

Princeton University Library



32101 073839027

al-Rūhānī, Muḥammad Sādiq

مِنْهَا الْفَصْلُ الْاَشَارِي

وهو تمليق

على كتاب البيع من مكاسب الشيخ الاعظم آية الله العظمى الانصاري ره

تأليف

الاستاذ المحقق آية الله

السيد محمد باقر الحسيني الرواسي

مد ظله

الجزء الثاني

چاپخانه نوین - قم

2264
1185
(out) .893

V. 2

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف بريته محمد وآله الطيبين الطاهرين

فى تعريف البيع وبيان حقيقته

قوله قدّه كتاب البيع وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال الخ

و قد اختلفت كلمات القوم فى تعريف البيع وبيان حقيقته - بعد اتفاقهم ظاهراً على انه لا حقيقة له شرعية ولا متشرعية وقبل بيان حقيقته وذكر تعاريف القوم لابد من التنبيه على امر

- وهو - ان فى البيع وكذا سائر المعاملات امور اربعة - احدها - اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين - ثانيها - اعتبارها القائم بالعقلاء - ثالثها - الاعتبار القائم بالشارع الاقدس - رابعها - اظهار المتبايعين اعتبارهما النفسانى بظهور خارجى من لفظ او غيره - وما اشتهر - من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ايجاد معنى كالملكية وغيرها باللفظ

- لا واقع له - اذ الوجود الحقيقى للمعنى لا يمكن ايجاده الا بسبابه الخارجية واللفظ و
ماضاهاء ليس منها بالضرورة - والوجود الاعتبارى اى اعتبار المعبر قائم بنفسه ولا دخل
للفظ وغيره فى تحققه - نعم - تسمية الاشياء ايجاراً بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفسانى
موضوع لاعتبار الشارع والعقلاء حيث ان بناء العقلاء على عدم اعتبار الملكية فى البيع
مثلاً الامع اعتبار المتبايعين بقيد الاعلام به - لا بأس بها - وعلى هذا فلا سببية فى باب
العقود والايقاعات اصلاً.

اذا عرفت هذا فاعلم انه قد عرف البيع بتعاريف (الاول) ما عن جماعة كالشيخ
فى محكى المبسوط والعلامة فى التذكرة وغيرهما فى غيرهما - من انه (انتقال عين من
شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى)

- واورد عليه - جماعة منهم السيد الفقيه فى الحاشية - بان الانتقال اثر للبيع و
ايضاً انه فعل و الانتقال انفعال و ايضاً هو منصف لسائر تصاريقه - اقول - ان ملكية
المشتري فى اعتبار العقلاء والشارع اثر للبيع بمعنى انه موضوع لها و اما الملكية فى
اعتبار المتبايعين فهم عين النقل و التمليك لا انها اثره فان ايجاداً لملكية اعتباراً
ووجودها كك متحدثان بالذات ومختلفان بالاعتبار وعليه فان اريد من الانتقال فى
التعريف الملكية فى نظر المتبايعين لا يرد عليه شىء من هذه الايرادات و ان اريد به
الملكية فى اعتبار العقلاء او الشارع - فيرد عليه الايراد الاول و الثالث دون الثانى
كماً لا يخفى .

فالاولى ان يورد على هذا التعريف بان البيع بماله من المعنى المرتكز فى
الاذهان قائم بالبائع لا بالعوضين والانتقال قائم بهما - مع - انه لا يعتبر الرضا فى مفهوم
البيع والالام يكن بيع المكره وبيع غير المقدور على تسليمه بيعاً .

الثانى ما عن المشهور من تعريفه (بالعقد المركب من الايجاب والقبول الدالين
على الانتقال) وعن العلامة دعوى الاجماع عليه وعن المختلف ان المتبادر منه ذلك .
واورد عليه صاحب الجواهر ره بان اللفظ من مقراءة الكيف و البيع فعل و

المقولات العشر متباينات لا يصدق بعضها على بعض (وفيه) ان البيع فعل عرفى لا مقول
كالتكلم الذى هو من مقولة الكيف .

و اورد عليه فى المتن بان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ واللام بعقل
انشائه باللفظ - ومراده بذلك - ان البيع بحسب المرتكز العرفى هو النقل والتملك
الخارجى - لا الوجود اللفظى للانشاء و الالما كان معنى لانشاءه بل كان اظهاره
اخباراً لانشاء اظهر التعريف المذكور بقربنة توصيف الايجاب والقبول بالدلالة ارادة
الوجود اللفظى منهما (و بهذا) البيان ظهر اندفاع ما ارد على المصنف ره بان البيع
ليس من مقولة المعنى والازم كونه كلاماً نفسياً اذ لا نعقل من مقولة المعنى الاجعله
من باب النقل القلبي و هو راجع الى الكلام النفسى و قد بين فى محله بطلان الكلام
النفسى (ويرد) على هذا التعريف مضافاً الى ذلك ان البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم
بالبيع لابه وبالمشترى معاً .

الثالث ما فى جامع المقاصد من تعريفه (بتقل الملك من مالك الى آخر
بصيغة مخصوصة)

و اورد عليه المصنف ايراداً - احدهما - ان النقل ليس مراداً للبيع - واجاب عنه
المحقق الايروانى ره بانه بعد تقييد النقل فى التعريف بان يكون بالصيغة الخاصة
لاوجه لهذا الايراد (اقول) الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف ره من الايراد اعمية النقل
عن البيع فاجاب عنه بذلك والظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهومه - فان البيع
اذا كان بمعنى التملك يكون عبارة عن التسليط ولازم ذلك اذا كانت الشئ مملوكاً
له هو النقل نظير ان المشى مغاير للنقل و الانتقال فى الممكن لكن لازم لهما
مع انه ليس لازمه دائماً فان تملك عمل الحر يكون بيعاً ولا نقل لعدم كونه مال كاله قبله
و بيع الكلى فى الذمة يصح ولا نقل هناك فهذا الايراد تام - نعم - اذا كان المقصود الاشارة
الى المعاملة المتداولة كى يكون التعريف لفظياً صح ذلك فانه يكفى فيه
الملازمة الغالية .

(الايراد الثانى) ان المعاطات عنده بيع مع خلوها عن الصيغة-ويمكن الجواب عنه بان مراد المحقق ره ليس دخل هذا القيد فى حقيقة البيع بل الاشارة به الى سنخ النقل وعليه فلا يضر اخصيته .

(الايراد الثالث) انه ان اريد دخل هذا القيد فى مهية البيع يرد عليه ان النقل بالصيغة لا يعقل انشائه بالصيغة-واب اريد به الاشارة الى النقل الخاص-يرد عليه- انه ان اريد بالصيغة خصوص بيعت لزوم الدور-و ان اريد بها غير بيعت من ساير الصيغ لزوم الاقتصار على ساير الصيغ غير بيعت-وفيه-ان الظاهر ان مراده هو الشق الثانى وعليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغة بيعت وغيرها من الصيغ-من الصيغة-ولا يلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكشف لا يلزم دور- ولا محذور لزوم الاقتصار فالعمدة الاشكال الاول (الرابع) ما فى المتن من تعريفه (بانه انشاء تمليك عين بمال)

أقول - يرد عليه امور (احدها) ما عن المحقق الخراسانى ره من ان التمليك الانشائى اذا كان مائة بيعت فلا يعقل انشائه بالصيغة اذ القابل للوجود الانشائى نفس المعنى لا الموجود الانشائى - ثانيها - ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضا لشموله للانشاء الصريح والضمنى مع ان مقصوده الصريح خاصة - ثالثها - ما افاده بعض المحققين ره من ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك فيكون هو تعريفا للهيئة المعوضة فان العوض فيها عوض للفعل وهو التمليك لا للمعين - وفى البيع يكون العوض عوضا لما تعلق به التمليك - رابعها - انه لا يمكن الالتزام بالتمليك فى جملة من الموارد .

منها اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه - فانه لا يملكها احد كما لا يملك الغلة - ومنها - بيع العبد ممن ينعتق عليه - فانه ليس هناك تمليك وتملك وذلك لوجبهين - الاول - انه اذا امتنع الملك الحقيقى شرعا او عقلا لما كان فرق بين زمان طويل او قصير - فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آناء ما تم الانعتاق ودعوى انه يمكن الالتزام بالملك الحكمى مندفعه بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية فان التزم بكونه بيعا حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور و

الالزام بقاء العوضين على ملك مالكهما لعدم المعاوضة الحقيقية - الثاني - ان ظاهر الادلة ترتب الانعقاد على نفس الشراء فالالتزام بالملكية ولو آتاهما من ذلك - وما - عن الجواهر من ان الجمع بين هذه الادلة ومادل على عدم العتق الا في ملك يقتضى الالتزام بتقديم الملك على الانعقاد تقدماً ذاتياً - يرد عليه - ان الملكية من الامور الاعتبارية ولا يعقل الاعتبار الا في الزمان - فالملكية في غير الزمان مما لا تتعقله (ومنها) بيع الدين على من هو عليه - فان الانسان لا يملك مالا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فياغوا اعتبارها (وما ذكره) ره في الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما في ذمته ورجوعه الى سقوطه عنه (غير تام) فان السقوط ان كان لاجل ما اثرنا اليه - من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء وان كان لكونه اثر تلك للملكية فيرد عليه ان ثبوت الشيء لا يكون - علة لسقوطه .

(الخامس) ما من المصباح من تعريفه (بانه مبادلة مال بمال) فهو ايضاً غير تام - لانه يرد عليه امور -

(الاول) ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن في باب المفاعلة ولا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد مع ان البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل (وما افاده) المحقق الاصفهاني ره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله تعالى (بخادعون الله) وقوله عز وجل (ومن يهاجر الى الله) وناقوا - وشاقوا - و غير ذلك من الاستعمالات مدعيان هذه الهيئة انما وضعت لتعدي المادة وانها الى الغير مثلاً الكتابة لا تقتضى الانعدية المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب اليه بخلاف قولهم كتابته فانه يدل على تعديتها الي الغير بحيث لو اراد افادة هذا المعنى بالمجرد لقل كتب اليه ثم قال ان الهيئة المجردة وان افادت هذه الخصوصية في بعض الموارد كضرب زيد عمرواً الا انها غير ملحوظة في الهيئة وتكون من لوازم النسبة بخلاف ضارب زيد عمرواً فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه (وان كان لطيفاً) الا انه يرد عليه ان هذه الامور ليست اموراً برهانية

بل سماعية لابد فيها من الرجوع الى اهله وهم قد صرحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الايات المشار اليها فتدبر (الشانى) - ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلى بيعا لانه ليس ما لا قبل البيع فليس مبادلة مال - وعدم صحة جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه ما لا قبله (الثالث) - ان مطلق المبادلة ليس بيعا قطعيا بل لو كانت المبادلة بيعا فانما هى المبادلة فى الملكية (الرابع) ان التبدل و المبادلة لازم غالبا للبيع لانه مفهومه لما اوردناه على تعريف جامع المقاصد - (الخامس) ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه مع انه لا يعتبر ذلك الا ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز ويقول اعط الخبز للفقير فان هذا بيع مع انه لا مبادلة فيه والالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولاً ثم يعطى الخباز - او انه يوكله فى تملكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف والعقلاء فى امثال هذه المعاملة

(و بماذا عرفناه) ظهر ما فى تعريفه بانه (تبدل عين بمال) او (تمليكها به) او نحو ذلك من التعاريف .

(ثم ان) المحقق النائى ته بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقرىبية اختار فى تعريفه انه (تبدل مال بمال) وان فى البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبدل فى الاموال لافى الملكية - وذكر فى توضيح ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة حاصلة بين المالك والمملوك وهى تكون متحققة فى عالم الاعتبار وتكون منشأً للانوار لا تكون قابلة للتبدل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية بل فى باب المعاوضات يتبدل المالان بخلاف باب الارث فان فيه يتبدل المالكان - فالبايع انما يحل الاضافة القائمة بالطعام ويجعلها قائمة بالدرهم ولا يكون هناك تبدل فى الملكية فيكون البيع هو تبدل مال بمال .

(اقول) يرد عليه (اولا) ان بيع الكلى بيع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كى يكون هناك تبدل - (وثانيا) ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد

بالغلة الموقوفة عليه بيعا فانها لا نصير ملكا لاحد كى ينطبق عليه هذا التعريف - ونالشا - ان الملكية لا حقيقة لها سوى الاعتبار وهو بسيط قائم بالمال كك والعمولك فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقاءها فلا محالة لا بد من تبدلها - وبعبارة اخرى - المشتري لا يملك المبيع الا باعتبار كونه ملكا له - وخلع البائع الملكية عن نفسه ولبسها به و معه تتبدل الملكية لا محالة فلا يتصور بقاء ملك الاضافة وتبدل طرفها فتدبر .

(فالحق) فى تعريف البيع بنحو يكون جامعا ومائعا ان يقال انه (اعطاء شىء بازاء شىء) وهذا بحسب الموارد ومختلف اثره فقد يكون اثره ملكية العوضين كما فى غالب موارد - وقد يكون اثره الانعتاق كما فى بيع العبد ممن يعتق عليه فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء شىء انقطاع اضافته و حيث لا يعقل دخوله فى ملك المشتري يعتق عليه قهرا - وقد يكون اثره السقوط كما فى بيع الدين ممن هو عليه - وقد يكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيماله من التعلق والاضافة بجهة كالات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلا

(اثم انه) بقى فى المقام بيان الفرق بين البيع و بين الشراء و الاجارة والصلح و الهبة والعوضة والقرض .

اقول (اما الشراء) فليس هو اعطاء شىء بازاء شىء بل مطاوعة لذلك و الذى يوجب ملكية المعوض للمشتري - والعوض للبائع انما هو فعل البائع الذى تعلق به القبول (و بذلك ظهر) ما فى كلام المصنفه من ان القبول تمليك ضمنى و بذلك فرق بين البيع والشراء - فانه ليس تمليكا ولو ضمنا

(و اما الاجارة) فقد فرق المصنفه بينها وبين البيع - بان البيع تمليك العين بعوض والاجارة تمليك المنفعة به - ولكن على القول بصحة جعل المعوض فى المبيع منفعة لا بد من بيان فرق آخر بينهما - و (قد يقال) ان الفرق بينهما - انما يكون فى ان البيع يتعلق بكل من العين والمنفعة و اذا تعلق بالعين يكون اثره ملكيتها فيما يكون قابلا لذلك وهذا بخلاف الاجارة فانها تتعلق بالعين خاصة و اثرها نقل

المنافع (توضيحه) ان من ملك شيئاً ملكه منافعه بالتبع و يكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع - فالبيع انما هو اعطاء للمعين او المنفعة بازاء العوض و اما الاجارة فانما هى لنقل ذلك الحق - بمعنى انها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق و تمام الكلام و كول الى محله .

(واما الصلح) فالفرق بينه وبين البيع هو ما ذكره المصنف ره من ان حقيقة الصلح هو التسالم ويكون متعلقه فى بعض الموارد ملكية العين او المنفعة و فى بعض الموارد غير ذلك لا ايراد عليه سوى ما ذكره من انه اذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمناً للملك فانه يرد عليه - انه لا يتعلق بالعين - بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه الا بفعل او نتيجة كالملكية - ولذا لا يصح جعل مفعوله الثانى العين كما لا يخفى .

(واما الهبة المعوضة) فتصور على وجوه - الاول - ان يهب المال ويشترط على المتهب هبة شىء - الثانى - ان يهبه المال ويكون داعية هبة لتهب شيئاً - الثالث - ان يهب المال ويشترط النتيجة اى كون ذلك المال ملكاً له - الرابع - ان يهبه بازاء ذلك الشىء - الخامس - ما اضاف به السيد الفقيه و هو ان يهبه فى مقابل هبته بحيث تكون المقابلة بين الهبتين و يقتضى المقابلة بطالان احدا المتقابلين يفقد الاخر - اما فى الوجه الاول - والثانى - فيكون اعطاء المال اعطاء لا بازاء شىء بل مجاناً والفرق بينها وبين البيع واضح غاية الامر فى الصورة الاولى اذا لم يهب المتهب ذلك الشىء يكون اللواهب الخيار ولا يكون ذلك فى الصورة الثانية - و اما فى الوجه الثالث - فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام - وان قلنا بصحته فذلك الشىء وان كان بصير ملكاً له الا انه للمشرط لا لعقد الهبة و المال الموهوب انما يعطى مجاناً لا بازاء شىء و هذا بخلاف البيع (واما) فى الوجه الرابع فهو بيع حقيقة بلسان الهبة و سيأتى الكلام فى انه هل يصح البيع بلسان الهبة ام لا (واما) فى الوجه الخامس - فقد افاد السيد ره فى الفرق بينها وبين البيع - ان فى البيع المقابلة انما تكون بين المالكين - وفى هذه الهبة تكون بين الفاعلين - (اقول) ما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين - الا ان الكلام

فى صحتها - وذلك لانه ان اريد بها تعليق هبة على هبة الاخر فلولم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا الطرف ايضاً لتقيدها بهبة الاخر - فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه - و ان اريد بها انه يملك هبته فى مقابل تملك هبة الاخر - فيرد عليه ان فى الهبة التملك انما يتعلق بالمال وليس هناك تملك متعلق بهذا العمل من الحر - نعم - يصح ذلك فيما اذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار ملوكا بواسطة عقد آخر ولكنه خارج عن المقام .

(واما القرض) فقد فرق المصنف ره بينه وبين البيع بان القرض حقيقة ليست هى المعاوضة بل هى تملك على وجه ضمان المثل والقيمة - ويرد عليه - ان التملك المزبور لا يخلو عن احد وجهين اما ان يكون تملكاً بازاء بدله فى الذمة - فهو معارضة حقيقة - واما ان يكون تملكاً مجانياً واشترط فى ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة - فهذا غير معقول اذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لماله نفسه .

(فالحق) ان يقال ان حقيقة القرض تملك للمعين اى لخصوصيتها مجاناً وجعل لماليتها فى الذمة وفى الحقيقة هو ينحل الى انشائين تملك مجانى بالنسبة الى العين وتضمن لمالية العين واستيمان لها فى ذمة المقرض الى اجل معين - وعليه فالفرق بينه وبين البيع فى غاية الوضوح .

(بقي) فى المقام استشهد به المصنف ره لعدم كون القرض من المعاوضات

وهى امور .

(منها) - ان لا يجرى فيه بالمعاوضة - وذكر السيد قدس فى بيان مراد المصنف - انه لا يشترط فى تحقق الربا فيه ما يعتبر فى تحققه فى سائر المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل والموزون وكونهما من جنس واحد بل يجرى فيه «طلقاً» (واورد عليه) بان سعة دائرة الربا فيه لدلائل خاص لا تنافى كونه من المعاوضات (اقول) الظاهر ان مراده عدم جريان الربا الذى يجرى فى البيع فى القرض وذلك فى مثل بيع الريال الذى يساوى اربعة دراهم مثلاً ولا يكون بحسب الوزن اكثر منها - بها فان ذلك ربا حرم - وهذا لا يجرى فى

القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدي اربعة دراهم والمقرض اشتراط ذلك وليس ذلك غير جائز - والسرفيه ماذكرناه من ان حقيقة القرض تملك العين مجاناً واستيمان للمالية في ذمة المقرض - فمافي ذمته مالية الريال لآعينه وهي عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها .

ومنها عدم لزوم ذكر العوض فيه - فلو كان من المعاوضات لكان اللزوم ملاحظة الطرفين في مقام انشاء المعاوضة .

ومنها عدم لزوم العلم بالعوض مع انه في المعاوضات لابد من العلم به - واورد عليه وعلى سابقه بان العين المقرضة اما ان تكون من المثليات - او تكون من القيميات و على كل حال العوض معلوم ولا يحتاج الى الذكر - وفيه - اولاً ان بعض الاشياء ربما لا يعلم الانسان حين القرض انه مثلي او قيمى فيقترض المال و يستعلم الحال قبل الاداء و (ثانياً) انه ربما يعلم انه قيمى ولكن لا يعلم مقدار القيمة .

- ومنها - عدم جريان الغرر المنفى فيه (وفيه) ان جماعة من الاصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقرضة و انه لا يجوز بالمكيال المجهول - و جماعة اخرى و ان كان ظاهرهم على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر فى مطلق المعاوضات ليس متفقاً عليه - فهذا لا يكون شاهداً على عدم كونه من المعاوضات عندهم

ضابط ما يصح جعله عوضاً ومعو ضاً وما لا يصح

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - (الاول) فى ضابط ما يصح جعله معوضاً وعوضاً وما لا يصح - فقد قال المصنفه فى ضابط ما يصح جعله جميعاً .

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها الخ - اقول يقع الكلام فى مقامين - الاول - فى بيان المراد من العين - الثانى - فى انه هل يعتبر ان يكون المبيع عيناً ام لا .

- اما المقام الاول - فالمراد من العين هو الوجود المتعين الخارجى - وما لو وجد المكان من المتعينات الخارجية فتشمل العين الشخصية - والكلى المشاع - والكلى فى المعين - والكلى الذمى - وتخرج المنفعة والحق - ولا اشكال فى شىء من ذلك الا فى الكلى الذمى فانه اشكل على جعله معاضاً بوجهين (الاول) ان الملكية من الاعراض فلا بداهة من معروض ولا وجود للكلى الذمى حتى يكون معروض الملكية. (واجاب عنه) المحقق النراقي قده - بان البيع ليس هو التملك - بل عبارة عن

نقل الملك - وحيث انه لا محذور فى نقل الملك فى ظرف وجوده و ان كان متأخراً فعلا لعدم كون النقل من الاعراض فلا اشكال فى صحة البيع - وقال - والحاصل ان البيع نقل الملك بالغير بالفعل سواء كان الملك ايضاً فعلياً او قوياً مترقب الحصول (وفيه) اولاً ان لازم ذلك بطلان البيع اذا عذر تسليم الكلى - اولم يحصل للبائع - لانه يكشف انه باع ما ليس له - مع انه لا يكون باطلا بالاتفاق - وثانياً - ان النقل مطلقاً لا بد و ان يكون بملاحظة مكان او اضافة وليس له استقلال فى التحصل فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك - فكما ان الملكية غير معقولة كما هو المفروض - كذلك النقل لا يكون فعلياً - فلا نقل بالفعل و انما هو معلق على امر متأخر - والتعليق فى البيع باطل بالاجماع .

(واجاب عنه) السيد الفقيه بان الملكية وان كانت من الاعراض الخارجية الا ان حقيقة ليست الا اعتباراً اعتقادياً فيمكن ان يكون محلها موجوداً اعتبارياً فنقول العقلاء يعتبرون الكلى الذمى شيئاً موجوداً يتعلق به الملكية (وفيه) اولاً انه لا يصح الجمع بين العرض الذى هو امر واقعى مقولى - وبين الاعتبار الذى لا يثبت له الا فى افق الاعتبار - (وثانياً) انه من المعلوم ان العقلاء فى باب اعتبار ملكية الكلى الذمى - ليس لهم اعتباران - احدهما متعلق بوجوده - ثانيهما متعلق بملكيته . (فالحق) فى الجواب ان يقال ان الملكية انما هى من الاعتباريات والاعتبار لا يحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار وهو كما يكون عيناً خارجية يمكن ان يكون

كلياً في الذمة - و الظاهر ان المستشكل خاطئ بين الملكية التي هي من الاعراض الخارجية - وهي الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شيء ٤ - كالهبة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة بهو بين الملكية التي هي من الاعتباريات التي تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها - والذي لا يمكن ان يتحقق بالامحل موجود - انما هي الملكية بالمعنى الاول - واما الملكية الاعتبارية فهي لا تتوقف الاعلى محل موجود في افق الاعتبار بنفس الاعتبار وعليه فكما يمكن ان يكون ذلك عيناً موجودة في الخارج يمكن ان يكون كلياً في الذمة بل ربما يكون المالك ايضاً كلياً ككلى القبر والسيد في باب الزكاة والخمس (وبهذا البيان) يظهر انه يمكن ان يكون المالك امراً اعتبارياً كالحكومة التي هي من الامور الاعتبارية العقلية ويعتبرونها الشخص او لعدة اشخاص ولذا ترى ان القلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمة والفرق بين ملكيتهم بما هم كك وبين ملكيتهم بما هم اشخاص انه لو مات احدهم او جميعهم في الاول لا ينتقل المال الى الورثة ولو انتقل عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه في الثاني - وتام الكلام في ذلك مو كوال الى محل آخر .

(الاشكال الثاني) انه يعتبر في البيع كون المبيع مالا قبل البيع والكلى في الذمة ليس كك (و يرد عليه) انه لم يدل دليل من عرف او شرع على اعتبار ان يكون المبيع قبل البيع مالا وتعريف المصباح لاحجية له - بل يعتبر شرعاً وعرفاً كون المبيع قابلاً لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقاً للاغراض ومعلوم ان الكلى كك .

(واما المقام الثاني) فالارجح في النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان . وذلك لان البيع من المفاهيم العرفية والامضاء الشرعي متعلق به ولعل اختصاص البيع بنقل الاعيان وتمليكها وعدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفي (والظاهر) الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلوا للاختصاص تارة بالتبادر و اخرى بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض - وثالثة - بانصراف الدولة الى ما هو المعهود خارجاً من جعل المعوض في البيع عيناً (لا يقال) ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان و

ان اختص بنقل الايمان الان المعيار هو عرف زمان الشارع الا قـسـ فانه يقال (اولا) انه ان ثبت ذلك في هذا الزمان يبنى على كونه كك في زمانه ^{في زمانه} لاصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقري الذي على جريانه بناء العقلاء و سيرة العلماء و لولاه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة في المعانى التى تكون الان ظاهرة فيها- فى زمانه ^{في زمانه} الا بذلك (وثانيا) ان الشك فى شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة و يتعين معه البناء على الاختصاص لاصالة الفساد (ويؤيد) ما اخترناه من الاختصاص (استقرار) اصطلاح الفقهاء عليه فى تعيين الثمن والمثمن يعنى انهم اذا ارادوا تمييز البايع عن المشتري والمثمن عن الثمن جعلوا مالك العين بايعا ومالك المنفعة مشتريا (والاجماع) (وانه) لافرق بين الاجارة و البيع الا فى ان البيع لنقل الاعيان والاجارة لنقل المنافع بناء على ما حققناه فى كتاب الاجارة من ان حقيقتها تمليك المنفعة بعوض .

واستبدل للتعميم - بوجهين- (الاول) ان ما عن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الايمان- يشمل نقل المنافع (الثانى) اطلاق البيع على نقل المنافع فى جملة من النصوص- منها- النصوص الدالة على بيع سكنى الدار كموثق اسحاق بن عمار الا نى ومنها- ما دل على بيع خدمة المدبر كخبر السكونى- الا نى ومنها- ما ورد فى بيع الاراضى الخراجية- وفيها منظر (اما الاول) فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصباح وعدم حجتيه- واما الثانى- فلان الاستعمال اعم من الحقيقة و أصالة الحقيقة انما يرجع اليها لتشخيص المراد- لالتعيين الموضوع له بعدم عاومية الدراد فلاظهر اختصاص البيع بنقل الاعيان .

(قوله قدّه كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر الخ) كخبر السكونى عن على ^{عليه السلام} قال ^{عليه السلام} باع رسول الله ^{صلى الله عليه وآله} خدمة المدبر ولم يبع رقبته و نحوه غيره (قوله قدّه وبيع سكنى الدار الخ) كخبر اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام عن رجل فى يده دار ليست له ولم تزل فى يده و يد آباءه من قبله قد اعلمه من مضى من آباءه انها ليست

اهم ولا يدرون لمن هي فيبيعها وياخذونها - قال (ع) ما احب ان يبيع ماليس له الى ان قال يبيع سكنها او مكانها في يده فيقول ابيعك سكني و تكون في يدك كما هي في يدي قال عليه السلام نعم يبيعها على هذا

(قوله قد هو كاخبار بيع الخ) وقد تقدم في مسألة الخراج والمقاسمة نقل تلك النصوص.

(قوله قد كالثمرة على الشجرة الخ) اقول الظاهر ان مراده ليس ما اذا اجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السnyder بل مراده ما اذا تعلقت الاجارة بنفس الثمرة - فانها التي تكون بيعاً قطعاً - كما في رواية الحلبي الواردة في بيع الثمار وان لم يتبين لك ثمرها فلا تستاجر - اي لا تشتتر كما هو صريح ساير الاخبار - ثم ان الكلام في صحة اجارة الشجرة لثمرتها وعدمها من جهة ان الثمرة ليست منفعتها بل هي من الاعيان - مو كقول الى محل آخر .

يجوز جعل المنفعة عوضاً

هذا كله في المعوض واما في العوض - فقد قال المصنفه (اما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة الخ) والكلام في المقام يقع في موارد (الاول) في بيان حقيقة المنفعة (الثاني) في جواز جعلها عوضاً (الثالث) في جواز جعل عمل الحر عوضاً (الرابع) في الحقوق

(اما المورد الاول) فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا - وبعبارة اخرى - عبارة عن الحيشة القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمنفعة لدابة ليست ما هو فعل الراكب الذي هو من اعراضه لا من اعراض الدابة بل المضاف لفعل الراكب الذي يصير فعلياً بفعلية ما هو قائم بالراكب - فحيشة كون الدابة مراكباً ومنفعتاً - وهذه انما تصير فعلية بالاستيفاء الذي هو عبارة عن الانتفاع

(وبهذا) البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه في حاشيته من ان الشجرة تعد منفعة الشجرة عرفاً - لا يمكن المساعدة عليه - اذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل انطباق احديهما على الاخرى .

(واما المورد الثاني) فقد استدل على عدم جواز جعلها عوضاً بوجوده (الاول)

ما ذكره المصنف ره

بقوله ولعله لما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الايمان الخ (الثاني) ان المنفعة غير موجودة فغير قابلة للمملو كية فلا يصح جعلها عوضاً وهو المحكى عن الشهيد (الثالث) انه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضاً تكون اداة نفوذ البيع منصرفاً الى نقل غيرها وفي الكل نظر (اما الاول) فلان البيع كما عرفت انما هو عمل البائع فهم في مقام بيان ما ينتقل من البائع - وهذا منهم نظير ما ذكره من ان الاجارة لنقل المنافع - مع انه لا كلام بينهم في صحة جعل العوض فيها عينا (و اما الثاني) فلما عرفت من ان الملكية امر اعتباري فيصح اعتبارها بالاضافة الى المنفعة التي هي مقدرة الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها (واما الثالث) فلان الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد المطلقات فلا ظهر جواز جعلها عوضاً.

يجوز جعل عمل الحر عوضاً

اما المورد الثالث - فقال المصنف ره واما عمل الحر فان قلنا انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال الخ (محصل كلامه انه لا اشكال في جواز جعل عمل الحر عوضاً اذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا كان اجيراً لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضاً - ويكون كعمل العبد الذي لا كلام في انه مال و يصح جعله عوضاً - واما اذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه - فيجوز جعله عوضاً مبني على كونه من الاموال وان لم يعد منها لا يجوز ذلك (اقول) يقع الكلام في هذا

المورد في جهتين (الاولى) في انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه ام لا- (الثانية) في انه على من كل التقديرين هل يصح جعله عوضاً ام لا.

