

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

Amulī

تعلیقه

علی مکاسب المرحوم

العلامة الانصاری

(قدس سره)

من تقریرات بحث

المرحوم الاستاذ الاعظم المیرزا

محمدحسین الغروی النائینی

(طاب مضجعه)

للحاج الشیخ محمد تقی الاملی

(عفی عنه)

طبع علی نفقة الموفق المؤید الحاج محمود فرازنده

دام عزه

۱۳۷۲ه ۱۳۳۱ش

چاپ بوذرجمهری مصطفوی

2264
.1185
.557
mojallad1

كلمة المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

سبحانك اللهم ، لك الحمد على عطاياك الوافرة ، ومننك المتظافرة ونبتهل اليك في الصلوة على افضل خليقتك ، وسيد اصفيائك من انبيائك و رسلك ، محمد المبعوث الى الثقلين ، وعلى اله المرضيين المطهرين ، عليهم من الصلوات ازكاها ، ومن التحيات انماها ، وبعد ، فيقول الضعيف الراجي رحمة ربه محمد تقي بن محمد الاملي عفى الله عنهما ، هذه جملة مما استفدته في ابواب المكاسب والمعاملات من مباحث شيخنا وملاذنا ومن اليه في العلوم النقلية سنادنا واعتمادنا ، مولى الانام ، مرجع المجتهدين الاعلام ، آية الله الملك العلام ، **الميرزا محمد حسين النائيني طيب الله تعالى رمسه** ، وشكر سعيه وجزاه عنا خير جزاء استاذ عن تلامذته ، وقد اوردته على نهج التعليقة على مكسب الشيخ الاكبر استاد الاساتيد ، الاية الكبرى من الله البارى ، الشيخ مرتضى الانصارى ، نور الله مضجعه الشريف

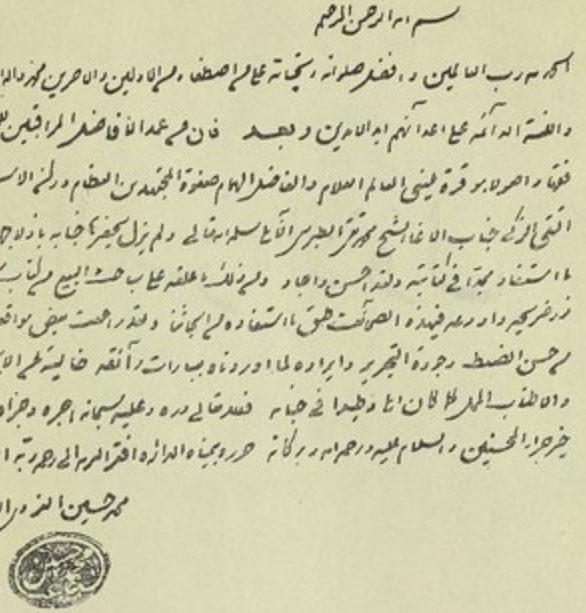
ولقد قال الاستاد قدس سره عند شروعه فيها لجها بذة تلامذته شكر الله مساعيهم الجميلة «تعلموا منى المكاسب فاني رجل مقبوض» تشويقا لهم في التلقي والحفظ ، ولعمري لقد اجاد فيما افاد وكانما كان ما اودعه الشيخ الاكبر قدس سره مخزوناً علمه عنده ، واعطيت مفاتحه بيده وكان هو المخصوص في كشف حقائق اسراره ، كما هو الظاهر من آثاره ، التي منها ما انبتناه في هذا الصحائف ، وعلى الله توكلي ، وبه ثقتي

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
32101 014685596

الجزء الاول



88-B32820-1 (V.1)



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله رب العالمين ، بارى الخلائق اجمعين، والصلوة والسلام على محمد سيد المرسلين، وعلى اله الاكرمين الاطهرين، و اللعنة على اعدائهم الى يوم الدين.

((الكلام فى المكاسب))

اعلم ان المكاسب تنقسم باعتبار نفس التكسب الى حرام ومكروه ومندوب ومباح ، ومثلوا للمندوب بالزراعة والرعى،و الظاهر عدم وجود الواجب بمعنى ان يكون نوع خاص من التجارات واجباً بعنوانه الاولى، و ان كان بسبب طرو عنوان اخر يصير واجباً الا انه خارج عن الفرض (و كيف كان) فالمهم هو البحث عن المكاسب المحرمة وهى تنقسم الى قسمين (الاول) ماكان بعنوان مبادلة العين بمال كالبيع ونحوه بما يوجب نقل العين (الثانى) ماكان من قبيل نقل المنافع كالاجارة (والقسم الاول) ايضاً ينقسم الى قسمين (احدهما) ماكان النهى عنه ناشياً من عدم قابلية احد العوضين للمبادلة كالحشرات (والثانى) ماكانت حرمته ناشية عن مفسدة فى نفس تلك المبادلة مع صلاحية العوضين للنقل و الانتقال ، و القسم الاول من هذين القسمين ينقسم الى اقسام.

وقبل الشروع فى اقسامه يجب تقديم امرين (الاول) ان الفقهاء رضوان الله عليهم ذكروا فى باب المكاسب المحرمة امورا محرمة لاربط لها بباب المعاملات كالغيبة والنميمة والكذب استطراداً (فربما يورد عليهم) بانه ان كان الغرض هو البحث عما يتعلق بالمكاسب المحرمة فما وجه هذا الاستطراد . ؟ وان كان الغرض استقصاء المحرمات فما وجه الاقتصار على ذكر بعضها فى طى المكاسب المحرمة ؟ ولكن هذا البحث لفظى لا يعبأ به، (الثانى) فى تعيين متعلق هذه الحرمة كما فى قولنا «بيع الخمر حرام» وانه هل هو عبارة عن التلفظ بالايجاب والقبول ؟ او عن انشاء البيع باللفظ؟ او عن المنشأ بذلك الانشاء اعنى المعاملة

المخصوصة المعبر عنها بمبادلة مال بمال ؟ وجوه (والتحقيق هو الاخير) 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 ماياتى توضيحه فى شرح حقيقة البيع) وحرمة تلك المبادلة ذاتية لانها ارشاد الى فسادها وان كانت مستلزمة لذلك ولاحرمة تشريعية منوطة بقصد التشريع ، بل ذاتية كحرمة شرب الخمر ونحوها ولا ينافى ذلك مع حرمة مايترتب عليه ايضاً من التصرف فيما انتقل اليه بالبيع المحرم كالاكل والشرب و نحوهما لان ذلك محرم اخر ثبتت حرمته من ناحية عدم جواز التصرف فى مال الغير بعد فرض فساد المعاملة ،وحرمتها غير منافية مع حرمة ايجاد البيع المنهى عنه بالمعنى الاسم المصدرى.

(فان قلت) النهى عن البيع الاسم المصدرى مقتض لسلب القدرة عن ايجاده فلايكون حراماً ذاتياً لاشتراط متعلق التكليف بالقدرة والاختيار (قلت) اعتبار المتعاملين للنقل و الانتقال شيئى، وكونه مما امضاه الشارع شيئى اخر ، فما هو متعلق النهى هو الاول وهو مقدور للفاعل بعدا لنهى ايضاً ،وما هو المرتفع بالنهى هو الثانى لكاشفية النهى عن عدم امضاء الشارع.

اذا عرفت ذلك فلنشرع فى بيان الاقسام (فالاول) ماكان النهى عن المعاملة «بالمعنى الاسم المصدرى» من جهة عدم مالية احد العوضين عرفاً كبيع الديدان و الخنافس ، ويلحق به ما اسقط الشارع ماليته بالنهى عن جميع تقلباته كالميتة ، حيث انه بعد النهى عن الانتفاع بها تسلب عنها المالية بعد ان كانت مالا عرفاً ، و لعل اكثر الاعيان النجسة من هذا القبيل ، و بعد انتفاء المالية عن احد العوضين اما عرفاً واما شرعاً يكون اكل المال بازائه اكلا للمال بالباطل المنهى عنه فى الاية الكريمة

وليعلم ان مناط مالية كل شيئى هو احد الامرين على سبيل منع الخلو

(احدهما) باعتبار الخاصية المرتبة عليه اعنى المنافع التى يتوقف ترتبها على الشيئى على ذهاب عينه كرفع الجوع فى الخبز و رفع العطش فى الماء (الثانى) باعتبار المنافع المترتبه على الشيئى مع بقاء عينه كالسكنى بالنسبة الى الدار والركوب بالنسبة الى الدابة والخدمة بالنسبة الى العبد. فاذا لم يكن للشئى لاخاصية ولا منفعة صح سلب المالية عنها، و كذا اذا كان له شئى منهما نادراً بحيث لا يعبأ به عند العرف، كما ان الامر كذلك لو كان مسلوب الخاصية والمنفعة شرعاً بان حرم الانتفاع به مطلقا، وهذ امعنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه» فان المراد من تحريم الشيئى تحريمه بقول مطلق الذى هو عبارة عن تحريم جميع انتفاعاته لاتحريم بعض منافعه مع الترخيص لبعض اخر اذ هو ليس تحريماً للشيئى بقول مطلق (و عليهذا) فالملازمة بين تحريم الشيئى بهذا المعنى وبين تحريم ثمنه عرفية ارتكازية لكون تحريم الشيئى كذلك مستلزماً لسلب المالية عنه ومعه لايصح بذل المال بازائه لانه انما يبذل المال عند العرف بازاء المال و اكثر ما ورد فى ابواب المعاملات امور ارتكازية ليس بنائها على التعبد كما لايخفى على المتدبر فيه (وبالجملة) فتحريم الشيئى بماهو هو بقول مطلق يستلزم تحريم ثمنه، لانتفاء المالية عنه بالتحريم فلايصح بذل المال بازائه ،

و لايوجب جواز استعماله فى حال الاضطرار لجواز الاكتساب به بتوهم انه ليس حراماً بقول مطلق ، فان المراد من تحريمه بقول مطلق هو تحريمه بما هو هو مع قطع النظر عن طرو العناوين الثانوية الطارية عليه كالاضطرار ونحوه (لايقال) لولم يكن الجواز المختص بحال الاضطرار منشأ لجواز الاكتساب للزم المنع من الاكتساب بشئى من عقاقير الادوية، لاختصاص مورد الانتفاع بها بحال المرض والاضطرار (لانا نقول) فرق بين كون الانتفاع العادى للشيئى فى حال الاضطرار مع كون الاضطرار عادياً وبين ما اذا كانت منافعه العادية محرمة ولم يبق له منفعة عادية محللة اصلا و كان منفعته فى

حال الاضطرار لندرة وقوع الاضطرار ملحقة بالعدم ، فباب عقاقير الادوية من قبيل الاول وماذكرناه من قبيل الثاني . كيف ؟ . ولو كان مايحصل الانتفاع به في خصوص حال الاضطرار مع كون الاضطرار عادياً مما لايجوز التكسب به لكان اللازم المنع عن الاكتساب بالخبز والماء و نحوهما حيث ان الانتفاع بالخبز انما هو في حال الجوع و بالماء في حال العطش (فالمتحصل مما ذكرنا) هو عدم جواز الاكتساب بما لا مالية له عرفاً اوشرعاً اى من جهة انتفاء الخاصية والمنفعة عنه اما بنظر العرف كالخنافس واما من جهة تحريم الشارع الانتفاع به بقول مطلق ،

ويندرج تحت هذا الضابط امور (الاول) ماتقدم مما لا مالية له عرفاً (الثاني) جميع الاعيان النجسة وغيرها من النجاسات (عدى ما استثنى) **وماورد** من نفي البأس عن بيع العذرة **فهو مطروح** وحمله على عذرة غير الانسان لاشاهد له، **ورواية سماعة** الجامعة بين حرمة بيع العذرة وحرمة ثمنها وبين نفي البأس عن بيعها **لاتصير** شاهدة على الحمل المذكور لانه ليس جمعاً عرفياً اذ المعيار فيه هو انه اذا فرض المتعارضين في كلام واحد وعرض على العرف لايبقى للعرف تحير في فهم الكلام ، ولاخفاء في التحير في الجمع بين قوله حرام بيع العذرة وبين نفي البأس عن بيعها المذكورين في رواية سماعة .

ويلحق بالعذرات النجسة ابوال مايؤكل لحمه لانها لامنفعة محللة فيها فلا مالية لها ، الا انه استثنى منها بول الابل لدعوى النص والاجماع على على جواز شربه وبيعه وهو ممنوع لان النص الوارد على جوازه ضعيف ، والاجماع مردود بمخالفة العلامة وجملة من الاساطين المانعين عن شربه و بيعه.

ويلحق بها ايضا جميع المتنجسات التي لاتقبل التطهير مع كون ماليتها

متقومة باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة كاللبن والدبس المايع ،فالمعتبر فى حرمة المعاوضة عليها امران (الاول)عدم قبولها للتطهير فلو كان المتنجس قابلا للتطهير فلا مانع من المعاوضة عليه سواء كان مائعاً كالماء المتنجس القابل للتطهير بالقاء الكر عليه، او كان غير مائع مما يقبل التطهير كالاوانى والفراش و سواء كان قوام ماليته باستعماله فيما يشترط فيه الطهارة كالماء المتنجس و الحنطة المتنجسة ام لا كالفراش المتنجس (وهل يجب) اعلام المشترى مطلقا اولا يجب مطلقا او يفصل بين ما كان استعماله العادى مشروطاً بالطهارة كالماء و بعض الاوانى فيجب الاعلام و بين ماليس كذلك فلا يجب؟ وجوه اقواها عدم الوجوب مطلقاً وذلك لعدم مايدل على وجوب الاعلام ، لعدم المحذور فى مرقات المتنجس مع الجهل فليس فى ترك الاعلام محذور الا ان الاحوط هو الاعلام خصوصاً فيما يكون استعماله العادى مشروطاً بالطهارة (وثانيهما) كون قوام ماليتها باستعمالها فيما يشترط فيه الطهارة بان كان تحصيل خاصيتها المترتبة عليها او المنفعة المحصلة منها مشروطاً بالطهارة (وعند تحقق الامرين) تصير مسلوبة المالية شرعاً وذلك لان قوام ماليتها باستعمالها مع الطهارة والمفروض عدم قابليتها للطهارة فتكون حراماً بقول مطلق ، وكلما حرم الله شيئاً حرم ثمنه ، فيدخل فيما استثناه من الضابط بخلاف ما اذا لم يكن قوام ماليتها مع الطهارة حيث انه لا منع عن الانتفاع بها (ح) ولو لم يقبل التطهير ومع عدم تحريمها بقول مطلق تكون ماليتها محفوظة عرفاً وشرعاً فيصح المعاوضة عليها (فتحصل مما ذكرناه) ان ما سلبت عنه المالية عرفاً او شرعاً لا تصح المعاملة عليه ، وان من هذه الكلية هو جميع الاعيان النجسة والابوال الطاهرة (الابول الابل على كلام فيه) وجميع المتنجسات المتوقفة ماليتها على طهارتها مع عدم قبولها للتطهير

على المتيقن منه، ومن ظهور كون ذكر السمن من باب المثال لالاجل خصوصية فيه فيتعدى منه الى كل ما يمكن ان ينتفع به بالاستصباح و لو كان نادراً (وهذاهوالاقوى).

ثم انه يقع الكلام فى امور(الاول) انه هل يعتبر فى صحة البيع اشتراط الاستصباح؟ اويعتبرمجرد كونه غرضاً للبيع ولولم يشترط فى العقد؟ اولايعتبرشئى من ذلك ؟ وجوه، مقتضى ظاهر النصوص عدم اعتبار الاشتراط (ففى صحيح معوية بن وهب) المحكى عن التهذيب بعدالتفصيل بين السمن والعسل وبين الزيت بان السمن والعسل يؤخذ الجرذ وما حوله والزيت يستصبح به قال «يبيع ذلك الزيت و ينبه لمن اشتراه ليستصبح به» (و فى صحيح سعيد الاعرجى) فى السمن والعسل والزيت قال «وان كان الصيف فادفعه حتى يسرج به» (وفى خبرابى بصير) عن حكم السمن والزيت قال عليه السلام وان كان ذائباً فاسرج و اعلمهم اذا بعته (و فى خبر اسمعيل بن عبد الخالق قال عليه السلام «اما الزيت فاتبعه الان تبين له فيبتاع للسراج» وظاهرهذه الاخبار كما ترى هوصحة البيع من دون اعتباراشتراط الاسراج بل ظاهرماعدى الاخيرمنها هوصحته لمجردترتب الاستصباح عليه وانه كاف فى ماليته، لانه يعتبرفى صحته قصد الاسراج حتى من قوله عليه السلام فى رواية ابى بصير «واعلمهم اذابعته» وقوله عليه السلام فى صحيح معوية «وينبه لمن اشتراه ليستصبح به» فان الظاهر ان الاعلام انما هو لاجل اطلاع المشترى على النجاسة لئلايصرفه فى منافعه المحرمة لانه يعتبرفى صحة بيعه قصدالاسراج به، (لكن الظاهرمن الرواية الاخيرة) اعنى قوله عليه السلام فيبتاع للسراج هواعتبار كون الابتياع لاجل الاسراج به بمعنى كون الغرض منه هوذلك (والاقوى) التفصيل بين القسم الاول من الاقسام الاربعة المتقدمة وبين بقية الاقسام، فلايعتبرفى

الاول 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 الا بالقصد اليه بالخصوص حتى فى القسم الثانى من الاقسام الاربعة بناء على ان تكون المنفعة المحللة الشايعة فيماله منفعة محللة ومحرمة عنوانا للمبيع لاداعياً فى بيعه كماسيجئى انشاء الله تعالى فى الامر الرابع مع كلام فيه

(الامر الثانى) نسب الى المشهور وجوب كون الاستصباح به تحت السماء وليس على الاختصاص به دليل سوى المرسل المنقول عن المبسوط ، وفى صحة الاستدلال به منع فانه مضافاً الى ارساله يمكن منع دلالته على الوجوب لاحتمال كون ذلك ارشاداً الى تاثر السقف بدخان النجس (لوقيل بتنجسه به) ضرورة عدم الحرمة الذاتية لتنجيس السقف و ان كان ظاهر المرسل ذلك الا انه بعيد ، و مجرد ذهاب المشهور على وجوب الاسراج تحت السماء لايصلح الاستناد اليه فى الحكم ، مع امكان كون فتويهم ايضاً ارشاداً الى ماذكرنا والله العالم .

(الامر الثالث) هل يختص جواز بيع الدهن المتنجس بكونه لاجل الاسراج به ؟ اويصح بيعه للانتفاع به فى غيره من المنافع المحللة له ؟ وجهان مبنيان على حصر جواز الانتفاع به بالاسراج فى بعض النصوص ، و من جواز الانتفاع به فى غيره ممالايشترط فيه الطهارة كان يعمل به الصابون اويطلى به الاجرب ونحوه (وتنقيح ذلك) موقوف على تنقيح الاصل فى النجاسات والمتنجسات الغير القابلة للتطهير وانه هل هو يقتضى جواز الانتفاع بهما فى غير ما يشترط فيه الطهارة الاما ثبت حرمته ؟ اوان الاصل يقتضى حرمة الانتفاع بهما الاما ثبت جوازه (والكلام) يقع قارة فى تنقيح ماهو

فى مقابل كلب الهراش كما هو المتراءى من قوله عليه السلام واما الاخر فلا يحل ثمنه ، و(ح) فلا بأس بالجواز فى غير كلب الهراش بعد ثبوت الماليه له عرفاً وشرعاً و تأيد ذلك بمرسلة المبسوط و الله العالم .

(الثالث) العصير العنبى بعد الغليان قبل ذهاب ثلثيه (والكلام فيه) يقع تارة من حيث نجاسته واخرى فى جواز بيعه من حيث حرمته (والتحقيق) عدم اقتضاء نجاسته ولا حرمته للمنع عن بيعه ، وذلك لعدم زوال ماليته بذلك لكونه قابلا للعلاج ومعه فليس مما سلب المالية عنه بقول مطلق الذى هو الملاك فى عدم جواز البيع (فان قلت) الخمر ايضاً مما يقبل العلاج لامكان الاستخلال فيلزم جواز بيعها بهذا الملاك (قلت) الفرق بين الخمر وبين العصير من وجهين (الاول) ان قابلية العصير للعلاج انما هو مع بقاء صورته النوعية فيصح الحكم عليه بما هو عصير بالمالية لكونه قابلا للعلاج ، و هذا بخلاف الخمر اذ هى بالعلاج تخرج عن الخمرية وتصير خلا ففى حال كونه خمراً ليس بمال وفى حال ماليته خل لا خمر (الثانى) ان مناط مالية الخمر بحسب العرف هو المنفعة الشايعة عندهم لا استخلالها فان ذلك لا يعد من منافعها ولا يبذل المال عندهم بازائها باعتبار هذه الفائدة النادرة وهذا بخلاف العصير حيث ان قوام ماليته انما بجعله دبساً مثلا الموقوف على ذهاب ثلثيه شرعاً فيصح بذل المال بازائه باعتبار هذه المنفعة الشايعة له (و الظاهر) عدم اعتبار اشتراط العلاج على المشترى فى البيع و ذلك لما عرفت من ان 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 اولا ؟ وجهان اقواهما الوجوب لا بملاك و جوب الاعلام بالنجاسة بل بملاك كون علاجه مقوماً لماليته فلابد من الاعلام حتى لا يصرف الى غيره من المنافع المحرمة

التي ليس هو بها مالا، واما الاخبار الواردة في المنع عن بيعه بعد الغليان فهي محمولة اما على صيرورته خمراً او على صورة عدم الاعلام به

(الرابع) المعروف بين الاصحاب استثناء الدهن المتنجس، والظاهر عدم الاختصاص بالمتنجس بل النجس ايضاً حكمه ذلك و لعل الاختصاص بالمتنجس في كلمات الاصحاب لندرة تحقق الدهن النجس كالماخوذ من الية الميتة او لبن الكلب والخنزير (و كيف كان) فالكلام يقع تارة في حكم بيعه بحسب ما تقتضيه القاعدة و اخرى بحسب مايستفاد من النص (اما بحسب القاعدة) فاعلم ان الدهن على اقسام (فمنها) ماتكون منفعته المقصودة منه التي هو بها مال هو الاستصباح بحيث لو فرض له منفعة غيره لكانت نادرة غير مؤثرة في اعتبار ماليته وذلك كالنفط (ومنها) ماتكون منفعة الشايعة مشتركة بين الاستصباح وغيره كالزيت (ومنها) مايكون منفعته الشايعة هو الاكل لا الاستصباح ولايكون استصباحه من مقومات ماليته كالسمن (ومنها)ماتكون قيمته اغلى من ان يستصبح به كدهن اللوز والبنفسج، (وحكم هذه الاقسام) بحسب القاعدة هو جواز البيع في الاولين دون الاخيرين ، وذلك لتحقق المالية بمناط تحقق ملاكها في الاولين دونهما اذ المنافع النادرة التي لاتحسب من منافع الشيئ عرفاً لاتاثير لها في اعتبار المالية والمفروض في الاخيرين حرمة منافعهما الشايعة التي بها قوام ماليته بالتنجس وعدم قبول التطهير ،هذا بحسب القاعدة (واما مقتضى النصوص) فما يدل عليه بعضها هو جواز بيع الزيت المتنجس للاستصباح ، وهو مطابق مع ما عرفت من مقتضى القاعدة ، و في بعضها تعميم الجواز للسمن ايضاً و لا محيص عن العمل به الا انه يقع البحث في انه هل يقتصر في الجواز على السمن او يتعدى الى القسم الرابع اعني دهن اللوز ونحوه،وفيه وجهان،من كون الحكم على خلاف القاعدة المقتضي للاقتصار

ويستثنى عن هذه الكلية امور (الاول) المملوك الكافر، حيث يصح بيعه وشرائه وايقاع جميع انواع المعاملة عليه من الهبة و الاجارة وجعله مهراً ونحو ذلك ولا كلام في غير الفطري منه سواء كان ذمياً اومرتداً ملياً، وقد وقع الخلاف في الفطري فعن جماعة الاستشكال في بيعه ورهنه من جهة وجوب قتله الموجب لزوال ماليته و عدم ركون المرتهن عليه وعن فقيه عصره (قده) «١» 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 الاصحاب (ولا يخفى) ما فيه لان النجاسة بما هي ليست مانعة عن صحة البيع الا اذا كانت موجبة لسلب المالية عرفاً كما في بعض النجاسات او شرعاً كما في الخمر، فلا وجه للمنع مع بقاء مالية النجس عرفا وشرعا ولا اشكال في ان الانتفاع بالعبد ليس مشروطاً بطهارته فليس قوام ماليته منوطاً بالطهارة فهو مال وان كان نجساً (واما حديث كونه في معرض التلف) فالحق انه ايضاً غير مانع، فان التزلزل في بقائه لا يوجب زوال ماليته فهو مادام باقياً مال وان وجب اتلافه كما ان التزلزل في العبد المسلم المشرف على الموت غير مزيل لما ليته لامكان عتقه (و مما ذكرنا) ظهر ان خروج الكافر عن ما ذكرنا من الضابط ليس تخصيصاً بل هو تخصص لعدم شمول الضابط له اصلا كما عرفت.

(الثاني) الكلب غير كلب الهراش ولا اشكال في جواز المعاملة على الكلب السلوقي لقيام الاجماع عليه، وانما الكلام في امرين (احدهما) في اختصاص الجواز بالسلوقي او تعميمه لغيره من كلب الصيد ولو لم يكن سلوقياً (وثانيهما) في اختصاص الجواز بكلب الصيد او تعميمه لكلب الحائط والماشية والزرع (اما الاول) فربما قيل بالاختصاص بالسلوقي كما عن المقنعة والنهاية وذلك بدعوى انصراف ما دل على جواز بيع كلب الصيد بالسلوقي منه، وبن

«١» هو الشيخ الاكبر العلامة كاشف الغطاء (قده)

الاعتبار يشهد بالاختصاص به لامانة الكلب السلوقي بطبعه ، حيث انه لايأكل ما اصطاده دون غيره (ولايخفى) مافى دعوى الانصراف من الوهن كماان ما ادعى من اختصاص الامانة بالسلوقى اثباته على مدعيه مضافاً الى عدم كون ذلك موجباً لاختصاص الجواز به بعد كون غيره ايضاً قابلا للتعليم (فالاقوى) ما عليه المعظم من عدم الاختصاص وانه يجوز البيع فى مطلق كلب الصيد كما دل عليه جملة من المطلقات (واما الثانى) فالمشهور بين المتأخرين من زمن شيخ الطائفة هوجواز بيع كلب الماشية و الحائط والزرع ، و قد روى الشيخ (قده) فى المبسوط رواية مرسلة على جوازه فى كلب الماشية و والحائط وادعى عليه الاجماع فى جملة من الاقوال و الكلمات و هذا هو الموافق للقاعدة ايضاً حيث انه تقدم ان النجاسة بماهى ليست مانعة عن البيع مالم تكن موجبة لسلب المالية عرفاً اوشرعاً ، ولاشبهة فى ان المنافع المترتبة على الاقسام المذكورة من حفظ الدور و الماشية والزرع و البستان اعظم مما يترتب على كلب الصيد ولم يرد فى الشرع مايدل على حرمة اقتنائها لاجل هذه الفائدة العظيمة فليس اكل المال بازائها اكلا للمال بالباطل و لايشمله عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه ،

ولكن المنقول عن القدماء بل نسب الى المشهور بينهم هوالمنع ، و ذلك لمايدل على انحصار الجواز بكلب الصيد (كخبر قسم بن الوليد) عن الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذى لايصيد، قال سحت، «واما الصيود فلا بأس به» (وخبر ابى بصير) عنه عليه السلام عن ثمن كلب الصيد قال لاباس به واما الاخر فلايحل ثمنه (وخبره الاخر) عنه عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثمن الخمر ومهر البغى وثمن الكلب الذى لايصطاد من السحت» وفى معناها غيرها (ولكن يمكن) حمل هذه الاخبار على كون حصر الجواز فيها بكلب الصيد حصراً اضافياً

المختار عند الاصحاب واخرى فيما يقتضيه الاخبار وثالثة بالنظر الى ما يقتضيه الاصل العملى (اما بالنظر الى كلمات الاصحاب) فالمختار عند المشهور من المتأخرين من زمن شيخ الطائفة هو الجواز الا فيما ثبت فيه المنع وكذا عند المحدثين من المتقدمين الذين عليهم التعويل فى جبر العمل بالرواية فيما عملوا به والقدح فيما اعرضوا عنه (وعند اصحاب الفتوى من القدماء) هو المنع الا ما ثبت جوازه (هذا حال اقوال الاصحاب) واما بحسب الروايات فمجمل القول فيها هو تعارضها فى المنع والجواز بالتعارض التباينى بحيث لا جمع عرفى فيها.

ففى المروى عن نوادر الراوندى عن الكاظم عليه السلام فى السئوال عن الشحم الذى يقع فيه شيئ له دم فيموت قال تبيعه لمن يعمل صابونا (الخبر) وهو دال على جواز الانتفاع بالشحم بجعله صابوناً وعلى بيعه لاجل هذه الفائدة وعلى الانتفاع بالصابون المتنجس وبيعه (ولكن مورده) مختص بالشحم المتنجس دون النجس حيث يسئل عن الشحم الذى يقع فيه شيئ له دم فيموت، الظاهر فى طهارة الشحم ذاتاً (وخبر الصيقل) وفيه (بعد السؤال عن حكم عمل جلود الميتة وشرائها وبيعها ومسها وعن حكم الصلوة مع مسها للبدن والثوب) كتب عليه السلام «اجعلوا ثوباً للصلوة» وظاهره التقرير على ما هم عليه من عمل الميتة لغمد السيوف وبيعها و شرائها فيدل على جواز الانتفاع بها بمثل ذلك الانتفاع وعلى جواز بيعها وشرائها ايضاً.

وفى مقابلها مادل على ان الميتة لاتنتفع بها مثل خبر الكاهلى وفيه قال عليه السلام ان فى كتاب على عليه السلام ان ماقطع (اى من اليات الغنم) ميت لاينتفع بها (وماورد) من ان ثمن الميتة سحت الظاهر فى حرمته بقول مطلق الملازم لحرمة الانتفاع بها المقوم لماليتها (وما فى خبر تحف العقول) بعد عدم افيه

وجه من وجوه الفساد نظير الربوا ونحوه قال : «اوشيئ من وجوه النجس فهذا كله منهى عن اكله وشربه ولبسه وملكه وامساكه والتقلب فيه فجميع تقلبه في ذلك حرام» فانه دال على حرمة جميع الانتفاعات من النجس و يكون المتنجس الغير القابل للتطهير بحكمه ،(والمناقشته فيه) بعدم ظهور كون قوله عليه السلام في ذلك حرام، راجعاً الى الاخير(ضعيفة) لانه اما راجع الى الاخير او الى الجميع و على كل تقدير فرجوعه الى الاخير متيقن ، فيدل على المنع من جميع الانتفاعات بالاعيان النجسة

ولكن الانصاف عدم المعارضة بين تلك الروايات بالتعارض التباينى وذلك لان ماورد منها فى المنع عن الميتة عام ، مثل ثمن الميتة سحت ،ومادل على جواز الانتفاع بها خاص بالنسبة الى بعض الانتفاعات كالاستقاء بجلدها كما فى بعض ادلة الجواز ، او بيعها من مستحليها كما فى بعض اخر ، و كذا ماورد فى الجواب عن حكم الغنم يقطع من الياتها وهى احياء ايصلح ان ينتفع بها ؟ قال : «نعم يذيبها ويسرج بها ولايأكلها ولايبيعها» وظاهر النهى عن بيعها انما هو النهى عنه للاكل لاالنهى عنه بقول مطلق ، (وكذا ماتقدم) من رواية الصيقل،

و هذه الروايات المجوزة كلها كما ترى اخص من روايات المنع ، لانها تثبت الجواز فى موارد خاصة ، وهى تدل على المنع بالعموم ، ومقتضى الصناعة الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد او العام على الخاص (واما رواية تحف العقول) فهى ايضاً تدل على حرمة جميع التقلبات بالاطلاق سواء كان مما فيه الصلاح اوالفساد ، (لكن فى نفس هذه الرواية) مايدل على تقييد المنع بما فيه الفساد ، فتخرج الانتفاعات الحاصلة من النجس ممالیس فيها وجه من وجوه الفساد ، ومقتضى ذلك عدم بقاء مايدل على المنع على

عمومه ، هذا بحسب مايستفاد من الروايات في الميتة ،والمتحصل منهاهو عموم المنع من الاخبار المانعة الاما ثبت جوازه من الاخبار المجوزة في موارد خاصة .

واما في الخمر فيمكن دعوى المنع عن انتفاعاتها التي بهاقوام ماليتها العرفية بل لم تثبت لها منفعة مباحة سوى التضميد الذي لو سلم جوازه لايعد من المنافع التي تقوم ماليتها بها لكونه من المنافع النادرة فلايصح بيعها لاجل هذا النفع النادر (واما سائر انواع النجاسات) غير الميتة والخمر فالظاهر المستفاد من الجمع بين الادلة هو جواز الانتفاع بها الا فيما قام الدليل على المنع (وعليه) فيصح بيعها ايضاً اذا كانت منافعها المحللة مما تقوم به ماليتها او كان استعمالها بخواصها المباحة مقومة لماليتها « هذا بحسب ما يستفاد من الاخبار في مسئلة الانتفاع بالنجاسات»

واما بالنظر الى مايستفاد من الاصول (فتوضيح الكلام فيه) ان اصالة الحل الثابتة في الاشياء المشكوكة تثبت جواز الا نتفاع بالاعيان النجسة فيما شك في جواره ممالم يرد فيه نهي ، و بجواز الانتفاع بها الثابت بالاصل يثبت جواز بيعها اذا كان مقوماً لماليتها و ذلك لترتب قياس من كبرى معلومة وهي : « كلما لايكون الانتفاع المقوم لماليته منهياً عنه يصح بيعه» وصغرى محرزة بالاصل و هي: « ان النجاسات ممالا يكون الانتفاع المقوم لماليتها منهياً عنه» (لايقال) ان الموجب لانتفاء ماليته هو الحرمة الواقعية و لو ثبت الترخيص في استعمالها عند الشك في حرمتها بالاصل، وهذا كما ان الترخيص في حال الاضطرار لايوجب ماليتها مع حرمتها في حال الاختيار (فانه يقال) لاشبهة في ان الحرمة المزيلة لماليتها انما هي التي توجب حرمان المكلف عن الانتفاع بها في عالم التشريع بحيث كان العين لامالية لها في مرحلة التكوين

و لااشكال ان هذا المعنى لايتحقق الابعد تنجز التكليف لوضوح ان التحريم بوجوده الواقعى الغير الواصل الى المكلف لايقتضى حرامانه عنه ، وبعد ثبوت الترخيص فى الانتفاع عند الشك فى الحرمة تكون المالية باقية بحالها المكان الانتفاع بها المقوم لماليتها ، (واما الحلية فى حال الاضطرار) فقد تقدم انها ليست من مقومات المالية للشئ لكون الاضطرار نادرياً وهذا واضح وان لم يتعرض له الاستاددام بقائه فى البحث.

(اقول) ما افاده دام بقائه فى المنع عن استعمال الخمر الافى التضميد مع الاستشكال فيه ايضاً محل منع لعدم ثبوت تحريم اسقائه الدواب والزرع واستعماله فى الاصباغ اذلم يقم دليل على حرمة هذه الانتفاعات فلو كانت مما تقوم به المالية العرفية لكان اللازم صحة بيعها لاجلها ايضاً (لكن الانصاف) ان غير التضميد من تلك الانتفاعات لاتعد من منافعها المقصودة الحافظة لماليتها عرفاً والمنفعة النادرة لاتوجب صحة المعاملة عليها وان كانت مباحة (واما التضميد) فهو منفعة شايعة مقصودة موجبة لماليتها عرفاً ، فلولم يثبت منع عنه يكون اللازم هو الحكم بصحة البيع لاجل تلك المنفعة الشايعة (اللهم الاان يقوم دليل) على تحريم بيعها تعبداً كما لايبعد ان يكون الخمر كذلك بالنظر الى اطلاق معاقد الاجماعات والنصوص الناهية عن بيعها

واما المتنجسات فالامر فيها اوضح ، اما بالنظر الى الدليل فلورود اخبار متعددة على جواز الانتفاع بها فى موارد كثيرة بحيث يمكن استنباط قاعدة كلية منها مع عدم مايدل على المنع عن الانتفاع بها بالعموم او الاطلاق فلاحاجة الى تجشم الجمع بين الاخبار كمافى باب النجاسات على ماعرفت (واما بالنظر الى الاصل العملى) فمقتضى استصحاب جواز الانتفاع بها الثابت قبل التنجس هو عموم الجواز الاماثبت المنع عنه (فظهر ان مقتضى الاصل فى

النجاسات والمتنجسات) هوجواز الانتفاع بهافيمالم يثبت اشتراط الطهارة فيها، هذا كله حكم بيع النجاسات و المتنجسات التى ثبت لها منافع محللة

ثم انه على تقدير المنع عن جواز بيعها فاما ان 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 فلابأس فى جواز اعطاء شيئى مجاناً لمن له حق اختصاص بها ليرفع اليدعنها فيحوزهاغيره (واما صحة الصلح) عن حق الاختصاص بها فالحق هوالتفصيل بين كون المنع عن البيع لمكان انتفاء المالية العرفية وبين كونه لاجل التعبد بالقول بصحة الصلح فى الاول دون الثانى (وذلك) لكون مناط الفساد فى بيعها فى الاول هوانتفاء المالية بالنهى عن الانتفاع بها ويكفى فى صحة الصلح كونها متعلقة لحق الغير واختصاصها به ولولم يكن مالا عرفاً ، وهذا بخلاف الثانى حيث يستفاد من النهى التعبدى مبغوضية المبادلة على هذا المال ،والصلح تغيير فى المبادلة اذبه يحصل ماكان يحصل بالبيع

الرابع انه هل يعتبر فى صحة بيع الدهن المتنجس اعلام المشترى بتنجسه ؟ اولا يعتبر و لا يجب وجوباً شرطياً ؟ وجهان مبنيان على ان المتنجس الذى زال عنه بعض منافعه التى كانت مناط ماليته وبقى بعض اخر، مثل الدهن المتنجس الذى زال منفعته الشايعة وهى الاكل مثلا وبقيت منفعته فى الاستصباح ، هل تكون منفعته الباقية المقومة لماليته عنواناً له اوداعياً بمعنى انه يعتبر فى بيعه ان يكون معنوناً بعنوان كونه واقعاً على المبيع الذى يتقوم ماليته بتلك المنفعة ؟ اولايصير عنواناً لبيعه بل يصح بيعه ولولم يكن معنوناً بذاك العنوان وانما هى ملاك مالية متعلق البيع بلاان يصير عنواناً للمبيع ؟ (وبعبارة اخرى) اذاكان للشيئى منفعة محرمة ومنفعة محللة و كانت منفعته المحللة مقومة لماليته فهل يصير البيع الواقع عليه معنوناً

بعنوان كونه واقعاً على المال تارة وعلى غير المال اخرى حتى يحتاج فى تحقق عنوان البيع الواقع على المال الى القصد لكونه امراً قصدياً ؟ اوان بيعه بيع وارد على المال بملاك صحة ترتب المنفعة المحللة عليه وان لم يقصد فى بيعه تلك المنفعة، بل وان قصد المنفعة المحرمة مالم يكن على نحو الاشتراط (قال الاستاد دامت افاداته) «الظاهر هو الاول» ولم يظهر لى وجه لذلك، بل يمكن دعوى الظهور فى خلافه حيث ان ملاك المالية موجود قصد اولم يقصد، والمفروض اناطة صحة البيع على مالية متعلقه الموجودة فليس فى اعتبار قصد منفعته المحللة ولاعدم قصد منفعته المحرمة وجه اصلا (فالحق ان الاعلام ليس شرطاً) نعم لابأس بالقول بالوجوب النفسى لظهور الاخبار المتقدمة فيه مثل قوله عليه السلام واعلمهم اذا بعته وقوله عليه السلام وينبه لمن اشتراه فيستصبح به، والله العالم.

هذا تمام الكلام فيما يكون المنع عن بيعه من جهة انتفاء ماليته عرفاً او شرعاً،

(القسم الثانى)

مما يحرم التكسب به ما يحرم من جهة صفة موجودة فيه، اولترتب غاية محرمة عليه، وهذا على اقسام (الاول) ماكانت الصفة المحرمة فيه امراً موجوداً فى الخارج، وذلك كالصليب والصنم ونحو ذلك مما يكون مركباً من المادة والصورة وكانت ماليته قائمة بهما او بصورته فقط، وحكم هذا القسم انه لايخلو بيعه عن وجوه (احدها) ان يبيع ذلك بحيث يقع الثمن

بازاء صورته، وهذا ممالااشكال في تحريمه (ثانيها) ان يبذل العوض بازاء مجموع المادة والصورة بحيث تكون للصورة ايضاً دخل في المبادلة وهذا ايضاً لااشكال في تحريمه (الثالث) ان يكسره ويبيع مادته وهذا ممالااشكال في جوازه «اذا بقيت له مالية بعد الكسر» (الرابع) ان يبيعه بحيث يبذل العوض بازاء مادته فيما كان لمكسوره قيمة و يشترط على المشترى كسره مع الاطمينان والوثوق بوفائه بالشرط، وهذا ايضاً ممالااشكال في صحته (واما مع عدم الاطمينان) ففي صحة البيع اشكال من جهة ان الدفع اليه مع عدم الوثوق بوفائه اعانة على الاثم ، (لكن الاقوى) عدم اعتبار الوثوق بالوفاء بل يكفي اشتراط الكسر وان لم يفي المشترى به لان مرحلة الوفاء بالشرط اجنبي عن مرحلة اعتباره في صحة البيع،

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

لا بذلك العنوان خلافاً للشيخ (قده) حيث فصل بين القسمين بالحكم بالبطلان فيما وقع عليه البيع بعنوان كونه مسكوكا بسكة المعاملة ، والصحة فيما وقع على شخصه من دون عنوان (وهو ممنوع) لان مورد البطلان من جهة تخلف العنوان هو ما اذا كان التخلف بتخلف جنس الى جنس اخر لا بتخلف الوصف مع اتحاد الجنس ، فالاول كما فيما اذا باع الموجود المعين على انه حمار فبان انه فرس، والثانى كما اذا باع العبد المعين بعنوان انه كاتب فظهر انه امى ، وكما اذا باع الدرهم المعين بعنوان انه مسكوك بسكة المعاملة فبان انه مسكوك بالسكة الخارجة فانه (ح) يصح البيع ويثبت الخيار كما سيأتى تفصيله بعون الله تعالى (وبالجملة) فحكم هذا القسم هو الصحة من غير اشكال

(القسم الثانى) ما اذا كان الغش فى طرف المادة بكونها من غير جنس الدرهم كما اذا كانت رصاصاً مع كون السكة هى سكة المعاملة ، وحكمه هو فساد البيع فيما اذا وقع على المعين الخارجى بعنوان انه فضة، و ذلك لعدم وقوعه على الفضة بعدتين كونه غيرها فهو كما لو باع الموجود على انه حمار فبان انه فرس وهذا واضح

(القسم الثالث) هو بعينه القسم الثانى، لكن مع كون المادة مختلطة من جنس الفضة والرصاص مثلا وحكمه انه وان كان يمكن ان يقال بالتبعض بمعنى صحة البيع فيما يخصه من جنس الفضة و البطلان بقدر ما يخصه من جنس الرصاص (لكن) لمكان عدم انفصال احد هما عن الاخر واختلاطهما لا يصح البيع فى الجميع، هذا بالنسبته الى حكم المعاوضة،

واما بالنسبة الى حكم كسره ، فنقول : هل يجب كسره او يجوز ابقائه وصرفه فى مثل التزيين و الدفع الى الظالم و العشار او الى الحربى احتيالا للاستنقاذ منه ؟ وجهان ،اقواهما الاول، وذلك لما دل على وجوب كسره على

نحو الاطلاق كما فى رواية الجعفى، او مع القائه فى البالوعة كما فى 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 اولا؟ وجهان، من ظهور الخبر الاخير فى اعدامها و الامر بالالقاء فى البالوعة كناية عنه، ومن ان الامر به انما هو كناية عن عدم ماليته وهو مختص بما اذا لم يكن لمكسوره مالية معتد بها فينحصر فى القسم الثانى الذى كان الغش فيه من جهة المادة ممالا قيمة لها كالرصاص، وامامع ماليتها فيجوز صرفها فى البيع و نحوه بعد الكسر لانها مال عرفى يجوز الانتفاع به، بل من اظهر انواع المال فيما اذا كان ذهباً اوفضة، «وهذا هو الاقوى».

(القسم الثانى) ماكانت صفته المحرمة امراً نفسانياً لاشيئاً موجوداً فى الخارج، وذلك كالجارية المغنية حيث ان صفتها راجعة الى كمال نفسانى والوجوه المتقدمة فى القسم الاول متصورة فى هذا القسم عدى ازالة الصفة ثم بيعها اواشتراط ازالتها على المشترى عند البيع وذلك لعدم قبول ازالتها (والظاهر) صحة المعاوضة على نفس الجارية لابماهى مغنية بحيث يبذل العوض بازاء كونها جارية، كما انه لااشكال فى تحريم المعاوضة عليها بماهى مغنية، ويدل عليه من النص ماورد من ان ثمن الجارية المغنية سحت و انه مانمنها الاكثمن الكلب و ثمن الكلب سحت والسحت فى النار

(القسم الثالث) ماكان تحريمه لاجل تحريم غايته المترتبة عليه، مثل آلات اللهو و القمار، وهذا يضاً على قسمين (الاول) ان لاتكون له الاالغاية المحرمة، وذلك كآلات القمار حيث لايترتب عليها اثر محلل الانادراً، وحكمه كالصليب والصنم فما يصح فيه البيع من الوجوه المتقدمة يصح فى هذا القسم ايضاً وما يبطل فيه باطل فيه ايضاً، فراجع وتأمل (الثانى) ان يستعمل تارة فى المحلل واخرى

فی المحرم استعمالا شایعاً کالطبل المستعمل فی الحرب و اللهو، والظاهر فی هذا القسم صحة بیعه مع بقاء هیئته ولو مع عدم اشتراط کسره علی المشتری اذا کان بعنوانه المحلل کما اذا قصد من بیعه ترتب الغایة المحللة علیه کبیع الطبل للحرب بحیث یکون الغرض المحلل عنواناً للبیع الموجب لوقوعه علی ذلک الوجه الموجب للصحة، (واما اذا قصد من بیعه) ترتب غایة محرمة کبیع العنب ممن یعمله خمرا، او الخشب ممن یعمله صنماً او الطبل لاهل اللهو والطرب، فان کان علی نحو الاشتراط فلا اشکال فی البطلان کان یبیع العنب علی ان یعمله خمراً، واما مجرد العلم بکون المشتری یصرفه فی الغایة المحرمة فقد ورد فی حکمه اخبار متعارضة، ففی جملة منها تصریح علی جواز بیع العنب ممن یعلم انه یصنعه خمراً، وفی بعضها قد صرح بالمنع عن بیع الخشب ممن یتخذه صلیباً او صنماً، وقد افتی بعض بمضمونهما معاً ففرق بین بیع العنب و بین بیع الخشب، ولکنه بعید لظهور اتحاد الحکم فیهما و ان کان ربما یفرق بکون الفساد فی صناعة الصنم اشد من عمل العنب خمراً (وقال الاستاد دامت برکاته) ان الاظهر حمل اخبار المنع علی الکراهة لمادل علی الکراهة فی بیع العنب کقوله علیه السلام فی خبر رفاعة عن بیع العصیر ممن یصنعه خمراً، «یبیعه ممن یطبخه او یصنعه خلا احب الی ولاری بالاول بأساً» (ولکنه) یشکل الحکم بالکراهة فی بیع العنب ایضاً لمادل علی صدور ذلک منهم علیهم السلام مما یابی عن الحمل علی الکراهة (ففی خبر ابی کهمش) «هوذا نحن نبیع تمرنا ممن نعلم انه یصنعه خمراً» (وفی خبر رفاعة) قال سئل ابو عبدالله علیه السلام وانا حاضر عن بیع العصیر ممن یخمره قال علیه السلام: «حلال، السنا نبیع تمرنا ممن یجعله شراباً خبیثاً؟» وابائهما عن الحمل علی الکراهة واضح حیث انه لایناسب الترخیص فی فعل المکروه مؤیدا باستمرار فعله علیه السلام کما یظهر من قوله علیه السلام السنا نبیع (الخ) وقوله علیه السلام هوذا نحن نبیع (الخ) فانه

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

وربما يستدل على حرمة بيع العنب ممن يعمله خمراً ونحوه بكونه اعانة على الاثم (وهو ضعيف) و توضيحه موقوف على تنقيح موارد الاعانة (فنقول) لا اشكال في حرمة مقدمة الحرام (اذا كانت من فعل فاعل الحرام) بالحرمة المقدمية فيما اذا كانت علة تامة لوقوع الحرام او الجزء الاخير منها وكذا في غير الجزء الاخير منها اذا كان ارتكابها بقصد التوصل الى الحرام، كما انه لا اشكال في عدم حرمة غير الجزء الاخير اذا فعله لا بذلك القصد، (واما بالنسبة الى فعل شخص اخر) فلا اشكال ايضاً في حرمة الجزء الاخير من اجزاء مقدمات صدور الحرام عن الاخر بحيث لا يحتمل عادة عدم صدوره منه باختياره بعد تحقق تلك المقدمة، كما اذا اراد الظالم ضرب احد عدواناً فاعطاه السوط بعد تمامية ارادته للضرب بحيث لم يكن بينه و بين الضرب حائل الا عدم كون السوط بيده، (وكذا الاشكال) في عدم حرمة كلما له دخل في صدور الحرام عن الغير اذا كان من المقدمات البعيدة ولم يك فعله بقصد التوصل الى صدور الحرام من الغير، والا كان اللازم حرمة اكثر المعاملات

(وانما الكلام) في المتوسط بين المقدمات البعيدة والمقدمة الاخيرة مع عدم قصد التوصل و بيان ضابط كلي بحيث ينطبق على مصاديقها (فنقول) قد عرفت شهادة الاخبار على جواز بيع العنب ممن يعمله خمراً بل صدور ذلك منهم عليهم السلام ومن البديهي ان جواز ذلك ليس من باب التخصيص لحرمة الاعانة على الاثم، لكون عموم هذا الحكم من العمومات التي لا تقبل التخصيص كالاحكام العقلية (فح) لا بد من بيان ضابط لمعنى الاعانة بحيث لا ينطبق على

مثل بیع العنب ممن یعمله خمراً المصرح بجوازه فی الاخبار حتی یکون خروجه عن حکم الاعانة بالتخصص لا بالتخصیص (فاعلم) ان مفهوم الاعانة عبارة عن فعل مایتمکن به الغیر من ایجاد ماهو مطلوبه، ولاشبهة فی صدق هذا المعنی علی الفعل الذی لایتوسط بینه و بین صدور مطلوب الغیر الا صدور الارادة التحقیقیة من الغیر بعدان کانت تقدیریة کمافی مثال مناولة السوط للظالم، حیث انه مرید للضرب علی تقدیر مناولة السوط و لیس بینه و بین الارادة الفعلیة للضرب حائل الاعدم کون السوط بیده (کما انه لاشبهة) فی عدم صدق الاعانة علی ماکان خارجاً عن سلسلة مقدمات وجود المعصیة و ان کان له دخل فی تحقق ارادة المعصیة (وبعبارة اخری) یکون واقعاً قبل حصول ارادة المعصیة من العاصی، وهذا کتجارة التاجر الموضوع لاخذ العشار منه العشر حیث ان تجارته هذه تکون منشأ لارادة العشار اخذ العشر منه بحیث لاارادة منه قبل التجارة ان یأخذ من ذلک التاجر شیئاً وان کانت له ارادة کلیة باخذ العشر من کل تاجر الا ان صدور اخذ العشر من هذا التاجر لا یتمشی من هذه الارادة الکلیة مالم تنضم الیها ارادة اخذ العشر بارادة جزئیة

(وانما الکلام) فی صدق الاعانة علی ماعدی الاخیرة من المقدمات الخارجة التی تقع بعد تحقق الارادة وانها هل هی اعانة مطلقا اولیست اعانة مطلقا اویفصل بین مایقصد به توصل مرید الاثم علی المعصیة و بین مالم یکن کذلک فیقال بکونها اعانة فی الاول دون الاخیر؟ وجوه، وهذا کما تقدم فیما کان صدور تلک المقدمات لصدور المعصیة من شخص العاصی نفسه (فنقول) الحق هو التفصیل بمعنی ان کل فعل له دخل فی صدور الحرام عن الغیر اذا قصد به توصل الغیر به الی الحرام فهو اعانة علی الاثم والا لایکون اعانة الا اذا کان الجزء الاخیر من مقدمات صدوره فانه لایحتاج فی صدق الاعانة علیه الی قصد التوصل

(فعليهذ) ففي بيع العنب ممن يعمل خمرا اذا قصد به توصل المشترى الى التخمير يكون اعانة والافلا ،

فان قلت شراء المشترى للعنب مقدمة للتخمير فيكون حراماً وفعل البائع اعانة على شراء المشترى لكون البيع مقدمة اخيرة بالنسبة الى الشراء وان لم يكن اعانة بالنسبة الى شرب الخمر ولا عمل التخمير لعدم كونه الجزء الاخير من مقدماتهما وبهذا البيان يكون البيع اعانة على الحرام وهو شراء المشترى (قلت) هذا مبنى على تسليم حرمة الشراء وهو موقوف على ان مقدمة الحرام حرام وهو على الاطلاق ممنوع (وتوضيحه) ان مقدمة الحرام على اقسام (الاول) ان يكون الشيئ الواحد معنوناً بعنوانين يكون باحدهما مقدمة وبالاخر ذيها كبعض الاسباب والمسببات التوليدية كما في رمي السهم بقصد القتل حيث انه بالعنوان الاولى رمي وبالعنوان الثانوى قتل والرمي علة للقتل ، وفي مثله لاشبهة في حرمة المقدمة لصدق نفس عنوان الحرام (الذى هو ذى المقدمة) عليه (الثانى) ان تكون بحيث لا يصدق عليها عنوان ذيها فيكون وجودها منحازاً عن وجود ذيها ولكن مع كونها آخر ما ينتهى اليه مقدمات الحرام بحيث ليس بينها وبين صدور الحرام عنه مقدمة اخرى الا ارادة الحرام ، وهذا القسم وان قلنا بحرمته سابقاً الا انه يمكن المنع عنه وذلك لمكان كون الحرام بعد تحقق تلك المقدمات ايضاً ممكن الصدور عن الفاعل بحيث له ان يفعل وله ان لا يفعل ، ومعه فلا وجه للالتزام بحرمته .

(فان قلت) ما الفرق بين مقدمة الواجب و مقدمة الحرام حيث يقال باستلزام ايجاب الشيئ ايجاب مقدمته و يمنع عن استلزام تحريم الشيئ تحريم مقدمته ؟ (قلت) الفرق واضح حيث ان وجود الشيئ يتوقف على وجود مقدماته فيترشح من ناحية ارادته ارادة الى مقدماته ،

وهذا بخلاف عدم الشيئ فانه لايتوقف على عدم مقدماته اذمع تحقق مقدماته ايضاً يمكن تركه اذا كان صدوره بعد تحققها اختيارياً (فح) لايتوقف عدمه على عدم جميع المقدمات حتى يكون عدم المقدمات مطلوباً من ناحية مطلوبية عدمه (نعم) هـذا يتم في العلة التامة فانها تصير حراماً بالحرمة المقدمية لمكان استحالة تخلف الحرام عنها، لكنه خارج عن هذا القسم بل هو من القسم الاول لان الضابط فيه عدم تخلل الارادة بين المقدمة و بين ذيها، كما ان ضابط هذا القسم هو بقاء الاختيار بعد تحقق المقدمة.

(الثالث) ان لاتكون المقدمة آخر ما ينتهي اليه المقدمات الخارجية سواء وقعت بعدها مقدمة واحدة او ازيد ولكن مع قصد الفاعل في اتيانها التوصل الى الحرام، وذلك كشراء العنب بقصد التخمير فيما اذا لم يكن الشراء مقدمة اخيرة لعمل الخمر، وعدم الحرمة في هذا القسم اولى من القسم الثاني لابعدية صدور الحرام عن فاعل هذه المقدمة من القسم المتقدم، واظهر من هذا القسم في عدم الحرمة (القسم الرابع) وهو مالايكون قصده في اتيان المقدمة الغير الاخيرة التوصل الى الحرام، كما اذا اشترى العنب لالاجل ان يتوصل به الى التخمير لكنه بداله التخمير بعد الاشتراء فانه لاشبهة في عدم حرمة شرائه والايلزم حرمة اكثر ما يصدر من الانسان من الافعال لان لها دخلا في صدور ما يصدر منه من الحرام (فتحصل) مما ذكرنا انحصار حرمة مقدمة الحرام بالقسم الاول وان شراء العنب ولو كان بقصد التخمير لادليل على حرمته حتى يكون البيع اعانة للحرام

(فان قلت) شراء العنب بعنوان التوصل الى الحرام تجرى على المولى فيكون حراماً بعنوان التجرى و يكون بيعه اعانة على التجرى المحرم (قلت) هذا مدفوع (اما اولا) فلان الشراء لا ينطبق عليه التجرى بالمعنى الاخص الا اذا تخلف عن عزمه بان لايجعله خمراً بعدما كان قاصداً للتخمير

وهذا خارج عن محل البحث لان كلامنا فيما يقصد به التخمير مع ترتب عمل الخمر عليه فليس هذا من التجرى المصطلح (واما ثانياً) فلانه لو سلمنا كونه تجرياً بمعنى كونه بصدد العصيان ، وفاعلا لما يوجب الطغيان ،وان فيه جرئة على مخالفة السبحان فالفعل المتجرى به لا يكون حراماً شرعياً على ما اوضحناه في الاصول من ان غاية ما يسلم هو القبح الفاعلى و هو غير مستتبع للخطاب المولوى (فح) لايكون الشراء ولو بعنوان التجرى حراماً حتى يكون البيع اعانة على الاثم (واما ثالثاً) فلانه لو فرض حرمة الفعل المتجرى به ايضاً فليس فعل البايع اعانة للمشترى على التجرى ، و ذلك لان شرائه ليس بنفسه عبارة عن التجرى بل الشراء محصل له ويترتب عليه كترتب اللازم على الملزوم ، لكن المشترى لم يقصد فى شرائه التجرى لكى يكون بيع البائع اعانة له فيه بل انما قصد فى شرائه التوصل الى التخمير و يكون فى قصده ذاك متجرياً بمعنى ان قصده ذاك مصداق للتجرى (كيف ؟) ولو كان قصده فى شرائه ان يتوصل به الى التجرى لكان قصده ذاك ايضاً تجرياً فكان فى قصده ذاك محتاجاً الى ان يقصد ذاك التجرى فيلزم التسلسل فى التجرى، فليس المشترى قاصداً للتجرى ، و(ح) لا يكون البايع فى فعله معيناً له فى تجريه

وقد يستدل لحرمة بيع العنب ممن يعلم انه يعمله خمراً بادلة وجوب النهى عن المنكر بتقريب ان المستفاد من ادلة وجوبه هو مبغوضية المنكر ومحبوبية خلو صفحة الوجود عنه، وهذا المعنى كما يتحصل بالرفع كذلك يحصل بالدفع فيكون الدفع كالرفع واجباً (ولايخفى) انه استدلال حسن، الا انه يتم فيما اذا توقف الدفع على ترك بيعه بحيث لم يوجد بايع غيره، اذ مع وجود غيره لايجب تركه ، وليس ترك البيع (ح) كالواجب الكفائى حيث

انه یستحق کل واحد من المکلفین ان یعاقب علی ترکه بل المأمور به هو دفع المنکر فمع وجود باذل آخر لایتحقق الدفع بترکه فلا یجب الترك لان وجوب ترکه (ح) انما هو لکونه دفعاً للمنکر من باب وجوب النهی عن المنکر ، ومن المعلوم اشتراط وجوبه بارتداع فاعل المنکر بسبب النهی عنه ، و مع وجود بایع اخر لایصیر الفاعل مرتدعاً فلایجب ترکه بملاك النهی عن المنکر. ومع ذلك کله فلاتخلو المسئلة عن شوب اشکال

(القسم الثالث)

ما یحرم لتحریم مایقصد منه شأناً بمعنی انه یحتمل ان یترتب علیه غایة محرمة کبیع العنب ممن یحتمل ان یعمله خمراً وبیع السلاح لاعداء الدین فی حال المداهنة وعدم وجود مقدمات الحرب مع المسلمین لکن مع احتمال قیام الحرب بینهم ، وهذا القسم لایدخل تحت ضابط کلی، بل کلما ثبت حرمته فانما هو متصور علی النص ومع عدم النص لاوجه لتحریمه لعدم صدق عنوان محرم علیه سوی مایتوهم من کونه اعانة علی الاثم، وقد تقدم بما لامزید علیه عدم صدق ذلك علی مثل المقام وان المتیقن منه ما اذا لم یفصل بین المقدمة وبین صدور الاثم من الغیر سوی ارادته اوما اذا اتی بالمقدمة بقصد توصل الغیر بها علی الحرام ، (نعم) قد ورد فی بیع السلاح من اعداء الدین ماظاهره التحریم الا ان مقتضی الجمع بینه وبین بعض اخر هو حمله علی صورة قیام الحرب فیحرم البیع (ح) واما مع الهدنة فصریح روایة السراج هو الجواز والله العالم ،

بقى الكلام فى جهتين (الاولى) فى بين ضابط مايفسد من المعاملات من جهة النهى عنه وما لايفسد (فنقول) كلماكان النهى عن البيع من جهة عدم المالية فى احد العوضين اماعرفاً واما بسبب تحريم الشارع منافعه اوالانتفاع بخواصه المقومتين لماليته فيكون بيعه فاسداً و ذلك لكون البيع عبارة عن تبادل المال بالمال المفروض انتفائه مع انتفاء المالية فى العوضين او احدهما (و كلماكان النهى) عن بيعه راجعاً الى مرحلة المسبب المستلزم لمبغوضيته بالمعنى الاسم المصدرى فهو ايضاً يقتضى الفساد كالربوا وبيع آلات اللهو والقمار والصنم والصلبان ونحوذلك مما تعلق التحريم فيه بالمنشأ بالعقد لابنفس الانشاء ولابالايجاب و القبول ، و وجه فساده بالنهى هو ان مبغوضية وجود المنشأ عبارة اخرى عن عدم امضاء الشارع لوقوعه بالانشاء ومن البديهى توقف صحة المعاملات على امضاء الشارع لها ، ولا معنى لبقاء امضائه للمنشأ مع كونه مبغوضاً له (وكلماكان النهى عنه) راجعاً الى ناحية السبب والمعنى المصدرى ومرحلة الانشاء بـلانظر الى تحريم المنشأ فذلك لايقتضى الفساد ، لعدم دلالته على مبغوضية المنشأ ولاعـلى الردع عنه وعدم امضائه وذلك كحرمة البيع وقت النداء وقد ادرج الاستاد دامت بركاته فى هذا القسم ، جميع ماثبت حرمته من جهة صدق اعانة الاثم عليه بدعوى كون حرمته راجعة الى ناحية السبب دون المسبب لما تقدم من عدم صدق الاعانة الا اذا قصد التوصل بالبيع الى الحرام وتحريمه بهذا العنوان لايستلزم تحريم المنشأ (ولايخفى عليك) ان ماافاده دامت افاداته باطلاقه مشكل ، بل الظاهر هو التفصيل بين ما اذا قصد التوصل الى الحرام بالبيع بالمعنى المصدرى اوبالبيع بالمعنى الاسم المصدرى او بكليهما فان البيع بكلا المعنيين يكون من مقدمات الحرام (وبعبارة اخرى) تارة يـكون

مجرد التلفظ بالعقد بقصد التوصل الى الحرام، واخرى يقصد التوصل اليه بالتمليك المنشأ بالعقد، وثالثة يقصد التوصل بالامرين اعني العقد والمنشأ به فاللازم في الاول هو صدق الاعانة على مجرد العقد دون المنشأ به ولازم الاخيرين هو سراية صدق الاعانة الى المنشأ ايضاً لان المفروض انه قصد التوصل به الى الحرام وانه من مقدمات وقوعه فمقتضى حرمته هو عدم امضاء الشارع له فيدخل في القسم السابق هذا مضافاً الى ان 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 المشترى للمعصية) مقدمات اخر، واما اذا فرض كونه العلة الاخيرة للحرام بمعنى ما لا يفصل بينه وبين الحرام سوى ارادة المشترى 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 ان يكون من جهة الشك في ماليته العرفية او يكون من جهة الشك في سلب ماليته العرفية شرعاً اما من جهة الشك في تحريم ما يتقوم به ماليته عرفاً واما من جهة الشك في كون المحرم مما توجب سلب المالية عنه بتحريمه (وتحقيق الكلام) يقتضي بسطاً في هذه الاقسام (فنقول) هيهنا اقسام (الاول) ما اذا كان الشك في كون المنفعة التي بها قوام مالية الشيئ معتداً بها حتى يكون بها مالا عرفاً كما اذا شك في منفعة الخنفساء بحيث لم يعلم حكمها عند العرف فلا اشكال في ان الاصل الاولى الذى عليه المعول في باب المعاملات هو الفساد (وانما الكلام) في الاصل الوارد عليه المقتضي للصحة (فقد يقال) كما افاده في المكاسب بان مقتضى عمومات ادلة التجارة مثل قوله تعالى اوفوا بالعقود، واحل الله البيع، و تجارة عن تراض ونحوها هو الصحة، وكذا ما في خبر تحف العقول من

حلية كل شيئى يكون فيه الصلاح من جهة من الجهات ، حيث ان فى ذلك المشكوك جهة صلاح وهى تلك المنفعة التى يشك فى قوام المالية بها فيكون بيعه وشرائه حلالا (ولايخفى) ان التمسك بعمومات ادلة التجارة فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية، حيث ان تلك العمومات مخصصة بما لايكون مالا عرفاً ومع الشك فى مالية شيئى يكون الشك فى كونه من مصاديق المخصص اوالعام ويكون الرجوع الى العموم (ح) تمسكاً به فى الشبهة المصداقية للمخصص وقد ثبت فى الاصول عدم جوازه (هذا مضافاً) الى ان التمسك بقوله تعالى احل الله البيع فى المقام من قبيل التمسك بالعام فى الشك فى كون المورد من افراد العام وهو افحش من التمسك بالعام فى الشك فى عنوان المخصص ولذا لايجوزه القائل بالصحة هناك ، و وجه كونه من باب الشك فى تحقق عنوان العام هوان البيع عرفاً عبارة عن مبادلة مال بمال ومع الشك فى مالية احد العوضين يشك فى صدق عنوان البيع عليه فيكون من قبيل التمسك بعموم و جوب اكرام العالم فى مورد مع الشك فى كونه من افراد العام .

ويمكن ان يوجه كلام الشيخ (قده) بان المخصص فى المقام لايوجب تعنون العام، ومعه لا باس بالتمسك بالعموم (وتوضيحه) ان المخصص اما انواعى واما افرادى فالاول ما كان على نهج القضايا الحقيقية، وهو مستلزم لتعنون العام بعنوان ماعدى الخاص وفى مثله لايجوز التمسك بالعموم فى الشك فى عنوان المخصص، لانه بعد صيرورة نقيض الخاص اوضده جزء من موضوع حكم العام يخرج العام عن كونه تمام الموضوع ويصير جزء منه واذا شك فى كون شيئى من افراد المخصص يكون مرجع الشك الى الشك فى جزء الموضوع ، ولايجوز اثبات الحكم الثابت للموضوع المركب من جزئين باحراز احد جزئيه فقط على ماحررناه

في الاصول (واما ما كان مخصصاً افرادياً) على نهج القضايا الخارجية فلا يستلزم تعنون العام، فعند الشك في كونه من افراد المخصص يكون تمام الموضوع لحكم العام معلوماً فلا مانع فيه من التمسك بالعموم (اذا عرفت ذلك فنقول) ان الخارج من عمومات ادلة التجارة ليس عنوان «مالا مالية له» حتى يوجب ذلك تعنون العام بماله مالية عرفية، بل الخارج بالادلة عبارة عن الاشياء الخاصة مثل الدم والعذرة وكلب الهراش و امثال ذلك، ثم استفيد من مجموع هذه الادلة قاعدة اصطيادية، وهي عدم جواز المعاملة على مالا مالية له، فعند الشك في حرمة بيع مايشك في ماليته العرفية لو كان حراماً كان تحريمه بتخصيص زائد عن المقدار المعلوم فيكون المرجع هو العموم وليس هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية في شيئ

هذا غاية مايمكن ان يوجه به كلامه (قده) في هذا المقام (ولكن لا يخفى مافيه) فانه ليس في البين ادلة مخصصة لعموم ادلة البيع بالنسبة الى عناوين خاصة مما لا 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 ان مدار المعاوضة على تحقق المالية العرفية في العوض والمعوض وان عموم ادلة البيع انما يدل على حلية البيع المتداول عند العرف فاذا لم يكن لاحد العوضين مالية عرفية لا يكون المعاوضة (ح) بيعاً عرفياً حتى تشمله العمومات، (ولو تنزلنا عن ذلك) فمقتضى قوله تعالى «لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» هو خروج مالا مالية له عن عموم ادلة البيع لكون اكل المال في مقابل مالا مالية له اكلاً للمال بالباطل فيكون الشك في مالية الشيئ موجباً للشك في تحقق عنوان المخصص الذي عرفت عدم جواز التمسك فيه بالعموم لكون المخصص انواعياً لا افرادياً.

ومماذكرنا يمكن المناقشة في التمسك بخبر تحف العقول ايضاً فان غاية مايستفادمنه هوصحة البيع اذا كان في الشيئ جهة من جهات الصلاح ، وقد عرفت انه مع الشك في مالية الشئ يشك في تحقق عنوان البيع عرفاً فكيف يتمسك بالخبر على جوازه؟

ويمكن ان يقال بصحة التمسك بالعمومات بعد احراز مقدار من المنافع المحللة مع الشك في كونها مقومة للمالية (وتوضيح ذلك) انه قد يكون الشك في اصل المنفعة المقومة لمالية الشيئ بحيث يكون الشك فيه منشأ للشك في ماليته وفي تعلق حق الاختصاص به ، وقد يكون مقدار من المنفعة التي يثبت بها حق الاختصاص معلوماً وكان الشك في ماليته بعد الفراغ عن تعلق الاختصاص به (فعلى الاول) لايصح التمسك بشيئ من العمومات لماعرفت من كون الشبهة مصداقية (واماعلى الثاني) فلابأس بالتمسك بها ، اما اية التجارة اعني قوله تعالى «تجارة عن تراض» التي هي اعم مافي باب المعاملات فواضح، لمكان صدق التجارة بعد فرض احراز ثبوت حق الاختصاص فيه ، وانما الشك في ماليته ، ولامانع من شمول الاية الكريمة له بعد صدق التجارة عليه عرفاً ، واما آية « اوفوا بالعقود» فلانها وان اعتبر في التمسك بها احراز صدق العقد ولايمكن احراز ذلك بعموم الاية لانها متكفلة لاثبات حكم العقد على تقدير تحققه لالاثبات عقدية مايشك في عقديته ، (لكن بعد اعتبار) مقدار من المالية في المقام الموجبة لتحقق حق الاختصاص يصدق العقد والعهد على فعل المتعاملين، ومعه فلامانع عن التمسك بها لصحته (واما آية احل الله البيع) فقد عرفت ابتناء المنع عن التمسك بها على كون البيع مبادلة مال بمال، وهو وان كان مفسراً بها في اللغة الاان مبادلة المال بالمال ليست مذكورة في نص شرعي والظاهر من معناه العرفي هو مبادلة شيئ بشيئ ومعاوضة طرف اضافة بطرف اضافة

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

(اقول) هكذا افيد، ولايخفى ما فيه لانه بعد ذلك كله يقع السؤال في ان ادخال ماشك في ماليته في حكم العمومات من باب التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وذلك بعد فرض تخصيصها بمايكون مالاً بدليل اخر (فالعمدة) هو تشخيص ان الدليل المخرج لغير المال عن تلك العمومات هل يوجب تخصيصها بخصوص ذاك العنوان اولا؟ فان كان لسان المخصص اخراج ماليس بمال فعند الشك في المالية لا محيص عن المنع من التمسك بها (لكن الانصاف) عدم وجود مخصص لتلك العمومات موجبة لاخراج غير المال عنها وانما المخصص هو آية اكل المال بالباطل ولايخفى عدم صدق الاكل 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) ماعليه الاستاد دام بقائه وفاقاً للشيخ (قده) من صحة التمسك بالعمومات عند الشك في المالية العرفية بعد فرض تحقق مابه يتحقق حق الاختصاص سيما اذا كانت المعاملة الواقعة عليه غير البيع من سائر المعاملات كالصلح الذى لادليل على اعتبار المالية فيه اصلا.

ثم ان من جملة مايشك في ماليته مايكون الشك ناشياً من قبوله للتذكية كالمسوخ والسباع فان بعضها له منفعة عرفية توجب له المالية عند العرف مثل ماينتفع بعظمه اوجلده بل يبذل الثمن الغالى بازائهما، وحيث ان الاقوى عندنا عموم قبول التذكية في ماعدى الحشرات سواء كان ممايؤكل لحمه ام لا كان المسوخ والسباع ممالهما مالية يجوز المعاوضة عليهما فيما اعتبر

لهما العرف مالية لترتب المنافع عليهما بعد التذكية ،(واما الحشرات) فصحة بيعها دائرة مدار ماليتها اواحراز منفعة لها بحيث لايكون اكل المال بازائها اكلاً للمال بالباطل (هذا تمام الكلام فى القسم الاول) ومنه يظهر حكم (القسم الثانى) ايضاً وهو الشك فى كون المنفعة المحرمة من الشيئى مقومة لماليته عرفاً فان الحكم فيه كالقسم الاول من حيث الاصل الاولى و الثانوى منعاً وجوازاً.

القسم الثالث ماكان الشك فى تحريم المنفعة التى هى مقومة لماليته، والفرق بينه وبين القسم الثانى ان الشك فى القسم الثانى فى كون المنفعة المحرمة مقومة للمالية بعد العلم بحرمتها، والشك فى هذا القسم انما هو فى تحريم مايقوم المالية بعد العلم بكونها مقومة لها (والمرجع) فى هذا الشك هو اصالة الحل وبها ينقح الموضوع ويثبت جواز الانتفاع بتلك المنفعة فيرتفع المنع الموجب لسلب ماليته،

(فان قلت) جواز البيع مترتب على حلية الانتفاع بتلك المنفعة واقعاً ، وباصالة الحل لايثبت الا الحلية الظاهرية ، فلاينقح بها موضوع جواز البيع ، كما ان جواز الصلوة فى مايشك فى ما كوليته لايثبت باجراء اصالة الحل فى لحم الحيوان ، فان المنع عن الصلوة فى غير المأ كول مترتب على ما هو كذلك واقعاً و لايثبت باصالة اكل الا الحلية الظاهرية

قلت الفرق بين المقام و بين المقيس عليه ظاهر فان المالية العرفية فى المقام محرزة ولا مانع منه الا المنع الفعلى الشرعى لا الحرمة الواقعية فمجرد الترخيص الفعلى كاف فى ذلك كما ان المنع الفعلى ولو كان ظاهرياً مانع عن ثبوت المالية وهذا بخلاف الصلوة فى اجزاء المشكوك فيه حيث ان الموضوع هناك (كما قررناه) هو الحرمة الواقعية لا المنع الفعلى كما

يستفاد من الاخبار فى ذلك الباب (ومنه يظهر) ان الحل الثابت بحكم الاصل ولو كان حكماً ظاهرياً لكن جواز البيع المترتب عليه حكم واقعى (وتوضيحه) ان انسلاب المالية العرفية واقعاً انما هو بالتحريم المنجز، وباصالة الحل يرتفع تنجز التحريم الواقعى على تقدير ثبوته واقعاً، وجواز البيع واقعاً مترتب على انسلاب المالية انسلاباً واقعياً، والمفروض انحفاظ المالية باجراء اصالة الحل انحفاظاً واقعياً، فيثبت جواز البيع واقعاً (وتظهر الثمرة) فى صورة انكشاف الخلاف، فعلى تقدير كون جوازه حكماً ظاهرياً يحكم بعدم وقوع البيع من اول الامر ويجب على البايع رد الثمن الى المشترى و على تقدير كونه حكماً واقعياً يصح البيع الى زمان الانكشاف لكن لايجوز ترتيب اثار المال عليه من حين الانكشاف فلا يصح بيعه (وربما يستغرب) ذلك لغرابة كون الشيئى مالاً واقعاً قبل الانكشاف وانسلاب المالية عنه واقعاً بعده، و لكن مقتضى القاعدة هو ماذكرناه.

هذا تمام الكلام فى المقام الاول اعنى ما يحرم التكسب بهمماهو من قبيل مبادلة الاعيان.

(المقام الثانى)

فى حكم بذل المال بازاء المنافع المحرمة الذى يشمل باب الاجارة ، (وضابط التحريم) فى هذا القسم هو ان يقال ان الاجارة تارة تقع على الاعمال واخرى على المنافع وضابط صحة الاجارة امران (احدهما) كون المنفعة والعمل الذين يبذل المال بازائهما ملكاً للموجر وتحت سلطنته (ثانيهما) كونهما ممايمكن حصوله للمستأجر بحيث يمكن له استيفائهما ،فمع انتفاع الامرين او احدهما تبطل الاجارة (وهذان الامران) متلازمان فى الوجود غالباً بحيث يكون انتفاء احدهما موجباً لانتفاء الاخر، الا انه قد يتفق انفكاكهما كما سنشير اليه انشاء الله تعالى .

(وكيف كان) فالكلام يقع فى مقامين (الاول) فيما اذا لم يكن الموجر مسلطاً على المنفعة او العمل، وذلك باحد وجهين (احدهما) ان يكون احد طرفى المنفعة من الوجود او العدم خارجاً عن تحت قدرة الموجر تكويناً اما بالالزام على ايجادها المستلزم للعجز عن تركها تكويناً، واما بالالزام على تركها كذلك (ثانيهما) ان يكون احد الطرفين خارجاً عن تحت القدرة شرعاً، (وهذا الثانى) ايضاً على قسمين (الاول) ان يكون رفع سلطنته من جهة الزامه على ترك هذه المنفعة وعدم استعمال العين فى هذه المنفعة (الثانى) ان يكون من جهة الزامه على فعلها، فان خروج الشيئ عن تحت السلطنة تارة يكون بصيرورة المكلف مقهوراً على الترك واخرى بصيرورته مقهوراً على الفعل ، فمن الاول اخذ

الاجرة علی المنافع المحرمة کاجارة الدکان لبیع الخمر فیه و کراء الدابة او السفینة لحملها ونحوذلك من المنافع المحرمة، هذا بالنسبة الی المنافع، (وکذا بالنسبة الی الاعمال) فان ارتفاع السلطنة عنها ایضاً باحد النحوین فمن الاول جمیع الاعمال المحرمة فلایجوز اخذ الاجرة علیها کالغناء والنوح بالباطل وتدلیس الماشطة ونحوذلك، (ولکن یعتبر) فی الاعمال ان تکون بنفسها متعلقة للحرمة بمعنی ان تکون حرمتها ذاتیة ناشیة عن مفسدة فیها لاان تکون حرمتها لامر خارج عن ذاتها کما اذا کانت ضداً لواجب اهم وقلنا بان الامر بالشیئ یقتضی النهی عن ضده فان مایضاده من الاعمال تکون محرمة (ح) لکن لابالحرمة الذاتیة الناشیة عن مفسدة فیها، ومثل ذلك غیر مانع عن صحة الاجارة.

ومن الثانی (اعنی ماکان العمل خارجاً عن سلطنة المکلف بالزامه الشارع علی فعله) جمیع مایجب علی المکلف من الاعمال فی غیر الواجبات الصناعیة النظامیة علی ما سیجیئ التفصیل فیه انشاء الله تعالی، وهکذا المنافع التی یجب علی المکلف بذلها مجاناً فلا یجوز اخذ الاجرة علیها لخروجها عن تحت قدرة المکلف بالالزام علی بذلها فیکون الالزام فی ذلك تعجیزاً مولویاً کما ان النهی فیما یحرم من المنافع والاعمال ایضاً تعجیز مولوی (والعمدة) فی البحث هیهنا هوما یحرم وقوع الاجارة وشبهها کالجعالة علیه من جهة وجوبه ولم یتعرض الاستاد دام بقاءه لما یحرم لاجل وقوع النهی عنه و تفصیل الکلام فیه متوقف علی بیان موارده وقد کفانا المؤنة ما تعرض له الشیخ (قده) فی المکاسب

والکلام هنا فی الاجرة علی الواجبات وفیه مقامان (الاول) فی حکم اخذ الاجرة علی الواجب بان یصیر المکلف اجیراً للغیر فیما یجب علیه فعله

(الثانى) فى حكم الاجارة فيما يجب على الغير بان يصير اجيراً فى ا تيان ما يجب على الغير كالاستنابة فى العبادات

(اما المقام الاول) فتفصيل الكلام فيه ان يقال ان الواجب اما نظامى او غير نظامى ،والمراد بالاول هو كلما كان وجوبه لاجل حفظ نظام العباد، كجميع صنوف الصناعات التى يتوقف نظام الناس عليها (وبالثانى) هو كلما كان وجوبه لاجل غرض عائد الى الاشخاص غير جهة حفظ النظام وهو المعبر عنه بالتعبدى فى مقابل النظامى سواء كان من العبادات با لمعنى الاخص اعنى ما يجب فيه قصد القربة او كان من التوصليات (ثم ان هذا الاخير) اعنى الواجب الغير النظامى اما ان يكون عينياً او يكون كفائياً، و الواجب الكفائى اما ان يكون مما ثبت فيه امكان الاستنابة اولا يكون كذلك، سواء لم يكن قابلاً للا ستنابة او كان قابلاً لذلك ولكن لم يرد دليل على ذلك فيه ،

(وحكم هذه الاقسام) هو جواز اخذ الاجره على كل ما كان وجوبه نظامياً وعدم جوازه فى كلما كان واجباً عينياً غير نظامى او كفائياً لم يثبت قابليته للا ستنابة ، وجوازه فيما ثبت قبوله للاستنابة (اما جواز اخذ الاجرة) فى الواجبات النظامية فلتحقق ملاك صحته فيها بكلا الامرين ، وذلك لبقاء سلطنة الاجير على فعل متعلق الا جارة وتركه ، وكونه ممكن الحصول للمستأجر (اما بقاء سلطنته عليه) فلان متعلق الاجارة هو العمل بالمعنى الاسم المصدرى فالمستاجر لخياطة الثوب انما يملك على الاجير مخطية الثوب لا حيث صدور عمله منه بالمعنى المصدرى ،ولذا لو فرض تحقق الخياطة فى الثوب بلا صدور عمل من الاجير يتحقق ملك المستأجر الا اذا شر ط المباشر ة على الاجير (وبالجملة) فالمعنى الاسم المصدرى هو متعلق العقد وهو لا يكون تحت الامر بل الامر تعلق بالمعنى المصدرى اعنى بذل العمل وعدم احتكاره ،و ذلك

لايوجب سلب القدرة عن المعنى الاسم المصدرى بل هو باق على ملكيته للموجر وحاصل تحت سلطنته فيصح (ح) تمليكه للغير (واما كونه ممكن الحصول) للمستأجر فواضح لايحتاج الى البيان (واما عدم الجواز فى الواجب العينى الغير النظامى) فلانتفاء كلا الركنين فى صحة الاجارة فيه وذلك لعدم سلطنة الموجر على العمل لايجابه عليه، وعدم كونه ممكن الحصول للمستأجر

(وتوضيح ذلك) ان طبيعة الامر بحسب الاقتضاء لولا قيام القرينة على خلافه هو ان يكون متعلقاً بالعمل بالمعنى الاسم المصدرى، فالامر بالصلوة مقتض لايجاب الصلوة ومطلوبية وجودها فى الخارج وهكذا فى كل امر بكل عمل سواء كان المعنى المصدرى ايضاً مطلوباً ام لا وهذا ضابط كلى فى باب الاوامر الا ان يقوم دليل على خلافه كما فى الواجب النظامى، حيث ان معلومية الغرض من ايجابه و انه عبارة عن رفع اختلال النظام صارت قرينة على كون المطلوب بذل العمل وعدم احتكاره لا وجوده بما هو عمل، وكلما انتفت القرينة على صرف الامر الى ناحية العمل بالمعنى المصدرى كان اللازم ابقائه على طبعه من اقتضائه لايجاب العمل بالمعنى الاسم المصدرى فيصير العمل بالمعنى الاسم المصدرى خارجاً عن سلطنة العامل بسبب ايجابه عليه فيكون موجباً لانتفاء الامر الاول من ركنى صحة الاجارة (واما انتفاء الامر الثانى) فواضح حيث ان عمل الاجير لاربط له بالمستأجر لكونه واقعاً لنفسه عن نفسه ويوجب برائة ذمته عما وجب عليه بلامساس بالمستأجر اصلاً

واما عدم الجواز فى الواجب الكفائى الذى لم يثبت امكان الاستنابة فيه فلانتفاء الامر الثانى ولو تحقق فيه الامر الاول (وتوضيحه) ان الوجوب الكفائى مالم يتعين على المكلف بالعرض تعييناً ناشياً عن فقد من به الكفاية لا يوجب رفع السلطنة عن متعلقه بل هو مع كونه واجباً بهذا الوجوب مقدور الفعل

والترك وهذا كما فى الواجب التخييرى حيث انه ايضاً لايقتضى رفع السلطنة عن كل واحد من اطراف متعلقه ، بل كل واحد بخصوصته مقدور كما لولم يكن وجوب اصلا فالامر الاول من ركنى الصحة موجود ولكن العمل ليس ممكن الحصول للمستأجر و ذلك لفرض عدم دخول النيابة فيه وعدم صحة الاستنابة، فما يقع من الاجير انما يقع عن نفسه بلاربط له الى المستأجر اصلاً .

(واما الجواز فى الواجب الكفائى القابل للنيابة فظاهر لمكان تحقق الامرين فيه من مقدورية الفعل بعد الوجوب و كونه ممكن الحصول للمستأجر لمكان وقوعه عنه وفراغ ذمته عنه بسبب عمل الاجير و ذلك لكونه قابلا للنيابة، وهذا كما فى باب الجهاد على ماهو المتسالم بينهم من قابليته للنيابة فاذا كان واجباً عينياً على المنوب عنه بو اسطة قربه الى محل الجهاد و تحقق شرائطه فيه وكان كفائياً على النائب فيصح ان ينوب عنه فيقع جهاده عنه فلا يصيبه نصب ولا مخمصة فى سبيل الله ولاينا له من عدو نيل الاكتب للمستاجر بسبب استيجاره عمل صالح على ماهو مقتضى وقوع العمل عنه

(ولافرق) فى هذه الاقسام مما يجوز فيه الاجارة ومالايصح بين كون الواجب تعبدياً او توصلياً بل المدار فى الصحة هو تحقق الامرين ولو كان تعبدياً و فى الفساد هو انتفاء الامرين او احدهما ولو كان توصلياً (نعم) فى باب العبادات اشكال اخر من حيث قصد القربة على ماسيجئى فى المقام الثانى لكنه لاربط له بما نحن فيه لانه اشكال بعد الفراغ عن صحة الاجارة، والكلام هيهنا فى اصل صحتها

(المقام الثانى) فى صحة النيابة عن الغير فيما يكون واجباً على المنوب عنه دون النائب (والكلام فيه) يقع تارة فى اصل صحة النيابة و اخرى فى تصحيحها فيما ثبت صحة النيابة فيه (اما الاول) فالاصل الاولى فى كل واجب

سواء كان كفائياً اوعينياً اوتخييرياً هو عدم صحة النيابة فيه الا ما ثبت فيه ذلك وقدحررناه فى مبحث التوصلى والتعبدى بمالامزيدعليه و بينا هناك ضابطمايقبل النيابة ومالا يقبلها وقلنا ان المعيار فى صحة النيابة هو صحة وقوع العمل عن المتبرع به من غيرفرق فيه بين التعبدى و التوصلى (واما الثانى) فالكلام فيه يقع من جهات

(الاولى) فى تصحيح عمل الاجير ولااشكال فى ذلك فى ماذا كان الواجب توصلياً واما اذا كان تعبدياً فيقع فيه الاشكال من وجهين (وحاصل الاول منهما) ان داعى الاجير على العمل ليس الا اخذ الاجرة اذ لولا الاجرة لما كان يأتى بالعمل وان المفروض عدم انبعاثه على العمل امتثالا لاستحباب التبرع فتعمله لاجل الاجرة خاصة وهذا موجب للبطلان ضرورة كونه عبادة متوقفة على قصد القربة (وحاصل الاشكال الثانى) فى مايتحقق به عبادية العمل وذلك لاحتياج العبادة الى تعلق الامر بها فان كان ملاك عباديته هو الامر الاجارى اعنى مادل على وجوب الوفاء بعقدها مثلا فيشكل بان هذا الامر توصلى لايتوقف صحة متعلقه على قصد الامر، والمفروض توقف صحة عمل الاجير على قصد الامر فيستكشف انه لابد من ان يكون ملاك عباديته شيئى وراء الامر الاجارى و (ح) فاما ان يكون امر عبادى اخر متوجه الى الاجير بعد صيرورته اجيراً مثل الامر المتوجه الى المنوب عنه ويكون شرط تعلقه بالاجير صيرورته اجيراً ، (او يكون نفس الامر) المتوجه الى المنوب عنه اما حقيقة بان يكون شخص ذلك الامر المتوجه الى المنوب عنه متوجهاً الى النائب بعد الاجارة و يكون ذلك الامر الواحد الشخصى متعلقاً بمامورين حقيقة (او يكون ادعاء) بان يكون النائب جعل نفسه نفس المنوب منه بالتنزيل و الادعاء ، و يترتب عليه كون امر المنوب عنه امر النائب بالتنزيل

(وشيئى من المحتملات ليس بصحيح) وذلك لان امتثال مثل امرا لمنوب عنه المتوجه الى النائب لاتغنى عن امتثال الامر المتوجه الى المنوب عنه اذهما امران متعلقان بمأمورين لكل واحد منهما امتثال على حده (واستحالة) توجه شخص الامر المتعلق بالمنوب عنه الى النائب حقيقة و امتناع انبعاث النائب عن امر المنوب عنه مالم يتعلق به لعدم معقولية انبعاث احد ببعث شخص اخر (وكون امر المنوب عنه) امراً للنائب ادعاء لايزيد عن ادعاء

(وتحقيق الكلام) فى دفع الاشكالين يتوقف على بيان امرين (الاول) ان الظاهر من الامر بالشيئى المتوجه الى الشخص هو لزوم مباشرة من توجه اليه الامر فاذا قام الدليل على صحة الاستنابة كان ذلك مقتضياً لتوسعة الموضوع الى النائب فمعنى «صل» بعد قيام الدليل على قبول الصلوة للنيابة هو وجوب ايجاد الصلوة بالا يجاد الاعم من المباشرة و الاستنابة (الثانى) انه اذا تعلق امران بشيئى واحد و كان احد هما ندبياً تعبدياً والاخر وجوبيا توصلياً فامالان يكونا فى عرض واحد و رتبة واحدة بان تكون رتبة تعلق احد هما فى رتبة تعلق الا خر، و اما ان يكون احدهما فى طول الاخر بان يتعلق احدهما بالعمل بماهو هو و الاخر يتعلق بالعمل الذى تعلق به الامر الاول (مثال الاول) ما اذا تعلق النذر بصلوة الليل مثلاً فان الامر الندبى العبادى متعلق الى نفس صلوة الليل والنذر ايضاً متعلق بها بماهى هى لا بما هى مندوبة بالامر الندبى فالامران فى رتبة واحدة (ومثال الثانى) ما اذا تعلقت الاجارة بصلوة الليل فانها متعلقة للامر الاجارى بماهى متعلقة للامر الندبى لا بماهى هى فيكون الامر الندبى ماخوذاً فى متعلق الامر الاجارى (فلازم القسم الاول) هو اكتساب كل من الامرين عن الاخر ما كان فاقداً له، فالامر الندبى لما كان فاقداً لجهة الوجوب يكتسب الوجوب من الامر الوجوبى، والامر الوجوبى لما كان فاقداً لجهة

العبادية يكتسب ذلك من الامر الندبي و نتيجة ذلك هو تاكد الوجوب و صيرورة الامرين امراً واحداً تعبدياً (وتو ضيحه) ان صلوة الليل اذا تعلق بها النذر فهي مع قطع النظر عن النذر لا اقتضاء فيها للوجوب كما ان الامر بالوفاء بالنذر لا اقتضاء فيه للتعبدية فاذا اجتمع الامر الندبي و الامر بالوفاء بالنذر يكتسب كل منهما عن الآخر ما لا اقتضاء له بالنسبة اليه وينتج الامر الوجوبي التعبدي (ولازم الثاني) هو بقاء الامرين على ما كانا عليه فلا الامر التعبدي الندبي يكتسب الوجوب عن الامر التوصلي ولا الامر التوصلي يكتسب التعبدية من الامر التعبدي ويكون نتيجة ذلك هو توقف صحة العمل المستأجر عليه بان يؤتى به بداعي امره التعبدي المتعلق بالمنوب عنه الذي هو موضوع الامر الاجاري لاتيانه بداعي الامر الاجاري، فلو اتى به بداعي الامر الاجاري لم يقع صحيحاً لكي يقع عن المنوب عنه، لان الاجارة لم تتعلق الا بالعمل الذي يؤتى به بداعي امره التعبدي وهو ليس هذا العمل لكونه لم يؤت به بداعي امره العبادي بل انما اتى به بداعي امره الغير العبادي وهو الامر الاجاري فما اتى به لا يكون متعلقاً للامر الاجاري، ولو اتى به بداعي امره التعبدي صح ووقع عن المنوب عنه سواء قصد النائب في اتيانه امتثال الامر الاجاري ايضاً ام لا، (غاية الامر) انه لو قصد امتثاله ايضاً كان في اتيانه بعبادة الغير قاصداً للامتثال فيصير صدور عمله العبادي عبادياً فيستحق هو ايضاً للاجر بعبادته في اتيان عبادة الغير، ولو كان قاصداً لامتثال الامر العبادي المتوجه الى المنوب عنه فلا يصير النائب مثاباً في اتيانه بمتعلق الاجارة بل يسقط عنه امر الاجارة لكونه توصلياً يسقط باتيان متعلقه و لو لم يكن بداعي امتثاله.

اذا عرفت ذلك فنقول ان المعيار في صحة عمل الاجير واحتسابه عن المنوب عنه هو بعينه المعيار في صحة عمل المتبرع و احتسابه عن

المتبرع عنه فيجب (ح) ان يتفحص عن عمل المتبرع وتشخيص معياره ، ثم جعله معياراً لعمل الاجير وعمل المتبرع فى كونهما واقعين عن الغير وفى كون كليهما متعلق الامر الاان الامر المتوجه الى الاجير امر وجوبى اعنى الامر بالوفاء بالعقد والامر المتوجه الى المتبرع ندبى (فنقول) لاشبهة فى ان المتبرع انما يأتى بالعمل بداعى تفريغ ذمة الغير و يكون داعيه فى عمله هو تخلص المتبرع عنه عما ثبت فى ذمته من التكليف فيكون فى اتيانه بما يفرغ به ذمة الغير قاصداً لامتثال الامر المتوجه الى المنوب عنه ، وذاك الامر هو الداعى له والباعث اياه نحو العمل اذ لولا اشتغال ذمة المتبرع عنه من ناحية الامر المتعلق به لما كان المتبرع آتياً بالعمل ، فداعى اتيانه به هو حصول امتثال ذاك الامر وهو منبعث عنه و ليس ملاك عبادية عمله هو قصد امتثال الامر الندبى المتوجه اليه ، ضرورة امكان ان لايقصد امتثاله اصلاً ، مع انه لوفرض انحصار الداعى فى قصد امتثال ذاك الامر لم يقع عن المتبرع عنه لان وقوعه عنه انما هو باتيان ماوجب عليه وهو متوقف على اتيانه بداعى الامر المتوجه الى المتبرع عنه لكى يكون آتياً بماوجب عليه ، فلو لم يأت بداعى امره بل اتى بداعى الامر المتعلق بالمتبرع لم يرتبط العمل بالمتبرع عنه اصلاً فلم يكن العامل فى عمله متبرعاً عنه .

وليس العامل فى عمله ينزل نفسه منزلة المنوب عنه لكى يتعلق بسبب التنزيل امر المنوب عنه اليه حتى يكون الامر 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 المأتى به بداعى تفريغ ذمة الغير هو مصداق النيابة و بنفس ذاك العمل يصير المتبرع نائباً و المتبرع عنه

منوباً عنه ، لان 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 او 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 اعميته عن المباشرة والتسبيب اذ ليس الصادر عن المتبرع بتسبيب من المتبرع عنه اصلاً سواء كان من قبيل التسبيب 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 او من قبيل التسبيب في مثل «بني الامير المدينة» الذي هو بمعنى اخر من التسبيب (وهو المعنى الاعم من التسبيب في باب الضمان اعني سواء كان بتوسط المقدمة الاختيارية ام لا)

و جه انتفاء التسبيب في العمل الصادر عن المتبرع هو امكان تحققه عن المتبرع حتى مع عدم اطلاع المتبرع عنه بل ومع اطلاعه وعدم رضاه بل ولو مع نهيه كما اذا نهى الولد الاكبر غيره عن التبرع بالعمل فلم ينته و اتى بالعمل بداعي تفريغ ذمة الميت فانه يصح ويحصل برائة ذمة الميت و برائة الولد الاكبر ايضاً مع انه ليس في هذ الصورة تسبيب اصلا لا من الميت ولا من الولي ومع ذلك يصح عمل المتبرع، وهذا كاشف عن ان المعيار في صحته ليس هو التسبيب كما ظهر انه ليس هو التنزيل ولا قصد امتثال الامر المتعلق بالمتبرع، بل المصحح هو ما ذكرناه من كونه قاصداً في اتيانه تفريغ ذمة الغير وهو متوقف على قصد امتثال الامر المتعلق بذلك الغير

وظهر ان فى الفعل الخارجى الصادر من المتبرع بعنوان كونه عن الغير يصدق عنوانان طوليان (احدهما) كونه نيابة عن الغير، وصدق هذا العنوان عليه يتوقف على قصد كونه عن الغير لانه من العناوين القصدية التى يتوقف تحققها على القصد، فما لم يقصد به كونه عن الغير لا يقع عنه سواء قصد الامر المتعلق بالغير ام لا (وثانيهما) كونه عبادة واجبة على الغير وصدق هذا العنوان متوقف على قصد امتثال الامر المتوجه الى الغير، ولكن صدقه بذلك القصد متوقف على قصد كونه عن الغير، اذ لو قصد اتيان عبادة الغير لكن لا بقصد كونها عن الغير لم يقع عن الغير

(ويترتب) على صدق هذا العنوان الثانى (عنوان ثالث) واقع فى طول العنوان الثانى وهو كون اتيان هذا الفعل الخارجى امتثالا للامر المتوجه الى الغير، ثم بعد تحقق عنوان النيابة عن الغير يتحقق موضوع اتيان عبادة الغير فيكون قصدا متمثل امر الغير فى الرتبة المتأخرة عن قصد النيابة عن الغير اعنى قصد اتيان العمل لتفريغ ذمة الغير وكونه عن الغير

وهذا الامر المتأخر بالرتبة (اعنى قصد امتثال الامر المتوجه الى الغير هو ملاك عبادية عمل المتبرع (واما كون العمل عن الغير) المحقق لعنوان النيابة المتقدم على قصد امتثال امر الغير فهو اجنبى عن ملاك عبادية العمل الذى يأتى عن الغير فان العمل يكون مقربا للمتبرع عنه لا للمتبرع والنيابة عمل للمتبرع بما هو هو، فلو كان قصدها ملاكا لعبادية عمله لكان ذلك منشئا لتقرب المتبرع لا لتقرب المتبرع عنه فالمتبرع فى قصده النيابة اعنى اتيانه العمل عن الغير) يمكن ان يقصد القربة ويمكن ان لا يقصد، فان قصد القربة كان عمله هذا مقربا له ايضا اى تبرع باتيان عبادة الغير قربة الى الله (فيحصل) حينئذ تقرب للمتبرع عنه لاتيان عبادته بفعل المتبرع، وتقرب للمتبرع لقصده التقرب فى تبرعه واذا لم يقصد فى تبرعه التقرب بل قصد اتيان العبادة عن

الغير و يكون موجباً لقرب المتبرع عنه لكن لايكون تبرعه هذا موجباً لتقرب نفسه لعدم قصده القربة بالنيابة ،لكن ذلك غير ضائر بنيابته، اذ النيابة ليست عبادية لكى لاتصح بدون قصد القربة بل هى توصلية تصح ولو لم تكن عن داع قربى (هذا بالنسبة الى عنوان النيابة)واما بالنسبة الى عنوان العبادة عن الغير فالعمل بهذا الاعتبار يصير عملا للغير و موجباً لتقرب الغير و مفرغاً لذمته عما اشتغلت به ولاربط له بالمتبرع .

(وبالجملة) فهنا عنوانان طوليان احدهما عنوان كون العمل نيابة عن الغير، والاخر عنوان كون العمل عبادة الغير ، ومن الواضح ان العنوان الثانى اعنى صيرورة العمل عبادة الغير متوقف على العنوان الاول اذ مالم يصدق كون العمل عن الغير لم يصدق عليه انه عبادة الغير، لكن العنوان الاول امر قصدى مضاف الى المتبرع و ليس عبادياً متوقفاً على قصد القربة به بل يصح ولو لم يقصد به التقرب ، ولو قصد به التقرب كان موجباً لتقرب المتبرع دون المتبرع عنه و يكون محقق عباديته الامر الندبى المتعلق بالمتبرع الذى هو توصلى لاالامر العبادى المتوجه الى المتبرع عنه (والعنوان الثانى) مضاف الى المتبرع عنه لكونه عباد ةعنه ويتوقف تحققه على قصد امتثال الامر المتوجه الى المتبرع عنه و لايصح الابذاك القصد ويكون موجباً لقربه دون المتبرع فانه فى اتيان عبادة الغير لابد من ان يقصد اما امتثال الا مر المتوجه الى الغير او على امره اومعلولاته كما كا ن المتبرع عنه لو كان هو المبا شر لكا ن قصده كذلك وقصد ا لنيابة عنه اعنى اتيان العمل عنه لايكون مرتبطاً بعبادية العبادة التى يأتى بهابذاك القصد اذليست النيابته عنه فى سلسلة علل الامر المتو جه الى المتبرع عنه ولافى سلسلة معلولاته، وعبادية عبادة المتبر ع عنه اما با مره اوبعلل امره اوبمعولات امره وبعد

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

اذا تحقق ذلك فنقول هذا العنوان الاولى اعنى عنوان النيابة فى عمل المتبرع يكون متعلق عقد الاجارة ويقع بازائه الاجرة ويصير ملكاً للمستأجر بسبب العقد (وقد عرفت) انه توصلى يصح ان يقصد 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 الاجير للاجر والثواب بنيابته لا ينافى تحقق عبادة الغير عنه وصيرورة المنوب عنه مستحقاً للاجر ، والمفروض دخول النيابة فى عمل المنوب عنه بمعنى حصول القرب له بالاعم من عمل نفسه وعمل نائبه فعمل النائب عنه يوجب قرب المنوب عنه بعد فرض صحة النيابة وتحقق التقرب بالعمل الاعم من المباشرة بنفسه او بنائبه . (والحاصل) ان العمل الذى هو متعلق للاجارة هو عمل مباشرى للنائب وهو عبارة عن اتيانه العمل بقصد نيابته عن المنوب عنه لا بمعنى تنزيل نفسه بمنزلة نفس المنوب عنه بل بمعنى قصده لان يأتى بعبادة المنوب عنه والباعث على صدور ذلك عن النائب هو بذل الاجرة ، (واما ملاك عبادية العمل) فهو الامر المتوجه الى المنوب عنه ، وتعنون العمل بكونه عبادة المنوب عنه فى طول اتيان النائب بالعمل بقصد النيابة عن الغير ، فاحد العنوانين محقق لنيابة النائب والعنوان الاخر محقق لعبادة المنوب عنه

وما يتوقف فى صحته قصد الامتثال هو الثانى و مايقع بازائه الاجرة هو الاول (فظهر) ان اخذ الاجرة لاينافى قصد العبادية وان العبادية تتحقق بقصد امتثال الامر المتعلق بالمنوب عنه ، فاندفع الاشكال بكلاشقيه

وخلاصة ماذكرناه من الجواب (اما عن الاشكال الاول) فبما عرفت من ان الاجرة تقع بازاء النيابة لابازاء العبادة وظهر المراد من النيابة وانها ليست عبارة عن التنزيل (والتعبير عنها) فى عبارة الشيخ (قده) مسامحة وقعت عن ضيق العبارة لاان يكون مراده (قده) هو جعل النائب نفسه بمنزلة المنوب عنه حتى يشكل عليه بان نفس هذا التنزيل و لولم يترتب عليه العمل ليس متعلق غرض المستأجر، وبوصف ترتب العمل عليه يلزم ان يكون داعيه فى العمل المتفرع على التنزيل هو صحة التنزيل الذى يستحق به الاجرة فيتحقق التنافى 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 الاولى الذى به يكون نيابة لاعبادة ،والعبادية بازائه بعنوانه الثانوى الذى لايكون الاجرة بازائه (واما عن الاشكال الثانى) فبما عرفت من ان عبادية هذا العمل هى بنفس شخص الامر المتوجه الى المنوب عنه بعد فرض التوسعة فى متعلقه بدليل النيابة فى مرحلة الاسقاط فيكون النايب منبعثاً عن نفس ذاك الامر بمعنى ان العلم بامر المنوب عنه محرك للنائب فى ايجاد عبادته لاان امره متعلق بالنائب

(ومما ذكرنا ظهر) ان ملاك صحة عبادة الاجير ليس بتصوير الداعى على الداعى بمعنى كون نفس العمل بداعى القربة و كون العمل القربى بداعى الاجرة وذلك لان الاجرة لايقع بازاء العمل القربى اصلا مع ان الداعى على الداعى لايصحح العبادة ،بل هو بان يكون اشكالا اولى وقد اوضحنا فساده فيما حررناه

فى مبحث النية فى الصلوة (فراجع)

(اقول) هذة جملة مما افيد فى المقام مع زيادة توضيح منى، وهو الغاية مما يمكن ان يدفع به الاشكال، (ولكنه) مع ذلك كله لا يندفع به، وذلك للفرق البين بين المتبرع والاجير بعد اشتراكهما فى معنى مشترك بينهما (وتوضيح ذلك ان كلاً من المتبرع والاجير يصدر منهما فعلان طوليان احدهما النيابة و الاخر العبادة لكن المتبرع متحرك فى فعله عن تحريك الامر المتوجه الى المتبرع عنه حيث يرى ذمته مشغولة به و يجده مسئولاً عنه مؤاخذاً به مطلوباً بامتثال الامر 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 الاجير) حيث انه مع مشاهدة امر المنوب عنه وابتلائه باليم العذاب لا يتحرك اصلاً نحو العمل له الا بعد اخذ الاجرة او تملكه لها بالاجارة، فحركته نحو العمل انما نشأت عن العلم باخذ الاجرة، (والمفروض) ان الاجرة ليست فى سلسلة علل الامر ولا فى سلسلة معلولاته فانها ليست مما ترجع الى الله تعالى كالثواب والعقاب المترتبين على موافقة الامر و مخالفته فانهما لترتبهما على موافقة الامر و مخالفته واقعان فى سلسلة معلولات الامر سواء كانا دنيويين او اخر وبين (ولا يمكن) قياس الاجرة على الثواب المترتب على موافقة الامر لانها ليست معلولة لموافقته (وعليهذا) فيشكل تصحيح عبادة الاجير بهذا الوجه، بل لابد له من التماس وجه اخر. وسيأتى بيانه انشاء الله تعالى.

قال دامت بركاته ومحصل ما افادوه فى تصحيح عمل الاجير وجوه (الاول) ان يكون بنحو الداعى على الداعى بان كانت الاجرة بازاء العمل العبادى فياتى

الاجير بالعمل بقصد امتثال امره و يكون فى اتيانه بذاك القصد قاصداً لاخذ الاجرة فاخذ الاجرة داع على اتيان العمل بداعى الامر (ولا يخفى ما فيه من حيث الصغرى والكبرى ، (اما من حيث الصغرى) فلانه لا يعقل ان يكون اخذ الاجرة من المستأجر موجباً لاحداث صفة البعث فى امر الامر بحيث يكون النائب باخذ الاجرة منبعثاً عن الامر و مع عدم اخذها لا يكون منبعثاً عنه (ولعمرى) ان هذا كلام غريب، (ولعل منشأ توهمه) هو تخيل كون الاتيان بدعوة الامر عبارة عن تصور الفاعل حين العمل كونه آتياً بداعى الامر بمعنى كون تصور مفهوم داعى الامر هو المعتبر فى العبادة و لو كان مصداق الداعى شيئى اخر اذ يصح (ح) ان تصير اخذ الاجرة داعياً للعمل مع تصور العامل حين العمل دعوة الامر (ولكن هذا توهم فاسد) بل المراد من داعوية الامر انبعاث العامل حقيقة عن امر المولى بحيث يكون محركه نحو العمل حقيقة هو الا مرو من الواضح ان اخذ الاجرة غير صالح لايجاد صفة المحركية فى امر المولى فالداعى على الداعى كلام غير معقول (واما من حيث الكبرى) فلانه لو سلم ايراث صفة الدعوة فى الامر بسبب اخذ الاجرة فصحة العبادة بملاك هذا البعث هو اول الاشكال و ذلك لتوقف صحة العبادة على ان يكون انبعاث ارادة المكلف فى اتيانها من امر المولى اما بنفسه او بعلته او بمعلوله (ومن الواضح) ان الانبعاث عن بعث الامر الناشى من قبل اخذ الاجرة ليس انبعاثاً عن الامر نفسه ولا عن علته ولا عن معلوله لما تقدم من ان الاجرة غير واقعة فى سلسلة علل الامر ولا فى سلسلة معلولا ته

(الوجه الثانى) ان يكون تصحيح عمل الاجير بالتسبيب و انه يكفى قصد القربة من المسبب (و توضيحه) ان يقال ان مرجع دخول النيابة فى عمل واجب هو ان الوجوب متعلق بالعمل الاعم من مباشرته و التسبيب اليه فيكون

الواجب على المكلف هو احد الامرين من ايجاده بنفسه مباشرة او ايجاد سبب فعل الغير من الامر او الاستيجار او الاستدعاء ونحو ذلك مع تعقبه بصدور العمل من النائب (ولا يخفى ما فيه) لما تقدم بيانه اجمالا (و تفصيله) ان التسبيب يطلق على معنيين (احدهما) فى باب الضمان حيث يقال ان الضمان كما يثبت بالفعل المباشرى كذلك يثبت با لتسبيب والمراد به هو استناد التلف الى فعل المسبب كما اذا حفر بئراً فى الطريق فمات انسان بوقوعه فيها فان ديته على الحافر (ويشترط فيه) ان لا يتوسط بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها بوقوعه فعل فاعل مختار، والا لم يستند الى الحافر بل يستند الى ذلك الفاعل بالاختيار سواء كان الاختيار من نفس الواقع فى البئر كما اذا اوقع نفسه فيها اختياراً فمات حيث ان تلفه (ح) لا يكون على الحافر، او كان بالاختيار من غيره، سواء كان الفعل الاختيارى الصادر من الغير (الذى اوجب وقوع هذا فى البئر) مباشريا كما اذا كان الواقع قائماً عند البئر فالقاه فيها، او كان بالتسبيب كما اذا وضع المزلق فى اطراف البئر فوقع فيها بسبب ذلك المزلق فمات، ففى جميع هذه الصور التى توسط الفعل الاختيارى بين حفر البئر وبين موت الواقع فيها لا يكون الضمان على الحافر (والسر فى ذلك) ان الفعل بعد استناده الى الفاعل الاختيارى لا يكون مستنداً الى الحافر ويكون حفر البئر (ح) من العلل المعدة بخلاف ما اذا لم يتوسط الفعل الاختيارى حيث يكون استناده الى الحافر (ح) فهو المتلف حقيقة بايجاد سبب الاتلاف سواء لم يتوسط فعل اصلا او كان المتوسط فعل غير اختيارى كما اذا اوقعه فى البئر حيوان او صبى غير مميز بل ولو كان مميزاً حيث ان التلف على الحافر ايضاً (ومحصل معنى التسبيب) بهذا المعنى هو اسناد الفعل الى المسبب حقيقة كاسناده الى المباشر (وثانيهما) ما كان الفعل

مستنداً الى المسبب اسناداً مجازياً وكان اسناده الحقيقى الى الفاعل المباشر كما فى مثل «بنى الامير المدينة» حيث انه للبناء اسناد حقيقى الى البناء واسناد مجازى الى الامير (ولايخفى) ان التسبيب بشيئى من الوجهين لايصح فى المقام وذلك لان عمل العامل فى المقام اما تبرعى او يكون بنحو الاجارة، والاجير اما ان يكون اجيراً عن الولى او عن المتبرع (فيما كان المنوب عنه ميتاً) او يكون اجيراً عن المنوب عنه فيما كان اجيراً عن الحى لان يعمل لنفس المستأجر لالحى اخر (والتسبيب بالمعنى الاول) مفقود فى جميع هذه الصور لكون صدور العمل عن العامل بالاختيار (واما بالمعنى الثانى) فهو ايضاً كذلك الا فيما اذا كان اجيراً عن نفس المنوب عنه و استأجر الاجير لان يعمل لنفس المستأجر، وذلك لان فى غير هذه الصورة لايكون مستنداً الى المنوب عنه ولو مجازاً لعدم تسبيب منه ولاتحريك له فى صدور العمل، بل العمل صادر عن العامل اما لامن تحريك من الغير اصلاً كالمتبرع و عمل الولى نفسه واما بتحريك من غير المنوب عنه كما فى استيجار الولى او المتبرع عن الميت او استيجار متبرع عن حى من غير تسبيب من المنوب عنه لهذا الاستيجار الواقع من المتبرع بل ولااطلاع منه بل ومع نهيه، حيث ان الاسناد المجازى انما هو الى المستأجر الذى صار منشئا لصدور العمل عن الاجير، لاالى المنوب عنه اذ ليس منه تسبيب الى العمل اصلاً مع وضوح صحة عمل الاجير و وقوعه عن المنوب عنه (نعم) فى صورة واحدة يصح القول بالتسبيب واسناد العمل الى المنوب عنه اسناداً مجازياً وهى ما كان الاستيجار من نفس المنوب عنه فيما يصح استيجارا لحى للعمل فى زمان حيوته ولكن المعلوم ان وزان هذه الصورة وزان بقية الصور فما يكون مصححاً فيها يكون هو المصحح فى هذ الصورة ايضاً ومنه يعلم ان مسئلة التسبيب اجنبية عن تصحيح العمل

رأساً .

الوجه الثالث ان يكون المصحح لعمل الاجير هوامر الاجارة بان يأتى بالعمل بداعى امتثال الامر بالوفاء بعقد الاجارة (وهذا الوجه اوضح فساداً من الاولين) **اما اولا** فلان امر الاجارة توصلى لايشترط فى سقوطه اتيان متعلقه بداعى امتثاله والمفروض توقف صحة عمل الاجير على قصد الامر فلابد من ان يكون ملاك عبادية عمله غير ذاك الامر الاجارى (واما ثانياً) فلان الامر الاجارى انما تعلق بالوفاء بمضمون العقد لكن عقد الاجارة لم يتعلق بذات العمل العبادى منفكا عن جهة عباديته حتى يؤتى به بداعى الامر الاجارى بل الاجارة وقعت على اتيان العبادة فلابد من حصول ملاك عبادية العمل قبل رتبة تعلق الامر الاجارى و لايعقل ان يكون الامر الاجارى بنفسه ملاكاً لعبادية متعلقه (واما ثالثاً) فلان العبادة (ح) تصير عبادة للاجير وموجباً لقربه لاعبادة للمنوب عنه ولالتقربه فان الامر الاجارى انما تعلق بالاجير باتيان العمل ويكون الوفاء به واجباً عليه ، فكيف يكون ذلك ملاكا لكون العبادة عبارة عن المنوب عنه؟

قال دامت افاداته وهذه وجوه مخدوشة مذكورة فى المقام فلنعدل الى الوجه المختار ونقول ان الاجرة ليست واقعة فى مقابل العمل العبادى اصلا ، بل انما هى بازاء النيابة ، وهى تعنون العمل العبادى بعنوان النيابة ،و حيث ان النيابة امر قصدى فيتوقف تحققها على القصد فيحتاج الى قصد كون العمل عن المنوب عنه وهذا هو متعلق عقد الاجارة ، وهذا القصد مما يحتاج اليه فى التبرع ايضاً بل هو كذلك فى التوصليات التى يتبرع بها عن الغير او يستأجر عليها اذا كانت الاجارة واقعة على العمل النيابى كالاستجار على البيع و الشراء ففى كل عمل اذا اريد وقوعها عن الغير لابد فيه من قصد

ذلك من غير فرق بين التوصلى والتعبدى ولا بين المتبرع والاجير (نعم) فى العمل التوصلى لما كان المنوب عنه لو كان هو بنفسه فاعلاً لم تكن صحة عمله متوقفة على قصد امره كذلك النائب عنه اذا قصد فى فعله كون الفعل عنه لم يكن صحة عمله موقوفة على ان يأتى به بداعى الامر المتعلق بالمنوب عنه وهذا بخلاف التعبدى فان المنوب عنه كما لا يسقط عنه الامر بفعل الصلوة الا بداعى امرها كذلك النائب بعد قصده لاتيان الصلوة عن المنوب عنه لا يسقط بفعله امر المنوب عنه الا اذا كان فعله بداعى الامر المتعلق بالمنوب عنه (وبالجملة) لا فرق بين التوصلى والتعبدى فى توقف وقوع الفعل عن المنوب عنه على قصد الفعل عنه وبعد تحقق القصد عنه يفعل فعله فان كان توصلياً يأتى به كيف شاء وان كان تعبدياً يأتى به بداعى الامر المتعلق بالمنوب عنه فكون داعيه هو الامر محقق لعبادية عمله لا لعنوان النيابة وهذا المعنى كما ترى مشترك بين عمل المتبرع والاجير الا ان المتبرع مالك لفعله هذا (اعنى جعل عمله معنوناً بعنوان النيابة) فله ان يفعل وله ان لا يفعل، و لكن الاجير قد ملك ذلك للمستأجر بعقد الاجارة فصار هذا الفعل (اعنى اتيان العمل بعنوان النيابة) ملكا للمستأجر ولكن على كل من التقديرين لا يكون اتيان العمل من النائب بداعى وقوعه عن المنوب عنه فان وقوعه عنه عبارة عن عنوان النيابة الذى هو عنوان ثانوى للعمل و قد حققنا فى مبحث النية من الصلوة ان الدواعى على العمل غير العناوين المترتبة عليه كما فى الالقاء و الاحراق حيث ان الاحراق عنوان ثانوى للالقاء وليس هو فى مرتبة الداعى على الالقاء و انما الداعى يكون فى مالا يكون ترتبه على الفعل من قبيل ترتب المسببات التوليدية على اسبابها (وبالجملة) فهنا امور (١) النيابة (٢) العبادة (٣) امتثال امر المنوب عنه ، فالنيابة هى متعلق قصد النائب و هى المتعلق للاجارة

وهى التى يأتى بها النائب بداعى اخذ الاجرة والعبادة فى رتبة متاخرة عن ذلك وهى ان يأتى بالفعل بداعى سقوط امر المنوب عنه ثم يتحقق بعد ذلك امتثال امر المنوب عنه وسقوط امره عنه ، واما المتبرع فياتى بالنيابة ايضاً بداعى القربة ولهذا يستحق الثواب لانه فى عمله المباشرى اعنى قصده النيابة منبعث من داعى القربة

هذا ما افاده الاستاد دامت افاداته توضيحاً وتلخيصا لما اختاره فى تصحيح عمل الاجير فى العبادات

(اقول) و المتحصل لى ببركة مولى الانام مستمداً من فضل علمه عليه السلام فى دفع عويصة الاشكال فى المقام اعنى تصحيح عمل الاجير فى العبادة مع شهادة الوجدان على دخل اخذ الاجرة فى انبعاثه نحو العمل بل انحصار داعيه فى ذلك يحتاج الى بسط فى الكلام (فنقول) ومن الله الاعانة ان الامر العبادى المتعلق بالمنوب عنه داع ومحرك للاجير نحو ايجاد العمل العبادى وهذا مما لا اشكال فيه بعد فرض كون العبادة مما تدخلها النيابة فان مرجع ذلك الى ثبوت التخيير فى مرحلة الامتثال بين فعل المنوب عنه بنفسه او بنائبه (لافى مرحلة الاثبات) لكى ينافى مع تعين الواجب على المنوب عنه حسبما حققنا القول فيه فى مبحث التوصلى والتعبدى فيكون نفس ذاك الامر المتعلق بالمنوب عنه داعياً و محركاً لكل مكلف قابل لان يصدر منه ذاك العمل العبادى من غير فرق فى ذلك بين الولى و المتبرع و الاجير لكن بين بعثه المنوب عنه بنفسه وبين بعثه لغيره فى ايجاد ماهو عمله فرق وهو ان بعثه للمنوب عنه مطلق غير مشروط بماعدى تحقق موضوعه و هو المكلف بماله من شرائط التكليف وبعثه لغيره منوط بتحقق قصده النيابة عن المنوب عنه، وذلك لتوقف وجود فعل المنوب عنه عن النائب على ان يقصد

النيابة عنه بفعله ويكون قصده للنيابة من مقدمات تحقق فعل المنوب عنه عن النائب بماهو 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 الشيئى بعنوان مقدمة وبعنوان آخر ذا المقدمة كما اوضحناه فى باب مقدمة الواجب من ان المقدمة قد تكون منحاز الوجود عن ذيها كنصب السلم للكون على السطح، وقد تكون متحد الوجود مع ذيها كالالقاء و الاحراق حيث ان الحركة الخارجية القاء و احراق بعنوانين فبالعنوان الاولى القاء ومقدمة وبالعنوان الثانوى احراق وذو المقدمة، (و مانحن فيه) من هذا القبيل فان الحركة الخارجية الصادرة من النائب نيابة بالعنوان الاولى وعبادة عن المنوب عنه بالعنوان الثانوى ،وهى بالعنوان الاولى مقدمة، و بالعنوان الثانوى ذو المقدمة

ولا يعقل انبعاث النائب فى ايجاد ذاك القصد عن قبل امر المنوب عنه لا بالاصالة ولا بالامر المقدمى المترشح منه نحو المقدمات الوجودية، وذلك اما بالنسبة الى استحالة داعوية نفس امر المنوب عنه بنفسه فلان الامر لا يدعو الا الى متعلقه و قصد نيابة النائب ليس فعل المنوب عنه بوجه من الوجوه وانما هو فعل للنائب بماهو هو فيستحيل صدوره عن النائب بداعى امر المنوب عنه (واما بالنسبة الى استحالة) ترشح الامر الغيرى المقدمى اليه من ناحية امر المنوب عنه فلان الامر الغيرى المقدمى يتعلق الى ما كان مقدمة وجودية اختيارية بماهى تحت قدرة المامور لا بماهى فعل اختيارى لغيره بما هو غير مأمور (وقصد نيابة النائب بما هو قصده ليس امراً اختيارياً للمنوب عنه. ولو فرض توقف صدور المأمور به عن المنوب عنه بالمباشرة على اقترانه بقصد

النائب للنيابة بان كان تمكنه من فعل نفسه مشروطاً بصدور قصدالنيابة من النائب لماكان قصده واجباًعلى المنوب عنه بالوجوب المقدمى لان قصده خارج عن اختيا رالمنوب عنه وقصدالنا ئب حين صدور فعل المنوب عنه يكون كذلك حيث ان قصده صادر عنه بماهو فعله ، وفعل المنوب عنه يصدر عنه بما هو فعل المنوب عنه فقصده بما هو فعله لايعقل ان يصير واجباً من قبل الامر بفعل المنوب عنه بماهو فعل المنوب عنه

ونتيجة ذلك هوخروج قصدالنيابة الذى هومقدمة وجودية لصدور فعل المنوب عنه عن النائب بماهو فعل المنوب عنه عن دائرة متعلق تكليف المنوب عنه وبعد خروجه فاما ان يكون امر المنوب عنه محركاً للنائب مطلقا عن قصده للنيابة او كان بعثه منوطاً به، لكن لاسبيل الى الاول لاستحالة تحقق فعل المنوب عنه عن النائب بدون ذاك القصد لكونه من مقدمات وجوده عن النائب فتعين الثانى اعنى اناطة باعثية امر المنوب عنه للنائب على تحقق قصدالنيابة عنه.

ومما يوضح ماذكرنا من التفاوت بين الفعلين الصادرين عن النائب اعنى بهما النيابة والعبادة هوصحة اسناد الاخير الى المنوب عنه مجازاً دون الاول فيقال فيما اذا صلى زيد عن عمرو: انه صلى عمرو، ولايقال: ناب عمرو ، و هذا الاختلاف دليل قطعى على ما ادعيناه من خروج فعل النيابة عن مقدمات فعل المنوب عنه بما هوفعله

ولماكانت ارادة النائب للنيابة عن المنوب عنه متوقفاً على داع له فى تلك الارادة فلاجرم يتوقف تحقق تلك الارادة عنه و انبعائه نحوها على وجود باعث له فى تلك الارادة ضرورة استحالة تحقق قصدالنيابة من دون داع وباعث (وهذا الباعث) اما اجرة كما فى الاجير اوامر الزامى كمافى الولى

او ندبى كمافى المتبرع او محبة واحسان الى المنوب عنه اوغير ذلك مما يمكن داعويته للنيابة سوى امر المنوب عنه

ثم بعد ذلك قدلايجب احداث عنوان النيابة على النائب بل له السلطنة فى ايجاده وتركه، وهذا كمافى المتبرع (وقديجب) اما بامر متوجه الى النائب كما فى الولى، واما بامر الاجارة كما اذاملك العامل هذا العمل (اعنى قصده النيابة فى فعله) للمستأجر فيكون ملزماً عليه بواسطة لزوم الوفاء بعقد الاجارة (وفيما لايجب عليه) ،قد يكون اتمامه واجباً بالشروع فيه كالصلوة الواجبة عن الميت وقضاء الصوم عنه بالنسبة الى بعدالزوال ، فانه كماكان لايجوز للمنوب عنه ابطال صلوته وافطار صومه بعدالزوال، كذلك فى النائب (بناء على اتحاد حكمه مع حكم المنوب عنه فى ذلك) وقدلايكون الاتمام واجباً كالصوم قبل الزوال.

