع عن تقديمه على الإيجاب مما كان من قبيل قبلت ونحوه وقل بجواز التقديم فيما إذا كان من قبيل شريت وابتعت ومنشأ هذا التفصيل ، أمافي العقود الإذنية فلأن القبول فيها ليس إلا الرضا بالإيجاب فيقع بكل لفظ دال عليه ويصح تقديمه على الإيجاب وأما وجه المنع عن التقديم في العقود العهدية الغير المعاوضة فلأن القبول فيها ليس إلا مطاوعة الإيجاب

اذ ليس فيها دفع من جانب القابل بل أخذ منه ودفع من الموجب فيكون فعل القابل محض مطاوعة فعل الموجب واذا كان مطاوعة محضة فلا بد من أن يكون بلفظ قبلت أو ما في معناه مما يكون دالاً على المطاوعة بالمطابقة ولا يجوز تقدمه على الايجاب لما يأتى في القبول الذى يقع بلفظ قبلت في العقود المعاوضية : وأما وجه المنع عن إيقاع قبول الصلح بلفظ صالحت فلم يتم تميزه (ح) عن الايجاب : وأما وجه التفصيل في العقود المعاوضية اما المنع عن تقديم القبول فيها اذا كان بلفظ قبلت ونحوه مما يدل على المطاوعة فلا أن المطاوعة عبارة عن (بذيرفتن) ما يفعله الغير الموقوف على فعله ولا يعقل فعلية المطاوعة قبل تحقق فعل الغير ومع التقدم تكون مطاوعة تقديرية معلقة على فعل الموجب نظير الوجوب المشروط المنشأ على نهج انقضايا الحقيقية: (ح) يجب أن ينظر في هذا التعليق انه هل هو من قبيل التعليق فى الانشاء أو المنشأ وتوضح ذلك ان التعليق تارة يقع فى الانشاء بمعنى كون ايجاده فى موطن الاعتبار معلقاً على امرٍ وأخرى يقع فى المنشأ بمعنى أن البيع المقيد بالأمر المخصوص مثل الزمان ونحوه ينشأ مطلقاً بلا تعليق فى الانشاء و الايجاد . والاول اعنى التعليق فى الايجاد يدبى الاستحالة اذ لا معنى للتعليق فى الايجاد كما لا يخفى على من يلاحظ وزانه فى الايجاد التكويني أى ايجاد شئٍ تكويني فى عالم العين . و الأخير اما يكون التعليق فيه بسبب اللفظ أو يكون بسبب ذات حقيقة المنشأ من غير أن يكون تعليق من ناحية المنشئ مثال الأول: تعليق العتق على الموت فى باب التدبير والملكية عليه ايضاً فى باب الوصية و البيع على مجيئى الحاج مثلاً والوكالة على مجيئى يوم الجمعة ونحو ذلك ، وهذا القسم من التعليق امر ممكن معقول إلا أنه قام الاجماع على بطلانه فيما عدى التدبير والوصية، ومثال الثانى هو تعليق

البيع المنشأ بالايجاب على تحقق القبول مطلقاً أو عليه وعلى القبض فيما يتوقف على القبض ايضاً كالصرف فان المنشأ بالايجاب لا تعليق فيه من ناحية الموجب ولا يكون التعليق فيه عن لفظ متكفل للتعليق مثل اداة الشرط بل انما هو من ناحية نفس حقيقته اذ حقيقة البيع لا يتحقق بصرف انشاء الايجاب بل تحققه الواقعي منوط بتحقيق الايجاب و القبول معاً على ما مر شرحه في اول مباحث البيع فانشاء البيع من الموجب غير معلق على شئى آخر لافي انشائه ولا في منشائه بل حقيقة التي انشائها انما تحقق بعد فعل القبول : اذا تحقق ذلك فنقول: تعليق القبول المتقدم على الايجاب ليس من قبيل تعليق الايجاب على القبول وذلك لما عرفت من أن تعليق تحقق البيع بعد الايجاب على تحقق القبول ليس من ناحية الموجب بل انما هو انشاء البيع مطلقاً عن كل قيد لا في ناحية البيع المنشأ نفسه ولا في ناحية انشائه وكان انشائه كك منه بمكان من الامكان وهذا بخلاف القبول المتقدم على الايجاب اذ حقيقة مطاوعة فعل الغير من الفاعل يستحيل صدوره قبل فعل الغير فلو انشأ المطاوعة قبل فعله تكون المطاوعة الممكنة منه هي المطاوعة المشروطة بالايجاب فلا محالة يكون التعليق من فعل القابل لا من ناحية نفس المادة المنشأة بالقبول: و(ح) يجب أن ينظر فيه أنه هل هو من قبيل التعليق في الانشاء أو في المنشأ نفسه ثم على الثاني هل هو مما قام الاجماع على بطلانه أولاً:

فنقول ربما يةال بأن التعليق فيه من قبيل التعليق في الانشاء ولكن التحقيق أن المنشأ اعنى مطاوعة فعل الايجاب هو المعلق لانشائه فالقابل ينشأ القبول اعنى مطاوعة الايجاب بقبوله بقوله (قبلت) فلا تعليق في الانشاء ولكن المنشأ وهو المطاوعة امر معلق على الايجاب وليس هذا التعليق مما يدل الاجماع

على بطلانه اذ ليس بأداة التعليق وحروف الشرط والا جماع مختص به ومع ذلك فلا تصح المعاملة بتقديمه لأجل عدم تحقق العقد لكون تحققه متوقفاً على الايجاب والقبول والمفروض عدم تحقق القبول لأن هذا القبول لا يكون قبولاً فعلياً لعدم تضمنه مطاوعة الايجاب بالفعل ولا يتحقق بعد الايجاب انشاء مطاوعة أخرى من القابل لكي يتحقق به القبول مع انه لو كان كذلك كان هو القبول دون هذا المتقدم فلم يتقدم القبول هذا فيما اذا وقع القبول بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما مما يدل على المطاوعة ، أما فيما اذا كان بلفظ اشتريت وابتعت فاختر قده فيه جواز التقديم على الايجاب.

ومحصل ما أفاده في وجهه هو أن في العقود المعاوضة يكون كل واحد من الموجب والقابل معطياً وآخذاً فقول القائل بعث هذا بهذا يدل على اعطائه المثلث وأخذه للثلثين واذا انشأ القبول بلفظ قبلت يدل على مطاوعة هذا الفعل الصادر من البائع وحيث أن فعلية مطاوعة فعل البائع عن المشتري لا يتحقق قبل فعل البائع فلم يجز تقدمه على الايجاب.

وأما اذا انشأ بلفظ شريت واشتريت فليس صريحاً في المطاوعة بل هو يدل على صدور المعاوضة من المشتري ايضاً فلا مانع في تقديمه على الايجاب اذ لا مانع عن تحقق الاعطاء عن المشتري قبل تحقق الاعطاء عن البائع ، فان قلت: فعلى هذا فيصير القبول غير مرتبط بالايجاب فيكون (ح) ايقاعان اجنبيان ولا يتحقق العقد قلت: قوام العقد هو بأن يكون فعل المشتري وعطائه بعنوان البدلية عما يأخذ من البائع ولا يتوقف على تحقق المطاوعة ولا شبهة في صحة اعطاء المشتري ماله الى البائع بدلاً عما يأخذه عنه ولو كان فعله مقدماً على فعله هذا محصل مراده.

ولا يخفى ما فيه لأن مهية العقد في هوية ذاته وجوهره يخالف الايقاع

وليس التفاوت بينهما بمجرد كون العقد صادراً عن اثنين والايقاع عن واحد بل التفاوت بينهما ذاتي وهو بكون العقد متقوماً بالقبول اعني مطاوعة فعل الايجاب وتسلم ما فعله الموجب واذا كان القبول بلفظ اشترت فهو يتضمن شيئاً من احد هما مطاوعة فعل الايجاب والآخر تمليك القابل اياه ما عنده من الثمن واذا كان متأخراً عن الايجاب فيتحقق منه الشئان معا فهو من حيث تضمنه للمطاوعة قبول فيلزم العقد بتحقيق ركنيه اعني الايجاب والقبول واذا تقدم على الايجاب فيكون ذا الأعلی محض تمليك البايع لما عنده من غير مطاوعة فعلية لما فعله البايع فلا يتحقق منه الشئان معا بل لامطاوعة فعلية (ح) فلا يتحقق القبول فلم يتحقق العقد المركب منه ومن الايجاب فالتحقق: عدم التفاوت بين القبول المنشأ بلفظ قبلت أو بلفظ اشترت في أن شيئاً منهما لا يجوز تقدمه على الايجاب إلا أن ملاك المنع عن تقديم القبول بلفظ قبلت هو مدلوله الصريح اعني للمنشأ به صريحاً وهو مطاوعة الايجاب وفي لفظ اشترت هو مدلوله الضمني اعني تلك المطاوعة للمنشأ به في ضمن انشاء التمليك المدلول عليه بقوله اشترت وابتعت.

فنهض أن الأقوى عدم جواز تقدم القبول مطلقاً بأي لفظ كان على الايجاب مطلقاً في جميع العقود إلا العقود الاذنية حيث أن القبول فيها المالم يكن مطاوعة فعل الايجاب بل كان محض الرضا بفعل الموجب فلا مانع عن تقديمه على الايجاب كما عرفت به بالامزيد عليه.

قوله قدّه ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله (الخ) هذا هو الشرط الثالث الذي اعتبره في العقود وليعلم أن الموالاة تختلف عرفاً بحسب الموارد فالمعتبر منها بين حروف الكلمة الواحدة شئياً وما يعتبر منها بين كلمات جملة واحدة شئياً آخر وما يعتبر منها بين آيات

سورة واحدة شيئي ثالث وما يعتبر بين أجزاء الصلوة كالقراءة والر كوع ونحوهما بمعنى رابع والغرض من اعتبار الموالاة في كل مورد تعتبر فيه هو توقف صدق الوحدة عليها ودخلها في صدق الوحدة ومن المعلوم اختلاف مراتب الفصل المضرب في صدق الوحدة بحسب اختلاف مصاديق ما يصدق عليه الوحدة فالمرتبة من الفصل المضرب بصدق الوحدة بين الحروف لا تكون مضراً إذا كانت بين الكلمات. ثم العقود باعتبار اشتراط الموالاة فيها وعدمها تنقسم على اقسام ثلاثة (الأول) العقود الاذنية (الثاني) العقود العهدية المعاوضية (الثالث) العهدية الغير المعاوضية اما القسم الاول فلا يعتبر فيها الموالاة كما لم يكن تقدم الايجاب فيها على القبول ايضاً شرطاً وذلك لما عرفت من كفاية مطلق الرضا المبرز في قبولها بل في الحقيقة ليست عقوداً وانما تسميتها بالعقود بنوع من التسامح ولذلك لا يشملها عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود هذا: وأما القسم الثاني فيعتبر فيها الموالاة لوجهين (احدهما) راجع الى ناحية السبب وحاصله توقف صدق للعقد على الموالاة لأنه عبارة عن الامر القائم بالمتعاقدين الحاصل بفعلهما بحيث يكون الفعلان فعلاً واحداً اذ لا فرق في اعتبار الوحدة في الشيئي الصادر عن فاعل واحد والصادر عن اكثر اذا كان كل واحد دخيلاً في تحققه فهذا العقد الصادر ايجابه عن الموجب وقبوله عن القابل شيئي واحد لا بد في صدق وحدته من اعتبار الموالاة بين ايجابه وقبوله بحيث يصير اجزئين للمركب عرفاً ومع الاخلال بها فلا يصدق عليه العقد عرفاً فلا يكون مشمولاً لعموم دليل وجوب الوفاء أو التجارة ايضاً وأما ما في المتن من التفكيك بين عموم دليل وجوب الوفاء وبين عموم الحل والتجارة بالمنع عن شمول الاول للفاقد للموالاة دون الثاني فمبدفوع أما أولاً فلعدم التفكيك بين دليل الصحة اعني عموم الحل والتجارة وبين

دليل اللزوم اعني عموم وجوب الوفاء بل كلما يشمله الاول يشمله الأخير و بالعكس: وأما نانياً فلأن الموالاة كما هو معتبر في صدق العقد عرفاً لكك يكون معتبراً في صدق البيع والتجارة اذ البيع والتجارة كالعقد أيضاً أمر واحداني قائم بشخصين لا بد في تحققهما عنهما من اعتبار الوحدة المتوقفة على الموالاة، و بالجملة فاعتبار الموالاة في هذا القسم من العقود نشأ عن اعتبار الوحدة فيها كما في المستثنى والمستثنى منه حيث أن خروج الكلام عن الكذب دعى الى اعتبار اتصال المستثنى بالمستثنى منه بحيث يعدان معاً كلاماً واحداً لأن للمتكلم أن يلحق بكلامه ما يشاء من القيود مادام متصلاً وهذا بخلاف ما اذا انفصل القيد عن الكلام وانعقد ظهور كلامه في المطلق عن القيد اذ لا يخرج القيد المنفصل، فقيده عن وصمة الكذب ولذلك صار المستثنى منه أصلاً في اعتبار الموالاة فيه هذا.

والوجه الثاني راجع الى ناحية المسبب وحاصله أن المسبب في العقود المعاوضية عبارة عن خلع ولبس بمعنى أن كلاً منهما يعطى شيئاً ويأخذ شيئاً آخر بحيث يكون مجموع الاعطاء والأخذ هو المسبب الواحد ومع الفصل بين الاعطاء والأخذ بما يخرج عن مصداق الواحد لا يعد مسبباً واحداً بل هو اعطاء شيئ مستقل وأخذ شيئ آخر كك، وأما القسم الثالث فيعتبر فيها الموالاة لكن من ناحية السبب لا من ناحية المسبب اذ لا معاوضة فيها لكي يتوقف تحققها على صدق الوحدة على مجموع الاعطاء والأخذ المتوقف على الموالاة فتحصل ان القسم الاول من العقود لا يعتبر الموالاة فيها والقسم الثاني يعتبر فيها الموالاة من جهتين والقسم الثالث ما يعتبر فيها من جهة واحدة قوله قد عده ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز (الخ) قد عرفت فيما سبق آنفا ان التعليق تارة يكون في الإنشاء وأخرى يكون في المنشأ والمراد بالاول هو ما كان التعليق في ناحية الإيجابان

كان ايجاد البيع وانشاءه معلقاً على امر بحيث لو لا المعلق عليه لم يكن ايجاداً كما اذا علق ضربه الخارجى مثلاً على كون المضروب زيداً بحيث لو لم يكن المضروب زيداً لم يكن الضرب الصادر منه ضرباً وهذا النحو من التعليق مستحيل عقلاً لان الضرب الخارجى اذا تحقق فقد تحقق كان المضروب زيداً اولم يكن غاية الامر لو ضربه بقصد كونه زيداً فبان انه ليس بزيد يكون من باب التخلف فى الداعى لا ان الضرب الخارجى يسلب عنه الضرب ومن ذلك ما اذا اذن زيداً بدخول داره بتخييل انه صديقه فبان انه عدوه حيث ان الرضا الشخصى الصادر منه لم يتقلب بعدمه فيجوز لزيد ان يدخل داره بذلك الاذن ولو كان هو يعلم بأنه عدوه نعم اذا اذن الصديق بالدخول وكان الاذن عاماً ويعلم زيداً بانه لا يكون صديقاً له فلا يجوز له الدخول ولو كان الآذن اعتقد كوفه من اصدقائه.

وبالجملة فالتعليق فى الايجاد والانشاء مستحيل عقلاً والمراد بالتعليق بالمنشاء هو ما اذا كان المنشاء بالانشاء والموجود بالايجاد معلقاً على امر على نحو انشاء الواجب المشروط وهذا امر ممكن معقول ، كيف وجميع القضايا الحقيقية المتداولة فى كل العلوم انما هو من هذا القيل ومثال ذلك فى باب المعاملات كالتيدير والوصية والنذر المعلق على امر مثل ان رزقت كذا فعلى كذا مثلاً ثم محل الكلام فى التعليق هو الثانى اعنى التعليق فى المنشاء واستدل لبطلانه بوجوه مزيّنة والعمدة هو الاجماع الا انه يجب بيان صور التعليق حتى توضح ان أى قسم منه قام الاجماع على بطلانه قطعاً وأى قسم منه مما يشمله الاجماع ظاهراً وأى قسم منه يشك فى دخوله تحت معقد الاجماع وان أى قسم منه خارج عن الاجماع قطعاً او ظاهراً فنقول قسم المصنف قدم صور التعليق الى ثمانية اقسام وحاصل تقسيمه قدمه هو ان التعليق اما على امر حالى او على امر استقبالى وعلى كلا التقديرين

فاما يكون المعلق عليه مقطوع الوجود او يكون مشكوك الوجود وعلى التقادير الاربع فاما ان يكون المعلق عليه مما يقتضيه اطلاق العقد لولا الاشتراط اولا يكون وهذه اقسام ثمانية ولما كان الامر الاستقبالي الذي يقتضيه اطلاق العقد نادراً جداً بل لم يعلم له مثال الا في باب السلم حيث ان وجود المسلم فيه في رأس الاجل مما يقتضيه اطلاق العقد لولا اشتراطه وهو امر استقبالي بالنسبة الى زمان العقد فلا جرم يكون الا حسن ان يقسم بوجه آخر فيقال المعلق عليه اما حالي او استقبالي وعلى كلا التقديرين فاما يكون نفس الزمان أو يكون زمانياً وعلى الثاني اعني ما اذا كان زمانياً فاما يكون محقق الوقوع أو يكون مشكوكاً وعلى التقادير فاما يكون من ما يقتضيه العقد اولاً أما المعلق على الامر الاستقبالي فالظاهر قيام الاجماع على بطلانه بجميع اقسامه الا ان بعضاً منها بالقطع وبعض آخر بالظهور .

وتوضيحه ان الاجماع قام على بطلان الوكالة المعلقة على الزمان المستقبل مثل انتدكيلي في يوم الجمعة في البيع كما ادعاه العلامة على ما حكاه عنه في الكتاب فاذا كان التعليق على الزمان المستقبل باطلاً بالاجماع فيكون التعليق على الزماني المحقق الوقوع كك ان يكن اولي واذا كان الزماني المحقق وقوعه كك بالتساوي او بالاولوية فيكون الزماني المشكوك حدوثه كك بطريق اولي قطعاً فظهر ان هذه الصور من التعليق على الامر الاستقبالي مما قام الاجماع على بطلانه غاية الامر ان الاولى منها اعني ما كان التعليق على الزمان هو بنفسه مورد النص على الاجماع والثانية منها اعني ما كان التعليق على الزماني المحقق وقوعه على نحو الظهور لمكان التساوي بينها وبين الصورة الاولى: والصورة الثالثة اعني ما كان التعليق على الزماني المشكوك على نحو القطع من غير فرق في هذه الصور الثلاث بين ما كان المعلق عليه

من مقتضيات اطلاق العقد أن لا وان كان مثال الاول اعنى ما كان يقتضيه اطلاق العقد لا يوجد إلا في الزمانى فقط لا مطلقاً بل على سبيل الندره وذلك كتوقف صحة عقد بيع السلم على أن لا يكون المسلم فيه عزيز الوجود فان اطلاق عقده يقتضى أن لا يكون نادر الوجود في رأس الأجل لولا اشتراطه فيكون شرطه من قبيل اشتراط ما يقتضى اطلاق العقد ووجوده في المستقبل، فتحصل أن التعليق مضر بصحة العقد لو كان المعلق عليه استقبالياً مطلقاً، وأما اذا كان حالياً فان كان زمانياً محقق الوقوع وكان مما يقتضيه اطلاق العقد لولا اشتراطه فهذا هو القدر المتيقن عما هو خارج عن مورد الاجماع على بطلانه ولكن اذا كان دخيلاً في صحة الانشاء لافى صحة مضمون العقد واقعاً. وتوضيح ذلك: أن بعض الامور دخیل في صحة البيع مثلاً بحسب الواقع بمعنى كون تحققه متوقفاً عليه لكن انشاءه غير منوط به وذلك ككونه عن المالك إلا أن صحة انشاءه لا يتوقف على كونه من المالك بل يصح من الفضولي ايضاً: وبعض الأمور دخیل في صحة الانشاء وذلك مثل الطلاق والعتيق ونحوهما مما لا يقع فيه الفضولي حيث أن صحة انشاءهما تتوقف على كونهما ممن له العتيق والطلاق والقدر المتيقن خروجه عن الاجماع هو التعليق على ما يتوقف صحة الانشاء عليه مثل إن كان عبدي فهو حر وإن كانت زوجتي فهي طالق، وإن كان زمانياً مشكوك الوقوع وكان مما يتوقف عليه صحة الانشاء ايضاً فالظاهر خروجه ايضاً عن مورد الاجماع كما اذا شك في كون العبد ملكاً له والمرأة زوجته فيريد أن يعتق العبد يطلق الزوجة فيصح تعليق الاول على ملكه والثاني على زوجيته وباقي الاقسام المتصورة من هذه القسم اعنى ما يكون المعلق عليه امراً حالياً محل الإشكال ومنشأه أن الظاهر أن الاجماع على اعتبار التنجيز في العقد

ليس لامر تعبدى بل الظاهر أن مدرك الاجماع هو مقارنة الأمور الاعتبارية المتحققة فى عالم الاعتبار تشريعاً بالأمور التكوينية التى تتحقق فى وعاء العين تكوينياً فكما أن الأمر التكوينى مثل الضرب الصادر عن الفاعل حين يتحقق لامحالة له نسبة الى زمان أو زمانى مقارنين معه أو سابقين عليه أو لاحقين له لكن الصادر عن الفاعل انما هو نفس الضرب لا الضرب المقيد بهذا الزمان أو الزمانى كما هو واضح فكذلك فى الأمور الاعتبارية فالبيع الصادر عن البائع لامحالة له نسبة الى الزمان أو الزمانى على حسب نسبة الضرب اليهما لكن الصادر عن الفاعل هو نفس البيع لا البيع المقيد فعلى هذا فكل مالم يتحقق الاجماع على بطلانه يشكل الحكم بصحته لامن جهة قيام الاجماع على البطلان بل لمكان الشك فى شمول الاطلاقات له لأنها تشمل المتعارف من ايجاد الأمور الاعتبارية لإمانت التعارف فى تعليقه و هو ما قدمناه من التعليق على الزمانى الحالى المحقق وقوعه او المشكوك حدوثه فيما اذا توقف صحة الانشاء عليه ، والحاصل أن مقتضى القاعدة عدم صحة التعليق على الأمر الحالى مطلقاً إلا القسم الواحد منه وهو هذا المتقدم ذكره ووجه لبطلان لامن جهة قيام الاجماع على بطلانه بل لأجل الشك فى شمول الاطلاقات له ، وليعلم انهم يعبرون عن الأمر المحقق وقوعه بالصفة والظاهر أن مرادهم منها هو الزمان ثم بطلت ونها على الزمانى المحقق الوقوع ايضاً .

قوله قدوه والمسئلة محررة فى الأصول (الح) وحيث أنه قد حققنا فى موضعه من أن الاصل هو عدم الاجزاء اذا تبدل رأى المجتهد أو قلد المقلد مجتهداً آخر مخالفاً مع مجتهد السابق فى رأى إلا اذا ثبت الاجزاء بالدليل وفى باب العبادات ادعى الاجماع على الاجزاء وأما فى المعاملات فلم يثبت اجماع على الاجزاء وعليه فالحق هو عدم جواز اختلاف المتعاقدين فى شروط

الصيغة مطلقاً.

قوله قدّه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد (١) الكلام في هذه المسئلة يقع تارة في جواز التصرف في المقبوض بالعقد الفاسد من حيث حكمه التكليفي وأخرى في الضمان وحكمه الوضعي، أما الاول فربما يقال بجواز التصرف فيه نظراً الى اذن المالك للقابض بأن يتصرف فيه ولكنه فاسد لأن رضى الدافع وقع على التصرف فيه بما هو ملك للقابض ولم يتحقق منه الرضا على التصرف فيه بما هو ملك له نفسه ولا فرق فيما ذكرنا بين علم الدافع بفساد العقد أو جهله لأنه مع علمه بالفساد ولو لم يحصل منه الرضا بتصرف القابض بما هو ملك له شرعاً لكن يكفي في حصوله بتصرف القابض بما صار ملكاً له عرفاً؛ وبالجمله الرضا بتصرف القابض فيما صار ملكاً له ولو بالتشريع لا يلزم الرضا بتصرفه في ملك الدافع والذي ينفع في اثبات جواز التصرف هو الثاني دون الاول نعم لو علم ولو من الخارج رضا الدافع في تصرف القابض في مال الدافع عوضاً عن تصرف الدافع في مال القابض ولم يكن هذا الرضا من باب الجرى على العقد بل حدث من كل منهما في تصرف الآخر على تقدير فساد العقد والبناء على فساد جاز التصرف (ح) لكنه خارج عن محل الكلام كما لا يخفى، وأما الثاني اعنى الضمان فالحق ثبوته كما هو المعروف المتسالم بين الاصحاب واستدل له بقوله الله تعالى على اليد ما أخذت حتى تؤدي فانه لمكان اسناد كلمة على في قوله على اليد الى العين الخارجى اعنى الممكنى بكلمة ما الموصولة وظهور الظرف في كونه مستقراً لا لغواً لاحتياج اللغوا الى التقدير لكى يصير المحصل على اليد ما أخذت وهو خلاف الظاهر بل الظاهر هو كون نفس ما أخذت بنفسه على اليد، يستفاد منه الحكم الوضعي لأن المقصود من استيلاء العين

الخارجي على الشخص هو كون عهده عليه كما أن استيلاء الفعل على الشخص فيما اذا عبر بكلمة على وقيل على الانسان الصلوة ونحوه هو الوجوب التكليفي فلا وجه للمنع عن دلالة على الضمان بدعوى دلالة على الحكم التكليفي بواسطة تقدير الرد فيدل على وجوب رد ما أخذت تكليفاً من غير دلالة على الوضع .

ويدل على الحكم المذكور اعني الضمان: الخبر الوارد في الأمة المبتاعة بحيث أن الحكم بضمان قيمة الولد يدل على ضمان الاصل ايضاً . لكون الولد من تبعات الاصل ومتفرعاته فيكون ضمانه تابعاً لضمانه وما ذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعية اولى مما استدلل به في الكتاب بطريق الاولوية .

قوله قد وه وليس امتيلاذها من قبيل اتلاف النماء (الخ) لما استدلل بضمان قيمة الولد على ضمان العين بالأولوية بل كان ضمانه عين ضمانها لتبعية ضمانه لضمانها وكان مبني صحة الاستدلال على أن يكون ضمان قيمة الولد بسبب اليد لا بسبب الاتلاف أراد أن يبين أنه ليس من قبيل الاتلاف وتوضيح المقام: أن منشأ الضمان قد يكون هو الاستيفاء وقد يكون هو اليد وقد يكون الاتلاف مثال الاول: ماذا اكل مال الغير كخبزه مثلاً حيث أنه باستيفائه يضمن قيمته . ومثال الثاني: ماذا تلف مال المصوب عند الغاصب بتلف سماوي حيث أنه ليس في البين استيفاء ولا اتلاف بل وقوع التلف قهراً واما الضمان نشأ من اليد . ومثال الثالث ماذا منع المالك عن التصرف في ماله من دون تصرف منه فيه ولا شبهة في ثبوت الضمان بالأولين ولكن في ثبوته بالثالث بحث طويل وفيه اقوال نالها التفصيل بين وقوع الاجارة على ما تلف لا بالاستيفاء وبين عدم وقوعها بثبوت الضمان

في الاول دون الأخير ولا يبعد أن يكون الاقوى هو الأخير، والتحقيق في ذلك
 هو كقول الى محل آخر؛ وكيف كان فلا اشكال في أن استيلاد الأمة ليس
 من قبيل اتلاف منفعتها من دون استيفاء أويده وهذا ظاهر، وانما الكلام في
 تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء أو من قبيل اليدفان كان من قبيل الاستيفاء
 فضمن المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح، وإن كان
 لأجل اليد فاليد على المنافع بعين اليد على العين فيكون ضمانها بعين
 ضمان العين وهذا ما قلنا من أن دلالة الرواية (ح) ليست بمناط الاولوية
 بل انما هي بعين الدلالة على ضمان العين و(ح) فالمهم هو بيان كون المورد
 من أي قسم من القسمين المذكورين فنقول يحتمل أن يكون منشأ الضمان
 في المقام هو اليد وذلك لأن الفعل الصادر عن المشتري الذي استولد الأمة
 هو الوطى ويترتب على الوطى الحمل فيترتب على الحمل الولادة فما
 استوفاه المشتري بالمباشرة هو الوطى لا الأخيرين لكن يجب ان ينظر
 الى أن ترتب الحمل والولادة على الوطى هل هو من قبيل ترتب المسببات
 التكوينية على اسبابها كترتب الاحراق على الالتقاء أو من قبيل ترتب
 المعلول على علله المعدة الذي يمكن أن يترتب ويمكن أن لا يترتب
 فإن كان من قبيل الاول فيكون الحمل والولادة ايضاً مستوفى باستيفاء
 سببهما الذي هو الوطى وإن كان من قبيل الأخير فليس بالنسبة اليهما
 استيفاء لا بالمباشرة ولا بالتسبيب. فلو كان ح ضمان لا بد أن يكون بسبب
 اليد، لكن لا ينبغي الاشكال في أن ترتبهما على الوطى ليس من قبيل ترتب
 المسببات على اسبابها التكوينية بحيث كان الحمل بنفسه متعلق ارادة الواطى
 وكان فعلاً اختيارياً له وهذا ظاهر جداً و(ح) فاما أن يكون الضمان على
 نفس الوطى أو يكون على ما يترتب عليه ومن المعلوم ايضاً أن ضمان قيمة

الولد ليس ضمان قيمة الوطئ بل انما هو ضمان منفعتها التي عبارة عن ولدها الذي هو كأييه حر بحكم الشارع وحكمه صار منشأ لتلف المنفعة اعنى رقية الولد بحيث لو لاحكمه بحرته يحكم على الرقية بتبعية أمه ولم يكن تالفاً فهذه المنفعة اعنى الولد (كالتلف) اعنى تلف بحكم الشارع (لالتلف) أى ليس بسبب استيفاء المستوفي اياها ويكون نظير تلفها بسبب سماوى وليس الضمان (ح) إلا بسبب اليد (هذا) :

ويحتمل أن يكون منشأ الضمان هو الاستيفاء وذلك لأن ما ذكر في احتمال كونه بسبب اليد وان كان قوياً متيناً إلا أنه دقة عقلية ، ولا شبهة في أن المرجع في مثل المورد هو العرف ولا ينبغي التأمل في حكم العرف باستيفاء الولد والحمل وإن لم يكن بالدقة كذلك ، واقرى الاحتمالين هو الاول ، وذلك لأن العرف انما يكون هو المحكم في تشخيص المفهوم و أمافي تطبيق المفهوم على المصادق وتعيين المصادق فلا سيل الى الرجوع اليه وما نحن فيه من هذا القبيل لأن الشك في كون المورد من موارد المسببات التوليدية بعدتين مفهومها شك لافي اصل مفهومها (فج) فالأقوى صحة التمسك بالخبر لتبين كون ضمان قيمة الولد باليد لا بالاستيفاء .

قوله وكيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة الخ لما خرج عن عموم على اليد ما اذا كان استيلاء المستولى على مال الغير بتسلط من مالكه اما بالتخصيص أو بالتخصص وكان الخارج بأحد النحويين هو التسليط المجاني لامطلقاً احتيج الى تمهيد قاعدة لتمييز موارد التسليط المجاني عن غيره لتمييز موارد ما كان داخلاً في عموم على اليد عما كان خارجاً عنه بالتخصيص أو بالتخصص فلا جرم مهدوا هذه القاعدة فلا بد من التكلم فيها في مقامين (الاول) في بيان معنى القاعدة اصلاً وعكساً ، (والثاني) في بيان مدركها .

أما الأول فنقول كلمة ما في قولهم رضوان الله عليهم، ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده موصولة يراد بها ما يبينها الصلة المذكورة بعدها وتكون في التوسعة والضيق تابعة لسعة الصحة وضيقها كما هو اللازم من إيهامها وحاجتها في التعيين إلى الصلة.

والضمان مأخوذ من دخول شيء في شيء كما يقال على الدلالة التضمينية أنها دلالة بالتضمن لمكان دخول المدلول التضمني في مدلول المطابق وكون الدلالة عليه في ضمن الدلالة المطابقة والمراد به هو تعهد الإنسان لمال شخص آخر وإنما سمي ضمناً لدخول المال المضمون في ذمته وصيرورته كالجزم منها والضمان يمكن أن يكون بالمعنى المصدري أعني فعل المتعهد وجعل الشيء في العهدة ويمكن أن يكون بمعنى الاسم المصدري أعني نتيجة المعنى المصدري وكلمة يضمن في قولهم ما يضمن يحتمل المعنيين لكن الظاهر منه هو معنى الاسم المصدري وذلك بواسطة التعبير بكلمة يضمن على صيغة المجهول المتأخر بالرتبة عن صيغة المعلوم كما لا يخفى فيكون المراد بالضمان في تلك القاعدة مفايراً مع ما أريد منه في قاعدة الخراج بالضمان حيث كان المراد منه فيها هو المعنى المصدري ولذا يحكم بضمان البغل من يوم المخالفة حسبما في صحيحة أبي ولاد وقد فهم منه أبو حنيفة معنى الاسم المصدري ولذا وقع فيما وقع وقد تقدم توضيح ذلك وسيأتي إنشاء الله، والحاصل أن المراد بالضمان نفس التعهد بمعنى الاسم المصدري الذي هو ملزوم لكون درك المضمون عليه وخسارته من ماله و كينونية الدرك عليه من لوازمه، ومنه يظهر أن تفسير المصنف للضمان بأنه كون درك المضمون عليه تفسير باللازم لأنه تعبير عن نفس حقيقة الضمان فليس كون دركه في ماله نفس حقيقة الضمان فضلاً عن اعتبار كونه في ماله

الأصلي، ثم لازم تعهد الشيء هو لزوم خسارته عليه في ماله إلا أنه إذا كان تعهده بعقد معاوضي صحيح امضاء الشارع يكون تداركه بأداء عوضه المسمى وإذا كان بعقد فاسد غير ممضي من الشارع يكون تداركه بالمثل أو القيمة أو باقل الأمرين من احدهما أو المسمى كما في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض وهذه الاختلافات انما هي في لوازم الضمان ناشئة عن الاختلاف في سبب الضمان وليس اختلافاً في الحقيقة بل الضمان في جميع الصور بمعنى واحد وهو التعهد المذكور ومنه يظهر ضعف احتمال أن يكون المراد بالضمان في قولهم يضمن بفساده هو الضمان بالمسمى لكونه في العقد الصحيح بهذا المعنى لكي يتطابق الضمان في الجملتين اعني ما يضمن بصحيحة يضمن بفساده. ووجه الضعف هو منع اختلاف معنى الضمان إذا كان تداركه في احدي الجملتين بأداء المسمى وفي الأخرى بأداء المثل أو القيمة لما عرفت من أن هذا اختلاف في لازم الضمان لافيه نفسه، وأما ما ذكره المصنف قدس في طي دفعه بقوله لأن الضمان بالمسمى يخرج من فرض الفساد اذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وإن كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضية نظير المعاطاة على القول بالاباحة، فلا يخفى مافيه من المناقشة، لأن لزوم التدارك بالمسمى من لوازم كون العقد ممضي عند الشارع ففرض فساد العقد مع لزوم التدارك بالمسمى متناقضان، وأما تنظيره قدس بالمعاطاة على القول بالاباحة ففيه: أن الاباحة اجنبية عن المقام لما عرفت من أن صحة تصوير القول بالاباحة تتوقف على القول بأن المتعاطيين انشأ الاباحة بالتسليط الخارجي مع كون الداعي هو البيع فكان صدور الاباحة عنهما من باب تخلف الداعي والمفروض أن الشارع امضى فعلهما فليس الصادر عنهما فاسداً أصلاً (هذا) ومع فرض النع عما ذكرناه

في تصوير القول بالاباحة فلا اشكال أن فعلهما الصادر منهما ممضاء بكاشفة السيرة فيكون صحيحاً لا محالة فضمن المسمى فيها نشأ عن امضاء معاملتهما بأي وجه تريد أن تقول في صحته وأين هذا من العقد الفاسد الغير الممضى وهذا ظاهر ، وربما يقال بأن لازم معنى الضمان هو تعهد الممثل أو القيمة حتى في العقد الصحيح بمعنى أن المال الواقع عليه العقد قبل وصوله الى من انتقل اليه يكون مضموناً على من انتقل عنه وإذا قبضه المنتقل اليه ينتقل الضمان اليه ومعنى ضمانه هو وجوب رد مثله أو قيمته لو ارتفعت المعاملة برفع من فسخ أو اقالة وكان بعد تلف المال المقبوض ، ولكنه مدفوع بأن المحقق هو ثبوت الضمان من اول القبض الى آخر التلف غاية الأمر يكون ضمانه على القدر المشترك بين المسمى والمثل أو القيمة طولاً ما دام بقاء العين يكون ضمانه بالمسمى وبعد تلفه ينتقل الى المثل أو القيمة كما لا يخفى .

ثم انك قد عرفت من أن الموصول في العموم والخصوص يتبع الصلة (فح) يجب أن يبين المراد من قولهم يضمن بصحيحه لكي يتبين المراد من الموصول ،

فنقول : المراد به هو العقود المعاوضة وما يلحقها من الايقاعات المشتملة على المعاوضة كالخلع والجماعة أما الخلع فيفما اذا بطل بحيث لم يسلم عوض المال المبذول الى الزوجة وهو تخليص نفسها عن الزوجية (ح) يدخل تحت تلك القاعدة اعني ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسدة فان المنة لم تسلط الزوج على مالها مجاناً بل بعوض وهو خلاص نفسها ولم يسلم اليها فيكون من الموارد التي لم يقع التسليط عن المالك مجاناً وبلا عوض وقد عرفت أن الغرض من تأسيس هذه القاعدة اصلاً وعكساً هو تمييز موارد التسليط المجاني عن غيره حتى يعلم مورد بقاء المأخوذ باليد تحت عموم

على اليد ومورد الخروج عن عمومته بالتخصيص أو التخصص وظهر أن التسليط في مورد الخلع ليس مجانياً لكي يكون خارجاً عن عموم على اليد وهكذا الكلام في الجعالة، وأما إذا كان بطلان الخلع والجعالة لأجل ظهور كون المال المبذول ملكاً لغير البادل اعني المرئى في الخلع والمالك في الجعالة فهو خارج عن مورد القاعدة اذ لم يتحقق (ح) عن المالك تسليط حتى يبحث عنه في كونه مجانياً أو مع العوض بل لا اشكال في ضمان القابض لما لكه الاصلى بمقتضى عموم على اليد كما لا يخفى.

فتمحصل من جميع ما ذكرناه من أن حقيقة الضمان هو تعهد مال الغير ودخوله في عهده وأما لزوم تداركه عليه فهو من لوازمه وليس نفس حقيقته فضلاً عن كونه بعوضه الواقعي أو بالمسمى، من ماله الاصلى أو غيره. وربما يقال كما عن المقاييس بانتقال المال المضمون الى الضامن آنما لو وقع تلفه منه ثم اشتغال ذمته بالمثل أو القيمة. وبعبارة أخرى من ثبوت الاشتغال بالمثل أو القيمة يستكشف أن انتقال المال الى الضامن بعوضه الواقعي ثم وقوع تلفه منه، نظير ما تقدم في المعاطاة نبأ على القول بالاباحة ولكنه فاسد لعدم الموجب لتقدير الملك الاعوجاجي والملكية آنأ ما بل يمكن أن يقال ثبوت الضمان بالمثل أو القيمة يكشف عن بقاء التالف على ملك مالكه الاول ولمكان بقاءه على ملكه وتلفه عند القابض يجب عليه الفرامة بالمثل أو القيمة وأما ما تقدم في المعاطاة من الحاجة الى التقدير فقد عرفت أنه لمكان احد الامرين من لوازم الملكية أو ملزوماً لها وبعبارة أخرى تكون الحاجة الى التقدير في احد موردين:

احد هما مورد الحكم بتحقيق علة (الملكية) وثانيهما مورد الحكم بتحقيق معلولها وفي المقام ليس شيئاً منهما بمحقق لأن الحكم بضمان المثل

أو القيمة لا يلزم الملكية بوجه من الوجوه بل يلزم عدمها كما قدمناه ،
وبالجملة : فهذا الاحتمال ضعيف في الغاية هذا كله في قولهم ما يضمن .
وأما كلمة بصحيحه فالمعروف هو التعبير بالباء وربما يبدل الباء
(بالفاء) ووجه التبديل هو أن سبب الضمان في العقد الصحيح هو العقد وفي
الفساد هو القبض فلو عبر في كلتا الفقرتين بالفاء لصح التعبير لصحة تحقق
الضمان في الصحيح والفساد وإن كان منشأ الضمان في الأول هو العقد وفي الثاني
القبض ولو عبر بالباء السببية يلزم التفكيك إذ لا يصح التعبير بالباء في العقد
الفساد أعني قولهم يضمن بفساده .

وكان منشأ هذا هو توهم كون المراد من السببية هو التامة منها ففيه أولاً
أن المراد بهما هو الدخيل في الضمان ولا ريب أن العقد الفاسد أيضاً له دخل
في الضمان من حيث كونه منشأً للتسليط المعارض فيصح التعبير بالباء السببية
في الصحيح والفساد معاً .

وثانياً في العقد الصحيح أيضاً يكون السبب هو القبض إمكان كون
التلف قبل القبض ممن انتقل عنه فليس هو أيضاً سبباً تاماً .

ثم العموم في العقود يحتمل أن يكون باعتبار النوع بمعنى أن يكون
المراد كل نوع من العقد يكون في صحيحه الضمان ففي فساد الضمان
ويحتمل أن يكون باعتبار الصنف أي كل صنف من العقود فيه أفراد
صحيحة وأفراد فاسدة ويكون في أفراد الصحيحة ضمان ففي أفراد الفاسدة
ضمان أيضاً .

ويحتمل أن يكون باعتبار الشخص بمعنى أن كل شخص من العقد
إذا فرض أن يكون صحيحاً وكان على قرض صحته فيه الضمان فهو على فرض
فساده أيضاً فيه الضمان .

والمختار عنده قدم هو الاحتمال الثاني وحكي الاحتمال الأخير عن بعض وضعفه بأن الظاهر من هذه القضية اعني قضية ما يضمن بصحيحه هو أن يكون الموضوع هو العقد الذي له افراد صحيحة وافراد فاسدة لا فرض صحة شخص عقد تارة وفرض فساده أخرى (فح) فلا يستقيم حملها على الاحتمال الأخير بل لابد من الحمل على احداً الاولين وحيث أن الحمل على النوع بعيد أيضاً فالتعيين هو الحمل على الصنف وهو الاحتمال الثاني، ثم نقل وجه احتمال الأخير بما حصله أن منشأ الضمان في العقد الفاسد هو الاقدام وهو يلائم مع الاحتمال الأخير لأن منشأ ضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحاً هو الاقدام وهو موجود في صورة فساد فاليبيع مع الثمن لو كان صحيحاً يضمن لمكان الاقدام ففي فسادها أيضاً كذلك والبيع بلا ثمن لو كان صحيحاً ليس فيه الضمان لمكان انتفاء الاقدام ففساده أيضاً كذلك، ثم اورد عليه بأن الكلام في القاعدة نفسها والاقدام مدرك للقاعدة وهو خارج عن محل الكلام ولا يخفى أن التحقيق هو ما احتمله ذاك البعض وهو الاحتمال الأخير من جهة كونه الظاهر من القضية أولاً. ولزوم التصرف فيها لو كان الظاهر منها غير ذلك لكي توافق مع مدركها ثانياً، أما الاول فلأن قضية كلما يضمن بصحيحه يضمن بفساده نظير جميع القضايا الحقيقية في كونها منحلة الى شرطية شرطها عقد وضعها وجزائها عقد حملها. فمعنى ما يضمن بصحيحه هو أنه لو وجد عقد وكان على تقدير وجوده وصحته مما فيه الضمان فهو على تقدير وجوده وفساده أيضاً فيه الضمان وهذا المعنى الذي هو الظاهر من القضية الحقيقية ظاهر الانطباق على الاحتمال الأخير كما لا يخفى. وأما الثاني فلأن هذه القضية بالفاظها ليست واردة في نص من كتاب أو سنة بل انما قاعدة استخرجت من مدركها فالتبع (ح) هو

المدرک، ومدرک. هذه القاعدة هو الاقدام. واذا كان المدرک مقتضياً للاحتمال الاخير يتعين الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهراً في غيره، ومما ذكرناه يظهر ايضاً عدم الفرق في اقتضاء الصحيح للضمان بين أن يكون للعقد بنفسه أو يكون من ناحية الشرط المتحقق في ضمنه لأن المالك في ثبوت الضمان في فاسد المال كان صحيحاً لكان فيه الضمان هو الاقدام ولو كان مقتضى الشرط هو المجانية فلو فرض صحة العقد المشروط به ولم يكن على تقدير صحته فيه الضمان فليس فيه على تقدير فساده ايضاً ضمان كما في مثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة ولو كان مقتضى العقد لولا الشرط هو المجانية وكان مقتضى الشرط هو الاقدام المعاضى وكان المقدار المشروط على تقدير صحته موجباً للضمان ففي فاسده ايضاً يكون الضمان وذلك كالهبة المشروطة بالعوض حيث أن الهبة لولا الشرط لا تقتضى الضمان وشرط العوض موجب للاقدام على المعاوضة فيكون فيها الضمان المعاضى على تقدير الصحة ويكون على فرض الفساد ايضاً موجباً للضمان.

وهذا هو الوجه في الحكم بأقل الأمرين من المسمى أو المثل في تلف الموهوب بشرط التعويض قبل الدفع لأنه لولا الشرط لكان الواهب مقدماً على المجانية لكن بالشرط خرج عن المجانية وتحقق الاقدام المعاضى لكن اذا كان المسمى اقل من للمثل ما تحقق الاقدام اليه هو المسمى فيكون الزائد من المسمى مما اقدم اليه مجاناً فيتعين الضمان (ح) بالنسبة الى خصوص مقدار المسمى واذا كان المثل هو الاقل يجب دفع المثل لأن المسمى الاكثر عن المثل لا يتعين على المتهب دفعه الى الواهب لكونه مخيراً بين دفع العين أو حفظها ودفع المسمى ومع تلف العين لا ملزم لتعين دفع المسمى بل التخير باقربين دفعها بدفع المثل أو القيمة وبين دفع المسمى والحاصل أن ملاك القول بدفع

اقل الامرين هو القول باقتضاء الشرط للضمان اذ ليس في عقد الهبة اقتضاء ضمان.

لكن ينبغي أن يعلم أن الشرط على قسمين فمنه ما يكون من قبيل شرط عدم الثمن في البيع وعدم الاجرة في الاجارة، ومنه ما يكون من قبيل شرط كون تلف المبيع على البائع بعد قبض المشتري اياه وكون الشرط مقتضياً للضمان يتم في الاول فان البيع من حيث نفسه لولا الشرط يقتضي الضمان لكونه مبادلة مال بمال واذا اشترط فيه عدم الثمن يكون الشرط موجباً لعدم الاقدام على الضمان فيقع باطلاً على قول أو هبة مجانية على قول آخر بناءً على جواز ايقاع العقود بالالفاظ المجازية فان المراد من البيع (ح) هو الهبة ويكون الشرط قرينة عليه فنفس الشرط يوجب الاقدام على المجانية فان كانت هبة صحيحة فلا ضمان فيها وان كانت فاسدة فلا ضمان ايضاً لأجل عدم الاقدام.

وأما في القسم الثاني فلم يقع الاقدام على المجانية فان البائع مقدم على أخذ العوض غاية الأمر اشترط ضمان في ضمان لأنه شرط لعدم الضمان كما في الاول والمدار في الضمان وعدمه على الاقدام على المعاوضة وعدمه واذا تحقق الضمان المعاوضي فهذا العقد على تقدير صحته يكون فيه الضمان فهو على فرض فساده ايضاً موجب للضمان.

فتحصل من جميع ما ذكرناه معنى المراد من الفاظ تلك القاعدة من أن المراد بالموصول فيها هو العقد أو الايقاع المشتمل على المعاوضة كالخلع وبالضمان هو نفس تعهد الشئ ودخوله في عهده وبالباء في بصحيحه هو النسبية الناقصة وأن مورد القاعدة انما هو فيما اذا تحقق مقتضى الضمان ويكون

الغرض من تأسيسها هو بيان المائزين ما فيه الضمان وبين ما ليس فيه الضمان في مورد تحقق مقتضيه ، وليس المقصود من مقتضى الضمان هو خصوص اليد بل المراد منه هو الأعم منه ومن الاتلاف والاستيفاء . فكل مورد تحقق فيه مقتضى الضمان من يد أو اتلاف أو استيفاء فإن كان من موارد تسليط المالك مجاناً فلا ضمان فيه وإن كان من موارد تسليطه بعوض ففيه الضمان ، . ولنعلم أنه يعتبر في مورد القاعدة أمور (الأول) هذا الذي ذكر آنفاً من كون موردها فيما تحقق فيه مقتضى الضمان من اليد أو الاتلاف أو الاستيفاء فخرج مثل السبق والرمابة الفاسدة إذ ليس فيها ضمان على الآمر مع أن في صحيحها الضمان .

ووجه خروجها هو انتفاء مقتضى الضمان إذ لم يعد عمل العامل الى الآمر بوجه ولم يتحقق من الأمر ما يوجب الضمان من يد أو اتلاف أو استيفاء فلا موجب للضمان .

وأما وجه الضمان في صحيحها فلورود الدليل عليها على خلاف القاعدة ولذا يقتصر على مورد الدليل .

الثاني أن يكون مقتضى الضمان في مصب العقد ومتعلقه بأن تكون نفس متعلق به العقد وقع تحت اليد أو صار مستوفى أو ورد عليه الاتلاف ولولم يكن كذلك (بل تحقق موجب الضمان بالنسبة الى تبعات متعلق العقد كمنافع العين التي تعلق بها البيع حيث أن المنفعة في البيع ليست متعلقة للعقد ولا يبذل بازاها الثمن بل الثمن يقع بأزاء العين وإن كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة لتفاوت الرغبة بالنسبة الى العين بواسطة التفاوت في منفعتها) لكان خارجاً عن مورد تلك القاعدة فلا يرد النقض بضمان المنافع التي لم يستوفها فإنها غير مضمونة في العقد الصحيح مع أنها مضمونة في العقد

الفاسد، وذلك لأن تلك المنافع ليست متعلقة العقد حتى يكون ضمانها في حال فساد العقد مع ضمانها في حال صحته نقضاً للقاعدة .

الامر الثالث أن يكون الاقدام على المعاوضة من مقتضيات العقد نفسه أو الشرط المشتمل عليه فلو كان العقد هو بنفسه أو بالشرط المذكور في ضمنه مقتضياً للضمان ثم تعقب بشرط آخر دافع للضمان فلا يخلو إما أن يكون مدلول الشرط الثاني رفع ما اقتضاه العقد بنفسه أو بشرطه المذكور فيه كما اذا شرط عدم الثمن في البيع فقال بعثك بكذا بشرط أن لا يكون الثمن لك واما يكون مدلول الشرط رفع لازم الضمان الذي اقتضاه العقد بنفسه أو بشرطه المذكور فيه أولاً كما اذا باعه وشرط أن يكون درك المبيع على البائع بعد قبض المشتري ففي الاول يندرج تحت القاعدة دون الثاني اذ شرط الثاني لا يكون رافعاً للضمان الذي اقتضاه العقد بل هو رافع للزامه اعني كون درك المال المبيع على المشتري ورفع اللازم لا يوجب رفع الملزوم والمناط في نبوت الضمان هو انتفاء الاقدام على التسليط المعاوضي فلا موجب لعدم الضمان في العقد المشروط به سواء كان صحيحاً أو فاسداً فلا يرد النقص على القاعدة بما اذا اشترط ضمان المبيع على البائع بتوهم أن صحيحه لا يوجب الضمان مع أن فاسده موجب له وذلك لثبوت الضمان في صحيحه وفاسده (هذا) وأما في مثل بعثك بلا ثمن أو آجرتك بلا أجر فففي كونه باطلاً لمنافاة الشرط مع مقتضى العقد أو صحيحاً يحمل الاول على الهبة والثاني على العارية» وجهان بل قولان مبنيان على صحة ايقاع العقد بالالفاظ المجازية فان الشرط قرينة على ارادة الهبة من البيع والعارية والاجارة لاخذ العوض في مفهومهما والتحقيق هو البطلان مطلقاً سواء قلنا بصحة العقد بالالفاظ المجازية أم لا أما على الثاني فواضح وأما على الاول فلا أنه على تقدير القول به يقتصر

على ما إذا لم يكن الانشاء بالالفاظ الدالة على ما يضاد المعنى الحقيقي مثل انشاء البيع بلفظ الهبة أو الهبة بلفظ البيع مما يكون مدلول القرينة منافياً لمقتضى العقد بحيث يوهم اندارجه تحت الشرط المخالف للمعقد بل كان مثل لفظ نقلت واشباهه من الالفاظ المجازية التي كان المانع عن انعقاد العقد بها كون معناها معنى جنسياً مشتركاً محتاجاً الى انضمام فصل اليه المستلزم لتدرجية ايجاده المنافي مع بساطته كما تقدم هذا كله تمام الكلام في معنى اصل القاعدة اعني ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ومنه يظهر معنى عكسها ايضاً اعني ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده وحاصله ان كل شخص من عقداو ايقاع اذا فرض صحته ولم يكن على فرض صحته موجباً للضمان فهو على تقدير فسادده ايضاً لا يوجب الضمان وذلك لكون منشأ عدم الضمان في صحته مع وجود مقتضاه من اليد أو الاتلاف أو الا سيقتفاء انما هو تسليط المالك مجاناً وهذا المالك بعينه موجود في فاسده ايضاً فمقتضى عدم الضمان في الصحيح والفساد شيئ واحد وهو التسليط المجاني من غير اولوية في فاسده على صحيحه ومنه يظهر أن دعوى اولوية عدم الضمان في الفاسد من الصحيح لا ترجع الى محصل.

ثم أن الأمور المعتمدة في اصل القضية معتبرة هناك ايضاً حرفاً بحرف فيعتبر في عكس القاعدة من تحقق مقتضى الضمان من يدو نحوه ومن كون العقد بنفسه أو بشرطه رافعاً للضمان لأن يكون بنفسه أو بشرطه موجباً له واشترط فيه ما يوجب رفع لازم الضمان المحقق بالعقد بحيث يكون مفاد الشرط ضمان في ضمان لا رفع الضمان، ولكنه ربما يورد على عكس القضية بأمور (منها) ضمان العين المستأجرة حيث انه على المستأجر في الاجارة الفاسدة مع أنه لا يضمنها في الاجارة الصحيحة فلم يصدق ما لا يضمن

بصخيجه لا يضمن بفاسده وقد اختار الضمان صاحب الرياض تبعاً للمحقق الاردبياني قدس سرهما وحكى نسبه الى المشهور عن المحقق المذكور أن حكى عن المحقق الثاني نسبة عدم الضمان اليهم وبالجمله فمنشأ الضمان وعدمه هو الاختلاف في صحة شرط ضمان العين على المستأجر وعدمه فكان القائل بالضمان في الاجارة الفاسدة هو القائل بصحة شرط الضمان والقائل بعدمه هو القائل بفساد شرط الضمان ومنشأ الخلاف في المسئلة الاخيرة هو الخلاف في أن عقد الاجارة هل فيه اقتضاء لكون العين المستأجرة امانة عند المستأجر أم لا، فان كان فيه اقتضاء كان شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد فيبطل من هذه الجهة وإن لم يكن فيه اقتضاء لم يبطل لعدم منافات الشرط مع العقد (روح) نقول ان كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنى أن العقد كان مقتضياً لعدم ضمان العين وكان تسلط المستأجر على العين بتسليط من المالك مجاناً لا يكون في فاسده ايضاً ضمان لتحقيق ملاك عدمه وهو التسليط المجاني وان لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنى أن العقد لا يقتضى عدم الضمان لعدم تكفله لتسليط المستأجر على العين مجاناً فيكون في الفاسد ضماناً على طبق القاعدة لأجل تحقق سبب الضمان وهو اليد أو لاستيفاء وعدم مخصص له من التسليط المجاني وانما لم يكن في صحيحه ح ضمان لأجل صيرورة العين امانة شرعية لاهالكية عند المستأجر بواسطة صحة العقد وامضاءه وهذا المعنى مفقود في العقد الفاسد (فتح) فالمهم تشخيص كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد أم لا فتقول .

يمكن أن يقال بان تسليط المستأجر على العين المستأجرة مجاناً خارج عن مقتضى عقد الاجارة وذلك لأن الاجارة تارة تقع على الاعيان وأخرى على الاعمال وهي باعتبار القسمين ينقسم

الى ثلاثة اقسام لأن استيفاء المنافع اما يكون منوطاً بالتسليط على العين وذلك كسكنى الدار ونحوه مما يتوقف الانتفاع به على التسليط على العين واما لا يكون بالتسليط على العين كما في عمل الحر واما يمكن أن يكون بالتسليط على العين ويمكن أن لا يكون كما في اجارة الدابة لحمل المتاع حيث أنه يمكن أن يكون من المستأجر فيكون بتسليط عنه على العين كما أنه يمكن أن يكون من مالك الدابة فلا يلزم دخول الدابة في سلطنة المستأجر والاجارة في الانواع الثلاثة بمعنى واحد لأنها في كل نوع بمعنى آخر مغاير مع معناها في الآخرين لكنها في النوعين الآخرين ليس بمعنى يقتضى تسليط المستأجر على العين المستأجرة مجاناً لاستحالة في النوع الثاني وعدم اقتضاء عقد الاجارة له في النوع الاخير، فلا بد من أن يكون في النوع الاول ايضاً كذلك وإلا يلزم أن يكون معناها في النوع الاول مغايراً مع معناها في النوعين الآخرين فلا يكون في نفس الاجارة اقتضاء في تسليط العين المستأجرة مجاناً بحيث يصير المستأجر مالكاً ومستحقاً للسلطنة على العين مجاناً حتى يكون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد هذا غاية تقريب هذا الكلام ولكن التحقيق كون شرط ضمان العين مخالفاً لمقتضى العقد كما عليه المشهور وذلك لأن الانواع الثلاثة كما ذكر في توقف الاستيفاء على التسليط على العين أو التوقف على عدمه أو عدم التوقف عليه ولا على عدمه إلا أن اقتضاء الاجارة لتسليط المستأجر على العين مجاناً في القسم الاول لا يوجب التفاوت في معنى الاجارة بل هي مع ذلك الاقتضاء في الجميع بمعنى واحد وهذا الاقتضاء في النوع الاول جاء من خصوصية هذا النوع وهذا المعنى الجامع للجميع هو المعبر عنه بالفارسية (بمزد دادن) اعني الاعطاء للاجرة إلا أنه يفاوت فيما اذا تعلق بالمنفعة أو بالانتفاع

فان تعلقت بالمنفعة تقتضى من ناحية متعلقها وهي المنفعة تسليط العين مجاناً اذ تمليك المنفعة كما في التذكرة انما هو بتسليط المستاجر على العين حيث أن استيفائها كسكنى الدار مثلاً متوقف على التسليط على العين وعقد الاجارة مقتضى لتمليكها الذى يتضمن التسليط فتعلق الاجارة بالمنفعة بمعناها المتقدم اعنى الاعطاء بالاجرة يقتضى التسليط على العين وهذا بخلاف تعلقها بالا تنفاع مثل عمل الحر أو الانفاع بالدابة فان الاجارة بالمعنى المتقدم لا تقتضى فيها تسليط المستاجر على العين فظهر أن اجارة الاعيان مقتضية للتسليط عليها بلا اختلاف في معنى الاجارة وعليه فيكون شرط ضمان العين في اجارة الأعيان مخالفاً لمقتضى العقد ويترتب عليه عدم ضمان العين في الاجارة الفاسدة ايضاً وحاصل الكلام في دفع النقص على عكس القاعدة بضمان العين المستأجرة في الاجارة هو الالتزام بالضمان على تقدير أن لا يكون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الاجارة كما عليه المحقق الاردبيلي وتبعه صاحب الرياض قدس سرهما والالتزام بعدمه على تقدير كونه مخالفاً لمقتضى العقد كما عن المحقق الثاني وعليه الأكثر وهو الحق وعلى كلا التقديرين فلا نقض كما تبين (ومنها) النقص بضمان الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناءً على فساد العارية فانه يحكم بضمان المحرم له بالقيمة مع أن العارية الصحيحة لا توجب الضمان ، وقد اجاب عنه المصنف قده في الكتاب بقوله أن وجه ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله واداء قيمته أن المستقر عليه قهرأ بعد العارية هي القيمة لا العين (الخ) وتوضيح ما افاده يتم ببيان أمور (الاول) لا اشكال في وجوب الارسال على المحرم بعد استيلائه على الصيد بسبب العارية وهل هو حكم تكليفي محض وأن الصيد باق على ملك مالكه مالم يتحقق الا رسال فاذا وقع على

يد المعير فلا ضمان وإنما الضمان يتحقق بسبب الإرسال الذي هو اتلاف لمال المعير أو أن الصيد بسبب وقوعه يد المحرم عليه خرج عن الملكية وصار من المباحات بالأصل ورجع إلى حالته الأولى أعني قبل صيرورته محازاً، (وجهان) بل قولان اقواهما الثاني وذلك لأن بقاء ملكية المعير مع وجوب الإرسال على المستعير وإن كان ممكناً معقولاً إلا أنه من حكم بخروج الصيد عن ملكية الإنسان إذا صار محرماً إذا كان الصيد تحت يده يستكشف أن وجوب الإرسال لمكان خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات بالأصل فتأمل.