(اما الجهة الاولى) فالحق انه مال- لان المالية من الاعتبار العقلية واما
تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب اليه ويميل اليه النوع او ان نظام الاجتماع يتوقف
عليه كما في اعتبار المالية للذهب والفضة- وهذا الذي يسمى بالمال تارة يعتبر وانه ملكا
لشخص واخرى لا يعتبر ذلك كما في المباحات الاصلية- وعلى هذا- فمن الواضح
ان عمل الحر وان لم يكن ملكا لفاعله لان ملكية العمل انما تكون عن سبب وهو
مفقود الا انه مال ولا فرق بينه وبين عمل العبد - ولا بين قبل وقوع المعاوضة عليه
وبين بعده.

واستدل لعدم كونه مالا - بوجوه (الاول) ان المالية صفة وجودية ولا بد لها
من محل و العمل المعدوم لا يكون محالها (الثاني) انه لو كان عمل الحر
مالا وكان صاحبه ذا مال- لتعلق به الاستطاعة اذا كان قادراً على عمل يكون عوضه
مما يتحقق به الاستطاعة ويخرج عن كونه فقيراً (الثالث) انه لو كان مالا لكان
حائسه ضامناً وفي الكل نظر (اما الاول) فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم
بمحل يكون موجوداً تقديراً - والمقام كذلك فان عمل الحر- يقدر وجوده بتبع وجود
العامل و قدرته عليه (واما الثاني) فلان الاستطاعة تتوقف على الملكية و كون
الشخص ذا مال وعمل الحر وان كان ما لا الا انه ليس ملكاً للعامل فلا يتحقق به الاستطاعة
- نعم- لمجرد سلطنته على تملكه للغير يخرج عن كونه فقيراً ولا يصدق عليه هذا العنوان
(واما الثالث) فلان الضمان لا بد له من سبب وهو اما الاتلاف - او اليد - او الاستيفاء
وشيء منها لا يكون في المقام - اما الاول- فلانه ليس مال العامل حتى يشمل من اتلف
ما الغير فهو له ضامن (واما الثاني) فلان عمل الحر لا يكون تحت اليد والاستيلاء
لان نفسه ولا يتبع الاستيلاء على الحر - وبعبارة اخرى قاعدة اليد انما تجرى في صورة
الاستيلاء والحر لا يدخل تحت استيلاء غيره- واما الثالث فواضح- (فتحصل) ان

الظاهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه .

(و اما الجهة الثانية) فبناء على كونه مالا ما ذكر وجها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جارها والجواب ما ذكرناه - ر على فرض عدم كونه مالا استدل على عدم الجواز مضافاً الى ذلك بانه يعتبر فى المبيع ، الثمن ان يكونا من الاموال قبل البيع (وفيه) انه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لامن العرف ولا من الشرع وتعريف المصباح لاحجية له بل يعتبر عرفا و شرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض و معلوم ان عمل الحر كك فلا ظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا .

حقيقة الحق واقسامه

(و اما المورد الرابع) ففى المتن (و اما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال

كحق الحضنة الخ) تنقيح القول فى المقام انما يكون بالتكلم فى جهات

(الاولى) ان فى الادلة عناوين ثلاثة الملكية والحكم والحق (اما الملكية فقد تقدم

انها امر اعتبارى (و اما) حقيقة الحكم فواضحة ومذكورة فى محلها - انما الكلام فى حقيقة

الحق بنحو يمتاز عن الملكية والحكم (اقول) الحق فى اللغة هو الثبوت - و بهذا الاعتبار

يطلق عليه سبحانه الحق - من جهة ان ثبوته من اعلى مراتب الثبوت و يقال الامر الموافق

للواقع انه حق من جهة ثبوته وهكذا سائر موارد استعماله

(و اما) بحسب الاصطلاح فقد يقال ان الحق هو الملك ولعله المراد من قول السيد فى الحاشية

- انه مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه ولذا عبر عن حق الخيار بملك فسخ العقد - غاية الامر

المملوك تارة يكون العين بما لها من الشئون واخرى جهة خاصة منها وثالثة عمل من اعمال

الحر وفى الجميع الملكية واحدة وانما المملوك مختلف وبه يندفع ما ارد على هذا بان

الملك ملزوم للسلطنة المطلقة مع ان الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص (ولكن) يرد على

هذا انه ربما يضاف الحق الى ما لا يكون له اعتبار الملكية شرعا كحق الاختصاص بالخمر التي كانت خلاقبلا او كحق الاولوية في الارض المحجرة التي لا تملك الا بالاحياء.

(وقد يقال) انه مرتبة ضعيفة من الملك (وفيه) ان الملكية التي هي امر اعتباري بسيطة لا يكون لها مراتب اختلاف المملوك سعة وضيقا جنبي عن اختلاف مراتب الملكية (فالحق) ان يقال انه عبارة عن اعتبار السلطنة على شىء او شخص في جهة خاصة - مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة على ضم حصة الشريك الى حصة بتملكه عليه قهرا وحق الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والامضاء وهكذا سائر الحقوق.

(ثم) لا يخفى ان هذا ليس حقيقة شرعية له اذ مضافا الى عدم الدليل عليه ان الحق يستعمل كثيراً في الاخبار و كلمات علمائنا الابرار في الحكم (وعليه) فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم او الحق بالمعنى الذى ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات والقرائن ولا يستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه

(الجهة الثانية) فى بيان اقسام الحقوق - فقد جعل المصنف ره لها اقساماً (الاول) ما لا يقبل المعاوضة بالمال - كحق الحضانة والولاية - والمراد به بحسب الظاهر لاسيما مع ملاحظة التمثيل - هو ما لا يقبل النقل ولا الاسقاط - ويحتمل بعيدا - ان يكون المراد به ما كان له اسقاطه و نقله الا انه مجانا لا بالعوض - كحق القسم فانه ذكر العلامة ره ان اكل من الازواج - نقله الى ضررتها و اسقاطه الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك (الثانى) ما يقبل الاسقاط ولا يقبل النقل كحق الشفعة والخيار (الثالث) ما يكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير

(واورد) على هذا التقسيم بالنحو الذى استظهرناه المحقق النائيني ره - بان كون شىء حقا وغير قابل للاسقاط لا يعقل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف يكون له السلطنة وكيف يكون زمام امره بيده بل الضابط للحق والفرق بينه وبين الحكم كونه قابلا للاسقاط - وتبع فى هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد ره.

(أقول) ان مقتضى سلطنة الانسان على شيء هو كون امره بيده لا امر السلطنة بيده و الانسان مسلط على العين - او العمل - لانه مسلط على سلطانه و مالك له و بهذا البيان التزمنا بان (الناس مسيطون على اموالهم) لا يدل على صحة الاعراض وبالجملة كما ان الحكم امره بيد الحاكم كك الحق امره بيد المعتبرو من بيده الاعتبار فاذا لم يجعل المعتبور امر رفع هذا الاعتبار ونقله الى الغير يبد من اعتبره ليس له ذلك (فالحق) ان من اقسام الحق ما لا يقبل الاسقاط (ثم ان) معرفة ان الحق للفلاني هل هو قابل للاسقاط والنقل ام لا لا بدوان تكون من الدليل وليس لذلك ضابط كلي يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره - وتمام الكلام في ذلك هو كقول الى محل آخر .

(الجهة الثالثة) كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق ام لا (صريح) المتن و المحقق النائيني ره عدم الجواز (و استدلاله) بان الحق لما كان نحو امن السلطنة على من عليه الحق فلا يعقل نقله اليه لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه (وبالجملة) لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد (وشيد) بعضهم هذا الوجه - بان المسلط والمسلط عليه متضائفان - و التضائف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما في واحد .

(أقول) يرد عليه (اولا) ان المسلط عليه انما هو بمعنيين الاول طرف السلطنة - الثاني - من ضرره السلطنة - مثلاً في حق الخيار وحق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف ره - حل العقد في الاول - وتملك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن في الثاني - مسلط عليهما بالمعنى الاول - ومن عليه الحق في الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثاني وفي جميع الحقوق التي فيها من عليه الحق يكون الامر على هذا المنوال - و عليه فنقل الحق الى من عليه الحق لا يلزم منه اتحاد المسلط و المسلط عليه بمعنى

قيام طرفي السلطنة بشخص واحد كي يكون امراً غير معقول (و ثانيا) انه لو سلم كون المسلط عليه هو من عليه الحق - فلا ارى محذورا في اجتماعهما في شخص واحد و ليس كل ما هو من اقسام التضائف من احواء التقابل بل ما

كان بينهما تغاير فى الوجود كالعلمية و المعلولية منها و الا فالعالمية و المعلوماتية و المحبة و المحبوبة من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل و تجتمعان فى شخص واحد و يحب الانسان نفسه و يعلم بنفسه - والسلطنة من هذا القبيل فان معناها كون الشخص قاهراً على شخص و كون الغير تحت ارادته و اختياره و هذا المعنى يمكن اجتماعه فى شخص واحد بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة كيف و قد ورد - الناس مسيطون على انفسهم - ولم يستشكل احد فى معقولية ذلك فتدبر فانه دقيق - فتحصل ان - الاظهر جواز نقله الى من عليه الحق

(الجهة الرابعة) فى حكم جعل الحقوق عوضاً (اقول) بعدما لا كلام ولا اشكال فى عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الاول اى ما لا يقبل الانتقال و الاسقاط عوضاً وقع الخلاف فى القسمين الاخيرين

وهاهنا اقوال (الاول) عدم صحة جعل شىء منهما عوضاً اختاره المحقق النائينى ره (الثانى) جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضاً (الثالث) جواز جعل كل منهما عوضاً غاية الامر فى ما لا يقبل الانتقال يصح جعل اسقاطه عوضاً. (وقد استدلل) المحقق النائينى ره على عدم جواز جعل نفس الحق عوضاً - بان البيع حقيقته تبديل طرف الاضافة بمثله و لازم ذلك دخول كل من الثمن و المثل فى ملك مالك الاخر - و معلوم ان الحق ليس كك فانه مبين مع الملك سنخافلا يصلح للحلول محل الثمن فى الملكية كى يصدق البيع .

(واستدل) ره على عدم جواز الاسقاط عوضاً - بان نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال و اثره و هو السقوط بما انه اسم المصدر ليس من الافعال التى تقبل للمملو كية نظير الخياطة فان هذا المعنى معنى حرفى غير قابل لان يتمول الابعبار نفس الحق وقد عرفت ما فيه (اقول) يرد على ما افاده فى نفس الحق ان تعريف البيع بما ذكر مضافاً الى ما مر ما فيه من المحاذير - انه ليس مورد آية او رواية حتى يجعل صدقه و عدم صدقه مبنى للاحكام الشرعية - و قد مر ان حقيقة البيع ليست الا جعل شىء بازاء شىء فاذا

جعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع فى مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شىء بازاء شىء فهو بيع حقيقة (واما) ما ذكر فى الاسقاط فيرد عليه مضافا الى ذلك - ان نفس الاسقاط وان كان معنى حرفيا لا يتمول - والحق فى نفسه غير الملك الا انه لا مانع من صيرورة الحق سببا واسطة فى قابلية اسقاطه للملكية - و نظير ذلك - ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به (و بالجملة) عدم قابلية الحق للمملوكية لا ينافى صيرورته واسطة فى كون اسقاطه قابلا للتمول والمملوكية فتدبر فانه دقيق.

(ثم ان) المصنفه وفقا لغيره من الاعلام استدلل لعدم جواز جعل ما لا يقبل النقل عوضا (بان البيع تمليك الغير) مراده ان حقيقة البيع هو التمليك من الطرفين فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك فلا يصح جعله عوضا (واما) كان صاحب الجواهر بعد ما نقل هذا من استاذة و ذكر فى وجهه ان البيع من النواقل لا من المستقطات فلا يصح جعله عوضا على معنى سقوطه (اشكل عليه) بان من البيع بيع الدين على من هو عليه مع انه لا يفيد الا الاسقاط فيلتزم فى الحق ايضا بذلك (تصدى) المصنفه له لجواب هذا الاشكال بانه فرق بين الموردین فان فى بيع الدين على من هو عليه يحدث الملكية آنأما فيسقط ولا مورد لتقرير ذلك فى الحق بان يرجع حقيقة الاسقاط المجعل عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه ويؤثر ذلك فى سقوطه ويدعى ان ما دل على انه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرا ر لا على هذا الوجه فان نقل الحق الى من عليه ولو آنأما محال لاستلزام ذلك اتحاد المسلط والمسلط عليه وقد تقدم تنقيح ذلك و بهذا البيان الذى بينا مراد المنصف ره يندفع جملة مما اورده المحشون ره عليه

((و استدلال)) لعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضا بعدم صدق المال على الحق ولو بعد البيع وقد اخذ المال فى عوضى المبايعة لغة و عرفا (اقول) يرد على الدليل الاول ان البيع ليس هو التمليك من الطرفين بل هو اعطاء شىء بازاء شىء عرلو كان الشىء الثانى سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا وان لم يقبل النقل و قد تقدم تمامية ما اورده صاحب الجواهر من النقص و عدم صحة جواب المصنف

ره عنه (ويرد على الثاني) ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشيء لكونه مورد الرغبة العقلية او ميلهم من جهة ما فيه من الاغراض العقلية فالحق مال - وان كان المال بحسب المفهوم العرفي اخص من ذلك كما ادعى - فالحق وان لم يكن مالا - الا انه لا دليل على اعتبار المال في عوضي المبايعة ومجرد تعريف المصباح وما شابهه لا يصلح لذلك كما تقدم - فان حقيقة البيع اعطاء شيء بازاء شيء - ولا يعتبر في صدقه سوى كون العوض او الم عوض مما يبذل بازائه الشيء والحق كك

(فتحصل) ان الاظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الامر في القسم الاول يجعل سقوط الحق عوضا - وفي القسم الثاني يجوز جعل سقوطه عوضاً كما يجوز نقله عوضا.

لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع

التنبيه الثاني (قال المصنف ره ويظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر الخ) لا يخفى انه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف ره في المقام حيث ذكرنا ولا تعريف المصباح وانتقل الى بيان امور اخر ثم عاد اليه بذكر سائر التعاريف ثم كرر العود اليه في هذا الموضع مع ان ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعاني - ولكن الذي يهمنا في المقام - بيان انه هل يعتبر في صدق البيع تعقب القبول ام لا وفيه اقوال .

(الاول) ما في المتن وهو عدم اعتباره وتبعه المحقق الثاني ره (الثاني) اعتباره اما بكونه اسما للمجموع او الفعل لبيع بشرط التعقب على نحو الشرط المتأخر اختاره السيد والمحقق الايرواني (الثالث) اعتبار قابليته لتعقب القبول اختاره بعض مشايخنا المحققين - والظاهر هو الاول - وذلك يظهر من ملاحظة انشاء البايع فانه اذا قال بعث اظهر بذلك اعتبار نفسه و المشتري انما يقبل ذلك لان فعله دخيل في ما ينشأه البايع - هذا مضافاً الى ملاحظة سائر مشتقاته كالبايع وغيره مع انه لو نذر ان يبيع داره

صح هذا النذر و لو كان البيع فعل المجموع - او فعل البائع بشرط التعقب بالقبول
لما صح لكون جزء المنذور او شرطه خارجاً عن تحت القدرة و (يؤيده) قوله البيعان
بالخيار اذ لو كان البيع اسماً لفعل المجموع لما كانا بيعين بل كانا معا ببيعاً فتدبر.

وقد استدل المثاني (بالتبادر) (وبصحة) السلب عن المجرد و لهذا لا يقال باع فلان
ماله الا بعدما اشتراه غيره - (و بان) البيع من العقود و لو تحقق البيع بمجرد اشاء
البائع لزم كونه ايقاعاً (وباستعماله) في المتعقب بالقبول في النصوص والفتاوى من
قولهم لزم البيع او وجب او لا بيع بينهما او اقله البيع او نحو ذلك (وفي الكل نظر)
(واما الاولان) فلان التبادر وصحة السلب انما يتمان في مثل - بعث داري في مقام
الاخبار - الذي قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر ولا يتمان في غير هذا المورد
(واما الثالث) فلان العقد و الايقاع اصطلاحان والمراد بالاول ما يعتبر فيه القبول و
بالمثاني ما لا يعتبر ولا كلام في اعتباره في صحة البيع و ترتب الاثر عليه (واما الرابع)
فلان الاستعمال اعم من الحقيقة لاسيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الاثر.

وقد استدل للمثالث (بان) البيع اسم للمصحيح العرفي والصحيح العرفي في اجزاء السبب
ما كان قابلاً لان يلتئم منها لمجموع فيكون البيع معناه انشاء التملك القابل
للمحقوق القبول (اقول) سيأتي فساد المبنى وان البيع ليس موضوعاً للمصحيح العرفي
فالحق عدم اعتباره في مفهوم البيع لابنحو الجزئية ولا بنحو الشرطية نعم هو معتبر
في صحة البيع عرفاً و شرعاً.

(قوله قد بطل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى في عناوين ابواب
المعاملات الخ) اقول بطل الظاهر عدمه فان مورد البحث في تلك الابواب نفس المعاملات
ولذا يعنونون اعتبار الايجاب و القبول و يقولون - يعتبر في البيع الايجاب و القبول
و لو كان مرادهم منه العقد كان هذا التعبير من الفساد بمكان - و سيصرح المصنف
به بعد اسطر بخلاف ذلك - ويقول و الحاصل ان البيع الذي يجعلونه من العقود يراد
به النقل بمعنى اسم المصدر الخ.

(قوله قدّه و كك لفظ النقل الخ) النقل والتملك إنما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض أو مجاناً - فعدم اعتبار القبول في صدقه لا يلزم عدم اعتباره في البيع:

(قوله قدّه لعلاقة السببية الخ) قد مر في أول الكتاب ما في إطلاق السبب والمسبب في باب المعاملات و أن ذلك بمعزل عن الصواب فراجع .

البيع حقيقة في الصحيح أو الأعم

التنبيه الثالث (قال قدّه - ثم أن الشهيد الثاني نص في كتاب اليمين من المسالك على أن عقد البيع وغيره من العقود حقيقة في الصحيح الخ أقول يقع الكلام في مقامين - الأول - في بيان ما أفاده المصنف ره في المقام - الثاني - في بيان ما هو الحق .

(أما المقام الأول) فقد يقال أن الفاظ المعاملات من البيع وغيره اسام للصحيح وإنما تستعمل في غيره مجازاً.

وأورد عليه بإيراد ين (الأول) أن لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية في المعاملات مع أنه بالبدهة ليس كك كيف وقد كان الشارع المقدس يستعمل اسامها فيما كان يستعمل فيه العرف و لم يصرح في مورد بكون مراده غير ما يفهمه العرف (الثاني) أن لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات أدلة العقود كأحل الله البيع ونحوه - لنفي اعتبار ما شك في اعتباره فيها - إذ مع الشك المزبور لا محالة يشك في صدق الموضوع ومعه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع أن سيرة علماء الإسلام التمسك به في هذه المقامات .

(و اجاب) المصنف ره عن الأول بأن البيع وشبهه في العرف إذ استعمل في الحاصل من المصدر أي المسبب والمنشأ لا يستعمل الا فيما هو مؤثر و صحيح و لو في نظرهم - ثم إذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعاً عنده أيضاً والا كان

صورة بيع - فال موضوع له انما هو الصحيح المفيد لل اثر و لا اختلاف في هذا المفهوم بين العرف والشرع انما الاختلاف في المصادق فان العرف يرون بعض المبيوع مفيدا مؤثراً أو الشارع لا يراه كذلك (لا يقال) ان تخطئة الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع في عالم العين والوجود - ولا تتصور فيما لا واقع وحفظ له وكان في ذاته مختلفا باختلاف الا نظار كما لبيع فانه ان كان موضوعا لاعتبار الملكية في نظر العرف و ان لم يعتبرها الشارع كان موضوعا للأعم و ان كان موضوعا لاعتبارها في نظر الشارع عاد المحذور و على اى تقدير لا معنى للتخطئة المذكورة (وانه يقال) ان اعتبار الملكية كان المعتبر هو العقلاء او الشارع انما يكون عن مصلحة داعية اليه - و العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية و الشارع المقدس يخطئهم في ذلك لكونه محيطا بالواقعيات و يرى انه ليس في هذا الاعتبار مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما في بيع الربوى - فالتخطئة انما تكون في المنشأ للاعتبار فتدبر (و اجاب) رده عن الايراد الثانى بوجهين (احدهما) ان البيع وان كان موضوعا للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه العرف فيحمل دليل امضاء البيع على امضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم - ولو كان مراده خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينة فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف - وهذا التقريب لا دخل له بتخطئة الشارع نظر العرف او تصويبه - اذ صريح عبارته ان الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف فلا حظ (نائيهما) حمل لفظ البيع و شبهه الواقع في ادلة الامضاء على المصدر الذى يراد من لفظ بيعت اى انشاء تمليك عين بعوض - الذى هو فعل الموجب واختاره في تعريف البيع - فاذا حكم الشارع عليه بالحل او بوجوب الوفاء يستكشف منه كونه مؤثراً في نظر الشارع والا لما كان له حلية ولا وجوب الوفاء و مقتضى اطلاقه كون كل انشاء النقل يوجب النقل شرعاً - هذا ما حصل كلامه بتوضيح منا (والمحقق) النائينى رده اورد على ما ذكره نائيا في وجه التمسك بالاطلاق (ان)

المطلقات الواردة في الكتاب و السنة كماها واردة في مقام امضاء المسببات دون الاسباب - لانها اسماء للمسببات - وورد على ما ذكره اولا (بانه) اذا كان الدليل واردة في مقام امضاء المسببات اى المعاملات الرابطة عند العرف كالزوجية و المبادلة مع قطع النظر عن الاسباب التى يتوسل بها اليها - فلا يدل على امضاء الاسباب - و بعبارة اخرى المسبب له وجود غير وجود السبب فامضائه لا يكون امضاء للسبب (نعم) اذا لم يكن له سبب متيقن اصلا لا محالة يكون امضائه امضاء له و الا يلزم اللغوية - و فى المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح - (ودعوى) ان العرف حيث يرون حصول المسبب بسبب معين عندهم فامضاء المسبب يستلزم امضاء السبب (مندفعة) بان المتبع هو انظار العرف فى تعيين المفاهيم لافى التطبيق - فهم و انراوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان امضاء المسبب لا دليل على كونه امضاء لنظر هم فى التطبيق ايضا .

(اقول) يمكن دفع الثانى - بان مقتضى اطلاق دليل المسبب الافرادى امضاء كل فرد من افراد المسبب عند العرف و لازم ذلك امضاء كل سبب يتسبب به اليه و الا كان اطلاق دليل المسبب مقيدا بغير ما حصل من ذلك السبب الذى يشك فى امضائه و لعلة الى هذا يرجع ما نقله ره عن التقريرات و ذكرناه بقولنا و دعوى - و عليه فهو حق .

(ولكن) الذى يرد عليه - ما تقدم فى اول الكتاب من ان ما هو المعروف من كون الانشاء عبارة عن ايجاد امر باللفظ و شبهه مما لا اساس له .

(ثم ان) المحقق النائينى ره - اجاب عن الاشكال بوجه آخر وهو ان نسبة صيغ العقود الى المعاملات ليست نسبة الاسباب الى المسببات - بل نسبتها اليها نسبة الالة الى ذى الالة و الارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداء بآداة ان الموجد للملكية ليس قول بعث نظير الالتقاء الموجد للاحراق بل الموجد له ارادة البائع فاذا لم يكن من قبيل الاسباب

والمسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء احدهما امضاء
للاخر بل الموجود واحد غاية الامر انه باختلاف الالة ينقسم الى اقسام عديدة - فاذا
كان المتكلم في مقام البيان ولم يقيد بنوع خاص يستكشف منه عمومه لجميع الانواع
(وفيه) مضافا الى ضعف المبنى لما اشرنا اليه في اول الكتاب - ان وجود ذى الالة متغير مع وجود
الالة بالوجدان - والارادة وان تعلقت حين البيع بذى الالة ابتداء وبالالة تتعلق تبعا لانه
في مقام الجعل لابد من لحاظ الالة مستقلا كي يري صلاحية كل آلة عرفية لذلك او
آلة خاصة وعليه فاذا كان الاطلاق مسوقا لبيان امضاء ذى الالة لا يصح التمسك
بالاطلاق لصلاحية كل آلة لذلك الا بالتقريب الذي ذكرناه فلا فرق بين كونها من
قبل الاسباب والمسببات او الالة وذى الالة

وامام المقام الثاني فالكلام فيه يقع في موضعين الاول - في ان الفاظ
المعاملات اسام للمصحيح أو الأعم - الثاني - في التمسك باطلاقات ادلة الامضاء

اما الموضوع الاول فقد يقال كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراساني
وهو والمحقق النائيني انها ان كانت موضوعا للمسببات لا مجال للنزاع المذكور اذ لو كانت
اسامى للمسببات لا تتصف الا بالوجود والعدم دون الصحة والفساد

ولكن الحق في المقام ان الصحة والفساد لا يتصف بهما الا الموجود الخارجى
واتصافه بهما انما يكون بلحاظ انطباقه على ما اخذ طرف الحكم او الاعتبار الشرعى
وعدمه (وعليه) فالمسببات ايضا تتصف بهما وذلك لان في باب المعاملات كالبيع امورا
اربعة - احدها اعتبار المتعاملين الملكية - ثانيها - اعتبار العقلاء و امضاءهم لذلك
ثالثها - اعتبار الشارع اياها - رابعها - اظهار ذلك الامر النفساني بمظهر خارجي - و
لاريب في انها ان كانت اسامى للمسببات تكون اسامى للاعتبارات الصادرة من المتعاملين -
لا الصادرة من العقلاء والشارع مثلا لبيع اسم لفعل البايع ولا يطلق على الشارع و العقلاء
البايع.

وحيث ان الشارع المقدس لم يعتبر الملكية في كل مورد اعتبرها المتعاملان بل

فى بعض مواردھا كما اذا كان مظهر بلفظ او غيره من المظهرات الخارجية و كان المعتبر غير محجور عليه و غير ذلك من الخصوصيات فكل اعتبار خارجى شخصى ان كان منطبقا على ما هو موضوع للاعتبار الشرعى و طرف له فهو صحيح - والافو فاسد - فالعاملات وان كانت اسامى للمسببات تتصف بالصحة و الفساد ايضا - وقدر ان البيع اسم للمسبب ان الاعتبار الصادر من البائع .

(ثم ان) الظاهر كونه اسما للاع - لالخصوص الصحيحة بالمعنى المتقدم - فان الصحة انما تنتزع عن مطابقة المأتى به لما هو طرف الاعتبار فهى متاخرة عن الامضاء فكيف يمكن اخذها فى المرتبة السابقة عليه - فتدبر - فانه يمكن ان يقال بوضعها للمخصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعى - مع - ان المعاملات امور عرفية امضاها الشارع الاقدس و ضرورى انه لم يتصرف فى وضعها و لم يستعملها فى غير ما وضعت تلك الالفاظ له فى العرف بل استعملها فى معانيها غاية الامر اعتبار فى امضاها قيودا -

التمسك بالاطلاق

و اما الموضع الثانى - فبناءً على ما اخترناه من ان البيع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين و انه لا يعتبر فى صدقه شىء آخر وان دعوى كون باب المعاملات من قبيل ايجاد امر باللفظ ونحوه - فاسدة - بل هى اعتبارات قائمة بالمتعاملين تظهر باللفظ و غيره - الاظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة الامضاء لامضاء كل ما هو مظهر لها - وذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل - احل الله البيع كما ان لكل واحد منها اطلاقا فراديا و يدل على امضاء كل فرد من افراد البيع مثلا - كك له اطلاق احوالى - فمقتضى احل الله البيع امضاء كل فرد من افراد البيع فى جميع حالاته اى سواء ابرز بالعربى او بالفارسى او بغيرهما ولازم ذلك امضاء كل مظهر .

(ولو تنزلنا) عن ذلك وسلمنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمعاملين في المعاملات و انه لا تصدق اساميا بمجرد تلك الاعتبارات - فلا يخلو ذلك من ادور (احدها) اعتبار امضاء العرف و العقلاء بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين مفضاة عند العرف فهي بيع او غيره والا فلا - (ثانيها) اعتبار امضاء الشارع فيها (ثالثها) اعتبار وجود المصلحة والمناسبة الواقعية - بمعنى - ان كل معاملة واقعة عن المصلحة والمناسبة الواقعية - فهي بيع او غيره (رابعها) ان يكون البيع مثلا موضوعا لامر واقعي و يكون نظر العرف والشرع طريقا اليه وعليه يكون النهى تخطئة للعرف في المصادق .

(فلو كن) المعتبر هو الامر الاول - لو شك في دخالة شيء في امضاء العرف و العقلاء لماصح التمسك بالاطلاق لنفي اعتباره للشك في صدق الموضوع و اما لو احرز ذلك و شك في دخالته في الامضاء الشرعي يتمسك بالاطلاق لنفيه .

ولو كان المعتبر هو الثاني - لا يصح التمسك بالاطلاق لنفي اعتبار ما شك في اعتباره لا بالاطلاق اللفظي ولا بالاطلاق المقامي اما الاول فللشك في صدق الموضوع - و اما الثاني - فلو جود القدر المتيقن في المعاملات الرائجة عند العرف ويمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه .

ولو كان المعتبر هو احد الاخيرين - يمكن التمسك بالاطلاق لنفي ما شك في اعتباره شرعا مع احرار عدم دخالته عرفا (بتقريب) ان للشارع جهتين - احدهما كونه مشرعا وجاعلا للاحكام - ثانيتهما - كونه من العرف و العقلاء - بل هو رئيسهم - فاذا قل - احل الله البيع - ولم يعين البيع الشرعي لامحالة يحمل على ارادة امضاء المبيع العرفي - كما هو الشأن في جميع المفاهيم الواقعية في الادلة الشرعية (وعليه) فيتمسك بالاطلاق لنفي اعتبار ما شك في اعتباره شرعا (فتحصل) مما ذكرناه .

يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه والاقوال الانباء على كون البيع وكذا غيره

من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع .

(قوله قدّه وصحة السلب الخ) الموجود فى المسالك وعدم صحة السلب - فيرد عليه مضافا الى ما تقدم انه لا كلام فى عدم صحة سلبه عن الصحيح انما الكلام فى اختصاصه به .

(قوله قدّه ومن ثم حمل الاقرار به الخ) والظاهر ان السرفيه ظهور حال المسلم فى عدم اختيار الفاسد لا وضع البيع لذلك .

(قوله قدّه وقال الشهيد الاول فى قواعده الخ) اقول يمكن توجيه كلامه قدّه بقريئة ما فى ذيله (فلو حلف على ترك الصلاة والصوم اكتفى بمسحى الصحة وهو الدخول فيها فلو افسدها بعد ذلك لم يزل الحنث ويحتمل عدمه لانه لا يسمى صلوة شرعا ولا صوما مع الفساد والمالو تحرم فى الصلاة او دخل فى الصوم مع ممانع من الدخول لم يحنث قطعا) - (بانه) قدّه ليس فى مقام بيان المفاهيم وانها موضوعة للصحيحة - حتى يرد عليه ما تقدم - بل فى مقام بيان ان ما يتعلق به النذر انما هو الصحيحة وانه لا ينذر الا ان لا يصلى صلوة صحيحة - وان لا يبيع بالبيع الصحيح الشرعى - وانه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الاول - وبين مالو انعقد صحيحا ثم افسد فى الانشاء فتدبر .