ونظير قصد النيابة فى خروجه عن تحت امر المنوب عنه واناطة محركية امره للنائب بتحققه هو الاستطاعة بالنسبة الى الحج فان وجوبه لمكان اناطته بها لايعقل ان يصير منشأ لوجوبها، لكنها بالنظر الى حكم اخر قد تجب كمافى مورد العهد ونحوه وقدلاتجب وفى الثانى امالاتجب حفظها على تقدير حصولها كمافى الاستطاعة قبل اشهر الحج واما يجب حفظها كالاستطاعة الحاصلة فى اشهر الحج.

ومن جميع ماذكرناظهر اندفاع الاشكال بمالامزيدعليه حيث ظهران محرك الاجير فى ايجاد فعل المنوب عنه ليس الاامر المنوب عنه غاية الامر باعثية امره منوطة بتحقق قصد النيابة من النائب عن علته الباعثة له فى ايجاد ذاك القصد المفروض تحققها من ناحية اخذ الاجرة وعقد الاجارة (ولوفرض عدم انبعاث النائب) عن امر المنوب عنه فى ظرف تحقق قصد النيابة بل كان

فعل المنوب عنه صادراً عنه لا بذاك الداعى لكان محكوماً بالبطلان ولا محذور فيه ، كما ان فاعل الحج بعد حصول الاستطاعة لو لم يكن حجه بداعى امتثال امره لكان باطلا (وكما انه) لو جح بتخيل ان حجه علة لابقاء الاستطاعة وضعاً وكان داعيه فى الحج هو حفظ الاستطاعة لا امتثال امر الحج لكان حجه محكوماً بالبطلان (كذلك) فى المقام ، فلو صدر فعل المنوب عنه عن النائب بداعى حفظ الاجرة وعدم استردادها اذا كان اخذها او بداعى اخذها فيما لم يأخذها لكان محكوماً بالبطلان

ومما ذكرنا يظهر ان فعل النائب عن المنوب عنه فى الوجوب والاستحباب تابع لامر المنوب عنه فان كان امره وجوبياً لكان الصادر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه متصفاً بالوجوب ولو كان متبرعاً، (وان كان امره ندبياً) كان ما يصدر عن النائب بما هو فعل المنوب عنه ندباً، وان كان ما يصدر منه بما هو فعله اعنى قصد النيابة واجباً كما فى الاجير على فعل ما يستحب على المنوب عنه

ويظهر لك من ذلك اقسام (الاول) ما كان الفعلان الصادران عن النائب اعنى فعله بما هو هو و فعله بما هو فعل المنوب عنه اعنى عمل المنوب عنه كلاهما واجبين وذلك كما فى الاجير فى العبادة الواجبة وكذا الولى (الثانى ما كان كلاهما مندوبين كالمتبرع بالعبادة المندوبة (الثالث) ما كان فعل المنوب عنه واجباً وفعل النائب مستحباً كالمتبرع بالعمل الواجب (الرابع) عكسه كالاجير فى العبادة المستحبة ، هذا ما تيسر لى فهمه فى هذا المقام بالاستمساك بحبل ولاية باب العلم عليه السلام والحمد لله ولى الافضال والانعام

ثم انه قد ذكر لتصحيح عمل الاجير وجهان آخران ولا يرجع شيئى منهما الى محصل (الاول) ما افاده صاحب الكفاية وتبعه بعض اساتيدنا دامت افاداته من محققى تلامذته (وحاصله) على ما افاده دام بقائه محاذياً لما ذكره

استاده فى مجلس بحثه ، ان عمل الاجير لايحتاج فى تصحيحه الى الامر حتى يبحث عنه بانه هل هو شخص امر المنوب عنه او مثله بل الاجير ياتى بداعى الاجرة ولكن المأتى به خضوع فى نفسه محبوب عند المولى موجب لقرب المنوب عنه لكونه خضوعاً ، والخضوع فى نفسه لايحتاج فى كونه خضوعاً الى الامر به ، وبل ولا يحتاج الى كون الفاعل معتقداً لاحترام من يخضع له كما اذا استناب لتقبيل يد عالم رجلاً لايعتقد مايعتقده 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 مافيه)

اما اولاً فلان الخضوع من العناوين القصدية لاينطبق على فعل خارجى الا بالقصد حتى مثل السجدة وتقبيل اليد فدعوى كون الخضوع لبعض الافعال ذاتياً غير محتاج الى القصد مجازفة واما ثانياً) فلان الخضوع قد يكون مبغوضاً فليس المحبوبية ذاتية له بل يحتاج الى التوقيف والامر به ، الاترى ان المولى اذا عين للخضوع لديه زماناً معيناً او محلاً معيناً بحيث كان فى غير ذلك الزمان او المكان مبغوضاً له كان الخضوع (ح) مخالفة لامر المولى لامقرباً (واما ثالثاً) فلان جميع العبادات ليست مثل السجود والركوع حتى يدعى كون عباديتها ذاتية (وقد قسم العبادة فى الكفاية) فى مسئلة النهى فى العبادة الى ما تكون بذاتها عبادة من غير حاجة الى الامر كالسجود والركوع والى ما يحتاج فى صيرورتها عبادة الى اتيانها بقصد امتثال الامر (فما افاده هنا) انما يتم على فرض صحته فى القسم الاول دون الاخير

(الوجه الثانى) مانقل عن بعض الاعاظم (قده)(١) من ان تصحيح عبادة

(١) هو العلامة المدقق الميرزا محمد تقى الشيرازى طاب ثراه

الاجير انما هو بان يقال بالالتزام باهداء الثواب بمعنى ان الاجير يفعل العمل لنفسه ثم يهدى ثوابه الى الميت نظير صلوة ليلة الدفن و تلاوة القرآن للاموات ، وكانه (قده) اراد دفع اشكال عدم امكان سقوط الفعل عن المنوب عنه بفعل النائب (ومحصل مايتصور في تقرير هذا الوجه) بحيث يندفع به هذا الاشكال ان استقرار العبادة في ذمة الميت مثلا يوجب تعلق تكليفين (احدهما) الى الولى (والاخر) الى الاجنبى والاول تكليف وجوبى والاخر تكليف ندبى وكل واحد منهما مشروط بفوت الواجب عن الميت فيكون التكليف المتوجه الى الاجنبى مثلا بالصلوات الفائتة عن الميت تكليفاً مستقلا اجنبياً عن اداء مافات عن الميت لعدم قابلية ادائه من غير من توجه التكليف به ، ولكن الدليل قد دل على برائة ذمة الميت بفعل الغير مثل ما اشتغلت ذمته به فيكون فعل النائب موجباً للثواب للميت و دفع العقوبة عنه لا ان يكون النائب آتياً بالفعل بداعى امر المنوب عنه

(ولايخفى) انه مع مافيه من الغرابة ضرورة كون المأتى به من الولى والاجنبى هو نفس الفائت عن الميت لاشيئاً اجنبياً عنه ، لايندفع به اشكال قصد القربة فان العمل سواء كان لنفسه او للمنوب عنه عبادة لابد فيه من قصد الامر حتى يكون له ثواب يمكن اهدائه الى الميت بل ترتب الثواب فى التوصليات ايضاً موقوف على قصد الامتثال وهو ينافى مع الاتيان بداعى اخذ الاجرة على ما هو مبنى الاشكال فهذا الوجه مضافاً الى غرابته لا يفيد شيئاً

(الكلام فى جوائز السلطان)

ويلحق بها كل مايؤخذ ممن يختلط ماله بالحرام، ولابد من بيان صور المسئلة (فالاولى) ماذا لم يعلم بوجود حرام فى امواله ولو على نحو العلم الاجمالى بل يشك فى حلية ماله وحرمته، ولا اشكال فى جواز الاخذ (ح) لقاعدة اليد (الثانية) ما اذا علم اجمالا باختلاط امواله بالحرام مع احتمال ان يكون المال المأخوذ منه كله من الحلال (وفى هذه الصورة) ايضاً لا اشكال فى جواز الاخذ منه لو كان بعض الاطراف خارجاً عن محل ابتلاء الآخذ وانما الكلام فى ميزان الخروج عن محل الابتلاء (وقد مثل له الشيخ طاب ثراه) فى صدر كلامه للخارج عن محل الابتلاء بالامة التى جعلها الجائر من جوارى حرمه وصارت ام ولد له، وذيله فى آخر كلامه بكل مالم يأذن فى التصرف فيه من امواله (ولايخفى) ان الصواب هو ماقاله اخيراً وذلك لان المعيار فى الخروج عن محل الابتلاء هو عدم تمكن المكلف عن ارتكابه فعلاً وعدم صحة تكليفه بالاجتناب عنه الامشروطاً، ومن المعلوم عدم التمكن من التصرف فى اموال الغير الابعد اذن من بيده فلايصح خطابه بالاجتناب عنه الا معلقاً على القدرة و الابتلاء (وعلى هذا) فجميع ماورد من الاخبار الدالة على جواز الاخذ من الجائر ليس مخالفاً مع قواعد العلم الاجمالى، وذلك لندرة الابتلاء بجميع امواله بحيث يصير جميع اطراف العلم مورداً للابتلاء و لكن فى الاخبار مايدل بصراحته او باطلاقه على جواز الاخذ منهم ولو مع العلم بكون جميع بايديهم من الحرام (كصحيحة ابى ولاد) قال قلت لابى عبدالله عليه السلام ماترى فى رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الامن اعمالهم وانا امر به وانزل عليه فيضيفنى

ويحسن الى وربما امرلى بالدراهم والكسوة و قدضاق صدرى من ذلك فقال (ع) لى كل: ، وخذمنها فلك المهنى وعليه الوزر(الخبر) فانصريحه فرض عدممكسب لذلك العامل الامن عمل السلطان الموجب لكون جميع ماله من الحرام ،سيما مع حكم الامام عليه السلام بان لك المهنى و عليه الوزر فان الظاهر ثبوت الوزر للعامل فيما اعطاه للسائل من الدراهم و الكسوة و غيرهما لانثبوت اصل الوزر له فى عمله ، وذلك بقرينة مقابلته مع قوله (ع) فلك المهنى كما لايخفى (واماحمله) على كونه من الخراج والمقاسمة وانهما مما احل للشيعة (فبعيد) للعلم بعدم انحصار ما فى ايدى العمال بهما لكونهم يأخذون من اموال الناس مصادرة اكثر مما يأخذونه بعنوان الخراج و والمقاسمة ،(وفى معنى هذاالخبر) جملة من الاخبار التى باطلاقها تدل على ذلك والظاهران العمل على مضمونها ثابت (ولكن الانصاف) عدم دلالتها على ازيد مماتثبته قواعد العلم الاجمالى فان وجود الخراج والمقاسمة كافية فى احتمال كون الماخوذ منهما،وثبوت الوزر عليه لاينافى ذلك ، لاختصاص اباحة الخراج والمقاسمة بالشيعة(والحاصل)انه ليس فى هذه الاخبار اطلاق يشمل صورة الابتلاء بجميع مافى يدالجائر اوصورة العلم بكون جميع مافى يده حراماًعلى الأخذ وان كان له اطلاق بالنسبة الى ماعلم بكون جمع مافى يده حراما على الدافع دون الآخذ كالخراج والمقاسمة (نعم) فى بعض الاخبار مايدل على الاباحة لوكان المأخوذ مما علم وجود الحرام فيه اجمالا مع اطلاقه بالنسبة الى كون الجميع محل الابتلاء مثل ماوردمن اباحة مال المورث للوارث المذى يعلم بوجود الربوا فى اموال مورثه ، فان ظاهره ان اختلاط الربو بالحلال موجب لحلية المال للوارث بقرينة انه (ع)قد استثنى من صورة الحلية ما اذا كان شيئى من الربوا معزولا معلوماحيث

انه(ع)حکم برده(و یمکن تصحیح ذلك) بامکان تقییدالحرمة بما علم بها تفصیلا بنتیجةالتقییدحسبما او ضحناه فی الاصول ولا محذورفیه فی مقام الثبوت ولکن الکلام فی اثباته وهو مشکل لاجل عدم امکان الاستناد فی ماخالف القواعد الی الخبر المذکورمن جهة الشك فی کونه معمولا به فان ثبت ذلك فلامحذورفیه لامکان تصحیحه بماعرفت

الصورة الثالثة ما اذا علم بکون المأخوذ حراماً تفصیلا (و جملة القول فیها) انه امایعلم بحرمته قبل الاخذ اویعلم بحرمته بعده (اماالاول) فاما ان یأخذه بقصد الرد الی مالکه اویأخذه بغیر هذا القصد (لااشکال) فی جواز الاخذ بقصدالرد الی مالکه (فیما امکن رده الیه) و عدم الضمان علیه لکون یده (ح) یدامانة ولکونه محسناً فی ذلك و ماعلی المحسنین من سبیل کما انه لااشکال فی الضمان لواخذه لابقصدالرد الی المالك اذا کان متمکناً من الامتناع عن الاخذ واما اذا اضطر الی الاخذ مع عدم التمکن من الردالی مالکه کما اذا اعطاه الجائر امانة عنده بحیث لایتمکن من عدم قبوله ولامن رده الی المالك من جهة الخوف من الظالم فلااشکال فی جواز الاخذ(ح)جوازاً تکلیفیاً للتقیة(وفی الضمان وعدمه وجهان و وجه العدم ما سیاتی عن قریب من انصراف قاعدة الید الی صورة الاستیلاء علی مال الغیر عدواناً وقهراً علیه، وللنبوی المشهورفی حدیث رفع التسعة «وماستکرهوا علیه» ولما ورد من جواز ارتکاب کلما اکره علیه سوی الدم وعموم حلیة کلما یکون حراماً لاجل التقیة (ولکن الانصاف) عدم نهوض شیئی من الوجوه المذکورة لرفع الضمان لاطلاق قاعدة الید و عدم دلالة حدیث الرفع لرفع الاثار الوضعیة والالزم منه تأسیس فقه جدید و کذا اخبار التقیة فمقتضی اطلاق «علی الید» هوالضمان (ولوعلم به بعد الاخذ) ففی ضمانه باخذه و عدمه

وجهان ، فعن المسالك عدمه و تبعه عليه العلامة الطباطبائي في محكي مصابيحه (وما يمكن ان يستدل له) وجهان (الاول) ما يرجع الى دعوى عموم عدم الضمان في مورد الجهل (وحاصله) دعوى اختصاص عموم على اليد بما اذا كان عدواناً فلايشمل صورة الجهل فان المراد من الاخذ ليس هو الاخذ باليد الجارحة بل انما هو الاستيلاء على مال الغير قهراً عليه فالجاهل بكونه مال الغير لايكون في استيلائه عليه قهر عليه فيكون خارجاً عن عمومه ومعه فلاموجب للضمان (ولايخفى) ان هذا لوتم للزم الحكم بعدم الضمان في جميع موارد الجهل ، وهذا شيئ لايمكن الالتزام به ، بل وقع التسالم على خلافه، و سيأتي توضيحه انشاءالله تعالى

(الثاني)ما يرجع الى دعوى عدم الضمان في خصوص مايؤخذ من الجائر وذلك للاخبار الواردة في حل اخذه عند الجهل به غاية الامر وجوب الرد الى مالكه بعد العلم به تفصيلا، فلاموجب للضمان مع هذه الاخبار 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 المغرور الى من غره

(وكيف كان) فلواخذه لابنية الرد في غير مورد التقية فلا اشكال في ثبوت الضمان عليه فهل يرتفع الضمان بنية الرد الى مالكه اولا ؟ قولان ظاهر الاكثر هو عدم الارتفاع والمنقول عن بعض (في باب الوديعة)هو عدم الضمان فيما اذا تعدى في الحفظ ثم عدل عنه متمسكا بانه صار امينا محسناً وماعلى المحسنين من سبيل (ولايخفى مافيه) لان الاحسان وان كان منافياً مع الضمان الا انه لادليل على كونه موجباً لارتفاع الضمان الحاصل قبل تحقق الامانة، فبقاء الضمان لاينافي عدم كون الامين ضامناً لان هذا الضمان انما

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

ثم انه قد ذكرهنا امور ربما يقال بارتفاع الضمان بها (فمنها) ماذكرنا من نية الرد الى المالك فيما اذا اخذ مال الغير جهلا ثم حصل له العلم به (ولا يخفى) انه لو قلنا بان اخذه لايكون 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 (وان 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 ايضا موجب لرفع الضمان (ولكن الظاهر) عدم وجه لارتفاع الضمان به وهل هو الا كغصب غاصب اخر وكون قرار الضمان على الغاصب وجواز رجوعه اليه لجهله امر اخر (ومنها) الاعلام بالمالك بان المال موجود عنده وانه حاضر لدفعه اليه، حيث انه قيل ان ذلك رافع للضمان (وفيه) انه مع فرض تحقق الضمان لا رافع له الا الرد الى المالك والاعلام ليس مصداقاً له ولعل منشأ التوهم) هو كون الاعلام موجباً لاذن المالك في كون المال عنده الى وقت الاداء فيكون بذلك وديعة عنده فيرتفع الضمان (ولايخفى مافيه) لعدم دلالة مجرد الاعلام مع عدم اظهار رضاء من المالك في بقائه عنده على اذنه في ذلك حتى يصدق عليه عنوان الوديعة (وبالجملة) فهذه الامور ليست رافعة للضمان

و هيهنا امورا خر ينبغي البحث عنها (الاول) في بيان ما يتحقق به القبض لا اشكال في ان القبض في باب البيع ونحوه انما هو بالتخلية بين

المال وبين الآخذ من غير توقف على نقله اليه (واما فى باب الوديعة) فربما يقال ان ظاهر التعبير بالاداء فى الاية الشريفة « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها » هو وجوب الحمل الى المالك (لكن الاقوى) فيها ايضاً كفاية مجرد التخلية لكون الزام الامين بحمل المال الى المالك وتحمله لمؤنة نقله بعيداً جداً فالاداء والرد عبارة عن نفس التخلية ، و ربما يختلف ذلك باختلاف الاموال حسبما يأتى شرحه فى كتاب البيع انشاء الله تعالى

(الثانى) قال الشيخ (قده) لوجهل صاحبه وجب الفحص مع الامكان لتوقف الاداء بمعنى التمكين وعدم الحبس على الفحص (وتحقيق الكلام فى المقام ان يقال ان وجوب الاداء هل هو مطلق اومشروط بلعلم بالمالك فعلى الاول يجب الفحص عن المالك لكونه مقدمة للواجب المطلق وهو الاداء الى المالك (وعلى الثانى) فلايجب لكون الفحص مقدمة للعلم بالمالك مع ان العلم به شرط لوجوب الاداء (والتحقيق) هو الاخير وذلك لعدم دليل على الوجوب المطلق ومع الشك فى اطلاق وجوبه فالاصل يقتضى الاشتراط كما تقرر فى الاصول

لكن مقدمات الواجب المشروط قدتجب لابملاك الوجوب المقدمى بل بملاك حكم العقل بحرمة تفويت الواجب على وجه يرجع الى تتميم الجعل حسبما اوضحناه فى الواجب المشروط والفحص عن المالك من هذا القبيل، لاستلزام تركه عدم انتهاء المال الى مالكه كثيراً وهو مما يقطع بعدم رضاء الشارع به نظير ترك الفحص عن البلوغ والاستطاعة والنصاب حيث ان هذه الثلاثة مع كونها شرائط للوجوب يجب الفحص عنها لابالوجوب المقدمى الغيرى بل بالوجوب النفسى الذى ينتج نتيجة الوجوب المقدمى بملاك استلزام ترك الفحص عنها غالباً لترك امتثال الاحكام عن البالغين والحج عن المستطيع

والزكوة عمن بلغ ماله النصاب ، (فثبت) ان الفحص في المقام واجب و لولم يثبت اطلاق لادلة وجوب الاداء والرد

مضافاً الى امكان استفادة الاطلاق من ادلته كاطلاق قوله تعالى «ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها» (نعم) يمكن ان يقال بان الاوامر الواردة في التصدق بمالا يعرف صاحبه ونحوها مطلقات تنفي وجوب الفحص رأساً الا بمقدار يتوقف تحقق موضوع عدم العرفان عليه بحيث يصدق انه لا يعرف صاحبه

ثم انه على تقدير وجوب الفحص وعدم وجود ماينفي وجوبه فيقع الكلام في مقدارما يجب منه ، والظاهر ان حده هو اليأس عن الظفر بالمالك ولو كان اليأس حاصلا بالاقل من الفحص في السنة ، لكن قيل ان مقتضى اخبار باب اللقطة هو وجوب الفحص سنة (ولا يخفى) ان اطلاق هذه الاخبار في موردها ليس معمولا به ضرورة ظهور كون وجوب الفحص طريقياً فلو حصل اليأس في اقل من السنة لم يجب في اللقطة فضلا عن غيرها من الاموال المجهولة (نعم) مقتضى القاعدة وجوب الفحص الى حد اليأس ولو كان في الاكثر من السنة ، ومقتضى اخبار اللقطة جواز ترك الفحص في الزائد عنها ولو لم يحصل اليأس ، وعليه فيصير باب اللقطة عكس المقام فيجب الفحص في المقام الى حدا ليأس ولو زاد عن السنة ، ويكفي في اللقطة بمقدار السنة ، و هذا بناء على عدم التعدى من باب اللقطة الى باب الاموال المجهولة في الاقتصار على السنة (وهل يتعدى) من بابها الى المقام اولا ؟ وجهان ، من ان مقتضى القاعدة كما عرفت هو التحديد باليأس ، ومن ورود خبر حفص بن غياث في مورد من اودعه رجل من اللصوص دراهم اومتاعاً فهل يرد عليه قال لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها

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

(نعم) يقع الكلام في التعدي عن الودعي الى مطلق من وقع مال الغير بيده ولو اخذه لمصلحة نفسه فان في التعدي عنه اليه اشكالا، لامكان كون الحكم مختصاً بباب الوديعة فالمأخوذ عارية اواجارة ونحوهما لا يلحق بالوديعة في الاكتفاء بالفحص سنة ولو لم يبلغ حد اليأس بل اللازم في ذلك هو حد اليأس ولو باكثر منها كما انه يشكل في اللقطة في مالو حصل اليأس في اثناء السنة من ان الظاهر كونه طريقياً لازمه الاقتصار على ماحصل به اليأس، ومن ان 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 الاخذ قهراً على المالك لامطلق الاخذ فلايشمل صورة الجهل (وربما يقال) بامكان الاستدلال في نفي الضمان بقاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده (واورد عليه) بكون القاعدة اجنبية عن ذلك (توضيحه) ان مورد القاعدة انما هو في مورد تسلط المالك غيره على ماله مجاناً او بعوض فان كان تسليطاً مجانياً فلاضمان كما في الوديعة والهبة والعارية ونحوها من غير فرق بين صحيحها وفاسدها وان كان تسليطاً بعوض ففيه الضمان كما في البيع والاجارة والهبة المعوضة و نحوها من غير فرق بين صحيحها وفاسدها اذ الملاك في الجميع هو التسليط في مقابل العوض و كيف كان فلابد ان يكون التسليط من المالك دون الغاصب او الجائر (ولكن يمكن المنع عنه) بجعل المورد منطبقاً على القاعدة لالاجل اقدام المالك على التسليط بعوض لو بلاعوض بل لمكان اقدام الآخذ مجاناً او مع العوض

فكل مورد كان اخذه بعنوان المجان فلا ضمان سواء كان بعقد صحيح او فاسد وكلما كان اقدامه فى الاخذ مع العوض ففيه الضمان وعلى هذا فيحكم بعدم الضمان فى صوره جهله بكون المعطى غير المالك وكان آخذاً لمصلحة نفسه بواسطة قاعدة مالا يضمن وعلى هذا فيجمع بين كلماتهم فى الحكم بعدم الضمان فى مورد الجهل، و بان المغرور يرجع الى من غره بجعل مورد الاول فيما اذا اقدم الآخذ على الاخذ المجانى ، ومورد الثانى ما اذا اقدم فى الضمان المعاوضى (فالمتحصل) من هذا عدم الضمان فى اخذ الاموال المجهولة بماهى اموال مجهولة الا اذا تحقق موجب للضمان من الاقدام على الضمان المعاوضى و نحوه و سيجئى فى ابواب البيع مزيد توضيح لذلك انشاء الله تعالى .

(اقول) دعوى انصراف عموم على اليد الى ما كان الاخذ فهراً واستيلاءً على المالك لم يظهر وجهه لعدم دلالته عليه لامن حيث المادة ولامن حيث الهيئة ولامن مدلول السياق .

(الامر الثالث) فى حكم التصدق بما جهل مالكه (اعلم ان الاخبار فى هذا الباب على طوائف (فمنها) مايدل على ان المال المجهول للامام كخبر داود بن ابى زيد حيث يقول ع فيه: «والله ماله صاحب غيرى» (ومنها) مايدل على وجوب التصدق به مثل مرسلة السرائر وماورد من الامر بالتصدق بما جمعه من جوائز بنى امية مويداً باخبار اللقطة والامر بالتصدق بما يجتمع عند اهل الصياغة، وغلة الوقف المجهول اربابه ونحو ذلك (ومنها) مايدل على وجوب حفظه وامساكه والايصاء به عند الموت ،ومقتضى الجمع بين هذه الاخبار هو ابقاء مايدل على وجوب الحفظ على مورده الذى هو ارث من لا يجد له وارثاً لاجل احتمال مجيئ صاحبه وحمل اخبار التصدق على انه باذن

الامام من باب الولاية وانه اذن بتصدق ماله لانه امر بالتصدق عن مالكه المجهول، ويشهد لذلك نفس خبر داود، فان فيه بعد حلف الامام ع بانه ماله مالك غيره الامر بالتصدق.

هذا كله فيما اذا لم يظهر المالك بعد. واما لو تبين المالك بعد الدفع فأما ان يكون الدفع الى الحاكم او الى مستحق الصدقة فان كان الدفع الى الحاكم فاما ان نقول بوجوب الدفع اليه لكون المال للامام وهو نائب عنه او بجواز الدفع اليه لكونه ولياً على المالك المجهول كما ان المتصدق اذا تصدق بنفسه ايضاً كان صحيحاً لولايته فى التصدق بنفسه (فعلى الاول) فهل للمالك ان يرجع الى الدافع اولا؟ وجهان، اقواهما العدم لكونه مأموراً بالاداء الى الحاكم من باب ايصال المال الى مالكه الذى هو الامام ع والحاكم نائب عنه وليس بعد الاداء ضمان فمقتضى كون مجهول المالك للامام ع هو عدم بقائه على ملك مالكه الاول اذ لا يعقل ان يكون للمال مالكين والمفروض انه قد دفعه الى نائب المالك فلا وجه للضمان. (وعلى الثانى) فهل يصير الدافع ضامناً بالدفع الى الحاكم اولا؟ ثم على تقدير عدم اقتضاء دفعه للضمان فهل يرتفع به ضمانه السابق (لو كانت يده يد ضمان) اولا؟ وجهان اقربهما عدم ضمانه بالدفع الى الحاكم لو لم تكن يده يد ضمان بل يرتفع ضمانه بالدفع اليه اذا كانت يده يد ضمان، وذلك لان دفعه اليه دفع الى ولى المالك وهو بمنزلة الدفع الى نفس المالك. (واحتمل الشيخ الاكبر قده فى الكتاب) ثبوت الضمان بدعوى كون الحاكم وكيلا عن الدافع للتصدق فيكون تصدقه عن الدافع لانه قابض عن المالك (وهو مدفوع) بانه انما يأخذه عن الدافع ولاية منه على المالك لا وكالة عن الدافع مضافاً الى ما سياتى من الاشكال فى ضمان الدافع لو كان هو المباشر للتصدق

ثم ان المال اما ان يكون باقياً عندالحاكم اوانه تصدق به وعلى الثانى فاما ان يكون عين المال موجوداً عندالفقير اولا (لاشكال) فى عدم استحقاق المالك لشيئى لاعلى الحاكم ولاعلى الفقير لوتلف عندالفقير وذلك واضح، حيث ان الحاكم تصدق بمال الامام ع باذنه اوبمال المالك ولاية عليه ، و الفقير قدملك باخذه واتلف ماله الذى ملكه بالاخذ فلاسبيل للمالك عليه بشيئى اصلا بعدخروجه عن ملكه (ولو كان باقيا عندالحاكم) فهل يعود الى المالك بعدتبينه اولا؟ وجهان من انه قد خرج عن ملكه ودخل فى ملك الامام (بناء على كونه له ع) ولاوجه لعوده الى المالك بعدخروجه عنه ومن انه كان بعنوان مجهول المالك و قد خرج عن هذا العنوان بظهور مالكه فيعود الى ملكه بعدتحقق موضوعه، واشكل من ذلك مالوتصدق به الحاكم وكان موجوداً عندالفقير لصيرورة الفقير مالكا بالاخذ فهل يكون عنوان مجهول المالك حيثية تعليلية فى انتقال المال الى الامام ع ومنه الى الفقير بالتصدق عنه ع وكذا فى انتقاله الى الفقير بالتصدق عن المالك على القول به؟ او ان هذا العنوان حيثية تقييدية يدور مدارها الحكم حدوثاً وبقاءً ؟ (وقداختار الاستاد دام بقائه) فيما كان موجوداً فى يدالحاكم وظهر مالكه قبل الدفع الى الفقير انه يعود الى المالك فيأخذه من الحاكم و اما اذا تصدق به الحاكم وكان المال موجوداً عندالفقير فاختاردام بقائه عدم عوده الى المالك وانه لا حق له على الفقير بمطالبة ذلك المال الموجود عنده و لكن الفرق مشكل ، (والتمسك) باستصحاب بقاء المال فى ملك الفقير بعدظهور مالكه (موقوف) على صحة الاستصحاب فى الشك فى المقتضى وهوخلاف المختارعند الاستاد فى الاصول وذلك لان الشك فى بقاء المال فى ملك الفقير بعد ظهور المالك مسبب عن الشك فى كيفية دخوله فى ملكه وان ذلك هل كان بعنوان مجهول

المالك على نحو الحيثية التعليلية او انه على نحو الحيثية التقييدية فالشك راجع الى الشك فى المقتضى هذا كله فى صورة الدفع الى الحاكم.

واما لو كان من بيده المال هو المباشر للتصدق به فلا اشكال فى عدم جواز الرجوع الى الفقير لو لم يبق عنده ، وفى جواز الارتجاع منه مع وجوده الوجهان المتقدمان واما بالنسبة الى الرجوع الى المتصدق فهل له الرجوع اليه مطلقاً ؟ او ليس له الرجوع مطلقاً؟ او يفصل بين ما اذا كانت يده يد ضمان بالقبض فيقال بعدم ارتفاع ضمانه بالتصدق وبين ما اذا لم تكن كذلك فيقال بعدم ضمانه بالتصدق؟ وجوه، اقويها القول بعدم الضمان مطلقا، (اما فيما اذا لم يكن ضامناً من اول الامر فواضح ؛ حيث ان التصدق به وان كان اتلافاً الا ان المتصدق ليس هو المتلف حتى يكون ضامناً لعموم من اتلف بل انما التلف مستند الى الامر الشرعى بالصدقة وكون المتصدق ملزماً بها ولا معنى للامر بالصدقة وبقاء حكم الرد الى مالكه فيكون الامر بالصدقة حاكماً اما على دليل مالكية المالك وكاشفاً عن خروج المال عن ملكه ، او على دليل وجوب رد كل مال الى مالكه وموجباً للتوسعة فى الرد و انه (ح) اعم من الرد الى الفقير، وعلى التقديرين لا موجب للضمان للمالك اما اخروجه عن ملكه بالصدقة عنه او لتحقق عنوان الاداء والرد اليه بتعميمه للرد الى الفقير

(فان قلت) لامنافاة بين التصدق وبين بقاء الضمان كما فى اللقطة حيث يصح ان يتصدق بها الملتقط مع بقاء الضمان ، وكما فى الوديعة من الناس (قلت) المنافاة انما هى بين الالزام بالصدقه و بين الضمان وليس فى باب اللقطه الا الترخيص بالصدقه فان الملتقط مخير بين الصدقه وبين الحفظ عنده الى ان يظهر مالكه وهذا بخلاف ما لو تعين الصدقة الزاما كما فى المقام (هذا فيما لم تكن يده يد ضمان)

واما لو كان ضامناً من اول الامر فهل يرتفع ضمانه بالتصدق اولا ؟ وجهان ، اقويهما الاول ، لما عرفت من كونه اما مصداق الرد او كاشفاً عن خروج المال عن ملك المالك (وعلى فرض الشك) فالمرجع هو استصحاب الضمان كما يستصحب عدم الضمان فى الصورة الاولى و ليس هذا قولاً و بالتفصيل بين الصورتين حتى يستشكل فيه بعدم القول بالفصل فى المسئلة بل هو تفكيك بين موارد الاحكام الظاهرية حسب اختلاف ما يقتضى انطباق ادلتها على مواردها و ذلك غير عزيز فى الاحكام الظاهرية كما لايخفى ،هذا مضافاً الى انه لو صح التمسك بعدم القول بالفصل فى المقام امكن التمسك بالبرائة فيما لم يكن ضمان سابق و يحكم بعدم الضمان و رفع اليد عن استصحاب الضمان (فيما كان مسبوقاً به) تمسكا بعدم القول بالفصل ، (والقول) بحكومة استصحاب الضمان فيما كان مسبوقاً به على اصالة البرائة فيما لم يكن مسبوقاً به كما افاده الشيخ (قده) فى المكاسب (غريب) لكون الاصلين فى موردين ولا حكومة للاستصحاب فى مورد على البرائة فى مورد اخر (هذا تمام الكلام) فى الصورة الثالثة وهى مالو علم بكون المأخوذ حراماً تفصيلا مع مافيها من القلق و الاضطراب

(الصورة الرابعة) فيما اذا علم باشتمال الماخوذ على الحرام فاما ان يكون مقدار الحرام ومالكه كلاهما مجهولين او كلاهما معلومين او مختلفين فان علم بهما او علم مالكه فقط وجب دفع المقدار المعلوم الى المالك ،و التخلص عنه ولو بالصلح او الابراء فى المقدار المجهول .وان علم مقدار الحرام وجهل مالكه فالكلام فيه ماتقدم فى الصورة السابقة على تفصيل تقدم فيها، (واما مع الجهل بالمقدار والمالك كليهما) فاما ان يحتمل زيادة مقدار

الحرام عن الخمس و نقصانه واما ان يعلم بالزيادة عنه مع الشك فى مقدار الزيادة واما ان يعلم بالنقصان عن الخمس مع الشك فى مقدار النقصان (لا اشكال) فى شمول ادلة الخمس للصورة الاولى (اعنى الشك فى اصل الزيادة والنقصان عن مقدار الخمس) لكونه القدر المتيقن منها و امافيما علم زيادة الحرام عن الخمس فهل يكتفى بمقدار الخمس استناداً الى بعض مادل على ان الله تعالى رضى فى حل الاموال بالخمس اولا يكفى ذلك ، وجهان ، و وهكذا فيما علم نقصان الحرام عنه فهل يكتفى باداء المقدار المعلوم ؟ او يجب اداء الخمس نظراً الى اطلاق بعض اخبار الخمس ؟ وجهان وعلى التقديرين فهل يصرف الى مصارف الخمس اوالى مصارف الصدقه ؟ وجهان و تفصيل الكلام فى ذلك موكول الى كتاب الخمس هذا تمام الكلام فيما تعرض له الاستاد دامت بركاته فى المكاسب المحرمة ،

ويتلوه الكلام فى حقيقة البيع

والحمد لله اولا واخراً

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة على سيدنا ونبينا محمد سيد المرسلين وعلى اله الطاهرين ، واللعنة على اعدائهم اجمعين من الان الى يوم الدين

قوله قدس سره كتاب البيع الخ وينبغي ان نحقق اولا ان البيع مندرج في اي باب من ابواب الفقه فاعلم انهم قسموا الفقه الى عبادات ومعاملات و احكام والعبادة تطلق على معان (الاول) مايتوقف صحته على اتيانه بقصد القربة وهذا هو العبادة بالمعنى الاخص (الثاني) مايؤتى به بقصد القربة ولو لم تكن صحته منوطة باتيانه كذلك وهذا هو العبادة بالمعنى الاعم (الثالث) الوظائف التعبدية المقررة للمكلفين ممالايتوقف على انشاء اصلاً وهذا اعم من المعنى الثاني ويشمل مثل القضاء والشهادات والمواريث ونحوها (والمعاملة ايضاً تطلق) على معان (الاول) مالايتوقف صحته على اتيانه بداعي القربة وهو المعاملة بالمعنى الاعم المقابل للعبادة بالمعنى الاخص ، سواء لم يكن متوقفاً على الانشاء اوتوقف من جانب واحد او من جانبين (الثاني) مايتوقف على الانشاء مطلقا ولو من جانب واحد وهذا اخص من الاول (الثالث) مايتوقف على الانشاء من جانبين وهذا اخص من الثاني ايضاً لانحصاره بالعقود

ثم ان العقود تنقسم الى اذنية وعهدية ، والمراد بالاذنية ما يتوقف على الاذن حدوثاً وبقاء بحيث يرتفع بارتفاع الاذن ولو لم يعلم به المأذون كالوكالة الاذنية والامانة ونحوهما ، وفي ادراجها في العقود مسامحة لان العقد عبارة عن العهد المؤكد ولاعهد في العقود الاذنية لان قوامها انما هو

بالاذن فقط وانما ادرجوها فى العقود لمكان اشتمالها على الايجاب والقبول وعلى هذا فلايشملها عموم اوفوا بالعقود تخصصاً لاتخصيصاً، و انما قيدنا الوكاله بالاذنية لاخراج ماكان منها مندرجاً تحت العقود حقيقة وهى التى تشتمل على شرائط العقد على ماقررفى محله، و يترتب عليه عدم بطلانها بمجرد رجوع الموكل بل يتوقف على بلوغ الرجوع عن الاذن الى الوكيل

والمراد بالعقود العهدية هى ما تشتمل على العهد و الالتزام، وهى تنقسم الى تعليقية وتنجيزية والمراد بالتعليقية ماكان المنشأ معلقاً على امر كالجعالة (بناء على كونها من العقود لامن الايقاعات) وكذا المسابقة والمراماة و الوصية، .. والمراد بالتنجيزيه مالم تكن كذلك

وكل واحد منهما ينقسم الى تمليكية وغير تمليكية و التمليكية ايضاً تنقسم الى ما يتعلق بالاعيان و الى مايتعلق بالمنافع، وكل واحد منهما امامعوضة اوغير معوضة، فالمعوضة المتعلقة بالاعيان مثل الصلح والبيع، و غيرالمعوضة المتعلقة بها كالهبة سواء كانت معوضة اولا، وسواء كان العوض شرطاً فيها اولا، فان الهبة هى التمليك بلاعوض، وانما العوض فى المعوضة منها بازاء التمليك بمعنى انها تمليك بازاء تمليك لامبادلة مملوك بمملوك ولذا لاتقع بلفظ وهبتك هذا بهذا بل هذا تعبير عن البيع بلفظ الهبة، و فى وقوع البيع به كلام يأتى تحقيقه والغرض هنا بيان انه ليس بهبة بل هو بيع مردد بين الصحيح والفاسد بناء على اعتبار الالفاظ الحقيقية فى العقود وعدم وقوعها بالالفاظ المجازية والمشتركة بالاشتراك اللفظى او المعنوى اوعدم اعتبارها بل وقوعها بكل لفظ دال على المقصود ولو بالقرينة ولافرق فى الهبة فى ما ذكرنا بين ماكانت مشروطة بالعوض كما اذاقال وهبتك هذا بشرط ان تهبنى ذاك، اولم يكن، بل وهبه المتهب شيئاً ابتداء بعوض هبته

وان كان بينهما فرق من وجه آخر وهوجوازالرجوع وعدمه حيث لايصح الرجوع فى الاول ويصح فى الثانى مالم يهبه المتهب على تفصيل فيهما موكول الى محله (والغرض) بيان دفع توهم كون الهبة المعوضة من العقود التمليكية المعوضة

و اما العقود التمليكية المعوضة المتعلقة بالمنافع فكالاجارة، فانها من العقود المعاوضية وان كانت من جهة اخرى تعدفى باب العقودالامانية لكون العين المستأجرة امانة فى يدالمستأجر، ولاجل هذه المناسبة ادرجها العلامة (قده) فى باب الامانات كما يمكن ادراج الرهن ايضاً فيها بتلك المناسبة لكون العين المرهونة امانة فى يدالمرتهن، كما يمكن ادراجه فى باب الدين ايضاً لكونه من ملحقاته

واماغير المعوضة المتعلقة بالمنافع فكالعارية بناءعلى ان تكون تمليك المنفعة لاباحتها والاتندرج فى العقود الاذنية، (فقد تحصل) ان البيع من العقود التنجيزية التمليكية المعاوضية المتعلقة بالاعيان

ثم ان الفرق بينه و بين الصلح الواقع على الاعيان مما لا يخفى (وتوضيحه) ان الصلح عبارة عن حقيقة واحدة وهى التسالم المعبرعنه بالفارسية (باهم برآمدن) لكن ما وقع عليه التسالم يختلف، فقد يكون التسالم على مبادلة العين بالمال فيفيد (ح) فائدة البيع، و اخرى يكون على مبادلة المنفعة بالمال فيفيد فائدة الاجارة وثالثة يقع التسالم على تمليك العين من غيرعوض فيفيد فائدة الهبة، ورابعة يقع على اباحة المنفعة فيثمر ثمرة العارية ، وهكذا، ... ولكن المعنى وهو التسالم فى الجميع واحد، ولذا يجب ان يتعدى بكلمة «على» فلوقيل صالحتك هذا بهذا لم يكن صلحاً بل هو بيع اما فاسداوصحيح على ماتقدم فى الهبة آنفاً (نعم) عن بعض الاصحاب صحة

تعديته بكلمة «عن» فيقال: صالحتك عن كذا، لكن الظاهر انحصار مورد استعمالها بما في الذمة لا مطلقا (وبالجملة) فالصلح حقيقة اخرى مغايرة مع البيع و يكون اوسع من حقيقة البيع: بل مع كل معاملة يفيد فائدتها، ولذا يقع على الحقوق بل على اسقاط الحقوق ايضاً.

قوله (قده) وهو في الاصل كما عن المصباح الخ اعلم انهم ذكروا في تعريف البيع عبائر مختلفة كلها تعاريف تقريبية لا معرفات حقيقية لعدم اشتمال البيع على الجنس والفصل كسائر المهيات المحدودة بالحدود فقيل انه مبادلة مال بمال كما نقل عن بعض اللغويين، وقيل انه تمليك عين بعوض، و يشبه ان يكون الفرق بين التعريفين معنوياً لا لفظياً محضاً اذ الظاهر من الاول هو كون البيع عبارة عن تبديل مال بمال اخر، و من التعريف الثاني هو كونه عبارة عن تبديل ملكية عين بملكية عين اخرى، اذ معنى التمليك هو اعطاء الملكية كما لا يخفى، (ولا يخفى) ان الاعتبار في باب البيع يساعد الاول لا الاخير اذ الظاهر كونه عبارة عن تبديل المال بالمال لا تبديل الملكية بالملكية (وتوضيحه) يتوقف اولاً على بيان حقيقة الملكية (فنقول) ان الملكية في باب الاموال عبارة عن مرتبة من مقولة الجدة، فان لها مراتب (الاولى) مرتبة وجدان الشيئ حقيقة، بحيث يكون الشيئ له حقيقة، و هذا يختص بملك الله سبحانه لمخلوقاته «ولله ملك السموات والارض» ولا يمكن ادراك كنه هذا المعنى الا بنحو التقريب، واشبه شيئ به مما يمكننا اكتناهه هو وجدان النفس الناطقة للصور المرتسمة في صقعها، حيث ان النفس واجدة لها بالوجدان الحقيقي، الا انه لما كان كون وجود النفس غير قائم بذاتها لكونها قائمة بمبدعها و بارئها فلا نفسية لوجوداتها تكون وجدان الصور المرتسمة لها ايضا كذلك، ولذا صار التمثيل تقريبياً (الثانية) مرتبة

وجدان الشيئى حساً وذلك كالتقمص والتعمم اعنى الهيئة الحاصلة من احاطة القميص والعمامة على الانسان مثلا، ومن الواضح ان تلك الهيئة لاتحصل الامن الاحاطة الخاصة فلاتحصل اذا كان القميص مثلا فى جانب والانسان فى جانب اخر (الثالثة) مرتبة وجدان الشيئى اعتباراً، وهى عبارة عن اعتبار وجدان الشيئى واعتبار كون الشيئى لشيئى آخر وهى الملكية المبحوث عنها، وحقيقتها هى علقة خاصة واضافة مخصوصة بين المالك والملوك كخيط متصل بينهما وهى موضوعة للاحكام الشرعية والعرفية وهذا الخيط امر اعتبارى غير حسى، موجود فى عالم الاعتبار لاالاعتبارى بمعنى انياب الاغوال بل له واقعية فى نفس الامر، وحيث ان تلك الاضافة الخاصة هى بعينها عبارة عن وجدان شيئى يعبر عنه بالمالك لشيئى يعبر عنه بالمملوك قلنا انها من مقولة الجدة لكنها جدة اعتبارية لاوجود لها فى الاعيان، وحيث ان حقيقتها اضافة خاصة بين المالك والمملوك صح ان يقال باندراجها فى مقولة الاضافة كما عليه المحققون، ولكل وجه، الاان بناء الاستاد على الاول

اذا ظهر ذلك فنقول من احوج شيئى تمس اليه الحاجة هو تبديل الاموال، حيث انه يمكن ان يكون الجائع عنده الماء ولايكون لديه الخبز والعطشان يكون واجداً للخبز. ولايكون عنده الماء بحيث لو لم ينتقل مال الاول الى الثانى وبالعكس لهلكا معاً، فالضرورة تقتضى انتقال المالين عن محلهما والحكمة الالهية اقتضت جعل الدراهم والدنانير اثماناً ميزاناً لهذه الانتقالات ولمزيد توضيحه موقع آخر،

ثم انك عرفت ان ههنا اموراً ثلثة مالك ومملوك وملكية اعنى ذلك الخيط الموجود فى عالم الاعتبار، وهذه الامور الثلثة متحققة فى ملك كل واحد من الخبز والماء فى المثال المتقدم (فح) يمكن فى المقام ان يكون

التبديل بين المالكين اويكون بين الملكيتين اويكون بين المملوكين ،والتبديل بين المالكين هو بالقاء مالك الخبز مثلاً طرف الخيط الاعتبارى المتصل بينه وبين الخبز عن عنقه وحمله على عنق مالك الماء وكذا عكسه فى مالك الماء فانه يلقيه عن عنقه ويجعله على عنق مالك الخبز هذا كله فى عالم الاعتبار، و على هذا فالخيطان الاعتباريان باقيان بنفسهما و بطرفهما المشدود المرتبط بالمالين وانما التحويل و التبديل فى الطرف المتصل بالمالك، **وهذا كما فى باب الارث** حيث ان الوارث يقوم مقام المورث ويتفرع عليه انه لوكان المال متعلقاً لحق اخر يكون بما هو كذلك موروناً (والسر فى ذلك) هوعدم حدوث التغيير والتحويل فى ناحية الملكية بل انما التبديل فى طرفها المتصل بالمالك

و اما 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، فلوفرض حسية ذاك الخيط كان تبديله عبارة عن نقله عن مكانه الخارجى ووضعه فى مكان الخيط الاخر بلاتغيير مكانى فى طرفيه

واما التبديل بين المالين فهو برفع مالك الخبز طرف الخيط المتصل بالمال وحله عن الخبز وشده على الماء فى عالم الاعتبار و كذا عكسه فى مالك الماء فانه يحل الطرف المشدود من ذلك الخيط الاعتبارى عن الماء و يشده على الخبز مع بقاء الخيطين على ماهما عليه وكذا طرفهما المتصل بالمالك بلاتبديل فى ذلك اصلاً (ولااشكال) فى ان اعتبار البيع بحسب العرف ليس تبديل المالكين وانتقال احدهما مكان الاخر كما كان فى باب الارث وانما الكلام فى ان الارتكاز العرفى هل هو مساعد مع الاعتبار الثانى اعنى تبديل نفس الاضافتين؟ او انه يساعد مع الاخير اعنى تبديل المملوك

بالمملوك ؟فتعريفه بانه مبادلة مال بمال يناسب مع الاخير، وانه تمليك عين بعوض يناسب مع كونه تبديل الملكية بالملكية

اذا عرفت ذلك فاعلم ان الدليل والاعتبار يساعدان مع كون التبديل بين المالين لا بين الاضافتين، وذلك لان دليل سلطنة الناس على اموالهم انما يقتضى ثبوتها على الاموال لا على الملكية الاعتبارية التى بينها وبين اربابها، فتبديل الملكية بالملكية يحتاج الى ثبوت سلطنة على الملكية لان الملكية بنفسها عبارة عن السلطنة على المال ولا معنى للسلطنة على السلطنة ولو فرض تصور معنى لذلك فلا دليل على ثبوتها، ولعله لذلك يقال بعدم زوال الملكية عن المال بالاعراض حيث لا دليل على ثبوت السلطنة للمالك على ازالة الملكية عن ملكه، هذا بحسب الدليل، و اما بحسب الاعتبار فللوجدان الحاكم بان فعل البائع والمشترى ليس الا نقل الاموال لا نقل الملكية القائمة بها فالبائع يعطى المثمن لانه يعطى واجديته له و المشترى ايضاً يعطى الثمن لا واجدايته له، وهكذا فى جميع العقود سواء كانت معاوضية او بلا عوض.

(فان قلت) هذا لا يتم فى مثل الهبة فانها تمليك مجانى، ومعناه هو اعطاء الملكية فالمنشأ فى الهبة هو الملكيه بلا عوض (قلت) لا فرق فيما ذكرناه بين الهبة وغيرها ففى الهبة ايضاً يكون نقل المال الا انه بلا عوض ولازم انتقال المال عن الواهب الى المتهب بنقل الواهب فى عالم الاعتبار هو انعدام ذلك الخيط الاعتبارى والاضافة التى كانت بين الواهب و بين المال وحدوث اضافة اخرى بين المتهب وبين المال الموهوب، لا ان فعل الواهب ابتداء هو اعطاء خيطه الاعتبارى واضافته الى المتهب ». (فالمتحصل) من هذا الامر هو ان حقيقة البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال بمعنى تبديل احد طرفى الاضافة بطرف اضافة اخرى لا نفس تبديل اضافة باضافة اخرى

قوله (قده) والظاهر اختصاص المعوض بالعين الخ. اعلم انه يعتبر فى العوضين امور تكون من مقومات البيع مفهوماً بحيث لا يصدق البيع عرفاً الابها ، (امافى المعوض) فيعتبر ان يكون عيناً فى مقابل المنفعة والحق وذلك لعدم صدق البيع عرفاً على نقل غير العين ، ولااقل من الشك الموجب لعدم صحة التمسك بالاطلاق من جهة الشك فى الموضوع ، ولا ينافى ماذكرناه من اطلاق البيع على نقل منفعة العبد فى بعض الاخبار ؛ وذلك لعدم دلالته على كونه كذلك عرفاً لامكان كونه بالعناية،

ثم انه لافرق فى العين بين ان يكون كلياً او شخصياً و على تقدير الكلية ايضاً لافرق بين كونه كلياً فى المعين او كونه فى الذمة و على تقدير كونه فى الذمة ايضاً لافرق بين كون اعتباره سابقاً على هذا العقد كبيع الدين ممن عليه وبين ان يكون اعتباره بنفس ذاك العقد كما فى السلف (لكنه ربما يستشكل) فى الكلى فى الذمة تارة من جهة انتفاء المالية و اخرى من جهة عدم الملكية ،(وتقريب الاول) هو ان البيع كماعرفت مبادلة مال بمال ، والكلى فى الذمة لايكون مالاً ، اذلايقال لمن ليس له حنطة فى الخارج اصلاً انه ذومال بالنسبة الى الف من منها مع ان له ان يبيعه قطعاً (ولايخفى) ان هذا الاشكال على هذا التقريب يختص ببيع الكلى فى الذمة ولا يجرى فى بيع الدين الذى له اعتبار فى الذمة سابقاً على البيع لصدق المال على الدين فى ذمة الغير سيما اذا كان مما يسهل استيفائه فيصح فيه تبديل المال بالمال (والجواب عنه) فى بيع الكلى فى الذمة ان المراد من المال هو ماكان كذلك فى حد نفسه ، ولااشكال فى ان الف من من الحنطة مال عرفاً الا انه لم يكن له اعتبار الوجود قبل البيع لانه ليس بمال قبل اعتبار وجوده و انه كمن من التراب مثلاً لامالية له عند العرف ، والمعتبر فى البيع ليس الا

مالیة العوضین بحیث کانت المبادلة بین المالین واما کون الطرفین ممالهما اعتبارا لوجود قبل البیع فلیس بمعتبر ولادلیل علی اعتباره اصلا (وتقریب الثانی) ان الکلی قبل البیع لایکون مملوکا اذ لایملك الانسان فی ذمته شیئاً مع ان المعتبر فی البیع مملوکیة العوضین لکل من انتقل عنه علی ما هو مفاد «لابیع الاملك» وهذا الاشکال ایضاً کماتری مختص ببیع الکلی فی الذمة، ضرورة اعتبار ملکیة الدین فی ذمة الغیر السابق علی وقوع البیع علیه (والجواب عنه) ان الملکیة المعتبرة فی البیع عبارة عن السلطنة علی البیع ولذا یصح بیع الولی لماله الولایة علی بیعه مع انه لیس ملکا له، والمراد بالملك فی قوله لابیع الافی ملك هو السلطنة علی البیع، واستعمال الملك بمعنی السلطنة شایع عرفاً قال الله تعالی قالوا ما اخلفنا موعدك بملکنا، وقوله عزمن قائل رب انی لااملك الانفسی واخی، ونظائرهما کثیرة و لا شبهة ان الانسان مسلط علی اعتبار شیئی فی ذمته وهذه السلطنة هی المصححة للبیع .

(فان قلت) بناءً علی ماتقدم من ان حقیقة البیع عبارة عن تبدیل طرفی الاضافة مع بقاء اصل الاضافة علی ماهی علیه لابد قبل البیع من اعتبار الکلی مملوکاً فی ذمة البائع لکی یجعله البایع بالبیع طرفاً لاضافة المشتری و یجعل الثمن طرفا لتلك الاضافة القائمة بالکلی حتی یتحقق التبدیل فی الطرفین ، وهذا المعنی منافٍ مع اعتبار الکلی فی الذمة بالبیع لاقبله (قلت) لیس المعتبر فی البیع الا کون المبیع منتقلا عن البایع الی المشتری وهو حاصل بالبیع ولا یکون لاعتبار الازید منه دلیل حتی یکون الالتزام به موجباً للاشکال، هذا ما یعتبر فی المعوض

قوله (قده) واما العوض لااشکال فی صحة کون العوض منفعة سواء

كانت من منافع الاعيان الصامتة كمنفعة الدار والدابة او الناطقة كعمل العبد مطلقا او عمل الحر اذا وقع عليه المعاوضة وصار مملوكا بعقد سابق على هذا البيع كما اذا تملك منفعة الحر بعقد الاجارة فجعلها ثمناً للمبيع، (واما اذا لم يقع عليه المعاوضة) ففى صحة وقوعه ثمناً يجرى الاشكال الجارى فى بيع الكلى فى الذمة مع جوابه وذلك لعدم اعتباره قبل وقوع المعاوضة ملكا للعامل ولذا لا يعد من امواله ولا يصير به ذا مال بخلاف ما اذا تملكه سابقاً بعقد الاجارة ويترتب على هذا فروع كثيرة (منها) عدم ضمان حابس الحر لمنفعته التى 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 الاجير ثم رجوع الاجير الى الحابس كما انه يثبت خيار الفسخ للمستأجر فيما لو كان تعذر العمل المستاجر عليه من غير ناحية الحابس وذلك لقاعدة التلف قبل القبض على ماسيأتى (ومنها) حصول الاستطاعة بعد وقوع المعاوضة اذا كان عوض المنفعة بقدرما يعتبر فى الاستطاعة وعدم حصولها قبله، وهكذا غير ماذكر من الفروع (وبالجملة) الفرق بين عمل الحر وعمل العبد واضح فان عمل العبد مملوك مطلقا بخلاف عمل الحر حيث انه لا يصير مملوكا الا بوقوع المعاوضة عليه (والعجب) ان المصنف (قده) مع عدم تعرضه للاشكال فى بيع الكلى ذكر عمل الحر واشكل فيه مع انه مشترك معه فى الاشكال والجواب معاً، و مقتضى تسالمه فى صحة بيع الكلى هو الالتزام بصحة كون عمل الحر ثمناً قبل تعينه بعقد المعاوضة عليه.

(فان قلت) الامر فى عمل الحر اصعب من الكلى فى الذمة وذلك من جهة ورود الاشكال فيه من ناحية انتفاء المالية فيه دون الكلى حيث تقدم

ان مناً من الحنطة مثلا مال فى مقابل من من التراب وان لم يكن مضافاً الى البائع وثابتاً فى ذمته وهذا بخلاف عمل الحر لعدم اعتبار المالية له قبل العقد اصلا فيكون حاله قبل وقوع المعاوضة عليه كمن من التراب الذى لامالية له ، ولذا لايضمنه الحابس ولايصير موجباً للاستطاعة ولا للحجر عليه فى المفلس

(قلت) بعد قيام الضرورة على صحة بيع الكلى واجارة عمل الحر لابد من اعتبار البيع والاجارة على وجه ينطبق عليهما (فنقول) القدر الجامع بين بيع العين بالعين و بيع الكلى بالكلى و بيع الكلى بعمل الحر ان يقال انه لا يعتبر فى البيع الا انتقال شيئى عن شخص الى آخر و انتقال شيئى عن الاخر اليه ، وهذا يتحقق فى جميع هذه الصور، وليس فى اعتبار الزائد عليه دليل ، ولاملزم للقول به ، وعدم مساعدة تعريف المصباح بانه مبادلة مال بمال غير مضر بعد لزوم اخذه بمعنى ينطبق على بيع الكلى ، وذلك بعد فرض صحته بداهة ، واما عدم اعتبار المالية فى عمل الحر فمدفوع ،وما استدل به على عدم اعتبارها فيه من عدم الضمان و نحوه مما ذكر غير دال عليه (اما عدم الضمان) فلامكان ان يكون منشأه عدم صدق الاستيلاء على الحر دون العبد ، و الاستيلاء على المنافع انما هو بتبع الاستيلاء على الاعيان (واما عدم حصول الاستطاعة) بواسطة عمل الحر قبل وقوع الاجارة عليه فهو مشترك بينه وبين منافع الاموال، حيث لايحسب منفعة السنين المتمادية من الدار والبستان مالاً فعلياً موجباً للاستطاعة ولو كان يحصل بها الاستطاعة على تقدير الاجارة، فمن كان مالك دار تستأجر كل سنة بمأة لايصير مستطيعاً باعتبار كونه مالكاً لمنافعها عشر سنين مثلاً و ان كان لو آجرها عشر سنين بالف يصير مستطيعاً ، و بهذا يظهر الجواب عن مسئلة الحجر على المفلس ايضاً

(وبالجملة) فالاقوى صحة جعل عمل الحر عوضاً في البيع مطلقا من غير اشكال

قوله (قده) واما الحقوق الاخر الخ لايخفى ان كلمة «الاخر» لا يناسب ذكرها في المقام لعدم ذكر حق قبل هذا الكلام ولعله لذا لم تضبط في بعض النسخ، ويمكن ان يكون قدار ادا الحق من عمل الحر وكان الاتيان بكلمة «الاخر» في مقابل عمل الحر

(وكيف كان) فالكلام يقع تارة في تعيين الحق وتمييزه عن الحكم، واخرى في جواز وقوعه ثمناً (اما الاول) فالكلام فيه ايضاً تارة في بيان حقيقة الحق ثبوتاً، واخرى في بيان المائز بينه وبين الحكم في مرحلة الاثبات (اما المقام الاول) فالحق هو السلطنة على الشيئ ومرتبة ضعيفة من الملكية قائمة بمن له الحق ومن عليه وقد كان بعض الاساطين يعبر عنه، بـ(ملكية نارسيده) واما المقام الثاني فالاقوى هو ماتقل عن الشهيد (قده) في المائز بينهما من كون الحق مايسقط بالاسقاط دون الحكم، فاول درجة الحق هو مايقبل السقوط بالاسقاط فان احرز قابليته لذلك فهو، ومع الشك يكون المرجع اصالة عدم السقوط بالاسقاط، وهي وان لم يثبت بها الحكم الا ان اثره يترتب عليه بمعنى انه يعامل معه معاملة الحكم، فتحصل ان حقيقة الحق هي السلطنة على الشيئ وكون زمامه بيده بحيث يكون له للقدرة على الاعمال والاسقاط كما قالوا ان الخيار هو ملك فسخ العقد وابقائه (واما الثاني) اعني الكلام في جواز وقوعه ثمناً، فنقول: لايخلو الحق اما ان يكون قابلا للاسقاط فقط دون النقل واما ان يكون قابلا للنقل ايضاً اما الى معين او مطلقا، فهذه ثلثة اقسام، وكل منها اما مجاناً فقط او مطلقا ولو مع العوض فما يختص بقابلية الاسقاط مجاناً كحد القذف حيث لايصح اخذ العوض في اسقاطه كما انه لايقبل النقل، ومايصح اسقاطه بعوض كحق القسم حيث انه قابل للاسقاط على الزوج بعوض،

وما يقبل النقل الى معين بعوض اومجاناً كحق القسم ايضاً حيث انه يصح نقله الى الضرة بناء على جواز المعاملة عليه ، ومايصح نقله الى الغير مطلقا كحق التحجير ونحوه حيث انه قابل للنقل الى كل احد ولو مع العوض ، (وحكم هذه الاقسام) هوعدم قابلية شيئ منها لان يقع ثمناً وذلك لوجهين (احدهما) مشترك فى الجميع (والاخر) جارفى بعضها دون الاخر اما البرهان المشترك فتقريره انه لوجاز المبادلة بين الملك والحق بجعل الاول مبيعاً و الاخر ثمناً للزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكاً والتالى باطل (بيان الملازمة) ان البيع كماعرفت عبارة عن تبديل طرفى الاضافة وخروج كل من العوضين عن طرفيته للاضافة الى من هوله وصيرورته طرفاً لاضافة الاخر ، ويعتبر فيه امور ثلثة (احدها) كون كل من العوضين طرفاً للاضافة ولوفى رتبة البيع لاقبلها كما فى بيع الكلى (ثانيها) كون خروج كل منهما عن ملك احدهما الى الاخر فى قبال خروج بدله عن ملك صاحبه اليه وذلك فى قبال ماليس فيه عنوان المعاوضة كالهبة ونحوها (وثالثها) ان يدخل كل واحد من العوضين فى ملك من خرج منه العوض الاخر لاالى الاجنبى و ذلك فى قبال خروج المعوض عن ملك زيد ودخول الثمن فى ملك شخص اخر كما فى بيع الغاصب لنفسه اذا اجازه المالك فانه خارج عن حقيقة البيع الر فى (اذا عرفت

هذا فنقول) لوباع الملك بالحق كان الخارج عن تحت علقة البايع هو الملك والداخل تحت علقته هوا لحق وقد تقدم ان البيع هو المبادلة بين طرفى العلقة لابين نفس العلقتين ، فالعلقة التى بين البايع والمبع هى العلقة الخاصة التى يعبر عنها بالملكية والتى بين المشترى والعوض هى التى يعبر عنها بالحق ، وطرف علقة البايع كان ملكاً لكونه طرفاً للملكية وطرف علقة المشترى كان حقاً ، وتبديل الطرفين مع بقاء العلقتين يقتضى ان يصير الملك

الذى كان طرفاً لاضافة الملكية التى كانت بينه وبين البايع طرفاً للسلطنة الفعلية التى كانت بين المشترى و بين ماقام به الحق مثل الارض المحجرة و الحق الذى كان طرفاً للاضافة الخاصة التى بين المشترى و بينه طرفاً للملكية التى هى بين البايع والملك فيلزم انقلاب الملك حقاً والحق ملكا اى صيرورة ماكان طرفاً الملكية طرفاً للحق وماكان طرفاً للحق طرفاً للملكية و هذا خارج عن حقيقة البيع ».

(واما البرهان المختص ببعض الاقسام) فتوضيحه ان مالا يقبل الا للاسقاط مجاناً فعدم وقوعه ثمناً للمبيع ظاهر حيث انه لايصح وقوع المعاوضة عليه حسب الفرض ، واما ما يقبل الاسقاط بعوض فلان المجعول عوضاً للمثمن لايخلو اما ان يكون نفس اسقاط الحق بلا انتقاله الى من عليه الحق او يكون الثمن انتقاله اليه فيترتب عليه الاسقاط ، وشيئ منهما لايصلح لان يكون عوض للمبيع (اما الاول) فلان الاسقاط لا يعقل ان ينتقل عن المشترى الى البايع بل هو اسقاط عما هو عليه فليس مما يدخل تحت البيع لاجل عدم انطباقه عليه بواسطة عدم صيرورة ماكان طرفاً لاضافة المشترى طرفاً لاضافة البايع كما لايخفى (واما الثانى) فلان انتقال حق المشترى كحق الرهانة مثلاً الى البايع غير معقول كما لايعقل انتقال هذا الحق الى الراهن وذلك لان حق الرهانة عبارة عن سلطنة الداين فى استيفاء دينه عن العين المرهونة التى هى ملك الراهن ، ولايعقل سلطنة المديون الذى صاحب المال المرهون فى استيفاء الدين عن عين ماله فمهية هذا الحق متقومة بكونها قائمة بغير من عليه الحق بحيث لايعقل قيامه بمن عليه الحق ، وكذا حق الخيار الثابت للمشترى حيث انه سلطنة على فسخ العقد على البايع ولا يعقل قيام السلطنة على البايع بنفسه بحيث يكون مسلطاً على نفسه فى فسخ العقد بمعنى صيرورة

حق المشترى له مع حفظ عدم الحق للبايع فى الفسخ ، وهكذا حق القسم الذى للزوجة على الزوج فان الزوج لايعقل ان يصير ذا حق القسم على نفسه، وكذا سائر الحقوق التى لايقبل الانتقال الى غير من عليه الحق ولو كان قابلا للاسقاط بعوض

(فان قلت) هذا منقوض ببيع الدين ممن هو عليه حيث انه لايصح اعتباره ملكا للمشترى ولو اناً ما اذلا يعقل ان يصير الشخص مديوناً لنفسه مع انه يصح البيع منه من غير اشكال وليس مصحح بيعه منه الا دخوله فى ملك المشترى آناً ما ، ثم تعقبه بالاسقاط (قلت) الفرق بين الحق والدين واضح حيث ان الدين لايكون مقيداً بكونه فى ذمة المديون ، كيف ؟! والالم يعقل ادائه بتطبيقه على مافى الخارج اذ الخارج لايكون مصداقاً للكلى المقيد بمافى الذمة ، والكلى بهذا القيد يستحيل ان ينطبق على مافى الخارج اصلا، بل الدين انما هو الكلى الذى يستحقه الداين على المديون و من استحقاقه عليه يعتبر فى ذمته لان الكلى المقيد بمافى 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 الداين، وهذا بخلاف الحق على من عليه الحق، كحق القسم مثلا فان قوامه ان يكون عليه ولا يعقل ان يكون له على نفسه حق القسم اوحق استيفاء الدين فى الرهن وامثالهما (نعم) لو كان الدين عبارة عن الكلى المقيد بذمة المديون لكان اللازم عدم صحة البيع منه لاشتراكه (ح) مع الحق فى الاشكال حيث انه لايعقل ان يصير الانسان ما لكاً لما فى ذمته كما لا يعقل ان يصير ذا سلطنة على نفسه لكن الامر فى الدين لايكون كذلك

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما اجاب به (قده) فى الكتاب حيث ان الظاهر

منه تسليم كون الدين في ذمة المديون وانه مع ذلك يريدان 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 في ذمة المديون لاحتاج قطعاً الى من يملك عليه و يلزم استحالة اتحاد المالك و المملوك عليه كما في الحق بعينه الان الدين ليس كذلك بل المديون مطالب باداء المملوك الذي هو المنشأ لاعتبار العهدة عليه لان المملوك المقيد بكونه في ذمته مملوك للدائن (ويمكن) ان 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 ان لفظ البيع ليس له حقيقة الخ اعلم ان البيع في عرف الفقهاء قد عرف بتعاريف لا يخلو شيئي منها عن المسامحة (منها) ما في المبسوط والتذكرة وهو انتقال عين من شخص الى غيره (الخ) والمسامحة فيه واضحة حيث ان الانتقال ليس حقيقة البيع بل هو اثره فتعريفه به تعريف للشيئي باثره (ومنها) تعريفه بالايجاب والقبول الدالين على الانتقال (واورد عليه بان الايجاب والقبول من مقولة اللفظ والبيع من مقولة المعنى مضافاً الى ان الايجاب و القبول الة للانشاء و لا يكون البيع مسبباً عنهما نحو تحقق للمسببات التوليدية عن اسبابها (هذا كله) مع ان البيع ليس عبارة عن مجموع الايجاب والقبول بل هذا المركب عند تحققه بكلا جزئيه يكون ايجابه بيعاً وقبوله شراء على ما سيأتي توضيحه، وبالجملة فهذا التعريف ليس بشيئي

(ومنها) ما عن جامع المقاصد من انه نقل العين بالصيغة المخصوصة

واورد علیه المصنف (قده) بوجوه (الاول) انحقیقة البیع لو کان هو النقل للزم صحة ایجابه بلفظ نقلت (ولایخفی مافیه) وذلك لعدم الملازمة بین تعریفه بالنقل وبین تحققة فی عالم الایجاد والانشاء بلفظ نقلت فان التعریف کما یصح ان یقع بالجنس القریب یصح ان یقع بالجنس البعید وان کان ارتکابه مع امکان التعریف بالجنس القریب لا یخلو عن مساهلة لکن الایجاد بالجنس البعید غیر معقول

(وتوضیحه) ان حقیقة البیع امر ایجادی من البسائط الخارجیة المتحققة فی عالم الاعتبار توجد بایجاد المنشی بآلة انشائه و ایجاده ، والبسائط الخارجیة لمکان بساطتها لاجنس لها ولافصل و لایکون لها اجزاء لکنها فی مقام التعریف و التحدید یمکن ان یعرف فی عالم المفهوم بما یکون جنساً قریباً کمایمکن ان یعرف بمایکون جنساً بعیداً ویمیزها بماینضم الی الجنس من القیود نحو تحدید الانسان بالجسم النامی الحساس الناطق

اذا عرفت ذلك فاعلم ان النقل لماکان اعم من النقل الخارجی وهو النقل من مکان الی مکان اخر، و من النقل الاعتباری ای النقل الحاصل بالبیع الذی هو تبدیل الشیئی عن طرفیة اضافة وجعله طرف اضافة اخری وکان البیع هو النقل الاعتباری صح تعریفه بالنقل الاعم ولم یصح ایجاده بالنقل، (اما صحة تعریفه به) فلکونه تعریفاً بالاعم، وقدعرفت جوازه بعد ضم ما یوجب اختصاصه بالمعرف (واما عدم صحة ایجاده به) فلان ایجاده بالنقل عبارة عن انشاء مادة نقلت التی هی النقل باستعمال تلك الهیئة فی عالم الاعتبار، فاستعمال تلك الهیئة آلة لایجاد تلك المادة فی عالم الاعتبار، فهنا ایجادان وانشاء ان (احدهما) ایجاد الربط الخاص بین مفهوم النقل و بین الضمیر الراجع الی الفاعل فی موطن الاستعمال ، و هذا معنی حرفی 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 احد مصداقيه، فايجاده بالنقل الاعم لايمكن الا بضم قيد آخر به بحيث يكون انشاء النقل بضميمة انشاء هذا الامر المنضم اليه كلاهما بيعاً اعنى النقل الخاص وهو ينافى مع بساطة البيع الخارجى لاستلزامه كونه متدرجاً فى الوجود بان يوجد جزء منه بجزء من آلة انشائه وجزئه الاخر بجزء آخر (فظهر) ان صحة تعريف مفهوم البيع بالنقل لايستلزم صحة ايجاد مصداقه به فى مرحلة الايجاد.

(الوجه الثانى) ان البيع لو كان عبارة عن النقل بالصيغة بمعنى كون مهيته عبارة عن النقل بها لكان انشائها بالصيغة مستلزماً لايجاد النقل بالصيغة بالصيغة مع ان النقل بالصيغة لايقع بالصيغة بل انما النقل يقع بها (ولايخفى مافيه ايضاً) فان الغرض من هذا التعريف جعل النقل بمنزلة الجنس البعيد للتعريف و كلمة «بالصيغة» بمنزلة الفصل له فيكون المجموع منهما معرفاً للبيع، فيقال ان حقيقة البيع نقل واقع بالصيغة لان النقل بالصيغة واقع بها وهذا كما يقال ان الانسان حيوان ناطق اذ لايصح ان يرد عليه بانه فى معنى ان الحيوان الناطق ناطق كما لايخفى

(الثالث) ان هذا التعريف دورى لان الصيغة المخصوصة هى صيغة بعت فيكون تعريف المادة اعنى البيع بما يشتق منه دورياً (وهذا ايضاً مندفع) بان الصيغة المخصوصة لاتختص بكلمة بعت بل هى اشارة الى مايقع آلة لانشاء البيع من الصيغ فليس معرفة البيع متوقفاً على معرفة صيغة بعت حتى يلزم الدور

(الرابع) ان المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة (والانصاف)

ان هذا الایراد وارد علیه اللهم الا ان یراد بالصیغة ماهی آلة لانشاء البیع بالمعنی الاعم من القول والفعل اویکون المراد من المعرَّف خصوص غیر المعاطاتی منه المتفق علی کونه بیعاً فتأمل (وحق الایراد علیه) ان التعریف بالجنس البعید مع امکان تعریفه بالجنس القریب بعید واما الایرادات السابقة فشیئی منها لایرد علیه

(ومنها) ماذکره المصنف (قده) من انه انشاء تملیك عین بمال ولایخفی انه یرد علیه الوجه الذی اورده علی تعریف جامع المقاصد بعینه ضرورة استحالة انشاء انشاء التملیك اذ لامعنی لانشاء الانشاء، مضافاً الی انه یصدق علی الایجاب وحده و لولم یقترن با لقبول مع انه لیس بیعاً قطعاً لکون تحقق البیع من البایع فی ظرف تحقق القبول من المشتری علی ما یأتی بیانه (ثم انه قد اورد علیه) بوجوة کثیرة لا محصل لشیئی منها الا سؤال الفرق (ح) بینه وبین القرض اذ کل منهما انشاء تملیك عین بمال (والجواب عنه) هو کون العوض فی البیع امراً مخصوصاً وقع طرفاً للمبیع وکانت المبادلة بینه وبین الاخر بخلاف القرض حیث ان التملیك فیه لیس بازاء العوض بل هو تملیك بضمان مثله او قیمته فی ذمة المقترض فهو من هذه الجهة اشبه بباب الضمانات وان کان من حیث توقفه علی الانشاء من باب العقود، (ولایخفی) ان الباعث له (قده) فی زیادة کلمة الانشاء فی التعریف هو تعمیم دائرة البیع بالنسبة الی الصحیح والفاسد، لان البیع الفاسد لایکون تملیکاً، بل هو انشاء التملیك، فلو قیل بان البیع هو التملیك لخرج عنه البیع الفاسد (ولکن فیه اولا) ان هذا المحذور لیس بلازم لان التملیك فی نفسه اعم من الانشائی وغیره اعنی به التملیك الصحیح والفاسد لان المنشئی للبیع انما یوجد البیع وینشئه علی کل حال، و اما وقوع المنشأ فی الخارج لدی العرف والشرع فلیس داخلافی

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

فاجود التعاريف هو هذا التعريف لكن مع اسقاط كلمة الانشاء و تبديل لفظ التمليك بالتبديل فيقال ان البيع تبديل عين بمال، اما وجه اسقاط كلمة الانشاء فقد اتضح مما تقدم. واما وجه اختيار التبديل على التمليك فلما عرفت من ان البيع يرد اولا على مبادلة المال بالمال وطرف الاضافة بطرف الاضافة ويلزمه التمليك، فالمضمون الاولى من البيع هو التبديل لا التمليك فيكون الاولى تعريفه بما هو مضمونه الاولى والله العالم

قوله (قده) ويظهر من بعض من قارب عصرنا الخ المراد به فقيه عصره كاشف الغطاء (قده) في شرحه على القواعد وليعلم اولا ان في كون البيع وغيره من الفاظ عناوين المعاملات كالصلح والاجارة والهبة ونحوها اسامي للاسباب المحصلة لما يتحصل منها من المسببات او انها اسامي لنفس المسببات ثم على الاول فهل البيع مثلا اسم لنفس الايجاب الصادر عن البايع مطلقا سواء اقترن به القبول من المشترى ام لا او انه اسم للايجاب المتعقب بالقبول بحيث لا يصدق عليه البيع الا بعد صدق التعقب على نحو الشرط المتأخر، او انه اسم للايجاب لامطلقا ولا مع وصف اتصافه بالقبول بل اذا تحقق القبول بمعنى ان هذه الجملة المركبة من الايجاب والقبول بعد تحققها بجزئيها يكون جزئها الصادر عن البايع بيعاً وجزئها الصادر عن المشترى شراء لان فعل البايع اعني الايجاب بيع مطلقا او 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 (بناء على كون ترتب آثار تلك المعاملات عليها على نحو ترتب المسببات على اسبابها لا على نحو ترتب المعانى الايجادية على آلة ايجادها وانشائها) هو كون هذه الالفاظ اسامى للمسببات دون الاسباب وعلى تقدير كونها اسامى للاسباب فهى اسامى للايجاب فى ظرف حصول القبول على النحو الذى تقدم من انه عند تحقق الايجاب من البايع والقبول من المشترى يكون ايجابه بيعاً وقبول ذلك شراء لانها اسامى للايجاب مطلقا ولا للمجموع المركب منه ومن القبول، ولا له بقيد التعقب بالقبول، وذلك لتبادر ما ذكرناه منها عند الاطلاق، فان المنسبق من قول القائل: باع فلان داره، هو فعل ماهو وظيفة البايع بما يترتب عليه الاثر من النقل والانتقال ومن المعلوم انه عبارة عن انشاء البيع فى ظرف تحقق القبول من المشترى لا مطلقا ولا هو مقيداً بالتعقب بالقبول ولا المجموع المركب منهما.

وليعلم ان محل الكلام فى دعوى الانسباق المذكور انما هو فيما لم يكن قرينة دالة على ارادة احد هذه المذكورات والا كان ما دلت عليه القرينة هو المتعين ففى مثل شرط البيع ونذره الذى يكون المراد منه هو الايجاب مطلقا خارج عن محل البحث فلا يصح الاستدلال على كونه عبارة عن الايجاب المطلق بكونه عند الشرط والنذر عبارة عنه، وذلك لان ارادته بذلك المعنى انما هى من جهة خصوصية الشرط و النذر (و توضيحه) ان البيع بغير معنى الايجاب المطلق غير مقدور للبايع (اما بمعنى المسبب) فواضح حيث انه يحصل بفعل البايع و المشترى، والامر الحاصل بما هو خارج عن اختيار البايع اعنى قبول المشترى خارج عن اختياره لا محالة و اما بمعنى الايجاب المتعقب بالقبول او الايجاب فى ظرف القبول فهو ايضاً خارج عن قدرة البايع لتوقف تحققه على قبول المشترى الخارج عن قدرة البايع فاذا تعلق النذر بالبيع او صار

متعلقاً للشرط كما اذا باع بشرط ان يبيع المشترى من ثالث فلايخلو اما ان يعلم بكون البيع الذى تعلق به النذر والشرط هو بمعنى الايجاب فقط او يعلم انه باحد المعانى الاخر صار متعلق النذر و الشرط او يشك فى ذلك (فعلى الاول) يصح النذر والشرط ، ولازمه تحقق الوفاء بانشاء الايجاب ولو لم يتحقق القبول من المشترى فلو كان الشرط هو البيع من زيد صدق الوفاء بمجرد ايجاب المشروط عليه ولو لم يقبل زيد وبنفس هذا الايجاب لايصير المشروط له مسلطاً على فسخ العقد الذى وقع فى ضمنه الشرط (وعلى الثانى) اعنى ما اذا كان البيع بمعناه الغير المقدور شرطاً او منذوراً فيبطل الشرط والنذر وذلك لاعتبار القدرة على متعلقهما فى صحتهما (وعلى الثالث) فيلحق بالاول فى حكمه ، ـ وكيف كان ـ فمن اعتبار القدرة فى متعلق الشرط والنذر و ظهور ان المشروط له والناذر انما تعلق غرضهما بالصحيح منهما يستكشف ان متعلق الشرط والنذر هو المعنى المقدور من البيع، وليس هذا دليلاً على كون البيع اسماً لخصوص هذا المعنى المقدور، ولذا تريهم مع الحكم بتحقق الشرط بالايجاب فقط وحصول الوفاء بالنذر به لايقولون بحصوله بالايجاب وحده ابتداءً ولايقولون بصدق البيع على فعل البايع فقط وليس هذه التفرقه الالما ذكرناه.

اذا تبين ذلك فاعلم ان غرض المصنف (قده) من نقل كلام كاشف الغطاء (قده) هو دفع مايورد على تعريف البيع من انه لاشبهة فى كونه فعل البايع والموجود بايجاده، ولازم ذلك هو تحققة ولو مع عدم القبول لكنه لايتحقق الامعه ، كيف؟! والالزم ان يكون ايقاعاً لاعقداً (وحاصل مافيد فى دفعه) امور (الاول) مانقله المصنف (قده) عن فقيه عصره من كون الايجاب المتعقب بالقبول هو البيع لا مطلقا فاذا لم يتحقق القبول يستكشف منه عدم تحقق البيع ايضاً

(ويرد عليه) ان الشرط المتأخر بهذا المعنى وان كان ممكناً لكنه فى المقام مستلزم للالتزام بدخل التعقب بالقبول فى مهية البيع مع ان حقيقة البيع الصادر من البايع لايكون منوطاً بالقبول (الثانى) ماعنه ايضاً، وحاصله هو كون البيع عبارة عن مجموع الايجاب والقبول، وهذا ايضاً فى الفساد كالاول ضرورة ان قبول المشترى انما هو قبول البيع ومطاوعة له، ولا يعقل ان يصير جزء من مهية البيع (الثالث) ماعنه ايضاً من انه عبارة عن الاثر الحاصل من فعل البايع و المشترى على ما يظهر من تعريف المبسوط (و فيه ايضاً) ان الكلام فى ماينشئه البايع ويوجده بانشائه، والانتقال هو الاثر الحاصل من فعلهما

(الرابع) ما افاده المصنف (قده) بقوله (فالبيع ومايساويه معنى من قبيل الايجاب والوجوب لا الكسر والانكسار) و توضيحه ان الفرق بين الايجاب والوجوب وبين الكسر والانكسار هو بامكان التفكيك بين الايجاب والوجوب وعدم تحقق الوجوب بالايجاب لتوقفه على امر غير حاصل كما فى باب الوصية حيث ان انشاء الملكية يتحقق حين الانشاء لكن المنشأ يتحقق حين الموت وكما فى بيع الصرف والسلم ونحوهما مما يتوقف تحقق المنشأ بعد انشائه على امر اخر مثل القبض (وهذا بخلاف الكسر والانكسار) ضرورة استحالة التخلف بينهما لعدم امكان تحقق الكسر بدون الانكسار فالبيع عبارة عما يصدر من البايع و لولم يتعقبه القبول كما ان الايجاب قد يتحقق من السافل بالنسبة الى العالى لكنه لايتحقق الوجوب وان كان ماصدر عنه وجوباً عنده لكنه ليس وجوباً واقعاً

ولكن يرد عليه (قده) أن محض الايجاب من دون تعقبه بالقبول ليس بيعاً، والذى يدل على ذلك هو انه لو اقر ببيع ماله ثم فسره بانشاء الايجاب فقط وانه لم يصدر القبول من المشترى لم يقبل منه وكان تفسيره بذلك انكارا

بعد الاقرار، ولو كان المفهوم من البيع هو نفس الايجاب الصادر عن البايع لما كان لعدم قبول قوله وجه، (ولا ينتقض) بباب الشرط والنذر (لما تقدم) من ان تعلق النذر والشرط به قرينة على كون المراد من متعلقهما هو نفس الايجاب ولو لم يتعقبه القبول من جهة عدم تعلقهما الا بالمقدور وان تعقبه بالقبول ليس مقدوراً للبايع

الوجه الخامس (وهو المختار) ماتقدم سابقاً وحاصله ان البيع عبارة عما يصدر من البايع لكن لا مطلقا ولا مشروطاً بالتعقب بالقبول، بل فى ظرف تحقق القبول بمعنى انه اذا تحقق جملة الايجاب والقبول من البايع والمشترى كان الصادر من البايع بيعاً والصادر من المشترى شراء (و توضيحه) ان البيع الاسم المصدرى اعنى المنشأ بآلة الانشاء له اضافتان احديهما الى البايع والاخرى الى المشترى فالبايع ينشئه بما هو موجود بايجاده وقائم به اعنى باضافته القائمة به و المشترى ايضاً يوجده باضافته القائمة به لا بالبايع وهو يتحقق بمجموع الايجادين والانشائين كالجسم الثقيل الذى يرتفع برفع الاثنين بحيث يكون رفع كل منهما عند رفع الاخر لا قبله مطلقا ولا مقيداً برفع الاخر (و على هذا) فيرتفع اساس الاشكال من غير محذور فى البين

فان قلت فعلى هذا فالذى ينشئه البايع لا يكون بيعاً لكون البيع على هذا عبارة عن جزء الجملة الصادر احد جزئيها من البايع والاخر من المشترى فما لم تتحقق الجملة لا يتصف فعل البايع بكونه جزء من الجملة، وما لم يتصف بالجزئية لا يكون بيعاً مع انه لا اشكال فى ان البايع ينشئ البيع و يقصد ايجاده بآلة الانشاء (قلت) ماينشئه البايع انما هو قوه البيع التى تصير بيعاً عند تحقق الجملة بصدور القبول من المشترى فهو انما يوجد بانشائه مايصير بيعاً فعلياً بعد تحقق القبول ولا يلزم منه محذور استعمال اللفظ فى غير معناه

لانه يقصد بفعله واستعماله ايجاد مادة البيع وقوته التى تبلغ مرتبة الفعلية بعد تحقق الجملة ، وهذا جار فى جميع التدريجيات فان اجزاء الصلوة كالحمد والسورة انما تصير جزء من الصلوة بعد تحقق الجملة ، و لمكان تدريجيتها فى الوجود يكون لكل واحد منها فى موطن تحققه قوة ان يصير جزء من الصلوة فيوجده المصلى بواسطة تلك الشأنية لكى يصير صلوة بعد تحقق الجملة فالموجود من المصلى بالقصد والارادة ليس هو الجزء الفعلى من الصلوة بل انما هو يقصد ايجادما له امكان الجزئية الذى ينتهى الى الفعلية بعد تحقق الجملة، وهذا المقدار كاف فى صحة اسناد ايجاد الجزء اليه ، وهكذا فى المقام يكون الصادر عن البايع هو الذى يصير جزء من الجملة و بصيرورته جزء منها يكون بيعاً فعلياً فى مقابل ما اذا انشأ البيع من دون ان يكون قابل فى البين فانه ليس بيعاً شأنياً ايضاً بل هو هزل محض كما اذا قرء الحمد من دون قصد الصلوة فانها لاتكون جزء بالقوة ايضاً ، والحاصل ان المنشأ بانشاء البايع عبارة عن قوة البيع التى تصير بيعاً فعلياً عند تحقق القبول ، و هذا هو القابل للايجاد بانشائه وايجاده.

(و بتقرير آخر) ان الافعال البسيطة الصادرة من الفاعلين على قسمين (احدهما) مايكون تمام زمامه وقوام ايجاده بيد شخص واحد كباب الايقاعات (والثانى) ما يتوقف وجوده على فعل الطرفين، وماهو بيد اختيار احدهما فى هذا القسم انما هو ايجاده الاعدادى كما ان ما بيد الاخر انما هو مطاوعة ذاك الوجود الاعدادى، فمالم يتحقق المطاوعة من الاخر لايتحقق ماهو تمام المعنى، والبيع وغيره من العقود من هذا القبيل، فانه ليس معنى حاصلاً بالايجاب فقط بل انما يحصل بالايجاب المتحقق فى ضمن المجموع المركب من الايجاب والقبول بحيث اذا تحقق الجملة صار الجزء الصادر منها عن البايع بيعاً والصادر

عن المشترى شراء ، فلولا القبول لايكون بيعا 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 داخلافي مهيته ومقوماً لها ولا للمجموع المركب من الايجاب والقبول (وان شئت قلت) ان للقبول دخلاً في وجود البيع في الخارج بحيث لايحصل الاعند حصوله ،لا انه دخيل في مهيته شرطاً اوشطراً ،(فقد تحصل) ان حقيقة البيع عبارة عن التمليك الصادر عن البايع في ظرف تملك المشترى، فالصادر اولاً عن البايع هو التمليك، ويتملك الثمن ضمناً، والصادر من المتشرى اولاً هو تملك المبيع ويتضمن ذلك تمليك الثمن، فالتمليك والتملك كلاهما صادران عن البايع والمشترى .كليهما الاانهما يتفاوتان في الصراحة والضمنية على ماييناه ،وعلى هذا فالحق في تعريف البيع هو القول بانه تمليك عين بعوض اوتمليك مال بعوض اومع تبديل التمليك بـالتبديل فيقال انه تبديل عين بعوض على ماتقدم بيانه

قوله(قده) واما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثاني(ره) بان اطلاقه عليه مجاز الخ لايخفى ان المذكور في عبارة الشهيد الثاني(قده) ليس اختيار مجازية اطلاق البيع على العقد وليس القول بمجازيته ايضـاً صحيحاً في نفسه(اما الاول) فلان المستفاد منه هو الرد على الشهيد الاول(قده) فيما افاده في مقام ارجاع تعريف البيع بانه «اثر العقد» اعني الانتقال، الى تعريفه بانه «نفس الايجاب والقبول» من ان الصيغة المخصوصة سبب في الانتقال فاطلق اسم المسبب اعني الانتقال واريد منه السبب اعني العقد، فتعريف البيع بالانتقال تعريف له بالعقد وذلك بعد ارادة العقد من الانتقال من باب اطلاق المسبب على السبب، **قال الشهيد**

الثانى (قده) بعد نقله: وفيه نظر لان الاطلاق المذكور مجازى يجب الاحتراز عنه فى التعريفات الكاشفة للماهية (الخ) وهذه العبارة كما ترى ظاهرة فى ان اطلاق الانتقال على العقد مجاز وهو الذى صنعه الشهيد (قده) لان اطلاق البيع على العقد مجاز، فليس فيها تصريح بمجازية اطلاق البيع على العقد، بل لا يبعد دعوى ظهورها فى كونه حقيقة فيه (واما انه فاسد فى نفسه) بناء على المختار من كون باب المنشأ بالصيغة بالنسبة اليها من باب الالة و ذيها لا من باب الاسباب والمسببات على ما تقدم فواضح حيث ان الفرق بينهما (ح) اعتبارى وهو الفرق بين المعنى المصدرى و الاسم المصدرى، فمعنى البيع اعنى ذاك الامر البسيط باعتبار ايجاده بتلك الصيغة و تحققه عن الفاعل بتلك الالة معنى مصدرى ونفس ذاك المعنى باعتباره فى نفسه مع قطع النظر عن حيثية صدوره عن الفاعل معنى اسم مصدرى فلا تفاوت فى نفس المعنى حتى يكون اطلاقه على العقد مجازاً بعلاقة السببية والمسببية **واما بناء على المعروف** من كون نسبته الى العقد نسبة المسبب الى السبب فكذلك ايضاً لان المسبب والسبب شيئى واحد يتفاوت باعتبار العنوان الاولى والثانوى كالالقاء والاحراق، حيث ان الفعل الواحد بعنوانه الاولى القاء وبعنوانه الثانوى احراق وليس اطلاق الاحراق عليه بما هو القاء من المجاز فى الكلمة فلا يكون اطلاق البيع بمعنى اثر العقد على نفس العقد الا كاطلاق الاحراق على الالقاء فلا مجازية فى البين اصلا فتأمل

قوله (قده) ثم ان الشهيد الثانى (ره) نص فى كتاب اليمن الخ.
لا يخفى ان القول بكون الفاظ العقود حقيقة فى الصحيح ومجازاً فى الفاسد انما يتصور على تقدير تصوير الصحيح الشرعى و الفاسد الشرعى فيها نحو العبادات و هو غير صحيح، اما بناء على كونها الفاظاً للمسببات فلدوران

الامر فى تلك المسببات بين الوجود العدم لابين الصحيح و الفاسد (**و تصوير الصحة و الفساد فيها**) بماذكره المصنف (قده) بقوله «نعم يمكن ان يقال ان البيع وشبهه فى العرف الخ» الذى حاصله دعوى كون البيع صحيحاً عند قوم وفاسداً عند آخرين فيكون الشيئ الواحد صحيحاً وفاسداً باعتبارين (ضعيف) وذلك لان معنى البيع حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الانتظار ولاتفاوت فيه بحسب تفاوت الاشخاص بحيث يكون له معنى عرفى ومعنى اخر شرعى بل العرف والشرع وجميع الملل يطلقونه على معنى واحد وهو ماقد مناه من تمليك العين بالعوض وانما الاختلاف بينهم راجع الى المصداق فالبيع بالفارسى مثلاً على تقدير اعتبار العربية عند الشارع ليس مصداقاً للبيع عنده بمعنى انه ليس مصداقاً لتلك الحقيقة (التى تكون معنى البيع عند الكل) بحسب نظر الشارع

واما بناء على كونها الفاظاً للاسباب فلانه (ح) اسامى للاسباب بما يترتب عليها المسببات ، ومن المعلوم ان هذا البيع ايضاً غير متصف بالصحة والفساد وليس للشارع اختراع بالنسبة اليه حتى يكون مجال للنزاع المعروف بين القوم فى انها موضوعة للصحيح اوالاعم ، وعلى هذا فما افاده الشهيدان قدس سرهما من كون الفاظ العقود كالبيع ونحوه حقيقة فى الصحيح ومجازاً فى الفاسد مشكل.

ويمكن توجيهه بان حقيقة البيع لما كانت من الامور الاعتبارية، والامر الاعتبارى متقوم فى حقيقته بالاعتبار وليس الاعتبار نافذاً من كل احد بل انما يتوقف على كونه ممن بيده ذلك، والفرد الاجلى ممن ينفذ اعتباره هو الشارع فيكون تحقق البيع منوطاً باعتباره بحيث لاتحقق لما لايعتبره الشارع فكان اعتباره بتلك العناية داخلا فى قوامه ويكون متقوماً به، وعلى هذا فيتصور

الصحيح والفاسد، فالصحيح هو ما اعتبره الشارع وصار متعلقاً لامضائه والفاسد مالم يكن كذلك،

هذا غاية مايمكن ان يقال فى توجيه كلامهما قدس الله سرهما. (ولا يخفى) انه ايضاً لايرجع الى محصل لرجوعه الى ان مالم يعتبره الشارع لايكون مصداقاً للبيع لا الى ان الامضاء داخل فى مهية البيع مفهوماً بحيث يصير مفهوم البيع هو البيع الممضى لكى يكون اطلاقه على غيره مجازاً، هذا كله بناء على ان يكون باب البيع من قبيل الاسباب والمسببات (واما بناءً على المختار) من كون التفاوت بينهما بالمعنى المصدرى والاسم المصدرى فعدم صحة تصوير الصحيح والفاسد اوضح حيث انه لايكون فى البين الا معنى واحد يوجد بآلة ايجاده اعنى الصيغة المخصوصة فيدور امره بين الوجود والعدم لا بين الصحيح والفاسد على تقدير الوجود كما لايخفى (فتحصل) ان التحقيق عدم جريان النزاع بين الصحيح والاعم فى الفاظ المعاملات وان الفاظها موضوعة لمعانيها الوحدانية البسيطة المعلومة عند الجميع بلا اختلاف فيها عند الكل وهى المعانى الموجودة بايجاد فاعلها بالة استعمال الصيغ المخصوصة على ماييناه.

قوله (قده) كالتبادر وصحة السلب الخ لايخفى ان الموجود فى كثير من نسخ المسالك هكذا: كالتبادر وعدم صحة السلب وقد اورد عليه بناء على هذه النسخة فى القوانين بان عدم صحة السلب عن الصحيح لايثبت المجازية فى الفاسد، قال (قده) لانا لانكر كونه حقيقة فى الصحيح انما الكلام فى الاختصاص وهو لايثبته، والظاهر ان المصنف (قده) اطلع على نسخة ذكر فيها صحة السلب بحذف كلمة «عدم» وهو الصحيح وعليه فلا يبقى مورد لاعتراض القوانين

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 لايدل على كونه حقيقة فى الصحيح وذلك لامكان كونه لاجل الانصراف الى الصحيح عند الاطلاق وكذلك حمله على الصحيح فى مقام الحلف على ترك البيع حيث ان المنصرف منه هو البيع الصحيح، وهكذا الكلام فى كلما يجعل موضوعاً لحكم شرعى (غير الامضاء والنفوذ) فانه منصرف الى الصحيح وهذا بخلاف المأخوذ فى دليل الامضاء اذ لا انصراف فيه الى الصحيح لان الصحة تثبت من محمول هذا الدليل اعنى الامضاء فلايعقل ان يكون ماخوذاً فى موضوعه كما فى مثل زيد موجود حيث ان الموضوع فيه هو المهية المعراة عن الوجود والعدم اعنى ذات المهية من حيث هى هى، لابوصف التعرية وانما الموجودية تجيئى من قبل المحمول (وتوضيح ذلك) ان محمولات القضيه قد تكون من المحمولات الاولية مثل الوجود والعدم فى قضية زيد موجود او معدوم وقد تكون من المحمولات الثانية الطارية على الشيئى فى المرتبة المتاخرة عن عروض المحمول الاولى مثل زيد كاتب فان عروض الكتابة انما هو بعد الوجود، اذ مالم يكن موجوداً لايعرضه الكتابة، وقد تكون من المحمولات الثالثة بعد طريان المحمول الثانى مثل زيد متحرك الاصابع فان حركة الاصابع وصف لايعرض الابعد عروض الكتابة مثلا، وهكذا...

(اذا تحقق ذلك فاعلم) انه فرق بين ماذا وقع البيع موضوعاً للدليل المتكفل لاصل الامضاء والنفوذ مثل احل الله البيع وبين ماذا وقع موضوعاً لدليل متكفل لحكم شرعى له غير الامضاء مثل ماذا امره الشارع بالبيع اووقع موضوعاً لاقرار اوحلف ونحوهما (ففى القسم الاول) لايعقل ان يكون البيع بوصف الصحة موضوعاً للدليل لان الصحة انما تتحقق من ناحية الامضاء والمفروض كون حكم هذا الدليل هو بنفسه الامضاء فلايعقل ان يكون

مايجيئى من قبل الامضاء مأخوذاً فى موضوعه بخلاف القسم الثانى فان المنصرف اليه من اطلاق البيع فيه مثل «بعت» او« باع فلان داره » و نحوهما هو الصحيح (و بالجملة) فعدم سماع ارادة الفاسد ليس دليلا على الوضع للصحيح .

قوله قده الا الحج اوجوب المضى فيه الخ لا يخفى ان وجوب المضى فى الحج لايدل على صحة اطلاقه على الفاسد اما على تقدير كون مافسد هو حجة الاسلام وان مايأتى به فى الغابر هو العقوبة فواضح لكون الاول هو الصحيح الواجب المحسوب من حجة الاسلام واما بناء على العكس فكذلك ايضاً لان وجوب المضى ليس دليلا على كون الحج حقيقة فى الفاسد بشيئى من الدلالات كما ان وجوب الامساك فى يوم شهر رمضان بعد افساد الصوم ليس دليلاً على كون الصوم حقيقة فى الاعم،

قوله (قده) يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو احل الخ اعلم انهم فرعوا صحة التمسك بالاطلاقات الواردة فى ابواب المعاملات عند الشك فى شرطية شيئى او جزئيته فى الاسباب على كون الفاظها اسامى للاسباب دون المسببات (و توضيح ذلك) ان المسببات امور بسيطة حاصلة من اسبابها فلو تعلق الامضاء بالاسباب وكان السبب المشكوك فى اعتبار شيئى فيه جزء اوشرطاً امراً عرفياً ولو كان فاقداً لما شك فى اعتباره فيه يتمسك لصحته باطلاق مايدل على امضائه بعد كونه مصداقاً عرفياً لما تعلق به الامضاء ، و لو تعلق الامضاء بالمسبب لا يكون امضائه امضاءً للسبب فعند الشك فى حصوله عند السبب الذى يشك فى دخل شيئى فيه شطراً اوشرطاً يرجع الى الاشتغال والاحتياط نظير الشك فى المحصل، والاطلاق الراجع الى امضاء المسبب لايكون متكفلاً لامضاء سببه

وحيث ان الاطلاقات الواردة في ابواب المعاملات كلها راجعة الى امضاء المسببات فيشكل التمسك بها، وذلك مثل احل الله البيع وتجارة عن تراض والنكاح سنتي وامثالها ضرورة ان الحلية حكم للبيع الحاصل عند السبب اذ لا معنى لحلية انشاء الايجاب و القبول او كون لفظ انكحت وقبلت سنة و هذا ظاهر في تلك الاطلاقات بل الحال كذلك في مثل اوفوا بالعقود اذ هو ايضاً راجع الى ناحية المسبب ضرورة ان العقد عبارة عن العهد الموثق الحاصل بالايجاب والقبول لا نفس الايجاب والقبول

وقد اجاب المصنف (قده) عن هذا الاشكال بان تلك المطلقات وان كانت ناظرة الى مرحلة المسببات لكن امضاء المسببات يدل بالملازمة على امضاء اسبابها لان مضاء المسبب عن سبب عين امضاء سببه، فامضاء الاحراق بالنار، المتولد عن الالقاء عين امضاء الالقاء (هذا محصل) ما يستفاد من عبارته في المقام و هو منظور فيه لمنع الملازمة المذكورة، والقدر المسلم 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 شيئ 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 ، اذ على هذا يقع البحث في كون الفاظ المعاملات اسامي للمسببات او للاسباب ، ثم على التقدير الثاني فهل هي في العقود اسامي للايجاب المطلق او للمقيد باحد النحوين المتقدمين او 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 الالة بآلة ايجاده، الفاظ العقود آلات لايجاد المعانى الانشائية بها (وتوضيح ذلك) ان السبب يطلق على موردين (الاول) الشيئى الذى يكون من المقدمات الاعدادية لشيئى اخر كما يقال القاء البذر سبب لصيرورته سنبلا، اى انه من العلل المعدة للسنبل (و ضابطه) هو كون ترتب المعلول على هذا المعد متوقفاً على تحقق امور خارجة عن اختيار فاعل العلة المعدة كتوقف السنبل على امور كثيرة بعد القاء البذر من الامور الخارجة عن قدرة الزارع (والثانى) العلة التامة للشيئى الذى لايكون بينه وبينها امور غير اختيارية، مثل الاحراق والالقاء، فان الالقاء علة تامة للاحراق ويكون الالقاء فعلاً مباشرياً والاحراق فعلا تولديا و كلاهما يستندان الى الفاعل، لكن الالقاء يستند اليه لكونه صادراً عنه بالمباشرة وانه متعلق ارادته اولاً و بالذات ، و الاحراق مستند اليه لكونه مترتباً على فعله المباشرى و مقدوراً له بالواسطة و متعلق ارادته ثانياً و بالعرض، والفعل المباشرى الصادر عن الفاعل اما ان لايتوقف صدوره عنه على آلة كايجاد النفس للصور الذهنية فى صقعها حيث ان ايجادها لايتوقف على آلة، او يتوقف صدوره عنه على آلة، والا لة اما تكون من اعضائه كالتكلم المتوقف على اللسان والبطش المتوقف على اليد، او يكون امراً خارجاً كالنجر المتوقف على القدوم والمنشار، والكتابة المتوقفة على القلم فاحتياج الكتابة الى القلم لاتخرج الكتابة عن حيز قدرة الفاعل اولا و بالذات ولايجعلها من الافعال التوليدية بل هى فعل مباشرى صادر عن الفاعل بالذات لكن صدوره عنه باستعانة القلم، فهو يكتب بالمباشرة لانه يفعل شيئاً يترتب عليه الكتابة قهراً مثل فعل الالقاء المترتب عليه الاحراق

(اذا ظهر ذلك فنقول) صدور هذه المعانى الايجادية عن الفاعل يكون بالمباشرة لكن باستعانة تلك الالفاظ فى انشائها و ايجادها، فتلك الالفاظ

كالافعال في باب المعاطات آلات لايجاد تلك المنشآت، لان تلك الالفاظ اسباب توجد بالمباشرة لكي يترتب عليها تلك المنشآت قهراً نحو ترتب الاحراق على الالقاء بل هذه المنشآت بنفسها مخترعات وموجدات بالايجاد والانشاء الانها تحتاج الى آلة من قول اوفعل نحو حاجة الكتابة الى القلم فلايصح وصفها بالمسببات ولاوصف 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 الاول معنى اسم مصدري، وبالاعتبار الثاني معنى مصدري، و هذان الاعتباران واردان على حقيقة واحدة، وانما الفرق بالاعتبار، فالبيع مثلا اعني تلك الحقيقة التي توجد وتنشأ بآلة ايجاده من القول اوالفعل له اعتباران، مصدري، واسم مصدري، والمصدري منه هو تلك الحقيقة باعتبار انتسابها الى الفاعل، والاسم المصدري هي تلك الحقيقة باعتبارها في نفسها، و هذان اللحاظان يختلفان في عالم الاعتبار على حسب اختلاف تراكيب الكلام فاذا قلنا البيع صحيح مثلاً واسندنا الصحة الى نفس البيع يراد منه المعنى الاسم المصدري واذا قلنا للفاعل رخصة في البيع يراد منه المعنى المصدري اذ الترخيص انما يتعلق بالفعل من حيث الصدور وفي الحقيقة يكون المرخص فيه هو حيثية صدوره اذ الترخيص كسائر الاحكام التكليفية انما يتعلق بالمعنى المصدري

(وعلى هذا) فمثل «تجارة عن تراض» و«النكاح سنتي» وامثالهما من الاطلاقات الواردة مما يتضمن الحكم التكليفي كلها راجعة الى امضاء المعاني المصدرية، واما في مثل احل الله البيع فيحتمل ان يكون كذلك بناء على ان يكون المراد من الحلية هي الحلية التكليفية، ويحتمل ان يكون امضاء

للبيع بالمعنى الاسم المصدرى اذا كان الحل و ضعياً لا بمعنى الترخيص اذ الحلية الوضعية بمعنى النفوذ لا تستدعى اعتبار الانتساب الى الفاعل (وكيف كان) فامضاء المنشأ بالانشاء عين امضاء انشائه بالالة المعدة لانشائه سواء كان الامضاء متعلقاً بالمعنى المصدرى او بالاسم المصدرى **اما على الاول** فواضح جداً ضرورة ان ايجاد كل شيئى له آلة تخصه، فامضاء الكتابة بالمعنى المصدرى عين امضاء ايجادها بالقلم فالممضى هو الكتابة بالقلم، وامضاء الفعل باعتبار صدوره عن الفاعل عين امضاء ايجاده بالالة المعدة لايجاده عرفاً لان امضائه ملازم لامضاء آلته حتى يرد عليه انه ملازم لامضاء الالة فى الجملة، بل بمعنى انه عين امضاء الالة **واما على الثانى** اعنى ما اذا كان الامضاء راجعاً الى المعنى الاسم المصدرى فهو وان كان فى كونه عين امضائه لالة انشائه نوع خفاء، وذلك لامكان دعوى ان امضائه انما تعلق بالمعنى الاسم المصدرى بما هو هو بالالحاظ صدوره عن الفاعل فلا يرتبط بامضاء آلة ايجاده فان الممضى (ح) هو الوجود لا الايجاد (لكن النظر الدقيق) يعطى انتفاء الفرق بينهما، وذلك لكون المعنى المصدرى عين المعنى الاسم المصدرى بحسب الواقع وانما التغاير بينهما بالاعتبار فامضاء المعنى الاسم لمصدرى عين امضاء المعنى المصدرى لان المعتبر فى صدق الامضاء هو صدق العنوان الذى تعلق به الامضاء على المصداق الخارجى نحو صدق الكلى على افراده بالحمل الشايع ولاشك فى ان مصداق البيع بالمعنى الاسم المصدرى الذى ورد عليه الامضاء هو بعينه مصداق البيع بالمعنى المصدرى فيكون امضائه عين امضائه

(فتحصل) ان التحقيق يقتضى كون الالفاظ موضوعة للمنشآت بايجاد الفاعلين بآلة انشائها وانه لامسرح للاسباب والمسببات فى باب المعاوضات فان المنشأ فيها هو الفعل المباشرى الموجود بايجاد الفاعل (نعم) باب الخيار

يكون من باب الاسباب والمسببات التوليدية فان البيع سبب لثبوت الخيار

و ظهر ايضاً انه لا اشكال في امكان التمسك بالمطلقات عند الشك في شرطية شيئ او جزئية شيئ في الفاظ المعاملات بناء على عدم كون المنشأ في ابواب العقود من باب المسببات و اما بناء 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 باحد وجهين (الاول) دعوى الملازمة العرفية بين امضاء المسبب و بين امضاء السبب مع فرض الحكم بالتغاير بين السبب و بين مسببه الموجب لاحاظ المغايرة بين امضائها بحيث يكون لكل واحد جعل مخصوص لكن شدة الارتباط بينهما اقتضت احراز امضاء السبب و جعله بما يدل على امضاء المسبب (و نظير ذلك) هو احراز طهارة موضع العض من الاية الكريمة على حلية اكل ما امسكه كلب الصيد بناء على ان يكون المراد من الحلية المذكورة فيها هو الترخيص الفعلي لا الحكم بكونه حلال الاكل لكونه مذكى في مقابل الميتة كما يقال: المذكى حلال اى من حيث انه مذكى لا بما هو متلطخ بالدم بعد الذبح (الوجه الثاني) دعوى انتفاء التغاير بين السبب و بين المسبب و ملاحظة العرف كون مصداق احدهما عين مصداق الاخر بالمسامحة العرفية الموجبة لرؤية امضاء احدهما عين امضاء الاخر بهذا النظر المسامحي، هذا، و الظاهر من عبارة المصنف (قده) يلائم الوجه الاول

(و كيف كان) فشيئ من هذين الوجهين لا يصلح لاثبات جواز التمسك بالعمومات لمنع الاول من حيث الصغرى و الثاني من حيث الكبرى و ذلك لعدم تمامية الدعوى الاولى اعني الملازمة العرفية بين الامضائين و ان كانت متبعة على تقدير تماميتها بخلاف الدعوى الثانية حيث انها ولو كانت تامة لكن

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

(وتوضيحه) ان العرف تارة يتسامح فى المفهوم من حيث السعة والضيق فيجعلون المفهوم اوسع عما هو عند اهل اللغة ثم يطلقون المفهوم بماله من السعة حقيقة على بعض ماليس من افراده لولا هذا التوسع فى المفهوم كما فى اطلاق مفهوم الماء على المختلط بالطين (واخرى) يسامحون فى التطبيق على ماليس من افراده حقيقة بلا مسامحة فى المفهوم ، وذلك كتطبيق المن على الاقل من مقداره بقليل وتطبيق الفرسخ على الاقل منه كذلك، ومن هذا الباب جميع التطبيقات التسامحية فى الاوزان والمقادير (ولا يخفى) ان ما يكون فيه العرف مرجعاً انما هو الاول دون الاخير فلا سبيل الى الرجوع الى العرف فى الثانى، فاذا كان وزن مخصوص او مكيال خاص موضوعاً للحكم كما فى باب الزكوة او مقدار من المسافة كما فى باب السفر لم يجز الاكتفاء بما ينطبق عليه المفهوم تسامحاً بل المتبع هو المصداق الحقيقى

اذا عرفت ذلك فاعلم ان حكم العرف باتحاد السبب والمسبب من قبيل الاخير حيث ان مفهوم السبب والمسبب مبين لا اشتباه فيه، وليس اطلاق مفهوم المسبب على مصداق السبب من جهة التسامح فى ناحية المفهوم الموجب لصحة الانطباق حقيقة بل انما المسامحة فى تطبيق مفهومه على مصداق السبب بعد بقائه على ماهو عليه من السعة والضيق ومعه فلا موقع للرجوع اليهم فى مثل هذه المسامحة

والمتحصل من هذا الامر 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) لايستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحاً موثراً ولو في نظرهم الخ قد عرفت عدم تفاوت معنى البيع بحسب الانظار وانه معنى واحد عند الجميع ، و انما الاختلاف في تحقق تلك الحقيقة بحسب اختلاف الانظار هذا تمام الكلام فيما يتعلق بتعريف البيع وبيان حقيقته

قوله (قده) واما وجه تمسك العلماء باطلاق ادلة البيع ونحوه الخ قد عرفت ماهو الوجه في صحة التمسك بالاطلاقات بناء على المختار من كون نسبة المنشأ في البيع الى الصيغة نسبة ذي الالة الى آلة ايجاده ،واما بناء على المعروف من كونه من باب المسببات والاسباب فالادلة المتكفلة لامضاء المسببات لايصلح للاستناد اليها في اثبات امضاء الاسباب فان امضائها اعم من امضاء اسبابها فيحتاج الى امضاء اخر ثبوتاً والى دليل اخر على امضاء الاسباب اثباتاً اللهم الا ان يكون الدليل متكفلاً لامضاء السبب فانه لمكان دلالته على الاسباب امضاء المسبب يكتفى به عن دليل امضاء المسبب اثباتاً وان كان المسبب (ح) ايضاً محتاجاً الى امضاء اخر ثبوتاً

ثم انه قد يورد على المصنف (قده) بان ما استشكله في المقام في التمسك بالاطلاقات بناء على الصحيحي مناف مع ماذكره 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 لمصداق ماهو الصحيح فعند الشك في اعتبار شيئ شطرا اوشرطاً يتمسك في نفيه بالاطلاقات

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

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

الكلام فى المعاطاة

قوله (قده) اعلم ان المعاطاة على ما فسره جماعة الخ يقع الكلام هنا فى مقامين (الاول) انه لاشبهة فى انه يقع البيع بالقول فى الجملة (واما تفصيل القول فيه) بانه هل يعتبر اللفظ الحقيقى او يقع بالمجاز و الكناية فسيأتى تحريره (الثانى) فى انه بعد وقوعه بالقول هل يقع بالفعل المعاطاتى ام لا (ولايخفى) ان هذا هو المناسب للعنوان كما عليه عناوين الاصحاب لاما عنونه فى الكتاب كما لايخفى ، ولكن غرضه (قده) من عقد عنوان البحث كما عنونه هو تعيين محل النزاع بين القائلين بالملك والاباحة وبيان ان القول بافادة المعاطاة للاباحة هل هى فى صورة قصد المتعاطيين للملك او الاباحة

ثم ان جملة الاقوال فى باب المعاطاة - وان انهاها المصنف (قده) الى ستة اوسبعة - لكن المتحصل منها خمسة (الاول) القول بعدم افادتها شيئاً اصلاً ، لا الملك ولا الاباحة ويكون حالها كالمقبوض بالعقد الفاسد فى عدم افادته لشيئى ، فلو حصلت اباحة من غير ناحية العقد الفاسد صح للقابض ان يتصرف فى ماقبضه والافلا اباحة من ناحية العقد الفاسد ، وفى مقابل هذا القول هو القول بكونها مفيدة لشيئى فى الجملة ، وينشعب منه 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 ايضاً بين قائل بافادتها الاباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالوطي ونحوه، وبين قائل باختصاصها بغير التصرفات المتوقفة على الملك **هذا بيان الاقوال في المسئلة**)

واما محل النزاع فيتصور على وجوه (الاول) ان 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 وتفريعها على البيع اللفظي حيث تريهم يقولون بعد حكمهم بصحة البيع بالقول «وهل يكفي الفعل اولا» اذ الظاهر منه هو البحث عن اكتفاء الفعل في ايقاع ما كان اللفظ كافيا في ايقاعه (الثاني) ان يكون قصدهما الاباحة (الثالث) ان يكون قصدهما نفس الاعطاء والاخذ بلاقصد شيئ اخر من تمليك او اباحة (الرابع) ان يكون قصد هما التمليك المطلق لاخصوص البيع (ولايخفى) ان الوجهين الاخيرين مما لايرجع الى محصل (اما الاول) فلاستحالة تمشي الاعطاء والاخذ الاختيار بين بلاقصد تمليك او اباحة بالنسبة الى العين او المنفعة (و بعبارة اخرى) من دون قصد عنوان من عناوين العقود الخاصة المعنونة في المعاملات (واما الاخير) فلان التمليك المطلق بعوض عبارة عن البيع لما عرفت في تحد يده من انه عبارة عن تمليك عين بمال (فالعمدة في المقام هو الوجهان الاولان)

وحيث ان الظاهر من القدماء هو الوجه الاول اعني قصد الملكية وانهم كانوا قائلين بالاباحة (اورد عليهم) بان حصول الاباحة مع قصد البيع مستلزم لوقوع مالم يقصد وعدم وقوع ماقصد (وقد وجه كلامهم) بامرين بعيدين غاية البعد

(احدهما) ماعن المحقق الثانى (قده) من ارادة الملك المتزلزل من الاباحة (الثانى) ماعن الجواهر من كون كلامهم فيما اذا كان التعاطى بقصد الاباحة لا التمليك اما وجه بعد الاول فلكونه مع منافاته لتصريح جملة من الكلمات، خلاف الظاهر حيث انه لامناسبة فى اطلاق الاباحة وارادة الملك الجائز، مضافاً الى انه لاخصوصية له بباب المعاطاة فلم لايطلقون الاباحة على الملك الجائز فى غير المعاطاة من العقود الجائزة كالهبة ونحوها (واما وجه بعد الثانى) فلصراحة كلماتهم - كما ذكرنا - فيما كان قصد المتعاطيين هو التمليك مع انه لاينبغى البحث عن حصول الاباحة بقصد الاباحة، اذهو من الواضحات الغير القابلة للانكار (ويمكن ان يوجه) كلامهم بوجه ثالث وحاصله دعوى الفرق بين ارادة الشيئ نفسه وارادة غايته المترتبة عليه فى فعله، و مالا يمكن انفكاكه عن المقصود هو الاول وماهو المتحقق فى المعاطاة هو الاخير (وبعبارة اخرى) فى المعاطاة قصدان قصد التسليط بالتعاطى وقصد ترتب التمليك على ذلك التعاطى الذى قصد به التسليط، وماتخلف عن المقصود هو قصد التمليك المترتب على التسليط وهو مما لامحذور فيه لكون تخلف الدواعى والاغراض غير عزيز، وماكان فيه المحذور هو تخلف التسليط عن قصده وهو غير لازم

(وتوضيح هذه الجملة) يتوقف على بيان امور (الاول) ان العناوين تنقسم الى الاولية و الثانوية فالعناوين الاولية كالضرب و القتل و الاخذ والاعطاء و نحوها (والعناوين الثانوية) تنقسم **الى ماتكون تكوينية** قهرية سواء قصد وقوعها ام لم يقصد كالاحراق المترتب على الالقاء، حيث انه عنوان مترتب على الالقاء ولا يتوقف ترتبه عليه على قصده و ارادته، وكالاضرار المترتب على اتلاف مال الغير مثلاً حيث ان ترتبه ايضاً لا يكون منوطاً بالقصد **والى مايكون قصدياً** يتوقف تحققه على القصد

والارادة(وهذا ايضاً ينقسم) الى قسمين (احدهما) مايكون الامر المنوط بالقصد الذى هو عنوان ثانوى امراً عينياً خارجياً (الثانى) ما يكون امراً اعتبارياً، والعقود كلها من هذا القبيل،فالبيع مثلااعنى مبادلة مال بمال وتبديل طرف اضافة بطرف آخر(على ما حقق سابقاً) امراعتبارى لاعينى ،لانه ليس من قبيل تبديل شيئى من مكان خارجى الى مكان اخر كرفع الحجر مثلاً عن هذا المكان ووضعه فى مكان اخر،بل هو تبديل فى عالم الاعتبار بلا نقل وتبديل فى الخارج اصلا،وهذا التبديل الاعتبارى متقوم بالقصد والارادة، ولايعقل تحققه فى عالم الاعتبار بلاقصد وارادة،وهذا ظاهر، وهومن العناوين الثانوية المترتبة على العنوان الاولى (اعنى القول الصادر من البايع) حيث ان قول البايع بعت مثلاً قول اولفظ بالعنوان الاولى وهو بيع بالعنوان الثانوى(فظهر)ان البيع عنوان ثانوى قصدى اعتبارى وهكذا سائر عناوين العقود كالصلح ونحوه

(الامر الثانى) ان حقيقة ايجاد العقد هو بايجاد ماهو مصداق لعنوان ذاك العقد الذى يريد ايجاده بحيث يحمل على ماوجد بايجاده عنوان ذاك العقد بالحمل الشايع الصناعى ، فايجاد البيع عبارة عن ايجاد معنى الهيئة الخاصة التى هى معنى حرفى ايجادى فى موطن الاستعمال وايرادها على مادة البيع ومفهومه بداعى ايجاد تلك المادة فى عالم الاعتبار، ونفس فعله هذا اعنى ايجاد المادة فى موطن وجودها بايراد الهيئة فى موطن الاستعمال مصداق البيع اذ يقال على هذا الفعل انه بيع فهنا ايجادان (احدهما) ايجاد معنى الهيئة فى موطن الاستعمال بايرادها على المادة ، وهذا معنى حرفى لا موطن له الا الاستعمال حسبما حقق فى مبحث المعانى الحرفية(وثانيهما) ايجاد المادة التى هى من الامور الاعتبارية القابلة لان توجد فى الوعاء اللائق بها ،

باستعمال الهيئة فهذا ايجاد في موطن الاعتبار ببركة الاستعمال ،ويحمل عليه البيع نحو حمل الكلي على افراده فيقال على هذا الامر الصادر انه بيع، كما يقال على زيد انه انسان، وليس كلما يصدر عن الانسان بقصد البيع مما يصدق عليه انه بيع بالحمل الشايع كما اذا انشأ ماهو مصداق للصلح او الاجارة بقصد البيع وكذا اذا اوجد غيرهما من الامور الخارجية الغير الاعتبارية كالضرب ونحوه بنية البيع، فانه لا يصدق على شيئ من ذلك انه بيع، فايجاد البيع منه وصدوره عنه متوقف على ان يكون الموجود منه هو مصداق البيع لا مصداق امر آخر، وهذا كما في الجعل التكويني في الامور المتأصله الخارجية، حيث ان صدور فرد من الانسان مثلا متوقف على جعل فرد منه، فلا يحصل بجعل فرد من نوع اخر من سائر انواع الحيوان ولو قصد بجعله وجود فرد من الانسان، وهكذا لو قصد ايجاد البيع و اوجد ماهو مصداق لشيئ اخر لم يكن الصادر منه والموجود بايجاده بيعاً

(الامر الثالث) ان العناوين القصدية المتوقفة على القصد لا يحتاج في قصدها الى قصد مفهوم العنوان المترتب عليه، بل يكفي في قصدها قصد المعنون بذاك العنوان مع الالتفات الى تعنونه به، وذلك كالرجوع في العدة والفسخ في ايام الخيار. حيث ان فعل المطلق مالا يحل الا للزوج كاللمس و التقبيل 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 ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ للعقد، وفيما انتقل اليه امضاء للعقد، فلو صدر عنه مع الالتفات الى كونه مصداقا للفسخ او الامضاء تحقق به الفسخ او الامضاء ولو لم يقصد به ذلك، و هذا معنى قوله عليه السلام وذلك رضى منه بالبيع على ماحقق في محله، وكذا ايجاد ماهو 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) ان ايجاد العنوان الثانوى القصدى انما هو بايجاد مصداقه مع القصد الى ايجاد ذلك المصداق عند الالتفات الى كونه مصداقاً لذاك العنوان فقول البايع بعت مع الالتفات الى كونه مصداقاً للبيع بيع منه وهذا ظاهر

(الامر الرابع) لا اشكال فى كون انشاء البيع باللفظ مصداقاً للبيع حقيقه ، حيث يحمل عليه البيع بالحمل الشايع الصناعى ؟ واما المنشأ بالفعل و التعاطى فلا يعقل ان يكون مصداقاً للبيع ، و ذلك لما عرفت من ان حقيقه البيع عبارة عن تبديل طرف اضافة بين المالك و المملوك بطرف اخر مع بقاء تلك العلقة و الاضافة التى هو المعبر عنها بالملكية فبين البايع و المثمن علقة خاصة كانها فى عالم التصور خيط متصل بينه و بين المثمن يكون احد طرفيه بالبايع والطرف الاخر بالثمن والبيع عباره عن حل طرف ذاك الخيط الممدود الى المثمن وشده على الثمن مع بقاء الخيط الاعتبارى و طرفه الاخر (اعنى البايع) و هذا الحل والشد كاصل الخيط المتصور كلها امور اعتبارية لاعينية خارجية و(ح) نقول هذا الامر اعتبارى من مقولة المعنى ومن سنخ المجردات بمعنى عدم تحققه فى ضمن مادة من المواد ، والتعاطى الخارجى من مقوله الاعيان الخارجيات فلا مناسبة بينهما حتى يكون ذاك الامر الخارجى مصداقاً لذاك الامر الاعتبارى فلا يكون

التعاطي مصداقاً البيع كمالايكون مصداقاً الصلح لانه كماعرفت عبارة عن التسالم ومن الواضح ان التعاطي ليس مصداقاً للتسالم فالفعل لايكون مصداقاً للبيع وهذا بخلاف اللفظ حيث انه بسبب العلقة الحاصلة بينه وبين المعنى اعني المفهوم المحكي به؛ له مناسبة مع المعنى؛ والمعنى المفهوم به الذي يكون حاكياً عن البيع الاعتباري مناسب مع البيع الاعتباري في كونهما معاً من سنخ المعاني وغير الماديات فاللفظ حاك عن المفهوم لمناسبة بينه وبين المفهوم اما ذاتاً اووضعاً اوبهما معاً على ماهو التحقيق؛ والمفهوم حاك عن واقع ذاك الامر الاعتباري لمناسبة بينهما في كونهما من مقوله غير الماديات فاللفظ يكون مصداق البيع دون الفعل

اذا علمت هذه الامور فنقول لوقصد ايجاد البيع والملكية بفعل المعاطاة لم يقع البيع بفعله هذا لانه ليس مصداقاً للبيع بحكم الامر الرابع ويعتبر في ايجاد البيع ايجاد ماهو مصداقه ويحمل عليه بالحمل الشايع بحكم الامر الثاني وانه يقع به الاباحة لكونه مصداقاً للتسليط الخارجي الذي هو عبارة عن الاباحة ولايحتاج تحقق الاباحة الاالى قصد ماهو مصداقها مع الالتفات الى كونه مصداقاً لها بلااحتياج الى قصد تعنونه بعنوان كونه اباحة بحكم الامر الثالث ويترتب على ذلك عدم وقوع البيع بالمعاطات و وقوع الاباحة بها فيما اذا كان المقصود بها البيع من غير لزوم محذوراصلاً من المحاذير التي اوردها المحقق الثاني على القائلين بالاباحة مثل لزوم عدم كون العقود تابعة للقصود ولزوم وقوع مالم يقصد وعدم وقوع ماقصد ونحو ذلك

ولا ينتقض بالمبقوض بالعقد الفاسد حيث انه لايفيد الاباحة ايضاً مع انه تسليط خارجي صدر عن قصد به مع الالتفات الى كونه مصداقاً للاباحة الا ان داعيه في ذلك التسليط هو الوفاء بالعقد (وذلك لمكان الفرق بينه)

وبين المقام لاجل وقوعه بعنوان الوفاء بالعقد والتواطى عليه بخلاف المقام حيث انه تسليط ابتدائى صدر من الفاعل ويكون داعيه فيه هو التمليك و لكنه لمكان عدم كونه مصداقاً للتمليك لم يتحقق منه التمليك اعنى ماهو مصداقه و يكون فعله هذا مصداقاً للاباحة ، فوقع منه الاباحة و ان كان ايقاعها منه بداعى التمليك لكن تخلف الدواعى ليس بعزيز (ومن ذلك يظهر) ان اسناد القول بالاباحة عند ارادة التمليك الى الاصحاب ليس بذلك الحد من الشناعة التى ينبغى ان يقال فيه انه لايصح صدوره عن اصاغر الطلبة فضلاً عن اعاظم الاصحاب كما افاده صاحب الجواهر (قده)

بل على تقدير تمامية الامر الرابع لامجال للتشكيك فيه ولامحيص عن الالتزام به الا ان الشأن فى تماميته فان التحقيق يقتضى عدم استقامته وذلك لامور (الاول) منع عدم مصداقية التسليط الخارجى للبيع اعنى تبديل طرف الاضافة بطرف اضافة اخرى (وماذكر فى وجهه) من كون هذا التسليط الخارجى من سنخ الماديات والتبديل الاعتبارى من سنخ المعانى ولامناسبة لكى يكون التسليط الخارجى مصداقاً للتبديل الاعتبارى (انما يصح) اذا كان الغرض دعوى مصداقية التسليط للتبديل بما هو تسليط خارجى، واما اذا كان المدعى صيرورته مصداقاً للتبديل بالقصد فهو غير صحيح جداً.