الامر الثاني لافرق في ضمان المستعير قيمة الصيد بين ما إذا كان المعير عالماً بالموضوع أعني كون المستعير محرماً وبالحكم أعني كون يده على الصيد موجباً لخروج الصيد عن ملك المعير أم لا، أمامع الجهل فظاهر وأما مع العلم فربما يتوهم انتفاء الضمان لمكان اقدام المعير مع العلم على اتلاف ماله فيكون كالاقدام على التسليط المجاني لكنه توهم فاسد وذلك لأن المورد ليس من موارد التسليط على الاتلاف مجاناً ولا من قبيل الاسباب والمسببات حتى يستند الفعل الصادر عن المسبب إلى السبب بمناط كونه اقوى لأن باب المسببات والاسباب ما اذا لم يتوسط بين السبب والمسبب ارادة الفاعل المباشر، وأمامع توسطها فخرج عن باب المسببات كما اذا امر المالك غيره باللقاء متاعه في البحر فالقاء المأمور اختياراً اذا لم يكن اللقاء جائزاً شرعاً فإنه يضمن المباشر ولو كان بأمر من المالك نعم لو كان اللقاء مباحاً شرعاً كما اذا توقف سكون السفينة على اللقاء فالقاء المأذون باذن المالك فلا ضمان، ففي مانع فيه ليس التلف أعني خروج الصيد عن الملكية باقباض المعير محضاً بل إنما هو قبض المستعير وقبضه فعل اختياري

له فيتوسط بين الاقباض وبين القبض الذي هو الموجب للتلف إرادة المستعير فيخرج عن باب المسببات التوليدية .

الامر الثالث لو لم يرسل المستعير الصيد بل رده الى المعير فهل يسقط به الضمان أم لا قولان اقوا هما الثاني وذلك لأن منشأ الضمان هو خروج الصيد عن ملك المعير بقبض المستعير وصيرورته مباحاً بالاصل والرد اليه موجب لتحقيق ملكية جديدة بوصول الصيد الذي صار من المباحات الى المعير كما أنه يصير ملكاً لكل من يقبضه ولو كان غير المعير فحدوث الملك الجديد لا يوجب رفع الضمان الثابت بسبب تلف الملك السابق .

فان قلت: اذا صار الخل المستعار خمرأ عند المستعير يضمن قيمته للمعير فلو فرض انقلابها الى الخل بمجرد وصولها الى يد المعير وردها للمستعير اليه يخرج عن الضمان بردها من غير اشكال فما الفرق بينه وبين المقام؟ مع أنه في المقام ايضاً يدخل في ملك المعير بمجرد الوصول الى يده؟ قلت: الفرق بينهما هو تحقق حق الاختصاص في الخمر المنقلب عن الخل وهذا بخلاف الصيد فانه يخرج بوقوع يد المستعير عليه عن الملك وتصير مباحاً بالاصل بحيث يصير جميع الناس في حيازته بالنسبة اليه شرع سواء كما كان أولاً وبما ذكرناه يظهر اندفاع المناقشات التي وقع في الحكم المذكور عن المحقق والشهيد الثانيين فراجع .

اذا تمهد هذه الامور فنقول ضمان المستعير للصيد ليس من ناحية عقد العارية لكي يكون فاسده موجباً للضمان بل انما هو من ناحية الاتلاف الناشئ من تحقق الصيد بيده لمكان كونه محرماً ولو مع فرض صحة العارية ايضاً واذا فرض صحتها يكون ضامناً ايضاً للأجل اقتضاء عقد العارية للضمان بل لمكان الاتلاف كما لا يخفى ، ومما ذكر نقضاً على عكس القاعدة

ضمن اجزاء المبيع واوصافها لو نقصت عند المشتري في البيع الفاسد مع عدم الضمان في صحيحه ، ويندفع بثبوت ضمانها في البيع الصحيح وذلك لأن الغرض من الضمان في الصحيح ليس هو وقوع العوض في مقابله حتى اذا لم يقع المعاوضة عليه لم يكن ضماناً بل المقصود كما عرفت مراراً هو التمييز بين اقدام المالك على التسليط المجاني والتسليط بالعوض والمالك هو الاقدام مع تحقق احدى مقتضيات الضمان من اليد ونحوها (روح) نقول اجزاء المبيع واوصافها ليست مما اقدم البائع على تسليط المشتري عليها مجاناً بل التسليط غير مجاني وإن لم يكن الثمن المذكور بازائها إلا أن لها قسطاً من الثمن فما لم يقبض المشتري المبيع يكون المبيع مع ماله من الأوصاف والأجزاء في ضمان البائع ويكون دركة عليه وبعد القبض يدخل في ضمان المشتري وان كان بين الضمانين فرق من حيث اقتضاء ضمان البائع للأوصاف والأجزاء خيار المشتري للفسخ والارش لو ظهر نقص فيها قبل القبض وضمان المشتري لهما كون نقصانها عليه بقسط من الثمن المسمى على تقدير صحة المبيع وبالارش على تقدير الفساد وعلى كل تقدير فيرتفع النقص كما لا يخفى.

ومن موارد النقص ايضاً النقص بحمل المبيع بالبيع الفاسد فانه يضمنه المشتري مع أنه لا ضمان له في فاسدة ولا يخفى ما فيه ايضاً لأن الحمل اما داخل في المبيع بالشرط أو خارج عنه ويكون المبيع هو الحامل منفرداً عن الحمل، فعلى الاول يكون المشتري ضامناً له في البيع الفاسد إلا أنه كذلك ايضاً في البيع الصحيح وعلى الثاني أنه لا يضمنه في الصحيح والفساد بل يكون الحمل امانة في يد المشتري قد استأمنه البائع عليه بنفس بيعه للحامل منفرداً عن الحمل ضرورة أن بيع الحامل يقتضي تسليمه للمشتري فالقبض الذي اقتضاه البيع موجب لقبض الحمل الباقي على ملك البائع

فيكون استيمائاً على الحمل .

ومنها النقض بالشركة الفاسدة حيث أن اخذ المال المشترك بها يكون عدواناً موجباً للضمان ويندفع بما توضيحه يتوقف على مقدمة: وهي أنه لا اشكال في حصول الاشتراك باختلاط المال قبل ايقاع عقد الشركة ح فيقع الخلاف في فائدة العقد بعد حصول الشركة بالاختلاط قليل بأنه يفيد الاذن في تصرف كل واحد في حصة الآخر وهذا هو المختار عند المحقق الثاني قدم مستدلاً بأنه لولا لزم لغوية الشركة وقيل بأنه لا يترتب عليه فائدة أصلاً وما استدلل به المحقق الثاني لا يثبت انشاء الاذن بعقد الشركة لما عرفت من لزوم كون الفاظ العقود صريحة عرفاً في انشاء مضمونها ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة في اذن الشركاء في التصرف في حصصهم لكي يكون انشاء للاذن فالالتزام بعدم ترتب الفائدة على العقد اهون من الالتزام بترتب ما لا يكون اثر له عرفاً كما لا يخفى وهذا هو الأقوى .

إذا عرفت ذلك فنقول: بناءً على مختار المحقق الثاني قدم ليس في صحيح الشركة ضمان لمكان اقدام كل من المتعاقدين في اذن الآخر في تصرفه في مال المشترك لكن لا يعلم منه قدم التزامه بالضمان في فاسد ما فلعله قائل بعدم الضمان في الفاسد أيضاً بملاك حصول الاذن ولو فرض التزامه بالضمان في الفاسد فيرد عليه قدم بأن التفصيل بين الصحيح والفاسد بنفي الضمان في الاول والقول به في الثاني مخالف مع هذه القاعدة وهذا ايراد يرد على القائل بالتفصيل لأنه نقض للقاعدة وانما النقض لا بد أن يكون بأمر مسلم عندا لكل (هذا) وأما على المختار : اعني عدم افادة عقد الشركة اذن الشركاء في التصرف فالضمان لكل من الشركاء

ثابت في الشركة الصحيحة والفاسدة معاً لعدم اذن كل منهم في التصرف في حصته كما هو المفروض. فلا نقض كما لا يخفى.

هذه جملة من النقوض الواردة على عكس القاعدة وقد عرفت اندفاعها بما لا مزيد عليه، و أما النقص بضمان منافع المبيع في العقد الفاسد حيث أن صحيحه لا يضمن مع أن في فاسده الضمان فقد تقدم التكلم فيه في اصل القاعدة عند بيان الأمر الثاني المعتبر في مجرى القاعدة لأجل اندفاعه .

قوله قدم وأما خبر اليد فدلالته وإن كانت ظاهرة وسنده منجبر إلا أن مورد مختص بالاعيان ولا يشمل المنافع والاعمال المضمونة بالاجازة الفاسدة (الخ)

وحاصل ما افاده قدم هو منع كون اليد مقتضى ضمان المنفعة ولا يخفى مافيه: بل لا فرق بين العين والمنفعة في كون الضمان فيها بسبب اليد و توضيح ذلك: أنه قد تقدم أن متعلق الاجارة ينقسم على انواع منها الاعيان التي يتوقف استيفاء منافعها على كونها تحت استيلاء المستوفي كالدار المستأجرة للسكنى ومنها ما لا يكون استيفائها بالاستيلاء على العين كعمل الحر (ومنها) ما يمكن بكل النحوي كالذابة المستأجرة لحمل المتاع، أما القسم الاول فقبض المنفعة بقبض العين وتكون المنافع تحت اليد بتبع العين فاليد على العين يد على المنفعة ولذلك أورد عليهم بالتهافت في الحكم بكون قبض العين قبضاً للمنفعة وحكمهم بأن تلف العين المستأجرة في الاثنا بما يوجب فوات موضوع المنفعة في الباقي من المدة منشأ لكون المنفعة التالفة على الموجر بقاعدة التللف قبل القبض إذا جازاء القاعدة في تلف المنفعة في الاثنا لا يجمع حصول قبضها في الاول بقبض العين ويوجب

عنه بان قبض المنفعة بقبض العين انما يصح فيما اذا كان في العين منفعة وأما مع عدمها بعدم العين فلا منفعة حتى يكون قبضها بقبضها فلا منافات بين الحكمين أصلاً، وإذا كان عقد الاجارة صحيحاً أو فاسداً يكون ضمان المنفعة على المستأجر بعد القبض وعلى المؤجر قبله أما على المستأجر بعد القبض فلمكان الاقدام على الضمان أى الاقدام على كون المنفعة في عهدته بالعوض غاية الأمر يكون الضمان بالمسمى في العقد الصحيح، وبالقيمة في الفاسد وأما على المؤجر قبل القبض فلأجل قاعدة تلتكف قبل القبض اذ هي عامة في جميع الابواب ولا تختص بباب البيع.

وأما القسم الثاني فضمانه انما هو بالاستيفاء فكل ما سلمت المنفعة للمستأجر يكون ضامناً لها في العقد الصحيح والفاسد على ما تقدم، وأما الثالث فما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرف في العين فيكون ضمانها باليد وما كان منه بالاستيفاء وحصولها للمستأجر فبالاستيفاء فقد تحصل مما ذكرناه في بيان القاعدة أصلاً وعكساً أن موردها هو ما اذا تحقق احدى موجبات الضمان من اليد أو الاستيفاء أو الاتلاف وحيث أن قاعدة اليد وقاعدة من اتلف وقاعدة من استوفى مال الغير كلها قواعد امتثالية جعلت ارفاقاً للمالك فلا محالة تكون كل واحدة مخصصة بما اذ لم يكن اليد والاتلاف والاستيفاء باستيلاء من المالك مجاناً اذ لا معنى لأن يقول المالك بأني راضى في استيفاء مالي مجاناً ويحكم الله سبحانه على المستوفى بالضمان ارفاقاً لحال المالك بل لا بد من الالتزام بخروج مورد تسليط المالك غيره على ماله مجاناً عن عموم القواعد الثلاث اما بالتخصص أو بالتخصيص وإذا كان كذلك فبقاعدة ما يضمن عكساً وأصلاً يتميز مورد اقدام المالك على المجان عن مورد اقدام على التسليط مع العوض لكى يتبين مورد المخصص

عن مورد الباقي تحت العام بما لا مزيد عليه وخلاصة البحث في تنقيح القاعدة أصلاً وعكساً أنها تتم بأمر (الأول) أن هذه القاعدة أصلاً وعكساً ليست مؤسسة لحكم شرعي بل هي لتمييز ما خرج عن عموم قاعدة اليد بالتخصيص أو التخصيص عما يكون باقياً تحت عمومها ويرتب على هذا الأمر فساد البحث عن مدرك الضمان في أصل القاعدة والبحث عنه بكونه الأقدام والمناقشة فيه إذا المدرك في الضمان هو اليد على ما تقدم مراراً .

الامر الثاني أن معنى الضمان هو كون شيئ في الهدية والتعهد به وعدم كونه بلا عوض عليه الجامع لكونه تارة مضموناً بعوض المسمى وأخرى بالمثل ففي العقود الصحيحة يكون كل ما انتقل اليه بعد القبض مضموناً على ما انتقل اليه عاذاً بقاء العقد بالمسمى ومع انتفاء العقد بفسخ أو اقالته بالمثل أو القيمة وفي العقود الفاسدة يكون من أول الأمر بأحد هما فحال الضمان في العقود الفاسدة كحالها في العقود الصحيحة بعد الفسخ أو اقالته وقد تقدم توهم كون الضمان في العقود الصحيحة أيضاً بالمثل أو القيمة بمعنى كون المنتقل اليه ضامناً لما انتقل اليه بالمثل أو القيمة بعد الفسخ أو اقالته وتقدم أيضاً أنه فاعه بما ذكرناه في معنى الضمان من أنه عبارة عن كون شيئ في الهدية بالعوض الجامع بين المسمى والمثل أو القيمة المنطبق تارة على المسمى وأخرى على المثل أو القيمة طولاً بمعنى كونه قبل فسخ العقد أو اقالته بالمسمى وبعده بالمثل أو القيمة .

الامر الثالث أن محل القاعدة وموردها أصلاً وعكساً إذا كان الشيء المقبوض مما يكون العقد متعرضاً له بنفسه أو بشرط في ضمنه فما كان تعرضه له بالاستقلال أو بالتبع مما كان خارجاً عن مورد تعرض العقد بأحدى الوجوه المذكورة فهو خارج عن هذه القاعدة و يترتب على هذا الامر

اندفاع جملة من النقوض المذكورة في عكس القاعدة على ما تقدم: كالنقض بالمنافع المستوفاة في البيع الفاسد حيث أنها ليست مضمونة في البيع الصحيح مع أنها مضمونة في الفاسد. والنقض باجزاء المبيع وأوصافه التي لا تضمن في العقد الصحيح وتضمن في الفاسد، والنقض بعين المستأجرة حيث لا تضمن في صحيح الاجارة دون فاسدها والنقض بحمل المبيع: ووجه اندفاعها اما الاول فيما عرفت من أن العقد ليس متعرضاً لمنفعة المبيع بل هي تدخل في ملك من انتقل اليه العين بحكم الشارع اذا كان البيع صحيحاً وأما في الفاسد فهي باقية على ملك البائع وحيث لم يقدم البائع على تسليطها مجاناً ولم تدخل في ملك المشتري ايضاً تبعاً. فلا جرم يضمنها المشتري بالقيمة (١).

وأما الثاني فيما تقدم من ثبوت ضمان الاوصاف والاجزاء في العقد الصحيح ايضاً لتعرض العقد لهما لأن لكل منهما قسطاً من الثمن.

وأما الثالث فيما تقدم من عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد بناء على كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الاجارة وثبوت الضمان فيها بناء على أن لا يكون شرط المذكور مخالفاً لمقتضى العقد ويكون عدم الضمان (ح) في صحيح الاجارة لأجل كون العين عند المستأجر امانة شرعية لاملكية

وأما الرابع فيما تقدم من أن الحمل اما يدخل في المبيع بالشرط أولاً فعلى الاول فيكون المشتري ضامناً له في العقد الصحيح والفاسد وعلى الثاني فيكون امانة مالكية عنده فلا يضمنه في العقد الصحيح والفاسد، وليعلم أنه فرق بين الحمل وبين الزيادة المتصلة كالصوف ونحوه وبين ما

(١) هكذا افيد ولكن يمكن ان يقال بتعرض العقد لها المكان ازدياد القيمة بها كما في الاوصاف والاجزاء حسب ما يأتي فيكون الضمان فيها في العقد الصحيح والفاسد معاً كما لا يخفى.

من قبيل السمن ، أما الحمل فإن اشترط دخوله في المبيع فيدخل فيه وإن لم يشترط دخوله فيه يبقى على ملك البائع سواء اشترط بقاءه على ملكه أو لم يشترط أصلاً ، وأما مثل الصوف فإن اشترط خروجه عن المبيع فيخرج عنه وإن لم يشترط خروجه يدخل في المبيع تبعاً سواء اشترط دخوله فيه أم لم يشترط أصلاً فيكون من هذه الجهة عكس الحمل ، وأما السمن فهو داخل في المبيع على كل تقدير ولا يصح شرط خروجه عنه وسر هذا الفرق يظهر فيما يأتي .

وكيف كان فجميع هذه الأمور إما يكون العقد متعرضاً لها إما بالاطلاق أو بواسطة الشرط فتدخل في الضمان وإما يكون خارجاً عن مورد تعرض العقد فتصير أمانة فلا تدخل في الضمان من غير فرق بين العقد الصحيح والفساد .

الامر الرابع المدار في صحيح العقد وفساده انما بالنسبة الى شخص العقد لانوعه ولا صنفه فشخص العقد الواقع يفرض تارة صحيحاً وأخرى فاسداً فإن كان في صحيحه الضمان ففي فاسده ايضاً يكون كذلك ففي مثل بعثك بلائمن لا ضمان لعدم الضمان فيه لو كان صحيحاً وفي مثل الهبة المعوضة يتحقق الضمان وهذا المعنى مع كونه هو الموافق لتضية ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده لكونها من القضايا الحقيقية حسبما تقدم لا بدعنه ولو على تقدير كونه مخالفاً لظاهر القضية لوجوب حملها على ما يوافق مدركها اذ ليست القضية مماوردت الفاظها في كتاب أو سنة حتى تكون العبرة على مالها من الظاهر .

ثم أن الاقوال في مثل بعثك بلائمن وآجرتك يلا اجرة ربما تنتهي الى خمسة (احدها) أن يكون هذا العقد كالعقد في عدم ترتب شيء عليه أصلاً فكأنه لم يصدر من الموجب شيء أصلاً ولازمه كون القابض ضامناً

ولازمه كون القابض ضامناً لما قبضه بواسطة على اليد مع عدم تحقق تسليط من المالك مجاناً وهذا الاحتمال لا يعبأ به .

وثانيها أن يكون بيعاً فاسداً أو اجارة فاسدة لتضمنه للشرط المخالف لمقتضى العقد لاقتضاء البيع أن يكون مع الثمن ، والاجارة أن تكون مع الاجرة وهذا هو الصحيح كما تقدم وجهه .

وثالثها أن يكون هبة صحيحة في بعثك بلا ثمن وعارية صحيحة في آجرتك بلا اجرة بناءً على صحة ايقاع العقود بالالفاظ الكنائية فيكون نفى الثمن والاجرة قرينة على ارادة الهبة من البيع والعارية من الاجارة .

و رابعها كونه هبة باطلة وعارية باطلة بناءً على عدم صحة ايقاع العقود بالالفاظ الكنائية ويرد القولان بأن المنشئ في بعثك بلا ثمن و آجرتك بلا اجرة لا ينشئ الهبة و العارية بل المقصود من الاول هو انشاء البيع ومن الثاني انشاء الاجارة لأنه انشاء الهبة بالاول و العارية بالثاني حتى تنتهي النوبة الى التكلم في كونه هبة أو عارية صحيحة أو باطلة .

وخامسها التفصيل في آجرتك بلا اجرة بين ما اذا كان متعلق الاجارة هو الاعمال وما اذا كان هو الاعيان بالقول بعدم الضمان في الاول لكون العامل متبرعاً بعمله دون الثاني لأن التراضي على المجانية حصل في ضمن العقد الفاسد الذي لا اثر له أصلاً ولا يخفى ما في هذا التفصيل ايضاً ما في شقه الاول فيما اورده الشهيد الثاني قده عليه من أن العامل لا يكون متبرعاً بالعمل بعد امر المستأجر به وايقاعه بطلب منه وأما ما في شقه الثاني فلما عرفت من أن العقد الفاسد ليس بمنزلة العدم وفرض وجوده كأن لم يكن حتى لم يقدش شيئاً أصلاً بل هو يفيد تسليط المالك للمستأجر على ماله مجاناً وترتب هذا التسليط عليه تكويني لا يدور مدار صحة العقد بحيث ينتفى بانتفائها بل هو امر متحقق

ولو كان العقد فاسداً ومع تحققه يدخل في حكم ما استثنى من قاعدة اليد كما لا يخفى وبالجمله فالتحقيق هو كون بعثك بلائمن و آجرتك بلاجرة بيعاً فاسداً وأجارة فاسدة وأنه لا ضمان في شئ منهما .

الأمر الخامس ما تقدم من أن العبرة في اثبات الضمان بالشرط أو نفيه به انما هو فيما اذا كان الشرط في نفسه متعرضاً لاثباته كما في وهبتك مع العوض أو لنفيه كما في بعثك بلائمن وأما اذا كان مضمون الشرط نفي نتيجة الضمان الثابت بالعقد فهو خارج عن مورد القاعدة وذلك كما في مثل بعثك بكذا، بشرط أن يكون تلفه عند المشتري على عهدة البائع وقد تقدم

ثم انه ربما اورد على القاعدة بوجوه أخر لم تذكر في الكتاب (منها) النقض بمعاملة البالغ مع الصبي ببيع ونحوه وتسليم المبيع اليه فانه مما يضمن بصحيحه مع أنه لا ضمان فيه (ومنها) معاملة الصبي مع البالغ بهبة ونحوها فانه يضمن البالغ ما يقبضه منه بالهبة مع أنه ليس في صحيح الهبة ضمان (ومنها) الاشراف عن الغاصب مع علم المشتري بكون ما يده غصباً حيث أنه لا يضمن الغاصب لما يأخذه عن المشتري من الثمن مع أن البيع مما يضمن بصحيحه، والجواب: أما عن الاولين فبأن العقد من الصبي كالا عقد فلا يترتب عليه شئ فلاحكم لتسليطه المجاني فالأخذ عن الصبي بعنوان الهبة ليس اخذاً مترتباً على تسليطه المجاني لكي لا يكون فيه ضمان وكذا تسليط البالغ اياه على ماله، بالبيع منه لا يترتب عليه التسليط المعاوضي لكي يثبت فيه الضمان بل هو من قبيل الالقاء في البحر، وأما عن الاخير فلأن عدم ضمان الغاصب لما يأخذ عن المشتري من الثمن ليس لأجل فساد البيع بل البيع فضولي لا يكون باطلاً ويصح اذا أجاز به المالك وانما هو لأجل تسليط المشتري

اياه على ماله مع علمه بأنه لا يستحقه وقد عرفت أن مورد القاعدة انما هو فيما اذا كان العقد وارداً على ما يضمن باليد ونحوه ومن المعلوم أن طرف العقد هو المالك لا الغاصب فبالنسبة الى المالك تطرد القاعدة لأن في صحيح بيعه وفاسده الضمان ومع الغصب لا يبيع حتى يوجب الضمان ولو فرض اندراج التسليط على الغاصب تحت القاعدة لكان مندرجاً تحت عكس القاعدة كما لا يخفى، هذا تمام الكلام في هذه القاعدة اصلاً وعكساً والحمد لله.

قوله قدّم الثاني من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد (الخ) من الامور المرتبة على المقبوض بالبيع الفاسد هو وجوب رده على المالك فوراً مطلقاً سواء كان قبضه موجباً للضمان أولاً، ومحل الكلام : هو فيما اذا كان القبض وفاةً بالمعاملة وجرياً على وفقها. بل يتحقق اذن جديد على القبض من استيمان أو ايداع ونحوها وإلا فلا يجب رده مالم يطالبه المالك من غير اشكال فلا فرق في وجوب الرد فيما اذا لم يتحقق الاذن الجديد بين علم الدافع بفساد المعاملة وبين جهله اذ مع العلم يكون التسليم منه وفاةً بالمعاملة الفاسدة غاية الامر تشريعاً لا اعتقاداً بالصحة ولا متافاة بين نفي الضمان فيما لا يكون قبضه مضموناً بين وجوب رده بعد فرض انتقاء اذن المالك في حفظه وتصرفه وعدم صحة الابقاء تحت اليد اعتماداً على القبض المتحقق بعنوان الوفاء بالمعاملة.

ثم إن الدليل على وجوب الرد فوراً وجوه (الاول) التوقيع الشريف لا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره إلا باذنه وقد يناقش في الاستدلال به بمنع صدق التصرف على الابقاء وعدم الرد الى المالك ولكنه مندفع بأن انصراف التصرف الى غير الابقاء بدوى اذ لا شك أن قبضه تصرف وابقاء التصرف تصرف قطعاً كما لا يخفى. (الثاني) النبوى المعروف : على اليد ما اخذت حتى تؤدى

فانه يدل على الضمان الذي حكم وضعي بالمطابقة على وجوب الرد بالالتزام لأن جعل الاداء غاية للضمان بحيث يكون الأداء را فعالة يدل على مطلوية الاداء شرعاً و مطلويته عبارة في المقام عن وجوبه بل يمكن استظهار نفس الوجوب من الاداء لاستكشاف مطلويته المطلقة .

فان قلت هذا انما يتم فيما اذا كان في المقبوض ضمان كما في موارد اصل القاعدة وأما مع عدم الضمان كما في موارد عكس قاعدة ما يضمن فلا ضمان حتى يستكشف من الحكم بالضمان فيه وجوب الرد .

قلت: هذا الاشكال يرد على فرض كون خروج التسليط المجاني عن عموم الحكم بالضمان بقاعدة على اليد بالتخصيص بأن يقال بكون مورد قاعدة على اليد مخصوصاً بما اذا كان قهر على المالك ادخ لانظر للقاعدة على مالا قهر على المالك في الأخذ منه كما في موارد تحقق التسليط منه مجاناً ، وأما على فرض كون خروجه بالتخصيص . كما هو الظاهر لكون الأخذ اعم من الأخذ على نحو القهر كما في مثل اخذ الوديعة والامانة فلا وقع لهذا السؤال اصلاً و ذلك لأن المستفاد من دليل على اليد، حكمان (احدهما) الضمان ، والآخر وجوب الرد وتخصيص الاول بمخصص لا يستلزم تخصيص الثاني ايضاً بعد أن لم يرد عليه مخصص فح فاللازم الاقتصار في التخصيص على مقدار ورود الدليل عليه .

الثالث قوله عليه السلام لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه والمناقشة فيه في عموم مدفوعة بأن اسناد الحرمة الى الاعيان مقتضى لحرمة جميع الافعال الواردة عليها من المكلف التي منها ابقائه تحت اليد كما لا يخفى ، وتوهم كونه باذنه لرضا المالك به فيما اذا كان عالماً بالفساد مدفوع، بما تقدم من أن الرضاء المحقق بعنوان الوفاء على المعاملة و الجرى على طبقها لا يوجب

حل التصرف ، والمفروض عدم تحقق اذن جديد من المالك وبالجمله فلا ينبغي الاشكال في اصل وجوب الرد وفي فوريته بمعنى الفورية العرفية . و
انما الكلام في مؤنة النقل الى المالك هل هو عليه أو على الناقل ، أم فيه تفصيل
وتحقيق الكلام فيه يتوقف على بسط فيه ، فنقول : ربما يقال بأن مؤنة النقل على
المالك وذلك لأن القبض الى المالك عبارة عن التخلية بنيه وبين ماله بحيث يصير
ممكناً من اخذه بلا منع من طرف الآخر أخذ و أما نقله اليه فهو خارج عن
حقيقة القبض وإذا كان الواجب هو القبض فلا وجه لوجوب النقل عليه حتى
يكون مؤنته عليه من باب وجوب المقدمة ولا يخفى ما فيه لأن الواجب على
الآخر أخذ بحكم المستفاد من خبر على اليد هو الرد ولا اشكال في أن صرف التخلية
بين المال ومالكه لا يصدق عليه الرد بل يحتاج في صدق الرد الى تحقق قبض
من المالك أو من بحكمه فإذا توقف على النقل كما اذا لم يكن المالك
حاضراً عند المال يجب النقل فيجب بذل مؤنته من باب مقدمة الواجب وقد
يستدل لنفي وجوبها على القابض بقاعدة لا ضرر ، حيث أن تحميل الغاصب و
من بحكمه على مؤنة النقل ، ضرر عليه وهو أيضاً لا يخلو عن الفساد وتوضيحه
أن الحكم الذي يراد اثبات نفيه لتحكيم قاعدة لا ضرر عليه لا يخلو عن انحاء
احدها أن لا يكون امثاله منوطاً على بذل مال دائماً (وثانيها) أن لا يكون
كذلك في الاكثر (وثالثها) أن يكون امثاله منوطاً على بذل المال دائماً أو
في الاكثر (ورابعها) أن يتساوى مورد توقف امثاله على بذل المال مع مالا
يكون كذلك ولا اشكال في حكومة لا ضرر على الحكم الذي لا يتوقف
امثاله على بذل المال دائماً أو في الاكثر فإذا اتفق اناطته في مورد نادراً لا يجب
البذل مقدمة للامثال بل يسقط التكليف عن الشيء الذي يتوقف على البذل
وأما في الاقسام الأخر فليس لقاعدة الضرر حكومة على الحكم المتوقف على

البذل ضرورة لزوم عدم تحقق المورد له دائماً أو في الأكثر فيما اذا كان التوقف دائماً أو أكثرياً وكذا في صورة التساوي، ثم فيما اذا كان التوقف على البذل دائماً أو أكثرياً ربما يصير منوطاً ببذل الزائد عن المتعارف بحيث يكون اجحافاً وهذه الزيادة أيضاً ترفع وجوبها بقاعدة لا ضرر كنفى وجوب اصل البذل فيما لا يتوقف على البذل اصلاً، اذا عرفت ذلك، فاعلم أن حاجة الرد الى مؤنة النقل أكثرى لكون الرد بالنسبة الى ما لا يحتاج نقله الى المؤنة اقل مما يحتاج اليها المكان أكثرية ما في نقله المؤنة كالعروض عما لا يحتاج فلو حكمنا بتحكيم لا ضرر في المقام للزم انحصار الحكم بوجوب الرد على الاخذ بالموارد النادرة لكن الواجب عليه هو مؤنة النقل بما لم يكن اجحافاً فلو كان كذلك كما اذا لم يوجد حمل إلا بالجرة مجحفة أو كانت الاجرة في حد نفسها اجحافاً على القابض أي زائداً على مقدارها المتعارف لم يجب عليه هذه الزيادة فتحصل أن الأقوى هو كون مؤنة النقل على القابض بما اذا لم يكن منشاءً للاجحاف عليه هذا اذا كان المالك والمال كلاهما في بلد القبض ولو اخرج المال عنه مع بقاء المالك فيه فيجب نقله الى بلده والتسليم اليه ويكون مؤنة الرد عليه بطريق أولى لأنه هو المخرج اياه ولو اخرج المالك عن البلد مع بقاء المال فيه ففي وجوب النقل اليه الى خارج البلد فيجب عليه مؤنته أو عدمه بل يسلمه الى الحاكم ومن يحكمه (وجهان) اقواهما الثاني وذلك لعدم دليل على الالتزام الى النقل وانما الواجب هو النقل اليه على النحو المتعارف و مع تعذره يقوم الحاكم مقامه ولو كان المال والمالك كلاهما خارجين عن البلد مع كون المال منتقلاً الى غيرهما انتقل اليه المالك فهل يجب النقل الى بلد القبض أو الى البلد الذي فيه المالك (احتمالان) والذي ينبغي أن يقال أنه اذا كانت مؤنة النقل الى بلد القبض اقل وكان النقل اليه انفع

للمالك لأجل تفاوت القيمة يجب النقل اليه من غير اشكال و هكذا مع التساوي في المؤنة والتفاوت المالك وأما إذا كان النقل الى بلدا لقبض أكثر مؤنة و كان النقل اليه اعود للمالك فان تواطيا على النقل الى بلدا لقبض أو الى بلدا إقامة المالك فهو فان اختلفا فالظاهر أن لكل منهما حق النقل الى بلد القبض فليس للمالك الزامه على النقل الى بلداقامته بل يجوز له النقل الى بلد القبض والتسليم الى الحاكم كما أنه ليس له النقل الى بلد إقامة المالك ما لم يرضى المالك ولكن الحكم في صورة الاختلاف لا يخلو عن الاشكال فالاختياط مما ينبغي أن لا يترك ، وكيف كان ليس للقباض تسليم المال الى الحاكم المقيم في بلد المال من غير اشكال كما لا يخفى .

قوله قده الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة (الخ) هذا هو الحكم الثالث المترتب على المقبوض بالعقد الفاسد ، اعلم أنه لا خلاف ولا اشكال في ضمان الغاصب لمنافع العين المفصولة مطلقاً سواء كانت مستوفاتاً أو كانت تالفة من غير استيفاء ، وأما الكلام في غير الغاصب كالتباض بالعقد الفاسد ، والكلام فيه يقع تارة في المستوفاة واخرى في غيرها أما الاول فالمعروف فيه هو الضمان وذلك لأجل قاعدة على اليد لصدق اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين كما تقدم ، ومع الغرض عن ذلك . فلمكان الاستيفاء حيث أن المنفعة مال محترم قد استوفاه المستوفي فيجب عليه قيمتها هذا وقد نقل القول بعدم الضمان فيها عن الوسيلة مستدلاً بقاعدة الخراج بالضمان بناءً على شمولها لما كان الضمان بالعقد الفاسد ، ولكن التحقيق اختصاصها بمورد العقد الصحيح و توضيح ذلك يتوقف على بيان القاعدة والتكلم فيها يقع عن جهات (الاولى) في مدركها ونقول روى بطرق انعاماً عن النبي ﷺ أنه من جملة قضاياها ﷺ أنه قال: الخراج بالضمان ويكون راوي قضاياها ﷺ هو عبادة بن

الصامت الذى اتقن فى النقل، وجملة من القضايا المروية عنه وَاللَّهِ شَهِيدٌ بطريق عبادة بن الصامت مروي فى اخبارنا ايضاً . وقد ذكر الشيخ قده هذا الخبر اعنى جملة (الخراج بالضمان) فى المبسوط وذكره معنيين وذكره فى كتابه وتصديه لبيان معناه يكشف عن اعتماده عليه ويكفى فى الاطمينان بصدوره مع أنه مؤيد بما ورد فى طرقنا فى باب الرهن وغيره من أن الزيادة الحاصلة فى العين المرهونة للمالك لكون خسارة العين عليه ومع ذلك كله فلا وجه للمناقشة فى سنده كما فى الكتاب برميده الى الارسال . بل الانصاف صحة الاستناد اليه بما بيناه

الجهة الثانية فى دلالة ، « وا لكلام فيها فى امور (الاول) أن الخراج اسم لما يخرج من الارض ولذا سميت الاراضى الخراجية بهذا الاسم لأجل ما يخرج منها وفى الحديث الشريف يراد منه مطلق المنافع الحاصلة من الاعيان سواء كانت مما يخرج من الارض أو غيرها سواء كانت العين الحاصلة منها المنفعة ارضاً أو غيرها (الثانى) أن فى الضمان احتمالات (الاول) ان يراد منه معنى الاسم المصدري اعنى مطلق كون الشئ فى العهدة ولو بسبب غير اختيارى كوقوعه على اليد من غير اختياره وهذا المعنى هو الذى فهمه أبو حنيفة فى حكمه بعدم ضمان منافع البغل من يوم المخالفة على ما هو مذكور فى صحيحة ابي ولاد: ويرده مع مخالفته لظاهر الكلام المستفاد من مناسبة الحكم والموضوع على ما قد منّا تحقيقه فى اول البيع برد الامام عليه السلام عليه وتشنيعه الشديد بقوله عليه السلام بمثل هذه الفتوى تبجس السما قطر ها ومنع الارض بركتها وهذا الاحتمال ساقط قطعاً .

الاحتمال الثانى أن يراد منه المعنى المصدري اعنى (عهدة گرفتن و شئى را در عهدة قرار دادن) وهذا يتصور على انحاء (الاول) أن يكون التعهد بالشئ وجعله فى العهدة ببذل العوض فى مقابله كما فى البيع مثلاً حيث

يجعل المشتري المبيع في عهده يبذل الثمن في مقابلته (الثاني) أن يكون التعهد به بجعله في العهدة ولو بالشرط في ضمن العقد لا بواسطة بذل شيئي بازائه، وذلك كما في شرط الضمان والعارية أو في عارية الذهب والفضة: حيث انهما مضمونان على المستعير بحكم الشارع وكذا شرط الضمان في كل عقد على فرض صحته، ثم كل واحد من هذين القسمين يتصور تارة في العقد الصحيح. واخرى في الفاسد والظاهر من قوله وَاللَّهِ شَهِيدٌ الخراج بالضمان هو اختصاصه بما اذا كان الضمان ببذل العوض مقابل الشئ لا مطلق. جعله في العهدة ولو بالشرط وكونه ببذل العوض ايضاً في خصوص العقد الصحيح دون الفاسد فهنا دعويان الاولى دعوى الاختصاص بما اذا كان الضمان ببذل العوض، ووجه ذلك هو ظهور كلمة الباء السببية الداخلة على الضمان في قوله (الخراج بالضمان) وتوضيحه أن بذل العوض بازاء الاموال، بل كون الشئ مالاً. انما هو بتحقيق اعدامين فيه على سبيل منع الخلو (احدهما) الخاصية المرتبة عليه الموجبة لبذل العوض بازائه. كالخاصية المرتبة على الخبز، اعني الاشباع ونحو ذلك والمراد بالخاصية في المقام هي التي يتوقف استيفائها على اعدام العين في مثل الخبز المتوقف حصول الشبع به على اكله الموجب لاعدامه (وثانيها) المنفعة المرتبة عليه والمراد بها ما يكون استيفائها متوقفاً على بقاء العين كسكنى الدار وركوب الدابة فالمنفعة علة وداع لبذل العوض بازاء العين بحيث أنه لو اها ما يبذل العوض بازائها كما أنها اي استيفائها متوقف على بذل العوض بازاء العين اذ مالم يبذل العوض لا يمكن استيفائها، فصارت المنفعة سبباً وغاية للبذل كما أن البذل سبب للاستيفاء فتكون المنفعة علة غائية للبذل ومتقدماً عليه في التصور ومتأخر عنه في الخارج كما هو شأن العلة الغائية وهذا المعنى يلائم مع كلمة الباء للسببية في (بالضمان) كمال الملائمة اذ يصح أن يقال أن الضمان سبب لاستيفاء

المنفعة أى بحسب الخارج واستيفاء المنفعة سبب للضمان أى بحسب وجودها التصورى وهذا بخلاف الضمان الحاصل بالشرط فإن المنفعة لا تكون سبباً وداعياً في ايجاده لمكان كون المنفعة حاصلة للضامن بلا عوض بل مجاناً كما في العارية وإنما الضمان نشأ عن حكم شرعى تعبدى كما في ضمان عارية الذهب والفضة أو باشتراط في العقد كما فيما إذا كان بسبب الشرط ، والحاصل أن ظاهر كلمة باء السببية يقتضى انحصار المراد من الضمان في قوله الخراج بالضمان الى الضمان الجعلى ببذل العوض ولا يشمل ما لو كان بالشرط أو بحكم تعبدى (الدعوى الثانية) دعوى اختصاص المراد من الحديث الشريف بما إذا كان الضمان الجعلى ببذل العوض بالعقد الصحيح لا ما يشمل الفاسد وذلك لوجهين (الاول) ظهور كلمة الخراج بالضمان في كون التعهد بالشئ ببذل عوض في مقابله هو المنشأ لكون الخراج له وهذا منحصراً بمورد العقد الصحيح إذ لا ضمان في العقد الفاسد بهذا المعنى أى بمعنى تعهد الشئ به بعوضه لأن التعهد به بعوضه إنما يتحقق إذا كان العقد صحيحاً ، وأما مع فساده فيتحقق الضمان بالمثل أو القيمة وليست هذه الدعوى مبنية على كون اللفاظ موضوعة للمعاني الواقعية فضمن العوض اسم لما هو كذلك واقعاً وهو منتف في العقد الفاسد (الثاني) ان منشاء الضمان في العقد الفاسد إنما هو اليد ولذا قلنا في قاعدة ما يضمن بصحيحه بان المراد من الضمان فيه هو الضمان بالمعنى الاسم المصدري ومعه فلو اريد التعميم للعقد الفاسد لزم ارادة المعنى الاسم المصدري منه الذى فهمه ابو حنيفة مع انك عرفت بطلانه بما تقدم ، ومنه يظهر ضعف التمسك بقاعدة الخراج بالضمان لاثبات عدم ضمان منافع المستوفاة كما عن الوسيلة وظهر اختصاص القاعدة بالعقد الصحيح فيما إذا كان الضمان ببذل العوض وهذا

المعنى من الخبر منطبق على القاعدة وعلى ما في بعض الاخبار أيضاً
كما في خبر زيادة الحسن عليه السلام في العين المرهونة و بالجملة فهي قاعدة يعول
اليها في موردها الذي بيناه، فافهم، فاضبطه .

وربما يرد النقض على قاعدة الخراج بالضمان بالمنافع التي يملك
بالارث تبعاً للاعيان أو بالاصالة حيث أنها ليست بسبب الضمان اعني تعهد
الشيء ببذل عوض بازائه: وفيه أن قوله الخراج بالضمان ليس في مقام حصر
حلية المنافع بالضمان بل انما هي في مقام نفي الضمان عن المنافع فيما اذا
تعهد بالعين ببذل عوض بازائه لأجل منافعه كما لا يخفى: هذا كله تمام الكلام
في المنافع المستوفاة .

اما غير المستوفاة منها، فقد اختلفت الأقوال فيها انها المصنف قدّم
الى خمسة اقوال: القول بالضمان مطلقاً وعليه المشهور. والقول بعدم الضمان
كذلك وهو المحكى عن الايضاح، والتفصيل بين علم البايع بالفساد فلا ضمان
وبين جهله به فيضمنها المشتري ايضاً، والتوقف عن الحكم مطلقاً أو في صورة
علم البايع هذا، ولكن لا يخفى عدم استقامة عدالتوقف من الاقوال اذ هو عبارة
عن عدم الحكم لأنه قول في المسئلة حتى يعد من الاقوال .

والتحقيق أن الاقوال فيها ثلاثة نالها التفصيل بين علم البايع و بين
جهله، ثم انه قدّم يختار في صدر العبارة عدم الضمان مطلقاً ثم يتوقف في الحكم
كما يظهر من قوله والانصاف أن للتوقف في المسئلة كما في المسالك تبعاً
للدروس والتنقيح مجالاً. ويختار الضمان اخيراً، أما وجه اختياره عدم الضمان
اولاً فبدعوى منع شمول عموم على اليد للمنافع لأن اخذها والاستيلاء عليها
لا يتحقق مستقلاً بل انما هو بتبعية الاستيلاء، على العين والعموم منصرف الى
الاخذ بالاستقلال، هذا هو الذي يظهر من عبارته وإن لم يصرح بدعوى

الانصراف، ولا يخفى ما فيه لأن انصراف الاخذ الى الاستقلال بدوى لا يضر بالتمسك بالاطلاق ومنشأ بدوية الانصراف هو تواطئ افراد الاخذ في صدق المفهوم عليه، وإذا كانت الافراد كك فيكون انصراف اللفظ الى بعض منها بدوياً لأجل انس الذهن اليه كأنصراف الماء الى ماء الفرات لمن كان جنب الفرات وإلى ماء دجلة لمن كان عند دجلة وهكذا، وفيما نحن فيه كذلك حيث أن انصراف الأخذ الى اخذ العين إنما هو لأجل انس الذهن بهذا الفرد من غير تفاوت بينه وبين اخذ المنفعة بالاستيلاء عليها كما لا يخفى ووجه اختياره الضمان أخيراً هو الاجماع عليه المنقول من التذكرة، وربما يورد عليه بأن التمسك بالاجماع المنقول مناف مع مالهسه هو في الاصول من عدم حجيته ولكنه مندفع بأن الممنوع منه هو ما اذا كان اجماعاً على امر تعبدى بحيث يرا داند راجه تحت الخبر الواحد الحاكي عن قول المعصوم وتسليمه في المقام ليس لهذه الجهة بل إنما هو لأجل استكشاف القاعدة الفقهية المتسالم عليها لدى الفقهاء ولا يخفى صحة استكشافها من الاجماع المنقول بل مما هو ادون منها فهذا الايراد ليس بشيئ، وتحصل مما ذكرناه أن الحق هو الضمان مطلقاً كما عليه المشهور المنصور وذلك لعموم على اليد الشامل للعين والمنفعة مطلقاً المستوفاة منها وغير المستوفاة منها.

ثم انه قد تقدم الاشكال في الجمع بين الحكم بكون قبض المنفعة بقبض العين وبين الحكم بكون تلف المنفعة أو ذهاب العين الموجب لفوت المنفعة في الائناء على المالك فلو تلفت العين في الائناء أو صارت بحيث لا يمكن استيفاء المنفعة منها رجع المستأجر على المالك بالاجرة بقدر ما بقى من المدة وذلك جرياً على قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه

الغير المختصة بخصوص المبيع بل الجارية في غيره أيضاً ووجه الاشكال هو التنافي بين الحكم بكون المنفعة مقبوضة بقبض العين وبين الحكم بكون التلف في الاثناء على المؤجر جرياً على قاعدة التلف قبل القبض، والجواب أن ما كان من المنافع توجد الى آخر المدة فهي تكون مقبوضة بقبض العين وأما ما لا توجد منها فلا موقع للحكم بتحقيق قبضها بقبض العين فلا تنافي بين الحكمين.

قوله قدّمه وان كان المترائي من ظاهر صحيحة أبي ولاد اختصاص الضمان (الخ) وجه ظهور الصحيحة في اختصاص الضمان بالمنافع المستوفاة هو عدم تعرض الامام (ع) إلا لكرى البطل عن مكان المخالفة الى بغداد ومنه الى الكوفة ولم يتعرض لكره في مدة التوقف في الاثناء مع بُعد عدم التوقف في الاثناء عن يذهب الى بغداد ويرجع عنها والحاصل أن ترك الاستفصال عن حال وجود المنافع الغير المستوفاة يفيد الحكم بعدم ضمانه وإلا لكان عليه أن يتعرض له، ولا يخفى ما فيه لأن التمسك بترك الاستفصال انما يصح فيما اذا كان الفرد الذي يراد اثبات حكمه بترك الاستفصال شايعاً بحيث كان ترك التعرض لحكمه فيما اذا كان مورد التعرض منافياً للحكمة، وأما اذا كان نادراً فلا يمكن استعمال حكمه من ترك التعرض ومع قطع النظر عما ذكرناه و تسليم دلالة الخبر على عدم ضمان المنافع الغير المستوفاة يرد عليه أنه غير معمول به في مورد، وهو النصب فكيف بالتعدي عنه الى غير مورده وهو مورد المقبوض بالعقد الفاسد الذي هو المبحوث عنه في المقام قوله قدّمه الرابع اذا تلف المبيع قلن كان مثلياً وجب مثله (الخ) لا اشكال في كون الضمان في المثلي بالمثل وفي القيمي بالقيمة في الجملة

إلّا أن تنقيح البحث عن ذلك يتوقف على بيان أمور (الأول) العبرة في الضمان المأخوذ باليد الثابت ضمانه بقاعدة على اليد انما هو بالمثل أو القيمة لا بالمسمى ولا باقل الامرين من الواقع أو المسمى وذلك لأن ضمان المسمى متوقف على العقد الصحيح المؤثر في تعيين المسمى على من تعهد به ومع فساده وعدم تأثيره فلا موجب للضمان به وليس منشأ الضمان مع عدم نفوذ العقد إلا قاعدة على اليد وهي لا تدل على المسمى ولا على اقل الامرين منه ومن المثل أو القيمة الواقعية وهذا ظاهر. (الثاني) يعتبر في ضمان الشيء أن يكون مما يتمول عرفاً فلا ضمان بالنسبة الى ما لا مالية له كالخنافس ونحوها وكالحبة من الحظنة بمعنى أنه لا يدخل منه شيء في العهدة وضماً وان كان يجب على من ييده الرد الى مالكه مادام موجوداً إلا أنه حكم تكليفي لا يرتبط بالوضع (الثالث) أن الركن في باب الضمان ومقومه هو المالية وأما بقية الخصوصيات من اوصاف المقبوض أو خصوصية العينية فليست مقوماً للضمان بحيث ينتفى الضمان باستحالة ردها بل يجب اداء الخصوصيات مهما امكن ومع عدم امكانه يجب اداء المالية (الرابع) أن ضمان الشيء بما هو حكم وضعي انما يصح فيما اذا مكن اداؤه بحيث يصير بعد اعتبار القرار في الذمة مكلفاً بالرد وأما مع استحالة الرد كما اذا تلفت العين حيث تعذر رد الخصوصية العينية فلا معنى لضمان الخصوصية (ح) وأما أنه يعاقب في يوم القيامة فهو معنى آخر لا ربط له بباب الضمان الذي هو حكم وضعي كما أنه معاقب على مخالفة التكاليف مع أنه ليس من باب الضمان في شيء، ويترتب على ذلك أن المضمون باليد في صورة التلف اذا كان له افراد شائعة من نوعه وصفته بحيث يكون رد احدي الافراد والمصاديق رد التالف يجب رده وهذا هو المعبر عنه بالمثلث ويشترط فيه أن لا يكون عزيز الوجود بل كان ما يمكن رده عرفاً كما

أنه يعتبر غلبة الوجود في باب السلم أيضاً، ومنه يظهر أن المدار في المثلى هو أن يكون رد المثل مما يعدد الشئى التالف عرفاً بحيث كان اتحاد الأوصاف بمرتبة كانت الخصوصية العينية ملغاة في نظر المالك بحسب العرف بحيث صدق على اخذ المثل اخذ المال التالف نفسه، فلا عبرة باعتبار الأقرب فالأقرب إلى التالف، فإن صدق على رد المثل بأنه رد التالف نفسه (فهو) وإلا فلا يجب رد الأقرب إليه. وإن كان في غاية من القرب، لكن مع عدم صدق رد التالف على رده، ومنه يظهر أيضاً أنه لا يحتاج في إثبات وجوب اداء المثل في المثلى والقيمة في القيمي إلى دليل آخر عدى قاعدة (على اليد) وإن نفس الحديث الشريف متكفل له لاشتماله على وجوب الخروج عن عهدة الشئى برده وإذا كان الشئى مثلياً وكان رد مثله رداً له عرفاً فيجب رد مثله بحكم على اليد: بل لا دليل عليه سوى هذا الخبر أيضاً، فإنه وإن كان الحكم في الجملة اجماعياً إلا أنه يعلم قطعاً بأن نظر المجمعين ليس إلا إلى هذه القاعدة كما لا يخفى (الخامس) ذكر في تحديد المثلى والقيمي أمور لا يسلم شيئاً منها عن الخدشة والمناقشة، كما أن أكثرها مذكور في الكتاب ولما لم يكن لفظ المثلى والقيمي مذكوراً في نص وكان مناط الحكم في وجوب رد المثل في المثلى والقيمة في القيمي على ما استفاد من قاعدة (على اليد) فلا جرم يكون الأولى الاضراب عما قيل في تحديدهما والنظر إلى ما استفاد من القاعدة في تشخيص المثلى والقيمي وتعيين أن مقتضى على اليد هو وجوب رد المثل في أي موضع ورد القيمة في أي موضع، فقول يعتبر في المثلى اجتماع أمور (الأول) أن يكون أفراد نوع واحد أو صنف واحد متحدة الصفات بحسب الخلقة الإلهية كالحبات من الحنطة ونحوها من الحبوبيات وكذا إذا كانت كذلك بسبب صنع المخلوقين كالطبوعات والمصنوع في المكاين (و كذا خاتمة جات) ومنه الدراهم والدنانير

المسكوكة على اشكال فيما اذا كان بحسب صنع المخلوق منشأه امكان
اختلاف المالك فيها في الاعيان والاوصاف، بأن كانت العين ملكاً لشخص
والصفة ملكاً لآخر. كما في الدرهم الذي يطبع الصانع في ملك الغير فاذا رده
الضامن يصير المردود مشتركاً بين مالك المادة ومالك الصفة، وهذا لا يتصور
في المخلوق بالخلقة الالهية وسيأتي ماهو التحقيق فيه انشاء الله. (الثاني)
أن يكون تلك الصفات المتحدة نوعاً أو صنفاً مما لها قيمة فلو لم تكن كذلك
لم يكن الضامن ضامناً لها لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا مادية له (الثالث)
أن تكون لتلك الصفات بقاء بحسب الزمان على حسب بقاء العين وبعبارة أخرى
من الصفات القارة بقرار العين، لا ما يتجدد عليها مع عدم قرارها فمثل
الحضروات التي تتبدل صفاتها في كل زمان مع عدم بقائها لا تكون من المثليات
والدليل على اعتبار هذا الامر هو ما تقدم في الامر الرابع من اشترط امكان
الرد في الضمان حيث أنه مع استحالة الرد لا معنى للالتزام به، والصفات
الغير القارة غير قابلة لتعلق التكليف بردها لعدم قرارها فليست بخصوصياتها
مضمونة وإنما تضمن بقيمتها وتخرج عن كونها مثلياً (الرابع) أن تكون الافراد
المنساوية مع الفرد التالف في الصفات شايعاً، يمكن ردها الى المالك بحسب
العادة لا ما اذا كانت نادرة يعز وجودها، فلو كان كذلك خرج عن المثلي
وذلك لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لا يمكن رده بحسب العادة
وان كان يعاقب على التفريط لوقصر، وبعد اجتماع الامور الاربعة في شئ
يكون مثلياً، وباتفائها أو انتفاش شئ منها يكون من القيمي، وهذا هو حق
القول في باب المائز بين المثلي والقيمي سواء طابق مع ما قيل في تحديدهما
أم لا، اذ ليست العبرة بما قيل بعد اتضاح المعنى. (الامر السادس) اذا علم بكون
الشئ مثلياً أو قيمياً فهو، وان شك فيه، فهل الاصل يقتضي أن يعامل معه معاملة

المثلي أو القيمي (احتمالان) وحق التحرير أن يقال: أنه لاشبهة في كون بعض الاشياء مثلياً مثل العيوبات ونحوها، كما لاشك في كون مثل الحيوانات من القيميات وكذا لاشبهة في تحقق بعض الافراد المشتبهة كونها من أى واحد من القسمين: فهل الشك في المثلية والقيمية من قبيل الشك في الاقل والاكثر أو أنه من قبيل المتباينين: ثم على الاول، «فهل يكون الشك بين الاقل والاكثر في ناحية الاشتغال أو يكون في ناحية الاداء والفراغ»، فالمرجع على تقدير كون الشك بين الاقل والاكثر في ناحية الاشتغال هو البرائة وعلى تقدير كونه في ناحية الفراغ هو الاشتغال، وعلى تقدير كون الشك في المتباينين فهل الحكم هو تخيير الضامن؛ أو تخيير المالك؛ أو يحكم بالتنصيف، بمعنى الاخذ من نصف المثل ونصف القيمة، أو يحكم بالصلح القهرى (وجوه) ومما ذكرنا في التحرير يظهر أن منشأ احتمال الرجوع الى الاشتغال أو البرائة أو تخيير الضامن أو المالك أو التنصيف أو التصالح ليس شيئاً واحداً بل مبنى الاولين هو كون الشك في الاقل والاكثر مع الاختلاف بينهما في كون البرائة مبنياً على كون الشك في ناحية الاشتغال والاشتغال مبنياً على كون الشك في ناحية الفراغ ومبنى الوجوه الاخيرة هو كون الشك في المتباينين على ما فصل، فينبغى أن نحرر اولاً في أن الشك هل هو في الاقل والاكثر أو في المتباينين؟

فتقول: قد عرفت أن الركن في الضمان هو المالية، وأن سائر الاوصاف والخصوصيات انما يضمن اذا امكن ادائها (وح): يحتمل أن يكون ما تعلق بالعهد من الضمان هو المالية الغير المتقدرة، ويحتمل أن يكون هو المالية المتقدرة، والمراد بالاول هو اعتبار عهد الضامن بمالية العين المضونة من غير لحاظ تساويها بقيمة خاصة من كونها تساوى عشرة دراهم أو عشرين ديناراً مثلاً بل نفس

ماليتها بما هي هي؛ والمراد بالثاني لحاظ تساوي المالية مع قيمة خاصة حين اعتبارها في عهدة الضامن، فعلى الاول يترتب امران (احدهما) هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الاداء لا يوم الغصب أو التلف، وذلك لأن الضامن تشغل عهده بمالية العين المضمونة من غير تقييدها بقيد أو تقدرها بقدر خاص ويجب عليه الخروج عما في عهده فكل يوم يريد الاداء يجب الخروج عما في عهده من المالية المرسلة فيتعين عليه اداء القيمة المطابقة مع يوم الاداء (وثانيهما) كون الشك في المثلى والقيمي من قبيل الاقل والاكثر إذ القدر المتيقن (ح) هو تعلق العهدة بمالية العين المضمونة وانما الشك في ضمان خصوصية العين والوصف ايضاً زائداً عن ضمان ماليتها فظهر أن مدرك الاقل والاكثر هو كون العبرة في الضمان بتعلق العهدة بمالية العين المضمونة غير متقدرة بقدر خاص، وهل الشك واقع في ناحية الاشتغال أو ناحية الاداء، الظاهر المقطوع به هو الاول، وذلك لعدم العلم من الاول بضمان الخصوصية العينية والوصفية زائداً عن ضمان المالية، بل لا وجه لارجاعه الى ناحية الاداء اصلاً كما سيأتي، ويترتب على الثاني. اعني كون العبرة في الضمان بالمالية المتقدرة كون الشك من قبيل المتباينين وذلك لبتاين المالية المتقدرة بعشرين دينار مثلاً مع الخصوصية العينية والوصفية، فيكون كما اذا تردد في تعلق العهدة بالثوب أو الدينار، ولكن يحتمل على هذا أن يكون الظرف في قوله على اليد ما اخذت لغواً متعلقاً بفعل مخصوص مثل الدرك والخسارة ونحوهما، فيصير المعنى (ح) انه على اليد خسارة ما اخذت ودركه ويحتمل أن يكون الظرف مستقراً فيصير المعنى أن نفس ما اخذت لا يد يكون بنفسه على اليد ولازم الاول: هو كون المدار على القيمة بيوم التلف اذ هو يوم تعلق العهدة بدرك الشيء وخسارته، ولازم الثاني: هو كون المدار على

القيمة يوم القبض، اذ هو يوم تعلق العهدة بالعين ومما ذكرنا يظهر منشأ الخلاف في كون المدار على القيمة يوم الاداء أو يوم التلف أو يوم القبض وأن منشأ الاول هو اعتبار المالية الغير المتقدرة في الضمان ومنشأ الثاني هو اعتبار المالية المتقدرة مع كون الظرف في على اليد لغواً ومنشأ الثالث هو بعينه منشأ الثاني، لكن مع كون الظرف مستقراً، ولا يخفى أن المعظم على اعتبار القيمة يوم التلف وعند جماعة على يوم القبض ويمكن اعتبار أعلى القيم من يوم القبض ويوم التلف بناءً على كون الظرف مستقراً. وذهب إليه بعض أيضاً، لكنه لا يخلو عن بعد (هذا) ولكن الانصاف هو كون الشك بين المثلي والقيمي من قبيل المتباينين حتى على احتمال كون المدار في الضمان على اعتبار المالية الغير المتقدرة وكون المدار على القيمة يوم الاداء وذلك لدلالة حديث (على اليد) على لزوم رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي وهما متباينان وهذا المشكوك لا يخلو حاله عن احدهما فأما يكون مثلياً أو يكون قيمياً، وتقريب الدلالة هو ما تقدم من كون مقتضى الحديث هو وجوب رد ما اخذت اليد ومع كون رد مثله رداً له عرفاً وفرض مالية الاوصاف كما هو المعتبر في المثلي يجب رده بمثله وإلا فتعين القيمة هذا ومع قطع النظر عن دلالة الحديث فنفس الاجماع كاف في اثبات حكم الرد، وانه في المثلي يكون بالمثل. وفي القيمي بالقيمة، والمالية الغير المتقدرة وان كانت مطلقة غير محدودة بحد خاص إلا أنها يجب تعيينها في يوم الاداء ففي يوم الاداء يتردد الامر بين اداء المثل والقيمة وهما من المتباينين وان لم يكن قبله ككف الحق كون الشك على جميع التقادير من المتباينين لا الاقل والاكثر فسقط وجه الرجوع الى البرائة والاشتغال كليهما لكون منشأ الرجوع الى البرائة هو كون الشك في الاقل والاكثر في ناحية التكليف ومنشأ الرجوع الى الاشتغال

هو كونه في الأقل والاكثر في ناحية الاداء، وقد عرفت عدم كون الشك في الأقل والاكثر رأساً لكى يكون في ناحية الاشتغال أو الفراغ (فتح) يجب الفحص عن حكم المتباينين وأنه هل هو الاحتياط كما في الدوران بينهما في باب التكاليف وموارد العلم الاجمالي أو أنه يرجع في المقام الى تخيير الضامن أو الى تخيير المالك. أو تعيين ما على الضامن بالقرعة أو بحكم بالتنصيف أو الصلح القهرى، لكن لا مجال في المالبات للقول بالاحتياط لمعارضة الاحتياط فيهما من طرف الدافع مع الاحتياط من طرف القابض لأنه، كما يعلم الدافع اجمالاً بثبوت احدى المتباينين عليه من الثوب والكتاب مثلاً: يعلم القابض ايضاً بعدم استحقاقه إلا لأحدهما فلا يجوز له اخذهما معاً لمكان العلم الاجمالي فباب الاحتياط و الموافقة القطعية مسدود في مورد المالبات، ويجب الموافقة الاحتمالية (وح) فهل الأصل هو التخيير أو احد الاخرين من التنصيف والتصالح القهرى ثم على التخيير ايضاً فهل هو ثابت للضامن أو للمالك، يمكن ان يقال بالتخيير للضامن وذلك لعدم امكان الاحتياط التام والموافقة القطعية فينتهى الى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتمالية والامثال الاحتمالي المقتضى لتخيير الضامن في اخراج المثل أو القيمة في مقام الاداء وأما تخيير المالك فلم يعلم له وجه ادلاوجه لتعلق حقه بالقدر المشترك بين الخصومتين حتى يثبت له التخيير في تعيينه في ضمن احديهما، ومما ذكرناه يظهر ضعف ما في الكتاب من فرض تخيير الضامن أو لا متمسكاً باصالة البرائة عما زاد على ما يختاره، ثم تخيير المالك لو فرض الاجماع على عدم تخيير الضامن مستنداً لتخيير المالك باصالة عدم برائة ذمة الضامن بدفع ما لا يرضى به المالك مضافاً الى عموم على اليد حيث ان مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما اذا رضى المالك بشئى آخر، ثم قال: والاقوى تخيير المالك من اول الامر لاصالة الاشتغال

والتمسك باصالة البرائة لا يخلو عن منع (انتهى) ولا يخفى عافيه، أما أولاً:
فلأن مبنى تخيير الضامن ليس من جهة اصالة البرائة عن الخصوصية. بل انما هو
لكون الشك في المتباينين مع عدم التمكن من الاحتياط التام وانتهاء الامر
الى الاكتفاء بالامثال الاحتمالي كما تقدم. وأما ثانياً فلأنه ليس في البين اجماع
على عدم تخيير الضامن بل المسئلة ذات اقوال عديدة كما تقدم. وأما ثالثاً
فلما عرفت من أنه لا وجه لتخير المالك بوجه من الوجوه. ادلاً ملاك لا اعتبار
كون المالك مستحقاً للقدر المشترك بين المثل والقيمة على الضامن وأما
رابعاً: فلما عرفت من أن عموم على اليد انما يدل على الضمان وان الركن
في الضمان هو المالية وأن مالا يمكن ادائه فلا اعتبار للضمان فيه فليس في
عمومه اقتضاء لعدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين.