(فى المعاطاة)

قوله قدّه ادعاه ان المعاطاة على ما فسر جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الاخر الخ

لفظ المعاطاة لم يرد فى آية ولا رواية كى ينازع فى تعيين مفهومه - بل المراد بها البيع الذى ابرز بغير الصيغ المخصوصة من الافعال المقصود بها ابراز ذلك الاعتبار النفساني (ثم ان) فيمما ذكره فى تعريفه مسامحة واضحة اذ المعاطاة التى وقع النزاع فى انها بيع صحيح لازم ام لا لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشيء عوضا بل احدهما اعطاء بعوض

اى احد الشئيين عوض والاخر معوض.

(ثم ان) محل النزاع هو المعاطاة التى تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص فى الصيغة مع اشتغالها على جميع الجهات والخصوصيات وعليه ففى لا تصور الاعلى وجه واحد وهو ما لو قصد بها التملك

(واما المعاطاة) بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكرنا انها تصور على وجوه

(ا) ان يقصد بها التملك

(ثانيها) ان يقصد بها الاباحة التصرفات

(ثالثها) ما فى الجواهر وهو ان يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا تصريح

بالاباحة بل يعطى البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه اليه (واورد عليه) الشيخ الاعظم قدده بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحة او غير ذلك من العنوانات الخاصة (اقول) الذى يظهر من كلام صاحب الجواهر - بقرينة قوله فى ما بعد ذلك - ولعل القائل باشتراط الصيغة فى البيع يشرعه ايضا على جهة الاباحة التى هى كالأصل فيما يقصد به مطابق التسليط فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفى فيها قصد هذا التسليط المطلق انتهى - ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شىء من الفصول الوجودية ونتيجة ذلك الاباحة المالكية حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل بفصل وجودى هو الاباحة لان فصلها امر عدمى وهو عدم قصد شىء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه - ولكن يرد عليه ان هذا يرجع الى الوجه الاول .

(رابعها) ما فى الجواهر وهو ان يقصد الملك المطلق دون خصوص

البيع - ويرد عليه ما اورده فى المتن من ان التملك بالعوض هو حقيقة البيع لاشىء آخر .

(خامسها) ما عن المحقق الرشتى - وقد ذكره فى توجيه الوجه الثالث

المحكى عن الجواهر رداً على المصنف ره قال - ويمكن دفعه بان النقل فى المقام

كما اللفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى - نعم - لا بد في الفعل الاختياري من غرض فاذا كان هو محض التوصل الى الاخر تم الفرض (و فيه) ان هذا و ان كان يتصور في اعطاء الظالم لدفع شره فانه لا مبيح و لا مملك لكنه لا يتصور في المعاطاة المعاملية.

(سادسها) ما افاده بعض المحققين - وهو ما اختلف فيه العوضان في جهة التملك والاباحة بان كانت الا باحة بازاء التملك .

(سابعها) ان يقصد كل منهما الاعراض عن ملكه بازاء اعراض صاحبه عن ملكه و يملك كل منهما مال الاخر بالحيازة (فتحصل) ان المعقول منها اربع صور .

(قوله قدده و لا بد او لا من ملاحظة ان النزاع الخ) قد عرفت ان محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التملك - وصاحب الجواهر ايضا لا ينكر ذلك وانما يدعى ان مورد النفي والاثبات ليس شيئا واحدا بل المعاطاة التي نفوا عنها افادة الملكية هي ما قصد بها التملك - والمعاطاة التي اثبتوا لها الافادة للاباحة هي ما قصد بها الاباحة (وبالجمله) نزاع المعاطاة انما هو في المعاملات الراجعة عند العرف التي لا شبهة في ان المقصود بها التملك ومورد نزاع الفقهاء ايضا ذلك فان كلماتهم كالصريحة في ان مورد النزاع هو ما يكون واجدا لجميع الجهات سوى الصيغة .

(وربما يقال) ان المعاطاة الراجعة بين الناس لا تسبب فيها الى شيء من الملكية والاباحة وان نزاع المعاطاة بين العامة والخاصة - ان الخاصة يقولون انه يعتبر في انعقاد البيع الايجاب والقبول ولو بالفعل - و العامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطى الخالي عن الانشاء كما انه ينعقد بالانشاء (اقول) اما دعوياه ان المعاملة الراجعة هي ما لم يقصد فيها التملك ونظرها بالتقايض الواقع بعد الصيغة فبينة الفساد - يكذبها الوجدان - و اما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو في ذلك فهي تندفع بملاحظة كلمات القوم .

(قوله قدّه لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هى المعاطاة الخ) اقول بعدما عرفت من ان صاحب الجواهر لا ينكر كون النزاع فى المعاطاة التى قصد بها التملك ان ظاهر كلمات جمع كثير من الاصحاب انه اذا قصد بالمعاطاة التملك تكون مفيدة لا باحة جميع التصرفات و قد ذكر المصنف كلمات جمع منهم و الانصاف ظهورها فى ذلك.

(و الذى) التجأ المحقق الكركى ره الى القول بان الاصحاب قائلون بافادتها الملك المتزائل و (التجأ) صاحب الجواهر ره الى القول بان مراد الاصحاب من افادة المعاطاة الاباحة التى قصد بها الاباحة لا ما قصد به التملك - هو ان لازم ظاهر ما نسب الى المشهور هو وقوع ما لم يقصد و عدم وقوع ما قصد وبعبارة اخرى تخلف العقود عن القصور بل قصد قطع اضافة الملكية عن نفسه ينأى فى نفسه مع الاباحة السببية اى اباحة ملكه لغيره و لذا قال صاحب الجواهر انه ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظام الاصحاب .

(ولكن) يمكن توجيه كلام المشهور و رفع هذا الاستبعاد - باحد وجهين . (احدهما) ما افاده المحقق الخراسانى ره - و هو ان الاصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك و قبل التلف - والملكية بعد احدهما - و عليه فهم ملتزمون بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية - الملكية غاية الامر مشروطة بالتصرف او التلف ويكون المقام نظير توقف الملكية فى باب الصرف على القبض - وانما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة - وعلى ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصور - فان ما قصده المتعاملان يقع - والاباحة ليست من مقتضيات العقد بل مقتضاء الملكية - وانما يباح التصرف للسيرة .

(ثانيهما) ان عدم تخلف العقود عن القصور - ليس امرا لا يقبل التخصيص - فاذا حكم الشارع الا قدس بان ما قصده المتعاملان وهى الملكية لا يقع لبطلان هذا البيع - وانما

يباح التصرفات تعبدًا لأمحذور فيه - وبعبارة أخرى - أن ما التزم به القوم هي الإباحة الشرعية لا الإباحة المالكية - وباب هذه الإباحة باب ترتب الحكم على موضوعه لآرتب الأمر التسميبي على سببه (وربما يوجه) كلام المشهور بوجهين آخرين (أحدهما) ما أفاده المحقق النائيني ره - وهو أن عدم ترتب الملكية على المعاطاة

المقصود بها التملك إنما هو لأجل أن الفعل لا يكون بالحمل الشائع الصناعي مصداقًا للبيع فقصدته وإيجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملك (وسياتى توضيح ذلك عند ذكر الأدلة على الأقوال) وأما ترتب الإباحة عليه مع عدم قصدتها فلأن الإباحة المالكية ليست إلا التسليط الخارجى وإدخال المالك العين تحت استيلاء الغير والفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجى ولا يعتبر فيه قصدتها ولا يضر قصد خلافها - كما هو الشأن فى جميع العناوين الثانوية المترتبة على الفعل قهرًا كما لا يلزم المترتب على الضرب - فإنه يترتب عليه وإن قصد به خلاف الإيلاء (ويرد) على هذا ما ذكره هو قده من أن لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات فى المقبوض بالعقد الفاسد - مع أن عدم جواز التصرف فيه اجماعى (مضاف) إلى أن الإباحة المالكية إنما هى من الأمور التى يتوقف تحققها على القصد ولا تحصل بدونه - والفعل الخارجى إنما يكون مشتركًا بينهما وبين التملك والقرض والعارية ونحو ذلك ويتميز كل عن غيره بالقصد - والانصاف أن هذا التوجيه أبعد من أصل المطلب .

(ثانيهما) أن للملك مراتبًا - ملك العين - ملك المنفعة - ملك الانتفاع - والآخر مساوق للإباحة - فبناءً على إفادة المعاطاة المقصود بها الملكية - للإباحة التزام بوقوع بعض ما قصد وهذا غير وقوع ما لم يقصد ولا محذور فى ذلك - (وفيه) أن الإباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول وإنما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة أو إباحة المالك (مع) أن البيع ليس التملك للمعين والمنفعة وليس هو تملك كالانتفاع - بل ملكية الانتفاع على فرض معقوليتها تابعة لملك المنفعة فالصحيح ما ذكرناه.

(ولكن) مع ذلك كله يرد على المشهور امران (الاول) ما افاده الشيخ الكبير
وهو ان الاصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك - و التصرفات غير المتوقفة
عليه وحكموا باباحة جميعها - والالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد - وسيأتي
تمام الكلام فيه عند نقل المصنفه كلامه فانظر.

(الثاني) انهم ملتزمون باباحة التصرفات المتوقفة على الملك من اول تحقق المعاطاة
وجوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط - وعليه فلا يجتمع ذلك مع القول بعدم
حصول الملكية - ثم مع الاغماض عن ذلك كله لا بد في اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل
عليه في مقام الاثبات وستعرف عدم الدليل عليه

الاقوال في المعاطاة

(قوله قد اذاعرت ما ذكرنا في الاقوال في المعاطاة على ما يساعد ظواهر
كلماتهم سبعة الخ) اقول الاقوال في المسألة سبعة

(الاول) افادتها الملك اللازم - وهو المحكى عن المفيدو مال اليه في محكى
المسالك وفي محكى شرح الارشاد واختاره المحدث الكاشاني وجمع من محقق متأخرى
الاصحاب

(الثاني) انها تفيد الملك غير اللازم اختاره المحقق الكر كى قال المعروف بين
الاصحاب انها لا بيع وان لم تكن كالعقد في لزوم خلاف الظاهر ان مفيدو لا يقول
احد من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنفه في النهاية وقد رجع عنه في كتبه
المتأخرة عنه

(الثالث) انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضي او المعاملة
لفظا - حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثاني وبعض متأخرى المحدثين - ولعل مراده
اعتبار ان يكون هناك لفظ دال على المساومة وان كان الانشاء بالمعاطاة (و عليه) فلا يرد
عليه ما عن المصنفه في الحاشية (لكن في عدها من الاقوال في المعاطاة تأملا فان هذا يصح

إذا كان مراده انشاء البيع باللفظ فانه يخرج عن المعاطاة غاية انه لا يعتبر لفظه مخصوص - ولا يتم على ما ذكرناه.

(الرابع) انها تفيد اباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك وهو المنسوب الى المشهور .

(الخامس) انها تفيد اباحة التصرفات غير المتوقعة على الملك وهو الظاهر من حواشي الشهيد على القواعد

(السادس) انها لا تفيد الاباحة ايضا ذهب اليه الشيخ في النهاية وان رجع عنه

(السابع) انها معاملة مستقلة تفيد الملكية اختاره الشيخ الكبير هذه هي الاقوال

في المسألة

دليل المختار في المعاطاة

والاظهر انها تفيد الملك - واللزوم - فلا بد من التكلم في مورد ين لاثبات المدعى (الاول) في انها تفيد الملك - او الاباحة - ام لا تفيد شيئا منهما (الثاني) في انها هل تفيد اللزوم لا .

اما المورد الاول - فالكلام فيه يقع اولا فيما استدل به او يمكن الاستدلال به على المدعى - ثم فيما استدل به على عدم افادتها الملكية .

(اما الاول) فقد استدل له بوجوه (الاول) السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ

بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعق و البيع و الوطى و الايصاء

و توريثه و غير ذلك من آثار الملك (و اورد) المصنف ده عليه بما اورد

على الاستدلال بالاية وهو ان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقعة

على الملك وثبوت الملكية من اول الامر باباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلا

او شرعا - و لم يثبت شيء منهما (اما) الملازمة الشرعية فلان المشهور قائلون

باباحة جميع التصرفات ولا يقولون بالملك من الاول (واما) الملازمة العقلية فلان القدر

للإلزام بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك ولو آناً
لأمن الأول (ثم) قال - أما السيرة على التورث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن
المسامحة وقلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم
كما لا يخفى .

(أقول) يرد عليه قده - أمور (الأول) أنه ما الفرق بين السيرة على التورث
والسيرة على جواز التصرفات حيث لم يناقش في الثانية وناقش في الأولى - فاف
تطرق هذا الاحتمال في الأولى تطرق في الثانية طابق النعل بالنعل .

(الثاني) أن السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك ولازم ذلك
ثبوت الملكية من الأول - فإن إباحة التصرفات لا تدور مدار فعلية التصرفات بل هي تثبت
من أول الأمر - وعليه - فإن ثبت الملكية من الأول ثبت المطلوب و لا فقد أيج تلك
التصرفات لغير المالك وهو منافي لأدلة توقفها على الملك (وبعبارة أخرى) هذه الإباحة
مع أنها إباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الأول فلا يعقل الالتزام
بعدم الملك

(الثالث) أنه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آناً في التورث قبل الموت أن
يمكن الالتزام به في سائر ما يتوقف على الملك فلم يظهر وجه تفرقه بينهما .

(والحق) أن يورد على هذا الوجه بأن السيرة في هذه الأزمنة وإن ثبتت الآن
اتصالها إلى زمان المعصوم غير ثابت إذ لعل هذه نشأت عن افتناء المراجع بالملكية أو إباحة
التصرفات الأتري - أن جواز الصلاة في اللباس المشكوك مما أفتى به أكثر المتأخرين
فاذا فرضنا افتناء الجميع به في بعض الأعصار يكون عمل الناس جميعاً عليه فيتوهم
ثبوت السيرة مع أن عدم الجواز في القديم كان كما المجمع عليه فتدبر .

(الثاني) سيرة العرف والعقل في كل ملة ونحلة على المعاملة مع المأخوذ
بالمعاطاة معاملة الملكية وحيث لم يردع عنها الشارع الأقدس فيستكشف امضاءه لها -
ولا يتوهم - أن أدلة توقف البيع والعق والوطء على الملك رادعة - فإن السيرة ليست

على جواز تلك التصرفات لغير المالك - بل على المعاملة مع المأخوذ بهامعاملة الملك فتدبر .

(وربما يقال) انه يكفي في الرادعية ادلة الاستصحاب فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية ما لم يعلم زوالها ولا دليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها فتكون تلك الادلة ردعا عن ثبوت الملك بالمعاطاة - (واجيب عنه) بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لاستلزامها الدور اذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها والا فلا محالة تكون مخصصة لها وعدم حجيتها متوقفة على رادعيتها وهذا دور واضح (واورد عليه) بان اثبات حجية السيرة ايضا دورى اذ هي متوقفة على عدم الردع عنها ولو بالعموم وعدم الردع في المقام يتوقف على حجيتها (ورد ذلك) بان في حجية السيرة لا يحتاج الى اثبات عدم الردع بل يكفي فيه عدم ثبوت الردع (ولكن يرد عليه) ان في حجية العمومات وصلوحها للرادعية ايضا يكفي عدم ثبوت التخصيص اذ الدليل العام حجة ما لم يثبت خلافه .

(والحق) في الجواب عن اصل الاشكال اى عن رادعية ادلة الاستصحاب - ان يقال ان عمل العقلاء ومعاملتهم مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية - انما يكون لبنائهم عليها وجزمهم بها وليسوا شاكين في ذلك (وعليه) فلا يعقل رادعية ادلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كما هو الشأن في جميع الادلة المتضمنة لبيان الاحكام فان بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع - وتلك الادلة متكفلة لعقد الحمل فلا يتوارد ان على محل واحد كى تصلح العمومات للرادعية فتدبر .

(الثالث) قوله تعالى (احل الله البيع) والاستدلال به يتوقف على اثبات صدق البيع

عليها . ثم اثبات دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع فالكلام يقع في موضعين

(الاول) في انه هل يصدق عليه البيع ام لا ربما يقال بعدم لان العناوين المنشأة

بالقول او الفعل لا بدوان يكون القول او الفعل مصداقا لهذا العنوان بالحمل الشايع الصناعات

والا لا يتحقق ذلك العنوان وان قصد تحققه فلو مشى بقصد انشاء البيع اما تحقق والتعاطى
الخارجى حيث لا يكون بالحمل الشايع مصداقا للبيع الذى هو عبارة عن تبديل احد طرفى
الاضافة بمثله فقصدته وايجاد ما هو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع (اقول) القول
او الفعل ليس مصداقا للبيع فى شىء من الموارد بناء على كونه موضوعا للمسبب اى اعتبار
المتبايعين (نعم) لا كلام فى ان نفس ذلك الاعتبار النفسانى المميز باللفظ والفعل لا يكون
ممضا عند العقلاء والشارع وابرأه لا بدوان يكون بما يكون مبرزاً له عند العقلاء ولكن
عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شىء بازاء شىء وهذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شىء
خارجا واخذ ما بازائه وان شئت ان تعبر مساهمة بان الفعل الخارجى مصداق لهذا العنوان
على هذا المبنى فلا مشاحة واماد عوى الغنية لاجماع على عدم كونه بيعا فمراده نفى اللزوم
او الصحة لا الحقيقة

(الثانى) فى اثبات دلالة الآية على افادة البيع الملكية - و يحصل الكلام فيه ان
محتملات الحل ثلاثة - الحل الوضعى اى الصحة والنفوذ - والتكليفى اى الجواز والرخصة -
والاعم منهما ولعل الجامع بينهما هو جعله مخرجى العنان فى مقابل المنع والتقييد (اما على الاول)
فالآية تدل على امضاء البيع مطابقة وهذا الوجه هو الذى اراده المصنف به بقوله (بل قد
يقال بان الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا بمجرد الحكم التكليفى لكنه محل
تأمل الخ) والظاهر ان منشأ تأمله هو ظهور الحل فى الحلية التكليفية المؤكدها
الظهور بمقابلته وحرم الربوا (ولكن) يرد عليه انه من جهة استناده الى نفس البيع ظاهر
فى ارادة الوضعى منه وهكذا فى الحرمة المنسوبة الى الربوا (واما على الثانى) اى ارادة الحلية
التكليفية من احل - فحيث انه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو فعل ولا بما هو تسييب للملك فلا بد
من تقدير التصرفات

(و عليه) فيمكن استفادة ملكية البيع من الآية بوجوه (احدها) الملازمة
العرفية بين حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك - وبين الملكية كما
تقدم (ثانيها) ان جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والوطء ونحوهما -

من آثار الملكية فاذا دلت الآية على جوازها - دلت على الملكية بالمالزمة العقلية وهذا الوجه هو الوجه الاول في كلامه ومورد نقضه وابرامه وتامل فيه - بما ذكرناه في السيرة مع الجواب عنه فراجع (نالها) ان الآية الشريفة وان دلت على اباحة التصرفات الا انها لا تدل على حلية مجرد التصرفات المتوقفة على الملك - بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع و مرجع ذلك الى حلية الاكل عن هذا السبب و لازم ذلك عرفاً بثبوت الملكية - كما ان لازم العرفي لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية - كقوله (ع) ثمن العذرة سحت - وهذا الوجه هو الذي ركن اليه في آخر الامر .

(وبما ذكرناه) ظهر ان ما اورده المحقق الايرواني ره عليه من ان المصنف ره التجأ الى اختيار ما جعله محل التامل - غير تام - فان ما اختاره غير ما تأمل فيه فتدبر (و اما على الثالث) فحيث ان احل انتسب الى البيع ولا معنى لحليه التكليفية و التقدير خلاف الاصل فلا محالة يراد بهح الحلية الوضعية وعليه فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع ومملكيتها (فتحصل) ان الآية على جميع التقادير تدل على صحة البيع ومملكيتها - ومقتضى اطلاقها الاحوالى - بالتقريب الذي ذكرناه قبل الشروع في بحث المعاطاة - هو اضاء كل بيع و عدم اعتبار شىء مما شك في اعتباره في اظهاره و ابرازه ففي المقام يشك في اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها ويحكم بعدم اعتباره وتحققه بالاظهار بالفعل .

قوله قدده ولذا صرح في الغنية بكون الايجاب والقبول الخ والظاهر ان مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب والقبول من شرائط الصحة لاصل التحقق - على ان المعاطاة عنده بيع - فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعاً - انها ليست بيعاً صحيحاً او لازماً - وعليه فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى

كما افاده السيد ره - ثم انه قد ه كلام المصنف ره بما هو خلاف الظاهر جداً
فراجع.

(الرابع) قوله تعالى (لأنأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض) و تقريب الاستدلال به - انه بعد ما لا ريب في ان المراد من الاكل هو
معناه الكنائى - لامعناه الموضوع له وهو واضح - يكون المراد بالاكل احد معنيين.
(الاول) كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك وعليه - فتجرى
في هذه الاية الوجوه الثلاثة التى ذكرناها لدلالة الاية المتقدمة على صحة المعاطاة
لو اريد باحل - الحلية التكليفية فلا نعيد .

(الثانى) جعل الاكل كناية عن التملك - وعليه فهمى بالمطابقة تدل على
صحة المعاطاة و كونها موجبة للملكية - و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة
واضحة .

الخامس - النبوى - الناس مسلطون على أموالهم - تقريب الاستدلال
به انه يدل على ان الناس مسلطون على أموالهم بجميع انحاء التصرفات من جعلتها
البيع المعطائى.

واورد عليه - بايرادات (الاول) ما فى المتن وهو ان عمومها انما هو باعتبار
انواع السلطنة فلو احرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله لغيره - وشك فى انه
هل يحصل به مجرد التعاطى ام لابد من القول الدال عليه فلا يجوز التمسك به على مملكية
المعاطاة (اقول) ان كان مراده قد ه انه فى مقام اثبات مشروعية كل نوع فى
الجملة وليس له اطلاق افرادى - فيرد عليه - ان له اطلاق افراديا ويدل على ثبوت السلطنة
على كل تصرف من التصرفات - و لذا لو شك فى ان الفرد الخاص من نوع من
التصرف كالاكل هل يكون جائزاً ام لا يتمسك به - والسر فيه ان السلطنة هى
القدرة ومن المعلوم انها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه وحذف المتعلق يفيد العموم
فمعنى النبوى ان الناس قادرون على كل تصرف فى أموالهم والاختصاص بكل

نوع منه بلا وجه - وان كان مراده انه في مقام امضاء المسببات لا الاسباب فيرد عليه - ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية المحل ايضا بناء على كون الفاظ المعاملات اسامي للمسببات لا الاسباب وقد تقدم الجواب عنه.

(الثاني) ما عن المحقق الخراساني ره وهو ان المستفاد منه كونه في مقام بيان عدم محجورية المالك لا في مقام تشريع السلطنة بانحائها (وفيه) ان حمل السلطنة التي هي القدرة على التصرفات مطلقا - على ارادة عدم المحجورية اي عدم المانع من التصرف خلاف الظاهر.

(الثالث) ما افاده جمع من المحققين - وهو ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة في موضوع المال - و لا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع وازالة السلطان (وفيه) انه ان يريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة (فيرد عليه) ان هذا يتم في الاعراض - ولا يتم في البيع الذي حقيقته اعطاء المال للغير و لازمه رفع السلطنة عن نفسه - و ان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات في موضوع المال وبعبارة اخرى مع انحفاظ اضافة المال اليه و اخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح (فيرد عليه) ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لاحال التصرف كما لا يخفى (فالحق) ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوي ليس بوارد

(قوله قد اللهم الا ان يقال انها الخ) قد تقدم عند تقريب الاستدلال بالسيرة ان

مرجع الضمير الايتان و السيرة كما عرفت بيان مراده قد عرفت

(قوله قد عرفت ودعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة الخ) حاصل هذه الدعوى ان

انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات والملكية الثابتة بالاجماع و

غيره في المقام يمتنى على اختيار المشهور في المقام اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة

على الملك وهذا غير ثابت فلا وجه لانكارها (وحاصل رده) قد عرفت ان الملازمة تحتاج الى

دليل ومجرد عدم الدليل على عدمها لا يكفي في ثبوتها

(قوله قدده فالأولى ح التمسك في المطلب الخ) اشار بذلك الى الوجه الثالث من الوجوه التي ذكرناها بالدلالة آية حل البيع على ملكيته بناء على ارادة الحلية التكليفية منها. وعرفت ان هذا غير ما تأمل فيه قبل اسطر فراجع ثم انهر بما يستدل على ملكية المعاطاة بالآية الشريفة (او فو بال عقود) وسيأتى تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانتظر (ثم انه) قد ظهر مما ذكرناه مدارك ساير الاقوال - اذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعاً - يستند في عدم كونها بيعاً الى ما تقدم في آية حل البيع وفي كونها معاملة مستقلة معضاة الى عموم آية التجارة عن تراش (واما) من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند في الاباحة الى ما تقدم من السيرة والآية والى عدم كونها مفيدة للملك بما سيمر عليك (و اما) من يقول بانها لانفيد الملكية ولا الاباحة فقد استند الى ان الايات انما هي في مقام امضاء المسببات فلا نظر لها الى الاسباب والسيرة اما غير ثابتة على الاباحة او غير مفيدة .

ادلة عدم افادة المعاطاة الملكية

ثم انه قد استدل على عدم افادتها الملكية بوجوه .
 (الاول) اصالة عدم الملك المعترضة بالشبهة المحققة الى زمان المحقق الثاني (وفيه) ان الاصل انما يستند اليه مع عدم الدليل وقد عرفت وجوده
 (الثاني) - الاجماع المدعى في الغنية والقواعد هنا وفي المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب والقبول (وفيه) اولاً ان الاجماع المنقول ليس بحجة (و ثانياً) ان مدرك المجمعين معلوم (و ثالثاً) لم يشب بناء جميع من نسب اليهم القول بعدم الملك - عليه .
 (الثالث) الخبر المروي عن النبي ﷺ الناهي عن بيع المنابذة والمالسة وعن بيع الحصاة (بتقريب) انه يدل على النهي عن انشاء البيع بهذه الافعال وبضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك في ساير الافعال - و حيث ان ظاهر النهي في امثال المقام

الارشاد الى الفساد - فيدل على عدم صحة البيع المعطائي (و فيه) اولا انه نبوى عامى ضعيف (وثانيا) ان الظاهر منه ولا اقل من المحتمل النهى عن تعيين المبيع بهذه الافعال و الوجه فى البطالان ح كونه بيعا غريبا - لا النهى عن انشاء البيع بها (وثالثا) ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال وغيرها لم يثبت

(الرابع) قوله عليه السلام (انما يحل الكلام ويحرم الكلام) (وفيه) انه سيأتى عند

تعرض المصنف له لهذا الخبر - بيان المراد منه و ستعرف انه اجنبى عن ما استدل به له.

(الخامس) جملة من النصوص الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة فى بيع المصحف - وبيع اطنان القصب - وبيع الابق مع الضميمة - و فى المزارعة و فى غيرها - ففى الموثق لا تشتري كتاب الله ولكن اشتر الحديد و الجلود و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا - ونحوه غيره - (وفيه) انه لا اشعار فى هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة - لو رودها فى مقام بيان احكام اخر - لا اشتراط الصيغة وليس لها مفهوم كى تدل على عدم الصحة اذا كانت المعاملة بغير اللفظ (فتحصل) انه لا دليل على عدم افادة المعاطاة الملك - فالمتبع هو ما دل على افادتها ذلك

كلام بعض الاساطين وما يرد عليه

(قوله قدده و لذا ذكر بعد الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعادات ان القول بالاباحة الخ) لا يخفى ان ما ذكره الشيخ الكبير ره من المحاذير للقول بافادة المعاطاة الاباحة قبل التصرف والتلف والملكية بعد احدهما انما يكون على قسمين (احدهما) ما يرجع الى بطلان القول بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الاباحة - وهو الاول والثالث مما عده فى كلامه (ثانيهما) ما يرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آنما قبل التصرف او التلف و كيف كان فمن

جملة المحاذير التي ذكرها.

(ان) لازم ذلك ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصور (واجاب) المصنف
 ره عن ذلك بجوابين (الاول) الجواب الحلى - (و حاصله) ان التبعية المزبورة
 انما هي في العقود الصحيحة اذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه -
 واما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليها لا محذور فيه بل لا معنى للفساد
 الا ذلك واما ترتب شيء آخر عليها بتعبد من الشارع فلا ينافى شيئاً من القواعد و
 المقام كك فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعاً صحيحاً فلا يترتب عليها
 الملكية وان قصد بها تلك واما يترتب عليها الاباحة الشرعية لا الملكية بتعبد من الشارع
 المستكشف من السيرة وغيرها - وليس ذلك تسبباً بالعقد ولا مضمونه حتى يقال وقع
 بالعقد ما لم يقصد - فما قصد وان لم يقع الا انه لا محذور فيه لان لازم الفساد ذلك -
 وما وقع و ان لم يقصد - الا انه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع بالعقد ما لم يقصد بل
 انما هو حكم شرعى فتدبر .

(وبهذا) البيان ظهر اندفاع ما اردده السيد الفقيه و المحقق النائيني ره عليه
 بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية وليست حكماً بتعديدا
 كي تختص بمورد دون آخر (وجه الاندفاع) ان المصنف ره لم يدع انه لا محذور
 في تخلف العقد عن القصد في المعاملات الفعلية - بل ادعى انه لا يلزم ذلك فتدبر فيما ذكرناه
 (الجواب الثانى) - النقص - وهو ان التخلف في المقام انما يكون نظير التخلف
 في الموارد الخمسة - يعنى ليس تخلفاً حقيقية لانه تخلف جائز .

(المورد الاول) ان الاصحاب اتفقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤثر
 في ضمان كل من العوضين القيمة لا فائدة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحته
 مع انه ما لم يقصد الا ضمان كل منهما بالآخر (وفيه) ان السبب للضمان في هذا المورد
 ليس هو العقد بل القبض كما ان الوجه فيه - الاقدام - ام قاعدة اليد - فما قصد به الضمان
 بالمسمى هو العقد و ما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض - فلا يكون
 نظير اللزمة .

(المورد الثاني) الشرط الفاسد فانه لم يقصد المعاملة الا مقرونة به و هو غير مفسد عندا كثر القدماء (وفيه) ان مبنى عدم مفسديته عدم تقييد البيع به و كون الشرط التزاما فى التزام بمعنى ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى ولازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لا البطلان - فلا يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد .

(المورد الثالث) انه لو باع ما يملك وما لا يملك بعقد واحد فانهم التزموا بوقوع بيع ما يملك وصحته مع انه لم يقصد الا بيعه مقرونا بما لا يملك (وفيه) ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين - وعليه - فاحدهما صحيح ولم يتخلف عن القصد وثانيهما باطل اى ما قصد لا يقع ولا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور (المورد الرابع) بيع الغاصب لنفسه فانه اذا اجاز له المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه - (وفيه) ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الامر يبنى على انه المالك فالتخلف انما يكون فى هذا الاعتقاد المقارن لافى العقد وتمام الكلام فى محله .

(المورد الخامس) اذا قصد بالصيغة فى النكاح الانقطاع وترك ذكر الاجل فانهم حكموا بوقوعه دائما - فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد (وفيه) انهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة والفرق بين الدوام والانقطاع هو الفرق بين المطلق والمشروط بشيء و عليه - فحيث ان النكاح من الانشائيات فاذا ترك ذكر الاجل لا يتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها وانما يقع المطلق لقصد انشاءه فتدبر (والانصاف) ان شيئا مما ذكرناه ليس ايرادا على المصنف ره لانه ليس بصدور بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل فى مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذى هو تخلف ضرورى لا حقيقى واقع كثيرا فتدبر .

(ومنها) ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف او معها بنحو تكون الارادة سببا لها وهذا غلط لدليل سلطنة المالك ولا يقاس -

باعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك فان فى هذين الموردين تو كيل فى التملك و التملك قبل التصرف وهذا بخلاف المقام فان كلاً من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطى ولا يقصد الملك حال التصرف

(واجاب) المصنفه عن ذلك بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك - ودليل جواز التصرف المطلق - واستصحاب بقاء الملك الى ان قبل التصرف - هو ذلك اى حصول الملك بعد ارادة التصرف - ويكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما تنقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك

((اقول)) يرد عليه - امران (الاول) ان غرض الشيخ الكبيره ليس عدم الدليل على ملكية ارادة التصرف كى يصح الجواب عنه بان مقتضى الجمع بين القواعد ذلك اذ لا يعتبر فى الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص - بل غرضه ان القول بذلك غريب لا نظير له فى الفقه فلا ينفع هذا الجواب (الثانى) ان تنظير المقام بتصرف الواهب وذى الخيار فى غير محله فان فى ذينك البابين الواهب ومن له الخيار يقصدان الفسخ والرجوع بالتصرف ولهم ما ذلك - فالتصرف بنفسه يكون رجوعاً او كاشفاً عنه - وهذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التملك و التملك - على الفرض فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملوكة مع عدم قصد الملكية (واما) الايراد على المصنفه كما ذكره المحقق النائنى بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف مملوكة (فغير صحيح) فان ما نقله المصنفه كالصريح فيما استفاده منه ولعل المحقق النائنى لاحظ شرح القواعد واما يجده موافقاً لما ذكره المصنفه ((والحق فى الجواب)) عما ذكره الشيخ الكبير - ان يقال انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هى المعاطاة وانما يكون التصرف او ارادته شرطاً للملكية نظير القبض الذى هو شرط لحصولها فى بيع الصرف

((وهنأ)) ان يصير مالى من الاملاك بحكم الاملاك - فان الاخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنقبات وغيرهما ما هو مترتب على الاملاك تتعلق بما فى اليد مع العلم

ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه

واجاب المصنف رده عنه بقوله (واما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض ودفعه بمخالفته لليسرة رجوع اليها) وهذا يحتمل معنيين (احدهما) ان تعلق هذه الامور بالماخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به - ودفعه بمخالفته لليسرة حيث ان بناء المشرعة على المعاملة مع الماخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كسائر الاملاك - رجوع - الى الاستدلال بالسيرة على الملك والمفروض عدم تماميته عند هذا القائل والالتمز بالملك (ثانيهما) ان الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد ودفعه بقيام السيرة على التعلق - رجوع اليها فيخصص بها ما دل على عدم تعلقها بغير الاملاك - والظاهر هو الاول - لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى (وفيه) ان هذا الجواب لا يفيد في دفع ما افاده الشيخ الكبير فانه يقول لا كلام في تعلق هذه الامور بالماخوذ بالمعاطاة والمفروض انه ليس بملك فيلزم ان يكون غير الملك بحكم الملك وهذا في نفسه بعيد لانه لا دليل عليه

والحق ان يقال انه لو كان اشكال واستبعاد فانما هو في الاخماس والزكوات وحق الشفعة - واما سائر المذكورات كالاستطاعة وحق الديان والنققات وغيرها فتتعلق بغير الاملاك - لتحقق الاستطاعة بالبذل والاباحة - والدين يجب ادائه من مال اذن صاحبه في الاداء منه اذا كان حالا - والنفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه - والوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق او مال - مع - انه يمكن الالتزام على هذا المسلك بملكية المورث آنما قبل الموت - وتصح الوصية ايضاً - والربا يجري في البيع و ان لم يفد الملك وهكذا البقية (واما) تعلق الخمس و الزكاة وحق الشفعة والمراد به ان المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك - به - فان ثبت بدليل - فيكون هو المخصص لما دل على توقفه على الملك لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله - والا فالقائمون بالاباحة منكرون للتعلق

(و منها) كون التصرف من جانب مملكا للجانب الاخر (و اجاب)

المصنف عنه.

بمؤا له فقد ظهر جوابه ولكن الجواب المتقدم الذى ذكره عن مملكية التصرف من انه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفى فى المقام لانه يقتضى مالكية المتصرف لما فى يده تصحيحا لتصرفه المتوقف على الملك ولا يقتضى مالكية غير المتصرف نعم - الجواب الذى ذكرناه يكون جوابا عن هذا الابرار ايضا كما لا يخفى

(ومنها) كون التلف من جانب مملكا للجانب الاخر والتلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين وانه لارجوع بالمثل او القيمة (و اجاب) المصنف عنه عن ذلك بقوله واما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت الخ توضيحه - ان مقتضى عموم على اليدوان كان هو الضمان ببذله الواقعى - لانه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل والقيمة - زار الامر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا الذى اليد فيبقى عموم على اليد على حاله - وبين ان يكون باقيا على ملك مالكة الاول فيكون الاجماع والسيرة مخصصين اعموم على اليد - وقد ثبت فى محله ان التخصيص مقدم على التخصيص عند الدوران - وعليه - فلاجل ذلك بضميمة استصحاب عدم الملك الى ان قبل التلف يحكم بحصوله قبله آنا - هذا هو مراده قد - لاما افاده بعضهم - من ان غرضه ثبوت مملكية التلف بالاجماع والسيرة -

ولكن يرد على المصنف انه ان (الاول) ان اليد فى المقام يداها نية شرعية او مالكية ولا تكون مشحولة لقاعدة على اليد على التقديرين (الثانى) ان التمسك بالعموم اى تقديم التخصيص على التخصيص انما هو فيما اذا لم يكن الحكم معلوما - واما اذا علم ذلك وشك فى كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من افراد العام كى يكون ذلك تخصيصا او غيره فلا مورد للتمسك باصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه (فالحق) فى الجواب عن الشيخ الكبير انه فى صورة التلف من الجانبين لا ضمان لعدم المقتضى مع انه يمكن الالتزام بمالكية كل منهما قبل التلف و فى صورة

التلف من جانب واحد - انما يكون الطرف الاخر مالكا لما في يده بسبب المعاطاة
الشروط تاثيرها في الملكية عندهم - بالتصرف المتوقع على الملك او التلف
(ومنها) انه لو غصب الماخوذ بالمعاطاة غاصب - فلا بد وان يكون المطالب هو المالك
المبيح لا المباح له و هو خلاف ظاهر الاصحاب - والقول - بتملكه بالغصب فيكون
حق المطالبة له من هذه الجهة - بعيد -

(و اجاب) المصنف رده عنه - بان لكل منهما المطالبة مالم يتلف اما المالك
فللملكية - و اما المباح له فلفرض ان له السلطان على الماخوذ و الانتزاع
من الغاصب من مراتب السلطنة - و اما في صورة التلف فالمطالب للقيمة
هو المباح له لصيرورته مالكا بالتلف (ويرد) على المصنف رده - ان المالك
بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة و الا لزم الجمع بين العوض
والمعوض

(ومنها) ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح لهدون العين فبعيد -
او مع ملكية العين فكذلك كلاهما منافع لظاهر الاكثر - ومع عدم كونه ملكا له
ودخوله في ملك المالك حيث ان شمول الاذن له خفي فلازمه عدم جواز التصرف فيه وهو
خلاف السيرة

(و اجاب) المصنف رده عن ذلك بان القائل بالاباحة لا يقول بان تنقل النماء بالاخذ بل
حكمه حكم اصله و يحتمل ان يحدث النماء في ملكه بمجرد الاباحة (وفيه) ان الاحتمال
الاول هو الذي اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفي - و اما الاحتمال الثاني
فهو الذي استبعده - (ولكن) يمكن الجواب عن الشيخ بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا
مالكية فلا تتوقف على الاذن

(ومنها) ان في التلف - ان ملك التالف قبل التلف فعجيب المزوم تقدم المسبب على السبب
وان ملكه معه فبعيد لانه لا استقرار له حتى يملكه وان ملكه بعده فهو ملك المعدوم - (وفيه) انه
يلتزم بالاول ويقال بتاثير المعاطاة في الملكية وشرطها التلف بنحو الشرط المتأخر -

او يقال بكونه كاشفا عن السبب فتدبر

(ومنها) ان التصرف ان لم يتوقف على النية فهو بعيد - وان توقف عليها كان الواطى للمجارية من غيرها واطمأ بالشبهة - (وفيه) انه بنفسه شرط التأثير فى الملكية لامع النية فلا بعد فيه مع انه لم يتوقف عليها كان الواطى للمجارية من غيرها زانيا لا وطمأ بالشبهة (ومنها) قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك فى التصرف اذن فى تملك نفسه - فيتحد الموجب و القابل - وهذا بعينه يجرى فى القبض الذى هو اول تصرف يصدر من المتعاطيين بل هو اولى لكونه مقرونا بقصد التملك دونه

(وفيه) اول ان حصول الملكية قبل التصرف او معه ليس من حيث الاذن فى تملك نفسه بل هو بنفسه مملك (وثانيا) ان هذا لا يجرى فى القبض لعدم توقفه على الملك كى يقتضى الجمع بين ادلة حصول الملكية قبله او معه (وثالثا) انه لو كانت ملكية التصرف من باب الاذن فى التملك - فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطي اذ لافرق بين هذا الفعل الذى ينشأ به التملك وغيره (ولكن) الانصاف ان ما افاده الشيخ الكبير جملة منها استبعادات فى حملها - وقد مر ان القول بالاباحة مما لا يمكن اثباته بالدليل - وانه يقتضى القول بالملك فراجع .

اصالة اللزوم = استصحاب بقاء الملك

المورد الثانى فى ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم ام جائز - و الكلام فيه يقع فى موضعين الاول - فيما استدل به على اللزوم .

(قال قده - او فقها بالقواعد هو الاول بناء على اصالة اللزوم فى

الملك الخ) وقد استدل لللزوم بامور (احدها) استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك فى زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقاءه - واورد عليه - بايرادين (الاول) ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علقه المالك الاول (الثانى) انه من قبيل استصحاب الكلى فى القسم الثانى - وهو لا يجرى - لان الفرد القصير وهو الملك المتزلزل مقطوع

الارتفاع بعد الرجوع - والملك اللازم مشكوك الحدوث فيجرب استصحاب عدم حدوثه والمصنف ره لم يتعرض في المقام للجواب عن الاول (واجاب عن الثاني) (اولا) بان الاستصحاب يجري في القسم الثاني من اقسام الكلّي (و ثانيا) بان استصحاب بقاء الملك في المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلّي و علله بما سيمر عليك - و على فرض الشك في كون المستصحب شخصيا ام كليا يجري الاصل - وان كان على فرض ثبوت كونه كليا لا يجري فيه الاصل

(اقول) تحقيق القول في المقام يقتضى التكلم في مواضع (الاول) في ان الملك المستصحب في المقام هل هو كلّي او شخصي بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل والمستقر - او هو شخص معين لعدم كون الجواز واللزوم من الامور المنوعة او المفردة (الثاني) في انه لو ثبت كونه شخصيا هل يجري الاصل فيه ام لا - ولو ثبت كونه كليا فهل يجري فيه الاصل ام لا - ولو شك في ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا (الثالث) في انه في المقام هل يكون اصل حاكم عليه وبعبارة اخرى هل يجري استصحاب بقاء علقه المالك الاول ام لا .

(اما الموضع الاول) فالمصنف ره ذهب الى ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات الماخوذة في المسبب - و استدل له بوجهين (احدهما) - ان الملكية ليست من الامور الواقعية او التعبدية الشرعية حتى يقال اننا نعرف حقيقتها بل هي امر اعتباري يعتبرها المتعاقدان (وعليه) فحيث نرى بالوجدان و الحسن ان اشاء الملك في البيع والهبة على نهج واحد فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك (الثاني) ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك - فاما ان يكون التخصيص بجعل المالك - او الشارع - فان كان الاول لزم التفصيل بين اقسام التملك المختلفة بحسب قصد الرجوع وعدمه وهو بديهي البطلان لعدم دخل قصد المالك في الرجوع وعدمه - و ان كان الثاني لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل في العقود .

و اورد عليه بايرادات (الاول) ما افاده السيد الفقيه في الحاشية - وهو ان

الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف فى حقيقةهما فان الملكية فى انظار العرف قسمان و انهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الموجودة فى العقود اللازمة (و فيه) انه بعد التوجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية و يعتبرها المالك لغيره - لا يشك احد فى ان المعتبر فى الموردين شىء واحد - او ان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعى بجواز الفسخ و الرجوع فى مورد دون آخر.

(الثانى) ما افاده ايضا فيها - وهو ان اختلاف السبب اذا لم يكن موجبا لاختلاف المسبب لا يكون مقتضيا لاختلاف الاحكام (و فيه) ان المصنف ره يدعى ان اللزوم و الجواز من احكام السبب نفسه لامن احكام المسبب فلا وجه لهذا الايراد.

(الثالث) ما افاد قدده ايضا و تبعه المحقق الايروانى ره - و هو انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفى فى الاشكال التعدد الفردى كما فى الحيوان المرددين زيد و عمرو فى الدار اذا كان قاطعا بخروج احد هما المعين (و فيه) ان المصنف ره يدعى عدم التعدد الفردى ايضا وان الملك لا يختلف فى الحقيقة النوعية و لافى الخصوصية الزائدة على الحقيقة - فالمتيقن هو الملك الشخصى المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اى المعاطاة وانما الشك فى ان هذا الشخص هل يكون سببه محكوما باللزوم او الجواز فهو نظير ما لو علم بدخول زيد فى الدار و شك فى خروجه من جهة الشك فى انه هل دخل فيها بانما على البقاء الى ساعة او الى ساعتين فتدبر.

(الرابع) ما افاده السيد ايضا ايرادا على الوجه الثانى الذى ذكره المصنف ره برهانا لمختاره - وهو ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع و الهبة مثلا انما يكون من قبل المتعاقدين - و بالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انما يكون من قبل الشارع و لا بأس بامضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ فان هذا المقدار من الاختلاف مغتفر (و فيه) ان لازم ما افاده فى القسم الاول دوران اللزوم و الجواز فى النوعين مدار قصد المنشئ زهو بديهي الفساد و اما ما ذكره فى القسم

الثانى فيرد عليه ان المصنف لا يدعى استحالة امضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ بل يدعى انه اذا لم يرد دليل الاعلى امضاء ما انشاء المتعقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصده وهذا امر بديهي .

(الخامس) ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب اذ المتباينان لا يعقل تأثيرهما في شيء واحد - (وفيه) ان المؤثر في الملكية انما هو الجامع بين السببين والاختلاف انما يكون في خصوصيات السبب المؤثرة في اللزوم والجواز (فتحصل) ان شيئاً مما او دعى المصنف به لا يرد عليه .

ويشهد لعدم كونهما من مقومات الملك و عدم كون الاختلاف بينهما فى حقيقة الملكية - مضافا الى ما ذكره المصنفه - وجهان آخران (احدى هما) انه يلزم ان لو انشاء الملكية ولم يقصد اللزوم او الجواز - ولو بالقصد الى الملكية التى من شأنها ذلك - ان لا تقع الملكية اذ الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز (الثانى) انه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة لللزوم واخرى للجواز مع وضوح خلافه فان البيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه فى زمان الخيار جائزة وبعده لازمة - وبما ذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين كك ظهورها ليست ذات مراتب و ان الملك الجائز و اللزوم ليسا فردين من الملك .

(بعم) لانكر - ان الاحكام الشرعية التكليفية و الوضعية تابعة للملاكات و لازم ذلك ان الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضى المصلحة الحكم عليه او على سببه باللزوم تارة وبالجواز اخرى ولكن مثل هذه الخصوصية لا يعقل ان يكون من مفردات الملك الاعتبارى كما لا يخفى (فتحصل) مما ذكرناه ان الجواز و اللزوم حكمان شرعيان جمعا للسبب او للمسبب - لا يعقل ان يكونا من مقومات الملك و قيوده و الا لزم تقدم ما هو متاخر - فالملك فى الموردین شيء واحد

و اما الموضوع الثانى فالكلام فيه يقع فى جهات (الاولى) اذا كان الملك فى

الموردين شيئاً واحداً - فعلى القول بجريان الاستصحاب فى الاحكام لا كلام فى جريان هذا الاصل، اما على القول بعدم جريانه فيها - فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الاحكام (ولكن) يمكن ان يقال ان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام انما هو محكوميته لاستصحاب عدم الجعل كما حققناه فى محله (و عليه) ففى المقام بما ان جعل الملكية المستمرة مما لا شك فيه وانما يكون منشأ الشك فى بقاء الملك بعد الفسخ والرجوع - الشك فى جعل حق الفسخ والرجوع و الاصل يقتضى عدمه (و عليه) فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقياً فى زمان الشك الجارى فى سائر المقامات كما لو شك فى جعل وجوب صلاة الجمعة فى زمان الحضور خاصة ام الى يوم القيمة فانه يجرى فيه اصالة عدم جعل الوجوب اياً فى زمان الغيبة - الحاكم على استصحاب بقاء الحكم لا يجرى فى المقام - و على ذلك فمقتضى الاصل بقاء الملكية

(الجهة الثانية) بناءً على تعدد الملك اللازم و الجائز - هل يجرى استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما - ام لا - والمصنف ربه فى الاصول اختار جريان استصحاب الكلى فى امثال المقام - اى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى - ولكن فى المقام بعد ما اشار الى مختاره - قال - فتأمل - وقد صار هذا الامر بالتأمل سبباً للإيراد على هذا الاصل بايرادات (و حيث) ان بعضها ايراد على جريان الاصل فى هذا القسم مطلقاً فقد اغمضنا عن ذكره لان محله فى الاصول وقد اشبعنا الكلام فيه فى حاشيتنا على الكفاية وبعضها ايراد على جريانه فى خصوص المقام - وهو امور

(الاول) ما عن المحقق الخراسانى ربه وهو ان الشك فى بقاء الكلى فى المقام من قبيل الشك فى المقتضى حيث انه يشك فى ان الملك الحادث بالمعاطاة هل هو لازم يكون فيه اقتضاء البقاء حتى بعد الفسخ ام يكون جائز الا يكون فيه اقتضاء البقاء بعده - فيكون نظير الحيوان المردد بين الفيل والبقر (وفيه) ان الشك فى المقتضى الذى ذهب المصنف ربه فى الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما اذا كان

عمر المستصحب وامده فى عموم الزمان مشكوك كما تكوينا او تشريعا - كالزوجة المرددة بين الانقطاع والدوام - والحيوان المردد بين البقاء والفيء - واما اذا كان عمره معلوما وانه غير محدود بالزمان وكان الشك فى رفعه ولو كان منشأ الشك الشك فى وجود المصلحة الداعية فى الامور الاعتبارية فهو من الشك فى الراجع وتمام الكلام فى محله والمقام من قبيل الثانى - اذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة او جائزة تكون باقية فى عموم الزمان وانما الشك فى رفعه بالفسخ .

(الثانى) ان الاصل العزب ولا يثبت عنوان اللزوم (وفى) ان الاثار مترتبة على الملكية الجامعة لاعلى عنوان اللزوم فلا حاجة الى اثباته

(الثالث) ما افاده المحقق النائنى ره وهو ان استصحاب الكلى انما يجرى اذ كان له مع قطع النظر عن الارتفاع والبقاء نوعان كالحدث المردد بين الاصغر والاكبر واما فى المقام فلا اختلاف فى الملك الانفس الارتفاع والبقاء اذ او ارفع بالفسخ فهو جائز ولو بقى بعده فهو لازم فاذا كان تنوعه بنفس اللزوم والجوازى البقاء والارتفاع فلا يجرى الاستصحاب فيه اذ معنى استصحاب الملك ح هو استصحاب الملك الباقى اى اللزوم وهو على الفرض مشكوك الحدوث (ومرجع) هذا الاشكال فى الحقيقة الى ان النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفى كل منهما احد ركضى الاستصحاب منتف اذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث من الاول (وفيه) ان تنوع الملك ليس باللزوم والجواز - بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك ويمتاز كل منهما عن الاخر مع قطع النظر عن البقاء والارتفاع غاية الامر ليس لكل منهما اسم خاص - و الا فلا فرق بين الملك والحدث فكما ان الثانى ينقسم الى الاصغر والاكبر والكاشف عن الاختلاف الاختلاف فى الاثر - كك الاول فتدبر.

(فالحق) ان يقال ان استصحاب بقاء الكلى فى القسم الثانى انما يجرى فى الموضوعات من جهة ان استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لا يترتب عليه

عدم الكلى لعدم كون الترتب شرعياً وليس بقاء الكلى فيها عين بقاء الفرد فان ذلك وان تم في عالم العين الا انه لا يتم في عالم الاعتبار والتشريع كما فصل ذلك في محله - ولا يكون جارياً في الاحكام من جهة ان جعل الجائع فيها انما يكون بجعل الفرد - فلو علم بعدم وجود فرد - و كان مقتضى الاصل عدم وجود الفرد الاخر لا يكون الشك في بقاء الكلى باقياً اذ لا وجود له سوى وجود الفرد (و المقام من قبيل الثاني - فان الملكية انما هي من الاعتبارات الشرعية فاذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه وجرت اصالة عدم حدوث الملك اللازم ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما (لا يقال) ان استصحاب عدم حدوث الملك اللازم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائز فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء القدر المشترك (فانه يقال) ان الملك اللازم بما انه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائز غير ارتفاعه بالفسخ فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائز لعدم الاثر لا يجري (نعم) لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللازم كان جارياً لكنه لا يثبت (فتحصل) ان الاظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك في المقام (و لعله) الى هذا نظر المصنفه حيث امر بالتأمل - كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه في حاشيته فلا يرد عليه شيء مما اردوه عليه

(و لا يخفى) انه بناء على ما اخترناه و حققناه في الاصول من جريان الاصل في الفرد المردود من جهة ان الموجود وان كان مردوداً عندنا و لكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده سابقاً فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقاً - لا مانع من استصحابه و معه لا حاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك اذ اثر القدر المشترك اثر لكل واحد من الفردين فلا مانع من اجراء الاستصحاب في الشخص الواقعي المعلوم سابقاً فتدبر .

(الجهة الثالثة) انه بناءً على عدم جريان الاستصحاب في الكلى في امثال المقام - وجريانه في الشخصي - لو شك في ان الملك اللازم و الجائز قسمان - امهما

شئ واحد فهل يجرى الاستصحاب فيه لو شك في زواله بالفسخ ام لا - والمصنف
ره ذهب الى جريانه (واورد عليه) السيد في الحاشية و جمع من المحققين - انه مع
هذا الشك لا يكون المستصحب محرزاً فكيف يكون جارياً (اقول) يمكن توجيهه
ما افاده المصنف ره - بان عدم جريان الاستصحاب في الكلّي في القسم الثاني - انما
يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل - والافمع عدم جريان الاصل
فيه للتعارض اولغيره لاريب في جريان الاصل في الكلّي وفي المقام بما انه لم يحرز
كون الملك اللازم فرداً او نوعاً آخر الا يجرى اصالة عدم حدوثه و معه لا مانع من
اجراء الاصل في الملك الوجود كان كلياً ام شخصياً فتدبر فانه دقيق .

واما الموضع الثالث - فقد قيل انه يعارض هذا الاصل اعلان آخر ان و هما
مقدمان للحكومة .

(احدهما) اصالة بقاء علقه المالك الاول - فانه يشك في ان علقه المالك
الاول هل انقطعت بالمرة بالمعاطاة ام بقيت مرتبة ضعيفة منها اثرها جواز الرجوع
فيستصحب بقائها - بعد كون قوة العلقه وضعفها من مراتب شئ واحد لانهما امران
متباينان - فاذا جرى هذا الاصل لا يبقى شك في بقاء الملك كى يستصحب فان الشك
في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق وعدمه (وفيه) ان العلقه
الثابتة للمالك لم تكن الا للملكية و تتبعها السلطنة على التصرفات - اما الملكية فهي
قد زالت بالبيع والالزم اجتماع المالكيين على شئ واحد - ولم يبق منها شئ لعدم
ثبوت المراتب لها - و اما السلطنة فهي تابعة للملكية فلا محالة تكون زائلة (ودعوى)
ان للشخص - سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثاً و بقاءً وبالبيع
زالت السلطنة عليه و كذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثاً - اما السلطنة على تسلط
الغير بقاءً فهي مشكوك الارتفاع فيستصحب بقائها ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة
الغير بالفسخ (مندفعة) بان السلطنة على ردا الملك سلطنة جديدة ان ثبتت فانها تثبت
في ظرف عدم الملك فكيف تكون من آثار الملك (فالحق) ان حق الفسخ ان ثبت فهو

حق حادث بعد زوال العلقه الاوليه

(ثانيهما) استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت فى زمان ثبوت خيار المجلس - فانه يشك فى زواله و بقاءه بعد الافتراق فيستصحب بقاءه .
 (وفيه) ان ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعاً لقوله (ع) فاذا افتراقا وجب البيع فلو كان الحق باقياً فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجرى اصالة عدم ثبوته - و الكلى الجامع بينهما لا يجرى الاصل فيه لان استصحاب ح من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى والمختار عندنا عدم جريان الاصل فيه الا اذا عد الفرد مرتبتين من شىء واحد حتى فيما اذا احتمل حدوث الفرد الاخر مقارناً لحدوث الفرد الزائل قطعاً (مضافاً) الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعى والمختار عدم جريانه (فتحصل مما ذكرناه) ان استصحاب بقاء الملك يجرى ويحكم بواسطته باللزوم .
 قوله قد نفع لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة الخ وذلك فيما اذا تعلق الغرض بتعيين السبب لالملكية بعد الفسخ اذا اصل يعين الواقع فى الخارج - واما فيما اذا كان الغرض متعلقاً ببقاء الملك بعد الفسخ و عدمه فيكون مدعى اللزوم منكراً ومدعى الجواز مدعياً لموافقة قول المدعى باللزوم للاصل .

(دليل السلطنة)

(الثانى) دليل السلطنة وهو قوله (الناس مسلطون على اموالهم) وتقريب الاستدلال به وجهان (احدهما) التمسك بعموم هذا الدليل واطلاقه الزمانى او الاحوالى الشامل لما بعد الفسخ - بان يقال ان مقتضى عموم ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الاول ورجوعه ولازم ذلك عدم تأثير الفسخ ورجوعه - (وفيه) ان موضوع السلطنة هو مال الانسان وملكه - وثبوته بعد الفسخ غير محرز اذ لو كان الفسخ مؤثراً لما كان الموضوع باقياً - ومع الشك فى صدق الموضوع لامجال للتمسك بالاطلاق .
 (ثانيهما) التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولى اجمع انحاء التصرفات ومن

جهلها دفع مزاحمة الاجانب ومنهم المالك الاول ولازمه عدم تأثير فسخه - وبعبارة اخرى خروج المال عن ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم خروجه وعدم تأثير رجوع المالك الاول .

واورد عليه بايرادات (الاول) ان الدليل انما يدل على سلطنة المالك على ماله لاعلى عدم ثبوت السلطنة لغيره - فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الاول - (وفيه) ان لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات ساطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته و الا لم تكن سلطنة مطلقة فتملك الغير بلا رضى مناف للسلطنة المطلقة فليس له ذلك .

(الثانى) ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك و استقلاله فى التصرفات ولا يدل على ازيد من ذلك (ويرد عليه) ما تقدم عند ذكر الاستدلال به على ملكية المعاطاة فراجع

(الثالث) ان حق الفسخ على فرض ثبوته للمالك الاول فى المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد - وبعبارة اخرى متعلقه العقد لا العين فلا ينافى ثبوته السلطنة (وفيه) ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضى منه فثبوته ينافى السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك فينتفى به

(الرابع) ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هى السلطنة على التصرف فى ماله واما التصرف المزيل للموضوع فلا ينافى السلطنة المنافية فى المال (وبعبارة اخرى) ان هذا الدليل كسائر الادلة انما يدل على ثبوت الحكم فى ظرف ثبوت الموضوع ولا يكون متعرضا لبقاء الموضوع وارتفاعه (وعليه) فكما ان هذا الدليل لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض كك لا يدل على عدم سلطنة الغير - على ازالتها (وان شئت قلت) ان هذا الدليل كما لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية كك لا يدل على السلطنة على ابقائها كى تكون سلطنة الغير على ازالتها منافية لسلطنة المالك على ماله (ولا يتوهم) ان ادعى عدم دلالة على تسلط المالك على تملك ماله للغير - لما عرفت فى البحث

عن مملكية المعاطاة الفرق بين تمليك ماله للغير وبين ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض وان هذا الدليل يدل على ثبوت الاول دون الثانى (وعليه) فهو يدل على عدم سلطة احد على تملك مال الغير بلا عوض او معه - ولا يدل على عدم سلطنته على ازالة الملكية عنه بالرجوع فتدبر فانه رقيق - فالأظهر انه لا يدل على اللزوم

(الثالث) من ادلة اللزوم - قوله (ع) لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه) وتقريب الاستدلال به بوجهين كما فى دليل السلطنة بل التقريب الثانى المتقدم هناك فى المقام اوضح فان صريح مدلوله عدم جواز التصرف فى مال الغير بلا رضاه - والجواب عن الوجهين ما تقدم (و يمكن) ان يجاب عن التقريب الثانى الذى هو العمدة فى المقامين - فى هذا المقام بجواب آخر وهو ان الحلية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات ظاهرة فى الحلية التكليفية الا ترى انه لم يحتمل احد فى قوله (ع) كل شىء حلال - ان يدل على نفوذ المعاملات (وبالجملة) لاريب فى ظهورها فى الحلية التكليفية وقد تقدم فى اول الجزء الاول من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد - وعليه - فهذا الدليل اما لا يشمل الفسخ المعام بعدم حرمة تكليفها - او يشملها ولا يدل على عدم نفوذه فتدبر.