(وتوضيحه) ان حقيقة الملكية وان كانت امراً اعتبارياً لكنها بمعنى يشمل مطلق الواجدية ولو كانت واجدية خارجية كالتقمص ونحوه من افراد مقولة الملك والجدة، وكونه ملكاً خارجياً من مقولة الجدة لاينافى الملكية الاعتبارية، بل هو من مصاديقه و (ح) فالتسليط الخارجى اعنى اعطاء المبيع الى المشترى شيئى فى حد نفسه و قابل لان يكون تمليكاً للعين بعوض او مجاناً اومع الضمان بالمثل او القيمة او تمليكاً للمنفعة كذلك بعوض اومجاناً

او مع الضمان بالمثل اوالقيمة اوتمليكاً للمنفعة كذلك بعوض او مجاناً فهوقابل لان يصير مصداقاً للبيع والهبة والقرض والاجارة والعارية و ليس حاله فى كونه مصداقاً للبيع كحاله فى كونه مصداقاً للصلح، حيث ان حقيقة الصلح هو التبانى والتسالم والفعل التسليطى ليس مصداقاً له بخلاف البيع فانه تبديل اعتبارى، والتسليط الخارجى مصداق للتمليك كما ان التقمص الخارجى مصداق للملكية، و على هذا فيكون نفس التسليط هو القدر المشترك والجامع بين هذه الامور، ويتوقف مصداقيته لكل واحد من البيع والهبة ونحوهما على القصد ولايعقل تحققه بلا قصد شيئى من هذه العناوين كما لايعقل تحقق الاعطاء بلاقصد شيئى من عناوين العقود؛ فظهر صحة صيرورة الفعل التسليطى مصداقاً للبيع عندا يقاعه بقصد كونه بيعاً وان بيعية التعاطى الخارجى بمكان من الامكان

(الثانى) انه لوسلمنا عدم قابلية الفعل التسليطى لان يكون مصداقاً للبيع، لكن هذا التسليط الخارجى (بعدالفراغ عن كونه صحيحاً فى مقابل فساده بمعنى عدم اقتضائه شيئاً بل كونه كالمقبوض بالعقد الفاسد فى عدم اقتضائه شيئاً من الملكية والاباحة وبعدالفراغ عن كونه مقتضياً لصحة جميع التصر فات حتى المتوقفة على الملك مثل العتق والوقف على ماهو التحقيق وان نقل فيه الخلاف لكنه شاذ لايعبأ به وبعدالفراغ عن كونه بعوض مسمى) موجب لتحقق السلطنه الفعلية الملازمة مع الملكية فيكون من باب ايجاد البيع بلازم يساويه و، سيأتى انه لاباس به

(فان قلت) ايقاع البيع بالفعل التسليطى يصير (ح) نظير ايقاعه بلفظ سلطت وسياتى ان التحقيق عدم الوقوع به كما عليه العلامة (ره) فى التذكره فما الفرق بين التسليط بالقول والتسليط بالفعل مع ان كليهما عبارة عما هو

اللازم المساوى؟.

(قلت) الفرق بينهما هو قيام السيرة القطعية باقتضاء التسليط الفعلى لصحة جميع التصرفات المتوقفة على الملك عمن سلطه المالك على ماله و عدم قيامها بصحته فى التسليط القولى فنفس تحقق السيرة فى الاول دون الاخير هو الموجب لنا لحكم بوقوع البيع بالتسليط الفعلى وعدم وقوعه بالتسليط القولى مع كون الموجود بكليهما معاً لازماً مساوياً للتمليك

(الثالث) انه لوسلمنا عدم امكان وقوع البيع بالفعل اصلا وانه كان مفيداً للاباحة ؛لكن الالتزام بكون الاباحة بالعوض المسمى ممالاوجه له لان المفروض بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وعدم تحقق التبديل والانتقال ، و(ح) فلاملزم لهما فى الالتزام بكون الاباحة بالعوض المسمى ولازم عدم مجانية الاباحه لزوم المثل والقيمة لاخصوص المسمى وهذاشيئى يرد على القائلين بالا باحة مضافاً الى ما يرد عليهم من استلزام القول بها لتأ سيس قواعد جديدة فى الفقه على ما ياتى

فتحصل ان الاقوى امكان كون المعاطاة بيعاً من غير شائبة محذور فى مرحلة امكانه **لكن احراز امكانه لايدل على وقوعه** مالم يدل على وقوعه دليل والادلة العامة مثل احل الله البيع ونحوه لايثبت صحته بعد الشك فى كونه بيعاً لان تلك الادلة المتكفلة لحكم البيع انما هى بعد الفراغ عن كونه بيعاً ولايمكن ان تكون متكفلة لكونه بيعاً لان الحكم لايثبت موضوعه بل يحتاج فى اثبات موضوعه الى دليل آخر فلابد فى المقام من دليل يحرز به كون المعاطاة بيعا ثم التمسك بالعمومات فى اثبات صحته (فنقول) **السيرة القطعية** القائمة على عدم فساد المعاطاة وانها ليست كالمقبوض بالعقد الفاسد و **السيرة القائمة** على صحة جميع التصرفات بها حتى التصرفات المتوقفة

على الملك **تدلان** على كونها بيعاً عرفياً ولاطريق لمن ينكر كونها بيعاً الى انكار السيرتين اصلاوثبوتهما في كل زمان بحيث يقطع بانتهائهما الى زمان المعصوم عليه السلام فتكونان حجة قطعاً، ومعه فلاسبيل الاالى الالتزام بكونها بيعاً عرفاً واذاثبت ذلك فيتمسك لاثبات صحتها بالعمومات مثل احل الله البيع وتجارة عن تراض ونحوهما.

ولكن لايصح التمسك بقوله تعالى «اوفوا بالعقود» في اثبات لزومه (وذلك) لان العقد هو الالتزام المقرون بالالتزام الاخر، والفعل الخاص ليس مصداقاً للالتزام حتى يشمله عموم وجوب الوفاء ويكون الوفاء به لازماً بدليل وجوبه، بخلاف اللفظ حيث انه بالمطابقة يدل على التبديل ويدل بالدلالة الالتزامية على التزام كل من المتعاملين بما وقع منه فيتحقق منهما مصداق الالتزام لكن بالدلالة الالتزامية، و الفعل ليس مصداقاً للالتزام ولو بالدلالة الالتزامية من جهة قصور الفعل عن دلالته عليه بخلاف القول حيث انه بالالتزام يدل على الالتزام، والخيار الثابت فيه بجعل الشارع او بجعل المتعاملين انما هو لاجل النظرة الثانية في الالتزام، بحيث يكون لذى الخيار حق لان ينظر في التزامه ويتروى في ابقائه والرجوع عنه

ومما ذكرنا ظهر انه لاوجه للقول باللزوم وان 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 فلاموجب للزوم اصلا

فتحصل من جميع ماذكرناه ان الدليل على صحة المعاطاة وحصول الملك بها هو السيرة القطعية وعمومات المعاملات مثل آية الحل والتجارة ولايبقى الارتياب في تحقق السيرة و في كونها حجة في المقام لتحقق ملاك حجيتها باتصالها بزمان المعصومين عليهم السلام واطلاعهم عليها بالعلم العادى

وعدم الردع عنها مع امكانه وكل ذلك امر قطعي مما لا ينبغي الارتياب فيه

(اما اتصالها بزمان المعصوم) فللقطع بقيام هذه المعاملات في تلك الاعصار بل في الاعصار السابقة عليها بحيث يقطع بان بنائهم في المعاملات الواقعة منهم في الاسواق لم يكن على اجراء الصيغة وايقاع الايجاب والقبول اللفظيين (واما اطلاعهم عليهم السلام) على ذلك عادة فللقطع بكون معاملاتهم الصادرة عن عبيدهم كانت كذلك. (واما عدم ردعهم) فهو ايضاً معلوم كما ان امكان ردعهم ايضاً ظاهر، حيث لم يكن الردع عنها مما يضاد مع سلطنة مخالفيهم لكي يتركوه تقية. (وبالجملة) فملاك الحجية فيها موجود قطعاً ولا يمكن انكاره

(نعم) يمكن ان يقال ان السيرة قائمة على صحة التصرفات المتوقفة على الملك، وهي تنفع لنفي القول بفساد المعاطاة لكنها لا تثبت الملكية اذ القائل بالاباحة ايضاً قائل باباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك غاية الامر انه يلتزم بتحقق الملك آناً ما قبل وقوع التصرف فليس صحة التصرفات كاشفة عن كون المعاطاة مفيدة للملك لا الاباحة وليس للسيرة لسان تنادي بافادتها الملكية او الاباحة بل الثابت بها انما هو مجرد صحة التصرفات وهي اعم من الملك وتجتمع مع الاباحة فلا يمكن التمسك بها لاثبات الملك وان كان يصح التمسك بها في نفي الفساد

(والجواب عن هذا الايراد) بما تقدم من اثبات كون التسليط الخارجي مصداقاً للبيع بالسيرة (ونزيده توضيحاً) بان الوجه الذي وجهنا به القول بالاباحة حسبما تقدم كان مبنياً على عدم صدق البيع على التسليط الخارجي و ادعاء عدم كونه مصداقاً له من جهة عدم المناسبة بين الفعل الخارجي الذي هو من سنخ الماديات وبين البيع الذي حقيقته من سنخ المعاني والمعقولات من جهة كونه عبارة عن تبديل العين بالمال في عالم الاعتبار (ولكن هذا المبنى

ضعيف) بل التسليط الخارجي كما يمكن ان يكون مصداقاً للاباحة كذلك يمكن ان يكون مصداقاً للبيع فيكون بمنزله المادة المشتركة القابلة لكونها مصداقاً لكلا الامرين ومع قابليتها لهما معاً فلا يتعين لاحدهما الا بالقصد فاذا قصد به الاباحة صار مصداقاً لها وان قصد به التمليك صار مصداقاً للبيع فالمعاطاة مع قصد التمليك بها بيع عرفاً لمعاملتهم معها معاملة البيع فالسيرة (ح) قائمة على كونها بيعاً ولا نحتاج في احراز كونها بيعاً الى التمسك بالسيرة القائمة على صحة التصرفات المتوقفة على الملك حتى يستشكل فيها بعدم دلالتها على كونها بيعا لاجتماعها مع القول بالاباحة ايضاً بل السيرة دليل (ح) على كونها بيعاً، ثم بعد اثبات كونها بيعاً يتمسك لاثبات صحتها بالسيرة القائمة على صحة التصرفات الموقوفة على الملك، فبالسيرة الاولى يثبت كون المعاطاة بيعاً وبالثانية يثبت صحتها

و يمكن احراز كونها بيعاً و صحتها بنفس قيام السيرة على صحة التصرفات المتوقفة على الملك نظراً الى قيام السيرة على كون المأخوذ بالمعاطاة عندهم مضموناً بالعوض المسمى لا بالمثل والقيمة فان هذين الامرين لا زمان مساويان للبيع فمن العلم بهما يستكشف كون المعاطاة بيعاً وانها بيع صحيح لا فاسد فكونها بيعاً وانها بيع صحيح ملزومان لصحة جميع التصرفات بالعوض المسمى فاذا ثبت ذلك بالسيرة القطعية ثبت ماهو ملزوم له اعني كونها بيعاً صحيحاً (هذا تقريب الاستدلال بالسيرة).

واما العمومات فتقريب آية الحل ان يقال انه اما ان يراد بالحل الحلية الوضعية او يراد به الحلية التكليفية وعلى الثاني فاما ان يكون الحل راجعاً الى ناحية السبب بمعنى اباحة انشاء البيع او يكون راجعاً الى ناحية المسبب بمعنى اباحة ايجاد البيع بانشائه بآلة انشائه

فلو كان المراد به الوضع او التكليف الراجع الى مرحلة المسبب فدلالتها على صحة البيع المعاطاتي واضحة وتكون دلالتها بالمطابقة (اما بناء على ارادة الحلية الوضعية) فظاهر، و اما على ارادة الحلية التكليفية مع كون التكليف راجعاً الى مرحلة المسبب فلان معنى اباحة ايجاد البيع بانشائه بآلة انشائه هو وقوعه بايجاده بتلك الالة لانه لا معنى لاباحته الا وقوعه اذ المعنى المسببي على فرض الوجود لا ينقسم الى الصحيح و الفاسد على ما تقدم.

وان كان تكليفاً راجعاً الى مرحلة السبب فبالدلالة المطابقية لا تدل على صحة البيع بل لابد من التمسك بدلالته الالتزامية بتقريب ان اباحة انشاء البيع تدل بالالتزام على صحة جميع التصرفات المترتبة على البيع مطلقا ولو كانت متوقفة على الملك وصحة جميع التصرفات المذكورة تدل على حصول الملك.

والاظهر في الاية المباركة هو كون المراد من الحل هو الوضع، و على تقدير ارادة التكليف فالظاهر كونها راجعة الى ناحية المسبب (فعلى كلا التقديرين) تدل الاية على صحة المعاطاة بالمطابقة وهو المطلوب، ولا نحتاج (ح) في اثبات الصحة الى التمسك بصحة التصرفات المتوقفة على الملك والدلالة الالتزامية، بل الامر بالعكس، فان صحة البيع (ح) تدل على صحة التصرفات المتوقفة على الملك بالالتزام. (هذا محصل الاستدلال) بالاية على نحو يسلم عن المناقشة

ولكن المصنف (قده) استظهر اولاً من الاية المباركة الحلية التكليفية ثم استدل بها على الصحة بالدلالة الالتزامية ثم اورد على الاستدلال بها بانها لا تدل الا على صحة التصرفات المتوقفة على الملك و اباحة هذه التصرفات

بالملازمة الشرعية انما تدل على الملك في سائر المقامات ببركة الاجماع القائم على الملازمة بينهما، وهو غير متحقق في المعاطاة لان القائلين بالاباحة يقولون باباحة هذه التصرفات ، مع انهم لايقولون بحصول الملك من اول الامر، وان كان يازمهم القول به آناما قبل التصرف،فالاية لاتدل (ولو بالدلالة الالتزامية) على صحة المعاطاة بيعاً- هذا خلاصه ما افاده (قده)

ولايخفى مافيه (اما اولا) فلمنع ظهور الحل في التكليف بل الظاهر منه بقرينة تعلقه بالاعيان هو الوضع (وبيان ذلك) ان المصنف (قده) استظهر من الاية الكريمة كون الحلية هي التكليفية لاالوضعية ، و ذلك بقرينة المقابلة مع حرمة الربوا، فان المراد مرحرمة الربوا هي الحرمة التكليفية فعليه لايتم الاستدلال بالاية على صحة المعاطاة (لكن الانصاف) عدم تمامية ما استظهره بالمنع عن كون المراد من الحرمة في قوله تعالى «وحرم الربوا» هي التكليفية بل يراد بها الوضع بقرينة مقابلتها مع حلية البيع الظاهرة في الوضع و ليس العكس (اعني رفع اليد عن ظهور آية الحل في الوضع بقرينة اية الربوا) اولى من رفع اليد عن ظهور آية الربوا في التكليف بقرينة آية الحل الظاهرة في الوضع **مع ان الانصاف** ظهور كلتا الفقرتين في الوضع بواسطة اسناد الحل و الحرمة فيهما الى البيع والربوا الى الافعال المترتبة عليهما والحلية والحرمة اذا اسندتا الى الاعيان يراد بهما الوضع لان ارادة التكليف منهما محتاجة الى مؤنة زائدة وهي تقدير الفعل لكون فعل المكلف هو الموضوع للحل و الحرمة لانفس الاعيان

(واما ثانياً) فبمنع الحاجة الى التمسك بصحة التصرفات في اثبات صحة البيع ، بدعوى تعلق الحل بمرحلة المسبب لاالسبب حسبما تقدم

(واما ثالثاً) فلانه على تقدير التسليم والتمسك بالدلالة الالتزامية فصحة

التصرفات المتوقفة على الملك بعنوان تفرعها على البيع وكونها من توابعه كاشفة عن صحة البيع اذالملكية الملتزم بها آناً ما قبل التصرف ليست من متفرعات البيع فحلية البيع بما يترتب عليه من اباحة هذه التصرفات اجنبية عن هذه الملكية المفروضة قبل التصرف فالاية لاتدل الاعلى حصول الملكية من اول الامر

(واما رابعاً) فلانه على تقدير تسليم المنع عن صحة الاستدلال بالاية بماذكر يلزم المنع عن صحة الاستدلال بها فى كل مورد يراد التمسك بها لصحة البيع، و ذلك لامكان دعوى الالتزام بالملكية آناًما قبل التصرف المتوقف على الملك فى كل مورد شك فى صحة البيع (ودعوى) الاجماع على الملازمة بين صحة هذه التصرفات وبين حصول الملك من اول الامر (مدفوعة) وانما المسلم على تقدير تسليمه هو الملازمة بين صحة التصرفات و بين حصول الملك فى الجملة ولو كان حصوله آناًما قبل هذه التصرفات

(واما خامساً) فبمنع توقف هذه التصرفات على حصول الملك ولو اناًما بامكان تخصيص ادلة توقف هذه التصرفات على الملك مثل «لابيع الاملك ولاعتق الافى ملك ولا وقف الافى ملك» بغير مادل الدليل على صحتها فعدم المحيص عن الالتزام بحصول الملك آناًما ممنوع

ثم ان المصنف (قده) فصل فيماقامت السيرة على صحته من هذه التصرفات بين البيع والعتن والوطى والايصاء فالتزم بصحتها بواسطة السيرة مع الالتزام بالملك آناًما قبلها وبين التوريث فمنع من حجية السيرة فيه، و قال بانها كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة بالدين (ولايخفى مافيه ايضاً) لعدم ظهور الفرق بين السيرة القائمه على التوريث وبين السيرة القائمة على البيع ونحوه فلو امكن منعها فى التوريث صح منعها فى الجميع

فلا فرق بينهما اصلا وهذا ايراد سادس عليه (قده) في هذا الموضع ،هذا تمام الكلام في الاستدلال بآية الحل

قوله (قده) ومما ذكرنا يظهر وجه الامسك بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض تقريب الاستدلال بهذه الاية ان يقال ان المراد بالاكل فيها ليس هو «الازدراد» بل المقصود هو اخذ الشيئ وجعله تحت التسلط ، مثل مايقال : اكل فلان دار زيد اوفرسه . ثم الاستثناء يحتمل ان يكون متصلا اومنقطعاً **فعلى الاول** فالمستثنى منه عبارة عن مطلق اكل الاموال ، وكلمة «بالباطل» خارجة عن المستثنى منه انما جيئ بها للدلالة على قسيم المستثنى فالمعنى (ح) انقسام اكل المال الى الباطل وغيره فالباطل هو ما اذا لم يكن تجارة عن تراض ، وغير الباطل ما كان بالاكتساب عن تراض و هذا المعنى هو الاظهر، لظهور الاستثناء في الاتصال **وعلى الثاني** فكلمة «بالباطل» داخلة في المستثنى منه،وهذا ظاهر،

ثم على التقديرين يتم الاستدلال بتقريب ان المعاطاة تجارة عن تراض وذلك بعد احراز كونها مصداقاً للبيع ، فاذا كانت تجارة عن تراض فالاية المباركة تدل على صحتها لكونها ليست اكلا للمال بالباطل (ولايخفى) ان دلالة هذه الاية على صحة المعاطاة اظهر من اية الحل لاظهريه كون المعاطاة تجارة عن تراض عن كونها بيعاً لكون التجارة اعم من البيع

قولة (قده) واما قوله الناس مسلطون على اموالهم فلا دلالة فيه على المدعى الخ لايخفى ان الاستدلال به لايصح على صحة المعاطاة لان عمومه يدل على صحة تصرف المالك في ملكه بالبيع ونحوه، واما انه مسلط في ايقاع البيع باى لفظ يريد اوباى فعل يشاء فهذا اجنبي عن عمومه ،فاذا

توقف وقوع البيع على ايجاده باسباب خاصه فمقتضى السلطنة على المال هو بيعه باسبابه بان لايكون ممنوعاً عن بيعه ، لاتسلطه في بيعه بغير تلك الاسباب ، ولااظن احداً استدل به في المقام

(نعم) يمكن ان يتمسك به في موردين آخرين (احدهما) فيما اذا شك في صحة الاذن في التصرفات المتوقفة على الملك كما اذا اذن المالك غيره في التصرف في ملكه بالتصرف الموقوف على الملك كالبيع والوقف ونحوهما فانه ربمايقال بصحة اذنه من باب عموم السلطنة (الثاني) فيمااذا اباح ماله بعوض مسمى فيتمسك في صحتها ايضاً بعموم السلطنة

فالاستدلال به في هذين الموردين له وجه الا ان الاقوى ايضاً فساده وذلك لما عرفت من انه ليس مشرعاً ، والاذن في التصرف الموقوف على الملك تصرف في سلطان الشارع لان المفروض جعل الشارع تلك التصرفات موقوفة على الملك فسلطنة المالك في ماله لايوجب سلطنته فيما للشارع ان يتصرف فيه (وكذا الكلام في الاباحة المعوضة) اذ جعل العوض هو المثل او القيمه من وظائف الشارع

وحاصل الكلام في عموم دليل السلطنة انه يدل على صحة التصرفات الواردة على المال في مرحلة المسببات مثل البيع و الصلح و نحوهما لا السلطنة الراجعة الى مرحلة الاسباب بان يكون مسلطاً على ايجاد البيع باى سبب شاء بل مقتضى سلطنته على البيع هو ايقاعه بالسبب الذى جعله الشارع ولو بالامضاء وهذا مما لااشكال فيه انما الكلام في الامرين المتقدمين (اما الاول منهما) اعنى السلطنة على الاذن بان يتصرف الغير في ماله بما يتوقف على الملك فربما يقال بثبوتها بعموم الناس مسلطون (الخ) لارجاعه الى التصرف في ناحية المسبب حيث ان الاذن في التصرف ليس تصرفاً في

ناحية الاسباب التى تكون وظيفة الشارع، وربما يقال بالعدم وذلك لانه وان لم يكن تصرفاً فى ناحية الاسباب الا انه يوجب تخصيص عموم مايدل على توقف هذه التصرفات على الملك (والتحقيق) ان يقال انه لاشبهة فى اعتبار الملك فى الصدقة والوقف و العتق بمعنى اعتبار كون المتصدق والواقف والمعتق مالكا لما يتصرف فيه

واما البيع فهل هو كالصدقة ونحوها فى اعتبار دخول كل من العوضين فى ملك من خرج عنه الاخر فيعتبر فيه مالكية كل من البايع و المشترى لمثمن والثمن ؟ اويصح خروج احدهما عن ملك شخص ودخول الاخر فى ملك ثالث؟ قد يقال بالثانى وذلك لان المعتبر فى مفهوم البيع هو كون خروج كل من العوضين مع العوض فى مقابل الهبة التى هى خروج بلاعوض، واما دخول العوض فى ملك من خرج عنه المعوض فغير لازم (قال الاستاد دام بقائه) وقد يظهر التعرض له عن بعض مطاوى كلام الشيخ (قده) وذكره استاده (قده) وجهاً واختاره جملة من اصحابه، ولكن التحقيق منافاته مع مفهوم البيع وحقيقته (وتوضيحه) انه تقدم سابقاً فى تحقيق معنى البيع ان بين البايع والمثمن اضافة خاصة كالخيط المشدود احد طرفيه على رقبة المالك والطرف الاخر على المال وكذا بين المشترى والثمن فالبيع فى عالم الاعتبار يمكن ان يكون عبارة عن حل البايع ماله عن طرف تلك الاضافة (مع بقاء اضافته) وشده على اضافة المشترى وحل المشترى الثمن من طرف خيطه وشده فى موضع المثمن هذا هو الظاهر من تعريفه لغة وعرفاً اعنى تبديل مال بعوض بحيث تكون المبادلة بين المالين والطرفين لا بين نفس الاضافتين و يمكن ان يكون اعتباره بتبديل الاضافة بالاضافة وعلى كلا التقديرين فالالزم هو اعتبار خروج كل من العوضين عن ملك من دخل فى ملكه الاخر (اما على الاول) فظاهر فانه اذا فك اللمبيع عن طرف الاضافة

التي بينه وبين زيد مثلا وشده على طرف الاضافة التي بين عمرو وماله بازاء شد المال الذي كان في طرف اضافة عمرو على اضافة بكر لم يصر بيعاً لان الاضافة التي كانت بين زيد وماله (ح) تصير بلا طرف ولم يكن بين بكر وبين شيئ اضافة قد فك طرفها لكي يشد طرف اضافة عمرو وموضعه بل ليس هذا الا هبة وهبة بمعنى ان زيداً وهب ماله لعمرو، وعمرو وهب ماله لبكر مجاناً في كليهما، فما يتوهم انه بيع لا يكون بيعاً بل هنا هبتان مجانيتان (واما على الثاني) اعني كون التبديل في نفس الاضافة فكذلك ايضاً اذ الاضافة التي بين عمرو وماله منتقلة (ح) الى بكر وتشد طرفها على رقبة بكر بازاء فك الاضافة الى بين زيد وماله وشدها على رقبة عمرو (مع ان التحقيق) في باب البيع هو المعنى الاول وعليه هذا فلا فرق بين البيع و بين الصدقة ونحوها في اعتبار خروج المال عمن دخل العوض في ملكه ، و (ح) فاذا قلنا بدلالة عموم دليل السلطنة على صحة تصرف المالك في ماله باذنه للاخر في التصرف فيه بما يتوقف على الملك كان اللازم في صحة ذلك تقدير الملك آناً ما قبل التصرف لكي يتحقق التصرف الصحيح

والمراد من تقدير الملك آناً ما هو السير في الطريق الاعوجاجي ففي بيع مال الغير عن نفسه مثلا لا يخرج المال عن ملك مالكه الا آن 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 المسير الاعوجاجي (فنقول قد تقرر في موضعه)

انه اذا كان ثبوت حكم من وضع او تكليف في موضوع مستلزماً لثبوت امر آخر ولم يكن دليل الحكم متكفلا لا ثبات ذلك الامر فلا يخلو اما ان يكون اثبات الحكم في المورد المذكور بدليل خاص به او يكون بدليل

عام له افراد متعددة وكان ثبوت الحكم فى بعضها متوقفاً على ثبوت ذلك الامر الذى لم يقم الدليل على اثباته وفى بعض اخر غير متوقف على ثبوته (ففى الدليل الخاص) يثبت الحكم فى المورد ويستكشف من ثبوته ثبوت ذلك الامر بدلالة الاقتضاء، لان الامر يدور بين عدم الالتزام بثبوت الحكم فى هذا المورد وبين الالتزام بثبوته بلازمه لكن الاول مستلزم لطرح الدليل وبقائه بلامورد ويلزم من ذلك لغوية الدليل، فيتعين الالتزام به واثبات لازمه فراراً عن لزوم اللغوية (واما فى الدليل العام) فلا طريق الى اثبات الحكم فى المورد الذى يتوقف ثبوته على اثبات امر اخر، بل ينصرف الدليل الى ماعدى ذلك المورد ولايلزم منه طرحه ولا بقائه بلامورد

اذا عرفت ذلك فاعلم ان اثبات السلطنة للمالك فى الاذن فى تصرف الغير تصرفاً موقوفاً على الملك من قبيل الثانى اعنى اثبات اللازم بالدليل العام فان عموم دليل السلطنة له افراد متعددة منها تصرف المالك فى ماله بما يرجع الى ناحية المسبب كالبيع ونحوه، ومنها اذنه لغيره فى الفعل الموقوف على الملك، كان يقول له: اشتر بمالى شيئاً لك او اعتق عبدى عنك او تصدق بمالى عنك وهكذا الكلام فى عكس هذه الامور، كان يقول: اعتق عبدك عنى او تصدق بمالك عنى او اشتر بمالك شيئاً لى فان هذه كلها تتوقف صحتها على السير فى الطريق الاعوجاجى المتقدم مع عدم تكفل العموم لاثباته و (ح) يكون اثبات السلطنة فى هذه الموارد بدليل العموم من قبيل الاصل المثبت وقد فصلوا فى الاصل المثبت بين الواسطة الخفية والجلية، وهذا التفصيل وان كان فى موضعه يمكن المنع عنه كما تقرر فى الاصول لكن لابأس به فى المقام، وعلى هذا فان كان توقف ثبوت هذه السلطنة على تحقق هذا اللازم امراً جلياً يعرفه العرف بحيث لايرون تصرف المالك فى ملكه ببيعه عن غيره الا بانتقاله الى الغير ثم البيع عنه او ببيعه عن نفسه ثم انتقال عوضه اليه فلا يمكن اثباته بالعموم

لان العموم لايكون متكفلا له (ح) لتوقفه على هذه المؤنة الزائدة لانه شامل له و يثبت به ذاك اللازم **وان كان التوقف** امراً خفياً بنظر العرف بحيث لايرون بيعه ماله عن غيره الاكبيعه عن نفسه، ولابيع مال غيره عن نفسه الاكبيع ماله ، ولايكون شمول هذا العموم لهذه التصرفات متوقفاً على اثبات هذا اللازم بنظر العرف (وان كان متوقفا عليه بنظر علمى عقلى لاعرفى) **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 فى المعاطاة بناء على القول بالاباحة كما انه يلتزم فى مثل اشتر بهذا الدرهم شيئاً لنفسك اما بانتقال الدرهم الى الماذون قبل الشراء آناً ما، واما بانتقال ذلك الشيئى عن مالكه الى مالك الدرهم آلاذن) ثم انتقاله عنه الى المأذون ولكن مقتضى ظاهر قضية اشتر لنفسك هو الاول وان الشراء يقع ابتداءً للماذون، و على هذا يكون عموم السلطنة ايضاً موافقاً مع السيرة ويتعدد الدليل

هذا غاية مايمكن تقريره لصحة التمسك بدليل السلطنة فى المقام، و لكن للمنع عنه مجال اذ بعد اللتيا والتى لا يثبت هنا دلالة الاقتضاء لاثبات الواسطة وتقدير الملك آناً ما وسيجيئى تتمة الكلام فى التنبيه الرابع من تنبيهات المعاطاة انشاءالله تعالى

هذا تمام الكلام فى التمسك بعموم السلطنة لاثبات السلطنة على هذه التصرفات (واما الامر الثانى) اعنى التمسك به لاثبات السلطنة على الاباحة بالعوض المسمى فامره اشكل بل لايصح اصلا (وتوضيحه) ان ضمان المال اما معاوضى واما مترتب على قاعدة اليد او الاتلاف وهذان الضمانان لايجتمعان

ففي كل مورد يتحقق الضمان المعاوضي لايتحقق ضمان اليد والاتلاف، واذا لم يكن هناك ضمان معاوضي ينتهي الامر الى قاعدة ضمان اليد والاتلاف لكن تحقق الضمان المعاوضي يتوقف على امرين (الاول) انشاء المتعاملين عقداً معاوضياً (الثاني) امضاء الشارع للعقد المذكور فاذا تحقق الامران يتم الضمان المعاوضي، واذا انتفيا او احدهما وصلت النوبة الى ضمان اليد، والعقد المعاوضي في المورد المبحوث عنه مفقود حسب الفرض (فعلى القول) بكون المعاطاة مفيدة للاباحة لاعقد معاوضي في البين فليس هنا ما يوجب الضمان المعاوضي فلابد فيه من القول بضمان اليد فالجمع بين الضمانين غير معقول فعموم السلطنة لايمكن شموله لاثبات السلطنة على التضمين بسبب اليد بالضمان المعاوضي كمالايخفى

قوله ومنها ان العقود وما قام مقامها الخ اعلم انه قد اورد الشيخ الاكبر (قده) على القول بالاباحة وجوهاً من الاشكال لابد من التعرض لها وتنقيحها (الاول) ان القول بالاباحة مستلزم لتخلف العقد عن القصد مع ان العقود تابعة للقصود، اما تخلف العقد عن القصد فلان المتعاطيين قاصدان للتمليك وهو لم يقع، والواقع (اعني الاباحة) غير مقصود لهما (واما بطلان التالي) اعني تخلف العقد عن القصد فلان امضاء الشارع انما تعلق بالعقود المعهودة المعمولة عند العرف واذا اوقع المتعاقدان عقداً بالقصد والارادة واوجداه بالانشاء فان كان متعلقاً لامضاء الشارع كان صحيحاً و الاكان فاسداً فصحة العقد في الخارج موقوفة على امرين احدهما صدوره من المتعاقدين بالقصد لكونه امراً انشائياً متوقفاً على القصد وثانيهما امضاء الشارع لما صدر منهما بالانشاء فاذا تحقق الامران صح العقد، وعند انتفائهما او انتفاء احدهما لايصح ففي المعاطاة انما يكون الصادر من المتعاطيين هو البيع والتمليك والمفروض

عدم وقوعه لعدم امضاء الشارع له والاباحة لم تصدر منهما لكى يتعلق بها الامضاء ولازم ذلك عدم تحقق شيئى من البيع و الاباحة اما البيع فلعدم الامضاء واما الاباحة فلعدم صدورها عنهما (ومما ذكرنا يظهر) ان ما افاده المصنف (قده) فى دفع هذا الاشكال بان تخلف العقد عن القصد غير عزيز ليس بصحيح ضرورة عدم امكان التخلف بما بيناه وماعده من موارد التخلف لايكون منها، حسبما سيظهر،

والجواب عنه هوما قدمناه فى اول بحث المعاطاة من انه بناء على على القول بالاباحة والالتزام بعدم مصداقية الفعل للبيع لاتخلف اصلاً وانما التخلف فى الداعى (و توضيحه زيادة عما تقدم) ان يقال الداعى بحسب الاصطلاح عبارة عما لم يكن هو بنفسه متعلق الارادة الفاعلية و كان منشأ لتعلق الارادة بشيئى اذا كان تحقق ذاك المراد متوقفاً على تحقق ماهو خارج عن حيز قدرة الفاعل كصيرورة البذر سنبلاً المتوقف بعد القائه فى الارض على مبادى اخر من العوامل الارضية والسماوية والحركات السفلية والعلوية فلمكان خروجه عن قدرة الفاعل لخروج بعض مباديه عن قدرته لايعقل ان يتعلق به الارادة الفاعلية ، ولمكان امكان ترتبه على القاء البذر فى الارض يصير منشأ لفاعلية الفاعل وتعلق ارادته بالقاء البذر والذى هو بنفسه مقدور للفاعل خارج عن باب الداعى و كذا العلة التامة للفعل اذا كانت مقدورة للفاعل والجزء الاخير من العلة التامة اذا كان مقدوراً له، فان ذلك كله بنفسه مراد للفاعل بالارادة الفاعلية ويكون الداعى له شيئى 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 التمليك بماهو مصداقه مقدور للفاعل ،

فيمكن ان يصير متعلقاً للارادة بنفسها، وفعله وانشائه بما ليس مصداقاً له بل هو مصداق للاباحة ليس مقدوراً للفاعل اذ لا يعقل تحقق الشيئ بوجود ماهو اجنبى عنه ومباين معه واذا لم يكن التعاطى مصداقاً للتمليك بل كان مصداقاً للاباحة والتسليط لا يعقل ان يتعلق به الارادة الفاعلية بمعنى ايجاد التمليك به بل انما ارادة التمليك يصير داعياً لايجاد مصداق التسليط بارادته واختياره كما ان صيرورة البذر سنبلاً يصير داعياً فى القائه فى الارض ولما كان الفعل مصداقاً للتسليط وكان صدوره عنه بالارادة والاختيار كان ذلك موجباً لصحة الحكم بتحقق التسليط بالفعل، كما ان عدم ترتب التمليك عليه منشأ لتخلف الداعى عن المراد فما قصده المتعاطيان اعنى التسليط واقع من غير لزوم تخلف المقصود عن القصد و ما لم يقع (اعنى التمليك) فهو مما لم يتعلق به القصد والارادة الفاعلية لكونه من قبيل الداعى وذلك لاستحالة ايجاده بما لا يكون من مصاديقه (فظهر بما ذكرنا) ان الفعل المعاطاتى غير متخلف عن القصد اصلاً (بناء على القول بالاباحة) وانما المتخلف هو الداعى وتخلفه ليس عزيز

ولا يخفى ان هذا كله (بناء على عدم مصداقية التعاطى للتمليك) حق لا غبار عليه بوجه. (وانما الكلام) فى اصل المبنى وقد تقدم صحة صيرورة الفعل مصداقاً للتمليك كصحة صيرورته مصداقاً للاباحة بما لا مزيد عليه وعليه فايجاد البيع بالفعل ليس الا كايجاده بالقول فى كونه مقدوراً قابلا لان يتعلق به الارادة الفاعلية - هذا هو التحقيق فى المقام

ولكن المصنف (قد) دفع هذا الاستبعاد تارة بالحل واخرى بالنقض بالموارد التى تخلف العقد فيها عن القصد (ومحصل ما افاده فى الحل) هو المنع عن كون المعاطاة عند القائلين بالاباحة عقداً ولا قائماً مقامه، وقال

بان تبعية العقد للقصد انماهى فى العقود الصحيحة التى دل الدليل على صحتها فلايمكن الحكم بصحتها مع عدم ترتب الاثر المقصود عليها واما المعاملات الفعلية التى لم يدل دليل على صحتها فلايحكم بترتب الاثر المقصود عليها (نعم) اذا دل الدليل على ترتب اثر مخصوص عليها يحكم به وان لم يكن مقصوداً (وبالجملة) فحديث تبعية العقود للقصود انما يتم فيما كان عقداً، و المعاطاة على القول بالاباحة خارجة عن موضوع العقد

ولايخفى مافيه لان المراد من العقود التى يقال بلزوم تبعيتها للقصود ليس هو خصوص العقود اللازمة المنشأة بالصيغة بل المراد منها مطلق العقد ولو كان من العقود الاذنية الحاصلة بالفعل والرضا فهذا الدفع ليس بشيئ

واما الموارد التى جعلها من موارد تخلف العقد عن القصد فشيئ منها لايكون من موارده بل كلها خارجة عن مورد تخلف العقد عن القصد (اما الاول) وهو اطباقهم على ان عقد المعاوضة اذا صار فاسداً يؤثر فى الضمان بالمثل والقيمة مع ان قصد المتعاملين انما هو الضمان بالمسمى (ففيه) ان الضمان فى المأخوذ بالعقد الفاسد ليس من اثار المعاملة وانما هو من جهة اليد، وليس تمسكهم بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» لاجل اثبات الضمان المعاوضى وذلك لان هذه القاعدة ليست قاعدة مستقلة فى مقابل قاعدة اليد بل انما هى مأخوذة عنها فيكون ذكرها هناك من باب الاشارة الى قاعدة اليد وعطف الاستدلال بقاعدة اليد على قاعدة مايضمن فى بعض العبائر لايدل على الاثنينية، وعلى تقدير الدلالة فيرد على هذه العبارة المنع عن التغاير لاجل عدم وجود مستند لقاعدة مايضمن عدا قاعدة اليد على ماسيجئ الكلام فيها انشاء الله تعالى

(واما الثانى) وهو ان الشرط الفاسد مما لم يقصد المتعاملان الاقتران

المعاملة به واذا لم يكن مفسداً يلزم وقوع المعاملة عارية عن الشرط، وهو مستلزم لتخلف العقد عن القصد لان المقصود انما كان العقد المقترن بالشرط، والواقع هو المجرد عن الشرط (ففيه) ان الوجه فى صحة المعاملة (ح) عند القائلين بها انما هو الالتزام بتعدد المطلوب بدعوى ان اصل المعاملة كان مطلوباً واقترانها بالشرط مطلوب آخر، وعدم تحقق الاخير لا يستلزم عدم وقوع المطلوب الاول، ومع كونه مطلوباً مستقلاً لايكون تخلف فى البين اصلاً

(واما الثالث) وهو ان بيع ما يملك ومالا يملك صحيح عند الكل بالنسبة الى ما يملك مع ان المقصود كان بيعهما معاً وهو لم يقع، وما وقع اعنى بالنسبة الى ما يملك لم يكن مقصوداً (ففيه) ان ملاك الصحة عند من يقول بها بالنسبة الى ما يملك انما هو انحلال العقد الى عقدين كل منهما مقصود ضمناً و يكفى فى تبعية العقد للقصد تحقق القصد ولو كان ضمنياً ولذا يحكم بكون تبعض الصفقة مطابقاً للقاعدة (واما الرابع) وهو بيع الغاصب لنفسه ووقوعه للمالك اذا اجاز، حيث انه ايضاً مستلزم لتخلف العقد عن القصد (ففيه) ان الاقوال فى بيع الغاصب لنفسه ثلاثة (منها) القول بالفساد وعدم تاثير الاجازة اصلا و منها القول بالصحة ووقوعه للغاصب بالاجازة، و على هذين القولين فلا نقض اصلا ومنها وقوعه للمالك بالاجازة و على هذا ايضاً لايلزم محذور تخلف العقد عن القصد لان الغاصب اوقع المعاملة حقيقة، وقوام المعاوضة انما هو بدخول العوض فى ملك من خرج عنه المعوض لما عرفت من انه لا معنى لخروج المثمن عن ملك شخص ودخول الثمن فى ملك ثالث لخروجه عن حقيقة البيع ، فالغاصب الذى يبيعه عن نفسه لابد فى قصده من ان يقصد البيع عن المالك ويبنى على انه المالك لكى يتمشى عنه قصد البيع حقيقة ،والاجازة

تتعلق بماوقع من الغاصب عن قصده وهو صدور البيع عن المالك و دخول العوض فى ملك المالك، واما بناء الغاصب على انه هو المالك فيصير لغواً ساقطاً فلم يلزم التخلف لان الصادر من الغاصب (ح) هو البيع عن المالك والواقع هو ايضاً يكون البيع من المالك بلاتخلف فى البين اصلاً

واما الخامس وهو ان ترك ذكر الاجل فى العقد المقصود به الانقطاع موجب لانقلابه دائماً عند جملة من الاصحاب مع انه خلاف المقصود (ففيه) ان القول بالانقلاب متوقف على الالتزام بكون الدوام والانقطاع حقيقة واحدة لانوعين متغايرين ، غاية الامر انه اذا ذكر الاجل كان متعة واذا لم يذكر كان دواماً، ففى مثله ايضاً يتعدد القصد وهو القصد الى ايقاع طبيعة النكاح وقصد خصوصية الانقطاع ، وعدم وقوع المقصود الاخير لاجل ترك ذكر الاجل لايستلزم تخلف العقد عن القصد بعد كون حقيقة العقد ايضاً مقصوداً

فظهر ان شيئاً من هذه الموارد لايعد نقضاً لقاعدة وجوب تبعية العقد للقصد، مع انك قد عرفت عدم امكان التخلف بحسب الاعتبار العقلى على ما بيناه ،

هذا تمام الكلام فى الوجه الاول من وجوه الاشكال على القول بالاباحة من استلزامه اتأسيس قواعد جديدة وقد عرفت المنع عن استلزامه

قوله قده ومنها ان يكون ارادة التصرف من المملكات الخ هذا هو الوجه الثانى من وجوه الاستبعاد، (و ليعلم) ان استلزام القول بالاباحة لتأسيس القواعد الجديدة متوقف على استلزامه لامر مخالف مع القواعد مع انعدام نظيره فى غير باب المعاطاة ، فلو انتفى الامران او احدهما بان لم يكن الامر اللازم من القول بالاباحة مخالفاً للقواعد او كان مخالفاً معها ولكن لم يكن مختصاً بباب المعاطاة بل ثابتاً فى غيره ايضاً فلا يلزم من القول به

تأسيس قواعد جديدة لان تأسيسها لازم و لو لم نقل فى المعاطاة بالاباحة

اذا عرفت ذلك فاعلم ان مملكية التصرف او ارادة التصرف « على الاختلاف فى ان المملك هل هو نفس التصرف او ارادته » غير مختصة بباب المعاطاة بناءً على الاباحة بل كما يلزم فى هذا الباب كذلك يلزم فى فسخ ذى الخيار فى زمن خياره اذا كان فعلياً، وفى رجوع الواهب فى العين الموهوبة ايضاً اذا كان الرجوع فعليا بان تصرف تصرفاً موقوفاً على الملك، فالتصرفات الموقوفة على الملك عن المتعاطيين فى باب المعاطاة بناءً على الاباحة نظير تصرفات ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالعقد الخيارى والهبة، وتطبيقه على قاعدة من القواعد لا يستلزم تأسيس قواعد جديدة من ناحية القول بالاباحة فى باب المعاطاة واما وجه صحة هذه التصرفات مع توقفها على الملك فالمنقول عن الشيخ الفقيه (قده) هو التصحيح بمملكية نفس التصرف، والمذكور فى عبارة الكتاب هو جعل ارادة التصرف مملكا فلابد من ان ينظر فى ان المملك فى هذه الموارد « اعنى فى مورد تصرف ذى الخيار او الواهب فيما انتقل عنه بالتصرف المتوقف على الملك وتصرف كل من المتعاطيين فيما صار بيده باعطاء الاخر بهذا النحو من التصرف » هل هو نفس التصرف المتوقف على الملك على نحو الطريق الاعوجاجى و تقدير الملك التام ؟ او ان المملك هو ارادة التصرف السابقة على التصرف لا التصرف نفسه (فنقول) التصرفات الموقوفة على الملك على انحاء ثلاثة (الاول) التصرفات المتلفة كالاكل و الشرب ونحوهما مما ينتفى به المال المتصرف فيه خارجاً (الثانى) التصرفات الناقلة كنقل المال الى آخر بعقد معاوضى (الثالث الوطى حيث انه ايضاً متوقف على الملك

اما القسم الاول فنفس الاتلاف بما هو اتلاف لا يتوقف على الملك وانما الموقوف عليه هو ثبوت ضمان المسمى فى العهدة بسبب الاتلاف ، حيث ان

مقتضى قاعدة اليد (على ماتقدم) هو ثبوت ضمان المثل او القيمة عند التلف واما ثبوت المسمى فهو متوقف على تحقق المعاوضة والمبادلة لكي يثبت به ضمان المسمى، و(ح) نقول لااشكال في ان ثبوت العهدة بالمثل او القيمة انما هو بعد التلف، فهل ثبوت المسمى في العهدة ايضاً كالمثل والقيمة يمكن ان يكون بعد التلف؟ او انه لابد من ان يكون في حال وجود العين وقبل التلف،

فربما يقال بالاول وذلك بدعوى عدم التفاوت بين تعلق العهدة بالضمان بالمثل او القيمة الناشي من اليد وبين تعلقها بضمان المسمى فكما انه في ضمان المثل والقيمة بالعهدة يكون بعد التلف فكذا في ضمان المسمى

ولايستشكل بان ضمان المسمى يتوقف على المعاوضة الموقوفة على ايقاع العقد المعاوضي، فنفس التواطي على الضمان بالمسمى لايوجب قراره لان قراره بالتواطي انما هو وظيفة الشارع، وليس لاحد غيره جعل السبب، وانما الناس مسلطون على اموالهم بالتصرف بانحاء الاسباب المجعولة، لا ان لهم السلطنة في جعل الاسباب (وذلك) لان 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 و القيمة

و ربما يقال بالثاني وذلك لماذكرنا في وجه الاشكال في كونه كالضمان بالمثل والقيمة من كونه تصرفاً في سلطان الشارع لافي مال نفسه لان الترخيص في اتلاف مال بعوض مسمى يتوقف على سبب معاوضي، والمعاوضة لابد وان يتحقق بين الموجودين، ولايعقل تحققها بعد التلف، فمن صحة التصرف المتلف بضمان المسمى لابد وان نلتزم بتحقق المعاوضة قبل تحقق التلف لكي يقع التلف على مال التملف لاالمالك الاول (**وقد تقدم سابقاً ان الاخير هو**

المطابق للتحقيق) وكيف كان فلازم الوجه الاول هو وقوع التلف على المالك الاول وتعلق ضمانه المسمى على عهدة المتلف بعد التلف ولايحتاج (ح) الى ادخال المال في ملكه قبل التلف لكي يقع البحث عن السبب المملك وانه هل هو نفس التصرف اوارادته (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 لايقع الا بين الموجودين، فلابد من ان تكون قبل التلف، و(ح) فيقع البحث في ان المملك هل هو قصد التصرف وارادته او نفس التصرف المتلف؟! (ومعنى 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 لمعلولين طوليين احدهما ـ انتقال المال عن انمالك الى المتصرف بواسطة هذا التصرف ـ وثانيهما ـ كون التلف 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 لايخفى ان هذا الثاني هو المعبر عنه بتقدير الملك والطريق الاعوجاجي و ان المراد بالتقدير هو انتقال المال عن مالكه الى المتصرف ثم تلفه عنه او انتقاله عنه حقيقة، و ليس المراد بالتقدير هو صرف فرض مالكية المتصرف و تصوره، بحيث لايكون له واقعية اصلا الامحض تصوره

اذا عرفت ذلك فاعلم ان 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 يجب الالتزام بملكية الارادة (ووجه ذلك) هو تأخر ملكية التصرف عن نفس التصرف و تقدم الانتقال على تقدير ملكية الارادة، ومن المعلوم ان الالتزام بخروج المال عن مالكه الاولى على تقدير الحاجة الى الالتزام به لابد وان يكون بمقدار الحاجة ، ومع التفصى عن ذلك بالالتزام بخروجه فى المرتبة المتأخرة عن التصرف لا حاجة الى الالتزام به فى المرتبة السابقة على التصرف ، فيكون الالتزام به (ح) من قبيل الالتزام بمالايلزم ، لكن فى صحة التصرفات المتلفة لاموجب لله التزام بالانتقال قبل التصرف ، اذيكفى فى صحة الضمان بالمسمى انتقال المال المتصرف فيه الى المتصرف بنفس تصرفه وصيرورة عوضه المسمى على عهدته ثم وقوع التلف عنه ، لما قد عرفت من ان الضمان المعاوضى يحتاج الى المعاوضة بين الموجودين، والمال المتصرف فيه فى رتبة التصرف موجود، وانما يصير تالفاً بسبب التصرف، فكما ان التصرف يكون علة لتلفه كذلك يصير علة لانتقاله الى المتصرف بواسطة التصرف بعوض المسمى فالتصرف كما تقدم علة المعلولين طوليين احدهما انتقال المال عن مالكه الاولى الى المتصرف وثانيهما تلفه عن المتصرف » هذا حال التصرفات المتلفة القسم الثانى التصرفات الناقلة للملك وهذا النحو من التصرف يتوقف على الملك وذلك بواسطة ماتقدم من ان طبع المعاوضة يقتضى ان يكون البدل قائماً مقام المبدل فاذا كان العوض منتقلا الى المتصرف يجب لامحالة ان يكون المعوض منتقلا عنه ايضاً لتحقق المعاوضة والمبادلة (فح) لامحيص الاعن الالتزام بانتقال المال المتصرف فيه ماعن لكه الاولى الى المتصرف ثم انتقاله الى من ينتقل المتصرف اليه لكن يجب النظر فى ان المعتبر فى مالكية المتصرف هل هو حال السبب اوحال المسبب وبعبارة اوضح بعد انه لاشبهة

في لزوم كون المتصرف مالكا يقع الكلام في ان اللازم هل هو اعتبار ما لكيته حين الانشاء وايجاد السبب او انه يكفي كونه مالكا في رتبة تحقق المسبب بانشاء السبب فعلى الاول فلا بد في اعتبار تقدم الانتقال اليه على تصرفه الناقل لكي يكون التصرف الناقل مقارناً مع مالكيته فالمملك (ح) يصير هو الارادة المتقدمة على التصرف فبالارادة يصير مالكا ويقع تصرفه في حال مالكيته وعلى الثاني فلا حاجة الى اعتبار تقدم الانتقال على التصرف بل يكفي تحقق الانتقال ولو كان معلولا للتصرف و متاخراً عنه فبا لتصرف اعني ايجاد السبب ينتقل المال عن مالكه اليه ثم ينتقل عنه الى من يريد ان ينتقل اليه فيكون لتصرفه هذا معلولان طوليان احدهما الانتقال عن المالك اليه و ثانيهما الانتقال عنه الى غيره و والمعلول الاخير متاخر عن المعلول الاول فيكون الانتقال عنه في حال مالكيته ولا يخفى ان هذا الاخير هو الاقوى وذلك لان المستفاد من مثل لا بيع الا في ملك ليس الاعتبار ملكية المبيع حين البيع بمعنى المسبب لما عرفت مراراً من ان هذه الاسامي اسامي للمسببات لا للاسباب و نتيجة ذلك هو اعتبار ملك المتصرف في حال تحقق النقل عنه بالمعنى الاسم المصدري والمعتبر في قوام المعاملة ايضاً ليس بازيد من انتقال المعوض عمن ينتقل اليه العوض كما مر نظيره في بيع الكلي في الذمة حيث انه بنفس انشاء السبب يعتبر الكلي في ذمة البايع ثم ينتقل عنه الى المشتري. ولا يحتاج الى اعتباره قبل البيع المصدري حتى يقال بانه لا منشاء لاعتباره قبله اذ الانسان لا يملك في ذمته شيئاً فالحاجة الى الالتزام بانتقال المال المتصرف فيه عن مالكه الى المتصرف ترتفع بالالتزام بكونه بعد التصرف ولا يحتاج في هذا القسم الى اعتبار مملكية الارادة فهذا القسم ايضا كالقسم الاول في كفاية مملكية التصرف **القسم الثالث** الوطي وقد استصعب

المحقق الثانى حكمه من حيث الجواز والحرمة وقال بحرمة اول مايتحقق منه وان كان يحصل به الحلية ايضاً وذلك لانه بالتصرف يصير مالكا فيكون اول جزء من التصرف واقعاً فى غير ملكه وحيث انه لاوطى الافى ملك يكون هذا الجزء حراماً ولما يحصل به الملك يتعقبه الحلية فى بقية اجزائه و لايخفى ما فيه لان حرمة الوطى مع السلطنة عليه المفروض ثبوتها فى المعاطاة و فى زمان الخيار ممن له الخيار وعن الواهب فى عين الموهوبة لايجتمعان اذ مقتضى حرمة الوطى هو الحرمان عنه فى عالم التشريع و مقتضى السلطنة عليه كونه مسلطاً عليه بحيث له ان يفعل والسلطنة عليه مع الحرمان عنه تشريعا لايجتمعان فمقتضى السلطنة عليه هو جوازه ولو بجزئه الاول ويكون نفس ذلك التصرف الوطيئى مملكا فهذا القسم ايضاً كالقسمين الاولين يكون الملك هو التصرف فظهر ان فى جميع هذه الاقسام يكون التصرف هو الملك لاارادته الافى القسم الثانى على احتمال ان يكون الموقوف على الملك هو ايجاد السبب لاالمسبب هذا تمام الكلام فى الوجه الثانى من وجوه الاستبعاد **قوله قده** ومنها ان الاخماس والزكواة الخ هذا هو الوجه الثالث من وجوه الاستبعاد فى القول بالاباحة وقد ذكر قده موارد تسعة مما يلزم فيها تاسيس القواعد الجديدة على القول بالاباحة ولايخفى ان مخالفة هذه الموارد مع القواعد انما يلزم مع عدم تصرف كل واحد منهما فيما صار اليه بالمعاطات ولذا ذكر فى آخر كلامه ابتناء لزوم المحذور على العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه اوعدم العلم به فينتفى بالاصل والمراد بالاخماس والزكواة هو تعلق الزكوة و الخمس بالمال الذى صار عنده بالمعاطاة مع انه لايكون مالكاً له مع توقف تعلقهما على الملك وليس الغرض هو الاستبعاد فى اعطاء ماصار اليه بالمعاطاة بازاء الخمس والزكوة المتعلق باعيان امواله اذ لا كلام

فى صحة تصرفاته بناء على الاباحة حتى المتوقفة على الملك وان كان فى الموقوفة على الملك استبعاد تقدم لكن الكلام الان ليس فى اعادته كما لايخفى وسيجيئى فى التنبيه الرابع حكاية المنع عن اعطائه بازاء الخمس والزكوة وثمن الهدى عن الشهيد قده وياتى وجهه انشاءالله

والمراد بالاستطاعة هو تعلق وجوب الحج عليه بواسطة استيلائه على المال بسبب المعاطات مع انه ليس مالكاله حين عدم تصرفه فيه اوتصرف الاخر فى عوضه

والمراد بالديون هو تعلق حق الغرماء بهذا لمال الذى صار عنده بالمعاطاة قبل التصرف بعنوان انه ماله مع انه لايكون مالاله بل هو باق على ملك مالكه و المراد بالنفقات هو تعلق حق واجبى النفقة عليه بواسطة وجدانه لهذا المال مع انه لايكون مالاله

والمراد بحق المقاسمة هو تعلق حق القسمة لمن صار المال عنده اذا كان مشاعاً اذ لمن يصل اليه المال بالمعاطاة ان يطالب شريكه بالقسمة مع انه لايكون المال له

والمراد بالشفعة هو ثبوت حق الشفعة لمن صار اليه المال لو باع الشريك شقصه على ثالث مع ان حق الشفعة لايثبت الا للمالك وهذا لايكون مالكا

والمراد

بالمواريث هو انتقال هذا المال عن كل من المتعاطيين الى وارثه مع انه لايكون مالاله

والمراد بالرباء هو ثبوت الربا فى المعاملة الفعلية اذا كان العوضان ربويين بان كانا من جنس واحد مع كونهما مكيلا اوموزونا مع انه لامعاوضة فى البين وانما اباحة التصرفات من الجانبين ولامحذور فى اباحة كل واحد

منهما ماله الى الاخر وان كان احدهما اكثر من الاخر

والمراد بالوصايا هو صيرورة هذا المال مخرجا للثلث مع انه لايكون من امواله فكيف يصير مخرجا للثلث

والمراد بصفة الغنى والفقر هو صيرورة من بيده هذا المال غنيا لايجوز له اخذ الزكوة والخمس وصيرورة معطيه فقيراً يجوز له الاخذ مع انه ما خرج عن ملك المعطى و لم يدخل فى ملك المعطى له هذا وقد تقدم ان 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 ان ينظر فى كل واحد من هذه الموارد التسعة حتى يستعلم من ان الالتزام فيها مستلزم لتاسيس القواعد الجديدة ام لا

فنقول اما اولا فيمكن ان يجاب عن جميع هذه الموارد على نحو العموم بتمام السيرة على صحة هذه الامور اعنى تعلق الزكوة والاخماس بهذه الاموال الى اخر الامور المذكورة فتكون السيرة دالا على صحتها ومخرجة لها عن مخالفة القواعد... ويمكن ان ينظر فى كل واحد منها بالخصوص ليعلم حاله بالخصوص، اما تعلق الزكوة والخمس فالظاهر انه لامدفع عنه لاستلزامه تاسيس القواعد الجديدة حيث ان صرف الاباحة وحصول التعاطى من المتعاطين لايقتضى تعلق الخمس والزكوة بما اباح لكل واحد منهما ان يتصرف فيه بل انما يتوقف تعلقهما على الملك و مع عدم الملك يكون الالتزام بتعلقهما بما حصل بالمعاطات لامحالة متوقفا على تاسيس قواعد جديدة فى خصوص باب المعاطات، واما الاستطاعة فالظاهر انها لاتكون اشكالا على القول بالاباحة وذلك لان المناط فى الاستطاعة هو التمكن من الزاد

والراحلة ولولم يكن عن ملك كمافى البذل والمفروض تمكن المتعاطيين فى التصرف فيما بايديهم بانحاء المتصرفات فيحصل لهم الاستطاعة و لو لم يكن ملك فى البين وهذا هومراد المصنف قده فى المتن فيما ذكر فى دفع الاستبعاد المذكور بقوله مع ان الاستطاعة الموجبة للحج الخ، واما الدبون فتعلق حق الغرماء بهذا المال عند عجز من بيده ايضاً لايكون اشكالا لان مابيده من المال الحاصل بالتعاطى انما حصل بالضمان المعاوضى حيث ان عوضه وقع على يد مقابله بعوض ما بيده فيكون مابعوضه ملكاً له وحيث انه لايكون متعلقاً لحق الغرماء لمكان خروجه عن يدالمديون المحجور فيتعلق الحجر ببدله فيصير هذا المال متعلقا لحق الغرماء بدلاً عن مال المديون الذى فى يدصاحبه الذى وقع بينهما التعاطى هكذا افيدفتامل ... واما النفقات فحالها كحال الاستطاعة اذ المعتبر فى تعلق حق واجبى النفقة هو التمكن من الانفاق عليهم الحاصل بالمعاطات لاالملك...واما حق المقاسمة فالتقسيم داخل فى التصرف لمملك و حيث ان له التملك بسبب التصرف فيكون من باب ملك ان يملك وذلك لاجل السلطنة على التمليك بسبب السلطنة على التصرف فيصح له ثبوت حق المقاسمة الموجبة لحصول الملك بها .. واما حق الشفعة فالظاهر انه يكون كالزكوات والاخماس مما لامدفع عنه اذ لايمكن تصحيحه الا بالالتزام بقواعد جديدة...واما المواريث فيمكن ان يلتزم فيها بكون موت احد المتعاطين مملكاً وهذا لايستلزم تاسيس قاعدة جديدة لان له نظير كمافى باب الهبة حيث ان موت الواهب اوالمتهب يوجب اللزوم بحيث لايجوز الرجوع للواهب عند موت المتهب اولورثته عند موته نفسه ... وهكذا حال الوصايا حيث ان مخرجية هذا المال للثلث باعتبار انتقاله الى من بيده بالموت .. واما الربا فالحق ثبوته فى مطلق المعاوضات

الربوبية ولولم تكن بيعاً كما عليه الاكثر واختاره الشيخ الكبير قده وعليه فلااشكال اصلاً حيث ان المعاطات ايضاً من المعاوضات ولو على القول بالاباحة .. واما صفة الغنى والفقر فحالهما كحال الاستطاعة و النفقات فى عدم اعتبار الملك بل الملاك فيها هو التمكن من قوت نفسه وعياله الواجبى النفقة الحاصل بواسطة المعاطات، وقد ظهر مما ذكرناه من ان فى الموارد المذكورة لايستلزم تأسيس قاعدة جديدة من القول بالاباحة الاباب الزكوات والاخماس والشفعة منها

قوله قده و منها جعل التلف السماوى مملكا الخ ... توضيح هذا الاستبعاد هو ان القائلين بالاباحة ملتزمون بحصول الملك عند تلف العوضين او احدهما عند من صار اليه وهذا مستبعد بل محال عقلى فى الجملة وذلك لان تلف احد الطرفين على هذا يكون مملكاً لهذا التالف على من تلف عنده وللطرف الاخر الموجود على من هو موجود عنده لكن تمليك الطرف الموجود على من هو موجود عنده ليس فيه محذور عقلى وانما هو مستبعد لبعد مملكية تلف احد الطرفين للطرف الاخر واما صيرورة التالف ملكاً لمن وقع التلف عنده بسبب التلف فهو مع بعده محال عقلا وذلك لان حصول الملك لايخلو اما ان يكون قبل التلف او يكون مقارناً معه او يكون بعده وشيئى من هذه الصور لايكاد يصلح اما قبل التلف فللزوم سببية التلف المتاخر للملك المتقدم وهو مستلزم لتقدم المعلول على علته واما المقارن معه فلعدم قابلية التالف حين التلف لان يصير ملكاً واما بعده فلانه ملك للمعدوم (والجواب عنه) ان الالتزام بملك كل من العوضين للقابض بسبب تلفهما او احدهما ليس مما لانظير له فى الفقه بل ان هو الا كالتلف قبل القبض الذى من مال بايعه فكما ان فى ذلك المقام يحكم بانفساخ البيع ورجوع كل من العوضين الى من انتقل عنه لكى يقع التلف على من انتقل عنه فكذلك يقال فى المقام بوقوع الملكية قبل التلف لكى

يقع التلف على ملك القابض لا الدافع و كما انه في التلف قبل القبض يلتزم بالطريق الاعوجاجي وتقدير الملك آناً ما قبل التلف كذلك في المقام يلتزم به قبله الا ان الالتزام بالملك آناما قبل التلف في باب تلف قبل القبض انما هو مقتضى الجمع بين مايدل على كون التلف من مال البايع و بين استصحاب ملك المشتري الى زمان آن ماقبل التلف وفي المقام لمكان الجمع بين ادلة ثلاثة اعني عموم على اليد واستصحاب عدم الملك الى آن ما قبل التلف والاجماع على عدم الضمان بالمثل او القيمة بل كون المال مضموناً بالمسمى

(وتوضيح ذلك) يتوقف على بيان مقدمة وهي انه قد ثبت في مبحث العام والخاص من انه لو ورد عام مثل اكرم العلماء وورد خاص مثل لاتكرم زيداً وتردد زيد المنهي عن اكرامه بين زيد العالم و زيد الجاهل فلو كان زيد العالم كان تخصيصاً للعموم ولو كان زيد الجاهل كان تخصصاً يثبت ببركة العموم وجوب اكرام زيد العالم و بلازم وجوب اكرامه نثبت ان المنهي عن اكرامه هو زيد الجاهل و حيث ان اصالة العموم من الاصول اللفظية وهي حجة ولو كانت من الاصول المثبتة فلا محذور في كونها مثبتاً للوازمها و ملزوماتها وملازماتها على ماحقق في الاصول و(ح) نقول مقتضى عموم على اليد هو ضمان المثل او القيمة في التالف ولكن قام الاجماع على ضمان المسمى في باب المعاملات والامر يدور بين انتقال التالف الى من وقع التلف عنده قبل التلف فيكون تخصصاً خارجاً عن موضوع عموم على اليد وبين عدم انتقاله اليه وبقائه على ملك مالكه الاول لكي يكون الحكم بضمان المسمى تخصيصاً للعموم فبعموم على اليد نثبت الانتقال وانه لايكون تخصيصاً ولازم ذلك ثبوت الانتقال الى القابض ويدور الانتقال اليه قبل التلف في الآنات السابقة عليه من اول آن القبض الى الان المتصل بالتلف لكون وقوع الملك مشكوكاً

فيماعدى الآن المتصل بالتلف فيستصحب عدمه الى زمان القطع به و هو الآن المتصل بالتلف فبالاجماع وعموم على اليد تثبت الانتقال قبل التلف و بالاستصحاب تثبت كونه فى آن ماقبله (واما استبعاد) كون التلف المتأخر مملكاً فمدفوع بانه مع اشتراك المقام مع مقام تلف قبل القبض يصحح اما بالالتزام بالشرط المتأخر بناءً على صحته او بالالتزام بالتعقب بمعنى كون المملك هو تعقب الآن بالتلف، هذا تمام الكلام فى صورة تلف احد الطرفين او تلفهما معاً

واما حكم مالو غصب احدهما فقد استبعد فيه ايضاً من حيث ان رجوع المغصوب منه الى الغاصب مع عدم كونه ملكاله بعيد؟ و صيرورته بسبب الغصب ملكاً له كالتلف ابعد، و رجوع المالك الاصلى اليه مخالف للسيرة القطعية، وقد اجاب عنه المصنف (قده) فى الكتاب بانه عند تلف المال عند الغاصب يكون المتعين هو رجوع المغصوب منه اليه لا المالك الاول وذلك لصيرورته بالتلف ملكاً للقابض المغصوب منه ومع وجوده عند الغاصب يكون لكل من المغصوب منه والمالك الرجوع اليه (ولايخفى) ان ماذكره فى صورة التلف متين جداً لما تقدم من مملكية التلف، واما رجوع المالك الى الغاصب فى صورة وجوده فلا وجه له مع بقاء مال المغصوب منه عنده لاستلزامه الجمع بين العوض والمعوض (نعم) له رد مال المغصوب منه اليه ثم رجوعه الى الغاصب بماله واما مع بقاء مال المغصوب منه عنده الذى هو ابقاء للتعاطى فلا يصح منه الرجوع كما لايخفى

قوله (قده) ومنها ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية الخ حاصله ان التصرف الملزم على القول بالملك هو مملك على القول بالاباحة و سيأتى تحقيق الكلام فيه وانه هل هو مطلق التصرف او التصرف الناقل للعين

اوالاعم من الناقل اوالمغير لها (وكيف كان) فاما يكون مملكا بالنية او مطلقاً و الاول مخالف للسيرة ويلزم ان يكون الواطى للجارية التى صارت عنده بالمعاطات واطيا بالشبهة والجانى عليه والمتلف جانياً على مال الغير ومتلفاً له والثانى اعنى مملكية التصرف بالانية بعيد جداً وايضاً لو كان التصرف من احد الجانبين مملكاً لماوقع فيه التصرف بالنسبة الى المتصرف وعوضه الى الاخر لزم ان يكون المتصرف بتصرفه موجباً و قابلا و ذلك ايضاً بعيد،

(والجواب عنه) ان هذا ايضاً ليس بعديم النظير فى الفقه لمكان كون تصرف ذى الخيار فى زمان الخيار من هذا القبيل بل اسوء وذلك لوجود الاذن فى التصرف فى المقام بخلاف التصرف فى زمان الخيار (وتوهم) افتقار مملكية التصرف فى زمان الخيار الى النية (مدفوع) بانه لم يذهب الى وهم وانما الكلام فيه هو فى افتقار الالتفات الى كونه فى زمان الخيار او كونه فسخاً مطلقاً مع الالتفات الى التصرف ولولم يكن ملتفتاً الى كونه فى زمان الخيار على ما سيجيئى الكلام فيه انشاء الله ، وقد تقدم مراراً ان تأسيس القواعد الجديدة انما يلزم فيما اذا لم يكن لما التزام به على القول بالاباحة نظير فى الفقه، فهذا الاستبعاد ايضاً هين (ومنه يظهر) ان لزوم كون المتصرف موجباً وقابلا ايضاً ليس بمحذور وذلك لمكان وجود نظيره فى التصرف فى زمان الخيار على مالا يخفى

قوله (قده) ومنها ان النماء الحادث قبل التصرف الخ، حاصله انه لاشبهة فى كون النماء المتصل فى المقام كسائر المقامات تابعاً للعين محكوماً بحكمه واما النماء المنفصل ففى كونه للمالك الاول مطلقاً، او للقابض كذلك او كونه تابعاً للعين فان صارت العين ملكاً للقابض بملك، من تلف او تصرف

ونحوهمافيتبعها النماء وان عادت الى المالك الاول فالنماء كذلك؟ احتمالات لكن الاول اعنى كونه للمالك الاول ولومع صيرورة العين ملكاً للقابض مخالف للسيرة وكونه للقابض مطلقا ولومع عودالعين الى المالك مستبعد اذلاملك (ح) للنماء وتبعيته للعين مقتض لشمول الاذن له اعنى الالتزام بكون الاذن فى التصرف فى العين اذناً فى التصرف فى النماء ايضاً وهوخفى

وقداجاب عنه المصنف (قده) فى الكتاب باختيار الاخير وهوتبعية النماء للعين فى الاباحة و الملك ولاخفاء فيه اصلاً بعد قيام السيرة عليه

(ولكن الحق) هوالاحتمال الثانى اعنى كونه للقابض مطلقاًوذلك لقاعدة الخراج بالضمان(وتوضيحه) ان الخراج عبارة عمايخرج من الارض والمراد به هنامطلق المنافع وفى كلمة الخراج بالضمان احتمالات(الاول) ان يكون الضمان بالمعنى الاسم المصدرى فالمعنى (ح) ان كل ما كان ضمانه فى عهدة شخص فمنافعه له سواء كان ضمانه بسبب اختيارى كتعهد ونحوه ام لا وهذاهوالذى فهمه ابوحنيفة فى فتواه بعدم ضمان كراء البغل من يوم المخالفة على ماهومذكورفى صحيحة ابى ولاد كما سيأتى انشاء الله، و هذا المعنى مع بعده فى نفسه مردود بورود النص على خلافه كما هو مضمون الصحيحة من الحكم بضمان المنافع من يوم المخالفة (الثانى) ان يكون بالمعنى المصدرى مع كون سبب الضمان عقداً مملكافيختص (ح) بالعقود المعاوضية و(الثالث) ان يكون بالمعنى المصدرى ايضاً مع كون الضمان ناشياً عن مطلق التعهد ولولم يكن بعقد بل كان من قبيل المعاطاة (ولايخفى) ان هذا الاحتمال الاخير هو الاقوى: لعدم امكان حمل الخبر على الاحتمال الاول لعدم مايوجب تقييده بالضمان الناشى عن العقد المملك وعليه فيكون النماء المنفصل فى باب المعاطاة للقابض مطلقاً كمالايخفى

ثم انه ربما يقال بان مقتضى قاعدة تبعية النماء للعين ثبوت ضمان المنافع على القابض فيقع التعارض بينها وبين قاعدة الخراج بالضمان بالعموم من وجه (ولكنه يجاب) بان التعارض بينهما وان كان كذلك لكن الترجيح لقاعدة الخراج بالضمان نوجهين (الاول) ان قاعدة التبعية لبية لا تكون مستفادة من اللفظ و قاعدة الخراج بالضمان لفظية فهى تقدم على القاعدة اللبية (الثانى) ان قاعدة الخراج بالضمان تكون كالعام المعلل حيث انها فى قوة ان يقال ملك المنافع معلل بالضمان والعام المعلل يقدم على غيره فى التعارض بالعموم من وجه على ما حقق فى محله هذا تمام الكلام فى الاستبعادات التى ذكرها فقيه عصره قده على القول بالاباحة وقد عرفت اندفاعها الا انه لا يخلو عن الاستبعاد كما لا يخفى **قوله قده ودفعها بمخالفتها** للسيرة الخ لا يخفى انه لايظهر لهذه العبارة معنى و يمكن ان يكون مرجع الضمير المؤنث فى دفعها و مخالفتها هو الاستبعاد المذكور قبله واتيان الضمير مؤنثاً مع تذكير مرجعه كان بالمسامحة والمعنى (ح) و دفع الاستبعاد بان عدم تعلق هذه الحقوق مخالف للسيرة لقيام السيرة على تعلقها رجوع الى السيرة فلا يكون مستلزما لتأسيس قواعد جديدة و هذا غاية التوجيه لهذه العبارة لكنه بعد كما ترى لايخلو عن التكلف

قوله قده وبالجملة فالخروج عن اصالة عدم الملك المعتضد بالشهرة المحققة الخ لايخفى انه مع فرض دلالة عموم ادلة البيع والهبة على صحة المعاطات بيعاً وهبة لااشكال فى الخروج عن اصالة عدم الملك بل لامحيص عن الخروج عنها اذهى اصل عملى ينتهى النوبة اليه فيما اذا لم يكن اطلاق او عموم فجعل احدهما مشكلا والاخر اشكل ممنوع نعم الذى ربما يتصور فيه الاشكال هو رفع اليد عن اجماع المنقول عن الغنية والقواعد والمسالك لكن لاوقع

للمنقول عن الغنية لعدم حجية الاجماع المنقول في كلام القدماء على ماحقق في الاصول ووهن المنقول في القواعد و المسالك بدعوى الاتفاق المنقول عن المحقق الثاني في افادة المعاطات للملك بناء على تاويل كلما تهم بارادة الملك وهذ التاويل وان كان مستبعداً في نفسه كما تقدم الاانه يصير شبهة مانعة للاخذ بالاجماع المنقول عن القواعد والمسالك فيكون المحكم (ح) هو عموم ادلة البيع و بالجملة فلا ينبغي الاشكال في وقوع البيع بالمعاطات سواء قلنا بان التسليط الخارجي مصداق للتمليك كماهو الحق ام لا... اما على الاول فواضح.. واما على الثاني فلانه وان لم يكن مصداقاً للتمليك لكنه كناية عنه فيصح وقوعه به اذا كان التعبير به عنه متعارفاً وسيجيئي في باب الفاظ العقود اختيار القول بصحة ايقاع العقد بالالفاظ الكنائي اذا كان متعارفا وانما قيدنا بالمتعارف لان لايرد النقض بايقاع البيع بلفظ سلطت حيث انه لايقع به البيع ولازمه عدم وقوعه بالتسليط الخارجي ايضاً لعدم الفرق بين التسليط القولي والفعلي و وجه عدم الورود هو التفاوت بين التسليطين بتعارف ايقاعه بالتسليط الخارجي دون القولي

قوله قده: وعليه فهل هي لازمة لابتداء مطلقا الخ... الاقوال في باب المعاطات على القول بالملك ثلاثة اللزوم مطلقاو عدمه كذلك والتفصيل بين ماكان الدال على التراضي لفظا فيكون لازما وبين مالم يكن كذلك فلاوكان مه الوجه في التفصيل هو دلالة قوله (ص ع) انما يحلل الكلام: بتوهم ان المراد من الكلام هو مطلقه ولوكان على نحو المقاولة ولكنه منوع مو الحق اسقاطه من الاقوال وجعل المسئله ذات قولين

قوله قده اوفقها بالقواعد هو الاول الخ.. بل الاوفق هو القول بعدم اللزوم و ذلك لعدم ما يدل عليه حسبما تقدم اجماله و سيجئي تفصيله

قوله قده بناء على اصالة اللزوم في الملك الخ

الكلام فى انبات حكم المعاطاة من حيث اللزوم و الجواز قديقع فيما يقتضيه الاصل وقد يقع فيما يقتضيه الدليل الاجتهادى من العمومات والاطلاقات فالكلام ها هنا فى تنقيح الاصل العملى فنقول قديقال بان مقتضى الاصل هوعدم اللزوم بتقريب استصحاب بقاء علقة المالك الاول اذا لشك فى اللزوم والجواز يرجع الى الشك فى انقطاع علقة المالك الاول بشراشرها وتمامها فعندالشك فى انقطاعها يستصحب بقائها ولايخفى مافيه من الوهن فان تلك العلقة زالت بواسطة ايجاد السبب المملك قطعا مطلقا من غير فرق بين ماكان السبب عقدا اوغيره كان لازما اوجايزا كان جوازه حكميا اوحقيا وانما يحدث عندالفسخ فى العقود الجائزة علقة جديدة مستحدثة ومع القطع بارتفاع العلقة السابقة لامجال لاستصحابها و لمكان شدة وضوح و هنه لم يتعرض له فى الكتاب الاتبعير دال على وضوح وهنه وهوقوله قده وربما يزاد استصحاب بقاء علقة المالك الاول

ولااشكال فيما ذكرناه وانما الكلام فى اجراء استصحاب بقاء علقة المالك الثانى عندالشك فى زواله بمجرد رجوع مالكه الاول ومنشاء الاشكال هوالاشكال فى ان اللزوم والجواز هل ينوعان الملكية بحيث يصير الملك اللازم نوعاً والجائز نوعاً اخر كالحدث الاكبر والاصغر اولايكونان منوعين لها ثم على تقدير كونهما منوعاً فهل يجرى فيه الاستصحاب كمافى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى اعنى الحيوان المردد بين البق والفيل ام لا فالكلام هنا فى جهتين اما الجهة الاولى فتنقيح البحث عنها يتم ببيان امور

الاول هل اللزوم والجواز امران ناشيان عن انشاء المنشى و يكون زمام امرهما بيده بحيث لواراد انشاء الملك اللازم ينشائه و لواراد انشاء

الملك الجائز بنشائة اوحكمان شرعيان ليس اختيارهما بيد المنشيى اصلا، احتمالان لاسبيل الى الاول منهما اذ المنشيى فى جميع ابواب العقود لاينشأ الا الملكية لانه ينشاء الملكية الجايزة تارة واللازمة اخرى فلايكون جواز البيع ولالزومه بانشائه وهذا ظاهر

الثانى بعد وضوح كون اللزوم والجواز ناشيان عن الحكم الشرعى هل الحكم بهما يرجان الى ناحية المسبب اعنى الاثر الحاصل عن اسباب المعاملات كالملكية فى باب البيع او انهما راجعان الى مرحلة الاسباب فالعقد الذى هو سبب للملكية هو المتصف باللزوم شرعا تارة وبالجواز اخرى، احتمالان اقربهما هو الاخير و ذلك لمكان تمسك الفقهاء فى اثبات اللزوم بعموم اوفوا بالعقود وهذا التمسك لاتم الا بكون اللزوم صفة للسبب لاللمسبب ولولم يكن اللزوم راجعا الى ناحية السبب لم يكن لهذا الاستدلال وجه ولان الفسخ فى كل مورد من موارده انما هو حل العقد ابتداء المترتب عليه ارتجاع الملكية لاالعود الى الملكية من اول الامر وهذا ايضاً شاهد على كون الجواز او اللزوم حكما للسبب لاللمسبب

الثالث هل اللزوم والجواز بعد رجوعهما الى ناحية السبب يصيران منشاء لاختلاف السبب نوعاً فى مقام التأثير بحيث يترتب على كل واحد اثراً مغايرا مع الاثر المترتب على الاخر كالحدث الاكبر والاصغر حيث ان كل واحد منهما مؤثر فى اثر غير الاثر الحاصل من الاخر ويكون الاثران مختلفين نوعا او لا يكون كك..احتمالان اقواهما الاخير..و ذلك لان الكاشف عن الاختلاف النوعى متحقق فى مثل الحدث وهو اختلاف الاثار المرتبة عليه بخلاف المقام فان السبب المترتب عليه الملك اللازم متحد فى الاثر مع ما يترتب عليه الملك الجايز و هو الملكية ولا تفاوت فى اثر هما بوجه الا

فى اللزوم والجواز وهذا لا يوجب اختلافهما بحسب النوع كما لا يخفى فظهر ان اللزوم والجواز لا يكونان بانشاء المنشى بل انما هما راجعان الى الجعل التشريعى وانهما راجعان الى ناحية السبب لا المسبب واختلاف السبب بهما لا يوجب الاختلاف النوعى والمتحصل من جميع ذلك عدم منوعية اللزوم والجواز ونتيجة ذلك صحة استصحاب الملكية عند الشك فى زوالها لاجل الشك فى تاثير رجوع المالك الاول وهو المطلوب

قوله قده مضافاً الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب الخ هذا هو الجهة الثانية من الجهتين اللتيين قدمناهما وهى صحة استصحاب الكلى على تقدير تغاير الملكية اللازمة مع الجايزة بالنوع وهذا هو القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى اعنى ما اذا تردد وجود الكلى بين فرد مقطوع الارتفاع وبين فرد مقطوع البقا كما اذا علم بوجود الحيوان فى الدار المردد بين كونه بقاً اوفيلاً وقد حقق فى الاصول عدم المناقشة فى صحة استصحابه والمقام من هذا القبيل لان الملكية الحادثة بالمعاطاة مرددة بين الفرد الذى يقطع بارتفاعه بواسطة الرجوع وهى الملكية الجايزة وبين الفرد الذى يقطع ببقائه بعد الرجوع وهى الملكية اللازمة ولا مانع عن استصحاب القدر المشترك والجامع المردد بين هذا وذاك

وليعلم ان الشك فى بقاء الكلى فى هذا القسم قد يكون من قبيل الشك فى المقتضى وقد يكون من قبيل الشك فى الرافع فالاول كالحيوان المردد بين البق والفيل حيث ان الشك فى بقائه انما هو لاجل كونه بقاً اوفيلا فانه لو كان بقا لا يكون فيه اقتضاء البقاء و لو كان فيلا لكان باقيا لما فيه من الاقتضاء للبقاء

ومثال الثانى الحدث المردد بين النوم و الجنابة اذا توضاء بعده فان

الشك فى بقائه انما هو لاجل كونه نوماً او جنابة وانه على تقدير كونه نوما ارتفع بالرافع وهو الوضوء

و ما نحن فيه من هذا القبيل فان الملكية المرددة بين الجايزة واللازمة انما يشك فى بقائها لاجل انها لو كانت جايزة قد ارتفعت بالرافع وهو الرجوع ومافى حكمه فلايرد على هذا الاستصحاب بانه من قبيل الشك فى المقتضى فالعمدة فى المقام تنقيح انه هل يكون فى البين اصل حاكم على هذا الاصل ام لا وما يتوهم حكومته عليه امران

احدهما استصحاب بقاء علقة المالك الاول وهو على تقدير جريانه يكون حاكما على استصحاب بقاء الملكية لكن الشان فى اجرائه و قد تقدم المنع عنه

وثانيهما اصالة عدم وجود الملكية اللازمة اذ الشك فى بقاء القدر المشترك مسبب عن الشك فى حدوث الملكية اللازمة ومع اجراء الاصل فى السبب لاينتهى النوبة الى اجرائه فى المسبب

ويندفع اولاً بان اصالة عدم وجود الملكية اللازمة وان كانت جارية لكنها لاتكون حاكمة على اصالة بقاء الملكية لان الشك فى بقائها ناش ومسبب عن الشك فى كون ماوجد من الملكية التى يقطع وجودها هل هى الملكية اللازمة او الجايزة واصالة عدم وجود الملكية اللازمة لايثبت بها عدم كون الملكية الموجودة هى الملكية اللازمة الا على القول بالاصل المثبت والحاصل ان الشك فى بقاء الملكية ليس مسببا عن الشك فى وجود الملكية اللازمة فى العالم بل هو مسبب عن الشك فى كون هذا الموجود هو الملكية اللازمة فاصالة الملكية اللازمة وان كانت جارية لكنها لاتكون حاكمة على اصالة بقاء الملكية واما ثانياً فلانه على فرض تسليم التسبب لايكون السببية شرعية

وذلك لان عدم وجود الفرد وان كان ملازما مع عدم وجود الكلى او الحصة الا ان التلازم بينهما عقلى لا شرعى من غير فرق فى ذلك بين ما اذا كان الكلى امرا مجعولا شرعيا كالحدث والملكية او امراً تكوينياً كالحيوان المردد بين الفيل والبق وقد ثبت فى محله ان الاصل السببى انما يغنى عن المسببى اذا كان التسبب بينهما شرعياً

وبالجملة فلا اصل حاكم على اصالة بقاء الملكية الجامعة بين الملكية اللازمة والجائزة **قوله قده فتامل** ربما يقال ان الوجه فيه هو ما ابطلناه آنفا من كون الشك فى بقاء القدر المشترك مسببا عن حدوث الفرد المشكوك الحدوث والاصل عدمه ولكنه مدفوع بما مر من منع الحكومة بمنع التسبب تارة ومنع كون التسبب شرعيا (اخرى) بل الوجه فيه هو اعتبار وجود الاثر المترتب على الكلى فى صحة استصحابه عدى ما يترتب على الفرد كما فى الحدث المردد بين الاصغر والاكبر وهو مفقود فى المقام اذ المقصود من استصحاب بقاء الملكية هو اثبات اللزوم لا الاثر المشترك بين الملكية اللازمة والجائزة فهذا الاصل لا يجرى فى المقام لاجل هذه الخصوصية وبعبارة اخرى المستصحب لابد وان يكون فى حد نفسه قابلا للبقاء حتى يستصحب بقائه عند الشك فيه لا ان كان مرددا بين ما كان قابلا للبقاء ومالم يكن قابلا له وما نحن فيه من هذا القبيل (وبعبارة اوضح) ربما قيل بصة استصحاب الفرد المردد فى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى بدعوى صحة القول باجراء الاصل فى نفس الشخص المردد بين طويل العمر وقصيره (واجيب عنه) بان الشخص المردد مردد بين ما كان مقطوع البقاء او مقطوع الارتفاع فلا يكون شك فى بقائه لكى يستصحب فلا يتم احد ركنى الاستصحاب و هو الشك اللاحق بالنسبة اليه ولا يخفى ان هذا الاشكال الوارد على استصحاب الفرد المردد

جارفى استصحاب الكلى فى 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 مرددا بين مقطوع البقاء والارتفاع هكذا افيد وللنظر فيه مجال من جهة كون المراد بالكلى المستصحب هو الحصة و من جهة كون خصوصية اللزوم و الجواز نفس البقاء والارتفاع وسيجئى اعادة الكلام فى هذا المبحث مفصلا

قوله قده ويدل عليه مع انه يكفى فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك الخ اراد قده ان يستدل على عدم اختلاف حقيقة الملكية باللزوم والجواز بوجوه ثلاثة

احدها كفاية الشك فى كون اللزوم من خصوصيات الملك اومن لوازم السبب المملك وظاهره هو اعادة ماسبق من صحة استصحاب القدر المشترك عند الشك فى اللزوم اذ لامعنى للقول بصحة الاستصحاب مع الشك فى اختلاف حقيقة الملك... ويمكن توجيهه بان الشك فى كون اللزوم من خصوصيات الملك هو بعينه الشك فى بقاء الملكية الذى يتوقف عليه الاستصحاب اذ الشك فى كون اللزوم من خصوصيات الملك يوجب الشك فى بقائه بعد الرجوع فيستصحب بقائه

ولكن لايخفى مافى هذا التوجيه من الوهن لان الشك فى كون اللزوم من خصوصيات الملك اومن لوازم السبب المملك يوجب الشك فى صحة اجراء الاستصحاب لانه على تقدير كونه من خصوصيات الملك لايصح الاستصحاب وعلى تقدير كونه من لوازم السبب المملك يصح والشك فى كونه من هذا القبيل اومن ذاك يوجب الشك فى صحة الاستصحاب وعدمها ومع الشك فى صحته

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

هذا مضافاً الى انه بناء على هذا التوجيه ايضاً لايكون دليلا على ماهو بصدد اثباته من عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الانقسام الى المتزلزل والمستقر بل هو دليل على صحة الاستصحاب مع الشك فى اختلاف حقيقته فلايكون الدليل مطابقاً مع المدعى قال دامت بركاته ويمكن ان يقال ان مراده قده هو اجراء الاصل فى القدر المشترك بين كونه من لوازم السبب او من احكام المسبب وهذا القدر المشترك سالم عما اورد على استصحاب القدر المشترك بين اللزوم والجواز ولايخفى فيما افاده ايضاً فتدبر

قوله قده ومع ان المحسوس بالوجدان انشاء الملك فى الهبة اللازمة وغيرها الخ هذا وجه ثان لاثبات عدم اختلاف حقيقة الملك بواسطة الانقسام الى اللزوم و الجواز و محصله دعوى الوجدان على ان المنشاء الذى يوجده المنشى بانشائه فى الهبة اللازمة مثل المعوضة منها وفى الهبة الجايزة وهو الملكية شيئى واحد بالوجدان لايرى تفاوتاً فيه اصلا لان المنشى فى الهبة اللازمة ينشئى الملكية المتخصصة بخصوصية كونها لازمة و فى الجايزة ينشئى الملكية المتخصصة بخصوصية كونها جايزة وهذا ظاهر بعد المراجعة الى الوجدان ولاغبار عليه اصلا

قوله قده ان اللزوم والجواز لو كان من خصوصيات الملك الخ هذا هو الوجه الثالث من الاستدلال لاثبات عدم اختلاف حقيقة الملك

و حاصله ان تخصص الملك بخصوصية اللزوم و الجواز اما بجعل المالك او بحكم الشارع لاسبيل الى الاول ضرورة لزوم صيرورة النكاح اللازم مثلا جايزاً بالقصد لو قصد ايقاع النكاح الجايز او صيرورة الهبة الجايزة مثل الهبة

الغير المعوضة او بغيرذى الرحم لازما لو قصدها وهو ضرورى البطلان ،، ولاالى الثانى والافيلزم تخلف العقد عن القصد فيمااذا تخلف امضاء المشارع عما قصده المنشئى بان كان المقصود انشاء الملكية الجايزة وكانت الممضى هوالملكية اللازمة وهو اعنى تخلف العقد على القصد ايضاً باطل فكون اللزوم والجوازمن 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 ان يكون كل عقد باطل كك كمااذا انشاء البيع بعقد النكاح او بالعكس وهو ضرر وى البطلان ثم انه لابأس باعادة الكلام فى المقام وتحريره على وجه كلى يفيد فى جميع ابواب المعاملات عند الشك فى اللزوم والجواز وهو يتم ببيان مقامات

الاول فى تنقيح اجراء الاستصحاب فى اثبات ابقاء اثر العقد بناء على ان يكون اللزوم و الجواز من لوازم المنشاء بالعقود لامن احكام العقود نفسها من غيرفرق فى ذلك بين ان يكون الاثر الذى يراد اثباته بالاصل هو الملكية كما فى البيع والهبة ونحوهما اوغيرهامن الاثار المترتبة على ساير العقود،، وعقد البحث لخصوص الملكية انما هولاجل كونها من احدى الصغريات لا لاجل الاختصاص بها

ومن غيرفرق ايضاً بين كون العقد تعليقيا اوتنجيزيا بعدالفراغ عن كونه من العقود العهدية لاالاذنية 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 مطلقا ولو كان تعليقياً كالوصية ونحوها ،،

وما يظهر من المصنف قده فيمايأتى فى الكتاب من المناقشة فى التعليقى

منها بدعوى عدم تحقق الاثر بالفعل لكى يستصحب... مدفوع» بالنقض باصالة عدم النسخ المسلم عند الجميع حيث انها عبارة عن استصحاب بقاء الحكم التعليقى على ماهو التحقيق من كون جعل الاحكام على نهج القضايا الحقيقة و ان فعليتها انما هى بتحقق موضوعاتها ولافرق بين الملكية المنشأة بعقد الوصية مثلا و بين وجوب الحج الان منشئى الملكية هو الموصى ومنشئى وجوب الحج هو الشارع فكما ان الملكية المنشأة معلقة على موت الموصى كذلك وجوب الحج معلق على وجود الموضوع بماله دخل فى موضوعيته و كما ان الملكية قبل الموت لايكون فعليا وانما فعليتها عند الموت كذلك وجوب الحج قبل تحقق الموضوع لايكون فعليا وانما فعليته عند تحقق موضوعه فكما انه عند الشك فى نسخ وجوب الحج يرجع الى اصالة عدم نسخه من غير اشكال كذلك عند الشك فى ارتفاع الملكية المعلقة على الموت يرجع الى اصالة عدم ارتفاعها نعم لو كان الشك فى بقاء الامر التعليقى من غير جهة النسخ ومابحكمه كما فيما نحن فيه لايجرى فيه الاستصحاب على ماحقق فى الاصول خلافاً للمصنف قده فى اصوله فيالينه يعكس الامر و يختار عدم الجريان فى الاصول و يقول باجرائه فى المقام ... وبالجملة فالتحقيق هو عدم الفرق بين العقد التعليقى والتنجيزى ولافرق ايضاً بين ما اذا كانت الشبهة موضوعياً كما اذا كان منشاء الشك فى اللزوم والجواز هو الشك فى كون العقد الصادر بيعاً اوهبة مع فرض العلم بلزوم الاول وجواز الثانى او كانت حكميا كما اذا شك فى حكم عقد من حيث اللزوم والجواز ففى جميع هذه الصور يجرى الاصل فى اثبات القدر المشترك بين اللزوم والجواز اعنى الملكية التى هى الجامع بين الملكية الجايزة واللازمة كالقدر المشترك من الحدث الجامع بين الاصغر والاكبر وكالحيوان المردد بين البق والفيل ،، و توهم كون الشك فى بقاء القدر

المشترك مسبباً عن الشك فى وجود الفرد الطويل كالملكية اللازمة فى المقام وكالفيل فى مثال البق والفيل ومع اجراء الاصل فى السبب لاينتهى الامر الى اجرائه فى المسبب مدفوع "

اولا بمنع التسبب ضرورة ان الشك فى بقاء القدر المشترك مسبب عن كون الموجود هو الفرد الطويل على حسب مفاد كان الناقصة وهذا لايجرى فيه الاصل لعدم العلم بالحالة السابقة ومايجرى فيه الاصل اعنى عدم وجود الفرد الطويل على نحو المفاد التامة لايكون سبباً للشك فى بقاء القدر المشترك

وثانيا بانه على فرض تسليم كون الشك فى وجود الفرد الطويل سببا للشك فى بقاء القدر المشترك لايكون التسبب شرعيا بل عدم بقاء الكلى بواسطة عدم الفرد عقلى كما لايخفى فهذا الوجه ساقط جداً و ليس نظر الشيخ قده فى امره بالتامل اليه رأسا

وانما الوجه فى الامر بالتأمل هو الاشكال فى اجراء الاستصحاب فى خصوص المقام بناء على صحة اجرائه فى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى وذلك للفرق بين المقام وبين سايرالمقامات ..ومحصله انه يعتبر فى صحة استصحاب القدر المشترك كون الكلى قدراً مشتركا بين امرين اوامور مع قطع النظر عن حكم البقاء والارتفاع كالحيوان المردد بين البق والفيل والحدث المردد بين الاصغر والاكبر لاما اذا كان بين نفس البقاء والارتفاع بان كان تنوعه بالنوعين باعتبار نفس البقاء والارتفاع كما فى المقام فانه لايصح ان يجرى فيه الاستصحاب لان حكم الاستصحاب اعنى البقاء عند الشك فيه يرد على الموضوع ولابد فى كل موضوع ان يؤخذ مع قطع النظر عن حكمه ويرد عليه الحكم ففى مثل زيد موجود لايكون المحكوم عليه بالوجود هو القدر المشترك بين الموجود والمعدوم وفى مثل زيد اسود مثلا لايكون قدر المشترك بين

الاسود وغير الاسود هو المحكوم عليه بالسواد وفى المقام ايضا لايكون القدر المشترك بين الملكية الباقية والزائلة هو المحكوم عليه بالبقاء اذا لحكم بالبقاء مأخوذ فى ناحية عقد الحمل والموضوع اذا كان قدرا مشتركا لابد وان يكون هو القدر المشترك مع قطع النظر عن عقد الحمل والى هذه الدقيقة اشار بقوله فتأمل

المقام الثانى فى حكم الشك فى كون اللزوم والجواز من لوازم المسبب اومن احكام السبب وانه هل يرجع معه الى الاستصحاب ام لا والذى صرح به فى الكتاب هو صحة اجراء الاستصحاب ... وقد يورد عليه بان هذا الشك يوجب الشك فى صحة اجراء الاستصحاب حيث انه على تقدير كونهما من احكام السبب يجرى الاصل وعلى تقدر كونهما من لوازم المسبب لايجرى فالشك فيهما موجب للشك فى صحة اجراء الاصل ومع الشك فى صحة اجرائه كيف يحكم باجرائه ... ولكنه مدفوع بان نظره قده فى حكمه بصحة اجرائه مع هذا الشك هو انتفاء المانع عن اجرائه الذى كان مانعا عند العلم بكونه من لوازم المسبب اعنى ماذكرنا فى وجه الثانى ومع عدم العلم بالمانع يتحقق اركان الاستصحاب ويجرى عند تمامية اركانه ،، وتوضيحه انه قد يرد الشيئ بين مايصح استصحابه وبين مالايصح لاجل الشك فى كونه من افراد عموم دليل الاستصحاب كما اذا تردد الشيى بين كونه من موارد الشك فى المقتضى اومن موارد الشك فى الرافع بناء على عدم شمول العموم للشك فى المقتضى وفى مثله لايجرى الاستصحاب لكونه من قبيل التمسك بالعموم فى الشبهة المصداقية للعام الذى لايصح التمسك به بالاتفاق ،، وقد يتردد الشيئ بين ما يصح فيه الاستصحاب ومالايصح لالاجل الشك فى كونه من افراد العموم بل الوجه فى عدم اجرائه مع فرض كونه من افراد عموم الدليل انما هو لنكتة اخرى

وفى مثله عند الشك يجرى فيه الاستصحاب لان عموم الدليل شامل له حسب الفرض وليس فى البين مايمنع عنه لمكان الشك فى وجود المانع لاجل تردد المورد بين مايكون فيه المانع وبين مالا مانع فيه

ومانحن فيه من هذا القبيل لماعرفت من ان المانع عن استصحاب القدر المشترك على تقدير كون اللزوم والجواز من ناحية المسبب هو كون الكلى قدرا مشتركا بين الباقى والزائل وصيرورة عقد الحمل داخلا فى عقد الوضع وعند الشك فى كونهما من ناحية المسبب او من ناحية السبب هذا المانع مشكوك والمفروض عدم قصور الدليل للشمول له فيتمسك بعمومه فى اجراء الاصل من غير اشكال

المقام الثالث فى تحقيق ان اللزوم والجواز انما هما من ناحية السبب لامن ناحية المسبب وقد تقدم تفصيله ومحصله ان اللزوم والجواز بعد وضوح كونهما حكمين شرعيين مجعولين بالجعل التشريعى لا سبيل الى دعوى كونهما بجعل المتعاقدين اذ لامعنى لجعل الحكم الشرعى من غير الشارع فالمتعين فيهما هو كونهما مجعولا شرعيا ولااشكال فى كونهما صفة للعقد ضرورة ان الفسخ انما يرد عليه و ليس من الشارع جعلان احدهما راجعاً الى مرحلة السبب و الاخر منهما الى مرحلة المسبب فلم يبق الا كونهما راجعين الى مرحلة السبب وعليه فالتحقيق عدم الاشكال فى اجراء الاستصحاب عند الشك فى اللزوم لان اختلاف احكام السبب لايوجب اختلاف المنشاء بالسبب فالملكية المنشأة بالعقد الجايزهى بعينها الملكية المنشأة بالعقد اللازم من غير تفاوت فيهما اصلا وانما الاختلاف فى ناحية العقد الذى هو آلة لانشائها

قوله قده وكذا الوشك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللازم الخ

قد عرفت ا لقول بعدم الفرق فى اجراء الاستصحاب فيما اذا كانت الشبهة حكمية اوموضوعية بل المحكم هو اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه وجوازه سواء كان الشك ناشياً عن الشك فى حكمه او كان الشك فى مصداق المتبين حكم نوعه كما اذا تردد العقد الواقع بين كونه هبة على الاجنبى اوعلى ذى رحم مثلا.. نعم قديكون الشك فى اللزوم و الجواز لاجل الشك فى كون الصادر هو العقد المضمن كالبيع ونحوه اوالعقد الغير المضمن كالهبة الغير المعوضة فيدور الامر بين ضمان ما يدعى تضمينه و بين عدم الضمان فهل المرجع فيه هو البرائة عن الضمان اوالاشتغال لكونه الاصل المحكم فى باب الدماء والفروج والاموال اويفصل بين ما اذا كان مصب الدعوى هو الضمان فيكون المرجع فيه هو البرائة اوالاشتغال وبين ما اذا كان مصب الدعوى هو العقد المضمن كما اذا ادعى احدهما كون العقد الصادر بيعاً وادعى الاخر كونه هبة ففى مثله لابد من الرجوع الى قاعدة التداعى كما عليه صاحب الجواهر قده وجوه..اقواها هو الرجوع الى الاشتغال مطلقا كما عليه المعظم بل لم ينقل فيه خلاف الا عن شاذ قائل بالبرائة ولا وجه لما فصله فى الجواهر اصلا وذلك لان ضابط باب التداعى هو كون قول المتداعيين معا غير مطابق مع اصل معتبر فى جميع المراتب من الاسباب والمسببات اعنى عدم كون قولهما موافقا مع اصل سببى اومسببى امالعدم جريان الاصل فى قولهما راسا او لمكان معارضة الاصل الجارى فى قول احدهما مع الاصل الجارى فى قول الآخر لو كان قولهما معاً مجرى الاصل ففى مثله لابد من التحالف اذليس فى البين مدع ومنكر لعدم مطابقة قول احدهما مع الاصل واما لو كان الاصل موافقاً مع احدهما ولو باعتبار مايترتب على الدعوى فهو خارج عن باب التداعى ويندرج فى باب المدعى والمنكر فنقول لو ادعى احدهما كون العقد الصادر

بيعا وادعى الاخر كونه هبة فنفس هذه الدعوى بماهو دعوى البيع و الهبة لااثر لها اصلا ومع قطع النظر عما يترتب على كل واحد منهما من الضمان وعدمه لم تكن مسموعة لان المدعى ماكان مطالباً واذا لم يكن للدعوى اثر لم يكن مدعيها مدعياً فسماع هذه الدعوى انما هو بلحاظ مايترتب عليها من الضمان وعدمه وعليه فيكون الاصل مطابقاً مع احدهما اما مدعى كونه الهبة لوقلنا بالبرائة اومدعى البيع لوقلنا بالاشتغال وبعدوضوح فساد ماذهب اليه صاحب الجواهر قده نقول المختار هو الاشتغال لماعليه المعظم من كونه الاصل المؤسس فى باب الاموال

لايقال مبنى القول بالاشتغال فى المقام هو التمسك بعموم على اليد مع الشك فى كون المورد من مصاديق المخصص اوالعموم اوالتمسك بقاعدة المقتضى والمانع اوباستصحاب العدم الازلى فى اثبات حكم العدم النعتى و شيئى من هذه المبانى لايستقيم حسبما اوضحناه فى الاصول فى باب العام و الخاص لانانقول بل هنا وجه رابع وهو التمسك باستصحاب العدم النعتى

و توضيحه ان الضمان فى مورد ثبوته ناش عن اليد مع عدم اقدام المالك على المجان بحيث يكون هذا العدم نعتا للمالك فح نقول قبل تحقق العقد لم يكن اقدام من المالك على المجان وعند تحققه يشك فى اقدامه عليه فيستصحب عدمه و هذا لاربط له باستصحاب العدم الازلى و بسط ذلك موكول الى باب العام و الخاص من الاصول والى ما حررناه فى لباس المشكوك فراجع

وبالجملة فالتحقيق فى المقام هو الرجوع الى الاشتغال فى كل مورد من موارد الشبهة الموضوعية الذى تردد العقد بين كونه مع الضمان او بلاضمان من غير فرق بين ماكان التردد بين ماكان الصادر من العقود المملكة

اوغيرها كما اذا تردد بين كونه هبة او وديعة اوكان التردد بين كون الصادر من العقود المضمنة او غير المضمنة بعدالفراغ عن كونه من العقود المملكة كمااذاترددبين كونهبةغيرمعوضةاوبيعافى كلتاالصورتين يكون المرجع اصالة الضمان لاصالة عدم رضى المالك بعداستيلاء المستولى على ماله وهذا بخلاف اصالة اللزوم فانها لا تجرى فيما اذا كان التردد بين العقود المملكة اوغيرها لعدم العلم بانتقال المال عن مالكه الاول حتى يستصحب بقائه بل ينحصر مورده بما اذا علم كون الصادر من العقود المملكة ولكن تردد بين الجواز و اللزوم فظهر ان دائرة اصالة الضمان اوسع من اصالة اللزوم لجريانها فى مورد الشك فى الضمان ولولاجل الدوران بين كون الصادر هو العقد المملك او غيره و اختصاص اصالة اللزوم بمورد العقد المملك

قوله قده فان مقتضى السلطنة ان لايخرج عن ملكيته بغير اختياره الخ اعلم ان الاستدلال بعموم دليل السلطنة لاثبات لزوم المعاملة تارة يكون فى الشبهة الموضوعية واخرى فى الشبهة الحكمية لكن لامجال للاستدلال به فى الشبهة الموضوعية كما اذاكان تردد الصادر بين كونه هبة او بيعاً لكون التمسك به لاثبات لزوم ماشك فيه من جهة الشبهة المصداقيه تمسك بالعام فى الشبهة المصداقيه وهوغير مجوز فينحصر مورد التمسك به كساير العمومات والاطلاقات بالشبهة الحكمية وبهذا يفترق الاصول العلمية واللفظية حيث قد عرفت جريان الاول فى الشبهة الموضوعية ايضاً هذا...