وتحقيق الكلام أن يقال: اللازم هو الحكم بترتيب آثار المثلية في ما
يشك في كونه مثلياً أو قيمياً اذا كان الظرف في قوله (ع) (على اليد) مستقراً
سواء كان الضمان في القيمات بالمالية المتقدرة بالائمان. أو كان بالمالية
الغير المتقدرة وذلك للاستصحاب، وتقريبه أن لازم استقرار الظرف هو
كون العين المقبوضة بالماله من الخصوصيات العينية والوصفية. ثابتة في العهدة
واذا تلفت تخرج الخصوصية العينية عن العهدة لاجل تعذر ردها، وقد عرفت
أن مالا يمكن رده لا اعتبار للضمان فيه. ويبقى النظر في الخصوصيات الوصفية
فان كان المقبوض مثلياً يجب اداء تلك الخصوصيات باداء المثل. وان كان
قيماً يقتصر على اداء القيمة. وعند الشك فيهما يستصحب بقاء العهدة على
اداء الخصوصيات الوصفية القائمة بالعين المقبوضة عدى ما يقطع بسقوطها
بالتلف (اعنى الخصوصية العينية) ومقتضى استصحابه هو تعيين اداء المثل
في مقام الرد ولو كان الضمان في القيمات بالمالية المتقدرة فضلاً عما اذا

كل بالغير المتقدرة منها (وبالجملة) فعلى تقدير كون الظرف مستقراً يكون مقتضى الأصل عند الشك في المثلية والقيمة هو المثلية، والمراد بالأصل المدعى هو الاستصحاب المذكور، وهذا بخلاف ما إذا كان الظرف لغواً فإنه لا مجال معه للرجوع إلى الاستصحاب لعدم العلم بتعلق الخصوصيات الوصفية على العهدة من أول الأمر. لأنه إذا كان قيماً يكون قيمته متعلقة بالعهدة: غاية الأمر مع التردد بين كونها متقدرة أو غير متقدرة فلا يعلم بتعلق الخصوصيات الوصفية على العهدة حتى يستصحب بقائها عند الشك فيه: فإن كان الضمان في القيمات بالمالية الغير المتقدرة. يكون الشك من قبيل الدوران بين الأقل والأكثر في مقام الاشتغال لكون الشك (ح) في تعلق المثل بالعهد زائداً عن مالية التالف التي يقطع بتعلقها بها والمرجع فيه هو البرائة وإن كان الضمان بالمالية المتقدرة يكون الشك من قبيل المتباينين لكون الشك في تعلق المثل أو المالية المتقدرة بالأمان بالعهد، نظير الدوران بين تعلق الفرس أو الثوب مثلاً بها (و ح). فالمتعين هو الحكم بتخيير الضامن وإسقاط بقية الاحتمالات، أما تخيير الضامن فلرجوع الأمر إلى المتباينين مع عدم إمكان الاحتياط في الماليات، ولزوم الاكتفاء بالامثال الاحتمالية بأداء كل واحد من المثل والقيمة، وأما سقوط تخيير المالك فلما عرفت من عدم المنشأ لتخييره: لعدم اعتبار كون ما يستحقه من الضامن هو القدر المشترك بين المثل والقيمة، بل الثابت على الضامن هو إحدى الخصوصيتين وحيث لا يمكن فيه الاحتياط فلا جرم ينتهي إلى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتمالية والامثال الاحتمالية المقتضى لتخييره في مقام الأداء فلا موجب لتخيير المالك أصلاً، وأما سقوط الحكم بالتنصيف. فلان مورد الحكم به في الماليات: إنما هو فيما إذا كان المورد على تقدير تعلق التكليف به

كان الحكم التكلفى المتعلق به تخييرياً . ففى مثله اذا كان من المالىات يحكم بالتنصيف . وليس الحكم فى المقام كما ترى هو التخير . بل المتعين الواقعى هو احدا الامرين من المثل أو القيمة ، وأما سقوط القرعة فلأنها فى مورد المشتبه وبعدين الحكم فى المقام بجواز الاكتفاء بالامثال الاحتمالى لاتبقى شبهة حتى يعمل بالقرعة ، ومنه يظهر سقوط احتمال الصلح القهرى ايضاً .

هذا ما يقتضيه التحقيق بناءً على تقدير كون الظرف مستقراً أو لغواً : وعلى تقدير كونها لغواً كان الضمان فى المالىات بالمالية المتقدرة . أو بغير المتقدرة . وأما التحقيق فى باب الظرف فالحق أنه مستقر لا لغو ، وذلك لظهور قوله (ع) على اليد ما اخذت ، فى كون نفس ما اخذت على اليد . لا خسارته ودركه وانه حين المقبوضة قبل التلف يكون على اليد فعلاً . لانه قبل التلف يكون خسارته على اليد . لو تلف . والحاصل أن دعوى ظهور الظرف فى الاستقرار من وجهين (احدهما) من جهة ظهور القضية فى كون نفس ما اخذت على اليد (وثانيهما) من جهة ظهورها فى كون ما على اليد مضموناً فعلاً قبل التلف ، ومع جعل الظرف لغواً . لا بد من ارتكاب خلاف الظاهر من كلتا الجهتين .

واما الضمان فى القيميات ، فالحق كون العبرة فيها على المالية الغير المتقدرة . وذلك لعدم الدليل على اعتبار تقديرها بالا ثمان : ضرورة ان الدليل على رد القيمة فى القيميات ايضاً هو عموم على اليد كما فى رد المثلى فى المثليات . وليس فى عمومه دلالة على الازيد من رد المالية : وأما ان الواجب هو رد المالية المتقدرة بالا ثمان . فلا دلالة فيه عليه اصلاً : ولازم ذلك هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الاداء : كما انه يكون الاصل عند الشك فى المثلية والقيمة هو المثلية فتحصل أن المختار هو وجوب ترتيب آثار المثلية . عند الشك فى كون المقبوض مثلياً أو قيمياً . لظهور الظرف فى كونها مستقراً ولازم كونها مستقراً

هو ذلك للاستصحاب .

وللمصنف (قده) تقريب آخر في الكتاب افاده في مقام تقرير كون الاصل هو المثلية اشار اليه بقوله قدس سره : ولكن يمكن أن يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات و الامانات هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف (النح) ومحصله يتضح ببيان امور (الاول) أن عموم دليل الضمان انما ثبت الضمان بالمثل مطلقاً في المثلي والقيمي فيعموم دليله، يجب رد كلما كان اقرب الى التالف من حيث المالية والصفات (الثاني) انه خرج عن هذا العموم بالاجماع صحة اداء القيمة في القيميات (الثالث) اذا تردد التالف بين كونه مثلياً او قيمياً يكون من باب تردد المخصص واجماله من جهة الشبهة المفهومية لرجوع الشك في كون التالف مثلياً او قيمياً الى الشك في مفهوم المثلي والقيمي ومعلوم انه مع اجمال المخصص مفهوماً يقتصر في مقدار التخصيص على القدر المتيقن ويرجع في مورد الشك الى العموم وذلك فيما اذا كان المخصص منفصلاً فيكون لازم ذلك هو اعتبار اداء المثل في المشكوك، هذا محصل مرامه بزيادة ابضاح. وان كانت العبارة لاتني به ، ولا يخفى ما فيه لما عرفت من أن العبرة في المثلي انما هو على كون اداء المثل هو اداء التالف بعينه بأن يكون كانه هو هو وقد عرفت انه يتوقف على امور اربعة وأما اعتبار اداء الاقرب فالاقرب الى التالف فليس عليه دليل وانما عموم على اليد يدل على اعتبار المثل بالمعنى الذي ذكرناه لكون اداءه اداء التالف وانه هو هو والعموم متكفل لاثبات وجوب داء ما على اليد وبعدها ان كان هو هو يجب اداءه فعموم على اليد من الاول يدل على وجوب اداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي لانه يدل على وجوب اداء المثل حتى في القيميات وانما خرج القيميات بالتخصيص بدليل منفصل (وح) اذا شك في التالف في مثليته وقيميته لا يكون عموم لكى يرجع اليه في اثبات

المثلية بل ينشئ الأمر إلى الأصل العملي وهو الاستصحاب .

الأمر الرابع : لو لم يوجد المثل في المثلي إلا بأكثر من ثمن المثل فإما أن تكون زيادة القيمة لأجل تفاوت القيمة السوقية أو يكون لأجل اعواز المثل وندرتة وعدم وجوده إلا عند من يعطيه بازيد مما يرغب فيه الناس فعلى الأول فلا إشكال في وجوب دفع المثل أو قيمته ولو كانت بأضعاف قيمة التالف يوم تلفه وذلك لمكان وجوده ووجوب دفعه عند وجوده وعلى الثاني ففي وجوب دفع المثل أيضاً أو قيمة التالف خلاف والمختار عند المصنف (قده) هو الأول وتل التردد فيه عن العلامة هو الأقوى هو الأخير ، وذلك لما عرفت في الأمر المتقدم ، من أن المعتبر في كون الشيء مثلياً هو كون ادائه مثله أدائه عرفاً بحيث لو لم يكن كذلك ، لكان قيمياً ، ولا فرق في اعواز الشئ بين ما كان حين التلف أو كان طارياً فكما أن اعواز المثل من الأول يخرج الشيء عن المثلية ، فكذا إذا حدثت الاعواز في الإثناء .

الأمر الخامس لو تعذر المثل ففي تبدل المثل بالقيمة أو فيجب دفع القيمة أو بقاء المثل في العهدة (وجهان) ، وتحقيق القول في ذلك يتم برسم أمور (الأول) أن الملاك في التعذر الطاري هو ما هو الملاك في التعذر الابتدائي . فكل ما هو ملاك في صدق التعذر لو كان متحققاً في بدو حدوث الضمان فهو ملاك في صدقه لو تحقق في الإثناء وقد تقدم أن المدار في صدقه هو عدم التمكن من أدائه بحسب العرف ولو أمكن أدائه عقلاً .

الثاني : لا فرق في تعذر المثل بين ما إذا كان تكوينياً ، كما إذا لم يوجد المثل في الخارج . أو كان اعتبارياً ، كما إذا فرض وجوده ، لكن مع سقوط ماليته بحسب العرف والاعتبار . كالماء على الشاطئ لو اتلفه في المفازة والجمد في الشتاء إذا تلفه في الصيف ، فإنه من التعذر أيضاً . ويكون في حكم المتعذر .

الثالث : هل الضمان في المثلي يتبدل إلى القيمة بعد تعذر المثل . أو يبقى

المثل هو بنفسه في العهدة الى ان يبرعنه بأدائه لو وجد. أو أداء قيمته (وجهان) اقواهما الاخير. وذلك لان مقتضى عموم على اليد . هو نبوت الضمان في المثلي بالمثل، وبعد نبوته في العهدة. فلا وجه لخروجه عنها بالتعذر. فيكون حاله كحال الدين الذي يتعذر أدائه بحيث انه ينظر الى الميسرة لانه يسقط عن الذمة بالتعذر . فان قلت المعيار في مثلية المثلي هو تمكن أداء المثل عرفاً. وإذا تعذر المثل. خرج التالف عن كونه مثلياً . وقد تقدم في الامر السابع بيان عدم الفرق بين فقدان اركان المثلية من الاول. أو طريان العدم عليه في الاثناء. فاذا خرج التالف عن المثلية في الاثناء ينتقل الى القيمة.

قلت: المعتبر في المثلي هو ان لا يكون متعذراً تعذراً مطلقاً. لا يرجي زواله والعود الى اليسر سواء كان من الابتداء أو حدث في الاثناء فلا يخرج المثل عن المثلية. بالتعذر المرجو زواله من غير فرق ايضاً بين ما كان من الابتداء أو حدث في الاثناء.

الرابع: الاشكال في فراغ عهدة الضامن عن ضمان المقبوض . لو رضى المالك بالقيمة واستوفىها من الضامن، وأما مع عدم استيفائها: فهل نفس الرضاء بها يكون ابراء للضامن عن خصوصية المثلية فيتعين عليه أداء القيمة. ولو رجع المالك كمافي الدين حيث لا رجوع للداين بعد الابراء. او انه لا يتعين القيمة الا بعد القبض (وجهان) اقواهما الثاني: وذلك لعدم تحقق ما يوجب براءة ذمة الضامن عن خصوصية المثلية ما لم يستوف المالك قيمة التالف. وصرف الرضاء بالقيمة لا يوجب تعيينها ما لم يتحقق في الخارج . وقياس المقام بباب الدين مع الفارق حيث أن الابراء عن الامر المستقل في الذمة كالدين بمقام الدليل عليه، وأما الابراء عن صفة الشيء مع بقاء الموصوف على العهدة . فلم يرقم عليه دليل . انما المسلم صحة رضا المالك في مقام الاستيفاء عن حقه بغير جنسه: وأما اذا لم يكن

في مقام الاستيفاء فنفس رضاه باستيفاء حقه بغير جنسه. لا يوجب تعيين غير الجنس في العهدة. بل العهدة بعد مشغولة بما كانت مشغولة به. ما لم يؤدي ما رضى المالك بادائه بدلاً عن حقه. ولعل هذا ظاهر جداً كما لا يخفى.

الخامس: لا شبهة في أنه بناءً على ما حققناه من عدم التبديل، يكون المدار على القيمة، بقيمة يوم الاداء ضرورة بقاء العين. بخصوصيتها المثلية في العهدة الى زمان الاداء، فيتعين عليه (ح) اداء قيمة يوم الاخراج عن العهدة وهو يوم الاداء،، واما على القول بتبديل المثل الى القيمة عند تعذر المثل فهل المدار على قيمة يوم القبض؟ أو يوم التلف؟ أو يوم الاعواز أو أعلى القيم مع اختلاف فيه. كما سنوضحه (وجوه واقوال) ومبنى الاقوال هو الاختلاف في أنه بناءً على التبديل عند تعذر المثل، هل المتبديل هو العين التالفة. أو مثلها المتعذر. فان فيه وجهين، بل قولين: فقد يقال بكون التالف مع وجود المثل مثلياً. ومع تعذره. يصير قيمياً. كما اذا كان المثل متعزراً من اول الامر فيجب اداء قيمته (ح) لاقية المثل.

وقد يقال بأن المتعين في المثلي كان هو المثل. ومع وجوده يجب اداؤه ومع تعذره يجب اداء قيمته لقيمة العين التالفة. ولا يخفى ان لكل وجه. وان كان التحقيق بناءً على صحة التبديل هو الاول.

ثم انه لا يختلف الحكم لو قيل بكون المدار على القيمة. بيوم الغصب أو يوم الاداء على كلا القولين. اذ لو قلنا على التبديل بتعيين قيمة التالف أو قيمة المثل المتعذر لا يختلف يوم الغصب ويوم الاداء، فان كل واحد منهما يوم معلوم بعينه، نعم يختلف الحكم لو قلنا بكون المدار على القيمة بيوم التلف. فان قلنا بتعيين قيمة التالف. يجب قيمة يوم تلف العين، وان قلنا بتعيين قيمة المثل يتعين قيمة يوم الاعواز.

ثم في اعتبار اعلى القيم ايضاً احتمالات . وهي ان يكون المدار على القيمة الاعلى للعين من يوم القبض الى يوم التلف . وهذا مبنى على أن يكون المتعين بعد تعذر المثل هو قيمة التالف لقيمة المثل ، واحتمال ان يكون المدار على اعلى القيم من قيمة المثل من يوم انتقاله الى الذمة الى يوم الاعواز وهذا مبنى على ان يكون المتعين بعد تعذر المثل هو قيمة المثل لقيمة التالف واحتمال ان يكون المدار على اعلى القيم من يوم القبض الى يوم اعواز المثل وهذا مبنى على ان تكون العين مادام وجودها على العهدة بقيمتها واذا اختلفت القيم تشتغل الذمة بأعلاها وبعد التلف تنتقل الى المثل (كذلك) اى يصير المثل بماله من القيمة فى العهدة ومع اختلاف قيمته يكون المدار على اعلاها ولازم ذلك لزوم اداء اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الاعواز وهذا الاحتمالات الثلاث يجمع القول بالتبديل والاخيرها هو القدر المشترك بين العين والمثل اذا صار قيمياً بعد اعواز المثل حيث ذكره المصنف (قده) فى الكتاب من احدى الاحتمالات بقوله (وان قلنا ان المشترك بين المثل والعين صار قيمياً جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل) وحاصل الكلام فى ذلك المقام انه ان قلنا بتبديل المثل المتعذر بالقيمة بسبب التعذر ، فعلى القول بكون المناطق فى القيمة على يوم التلف لا بد من اعتبار قيمة المثل يوم التعذر لانه زمان تلف المثل اعنى صيرورته متعذراً وان قلنا باعتبار قيمة يوم الضمان اعنى يوم الحكم بالضمان على تقدير التلف فيكون المدار (ح) على قيمة يوم تلف العين لانه اليوم الذى يحكم فيه بضمان المثل فى الذمة على تقدير التلف بمعنى انه لو تعذر يجب قيمته ولا مجال لاعتبار ضمان قيمة يوم الغصب لان المفروض عدم ضمان المصنوب بالقيمة وانما يكون الضمان بقيمة المثل ، وان قلنا بأعلى القيم من يوم الضمان الى يوم التلف

فلا بد من اعتبار اعلاها من يوم تلف العين الى يوم التعذر لان اليوم الذي حكم فيه بضمن المثل هو يوم تلف العين ويوم تلف المثل هو يوم تعذره ، وان قلنا باعلى القيم من يوم الضمان الى يوم الاداء فلا بد من اعتبار الاعلى من يوم تلف العين الى يوم الاداء (هذا كله) بناء على تبدل المثل بالقيمة ، واما على القول بتبدل التالف بالقيمة بواسطة تعذر المثل فان قلنا باعتبار قيمة يوم التلف فلا بد من اعتبار قيمة العين يوم تعذر المثل لانه اليوم الذي انقلب بالقيمة واستقرت الذمة بالقيمة والمراد بيوم التلف هو اليوم الذي يستقر القيمة في الذمة لخصوص يوم تلف العين ولولم تتعلق قيمتها بالذمة بل كان الضمان بالمثل كما لا يخفى ، وان قلنا باعتبار قيمة يوم الضمان فلا بد من اعتبار يوم النصب وان قلنا باعتبار اعلى القيم من يوم الاداء الذي هو المراد من الجامع بين العين والمثل فيكون المدار على اعلى القيم من العين والمثل من اول يوم النصب الى زمان الاداء (هذا كله) بناء على الانقلاب ولكن قد تقدم ان التحقيق هو عدم الانقلاب بل المثل بعد التعذر باق في الذمة الى زمان الاداء فتكون العبرة بقيمة المثل يوم الاداء وعلى القول بالانقلاب قال الحق هو كون الانقلاب بالقيمة انما هو مادام تعذر المثل واما مع صيرورته متمكناً بزوال التعذر يستعين عليه المثل لان زوال الصفات عن الذمة انما كانت لاجل التعذر في دور مداره حدوداً وبقاة كما لا يخفى .

ثم ان من فروع اعواز المثل : الدارهم التي اسقطها السلطان ، وتفصيل الكلام فيها ان اسقاط السلطان اياها عن الاعتبار تارة يكون موجباً لاعوازها بحيث لا توجد بعد اسقاطها في السوق او صارت عزيزة الوجود جداً : واخرى انها تبقى موجودة لكنها غير راجحة . فعلى الاول فتكون حالها حال اعواز المثل بعينه وهو من احدى صغريات مسألة اعواز المثل . وقد عرفت الكلام فيها من انه يجب اعطاء المثل الا ان يرضى المالك بالقيمة وانه لا ينتقل المثل الى القيمة بسبب الاعواز . والقول بالانقلاب ضعيف

بل لا يستقيم على الإطلاق بل يمكن دعوى عدمه على الإطلاق وإن قيل به في الجملة، وذلك لأن المسلم منهم في باب السلم هو عدم انقلاب المسلم فيه إلى القيمة بواسطة اعوازه في رأس الأجل بل يفتون ببقاء المثل في ذمة المسلم عليه الآن يرضى المسلم بالقيمة كما لا يخفى، وتوهم أن الخصوصية المثلية ليست من مقومات المالية بل الركن في الضمان هو المالية وإنما خصوصية المثلية تابعة للمالية ومع انتفائها يعتبر الضمان بالمالية لعدم اعتبار ضمان مالا أدائه حيث لا يصح التكليف بأدائه لعدم القدرة على أدائه مع اشتراط صحة كل تكليف بالقدرة (مدفوع) بأن العجز عن الأداء مستلزم لارتفاع التكليف به ولكن رفع الحكم التكليفي لا يلزم رفع الوضع أيضاً. لا يمكن التفكيك بينهما فلا منافات بين بقاء الوضع واشتغال العهدة مع ارتفاع التكليف كما في المديون الغير المتمكن عن الأداء فإنه لا شبهة في عدم سقوط ذمته بواسطة العجز عن الأداء وإن لم يكن مكلفاً به في حال العجز، وقياس تعذر المثل بمعذر الخصوصية العينية حيث قد تقدم من أنه لا اعتبار في ضمان العين عند انتفائها (باطل) لوجهين: (الأول) أن العين امر شخصي يتعلق بالعهدة بأدائها مادامت موجودة ومع انعدامها لا يمكن اعتبارها في الذمة لعدم صحة اعتبار العين الشخصية في الذمة وهذا بخلاف المثل حيث أنه امر كلي يصح اعتباره في الذمة والتفاوت بالجزئية والكلية بين العين والمثل صار منشاء لعدم صحة اعتبار الضمان عند تعذرهما في الأول دون الآخر.

الثاني أن ما تقدم في العين هو أنها في ما كان انعدام العين عن صفحة الخارج بحيث لم يكن أمكان أدائها مرجواً وما نقول بعدم انقلاب المثل بالقيمة إنما هو فيما إذا كان أمكان الأداء مرجواً وهذا التفاوت أيضاً ينشأ عن الجزئية والكلية حيث أن العين الشخصية إذا تلفت لا يرجع عودها بخلاف المثل المتعذر فإنه

إذا تعذر بتلف فرد أو غيره برجي وجوده بتحقيق فرد آخر كما لا يخفى وبالجملية التحقيق في تعذر المثل هو بقاءه في الذمة إلا أن يرضى المالك بأخذ القيمة وقد عرفت سابقاً عدم سقوط الذمة بمجرد الرضاء أيضاً إلا أن يقبض القيمة في الخارج لأن ضمان الخصوصية المثلية تعني كضمان المسلم عليه لخصوصية حرارية الحنطة لو أسلم حنطة حمراء ولم يقد دليل على إسقاط ما كان ضمانه تبعياً وأما السقوط بعد القبض فامكان كون المقبوض الفاقد للخصوصية مصداقاً لمافي الذمة بالرضا فكل المالك رضى بكون الفاقد مصداقاً وبعد انطباق مافي الذمة على الفاقد يسقط ما في الذمة فتسقط الخصوصية بطبع سقوط متبوعه، هذا تمام الكلام في ما اذا اعوز الدراهم.

وعلى الثاني اعني حال عدم اعوازاها : ففي وجوب دفعها . أو دفع قيمتها . اقوال ثلاثة (اولها) وهو المشهور بين الاصحاب تعين دفعها (والثاني) تعين دفع القيمة (والثالث) التفصيل بين ما اذا كان الدراهم الجديدة مطابقة للقيمة القديمة في الوزن والمالية فيجب دفع الجديدة وبين ما لم تكن كذلك . فيجب دفع القيمة ولا يخفى ان هذا القول الأخير ليس قولاً ثالثاً في المسئلة بل هو القول الثاني لكن لمكان عدم لزوم الربا اعتبر دفع القيمة في صورة اختلاف الوزن منشأ اختلاف الاقوال هو ورود الاخبار المختلفة الدالة بعضها على اعتبار دفع الدراهم القديمة وذلك كخبر يونس في الصحيح، قال: كتبت الى ابي الحسن الرضا (ع) انه كان لي على رجل دراهم وان السلطان اسقط تلك الدراهم وجاءت دراهم اعلى من تلك الدراهم ولهم اليوم ضيعة فاي شيء لي عليه الاولى التي اسقطها او الدراهم التي اجازها فكتب (ع) الدراهم الاولى ، وكصحيح صفوان قال سأله معوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شيء لصاحب الدراهم الاولى أو الراجعة الذي تروج بين الناس قال : لصاحب الدراهم : الدراهم الاولى

ولا يضره الاضمار بعد كون مضمرة صفوان اذ هو لا يسأل عن غير الامام في بعضها على اعتبار دفع الدراهم الجديدة . وذلك كخبر آخر ليو نس ايضا عن الرضا (ع) وفيه بعد السؤال (من كون اي شئ عليه) . الاولى التي اسقطها السلطان ؛ أو الاخيرة الراجعة قال (ع) لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس (الحديث) وقبل التكلم فيما يقتضيه الصناعة العلمية في مقام الجمع بين هذه الاخبار ينبغي التكلم فيما يقتضيه القاعدة فنقول لا اشكال في ان صفة الرواجية في الدرهم والدينار انما هي من اعظم الاوصاف التي يبذل بازاها المال و (ح) فهل القاعدة تقتضي ضمانها كضمان العين أو انها غير مضمونة ، فربما يقال بعدم الضمان فيها لأجل كونها من الاوصاف الخارجية حيث ان الرواجية امر حصل من اعتبار السلطان وليست امراً قائمة بعين الدراهم كالسكة والياض ونحوهما وادلة الضمان انما ثبت ضمان الشئ بماله من الاوصاف القائمة به لا ما كانت خارجة عنه ، ولكن التحقيق يقتضي عدم الفرق بين الاوصاف الداخلية والخارجية بعد كونها منشاء لتفاوت المالية ، ولذا يجب دفع قيمة الماء المقبوض في المفازة لو اريد دفعه في ساحل الشط أو قيمة الجمد المأخوذ في الصيف لو اريد دفعه في الشتاء مع ان خصوصية المكانية والزمانية من الاوصاف الخارجية الغير القائمة بالجسم ، نعم في خصوص اختلاف الرغبات اعني تفاوت القيمة السوقية لا بوجب ضمان اعلى القيم كما سيجئ ، ولكن هذا لا يربط له بالوصاف الخارجية كما سيجئ بيانه (وبالجملة) فمقتضى ذلك هو ضمان الصفة الرواجية كساير الاوصاف الموجبة لتفاوت المالية من غير فرق بين الداخلية والخارجية ، هذا ما تقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن الاخبار ، واما مقتضى الصناعة في مقام تعارض الاخبار المذكورة فالتحقيق الجمع بينها بالاطلاق والتقييد ؛ وذلك لان الخبرين الدالين على وجوب دفع الاولى بالاطلاق يدلان عليه حيث ان مؤداهما وجوب دفع الاولى

مع السكوت عن صفة الرواجية، ومقتضى الخبر الدال على وجوب دفع ما ينفق هو ضمان الصفة الرواجية وهو نص في ذلك ومقتضى الجمع بينهما هو وجوب دفع الاولى باضفاء قيمة صفة الرواجية (فج) ان قلنا بعدم الربا في الغرامات كما هو قول في المسئلة على خلاف التحقيق فهو: والافجب دفع ما يفاير الاولى فان كانت فضة فيدفع من الذهب حذراً من لزوم الربا ولازم ذلك هو الاخذ بالجامع بين القولين الاخيرين وهو ضمان صفة الرواجية (هذا) ...

لكن المشهور ذهبوا الى العمل بالخبرين الاولين فحكموا بوجوب دفع الاولى فكانهم رؤا المعارضة بين الطائفتين فرجحوا الخبرين الاولين بالاكثرية والعمل والاعراض عن الاخير (ح) يشكل الجزم بما استخرجناه مما يقتضيه الصناعة العلمية موافقاً مع القاعدة وعلى هذا فالاحتياط بالصلح لا ينبغي تركه، هذا تمام الكلام في التعذر الطارى على المثل.

ولو كان المثل متعذراً من اول الامر فعلى القول بانقلاب المثل بالقيمة بواسطة التعذر فان كان في العقود ونحوها كالسلم ونحوه فينبغى ان يحكم بالبطلان من اول الامر وان كان في الضمانات القهرية كالبدوالاتف فالحكم هو الرجوع الى القيمة يوم الضمان، وعلى القول بعدم الانقلاب على ما هو المختار ففي مثل الضمانات المسببة عن العقود يحكم ايضاً بالبطلان. وفي مثل الضمانات القهرية يحكم بالرجوع الى قيمة يوم الاداء فعلى القول بكون المدار في القيمة مطلقاً على قيمة يوم الاداء لا يظهر بين القول بالانقلاب وعدمه فرق الا في باب القرض فانه على القول بالانقلاب يجب دفع قيمة يوم القرض كما اذا استقرض القيمي حيث يشتغل ذمته بقيمته يوم القرض وعلى القول بعدم الانقلاب يجب دفع قيمة يوم الاداء ما في غير القرض فيجب دفع قيمة يوم الاداء مطلقاً سواء قلنا بالانقلاب أم لا بناء على كون المدار على قيمة يوم الاداء كما لا يخفى وحاصل الكلام ان التعذر اما يكون

في الاثناء أو يكون من الابتداء وعلى كلا التقديرين فاما أن لا يرجح زواله عادة أو يكون مرجواً لزوال فان كان مرجواً لزوال عادة فقد تقدم ان فيه قولين . قول بالانقلاب الى القيمة . وقول بالعدم ، وتقدم ان المختار منهما هو عدم الانقلاب من غير فرق في ذلك بين التعذر الطارى في الاثناء أو ما كان من الابتداء وان كان غير مرجو الزوال فلا يعتبر فيه ضمان المثل من غير فرق ايضاً بين التعذر الطارى والابتدائي ، وذلك لوجه مشترك في جميع الضمانات من القهربية الحاصلة بسبب اليد والاتلاف والاختيارية الحاصلة بالالتزام العقدي . ووجه مختص باب الضمان الاختيارية ووجه مختص بالقهربية

اما المشترك بين الجميع فهو لغوية اعتبار ضمان ما لا سبيل الى اداائه بحسب العادة بوجه من الوجوه اصلاً ؛ واما المختص منه بباب العقود ما فيما كانت القدرة شرطاً شرعياً في صحته فواضح : حيث انه مع التعذر الغير المرجو زواله لا يمكن اداائه فيبطل العقد من جهة فقد شرطه وهو القدرة ؛ واما فيما لم تكن القدرة شرطاً شرعياً بل كانت شرطاً عقلياً فلعدم تمشي الالتزام العقدي مع فرض العجز الدائمي عن الوفاء بالتزامه . بل يكون التزامه هذا قلقلة اللسان وعلى تقدير ان يكون صورة التزام : الالتزام الصوري لا يكون مشمولاً لدليل وجوب الوفاء ، لان دليله انما يدل على وجوب وفا ما كان التزاماً حقيقياً لا ما كان صورة التزام

واما وجه المختص بباب الضمانات القهرية فلان قوله (ع) على اليد ما اخذت حتى تؤدي وان كان بالنظر الى كلمة الموصول فيما اخذت عاماً يشمل ما يمكن اداؤه وما لا يمكن فيه الاداء الا انه بواسطة كلمة حتى تؤدي الظاهرة فيما له اداء بصير مختصاً بما يمكن فيه الاداء وان منع عن الانصراف فلا اقل من الشك في شموله لما لا اداؤه . فلا يدل على ضمان ما لا يمكن اداؤه وعلى ذلك . ففي باب الضمانات القهرية لو طرأ التعذر في الاثناء ينقلب الى القيمة ولو كان من الابتداء يتعلق الذمة بالقيمة من اول الامر ،

وفي حكم الضمانات القهرية ما كان من العقود التي لم يعتبر فيها التعسك على اداء
نفس ما وقع به الالتزام كالصلح فانه ايضاً يوجب «الضمان بالقيمة» واما غير الصلح
مما يشترط فيه ذلك، فيحكم بالبطلان لو كان التعذر من الابتداء وبالتبدل الى
القيمة لو كان في الاثناء والسرف في صحة الانقلاب في هذا القسم اعني ما كان المعجز
دائماً، هو عدم تقوم الضمان بوصف المثلية، بل انما الركن في باب الضمان هو
المالية، وانما يعتبر المثلية مع امكانها فيكون حال المثلية كبقية الاوصاف مثل
حمر اوية الحنطة وكتابة العبد ونحو ذلك حيث انه مع التعذر ينتقل الى القيمة
قوله قدمه السابغ لو كان التالف المبيع فاسداً قيمياً انخ كان الكلام
فيما تقدم في حكم المثلي وبعد تمام الكلام فيه شرع في القيمي، وقد تقدم البحث
عن معنى المثلي والقيمي وعن تأسيس الاصل عند الشك في كون الشيء مثلياً او
قيماً ولا اشكال في مضمونية المقبوض بالعقد الفاسد بل كل مضمون قيمي بالقيمة
ولو لم يكن بالعقد الفاسد، وانما الخلاف في تعيين ما هو المدار في القيمة فقد اختلف
على اربعة اقوال (الاول) القول بكون المدار على قيمة يوم التلف وهو المشهور
المعروف بين الاصحاب (الثاني) القول بكون العبرة على يوم الاداء وهو الموافق
للدليل كما سنوضحه (الثالث) اعتباراً على القيم (الرابع) اعتبار يوم القبض.
ثم الدليل لكل واحد من هذه الاقوال تارة يقع البحث عنه من حيث
ما يقتضيه القاعدة المستفادة من عموم على اليد ونحوه واخرى من حيث ما يقتضيه
الدلة الخاصة كصحة ابي ولآد فها مقامان:

الاول: فيما يستفاد من العمومات فنقول استدلل للقول الاول اعني كون
المدار على قيمة يوم التلف بعموم على اليد، وتقريب الاستدلال به ان الظرف في
قوله على اليد فهو متعلق بفعل مقدر مثل الدرك والضمان ونحوهما فمعنى على اليد
ما اخذت. هو كون درك المأخوذ وضمانه على الآخذ بمعنى كون التلف منه واستقرا

ذمته بما ليته والدليل على كون الظرف لغواً هو ذكر الغاية اعني حتى تؤدي فان جعل الاداء غاية للضمان يكشف عن كون الضمان انما هو فيما له اداء فلا ضمان لما لا اداء له، ولذلك قلنا سابقاً بان الركن في الضمان هو المالية وانما الخصوصية والافصاف تتعلق بها الضمان اذا لم يكن ادائها، ومع عدم الامكان يكون الضمان بالمالية: ونتيجة ذلك هو استقرار ازمالية التالف على عهدة الضامن بسبب التلف واذا كانت الذمة مستقرة بضمان قيمة التالف عند التالف تصير العبرة بالقيمة على يوم التلف هذا غاية التقريب،

ولكن يرده ان الغاية المذكورة لا تدل على كون الظرف لغواً حتى يحتاج الى تقدير فعل كالدرك ونحوه بل يمكن جعل الظرف مستقراً بمعنى كون المأخوذ بنفسه هو في العهدة ولما كان الركن في الضمان هو المالية تجعل هي المضمون بها بالتلف لكن المالية الغير المتقدرة اعني صرف المالية التي تبذل بازائها المال، ونتيجة كون التالف بماليته الغير المتقدرة في العهدة لزوم اداء قيمة يوم الاداء اذ اللازم عليه اعطاء مالية التالف في كل زمان يعطيها والحاصل انه مع جعل المالية غير متقدرة يمكن جعل الظرف مستقراً من غير منافات مع جعل الاداء غاية، ومن هنا ظهر ان المطابق مع الدليل هو القول بكون المدار على قيمة يوم الاداء. لكن القول به شاذاً لذهب المشهور الى القول الاول (فح) فرعاية الاحتياط عند مخالفة قيمتي يوم التلف والاداء. مما لا ينبغي تركه وهذان القولان هما العهدة في الاقوال الاربعة قولاً ومدركاً، واما القولان الآخران فضعيفان قولاً ودليلاً: ومدرك القول بأعلى القيم هو جعل المالية المتقدرة متعلقاً بالضمان بجعل المالية كسائر الاوصاف التي توجب التفاوت في القيمة داخلية تحت الضمان فكلما حصل التفاوت في القيمة يدخل الاقل منه تحت الاكثر ويستقر الضمان على المقدار الاكثر، ونتيجة ذلك هو الضمان بأعلى القيم، ولكنه يمنع. بان عموم على اليد: لا يدل على ازيد من

ضمان المالية : واما تقدير المالية بالانمان . فلا دلالة فيه اصلاً : ومدرك القول بيوم الضمان هو صحيحة ابي ولاد كما سيجئ . ولا دلالة في عموم على اليد على هذا القول اصلاً هذا تمام الكلام في المقام الاول .

المقام الثاني في بيان ما تقتضيه الادلة الخاصة بمثل صحيحة ابي ولاد ومحل الاستشهاد بها موضوعان : الاول قوله (ع) فيها : نعم قيمة بغل يوم خالفته . والثاني قوله (ع) اويأتني صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكثري كذا وكذا ، وبيان تقريب الاول . يتوقف على ذكر الاحتمالات التي تحتمل في قوله (ع) نعم قيمة بغل يوم خالفته ، فنقول يحتمل في هذا الكلام وجود :

الاول ما ذكره المصنف قده من اضافة القيمة المضافة الى البغل الى اليوم ثانياً : وحاصله هو كون اليوم مضافاً اليه القيمة فالقيمة اضيف الى شيئين احدهما البغل والآخر هو اليوم فيكون المضاف واحداً والمضاف اليه اثنان ، وعلى هذا فيصير اليوم قيداً للقيمة وينتج ان العبرة بقيمة يوم المخالفة . فيصير الخبر دليلاً على كون المدار على قيمة يوم القصب ، وتنكير البغل (ح) لاجل كونه مضافاً اليه مع انه نقل عن بعض النسخ ضبطه معرفاً بهذا : ولا يخفى ما في هذا الوجه من البعد بحسب التركيب ، ضرورة : بمداضافة شيئين واحد الى اكثر من واحد بأن يضاف الى شيئين ثم الى شيئين آخر . ولا يمكن اضافة القيمة الى البغل واطافة البغل الى اليوم وان كان يصح تنالي الاضافات في غير المقام ، وذلك لعدم معنى محصل لبغل يوم المخالفة .

الوجه الثاني ما ذكره المصنف ايضاً بقوله . واما بجعل اليوم قيداً للاختصاص وحاصله ان اضافة القيمة الى البغل تفيد الاختصاص وكلمة اليوم متعلق بهذا الاختصاص فيصر المعنى الزام قيمة البغل المختص بيوم المخالفة على الغاصب فتكون العبرة في القيمة بيوم المخالفة وهو يوم الضمان . ولا يخفى ان هذا الوجه

ابعد من لاول، وذلك لان متعلق الظرف والجار والمجرور لابد ان يكون معنى اسماً ملتفتاً اليه والاختصاص الناشئ عن اضافة القيمة الى البغل معنى حرفي مغفول عنه. لا يصح ان يتعلق به ظرف، وهذا الذي ذكره قد يصح لو كانت كلمة الاختصاص مذكورة في العبارة. بصيغة الفعل. أو اسم الفاعل. أو المصدر. لا ما اذا كان الدال عليه معناه حرفياً كما لا يخفى.

الوجه الثالث: ان يكون اليوم ظرف لغو متعلق بعامل محذوف يدل عليه قوله (نعم) اذ هو في قوة القول بانه يلزمك بعد سؤال السائل أيلزمني، وينبغي ان يعلم أن الظرف وما يجري مجراه كالجار والمجرور لا يقع الا لغواً ومنها ما يقع لغواً تارة ومستقر أخرى، ومعنى ظرف اللغو هو ما كان محمولاً على توابع الذات مثل زيد ضرب في الدار. حيث ان في الدار يكون من قيود الضرب الذي من توابع الذات، ومعنى الظرف المستقر هو ما كان محمولاً على نفس الذات مثل زيد في الدار. حيث ان في الدار من قيود نفس الذات لا من قيود توابعه فمثل كلمة (في) قد تكون من قيود الذات وقد تكون من قيود توابع الذات وهذا بخلاف مثل كلمة (من) حيث انها لا تقع الا قيوداً لتوابع الذات فيقال سير زيد من البصرة ولا يقال نفس زيد من البصرة وكلمة اليوم مما لا يمكن ان يقع ظرفاً مستقراً ويجعل بنفسها محمولاً على الذات فيقال القيمة يوم المخالفة بل لابد من جعله من قيود توابع الذات وهي في المقام يلزمك المقدّر بقرينة كلمة (نعم) الواقعة في جواب السائل (يلزمني كذا) فيصير المعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل وعلى هذا فقد يقال بانه لا يدل على لزوم قيمة يوم المخالفة، بل انما يدل على الضمان من يوم المخالفة، واما المقدار المضمون، فهل هو قيمة يوم المخالفة أو غيرها فلا دلالة فيها: ولكن الانصاف دلالة الخبر على هذا التقدير أيضاً على تعيين قيمة يوم المخالفة، وذلك لأن

القيمة عبارة عن المالية المتقدمة للشئ، وقد عرفت فيما مضى أن المالية هي الركن في الضمان، وإن المدار في الضمان على المالية الغير المتقدمة، وحيث أنه ذكر في الخبر يلزم القيمة، وهي عبارة عن المالية المتقدمة فكأنه (ع) قال يلزمك في يوم المخالفة ماليته المتقدمة ولزوم المالية المتقدمة في يوم المخالفة بدلالة الالتزام يدل على كون التقدر في يوم المخالفة، لا يقال يمكن أن يكون يوم المخالفة ظرف استقرار العهدة بالمالية المتقدمة ولو كانت تقدرها فيما بعد يوم المخالفة، لأنه يقال هذا يصير من قبيل الشرط المتأخر بل أسوأ إذا لمعنى لقرار العهدة في هذا اليوم بالمالية التي تتقدر في زمان متأخر، ووجه الاسوية عدم تحمل لفظ القيمة للدلالة على هذا المعنى: فبتلك الدلالة الالتزامية يدل الخبر على كون المناط بالقيمة على يوم المخالفة.

ثم إن المصنف (قدم) أورد على هذا الوجه بأنه بعيد بل لا يمكن إرادته، وذلك لأن السائل إنما يسأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه قوله (أرأيت لو عطب البغل أو نفق اليس يلزمني) (الخ) الظاهر في كونه عالماً بأصل الضمان بالمخالفة فلا بد من أن يحمل قوله (نعم) على معنى أنه نعم يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة يوم المخالفة، ولا يخفى ما فيه لأن السائل وإن كان عالماً بضمان البغل بسبب المخالفة ولكنه إنما يسأل الإمام (ع) عن وجه ضمان الكرى. لتوهمه بأنه لا يجتمع ضمانه مع ضمان أصل البغل. كما أفتى به أبو حنيفة. وكان وجه فتواه استفادته من قول النبي ﷺ الخراج بالضمان فمرجع (قوله اليس يلزمني لو عطب البغل) (الخ) إلى السؤال عن اجتماع ضمان الكرى مع ضمان أصل البغل، فأجابه (ع) بقوله (نعم) عن اجتماعهما يعني يلزمك من يوم المخالفة قيمة البغل. فيكون ذكر (من يوم المخالفة) تفضلاً واقعاً في الجواب، وبالجمله

فالظاهر من هذه الفقرة هو الوجه الأخير وإنها تدل على كون المعيار على قيمة يوم الضمان من غير مناقشة. هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالفقرة الأولى وأما تقريب الاستدلال بالفقرة الثانية، فتوضيحه أنه (ع) جعل المدار على قيمة يوم الكرى. ومعلوم أن يوم الكرى مع قطع النظر عن المخالفة. لا ضمان فيه لأن المستأجر لا يضمن العين المستأجرة قبل المخالفة. فلا بد من حمله على فرض اتحاد يوم الكرى مع يوم المخالفة كما هو الظاهر لكون قنطرة الكوفة التي هي مكان المخالفة قريبة إلى الكوفة التي هي مكان الاكتراء بحيث لا يقع فصل بين وقت الكرى وبين الوصول إلى القنطرة، وعلى ما هو الظاهر من كون يوم الاكتراء هو يوم الركوب على الدابة كما هو المتعارف في هذه الأعصار أيضاً، وإنما ذكر يوم الكرى لا المخالفة لأن المخالفة وقعت من القنطرة وإقامة الشهود على قيمة البغل حين المخالفة لعله كانت عسراً لعدم من يطلع عليها وقت العبور بخلاف وقت الكرى حيث أنه يقع غالباً بمجمع من الناس فلذلك ذكر يوم الكرى بعد جعل يوم الكرى هو يوم المخالفة، بصيرديلاً على كون المدار على يوم المخالفة كما لا يخفى، وبما ذكرنا يظهر اندفاع ما ربما يورد على تلك الفقرة من أنها ظاهرة في ضمان العين المستأجرة في زمان الاجارة وهو خلاف الاجماع. ولا بد من طرحها من هذه الجهة ووجه الاندفاع هو اتحاد يوم الاكتراء مع يوم الغصب. فتكون العبرة على وقت الغصب والمخالفة لا يوم الاكتراء بما هو يوم الكرى.

بقي الكلام فيما يرد على فقه الخبر. وهو من جهات (الأولى) في قولهم، فإن أصلب البغل عقراً أو كسراً أو دبراً قال ع عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك (الخ) فإنه ظاهر في كون المدار في الارش

الحاصل بالمعيب على التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب في يوم الرد فلو كان المدار في الضمان على قيمة يوم الغصب في قيمة العين كما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين للزم التناقض بينهما وبين هذه الفقرة الظاهرة في كون المدار على يوم الرد في قيمة الصحيح والمعيب ، ولزوم التناقض انما هو بلحاظ الاجماع على تبعية الصفات مع العين في اصل الضمان وفي وقته وبلحاظ الاجماع لا بد من اعتبار التساوي في وقت ضمان العين والصفة ، فان كان ضمان العين في وقت الغصب يجب ان يكون ضمان الصفة ايضاً كذلك فالتفكيك بينهما يجعل ضمان العين يوم الغصب و ضمان الصفة يوم الرد مخالف مع الاجماع .

وحيث ان هذه الفقرة في الدلالة على كون المدار على قيمة يوم الرد تكون اظهر من الفقرتين السابقتين في الدلالة على كون المدار على يوم الغصب فليجعل هذه الفقرة قرينة على صرف ظهور الفقرتين السابقتين عما تدلان عليه من كون المدار على يوم الغصب فيقال بكون العبرة في الجميع على يوم الاداء ، ولكن يدفع هذا الاشكال بمنع الظهور المذكور بل الظاهر كون الظرف في المقام اعني قوله يوم ترده متعلقاً بعليك الذي يتضمن معنى يلزمك والمعنى (ح) يلزم عليك يوم الرد تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب وليس فيها دلالة على تعيين يوم القيمة وانه يوم الرد أو غيره . وبعبارة اخرى هذه الفقرة ناظرة الى زمان الاداء والامثال كما ان الفقرتين السابقتين كانتا ناظرتين الى زمان الاشتغال فالمقصود من هذه الفقرة هو تعيين ظرف الاداء بما اشتغلت الذمة به من غير نظر فيها الى تعيين مقدار ما اشتغلت الذمة به فيحتمل ان يكون المدار في الارض ايضاً على قيمة يوم الغصب كما في ضمان اصل العين ، ويحتمل أن يكون المدار على يوم حدوث العيب الذي هو بمنزلة تلف جزء من العين في باب الضمانات ، وحيث قد عرفت ظهور الفقرتين السابقتين في كون المدار

في ضمان العين على يوم الغصب فيحمل تلك الفقرة أيضاً على يوم الغصب. ويحتمل أن يكون الظرف قيداً للعيب. ويكون المعنى عليك تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب بالعيب الموجود حين رد البغلة فلا تعرض (ح) لهذه الفقرة في تعيين يوم تلك القيمة اعني قيمة التفاوت بين المعيب والصحيح « وإنما يعتبر العيب الموجود في يوم الرد لأجل احتمال ازدياد العيب الى يوم الرد. وهو المضمون دون العيب القليل الحادث قبله.

وأما اشكال المصنف (قده) على هذا الفرض بأنه يحتمل نقص العيب الى يوم الرد ويلزم منه أن لا يكون ضمان العيب الحادث قبل الرد عند رفعه حين الرد على الغاصب وهو خلاف المتسالم بينهم من كون المدار في الارش على العيب الموجود حال حدوثه ولو زال حين الرد. وإن العين لوردت الى الضحية لم يسقط ضمان ما حدث فيها من العيب (فمدفوع) بعدم تسلم الفتوى منهم على هذا المعنى: بل المسئلة محل الخلاف ومورد للأقوال، فيمكن جعل تلك الرواية دليلاً لمن يقول بكون العبرة على العيب الموجود وقت الرد، وكيف كان. فلا دلالة في هذه الفقرة على تعيين قيمة يوم الاداء. لكي نياقض مع ما استظهرناه مما تقدم من الفقرتين السابقتين.

الجهة الثانية في فقه ما افاده عليه (السلام) في الجواب عن قول الراوى ومن يعرف ذلك، قال (ع) أنت وهو. أما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك. وإن رد عليك اليمين فحلقت على القيمة. لزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا (النخ) والاشكال في هذه الجملة من وجهين :

الاول بناء على كون العبرة بيوم المخالفة على ما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين لا مجال لسماع قول المالك يمينه حيث أنه مدعى ولا يثبت

دعوى المدعى بيمينه «اللهم اذا انتقل على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة وادعى الضامن نقصانها في يوم المخالفة وانكره المالك حيث يصير المالك (ح) منكراً يتوجه عليه اليمين»، لكنه بعيد عن مساق الرواية لبعد اتفاقهما على قيمة البغل قبل كرائها من جهة بعد اطلاع الغاصب عليها قبل دخول البغل تحت يده لكي يحصل اتفاقهما عليها، وجعل يوم الاتفاق على القيمة يوم الكرى ابعده. لان الظاهر اتحادهم مع يوم المخالفة لما عرفت من ان المخالفة وقعت حين الوصول الى قنطرة الكوفة وهي قريبة الى الكوفة، والظاهر كون يوم الاكتراء يوم الركوب الى البغل فيكون متحداً مع يوم المخالفة، وهذا بخلاف مالو كانت العبرة في القيمة على وقت الاداء أو يوم التلف فان سماع دعوى المالك (ح) لمكان انكاره لما يدعيه الغاصب من نقصان القيمة في يوم الرد أو يوم التلف عن يوم الضمان، فالضامن يدعى نقصان القيمة في يوم الاداء أو يوم التلف : والمالك ينكره، فيكون القول قوله مع يمينه، وهذا المعنى امر شائع ليس بعيداً عن مساق الرواية كما لا يخفى، لا يمكن اتفاقهما على القيمة في يوم المخالفة الذي هو يوم الاكتراء واختلافهما في نقصانها في يوم الاداء أو يوم التلف، فهذه الجملة من الرواية لا يلائم مع جعل العبرة في القيمة على يوم الضمان الوجه الثاني في الجمع بين سماع قول المالك بيمينه مع جعل البينة له ايضاً حيث قاله، أو يأتي صاحب البغل بشهود (الخ) فان مقتضى توجه اليمين عليه كون حق اقامة البينة لصاحبه لصيرورته مدعياً والبينة على المدعى. ويمكن الجواب عن الاول بحمل الاختلاف على صورة اختلاف المالك والغاصب في زمان حدوث العيب بان يدعى الغاصب حدوثه قبل الغصب لان يرفع ضمانه عن نفسه والمالك ينكره ويدعى حدوثه بعد الغصب لكي يضمنه الغاصب ففي هذه الصورة يصير المالك منكراً لكون قوله موافقاً مع اصاله الصحة

ولكنه أيضاً بعيد من مساق الرواية لكون موردها فرض ثبوت الارش على الغاصب بسبب حدوث العيب في يده و كان الاختلاف في زيادته ونقصه على ما لا يخفى ، والذي يسهل الخطب أن اجمال الرواية في هذه الجملة لا يزاحم مع ظهور الفقرتين السابقتين منها فيما استظهرناه من كون مدار القيمة على يوم الغصب فيؤخذ بظاهرها في اعتبار قيمة يوم الغصب ولو بقيت هذه الفقرة على الاجمال هذا :

وقد اجاب المصنف قده عن الاشكال الثاني بحمل مورد توجه اليمين على المالك على ما اذا اختلفا في قيمة يوم الغصب بعد اتفاقهما على قيمة اليوم السابق عليه بأن ادعى الغاصب نقصانه وانكره المالك ، ومورد اقامة الينة منه على غير هذه الصورة . وهو ما اذا اختلفا في القيمة السابقة من حيث الزيادة والنقصان حيث يصير المالك مدعياً للزيادة فيكون عليه الينة وهذا ايضاً بعيد في غاية البعداذا للظاهر اتحاد صورة توجه اليمين عليه مع صورة اقامة الينة لانه (ع) في صورة دعواهما يقول بأن المالك اما أن يحلف أو يقيم الينة وهذا ظاهر في كون اقامة الينة و الحلف انما هو للمالك في صورة واحدة كما لا يخفى .