آية التجارة

(الرابع) قوله تعالى (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض) وقد استدل المصنف به بكل من المستثنى والمستثنى منه.
(اما الاول) فقد استدل به بتقريرين (الاول) ما فى اول الخيارات وهو انه يدل على جواز الاكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ (وفيه) ما تقدم فى دليل السلطنة من انه تمسك بالعام فى الشبهة المصدقية حيث انه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع (مع) انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الاكل لا التملك (التقريب الثانى) ما ذكره فى المقام من انه حصر مجوز الاكل فى التجارة والمراد به اكله على

ان يكون ملكا للاكل - ومن المعلوم ان الفسخ ليس تجارة ولا عن تراض - (وفيه) انه قد سيجر في مبحث الاكراه بان الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر وهذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك وعليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر فلا وجه للاستدلال بها (و اما المستثنى منه) فقد استدل به بتقريب ان اكل مال الغير وتملكه بغير رضاه اكل وتصرف بالبطل عرفا (و فيه) - اولا - انه وان كان المراد بالبطل هو البطل العرفي لا الشرعي - الا انه - حيث يكون اذن المالك الحقيقي موجبا للخروج عن كونه باطلا - ويحتمل في المقام اذنه في الفسخ فكون الفسخ من البطل مشكوك ومع الشك في صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه (وثانيا) انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعيير - باموالكم بينكم - الظاهر في اعطاء مال واخذ مال والرجوع ليس منها فانه رد للملك و تستتبع ذلك رجوع العوض لانه تملك بعوض (و ثالثا) ان الفسخ اذا كان حلا للعقد فلا يشمل الآية الشريفة لانه ليس سببا للاكل بل هو انما يرفع السبب المملك وبعده يكون الملك بالسبب الاول (فتحصل) انه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الآية الشريفة .

دليل لزوم خصوص البيع

(الخامس) قوله (ع) البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) وتقريب الاستدلال به بعد فرض صدق البيع على المعاطاة والبيع على المتعاطى - واضح واورده عليه (تارة) بانه يدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات ولذا لا ينافي نبوت خيار الحيوان والشرط ونحوهما (واخرى) بانه في مقام جعل الخيار لاجل اللزوم فلا وجه لتمسك باطلاقه (وثالثة) بما افاده المحقق النائيني ره وهو انه انما يدل على اللزوم والجواز الحقيقيين لا اللزوم الحكمي وفي المعاطاة ان ثبت اللزوم فهو حكمي وفي الكل نظر (اما الاول) فلكونه خلاف اطلاق الخبر (واما الثاني) فالانه في مقام جعل الخيار قبل التفرق واللزوم بعده ولذا في بعض النصوص قال عليه السلام بعد ذلك فاذا افترا قافلا خيار

لهم (واما الثالث) فلان اللزوم مطلقا حكمى بمعنى انه مجعول شرعى لامن منشآت المتعاقدين ولذا لو وقع العقد غير قاصدين له بل للجواز لا يتصف العقد به كما لا يخفى - فالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه للزوم المعاطاة فتدبر

آية الوفاء بالعقد

((السادس)) (قوله تعالى اوفوا بالعقود) وتنقيح القول فيه برسم امور

(الاول) ان العقد غير العهد فان العهد هو الجعل والقرار وهو يشمل العهود الالهية اى التكليف وسائر مجموعاته ولو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافة - كما فى قوله تعالى (ولا ينال عهدى الظالمين) (واما العقد) فهو ربط شىء بشىء ومنه عقد الازار - لربطه - وعقدة اللسان لارتباطه المانع عن ارساله - والعقد فى اصطلاح الفقهاء فى قبيل الايقاع - وهذا معنى شامل للارتباطات الواقعة فى النفس و الارتباطات المتعلقة بالاعتباريات فالعقد انما يطلق على البيع باعتباره ارتباط اعتبار كل من المتعاقدين بالآخر وبما ذكرناه ظهر (ان ما) فى المتن تبع الجملة من اللغويين وتبعه جمع من المحشين من تفسيره بالعهد او المشدد منه (غير صحيح) - كما ان ما افاده المحقق النائينى ره فى وجه عدم صدق العقد على المعاطاة بان العقد انما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد - وكذا الميثاق اى التزام المتبايعين بما انشأوا والفعل قاصر عن افادة هذا المعنى - فانه انما يفيد تبديل احد طرفى الاضافة به مثله - ولا يدل على الالتزام المزبور - وهذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام (غير تام) فان العقد لا دخل للفعل والقول فيه بل هو امر نفسانى يكون الكشف عنه تارة القول واخرى الفعل .

(الثانى) ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه والافاء عبارة عن الالتزام والانتهاء (و عليه) فان كان العقد متعلقا بالفعل كان الوفاء به ايجاده - و ان كان متعلقا بالنتيجة كالعقد على ملكية عين بعوض كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه . وبذلك يظهر امران (الاول) ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد

في المقام تسليم العوضين - غير تام - اذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك فهو اجنبى عن الوفاء به (الثانى) ان ما افاده المحقق الايروانى ره من ان العقد على النتيجة لا يكون مشمولاً للآية اذ العقد عليها اما ان يؤثر فى وقوعها اولاً وعلى كل حال لا عمل خارجى له من العاقد حتى يخاطب بخطاب ارفوا - فى غير محله .

(الثالث) ان الامر بالوفاء اما ان يكون ارشادياً - او يكون امراً مولوياً نفسياً و على الاول حيث انه لا معنى لكونه ارشاداً الى الصحة لما عرفت من ان الوفاء بالعقد فى المقام عبارة عن اتمامه و عدم رفع اليد عنه وهذا فرع نفوذه و صحته - فلا محالة يكون ارشاداً الى اللزوم - وقد ادعى المحقق النائينى - ظهوره فى ذلك بدعوى انه كما يكون للامر والنهى فى باب المركبات ظهور ثانوى فى الارشاد الى الجزئية والمانعية كك فى المعاملات يكون - ارشاداً الى حكم وضعى وهو فى المقام اللزوم وعدم تأثير الفسخ والرجوع - فعلى هذا دلالة على لزوم المعاطاة واضحة ولكن لم يثبت هذا الظهور - وان كان مولوياً نفسياً - فيمكن تقريب دلالة على اللزوم وعدم تأثير الفسخ بوجهين (احدهما) ان وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمنأى عن ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم - و لا يحتمل كونه محرماً بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق - ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره (ثانيهما) الاجماع على انه لو كانت حراماً كان غير مؤثر وانه لو كان مؤثراً لما كان حراماً - (فتحصل) ان الاظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم فى المعاطاة .

(دليل الشرط)

(السابع) قوله (عليه السلام) (المؤمنون عند شروطهم) وتقریب الاستدلال به على ما فى المتن ان الشرط لغة مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ (اقول) الاستدلال به على اللزوم - انما يتوقف على امرين صدق الشرط على المعاملات كالبيع - ودلالته على اللزوم (اما الاول) فمع قطع النظر عما سيأتى فى مبحث الشروط من الكلام

في صدق الشرط على الالتزامات المعاملية - يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام ولا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائي (و بعبارة اخرى) الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله - ولذا قال في محكي القاموس - الشرط الزام الشيء او التزامه في البيع ونحوه - ولا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائي (واما الثاني) فالظاهر انه انشاء حكم تكليفي لوضعي - وذلك لان مضمونه لو كان عدم انفكك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه او الصحة - و لكن بما ان مضمونه عدم انفكك المؤمن عن شرطه - وهذا ليس صفة في الشرط كي يكون ذلك ارشادا الى صحته او لزومه بل هو صفة في المؤمن فلامحالة يكون ظاهرا في كونه امرا بالوفاء بالشرط تكليفا (و عليه) فيجوز فيه ما ذكرناه في دليل وجوب الوفاء بالعقد فراجع .

(الثامن) السيرة العقلانية فانها قائمة على لزوم كل معاملة صحيحة و (بعبارة اخرى) ان العقلاء بما هم عقلاء ملتزمون بعدم جواز الرجوع في كل معاملة بنوا على صحتها وحيث ان الشارع الاقدس لم يردع عنها لما استعرف من عدم تمامية ما استدل به على عدم اللزوم فيستكشف عن ذلك امضائه لها .

(التاسع) النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه ره - مثل (صحيح) جميل الوارد فيمن اشترى طعاما و ارتفع او نقص في القيمة وقد اكتمل بعضه فاي صاحب الطعام ان يسلم له ما بقي وقال ان لك ما قبضته انه ^{والله اعلم} قال ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقي - وجه الدلالة انه (ع) حكم باللزوم به مجرد المساعرة و ان لم يكن الانشاء باللفظ ونحوه غيره - وفيه - ان هذه النصوص وارادة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها - فتحصل مما ذكرناه - ان الاستصحاب - والسيرة و دليل وجوب الوفاء بالعقد - ودليل لزوم البيع بالخصوص - تدل على لزوم المعاطاة :

(ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها)

المورد الثاني - فيما استدل به على عدم اللزوم - و هو امور

(الاحدها) الاجماع - وتقريبه من وجهين (الاول) الاجماع البسيط على عدم اللزوم ونقد ادعاء غير واحد (وفيه) اولا انه غير ثابت كيف وان ظاهر ما عن العلامة ره في التذكرة والمختلف - من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم الى الاشهر والاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار (وثانيا) ان اغاب المجمعين بانون على عدم افادة المعاطاة للملكية فيكون الاتفاق تقييد يالا يفيد (وثالثا) ان مدرك المجمعين معلوم فلا يكون اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم .

(الثاني) الاجماع المركب - بتقريب ان الاصحاب بين من يقول بعدم افادتها للملك - و من يقول بعدم لزومها - فالقول باللزوم احداث للقول الثالث (وفيه) اولا - انه ليس اجماعا لوجود القائل باللزوم - وثانيا - انه ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم كما تقدم - وثالثا - ان كون الاصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع المركب ما لم يكن اجماعا على عدم الثالث وفي المقام حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك فلا يفيد

(الثاني) سيرة المتشريعة فان بنائهم في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة - وفي المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين اذا كان انشاء البيع بالتعاطي (وفيه) ان هذه السيرة لم تثبت كونها مستمرة الى زمان المعصوم (ع) بل يحتمل قويا كونها مستندة الى فتوى المراجع والفقهاء فلا تقييد

(الثالث) الاخبار الخاصة التي اشار اليها المصنف ره بقوله (ويظهر ذلك من غير واحد من الاخبار) ويمكن ان يكون نظره الى ما تقدم في ادلة افادة المعاطاة الملك من الخبر الوارد في بيع المصحف والوارد في بيع اطنان القصب - ويمكن ان يكون

نظره الى ما سبقه من الاخبار التي ادعى اشعارها او ظهرها - فان كان نظره الى الاول فيرد عليه ما تقدم - وان كان الى الثاني فسياتي ما فيه

(الرابع) اما افاده المحقق الثاني من رده (وحاصله) ان - اللزوم على قسمين - لزوم حكمي . ولزوم حقى - والاول - انما هو ما يجعله الشارع الاقدس فى موارد امصاحه تدعو الى ذلك كما فى الهبة بذى الرحم وائر هذا عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الاقالة - ويقابل هذا الجواز الحكمي كما فى الهبة بغير ذى الرحم - وائر عدم جواز الاسقاط - والثانى - انما يكون بانشاء المتعاقدين كما فى البيع اللفظي فان البايع ينشأ باللفظ امرين احدهما تبديل احد طرفي الاضافة بمثله - ثانيهما الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن والاول مدلول مطابق للفظ والثانى مدلول التزامي له - و يقابل هذا الجواز الحقى وهو ما جعل فيه الخيار - و فى المعاطاة ليس شىء من اللزومين اما الاول فلعدم الدليل عليه - و اما الثانى - فلان الفعل قاصر عن افادة الالتزام ببقاء البدلية وان قصد المتعاقدين ذلك اذ مجرد البقاء القلبى مالم ينشأ لا يفيد فى باب المعاوضات والفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشاء له فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى الذي لا يمكن القول به فى المعاطاة لا تشملها وتختص بالبيع اللفظية فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكمي التعبدى ولا بالجواز الحقى من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم .

(وفيه) (اولا ان اللزوم مطلقا يكون بجعل الشارع ولذا لو قصد المتعاقدان الجواز فى البيع اللفظي لما حكم به غاية الامر فى بعض الموارد جعل حق الخيار والاقالة وفى بعض الموارد لم يجعل ذلك والا فاللزوم مطلقا انما يكون بجعل منه و عليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللفظي بلا فرق بينهما اصلا (وثانيا) ان الفعل كما يكون قاصرا عن افادة الالتزام ببقاء البدلية كذلك اللفظ قاصر عن افادته اذ ليس ذلك لازما لقصد تبديل المال بالمال كى يكون اللفظ الدال عليه والاعليه بالدلالة الالتزامية فتدبر .

(الخامس) خبر خالد بن بختج - أو الحجاج - قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يبيعني ويقول اشتر لي هذا الثوب واربحك كذا وكذا فقال ليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال عليه السلام لأبأس انما يحلل الكلام، يحرم الكلام . وتقريب الاستدلال به انه عليه السلام حصر المحلل والمحرّم في الكلام أي اللفظ فلا يكون الفعل محللا ومحرّما . (أقول) هذا الحديث مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر اذ لو كان الخبر مرويا عن ابن بختج فهو مجهول - و لو كان عن ابن الحجاج يكون حسنا وحيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فمن حيث السند، لا يتم الاستدلال به - (واما) من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف ره للمراد من الفقرة التي ذكرت علة - أي قوله عليه السلام - انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - احتمالات اربعة - وستمر عليك - وهنا احتمال خامس لعلة الظاهر من الخبر - ذكره صاحب الجواهر ره والمحقق الخراساني والمحقق الاصفهاني - والمحقق الايرواني .

(وحاصله) ان المراد بالكلام الالتزام البيعي والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبتين اليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري والضمن على البايع - ومحرمية المبيع على البايع والضمن على المشتري و اطلاق الكلام على الالتزام شايع - مثل «كلام الليل يمحوه النهار» (فالمتحصل) من الخبر - ان المشتري حيث ايه ان شاء اخذ وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة وانما الواقع صرف الواعدة و المقابلة فلا بأس لعدم كونه ح من بيع ما ليس عنده - وهذا بخلاف ما اذا تحقق ايجاب البيع وانطبق هذه الفقرة على جوابه عليه السلام على هذا في غاية الوضوح و (عليه) فهذا الخبر اجنبى عما استدلل به له وهو اعتبار اللفظ في اللزوم .

واما الاحتمالات التي ذكرها المصنف ره فشيء منها لا يخلو عن الاشكال - وهي اربعة (الاول) ان يكون المراد بالكلام اللفظ فيكون المراد انحصار المحلل والمحرّم باللفظ دون القصد المجرد ودون الفعل مع القصد - ويرد عليه امور (منها) ازدم تخصيص الاكثر - فان التذكية تحلل الحيوان وذهب الثاين يحلل العصير المغلى بالنار - وانقلاب الخمر

خلايحلل الخمر والحيازات تحلل الاموال وموت المورث يحلل المال للمورثة الى غير ذلك من الموارد (و منها) ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة و لا التملك وهو خلاف الاجماع (ومنهما) عدم انطباقه على جواب الامام (ع) فانه في صدر بيان ان بيع ما ليس عنده فاسد وان مجرد المقاوله لابس به و عليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لا يخفى.

(الثاني) ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق بتمتع نفسى بكذا ويكون هذا محلاله - و لا يتحقق - بملكك بضمي بكذا ويكون هذا محرما له - ويرد عليه (اولا) انه لا ينطبق على المورد فان في المورد مضمونين احدهما المواعدة وثانيهما البيع والامام (ع) في صدر بيان ان الاول لابس به و الثانى فيه بأس - (وثانيا) ان التحريم على هذا ليس مستندا الى الكلام (وثالثا) ان المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام فى الموردين .

(الثالث) ان يكون المراد بالكلام فى الموردين الكلام الواحد و يكون تحليله و تحريره باعتبار وجوده و عدمه او باعتبار محله و غير محله مثلا عقد النكاح يحلل اذا كان العاقد محلا - ويحرم اذا كان محرما (ويرد عليه) ان التحليل و التحريم باعتبار الوجود والعدم فى غاية البعد فانه مضى الى ان الظاهر منهما هو بالحمل الشايع كلام - الا ترى انه لم يحتمل احد ارادة العدم فى غير المقام مثلا لم يحتمل احد فى قوله تعالى (- ولله على الناس حج البيت) ان المراد عدم الحج (ان) تقدير العدم يناهى وحدة السياق مع ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لا تصح اذا لعدم لا يؤثر فى الصحة - واما باعتبار وقوع الكلام فى محله و فى غير محله فهو ايضا لا يتم اذ اليجاب الواقع فى غير محله لا يكون محرما لان عدم المحلية انما يكون لعدم حصول اليجاب الصحيح لا حصول اليجاب الفاسد -

(الرابع) ان براد بالكلام المحلل خصوص المقاوله ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وبعبارة اخرى يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها او صرف المقاوله (ويرد عليه) ان المقاوله لا تكون محللة لشيء كما ان البيع الفاسد لا تحرم شيئا .

(ثم انه) يمكن تصوير احتمالات اخر في الخبر الا انه لا يهملنا التعرض لها - وقد عرفت ان الاظهر هو ما اخترناه تبعا للاساطين وعليه فالخبر اجنبى عن المقام .
(قوله قد نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع الخ)
اقول هذا لا يتم بناء على الاحتمال الذى استظهرناه (و اما) بناء على ما استظهره المصنف من الخبر - فغاية ما يمكن ان يقال فى تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ فى البيع انه حصر المحلل والمحرم فى الكلام و لولم ينحصر ايجاب البيع به ووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرم فى الكلام (ولكنه غير تام) اذ الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافة الى الايجاب فى مقابل المقاوله بالاضافة الى اللفظ فى قبيل الفعل مثلا . وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالاضافة الى وجود الايجاب فى قبيل عدمه - او بالاضافة الى وقوعه فى محله فى مقابل وقوعه فى غير محله - فتدبر (نعم) لو كان للموصف مفهوم صح ما ذكر .

(قوله قد نعم فتأمل) لعله اشارة الى انه فى المعاطاة لا يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفى الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشتري الثمن قاصدا به الاستيجاب واخذ البائع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام ياتى او الى انه لادلالة فى الخبر على عدم كون البيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشترى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما .

(قوله قد نعم فان الظاهر ان المراد من موافقة ال) الانصاف انه لا اشعار فى شيء من هذه النصوص بذلك فضلا عن الظهور فتدبر -
(فتحصل) ان الاظهر بحسب الدلة ان المعاطاة تفيد الملك وتكون لازمة .

(تنبيهات المعاطاة = التنبيه الاول = يعتبر شرائط البيع فيها)

(قوله قد ظهر الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع بل الظاهر من كلام الخ) - حق القول فى المقام يقتضى التكلم فى - وارد (الاول) فى انه هل يعتبر فى المعاطاة شروط البيع كملومية العوضين ووجوب التقابض فى الصرف و السلام و غيرهما وهل يلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه ام لا (الثانى) فى انه هل يجرى فيها الربوا ام لا (الثالث) فى جريان الخيار فيها.

(اما الاول) فان قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك ولا تكون بيعا فان كان دليل امضاءها - مما له اطلاق (كأوفوا بالعقود) ونحو ذلك فلا يظهر عدم اعتبار شىء من الشرائط فيها اذ تلك شرائط المبيع على الفرض و المعاطاة ليست بيعا ومقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على ما عرفت من صحة التمسك باطلاق ادلة المعادلات لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره فى الابواب و ان كانت الفاظها اسامى للمسببات - و ان كان دليل امضاءها - السيرة التى ليس لها اطلاق فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشىء فى مقام التعاطى فعدم الاعتبار واضح - و ان لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدلائل اللبى والاصل يقتضى عدم ترتب الاثر عليها عند فقدانها (وبه) يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة.

(واما) ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة و قصد بها الملكية فتارة نقول انها تفيد الملك اللازم - و اخرى نقول انها تفيد الملك الجائز و نالشة نقول انها تفيد الاباحة

فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فلا يظهر اعتبار جميع الشروط فيها و لاحوق جميع احكامها لها

- و ذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعى مطلقا لا مطلقا لامر واضح لانها بيع - و ان لم يكن له اطلاق كما اذا ثبت شرطية شيء للبيع بالاجماع فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من الجاعين الى عدم كون المعاطاة بيعا فلا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة فلا وجه لاعتباره فيها (ولكنه توهم فاسد) فانه فرق بين موارد التخصيص والتخصص (توضيح ذلك) انه تارة ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء ولكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا - اوجمع منهم الى عدم وجوب اكرامهم وفي هذا المورد يؤخذ بالمتيقن و يحكم بعدم وجوب اكرام النحويين و اختصاص الاجماع بغيرهم - و اخرى ينعقد على وجوب اكرام كل عالم - الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن فلو كان النحوي عندنا من العلماء نهكم بوجوب اكرامه و المقام من قبيل الثاني اذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة انه يقول بالاجل اندلايرها بيعا (وعليه) فلا وجه للاخذ بالمتيقن من الاجماع (وبالجملة) فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع اليها في تعيين الحكم الكلي و اما صدق الموضوع على فرد و عدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر .

(ثم انه) لافرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك واللزوم هي ادلة امضاء البيع ام كانت هي السيرة (وعن) المحقق الاصفهاني ره انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة وقد فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء الذي دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا في مقام التعاطي كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط و اختصاصه بالقولي (اقول) ان المراد بهذه السيرة ان كان هي السيرة العقلية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط فان ذلك الدليل انما يدل على دخله في البيع الشرعي كما سيمر عليك - فلا محالة لا بد من تقديمه على السيرة على عدم

أخذه في البيع العرفي كما لا يخفى - وإن أريد بها سيرة المتشربة المستمرة كان ما ذكر تاماً إن ثبتت لكن دون اثباتها خسر القتل - فلا يظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك ولحق جميع أحكامه عليها .

(وإن قلنا) إنها تفيد الملك الجائز - ففيها أقوال ووجوه (أحدها) اعتبار جميع شرائط البيع فيها (الثاني) عدم اعتبار شيء منها فيها - (الثالث) التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها وما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر (الرابع) التفصيل بين أن يكون دليل نفوذ المعاطاة الأدلة اللفظية فيعتبر فيها شرائط البيع - وبين أن يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها .

(والأظهر) الأول . لأن الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع تدل على اعتبارها في كل ما يصدق عليه البيع سواء كانت من الأدلة اللفظية - أو اللببية - و المعاطاة بيع على الفرض .

(ولاصح تدل للثاني) في المتن - بأن البيع إذا وقع موضوعاً في الص والفتوى للأحكام ظاهر فيما حكم فيه بال لزوم و المعاملة اللازمة من غير جهة الخيار - ولذا قالوا البيعان بالخيار ما لم يفترقا - وقالوا - الأصل في البيع اللزوم والخيار إنما ثبت لدليل - وقالوا إن البيع من العقود اللازمة - (و بالجملة) البيع في النصوص و كلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنياً على اللزوم الذي لو ثبت فيه الجواز كان جوازاً حقيقياً - والمعاطاة وإن كانت بيعاً إلا أنها محكومة بالجواز الحكمي - فلا تشملها أدلة الشرائط (وفيه) أولاً - أن اللزوم والجواز على ما اعترف به سابقاً من أحكام السبب لآمن خصوصيات المسبب والبيع اسم للمسبب فلا مورد لدعوى انصراف البيع إلى البيع اللازم (و ثانياً) لو سلم كون البيع قسمين - لازم وجائز - ولكن لا وجه لدعوى الانصراف إلى اللازم لأن الغالب تحقق البيع بالتعاطي وعلى فرض التنزل لأغلبة القول - مضافاً إلى أن الغلبة لا تكون منشأً للانصراف (و بالجملة) بعدما لا شبهة في أن صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفاً بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع

عند العرف فلا مورد لدعوى الانصراف .

(و استدل) للثالث بان الانصراف المزبور انما هو في كلمات العلماء - ولا يكون في الاخبار (و عليه) فما ثبت اعتباره بالاخبار يكون معتبرا في المعاطاة - وما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لانصرافه عندهم في البيع القولي لا يكون معتبرا فيها (وبانه) لا بد من الاخذ في الادلة اللبية بالمتيقن وهو يقتضى الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار في المعاطاة وهذا بخلاف الدليل اللفظي (وفيهما نظر) اما الاول فلما تقدم من منع الانصراف (و اما الثانى) فلما مر من ان الاخذ بالمتيقن انما هو في مورد التخصص لا التخصص والمقام من قبيل الثانى فراجع .

(و استدل) للرابع - بما تقدم هو وجوابه - في المورد الاول اى بناء على القول بافادة المعاطاة للملك اللزوم فراجع (فلاظهر) اعتبار جميع الشرائط في المعاطاة بناء على افادتها للملك . طلقا .

(و ان قلنا) بانها تفيد الاباحة الشرعية - فقد استدل المصنف ره على اعتبار الشرائط فيها - بوجهين - (الاول) انها بيع عرفى وان لم تفد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفى (الثانى) ان الاصل في المعاطاة على القول بعدم الملك الفساد وعدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم والعدم وهو المعاملة الجامعة للشروط والبيع: بقى الباقي .

(اقول) يرد على الوجه الاول انه فرق بين دليل امضاء المبيع - ودليل اعتبار شىء فيه - والاول لا بد و ان يكون موضوعه البيع العرفى لانه القابل للامضاء - والثانى لا يعقل أن يكون موضوعه ذلك بل لا بد وان يكون البيع الشرعى - اذ هو المشروط بنظره بشىء واما البيع العرفى فلا يعقل اناطته بشىء من ما اعتبره اذ اعتبار شخص ككيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر (واما الثانى) فلان دليل امضاء المعاطاة كان هو الدليل اللفظى او السيرة - يكون عاما شاملا للفارق لتلك الشرائط كما تقدم - وبهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها - و يأتى فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما - و الاظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك ايضا - لما تقدم من ان المعاطاة

على هذا المسلك ايضا - بيع شرعى غاية الامر تأثيرها فى حصول الملك بشروط بالصرف المتوقف على الملك اذ انكلف نظير مشروطة بيع الصرف بالقبض وقد تقدم توجيه ذلك و عليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع (فتحصل) ان الاظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

(فى جريان الربوا فى المعاطاة)

المورد الثانى فى جريان الربوا فيها وعدمه - وملاحظ القول فيه انه (نارة) نقول بجريان الربوا فى كل معاوضة و ان لم تكن بيعا كما هو الاظهر و المشهور . لعموم الاية الشريفة (و حرم الله الربوا) فان الربوا هى الزيادة فى احد العوضين المتجانسين ولخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية فى المعاوضة مع اتحاد الجنس (كقوله) ^{في صحيح البخارى} ^{في صحيح البخارى} بالفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزايد والمستزبد فى النار

(و فى صحيح) ابن ابي نصر الحنظلة و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر الى ان قال و الدقيق بالحنظلة و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به و نحوهما غيرهما (واخرى) نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلبي و العلامة رحمهما الله - فعلى الاول يجرى الربوا فى المعاطاة - كانت معاوضة مستقلة - ام كانت بيعا مفيدة للملك اللازم او الجائز او الاباحة اما على الثلاثة الاول فواضح - و اما على الاخير فلما تقدم من انها مفيدة للملك غاية الامر مشروطة بشرط متاخر (نعم) اذا كان المقصود بها الاباحة لا يجرى فيها الربوا - لانه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك و على الثانى - لا يجرى فيها اذا كانت معاوضة مستقلة - او قصد بها الاباحة .

(قوله قد قبل الظاهر التحريم حتى عند من لا يوجب الخ) ان كان مراده انه كك على التخصيص وهو وان كان يلائم مع ما ذكره بقوله وبما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربوا. فان علمته ح هي كونها بيعاً عرفياً (فيرد عليه) ان التعليل لذلك بقوله - لانها معاوضة عرفية و ان لم تقد الملك - لا يصح - وان كان مراده انه كذلك على التعميم - (فيرد عليه) ان الربوا يختص بالمعاوضات المفيدة للملك - فمع فرض عدم افادتها له لايجرى فيها الربوا - الا بناء على ما ذكره سابقا من انها بيع عرفي بالتقريب المتقدم وعليه فلا بد من التعليل بذلك لابانها معاوضة .

قوله قد فلا يبعد ايضا جريان الربوا الخ اقول بل هو بعيد كان الربوا مختصا بالبيع او عاما لكل معاوضة اما على الاول فواضح فانها ح ليست بيعا عرفيا ولا شرعيا و اما على الثانى فلانه مختص بالمعاوضة الملكية ولعله الى ذلك اشار بقوله فتأمل .

(فى جريان الخيارات فيها)

المورد الثالث فى جريان الخيارات فيها - فان قلنا انها معاوضة مستقلة فالخيارات المختصة بالبيع لا تجرى فيها لعدم كونها بيعا - وما لا يختص بالبيع - يجرى فيها وهذا واضح - وان قلنا انها بيع - فبناء على افادتها للملك اللازم تجرى جميع الخيارات فيها .

(واما بناء) على افادتها للملك الجائز - فقال المصنف ره فيمكن القول بشبوت الخيار فيها مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاظة (ويرد عليه) اولاً انها ان كانت بيعا فهى بيع قبل اللزوم اذ اللزوم لا يصيرها بيعا (و ثانيا) انها اذا صارت بيعا بعد اللزوم فكيف يجرى الخيار فيها قبل اللزوم اذ اللزوم بعد كونه

من آثار البيع واحكامه .

وقد يقال انه بناءً على هذا المسلك لاعمى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلًا للحاصل - ويلزم منه اجتماع المثلين - واللغوية لفرض كونها جائزة (ويرد عليه) (اولا) ان جوازها حكمي - والخيار جواز حقي والاول لا يجوز اسقاطه ونقله ولا - يورث بالموت والثاني يجوز اسقاطه ونقله ويورث بالموت فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة (وثانيا) لو سلمنا كون جوازه ايضا حقيقيا - يمكن الجواب عنها بما الجاب به المصنف ره في الخيارات فيما اذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا ومعيبا - وهوان الخيار وجواز الفسخ واحد وله اسباب متعددة - ولو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الاخر باقيا - وبعبارة اخرى - يكون الجواز واحدا وله علل متعددة ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها - ولو انعدم احد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته ومستندا الى الباقي من العلل (وثالثا) ان الجواز الاصلي متعلق بالتراخي لا بفسخ المعاملة و الخيار انما هو ملك فسخ العقد - فمع عدم الخيار لو قال فسخت المعاملة تكون باقية بخلاف ما اذا ثبت الخيار فتدبر - فالظاهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضا .

(واما بناءً على افادتها الاباحة فحيث عرفت انها بيع غاية الامر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف او التصرف المتوقف على الملك فتجرى فيها الخيارات (وما) في المتن من انه لاعمى للخيار مما لا وجه له (نعم) لو قصد بالمعاطاة الاباحة لانجرى فيها الخيارات اما الخيارات المختصة بالبيع فواضح - واما الخيارات التي ادلتها نعم غير البيع فلانه ليس هناك سبب معاملي يمكن حمله وازالته .