و اما تقريب التمسك به فى الشبهة الحكمية فبان يقال مقتضى تمامية سلطنة المالك على ماله هوعدم تسلط الغير على مايملكه فكان هذه الجملة اعنى الناس مسلطون على اموالهم يتضمن عقدين (احدهما) العقد الايجابى

وهو سلطنة المالك على ماله بجميع انحاء السلطنة (وثانيهما) العقد السلبى وهو نفى سلطنة الغير عن ماله بجميع انحاء السلطنته ،، وهذا العقد السلبى لازم لعقده الايجابى لان مقتضى تمامية سلطنة المالك على ماله و كمال سلطنته بجميع انحاء السلطنة هو سلب جميع انحاء سلطنة الغير عن ماله و لولا هذا العقد السلبى لم يتم الاستدلال لعدم المنافات بين سلطنة المالك على ماله و بين سلطنة الغير عليه ايضاً هذا و ربما يورد على الاستدلال به بوجوه

الاول ان مقتضى عموم السلطنة هو عموم تسلط المالك على التصرف فى ماله بجميع انحاء التصرفات بمعنى ان له ان يبيع ويهب ويصالح ويواجر ونحوها وهذا لايستلزم نفى سلطنة الغير حتى يثبت به اللزوم ،، ويندفع بان ثبوت جميع انحاء هذه التصرفات للمالك لازم ثبوت السلطنة التامة الكاملة على ماله ومن ثبوتها كذلك تنفى سلطنة الغير كما حررناه

الثانى ان التمسك به لاثبات لزوم مايشك فى لزومه متوقف على كون الفسخ من الفاسخ تصرفاً فيما انتقل عنه و ارتجاعاً له عما انتقل اليه اولا وبالذات وهو ممنوع بل الفسخ هو حل العقد ويلزمه ارتجاع العين و عليه فلايكون الفسخ تصرفا فى ملك الغير حتى يكون منافيا مع عموم سلطنته

ويندفع ايضاً بان الفسخ وان كان يرد اولا وبالذات على العقد و يلزمه رجوع العين الى الفاسخ الاان حل العقد طريقى لاموضوعى ويكون الغرض من حله هو ارتجاع العين فيكون تصرفا فى العين غاية الامر بسبب فسخ العقد فيكون منافيا مع عموم سلطنة مالك العين

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

شك فى لزوم معاملة اوجوازها كالمعاطات ،،

وفسخ احد المتعاملين ،، يشك فى جواز تصرف الفاسخ بعد الفسخ فيما انتقل عنه ولايمكن احراز حرمة تصرفه بعد الفسخ بعموم دليل السلطنة وذلك للشك فى كون المال بعد الفسخ مالا لما انتقل اليه لاحتمال تاثير الفسخ ورجوع المال عما انتقل اليه الى ما انتقل عنه ومع عدم احراز كونه بعد الفسخ مالا له لايصح التمسك فى اثبات حرمة التصرف فيه بعموم دليل السلطنة و يندفع هذا ايضاً بان عموم دليل السلطنة بنفسه متكفل لاثبات حرمة الفسخ وعدم تأثيره فى ارتجاع المال عما انتقل اليه الى ما انتقل عنه

وتوضيح ذلك ان نفرض آنان احدهما آن يقع فيه الفسخ ،، والاخر آن يقع فيه التصرف فى العين المرتجعة بعد الفسخ فماذكر فى الاشكال انما يتم بالنسبة الى التصرف الواقع بعد الفسخ لانه فيهذا الآن لايعلم ان العين باق على ملك ما انتقل اليه اوارتجع الى ملك من انتقل عنه والجواب ان مبنى الاستدلال هو اثبات حرمة التصرف فى الآن الذى يقع فيه الفسخ لان العين فى هذا الآن ملك لما انتقل اليه قطعا ودليل السلطنة يثبت حرمة هذا التصرف وعدم تأثير الفسخ ومع احراز عدم تأثيره لايبقى شك فى حرمة التصرف فى الان المتاخر عنه لان الشك فى حرمته كان ناشيا عن الشك فى تأثير الفسخ والمفروض زوال الشك فى تأثيره ببركة العموم ،،، فظهر ان مورد التمسك بالعموم لايكون من قبيل الشبهة المصداقية .. ومايكون من الشبهة المصداقية لايكون مورد التمسك بالعموم

قوله قده ويمكن الاستدلال ايضاً بقوله تعالى ولاتاكلوا اموالكم بينكم بالباطل آه قدتقدم فيما تقدم فى مقام الاستدلال بالاية المباركة على صحة المعاطاة بان فى الاية المباركة تقريبين (احدهما) كون الاستثناء

منقطعاً بناء على ان يكون كلمة الباطل قيداً للمستثنى منه وثانيهما ان يكون متصلاً بناء على ان لا يكون الباطل قيداً للمستثنى منه بل انما جيئ به للدلالة على ان ماعدى المستثنى يكون من باب الاكل بالباطل وعليه فيصير مفاد الاية الكريمة هكذا، لاتكلوا اموالكم بينكم الامع التراضي لانه مع عدم التراضي يكون اكلا بالباطلا وقد تقدم ان هذا الوجه هو الاقرب ،، وكيف كان ، مقتضى حصر حل اكل مال الغير بصورة التجارة عن تراض هو عدم جواز رجوع كل واحد من المتعاملين الى ما انتقل عنه الى صاحبه وهو معنى اللزوم والاشكال

الاخير الوارد على عموم الدليل يجرى في هذه الاية ايضاً ... وتقريبه ان الاية مخصصة بمانبت فيه الفسخ ضرورة ان تصرف الفاسخ بعد الفسخ فيما ثبت الخيار كموارد خيار المجلس ونحوه ليس من باب الاكل بالباطل وعند الشك في ثبوت الخيار وعدمه ولزوم المعاملة وجوازها يكون اثبات حرمة التصرف بعد الفسخ باطلاق الاية الكريمة من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لمكان تحقق الشك في كون المقام من افراد العموم اومن صغريات المخصص

والجواب عنه ان هذا يتم لوكان المخرج عن حكم العام هو عنوان من له الخيار اوذو الخيار ونحوهما من العناوين العامة لكي يقع الشك في كون المعاملة الخاصة مثل المعاطات من افراد العام او المخصص لكن الامر ليس كذلك بل الخارج عن تحت حكم العام هو عناوين خاصة قد خرجت بخصوصياتها مثل خيار المجلس والغبن ونحوهما واذا شك في جواز معاملة خاصة يكون الشك بالنسبة اليه في التخصيص الزائد لافي كون المورد من افراد المخصص فيكون المرجع فيه هو عموم الدليل او اطلاقه

قوله قده وقد يستدل ايضاً بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود

اعلم ان الاية المباركة اظهر ما يدل على لزوم العقود وفي دلالتها على اللزوم تقريبان مبنيان على ان اللزوم الذي هو حكم وضعي هل هو مجعول بجعل مستقل او انه منتزع عن حكم تكليفي الذي حكم وضعي هل هو مجعول بجعل مستقل او انه منتزع عن حكم تكليفي... وقد اختلف في الاحكام الوضعية والمختار عندنا هو صحة تعلق الجعل المستقل بها الا الاربعة المعروفة منها اعني السببية واخواتها التي هي منتزعات عن التكليف حسبما حققناه في الاصول والمختار عند المصنف قده حسبما يظهر من بعض كلماته هو انتزاعية جميعها عن التكليف. (فعلى المختار نقول في تقريب الدلالة،، ان قوله تعالى اوفوا بالعقود بالدلالة المطابقية يدل على اللزوم ويكون الامر ارشاداً الى جعل اللزوم و اللزوم هو عبارة عن ثبات الشيئ وعدم تفتته بمفتت ومعلوم انه شيئ ليس بيد المكلف وتحت قدرته بحيث له ان يفعل وله ان يترك حتى يتعلق به الامر والنهي المولوي ومع كونه بنفسه قابلا للجعل ومما تناله يد الجعل المستقل يكون الامر في الاية ارشاداً الى جعله فالامر في هذه الاية من هذه الجهة ارشادي والمرشد اليه هو اللزوم الذي هو حكم شرعي وضعي مولوي ففي الامر جهتان جهة ارشاد الى الحكم الوضعي فمن هذه الجهة ارشادي اي قسم من الامر الارشادي وجهة الحكم المرشد اليه ومن هذه الجهة مولوي ولا مناقشة في دلالة الاية المباركة على هذا التقريب على لزوم كل معاملة شك في لزومها اصلا وعلى مختار المصنف قده فلابد في كل حكم وضعي من تصوير حكم تكليفي يكون منشاء لانتزاعه،، وتصويره مشكل في بعضها ممكن في البعض الاخر فمن قسم المشكل هو الحجية والملكية فان تصوير حكم تكليفي يكون منشاء لانتزاع الحجية عسير جداً: وغاية ما يمكن ان يقال فيه كما يستظهر من بعض عبارة المصنف قده في

دليل الانسداد عند البحث عن كلام شيخ المحققين فى الظن هو جعل الهوهوية وقد حررنا فى اوائل مباحث الظن بانه لايرجع الى محصل، وكذا الكرم فى الملكية حيث ان حكم الوارد فى مورد الملكية لاينحصر فى حكم واحد حتى يصير مخصصا بكونه منشأ لانتزاع الملكية ولايمكن جعل مجموع الاحكام الواردة فى مورد الملكية ايضا منشاء لانتزاعها وكل هذه العضال نشاء عن القول بانتزاعية الاحكام الوضعية والتخلص عنه بالالتزام بجعل ما عدا الاربعة المذكورة منها مستقلا وموضوعا لما يترتب عليها من الاحكام التكليفية

ومن القسم الثانى هو اللزوم فانه ينتزع عن وجوب الوفاء بالعقد وتقريب الاستدلال بالايه حينئذ على لزوم كل عقد شك فى لزومه ان يقال مقتضى اطلاق وجوب الوفاء حتى بعد فسخ الفاسخ للعقد هو عدم تاثير فسخه وهو معنى اللزوم وسيجئى هذا التقريب من المصنف قده فى اول الخيارات ولايرد عليه شيى الا الشبهة فى معنى الوفاء الذى هو متعلق التكليف وانه هل هو عبارة عن الالتزام القلبى حتى انه لو استرد العين عمن انتقل اليه بعنوان الغصب كان وفاء او انه عبارة عن الوفاء الخارجى وعدم استرداد العين ولايمكن الالتزام بشيئى منهما بخلاف ما قلنا بان الوفاء بالعقد عبارة عن لزومه على بيناد حيث يسلم عن هذا الاشكال، واما الايراد عليه قده بان التمسك بالايه لاثبات اللزوم بعد صدور الفسخ عن الفاسخ يكون من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية فمدفوع بانه يكون كذلك لو كان المراد من العقد هو المعنى الاسم المصدرى اعنى العقدة الحاصلة من ربط احد الالتزامين بالاخر لانها المشكوكة بقائها بعد الفسخ لكن المراد بالعقد الذى تعلق الوجوب بوفائه هو المعنى المصدرى اعنى ماصدر عن العاقد الذى وجوده فى حال انشائه وتحققه وهو لابقاء له حتى يرتفع بالفسخ فبعد تحقق الفسخ يصح تعلق الامر بالوفاء به هذا تمام الكلام فى العمومات التى

يستدل بها على اثبات اللزوم و العمدة منها هى آية وجوب الوفاء بالعقد ... واما قوله ٤ المؤمنون عند شروطهم فالتمسك به متوقف على شمول الشرط للشروط الابتدائية فسياتى الكلام فى تحقيقه فى اول الخيارات

بقى الكلام فى حكم خصوص المعاطات فالمشهور المسلم فيها هو عدم اللزوم بل لا يبعد ان يكون اجماعيا و هذا مما لا كلام فيه.. انما الكلام فى انها هل هى خارجة عن عموم اوفوا بالعقود بالتخصيص او بالتخصص و التحقيق عدم شمول العموم لها و انها خارجة بالتخصص و توضيح ذلك يتوقف على بيان امور

الاول ان المنشآت بالعقود تنقسم على ثلاثة اقسام

الاول ان يكون فيها مقتضى اللزوم وذلك كالنكاح و الضمان و نحوهما مع وقوع الكلام فى تشخيص مصاديقه و صغرياته

الثانى ان يكون فيها مقتضى الجواز كالهبة و نحوها

الثالث ان لا يكون فيها اقتضاء للزوم ولا للجواز ففى القسم الاول لا يكون للزوم الناشى من قبل العقد تاثير الا تاكيد لزوم الناشى عن مقتضى مضمون العقد والمنشأ به كما انه لا يؤثر اللزوم العقدى فى القسم الثانى بل القسم الثانى خارج عما دل على لزوم العقد بالتخصيص

و اما القسم الثالث فهو الذى يصير لازما بواسطة لزوم العقد و هو موضوع اللزوم المستفاد من عموم او فوا بالعقود فاللزوم العقدى يؤثر فيهذا القسم و يصير ما يقتضى اللزوم من ناحية اللزوم العقدى لازما وهذا كاكثر العقود المعاوضية كالبيع و نحوه

الامر الثانى اللزوم الناشى عن مقتضى المنشاء بالعقد حكمى غير قابل للاسقاط و كذا الحال فى الجواز الناشى عن مقتضى المنشأ بالعقد فلا يرد فيه

الاقالة ولا يصح فيه شرط الخيار لكونه مخالفاً مع مضمون العقد وانما القابل للاقالة وشرط الخيار هو فى مورد اللزوم العقدى فهو حق قابل للاسقاط

الامر الثالث اللزوم العقدى يطلع عن دلالة العقد على التزام المتعاملين على ما انشأ آه بدلالة التزامية عرفية

وتوضيحه ان مدلول قول القائل بعت و اشتريت بالمطابقة هو مبادلة المالين بالمعنى المتقدم فى اول البيع وبالدلالة الالتزامية هو الالتزام على ما اوقعاه من المبادلة و هذا المدلول الالتزامى هو معنى العقد اذهو عبارة عن العهد او المؤكد منه ونفس انشاء المبادلة بين المالين لايكون عهداً وانما العهد هو الالتزام على ما انشاء آه كما هو واضح

الامر الرابع كل مورد يصح فيه الاقالة يصح فيه جعل الخيار بالشرط وبالعكس ،، وذلك لان معنى اللزوم العقدى كما عرفت هو ثبات كل من المتعاقدين على الالتزام بما صدر منه بالانشاء وعدم تمكنه من رفع اليد عنه الا برضاء الاخر فكل واحد منهما مالك لالتزام الاخر ومسلط عليه وله السلطنة على التزامه والاقالة عبارة عن رفع يد كل واحد عما يملكه على الاخر من التزامه ومعنى شرط الخيار هو ايقاع المعاملة من الطرفين الذى هو المدلول المطابقى والالتزام ايضا من الطرفين الذى هو المدلول الالتزامى وملك ذى الخيار لالتزام من لاخيار له دون العكس بل مع سلطنته على التزام نفسه ولازم كونه سلطانا على التزام الغير عدم جواز فسخ من لاخيار له ولازم سلطنته على التزام نفسه صحة رفع اليد عنه ومن المعلوم جواز رفع اليد فى طرف واحد انما يمكن فيما امكن فيه رفع اليد من الطرفين وهو المعنى الملازمة بين مايصح فيه الاقالة ومايصح فيه شرط الخيار

الامر الخامس اذا كانت المعاملة منشأة باللفظ تحقق فى اللفظ الدلالتان

فالصيغة بالدلالة المطابقية تدل على المعاملة وبالالتزامية على الالتزام واذا كانت بالفعل فالفعل لادلالة فيه على الالتزام بل هو مهمل من هذه الجهة وليس فيه مايدل على الالتزام حتى يصير مشمولا لدليل وجوب الوفاء فعموم دليل وجوب الوفاء لايشمل المعاطاة لعدم كونها عقداً حتى يشملها

الامر السادس ان الالتزام على المعاملة وان كان امراً قلبيا لكنه في مرحلة الثبوت انما يترتب عليه اثر لو ابرز بمبرز فما دام لم يبلغ الى مرتبة الابراز لا حكم له اصلا **اذا عرفت** هذه الامور فنقول الفعل مهمل من حيث الدلالة على الالتزام فالمعاملة الفعلية في مرحلة الثبوت خالية عن الالتزام المؤثر اعني الالتزام المبرز بمبرز فلا تكون عقداً فلايشملها عموم دليل اللزوم اعني اوفوا بالعقود هذا بالنسبة الى مقام الثبوت واما في مقام الاثبات فيكفي الاجماعات المحكية على الجواز في نفي اللزوم و مخالفة المفيد غير معلوم والتعبير بالا شهر كما في كلام العلامة قده لايدل على قيام الشهرة على اللزوم ،، وذلك لاحتمال ان يكون التعبير بالاشهر في مقابل المشهور القائلين بالاباحة لا القائل باللزوم وقد حقق في الاصول حجية الاجماع المنقول لو كان ناقله من المتأخرين ومن المعلوم حصول الاعتماد على نقل مثل الشهيد الثاني قده الذي يقول بعد نقل كلام المحكي عن المفيد بانه ما احسنه وامتن دليله لولا الاجماع على خلافه وكذا نقل فقيه عصره كاشف الغطاء من محققي المتأخرين وبالجملة فبعد ضم الاجماع المحكي الى ما استناه بالنسبة الى مرحلة الثبوت يكفي في اثبات عدم اللزوم

نعم لابد من الالتزام بالتخصيص في عموم دليل السلطنة وآية التجارة لشمولهما للمعاطاة كما تقدم ولابد في اخراج المعاطاة عنهما من مخصص

لهما ويكفى فى التخصيص قصور المعاطاة فى مرحلة الثبوت لان تكون لازما مطلقا باللزوم الحكمى والحقى وقيام الاجماعات المحكية على عدم لزومها فى مرحلة الاثبات و وجه قصورها ثبوتاً عن قسمى اللزوم اما عن اللزوم الحكمى فلقبولها الاقالة وشرط الخيار وقد تقدم ان مايقتضى بطبعه اللزوم غير قابل لهما واما عن اللزوم العقدى فلعدم الالتزام المؤثر فيها حتى يكون موضوعا للزوم

واما حديث البيعان بالخيار فهو لايدل على لزوم المعاطاة حتى نحتاج الى المخصص وذلك لان المحمولات ،، اما تكون محمولات اولية مترتبة على نفس الموضوع بما هو هو بلا اخذ محمول من محمولاته معه نظير حمل الوجود على المهية فى مثل زيد موجود حيث ان الموضوع فيه نفس المهية من حيث هى هى غير ماخوذ معها شيى من لواحقها ويعبر عنها بعوارض المهية واما تكون محمولات ثانوية مترتبة على الموضوع بعد اخذ شيئى من لواحقه معه فى مرتبة الموضوعية نظير حمل الكاتب على المهية فى مثل زيد كاتب حيث ان الموضوع فيه هو زيد الموجود لامهية زيد من حيث هى هى و يعبر عنها بعوارض الوجود والمراد بالمحمولات الثانية مالاتكون فى المرتبة الاولى ولو كانت فى المرتبة الثالثة وغيرها لاخصوص ماكانت فى المرتبة الثانية فمثل متحرك الاصابع فى قولك زيد متحرك الاصابع من المحمولات الثانية مع انه عارض للموضوع الماخوذ مع قيد الكتابة فزيد بما هو هو موجود وبما هو موجود يصير موضوعاً للكاتب وبما هو كاتب يصير موضوعا لمتحرك الاصابع فهو محمول فى المرتبة الثالثة حقيقة لكنه يسمى بالمحمول فى المترتبة الثانية اصطلاحا بمعنى ماليس محمولا فى المترتبة الاولى وان لم يكن فى المرتبة الثانية حقيقة اذا عرفت ذلك فنقول المحمول فى قوله (ع) البعيان

بالخيار هو قولهم بالخيار والخيار من المحمولات الثانية ويحمل على البيع الذى يقع فيه الخيار وبصير المعنى (ح) البيع الذى فيه الخيار يكون البيعان فيه بالخيار مالم يفترقا لا على البيع بما هو هو والمعاطاة وان كان بيعا لما تقدم فى تحقيق حقيقتها من ان التسليط الفعلى مصداق للبيع الا انها لا تقع فيها الخيار لانها ليست عقداً فلا يرد عليها الالتزام العقدى كما عرفته بما لا مزيد عليه واذا لم تكن مما وقع فيها الخيار فلا يشملها اطلاق قوله ﷺ البيعان بالخيار، فاطلاق هذا الكلام لا يشمل المعاطاة حتى يحتاج فى اخراجها الى المقيد

قوله قده نعم قول العلامة ره فى التذكرة ان الاشهر الخ

قد تقدم ان التعبير بالاشهر او الاكثر او الاقوى يدل على وجود قول معتد به فى مقابل القول بالجواز اما انه عبارة عن القول باللزوم فلا، لاحتمال ان يكون القول المقابل له هو القول بالاباحة فهذه التعبيرات لا تدل على كون القول باللزوم مما يعتد به لكى تضر بالاجماعات المحكية

قوله قده لان قول الاكثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع الخ

يعنى ان جملة القائلين بعدم اللزوم انما يقولون به من جهة القول بعدم الملك فلا يحصل الاتفاق على عدم اللزوم على تقدير القول بالملك فهذا الاتفاق لا يفيد شيا الا ان يتمسك بدعوى الاجماع المركب و محصله ان العلماء على قولين فمن قائل بعدم الملك ومن قائل بالملك الجائز فالقول بالملك اللازم خرق للاجماع المركب واحداث للقول الثالث

وقوله قده فتامل اشارة الى ما فى هذا البيان من المناقشة وحاصلها ان الاجماع المركب انما يكون حجة اذا كان راجعا الى الاجماع على القدر المشترك بحيث يصير القدر المشترك بين القولين مورداً للاجماع وفى المقام ليس كذلك. لان عدم اللزوم وان كان هو القدر المشترك بين القولين الا ان سلب اللزوم بالقياس الى

القول بالاباحة موضوعى لكونه من باب السالبة بانتفاء الموضوع وسلبه بالقياس الى القول بالجواز محمولى فيرجع الى دعوى الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعى والمحمولى وهو غير مفيد هذا، ولكنها تدفع بان الاتفاق على القدر المشترك بين السلب الموضوعى و المحمولى غير مفيد اذ الم ينته الى الاتفاق على حكم شرعى ومع انتهائه اليه بان كان القدر المشترك موضوعا له لايجوز خرقه بأحداث قول ثالث كما فيما نحن فيه اذ القائل بالملك يقول بجواز تصرف كل واحد من المتعاطين فيما انتقل عنه كما ان القائل بالاباحة ايضاً قائل به فجواز تصرف كل واحد من المتعاطين فيما صار عند الاخر حكم شرعى اتفقا عليه فالقول باللزوم مخالف لهذا الامر المتفق عليه

قوله قده سواء لم يوجد لفظ اصلا ام وجد لكن لم ينشاء التمليك به الخ قد تقدم عند نقل الاقوال فى مسئلة المعاطاة القول بالتفصيل بين ما لم يوجد لفظ اصلا فيقال فيه بعدم الملك وبين ما وجد ولكن لم ينشاء التمليك به بل كان من باب المساومة فيقال بالملك

والتحقيق عدم الفرق بين القسمين اذ المدار على اللفظ الذى يتحقق به اللزوم هو اللفظ الذى يتحقق به العقد ويصدر به الانشاء لامطلق اللفظ ولو كان التقاول المتقدم على الانشاء فوجود اللفظ الذى لايصدر به الانشاء لايخرج المعاملة عن كونها فعلية والمدار على الجواز هو كون الانشاء بالفعل سبقه اللفظ ام لا

قوله قده بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء فى البيوع الخطيرة الخ من الاقوال فى المعاطاة هو التفصيل بين المحقرات وبين البيوع الخطيرة بجريان المعاطاة فى الاول دون الاخير ومنشاء هذا القول هو تخيل قيام السيرة فى الاول دون الاخير و لايخفى ان السيرة قائمة فى المعاملات السوقية ولو لم تكن من المحقرات كالجواهر الغالية الاثمان كما جرت السيرة

على عدم الاكتفاء بالمعاطاة فى غير المعاملات السوقية من البيوع و لولم تكن من البيوع الخطيرة فكان حق التفصيل هو ان يفصل بين المعاملات السوقية وبين غيرها لابين المحقرات وبين غيرها ومع ذلك لاوجه له اصلا اذ تحقق السيرة فى المعاملات السوقية لايوجب انحصار جواز المعاطات بها بعد فرض كون المعاطاة بيعا مشمولا لادلته نعم لوقامت السيرة على عدم جوازها فى غير المعاملات السوقية لكان لهذا التفصيل وجه لكن انى بذلك من سبيل

بقى مطلب اخر وهو انه قد قسمنا اللزوم والجواز الى الحقى والحكمى وقلنا بان اللزوم الحكمى هو مايقتضيه ذا - المنشاء بالعقد ومثلناله بالضمان والنكاح وحكم هذا القسم هو عدم قبوله للاقالة والفسخ ولاينافى الحكم بعدم قبوله لهما مع صحة الفسخ فى باب النكاح بسبب العيوب و فى باب الضمان عند اعسار الضامن وجهل المضمون له باعساره وذلك لان المقصود من الاقتضاء فى قولنا ذات المنشاء يقتضى اللزوم ليس هو العلة التامة بل هو المقتضى القابل لان يقترن بالمانع فيكون مثل سائر الاحكام قابلا للتخصيص ومادل على صحة الفسخ بالعيوب فى باب النكاح او عند جهل المضمون له باعسار الضامن فى باب الضمان يكون مخصصاً لمايدل بعمومه على عدم ورود الفسخ فى هذا القسم من اللزوم ولما كان اللزوم العقدى فى مورد اللزوم الحكمى مؤكداً له كما قدمناه كان تخصيص مادل على الحكمى تخصيصا لمايدل على اللزوم العقدى وبهذه الجهة يكون الخيار الثابت فى باب النكاح و الضمان حقيا قابلا للاسقاط لاحكميا لايسقط بمسقط

قوله قده بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطات

لايخفى ان قوله عليه السلام انما يحلل الكلام ويحرم الكلام لما ورد فى باب بيع

ماليس عنده وفى باب المزارعة بمضمون واحد لا بدان يحمل على معنى ينطبق على كلا البابين بحيث يمكن ان يجعل كبرى لهما و كان كل واحد منهما صغرى بالقياس اليه لئلا يلزم ارادة معنى منه فى باب مغاير مع المعنى المراد منه فى باب اخر وشيئى من هذه الاحتمالات الاربع المذكورة فى المتن لا يستقيم للانطباق على كلا البابين فالاولى ان يقال فى معناه ان الكلام الجامع لما اعتبر فيه من الشرائط اذ اورد فى مورده يكون محللا و اذا لم يكن كك بان لم يكن جامعاً لما اعتبر فيه ولو كان فى مورده او كان جامعا ولكن لم يكن فى مورده يكون محرما فايجاب البيع قبل الاشتراء وان كان جامعا لما اعتبر فيه لكن لمكان عدم كونه فى مورده يكون محرماً واشتراط الحصة للبذر والبقر لمكان عدم اجتماعه لما اعتبر فيه يكون محرماً و هذا المعنى منطبق على البابين معا فهو المتعين وعليه فيكون الخبر اجنبيا عن الدلالة على لزوم اللفظ فى المعاملة وعدم صحة المعاطاة فيها

قوله قده فتأمل وجه التامل هو امكان كون المبيع قبل الاشتراء من مالكه عند الدلال فيمكن معه المعاطات ثم لا يخفى انه بناء على الاحتمال الذى قويناه فى معنى الخبر لا ينتهى الامر بما استظهر فى اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه اخر ضرورة ان المحصل من المعنى المتقدم هو اعتبار جامعية الكلام لما يعتبر فيه مع كونه فى مورده واين هذا من اعتبار اصل الكلام فى المعاملة لكى ينتج منه اعتبار الكلام فى ايجاب البيع

قوله قده الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع (الخ) قد تحصل مما قدمناه ان المعاطاة بيع بوجب الملك غاية الامر انها بيع جايز لا يصير لازماً الا باحدى الملزمات الاتية وهذا هو نتيجة المتحصل مما قدمناه والكلام فى هذا التنبيه يقع فى مقامين

الاول في انه هل يعتبر في المعاطات ما يعتبر في البيع بالصيغة من الشروط المعتبرة في المتعاملين والعوضين ام لا يعتبر

الثاني انه هل يجري احكام البيع على المعاطاة ام لا اما المقام الاول فلابد فيه من التكلم على حسب المسالك المختلفة و المشارب المتعددة في باب المعاطاة

فنقول قد اتضح مما سبق في صدر مسئلة المعاطاة ان فيها مسالك (احدها) ماهو المختار من انها بيع عرفي الا انه مصداق من البيع والبيع بالصيغة مصداق آخر، ولا يبقى الاشكال على هذا المسلك في اعتبار كل ما يعتبر في البيع فيها من الشروط في العوضين و المتعاملين و ذلك لاطلاق دليل اعتبارها في البيع الشامل باطلاقه لهذا المصداق منه ايضاً ولا موجب لتوهم عدم الاعتبار الا دعوى انصراف اطلاق ادلة اعتبارها الى خصوص ما كان من البيع بالصيغة وهي ممنوعة جداً اذ لا وجه للانصراف بعد كون المعاطاة مصداقا من البيع عرفاً

وليعلم ان الظاهر من كلمات الاصحاب في عنوان المعاطات هو البحث عنها بعد الفراغ عن اشتمالها على كل ما يعتبر في البيع من الشروط فان الظاهر من قولهم يشترط في البيع ان يكون بصيغة الماضي هو اشتراط هذ الشرط في البيع الواجد لما يعتبر فيه عدى هذا الشرط الذى يراد ان يذكر اعتباره بهذه العبارة فقولهم عند اعتبار الصيغة بانه يكفى المعاطاة يعنى في البيع الجامع لما يعتبر فيه من الشروط وهذا ظاهر جداً

وثانيها مسلك القول بالاباحة على ماوجهناه سابقا ومحصله هو كون قصد التمليك داعيا في انشاء ماهو مصداق الاباحة وهو التسليط عن قصد وارادة في انشائه فيقع الاباحة لانها المقصود بالانشاء عن اختيار ويتخلف قصد التمليك

ولايضر تخلفه لانه يكون من باب تخلف الداعى وعلى هذا المسلك ايضاً يعتبر فيها ما يعتبر فى البيع من الشروط وذلك لانها (ح) لمكان كون العوضيين فيها مضمونا بالمسمى لابالمثل معاملة خاصة و ليست من باب الاباحة المطلقة لكون الضمان فيها بالمثل اوالقيمة فلابد فى اثبات صحتها من قيام دليل دال على صحتها وليس فى البين مايدل على صحتها كذلك اى بما يتضمن صحتها مع الضمان بالمسمى الا السيرة والسيرة دليل لبى لا اطلاق لها و لا عموم لكى يؤخذ باطلاقها او عمومها فيجب الاخذ بالمتيقن و المتيقن منها هو ما اجتمع فيه شرائط المعتبرة فى البيع فى ناحية العوضين والمتبايعين معاً ولايصح التمسك فى نفى اعتبارها بعموم دليل السلطنة وذلك لان دليل السلطنة ناظر الى اثبات السلطنة فى ايجاد المسببات بلا نظر الى اثباتها فى ناحية اسبابها بل لايعقل جعل السلطنة فى ناحية الاسباب بعد كونها اسباب شرعية لابد فيها من الجعل التشريعى فان مرجع اعطاء السلطنة فى ناحية الاسباب ح هو تفويض تشريع الاسباب الى المكلفين بحيث يكون لهم الخيرة فى ايجاد اى مسبب من الهبة والبيع ونحوهما بالمعنى الاسم المصدرى باى سبب شاؤا وهو كما ترى

وثالثها مسلك القول بالاباحة ايضاً لكن لابالمعنى المتقدم فى المسلك الثانى بل بمعنى انه مع انشاء المتعاملين للتمليك و كون قصدهما التمليك ايضاً الشارع حكم تعبداً بحصول الاباحة وعدم حصول الملك الى زمان تحقق احدى الملزمات فيكون تحقق الملك المنشاء بانشائهما منوطاً بحكم الشارع بتحقق احدى الملزمات قال الاستاد دام بقائه ولااظن لهذا المسلك قائلا ولااصدق بوجود القائل به وكيف كان وعليه فاللازم ايضا هو اعتبار ما يعتبر فى البيع وذلك لما تقدم فى المسلك الاول من انها بيع فيعتبر فيها ما يعتبر فى

فى البيع لان المفروض كون قصد المتبايعين هو التمليك وكان المنشأ بانشائهما ايضا هو التمليك غاية الامر لم يترتب المنشاء على انشائهما حين الانشاء بواسطة حكم تعبدى وصار ترتبه عليه منوطا على امر متأخر من وجود احدى الملزمات وهذا لا يخرجه عن كونه بيعاً نظير توقف الملكية فى بيع الصرف على القبض فكل ما يدل بالاطلاق او العموم على اعتبار شرط فى البيع يدل على اعتباره فى المعاطاة ح ايضاً ولا موجب للمنع عنه الا دعوى الانصراف الممنوعة كما عرفت فى المسلك الاول

ورابعها مسلك القول بكون قصد المتعاطين من اول الامر هو الاباحة كما سلكه صاحب الجواهر قده فى توجيه كلام المشهور القائلين بالاباحة وقد قدمنا ما فيه من البعد وكيف كان فلازم هذا المسلك ايضاً هو لزوم اعتبار شرائط البيع فى صحتها وذلك لانه وان كان مقصود المتعاطين هو الاباحة وكان الصادر منهما ايضاً هو مصداق الاباحة وهو التسليط واثر فعلهما ايضا فى الاباحة و لكنها لما كان اشتمالها على الضمان بالمسمى دون المثل او القيمة معاملة خاصة لا بد لها من دليل وهو منحصر بالسيرة التى المتقين منها هو فيما اذا اجتمع فيها ما يعتبر فى البيع من الشرايط ولا يمكن التمسك بعموم دليل السلطنة لما تقدم فى المسلك الثانى

ولا ومنه يظهر ان ما افاده قدس سره بقوله و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم الناس مسلطون على اموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطية غير ما ثبت شرطيته ليس على ما ينبغى؛ اذ لا موقع للتمسك بعمومه اصلا ،؛ هذا هو ما يقتضيه التحقيق فى باب المعاطاة على المسالك الاربع فيها وقد عرفت ان مقتضى التحقيق اعتبار جميع الشروط فيها على جميع هذه المسالك من غير فرق بينها من هذه الجهة اصلا

وظهر ايضاً ان المعاطاة على المسلك الثانى المختار عندنا فى توجيه

القول بالاباحة 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 لايفي في اثبات صحتها وحيث ان الدليل عليها منحصر بالسيرة فيجب الاخذ بالمتقين : 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 او اطلاقه لكنه منتف كما لايخفى

قوله قده وبما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضاً (الخ) هذا هو المقام الثاني اعني موضع البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدي في الاحكام المترتبة عليه فنقول، اما الربا فالظاهر جريانه فيها وذلك لجريانه في كل معاملة معاوضي وعدم اختصاصه بخصوص البيع بل المستظهر من ادلته جريانه حتى في باب الغرامات فلو اتلف الحلي المصوغ الذي يساوي قيمة ذهبه عشرون وقيمة صياغته عشرون لايجوز اخذ اربعين من الذهب للزوم الربا بل لابد من اخذ قيمة الاربعين من الفضة فراراً عن الربا وعلى هذا فيجري الربا في المعاطاة على جميع المسالك الاربعة المتقدمة، اما على تقدير كونه بيعا فواضح واما على القول بالاباحة على وجوهه الثلاثة المتقدمة فلانها معاوضة يكون الضمان فيها بالمسمى لا بالمثل او القيمة فتكون اما بيعا او معاملة معاوضي وعلى كلا التقديرين فيجري فيها الربا

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

هكذا افيد ولايخفى ان تحقق المعاوضة في المعاطاة يتوقف على القبض

فقبل القبض لاتكون معاملة حتى يتحقق موضوع التلف قبل القبض اللهم الا على القول بكفاية حصول التعاطى و لو من جانب واحد على ما ياتى الكلام فيه فى التنبيه الاتى

واما حكم الخيار فتارة يقع الكلام بالنسبة الى قبل تحقق احدى الملزمات واخرى بالنسبة الى بعده

اما الاول فالاقوى عدم الخيار فيها قبل اللزوم وذلك لما عرفت وسيجيئى تفصيلا ان الخيار حق و سلطنة لذى الخيار على التزام الاخر فهو يسلط على التزامه ويكون مالكاله و لايكون الاخر مالكا لالتزامه فكان الالتزامين كليهما بيده اما التزام طرفه فلانه لايكون لطرفه حل العقد اذا لم يكن له الخيار واما التزام نفسه فلانه ليس لطرفه منعه اذا اراد هو حل العقد و هذا المعنى لايتصور فى المعاطاة لانتفاء الالتزام فيها رأسا فيكون نفى الخيار فيها من باب السالبة بانتفاء الموضوع اى لا عقد والتزام حتى يثبت فيه الخيار

واما الثانى اعنى التكلم فى ثبوت الخيار بعد اللزوم بتحقق احدى الملزمات، فعلى مسلك القول بالاباحة وتوجيهه بكون تحقق احدى الملزمات يكون كالقبض فى باب الصرف فى توقف تحقق الملكية عليه الا انه فى باب الصرف لم يحصل شيئى قبل القبض وفى المعاطات حكم الشارع بالاباحة قبل تحقق احدى الملزمات، لااشكال فى امكان ثبوت الخيار بعد اللزوم لكون المعاطات حينئذ بيعاً حكم الشارع قبل وجود احد الملزمات فيها بالاباحة وبعد وجودها تكون بحكم البيع فيقع فيها ما يقع فى البيع و على مسلك القول بالبيع الجايز او القول بالاباحة لكن مع توجيهه باحدى التوجيهين الباقيين من التوجيه المرضى اعنى كون تخلف قصد البيع من باب تخلف

الداعى او توجيه صاحب الجواهر من كون مقصود المتعاطين هو الاباحة من اول الامر فيشكل تصحيح ثبوت الخيار فيها بعد اللزوم من جهة الاشكال فى كون اللزوم المتحقق باحدى الملزمات حكميا او حقيا وعسر تصوير كونه حقيا لكى امكن فيه ثبوت الخيار و سياتى فى التنبيهات الاتيه البحث عنه مفصلا .

قوله قده الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى (الخ) اعلم ان انشاء البيع بل كل معاملة معاوضى يمكن ان يكون على احدى وجوه خمسة

الاول ان يكون بالصيغة وهذا مالااشكال فيه (الثانى) ان يكون بالفعل والتعاطى من الجانبين وهذا هو الذى تقدم البحث عنه من انه مفيد للملك او الاباحة و قد عرفت التحقيق فيه . من كونه مفيداً للملك الجايز (الثالث) ان يكون بالفعل من احد الطرفين كالمعاملات السوقية نسئة التى يكون الاعطاء و الاخذ فيها من جانب واحد فهل هو ملحق بالمعاطاة من الجانبين فيفيد الملك او الاباحة على اختلاف القولين ام لا (احتمالان) المختار عند المصنف قده هو الاول و،،ذلك لان المعاطاة ماورد على اللفظ بها آية او رواية بل المعاملة الخاصة التى قلت السيرة عليها ثبت مشروعيتها من قيام السيرة عليها و المفروض قيام السيرة على ماكان الاخذ و الاعطاء فيه من جانب واحد كما قامت على ماكان فيه من الجانبين فكما انه بالسيرة فيماكان من الجانبين يثبت مشروعية المعاطاة من الجانبين كذلك بها يثبت مشروعية ماكان من جانب واحد هذا محصل ما افاده فى المقام ولايخفى ما فيه .

و توضيحه ان العقود المعاوضية التى تقع فيها المعاطات عبارة عن

البيع والاجارة والقرض والهبة المعوضة واما غيرها كالصلح فلايجرى فيها المعاطاة لما تقدم من ان المعاطات 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 الذى يكون مصداقا لتلك المقولة كالتسليط الذى مصداق للتمليك وليس في الافعال ما يكون مصداقا للتسالم و (سازش) حتى يصير ايقاعه به معاطاة فالمعاطاة غير جارفي العقود المعاوضية الافي هذه الاربعة وقد تقدم الفرق بين هذه العقود بان حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة بان يعلق خيط الممدود على هذا 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 او القيمة واما الفرق بينهما و بين الاجارة فواضح

اذا تحقق ذلك فنقول اذا كان التعاطي من جانب واحد كما اذا اعطى البايع مثلا للمثمن واخذه المشترى بلا اعطاء الثمن اياه فهذا الفعل الخارجي لايكون مصداقا للبيع اذليس هو تبديل طرفي الاضافة لان المفروض عدم صدور فك المال المشدود على الخيط الممدود على رقبة المشترى عن خيطه لامن البايع ولامن المشترى لا بالفعل ولا بالقول اما من البايع فلان المفروض انه ماصدر منه قول اصلا ولا فعل الا فك ماله عن طرف الخيط الممدود على رقبته باعطائه ماله الى المشترى واما من المشترى فلانه ماصدر منه الا الاخذ عن البايع وهذا الفعل ليس فك ماله عن طرف خيطه وليس في البين قول ينشاء به تبديل طرف خيط المشترى فما في طرف خيط المشترى بعد الاعطاء من طرف البايع باق بحاله ولم يتبدل عما هو عليه لا بالقول كما هو المفروض

ولا بالفعل لامن البايع ولامن المشترى (فح) فهذا الاعطاء فى عالم الاعتبار لايخلواما ان يكون فك مافى طرف الخيط الممدود على رقبة البايع وشده على طرف الخيط الممدود على رقبة المشترى مع بقاء الخيط الممدود على طرف البايع اعنى الاضافة التى كانت بينه وبين المال على حاله او يكون تسليطاً للاخذ على المال بايجاد السلطنة والاضافة له عليه الملازم مع انتفاء العلقة التى بين المالك الاول وبين المال وبعبارة اوضح هذا الاعطاء الخارجى اما يكون نقل طرف الاضافة بلا احداث اضافة جديدة فى طرف الاخذ بل جعل المال طرفاً لاضافته او يكون باحداث اضافة بين الاخذ و بين المال الذى يعطيه الملازم مع انتفاء الاضافة التى بينه و بين المال لكن الاول لااعتبار له فى المقام لان الخيط الممدود بين المشترى وبين ماله طرفه مشغول بماله فشد مال البايع على طرف خيطه فى حال اشتغال خيطه بمال نفسه لايكون بيعا لكونه عبارة عن تبديل الطرفين و النقل من طرف واحد لايكون بيعا مع انه يلزم بقاء اضافة التى بين البايع والمال بعد نقل طرفه و شده على خيط المشترى بلا ان يكون لها طرف فتعين الثانى اعنى كون الاعطاء احداثا لاضافة بين الاخذ والمال الملازم مع انتفاء الاضافة التى بين المال وبين المعطى وهذا يكون مصداقا للهبة لانها عبارة عن تمليك مجانى وروحها وحقيقتها هو احداث علقة بين المال وبين المتهب الملازم مع انتفاء العلقة التى بين الواهب وبين ماله ولو كانت معوضة اذ العوض فيها لايقع بازاء المال حتى يكون تكون المبادلة بين المالين بل العوض يقع بازاء الفعل اعنى الهبة بالمعنى المصدرى فتكون المعاوضة بين هبة الواهب و هبة المتهب و لذلك لايصح فى انشائها ان يقال و هبتك هذا بهذا بل هذا بيع بمادة الهبة فيكون اما فاسداً لو قلنا بعدم صحة انشاء البيع بالالفاظ

المجازبة اوصحيح لوقلنا بصحته وانما انشاء الهبة المعوضة لابدان يكون هكذا ،،وهبتك هذا على ان تهبنى ذلك بجعل الهبة الصادرة من المتهب شرطاً ومن هذا يقع الاشكال فى وقوع الهبة المعوضة بالمعاطات لمكان فقد ما يدل على الشرط من الفعل لعدم وجود فعل قائم مقام الشرط اللفظى وان كان التحقيق اندفاعه بكفاية التبانى عليه اعنى ايقاع الهبة بالفعل مبيناعلى الشرط المتواطئى عليه وكيف كان فالتعاطى من جانب واحد مصداق للهبة لاللبيع سواءكان العوض كليا اوشخصياً خارجيا بعدان كان معينا

ولوكان الاعطاء بعوض غير معين لم يسم فى مقام التواطى اصلا بل يعطى المعطى شيا بقصد ان ياخذ منه عوضا غير مسمى فهذا ينطبق على القرض فان حقيقة القرض هو التمليك بشرط ان يأخذ منه العوض الغير المسمى (والحاصل) ان هذاالاعطاء الواقع من احدالطرفين لاينطبق على البيع ابداً بل اما يكون مصداقا للهبة المعوضة ،،وذلك فيما اذاكان العوض معينا كان كليا اوجزئيا اويكون مصداقاً للقرض و ذلك فيما اذالم يكن معينا هذا تمام الكلام فى حكم هذاالقسم

الوجه الرابع ان يكون المعاملة بمجرد ايصال الثمن واخذ المثمن بلاصدق اعطاء اصلا من جانب واحد فضلاعن التعاطى من الطرفين ،،وذلك اما بارسال الكلب المعلم الى الدكان وتعليمه وضع الفلوس فيه واخذالمتاع منه عند غيبة صاحب الدكان و اما بوضعه نفسه فلوسه فى الدكان و اخذه المتاع منه ومن ذلك دخول الحمام بلا اطلاع الحمامى ثم وضع الاجرة فى صندوقه ولااشكال فى قيام السيرة على هذه المعاملة فى المحقرات كالخضرويات ونحوهامع القطع برضاء الطرف كمانه لاينبغى التامل فى انهامبادلة مال بمال اعنى تبديل طرف الاضافتين ،، و هل هى بيع ام اباحة (وجهان)

مبينان على ان البيع هل هو تبديل طرف الاضافتين بالمعنى المصدرى او انه تبديل بالمعنى الاسم المصدرى فعلى الاول فهذه المعاملة ليست بيعا اذ ليس فيها تبديل بالمعنى المصدرى وعلى الثانى فهى بيع

والتحقيق ان كون البيع هو التبديل بالمعنى الاسم المصدرى وان لم يكن بكل البعيد لكن المستفاد من الاطلاقات والعمومات مثل احل البيع ونحوه هو كونه بالمعنى المصدرى مضافا الى تسالم الفقهاء فى وجوب اجبار الممتنع عن البيع عليه فيما يجب عليه ثم تولى الحاكم لو تعذر الاجبار اذ هو ايضاً كاشف عن كونه التبديل بالمعنى المصدرى فلو كان تبديلا بالمعنى الاسم المصدرى لم يكن فى اجباره وجه بل كان اللازم تولى الحاكم له بعد امتناعه

وكيف كان والحكم فى هذه المعاملات ايضاً هو الصحة لكن فى خصوص ماقامت السيرة عليها لامطلقاً لاجل مخالفتها مع البيع الظاهر فى كونه تبديلا بالمعنى المصدرى

الخامس ان تكون المعاملة خالية عن الاعطاء و الايصال رأساً بان كان بمقاولة المبادلة بين المالين من غير ايصال على وجه لاينتهى الى انشائها بالصيغة بل يقول البايع هذا الفرس يسوى مائة مثلا وبصرف هذه المقاولة يتباينان على ان يكون الفرس للمشترى والمائة للبايع بلا اخذ واعطاء وايصال ووصول من الجانبين وهذه ايضا مما قامت السيرة عليها وهل هى بيع ام لا التحقيق انها اشبه بالصلح لانه عبارة عن التسالم والتبانى وهذا هو حقيقته واذا وقع التسالم على مبادلة المالين بكون صلحاً يفيد فائدة البيع ولذا لابد فى انشائه بالصيغة من ان يقال صالحتك هذا عليه هذا بالتعدى بكلمة على فلو اتى بكلمة (باء) كان بيعاً مأتيا بمادة الصلح وفى صحته و فساده الوجهان المتقدمان

كان بيعا ماتياً بمادة الصلح وفى صحته و فساده الوجهان المتقدمان وغير خفى ان ماوقع منهما من المقاولة مصداق من التبانى والتسالم على المبادلة فتكون متقاولتهما بالصلح اشبه و كيف كان فلا اشكال فى صحة هذه المعاملة ايضاً فيما قامت السيرة عليها **قوله قده الثالث تميز البايع من المشترى (الخ)**

اعلم ان البايع هو الذى يملك المالين عن طرفى الاضافة ويشد كل واحد منهما مكان الاخر والمشترى هو الذى يخلى البايع مع فعله ويطاوعه وتميزهما فيما اذا كان الانشاء بالصيغة واضح

واما فى المعاطات فان كان المال من احد الطرفين عروضا ومن الاخر ثمنا كالدارهم والدنانير فصاحب المتاع هو البايع وصاحب الثمن هو المشترى وان كان من الطرفين عروضا او ثمنا فمن ابتدأ بالعطاء هو البايع والاخر هو المشترى فلو كان التعاطى منهما فى آن واحد ووقع دفعة فان كان احد العوضين مما قصد قيامه مقام المثمن والاخر قيامه مقام الثمن فالاول يكون بايعاً والاخر هو المشترى وان لم يقصد ذلك ايضاً ففى كون هذه المعاملة صلحا او بيعا وعلى تقدير الثانى فيكون كل واحد منهما بايعا ومشتريا او ان احدهما الغير المعين بائع والاخر كذلك مشتر احتمالات لاينبغى احتمال كونها صلحا وان احتمله فى الكتاب وذلك لبعد وقوع المعاطاة فى الصلح وعدم تصوير وقوعه بالفعل وتوضيحه ان حقيقة الصلح كما عرفت مرارا هى التسالم والتبانى وليس فى الافعال مايكون مصداقاً للتبانى لانه امر قصدى والفعل الخارجى يمكن ان يكون مصداقاً للعناوين الاولية مثل القيام والقعود وكذا لماينتزع منها من مسبباتها مثل التعظيم والاهانة واما مصداقيته لمايتحقق بالقصد فغير معقول والتبانى لمكان كونه قصدياً لايعقل ان يصدق على الفعل فليس فى الافعال مايصلح ان يكون مصداقا للصلح على كلام فى ذلك يأتى فى التنبيه الخامس انشاء فهذا التعاطى

الدفعي غير قابل لايكون مصداقاً للصلح فتعين (ح) ان يكون بيعاً (وح) فيبقى احتمال كون كل واحد منهما بايعا من جهة و مشتريا من جهة اخرى او كان احدهما الغير المعين بايعا والاخر كذلك مشتريا و الاحتمال الاول مبني على كفاية الاعطاء والاخذ في تحقق الايجاب والقبول بان يكون المعطى موجباً باعطائه والاخذ قابلا باخذه كما كان هو مبنى القول بكفاية الاعطاء من طرف واحد في تحقق البيع على ما عرفت في التنبيه السابق معما فيه فنقول في عالم التصور يحتمل ان لايكتفى بنفس الاعطاء والاخذ في تحقق الايجاب والقبول مطلقا سواء كان الاعطاء من الطرفين او من طرف واحد بل يكون الاعطاء من جانب اخر قبولا وهذا هو المختار حسبما فصلناه في التنبيه السابق

ويحتمل ان يكتفى به فيما اذا كان من جانب واحد فيكون الاعطاء ح ايجابا والاخذ قبولا وفيما اذا كان التعاطي من الجانبين يكون القبول كالايجاب بالاعطاء ويحتمل ان يكون القبول مطلقا بالاخذ ولو كان فيما كان التعاطي من الجانبين فيكون من يعطي اولا هو الموجب باعطائه و الاخذ منه قابلا باخذه ويكون اعطاء الاخر وفاء بالمعاملة المحققة بالاعطاء الاول و اخذه ولا مدخلية له في تحقق اصل المعاملة ولا يخفى انه لو لم نقل بالاحتمال الاول لكان المتعين هو الاحتمال الاخير اذ لو امكن ان يكون الاعطاء والاخذ ايجابا وقبولا لكان كذلك سواء تحقق التعاطي من الطرفين ام لا ،، ولا يصح القول بكون الاخذ قبولا في وقت ولا يكون قبولا في وقت اخر لانه لو كان صالحا لان يقع به القبول لما كان الاعطاء مانعاً عن كونه قبولا

و كيف كان فعلى الاحتمالين الاولين لايمكن ان يكون كل واحد من المتعاطين في صورة التعاطي الدفعي بايعاً ومشترياً من جهتين لانه ليس في البين الا بيع وشراء واحد متحقق بالاعطائين معا ،، اما على الاحتمال الاول

فظاهر واما على الاحتمال الثانى فكذلك ايضاً ضرورة تحقق التعاطى من الجانبين (فح) اذا كان التعاطى تدريجيا يكون الاول بايعا والمعطى اخيرا مشتريا وفيما اذا وقع التعاطى دفعة ففى تميز البايع عن المشترى اشكال بمعنى انه مشكل واقعى لان البايع متميز عن المشترى واقعاً وغير معين بل لا واقع له الا الابهام لان كل واحد من الاعطائين صالح لان يقع به الايجاب والقبول واقعا ولا معين فى البين بحسب الواقع فيكون تخصيص احدهما لان يقع به الايجاب والاخر للقبول تخصيصا من غير مخصص و(ح) لابد من الحكم بوقوع البيع لانه المتيقن ورفع اليد عن ترتيب الاثار المختصة على خصوص البيع او الشراء والبايع او المشترى (هذا) و على الاحتمال الثالث فيما اذا كان التعاطى تدريجياً يكون الاعطاء الاول بيعا واخذه شراء والاعطاء الثانى وفاء بالبيع الواقع بالاعطاء الاول واخذه وفيما اذا كان دفعيا فكل اعطاء يمكن ان يقع به البيع واخذه الشراء وحيث لا مرجح فى البين فمع قابلية كل اعطاء لان يكون ايجابا ولو مع كون الاخر ايضا ايجابا نقول ان كل واحد ايجاب و اخذه قبول فكل واحد من المتعاطين بايع من جهة كونه معطيا ومشترى من جهة كونه آخذاً لما يعطيه الاخر فقد تحقق فى كل واحد جهتان بهما يصير كل واحد بايعا ومشتريا وحيث ان المختار عندنا هو الاحتمال الاول فعليه فالتحقيق كون واحد منهما على نحو الابهام بايعاً والاخر كذلك مشتريا وعلى فرض الاغماض عن المختار فالمتقين هو الاخير وعليه فيكون كل واحد بايعا من جهة ومشتريا من جهة اخرى فقد تحصل منشاء ما افاده قده من وجه كون كل بايعاً ومشتريا وانه مخالف للتحقيق المختار

عندنا قوله قده الرابع ان اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الاخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه (الخ) محصل هذه الوجوه هو

ان مقصود المتعاطيين امايكون الملك اويكون الاباحة : فعلى الاول ،فاما يكون قصدهما المبادلة بين المالين بان يكون الواقع منهما تبديل مال بمال اويكون قصدهما المبادلة بين التملكين بان يكون تمليك بازاء تمليك وعلى الثانى ايضا فامايكون قصدهما المبادلة بين المال والاباحة بان يبيح احدهما ماله بالاخر بازاء اكتساب ماله وبعبارة اوضح يكون مال المباح له بدلاعن اباحة مال المبيح او يكون قصدهما تبديل الاباحة بالاباحة و هذه وجوه اربعة و يتصورفى المقام وجوه اخر لكنها نادرة و لذالم يتعرض لها المصنف قده كالمبادلة بين التمليك والاباحة اوبين التمليك والمال ونحو ذلك ممايمكن تصوره بكون احد العوضين من سنخ والعوض الاخر من سنخ اخر كالملكية والاباحة و الملكية والمال، و الاباحة و المال ونظائر ذلك ممالايخفى

قوله قده احدها ان يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الاخر الخ وهذا هو حقيقة البيع اذقد عرفت انه عبارة عن تبديل طرفى الاضافة اعنى المالين مع بقاء الاضافتين بحالهما فكل منهما يعطى ماله اى العين التى كانت طرفالاضافته الى الاخراى يجعله طرف اضافة الممدودة على رقبته بازاء صيرورة مال الاخر طرفا لاضافته واما تحقق هذا المعنى بالاعطاء و الاخذ اوبالتعاطى من الجانبين فقد تقدم الكلام فيه فى التنبيه الثانى ،، و المصرح به فى هذا المقام هو تحققه بالاعطاء والاخذ و عليه فيكون اعطاء الاخروفاء بالمعاملة كالقبض فى غير الصرف لانه جزء محققها كالقبول من غيرفرق بين وقوع العطاء من الاخرفى هذا المجلس اوفى مجلس اخرمع طول الزمان اوقصره وهذا وان لم يكن فيه محذور ،، لكنه بعيد و يترتب عليه تمامية المعاملة بعد تحقق العطاء والاخذ من جانب قبل تحققهما من الجانب

الاخر ولولم يبق المتعاطيان اواحدهما على ماهماعليه من الشرائط كمااذا مات احدهما او كلاهما اوطرء الجنون والاغماء ونحو ذلك فيجب على الاخر اوعلى ورثته او وليه الاعطاء وفاء بالمعاملة وهذا بخلاف مالوكان جزء محققاً للمعاملة حيث يكول طرواحدى المذكورات (ح) قبل اعطاء الاخر من باب طروها بين الايجاب والقبول ويكون موجباً للبطلان والانصاف ان المسئلة ملتسبة من جهة عدم تعرض الاصحاب والقطع ، بتحقق المعاملة بالاعطاء والاخذ فيما اذاكان من جانب كالمعاملات السوقية المبنية على النسية و بعد التفكيك بين هذه الصورة و بين ما اذاكان التعاطى من جانبين بالالتزام بدخل الاعطاء فى تحقق القبول فى الثانى وتحققه بالاخذ فى الاول

اقول قدتقدم فى التنبيه الثانى ان ماكان فيه الاعطاء من جانب واحد يكون مصداقا من الهبة المعوضة وهذا الكلام منه دام ظله ترديد لما قواه فى ذاك المقام

قوله قده ثانيهما ان يقصد كل منهما تمليك الاخر بازاء تمليك ماله اياه (الخ) هذا هوالوجه الثانى من الصور الاربعة المتقدمة وهوماكان المبادلة بين التمليكين لابين المالين وقد احتمل فيه اموراً (احدها) كونه بيعاايجابه باعطاء الاخر وقبوله بأعطاء الاخر فلومات المعطى الثانى قبل الدفع كان باطلا (وثانيها) كونه هبة لكون كل من المالين خاليا عن العوض اذلم يقع المعاوضة بينهما بل يكون التعاوض بين تمليك وتمليك اخر فهو بالهبة المعوضة اشبه و(ثالثها) كونه صلحا (ورابعها) كونه معاملة مستقلة هذاهوالمتحصل من العبارة والتحقيق ان يقال انه باطل لابيع ولاهبة ولاصلح ولا معاملة مستقلة .. امااانه لايكون بيعاً فلان البيع كما عرفت مرارا هو المبادلة بين المالين اللذين طرفى الاضافة مع انحفاظ الاضافتين بحالهما وهذا تبديل احدى

الاضافتيين بالاخرى . . و اما انه لايكون هبة معوضة فلان الهبة المعوضة عبارة عن تمليك مجانى مشروط بتمليك مجانى اخر لامبادلة تمليك بتمليك وتوضيحه ان بين الواهب و بين ماله يتصور علقة خاصة وخيط مخصوص يعبر عنه بالملكية احد طرفيه ممدود على المال وطرفه الاخر 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 ممدوداً بين المال و بين المتهب ويسلطه على المال مجانا و بلاعوض ويلزمه انتفاء خيطه الممدود بينه و بين المال لانتفاء طرفه و هو المال بصيرورته طرفا لخيط الحادث بينه و بين المتهب لانه ينتقل ذاك الخيط الى المتهب ويعلقه على رقبته ولانه يحدث خيطا من كتم العدم بازاء عوض فروح الهبة متقوم بان يكون على نحو المجان ولذا الوادى بباء المعاوضة وقيل و هبتك هذا بهذا لم يكن هبة وانما المعوضة منها هى التى وقع فيها شرط تمليك مجانى عن المتهب وهبة اخرى عنه فظهر ان هذا الوجه لاربط له بباب الهبة اصلا

اما انه لايكون صلحا فلوجهين (احدهما) ماتقدم فى التنبيه السابق من ان الصلح لايقع بالفعل اصلا وقد تقدم مع كلام فيه يأتى فى التنبيه الخامس و (ثانيهما) ان الصلح عندنا معاملة مستقلة وان كان يفيد فائدة البيع تارة، والاجارة تارة اخرى، والهبة ثالثة وذلك لان حقيقته هو التسالم و التبانى و بالتعبير الفارسى (باهم بر آمدن) ولكن التسالم يقع على امر هو المتسالم عليه فان وقع على مبادلة مال بمال يفيد فائدة البيع، وان كان المتسالم عليه هو المبادلة بين منفعة ومال ، يفيد فائدة الاجارة وهكذا، فلابد فى الصلح من ان يكون المتسالم عليه فى حد نفسه امرا ممكنا معقولا حتى يقع التسالم عليه لكن المتسالم عليه فى المقام هو المبادلة بين التمليكين و هو غير معقول لان التمليك لايخلو اما ان يراد به معناه

المصدرى اعنى تبديل اضافة باضافة بماهو فعل الفاعل او يراد به معناه الاسم المصدرى اعنى مبادلة احدى العلقتين بالاخرى التى هى نتيجة تبديل الاضافتين، وشيء منهما لايكون قابلا للمعاوضة امامعناه المصدرى فلانه ليس ممايبذل بازائه العوض لانه ملحوظ للمتعاوضيين كالمعنى الحرفى بماهوغير مستقل فى اللحاظ بل بماهو صلة ومقدمة لايجاد المعنى الاسم المصدرى وهذا معلوم بالوجدان ضرورة ان مقصود المتعاوضين ليس فعل التمليك بماهو فعل صادر عنهما بحيث كان الغرض فى نفس الفعل من حيث هو فعل

واما معناه الاسم المصدرى فلان 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 العلقة سلطان على ماله فى نقله وتقليبه وتقلبه وهذا لسلطنة بنفسها لاتكون منشاء لسلطنة المالك على تقليب هذه السلطنة نفسها بحيث يبدلها من مكانها الى مكان اخر ولايكون فى البين سلطنة اخرى على تلك السلطنة لكى يصير بالسلطنة الثانية سلطانا على السلطنة الاولى والا لتسلسل فهو سلطان على المال لانه 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 ان تبديل الملكية فى حد نفسه غير معقول واذا وقع تسالم عليه يكون صلحا وتسالماً على ما هو غير معقول فلا يمكن ان يكون صلحا

ومن هذا يظهر انه لايكون معاملة مستقلة لعدم تمشى وجه الصحة فيه اصلا فلايكون الا باطلا

قوله قده ثالثها ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض (الخ) هذا هو

الوجه الثالث من الصور الاربع المتقدمة وهوما كانت المبادلة بين المال و الاباحة بان يبيح احدهما ماله بالاخر بازاء تمليك الاخر ماله اياه فيكون اباحة بازاء مال ولايخفى انه في حد نفسه يكون فاسداً لان من يخرج عنه المال لايسلم له شيئا واباحة مال الاخر لاتصلح لان تكون عوضا عما ينتقل اليه

وتوضيحه ان لازم كون المعاوضة بين الاباحة والمال هو كون الصادر عن المبيح هو اباحة تصرف المباح له في ماله وانشاء رخصة في التصرف مع بقاء ماله على ماهو عليه من كونه طرفاً للخيط الممدود على رقبة المبيح و المال فالعلقة الملكية بينه وبين المال باقية على ماهي عليها والصادر عن المباح له هو رفع ماله عن طرف خيطه الممدود على رقبته و المال و وضعه على طرف خيط المبيح : وهذا غير معقول من طرف المباح له والمبيح معا،، اما من طرف المباح له فللزوم بقاء خيطه بلا طرف لعدم قابلية اباحة مال المبيح لان تصير طرفا لاضافة الملكية واما من طرف المبيح فللزوم صيرورة مال الاخر طرفا لاضافته وخيطه مع اشتغال خيطه بماله نفسه اذلم يخرج ماله باباحته عن كونه طرفاً لاضافته و كل ذلك نشاء من كون المبادلة بين الاباحة والمال ،، و هذا بخلاف مالو كانت الاباحة معوضة بمعنى انه يبيحه بشرط ان يملكه شيء مجانا اى بشرط الهبة المجانية فانه لامحذور اصلا: اذ الصادر عن المباح له (ح) هو احداث العلقة بين ماله و بين المبيح و يلزمه انتفاء العلقة التي بينه وبينه بانتفاء طرفها ولايلزم ح بقاء علقته و لاصيرورة ماله طرفا لعلقة المالك مع اشتغال اضافته بماله نفسه

قوله قده اما اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر انها لايجوز (الخ): وذلك لماتقدم في اول المعاطاة من عدم جواز خروج احد العوضين في البيع عن شخص ودخول الاخر في ملك شخص اخر غير من خرج

عنه العوض ، كان يخرج الدراهم عن ملك زيد بازاء دخول المعوض من ملك العمرو الى ملك البكر فانه قد اوضحنا مغايرته مع معنى البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة وان توهم صحته بدعوى عدم اعتبار الازيد من المبادلة بين الشيئين بلا احتياج قيام احدهما مكان الاخر ، لكنه توهم فاسد اوضحنا فساده بما لا مزيد عليه فعليه فلا يصح البيع من المباح له بمجرد اباحة المبيح ماله اياه ، ولا يمكن اثبات صحتها بدليل عموم السلطنة ، بتقريب ان المالك سلطان على ماله فله ان يبيح ماله بغيره بان يتصرف فيه بكل تصرف حتى التصرف المتوقف على الملك وذلك لان دليل السلطنة انما يثبت السلطنة للمالك بايجاد المسببات باسبابها الشرعية ، ولا تدل على اثبات السلطنة على نفس الاسباب 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 الاسباب خارجة عن عموم دليل السلطنة بالتخصص لا بالتخصيص ، وهذا هو مراده قده من قوله فان اذن الشارع ليس مشرعاً وانما يمضى فيما يجوز شرعاً

فان قلت ما الفرق بين المقام الذى عبارة عن اذن المالك بغيره فى ان يتصرف فى ماله بما يتوقف على الملك كان يقول اشتر بهذه الدراهم ثوبا لنفسك و بين نظائره حيث تقولون بعدم جواز التصرف فى المقام و بجوازه فى نظائره وهى امور (منها) استدعاء غير المالك عن المالك ان يعتق عبده عنه بان يقول اعتق عبدك عنى او اددينى بمالك او اشتر الثوب لى بمالك (ومنها) دخول العمودين فى ملك من ينعتق عليه ثم العتق عنه و (منها) تصرف ذى الخيار فى زمن الخيار بالتصرف المتوقف على الملك (ومنها) دخول احد العوضين فى ملك المتصرف بسبب التصرف فى باب المعاطاة بناء على القول بالاباحة

حسبما مر القول فيه ،، فكما انه فى جميع هذه الموارد الاربع تقولون بالصحة بالالتزام بتقدير الملك اناما،، فكذالك فى المقام فماوجه التفكيك

قلت ليس المراد بتقدير الملك انا ما هوفرضه و تصوره بل المقصود هو تحققه الواقعى اناما المعبرعنه بالطريق الاعوجاجى ،،وواضح ان تحققه كذلك يحتاج الى مثبت موجودفى الموارد الاربعة مفقودفى المقام مع الاختلاف بين الموارد فى كيفية استفادة ثبوت ذاك الطريق الاعوجاجى

و توضيحه يتوقف على بيان كل واحد من هذه الموارد بالخصوص فنقول اما مسئلة اعتق عبدك عنى التى هى عكس المقام فوجه الصحة فيها انما هولاجل كون استدعاء العتق الصادرعن الآمر بالعتق والجواب الصادر عن المالك بأعتاقه عنه متضمنا لنقل العبدعن المالك الى الآمرثم عتق المالك عنه لانه ضمان اختيارى والضمان الاختيارى تتوقف على الملك بل ربما يقال بالملك فى باب الغرامات ايضاً كما حكى عن الشيخ اسدالله التسترى قده وان منع عنه فى باب الغرامات لكن لامحيص عنه فى الضمان الاختيارى وهذا انما يصح فيما اذا كان وقوع الفعل عن المالك ممكنا بالتبرع عن الآمر لولا استدعائه فكلما يصح فيه التبرع يصح فيه الاستدعاء و يكون وقوعه تبرعاعنه موجبا لبرائة ذمته المتبرع عنه لوكان مشغولا به مع وقوع الفعل عن المالك من غير تعلق قيمته الى المتبرع عنه ووقوعه عنه،، واشتغال ذمته بقيمته بواسطة امره فأن كان امره بالعتق مثلا ولم يعين شيئاً يكون ضامنا للمعتق بقيمته وان امره به مع تعيين ثمنه بان قال اعتق عبدك عنى بمأة فيكون ضامناً للمسمى وعلى التقديرين يكون العتق عن الامر وولاء العتق له بل يمكن ان يقال بكون استدعائه مع تعيين المسمى وجواب المالك بيعا لولم نقل

باعتبار لفظ خاص فى البيع و كيف كان ففى هذه الصورة يكون اصل ايقاع الفعل من المالك عن غيره صحيحا غير مشروط بالاذن، وانما الاذن يصحح رجوعه الى الآذن بالمثل او القيمة او بالمسمى لا انه لايجوز فعله عنه الا بالاذن، فتحصل ان الضابط لتقدير الملك آناما فى هذه المسئلة و نظائرها مما كان الآمر يستوفى بامر معاملى مالا اوعملا من المالك والعامل هو تحقق علة الملك وهو الاستدعاء والجواب فبتحقق العلة يستكشف تحقق المعلول من غير فرق بين ما اذا كان مستدعيا للعين كما فى اعتق عبدك عنى اومستدعيا لعمل له قيمة كما فى حلق راسى اواحمل متاعى و نحو ذلك سواء عين الاجرة ام لا وهذا الاستدعاء من الامر والجواب من المالك و ان لم يدل بدلالة الاقتضاء على التمليك والتملك لان دلالة الاقتضاء هى ما كان المدلول مما يتوقف عليه صحة الكلام وما نحن فيه ليس كذلك لعدم توقف صحة الاستدعاء على التمليك والتملك بل وقوع المؤدى عنه اعنى كون العتق عنه يتوقف عليه فيكون نظير دلالة الاقتضاء لا انها نفسها :ومنه يظهر ان ما افاده المصنف قده من عدم دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء ليس على ما ينبغى

واما مسئلة تصرف ذى الخيار فى زمن خياره فانما يقدر الملكية انا ما اعنى يحكم بتحققها واقعاً قبل التصرف لمكان تحقق معلول الملكية و هو التصرف المتوقف على الملك مع قيام الدليل على صحته ومع قيام الدليل على صحته و تسلم توقف صحته على الملكية يستكشف تحقق الملكية قبله نحو استكشاف وجود العلة بوجود معلولها : ومنه يظهر ان التقدير فى هذه المسئلة يتوقف على قيام دليل بالخصوص على صحة التصرف المتوقف على الملك وليس مثل المسئلة الاولى مما يمكن احراز صحتها بالادلة العامة لاجل توافقها مع القاعدة

واما مسئلة تصرف احد المتعاملين فى ماعنده بناء على الاباحة فمن قيام الدليل على كون الضمان فيه بالمسمى لابالمثل اوالقيمة يستكشف تحقق الملكية قبل التصرف وعليه فيكون كالمسئلة الثانية مما كان التقدير من ناحية العلم بتحقق معلول الملكية

و اما مسئلة انعتاق المملوك على من ينعتق عليه فيكون الحكم بالملكية ناشيا من جهة وقوع مايلازمها وهو الانعتاق على من ينعتق عليه ويمكن ان يكون من ناحية تحقق علته وهو البيع الجامع لشرائط الصحة اذ المانع عن ملك من ينعتق عليه انما يمنع عن بقاء الملك لاعن اصل حدوثه كما يمكن ان يكون من ناحية تحقق معلوله اعنى الانعتاق المتوقف على الملك ،، اذ مالم يدخل فى ملك من ينعتق عليه،، لاينعتق عليه كما لايخفى

فتحصل ان الضابط فى تقدير الملك فى هذه الموارد هو احد امور اما تحقق علة الملكية اوتحقق معلولها اوتحقق مايلازمها ويمكن ارجاع الاخير الى احد الاولين اذا ظهر ذلك فنقول شيئى من هذه الضوابط لايكون متحققا فى المقام اعنى فيما اذا اذنه المالك فى ان يتصرف فى ماله بالتصرف المتوقف على الملك كان يقول اعتق عبدى عنك او اشتر بهذا الدرهم ثوبا لك و نحو ذلك وذلك لان صحة تصرف الماذون فى المقام يتوقف على الاذن عكس مسئلة اعتق عبدك عنى حيث قد عرفت ان اصل تصرف المالك فى عتقه عنه بالتبرع لم يكن متوقفا على اذن الآذن و انما الاذن كان دخيلا فى جواز رجوع المالك اليه اما بالمسمى او بالمثل اوالقيمة وهذا بخلاف المقام حيث ان اصل جواز تصرف الماذون متوقف على الاذن و (ح) فهذا الاذن لايخلو عن احد امور فامايكون اذنا محضاً بلا تضمنه لتوكيل الماذون فى التصرف و لالنقل المال المدفوع اليه الى الماذون قبل تصرفه و لالنقل عوضه الذى

تسلم الماذون عمن بايع معه بعد التصرف واما يكون متضمنا لتوكيله فى التصرف واما يكون متضمنا لنقل المدفوع اوعوضه الى المأذون ،،فعلى الاول فلا يصح التصرف المتوقف على الملك بهذا الاذن لان عموم الناس ولو قلنا بانه يدل على سلطنة المالك فى ماله بجميع انحاء التصرف حتى بان يأذن غيره بان يتصرف بما يتوقف على الملك لكن هذه الدلالة يكون بالعموم وقد خصص عمومه بمثل لا يبيع الا فى ملك ولا عتق الا فى ملك ونحوهما مع المنع عن اصل شمول العموم لمثل هذه التصرفات لكى يقال بخروجها بالتخصيص بل انما هى خارجة بالتخصص كما تقدم وفى وقوع ما صدر من الماذون عن الآذن مطلقا اوفيما اجاز كلام ياتى تحقيقه عن قريب

وعلى الثانى يصح تصرف المأذون لكن لو باع اوعتق يقع عن المالك لا عن الماذون ولو قصد المأذون وقوعه عن نفسه الا انه 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 متضمنا لنقل المدفوع اليه يكون متضمنا للتمليك والتملك نظير اعتق عبدك عنى واذا كان متضمنا لنقل ما يقبضه عوضا عن المدفوع اليه لابد ان يكون البيع الصادر منه واقعا عن الآمر لكى ينتقل عوضه اليه فينتقل عنه الى الماذون فيحتاج الى توكيل ضمنى مضافا الى نقل المقبوض اليه وعلى كل حال فليس فى نفس الاذن دلالة ولو على نحو الاقتضاء على وقوع هذا النقل الضمنى فلا يصح التصرف المتوقف على الملك بهذا الاذن بل اما يبطل اويقع عن المالك على ما يأتى الكلام فيه ،، فظهر الفرق بين المقام وبين الموارد المتقدمة بما لا مزيد عليه وبالتامل فيما ذكرناه يظهر مواقع للنظر فيما افاده المصنف قده فى الكتاب

مما يظهر لمن راجع اليه فتدبر

قوله قده واما حصول الملك فى الان المتعقب بالبيع و العتق (الخ) ظاهره ابداء الفرق بين تقدير الملك فى تصرف الواهب فى العين الموهوبة بالبيع او العتق و بين تقديره فى الدية بالنسبة الى الميت او شراء العبد المعتق عليه بكون الملك فى الاول واقعا حقيقياً وفى الثانى فرضيا تقديريا ولا يخفى ما فيه: اذ لا يفرق فى جميع موارد تقدير الملكية وانه فى تمام موارد تقديرها بمعنى واحد وهو سير الملك بالطريق الاعوجاجى حسبما بيناه مرارا فتبصر

قوله قده ولكن الذى 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 ،، واما اذا اشترى به شيئاً فنى صحة بيعه له لكونه فى حكم تلف الثمن او كونه مراعى على اجازة مالك الثمن فلو اجاز يقع عنه و الا يبطل خلاف : مقتضى ما تقدم من عدم صحة التصرفات المتوقفة على الملك بسبب الاذن هو الثانى ،، لكن المنقول عن الجماعة هو الاول ، وعليه فيكون الظاهر منهم جواز التصرف المتوقف على الملك بسبب الاذن به ،، ويمكن ان يكون منشاء ذهابهم الى القول بصيرورة البيع واقعاً عن الغاصب هو كون مالك الثمن مملكاً لثمنه بالغاصب مجانا وذلك لعلمه بعدم انتقال المال المغصوب اليه عوضا عن ثمنه ومع ذاك العلم يكون تمليك الثمن منه مجانا و بلا عوض ،، وهذا مما يظهر عن موضع من جامع المقاصد وعليه فيخرج حكمهم فى هذه المسئلة عن الحكم بجواز التصرف الموقوف على الملك بمجرد الاذن ،، ولعله الى ذلك يشير بقوله (فتأمل) .. و كيف كان فالاقوى فى هذه المسئلة هو توقف صحة بيع الغاصب بهذا الثمن على اجازة مالك الثمن ووقوعه عن مالك الثمن بالاجازة لا عن الغاصب وسياتى

الكلام فى تحقيقها فى باب الفضولى

بقى الكلام فى حكم التصرف الواقع عن الماذون وانه هل يبطل رأساً ولا يقع عنه و لاعن المالك او يقع عن الماذون اويقع عن المالك ولولم يتعقبه الاجازة او فيما اذا اجازه وجوه اقواها الثالث و ذلك لعدم المنشاء للبطلان راساً اذ ليس اعظم من بيع الغاصب لنفسه حيث يقع عن المالك بالاجازة واما احتمال وقوعه للماذون فلقياسه ببيع الغاصب لنفسه اذا اجازه المالك حيث قيل بوقوعه للغاصب قولا شاذاً لايعباء به و مبنى صحة هذا القول كفاية صحة البيع عن غير المالك بالاجازة وعلى تقدير تماميته لايفرق بين الاجازة اللاحقة والاذن السابق فكما يقع بالاجازة اللاحقة عن الغاصب فكذا يقع بالاذن السابق عن الماذون

هذا وقد ظهر فساد هذا التوهم مما تقدم من عدم كفاية الاذن فى صحة وقوع المعاملة عن الماذون ومنه يظهر فساد القول بوقوع الغاصب عنه باجازة المالك كما سيأتى واما احتمال توقف وقوعه للمالك على اجازته فقد نشاء مماياتى فى باب الفضولى من انه لوباع الابن مال ابيه بظن حيوته ثم بان موته حين البيع و كون المبيع للابن نفسه لتوقف صحته على اجازته بعد علمه بكونه له ولايكفى نفس وقوعه منه فى صحته وذلك لاشتراط صحة المعاملة بالرضا والطيب ولعله لم يكن راضيا ببيع ماله وانما كان غرضه بيع مال ابيه ويقال فى المقام ايضا ان المالك انما رضى بوقوع بيع ماله عن الماذون ولعله لا يطيب فى بيعه عن نفسه فرضاه فى بيعه عن الماذون لايكفى فى طيبه فى بيعه عن نفسه فلابد من الرضاء ببيعه عن نفسه و هذا معنى اناطة الصحة بالاجازة

ولكنه توهم مدفوع للفرق بين بيع الابن مال ابيه باعتقاد حيوته

وبين رضى المالك ببيع ماله عن الماذون لانه فى الاول رضى المالك غير متحقق بخلاف الثانى حيث ان المالك اجاز واذن 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 كاف فى الحكم بوقوعه ويكون هو بعينه نظير بيع الغاصب لنفسه المتعقب باجازة المالك حيث يقع للمالك لا للغاصب من غير فرق بينهما اصلا الا انه فى بيع الغاصب يكون الاذن متاخرا عن البيع وفى المقام يكون متقدما عليه

هذا كله تمام الكلام فى حكم الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك و اما بيان ان اياً من التصرفات متوقف على الملك اياً منها غير متوقف عليه فاعلم ان المسلم منها هو توقف البيع و العتق والوطى على الملك وذلك لما ورد من قوله عليه السلام لا بيع الا فى ملك ولا وطى الا فى ملك ولا عتق الا فى ملك وهذا مما لا اشكال فيه الا انهم فرقوا بين العتق وبين البيع والوطى وحكموا بصحة وقوع العتق عن الماذون بواسطة اذن المالك دون البيع والوطى ووجه الفرق هو صحة التبرع فى العتق بان يعتق المالك عن غيره تبرعاً كما يصح اداء ديون الغير عنه تبرعا بخلاف البيع اذ لا يصح ان يبيع احداً مال نفسه عن غيره تبرعاً بان يتصرف المالك فى ماله فى البيع ويقع عن غيره و اذا كان عتقه عن غيره تبرعاً صحيحاً بالمباشرة فيصح ان ياذن غيره فى ايقاعه و لو كان هو المتبرع عنه فبهذه النكتة امتاز العتق عن الوطى والبيع هذا

وذكر الشهيد قده ثلثة موارد اخرى مما يتوقف التصرف فيها على الملك وهى اخراج المال زكوة او خمسا او ثمنا للهدى وادراج هذه الثلثة فيما يتوقف صحته على الملك مبنى على ان يكون هذه الامور متعلقة بالاعيان

لا بالذمم اذ عليه يكون القدر المتيقن من جواز التبديل هو تبديل من عليه الزكوة والخمس وثمن الهدى للعين التى تعلقت بها احدى هذه الامور الى عين اخرى من امواله واما التبديل بمال غيره فلم يثبت جوازه هذا وقد تقدم فى اصلاح ما يلزم من تأسيس القواعد الجديدة على القول بالاباحة ما يناسب المقام فراجع

قوله قده واما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض (الخ) اعلم ان مرجع الاباحة بالعوض،، اما الى تقدير الضمان على فرض تلف العين المباحة عند المباح له بالاكل ونحوه فمعنى تعويض الاباحة هو جعل العوض للعين المباحة على تقدير تلفها،، و اما مع بقائها فلا يجب اعطاء العوض عنها بل هى ملك للمبيح يأخذها متى شاء ومالم يأخذها تكون امانة عند المباح له

واما الى جعل العوض فعلا للاباحة بحيث يصير مال المبيح مباحاً للمباح له وعوضه ملكا للمبيح كساير المعاوضات المتضمنة للنقل وعلى التقديرين فاما يكون العوض مثلا اوقيمة او يكون عوضا مسمى فهنا اربع اقسام لا اشكال فى صحة اباحة المعوضة بتقدير الضمان بالمثل او القيمة على تقدير التلف وهى العبارة عن الاباحة المضمونة بالمثل اوالقيمة كما لاينبغى الاشكال فى فساد ماكان الضمان المقدر فيها هو المسمى اذلم يتحقق بعد معاوضة ولا نقل ولا انتقال ولا معاملة وليس فى البين الا تقدير تعلق عهدة المباح له بالمسمى على تقدير تلف العين من غير تحقق نقل حتى يقال بصحته اوفساده وها تان الصورتان خارجتان عما هو مفروض الكلام فى المتن

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

مستقلة لكى يشملهاعموم دليل التجارة مثل قوله تعالى تجارة عن تراض و كونها صلحاً لمناسبتها معه لغة وتوضيحه ان الصلح عبارة عن التسالم وما يعبرعنه بالفارسى (باهم برآمدن) وهوتارة يكون مدلولا مطابقيا مثل ما لواوقع بلفظ الصلح كماقال صالحتك و قال الاخر قبلت ،، واخرى يكون مدلوليا سياقياً كما اذا قال احدالشريكين المختلط ماله بالاخر ما بيدك لك ومابيدى لى فانه بمدلوله السياقى صلح وان لم يكن بمدلوله المطابقى كك وما نحن فيه من هذاالقبيل فان قول المبيح ابحت هذا لك بدرهم و قبول المباح له فيما اذا كان الايجاب والقبول بالقول لابالفعل اوالفعل الذى مصداق للاباحة فيما اذا كان بالمعاطات بمدلوله السياقى مما يصدق عليه الصلح فيدل على صحته مايدل على صحة الصلح

وكونه معاملة مستقلة يستدل على صحتها بعموم الناس : والمومنون عندشروطهم ،، ثم على الاخير. فهل هو لازم من الطرفين او لايكون لازماً كك او انه لازم من طرف المباح له وجايز من طرف المبيح قال قده وجوه التحقيق هو الاول وهو اللزوم من الطرفين لعموم المومنون عند شروطهم و مع الاغضاء عنه فالاقوى هو الاخير هذامحصل مرامه قده ولايخفى مافيه بل التحقيق فسادهذه المعاملة وعدم صحتها لاصلحاً ولابعنوان المعاملة المستقلة و ذلك لماتقدم وجهه من عدم تحقق معنى المعاوضة اصلالعدم ورود شيئى مكان المال الذى يخرج عن المباح له وجواز الانتفاع من مال المبيح ليس شيأ يمكن ان يقع فى طرف خيطه لانه حكم شرعى مترتب على اباحة المبيح ولا يكون ملكا كالعين والمنفعة ومع عدم صدق المعاوضة عليها فلا يشملهاشيئى من العمومات لادليل الصلح ولا دليل التجارة ولا عموم المومنون ولاشيأ من الادلة و منه يظهر سقوط التمسك بالعمومات لاثبات لزومها ايضاً ثم على تقدير

الصحة فالتمسك بالعموم لاثبات اللزوم حتى من طرف المبيح لايخلو عن الغرابة والايصح التمسك لاثبات لزوم كل اباحة وهذا كماترى فان المبيح ما التزم بشيئى اصلانم هذا كله فيما اذا كان الايجاب والقبول بالقول ومنه يظهر ان المعاطات فيها تكون اضعف لمامر من المناقشة فى وقوع الصلح بالفعل وياتى تفصيله فى التنبيه الاتى ايضاً هذا كله حال الاباحة بالعوض

ومنه يظهر حكم الصورة الرابعة و هى الاباحة بعوض الاباحة ايضاً كمالايخفى

قوله قده الخامس فى حكم جريان المعاطات فى غير البيع (الخ)

ينبغى فى المقام تمهيد امور

الاول قدتقدم فى صدر مسئلة المعاطات ان ملاك وقوع معاملة بالفعل ليس ايجاد فعل فى الخارج مقترنا مع نية معاملة بان ينوى عند صدور الفعل منه وقوع معاملة كيفما كان بل المعيار هو فى كون الفعل مصداقا لعنوان تلك المعاملة بحيث يحمل عليه ذاك العنوان حملا شايعاً صناعيا ضرورة انه لوقصد البيع بالوثبة مثلا لايتحقق بها البيع قطعاً ،، بل يعتبر فى تحققه بالفعل ان يكون الفعل مصداقاً للبيع ويحمل عليه عنوانه حملا صحيحا : فمثل التسليط الخارجى الذى ممايصدق عليه البيع يكون مصداقاله ولايردانه (ح) يلزم صحة وقوعه بلفظ سلطنت لعدم الفرق بين التسليط بالقول اوالفعل،، و ذلك لمامر و سيجئى ايضاً من عدم صحة انشاء البيع بالالفاظ التى لايكون بازاء المعنى المنشاء البسيط كلفظ التسليط حيث انه يقع فى مورد الاجارة والاباحة و العارية والبيع و الصلح ،، فكونه تسليطا بيعيا يتوقف على ضم ما يحصله بيعاً وهوموجب لانشاء المعنى البسيط بالامر المتدرج فى الوجود وهذا و ان كان يصح فيما قامت السيرة عليه لكن فى التسليط اللفظى لم تقم السيرة

على جوازه دون الفعلي فمحصل الفرق بينهما هو قيام السيرة على صحة البيع بالتسليط الفعلي دون القولي

لايقال سيجيئ في الفاظ العقود انه يعتبر فيها ان لاتكون بالالفاظ المشتركة بالاشتراك اللفظي او المعنوي ولا بالالفاظ المجازي او الكنائي ولا بالالفاظ المركبة من الجنس والفصل ولازم ذلك عدم صحة المعاملة بالتسليط الفعلي اذلو لم ينضم اليه مايدل على انه بيع او معاملة اخرى لم يصر مصدقاً لما يراد ايقاعه به ولو انضم اليه ذلك يصير نظير ايقاع المعاملة بالالفاظ المشتركة المتوقفة في تعيين المراد منها الى قيام القرينة

لانه يقال ليس وزان الفعل الخارجي بالنسبة الى ما يصدق عليه من العناوين في الحاجة الى الدال كوزان اللفظ المشترك في الحاجة الى القرينة بل الفعل الخارجي كالمادة الهيولائية القابلة لان تصير مصداقاً لهذا العنوان اوذاك وبضم الخصوصية يتعين لصدق عنوان عليه و بضم خصوصية اخرى يصير مصداقاً لعنوان اخر وماهو المصداق هو ذاك الفعل ويكون الدال المنضم اليه مخرجا اياه عن مرتبة القوة الى الفعلية فتأمل

الامر الثاني ان الافعال التي تنشا بها المعاملات اما يكون ذات وجه واحد به تصير مصداقاً لعنوان تلك المعاملة كالتصرف من ذي الخيار الذي يقع به الفسخ واما تكون ذات وجوه متعددة فعلى الاول فلا اشكال و على الثاني، فيقع الاشكال المتقدم في الامر الاول من استلزام وقوع المعاملة بها صحة وقوعها بالالفاظ المتوقفة دلالتها على قيام دال اخر كالالفاظ المشتركة والكنائية والمجازية وقد عرفت الجواب عنها

الامر الثالث ان عناوين المعاملات باعتبار وقوع المعاطات فيها وعدمه ينقسم على اقسام (الاول) مالاتقبل المعاطات شرعا بان جعل الشارع المائز

بين صحيحها وفاسدها اللفظ فالمشتمل منها على اللفظ صحيح وغير المشتمل منها فاسد و ذلك كالنكاح حيث ان المائز بين النكاح والسفاح هو اللفظ وهذا القسم مما لاتجرى فيه المعاطات اصلا .

الثانى مايكون قابلا لان يتحقق بالفعل لكن ليس فعل مصداق له فى الخارج وهذا ايضا لايجرى فيه المعاطات

الثالث ماكان فعل خارجى مصداقاً له ايضاً ولكن مصداقية الفعل له متوقف على ضم مايعينه لصدق عنوان المعاملة المخصوصة عليه وهذا على قسمين فمنها ما يكون العنوان امراً بسيطا صادقاً على نفس الفعل ويكون الفعل هو مصداق المعاملة و تكون الحاجة الى الضميمة من جهة تعيين المحتلات التى يصح انطباقها على الفعل المخصوص لاجل قابليته لان يكون مصداقا لها وذلك كالتسليط بالنسبة الى البيع اذ عنوان البيع يصدق على نفس التسليط لكن بمعونة ما انضم اليه لان التسليط مع ما انضم اليه معا اى المجموع منهما يصيرا مصداقاً للبيع (ومنها) مايكون العنوان امرا مركبا يصدق على الفعل و على ما انضم اليه معا بحيث يكون المجموع المركب منهما هو المصداق وذلك كتسليط القراض فى باب المضاربة اذ نفس التسليط ليس مصداق المضاربة بل لابد معه من وجود مايعتبر فيه من تعيين حق العامل والمالك ولواتى بمايعتبر فيه باللفظ يصير مصداق المضاربة مركبا من الفعل والقول وحكم هذا القسم بقسميه هو صحة المعاطاة فيه،، اما فى القسم الاول منه فلما عرفت من الفرق بين الفعل الذى يحتاج الى مايدل على مصداقيته لعنوان وبين اللفظ المشترك معنى اولفظاً، واما القسم الثانى منه فلما يدل على صحة المعاطات عموماً اذ لايفرق فيه بين مايكون الفعل فيه تمام المصداق

وبين ما كان جزء من مركب كان ذاك المركب هو تمام المصداق

الرابع مالايحتاج الفعل فى مصداقيته الى شيئ اصلا لا بان يكون الشيئ المحتاج اليه معينا لمصداقية الفعل و لا بان يكون جزء من المصداق بل يكون الفعل ذاوجه واحد لايتعين الا لعنوان واحد وحكم هذا القسم واضح اذيصح فيه المعاطاة من غير اشكال ، ، وذلك كالفسخ من ذى الخيار والرجوع فى العدة والاجازة من المالك

الامر الرابع اعلم ان وقوع المعاملة بالفعل الذى فرض صحة حملها عليه اما بنفسه او بانضمام ماينضم اليه ، ، يتوقف على قصد ذاك الفعل بان صدر عنه ذاك الفعل بالقصد والارادة ولا يحتاج معه الى قصد انطباق ذاك العنوان عليه لانه مع فرض كونه مصداقاً لعنوان المعاملة اذا تحقق الفعل فى الخارج ينطبق عليه ذاك العنوان قهراً فانطباق العنوان على المصداق ليس مما يناط بالقصد بحيث لو قصد الا نطباق ينطبق و لو لم يقصد لم ينطبق اذ الانطباق امر تكوينى وذلك فيما اذا لم يكن العنوان امرا قصديا نظير التعظيم و الاهانة

والحاصل ان قصد تحقق الفعل الذى مصداق للمعاملة كاف فى تحققها سواء قصد الا نطباق اولم يقصد بل لو قصد عدم الا نطباق كما اذا تصرف فيما انتقل عنه فى زمن خياره بقصد انه تصرف فى مال الغير فانه يقع به الفسخ قهراً عليه وكما اذا وطئى المطلقة اوقبلها اولا مسها بعنوان انها اجنبية محرمة فانه يقع به الرجوع ولوانه اراد عدم وقوعه ووجه ذلك كله انما هو لمكان وقوع مصداق الفسخ والرجوع عن قصدمنه الى ذاك المصداق كما لايخفى

اذا تحقق تلك الامور فنقول ، ، العقود المعاوضية وما يلحق بها

مما يشتمل على التسليط كالعارية والوديعة و نحو هما كلها مما تصح بالمعاطاة لصلاحية الفعل التسليطى لان يقع مصداقا لهاولا يكون مانع شرعى عن وقوعها به سواءكان مما يصدق عليه عنوان المعاملة بنفسه او بضميمة ،، كان عنوان المعاملة بسيطا تقع بالتسليط بنفسه ولو بدلالة ضميمة ،، او مركبا تقع بالمركب من الفعل والقول **واماماعدى** العقود المعاوضية فا لوصية لا تجرى فيها المعاطاة لعدم كون التسليط مصداقالها : اما العهدية منها فواضح : واما التمليكية منها فكذلك ايضا لانها عبارة عن التمليك بعد الموت والتسليط الفعلى لايكون قابلا لان يصير مصداقا للتمليك بعد الموت : واما الرهن والوقف فسيجئى الكلام فيهما ،، واما الايقاعات فمثل الفسخ والرجوع والاجازة مما لااشكال فى وقوعهابالفعل كمايدل قوله فذلك رضى منه بالبيع حيث ان المراد بالرضاء فى المقام هو الاختيار لاالطيب النفسانى فهو يدل على كون التصرف مصداقاً للاختيار واما غير هذه الثلثة المذكورة كالطلاق والعتق و نحو همافلا تقع بالفعل لعدم تحقق مصداق لها من الا فعال

فتحصل ان التحقيق جريان المعاملات فى جميع العقود المعاوضية حتى الصلح وان منعنا وقوعه بالفعل فيما تقدم لاجل ان التسليط الخارجى ليس مصداقا للتسالم بل انماهو مصداق لما يتسالم عليه والصلح عبارةعن نفس التسالم ،، ولكن يمكن ان يقال انه بالدلالة السياقية يدل على التسالم ولا يعتبر فى مصداق الصلح ولو كان بالقول من ان يكون مدلوله المطابقى هو التسالم كما فى مثل لك ماعندك ولى ماعندى فانه صلح وان لم يكن مدلو لاله بالمطابقةو كذا فى العقود التسليطية التى تتضمن التسليط وفى الفسخ والا جازة والرجوع من الا يقاعات

قوله قده لان الظاهر ثبوت اجرة المثل لانه لم يقصد التبرع (الخ) لاشكال فى استحقاق العامل لاجرة المثل اذا عمل بامر الآمر فيما اذا لم يتعين المسمى واما مع ذكر المسمى ففى استحقاق المسمى مطلقا او الرجوع الى المثل كذلك او استحقاق اقل الامرين من المسمى والمثل وجوه بل اقوال : وجه الاول هو انه لو كان المسمى اقل من المثل فالعامل نفسه اقدم على الرضا بالاخذ بالاقل من اجرة المثل ومع اقدامه فلا يكون مستحقا للزايد عن المسمى ولو كان المسمى ازيد من المثل فالآمر اقدم على الرضا بالاعطاء بالازيد ومع اقدامه فليس له الا كتفاء باجرة المثل (وبالجملة) فالاقدام من كل منهما فى صورتى الزيادة والنقيصة اوجب استحقاق المسمى دون المثل :ووجه الاخير هو اقدام العامل بالرضا بالاخذ بالاقل من المثل لو كان المسمى اقل وبان المسمى لم يسلم له لفساد المعاملة فلا يستحقه لو كان ازيد (و بالجملة) فملاك وجه الاخير هو جعل المناط اقدام العامل وهو موجب لعدم استحقاقه لاجرة المثل فيما اذا كانت ازيد هذا ولا يخفى ما فيهما من الضعف ،،وذلك لان اقدام العامل باخذ الا نقص من اجرة المثل فى صورة نقصان المسمى عن المثل او المالك باعطاء الازيد فى صورة زيادة المسمى على المثل وان كان صحيحاً الا انه لا ملزم لهما على الا لتزام بما اقدما عليه مع فساد المعاملة لعدم امكان التمسك بشيئى من العمومات لاثبات لزوم ما اقدما عليه من آية الحل والتجارة ووجوب الوفاء بالعقد كما هو الظاهر وكذا دليل عموم الشرط لعدم شموله للشروط الا تبدائية ومع عدم الملزم لهما فى البين فلكل واحد منهما الرجوع عما اقدما عليه فح فالمرجع هو اجرة المثل و هو الوجه الثانى وهو الحق الذى لا محيص عنه

واعلم ان ثمرة الاقوال تظهر فيما اذا كان المسمى مخالفا مع المثل كمية او كيفية او بهما معا و المراد بالاختلاف فى الكم هو التفاوت فى الزيادة والنقصان ولو كان المسمى من جنس المثل والمراد بالاختلاف فى الكيف هو التفاوت فى الجنس ولو كان المسمى مساويا فى القيمة مع المثل كما اذا جعل المسمى منا من الحنطة الذى يساوى الدرهم الذى هو اجرة المثل مثلا واما مع تساوى المسمى مع المثل كما و كيفا فلا يكون فى الاقوال المذكورة ثمرة اصلا

قوله قده ولعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطات بالاجماع

فى الرهن على النحو الذى اجروها فى البيع (الخ) اعلم انه يمكن الاشكال فى اجراء المعاطات فى الرهن من وجهين (الاول) ما اشار اليه فى الكتاب ،، وحاصله ان هاهنا اجماعين (احدهما) الاجماع على ان الرهن لازم من طرف الراهن (وثانيهما) الاجماع على عدم لزوم ماينشاء بالفعل وان اللزوم فى جميع العقود يتوقف على الايجاب والقبول اللفظيين ومقتضى الجمع بين الاجماعين هو بطلان المعاطاة فى الرهن لكون صحته ملازما مع لزومه من طرف الراهن وهو مخالف مع الاجماع على عدم لزوم ماينشاء بالفعل

ولكنه يجاب عنه بان اللزوم كما تقدم سابقا وسياتى فى التنبيه الاتى ايضا على قسمين حكمى وحقى والمراد بالاول هو ما كان المعاملة فى ذاتها مقتضية للزوم تعبدا من الشارع كالنكاح وبالثانى ما كان اللزوم فيها ناشيا عن التزام المتعاملين والاجماع المنعقد على عدم لزوم ماينشاء بالفعل انما هو ينفى اللزوم العقدى والاجماع المنعقد على لزوم الرهن من طرف الراهن انما يدل على كونه لازما باللزوم الحكمى ،، وثبوت اللزوم الحكمى للرهن بالاجماع : لاينافى نفى اللزوم العقدى عما ينشاء منه بالفعل ايضا

بالاجماع

الوجه الثانى ان الرهن ليس عبارة عن صرف التسليط الخارجى فلا يكون الفعل المجرد عن القول مصداقا له فيحتاج فى تحقق المصداق الفعلى منه الى انضمام القول بالفعل فيكون مصداقه مركبا من القول والفعل هذا وقد تقدم فى الامور المتقدمة ان التحقيق صحة انشاء المعاملة بالمركب من الفعل والقول فهذا المحذور ايضا غير وارد فتحصل ان الاقوى صحة المعاطات فى الرهن من غير اشكال

قوله قده اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة (الخ) قد تقدم فى صدر مسئلة المعاطاة ان مقتضى الاصل فيها هو الجواز على القول بالاباحة و اللزوم على القول بالملك وتقريب الاول هو التمسك باستصحاب بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة ولا تعارض مع استصحاب بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لانها محكومة باستصحاب بقاء السلطنة اذ الشك فى بقاء الاباحة اوزوالها بعد الرجوع ناش عن الشك فى بقاء السلطنة الثابتة قبل المعاطاة كما لايخفى

واما تقريب الثانى فقد تقدم من الادلة الدالة على اللزوم بناء على الملك من العمومات الاجتهادية والاصل العملى وذكرنا دلالة كل واحد من العمومات مفصلا ودللنا عدم صحة التمسك فى اثبات لزومها باية اوفوا بالعقود لخروجها عن عمومها بالتخصص لا بالتخصيص ثم ليعلم انه على القول بالاباحة فهى خارجة على وفق القاعدة وعلى القول بالملك و ان كان مقتضى الاصل والدليل هو اللزوم لكن الاجماع قام على جوازها

والمدرك لجوازها هو الاجماع وان كان منشاء اجماع المجمعين على الجواز هوخروجهاعن عموم آية اوفوا بالعقود الذى هو الاصل فى اثبات عموم كل عقد فهى جايزة على كلاتقديرى القول بالملك والاباحة الاانها تصير لازمة بطرو طوار موجبة للزومها و الكلام فى هذا التنبيه فى ملزماتها

ومما يجب انينبه عليه انه قد تقدم تقسيم كلمن اللزوم والجواز الى الحقى والحكمى وقلنا بان المراد من اللزوم الحكمى هو ماكان باقتضاء من ذات المعا ملةمع قطع النظرعن التزام المتعاملين بل نفس طبع المعاملة اينما تحققت تقتضى اللزوم ويترتب عليه عدم وقوع الاقالة فيها وعدم صحة شرطالفسخ فيها وعدم انفساخها بالفسخ الا ان يرد دليل بالخصوص على انفسا خها بالفسخ فيؤخذ به بمقدار دلالته ويقتصر عليه وذلك كالنكاح والمراد من اللزوم الحقى هوماكان ناشيا عن اقتضاءالتزام المتعاملين علىمضمون المعاملة من غيران يكون فىذات المعاملة اقتضاء اللزوم ويترتب عليه صحة شرط الفسخ فيها وقبولها للا قالة وانفسا خها بالفسخ ،، ومما ذكر ناظهر التفاوت بين اللزومين ثبوتا واثباتا حيث ان اللزوم الحكمى فىمرحلة الثبوت متميز عناللزوم الحقىمن ناحية اقتضاء ذات المعاملة وعدمه وفى مرحلة الاثبات متميز عنه بعدم جريان الا قالة والانفساخ واشتراط الفسخوجريانها كمالايخفى هذا هو مايقتضيهالتحقيق

ولكن المترائى منظاهر العبارة هو الفرق بينهما بكون الجواز الحكمى راجعا الىجواز ترادالعنيين ومتعلق الرجوع فىالجواز الحقى هو العقد وهذا بظاهره فاسدوذلكلوجهين

الاول انجعل ترادالعينينموضوع الرجوع فىالجواز الحكمى

بحيث لايمس بكرامة العقد مخالف لما هو المسلم من كونه صفة للعقد حيث يقال بان عقد الهبة ونحوه جايز فلو كان العينين هو الموضوع للرجوع فيكون اشبه بالتقاص

الثانى ان جماعة من الاصحاب ذهبوا فى باب الرجوع فى زمن الخيار الى انه يتعلق بالعين لا العقد ومعه فلا يبقى فرق بين الجواز الحكمى والحقى مع ان جواز الرجوع عن ذى الخيار حقى بلا ارتياب

وبمكن ان يوجه العبارة بان المراد هو بيان المائز بين الجواز الحكمى والحقى بعد اشتراكهما فى كون موضوع الرجوع هو العقد لا نفس التراد بتقريب ان موضوع الرجوع فى الجواز الحكمى هو نفس العقد ولازمه جواز التراد المتوقف على بقاء العينين وموضوع الرجوع فى الجواز الحقى هو الالتزام المدلول عليه العقد بالالتزام ولازمه جواز فسخ العقد حتى مع تلف العينين (فتامل)

وبالجملة فماذكر نا من الضابط فى تمييز اللزوم والجواز الحكمى عن الحقى من صحة الاقالة والانفساخ بالفسخ واشتراط الفسخ وعدمها اولى ،، اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاستصحاب الدال على اللزوم بناء على القول بالملك لايثبت الا ذات اللزوم من غير تكفل فى اثبات كونه حكميا اوحقيا

وكذا عموم آية التجارة ايضا لايستفاد منه الا اللزوم من غير نظر له الى بيان انه حكمى اوحقى وهذا بخلاف عموم وجوب الوفاء بالعقد اذ هو يدل على اللزوم الحقى فى كلما يصح التمسك به كما فى العقود اللفظية

ثم ان هاهنا جهاتا من البحث يجب تنبيحها اولا لى بناء على المختار فى المعاطات من كونها مفيدة للملك وانها تقتضى

ا للزوم لا جل الاستصحاب و عموم دليل ا لتجارة لابد فى ا ثبات جوازها من التمسك بدليل مثبت لجوازها وهو الا جماع المنعقد على جواز رجوع كل من المتعاطيين الى ما انتقل عنه ،، وقد عرفت ان ملاك انعقاده على الجواز هو عدم شمول آية وجوب الوفاء للمعاطات فى مرحلة الثبوت وكيف كان فالمتيقن من مقدار الاجماع هو الجواز مع بقاء العينين واما مع تلفها اواحد هما فيشك فى جواز الرجوع فيرجع الى العموم الدال على اللزوم اوالى الاستصحاب الدال عليه

فان قلت اذا ورد عام مثل اوفوا بالعقود وورد مخصص مثل دليل خيار الغبن وشك فى مقدار المخصص يكون المرجع هو استصحاب حكم المخصص لاعموم العام على ماحقق فى الاصول ،، خلافا للمحقق الثانى وعلى هذه القاعدة لابد فى المقام من الرجوع الى حكم المخصص لانه قبل تلف العينين او احدهما كان الجواز ثابتا ويكون الشك فى انقطاعه عند التلف او بقائه بعده

قلت مورد هذه القاعدة هو ما اذا كان الشك فى بقاء حكم المخصص من جهة دورانه بين القصير والطويل وبعبارة اخرى فيما اذا كان الشك فى مقدار بقاء الخاص فى عمود الزمان ومانحن فيه ليس من هذا القبيل بل الشك فى المقام ناش عن سبب التخصيص وكان راجعا الى ناحية سببه حيث ان المعلوم من سبب التخصيص اعنى الا جماع هو فيما اذا كان العينان باقيتين واما بعد التلف فليس فى البين سبب له

والحاصل ان الخارج عن عموم دليل اللزوم هو المعاطاة فى صورة بقاء العينين لانه خرج المعاطات عن عموم الدليل ويشك فى بقاء حكم المخصص بعد التلف فتامل فان الفرق بينهما لايخلو عن خفاء ولعله ياتى بزيادة توضيح فيه

الجهة الثانية الظاهر من قوله قدوحيث ارتفع مورد الترادامتنع (الخ) فى مقام الفرق بين الجواز الحكمى والحقى هواختصاص ثبوت جواز الحكمى بصورة بقاء العينين فلا يصح الرجوع مع التلف لارتفاع مورده بخلاف الجواز الحقى فانه يصح مع بقاء العينين ومع التلف الا انه عند التلف يرجع الى المثل اوالقيمة وهذامع مافيه من جعل موضوع الرجوع فى الجواز الحكمى هو التراد كماتقدم فاسد ،، وذلك لان جواز الحكمى ليس مختصا بصورة بقاء العينين على نحو الا طلاق بل يفصل فيه بين ما كان بناء المعاملة على الضمان وكانت معاوضيا وبين مالم تكن كك كالهبة فيشترط جواز الرجوع ببقاء العينين فى الثانى دون الاول وذلك اما فى الثانى فلان المعاملة ليست مبنية على الضمان فالواهب انماوهب العين بالمتهب لكى تيلفه بلا ضمان له بالمثل او القيمة فاذا كان باقيا فى يد المتهب فله الرجوع بعين ماله فاذا تلف فليس له الرجوع باخذ مثله او قيمته لكون مبنى المعاملة على عدم التضمين بالمثل والقيمة

واما فى الاول فلان بناء المعاملة على الضمان بالمسمى فاذا سلم المسمى فهو ومع عدمه اما بفساده من الاول او بواسطة الرجوع لابد من الرجوع الى المثل اوالقيمة وايس التلف فى هذه الصورة مانعا عن الرجوع بعد امكان الرجوع باخذ المثل اوالقيمة كمالا يخفى

الجهة الثالثة اذاصارت المعاطاة لازمة بالتلف او بغيره من الملزمات فهل هذا اللزوم الطارى حقى اوحكمى لايخلو كل منهما عن اشكال لبعد اللزوم الحقى بلا التزام فى البين كماهو المفروض وكون البيع المعاطاتى بعد تلف العينين اواحدهما لازما كالنكاح بحيث يحكم بعدم صحة التقايل فيه وعدم قابليته لاشتراط الفسخ يكون ابعد لعدم الالتزام باحكام اللزوم الحكمى فيه من احد من الاصحاب

وحل الاشكال هو اختيار كون اللزوم فيه حقيا لاحكميا بدعوى عدم الحاجة في اللزوم العقدي الى الالتزام العقدي دائما بل يكتفى في تحققه بجعله من الشارع وهذا كالجواز الحقي حيث انه قد يكون بجعل المتعاملين كما في خيار الشرط و قد يكون بجعل الشارع كما في خيار المجلس والحيوان وكذلك اللزوم الحقي تارة يكون بجعل المتعاملين كما في المعاملة العقدية و اخرى يكون بجعل الشارع كما في المعاطاة عند تغير العينين عما هو عليه فهذا اللزوم حقي يترتب عليه صحة التقايل وغيره مما يترتب على اللزوم الحقي لكنه لا يكون بواسطة التزام المتعاملين بل انما هو بجعل الشارع فتبصر

قوله قده اما على القول بالاباحة فواضح لان تلفه من مال مالكه

ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (الخ) لا يخفى ان ما افاده قده من كون التلف من مال مالكه هدم لما اسس به القول بالاباحة من لزوم تقدير الملك آنا ما قبل التلف كما تقدم تحقيقه عند نقل كلام كاشف الغطاء قده وكان مختاره قده ايضا 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 بناء على القول بالاباحة يتم ببيان مقدمة تأتي في موضعها تفصيلا واجمالها انه اذا تلف العين في زمن الخيار ثم فسخ ذو الخيار بعد تلفها فربما يقال بلزوم تقدير الملك وربما يقال بعدم لزومه وعلى فرض الحاجة الى التقدير فربما يقال بتقديره قبل التلف آنا ما لكي يقع التلف في ملك الفاسخ حتى يكون ضمانه المثل او القيمة على من وقع عنده التلف وربما يقال بتقدير التلف بعد الفسخ ووقوع الفسخ قبل التلف

والاقوى انه لا يحتاج الى التقدير اصلا لا تقدير الفسخ قبل التلف ولا تقدير الملك قبله وذلك لان المعاملة معاوضي وكل منهما مقدم عليها بالضمان المسمى فما دام المسمى سالم لمن له الخيار فهو والا فيرجع الى المثل او القيمة

ومع ثبوت الخيار له لو فسخ فان وجد عين ماله فهو و الا فيرجع الى المثل او القيمة فمع التلف لا يحتاج الفسخ الى تقدير اصلا ولو قلنا بلزوم التقدير لكان اللازم عدم تمشي الفسخ لمكان الاحتياج الى التقدير الذي لم يقم على صحته دليل لانه يصح الفسخ مع التقدير وبعبارة اخرى كلما كان صحة شيئ متوقفا على التقدير فان ورد الدليل بالخصوص على صحته فنأخذ به ونقول بالتقدير والا فيمنع صحته من رأس لمكان الحاجة الى التقدير لانه يلتزم بالصحة و يقال بالتقدير

اذا عرفت ذلك فنقول بناء على احتياج الفسخ الى تقدير الملك انا ما قبل التلف في اثبات ضمان المثل او القيمة لا يصح الفسخ في المقام بعد التلف بناء على القول بالاباحة ،، وذلك لان ضمان المسمى على القول بالاباحة متوقف على تقدير الملك آناً ما قبل التلف على ما تقدم في رد ما افيد من استلزام القول بالاباحة لتاسيس قواعد جديدة فاذا كان تقدير الملك آناً ما قبل التلف منشأ لتحقق ضمان المسمى فلا يعقل ان يصير منشاء لضمان المثل او القيمة ايضاً ،، وعلى هذا . فتلف العوضين ملزم على القول بالاباحة كما ذكر في الكتاب الا انه قده علله بكون التلف من مال مالكه وعلى ما ذكرنا فهو معلل بعدم كون تقدير الملك قبل التلف منشاء لضمان المثل او القيمة مع احتياج الفسخ الى التقدير ،، وبناء على المختار من عدم الحاجة في الفسخ الى التقدير فاللزوم يثبت بالاستصحاب اعني استصحاب ملكية كل واحد لما ينتقل اليه بالتلف واذا شك في تاثير الرجوع يكون المرجع هو ذاك الاستصحاب

و الحاصل انه لا تفاوت بين القول بالملك و الاباحة في جواز الرجوع قبل التلف و في عدمه بعده و ان كان يختلف وجه الحكمين اعني جواز المرجوع قبل التلف و عدمه بعده بالنسبة

الى كل من قولى الملك والاباحة ، اما جواز الرجوع قبل التلف بناء على القول بالملك فلقيام الاجماع عليه والافقد عرفت ان مقتضى القاعدة هو اللزوم بمعنى ان المستفادمن عموم دليل التجارة ونحوه هواللزوم وان كان عموم وجوب الوفاء بالعقود غير شامل للمقام ، واما وجه اللزوم بعد التلف فلان المتيقن من دليل المخصص للعموم هوالجواز مادام بقاء العينين واما مع تلفهما معا او تلف احديهما فلم يثبت مايدل على الجواز فيكون المرجع هومادل على اللزوم من العموم والاستصحاب وليس المورد من موارد التمسك بعموم المخصص كمافى مثل خيار الغبن لوشك فى فوريته لكون مورد التمسك بحكم الخاص هوما اذا كان الشك فى بقاء حكم الخاص لاجل الشك فى طول عمره وقصره بحسب الزمان لامثل المقام الذى ليس الدليل متكفلا لاثبات حكم الخاص بازيد من مورد بقاء العينين وذلك نظير جواز الرد الثابت بخيار العيب حيث انه مختص بصورة بقاء العين ومع تلفها فلارد

واما وجه الجواز قبل التلف على القول بالاباحة فلكونه الموافق مع القاعدة لبقاء كل واحدة من العينين على ملك مالكه الاول واماوجه اللزوم بعده على هذا القول فلانتقال كل من العينين عن مالكها الى الاخر آناما قبل التلف واذاشك فى جواز ارتجاعها عنه فيقال بعدم الجواز اما من جهة وجوب الوفاء بالعقد لوقلنابان الفعل التسليطى المترتب عليه النقل والانتقال عند التلف التزام من الطرفين فيشمله عموم وجوب الوفاء اومن جهة استصحاب بقاء كل من المالين على ملك من انتقل اليه الا ان هذا الاستصحاب لايخلو عن منع لاجل تلف العين ولامعنى لبقاء الملكية بعد تلف العين

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

اوبرائةذمة من وقع عنده التلف لو كان التالف احدى العينين : وهذا الاصل لاغبار عليه ضرورة أن التالف قبل الرجوع مضمون بالمسمى وبعد الرجوع يشك فى ثبوت الضمان بالمثل اوالقيمة ويكون المرجع فى هذا الشك هو اصالة العدم

وثانيهما استصحاب بقاء الملكية الثابتة اذا ما قبل التلف لاثبات عدم جواز الرجوع الى المثل اوالقيمة ضرورة ان عدم جواز الرجوع من آثار تلك الملكية الثابتة قبل التلف اذلاملكية بعده لسلب الملكية بعد التلف بسلب موضوعها ،،ولافرق فيما ذكرنا بين ماذا كان الجواز حقياً اوحكمياً، لان التحقيق كون الموضوع فى كليهما هو المعاملة وما يترائى من ظاهر العبارة فى الكتاب بجعل موضوع الجواز الحقى هو المعاملة والجواز الحكمى نفس تراد العينين وقال بعدم الجواز بعد التلف لاجل عدم الموضوع ليس بصحيح

هذا كله فيما اذا تلف العينان ومنه ظهر حكم تلف احد يهما اذ بتلفها يتحقق اللزوم على كلا القولين ، ،اما على القول بالملك فواضح لاختصاص دليل الجواز بصورة امكان تراد العينين و هو الاجماع و اما على القول بالاباحة فلكون تلفها كاشفاعن تحقق الملك قبل التلف اناما فيصير العين الموجودة لمن هى عنده و معه فلا موجب للارتجاع بل العموم و الاصل يدلان على عدمه . هذا هوما يقتضيه التحقيق بناء على كلا القولين ،، و لكن على القول بالاباحة قداستوجه بعض المشايخ وفاقا لبعض معاصريه بتعا للمسالك على ما فى الكتاب قدس الله اسرارهم اصالة عدم اللزوم لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة وملكه لها ،، و فيه انه لامحصل لهذا الاصل بعد القطع بانتقاض الحالة السابقة بانتقال العين الموجودة عن مالكه الى من بيده بواسطة تلف الاخرومع هذا القطع

بالانتقاض فلاسبيل الى الرجوع الى اصالة بقاء سلطنة مالكها بل المرجع هو اصالة سلطنة المالك الثانى الذى انتقل اليه العين الموجودة تبلف العين الاخر ومقتضاه اللزوم ،، و دعوى عدم حصول الانتقال بواسطة التلف : هدم لما تقدم فى المنع عن لزوم القول بالاباحة لتأسيس القواعد الجديدة كما تقدم ،، هكذا ينبغى ان يورد عليهم قدس اسرارهم لكن فى الكتاب قال قده وفيه انها معارضة باصالة برائة ذمته عن مثل التالف اوقيمته و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله الى ان قال ولكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل اوالقيمة (الخ) و لايخفى عدم استقامة ما افاده بكله ،، اما اولا فلانه بناء على التحقيق من تحقق الملك اناما قبل التلف فلا تنتهى النوبة الى التمسك باصالة بقاء السلطنة فى اثبات الجواز ولا الى دفعه بمعارضتها باصالة برائة الذمة عن مثل التالف او قيمته لكى ينتهى الامر الى بيان تحقق كونهما متعارضين اوان بينهما الحكومة

و اما ثانيا فلما فى منعه من التمسك بعموم على اليد فى المقام مستدلا له بالقطع بعدم الضمان قبل تلف العين ولا بعده اذا بنى مالك العين الموجودة على امضاء المعاطات وذلك لان مقتضى على اليد هو ليس ضمان المثل او القيمة مع وجود العين بل انما مفاد على اليد ردها ما دامت موجودة ورد ما كان اقرب اليها لو صارت معدومة ولو منع عن التمسك به فى المقام لانسد باب التمسك به فى كل معاملة خيارى اذ قبل التلف لاضمان على ماذكره وكذا بعده اذالم يختر الفسخ وهذا كما ترى والتحقيق هو ان المتعاملين لما لم يقدما الا على الضمان بالمسمى وما دامت العين سالمة لهما فهو والا فيرجع الى الاقرب اليها من المثل او القيمة كل

ذلك بواسطة دليل الضمان وان كان استفادة هذه الجملة بتمامها من عموم على اليد مشكلا الا انه اشكال علمى يرد عليه والا فاصل المطلب ثابت من غير اشكال

واما ثالثا فلما فى ماذكره من حكومة اصالة بقاء سلطنة المالك الاول على اصالة برائة ذمة من وقع التلف عنده عن المثل اوالقيمة ،،لان الاصلين متعارضان لكونهما فى رتبة واحدة وليس بينهما سببية ولامسببية وذلك لان الشك فى الاشتغال بالمثل والقيمة ناش عن الشك فى بدلية العوض المسمى اذلو كان المسمى عوضالم ينته الى المثل او القيمة فثبوت المثل اوالقيمة منوط بعدم بدلية المسمى فالشك فى ثبوتهما ناش عن الشك فى ثبوته لكن اصالة بقاء سلطنة المالك الاول لاتدل بنفسها على نفى بدلية المسمى لان بدلية المسمى من اثار عدم بقاء سلطنته فمؤدى اصالة بقاء السلطنة ليس سببا لثبوت المثل اوالقيمة بل انما ثبوتهما سبب لازمه والحاصل ان لازم بقاء سلطنة المالك الاول هو نفى المسمى فلو كان الاصل جاريا فى نفى المسمى بنفسه لكان حاكما على الاصل الجارى فى برائة الذمة عن المثل او القيمة واما الاصل الجارى فى بقاء السلطنة الملازم مع عدم بدلية المسمى فهو ليس بحاكم عليه الا على تقدير اثبات لازمه المتوقف على الاصل المثبت ، فظهر ان الحق هو تعارض الاصلين على تقدير تسليم جريان اصالة بقاء سلطنة المالك الاول و اما بناء على ما حققناه فلامجرى لهذا الاصل اعنى اصالة بقاء سلطنة المالك بل المرجع هو اصالة برائة الذمة عن المثل اوالقيمة لو كان الراجع منهما من بقيت العين عنده واصالة بقاء العين الموجودة على ملك من انتقلت اليه بالتلف لو كان الراجع فيهما من تلف العين لديه وهذا التفاوت بين الاصلين نشاء من عدم

امكان اجراء الاصل فى بقاء الملكية بالنسبة الى التالف كما لا يخفى هذا كله مع قطع النظر عن اصالة بقاء العلقة الثابتة قبل التلف اما لانه مع جريانها تكون حاكمة على اصالة برائة الذمة عن المثل او القيمة ولو كانا موافقين اذ الشك فى برائة الذمة ناشئ عن بقاء اثر تلك الملكية الثابتة قبل التلف و باستصحابها لاثبات اثرها يرتفع الشك عن البراءة

واما رابعا فلما فى قوله قده مع ان ضمان التالف ببدله معلوم الان الكلام فى ان البدل هو البدل الحقيقى اعنى المثل او القيمة او البدل الجعلى اعنى العين الموجودة فلا اصل انتهى، ومراده قدس سره هو المنع عن اجراء كل واحد من الاصلين فى المقام مع قطع النظر عن المعارضة، وذلك للعلم بضمان التالف المردد بين كونه بالمثل او القيمة او بالمسمى: والعلم بالضمان مانع عن اجراء الاصل فى نفى ضمان المثل او القيمة او المسمى، فلا يجرى الاصل فى نفى المثل او القيمة ولا فى نفى المسمى: و وجه فساده هو ان ماذكره يصح فيما اذا كان المتيقن فى مرحلة الثبوت واريد احراز بقاء احدى الخصوصيتين بالاصل اذ لا مورد لاجراء الاصل فى شيئى منهما لعدم العلم بحدوث شيى من الخصوصيتين، كما اذا علم بملاقات النجاسة لاحد الانائين الطاهرين فانه لا يجرى استصحاب بقاء النجاسة فى شيئى منهما لعدم العلم بنجاسة كل واحد منهما بالخصوص..: لا فى مرحلة البقاء كما اذا علم ملاقات احد الانائين النجسين بالمطر فانه لامانع عن اجراء الاصل فى اثبات بقاء نجاسة كليهما و ان كانا لايجريان معاً لمكان المعارضة و ما نحن فيه من هذا القبيل فانه قبل التلف لم يكن ضمان بالنسبة الى المثل او القيمة ولا بالنسبة الى المسمى و بعد التلف يتحقق ضمان مردد بين المثل او القيمة وبين المسمى فحال هذا الضمان المتيقن هو بعينه حال المطر الواقع على احد

الانائين النجسين فلا يمنع عن استصحاب عدم ضمان المثل اوا لقيمة ولا عن استصحاب عدم ضمان المسمى وانما المانع عن اجرائهما هو المعارضة بينهما لمكان العلم الاجمالى بتحقق احدهما

واماخامسا فلما فى قوله مضافا الى ماقد يقال من ان عموم الناس مسلطون على اموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود باخذه وعلى المال التالف بأخذ بدله ،، فان التمسك بهذا العموم منوط على كون المال الموجود ملكا للاخذ لكى يثبت صحة تصرفه بذاك العموم ،، واما لولم يكن ملكا له فلايمكن احراز صحة اخذه بعموم الناس مسلطون،، والمفروض خروج هذا المال عن ملكه وانتقاله الى من بيده بواسطة تلف الاخر وكذا انتقال التالف الى من وقع التلف عنده ومع هذا الفرض فلا موقع لهذا التمسك اصلا و لو اريد احراز بقاء ملكيته باستصحاب بقاء السلطنة فيرجع الى ما تقدم ويرد عليه المنع السابق من ان المورد مورد استصحاب بقاء ملكية كل مال لمن انتقل اليه بالتلف المقتضى للزوم وعدم جواز تصرف كل بالاخذ .وبالجملة فما افاده قده فى هذا المقام لايستقيم بوجه اصلا

و لاباس باعادة ما يرد على العبارة بعد ايضاحها تفصيلا فنقول

قوله قده لاصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها

يمكن ان يكون قوله وملكه لها عطفاً تفسيريا لسلطنة مالك العين فيكون الحاصل هو التمسك باصالة بقاء العين على ملك مالكها الاول ويمكن ان يكون مغايرا معه بان يكون الغرض منه هو الاستدلال باصالة بقاء ملك المالك الاول وان المراد من اصالة بقاء سلطنة مالك العين هو بقاء علقة مالك العين على العين ولو بعد خروجها عن ملكه بالتلف نظير ماقالوا من عدم انقطاع علقه المالك عن العين فى المعاملة الخيارية بتمامها بل انما يبقى

من علقته شيئي بها يصح منه الفسخ وان حق الفسخ ليس حقا جديداً يثبت بالعقد بل انما هو حقه الموجود قبل العقد الغير الزائل بسبب العقد، هذا . وكيف كان فلا يمكن المساعدة معه في شيئي من الاحتمالين لعدم اجراء شيئي مق الاصلين لا اصالة بقاء العين على ملك مالكه الاول ولا اصالة بقاء سلطنة المالك بعد انتقال العين عنه بواسطة التلف اما الاول فللقطع بانتقال العين الموجودة عن مالكها الى الاخر بواسطة تلف العين

واما الثاني فلانه بعد الانتقال لا تبقى علقة للمالك الاول اصلا فعلقة الملكية التي بينه وبين العين بتمامها وكمالها تتعلق ببدل العين المنتقلة اليه بحيث لا يبقى منها تعلق الى العين المنتقلة عنه بوجه اصلا وانما حق الخيار حق جديد يثبت بالعقد اما بجعل الشارع كما في مثل المجلس والحيوان او بجعل المتعاملين كما في مثل خيار الشرط من غير فرق في ذلك بين كون الجواز حكميا او حقيا كما سيأتي تحقيقه في مباحث الخيارات ومع القطع بانقطاع علقة المالك بتمامها عن العين الموجودة لا ينتهي الى الشك حتى يستصحب بقاء سلطنته فظهر ان الاصلين لا مجرى لهما ابدا وانه مع القطع بانتقال العين الموجودة الى مالك العين التالفة لو شك في ارتجاعها عنه الى مالك الاول يكون المحكم هو اصالة بقاء مالكية المالك الثاني او اصالة برائة ذمة مالك الاول عن المثل او القيمة مع قطع النظر عن حكومة اصالة بقاء ملك المالك الثاني عليها كما بيناه

قوله قده وفيه انها معارضة باصالة برائة ذمته عن مثل التالف او قيمته (الخ) ظاهر العبارة تسليم اجراء اصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة لكنه يمنع عن اجرائها لمكان المعارضة وقد عرفت انه لا مجرى لها بعد القطع بانتقاض الحالة السابقة بواسطة انتقال العين الموجودة الى مالك العين

التالفة بسبب التلف فالمرجع (ح) هو اصالة برائة الذمة عن المثل او القيمة مع قطع النظر عن محكوميتها باصالة بقاء ملكية من انتقل اليه العين بالتلف

قوله قده و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله (الخ) لايخفى ان الاولى ان يستدل لعدم امكان الاستدلال بعموم على اليد فى المقام بان عمومه انما يدل على ضمان المثل او القيمة على تقدير الفسخ لا مطلقا فاثبات ضمان المثل او القيمة مطلقاً بما يدل على اثباته فى حال دون حال يكون كاثبات وجوب اكرام زيد فى حالتى العلم و الجهل بعموم وجوب اكرام العالم و هو كما ترى واما ماافاده قده من انه قبل التلف لم يكن يد ضمان بل و لا بعده اذا لم يرد الرجوع انما الكلام فى الضمان اذا اراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعا. فلايستقيم اصلا لان مقتضى اليد ليس الاضمان المثل بعد الرجوع لان ضمانه بعد الرجوع ليس من مقتضى اليد ،، مع ان قوله قده بان اليد قبل التلف لم يكن يد ضمان لامعنى له بعد القطع بكون المعاملة معاوضية لامجانية،، اللهم الا ان يكون مراده نفى ضمان المثل او القيمة و هو و ان كان صحيحاً الا ان ضمان المثل او القيمة فى كل مورد يتحقق انما يتحقق بعد التلف اذ لا معنى له على تقدير عدم التلف ،، ومنه يظهر ما فى قوله بل و لا بعده اذا لم يرد الرجوع.. مضافا الى ان نفى ضمان المثل او القيمة عند عدم ارادة الرجوع متحقق فى كل معاملة خيارية و لازمه عدم صحة التمسك بعموم على اليد لا ثبات ضمان المثل او القيمة فى كل معاملة خيارية يقع الفسخ فيها بعد تلف احد العينين : وهو مخالف لما بنوا عليه و بنى هو ايضاً من التمسك بالعموم المذكور فى اثبات ضمان المثل او القيمة

قوله قده و لكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة (الخ) الظاهر

ان يكون المراد بهذا الاصل هو نظير ما قالوا من بقاء السلطنة بعد الانتقال عند ثبوت حق الخيار ولايخفى انه بناء عليه لاحكومة بينه و بين اصالة عدم الضمان بالمثل لان الضمان بالمثل مسبب عن انتفاء بدلية المسمى لاعن بقاء السلطنة فثبوت ضمان المثل مسبب عن اللازم المترتب على بقاء السلطنته فاصالة بقائها على تقدير الجريان معارض مع اصالة عدم الضمان بالمثل لاحاكمة عليها وما يكون حاكماً اعنى اصالة عدم بدلية المسمى غير جارية للقطع بثبوت بدليته بواسطة تحقق الانتقال بالتلف

قوله قده ولو كان احد العوضين دينا في ذمة احد المتعاطين

(الخ) كان الكلام المتقدم في تلف العينين او احديهما اذا كان التعاطي بالعين ولو كان احد العوضين دينا كما اذا باع المديون عينا بالدائن بالدين الذى في ذمته فهل يكون ابراء ذمة المديون عن الدين بعد البيع في حكم التلف فيكون ملزما للمعاطات مطلقاً بناء على القول بالملك والاباحة او لايكون كذلك مطلقاً او يفصل بين القول بالملك وبين القول بالاباحة بالقول بكونه ملزما في الاول دون الاخير وجوه واحتمالات و **تفصيل الكلام** يتم ببيان مقدمة وهي انه وقع الخلاف في بيع الدين على من هو عليه كبيع من ينعتق عليه بعد الاتفاق على حصول براءة الذمة في الاول والانعتاق في الاخير في ان المبيع اعنى الدين في الاول والعبد في الثاني هل ينتقل الى المشترى ثم يتلف عليه بالابراء بمعنى الاسم المصدرى في الاول والانعتاق في الاخير او التلف يحصل بنفس انشاء البيع و المنشاء وان كانت ملكية الدين لمن هو عليه او العبد لمن ينعتق عليه الا انه ينتج نتيجة التلف ،، ومنشاء القول الثاني. اما في باب الدين فهو لاجل استحالة ان يسلط الانسان على نفسه بمال ويملك على نفسه شيئا لعدم صحة اعتبار مال للانسان على نفسه والا فيصح ان يصير الانسان مستطيعا باعتبار الوف

فى ذمته و هو كماترى ،، والسر فى ذلك هو عدم صحة ذاك الاعتبار عند العقلاء و اذا ورد الدليل على صحة بيع الدين عليه ،، فلا بدمن ان يكون راجعا الى ابراء ذمته عن الدين بالعوض فيصير مآل بيع الدين عليه سقوط ذمته عن الدين بالعوض لا صيرورته ما لكا لما فى ذمته ،، و اما فى باب بيع من ينعتق عليه فلقيام الدليل على ان الانسان لايملك عموديه و نتيجة الجمع بينه و بين مايدل على الا نعتاق عليه بعد البيع هو كون بيعه عليه منتجاً للا نعتاق عليه بلا تحقق ملك المشترى له اصلا ،، ومنشاء القول الاول هو المنع عما ذكر فى وجه القول الثانى .. و اما فى باب الدين فلان المانع عن اعتبار المال للانسان على نفسه انما يمنع عن اعتبار كذلك على نحو الاستقرار : و اما اعتبار مالكيته لما ثبت فى ذمته عن الغير ملكا يترتب عليه الابراء لاملكا مستقراً . فلا منع عن اعتباره عقلا و عرفاً و اما فى باب العتق فلان الدليل الدال على عدم ملكية العمودين ايضاً انما يمنع عن الملك المستقر 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 ملك يترتب عليه العتق ومع امكان ذلك فلا موجب لصرف بيع الدين او بيع من ينعتق على المشترى عما يقتضيه معاملة البيع من مبادلة المال بالمال بل هو كسايرالبيوع فى كونه بيعا الا انه يترتب على هذا البيع تلف المبيع على المشترى لمكان عدم اعتبار المال للانسان على نفسه فى الدين ولعدم قرار الملكية على العمودين فى بيع من ينعتق عليه ،، و هذا هو الاقوى لما ذكر وسياتى تفصيله ايضا .. و على هذا القول يكون تلف الدين بعد دخوله فى ملك المديون كما انه يكون على القول الاول بنفس البيع بلا توسيط دخوله فى ملك المديون

،، و كيفما كان يتحقق التلف بسقوط ذمة المديون عن الدين اما ابتداء او بعد اعتبار دخوله فى ملكه ،، اذا تحقق ذلك فنقول فهل هذا التلف الاعتبارى الشرعى كالتلف الخارجى التكوينى فى كونه ملزما للمعاطات ام لا وجهان و الكلام تارة يقع فى حكم هذا التلف بناء على القول بالملك ،، و اخرى فى حكمه بناء على القول بالاباحة اما على القول بالملك فالحق انه كالتلف الخارجى فى كونه ملزماً لان الدليل الدال على الجواز انما يدل عليه مع امكان التراد كما تقدم و مع تلف الدين على من هو عليه لا يمكن التراد فلا يبقى مورد للجواز. و ماذكرناه ليس متوقفا على القول بصيرورة الدين ملكا لمن هو عليه ثم تلفه عليه كما هو الحق بل يصح و لو قلنا بترتب التلف على البيع بلا واسطة و ماذكرته فى العبارة بقوله قده فعلى القول بالملك يملكه من فى ذمته فيسقط عنه من جهة بيان ما هو المختار عنده لا من جهة ابتناء دخول الدين فى ملك من هو فى ذمته على الحكم بتلفه كما لا يخفى فان قلت فرق بين التلف الاعتبارى و بين التلف التكوينى الخارجى اذ التالف بالتلف الخارجى ممتنع العود لاستحالة اعادة المعدوم بخلاف التالف بالتلف الاعتبارى اذ هو يمكن ان يعود بالفسخ او بالاقالة فلا يكون فى حكم التلف و الى هذا اشار بقوله (و يحتمل العود) قلت هذا الفرق ضعيف فى الغايه اما او لا فلان الدين الساقط عن الذمة لا يعود بالفسخ و الاقالة اصلا بل الفسخ او الاقالة يصير منشاء لاعتبار مثل ما كان عليه فى ذمته ايضاً فيكون حال الفسخ فى المقام كحال الفسخ فى بيع العين بعد تلفه بلا تفاوت و اما ثانيا فلانه لو سلم عود الدين الموجود قبل البيع بشخصه فى الذمة بعد الاقالة او الفسخ لكن ما لم يقع الفسخ لم يكن له اعتبار الوجود فى الذمة فيكون بحكم التلف و حينئذ فجعل امكان تحققه فى الذمة بالفسخ منشاء

لجواز الفسخ يكون دوراً اذجواز المعاملة (ح) متوقف على امكان عود الدين وامكان عوده يتوقف على جواز المعاملة لانه مع لزومها لايكون العود ممكنا لعدم امكان الفسخ والى هذا اشار بقوله قده (وهوضعيف) هذا كله بناء على القول بالملك ،،واماعلى القول بالاباحة فالحكم ايضاً كذلك الا انه لا يخلو عن اشكال اشار اليه بقوله فافهم،، و توضيحه ان صرف اباحة الدين على من هو عليه لا يوجب اتلافه عليه لا نها لا تستلزم سلطنة المديون على نفسه الااذا تصرف فيه بعد الاباحة بتصرف يكون مبرءله فنفس الاباحة بماهى اباحة لاتوجب ابراء ذمة المديون و لاانتقال الدين اليه هذاو لكنه ضعيف لان المنشاء بالمعاطات بناء على الاباحة ليس هو الاباحة حتى يكون مفاد المعاطات مفادا لا باحة بالقول بل المعاطات لما كان تسليطا والتسليط عند القائل بالا باحة لايقع مصداق التمليك بل هو مصداق للا باحة يقول باقتضائه الاباحة فالمتحقق بالمعاطات هو التسليط و (ح) فنقول ،، كما لا يصح تمليك الانسان على نفسه شياء كذلك لا يصح تسليطه على نفسه بل عدم صحة مالكيته على ما فى نفسه ناش عن عدم صحة سلطنته على نفسه فالتسليط كالتمليك لو وقع على ما فى الذمة يقتضى سقوطه عنها فيكون حال المعاطات على القول بالا باحة بعينه حالها على القول بالملك فى اقتضائها تلف ما فى الذمة لو وقعت عليه نعم لو كان المنشاء فى المعاطاة هو الا باحة لكان لما ذكر وجه لكنه ليس كك كما عرفت

قوله قده ولو نقل العينين اواحد هما بعقد لازم (الخ) لما فرغ عن الكلام فى حكم المعاطاة عند تلف العينين او احديهما حقيقة اوحكما اراد ان يبين حكم غير التلف من بقية الملزمات وهى امور (منها) نقل العينين او احديهما بعقد لازم ،، و الكلام يقع تارة فى حكم هذا العقد اللازم من

كونه ملزما للمعاطاة امّلا،،واخرى في حكم رجوع العين المنتقلة الى من انتقل عنه بواسطة فسخ ذاك العقد اواقالته ،، اما المقام الاول : فلا اشكال في لزوم المعاطات بوقوع ذاك العقد بناء على القول بالملك ،، لما عرفت من ان جواز الرد في المعاطاة كان منحصراً بصورة امكان التراد ومع وقوع العقد فلا يمكن التراد فلا موقع معه للجواز وكذا على القول بالاباحة ،، وذلك لان وقوع العقد الناقل يكشف عن سبق ملك من صدر عنه العقد وصيرورته مالكاً لكي يقع الانتقال عنه على الطريق الاعوجاجي و يكون امكان الخروج عن ملكه بالفسخ متوقفاً على امكان التراد المفروض امتناعه حين تحقق العقد واما المقام الثاني فعلى القول بالملك فلا يجوز الرد بعد رجوع العين المنتقلة الى المنتقل عنه بواسطة الفسخ او الاقالة سواء قلنا بان الزائل العائد كان لم يزل اوانه كان لم يكن او فصلنا فيه بين ما اذا كان العود بالفسخ او بالاقالة و قلنا فيه بانه كأن لم يزل و بين ما اذا كان بعقد جديد وقلنا فيه بانه كان لم يكن و **توضيح هذه** الجملة يحتاج الى بسط فنقول اذا اشترى شيا ببيع خيارى ثم باعه من اخر ثم انتقل عن المشترى الثاني اليه بفسخ او اقالة او عقد جديد ثم فسخ البايع الاول فهل يرجع الى العين الموجود عند المشترى لانه موجود عنده بالفعل و يكون انتقاله عنه الى المشترى الثانى كان لم يكن فكان الملك كان لم يزل او يرجع الى المثل او القيمة لصيرورة العين بسبب الخروج عن ملك المشترى الثانى كالمعدوم التالف ودخوله في ملكه بالفسخ او بالاقالة او بالعقد الجديد موجب لتملك جديد فيكون كان لم يكن او يفصل بين ما اذا كان الانتقال اليه بالفسخ او الاقالة فيقال برجوع البايع الاول (ح) الى العين لان الزائل العائد كان لم يزل وذلك لانفساخ موجب الانتقال بالفسخ او الاقالة فالمشترى الاول (ح)