ويمكن ان يجاب عن الثاني بأن عدم سماع الينة من المنكر ليس امرأ اجماعياً بل هو مما وقع الخلاف فيه وورد الرواية على سماع الينة من المنكر كما في دعوى من ادعى البغل الذي ركه الصادق (ع) عليه فانه نزل عن البغل ورده الى مدعيه ثم ادعى المدعى سرج البغل وما اعطاه قائلاً بأنه كان ملكاً لأبي وانا اتملكه ارضاً منه ولى شهود على ذلك الى آخره انقل بالمعنى . فانه دليل على صحة اقامة الشهود من المنكر ، وعلى هذا فيكون هذا الخبر ايضاً دليلاً على سماع الينة من المنكر . وليس هذا اشكالا على الخبر كما لا يخفى .

هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالصحيحة على القول بكون المدار في ضمان المصوب على قيمة يوم الغصب ، وبعد الغاء خصوصية الغصب يعم الحكم بالنسبة الى كل مضمون ، ولو كان بالعقد الفاسد ، فيقال فيه ايضاً بكون المدار على يوم الضمان ولو فرض تمامية هذا الاستدلال لكان مخصصاً لما يستفاد من عموم على اليد من كون المدار على قيمة يوم الاداء أو يوم التلف على الاختلاف الذي قدمناه ، هذا تمام الكلام في مدرك القول بكون المدار على قيمة يوم الضمان . وأما مدرك القول بأعلى القيم فقد استدل الشهيد الثاني قدمه له بصحيحة أبي ولاد ايضاً قال المصنف قدمه ولم يعلم لذلك وجه صحيح ولم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب انتهى .

ولكن يمكن ان يوجه الصحيحة على وجه تنطبق على هذا القول وذلك بعد بيان مقدمة وهي ان مناسبة الحكم مع الموضوع ربما توجب استفادة معنى من الكلام بحسب المتفاهم العرفي من ايرامع المعنى الظاهر منه لولا ملاحظة المناسبة ، ففي مثل قوله (ع) قبعة بغل يوم خالفته الذي عرفت ظهوره في معنى انه يلزمك يوم المخالفة ، قيمة البغل في يوم المخالفة ، يمكن ان يقال ان هذه الجملة تتحمل معنيين (احدهما) ان يكون حدوث المخالفة تمام الموضوع في ضمان قيمة البغل في ذلك الوقت . وعلى هذا فيكون المدار على خصوص قيمة زمان حدوث الغصب (وثانيهما) ان تكون المخالفة بحدوثها وبقائها علة للضمان بمعنى انه في كل زمان تحقق فيه المخالفة ولو بقاء كان ضامناً لقيمة البغل في ذلك الزمان ، وعلى هذا فلو ترقى قيمة البغل في بعض اوقات المخالفة يكون ضامناً لتلك المرتبة وتكون بقية المراتب داخلية في تلك المرتبة العالية ومناسبة الضمان للغصب تقتضي استفادة المعنى الثاني من الرواية بحسب الفهم العرفي ، ففي قوله (ع) نعم يلزمك قيمة بغل يوم خالفته اشارة الى ان المخالفة

بما هي مخالفة (لا يحدونها فقط) موضوع للضمان ومعناه (ح) ضمان قيمة البخل في كل زمان من ازمة المخالفة التي منها زمان ارتقاء القيمة فيكون مرتبة الاعلى مضمونة ايضاً هذا :

وقد يستدل لهذا القول اي القول بضمان اعلى القيم بما حاصله ان العين المضمونة مضمونة في جميع ازمة المخالفة بما لها من الخصوصيات . فاذا ارتفع قيمتها في زمان وصارت ماليتها متقومة بتلك القيمة فهي تكون مضمونة بتلك المرتبة من المالية فكما انها لو تلفت العين في ذلك الزمان كلن عليه قيمة هذا الزمان . فكذلك لو زالت تلك المرتبة من المالية تكون مضمونة لكونها من قبيل زوال الصفة الموجبة لازدياد المالية ، ولكنه يندفع بان اختلاف القيمة السوقية الباصلة من اختلاف الازمان ليس من الصفات الثابتة في العين التي تصير اختلافها زيادة ونقصاناً منشئة لاختلاف المالية . ولهذا لا شكل ولا خلاف في انه لو رد العين في زمان نقصان قيمتها السوقية ليس عليه ضمان ما نقص من القيمة بخلاف ما لو كان النقصان بزوال صفة من اوصافها كالكتابة في العبد مثلاً أو حدوث عيب فيها الذي هو ايضاً راجع الى وصف الصحة فانه يجب عليه الارش كما لا يخفى : هذا تمام الكلام في مدرك القول بأعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف والمنحصل منه هو التمسك بالصحيحة بالتقريب المتقدم لو تم الاستدلال بها وقد تقدم مدرك القول باعتبار قيمة يوم الاداء وهو التمسك بعموم على اليد بالتقريب المتقدم في المقام الاول .

وربما يؤيد القول به بالتمسك عندهم من صحة صلح ما في الذمة من ضمان القيميات بأحد التقدين ولومع التفاوت بينهما من حيث المالية . فان المنقول عنهم . بل الظاهر انه مما لا خلاف بينهم واتفقت كلمتهم ، على انه لو صالح المالك مع الغاصب بالعين اي صالح عين ماله الذي تلف عنده معه لم يعتبر

التساوى مع ماصولح به لعدم الربا ولو صالح فعه بقيمتها يعتبر ان لا يكون متفاوتاً
 حذراً من لزوم الربا وهذه الفتوى المسلم منهم شاهدة على بطلان جميع
 الاقوال المتقدمة الا القول بكون العبرة على يوم الاداء. اذ لو كان المدار على
 يوم التلف أو على القيم أو يوم الضمان لكان اللازم هو الحكم بعدم صحة المصالحة
 بأحد التقدين مع التفاوت للزوم الربا ولكن الانصاف عدم تأييد القول باعتبار
 يوم الاداء بهذه الفتوى، بل هذا التسالم في الفتوى وقع من المشهور القائلين
 باعتبار يوم التلف فلا بد من توجيهه بما يوافق مذهبهم.

وتوضح ذلك انه يراد على هذه الفتوى أولاً بعدم تصوير الربا في مصالحة
 القيمة بأحد التقدين لان القيمة التي تتعلق بالذمة لا تختص بأحد التقدين معيناً
 بل المالية المتقدمة بأحد التقدين هي المتعلقة بالذمة ومصالحة تلك المالية
 بأحد التقدين معيناً لا يكون ربا، وانما الربا معاوضة الجنس بجنسه مع
 الزيادة وثانياً انه على فرض تصوير الربا في مبادلة المالية المتقدمة بأحد
 التقدين كيف يتصور صحة تلك المصالحة مع فتاويهم بكون المدار في الضمان
 على قيمة يوم التلف مع ان هذا على هذا التقدير مستلزم للربا وذلك لان
 عدم الربا يتوقف على بقاء العين على عهدة الضامن الذي يقع معه المصالحة
 وهو موقوف على عدم قرار القيمة في عهده بالتلف بل كان العين باقية على عهده
 الى زمان الصلح، وهذا يوافق مع القول بكون المدار على قيمة يوم الرد لا
 يوم التلف.

ولكن يجب عن الاول بأن غرضهم من لزوم الربا انما هو فيما اذا عين
 القيمة في الذمة بأحد التقدين معيناً ثم اوقع المصالحة عليها بجنسه. وعن الثاني
 ان التسالم على صحة المصالحة بالعين لا يدل على اعتبار يوم الاداء في القيمة
 لاحتساب بقاء العين في العهدة الى يوم الاداء، ومع ذلك كان ملزماً بتأدية قيمة

يوم التلف. أو يوم الضمان في زمان الرد، وذلك امر ممكن في نفسه وإذا ورد الدليل بجب المصير اليه فهو لاء القائلين يوم التلف بعد تسليمهم دلالة الدليل على كون العبرة بقيمة يوم التلف يقولون ببقاء العين في عهدة الغاصب الى زمان الرد لكن يجب في زمان الرد تأدية قيمة يوم التلف وهذا وان كان لا محذور فيه إلا انه يترتب عليه كون الاصل عند تردد القيمة بين الاقل والاكثر هو الاشتغال. بناء على كون المدار على قيمة يوم التلف ايضاً. كما يكون كك بناء على اعتبار قيمة يوم الاداء اذ بدأ الاقل لا يعلم خروج النعمة عما اشتغلت به من العين. وامل هذا هو المنشأ في جعل اليمين على صاحب البغل في صحيحة ابي ولادكون قوله موافقاً مع الاصل اي الاشتغال كما لا يخفى، وبالجمله فتسالم هذه الفتوى لا يدل على تعيين قيمة يوم الاداء كما اوضحناه.

ومدرك القول بكون العبرة بقيمة يوم التلف هو عموم على اليد حسبما تقدم تقريره مع تزييفه، ويستدل به باخبار خاصة ايضاً كالاخبار الواردة في باب تلف عين المرهونة بالتلف المرتين اذ الدالة على انه يحسب الدين في مقابل مقدار قيمة التالف ويضمن المرتين بباقي قيمته. فان مدلوله وقوع التهاثر القهري بين الدين وبين ما يقابله من قيمة التالف وهو متوقف على تعلق ذمة المرتين بقيمة التالف من حين التلف والافق فرض بقاء العين على عهده فلا قيمة في ذمته حتى يتهاثر منها ما يقابل الدين.

وكالاخبار الواردة في انه لو عتق احد الشركاء شقصاً من العبد المشترك يضمن قيمة سهام الباقيين لاتلافه عليهم حصصهم من العبد لعنته بالسراية فانها ايضاً ظاهرة في قيمة يوم العتق وهو يوم التلف، ولكن الانصاف عدم دلالة شيئي من هاتين الطائفتين من الاخبار على اعتبار قيمة يوم التلف. اما الطائفة الاولى فلأن التهاثر يقع بين الدين وبين ما يقابله من قيمة التالف ولو مع تعلق النعمة

بمالية الغير المتقدرة من التالف فهو اعم من كون الاعتبار بمالية المتقدرة في يوم التالف بل يصلح مع تقدرها في يوم الضمان أو يوم الرد أو أعلى القيم أيضاً مع انه على تقدير تسليم دلالتها على اعتبار يوم التالف فإنما تدل على اعتباره في الضمان بالاتلاف وكلامنا انما هو في الضمان باليد، ولا ملازمة بين اعتبار يوم التالف في ضمان الاتلاف وبين اعتباره في ضمان اليد. وبهذا يجاب عن الطائفة الثانية أيضاً فإنها وان كانت ظاهرة في اعتبار يوم التالف إلا انها أيضاً تكون في مورد ضمان الاتلاف لضمان اليد. ولا يمكن ان يقال بتحقيق ضمان اليد في عتق الشريك حصته لتصرفه في حق الشركاء فتكون اليد سابقة على الاتلاف، وذلك لان الاتلاف يوجب انقلاب سبب الضمان بسبب آخر ولا يعقل استناد الضمان مع الاتلاف عقيب اليد الى اليد السابقة اليه. وان كان يمكن ان يقال باستناد ضمان أعلى القيم الى اليد وان كان أصل القيمة ضمانها مستنداً الى الاتلاف اذ لا مانع من الاخذ به من تلك الجهة، وعلى كل حال فظاهر تلك الاخبار هو ضمان الاتلاف ولا يطله بضمان اليد الذي هو محل البحث كما لا يخفى.

وينبغي التنبيه على امور (الاول) لا اشكال في ان تفاوت القيمة اذا كان بسبب زيادة الصفة في العين أو نقصانها موجب للضمان كما أنه لاشبهة في ان التفاوت الناشئ عن رغبات الناس من غير عود الى العين بل لمحض اختلاف رغباتهم المعبر عنه باختلاف السوق لا يوجب الضمان بل مع عدم تلف العين ليس عليه الأردال العين ولو نقصت قيمتها السوقية وكذا مع التلف أيضاً الأعلى القول باعتبار أعلى القيم في باب الضمان حسبما تقدم مع تزييفه.

وانما الكلام في التفاوت الناشئ من تفاوت اضافات العين الى المكان والزمان كالماء في المفازة بالنسبة الى الماء في ساحل الشط وكالجمد في الصيف بالنسبة الى الجمد في الشتاء. واذا تعلق العهدة بالماء في المفازة أو بالجمد

في الصيف وأريد الخروج منها في ساحل الشط أو الشتاء، فهل يجب عليه رد الماء أو الجمد في ساحل الشط أو الشتاء أو يجب عليه تأدية القيمة وعلى الثاني، فهل المدار على قيمة المكان الذي صار مشغول الذمة بهما أو آخر امكنة التي يخرج الماء فيها عن المالية كالقريب إلى الساحل، وآخر الأزمته التي يخرج الجمد عن المالية بعدها كالزمان القريب إلى الشتاء، أو يؤخذ بالقيمة المتوسطة بين قيمة آخر أو ان الخروج عن المالية وبين قيمة أو ان اشتغال الذمة بهما (وجوه) والتحقيق ان يقال بدخول تلك الاضافات اعني اضافة العين إلى المكان والزمان تحت الضمان وبلزوم تأدية قيمة مكان الاشتغال وزمانه، اما الاول: فلأن الخصوصية التي تحصل للعين من قبل اضافتها إلى المكان والزمان الموجبة لتفاوت ماليتها ليست امرأ خارجاً عن العين كاختلاف الرغبات بل هي امر تقوم بالعين تصير من اوصافها فتدخل تحت الضمان، واما الثاني فلأن مكان التلف وزمانه هو ظرف تعلق الذمة بمالية العين التالف من حين التلف وكون القيمة الناشئة عن خصوصية المكان أو الزمان هي المتعلقة للضمان فيجب اداء قيمة ما كان عليها في مكان التلف أو زمانه، وهل يجب قيمة ذلك المكان والزمان في يوم الرد أو قيمتها في يوم التلف، أو قيمة يوم الغصب أو أعلى القيم، فيه احتمالات تقدم تحقيقها وان المشهور على اعتبار قيمة يوم التلف وقلنا بمساعدة الدليل على اعتبار قيمة يوم الاداء.

التنبيه الثاني في حكم بدل الحيلولة وتنقيح البحث عنه يتوقف على بيان اقسام التلف، فانه يتصور على انحاء (الاول) تلف الخصوصية العينية تلفاً حقيقياً أو حكماً، والمراد بالتلف الحقيقي معلوم وبالحكمي ما اذا كان موجوداً، ولكن لا يرجع عوده إلى المالك عادة كما اذا التقى في البحر أو صار في خزانة سلطان لا يتسر ارجاءه منه، ولا اشكال في هذا القسم في جواز المطالبة بالبدل وانه خارج عن مورد

الكلام فى بدل الحيلولة والمتيقن من جواز المطالبة بالبدل هو هذا القسم (الثانى) ما اذا زالت انحاء سلطنة المالك عن العين دائماً بحيث لا يرجى عودها مع بقاء العين وهذا القسم ايضا ملحق بالتلف الحكيمى، فيرجع فيه الى البدل (الثالث) ما اذا زالت بعض انحاء السلطنة كك دائماً بحيث لا يرجى عودها كالدابة التى يركب ظهرها اذا صارت مؤطوئة حيث انها يجب بيعها فى خارج المصر، وحكم هذا القسم هو عدم قرار شئنى على الضامن الواطى لولا النص الا انه ورد النص على وجوب غرامة الواطى بثمنه ثم يبعه فى خارج المصر، وهل الثمن الذى يؤخذ من المشتري للمالك، أو للواطى الغارم. أو يصرف فى بيت المال (وجوه) اقواها الثانى وذلك لمكان التعبير فى النص عما يفرمه الواطى بالثمن الدال على وقوع المعاوضة بينه وبين المالك بحكم الشرع، وان لم تقع المعاوضة المالكية فتصير الدابة له عوضاً عما يفرمه للمالك. وان كان يجب بيعها فى خارج البلد.

الرابع ما اذا زالت سلطنة المالك زوالاً يرجى عودها اليه كالخشب الذى جعل من اجزاء السفينة فى وسط البحر بحيث يتوقف ترعها فى وسط البحر على غرق نفس محترمة، ولو كانت نفس الغاصب. أو مال محترم، لكن من غير الغاصب. فانه يجب ابقائها الى ان تصل السفينة الى مكان يؤمن ترعها عن الغرق، وفى مثل هذه الصورة تكون سلطنة المالك ذائلة شرعاً مع رجاء عودها أو كان زوالها بحكم العقل كما اذا اخرج ماله الى بلد بعيد يتوقف عوده الى المالك الى مضي زمان يحمل ذلك المال اليه فى ذلك الزمان وهذا القسم هو مورد بدل الحيلولة، وقد وقع الخلاف فى جواز مطالبة المالك (ح) بالبدل فمن جماعة القول به، وعن آخرين كالمحقق الثانى قده انكاره حيث يقول لم يحصل لبدل الحيلولة معنى متضح.

واستدل للقول بالجواز (بوجوه): الاول قاعدة لا ضرر حيث ان صبر

المالك الى زمان التمكن من الوصول الى ماله ضرر عليه. فيجبر بالقيمة، ولا يخفى ما في التمسك بالقاعدة في امثال هذا المقام وان وقع من كثير من الاعلام اذ الضرر في امثال هذه المقامات لو صار منشأً للحكم لكان علة للتشريع اي يكون الشارع يحكم بحكم خاص لاجل الضرر فهو يكون في مرحلة الثبوت علة للتشريع، والحكم لاجله وظيفه الحاكم كما في مورد الشفعة وليس لغيره اثبات الحكم في مورد لاجل الضرر وهذا بخلاف قاعدة الضرر في مورد الحكومة على الاحكام الواقعية حيث انها بدليلها تخصص ادلة تلك الاحكام في مورد الضرر فالخلط بين المورد الذي كانت القاعدة علة للتشريع، وبين المورد الذي تكون حاكمة على ادلة الاحكام الواقعية صار منشأً لتمسك كثير بتلك القاعدة، فيما لا ينبغي التمسك به، وما نحن فيه من هذه الموارد كما لا يخفى.

الوجه الثاني بواسطة حيلولة الغاصب بين المالك وماله، فيجب عليه التدارك بالقيمة، ولا يخفى ان هذا الوجه كسابقه في الفساد. حيث ان الكلام في ثبوت التدارك بواسطة الحيلولة فلا يصح جعل نفس الحيلولة دليلاً على لزوم التدارك (الثالث) صيرورة الحيلولة منشأً لتنفويت السلطنة الفعلية الثابتة للمالك على ماله وهي مما يجب تداركها فتدارك بالقيمة: وهذا هو المستظهر عن المصنف قده ولا يخفى ما فيه؛

اما اولاً فلا تنال السلطنة حكم شرعي وان كانت ملزوماً لامر عرفي ولا معنى للفرامة على الحكم الشرعي. واما ثانياً فلا تنال لو سلم كونها امرأ عرفياً كشف عنها الشارع وامضاها لكنها ليست مما يقابل بالمال اذ لا دليل على مضمونيتها بالمال لعدم دلالة دليل الضمان عليها من عموم اليد أو الائتلاف، اما اليد فلعدم مجيئ السلطنة تحت اليد حتى يصير مضموناً باليد. واما الائتلاف فلا تنال على الضمان بتلف المال والسلطنة ليست مالاً.

وامانائاً؛ فلأنه لو سلم صحة ضمان ما يقابل السلطنة، لكان اللازم منه هو الارش على السلطنة لاخذ بدل العين بمالها من المالية اذ البدل اجنبى عمافات من السلطنة. ولا ينتهى الامر الى بدل الحيلولة اصلاً لأن الفائت من السلطنة لا تعود، فلو كانت لها قيمة يجب اعطاها كسائر الغرامات الحاصلة فى مقابل النقصانات وابن هذا من بدل الحيلولة كما لا يخفى:

الوجه الرابع التمسك باصالة سلطنة المالك على مطالبة مالية ماله. ولو مع بقاء العين، وتقريب التمسك بها يتوقف على مقدمة وهى ان عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى يستكشف منه امور (الاول) ان مالية الشئى مضمون فى عهدة الضامن وانها الركن فى الضمان، وهذا قد تقدم سابقاً. وقلنا مع انعدام العين يبقى الضمان بحاله مع عدم اعتبار الضمان فيما لا يمكن رده. فاعتبار الضمان مع تلف العين الموجب لامتناع ردها شاهد على ان الركن فى الضمان هو المالية امكن رد العين ام لا (الثانى) وجوب رد ما نبت فى عهدة الضامن على المالك. وهذا يستكشف بدلالة التزامية من جعل الغاية للضمان هو الاداء (الثالث) الردالى المالك فورى يجب على الضامن فوراً فوراً وهذا ايضا يستظهر بالدلالة الالتزامية اذا عرفت ذلك فنقول نتيجة الامور الثلاثة هو وجوب رد مالية المضمون على الضامن وجوباً فورياً: ومقتضى ذلك تمكن المالك عن مطالبة الغاصب بمالية ماله فى كل وقت و زمان سواء كانت العين موجودة ام لا وسواء كان مع التمكن من الوصول اليها فعلاً عادة ام لا يخرج عنه ما اذا كان الوصول اليها عادة ممكناً بالاجماع. وبقي الباقي تحت هذا الاطلاق، ومن جملة مصاديقه ما نحن فيه اعنى مورد بدل الحيلولة فظهر ان الاصل. اعنى اطلاق دليل ضمان اليد. مقتضى لثبوت بدل الحيلولة و هذا غاية تقريب التمسك بالاطلاق و لو تم هذا التمسك لكان دليلاً حسناً على

بدل الحيولة. إلا أنه أيضاً منظور فيه. وذلك لأن المصلحة وإن كانت كفاً في الضمان لكن لا بمعنى أنها مستقلة تدخل تحت الضمان. وتكون العين اجنبياً عن الضمان بل بمعنى أنه مع تعذر العين لا يسقط الضمان (فح) ينتهي البحث في تأسيس الأصل إلى أن يقال الخصوصية العينية كما تسقط بالتلف ويكون للمالك المطالبة بمالية ماله عند تلف العين فهل له اسقاط الخصوصية عند وجودها بمعنى أن له مع وجودها أن يطالب بالبدل أم لا، ولا يخفى أن الثاني هو الأقوى لأن ضمان المصلحة ليس أمراً مستقلاً في قبالة ضمان الخصوصية العينية بأن يكون كل منهما مضموناً مستقلاً. لكي يصح اسقاط أحدهما والاخذ بالآخر بل إنما هو ضمان واحد متعلق بالعين بماله من المصلحة وإذا كانت العين بماليتها تحت الضمان. فلا دليل على سقوط ضمان العين بالاسقاط كما مر نظير ذلك في عدم انقلاب المثل بالتعذر إلى القيمة، (فتحصل) أن الأصل عدم جواز مطالبة المالك بمالية ماله عن الضامن الأمانيات جوازه، فظهر من جميع ما ذكرناه أن الأقوى عدم قيام دليل على ثبوت بدل الحيولة وأنه كما قال المحقق الثاني مما لم يتضح معناه..

ثم لو قلنا به فها فروع ينبغي التنبيه عليها (الأول) هل المالك يصير مالكا للبدل. أو أنه يباح له التصرف فيه (احتمالان) والتحقيق أن يقال لو قلنا بثبوته لأجل كونه بدلاً عن سلطنة المالك حسبما سلكه المصنف (قده) لكان ينبغي القول بالإباحة. إذ لا مقتضى للملك. لأمن ناحية المالك ولأمن قبل الشارع. أما من ناحية المالك فلأن المفروض عدم إقدام الضامن والمالك على إنشاء تملك البدل وتملكه، وأما من ناحية الشارع فلعدم ما يدل على تحقق الملك القهري من قبل الشارع، ولا منافات بين الإباحة وبين صحة تصرفات المالك في البدل بجميع التصرفات المتوقعة على الملك لا إمكان الالتزام بتقدير الملك إنما إلى الطريق الأعوج جاجي كفاً في باب المعاطاة على القول بالإباحة حسبما مر شرح

القول في بابها. ولوقلنا بثبوت بدل الحيلولة لأجل التمسك بأطلاق دليل اليد لكان ينبغي القول بالملك، لأن مقتضى الاطلاق كما عرفت هو مطالبة المالك عن الغاصب الضامن بمالية ماله فيصير مالكاً لما يأخذه منه لكونه مالية ماله ولا ينافيه بقاء ماله الموجود كاللوح المنصوب في السفينة على ملكه على ما يجئ في الكلام فيه لأجل توهم صيرورته جماً بين العوض والمعوض، وذلك لأن البديل ليس مأخوذاً بعنوان العوض عن ماله حتى يكون تملكه مع بقاء المال الأصلي على ملكه جماً بين العوض والمعوض: بل البديل مأخوذ بعنوان الغرامة، ولا تنافي بين اخذ الغرامة وبين ابقاء المال الأصلي على ملكه.

فان قلت فما الفرق بين المقام وبين الدابة التي بركب ظهرها اذا صارت موطوءة حيث تقولون بصيرورتها ملكاً للواطئ لمكان اخذ قيمتها منه دون المقام (قلت) الفرق هو استفادة المعاوضة القهرية في باب الدابة الموطوءة عن الدليل الشرعي حيث عبر فيه عن المال المأخوذ عن الواطئ بالثمن الظاهر في كونه عوضاً عن الدابة وهذا التعبير مفقود في المقام فليس في المقام ما يستكشف منه تحقق المعاوضة بين البديل وبين مال المالك ومع عدم تحقق المعاوضة فلا جمع بين العوض والمعوض أصلاً.

الثاني هل المالك يملك البديل مطلقاً. أو مادام عدم رجوع العين اليه، فيعود الى الضامن بعد تمكن المالك عن ماله وصيرورته مسلطاً عليه بعبارة اخرى هل ملكية البديل ملكية مطلقة أو ملكية مؤقتة (وجهان) اقواهما الاخير وتوضيحه ان الملكية اما تكون مالكية أي حاصلة من انشاء المالك بأسباب خاصة من العقود والايقاعات واما تكون شرعية أي يكون بحكم الشارع عند حصول اسباب غير اختيارية كالموت في باب الارث مثلاً وعلى كلا التقديرين فيمكن ان تكون مقيدة كما يمكن ان تكون مطلقة وان كان لا يوجد للمقيدة

منها فرد فيما كانت حاصلة بأسباب قهريّة الآن القسمين منها موجودة في الحاصل من الأسباب الاختيارية ومثال الملكية المطلقة الحاصلة بالأسباب الاختيارية ظاهر كالبيع ونحوه ومثال العقيدة منها كالوقوف اذا وقف على طبقة عشر سنين ثم على طبقة عشر سنين بعدها وهكذا أو وقف على الطبقات على ترتيب وجودهم فان الملكية المقيدة بعشر سنين أو بمادام وجود الموقوف عليه هي المنشأ بالإنشاء وفيما نحن فيه أيضاً يمكن ان تكون الملكية الحاصلة للمالك بالنسبة الى البدل شرعاً مطلقة، ويمكن ان تكون مقيدة بخلافه من النظر في دليل اثباتها وكيفية دلالة من انه هل يشتها على الاطلاق أو مقيداً بعدم عود المبدل الى المالك وما ذكر يظهر فساد توهم كون الملكية في المقام مطلقة بدعوى عدم تصوير التقييد فيها كما لا يخفى: اذا تحقق ذلك فنقول مقتضى القول ببطل الخيلولة وان العين المبدل لا تخرج عن ملك مالكها كما سنحققه في الامر الثالث وانه يجب ردها اليه هو ان يصير مالكاً للبدل مادام عدم رجوع المبدل اليه اذ هو بطل سافات من المالك من التمكن على ماله وبعد عوده اليه فلا فوات حتى يحتاج الى البدل، فان قلت بناء على ما تقدم في الامر الاول اجمالاً وسيفصل في الامر الثالث، البدل ليس عوضاً عن المبدل وانما هو غرامة يغرّمه الضامن بحكم الشرع واذا صار المالك مالكا له، فلا موجب لخروجه عن ملكه بسبب تمكنه من المبدل ولا اقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاء ملكيته للبدل. قلت اما على تقدير القول ببطل الخيلولة من ناحية كونه بدلاً عن سلطنته الفائتة حسبما تمسك به المصنف قده فلا مقتضى لحصول الملكية المطلقة ان قلنا بوجود مقتضى الملكية وذلك لأن البدل (ح) بدل عن فوت استيلاء المالك وليس للمالك سلطنتان على ماله واذا عادت السلطنة فلم تكن فائت اصلاً حتى يحتاج الى البدل وبعبارة اخرى التدارك انما يقع عما يفوت من كون المال تحت يده فكون بقدر الفوت

و(ح) لا ينتهي الامر الى الشك حتى يتمسك بالاستصحاب.

واما على ما اخترناه من انحصار الدليل على ثبوت بدل الحيلولة لو كان له دليل بالاطلاق على حسب ما قدمناه وان كان يمكن ان يقال مقتضى الاطلاق تمكن المالك من اخذ البديل ولو مع وجود عين ماله عند عدم التمكن من الوصول اليه، وهذا كما يمكن مع كون الملكية مطلقة يمكن مع كونها مقيدة فيتصور الشك الا انه من قبيل الشك في المقتضى الممنوع فيه الاستصحاب.

وحاصل الكلام في المقام ان يقال بناء على كون البديل عوضاً عن المبدل وتحقق المعاوضة بين ماله الاصلى وبين البديل فلا ينبغي الاشكال في كون المتحقق من اول الامر هو الملكية المقيدة، وذلك بعد قيام الاجماع المحقق على ملكية المال الاصلى لمالكه بعد تمكنه منه واستيلائه عليه فمن ذاك الاجماع يستكشف ضرورة البديل ملكاً له الى زمان استيلائه على المبدل ولا يلزم الجمع بين العوض والمعوض لكن ملكيته للمبدل بعد الاستيلاء عليه ثابتة بالاجماع فيكون البديل خارجاً عن ملكه عند الاستيلاء على المبدل كك، هذا على تقدير تحقق المعاوضة بين البديل والمبدل. واما بناء على كون البديل تداركاً عن المبدل اعني عافات من استيلاء المالك على المبدل ففي مرحلة الثبوت يمكن ان يكون التدارك موضوعاً للحكم بحيث يدور الحكم مداره وجوداً وعدماً كالعدالة في باب التقليد حيث انها مأخوذة في موضوع المقلد بالفتح وكالفقير في باب الزكوة حيث انه اخذ موضوعاً في المستحق، ويمكن ان يكون التدارك علة للحكم أي للملكية فلا تدور الملكية مدار بقاء التدارك بل التدارك في وقت ما يصير علة لصيرورة البديل ملكاً للمالك ملكية مطلقة كما في باب تغير الماء الكثير بالنجاسة حيث ان التغير علة لطر والنجاسة على الماء لانه غوا ان يدور بقاء النجاسة مدار بقاءه فان كان التدارك موضوعاً للملكية فتزول بزوالها وان كان علة لها فتبقى

بعد زوالها هذا بحسب الثبوت .

واما بحسب الاثبات فتارة يحرز القسم الاول والثاني واخرى يشك ، وعلى كلا التقديرين فلا تصل النوبة الى الاستصحاب اما على تقدير احراز موضوعية التدارك او على غير ذلك فلم يبق الشك في بقاء الملكية (ح) للقطع بزوالها لو احرز موضوعية التدارك وبقائها عند احراز على غير ذلك واما على تقدير الشك في كونه موضوعاً او علة فلم يبق احراز الموضوع الذي هو شرط في اجراء الاستصحاب على هذا التقدير اذ لم يعلم ان الموضوع هل هو عنوان التدارك أم لا هذا حكم هذه الاحتمالات ثبوتاً .

واما التحقيق فيها فالظاهر المقطوع به هو عدم تحقق المعاوضة لما تقدم ويأتي في الامر الثالث . فاحتمال المعاوضة منتفية قطعاً ولا شبهة في كون البديل على سبيل التدارك ، انما الكلام في كون التدارك موضوعاً أو أنه علة وليس في ادلة الضمانات ما يمكن ان يستظهر منه عنوانيته او على غير ذلك الا ان يقال ان المضامين العرفية ومناسبة الحكم والموضوع هو المقتضى للعنوانية بمعنى ان العرف يفهم من ثبوت الملكية لأجل التدارك ان ثبوتها مادام يصدق الفوت على مال المغترم له ومع عود ماله اليه وانقضاء صدق الفوت فلا فوت حتى يتدارك وهذا غير بعيد ونتيجة ذلك هو الحكم بزوال الملكية عند استيلاء المالك على ماله وكون الملكية الحاصلة له هي الملكية المقيمة ، وقد عرفت انه مع قطع النظر عن هذا الاستظهار وانتهاء النوبة الى الشك فلا مجرى للاستصحاب ولا يصح اثبات الملكية المطلقة باجرائه لمكان الشك في الموضوع على ما تقدم .

الامر الثالث هل المال المبديل بعد التمكن من الاستيلاء عليه يكون ملكاً للمالك أو للضامن (وجهان) ولا اختصاص لهذا البحث بمورد بدل الحيلولة بل هو عام في جميع موارد اغترام الضامن بالبديل سواء كانت العين تالفة بالتلف

الحقيقي أو الحكمي، أو كانت موجودة كما في مورد بدل الحيلولة، وسواء كان بقي منها بعد التلف شيء له قيمة كما إذا انكسرت العين وكان لمكسورها قيمة أم لا، وسواء كان الاغترام لأجل وطني الدابة التي يركب ظهرها أو لغير ذلك والكلام يقع تارة في ملكية المال الذي أدى غرامته وأنه هل هو ملك للغارم أو المغترم. وأخرى في أنه على تقدير عدم القول بالملك فهل يكون للضامن حق اختصاص به أو يكون حق الاختصاص للمالك أو لا يكون لواحد منهما بل هما مع غيرهما بالنسبة إليه شرع سواء وكل من سبق إليه فهو له كسائر المباحات قال الكلام هنا في جهتين:

الأولى في ملكية المال للمالك أو للغاصب والكلام في هذه الجهة أيضاً يقع تارة في صورة التلف الحقيقي وأخرى في التلف الحكمي، وثالثة في حكم ملكية المال في صورة بدل الحيلولة، وقد حكي عن المقاييس القول بصيرورة المال الأصلي ملكاً للغارم في جميع الصور وقد أيده بنهاب الأساطين إلى لزوم الربا فيما لو كان التالف معصوماً من الذهب مثلاً وكانت الغرامة أيضاً من جنسه بناءً على عدم اختصاص الربا بباب المعاوضات بل جريانه في باب الغرامات أيضاً ولا يخفى أنه لا يتصور الأبرص انتقال التالف إلى الضامن والأفع بقاءه على ملك المالك. فلا مبادلة حتى يلزم فيها الربا هذا محصل ما نقل عنه.

ولا يخفى ما فيه أما في الصورة التلف الحقيقي فلم يعدم تصوير ملك الغاصب للتالف ثبوتاً وانتفاء ما يدل عليه في مرحلة الإثبات وأما في التلف الحكمي فهو وإن كان يتصور فيه ملكية الغاصب للتالف ثبوتاً، لكن ليس في مقام الإثبات عليه دليل وتوضيح ذلك أما في التلف الحقيقي فلأن ظرف حصول ملكية الضامن لا يخلو عما أن يكون آنما قبل التلف بأن انتقل إلى الضامن فتلف عنه أو يكون قبل أداء الغرامة شيئاً منهما لا يستقيم.

أما الأول فلأن الملكية لو قيل بها فانما هي لأجل الاغترام المسبب عن التلف فلا محالة لا بد وأن يكون بعد التلف والأيلازم تقدم المعلول على علته وهو محال ففرض تقدم ملكية الضامن للتالف قبل التلف مع نشو ملكيته عن التلف غير معقول، وأما الثاني فلأن متعلق الملكية وهو المال بسبب التلف صار معدوماً عن صفحة الخارج ولا معنى لاعتبار ملكية ما ليس له وجود في الخارج وفرض وجوده قبل أداء الغرامة ثم تعلق الملكية الى المال الموجود بحسب الفرض وان كان ممكناً إلا أنه لمكان كونه على خلاف القاعدة يحتاج الى قيام دليل قوى على الملكية و كان تصويرها متوقفاً على فرض المعدوم موجوداً وآلاً يلزم طرح الدليل الدال على الملكية وهو غير مجوز وفيما نحن فيه ليس دليل على ملكية الضامن أصلاً فضلاً ان يكون قوياً لم يكن رفع اليد عنه ممكناً، ويؤيد ما ذكرناه من عدم ملكية الضامن للمال التالف الذي يضمه ان باب الضمان القهرى الناشئ عن الابدأ والاتلاف هو كباب الضمان الاختيارى يرتضعان من ثدى واحد، ولا شبهة في ان الضامن بالضمان الاختيارى لو ضمن دين احد لا يصير مالكاً لما في ذمة المدينون ويبعد الفرق بين الضمان الاختيارى والضمان القهرى كما لا يخفى.

وكذا في ضمان الاوصاف الغائبة لا يملك الضامن الوصف الغائبة قطعاً فيكون حال العين الغائبة كالوصف الغائبة من غير تفاوت بينهما هذا في التلف الحقيقى، وأما في التلف الحكمى فليس في ملكية الضامن للتالف بأداء الغرامة محذور في عالم الثبوت اذ لا يحتاج الى فرض وجود المعدوم كما هو واضح إلا انه لا يكون عليها دليل في مرحلة الانبات فالقول بملكية الغارم لما يفرمه للمالك قول بلا دليل وأما ما تأيد به من تحقق الربا فيما ذكر فهو مبنى على القول بعدم اختصاص الربا بباب المعاوضات بل ثبوته في باب الغرامات فلا دلالة فيه على

تحقق المعاوضة كيف والاعم لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه فلا تاييد في التوى المذكورة ومما ذكرنا يظهر حكم بدل الحيلولة وانه لا وجه للقول بصيرورة المبدل ملكاً للضامن بوجه من الوجوه هذا تمام الكلام في الجهة الاولى .

اما الجهة الثانية فاعلم انه عند تلف المال اما يكون مما لا يبقى منه شيئ بعد التلف اصلاً كما اذا كان مأكولاً مثلاً فأكل أو يكون مما بقي منه شيئ بعد التلف ، وهذا على قسمين (احدهما) ما يكون للباقي منه بعد التلف مالية (وثانيهما) ما لا يكون له مالية بل يمكن ان يكون له فائدة غير بالغة الى مرتبة المالية بل قابلة لأن يتعلق به حق الاختصاص لاشكال في حكم الاول وهو ما لا يبقى شيئ من التالف وانه يضمن الضامن تمام مالية التالف (ح) وكذا لاشكال في القسم الثاني اعني ما اذا بقي منه شيئ متمول فان المالك (ح) يستحق الارش كما لا يخفى .

وانما الكلام في القسم الثالث في ان حق الاختصاص بهذا الباقي هل هو للمالك أو للضامن أو لمن يسبق اليه ففيه (وجوه) اقواها الاول ، وذلك لأن حق الاختصاص انما هو مرتبة ضعيفة عن الملكية تكون منشأ ضعفه اما القصور في الاضافة أو في احد طرفيها بأن لا يكون الطرف قابلاً لأن يتعلق به اضافة الملكية ، والحق والملك مشتركان تحت جامع واحد وهو الواجدية (وح) نقول ، هذا الباقي بعد التلف كان قبله متعلق الاضافة الملكية التي هي اضافة شديدة وبعد التلف لمكان قصور هذا الباقي عن أن يتعلق بها الاضافة الشديدة تزول عنها الشدة وتبقى الاضافة بمرتبة ضعيفة وهي الحق والحق لم يحدث للمالك بعد زوال الملكية من كتم الدعم حتى يسأل عن سببه نظير حدوث الاستحباب بعد زوال الوجوب بل هو عين تلك الاضافة الثابتة قبل تلف التالف لكن بمرتبة ضعيفة

منها فلا يحتاج الى سبب جديد .

حجة القول بكونه متعلق حق الضامن هو توهم كون الحق والمالك كالوجوب والاستحباب متباينين فيحتاج حدوث الحق بعد زوال المالك الى وجود سبب وهو متحقق بالنسبة الى الضامن لكون الباقي في يده وتحت حيازته ولا يخفى انه على هذا التقدير ايضاً لا ينتج ثبوت الحق للضامن لأن صرف كونه تحت يده لا يثمر في ثبوت الحق له ما لم يقصد حيازته ومع عدم القصد يكون هو مع غيره شرع سواء فهو لمن سبق فظهر ان اقوى الوجود هو الوجه الاول وبعده الاخير واما الوجه الثاني فلا وجه له اصلاً .

فان قلت بقاء حق الاختصاص للمالك بالنسبة الى الباقي بعد التلف ينافي مع اخذه لتمام ما يقابل مالية ماله لكون الغرامة بإزاء تمام ماله قلت: الغرامة انما هي بإزاء التالف من مالية ماله واما الوجود فلا تلف حتى تقع الغرامة عليه (فح) لم تقع غرامة بإزاء ماله على الباقي من الاضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كما لا يخفى، ومما يبطل به دعوى ملكية الغارم للمال الذي يغرمه للمالك واعطى غرامته اياه هو لزوم كون المنافع المتجددة منه الحاصلة بين زمان تعذر الوصول اليه وبين عود التمكن منه ملكاً للغارم، وما اظن ان يلتزم به احد حتى نفس القائل بحصول ملكية العين للغارم، ويمكن ان يجعل هذا دليلاً على ان كلام المحكي عن المقاييس ليس في بدل العيولة بل انما يقول بالملكية في صورة التلف الحقيقي لبعده التزامه بصيرورة المنافع المذكورة ملكاً للغارم .

الامر الرابع لا اشكال في ضمان الغاصب لما يتجدد من منافع العين المتفصولة قبل رد البديل الى حين الرد وكذا بعد تمكنه من رد العين وزوال المنافع عن الرد لرجوع البديل الى الغاصب بعد تمكنه من رد العين الى المالك ولو لم يحصل له البديل لما تقدم في الامر الثاني من كون ملكية المالك للبديل .

ملكية مؤقتة لا مطلقة بل مقيدة بعدم امكان عود ماله اليه، وانما الكلام في ضمانه لها بعد رد البديل وقبل حصول التمكين من رد العين فهل يضمنها الغاصب ام لا (وجهان) التحقيق ان يقال لو كان البديل بدلاً عن السلطنة الفاتنة من المالك في زمان عدم تمكنه من ماله وعدم سلطنته عليه كما سلكه المصنف قده، فاللازم هو ضمان الغاصب بتلك المنافع المتجددة (ح) وذلك لأن البديل (ح) تدارك عن بعض مال المالك وهو السلطنة واماعين ماله ومنافعه المتجددة فلم يتدارك بشيئ ولو فات شيئ منها فيجب تداركه على الغاصب هذا لو قلنا بملك البديل للمالك على هذا المسلك وامالو قلنا بالاباحة كما تقدم في الامر الاول فالامر اظهر، فان قلت سلطنة المالك على العين مبدء لملكية المنافع فاذا تدارك السلطنة بالبديل فقد كان تداركاً لمبدء ملكية المنفعة ومعه فلا يجب تدارك المنفعة وهذا كما اذا تلفت العين وتداركت بالمال أو القيمة اذ لا يجب معه تدارك المنفعة قلت ما ذكرته يصح لو قيل بمبدئية السلطنة لملك المنافع كما حكي عن العلامة في التذكرة حيث قال ان المنتقل الى المستأجر في باب الاجارة هو السلطنة على العين ويتبعها التسلط على الاستيفاء بالمنافع وملك المنفعة ولكن هذا لا يكون مرضياً عند المصنف قده وعلى طريقته يلزم ضمان المنافع بناءً على ما سلكه في باب بدل الحيولة من كونه تداركاً للسلطنة الفاتنة .

ومنه يظهر أن ما اختاره قده من كون البديل تداركاً عن السلطنة لا يجمع مع القول بعدم ضمان المنافع فالجمع بينهما كما صرحه لا يستقيم كما لا يخفى وبناءً على ما أسسناه من اثبات بدل الحيولة بالتمسك بالاطلاق فالوجه هو عدم الضمان، وذلك لأن البديل (ح) تدارك عن مال المالك فيكون بمنزلة وصول ماله اليه، غاية الامر لا بعينه بل بماليته (فح) لا ضمان لما يفوت من المنافع على الغاصب مادام البديل باقياً على ملك المالك فبرجوعه عن ملكه الذي يتحقق

بتمكن الغاصب من رد المال الأصلي الى المالك يصير الغاصب ضامناً لما يقوت من
المنافع المتخللة بين زمان عود التمكن من الرد وبين زمان وصول العين
الى المالك

الامر الخامس اذا تمكن الغاصب من العين بسبب زوال العذر، فهل يجب
عليه الرد الى المالك أو انه خرج عن عهدة ضمانه بواسطة اداء بدله فلا شيء
عليه بعد التمكن (وجهان) اقواهما الاول، وذلك لأن العين كانت للمالك وكان
على الغاصب رده اليه وقد سقط هذا التكليف في زمان التعذر لمكان التعذر
عن الرد ويكون على حاله بعد زوال العذر كما في كل حكم ساقط بالتعذر .

فان قلت: ضمان السابق ارتفع عن الغاصب برد البديل ولم يحصل بعد
التمكن سبب جديد للضمان فلا موجب له بعده، قلت نفس الضمان السابق موجب
لوجوب الرد على الغاصب ولا يحتاج الى سبب جديد للضمان ، وذلك اما على ما
سلكه المصنف في اثبات بدل الحيلولة من القول بكونه تداركاً عن السلطنة
الفائتة فواضح اذا العين لم تخرج عن ضمان الغاصب بفهي بعد مضمونة عليه . يجب
الخروج عن عهدها، بل مقتضى هذا المبدأ هو عدم صيرورة البديل ملكاً للمالك
بل يكون اباحة عليه كما سلفناه . وعلى تقدير القول بالملك فلا بد من القول
بالملكية المطلقة لا الموققة اذ هو بدل عن السلطنة الفائتة وما فات من السلطنة
فهي غير عائدة ابداً . فلا موجب لرجوع البديل عن ملك المالك ح اصلاً واما على
ما أسنناه من التمسك بالا طلاق فكذلك ايضاً لأن المالك سقط حقه عن
الخصوصية العينية عند التعذر مقيداً به وبعد رفع التعذر يعود حقه بالنسبة الى
العين فيصير حاله بعد التمكن كحال قبل طر والتعذر .

فان قلت: اذا كان البديل تداركاً عن مالية العين المضمونة بماله من
الخصوصية يكون حاله حال اداء القيمة في المثلى عند تعذر المثل فكذا في المقام

يسقط حقه عن العين ولو بعد التمكن من الرد اليه، قلت قياس المقام بتعذر المثل في المثلي فاسد، وذلك لثبوت الفرق بينهما؛ حيث إن المثلية أمر كلي متعلق بذمة الضامن، فلما كان كلياً في الذمة كان قابلاً للاسقاط، وهذا بخلاف الخصوصية العينية. فانها مع وجودها في الخارج ليست متعلقة بالذمة. لكي يصح اسقاطها. ومع انعدامها في الخارج ليست قابلة للضمان لما عرفت من أن ما لأداءه لا يعتبر فيه الضمان، والمفروض في مقام بدل الحيلولة وجود العين في الخارج وانها متعذر الرد وغاية ما ثبت بالتعذر سقوطها مادام التعذر باقياً وامام مع على زوال التعذر فلا موجب لسقوطها. اذ ليس للمالك سقوطها ولا تسقط هي باسقاطه ولو اسقطها الفمرة اذا ما ملكها بالضامن بعقد من بيع أو هبة.

فان قلت بعد تمكن الضامن من رد العين نشك في عود ما اسقطه المالك عند التعذر فيرجع الى الاستصحاب.. قلت هذا الاستصحاب لا يجري له، اما اولاً: فلما يظهر من مناسبة الحكم والموضوع. والفهم العرفي، كون التعذر موضوعاً، وعنواناً لسقوط الخصوصية لأعلة له، فلا تنتهي النوبة الى الشك حتى يجري معه الاستصحاب، واماناً. فلأنه مع فرض تعميم الشك من جهة فرض الشك في كون التعذر عنواناً أو علة، فلا يجري الاستصحاب ايضاً لمكان الشك في الموضوع المانع عن استصحاب الحكم كما مر تحقيقه، وبالجملة: فالحق هو وجوب رد العين بعد التمكن من الرد الى المالك وعدم خروج الضامن عن عهده بأداء بدل الحيلولة كما لا يخفى.

الامر السادس وهو ما يترتب على الامر المتقدم ايضاً، هل البديل يخرج عن ملك المالك بمجرد تمكن الضامن عن رد المبدل اليه: أو يتوقف خروجه عن ملكه على فعلية الرد وتحققه فما لم يرد الى المالك: يكون البديل باقياً على ملك المالك ولو تمكن الضامن من الرد (وجهان) والاقوى هو الاول «

وذلك للزوم الدرد لو كان الخروج أى خروج البديل بالرد الفعلي ، « لان الرد انما يجب على الغاصب بدليل الضمان المستتبع لوجوب الرد و ضمان الضامن للمبدل انما هو بخروج البديل عن ملك المالك ، والافمع بقاءه في ملكه ، فلا يكون الضامن ضامناً للمبدل ، كيف ونتيجة البديل انما هو خروج الضامن عن عمدة المبدل مادام بقاء البديل في ملك المالك ، غاية الامر انه لما كانت ملكية المالك للمبدل موقته لا مطلقة ، كان خروج الضامن عن الضمان ايضاً كذلك فمادام بقاء البديل في ملك المالك لا يكون على الضامن شيئاً بالبدل ، ان يخرج البديل عن ملك المالك ، ويعود الى ملك الغاصب حتى يعود ضمانه للمبدل فيصير الرد عليه واجباً . فلو كان خروج البديل عن ملك المالك بالرد يصير دوراً .

ويترتب على هذا امر سابع وهو ان عود ضمان ما يتبع المبدل من المنافع المتجددة انما هو ايضاً بالشئ من الرد لما عرفت من عود ضمان العين به ، فيتبعه ضمان منافعه على ما بيناه سابقاً .

الامر الثامن : هل للضامن الامتناع من قبض المبدل الى ان يقبض البديل اول المالك ان يمتنع عن اعطاء البديل ما لم يقبض المبدل فيعطى كل واحد منهما ما عنده و يأخذ ما عند الآخر : أو أنه ليس لواحد منهما الامتناع عن الاعطاء قبل قبض الآخر (احتمالان) اقواهما الثاني ، وذلك لأنه وان ثبت بالدليل في باب المعاوضات كالبيع ونحوه ، جواز امتناع كل واحد من المتعاملين عن اعطاء ما عنده قبل قبض ما عند الآخر ، لكنه منتفد في المقام ، وتوضيح ذلك : ان في باب المعاوضات ثبت ذاك الحكم من جهة اشتغال عقد المعاوضة مثل البيع مثلاً على اشتراط التسليم والتسليم شرطاً ضمنياً . فلاجل هذا الشرط الضمني يكون كل واحد منهما ملزماً بالقبض بالآخر ، ولذلك يصير تأخير كل من الثمن والثمن منشأ للخيار وليس منشأ الخيار الا تخلف ذاك الشرطاً لضمني ، وهذا

المالك مفقود في المقام، أما أولاً فلما عرفت من أن بدل الحيلولة غرامة لأنه عوض عن المبدل، وليس في البين معاوضة حتى يتضمن هذا الشرط، أما ثانياً فلأنه على تقدير كون باب البديل باب المعاوضة فلعدم تحقق عقد مشتمل على ذلك الشرط الضمني بل إنما هو معاوضة قهرية من الشارع بين المالكين لا مالكية من قبل المالكين حتى يقال بكون فعلهما متضمناً للشرط مع أن الكلام إنما هو في مقام رجوع البديل إلى الضامن الذي يثبت بتمكثنه من رد المبدل.

الامر التاسع هل البديل للحيلولة حق ثبت للضامن إرفاقاً له لأجل الفراغ عن ضمان المبدل ومنافعه في حال تعذررده، أو أنه حق للمالك على الضامن، أو أنه حق لهما، فلكل منهما جبر صاحبه لو امتنع (وجوه) ثانياً أقوا ما هو كونه حقاً للمالك، وذلك: إما بناءً على كون البديل بدلاً عن السلطنة الفائتة (فواضح) حيث أنه (ح) غرامة الفائتة من السلطنة ولا يدفع به ضمان لأعن العين المبدل ولا عن منافعها وما يتبعها من ارتفاع القيمة، لكي يتخلص الضامن بدفعه عن ضمان العين والمنافع.

وأما على مذهبك التمسك بالاطلاق: فربما يقال بثبوت الحق للضامن أيضاً. وذلك لأن البديل (ح) تدارك عن العين المتعذررده ويخرج الضامن بإدائه عن ضمان العين، ومنافعها الأثرى أنه لو تلفت العين المتعذر بعد أداء بدلها لم يكن على الضامن شيئ سوى ما آداه إلى المالك من البديل، بل يستقر ملك المالك على البديل بتلف المبدل وبصير ملكاً مطلقاً وهذا كاشف عن كون البديل تداركاً عن العين المتعذر (ح) نقول إذا سقطت الخصوصية العينية بالتعذر يكون الباقي على عهدة الضامن نفس المالية التي هي الركن في الضمان ففي حال التعذر هو ليس مطالباً إلا بالمالية، فله أن يدفع ما في ذمته إلى المالك وليس للمالك إلزامه على الصبر إلى زمان تعود الخصوصية إلى عهده. فكما أن في كل مورد تعذرت الخصوصية تعذراً دائماً، إله إلزام المالك على اخذها

عليه من المالية. فكذلك في التعذر الموقت له التزام عليه هذا، ولكن الأقوى عدم ثبوت الحق له وبطلان ما ذكرناه في وجه ثبوت الحق له، لوجهين: الأول النقص بصورة تعذر المثل في المثلي حيث أنه قد تقدم سابقاً من أنه ليس للضامن التزام المالك على اخذ القيمة بسبب تعذر المثل بل للمالك أن يصبر إلى زمان وجود المثل كما أن له اسقاط الخصوصية المثلية والرضا بأخذ القيمة، (الثاني) بالحل وهو أن التعذر الموقت لا يرفع ضمان المتعذر لكي يكون في حال التعذر عهدة الضامن مشغولة بالمالية المحضنة بل انما عليه الخصوصية العينية حتى في حال التعذر وضماً غاية الأمر يرتفع عنه التكليف بالأداء مادام التعذر يغال تعذر رافع للحكم بالأداء فقط، لأنه رافع للوضع والتكليف معاً وليس حال التعذر في المقام حال قصد المعصية في السفر حتى يكون بقصد المعصية يجب عليه التمام وبقصد الطاعة القصر على ما قيل بل ضمان الخصوصية العينية ثابت في كلتا حالتين التمكن والتعذر إلا أن المرفوع في حال التعذر هو التكليف. فسقط ما قيل بأنه لا يكون في حال التعذر الأمشغولاً بالمالية المعصية وثبت أنه ليس له التزام المالك باسقاط الخصوصية العينية والرضا بأخذ المالية كما في صورة تعذر المثل في المثلي، وقد تقدم في أول مباحث المضمون بالعقد الفاسد ثبوت الفرق بين التعذر الدائم والموقت وإن مع الأول لا يعتبر الضمان في المتعذر لعدم إمكان أدائه دون الآخر فراجع، ويؤيد ما ذكرنا فتواهم بعدم جواز التزام البائع للمشتري في السلم في اخذ قيمة المسلم فيه لو تعذر وقت الأجل بل للمشتري أن يصبر إلى زمان يرجي وجوده فيه كما أن له اسقاط الخصوصية واخذ القيمة. وهذا شاهد على أن الضامن في جميع هذه الأبواب ليس له التزام المالك على اسقاط الخصوصية والرضا بالمالية.

الامر العاشر: لو قلنا بجواز ابقاء كل من المالك والضامن ما عندهما من البذل

والمبديل بعد تمكن الضامن من الرد حتى يأخذ كل ماله من صاحبه فتلف
 ،،فالكلام يقع تارة في حكم تلف المبديل عند الضامن، واخرى في تلف البديل عند
 المالك، اما الاول فلا اشكال في ضمانه للمبديل التالف، ضرورة تحقق الضمان
 بالتمكن فهو تلف في ضمانه، واما الكلام في ان البديل هل يستقر ملك المالك
 بتلف المبديل عند الضامن ويتعين ملكه له كما لو كان التلف قبل التمكن وليس
 على الضامن شيء غيره اولا، بل على الضامن اداء مثل التالف أو قيمة يوم التالف
 أو يوم الأداء أو أعلى القيم (احتمالان) والاقوى هو الاخير وذلك لخروج البديل عن
 ملك المالك بتمكن الضامن على الرد فيكون نسبته الى بقية اموال الضامن
 على حد سواء فلا معين لخراج الضامن به عن الضمان بخصوصه وليس حاله
 كحال التلف قبل التمكن حيث ان البديل (ح) كان ملكاً للمالك وكان الضامن
 برئياً عن ضمان المبديل بالبديل برائة موقته فبالتلف يستقر ملك المالك على
 البديل ويصير ملكاً مطلقاً بعد أن كان موقتاً وخروج الضامن عن العهدة كذلك
 يصير دائماً، واما بعد خروج البديل عن ملك المالك فليس في اليين ما يوجب
 تعينه لأن يكون بدلاً عن التالف: واما الثاني اعني حكم تلف البديل عند المالك
 فهل يضمنه أم لا (وجهان) من جهة كون حبه بحق منه. لكي يأخذ ماله الذي
 عند الضامن اعني المبديل فتكون امانة شرعية وهذا نظير ما اذا وقع الفسخ
 من الفاسخ في عقد فان ماله الذي عند المفسوخ عليه الراجع عنه الى الفاسخ
 بسبب الفسخ يكون عند المفسوخ عليه بلا اختيار منه لأن منشأ صيرورته ملكاً
 للفاسخ هو فسخه وفسخه لم يكن باختيار من المفسوخ عليه فيكون سبب
 وقوع مال الغير بيده امر آخارجاً عن حيلة اختياره فتصير امانة شرعية. مثل
 ما اذا كان السبب حدوث الريح الموجب لالتقاء نوب الجار مثلاً في داره ونحو
 ذلك فكما انه في مثال فسخ الفاسخ لا يكون المفسوخ عليه ضامناً لما عنده لو

تلف يده. فكذلك في المقام لا يكون المالك ضامناً للبديل الذي عنده الذي يرجع إلى الضامن بتمكّنه من رد المبدل إلى المالك. لأن تمكّنه من رد المبدل الموجب لرجوع البديل عن المالك إليه أمر خارج عن اختيار المالك كما لا يخفى.