بيان مورد المعاطاة

قوله قدوة الامر الثاني ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين (الخ) اقول الصور المتصورة خمسة (الاولى) التعاطي من الطرفين وهو المتيقن

والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة (و لكن) لا بدوان يعلم ان المقصود بالمعاطى ان كان هي المبادلة والمعاوضة - لا يتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هي تتم بالعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر فان المعطى ينشأ البيع باعطائه والاخذ يقبله باخذه فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به فى اخذه بل لو لم يكن منشأ للقبول باخذه - كانت المعاملة فاسدة - فان العطاءين المقصود بهما التمليك والمعاوضة - من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين و لا يتحقق بهما المعاملة

(نعم) اذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونهاح معاملة وان كان دأى كل منهما للاباحة صاحبه

(الثانية) الاعطاء من جانب واحد والاخذ من الطرف الاخر - وهذا وان لم يصدق عليه عنوان المعاطاة حقيقة - الا ان هذا العنوان لم يرد فى آية ولا رواية كى يدور الحكم بالنفوذ وعدمه مدار صدقه وعدمه - والمراد به فى كلمات العلماء ما يشمل الاعطاء من جانب و اذا تريمهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء والاخذ (و عليه) فلا بد من ملاحظة الادلة وقد عرفت انه فى موارد التعاطى ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر ويكون اعطاء الاخذ وفاء لما التزم به بنفس ما هو موضوع للحكم فى الموردين واحد فلا وجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثانى .

(الصورة الثالثة) ما اذا لم يكن هناك اعطاء اصلا بل كان اتصال و وصول كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلس فى المكان المعدله اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك وكذا غير الماء من المحقرات كالخضريات - (اقول) انه لو فرضنا تحقق سائر شرايط البيع من معلومية العوضين وغيرها كما هو المفروض فى هذا المقام تصحيح البيع فى المقام يتوقف على احدا مور (اما كون) السقاء مثلاً قاصدا

بوضع الماء تمليك كل من شرب الماء بازاء ما تعارف فيه من العوض وان صاحب البقل قصد تمليك كل من اخذ البقل بوضعه في ذلك المكان بعوضه المتعارف و هكذا (واما كون) وضع المال في المحل الخاص في الامثلة توكيلا للاخذ في البيع فيكون هو متصد يا لطرفي العقد (واما كون) وضع الدراهم في كوز السقاء واخذ الماء منه انشاء للبيع من الطرفين والسقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بهاء الظاهر ان شيئا منها ليس في المعاملات الخارجية (اما الاول) فلعدم تمليك صاحب المال بالنحو المذكور (مع) انه يلزم منه الفصل بين الايجاب والقبول و سيأتى اعتبار عدمه فتأمل (واما الثانى) فلعدم توكيل المالك شخصا معيناً ولا جميع الاشخاص بل عدم توجهه الى ذلك - كما ان الاخذ لا يكون قاصداً للايجاب والقبول (و اما الثالث) فلعدم قصد الاخذ بالنحو المذكور (مضافاً الى ان بناء المشرعة على التصرف في الماخوذ مع عدم احراز الاجازة بل وعدم اجازة صاحب المال (فلا يظهر) انه في هذه الموارد اباحة بالعوض والدليل على نفوذها وصحتها هي السيرة - و بعبارة اخرى يكون تصرفا بالرضا و اذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع .

(الصورة الرابعة) ما اذا لم يكن اتصال بضابل كانت نتيجته كما اذا كان المالان عندهما بسبق امانة او اشتباه او غير ذلك فقصد البيع والتبديل بلا فعل من كل منهما يل قصده بالبقاء والظاهر انه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول او فعل كاشف عن قصد المعاملة ومجرد القصد لا يكفي (اللهم) الا ان يقال ان ابقاء كل منهما ماله تحت يد صاحبه وامساكه ماله فعلا ان اختيار بان فيمكن انشاء البيع بهما

(الخامسة) ان ينشأ البيع باللفظ غير المعتبر في العقد اى اللفظ غير الصحيح كما في الاشياء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المفاوضة والظاهر عدم انعقاد البيع فان البيع المسمى بعدم المالم يكن مجرد القصد الساذج واعتبرنا اظهاره بفعل او قول فلا بدوان

يكون باللفظ أو الفعل الذي له مظهرية لذلك المعنى في نفسه ولا ينقد بكل فعل أو لفظ فتأمل - هذا على القول بالملك (وإما) على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالأمر أوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة (نعم) بناءً على الاباحة المالكية لا إشكال في ثبوتها به لأن المناط فيها احراز الرضا .

(تميز البائع عن المشتري)

(قوله قدّمه الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاوضة الفعلية مع كون أحد العوضين مما تعارف الخ) أقول يقع الكلام أولاً فيما هو الحق ثم فيما افاده المصنفه . سائر الأساطين وما يرد عليهم .

(أما المقام الأول) فلتوضيح المطلب لا بد من تقديم مقدمة (وهي) أن المعاملة البيعية و سائر المعاملات حتى الهبة إنما تكون متقومة بأمرين تمليك من طرف - ومطاوعة وقبول من الآخر - ولو كان هناك تمليكاً بلا قبول - كانا إيجابين ولم ينطبق عليهما عنوان البيع ولا غيره من عناوين المعاملات إذا عرفت هذه المقدمة .

(فأعلم) أنه في مقام الشبوت كل من ملك ماله بعوض هو البائع وطرفه القابل هو المشتري من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية - ومن غير فرق بين الائتمان والعروض (وإما في مقام الاثبات) ففي المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطى ماله أولاً هو البائع لأنه يملك ماله بعوض (اللهم) إلا أن يكون قصده من الاعطاء كونه أمانة عند صاحبه إلى ما بعد المعاملة فيكون في الحقيقة قباضا للعوض قبل البيع - ولا يتصور في اعطاء المعطى الأول غير ذلك فإنه لا يمكن أن يكون قبولا مقدما بأن ينشأ به تملك مال صاحبه وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فإنه يتصور فيه ذلك .

و لو كان الاعطاء من الطرفين فسي آن واحد - فإن قصد كل منهما باعطائه التمليك - لم يكن بيعاً - بل لا يكون صلحاً ولا معاملة مستقلة - أما عدم كونه صلحاً فلأنه في الصلح أيضاً يعتبر انشاء المسالمة من طرف والقبول من آخر - و أما

عدم كونها معاملة مستقلة فلان دليل امضاء المعارضات اما السيرة - او آية اوفوا بالعقود - او تجارة عن تراض وشيء منها لا يصلح لاثبات صحة هذه المعاملة (اما الاولى) فلان عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح (و اما الثانية) فلعدم كون الايجابين عقدا الذي حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم (و اما الثالثة) فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لا يخفى - وان شئت قلت انه لا دليل على امضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة - وهذه ليست منها فتدبر .

(ثم ان) المصنف ره في مقام التمييز ذكر انه اذا كان احد العوضين مما تعارف جعله نمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري وان كانا من غير ذلك - فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن في العوضيّة - كان صاحبه المشتري (والا) - ففيه احتمالات (منها) كون كل منهما بايعا ومشتريا (ومنها) كون المعطى اولا هو البائع - والاخر مشتريا (ومنها) كون ذلك مصالحة - او معاوضة مستقلة ثم اختار قده الثاني (وفيه) مضافا الى ان لازم ما افاده قده كون كل من المتبايعين في بيع الصرف مشتريا (ومضافا الى) انه لم يظهر المراد من قصد قيام احد العوضين مقام الثمن في العوضيّة - فان كان المراد ان يلاحظ قيمته ومقدار تموله من النقود - فهذا امر موجود في كل منهما في غالب البيوع - وان اريد به المعاملة عليه بالدراهم - ثم جعل الدراهم عوضا فهو بديهي الفساد - وان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به (ان) ما ذكره ره لو تم فانما هو في مقام الاشتباه في مقام الاثبات - ولا يفيد في مقام الثبوت .

(قوله قده والاشترى اترك شيئا والاخذ بغيره الخ) (وفيه) ان هذا لازم الاشتراء والا فهو قبول الشراء والمبيع (مضافا) الى ان لازم ذلك صدق المشتري على كل من الطرفين في جميع المقامات - ومن المعلوم ان هذا التنبية انعقد لبيان تمييز البائع عن المشتري بمالهما من المعنيين الذين لا يجتمعان في مورد واحد .

(قوله قده لا نصر افهما في ادلة تلك الاحكام الخ) وفيه انه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما ستعرف في محله - دعوى الانصراف لا تسمع - ولذا

هو قدس سره انتم بالحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة فلاحظ .
ومن الغريب في هذا المقام - ما افاده المحقق النائيني ره - وهو انه لو وقع
التبديل بين العروضين بالاعطاء من الطرفين دفعة واحدة ولم يقصد باحدهما القيام
متمام الثمن ولم يكن بسبق مقابلة - كان احدهما لاعلى التعيين بايعا والاخر مشتريا من
دون امتياز بينهما واقعا - اذ هناك معاملة قائمة بصرف الوجود من تبديل احدهما
وقبول الاخر و صرف الوجود يتحقق باحدهما من دون ميز بينهما حتى واقعا لعدم
خصوصية في احدهما دون الاخر .

فانه يرد عليه انه لا يعقل تحقق شيء في عالم العين وعدم تعيينه واقعا - اذ المردد
لامامية له و لا وجود - فان كان البيع انشائا للتبديل و الاشتراء قبولا لذلك كما
اعترف به - فان انشأ في المعاملة المفروضة احدهما وقبل الاخر فالمنشئ بايع و
القابل مشتر - و ان قصدا معا الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معا و كونهما بيعا كما
اعترف به و كون احدهما المعين بيعا والاخر اشتراء ترجيح بلا مرجح - واحدهما
لا بعينه لوجود له - فلا مناص عن البناء على البطلان فتدبر .

واما ما افاده المحقق الايرواني ره في هذا المقام بما حاصله ان البايع هو من
بذل خصوصيات ماله واغراض النظر عنها ولكن امسك على ماليتة باخذ البذل - وفي
ذلك لا نظر له الا الى حفظ تموله - واما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من
رغب في خصوصيات الايمان التي يتلقاها من المأكولات وغيرها - و اذا كانت
خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما في تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك
بيعا بل معاوضة مستقلة .

(فيرو عليه) مضافا الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذي
غرضه من المعاملة حفظ تموله و ازدياده بيعا - ان ما ذكر لا شاهد له من العرف
ولا من الشرع ولم يعتبر احد في البيع ذلك . فالصحيح ما ذكرناه .

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

(قوله قدوة الرابع ان اصل المعاطاة وهى اعطاء كل منهما الاخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه الخ) وقد اورد عليه السيد فى الحاشية بان الوجوه والاقسام ازيد مما ذكره فانه (منها) ما اذا كانت المقابلة بين المالكين مع كون القبول بالاعطاء (و منها) ما اذا كانت المقابلة بين المال والتملك او بين التملك والمال و كك فى طرف الاباحة (ومنهما) غير ذلك .

(اقول) ان غرض المصنفه من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التى فيها اشكال وكلام ومورد للمقتض والابرار والصور التى هذه حالها منحصرة فى اربع عنده - اذا الاشكال فى الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة وفى الثانية من جهة عدم صدق البيع - وفى الثالثة والرابعة بما ذكره مفصلا وسيأتى واما باقى الصور فكان عنده خالية عن الاشكال والكلام فلم يتعرض لها - ولكن الاولى - اضافة صورة اخرى اليها وهى المبادلة بين المال والتملك فانها ايضا وقعت محل الكلام والاشكال .

(قوله قدوة احدها ان يقصد كل منهما تملك ماله بمال الاخر - فلا يكون فى دفعه العوض انشاء تملك الخ) وقد اورد عليه بابرادين (الاول) ما عن السيد قدوة باه - يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضا بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان القبول وكان على المصنف ره ان يذكر هذا الوجه ايضا لانه مضافا الى امكانه هو الغالب (الثانى) ما عن المحقق النائينى ره بانه لا يكون القبول بالاخذ فى مورد بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما وفعل البائع بمنزلة الايجاب القولى و اعطاء المشتري بمنزلة القبول القولى واخذ كل منهما وفاء بالمعاملة والتزام بآثارها - (اقول) قد عرفت فى التنبيه الثانى ان فى المعاطاة دائما يكون الايجاب بالاعطاء من طرف والقبول بالاخذ واعطاء الاخر انما يكون وفاء اما التزم به ولولم يكن

الآخر منشأ للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه وان قصد به التملك فان الاعطائين ح بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لايجاب وقبول (و يردعليهما) مضافا الى ذلك - ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة ومن باب الاستيفاء - لم يظهر وجهه في الاخذ الاول فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة فما معنى الاخذ بعنوان الوفاء بها . (ويرد) على السيد قدم مضافا الى ذلك - ان عدم التعرض لهذا في المتن انما هو من جهة ما ذكره في التنبيه الثاني من ان المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطى من الطرفين وانه لا اشكال فيه و انما الاشكال كان في هذا المورد و لذا تعرض له خاصة في هذا التنبيه .

قوله قدم ثانيها ان يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بازاء تملك ماله اياه فيكون تملك بازاء تملك الخ اقول الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة (الاول) في معقوليته - و الاظهر عدمها فانه ان اريد به تعليق التملك على تملك الآخر فهو هبة معلقة وان اريد به اشتراط التملك بالتملك الاخر فهو هبة مشروطة وان اريد به كون احد التملكين معوضا و الاخر عوضا كما هو ظاهر المتن فحيث ان صيرورة التملك معوضا انما تحتاج الى انشاء وجعل متعلق بذلك و التملك اي انشاء الملكية انما هو جعل لذلك نفسه لاجل لمعوضيته فلا يعقل ان يكون تملك الآخر عوضا عن هذا التملك اذ عوضيته اما ان تكون بنفسها او بجعل الملكية و انشاءها - او بجعل آخر - والاول غير معقول و هو واضح وكك الثاني فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق به والثالث مفروض عدم - فالتملك بازاء التملك مما لا انعقله .

(الثاني) انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالاخذ لا يمكن الا ان يكون بالتملك الثاني صريح المتيقن هو الثاني (و اورد عليه) السيد المحشى قدمه والمحقق الايرواني بانه يمكن ان يكون بالاخذ فيكون التملك واجبا على الثاني من باب الوفاء قال بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين (اقول) لظاهر تمامية ما افاده المصنف - فان المعاطاة اذا كانت بين

التمليكين لم يكن الايجاب تاما الابد تحقق التمليك وتمامية - وهو متقوم بايجاب وقبول - فالأخذوان كان قبولا الا انه قبول للتمليك لا البيع فهو دائما يكون جزء من الايجاب لا قبولا للمعاملة فلا محالة يكون قبواها بالايعطاء من الآخر بقصد التمليك (وبالجملة) في هذا الوجه خصوصية و هو ان المعوض انما هو التمليك المتوقف تحققه على القبول - فلا يمكن ان يكون الأخذ قبولا لذلك وللمعاملة فتدبر

(الثالث) ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع - او هبة معوضة ام تكون مصالحة او معاوضة مستقلة - والظاهر عدم كونها بيعا - لان البيع هو المبادلة بين المالكين وفي هذه المعاملة لا مبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفعلين (اللهم) الا ان يقال - ان المعاوضة بحسب الصورة ان كانت بين التملكين الا ان النظر اليهما آلى وفي الحقيقة واللب تكون المعاوضة بين المالكين وبهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع - فلو تم ذلك فهو (والا) فهي هبة معوضة اذ التمليك انما يكون تملكيا للشئ عجانا و بلاعوض (و الايراد عليه) كما في المتن من انه لو لم يملكه الثاني هنالك يتحقق التمليك من الاول لانه انما ملكه بازاء تملكه ومالم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه والهبة في حاقها مأخوذة المجانية (- غير تام) فان المجانية المعتبرة في الهبة انما هي في المال وعدم جعل شئ في مقابل المال وهذا مفروض في المقام اذ العوض انما هو للتمليك لا للمال (فتحصل) انه اما بيع او هبة معوضة - ولا تكون مصالحة ولا معاوضة مستقلة واما الصورة التي اضفناها - (وهي) ما اذا كانت المقابلة والمعاوضة بين المال والتمليك بان يقصد احد هما تملك ماله بتمليك الآخر وهو العمل الخارجى الصادر من المشتري فيكون من بيع الاموال بالاعمال (فقد اشكل) المحقق النائيني ردها وقال ان البيع باطل في المقام و ان صح بيع الاموال بالاعمال (واستدل له) بان العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كي يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب ونحوها والتمليك ليس كذلك بل هو آلى و طريقى لتحصيل المال اذ التمليك بالمعنى المصدرى ليس مالا بل المال هو الحاصل من المصدر وليس هذا الفعل الا آلة للحصول

اسم المصدر فلا يمكن ان يقابل بالمال فلا يصح جعله عوضاً (وفيه) ان ضابط صحة جعل شيء عوضاً كونه متعلقاً للغرض سواء كان منشأً كونه كك طريقته لتحصيل المال - او كونه بنفسه مالا ولا يعتبر فيه ازيد من ذلك - و التملك متعلق للغرض ولو بواسطة طريقته لحصول المال فلا يظهر صحة جعله عوضاً نظير سائر الاعمال (قوله قد نالها ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض - وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الاخيرين الخ) لا يخفى ان شيئاً من الاشكالين لا يكون مربوطاً بمسألة المعاطاة (اما الاشكال الاول) وحاصله ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك وليس له اباحة ماله بجوزة لغير المالك الا بيجاد موضوعه بتمليك اياه و المفروض في المقام عدمه و دليل السطوة لا يكون مشرعاً لما منع عنه الشارع - الا ترى انه لم يتوهم احد دلالة على جواز و طء عبد الغير باذنه فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواء كانت باللفظ او بالفعل مع قصد العوض او مجاناً (وعليه) فيما ان هذا البحث استطرادي - لا باس بتقديم بحث آخر استطرادي مربوط به

التصريفات المتوقفة على المالك

وهو انه هل هناك تصرف متوقف على المالك ام لا - وملخص القول فيه ان جملة من الامور التي ذكرنا توقفها على المالك تقدم ما فيها وعرفت عدم التوقف بقى في المقام امور (منها) اخراج المال في الخمس والزكاة (ومنها) ثمن الهدى (ومنها) طء الجارية (ومنها) العتق (ومنها) البيع - وشيء منها لا يتوقف على المالك . (اما الاول) فلانه ان قلنا بان الخمس والزكاة يتعلقان بالذمة فيكون سميلاً سميلاً سميلاً سائر الديون فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن - لما دل على جواز التبرع بوفائه كك يجوز الخمس والزكاة من مال الغير وكون الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك وان كان منافياً للتبرع الغير بادائهما - فان المباشر في المقام

من وجبا عليه (وان قلنا) بتعلقهما بالعين - فحيث ان للمكلف تبديلهما من العين و
ادائهما من مال آخر فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن فى ذلك .

(واما الثانى) فلما ذكرناه فى سابقه لانه ايضا من الديون - مضافا الي ماورد
من النصوص فى جواز الذبح عن العبد والصبي - وان رسول الله ﷺ ذبح عن امهات
المؤمنين بقرة بقرة اذ لوجازت النيابة جاز الهدى بملك الغير وكذلك ثمنه .

(واما الثالث) فلانه يجوز بالاباحة للنص - غاية الامر يعتبر ان يكون بلفظ
خاص وهو احللت ولا ينعقد بلفظ ابحت وقوله ^{لا} وطعلا فى ملك لا مخصص من
ان يكون المراد به ملك التصرف كى يعم جميع موارد الوطاء الحلال .

(واما الرابع) فقد ذكر فى وجه توقيفه على الملك - انه دلت النصوص على
انه لا عتق الا فى ملك - ففى خبر ابن مسكان من اعتق مالا يملك فلا يجوز ونحوه غيره
(وفيه) ان محتملات هذه النصوص التى وردت نظائرها فى البيع - امور (الاول) ان
المعتق لا بد وان يكون رقا ومملوكا كى يقبل الانعتاق والمبيع لا بد وان يكون مملوكا
حتى يقبل التملك (الثانى) انه يعتبر فى العتق والبيع ان يكون البايع و المعتق
مالكين لهما لا مالكين للمال (الثالث) انه يعتبر فيهما كون البايع و المعتق
مالكين للمال - من دون نظر لهما الى كون من يقع البيع له اى يدخل الثمن فى
ملكه - ومن ينعق عليه الرق - مالكين (الرابع) انه يعتبر فيهما - كون البيع والعتق
للمالك - والاستدلال بها يتوقف على ارادة الاخبار كما لا يخفى وهى غير ظاهرة -
لولم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح .

(واما الخامس) فقد استدل له مضافا الى النصوص المشار اليها مع جوابها -
بوجه عقلى اشار اليه فى المتن ونقله عن العلامة ره فى القواعد (وهو) انه لا يعقل
خروج المبيع عن كيس شخص ودخول الثمن فى ملك شخص آخر - وغاية ما قيل فى
تقريبه ان المعاوضة من المعانى النسبية المتعلقة فلا بد وان تكون العوضية فى شىء
فاذا كانت المعاوضة فى الملكية فلا بد من قيام كل من الثمن والمثمن مقام الاخر فى

الإضافة الملكية لصاحبها ومقتضى ذلك انتقال كل منهما إلى مالك الآخر (وعليه) فالأذن في بيع مال الغير لنفسه أذن في أمر غير معقول (وفيه) أن عنوان المعاوضة ليس موضوعا للآثر - بل الموضوع هو البيع - وقد عرفت أن حقيقة إعطاء شيء بازاء شيء ولا مجانا - وهذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض وقد تقدم تنقيح القول في ذلك فراجع إذا عرفت هذا - (فاعلم) أنه لو قلنا بأنه لا يكون شيء من التصرفات متوقفا على الملك فلا اشكال في صحة مثل هذه الإباحة .

(الأذن في التصرفات المتوقفة على الملك)

وأما لو قلنا بأن بعض التصرفات كالبيع والعق متوقف على الملك - فيقع الكلام في صحة إباحة جميع التصرفات وعدمها (أقول) لما كان على هذا المالك عدم الصحة في بادئ النظر واضحا - من جهة أن دليل السلطنة إنما يدل على تسلط الناس على أموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع - فإذا منع الشارع عن بيع غير المملوك وعدم نفوذه لا يصلح دليل السلطنة لتجويزه والترخيص فيه - ومع ذلك يظهر من قطب الدين والشهيد ره في باب بيع الغاصب أن تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والأذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا - ويظهر أيضا من العلامة في المختلف - أنه لو علم البائع للمجارية غصبية ما جعل ثمنها يجوز للمشتري وطئها .

وكانت أيضا مسائل ثلاث مشهورة بين الأصحاب (أحديها) أنه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى - واعتقه المالك يقع العتق عن الآخر (ثانيها) أن الرجل إذا اشترى أحد عهوديه يعتق عليه مع أنه لا يملكهما (ثالثها) أنه لو تصرف الواهب و ذوالخيار فيما وهبه وباعه بالبيع الخيارى - بالبيع أو العتق صح ذلك وكان هو فسخا فعليا (تصدى) المصنف ره في الإقام لتوجيه ذلك ولبيان حكم تلك المسائل والوجه في الالتزام بالملكية فيها وعدم انطباق فلك الوجود على المقام - وذكر تى كل واحدة من تلك المسائل وجهها غير ما ذكره - وقبل بيان تلك الوجود ذكر وجهين

لتصحیح الاذن فی البیع (احدهما) ان یقصد المبیح بقوله ابحت لك ان تبیع مالی لنفسك انشاء توکیل له فی بیع ماله له ثم نقل الثمن الی نفسه بالهبة (ثانیهما) ان یقصد به نقله اولا الی نفسه ثم بیعه (وردهما) بان المفروض ان قصد المبیح لیس شیئا منهما - (اقول) یرد علیهما مضافا الی ذلك ان فی کل منهما فرض التوکیل فی الهبة وهی من الانشاءات ولا تتحقق بمجرد القصد فلو كان من قصده ایضا ذلك لم یفد شیئا بل احتاج الی انشاء الهبة باللفظ او الفعل .

اما ما ذکره فی مسألة اعتق عبدك عنی (فبحصله) ان قول الرجل لمالك العبد اعتق الخ استدعاء لتملیکه - واعتاق المولی جواب لذلك الاستدعاء فیحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ویقدر وقوعه قبل العتق آنأما - وقال هذا الوجه لا ینطبق علی المقام اذ المبیح لم یقصد التملیک بالاباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملک عند البیع حتی یتحقق تملیک ضمنی مقصود للمتکلم و المخاطب كما كان مقصودا ولو بالاجمال فی تلك المسألة .

((اقول)) یرد علی ما ذکره فی مسألة العتق امور (الاول) انه اذا كان العتق هو التملک لکونه جوابا للاستدعاء فما وجه الالتزام بحصول التملک قبل العتق آنأما وبعبارة اخرى حیث ان التملیک من الانشاءات ولا یتحقق بدون الانشاء والمفروض ان انشاءه هو العتق فكیف یقدر وجوده قبل العتق وان التزم بحصوله بالعتق یلزم منه اجتماع التملک وزواله فی زمان واحد وهو غیر معقول مع انه لا یفید شیئا اذ المفروض توقف العتق بالحمل الشایع علی التملک فاذا كان هو متوقفا علی العتق لزم الدور (الثانی) ان لازم ذلك تاخیر العتق فی حصول التملک وزواله وهو فی غاية البعد (الثالث) ان التملیک والتملک من الامور القصدية فلو فرض ان المستند علی المعتق غیر ملتفتین الیهما ولم یقصداهما فكیف یلتزم بحصول التملک .

((ویرد علی)) ما ذکره من الفرق بین المسألتین بعدم القصد الی التملیک فی المقام وبدلالة الکلام فی مسألة العتق علی التملیک بدلالة الافتضاء (ان) المفروض فی

المسألتين عدم القصد الى التملك فان كان القصد الى العتق كافيا في قصد التملك من جهة كونه قصدا اجماليا له فكذلك في المقام (وبالجملة) لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة و الحق عدم كونه تملكيا كافيا بالباين .

(قوله قدّه فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع الخ) (وفيه) انه لم يدل دليل على صحة هذا البيع كى يقال ان مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة - ومجرد كون البيع ضمنيا لا يصلح اذ ذلك .

(ثم ان) المحقق النائيني ره في مسألة اعتق عبدك عنى التزم بدخول العبد في ملك الامر وانعتاقه لامن جهة توقف العتق على الملك - بل من جهة انه اذا امر بالامر بايجاد عمل محترم او باتلاف مال محترم غير مجانى يرجع نفعه اليه وامثل المأمور ذلك يكون الاستدعاء واستيفاء ثلده مقتضيا لضمان المستوفى اذ المفروض انه لم يصدر عن المأمور تبرعا بل بالعوض المسمى - وحيث ان ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملى - و تكون تلك المعاملة الواقعة بين الامر والمأمور ذاك بامرء واستدعائه وهذا بامتثاله وعمله صحيحة لعموم - تجارة عن تراض - فلامحالة يكون لازمه دخول المضمون به في ملك الضامن (وفيه) ان الملك من الامور التي يتوقف تحققها على القصد والانشاء فاذا فرضنا عدم قصد الامر والمأمور التملك والتملك لما كان وجه للالتزام بحصول الملك ومجرد كون الضمان لامن باب الغرامة لا يقتضى دخول المضمون به في ملك الضامن (مع) انه يرد عليه الايراد الثانى الذى اوردناه على المصنف ره (فلا يظهر) انه ان كان العتق غير متوقف - على الملك - فيلتزم بالصحة فى المثال وضمان الامر ان لم يكن استدعائه على وجه المجانية وان كان متوقفا عليه فلا يصح ويكون نظير عكس المسألة - اعتق عبدى عنك وبه يظهر حال مسألتنا هذه .

واما ما ذكر فى مسألة العمودين و توهم انطباقه على المقام و لاجله التزم بالملك التقديرى الفرضى - بمعنى فرض الملك وتقديره لغاية خاصة وهو الانعتاق فى مسألة العمودين (فحاصله) انه كما ان الجمع بين الارادة فى تلك المسألة - وهى ما دل

على انه لا عتق الا في ملك - وما دل على ان شراء العمودين جائز - وما دل على ان الانسان لا يملك عموده وينعتقان عليه لو اشتراهما - وما دل على توقف صحة البيع بل حقيقةه على دخول كل من العوضين في كيس من خرج الاخر عن كيسه - يقتضى الالتزام بالمملك التقديرى الفرضى بالمعنى المتقدم - كك في المقام الجمع بين مادل على توقف جملة من التصرفات كالباع والعتق على المملك - ودليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالمملك التقديرى (و اجاب) المصنف ره بما ستعرف تقريره (اقول) يقع الكلام اولافى مسألة العمودين - ثم فى المقام .

(اما الاول) فالموهم للتنافى بين الادلة الموجب للالتزام المذكور اما ان يكون مادل على انه لا عتق الا فى ملك - بدعوى انه ينافى مع مادل على ان الانسان لا يملك عموده - او يكون هو مادل على توقف الشراء على دخول العمودين في ملك المشتري و هو ينافى مع مادل على عدم تملكهما - وشىء منهما لا يوجب التنافى المزبور (اما الاول) فضافا الى ماتقدم فى معنى لا عتق الا فى ملك - انه لو سلم دلالة على لزوم مالكية من ينعق عليه للعبد انه انما يدل على انه لا عتق الذى هو فعل اختيارى الا فى ملك ولا يدل على انه لا انعقاد الا فى ملك كى ينافى مع مادل على عدم تملكهما (و اما الثانى) فلما تقدم فى اول البيع - اشرنا اليه فى اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع والشراء على هذا بل حقيقة البيع - جعل شىء و اعطائه بازاء شىء - وهذا بحسب الموارد يختلف اثره وقد يكون اثره الانعقاد كما فى المثال فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء شىء انقطاع اضافته وحيث لا يمكن دخوله فى ملك المشتري ينعق عليه قهرا - هذا كله مضافا الى ان الالتزام بالمملك التقديرى مرجعه الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية (نعم) حيث انه يكون من جملة نصوص المسألة - ما تضمن انه اذا ملك الرجل والديه عتقا عليه - فهو ينافى مادل على ان الرجل لا يملك احد عموده (والعلاج) انما يكون باحد النحويين - اما الالتزام بان المراد بالاول المملك العقدى فيكون قوله (عليه السلام) اذا ملكوا بمنزلة اذا بيعوا او الالتزام بالمملك الحقيقى غير المستقر - والمراد

بالثاني الملك المستقر - وعلى أي حال لا وجه للالتزام بالملك التقديري .
 (وإما المقام الثاني) فالحق وهو عدم انطباق ما ذكر في تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم وذلك الوجهين (الأول) ما ذكره المصنفه من حكومة دليل عدم جواز البيع والعقق الأفي ملك على عموم دليل السلطنة - فان دليل السلطنة انما يدل على ان للمالك ان يبيع التصرفات المحرمة من جهة عدم رضى مالكه - ولا يدل على ان له ان يبيع التصرف الممنوع شرعا لجهة أخرى كما تقدم تقريبه (وحيث) ان دليل عدم الجواز ينفي مشروعية هذا التصرف من جهة أخرى فلا محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة (الثاني) انه لو كان له اطلاق شامل لجميع التصرفات فيقع التعارض بين الدليلين وحيث ان النسبة بينهما عموم من وجه والترجيح مع ذلك الدليل فيقدم ولا وجه للجمع بالنحو المذكور (والكن) الذي يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع والعقق على الملك فلا معارض لدليل السلطنة .