يتملك العين عن مشتريه بالعقد الاول اعنى العقد الواقع بينه وبين البايع الاول . فهذه الملكية الحاصلة بعد الفسخ والاقالة هى الملكية الموجودة قبل البيع الثانى المتقومة بالعقد الاول والعقد الاول هو القيوم لها ،، وبين ما اذا كان الانتقال اليه بعقد جديد فيقال برجوع البايع الاول بعد الفسخ (ح) الى المثل او القيمة لان الزائل (ح) كان لم يعد. وذلك لان العقد الجديد موجب لانتقال العين اليه بهذا العقد لا بالعقد الاول فقيوم الملكية (ح) هو العقد الجديد لا العقد الاول واذا لم يكن العقد الاول قيوم هذه الملكية فبزواله لا يستحق البايع الاول لهذه العين التى ملك للمشترى بالعقد الثانى وتكون ملكيته متقومة به لا بالعقد الاول وهذا هو الاقوى

اذا تحقق ذلك فنقول فى المقام لو رجع العين الى من انتقل عنه لايجوز الرجوع عن المعاطاة بعد رجوعها مطلقا سواء كان رجوع العين اليه بالفسخ او بالاقالة او بالعقد الجديد بدقلنا بكون الزائل كان لم يزل او كان لم يعد مطلقا او اخترنا التفصيل ،، وذلك للفرق بين المقام وبين مورد فسخ البايع فى المثال المتقدم ،، وذلك . لان جواز الرجوع فى باب المعاطاة كان منحصرا بصورة امكان التراد المنتفى عند تحقق العقد الناقل قطعا. وبعد رجوع العين الى من انتقل عنه يشك فى جواز الرجوع الى المعاطاة فيكون المحكم هو استصحاب عدمه الثابت بعد العقد الناقل وقبل رجوع العين الى من انتقل عنه

لايقال هذا يتم لو لم يكن اللزوم الحاصل بسبب العقد الناقل مشروطا بشرط عدم رجوع العين الى من انتقل عنه بالشرط المتأخر والا فلا لزوم مع رجوع العين اليه ،، لانه يقال لادليل على اعتبار هذا الشرط اصلا فلو فرض الشك فيه . فانما يتصور فى مرحلة بقاء اللزوم . والا فلا اشكال

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

ومنه يظهر انه لاسبيل الى اجراء استصحاب جواز الرد الثابت قبل العقد الناقل للقطع بانقطاعه بالعقد فموضوعه محرز العدم فما افاده قده بقوله فالموضوع غير محرز في الاستصحاب ليس على ماينبغي بل الحق ان يقال الموضوع محرز العدم ،،ولا فرق فيما ذكرنا بين كون الرجوع بالفسخ اوبالاقالة او بالعقد الجديد . قلنا بان الزائل العائد كان لم يزل او كان لم يعد او بالتفصيل اذ على جميع التقادير يكون المرجع هو استصحاب اللزوم لانقطاع الجواز السابق على العقد الناقل بتحققه حتى على احتمال كون الفسخ من حين العقد وانه يرفع اثر العقد من حين حدوثه فعلى هذا الاحتمال ايضاً العقد حين تحققه كان رافعا لحكم الجواز الثابت قبله بواسطة صيرورته منشاء لامتناع التراد ومعه فالمرجع هو استصحاب اللزوم كمالايخفى هذا على القول بالملك واما على القول بالاباحة فالامر اظهر ،، وذلك . لان تصرف احد المتعاطيين بمافي يده بالعقد الناقل يصير منشاء لانتقاله اليه وبعد فسخ العقد الناقل لاموجب لاخراج ماوقع به التصرف عن ملك هذا العاقد اصلا ولايتوهم في المقام اجراء استصحاب الجواز المتوهم جريانه على القول بالملك وان كان مدفوعاً على هذا القول ايضا بالقطع بانقطاع الجواز بواسطة تحقق العقد الناقل كما تقدم قوله نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فاذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الاول (الخ) توضيح هذه العبارة يتوقف على بسط في الكلام فنقول اذا باع ذو الخيار ماانتقل عنه بالعقد الخياري

او تصرف فيه بما حكم به بفسخ ذلك العقد الخيارى ففيما يتحقق به الفسخ احتمالات واقوال

الاول ان ان يكون الفسخ بارادة التصرف فتكون ارادة البيع من ذى الخيار فسخا فبارادته يرجع المال اليه ثم يقع انشاء البيع الثانى فى ملكه اى فى حال انتقل المبيع اليه بسبب الفسخ بالارادة. وهذا هو مختار المحقق الثانى وجماعة منهم الصنف قدس اسرارهم ،، وعليه كان بناء العبارة المتقدمة فى قوله لان التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف بمعنى ان التصرف كاشف عن تحقق ملك المتصرف قبل التصرف بواسطة ارادة التصرف

الثانى ان يكون الشروع باول البيع مثل التكلم بكلمة باء بعت مثلا فسخا موجبا لانتقال المال الى المتصرف و تمامه بيعا موجبا لا نتقال المال عن المتصرف الى المشترى الثانى ولازم ذلك وقوع اول البيع فى ملك الغير وهو المشترى الا ول وهذا هو الذى اورد المحقق الثانى قده على القائلين به من لزوم كون اول الوطى فيما لو تصرف بالوطى زنآء ولمكان الفرار عن هذا اللازم التزم بكون ارادة الوطى هو المنشاء للفسخ لا الوطى نفسه

الثالث ان يكون الفسخ حاصلا بنفس التصرف فانشاء البيع الصادر عن ذى الخيار يترتب عليه منشاء آن طوليان (احدهما) انتقال المبيع عن المسفوخ عليه الى المتصرف و الثانى انتقاله عن المتصرف الى المشترى الثانى فالا نشاء واحد ولكنه يترتب عليه ملك المشترى الثانى بالطريق الا عوجاجى اى بتلقيه الملك عن البايع بعد انتقال الملك الى البايع عن المشترى الا ول

المشترى الاول

الرابع ان يكون الفسخ حاصلا بنفس انشاء البيع وملك المشترى الثانى يكون مترتبا عليه والفرق بينه وبين الثالث ان الفسخ والبيع بالمعنى الاسم المصدرى كلاهما على الثالث كانا مترتبتين على انشاء البيع لكن ترتبا طوليا وعلى القول الرابع يكون انشاء البيع هو بنفسه الفسخ لانه مما يترتب عليه الفسخ ،، وسياتى التفصيل فى هذه الاقوال وبيان ماهو المختار منها . والغرض الان هو بيان مايمكن اجرائه من هذه الاقوال فى المعاطات بناء على القول بالملك او الاباحة ومالايمكن ،، فنقول اما على القول بالملك فلو تصرف احد هما فيما انتقل عنه بالمعاطات فيجرى فيه كل واحد من هذه الاحتمالات . اذ يمكن ان تكون ارادة التصرف فسخا او ان الشروع فى التصرف كان هو الفسخ : او انه يترتب على التصرف الفسخ ووقوع ماهو مصداق التصرف طولا اعنى انتقال الملك عن المتصرف الى المشترى الثانى او كان انشاء التصرف فسخا ويترتب عليه المنشاء به

واما على القول بالاباحة فاذا تصرف احد هما فيما ابيح له بالمعاطاة بالعقد الناقل الموجب لانتقال المتصرف فيه من مالكه الى المتصرف ثم منه الى من هو طرف العقد فلايجرى الاحتمال الثانى والاخير بل لابد من ان يكون منشاء الانتقال اليه. اما ارادة التصرف وهو الاحتمال الاول : او ان التصرف مما يترتب عليه الانتقال اليه ثم عنه الى الاخر وهو الاحتمال الثالث لكن احتمال كون الارادة هى المملك ضعيف فى جميع هذه الابواب اعنى باب المعاطات على القول بالاباحة و باب الفسخ فيما كان الجواز فيه حقيا كالعقود اللفظية و ما كان حكميا كالمعاطات على القول بالملك فتعين الاحتمال الثالث اعنى القول بحصول الفسخ

بنفس التصرف،،والسر فى عدم تاتى الاحتمال الثانى و الاخير على القول بالاباحة هوان الكاشف عن انتقال الملك المتصرف فى المعاطات منحصر بالتصرف فاذا باع بيعا صحيحا يكون كاشفا عن انتقال الملك اليه لامطلق صدور البيع عنه ولو كان فاسد او هذا بخلاف تصرف ذى الخيار حيث انصدور البيع عنه مطلقا ولوكان فاسداً موجب للفسخ بل انكارالبيع منه فسخ فلا يمكن انيقال فى المقام بان اول الشروع فى التصرف محقق لانتقال المال الى المتصرف وبانتهائه ينتقال عنه الى الاخر وهو الاحتمال الثانى ولا ان التصرف بانشائه فسخ ويترتب عليه المنشاء اذلوكان الانشاء بماهو فسخا لكان البيع الفاسد فسخا ايضاً ضرورة تحقق الا نشاءفيه،، والسرفى ذلك هو كون تصرف المباح له موجبا لضما نه بالمسمى وصيرورة ماله الذى عند المبيح ملكا للمبيح بعنوان البد لية ومعلوم ان صرف التلفظ بباء بعتاو انشاء البيع ولو لم يصر ماعنده ملكا لمشتريه بالا نشاء لا يوجب انتقال ماله الذى عند المبيح الى المبيح اذ التلفظ بباء بعت اوصرف انشائه البيع فىمال المبيح ليس تصرفا فى ماله والموجب للضمان المعارضى هوالتصرف ومع عدم حصو لهفلايتحقق الضمان بالمسمى فلا موجب لانتقال ماعند المباح لهاليه بمثل التلفظ بباء بعت او بصرف الانشاء فلاجل هذه النكتة لابد من ان يقال بحصول ملك المتصرف اما بارادة التصرف فيمايترتب عليه التصرف الصحيح اويكون كل من لفسخ و اثر التصرف معلولان مترتبان على انشائه طولا

اذا عرفت ذلك فاعلم ان قوله قده نعم لوقلنابان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل ناظر الى الاحتمال الثالث كما ان قوله المتقدم(عليه لان التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف كان ناظرا الى الاحتمال

الاول الذى هو مختاره فى باب الفسخ وحاصل المراد انه لوقلنابان العقد الناقل هو السبب لانتقال المال الى المتصرف ثم عنه الى الاخر يمكن ان يقال بان فسخه موجب لارتفاع كلا الامرين الذين يترتبان عليه ولازم ذلك هو رجوع المال بذاك الطريق الاعوجاجى عن المشترى الى المتصرف ثم عنه الى مالكه الاول وذلك لزوال العقد الذى كان منشا لسير الملك بهذا الطريق الاعوجاجى ولكن هذا ضعيف كما افاده قده ووجه الضعف هو انه على القول بهذا الاحتمال ايضاً لايكون فسخ العقد الناقل موجبا لانتقال المال الى المالك الاول لان العقد الصادر من المتصرف كان سببا لامرين ،، احدهما الانتقال الى المتصرف ،، وثانيهما الانتقال عنه الى الاخر ولكن هذا العقد جايز بالجواز الحقى او الحكمى بالنسبة الى اثره الاخير وهو الانتقال عنه الى الاخر ولم يدل مايوجب جوازه بالنسبة الى الاثر الاول ونفس جوازه بالنسبة الى الاثر الاخير لايقتضى جوازه بالنسبة الى الاثر الاول فرجوع العين بعد الفسخ الى المتصرف لاجل فسخ العقد لايوجب رجوعه عنه الى المالك الاول كمالا يخفى ،، بل التحقيق ان يقال ان انتقال العين الى المتصرف ليس بسبب ذاك العقد الناقل وانما الموجب له هو التعاهد الصادر منهما بالمعاطات بكون هذا العين مضمونا عليه بضمان المسمى عند اتلافه عنده او نقله عنه بناقل الذى هو فى حكم الاتلاف فحكم العقد الناقل كحكم الاكل فكما ان اكله لايكون ناقلا عن مالكه الاول الى المباح له بل بالاكل يستكشف عن انتقاله اليه قبل الاكل انما بسبب التعاهد المعاطاتى فكذا العقد الناقل الصادر عن المباح له فالعقد لايكون سببا الا لانتقال المال عن المباح له الى مشتريه لاله ولا نتقاله عن المبيح الى المباح له معاً فزوال العقد بالفسخ لايوجب رجوع العين الى المبيح اصلا وعلى هذا فحق العبارة

ان يقال لو قلنا بالاحتمال الثالث وقلنا على هذا الاحتمال بعود الملك الى المالك الاول كان مقتضى القاعدة جواز التراد لو كان العوض الاخر باقيا لما ظهر من ان جواز التراد مترتب على القول برجوع الملك الى المالك الاول على هذا الاحتمال لا ان هذا الاحتمال ملازم للقول بعود الملك اليه ومنه يظهر ان وجه الضعف ليس هو ضعف هذا الاحتمال وان كان هو ضعيفا عنده قده لكنه على تقدير الالتزام بهذا الاحتمال الضعيف لا يمكن القول بعود الملك الى المالك الاول كما بيناه وقد عرفت ان مقتضى التحقيق هو القول بهذا الاحتمال على القول بالاباحة لضعف القول بناقلية ارادة التصرف فى جميع الابواب **قوله قده و كذا لو قلنا بان البيع لا يوقف على سبق الملك (الخ)** هذا وجه ثان لابداء احتمال ان يكون رجوع العين الى المباح له بالفسخ منشاء لامكان التراد الموجب لجواز فسخ المعاطاة وهو واضح ضرورة انه بناء على ان لا يحتاج فى انتقال المال الى المشترى الثانى الى الالتزام بدخوله فى ملك المباح له بل قلنا بخروجه عن ملك المبيح الى المشترى ودخول عوضه عن المشترى الى المباح له حتى يكون الثمن داخلا فى ملك من لم يخرج عنه المعوض، يكون فسخ هذا العقد موجبا لعود المالين على ما كانا عليه فيخرج المثمن عن ملك المشترى و يدخل فى ملك المبيح ويخرج الثمن عن ملك المباح له و ينتقل الى المشترى وعلى هذا يصير كل من المالين المتعاطيين ملكا لمالكه الاول كقبل تحقق هذا العقد الناقل هذا ولكنه ضعيف

اما اولا فلضعف هذا المبنى كما تقدم تفصيله واما ثانيا فلانه على تقدير القول بصحة هذا المبنى وامكان خروج احد العوضين فى البيع عن شخص و دخول العوض الاخر فى ملك شخص آخر لا يمكن الالتزام

به فى خصوص المقام وذلك لمكان الضمان المعاوضى و صيرورة مال المباح له ملكا للمبيح بواسطة هذا التصرف الناقل وهو لا يمكن الا بانتقال مال المبيح ايضا الى المباح له لكى يتحقق المعاوضة والا فلا يكون الضمان معاوضياً ومن المعلوم ان المباح له لا يوقع العقد الناقل على ماعنده بعنوان كونه ملكا للمبيح وانه ولى له او وكيل عنه او ماذون من قبله فى بيع ماله اذ لم يتحقق من المبيح شيئى من هذه الامور: بل ربما لا يكون راضيا ببيع هذا المال عنه وان كان راضيا ببيع المباح له اياه عن نفسه،، و بالجمله فمع الالتزام المعاوضى وانتقال مال المباح له الى المبيع بعنوان ضمان المسمى بالضمان لا محيص الا عن القول بانتقال مال المبيح ايضا الى المباح له. فلا يمكن القول بانتقال العين عن المبيح المشترى الثانى بالطريق المستقيم من دون السير فى الطريق الاعوجاجى ولو قلنا بامكان خروج احد العوضين عن ملك من لم يدخل فى ملكه العوض الاخر هذا تمام الكلام فيما اذا كان الناقل عقدا لازما والمتحصل منه لزوم المعاطات معه سواء انفسخ بسبب من فسخ او اقالة او لا وسواء قلنا فى المعاطات بالملك او قلنا بالاباحة

قوله قده ولو كان الناقل عقد اجايز (الخ) اذا كان الناقل عقداً جايزا يكون حاله حال العقد اللازم فى لزوم المعاطاة به سواء كان معاوضيا او غير معاوضى كالهبة وسواء كان جوازه حقيا كالبيع الخيارى او حكميا وسواء قلنا فى المعاطاة بالملك او قلنا بالاباحة وسواء رجع المال الى المنتقل عنه بفسخ ذاك الناقل الجايز او بعقد جديد او لم يرجع ،، و وجه الكل هو ماتقدم: اما على القول بالملك،، فلعدم امكان التراد آنا ماعند تحقق الناقل الجايز فيكون المرجع بالنسبة الى ما بعده على تقدير الشك هو استصحاب اللزوم: واما على القول بالاباحة فلكون هذا الناقل الجايز. موجبا لتحقق الضمان المعاوضى وصيرورة كل من المالين المتعاطيين

ملكا لمن بيده وبعد تحقق هذه المعاوضة فلا موجب للرجوع الى الحالة الاولى وعند الشك يكون المرجع هو استصحاب اللزوم اعنى بقاء كل ما على ملك من انتقل اليه كما لا يخفى

قوله قده نعم لو كان غير معاوضة كالهبة (الخ) يريد ابداء الفرق بين الناقل المعاوضى جايز وبين الغير المعاوضى بناء على القول بالاباحة وذلك بدعوى كون المانع فى الناقل المعاوضى عن امكان التراد هو استحالة خروج احد العوضين عمن لا يدخل فى ملكه العوض الاخر وهذا المانع مفقود فى الناقل الغير المعاوضى حيث انه لو وهب المباح له ما فى يده الى المتهب وقلنا بخروجه عن ملك المبيح الى المتهب بالطريق المستقيم لا يلزم محذور فح فسخ 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 ان يكون الرجوع منه لا من الواهب ولا يخفى ما فيه لان المباح له انما وهبه عن نفسه لا عن المبيح ولاية او وكالة او بالاذن منه والمفروض كون هذا التصرف موجبا لانتقال ماله الى المبيح بالضمان المعاوضى ومعه فلا بد من الالتزام بدخول مال المبيح الى ملك المتهب بالطريق الاعوجاجى وتقدير ملك المباح له انا ما فلا موجب لعوده الى المبيح (ح) مضافا الى انه على هذا التقدير اى تقدير كون الراجع فى الهبة هو المبيح لا الواهب لا بد من ان يقال بان الرجوع فى الهبة ابطال للمعاطاة لانه يصير منشاء لامكان التراد هذا ،، وعن المحشى المحقق (الخراسانى) الحكم برجوع العين الى المالك الاول بعد فسخ الهبة مع بقاء ما انتقل اليه مما فى يده بواسطة تصرف الواهب فى ملكه فيصير ما لكا للعوض والمعوض غاية الامر بطريقين اما ملك العوض فبتصرف الواهب فيما فى يده الموجب لصيرورة ما فى يد الاخر ملكا له ،، واما ملك المعوض

فبواسطة فسخ الهبة ،، ولا يخفى ان هذا فى الغرابة بمكان لان مقتضى انتقال مال الواهب الى الاخر الذى فى يده، هو انتقال مال هذا الاخر ايضا الى الواهب فيكون الواهب قد وهب ماله وكانت الهبة واقعة فى ملكه ويكون فسخ الهبة ايضا موجبا لعود المال اليه لا الى المالك الاول كما لا يخفى

قوله قده ولو باع العين ثالث (الخ) اذا باع العين فضولیا فاما ان يجيز المالك الاول او يجيز المالك الثانى فلا بد من التكلم فى حكم كل واحد منهما على تقدير القول بالملك والاباحة فعلى القول بالملك فان اجاز المالك الثانى يكون اجازته كبيعه المباشرى فى كونه ملزما للمعاطاة وان اجاز المالك الاول ،، ففى كون اجازته كبيعه فى كونه فسخا اشكال. ينشاء من ان الفسخ فى المعاملة المعاطاتية لا بد ان يكون بتراد العينين بخلاف الفسخ فى العقود لكون الجواز فى المعاطاة حكميا دونها واجازة بيع الفضولى ليس رد العين **ولكن** لا يخفى ما فيه من الوهن اذ المعتبر فى صحة الفسخ هو امكان التراد. بمعنى انه لو فسخ امكن ان يرجع الى العين فى مقابل الرجوع الى المثل او القيمة لانه يعتبر ان يكون الفسخ واقعا بالتراد كما كانت المعاملة واقعة بالتعاطى فلا فرق بين الجواز الحقى والحكمى من هذه الجهة اصلا. هذا على القول بالملك : وعلى القول بالاباحة فان اجاز المالك الاول فلا اشكال فى كونه رجوعا عن المعاطات لعدم اعتبار كون الرجوع بالتراد قطعا وان اعتبر ان يكون فى مورد امكان التراد،، وان اجاز المالك الثانى .ففى كون اجازته كبيعه فى كونه تصرفا موجبا للزوم المعاطاة اشكال ،،ينشاء من صدق التصرف فى العين على الاجازة كلا شكال فى اجازة المالك الاول على القول بالملك الناشيى عن اعتبار التراد المعلى فى الفسخ : وهذا هو مراده قده بقوله (ونيعكس الحكم اشكالا ووضوحا على القول

بالاباحة) و لايخفى عدم ورودالا شكال فى كون الاجازة كالبيع فى كونه تصرفا ملزما،،ضرورة ان المالك الثانى كما له ان يبيع ،، له ايجيز و كما ان بالبيع يتحقق الاستقلال وكذا بالاجازة فكلا هما يان فى صدق التصرف عليهما من غير تفاوت اصلا

ويمكن ان يستشكل فى اجازة المالك الاول بوجه اخر على كلا تقديرى القول بالملك والاباحة وتقريبه اما على القول بالملك فبان يقال فسخ احد المتعاطيين فى مورد امكان التراد يحتاج الى ردما عنده لكى يتمكن من استرداد ما عند صاحبه واما جواز نفس استرداد ما عند صاحبه بلا رد ما عنده فهو غير ثابت وعليه فاجازته استرداد يتوقف على الرد فنفس اجازته بما هى استرداد لا يقع بها الفسخ من دون رد ما عنده .هذا،،ومع الشك فى تحقق الفسخ بالاسترداد المنفرد عن الرد يكون المرجع هو اصالة عدم النفوذ

واما على القول بالاباحة ،، فبان يقال لما كان مال المباح له عند المبيح بعنوان المسمى يكون رجوعه فيما اباحه واسترداد ماله عن المباح له متوقفا على رد ماله اليه،، فما لم يرد مال المباح له اليه لم يجز له اخذ ماله عنه : والا جازة رجوع فى ماله فلا تبطل بها المعاطاة لو لم تكن مع رد ما عنده ،، وهذا الاشكال لو تم للزم المنع عن بيع المالك الاول ايضا لان بيعه ايضا استرداد محض لكن الاقوى ضعفه على القول بالاباحة لان رجوع المبيح عن الاذن فى التصرف الذى عبارة عن الاباحة لايتوقف على ردما عنده غاية الامر بعد الاسترداد يصير ما عنده مضمونا عليه بالمثل او القيمة نعم على القول بالملك يمكن الشك فى اعتبار الرد فى صحة الفسخ المقتضى لاجراء استصحاب عدم تأثير الاسترداد المنفرد عن الرد فى زوال الملكية الحاصلة بالمعاطاة كما لايخفى

قوله قده ولكل منهما رده قبل اجازة الاخر (الخ) هذا فرع ثان يترتب على بيع الفضولى لما صار عند احد المتعاطيين بالمعاطاة و هو جواز رد كل و احد من المتعاطيين للبيع الصادر عن الفضول على كلا تقديرى القول بالملك والاباحة امارد من بيده المال فعلى القول بالملك فظاهر حيث انه مالك للمال فله الرد كما ان له الاجازة وعلى القول بالاباحة فكك : حيث ان سلطنة بيع هذا المال ثابت له بواسطة المعاطات فله المنع عن بيعه كما تقدم من ان له بيعه

واما رد المالك الاول فعلى القول بالملك : فيقع فيه الاشكال لاجل الاشكال فى كون رد بيع الفضول بما هو رد دالا على فسخ المعاطاة بالدلالة العرفية وهو انما يتمكن من الفسخ الفعلى بما هو مصداق للفسخ بحسب حكم العرف ولا يكفى التلازم العقلى بين رد بيع الفضول وبين فسخ المعاطاة بعد مالم يكن الرد المذكور فسخا عرفا ومع عدم الفسخ يكون هو اجنبيا عن المال ليس له امضاء ولارد 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 بانه لااشكال فى اجازته لكونه مالكا وان اجازته رجوع عن المعاطاة .فيكون رده ايضا كذلك وان قلنا بعدم نفوذ اجازته فى الرجوع عن المعاطاة لتوقف الرجوع عنها الى ردما عنده الى صاحبه فيكون حال رده ايضا كذلك

قوله قده و لو رجع الاول (الخ) هذا فرع ثالث يترتب على بيع الفضول ،، وحاصله انه اذا رد احد هما واجاز الاخر . فاما يكون الراد هو الثانى والمجيز هو الاول او يكون بالعكس ،، فعلى الاول . فيكون

اجازة المالك الاول بعد رد المالك الثانى لغواً سواء قلنا بالملك او بالاباحة وسواء قلنا فى الاجازة بالنقل او بالكشف و وجه ذلك هو بطلان مورد الاجازة بسبق الرد فلا يؤثر الاجازة بعد الرد واذا كان الرد من الاول و الاجازة من الثانى ،، فعلى القول بنفوذ الرد من الاول مطلقا قلنا بالملك او بالاباحة .لابد من القول بلغوية الاجازة مطلقا سواء قلنا فى الاجازة بالكشف او بالنقل ،،لكن فى العبارة يفصل بين القولين بتأثير الاجازة و صيرورة الرد لغوا بناء على الكشف ولغوية الاجازة بناء على النقل،،اما لغوية الاجازة بناء على النقل فواضح حيث ان الرد السابق مزيل لموضوعها لكون المفروض صحة الرد ،، واما لغوية الرد وتأثير الاجازة على القول بالكشف فهو مبنى على اعتبار قابلية المجيز حين البيع فى تأثير اجازته ولو لم يكن حين الاجازة باقيا على القابلية بواسطة تخلل معاملة قبل الاجازة وبعد عقد الفضول اذ على هذا كان المجيز حين البيع الصادر من الفضول قابلا للاجازة ولو خرج عن القابلية حين الاجازة بواسطة رد المالك الاول هذا ،، ولكنه مع كونه فاسداً فى نفسه ليس بمرضى عنده كما سياتى ،، بل التحقيق اعتبار قابلية المجيز حين الاجازة على جميع الاحتمالات والاقوال فى بيع الفضولى سواء قلنا بالنقل او بالكشف باى معنى من الكشف :وعليه فلا اثر لهذه الاجازة بواسطة سبق الرد عليها كما لايخفى

قوله قده ولو امتزجت العينان او احدهما سقط الرجوع على القول بالملك (الخ) اعلم ان التصرف الواقع فى العين التى بيد كل واحد من المتعاطيين ينقسم على خمسة اقسام

(الاول) مالايكون متلفاً ولا مخرجا للعين عن الملك ولا موجبا للمزج ولا مغيراً للعين بل يكون نظير ركوب الدابة ونحوه: وهذا مما

لااشكال فى حكمه من انه لايكون ملزما للمعاطاة

الثانى ما يكون متلفا بتلف حقيقى كاكل المال الذى عنده اومايلحق بالتلف كوطئ الامة

(الثالث) مايكون ناقلا عن الملك بناقل سواء كان عقد معاوضة او غير معاوضة وسواء كان لازما اوجايزا كان جوازه حقيا اوحكميا وحكم هذين القسمين هو ماتقدم من لزوم المعاطاة بهما

الرابع هو ما اشار اليه فى هذه العبارة وهو ماكان بمزج العينين او احديهما، وتفصيل الكلام فيه يحتاج الى بسط فى المقال فنقول ذكروا المزج والتصرف المغير فى ابواب متعددة وحكموا بانهما يوجبان سقوط الخيار اوحق الرد فى بعضها ولا يوجبا نهما فى بعض آخر ففى باب خيار العيب قالو ابانهما مسقطان للرد ويتعين معهما الارش، وفى باب الهبة . يقولون . بكونهما موجبين لعدم جواز الرد : وفى باب التفليس . يقولون بعدم سقوط الخيار مادامت العين موجودة ولو وقع فيها التصرف باى نحو منه ولو كان يوجب المزج والتغير اما فى باب العيب والهبة فلورود الدليل على اختصاص جواز الرد بما اذا كانت العين قائمة بنفسها المنا فى مع المزج والتغير واما فى باب التفليس فلعله لمناسبة الحكم والموضوع حيث ان ظهور فلس المشترى عند البيع مع وجود عين مال البايع عنده يقتضى اولوية البايع بعين ماله مادامت موجودة وهذا بخلاف الرجوع فى الهبة مثلا حيث انه لما كان كالرجوع الى قيئه ناسب اختصاص جوازه بما اذا كان العين الموجودة قائمة على حالها

(وبالجملة حكم المفلس هو عدم سقوط الخيار بواسطة تصرف المغير والممتزج وحكم الهبة والعيب بل الغبن على تفصيل فيه هو سقوط الرد بسبب التغير فلا بدان ينظر فى باب المعاطاة وانه هل هو كباب

التفليس فى بقاء جواز الرد بعد المزج و التغير او انه كباب الهبة والعيب فى عدم بقائه بعد هما واذلا دليل فى المقام يحرز به حال المعاطاة فلا بد من الرجوع الى القواعد فنقول اما الكلام فى المزج فيقع تارة على القول بالملك : واخرى على القول بالاباحة

.اما على الاول ،، فالظاهر هو سقوط جواز الرد بالمزج وذلك لان جواز التراد انما ثبت بالاجماع و المتيقن منه هو ثبوته فى مورد عدم المزج وامامعه فلادليل على جوازه ومع الشك فيه يكون المرجع استصحاب الملكية كمامر نظيره فى التلف ولاتنتهى النوبة الى استصحاب الجواز الثابت قبل المزج لان الشك لايكون راجعا الى مقدار عمره من حيث الزمان حتى يرجع الى الاستصحاب بل الشك انماهو فى ان الثابت منه منحصر بما لم يحصل المزج اوانه ثابت مطلقا: وفى مثل هذه الصورة لابد من الرجوع الى استصحاب بقاء الملكية بالنسبة الى الزائد عن المتيقن الذى علم فيه بالجواز من غير ابتناء فى ذلك على ان يكون الموضوع فى الاستصحاب عرفيا او حقيقياً كما ابتناه المصنف قده فى التصرف المغير على مايأتى

واما على القول بالاباحة فالمصرح به فى الكتاب هو جواز الرد وصيرورة المالك شريكا مع مالك المال الممتزج به وهذا مبنى على ان تكون الاباحة فى المقام بمعنى الاذن فى التصرف كما فى العارية ،،

ولكن التحقيق ان المتصور من الاباحة فى المعاطاة هو اعطاء السلطنة التامة على جميع انحاء التصرفات التى من اللوازم المساوية للملكية فالمعاطاة على الملك عبارة عن مبادلة نفس الملكية وعلى الاباحة عبارة عن مبادلة السلطنة اللازمة للملكية وهى مادام لم يرجع اليها معدومة عن المالك وثابتة للمباح له نعم للمالك ان يرجع اليها لانها له ولولم يرجع

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

بقي في المقام شيء وهو ان المزج لابد ان يكون مما يعد مزجا عرفا كمزج الحنطة بمثله،، واما مالم يكن كذلك عرفا وان كان مزجا عقلا فالا قوى عدم العبرة به في سقوط جواز الرد نظير مزج الانمان بمثلها كمزج الدرهم بالدرهم اذ المدار في موضوع هذا الاحكام هو العرف واذا لم يحكم هو بالمزج فلا موجب لسقوط جواز الرد وهذا الحكم مطرد في خيار العيب والهبة والغبن ايضا

قوله قده ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا للصورة (الخ)

هذا هو القسم الخامس من اقسام التصرف وحكمه هو لزوم المعاطاة به مطلقا سواء قلنا بالملك او قلنا بالاباحة،، اما على القول بالملك فلما تقدم من التصرف الموجب للمزج ،،

وحاصله ان المتيقن من جواز التراد كان فيما اذا كانت العين قائمة بعينها و اما مع تغيرها بما يوجب المزج او كان موجبا لتغير وصف من الاوصاف سواء اوجب زيادة في قيمتها او نقصا فيها،، وذلك لحصول الشركة على كل تقدير وهي موجبة لتبدل الملكية عن الافراز الى الاشاعة و المفروض من الملكية مغايرة مع المشاع منها فما انتقل عن المالك بالمعاطاة كانت مفروزة وما يريد ارجاعها اليه بالفسخ تكون مشاعا ومع تبدل الملكية المفروزة بالمشاعة لايمكن التراد

واما على القول بالاباحة فلقيام السيرة على عدم التراد بعد وقوع التصرف المغير فمن هذه السيرة يستكشف انتقال ما وقع فيه التصرف الى المتصرف و انتقال عوضه المسمى الى الاخر آنا ما قبل التصرف ،،

،، مضافا الى ماتقدم فى القسم الرابع من كون اباحة التصرف فى المعاطات عبارة عن اعطاء السلطنة التى تكون لازما مساويا للملكية الى المباح له بحيث لاتكون للمعطى سلطنة بعد الاعطاء الافى ارجاع تلك السلطنة (فح) لوشك فى جواز الرد يكون المرجع هو استصحاب بقاء تلك السلطنة لمن ثبتت له بواسطة المعاطاة،، ومما ذكر نايظهر مافى قوله قده فلا لزوم على القول بالاباحة كما انه لايخلو قوله قده وعلى القول بالملك ففى اللزوم وجهان ثم ابتناء الوجهين على البناء على ان الموضوع فى الاستصحاب حقيقى اوحكمى عن مسامحة بل لاوجه للاشكال فى اللزوم على القول بالملك ولوفرض اشكال فيه فليس مبتنياً على كون الموضوع فى الاستصحاب حقيقيا اوحكميا بل يكون منشائه التردد فى كون هذا القسم من التصرف ملحقا بباب خيار التفليس الذى لايسقط فيه الخيار بمثله اوملحقاً بباب خيار العيب الذى يسقط فيه الرد بسببه

قوله قده ثم انك قدعرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع

فى مسئلة المعاطاة (الخ) القسم السادس من الملزمات موت احد المتعاطيين وهو ملزم للمعاطاة مطلقا على القول بالملك والاباحة ،، اما على القول بالملك .فلما عرفت من ان الجواز الثابت فى المعاطاة حكمى لاحقى ؛ والجواز الحكمى غير موروث كمافى مثل الهبة ،،والسر فى ذلك ان الموروث لابد من ان يكون مما تركه الميت من ملك اوحق بحيث لولاالانتقال الى الوارث يبقى بلا محل وبحكم ماتركه الميت فهو لوارثه ينتقل الى الوارث،، والحكم بجواز المعاملة الجايزة ليس شيأ تركه الميت بل هو حكم شرعى كان ثابتا فى موضوع مثل الواهب والمتعاطيين وبعد موتهما هذا الحكم ليس قابلا للانتقال ،، وثبوت الحكم بالجواز من الشارع للوارث مثل ما كان

للمورث يحتاج الى مثبت غير ادلة الارث

واما على القول بالا باحة فلقيام السيرة على عدم التراد بعد موت احد المتعاطيين الكاشفة عن انتقال كل من المالين الى من بيده قبل الموت آناما وهذه السيرة مرقطعى على القول بالاباحة : تكون كاشفا قطعياعن الا نتقال و لذا يورد على القائلين بالا باحة بترتب لوازم الملك على الاباحة وهذا صار منشأ لاستبعاد القول بالا باحة وان اند فع بما تقدم من تصحيحه بتقدير الملك اناما ،، فتحصل من مجموع ماذكرناه فى هذا التنبيه بطوله عدم الفرق بين القول بالا باحة و القول بالملك .وانه لاتظهر ثمرة عملية بينهما.وانما البحث عنهما بحث علمى لاعملى ومنه يظهز ان ما اختاره قده فى هذه الفرع وفى الفرعين السابقين اعنى التصرف الموجب للمزج او المغير للعين من عدم لزوم المعاطاة بالتصرف الموجب للمزج او المغير او بالموت بناء على القول بالا باحة مخالف لما اختاره فى مقام الجواب عن استبعادات شارح القواعد فى القول بالاباحة لان هذه الاستبعادات انما تصير استبعاداً لو كانت المعاطاة تصير لازمة بالموت او بهذين التصرفين و الا فلا شيئى يستبعد منه اصلا

قوله قده السابع ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك (الخ)

اعلم انه بعد طرو اللزوم على المعاطاة بواسطة تحقق احدى الملزمات المذكورة فى التنبيه المتقدم . يقع الكلام فى ان اللزوم الطارى عليها هل هو قابل للفسخ والا قالة امﻻ: وهذا التنبيه معقود لبيان حكم اجراء الفسخ والاقالة فى المعاطاة بعد اللزوم،،فنقول الكلام فى ذلك يقع تارة على القول بالملك واخرى بناء على القول بالا باحة،، اما على القول بالملك فالتحقيق وقوع الاقالة فيها و جريان الخيارت التى لم يستفد من د ليلها اختصا صها

بالبيع اللفظى ،، و ذلك لما عرفت سابقا من ان اللزوم الثابت للمعاطاة بواسطة تحقق احدى المازمات المتقدمة حقى لا حكمى ،، وقد ذكرنا سابقا من ان اللزوم الحقى اما يكون بجعل المتعاملين واما يكون بجعل الشارع فالجواز الحقى المجعول بجعل المتعاملين كخيار الشرط والجواز الحقى المجعول بجعل الشارع كخيار المجلس الثابت للمتبايعين او خيار الحيوان الثابت لمشتريه و اللزوم الحقى المجعول بجعل المتعاملين كالبيع اللفظى المنشاء بالعقد : حيث ان الصادر من كل منهما له دلالتان دلالة بالمطابقة يدل على انتقال المال عنه الى الاخر ودلالة بالالتزام يدل على التزامه بما انتقل عنه وكل منهما يملك التزام الاخر بسبب العقد وهذا معنى اللزوم الحقى ومعنى الاقالة هو فك ذاك الالتزام من الطرفين كما ان الخيار عبارة عن مالكية احدهما لكلا الالتزامين فذو الخيار مثلا مالك لالتزام طرفه بالعقد ولالتزام نفسه بجعل حق النظرة فى المعاملة لنفسه فمن عليه الخيار لايملك شيا من الالتزامين لاالتزام نفسه ولاالتزام الاخر وهذا فيما اذا كان الخيار لاحدهما دون الاخر .

هذا . واللزوم الحقى المجعول بجعل الشارع هو كلزوم المعاطات حيث انه حقى الاحكمى اذليس حال بيع المعاطاتى فى قبول الفسخ والاقالة الا كحال البيع العقدى (فح) اذا تحقق اللزوم تصح اقالته كالعقد كما انه يثبت فيها من الخيارات مالايختص بالعقد كخيار المجلس حيث استفيد من دليله اختصاصه بالبيع اللفظى فعلى هذا فيرد فى المعاطاة خيار العيب والغبن ونحوها مما لايختص بالعقد لانها بيع لازم باللزوم الحقى فيكون حكمها حكم سائر البيوع

هذا كله على القول بالملك واما على القول بالاباحة فلا بد من ان ينظر اولا

فى ان المعاطاة بناء على الاباحة بعد اللزوم يصير بيعا او انها معاوضة مستقلة لازمة اذ لاتنحصر المعاوضة بالعناوين الخاصة التى هى انواع بالنسبة الى جنس المعاوضة كالبيع والصلح بل يمكن تحققها بنفس ذاك المعنى الجنسى: ثم على تقدير كونها معاوضة مستقلة . يقع البحث عن وقوع الخيار فيها ،، فالكلام هاهنا فى مقامين (الاول) فى انها هل تصير بيعا بعد اللزوم ام لا وفيه وجهان كما نقله فى الكتاب عن المسالك ولكنه يجب ان يعلم ان فى الاباحة الحاصلة بالمعاطاة احتمالين حسبما اشرنا اليه فى التنبيه السابق

احدهما ان تكون اباحة مالكية نظير اباحة اكل طعامه على المباح له وهذا هو الذى صرح به المصنف قده فى اخر التنبيه المتقدم وقد عرفت تزييفه

وثانيهما ان تكون من قبيل اعطاء السلطنة التى هى اللازم المساوى للملكية فهى المنشاء بالتسليط الفعلى ،، وحيث ان التسليط مصداق للاباحة عند القائلين بالاباحة يكون الصادر من المتعاطيين هو الاباحة مع كونهما فى مقام انشاء البيع : وصار تحقق الاباحة بداعى انشاء البيع من باب تخلف الداعى على ماوجهنا به القول بالاباحة لانهما كانا من الاول قاصدين لانشاء الاباحة

اذا عرفت ذلك فاعلم انه على الاحتمال الاول صيرورة الاباحة بعد تحقق احدى الملزمات بيعا فى غاية البعد و يكون الاستبعاد كما افاده الشهيد فى المسالك فى محله،، واما على الاحتمال الثانى . فلا استبعاد فيه اصلا. وعلى ذلك يترتب على المعاطاة جميع مايترتب على البيع من الاثار ،، ولذا قلنا فى التنبيه السابق بانه لاثمرة عملية بين القول بالملك والقول بالاباحة وان البحث عنهما علمى محض هذا مايتعلق بالمقام الاول

واما المقام الثانى فالاقوى عدم جريان خيار المجلس والحيوان وخيار تأخير الثمن فيها اما الاولين فلان المستفاد من دليلهما هو ثبوت الخيار فى العقد الذى مبناه على اللزوم لولا الخيار والمعاطاة ليست عقداً ولا ان مبناها على اللزوم لولا هذا الخيار المجعول بذاك الدليل واما خيار تاخير الثمن فلان المعتبر فى مورد ثبوته هو عدم قبض المثمن وهذا المعنى لا يتحقق فى المعاطاة اذ المعاطاة متوقفة على قبض العوضين او احدهما بناء على الاكتفاء فيها بقبض احدهما لا محالة

واما خيار الرؤية الذى هو احد مصاديق خيار تخلف الوصف حيث ان شرط الوصف اما ضمنى او انه مذكور فى طى العقد وكلما كان اعتبارها معهوداً بحيث اغنت معهوديتها عن ذكرها فى طى العقد فنفس معهوديتها كاف فى اعتبارها عن اشتراطها فى طى العقد فمثلها يشترط فى المعاطاة ويكون تخلفها موجبا لثبوت خيار تخلف الوصف وكلما لم يكن كذلك لابد من اعتبارها فى ضمن العقد من اشتراطها بالخصوص و(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 لانشاء هذه المعاملة المشروطة بذاك الشرط ولكنه قد تقدم فى بعض التنبيهات السابقه دعوى امكان ذلك وانه لا باس به اصلا و (ح) يقع الخيار عند تخلف هذا الشرط ايضاً كما فى تخلف الوصف المعهود اعتباره

وبالجملة فالا قوى جريان خيار تخلف الوصف فى المعاطاة « واما خيار العيب والغبن فلا اشكال فى جريانهما فيها بل فى كل معاملة معاوضية لم تكن مبناها على المحابات هذا تمام الكلام فيما يتعلق بهذا التنبيه

قوله قده كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن او بعضه (الخ)

لعل الوجه فى خيار الحيوان فيما كان التالف هو الثمن لا الحيوان هو انصراف الدليل المثبت له بما اذا كان الحيوان باقيا فيما اذا كان التلف منشاء للنزوم وذلك لورود شبه الدور اذا كان تلفه موجبا للخيار (ح) ،، وتوضيح ذلك ان المعاطاة قبل تلف احد العوضين جايزة لامورد معها لثبوت خيار الحيوان فيها واذا تلف احد العوضين تصير لازمة فان كان هو الثمن يقع المورد لثبوت خيار الحيوان لمشتريه حيث ان له النظرة فيه ثلاثة ايام واذا كان التالف هو الحيوان لابد من ان يكون ثبوت الخيار بعد تلفه وهذا منصرف عن دليل ثبوته وان كان لامانع عن بقائه بعد ثبوته لو تلف فى زمان الخيار ،، وبعبارة اخرى تلف الحيوان غير مانع عن بقاء الخيار لو كان التلف فى زمنه وهذا بخلاف اصل ثبوته بعد تلفه اذ هو مما يمكن منعه بدعوى الانصراف ولا باس به

قوله قده لا اشكال فى تحقق المعاطاة (الخ) اعلم ان هاهنا صورا يجب بيانها لكى يتميز مورد البحث فالاولى ما اذا علم بعدم رضاء المتعاملين بالقبض والاقباض الا بعنوان الوفاء بالمعاملة الفاسدة بحيث لولا هذا العنون لم يتحقق منهما الرضاء اصلا ولا اشكال فى خروج هذه الصورة عن محل الكلام اذ ليس فى البين شيئى يجعل مورد النزاع فى 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 فى هذه الصورة ايضا فى كون ما صدر منهما بالتعاطى معاطاة (الثالثة) ما اذا رضيا بالقبض والاقباض مع العلم بفساد المعاملة العقدية او علم منهما رضائهما بالقبض لو علما بالفساد ولو لم يكونا عالمين به غاية الامر يكون رضائها مع عدم العلم بالفساد شأنياً وهذه الصور محت سلام

البحث فى اجراء احكام المعاطاة على هذا القبض الصادر بالرضاء الفعلى على تقدير والشأنى على تقدير آخر : والمنقول عن المحقق والشهيد الثانيين قدس سرهما كما فى الكتاب هو القول بترتب احكام المعاطات عليه وانه معاطاة

قال المصنف قده ادخال هذا فى المعاطاة يتوقف على امرين وهما كفاية الرضا المركوز فى النفس ولو لم يبلغ الى مرتبة الابراز بل الرضاء الشأنى كما فيما اذا لم يكونا عالمين بالفساد وعدم اشتراط انشاء الاباحة او الملك بالقبض فى المعاطاة بل يكفى وصول كل من العوضين الى الاخر مع رضاء كل فى تصرف الاخر كيفما اتفق فعلى تقدير القول بكفاية الامرين يصير هذا الرضا الباطنى او الشأنى مع تحقق القبض والاقباض معاطاة ولو لم يتحقق انشاء المعاملة بالتعاطى ،، ثم استشكل فى كفاية الرضا الباطنى بما هو مذكور فى الكتاب ونفى البعد عن كونه معاطاة بناء على القول بالاباحة »والتحقيق ان يقال ان هذا الرضا المقارن مع القبض لا يكون معاطاة لا على القول بالملك ولا على القول بالاباحة ،، وذلك لتوقف تحقق المعاطاة بالانشاء اذ هى معاملة انشائية اما على القول بالملك فواضح واما على القول بالاباحة فكذلك لما عرفت فى التنبيهات السابقة من ان المنشاء على القول بالاباحة ليس محض اباحة التصرف وانما هو التسليط ،، لكن لما كان الفعل التسليطى قاصرا عن كونه مصداقا للبيع عند القائل بالاباحة قال بانه يفيد الاباحة وقد عرفت انتفاء الفرق والثمرة بين القولين و(ح) كما لا يتحقق التمليك بلا انشائه كذلك لا تحقق الاباحة بدون انشائها واما صرف الرضا الباطنى فهو ليس مما يترتب به احكام المعاطاة . فلا يصح معه التصرفات المتوقفة على الملك ولا يصير لازما بتحقق احدى الملزمات المتقدمة هذا

هو الذى تقتضيه القواعد نعم فى خصوص ماقامت السيرة على تحقق المعاطاة بمجرد وصول كل من العوضين الى الاخر : يحكم بكونه معاطاة ويلتزم فيه بالملك على القول به وبالاباحة وتحقق النقل والانتقال المعاوضى آنا ما قبل تحقق احدى الملزمات على القول بالاباحة ،، و ذلك كما فى مثل المحقرات والدخول فى الحمام ووضع الفلوس فى كوزه لكنه لمكان كونه على خلاف القاعدة : يجب ان 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 متمما للعشرة

الاول حكى عن المحقق الثانى قده التفصيل بين البيع والقرض بكون المعاطاة فى الاول مفيداً للملك وفى الثانى للاباحة ولعل منشاء التفصيل هو دعوى كون الالتزام بالملك ناشيا عن الالتزام بالضمان بالمسمى وهو مفقود فى القرض اذ هو عبارة عن التمليك بضمان المثل او القيمة فلا ملزم فيه للقول بالملك : ولكن التحقيق عدم الفرق بينهما اذ لو منع عن حصول التمليك بالفعل لكان اللازم هو القول بالاباحة فى البيع ايضا ولو قلنا بتحقق البيع بالفعل لكان اللازم هو القول بتحقق القرض به ايضا ،، و حيث قد تقدم فى المباحث السابقة صلاحية الفعل التسليطى لان يصير مصداقا لعناوين المعاملات التى تقع فيها المعاطات كالبيع والاجارة والقرض والهبة والصلح والرهن على كلام فى الاخيرين تقدم البحث عنهما فلاجرم يتحقق كل من هذه المعاملات بالمعاطاة غاية الامر احتياج التسليط فى صيرورته مصداقا لكل واحدة منها الى مايعينه لها لمكان اشتراكه بينها فالاقوى تحقق التمليك فى القرض بالمعاطات كما فى البيع من غير فرق

بينهما اصلا »

الثاني في حكم النماآت والمنافع من المنفصلة والمتصلة والمتوفات وغيرها والفرق بين النماء والمنفعة هو كون مورد الاول في الزيادات العينية سواء كانت متصلة على الاطلاق كالسمن اومنفصلة كذلك كاللبن والبيض او متصلة في حال ومنفصلة في حال آخر كالصوف بالنسبة الى الحيوان والثمرة بالنسبة الى الشجر » ومورد الثاني اعني المنفعة فيما يتجدد شيأ فشيأ وينعدم كالسكنى الدارور كوب الدابة وحكمهما في المعاطاة بناء على القول بالملك واضح لانه كحكمهما في البيع العقدى الذى يرد عليه الفسخ فكل ماكان منهما مستوفاة ومنفصلة في زمان الفسخ فهو لمن انتقل عنه : واما على القول بالاباحه فمقتضى الاستبعاد المتقدم عن الشيخ الاكبر في باب المعاطاة على القول بالاباحة من استلزامه التفكيك بين العين والمنفعة بالقول بالاباحة في العين والملك في المنفعة هو ان يكون كالقول بالملك ولكن المصنف حكى عن بعض تبعية النماآت للعين في ارتجاعه الى المالك على القول بالاباحة وكيف كان فالحق هو الاول ،، وذلك لقاعدة الخراج بالضمان وقد تقدم تقريبها ولا بائس بالاعادة هنا »

فنقول الكلام فيها يقع تارة في سندها واخرى في مقدار دلالتها ،، اما الاول فقد استضعف المصنف قده سندها في غير مورد مما سياتى : لكن المحكى عن مبسوط شيخ الطائفة هو الاعتماد عليه اذهو يبحث عن مقدار دلالتها الكاشف عن الفراغ عن سندها مضافا الى استناد ابى حنيفة اليها في فتواه التى حكى عنه في صحيحة ابى ولاد الكاشف عن مفروغية هذا الخبر بين الخاصة والعامة ،، وبالجملة فهذا الخبر نبوى عدمن جوامع الكلم فلا ينبغى التامل في سنده :

واما دلالتها فيحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور فيه هو الضمان بالمعنى الاسم المصدرى بمعنى ان مطلق دخول الشيئ في العهدة موجب لاستحقاق المتعهد لمنافعه ولو كان التعهد بغير اختياره كالضمان باليد وهذاهو الذى فهمه ابو حنيفة فى حكمه بكون منافع البذل لمن خالف من يوم وقع منه الخلاف ،،ويمكن ان يكون المراد منه الضمان بالمعنى المصدرى اعنى تعهد الشخص بادخاله الشيئ فى عهدته هو المنشاء لاستحقاقه للمنافع وعلى هذا فيخرج مثل ضمان اليد وما كان مثله فى حصول الضمان بلا اختيار ،،وينحصر مورده بالضمان المعاوضى الذى اقدم الضامن على الضمان وهذا المعنى هو المتعين ،، وذلك لا لاجل كون الالفاظ موضوعة للمعانى الاختيارية حتى يقال بان معنى الضمان هو التعهد الاختيارى والمعنى المصدرى وذلك لفساده بل لو جهين (احد هما) مناسبة الحكم والموضوع حيث ان العرف يفهم من جعل ملكية المنافع بدل الضمان هو ان اقدام الشخص على التعهد والضمان يكون منشاء للحكم بملكية المنافع كما لا يخفى (وثانيهما) رد الصادق عليه السلام على ابى حنيفة فى فتواه بعدم ضمان منافع البذل من يوم المخالفة مع انه على تقدير ارادة المعنى الاسم المصدرى كان المتعين هو تلك الفتوى فمن رده عليه السلام يستكشف تعين المعنى المصدرى ثم المراد بالضمان هو التعهد الواقعى اعنى الممضاة عند الشارع وبالعبارة الفارسية (ضمان ماسيده) فلا يشمل الماخوذ بالعقد الفاسد لان الضمان فيه و ان كان اختيار يا 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 مال بايعه و هذه القاعدة و ان لم تكن

تعبديا ولذا تسرى الى غير البيع من ساير المعاملات حسبماياتى تحقيقه لكن الضمان الثابت بها مخالف مع الضمان الموجب لاستحقاق الخراج وذلك لان هذا الضمان نشاء من اقتضاء المعاملة قبض المشترى للمبيع لكى يستوفى منافعه فلماتلف قبل القبض كان ضمانه على البايع حيث لم يقبضه لكى يستوفى المشترى منه وهذا الضمان نشاء من مالكية المشترى للمنافع والضمان الناشيى عن تملك المشترى للمنافع لايعقل ان يصر منشاء لتملك البايع لها لكونه ضداً له كما لايخفى ،،فتحصل ان ضمان اليد والمقبوض بالعقد الفاسد وضمان التلف قبل القبض خارج عن مورد تلك القاعدة فبقى الضمان المعاوضى الواقعى الممضاة عند الشارع وهل يختص بما اذا كان بعقد لفظى اويعم ما كان حاصلا بالمعاطاة وعلى الاخير فهل يختص بما اذا كانت المعاطاة سببا للنقل والا نتقال كما على القول بالملك اويعم مطلق المعاوضة ولو كانت على نحو الاباحة ،، مقتضى اطلاقها هو العموم لكلا قسمى المعاطاة اذليس فى البين مايوجب الاختصاص : فهذه القاعدة تدل على تملك المنافع لمن تعهد بضمان العين حتى على القول بالاباحة : هذا بالنسبة الى مودى كلمة الضمان ،،واما الخراج فهو اسم لمايخرج من الشيى الاعم من نمائه ومنافعه ولذلك سمى الاراضية الخراجية بها باعتبار مايخرج منها من المنافع فقد تحصل المراد من قوله صلى الله عليه وآله وسلم الخراج بالضمان وهو ان مايخرج من الشيئ من منافعه ونما آته ملك لمن تعهد بضمانه بتعهد اختيارى معاوضى هذا تمام الكلام فى المعاطات والحمدالله اولا واخرا وظاهرا وباطنا

قوله قده مقدمة فى خصوص الفاظ عقد البيع (الخ) الغرض من هذا المقدمة هو بيان ان الاصل فى المعاملات الفعلية هو اللزوم لكى تكون لزوم معاملة الاخرس بالاشارة على طبق الاصل وجواز المعاملة المعاطاتية على

خلافه او ان الاصل فيها عدم اللزوم لكى تكون جواز المعاملة المعاطاتية على طبق الاصل ولزوم معاملة الاخرس على خلافه فهذه المقدمة وان كانت بالنظر الى معاملة الاخرس مقدمة لعقد البيع لكنها بالنسبة الى حال المعاطاة تكون خاتمة لها ولهذا عنونها بعد ختم مباحث المعاطاة وقبل الشروع فى عقد البيع»

ثم اعلم ان اشارة الاخرس تقوم مقام اللفظ فى افادة اللزوم مطلقا سواء قلنا بان الاصل فى كل معاملة فعلية هو اللزوم وانما المعاملة المعاطاتية خرجت عن تحته بقيام الاجماع على جوازها قبل تحقق احدى ملزماتها ،او قلنا بان الاصل فى كل معاملة فعلية هو عدم اللزوم الا ان يقوم الدليل على اللزوم اما على الاول فلزوم معاملة الاخرس بالاشارة واضح اذ هى معاملة فعلية مقتضاها اللزوم ولم يقم دليل على جوازها، واما على الثانى فلان ما يدل على اعتبار اللفظ فى اللزوم هو الاجماع وهو مختص بصورة التمكن من التلفظ ،واما مع العجز : فلا خلاف فى عدم اعتباره وكفاية الاشارة وقيامها مقامه سواء كان متمكنا من التوكيل اولا: لان الوكالة ايضا عقد يحتاج الى اللفظ والاخرس عاجز عنه فلو اكتفى فى عقد الوكالة الصادر عنه بالاشارة فليكتف فى عقده الاخر الذى يراد ان يوكل فالقول بكفاية الاشارة منه فى عقد الوكالة وعدم الاكتفاء بها فى عقد البيع مثلا حتى يكون صحة عقد البيع بالاشارة متوقفا على العجز عن التوكيل قول بلا دليل هذا مع فحوى ماورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس كما فى الكتاب ، ووجه اولوية الاكتفاء بالاشارة عنه فى العقود عن الطلاق هو كون الطلاق من الايقاعات المعتبرة فيها اللفظ وعدم جريان المعاطات فيها اصلا فلو اكتفى فيها بالاشارة مع التمكن من التوكيل فالاكتفاء بها فى العقود مع التمكن منه اولى (هذا)

واما ما افاده من ان وجوب التوكيل بمعنى الوجوب الشرطي هو المطابق للاصل فهو باطلاقه ممنوع بل انما يصح اذا قلنا بان الاصل في كل معاملة فعلية هو عدم اللزوم اذ الاصل في اشارة الاخرس هو الاقتصار في الاكتفاء بها في صورة العجز عن التوكيل واما لو قلنا بان الاصل هو اللزوم يكون الاصل هو عدم الاشتراط كما لا يخفى هذا كله حال اشارة الاخرس عند العجز عن التلفظ وقد عرفت انها تقوم مقام اللفظ عند عدم التمكن منه ،، واما الكتابة فهل يصح انشاء العقد بها ام لا : ثم على الاول فهل يكون في عرض الاشارة او انها تكفي بها عند العجز عن الاشارة ففيها احتمالات : فقد يقال بعدم العبرة بها اصلا اذ الانشاء لابد من ان يكون اما بالقول او بالفعل الخارجي والكتابة ليست الا النقش على القرطاس فلا يقع بها الانشاء ،، ولكن التحقيق انها في الدلالة على المقاصد اوضح من الفعل: بل ربما يقال بانها اوضح من اللفظ كما انها هي المعتبرة في هذه الاعصار في باب الاقاريرو نحوها . ويمكن احراز اعتبارها كذلك في ساير الاعصار ايضاً ولكن الانصاف ان القدر الثابت من اعتبارها انما هو في مقام احراز المرادات وكاشفيتها عن المقاصد ،، واما كونها آلة لانشاء امر انشائي مثل العقود والايقاعات فلم يثبت وليست مما يقع بها الا نشاء عرفا وعلى هذا فيشكل وقوع العقد بها حتى في مثل الوصية فضلا عن غيرها وخلاصة الكلام في باب الاشارة هو ان ها هنا مقامات : الاول في بيان ان الاصل هل يقتضي اشتراط تحقق كل معاملة بالقول فلا تصح المعاملة الفعلية الا ما قام الدليل على صحتها او الاصل يقتضي صحة كل معاملة فعلية الا ما قام الدليل على عدم صحتها فعلى الاول تكون صحة المعاطات من جهة قيام الدليل على صحتها كما انه على الثاني يكون الحكم بفساد معاملة الفعلية من القادر على النطق لاجل قيام الدليل على فسادها : ولازم الاول هو اصالة

الفساد فى كل معاملة شك فى صحتها لاجل فقدان مايشك فى اعتباره فيها وقد تقدم فى باب المعاطاة من ان صحته المعاملة الفعلية موافقة مع القاعدة اعنى العمومات الدالة على صحة المعاملات مثل احل الله البيع ونحوه» وعلى هذا فما افاده فى الكتاب من كون الوجوب الشرطى هو المطابق للاصل ليس على ماينبغى»

الثانى فى بيان ان الاصل هل يقتضى اشتراط لزوم كل معاملة على القول فلالزوم فى المعاملة الفعلية الا فيما قام الدليل على لزومها كاشارة الاخرس عند العجز عن النطق او انه يقتضى لزوم كل معاملة فعلية الا ما قام الدليل على عدم لزومها كالمعاطاة فعلى الاول يكون جواز المعاطات على طبق الاصل دون الاخير وقد تقدم فى باب المعاطات عدم اندراج الافعال تحت العقود من حيث قصورها عن الدلالة على الالتزام فلا تكون مشمولا لعموم اوفوا بالعقود الذى هو الاصل فى اثبات لزوم كل معاملة قولية »

الثالث ان الاشارة من الاخرس اما تكون فى مقام المعاملة المعاطاتية بحيث يعلم منه انه مريد للمعاطاة واما تكون فى مقام المعاملة القولية فيشير فى مقام التلفظ بالعقد نظير اشاراته فى اظهار سائر مرادته فعلى الاول فتكون معاطاته كساير المعاطاة فيجرى فيها مايجرى فى المعاطاة من القول بالملك والاباحة والجواز واللزوم بتحقق احدى ملزماتها : وعلى الثانى فتكون الاشارة قائما مقام النطق وتصير محكوما بحكم العقد فى جميع احكامه وهذا هو الموافق للتحقيق ولكن المستظهر من عبارة المصنف قده هو اجراء حكم المعاطاة على الاشارة مطلقا حيث يوسس الاصل فى كل معاملة فعلية لاجل ادراج الاشارة فيما يقتضيه لكونها احدى مصاديق المعاملة الفعلية ولا يخفى مافيه فان الاشارة القائمة مقام اللفظ ليست من المعاملة الفعلية بل

هى تعد من العقد القولى حيث انها تقوم مقام القول كما لايخفى »

الرابع لوشك فى صحة العقد بالاشارة فاما يكون من جهة الشك فى تحقق الخرس الموجب للعجز عن النطق والاصل فى هذا الشك يقتضى الفساد حيث ان الثابت بالدليل هو قيام الاشارة مقام النطق فى صورة العجز ومع الشك فى العجز مقتضى الاصل عدم الاعتبار بالاشارة للشك فى قيامها فى تلك الحالة واما يكون من جهة الشك فى تقديم التوكيل او الكتابة مع التمكن منهما على الاشارة والحكم فى هذا الشك هو الرجوع الى العمومات الدالة على كون الاشارة عقداً فى حال العجز عن النطق مع فحوى مايدل على الاكتفاء بها فى الطلاق كما تقدم مضافا الى ماتقدم من ان حال الوكالة انما هو كنفس مايوكل فيه فى كونها عقدا يحتاج الى اللفظ فلو اكتفى فيها بالاشارة فليكتف فى نفس ما يوكل فيه و ان الكتابة لادليل على صحة انشاء العقود والا يقاعات بها راسا فضلا عن تقديمها على الاشارة فليس للشك فى تقديم التوكيل والكتابة على الاشارة موقع اصلا

قوله قده ثم الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ (الخ) وليعلم اولا انه لوشك فى صحة المعاملة وفسادها من جهة فقد يشك فى اعتباره او وجود مايشك فى اعتبار عدمه يكون الاصل الاولى المحكم فى باب المعاملات هو الفساد و يرجع اذا اذا لم يكن محل للرجوع الى الاطلاقات ومع امكان الرجوع الى الاطلاقات تكون المرجع هى الاطلاقات فاذا كان المشكوك مما صدق عليه عنوان المعاملة كالبيع الفاقد لما لا يضر فقدانه فى صدق البيع عليه عرفا فيرجع الى جميع العمومات الدالة على صحة البيع من عموم اوفوا بالعقود واحل الله البيع وتجارة عن تراض ونحوها واذا كان المشكوك مما يشك فى صدق عنوان المعاملة عليه فلا اشكال فى عدم امكان التمسك بما عدى عموم

اوفوا بالعقود من سائر العمومات لكونه من باب التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية وفى صحة التمسك بعموم اوفوا وجهان مبنيان على ان العقد الذى هو موضوع وجوب الوفاء هل هو عبارة عن الالتزام المعاملى المتحقق فى ضمن احدى هذه المعاملات الخاصة من البيع والصلح ونحو هما فكانه قال يجب الوفاء بالعقد البيعى والصلحى ونحوهما بعد الفراغ عن كونه بيعا او صلحا اوغير هما من العقود المعاملى او انه عبارة عن مطلق الالتزام فعلى الاول فشمول دليل وجوب الوفاء لما يشك فى صحته يتوقف على احراز كونه من المعاملات العرفية كالبيع ونحوه لكون الالتزام البيعى مثلا هو الموضوع حسب الفرض وعلى الثانى فيصح التمسك بعموم وجوب الوفاء ولو مع الشك فى كونه بيعا اوغيره لكن الاقوى هو الاول لان الظاهر من العقد الذى هو موضوع وجوب الوفاء هو الالتزام المعاملى العرفى المتحقق فى ضمن احدى هذه المعاملات العرفية وعليه فعند الشك فى بيعية بيع مثلا كما لايصح التمسك بعموم دليل الحلية لايصح التمسك باية اوفوا ايضاً «اذا تحقق ذلك فنقول الكلام فى خصوصيات المعتبرة فى الفاظ العقود كما افاده المصنف قده يقع تارة فى مواد الالفاظ من حيث افادة المعنى واخرى فى هيئها باعتبار هيئة كل من الايجاب والقبول وهيئة تركيبهما من حيث الترتيب والموالات والبحث عن تلك الخصوصيات لايختص بباب البيع بل يطرد فى جميع ابواب المعاملات اما الكلام فى مواد الالفاظ فتنقيح البحث عنه يتوقف على بيان مقدمة وهى ان البيع ونحوه من المعاملات امور ايجاديه تتحقق وتوجد بايجادها فى موطن وجودها وتحققها وهو عالم الاعتبار وهى معانى بسيطة مابه الاشتراك منها متحد مع مابه يمتاز كل منها عن الاخر نظير الاعراض الخارجية التى هى بسائط فى الخارج فالسواد الشديد يمتاز عن الضعيف بالسواد كما

القريب مثل لفظ ملكت المشترك بين انحاء النقل الاعتبارى مثل الهبة والقرض والبيع بالمنع عن صحة انشاء المعاملة بالاول والقول بالصحة فى الثانى، اما الاول فلتغاير انواع النقل باعتبار النقل الخارجى والاعتبارى بحيث لا يكون ما به يمتاز النقل الخارجى عن الاعتبارى بعين ما به يشترك معه فيكون حاله من هذه الجهة كالالفاظ المجازية فى الحاجة الى القرينة بمعنى ان المعنى المجازى يحتاج الى ضم قرينة بها يتحصل المعنى المراد والجنس البعيد ايضاً يحتاج الى ضم فصل من غير سنخ جنسه لكى يتحصل من انضمامه المعنى المراد، واما الثانى فلما عرفت من ان جميع انحاء النقل الاعتبارى متحدات فى كون ما به الاشتراك منها هو عين ما به امتيازها فالمعنى البيعى الذى هو عبارة عن التمليك بعوض مسمى هو شيئ واحد متميز بنفس ذاته عن التمليك بعوض المثل الذى هو القرض ولا محذور فى ايجاد هذا المعنى بلفظ التمليك، فالتمليك اذا انشاء مجرداً عن ذكر عوض معه بان قال ملكت هذا متقصراً عليه يكون هبة بلا عوض، وانما يستفاد المجانية من ناحية الاطلاق وعدم ذكر عوض معه ولو اقترن بعوض فان كان هبة اخرى بان قال ملكت هذا على ان تملكنى ذاك يكون هبة معوضة وان كان عوض المثل يكون قرضا او عوض المسمى يكون بيعا وكل من البيع والقرض والهبة المعوضة لا يتحصل بمجموع لفظ ملكت مع ما يقترن به من العوض بل المحصل لها هو لفظ ملكت وانما انضمام ما يقترن به يوجب تعين ما قصد ايجاده بالانشاء فلا يستلزم التدريج فى الانشاء المنافى مع بساطة المعنى: كما ان الهبة الغير المعوضة تتحصل من اطلاق لفظ ملكت عند الاقتصار عليه وعدم اقترانه بذكر العوض فقد تحصل من مجموع ما ذكرنا عدم استقامة انشاء العقود والايقاعات بالالفاظ الكنائية ولا بالاجناس البعيدة مثل لفظ النقل والتبديل ونحوهما مما يكون مشتركا

انه مشترك معه ايضاً فى السواد وهذا بخلاف الانسان مثلا حيث انه يمتاز عن سائر انواع الحيوان بالنطق فما به اشتراكه معها هو الحيوان وما به يمتاز عنها هو الناطق فالبيع مشترك مع القرض والهبة فى كونه تمليكا ويمتاز عنهما بكونه تمليكا بعوض مسمى دونهما اذ القرض تمليك بعوض المثل والهبة تمليك مجانى لكن مايتحقق فى الخارج بايجاد موجده اعنى ذاك الامر الاعتبارى امر بسيط وهو البيع ويكون اشتراكه مع القرض بنفس ذاك الوجود وامتيازه عنه ايضاً بنفس ذاك الوجود وبعبارة اخرى كما ان مرتبة السواد الشديد فى الخارج شيئى واحد وهو السواد لانه سواد و شدة منضمة الى السواد بل شدته ايضاً من سنخ السواد فكذلك البيع فى الخارج شيئى واحد وهو تلك المفولة الاعتبارية لانه شيئى وشيئى منضم اليه وهذا المعنى البسيط الاعتبارى الايجادى الذى يوجد فى عالم الاعتبار بآلة ايجاده يجب ان يكون مما يمكن تحققه بالة ايجاده بأن تكون الالة آلة لايجاد هذا المعنى فى موطنه كصيغة بعت التى آلة لا يجاد مادتها وهو البيع فى عالم الاعتبار، واذا عرفت ذلك فنقول الفاظ الكنائية مطلقا غير قابلة لان ينشاء بها العقود سواء كانت من قبيل ذكر اللازم و ارادة الملزوم او بالعكس وذلك لانها ليست آلة لانشائها فمثل (باركالله) مثلا الذى لازم البيع لايصح ان يقع به انشاء البيع بل هو انشاء للدعاء فهو معنى انشائى لكن يقع به انشاء الدعاء لا انشاء البيع وهكذا الفاظ المجازية لاتصلح لان تكون آلة لانشاء العقود للزوم التدرج فى تحقق حقيقة المنشاء بان يكون جزء منها حاصلا باللفظ: المجازى والجزء الاخر منها بالقرينة و هو مناف مع بساطتها وانها مما لاجزء لها واما المشترك المعنوى فيجب ان يفصل فيها بين ما كان كالجنس البعيد مثل لفظ (نقلت) المشترك بين النقل الخارجى العينى والنقل الاعتبارى و بين ما كان كالجنس

معنويا بين النقل الخارجي والاعتبارى ولا بالالفاظ المجازية لكن ينبغى ان يعلم فى باب الالفاظ المجازية ان قالب المعنى المجازى الملقى الى المخاطب فى مثل رايت اسداً يرمى هل هو لفظة اسد او يكون يرمى علامة على ارادة الرجل الشجاع من كلمة اسد حين استعملها 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 لكى تكون علامة على عدم ارادة المعنى الحقيقى او يكون مجموع القرينة وذيها هو الملقى الى المخاطب حين الاستعمال بمعنى انه لايكون لفظ اسد مرادا منه الرجل الشجاع بالارادة الاستعمالية بل ليس الغرض الا القاء الرجل الشجاع بكلمة اسداً يرمى مع الغفلة عن ارادة المعنى وقالبية اللفظ له وكون اكتسائه بتلك الكسوة من اللفظ استعمالا بل لايرى المستعمل الا القاء المعنى على المخاطب بحيث لو سئل عنه ما ذا تصنع فيقول القى مقصودى الى المخاطب «فعلى الاول فيصح انشاء العقود بالالفاظ المجازية لعدم تضمنها للتدريج المنافى مع بساطة المعنى المنشاء بها» وعلى الثانى لايصح انشائها بها لامكان التدريج وهذا البحث يطرد بالنسبة الى المشترك اللفظى ايضاً اذ يقع الكلام فى مثل العين الجارية فى ان المستعمل فيه هل هو كلمة العين وان الجارية قرينة معينة للمراد او ان المجموع من كلمة العين والجارية هو المستعمل فى المعنى المراد ،، ولكن التحقيق يقتضى الاخير : لانا اذا راجعنا الى وجداننا حين استعمال الاسد فى الرجل الشجاع او العين فى الجارية لانرى حضور المعنى حين استعمال الاسد او العين و لا نلتفت الى الاستعمال اصل بل انما نلقى المعنى بمجموع

الكلمتين من القرينة وذيها بلا التفات الى الاستعمال ولا الى ارادته وعلى هذا فالحق عدم صحة الانشاء بالا لفاظ المجازية والمشتركة بالا شتراك اللفظى لاستلزامه التدرج فى الانشاء المنافى مع بساطة المعنى المنشأ :ويشهد بذلك حكمهم ببطلان البيع لوقال بعتك بلا ثمن وكذا الاجارة فيما لو قال آجرتك بلااجرة ولم يجعلو نفى الثمن والاجرة قرينة على ارادة الهبة من الاول والعارية من الثانى لكى يحكموا بوقوع الهبة والعارية بل جعلوا نفى الثمن منافيا لانشاء البيع ونفى الاجرة مع انشاء الاجارة : فقد تحصل من جميع ماذكرناه انه يعتبر فى الفاظ العقود ان تكون آلة لايجاد المعانى المنشاة بها عرفا بحيث يعد فى العرف آلة لانشائها سواء كانت لفظا صريحا فى ذلك كبعت فى البيع او لم يكن صريحا ولكن اعد آلة للانشاء بنظر العرف كلفظ ملكت فى البيع مثلا وان ماعدى ذلك لايصح الانشاء به سواء كان كنايا او مجازيا او مشتركاً بقسميه هذا ،، واما الالفاظ المشتركة بين الايجاب والقبول مثل شريت لوقيل بصحة استعماله فى الشراء ايضاً او اكتريت لوقيل باستعماله فى البيع .فالحق فيهما هو التفصيل بالقول بصحة ايقاع القبول بلفظ شريت . وبالمنع عن ايقاع الايجاب بلفظ اشتريت،، وذلك لحكم العرف بآلية الشراء فى ايقاع القبول دون الا شتراء بالنسبة الى الايجاب ،، ثم ان وقع الايجاب و القبول بلفظ المشراء فان كان احدهما مقدما على الاخر فالمتقدم فى الانشاء هو البايع و المتأخر هو المشترى وان تقارنا بناء على جواز تقارن الايجاب مع القبول و ادعى كل و احد منهما انه البايع يقع التحالف بينهما و يحكم بسقوط الاثر المترتب على خصوص كل و احد من البيع و الشراء : و لو تداعيا بالنسبة الى خيار الحيوان فيما اذا كان احد العوضين حيوانا . فان قلنا بعدم اختصاص

خيار الحيوان بالمشترى بل يثبت للبايع ايضا . فلا اشكال فى ثبوته لهما وان لم يتميز البايع عن المشترى : وان قلنا باختصاصه بالمشترى فيتحالفان ايضا ويكون المرجع اصالة بقاء العقد وعدم ثبوت الخيار لكل واحد منهما لعدم تميز المشترى منهما كما لا يخفى

قوله قده المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين (الخ)

اهذا هو الكلام فى الفاظ العقود من حيث الهيئة والبحث عنه يقع فى جهات ،، لاولى فى اعتبار العربية . فقيل باعتبارها للتأسى لكون العقود الصادرة عنهم عليهم السلام عربيا ولا يخفى ما فيه اذ الصادر عنهم انما كان عربيا لمكان كونهم متكلمين باللسان العربى واذ ليس فى البين ما يدل على اعتبار العربية من آية او رواية مع عموم الابتلاء بالعقود بحيث يقطع بانه لو كانت العربية معتبرة فيها لقام على اعتبارها دليل كما دل الدليل على اعتبارها فى 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 او لم يكن قادراً عليها ، نعم فى خصوص باب النكاح الاحسن مراعات الاحتياط مع التمكن من العربية تمكناً عرفيا لا عقليا اذ لا اشكال فى عدم اعتبارها حتى فى النكاح عند التمكن العقلى لكى يجب عليه تحصيل العربية ولو بعسر شديد كما لا يخفى ،، (الثانية) هل المعتبر فى العقود والايقاعات ايقاعها باللغات الفصيحة من كل لسان او يصح ولو بالمكسرة منها وجهان اقواهما الثانى لكن بعد فرض كون اللغة المكسرة آلة عرفيا فى انشاء العقد والايقاع بها بحيث كان لها ظهور عرفى فى ذلك ،، و ذلك لان المعتبر فى الفاظ العقود كما عرفت هو الصراحة فى الدلالة على تحقق المعاملة التى يراد انشائها وضعاً او كان لها ظهور عرفى فى ذلك واللغة المكسرة اذا كانت كذلك يصح انشاء العقد بها جزما

« (الثالثه) هل المعتبر فيها عدم الملحو نية فى كل لسان كان او يصح ولو بالملحون وجهان : وتحقيق الكلام ان الملحون على قسمين «احدهما ماكان لحناً فى المادة مع عدم تغيير المعنى به مثل ما اذا لم يتكلم بالحرف عن مخرجه كما اذا بدل الصاد بالسين او الضاد بالزاء » وثانيهما ماذا كان منشاء لتغير المعنى مثل ما اذا قال جوزت بدلز وجت ففى الاول ينبغى القول بالجواز بعد تحقق التعا رف على مثل ذاك اللحن لانه من قبيل اللغات المكسرة وفى الثانى فالحق فيه هو المنع وذلك لان مثل جوزت مثلا (ح) فى هذه اللغة التى تعارف اطلا قها على التزويج يصير مشتر كا لفظيا بين التزويج و بين معناه الا ولى الذى يستعمل فى هذه اللغة فيه ايضا وقد تقدم المنع عن استعمال الالفاظ المشتركة فى العقود والايقاعات » **الرابعة** هل المعتبر فى الالفاظ ان تكون فى كل لغة بصيغة الماضى مثل (بعت) فى العربى و(فروختم) بالفارسى او يصح بكل هيئة كانت ولو كانت بالمضارع او اسم الفاعل او الامر وجهان التحقيق هو الاول وذلك لان هيئة الماضى من كل لغة موضوعة لنسبة تحققية اعنى لايجاد نسبة تحققية بين الفاعل و بين المادة وتلك النسبة معنى حرفى توجد بايجاد موجدها بتلك الهيئة فى موطن الاستعمال فان كان الغرض من ايجادها هو الحكاية عن النسبة الواقعة بين الفاعل والحدث فى الخارج تدل على وقوعها اى النسبة المحكية عنها فى زمان متقدم على الحكاية فى الزمانيات فتدل على الزمان الماضى بالدلالة الالتزامية العقلية وان كان الغرض ايجاد المادة التى هى معنى اسمى كالبيع فى وعاء وجودها وهو عالم الاعتبار يكون بالصراحة دالة على ايقاعها هذا واما المضارع فهو موضوع للنسبة التلبسية فدلالتها على ايقاع المادة بها لا تكون على نحو الصراحة بل هى على نحو من الكناية لكون التلبس بالشيى من لوازم تحققه لانفس تحققه فلايقع بها ما عرفت من عدم وقوع الانشاء بالكناية

ولما كان مرتبة الاسم الفاعل متاخرة عن المضارع كما ان الامر متاخرة عن الجميع حسبما فصل في مبحث المشتق من الاصول فاذا لم يكن المضارع قابلا لان يقع به انشاء العقود فعدم وقوعها باسم الفاعل والامر اولى »

الخامسة لو قلنا باعتبار العربية في الفاظ العقود فهل هي معتبرة في الصيغة الدالة على العقد فقط مثل (بعت) في البيع فيصح ان يقال بعتك اين كتاب رابده درهم او يعتبر في اركان العقد ايضا مثل الثمن والمثمن فيصح اتيان شروط العقد بغير العربي او يعتبر فيما عدى اركانه ايضا وجوه اقواها الثاني ،،وذلك لكون اركان العقد من مقوماته فعلى اعتبار العربية لابدان تكون معتبرا فيها ،،واما الشرائط فهي خارجة عن العقد فما يدل على اعتبار العربية فيها لايدل على اعتبارها في الشروط فعلى هذه فيصح تركب العقد من العربي وغيره فيما اذا كان العربي متكفلا لاركانه»

السادس في تقديم الايجاب على القبول وقد وقع الخلاف في اعتباره على اقوال من القول باعتباره مطلقا وعدمه كك والتفصيل باعتبار تقدمه فيما اذا كان القبول بلفظ قبلت ونحوه وجواز تقدم القبول فيما اذا كان بلفظ شريت ونحوه،، والاقوى هو المنع مطلقا: وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) لاشكال في ان العقد المركب من الايجاب والقبول ليس عبارة عن ايقاعين .ايقاع من الموجب واخر من القابل بل انما يكون فعل كل واحد مرتبط بفعل الاخر ويصير فعل كل واحد جزء من العقد المركب من فعلهما وهذا بديهي كما لايخفى (الثاني) ان الارتباط بين الفعلين انما هو بكون فعل الموجب متضمناً للدفع الى القابل والاخذ عنه وكذا في طرف القابل الاان الدفع في طرف الموجب مدلول مطابقي والاخذ عنه مدلول بالالتزام وفي طرف القابل يكون الامر بالعكس بمعنى ان الاخذ منه مدلول مطابقي

والدفع مدلول بالا لتزام » الثالث ان العقود ينقسم الى عقود اذنية كالوكالة ونحوها والى عقود عهدية . والعهدية ايضا تنقسم الى العقود المعاوضية مثل البيع والنكاح ونحوهما والى غيرها ممالا تشتمل على المعاوضة كالرهن والهبة الغير المعوضة والى عقد الصلح الذى هو عقد مستقل وان كان يفيد فى كل باب فائدة تلك المعاملة كما اذا ورد على العين بعوض مسمى فانه يفيد فائدة البيع والقبول فى الاولى اعنى العقود الا ذنية عبا رة عن مطلق الرضاء بالا يجاب اذا كان الرضا مبرزاً باللفظ ولا يكفى فى تحقق العقد خصوص الرضا الباطنى وفى بقية العقود لابد من مطاو عة الايجاب و الا لتزام بمدلوله »

اذا عرفت ذلك ،، فنقول المصنف قده يريد ان يفصل بين اقسام العقود بالقول بوقوع قبول العقود الاذنية بكل لفظ دال على الرضا بالايجاب مطلقا سواء كان مقدما على الايجاب اومتاخرا عنه وتبعين مايدل صريحا على مطاوعة الايجاب من لفظ قبلت وشبهه ولزوم تاخره عن الايجاب فى العقود العهدية الغير المعاوضية وبازوم كون القبول فى الصلح بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما لا بلفظ صالحت ونحوه ولزوم تأخره عن الايجاب ايضا وجوز فى العقود المعاوضى بان يكون القبول بمثل لفظ قبلت ورضيت ونحو هما مما يدل على مطاوعة الا يجاب وبمثل شريت وابتعت ونحو همافى البيع ومايجرى مجراهما فى سائر العقود وفصل بينهما بالمنع عن تقد يمه على الايجاب مما كان من قبيل قبلت ونحوه وقال بجواز التقديم فيمااذا كان من قبيل شريت واتبعت ومنشاء هذا التفصيل ،، امافى العقود الاذنية فلان القبول فيها ليس الاالرضا بالايجاب فيقع بكل لفظ دال عليه ويصح تقديمه على الايجاب واما وجه المنع عن التقديم فى العقود العهدية الغير المعاوضى فلان القبول فيها ليس الامطاوعة الايجاب

اذليس فيها دفع من جانب القابل بل اخذ منه ودفع من الموجب فيكون فعل القابل محض مطاوعة فعل الموجب واذا كان مطاوعة محضة فلابد من ان يكون بلفظ قبلت اوماني معناه مما يكون دالا على المطاوعة بالمطابقة ولا يجوز تقدمه على الايجاب لماياتي في القبول الذي يقع بلفظ قبلت في العقود المعاوضية : واماوجه المنع عن ايقاع قبول الصلح بلفظ صالحت فلعدم تميزه (ح) عن الايجاب : واما وجه التفصيل في العقود المعاوضي اما المنع عن تقديم القبول فيها اذا كان بلفظ قبلت ونحوه مما يدل على المطاوعة فلان المطاوعة عبارة عن (پذيرفتن) مايفعله الغير الموقوف على فعله ولا يعقل فعلية المطاوعة قبل تحقق فعل الغير ومع التقدم تكون مطاوعة تقديرية معلقة على فعل الموجب نظير الوجوب المشروط المنشاء على نهج القضايا الحقيقية: و(ح) يجب ان ينظر في هذا التعليق انه هل هو من قبيل التعليق في الانشاء او المنشاء

وتوضيح ذلك ان التعليق تارة يقع في الانشاء بمعنى كون ايجاده في موطن الاعتبار معلقاً على امر واخرى يقع في المنشاء بمعنى ان البيع المقيد بالامر المخصوص مثل الزمان ونحوه ينشاء مطلقا بلا تعليق في الانشاء و الايجاد . والاول اعني التعليق في الايجاد بديهي الاستحالة اذلا معنى للتعليق في الايجاد كما لايخفى على من يلاحظ و زانه في الايجاد التكويني اى ايجاد شيي تكويني في عالم العين . و الاخير اما يكون التعليق في بسبب اللفظ اويكون بسبب ذات حقيقه المنشاء من غير ان يكون تعليق من ناحية المنشي مثال الاول تعليق العتق على الموت في باب التدبير والملكية عليه ايضافي باب الوصية و البيع على مجيئي الحاج مثلا والوكالة على مجيئي يوم الجمعة ونحو ذلك ،، وهذا القسم من التعليق امر ممكن معقول الا انه قام الاجماع على بطلانه فيما عدى التدبير والوصية ومثال الثاني هو تعليق

البيع المنشاء بالايجاب على تحقق القبول مطلقا اوعليه وعلى القبض فيما يتوقف على القبض ايضا كالصرف فان المنشاء بالايجاب لاتعليق فيه من ناحية الموجب ولايكون 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 بتحقق الايجاب و القبول معاً على ما مر شرحه في اول مباحث البيع فانشاء البيع من الموجب غير معلق على شيئ اخر لافي انشائه ولافي منشائه بل حقيقة التي انشائها انما تتحقق بوقوع فعل القبول :

اذا تحقق ذلك فنقول تعليق القبول المتقدم على الايجاب ليس من قبيل تعليق الايجاب على القبول وذلك لماعرفت من ان تعليق تحقيق البيع بعد الايجاب على تحقق على يجاب القبول وذلك لماعرفت من ان تعليق تحقق البيع بعد الايجاب على تحقق القبول ليس من ناحية الموجب بل انما هو انشاء البيع مطلقاً عن كل قيد لافي ناحية البيع المنشاء نفسه ولافي ناحية انشائه وكان انشائه كذلك منه بمكان من الامكان وهذا بخلاف القبول المتقدم على الايجاب اذ حقيقة مطاوعة فعل الغير من الفاعل يستحيل صدوره قبل فعل الغير فلو انشاء المطاوعة قبل فعله تكون المطاوعة الممكنة منه هي المطاوعة المشروطة بالايجاب فلامحالة يكون التعليق من فعل القابل لامن ناحية نفس المادة المنشأة بالقبول: و(ح) يجب ان ينظر فيه انه هل هو من قبيل التعليق في الانشاء او في المنشاء نفسه ثم على الثاني هل هو مما قام الاجماع على بطلانه اولا :

فنقول ربما يقال بان التعليق فيه من قبيل التعليق في الانشاء لكن التحقيق ان المنشاء اعني مطاوعة فعل الايجاب هو المعلق لاانشائه فالقابل ينشاء القبول اعني مطاوعة الايجاب بقبوله بقوله (قبلت) فلاتعليق في الانشاء ولكن المنشاء وهو المطاوعة امر معلق على الايجاب وليس هذا التعليق مما يدل الاجماع

على بطلانه اذليس باداة التعليق وحروف الشرط والاجماع مختص به » ومع ذلك فلا تصح المعاملة بتقديمه لاجل عدم تحقق العقد لكون تحققه متوقفا على الايجاب والقبول والمفروض عدم تحقق القبول لان هذا القبول لايكون قبولا فعليا لعدم تضمنه مطاوعة الا يجاب بالفعل ولا يتحقق بعد الايجاب انشاء مطاوعة اخرى من القابل لكى يتحقق به القبول مع انه لو كان كذلك لكان هو القبول دون هذا المتقدم فلم يتقدم القبول هذا فيما اذا وقع القبول بلفظ قبلت ورضيت ونحوهما مما يدل على المطاوعة» واما فيما اذا كان بلفظ اشتريت وابتعت فاختار قده فيه جواز التقديم على الايجاب

ومحصل ماافاده فى وجهه هو ان فى العقود المعاوضية يكون كل واحد من الموجب والقابل معطيا وآخذاً فقول القائل بعت هذا بهذا يدل على اعطائه المثمن واخذه للثمن واذا انشاء القبول بلفظ قبلت يدل على مطاوعة هذا الفعل الصادر من البايع وحيث ان فعلية مطاوعة فعل البايع عن المشترى لايتحقق قبل فعل البايع فلم يجز تقدمه على الايجاب

واما اذا انشاء بلفظ شريت واشتريت فليس صريحا فى المطاوعة بل هو يدل على صدور المعاوضة من المشترى ايضا فلا مانع فى تقديمه على الايجاب اذ لامانع عن تحقق الاعطاء عن المشترى قبل تحقق الاعطاء عن البايع : فان قلت فعلى هذا فيصير القبول غير مرتبط بالايجاب فيكون (ح) ايقاعان اجنبيان ولايتحقق العقد: قلت قوام العقد هو بان يكون فعل المشترى وعطائه بعنوان البدلية عما ياخذه من البايع ولايتوقف على تحقق المطاوعة ولاشبهة فى صحة اعطاء المشترى ماله الى البايع بدلا عما ياخذه عنه ولو كان فعله مقدما على فعله هذا محصل مراده»

ولايخفى مافيه لان مهية العقد فى هوية ذاته وجوهره يخالف الايقاع

وليس التفاوت بينهما بمجرد كون العقد صادراً عن اثنين والايقاع عن واحد بل التفاوت بينهما ذاتى وهو بكون العقد متقوما بالقبول اعنى مطاوعة فعل الايجاب وتسلم مافعله الموجب واذا كان القبول بلفظ اشتريت فهو يتضمن شيئين احد هما مطاوعة فعل الا يجاب والاخر تمليك القابل اياه ماعنده من الثمن واذا كان متاخرا عن الا يجاب فيتحقق منه الشيئان معا فهو من حيث تضمنه للمطاوعة قبول فيلتئم العقد بتحقق ركنيه اعنى الا يجاب والقبول واذا تقدم على الايجاب فيكون دالاعلى محض تملبك البايع لما عنده من غير مطاوعة فعلية لمافعله البايع فلا يتحقق منه الشيئين معابل لامطاوعة فعلية (ح)فلا يتحقق القبول فلم يتحقق العقد المركب منه ومن الا يجاب «فالتحقيق عدم التفاوت بين القبول المنشاء بلفظ قبلت او بلفظ اشتريت فى ان شيئا منهما لايجوز تقدمه على الا يجاب الا ان ملاك المنع عن تقديم القبول بلفظ قبلت هو مدلوله الصريح اعنى المنشاء به صريحا وهومطاوعة الايجاب وفى لفظ اشتريت هو مدلوله الضمنى اعنى تلك المطاوعة المنشاء بهفى ضمن انشاء التمليك المدلول عليه بقوله اشتريت وابتعت

فتحصل ان الاقوى عدم جواز تقدم القبول مطلقا باى لفظ كان على الايجاب مطلقا فى جميع العقود الاالعقود الاذنية حيث ان القبول فيها لم يكن مطاوعة فعل الايجاب بل كان محض الرضا بفعل الموجب فلامانع عن تقديمه على الايجاب كما عرفته بمالامزيد عليه

قوله قده ومن جملة شروط العقد الموالات بين ايجابه وقبوله (الخ) هذا هو الشرط الثالث الذى اعتبروه فى العقود وليعلم ان الموالات تختلف عرفا بحسب الموارد فالمعتبر منها بين حروف الكلمة الواحدة شيئى ومايعتبر منها بين كلمات جملة واحدة شيئى اخر وما يعتبر منها بين آيات

سورة واحدة شيئى ثالث ومايعتبر بين اجزاء الصلوة كالقرائة والركوع ونحوهما بمعنى رابع والغرض من اعتبار الموالات فى كل مورد تعتبر فيه هو توقف صدق الوحدة عليها ودخلها فى صدق الوحدة ومن المعلوم اختلاف مراتب الفصل المضر فى صدق الوحدة بحسب اختلاف مصاديق مايصدق عليه الوحدة فالمرتبة من الفصل المضر بصدق الوحدة بين الحروف لاتكون مضراً اذا كانت بين الكلمات: ثم العقود باعتبار اشتراط الموالات فيها وعدمها تنقسم على اقسام ثلاثة (الاول) العقود الاذنية (الثانية) العقود العهدية المعاوضية (الثالث) العهدية الغير المعاوضية اما القسم الاول فلا يعتبر فيها الموالات كما لم يكن تقدم الايجاب فيها على القبول ايضا شرطا وذلك لما عرفت من كفاية مطلق الرضا المبرز فى قبولها بل فى الحقيقة ليست عقوداً وانما تسميتها بالعقود بنوع من التسامح ولذلك لايشملها عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود هذا :واما القسم الثانى فيعتبر فيها الموالات لوجهين (احدهما) راجع الى ناحية السبب وحاصله توقف صدق العقد على الموالات لانه عبارة عن الامر القائم بالمتعاقدين الحاصل بفعلهما بحيث يكون الفعلان فعلا واحداً اذلافرق فى اعتبار الوحدة فى الشيئى الصادر عن فاعل واحد او الصادر عن اكثر اذا كان كل واحد دخيلا فى تحققه فهذا العقد الصادر ايجابه عن الموجب وقبوله عن القابل شيئى واحد لابد فى صدق وحدته من اعتبار الموالات بين ايجابه وقبوله بحيث يصيرا جزئين للمركب عرفاً ومع الاخلال بها فلا يصدق عليه العقد عرفا فلا يكون مشمولا لعموم دليل وجوب الوفاء او التجارة ايضا واما ما فى المتن من التفكيك بين عموم دليل وجوب الوفاء وبين عموم الحل والتجارة بالمنع عن شمول الاول للفاقد للموالات دون الثانى فمدفوع اما اولا فلعدم التفكيك بين دليل الصحة اعنى عموم الحل والتجارة وبين

دليل اللزوم اعنى عموم وجوب الوفاء بل دلما يشمله الاول يشمله الاخير و بالعكس. واما ثانيا فلان الموالات كما هو معتبر فى صدق العقد عرفا كذلك يكون معتبراً فى صدق البيع والتجارة اذا البيع والتجارة كالعقد ايضا امر وحدانى قائم بشخصين لابد فى تحققهما عنهما من اعتبار الوحدة المتوقفة على الموالات . و بالجملة فاعتبار الموالات فيهذا القسم من العقود نشاء عن اعتبار الوحدة فيها كما فى المستثنى والمستثنى منه حيث ان خروج الكلام عن الكذب دعى الى اعتبار اتصال المستثنى بالمستثنى منه بحيث يعدان معاً كلاما واحداً لان للمتكلم ان يلحق بكلامه ما يشاء من القيود مادام متصلا وهذا بخلاف ما اذا انفصل القيد عن الكلام وانعقد ظهور كلامه فى المطلق عن القيد اذ لا يخرج القيد المنفصل مقيده عن وصمة الكذب ولذلك صار المستثنى منه اعم لافى اعتبار الموالات فيه هذا

والوجه الثانى راجع الى ناحية المسبب وحاصله ان المسبب فى العقود المعاوضية عبارة عن خلع ولبس بمعنى ان كلا منهما يعطى شيأ و ياخذ شيأ اخر بحيث يكون مجموع الاعطاء والاخذ هو المسبب الواحد ومع الفصل بين الاعطاء والاخذ بما يخرج عن مصداق الواحد لا يعد مسببا واحداً بل هو اعطاء لشيئى مستقل واخذ شيئى اخر كذلك «واما القسم الثالث فيعتبر فيها الموالات لكن من ناحية السبب لا من ناحية المسبب اذ لا معاوضة فيها لكى يتوقف تحققها على صدق الوحدة على مجموع الاعطاء والاخذ المتوقف على الموالات

فتحصل ان القسم الاول من العقود لا يعتبر الموالات فيها والقسم الثانى يعتبر فيها الموالات من جهتين و القسم الثالث ما يعتبر فيها من جهة واحدة

قوله قده ومن جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز (الخ) قد عرفت فيما سبق آنفا ان التعليق تارة يكون فى الانشاء واخرى يكون فى المنشاء والمراد بالاول هو ما كان التعليق فى ناحية الايجاد بان

كان ايجاد البيع وانشائه معلقا على امر بحيث لولا المعلق عليه لم يكن ايجاداً كما اذا علق ضربه الخارجى مثلا على كون المضروب زيداً بحيث لو لم يكن المضروب زيداً لم يكن الضرب الصادر منه ضربا وهذا النحو من التعليق مستحيل عقلا لان الضرب الخارجى اذا تحقق فقد تحقق كان المضروب زيدا اولم يكن غاية الامر لو ضربه بقصد كونه زيدا فبان انه ليس بزيد يكون من باب التخلف فى الداعى لا ان الضرب الخارجى يسلب عنه الضرب ومن ذلك ما اذا اذن زيدا بدخول داره بتخيل انه صديقه فبان انه عدوه حيث ان الرضا الشخصى الصادر منه لم ينقلب بعدمه فيجوز لزيد ان يدخل داره بذاك الاذن ولو كان هو يعلم بانه عدوه نعم اذا اذن الصديق بالدخول وكان الاذن عاماً ويعلم زيداً بانه لا يكون صديقاً له فلا يجوز له الدخول ولو كان الآذن اعتقد كونه من اصدقائه

وبالجملة فالتعليق فى الايجاد و الانشاء مشكل عقلا: و المراد بالتعليق بالمنشاء هو ما اذا كان المنشاء بالانشاء والموجود بالايجاد معلقا على امر على نحو انشاء الواجب المشروط وهذا امر ممكن معقول » كيف و جميع القضايا الحقيقية المتداولة فى كل العلوم انما هو من هذا القبيل ومثال ذلك فى باب المعاملات كالتدبير والوصية والنذر المعلق على امر مثل ان رزقت كذا فعلى كذا مثلا ثم محل الكلام فى التعليق هو الثانى اعنى التعليق فى المنشاء واستدل لبطلانه بوجوه مزيفة و العمدة هو الاجماع الا انه يجب بيان صور التعليق حتى تيضح ان اى قسم منه قام الاجماع على بطلانه قطعا واى قسم منه مما يشمله الاجماع ظاهرا واى قسم منه يشك فى دخوله تحت معقد الاجماع وان اى قسم منه خارج عن الاجماع قطعا اوظاهراً فنقول قسم المصنف قده صور التعليق الى ثمانية اقسام وحاصل تقسيمه قده هو ان التعليق اما على امر حالى اوعلى امر استقبالى وعلى كلا التقديرين

فاما يكون المعلق عليه مقطوع الوجود اويكون مشكوك الوجود وعلى التقادير الاربع فاما ان يكون المعلق عليه مما يقتضيه اطلاق العقد لولا الاشتراط اولا يكون وهذه اقسام ثمانية ولما كان الامر الاستقبالى الذى يقتضيه اطلاق العقد نادراً جدا بل لم يعلم له مثال الافى باب السلم حيث ان وجود المسلم فيه فى رأس الاجل مما يقتضيه اطلاق العقد لولا اشتراطه وهو امر استقبالى بالنسبة الى زمان العقد فلاجرم يكون الاحسن ان يقسم بوجه اخر فيقال المعلق عليه اما حالى اواستقبالى وعلى كلا التقديرين فاما يكون نفس الزمان اويكون زمانيا وعلى الثانى اعنى ماذا كان زمانيا فاما يكون محقق الوقوع اويكون مشكوكا وعلى التقادير فاما يكون من ما يقتضيه العقد اولا اما المعلق على الامر الاستقبالى فالظاهر قيام الاجماع على بطلانه بجميع اقسامه الا ان بعضا منها بالقطع وبعض اخر بالظهور

وتوضيحه ان الاجماع قام على بطلان الوكالة المعلقة على الزمان المستقبل مثل انت وكيلى فى يوم الجمعة فى البيع كما ادعاه العلامة على ما حكاه عنه فى الكتاب فاذا كان التعليق على الزمان المستقبل باطلا بالاجماع فيكون التعليق على الزمانى المحقق الوقوع كذلك ان يكن اولى واذا كان الزمانى المحقق وقوعه كذلك بالتساوى او بالاولوية فيكون الزمانى المشكوك حدوثه كذلك بطريق اولى قطعا فظهر ان هذه الصور من التعليق على الامر الاستقبالى مما قام الاجماع على بطلانه غاية الامر ان الاولى منها اعنى ما كان التعليق على الزمان هو بنفسه مورد النص على الاجماع والثانية منها اعنى ما كان التعليق على الزمانى المحقق وقوعه على نحو الظهور لمكان التساوى بينها وبين الصورة الاولى والصورة الثالثة اعنى ما كان التعليق على الزمان المشكوك على نحو القطع من غير فرق فى هذه الصور الثلاث بين ما كان المعلق عليه

من مقتضيات اطلاق العقد امالو ان كان مثال الاول اغنى ما كان يقتضيه اطلاق العقد لايوجد الا في الزماني فقط لامطلقا بل على سبيل الندرة وذلك كتوقف صحة عقد بيع السلم على ان لايكون المسلم فيه عزيز الوجود فان اطلاق عقده يقتضي ان لايكون نادر الوجود في راس الاجل لولا اشتراطه فيكون شرطه من قبيل اشتراط ما يقتضي اطلاق العقد وجوده في الاستقبال، فتحصل ان التعليق مضر بصحة العقد لو كان المعلق عليه استقباليا مطلقا «واما اذا كان حاليا فان كان زمانيا محقق الوقوع وكان مما يقتضيه اطلاق العقد لولا اشتراطه فهذا هو القدر المتيقن عما هو خارج عن مورد الاجماع على بطلانه «و لكن اذا كان دخيلا في صحة الانشاء لافي صحة مضمون العقد واقعا : وتوضيح ذلك ان بعض الامور دخيل في صحة البيع مثلا بحسب الواقع بمعنى كون تحققه متوقفا عليه لكن انشائه غير منوط به وذلك ككونه عن المالك الا ان صحة انشائه لايتوقف على كونه من المالك بل يصح من الفضولي ايضا : وبعض الامور دخيل في صحة الانشاء وذلك مثل الطلاق والعتق ونحو هما مما لايقع فيه الفضولي حيث ان صحة انشائهما تتوقف على كونهما ممن له العتق والطلاق والقدر المتيقن خروجه عن الاجماع هو التعليق على مايتوقف صحة الانشاء عليه مثل ان كان عبدي فهو حر وان كانت زوجتي فهي طالق :وان كان زمانيا مشكوك الوقوع وكان مما يتوقف عليه صحة الانشاء ايضا فالظاهر خروجه ايضا عن مورد الاجماع كما اذا شك في كون العبد ملكاله والمرئة زوجته فيريد ان يعتق العبد ويطلق الزوجة فيصح تعليق الاول على ملكه والثاني على زوجيته وباقي الاقسام المتصورة من هذه القسم اعني مايكون المعلق عليه امرا حاليا محل الاشكال ومنشائه ان هران الاجماع على اعتبار التنجيز في العقد

ليس لامر تعبدى بل الظاهر ان مدرك الاجماع هو مغايرة الامور الاعتبارية المتحققة فى عالم الاعتبار تشريعا بالامور التكوينية التى تتحقق فى وعاء العين تكونيا فكما ان الامر التكوينى مثل الضرب الصادر عن الفاعل حين يتحقق لامحالة له نسبة الى زمان او زمانى مقارنيين معه اوسابقين عليه اولاحقين عنه لكن الصادر عن الفاعل انما هو نفس الضرب لا الضرب المقيد بهذا الزمان اوالزمانى كما هو واضح فكذلك فى الامور الاعتبارية فالبيع الصادر عن البايع لامحالة له نسبة الى الزمان اوالزمانى 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 سمول الاطلاقات له لانها تشمل المتعارف من ايجاد الامور الاعتبارية الامانبت التعارف فى تعليقه و هوما قدمناه من التعليق على الزمانى الحالى المحقق وقوعه اوالمشكوك حدوثه فيما اذا توقف صحة الانشاء عليه » والحاصل ان مقتضى القاعدة عدم صحة التعليق على الامر الحالى مطلقا الا القسم الواحد منه وهوهذا المتقدم ذكره ووجه البطلان لامن جهة قيام الاجماع على بطلانه بل لاجل الشك فى شمول الاطلاقات له : وليعلم انهم يعبرون عن الامر المحقق وقوعه بالصفة والظاهر ان مرادهم منها هو الزمان ثم يطلقونها على الزمانى المحقق الوقوع ايضا

قوله قده والمسئلة محررة فى الاصول (الخ) وحيث انه قد حققنا فى موضعه من ان الاصل هو عدم الاجزاء اذا تبدل راى المجتهد اوقلد المقلد مجتهدا اخر مخالفاً مع مجتهده السابق فى الرأى الا اذا ثبت الاجزاء بالدليل وفى باب العبادات ادعى الاجماع على الاجزاء واما فى المعاملات فلم يثبت اجماع على الاجزاء وعليه فالحق هو عدم جواز اختلاف المتعاقدين فى شروط

الصيغة مطلقا

قوله قده لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد (الخ) الكلام فى هذه المسئلة يقع تارة فى جواز التصرف فى المقبوض بالعقد الفاسد من حيث حكمه التكليفى واخرى فى الضمان وحكمه الوضعى اما الاول فربما يقال بجواز التصرف فيه نظراً الى اذن المالك للقابض بان يتصرف فيه ولكنه فاسد لان رضى الدافع وقع على التصرف فيه بما هو ملك للقابض ولم يتحقق منه الرضا على التصرف فيه بما هو ملك له نسه ولافرق فيما ذكرنا بين علم الدافع بفساد العقد اوجهله لانه مع علمه بالفساد ولولم يحصل منه الرضا بتصرف القابض بما هو ملك له شرعا لكن يكفى فى حصوله بتصرف القابض بما صار ملكاله عرفا : وبالجملة الرضا بتصرف القابض فيما صار ملكاله ولو بالتشريع لايلازم الرضا بتصرفه فى ملك الدافع والذى ينفع فى اثبات جواز التصرف هو الثانى دون الاول نعم لو علم ولو من الخارج رضا الدافع فى تصرف القابض فى مال الدافع عوضا عن تصرف الدافع فى مال القابض ولم يكن هذا الرضا من باب الجرى على العقد بل حدث من كل منهما فى تصرف الاخر على تقدير فساد العقد والبناء على فساده جاز التصرف (ح) لكنه خارج عن محل الكلام كما لايخفى » واما الثانى اعنى الضمان فالحق ثبوته كما هو المعروف المتسالم بين الاصحاب واستدل له بقوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدى فانه لمكان اسناد كلمة على فى قوله على اليد الى العين الخارجى اعنى المكنى بكلمة ما الموصولة وظهور الظرف فى كونه مستقراً لا لغوا لاحتياج اللغو الى التقدير لكى يصير المحصل على اليد رد ما اخذت وهو خلاف الظاهر بل الظاهر هو كون نفس ما اخذت بنفسه على اليد يستفاد منه الحكم الوضعى لان المقصود من استيلاء العين

الخارجى على الشخص هو كون عهدته عليه كما ان استيلاء الفعل على الشخص فيما اذا عبر بكلمة على وقيل على الانسان الصلوة ونحوه هو الوجوب التكليفى فلاوجه للمنع عن دلالته على الضمان بدعوى دلالته على الحكم التكليفى بواسطة تقدير الرد فيدل على وجوب رد ماأخذت تكليفا من غير دلالته على الوضع ،،

ويدل على الحكم المذكور اعنى الضمان: الخبر الوارد فى الامة المبتاعة حيث ان الحكم بضمان قيمة الولد يدل على ضمان الاصل ايضا لكون الولد من تبعات الاصل ومتفرعاته فيكون ضمانه تابعا لضمانه وماذكرنا من الاستدلال بطريق الفرعية اولى مما استدل به فى الكتاب بطريق الاولوية لامكان منع الاولوية

قوله قده وليس استيلادها من قبيل اتلاف النماء (الخ) لما استدل بضمان قيمة الولد على ضمان العين بالاولوية بل كان ضمانه عين ضمانها لتبعية ضمانه لضمانها وكان مبنى صحة الاستدلال على ان يكون ضمان قيمة الولد بسبب اليد لابسبب الاتلاف اراد ان يبين انه ليس من قبيل الاتلاف: وتوضيح المقام ان منشاء الضمان قد يكون هو الاستيفاء وقد يكون هو اليد وقد يكون الاتلاف مثال الاول ماأذا اكل مال الغير كخبزه مثلا حيث انه باستيفائه يضمن قيمته ،، ومثال الثانى ماأذا اتلف مال المغصوب عند الغاصب بتلف سماوى حيث انه ليس فى البين استيفاء ولااتلاف بل وقع التلف قهراً و انما الضمان نشاء من اليد ومثال الثالث ماأذا منع المالك عن التصرف فى ماله من دون تصرف منه فيه ولا شبهة فى ثبوت الضمان بالاولين ولكن فى ثبوته بالثالث بحث طويل وفيه اقوال ثالثها التفصيل بين وقوع الاجارة على ماأتلف لا بالاستيفاء وبين عدم وقوعها بثبوت الضمان

في الاول دون الاخير ولا يبعدان يكون الاقوى هو الاخير والتحقيق في ذلك موكول الى محل آخر وكيف كان فلا اشكال في ان استيلاد الامة ليس من قبيل اتلاف منفعتها من دون استيفاء اويد وهذا ظاهر وانما الكلام في تشخيص كونه من قبيل الاستيفاء اومن قبيل اليد فان كان من قبيل الاستيفاء فضمان المنفعة المستوفاة لا يستلزم ضمان العين كما هو واضح وان كان لاجل اليد فاليد على المنافع بعين اليد على العين فيكون ضمانها بعين ضمان العين وهذا ماقلنا من ان دلالة الرواية (ح) ليست بمناط الاولوية بل انما هي بعين الدلالة على ضمان العين و(ح) فالمهم هو بيان كون المورد من اى قسم من القسمين المذكورين فنقول يحتمل ان يكون منشاء الضمان في المقام هو اليد وذلك لان الفعل الصادر عن المشترى الذى استولد الامة هو الوطى ويترتب على الوطى الحمل ويترتب على الحمل الولادة فما استوفاه المشترى بالمباشرة هو الوطى لا الاخيرين لكن يجب ان ينظر الى ان ترتب الحمل والولادة على الوطى هل هو من قبيل ترتب المسببات التكوينية على اسبابها كترتب الاحراق على الالقاء او من قبيل ترتب المعلول على علله المعدة الذى يمكن ان يترتب ويمكن ان لا يترتب فان كان من قبيل الاول فيكون الحمل والولادة ايضا مستوفى باستيفاء سببهما الذى هو الوطى وان كان من قبيل الاخير فليس بالنسبة اليهما استيفاء لا بالمباشرة ولا بالتسبيب. فلو كان ح ضمان لا بدان يكون بسبب اليد «لكن لا ينبغى الاشكال في ان ترتبهما على الوطئ ليس من قبيل ترتب المسببات على اسبابها التكوينية بحيث كان الحمل بنفسه متعلق ارادة الواطى وكان فعلا اختيارياً له وهذا ظاهر جداً و (ح) فاما ان يكون الضمان على نفس الوطى اويكون على مايترتب عليه ومن المعلوم ايضاً ان ضمان قيمة

الولد لیس ضمان قیمة الوطی بل انما هو ضمان منفعتها التی عبارة عن ولدها الذی هو کابیه حر بحکم الشارع وحکمه صار منشاء لتلف المنفعة اعنی رقیة الولد بحیث لولا حکمه بحرتیه یحکم علی الرقیة بتبعیة امه ولم یکن تالفاً فهذه المنفعة اعنی الولد (کالتالف) اعنی تلف بحکم الشارع (لا المتلف) ای لیس بسبب استیفاء المستوفی ایاها ویکون نظیر تلفها بسبب سماوی ولیس الضمان (ح) الا بسبب الید (هذا)

ویحتمل ان یکون منشاء الضمان هو الاستیفاء و ذلك لان ما ذکر فی احتمال کونه بسبب الید وان کان قویاً متیناً الا انه دقة عقلیة . ولا شبهة فی ان المرجع فی مثل المورد هو العرف ولا ینبغی التامل فی حکم العرف باستیفاء الولد والحمل وان لم یکن بالدقة کذلك واقوی الاحتمالین هو الاول وذلك لان العرف انما یکون هو المحکم فی تشخیص المفهوم و امافی تطبیق المفهوم علی المصداق وتعیین المصداق فلا سبیل الی الرجوع الیه ومانحن فیه هذا القبیل لان الشك فی کون المورد من موارد المسببات التولیدیة بعد تبین مفهومها لافی اصل مفهومها (فح) فالاقوی صحة التمسك بالاخبر لتبین کون ضمان قیمة الولد بالید لا بالاستیفاء

قوله و کیف کان فالمهم بیان معنی القاعدة الخ لما خرج عن عموم علی الید ما اذا کان استیلاء المستولی علی مال الغیر بتسلط من مالکه اما بالتخصیص او بالتخصص وکان الخارج باحد النحوین هو التسلیط المجانی لا مطلقاً احتیج الی تمهید قاعدة لتمییز موارد التسلیط المجانی عن غیره لتمییز موارد ما کان داخلا فی عموم علی الید عما کان خارجاً عنه بالتخصیص او التخصص فلا جرم مهدوا هذه القاعدة فلابد من التکلم فیها فی مقامین (الاول) فی بیان معنی القاعدة اصلا وعکسا (والثانی) فی بیان مدرکها

اما الاول فنقول كلمة مافى قولهم رضوان الله عليهم مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده موصولة يراد بها مايبنيها الصلة المذكورة بعدها وتكون فى التوسعة والضيق تابعة لسعة الصحة وضيقها كما هو اللازم من ابهامها وحاجتها فى التعيين الى الصلة

والضمان ماخوذ من دخول شئ فى شئ كما يقال على الدلالة التضمينية انها دلالة بالتضمن لمكان دخول المدلول التضمنى فى مدلول المطابقى وكون الدلالة عليه فى ضمن الدلالة المطابقية والمراد به هو تعهد الانسان لمال شخص آخر وانما سمى ضمانا لدخول المال المضمون فى ذمته وصيرورته كالجزء منها والضمان يمكن ان يكون بالمعنى المصدرى اعنى فعل المتعهد وجعل الشيئى فى العهدة ويمكن ان يكون بالمعنى الاسم المصدرى اعنى نتيجة المعنى المصدرى وكلمة يضمن فى قولهم مايضمن يحتمل المعنيين لكن الظاهر منه هو المعنى الاسم المصدرى وذلك بواسطة التعبير بكلمة يضمن على صيغة المجهول المتأخر بالرتبة عن صيغة المعلوم كما لايخفى فيكون المراد بالضمان فى تلك القاعدة مغايرا مع ماالريد منه فى قاعدة الخراج بالضمان حيث كان المراد منه فيها هو المعنى المصدرى ولذا يحكم بضمان البغل من يوم المخالفة حسبما فى صحيحة ابى ولاد وقد فهم منه ابو حنيفة المعنى الاسم المصدرى ولذا وقع فيما وقع وقد تقدم توضيح ذلك وسياتى انشاء الله والحاصل ان المراد بالضمان نفس التعهد بالمعنى الاسم المصدرى الذى هو ملزوم لكون درك المضمون عليه وخسارته من ماله وكينونية الدرك عليه من لوازمه ومنه يظهر ان تفسير المصنف للضمان بانه كون درك المضمون عليه تفسير باللازم لانه تعبير عن نفس حقيقة الضمان فليس كون دركه فى ماله نفس حقيقة الضمان فضلا عن اعتبار كونه فى ماله

الاصلى،،ثم لازم تعهد الشى هو لزوم خسارته عليه فى ماله الا انه اذا كان تعهده بعقد معاوضى صحيح امضاه الشارع يكون تداركه باداء عوضه المسمى واذا كان بعقد فاسد غير ممضاة من الشارع يكون تداركه بالمثل او القيمة او باقل الامرين من احدهما او المسمى كما فى تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض وهذه الاختلافات انما هى فى لوازم الضمان ناش عن الاختلاف فى سبب الضمان وليس اختلافا فى الحقيقة بل الضمان فى جميع الصور بمعنى واحد وهو التعهد المذكور ومنه يظهر ضعف احتمال ان يكون المراد بالضمان فى قولهم يضمن بفاسده هو الضمان بالمسمى لكونه فى العقد الصحيح بهذا المعنى لكى يتطابق الضمان فى الجملتين اعنى مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ووجه الضعف هو منع اختلاف معنى الضمان اذا كان تداركه فى احدى الجملتين باداء المسمى وفى الاخرى باداء المثل او القيمة لما عرفت من ان هذا اختلاف فى لازم الضمان لا فيه نفسه،، واما ما ذكره المصنف قده فى طى دفعه بقوله لان الضمان بالمسمى يخرجه من فرض الفساد اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الاخر للعوضية نظير المعاطاة على القول بالاباحة،، فلا يخفى مافيه من المناقشة . لان لزوم التدارك بالمسمى من لوازم كون العقد ممضى عند الشارع ففرض فساد العقد مع لزوم التدارك بالمسمى متناقضان ،،واما تنظيره قده بالمعاطاة على القول بالاباحة :ففيه ان الاباحة اجنبى عن المقام لما عرفت من ان صحة تصوير القول بالاباحة تتوقف على القول بان المتعاطيين انشا الاباحة بالتسليط الخارجى مع كون الداعى هو البيع فكان صدور الاباحة عنهما من باب تخلف الداعى والمفروض ان الشارع امضى فعلهما فليس الصادر عنهما فاسدا اصلا (هذا) ومع فرض المنع عما ذكرناه

فى تصوير القول بالاباحة فلا اشكال ان فعلهما الصادر منهما ممضاء بكاشفية السيرة فيكون صحيحاً لامحالة فضمان المسمى فيها نشاء عن امضاء معاملتهما باى وجه تريدان تقول فى صحته واين هذا من العقد الفاسد الغير الممضى وهذا ظاهر ،،وربما يقال بان لازم معنى الضمان هو تعهد المثل او القيمة حتى فى العقد الصحيح بمعنى ان المال الواقع عليه العقد قبل وصوله الى من انتقل اليه يكون مضموناً على من انتقل عنه واذا قبضه المنتقل اليه ينتقل الضمان اليه ومعنى ضمانه هو وجوب رد مثله اوقيمته لو ار تفعت المعاملة برافع من فسخ او اقالة وكان بدل تلف المال المقبوض،، ولكنه مدفوع بان المحقق هو ثبوت الضمان من اول القبض الى آخر التلف غاية الامر يكون ضمانه على القدر المشترك بين المسمى والمثل او القيمة طولا فما دام بقاء العين يكون ضمانه بالمسمى وبعد تلفه ينتقل الى المثل او القيمه كما لايخفى

ثم انك قد عرفت من ان الموصول فى العموم و الخصوص يتبع الصلة (فح) يجب ان يبين المراد من قولهم يضمن بصحيحه لكى يتبين المراد من الموصول

فنقول المراد به هو العقود المعاوضية وما يلحقها من الا يقاعات المشتملة على المعاوضته كالخلع والجعالة اما الخلع فيفما اذا بطل بحيث لم يسلم عوض المال المبذول الى الزوجة وهو تخليص نفسها عن الزوجية و(ح) يدخل تحت تلك القاعدة اعنى مايضمن بصيحه يضمن بفاسده فان المرئة لم تسلط الزوج على مالها مجاناً بل بعوض وهو خلاص نفسها ولم يسلم اليها فيكون من الموارد التى لم يقع التسليط عن المالك مجانا وبلاعوض وقد عرفت ان الغرض من تأسيس هذه القاعدة اصلا وعكساً هو تمييز موارد التسليط المجانى عن غيره حتى يعلم مورد بقاء المأخوذ باليد تحت عموم

على اليد ومورد الخروج عن عمومه بالتخصيص او التحصص وظهر ان التسليط في مورد الخلع ليس مجانياً لكي يكون خارجاً عن عموم على اليد وهكذا الكلام في الجعالة ، واما اذا كان بطلان الخلع والجعالة لاجل ظهور كون المال المبذول ملكاً لغير الباذل اعني المرئة في الخلع والمالك في الجعالة فهو خارج عن مورد القاعدة اذلم يتحقق (ح) عن المالك تسليط حتى يبحث عنه في كونه مجانياً اومع العوض بل لااشكال في ضمان القابض لما لكه الاصلي بمقتضى عموم على اليد كما لايخفى

فتحصل من جميع ماذكرناه من ان حقيقة الضمان هو تعهد مال الغير ودخوله في عهدته واما لزوم تداركه عليه فهو من لوازمه وليس نفس حقيقته فضلا عن كونه بعوضه الواقعي او بالمسمى من ماله الا صلي اوغيره

وربما يقال كما عن المقابيس بانتقال المال المضمون الى الضمان اناما لوقوع تلفه منه ثم اشتغال ذمته بالمثل اوالقيمة. وبعبارة اخرى من ثبوت الا شتغال بالمثل اوالقيمة يستكشف اناً بانتقال المال الى الضامن بعوضه الواقعي ثم وقوع تلفه منه: نظير ماتقدم في المعاطاة نباء على القول بالاباحة ولكنه فاسد لعدم الموجب لتقدير الملك الاعوجاجي والملكية آناً مابل يمكن ان يقال ثبوت الضمان بالمثل اوالقيمة يكشف عن بقاء التالف على ملك مالكه الاول ولمكان بقائه على ملكه وتلفه عند القابض يجب عليه الغرامة بالمثل اوالقيمة واما ما تقدم في المعاطاة من الحاجة الى التقدير فقد عرفت انه لمكان احد الامرين من لوازم الملكية اوملزوماتها وبعبارة اخرى تكون الحاجة الى التقدير في احد موردين

احد هما مورد الحكم بتحقق علة (الملكية) وثانيهما مورد الحكم بتحقق معلولها وفي المقام ليس شيئي منهما بمتحقق لان الحكم بضمان المثل

او القيمة لا يلازم الملكية بوجه من الوجوه بل يلازم عدمها كما قدمناه ،، وبالجملة : فهذا الاحتمال ضعيف في الغاية هذا كله في قولهم ما يضمن

واما كلمة بصحيحه فالمعروف هو التعبير بالباء وربما يبدل الباء (بالفاء) ووجه التدبيل هو ان سبب الضمان في العقد الصحيح هو العقد وفي الفاسد هو القبض فلو عبر في كلتا الفقرتين بالفاء لصح التعبير لصحة تحقق الضمان في الصحيح والفاسد وان كان منشاء الضمان في الاول هو العقد وفي الثاني القبض ولو عبر بالباء السببية يلزم التفكيك اذ لا يصح التعبير بالباء في العقد الفاسد اعني قولهم يضمن بفاسده

وكان منشاء هذا هو توهم كون المراد من السببية هو التامة منها ففيه لو لا ان المراد بها ما والدخيل في الضمان ولا ريب ان العقد الفاسد ايضا له دخل في الضمان من حيث كونه منشاء للتسليط المعاوضي فيصح التعبير بالباء السببية في الصحيح والفاسد معا

وثانيا في العقد الصحيح ايضاً يكون السبب هو القبض لامكان كون التلف قبل القبض ممن انتقل عنه فليس هو ايضا سبباً تاماً

ثم العموم في العقود يحتمل ان يكون باعتبار النوع بمعنى ان يكون المراد كل نوع من العقد يكون في صحيحه الضمان ففي فاسده الضمان

ويحتمل ان يكون باعتبار الصنف اى كل صنف من العقود فيه افراد صحيحة وافراد فاسدة ويكون في افراده الصحيحة ضمان ففي افراده الفاسدة ضمان ايضاً

ويحتمل ان يكون باعتبار الشخص بمعنى ان كل شخص من العقد اذا فرض ان يكون صحيحاً وكان على فرض صحته فيه الضمان فهو على فرض فساده ايضاً فيه الضمان

والمختار عنده قده هو الاحتمال الثانى وحكى الاحتمال الاخير عن بعض وضعفه بان الظاهر من هذه القضية اعنى قضية مايضمن بصحيحه هو ان يكون الموضوع هو العقد الذى له افراد صحيحة وافراد فاسدة لا فرض صحة شخص عقد تارة وفرض فساده اخرى (فح) فلا يستقيم حملها على الاحتمال الاخير بل لابد من الحمل على احد الاولين وحيث ان الحمل على النوع بعيد ايضا فالمتعين هو الحمل على الصنف وهو الاحتمال الثانى،، ثم نقل وجه احتمال الاخير بما محصله ان منشاء الضمان فى العقد الفاسد هو الاقدام وهو يلائم مع الاحتمال الاخير لان منشاء ضمان شخص العقد الصادر لو كان صحيحاً هو الاقدام وهو موجود فى صورة فساده فالبيع مع الثمن لو كان صحيحاً يضمن لمكان الاقدام ففى فاسده ايضاً كذلك والبيع بلاثمن لو كان صحيحاً ليس فيه الضمان لمكان انتفاء الاقدام ففاسده ايضاً كذلك،، ثم اورد عليه بان الكلام فى القاعدة نفسها والاقدام مدرك للقاعدة وهو خارج عن محل الكلام