ومن أنه ليس قبضه إياه مجاناً بل لأجل تدارك ماله الذي لا يتمكن الغاصب من رده فهو قبض لا بوجه المجانية وإن لم يكن عوضاً عن ماله أيضاً ولازم ذلك كون دركه عليه، اذ ليس (ح) امانة لأمالكية ولا شرعية امانة كونه امانة مالكية فواضح واما عدم كونه امانة شرعية فلمكان كون قبضه من مالكه لا يعنون المجان وهذا الأخير هو الأقوى وذلك اما على القول بكون البديل بدلاً عن السلطنة الفائتة (فواضح) اذ البديل (ح) لا يرجع إلى الضامن بسبب تمكّنه من رد المبدل إلى المالك لكون البديل بدلاً عما لا يعود فيه أصلاً وهو السلطنة وليس بدلاً عن العين ولا عن منافعها وتتمكن الغاصب من رد العين لا يوجد عود السلطنة الفائتة إلى زمان التمكن كما لا يخفى، واما على القول بكون البديل بدلاً عن تدارك مالية المبدل تداركاً مؤقتاً إلى زمان تمكّنه الضامن من رد المبدل فلائن يده عليه ليس يدمجاً بل انما وقع تحت يده وصار ملكاً له لأجل تدارك مالية ماله اعني المبدل فيكون تلفه عليه ودركه على عهده من غير فرق في ذلك بين ان يكون تلفه قبل تمكّنه الضامن من الرد أو كان بعد تمكّنه منه فكما انه لو تلف قبل تمكّنه الضامن يكون التلف من ملكه ويخرج المبدل عن ملكه خروجاً ابدياً. فكذلك لو كان بعد تمكّنه وحاصل هذا الامر من اوله إلى آخره هو عدم تعيين البديل للبديلية بعد تمكّنه الغاصب من الرد لو تلف المبدل عنده وضمن المالك للبديل لو تلف البديل عنده بعد تمكّنه الضامن من الرد كل ذلك بناء على ثبوت حق الحبس لكل منهما لما عنده لأن يستوفي ماله الذي عند الآخر وبهذا الامر يكمل الامور التي عقبتها لمبعث بدل الحيولة والله العالم بأحكامه. وهذا آخر ما يتعلق بالمقام.

بقى مطلب آخر وهو انه قد تقدم فى صدر البحث عن بدل الحيلولة ان العين امان تكون نالفاً حقيقة أو حكماً أو تكون متعذراً مؤقتاً أو يكون متعذراً دائماً (والاول) مورد الرجوع الى المثل أو القيمة (والثانى) مورد الرجوع الى بدل الحيلولة، بقى البحث عن الثالث وهو التعذر الدائم وهو على اقسام: الاول ما لا يمكن رده الى المالك مع وجوده غفلاً وذلك كالبلل الباقية من ماء الوضوء لو توضع بماء مغصوب جهلاً بالغصب ثم علم بالغصب قبل المسح فان تلك البلل لا يمكن عودها الى المالك اصلاً ولا اشكال فى انتفاء ملكه عنها وانما الكلام فى بقاء حق الاختصاص فلو كان حق الاختصاص من المالك باقياً عليها لا يجوز للمتوضىء ان يمسح بها الا باذن المالك ولو لم يكن له حق الاختصاص فيجوز له المسح ولو مع نهى المالك. وربما يقال ببقاء حق الاختصاص والحق عدم ثبوته، وذلك لأن تلك البلل كما تكون قاصرة عن تعلق الملكية بها قاصرة عن تعلق حق الاختصاص بها ايضاً اذ لا يفيد للمالك فائدة اصلاً كما انه لا ماليتها اصلاً وما لا فائدة فيه بوجه من الوجوه فلا يصح تعلق حق الاختصاص به فيكون حاله كحال سائر المباحات بالاصل كما لا يخفى. القسم الثانى ما كان رده موجباً لتلفه وذلك كالخييط الذى خاط به الثوب اذا كان اخراجه عنه موجباً لتلفه بسبب القطع، فهل للمالك السلطنة على اخراجه من الثوب المخييط به - ولو استلزم تلف الخييط - او لا (وجهان) اقواهما الثانى، وذلك لأن الناس مسلطون على اموالهم باستيفائهم من يده عليها لأنهم مسلطون عليها باتلافها وليس الاتلاف متعلق سلطنة المالك وحينئذ فيكون الخييط ملكاً له على ثوب غاصب الخييط ويقع بينهما الشرقة بمقدار قيمة الخييط قهراً.

وتوضيح ذلك ان الشرقة القهرية يقع فى موردين (احدهما) ما اذا اختلط شخص مال الآخر بماله بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر مطلقاً سواء كان

الاختلاط بالمساوي أو بالأجود أو بالاردي ووجه تحقق الشركة (ح) مع امتياز مال كل واحد من المالكين عن الآخر بحسب الواقع وفي علم الله تعالى هو ان الامتياز الواقعي مع عدم تميزه عند المالكين ولا عند غيرهما غير مفز في تعلق الاضافة الملكية اذ لا يترتب على ملكيته اثر فقهي وما لا اثر له اصلاً فهو بحكم العدم فالملكية الممتازة تصير معدومة ويصير الكل ملكاً لهما بالنسبة. (و) ثانيهما) ما اذا كان احدا المالكين متميزاً عن الآخر بحيث يشار الى كل واحد باشارة جسمية غير الاشارة الى الآخر الا أنه لا يكون افرأز احدهما عن الآخر ممكناً إقلاً لانجراره الى التلف كما في الخيط المخطب به الثوب، أو لعدم التمكن من انفكاكه عما اجتمع معه عقلاً كما في لون المصبوغ به الثوب. أو شرعاً كما في الخيط الذي خيط به جرح حيوان اذا كان اخر اوجه منه منشأة لتلف الحيوان، ولا يخفى ان مالاك حصول الشركة في مورد الاختلاط بعينه موجود في هذا المورد ايضاً اذ مع عدم تمكن افرأز الخيط لصاحبه يكون في حكم الغير المتميز ولأجل ذلك تقع الشركة بين صاحبه وبين صاحب مال الآخر بالنسبة، ثم الشركة اما تحقق في المقبوض بالعقد الفاسد كما اذا اشترى الخيط بالعقد الفاسد وخاط به ثوبه، واما تكون في المصوب كما اذا غصب الخيط وخاط به ثوبه واما تكون في المقبوض بالعقد الصحيح، كما اذا اشترى الخيط بعقد صحيح وخاط به ثوبه ثم فسخه البايع والحكم في المقبوض بالعقد الفاسد والمصوب يختلف مع حكم المقبوض بالعقد الصحيح.

وتوضيح ذلك ان الخيط الذي خاط المشتري به ثوبه بالعقد الصحيح كان عن حق له واقعاً لكونه ملكاً له في حال الخياطة وهذا بخلافه في المصوب والمقبوض بالعقد الفاسد. وان كان بينهما فرق من حيث جهله بكونه له في المقبوض بالعقد الفاسد دون المصوب، ولكنهما مشتركان في عدم كون الخيط له واقعاً

حين الخياطة، ويترتب عليه عدم استحقاق اجرة الخياطة في المنصوب والمقبوض بالعقد الفاسد. بل يقوم الخيط والثوب « وطريق تقويمهما هو ان يقوم الثوب بلا خيط تارة، ومعه اخرى »، ثم يلاحظ النسبة بين القيمتين ويصير مالك الخيط شريكاً في الثوب المخيط بتلك النسبة.

ثم ان كان خيطه من الثوب المخيط مساوياً مع قيمة الخيط منفرداً، فهو وان زاد عليه لم يرجع اليه الغاصب لكونه بفعله. وان نقص عنه يرجع مالك الخيط الى الغاصب بمقدار الناقص، وبأخذ منه الارش هذا في المنصوب والمقبوض بالعقد الفاسد واما في المقبوض بالعقد الخياري فيستحق مالك الثوب اجرة الخياطة فتقع الشركة بينهما بمقدار قيمة الخيط وقيمة الثوب واجرة الخياطة وطريق التقويم كما عرفت ومع نقصان حظ مالك الخيط عن قيمة الخيط يرجع الى الآخر بالارش.

قوله قدّم الكلام في شروط المتعاقدين الخ، لما فرغ عن مباحث المقبوض بالعقد الفاسد، شرع في شروط المتعاقدين « ولا يخفى ان مباحث المقبوض بالعقد الفاسد كانت مقدمة لباحث شروط المتعاقدين ولذا قدمها عليها وضاعاً، والكلام بعد طي ما هو كالمقدمة يقع، تارة في شروط المتعاقدين. واخرى في شروط العوضين. وثالثة في الاحكام الراجعة الى المتعاقدين والعوضين فهنا ثلاث مقامات :

المقام الاول في شروط المتعاقدين وهي امور (الاول) البلوغ وهو يعتبر تاركه فيما يصدر عن الشخص في مال نفسه بالاستقلال، واخرى بالنسبة الى ما يصدر عنه في ماله باذن وليه وثالثة فيما يصدر عنه في ماله ايضاً بالوكالة عن وليه، ورابعة فيما يصدر عنه في مال الغير بالوكالة عن الغير، فلا بد من تنقيح البحث في هذه الجهات، ثم ان البلوغ لو كان معتبراً في جميع هذه الدرجات بحيث لم تكن

التصرفات الصادرة عن الصبي نافذة حتى فيما يصدر عنه في مال الغير بالوكالة عنه يعبر عنه بسلب العبارة عن الصبي، فالمراد بسلب العبارة عنه هو عدم نفوذ تصرفاته بقول مطلق، وليعلم ان الهجر عن الشيء على اقسام (منها) كهجر السفية عن التصرف في ماله حيث انه سفية لا يعلم بمصلحة حاله (ومنها) كهجر المجنون حيث انه مسلوب العبارة بقول مطلق، والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون الهجر ناشئاً عن قصور فيهما ان السفية مهجور عن ماله بالاستقلال، وأما مع انضمامه الى وليه فلا يمنع عنه بل يصح باذن وليه، بخلاف المجنون. حيث لا عبرة بعبارته مطلقاً بالاستقلال ولا بالانضمام، بل تكون عبارته كصوت الحيوان الصامت (ومنها) كهجر الراهن عن التصرف في العين المرهونة (ومنها) كهجر المفلس في ماله بعد حكم الحاكم عليه بالهجر، والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون الهجر ناشئاً عن كون المال متعلقاً لحق الغير بلا قصور في المالك عن التصرف أصلاً، توقف الهجر في المفلس على حكم الحاكم بخلاف الراهن.

أذا عرفت ذلك فنقول هجر الصبي انما هو كهجر المجنون لا كهجر السفية والراهن والمفلس، أما عدم كونه من قبيل الاخيرين فواضح، حيث ان هجره ليس لأجل تعلق حق الغير بماله بل انما هو لئلا يصور فيه، وانما الكلام في انه هل هو من قبيل هجر السفية أو هجر المجنون، والتحقيق هو الاخير، وذلك لقوله تعالى: «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منه رشداً فادفعوا اليهم اموالهم». وتوضيح الاستدلال بها يتوقف على بسط في الكلام فنقول ربما يتمسك بالآية المباركة لا ثبات كفاية الرشده في صحة التصرفات ولو كان قبل البلوغ بتقريب ان الابتلاء في الآية المباركة جعل مغيباً بالبلوغ فيكون زمان الابتلاء من اول ما يشك في رشده الى زمان البلوغ والحكم في

هذا الزمان هو دفع اموالهم اليهم عند استيناس الرشد عنهم، فتدل على جواز تصرفاتهم من أول زمان الابتلاء الى زمان البلوغ مع استيناس الرشد منهم (هذا) ولا يخفى ان الآية الكريمة وان لم تخلو عن ظهور فيما ذكر لكنه ليس بمراد قطعاً، كيف والا يلزم اما لغوية ذكر البلوغ وجعل المناطق فى تأدية اموالهم اليهم هو الرشد سواء كان قبل البلوغ أو بعده أو سقوط اعتبار الرشد بعد البلوغ والا كتفاء باحد الامرين، اما الرشد قبل البلوغ واما البلوغ ولو لم يكن مع الرشد وهذا مما لا يمكن الالتزام به ولم يلتزم به احد فلا بد أن يجعل ظرف دفع اموالهم اليهم عند استيناس الرشد بعد البلوغ، فتدل الآية على عدم نفوذ تصرفات الصبي مطلقاً بالاستقلال ولا بانضمامه الى الولى ولا بانضمام الولى اليه فيثبت بها اعتبار البلوغ فى الدرجتين الاوليين اعنى فى تصرفاته فى مال نفسه بالاستقلال وفى ماله باذن الولى، وبعبارة اخرى مقتضى اطلاق الآية المباركة استقلال الولى فى التصرفات فيما اذا كان المولى عليه اعنى الصبي غير قابل لان يتصرف بالكلية كاليتيم الذى يكون قريب الولادة من شهر أو شهرين الى ان يتميز اذا لا اشكال فى شمول اطلاق الآية فى اثبات ولاية الولى على مثل هذا اليتيم قطعاً ولا شبهة فى ان الولى فى هذه الصورة هو المستقل فى التصرف واذا ثبت استقلاله فى التصرف فى مورد يكون كذلك فى جميع الموارد بحكم وحدة السنخ، فيثبت له الاستقلال فى التصرف فيمن يمكن التصرف منه وهو الصبي المميز، ولا يمكن ان يقال بصحة تصرفات المميز ايضاً اذا كان مع اذن الولى مع استقلال الولى فى التصرف بحيث يكون التصرف لهما معاً الا انه للمولى بالاستقلال وللصبي مع اذن الولى، وذلك لاستحالة اجتماع السلطنتين بالنسبة الى مال واحد كما متناع اجتماع مالين على مال واحد، فلامحالة يجب ان تكون واجدية الولى للسلطنة على المال بمقدار نقصان

الصبي لها عليه، فبقدر الذي قدمه الصبي يثبت للولي، لكن الثابت للولي بمقتضى اطلاق الآية هو مطلق السلطنة على نحو الاستقلال من دون اعتبار انضمام الصبي عليه فيكون الناقص عن الصبي ايضاً كذلك بحكم اعتبار اتحاد مقدار ما وجدته للولي مع ما نقص عن الصبي .

مع انه لو سلم امكان اجتماع سلطتين مستقلتين في مال واحد نقول قد ثبت بالآية السلطنة المستقلة للولي، « ولازم ذلك قصور الصبي عن السلطنة الكلية: اذ لوجه لثبوت سلطنة الاجنبي على ماله مع فرض تمكنه من التصرفات في ماله، فتحصل ان مهورية الصبي ليس كمهورية الراهن عن التصرف في العين المرهونة، بحيث ليس له الاستقلال في التصرف بل يحتاج الى اذن من المرتهن لقصور المال عن ذلك، ولا كمهورية السفينة عن التصرف في امواله حيث ليس له الاستقلال في التصرف ايضاً، بل يحتاج الى اذن الولي، لكن لا لقصور في امواله بل لقصور فيه نفسه بل لكون مهوريته كمهورية المجنون حيث لا يصح تصرفه ولو مع اذن الولي، فليس له التصرف رأساً لامستقلاً ولا منضمّاً الى الولي، بحيث كان النفوذ متوقفاً على فعلهما معاً. أو كان لادته دخل في صحة تصرف الولي او كان لادته الولي دخل في صحة تصرفه

وليعلم ان محل الكلام في باب الصبي انما هو بعد الفراغ عن مهوريته فيما ثبت مهوريته اذ (ح) يقع البحث في كيفية هجره، واما فيما لا هجر له كالوصية ونحوها لوقيل به فهو خارج عن محل البحث كما لا يخفى كما ان مورد البحث انما هو معاملات لا مطلق ما يصدر عنه. فمثل اذنه في دخول الدار أو ابصاله الهدية من قبل الولي الذي قامت السيرة على جوازه خارج عن محل الكلام .

الدرجة الثالثة في هجره في التصرف في امواله بالوكالة عن الولي

ويبدل على ذلك ما يدل على اعتبار البلوغ في الوكالة وما يدل على اعتبار صحة مباشرة الوكيل فيما وكل فيه لنفسه في توكله عن الغير، وقد فرغوا على اعتباره بطلان وكالة المحرم في إيقاع عقد النكاح لأنه ليس له مباشرة عقده لنفسه. وقد ثبت هجر الصبي عن مباشرة العقود لنفسه حتى مع اذن الولي كما تقدم. فلا يصح توكله عن الولي في إيقاع العقد على مال نفسه، وبما ذكرنا يظهر عدم صحة وكالته عن غير الولي أيضاً في مباشرة إيقاع العقد على مال غيره كما لا يخفى.

ثم إن الأدلة الدالة على اعتبار البلوغ في العقود وسلب العبارة عن الصبي على أنحاء (الاول) ما تقتضيه القواعد العامة وهو ما استفدناه من إطلاق الآية المباركة أعني قوله: فادفعوا إليهم أموالهم (الثاني) الاستدلال بالأخبار مما استدله من الأخبار: قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتام، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وتقريب الاستدلال به: إن يقال بعد كون المرفوع عن الصبي موافقاً مع المرفوع عن المجنون والنائم لاسناد الرفع عنهم، بجامع واحد، لا بد من اعتبار جامع بين الثلاثة يكون هو المتعلق للرفع، ولا شبهة في عدم ارتفاع الأحكام الوضعية عن النائم فيكون المرفوع في الصبي والمجنون والنائم معنى واحداً يعم رفعه في الموارد الثلاثة، وهو يحتمل أن يكون أحد معنيين (الاول) أن يكون رفع القلم كناية عن إرخاء العنان كالبهائم ويكون كناية عن رفع التكليف وقلم التشريع وهذا المعنى هو الأظهر لظهور هذا التعميز في إرخاء العنان كما لا يخفى (الثاني) أن يكون المرفوع قلم التشريع وحمل الأحكام بالصراحة وعلى كلا المعنيين يتم الاستدلال بهذا وقد أورد المصنف على الاستدلال به بوجوه ثلاثة (الاول) ظهور كون المرفوع هو المؤاخذه لا قلم جعل الأحكام قال (قده) ولذا بنينا كالمنشور على

شرعية عبادات الصبى (الثانى) عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين كما هو المشهور بين الألسنة فلا مانع من ان يكون عقده سبباً أو جوب الوفاء بعد البلوغ أو على الولى اذا وقع باذنه (الثالث) لو سلم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من ان يكون فعل الصبى موضوعاً للاحكام المجمولة فى حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم ولا يخفى عدم ورود شيء من هذه الايرادات الثلاث. أما الاول فلمنع ظهور هذه الجملة فى كون المرفوع هو المؤاخضة وقياس هذا الخبر الشريف بحديث رفع المشهور فاسد حيث لما لم يكن المرفوع مذكوراً فى الحديث المشهور ولا بدله من التقدير يقال بأن المقدر هو المؤاخضة بخلاف هذا الخبر، حيث ان كلمة القلم تكون هى النايب عن الفاعل، فلا موجب معه لتقدير اصلاً حتى يبحث فى تعيينه وانه هل هو المؤاخضة أو غيرها، ويصير المعنى حينئذ إما المعنى المتفاهم العرفى من هذه الجملة اعنى كون الصبى مريضاً العنان واما بمعنى رفع قلم التشريع وجعل الاحكام.

وأما الثانى فلمخرج الاحكام الوضعية عن مورد الرفع بالتخصص، وذلك لأن المرفوع عن الصبى كما شاركته فى الرفع اعنى المجنون والنائم هو الحكم الشرعى المترتب على افعالهم القصدية التى اعتبر فيها القصد لأجل عدم تمشى القصد من النائم وكونه بلا اثر فى المجنون، فالآثار الشرعية المترتبة على افعالهم بما هى هى بلا اعتبار قصد فيها كعوض الجنايات ونحوه. وكالجنابة حيث انها يترتب على سببها مطلقاً ولو وجد السبب بلا قصد واختيار لا يكون مرفوعاً بدلالة حديث رفع القلم عنهم فالخبر الشريف يدل على رفع ما يترتب على افعالهم القصدية من الآثار الشرعية ولما كانت دلالة على رفعه ايضاً بالعموم يكون كسائر العمومات القابلة للتخصيص فلو فرض قيام دليل على ثبوت الأثر على بعض افعالهم لكان خارجاً

عن تحت عمومته بالتخصيص، ولا مانع عنه من هذه الجهة ولا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة كما لا يخفى اذا الخارج عنه ليس الأموال مثل وصية الصبي وحيازته المباحات لوقيل بهما ومثل صحة اسلامه وشرعية عباداته على ما هو الحق، ومن ذلك يظهر ان القول بشرعية عباداته لا ينافي مع عموم رفع قلم التشريع عنه اذ يكون الدليل المثبت لمشروعية عباداته مخصصاً للعموم.

واما الثالث: فهو اضعف من الاولين، فان المراد بالبالغ الذي يكون فعل الصبي موضوعاً للأحكام المجعولة في حقه اما البالغ الاجنبي عن الصبي أو البالغ الذي من اوليائه فعلى الاول فلا معنى لكون فعله موضوعاً في حق الاجنبي عنه كما لا يخفى، وعلى الثاني فهو اقرار بترتب الاثر على فعله. الا انه لمكان قصوره عن توجه التكليف اليه يصير التكليف متوجهاً الى وليه هذا تمام الكلام في حديث رفع القلم، وصار المتحصل من مجموع ما ذكرناه هو صحة التمسك به لانيات ميجورية الصبي، نحو هجر المجنون. بحيث يكون مسلوب العبارة حتى مع اذن الولي على ما هو مذهب المشهور

ومما استدلل به ما ورد من ان عمد الصبي خطأ. والانصاف عدم دلالة على هجره عن مطلق الافعال القصدية وذلك لتبديل هذه الجملة في بعض الاخبار بكون دية على عاقلة الموجب لاختصاصه بباب الجنایات، وتصير قرينة على ارادة ذلك منه حتى في الاخبار الغير المذيلة بذلك الذيل، ومع قطع النظر عن هذه القرينة يكون المتعارف في التعبير عن هاتين الكلمتين اعني العمد والخطاء هو باب الجنایات، وباب كفارة الاحرام، وهذا المتعارف ايضاً يوجب صرفهما عن الظهور في العموم، بحيث لا يمكن ان يستدل بالخبر المشتعل عليها على رفع القلم عن الصبي كما لا يخفى.

ثم ان الشيخ قدس سره اخيراً قوى مذهب المشهور واستظهره من بعض

ما ورد في قتل المجنون والصبي من حديث رفع القلم، وهو المراد في قرب الاسناد عن علي عليه السلام انه كان يقول المجنون والمعتوه الذي لا يفقه، والصبي الذي لم يبلغ، عمدهما خطأ، يحمله العاقلة، وقد رفع القلم عنهما قال قدوة قوله ع وقد رفع القلم عنهما، يحتمل ان يكون علة لتحمل العاقلة جنايتهما بتقريب ان جنايتهما ليست عمدياً حتى يثبت في حقهما القود ولا شبه عمد حتى تكون الدية في مالهما بل خطأ محض، وذلك لأن قصدهما ملغى، محكوم بالعدم من جهة رفع القلم عنهما، ويحتمل ان يكون معلولاً بمعنى ان الغاء قصدهما كون فعلهما القصدى خطأ وتحمل العاقلة عنهما صار علة لرفع القلم عنهما، ثم جعل قدوة المرفوع هو المؤاخذة كما كان استظهره أولاً، وانعاب نفسه لشريفة في الاستدلال بالخبر مع فرض كون المرفوع هو المؤاخذة، يجعل المؤاخذة اعم من الاخرية والدينية، وجعل المؤاخذة الدنيوية اعم مما يتعلق بالنفس كالقصاص أو بالمال كغرامة الدية ومما يتعلق بالالتزامات كالالتزام بالبيع ونحوه أي صيرورته ملزماً بعد البيع بترتيب الاثر، فيكون المرفوع هو المؤاخذة بقول مطلق وبترتيب عليه عدم صحة العقد الصادر عنهما ولومع اذن الولي ولا يخفى ما في ما افاده قدوة من الضعف.

امام اذ كره من احتمال كون قوله ع وقد رفع القلم عنهما معلولاً للجملة المتقدمة، ففيه ان قوله ع وقد رفع القلم عنهما عام يعم مورد الجنایات وغيرها كما هو مبني الاستدلال واستظهره هو قدوة ايضاً. ولا يعقل ان يكون العام معلولاً للخاص وكيف يمكن ان يصبر تحمل العاقلة عنهما في مورد الجنایات علة لرفع القلم عنهما في جميع الموارد، وامام افاده من كون المرفوع هو المؤاخذة فقد عرفت ما فيه من عدم الاحتياج الى التقدير بعد كون القلم هو النائب عن الفاعل.

واما ما افاده من تعميم المؤاخذه لما يشمل الالتزامات في باب العقود فلا يخفى ما فيه من البعد وارتكاب خلاف الظاهر على ما لا يخفى. والانصاف كون التعليل لرفع العمد عن الصبي والمجنون وتحمل العاقلة ديته برفع القلم عنهما بوضع المراد من رفع القلم وان المراد به هو ما قدمناه من احداث المعنيين اعني اما الحمل على معنى الكسائي وهو كون الصبي والمجنون في الافعال التي تقوم بالقصد يكونان مرخييا العنان كالبهائم واما الحمل على رفع قلم التشريع وجعل الاحكام.

ومما ذكرناه من ان مورد حديث رفع القلم عن الصبي انما هو في افعاله القصدية التي تصور فيها العمد والخطا وان فعله بما هو فعل قصدي صادر عنه رفع عنه قلم الاحكام الثابت له لو كان صادرا عن البالغ يظهر خروج مثل اذن الصبي في دخول الدار وايصاله الهدية وهاتكون من المعاملات التي لم يقصد انشاء عقد بل كان الغرض نفس النتيجة الحاصلة من العقد من دون دخل فعل في حصولها بما هو فعل قصدي صادر عن فاعله وذلك كوضع الثمن في صندوق الحمامي والسقاء لدخول الحمام وشرب الماء، حيث ان المقصود ليس ايقاع البيع بذاك الفعل ولذا يكتفي بنفس تحققه ولو لم يصدر من الانسان ايضا كما في الكلب المعلم وان خروج مثل هذه الامور لا يكون بالتخصيص، بل انما هو من باب التخصيص نعم مثل وصيته خارجة من باب التخصيص.

ومما استدلل به لاثبات هجر الصبي ما ورد من الاخبار الخاصة مثل ما روى عن الباقر (ع) بأن الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين. ذهب عنها اليتيم ودفع اليها اموالها وجازا امرها في الشراء والغلام لا يجوز امره، ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة،، وما رواه ابن سنان متى يجوز امر اليتيم قال (ع) حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه وفي معناهما غيرهما وتقریب الاستدلال بها

انها تدل بالمفهوم على عدم نفوذ امر الصبي وبيعه وشرائه ما لم يخرج عن اليتيم، لكن الانصاف انها انما تدل على عدم استقلال الصبي قبل البلوغ واما انه مهجور عليه رأساً ويكون مسلوب العبارة بقول مطلق كما هو المدعى فلا، وهذه الاخبار تكون اخصر من المدعى.

وربما يستدل على نفوذ تصرفاته في خصوص المحقرات بالسيرة، حيث ان بناء المسلمين في جميع الاعصار والامصار على ايكال معاملة المحقرات الى الصبيان كبيع بيض الدجاجة وشراء الخضر اويات ونحوهما ولكنه يدفع بالمنع عن تحقق السيرة (اولاً): والمنع عن كونها من المتدينين (ثانياً) وكون هذه الموارد على تقدير تمامية السيرة وتحققها من المتدينين خارجة عما يحتاج فيه الى انشاء التملك والتملك، بل يكون من باب وضع الفلوس في كوز الحمامي والدخول في الحمام الذي تقدم آتفاً آخر وجه من باب التخصيص لا التخصيص (ثالثاً)، فالمتحصل من تمام ما ذكرناه اعتبار البلوغ في المتعاقدين وعدم صحة العقد الصادر عن الصبي ولو مع اذن الولي والوكالة عنه وهذا ما اردنا اثباته في المقام والحمد لله.

قوله قد مر مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصد هما المدلول المقدر (الخ) اعلم ان كلمة القصد يستعمل على معان، احدها قصد اللفظ حين استعمالها في المعنى بمعنى كون التلفظ بها مقصوداً في مقابل النائم والساهي اذا صدر عنهما التلفظ (وثانيها) قصد المسمى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي لا يقصد في تلفظه ايقاع المعنى، ويتوقف تحقق العقد على القصد بهذين المعنيين معاً. فلا يصدق العقد على الصادر من النائم والساهي والهازل لعدم قصد اللفظ من الاولين وعدم قصد المعنى من الاخير، وليعلم ان القصد لا يطلق على قصد اللفظ وقصد المعنى بجامع واحد، ضرورة ان اللفظ في الاستعمال امر مغفول عنه ولا يشعر به ولا يلتفت اليه، وانما الالتفات الى المعنى

وجعل اللفظ فانياً فيه وهذا بخلاف المعنى حيث انه امر ملتفت اليه فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورها عن المتكلم في حال النوم والسهو و قصد المعنى بمعنى الالتفات اليه وكونه في مقام ايقاعه على المخاطب في الاخبار أو ايجاده بآلة استعمال اللفظ في معنى في الانشاء في مقابل الهزل ، وقد حقق في محله ان الانشائية والخبارية انما هي من المدلولات السياقية بمعنى كون الكلام تارة مسوقاً في مقام الحكاية عن تحقق مدلوله في موطن تحققه ، واخرى يكون مسوقاً في مقام ايجاد مدلوله باستعماله والاول اخبار والثاني انشاء والاخبار والانشاء ليسا مدلولي اللفظ بحيث استعمل اللفظ فيهما فاما خارجان عن المستعمل فيه .

ثم الانشاء في باب الامر والنهي ليس كالانشاء في باب العقود ، فانه في الاول عبارة عن ايراد المادة على المخاطب في عالم التشريع المستلزم لاتزاع الوجوب التشريعي عنه اذا كان امراً أو الحرمة التشريعية إذا كان نهياً سواء كان بالجملة الطلية أو بالجملة الخبرية مثل تسجد سجدة السهو مثلاً ، وفي الثاني أي باب العقود عبارة عن ايجاد المادة التي تكون قابلة للايجاد في عالم الاعتبار بايراد الهيئة عليها ، ففي مثل بيع يوجد البيع في عالم الاعتبار الذي هو موطن وجوده بايراد الهيئة على مفهومه ، اعني استعمال كلمة بيع فهذه الكلمة آلة لايجاد مصداق البيع في عالم الاعتبار والغالب في هذا هو الانشاء بالجملة الفعلية ، وربما يقع بالجملة الاسمية ايضاً مثل هند طالق في باب الطلاق وانت حر في باب العتق (الثالث) مما يطلق عليه القصد هو الداعي على ايجاد الفعل ، وبهذا المعنى يطلق قصد القربة في باب العبادات بمعنى ان يكون الداعي على الفعل هو قصد التقرب اليه سبحانه وتعالى لا غير ، والقصد بهذا المعنى لا يكون من مقومات العقد ، ضرورة تحققه باستعمال اللفظ في ايجاد المعنى الایجادى وانشاء المعنى بآلة استعمال اللفظ

في معناه ولولم يكن لداع اصلاً (الرابع) الرضا بمضمون العقد وطيب النفس بما وقع الالتزام به .

ثم المعتبر من القصد في العقود من هذه المراتب الاربع هو المرتبتين الاولين ، بمعنى كونهما من مقوماته اذا عرفت هذا ، فسا علم ان عبارة الكتاب في المقام لا تخلو عن مساهلة ، وذلك من جهات (منها) في جعل القصد من شرائط المتعاقدين مع انك عرفت مما تقدم انه من شروط تحقق العقد ومقوماته ، اللهم الا ان يكون باعتبار كون المتعاقدين محلالة اعني كون قصد هما دخيلاً في تحققه ويكون من مقوماته فيسند الشرط الى المتعاقدين ويقال بأنه من شرائطهما (ومنهما) جعله قد صدق اللفظ والمعنى على وزان واحد ، ، حيث فرع على اعتبار القصد بأن لا يكون كالعاطل والهازل مع انك قد عرفت التفاوت بينهما . من ان القصد في مقابل العاطل معتبر في قصد اللفظ ، وفي مقابل الهازل في قصد المعنى (ومنهما) تنظير انتفاء قصد المعنى في الانشاء كالهازل بالكذب في باب الاخبار وهذا أيضاً ليس بصحيح ، ، حيث ان في الهزل لم يقصد ايجاد المعنى والمدلول بايراد الهيئة على المادة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصد ، وهذا بخلاف الكذب ، فانه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المعنى عنه في مقام الحكاية ، وهو خارج عن القصد والاختيار وليس مناط الكذب بأن يقصد عدم المطابقة ولا بأن لا يكون في مقام الحكاية لما عرفت من ان الخبرة والانشائية من المداليل السياقية . فاذا قصد اللفظ واستعمل في المعنى بقصد الحكاية عن الواقع يتحقق الكذب اذ لم يكن مطابقاً مع الواقع بلا دخل في كذيبته على قصد الالفاظ اصلاً .

وبعبارة اوضح: الهزل يقع في الدرجة الثانية اعني في مقام عدم قصد ايجاد المعنى بالاستعمال والموجب لانتفاء الانشاء ، والكذب يقع

في الدرجة الثالثة اعني في مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكي عنه بعد تحقق الخبر وصدق الخبر عليه كما لا يخفى، فالاولى تشبيه الهزل في باب الانشاء بالهزل في باب الاخبار وهو ما اذا لم يكن المقصود فيه الحكاية عن الواقع اصلاً في مقابل الانشاء الذي انتفى فيه قصداً بجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال.

ومنها تفريع عدم وقوع العقد بما قصد معنى من غير مدلول اللفظ بأن قصد انشاء معنى آخر كقصد انشاء البيع في ايراد الهيئة على مادة الهيئة ولو بالعكس، وفيه ان هذا لا يكون من متفرعات اعتبار القصد في العقد، ضرورة تحقق القصد المعتبر في العقود بالمرتبتين الاوليين، فلا مانع في مثله في تحقق العقد وصدق العقد على ما وقع، وانما الموجب لانتفاء الصحة هو كون العقد بغير اللفظ الصريح مع اعتبار البصراحة فيه واشتراط ان لا يكون بالالفاظ الكنائية. ولا بالالفاظ المجازية حسماً تقدم تحرير القول فيه.

قوله قدّم ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي المكره (الخ) اعلم انه سيحكي في باب الفضولي كون صحة العقد الفضولي موافقاً مع القاعدة. ولذلك يتعدى عن مورد المنصوص منه. وهو باب البيع والنكاح الى بقية الابواب من غير ان يكون قياساً لا نقول به، وعلى هذا المبني مشى صاحب المسالك (قدّم) ايضاً خلافاً لبعض آخر كصاحب الحقائق وجماعة، حيث يقتضون في الحكم بالصحة على مورد النص (ولا يخفى) انه مع انتفاء القصد في عقد المكره والفضولي يكون الحكم بالصحة على خلاف القاعدة الموجب معه، الاقتصار على المورد المتقين منه وهو منافى لمبنى صاحب المسالك قدّم، والحل في ذلك هو ما تقدم من ان القصد يطلق على معانٍ اربع. وما هو المعتبر في تحقق العقد هو القصد بالمعنيين الاولين وما هو المنتفى في عقد المكره والفضولي هو القصد بالمعنى

الرابع اعني الرضا بمضمون العقد مع التفاوت بينهما ، ، حيث ان العقد الفضولي فاقد للرضا واستناد العقد الى المالك وبالاجازة يتحقق كليهما معاً ، وفي العقد المكره يكون المنتفى هو الرضا وحده لفرض صدوره عنه وبالاجازة يتحقق الرضا فالعقد الصادر عن المكره والفضولي واجد لهما هو مناط العقد ، وانما الفاقد في عقدهما هو القصد بالمعنى الغير المعتبر في مقومات العقد وفقدان القصد بذلك بالمعنى غير مضر في تحقق العقد .

قوله قدمه واعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصروه (الخ) المراد بهذا البعض هو المحقق التستري صاحب المقاييس (قدمه) ومناسبة ذكر كلامه في هذا المقام هو باعتبار ذهابه الى تعيين المالكين في العقد ، ، والتحقيق فيما افاده يتم بيان امور (الاول) الركن في عقود المعاوضة كالبيع والاجارة ونحوهما هو العوضان ، وفي عقد النكاح هو الزوجان ولذا ينعقد ولو مع الاخلال بذكر المهر ، وفي مثل الوقف والوكالة هو الطرف الذي يجعل له السلطنة التملكية في الوقف أو غيرها كما في الوكالة ، وكون الركن في المعاوضات هو العوضان ظاهر بعد تبين كون المعاوضة عبارة عن تبديل طرف اضافة بطرف اضافة اخرى على ما تقدم تحريره سابقاً . اذ لا يعقل تبديلها بلا تحققهما كما لا يخفى ولذا قد تقدم منا الحكم بالبطلان فيما لو قال بعتك بلا ثمن من جهة تذييل الكلام بما يناقض صدره فيكون ابطالاً لما نشأ منه وان احتمل الصحة من جهة كون التذييل اعني قوله بلا ثمن قرينة على ارادة الهبة من البيع لكنه تقدم اندفاعه .

الامر الثاني ان حقيقة المعاوضة كما تقدم في اول البيع والمعاطاة عبارة عن تبديل طرف في الاضافة مع بقاء الاضافة نفسها على حالها لا بتبديل الاضافة نفسها باضافة اخرى ، ويترتب عليه عدم صحة اخراج الثمن مثلاً في البيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري بأزاء خروج الثمن من ملك المشتري ودخوله في ملك

ثالث ، ، حيث انه ليس بتبديل طرف في الاضافة اعني حل المالا الذي كلن مرتبطاً بالخيط الاعتباري المشدود على رقبة البايع المعبر عنه بالملكية وعقده على الخيط المشدود على رقبة المشتري بأزاء حل ما على خيط المشتري وعقده على خيط البايع ، بل هذاهبة مجانية بأزاء هبة مجانية اخرى ، ، اذا البايع يسلط المشتري على ماله بلا عوض أى بلا وضع شئ من مال المشتري طرفاً لخيطه الموجب لزال الخيط وانتفائه في عالم الاعتبار بانتفاء طرفه ، والمشتري ايضاً يسلط الثالث على ماله بلا عوض (كذلك) وكلتا الهبتين صدرتا عن البايع فبالنسبة الى ماله يكون اصيلاً وبالقياس الى مال المشتري يكون فضولياً . ومعلوم ان هذا خارج عن حقيقة البيع كما لا يخفى .

وبعبارة اوضح لا اشكال في ان في عالم الثبوت يتصور نحو ان من المعاملة (احديهما) تبديل طرف في الاضافة مع بقاء الاضافة نفسها على حالها (والاخرى) احداث اضافة بين المال وشخص اخر الموجب لانعدام الاضافة التي بينه وبين مالكة والمتفاهم العرفي والمرتكز الذهني هو كون البيع هو الاول والهبة هو الثاني (فح) اخراج المال عن شخص بأزاء ادخال عوضه في ملك شخص آخر خارج عن حقيقة البيع ، ويكون داخلاً في حقيقة الهبة ولا يمكن ان يقال بأن حقيقة البيع عبارة عن تبديل الاضافة بالاضافة الاخرى ، وذلك لأن الاضافة عبارة عن نفس السلطنة على المال والمالك بها يكون مسلطاً على المال وليس له سلطنة على تلك السلطنة لكي يبدلها من موضع الى موضع آخر مع انه على فرض تصويرها أيضاً غير مجد في تصحيح البيع الى المشتري بأزاء انتقال الثمن عنه الى الآخر ، لان الاضافة التي بين المشتري والمال لا بد من ان تنتقل الى البايع بأزاء انتقال الاضافة التي كانت بينه وبين ماله الى المشتري ، وبالجمللة فيترتب على ما ذكرناه لزوم دخول احد العوضين في ملك من يخرج عنه العوض الآخر بحيث يكون هذان

مقومات البيع ، ، وعليه فلا يصح البيع فيما لو قال المالك لغيره اشتر بمالي طعاماً لنفسك أو بيع مالي لنفسك ونحو ذلك ألا إذا قام الدليل القوي على صحته ، (د ح) لا بد في تصوير الصحة من الالتزام باحداً من : إما بتوكيل المالك غيره في انتقال ماله إلى نفسه ثم البيع عن نفسه ، وإما بانتقال العوض إلى المالك ثم انتقاله عنه إلى المأذون في البيع لنفسه ؛

الامر الثالث إذا تحقق أن كان العقد كالعوضين في عقود المعاوضة يتحقق العقد لا محالة سواء انضم إليه شيء آخر أم لا كان الامر المنضم إليه موافقاً له أم منافياً غاية الامر عند انضمام المنافي يلفى الامر المنضم وإذا اختلف كان العقد ولو بالاخلال ببعضها فلا يتحقق العقد .

الامر الرابع العوضان إما يكون كلاهما كليين أو يكونا معاً جزئيين أو يكونا مختلفين وعلى التقادير الثلاث فالمتعاقدان إما يكونا كلاهما أصليين أو يكونا معاً كليين أو كليين أو يكونا فضوليين إذا تحقق هذه الأمور فنقول ها هنا صور :

الاولى ما إذا كان العوضان كلاهما جزئيين والذي ينبغي أن يقال فيها هو صحة العقد وعدم الحاجة إلى تعيين المالكين مطلقاً سواء صدر عن المالكين أو عن الوكيلين أو عن الفضوليين كان قصدهما الوقوع عن المالكين أو عن غيرهما أو لم يقصدا شيئاً أصلاً ، ، وذلك لأن حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن تبديل طرف الاضافة بطرف اضافة أخرى أعني هذا المال الشخصي ، وذلك المال قد تم بنفس العقد الواقع بينهما كما تحقق في الامر الثاني ولازمه انتقال كل مال عن مالكه إلى الآخر فتقصد البيع عن غير مالكه (ح) أو الشراء لغيره يكون لغواً يلفى عن البين ، ، لأنه يرجع إلى قصد الخلاف بعد تمامية المعاملة كما تقدم في الامر الثالث ، ، ومما ذكرناه يظهر ما في كلام صاحب المقاييس (قده) من

ذكره وجوهاً فى هذه الصورة بل الحق انه لا يَحتمل فيها الآالصحة ولا يحتاج الى تعيين المالكين اصلاً.

الصورة الثانية : ما اذا كان العوضان كليان أو كانت احدهما كلياً .
والآخر جزئياً ، ، ولا يخلو البيع فى هذه الصورة عن احد انحاء (الاول) ان
يضيف العاقد الكلى الى نفسه ، ، ولا اشكال فى هذه الصورة فى صحة البيع ، و
فى تعيين الكلى بسبب اضافته الى من اضيف اليه (الثانى) ان لا يضيف الى احد الا الى
نفسه ولا الى غيره ، بل يطلق بلا تعيين ، ، والحكم فى هذه الصورة ايضاً . هو
التعيين فى ذمة العاقد ، كما فى الصورة الاولى ، ، وذلك لأن اخراجه عن نفسه و
صرفه عنه يتوقف على قصد الغير فما لم يقصد الغير يتعين عليه ، ، وهذا نظير الاعمال
كما اذا تى بصلوة فانه لو نوى عن الغير ، يقع عنه ولو لم ينو وقوعها عن الغير ، يقع
عن نفسه لو كانت ذمته مشغولة بها ، ، والآ يقع لغواً ، ، ولا يحتاج فى وقوعها عن
نفسه . قصد وقوعها عن نفسه .

والسرفى ذلك هو ان طبع ايقاع البيع ، أو تلك الاعمال ، يقتضى الوقوع
عن نفسه ، الآن بصرفه عن نفسه بالقصد ، ، وذلك كما أن اطلاق النقد يوجب
تعيين نقد البلد الآن بعين غيره ، ، فبنفس وقوعه عن نفسه يتحقق اعتبار الكلى
الذى جعله مبيعاً أو نمنافى ذمته ، ولا تحتاج صحة المعاوضة بين المالكين الى
ثبوت المالية وملكية العوضين قبل المعاوضة ، بل يكفى ثبوت ماليتهما ولو
بنفس المعاوضة وما تقدم من ان البيع عبارة عن تبديل طرفى الاضافة انما هو
اعم مما كان الطرفان متحققان قبل التبديل أو كان اعتبارهما بنفس التبديل ، و
بيع الكلى من هذا القليل . لوضوح عدم اعتبار الكلى فى ذمة البائع . قبل البيع
اذ لا يكون الانسان مالاً لغيره من الحنطة مثلاً فى ذمته ، وان كان يعتبر
ماليته بعد ايراد البيع عليه فبايراد البيع عليه يصير مالاً لأنه مال يرد البيع عليه .

والحاصل ان المال الذي اخذ في تعريف البيع في قولهم البيع مبادلة مال بمال اعم مما كان مالا قبل البيع كالعين الشخصى الخارجى . وما كان مالا بنفس البيع كالكلى فى الذمة . ولا فرق فيما ذكرناه من وقوع الكلوى فى ذمة العاقد اذالم يقصد الغيرين ما اذا كان العاقد اصيلاً أو وكيلاً . اذالم يقصد البيع عن موكله كما لا يخفى .

الثالث ان يضيفه الى الغير مع تعيينه كما اذا اضافته الى زيد مثلاً وقال بعثك المن من الحنطة فى ذمة زيد ، ولا اشكال فى حكم هذه الصورة . وانه يقع عن الغير مطلقاً اذا كان العاقد وكيلاً عنه ، وبوقف على اجازته لو كان العاقد فضولاً .

الرابع ان يضيفه الى غيره بالتعيين كأن يقول بعثك مناً من الحنطة فى ذمة الغير أو فى ذمة آخر من غير قصد تعيين من اضيف اليه ، وربما يتوهم صحته اذا تعقب بتعيين ذلك الغير كشفاً على تقدير وقوع المعاملة فى علم الله سبحانه لمن يعينه العاقد بعد العقد هو تعالى عالم بمن يعينه العاقد بعد العقد فيكون تعيين العاقد كشفاً عن وقوع الكلوى فى ذمته فى علم الله سبحانه . أو نقلاً على تقدير وقوع المعاملة عن عينه العاقد حين التعيين ، اذ هو ظرف الانطباق وليس قبل التعيين واقع معلوم عنده ، مجهول عندنا حتى يكون هو المتعين هذا .

ولكنه توهم فاسد لأن التطبيق المتأخر غير موجب لتحقيق ما هو الركن فى المعارضة اعنى العوضان اذ قبل التعيين لا يكون الكلوى المضاف الى المبيع ملكاً ولا مالاً اذ لا اعتبار لمالية الكلوى فى ذمة المبيع ، فلا يكون المن من الحنطة فى ذمة الانسان الكلوى ملكاً ولا مالاً عرفاً بنفس البيع لا يتحقق مالية العوضين ، وقد تقدم اعتبار ماليتهما ، اما قبل العقد ، أو اقل فى رتبة تحقيقه . فلا يتحقق العقد لما تقدم فى الامر الرابع من الامور المتقدمة انتهاء العقد بالاخلال بما هو

ركن له .

والسرفي ذلك : ان ما يعتبر ماليته في الذمة ليس هو مفهوم المن من الحنطة ، بل هو مصداقه الذهني ، ، ومن المعلوم عدم تشخص ذلك المفهوم في مصداقه الا باضافته الى ذمة معينة اذ مجرد اضافته الى الغير على نحو الابهام لا يوجب تشخصه كما لا يخفى ، ، واما ما ورد من صحة العتق فيما لو قال احد عبيدي حر ، والطلاق فيما لو قال احدي زوجاتي طالق ، أو فيمن اسلم على اكثر من اربع . فانه تفارق عنه الزائد على الاربع ، فيتعين بالقرعة ، ونظائر ذلك : فانما هو حكم ثابت على خلاف القاعدة . يجب الاختصار على مورد ثبوته كما لا يخفى .

فان قلت ما ذكرته في وجه المنع عن اعتبار المالية في الكلي المعترف في الذمة المبهمة يسلم فيما اذا كانت الذمة كلياً على نحو التبادل بمعنى احدي الذمم ، واما لو كانت كلياً محصلاً بمعنى القدر المشترك بين الذمم . فلا نسلم المنع عن اعتبار ماليته ، ضرورة صحة اعتباره في ذمة الطبيعة المشتركة بين الافراد

قلت لا اعتبار لمالية الكلي المعترف في الذمة ، ولو على نحو الكلي المحصل ايضاً ، ، وتوضيحه ان مفهوم المن من الحنطة مثلاً الذي هو امر مجرد بسيط عقلا نى على ابسط ما يمكن ان يكون ، يلاحظ على نحوين (احدهما) من حيث هو مفهوم (وثانيهما) من حيث هو مرات الى ما هو المصداق من المن من الحنطة فهو بالاعتبار الاول مفهوم من المفاهيم لا اعتبار لماليته اصلاً ، وانما يعتبر ماليته من حيث كونه مرآة الى المن الخارجى فما لم يتعين الذمة لا يمكن لحاظ المفهوم بما هو مرات الى الخارج فلا يمكن اعتبار ماليته (ح) ، ، والحاصل ان العرف لا يعتبرون مالية الكلي المعترف في طبيعة الذمة الجامعة بين الذمم قبل تعيين الذمة بذمة خاصة ، بحيث تكون هي المطالب بها ، فلا يتحقق ما هو الركن في العقد في

العقود الماوضية قبل استناد الكلى الى ذمة خاصة بوضع انتفاء ركن العقد لا تحقق للعقد نفسه ، ، فالمتحصل مما ذكرنا عدم اعتبار تعيين المالكين في العقود المعاوضية في شئ من الموارد اصلاً ، ، نعم لازم اعتبار تعيين الذمة في بيع الكلى هو اعتبار تعيين المالك ، اعنى صاحب الذمة قهراً . . فاعتبار تعيين المالك في بيع الكلى لازم قهري نشأ من ناحية اعتبار تعيين الذمة من جهة تقوم مالية العوضين الكليين به ، لا من جهة كونه في نفسه من اركان العقد ، ، والحاصل ان التحقيق يقتضى عدم اعتبار تعيين المالك في العقود المعاوضية بما هو ركن في العقد . وان كان يحتاج الى تعيينه في بعض الموارد من جهة توقف تعيين ما هو الركن اعنى العوضين على تعيينه .

قوله قد ان يقال أن وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل اذا فرض قصده المعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقة (الذيل) اورد عليه بأنه لا معنى لجعل بيع مال نفسه لغيره قرينة على عدم ارادته اذا ارادته امر قائم بنفسه فهو في نفسه يدري ما اراد من البيع ، وليست امر مخفي عليه حتى يحتاج الى قرينة ، ، وليس باب الانشاء كالإخبار ، حيث ان في الإخبار لا يكون المراد معلوماً للمخاطب : فيحتاج الى قرينة ، ، وهذا بخلاف باب الانشاء ، ، حيث لا يعقل عدم تبين مراد المنشئ له نفسه لكي يحتاج الى القرينة ، ويدفع بأن المقصود بجعل بيع مال نفسه لغيره قرينة على عدم ارادته البيع الحقيقي من قبيل جعل قول القائل بعثك بلان من قرينة على عدم ارادة البيع منه من جهة مضادة الذيل مع الصدر . فمعنى كون الذيل قرينة انه مضاف مع الصدر فلا اشكال اصلاً .

قوله قد أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع (الخ) اورد عليه بأن تنزيل الغير منزلة نفسه في المالكية موجب لصحة البيع كما في بيع

الفاصل حيث أنه بالتنزيل المذكور يصح منه الانشاء . فيترتب عليه صحة البيع اذا تعقبه الاجازة فلا يصح تفرع البطلان على التنزيل المذكور (وبعبارة اخرى) لافرق بين تنزيل البايع نفسه منزلة المالك والبيع عن نفسه بذلك التنزيل كما في الفاصل . وبين تنزيل غير المالك منزلة المالك والبيع عنه بذلك التنزيل كما في المقام ، فكما ان التنزيل في الاول . مصحح للبيع . فليكن في الثاني كذلك ، فلا يصح جعل التنزيل المذكور مالا كالحكم بالبطلان ، ولكنه يندفع بالفرق بين التنزيلين بأنه في الاول يصير البايع مالكا ادعاء ، فيقصد البيع عن نفسه ، ويصدر منه الانشاء من غير اشكال ، وفي الثاني : يخرج نفسه عن كونه مالكا بالادعاء . فيبيع مال غيره الادعائي عن نفسه أي يقصد خروج المبيع الذي هو ملك له حقيقة عن غيره ادعاء في مقابل دخول ثمنه في ملكه . وهو مستلزم للخروج عن حقيقة المعاوضة ولا يمكن تصحيحه بالتعقب بالاجازة اذا انشاء بعد لم يتحقق ولم يتم العقد كما لا يخفى .

قوله قدم ان ما ذكرنا حكم وجوب تعيين كل من البايع (النج) كان الكلام فيما تقدم في اعتبار تعيين المالكين عند العقد ، وقد تحصل منه عدم اعتبار تعيينهما الا فيما كان العوضان جزئياً ولا فيما كانا واحداً كلياً من حيث هو تعيين للمالك ، وان كان يحتاج الى التعيين في بيع الكلي من جهة لزوم مالية الكلي في صحة البيع . وهي متوقفة على تعيين الذمة ، والكلام هاهنا في اعتبار تعيين كون كل من الموجب والقابل أصيلاً أو كَيْلاً أو فضولياً ، وبعبارة أوضح في اعتبار علم كل من الموجب والقابل . بكون طرفه أصيلاً أو كَيْلاً أو فضولياً في تحقق العقد ، والكلام في هذا المقام يقع في جهات :

الاولى هل يحتاج العقد في صحته الى اسناد كل من الطرفين منشأه الى من هو الطرف حقيقة مطلقاً . فاذا كان القابل مثلاً كَيْلاً يقول الموجب بع

موكلك أو اذا كان الموجب وكيلاً يقول عن موكلتي بعت أو بعتك مال موكلتي . و
نحو ذلك ، أو لا يحتاج اليه مطلقاً . بل يصح الاسناد الى القابل . سواء كان وكيلاً
أراصيلاً أو فضولياً : أو يفصل في العقود بين ما اذا لم يكن الطرفان ركناً كما
في العقود المعاوضة ، فلا يحتاج الى التعيين ، ، وبين اذا كانا ركناً كالنكاح الذي
عرفت ان الركن فيه هو الزوجان كالوقف والهبة والوكالة ، ، حيث ان الموقوف
عليه ركن في الاول . والمتبب ركن في الثاني . والوكيل في الثالث : فاذا
كان القابل وكيلاً عن الموقوف عليه . أو عن المتبب . أو عن الوكيل . أو عن
الزوج . أو الزوجة لا يصح الاسناد اليه نفسه : بل لابد ان يقول وقفت على موكلك
، ، وكذا اذا كان لموجب وكيلاً عن الزوجه : مثلاً لا يصح ان يقول زوجتك بكذا
بل لابد ان يقول زوجتك موكلتي ، ، والحق هو الاخير : وذلك . اما فيما لم
يكن الطرفان ركناً فيه كباب المعاوضات فلما تقدم في المقام الاول من تحقق العقد
بذكر ما هو ركنه و عدم دخل ما لا يكون ركناً في تحققه : واما فيما كان ركناً
كمقد النكاح . فلان حقيقة الامر الايجادي الحاصل بالانشاء لا يحصل : الا بايجاده
في طريقه وهو متوقف على ذكر الطرف ، ، فلو كان القابل في النكاح . وكيلاً عن
الزوج فانه لا يصح عقد النكاح لا بمقد لا بل سنده الى من هو ركن فيه . وهو الزوج
. فلا بد من ان يسنده اليه : ولا يصح . ولا يحصل بلا سنده اليه :

الجهة الثانية بعد الفراغ عن اعتبار الاسناد الى من هو طرف العقد كما في
عقد النكاح أو عدم اعتباره كما في باب المعاوضات : هل يعتبر في صحة العقد
ذكره بان يقول الموجب في النكاح مثلاً انكحت موكلك اذا كان القابل وكيلاً
أو يصح المخاطبة مع القابل نفسه بجعل الخطاب الى من هو اعم من المالك
الحقيقي في البيع أو الزوج في النكاح وما هو بمنزلة باذن أو ولاية بجعل
كاف الخطاب خطاباً الى اعم (وجهان) الحق هو التفصيل المتقدم : ففيما

لا يحتاج الى تعيين كل من الموجب والتقابل للآخر يكفي الخطاب الى من هو طرف العقد ولو كان وكيلاً ، وفيما يحتاج الى التبيين يتوقف على ذكر من هو طرف المعاملة ، اما في الاول فلما مر في الجهة الاولى من عدم الاحتياج الى تعيين ماليس بركن في العقد ، واما في الثاني فلما مر ايضا من الحاجة الى تعيين ما هو الركن ، ، والمخاطب الاعم من الموكل والوكيل ليس ركننا ، فذكره في العقد غير كاف عن ذكر ما هو الركن فيه ، مع ان كاف الخطاب ايضا لم يوضع لأن يخاطب بهامع المعنى الاعم اعني القدر المشترك بين الوكيل والموكل بل هو آلة للتخاطب مع المعين وهو الوكيل نفسه أو الموكل والمفروض عدم كون العقد مع الوكيل فلا بد من ذكر الموكل والاختل ذكر الركن في العقد فيبطل بالاخلال بذكره فلا يصح الخطاب بالاعم من الوكيل والموكل حتى فيما اذا لم يكن الطرف ركناً نعم في هذه الصورة يصبح توجيه الخطاب نحو الوكيل بما هو موكله لا بما هو هو ، فتكون المخاطبة معه بما هو موكله لا بما هو نفسه ، وفرق بين ان يجعل المخاطب هو الاعم من الموكل والوكيل ، وبين ان يجعل المخاطب هو الوكيل لكن بعد تنزيله منزلة الموكل وبما هو موكله ، والاول هو الذي انكره المصنف قدمه في الكتاب بقوله (وعلى الوجه الثاني ان معنى بعثك في لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض ومعناه جعل المخاطب مالكا الخ) والثاني هو الذي ابداه بقوله ، ، فالاولى في الفرق ما ذكرناه من ان الغالب في البيع والاجارة هو قصد المخاطب لامن حيث هو بل بالاعتبار الاعم (الخ) ومقصوده من الاعتبار الاعم اي الاعم بما هو هو أو بما هو موكله والى الفرق الذي ذكرناه امر بالتأمل بقوله فتأمل معللاً بأنه لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرناه سابقاً واعتراضنا عليه .

الجهة الثالثة لو قصد المخاطب بما هو نفسه في العقد وأوقع العقد كذلك فيما لم يكن الطرف ركناً ، ، ثم ادعى القابل مثلاً بأنه كان وكيلاً لم يسمع دعواه في دفع ما التزمه على نفسه بالعقد ، ، وذلك لأن في سماع كل دعوى يعتبر أن يكون لها واقع ، وأن يكون لواقع أثر يترتب عليه عند ثبوته ، والشرط الأول منتف في هذه الدعوى إذا المفروض تحقق الالتزام العقدي منه في العقد والعلم بكونه وكيلاً عن الغير لا ينفع في إرجاع الالتزام إليه بعد أنه لم يلتزم عنه وما استند الالتزام إليه ، فضلاً عن دعواه فالموجب (ح) يأخذ القابل فيما التزمه من دفع المبيع إليه وأخذ الثمن منه وأخذ ائثر العيب عنه لو ظهر عيب في الثمن ، ، وليس له مطالبة الموكل بسوجه أصلاً لأنه ليس طرف التزامه ، نعم القابل إذا كان قابلاً عن موكله يجب عليه ترتيب اثر البيع على موكله في دفع هو نفسه كلما يلزمه بالعقد ثم يرجع إلى موكله فيما دفع في دفع المبيع إليه وهذا الذي ذكرناه يتم في الوكيل المفوض كالوكيل في القراض ولا يجري في الوكيل في اجراء الصيغة لو ادعى كونه وكيلاً كما لا يخفى .