(قوله قد ه أو اختيفاه الدين به الخ) بان يشتري الطعام لنفسه بثمن في ذمته ثم يفي دينه بمال الغير باذنه .

(قوله قد ه وهو كك فان مقتضى مفهوم المعاوضة الخ) وقد تقدم عدم اقضاء المعاوضة ذلك - وعدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى فراجع .

(قوله قد ه ولما ذكرنا حكم الشيخ وغيره بان الهبة الخالية عن الصيغة الخ وفيه ان محل الكلام الاباحة المالكية - والظاهر ان مورد كلام الشيخ قد ه والشهيد كون الاباحة شرعية كما لا يخفى .

(قوله قد ه - فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديري الخ) وقد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض الرجوع الى المرجحات لا الجمع المذكور ولعله لذلك امر بالتأمل في ذيل كلامه .

(وإما ما ذكر) في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه وادعى انطباقه على ما نحن فيه (فوجه له) انه كما يلتزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للمواهب قبل

التصرف المتوقف على الملك - فكك يلتزم به في القيام (واجاب) الا صنف ره عنه بانه في تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله وهذا يكفي في الرجوع والفسخ وهذا لا ينطبق على ما نحن فيه اذ في صيرورة شيء ملكا لشخص يعتبر الانشاء ولا يكفي مجرد القصد .

اقول يرد على ما ذكره ره في تلك المسألة - امور (الاول) ان لازم ذلك ان يكون قول الواهب والبايع بالخيار - فسخت اخبار عن الرجوع لانشاء آله (الثاني) ان الرجوع والفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشيء ملكا له ولا بد فيهما من الانشاء والظهار ولا يكفي مجرد القصد (الثالث) ان لازم هذا البيان قصر الحكم على مورد قصد الرجوع والفسخ مع ان كلمات القوم مطلقة (فالحق) ان يقال انه حيث لم يرد نص خاص في تلك المسألة فعلي القول بتوقف البيع والعق على الملك لامناص عن البناء على البطلان في تلك المسألة

(قوله قدده نظير الملك التقديري في الدية بالنسبة الى الميت الخ) بان يقال ان حكم الشارع باقتقال الدية الى الورثة وانه يؤدي ديونه منها يستدعي صيرورتها ملكا للميت وانتقالها عنه اليهم - وحيث انه لا يمكن الالتزام بملكيتها له في حال الحيوة والالزام تقدم المعلول على علته ولا بملكيتها له حال الموت والالزام اجراء احكام دية الجنابة على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له في حال الحياة بالملكية التقديرية بالتقريب المتقدم (وفيه) ان الادلة انما دللت على ان ديون الميت تؤدي من ماله وان ماتر كه الميت من ماله فلو ارثه - ولم يدل دليل على انه لا يؤدي ديونه من غيره وانه ليس للمورثة ماله يتركه الميت (وعليه) فاذا دل الدليل على انه يؤدي ديونه من الدية وانها تنتقل الى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية

(قوله قدده فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن الخ) وقد تقدم ان الاظهر صحة الاذن

في ذلك لعدم توقفه على الملك

(قوله قدده فامل الخ) ولعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان اعطاء

المشتري ماله للغاصب مع علمه بغصبية المبيع تسليطه على ماله مجانا و موجب
لصيرورته ملكا له فيكون تصرفه في ماله لافي مال الغير المباح له

الاباحة بالعوض

(قوله قدده واما الكلام في صحة الاباحة بالعوض الخ) هذا هو الاشكال الثاني

الذي اورده على القسمين الاخيرين من المعاطاة - و هو ايضا لا يختص بالمعاطاة بل يعم
ما اذا كانت الاباحة باللفظ - و الكلام في هذا المقام يقع في موارد (الاول)
في حقيقة الاباحة بالعوض وانها هل تكون بيعا و اجارة ام صلحا ام معاوضة

مستقلة (الثاني) في الدليل على صحتها و نفوذها (الثالث) في انها لازمة ام جائزة ،

(اما المورد الاول) فاقول لا ريب في انها ليست تملك للمعين و لا للمنافع -

ولا للانتفاع - اما الاولان فواضح واما الاخير فلان المبيع ليس مالكا للانتفاع الذي

هو قائم بالمباح له و من افعاله فكيف يملكه له - و كذلك ليست اعطاء حق به - فان

جواز التصرف من الاحكام التكميلية لامن الحقوق ولذا ليس للمالك اسقاطه و لا نقله

الى غيره - بل هي اباحة تكميلية للتصرفات و رفع للمنع عنها و عليه فهي ليست اعطاء

شيء للمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا - ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة -

ولست انشاء للتصالح و التسالم على امر كما هو واضح فلا تكون صلحا - (وما ذكره)

المصنف رد في وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر و لا يعتبر فيه لفظ

خاص و استشهد لذلك (بصحيح) محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن الصادقين عليه السلام

في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدري كل واحد منهما كم له عند

صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك و لي ما عندي - فقال عليه السلام لا بأس و

هذا المعنى ينطبق على الاباحة بالمعوضة فهي صلح (يراد عليه) ان الصلح ليس هو التسالم

على امر و الا لزم كون جميع المعاملات صلحا - بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة

عقدية و انشاء للتسالم و من الواضح ان هذا لا ينطبق على المقام - واما الصحيحان

فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التي نفى البأس عنها صلاحا - بل من الجائز ان تكون معاملة مستقلة - فيتعين ان تكون معاملة مستقلة .

(و اما المورد الثاني) فقد استدل المصنف ره لصحتها - بعموم الناس مسلطون على اموالهم (و اورد عليه) بانه هذا يناهى ما ذكره ره في المعاطاة من انه لا يصح الاستدلال به على صحتها (وفيه) انه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظراً الى ان عمومه انما هو باعتبار انواع السلطنة . انه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له وشك في انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام لا لامورد للتمسك بعمومه - وهذا الوجه لا يجرى في المقام بل مقتضى عمومه الانواعى الذى اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التى هى نوع من الانواع (فالحق) تمامية هذا الوجه (واما) المؤمنون عند شروطهم الذى استدل به المصنف ره فى المقام فقد تقدم فى المعاطاة ما فيه وانه يختص بالشروط فى ضمن العقود ولا يشمل الشروط الابتدائية (ويشهد) لصحتها مضافاً الى دليل السلطنة (السيرة) العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى كما هو المتعارف فى اجارة الدكاكين وما شابهها فان الشخص يستأجر الدكان من مالكه شهراً بمقدار معين - ثم يبينان على ان كل ما بقى المستأجر يعطى الاجرة بذلك المقدار - بل التصرف فى الحمامات والامكنة المعدة لنزول المسافرين ونحو ذلك كلها من هذا القبيل فتأمل (و دليل التجارة) ودعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكسب بالمال (من دفعه) بمنع ذلك بل هى عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام (فالحق) انها صحيحة نافذة .

(واما المورد الثالث) فيشهد للزومها - او فوا بالعقود - و اورد عليه بانه يعارض فى طرف الاباحة بعموم دليل السلطنة اذ المفروض بقاء المال على ملكه (وفيه) ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال ولا يدل على السلطنة على العقد - والاباحة اللازمة فى المقام انما هى اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن (و ان شئت قلت) انه اذا كان العقد صادر من المالك وباختياره وبدليل السلطنة بنينا على ان له ذلك فلزوم

العقد المزبور لا ینافی سلطنته علی المال - كما لا ینافی فی مورد الاجارة مع ان العین باقیة علی ملکک (و بالجملۃ) كما لو شرط فی ضمن عقد لازما باحة مال احد المتعاقدين للآخر کان له ذلك و کان لازما ولا یكون منافیا للدلیل السلطنة کک فی المقام (ولو تنزلنا) عن ذلك وسلمنا التعارض یكون اوفوا بالعقود مقدما بناء علی ما هو الحق من الرجوع الی الدرجات اذا تعارض عامان من وجه - فان التراجع مع الایة الشریفة فانه اذا كانت موافقة الكتاب من الدرجات کان الكتاب مقديما عند التعارض - هذا بناء علی ما هو الحق من انه اذا تعارض العام والمطلق لا یكون الاول مقديما والا فتقديم الایة اظهر لان الجمع المحلی بالالف واللام من انفاذ العموم (كما انه) لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه یكون تقدم الایة الشریفة فی غایة الوضوح (ولو تنزلنا) عن ذلك ایضا وسلمنا التساقط یكون المرجع استصحاب بقاء الاباحة ای الاباحة العقدیة لا الاباحة المستندة الی الاذن کی یقال انه لا سبیل الی استصحابها انقومها بالرضا المر ترفع (فلاظهر) انها معاوضة مستقلة صحیحة لازمة

جریان المعاطاة فی جميع العقود والایقاعات

(قوله قدہ الخامس فی حکم جریان المعاطاة فی غیر البیع من العقود و عدمه الخ) اقول ان صحة المعاطاة فی البیع ان كانت بدلیل تعبدی شرعی من الاجماع والسیرة - فلا كلام فی عدم جریانها فی غیر البیع الا ما قام الدلیل الخاص علی صحته - وان كانت علی القاعدة من جهة صدق البیع علیه فهي تجری فی غیره من المعاملات فانه فی کل باب یتمسك بعموم دلیل ذلك الباب لصحتها لو كان ولا یتمسك بعموم اوفوا بالعقود ولا اشکال فی ذلك (نعم) فی بعض الموارد كما فی باب الطلاق دل الدلیل الخاص علی ان الطلاق لا یصح انشاءه الا بصیغة خاصة فلا تجری المعاطاة فیه لذلك واما سایر الموارد فتجری المعاطاة فیه او قد ذکر وافی بیان المانع عن جریان المعاطاة فی جملة من العقود امورا

(منها) ان بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقا لعنوان تلك المعاملة مثلاً
اطلاق العبد وفككه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق. وفي هذه المعاملات
لا يصح الاستدلال بادلثها (ومنها) ما اذا دل الدليل في باب على انه لازم كالرهن - وحيث ان
المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجرى فيه (ومنها) ان في بعض الموارد يكون الفعل محرماً
شرعاً كما في النكاح بالوطء - والنهي عن المعاملة يدل على الفساد
(اقول) لنا عن هذه الوجوه جوابان - اجمالي - وتفصيلي

اما الاجمالي منهما - (فهو حاصله) انه يرد على الوجه الاول - اننا نتصور معاملة لا
يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول وهو كون الفعل مظهر اعرفاً
للاعتبار النفساني لا اقل من الافعال التي يفهم الاخرس مقاصده بها - مثلاً - اذا سأل احد عن
مالك العبد هل تعتق بمذك فحرك رأسه قاصداً به انشاء العتق يكون هذا الفعل بضميمة القرينة
الموجودة مصداقا لعنوان العتق بالمعنى المعقول وهكذا في باب الوصية وغيرها (مع) انه
قد عرفت ان عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها اي المسميات والاعتبارات النفسانية
والاسباب مبرزات لها لانها من مصاديقها (وبالجملة) المظهر كان هو القول والفعل يكون
خارجاً عن مسمى المعاملة - فلا وجه للفرق بين الافعال (اللهم) الا ان يقال ان بناء العقلاء
على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المجرد - وعدم ترتيبه على الاعتبار
المبرز بما لا يكون له شأنية ذلك عندهم كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية - وعليه
فالحق في الجواب ما تقدم (ويرد) على الوجه الثاني ما تقدم من ان الاصل في المعاطاة هو
اللزوم (ويرد) على الوجه الثالث - ما تقدم في اول هذا الشرح من عدم دلالة النهي عن
المعاملة على الفساد لاسيما اذا تعلق بالاسباب

واما الجواب التفصيلي - فملخص القول - انه من المعاملات التي وقع فيها النزاع
(النكاح) وقد استدل على عدم جریان المعاطاة فيه بموجوه (احدها) ما افاده المحقق

النائيني ره وهو ان الفعل فيه: صداق لصدقه وهو الزناء والسفاح فان مقابل النكاح ليس
الا لفعل المجرد عن الانشاء القولي و عما جعله اشارة سبباً للحلية (و فيه) او الا ان هذا

الوجه مختص بانشاءه بالوطء ولا يشمل انشاءه بفعل آخر ڪممكن الزوجة و غيره وهذا الجواب تجرى في جمیع الوجوه الانیة (وثنایا) ان مورد الكلام ما اذا وطئ بقصد انشاء الزوجية لا مجرد اعن القصد ومعه وان كان سفاحا و زنا لكنه لا مانع من كونه مبرزا للزوجية وليست الزوجية والزنا متقابلتين ومتضادتين فان الاولى من الاعتبار - والثاني من عناوين الفعل الخارجی فلا مانع من مبرزيته لها

(ثانیها) ان النكاح عقد لازم للنص والاجماع - والمعاطاة جائزة بالاجماع - (وفیه) ما تقدم من ان الاصل فی المعاطاة هو اللزوم (مع) انه يمكن ان يقال ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التي تجتمع الصحة فيها مع الجواز ولا يشمل ما لا تجتمع معه - وبعبارة اخرى - المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجمع معها فلا يكون مشمولا له (مضافا) الى انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل النكاح واما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل نكاح صحيح لازم فتدبر

(ثالثها) ان لازم جريانها فی النكاح حصر الزناء بصورة الاكراه و الزناء بذات البعل ونحوهما - وهذا كما ترى (وفیه) ان الوطء مع الرضا تارة يكون مع قصد الزوجية - و اخرى بدونها وحل الكلام هو الاول و اما الثاني فلا ريب انه زناء وسفاح (وابعثها) ان الوطء يحتاج الى سبب محلل فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة مع امتناع تاثير الشيء في نفسه (وفیه) ان اول الوطء الاول سبب للزوجية - وهی سبب لحلية الوطء - في الآتات المتأخرة و الوطء الاخر فلا يلزم اتحاد السبب والمسبب -

(خامسها) ان السبب المبعوض لا يؤثر فالوطء المؤثر فی الزوجية مشروط بالحلية والمفروض انها من مقتضيات الزوجية فتتوقف حلية الوطء على تاثيره و يتوقف تاثيره على حليته وهذا دور واضح (وفیه) ما تقدم من ان النهی عن المعاملات لا سيما الاسباب منها لا يبدل على الفساد (مع) ان ترتب الحلية على الزوجية - و الزوجية على

الوطء الذى هو سبب لها انما يكون ترتيبا رتبيا - و اما فى الزمان فالجميع فى زمان واحد فالوطء حين تحققة متصف بالجواز (فتحصل) انه لا مانع عقلا ولا شرعا عن جريان المعاطاة فى النكاح - ولكن قام الاجماع على عدم الجريان - و هو المستند لو كان و كان تعبد بالامستند الى الوجوه المتقدمة

(وهنا) الرهن - فقد اشكل فى جريان المعاطاة فيه بوجهين

(احدهما) ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع - والجواز غير متصور فى الرهن لانه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع - والجواب عنه ما ذكرناه فى النكاح جوابا عن الوجه الثانى فراجع

(ثانيهما) ان القبض شرط فى باب الرهن والعقد يقتضى فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط و هو محال كما حقق فى محله (واجيب) عنه بان الشرط هو القبض و المقتضى هو الاقباض لان به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور (و فيه) ان المقتضى هو الاقباض و القبض معالان الرهن من العقود و متقوم بالايجاب و القبول - فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد

(فالحق) فى الجواب عنه ان يقال مضافا الى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذى ينشأ به الرهن بالقبض - انه ليس فى النصوص ما يدل على كون القبض شرطا فى الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء و الموجود فى لنصوص اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء - (مع) انه فى باب التشريعيات والاعتباريات ليس تأثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مقتضيا والاخر شرطا بل انما هى موضوعات للمجعولات الشرعية و تكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع و تمام الكلام فى محله.

(وهنا) الوقف - و ارد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين.

(الاول) - ما فى المتن - وهو ان القول بالزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف الزوم على اللفظ و - الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع (و فيه)

مضافا الى ما تقدم في سابقه - انه لا مانع من جواز الوقف و لم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف والجواز - بل الوقف قبل القبض جائز (اللهم) الا ان يقال ان القبض جزء المؤثر فقبله لا يكون المؤثر تاما كى يكون لازما او جائزا - وقد ور د عنهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه و ظاهر ذلك ان ما كان لله لا يلائمه الرجوع وهذا غير قابل للتخصيص - و كيف كان ففي الجواب الاول غنى وكفاية .

(الثانى) ما عن المحقق النائينى ره وهو مختص ببعض اقسام الوقف (وحاصله) ان بعض اقسامه كالوقف الخاص او لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل صد اقاله لايجرى فيه المعاطاة - (وفيه) ما عرفت من عدم تصور عقدا و ايقاع لا يكون فعل مبرزا له فراجع .

(ومنها) القرض - والكلام فيه اشكالا و جوابا ما فى الرهن فراجع (فتحصل) ان الاظهر جريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات سوى مادل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالانكاح اولفظ خاص فيه كالطلاق و التحليل

(قوله قدّه و فيه ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب الخ)
يرد عليه امران - الاول ان الفرض ان احد طرفى عقدا الاجارة هو العمل الخارجى فلا تكون الاجارة المزبورة نظير الاجارة اللفظية في ملك احدهما الاجر المعين على الآخر و الآخر العمل المعين - وبالعجالة - امر الامر وحده ليس عقد الاجارة (الثانى) ان الاصحاب و ان لم يصرحوا في الاجارة بما ذكره - الا انهم لم يصرحوا في البيع ايضا بالملك

(قوله قدّه لان فساد المعاملة لا يوجب منه عن العمل سيما الخ) و فيه ان مورد كلام المحقق صورة استلزام العمل التصرف في اموال المستاجر - واما في صورة عدم استلزامه ذلك فلا ريب في عدم المنع - وفي هذه الصورة مقتضى فساد الاجارة عدم جواز التصرف (ودعوى) انه يجوز للرضا به (مندفعة) بان الرضا من جهة تخيل صحة

الاجارة لا يجدى

(قوله قدده لان الظاهر ثبوت اجرة المثل الخ) ولكن ظاهر العبارة لموجودة
في جامع المقاصد المحكية في المتن ثبوت الاجرة المسماة لاجرة المثل
(قوله قدده و اما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز ائلاف الموهوب الخ) (وفيه)
ان الاصحاب كما صرحوا في البيع المعطاتي بالاباحة كك حكموا في الهبة المعطائية
بالاباحة - و المحقق ره في كلا البابين حمل كلماتهم على ارادة الملك المتزلزل
فلا ايراد مخصوص بالمقام عليه

(قوله قدده ولعل وجه الاشكال عدم ثبوت المعاطاة الخ) لعل مراد المحقق قدده
ان ماهو ثابت في المعاطاة بالاجماع جار في البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز
فيه وعليه فما ذكره المصنف ره في وجه اشكاله قدده تام - ولا يرد عليه ما اورده
المحقق الايرواني ره من ان هذا من قبيل الاجتهاد في مقابل النص لتصريحه بان منشأ
الاشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن - .

ملزمات المعاطاة

(قوله قدده اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت الخ)
اقول ان بنينا على لزوم المعاطاة كما هو الحق ومر تفصيله فيسقط هذا الامر و لا
مورد له - وان بنينا على جوازها - فحيث ان في بعض الموارد الجواز متيقن - كما في صورة
بقاء العينين وعدم تحقق شيء من الملزمات - وفي بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة
تلف العينين كما استتف عليه - وفي بعض الموارد يشك في اللزوم و الجواز كصورة
بقاء احدى العينين او الامتزاج او نحو ذلك - فينبغي اولا تأسيس الاصل في المقام كي
يرجع اليه عند الشك وعدم الدليل على اللزوم او الجواز

(وقد ذهب) المصنف ره الى ان الاصل هو اللزوم على القول بالملك - واستند
في ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملكية

(واورد عليه) تارة بتمسكه بالعمومات مثل اوفوا بالعقود - واخرى بتمسكه بالاستصحاب (اما الاول) فاورد السيد الفقيه في حاشيته - والمحقق الاصفهاني ره وغيرهما عليه بان التمسك بهائنا في ما بنى عليه في كتيبه فقها و اصولا - من انه اذا اورد عام ولم يكن له عموم ازمانى بل كان عمومه افراديا و ثبوت حكم كل فرد في جميع الازمنة بالاطلاق - كما اذا اورد اكرم كل عالم - حيث ان عمومه افرادى و بقاء حكم كل فرد في عموم الزمان يستفاد من الاطلاق - ثم خصص العموم الافرادى و خرج فرد من العام عن تحته في زمان وشك في الحكم بعد ذلك الزمان - كما اذا ورد لا تكرم زيدا في يوم الجمعة وشك في يوم السبت في وجوب اكرامه وعدمه - لا يصح التمسك بعموم العام بل يكون مورد الاستصحاب حكم المخصص - فان عموم اوفوا بالعقود وغيره من العمومات افرادى والزمان فيه انما يكون ظرفا لاستمرار الحكم كما صرح بذلك في خيار الغبن (وعليه) فلا بد من البناء على جريان استصحاب الحكم الخاص بعد كونها مخصصة بالاجماع على الجواز حين الانعقاد كما هو المفروض لا التمسك بالعمومات .

(وفيه) ان الجواز الثابت بالاجماع لو كان هو الجواز من كل وجه كان الايراد تاما - ولكن الجواز الثابت انما هو الجواز الخاص و هو الجواز المتعلق بتراد العينين - واما الجواز من وجه آخر فهو مشكوك من اول الامر - وهذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام مثلا - اذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الثمن - و شك في جوازه من الجهات الاخرى يتمسك بعموم اوفوا بالعقود و يحكم بازومه من تلك الجهات من اول الامر - ففي الحقيقة ليس هذا تمسكا بعموم العام بعد ذلك الزمان بل تمسك به من اول الامر بلحاظ الجهات الاخرى - (و بالجملة) حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقا ومن كل وجه - فالشك في اللزوم بعد امتناع التراد شك في اللزوم من جهة اخرى و مورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه قد (نعم) بناء على مسلك من يرى جواز المعاطاة من

كل وجه بالمحاذ نوقف اللزوم على اللفظ - لا يصح التمسك بعموم العام لما ذكر -
قد صرح بهذا المصنف ره بعد اسطر - حيث قال - ولم يثبت قبل التلف جواز المعاملة
على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التالف الخ وسيأتى تمام الكلام
فى ذلك هذا بناءً على ما بنى عليه فى كتبه اصولاً وفقهاً - واما بناء على ما حققناه
من ان المرجع عموم العام مطلقاً فالامر اسهل

(واما الثانى) فقد اورد المحقق الاصفهاني ره على استصحاب بقاء الملكية
بانه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت اصله بالاجماع - فن معنى الحكم بجواز
المعاطاة الحكم بزوال الملك بالرجوع فالتعبد به تعبد بعدم المالك عند الرجوع
فلا يبقى شك فى زوال الملك حتى يستصحب ومن الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع
شرعى (والسيد) قد وه ان اورد عليه بهذا اليراد الا انه اشكل على هذا الاصل بانه
لا يجرى عند المصنف لكونه من الشك فى المقتضى

((اقول)) اشكال السيد قد وه ان كانت فى غير محله - من جهة ان الشك فى
المقتضى هو الشك فى بقاء المستصحب فى عمود الزمان لا الشك فى مقدار استعداد
بالنسبة الى الزمانيات كما حقق فى محله - الا ان اصل اليراد لا يكون موجهاً
وذلك لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد فبعد امتناعه وارتفاع
الموضوع لامورد لاستصحاب الحكم (فتحصل) ان ما افاده المصنف ره على القول
بالمالك تام .

((واما على القول)) بالاباحة - فقد ذهب المصنف ره الى ان الاصل عدم اللزوم
واستدل له بوجهين - احدهما اصاله بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة - الحاكمة
على اصاله بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها (الثانى) قاعدة تسلط
الناس على اموالهم .

واورد على الوجه الثانى بايرادين (الاول) ما عن المحقق النائينى ره وهو ان
ما ذكره المصنف ره فى المقام يناهى ما اختاره فى الامر الرابع فى الاباحة بالعوض من

ان الاقوى اللزوم لعموم المؤمنون عند شروطهم (وفيه) انه فرق بين المقامين فان في ذلك المقام الاباحة عقدية مالكية وبالتزام المالك نفسه واما الاباحة في المقام فهي اباحة تعبدية شرعية غير عقدية وثابتة بخلاف مقتضى العقد فذلك الوجه لا يجرى في المقام . (الثاني) ما اوردده المحقق الايرواني - وهو ان الاباحة الثابتة في مورد المعاطاة المقصود بها الملك بما انها اباحة تعبدية شرعية ثابتة على خلاف سلطنة المالك لشبوتها في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف - فالدليل الساطمة و قاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الاباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لا ثبات سلطنة المالك على تغيير الاحكام الشرعية (وفيه) - ان غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة انما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه - واما انه هل يباح له حتى مع منع المالك ام لا فلا يستفاد من هذا الدليل فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة - اذ لا بد من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزايد - وان شئت قلت - ان دليل السلطنة قد خصص بمادل على جواز التصرف مع عدم رضاه واما ان اذ اذ مانع عن التصرف هل يجوز ذلك ام لا فالدليل المخصص غير شامل له فلا بد من الرجوع الى العام (فتحصل) ان ما ذكره المصنف ره على القول بالاباحة تام - هذا بناء على القول بالاباحة الشرعية واما على القول بالاباحة المالكية من جهة الرضا الضمني فالامر اوضح كما لا يخفى .

تلف العينين

قوله قد اذ اذ عرفته هذا فاعلم ان تلف العينين ملزم اجماعا (الخ) - اقول بعد مالا كلام على الظاهر عنده وعند غيره في ان تلف العينين من الملزومات على القول بجواز المعاطاة - للاجماع تصدىقه لبيان وجه اللزوم على القوانين اى القول بالملك - والقول بالاباحة .

(واستدل له) على الاول باصالة اللزوم بدعوى ان المتيقن من مخالفتها جواز

تراد العينين وحيث ارتفع مورد التراد امتنع - وليس هذا الجواز نظير الجواز فى البيع
الخياري كى يستصحب بعد التالف لان ذلك الجواز من عوارض العقد - وهذا الجواز من
عوارض العوضين (واورد عليه) بايرادات - عمدتها ايرادان (احدهما) ان المراد بتراد
العينين التراد فى الملكية اى رد الربط الملكى القائم بالعين - وهذا لا يمكن مع بقاء
العقد بعد عدم كون الفسخ والرجوع معاملة جديدة فمتعلق الجواز دائما هو العقد
فالفرق بين الموردين (ثانيهما) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان متعلق التراد ملكية
العينين لانفسهما و الملكية كما يصح انتزاعها من الوجود كك يصح انتزاعها من التالف
فانها من الاعتباريات وهى مما لا يتوقف على موضوع موجود - وعليه فالعوضون وان
كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التالف ايضا .

(القول) الذى يخطر بالبال فى توضيح كلام المصنف ره بنحو يندفع هذا
الايرادان وسائر ما اورد عليه - ان المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به
من كل وجه - والمراد بالتعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة وهى تراد
العينين خاصة كما تقدم - وعلى ذلك فاذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثانى
فلا محالة يكون مرتفعاً بعد تلف العينين والمفروض لزوم المعاملة من الجهات الاخر
فلا مورد للرجوع وعلى هذا فما افاده المصنف ره فى غاية المتانة (وبهذا) يظهر تمامية
ما ذكره المصنفه فى ما لوشك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة والرجوع
فى العين او تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالترادان لادليل فى مقابلة اصالة اللزوم على
ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما فان الترديد ح من قبيل
الترديد بين الاطلاق والتقييد لامن قبيل الترديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع
احدهما قابلاً للبقاء دون الاخر .

(والاستدلال) قدّمه لذلك على القول بالاباحة بان تلفه من مال مالكه ولم يحصل
ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه لان ما يتوهم كونه سبباً للضمان هى
قاعدة الضمان باليد - وهى لا تجرى فى المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان

(أقول) ما ذكره في المقام ينافي ما ذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين (بما حاصله) ان الجمع بين الأدلة يقتضى الالتزام بدخول التلف في ملك من تلف في يده قبل التلف آنأما ووجهناه بان المؤثر في الملك هو المعاطاة والتلف أو ارادة التصرف المتوقف على الملك من تمام سبب الملك كالقبض في الصرف والسلام وعلى ذلك فيجوز على هذا القول ايضا ما ذكرناه على القول الآخر بل للزوم هنا أولى لعدم جريان استصحاب الجواز - من وجه آخر غير ما ذكرناه - مضافا الى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام مطلقا - وهو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لافى ملك وما يكون مشكوكا لاحقا هو الجواز فى الملك فتأمل (فتحصل) ان الاظهر كون تلف العيين من الملزمات .

تلف احدى العينين

(قوله قد وه منه يعلم حكم مالو تلف احدى العينين او بعضها الخ)
اقول على القول بالملك حكم تلف احدى العينين حكم تلف كليهما بلا فرق اصلا - و اما على القول بالاباحة (فمحصل) ما افاده قد وه ان جماعة من الاساطين بنوا على اصالة عدم الزوم - لانه - حاب بقاء ملك مالك العين الموجودة وسلطنته عليها اذ وان كان يحتمل زوال ملكه ومعه لامورد للمسكك بدليل السلطنة الا انه يستصحب ملكه لها وسلطنته عليها (وبه ظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه ره وغيره بقولهم لامجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها فلا معارض للمبراة اذ الدليل لا يعارض الاصل) واورد هو قد وه على القوم - بانه يعارض مع اصالة براءة ذمته عن مثل التلف عنده او قيمته (للقطع) بعدم مجانية التلف - او للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية و جواز رجوع مالك العين التالفة ببذلها (لا يقال) ان مقتضى عموم على اليد الضمان فلا يجرى الاصل المزبور (فانه يقال) ان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان وكذا بعده اذا لم يرجع مالك العين الموجودة .

انما الكلام فى ضمانه اذ ارجع - وقاعدة اليد لاتصلح لاثبات الضمان فى هذا المورد لوجهين - (احدهما) ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط و بعبارة اخرى مقتضاها العلية التامة للضمان لا المناقصة اى كون اليد جزء العلة و جزئها الاخر رجوع مالك العين الموجودة (ثانيهما) ان المال الماخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد فى زمان وهو قبل التلف وبعده قبل الرجوع فلا يرجع اليه بعد الرجوع لان المورد من هوارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا الى عموم العام لعدم كون الزمان مفرد للعام .

(ثم انه) قد ورد على نفسه توجيهها لكلام الاساطين - بامور ثلاثة (الاول) ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل او القيمة اذ الشك فى الضمان ناش عن الشك فى بقاء السلطنة اذ لو كانت باقية ورجع لامحالة يكون ضامنا بالمثل او القيمة (الثانى) ان الضمان المطلق معلوم والشك انما هو فى ان البديل هو البديل الحقيقى اى المثل او القيمة او البديل الجعلى اعنى العين الموجودة فلا يجرى الاصل فى شىء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالى بشيوت احدهما (الثالث) ان عموم الناس مسلطون على اموالهم يدل على سلطة مالك العين التالفة ايضا عليها باخذ بدلها وهو المثل او القيمة ومع وجود الدليل الاجتهادى لامورد لاصل البرائة .