ولايخفى ان التحقيق هو ماحتمله ذاك البعض وهو الاحتمال الاخير من جهة كونه الظاهر من القضية اولا. ولزوم التصرف فيها لو كان الظاهر منها غير ذلك لكى توافق مع مدركها ثانياً،، اما الاول فلان قضية كلما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده نظير جميع القضايا الحقيقية فى كونها منحلة الى شرطية شرطها عقد وضعها وجزائها عقد حملها فمعنى ما يضمن بصحيحه هو انه لو وجد عقد و كان على تقدير وجوده وصحته مما فيه الضمان فهو على تقدير وجوده و فساده ايضاً فيه الضمان وهذا المعنى الذى هو الظاهر من القضية الحقيقيه ظاهر الانطباق على الاحتمال الاخير كما لا يخفى،، واما الثانى فلان هذه القضية بالفاظها ليست واردة فى نص من كتاب اوسنة بل انما قاعدة استخرجت من مدركها فالمتبع (ح) هو

المدرك. ومدرك. هذه القاعده هو الاقدام. واذا كان المدرك مقتضياً للاحتمال الاخير يتعين الحمل عليه ولو كان اللفظ ظاهراً فى غيره ،،ومما ذكرناه يظهر ايضاً عدم الفرق فى اقتضاء الصحيح للضمان بين ان يكون للعقد بنفسه او يكون من ناحية الشرط المتحقق فى ضمنه لان الملاك فى ثبوت الضمان فى فاسد مالو كا ن صحيحاً لكان فيه الضمان هو الا قدام ولو كان مقتضى الشرط هو المجانية فلو فرض صحة العقد المشروط به ولم يكن على تقدير صحته فيه الضمان فليس فيه على تقدير فساده ايضا ضمان كما فى مثل البيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة ولو كان مقتضى العقد لولا الشرط هو المجانية وكان مقتضى الشرط هو الاقدام المعاوضى وكان العقد المشروط على تقدير صحته موجبا للضمان ففى فاسده ايضاً يكون الضمان وذلك كالهبة المشروطة بالعوض حيث ان الهبة لولا الشرط لاتقتضى الضمان وشرط العوض موجب للا قدام على المعاوضة فيكون فيها الضمان المعاوضى على تقدير الصحة ويكون على فرض الفساد ايضاً موجباً للضمان

وهذا هو الوجه فى الحكم باقل الامرين من المسمى او المثل فى تلف الموهوب بشرط التعويض قبل الدفع لانه لولا الشرط لكان الواهب مقدماً على المجانية لكن بالشرط خرج عن المجانية وتحقق الاقدام المعاوضى لكن اذا كان المسمى اقل من للمثل ماتحقق الاقدام اليه هو المسمى فيكون الزائد من المسمى مما اقدم اليه مجانيا فيتعين الضمان (ح) بالنسبة الى خصوص مقدار المسمى واذا كان المثل هو الاقل يجب دفع المثل لان المسمى الاكثر عن المثل لا تيعين على المتهب دفعه الى الواهب لكونه مخيراً بين دفع العين او حفظها ودفع المسمى ومع تلف العين لاملزم لتعين دفع المسمى بل التخيير باق بين دفعها بدفع المثل او القيمة وبين دفع المسمى والحاصل ان ملاك القول بدفع

اقل الامرين هو القول باقتضاء الشرط للضمان اذليس فى عقد الهبة اقتضاء ضمان

لكن ينبغى ان يعلم ان الشرط على قسمين فمنه مايكون من قبيل شرط عدم الثمن فى البيع وعدم الاجرة فى الاجارة: ومنه مايكون من قبيل شرط كون تلف المبيع على البايع بعد قبض المشترى اياه وكون الشرط مقتضياً للضمان يتم فى الاول فان البيع من حيث نفسه لولا الشرط يقتضى الضمان لكونه مبادلة مال بمال واذا اشترط فيه عدم الثمن يكون الشرط موجباً لعدم الاقدام على الضمان فيقع باطلا على قول اوهبة مجانية على قول اخر بناء 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 فلاضمان ايضاً لاجل عدم الاقدام

واما فى القسم الثانى فلم يقع الاقدام على المجانية فان البايع مقدم على اخذ العوض غاية الامر اشترط ضمان فى ضمان لانه شرط لعدم الضمان كما فى الاول والمدار فى الضمان وعدمه على الاقدام على المعاوضة وعدمه واذا تحقق الضمان المعاوضى فهذا العقد على تقدير صحته يكون فيه الضمان فهو على فرض فساده ايضاً موجب للضمان

فتحصل من جميع ماذكرناه معنى المراد من الفاظ تلك القاعدة من ان المراد بالموصول فيها هو العقد او الايقاع المشتمل على المعاوضة كالخلع وبالضمان هو نفس تعهد الشئ ودخوله فى عهدته وبالباء فى بصحيحه هو السببية الناقصة وان مورد القاعدة انما هو فيما اذا تحقق مقتضى الضمان ويكون

الغرض من تأسيسها هو بيان المائز بين مافيه الضمان وبين ماليس فيه الضمان فى مورد تحقق مقتضيه . وليس المقصود من مقتضى الضمان هو خصوص اليد بل المراد منه هو الاعم منه ومن الاتلاف والاستيفاء . فكل مورد تحقق فيه مقتضى الضمان من يد او اتلاف او استيفاء فان كان من موارد تسليط المالك مجاناً فلاضمان فيه وان كان من موارد تسليطه بعوض ففيه الضمان ،، وليعلم انه يعتبر فى مورد القاعدة امور (الاول) هذا الذى ذكر انفاً من كون موردها فيما تحقق فيه مقتضى الضمان من اليد اوالا تلاف اوالا ستيفاء فخرج مثل السبق والرماية الفاسدة اذليس فيها ضمان على الآمر مع ان فى صحيحها الضمان

ووجه خروجها هو انتفاء مقتضى الضمان اذلم يعد عمل العامل الى الآمر بوجه ولم يتحقق من الامر مايوجب الضمان من يد او اتلاف واو استيفاء فلاموجب للضمان

واما وجه الضمان فى صحيحها فلورود الدليل عليها على خلاف القاعدة ولذا يقتصر على مورد الدليل

الثانى ان يكون مقتضى الضمان فى مصب العقد ومتعلقه بان تكون نفس ماتعلق به العقد وقع تحت اليد او صار مستوفى اوورد عليه الاتلاف ولولم يكن كذلك (بل تحقق موجب الضمان بالنسبة الى تبعات متعلق العقد كمنافع العين التى تعلق بها البيع حيث ان المنفعة فى البيع ليست متعلقة للعقد ولا يبذل بازائها الثمن بل الثمن يقع بازاء العين وان كان يتفاوت ثمنها بواسطة المنفعة لتفاوت الرغبة بالنسبة الى العين بواسطة التفاوت فى منفعتها) لكان خارجاً عن مورد تلك القاعدة فلا يرد النقض بضمان المنافع التى لم يستوفها فانها غير مضمونة فى العقد الصحيح مع انها مضمونة فى العقد

الفاسد، وذلك لان تلك المنافع ليست متعلقة العقد حتى يكون ضمانها فى حال فساد العقد مع ضمانها فى حال صحته نقضاً للقاعدة

الامر الثالث ان يكون الاقدام على المعاوضة من مقتضيات العقد نفسه او الشرط المشتمل عليه فلو كان العقد هو بنفسه او بالشرط المذكور فى ضمنه مقتضياً للضمان ثم تعقب بشرط آخر دافع للضمان فلا يخلو اما ان يكون مدلول الشرط الثانى رفع ما اقتضاه العقد بنفسه او بشرطه المذكور فيه كما اذا شرط عدم الثمن فى البيع فقال بعتك بكذا بشرط ان لا يكون الثمن لك واما يكون مدلول الشرط رفع لازم الضمان الذى اقتضاه العقد بنفسه او بشرطه المذكور فيه اولا كما اذا باعه وشرط ان يكون درك المبيع على البايع بعد قبض المشترى ففى الاول يندرج تحت القاعدة دون الثانى اذ شرط الثانى لايكون رافعاً للضمان الذى اقتضاه العقد بل هو رافع للازمه اعنى كون درك المال المبيع على المشترى ورفع اللازم لايوجب رفع الملزوم والمناط فى ثبوت الضمان هو انتفاء الاقدام على التسليط المعاوضى فلا موجب لعدم الضمان فى العقد المشروط به سواء كان صحيحاً او فاسداً فلا يرد النقض على القاعدة بما اذا اشترط ضمان المبيع على البايع بتوهم ان صحيحه لايوجب الضمان مع ان فاسده موجب له وذلك لثبوت الضمان فى صحيحه وفاسده (هذا)

،، واما فى مثل بعتك بلا ثمن او آجرتك بلا اجرة ففى كونه باطلا لمنافاة الشرط مع مقتضى العقد او صحيحا بحمل الاول على الهبة والثانى على العارية،، وجهان بل قولان مبنيان عن صحة ايقاع العقد بالالفاظ المجازية فان الشرط قرينة على ارادة الهبة من البيع والعارية من الاجارة لاخذ العوض فى مفهومها والتحقيق هو البطلان مطلقا سواء قلنا بصحة العقد بالالفاظ المجازية ام لا اما على الثانى فواضح واما على الاول فلانه على تقدير القول به يقتصر

على ماذا لم يكن الانشاء بالالفاظ الدالة على ما يضاد المعنى الحقيقى مثل انشاء البيع بلفظ الهبة او الهبة بلفظ البيع مما يكون من قبل القرينة منافياً لمقتضى العقد بحيث يوهم اندارجه تحت الشرط المخالف للعقد بل كان مثل لفظ نقلت واشباهه من الالفاظ المجازطتة التى كان المانع عن انعقاد العقد بها كون منا ها معنى جنسياً مشتركاً محتاجاً الى انضمام فصل اليه المستلزم لتدريجية ايجاده المنافى مع بساطته كما تقدم هذا كله تمام الكلام فى معنى اصل القاعدة اعنى مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ومنه يظهر معنى عكسها ايضاً اعنى مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده وحاصله ان كل شخص من عقدا وايقاع اذا فرض صحته ولم يكن على فرض صحته موجباً للضمان فهو على تقدير فساده ايضا لايوجب الضمان وذلك لكون منشأ عدم الضمان فى صحته مع وجود مقتضاه من اليد او الاتلاف اوالا ستيفاء انما هو تسليط المالك مجاناً وهذا الملاك بعينه موجود فى فاسده ايضا فمقتضى عدم الضمان فى الصحيح والفاسد شيئى واحد وهو التسليط المجانى من غير اؤلوية فى فاسده على صحيحه ومنه يظهر ان دعوى اؤلوية عدم الضمان فى الفاسد من الصحيح لاترجع الى محصل

ثم ان الامور المعتبرة فى اصل القضية معتبرة هناك ايضاً حرفا بحرف فيعتبر فى عكس القاعدة من تحقق مقتضى الضمان من يد ونحوه ومن كون العقد بنفسه او بشرطه رافعاً للضمان لان يكون بنفسه او بشرطه موجباً له واشترط فيه مايوجب رفع لازم الضمان المحقق بالعقد بحيث يكون مضاد الشرط ضمان فى ضمان لارفع الضمان ،،لكنه ربما يورد على عكس القضية بامور (منها) ضمان العين المستا جرة حيث انه على المستا جر فى الاجارة الفاسدة مع انه لا يضمنها فى الاجارة الصحيحة فلم يصدق مالايضمن

بصحيحه لايضمن بفاسده وقد اختار الضمان صاحب الرياض تبعاً للمحقق الاردبيلى قدس سرهما وحكى نسبته الى المشهور عن المحقق المذكور وان حكى عن المحقق الثانى نسبة عدم الضمان اليهم وبالجملة فمنشأ الضمان وعدمه هو الاختلاف فى صحة شرط ضمان العين على المستاجر وعدمه فكان القائل بالضمان فى الاجارة الفاسدة هو القائل بصحة شرط الضمان والقائل بعدمه هو القائل بفساد شرط الضمان ومنشأ الخلاف فى المسئلة الاخيرة هو الخلاف فى ان عقد الاجارة هل فيه اقتضاء لكون العين المستاجيرة امانة عند المستاجر ام لا، فان كان فيه اقتضاء كان شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد فيبطل من هذه الجهة وان لم يكن فيه اقتضاء لم يبطل لعدم منافات الشرط مع العقد (وح) نقول ان كان الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنى ان العقد كان مقتضياً لعدم ضمان العين وكان تسلط المستأجر على العين بتسليط من المالك مجانا لايكون فى فاسده ايضاً ضمان لتحقق ملاك عدمه وهو التسليط المجانى وان لم يكن الشرط مخالفاً لمقتضى العقد بمعنى ان العقد لايقتضى عدم الضمان لعدم تكفله لتسليط المستاجر على العين مجانا فيكون فى الفاسد ضماناً على طبق القاعدة لاجل تحقق سبب الضمان وهو اليد اوا لاستيفاء وعدم مخصص له من التسليط المجانى وانما لم يكن فى صحيحه ح ضمان لاجل صيرورة العين امانة شرعية لامالكية عند المستأجر بواسطة صحة العقد وامضائه وهذا المعنى مفقود فى العقد الفاسد (فح) فالمهم تشخيص كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى العقد ام لا فنقول

يمكن ان يقال بان تسليط المستأجر على العين المستاجرة مجاناً خارج عن مقتضى عقد الاجارة وذلك لان الاجارة

تارة تقع على الاعيان واخرى على الاعمال وهى باعتبار القسمين ينقسم

الى ثلاثة اقسام لان 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 فى عمل الحر واما يمكن ان يكون بالتسليط على العين ويمكن ان لا يكون كما فى اجارة الدابة لحمل المتاع حيث انه يمكن ان يكون من المستأجر فيكون بتسليط منه على العين كما انه يمكن ان يكون من مالك الدابة فلا يلزم دخول الدابة فى تحت سلطنة المستأجر والاجارة فى الانواع الثلاثة بمعنى واحد لانها فى كل نوع بمعنى آخر مغاير مع معناها فى الاخرين لكنها فى النوعين الاخرين ليس بمعنى يقتضى تسليط المستأجر على العين المستاجرة مجانا لاستحالته فى النوع الثانى وعدم اقتضاء عقد الاجارة له فى النوع الاخير فلا بد من ان يكون فى النوع الاول ايضاً كذلك و الا يلزم ان يكون معناها فى النوع الاول مغايراً مع معناها فى النوعين الاخرين فلا يكون فى نفس الاجارة اقتضاء فى تسليط العين المستأجرة مجاناً بحيث يصير المستاجر مالكاً ومستحقاً للسلطنة على العين مجاناً حتى يكون شرط الضمان مخالفا لمقتضى العقد هذا غاية تقريب هذا الكلام ولكن التحقيق كون شرط ضمان العين مخالفاً لمقتضى العقد كما عليه المشهور وذلك لان الانواع الثلاثة كما ذكر فى توقف الاستيفاء على التسليط على العين او التوقف على عدمه او عدم التوقف عليه ولا على عدمه الا ان اقتضاء الاجارة لتسليط المستأجر على العين مجانا فى القسم الاول لا يوجب التفاوت فى معنى الاجارة بل هى مع ذلك الاقتضاء فى الجميع بمعنى واحد وهذا الاقتضاء فى النوع الاول جاء من خصوصية هذا النوع وهذا لمعنى الجامع للجميع هو المعبر عنه بالفارسية (بمزد دادن) اعنى الاعطاء بالاجرة الا انه تيفاوت فيما اذا تعلقت بالمنفعة او بالانتفاع

فان تعلقت بالمنفعة تقتضى من ناحية متعلقها وهى المنفعة تسليط العين مجانا اذ تمليك المنفعة كما فى التذكرة انما هو بتسليط المستاجر على العين حيث ان استيفائها كسكنى الدار مثلا 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 بالانتفاع مثل عمل الحر او الانتفاع بالدابة فان الاجارة بالمعنى المتقدم لاتقتضى فيها تسليط المستاجر على العين فظهران اجارة الاعيان مقتضية للتسليط عليها بلا اختلاف فى معنى الاجارة وعليه فيكون شرط ضمان العين فى فى اجارة الاعيان مخالفاً لمقتضى العقد ويترتب عليه عدم ضمان العين فى الاجارة الفاسدة ايضا وحاصل الكلام فى دفع النقض على عكس القاعدة بضمان العين المستاجرة فى الاجارة هو الالتزام بالضمان على تقدير ان لا يكون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الاجارة كما عليه المحقق الاردبيلى وتبعه صاحب الرياض قدس سرهما والالتزام بعدمه على تقدير كونه مخالفاً لمقتضى العقد كما عن المحقق الثانى وعليه الاكثر وهو الحق وعلى كلا التقديرين فلا نقض كما تبين (ومنها) النقض بضمان الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية فانه يحكم بضمان المحرم له بالقيمة مع ان العارية الصحيحة لاتوجب الضمان ،، وقد اجاب عنه المصنف قده فى الكتاب بقوله ان وجه ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله واداء قيمته ان المستقر عليه قهراً بعد العارية هى القيمة لا العين (الخ)

وتوضيح ما افاده يتم ببيان امور (الاول) لا اشكال فى وجوب الارسال على المحرم بعد استلائه على الصيد بسبب العارية وهل هو حكم تكليفى محض وان الصيد باق على ملك مالكه مالم يتحقق الارسال فاذا وقع على

يد المعير فلا ضمان وانما الضمان يتحقق بسبب الارسال الذي هو اتلاف لمال المعير او ان الصيد بسبب وقوع يد المحرم عليه خرج عن الملكية وصار من المباحات وبالاصل رجع الى حالته الاولى اعني قبل صيرورته محازا و (وجهان) بل قولان اقواهما الثاني وذلك لان بقاء ملكية المعير مع وجوب الارسال على المستعير وان كان ممكناً معقولا الا انه من الحكم بخروج الصيد عن ملكية الانسان اذا صار محرماً اذا كان الصيد تحت يده يستكشف ان وجوب الارسال لمكان خروج الصيد عن ملك المعير وصيرورته من المباحات بالاصل فتامل

الامر الثاني لافرق في ضمان المستعير قيمة الصيد بين ما اذا كان المعير عالماً بالموضوع اعني كون المستعير محرماً وبالحكم اعني كون يده على الصيد موجباً لخروج الصيد عن ملك الغير امامع الجهل فظاهر واما مع العلم فربما يتوهم انتفاء الضمان لمكان اقدام المعير مع العلم على اتلاف ماله فيكون كالاقدام على التسليط المجاني لكنه توهم فاسد وذلك لان المورد ليس من موارد التسليط على الاتلاف مجانا ولامن قبيل الاسباب والمسببات حتى يسند الفعل الصادر عن المسبب الى السبب بمناط كونه اقوى لان باب المسببات والاسباب ما اذا لم يتوسط بين السبب والمسبب ارادة الفاعل المباشر واما مع توسطها فهو خارج عن باب المسببات كما اذا امر المالك غيره بالقاء متاعه في البحر فالقاه المامور اختياراً اذا لم يكن الالقاء جائزاً شرعاً فانه يضمن المباشر ولو كان بامر من المالك نعم لو كان الالقاء مباحاً شرعاً كما اذا توقف سكون السفينة على القائه فالقاه المأذون باذن المالك فلا ضمان ففي ما نحن ليس التلف اعني خروج الصيد عن الملكية باقباض المعير محضا بل انما هو بقبض المستعير وقبضه فعل اختياري

له فيتوسط بين الاقباض وبين القبض الذى هو الموجب للتلف ارادة المستعير فيخرج عن باب المسببات التوليدية

الامر الثالث لولم يرسل المستعير الصيد بل رده الى المعير فهل يسقط به الضمان ام لا قولان اقوا هما الثانى وذلك لان منشأ الضمان هو خروج الصيد عن ملك المعير بقبض المستعير وصيرورته مباحاً بالاصل والرد اليه موجب لتحقق ملكية جديدة بوصول الصيد الذى صار من المباحات الى المعير كما انه بصير ملكا 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 خمراً عند المستعير يضمن قيمته للمعير فلو فرض انقلابها الى الخل بمجرد وصولها الى يد المعير وردها المستعير اليه يخرج عن الضمان بردها من غير اشكال فما الفرق بينه وبين المقام مع انه فى المقام ايضاً يدخل فى ملك المعير بمجرد الوصول الى يده

قلت الفرق بينهما هو تحقق حق الاختصاص فى الخمر المنقلب عن الخل وهذا بمخلاف الصيد فانه يخرج بوقوع يد المستعير عليه عن الملك وتصير صاحاً بالاصل بحيث يصير جميع الناس فى حيازته بالنسبة اليه شرع سواء كما كان اولا كك وبما ذكرناه يظهر اندفاع المناقشات التى وقع فى الحكم المذكور عن المحقق والشهيد الثانيين فراجع

اذا تمهد هذه الامور فنقول ضمان المستعير للصيد ليس من ناحية عقد العارية لكى يكون فاسده موجبا للضمان بل انما هو من ناحية الاتلاف الناشيى من تحقق الصيد بيده لمكان كونه محرماً ولو مع فرض صحة العارية ايضا واذا فرض صحتها يكون ضامنا ايضا لالاجل اقتضاء عقد العارية للضمان بل لمكان الاتلاف كما لايخفى، ومما ذكر نقضاً على عكس القاعدة

ضمان اجزاء المبيع واوصافها لو نقصت عند المشترى في البيع الفاسد مع عدم الضمان في صحيحه، ويندفع بثبوت ضمانها في البيع الصحيح وذلك لان الغرض من الضمان في الصحيح ليس هو وقوع العوض في مقابله حتى اذا لم يقع المعاوضة عليه لم يكن ضمانا: بل المقصود كما عرفت مرارا هو التميز بين اقدام المالك على التسليط المجاني والتسليط بالعوض والملاك هو الاقدام مع تحقق احدى مقتضيات الضمان من اليد ونحوها (وح) نقول اجزاء المبيع واوصافها ليست مما اقدم البايع على تسليط المشترى عليها مجاناً بل التسليط غير مجاني وان لم يكن الثمن المذكور بازائها الا ان لها قسطاً من الثمن فما لم يقبض المشترى المبيع يكون المبيع مع ماله من الاوصاف والاجزاء في ضمان البايع ويكون دركه عليه وبعد القبض يدخل في ضمان المشترى وان كان بين الضمانين فرق من حيث اقتضاء ضمان البايع للاوصاف والاجزاء خيار المشترى للفسخ والارش لو ظهر نقص فيها قبل القبض وضمان المشترى 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 النقض ايضاً النقض بحمل المبيع بالبيع الفاسد فانه يضمنه المشترى مع انه لا ضمان له في فاسدة ولا يخفى ما فيه ايضا. لان الحمل اما داخل في المبيع بالشرط او خارج عنه ويكون المبيع هو الحامل منفرداً عن الحمل، فعلى الاول. فيكون المشترى ضامنا له في البيع الفاسد الا انه كذلك ايضا في البيع الصحيح وعلى الثاني انه لا يضمنه في الصحيح والفاسد بل يكون الحمل امانة في يد المشترى قد استامنه البايع عليه بنفس بيعه للحامل منفرداً عن الحمل ضرورة ان بيع الحامل يقتضي تسليمه على المشترى، فالقبض الذي اقتضاه البيع موجب لقبض الحمل الباقي على ملك البايع

فيكون استيماناً على الحمل

ومنها النقض بالشركة الفاسدة حيث ان اخذ المال المشترك بها يكون عدواناً موجبا للضمان ويندفع بما

توضيحه يتوقف على مقدمة. وهى انه لا اشكال فى حصول الاشتراك باختلاط المال قبل ايقاع عقد الشركة فح فيقع الخلاف فى فائدة العقد بعد حصول الشركة بالاختلاط فقيل بانه يفيد الاذن فى تصرف كل واحد فى حصة الاخر وهذ هو المختار عند المحقق الثانى قده مستدلا له بانه لولاه لزم لغوية الشركة وقيل بانه لايترتب عليه فائدة اصلا وما استدل به المحقق الثانى لايثبت انشأ الاذن بعقد الشركة لما عرفت من لزوم كون الفاظ العقود صريحا عرفيا فى انشاء مضمونها ومن الواضح عدم ظهور لفظ عقد الشركة فى اذن الشركاء فى التصرف فى حصصهم لكى يكون انشاء للاذن فالالتزام بعدم ترتب الفائدة على العقد اهون من الالتزام بترتب مالايكون اثرا له عرفا كمالايخفى وهذا هو الاقوى

اذا عرفت ذلك فنقول بناء على مختار المحقق الثانى قده ليس فى صحيح الشركة ضمان لمكان اقدام كل من المتعاقدين فى اذن الاخر فى تصرفه فى مال المشترك لكن لايعلم منه قده التزامه بالضمان فى فاسدها فلعله قائل بعدم الضمان فى الفاسد ايضا بملاك حصول الاذن ولو فرض التزامه بالضمان فى الفاسد فيرد عليه قده بان التفصيل بين الصحيح والفاسد بنفى الضمان فى الاول والقول به فى الثانى مخالف مع هذه القاعدة وهذا ايراد يرد على القائل بالتفصيل لا انه نقض للقاعدة وانما النقض لابدان يكون بامر مسلم عندا لكل (هذا) واما على المختار اعنى عدم افادة عقد الشركة اذن الشركاء فى التصرف فالضمان لكل من الشركاء

ثابت فى الشركة الصحيحة والفاسدة معا لعدم اذن كل منهم فى التصرف فى حصته كماهو المفروض فلانقض كمالايخفى

هذا جملة من النقوض الواردة على عكس القاعدة وقد عرفه اندفاعها بمالا مزيد عليه، و اماالنقض بضمان منافع المبيع فى العقدالفاسد حيث انصحيحه لايضمن معانفى فاسده الضمان فقد تقدم التكلم فيه فى اصل القاعدة عند بيان الامر الثانى المعتبر فى مجرى القاعدة لاجل اندفاعه

قوله قدهو اماخبر اليد فدلالته وان كانت ظاهرة وسنده منجبر الاان موردهمختص بالاعيان ولايشمل المنافع والاعمال المضمونةلاباجارة الفاسدة (الخ)

وحاصل ماافاده قدهوكون اليد مقتضى ضمان المنفعة ولا يخفى مافيه: بلا فرق بين العين والمنفعة فى كون الضمان فيها بسبب اليد و توضيح ذلك انه قد تقدم ان متعلق الاجارة ينقسم على انواع منها الاعيان التى يتوقف استيفاء سنافعها على كونها فى تحت استيلاءالمستوفى كالدار المستاجرة للسكنى ومنها مالايكون استيفائها بالاستيلاء على العين كعمل الحر (ومنها) ما يمكن بكلا النحوين كالدابة المستاجرة لحمل المتاع، اما القسم الاول فقبض المنفعة بقبض العين و تكون المنافع تحت اليد بتبع العين فاليدعلى العين يد على المنفعة ولذلك اورد عليهم بالتهافت فى الحكم يكون قبض العين قبضاً للمنفعة وحكمهم بان تلف العين المستاجرة فى الاثناء بما يوجب فوات موضوع المنفعة فى الباقى من المدة منشاء لكون المنفعة التالفة على الموجر بقاعدة تلف قبل القبض اذاجراء القاعدة فى تلف المنفعة فى الاثناء لايجامع مع حصول قبضها فى الاول بقبض العين ويجاب

عنه بان قبض المنفعة بقبض العين انما يصح فيما اذا كان فى العين منفعة واما مع عدمها بعدم العين فلا منفعة حتى يكون قبضها قبضها فلا منافات بين الحكمين اصلا، واذا كان عقد الاجارة صحيحاً او فاسداً يكون ضمان المنفعة على المستاجر بعد القبض وعلى الموجر قبله اما على المستاجر بعد القبض فلمكان الاقدام على الضمان اى الاقدام على كون المنفعة فى عهدته بالعوض غاية الامر يكون الضمان بالمسمى فى العقد الصحيح وبالقيمة فى الفاسد واما على الموجر قبل القبض فلاجل قاعدة تلف قبل القبض اذهى عامة فى جميع الابواب ولاتختص بباب البيع »

واما القسم الثانى فضمانه انما هو بالاستيفاء فكل ماسلمت المنفعة للمستاجر يكون ضامناً لها فى العقد الصحيح والفاسد على ماتقدم ،:واما الثالث فما كان منه استيفاء المنفعة بالتصرف فى العين فيكون ضمانها باليد وما كان منه بالاستيفاء وحصولها للمستاجر فبالاستيفاء فقد تحصل مما ذكرناه فى بيان القاعدة اصلاً وعكساً ان موردها هو ما اذا تحقق احدى موجبات الضمان من اليد او الاستيفاء او الاتلاف وحيث ان قاعدة اليد وقاعدة من اتلف وقاعدة من استوفى مال الغير كلها قواعد امتنانية جعلت ارفاقاً للمالك فلا محالة تكون كل واحدة مخصصة بما اذا لم يكن اليد والاتلاف والاستيفاء باستيلاء من المالك مجاناً اذ لا معنى لان يقول المالك بانى راض فى استيفاء مالى مجاناً ويحكم الله سبحانه على المستوفى بالضمان ارفاقاً لحال المالك بل لابد من الالتزام بخروج مورد تسليط المالك غيره على ماله مجاناً عن عموم القواعد الثلث اما بالتخصص او بالتخصيص واذا كان كذلك فبقا عدة مايضمن عكسا واصلا يتميز مورد اقدام المالك على المجان عن مورد الاقدام على التسليط مع العوض لكى يتبين مورد المخصص

عن مورد الباقى تحت العام بما لامزيد عليه وخلاصة البحث فى تنقيح القاعدة اصلاً وعكساً انها تتم بامور (الاول) ان هذه القاعدة اصلا وعكساً ليست مؤسسة لحكم شرعى بل هى لتميز ماخرج عن عموم قاعدة اليد بالتخصيص او التخصص عما يكون باقياً تحت عمومها ويترتب على هذا الامر فساد البحث عن مدرك الضمان فى اصل القاعدة والبحث عنه بكونه الاقدام والمناقشة فيه اذ المدرك فى الضمان هو اليد على ماتقدم مراراً

الامر الثانى ان معنى الضمان هو كون شيئى فى العهدة والتعهد به وعدم كونه بلاعوض عليه الجامع لكونه تارة مضمونا بعوض المسمى واخرى بالمثل ففى العقود الصحيحة يكون كل ما انتقل اليه بعد القبض مضموناً على ما انتقل اليه مادام بقاء العقد بالمسمى ومع انتفاء العقد بفسخ او اقالة بالمثل او القيمة وفى العقود الفاسدة يكون من اول الامر باحدهما فحال الضمان فى العقود الفاسدة كحاله فى العقود الصحيحة بعد الفسخ او الاقالة وقد تقدم توهم كون ضمان فى العقود الصحيحة ايضاً بالمثل او القيمة بمعنى كون المنتقل اليه ضامناً لما انتقل اليه بالمثل او القيمة بعد الفسخ او الاقالة وتقدم ايضاً اندفاعه بما ذكرناه فى معنى الضمان من انه عبارة عن كون شيئى فى العهدة بالعوض الجامع بين المسمى والمثل او القيمة المنطبق تارة على المسمى واخرى على المثل او القيمة طولا بمعنى كونه قبل فسخ العقد او اقالته بالمسمى وبعده بالمثل او القيمة

الامر الثالث ان محل القاعدة ومواردها اصلاً وعكساً اذا كان الشيئى المقبوض مما يكون العقد متعرضاً له بنفسه او بشرط فى ضمنه فما كان تعرضه له بالاستقلال او بالتبع مما كان خارجاً عن مورد تعرض العقد باحدى الوجوه المذكورة فهو خارج عن هذه القاعدة و يترتب على هذا الامر

اندفاع جملة من النقوض المذكورة في عكس القاعدة على ماتقدم : كالنقض بالمنافع المستوناة في البيع الفاسد حيث انها ليست مضمونة في البيع الصحيح مع انها مضمونة في الفاسد . والنقض باجزاء المبيع واوصافه التي لاتضمن في العقد الصحيح وتضمن في الفاسد : والنقض بعين المستاجرة حيث لايضمن في صحيح الاجارة دون فاسدها. والنقض بحمل المبيع : ووجه اندفاعها اما الاول فبما عرفت من ان العقد ليس متعرضاً لمنفعة المبيع بل هي تدخل في ملك من انتقل اليه العين بحكم الشارع اذا كان البيع صحيحاً واما في الفاسد فهي باقية : على ملك البايع وحيث لم يقدم البايع على تسليطها مجانا ولم تدخل في ملك المشترى ايضاً تبعاً. فلاجرم يضمنها المشترى بالقيمة (١)

واما الثاني فبما تقدم من ثبوت ضمان الاوصاف والاجزاء في العقد الصحيح ايضاً لتعرض العقد لهما لان لكل منهما قسطاً من الثمن

واما الثالث فبما تقدم من عدم ضمان العين المستاجرة في العقد الفاسد بناء على كون شرط الضمان مخالفاً لمقتضى عقد الاجارة وثبوت الضمان فيها بناء على ان لا يكون شرط المذكور مخالفاً لمقتضى العقد ويكون عدم الضمان (ح) في صحيح الاجارة لاجل كون العين عند المستاجر امانة شرعية لامالكية

واما الرابع فبما تتقدم من ان الحمل اما يدخل في المبيع بالشرط اولا فعلى الاول فيكون المشترى ضامناً له في العقد الصحيح والفاسد و على الثاني فيكون امانة مالكية عنده فلايضمنه في العقد الصحيح والفاسد ،، وليعلم انه فرق بين الحمل وبين الزيادة المتصلة كالصوف ونحوه وبين ما

(١) هكذا افيد ولكن يمكن ان يقال بتعرض العقد لها لمكان ازدياد القيمة بها كما في الاوصاف والاجزاء حسبما ياتي فيكون الضمان فيها في العقد الصحيح والفاسد معاً كما لايخفى

من قبيل السمن : اما الحمل . فان اشترط دخوله فى المبيع فيدخل فيه وان لم يشترط دخوله فيه يبقى على ملك البايع سواء اشترط بقائه على ملكه اولم يشترط اصلا : واما مثل الصوف فان اشترط خروجه عن المبيع فيخرج عنه وان لم يشترط خروجه يدخل فى المبيع تبعا سواء اشترط دخوله فيه ام لم يشترط اصلا فيكون من هذه الجهة عكس الحمل : واما السمن فهو داخل فى المبيع على كل تقدير ولا يصح شرط خروجه عنه الفرق وسر هذا الفرق يظهر فيما ياتى

وكيف كان فجميع هذه الامور اما يكون العقد متعرضا لها اما بالاطلاق او بواسطة الشرط فتدخل فى الضمان واما يكون خارجاً عن مورد تعرض العقد فتصير امانة فلا تدخل فى الضمان من غير فرق بين العقد الصحيح والفاسد

الامر الرابع المدار فى صحيح العقد وفاسده انما بالنسبة الى شخص العقد لا نوعه ولا صنفه فشخص العقد الواقع يفرض تارة صحيحاً و اخرى فاسداً فان كان فى صحيحه الضمان ففى فاسده ايضاً يكون كذلك ففى مثل بعتك بلا ثمن لا ضمان لعدم الضمان فيه لو كان صحيحاً وفى مثل الهبة المعوضة يتحقق الضمان وهذا المعنى مع كونه هو الموافق لقضية مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده لكونها من القضايا الحقيقية حسبما تقدم: لا بد منه .ولو على تقدير كونه مخالفاً لظاهر القضية لوجوب حملها على مايوافق مدركها اذ ليست القضية مما وردت الفاظها فى كتاب اوسنة حتى تكون العبرة على مالها من الظاهر

ثم ان الاقوال فى مثل بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا اجرة ربما تنتهى الى خمسة (احدها) ان يكون هذا العقد كلا عقد فى عدم ترتب شيئى عليه اصلا فكانه لم يصدر من الموجب شيئى اصلا ولازمه كون القابض ضامناً

ولازمه كون القابض ضامناً لماقبضه بواسطة على اليد مع عدم تحقق تسليط من المالك مجانا وهذا الاحتمال لايعبأ به

وثانيهما ان يكون بيعا فاسداً او اجارة فاسدة لتضمنه للشرط المخالف لمقتضى العقد لاقتضاء البيع ان يكون مع الثمن والاجارة ان يكون مع الاجرة وهذا هو الصحيح كما تقدم وجهه

وثالثها ان يكون هبة صحيحة فى بعتك بلا ثمن وعارية صحيحة فى آجرتك بلا اجرة بناء 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 بناء على عدم صحة ايقاع العقود بالالفاظ الكنائية ويرد القولان بان المنشئ فى بعتك بلا ثمن و آجرتك بلا اجرة لاينشئ الهبة و العارية بل المقصود من الاول هو انشاء البيع ومن الثانى انشاء الاجارة لانه انشاء الهبة بالاول و العارية بالثانى حتى تنتهى النوبة الى التكلم فى كونه هبة او عارية صحيحة او باطلة

و خامسها التفصيل فى آجرتك بلا اجرة بين ما اذا كان متعلق الاجارة هو الاعمال وما اذا كان هو الاعيان بالقول بعدم الضمان فى الاول لكون العامل متبرعاً بعمله دون الثانى لان التراضى على المجانية حصل فى ضمن العقد الفاسد الذى لااثر له اصلا ولايخفى مافى هذا التفصيل ايضا مافى شقه الاول فبما اورده الشهيد الثانى قده عليه من ان العامل لايكون متبرعا بالعمل بعد امر المستاجر به وايقاعه بطلب منه واما مافى شقه الثانى فلما عرفت من ان العقد الفاسد ليس بمنزلة العدم وفرض وجوده كان لم يكن حتى لم يفد شيئاً اصلاً بل هو يفيد تسليط المالك للمستاجر على ماله مجانا وترتب هذا التسليط عليه تكوينى لايدور مدار صحة العقد بحيث ينتفى بانتفائها بل هو امر متحقق

ولو كان العقد فاسداً ومع تحققه يدخل فى حكم ما استثنى من قاعدة اليد كما لا يخفى وبالجملة فالتحقيق هو كون بعتك بلا ثمن وآجرتك بلا اجرة بيعاً فاسداً وإجارة فاسدة وانه لا ضمان فى شئ منهما

الامر الخامس ما تقدم من ان العبرة فى اثبات الضمان بالشرط او نفيه به انما هو فيما اذا كان الشرط فى نفسه متعرضا لاثباته كما فى وهبتك مع العوض او لنفيه كما فى بعتك بلا ثمن واما اذا كان مضمون الشرط نفى نتيجة الضمان الثابت بالعقد فهو خارج عن مورد القاعدة وذلك كما فى مثل بعتك بكذا بشرط ان يكون تلفه عند المشترى على عهدة البايع و قد تقدم

ثم انه ربما اورد على القاعدة بوجوه آخر لم يذكر فى الكتاب (منها) النقض بمعاملة البالغ مع الصبى ببيع ونحوه وتسليم المبيع اليه فانه مما يضمن بصحيحه مع انه لا ضمان فيه (ومنها) معاملة الصبى مع البالغ بهبة ونحوها فانه يضمن البالغ ما يقبضه منه بالهبة مع انه ليس فى صحيح الهبة ضمان (ومنها) الاشتراء عن الغاصب مع علم المشترى بكون ما بيده غصبا حيث انه لا يضمن الغاصب لما ياخذه عن المشترى من الثمن مع ان البيع مما يضمن بصحيحه، والجواب اما عن الاولين فبان العقد من الصبى كلا عقد فلا يترتب عليه شيئ فالاحكم لتسليطه المجانى فالاخذ عن الصبى بعنوان الهبة ليس اخذا مترتباً على تسليطه المجانى لكى لا يكون فيه ضمان وكذا تسليط البالغ اياه على ماله بالبيع منه لا يترتب عليه التسليط المعاوضى لكى يثبت فيه الضمان بل هو من قبيل الالغاء فى البحر: واما عن الاخير فلان عدم ضمان الغاصب لما يأخذ عن المشترى من الثمن ليس لاجل فساد البيع بل البيع فضولى لا يكون باطلاً ويصح اذا جازه المالك وانما هو لاجل تسليط المشترى

اياه على ماله مع علمه بانه لايستحقه وقد عرفت ان مورد القاعدة انما هو فيما اذا كان العقد وارداً على مايضمن باليد ونحوه ومن المعلوم ان طرف العقد هو المالك لا الغاصب فبالنسبة الى المالك يطرد القاعدة لان فى صحيح بيعه وفاسده الضمان ومع الغاصب لابيع حتى يوجب الضمان ولو فرض اندراج التسليط على الغاصب تحت القاعدة لكان مندرجاً تحت عكس القاعدة كما لايخفى هذا تمام الكلام فى هذه القاعدة اصلاً وعكساً والحمدلله

قوله قده الثانى من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد (الخ) من الامور المرتبه على المقبوض بالبيع الفاسد . هو وجوب رده على المالك فورا مطلقا سواء كان قبضه موجباً للضمان اولا : ومحل الكلام . هو فيما اذا كان القبض وفاء بالمعاملة وجريا على وفقها بلا تحقق اذن جديد على القبض من استيمان او ايداع ونحوها والافلا يجب رده مالم يطالبه المالك من غير اشكال فلا فرق فى وجوب الرد فيما اذا لم يتحقق الاذن الجديد بين علم الدافع بفساد المعاملة وبين جهله اذ مع العلم يكون التسليم منه وفاء بالمعاملة الفاسدة غاية الامر تشريعاً لا اعتقاداً بالصحة ولامنافاة بين نفى الضمان فيما لايكون قبضه مضمنا وبين وجوب رده بعد فرض انتفاء اذن المالك فى حفظه وتصرفه وعدم صحة الابقاء تحت اليد اعتماداً على القبض المتحقق بعنوان الوفاء بالمعاملة

ثم ان الدليل على وجوب الرد فوراً وجوه (الاول) التوقيع الشريف لايجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه وقد ناقش فى الاستدلال به بمنع صدق التصرف على الابقاء وعدم الرد الى المالك ولكنه مندفع بان انصراف التصرف الى غير الابقاء بدوى اذ لا شك ان قبضه تصرف وابقاء التصرف تصرف قطعا كما لايخفى (الثانى النبوى المعروف : على اليد اخذت حتى تؤدى

فانه يدل على الضمان الذي حكم وضعي بالمطابقة وعلى وجوب الرد بالالتزام لان جعل الاداء غاية للضمان بحيث يكون الاداء را فعاله يدل على مطلوبية الاداء شرعاً و مطبوبيته عبارة في المقام عن وجوبه بل يمكن استظهار نفس الوجوب من الاداء لاستكشاف مطلوبيته المطلقة

فان قلت هذا انما يتم فيما اذا كان في المقبوض ضمان كما في موارد اصل القاعدة واما مع عدم الضمان كما في موارد عكس قاعدة مايضمن 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 بالتخصص بان يقال بكون مورد قاعدة على اليد مخصوصاً بما اذا كان بقهر على المالك اذ لا نظر للقاعدة على مالا قهر على المالك في الاخذ منه كما في موارد تحقق التسليط منه مجاناً : واما على فرض كون خروجه بالتخصيص . كما هو الظاهر لكون الاخذ اعم من الاخذ على نحو القهر كما في مثل اخذ الوديعة والامانة فلا وقع لهذا السؤال اصلا و ذلك لان المستفاد من دليل على اليد ح حكمان (احدهما) الضمان ، والاخر وجوب الرد وتخصيص الاول بمخصص لايستلزم تخصيص الثاني ايضا بعدان لم يرد عليه مخصص فح فالاظهر الاقتصار في التخصيص على مقدار ورود الدليل عليه

الثالث قوله على لايحل مال امرء لابطيب نفسه والمناقشة فيه في عمومه مدفوعة بان اسناد الحرمة على الاعيان مقتضى لحرمة جميع الافعال الواردة عليها من المكلف التي منها ابقائه تحت اليد كما لايخفى ، وتوهم كونه باذنه لرضاء المالك به فيما اذا كان عالماً بالفساد مدفوع: بما تقدم من ان الرضاء المحقق بعنوان الوفاء على المعاملة و الجرى على طبقها لا يوجب

حل التصرف . والمفروض عدم تحقق اذن جديد من المالك وبالجملة فلا ينبغي الاشكال في اصل وجوب الرد وفي فوريته بمعنى الفورية العرفية ،، و انما الكلام في مؤنة النقل الى المالك. هل هو عليه او على الناقل: ام فيه تفصيل وتحقيق الكلام فيه يتوقف على بسط فيه ،، فنقول ربما يقال بان مؤنة النقل على المالك وذلك لان القبض الى المالك عبارة عن التخلية بينه وبين ماله بحيث يصير متمكناً من اخذه بلا منع من طرف الآخذ و اما نقله اليه فهو خارج عن حقيقة القبض واذا كان الواجب هو القبض فلا وجه لوجوب النقل عليه حتى يكون مونته عليه من باب وجوب المقدمة ولا يخفى ما فيه لان الواجب على الآخذ بحكم المستفاد من خبر على اليد هو الرد ولا اشكال في ان صرف التخلية بين المال ومالكه لا يصدق عليه الرد بل يحتاج في صدق الرد الى تحقق قبض من المالك او من بحكمه فاذا 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 لاضرر ،حيث ان تحميل الغاصب و من بحكمه على مؤنة النقل: ضرر عليه وهو ايضاً لا يخلو عن الضرر وتوضيحه ان الحكم الذي يراد اثبات نفيه لتحكيم قاعدة لاضرر عليه لا يخلو عن انحاء احدها ان لا يكون امتثاله منوطاً على بذل مال دائماً (وثانيها) ان لا يكون كذلك في الاكثر (وثالثها) ان يكون امتثاله منوطاً على بذل المال دائما او في الاكثر (ورابعها) ان يتساوى مورد توقف امتثاله على بذل المال مع مالا يكون كذلك ولا اشكال في حكومة لاضرر على الحكم الذي لا يتوقف امتثاله على بذل المال دائما او في الاكثر فاذا اتفق انا طلته في مورد نادر لا يجب البذل مقدمة للامتثال بل يسقط التكليف عن الشيئ الذي يتوقف على البذل واما في الاقسام الاخر فليس لقاعدة الضرر حكومة على الحكم المتوقف على

البذل ضرورة لزوم عدم تحقق المورد له دائما او فى الاكثر فيما اذا كان التوقف دائمياً اواكثرياو كذافى الصورة التساوى ،، ثم فيما اذا كان التوقف على البذل دائمياً اواكثرياً ربما يصير منوطاً ببذل الزائد عن المتعارف بحيث يكون اجحافاً وهذه الزيادة ايضاً ترفع وجوبها بقاعدة لاضرر كنفى وجوب اصل البذل فيما لايتوقف على البذل اصلا: اذا عرفت ذلك،، فاعلم ان حاجة الرد الى مونة النقل اكثرى لكون الرد بالنسبة الى مالايحتاج نقله الى المونة اقل مما يحتاج اليها لمكان اكثرية مافى نقله المؤنة كالعروض عما لايحتاج فلو حكمنا بتحكيم لاضرر فى المقام للزم انحصار الحكم بوجوب الرد على الاخذ بالموارد النادرة لكن الواجب عليه هو مونة النقل بما لم يكن اجحافاً :فلو كان كذلك كما اذا لم يوجد حمال الا باجرة مجحفة او كانت الاجرة فى حد نفسها اجحافاً على القابض اى زائداً على مقدارها المتعارف لم يجب عليه هذه الزيادة فتحصل ان الاقوى هو كون مؤنة النقل على القابض بما اذا لم يكن منشاء للاجحاف عليه هذا اذا كان المالك والمال كلاهما فى بلد القبض ولو اخرج المال عنه مع بقاء المالك فيه فيجب نقله الى بلده والتسليم اليه ويكون مونة الرد عليه بطريق اولى لانه هو المخرج اياه ولو خرج المالك عن البلد مع بقاء المال فيه ففى وجوب النقل اليه الى خارج البلد فيجب عليه مونته او عدمه بل يسلمه الى الحاكم ومن بحكمه (وجهان) اقواهما الثانى وذلك لعدم دليل على الالزام الى النقل و انما الواجب هو النقل اليه على النحو المتعارف و مع تعذره يقوم الحاكم مقامه ولو كان المال والمالك كلاهما خارجين عن البلد مع كون المال منتقلا الى غير ما انتقل اليه المالك فهل يجب النقل الى بلد القبض او الى البلد الذى فيه المالك (احتمالان) و الذى ينبغى ان يقال انه اذا كانت مونة النقل الى بلد القبض اقل وكان النقل اليه انفع

للمالك لاجل تفاوت القيمة يجب النقل اليه من غير اشكال و هكذا مع التساوى فى المؤنة والتفاوت للمالك واما اذا كان النقل الى بلدا لقبض اكثر مؤنة و كان النقل اليه اعود للمالك فان تواطيا على النقل الى بلدا لقبض او الى بلد اقامة المالك فهو فان اختلفا فالظاهر ان لكل منهما حق النقل الى بلد القبض فليس للمالك الزامه على النقل الى بلد اقامته بل يجوز له النقل الى بلد القبض والتسليم الى الحاكم كما انه ليس له النقل الى بلد اقامة المالك مالم يرض المالك ولكن الحكم فى صورة الاختلاف لايخلو عن الاشكال فالاحتياط مما ينبغى ان لايترك ،، وكيف كان ليس للقابض تسليم المال الى الحاكم المقيم فى بلد المال من غير اشكال كما لايخفى

قوله قده الثالث انه لو كان للعين المبتاعة منفعة (الخ) هذا هو الحكم الثالث المترتب على المقبوض بالعقد الفاسد. اعلم انه لاخلاف ولااشكال فى ضمان الغاصب لمنافع العين المغصوبة مطلقا سواء كانت مستوفاتاً او كانت تالفة من غير استيفاء. واما الكلام فى غير الغاصب كالقابض بالعقد الفاسد،، والكلام فيه يقع تارة فى المستوفاة واخرى فى غيرها اما الاول فالمعروف فيه هو الضمان وذلك لاجل قاعدة على اليد لصدق اليد على المنفعة بواسطة اليد على العين كما تقدم. ومع الغض عن ذلك. فلمكان الاستيفاء حيث ان المنفعة مال محترم قد استوفاها المستوفى فيجب عليه قيمتها هذا وقد نقل القول بعدم الضمان فيها عن الوسيلة مستدلا بقاعدة الخراج بالضمان بنا 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) فى مدركها ونقول روى بطرق العامة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه من جملة قضاياه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال الخراج بالضمان ويكون راوى اقتضينه صلى الله عليه وآله وسلم هو عبادة بن

الصامت الذى اتقن فى النقل، وجملة من اقضية المروية عنه صلى الله عليه وآله وسلم بطريق عبادة بن الصامت مروى فى اخبارنا ايضاً . وقد ذكر الشيخ قده هذا الخبر اعنى جملة (الخراج بالضمان) فى المبسوط وذكر له معينن وذكره فى كتابه وتصديه لبيان معناه يكشف عن اعتماده عليه ويكفى فى الاطمينان بصدوره مع انه مؤيد بما ورد فى طرقنا فى باب المرهن وغيره من ان الزيادة الحاصلة فى العين المرهونة للمالك لكون خسارة العين عليه ومع ذلك كله فلا وجه للمناقشة فى سنده كما فى الكتاب برميه الى الارسال. بل الانصاف صحة الاستناد اليه بما بيناه

الجهة الثانية فى دلالته ،، وا لكلام فيها فى امور (الاول) ان الخراج اسم لما يخرج من الارض ولذا سميت الاراضى الخراجية بهذا الاسم لاجل ما يخرج منها وفى الحديث الشريف يراد منه مطلق المنافع الحاصلة من الاعيان سواء كانت مما يخرج من الارض او غيرها وسواء كانت العين الحاصلة منها المنفعة ارضاً او غيرها (الثانى) ان فى الضمان احتمالات (الاول) ان يراد منه المعنى الاسم المصدرى اعنى مطلق كون الشيئى فى العهدة ولو بسبب غير اختيارى كوقوعه على اليد من غير اختيار و هذا المعنى هو الذى فهمه ابو حنيفة فى حكمه بعدم ضمان منافع البغل من يوم المخالفة على ما هو مذكور فى صحيحة ابى ولاد: ويرده مع مخالفته لظاهر الكلام المستفاد من مناسبة الحكم والموضوع على ماقد مناتحقيقه فى اول البيع رد الامام عليه السلام عليه وتشنيعه الشديد بقوله عليه السلام بمثل هذه الفتوى تبجس السما قطرها ومنع الارض بركتها وهذا الاحتمال ساقط قطعاً

الاحتمال الثانى ان يراد منه المعنى المصدرى اعنى (عهدة گرفتن و شيئ را درعهدة قراردادن) وهذا يتصور على انحاء (الاول) ان يكون التعهد بالشيئى وجعله فى العهدة ببذل العوض فى مقابله كما فى البيع مثلا حيث

يجعل المشترى المبيع فى عهدته ببذل الثمن فى مقابله (الثانى) ان يكون التعهد به بجعله فى العهدة ولو بالشرط فى ضمن العقد لا بواسطة بذل شيئى بازائه، وذلك كما فى شرط الضمان والعارية اوفى عارية الذهب والفضة: حيث انهما مضمونان على المستعير بحكم الشارع: وكذا شرط الضمان فى كل عقد على فرض صحته ،، ثم كل واحد من هذين القسمين يتصور تارة فى العقد الصحيح .واخرى فى الفاسد والظاهر من قوله ﷺ الخراج بالضمان هو اختصاصه بما اذا كان الضمان ببذل العوض مقابل الشيئى لا مطلق جعله فى العهدة ولو بالشرط وكونه ببذل العوض ايضاً فى 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 فى قوله (الخراج بالضمان و توضيحه ان بذل العوض بازاء الاموال: بل كون الشيئى مالا. انما هو بتحقق احد امرين فيه على سبيل منع الخلو (احدهما) الخاصية المرتبة عليه الموجبة لبذل العوض بازائه .كالخاصية المرتبة على الخبر .اعنى الاشباع ونحو ذلك والمراد بالخاصية فى المقام هى التى تتوقف استيفائها على اعدام العين فى 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 انه لولاها لما يبذل العوض بازائها كما انها اى استيفائها متوقف على بذل العوض بازاء العين اذ مالم يبذل العوض لا يمكن استيفائها، فصارت المنفعة سبباً وغاية للبذل كما ان البذل سبب للاستيفاء فتكون المنفعة علة غائية للبذل ومتقدما عليه فى التصور ومتاخر عنه فى الخارج كما هو شان العلة الغائية وهذا المعنى يلائم مع كلمة الباء السببية فى (بالضمان) كمال الملائمة اذ يصح ان يقال ان الضمان سبب لاستيفاء

المنفعة اى بحسب الخارج واستيفاء المنفعة سبب للضمان اى بحسب وجودها التصورى وهذا بخلاف الضمان الحاصل بالشرط فان المنفعة لاتكون سبباً وداعياً فى ايجاده لمكان كون المنفعة حاصلة للضامن بلا عوض بل مجانا كمافى العارية وانما الضمان نشاء عن حكم شرعى تعبدى كما فى ضمان عارية الذهب والفضة او باشتراط فى العقد كمافيما اذا كان بسبب الشرط ،، والحاصل ان ظاهر كلمة باء السببية يقتضى انحصار المراد من الضمان فى قوله الخراج بالضمان الى الضمان الجعلى ببذل العوض ولايشمل مالو كان بالشرط او بحكم تعبدى (الدعوى الثانية) دعوى اختصاص المراد من الحديث الشريف بما اذا كان الضمان الجعلى ببذل العوض بالعقد الصحيح لامايشمل الفاسد وذلك لوجهين (الاول) ظهور كلمة الخراج بالضمان فى كون التعهد بالشيئى ببذل عوض فى مقابله هو المنشاء لكون الخراج له وهذا منحصر بمورد العقد الصحيح اذ لاضمان فى العقد الفاسد بهذا المعنى اى بمعنى تعهد الشيئى به بعوضه لان التعهد به بعوضه انما يتحقق اذا كان العقد صحيحاً: واما مع فساده فيتحقق الضمان بالمثل او القيمة وليست هذه الدعوى مبنية على كون الالفاظ موضوعة للمعانى الواقعية فضمان العوض اسم لما هو كذلك واقعاً وهو منتف فى العقد الفاسد (الثانى) ان منشاء الضمان فى العقد الفاسد انما هو اليد ولذا قلنا فى قاعدة مايضمن بصحيحه بان المراد من الضمان فيه هو الضمان بالمعنى الاسم المصدرى ومعه فلو اريد التعميم للعقد الفاسد لزم ارادة المعنى الاسم المصدرى 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 اذا كان الضمان ببذل العوض وهذا

المعنی من الخبر منطبق علی القاعدة وعلی مافی بعض الاخبار الاخر ایضاً کما فی خبر زیادة الحسن علیه السلام فی العین المرهونة و بالجملة فهی قاعدة یعول الیها فی موردها الذی بیناه فافهم فاضبطه

وربما یرد النقض علی قاعدة الخراج بالضمان بالمنافع التی یتملك بالارث تبعاً للاعیان او بالاصالة حیث انها لیست بسبب الضمان اعنی تعهد الشیئ ببذل عوض بازائه: وفیه ان قوله الخراج بالضمان لیس فی مقام حصر حلیة المنافع بالضمان بل انما هی فی مقام نفی الضمان عن المنافع فیما اذا تعهد بالعین ببذل عوض بازائه لاجل منافعه کما لایخفی: هذا کله تمام الکلام فی المنافع المستوفاة

اما غیر المستوفاة منها. فقد اختلف الاقوال فیها واوانحاها المصنف قده الی خمسة اقوال: القول بالضمان مطلقا وعلیه المشهور. والقول بعدم الضمان کذلك وهو المحکی عن الایضاح. والتفصیل بین علم البایع بالفساد فلاضمان وبین جهله به فیضمنها المشتری ایضاً: والتوقف عن الحکم مطلقا اوفی صورة علم البایع هذا، ولکن لایخفی عدم استقامة عد التوقف من الاقوال اذ هو عبارة عن عدم الحکم لانه قول فی المسئلة حتی یعد من الاقوال

والتحقیق ان الاقوال فیها ثلاثة ثالثها التفصیل بین علم البایع و بین جهله: ثم انه قده یختار فی صدر العبارة عدم الضمان مطلقا ثم یتوقف فی الحکم کما یظهر من قوله والانصاف ان للتوقف فی المسئلة کما فی المسالك تبعاً للدروس والتنقیح مجالا: ویختار الضمان اخیرا، اما وجه اختیاره عدم الضمان اولا فبدعوی منع شمول عموم علی الید للمنافع لان اخذها والاستیلاء علیها لایتحقق مستقلة بل انما هو بتبعیة الاستیلاء علی العین والعموم منصرف الی الاخذ بالاستقلال هذا هو الذی یظهر من عبارته وان لم یصرح بدعوی

الانصراف: ولايخفى مافيه لان انصراف الاخذ الى الاستقلالي بدوى لايضر بالتمسك بالاطلاق ومنشأ بدوية الانصراف هو تواطئى افراد الاخذ فى صدق المفهوم عليه واذا كانت الافراد كك فيكون انصراف اللفظ الى بعض منها بدويا لاجل انس الذهن اليه كانصراف الماء الى ماء الفرات لمن كان جنب الفرات والى ماء الدجلة لمن كان عند الدجلة وهكذا وفيما نحن فيه كذلك حيث ان انصراف الاخذ الى اخذ لعين انما هو لاجل انس الذهن بهذا الفرد من غير تفاوت بينه وبين اخذ المنفعة بالاستيلاء عليها كما لايخفى ووجه اختياره الضمان اخيراً هو الاجماع عليه المنقول من التذكرة، وربما يورد عليه بان التمسك بالاجماع المنقول مناف مع مااسسه هوفى الاصول من عدم حجيته ولكنه مندفع بان الممنوع منه هوما اذا كان اجماعاً على امر تعبدى بحيث يرا د اند راجه تحت الخبر الواحد الحاكى عن قول المعصوم وتسليمه فى المقام ليس لهذه الجهة بل انما هو لاجل استكشاف القاعدة الفقهية المتسالم لدى الفقهاء ولايخفى صحة استكشافها من الاجماع المقول بل مماهو ادون منها فهذا الا يراد ليس بشيئى، وتحصل مما ذكرناه ان الحق هو الضمان مطلقا كما عليه المشهور المنصور وذلك لعموم على اليد الشامل للعين والمنفعة مطلقا المستوفاة منها وغير المستوفاة منها

ثم انه قد تقدم الاشكال فى الجمع بين الحكم بكون قبض المنفعة بقبض العين وبين الحكم بكون تلف المنفعة اوذهاب العين الموجب لفوت المنفعة فى الاثناء على المالك فلوتلفت العين فى الاثناء اوصارت بحيث لا يمكن استيفاء المنفعة منها رجع المستأجر على المالك بالاجرة بقدر مابقى من المدة وذلك جرياً على قاعدة كل مبيع تلف قبل القبض فهومن مال بايعه

الغير المختصة بخصوص المبيع بل الجارية فی غيره ايضاً ووجه الاشكال هو انتنافی بين الحكم بكون المنفعة مقبوضة بقبض العين وبين الحكم بكون التلف فی الاثناء على الموجر جرياً على قاعدة التلف قبل القبض ،، والجواب ان ما كان من المنافع توجد الی اخر المدة فهی تكون مقبوضة بقبض العين واما ما لا توجد منها فلا موقع للحكم بتحقق قبضها بقبض العين فلا تنافی بين الحكمين

قوله قده وان كان المترائی من ظاهر صحيحة ابی ولاد اختصاص الضمان (الخ) وجه ظهور الصحيحة فی اختصاص الضمان بالمنافع المستوفاة هو عدم تعرض الامام (ع) الاكری البغل عن مكان المخالفة الی بغداد ومنه الی الكوفة ولم يتعرض لكراه فی مدة التوقف فی الاثناء مع بعد عدم التوقف فی الاثناء عمن يذهب الی بغداد ويرجع عنه والحاصل ان ترك الاستفصال عن حال وجود المنافع الغير المستوفاة يفيد الحكم بعدم ضمانه والا لكان عليه ان يتعرض له ،، ولا يخفی ما فيه لان التمسك بترك الاستفصال انما يصح فيما اذا كان الفرد الذی يراد اثبات حكمه بترك الاستفصال شايعاً بحيث كان ترك التعرض لحكمه فيما اذا كان مورد التعرض : منافيا للحكمة ،، واما اذا كان نادراً فلا يمكن استعلام حكمه من ترك التعرض ومع قطع النظر عما ذكرناه و تسليم دلالة الخبر على عدم ضمان المنافع الغير المستوفاة يرد عليه انه غير معمول به فی مورده وهو الغصب فكيف بالتعدی عنه الی غير مورده وهو مورد المقبوض بالعقد الفاسد الذی هو المبحوث عنه فی المقام

قوله قده الرابع اذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله (الخ) لا اشكال فی كون الضمان فی المثلی بالمثل وفی القيمی بالقيمة فی الجملة

الاان تنقيح البحث عن ذلك يتوقف على بيان امور (الاول) العبرة فى الضمان المأخوذ باليد الثابت ضمانه بقاعدة على اليد انما هو بالمثل او القيمة لا بالمسمى ولا باقل الامرين من الواقع او المسمى وذلك لان ضمان المسمى متوقف على انعقاد الصحيح المؤثر فى تعيين المسمى على من تعهد به ومع فساده وعدم تأثيره فلا موجب للضمان به وليس منشاء الضمان مع عدم نفوذ العقد الا قاعدة على اليد وهى لا تدل على المسمى ولا على اقل الامرين منه ومن المثل او القيمة الواقعية وهذا ظاهر (الثانى) يعتبر فى ضمان الشيئ ان يكون مما يتمول عرفاً فلا ضمان بالنسبة الى مالا مالية له كالخنافس ونحوها وكالحبة من الحنطة بمعنى انه لا يدخل منه شيئ فى العهدة وضعاً وان كان يجب على من بيده الرد الى مالكه مادام موجوداً الا انه حكم تكليفى لا يرتبط بالوضع (الثالث) ان الركن فى باب الضمان ومقومه هو المالية واما بقية الخصوصيات من اوصاف المقبوض او خصوصية العينية فليست مقوماً للضمان بحيث ينتفى الضمان باستحالة ردها بل يجب اداء الخصوصيات مهما امكن ومع عدم امكانه يجب اداء المالية (الرابع) ان ضمان الشيئ بما هو حكم وضعى انما يصح فيما اذا مكن ادائه بحيث يصير بعد اعتبار القرار فى الذمة مكلفا بالرد واما مع استحالة الرد كما اذا تلف العين حيث تعذر رد الخصوصية العينية فلا معنى لضمان الخصوصية (ح) واما انه يعاقب فى يوم القيامة فهو معنى اخر لا ربط له بباب الضمان الذى هو حكم وضعى كما انه معاقب على مخالفة التكاليف مع انه ليس من باب الضمان فى شيئ، ويترتب على ذلك ان المضمون باليد فى صور فى التلف اذا كان له افراد شايعة من نوعه وصنفه بحيث يكون رد احدى الافراد والمصاديق رد التالف يجب رده وهذا هو المعبر عنه بالمثلى ويشترط فيه ان لا يكون عزيز الوجود بل كان ما يمكن رده عرفاً كما

انه يعتبر غلبة في الوجود باب السلم ايضاً، ومنه يظهر ان المدار في المثلي هو ان يكون رد المثل مما يعد رد الشيئ التالف عرفا بحيث كان اتحاد الاوصاف بمرتبة كانت الخصوصية العينية ملغاة في نظر المالك بحسب العرف بحيث صدق على اخذ المثل اخذ المال التالف نفسه : فلا عبرة باعتبار الاقرب فالاقرب الى التالف: فان صدق على رد المثل. بانه رد التالف نفسه (فهو) والا فلا يجب رد الاقرب اليه وان كان في غاية من القرب. لكن مع عدم صدق رد التالف على رده، ومنه يظهر ايضاً انه لا يحتاج في اثبات وجوب اداء المثل في المثلي والقيمة في القيمي الى دليل آخر عدى قاعدة (على اليد) وان نفس الحديث الشريف متكفل له: لاشتماله على وجوب الخروج عن عهدة الشيئ. برده واذا كان الشيئ مثليا وكان رد مثله رداً له عرفاً فيجب رد مثله بحكم على اليد: بل لا دليل عليه سوى هذا الخبر ايضاً، فانه وان كان الحكم في الجملة اجماعياً. الا انه يعلم قطعاً بان نظر المجمعين ليس الا الى هذه القاعدة كما لا يخفى (الخامس) ذكر في تحديد المثلي والقيمي. امور لا يسلم شيئ منها عن الخدشة والمناقشة: كما ان اكثرها مذكور في الكتاب ولما لم يكن لفظ المثلي والقيمي مذكوراً في نص وكان مناط الحكم في وجوب رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي على ما يستفاد من قاعدة (على اليد) فلا جرم يكون الاولى الاضراب عما قيل في تحديدهما والنظر الى ما يستفاد من القاعدة في تشخيص المثلي والقيمي وتعيين ان مقتضى على اليد هو وجوب رد المثل في اى موضع ورد القيمة في اى موضع، فنقول يعتبر في المثلي اجتماع امور (الاول) ان يكون افراد نوع واحدا وصنف واحد متحدة الصفات بحسب الخلقة الالهية كالحبات من الحنطة ونحوها من الحبوبات وكذا اذا كانت كذلك بسبب صنع المخلوقين كالمطبوعات والمصنوع في المكاين (وكارخانه جات) ومنه الدراهم والدنانير

المكوكة على اشكال فيما اذا كان بحسب صنع المخلوق منشائه امكان اختلاف المالك فيها في الاعيان والاوصاف: بان كانت العين ملكا لشخص والصفة ملكالاخر. كمافي الدرهم الذى يطبع الصانع في ملك الغير فاذارده الضامن يصير المردود مشتركا بين مالك المادة ومالك الصفة،، وهذالا يتصور في المخلوق بالخلقة الالهية وسياتى ماهو التحقيق فيه انشاء الله (الثاني) ان يكون تلك الصفات المتحدة نوعاً اوصنفاً مما لها قيمة فلولم تكن كك لم يكن الضامن ضامناً لها لماعرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لامالية له (الثالث) ان تكون لتلك الصفات بقاء بحسب الزمان على حسب بقاء العين وبعبارة اخرى من الصفات القارة بقرار العين. لا ما يتجدد عليها مع عدم قرارها فمثل الخضراويات التى تتبدل صفاتها في كل زمان مع عدم بقائها لاتكون من المثليات والدليل على اعتبار هذا الامر. هوماتقدم في الامر الرابع. من اشترط امكان الرد في الضمان حيث انه مع استحالة الرد لامعنى. للالزام به والصفات الغير القارة غيرقابلة لتعلق التكليف بردها لعدم قرارها فليست بخصوصياتها مضمونة وانما تضمن بقيمتها وتخرج عن كونها مثليا (الرابع) ان تكون الافراد المتساوية مع الفرد التالف في الصفات شايعاً: يمكن ردها الى المالك بحسب العادة لاما اذا كانت نادرة يعزوجودها: فلوكان كذلك خرج عن المثلي وذلك لما عرفت من عدم اعتبار الضمان فيما لايمكن رده بحسب العادة وان كان يعاقب على التفريط لوقصر،، وبعداجتماع الامور الاربعة في شيئ يكون مثلياً. وبانتفائها اوانتفاء شيئ منها يكون من القيمي،، وهذاهوحق القول في باب المائز بين المثلي والقمي سواء طابق مع ماقيل في تحديرهما ام لا: اذليست العبرة بماقيل بعد اتضاح المعنى (الامر السادس) اذاعلم بكون الشيئ مثلياً اوقيميافهو. وان شك فيه،، فهل الاصل يقتضى ان يعامل معه معاملة

المثلی اوالقیمی (احتمالان) وحق التحریر ان یقال انه لاشبهة فی کون بعض الاشیاء مثلیا مثل الحبوبات ونحوها: کما لاشك فی کون مثل الحیوانات من القیمیات وکذالا شبهة فی تحقق بعض الافراد المشتبهة کونها من ای واحد من القسمین: فهل الشك فی المثلیة والقیمیة من قبیل الشك فی الاقل والاکثر اوانه من قبیل المتباینین: ثم علی الاول، فهل یکون الشك بین الاقل والاکثر فی ناحیة الاشتغال اویکون فی ناحیة الاداء والفراغ، فالمرجع علی تقدیر کون الشك بین الاقل والاکثر فی ناحیة الاشتغال هو البرائه وعلی تقدیر کونه فی ناحیة الفراغ هو الاشتغال، وعلی تقدیر کون الشك فی المتباینین فهل الحکم هو تخییر الضامن. اوتخییر المالك: اویحکم بالتنصیف بمعنی الاخذ من نصف المثل ونصف القیمة: اویحکم بالصلح القهری (وجوه) ومما ذکرنا فی التحریر یظهر ان منشاء احتمال الرجوع الی الاشتغال اوالبرائة او تخییر الضامن او المالك او التنصیف او التصالح لیس شیئاً واحدا بل مبنی الاولین: هو کون الشك فی الاقل والاکثر مع الاختلاف بینهما فی کون البرائة مبنیاً علی کون الشك فی ناحیة الاشتغال والاشتغال مبنیاً علی کون الشك فی ناحیة الفراغ ومبنی الوجوه الاخیرة هو کون الشك فی المتباینین علی ماتفصل، فینبغی ان نحرر اولا فی ان الشك هل هو فی الاقل والاکثر اوفی المتباینین

فنقول قد عرفت ان الرکن فی الضمان هو المالیة وان سائر الاوصاف والخصوصیات. انما یضمن اذا امکن ادائها (وح): یحتمل ان یکون ماتعلق بالعهدة من الضمان هو المالیة الغیر المتقدرة: ویحتمل ان یکون هو المالیة المتقدرة، والمراد بالاول هو اعتبار عهدة الضامن بمالیة العین المضونة من غیر لحاظ تساویها بقیمة خاصة من کونها تساوی عشرة دراهم اوعشرین دینارا مثلا بل نفس

ماليتها بما هي هي: والمراد بالثاني لحاظ تساوي المالية مع قيمة خاصة حين اعتبار ما في عهدة الضامن فعلى الاول يترتب امران (احدهما) هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الاداء لا يوم الغصب او التلف، وذلك لان الضامن يشتغل عهدته بمالية العين المضمونة من غير تقييدها بتيد او تقدرها بقدر خاص ويجب عليه الخروج عما في عهدته فكل يوم يريد الاداء يجب الخروج عما في عهدته من المالية المرسلة فيتعين عليه اداء القيمة المطابقة مع يوم الاداء (وثانيهما) كون الشك في المثلي والقيمي من قبيل الاقل والاكثر اذ القدر المتيقن (ح) هو تعلق العهدة بمالية للعين المضمونة وانما الشك في ضمان خصوصية العين والوصف ايضاً زائداً عن ضمان ماليته فظهر ان مدرك الاقل والاكثر هو كون العبرة في الضمان بتعلق العهدة بمالية العين المضمونة غير متقدرة بقدر خاص، وهل الشك واقع في ناحية الاشتغال او ناحية الاداء ، الظاهر المقطوع به هو الاول، وذلك لعدم العلم من الاول بضمان الخصوصية العينية والوصفية زائداً عن ضمان المالية: بل لاوجه لارجاعه الى ناحية الاداء اصلاً كما سياتي: ويترتب على الثاني اعني كون العبرة في الضمان بالمالية المتقدرة كون الشك من قبيل المتباينين وذلك لتباين المالية المتقدرة بعشرين دينار مثلا مع الخصوصية العينية والوصفية: فيكون كما اذا تردد في تعلق العهدة بالثوب او الدنيار، ولكن يحتمل على هذا ان 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 ان يكون الظرف مستقراً فيصير المعنى ان نفس ما اخذت ليد يكون بنفسه على اليد: ولازم الاول هو كون المدار على القيمة بيوم التلف اذ هو يوم تعلق العهدة بدرك الشيئ وخسارته : ولازم الثاني هو كون المدار على

القيمة يوم القبض، اذهو يوم تعلق العهدة بالعين ومما ذكرنا يظهر منشاء الخلاف في كون المدار على القيمة بيوم الاداء او يوم التلف او يوم القبض وان منشاء الاول هو اعتبار المالية الغير المتقدرة في الضمان: ومنشاء الثاني هو اعتبار المالية المتقدرة مع كون الظرف في على اليد: واً :ومنشاء الثالث هو بعينه منشاء الثاني: لكن مع كون الظرف مستقراً ، ولا يخفى ان المعظم على اعتبار القيمة بيوم التلف وعند جماعة على يوم القبض ويمكن اعتبار اعلى القيم من يوم القبض ويوم التلف بناء على كون الظرف مستقراً. وذهب اليه بعض ايضاً، 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 بيوم الاداء وذلك لدلالة حديث (على اليد) على لزوم رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي وهما متباينان وهذا المشكوك لا يخلو حاله عن احدهما فاما يكون مثلياً او يكون قيمياً، وتقريب الدلالة هو ماتقدم من كون مقتضى الحديث هو وجوب ردما اخذت اليد ومع كون رد مثله رداً له عرفا وفرض مالية الاوصاف كما هو المعتبر في المثلي يجب رده بمثله والا فيتعين 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 الا انها يجب تعنيها في يوم الاداء ففي يوم الاداء يتردد الامر بين اداء المثل والقيمة وهما من المتباينين وان لم يكن قبله كذلك فالحق كون الشك على جميع التقادير من المتباينين لا الاقل والاكثر فسقط وجه الرجوع الى البرائة والاشتغال كليها لكون منشاء الرجوع الى البرائة هو كون الشك في الاقل والاكثر في ناحية التكليف ومنشاء الرجوع الى الاشتغال

هو كونه في الاقل والاكثر في ناحية الاداء، وقد عرفت عدم كون الشك في الاقل والاكثر راساً. لكي يكون في ناحية الاشتغال او الفراغ (فح) يجب الفحص عن حكم المتباينين وانه هل هو الاحتياط كما في الدوران بينهما في باب التكاليف وموارد العلم الاجمالي. او انه يرجع في المقام الى تخيير الضامن او الى تخيير المالك. او تعيين ما على الضامن بالقرعة او يحكم بالتنصيف او الصلح القهري، لكن لامجال في الماليات للقول بالاحتياط لمعارضة الاحتياط فيها من طرف الدافع مع الاحتياط من طرف القابض لانه، كما يعلم الدافع اجمالا بثبوت احدى المتباينين عليه من الثوب والكتاب مثلا، يعلم القابض ايضاً بعدم استحقاقه الا لاحدهما فلا يجوز له اخذهما معا لمكان العلم الاجمالي فباب الاحتياط و الموافقة القطعية مسدود في مورد الماليات، ويجب الموافقة الاحتمالية (وح) فهل الاصل هو التخيير او احد الاخرين من التنصيف والتصالح القهري ثم على التخير ايضاً فهل هو ثابت للضامن او للمالك، يمكن ان يقال بالتخيير للضامن وذلك لعدم امكان الاحتياط التام والموافقة القطعية فينتهي الى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتمالية والامتثال الاحتمالي المقتضي لتخيير الضامن في اخراج المثل او القيمه في مقام الاداء واما تخيير المالك فلم يعلم له وجه اذ لا وجه لتعلق حقه بالقدر المشترك بين الخصوصيتين حتى يثبت له التخيير في تعينه في ضمن احديهما، ومما ذكرناه يظهر ضعف ما في الكتاب من فرض تخيير الضامن اولا متمسكاً باصالة البرائة عما زاد على ما يختاره. ثم تخيير المالك لو فرض الاجماع على عدم تخيير الضامن مستدلا 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 رضي المالك بشيئ آخر. ثم قال. والاقوى تخيير المالك من اول الامر لاصالة الاشتغال

والتمسك باصالة البرائة لايخلو عن منع (انتهى) ولا يخفى مافيه اما اولا. فلان 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 بالامتثال الاحتمالي كما تقدم واما ثانياً فلانه ليس في البين اجماع على عدم تخيير الضامن بل المسئلة ذات اقوال عديدة كما تقدم. واما ثالثاً فلما عرفت من انه لاوجه لتخيير المالك بوجه من الوجوه. اذلا ملاك لاعتبار كون المالك مستحقا للقدر المشترك بين المثل والقيمة على الضامن واما رابعاً. فلما عرفت من ان عموم على اليد انما يدل على الضمان وان الركن في الضمان هو المالية وان مالا يمكن ادائه فلا اعتبار للضمان فيه فليس في عمومه اقتضاء لعدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين

وتحقيق الكلام ان يقال. اللازم هو الحكم بترتيب آثار المثلية في ما يشك في كونه مثليا اوقيمياً اذا كان الظرف في قوله (ع) (على اليد) مستقراً سواء كان الضمان في القيميات بالمالية المتقدرة بالاثمان. اوكان بالمالية الغير المتقدرة و ذلك للاستصحاب ، وتقريبه ان لازم استقرار الظرف هو كون العين المقبوضة بمالها من الخصوصيات العينية والوصفية. ثابتة في العهدة واذا تلفت تخرج الخصوصيات العينية عن العهدة لاجل تعذر ردها ، وقد عرفت ان مالا يمكن رده لااعتبار للضمان فيه. ويبقى النظر في الخصوصيات الوصفية فان كان المقبوض مثليا يجب اداء تلك الخصوصيات باداء المثل. وان كان قيمياً يقتصر على اداء القيمة . وعند الشك فيهما يستصحب بقاء العهدة على اداء الخصوصيات الوصفية القائمة بالعين المقبوضة عدى مايقطع بسقوطها بالتلف (اعنى الخصوصية العينية) ومقتضى استصحابه هو تعيين اداء المثل في مقام الرد ولوكان الضمان في القيميات بالمالية المتقدرة فضلا عما اذا

كان بالغير المتقدرة منها (وبالجملة) فعلى تقدير كون الظرف مستقراً يكون مقتضى الاصل عند الشك في المثلية والقيمية هو المثلية ،، والمراد بالاصل المدعى هو الاستصحاب المذكور : وهذا بخلاف ما اذا كان الظرف لغواً فانه لا مجال معه للرجوع الى الاستصحاب لعدم العلم بتعلق الخصوصيات الوصفية على العهدة من اول الامر .لانه اذا كان قيميا يكون قيمته متعلقة بالعهدة :غاية الامر مع التردد بين كونها متقدرة اوغير متقدرة فلا يعلم بتعلق الخصوصيات الوصفية على العهدة حتى يستصحب بقائها عند الشك فيه: فان كان الضمان في القيميات بالمالية الغير المتقدرة. يكون الشك من قبيل الدوران بين الاقل والاكثر في مقام الاشتغال لكون الشك (ح) في تعلق المثل بالعهدة زائداً عن مالية التالف التي يقطع بتعلقها بها والمرجع فيه هو البرائة :وان كان الضمان بالمالية المتقدرة يكون الشك من قبيل المتباينين لكون الشك في تعلق المثل او المالية المتقدرة بالاثمان بالعهدة،، نظير الدوران بين تعلق الفرس او الثوب مثلا بها (وح). فالمتعين هو الحكم بتخيير الضامن واسقاط بقية الاحتمالات،،اما تخيير الضامن فلرجوع الامر الى المتباينين مع عدم امكان الاحتياط في الماليات .ولزوم الاكتفاء بالامتثال الاحتمالي باداء كل واحد من المثل والقيمة ،، واما سقوط تخيير المالك فلما عرفت من عدم المنشاء لتخييره : لعدم اعتبار كون مايستحقه من الضامن هو القدر المشترك بين المثل والقيمة،بل الثابت على الضامن هو احدى الخصوصتين وحيث لايمكن فيه الاحتياط فلاجرم ينتهي الى جواز الاكتفاء بالموافقة الاحتمالية والامتثال الاحتمالي المقتضى لتخييره في مقام الاداء فلاموجب لتخيير المالك اصلا ،، واما سقوط الحكم بالتنصيف. فلان مورد الحكم به في الماليات : انما هو فيما اذا كان المورد على تقدير تعلق التكليف به

كان الحكم التكليفي المتعلق به تخييريا . ففي مثله اذا كان من الماليات يحكم بالتنصيف . وليس الحكم في المقام كما ترى هو التخيير . بل المتعين الواقعي هو احد الامرين من المثل او القيمة ، واما سقوط القرعة فلانها في مورد المشتبه . وبعد تبين الحكم في المقام بجواز الاكتفاء بالامتثال الاحتمالي لا تبقى شبهة حتى يعمل بالقرعة ، ومنه يظهر سقوط احتمال الصلح القهري ايضاً

هذا ما يقتضيه التحقيق بناء على تقدير كون الظرف مستقراً او لغواً : وعلى تقدير كونها لغواً كان الضمان في الماليات بالمالية المتقدرة . او بغير المتقدرة

واما التحقيق في باب الظرف فالحق انها مستقرة لا لغو: وذلك لظهور قوله (ع) على اليد ما اخذت : في كون نفس ما اخذت على اليد . لا خسارته ودركه انه حين المقبوضية قبل التلف يكون على اليد فعلا . لا انه قبل التلف يكون خسارته على اليد . لو تلف ، والحاصل ان دعوى ظهور الظرف في الاستقرار من وجهين (احدهما) من جهة ظهور القضية في كون نفس ما اخذت على اليد (وثانيهما) من جهة ظهورها في كون ما على اليد مضمونا فعلا قبل التلف: ومع جعل الظرف لغوا . لابد من ارتكاب خلاف الظاهر من كلتا الجهتين

واما الضمان في القيميات . فالحق كون العبرة فيها على المالية الغير المتقدرة . وذلك لعدم الدليل على اعتبار تقدرها بالاثمان : ضرورة ان الدليل على رد القيمة في القيميات ايضاً هو عموم على اليد كما في رد المثلي في المثليات . وليس في عمومه دلالة على الازيد من رد المالية : واما ان الواجب هو رد المالية المتقدرة بالاثمان . فلا دلالة فيه عليه اصلا: ولازم ذلك هو كون المدار على القيمة بقيمة يوم الاداء: كما انه يكون الاصل عند الشك في المثلية والقيمة هو المثلية

فتحصل ان المختار هو وجوب ترتيب آثار المثلية . عند الشك في كون المقبوض مثليا او قيمياً . لظهور الظرف في كونها مستقراً ولازم كونها مستقراً

هو ذلك للاستصحاب

وللمصنف (قده) تقريب آخر في الكتاب افاده في مقام تقريب كون الاصل هو المثلية اشار اليه بقوله قدس سره ،، ولكن يمكن ان يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات و الامانات هو الضمان بالمثل لانه اقرب الى التالف (الخ) ومحصله يتضح ببيان امور (الاول) ان عموم دليل الضمان انما يثبت الضمان بالمثل مطلقا في المثلي والقيمي فبعموم 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 مثليا او قيميا يكون من باب تردد المخصص واجماله من جهة الشبهة المفهومية لرجوع الشك في كون التالف مثليا 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 منفصلا فيكون لازم ذلك هو اعتبار اداء المثل في المشكوك ،، هذا محصل مرامه بزيادة ايضاح. وان كانت العبارة لاتفي به ،، ولا يخفى ما فيه لما عرفت من ان العبرة في المثلي انما هو على كون اداء المثل هو اداء التالف بعينه بان يكون كانه هو وقد عرفت انه يتوقف على امور اربعة واما اعتبار اداء الاقرب و الاقرب الى التالف فليس عليه دليل وانما عموم على اليد يدل على اعتبار المثل بالمعنى الذي ذكرناه لكون ادائه اداء التالف وانه هو وعموم العموم متكفل لاثبات وجوب اداء ما على اليد وبعد ان كان هو هو يجب ادائه فعموم على اليد من الاول يدل على وجوب اداء المثل في المثلي والقيمة والقيمي لانه يدل على وجوب اداء المثل حتى في القيميات وانما خرج القيميات بالتخصيص بدليل منفصل (وح) اذا شك في التالف في مثليته وقيميته لايكون عموم لكي يرجع اليه في اثبات

المثلية بل ينتهي الامر الى الاصل العملي و هو الاستصحاب

الامر الرابع لولم يوجد المثل في المثلي الا باكثر من ثمن المثل فاما ان تكون زيادة القيمة لاجل تفاوت القيمة السوقية او يكون لاجل اعواز المثل و ندرته وعدم وجوده الا عند من يعطيه بازيد مما يرغب فيه الناس فعلى الاول فلا اشكال في وجوب دفع المثل او قيمته ولو كانت باضعاف قيمة التالف يوم تلفه وذلك لامكان وجوده و وجوب دفعه عند وجوده وعلى الثاني ففي وجوب دفع المثل ايضا او قيمة التالف خلاف والمختار عند المصنف (قده) هو الاول و تقل التردد فيه عن العلامة :والاقوى هو الاخير :وذلك لما عرفت في الامر المتقدم، من ان المعتبر في كون الشيئ مثليا هو كون اداء مثله ادائه عرفاً بحيث لو لم يكن كذلك .لكان قيميا: ولافرق في اعواز الشئ بين ما كان حين التلف او كان طاريا فكما ان اعواز المثل من الاول يخرج الشيئ عن المثلية .فكذا اذا حدث الاعواز في الاثناء

الامر الثامن لو تعذر المثل .ففي تبدل المثل بالقيمة: فيجب دفع القيمة او بقاء المثل في العهدة (وجهان) ،،وتحقيق القول في ذلك يتم برسم امور (الاول) ان الملاك في التعذر الطاري هو ما هو الملاك في التعذر الابتدائي .فكل ما هو ملاك في صدق التعذر لو كان متحققا في بدو حدوث الضمان فهو ملاك في صدقه لو تحقق في الاثناء وقد تقدم. ان المدار في صدقه .هو عدم التمكن من ادائه بحسب العرف . ولو امكن ادائه عقلاً

الثاني .لافرق في تعذر المثل بين ما اذا كان تكوينياً. كما اذا لم يوجد المثل في الخارج .او كان اعتباريا . كما اذا فرض وجوده ،، لكن مع سقوط ماليته بحسب العرف والاعتبار .كالماء على الشاطئ: لو اتلفه في المفازة والجمد في الشتاء .اذا اتلفه في الصيف ،، فانه من التعذر ايضاً .ويكون في حكم المتعذر

الثالث هل الضمان في المثلي يتبدل الى القيمة بعد تعذر المثل .او يبقى

المثل هو بنفسه في العهدة الى ان يبرء منه باداءه لو وجد. او اداء قيمته (وجهان) اقواهما الاخير. وذلك: لان مقتضى عموم على اليد . هو ثبوت الضمان في المثلي بالمثل. وبعد ثبوته في العهدة. فلا وجه لخروجه عنها بالتعذر. فيكون حاله كحال الدين الذي يتعذر ادائه: حيث انه ينظر الى الميسرة لا انه يسقط عن الذمة بالتعذر

فان قلت المعيار في مثلية المثلي هو تمكن اداء المثل عرفاً. واذا تعذر المثل. خرج التالف عن كونه مثلياً . وقد تقدم في الامر السابع بيان عدم الفرق بين فقدان اركان المثلية من الاول. او 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 يرجى زواله والعود الى اليسر سواء كان من الابتداء او حدث في الاثناء فلا يخرج المثل عن المثلية. بالتعذر المرجو زواله من غير فرق ايضا بين ما كان من الابتداء او حدث في الاثناء

الرابع لا اشكال في فراغ عهدة الضامن عن ضمان المقبوض . لو رضي المالك بالقيمة واستوفاها من الضامن، واما مع عدم استيفائها: فهل نفس الرضاء بها: يكون ابراء للضامن عن خصوصية المثلية فيتعين عليه اداء القيمة. ولو رجع المالك. كما في الدين حيث لا رجوع للدائن 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 تعينها ما لم يتحقق في الخارج . وقياس المقام بباب الدين مع الفارق حيث ان الابراء عن الامر المستقل في الذمة كالدين مما قام الدليل عليه: واما الابراء عن صفة الشيئ مع بقاء الموصوف على العهدة . فلم يقم عليه دليل . انما المسلم . صحة رضاء المالك في مقام الاستيفاء عن حقه بغير جنسه: واما اذا لم يكن

في مقام الاستيفاء فنفس رضاه باستيفاء حقه بغير جنسه لا يوجب تعين غير الجنس في العهدة . بل العهدة بعد مشغولة بما كانت مشغولة به مالم يؤد ما رضي المالك بادائه بدلا عن حقه . ولعل هذا ظاهر جداً كما لا يخفى

الخامس لا شبهة في انه بناء 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 . او يوم التلف . او يوم الاعواز . او اعلى القيم مع اختلاف فيه . كما سنوضحه (وجوه واقوال) ومبنى الاقوال هو الاختلاف في انه بناء على التبديل عند تعذر المثل . هل المتبدل هو العين التالفة . او مثلها المتعذر . فان فيه وجهين . بل قولين . فقد يقال بكون التالف مع وجود المثل مثليا . ومع تعذره . يصير قيميا . كما اذا كان المثل متعذرا من اول الامر فيجب اداء قيمته (ح) لاقية المثل

وقد يقال بان المتعين في المثلي كان هو المثل . ومع وجوده يجب ادائه ومع تعذره يجب اداء قيمته لاقيمة العين التالفة . ولا يخفى ان لكل وجه . وان كان التحقيق بناء على صحة التبديل هو الاول

ثم انه لا يختلف الحكم لو قيل بكون المدار على القيمة . بيوم الغصب او يوم الاداء على كلا القولين . اذ لو قلنا على التبديل بتعين قيمة التالف او 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 بتعين قيمة التالف . يجب قيمة يوم تلف العين . وان قلنا بتعين قيمة المثل يتعين قيمة يوم الاعواز

ثم فى اعتبار اعلى القيم ايضاً احتمالات .وهى ان يكون المدار على القيمة الاعلى للعين من يوم القبض الى يوم التلف . وهذا مبنى على ان يكون المتعين بعد تعذر المثل هو قيمة التالف لاقيمة 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 لاقيمة 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 باعلاها 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 يجامع القول بالتبديل و الاخير منها هو القدر المشترك بين العين والمثل اذا صار قيميا بعد اعواز المثل حيث ذكره المصنف (قده) فى الكتاب من احدى الاحتمالات بقوله (وان قلنا ان المشترك بين المثل و العين صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالاعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل)

وحاصل الكلام فى ذاك المقام انه ان قلنا بتبدل المثل المتعذر بالقيمة بسبب التعذر،، فعلى القول بكون المناط فى القيمة على يوم التلف لابد 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 ولامجال لاعتبار ضمان قيمة يوم الغصب لان المفروض عدم ضمان المغصوب بالقيمة وانما يكون الضمان بقيمة المثل،،وان قلنا باعلى القيم من يوم الضمان الى يوم التلف

فلا بدمن اعتبار اعلاهامن يوم تلف العين الى يوم التعذر لانا ليوم الذى حكم فيه بضمان المثل هويوم تلف العين ويوم تلف المثل هويوم تعذره :وان قلنا باعلى القيم من يوم الضمان الى يوم الاداء فلابد 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 فلابد من اعتبار قيمة العين يوم تعذر المثل لانه اليوم الذى انقلب بالقيمة واستقرت الذمة بالقيمة:والمراد بيوم التلف هو اليوم الذى يستقر القيمة فى الذمة لاخصوص يوم تلف العين ولو لم تتعلق قيمتها بالذمة بل كان الضمان بالمثل كما لايخفى.وان قلنا باعتبار قيمة يوم الضمان فلا بدمن اعتبار يوم الغصب وان قلنا باعتبار اعلى القيم من يوم الاداء الذى هو المراد من الجامع بين العين والمثل فيكون المدار على اعلى القيم من العين والمثل من اول يوم الغصب الى زمان الاداء (هذا كله) بناء على الانقلاب ولكن قدتقدم ان التحقيق هو عدم الانقلاب بل المثل بعد التعذر باق فى الذمة الى زمان الاداء فتكون العبرة بقيمة المثل يوم الاداء وعلى القول بالانقلاب فالحق هو كون الانقلاب بالقيمة انماهو مادام تعذر المثل واما مع صيرورته متمكنا بزوال التعذر يتعين عليه المثل لان زوال الصفات عن الذمة انما كانت لاجل التعذر فيدور مداره حدوثا وبقاء كما لايخفى.

ثم ان من فروعات اعواز المثل : الدراهم التى اسقطها السلطان ،، وتفصيل الكلام فيها ان اسقاط السلطان اياها عن الاعتبار تارة يكون موجبا لاعوازها بحيث لاتوجد بعد اسقاطها فى السوق اوصارت عزيز الوجود جداً :واخرى انها تبقى موجودة لكنها غير رائجة. فعلى الاول فتكون حالها حال اعواز المثل بعينه وهو من احدى صغريات مسئلة اعواز المثل .وقد عرفت الكلام فيها من انه يجب اعطاء المثل الا ان يرضى المالك بالقيمة وانه لاينقلب المثل الى القيمة بسبب الاعواز . والقول بالانقلاب ضعيف

بل لايستقيم على الاطلاق بل يمكن دعوى عدمه على الاطلاق وان قيل به في الجملة ،، وذلك لان المسلم منهم في باب السلم هو عدم انقلاب المسلم فيه الى القيمة بواسطة اعوازه في رأس الاجل بل يفتون ببقاء المثل في ذمة المسلم عليه الان يرضى المسلم بالقيمة كما لايخفى ،، وتوهم ان الخصوصية المثلية ليست من مقومات المالية بل الركن في الضمان هو المالية وانما خصوصية المثلية تابعة للمالية ومع انتفائها يعتبر الضمان بالمالية لعدم اعتبار ضمان مالا اداء له حيث لايصح التكليف بادائه لعدم القدرة على ادائه مع اشتراط صحة كل تكليف بالقدرة (مدفوع) بان العجز عن الاداء مستلزم لارتفاع التكليف به ولكن رفع الحكم التكاينى لايلازم رفع الوضع ايضا . لامكان التفكيك بينهما فلامنافاة بين بقاء الوضع واشتغال العهدة مع ارتفاع التكليف كما في المدين الغير المتمكن عن الاداء فانه لاشبهة في عدم سقوط ذمته بواسطة العجز عن الاداء وان لم يكن مكلفا به في حال العجز ،، وقياس تعذر المثل بتعذر الخصوصية العينية حيث قد تقدم منا انه لااعتبار في ضمان العين عند انتفائه (باطل) لوجهين (الاول) ان العين امر شخصى يتعلق العهدة بادائها مادامت موجودا ومع انعدامها لايمكن اعتبارها في الذمة لعدم صحة اعتبار العين الشخصى في الذمة وهذا بخلاف المثل حيث انه امر كلى يصح اعتباره في الذمة والتفاوت بالجزئية والكلية بين العين والمثل صار منشاء لعدم صحة اعتبار الضمان عند تعذرهما في الاول دون الاخير

الثانى ان ماتقدم في العين هو انما فيما كان انعدام العين عن صفحة الخارج بحيث لم يكن امكان ادائها مرجواً ومانقول بعدم انقلاب المثل بالقيمة انما هو فيما اذا كان امكان الاداء مرجواً وهذا التفاوت ايضا ينشاء عن الجزئية والكلية حيث ان العين الشخصية اذا تلفت لايرجى عودها بخلاف المثل المتعذر فانه

اذا تعذر بتلف فرد او غیره یرجی وجوده بتحقق فرد اخر کما لا یخفی و بالجملة التحقیق فی تعذر المثل هو بقائه فی الذمة الا ان یرضی المالک باخذ القیمة وقد عرفت سابقا عدم سقوط الذمة بمجرد الرضا ایضا الا ان یقبض القیمة فی الخارج لان ضمان الخصوصیة المثلیة تبعی کضمان المسلم علیه لخصوصیة حمراویة الحنطة لو اسلم حنطة حمراء ولم یقم دلیل علی اسقاط ما کان ضمانه تبعیا واما السقوط بعد القبض فلامکان کون المقبوض الفاقد للخصوصیة مصداقا لما فی الذمة بالرضا فکان المالک رضی بکون الفاقد مصداقا و بعد انطباق ما فی الذمة علی الفاقد یسقط ما فی الذمة فتسقط الخصوصیة بطبع سقوط متبوعه،، هذا تمام الکلام فی ما اذا اعوز الدراهم

وعلی الثانی اعنی حال عدم اعوازها : ففی وجوب دفعها . او دفع قیمتها. اقوال ثلاثة (اولها) وهو المشهور بین الاصحاب تعین دفعها (والثانی) تعین دفع القیمة (والثالث) التفصیل بین ما اذا کان الدراهم الجدیدة مطابقا مع القدیمة فی الوزن والمالیة .فیجب دفع الجدیدة و بین مالم تکن کذلک .فیجب دفع القیمة ولا یخفی ان هذا القول الاخیر لیس قولا ثالثا فی المسئلة بل هو القول الثانی لکن لمکان عدم لزوم الربو اعتبر دفع القیمة فی صورة اختلاف الوزن و منشاء اختلاف الاقوال هو ورود الاخبار المختلفة الدالة بعضها علی اعتبار دفع الدراهم القدیمة وذلک کخبر یونس فی الصحیح. قال کتبت الی ابی الحسن الرضا (ع) انه کان لی علی رجل دراهم وان السلطان اسقط تلک الدراهم و جائت دراهم اعلی من تلک الدراهم ولهم الیوم وضیعة فای شیئی لی علیه الاولی التی اسقطها او الدراهم التی اجازها فکتب (ع) الدراهم الاولی : و کصحیح صفوان قال سئله معویة بن سعید عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلک الدراهم او تغیرت ولا یباع بها شیئی الصاحب الدراهم : الاولی او الجائزة الذی تجوز بین الناس قال . لصاحب الدراهم : الدراهم الاولی

ولايضره الاضمار بعد كون مضمره صفوان اذهو لايسئل عن غير الامام :و بعضها على اعتبار دفع الدراهم الجديدة . وذلك كخبر اخر ليونس ايضا عن الرضا (ع) وفيه بعد السؤال (من كون اى شيئ عليه) . الاولى التي اسقطها السلطان . او الاخيرة الجايزة قال (ع) لك ان تاخذ منه ماينفق بين الناس كما اعطيته ماينفق بين الناس (الحديث) وقبل التكلم فيما يقتضيه الصناعة العلمية في مقام الجمع بين هذا الاخبار ينبغي التكلم فيما يقتضيه القاعدة، فنقول لااشكال في ان صفة الرواجية في الدرهم والدنيار انما هي من اعظم الاوصاف التي يبذل بازائها المال و (ح) فهل القاعدة تقتضي ضمانها كضمان العين او انها غير مضمونة ،، فربما يقال بعدم الضمان فيها لاجل كونها من الاوصاف الخارجية حيث ان الرواجية امر حصل من اعتبار السلطان وليست امراً قائمة بعين الدراهم كالسكة والبياض ونحوهما وادلة الضمان انما يثبت ضمان الشيئ بماله من الاوصاف القائمة به لاما كانت خارجة عنه ،، ولكن التحقيق يقتضي عدم الفرق بين الاوصاف الداخلية والخارجية بعد كونهما منشاء لتفاوت المالية ،، ولذ يجب دفع قيمة الماء المقبوض في المفازة لو اريد دفعه في ساحل الشط او قيمة الجمد المأخوذ في الصيف لو اريد دفعه في الشتاء مع ان خصوصية المكانية و الزمانية من الاوصاف الخارجية الغير القائمة بالجسم ، نعم في خصوص اختلاف الرغبات اعني تفاوت القيمة السوقية لا يوجب ضمان اعلى القيم كما سيجئ ،، ولكن هذا لاربط له بالاوصاف الخارجية كما سيجئ بيانه (و بالجملة) فمقتضى ذلك هو ضمان الصفة الرواجية كساير الاوصاف الموجبة لتفاوت المالية من غير فرق بين الداخلية والخارجية ،، هذا ماتقتضيه 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 السکوت عن صفة الرواجیة، ومقتضی الخبر الدال علی وجوب دفع ماینفق هو ضمان الصفة الرواجیة وهو نص فی ذلك ومقتضی الجمع بینهما هو وجوب دفع الاولی بانضیاف قیمة صفة الرواجیة (فح) ان قلنا بعدم الربو فی الغرامات کما هو قول فی المسئلة علی خلاف التحقیق فهو: والا. فیجب دفع مایغایر الاولی فان کانت فضة فیدفع من الذهب حذراً من لزوم الربو ولازم ذلك .هو الاخذ بالجامع بین القولین الاخیرین وهو ضمان صفة الرواجیة (هذا)

لکن المشهور ذهبوا الی العمل بالخبرین الاولین فحکموا بوجوب دفع الاولی فکانهم رؤا المعارضة بین الطائفتین فرجحو الخبرین الاولین بالاکثریة والعمل والاعراض عن الاخیرو (ح) یشکل الجزم بما استخرجناه مما یقتضیه الصناعة العلمیة موافقا مع القاعدة وعلی هذا فالاحتیاط بالصلح لاینبغی ترکه. هذا تمام الکلام فی التعذر الطاری علی المثل»

ولو کان المثل متعذرا من اول الامر فعلی القول بانقلاب المثل بالقیمة بواسطة التعذر فان کان فی العقود ونحوها کالسلم ونحوه فینبغی ان یحکم بالبطلان من اول الامر وان کان فی الضمانات القهریة کالید والاتلاف فالحکم هو الرجوع الی القیمة یوم الضمان، وعلی القول بعدم الانقلاب علی ماهو المختار. ففی مثل الضمانات المسببة عن العقود یحکم ایضا بالبطلان . وفی مثل الضمانات القهریة یحکم بالرجوع الی قیمة یوم الاداء .فعلی القول بکون المدار فی القیمة مطلقا علی قیمة یوم الاداء لایظهر بین القول بالانقلاب وعدمه فرق الا فی باب القرض فانه علی القول بالانقلاب یجب دفع قیمة یوم القرض کما اذا استقرض القیمی حیث یشتغل ذمته بقیمته یوم القرض وعلی القول بعدم الانقلاب یجب دفع قیمة یوم الاداء واما فی غیر القرض فیجب دفع قیمة یوم الاداء مطلقا سواء قلنا بالانقلاب ام لا بناء علی کون المدار علی قیمة یوم الاداء کما لایخفی »وحاصل الکلام ان التعذر اما یکون

فى الاثناء اويكون من الابتداء و على كلا التقديرين فاما ان لايرجى زواله عادة اويكون مرجوا لزوال فان كان مرجوا لزوال عادة فقد تقدم ان فيه قولين . قول بالانقلاب الى القيمة . وقول بالعدم . وتقدم ان المختار منهما هو عدم الانقلاب من غير فرق فى ذلك بين التعذر الطارى فى الاثناء او ما كان من الابتداء وان كان غير مرجو الزوال فلا يعتبر فيه ضمان المثل من غير فرق ايضا بين التعذر الطارى والابتدائى ،، وذلك لوجه مشترك فى جميع الضمانات من القهرية الحاصلة بسبب اليد والاتلاف والاختيارية الحاصلة بالالتزام العقدى . ووجه مختص بباب الضمان الاختيارية . ووجه مختص بالقهرية

اما المشترك بين الجميع فهو لغوية اعتبار ضمان مالا سبيل الى ادائه بحسب العادة بوجه من الوجوه اصلا: واما المختص منه بباب العقود امافيما كانت القدرة شرطا شرعيا فى صحته فواضح: حيث انه مع التعذر الغير المرجو زواله لايمكن ادائه فيبطل العقد من جهة فقد شرطه وهو القدرة: وامافيما لم تكن القدرة شرطا شرعيا بل كانت شرطا عقليا فلعدم تمشى الالتزام العقدى مع فرض العجز الدائمى عن الوفاء بما التزم به. بل يكون التزامه هذا قلقة اللسان وعلى تقدير ان يكون صورة التزام: الالتزام الصورى لايكون مشمولا لدليل وجوب الوفاء لان دليله انما يدل على وجوب وفاء ما كان التزاما حقيقيا لا ما كان صورة الالتزام

واما وجه المختص بباب الضمانات القهرية فلان قوله (ع) على اليد ما اخذت حتى تؤدى وان كان بالنظر الى كلمة الموصول فيما اخذت عاما يشمل ما يمكن ادائه ومالا يمكن فيه الاداء الا انه بواسطة كلمة حتى تؤدى الظاهرة فيما له اداء يصير مختصا بما يمكن فيه الاداء وان منع عن الانصراف فلا اقل من الشك فى شموله لما لا اداء له. فلا يدل على ضمان ما لا يمكن ادائه وعلى ذلك. ففى باب الضمانات القهرية لو طرء التعذر فى 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 التمكن على اداء نفس ما وقع به الالتزام كالصلح فانه ايضا يوجب،، الضمان بالقيمة واما غير الصلح مما يشترط فيه ذلك. فيحكم بالبطلان لو كان التعذر من الابتداء وبالتبدل الى القيمة لو كان في الاثناء والسر في صحة الانقلاب في هذا القسم اعني ما كان العجز دائميا. 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 حمراوية الحنطة وكتابة العبد ونحو ذلك حيث انه مع التعذر ينتقل الى القيمة

قوله قده السابع لو كان الاتلاف المبيع فاسدا قيميا الخ 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 الشيئ مثليا او قيميا 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) اعتبارا على القيم (الرابع) اعتبار يوم القبض:

ثم الدليل لكل واحد من هذه الاقوال تارة يقع البحث عنه من حيث مايقتضيه القاعدة المستفادة من عموم على اليد ونحوه: واخرى من حيث مايقتضيه الادلة الخاصة كصحيحة ابي ولاد فهنا مقامان:

الاول فيما يستفاد من العمومات فنقول استدل للقول الاول اعني كون المدار على قيمة يوم التلف بعموم على اليد،، وتقريب الاستدلال به ان الظرف في قوله على الد لغو متعلق بفعل مقدر مثل الدرك والضمان ونحوهما فمعنى على اليد ما احدثت. هو كون درك المأخوذ وضمانه على الاخذ بمعنى كون التلف منه واستقرار

ذمته بما ليته والدليل على كون الظرف لغوا هو ذكر الغاية اعنى حتى تؤدى فان جعل الاداء غاية للضمان يكشف عن كون الضمان انما هو فيما له اداء فلا ضمان لما لا اداء له: ولذلك قلنا سابقا بان الركن فى الضمان هو المالية وانما الخصوصية والاوصاف تتعلق بها الضمان اذا امكن ادائها، ومع عدم الامكان يكون الضمان بالمالية: ونتيجة ذلك هو استقرار مالية التالف على عهدة الضامن بسبب التلف واذا كانت الذمة مستقرة بضمان قيمة التالف عند التلف تصير العبرة بالقيمة على يوم التلف هذا غاية التقريب ،،

ولكن يرده ان الغاية المذكورة لا تدل على كون الظرف لغوا حتى يحتاج الى تقدير فعل كالدرك ونحوه بل يمكن جعل الظرف مستقرا بمعنى كون المأخوذ بنفسه هو فى العهدة ولما كان الركن فى الضمان هو المالية تجعل هى المضمون بها بالتلف لكن المالية الغير المتقدرة اعنى صرف المالية التى تبذل بازائها المال، ونتيجة كون التالف بماليته الغير المتقدرة فى العهدة لزوم اداء قيمة يوم الاداء اذ اللازم عليه اعطاء مالية التالف فى كل زمان يعطيها والحاصل انه مع جعل المالية غير متقدرة يمكن جعل الظرف مستقرا 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 شاذ لذهاب المشهور الى القول الاول (فح) فرعاية الاحتياط عند مخالفة قيمتى يوم التلف والاداء. مما لا ينبغى تركه

وهذان القولان هما العهدة فى الاقوال الاربعة قولاً ومدركاً ،، واما القولان الاخران فضعيفان قولا ودليلاً : ومدرك القول باعلى القيم. هو جعل المالية المتقددة متعلقا للضمان بجعل المالية كساير الاوصاف التى توجب التفاوت فى القيمة داخلة تحت الضمان فكلما تحصل التفاوت فى القيمة يدخل الاقل منه تحت الاكثر. ويستقر الضمان على المقدار الاكثر ،، ونتيجة ذلك هو الضمان باعلى القيم ،، ولكنه يمنع. بان عموم على اليد : لا يدل على ازيد من

ضمان المالية :واما تقدر المالية بالاثمان .فلادلالة فيه اصلا : ومدرك القول بيوم الضمان هو صحيحة ابي ولاد كما سيجئ.ولادلالة في عموم على اليد على هذا القول اصلا هذا تمام الكلام في المقام الاول»

المقام الثاني في بيان ماتقتضيه الادلة الخاصة مثل صحيحة ابي ولاد . ومحل الاستشهاد بها موضعان:الاول قوله(ع)فيها :نعم قيمة بغل يوم خالفته : والثاني قوله(ع)اوياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا ، وبيان تقريب الاول يتوقف على ذكر الاحتمالات التي تحتمل في قوله(ع)نعم قيمة بغل يوم خالفته،فنقول يحتمل في هذا الكلام وجوه:»

الاول ماذكره المصنف قده من اضافة القيمة المضافة الى البغل الى اليوم ثانيا .وحاصله هو كون اليوم مضافا اليه القيمة فالقيمة اضيف الى شيئين احدهما البغل والاخر هو اليوم فيكون المضاف واحداً والمضاف اليه اثنان :وعلى هذا فيصير اليوم قيداً للقيمة.وينتج ان العبرة بقيمة يوم المخالفة .فيصير الخبر دليلا على كون المدار على قيمة يوم الغصب ،وتنكير البغل(ح)لاجل كونه مضافا اليه مع انه نقل عن بعض النسخ ضبطه معرفاً هذا: ولايخفى مافي هذا الوجه من البعد بحسب التركيب ،ضرورة بعد اضافة شيئ واحد الى اكثر من واحد بان يضاف الى شيئ ثم الى شيئ اخر.ولايمكن اضافة القيمة الى البغل واضافة البغل الى اليوم وان كان يصح تتالي الاضافات في غير المقام،وذلك لعدم معنى محصل لبغل يوم المخالفة:

الوجه الثاني ماذكره المصنف ايضا بقوله.واما بجعل اليوم قيدا للاختصاص وحاصله ان اضافة القيمة الى البغل تفيد الاختصاص وكلمة اليوم متعلق بهذا الاختصاص فيصير المعنى الزام قيمة البغل المختص بيوم المخالفة على الغاصب فتكون العبرة في القيمة بيوم المخالفة وهو يوم الضمان.ولايخفى ان هذا الوجه

ابعد عن الاول» وذلك لان متعلق الظرف والجار والمجرور لابد ان يكون معنى اسميا ملتفتا اليه والاختصاص الناشى عن اضافة القيمة الى البغل معنى حرفى مغفول عنه. لايصح ان يتعلق به ظرف »وهذا الذى ذكره قده يصح لو كانت كلمة الاختصاص مذكورة فى العبارة. بصيغة الفعل .او اسم الفاعل. او المصدر لاما اذا كان الدال عليه معناه حرفيا كما لايخفى:

الوجه الثالث ان يكون اليوم ظرف لنو متعلق بعامل محذوف يدل عليه قوله ع (نعم) اذهو فى قوة القول بانه يلزمك بعد سئوال السائل ايلزمنى» وينبغى ان يعلم ان من الظرف ومايجرى مجراه كالجارو المجرور لايقع الا لغواً ومنها ماتقع لغواً تارة ومستقراً اخرى »و معنى ظرف اللغوه وماكان محمولا على توابع الذات مثل زيد ضرب فى الدار .حيث ان فى الدار يكون من قيود الضرب الذى من توابع الذات » ومعنى الظرف المستقر هوماكان محمولا على نفس الذات مثل زيد فى الدار. حيث ان فى الدار من قيود نفس الذات لامن قيود توابعه فمثل كلمة (فى) قدتكون من قيود الذات وقدتكون من قيود توابع الذات وهذا بخلاف مثل كلمة (من) حيث انها لاتقع الاقيداً لتوابع الذات فيقال سيرزيد من البصرة ولايقال نفس زيد من البصرة و كلمة اليوم مما لايمكن ان يقع ظرفا مستقراً ويجعل بنفسها محمولا على الذات فيقال القيمة يوم المخالفة بل لابد من جعله من قيود توابع الذات وهى فى المقام يلزمك المقدر .بقرينة كلمة (نعم) الواقعة فى جواب السائل (يلزمنى كذا) فيصير المعنى يلزمك يوم المخالفة قيمة البغل وعلى هذا فقديقال بانه لايدل على لزوم قيمة يوم المخالفة .بل انما يدل على الضمان من يوم المخالفة» واما المقدار المضمون» فهل هو قيمة يوم المخالفة اوغيرها فلادلالة فيها :ولكن الانصاف دلالة الخبر على هذا التقدير ايضا على تعين قيمة يوم المخالفة » وذلك لان

القيمة عبارة عن المالية المتقدرة للشيئ. وقد عرفت فيما مضى ان المالية هي الركن في الضمان. وان المدار في الضمان على المالية الغير المتقدرة، وحيث انه ذكر في الخبر بلزوم القيمة .وهي عبارة عن المالية المتقدرة فكانه (ع) قال يلزمك في يوم المخالفة ماليته المتقدرة ولزوم المالية المتقدرة في يوم المخالفة بدلالة الالتزام يدل على كون التقدر في يوم المخالفة. :لايقال يمكن ان يكون يوم المخالفة ظرف استقرار العهدة بالمالية المتقدرة ولو كانت تقدرها فيما بعد يوم المخالفة: لانه يقال هذا يصير من قبيل الشرط المتأخر بل اسوء اذ لامعنى لقرار العهدة في هذا اليوم بالمالية التي تتقدر في زمان متأخر، ووجه الاسوئية عدم تحمل لفظ القيمة للدلالة على هذا المعنى: فبتلك الدلالة الالتزامية يدل الخبر على كون المناط بالقيمة على يوم المخالفة

ثم ان المصنف (قده) اورد على هذا الوجه بانه بعيد بل لايمكن ارادته، وذلك لان السائل. انما يسئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه قوله (اريت لو عطب البغل او نفق اليس يلزمني (الخ) الظاهر في كونه عالما باصل الضمان بالمخالفة فلابد من ان يحمل قوله ع (نعم) على معنى انه نعم يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة يوم المخالفة : ولايخفى مافيه لان السائل وان كان عالما بضمان البغل بسبب المخالفة ولكنه انما يسئل الامام ع عن وجه ضمان الكرى. لتوهمه بانه لايجتمع ضمانه مع ضمان اصل البغل .كما افتى به ابوحنيفة. وكان وجه فتواه استفادته من قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم الخراج بالضمان فمرجع (قوله اليس يلزمني لو عطب البغل (الخ) الى السئوال عن اجتماع ضمان الكرى مع ضمان اصل البغل: فاجابه ع بقوله (نعم) عن اجتماعهما يعني يلزمك من يوم المخالفة قيمة البغل. فيكون ذكر (من يوم المخالفة) تفضلا واقعا في الجواب» وبالجملة

فالظاهر من هذه الفقرة هو الوجه خير وانها تدل على كون المعيار على قيمة يوم الضمان من غير مناقشة هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالفقرة الاولى

واما تقريب الاستدلال بالفقرة الثانية، فتوضيحه انه (ع) جعل المدار على قيمة يوم الكرى. ومعلوم ان يوم الكرى مع قطع النظر عن المخالفة. لا ضمان فيه لان المستأجر لا يضمن العين المستاجرة 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 الى الكوفة التي هي مكان الاكتراء بحيث لا يقع فصل بين وقت الكرى وبين الوصول الى القنطرة: على ما هو الظاهر. من كون يوم الاكتراء. هو يوم الركوب على الدابة كما هو المتعارف في هذه الاعصار ايضا، وانما ذكر يوم الكرى لا المخالفة لان المخالفة وقعت من القنطرة واقامة الشهود على قيمة البغل حين المخالفة لعله كانت عسريا لعدم من يطلع عليها وقت العبور بخلاف وقت الكرى حيث انه يقع غالبا بمجمع من الناس فلذلك ذكر يوم الكرى وبعد جعل يوم الكرى هو يوم المخالفة. يصير دليلا على كون المدار على يوم المخالفة كما لا يخفى، وبما ذكرنا يظهر اندفاع ما ربما يورد على تلك الفقرة من انها ظاهرة في ضمان العين المستاجرة 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 (الاولى) في قوله ع فان اصاب البغل عقرا او كسرا او دبرا قال ع عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك (الخ) فانه ظاهر في كون المدار في الارش

الحاصل بالعيب على التفاوت بين قيمة الصحيح والمعيب فى يوم الرد فلو كان المدار فى الضمان على قيمة يوم الغصب فى قيمة العين كما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين للزم التناقض بينها وبين هذه الفقرة الظاهرة فى كون المدار على يوم الرد فى قيمة الصحيح والمعيب : ولزوم التناقض انما هو . بلحاظ الاجماع على تبعية الصفات مع العين فى اصل الضمان وفى وقته. وبلحاظ الاجماع لابد من اعتبار التساوى فى وقت ضمان العين والصفة ،، فان كان ضمان العين فى وقت الغصب يجب ان يكون ضمان الصفة ايضا كذلك .فالتفكيك بينهما بجعل ضمان العين يوم الغصب وضمان الصفة يوم الرد مخالف مع الاجماع : وحيث ان هذه الفقرة فى الدلالة على كون المدار على قيمة يوم الرد: تكون اظهر من الفقرتين السابقتين فى 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 فى الجميع على يوم الاداء ،،ولكن يدفع هذا الاشكال بمنع الظهور المذكور بل الظاهر كون الظرف فى المقام .اعنى قوله يوم ترده متعلقا بعليك الذى يتضمن معنى يلزمك والمعنى (ح) يلزم عليك يوم الرد تفاوت مابين قيمة الصحيح والمعيب وليس فيها دلالة على تعيين يوم القيمة وانه يوم الرد اوغيره. وبعبارة اخرى هذه الفقرة ناظرة الى زمان الاداء والامتثال 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 فى الارش ايضا على قيمة يوم الغصب كما فى ضمان اصل العين .ويحتمل ان يكون المدار على يوم حدوث العيب الذى هو بمنزلة تلف جزء من العين فى باب الضمانات ،،وحيث قد عرفت ظهور الفقرتين السابقتين فى كون المدار

فى ضمان العين على يوم الغصب فيحمل تلك الفقرة ايضا على يوم الغصب. ويحتمل ان يكون الظرف قيداً للعيب. ويكون المعنى عليك تفاوت ما بين قيمة الصحيح والمعيب بالعيب الموجود حين رد البغلة فلا تعرض (ح) لهذه الفقرة فى تعيين يوم تلك القيمة اعنى قيمة التفاوت بين المعيب والصحيح ،، وانما يعتبر العيب الموجود فى يوم الرد لاجل احتمال ازدياد العيب الى يوم الرد. وهو المضمون دون العيب القليل الحادث قبله

واما اشكال المصنف (قدة) على هذا الفرض بانه يحتمل نقص العيب الى يوم الرد ويلزم منه ان لا يكون ضمان العيب الحادث قبل الرد عند رفعه حين الرد على الغاصب وهو خلاف المتسالم بينهم من كون المدار فى الارش على العيب الموجود حال حدوثه ولو زال حين الرد. وان العين لو ردت الى الصحة لم يسقط ضمان ما حدث فيها من العيب (فمدفوع) بعدم تسلم الفتوى منهم على هذا المعنى: بل المسئلة محل الخلاف ومورد للاقوال،، فيمكن جعل تلك الرواية دليلا لمن يقول بكون العبرة على العيب الموجود وقت الرد،، وكيف كان. فلا دلالة فى هذه الفقرة على تعين قيمة يوم الاداء. لكى نيا قض مع ما استظهرناه مما تقدم من الفقرتين السابقتين»

الجهة الثانية فى فقه ما افاده عليه (السلام) فى الجواب عن قول الراوى ومن يعرف ذلك: قال (ع) انت وهو. اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك. وان رد عليك اليمين فحلفت على القيمة. لزمك ذلك او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا (الخ) والاشكال فى هذه الجملة من وجهين :

الاول بناء على كون العبرة بيوم المخالفة على ما هو المستظهر من الفقرتين السابقتين لامجال لسماع قول المالك بيمينه حيث انه مدعى ولا يثبت

دعوى المدعي بيمينه ،،اللهم اذا اتفقا 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 ابعد.لان الظاهر اتحاده 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 متحدا مع يوم المخالفة ،، وهذا بخلاف مالو كانت العبرة في القيمة على وقت الاداء او يوم التلف فان سماع دعوى المالك (ح) لمكان انكاره لما يدعيه الغاصب من نقصان القيمة في يوم الرد او يوم التلف عن يوم الضمان ،، فالضامن يدعي نقصان القيمة في يوم الاداء او يوم التلف : والمالك ينكره .فيكون القول قوله مع يمينه ،،وهذا المعنى امر شايع ليس بعيد اعن مساق الرواية كما لا يخفى :لامكان اتفاقهما على القيمة في يوم المخالفة الذى هو يوم الاكتراء واختلافهما في نقصانها في يوم الاداء او 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 ايضا حيث قال ع اوياتي صاحب البغل بشهود (الخ) فان مقتضى توجه اليمين عليه كون . حق اقامة البينة لصاحبه لصيرورته مدعيا والبينة على المدعى » ويمكن الجواب عن الاول بحمل الاختلاف على صورة اختلاف المالك والغاصب في زمان حدوث العيب بان يدعي الغاصب حدوثه قبل الغصب لان يرفع ضمانه عن نفسه والمالك ينكره ويدعي حدوثه بعد الغصب لكي يضمنه الغاصب ففي هذه الصورة يصير المالك منكراً لكون قوله موافقا مع اصالة الصحة

ولكنه ايضا بعيد من مساق الرواية لكون موردها فرض ثبوت الارش على الغاصب بسبب حدوث العيب فی يده . وكان الاحتلاف فی زيادته ونقصه على مالايخفى ،، والذی يسهل الخطب ان اجمال الرواية فی هذه الجملة لايزاحم مع ظهور الفقرتين السابقتين منها فيما استظهرناه من كون مدار القيمة على يوم الغصب فيؤخذ بظاهرها فی اعتبار قيمة يوم الغصب ولو بقيت هذه الفقرة على الاجمال هذا :

وقد اجاب المصنف قده عن الاشكال الثانی بحمل مورد توجه اليمين على المالك على ماإذا اختلفا فی قيمة يوم الغصب بعد اتفاقهما على قيمة اليوم السابق عليه بان ادعى الغاصب نقصانه وانكره المالك: ومورد اقامة البينة منه على غير هذه الصورة. وهو ما اذا اختلفا فی القيمة السابقة من حيث الزيادة والنقصان حيث يصير المالك مدعيا للزيادة فيكون عليه البينة وهذا ايضا بعيد فی غاية البعد اذ الظاهر اتحاد صورة توجيه اليمين عليه مع صورة اقامة البينة لانه (ع) فی صورة دعواهما يقول بان المالك اما ان يحلف او يقيم البينة وهذا ظاهر فی كون اقامة البينة و الحلف انما هو للمالك فی صورة واحدة كما لايخفى :

ويمكن ان يجاب عن الثانی بان عدم سماع البينة عن المنكر ليس امرا اجماعيا بل هو مما وقع الخلاف فيه وورد الرواية على سماع البينة من المنكر كما فی دعوى من ادعى البغل الذی ركبه الصادق (ع) عليه فانه نزل عن البغل ورده الى مدعيه ثم ادعى المدعی سرج البغل وما اعطاه قائلا بانه كان ملكاً لابی وانا اتملكه ارثا منه ولی شهود على ذلك الى اخر ماتقل بالمعنى. فانه دليل على صحة اقامة الشهود من المنكر ،، وعلى هذا فيكون هذا الخبر ايضا دليلا على سماع البينة من المنكر. وليس هذا اشكالا على الخبر كما لايخفى .