قوله قد وه من شرائط المتعاقدين الاختيار (الخ) الاختيار هو الشرط الثالث المعتبر في المتعاقدين ، ، وتوضيح معناه في المقام يتوقف على مقدمة وهي ان القصد تارة يتعلق بنفس العمل الذي يؤتى به بالقصد كالصلوة مثلاً : وأخرى يتعلق بالداعي على العمل الذي يكون محرراً للفاعل نحو الفعل كالقربة الداعية التي الصلوة فيقال قصد التقرب بالصلوة بمعنى ان باعته ومحرره في ايجاد الصلوة هو التقرب ، ، ثم انه قد تقدم اعتبار قصد اللفظ بمعنى كونه صادراً عن الارادة والاختيار في مقابل ما يتلفظ به السامع والنائم وقصد المعنى بمعنى كون اللفظ صادراً عن ارادة انشاء المعنى وقصد مدلول اللفظ في تلفظه على نهج استعمال اللفظ في المعنى في مقابل الهازل الذي لا يكون مستعملاً ، ، بمعنى انه ليس في مقام

اكتساء المعنى بكسوة اللفظ بحيث يكون النظر الى اللفظ آلياً فانياً في المعنى ، بل هو يقصد التلغظ باللفظ من غير ارادة المعنى اصلاً فهذان القصدان من مقومات العقد فالعقد لا يتحقق بدونهما وهما اللذان تقدم اعتبارهما في الشرط الثاني اعني اعتبار القصد في المتعاقدين ، ، والقصد بمعنى الاختيار في مقابل الاكراه معنى زائد عن قصد اللفظ والمعنى الذي يكون من مقومات العقد اذا عرفت هذا فنقول القصد المعتبر في هذا المقام اعني في مقابل الاكراه ليس بالمعنى المعتبر في قوام العقد . بل هو بمعنى الداعي بمعنى ان يكون دأبيه في الاستعمال وايجاد المعنى باللفظ هو تحقق مدلوله وايجاده في الخارج اي يكون محرره في انشاء البيع بالصيغة هو نفس حصول نتيجته التي هي عبارة عن مبادلة مال بمال لاشي آخر كالخوف من الظالم ونحوه ثم ان الداعي لما كانت طولية فانه تارة يكون ايجاد البيع بآلة استعمال صيغته في انشاءه بداعي الخوف من الظالم اي الظالم الزمه على البيع بحيث كان البيع نفسه متعلق الاجبار ، ، و اخرى اعطاء ثمنه الى الظالم اي الظالم الزمه على اعطاء مقدار من المال وهو لا يتمكن من اعطائه الا ببيع هذا المبيع والاختيار المعتبر في صحة العقد انما هو مفقود في الاول دون الثاني اذ البائع يوجد البيع في الاول ويتحرك نحو ايجاده لا بداعي وقوعه في الخارج بل انما يوجد لأجل الفرار عن شر الظالم بخلاف الثاني اذ فيه يكون الداعي في الاستعمال هو وجود نفس البيع وان كان الغرض من وجوده هو الوصلة الى الثمن واعطائه الى الظالم .

ثم ان الدليل على ما ذكرناه من كون المراد من الاختيار في مقابل الاكراه هو كون ايجاد البيع باستعمال الصيغة بداعي تحقق نتيجته في الخارج هو صحة بيع المكره بعد تعقبه بالرضا ، ، وذلك لأن انتفاء القصد بذاك المعنى لا يوجب انتفاء العقد ، فالعقد يتحقق من المكره بواسطة كونه قاصداً لللفظ في مقابل النائم

والمعنى في مقابل الهازل فتحقق منه ما هو ملاك العقد وركنه وليس لعدم تأثيره مانع الانتفاء القصد بالمعنى الثالث ويتحقق بالتعقيب بالرضا وهذا المعنى ظاهر جدا .

والكنز بما يتوهم من كون المراد بالاختيار هو الدرجة الثانية من القصد اعنى قصد الاستعمال مستشهدا بالاستدلال بانتفاء العقد في اثبات بطلان بيع المكره اذ الظاهر منه انتفاء العقد بالدرجة الثانية وبذعاب جمع كالبعالة وغيره باختصاص الحكم بالبطلان على صورة عدم التمكن من التورية اذ التورية انما تعمل في مرحلة الاستعمال لا في مقام كون انشاء المدلول بالصيغة بداعي تحقيقه في الخارج ،، وهذه الفتوى ولو كانت مردودة عندنا لكنها تدل على كون المبحوث عنه هو الدرجة الثانية من القصد ،، ولا يخفى فساد هذا التوهم وعدم دلالة شيى من هذين الوجهين على ما رامه المتوهم اما الاول فواضح اذ يصح الاستدلال للفساد بانتفاء القصد ولو كان المقصود منه هو الدرجة الثالثة من القصد بعد قيام الدليل على اعتباره على ما سيبحثي بيانه واما الثاني فلاجل صحة ان يقال انه حين الاكراه على البيع كان المكره بالفتح متمكنا من الفرار عن ايقاع البيع بالتورية عند امكانها فعدم التورية منه عند امكانها كاشف عن كون صدور البيع منه وايقاعه بالانشاء بداعي تحقق مضمونه في الخارج : فالقول بانحصار البطلان بصورة عدم التمكن من التورية لا يدل على كون البحث في قصد المعنى مع ما عرفت من صحة بيع المكره لو تعقب باجازه وهذا كانه مفروغ عنه بينهم مع انه لا يتم لو كان المنتفى في بيعه قصد المعنى كما اسلفناه ،، وبالبجمله فلا ينبغي الاشكال في كون المراد من القصد المعتبر في البيع في مقابل الاكراه هو ما ذكرناه من كونه عبارة عن كون الداعي في ايقاع الانشاء عنه باستعمال الصيغة

هو وقوع مضمونه بمعنى الاسم المصدري في الخارج سواء كان من العقود أو من الإقاعات .

قوله قدء ويدل عليه قبل الاجماع (الخ) الأدلة الدالة على اعتبار القصد في العقود في مقابل الأكرام على طائفتين فمنها عامة (ومنها) الأدلة الخاصة في بعض الموارد ، فمن الأول قوله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض ودلالة على اعتبار الرضاء في حلية الأكل ونفوذ التجارة واضحة . فتدل على اعتبار القصد بالدرجة الثالثة سواء فسر الرضاء بطيب الخواطر أو فسر بالاختيار إذ على كل تقدير تدل على عدم صحة ما هو فاقبل للطيب أو الاختيار ، وقوله وَاللَّهُ عَلِيمٌ لا يحل مال امرء إلا عن طيب نفسه وهذا أيضاً ظاهر الدلالة كآية الشريعة من حيث اعتبار طيب النفس في حل المال (ومنها) حديث الرفع المشهور وفي دلالته على المطلوب غموض بل منع ، وتقريب دلالته على مبادء المصنف (قدء) يتوقف على بيان أمور .

الأول أن الرفع في هذا الحديث الشريف تكويني لا تشريعي لأن الظاهر منه هو التكويني (الثاني) أن المرفوع بالرفع التكويني ليس نفس هذه الفقرات المذكورة في الحديث لتحققها أي تلك الفقرات وجداناً ، فلا بد من أن يجعل المرفوع مقدراً فيدور بين رفع أظهر الآثار أو جميعها إذا كان في الين ظهور في رفع أحدهما أو أفيحكم بالاجمال ، لكن المستظهر هو رفع أظهر الآثار وهو عبارة عن المؤاخذه فيكون المرفوع هو المؤاخذه على تلك الفقرات أي على مخالفة الأحكام الناشئة عن تحقق إحدى تلك الفقرات . ودلالة الحديث على رفع ما قدر رفعه ليس باضمار المقدربان بقدر كلمة أظهر الآثار أو جميعها بل إنما هو على نحو دلالة الاقتضاء والمراد بدلالة الاقتضاء هو دلالة الكلام على معنى التزامي يتوقف صحة الكلام على إرادته صوناً للكلام عن الكذب نظير (واسأل القرية) وقد

وقع النزاع في باب العام والخاص فيما أمكن آخر اج الكلام عن الكذب بارادة معنى عام وارادة معنى خاص ، انه هل يتعين ارادة المعنى العام فيعبرون عنه بعموم المقضى بالفتح باعتبار . أو بالكسر باعتبار آخر . أو يتعين ارادة المعنى الخاص ، أو لا يتعين في اليين فيصير الكلام مجملاً ، وتقدير خصوص اظهر الأنا في المقام لعله مبني على تعين ارادة خصوص المقضى بالفتح أو بالكسر لاعمومه .

الثالث ان المؤاخذة المرفوعة ليست مختصة بخصوص الاخرى منها بل تعم تلك ، والمؤاخذة السدينية ، فالالتزام البيعى عند صدور البيع عن المكره مؤاخذة فتكون مرفوعة عنه ، والظاهر من المؤاخذة وان كان هو الاخرية منها . لكن التعميم مستفاد من قيام القرينة ، وهو استشهاد الامام عليه السلام في رفع بعض الاحكام الوضعية بحديث الرفع . وهو قرينة على ارادة المعنى العموم من المؤاخذة ، ففي صحيحة البرزطي عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعاق و صدقة ما يملك ، الى آخره . الحديث ، والمراد بالحلف بالطلاق هو الحلف بأن كل امرئة يزوجهاتكون مطلقة بنفس تزويجها ، وبالحلف بالعاق هو الحلف بأن كل عبد يملكه يكون حراً بنفس تملكه . وبالحلف بصدقة ما يملك هو الحلف بأن يكون كلما يملكه صدقة بنفس تملكه ، وهذا الحلف باطل عندنا غير مؤثر في شيء ، ولكنه يصح عند العامة . وقد استشهد الامام عليه السلام في بطلانه عند الاستكراه عليه بحديث الرفع مع بطلانه لولا الاكراه ايضاً . فلامحالة قد اعمل في المقام تقيية . اما في الصغرى أى في تطبيق حديث الرفع على مورد الاكراه على الطلاق مع ان المورد ليس مورد أنه لبطلانه من دون الاكراه ايضاً واما في الكبرى أى في كون مدلول حديث الرفع هو البطلان فيما اكراه عليه فعلى الاول . فيكون الصحيح المذكور دالاً على بطلان ما اكراه عليه دون

الثاني ، ، وهذا نظير قول الصادق عليه السلام لأبي العباس (عند من سئل عنه عليه السلام بأنك تفطر أو تصوم في يوم الشك من شوال أو من رمضان) ، ، ذلك إلى إمام المسلمين أن افطرت افطرتنا وان صمت صمنا فأمر اللعين بإحضار الطعام فافطر عليه السلام ولما خرج قال لأن افطرت يوماً من شهر رمضان احب إلى من ان يضرب عتقي ، ، حيث انه لا اشكال في اعمال التقية في ذلك المورد إلا انه يحتمل ان تكون في تطبيق إمام المسلمين على اللعين بقوله عليه السلام ان افطرت افطرتنا (الخ) لافي اصل الحكم فيدل على ثبوت الهال بحكم الحاكم ويحتمل ان تكون التقية في اصل قوله عليه السلام ذلك إلى إمام المسلمين فلا دلالة فيه على ثبوت الهال بحكم الحاكم ، ، وله نظائر كثيرة . لكن المستظهر منه ومن نظائره ، هو كون التقية في الصغرى . وتطبيق الكبرى عليها لافي الكبرى نفسها . وعليه فتكون الصحيحة دليلاً على بطلان ما استكره عليه فيصير دليلاً على ان المرفوع بالاكرام ليس خصوص المؤاخذة الاخرية . وهو المطلوب (والحاصل) مما ذكرناه ان الاستدلال بحديث الرفع يتوقف على امور ثلاثة : كون صحة الكلام فيه منوطاً بالتقدير على نحو دلالة الاقتضاء . وكون المقدر هو المؤاخذة ، وكون المراد من المؤاخذة هو الاعم من العقاب الاخرى . والامر الاول يتم بكون الرفع تكوينياً لتشريعياً . والثاني بكون المراد من الكلام بالدلالة الالتزامية الاقتضائية هو خصوص مقتضى بالفتح أو بالكسر لاعمومه . والثالث بكون المراد من المؤاخذة هو الاعم لا خصوص العقاب الاخرى . والكل مردود اما الاول : فلأن رفع الشارع من حيث هو شارع تشريعي لا تكويني . وهذا ظاهر ومع . كونه تشريعياً فلا يحتاج صحة الكلام إلى تقدير حتى يبحث انه عام أو خاص بل المرفوع هو نفس تلك الفقرات ، ورفع التشريعي المستند إلى تلك الفقرات ، انما هو رفع ما يترتب عليها من الآثار الشرعية كالاحكام

التكليفية والوضعية ، ، فالمرفوع أولاً وبالذات نفس تلك الآثار من غير تكلف تقدير ، ، وأما الثاني : فلأنه على تقدير تسليم الحاجة إلى التقدير ، بجعل الرفع تكوينياً . فلا يكون المتعين هو تقدير الخاص ، بل إمامية تعيين تقدير العموم . أو يصير الكلام مجعلاً ، ، وأما الثالث : فلأن تعيين تقدير الخاص اعنى المؤاخذه أولاً ثم تعميم المؤاخذه إلى الأعم انما هو في قوة تقدير العموم اذ بعد تعميم المؤاخذه يكون المرفوع جميع ما فيه نحو الزام ، سواء كان من الأحكام الوضعية أو التكليفية ، ، فهذا شبه شينى بالاكل من القفا .

فالتحقيق في مدلول حديث الرفع هو كون الرفع المذكور فيه مسنداً إلى نفس المذكورات فيه ، ورفعها التشريعي عبارة عن رفع ما يترتب عليها من الآثار الشرعية فيعم رفع جميع الآثار الشرعية من الوضعية والتكليفية ، ، ولما كانت الرفع امتناناً على هذه الأمة . فلا بد من ان يكون المرفوع ما فيه مقتضى الشبوت . بحيث يثبت لو لا نبوت الامتتان في رفعه ، ، ولا يخفى انه على هذا . أى على تقدير تعميم الرفع لجميع الآثار ، يصير دليلاً على بطلان عقد المكروه اذ الصحة . أو اللزوم مثلاً حكم شرعي مترتب على العقد ، ويرفع في صورة الاكراه لما في رفعه من الامتتان ، ، ومما ذكرناه ظهر اندفاع ما ربما يورد على الاستدلال بالحديث . بأن اللازم من بطلان عقد المكروه لمكان الاكراه هو بطلان عقد المضطر اليه ايضاً لمكان الاضطرار . مع انه مما لم يلتزم به احد ، ولا يمكن الالتزام به . للزوم العقول بفساد اكثر المعاملات لأنها تقع عند الحاجة إلى ائمانها ، ولما لم يكن الحديث الشريف شاملاً لعقد المضطر لم يكن شاملاً لعقد المكروه ايضاً . و ذلك لأجل وحدة السياق وجه الاندفاع . ان البطلان في عقد المضطر مخالف للامتتان دون المكروه وقد عرفت اختصاص المرفوع في حديث الرفع بما في رفعه منة . مع انه لو سلم عموم الرفع لما لا يكون في رفعه منة ، لا يمكن ان

يشمل بيع المضطر اليه ايضاً ، وذلك لأن البيع بنقسه ليس متعلق
 الاضطرار . بل الاضطرار الى ما يحصل به من الثمن (مثلاً) وانما البيع
 يقع عن المضطر الى ثمن المبيع . لأجل ان يدفع به الاضطرار (فتدبر)
 ، وبالجمله ، فالظاهر تمامية الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار
 الاختيار في البيع الا انه كنظيره مثل آية التجارة ونحوها . لا يدل على ازيد
 من اعتبار الرضا ولو على نحو التعقب به كالاجازة في بلب الفضولي ، ، واما
 بطلان بيع المكره بحيث لا يكون قابلاً للاجازة ايضاً (فلا) ، ، فعلى هذا ،
 فيصير المنحصل من الادلة العامة هو توقف المقعد على الرضا والاختيار في الجمله
 ، ، واما الادلة الخاصة فمثل ماورد في بطلان طلاق المكره وعتقه ، وهو جمله
 من الاخبار الظاهرة الدالة في البطلان مع الاكراه ، وبضميمة عدم القول بالفصل
 بين الطلاق والعق و بين غيرهما من العقود ، يثبت الحكم في الجميع ، ، و
 بالجمله فاصل الحكم اعني عدم نفوذ معاملة المكره في الجمله مما لا اشكال
 فيه الا انه ينبغي التكلم عن امور .

الاول هل المعتبر في الاكراه الموضوع للحكم بعدم النفوذ هو ما كان مقترباً
 مع الابعاد والتخويف من المكره بالكسر ، أم يكفي فيه مجرد ايقاع المعاملة
 بداعي طلب الغير كالوالدين ونحوهما ولو لم يكن الطلب مع الابعاد والتخويف
 على الترك (وجهان) اقواهما الاول ، وتوضيح ذلك : ان المعاملة الصادرة عن
 الشخص كالبيع (مثلاً) اما ان يكون الداعي في صدور هاعنه هو نفس تحققها
 بالمعنى الاسم المصدري في الخارج . فتكون نتيجتها اعني المعنى المترتب على
 ايقاعها مراداً بالارادة الاولى ، وذلك كمعاملات التجار والمعاملين في السوق
 ، ، واما يكون معنى الاسم المصدري مراداً بالارادة الثانوية الناشئة عن ارادة

اولية وهذا على اقسام (فمنها) ما كانت الارادة الاولى فيه غير ناشئة عن طلب انسان . بل كانت لاجل داع راجع الى نفس المعامل : مثل الحاجة الى الثمن والاضطرار في بيع ماله . وامثال ذلك : حيث ان الارادة او لامتنعة الى تحصيل الاثمان ونشاء منها ارادة ثانوية متعلقة ببيع ما عنده لكون بيعه وصلة الى المراد الاول (ومنها) ما كانت الارادة الاولى ناشئة عن طلب انسان بلا ابعاد من الطالب الى الترك ، ، كما اذا المرء والده ببيع داره مثلا : فان ارادة البائع او لا تتعلق الى تحصيل مرضاة الاب . فتترشح منها ارادة متعلقة الى البيع لكون بيعه وصلة الى تحصيل مرضاته (ومنها) ما كانت الارادة الاولى ناشئة عن طلب الغير . مع اقتترانه بالابعاد . بحيث لو لا وعيده لما كانت المعاملة تصدر عن المكره . فارادة المكره او لا تتعلق الى دفع اذى المكره عن نفسه ، ، ولما كان بيعه وصلة الى الفرار عما اوعده عليه فيريد البيع فتكون ارادة البيع صادرة عنه في الرتبة الثانية .

فالقسم الاول من هذه الاقسام . يمتاز عما عداها بكون الارادة المتعلقة الى البيع ارادة اولية . لما ظهر من ان المقصود منه كان فيه نفس حصول البيع بالمعنى الاسم المصدري : وفي بقية الاقسام تكون ارادة ثانوية : لكن فيما عدى القسم الاخير تكون ارادة البيع . ولو كانت ثانوية معقونة بطيب النفس والرضا ، ، حيث ان المضطر راض في بيع ماله وصلة الى رفع اضطراره باشد الرضا و كاره عن عدم وقوعه كالمرضى المضطر الى شرب الدواء ، ، حيث انه يبذل جل ماله لاجل شربه مع بشاعة شربه ، ، وكذا الطالب لمرضاة والده (مثلا) يوجد البيع الذي طلبه والده منه تحصيل لمرضاته . ويكون راضيا ببيعه باشد انحاء الرضا ساخطا لعدم وقوعه : لكون عده منشأ لسخطا به ، ، وهذا بخلاف القسم الاخير حيث يريد البيع فيه كاره لوقوعه ساخط عليه . وقد اراده بلارضاه منه

ولا طيب عليه ، وإنما أوقعت إرادته من ناحية إكراه المكره ، ، فظهر أن حقيقة الإكراه إنما يتحقق في القسم الأخير فقط فمافيه طلب بلا إيعاد يكون خارجاً عن الإكراه رأساً . بل هو نظير البيع لأجل الاضطراب كما أوضحناه .

فإن قلت : صحيحة ابن سنان المذكورة في الكتاب ، تدل على تحقق الإكراه بلا توعيد أيضاً إذ يفرض فيها كون الإكراه من الزوجة والابن نحوهما !

قلت نعم ولكنه في مورد اليمين و بطلان اليمين مع الإكراه بلا توعيد لا يدل على بطلان المعاملة بالإكراه المجرد عن التوعيد أيضاً ، ، وذلك لاعتبار الخلو عن المرجوحية في اليمين واليمين مع الإكراه مرجوح هكذا أفيد .

الامر الثاني الإكراه نارة يقع على معاملة شخصية مثل الإكراه على بيع المال المعين ، ، وقد يكون على الكلي كإكراه على بيع شئ من أمواله بحيث يكون اختيار كل خصوصية بيد المكره بالفتح على نحو التخيير العقلي ، نظير الطلب المتعلق بالطبيعة ، وقد يكون على نحو تعلق الطلب المتعلق بأحد شيئين أو الأشياء على نحو التخيير الشرعي ، لا اشكال في حكم الاول . وصدق الإكراه على ما يصدر عن المكره من المعاملة التي إكراه عليها وأما الأخيران ، فهل يصدق فيهما الإكراه مطلقاً ، أو لا يصدق مطلقاً ، أو يفصل بينهما إذا كان تخيير الخصوصية على نحو التخيير العقلي ، ، فيقال بتحقيق الإكراه بالنسبة إلى الخصوصية ، وبين ما إذا كان على نحو التخيير الشرعي فيقال فيه بعدم تحقق الإكراه بالنسبة إلى الخصوصية التي يختارها (وجوه) ، ، وجه الاول : أن إرادة بيع هذه الدار مثلاً ليست لأجل القصد إلى وقوع نتيجته في الخارج ، بل هي لمكان الإكراه فتكون غير مقترنة بالرضا وطيب

النفس ، من غير فرق بين ان يكون الاكره به أو يبيع شيئا آخر من امواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد والتخيير العقلي لمكان ككون الجامع بينهما وهو البيع الكلي امر انتزاعياً ، وبين ان يكون الاكره به أو باعطاء قسط من امواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد والتخيير الشرعي ، لكون الجامع بينهما امر انتزاعياً ، ووجه الثاني ان ما يقدم عليه من البيع الخاص بهذه الخصوصية ما وقع عليه الاكره . فلامحالة لا بد ان يكون مراداً بأرادة غير ناشية عن ايقاع المكره بالكسر بل عن المكره نفسه ، ووجه الثالث ان الكلي المتحصل الذي هو قدر المشترك بين افراده متحد مع افراده وجوداً بحسب الخارج . واذا كان هو بنفسه متعلق الاكره فمن جهة اتحاده مع الفرد يصير الفرد ايضاً مكرهاً عليه ، واذا وجد المكره فرداً من البيع بعد تحقق الاكره بالنسبة الى كليه يصدق على ما يوجد انه يبيع اكره عليه . وهذا بخلاف الكلي الانتزاعي ، حيث ان المكره عليه فيه عبارة عن احد الشئين أو الاشياء على سبيل الترديد والاكره على الامر المبهم المراد لا يوجب الاكره على ما يختاره المكره ، والاقوى هو الاول ، وذلك لان خصوصية هذا الصادر عن الفاعل وان كان تحت الاختيار الا انه يصدق على فعله انه صادر بالاكره ايضاً . ولولا جل الاكره على الجامع . اذ من المعلوم انه لولا الاكره لما كان يوجد هذا البيع في الخارج . فليس الداعي في ايجاده تحقيقه بمعنى الاسم المصدري في الخارج بل الداعي له هو الفرار عن ضرر المكره من غير فرق بين قسمي التخيير كما لا يخفى .

الامر الثالث هل المعتبر في تحقق الاكره موضوعاً أو حكماً عدم التمكن من التفصي عنه بوجه من الوجوه ، أو لا يعتبر امكان التفصي كك ، أو يفصل بين امكان التفصي بالتورية ، فيقال بعدم اعتباره . وبين امكان التفصي بتغيرها فيقال

باعتبار عدمه (وجوء) واقوال ، ، والمراد من التفصى بغير التورية هو ان يفعل ما يرفع به الاكراه اما بانعدام صفة الاكراه عن المكروه كالت بيعت اليه شفيع فيصرفه عن ارادة وقوع المكروه عليه . أو بانعدام المكروه عليه كما اذا اخرج عن ملكه ما اكروه على بيعه . والمراد من التفصى بالتورية هو ان يتكلم بصيغة البيع لابلحاظ فئتها فى المعنى الذى هو عبارة عن استعمالها بل ملحوظ استقلالها وبما هو لفظ كنكلم الهازل الذى ليس معه قصد المعنى .

وبعبارة اخرى التورية ، تحصل بانتفاء الدرجة الثانية من القصد التى عرفت كونها من مقومات العقد ، ، واما ذكر اللفظ وارادة معنى مجازى مع عدم نصب قرينة عليها ، فهو ليس من التورية فى شئى . فما فى بعض الكلمات من تفسير التورية به . ليس بصحيح ، بل هو استعمال مجازى ، ، فظهر مما ذكر ان ما به يتفصى ليس فى غرض المكروه عليه حتى يصير المكروه مخيراً بين فعله أو فعل المكروه عليه بل ما به التفصى مطلقاً سواء كان تورية أو غيرها . يقع فى طول المكروه عليه ومعدم لموضوع فعل المكروه عليه ، نظير انعدام شرط الواجب المشروط بالموجب لانعدام وجوبه ، ، اما فى التورية فلأن من عدم قصد المعنى . وعدم تحقق الاستعمال لا يتحقق العقد المكروه عليه وانتفاء العقد بالدرجة الثانية وعدم تحقق الاستعمال معدوم لموضوع الاكراه اعنى فعل المكروه عليه اما فى غير التورية فكذلك ايضاً سواء كان بايجاد ما يوجب انصراف المكروه أو بانعدام موضوع الفعل المكروه عليه ، وهذا ظاهر .

ويمكن ان يكون نظر من فسر التورية بأنها عبارة عما اذا قصد من اللفظ معناه البعيد ، من غير نصب ما يبدل عليه ، الى خصوص التورية فى باب الاخبار لا الانشاء . وأن كانت التورية فى كلا البابين بجامع واحد وهو الغناء للفظ الى المخاطب بما هو لفظ وملحوظ بالاستقلال لأنه مرات الى الغناء المعنى

وفانياً فيه ولا يكون ملحوظاً بالاستقلال سواء قصد حين الفاء اللفظ على نحو الاستقلال معنى آخر أبعداً لا على وجه استعماله فيه أو لم يقصد معنى آخر أصلاً. وبالجمله فقوام التورية هو بقصد اللفظ بالاستقلال في مقابل استعماله في المعنى من غير فرق بين ارادة معنى مع ارادة اللفظ بالاستقلال أم لا، والتورية بهذا الجامع تتحقق في مورد الاخبار والانشاء وتكون خصوصية ارادة معنى آخر في الاخبار خارجاً عن حقيقة التورية وعن معناها.

ثم ليعلم ان جريان الاقوال الثلاث في الاكراه من القول بتحقيقه مع امكان التفصي مطلقاً، أو عدمه معه مطلقاً، أو التفصيل بين امكان التفصي بالتورية أو غيرها انما يتم بناءً على ما تقدم في الامر الثاني من اعتبار التوعيد وخوف الضرر في ترك ما اكراه عليه، اذ على هذا يقال هل يشترط امكان التفصي عن الضرر مطلقاً أو لا يشترط مطلقاً أو يفصل، وأما على القول بعدم اعتبار خوف الضرر فلا يبقى مورد لهذه الاقوال اذ لا ضرر حينئذٍ حتى يقال باشرائط امكان التفصي عنه أو عدمه بل الموضوع للحكم حينئذٍ هو نفس الاكراه كما لا يخفى. وعلى هذا فلا استدلال بصحيفة ابن سنان الدالة على تحقق الاكراه من الزوجة والاب ونحوهما صحيح اذ هي تدل على عدم اعتبار التوعيد في الاكراه، ومع عدم اعتباره فلا موقع لاعتبار التفصي فاستدلال المصنف (قده) بها على نفي اعتبار امكان التفصي بالتورية انما هو لاجل هذه النكتة، فلا يرده عليه بان الصحيفة اجنبية عن الدلالة على عدم اعتبار امكان التفصي كما اورده عليه بعض السادة الاجلاء (قده) نعم يرده عليه بأن مورد الصحيفة في اليمين وعدم اعتبار خوف الضرر في اليمين لا يدل على عدم اعتباره في المعاملات، وذلك لاعتبار عدم المرجوحية في اليمين دون المعاملات

واليمين تصير مرجوحاً بسبب صيرورتها مكرهاً عليه ..

إذا عرفت ذلك فنقول البحث عن امكان التفصي تارة بالنسبة الى الاكراه في الاقدام على المحرمات كالاكراه على شرب الخمر مثلاً ، واخرى بالنسبة الى المعاملات ، اما بالنسبة الى المحرمات ، فلا اشكال في اعتبار المعجز عن التفصي بغير التورية في جواز اقتحام الحرام بسبب الاكراه ، لانه مع التمكن من رفع ضرر المكروه بايجاد ما ينصرفه عن ارادته فلا يكون صدور الفعل عن المكروه بالفتح بالارادة الحاصلة من ابعاد المكروه بالكسر بل انما هو باختيار منه ، واما باعتبار المعجز عن التفصي بالتورية فالمختار عند المصنف قد هو عدم اعتباره فيصح الاقدام على الحرام عند الاكراه عليه ، ولو مع امكان التفصي عنه بالتورية ، واستدل به بقضية عمارة حيث اكراهه هو وابواه على الكفر وامتنع ابواه فقتلوا وتكلم به هو ونجى وجاء الى النبي ﷺ باكيًا وقص عليه القصة فقال ﷺ ان عبادوا عليك فعد من غير ان ينهه على التورية عند امكانها فيدل على جواز التكلم بكلمة الكفر ولو مع امكان التورية هذا محصل مراده قدس سره .

ولا يخفى ما فيه اذا التكم بالكفر من المسلم المطمئن قلبه بالايمان لا يكون الا عن التورية بمعنى ان المتكلم به لا يقصد به المعنى ، ولا يكون مريداً للمعنى في مقام الاستعمال بل انما يلغى اللفظ من غير ارادة معناه اصلاً وقد عرفت ان هذا هو حقيقة التورية فترخيصه (ﷺ) اياه بالاعادة على كلمة الكفر لو عا ود عليه انما هو ترخيص في التورية وانه عين الترخيص فيها ، فلا دلالة في هذه القضية على جواز ارتكاب المحرم عند الاكراه عليه ولو مع التمكن من التورية هذا ، واما بالنسبة الى المعاملات فالمدكور في اول العبارة هو خروج ما اكراه عليه عن الاكراه عند التمكن من التفصي بالتورية أو بغيرها

موضوعاً بمعنى انه مع التمكن من التنصيص مطلقاً فلا كراه حقيقة ، لكن صورة امكان التنصيص بالتورية يكون ملحقاً بالا كراه حكماً . بخلاف صورة التنصيص بغيرها فلا يحكم فيها بحكم الاكراه ، فله قدمه دعويان (الاولى) خروج مورد امكان التنصيص عن الاكراه مطلقاً ولو كان بالتورية (الثانية) كون حكم صورة امكان التنصيص بالتورية كحكم الاكراه .

اما بيان الدعوى الاولى فبان المعتبر في الاكراه كما عرفت . هو كون صدور الفعل بالمعنى المصدري عن المكره بالفتح لا بداعي تحققه بالمعنى الاسم المصدري . بل لأجل الفرار عن الضرر المتخوف به ، ومع امكان التنصيص عن الضرر بغير ايجاد الفعل لا يكون الداعي في ايجاده هو الفرار عن الضرر لفرض امكان الفرار عنه بغيره ، فلامحالة يكون صدوره عنه (ح) بارادة تحققه بمعنى الاسم المصدري فلا يكون اكراه عليه .

واما الدعوى الثانية : فلأجل اطلاق معاقدا لاجتماعات والاخبار الدالة على اعتبار الرضا في المعاملات وبطلان الطلاق مع الاكراه . ولو مع التمكن من التورية هذا ، ولا يخفى ما فيه اذ مع فرض خروج مورد التمكن من التورية عن الاكراه لا يبقى موقع للتمسك باطلاق ادلة حكم الاكراه لاسراء حكمه الى مورد غير الاكراه . فانها ولو كان لها اطلاق بأي مرتبة من مراتبه لكن اطلاقها يقتضي ثبوت حكمه في مورد الاكراه لانه يجري حكمه عن موضوع الاكراه الى غير مورد كما لا يخفى هذا محصل ما افاده في صدر العبارة مع ما فيه ، ولكنه ذكر اخيراً بقوله ولكن الاولى ان يفرق بين امكان التنصيص بالتورية وامكانه بغيرها (الخ) ، وحاصله دعوى ان مورد التمكن من التورية مورد الاكراه موضوعاً فيمثله حكمه بخلاف مورد التمكن من التنصيص بغيرها ، وبيانه انك قد عرفت فيما تقدم ان التنصيص بغير التورية

عبارة عن ايجادها يوجب صرف المكره بالكسر عن ارادته صدور الفعل عن المكره ، ، وذلك كبعث شفيق اديه يصرفه عما يريد والتفصى بالتورية عبارة عن ايجاد فعل يرى انه المكره عليه فى ظرف بقاء ارادة المكره لفعله فيموده عليه الامر ويتلبس عليه ويريه انه كانه فعل الفعل المكره عليه مع انه لم يفعله وانما تلبس عليه وفى الاول يرتفع الاكراه عنه بايجاد ما يرفعه بحيث لو لم يفعل المكره عليه واطلع المكره على عدم صدور المكره عليه لما ترتب على المكره شيئى وكان مأموئاً من ضرره لارتفاع ارادته وفى الثانى يكون الاكراه باقياً بحيث لو اطلع المكره على تورية المكره وانه لم يصدر عنه الفعل وانما هو على المكره ترتب عليه الضرر ، ، فيقال بارتفاع الضرر فى القسم الاول دون الاخير فلمكان وجود الاكراه فى القسم الثانى يترتب عليه حكمه دون الاول .

فان قلت فى صورة التمكن من التفصى بغير التورية ايضاً لا يرتفع الاكراه غاية الامر ، يصير الفعل المتفصى به فرداً للجامع بينه وبين ما اكراه عليه فيصير المكره مكرهاً بايجادها أو ايجاد ما اكراه عليه اما على نحو التخيير الشرعى بأن يكون احدهما هو المكره عليه : أو على نحو التخيير العقلى بأن تعلق الاكراه بالجامع وقد عرفت بقاء الاكراه مع التخيير فى افراد المكره عليه لعدم المنافاة بين تحقق الاختيار عن المكره فى ايجاد الخصوصية وبين تحقق الاكراه على الجامع المنطبق عليها .

: قلت مانع من فيه ليس من هذا القيل لأن الاكراه لا يتعلق الى الفعل المتفصى به بل هو رافع للاكراه ، وهادم لموضوعه ، ويكون نسبته الى الاكراه نسبة شرط الوجوب الى الوجوب ، فيكون واقفاً فى طوله والطوليان لا يصيران فردى التخيير لا التخيير العقلى ولا الشرعى .

والحاصل انه بالتفصي بغير التورية يخرج المورد عن الاكراه و
يرفع موضوعه بخلاف التفصي بالتورية فان الاكراه محفوظ معه بحيث لو
علم المكروه بتوريطه لا وقع عليه ما توعد عليه هذا ، ، ولا يخفى ما فيه فان
ما به يحصل الامن عن الضرر في غير التورية. انما هو فعلية التفصي بغير التورية
بمعنى انه لو تفصي عن الضرر بغير التورية كبعث الشفيع ونحوه يرتفع الاكراه
وهذا الكلام فيه وانما الكلام في انه مع امكان التفصي بغير التورية لو لم يتفصي
واتى بفعل المكروه عليه هل يصدق الاكراه ام لا .

والحاصل ان الرافع للاكراه هو فعلية التفصي لا امكانه ، ، ضرورة
انه ما لم يتحقق التفصي يكون الاكراه على حاله فالتفصي بالتورية مشترك
مع التفصي بغيرها في تحقق الاكراه عند عدم فعليتهما وان كانا مغايرين بعد
فعلية التفصي برفع الاكراه بفعلية التفصي بغير التورية دون فعلية التفصي بها
الاتي الكلام في للمقام انما هو في صورة ترك التفصي واتيان الفعل المكروه
لا الاقدام على التفصي وترك الفعل المكروه عليه عند التفصي بغير التورية والى
هذا الاشكال اشار المصنف قده في آخر كلامه بامره بالفهم .

ولكن يمكن تصحيح الفرق بينهما قبل فعلية التفصي . بدعوى عدم
الاكراه في الاقدام على البيع المكروه عليه من لامع التمكّن من التفصي عنه
بغير التورية بخلاف الاقدام عليه مع التمكّن من التفصي عنه بالتورية ، ويبيانه
ان المتمكّن من التفصي بغير التورية مع التفاته الى تمكّنه لو ترك التفصي
واتى بالفعل المكروه عليه يكون تركه التفصي واختياره الفعل كاشفاً عن قصد
وقوع مضمونه بالمعنى الاسم المصدري من جهة اسهلية وقوعه عن فعل
ما يتفصي به فيرتفع الاكراه (ح) قطعاً لكون المناط في الاكراه عدم قصد وقوع
معنى الاسم المصدري وهذا بخلاف ترك التورية واختيار الفعل المكروه عليه

عند التمكن منها اذ لا يكشف تركها واختيار الفعل عن الرضا بوقوع الفعل وقصد تحقق مضمونه ، ، والفرق بينهما ينشأ من كون التورية امراً على خلاف العادة لان طبع المتكلمين بأى كلام كان هو الاستعمال فى المعنى ولحاظ اللفظ فانيسأفى المعنى ، ولحاظ اللفظ على نحو الاستقلال من غير استعمال خارج عن طبع المتكلمين ولا يكون مع تركه واختيار المكروه عليه (ح) كاشفاً عن ارادة المكروه عليه بما يرفع به الاكراه كذا افيد ولكن للتأمل فيه مجال ، ، وذلك لان التورية وان كانت على خلاف الطبع والعادة لكن تركها مع الالتفات اليها وانها طريق للتفصى عن الفعل المكروه عليه لامحالة يكشف عن قصد الفعل المكروه عليه اذ لوام يكن قاصداً لوقوعه لما ارتكب هذا الامر الغير العادى فى التفصى عنه ، بل يمكن ان يدعى بأظهرية كشف ترك التفصى بالتورية فى عدم الاكراه عن كشف ترك التفصى بغيرها لسهولة التورية عن غيرها ، ولو كان الغير خفيفاً فى الغاية ، ، وذلك لأجل كون التورية قصدياً دون غيرها .

وبالجملة الذى يختلج بالبال عاجلاً هو عدم الفرق بين ترك التفصى بالتورية وبين تركه بغيرها فان لم يكن الاول كاشفاً عن عدم الاكراه فلا يكون الثانى ايضاً كاشفاً وان كان الثانى كاشفاً فليكن الاول ايضاً كذلك بطريق اولى تركه

قوله قد علم ان ما ذكرنا من المعجز عن التفصى (الخ) يريد ان يذكر ان - النسبة بين الاكراه المسوغ لارتكاب المحرمات وبين الاكراه الراجع لانسر المعاملات هى العموم المطلق بأخصية الاول عن الثانى . ثم ذكر اخيراً امكان اخذهما على وجه تكون بينهما عموم من وجه ، ، اما بيان كونها عمومياً مطلقاً فيتوقف على تمهيد مقدمة هى انه لا اشكال فى اعتبار القدرة عقلاً فى متعلق

الاحكام مطلقة ايجابياً كانت الاحكام أم تحريماً كما انه كثيراً ما يكون الحكم الشرعي مشروطاً بالقدرة على متعلقه شرطاً شرعياً ، لكن بين القدرتين فرقاً اعني بين ما يشترطه العقل وبين ما يشترطه الشرع فالشرط عند العقل هو التمكن من ايجاد متعلق الحكم في الامر وتركه في النهي مطلقاً بأي وجه كان ، ولو بايجاد القدرة على ايجاد المتعلق أو تركه . ومع العجز عن الامثال بقول مطلق بواسطة عدم القدرة على المتعلق فعلاً وعدم التمكن من تحصيل القدرة عليها بحكم بسقوط التكليف من ناحية حكمه بقبح مطالبة العاجز بما لا يقدر عليه ، واما في الشرط الشرعي ، فالشرط هو نفس القدرة الفعلية ، فلو لم يكن متمكناً من الامثال فعلاً ، ولكنه كان متمكناً من تحصيل القدرة على القدرة لما وجب تحصيلها بل عند حصولها من باب الاتفاق يتحقق الحكم المشروط بها . ويرتب على الاول وجوب تحصيل المال بالكسب ونحوه عند التمكن من تحصيله لأجل اداء الدين لو كان واجباً ولم يكن عنده مال موجود بالفعل وعلى الثاني عدم وجوب تحصيل الاستطاعة لأجل الحج اذا لم تكن موجودة عند التمكن من تحصيلها ، والسرف في هذه التفرقة واضح اذا الشرط العقلي من القدرة انما صار شرطاً بحكم العقل لأجل قبح مطالبة العاجز ، والمفروض ان المتمكن من تحصيل القدرة على الشيء ليس عاجزاً عنه بواسطة امكان تحصيل القدرة عليه فليس في التزامه على الشيء عند العقل جهة قبح وهذا بخلاف القدرة الشرعية لذهي لمكان دخلها في مالك الحكم اذا لم يكن ، ، لم يكن الحكم ذاملاً مع فقد ماله كما لا موجب لتحصيل القدرة عليه لكي يصير ذاملاً ، وبعبارة اخرى : وجوب تحصيل القدرة عليه يتوقف على تمامية ماله . والمفروض انه بالقدرة عليه يصير ذاملاً كما لا يخفى .

اذا عرفت هذا فنقول المسوغ في ارتكاب المحرمات هو العجز بقول مطلق بحيث لا يكون قادراً على الترك ، ولا على تحصيل القدرة عليه ، فلو لم يكن قادراً فعلاً . ولكنه كان متمكناً من تحصيل القدرة على الترك . بأن يخرج عن هذا المكان الذي اكره فيه على ارتكاب المحرم الى ما فيه انصار له في دفع الاكراه عنه . لم يعجز الارتكاب من جهة تمكنه على الترك بواسطة التمكن من تحصيل القدرة عليه والرافع لاثار المعاملات هو العجز الفعلي عن ترك المعاملة المكره عليها ، ولو مع التمكن من رفع العجز عن نفسه . والفارق بينهما ، اما اعتبار العجز المطلق في جواز ارتكاب المحرم فهما تقدم من كون القدرة المعتمدة في ترك امتثاله عقلي ، وقد عرفت ان المعتمد منها هو القدرة في الجملة . ولو بالقدرة على القدرة ، واما اعتبار العجز الفعلي في رفع اثار المعاملات ولو مع التمكن في رفعه عن نفسه . فلأن المباط في رفع اثر العقد كما عرفت سابقاً انما هو كون صدوره للأجل ترتب مضمونه الاسم المصدري عليه فكلمات تحقق هذا المعنى . يصير منشاء لرفع اثره من غير فرق بين ما اذا كانت متمكناً من تحصيل القدرة على رفعه عن نفسه أم لا ، ولا منافات بين هذا وبين اعتبار عدم التمكن من التخصي في رفع اثر العقد بالاكراه ، ، وذلك لان اعتبار عدم التمكن من التخصي في مورد اعتباره كان فيما اذا كان مع التمكن من التخصي لم يصدق الاكراه ، بمعنى انه صدر عنه العقد بداعي وقوع مضمونه وفي هذا المقام يكون القول بكفاية العجز الفعلي من جهة صيرورته منشاء لتحقيق ما هو المناط في البطلان ، اعني عدم داعوية وقوع مضمون العقد في ايقاع العقد .

والحاصل ان الملاك في رفع اثر العقد بالاكراه انما هو انتفاء قصد مضمونه بالمعنى الاسم المصدري ، فكلمات تحقق هذا الملاك يرتفع اثره ، لكنه مع العجز الفعلي يتحقق كما هو الوجدان فيكون اثره مرتفعاً ولو كان

قادر أعلى رفع العجز عن نفسه ، لكن مادام لم يرفعه عن نفسه كان ملاك الارتفاع متحققاً ، ، فظهر ان القدرة المعتمدة في فعلية التكليف بالمحرمات قدرة عقلية مشروطة بحكم العقل ، و هي الاعم من التمكن على ترك المحرمات ، او التمكن من تحصيل التمكن على تركها في مقابل العجز بقول مطلق الذي هو المسوغ للارتكاب ، ، والقدرة المعتمدة في ترتيب اثر المعاملات هي نظير القدرة التي شرط شرعي في التكليف وهي فعلية التمكن من الاتيان بمتعلق التكليف في مقابل العجز عنه . ولومع التمكن من رفع العجز هذا تمام الكلام في بيان كون النسبة هي العموم المطلق .

واما بيان العموم من وجه ، فبان يقال المسوغ لارتكاب المحرم هو دفع الضرر اعم من ان يكون الضرر من جهة اكراه مكره أو غيره . والرافع لانصر المعاملة هو عدم قصد المعنى الاسم المصدري اعم من ان يكون ايضاً اكراه أو غيره . فيتصادقن فيما اذا كانا كلاهما للاكراه ، ويفترق الحكم التكليفي عن المعاملات بما اذا كان المسوغ غير الاكراه . وتفرق المعاملات عن التكليف بما اذا كان الرافع لاثرها هو عدم قصد مضمونها بمعنى الاسم المصدري من جهة العجز الفعلي ولومع القدرة على دفعه .

الامر الرابع الاكراه الرافع لاثر العقدانما يكون دافعا له فيما اذا اعتبر في ترتيب اثره عليه قصد ترتيبه اعني المعنى الاسم المصدري اما اذا لم يكن هذا القصد معتبرا في ترتيبه فلا يكون الاكراه دافعا لاثره ، ، ويرتب على ذلك صحة ما اكرم عليه بحق كالراهن الذي اكرم على بيع العين المرهونة ، وكذا كل ممتنع عن اداء ما عليه عند اكراهه على بيع ما عنده ، ويسقط اعتبار طيب نفسه على البيع وهل يسقط اعتبار مباشرته للعقد ايضاً كما يكون اعتبار رضاه ساقطاً ، أو يعتبر مباشرته بنفسه مع امكانه . ومع التعذر مباشرة الآخر (وجهان) اقواهما

الاخير ، وذلك لعدم ما يقتضى سقوطه بعد انحلال خطاب وجوب الوفاء بأحكام متعددة حسب تعدد العقود بحسب تعدد العاقدين ، فكل عاقد يتعلق به وجوب الوفاء بعقده المفاير مع وجوب الوفاء الثابت في عقد صادر عن شخص آخر . فيكون الممتنع هو المخاطب بوجوب الوفاء ولازمه صدور العقد عنه نفسه نعم اذا امتنع عن المباشرة بنفسه يسقط اعتبار مباشرته .

الامر الخامس قد تقدم ان الاكراه على الكلبي المتأصل المستلزم لبقاء الاختيار بالنسبة الى الخصوصيات على نحو التخيير العقلي أو على الكلبي الانتزاعي المستلزم لبقاء الاختيار بالنسبة الى الخصوصيات على نحو التخيير الشرعي ، مستلزم لرفع اثر العقد بالنسبة الى ما يختاره لأن اختيارية الفرد لا يخرج المعاملات عن كونها مكرها عليها بعد كون المناط في رفع الاثر بالاكراه هو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدري حسبما تقدم ، ، لكن رفع الاثر به انما هو فيما اذا لم يكن للفرد الذي يختاره خصوصية فردية فائقة عن اصل الطبيعة المكره عليها : والافلايحكم بالبطلان كما اذا اكراه على احديهم الذين يكون احدهما المعين ملزما به من غير ناحية هذا الاكراه كما اذا كان ملزما على بيع داره من جهة الرهن فاكراه على بيعه أو بيع عبده . فاختر بيع عبده اذا اختار هذا انما يكون لاجل قصد تحقق معناه الاسم المصدري (ح) ، فلا يحكم بالبطلان ، و مثل ذلك في التكليف . ما اذا اكراه على شرب احدا معين من الخمر أو الخل اذا هو لا يسوغ اختيار الخمر على الخل . أو اكراه على شرب احدا معين احدهما خمر ومغصوب والآخر خمر أو مغصوب فقط ، اذ هو لا يسوغ اختيار ما كان منها خمرًا وغصبا معاً ، وهذا بخلاف ما لو اكراه على احدا الخمرين أو احدا المغصوبين فانه يسوغ اختيار كل واحد منهما شاء كما لا يخفى .

والحاصل ان الاكراه على القدر المشترك انما يؤثر في جواز ارتكاب احد

افراد في التكليف . أو في رفع اثرها يوجد من الافراد في المعاملات له وكانت افراد متساوية الاقدام في صدقه عليها بحيث لم يكن لبعضها خصوصية زائدة . ولو كانت كذلك بحيث كان الاكراه على الجامع باعتبار وجوده في بعض الافراد مؤثراً . وباعتبار وجوده في بعض الآخر غير مؤثر بحيث كانت الاثر في الفرد المؤثر ناشياً عن الخصوصية الفردية لم يكن الاكراه على الجامع منشأ لجوار ارتكاب مال الاكراه اثر في جوازه من الفرد في التكليف أو لرفع ما للاكراه اثر في رفعه من الفرد لو اختار المكروه ذاك المؤثر كما لو اكره على الجامع بين اداء دينه أو بيع ماله اذ لا تأثير للاكراه بالنسبة الى اداء الدين وله تأثير في بيع ماله برفع اثره فاذا اختار المكروه في هذه الصورة بيع ماله على اداء الدين لم يوجب الاكراه على الجامع رفع اثره واختاره لمكان ان الاثر مترتب على هذه الخصوصية والمفروض انه لا اكراه بالنسبة اليها ، هذا كله لو كان الاكراه على الكلى المتأصل والانتزاعي الجامع بين الافراد العرضية ، وقد ظهر التحقيق فيه من عدم الفرق فيه بين التكليف والمعاملات وانه مع تساوى اقدام الافراد وانتفاء خصوصية فيها عدم تخصص بعضها بخصوصية موجبة لرفع اثر الاكراه بالنسبة اليه ، يكون الاكراه مؤثراً في جواز ارتكاب أى فرد يختاره المكروه في التكليف وفي رفع اثر كل فرد يختاره في المعاملات ومع عدم التساوى بل اختصاص بعض الافراد بخصوصية موجبة لرفع اثر الاكراه بالنسبة اليه لا يكون الاكراه مؤثراً بالنسبة الى جواز ارتكاب الفرد الآخر الذي لو وقع الاكراه بخصوصيته لكان مؤثراً في التكليف أو رفع اثره يختاره المكروه في رفع اثره واما لو كان الافراد طولياً، فهل هي كالافراد العرضية في عدم الفرق فيها بين التكليف وبين المعاملات أو يفصل فيها بينهما (وجهان) اقواهما الثاني اما في التكليف فبان يقال ان الاقوى عدم تحقق الاكراه بالنسبة الى الفرد الموسع

ما لم يتضيق وقته كما اذا اكره على شرب الخمر مثلاً من اول الظهر الى الغروب فانه لا اشكال في عدم جواز الارتكاب في اول الوقت مع احتمال زوال الاكراه في آخره ، ، واما مع القطع ببقائه بحيث يكون مضطراً الى الشرب اما في هذا الوقت أو في آخره ، فربما يتوهم جواز المبادرة اليه لكون ما يأتي به احداً فراد الجامع المكروه عليه ، ، لكن التحقيق عدم جواز المبادرة لأن المناظ في جواز ارتكاب الحرام بالاكراه هو عدم المناس في تركه ومعلوم انه في اول الوقت متمكن من الترك في غاية التمكن ، ، وسيرورته لامناس في آخر الوقت لا يوجب تجويز الارتكاب مادام له مناص في الترك فيكون نظير عدم جواز المبادرة الى التيمم في اولي الاعذار ولومع العلم ببقاء العذر الى آخر الوقت لو قيل به (اقول) و نظيره ايضاً دوران الامر بين ترك جزء أو شرط من الواجب المتقدم أو المتأخر كما اذا دار الامر بين ترك القيام اما من صلوة الظهر أو صلوة العصر ، ، حيث قد تحقق في باب الترتب عدم جواز المبادرة في تركه فيما اذا لم يكن المتأخر اهم هذا في التكاليف .

واما في المعاملات فالتحقيق فيها هو مؤثرية الاكراه في دفع اثر المعاملة فيما اذا كانت الاكراه على الجامع بين الافراد الطولية لو اختار المكروه اول الافراد منه وذلك لتحقيق ما هو المناط في دفع الاثر بالاكراه : وهو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدري ، ، ضرورة انه حين ايقاع الفـرد الاول مما اكره عليه ليس داعيه في ايقاعه الا الفرار عن وعيد المكروه لا وقوع مضمونه فظهر التفاوت في الافراد الطولية بين التكاليف وبين المعاملة بعدم تأثير الاكراه في ترخيص المبادرة الى فعل المكر عليه في التكاليف ، وتأثيره في رفع اثر ما يبادر الى فعله في المعاملات .

قوله قدّه ثم ان اكره احد شخصين على فعل واحد (الخ) هذا هو الامر السادس فما يجب التنبيه عليه في عقد المكروه ، ، والكلام في اكره احد شخصين

للبدل تارة يقع في المعاملات وأخرى في العبادات وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون المكروه عليه فعلاً واحداً شخصياً كشراب هذا الخمر في التكليف وكإيقاع البيع على مال شخصي خارجي اذا وقع الإكراه على أحد شخصين في إيقاعه ولا بد من ان يفرض اجتماع شرائط صحة البيع فيما يوقعانه ماعدا الرضا وعلى ذلك فينحصر تصوير إكراه أحد شخصين على بيع مال شخصي ممن لهما السلطنة على البيع من مثل الأب والجد والولين على مال الصغير أو الوصيين اذا كان كل واحد منهما مستقلاً في التصرف وكيف كان فالكلام يقع في صور :

الاولى في إكراه أحد شخصين على بيع مال شخصي كإكراه الأب والجد على إيقاعه على نهج التصوير في الوجوب الكفائي والتحقيق فيها هو ما افاده المصنف قدم من تحقق الإكراه في فعل كل واحد منهما مطلقاً سواء كان أحدهما أو كل واحد منهما عالمياً بأنه لو لم يصدر منه المكروه عليه ليصدر عن الآخر أو أنه لا يصدر من الآخر أو كان شاكاً في صدوره من الآخر لان علم كل واحد بصدور الفعل عن الآخر لا يخرج الفعل عن الإكراه بعد فرض كون الفعل واحداً بالشخص ضرورة انه (ح) يقع على صفة الإكراه سواء صدر عنه أو عن الآخر فعلم أحدهما بصدوره عن الآخر علم بصدوره عنه على وصف الإكراه. فعدم امتناع كل لا يخرج الآخر عن كونه مكرهاً كما لا يخفى.

الثانية في إكراه أحد شخصين على أحد فعلين لأعلى فعل معين كما اذا إكراه زيداً أو صراً على ان يبيع زيد داره أو عمر و غلامه، وهذه الصورة غير مذكورة في المتن لان المفروض فيه كون الإكراه على فعل واحد وهو منحصر بالصورة الاولى، وحكم هذه الصورة يختلف بحسب اختلاف كل واحد منهما من حيث كونه عالمياً بأنه لو لم يقع البيع لأوقعه الآخر أو أنه يمتنع الآخر عن إيقاعه أو كونه شاكاً وعلى فرض العلم كان العالم منها

واحداً منها فقط أو كان كل عالماً باقدام أو بامتناعه فهنا فرض (الاول) ما
اذا كان احدهما عالماً فقط بأنه لو لم يقدم ليقدم الآخر ويرفع وعيد المكره
باقدامه عن نفسه المقدم وعن هذا العالم باقدامه وحكم هذا الفرض عدم تحقق
الاكراه بالنسبة الى هذا العالم باقدام الآخر لأنه مأمون في ترك ما اكراه عليه
بفعل الآخر الذي رافع لضرر المكره عن نفسه وعن هذا العالم فلو اقدم والحال
هذه لم يكن فعله اكراهياً كما لا يخفى .

الثاني ان يكون عالماً بعدم اقدمه والظاهر عدم الاشكال في تحقق
الاكراه في هذه الصورة لأن فعله في تلك الحالة ليس لأجل الفرار عن وعيد
المكره اذ هو يعلم بأنه لا مناص له عنه الا بفعله من جهة عامه بامتناع الآخر و
هذا ظاهر (الثالث) ان يكون شاكفاً في اقدمه وحكمه هو حكم الفرض
الثاني وذلك لتحقيق الاكراه في فعله من جهة كون فعله (ح) لأجل الفرار عما
يتوعد عليه .

الرابع ان يكون كل واحد منهما عالماً باقدام الآخر فلا يخلو (ح) اما ان
يقدم معاً دفعة واحدة بأن يوجد كل واحد ما اكراه عليه في ظرف ايجاد الآخر أو
يكون بينهما ترتيب بالتقديم والتأخير ، ، فيمكن ان يقال بعدم الاكراه على كلا
التقديدين لوجود المناس لكل واحد منهما بعلمه بفعل الآخر الذي به يدفع ضرر
المكره عن نفسه وعن قرينه في الاكراه ، ، ويمكن ان يفصل بين ما اذا اوجدا
دفعه . و ما اذا اوجدا بالترتيب ، بالقول بالاكراه في الاول دون الاخير ،
اما الاول فلمناط تحقيق الاكراه في فعل كل واحد منها ، حيث انه يصدق عليه بانه
فعل لأجل الفرار عن التوعد ، ، واما في الثاني فلمعدم تحقيقه لافي الفعل المتقدم
ولافي الفعل المتأخر . واما في المتأخر (فواضح) لمكان ارتفاع ضرر المكره
بالفعل الاول . فلا اكراه (ح) في الفعل الاخير . واما في الاول فلمعلمه بوجود

المناس وهو الفعل المتأخر الراجع لضرر المكره عن نفسه وعن قريبه (هذا) ولكن شيخنا الاستاذ دامت افادته اختار اخيراً صدق الاكراه في جميع الصور سواء كان الفعلان متقارنين أو كانت بينهما الترتيب لكن بالنسبة الى المتقدم وسواء كانت مع العلم من احدهما أو من كليهما بالاقدام أو بعدمه أو مع الشك ، كل ذلك لاجل صدق الاكراه فيما يصدر منه لما عرفت مراراً من كون مناطه هو عدم صدور الفعل عن الفاعل لاجل ترتب معناه الاسم المصدري عليه . بل لمكان الفرار عن ضرر المكره ، ، ولا يخفى انه مع العلم باقدام الآخر لو فعل احدهما يصدق على فعله انه فعل لاجل الفرار عن الضرر المتوقع عليه : فيتحقق الاكراه هذا حسبما استفدناه منه ولا يخلو عن منع ، ولم يبين دامت افادته حال اكراه احد الشخصين في التكليف .

ولا يخفى انه يعلم حكمه مما تقدم ، ، وحاصله عدم صدق الاكراه مع العلم بصدور الفعل عن الآخر مطلقاً سواء كان المكره عليه فعلاً شخصياً كاكراه احد شخصين على شرب هذا الخمر لو كان كل واحد منهما اكره على غير ما اكره عليه الآخر كما اذا اكرها على شرب الخمر أو النجس بان اكره زبداً أو عمراً على ان يشرب زبداً الخمر أو يأكل عمر والمائع المتنجس ، ، أو اكره هذا على شرب هذا الخمر . والآخر على شرب كأس آخر . بأن يقول اما ان تشرب انت هذا الخمر أو يشرب هو ذلك والآل لعاقبتكما وذلك لانه مع علم احدهما بفعل الآخر يكون قادراً على ترك ما اكره عليه عقلاً : ومع القدرة العقلية على الترك يلزم الترك بولا اثر معه للاكراه كما تقدم به مع العلم بترك الآخر يجوز له الاقدام فيؤثر الاكراه في جوازه ومع الشك في اقدام الآخر يجب الصبر الى ان يقدم الآخر أو يأس عن اقدامه اذا كان في زمان الصبر ما موانع ترتب الضرر والآفي يجوز الاقدام . قوله قدمه : واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك (الخ) هذا هو الامر السابع

مما يجب التنبيه عليه في المقام وتوضيحه ان الاكراه تارة يقع على المالك في ايجاد عقد أو ايقاع بالمباشرة واخرى على المالك في توكيل غيره على ايقاع عقد أو ايقاع وثالثة في توكيل الوكيل عن موكله أى يكرهه لان بصيره كيلا عن الغير ، ، سواء كان المكروه هو الموكل نفسه كان يكرهه في قبول الوكالة عن نفسه أو كان غيره كان يكرهه في أن يصيره كيلا عن الغير

اما الاول اعني اكراهه في عقد أو ايقاع بالمباشرة فهو ما تقدم حكمه وأما الثاني اعني اكراهه في ان يوكل الغير في ايقاع عقد أو ايقاع . فلا اشكال في ان الاكراه على الوكالة يرفع اثر الوكالة فتقع الوكالة باطله بمعنى عدم ترتب اثرها عليها قبل الاجازة وان ما فعله الوكيل من العقد أو الايقاع يكون فضولياً ، انما الكلام فيما بعد الاجازة فان المكروه اما يجوز عقد الوكالة نفسه أو يجوز ما فعله الوكيل من العقد أو الايقاع فالكلام يقع فيه من جهتين .

الاولى في انه هل يتعين للمالك لو اراد الاجازة ان يجوز عقد الوكالة أو يتعين اجازة ماصدر عن الوكيل فضولاً أو لا يتعين شيئاً منها ، بل له ان يجوز كل منهما اراد (الثانية) في انه هل يتفاوت اجازة عقد الوكالة مع اجازة ماصدر عن الوكيل او لا تفاوت بينهما اصلاً وتكون اجازة عقد الوكالة في النتيجة كاجازة ماصدر عن الوكيل من غير تفاوت بينهما .

اما الجهة الاولى فالظاهر فيها اختيار المجيز في ان يجوز الوكالة او ماصدر عن الوكيل اما اختيار اجازة عقد الوكالة فلأنه عقد صادر عن المكروه يصح ان يتعقب باجارته كما سيأتي تفصيل القول فيه واما اختيار ماصدر عن الوكيل فلأنه فضولي فيصح تعقبه بالاجازة لو كان عقداً ولا يكون قابلاً للاجازة لو كان ايقاعاً .

واما الجهة الثانية فربما يقال بالفرق بين اجازة ماصدر عن الوكيل وبين اجازة عقد الوكالة نفسه بأن الاجازة لو تعلقت بالفعل الصادر عن الوكيل يفرق بين ما كان عقداً أو ايقاعاً بصحة الاول بالاجازة دون الاخير ولو تعلقت بعقد الوكالة فان قلنا بالنقل وتحقق الوكالة من حين الاجازة فكذلك ايضاً ، ، حيث ان الصادر من الوكيل قبل الاجازة (ح) يصير فضولياً فيبطل لو كان ايقاعاً ويصح بتعقبه بالاجازة لو كان عقداً وان قلنا في الاجازة بالكشف . فيصح ماصدر من الوكيل مطلقاً ولو كان ايقاعاً ، ، اذا الاجازة (ح) كاشفة عن تحقق الوكالة من حين وقوعها ، فيكون الايقاع الصادر عن الوكيل صادراً عن الوكالة ولا يكون فضولياً ، هذا : ولكنه توهم فاسد . وذلك لأن التردد بين الكشف والنقل انما يصح في ماعدى العقود الاذنية ، ، حيث انه يصح ان يقال فيه بكاشفية الرضا الحاصل من حين الاجازة عن تحقق مضمون العقد من حين وقوعه على ما يأتي تصويره ، ، واما العقود الاذنية التي ليس المنشأ فيها الأنفس الاذن والرضا ، فلا يعقل فيها غير النقل ، ، اذ لا ينقل ان يقال فيها بكاشفية الاذن الحاصل حين الاجازة عن تحقق الاذن من حين العقد ، ، لان المفروض عدم حصول الاذن الى حين الاجازة ، فلا اذن قبله في مرحلة الثبوت حتى تكون الاجازة كاشفة عنه ، ، وعلى ذلك فلا فرق في تعلق الاجازة بعقد الوكالة نفسه أو بما صدر عن الوكيل في انه يبطل لو كان ايقاعاً ويصح بالاجازة لو كان عقداً ، ، هذا تمام الكلام في الثاني .

واما الثالث اعني اكره الوكيل على قبول الوكالة مع رضا المالك على ما يصدر من الوكيل سواء كان هو المكره أو اكرهه غيره على قبول الوكالة . فالتحقيق فيه عدم ترتب اثر على هذا الاكره اصلاً ، وذلك : لان اثر الاكره انما هو رفع اثر المعاملة فيما اذا كان في رفعه منة كما استفيد من

دلالة حديث الرفع ونحوه وليس في اكراه قبول الوكالة اثر على الوكيل حتى يرفع بالاكراده انما اثره على الموكل ، والمفروض رضاه بما يصدر عن الوكيل فلا يكون اقل من الفضولي ، أو عقد المكره المتعقب بالاجازة هذا ، ، و ربما يقال بعدم الصحة كما احتمله في المسالك وليس له وجه معتد به اللهم الا ان يحمل على ما اذا كان في الوكالة ثمرة مترتبة على الوكيل كضمانه المهر فيما لو كانت المعقودة جاهلة بكونه و كلاً ، أو ضمانه العيب في البيع او كان المشتري جاهلاً بكونه و كلاً ، ، لكنه فرض نادر يبعد حمل الكلام عليه ، ، وانما كان في هذا الفرض يصح القول برفع اثر الوكالة وهو ضمان المهر أو العيب مثلاً بسبب الاكراه .

والحاصل ان الاكراه على قبول الوكالة ، لا يؤثر في رفع اثره . بل تقع الوكالة ولو مع عدم رضی الوكيل من غير فرق في ذلك في عقد الوكالة أو في الاذن في التصرف أو بعبارة اخرى بين الوكالة العقدية والاذنية الا اذا كان في الوكالة اثر يترتب على الوكيل : فانه يصير مرفوعاً بسبب الاكراه هذا ، وربما يورد على ما ذكرناه بأن الاكراه في الوكالة يرفع اثرها ولو لم تكن لها اثر على الوكيل اذ لا يحتاج في رفع الاثر بالاكراه الى ان يكون الاثر ضرر من يراد رفعه عنه بالاكراه بل يكفي في رفعه كونه مخالفاً بغرضه وان لم يكن ضرراً عليه كيف و الا يلزم الالتزام بصحة الهبة الغير المعوضة اذا اكره المتهب على قبولها اذ ليس في قبولها ضرر عليه قال شيخنا الاستاذ دامت افادته لا ينبغي الاشكال في ان ادلة الاكراه مسوقة في مقام الامتنان اللازم لكون المرفوع بهامافي رفعه امتنان وهو منحصر بما كان في وضعه ضرر على من هو عليه ، وعلى ذلك فيختص بما فيه ضرر على المكره ، ، واما النقص بالاكراه على قبول الهبة ففيه ان نفس قبول الهبة والقهر عليه والجبر على ادخال المال في ملكه بلا اختيار منه

فى ذلك ضرر عليه يدفع بادلة الاكراه (اقول) فليكن نفس جبره على قبول الوكالة والزامه على التوكيل بلا اختيار منه ضرر أعليه يدفع بادلته فالفرق بين الاكراه على قبول الهبة وبين الاكراه على قبول الوكالة مشكل مع ان صيرورة الانسان وكيل عن الغير بالارضى منه بل قهر أعليه فى الوكالة العقدية شئى غير معهود (فتأمل) قال دامت بر كاته .

وحاصل الكلام انه تارة يقع الاكراه على نفس قبول الوكالة ثم بعد قبول الوكالة عن كره يصدر عنه الفعل الذى وكل فيه بالاختيار اعنى يتوكل فى ايقاع المعاملة عن كره ثم يصدر منه المعاملة بعد التوكيل عن كره بالاختيار وهذا هو ما تقدم من انه لاحكم للاكراه على نفس التوكيل لانه ايسر فيه ضرر على الوكيل حتى يرفع بادلة الاكراه ، ، واخرى يقع الاكراه على ايقاع المعاملة بعد تحقق التوكيل منه بالاختيار كما اذا اكراه الوكيل المفروض أو غيره فى ايقاع ما يكون وكيل فى ايقاعه ، ، وحكم الاكراه فى هذه الصورة كحكم اكراه الاصيل من غير تفاوت ، ولذا مثلنا فى اكراه احد الشخصين فى بيع مال شخصى على نحو الوجوب الكفائى مثل الوكيلين فى بيع مال شخصى أو وصيين أو ولتين أو وكيل واصل ، ، حيث ان اكراه الوكيل فى بيع ما وكل فيه كاكراه الاصيل نفسه .

قوله قد فروع (النج) لا يخفى ان المناسب فى التعبير بعد ذكر الفروع هو عد الفروع على نحو يمتاز كل عن الآخر لا بما ذكر فى المتن من الاختلاط والاندماج ، ، فنقول ها هنا فروع .

الاول لو اكراهه على بيع واحد غير معين كبيع احد دارين أو احد عبيدين ونحوهما ولم يرتكب المكروه نفس ما اكراهه عليه فقط بل اما زاد عليه كما اذا باعهما معا أو نقص عنه بأن باع نصف احدهما ، فهل يكون مثل ما اذا صدر

منه الفعل المكروه عليه أولاً (وجهاً) وتحقيق الكلام يحتاج الى إعادة البحث في معنى الاكراه وبيان حقيقته ، ، فنقول ان الاكراه عبارة عن كون ارادة الفاعل في فعله ناشياً عن ارادة المكروه بالكسر وكان المعرك له في فعله هو ارادة المكروه بحيث لو لا ارادته لما كان الفاعل مريداً ، فكان الفاعل يفعل بارادة المكروه لكون ارادته عكس ارادة وظلها ، وبعبارة اوضح ارادته فاعل المعاملة تارة تنشأ من قبل داع غير مستند الى المكروه و ارادته واخرى تكون ناشئة عن ارادة المكروه فيريد الفاعل لمكان ارادة المكروه ، ، ثم هذا الثاني تارة تكون نفس ارادة المكروه بنفسها بلا مؤنة اخرى داعية للفاعل في فعله واخرى تكون بمؤنة التوعيد على ترك اختيار ما يريده بحيث لو لا ذلك التوعيد لما يفعل الفاعل بواسطة نفس ارادة المكروه ولا شبهة ان الاكراه انما هو الاخير فصدور الفعل عن الفاعل اذالم يكن بداعي ارادة المكروه أو كان ، ولكن كان الداعي نفس الارادة لا اقترانها بالتوعيد على الترك . لم يكن اكراهياً .

اذ اعرفت ذلك فاعلم ان هنالك ثلاث مسائل (الاولى) فيما اذا اكراه على بيع احد الشيئين كعبددين مثلاً لا يبيعه فاختر المكروه بيعهما معاً (الثانية) ان يكره على بيع شيئين معين كهذا العبد مثلاً : فباعه المكروه مع شيئين آخر صفقة واحدة (الثالثة) ان يكره على بيع الغير المعين كبيع . احد عبددين فاختر بيع نصف احدهما ، ، وحيث يتوهم الفرق في هذا المسائل الثلاث في حكم الاكراه يكون الانسب أن يعنون كل واحدة على حدة ، فنقول :

اما المسئلة الاولى ، ، فالحق فيها صحة بيع ما يختار بيعه وهو مجموع الشيئين اللذين تحقق الاكراه بالنسبة الى احدهما وذلك لأن بيع المجموع لم يكن متعلق الاكراه وليس متعلق ارادة المكروه بالكسر فلا يكون الداعي في ارادة المكروه لبيع المجموع هو ارادة المكروه مقترناً بوعيده ، فلا يصدق على

فعله هذا عنوان الاكراه كما لا يخفى .

فان قلت مجموع الامر بن وان لم يكن مكرها عليه الا ان المكره عليه وهو احدهما موجود فى ضمن المجموع ويكون ارادته بداعى ارادة المكره فيحقق الاكراه بالنسبة اليه وان انتفى عن المجموع من حيث هو مجموع لكن انتفائه عن المجموع لا ينافى ثبوته لبعض آحاده . ويكون كبيع ما يملك مع ما لا يملك كمال نفسه مع مال غيره أو كبيع ما يملك مع ما لا يملك كبيع الخل والخمر ، حيث حكموا بصحة البيع فيما يملك وما لا يملك ، مع ان ارادة البيع لم تتعلق الا الى المجموع وليس وجه الصحة الارادة بيع ما يصح بيعه فى ضمن ارادة بيع المجموع فينحل البيع الى بيع هذا وذاك فيصح فى هذا و يبطل فى ذاك .

قلت تتعلق الارادة بما اكراه عليه فى ضمن ارادة المجموع لايجعل صدور المكره عليه اكراهياً وقياسه بباب بيع ما يملك وما لا يملك (فاسد) ، وذلك لان الارادة المتعلقة بالمجموع هى التى تصير منشاء لصدور كل واحد من اجزائه فتكون الاجزاء صادرة عن ارادة الكل ، وهذا معنى كون ارادة الاجزاء فى ضمن ارادة الكل ، ولا شبهة ان ارادة الكل ليست منبعثة عن ارادة المكره ، ضرورته انه ما اراد الا احدهما ولم يرد الكل ولم يتوعد عليه ، واذ تلك الارادة فى المكره حادثة ولا بد لها من باعث وليس باعثها ارادة المكره فلا محالة يكون لها باعث آخر وارادة المكره عليه لما كانت فى ضمن ارادة الكل تكون منبعثة عن نفس باعث ارادة المجموع ، وليس هاهنا ارادتين مستقلتين احدهما متعلقة بما اكراه عليه (والاخرى) الى ما يقارنه فى البيع . حتى يقال يكون كل واحدة منهما من باعث غير باعث الاخرى ، بل المجموع متعلق ارادة واحدة وتلك الارادة منعقة بالمجموع منحلة الى ارادة هذا وذاك ، والمفروض انها ما انبعثت عن

ارادة المكره وليس لما ينحل اليها باعث آخر وراء باعث المجموع فلا تكون تلك القطعة من الارادة المتعلقة الى ما كره عليه ايضاً منبعثة عن ارادة المكره حتى يتحقق الاكراه بالنسبة اليه .

واما باب ما يملك وما لا يملك فما يصح بيعه فيه مراد بارادة ضمنية وهي المصححة لبيعه كما لا يخفى فالمتحصل مما ذكرناه هو صحة بيع ما كره عليه اذا زيد عليه في مقام البيع ولم يكثف على بيع نفس المكره عليه ، نعم يستثنى من ذلك ما اذا كان الزائد يعد كالجزء من المزيد عليه كما اذا كره على بيع احد فردى الباب فباعهما معاً وذلك من جهة امتناع التفكيك بين المصراعين في البيع ، فيكون بيع المصراعين مقدمة لبيع احدهما الذي وقع الاكراه عليه .

المسئلة الثانية اذا كره على بيع شئني معين كهذا العبد فباعه المكره مع شئني آخر كمن من الحنطة دفعة ولا اشكال في هذه المسئلة في امكان تفكيك ارادة كل منهما عن الآخر ، وليس كالمسئلة الاولى حيث لم يكن تفكيك الارادة فيها ممكناً اذ لا يعقل فيها ان يكون احدهما الغير المعين الذي هو المكره عليه مراداً بارادة و الزائد عليه مراداً بارادة اخرى و هذا بخلاف هذه الصورة اذ يمكن ان يكون هذا الشئني لمعين مراداً بارادة وذلك مراداً بارادة اخرى ، كما انه يمكن ان يكون بيعهما مراداً بارادة واحدة فعلى الاول فيكون بيع ما كره عليه فاسداً ، لكون ارادته غيرية ناشئة عن ارادة المكره مع وعيده وبيع ما انضم اليه صحيحاً لكون ارادته نفسية ناشئة عن باعث يخصها ، وعلى الثاني فيصير كالمسئلة الاولى في الحكم بصحة الجميع هذا بحسب الثبوت .

واما في مقام الاثبات فان كانت قرينة في البين دالة على تعيين كل واحد من النحويين فهو ، والافصح الشك في كون كل من المكره عليه وغيره مراداً بارادة مستقلة أو كون المجموع مراداً بارادة واحدة يكون الظاهر تبعية كل

واحد في الارادة بمعنى ان الظاهر تعلق ارادة واحدة بالمجموع لتكون المجموع مبيعاً صفقة واحدة ، واما القرينة على تعيين كل واحد من النحويين فكانضمام بيع مَرَّة من الحنطة على بيع العبد مثلاً اذا كان بيع العبد مكرهاً عليه واحرز حاجة المكره الى العبد وانه لولا الاكراه لما يبيعه ، ، والقرينة على تعيين النحو الآخر كما اذا اكراه على بيع مَرَّة من الحنطة مثلاً وانضم اليه بيع العبد ، ، حيث ان انضمامه مع عدم الحاجة اليه يكشف عن ارادة بيعهما معاً بارادة مستقلة كما لا يخفى .

المسئلة الثالثة فيما اذا نقص عن بيع المكره عليه شيئاً كما اذا اكراه على بيع عبد فباع نصفه ، ، ولا يخلو من ان الاكراه اما يكون على بيع العبد صفقة ، أو يكون على بيعه مطلقاً ولو بدفعات تدريجاً ، وعلى الثاني فاما ان يكون قصد البائع في بيع النصف مثلاً هو التخلص بهذا البيع عما اكراه عليه او يكون بيعه لاجل الاكراه عليه فهنا ثلث صور (الاولى) ما اذا كان الاكراه على بيع المكره عليه دفعة (الثانية) ما اذا كان الاكراه على بيعه ولو تدريجاً مع كون البائع قصد في بيع البعض التوصل الى رفع اكراه المكره باحتمال قناعتهم على بيع البعض وفي هاتين الصورتين لا يتحقق الاكراه اما في الاولى : فلأن ارادة المكره لبيع البعض ليست غيرية تابعة لارادة المكره لأنه اراد بيع الكل دفعة وبيع بعضه بيع لم يكن مراداً له فارادة بيع البعض في المكره لا بد من ان تكون ناشية عن باعث غير ارادة المكره وهذا ظاهر ، ، واما في الثانية فلأن ارادة المكره لبيع البعض وان كانت ناشية عن ارادة المكره لكنها ليست غيرية تبعية بل هي نفسية اصلية وانما ارادة المكره علة معدة لوجودها عن باعث آخر والفعل الاكراهي هو ما كانت ارادته عكس ارادة المكره وظلها لأنها نشأت عن منشئها وكانت نشوها عن منشئها متوقفة على علل معدة وكانت

ارادة انمكره من عللها المعدة .

وبالجملة فيبيع البعض لاجل احتمال رضاه المكره ورفع اليد عن اكراهه
يكون كالتفصى عن الاكراه ببيع المكره عليه على غير ما اراده المكره و
تكون ارادته هذه ناشئة عن غير ارادة المكره وان كانت لها دخل فى تحققها
لولا الاكراه لما تعلق ارادة المكره بالتفصى من اكراهه ويكون اكراهه من
قيل مقدمات الواجب المشروط .

الصورة الثالثة : ما اذا كانت الاكراه على البيع ، ولو تدريجاً ولم
يكن قصد المكره فى بيع البعض . هو التفصى عن اكراه المكره ببيع البعض
، ، والحكم فى هذه الصورة . هو الفساد لاجل تحقق الاكراه : فتحصل ان
مؤثره الاكراه فى رفع اثر القصد . عند نقصان ما وقع فى الخارج عن الذى تعلق
به الاكراه : متوقف على تحقق امرين (احدهما) كون الاكراه على البيع . ولو
تدريجاً (وثانيهما) عدم كون قصد البائع فى بيع البعض رفع الاكراه عن نفسه
بيع البعض .

قوله قد بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير
(الخ) هذا هو الفرع الثانى مما يجب تحريره فى المقام ، ، وتحقيق الكلام فيه
يحتاج الى بيان صور (الاولى) اذا اكره على الطلاق فطلق المكره عن ارادة
منبثقة عن ارادة المكره مع وعيده . بلا ارادة نفسية منه فى تحقق المعنى الاسم
المصدرى بل كانت ايقاع الطلاق منه بداعى اراد المكره محضاً ولا شبهة فى
بطلان الطلاق فى هذه الصورة لكونه مكرهاً غير ناو للمعنى الاسم المصدرى
وهذا ظاهر (الثانية) اذا اكره على الطلاق مع كون المكره فى نفسه قاصداً
لايقاعه بحيث لولا الاكراه لكان يوقعه لكن لمكان جهل المكره اكرهه
فطلق لاجل وقوع الطلاق بالمعنى الاسم المصدرى من غير دخل فى الاكراه

فى الطلاق عكس الصورة الاولى ، ولا ينبغي الاشكال فى صحته فى هذه الصورة لتامة ما هو المناط للصحة اعنى الرضا والطيب رارادة معنى الاسم المصدري وهذا ايضا ظاهر .

الصورة الثالثة ان يكره على الطلاق وكان للمكره باعث آخر لارادته وراء الاكراه فأراد الطلاق بالباعثين معاً اعنى ارادة المكره مع وعيد، وذلك الامر الآخر الذى كان باعثاً له وهذان الباعثان يمكن تحققهما على نحوين (الاول) ان يكون كل واحد فى حد نفسه منفرداً عن الاخر علة تامة مستقلة كافية فى تحقق ارادة المكره (الثانى) ان لا يكون شيئاً منهما فى حد نفسه ككـ بل بانضمام احدهما الى الآخر يحصل الباعث ، فهل الحكم فى هذين القسمين معاً هو بطلان الطلاق لكون ارادته ناشئة عن ارادة المكره ولو مع انضمام باعث آخر أو صحته لكون ارادته ناشئة عن سبب آخر ولو مع انضمام ارادة المكره ، أو يفصل بين القسمين فيقال فى القسم الاول اعنى ما كان كل واحد منهما منفرداً علة تامة مستقلة بالبطلان اما الجواز توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد فى نظائر المقام وان كان لا يعقل فى التكويدات واما الكفاية كون الاكراه علة تامة شأناً ولو لم يكن مستقلاً فى التأثير بالفعل لو قلنا بعدم جواز توارد العلتين المستقلتين حتى فى امثال المقام ويقال فى القسم الثانى بالصحة من جهة عدم استناد ارادة المكره مستقلاً الى ارادة المكره لافعالاً ولا شأناً (وجود) و احتمالات وتحقيق الحق فيها متوقف الى النظر فى الادلة الدالة على اعتبار الرضا أو مانعية الاكراه والفحص عن مقدار دلالتها ، فنقول اما آية التجارة اعنى قوله تعالى (الآن تكون تجارة عن تراض) فالظاهر منها اعتبار كون الرضا (اى صدور المعاملة عن ارادة معنى الاسم المصدري) هو العلة المستقلة التامة فى صدورهما وذلك لمكان كون المستثنى هو التجارة المقروبة بالرضا الظاهر فى انحصار

وجه صدورها بالرضا ، واما حديث الرفع اعني قوله (مَنْ شِئْتَ) رفع عن امتي ما استكرهوا عليه : فهو ايضاً يدل بظاهره على اعتبار كون الاكراه هو العلة المستقلة في ارادة المكره . في مؤثر بته لرفع اثر المعاملة فبالنظر الى دليل الاكراه لا بد ان يقال بعدم تأثير الاكراه المقرون مع الباعث الآخر في رفع اثر الطلاق . وبالنظر الى دليل اعتبار الرضا لا بد من ان يقال بعدم صحة ما كان من باعث الرضا المقترن مع الاكراه ، ، لكن نفس عدم دلالة دليل الاكراه على الفساد لا يوجب الصحة ما لم يدل عليها دليل ، ومع عدم دلالة آية التجارة على الصحة ينتفي الدليل على صحته وفساده فيرجع الى الاصل العملي فيحكم بفساده لكون المرجع هو اصاله الفساد . ولا فرق في ذلك بين القسمين المتقدمين ، ، وذلك لعدم الفرق بينهما اذا كان كل واحد من الباعثين علة تامة في حال الانفراد وبين ما اذا لم يكونا كذلك ادعى الاول تكون العلة هو المجموع معاً في حال الاجتماع واما حديث الفرق بين التكوينية وبين الاعتباريات بجواز توارد العلل المستقلة في الاخير دون الاول ، ، فهو حديث محض لا يرجع الى محصل . كما ان الظاهر من ادلة الاكراه ، هو اعتبار اسناد المعاملة الى الاكراه مستقلاً بالفعل لأنه مؤثر في رفع اثر المعاملة اذا كان علة مستقلة ولو شأناً ، ، والحاصل انه كما يكون الظاهر من دليل رفع الاكراه هو استقلال الاكراه في صدور المعاملة كك المستظهر منه هو استقلاله بالفعل لا كونه مستقلاً ولو شأناً ، ، هذا تمام الكلام في حكم هذه الصورة ، ، وصار المحصل منه فساد الطلاق لا لدلالة دليل الاكراه على فساد بل لأجل فقدان ما يدل على صحته وكون المرجع عند الشك في صحته (ح) هو اصاله الفساد .

الصورة الرابعة ان يكره على الطلاق وكان للمكره باعث آخر ايضاً لكن لامع اسناد الفعل الى الباعثين في درجة واحدة كما في الصورة الثانية

بل بحيث يكون احدا الباعثين قويا في الباعثية بحيث لو لا الآخر لكان كافيا فسي
البعث دون الآخر ، ، وهذا ايضا يتصور على نحوين (الاول) ان يكون الاكراه
في حد نفسه علة تاممة وكان الباعث الآخر تبعا و (الثاني) عكس الاول ويختلف
الحكم بينهما ، حيث انه في الاول يحكم بالفساد لكون الارادة متمشية
من الاكراه : وفي الثاني يحكم بالصحة ، ، ووجه واضح هذا كله اذا كان
الباعثان عرضيين وكل هذه الصور خارجة عن مورد كلام العلامة في التحرير ،

الصورة الخامسة ما اذا كان الباعثان طوليين كما اذا اكره على الطلاق
وصار الاكراه علة لتحقيق باعث آخر للمكره في ايجاد الطلاق فأراد الطلاق
بذلك الداعي المنبعث عن الاكراه ، وهذا هو مورد كلام العلامة (قدم) وهل
الحكم فيها هو الصحة كما قر به العلامة (قدم) أو الفساد (وجهان) من ان
ارادة المكره للطلاق حدثت عن باعث غير الاكراه ولو كان باعثه الاكراه ،
فيكون الطلاق واقعا عن الرضا ، ، وبعبارة اخرى تكون علة الاولى هو ارادة
ايقاعه بالمعنى الاسم المصدري ، ومن ان الاكراه دخيل في صدوره لأجل
كونه علة لتحقيق الباعث عليه ولو لم يكن هو بنفسه باعثا قريبا ، ، وبعبارة اخرى
تكون العلة منتهية الى الاكراه ، ولا يخفى ان الاول هو الاقرب لأن الفعل الصادر
انما يكون صادرا بأرادة معناه الاسم المصدري الموجب لخروجه عن الاكراه
ولو كان الباعث على ارادته الاكراه ، ولا يخفى ان ما ذكره المصنف من المثالين
لما اذا كان صدور الفعل عن المكره لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل
من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره اعني ما اذا طلق زوجته عند اكرام ولده اياه
مقترا ناعم الابعاد بالقتل لأجل خوف نفسه عن قتله بل لأجل الخوف على ولده
اذا قتله لئلا يقتل بقتله ، ، وما اذا طلق بعد الاكراه اذا كان المكره
مريدا التزويج زوجته: لأجل الشفقة على المكره لئلا يقع في الزنا ، ، يكون من

صغريات ما ذكرنا عنى انبعثت باعثة ارادة الطلاق عن الاكراه وهذان مثالان لطولية الداعيين كما لا يخفى لانهما موردان آخر ان يتصور فيهما صحة الطلاق زائداً عما ذكرناه من طولية الداعيين، هذا تمام الكلام في هذا الفرع والحمد لله.

قوله قدّم المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله (الخ) هذا هو الامر الثامن مما يجب ان ينبه عليه في عقد المكره، وحاصل الكلام في هذا التنبيه انه اذا تعقب العقد المكره بالرضا، فالبحث عن تأثير ذلك الرضا المتأخر، يقع عن جهات (الاولى) في ان القاعدة الاولى مع قطع النظر عن الادلة العامة، مثل ما دل على اعتبار الرضا في العقود كآية التجارة، وقطع النظر عما ورد في صحة بيع الفضولي اذا تعقب بالاجازة، هل هو بطلان العقد المكره و عدم تأثير الرضا المتأخر في صحته أو ان مقتضى القاعدة صحته بالرضا المتأخر.

الجهة الثانية في التكلم عما يقتضيه عموم ما اعتبر الرضا في العقد كعموم الآن تكون تجارة عن تراش (الجهة الثالثة) في التكلم عما تقتضيه الادلة الدالة على تأثير الاجازة المتأخرة عن بيع الفضولي في صحته وانها هل تقتضي صحة العقد المكره بالرضا المتأخر بالاولوية والفحوى ام لا.

اما الجهة الاولى: فربما يقال بعدم قابلية العقد المكره للصحة بسبب التعقب بالرضا اما لكون الصحة بالتعقب بالامر المتأخر مطلقاً على خلاف الاصل سواء كان في العقد المكره أو في الفضولي، بناءً على ان يكون الفضولي على خلاف القاعدة او لخصوصية في عقد المكره ولو قلنا بكون الفضولي على طبق القاعدة، اما الوجه الاول فيسأني الكلام فيه في الفضولي، واما الوجه الثاني فلأن الفضولي لو قلنا فيه بالصحة فلا يلزم من

القول بهافيه القول بهافي عقد المكروه لوجود الفارق بينهما ، وهوان الفقد الصادر من الفضول لا يكون مقترناً بما يوجب فساد بل هو فاقد لما يوجب صحته اعنى الاستناد الى المالك ، ، لأنه عقد تام جامع لجميع ما يعتبر في صحته من الاجزاء والشرائط الا انه ليس صادر عن المالك وبالاجازة يتحقق هذا الامر المنقود ايضاً فيؤثر اثره وهذا بخلاف العقد للمكروه ، ، حيث انه مقترن بما يوجب فساد ، وهو الاكراه ، ، والرضا المتأخر لا يوجب انقلابه عما وقع عليه من الاتصاف بصفة الاكراه لان انقلاب الشيء عما وقع عليه محال ولا يعقل ان يؤثر الامر المتأخر في رفع ما وجد في المتقدم فلا يكون له دخل في تأثير العقد المتقدم هذا ولكن لا يخفى ما فيه .

وتوضيح فساد يحتاج الى بسط في المقام ، ، فنقول قد تقدم في اول البيع ان قياس المنشأ في باب العقود بالعقود التي تنشأ بها تلك المنشآت ليس كباب المسببات بالنسبة الى اسبابها فان العقود ليست اسباباً لتحقيق تلك المسببات بل العقود آلة لانشاء المعنى الاسم المصدري في عالم المناسب لوجوده وهو عالم الاعتبار ، ثم من المعلوم ان الاكراه انما هو بالنسبة الى نفس المنشأ بتلك الآلات لا بالنسبة الى نفس ايجاد الآلة وبعبارة اخرى الاكراه في البيع مثلاً يتعلق بايجاد ما هو مصادق للبيع في موطن وجوده بالآلة ايجاد ما هو الصيغة المخصوصة لانه يتعلق بنفس التلفظ بتلك الصيغة كيف ولو كان الاكراه بالنسبة الى محض التلفظ بالصيغة فصرف ايجاد الآلة والمكروه تلفظ بهامع قصد ايجاد المعنى الاسم المصدري من البيع وتحقيق المنشأ في موطن تحقيقه لم يكن بيعاً كراهياً لعدم كون ارادته عن ارادة المكروه كما لا يخفى فنفس الآلة في ايجاد البيع لا يكون متعلق الاكراه ، ، وانما الاكراه في المنشأ بها .

اذا ظهر ذلك : فنقول المقدار الصادر عن المكروه بما هو آلة الانشاء لا يكون

اكرهياً لان متعلق الاكره ليس هو التلفظ بذلك العقد ، بل الاكره تعلق
 بايجاد البيع مثلاً . بالامساس له الى آلة الانشاء اصلاً ، فيكون العقد في باب
 المكره هو بعينه العقد في باب الفضولي بالاتفاوت بينهما اصلاً فكما انه في
 باب الفضولي تام من حيث هو عقد وانما عدم تأثيره في وقوع المنشاء من
 جهة عدم استناده الى المالك ، واذ هو من الامور التي يعتبر بقاءه ويكون
 له البقاء في عالم الاعتبار وما دام لم يتم اسناده الى المالك ، لم يكن متحققاً و
 اذا جاز المالك يتم شرط تحققه ويرفع المانع عن تحققه . فيحكم بتحقيقه ، و
 كذا في باب المكره يكون المانع عن تحقق مانع به الاكره هو الاكره وبعد
 ارتفاعه بطيب النفس . المتأخر يتم شرط تحققه فيحكم بتحقيقه ، ، بل هذا في
 باب الاكره اولى كما سيأتي لاجل استناد العقد الى المالك في المقام ، دون
 الفضولي اذا المنتفى فيه امر ان رضا المالك بما صدر عن الفضول واستناد
 ما صدر عنه اليه (قال دامت افادته) وعلى تقدير كون العقد بما هو آلة الانشاء
 اكرهياً ايضاً لا اثر لاكمراهه كما اذا فرض تعلق الاكره به محضاً دون المنشاء
 ، ، حيث ان اكرهه لا يوجب بطلان العقد بعد فرض استقلال المالك في ارادة
 ايجاد المعنى الاسم المصدري وعدم انبعاث ارادته عن ارادة المكره (اقول)
 هذا هو حق الجواب والافنع فرض كون باب العقود باب الآلة وذى الآلة لآب
 المسببات واسبابها يكون اكره ايجاد ذى الآلة بعين الاكره على ايجاده بآلته
 كما ان امضائه عين امضاء ايجاده بآلته كيف وبهذا اجاب دام بقاءه عن الاشكال
 الوارد في باب التمسك بمطلقات ابواب المعاملات حيث انها واردة في مرحلة
 المسببات لا الاسباب وهو دام ظله قال بأن مبنى الاشكال على كون العقود اسباباً
 والمنشآت بهامسبباتها وهو ممنوع بل بابها باب الآلة وذىها وامضاء ذى الآلة
 امضاء لآلته وعلى هذا فيقال في المقام انه كما امضاء ذى الآلة امضاء لآلته كك اكرهه

يضاً اكره لآلته، فحق الجواب هو الجواب الاخير اعني المنع عن تأثير الاكره المتعلق بالآلة وهو كالعدم كما بيناه .

ثم ان المصنف قد ذكر دعاوئله في مقام توهم اعتبار مقارنة الرضا مع العقد لا يخلو الامتياز بينها عن غموض وهي قوله ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للامدخالية عن الشاهد مرفوعة بالاطلاقات ، واضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد ، واضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده ، ويمكن ان يقال ان الدعوى الاولى ناظرة الى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في تأثير العقد بحيث لو لامقارنته لم يكن مؤثراً مع كونه عقداً ، ومعلوم ان هذه الدعوى خالية عن الشاهد ولكن مع قطع النظر عن آية التجارة ، ، واما بالنظر اليها فسيأتي الكلام فيها ، والثانية ناظرة الى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في مفهوم العقد بحيث لا يكون العقد الخالي عن الرضا عقداً مشمولاً لعموم اوفوا ، و لازم ذلك سلب العقد عن عقد الفضولي حقيقة ووجه اضعفيتها عن الدعوى الاولى ظاهر ، ، ضرورة وضوح عدم تقوم العقد بمقارنته مع الرضا (والثالثة) ناظرة الى دعوى اعتبار مقارنة الرضا مع العقد في الانشاء بحيث لولاها لا يتحقق الانشاء وعبارة اخرى يكون تمشي الانشاء عن المنشئ منوطاً بالرضا المقارن وهذه الدعوى كما ترى اسقط من الاولين ولازمها عدم صحة بيع المكره بحق لعدم تمشي الانشاء منه مع الاكره على هذا الفرض فيكون اكراهه على البيع (ح) امبدياً للتأثير في عقده وهو كما ترى لان اكراهه في مورد صحة اكراهه لا يكون الاعلى القاعدة . حيث ان مقتضاها لولا وجود الملزم للبيع هو توقف صحة بيعه على صدوره منه برضاه ووجود الملزم يسقط اعتبار رضاه . واما حيث صدوره عنه فلا يسقط له . ولازم ذلك اجباره على البيع ومع امتناعه عنه بتصداه الحاكم هذا تمام الكلام في الجهة الاولى .

الجهة الثانية في التكلم عما تقتضيه آية التجارة فرمى يقال بأن الآية المباركة تدل على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة في حل الاكل اللازم منه عدم الحلية عند عدم مقارنة التجارة بالرضا ولو تعقبها الاجازة ومع حصر الحلية بالتجارة المقترنة بالرضا كما هو مفاد الاستثناء يثبت لغوية الرضا المتأخر في صحة المعاملة ، ، والكلام في الآية المباركة يقع في وجهين (الاول) في التكلم في دلالتها على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة والمصنف (قده) كأنه يسلم تلك الدلالة وسيأتي الكلام فيها (الثاني) في التكلم في دلالتها على الحصر على فرض تسليم دلالتها على اعتبار المقارنة ، وعبارة الكتاب ناظرة الى منع الحصر ، ، ولا يخفى ما فيه : اما اولاً فلا نه (قده) يستدل بتلك الآية الكريمة في اول الخيارات على اصالة اللزوم في البيع والاستدلال بها عليها يتوقف على دلالتها على الحصر فمنعه عن دلالتها على الحصر في المقام مناف مع استدلاله بها على اصالة اللزوم هناك .

وتوضيحه انه اذا فسخ احد المتعاملين مثلاً كالبايع ووقع الشك في نفوذ فسخه يستدل على عدم نفوذ فسخه بآية التجارة بتقريب ان الآية تدل على حصر حل الاكل بالتجارة عن تراض وفسخ احد المتعاملين مع عدم رضا الآخر به خارج عن التجارة عن تراض فيكون اكل المال به اكلاً بالباطل ، ، ولا يخفى توقف تمامية هذا الاستدلال على الحصر ضرورة انه مع عدم الحصر يقال بعدم التنافي بين ثبوت الحل بالتجارة عن تراض وبين ثبوته بسبب آخر كالفسخ ونحوه فدلالة الآية على عدم نفوذ الفسخ مبني على تمامية الحصر فالجمع بين الاستدلال به على اللزوم وبين منع افادتها للحصر في المقام غير مستقيم ، ، واما ثانياً فبالمنع عن عدم دلالتها على الحصر وما افاده (قده) في جهته من ان الاستثناء منقطع غير مفرغ ممنوع بل الاستثناء متصل مفيد للحصر وتوضيحه ان الاستثناء المنقطع ينقذ فيما لم يكن المستثنى داخلياً في المستثنى منه . مثل ما جئنا في القوم الاحرار ، والمراد بالمفرغ هو ما اذا كان المستثنى منه محذوفاً في الكلام وكان

مقدراً ولا يخفى ان المنقطع دائماً يكون غير مفرغ أى لا بد من ان يكون
المستثنى مذكوراً ولم يكن من عموم شامل للمستثنى منه لكى يصير
منقطعاً ، ، واما اذا كان الاستثناء مفرغاً أى كان المستثنى منه محذوفاً
مقدر الأمر أعاماً شاملاً للمستثنى فيصير المستثنى متصلاً كقولك ما جئني الا حمار
: حيث يقدر المستثنى منه كلمة احد ويكون استثناء الحمار عنه من باب المتصل
فلاستثناء المنقطع دائماً يكون غير مفرغ ، ، واما المتصل فقد يكون غير
مفرغ مثل جئني القوم الا زيداً ، ، وقد يكون مفرغاً مثل ما جئني الا زيد
أو حمار ، ، وعلى ما ذكرناه فيكون قيد غير مفرغ في عبارة المصنف
(قده) توضيحاً لا اعتراضاً وكيف كان فتقرير كون الاستثناء في الآية
منقطعاً غير مفرغ ان يقال ان المستثنى منه هو كلمة الباطل في قوله تعالى (ولا
تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) ومن المعلوم : ان الاكل بالتجارة عن تراض
ليس من افراد الاكل بالباطل فيكون كاستثناء الحمار عن القوم والاستثناء
المنقطع غير مفيد للحصر هذا ، وتقرير المنع ان الباطل لا يكون هو
المستثنى منه : وذلك لعدم صحة الاستثناء عن الباطل لأن عموم حرمة اكل
المال بالباطل آت من التخصيص بل المستثنى منه هو عموم النهي عن اكل المال
اى لا تأكلوا اموالكم بينكم عدى ما كان تجارة عن تراض وقوله تعالى بالباطل
كأنه جيئ به لمكان التعليل لنهي الاكل فيما عدى مورد التجارة عن التراض
فكأنه قال تعالى ما عدى مورد التجارة عن تراض اكل للمال بالباطل وهذا ظاهر
في حصر حل الاكل بمورد التجارة عن تراض لدلالته على كون ما عدا
اكال للمال بالباطل ويصير الاستثناء متصلاً كما هو ظاهر ، ، واما اننا قلنا فعلى فرض
تسليم كون المستثنى منقطعاً مفيداً للحصر ايضاً ، وذلك لان صحة الاستثناء على
ذلك التقدير ايضاً لا بد ان يكون فيما اذا كان بين المستثنى والمستثنى منه

مناسبة موجبة لتوهم ادخاله فى حكم المستثنى منه لكى يحتاج الى الاستثناء كما فى مثل ما جائئى القوم الاحماراً ، حيث كان يتوهم من نفى مجيئى القوم نفى مجيئى الحمار ايضاً لكان تبعيته للقوم فيدل (ح) على حصر المجيئى فى ابتاع القوم بخصوص الحمار دون سائر توابعهم وفى الآية كذا اذا استثناء التجارة عن التراض . بعد نهى الاكل بالباطل تدل على ان فيما عدى الاكل بالباطل تكون الحلية منحصرأً بخصوص التجارة عن تراض كما ان فى المثال كان المجيئى فيما عدى القوم منحصرأً بالحمار ، فالجواب عن الاستدلال بالآية على المنع من صحة عقد المكره عند التعقب بالاجازة بالمنع عن دلالتها على الحصر غير صحيح . بل الحق فى الجواب ان يقال ان الآية المباركة تدل على الحصر ومع دلالتها عليه لاتدل على المنع من صحة العقد اذا تعقب بالاجازة .

وتوضيحه ان يقال ان الآية تدل على اعتبار مقارنة الرضا بالتجارة فى صحة التجارة وعلى حصر الحل ايضاً بالتجارة المقترنة بالرضا لكن الكلام فى معنى التجارة اذ هى ليست عبارة عن العقد بل هى بمعنى الاكتساب الذى هو الاثر المترتب على العقد . ويكون العقد آلة لاجاده و بعبارة اخرى انها عبارة عن النقل والانتقال بمعنى الاسم المصدري ومن الواضح البديهي توقف النقل والانتقال بهذا المعنى على الرضا عقلاً ونقلاً لكن اعتبار مقارنة الرضا مع النقل بالمعنى الاسم المصدري لا يوجب توقف النقل بالمعنى المصدري على مقارنته و ما هو المفيد اثبات توقف العقد بالمعنى المصدري على مقارنة الرضا والآية المباركة اجنبى عن افادته ، فالآية لاتدل على ما راعه المستدل بوجه من الوجوه ، اذا تمام الكلام فى الجته الثانية والمتحصل منها هو منع دلالة آية التجارة على عدم صحة عقداً لمكره عند التعقب بالاجازة كما ان

الجهة الاولى كانت متكفلة لانبات عدم مانعية تعلق الاكراه بالعقد عن قبوله للتأثير بالاجازة فتحصل من الجهتين قابلية عقد المكره كالفضولي للاجازة وانهما متساويان في كون صحتهما بالاجازة موافقاً مع القاعدة .

الجهة الثالثة لوقلنا في باب الفضولي بأن صحته بالاجازة مخالف مع القاعدة وانتبنا صحته بالدليل . فهل يمكن انبات صحة عقد المكره ايضاً بنفس ذلك الدليل بدعوى الاولوية ام لا بل لابد من الاقتصار على موردده وهو الفضولي . ولا يتعدى عنه الى باب المكره (احتمالان) مال المصنف (قدس سره) الى اولهما في الكتاب حيث يؤيد المقام بفحوى صحة الفضولي وقد تقدم تقريبه مراراً ، وحاصله ان الفضولي فاقد لامرين وهما الاستناد الى المالك والرضا والمفقود في عقد المكره هو الاخير فقط واذا كان عقد الفضولي الفاقد لكلا الامرين صحيحاً فليكن عقد المكره صحيحاً بطريق اولي هذا : و لكن الاقوى منعه ، وذلك لان مبنى التمسك بالفحوى هو على فرض تسليم كون الصحة في كلا البابين على خلاف القاعدة ، ولازم ذلك (ح) هو صرف النظر عن الجهتين المتقدمتين ومع صرف النظر عنهما يمكن منع الاولوية بدعوى اقتران عقد المكره بما يكون مانعاً وهو الاكراه دون الفضولي .

وبعبارة اخرى ما ذكرناه في الجهة الاولى من منع مانعية اقتران عقد المكره بالاكراه عن قابليته لان يتعقبه الاجازة كان بناء على كون الصحة بالاجازة على طبق القاعدة واما بناء على كونها على خلاف القاعدة فلهذه الدعوى مجال مضافاً الى انه على تقدير تسليم الاولوية ليست اولوية قطعية حتى تصير مدركاً للحكم بل تكون بالقياس اشبه منه الى التمسك بالفحوى .

قوله قده (واما حديث الرفع ففيه اولا الخ) محصل الكلام في المقام مع ما فيه من الغلق انه قده اجاب عن التمسك بحديث الرفع على منع تأثير قابلية عقد المكره للحقوق الاجازة بوجهين اشار الى الاول منها بقوله (ففيه اولا) .

وتوضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) ان المرفوع عند المصنف في حديث الرفع هو المؤاخذة وذلك بدعوى انها اظهر الآثار وهو المقدر في موقع الحاجة الى التقدير (الثاني) ان المؤاخذة اعم من الاخرية والديونية فمثل الالتزام بالشيء مثلا مؤاخذة يرتفع عند الاكراه، ولازم كون المرفوع هو المؤاخذة وتعميم المؤاخذة الى الديونية الموجب لشمول مثل الالتزامات والالتزامات هو اختصاص المرفوع بما كان من الاحكام ثابتاً على المكره لولا الاكراه لاما كانت ثابتة للاكراه نفسه فدلل رفع الاكراه ناظر الى رفع كل حكم ثابت على ضرر المكره لانتفعه ومن المعلوم ان الحكم بوقوف عقده على رضاه حكم له لا عليه فلا يكون مثله مرفوعاً بدليل الرفع هذا محصل مراده في هذا الوجه، ولا يخفى انه تمام بناء على تقدير تمامية الامرين اعني تقدير المؤاخذة وتعميمها الى المؤاخذة الديونية، لكن الكلام في تماميتهما اما تقدير المؤاخذة فلما عرفت في اول مباحث عقد المكره وتبين في الاموال ايضاً مفصلاً من انه لا حاجة في الحديث الشريف الى تمحل ارتكاب التقدير حتى ينتهي الى البحث عن المقدر وانه هل هو المؤاخذة أو الأثر المناسب مع كل فقرة من الفقرات التسع أو جميع الآثار بل المرفوع هو الحكم الشرعي الثابت لولا طريان المذكورات من الاكراه ونحوه وهو القابل للوضع والرفع التشريعي والالتزام بالتقدير وان المقدر هو المؤاخذة شعر بلا ضرورة . واما تعميم المؤاخذة على فرض تسليم تقديرها الى المؤاخذة الديونية فلأن تقديرها نشأ من ناحية كونها

أظهر الآثار ولاشبهة ان الاظهرية يتم بالنسبة الى المؤاخذة الاخرية و هي العقوبة واما بالنسبة الى الدنياوية فلا موجب للتعميم اصلاً.

وبعبارة اخرى المؤاخذة انما تقدر بمالها من المعنى الذي هو الاظهر في رفع هذه الفقرات وهو منحصر بالعقاب ليس في المين لفظ المؤاخذة حتى يقال انها بمالها من المعنى العام تكون مرفوعة فلا بد من تقدير المؤاخذة بمعنى توافق مع ملاك تقديرها وهو الاظهرية ، وهو يوجب اختصاصها بالاخروية كما لا يخفى فهذا الوجه الاول لا يرجع الى شيئ بعد فساد المبنى .

قوله قد علم ان ما ذكرناه واضح على القول بكون الرضا ناقلاً وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل (الخ) يعني كون الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه حكماً له لاعليه واضح بناءً على النقل لأن الرضا يصير (ح) ناقلاً فهو اوجد الناقل بسلطنته على ايجاده فلا يكون عليه بل محض في كونه له واما على الكشف ففي كونه له لاعليه تأمل من جهة اختلاف المشارب في الكشف والفرض من التأمل هو كون الحكم المذكور يكون له على بعض المشارب ولا يكون له على بعض اخرى فمعنى ظهوره بالتأمل هو التأمل في مشارب الكشف حتى يتبين مورد استقامة ما ذكره عن مورد عدم استقامته .

وتوضيحه ان الكشف اما حكماً و اما حقيقياً وعلى الثاني فاما ان يقال بأن الاجازة المتأخرة اشارة عن تأثير العقد المتقدم في النقل وانها بوجودها المتأخر دخیل في تأثير الامر المتقدم في الاثر في ظرف تحققه وهذا اردء الاحتمالات في الكشف واما ان يقال بأن الشرط هو التعقب بالرضا لانفس الرضا المتأخر والتعقب صفة للمتقدم وان كان منشاء انتزاعه ذلك الامر المتأخر فعلى القول بالكشف الحكمي يكون الرضا المتأخر العاقل بانشاء المكره دخیلاً في صحة العقد ويكون وجوده تحت سلطانه فالحكم يتوقف عقده

عليه يكون له لاعليه وكذا على القول بكون التعقب دخیلاً لان التعقب منتزع عن الرضا المتأخر فيكون في تحت سلطنة المكره بمنشاء انتزاعه لانه ما لم ينشاء الرضا في المتأخر لا يتصف العقد بالتعقب بالرضا وعلى القول بكون الرضا المتأخر اشارة على تاثير العقد المتقدم لا يكون شيئاً منه يبد المكره وتحت سلطانه فالحكم بتوقف عقده عليه (ح) لا يكون له بل يكون ممحوضاً في كونه عليه فظهر صحة ما افاده على النقل وعلى الكشف المحكمى وعلى الكشف الحقيقي لوجعل التعقب هو الشرط وعدم صحته بناء على الكشف الحقيقي يجعل الرضا المتأخر اشارة وهذا هو مراده من ظهور صحة ما ذكره بناء على الكشف بالتأمل .

قوله قد، وثانياً انه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكره عليه (الخ) هذا هو الجواب الثانى عن التمسك بحديث الرفع على منع قابلية عقد المكره لان تلحقه الاجازة وهو الجواب الصحيح ، وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) ان حديث الرفع حاكم على المطلقات الواردة في مقام بيان الاحكام بمالها من المقيدات بمعنى انها تجعل مقيدة بمقيداتها وتؤخذ تيجتها بعد التقيد ويجعل محكوماً بحديث الرفع وذلك واضح بمد تصور ان مداليلها بانفرادها ليست حكماً بل الحكم هو النتيجة الحاصلة من ضم المقيدات بالمطلقات .

الثانى ان مؤدى حديث الرفع الذى هو من مقيدات تلك المطلقات ، الا انه مقيد بلسان الحكومة خارج عما ذكرنا في الامر الاول من تحكيم حديث الرفع على نتيجة المطلقات والمقيدات فلا تلاحظ المطلقات مقيدة بمؤدى حديث الرفع ثم يجعل تيجتها بعد التقيد محكومة بالحديث وذلك ايضاً واضح ضرورة انه بالتحكيم تصير المطلقات مقيدة بحديث الرفع لانها تقيد

به اولاً ثم جعل الحديث حاكماً على نتيجة الحاصلة من التقييد .
 الثالث ان ما كان مساقه مساق حديث الرفع في كونه موجباً لتقييد
 المطلقات بما قيدها به حديث الرفع يكون كحديث الرفع في انه لا يؤخذ
 مع المطلقات ثم نجعل النتيجة منها محكوماً بحديث الرفع ففيما نحن فيه
 اعني باب المعاملات ووردت مطلقات دالة على صحة البيع مثل احل الله البيع
 ونحوه وهي باطلا فها تدل على صحة البيع كيفما وقع سواء كان مع الرضا ام لا،
 كان الرضا مقترناً معه أو سابقاً عليه أو لاحقاً عنه، ووردت مقيدات قيدتها
 باعتبار الرضا مثل الا ان تكون تجارة عن نراض ولا يحل مال امرء الا بطيب
 نفسه وحديث الرفع اعني فقرة ما استكر هو امنه، وهذه المقيدات الثلاث
 تكون على مساق واحد موجباً لتقييد تلك المطلقات بقيد الرضا مع اختلاف
 بينها في كون حديث الرفع مقيداً بلسان الحكومة وآية التجارة وحديث
 الحل مقيداً بلسان التقييد، فكما ان حديث الرفع حاكم على نفس
 المطلقات لعلها بعد لحاظ تقييدها بمؤدى حديث الرفع كذلك لا يكون
 حاكماً عليها بعد لحاظ تقييدها بآية التجارة وحديث الحل لان مؤداهما
 مع مؤدى حديث الرفع واحد وان اختلفتا ديتهما في كون آية التجارة
 وحديث الحل بلسان التقييد وحديث الرفع بلسان الحكومة .

الرابع ان ما استكر هو افي حديث الرفع مثلاً حاكم على نتيجة
 الحاصلة من المطلقات بعد تقييدها بما لم يكن مؤاده مؤدى حديث الرفع
 بل لحاظ تلك النتيجة مقيدة بحالة الاختيار أولاً كراه أو لحاظها مطلقة
 بالقياس الى كلتا الحالتين بل بلحاظها مهمة عن تقييدها باحدى الحالتين أو
 اطلاقها ، وذلك لانه لو كانت مقيدة بحالة الاختيار تصير منفية بزوال
 الاختيار عند طر والاكراه ولا يحتاج في رفعها الى المقيد وحكومة حديث

الرفع عليها ولو كانت مقيدة بالا كراه لكان تحقق الا كراه موجبا لتحقيقها نحو تحقق كل حكم بتحقيق موضوعه ولا يعقل ان يصير مرفوعاً بالا كراه ولو كانت مطلقة بالقياس الى كلتا الحالتين فتكون ثابتة في حالة الا كراه كثبتها في حالة الاختيار ولا يعقل ارتفاعها بالا كراه فلا بد ان تكون مهمة عن قيد الاختيار والا كراه حتى يكون مرفوعاً في صورة الا كراه بحكومة حديث الرفع كما لا يخفى.

اذا تحقق هذه الامور فنقول مطلقات باب العقود مثل أحل الله البيع مثلاً مع قطع النظر عما يقيد بها بحالة الاختيار. مثل آية التجارة وحديث الرفع ونظائرهما تدل على صحة البيع مطلقاً ولو مع عدم الرضا وان العقد سبب مستعمل في ايجاد البيع بلا دخل للرضا في تحققه ويكون حديث الرفع حاكماً عليها ومقيداً لها بحالة الرضا وما عدا حديث الرفع مثل آية التجارة ونحوها مما يكون مؤداه مؤدى حديث الرفع لا يؤخذ في ناحية المطلقات المحكومة بحديث الرفع بل كلها مقيدات لها في عرض واحد ونتيجة الكل هو عدم كون العقد سبباً مستقلاً في تحقق مضمونه سواء كان مع الرضا أم لم يكن وبعد تقيدها بحديث الرفع وما في معناه ينتج ان العقد جزء سبب والجزء الآخر هو الرضا فيصير العقد في عالم التصور محكوماً بحكمين (احدهما) كونه سبباً مستقلاً وهذا هو مؤدى نفس المطلقات ويرتفع هذا بواسطة تقييد المطلقات بما يكون مؤداه اعتبار الرضا كحديث الرفع ونظائره (وثانيهما) كونه جزء السبب وهذا هو مؤدى نتيجة تقيدها بما يدل على اعتبار الرضا كحديث الرفع ونحوه ولا يعقل ان يكون حديث الرفع حاكماً على رفع السببية الناقصة عن العقد لانها قد ثبتت بنفس تقييد المطلقات به ولا يصح ان يكون رافعاً لما يجيء من قبل نفسه ولا يصح جعل المطلقات مقيدة بما عدا حديث الرفع مما يدل على اعتبار الرضا ثم تجعل النتيجة مقيدة بحديث الرفع

لما عرفت من ان ما عدى حديث الرفع الذى يكون متحداً للمال معه يكون فى عرضه فلا يصح جعل ما فى عرضه مقيداً للمطلقات او لأنهم تجعل النتيجة الحاصلة محكومة بحديث الرفع ثانياً على ما بيناه .

والحاصل ان حديث الرفع يدل على ارتفاع الحكم الثابت لسولا الاكراه اذا وقع عن الاكراه لاعلى ارتفاع الحكم الثابت عند طر والاكراه لكن السببية المستقلة ثابتة للعقد لولا الاكراه والسببية الناقصة وجسومية السبب ثابتة له بالنظر الى الاكراه فيكون الاول مرتفعاً بدليل رفع الاكراه دون الاخير .

فان قلت هب ان السببية الناقصة لا ترتفع بدليل رفع الاكراه بمعنى ان حديث الرفع لا يكون ناظراً الى رفعها الا انه لادليل على اثباتها ايضا لان المفروض دلالة المطلقات على السببية المستقلة وهى ارتفعت بتقييدها بحديث الرفع ونظائرها وليس فى البين ما يدل على ثبوت السببية الناقصة لافى تلك المطلقات وذلك ظاهر بعد فرض كون مفادها اثبات السببية التامة ولا فى غيرها لكون المفروض انحصار الادلة بالمطلقات ومع عدم قيام ما يدل على صحة العقد المتعقب بالرضا وكون العقد جزء السبب منها لا بد من الرجوع الى اصالة الفساد وهذا هو المراد بقوله قدس ولكن يرد على هذا ان مقتضى حكومة الحديث (الخ) واجاب عنه بقوله اللهم الا ان يقال (الخ) .

وحاصله ان المطلقات بعد تقييدها بحديث الرفع وما به معناه تفيد صحة العقد الصادر عن المكره اذا تعقب بالرضا ولا يحتاج الى دليل آخر ولا الى القول بكون المطلقات بنفسها متكلفة لحكم المكره ،، وتوضيحه انك قد عرفت ان دليل الاكراه رافع لحكم المطلقات المتكلفة لاثبات صحة البيع بالمعنى الاسم المصدري فى صورة الاكراه وموجب لتقييد المعنى الاسم

المصدرى بمقارنة الرضا ونتيجة هذا التقييد هو اعتبار الرضا في ناحية السبب في الجملة في مقابل الخالي عن الرضا رأساً ، ضرورة ان دخل الرضا في تحقق معنى الاسم المصدرى و اعتبار مقارنة تحققه بالرضا لا يجمع مع فقد الرضا عن السبب مطلقاً سواء كان مقارناً أو سابقاً أو لاحقاً بل لا يجمع عن وجوده في ناحية السبب في الجملة في مقابل السلب المطلق واما انه لا بد من ان يكون مع السبب فلا (وح) تصير نتيجة اعتبار مقارنة المعنى الاسم المصدرى مع الرضا متكفلاً لا اعتبار الرضا في الجملة في المعنى المصدرى و اعتباره مقارناً مع الاسم المصدرى يكون نتيجة تقييد المطلقات بحديث الرفع ونظائره فيكون اعتبار دخل الرضا في المعنى المصدرى نتيجة ذلك التقييد بعينه فظهر ان المطلقات بضم حديث الرفع اليها تنتج صحة معاملة المكره عند التعقب بالرضا وهذا هو المراد في قوله (قده) فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً (الخ).