هذا تمام الكلام في تقريب الاستدلال بالصحيحة على القول بكون المدار في ضمان المغصوب على قيمة يوم الغصب : وبعد الغاء خصوصية الغصب يعم الحكم بالنسبة الى كل مضمون. ولو كان بالعقد الفاسد: فيقال فيه ايضا بكون المدار على يوم الضمان ولو فرض تمامية هذا الاستدلال لكان مخصصا لما يستفاد من عموم على اليد من كون المدار على قيمة يوم الاداء: اي يوم التلف على الاختلاف الذي قدمناه :هذا تمام الكلام في مدرك القول بكون المدار على قيمة يوم الضمان. واما مدرك القول باعلى القيم فقد استدل الشهيد الثاني قده له بصحيحة ابي ولاد ايضا قال المصنف قده ولم يعلم لذلك وجه صحيح ولم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب 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 مغايرا مع المعنى الظاهر منه لو لا ملاحظة المناسبة ،،ففي مثل قوله (ع) قيمة 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 ضامنا لقيمة البغل في ذلك الزمان،،وعلى هذا فلو ترقى قيمة البغل في بعض اوقات المخالفة يكون ضامنا لتلك المرتبة وتكون بقية المراتب داخلة 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

بماهى مخالفة (لابحدوثها فقط) موضوع للضمان ومعناه (ح) ضمان قيمة البغل فى كل زمان من ازمنة المخالفة التى منها زمان ارتقاء القيمة فيكون مرتبة الاعلى مضمونة ايضا هذا :

وقد يستدل لهذا القول اى القول بضمان اعلى القيم. بما حاصله ان العين المضمونة مضمونة فى جميع ازمنة المخالفة بمالها من الخصوصيات . فاذا ارتفع قيمتها فى زمان وصارت ماليتها متقومة بتلك القيمة فهى تكون مضمونة بتلك المرتبة من المالية .فكما انها لو تلفت العين فى ذلك الزمان كان 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 الحاصلة من اختلاف الازمان ليس من الصفات الثابتة فى العين التى تصير اختلافها زيادة ونقصانا منشاء لاختلاف المالية . ولهذا لااشكال ولاخلاف فى انه لو ورد العين فى زمان نقصان قيمتها السوقية ليس عليه ضمان ما نقص من القيمة بخلاف ما لو كان النقصان بزوال صفة من اوصافها كالكتابة فى العبد مثلا اوحدوث عيب فيها الذى هو ايضا راجع الى وصف الصحة فانه يجب عليه الارش كما لايخفى :هذا تمام الكلام فى مدرك القول باعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف والمتحصل 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 فى المقام الاول.

وربما يوبد القول به بالمتسالم عندهم من صحة صلح ما فى الذمة من ضمان القيميات باحد النقدين ولو مع التفاوت بينهما من حيث المالية .فان المنقول عنهم. بل الظاهر انه مما لاخلاف بينهم واتفقت كلمتهم ،،على انه لو صالح المالك مع الغاصب بالعين اى صالح عين ماله الذى تلف عنده معه لم يعتبر

التساوي مع ما صولح به لعدم الربا ولو صالح معه بقيمة يعتبر ان لا يكون متفاوتا حذرا من لزوم الربا .وهذا الفتوى المسلم منهم شاهدة على بطلان جميع الاقوال المتقدمة الا القول بكون العبرة على يوم الاداء. اذ لو كان المدار على يوم التلف او على القيم او يوم الضمان لكان اللازم هو الحكم بعدم صحة المصالحة باحد النقدين مع التفاوت للزوم الربا. ولكن الانصاف عدم تائيد القول باعتبار يوم الاداء بهذه الفتوى، بل هذا التسالم في الفتوى وقع من المشهور القائلين باعتبار يوم التلف فلابد من توجيهه بما يوافق مذهبهم

وتوضيح ذلك انه يرد على هذه الفتوى اولاً بعدم تصوير الربوا في مصالحة القيمة باحد النقدين لان القيمة التي تتعلق بالذمة لا تختص باحد النقدين معيناً بل المالية المتقدرة باحد النقدين هي المتعلقة بالذمة ومصالحة تلك المالية باحد النقدين معيناً لا يكون ربا، وانما الربوا معاوضة الجنس بجنسه مع الزيادة .وثانيا انه على فرض تصوير الربوا في مبادلة المالية المتقدرة باحد النقدين كيف يتصور صحة تلك المصالحة مع فتاويهم بكون المدار في الضمان على قيمة يوم التلف مع ان هذا على هذا التقدير مستلزم للربوا ،وذلك لان عدم الربوا يتوقف على بقاء العين على عهدة الضامن الذي يقع معه المصالحة وهو موقوف على عدم قرار القيمة في عهدته بالتلف بل كان العين باقية على عهدته الى زمان الصلح : وهذا يوافق مع القول بكون المدار على قيمة يوم الردلا يوم التلف:

ولكن يجاب عن الاول بان غرضهم من لزوم الربوا انما هو فيما اذا عين القيمة في الذمة باحد النقدين معيناً ثم اوقعا المصالحة عليها بجنسه .وعن الثاني ان التسالم على صحة المصالحة بالعين لا يدل على اعتبار يوم الاداء في القيمة لاحتمال بقاء العين في العهدة الى يوم الاداء :ومع ذلك كان ملزماً بتادية قيمة

يوم التلف .او يوم الضمان في زمان الرد، وذلك امر ممكن في نفسه واذا ورد الدليل يجب المصير اليه فهو لاء القائلين بيوم التلف بعد تسليمهم على دلالة الدليل على كون العبرة بقيمة يوم التلف يقولون ببقاء العين في عهدة الغاصب الى زمان الرد لكن يجب في زمان الردتادية قيمة يوم التلف وهذ وان كان لامحذور فيه الا انه يترتب عليه كون الاصل عند تردد القيمة بين الاقل والاكثر هو الاشتغال : بناء على كون المدار على قيمة يوم التلف ايضا. كما يكون كذلك بناء على اعتبار قيمة يوم الاداء اذ بادا الاقل لايعلم خروج الذمة عما اشتغلت به من العين .ولعل هذا هو المنشأ في جعل اليمين على صاحب البغل في صحيحة ابي ولاد لكون قوله موافقا مع الاصل اى الاشتغال كما لايخفى: وبالجملة فتسالم هذه الفتوى لايدل على تعين قيمة يوم الاداء كما اوضحناه.

ومدرك القول بكون العبرة بقيمة يوم التلف هو عموم على اليد حسبما تقدم تقريبه مع تزييفه :ويستدل له باخبار خاصة ايضا كالاخبار الواردة في باب تلف عين المرهونة باتلاف المرتهن الدالة على انه يحسب الدين في مقابل مقدار قيمة التالف ويضمن المرتهن بباقي قيمته. فان مدلوله وقوع التهاتر القهري بين الدين وبين مايقابله من قيمة التالف وهو متوقف على تعلق ذمة المرتهن بقيمة التالف من حين التلف: والافمع فرض بقاء العين على عهدته فلاقيمة في ذمته حتى يتهاتر منها مايقابل الدين.

وكالاخبار الواردة في انه لو عتق احد الشركاء شقصا من العبد المشترك يضمن قيمة سهام الباقين لاتلافه عليهم حصصهم من العبد لعتقه بالسراية فانها ايضا ظاهرة في قيمة يوم العتق وهو يوم التلف ،ولكن الانصاف عدم دلالة شيئ من هاتين الطائفتين من الاخبار على اعتبار قيمة يوم التلف. اما الطائفة الاولى فلان التهاتر يقع بين الدين وبين مايقابله من قيمة التالف ولو مع تعلق الذمة

بمالية الغير المتقدرة من التالف فهو اعم من كون الاعتبار بمالية المتقدرة في يوم التلف بل يصلح مع تقدرها في يوم الضمان او يوم الرد او اعلى القيم ايضا مع انه على تقدير تسليم دلالتها على اعتبار يوم التلف فانما تدل على اعتباره في الضمان بالاتلاف وكلامنا انما هو في الضمان باليد. ولا ملازمة بين اعتبار يوم التلف في ضمان الاتلاف وبين اعتباره في ضمان اليد. وبهذا يجاب عن الطائفة الثانية ايضا. فانها وان كانت ظاهرة في اعتبار يوم التلف الا انها ايضا تكون في مورد ضمان الاتلاف لا ضمان اليد. ولا يمكن ان يقال بتحقق ضمان اليد في عتق الشريك حصته لتصرفه في حق الشركاء فتكون اليد سابقة على الاتلاف، وذلك لان الاتلاف يوجب انقلاب سبب الضمان بسبب اخر ولا يعقل استناد الضمان مع الاتلاف عقيب اليد الى اليد السابقة اليه. وان كان يمكن ان يقال باستناد ضمان اعلى القيم الى اليد وان كان اصل القيمة ضمانها مستندا الى الاتلاف اذ لا مانع من الاخذ به من تلك الجهة: وعلى كل حال فظاهر تلك الاخبار هو ضمان الاتلاف ولا ربط له 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 او نقصانها موجب للضمان كما انه لا شبهة في ان التفاوت الناشيء عن رغبات الناس من غير عود الى العين بل الممحض في اختلاف رغباتهم المعبر عنه باختلاف السوق لا يوجب الضمان بل مع عدم تلف العين ليس عليه الا رد العين ولو نقصت قيمتها السوقية وكذا مع التلف ايضا الا على القول باعتبار اعلى القيم في باب الضمان حسبما تقدم مع تزييفه

وانما الكلام في التفاوت الناشيء 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 او بالجمد

فی الصیف واربد الخروج منها فی ساحل الشط او الشتاء ،، فهل یجب علیه رد الماء او الجمد فی ساحل الشط او الشتاء او یجب علیه تأدیة القیمة وعلی الثانی ،، فهل المدار علی قیمة المکان الذی صار مشتغل الذمة بهما او اخر امکنة التی یخرج الماء فیها عن المالیة کالقریب الی الساحل .و آخر ازمنة التی یخرج الجمد عن المالیة بعدها کالزمان القریب الی الشتاء: او یؤخذ بالقیمة المتوسطة بین قیمة اخرا وان الخروج عن المالیة و بین قیمة اوان اشتغال الذمة بهما (وجوه)

والتحقیق ان یتمال بدخول تلك الاضافات اعنی اضافة العین الی المکان والزمان تحت الضمان و بلزوم تأدیة قیمة مکان الاشتغال وزمانه ،، اما الاول. فلان خصوصیة التی تحصل العین من قبل اضافتها الی المکان و الزمان الموجبة لتفاوت مالیتها لیست امرا خارجا عن العین کاختلاف الرغبات بل هی امر تقوم بالعین تصیر من اوصافها فتدخل تحت الضمان: واما الثانی فلان مکان التلف وزمانه هو ظرف تعلق الذمة بمالیة العین التالف من حین التلف و کون القیمة الناشیة عن خصوصیة المکان او الزمان هی المتعلق للضمان فیجب اداء قیمة ماکان علیها فی مکان التلف اوزمانه ،، وهل یجب قیمة ذلك المکان والزمان فی یوم الرد: اوقیمتها فی یوم التلف. اوقیمة یوم الغصب. اواعلی القیم : ففیه احتمالات تقدم تحقیقها وان المشهور علی اعتبار قیمة التلف وقلنا بمساعدة الدلیل علی اعتبار قیمة یوم الاداء»

التنبیه الثانی فی حکم بدل الحیلولة. وتنقیح البحث عنه یتوقف علی بیان اقسام التلف. فانه یتصور علی انحاء (الاول) تلف الخصوصیة المبینیة تلفاً حقیقیا او حکمیا ،، والمراد بالتلف الحقیقی معلوم و بالحکمی ما اذا کان موجوداً ،، ولکن لا یرجی عوده الی المالك عادة کما اذا القی فی البحر او صار فی خزانة سلطان لا یتسر ارجاعه عنه ،، ولا اشکال فی هذا القسم فی جواز المطالبة بالبدل وانه خارج عن مورد

الكلام في بدل لحيلولة والمتيقن من جواز المطالبة بالبدل هو هذا القسم (الثاني) ما اذا زالت انحاء سلطنة المالك عن العين دائما بحيث لا يرجى عودها مع بقاء العين وهذا القسم ايضا ملحق بالتلف الحكمي. فيرجع فيه الى البدل (الثالث) ما اذا زالت بعض انحاء السلطنة كذلك دائما بحيث لا يرجى عودها كالدابة التي يركب ظهرها اذا صارت مؤطوئة حيث انها يجب بيعها في خارج المصر، وحكم هذا القسم هو عدم قرار شيئ على الضامن الواطي لولا النص الا انه ورد النص على وجوب غرامة الواطي بثمنه ثم بيعه في خارج المصر، وهل الثمن الذي يؤخذ من المشتري للمالك : اول للواطي الغارم. او يصرف في بيت المال (وجوه) اقواها الثاني. وذلك لمكان التعبير في النص عما يغرمه الواطي بالثمن الدال على وقوع المعاوضة بينه وبين المالك. بحكم الشرع. وان لم تقع المعاوضة المالكية فتصير الدابة له عوضا عما يغرمه للمالك. وان كان يجب بيعها في خارج البلد:

الرابع ما اذا زالت سلطنة المالك زوالا يرجى عودها اليه كالخشب الذي جعل من اجزاء السفينة في وسط البحر بحيث يتوقف نزعه عنها في وسط البحر على غرق نفس محترمة. ولو كانت نفس الغاصب. او مال محترم ،، لكن من غير الغاصب. فانه يجب ابقائها الى ان تصل السفينة الى مكان يؤمن نزعه عنها عن الغرق،، ففي مثل هذه الصورة تكون سلطنة المالك زائلة شرعا مع رجاء عودها او كان زوالها بحكم العقل كما اذا اخرج ماله الى بلد بعيد يتوقف عوده الى المالك الى مضي زمان يحمل ذاك المال اليه في ذاك الزمان وهذا القسم هو مورد بدل الحيلولة،، وقد وقع الخلاف في جواز مطالبة المالك (ح) بالبدل فمن جماعة القول به. وعن اخرين كالمحقق الثاني قده انكاره حيث يقول لم يحصل لبدل الحيلولة معنى متضح

واستدل للقول بالجواز (بوجوه) :الاول قاعدة لاضرر حيث ان صبر

المالك الى زمان التمكن من الوصول الى ماله ضرر عليه. فيجبر بالقيمة،، ولا يخفى مافي التمسك بالقاعدة في امثال هذا المقام. وان وقع من كثير من الاعلام اذ الضرر في امثال هذه المقامات لو صار منشاء للحكم لكان علة للتشريع اى يكون الشارع يحكم بحكم خاص لاجل الضرر فهو يكون في مرحلة الثبوت علة للتشريع. والحكم لاجله وظيفة 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 الذى كانت القاعدة علة للتشريع. وبين المورد الذى تكون حاكمة على ادلة الاحكام الواقعية. صار منشاء لتمسك كثير بتلك القاعدة. فيما لاينبغي التمسك بها: وما نحن فيه من هذه الموارد كما لايخفى:

الوجه الثاني بواسطة حيلولة الغاصب بين المالك وماله،، فيجب عليه التدارك بالقيمة،، ولايخفى ان هذا الوجه كسابقه في الفساد. حيث ان الكلام في ثبوت التدارك بواسطة الحيلولة .فلايصح جعل نفس الحيلولة دليلا على لزوم التدارك: (الثالث) صيرورة الحيلولة منشاء لتفويت السلطنة الفعلية الثابتة المالك على ماله وهي ممايجب تداركها فيتدارك بالقيمة: وهذا هو المستظهر عن المصنف قده ولايخفى مافيه:

اما اولا فلان السلطنة حكم شرعي وان كانت ملزوما لامر عرفي ولامعنى للغرامة على الحكم الشرعي: واما ثانيا فلانه لو سلم كونها امرا عرفيا كشف عنها الشارع وامضاها لكنها ليست ممايقابل بالمال اذ لادليل على مضمونيتها بالمال لعدم دلالة دليل الضمان عليها من عموم اليد او الاتلاف،، اما اليد فلعدم مجيئي السلطنة تحت اليد حتى تصير مضمونا باليد. واما الاتلاف فلانه يدل على الضمان بتلف المال والسلطنة ليست مالاً:

واما ثالثا. فلانه لو سلم صحة ضمان مايقابل السلطنة ،، لكان اللازم منه هو الارش على السلطنة لاخذ بدل العين بمالها من المالية اذ البدل اجنبى عما فات من السلطنة. ولاينتهى الامر الى بدل الحيلولة اصلا لان الفائت من السلطنة لاتعود: فلو كانت لها قيمة يجب اعطائها كسائر الغرامات الحاصلة فى مقابل النقصانات واين هذا من البدل الحيلولة كما لايخفى:

الوجه الرابع التمسك باصالة سلطنة المالك على مطالبة مالية ماله. ولو مع بقاء العين ،، وتقريب التمسك بهايتوقف على مقدمة. وهى ان عموم على اليد ماأخذت حتى تؤدى يستكشف منه امور (الاول) ان مالية الشيئى مضمون فى عهدة الضامن وانها الركن فى الضمان. وهذا قد تقدم سابقا. وقلنا مع انعدام العين يبقى الضمان بحاله مع عدم اعتبار الضمان فيما لايمكن 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 ثبت فى عهدة الضامن على المالك. وهذا يستكشف بدلالة التزامية من جعل الغاية للضمان ، والاداء (الثالث) الرد الى المالك فورى يجب على الضامن فورا ففورا. وهذا ايضا يستظهر بالدلالة الالتزامية

اذا عرفت ذلك فنقول نتيجة الامور الثلاثة هو وجوب رد مالية المضمون على الضامن وجوبا فوريا ، 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 فعلا عادة ام لا. خرج عنه ما اذا كان الوصول اليها عادة ممكنا بالاجماع . وبقى الباقى 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 دليلا حسنا على

بدل الحيلولة: الا انه ايضا منظور فيه. وذلك لان المالية وان كانت ركنا في الضمان لكن لا بمعنى انها مستقلا تدخل تحت الضمان. وتكون العين اجنبيا عن الضمان بل بمعنى انه مع تعذر العين لا يسقط الضمان (فح) ينتهي البحث في تأسيس الاصل الى ان يقال الخصوصية العينية كما تسقط بالتلف ويكون للمالك المطالبة بمالية ماله عند تلف العين فهل له اسقاط الخصوصية عند وجودها بمعنى ان له مع وجودها ان يطالب بالبدل ام لا ،، ولا يخفى ان الثاني هو الاقوى لان ضمان المالية ليس امرا مستقلا في قبال ضمان الخصوصية العينية بان يكون كلا منهما مضمونا مستقلا: لكي يصح اسقاط احدهما والاخذ بالاخر بل انما هو ضمان واحد متعلق بالعين بمالها من المالية واذا كانت العين بماليتها تحت الضمان. فلا دليل على سقوط ضمان العين بالاسقاط كما مر نظير ذلك في عدم انقلاب المثل بالتعذر الى القيمة: (فتحصل) ان الاصل عدم جواز مطالبة المالك بمالية ماله عن الضامن الا ما ثبت جوازه،، فظهر من جميع ما ذكرناه ان الاقوى عدم قيام دليل على ثبوت بدل الحيولة وانه كما قال المحقق الثاني مما لم يتضح معناه..

ثم لو قلنا به فهنا فروع ينبغي التنبيه عليها (الاول) هل المالك يصير مالكا للبدل. او انه يباح له التصرف فيه (احتمالان) والتحقيق ان يقال لو قلنا بثبوته لاجل كونه بدلا عن سلطنة المالك حسبما سلكه المصنف (قده) لكان ينبغي القول بالاباحة. اذ لا مقتضى للملك. لا من ناحية المالك ولا من قبل الشارع. اما من ناحية المالك. فلان المفروض عدم اقدام الضامن والمالك على انشاء تمليك البدل وتملكه. واما من ناحية الشارع فلعدم ما يدل على تحقق الملك القهري من قبل الشارع. ولا منافاة بين الاباحة وبين صحة تصرفات المالك في البدل بجميع التصرفات المتوقفة على الملك لامكان الالتزام بتقدير الملك انما: لمي الطريق الاعوجاجي كما في باب المعاطاة على القول بالاباحة حسبما مر شرح

القول في بابها .ولو قلنا بثبوت بدل الحيلولة لاجل التمسك باطلاق دليل اليد لكان ينبغي القول بالملك، لان مقتضى الاطلاق كما عرفت هو مطالبة المالك عن الغاصب الضامن بمالية ماله فيصير مالكا لما يأخذه منه لكونه مالية ماله ولا ينافيه بقاء ماله الموجود كاللوح المغصوب في السفينة على ملكه على ما يجيئي الكلام فيه لاجل توهم صيرورته جمعا بين العوض والمعوض، وذلك لان البدل ليس مأخوذا بعنوان العوض عن ماله حتى يكون تملكه مع بقاء المال الاصلي على ملكه جمعا بين العوض والمعوض: بل البدل مأخوذ بعنوان الغرامة، ولا تنافي بين اخذ الغرامة وبين ابقاء المال الاصلي على ملكه.

فان قلت فما الفرق بين المقام وبين الدابة التي يركب ظهرها اذا صارت موطوئة حيث تقولون بصيرورتها ملكا للواطي لمكن اخذ قيمتها منه دون المقام (قلت) الفرق هو استفادة المعاوضة القهرية في باب الدابة الموطوئة عن الدليل الشرعي حيث عبر فيه عن المال المأخوذ عن الواطي بالثمن الظاهر في كونه عوضا عن الدابة وهذا التعبير مفقود في المقام فليس في المقام ما يستكشف منه تحقق المعاوضة بين البدل وبين مال المالك ومع عدم تحقق المعاوضة فلا جمع بين العوض والمعوض اصلا:

الثاني هل المالك يملك البدل مطلقا .او مادام عدم رجوع العين اليه . فيعود الى الضامن بعد تمكن المالك عن ماله وصيرورته مسلطا عليه :وبعبارة اخرى هل ملكية البدل ملكية مطلقة او ملكية موقتة (وجهان) اقواهما الاخير وتوضيحه ان الملكية اما تكون مالكية اي حاصلة من انشاء المالك باسباب خاصة من العقود والايقاعات واما تكون شرعية اي يكون بحكم الشارع عند حصول اسباب غير اختيارية كالموت في باب الارث مثلا وعلى كلا التقديرين فيمكن ان تكون مقيدة كما يمكن ان تكون مطلقة وان كان لا يوجد للمقيدة

منهافرد فيما كانت حاصلة باسباب قهرية الاان القسمين منهاموجودة في الحاصل من الاسباب الاختيارية ومثال الملكية المطلقة الحاصلة بالاسباب الاختيارية ظاهر كالبيع ونحوه ومثال المقيدة منها كالوقف اذاوقف على طبقة عشر سنين ثم على طبقة عشر سنين بعدها وهكذا اووقف على الطبقات على ترتيب وجودهم فان الملكية المقيدة بعشر سنين اوبمادام وجودالموقوف عليه هي المنشاء بالانشاء وفيمانحن فيه ايضايمكن ان تكون الملكية الحاصلة للمالك بالنسبة الى البدل شرعاً مطلقة، ويمكن ان تكون مقيدة :فلابدمن النظر في دليل اثباتها و كيفية دلالته من انه هل يثبتها على الاطلاق اومقيداً بعدم عود المبدل الى المالك

ومماذكر يظهر فساد توهم كون الملكية في المقام مطلقة بدعوى عدم تصوير التقييد فيها كمالايخفى :اذاتحقق ذلك فنقول مقتضى القول ببدل الحيلولة وان العين المبدل لاتخرج عن ملك مالكها كماسنحققه في الامر الثالث وانه يجب ردها اليه هو ان يصير مالكا للبدل مادام عدم رجوع المبدل اليه اذهو بدل عما فات من المالك من التمكن على ماله و بعد عوده اليه فلافوت حتى يحتاج الى البدل :فان قلت بناءعلى ماتقدم في الامر الاول اجمالا وسيفصل في الامر الثالث: البدل ليس عوضا عن المبدل وانماهو غرامة يغرمه الضامن بحكم الشرع واذاصار المالك مالكاله. فلاموجب لخروجه عن ملكه بسبب تمكنه من المبدل ولااقل من الشك فيرجع الى استصحاب بقاءملكيته للبدل، قلت اماعلى تقدير القول ببدل الحيلولة من ناحية كونه بدلا عن سلطنته الفائتة حسبما تمسك به المصنف قدهفلا مقتضى لحصول الملكية المطلقة ان قلنابوجود مقتضى الملكية وذلك لان البدل (ح) بدل عن فوت استيلاء المالك وليس للمالك سلطنتان على ماله واذاعادت السلطنة فلم تكن فائت اصلاحتى يحتاج الى البدل وبعبارة اخرى التدارك انمايقع عمايفوت من كون المال تحت يده فيكون بقدر الفوت

و(ح) لاينتهي الامر الى الشك حتى يتمسك بالاستصحاب.

واما على ما اخترناه من انحصار الدليل على ثبوت بدل الحيلولة لو كان له دليل بالاطلاق على حسب ماقدمناه وان كان يمكن ان يقال مقتضى الاطلاق تمكن المالك من اخذ البدل 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 البدل عوضا عن المبدل وتحقق المعاوضة بين ماله الاصلي وبين البدل. فلا ينبغي الاشكال في كون المتحقق من اول الامر هو الملكية المقيدة. وذلك بعد قيام الاجماع المحقق على ملكية المال الاصلي لمالكه بعد تمكنه منه واستيلائه عليه فمن ذلك الاجماع يستكشف صيرورة البدل ملكا له الى زمان استيلائه على المبدل والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض لكن ملكيته للمبدل بعد الاستيلاء عليه ثابتة بالاجماع فيكون البدل خارجا عن ملكه عند الاستيلاء على المبدل كذلك، هذا على تقدير تحقق المعاوضة بين البدل والمبدل. واما بناء على كون البدل تداركاً عن المبدل اعني عما فات من استيلاء المالك على المبدل ففي مرحلة الثبوت يمكن ان يكون التدارك موضوعا 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 موضوعا في المستحق: ويمكن ان يكون التدارك علة للحكم اى للملكية فلا تدور الملكية مدار بقاء التدارك بل التدارك في وقت ما يصير علة لصيرورة البدل ملكا للمالك ملكية مطلقة كما في باب تغير الماء الكثير بالنجاسة: حيث ان التغير علة لطرو النجاسة على الماء لا انه عنوان يدور بقاء النجاسة مدار بقائه فان كان التدارك موضوعا للملكية فتزول بزوالها وان كان علة لها فتبقى

بعدزوالها هذابحسب الثبوت

وامابحسب الاثبات فتارة يحرز القسم الاول او الثاني واخرى يشك ،، وعلى كلا التقديرين فلاتصل النوبة الى الاستصحاب اماعلى تقدير احراز موضوعية التدارك اوعليته فلعدم الشك في بقاء الملكية (ح) للقطع بزوالها لو احرز موضوعية التدارك وبقائها عند احراز عليته واماعلى تقدير الشك في كونه موضوعا اوعلة فلعدم احراز للموضوع الذي هو شرط في اجراء الاستصحاب على هذا التقدير اذلم يعلم ان الموضوع هل هو عنوان التدارك ام لا هذا حكم هذه المحتملات ثبوتا

واما التحقيق فيها فالظاهر المقطوع به هو عدم تحقق المعاوضة لما تقدم ويأتي في الامر الثالث فاحتمال المعاوضة منتف قطعاً ولاشبهة في كون البدل على سبيل التدارك،، انما الكلام في كون التدارك موضوعا اوانه علة وليس في ادلة الضمانات مايمكن ان يستظهر منه عنوانيته اوعليته الا ان يقال ان المتفاهم العرفي ومناسبة الحكم والموضوع هو المقتضي للعنوانية بمعنى ان العرف يفهم من ثبوت الملكية لاجل التدارك ان ثبوتها مادام يصدق الفوت على مال المغترم له ومع عوده اليه وانتفاء صدق الفوت فلافوت حتى يتدارك وهذا غير بعيد ونتيجة ذلك هو الحكم بزوال الملكية عند استيلاء المالك على ماله وكون الملكية الحاصلة له هي الملكية المقيدة: وقد عرفت انه مع قطع النظر عن هذا الاستظهار وانتهاء النوبة الى الشك فلامجرى للاستصحاب ولايصح اثبات الملكية المطلقة باجرائه لامكان الشك في الموضوع على ماتقدم:

الامر الثالث هل المال المبدل بعد التمكن من الاستيلاء عليه يكون ملكا للمالك او للضامن (وجهان) ولااختصاص لهذا البحث بمورد بدل الحيلولة بل هو عام في جميع موارد اغترام الضامن بالبدل سواء كانت العين تالفة بالتلف

الحقيقى .او الحكمى .او كانت موجودة كمافى مورد بدل الحيلولة ،،وسواء كان بقى منها بعد التلف شيئى له قيمة كما اذا انكسرت العين وكان لمكسورها قيمة ام لا،،وسواء كان الاغترام لاجل وطى الدابة التى يركب ظهرها اولغير ذلك

والكلام يقع تارة فى ملكية المال الذى ادى غرامته وانه هل هو ملك للغارم او المغترم .واخرى فى انه على تقدير عدم القول بالملك: فهل يكون للضامن حق اختصاص به اويكون حق الاختصاص للمالك اولا يكون لواحد منهما بل هما مع غيرهما بالنسبة اليه شرع سواء وكل من سبق اليه فهو له كساير المباحات فالكلام هنا فى جهتين:

الاولى فى ملكية المال للمالك اوللغاصب والكلام فى هذه الجهة ايضاً يقع تارة فى صورة التلف الحقيقى واخرى فى التلف الحكمى،،وثالثة فى حكم ملكية المال فى صورة بدل الحيلولة ،،وقد حكى عن المقابيس القول بصيرورة المال الاصلى ملكا للغارم فى جميع الصور وقد ايده بذهاب الاساطين الى لزوم الربوا فيما لو كان التالف مصوغا من الذهب مثلا وكانت الغرامة ايضاً من جنسه بناء على عدم احتصاص الربوا بباب المعاوضات بل جريانه فى باب الغرامات ايضاً ولايخفى انه لايتصور الا بفرض انتقال التالف الى الضامن والافمع بقائه على ملك المالك.فلا مبادلة حتى يلزم فيها الربوا هذا محصل ماتقل عنه

ولايخفى مافيه اما فى الصورة التلف الحقيقى فلعدم تصوير ملك الغاصب للتالف ثبوتا وانتفاء مايدل عليه فى مرحلة الاثبات واما فى التلف الحكمى فهو وان كان يتصور فيه ملكية الغاصب للتالف ثبوتا:لكن ليس فى مقام الاثبات عليه دليل وتوضيح ذلك اما فى التلف الحقيقى فلان ظرف حصول ملكية الضامن لايخلو اما ان يكون اناما قبل التلف بان انتقل الى الضامن فتلف عنه اويكون قبل اداء الغرامة وشيئا منهما لايستقيم

اما الاول فلان الملكية لو قيل بها فانما هى لاجل الاغترام المسبب عن التلف فلا محالة لابد وان يكون بعد التلف والا يلزم تقدم المعلول على علته وهو محال ففرض تقدم مملكية الضامن للتالف قبل التلف مع نشو ملكيته عن التلف غير معقول. واما الثانى فلان متعلق الملكية وهو المال بسبب التلف صار معدوما عن صفحة الخارج ولا معنى لاعتبار ملكية ما ليس له وجود فى الخارج وفرض وجوده قبل اداء الغرامة ثم تعلق الملكية الى المال الموجود بحسب الفرض وان كان ممكنا الا انه لمكان كونه على خلاف القاعدة يحتاج الى قيام دليل قوى على الملكية وكان تصويرها متوقفا على فرض المعدوم موجودا والا يلزم طرح الدليل الدال على الملكية وهو غير مجوز وفيما نحن فيه ليس دليل على ملكية الضامن اصلا فضلا ان يكون قويا لم يكن رفع اليد عنه ممكنا ،، ويؤيد ما ذكرناه من عدم ملكية الضامن للمال التالف الذى يضمنه ان باب الضمان القهرى الناشئى عن اليد والاتلاف هو كباب الضمان الاختيارى يرتضمان من ندى واحد ،، ولا شبهة فى ان الضامن بالضمان الاختيارى لو ضمن دين احد لا يصير مالكا لما فى ذمة المديون ويبعد الفرق بين الضمان الاختيارى والضمان القهرى كما لا يخفى

وكذا فى ضمان الاوصاف الفائتة لا يملك الضامن الوصف الفائت قطعا فيكون حال العين الفائته كالوصف الفائت من غير تفاوت بينهما هذا فى التلف الحقيقى ،، واما فى التلف الحكمى فليس فى ملكية الضامن للتالف باداء الغرامة محذور فى عالم الثبوت اذ لا يحتاج الى فرض وجود المعدوم كما هو واضح الا انه لا يكون عليها دليل فى مرحلة الاثبات فالقول بملكية الغارم لما يغرمه للمالك قول بلا دليل واما ما تايد به من تحقق الربوا فيما ذكر فهو مبنى على القول بعدم اختصاص الربوا بباب المعاوضات بل ثبوته فى باب الغرامات فلا دلالة فيه على

تحقق المعاوضة كيف والاعم لايدل على الاخص بوجه من الوجوه فلاتائيد في الفتوى المذكورة ومما ذكرنا يظهر حكم بدل الحيلولة وانه لاوجه للقول بصيرورة المبدل ملكا للضامن بوجه من الوجوه هذا تمام الكلام في الجهة الاولى :

اما الجهة الثانية فاعلم انه عند تلف المال اما يكون مما لايبقى منه شيئى بعد التلف اصلا كما اذا كان مأكولا مثلافا كل او يكون مما بقى منه شيئى بعد التلف ، وهذا على قسمين (احدهما) مايكون للباقى منه بعد التالف مالية (وثانيهما) مالايكون له مالية بل يمكن ان يكون له فائدة غير بالغة الى مرتبة المالية بل قابلة لان يتعلق بها حق الاختصاص لااشكال في حكم الاول وهو مالايبقى شيئى من التالف وانه يضمن الضامن تمام مالية التالف (ح) وكذا الاشكال في القسم الثانى اعنى مااذا بقى منه شيى متمول فان المالك (ح) يستحق الارش كما لايخفى

وانما الكلام في القسم الثالث في ان حق الاختصاص بهذا الباقى هل هو للمالك او للضامن او لمن يسبق اليه ففيه (وجوه) اقواها الاول ، وذلك لان حق الاختصاص انما هو مرتبة ضعيفة عن الملكية تكون منشاء ضعفه اما القصور في الاضافة او في احد طرفيها بان لايكون الطرف قابلا لان يتعلق به اضافة الملكية ، والحق والملك مشتركان تحت جامع واحد وهو الواجدية (وح) نقول ، هذا الباقى بعد التلف كان قبله متعلق الاضافة الملكية التى هى اضافة شديدة وبعد التلف لم كان قصور هذا الباقى عن ان يتعلق بها الاضافة الشديدة تزول عنها الشدة وتبقى الاضافة بمرتبة ضعيفة وهى الحق والحق لم يحدث للمالك بعد زوال الملكية من كتم العدم حتى يسئل 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 والملك كالوجوب والاستحباب متباينين فيحتاج حدوث الحق بعد زوال الملك الى وجود سبب وهو متحقق بالنسبة الى الضامن لكون الباقى فى يده وتحت حيازته ولا يخفى انه على هذا التقدير ايضاً لا ينتج ثبوت الحق للضامن لان صرف كونه تحت يده لا يثمر فى ثبوت الحق له مالم يقصد حيازته ومع عدم القصد تكون هو مع غيره شرع سواء فهو لمن سبق فظهر ان اقوى الوجوه هو الوجه الاول وبعده الاخير واما الوجه الثانى فلا وجه له اصلا:

فان قلت بقاء حق الاختصاص للمالك بالنسبة الى الباقى بعد التلف ينافى مع اخذه لتمام ما يقابل مالية ماله لكون الغرامة بازاء تمام ماله قلت. الغرامة انما هى بازاء التالف من مالية ماله واما الموجود فلا تلف حتى تقع الغرامة عليه (فح) لم تقع غرامة بازاء ماله على الباقى من الاضافة الضعيفة المعبر عنها بالحق كما لا يخفى، ومما يبطل به دعوى ملكية الغارم للمال الذى 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 دليلا على ان كلام المحكى عن المقابيس ليس فى بدل الحيلولة بل انما يقول بالملكية فى صورة التالف الحقيقى لبعد التزامه بصيرورة المنافع المذكورة ملكا للغارم»

الامر الرابع لا اشكال فى ضمان الغاصب لما يتجدد من منافع العين المغصوبة قبل رد البدل الى حين الرد وكذا بعد تمكنه من رد العين وزوال المانع عن الرد لرجوع البدل الى الغاصب بعد تمكه من رد العين الى المالك ولو لم يحصل له البدل لما تقدم فى الامر الثانى من كون ملكية المالك للبدل

ملكية موقتة لامطلقة بل مقيدة بعدم امكان عود ماله اليه. وانما الكلام في ضمانه لها بعد رد البدل وقبل حصول التمكن من رد العين فهل يضمنها الغاصب ام لا (وجهان) التحقيق ان يقال لو كان البدل بدلا عن المسلطنة الفائتة من المالك في زمان عدم تمكنه من ماله وعدم سلطنته عليه كما سلكه المصنف قده،، فاللازم هو ضمان الغاصب بتلك المنافع المتجددة (ح) وذلك لان البدل (ح) تدارك عن بعض ما للمالك وهو السلطنة واما عين ماله ومنافعه المتجددة فلم يتدارك بشيئ ولو فات شيئ منها فيجب تداركه على الغاصب هذا لو قلنا بملك البدل للمالك على هذا المسلك واما لو قلنا بالاباحة كما تقدم في الامر الاول فالامر اظهر،،

فان قلت سلطنة المالك على العين مبدء لملكية المنافع فاذا تدارك السلطنة بالبدل فقد كان تداركا لمبدء ملكية المنفعة ومعه فلا يجب تدارك المنفعة وهذا كما اذا تلفت العين وتداركت بالمال او القيمة اذ لا يجب معه تدارك المنفعة، قلت ما ذكرته يصح لو قيل بمبدئية السلطنة لملك المنافع كما حكى 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 مرضيا عند المصنف قده وعلى طريقته يلزم ضمان المنافع بناء على ما سلكه في باب بدل الحيلولة من كونه تداركا للسلطنة الفائتة

ومنه يظهر ان ما اختاره قده من كون البدل تداركا عن السلطنة لا يجامع مع القول بعدم ضمان المنافع فالجمع بينهما كما صنعه لا يستقيم كما لا يخفى وبناء على ما اسسناه من اثبات بدل الحيلولة بالتمسك بالاطلاق فالوجه هو عدم الضمان،، وذلك لان البدل (ح) تدارك عن مال المالك فيكون بمنزلة وصول ماله اليه. غاية الامر لا بعينه بل بماليته (فح) لا ضمان لما يفوت من المنافع على على الغاصب ما دام البدل باقيا على ملك المالك فبرجوعه عن ملكه الذي يتحقق

بتمكن الغاصب من رد المال الاصلي الى المالك يصير الغاصب ضامنا لما يفوت 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 او انه خرج عن عهدة ضمانه بواسطة اداء بدله فلا شيئ عليه بعد التمكن (وجهان) اقواهما الاول، وذلك لان 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 البدل 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 تداركا عن السلطنة الفائتة فواضح. اذ العين لم تخرج عن ضمان الغاصب .فهي بعد مضمونة عليه .يجب الخروج عن عهدتها. بل مقتضى هذا المسلك هو عدم صيرورة البدل ملكا للمالك بل يكون اباحة عليه كما اسلفناه .وعلى تقدير القول بالملك فلابد من القول بالملكية المطلقة لا الموقتة اذ هو بدل عن السلطنة الفائته ومافات من السلطنة فهي غير عائدة ابداً. فلا موجب لرجوع البدل عن ملك المالك ح اصلا واما على ما اسسناه من التمسك بالاطلاق فكذلك ايضا لان المالك سقط حقه من الخصوصية العينية عند التعذر مقيداً به وبعد رفع التعذر يعود حقه بالنسبة الى العين فيصير حاله بعد التمكن كحاله قبل طرو التعذر»

فان قلت اذا كان البدل تداركا عن مالية العين المضمونة بمالها من الخصوصية يكون حاله حال اداء القيمة في المثلي 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 ان المثلية امر كلي متعلق بذمة الضامن. فلما كان كليا في الذمة كان قابلا 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 ان مالا اداء له لا يعتبر فيه الضمان: والمفروض في مقام بدل الحيلولة وجود العين في الخارج وانها متعذر الرد وغاية ما يثبت بالتعذر سقوطها مادام التعذر باقيا واما مع على زوال التعذر فلا موجب لسقوطها. اذ ليس للمالك سقوطها: ولا تسقط هي باسقاطه ولو اسقطها الف مرة الا اذا ملكها بالضامن بعقد من بيع او هبة»

فان قلت بعد تمكن الضامن من رد العين نشك في عود ما اسقطه المالك عند التعذر فيرجع الى الاستصحاب «قلت هذا الاستصحاب لا مجرى له: اما اولا. فلما يظهر من مناسبة الحكم والموضوع. والمفهم العرفي: كون التعذر موضوعاً. وعنوانا لسقوط الخصوصية لا علة له: فلا تنتهي النوبة الى الشك حتى يجري معه الاستصحاب، واما ثانيا. فلانه مع فرض تعميم الشك من جهة فرض الشك في كون التعذر عنوانا او علة: فلا يجري الاستصحاب ايضا 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 عهدته باداء بدل الحيلولة كما لا يخفى»

الامر السادس وهو ما يترتب على الامر المتقدم ايضا، هل البدل يخرج عن ملك المالك بمجرد تمكن الضامن عن رد المبدل اليه: او يتوقف خروجه عن ملكه على فعلية الرد وتحققه فما لم يرده الى المالك: يكون البدل باقيا على ملك المالك ولو تمكن الضامن من الرد (وجهان) والاقوى هو الاول،

وذلك للزوم الدور لو كان الخروج اى خروج البدل بالرد الفعلى ،، لان الرد انما يجب على الغاصب بدليل الضمان المستتبع لوجوب الرد وضمان الضامن للمبدل انما هو بخروج البدل عن ملك المالك :والافمع بقائه فى ملكه .فلا يكون الضامن ضامنا للمبدل: كيف ونتيجة البدل انما هو خروج الضامن عن عهدة المبدل مادام بقاء البدل فى ملك المالك: غاية الامر انه لما كانت ملكية المالك للبدل موقتة لامطلقة. كان خروج الضامن عن الضمان ايضا: كذلك فمادام بقاء البدل فى ملك المالك لايكون على الضامن شيئى :فلابد من ان يخرج البدل عن ملك المالك:ويعود الى ملك الغاصب حتى يعود ضمانه للمبدل فيصير الرد عليه واجباً.فلو كان خروج المبدل عن ملك المالك بالرد يصير دورا

ويترتب على هذا» لامر سابع وهو ان عود ضمان مايتبع المبدل من المنافع المتجددة انما هو ايضا بالتمكن من الرد لما عرفت من عود ضمان العين به. فيتبعه ضمان منافعه على مابيناه سابقا»

الامر الثانى هل للضامن الامتناع من قبض المبدل الى ان يقبض البدل او للمالك ان يمتنع عن اعطاء البدل مالم يقبض المبدل فيعطى كل واحد منهما ماعنده ويأخذ ماعند الاخر :او انه ليس لواحد منهما الامتناع عن الاعطاء قبل قبض الاخر (احتمالان) اقواهما الثانى ،،وذلك لانه وان ثبت بالدليل فى باب المعاوضات كالبيع ونحوه،، جواز امتناع كل واحد من المتعاملين عن اعطاء ماعنده،قبل قبض ماعند الاخر :لكنه منتف فى المقام ،،وتوضيح ذلك . ان فى باب المعاوضات ثبت ذاك الحكم من جهة اشتمال عقد المعاوضة مثل البيع مثلا على اشتراط التسليم والتسلم شرطا ضمنيا.فلاجل هذا الشرط الضمنى يكون كل واحد منهما ملزما بالقبض بالاخر ،، ولذلك يصير تأخير كل من الثمن والثمن منشاء للخيار:وليس منشاء الخيار الاتخلف ذاك الشرط الضمنى،،وهذا

الملاك مفقود فى المقام :اما اولا فلما عرفت من ان بدل الحيلولة غرامة لا انه عوض عن المبدل. وليس فى البين معاوضة حتى يتضمن هذا الشرط: واما ثانيا فلانه على تقدير كون باب البدل باب المعاوضة فلعدم تحقق عقد مشتمل على ذاك الشرط الضمنى بل انما هو معاوضة قهرية من الشارع بين المالين لا مالكية عن قبل المالكين حتى يقال بكون فعلهما متضمنا للشرط مع ان الكلام انما هو فى مقام رجوع البدل الى الضامن الذى يثبت بتمكنه من رد المبدل»

الامر التاسع هل البدل الحيلولة حق ثبت للضمان ارفاقا له لاجل الفرار عن ضمان المبدل ومنافعه فى حال تعذر رده: او انه حق للمالك على الضامن: او انه حق لهما. فلكل منهما جبر صاحبه لو امتنع (وجوه) ثانيها اقواها وهو كونه حقا للمالك ،،وذلك: اما بناء على كون البدل بدلا عن السلطنة الفائتة (فواضح) حيث انه (ح) غرامة الفائت من السلطنة ولا يدفع به ضمان لا عن العين المبدل ولا عن منافعها وما يتبعها من ارتفاع القيمة: لكى يتخلص الضامن بدفعه عن ضمان العين والمنافع

واما على مسلك التمسك بالاطلاق : فربما يقال بثبوت الحق للضامن ايضا . وذلك لان البدل (ح) تدارك عن العين المتعذر رده و يخرج الضامن بادائه عن ضمان العين . ومنافعها الاترى انه لو تلفت العين المتعذر بعد اداء بدلها لم يكن على الضامن شيئى سوى ما اداه الى المالك من البدل :بل يستقر ملك المالك على البدل بتلف المبدل ويصير ملكا مطلقا وهذا كاشف عن كون البدل تداركا عن العين المتعذر و (ح) نقول اذا سقطت الخصوصية العينية بالتعذر يكون الباقى على عهدة الضامن نفس المالية التى هى الركن فى الضمان ففى حال التعذر هو ليس مطالبا الا بالمالية: فله ان يدفع ما فى ذمته الى المالك وليس للمالك الزامه على الصبر الى زمان تعود الخصوصية الى عهدته .فكما ان فى كل مورد تعذرت الخصوصية تعذراً دائميا: له الزام المالك على اخذما

عليه من المالية .فكذلك في التعذر الموقت له الزامه عليه هذا،، ولكن الاقوى عدم ثبوت الحق له وبطلان ماذكرناه في وجه ثبوت الحق له: لوجهين: الاول النقض بصورة تعذر المثل في المثلي حيث انه قد تقدم سابقا من انه ليس للضامن الزام المالك على اخذ القيمة بسبب تعذر المثل بل للمالك ان يصبر الى زمان وجود المثل كما ان له اسقاط الخصوصية المثلية والرضا باخذ القيمة. (الثاني) بالحل وهو ان التعذر الموقت لا يرفع ضمان المتعذر لكي يكون في حال التعذر عهدة الضامن مشغولة بالمالية المحضة بل انما عليه الخصوصية العينية حتى في حال التعذر وضعا: غاية الامر يرتفع عنه التكليف بالاداء مادام التعذر: فالتعذر رافع للحكم بالاداء فقط: لانه رافع للوضع والتكليف معا وليس حال التعذر في المقام حال قصد المعصية في السفر حتى يكون بقصد المعصية يجب عليه التمام وبقصد الطاعة القصر على ماقيل بل ضمان الخصوصية العينية. ثابت في كلتا حالتي التمكن والتعذر: الا ان المرفوع في حال التعذر هو التكليف. فسقط ماقيل بانه لا يكون في حال التعذر الا مشغولا بالمالية المحضة وثبت انه ليس له الزام المالك باسقاط الخصوصية العينية والرضا باخذ المالية كما في صورة تعذر المثل في المثلي» وقد تقدم في اول مباحث المضمون بالعقد الفاسد ثبوت الفرق بين التعذر الدائم والموقت وان مع الاول لا يعتبر الضمان في المتعذر لعدم امكان اداءه دون الاخير فراجع ،،ويؤيد ماذكرنا فتواهم بعدم جواز الزام البايع للمشتري في السلم في اخذ قيمة المسلم فيه لو تعذر وقت الاجل بل للمشتري ان يصبر الى زمان يرجى وجوده فيه كما ان له اسقاط الخصوصية واخذ القيمة. وهذا شاهد على ان الضامن في جميع هذه الابواب ليس له الزام المالك على اسقاط الخصوصية والرضا بالمالية»

الامر العاشر لو قلنا بجواز ابقاء كل من المالك والضامن ماعندهما من البدل

والمبدل بعد تمكن الضامن من الرد حتى يأخذ كل ماله من صاحبه فتلف :
،،فالكلام يقع تارة فى حكم تلف المبدل عند الضامن: واخرى فى تلف البدل عند المالك : اما الاول فلا اشكال فى ضمانه للمبدل التالف. ضرورة تحقق الضمان بالتمكن فهو تلف فى ضمانه .وانما الكلام فى ان البدل هل يستقر ملك المالك بتلف المبدل عند الضامن ويتعين ملكه له كما لو كان التلف قبل التمكن وليس على الضامن شيى غيره اولا: بل على الضامن اداء مثل التالف او قيمة يوم التالف او يوم الاداء او اعلى القيم (احتمالان) والاقوى هو الاخير وذلك لخروج البدل عن ملك المالك بتمكن الضامن على الرد فيكون نسبته الى بقية اموال الضامن على حد سواء فلا معين لاخراج الضامن به عن الضمان بخصوصه وليس حاله كحال التلف قبل التمكن حيث ان البدل (ح) كان ملكا للمالك وكان الضامن برئيا عن ضمان المبدل بالبدل برائة موقتة فبالتلف يستقر ملك المالك الى البدل ويصير ملكا مطلقا بعد ان كان موقتا وخروج الضامن عن العهدة كذلك يصير دائميا،،واما بعد خروج البدل عن ملك المالك فليس فى البين ما يوجب تعينه لان يكون بدلا عن التالف: واما الثانى اعنى حكم تلف البدل عند المالك فهل يضمنه ام لا (وجهان) من جهة كون حبسه بحق منه. لكى يأخذ ماله الذى عند الضامن اعنى المبدل فتكون امانة شرعية وهذا نظير ما اذا وقع الفسخ من الفاسخ فى عقد فان ماله الذى عند المفسوخ عليه الراجع عنه الى الفاسخ بسبب الفسخ يكون عند المفسوخ عليه بلا اختيار منه لان منشاء صيرورته ملكا للفاسخ هو فسخه وفسخه لم يكن باختيار من المفسوخ عليه فيكون سبب وقوع مال الغير بيده امرا خارجا عن حيطة اختياره فتصير امانة شرعية. مثل ما اذا كان السبب حدوث الريح الموجب لالقاء ثوب الجار مثلا فى داره: ونحو ذلك. فكما انه فى مثال فسخ الفاسخ لا يكون المفسوخ عليه ضامنا لما عنده لو

تلف بيده .فكذلك في المقام لايكون المالك ضامنا للبدل الذى عنده الذى رجع الى الضامن بتمكنه من رد المبدل الى المالك. لان تمكنه من رد المبدل الموجب لرجوع البدل عن المالك اليه امر خارج عن اختيار المالك كما لايخفى.

ومن انه ليس قبضه اياه مجانيا بل لاجل تدارك ماله الذى لايتمكن الغاصب من رده فهو قبض لابوجه المجانية وان لم يكن عوضا عن ماله ايضا: ولازم ذلك كون درکه عليه، اذليس (ح) امانة لامالكية ولاشرعية اماعدم كونه امانة مالكية فواضح واماعدم كونه امانة شرعية فلمكان كون قبضه من مالكه لابعنوان المجان

وهذا الاخير هو الاقوى وذلك اماعلى القول بكون البدل بدلا عن السلطنة الفائة (فواضح) اذ البدل (ح) لايرجع الى الضامن بسبب تمكنه من رد المبدل الى المالك لكون البدل بدلا عما لاعود فيه اصلا وهو السلطنة وليس بدلا عن العين ولا عن منافعها وتمكن الغاصب من رد العين لايوجب عود السلطنة الفائة الى زمان التمكن كما لايخفى. واماعلى القول بكون البدل بدلا عن تدارك مالية المبدل تدارکا موقتا الى زمان تمكن الضامن من رد المبدل فلان يده عليه ليس يد مجان بل انما وقع تحت يده وصار ملكا له لاجل تدارك مالية ماله اعنى المبدل فيكون تلفه عليه ودركه على عهدته من غير فرق في ذلك بين ان يكون تلفه قبل تمكن الضامن من الرد او كان بعد تمكنه منه فكما انه لو تلف قبل تمكن الضامن يكون التلف من ملكه ويخرج المبدل عن ملكه خروجا ابديا. فكذلك لو كان بعد تمكنه

وحاصل هذا الامر من اوله الى اخره هو عدم تعين البدل للبدلية بعد تمكن الغاصب من الرد لو تلف المبدل عنده وضمان المالك للبدل لو تلف البدل عنده بعد تمكن الضامن من الرد كل ذلك بناء على ثبوت حق الحبس لكل منهما لما عنده لان يستوفي ماله الذى عند الاخر وبهذا الامر يكمل الامور التى عقبناها لمبحث بدل الحيلولة والله العالم باحكامه. وهذا اخر مايتعلق بالمقام

بقي مطلب آخر وهو انه قد تقدم في صدر البحث عن بدل الحيلولة ان العين اما تكون تالفا حقيقة اوحكما او تكون متعذر اموقتا او يكون متعذرا دائما (والاول) مورد الرجوع الى المثل اوالقيمة (والثاني) مورد الرجوع الى بدل الحيلولة ،، بقي البحث عن الثالث وهو التعذر الدائم وهو على اقسام الاول مالا يمكن رده الى المالك مع وجوده عقلا وذلك كالبلل الباقية من ماء الوضوء لو توضاء بماء مغصوب جهلا بالغصب ثم علم بالغصب قبل المسح فان تلك البلل لا يمكن عودها الى المالك اصلا ولا اشكال في انتفاء ملكه عنها وانما الكلام في بقاء حق الاختصاص فلو كان حق الاختصاص من المالك باقيا عليها لا يجوز للمتوضي ان يمسح بها الا باذن المالك ولو لم يكن له حق الاختصاص فيجوز له المسح ولو مع نهي المالك ،، وربما يقال ببقاء حق الاختصاص والحق عدم ثبوته. وذلك لان تلك البلل كما تكون قاصرة عن تعلق الملكية بها قاصرة عن تعلق حق الاختصاص بها ايضا ذلا يفيد للمالك فائدة اصلا كما انه لا مالية لها اصلا ومالا فائدة فيه بوجه من الوجوه فلا يصح تعلق حق الاختصاص به فيكون حاله كحال سائر المباحات بالاصل كما لا يخفى »

القسم الثاني ما كان رده موجبا لتلفه وذلك كالخيط الذي خاط به الثوب اذا كان اخراجه عنه موجبا لتلفه بسبب القطع ،، فهل للمالك السلطنة على اخراجه من الثوب المخيط به - ولو استلزم تلف الخيط - اولا (وجهان) اقواهما الثاني ،، وذلك لان الناس مسلطون على اموالهم باستيفائها ممن بده عليها لا انهم مسلطون عليها باتلافها. وليس الاتلاف متعلق سلطنة المالك و(ح) فيكون الخيط ملكا له على ثوب غاصب الخيط ويقع بينهما الشركة بمقدار قيمة الخيط قهرا

وتوضيح ذلك ان الشركة القهرية يقع في موردين (احدهما) ما اذا اختلط شخص مال الاخر بماله بحيث لا يتميز احدهما عن الاخر مطلقا سواء كان

الاختلاط بالمساوي او بالاجود او بالاردى ووجه تحقق الشركة (ح) مع امتياز مال كل واحد من المالكين عن الاخر بحسب الواقع وفي علم الله تعالى هو ان الامتياز الواقعي مع عدم تميزه عند المالكين ولا عند غيرهما غير مؤثر في تعلق الاضافة الملكية اذ لا يترتب على ملكيته اثر فقهي ومالا اثر له اصلا فهو بحكم العدم فالملكية الممتازة تصير معدومة ويصير الكل ملكا لهما بالنسبة. و (ثانيهما) ما اذا كان احد المالين متميزا عن الاخر بحيث يشار الى كل باشارة حسية غير الاشارة الى الاخر الا انه لا يكون افراز احدهما عن الاخر ممكنا. اما لانجراره الى التلف كما في الخيط المخيط به الثوب. او لعدم التمكن من انفكاكه عما اجتمع معه عقلا كما في لون المصبوغ به الثوب. او شرعا كما في الخيط الذى خيط به جرح حيوان اذا كان اخراجه منه منشأ لتلف الحيوان، ولا يخفى ان ملاك حصول الشركة في مورد الاختلاط بعينه موجود في هذا المورد ايضا اذ مع عدم تمكن افراز الخيط لصاحبه يكون في حكم الغير المتميز ولاجل ذلك تقع الشركة بين صاحبه وبين صاحب مال الاخر بالنسبة، ثم الشركة اما تتحقق في المقبوض بالعقد الفاسد كما اذا اشترى الخيط بالعقد الفاسد وخاط به ثوبه: واما تكون في المغصوب 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 والمغصوب يختلف مع حكم المقبوض بالعقد الصحيح

وتوضيح ذلك ان الخيط الذى خاط المشترى به ثوبه بالعقد الصحيح كان عن حق له واقعا مالكونه ملكا له في حال الخياطة: وهذا بخلافه في المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد. وان كان بينهما فرق من حيث جهله بكونه له في المقبوض بالعقد الفاسد دون المغصوب، ولكنهما مشتركان في عدم كون الخيط له واقعا

حين الخياطه»، ويترتب عليه عدم استحقاق اجرة الخياطة فى المغصوب 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 شريكا فى الثوب المخيط بتلك النسبة

ثم ان كان خيطه من الثوب المخيط مساويا مع قيمة الخيط منفرداً. فهو وان زاد عليه لم يرجع اليه الغاصب لكونه بفعله. وان نقص عنه يرجع مالك الخيط الى الغاصب بمقدار الناقص. ويأخذ منه الارش هذا فى المغصوب والمقبوض بالعقد الفاسد واما فى المقبوض بالعقد الخيارى 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 الاخر بالارش

قوله قده الكلام فى شروط المتعاقدين الخ » لما فرغ عن مباحث المقبوض بالعقد الفاسد. شرع فى شروط المتعاقدين » ولا يخفى ان مباحث المقبوض بالعقد الفاسد كانت مقدمة لابحاث شروط المتعاقدين: ولذا قدمها عليها وضعاً» والكلام بعد طى ما هو كالمقدمة يقع» تارة فى شروط المتعاقدين. واخرى فى شروط العوضين. وثالثة فى احكام الراجعة الى المتعاقدين والعوضين فهنا ثلاث مقامات

المقام الاول فى شروط المتعاقدين وهى امور (الاول) البلوغ وهو يعتبر تارة فيما يصدر عن الشخص فيما ل نفسه بالاستقلال: واخرى بالنسبة الى ما يصدر عنه فيما له باذن وليه: وثالثة فيما يصدر عنه فيما له ايضاً بالوكالة عن وليه: ورابعة فيما يصدر عنه فى مال الغير بالوكالة عن الغير» فلابد من تنقيح البحث فى هذه الجهات: ثم ان البلوغ لو كان معتبرا فى 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 الشيئ على اقسام (منها) كهجر السفيه عن التصرف في ماله حيث انه سفيه لا يعلم بمصلحة حاله (ومنها) كهجر المجنون، حيث انه مسلوب العبارة بقول مطلق»، والفرق بينهما بعد اشتراكهما في كون الهجر ناشيا عن قصور فيهما ان السفيه مهجور عن التصرف في ماله بالاستقلال واما مع انضمامه الى وليه فلا منع عنه بل يصح باذن وليه. بخلاف المجنون، حيث لا عبرة بعبارته مطلقا لا 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 ناشيا عن كون المال متعلقا لحق الغير بلا قصور في المالك عن التصرف اصلا: توقف الهجر في المفلس على حكم الحاكم بخلاف الراهن

اذا عرفت ذلك فنقول هجر الصبي انما هو كهجر المجنون لا كهجر السفيه والراهن والمفلس»، اما عدم كونه من قبيل الاخيرين. فواضح حيث ان هجره ليس لاجل تعلق حق الغير بماله بل انما هو لقصور فيه»، وانما الكلام في انه هل هو من قبيل هجر السفيه او هجر المجنون»، والتحقيق هو الاخير: وذلك لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منه رشدا فادفعوا اليهم اموالهم. وتوضيح الاستدلال بها يتوقف على بسط في الكلام فنقول ربما يتمسك بالاية المباركة لاثبات كفاية الرشد في صحة التصرفات ولو كان قبل البلوغ. بتقريب ان الابتلاء في الاية المباركة جعل مغيى 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 اول زمان الابتلاء الى زمان البلوغ مع استيناس الرشد عنهم (هذا)

ولا يخفى ان الاية الكريمة وان لم تخلو عن ظهور فيما ذكر لكنه ليس بمراد قطعا: كيف والا يلزم اما لغوية ذكر البلوغ وجعل المناط في تأدية اموالهم اليهم هو الرشد سواء كان قبل البلوغ او بعده. او سقوط اعتبار الرشد بعد البلوغ والاكتفاء 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 ان يجعل ظرف دفع اموالهم اليهم عند استيناس الرشد بعد البلوغ، فتدل الاية على عدم نفوذ تصرفات الصبي مطلقا لا بالاستقلال ولا بانضمامه الى الولي ولا بانضمام الولي اليه. فيثبت بها اعتبار البلوغ في الدرجتين الاوليين اعني في تصرفاته في مال نفسه بالاستقلال. وفي ماله باذن الولي، وبعبارة اخرى مقتضى اطلاق الاية المباركة استقلال الولي في التصرفات فيما اذا كان المولى عليه اعني الصبي غير قابل لان يتصرف بالكلية كاليتيم الذي يكون قريب الولادة من شهر او شهرين الى ان يتميز اذ لا اشكال في شمول اطلاق الاية في اثبات ولاية الولي على مثل هذا اليتيم قطعا ولا شبهة في ان الولي في هذه الصورة هو المستقل في التصرف. واذا ثبت استقلاله في التصرف في مورد يكون كذلك في جميع الموارد بحكم وحدة السنخ: فيثبت له الاستقلال في التصرف حتى فيمن يمكن التصرف منه وهو الصبي المميز، ولا يمكن ان يقال بصحة تصرفات المميز ايضا اذا كان مع اذن الولي مع استقلال الولي في التصرف بحيث يكون التصرف لهما معا الا انه للولي بالاستقلال وللصبي مع اذن الولي، وذلك لاستحالة اجتماع السلطنتين بالنسبة الى مال واحد كامتناع اجتماع مالكين على مال واحد، فلا محالة يجب ان تكون واجدية الولي للسلطنة على المال بمقدار نقصان

الصبى لها عليه: فبقدر الذى فقده الصبى يثبت للولى. لكن الثابت للولى بمقتضى اطلاق الاية هو مطلق السلطنة على نحو الاستقلال من دون اعتبار انضمام الصبى عليه فيكون الناقص عن الصبى ايضا كذلك بحكم اعتبار اتحاد مقداره ماوجده الولى مع ماتقص عن الصبى

مع انه لوسلم امكان اجماع سلطنتين مستقلتين فى مال واحد نقول قد ثبت بالاية سلطنة المستقلة للولى ،، ولازم ذلك قصور الصبى عن السلطنة كلية: اذلاوجه لثبوت سلطنة الاجنبى على ماله مع فرض تمكنه من التصرفات فى ماله،، فتحصل ان مهجورية الصبى ليس كمهجورية الراهن عن التصرف فى العين المرهونة. بحيث ليس له الاستقلال فى التصرف. بل يحتاج الى اذن من المرتهن لقصور المال عن ذلك: ولا كمهجورية السفيه عن التصرف فى امواله حيث ليس له الاستقلال فى التصرف ايضا. بل يحتاج الى اذن الولى،، لكن لا لقصور فى امواله بل لقصور فيه نفسه بل لكون مهجوريته كمهجورية المجنون حيث لايصح تصرفه ولو مع اذن الولى: فليس له التصرف رأسا لامستقلا ولا منضما الى الولى: بحيث كان النفوذ متوقفا على فعلهما معا. او كان لاذنه دخلا فى صحة تصرف الولى او كان لاذن الولى دخلا فى صحة تصرفه

وليعلم ان محل الكلام فى باب الصبى انما هو بعد الفراغ عن مهجوريته فيما ثبت مهجوريته اذ(ح) يقع البحث فى كيفيته هجره،، واما فيما لاهجر له كالوصية ونحوها لوقيل به. فهو خارج عن محل البحث كما لايخفى كما ان مورد البحث انما هو معاملاته لامطلق مايصدر عنه .فمثل اذنه فى دخول الدار او ايصاله الهدية من قبل الولى الذى قامت السيرة على جوازه خارج عن محل الكلام

الدرجة الثالثة فى هجره فى التصرف فى امواله بالوكالة عن الولى :

ويدل على ذلك مايدل على اعتبار البلوغ فى الوكالة ومايدل على اعتبار صحة مباشرة الوكيل فيما وكل فيه لنفسه فى توكله عن الغير: وقد فرعوا على اعتباره بطلان وكالة المحرم فى ايقاع عقد النكاح لانه ليس له مباشرة عقده لنفسه. وقد ثبت هجر الصبى عن مباشرة العقود لنفسه حتى مع اذن الولى كما تقدم. فلا يصح توكله عن الولى فى ايقاع العقد على مال نفسه »، وبما ذكرنا يظهر عدم صحة وكالته عن غير الولى ايضا فى مباشرة ايقاع العقد على مال غيره كما لايخفى »

ثم ان الادلة الدالة على اعتبار البلوغ فى العقود وسلب العبارة عن الصبى على انحاء (الاول) ماتقتضيه القواعد العامة وهو ما استفدناه من اطلاق الاية المباركة اعنى كريمة: فادفعوا اليهم اموالهم (الثانى) الاستدلال بالاخبار فمما استدل به من الاخبار: قوله صلى الله عليه وآله وسلم رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم. وعن المجنون حتى يفيق. وعن النائم حتى يستيقظ»، وتقريب الاستدلال به: ان يقال بعد كون المرفوع عن الصبى موافقا مع المرفوع عن المجنون والنائم لاسناد الرفع عنهم: بجامع واحد»، لابد من اعتبار جامع بين الثلثة يكون هو المتعلق للرفع»، ولاشبهة فى عدم ارتفاع الاحكام الوضعية عن النائم فيكون المرفوع فى الصبى والمجنون والنائم معنى واحداً يعم رفعه فى الموارد الثلثة »، وهو يحتمل ان يكون احد معنيين (الاول) ان يكون رفع القلم كناية عن ارخاء العنان كالبهائم ويكون كناية عن رفع التكليف وقلم التشريع وهذا المعنى هو الاظهر لظهور هذا التعبير فى ارخاء العنان كما لايخفى (الثانى) ان يكون المرفوع التشريع وجعل الاحكام بالصراحة وعلى كلا المعنيين يتم الاستدلال هذا وقد اورد المصنف على الاستدلال به بوجوه ثلثة (الاول) ظهور كون المرفوع هو المؤاخذة لاقلم جعل الاحكام قال (قده) ولذا بنينا كالمشهور على

شرعية عبادات الصبي (الثاني) عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين كما هو المشهور بين الالسنة فلا مانع من ان يكون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ او على الولي اذا وقع باذنه (الثالث) لو سلم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من ان يكون فعل الصبي موضوعا للاحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كساير غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم ولا يخفى عدم ورود شيئ من هذه الايرادات الثلث، اما الاول فلمنع ظهور هذه الجملة في كون المرفوع هو المؤاخذة وقياس هذا الخبر الشريف بحديث الرفع المشهور فاسد حيث لما لم يكن المرفوع مذكورا في الحديث المشهور ولا بد له من التقدير يقال بان المقدر هو المؤاخذة بخلاف هذا الخبر، حيث ان كلمة القلم تكون هي النايب عن الفاعل: فلا موجب معه لتقدير اصلا حتى يبحث في تعيينه. وانه هل هو المؤاخذة او غيرها، ويصير المعنى (ح) اما المعنى المتفاهم العرفي من هذه الجملة اعني كون الصبي مرخى العنان واما بمعنى رفع قلم التشريع وجعل الاحكام

واما الثاني فلخروج الاحكام الوضعية عن مورد الرفع بالتخصص، وذلك لان المرفوع عن الصبي كمشاركاته في الرفع اعني المجنون والنائم هو الحكم الشرعي المترتب على افعالهم القصدية التي اعتبر فيها القصد لاجل عدم تمشي القصد من النائم وكونه بلا اثر في المجنون: فالاثار الشرعية المترتبة على افعالهم بما هي هي بلا اعتبار قصد فيها كعوض ونحوه. وكالجناية حيث انها يترتب على سببها مطلقا. ولو وجد السبب بلا قصد واختيار لا يكون مرفوعا بدلالة حديث رفع القلم عنهم فالخبر الشريف يدل على رفع ما يترتب على افعالهم القصدية من الاثار الشرعية ولما كانت دلالته على رفعه ايضا بالعموم. يكون كساير العمومات القابلة للتخصيص فلو فرض قيام دليل على ثبوت الاثر على بعض افعالهم لكان خارجا

عن تحت عمومه بالتخصيص. ولا مانع عنه من هذه الجهة ولا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة كما لا يخفى اذ الخارج عنه ليس الا موارد مثل وصية الصبي وحيازته المباحات لو قيل 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 مخصصا لعمومه.

واما الثالث فهو اضعف من الاولين: فان المراد بالبالغ الذي يكون فعل الصبي موضوعا للاحكام المجعولة في حقه، البالغ الاجنبي عن الصبي او البالغ الذي من اوليائه فعلى الاول فلا معنى لكون فعله موضوعا 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 متوجها الى وليه بهذا تمام الكلام في حديث رفع القلم، وصار المتحصل من مجموع ما ذكرناه هو صحة التمسك به لاثبات مهجورية الصبي. نحو هجر المجنون. بحيث يكون مسلوب العبارة حتى مع اذن الولي على ما هو مذهب المشهور»

ومما استدل به ما ورد من ان عمد الصبي خطأ. والانصاف عدم دلالته على هجره عن مطلق الافعال القصدية وذلك لتذيل هذه الجملة في بعض الاخبار بكون ديته على عاقلته الموجب لاختصاصه بباب الجنايات، وتصير قرينة على ارادة ذلك منه حتى في الاخبار الغير المذيلة بذاك الذيل، ومع قطع النظر عن هذه القرينة يكون المتعارف في التعبير عن هاتين الكلمتين اعني العمد والخطاء هو باب الجنايات. وباب كفارة الاحرام، وهذا التعارف ايضا يوجب صرفهما عن الظهور في العموم: بحيث لا يمكن ان يستدل بالخبر المشتمل عليها على رفع القلم عن الصبي كما لا يخفى»

ثم الشيخ قدس سره اخيراً قوى مذهب المشهور واستظهره من بعض

ماورد فی قتل المجنون والصبی من حدیث رفع القلم: وهو المروی فی قرب الاسناد عن علی علیه السلام انه کان یقول المجنون والمعتوه الذی لایفیق. والصبی الذی لم یبلغ: عمدهما خطاء. یحمله العاقلة. وقد رفع القلم عنهما قال قده قوله ع وقد رفع القلم عنهما. یحتمل ان یکون علة لتحمل العاقلة جنایتهما بتقریب ان جنایتهما لیست عمدیا حتی یبثت فی حقهما القود. ولاشبه عمد حتی تکون الدیة فی مالهما بل خطاء محض، وذلک لان قصدهما ملغی. محکوم بالعدم من جهة رفع القلم عنهما: ویحتمل ان یکون معلولا بمعنی ان الغاء قصدهما وکون فعلهما القصدی خطاء وتحمل العاقلة عنهما صار علة لرفع القلم عنهما: ثم جعل قده المرفوع هو المؤاخذة کما کان استظهره اولا، واتعب نفسه الشریفة فی الاستدلال بالخبر مع فرض کون المرفوع هو المؤاخذة: بجعل المواخذة اعم من الاخرویة والدنیویة. وجعل المواخذة الدنیویة اعم مما یتعلق بالنفس کالقصاص او بالمال کغرامة الدیة ومما یتعلق بالالتزامات کالالتزام بالبیع ونحوه ای صیرورته ملزما بعد البیع بترتیب الاثر. فیکون المرفوع هو المؤاخذة بقول مطلق ویترتب علیه عدم صحة العقد الصادر عنهما ولو مع اذن الولی ولایخفی مافیما افاده قده من الضعف

اما ماذکره من احتمال کون قوله ع وقد رفع القلم عنهما معلولا للجملة المتقدمة. ففیه ان قوله ع وقد رفع القلم عنهما عام یعم مورد الجنایات وغیرها کما هو مبنی الاستدلال واستظهره هو قده ایضا. ولایعقل ان یکون العام معلولا للخاص. وکیف یمکن ان یصیر تحمل العاقلة عنهما فی مورد الجنایات علة لرفع القلم عنهما فی جمیع الموارد، واما ما افاده من کون المرفوع هو المؤاخذة فقد عرفت مافیه من عدم الاحتیاج الی التقدیر بعد کون القلم هو النائب عن الفاعل

واما ما افاده من تعميم المؤاخذة 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 ديتها برفع القلم عنهما يوضح المراد من رفع القلم وان المراد به هو ما قدمناه من احد المعنيين اعني اما الحمل على معنى الكنائي وهو كون الصبي والمجنون في الافعال التي تتقوم بالقصد يكونان مرخى 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 يتصور فيها العمد والخطاء 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 وما تكون 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 التخصص نعم مثل وصيته خارجة من باب التخصيص

ومما استدل به لاثبات هجر الصبي ما ورد من الاخبار الخاصة مثل ما روى عن الباقر (ع) بان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها اموالها وجاز امرها في الشراء والغلام لا يجوز امره. ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمسة عشر سنة، وما رواه ابن سنان متى يجوز امر اليتيم قال (ع) حتى يبلغ اشده قال ما اشده قال احتلامه وفي معنا هما غيرهما وتقريب الاستدلال بها

انها تدل بالمفهوم على عدم نفوذ امر الصبي وبيعه وشرائه مالم يخرج عن اليتم، لكن الانصاف انها انما تدل على عدم استقلال الصبي قبل البلوغ واما انه مهجور عليه رأساً ويكون سلوب العبارة بقول مطلق كما هو المدعى فلا: وهذه الاخبار تكون اخص 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 (اولا): والمنع عن كونها من المتدينين (ثانيا) وكون هذه الموارد على تقدير تمامية السيرة وتحققها من المتدينين خارجة عما يحتاج فيه الى انشاء التمليك والتملك. بل يكون من باب وضع الفلوس في كوز الحمامي والدخول في الحمام الذي تقدم آنفاً خروجه من باب التخصص لا التخصيص (ثالثا): 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 قده مسئلة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول

العقد (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 المعنى من اللفظ حين الاستعمال في مقابل الهازل الذي لا يقصد في تلفظه ايقاع المعنى: ويتوقف تحقق العقد على القصد بهذين المعنيين معا. فلا يصدق العقد على الصادر والنائم والساهي والهازل لعدم قصد اللفظ من الاولين وعدم قصد المعنى من الاخير، ولبعلم ان القصد لا يطلق على قصد اللفظ وقصد المعنى بجامع واحد، ضرورة ان اللفظ في الاستعمال امر مفروغ عنه ولا يشعر به ولا يلتفت اليه: وانما الالتفات الى المعنى

و جعل اللفظ فانیا فیه و هذا بخلاف المعنی حیث انه امر ملتفت الیه فیکون قصد اللفظ فی مقابل صدورها عن المتکلم فی حال النوم والسهو و قصد المعنی بمعنی التفات الیه وکونه فی مقام ایقاعه علی المخاطب فی الاخبار او ایجاد بالة استعمال اللفظ فی المعنی فی الانشاء فی مقابل الهزل ،، وقد حقق فی محله ان الانشائیة والاخباریة انما هی من المدلولات السیاقیة بمعنی کون الکلام تارة مسوقا فی مقام الحکایة عن تحقق مدلوله فی موطن تحققه،، واخری یکون مسوقا فی مقام ایجاد مدلوله باستعماله والاول اخبار والثانی انشاء والاخبار والانشاء لیسا مدلولی اللفظ بحیث استعمل اللفظ فیهما فهما خارجان عن المستعمل فیه.

ثم الانشاء فی باب الامر والنهی لیس کالانشاء فی باب العقود : فانه فی الاول عبارة عن ایراد المادة علی المخاطب فی عالم التشریع المستلزم لانتزاع الوجوب التشریعی عنه اذا کان امرا او الحرمة الشریعة اذا کان نهیا سواء کان بالجمل الطلبیة او بالجمل الخبریة مثل تسجد سجدتی السهو مثلا ،، و فی الثانی ای باب العقود عبارة عن ایجاد المادة التی تکون قابلة للایجاد فی عالم الاعتبار بایراد الهیئة علیها : ففی مثل بعت یوجد البیع فی عالم الاعتبار الذی هو موطن وجوده بایراد الهیئة علی مفهومه . اعنی استعمال کلمة بعت فهذه الکلمة آلة لایجاد مصداق البیع فی عالم الاعتبار والغالب فی هذا هو الانشاء بالجملة الفعلیة ،، وربما یقع بالجملة الاسمیة ایضا مثل هند طالق فی باب الطلاق وانت حر فی باب العتق (الثالث) مما یطلق علیه القصد هو الداعی علی ایجاد الفعل : وبهذا المعنی یطلق قصد القربة فی باب العبادات بمعنی ان یکون الداعی علی الفعل هو قصد التقرب الیه سبحانه و تعالی لاغیر . والقصد بهذا المعنی لایکون من مقومات العقد ،، ضرورة تحققه باستعمال اللفظ فی ایجاد المعنی الایجادی وانشاء المعنی بالة استعمال اللفظ

فى معناه ولو لم يكن لداع اصلا (الرابع) الرضا بمضمون العقد وطيب النفس بما وقع الالتزام به.

ثم المعتبر من القصد فى العقود من هذه المراتب الاربع هو المرتبتين الاولين. بمعنى كونهما من مقوماته اذا عرفت هذا،، فاعلم ان عبارة الكتاب فى المقام لا تخلو عن مساهلة،، وذلك من جهات (منها) فى جعل القصد من شرائط المتعاقدين مع انك عرفت مما تقدم انه من شروط تحقق العقد ومقوماته،، اللهم الا ان يكون باعتبار كون المتعاقدين محل اله اعنى كون قصدهما دخيلا فى تحققه ويكون من مقوماته فيسند الشرط الى المتعاقدين ويقال بانه من شرائطهما (ومنها) جعله قده قصد اللفظ والمعنى على وزان واحد،، حيث فرع على اعتبار القصد. بان لا يكون كالغالط والهازل مع انك قد عرفت التفاوت بينهما. من ان القصد فى مقابل الغالط معتبر فى قصد اللفظ. وفى مقابل الهازل فى قصد المعنى (ومنها) تنظير انتفاء قصدا لمعنى فى الانشاء كالهازل بالكذب فى باب الاخبار وهذا ايضا ليس بصحيح،، حيث ان فى الهزل لم يقصد ايجاد المعنى والمدلول بايراد الهيئة على المادة الموجب لانتفاء العقد بعدم قصده: وهذا بخلاف الكذب. فانه عبارة عن عدم مطابقة المدلول مع المحكى عنه فى مقام الحكاية. وهو خارج عن القصد والاختيار وليس مناط الكذب بان يقصد عدم المطابقة ولا بان لا يكون فى مقام الحكاية لما عرفت من ان الخبرية والانشائية من المداليل السياقيه. فاذا قصد اللفظ واستعمل فى المعنى بقصد الحكاية عن الواقع يتحقق الكذب اذا لم يكن مطابقا مع الواقع بلا دخل فى كذبيته على قصد اللافظ اصلا.

وبعبارة اوضح الهزل يقع فى الدرجة الثانية اعنى فى مقام عدم قصد ايجاد المعنى بالاستعمال والموجب لانتفاء الانشاء: والكذب يقع

في الدرجة الثالثة اعني في مقام عدم مطابقة الحكاية مع المحكى 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 اصلا في مقابل الانشاء الذى انتفى فيه قصد ايجاد المعنى بآلة اللفظ والاستعمال .

ومنها تفريع عدم وقوع العقد بما قصد معنى مغاير مع مدلول اللفظ بان قصد انشاء معنى آخر كقصد انشاء البيع في ايراد الهيئة على مادة الهبة او 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 الصراحة فيه واشتراط ان لا يكون بالالفاظ الكنائية . ولا بالالفاظ المجازية حسبما تقدم تحرير القول فيه

قوله قده ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي والمكره (الخ) اعلم انه سيجئ في باب الفضولي كون صحة العقد الفضولي موافقا مع القاعدة. ولذلك يتعدى عن مورد المنصوص منه . وهو باب البيع والنكاح الى بقية الابواب من غير ان يكون قياسا لا نقول به ،، و على هذا المبنى مشى صاحب المسالك (قده) ايضا خلافا لبعض اخر كصاحب الحدائق وجماعة ،، حيث يقتصرون 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 مناف لمبنى صاحب المسالك قده ،، والحل في ذلك هو ما تقدم من ان القصد يطلق على معان اربع . وما هو المعتبر في تحقق العقد هو القصد بالمعنيين الاولين وما هو المنتفي 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 معا : وفي العقد المكره يكون المنتفي هو الرضا وحده لفرض صدوره عنه وبالاجازة يتحقق الرضا فالعقد الصادر عن المكره والفضولي واجد لما هو مناط العقد: وانما الفاقد في عقدهما هو القصد بالمعنى الغير المعتبر في مقومات العقد وفقدان القصد بذاك المعنى غير مضر في تحقق العقد .

قوله قده واعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه (الخ) المراد بهذا البعض هو المحقق التستري صاحب المقابيس (قده) ومناسبة ذكر كلامه في هذا المقام هو باعتبار ذهابه الى تعيين المالكين في العقد ، ، والتحقيق فيما افاده يتم ببيان 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 او 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 سابقا . اذ لا يعقل تبديلها بلا تحققهما كما لا يخفى : ولذا قد تقدم منا الحكم بالبطلان فيما لو قال بعتك بلا ثمن من جهة تذيل الكلام بما يناقض صدره فيكون ابطالا لما انشائه وان احتمل الصحة من جهة كون الذيل اعني قوله بلا ثمن قرينة على ارادة الهبة من البيع لكنة تقدم اندفاعه .

الامر الثاني ان حقيقة المعاوضة كما تقدم في اول البيع والمعاطاة عبارة عن تبديل طرف الاضافة مع بقاء الاضافة نفسها على حالها لا تبديل الاضافة نفسها باضافة اخرى: ويترتب عليه عدم صحة اخراج المثمن مثلا في البيع عن ملك البايع ودخوله في ملك المشتري بازاء خروج الثمن من ملك المشتري ودخوله في ملك

ثالث ، ، حيث انه ليس تبديل طرفى الاضافة اعنى حل المال الذى كان مرتبطا بالخيط الاعتبارى المشدود على رقبة البايع المعبر عنه بالملكية وعقده على الخيط المشدود على رقبة المشترى بازاء حل ماعلى الخيط المشترى وعقده على خيط البايع : بل هذا هبة مجانية بازاء هبة مجانية اخرى ، ، اذ البايع يسلط المشترى على ماله بلاعوض اى بلاوضع شيئى من مال المشترى طرفا لخيطه الموجب لزوال الخيط وانتفائه فى عالم الاعتبار بانتفاء طرفه . والمشترى ايضا يسلط الثالث على ماله بلاعوض (كذلك) وكلتا الهبتين صدرتا عن البايع فبالنسبة الى ماله يكون اصيلا وبالقياس الى مال المشترى يكون فضوليا . ومعلوم ان هذا خارج عن حقيقة البيع كما لا يخفى .

وبعبارة اوضح لا اشكال فى ان فى عالم الثبوت يتصور نحوان من المعاملة (احديهما) تبديل طرفى الاضافة مع بقاء الاضافة نفسها على حالها (والاخرى) احداث اضافة بين المال وشخص اخر الموجب لانعدام الاضافة التى بينه وبين مالكه والمتفاهم العرفى والمرتكز الذهنى هو كون البيع هو الاول والهبة هو الثانى (فح) اخراج المال عن شخص بازاء ادخال عوضه فى ملك شخص آخر خارج عن حقيقة البيع . ويكون داخلا فى حقيقة الهبة ولا يمكن ان يقال بان حقيقة البيع عبارة عن تبديل الاضافة بالاضافة الاخرى ، وذلك لان الاضافة عبارة عن نفس السلطنة على المال والمالك بها يكون مسلطا على المال وليس له سلطنة على تلك السلطنة لكى يبدلها عن موضع الى موضع اخر مع انه على فرض تصويرها ايضا غير مجد فى تصحيح البيع الى المشترى بازاء انتقال الثمن عنه الى الاخر : لان الاضافة التى بين المشترى والمال لا بد من ان تنتقل الى البايع بازاء انتقال اضافة التى كانت بينه وبين ماله الى المشترى ، وبالجملة فيترتب على ماذكرناه لزوم دخول احد العوضين فى ملك من يخرج عنه العوض الاخر بحيث يكون هذا من

مقومات البيع ، وعليه فلا يصح البيع فيما لو قال المالك لغيره اشتر بمالي طعاما لنفسك او بع مالي لنفسك ونحو ذلك الا اذا قام الدليل القوي على صحته : اذ (ح) لا بد في تصوير الصحة من الالتزام باحد امرين . اما بتوكيل المالك غيره في انتقال ماله الى نفسه ثم البيع عن نفسه : واما بانتقال العوض الى المالك ثم انتقاله عنه الى المأذون في البيع لنفسه !

الامر الثالث اذا تحقق اركان العقد كالعوضين في عقود المعاوضية يتحقق العقد لا محالة سواء انضم اليه شيئي اخر ام لا كان الامر المنضم اليه موافقا له ام منافيا غاية الامر عند انضمام المنافي يلغى الامر المنضم واذا اختل اركان العقد ولو بالاخلال ببعضها فلا يتحقق العقد .

الامر الرابع العوضان اما يكون كلاهما كليين او يكونا مما جزئيين او يكونا مختلفين وعلى التقادير الثلث فالمتعاقدان اما يكونا كلاهما اصيلين او يكونا معاوكيلين او وليين او يكونا فضوليين اذا تحقق هذه الامور فنقول هاهنا صور:

الاولى ما اذا كان العوضان كلاهما جزئيين والذي ينبغي ان يقال فيها هو صحة العقد وعدم الحاجة الى تعيين المالكين مطلقا سواء صدر عن المالكين او عن الوكيلين او عن الفضوليين كان قصدهما الوقوع عن المالكين او عن غيرهما او لم يقصدا شيئا اصلا ، ، وذلك لان حقيقة المعاوضة التي هي عبارة عن تبديل طرف الاضافة بطرف اضافة اخرى اعني هذا المال الشخصي . وذاك المال قد تم بنفس العقد الواقع بينهما كما تحقق في الامر الثاني ولازمه انتقال كل مال عن مالكه الى الاخر فقصد البيع عن غير مالكه (ح) او الشراء لغيره يكون لغوا يلغى عن البين ، ، لانه يرجع الى قصد الخلاف بعد تمامية المعاملة كما تقدم في الامر الثالث ، ، ومما ذكرناه يظهر ما في كلام صاحب المقابيس (قده) من

ذكره وجوها فى هذه الصورة بل الحق انه لا يحتمل فيها الا الصحة ولا يحتاج الى تعيين المالكين اصلا.

الصورة الثانية : ما اذا كان العوضان كليا : او كان احدهما كليا . والاخر جزئيا ،، 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 تعين الكلى بسبب اضافته الى من اضيف اليه (الثانى) ان لا يضيف الى احد لا الى نفسه ولا الى غيره . بل يطلق بلا تعيين ،، والحكم فى هذه الصورة ايضا . هو التعيين فى ذمة العاقد : كما فى الصورة الاولى ،، وذلك لان 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 : والا يقع لغوا ،، ولا يحتاج فى وقوعها عن نفسه . قصد وقوعها عن نفسه .

والسر فى ذلك هو ان طبع ايقاع البيع : او تلك الاعمال . يقتضى الوقوع عن نفسه . الا ان يصرفه عن نفسه بالقصد ،، وذلك كما ان اطلاق النقد يوجب تعين نقد البلد الا ان يعين غيره ،، فبنفس وقوعه عن نفسه يتحقق اعتبار الكلى الذى جعله مبيعا او ثمنا فى ذمته : ولا تحتاج صحة المعاوضة بين المالين 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 متحققا قبل التبديل او كان اعتبارهما بنفس التبديل : و بيع الكلى من هذا القبيل . لوضوح عدم اعتبار الكلى فى ذمة البايع . قبل البيع اذ لا يكون الانسان مالكا لالف من من الحنطة مثلا فى ذمته : وان كان يعتبر ماليته بعد ايراد البيع عليه فبايراد البيع عليه يصير مالا لانه مال يرد البيع عليه.

والحاصل ان المال الذى اخذ فى تعريف البيع فى قولهم البيع مبادلة مال بمال اعم مما كان مالا قبل البيع كالعين الشخصى الخارجى . وما كان مالا بنفس البيع كالكلى فى الذمة . ولافرق فيما ذكرناه من وقوع الكلى فى ذمة العاقد اذا لم يقصد الغير بين ما اذا كان العاقد اصيلا او وكيلا . اذا لم يقصد البيع عن موكله كما لايخفى .

الثالث ان يضيفه الى الغير مع تعينه كما اذا اضافه الى زيد مثلا وقال بعتك المن من الحنطة فى ذمة زيد ، ، ولا اشكال فى حكم هذه الصورة . وانه يقع عن الغير مطلقا اذا كان العاقد وكيلا عنه : ويتوقف على اجازته لو كان العاقد فضولا .

الرابع ان يضيفه الى غيره بلا تعيين كان يقول بعتك منا من الحنطة فى ذمة الغير او فى ذمة آخر من غير قصد تعيين من اضيف اليه ، ، وربما يتوهم صحته . اذا تعقب بتعيين ذاك الغير كشفا على تقدير وقوع المعاملة فى علم الله سبحانه لمن يعينه العاقد بعد العقد اذ هو تعالى عالم بمن يعينه العاقد بعد العقد فيكون تعيين العاقد كاشفا عن وقوع الكلى فى ذمته فى علم الله سبحانه . او نقلا على تقدير وقوع المعاملة عمن عينه العاقد حين التعيين : اذ هو ظرف الانطباق وليس قبل التعيين واقع معلوم عنده : مجهول عندنا حتى يكون هو المتعين هذا .

ولكنه توهم فاسد لان التطبيق المتاخر غير موجب لتحقق ماهو الركن فى المعاوضة اعنى العوضان اذ قبل التعيين لايكون الكلى المضاف الى المبهم ملكا ولامالا اذ لااعتبار لمالية الكلى فى ذمة المبهم : فلايكون المن من الحنطة فى ذمة الانسان الكلى ملكا ولامالا عرفا فبنفس البيع لايتحقق مالية العوضين : و قد تقدم اعتبار ماليتهما : اما قبل العقد . اولا اقل فى رتبة تحققه . فلايتحقق العقد لما تقدم فى الامر الرابع من الامور المتقدمة انتفاء العقد بالاخلال بماهو

ركن له .

والسر في ذلك : ان مايعتبر ماليته في الذمة ليس هو مفهوم المن من الحنطة : بل هو مصداقه الذهني ، ، ومن المعلوم عدم تشخص ذاك المفهوم في مصداقه الا باضافته الى ذمة معينة اذ مجرد اضافته الى الغير على نحو الابهام لا يوجب تشخصه كما لا يخفى ، ، واما ماورد من صحة العتق فيما لو قال احد عبيدي حر : والطلاق فيما لو قال احدى زوجاتي طالق : او 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 ماذكرته في وجه المنع عن اعتبار المالية في الكلي المعتبر في الذمة المبهمة يسلم فيما اذا كانت الذمة كليا على نحو التبادل بمعنى احدى الذمم : واما لو كانت كليا محصلا 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 المعتبر في الذمة : ولو على نحو الكلي المحصل ايضا ، ، وتوضيحه ان مفهوم المن من الحنطة مثلا الذى هو امر مجرد بسيط عقلاني على ابسط مايمكن ان يكون : يلاحظ على نحوين (احدهما) من حيث هو مفهوم (وثانيهما) من حيث هو مرات الى ماهو المصداق من المن من الحنطة : فهو بالاعتبار الاول مفهوم من المفاهيم لا اعتبار لماليته اصلا : وانما يعتبر ماليته من حيث كونه مرآتا الى المن الخارجي فما لم يتعين الذمة لا يمكن لحاظ المفهوم بماهو مرات الى الخارج فلا يمكن اعتبار ماليته (ح) ، ، والحاصل ان العرف لا يعتبرون مالية الكلي المعتبر في طبيعة الذمة الجامعة بين الذمم قبل تعين الذمة بذمة خاصة : بحيث تكون هي المطالب بها . فلا يتحقق ماهو الركن في العقد في

العقود المعاوضية قبل استناد الكلي الى ذمة خاصة: ومع انتفاء ركن العقد لا تحقق للعقد نفسه ، ،فالمتحصل مما ذكرناه عدم اعتبار تعين المالكين في العقود المعاوضية في شيئ من الموارد اصلا ، ،نعم لازم اعتبار تعين الذمة في بيع الكلي هو اعتبار تعين المالك : اعني صاحب الذمة قهرا . . فاعتبار تعيين المالك في بيع الكلي لازم قهري نشاء من ناحية اعتبار تعيين الذمة من جهة تقوم مالية العوضين الكليين به : لا من جهة كونه في نفسه من اركان العقد ، ، والحاصل ان التحقيق يقتضي عدم اعتبار تعيين المالك في العقود المعاوضية بما هو ركن في العقد . وان كان يحتاج الى تعينه في بعض الموارد من جهة توقف تعيين ما هو الركن اعني العوضين على تعينه .

قوله قده الا ان يقال ان وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل اذا فرض قصده المعارضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقة (اقول) اورد عليه بانه 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 امرا مخفيا عليه حتى يحتاج الى قرينة ، ، وليس باب الانشاء كالاخبار : حيث ان في الاخبار لا يكون المراد معلوما للمخاطب : فيحتاج الى قرينة ، ، وهذا بخلاف باب الانشاء ، ، حيث لا يعقل عدم تبين مراد المنشي له نفسه لكي يحتاج الى القرينة : ويدفع بان المقصود بجعل بيع مال نفسه لغيره قرينة على عدم اراداته البيع الحقيقي من قبيل جعل قول القائل بعتك بلا ثمن قرينة على عدم ارادة البيع منه من جهة مضادة الذيل مع الصدر . فمعنى كون الذيل قرينة انه مضاد مع الصدر فلا اشكال اصلا .

قوله قده او على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع (الخ) اورد عليه بان تنزيل الغير منزلة نفسه في المالكية موجب لصحة البيع كما في بيع

الغاصب حيث انه بالتنزيل المذكور يصح منه الانشاء . فيترتب عليه صحة البيع اذا تعقبه الاجازة فلا يصح تفرع البطلان على التنزيل المذكور (وبعبارة اخرى) لا فرق بين تنزيل البايع نفسه منزلة المالك والبيع عن نفسه بذاك التنزيل كما في الغاصب ؛ وبين تنزيل غير المالك منزلة المالك والبيع عنه بذاك التنزيل كما في المقام : فكما ان التنزيل في الاول . مصحح للبيع ؛ فليكن في الثاني كذلك : فلا يصح جعل التنزيل المذكور ملاكا للحكم بالبطلان ،، ولكنه يندفع بالفرق بين التنزيلين بانه 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 اي 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 اذ الانشاء بعد لم يتحقق ولم يتم العقد كما لا يخفى .

قوله قده ثم ان ما ذكرنا كله حكم وجوب تعيين كل من البايع (الخ) كان الكلام فيما تقدم في اعتبار تعيين المالكين عند العقد ،، وقد تحصل منه عدم اعتبار تعينهما الا فيما كان العوضان جزئيا ولا فيما كانا او احدهما كليا 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 ها هنا في اعتبار تعين كون كل من الموجب والقابل اصيلا او وكيلا او فضوليا ،، وبعبارة اوضح في اعتبار علم كل من الموجب والقابل بكون طرفه اصيلا او وكيلا او فضوليا في تحقق العقد ،، والكلام في هذا المقام يقع في جهات :

الاولى هل يحتاج العقد في صحته الى اسناد كل من الطرفين منشائه الى من هو الطرف حقيقة مطلقا . فاذا كان القابل مثلا وكيلا يقول الموجب بعت

موكلك او اذا كان الموجب وكيلا يقول عن موكلى بعت او بعتك مال موكلى . و نحو ذلك : اولا يحتاج اليه مطلقا . بل يصح الاسناد الى القابل . سواء كان وكيلا او اصيلا او فضوليا : او يفصل فى العقود بين ما اذا لم يكن الطرفان ركنا كما فى العقود المعاوضية . فلا يحتاج الى التعيين ، ، و بين اذا كانا ركنا كالنكاح الذى عرفت ان الركن فيه هو الزوجان و كالوقف والهبة والوكالة ، ، حيث ان الموقوف عليه ركن فى الاول . والمتهب ركن فى الثانى . والوكيل فى الثالث : فاذا كان القابل وكيلا عن الموقوف عليه . او عن المتهب . او عن الوكيل . او عن الزوج . او الزوجة لا يصح الاسناد اليه نفسه : بل لابد ان يقول وقفت على موكلك ، ، و كذا اذا كان الموجب وكيلا عن الزوجه : مثلا لا يصح ان يقول زوجتك بكذا . بل لابد ان يقول زوجتك موكلتى ، ، والحق هو الاخير : وذلك . اما فيما لم يكن الطرفان ركنا فيه كباب المعاوضات فلما تقدم فى المقام الاول من تحقق العقد بذكر ما هو ركنه و عدم دخل ما لا يكون ركنا فى تحققه : واما فيما كان ركنا كعقد النكاح . فلان حقيقة الامر الايجادى الحاصل بالانشاء لا يحصل : الا بايجاده فى طرفه وهو متوقف على ذكر الطرف ، ، فلو كان القابل فى النكاح . وكيلا عن الزوج فانشاء عقد النكاح لا ينعقد الا باسناده الى من هو ركن فيه . وهو الزوج . فلا بد من ان يسنده اليه : ولا يصح . ولا يحصل بلا اسناده اليه :

الجهة الثانية بعد الفراغ عن اعتبار الاسناد الى من هو طرف العقد كما فى عقد النكاح او عدم اعتباره كما فى باب المعاوضات : هل يعتبر فى صحة العقد ذكره بان يقول الموجب فى النكاح مثلا انكحت موكلك اذا كان القابل وكيلا او يصح المخاطبة مع القابل نفسه بجعل الخطاب الى من هو اعم من المالك الحقيقى فى البيع او الزوج فى النكاح وما هو بمنزلته باذن او ولاية بجعل كاف الخطاب خطابا الى الاعم (وجهان) الحق هو التفصيل المتقدم : ففيما

لايحتاج الى تعيين كل من الموجب والقابل للاخر يكفى الخطاب الى من هو طرف العقد ولو كان وكيلا : وفيما يحتاج الى التعيين يتوقف على ذكر من هو طرف المعاملة : اما فى الاول فلما مر فى الجهة الاولى من عدم الاحتياج الى تعيين ماليس بركن فى العقد : واما فى الثانى فلما مر ايضا من الحاجة الى تعيين ماهو الركن ، ، والمخاطب الاعم من الموكل والوكيل . ليس ركنا . فذكره فى العقد غير كاف عن ذكر ما هو الركن فيه : مع ان كاف الخطاب ايضا لم يوضع لان يخاطب بها مع المعنى الاعم اعنى القدر المشترك بين الوكيل والموكل بل هو آلة للتخاطب مع المعين وهو الوكيل نفسه او الموكل والمفروض عدم كون العقد مع الوكيل فلابد من ذكر الموكل والا يختل ذكر الركن فى العقد فيبطل بالاخلال بذكره فلا يصح الخطاب بالاعم من الوكيل والموكل حتى فيما اذا لم يكن الطرف ركنا نعم فى هذا الصورة يصح 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 الذى انكره المصنف قده فى الكتاب بقوله (وعلى الوجه الثانى ان معنى بعتك فى لغة العرب كما نص عليه فخر المحققين وغيره هو ملكتك بعوض ومعناه جعل المخاطب مالكا (الخ) والثانى هو الذى ابداه بقوله ، ، فالاولى فى الفرق ما ذكرناه من ان الغالب فى البيع والاجارة هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الاعم (الخ) ومقصوده من الاعتبار الاعم اى الاعم بما هو هو او بما هو موكله والى الفرق الذى ذكرناه امر بالتامل بقوله فتامل معللا بانه لا يتوهم رجوعه الى ماذكرناه سابقا واعترضنا عليه .

الجهة الثالثة لو قصد المخاطب بما هو نفسه في العقد واوقعا العقد كذلك فيما لم يكن الطرف ركنا ، ، ثم ادعى القابل مثلا بانه كان وكيلا لم يسمع دعواه في دفع ما التزمه على نفسه بالعقد ، وذلك لان في سماع كل دعوى يعتبر ان يكون لها واقع : وان يكون لواقعه اثر يترتب عليه عند ثبوته : والشرط الاول منتف في هذه الدعوى اذ المفروض تحقق الالتزام العقدى منه في العقد والعلم بكونه وكيلا عن الغير لا ينفع في ارجاع الالتزام اليه بعد انه لم يلتزم عنه وما اسند الالتزام اليه . فضلا عن دعواه فالموجب (ح) يأخذ القابل فيما الزمه من دفع المبيع اليه واخذ الثمن منه واخذ ارش العيب عنه لو ظهر عيب في الثمن ، ، وليس له مطالبة الموكل بوجه اصلا لانه ليس طرف التزامه : نعم القابل اذا كان قابلا عن موكله يجب عليه ترتيب اثر البيع على موكله فيدفع هو نفسه كلما يلزمه بالعقد ثم يرجع الى موكله فيما دفع فيدفع المبيع اليه وهذا الذى ذكرناه يتم في الوكيل المفوض كالوكيل في القراض ولا يجرى في الوكيل في اجراء الصيغة لو ادعى كونه وكيلا كما لا يخفى .

قوله قده ومن شرائط المتعاقدين الاختيار (الخ) الاختيار هو الشرط الثالث المعتبر في المتعاقدين ، ، وتوضيح معناه في المقام يتوقف على مقدمة وهى ان القصد تارة يتعلق بنفس العمل الذى يؤتى به بالقصد كالصلوة مثلا : واخرى يتعلق بالداعى على العمل الذى يكون محركا للفاعل نحو الفعل كالقربة الداعية الى الصلوة فيقال قصد التقرب بالصلوة بمعنى ان باعثه ومحركه في ايجاد الصلوة هو التقرب ، ، ثم انه قد تقدم اعتبار قصد اللفظ بمعنى كونه صادرا عن الارادة والاختيار في مقابل ما يتلفظ به الساهى والنائم وقصد المعنى بمعنى كون اللفظ صادرا عن ارادة انشاء المعنى وقصد مدلول اللفظ في تلفظه على نهج استعمال اللفظ في المعنى في مقابل الهازل الذى لا يكون مستعملا ، ، بمعنى انه ليس في مقام

اكتساء المعنى بكسوة اللفظ بحيث يكون النظر الى اللفظ آليا فانيا فى المعنى ،، بل هو يقصد التلفظ باللفظ من غير ارادة المعنى اصلا فهذان القصدان من مقومات العقد فالعقد لا يتحقق بدونهما وهما اللذان تقدم اعتبارهما فى الشرط الثانى اعنى اعتبار القصد فى المتعاقدين ،، والقصد بمعنى الاختيار فى مقابل الاكراه معنى زائد عن قصد اللفظ والمعنى الذى يكون من مقومات العقد .

اذا عرفت هذا فنقول القصد المعتبر فى هذا المقام اعنى فى مقابل الاكراه ليس بالمعنى المعتبر فى قوام العقد . بل هو بمعنى الداعى بمعنى ان يكون داعيه فى الاستعمال وايجاد المعنى باللفظ هو تحقق مدلوله وايجاده فى الخارج اى يكون محركه فى انشاء البيع بالصيغة هو نفس حصول نتيجته التى عبارة عن مبادلة مال بمال لا شيى اخر كالخوف من الظالم ونحوه ثم ان الدواعى لما كانت طولية فانه تارة يكون ايجاده البيع بآلة استعمال صيغته فى انشائه بداعى الخوف من الظالم اى الظالم الزمه على البيع بحيث كان البيع نفسه متعلق الاجبار ،، و اخرى اعطاء ثمنه الى الظالم اى الظالم الزمه على اعطاء مقدار من المال وهو لا يتمكن من اعطائه الا ببيع هذا المبيع والاختيار المعتبر فى صحة العقد انما هو مفقود فى الاول دون الثانى اذ البايع يوجد البيع فى الاول ويتحرك نحو ايجاده لا بداعى وقوعه فى الخارج بل انما يوجده لاجل الفرار عن شر الظالم بخلاف الثانى اذ فيه يكون الداعى فى 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 فى مقابل الاكراه هو كون ايجاد البيع باستعمال الصيغة بداعى تحقق نتيجته فى الخارج هو صحة بيع المكره بعد تعقبه بالرضا ،، وذلك لان انتفاء القصد بذاك المعنى لا يوجب انتفاء العقد . فالعقد يتحقق من المكره بواسطة كونه قاصدا للفظ فى مقابل النائم

وللمعنى في مقابل الهازل فتحقق منه ما هو ملاك العقد ورکنه وليس لعدم تاثيره مانع الا انتفاء القصد بالمعنى الثالث ويتحقق بالتعقيب بالرضا وهذا المعنى ظاهر جدا.

ولكن ربما يتوهم من كون المراد بالاختيار هو الدرجة الثانية من القصد اعني قصد الاستعمال مستشهدا بالاستدلال بانتفاء العقد في اثبات بطلان بيع المكره اذ الظاهر منه انتفاء العقد بالدرجة الثانية وبذهاب جمع كالعلامة 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 تحققه 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 شيئ 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 سيجئ 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 بالة انشائه 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 باجازته وهذا كانه مفروغ عنه بينهم مع انه لا يتم لو كان المنتفي في بيعه قصد المعنى كما اسلفناه ،، وبالجملة 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 بالمعنى الاسم المصدرى فى الخارج سواء كان من العقود او من الايقاعات .

قوله قده ويدل عليه قبل الاجماع (الخ) الادلة الدالة على اعتبار القصد فى العقود فى مقابل الاكراه على طائفتين فمنها عامة (ومنها) الادلة الخاصة فى بعض الموارد ، ، فمن الاول قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض ودلالتها على اعتبار الرضاء فى حلية الاكل ونفوذ التجارة واضحة . فتدل على اعتبار القصد بالدرجة الثالثة سواء فسر الرضا بطيب الخواطر اوفسر بالاختيار اذ على كل تقدير تدل على عدم صحة ماهو فاقد للطيب او الاختيار ، ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم لايحل مال امرء الا عن طيب نفسه وهذا ايضا ظاهر الدلالة كالاية الشريفة من حيث اعتبار طيب النفس فى حل المال (ومنها) حديث الرفع المشهور وفى دلالته على المطلوب غموض بل منع : وتقريب دلالته على ما افاده المصنف (قده) يتوقف على بيان امور .

الاول ان الرفع فى هذا الحديث الشريف تكوينى لا تشريعى لان الظاهر منه هو التكوينى (الثانى) ان المرفوع بالرفع التكوينى ليس نفس هذه الفقرات المذكورة فى الحديث لتحققها اى تلك الفقرات وجدانا : فلابد من ان يجعل المرفوع مقدرا فيدور بين رفع اظهر الاثار او جميعها اذا كان فى البين ظهور فى رفع احدهما والا فيحكم بالاجمال : لكن المستظهر هو رفع اظهر الاثار ، وعبارة عن المواخذة فيكون المرفوع هو المؤاخذة على تلك الفقرات اى على مخالفة الاحكام الناشئة عن تحقق احدى تلك الفقرات . ودلالة الحديث على رفع ماقد رفعه ليس باضمار المقدر بان يقدر كلمة اظهر الاثار او جميعها بل انما هو على نحو دلالة الاقتضاء والمراد بدلالة الاقتضاء هو دلالة الكلام على معنى التزامى يتوقف صحة الكلام على ارادته صونا للكلام عن الكذب نظير (واسئل القرية) وقد

وقع النزاع فی باب العام والخاص فیما امکن اخراج الکلام عن الکذب بارادة معنی عام وارادة معنی خاص ،، انه هل یتعین ارادة المعنی العام فیعبرون عنه بعموم المقتضی بالفتح باعتبار . او بالکسر باعتبار اخر . او یتعین ارادة المعنی الخاص. اولا تعین فی البین. فیصیر الکلام مجملا ، وتقدیر خصوص اظهر الاثار فی المقام لعله مبنی علی تعین ارادة خصوص المقتضی بالفتح او بالکسر لاعمومه :

الثالث ان المؤاخذة المرفوعة لیست مختصة بخصوص الاخروی منها . بل تعم تلک . والمؤاخذة الدینویة . فالالتزام البیعی عند صدور البیع عن المکره مؤاخذة فتکون مرفوعة عنه ،، والظاهر من المواخذة وان کان هو الاخرویة منها . لکن التعمیم مستفاد من قیام القرینة . وهو استشهاد الامام علیه السلام فی رفع بعض الاحکام الوضعیة بحدیث الرفع . وهو قرینة علی ارادة المعنی العموم من المؤاخذة ،، ففی صحیحة البزنطی عن ابی الحسن علیه السلام فی الرجل یستکره علی الیمین فیحلف بالطلاق والعتاق و صدقة مایملک . الی آخر - الحدیث ،، والمراد بالحلف بالطلاق هو الحلف بان کل امرأة یزوجها تکون مطلقة بنفس تزویجها . وبالحلف بالعتاق هو الحلف بان کل عبد یملکه یکون حرا بنفس تملکه . وبالحلف بصدقة مایملک هو الحلف بان یکون کلما یملکه صدقة بنفس تملکه ،، وهذا الحلف باطل عندنا غیر مؤثر فی شیئی ،، ولکنه یصح عند العامة . وقد استشهد الامام علیه السلام فی بطلانه عند الاستکراه علیه بحدیث الرفع مع بطلانه لولا الاکراه ایضا . فلامحالة قد اعمل فی المقام تقیة . اما فی الصغری ای فی تطبیق حدیث الرفع علی مورد الاکراه علی الطلاق مع ان المورد لیس مورد اله لبطلانه من دون الاکراه ایضا . واما فی الکبری ای فی کون مدلول حدیث الرفع هو البطلان فیما اکره علیه فعلی الاول . فیکون الصحیح المذکور دالا علی بطلان ما اکره علیه دون

الثاني ، ، وهذا نظير قول الصادق عليه السلام لابي العباس (عندسئواله عنه عليه السلام بانك تفطر او تصوم في يوم الشك من شوال او من رمضان) ، ، ذاك الى امام المسلمين ان افطرت افطرنا وان صمت صمنا فامر اللعين باحضار الطعام فافطر عليه السلام ولما خرج قال لان افطر يوما من شهر رمضان احب الي من ان يضرب عنقي ، ، حيث انه لا اشكال في اعمال التقيه في ذلك المورد الا انه يحتمل ان تكون في تطبيق امام المسلمين على اللعين بقوله عليه السلام ان افطرت افطرنا (الخ) لا في اصل الحكم فيدل على ثبوت الهلال بحكم الحاكم ويحتمل ان تكون التقية في اصل قوله عليه السلام ذاك الى امام المسلمين فلا دلالة فيه على ثبوت الهلال بحكم الحاكم ، ، وله نظائر كثيرة . لكن المستظهر منه ومن نظائره . هو كون التقية في الصغرى . وتطبيق الكبرى عليها لا في الكبرى نفسها . وعليه فتكون الصحيحة دليلا على بطلان ما استكره عليه فيصير دليلا على ان المرفوع بالاكراه ليس خصوص المؤاخذة الاخروية . وهو المطلوب (والحاصل) مما ذكرناه ان الاستدلال بحديث الرفع يتوقف على امور ثلثة . كون صحة الكلام فيه منوطا بالتقدير على نحو دلالة الاقتضاء . وكون المقدر هو المؤاخذة . و كون المراد من المؤاخذة هو الاعم من العقاب الاخروى . والامر الاول يتم بكون الرفع تكوينيا لا تشريعيا . والثاني بكون المراد من الكلام بالدلالة الالتزامية الاقتضائية هو خصوص المقتضى بالفتح او بالكسر لا عمومه . والثالث بكون المراد من المؤاخذة هو الاعم لا خصوص العقاب الاخروى . والكل مردود . اما الاول : فلان رفع الشارع من حيث هو شارع تشريعي لا تكويني . وهذا ظاهر ومع . كونه تشريعيا . فلا يحتاج صحة الكلام الى تقدير . حتى يبحث انه عام او خاص . بل المرفوع . هو نفس تلك الفقرات . ورفع التشريعي المستند الى تلك الفقرات . انما هو رفع ما يترتب عليها من الاثار الشرعية كالاحكام

التكليفية والوضعية ، ، فالمرفوع اولا وبالذات نفس تلك الاثار من غير تكلف تقدير ، ، واما الثانى .فلانه على تقدير تسليم الحاجة الى التقدير . بجعل الرفع تكوينيا . فلايكون المتعين هو تقدير الخاص . بل امايتعين تقدير العموم . او يصير الكلام مجملا ، ، واما الثالث .فلان تعين تقدير الخاص اعنى المؤاخذة اولانم تعميم المؤاخذة الى الاعم انماهو فى قوة تقدير العموم اذبعد تعميم المؤاخذة يكون المرفوع جميع مافيه نحو الزام ؛ سواء كان من الاحكام الوضعية او التكليفية ، ، فهذا اشبه شيئ بالاكل من القفاء .

فالتحقيق فى مدلول حديث الرفع هو كون الرفع المذكور فيه مسندا الى نفس المذكورات فيه ؛ ورفعها التشريعى عبارة عن رفع مايترتب عليها من الاثار الشرعية فيعم رفع جميع الاثار الشرعية من الوضعية والتكليفية ، ، ولما كان الرفع امتنانا على هذه الامة . فلابد من ان يكون المرفوع مافيه مقتضى الثبوت . بحيث يثبت لولا ثبوت الامتنان فى رفعه ، ، ولايخفى انه على هذا . اى على تقدير تعميم الرفع لجميع الاثار . يصير دليلا على بطلان عقد المكره اذ الصحة . او اللزوم مثلا حكم شرعى مترتب على العقد . ويرفع فى صورة الاكراه .لمافى رفعه من الامتنان ، ، ومماذكرناه ظهر اندفاع مار بمايورد على الاستدلال بالحديث . بان اللازم من بطلان عقد المكره لمكان الاكراه هو بطلان عقد المضطر اليه ايضا لمكان الاضطرار . مع انه مما لم يلتزم به احد . ولا يمكن الالتزام به. للزوم العقول بفساد اكثر المعاملات لانها تقع عند الحاجة الى اثمانها، ولما لم يكن الحديث الشريف شاملا لعقد المضطر لم يكن شاملا لعقد المكره ايضا . و ذلك لاجل وحدة السياق وجه الاندفاع . ان البطلان فى عقد المضطر . مخالف للامتنان دون المكره وقد عرفت اختصاص المرفوع فى حديث الرفع بمافى رفعه منة . مع انه لو سلم عموم الرفع لما لايكون فى رفعه المنة . لايمكن ان

يشمل بيع المضطر اليه ايضا ، ، وذلك لان البيع بنفسه ليس متعلق الاضطرار . بل الاضطرار الى ما يحصل به من الثمن (مثلا) و انما البيع يقع عن المضطر الى ثمن المبيع . لاجل ان يدفع به الاضطرار (فتدبر) ، ، وبالجملة . فالظاهر تمامية الاستدلال بالحديث الشريف على اعتبار الاختيار في البيع . الا انه كنظايره مثل آية التجارة و نحوها . لايدل على ازيد من اعتبار الرضا ولو على نحو التعقب به كالاجازة في باب الفضولي ، ، واما بطلان بيع المكره بحيث لايكون قابلا للاجازة ايضا (فلا) ، ، فعلى هذا : فيصير المتحصل من الادلة العامة هو توقف العقد على الرضا والاختيار في الجملة ، ، واما الادلة الخاصة فمثل ماورد في بطلان طلاق المكره وعتقه : وهو جملة من الاخبار الظاهرة الدلالة في البطلان مع الاكراه : وبضميمة عدم القول بالفصل بين الطلاق والعتق وبين غيرهما من العقود : يثبت الحكم في الجميع ، ، و بالجملة فاصل الحكم اعني عدم نفوذ معاملة المكره في الجملة مما لا اشكال فيه الا انه ينبغي التكلم عن امور .

الاول هل المعتبر في الاكراه الموضوع للحكم بعدم النفوذ هو ما كان مقترنا مع الايعاد والتخويف من المكره بالكسر : ام يكفي فيه مجرد ايقاع المعاملة بداعي طلب الغير كالوالدين و نحوهما ولو لم يكن الطلب مع الايعاد والتخويف على الترك (وجهان) اقواهما الاول : وتوضيح ذلك : ان المعاملة الصادرة عن الشخص كالبيع (مثلا) اما ان يكون الداعي في صدورها عنه هو نفس تحققها بالمعنى الاسم المصدري في الخارج . فتكون نتيجتها اعني المعنى المترتب على ايقاعها مرادا بالارادة الاولية : وذلك كمعاملات التجار والمعاملين في السوق ، ، واما يكون المعنى الاسم المصدري مرادا بالارادة الثانوية الناشئة عن ارادة

النفس . من غير فرق بين ان يكون الاكراه به او ببيع شيئ آخر من امواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد التخيير العقلي لمكان كون الجامع بينهما وهو البيع الكلي امرا متحصلا وبين ان يكون الاكراه به او باعطاء قسط من امواله لكي يصير هذا البيع نظير الفرد التخيير الشرعي . لكون الجامع بينهما امرا انتزاعيا ، ،ووجه الثاني ان مايقدم عليه من البيع الخاص بهذه الخصوصية ماوقع عليه الاكراه . فلامحالة لابد ان يكون مرادا بارادة غير ناشية عن ايقاع المكره بالكسر بل عن المكره نفسه ، ووجه الثالث ان الكلي المتحصل الذي هو قدر المشترك بين افراده متحد مع افراده وجودا بحسب الخارج . واذا كان هو بنفسه متعلق الاكراه فمن جهة اتحاده مع الفرد يصير الفرد ايضا مكرها عليه : واذا اوجد المكره فردا من البيع بعد تحقق الاكراه بالنسبة الى كليه يصدق على مايوجده انه بيع اكره عليه . وهذا بخلاف الكلي الانتزاعي ، حيث ان المكره عليه فيه عبارة عن احد الشيئين او الاشياء على سبيل الترديد والاكراه على الامر المبهم المردد لايوجب الاكراه 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 بالاكراه ايضا . ولو لاجل الاكراه على الجامع . اذ من المعلوم انه لولا الاكراه لما كان يوجد هذا البيع في الخارج . فليس الداعي في ايجاده تحققه بالمعنى الاسم المصدري في الخارج بل الداعي له هو الفرار عن ضرر المكره من غير فرق بين قسمي التخيير كما لايخفى .

الامر الثالث هل المعتبر في تحقق الاكراه موضوعا او حكما عدم التمكن من التفصي عنه بوجه من الوجوه: او لايعتبر امكان التفصي كذلك :او يفصل بين امكان التفصي بالتورية . فيقال بعدم اعتباره . وبين امكان التفصي بغيرها .فيقال

باعتبار عدمه (وجوه) واقوال ، ، والمراد من التفصى بغير التورية هو ان يفعل مايرفع به الاكراه اما بانعدام صفة الاكراه عن المكره كان يبعث اليه شفيع نيصرفه عن ارادة وقوع المكره عليه . او بانعدام المكره عليه كما اذا اخرج عن ملكه ما اكره على بيعه . والمراد من التفصى بالتورية هو ان يتكلم بصيغة البيع لا بلحاظ فنائها فى المعنى الذى هو عبارة عن استعمالها بل بلحاظ استقلالها وبما هو لفظ كتكلم 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 شيئى . فما فى بعض الكلمات من تفسير التورية به . ليس بصحيح : بل هو استعمال مجازى ، ، فظهر مما ذكر ان مابه يتفصى ليس فى عرض المكره عليه حتى يصير المكره مخيرا بين فعله او فعل المكره عليه بل مابه التفصى مطلقا سواء كان تورية او غيرها . يقع فى طول المكره عليه ومعدم لموضوع فعل المكره عليه : نظير انعدام شرط الواجب المشروط الموجب لانعدام وجوبه ، ، اما فى التورية . فلان من عدم قصد المعنى . وعدم تحقق الاستعمال لا يتحقق العقد المكره عليه وانتفاء العقد بالدرجة الثانية وعدم تحقق الاستعمال معدم لموضوع الاكراه اعنى فعل المكره عليه اما فى غير التورية فكك ايضا سواء كان بايجاد ما يوجب انصراف المكره او بانعدام موضوع الفعل المكره عليه : وهذا ظاهر .

ويمكن ان يكون نظر من فسر التورية بانها عبارة عما اذا قصد من اللفظ معناه البعيد . من غير نصب مايدل عليه : الى خصوص التورية فى باب الاخبار لا الانشاء . وان كانت التورية فى كلا البابين بجامع واحد وهو الغاء اللفظ الى المخاطب بما هو لفظ وملحوظ بالاستقلال لانه مرات الى الغاء المعنى

موضوعا بمعنى انه مع التمكن من التفصي مطلقا فلا اكراه حقيقة، لكن صورة امكان التفصي بالتورية يكون ملحقا بالاكراه حكما. بخلاف صورة التفصي بغيرها فلا يحكم فيها بحكم الاكراه: فله قده دعويان (الاولى) خروج مورد امكان التفصي عن الاكراه مطلقا ولو كان بالتورية (الثانية) كون حكم صورة امكان التفصي بالتورية كحكم الاكراه.

اما بيان الدعوى الاولى فبان المعتبر في الاكراه كما عرفت هو كون صدور الفعل بالمعنى المصدري عن المكره بالفتح لابداعي تحققه بالمعنى الاسم المصدري. بل لاجل الفرار عن الضرر المتخوف به: ومع امكان التفصي عن الضرر بغير ايجاد الفعل لا يكون الداعي في ايجاده هو الفرار عن الضرر لفرض امكان الفرار عنه بغيره. فلا محالة يكون صدوره عنه (ح) بارادة تحققه بالمعنى الاسم المصدري فلا يكون اكراها عليه.

واما الدعوى الثانية. فلاجل اطلاق معاقد الاجماعات 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 باي مرتبة من مراتبه لكن اطلاقها يقتضي ثبوت حكمه في مورد الاكراه لانه يجري حكمه عن موضوع الاكراه الى غير مورده كما لا يخفى هذا محصل ما افاده في صدر العبارة مع ما فيه.

ولكنه ذكر اخيرا بقوله ولكن الاولى ان يفرق بين امكان التفصي بالتورية وامكانه بغيرها (الخ)، وحاصله دعوى ان مورد التمكن من التورية مورد الاكراه موضوعا فيمثله حكمه بخلاف مورد التمكن من التفصي بغيرها: وبيانه انك قد عرفت فيما تقدم ان التفصي بغير التورية

عبارة عن ايجادما يوجب صرف المكره بالكسر عن ارادته صدور الفعل عن المكره ، ، وذلك كبعث شفيع لديه ينصرفه عما يريد والتفصي بالتورية عبارة عن ايجاد فعل يرى انه المكره عليه في ظرف بقاء ارادة المكره لفعله فيعود عليه الامر ويتلبس عليه ويريه انه كانه فعل الفعل المكره عليه مع انه لم يفعله وانما تلبس عليه ففي الأول يرتفع الاكراه عنه بايجاد ما يرفعه بحيث لو لم يفعل المكره عليه واطلع المكره على عدم صدور المكره عليه عنه لما ترتب على المكره شيئ وكان مأمونا من ضرره لارتفاع ارادته وفي الثاني يكون الاكراه باقيا بحيث لو اطلع المكره على تورية المكره وانه لم يصدر عنه الفعل وانما موه على المكره ترتب عليه الضرر ، ، فيقال بارتفاع الضرر في القسم الاول دون الاخير فلمكان وجود الاكراه في القسم الثاني يترتب عليه حكمه دون الاول .

فان قلت في صورة التمكن من التفصي بغير التورية ايضا لا يرتفع الاكراه غاية الامر . يصير الفعل المتفصي به فردا للجامع بينه وبين ما اكره عليه فيصير المكره مكرها بايجاده او ايجاد ما اكره عليه اما على نحو التخيير الشرعي بان يكون احدهما هو المكره عليه : او على نحو التخيير العقلي بان تعلق الاكراه بالجامع وقد عرفت بقاء الاكراه مع التخيير في افراد المكره عليه لعدم المنافات بين تحقق الاختيار عن المكره في ايجاد الخصوصية وبين تحقق الاكراه على الجامع المنطبق عليها .

: قلت ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان الاكراه لا يتعلق الى الفعل المتفصي به بل هو رافع للاكراه . وهادم لموضوعه . ويكون نسبته الى الاكراه نسبة شرط الوجوب الى الوجوب . فيكون واقعا في طوله والطوليان لا يصيران فردي التخيير لا التخيير العقلي ولا الشرعي .

والحاصل انه بالتفصي بغير التورية يخرج المورد عن الاكراه و يرفع موضوعه بخلاف التفصي بالتورية فان الاكراه محفوظ معه بحيث لو علم المكره بتوريته لاوقع عليه ماتوعد عليه هذا ، ، ولايخفى مافيه فان مابه يحصل الامن عن الضرر في غير التورية. انما هو فعلية التفصي بغير التورية . بمعنى انه لو تفصى عن الضرر بغير التورية كبعث الشفيع ونحوه يرتفع الاكراه وهذا الاكلام فيه وانما الكلام في انه مع امكان التفصي بغير التورية لو لم يتفصى واتى بفعل المكره عليه هل يصدق الاكراه ام لا .

والحاصل ان الرافع للاكراه هو فعلية التفصي لا امكانه ، ، ضرورة انه مالم 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 الان الكلام في المقام انما هو في صورة ترك التفصي واتيان الفعل المكره لا الاقدام على التفصي وترك الفعل المكره عليه عند التفصي بغير التورية والى هذا الاشكال اشار المصنف قده في آخر كلامه بامره بالفهم .