قوله قده الآن يقال ان ادلة الاكراه كما ترفع السببية المستقلة (الخ) لما قال ان السببية الناقصة تثبت للعقد من ناحية دليل رفع الاكراه ولا يعقل ان تصير مرفوعة بحديث الرفع اراد منع ذلك بدعوى ان السببية الناقصة ايضاً مستفادة من المطلقات الا انها بعد تقييدها بمؤدى حديث الرفع ، والحاصل ان المطلقات هي المثبتة لحكم الاكراه لكن بعد التقييد كما ان دليل المثبت لحكم الكل هو بنفسه يكون مثبتاً لجزئية الجزء وان شئت قل ان المطلقات بعد التقييد تدل على كون المركب من العقد والرضا سبباً تاماً بدالين ومدلولين بمعنى ان المطلقات تدل على جزئية العقد للسبب و دليل نفى الاكراه يدل على كون الرضا جزء آخر . وهذا الذى يستفاد من المطلقات اعنى جزئية العقد للسبب يصير مرفوعاً بدليل نفى الاكراه لانه ليس

حاصلاً من دليله (وبعبارة أوضح) ان مقتضى الاطلاقات بعد تقييدها بالرضا الاعسم من السابق واللاحق هو صحة العقد المكره المتعقب بالرضا، وحديث الرفع يرفع هذا التعميم ويخصه بما عدا الرضا اللاحق لو لم نقل في الرضا بالكشف الحقيقي، بل قلنا بمؤثريه الرضا في النقل من غير فرق في ذلك بين جعل الرضا المتأخر ناقلاً أو كاشفاً بناءً على كون الشرط هو التعقب، أو كان الكشف حكماً كما تقدم، نعم على الكشف الحقيقي وكون الرضا امانة محضاً بلا دخل له في تأثير الامر المتقدم كما مر شرحه بحكم صحة العقد لعدم دخل الرضا (ح) في التأثير حتى يقال بانتفاء التأثير من الرضا المتأخر بدليل حديث الرفع وتخصيص المطلقات بما عدا الرضا اللاحق.

وقوله (فتأمل) اشارة الى الجواب عن ذلك، وحاصله دعوى الفرق بين اذا تعلق حكم بمجموع من كب من اجزاء كما في باب الاوامر المتعلقة بالمر كبات، او مادل على مؤثريه الايجاب والقبول في النقل والانتقال وبين ما اذا تعلق حكم بشيء واستفيد من دليل آخر تقيده بشيء آخر. ففي الاول يكون جزئية كل واحد من جزاء المر كب للمؤثر التام امر أعقلياً فهرماً يحصل لكل واحد منها من الحكم الشرعي المتعلق بالمر كب، وهذا بخلاف الاخير ان الدال على المؤثر التام هو مجموع الدليلين فتكون استفادة جزئية العقد للمؤثر التام من الاطلاقات ودليل نفى الاكراه معاً وبعد كون دليل نفى الاكراه دخیلاً في اثبات جزئية العقد للمؤثر التام لا يعقل ان يكون رافعاً اذ لا معنى لرفع ما يثبت من نفسه.

قوله قد (بقي الكلام في ان الرضا المتأخر ناقلاً أو كاشفاً الخ) اعلم ان بعض الامور التي لها دخل في تحقق العلة التامة والمجموع المؤثر وقع الاتفاق في كونه ناقلاً، ولم يقع فيه البحث عن الكشف والنقل وذلك

كالقبول بالنسبة الى الايجاب اذ لم يعهد من اخذ توهم كونه كاشفاً عن تحقق
 الاثر من حين تمامية الايجاب مع امكان فرض نمرة مهمة في كاشفيته كما في
 باب الاجارة مثلما اذا فرض تأخر القبول عن الايجاب بمقدار زمان لا يضر
 بالموالات العرفية كدقيقة أو أكثر وفرض منافع معتدة بها للعين المستأجرة
 في هذا المقدار اذ على النقل تكون المنافع للمؤجر وعلى الكشف للمستأجر
 لكن لم يعهد القول بالكشف فيه، وكالقبض في الهبة والصرف والسلم حيث
 لم ينقل فيه ايضاً البحث عن الكشف والنقل، وبعض الامور وقع فيه البحث
 المذكور: فلا بدواً لأن ضابط به يمتاز ما يقع فيه البحث عما لا يقع لكي يظهر
 ان الرضا في عقد المكره من اي قسم من القسمين ثم بعد تبين كونه مما
 يقع فيه البحث: يبحث عن كونه ناقلاً أو كاشفاً فهنا مقامان الاول في بيان
 الضابط وهو على ما حدده في جامع المقاصد عبارة عن كماله نظر الى الامر المتقدم
 ويكون بوجوده مصلحاً له وموجباً لقلبه عن حالة الى حالة اخرى (وبعبارة
 اخرى) يكون كمفيض الحيوية والروح في الامر المتقدم (وبعبارة نالته)
 تكون نسبته الى الامر المتقدم كنسبة الحاكم الى المحكوم في كونه شارحاً
 ومفسراً له فهو مما يقع فيه البحث عن الكشف والنقل وذلك كالاجازة في
 المعاملة الفضولية حيث انها ناظرة الى تصحيح ما صدر عن الفضول من المعاملة
 ومفيض الحيوية اليها بعد ان كانت ميتة لولا الاجازة وكأداء المالك زكوته
 اذا باع الجنس الزكوى قبل اخراج زكوته اذ للساعي (ح) ان يتبع المال
 الزكوى اينما يجده الا اذا أدى المالك ما فيه من الزكوة من عين آخر من
 اعيان امواله فيكون ادائه للزكوة عن عين آخر ناظراً ومصححاً لما صدر منه
 من البيع المتقدم ونظائر ذلك كثيرة في الفقه من اول الطهارة الى آخر الديات و
 نقل شيخنا الاستاذ دام ظله عن بعض مشايخه وهو الشيخ محمد باقر الاصفهاني

قدس الله سره بأنه انحأها من اول الطهارة الى بعض مسائل الحج في زمان بالغ الى اربعة اشهر وكان هذا من احاطته في الفقه ، وكلما كان بنفس وجوده له المدخلية في التأثير بلانظر له في تصحيح الامر المتقدم فلا يقع فيه البحث عن الكشف والنقل وذلك كالقبول والقبض ، ، اذا تبين ذلك : فاعلم ان الرضا في باب المكره داخل تحت ضابط ما يقع فيه البحث ، ، ضرورة انه كالاجازة ناظر الى الامر المتقدم لانه بما هو هو ودخيل في التأثير .

المقام الثاني في ان الرضا في عقد المكره هل هو كاشف أو ناقل ، وفيه (وجهان) اقواهما الاول ، ، وذلك لدلالة ما يدل على كاشفية الاجازة في باب الفضولي على كاشفية الرضا ايضاً ، ، وذلك لاجل مقايضة عقد المكره بالفضولي حتى يقال بأنه قياس . بل لان الاحكام الثابتة في باب المعاملات على اقسام (فمنها) ما تكون ثابتة لها بما هي عقد أو إيقاع ، بل ادخل لعنوان المعاوضة في ثبوتها (ومنها) ما تكون ثابتة لخصوص البيع مثلاً والمستفاد مما دل على كاشفية الاجازة في باب الفضولي هو ان الاجازة بما هي اجازة لانها بما هي اجازة للعقد الفضولي كاشفة ، ، وكذا ما دل على نفوذ بيع المال الزكوي اذا ادى المالك زكوته بعد البيع من غير عين الزكوي فانه ايضاً يدل على ان الامر المتأخر كاشف عن صحة الامر المتقدم لا بما هو بيع ، ، وهذا هو المراد بقول المصنف قده الان الاقوى بحسب الادلة النقلية هو الثاني .

قوله قده وفيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه (الخ) ربما يقال بانه لو لم يكن مفاد العقد السابق النقل من حينه لكن مع ذلك مقتضى القاعدة هو الكشف ، وذلك لتفكيك النقل الانشائي عن النقل الواقعي ، وتوضيحه ان البائع يبيعه ينشأ البيع ويكون منشأه حاصلًا بانشائه تعلق به الامضاء الشرعي ام لا ، الا انه لما لم يكن ممن يبدد الاعتبار لا يترتب على منشأه الحصول بانشائه اثره عالم

يتعلق به الامضاء من يده الاعتبار ، فاذا امضاء الشارع يترتب عليه الاثر بامضائه وهو معنى تحقق المنشأ بحسب الواقع في عالم الاعتبار .
والحاصل ان نفس ما صدر عن المنشئ اعني المنشأ الحاصل بانشائه يصير محكوماً بكونه واقعياً بتعلق الامضاء به فهو بوجوده الانشائي موجود قبل الامضاء وعلى هذا فيكون هذا المعنى الانشائي هو المتعلق للاجازة واذا كان حاصله حين البيع وتعلق الاجازة به ينتج الكشف ، ووقوع الاثر من حين العقد .

ولا يخفى ما فيه ذلك لان لازم ما ذكر وقوع الاثر من حين تمامية اليجاب قبل تحقق القبول اذ الذي ينشأه الموجب بايجابه حاصل بعد اليجاب في عالم الانشاء بالبيان المتقدم : ولازم ذلك هو الحكم بالصحة من حين اليجاب مع انه مما لم يلتزم به هذا القائل ، وتظهر الثمرة فيما ذكرنا من مثال الاجازة اذ افرض وجود منافع معتدة بها بين اليجاب والقبول كما لا يخفى .

قوله قدمه وان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد (الخ) لا يخفى ان الاجازة تارة تكون في مقابل الفسخ وتارة تقع في مقابل الرد وكون الفسخ هو الحل من حينه يقتضي ان تكون الاجازة التي في مقابله امضاء من حين الاجازة لا ان الاجازة التي في مقابل الرد امضاء من حينها ، وذلك لان الخيار لما كان هو السلطنة على اقرار العقد السابق او حله وكن جعله من الشارع او من المتعاملين لان تكون لهما النظرة الثانية في صلاح المعاملة وفسادها ، فالقرار والتشيت والفسخ والحل كلاهما يقعان على العقد الصحيح المفروغ صحته مع قطع النظر عن هذه الاجازة والفسخ فيكون كلاهما من حين وقوعهما لامن حين العقد وهذا بخلاف الاجازة والرد في المقام اذ بالاجازة يراد تصحيح العقد لانها تشيت للعقد الصحيح ومن المعلوم ان الرد الذي في مقابلها

يوجب رفع اثر العقد من حين العقد لامن حين الرد فمقتضى مقابله مع الاجازة ان تكون الاجازة ايضاً كذلك .

قوله قده ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبداً فلا يجوز للمملوك ان يوقع عقداً الا باذن سيد ، (الخ) اعلم ان الاقوال فى جواز تصرفات العبد ومنعه بين افراط وتفریط فمن قائل يقول بجواز تصرفه فيما له فى نفسه من النكاح والطلاق ونحوهما مما لا يكون التصرف فيه تصرفاً فى سلطان مولاه . وفيما يتبع به بعد عتقه كضمانه ونحوه . وفيما يكون راجعاً الى غيره ، مثل التوكل عن الغير فى بيع أو شراء أو ايقاع ، ، ويكون ممنوع التصرف فيما يتعلق بحق المولى وسلطانه اداء لحقه وسلطنته ، ، ومن قائل يقول بمهجورته عن كل فعل ، أو قول من عقد أو ايقاع . أو عمل قليل أو كثير . صغير أو كبير الا ما ثبت جوازه بالدليل ، فعلى القول الاول لا بد فى اثبات هجره فى كل مورد من التماس دليل يثبت به منعه بالخصوص أو يكون تصرفه فيه فى سلطان مولاه ، ، وعلى القول الثانى فلا بد من فى اثبات صحة تصرفه من التماس دليل مثبت لجوازه ، ، ولا يخفى ان هذين القولين فى شقاق واوسط الاقوال هو الوسط بين القولين وهو منعه عن كل ما بعد شيئاً معتداً به سواء كان تصرفاً فى سلطان مولاه ام لا . وعلى الثانى كان راجعاً الى نفسه أو الى غيره كالتوكل عن الغير وفيما كان راجعاً الى نفسه ايضاً كان مما يتبع به بعد عتقه كالضمان او لا كالنكاح والطلاق ، وسواء كان بالنسبة الى الوضع أو الى التكليف فقط أو بالنسبة اليهما معاً ومنعه عن التكليف يقتضى حرمة وعن الوضع يقتضى عدم نفوذه وفساده ، ، وجواز تصرفه فى كلها لا يعد شيئاً معتداً به كتكلمه واكله ونومه ونحو ذلك وهذا هو الاقوى ، ، ويدل عليه قوله تعالى عبداً مملوكاً لا يقدر على شيئاً بضميمة ما ورد فى رواية زرارة من الاستدلال بالآية المباركة على عدم

جواز نكاحه وطلاقه مستدلاً بأن الطلاق شيئي .

وتوضيح الاستدلال هو ان قوله تعالى لا يقدر على شيئي . يحتمل ان يكون احترازياً . ويحتمل ان يكون توضيحياً ، فعلى الاول فتدل الآية المباركة على انقسام العبد الى من لا يكون قادراً على شيئي ومن يكون كذلك . فلا تدل على ان كل عبد لا يقدر على شيئي فتخرج عن الدلالة على ممنوعة العبد عن التصرف مطلقاً ولا بد (ح) في انبات هجره عن التصرف من التماس دليل آخر يدل على منعه بالعموم أو بالخصوص ، وهذا هو مبنى القول الاول ومدركه فانه جعل القيد احترازياً واستدل لمنع العبد عن التصرف بكونه موجباً لتفويت حق المولى ، ولذا خصص المنع بما يضاد مع سلطان المولى .

وعلى الثاني فتدل الآية على ممنوعيته عن التصرف (ح) يقع الكلام في المراد من كلمة شيئي فان فيه أيضاً احتمالين (الاول) ان يكون بمعناه العام المساوق للوجود وعلى هذا الاحتمال تدل الآية على منع العبد عن كل تصرف سواء كان معتداً به او لا فباعتبار ما ثبت جوازه يلتزم به من باب التخصيص . وبالنسبة الى ما لم يثبت جوازه تكون الآية هي المرجع والمحكم ، وهذا مدرك القول بمهجوريته عن كل تصرف الامانت بالدليل (الثاني) ان يكون الشيئي بمعنى ما يعد شيئاً عرفاً او يكون امراً معتداً به وعلى هذا الاحتمال يتم المختار .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان المتيمن من محتملى جملة لا يقدر على شيئي هو التوضيحي لا الاحترازي ، وذلك لوجهين (الاول) استدلال الامام عليه السلام بتلك الآية على عدم نفوذ نكاح العبد وطلاقه مستدلاً بأن الطلاق شيئي مع ان الحمل على الاحتراز يسقط الآية عن كونها دليلاً على عدم النفوذ كما عرفت (والثاني) ان قوله تعالى (مملوك) لا اشكال في كونه توضيحياً اذ لا يعقل ان يكون احترازاً عن العبد الغير المملوك اذ لا يكون العبد على نوعين مملوك وغير

مملوك بل كل عبد فهو مملوك فالمملوك صفة للعبد جيئ به للتوضيح ويكون قرينة بحكم وحدة السياق على ان جملة لا يقدر على شئى ايضا تكون كذلك .

والحاصل ان الآية المباركة فى نفسها بقرينة كلمة (مملوك) مضافا الى الاستشهاد الامام عليه السلام بهاقى رواية زرارة ظاهرة فى كون جملة لا يقدر توضيحياً لا احترازياً وبهذا سقط القول الاول بفساد مدركه وهو توهم كون الجملة احترازياً كما لا يخفى هذا بالنسبة الى ما يحتمل فى جملة لا يقدر ، ، واما بالنسبة الى احتمال كلامة شئى فالمتعين فيها ايضا هو الشئى المعتقد به ، ، وذلك للظهور العرفى مضافا الى تطبيق الامام عليه السلام اياه على الطلاق فى قوله عليه السلام فشئى الطلاق : اذ الظاهر منه ان ما كان مثل الطلاق مما يكون معتداً به يكون مراداً من كلمة شئى فما لا يعتد به من الاشياء يخرج عن عموم الشئى وبهذا يسقط القول الثانى ايضا بفساد مدركه ، وهو توهم ارادة العموم من كلمة شئى من جهة مساوقتها مع الوجود وتبين صحة القول المختار وهو منع العبد عن كل قول او فعل معتد به سواء كان تصرفاً فى سلطان المولى ام لا . وسواء كان فى التكليف أو فى الوضع . وسواء كان عن نفسه او عن غيره . وسواء كان مما يتبع به بعد عتقه ام لا .

بقى الكلام فى ان منعه عن التصرف عن غيره هل يعم ما اذا كان بنحو التوكل فى ايقاع عقد أو ايقاع اذا كان وكيلاً فى نفس اجراء الصيغة محضاً أو يختص بما اذا كان من قبيل الوكيل المفوض ، ، والحق هو الاول وتنقيحه يتوقف على بيان امور : (الاول) قد مر مراراً ان النهى عن المعاملات انما يقتضى فسادها لو كان راجعاً الى مرحلة المسبب لا الى مرحلة السبب (الثانى) فى بيان المراد من السبب والمسبب و تمييز كل عن الآخر ، فنقول المعاملة

الصادرة عن الشخص تتقوم بامور (الاول) اللفظ الصادر عنه لو كانت بالقول أو الفعل الذي يقع به الانشاء لو كانت بالمعاطات (الثاني) قصد معناه بان يكون مريداً لمعناه ومستعملاً لللفظ في معناه حين التلفظ لان يكون تلفظه بلا قصد المعنى والاستعمال (الثالث) ان يكون منشئاً للمعاملة بذلك الاستعمال بحيث اخذ الاستعمال آلة للانشاء (الرابع) تلك المعاملة المنشئة بانشاءه ، والفرق بين الثالث والرابع هو الفرق بين المصدر وبين اسمه وان الثالث معنى المصدر والرابع اسم المصدر.

اذ اتين ذلك : فنقول الامر ان الأولان يكونان من ناحية السبب اما الاول منهما فواضح ، واما الثاني فلان قصد المعنى واستعمال اللفظ فيه اى القاء المعنى بكسوة اللفظ يكون سبباً و آلة للانشاء فيعد من ناحية السبب و الامر ان الاخران من ناحية المسبب ، اما الاخير منهما اعنى المعاملة المنشئة بالمعنى الاسم المصدرى . فواضح ، و اما الامر الثالث فكذلك ايضاً ، حيث انك عرفت عدم التفاوت بينه وبين الاخير الا بالاعتبار ، ، حيث ان المعنى المنشئ باعتبار اتسابه الى الفاعل ايجاد و باعتباره في نفسه وجود كما لا يخفى .

وعلى هذا فاذا كان النهى راجعاً الى احدا الامرين الاولين أو اليهما معاً فلا يقتضى الفساد ، : واذا كان راجعاً الى الآخرين . أو الى احدهما فيوجب الفساد ، فلا بد من ملاحظة ما يكون العبد منهياً عنه حتى يظهر ان النهى عنه هل هو راجع الى ناحية السبب أو الى ناحية المسبب .

فنقول ما ثبت نفيه عنه امور ما كان تصرفاً منه في سلطان المولى وما كان راجعاً الى نفسه فعلاً ، أو يتبع به بعد عتقه وما كان راجعاً الى الغير مثل توكله عن الغير في مباشرته لابقاع صيغة عقد أو ايقاع أو توكله على نحو الوكيل المفوض ، ، اما ما كان منه تصرفاً في سلطان المولى و ذلك كبيع ما يده من

أمواله ، سواء قلنا بملكه أو باستحالة ملكه ، فالنهي عنه راجع إلى المسبب بالدرجة الثالثة والرابعة معاً ، أما الدرجة الثالثة منه فلأن نفس تصرفه هذا مثل بيع ما بيده شيئاً معتد به و مقتضى الآية هو سلب قدرة العبد عنه ، وأما الدرجة الرابعة منه فلأن انتقال ما بيده بالمعنى الاسم المصدري تصرف في سلطان مولاه ولو قلنا بملك العبد إياه فيكون ممنوعاً عنه وأما ما كان راجعاً إلى نفسه ولم يكن تصرفاً في سلطان المولى مما كان منه فعلاً كالنكاح والطلاق ، فالنهي عنه راجع إلى المسبب أيضاً . لكن بالدرجة الثالثة . أعني مرحلة انشاء المعاملة لأنه يكون شيئاً معتدأ به فيكون منهيًا عنه لك . وما كان منه يتبع به بعد العتق أيضاً كذلك اذ هو أيضاً منهي عنه بالنظر إلى كونه شيئاً معتدأ به ، ، وأما ما كان منه راجعاً إلى الغير فبالنسبة إلى الوكالة المفوضة فهو أيضاً راجع إلى ناحية المسبب بكلتا الدرجتين حيث أن ما يصدر عنه بما هو فعله بالمعنى المصدري منهي عنه لكونه شيئاً معتدأ به ، و بمعناه الاسم المصدري تصرف في سلطان مولاه وبالنسبة إلى التوكل في إيقاع معاملة من عقد أو إيقاع فمن الجواهر القول بصحته مستدلًا به بكون النهي عنه راجعاً إلى ناحية السبب فلا يقتضي فساد ولا يخفى ما فيه ، ، أما أولاً فلأن السبب فيه ليس منهيًا عنه أصلاً ، ، ضرورة أن الالتزام بالنهي عن السبب وارجاع النهي إلى السبب بمعنى كونه السبب أعني الدرجتين الأوليين وهما التللف بالصيغة و قصد مدلولها مبني على جعل كلمة شيئاً بمعناه العموم المساوق للوجود حتى يدل على حرمة كل شيئ على المملوك وقد عرفت منعه وأن المستظهر عن لفظة شيئاً هو ما يعد شيئاً معتدأ به ، ، وأما ثانياً فلأن النهي فيه راجع إلى مرحلة المسبب غاية الأمر لا بكلتا درجتيه بل إنما تعلق بالدرجة الأولى من ناحية المسبب وهي مرحلة الانشاء بالمعنى المصدري ، حيث

ان التوكل عن الغير الموجب لنفوذ امره على الغير اعنى موكله أو الموكل عليه شئى معتد به فيكون منهيأ عنه والنهى عن المسبب ولو بدرجته الاولى موجب للفساد على ما بيناه وتحصل من جميع ما ذكرناه فساد كل معاملة صادرة عن العبد من عقد أو إيقاع سواء كان لنفسه أو لغيره وما كان لنفسه اعم مما يتبع به بعد عتقه كالضمان أو لا كالنكاح والطلاق وما كان عن غيره اعم مما بالوكالة المفوضة أو بصرف التوكل عن الغير فى اجراء صيغة عقد أو إيقاع كل ذلك بما تقدم من الدليل خلافاً لمن يجيز ضمانه ونحوه مما يتبع به بعد عتقه ، ، و توكله فى اجراء صيغة معاملة مستدلاً بأنه ليس تصرفاً فى سلطان المولى .

قوله قد و كيف كان فانشاءات العبد لا يترتب عليها آثارها من دون اذن المولى (الخ) اعلم ان تنقيح البحث عن صحة ما يصدر عن العبد بالاجازة يتوقف على رسم امور (الاول) انك قد عرفت مما سبق ان سلب القدرة عن الشئى شرعاً فى باب التكليف يقتضى تحريمه وفى باب الوضعيات يقتضى عدم نفوذه ، والآية المباركة تدل على سلب القدرة عن العبد شرعاً بالنسبة الى ما بعد من الامور شيئاً معتدأ به من التكليف التى ثبت اشراكها بين العبد والاحرار والوضعيات ونتيجة ذلك هو حرمة ما كان من قبيل التكليف عليه مع عدم اذن المولى وعدم نفوذ ما كان من قبيل الوضع مثل العقود والايقاعات (الثانى) انه تقدم ان النهى عن معاملاته لا يكون راجعاً الى مرحلة السبب بدرجتيه وانما هو راجع الى مرحلة المسبب اما بكتلتا درجتيه حتماً بيناه او الى درجته الاولى اعنى اليجاد بالمعنى المصدرى فالتلفظ بالصيغة أو استعمالها فى معناها لا يكون محرماً على العبد بل انما هو كسائر تكلماته التى لا يتوقف ابحاثها على اذن المولى .

الامر الثالث لو قلنا بارجاع النهى الى ناحية السبب ايضاً وان التلفظ بلفظ الصيغة

أو استعمالها فى معناها يكون محرماً عليه بواسطة النهى لا يكون نتيجة تحريمه عليه شرطية الحرية فى مجرى الصيغة مثل اشتراط العربية والماضوية مثلاً فيها بل غاية الامر يكون السبب بما هو محرماً اما انه بشرط فى صيغة المعاملات ان تكون صادرة عن غير الاحرار فلا، والسرفى ذلك هو ان الآية المباركة ناظرة الى سلب القدرة عن العبد شرعاً فى الاشياء بجماع واحد وعلى تقدير شمولها لسلب القدرة عن مثل التلفظ بالصيغة فلا تبدل على ازيد من حرمة لما عرفت فى الامر الاول من ان نتيجة انسلا ب القدرة شرعاً فى مورد التكليف هو الحرمة .

الامر الرابع اذا اذن المولى عبده فاما يكون فى التكليف أو يكون فى الوضع وعلى كلا التقديرين فاما يكون الاذن سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً لا اشكال فى جواز الفعل التكليفى ونفوذ الوضعى بالاذن السابق والمقارن وذلك لان المستفاد من الآية لا يكون الا عدم الاستقلال للعبد فى الفعل الذى هو لازم انسلا ب القدرة عنه ومع انضمام اذن السيد اليه يخرج عن مورد النهى الشرعى فيصير مباحاً لو كان تكليفاً وينفذ لو كان وضعياً اما الاذن المتأخر فلا يفيد فى تحليل الفعل المتقدم فى باب التكليف فلو سافر العبد بغير اذن مولاه ثم اذنه المولى فاذنه يؤثر فى رفع الحرمة من حين وقوعه ولا يوجب اباحة سفره هذا من اول الامر ويترتب على هذا وجوب الاتمام عليه لو لم يكن الباقي من مساقفة سيره من حين الاذن بقدر مساقفة التقصير ولو كان مع ما مضى بقدرها أو ازيد ، واما الاذن المتأخر فى باب المعاملات ، فهل يوجب نفوذ المعاملة الصادرة منه كما فى الفضولى ام لا (وجهان) يأتى الكلام فيه مستوفى انشاء الله .

الامر الخامس اذا كان تصرف العبد فيما يبد منه مال المولى الذى يملك العبد مع ما فى يده يكون من مصاديق عقد الفضولى فاجازة المولى تكون كاجازة المالك

في باب الفضولي بعينه وان كان تصرفه فيما لنفسه سواء كان مما يتبع به بعد عتقه كضمانه أم لا كنكاحه مثلاً فاجازه المولى ، فهل اجازة للمولى كاجازة المالك في الفضولي . أو كاجازة المرتين بيع الراهن أو اجازة العمة أو الخالة لعقد بنت الاخ أو الاخت وكاجازة اب الباكرة لنكاحها لو قيل بتوقف صحته على اذن الاب (احتمالات) اقواها الاخير ، ، وذلك لعدم اجراء اجازة المالك في الفضولي هنا قطعاً . اذ ليس تصرف العبد في ملك المولى كما هو المفروض وحينئذ يجب ان ينظر في عقد الراهن وتشخيص انه هل يكون توقفه على اذن المرتين من جهة كون العين المرهونة متعلقة لحق المرتين أو انه من جهة قصور الراهن عن ان يصدر منه ذلك الفعل فان كان من قبيل الاول فلا يكون المقام مثله ، ضرورة ان هجر العبد عما يفعله ليس لاجل تعلق حق المولى في متعلق فعله وذلك ظاهر ، ، وان كان من قبيل الثاني فيصير نظير المقام ، ، ولكن لاشبهة في ان توقف بيع الراهن على اذن المرتين انما هو لاجل كون العين متعلقة لحق المرتين فلا يكون نظير المقام فظهر ان التوقف في المقام نظير توقف عقد بنت الاخ أو الاخت على اذن العمة أو الخالة .

الامر السادس اذا كان تصرف العبد في ملك المولى فأجازة المولى تتعلق الى الدرجة الثانية من ناحية المسبب . اعني نتيجة فعل العبد ، وما صدر منه بالمعنى الاسم المصدري ، ، واذا كان تصرفه فيما لنفسه مثل الضمان يكون متعلق الاجازة هو المسبب بالدرجة الاولى اعني المعنى المصدري . ولا يلزم انتفاء الدرجة الثانية من المسبب كون الاجازة راجعاً الى ناحية السبب لكي يورد بما في الكتاب من انه غير قابل للاجازة للزوم الانقلاب على ماسيأتي في الامر السابع مع ما فيه ، ، وذلك لامكان تعلقها الى مرحلة المسبب بما هو متعلق حق المولى وهو الدرجة الاولى معاني ناحية المسبب والمعنى

المصدرى.

الامر السابع ذكر المصنف قدس سره في الكتاب في مقام احتمال عدم نفوذ معاملة العبد بعد تعقبها بالاذن وجهاً ، ، بقوله لان المنع فيه ليس من جهة الموضين (الخ) ، ، وحاصله ان المنع تعلق الى ناحية السبب فهو وقع حراماً منهيّاً عنه . وبالاذن اللاحق لا يخرج عما وقع عليه كما في المثال الذي ذكرناه من سير العبد مسافة التقصير بلا اذن من المولى ولا يخفى ما فيه لما بنيناه من ان السبب لا يكون منهيّاً عنه اولاً وعلى تقدير تسليم النهي عنه فلا يدل على شرطية صدوره عن الحر ثانياً لكونه يقع فاقدا للشرط والاذن المتأخر لا يوجب انقلابه عما وقع عليه ، فهذا الوجه في غابة السقوط .

ثم انه قدس سره اختار في آخر الكلام نفوذ معاملته باجازة المولى بقوله الا ان الاقوى هو لحقوق اجازة المولى ، ، ولا يخفى ان نظره قدس سره الى لحقوق الاجازة الى ناحية السبب اعنى مقام التلفظ بالصيغة أو مقام استعمالها في معناها ، ، ويستدل على ما اختاره من لحقوق الاجازة بوجود ثلاثة (الاول ما اشار اليه بقوله لعموم ادلة الوفاء الخ) وحاصله ان عموم ادلة الوفاء يقتضى صحة العقد الصادر من العبد مطلقاً ، سواء كان مع اذن المولى ام لا لكنه قيد بالآية المباركة الدالة على اعتبار اذن المولى فيتوقف صحته على اذن المولى لكن دليل المقيد لا يختص بالاذن السابق بل باطلاقه يشمل ما اذا كان الاذن لاحقاً هذا مع الشك في المراد من المقيد وانه هل يراد منه خصوص الاذن السابق أو الاعم منه ومن اللاحق يكون المرجع هو عموم ادلة الوفاء ، ، وذلك لاجمال المخصص اعنى دليل اعتبار الاذن ودورانه بين الاكثر وهو خصوص الاذن السابق اذ خصوصية سبق امرزائد يكون مشكوكاً وبين الاقل وهو مطلق الاذن الاعم من اللاحق ، ، ولما كان المخصص منفصلاً

لايسرى اجماله الى العام يؤخذ بالمتيقن منه ويرجع في الزائد المشكوك الى العموم كما هو الشأن عند الشك في اجمال المخصص المنفصل .
واشار الى الوجه الثاني الذي افاده بصورة التأييد للوجه الاول بقوله .
ويؤيد ارادة الاعم من الاجازة الصحيحة السابقة (الخ) ، وحاصله ان رواية زرارة المذكورة في الكتاب تدل على اعتبار اذن المولى في نكاح العبد و طلاقه ، حيث قال عليه السلام المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده ولفظ الاذن ولو فرض عدم اطلاقها على الاذن المتأخر بالخصوص ولكنه قابل لان يحمل على خصوص الاذن السابق وقابل لان يحمل على الاعم ورواية الواردة في صحة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى اذا تعقب باجازة المولى تكون قرينة على ارادة الاعم في رواية زرارة ، وذلك لان ماورد في صحة نكاحه عند التعقب بالاجازة يصير مبنياً للمراد من الاذن الذي اعتبر في رواية زرارة وان المراد به هو الاعم من الاذن اللاحق .

فان قلت المذكور في رواية زرارة هو اشتراط نكاح العبد و طلاقه معاً باذن المولى فكما وارد بدليل آخر كفاية الاذن المتأخر في صحة نكاحه كذلك ورد دليل آخر في عدم صحة طلاقه باذن المتأخر فيه ~~يمكن~~ ان يجعل ذاك الدليل قرينة على خصوص الاذن السابق من رواية زرارة اذ ليس جعل ماورد من كفاية الاذن المتأخر في صحة النكاح قرينة على ارادة الاعم من الاذن السابق اولى من جعل ماورد من عدم كفاية الاذن المتأخر في صحة طلاقه قرينة على ارادة الاذن السابق .

قلت هذه المعارضة يتم لو كانت رواية زرارة مسوقة لبيان اشتراط طلاق العبد ونكاحه باذن المولى ، وليس كذلك بل انما هي مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق ويلزمه توقف طلاقه على اذن المولى لكن هذا اللزوم

ليس مدلولاً مطابقاً للرواية و (ح) لا يمكن ان يجعل ما يدل على عدم كفاية الاذن اللاحق في صحة طلاقه قرينة على ارادة خصوص الاذن السابق في رواية زرارة هذا.

واشار الى الوجه الثالث بقوله ويؤيد المختار بل يدل عليه ماورد في صحة نكاح العبد (الخ) ، وحاصله ان نكاح العبد من غير اذن سيده يمكن ان يكون بمباشرة لا يقاع العقد ويمكن ان يكون بتوكيله لحر في ايقاعه وعلى الاول يكون امضاء المولى لضمنون نكاحه امضاء لسيده ايضاً ، و بعبارة اخرى عند صدور العقد عن العبد بالمباشرة يحتاج الى امضاء امضاء النكاح بمعناه الاسم المصدري وامضائه بما هو سبب صادر عن العبد موجب لتحقيق مسببه وعند صدوره عن وكيله يحتاج الى امضاء واحد وهو امضاء المعنى المسببي اذ السبب (ح) لا يحتاج الى اذن المولى والرواية بترك الاستفصال تدل على كفاية الاذن اللاحق في صحة السبب كما تدل على كفايته في صحة المسبب فتكون دليلاً على تأثير الاجازة اللاحقة في العقد الصادر عن العبد بما هو سبب ، وهذا محصل الوجوه المستفادة عن العبارة مع ما فيها من الاغلاق ، والكل مختوش .

اما الاول فلأن دعوى شمول اطلاق الاذن للاذن المتأخر ممنوع جداً كيف والاذن بمفهومه العرفي عبارة عما يكون سابقاً أو مقارناً والامر المتأخر انما يسمى بالاجازة فالاذن مأخوذ في مفهومه العرفي ان لا يكون متأخراً أو جعل كلمة الاذن في قوله لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا باذن سيده اعم من الاذن اللاحق مناف مع ما يفهم من لفظ الاذن عرفاً الذي هو المناط في معناه فبطل الوجه الاول بمنع اطلاق الاذن للمعنى الاعم من السابق .

واما الوجه الثاني فلأن جعل ماورد في رواية الوارادة في صحة نكاح العبد

من التعليل بأنه عصى سيده واذا اجاز جاز الدال على كفاية الاجازة المتأخرة في صحة نكاحه قرينة على ان المراد من الاذن في رواية زرارة هو المعنى الاعم عجيب اذ كيف يكون قبول النكاح للاجازة المتأخرة قرينة على تعيين المراد من لفظ الاذن في رواية زرارة مع انه على فرض تسليم تمامية القرينة يجيب السؤال المذكور من معارضة تلك القرينة مع ما دل على عدم كفاية الاجازة المتأخرة في الطلاق وكون الرواية مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق لا لبيان اشتراط طلاقه بالاذن مع انه مشترك بين الطلاق والنكاح اجنبى عن جواب الاشكال لان الاذن المشروط في الطلاق والنكاح سواء كان دليل اشتراطه والاعلى اشتراطه بالالتزام أو دالاً عليه بالمطابقة يمكن ان يكون بالمعنى الاعم ويمكن ان يراد معناه الاخص فكما ان الرواية الدالة على كفاية الاجازة المتأخرة في النكاح تجعل قرينة على ارادة معناه الاعم كذلك دليل الدال على عدم كفاية الاجازة المتأخرة في الطلاق تجعل قرينة على ارادة معناه الاخص كان الاشتراط مدلول الدليل بالمطابقة وكان الدليل مسوقاً لبيان انه أو كان مدلوله بالالتزام .

مركز تحقيقات كامپوز علوم اسلامی

واما الثالث فلان مقتضى ما دل على كفاية اجازة السيد في صحة نكاح العبد هو قابلية السبب للحقوق الاجازة اذا كان المسبب متعلق الاجازة وتعلقت الاجازة الى السبب تبعاً لتعلقها الى المسبب ، ، حيث ان اجازة المسبب بسبب لا ينفك عن اجازة سببه وليس فيه دلالة على كفاية اجازة السبب في نفسه اذا تعلقت الاجازة به مستقلاً فيما ليس للسيد اجازة المسبب ، ، وما نحن فيه من هذا القليل حيث ان الاشكال في كفاية الاجازة المتأخرة بما لم يكن من تصرفات العبد في ملك المولى مثل بيع ما في يده بل كان من قبيل ما لنفسه يتبع به بعد عتقه كضمانه أو لا يتبع به بعد عتقه كضمانه أو كان راجعاً الى غيره كضمانه غير

غيره ، ، واما بالنسبة الى ما في يده من الاموال فلا اشكال في كفاية الاجازة المتأخرة لكونه فضولياً كما قدمناه ، ، وبالجمللة الدليل الذي ذكره المصنف قدس سره يدل على كفاية الاجازة المتأخرة المتعلقة الى السبب لو كانت تبعياً في صورة كان له اجازة المسبب والمدعى كفاية اجازته فيما كان نفس السبب هو المتعلق للاجازة مستقلاً من دون ان يكون صحة المسبب متوقفاً على اجازة السبب والمتحصل ان الوجوه الثلاثة التي ذكرها في كفاية الاجازة المتأخرة في صحة السبب كلها ممنوعة .

والتحقيق ان يقال ان صحة السبب لا تتوقف على اجازة المولى اصلاً وذلك لما بنياء من ان المراد من السبب هو الدرجتين الاوليين اعني التلفظ بالصيغة و استعمالها في معناها بل هاتان الدرجتان خارجتان عن النهي الدال عليه عموم آية (لا يقدر على شيئي) وعلى فرض شمول العموم لهما ايضاً لا يدل النهي الأعلى حرمتها وهو لا يدل على الفساد وانما المحتاج الى الاجازة هو المسبب بدرجته اعني مرحلة الانشاء بالمعنى المصدري و مرحلة المنشأ بالمعنى الاسم المصدري فعينئذ يجاب عن الاشكال بما يجيب في تنسيات الفضولي بان كفاية الاجازة المتأخرة ليست مختصة بخصوص ما اذا وقع العقد على مال المجيز بل يعمه وما كان واقعاً على نحو يكون موقوفاً على اذن مخلوق سواء كان لاجل وقوع العقد على ملكه أو لاجل وقوعه على حقه كبيع مال المرهون أو كان متوقفاً على اذنه أو لاجل كون متعلق العقد ملكاً أو متعلقاً لحقه كعقد بنت الاخ أو الاخت على العمة أو الخالة ففي جميع هذه الموارد تكفي الاجازة المتأخرة وهي تتعلق دائماً الى ناحية المسبب غاية الامر في بعض الموارد على كلتا درجتيه كما في اجازة المالك وفي بعض الموارد على الدرجة الاولى منه كما في اجازة العمة أو الخالة لمقدي بنت الاخ أو الاخت .

والعبارة الجامعة لما ذكرناه هي ان يقال كل عقد صادر عن شخص يتوقف نفوذه على اذن مخلوق تكفي اجازة من لأذنه دخل في صحته .
وهذا المعنى بذلك الجامع العام وان كان محلاً للكلام ووقع فيه البحث بين الاعلام الا انه سيجب في تنسيب الفضولي بأن ما ذكرناه هو المختار ، وعليه فمعاملة العبد تكون داخلية في هذا الجامع من غير اشكال كما لا يخفى .
والمتحصل مما ذكرناه هو ان الظاهر من المصنف قدس سره ارجاع النهي الى ناحية السبب ثم الاستدلال على صحته بعد الاجازة بما ورد من كفاية اجازة السيد نكاح عبده الشامل لما كان العبد هو بنفسه عاقداً بالمباشرة بواسطة ترك الاستفصال .

ومحصل الايراد عليه ان النهي لا يكون راجعاً الى السبب وعلى تقدير ارجاعه اليه لا يدل على الفساد ، وعلى تقدير دلالة على الفساد ما ورد من كفاية الاجازة المتأخرة في صحة النكاح لا يدل على كفايتها في صحة السبب لان كفاية الاجازة المتأخرة في صحة النكاح انما يدل على كفايتها في صحة السبب لو كان السبب غير مستقل في الاجازة بل كان كالمعنى الحرفي في تعلق الاجازة به بواسطة تعلقها بالسبب ولا يلزم من صحته اذا تعقب بالاجازة تبعاً : صحته اذا تعلق به الاجازة مستقلاً وبما هو معنى اسمي مستقل للمحافظ و ما استظهرناه من كون نظره قدس سره الى ارجاع النهي بناحية السبب انما هو من تعبيره عن مورد الاجازة بنفس الانشاء الصادر حيث يقول في مقام بيان المنع عن عقد العبد بأن المنع من جهة راجعة الى نفس الانشاء الصادر (الخ) ولكن الانصاف عدم ظهور لفظ الانشاء في ارادة ارجاع المنع الى السبب بمعنى التكلم بالصيغة او بمعنى استعمالها في معناها بل هو يصرح في آخر كلامه بعدم المنع عن التكلم والاستعمال في المعنى فمقصوده من الانشاء

الممنوع عنه هو ما ذكرناه من الدرجة الاولى الراجعة الى ناحية المسبب (فح) فيرد عليه المنع عن استدلاله في كفاية الاجازة المتأخرة بما ورد من صحة النكاح بها كما بيناه وكيف كان فحق المقام هو ما ذكرناه من عدم اختصاص مورد الاجازة بما اذا كان التصرف واقعاً في ملك الغير بل يصح العقد بالاجازة في كل مورد كان واقفاً ومتوقفاً على اذن الغير اما لاجل تعلق حقه بمتعلق العقد أو لاجل قصور في العاقد نفسه كما بيناه .

قوله قد فرغ لو امر العبد أمر أن يشتري نفسه من مولاه (البح) اعلم ان شراء العبد نفسه لغيره بالوكالة عن الغير تارة يكون بشرائه نفسه من مولاه نفسه و اخرى بكون باشرائه نفسه من وكيل مولاه وعلى الثاني فالأمر يكون وكيل المولى و كلاً مطلقاً في بيعه وفي اعضائه لتوكله عن الغير و اخرى بكون وكيله في خصوص بيعه ولا يكون و كلاً في انفاذ توكل العبد عن غيره فهنا صور ثلاث وقد اورد في صحة بيع العبد نفسه عن مولاه نفسه أو عن وكيل المولى اشكالان (الاول) ان الموجب اذا كان المولى نفسه أو وكيل المطلق عنه تكون اجازة وكالة العبد عن غيره في شراء نفسه له بعين ايجاب البيع فالايجاب يقع في حال عدم قابلية العبد للقبول حيث انه بالايجاب تنفذ وكالته فيصح قبوله بعد نفوذ وكالته ، ، وفيما كان الايجاب من الوكيل المختص في البيع لم يتحقق قابليته للقبول حتى بعد الايجاب ايضاً فتبطل المعاملة لاجل عدم قابلية القابل للقبول حين الايجاب سواء حصل له القابلية بعد الايجاب . ام لا ، ولا يخفى ما فيه من الوهن . لانه لا دليل على اعتبار قابلية القابل للقبول حين الايجاب بل يكفي في صحة العقد كونه واجداً لشروط القبول حين القبول فيصح العقد اذا كان الموجب هو المولى نفسه أو صدر الايجاب عن وكيله المطلق ، ، واما اذا صدر عن الوكيل المختص بالبيع فيكون قبول

العبد واقعا في حال عدم تنفيذ وكالته عن الغير فيصير العقد المركب منه ومن الايجاب (ح) فضولياً فلا يلغو الايجاب ايضاً بل يتوقف على الاجازة ، اما اجازة موكل العبد في قبول الصادر عنه او اجازة مولى العبد في وكالة العبد عن الغير واياماً كان يصح العقد باحدى الاجازتين من غير اشكال .

الاشكال الثاني لزوم اتحاد الموجب والقابل اذا العبد لما كان ملكاً للمولى حين القبول فكان بمنزلة المولى فكان الايجاب والقبول صدر كلاهما عن المولى غاية الامر الايجاب منه فسد والقبول منه بعبده ، ولا يخفى ان هذا الاشكال اضعف من الاشكال الاول ، اما اولاً فللكفاية التعدد الاعتباري في كل عقد واما ثانياً فلأنه على فرض اعتبار التعدد وعدم الاكتفاء بالتعدد الاعتباري التعدد الخارجي في المقام موجود اذا الايجاب يصدر عن شخص آخر واما الاتحاد اعتباري وملاك الصحة وهو التعدد الواقعي موجود في المقام فلا وقع لهذا الاشكال اصلاً الى هنا نختم الكلام في الجزء الاول مما علقناه على مكاسب الشيخ الاعظم استاذ الاساتيد آية الله الكبرى الحاج شيخ مرتضى (الانصاري) نور الله تعالى مضجعه مما استفدناه من ابحاث شيخنا واستادنا الاعظم آية الله في الانام من الله الملك العلام الميرزا محمد حسين (النائيني) الغروي قدس سره وطيب رمسه مع ما سنح بخواطري الفاتر في بعض الموارد حامداً لله سبحانه ومصلياً على النبي وآله عليهم من الصلوات انماها وازكاها وكانت ختامه للطباعة بيد مؤلفه الفقير الضعيف الفاني محمد تقى بن محمد الاملى عفى عن جرائمهما في ضحى يوم السبت الخامس من شهر ربيع الثاني من شهر سنة ثلاثمائة وثلاثة وسبعين بعد الالف من الهجرة النبوية على مهاجرها آلاف السلام والتحية والحمد لله اولاً وآخر أَوْ ظاهراً وباطناً .

كلمة المؤلف	٢
تقريض الاستاذ الاعظم النائيى (قده) على الكتاب وكلمته	٤
فى حق مؤلفه	٥
الكلام فى المكاسب المحرمة	٥
النهى عن المبادلة بين المالىين بما يوجب نقل المين على قسمين	٥
الاول ما كان النهى ناشئاً عن عدم قابلية احدا العوضين للمبادلة	٥
فى بيان المراد من النهى	٦
فى استثناء بيع الدهن المتنجس	١٣
هل يعتبر فى صحته اشتراط الاستصباح	١٤
هل يعتبر فى صحته بيعه اعلام المشتري	٢٠
الثانى ما يحرم من جهة صفة موجودة فيه	٢١
فى حكم الدراهم المفضوشة	٢٢
ما كانت صفته المحرمة امرأ نفسانياً لا موجوداً خارجياً	٢٤
ما كان التحريم لاجل الغاية المترتبة عليه	٢٥
فى الفرق بين مقدمة الواجب ومقدمة الحرام	٢٨
فى احتمال ترتب الغاية المحرمة عليه	٣١
فى بيان ما يفسد من المعاملات من جهة النهى عنه وما لا يفسد	٣٢
توجيه كلام الشيخ (قده) ان المخصص لا يوجب تعنون العام	٣٤
المقام الثانى فى حكم بذل المال بازاء المنافع المحرمة	٤٠
فيما يعتبر فى صحة الاجارة	٤١
فى اخذ الاجرة على الواجب	٤٢
فى اخذ الاجرة على المبادات	٥٣

في حكم جوائز السلطان	٥٧
في حكم مجهول المالك	٧٦
في حكم مالوظهر المالك	٧٨
في المال المختلط بالحرام	٧٩
في البيع	٨١
في الفرق بين البيع والصلح	٨٤
في تعريف البيع	٨٥
في بيان حقيقة البيع	٨٦
فيما يعتبر في البيع	٨٨
فيما يعتبر في العوض	٩٠
في جعل الحر عوضاً	٩١
جعل الحق عوضاً في البيع	٩٤
في بعض تعاريف البيع	٩٨
تقريب التمسك باطلاق ادلة المعاملات	١١١
الكلام في المعاطات	١١٩
في توجيه القول بافادة المعاطات للإباحة	١٢١
في البحث عن الادلة الدالة على صحة المعاطات	١٣١
فيما اورده الشيخ الكبير على القول بالإباحة	١٤١
الكلام في حكم المعاطات من حيث اللزوم والجواز	١٦٣
في البحث عن عدم اختلاف حقيقة الملك باللزوم والجواز	١٦٨
في البحث عن الاستدلال بعموم دليل السلطنة	١٧٧
في البحث عن الاستدلال بقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم	١٧٩

الرقم	العنوان	-٤٩٤-
١٨١	في الاستدلال بعموم قوله تعالى او فوا بالعقود	
١٩٠	هل يعتبر في المعاطات ما يعتبر في البيع باللفظ	
١٩٤	في البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي فيما يرتب عليه	
• •	من الاحكام	
٢٠١	في البحث عما به يتميز البائع عن المشتري	
٢٠٤	في انحاء قصد المتعاطيين	
٢٠٨	في عدم جواز اباحة التصرفات المتوقعة على الملك	
٢١٠	في المراد من تقدير الملك	
٢١٧	في الكلام عن صحة الاباحة بالعوض	
٢١٩	في جريان المعاطات في البيع	
٢٢٥	في البحث عن جريان المعاطات في الرهن	
٢٢٦	في تأسيس الاصل في لزوم المعاطات وجولزها على القول بالملك	
• •	او الاباحة	
٢٤١	فيما لو كان احد العوضين ديناً	
٢٤٤	فيما لو قل العينين او احديهما بقدر لازم	
٢٥٣	فيما لو كان الناقل عقداً جازياً	
٢٥٥	فيما لو باع العين فضولياً	
٢٥٨	فيما لو امتزجت العينان او احديهما	
٢٦١	فيما لو تصرف في العين تصرفاً مغيراً للصورة	
٢٦٢	القسم السادس من الملزمات مود احد المتعاطين	
٢٦٣	في ان اللزوم الطارى على المعاطات هل هو قابل للفسخ والاقالة	

الرقم	العنوان	-٤٩٥-
٢٦٦	في البحث عن اجراء الخيارات في المعاملات	
٢٦٩	في الامرين اللذين لم يذكر في المتن ينبغي ذكرهما	
٢٧٢	في الفاظ العقود	
٢٧٦	في الكلام في الخصوصيات المعتبرة في الفاظ العقود	
٢٨١	في عدم صحة الانشاء بالالفاظ المجازية	
٢٨٣	في حكم الانشاء بالملحوظ	
٢٨٤	في البحث عن تقديم الايجاب على القبول	
٢٨٩	في البحث عن الموالات بين الايجاب والقبول	
٢٩١	في البحث عن اعتبار التنجيز في العقود	
٢٩٦	في المقبوض بالعقد الفاسد	
٣٠٠	في قاعدة ما يضمن بصحيحة	
٣١٠	في الامور المعتبرة في عكس قضية ما يضمن	
٣١٣	في دفع النقوض عن عكس القاعدة	
٣٢٢	في ذكر الاقوال في مثل بعتك بلائمن وآجرتك بلا اجرة	
٣٢٥	في البحث عن وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد	
٣٢٩	في حكم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد	
٣٣٠	في البحث عن قاعدة الخراج بالضمان	
٣٣٥	في البحث عن المثلي والقيمي	
٣٣٩	في حكم الشك بين المثلي والقيمي	
٣٤٧	في حكم تعذر المثل	
٣٤٩	في البحث عن الاقوال في المدار على القيمة	
٣٥١	في الدارهم التي استقطت عن الاعتبار	

في البحث عن القيمي	٣٥٧
في صحيحة أبي ولاد	٣٥٩
فيما يرده على فقه صحيحة أبي ولاد	٣٦٢
فيما استدعى به للقول بضعان على القيم	٣٦٨
مدرك القول باعتبار قيمة يوم التلف	٣٧٠
وينبغي التنبيه على أمور	٣٧١
التنبيه الثاني في حكم بدل الحيلولة	٣٧٣
في الفروع التي يذكر في بدل الحيلولة	٣٧٦
في شروط المتعاقدين	٣٩٥
في تفصيل الكلام في حجر الصبي	٤٩٦
في اشتراط قصد المتعاقدين	٤٠٤
في البحث عن اعتبار المالكين في البيع	٤٠٨
في البحث عن اعتبار علم كل من الموجب والقابل بكون طرفه أصيلاً	٤١٥
أو كلاً أو فضولياً	• •
من شرائط المتعاقدين الاختيار	٤١٨
في المراد من الاختيار	٤١٩
في الأدلة الدالة على اعتبار الاختيار	٤٢١
في التحقيق في مدلول حديث الرفع	٤٢٤
في البحث عن اعتبار اقتران الأكره مع الإيعاد	٤٢٥
في البحث عن الأكره على الكلي	٤٢٧
في البحث عن إمكان التضي	٤٢٨
في حكم الأكره على البيع بحق	٤٣٨

- | | |
|---|-----|
| في اكراه احد شخصين على فعل واحد | ٤٤١ |
| في اكراه احد شخصين على احد فعلين | ٤٤٢ |
| في الاكراه على توكيل الغير | ٤٤٥ |
| في اكراه الوكيل على قبول الوكالة | ٤٤٦ |
| هاهنا فروع | ٤٤٨ |
| فيما اذا اكراه على بيع احد الشيئين فاختر المكره بيعهما معاً | ٤٤٩ |
| فيما اذا اكراه على الطلاق وذكر صورته | ٤٥٣ |
| في البحث عن الرضاء بالبيع المكره عليه | ٤٥٧ |
| في التكلم عما يقتضيه آية التجارة | ٤٦١ |
| في التكلم عما يقتضيه حديث الرفع | ٤٦٥ |
| في ان الرضاء المتأخر ناقل او كاشف | ٤٧٢ |
| في بيع المملوك | ٤٧٦ |
| في تنقيح البحث عن صحة ما يصدر عن العبد بالاجازة | ٤٨١ |
| لو امر العبد امران يشتري نفسه من مولاه | ٤٩٠ |



الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله أجمعين
لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم
المشرفة من نشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي وإيكم سرداً
لبعض منشوراتها:

من الكتب التي تم طبعها

- | | |
|-----------------------------------|---|
| إعداد السيد محمد جواد الجلاي | ١- أحاديث المهدي من مسند أحمد بن حنبل |
| تأليف الشيخ أحمد الصابري الهمداني | ٢- أدب الحسين وحماسه |
| = العلامة الحلي | ٣- إرشاد الأذهان ج ٢ و ١ |
| = السيد طالب الخراسان | ٤- الإسلام السعودي المصوغ |
| = الشيخ ياسين عيسى العاملي | ٥- الاصطلاحات في الرسائل العملية |
| = الشيخ محمد حسين المظفر | ٦- الإمام الصادق (ع) ج ١ و ٢ |
| إشراف الشيخ ناصر مكارم الشيرازي | ٧- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل ج ١ و ٢ |
| = الشيخ محمد حسن القديري | ٨- البحث في رسالات عشر |
| = الشيخ محمد حسين الاصفهاني | ٩- بحوث في الفقه، وتشمل على: |

أ- صلاة الجمعة

ب- صلاة المسافر

ج- الأجر

محقق مؤسسة النشر الإسلامي

١٠ - بحوث في الاصول، وتشمل على: تأليف الشيخ محمد حسين الاصفهاني

أ. الاصول على النهج الحديث

ب. الطلب والإرادة

ج. الاجتهاد والتقليد

تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي

١١ - تأويل الآيات الظاهرة = السيد علي الحسيني الاسترآبادي

١٢ - التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرايع = الشيخ حسين علي الفرطوسي

١٣ - الحدائق الناضرة ج ١-٢٠ = الشيخ يوسف البحراني

١٤ - حقائق هامة حول القرآن = السيد جعفر مرتضى العاملي

١٥ - الخلاف ج ١-٢ = شيخ الطائفة الطوسي

١٦ - دراسات وبحوث في التاريخ والاسلام ج ١-٢ = السيد جعفر مرتضى العاملي

١٧ - دور الفوائد ج ١-٢ = آية الله الشيخ عبد الكرم الحائري

١٨ - الذرية الطاهرة = محمد الرازي الدولابي

١٩ - رياض السالكين ج ١-٥ = السيد علي خان المدني

٢٠ - السرائر ج ١-٢ = ابن إدريس الحلبي

٢١ - شرح الأخبار ج ١-٣ = القاضي النعمان المغربي

٢٢ - الصلاة ج ١ (تقارير بحث المحقق الداماد) = الشيخ محمد المؤمن

٢٣ - الصلاة ج ٢ و ٣ (تقارير بحث المحقق الداماد) = الشيخ عبد الله الجوادى الآملي

٢٤ - صلاة الجمعة = الشيخ مرتضى الحائري

٢٥ - فرائد الاصول = الشيخ مرتضى الأنصاري

٢٦ - فوائد الاصول ج ١ و ٢ (تقرير بحث آية الله الثاني) = الكاظميني الخراساني

٢٧ - فوائد الاصول ج ٣ و ٤ (تقرير بحث آية الله الثاني) =

مع حواشي آية الله آفاضل الدين العراقي

- ٢٨- قاعدة لاضرر وإفاضة القدير
- ٢٩- قاموس الرجال ج ١-٤
- ٣٠- كشف الرموز ج ٢
- ٣١- كشف المراد (في شرح تحريد الاعتقاد) مع تطبيقات عليه
- ٣٢- كنز الدقائق ج ١-٥
- ٣٣- مبعوث الحسين (ع)
- ٣٤- مجمع الفائدة والبرهان ج ١٠-١١ في
- شرح إرشاد الأذهان
- ٣٥- معادن الحكمة ج ١-٢
- ٣٦- معالم الدين وملاذ المجتهدين
- ٣٧- المنقعة
- ٣٨- منتقى الجمان ج ١ و ٢
- ٣٩- المنهج الجديد في تعليم الفلسفة ج ١ و ٢
- ٤٠- من هو المهدي (ع)
- ٤١- المذهب البارع ج ١
- ٤٢- وقعة الطف
- ٤٣- الوهاية في الميزان
- تأليف شيخ الشريعة الاصفهاني
- = العلامة الشيخ محمدتقي التستري
- = الشيخ حسن الفاضل الآبي
- = العلامة الحلبي
- تحقيق الشيخ حسن زاده الآمل
- = ميرزا محمد المشهدي
- = محمد علي عابدين
- = المقدس الأردبيلي
- تحقيق الشيخ مجتبي العراقي والشيخ علي بناء
- الاستشاري وآغا حسين اليزدي
- = محمد بن الفيض الكاشاني
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- = الشيخ المفيد
- تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي
- حسن ابن الشهيد الثاني
- تحقيق علي أكبر الغفاري
- = الاستاذ محمدتقي مصباح اليزدي
- = الشيخ أبوطالب التجليل التبريزي
- = ابن فهد الحلبي
- = أبي مخنف
- = الشيخ جعفر السبحاني

مركز تحقيق كتاب تراث علوم اسلامی