ولكن يمكن تصحيح الفرق بينهما قبل فعلية التقصي . بدعوى عدم الاكراه في الاقدام على البيع المكره عليه مثلا مع التمكن من التفصي عنه بغير التورية بخلاف الاقدام عليه مع التمكن من التفصي عنه بالتورية ، وبيانه ان المتمكن من التفصي بغير التورية مع التفاته الى تمكنه لو ترك التفصي واتى بالفعل المكره عليه يكون تركه التفصي واختياره الفعل كاشفا عن قصد وقوع مضمونه بالمعنى الاسم المصدري من جهة اسهلية وقوعه عنده عن فعل مايتفصى به فيرتفع الاكراه (ح) قطعا لكون المناط في الاكراه عدم قصد وقوع المعنى الاسم المصدري وهذا بخلاف ترك التورية واختيار الفعل المكره عليه

عند التمكن منها اذ لا يكشف تركها واختيار الفعل عن الرضاء وقوع الفعل وقصد تحقق مضمونه ، ، والفرق بينهما ينشاء من كون التورية امرا على خلاف العادة لان طبع المتكلمين باى كلام كان هو الاستعمال فى المعنى و لحاظ اللفظ فانيا فى المعنى ، ولحاظ اللفظ على نحو الاستقلال من غير استعمال خارج عن طبع المتكلمين ولا يكون مع تركه واختيار المكره عليه (ح) كاشفا عن ارادة المكره عليه بما يرفع به الاكراه هكذا افيد ولكن لـ لمتامل فيه مجال ، ، وذلك لان التورية وان كانت على خلاف الطبع والعادة لكن تركها مع الالتفات اليها وانها طريق للتفصى عن الفعل المكره عليه لا محالة يكشف عن قصد الفعل المكره عليه اذ لو لم يكن قاصدا لوقوعه لما ارتكب هذا الامر الغير العادى فى التفصى عنه . بل يمكن ان يدعى باظهرية كشف ترك التفصى بالتورية فى عدم الاكراه عن كشف ترك التفصى بغيرها لاسهلية التورية عن غيرها : ولو كان الغير خفيفا فى الغاية ، ، وذلك لاجل كون التورية قصديا دون غيرها .

وبالجملة الذى يختلج بالبال عاجلا هو عدم الفرق بين ترك التفصى بالتورية وبين تركه بغيرها فان لم يكن الاول كاشفا عن عدم الاكراه فلا يكون الثانى ايضا كاشفا وان كان الثانى كاشفا فليكن الاول ايضا كـك بل بطريق اولى ؛

قوله قده ثم ان ما ذكرنا من العجز عن التفصى (الخ) يريد ان يذكر ان - النسبة بين الاكراه المسوغ لارتكاب المحرمات وبين الاكراه الرافع لاثر المعاملات هى العموم المطلق باخصية الاول عن الثانى . ثم ذكر اخيرا امكان اخذهما على وجه تكون بينهما عموم من وجه ، ، اما بيان كونها عموما مطلقا فيتوقف على تمهيد مقدمة وهى انه لا اشكال فى اعتبار القدرة عقلا فى متعلق

الاحكام مطلقا ايجابيا كانت الاحكام ام تحريميا كما انه كثيرا ما يكون الحكم الشرعي مشروطا بالقدرة على متعلقه شرطا شرعيا . لكن بين القدرتين فرقا اعني بين ما يشترطه العقل وبين ما يشترطه الشرع فالشرط عند العقل هو التمكن من ايجاد متعلق الحكم في الامر وتركه في النهي مطلقا بأي وجه كان : ولو بايجاد القدرة على ايجاد المتعلق او تركه . ومع العجز عن الامتثال بقول مطلق بواسطة عدم القدرة على المتعلق فعلا وعدم التمكن من تحصيل القدرة عليها يحكم بسقوط التكليف من ناحية حكمه بقبح مطالبة العاجز بما لا يقدر عليه : واما في الشرط الشرعي : فالشرط هو نفس القدرة الفعلية ،، فلو لم يكن متمكنا من الامتثال فعلا ،، ولكنه كان متمكنا من تحصيل القدرة على القدرة لما وجب تحصيلها بل عند حصولها من باب الاتفاق يتحقق الحكم المشروط بها . ويترتب على الاول وجوب تحصيل المال بالكسب ونحوه عند التمكن من تحصيله لاجل اداء الدين لو كان واجبا ولم يكن عنده مال موجود بالفعل وعلى الثاني عدم وجوب تحصيل الاستطاعة لاجل الحج اذا لم تكن موجودة عند التمكن من تحصيلها ،، والسر في هذه التفرقة واضح اذ الشرط العقلي من القدرة انما صار شرطا بحكم العقل لاجل قبح مطالبة العاجز ،، والمفروض ان المتمكن من تحصيل القدرة على الشيئ ليس عاجزا عنه بواسطة امكان تحصيل القدرة عليه فليس في الزامه على الشيئ عند العقل جهة قبح وهذا بخلاف القدرة الشرعية اذ هي لمكان دخلها في ملاك حكم اذا لم يكن ،، لم يكن الحكم ذا ملاك ومع فقد ملاكه لا موجب لتحصيل القدرة عليه لكي يصير ذا ملاك ،، وبعبارة اخرى . وجوب تحصيل القدرة عليه يتوقف على تمامية ملاكه . والمفروض انه بالقدرة عليه يصير ذا ملاك كما لا يخفى .

اذا عرفت هذا فنقول المسوغ فى ارتكاب المحرمات هو العجز بقول مطلق بحيث لا يكون قادرا على الترك . ولا على تحصيل القدرة عليه فلو لم يكن قادرا فعلا . ولكنه كان متمكنا من تحصيل القدرة على الترك . بان يخرج عن هذا المكان الذي اكره فيه على ارتكاب المحرم الى ما فيه انصار له فى دفع الاكراه عنه . لم يجز الارتكاب من جهة تمكنه على الترك بواسطة التمكن من تحصيل القدرة عليه والرافع لاثر المعاملات هو العجز الفعلى عن ترك المعاملة المكره عليها : ولو مع التمكن من رفع العجز عن نفسه . والفارق بينهما ، ، اما اعتبار العجز المطلق فى جواز ارتكاب المحرم فبما تقدم من كون القدرة المعتبرة فى ترك امتثاله عقلى : وقد عرفت ان المعتبر منها هو القدرة فى الجملة . ولو بالقدرة على القدرة : واما اعتبار العجز الفعلى فى رفع اثر المعاملات ولو مع التمكن فى رفعه عن نفسه . فلان المناط فى رفع اثر العقد كما عرفته سابقا انما هو كون صدوره لا لاجل ترتب مضمونه الاسم المصدرى عليه فكلما تحقق هذا المعنى . يصير منشاء لرفع اثره من غير فرق بين ما اذا كان متمكنا من تحصيل القدرة على رفعه عن نفسه ام لا : ولا منافات بين هذا وبين اعتبار عدم التمكن من التفصى فى رفع اثر العقد بالاكراه ، ، وذلك لان اعتبار عدم التمكن من التفصى فى مورد اعتباره كان فيما اذا كان مع التمكن من التفصى لم يصدق الاكراه . بمعنى انه صدر عنه العقد بداعى وقوع مضمونه وفى هذا المقام يكون القول بكفاية العجز الفعلى من جهة صيرورته منشاء لتحقق ما هو المناط فى البطلان : اعنى عدم داعوية وقوع مضمون العقد فى ايقاع العقد .

والحاصل ان الملاك فى رفع اثر العقد بالاكراه انما هو انتفاء قصد مضمونه بالمعنى الاسم المصدرى . فكلما تحقق هذا الملاك يرتفع اثره : لكنه مع العجز الفعلى يتحقق كما هو الوجدان فيكون اثره مرتفعا ولو كان

قادرا على رفع العجز عن نفسه : لكن مادام لم يرفعه عن نفسه كان ملاك الارتفاع متحققا ،، فظهر ان القدرة المعتبرة 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 المعتبرة في ترتب اثر المعاملات هي نظير القدرة التي شرط شرعي في التكاليف وهي فعلية التمكن من الايتان بمتعلق التكليف في مقابل العجز عنه . ولو مع 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 او غيره . والرافع لاثر المعاملة هو عدم قصد المعنى الاسم المصدري اعم من ان يكون ايضا الاكراه او غيره . فيتصادقان فيما اذا كانا كلاهما للاكراه . ويفترق الحكم التكليفي عن المعاملات بما اذا كان المسوغ غير الاكراه . وتفترق المعاملات عن التكليف بما اذا كان الرافع لاثرها هو عدم قصد مضمونها بالمعنى الاسم المصدري من جهة العجز الفعلي ولو مع القدرة على دفعه .

الامر الرابع الاكراه الرافع لاثر العقد انما يكون رافعا له فيما اذا اعتبر في ترتب اثره عليه قصد ترتبه اعني المعنى الاسم المصدري اما اذا لم يكن هذا القصد معتبرا في ترتبه فلا يكون الاكراه رافعا لاثره ،، ويترتب على ذلك صحة ما اكره عليه بحق كالراهن الذي اكره على بيع العين المرهونة . وكذا كل ممتنع عن اداء ما عليه عند اكراهه على بيع ماعنده : ويسقط اعتبار طيب نفسه على البيع وهل يسقط اعتبار مباشرته للعقد ايضا كما يكون اعتبار رضاه ساقطا : او يعتبر مباشرته بنفسه مع امكانه . ومع التعذر يباشره الاخر (وجهان) اقواهما

الاخير . وذلك لعدم مايقتضى سقوطه بعد انحلال خطاب وجوب الوفاء باحكام متعددة حسب تعدد العقود بحسب تعدد العاقدين : فكل عاقد يتعلق به وجوب الوفاء بعقده المغاير مع وجوب الوفاء الثابت فى 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 الكلى المتأصل المستلزم لبقاء الاختيار بالنسبة الى الخصوصيات على نحو التخيير العقلى او على الكلى الانتزاعى المستلزم لبقاء الاختيار بالنسبة الى الخصوصيات على نحو التخيير الشرعى . مستلزم لرفع اثر العقد بالنسبة الى مايختاره لان اختيارية الفرد لا يخرج المعاملة عن كونها مكرها عليها بعد كون المناط فى رفع الاثر بالاكراه هو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدرى حسبما تقدم ، ، لكن رفع الاثر به انما هو فيما اذا لم يكن للفرد الذى يختاره خصوصية فردية زائدة عن اصل الطبيعة المكره عليها : والا فلا يحكم بالبطلان كما اذا اكره على احد بيعين الذين يكون احدهما المعين ملزما به من غير ناحية هذا الاكراه كما اذا كان ملزما على بيع داره من جهة الرهن فاكره على بيعه او بيع عبده . فاختار بيع عبده اذ اختيار هذا انما يكون لاجل قصد تحقق معناه الاسم المصدرى (ح) : فلا يحكم بالبطلان . و مثل ذلك فى التكاليف . ما اذا اكره على شرب احدما يعين من الخمر او الخل اذ هو لا يسوغ اختيار الخمر على الخل . او اكره على شرب احدما بين احدهما خمر ومغصوب والاخر خمر او مغصوب فقط : اذ هو لا يسوغ اختيار ما كان منها خمرا وغصبا معا ، ، وهذا بخلاف ما لو اكره على احد الخمرين او احد المغصوبين فانه يسوغ اختيار كل واحد منهما شاء كما لا يخفى :

والحاصل ان الاكراه على القدر المشترك انما يؤثر فى جواز ارتكاب احد

افراده فى التكاليف . اوفى رفع اثرما يوجد من الافراد فى المعاملات لو كانت افراده متساوية الاقدام فى صدقه عليها بحيث لم يكن لبعضها خصوصية زائدة . ولو كان كذلك بحيث كان الاكراه على الجامع باعتبار وجوده فى بعض الافراد مؤثراً . وباعتبار وجوده فى بعض الاخر غير مؤثر بحيث كان الاثر فى الفرد المؤثر ناشياً عن الخصوصية الفردية لم يكن الاكراه على الجامع منشاء لجواز ارتكاب ما للاكراه اثر فى جوازه من الفرد فى التكاليف اولرفع ما للاكراه اثر فى رفعه من الفرد لو اختار المكره ذاك المؤثر كما لو اكره على الجامع بين اداء دينه او بيع ماله اذ لا تأثير للاكراه بالنسبة الى اداء الدين وله تأثير فى بيع ماله برفع اثره فاذا اختار المكره فى هذه الصورة بيع ماله على اداء الدين لم يوجب الاكراه على الجامع رفع اثر ما اختاره لمكان ان الاثر مترتب على هذه الخصوصية والمفروض انه لا اكراه بالنسبة اليها ، ، هذا كله لو كان الاكراه على الكلى المتأصل والانتزاعى الجامع بين الافراد العرضية : وقد ظهر التحقيق فيه من عدم الفرق فيه بين التكاليف والمعاملات وانه مع تساوى اقدام الافراد وانتفاء خصوصية فيها وعدم تخصص بعضها بخصوصية موجبة لرفع اثر الاكراه بالنسبة اليه ، ، يكون الاكراه مؤثراً فى جواز ارتكاب اى فرد يختاره المكره فى التكاليف وفى رفع اثر كل فرد يختاره فى المعاملات ومع عدم التساوى بل اختصاص بعض الافراد بخصوصية موجبة لرفع اثر الاكراه بالنسبة اليه لا يكون الاكراه مؤثراً بالنسبة الى جواز ارتكاب الفرد الاخر الذى لو وقع الاكراه بخصوصيته لكان مؤثراً فى التكاليف اورفع اثر ما يختاره المكره فى رفع اثره واما لو كان الافراد طولياً ، فهل هى كالافراد العرضية فى عدم الفرق فيها بين التكاليف وبين المعاملات او يفصل فيها بينهما (وجهان) اقواهما الثانى اما فى التكاليف فبان يقال ان الاقوى عدم تحقق الاكراه بالنسبة الى الفرد الموسع

لم يتضيق وقته كما اذا اكره على شرب الخمر مثلا 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 مضطرا الى الشرب اما في هذا الوقت او في آخره . فربما يتوهم جواز المبادرة اليه لكون ما يأتي به احد افراد الجامع المكره عليه ، ، لكن التحقيق عدم جواز المبادرة لان المناط في جواز ارتكاب الحرام بالاكراه هو عدم المناص في تركه ومعلوم انه في اول الوقت متمكن من الترك في غاية التمكن ، ، وصيرورته لا مناص في آخر الوقت لا يوجب تجويز الارتكاب مادام له مناص في الترك فيكون نظير عدم جواز المبادرة الى التيمم في اولى الاعذار ولو مع العلم ببقاء العذر الى آخر الوقت لو قيل به (اقول) و نظيره ايضا دوران الامر بين ترك جزء او شرط من الواجب المتقدم او المتأخر كما اذا دار الامر بين ترك القيام اما من صلوة الظهر او 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 رفع اثر المعاملة فيما اذا كان الاكراه على الجامع بين الافراد الطولية لو اختار المكره اول الافراد منه وذلك لتحقق ما هو المناط في رفع الاثر بالاكراه : وهو انتفاء قصد المعنى الاسم المصدري ، ، ضرورة انه حين ايقاع الفرد الاول مما اكره عليه ليس داعيه في ايقاعه الا الفرار عن وعيد المكره لا وقوع مضمونه . فظهر التفاوت في الافراد الطولية بين التكاليف و بين المعاملة بعدم تأثير الاكراه في ترخيص المبادرة الى فعل المكره عليه في التكاليف : وتأثيره في رفع اثر ما يبادر الى فعله في المعاملات .

قوله قده ثم ان اكراه احد شخصين على فعل واحد (الخ) هذا هو الامر السادس مما يجب التنبيه عليه في عقد المكره ، ، والكلام في اكراه احد شخصين

تارة يقع في المعاملات : واخرى في العبادات وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون المكره عليه فعلا واحداً شخصيا كشرب هذا الخمر في التكاليف وكايقاع البيع على مال شخصي خارجي اذا وقع الاكراه على احد شخصين في ايقاعه ولابد من ان يفرض اجتماع شرائط صحة البيع فيما يوقعانه ماعدى الرضا وعلى ذلك فينحصر تصويرا كراه احد شخصين على بيع مال شخصي ممن لهما السلطنة على البيع من مثل الاب والجد الوليين على مال الصغير او الوصيين اذا كان كل واحد منهما مستقلا في التصرف وكيف كان فالكلام يقع في صور

الاولى في اكراه احد شخصين على بيع مال شخصي كاكراه الاب والجد على ايقاعه على نهج التصوير في الوجوب الكفائي، والتحقيق فيها هو ما افاده المصنف قده من تحقق الاكراه في فعل كل واحد منهما مطلقا سواء كان احدهما او كل واحد منهما عالما بانه لو لم يصدر منه المكره عليه ليصدر عن الاخر وانه لا يصدر من الاخر . او كان شاكا في صدوره من الاخر ، ، لان علم كل واحد بصدور الفعل عن الاخر لا يخرج الفعل عن الاكراه بعد فرض كون الفعل واحداً بالشخص ضرورة انه (ح) يقع على صفة الاكراه سواء صدر عنه او عن الاخر فعلم احدهما بصدوره عن الاخر علم بصدوره عنه على وصف الاكراه . فعدم امتناع كل لا يخرج الاخر عن كونه مكرها كما لا يخفى .

الثانية في اكراه احد شخصين على احد فعلين لا على فعل معين كما اذا اكره زيداً او عمراً على ان يبيع زيد داره او عمر و غلامه : وهذه الصورة غير مذكورة في المتن لان المفروض فيه كون الاكراه على فعل واحد وهو منحصر بالصورة الاولى، وحكم هذا الصورة يختلف : بحسب اختلاف كل واحد منهما من حيث كونه عالما بانه لو لم يوقع البيع لاوقعه الاخر او انه يمتنع الاخر دون الاخر عن ايقاعه او كونه شاكا وعلى فرض العلم كان العالم منهما واحداً منهما فقط

او كان كل عالماً باقدام او بامتناعه فهنا فروض (الاول) ما اذا كان احدهما عالماً فقط بانه لو لم يقدم ليقدم الاخر ويرفع وعيد المكره باقدامه عن نفسه المقدم وعن هذا العالم باقدامه وحكم هذا الفرض عدم تحقق الاكراه بالنسبة الى هذا العالم باقدام الاخر لانه مأمون في ترك ما اكره عليه بفعل الاخر الذى رافع لضرر المكره عن نفسه وعن هذا العالم فلو اقدم والحال هذه لم يكن فعله اكراهيا كما لا يخفى .

الثانى ان يكون عالما بعدم اقدامه والظاهر عدم الاشكال فى تحقق الاكراه في هذه الصورة لان فعله فى تلك الحالة ليس الا لاجل الفرار عن وعيد المكره اذ هو يعلم بانه لا مناص له عنه الا بفعله من جهة عامه بامتناع الاخر وهذا ظاهر (الثالث) ان يكون شاكا في اقدامه وحكمه هو حكم الفرض الثانى وذلك لتحقق الاكراه فى فعله من جهة كون فعله (ح) لاجل الفرار عما يتوعد عليه .

الرابع ان يكون كل واحد منهما عالماً باقدام الاخر فلا يخلو (ح) اما ان يقدما معاً دفعة واحدة بان يوجد كل واحد الاكره عليه فى ظرف ايجاد الاخر او يكون بينهما ترتب بالتقديم والتأخير ،، فيمكن ان يقال بعدم الاكراه على كلا التقديرين لوجود المناص لكل واحد منهما بعلمه بفعل الاخر الذى به يدفع ضرر المكره عن نفسه وعن قرينه فى الاكراه ،، ويمكن ان يفصل بين ما اذا اوجدا دفعة . و ما اذا اوجدا بالترتيب : بالقول بالاكراه فى الاول دون الاخير ، اما الاول فلمناط تحقق الاكره فى فعل كل واحد منهما : حيث انه يصدق عليه بانه فعل لاجل الفرار عن التوعيد ،، واما فى الثانى فلعدم تحققه لا فى الفعل المتقدم ولا فى الفعل المتأخر . اما فى المتأخر (فواضح) لامكان ارتفاع ضرر المكره بالفعل الاول . فلا اكراه (ح) فى الفعل الاخير . واما فى الاول فلعلمه بوجود

المناص وهو الفعل المتأخر الرافع لضرر المكره عن نفسه وعن قرينه (هذا) ولكن شيخنا الاستاد دامت افاداته اختار اخيراً صدق الاكراه في جميع الصور سواء كان الفعلان متقارنين او كان بينهما الترتب لكن بالنسبة الى المتقدم وسواء كان مع العلم من احدهما او من كليهما بالاقدام او بعدمه او 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 لامكان الفرار عن ضرر المكره ،، ولا يخفى انه مع العلم باقدام الاخر لو فعل احدهما يصدق على فعله انه فعل لاجل الفرار عن الضرر المتوعد عليه : فيتحقق الاكراه هذا حسبما استفدناه منه ولا يخلو عن منع ،، ولم يبين دامت افاداته حال اكراه احد الشخصين في التكاليف :

ولا يخفى انه يعلم حكمه مما تقدم ،، وحاصله عدم صدق الاكراه مع العلم بصدور الفعل عن الاخر مطلقا سواء كان المكره عليه فعلا شخصياً كاكراه احد شخصين على شرب هذا الخمر او كان كل واحد منهما اكره على غير ما اكره عليه الاخر كما اذا اكرها على شرب الخمر او النجس بان اكره زيداً او عمراً على ان يشرب زيد الخمر او يأكل عمرو المائع المتنجس ،، او اكره هذا على شرب هذا الخمر . والاخر على شرب كاس آخر . بان يقول اما ان تشرب انت هذا الخمر او يشرب هو ذاك والا لعاقبتكما وذلك لانه مع علم احدهما بفعل الاخر يكون قادراً على ترك ما اكره عليه عقلا : ومع القدرة العقلية على الترك يلزم الترك : ولا اثر معه للاكراه كما تقدم . ومع العلم بترك الاخر يجوز له الاقدام فيؤثر الاكراه في جوازه . ومع الشك في اقدام الاخر يجب الصبر الى ان يقدم الاخر او ييأس عن اقدامه اذا كان في زمان الصبر مأموناً عن ترتب الضرر والا فيجوز الاقدام

قوله قد، واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك (الخ) هذا هو الامر السابع

مما يجب التنبيه عليه فى المقام وتوضيحه ان الاكراه تارة يقع على المالك فى ايجاد عقد او ايقاع بالمباشرة واخرى على المالك فى توكيل غيره على ايقاع عقد او ايقاع وثالثة فى توكل الوكيل عن موكله اى يكرهه لان يصير وكيلا عن الغير ، ، سواء كان المكره هو الموكل نفسه كان يكرهه فى قبول الوكالة عن نفسه او كان غيره كان يكرهه فى ان يصير وكيلا عن الغير .

اما الاول اعنى اكراهه فى عقد او ايقاع بالمباشرة فهو ما تقدم حكمه واما الثانى اعنى اكراهه فى ان يوكل الغير فى ايقاع عقد او ايقاع . فلا اشكال فى ان الاكراه على الوكالة يرفع اثر الوكالة فتقع الوكالة باطلة بمعنى عدم ترتب اثرها عليها قبل الاجازة وان مايفعله الوكيل من العقد او الايقاع يكون فضوليا : انما الكلام فيما بعد الاجازة فان المكره اما يجيز عقد الوكالة نفسه او يجيز مافعله الوكيل من العقد او الايقاع فالكلام يقع فيه من جهتين .

الاولى فى انه هل يتعين للمالك لو اراد الاجازة ان يجيز عقد الوكالة او يتعين اجازة ماصدر عن الوكيل فضولا او لا يتعين شيئاً منها . بل له ان يجيز كل منهما اراد (الثانية) فى انه هل يتفاوت اجازة عقد الوكالة مع اجازة ماصدر عن الوكيل او لا تفاوت بينهما اصلا . وتكون اجازة عقد الوكالة فى النتيجة كاجازة ماصدر عن الوكيل من غير تفاوت بينهما .

اما الجهة الاولى فالظاهر فيها اختيار المجيز من ان يجيز الوكالة او ماصدر عن الوكيل اما اختيار اجازة عقد الوكالة فلانه عقد صادر عن المكره يصح ان يتعقب باجارته كما سياتى تفصيل القول فيه واما اختيار ماصدر عن الوكيل فلانه فضولى فيصح تعقبه بالاجازة لو كان عقداً ولا يكون قابلا للاجازة لو كان ايقاعاً .

واما الجهة الثانية فربما يقال بالفرق بين اجازة ما صدر عن الوكيل و بين اجازة عقد الوكالة نفسه بان الاجازة لو تعلقت بالفعل الصادر عن الوكيل يفرق بين ما كان عقداً او ايقاعاً بصحة الاول بالاجازة دون الاخير ولو تعلقت بعقد الوكالة فان قلنا بالنقل وتحقق الوكالة من حين الاجازة فكذلك ايضا ،، 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 ما صدر من الوكيل مطلقا ولو كان ايقاعاً ،، اذ 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 لان الترديد 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 تصوره ،، واما العقود الاذنية التي ليس المنشاء فيها الا نفس الاذن والرضا : فلا يعقل فيها غير النقل ، ، اذ لا يعقل 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 او بما صدر عن الوكيل في انه يبطل لو كان ايقاعاً ويصح بالاجازة لو كان عقداً ،، هذا تمام الكلام في الثاني .

واما الثالث اعني اكراه الوكيل على قبول الوكالة مع رضاء المالك على ما يصدر من الوكيل سواء كان هو المكره او اكرهه غيره على قبول الوكالة : فالتحقيق فيه عدم ترتب اثر على هذا الاكراه اصلا . وذلك : لان اثر الاكراه 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 بالاكراه وانما اثره على الموكل : والمفروض رضاه بما يصدر عن الوكيل . فلا يكون اقل من الفضولي : او 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 كان المعقود جاهلا بكونه وكيلا : او ضمانه العيب في البيع لو كان المشتري جاهلا بكونه وكيلا ، ، لكنه فرض نادر يبعد حمل الكلام عليه ، ، وانما كان في هذا الفرض يصح القول برفع اثر الوكالة وهو ضمان المهر او العيب مثلا بسبب الاكراه .

والحاصل ان الاكراه على قبول الوكالة لا يؤثر في رفع اثره . بل تقع الوكالة ولو مع عدم رضى الوكيل من غير فرق في ذلك في عقد الوكالة او في الاذن في التصرف او 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 بان الاكراه في الوكالة يرفع اثرها ولو لم تكن لها اثر على الوكيل اذ لا يحتاج في رفع الاثر بالاكراه الى ان يكون الاثر على ضرر من يراد رفعه عنه بالاكراه بل يكفي في رفعه كونه مخالفاً بغرضه وان لم يكن ضرراً عليه كيف و لا يلزم الالتزام بصحة الهبة الغير المعوضة اذا اكره المهتب على قبولها اذ ليس في قبولها ضرر عليه قال شيخنا الاستاد دامت افاداته لا ينبغي الاشكال في ان ادلة الاكراه مسوقة في مقام الامتنان اللازم لكون المرفوع بها ما في رفعه امتنان . وهو منحصر بما كان في وضعه ضرر على من هو عليه : وعلى ذلك فيختص بما فيه ضرر على المكره ، ، واما النقض بالاكراه على قبول الهبة فنقول 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 التوكل بلا اختياره منه ضرراً عليه يدفع بادلته فالفرق بين الاكراه على قبول الهبة وبين الاكراه على قبول الوكالة مشكل مع ان صيرورة الانسان زكيلا عن الغير بالارض منه بل قهراً عليه فى الوكالة العقدية شيئى غير معهود (فتامل) قال دامت بركاته .

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 التوكل عن كره بالاختيار وهذا هو ما تقدم من انه لاحكم للاكراه على نفس التوكل لانه ليس فيه ضرر على الوكيل حتى يرفع بادلة الاكراه ، ، واخرى يقع الاكراه على ايقاع المعاملة بعد تحقق التوكل منه بالاختيار كما اذا اكره الوكيل المفرض او غيره فى ايقاع مايكون وكيلا 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 اووصيين اوولين اووكيل واصيل ، ، حيث ان اكراه الوكيل فى بيع ما وكل فيه كاكراه الاصيل نفسه.

قوله قده فروع (الخ) لايخفى ان المناسب فى التعبير بعد ذكر الفروع هو عد الفروع على نحو يمتاز كل عن الاخر لابما ذكر فى المتن من الاختلاط والاندماج ، ، فنقول هاهنا فروع .

الاول لو اكره على بيع واحد غير معين كبيع احد دارين او احد عبدين ونحوهما ولم يرتكب المكره نفس ما اكره عليه فقط بل امازاد عليه كما اذا باعهما معا او نقص عنه بان باع نصف احدهما : فهل يكون مثل ما اذا صدر

منه الفعل مكره عليه اولا (وجهان) وتحقيق الكلام يحتاج الى اعادة البحث في معنى الاكراه وبيان حقيقته ، ، فنقول ان الاكراه عبارة عن كون ارادة الفاعل في فعله ناشياً عن ارادة المكره بالكسر وكان المحرك له في فعله هو ارادة المكره بحيث لو لا ارادته لما كان الفاعل مريداً : فكان الفاعل يفعل بارادة المكره لكون ارادته عكس ارادة وظلها ! ، وبعبارة اوضح ارادة فاعل المعاملة تارة تنشاء من قبل داع غير مستند الى المكره وارادته واخرى تكون ناشئة عن ارادة المكره فيريد الفاعل لمكان ارادة المكره ، ، ثم هذا الثاني تارة تكو نفس ارادة المكره بنفسها بلا مؤنة اخرى داعية للفاعل في فعله واخرى تكون بمؤنة التوعيد على ترك اختيار مايريده بحيث لو لا ذاك الوعيد لما يفعل الفاعل بواسطة نفس ارادة المكره ولا شبهة ان الاكراه انما هو الاخير فصدور الفعل عن الفاعل اذا لم يكن بداعي ارادة المكره او كان : ولكن كان الداعي . نفس الارادة لا اقترانها بالتوعيد على الترك . لم يكن اكراهياً .

اذا عرفت ذلك . فاعلم ان هنا ثلاث مسائل (الاولى) فيما اذا اكره على بيع احد الشيئين كعبدين مثلا لا بعينه فاختار المكره بيعهما معاً (الثانية) ان يكره على بيع شيئ معين كهذا العبد مثلا : فباعه المكره مع شيئ آخر صفقة واحدة (الثالثة) ان يكره على بيع الغير المعين كبيع . احد عبدين فاختار بيع نصف احدهما ، ، وحيث يتوهم الفرق في هذا المسائل الثلث في حكم الاكراه يكون الانسب ان يعنون كل واحدة عليحدة ، ، فنقول

اما المسئلة الاولى ، ، فالحق فيها صحة بيع مايختار بيعه وهو مجموع الشيئين اللذين تحقق الاكراه بالنسبة الى احدهما وذلك لان بيع المجموع لم يكن متعلق الاكراه وليس متعلق ارادة المكره بالكسر فلا يكون الداعي في ارادة المكره لبيع المجموع هو ارادة المكره مقترناً بوعيده : فلا يصدق على

فعله هذا عنوان الاكراه كما لايخفى .

فان قلت مجموع الامرين وان لم يكن مكرها عليه الا ان المكره عليه وهو احدهما موجود فى ضمن المجموع ويكون ارادته بداعى ارادة المكره فيتحقق الاكراه بالنسبة اليه وان انتفى عن المجموع من حيث هو مجموع لكن انتفائه عن المجموع لاينافى ثبوته لبعض آحاده. ويكون كبيع مايملك مع مالايملك كمال نفسه مع مال غيره او كبيع مايملك مع مالايملك كبيع الخل والخمر، حيث حكموا بصحة البيع فيما يملك او يملك مع ان ارادة البيع لم تتعلق الا الى المجموع و ليس وجه الصحة الا ارادة بيع مايصح بيعه فى ضمن ارادة بيع المجموع فينحل البيع الى بيع هذا وذاك فيصح فى هذا و يبطل فى ذاك .

قلت تعلق الارادة بما اكره عليه فى ضمن ارادة المجموع لايجعل صدور المكره عليه اكراهيا وقياسه بباب بيع مايملك ومالايملك (فاسد) ، : وذلك لان الارادة المتعلقة بالمجموع هى التى تصير منشاء لصدور كل واحد من اجزائه فتكون الاجزاء صادرة بعين ارادة الكل ، ، وهذا معنى كون ارادة الاجزاء فى ضمن ارادة الكل : ولاشبهة ان ارادة الكل ليست منبعثة عن ارادة المكره ، ، ضرورة انه ما اراد الا احدهما ولم يرد الكل ولم يتوعد عليه ، ، وارادة 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 ، ، ولس هاهنا ارادتين مستقليتن احديهما متعلقة بما اكره عليه (والاخرى) الى مايقارنه فى البيع . حتى يقال يكون كل واحدة منهما عن باعث غير باعث الاخرى : بل المجموع متعلق ارادة واحدة وتلك الارادة متعلقة 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 اكره عليه ايضاً منبعثة عن ارادة المكره حتى يتحقق الاكراه بالنسبة اليه

واما باب يملك ومالا يملك فما يصح بيعه فيه مراد بارادة ضمنية وهى المصححة لبيعه كما لا يخفى فالمتحصل مما ذكرناه هو صحة بيع ما اكره عليه اذا زيد عليه فى مقام البيع ولم يكتف 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 فى البيع ،، فيكون بيع المصراعين مقدمة لبيع احدهما الذى وقع الاكراه عليه.

المسئلة الثانية اذا اكره على بيع شيئى معين كهذا العبد فباعه المكره مع شيئى آخر كمن من الحنطة دفعة ولا اشكال فى هذه المسئلة فى امكان تفكيك ارادة كل منهما عن الاخر ،، وليس كالمسئلة الاولى حيث لم يكن تفكيك الارادة فيها ممكناً اذ لا يعقل فيها ان يكون احدهما الغير المعين الذى هو المكره عليه مراداً بارادة و الزائد عليه مراداً بارادة اخرى و هذا بخلاف هذه الصورة اذ يمكن ان يكون هذا الشيئى لمعين مراداً بارادة وذاك مراداً بارادة اخرى ،، كما انه يمكن ان يكون بيعهما مراداً بارادة واحدة فعلى الاول فيكون بيع ما اكره عليه فاسداً لكون ارادته غيرية ناشئة عن ارادة المكره مع وعيده بيع ما انضم اليه صحيحاً لكون ارادته نفسية ناشئة عن باعث يخصها ، وعلى الثانى فيصير كالمسئلة الاولى فى الحكم بصحة الجميع هذا بحسب الثبوت.

واما فى مقام الاثبات فان كانت قرينة فى البين دالة على تعيين كل واحد من النحوين فهو ،، والا فمع الشك فى كون كل من المكره عليه وغيره مرادا بارادة مستقلة او كون المجموع مراداً بارادة واحدة يكون الظاهر تبعية كل

واحد في الارادة بمعنى ان الظاهر تعلق ارادة واحدة بالمجموع لكون المجموع مبيعاً صفقة واحدة . واما القرينة على تعيين كل واحد من النحوين فكانضمام بيع من من الحنطة على بيع العبد مثلا اذا كان بيع العبد مكرها عليه واحرز حاجة المكره الى العبد وانه لولا الاكراه لما يبيعه ،، والقرينة على تعيين النحو الاخر كما اذا اكره على بيع من من الحنطة مثلا 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 شيأ كما اذا اكره على بيع عبد فباع نصفه ،: ولا يخلو من ان الاكراه : اما يكون على بيع العبد صفقة : او يكون على بيعه مطلقا ولو بدفعات تدريجاً : و على الثانى فاما ان يكون قصد البايع فى بيع النصف مثلا هو التخلص بهذا البيع عما اكره 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 البايع قصد فى بيع البعض التوصل الى رفع اكراه المكره باحتمال قناعته على بيع البعض وفى هاتين الصورتين لا يتحقق الاكراه: اما فى الاولى . فلان ارادة المكره لبيع البعض ليست غيرية تابعة لارادة المكره لانه اراد بيع الكل دفعة و بيع بعضه بيع لم يكن مراداً له فارادة بيع البعض فى المكره لا بد من ان تكون ناشية عن باعث غير ارادة المكره وهذا ظاهر ،، واما فى الثانية فلان ارادة المكره بيع البعض وان كانت ناشية عن ارادة المكره لكنها ليست غيرية تبعية بل هى نفسية اصلية وانما ارادة المكره علة معدة لوجودها عن باعث آخر والفعل الاكراهى هو ما كانت ارادته عكس ارادة المكره وظلها لانها نشات عن منشئها و كانت نشوها عن منشئها متوقفة على علل معدة و كانت

ارادة المكره من عللها المعدة .

وبالجملة فبيع البعض لاجل احتمال رضاء المكره ورفع اليد عن اكراهه يكون كالتفصى عن الاكراه ببيع المكره عليه على غير ما اراده المكره وتكون ارادته هذه ناشئة عن غير ارادة المكره وان كان لها دخل فى تحققها اذ لولا الاكراه لما تعلق ارادة المكره بالتفصى من اكراهه ويكون اكراهه من قبيل مقدمات الواجب المشروط .

الصورة الثالثة . ما اذا كان 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 مؤثرية 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 البايع فى بيع البعض رفع الاكراه عن نفسه ببيع البعض.

قوله قده 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 منبعثة عن ارادة المكره مع وعيده . بلا ارادة نفسية منه فى تحقق المعنى الاسم المصدرى بل كان ايقاع الطلاق منه بداعى اراد المكره محضاً ولا شبهة فى بطلان الطلاق فى هذه الصورة لكونه مكرها غيرنا وللمعنى الاسم المصدرى وهذا ظاهر (الثانية) اذا اكره على الطلاق مع كون المكره فى نفسه قاصدا لايقاعه بحيث لولا الاكراه لكان يوقعه لكن لمكان جهل المكره اكرهه فطلق لاجل وقوع الطلاق بالمعنى الاسم المصدرى من غير دخل فى الاكراه

فی الطلاق عکس الصورة الاولی ، ،ولا ینبغی الاشکال فی صحته فی هذه الصورة لتمامیة ماهو المناط للصحة اعنی الرضا والطیب وارادة المعنی الاسم المصدری وهذا ایضاً ظاهر .

الصورة الثالثة ان یکره علی الطلاق وکان للمکره باعث آخر لارادته وراء الاکراه فاراد الطلاق بالباعثین معاً اعنی ارادة المکره مع وعید، وذاک الامر الاخر الذی کان باعثاً له وهذا ان الباعثان یمکن تحققهما علی نحوین (الاول) ان یکون کل واحد فی حد نفسه منفرداً عن الاخر علة تامة مستقلة کافیة فی تحقق ارادة المکره (الثانی) ان لا یکون شیئاً منهما فی حد نفسه کذلک بل بانضمام احدهما الی الاخر یحصل الباعث :فهل الحکم فی هذین القسمین معاً هو بطلان الطلاق لکون ارادته ناشیة عن ارادة المکره ولو مع انضمام باعث آخر او صحته لکون ارادته ناشئة عن سبب آخر ولو مع انضمام ارادة المکره: او یفصل بین القسمین فیقال فی القسم الاول اعنی ما کان کل واحد منهما منفرداً علة تامة مستقلة بالبطلان اما لجواز توارد العلتین المستقلتین علی معلول واحداً فی نظائر المقام وان کان لا یعقل فی التکوینیات و اما لکفایة کون الاکراه علة تامة شأناً ولو لم یکن مستقلا فی التأثیر بالفعل لو قلنا بعدم جواز توارد العلتین المستقلتین حتی فی امثال المقام ویقال فی القسم الثانی بالصحة من جهة عدم استناد ارادة المکره مستقلا الی ارادة المکره لا فعلا ولا شأناً (وجوه) و احتمالات وتحقیق الحق فیها متوقف الی النظر فی الادلة الدالة علی اعتبار الرضا او مانعیة الاکراه والفحص عن مقدار دلالتها : فنقول اما آیة التجارة اعنی قوله تعالی (الا ان تکون تجارة عن تراض) فالظاهر منها اعتبار کون الرضا (ای صدور المعاملة عن ارادة المعنی الاسم المصدری) هو العلة المستقلة التامة فی صدورها وذلک لمکان کون المستثنی هو التجارة المقرونة بالرضا الظاهر فی انحصار

وجه صدورها بالرضا: واما حديث الرفع اعنى قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) رفع عن امتى ما استكرهوا عليه: فهو ايضاً يدل بظاهره على اعتبار كون الاكراه هو العلة المستقلة فى ارادة المكره فى مؤثريته لرفع اثر المعاملة فبالنظر الى دليل الاكراه لابد ان يقال بعدم تاثير الاكراه المقرون مع الباعث الاخر فى رفع اثر الطلاق. وبالنظر الى دليل اعتبار الرضا لابد من ان يقال بعدم صحة ما كان من باعث الرضا المقترن مع الاكراه،، لكن نفس عدم دلالة دليل الاكراه على الفساد لا يوجب الصحة مالم يدل عليها دليل: ومع عدم دلالة آية التجارة على الصحة ينتفى الدليل على صحته وفساده فيرجع الى الاصل العملى فيحكم بفساده لكون المرجع هو اصالة الفساد. ولا فرق فى ذلك بين القسمين المتقدمين،، وذلك لعدم الفرق بينما اذا كان كل واحد من الباعثين علة تامة فى حال الانفراد وبين ما اذا لم يكونا كذلك اذ على الاول تكون العلة هو المجموع معاً فى حال الاجتماع واما حديث الفرق بين التكوينيات وبين الاعتباريات بجواز توارد العلل المستقلة فى الاخير دون الاول،، فهو حديث محض لا يرجع الى محصل. كما ان الظاهر من ادلة الاكراه. هو اعتبار استناد المعاملة الى الاكراه مستقلا بالفعل لا انه مؤثر فى رفع اثر المعاملة اذا كان علة مستقلة ولو شأناً،، والحاصل انه كما يكون الظاهر من دليل رفع الاكراه هو استقلال الاكراه فى صدور المعاملة كذلك المستظهر منه هو استقلاله بالفعل لا كونه مستقلا ولو شاناً،، هذا تمام الكلام فى حكم هذه الصورة،، وصار المحصل منه فساد الطلاق لا لدلالة دليل الاكراه على فساده بل لاجل فقدان ما يدل على صحته وكون المرجع عند الشك فى صحته (ح) هو اصالة الفساد.

الصورة الرابعة ان يكره على الطلاق وكان للمكره باعث آخر ايضاً لكن لا مع اسناد الفعل الى الباعثين فى درجة واحدة كما فى الصورة الثانية

بل بحيث يكون احد الباعثين قوياً فى الباعثية بحيث لولا الاخر لكان كافيا فى البعث دون الاخر ، ، وهذا ايضاً يتصور على نحوين (الاول) ان يكون الاكراه فى حد نفسه علة تامة وكان الباعث الاخر تبعياً له (الثانى) عكس الاول ويختلف الحكم بينهما : حيث انه فى الاول يحكم بالفساد لكون الارادة متمشية من الاكراه : وفى الثانى يحكم بالصحة ، ، و وجهه واضح هذا كله اذا كان الباعثان عرضين وكل هذه الصور خارجة عن مورد كلام العلامة فى التحرير ،

الصورة الخامسة ما اذا كان الباعثان طوليين كما اذا اكره على الطلاق وصار الاكراه علة لتحقق باعث آخر للمكره فى ايجاد الطلاق فاراد الطلاق بذاك الداعى المنبعث عن الاكراه : وهذا هو مورد كلام العلامة (قده) وهل الحكم فيها هو الصحة كما قربه العلامة (قده) او الفساد (وجهان) من ان ارادة المكره للطلاق حدثت عن باعث غير الاكراه ولو كان باعثه الاكراه . فيكون الطلاق واقعاً عن الرضا ، ، وبعبارة اخرى تكون علة الاولى هو ارادة ايقاعه بالمعنى الاسم المصدرى : ومن ان الاكراه دخيل فى صدوره لاجل كونه علة لتحقق الباعث عليه ولو لم يكن هو بنفسه باعثا قريباً ، ، وبعبارة اخرى تكون العلة منتهية الى الاكراه : ولا يخفى ان الاول هو الاقرب لان الفعل الصادر انما يكون صادرا بارادة معناه الاسم المصدرى 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 المتوعد به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكره اعنى ما اذا طلق زوجته عند اكراه ولده اياه مقترنا مع الايعاد بالقتل لا لاجل خوف نفسه عن قتله بل لاجل الخوف على ولده اذا قتله لئلا يقتل بقتله ، ، و ما اذا طلق بعد الاكراه اذا كان المكره مريداً لتزويج زوجته : لاجل الشفقة على المكره لئلا يقع فى الزنا ، ، يكون من

صغريات ما ذكرنا اعني انبعاث باعث ارادة الطلاق عن الاكراه و هذان مثالان لطولية الداعيين كما لايخفى لانهما موردان اخر ان يتصور فيهما صحة الطلاق زائداً عما ذكرناه من طولية الداعيين هذا تمام الكلام في هذا الفرع والحمدلله .

قوله قده ثم المشهور بين المتاخرين انه لو رضي 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 ذاك الرضا المتأخر : يقع عن جهات (الاولى) في ان القاعدة الاولية مع قطع النظر عن الادلة العامة . مثل ما دل على اعتبار الرضا في العقود كاية التجارة : وقطع النظر عما ورد في صحة بيع الفضولي اذا تعقب بالاجازة ، هل هو بطلان العقد المكره و عدم تأثير الرضا المتأخر في صحته او ان مقتضى القاعدة صحته بالرضا المتأخر .

الجهة الثانية في التكلم عما يقتضيه عموم ما اعتبر الرضا في العقد كعموم الا ان تكون تجارة عن تراض (الجهة الثالثة) في التكلم عما تقتضيه الادلة الدالة على تأثير الاجازة المتأخرة عن بيع الفضولي في صحته و انها 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 المتاخر مطلقا على خلاف الاصل سواء كان في العقد المكره او في الفضولي ، بناء على ان يكون الفضولي على خلاف القاعدة او لخصوصية في عقد المكره و لو قلنا بكون الفضولي على طبق القاعدة ، ، اما الوجه الاول فسياتي الكلام فيه في الفضولي : واما الوجه الثاني فلان الفضولي لو قلنا فيه بالصحة فلا يلزم من

القول بهافيه القول بهافي عقد المكره لوجود الفارق بينهما ،، وهو ان العقد الصادر من الفضول لايكون مقترناً بمايوجب فساده بل هو فاقد لمايوجب صحته اعني الاستناد الى المالك ،، لانه عقد تام جامع لجميع مايعتبر في صحته من الاجزاء والشرائط الا انه ليس صادراً عن المالك وبالاجازة يتحقق هذا الامر المفقود ايضاً فيؤثر اثره وهذا بخلاف العقد المكره ،، حيث انه مقترن بما يوجب فساده : وهو الاكراه ،، والرضا المتأخر لايوجب انقلابه عما وقع عليه من الاتصاف بصفة الاكراه لان انقلاب الشيئ عما وقع عليه محال ولايعقل ان يؤثر الامر المتأخر في رفع ماوجد في المتقدم فلايكون له دخل في تأثير العقد المتقدم هذا ولكن لايخفى مافيه .

وتوضيح فساده يحتاج الى بسط في المقام ،، فنقول قد تقدم في اول البيع ان قياس المنشاء في باب العقود بالعقود التي تنشاء بها تلك المنشئات ليس كباب المسببات بالنسبة الى اسبابها فان العقود ليست اسبابا بالتحقق 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 المنشاء بتلك الالات لا بالنسبة الى نفس ايجاد الآلة وبعبارة اخرى الاكراه في البيع مثلا تعلق بايجاد ماهو مصداق للبيع في موطن وجوده بالة ايجاده وهي الصيغة المخصوصة لانه تعلق بنفس التلفظ بتلك الصيغة كيف ولو كان الاكراه بالنسبة الى محض التلفظ بالصيغة وصرف ايجاد الالة والمكره تلفظ بها مع قصد ايجاد المعنى الاسم المصدري من البيع وتحقق المنشاء في موطن تحققه لم يكن ببعيد اكراهيا لعدم كون ارادته عن ارادة المكره كما لايخفى فنفس الالة في ايجاد البيع لايكون متعلق الاكراه ،، وانما الاكراه في المنشاء بها .

اذا ظهر ذلك : فنقول العقد الصادر عن المكره بما هو آلة الانشاء لايكون

اكراهياً لان متعلق الاكراه ليس هو التلفظ بذاك العقد . بل الاكراه تعلق بايجاد البيع مثلا . بلامساس له الى آلة الانشاء اصلا : فيكون العقد فى باب المكره . هو بعينه العقد . فى باب الفضولى بلاتفاوت بينهما اصلا فكما انه فى باب الفضولى تام من حيث هو عقد وانما عدم تاثيره فى وقوع المنشاء من جهة عدم استناده الى المالك : واذ هو من الامور التى يعتبر بقائه ويكون له البقاء فى عالم الاعتبار ومادام لم يتم اسناده الى المالك لم يكن متحققاً و اذا اجاز المالك يتم شرط تحققه ويرتفع المانع عن تحققه . فيحكم بتحققه : و كذا فى باب المكره يكون المانع عن تحقق ماتعلق به الاكراه هو الاكراه وبعد ارتفاعه بطيب النفس . المتأخر يتم شرط تحققه فيحكم بتحققه ،، بل هذا فى باب الاكراه اولى كما سيأتى لاجل استناد العقد الى المالك فى المقام : دون الفضولى اذ المنتفى فيه امران رضاء المالك بما صدر عن الفضول واستناد ماصدر عنه اليه (قال دامت افاداته) وعلى تقدير كون العقد بما هو آلة الانشاء اكراهياً ايضاً لا اثر لاكراهه كما اذا فرض تعلق الاكراه به محضاً دون المنشاء ،، حيث ان اكراهه لا يوجب بطلان العقد بعد فرض استقلال المالك فى ارادة ايجاد المعنى الاسم المصدرى وعدم انبعاث ارادته عن ارادة المكره (اقول) هذا هو حق الجواب والافمع فرض كون باب العقود باب الالة وذى الالة لا باب المسببات واسبابها يكون اكراه ايجاد ذى الالة بعين الاكراه على ايجاده بالته كما ان امضائه عين امضاء ايجاده بالته كيف وبهذا اجاب دام بقائه عن الاشكال الوارد فى باب التمسك بمطلقات ابواب المعاملات حيث انها واردة فى مرحلة المسببات لا الاسباب وهو دام ظله قال بان مبنى الاشكال على كون العقود اسبابا والمنشئات بها مسبباتها وهو ممنوع بل بابها باب الالة وذيها وامضاء ذى الالة امضاء لالته وعلى هذا فيقال فى المقام انه كما ان امضاء ذى الالة امضاء لالته كذلك اكراهه

يضاً اكراه لالته،، فحق الجواب هو الجواب الاخير اعني المنع عن تأثير الاكراه المتعلق بالالة وهو كالعدم كما بيناه .

ثم ان المصنف قده ذكر دعاوثلث في مقام توهم اعتبار مقارنة الرضا مع العقد لايخلو الامتياز بينها عن غموض وهي قوله ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد خالية عن الشاهد مرفوعة بالاطلاقات : واضعف منها دعوى اعتبارها في مفهوم العقد : واضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد في تاثير عقده ،، ويمكن ان يقال ان الدعوى الاولى ناظرة الى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في تاثير العقد بحيث لولا مقارنته لم يكن مؤثراً مع كونه عقداً : ومعلوم ان هذه الدعوى خالية عن الشاهد ولكن مع قطع النظر عن آية التجارة ،، واما بالنظر اليها فسياتي الكلام فيها : والثانية ناظرة الى دعوى اعتبار مقارنة الرضا في مفهوم العقد بحيث لايكون العقد الخالي عن الرضا عقداً مشمولا 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 لايتحقق الانشاء و بعبارة اخرى يكون تمشي الانشاء عن المنشي منوطاً بالرضا المقارن وهذه الدعوى كما ترى اسقط من الأولين ولازمها عدم صحة بيع المكره بحق لعدم تمشي الانشاء منه مع الاكراه على هذا الفرض فيكون اكراهه على البيع (ح) تعبدياً لا التأثير في عقده وهو كما ترى لان اكراهه في مورد صحة اكراهه لا يكون الا على 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 مسقط له . ولازم ذلك اجباره على البيع ومع امتناعه عنه يتصديه الحاكم هذا تمام الكلام في الجهة الاولى .

الجهة الثانية في التكلم عما تقتضيه آية التجارة فربما يقال بان الاية 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 الاية المباركة يقع في وجهين (الاول) في التكلم في دلالتها على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة والمصنف (قده) كانه 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 مافيه: اما اولا فلانه (قده) يستدل بتلك الاية 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 مثلا كالبايع ووقع الشك في نفوذ فسخه يستدل على عدم نفوذ فسخه بآية التجارة بتقريب ان الاية تدل على حصر حل الاكل بالتجارة عن تراض وفسخ احد المتعاملين مع عدم رضاء الاخر به خارج عن التجارة عن تراض فيكون اكل المال به اكلا 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 الاية على عدم نفوذ الفسخ مبنى على تمامية الحصر فالجمع بين الاستدلال بها على اللزوم وبين منع افادتها للحصر في المقام غير مستقيم ؛ ، واما ثانيا 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 ينعقد فيما لم يكن المستثنى داخلا في المستثنى منه . مثل ماجائني القوم الاحمارا : والمراد بالمفرغ هو ما اذا كان المستثنى منه محذوفا في الكلام وكان

مقدراً ولا يخفى ان المنقطع دائماً يكون غير مفرغ اى لابد من ان يكون المستثنى منه مذكوراً ولم يكن من عموم شامل للمستثنى منه لكى يصير منقطعاً ، واما اذا كان الاستثناء مفرغاً اى كان المستثنى منه محذوفاً مقدراً امراً عاماً شاملا للمستثنى فيصير المستثنى متصلا كقولك ماجائنى الاحمار : حيث يقدر المستثنى منه كلمة احد ويكون استثناء الحمار عنه من باب المتصل فالاستثناء المنقطع دائماً يكون غير مفرغ ، واما المتصل فقد يكون غير مفرغ مثل جائنى القوم الازيداً ؟ ، وقد يكون مفرغاً مثل ماجائنى الا زيد اوحمار ، ، وعلى ماذكرناه فيكون قيد غير مفرغ فى عبارة المصنف (قده) توضيحياً لااعتراضياً وكيف كان فتقرير كون الاستثناء فى الاية منقطعاً غير مفرغ ان يقال ان المستثنى منه هو كلمة الباطل فى 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 لايكون هو المستثنى منه . وذلك لعدم صحة الاستثناء عن الباطل لان عموم حرمة اكل المال بالباطل آب عن التخصيص بل المستثنى منه هو عموم النهى عن اكل المال اى لاتأكلوا اموالكم بينكم عدى ماكان تجارة عن تراض وقوله تعالى بالباطل كانه جيئى به لمكان التعليل لنهى الاكل فيما عدى مورد التجارة عن التراض فكانه قال تعالى ماعدى مورد التجارة عن تراض اكل للمال بالباطل وهذا ظاهر فى حصر حل الاكل بمورد التجارة عن تراض لدلالته على كون ما عداه اكلا للمال بالباطل ويصير الاستثناء متصلا كماهو ظاهر ، واما ثالثا فعلى فرض تسليم كون المستثنى منقطعا مفيد للحصر ايضاً: وذلك لان صحة الاستثناء على ذلك التقدير ايضا لابد ان يكون فيما اذا كان بين المستثنى والمستثنى منه

مناسبة موجبة لتوهم ادخاله في حكم المستثنى منه لكي يحتاج الى الاستثناء كما في مثل ما جائني القوم الاحماراً : حيث كان يتوهم من نفي مجيئي القوم نفي مجيئي الحمار ايضاً لمكان تبعيته للقوم فيدل (ح) على حصر المجيئي في ابتاع القوم بخصوص الحمار دون سائر توابعهم وفي الاية كك اذا استثناء التجارة عن التراض بعد نهي الاكل بالباطل تدل على ان فيما عدى الاكل بالباطل تكون الحلية منحصراً . بخصوص التجارة عن تراض كما ان في المثال كان المجيئي فيما عدى القوم منحصرا بالحمار ، ، فالجواب عن الاستدلال بالاية على المنع من صحة عقد المكره عند التعقب بالاجازة بالمنع عن دلالتها على الحصر غير صحيح . بل الحق في الجواب ان يقال ان الاية المباركة تدل على الحصر ومع دلالتها عليه لا تدل على المنع من صحة العقد اذا تعقب بالاجازة .

وتوضيحه ان يقال ان الاية تدل على اعتبار مقارنة الرضا بالتجارة في صحة التجارة وعلى حصر الحل ايضا بالتجارة المقترنة بالرضا لكن الكلام في معنى التجارة اذ هي ليست عبارة عن العقد بل هي بمعنى الاكتساب الذي هو الاثر المترتب على العقد . ويكون العقد آلة لايجاده و بعبارة اخرى انها عبارة عن النقل والانتقال بمعنى الاسم المصدري ومن الواضح البديهي توقف النقل والانتقال بهذا المعنى على الرضا عقلا و نقلا 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 و آلايته المباركة اجنبي عن افادته :فالاية لا تدل على ما رامه المستدل بوجه من الوجوه هذا تمام الكلام في الجهته الثانية والمتحصل منها هو منع دلالة آية التجارة على عدم صحة عقدا لمكره عند التعقب بالاجازة كما ان

الجهة الاولى كانت متكفلة لاثبات 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 لو قلنا في باب الفضولي بان صحته بالاجازة مخالف مع القاعدة واثبتنا صحته بالدليل . فهل يمكن اثبات صحة عقد المكره ايضاً بنفس ذاك الدليل بدعوى الاولوية ام لا . بل لابد من الاقتصار على مورده وهو الفضولي . ولا يتعدى عنه الى باب المكره (احتمالان) مال المصنف (قدسره) 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 اولى 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 ماذكرناه في الجهة الاولى من منع مانعية اقتران عقد المكره بالاكراه عن قابليته لان يتعقبه الاجازة كان بناء على كون الصحة بالاجازة على طبق القاعدة و اما بناء على كونها على خلاف القاعدة فلهذه الدعوى مجال : مضافاً الى انه على تقدير تسليم الاولوية ليست اولوية قطعية حتى تصير مدركا للحكم بل تكون بالقياس اشبه منه الى التمسك بالفحوى .

قوله (قده) واما حديث الرفع ففيه اولا (الخ) محصل الكلام في المقام مع مافيه 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 الاخروية والدنيوية فمثل الالتزام بالشيئ مثلا مؤاخذة يرتفع عند الاكراه، ولازم كون المرفوع هو المؤاخذة و تعميم المؤاخذة الى الدنيوية الموجب لشمول مثل الالتزامات والالزامات هو اختصاص المرفوع بما كان من الاحكام ثابتاً على المكره لولا الاكراه لاما كانت ثابتة للاكراه نفسه فدليل رفع الاكراه ناظر الى رفع كل حكم ثابت على ضرر المكره لا لنفعه ومن المعلوم ان الحكم بوقوف عقده على رضاه حكم له لا عليه فلا يكون مثله مرفوعاً بدليل الرفع هذا محصل مرامه في هذا الوجه ، ، ولا يخفى انه تام بناء على تقدير تمامية الامرين اعني تقدير المؤاخذة و تعميمها الى المؤاخذة الدنيوية: لكن الكلام في تماميتهما اما تقدير المؤاخذة فلما عرفت في اول مباحث عقد المكره وتبين في الاصول ايضا مفصلا من انه لا حاجة في الحديث الشريف الى تمحل ارتكاب التقدير حتى ينتهي الى البحث عن المقدر وانه هل هو المؤاخذة او الاثر المناسب مع كل فقرة من الفقرات التسع او 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 المؤخذة الدنيوية فلان تقديرها نشاء من ناحية كونها

اظهر الانسار ولاشبهة ان الاظهرية يتم بالنسبة الى المؤاخذة الاخروية و هى العقوبة واما بالنسبة الى الدنيوية فلاموجب للتعميم اصلا .

وبعبارة اخرى المؤاخذة انما تقدر بمالها من المعنى الذى هو الاظهر فى رفع هذه الفقرات وهو منحصر بالعقاب و ليس فى البين لفظ المؤاخذة حتى يقال انها بمالها من المعنى العام تكون مرفوعة فلابد من تقدير المؤاخذة بمعنى توافق مع ملاك تقديرها وهو الاظهرية ، ، وهو يوجب اختصاصها بالاخروية كما لايخفى فهذا الوجه الاول لايرجع الى شيئى بعد فساد المبنى .

قوله قده ثم ان ماذكرناه واضح على القول بكون الرضا ناقلا وكذلك على القول بالكشف بعد التامل (الخ) يعنى كون الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه حكما له لاعليه واضح بناء على النقل لان الرضا يصير (ح) ناقلا فهو اوجد الناقل بسلطنته على ايجاده فلايكون عليه بل ممحض فى كونه له ولما على الكشف ففى كونه له لاعليه تأمل من جهة اختلاف المشارب فى الكشف والغرض من التأمل هو كون الحكم المذكور يكون له على بعض المشارب ولا يكون له على بعض اخرى فمعنى ظهوره بالتأمل هو التأمل فى مشارب الكشف حتى يتبين مورد استقامة ماذكره عن مورد عدم استقامته .

وتوضيحه ان الكشف اما حكمى و اما حقيقى وعلى الثانى فاما ان يقال بان الاجازة المتأخرة امارة عن تاثير العقد المتقدم فى النقل وانها بوجودها المتأخر دخيل فى تاثير الامر المتقدم فى الاثر فى ظرف تحققه وهذا ارد الاحتمالات فى الكشف واما ان يقال بان الشرط هو التعقب بالرضا لانفس الرضاء المتأخر والتعقب صفة للمتقدم وان كان منشاء انتزاعه ذاك الامر المتاخر فعلى القول بالكشف الحكمى يكون الرضا المتأخر الحاصل بانشاء المكره دخيلا فى صحة العقد ويكون وجوده تحت سلطانه فالحكم يتوقف عقده

عليه يكون له لاعليه وكذا على القول بكون التعقب دخيلا لان التعقب منتزع عن الرضا المتاخر فيكون فى تحت سلطنة المكره بمنشاء انتزاعه لانه ما لم ينشاء الرضاء فى المتاخر لايتصف العقد بالتعقب بالرضا وعلى القول بكون الرضا المتأخر امارة على تاثير العقد المتقدم لايكون شيئاً منه بيد المكره وتحت سلطانه فالحكم بتوقف عقده عليه (ح) لايكون له بل يكون ممحضاً فى كونه عليه فظهر صحة ما افاده على النقل وعلى الكشف الحكمى وعلى الكشف الحقيقى لوجعل التعقب هو الشرط وعدم صحته بناء على الكشف الحقيقى بجعل الرضا المتاخر امارة وهذا هو مراده من ظهور صحة ما ذكره بناء على الكشف بالتأمل .

قوله قده 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 فى مقام بيان الاحكام بما لها من المقيدات بمعنى انها تجعل مقيدة بمقيداتها وتؤخذ نتيجتها بعد التقييد ويجعل محكوما بحديث الرفع وذلك واضح بعد تصور ان مداليلها بانفرادها ليست حكما 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 فى الامر الاول من تحكيم حديث الرفع على نتيجة المطلقات والمقيدات فلا تلاحظ المطلقات مقيدة بمؤدى حديث الرفع ثم يجعل نتيجتها بعد التقييد محكومة بالحديث وذلك ايضا واضح ضرورة انه بالتحكيم تصير المطلقات مقيدة بحديث الرفع لا انها تقيد

به اولا ثم يجعل الحديث حاكما على نتيجة الحاصلة من التقييد.

الثالث ان ما كان مساقه مساق حديث الرفع في كونه موجبا لتقييد المطلقات بما قيدها بحديث الرفع يكون كحديث الرفع في انه لا يؤخذ مع المطلقات ثم نجعل النتيجة منها محكوماً بحديث الرفع فنيما نحن فيه اعني باب المعاملات وردت مطلقات دالة على صحة البيع مثل احل الله البيع ونحوه وهي باطلاقها تدل على صحة البيع كيفما وقع سواء كان مع الرضاء ام لا: كان الرضاء مقترنا معه او سابقاً عليه او لاحقا عنه ووردت مقيدات قيدتها باعتبار الرضا مثل الا ان تكون تجارة عن تراض ولا يحل مال امرء الا بطيب نفسه وحديث الرفع اعني فقرة ما استكرهوا عليه وهذه المقيدات الثلث تكون على مساق واحد موجباً لتقييد تلك المطلقات بقيد الرضا مع اختلاف بينها في كون حديث الرفع مقيداً بلسان الحكومة واية التجارة وحديث الحل مقيدين بلسان التقييد فكما ان حديث الرفع حاكم على نفس المطلقات لا عليها بعد لحاظ تقييدها بمؤدى حديث الرفع كذلك لا يكون حاكما عليها بعد لحاظ تقييدها باية التجارة و حديث الحل لان مؤدهما مع مؤدى حديث الرفع واحد وان اختلف تاديتهما في كون آية التجارة وحديث الحل بلسان التقييد وحديث الرفع بلسان الحكومة.

الرابع ان ما استكرهوا في حديث الرفع مثلا حاكم على نتيجة الحاصلة من المطلقات بعد تقييدها بما لم يكن مؤداه مؤدى حديث الرفع بلا لحاظ تلك النتيجة مقيدة بحالة الاختيار او الاكراه او لحاظها مطلقة بالقياس الى كلتا الحالتين بل بلحاظها مهملة عن تقييدها باحدى الحالتين او اطلاقها ، ، وذلك لانه لو كانت مقيدة بحالة الاختيار تصير منفية بزوال الاختيار عند طرو الاكراه ولا يحتاج في رفعها الى المقيد وحكومة حديث الرفع عليها ولو

كانت مقيدة بالاكراه لكان تحقق الاكراه موجباً لتحققها نحو تحقق كل حكم بتحقق موضوعه ولا يعقل ان يصير مرفوعاً بالاكراه ولو كانت مطلقة بالقياس الى كلتا الحالتين فتكون ثابتة في حالة الاكراه كثبوتها في حالة الاختيار ولا يعقل ارتفاعها بالاكراه فلا بد وان تكون مهملة عن قيد الاختيار والاكراه حتى يكون مرفوعاً في صورة الاكراه بحكومة حديث الرفع كما لا يخفى .

اذا تحقق هذه الامور فنقول مطلقات باب العقود مثل احل الله البيع مثلا مع قطع النظر عما يقيدها بحالة الاختيار مثل آية التجارة و حديث الرفع و نظائرهما تدل على صحة البيع مطلقا ولو مع عدم الرضا وان العقد سبب مستقبل في ايجاد البيع بلا دخل للرضاء في تحققه ويكون حديث الرفع حاكما عليها ومقيداً لها بحالة الرضاء وما عدى حديث الرفع مثل آية التجارة و نحوها 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 سببا مستقلا في تحقق مضمونه سواء كان مع الرضا ام لم يكن وبعد تقيدها بحديث الرفع ومافي معناه ينتج ان العقد جزء سبب الجزء الاخر هو الرضاء فيصير العقد في عالم التصور محكوماً بحكمين (احدهما) كونه سبباً مستقلا و هذا هو مؤدى نفس المطلقات و يرتفع هذا بواسطة تقييد المطلقات بما يكون مؤداه اعتبار الرضا كحديث الرفع و نظائره (وثانيها) كونه جزء السبب وهذا هو مؤدى نتيجة تقيدها بما يدل على اعتبار الرضاء كحديث الرفع و نحوه ولا يعقل ان يكون حديث الرفع حاكماً على رفع السببية الناقصة عن العقد لانها قد ثبتت بنفس تقييد المطلقات به ولا يصح ان يكون رافعا لما يجئ من قبل نفسه ولا يصح جعل المطلقات مقيدة بما عدى حديث الرفع مما يدل على اعتبار الرضا ثم تجعل النتيجة مقيدة بحديث الرفع

لما عرفت من ان ماعدى حديث الرفع الذي يكون متحد المال معه يكون في عرضه فلا يصح جعل ما في عرضه مقيداً للمطلقات اولا ثم تجعل النتيجة الحاصلة محكومة بحديث الرفع ثانياً على ما بيناه .

والحاصل ان حديث الرفع يدل على ارتفاع الحكم الثابت لولا الاكراه اذا وقع عن الاكراه لا على ارتفاع الحكم الثابت عند طرو الاكراه لكن السببية المستقلة ثابتة للعقد لولا الاكراه والسببية الناقصة وجزئية 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 لا دليل على اثباتها ايضا لان المفروض دلالة المطلقات على السببية المستقلة وهي ارتفعت بتقييدها بحديث الرفع ونظائرها وليس في البين ما يدل على ثبوت السببية الناقصة لا في تلك المطلقات وذلك ظاهر بعد فرض كون مفادها اثبات السببية التامة ولا في غيرها لكون المفروض انحصار الادلة بالمطلقات ومع عدم قيام ما يدل على صحة العقد المتعقب بالرضاء وكون العقد جزء السبب منها لا بد من الرجوع الى اصالة الفساد وهذا هو المراد بقوله قده 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 بمعناه تفيد صحة العقد الصادر عن المكره اذا تعقب بالرضا : ولا يحتاج الى دليل آخر ولا الى القول بكون المطلقات بنفسها متكفلة لحكم المكره ،، وتوضيحه انك قد عرفت ان دليل الاكراه رافع لحكم المطلقات المتكفلة لاثبات صحة البيع بالمعنى الاسم المصدري في صورة الاكراه وموجب لتقييد المعنى الاسم

المصدرى بمقارنة الرضا و نتيجة هذا التقييد هو اعتبار الرضا فى ناحية السبب فى الجملة فى مقابل الخالى عن الرضاء راساً ، ، ضرورة ان دخل الرضاء فى تحقق المعنى الاسم المصدرى و اعتباره مقارنة تحققه بالرضا لايجامع مع فقد الرضاء عن السبب مطلقاً سواء كان مقارنا اوسابقاً اولاحقا بل لامحيص عن وجوده فى ناحية السبب فى الجملة فى مقابل السلب المطلق واما انه لابد من ان يكون مع السبب فلا (وح) تصير نتيجة اعتبار مقارنة المعنى الاسم المصدرى مع الرضاء متكفلا لاعتبار الرضاء فى الجملة فى المعنى المصدرى و اعتباره مقارناً مع الاسم المصدرى يكون نتيجة تقييد المطلقات بحديث الرفع و نظائره فيكون اعتبار دخل الرضاء فى المعنى المصدرى نتيجة ذاك التقييد بعينه فظهر ان المطلقات بضم حديث الرفع اليها تنتج صحة معاملة المكره عند التعقب بالرضاء وهذا هو المراد فى قوله (قده) فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير لمجموع العقد المكره عليه والرضا به لاحقاً (الخ) .

قوله قده الا ان يقال ان ادلة الاكراه كما ترفع السببية المستقلة (الخ) لما قال ان السببية الناقصة تثبت للعقد من ناحية دليل رفع الاكراه ولايعقل ان تصير مرفوعة بحديث الرفع اراد منع ذلك بدعوى ان السببية الناقصة ايضاً مستفادة من المطلقات الا ان بعد تقييدها بمؤدى حديث الرفع ، ، والحاصل ان المطلقات هى المثبتة لحكم الاكراه لكن بعد التقييد كما ان دليل المثبت لحكم الكل هو بنفسه يكون مثبتاً لجزئية الجزء وان شئت فقل ان المطلقات بعد التقييد تدل على كون المركب من العقد والرضا سببا تاماً بدالين ومدلولين بمعنى ان المطلقات تدل على جزئية العقد للسبب و دليل نفى الاكراه يدل على كون الرضا جزء آخر . و هذا الذى يستفاد من المطلقات اعنى جزئية العقد للسبب يصير مرفوعاً بدليل نفى الاكراه لانه ليس

حاصلا من دليله (وبعبارة اوضح) ان مقتضى الاطلاقات بعد تقيدها بالرضاء الاعم من السابق واللاحق هو صحة العقد المكره المتعقب بالرضا ، ، وحديث الرفع يرفع هذا التعميم ويخصصه بما عدى الرضا اللاحق لولم نقل فى الرضاء بالكشف الحقيقى . بل قلنا بمؤثرية الرضا فى النقل من غير فرق فى ذلك بين جعل الرضاء المتأخر ناقلا او كاشفا . بناء على كون الشرط هو التعقب : او كان الكشف حكمياً كما تقدم : نعم على الكشف الحقيقى وكون الرضاء امارة محضاً بلا دخل له فى تأثير الامر المتقدم كما مر شرحه يحكم بصحة العقد لعدم دخل الرضاء (ح) فى التأثير حتى يقال بانتفاء التأثير من الرضاء المتأخر بدليل حديث الرفع وتخصيص المطلقات بما عدى الرضاء اللاحق .

وقوله فتأمل اشارة الى الجواب عن ذلك ، و حاصله دعوى الفرق بين ما اذا تعلق حكم بمجموع مركب من اجزاء كما فى باب الاوامر المتعلقة بالمركبات ، او مادل على مؤثرية الايجاب والقبول فى النقل والانتقال: وبين ما اذا تعلق حكم بشيئى استفيد من دليل اخر تقيده بشيئى آخر : ففى الاول يكون جزئية كل واحد من اجزاء المركب للمؤثر التام امرا عقلياً قهرياً يحصل لكل واحد منها من الحكم الشرعى المتعلق بالمركب ، و هذا بخلاف الاخير اذا لدال على المؤثر التام هو مجموع الدليلين فيكون استفادة جزئية العقد للمؤثر التام من الاطلاقات ودليل نفى الاكراه معا وبعد كون دليل نفى الاكراه دخيلا فى اثبات جزئية العقد للمؤثر التام لا يعقل ان يكون رافعاً اذ لا معنى لرفع مايثبت من نفسه :

قوله قده بقى الكلام فى ان الرضاء المتأخر ناقل او كاشف (الخ) اعلم ان بعض الامور التى له دخل فى تحقق العلة التامة والمجموع المؤثر وقع الاتفاق فى كونه ناقلا : ولم يقع فيه البحث عن الكشف والنقل . و ذلك

كالقبول بالنسبة الى الايجاب اذلم يعهد من احد توهم كونه كاشفاً عن تحقق الاثر من حين تمامية الايجاب مع امكان فرض ثمرة مهمة في كاشفيته كما في باب الاجارة مثلما اذا فرض تاخر القبول عن الايجاب بمقدار زمان لا يضر بالموالات العرفية كدقيقة او اكثر وفرض منافع معتدة بها المعين المستاجرة في هذا المقدار اذ على النقل تكون المنافع للموجر دعلى الكشف للمستاجر لكن لم يعهد القول بالكشف فيه،، و كالقبض في الهبة و الصرف و السلم حيث لم ينقل فيه ايضاً البحث عن الكشف و النقل : و بعض الامور وقع فيه البحث المذكور: فلابد اولامن ضابط به يمتاز مايقع فيه البحث عما لايقع لكي يظهر ان الرضاء في عقد المكره من اي قسم من القسمين ثم بعد تبين كونه مما يقع فيه البحث : يبحث عن كونه ناقلا او كاشفاً فهنا مقامان الاول في بيان الضابط وهو على ماحدده في جامع المقاصد عبارة عن كماله نظر الى الامر المتقدم . ويكون بوجوده مصلحاً له وموجباً لقلبه عن حالة الى حالة اخرى (و بعبارة اخرى) يكون كمفيض الحيوة والروح في الامر المتقدم (وبعبارة ثالثة) تكون نسبته الى الامر المتقدم كنسبة الحاكم الى المحكوم في كونه شارحاً ومفسراً له فهو مما يقع فيه البحث عن الكشف و النقل وذلك كالاجازة في المعاملة الفضولية حيث انها ناظرة الى تصحيح ماصدر عن الفضول من المعاملة ومفيض الحيوة اليها ،مدان كانت ميتة لولا الاجازة و كاداء المالك زكوته اذا باع الجنس الزكوى قبل اخراج زكوته اذ للساعي (ح) ان يتبع المال الزكوى اينما يجده الا اذا ادى المالك مافيه من الزكوة من عين آخر من اعيان اموالهفيكون ادائه للزكوة عن عين آخر ناظراً ومصححاً لماصدر منه من البيع المتقدم و نظائر ذلك كثيرة في الفقه من اول الطهارة الى آخر الديات و نقل شيخنا الاستاد دام ظله عن بعض مشايخه وهو الشيخ محمد باقر الاصفهاني

قدس الله سره بانه انحاها من اول الطهارة الى بعض مسائل الحج فى زمان بالغ الى اربعة اشهر وكان هذا من احاطته فى الفقه ، ،وكلما كان بنفس وجوده له المدخلية فى التاثير بالنظر له فى تصحيح الامر المتقدم فلايقع فيه البحث عن الكشف والنقل وذلك كالقبول والقبض ، ، اذا تبين ذلك . فاعلم ان الرضاء فى باب المكره داخل تحت ضابط مايقع فيه البحث ، ، ضرورة انه كالاجازة ناظر الى الامر المتقدم لانه بماهو هو دخيل فى التاثير .

المقام الثانى فى ان الرضا فى عقد المكره هل هو كاشف اوناقل : وفيه (وجهان) اقواهما الاول ، ، وذلك لدلالة مايدل على كاشفية الاجازة فى باب الفضولى على كاشفية الرضا ايضا ،، وذلك للاجل مقايسة عقد المكره بالفضولى حتى يقال بانه قياس . بل لان الاحكام الثابتة فى باب المعاملات على اقسام (فمنها) ماتكون ثابتة لها بماهى عقد اوايقاع . بلادخل لعنوان المعاوضة فى ثبوتها (ومنها) ماتكون ثابتة لخصوص البيع مثلا والمستفاد مما دل على كاشفية الاجازة فى باب الفضولى هو ان الاجازة بماهى اجازة لانها بماهى اجازة للعقد الفضولى كاشفة ، ، وكذا مادل على نفوذ بيع المال الزكوى اذا ادى المالك زكوته بعد البيع من غير عين الزكوى فانه ايضا يدل على ان الامر المتاخر كاشف عن صحة الامر المتقدم لابماهو بيع ، ، وهذا هو المراد بقول المصنف قده الا ان الاقوى بحسب الادلة النقلية هو الثانى .

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 الانشائى عن النقل الواقعى ،، وتوضيحه ان البايع ببيعه ينشاء البيع ويكون منشائه حاصلا بانشائه تعلق به الامضاء الشرعى امر لا : الا انه لما لم يكن ممن بيده الاعتبار لايترتب على منشائه الحاصل بانشائه اثر ما لم

يتعلق به الامضاء من بيده الاعتبار : فاذا امضاه الشارع يترتب عليه الاثر بامضائه وهو معنى تحقق المنشاء بحسب الواقع فى عالم الاعتبار .

والحاصل ان نفس ما صدر عن المنشى اعنى المنشاء الحاصل بانشائه يصير محكوما بكونه واقعيا بتعلق الامضاء به فهو بوجوده الانشائى موجود قبل الامضاء وعلى هذا فيكون هذا المعنى الانشائى هو المتعلق للاجازة واذا كان حاصلا حين البيع وتعلق الاجازة به ينتج الكشف : ووقوع الاثر من حين العقد .

ولا يخفى ما فيه وذلك لان لازم ما ذكر وقوع الاثر من حين تمامية الايجاب قبل تحقق القبول اذ الذى ينشائه الموجب بايجابه حاصل بعد الايجاب فى عالم الانشاء بالبيان المتقدم : ولازم ذلك هو الحكم بالصحة من حين الايجاب مع انه مما لم يلتزم به هذا القائل ، ، وتظهر الثمرة فيما ذكرناه من مثال الاجارة اذا فرض وجود منافع معتدة بها بين الايجاب والقبول كما لا يخفى .

قوله قده وان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد (الخ) لا يخفى ان الاجازة تارة تكون فى مقابل الفسخ وتارة تقع فى مقابل الرد وكون الفسخ هو الحل من حينه يقتضى ان تكون الاجازة التى فى مقابله امضاء من حين الاجازة لا ان الاجازة التى فى مقابل الرد امضاء من حينها ، ، وذلك لان الخيار لما كان هو السلطنة على اقرار العقد السابق او حله وكان جعله من الشارع او من المتعاملين لان تكون لهما النظرة الثانية فى صلاح المعاملة وفسادها ، ، فالقرار والتثبيت والفسخ والحل كلاهما يقعان على العقد الصحيح المفروغ صحته مع قطع النظر عن هذه الاجازة والفسخ فيكون كلاهما من حين وقوعهما لا من حين العقد وهذا بخلاف الاجازة والرد فى المقام اذ بالاجازة يراد تصحيح العقد لانها تثبيت للعقد الصحيح ومن المعلوم ان الرد الذى فى مقابلها

يوجب رفع اثر العقد من حين العقد لا من حين الرد فمقتضى مقابلته مع الاجازة ان تكون الاجازة ايضا كذلك .

قوله قده ومن شروط المتعاقدين اذن السيد لو كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوك ان يوقع عقدا الا باذن سيد . (الخ) اعلم ان الاقوال في جواز تصرفات العبد ومنعه بين افراط وتفريط فمن قائل يقول بجواز تصرفه فيماله في نفسه من النكاح والطلاق ونحوهما مما لا يكون التصرف فيه تصرفا في سلطان مولاه . وفيما يتبع به بعد عتقه كضمانه ونحوه . وفيما يكون راجعا الى غيره : مثل التوكل عن الغير في بيع او شراء او ايقاع ، ، ويكون ممنوع التصرف فيما يتعلق بحق المولى وسلطانه اداء لحقه وسلطنته ، ، ومن قائل يقول بمحجوريته عن كل فعل . او قول من عقد او ايقاع . او عمل قليل او كثير . صغير او كبير الا ما ثبت جوازه بالدليل ، فعلى القول الاول لا بد في اثبات هجره في كل مورد من التماس دليل يثبت به منعه بالخصوص او يكون تصرفه فيه في سلطان مولاه ، و على القول الثاني فلا بد من في اثبات صحة تصرفه من التماس دليل مثبت لجوازه ، ، ولا يخفى ان هذين القولين في شقاق واوسط الاقوال هو الوسط بين القولين وهو منعه عن كل ما يعد شياء معتداً به سواء كان تصرفا في سلطان مولاه ام لا . وعلى الثاني كان راجعا الى نفسه او الى غيره كالتوكل عن الغير وفيما كان راجعا الى نفسه ايضا كان مما يتبع به بعد عتقه كالضمان او لا كالنكاح والطلاق : وسواء كان بالنسبة الى الوضع او الى التكليف فقط او بالنسبة اليهما معاً ومنعه عن التكليف يقتضي حرمته وعن الوضع يقتضي عدم نفوذه و فساده ، ، وجواز تصرفه في كل ما لا يعد شياء معتداً به كتكلمه واكله ونومه و نحو ذلك وهذا هو الاقوى ، ، ويدل عليه قوله تعالى عبداً مملوكا لا يقدر على شيئ بضميمة ما ورد في رواية زرارة من الاستدلال بالاية المباركة على عدم

جواز نكاحه وطلاقه مستدلا بان الطلاق شيئي .

وتوضيح الاستدلال هو ان قوله تعالى لايقدر على شيئي يحتمل ان يكون احترازياً . ويحتمل ان يكون توضيحيا : فعلى الاول فتدل الاية المباركة على انقسام العبد الى من لايكون قادراً على شيئي ومن يكون كذلك . فلا تدل على ان كل عبد لايقدر على شيئي فتخرج عن الدلالة على ممنوعية العبد عن التصرف مطلقا ولابد (ح) في اثبات هجره عن التصرف من التماس دليل آخر يدل على منعه بالعموم او بالخصوص : وهذا هو مبنى القول الاول ومدركه . فانه جعل القيد احترازيا واستدل لمنع العبد عن التصرف بكونه موجباً لتفويت حق المولى : ولذا خصص المنع بمايضاد مع سلطان المولى .

وعلى الثاني فتدل الاية على ممنوعيته عن التصرف و (ح) يقع الكلام في المراد من كلمة شيئي فان فيه ايضا احتمالين (الاول) ان يكون بمعناه العام المساوق للوجود وعلى هذا الاحتمال تدل الاية على منع العبد عن كل تصرف سواء كان معتداً به اولا فبمقدار ما ثبت جوازه يلتزم به من باب التخصيص . و بالنسبة الى مالم يثبت جوازه تكون الاية هي المرجع والمحكم ، ، وهذا مدرك القول بمهجوريته عن كل تصرف الا ماثبت بالدليل (الثاني) ان يكون الشيئي بمعنى مايعد شيئا عرفا ويكون امراً معتداً به وعلى هذا الاحتمال يتم المختار .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان المتعين من محتملي جملة لايقدر على شيئي هو التوضيحي لا الاحترازي ، ؛ وذلك لوجهين (الاول) استدلال الامام عليه السلام بتلك الاية على عدم نفوذ نكاح العبد وطلاقه مستدلا بان الطلاق شيئي مع ان الحمل على الاحتراز يسقط الاية عن كونها دليلا على عدم النفوذ كما عرفت (والثاني) ان قوله تعالى (مملوك) لااشكال في كونه توضيحيا اذ لايعقل ان يكون احترازاً عن العبد الغير المملوك اذ لا يكون العبد على نوعين مملوك و غير

مملوك بل كل عبد فهو مملوك فالمملوك صفة للعبد جيئى به للتوضيح ويكون قرينة بحكم وحدة السياق على ان جملة لايقدر على شيئى ايضا تكون كذلك .

والحاصل ان الاية المباركة فى نفسها بقرينة كلمة (مملوك) مضافا الى الاستشهاد الامام عليه السلام بها فى رواية زرارة ظاهرة فى كون جملة لايقدر توضيحيا لا احترازيا وبهذا سقط القول الاول بفساد مدركه وهو توهم كون الجملة احترازيا كما لايخفى هذا بالنسبة الى مايحتمل فى جملة لايقدر ، ، و اما بالنسبة الى احتمالى كلمة شيئى فالمتعين فيها ايضا هو الشيئى المعتد به ، ، و ذلك للظهور العرفى مضافا الى تطبيق الامام عليه السلام اياه على الطلاق فى قوله عليه السلام فشيئى الطلاق : اذ الظاهر منه ان ما كان مثل الطلاق مما يكون معتداً به يكون مرادا من كلمة شيئى فما لا يعتد به من الاشياء يخرج عن عموم الشيئى وبهذا يسقط القول الثانى ايضا بفساد مدركه : وهو توهم ارادة العموم من كلمة شيئى من جهة مساوقتها مع الوجود وتبين صحة القول المختار وهو منع العبد عن كل قول او فعل معتد به . سواء كان تصرفا فى سلطان المولى ام لا . وسواء كان فى التكليف او 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 او ايقاع اذا كان وكيلا فى نفس اجراء الصيغة محضا او 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 الاخر ، ، فنقول المعاملة

الصادرة عن الشخص تتقوم بامور (الاول) اللفظ الصادر عنه لو كانت بالقول : او الفعل الذي يقع به الانشاء لو كانت بالمعاطات (الثاني) قصد معناه بان يكون مريداً لمعناه ومستعملا للفظ في معناه حين التلفظ لا ان يكون تلفظه بلا قصد المعنى والاستعمال (الثالث) ان يكون منشياً للمعاملة بذاك الاستعمال بحيث اخذ الاستعمال آلة للانشاء (الربع) تلك المعاملة المنشائة بانشائه ، ، والفرق بين الثالث والرابع هو الفرق بين المصدر وبين اسمه وان الثالث معنى المصدر والرابع اسم المصدر.

اذا تبين ذلك : فنقول الامران الاولان يكونان من ناحية السبب اما الاول منهما فواضح : واما الثاني فلان قصد المعنى واستعمال اللفظ فيه اى القاء المعنى بكسوة اللفظ يكون سبباً وآلة للانشاء فيعد من ناحية السبب و الامران الاخران من ناحية المسبب ، ، اما الاخير منهما اعنى المعاملة المنشائة بالمعنى الاسم المصدرى . فواضح : و اما الامر الثالث فكذلك ايضاً : حيث انك عرفت عدم التفاوت بينه وبين الاخير الا بالاعتبار ، ، حيث ان المعنى المنشاء باعتبار انتسابه الى الفاعل ايجاد وباعتباره في نفسه وجود كما لا يخفى .

وعلى هذا فاذا كان النهي راجعاً الى احد الامرين الاولين او اليهما معاً فلا يقتضي الفساد ، : واذا كان راجعاً الى الاخرين . او الى احدهما فيوجب الفساد : فلابد من ملاحظة ما يكون العبد منهيا عنه حتى يظهر ان النهي عنه هل هو راجع الى ناحية السبب او الى ناحية المسبب .

فنقول ما ثبت نهيه عنه امور ما كان تصرفا منه في سلطان المولى وما كان راجعاً الى نفسه فملا : او يتبع به بعد عتقه وما كان راجعا الى الغير مثل توكله عن الغير في مباشرته لايقاع صيغة عقد او ايقاع او توكله على نحو الوكيل المفوض ، ، اما ما كان منه تصرفا في سلطان المولى و ذلك كبيع ما بيده من

امواله . سواء قلنا بملكه . او باستحالة ملكه . فالنهي عنه راجع الى المسبب بالدرجة الثالثة والرابعة معاً ، ، اما الدرجة الثالثة منه فلان نفس تصرفه هذا مثل بيع مابيده شيئي معتد به و مقتضى الاية هو سلب قدرة العبد عنه : واما الدرجة الرابعة منه فلان انتقال مابيده بالمعنى الاسم المصدري تصرف في سلطان مولاه ولو قلنا بملك العبد اياه فيكون ممنوعا عنه واما ما كان راجعا الى نفسه ولم يكن تصرفا في سلطان المولى مما كان منه فعلا كالنكاح والطلاق : فالنهي عنه راجع الى المسبب ايضا . لكن بالدرجة الثالثة اعني مرحلة انشاء المعاملة لانه يكون شيئا معتداً به فيكون منهيا عنه كذلك . وما كان منه يتبع به بعد العتق ايضا كذلك اذ هو ايضا منهي عنه بالنظر الى كونه شيا معتداً به ، ، واما ما كان منه راجعا الى الغير فبالنسبة الى الوكالة المفوضة فهو ايضا راجع الى ناحية المسبب بكلتا الدرجتين حيث ان مايصدر عنه بما هو فعله بالمعنى المصدري منهي عنه لكونه شيئاً معتداً به ، و بمعناه الاسم المصدري تصرف في سلطان مولاه وبالنسبة الى التوكل في ايقاع معاملة من عقد او ايقاع فعن الجواهر القول بصحته مستدلا له بكون النهي عنه راجعاً الى ناحية السبب فلا يقتضي فساده ولا يخفى مافيه ، ، اما اولا فلان السبب فيه ليس منهيا عنه اصلا ، ، ضرورة ان الالتزام بالنهي عن السبب وارجاع النهي الى السبب بمعنى كون السبب اعني الدرجتين الاوليين وهما التلفظ بالصيغة و قصد مدلولها مبنى على جعل كلمة شيئي بمعناه العموم المساوق للوجود حتى يدل على حرمة كل شيئي على المملوك وقد عرفت منعه وان المستظهر عن لفظة شيئي هو مايعد شيئا معتداً به ، ، واما ثانيا فلان النهي فيه راجع الى مرحلة المسبب غاية الامر لا بكلتا درجتيه بل انما تعلق بالدرجة الاولى من ناحية المسبب وهي مرحلة الانشاء بالمعنى المصدري : حيث

ان التوكل عن الغير الموجب لنفوذ امره على الغير اعنى موكله او الموكل عليه شيئى معتد به فيكون منهيا 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 او ايقاع سواء كان لنفسه او لغيره وما كان لنفسه اهم مما يتبع به بعد عتقه كالضمان اولا كالنكاح والطلاق وما كان عن غيره اعم مما بالوكالة المفوضة او بصرف التوكل عن الغير فى اجراء صيغة عقد او ايقاع كل ذلك بما تقدم من الدليل خلافا لمن يجيز ضمانه ونحوه مما يتبع به بعد عتقه ،، و توكله فى اجراء صيغة معاملة مستدلا بانه ليس تصرفا فى سلطان المولى .

قوله قدس سره وكيف 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 الشيئى شرعا فى باب التكاليف يقتضى تحريمه وفى باب الوضعيات يقتضى عدم نفوذه ،، والاية المباركة تدل على سلب القدرة عن العبد شرعا بالنسبة الى ما يعد من الامور شيئا معتدا به من التكاليف التى ثبت اشراكها بين العبيد 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 معاملة لا يكون راجعا الى مرحلة السبب بدرجتيه وانما هو راجع الى مرحلة المسبب اما بكلتا درجتيه حسبما بيناه او الى درجته الاولى اعنى الايجاد بالمعنى المصدرى فالتلفظ بالصيغة او استعمالها فى معناها لا يكون محرما على العبد بل انما هو كساير تكلماته التى لا يتوقف اباحتها على اذن المولى .

الامر الثالث لو قلنا بارجاع النهى الى ناحية السبب ايضا وان التلفظ بلفظ الصيغة

او استعمالها في معناها يكون محرماً عليه بواسطة النهي لا يكون نتيجة تحريمه عليه شرطية الحرية في مجرى الصيغة مثل اشتراط العربية والماضوية مثلا فيها بل غاية الامر يكون السبب بما هو حراماً اما انه يشترط في صيغة المعاملات ان تكون صادرة عن غير الاحرار فلا، والسر في ذلك هو ان الاية المباركة ناظرة الى سلب القدرة عن العبد شرعاً في الاشياء بجامع واحد وعلى تقدير شمولها لسلب القدرة عن مثل التلفظ بالصيغة فلا تدل على ازيد من حرمته لما عرفت في الامر الاول من ان نتيجة انسلاب القدرة شرعاً في مورد التكاليف هو الحرمة.

الامر الرابع اذا اذن المولى عبده فاما يكون في التكليف او يكون في الوضع وعلى كلا التقديرين فاما يكون الاذن سابقاً او مقارناً او لاحقاً لا اشكال في جواز الفعل التكليفي ونفوذ الوضعي بالاذن السابق والمقارن وذلك لان المستفاد من الاية لا يكون الا عدم الاستقلال للعبد في الفعل الذي هو لازم انسلاب القدرة عنه ومع انضمام اذن السيد اليه يخرج عن مورد النهي الشرعي فيصير مباحاً لو كان تكليفا وينفذ لو كان وضعا اما الاذن المتأخر فلا يفيد في تحليل الفعل المتقدم في باب التكليف فلو سافر العبد بغير اذن مولاه ثم اذنه المولى فاذنه يؤثر في رفع الحرمة من حين وقوعه ولا يوجب اباحة سفره هذا من اول الامر ويترتب على هذا وجوب الاتمام عليه لو لم يكن الباقي من مسافة سيره من حين الاذن بقدر مسافة التقصير ولو كان مع ما مضى بقدرها او ازيد، واما الاذن المتأخر في باب المعاملات: فهل يوجب نفوذ المعاملة الصادرة منه كما في الفضولي ام لا (وجهان) يأتي الكلام فيه مستوفى انشاء الله.

الامر الخامس اذا كان تصرف العبد فيما بيده من مال المولى الذي يملك العبد مع ما في يده يكون من مصاديق عقد الفضولي فاجازة المولى تكون كاجازة المالك

فى باب الفضولى بعينه وان كان تصرفه فيما لنفسه سواء كان مما يتبع به بعد عتقه كضمانه ام لا كنكاحه مثلا فاجازه المولى ،، فهل اجازة المولى كاجازة المالك فى الفضولى او كاجازة المرتهن بيع الراهن او اجازة العمة او الخالة لعقد بنت الاخ او الاخت وكاجازة اب البالغة لنكاحها لو قيل بتوقف صحته على اذن الاب (احتمالات) اقواها الاخير ،، وذلك لعدم اجراء اجازة المالك فى الفضولى هنا قطعا . اذ ليس تصرف العبد فى ملك المولى كما هو المفروض وحينئذ يجب ان ينظر فى عقد الراهن وتشخيص انه هل يكون توقفه على اذن المرتهن من جهة كون العين المرهونة متعلقة لحق المرتهن او انه من جهة قصور الراهن عن ان يصدر منه ذاك الفعل فان كان من قبيل الاول فلا يكون المقام مثله ، لضرورة ان هجر العبد عما يفعله ليس لاجل تعلق حق المولى فى متعلق فعله وذلك ظاهر ،، وان كان من قبيل الثانى فيصير نظير المقام ،، ولكن لا شبهة فى ان توقف بيع الراهن على اذن المرتهن انما هو لاجل كون العين متعلقة لحق المرتهن فلا يكون نظير المقام فظهر ان التوقف فى المقام نظير توقف عقد بنت الاخ او الاخت على اذن العمة او الخالة .

الامر السادس اذا كان تصرف العبد فى ملك المولى فاجازة المولى تتعلق الى الدرجة الثانية من ناحية المسبب . اعنى نتيجة فعل العبد . وما صدر منه بالمعنى الاسم المصدرى ،، واذا كان تصرفه فيما لنفسه مثل الضمان يكون متعلق الاجازة هو المسبب بالدرجة الاولى اعنى المعنى المصدرى . ولا يلزم انتفاء الدرجة الثانية من المسبب كون الاجازة راجعاً الى ناحية السبب لكى يورد بما فى الكتاب من انه غير قابل للاجازة للزوم الانقلاب على ما سيأتى فى الامر السابع مع ما فيه ،، وذلك لامكان تعلقها الى مرحلة المسبب بما هو متعلق حق المولى وهو الدرجة الاولى مما فى ناحية المسبب والمعنى

المصدري.

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 العوضين (الخ) ، ، وحاصله ان المنع تعلق الى ناحية السبب فهو وقع حراماً منهياً 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 منهياً عنه اولا وعلى تقدير تسليم النهي عنه فلا يدل على شرطية صدوره عن الحر ثانياً لكي يقال انه وقع فاقد الشرط والاذن المتأخر لا يوجب انقلابه عما وقع عليه : فهذا الوجه في غاية السقوط .

ثم انه قدس سره اختار في آخر الكلام نفوذ معاملته باجازة المولى بقوله الا ان الاقوى هو لحوق اجازة المولى ، ، ولا يخفى ان نظره قدس سره الى لحوق الاجازة الى ناحية السبب اعني مقام التلفظ بالصيغة او مقام استعمالها في معناها : ، ويستدل على ما اختاره من لحوق الاجازة بوجوه ثلاثة (الاول) ما اشار اليه بقوله لعموم ادلة الوفاء (الخ) وحاصله ان عموم ادلة الوفاء يقتضي صحة العقد الصادر من العبد مطلقا : سواء كان مع اذن المولى ام لا لكنه قيد بالاية 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 ومع الشك في المراد من المقيد وانه هل يراد منه خصوص الاذن السابق او الاعم منه ومن اللاحق يكون المرجع هو عموم ادلة الوفاء ، ، وذلك لاجمال المخصص اعني دليل اعتبار الاذن ودوران بين الاكثر وهو خصوص الاذن السابق اذ خصوصية السبق امر زائد يكون مشكوكا وبين الاقل وهو مطلق الاذن الاعم من اللاحق : ، ولما كان المخصص منفصلا

. لايسرى اجماله الى العام يؤخذ بالمتيقن منه ويرجع فى الزائد المشكوك الى العموم كما هو الشأن عند الشك فى اجمال المخصص المنفصل .

واشار الى الوجه الثانى الذى افاده بصورة التأييد للوجه الاول بقوله . ويؤيد ارادة الاعم من الاجازة الصحيحة السابقة (الخ) ، ، وحاصله ان رواية زرارة المذكورة فى الكتاب تدل على اعتبار اذن المولى فى نكاح العبد و طلاقه : حيث قال عليه السلام المملوك لايجوز 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 فى صحة نكاح العبد الواقع بغير اذن المولى اذا تعقب باجازة المولى تكون قرينة على ارادة الاعم فى رواية زرارة ، ، وذلك لان ماورد فى صحة نكاحه عند التعقب بالاجازة يصير مبنياً للمراد من الاذن الذى اعتبر فى رواية زرارة وان المراد به هو الاعم من الاذن اللاحق .

فان قلت المذكور فى رواية زرارة هو اشتراط نكاح العبد و طلاقه معاً باذن المولى فكما ورد بدليل آخر كفاية الاذن المتأخر فى صحة نكاحه كذلك ورد دليل آخر فى عدم صحة طلاقه باذن المتأخر فيمكن ان يجعل ذاك الدليل قرينة على خصوص الاذن السابق من رواية زرارة اذ ليس جعل ماورد من كفاية الاذن المتأخر فى صحة النكاح قرينة على ارادة الاعم من الاذن السابق اولى من جعل ماورد من عدم كفاية الاذن المتأخر فى 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 هى مسوقة لبيان نفى استقلال العبد فى الطلاق ويلزمه توقف طلاقه على اذن المولى لكن هذا اللازم

ليس مدلولا مطابقياً للرواية و (ح) لايمكن ان يجعل مايدل 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 بمباشرته لايقاع العقد ويمكن ان يكون بتوكيله لحر في ايقاعه وعلى الاول يكون امضاء المولى لمضمون نكاحه امضاء لسببه ايضاً ،، و بعبارة اخرى عند صدور العقد عن العبد بالمباشرة يحتاج الى امضائين امضاء النكاح بمعناه الاسم المصدري وامضائه بما هو سبب صادر عن العبد موجب لتحقق مسببه وعند صدوره عن وكيله يحتاج الى امضاء واحد وهو امضاء المعنى المسببي اذ السبب (ح) لايحتاج الى اذن المولى والرواية بترك الاستفصال تدل على كفاية الاذن اللاحق في صحة السبب كما تدل على كفايته في صحة المسبب فتكون دليلا على تاثير الاجازة اللاحقة في العقد الصادر عن العبد بما هو سبب ،، هذا محصل الوجوه المستفادة عن العبارة مع مافيها من الاغلاق : والكل مخدوش.

اما الاول فلان دعوى شمول اطلاق الاذن للاذن المتأخر ممنوعة جدا كيف والاذن بمفهومه العرفي عبارة عما يكون سابقاً او مقارنا والامر المتأخر انما يسمى بالاجازة فالاذن مأخوذ في مفهومه العرفي ان لايكون متأخراً فجعل كلمة الاذن في قوله عليه السلام لايجوز نكاحه ولاطلاقه الا باذن سيده اعم من الاذن اللاحق مناف مع مايفهم من لفظ الاذن عرفا الذي هو المناط في معناه فبطل الوجه الاول بمنع اطلاق الاذن للمعنى الاعم من السابق.

واما الوجه الثاني فلان جعل ماورد في رواية الوارادة في صحة نكاح العبد

من التعليل بانه 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 يجئ السئوال 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 اجنبي عن جواب الاشكال لان الاذن المشترط في الطلاق والنكاح سواء كان دليل اشتراطه دالا على اشتراطه بالالتزام او دالا 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 مسوقا لبيانه او كان مدلوله بالالتزام .

واما الثالث فلان مقتضى ما دل على كفاية اجازة السيد في صحة نكاح العبد هو قابلية السبب للحوق 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 مستقلا فيما ليس للسيد اجازة المسبب ، ، وما نحن فيه من هذا القبيل : 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 او ولو لا يتبع به بعد عتقه كنذره او كان راجعاً الى غيره كتوكله عن

غيره ، ، واما بالنسبة الى مافى يده من الاموال فلا اشكال فى كفاية الاجازة المتأخرة لكونه فضولياً كما قدمناه ، ، و بالجملة الدليل الذى ذكره المصنف قدس سره يدل على كفاية الاجازة المتأخرة المتعلقة الى السبب لو كانت تبعياً فى صورة كان له اجازة المسبب والمدعى كفاية اجازته فيما كان نفس السبب هو المتعلق للاجازة مستقلا من دون ان يكون صحة المسبب متوقفاً على اجازة السبب والمتحصل ان الوجوه الثلاثة التى ذكرها فى كفاية الاجازة المتأخرة فى صحة السبب كلها ممنوعة .

والتحقيق ان يقال ان صحة السبب لا تتوقف على اجازة المولى اصلا وذلك لما بنياه من ان المراد من السبب هو الدرجتين الاوليين اعنى التلفظ بالصيغة و استعمالها فى معناها بل هاتان الدرجتان خارجتان عن النهى الدال عليه عموم آية (لا يقدر على شيئ) وعلى فرض شمول العموم لهما ايضاً لا يدل النهى الاعلى حرمتهما وهو لا يدل على الفساد وانما المحتاج الى الاجازة هو المسبب بدرجيته اعنى مرحلة الانشاء بالمعنى المصدرى و مرحلة المنشاء بالمعنى الاسم المصدرى فحينئذ يجاب عن الاشكال بما يجيئى فى تنبيهات الفضولى 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 اولاجل وقوعه على حقه كبيع مال المرهون او كان متوقفا على اذنه ولو لاجل كون متعلق العقد ملكا او متعلقا لحقه كعقد بنت الاخ او الاخت على العمة او الخالة ففى جميع هذه الموارد تكفى الاجازة المتأخرة وهى تتعلق دائماً الى ناحية المسبب غاية الامر فى بعض الموارد على كلتا درجتيه كما فى اجازة المالك وفى بعض الموارد على الدرجة الاولى منه كما فى اجازة العمة او الخالة لعقد بنت الاخ او الاخت .

والعبارة الجامعة لماذكرناه هي ان يقال كل عقد صادر عن شخص يتوقف نفوذه على اذن مخلوق تكفي اجازة من لاذنه دخل في صحته

وهذا المعنى بذاك الجامع العام وان كان محلا للكلام ووقع فيه البحث بين الاعلام الا انه سيجئ في تنبيهات الفضولي بان ماذكرناه هو المختار : وعليه فمعاملة العبد تكون داخلة في هذا الجامع من غير اشكال كما لا يخفى .

والمتحصل مماذكرناه هو ان الظاهر من المصنف قدس سره ارجاع النهي الى ناحية السبب ثم الاستدلال على صحته بعد الاجازة بما وود من كفاية اجازة السيد نكاح عبده الشامل لما كان العبد هو بنفسه عاقداً بالمباشرة بواسطة ترك الاستفصال .

ومحصل الايراد عليه ان النهي لايكون راجعاً الى السبب وعلى تقدير ارجاعه اليه لايدل على الفساد ، وعلى تقدير دلالته على الفساد ماورد من كفاية الاجازة المتأخرة في صحة النكاح لايدل على كفايتها في صحة السبب لان كفاية الاجازة المتأخرة في صحة النكاح انما تدل على كفايتها في صحة السبب لو كان السبب غير مستقل في الاجازة بل كان كالمعنى الحرفي في تعلق الاجازة به بواسطة تعلقها بالمسبب ولايلزم من صحته اذا تعقب بالاجازة تبعاً : صحته اذا تعلق به الاجازة مستقلا وبما هو معنى اسمي مستقل للحاظ و ماستظهرناه 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 بان 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 بمعى استعمالها في معناها بل هو يصرح في آخر كلامه بعدم المنع عن التكلم والاستعمال في المعنى فمقصوده من الانشاء

الممنوع عنه هو ماذكرناه من الدرجة الاولى الراجعة الى ناحية المسبب (فح) فيرد عليه المنع عن استدلاله فى كفاية الاجازة المتأخرة بما ورد من صحة النكاح بها كما بيناه وكيف كان فحق المقام هو ماذكرناه من عدم اختصاص مورد الاجازة بما اذا كان التصرف واقعاً فى ملك الغير بل يصح العقد بالاجازة فى كل مورد كان واقعاً ومتوقفا على اذن الغير امالاجل تعلق حقه بمتعلق العقد اولاجل قصور فى العاقد نفسه كما بيناه .

قوله قده فرع لو امر العبد آمر ان يشترى نفسه من مولاه (الخ) لعلم ان شراء العبد نفسه لغيره بالوكالة عن الغير تارة يكون بشرائه نفسه عن مولاه نفسه و اخرى يكون باشترائه نفسه عن وكيل مولاه وعلى الثانى فاما يكون وكيل المولى وكيلا مطلقاً فى بيعه وفى امضائه لتوكله عن الغير و اخرى يكون وكيلا فى خصوص بيعه ولايكون وكيلا فى انفاذ توكل العبد عن غيره فهنا صور ثلاث وقد اورد فى صحة بيع العبد نفسه عن مولاه نفسه او عن وكيل المولى اشكالان (الاول) ان الموجب اذا كان المولى نفسه او وكيل المطلق عنه تكون اجازة وكالة العبد عن غيره فى شراء نفسه له بعين ايجاب البيع فالايجاب يقع فى حال عدم قابلية العبد للقبول حيث انه بالايجاب تنفذ وكالته فيصح قبوله بعد نفوذ وكالته ،، وفيما كان الايجاب من الوكيل المختص فى البيع لم يتحقق قابليته للقبول حتى بعد الايجاب ايضا فتبطل المعاملة لاجل عدم قابلية القابل للقبول حين الايجاب سواء حصل له القابلية بعد الايجاب . امّا : ولايخفى مافيه من الوهن . لانه لادليل على اعتبار قابلية القابل للقبول حين الايجاب بل يكفى فى صحة العقد كونه واجداً لشرائط القبول حين القبول فيصح العقد اذا كان الموجب هو المولى نفسه اوصدر الايجاب عن وكيله المطلق ،، واما اذا صدر عن الوكيل المختص بالبيع فيكون قبول

العبد واقعاً فی حال عدم تنفیذ وکالته عن الغیر فیصیر العقد المرکب منه ومن الایجاب (ح) فضولیاً فلایلغو الایجاب ایضاً بل یتوقف علی الاجازة : اما اجازة موکل العبد فی قبول الصادر عنه او اجازة مولی العبد فی وکالة العبد عن الغیر وایاً ما کان یصح العقد باحدی الاجازتین من غیر اشکال .

الاشکال الثانی لزوم اتحاد الموجب والقابل اذا العبد لما کان ملکا للمولی حین القبول فکان بمنزلة المولی فکان الایجاب والقبول صدر کلاهما عن المولی غایة الامر الایجاب منه نفسه والقبول منه بعبده ، ، ولایخفی ان هذا الاشکال اضعف من الاشکال الاول : اما اولا فلکفایة التعدد الاعتباری فی کل عقد واما ثانیاً فلانه علی فرض اعتبار التعدد وعدم الاکتفاء بالتعدد الاعتباری التعدد الخارجی فی المقام موجود اذ الایجاب یصدر عن شخص آخر وانما الاتحاد اعتباری وملاک الصحة وهو التعدد الواقعی موجود فی المقام فلاوقع لهذا الاشکال اصلا الی هنا نختم الکلام فی الجزء الاول مما علقناه علی مکاسب الشیخ الاعظم استاد الاساتید آیة الله الکبری الحاج شیخ مرتضی (الانصاری) نور الله تعالی مضجعه مما استفدناه من ابحاث شیخنا واستادنا الاعظم آیة الله علی الانام من الله الملک العلام المیرزا محمد حسین (النائینی) الغروی قدس سره وطیب رمسه مع ماسنح بخواطری الفاتر فی بعض الموارد حامداً لله سبحانه ومصلیاً علی النبی وآله علیهم من الصلوات انماها وازکاها وکان ختامه للطباعة بید مؤلفه الفقیر الضعیف الفانی محمد تقی بن محمد الاملی عفی عن جرائمهما فی ضحی یوم السبت الخامس من شهر ربیع الثانی من شهور سنة ثلاثمائة وثلاثة وسبعین بعد الالف من الهجرة النبویة علی مهاجرها الاف السلام والتحیة والحمد لله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً

الرقم	العنوان
٢	كلمة المولف
٤	تقريض الاستاد الاعظم النائيني (قده) على الكتاب وكلمته
»	في حق مؤلفه
٥	الكلام في المكاسب المحرمة
»	النهي عن المبادلة بين المالين بما يوجب نقل العين على قسمين
»	الاول ما كان النهي ناشئاً عن عدم قابلية احد العوضين للمبادلة
٦	في بيان المراد من النهي
١٣	في استثناء بيع الدهن المتنجس
١٤	هل يعتبر في صحته اشتراط الاستصباح
٢٠	هل يعتبر في صحة بيعه اعلام المشتري
٢١	الثاني ما يحرم من جهة صفة موجودة فيه
٢٢	في حكم الدراهم المغشوشة
٢٤	ما كانت صفته المحرمة امراً نفسانياً لا موجوداً خارجياً
» »	ما كان التحريم لاجل الغاية المترتبة عليه
٢٨	في الفرق بين مقدمة الواجب ومقدمة الحرام
٣١	في احتمال ترتب الغاية المحرمة عليه
٣٢	في بيان ما يفسد من المعاملات من جهة النهي عنه وما لا يفسد
٣٤	توجيه كلام الشيخ (قده) ان المخصص لا يوجب تعنون العام
٤٠	المقام الثاني في حكم بذل المال بازاء المنافع المحرمة
٤١	فيما يعتبر في صحة الاجارة
٤٢	في اخذ الاجرة على الواجب
٥٣	في اخذ الاجرة على العبادات

٥٧ فى حكم جوائز السلطان

٧٦ فى حكم مجهول المالك

٧٨ فى حكم مالوظهر المالك

٧٩ فى المال المختلط بالحرام

٨١ فى البيع

٨٤ فى الفرق بين البيع والصلح

٨٥ فى تعريف البيع

٨٦ فى بيان حقيقة البيع

٨٨ فيما يعتبر فى البيع

٩٠ فيما يعتبر فى العوض

٩١ فى جعل الحر عوضاً

٩٤ جعل الحق عوضاً فى البيع

٩٨ فى بعض تعاريف البيع

١١١ تقريب التمسك باطلاق ادلة المعاملات

١١٩ الكلام فى المعاطات

١٢١ فى توجيه القول بافادة المعاطات للاباحة

١٣١ فى البحث عن الادلة الدالة على صحة المعاطات

١٤١ فيما اورده الشيخ الكبير على القول بالاباحة

١٦٣ الكلام فى حكم المعاطات من حيث اللزوم والجواز

١٦٨ فى البحث عن عدم اختلاف حقيقة الملك باللزوم والجواز

١٧٧ فى البحث عن الاستدلال بعموم دليل السلطنة

١٧٩ فى البحث عن الاستدلال بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم الخ

الرقم	العنوان
١٨١	فى الاستدلال بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
١٩٠	هل يعتبر فى المعاطات ما يعتبر فى البيع باللفظ
١٩٤	فى البحث عن اشتراك المعاطاة مع البيع العقدى فيما يترتب عليه
» »	من الاحكام
٢٠١	فى البحث عما به يتميز البايع عن المشترى
٢٠٤	فى انحاء قصد المتعاطيين
٢٠٨	فى عدم جواز اباحة التصرفات المتوقفة على الملك
٢١٠	فى المراد من تقدير الملك
٢١٧	فى الكلام عن صحة الاباحة بالعوض
٢١٩	فى جريان المعاطات فى البيع
٢٢٥	فى البحث عن جريان المعاطات فى الرهن
٢٢٦	فى تأسيس الاصل فى لزوم المعاطات وجوازها على القول بالملك
» »	او الاباحة
٢٤١	فيما لو كان احد العوضين دنيا
٢٤٤	فيما لو نقل العينين او احديهما بعقد لازم
٢٥٣	فيما لو كان الناقل عقداً جايزاً
٢٥٥	فيما لو باع العين فضولياً
٢٥٨	فيما لو امتزجت العينان او احديهما
٢٦١	فيما لو تصرف فى العين تصرفاً مغير للصورة
٢٦٢	القسم السادس من الملزمات موت احد المتعاطين
٢٦٣	فى ان اللزوم الطارى على المعاطات هل هو قابل للفسخ والاقالة

الرقم	العنوان
٢٦٦	فى البحث عن اجراء الخيارات فى المعاطات
٢٦٩	فى الامرين اللذين لم يذكرا فى المتن ينبغى ذكرهما
٢٧٢	فى الفاظ العقود
٢٧٦	فى الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى الفاظ العقود
٢٨١	فى عدم صحة الانشاء بالالفاظ المجازية
٢٨٣	فى حكم الانشاء بالملحون
٢٨٤	فى البحث عن تقديم الايجاب على القبول
٢٨٩	فى البحث عن الموالات بين الايجاب والقبول
٢٩١	فى البحث عن اعتبار التنجيز فى العقود
٢٩٦	فى المقبوض بالعقد الفاسد
٣٠٠	فى قاعدة مايضمن بصحيحه
٣١٠	فى الامور المعتبرة فى عكس قضية مايضمن
٣١٣	فى دفع النقوض عن عكس القاعدة
٣٢٢	فى ذكر الاقوال فى مثل بعتك بلا ثمن وآجرتك بلا اجرة
٣٢٥	فى البحث عن وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد
٣٢٩	فى حكم ضمان منافع المقبوض بالعقد الفاسد
٣٣٠	فى البحث عن قاعدة الخراج بالضمان
٣٣٥	فى البحث عن المثلى والقيمى
٣٣٩	فى حكم الشك بين المثلى والقيمى
٣٤٧	فى حكم تعذر المثل
٣٤٩	فى البحث عن الاقوال فى المدار على القيمة
٣٥١	فى الدارهم التى اسقطت عن الاعتبار

الرقم	العنوان
٣٥٧	فى البحث عن القيمى
٣٥٩	فى صحيحة ابى ولاد
٣٦٢	فيما يرد على فقه صحيحة ابى ولاد
٣٦٨	فيما استدل به للقول بضمان اعلى القيم
٣٧٠	مدرك القول باعتبار قيمة يوم التلف
٣٧١	وينبغى التنبيه على مور
٣٧٣	التنبيه الثانى فى حكم بدل الحيلولة
٣٧٦	فى الفروع التى يذكر فى بدل الحيلولة
٣٩٥	فى شروط المتعاقدين
٢٩٦	فى تفصيل الكلام فى حجر الصبى
٤٠٤	فى اشتراط قصد المتعاقدين
٤٠٨	فى البحث عن اعتبار المالكين فى البيع
٤١٥	فى البحث عن اعتبار علم كل من الموجب والقابل بكون طرفه اصيلا
» »	او وكيلا او فضولياً
٤١٨	من شرائط المتعاقدين الاختيار
٤١٩	فى المراد من الاختيار
٤٢١	فى الادلة الدالة على اعتبار الاختيار
٤٢٤	فى التحقيق فى مدلول حديث الرفع
٤٢٥	فى البحث عن اعتبار اقتران الاكراه مع الايعاد
٤٢٧	فى البحث عن الاكراه على الكلى
٤٢٨	فى البحث عن امكان التفصى
٤٣٨	فى حكم الاكراه على البيع بحق

الرقم	العنوان
٤٤١	فى اكراه احد شخصين على فعل واحد
٤٤٢	فى اكراه احد شخصين على احد فعلين
٤٤٥	فى الاكراه على توكيل الغير
٤٤٦	فى اكراه الوكيل على قبول الوكالة
٤٤٨	هاهنا فروع
٤٤٩	فيما اذا اكره على بيع احد الشيئين فاختار المكره بيعهما معاً
٤٥٣	فيما اذا اكره على الطلاق وذكر صوره
٤٥٧	فى البحث عن الرضاء بالبيع المكره عليه
٤٦١	فى التكلم عما تقتضيه آية التجارة
٤٦٥	فى التكلم عما يقتضيه حديث الرفع
٤٧٢	فى ان الرضاء المتأخر ناقل او كاشف
٤٧٦	فى بيع المملوك
٤٨١	فى تنقيح البحث عن صحة ما يصدر عن العبد بالاجازة
٤٩٠	لو امر العبد آمر ان يشترى نفسه من مولاه

ص	سطر	غلط	صحيح
٨	١٤	المتعارضين	المتعارضان
١٣	١٠	منفعة	منفعته
١٥	٢٢	قارة	تارة
٣٢	١	بين	بيان
٣٦	٨	مالته	ماليته
٧٩	٤	(و)در آخر سطر	زائد
٨٣	١٢	نندرج	فتندرج
٩٢	١٦	للقدرة	القدرة

ص	سطر	غلط	صحيح
١٠١	١٣	احد	احدى
١٠٢	١٩	تحققة	تحققه
١٠٨	١	العدم	والعدم
١٠٨	٥	الانتظار	الانظار
١١٣	١	الفاظ	والفاظ
١١٦	١٢	على حية	الدالة على
١١٨	١٢	الاسباب امضاء المسبب	امضاء الاسباب

ص	سطر	غلط	صحيح
١١٩	١٤	هى	هو
١٢١	٢	لثانى	الثانى
١٢٣	١٣	عليه	عليها
١٢٤	١٦	بالثمن	بالمثمن
١٢٧	١	او تمليكا للمنفعة كذلك بعوض اومجاناً (زياد)	
١٣٤	١٥	الامالك	الافى ملك
١٣٧	٨	لمثمن	للمثمن
١٣٧	١٨	اللمثمن	المثمن
١٣٧	٢٣	اللمبيع	المبيع
١٣٨	٨	الى	اللتى
١٣٩	٢٠	يكن	يمكن
١٥٠	٧	لله	للا
١٥٠	٢٠	ماعن	عن ما
١٦٠	٢٢	لعد	وعد
١٦٢	١٦	مالوجه	الوجه
١٦٤	١	ينشائة	ينشائه
١٧٣	١٧	ويبق	وبين
١٧٧	١٦	تمسك	تمسكاً
١٨١		ازسطر ٣ الى نصف سطر ٤ (زائد)	
١٩٣	١٦	دلاوينه	وينه
١٩٣	٢٢	المسلك	المسالك

ص	سطر	غلط	صحيح
١٩٦	١٦	قلت	قامت
٢٠١	٢٢	انشاء	انشاء الله
٢٠٦	٢	تمليك	بتمليك
		ملكية	بملكية
٢٠٧	١٢	وَهذا	وهذه
٢١٥	١٢	بوقوع الغاصب	بوقوع بيع الغاصب
٢١٦	٩	ايانها	وايامنهما
٢٢٨	٢١	تنبيحها اولالى	تنبيهها الاولى
٢٢٩	٦	تلفها	تلفهما
٢٣١	٦	معاطاة	المعاطاة
٢٣٩	٣	مق	من
٢٤٢	٨	واما	اما
«	٩	اعتبار	اعتباره
٢٤٢	١٥	ملك	ملكا
٢٤٧	١	صيروته	صيرورته
٢٥٠	٢	المتصرف	المتصرف فيه
«	٧	ينتقال	ينتقل
٢٥١	٥	لمزوالا	لزوال
٢٥٣	٨	بالضمان	زائد
«	١٥	المعاطا	المعاطات

ص	سطر	غلط	صحيح
٢٥٤	٢	ما	مال
»	٥	جائز	الجائز
٢٥٦	٢	ايجيز	انيجيز
»	٣	هابيان	هماسيان
»	٦	للملك	لملك
٢٦٤	١٦	الا	لا
٢٦٥	١٩	فمه	فبه
٢٦٧	٢٢	الصورمحت	سلام الصورة محل
٢٧٠	٢	المتوفات	المستوفات
٢٧٦	١٥	يشك	مايشك
٢٧٧	١٥	هنا	هيئتها
٢٨٠	٢٢	الاستعمال	الاستعمال
»	»	اصل	اصلا
»	»	مجمع	بمجموع
٢٨١	١٤	اكثريت	اشتريت -
»	١٧	المشراء	الشراء
٢٨٩	٨	الشيئين	الشيئان
٢٩١	٣	اذا	اذ
٢٩٣	٢١	الزمان	الزمانى
٢٩٤	٢٢	انهر	انالماهر
٢٩٩	١٣	فيه هذا	فيهمنهذا

ص	سطر	غلط	صحيح
٣٠١	٩	العمنى	المعنى
٣٠٢	١٨	بصبحه	بصحيحه
٣٠٣	١١	الضمان	الضامن
٣٠٤	١٠	مو	ماهو
٣٠٩	١٩	عن	على
٣١٠	١	لهيكن	لم يكن
»	٤	المجازطتة	المجازبة
»	٥	مناها	معناها
»	٢٠	مضاد	مفاد
٣١٤	٣	وبالاصل	بالاصل و
»	١١	العير	المعير
»	٢١	نحن	نحن فيه
٣١٥	١٥	صاحاً	مباحاً
٣١٨	٩	لاباجارة	فى الاجارة
»	١١	هوكون	هو منع كون
٣٢٢	٦	الفرق	زائد
٣٢٦	١٨	قوله على	قوله عليه السلام
٣٣٦	٢٠	صورفى	صورة
٣٣٧	١	فى الوجود	الوجود فى
٣٥٢	١٤	انتفائه	انتفائها
»	١٥	موجود	موجودة
٣٥٨	٢٠	المتقددة	المتقدرة

ص	سطر	غلط	صحيح
٣٦٢	١	خير	الاخير
٣٦٩	١	بقيمة	بقيمتها
٣٧١	٢٠	التفات	التفاوت
٣٧٢	١٦	قيمةالتلف	قيمةيوم التلف
٣٧٣	١٦	رجاع	رجاء
٣٧٦	٧	كلا	كل
٣٧٩	٢٠	الكثية	الكثير
٣٨٠	١٢	املتفاهم	المتفاهم
٣٨٨	١٣	الامرالثانى	الامرالثامن
٣٨٩	١٣	بالاطلان	بالاطلاق
٣٩٨	٣	مقداره	مقدار
»	٥	اجماع	اجتماع
»	١٤و١٥	دخلا	دخل
٣٩٩	٢٠	التشريع	قلم التشريع
٤٠٠	١٨	كعوض	كعوض الجنايات
٤٠١	٢٢	ثم الشيخ	ثم ان الشيخ
٤٠٣	٦	رواما	واما
٤٠٤	١٠	مى	من
»	١٩	والنائم	من النائم
»	٢٢	مفعول	مفعول
٤٠٥	٣	التفات	الالتفات
»	٤	ايجاد	ايجاده

ض	سطر	غلط	صحيح
»	١١	الشريعة	التشريعية
٤٠٩	٣	الخيط	خيط
٤١٩	٣	يترقق	يتحقق
٤٢١	١٩	قد	قدر
٤٣٤	١٣	التررية	التورية
٤٣٥	٩	لما ارتكب	لارتكب
٤٤١	١	لم يتضيق	ملم يتضيق
»	٢٢	مايجب	ممايجب
٤٤٢	٢١و٢٢	دون الاخر	زائد
٤٤٣	١	باقدام	باقدام الاخر
٤٤٥	١٨	من ان	فى ان
٤٤٧	٦	لوكان	لوكانت
»	١٥	على	زائد
٤٤٨	١١	المفرض	المفروض
٤٤٩	١	مكره عليه	المكره عليه
»	٥	ارادة	ارادته
»	٨	تكو	تكون
٤٥١	٤	باب يملك	باب مايملك
٤٦٢	٢	منه	زائد
٤٦٤	٦	الالوية	الاولوية
٤٧٢	١٣	استفيد	واستفيد
٤٨١	٤	اسم	اعم
٤٩٠	٧	وود	وود

05871


VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY


WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
MAY-JUNE 1990
We're Quality Bound