وفيما ذكره مواقع للنظر (الارل) تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة فانه ينافى ما تقدم منا ومنه من انه على القول بالا باحة لا بد من البناء على ان التالف قبل تلفه آنأما يصير ملكا من هو تحت يده و كك العين الموجودة تصير ملكا للاخر فاذا ملك كل منهما مال الاخر - فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلا تفاوت اصلا ولا مورد لجريان اصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه لان السلطنة الثابتة قد زالت قطعا (الثانى) ما ذكره من حكومة اصالة السلطنة على اصالة البرائة فانه يرد عليه - ان لازم بقاء السلطنة ونفوذ الرجوع وان كان ضمان بدل التالف لما تقدم الا ان الثانى ليس اثرا شرعيا للاول كى يترتب على استصحابه (الثالث) - ما ذكره من عدم

جريان اصالة البرائة فى نفسها للعلم الاجمالى - فانه يرد عليه ان هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف فانه على هذا يجرى اصالة البرائة عن ضمان المثل والقيمة بالامعارض (الرابع) ما افاده قدمه من ان دليل السلطنة يدل على السلطنة على المال التالف باخذ بدله - فانه يرد عليه ان هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة الذى موضوعه والهم فانها لا تشمل الا وال المعدومة التالف (فتحصل) انه من الملزمات مطلقا -

اذا كان احد العوضين ديناً فى الذمة

(قوله قدده ولو كان احد العوضين ديناً فى ذمة احد المتعاطيين الخ) كما يقال انه لو قلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمات لامورد لهذا البحث - لانه غاية ما فى المقام سقوط ما فى الذمة وهو بمنزلة التلف (ولكن) يمكن ان يقال انه اذا كان احد العوضين ديناً - والاخر مما يخرج عن ملك من انتقل اليه كما اذا اشترى احد عوديه - او كان العوضان ديناً لا يباغوهذا البحث وكيف كان فلو كان احد العوضين ديناً فالكلام يقع تارة بناء على القول بالملك واخرى بناء على القول بالاباحة (اما على الاول) فقد استظهر المصنف انه كونه فى حكم التلف معللاً بان الساقط لا يعود - ثم احتمل العود واستضعفه (اقول) بعد سقوط ما فى الذمة لا بد من البناء على اللزوم على القول بان تلف احدى العينين من الملزمات - الساقط عا دام لم يعد - وان كان ما ذكره من ان الساقط لا يعود متين فانه ان عا ليس هو شخص الذمة الساقطة على الفرض لانها تشخص بتشخص اطرافها مع سقوط ما فى الذمة انعدم ذلك الشخص واعادة المعدوم محال والوجه فى ملزميته على كل تقدير ان حق الرجوع بالسقوط ذهب ورجوع الذمة مشغولة لا يصحح باشتغال جديد تعلق الحق به ثانيا اذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل وان اربدار جاءها مشغولة بالفسخ فالامر اوضح اذ لا بد وان يكون متعلق الحق ثابتاً قبل الفسخ كى يتعلق الحق به فيفسخ ويأخذ بحقه

(واما) على القول بالاباحة ففي المتن والظاهر ان الحكم كك على القول بالاباحة وهذه العبارة يحتمل فيها وجهان (احدهما) ان الحكم هو اللزوم كما هو كك على القول بالملك وهذا هو الذي فهمه السيد من العبارة (ثانيهما) ان جعل الدين عوضا على القول بالاباحة يوجب سقوط ما في الذمة كما هو كك على القول بالملك اذ لا معنى لاباحة ما في الذمة سوى سقوطه و البراء عنه (اقول) اما الحكم باللزوم بناءً على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلف احدى العينين فلا ارى له وجهًا اذ غاية ما في الباب سقوط ما في الذمة وهو في حكم التلف و اما سقوطه فيرد عليه (اولا) انه لو سلم عدم معنى معقول لاباحة ما في الذمة لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط ما في الذمة (و ثانيا) ان اباحة ما في الذمة امر معقول لا يمكن نقل ما يملكه الغير في ذمته باذنه ورضاه - نعم - لو كانت الاباحة الثابتة في المعاطاة اباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور له معنى معقول في المقام ولكنه بمراحل عن الواقع

(واما) ما افاده المحقق النائيني ره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما في ذمته (فغريب) فان الانسان لا يملك ما في ذمته ولا مانع من تسلطه عليه بنقله وغيره (فتحصل) انه على القول بالاباحة لا تصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك

لو نقل العين بالعقد اللازم

(قوله قدّه لو نقل العينان او احدهما بعقد لازم فهو كالتلف الخ) - اقول الحق كونه من الملزمات على القولين - اما على القول بالملك فليخروجه عن ملكه و المفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبي و المتيقن منه ما اذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت اليه (مع) انه اذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد ومعه لا معنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت في المعاطاة انما هو جواز

التراد - واما على القول بالاباحة فكك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك و ان كان بغيره فلا امتناع التراد لامتني لبقاء الجواز .

(قوله قد دله عادت العين بفسخ قضي جواز التراد على القول بالملك الخ)

محصل ما ذكره رد في المقام - انه على القول بالملك (يحتمل) جواز التراد اذا عادت العين بالتفاسخ و الاقالة - لاستصحاب الجواز الذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان وهو محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ فلا مانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن موضوعه عند نبوته - (وبهذا) البيان يندفع ما اورده السيد به بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين فبعد العود الاصل بقاءه على السقوط - اذ بعد النقل الى الغير لا قطع بزوال الجواز بل لو كان موضوعه ما يملكه المتعاطيان لا مانع من بقاء الجواز على تقدير التمكن منه (و يحتمل) عدم الجواز من جهة ان دليل جواز التراد انما هو دليل لبي فيمكن ان يكون موضوعه ما يملكه المتعاطيان قبل النقل فلا يجري الاستصحاب لعدم احراز الموضوع بنحو يمكن ابقاء حكمه - وحيث ان المتيقن ذلك اى كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل فلا بد في غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم (و بما ذكرناه) ظهر اندفاع ما اورده السيد رد عليه - بان المستصحب معلوم الزوال - لا ان الموضوع غير محرز (فان) المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب فتدبر .

(والها) على القول بالاباحة فاحتمل فيه وجوها (الاول) ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق الملك آنأما فبالفسخ يرجع المباح له الى ملك الثانى و لادليل على زواله بل الحكم هنا لولى لانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك فان الشايت فى السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز رد ملك الغير فلا مورد للاستصحاب (الثانى) ما ذكره بقوله نعم لو قلنا بان الكاشف الخ والظاهر ان مراده كون العقد علة لحصول الملك المباح وخروجه عن ملكه فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد فاذا ارتفع العقد

كما يرتفع معلوله الاخر كك يرتفع هذا المعلول فيدخل في ملك المبيع بالفسخ -
فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد (الثالث) عدم كشف التصرف
عن سبق الملك ولا كونه علة بل المال يخرج من ملك المبيع ويدخل في ملك
المشتري وعلى هذا فيالفسخ يرجع الى ملك المبيع فمقتضى قاعدة السلطنة جواز
التراد - ثم استضعف الوجهين الاخيرين واختار الاول

(أقوى) يرد عليه قده امور (الاول) ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث
بالفساخ من جهة وضوح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لا مورد للتراد من
جهة ان به يحصل الملك الجديد فلايتوهم معه عود الحق - مع - انه لافرق بين السبب
الجديد والفسخ فان الحاصل بالفسخ ايضا ملك جديد لعدم معقولية عود عين الملك
الزائل (الثاني) ان الاستصحاب الذي احتمل جريانه على القرل بالملك لا يجرى
لوجهين (الاول) كونه استصحابا تعليقيا (الثاني) كونه استصحابا حكيميا والمختار
عدم جريانه (الثالث) ما ذكره ره على القول بالاباحة من قوة الوجه الاول غير تام
لما عرفت في التنبيه الرابع من اقوائية الوجه الثالث فراجع (الرابع) ما ذكره ره
على القول بالاباحة والبناء على الوجه الثاني مردود - فان العقد وان كان علة
لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيع فان الفسخ
حل للعقد من حين وقوعه فلا يصلح لرفع هذا الاثر من العقد - (الخامس)
ان ما افاده ره على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى مالكه الاول
(يرد عليه) انه اذا نقل المال المباح الى ثالث فلا محالة اخبره من ملك مالكه الاول
وهو اما لا يملكه - اجعل بازاء ذلك في المعاطاة - او يملكه - وعلى الاول اما لا يكون
المباح له ضامنا لمثل ماله او قيمته او يكون ضامنا - لاسيما الى شيء من الاولين
لان المفروض ان المباح له اتلف ماله وهو وان كان باذنه الا انه لم يكن اذا
مجانيا بل بعوض - والعوض انما هو العوض المسمى لا المثل والقيمة - فلا محالة
يملك ما جعل بازائه - والمباح له يملك الثمن الذي جعل في العقد الثاني - فبالفسخ

يرجع المال الى المبيع الثانى لالمالك الاول فانه لا موجب لزوال ملكه عما جعل عوضا فى المعاطاة فتدبر فانه دقيق - (فتحصل) انه لا يجوز التراد بعد الفسخ على القولين .

لو نقل العين بعقد جائز

(قوله قدده و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية النسخ)
محصل ما افاده فى المقام ان الناقل ربما يكون معاوضة جائزة - واخرى يكون غير معاوضة كالهبة (وان كان) معاوضة فعلى القول بالملك تصير المعاطاة لازمة لعدم تحقق التراد و تحصيله غير واجب لانه موضوع الجواز وكذا على القول بالاباحة اذ المعارضة كاشفة عن سبق الملك (وان كان) غير معاوضة كالهبة فكك على القول بالملك (واما) على القول بالاباحة و القول بعدم توقفها على الملك بل هى ناقلة للملك عن ملك مالكه الى المتهب فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب فينتج الحكم بجواز التراد - ويكون الرجوع فى المعاطاة بواسطة الرجوع فى الهبة او يكون كاشفا عنه كتصرف ذى الخيار - مع بقاء العين الاخرى او عودها الى مالكها بهذا النحو من العود - اذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف فان السلطنة الثابتة لمالك العين الموجودة المفروض رجوعها عن الاجنبى اليه باقية على ابحاثها للاخر - انما تقتضى جواز الرجوع بسلب ابحاثها عنه اذ لم يلزم من اعمالها اشتغال ذمة المالك بعوض العين التى كانت مباحة عنده - والافسح كحكم المعاوضة والتلف ويجرى فيه ما ذكرناه فيهما - فاذا لم تكن العين الاخرى باقية او كان عودها بسبب جديد كالارث لا تكون مباحة له فلامحالة تشتغل ذمته بالعوض فتدبر جيدا .

اقول يرد على ما افاده قدده امور (الاول) ان ظاهر ما ذكره فى المعاوضة على القول بالملك انه لو كان له الزام الناقل بتحقيق التراد (مع) انه ليس كك فانه لو

عادت العين كات الملكية غير ما كانت ثابتة قبل النقل فلا يكون الموضوع محرزاً كما تقدم لما عرفت من ان المتيقن من الدليل كون الموضوع هو ما يملكه المتعاطيان قبل النقل .

(الثاني) ان حصره عدم جواز التراد على القول بالاباحة في المعاوضة بانها كاشفة عن سبق الملك - في غير محله - فانه اذا لم تكن كاشفة عنه بل قلنا بان المال يخرج عن ملك المبيع ويدخل في ملك الثاني - ليس له الرجوع - فان المباح له انما نقله عن نفسه لاعتن المالك فيحكم جواز الرجوع انما يكون له لثبوته للنقل دون المالك .

(الثالث) ما ذكره من الفرق بين الهبة والمعاوضة على القول بالاباحة ان قلنا بان التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك - غير تام - فان المباح له بما انه المرف مال المبيع واخرجه عن ملكه فهو يكون ضامناً وضمانه انما يكون بالمسمى فلا محالة يملك ما جعل عوضاً في المعاطاة - وعليه - فان اريد من الجواز الثابت له - جواز المعاطاة فهو غير ثابت ومعلوم الزوال لانه كان عبارة عن جواز رد ملكه الى نفسه والمفروض انتفاء موضوعه - وان كان المراد الجواز الثابت للهبة فهو انما يكون للواهب لانه وهبه عن نفسه لاعتن مالكة فيكون جواز الرجوع له لا للمالك (فتحصل) ان الناقل من الملزومات مطلقاً .

ولو باع العين ثالث فضولا

قوله قدده ولو باع العين ثالث فضولا (الخ) اقول حصل مدعاه انه على القول بالملك لا اشكال في نفوذ اجازة المالك الثاني - و الوجه فيه ظاهر - وفي نفوذ اجازة المالك الاول كان مرددا ولم يستبعد نفوذها - والوجه في ترده - ليس ما افاده المحقق الثاني من انه من ان رد البيع ليس كرد ذي الخيار ما انتقل عنه في تحقيقه بكل فعل او قول بل لابد وان يكون بالدلالة المطابقة وهي تتحقق برد العين لا باجازة

الفضولى فانها لازمة للرد - لان لازم هذا الاشكال فى كون بيعه ردا - مع - انه يصرح بكونه ردا بلا كلام .

بل الوجه فيه احد امرين (احدهما) ان الاجازة ليست كالبيع تصرفا من المميز قاصدا به الرجوع - بل انفاذ لتصرف الغير الذى لارجوع له ولم يقصده ايضا (ثانيهما) ان الاجازة انما تكون على خلاف القاعدة وهى تكون ثابتة للمالك وثبوتها لمن يصير مالكا ولو بهالم يدل عليه دليل .

ولكن الوجهين ضعيفان (اما الاول) فلان الاجازة وان كانت انفاذا لتصرف الغير الا انها بنفسها تصرف وموجبة لصيرورة العقد والتمليك تملكه (و اما الثانى) فلما سيأتى من انها ثابتة على القاعدة فكما انه بالبيع يجوز الفسخ كذلك بالاجازة فلا اشكال فى نفوذ اجازته ايضا .

(و اما) على القول بالاباحة - فقد استشكل رده فى نفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ اجازة المالك - اقول اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر واما الاشكال فى نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجه سوى الوجه الثانى المتقدم فى اجازة المالك الاول على القول بالمملك وقد عرفت ما فيه - فالأظهر ان لكل منهما الاجازة على القولين (قوله قدده ولكل منهما رده الخ) اقول على القول بالمملك لكل منهما ذلك اما المالك الفعلى فواضح - و اما المالك الاول - فان قصد برده البيع الفضولى الرجوع فى المعاطاة كان له ذلك فانه رجوع (نعم) لولم يقصد برده المعاطاة ليس له ذلك لكونه اجنبيا عن المالك والرد حق للمالك - واما على القول بالاباحة فللمالك المبيع ذلك - وفى ثبوته للمباح له تأمل بل منع من جهة عدم كونه مالكا - وليس الرد من التصرفات الناقلة كى يكشف عن سبق المملك وقصده التملك به لا يفيد فان قصد التملك بل و انشاءه لا يفيد فى الملكية فتدبر

(قوله قدده ولورجع الاول فاجاز الثانى الخ) اقول ينبغى اولا تعيين محل الكلام ثم بيان حكمه - اما الاول - فتارة يكون البيع الفضولى واقعا على المضمن واخرى على الثمن

وعلى التقديرين تارة يرجع البايع فى المعاطاة ويجيز المشتري فيها واخرى يكون الامر بالعكس

فان كان البيع واقعا على المثلث ورجع المشتري واجاز البايع - او كان البيع واقعا على الثمن ورجع البايع واجاز المشتري نفذامعاذ الرجوع فى الورددين يوجب صيرورة المجيز مالكا لموقع البيع الفضولى عليه قبل الاجازة فله اجازة البيع الواقع على ملكه فالكلام انما هو فى الصورتين الاخيرتين فانه يقع التنافى بين الرجوع والاجازة (اقول) تارة نقول فى الاجازة بالنقل واخرى نقول بالكشف الانقلابى و ناثثة نقول بالكشف الحقيقى (اما) على الاولين فلا اشكال فى لغوية الاجازة لصدورها ممن ليس له تلك (واما) على الاخير فقد يقال انها حيث تكشف عن سبق الملك فيكون الرجوع واقعا فى غير محله (ولكن) يدفعه ان الاجازة وان كانت كاشفة الا انه يعتبر فيها ان تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا لولم يجز لم يكن مالكا كما فى المقام حيث ان الرجوع اوجب خروجه عن ملكه فلا ظهر تقدم الرجوع مطلقا

من الملزمات الامتزاج والتخير

(قوله ولو امتزجت العينان او احدهما سقط الرجوع الخ) (اقول) ان كان المزج موجبا لتلف الحقيقى - او كان موجبا لتلف عرفا كما لو صبغ شئ باللون المشتري بالمعاطاة - جرى عليه حكم التلف - وان لم يكن موجبا لالا عرفا ولا حقيقة كمالو مزج منامن الدهن المشتري بالمعاطاة بمن آخر فبناء على القول بالملك يكون ذلك ملزما - فانه ان قلنا بحصول الشر كة بالمزج القهرى فقد تبدلت الملكية الاستقلا لية الى الاشاعية فلا يمكن التراد لا خارجا ولا ملكا - لا يقال - ان ذلك فيما الموزجه بمال الغير لا فيما اذ امزجه بمال نفسه - فانه يقال - نعم ولكن لورجع فى المعاطاة رصار ملكا للبائع يملك بالاشاعة لا استقلا - وان

لم نقل بذلك. فالتراد الملكى وان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجى لا يجوز الرجوع اذا لمتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجى غير الممكن فى المقام مع ان العين قد تغير وصف من اوصافها فلا دليل على جواز الرجوع فى هذا المورد

(واما) بناء على الاباحة فقد ذهب المصنف ره الى عدم اللزوم لاصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكاً مع مالك الممتزج به (اقول) تارة يزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة - واخرى تنقص - وثالثة لا تزيد ولا تنقص (فان) نقصت قيمته لا ينبغي التوقف فى اللزوم من جهة ان المشتري اذ تلف وصفه من اوصاف المأخوذ وحيث انه لم يكن مجانياً فلا وجه لعدم ضمانه - ولا وجه لضمنه - القدر الناقص لعدم كون كون ضمانه مثلياً او قيمياً - و لم يجعل فى المعاطاة فى مقابل الناقص شيئاً كى يملكه فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضاً فى المعاطاة فيصير المباح له مالاً - لما تحت يده فلا مورد لاصالة بقاء التسلط بعداد ارتفاع موضوعه - وان لم تنقص قيمته فان بنينا على حصول الشر كة فى المزج القهرى فحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية فلا يكون موضوع الجواز باقياً والافحيث ان التراد الخارجى غير ممكن لعدم تميز الاجزاء المنتقلة منه الى غيره وبعبارة اخرى تغير وصف من اوصافها فلا وجه للجواز (فتحصل) ان المزج مطلقاً من الملزمات

(قوله قد ولو تصرف فى العين تصرفاً غير الخ) اقول ان صار التصرف الغير موجباً لنقص القيمة فلا اشكال فى اللزوم اذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم فى المزج - وان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز بتراد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والوصاف التى متفاوت بها الرغبات اذ لا دليل فى مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك (وعليه) فهو من الملزمات مطلقاً ولا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع وبذلك ظهر ما فى كلمات المصنف

ره فى المقام

جواز الرجوع لأبورت بالموت

قوله قدّه ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة الخ) وقد اورد عليه جمع من المحققين بانه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطا تى تراد العينين وفي البيوع اللازمة العقد ومجرد ذلك لا يقتضى كونه حكما لأبورت ولذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار في البيوع اللازمة يورث مع اختلافهم فى ان متعلق الجواز هو العقد والترات

(وكيف كان) فعلى القول بالملك لأبورت الجواز لان توهم ثبوته للوارث ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله مادل على ان ماتر كه الميت من حق اومال فلو ارثه (فيرد عليه) ان ظاهر كلمات القوم كونك حكما لانك تريهم فى المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط مع انهم ذكروه فى الخيار فى العقود اللازمة مع ان الشك فى كونه حكما او حقا يكفى فى عدم الحكم بثبوته للوارث للشك فى الموضوع كما لا يخفى وان كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث. فيرد عليه ان المتيقن منه فى مقابل اصالة اللزوم ثبوته للمتعاطى لالعنوان المالك ومعه لامور دلجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع واما رجوع المالك الحى الى الوارث فهو ايضا لا يجوز من جهة ان الثابت جواز التراد ومع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد وبما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط را نه لا يسقط به

(واما) على القول بالاباحة فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمية - بل اباحة تعبدية شرعية فلا تكون كما ذكره المصنف ره منوطة بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطننا لم يجزله التصرف - ولكن مع ذلك لا تكون هى ثابتة للوارث اذ المتيقن من دليلها ثبوتها للمورث وهى حكم لأبورت - وعليه - فلا بد من الالتزام باحد امرين اما حصول الملك بالموت - او بطلان المعاملة رأسا - وعلى اى

تقدير لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى - والظاهر هو الاول كما اعترف به المصنف
 ره في جواب بعض الاساطين عند رد استبعاداته فراجع (فتحصل) انه لا يورث ولا يسقط
 بالاسقاط على اى تقدير .

(قوله قد وه او جن احدهما ظاهر قيام وليه مقامه الخ) غاية ما يمكن ان
 يذكر في وجه ذلك ان كل ما يقبل النيابة يقوم فيه الولي مقام المولى عليه وحيث -
 ان مباشرة المالك في الرد غير معتبرة - فيقوم مقامه اذ اجن - ولكن يرد عليه - ان الثابت
 بالدليل ولاية المولى في امواله وحقوقه - وحيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلا دليل
 على ولايته فيه وتمام الكلام في محله وعلى ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لا يخفى

جریان الخيار فی المعاطاة

(قوله قد السابغ ان الشهيد الثاني ذكر في الك وجبهين في صيرورة المعاطاة
 بيعا بعد التلف الخ) اقول قدم الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبيه الاول
 - وعرفت المختار هناك - انما الكلام في المقام يقع في امر (وهو) انه بعد ما عرفت من
 انه على القول بالاباحة يكون حصول الملك بالتلف انما هو من جهة شرطية لتأثير
 المعاطاة نظير شرطية القبض في الصرف والسلام فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط
 وتكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط - وانما وقع الكلام في خيارين
 - احدهما - خيار الحيوان فيما اذا كان التالف حيوانا - الثاني - خيار المجلس .

(اما الاول) فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه (الاول) ان الظاهر من الادلة ثبوت
 خيار الحيوان فيما اذا كان باقيا - لاما اذا تلف - (وفيه) انه لو كان لسان دليله
 هكذا - يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه وحيث ان لسانه هكذا - صاحب الحيوان
 بالخيار - فلا مورد لها اصلا كما لا يخفى (الثاني) ما افاده المحقق النائيني
 به و هو انه لو كان التالف الحيوان - فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعا
 واذا تلف تلف غير متعلق به الخيار فمن اين يثبت به المثل او القيمة (وفيه) انه قد عرفت

انه على هذا المسلك لابد من الالتزام بحصول الملكية آناً مقابل التلف - وعليه - فملك الملكية الثابتة هي الملكية مع خيار الحيوان فيتلف الحيوان كك اى متعلقا به الخيار (الثالث) ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته في الفرض - لان معنى الخيار ملك فسخ العقد - وعليه - فيما ان المسلم عندهم ان التلف في زمان الخيار ممن لا خيار له اى موجب لبطلان المعاملة - فثبوت خيار الحيوان في الفرض موجب لانفساخ المعاملة وامتناع فسخها لانه تحصيل الحاصل وبعبارة اخرى ليس قادر على الحل والابقاء - فاذا امتنع ذلك امتنع ثبوته لانه يلزم من وجوده عدمه وما هو كك محال فتدبر فانه رقيق -

(واما الثاني) فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين (الاول) ما عن المحقق النائيني ره وهو ان هذا الخيار من جهة ما في ذيل دليله فاذا افترقا وجب البيع بختص ثبوته بالعقد اللازم من غير هذه الجهة ولا يكون ثابتاً في العقد الجائز في نفسه كما في المعاطاة و قد تقدم الجواب عنه في التنبيه الاول فراجع (الثاني) ان المعاطاة تصير بيعاً بعد التلف او ما بحكمه ففي مجلس المعاطاة لا تصير كك حتى يلحقها احكامه (وفيه) اولاً ما تقدم من انها بيع من الاول (وثانياً) انه يمكن ان يطول المجلس الى تحقق احد الملزمات من النقل و غيره فلا ظهر ثبوت خيار المجلس وعدم ثبوت خيار الحيوان .

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

(قوله قدوة الثامن) اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم فان قلنا الخ (اقول الكلام في هذا التنبيه يقع في موارد .

(المورد الاول) في عنوان المصنف ره هذا الامر - فانه اورد عليه بامر ين (الاول) ما عن المحقق الخراساني ره وهو ان قوله قدوة فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشئ يكون خلفاً لقوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم (الثاني) ان اخذ محل الكلام ما اذا كان القول فاقدا لشرائط اللزوم ظاهر في كونه جامعاً لشرائط الصحة - ومثل

هذا العقد لا كلام من احدى صحته - وبعبارة اخرى - المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة و الفساد (والجواب) عنهما ان مراده من القول الفاقد لشرائط الزوم الذى اخذه فى العنوان هو القول الفاقد للمعربة والماضوية ونحوهما من الامور التى رقع الخلاف فى كونها شروطا للصحة والازوم - وبعبارة اخرى يكون التعبير المزبور لمجرد المعرفة فلا اشكال عليه من هاتين الوجهتين

(المورد الثانى) فى وجه التعرض له - والظاهر ان التعرض له من جهة دفع ما يترأى من التنافى بين كلمات الفقهاء حيث ان بناءهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه الملكية ولا يجوز التصرف فيه ويجب رده الى مالكه وهذا يناق مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعاً للمحقق والشهيد الثانىين من انه لو وقع المتعاقد ان العقد فاقد الشروط الصيغة يكون معاطاة والمصنف رة تعرض لهذا التنبية للجمع بين كلماتهم

(المورد الثالث) فى بيان ما قيل فى وجه الجمع وما يمكن ان يقال وقد ذكرنا

فى وجه الجمع امورا

(منها) ما عن بعض وهو محكى فى المتن وحاصله ان الحكم بالضمنان فى المقبوض بالعقد الفاسد انما هو فيما اذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة والحكم بصحته معاطاة - انما هو فيما اذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين - وورد المصنف رة عليه بايرادات (الاول) ان المفروض فى المقام هو تقيد الرضا بانشاء التملك فلا يكون مع فرض العلم بالفساد (الثانى) ان لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة فيما اذا علم بفساد العقد لامطلقا (الثالث) ان الرضا بالتصرف انما يفيد اباحة التصرفات كالا ذن فيها وهذا اجنبى عن المعاطاة

(ومنها) ما عن المحقق الاخر اسانى رة وهو ان الحكم بالضمنان فى تلك المسألة اقتضى اى من حيث كونه عقد افلا يناق صحته معاطاة (وفيه) ان كلماتهم ظاهرة لولم تكن صريحة فى الضمان الفعلي لا العيشى

(ومنها) غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول فى المقام

(وهو) انه اذا كان المققود الشروط التي دل دليل خاص على اعتبارها في ما ينشأ به البيع لا يمكن لام في عدم صحته معاطاة اذا المعاطاة انما تصح اكونها بيعا مشمولا للدلة والعمومات على الفرض (نعم) لو قلنا بان مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدى الخاص لا العمومات وفرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للمقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطاة لكن المبنيين فاسد ان - وعليه - فاذا بقى رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض ولم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف صحت المعاملة ام فسدت جازا التصرف فيه ولكنه لا يكون معاطاة - لان المعاطاة التي تكون موضوعا لهذا المبحث هي التي قصد بها التملك لا الاباحة - وان اعرضا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التملك يكون التقابض معاطاة (و اما) اذا كان المقصود الشروط التي اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن فالظاهر وقوعه صحيحا وبيعاً شرعياً مشمولاً للمعومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع والسيرة - وكك لو قلنا بصحتها للسيرة العقلانية لعدم الفرق عندهم بين الفعل والقول الفاقد - وان قلنا بصحتها بالاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو ما اذا كان انشاء التملك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط - هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة والحمد لله اولاً وآخراً

في الفاظ عقد البيع

(قوله قد تقدم في خصوص الفاظ عقد البيع الخ) اقول لهذا البحث منه يبنى على ما هو المشهور من عدم افادة المعاملة الفعلية للملكية اللازمة بل للاباحة فقط - او الملكية الجائزة وان كان بعض الخصوصيات التي يذكرها اعم كما ستعرف - وكيف كان فالكلام في هذا المبحث يقع في مقامين (الاول) فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملات (الثاني) في خصوصيات الالفاظ (المقام الاول) فقد يقال انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز

عن التكلم - واما العاجز عنه كالآخرس فلا يعتبر فى معاملاته اللفظ - و حق القول فى الآخرس يقتضى التكلم فى مواضع (الاول) فى معاطاته و انها هل تكون كمعاطاة غيره لا تنفيذ الملكية او اللزوم اولا تكون مثلها (الثانى) فى اشارته (الثالث) فى كتابته

(اما الموضع الاول) بان قلنا باعتبار اللفظ فى الملكية او اللزوم - من جهة ان التعاطى الخارجى غير قابل لان ينشأ به الملكية وانه قاصر عن افادة الملكية او اللزوم - فالحق عدم افادة معاطاة الآخرس ايضا ذلك اذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك فمع عدم الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقيق المنشأ (و ان قلنا) باعتباره فيها الاجماع والا المعاطاة فى نفسها مشمولة للعمومات وغير قاصرة عن افادة ذلك (فتارة) يقال ان التقييد باللفظ فى كلماتهم لخصوصية فيه (واخرى) يقال بان التقييد به من جهة انه الغالب و الا فالمعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ ولا يكون ذا وجوه ولا يتطرق فيه الاشتباه - فعلى الثانى فحيث انه لا كلام فى ان الآخرس ليس ممن لا يقدر على البيع فالمتيقن من الاجماع غيره فلا بد من البناء على صحة معاطاته - واما على الاول - فيبنى على ان معاطاته كمعاطاة غيره - ولو شك فى انه من قبيل الاول او الثانى فلا محالة يشك فى تخصيص العمومات بالاضافة اليه والاصل عدمه وصحة معاطاته .

(و اما الموضع الثانى) فلا ينبغى الريب فى ان انشاء المعاملات كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لما نرى بالوجدان ان العقلاء فى مقام تفهيم مراداتهم من الامر والنهى وغيرهما يبرزونها بالاشارة وليس الانشاء الا ابراز امر نفسانى بداعى تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك الامر وليست كالاغطاء ذا وجوه كى يقال انها قاصرة عن افادة الملكية و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ وصحة المعاملة بالاشارة حتى على القول بعدم صحة المعاطاة وعدم افادتها الملكية لقصور الفعل عن انشاء الملكية به - وهذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل وعدمها (الا ان) يدعى الاجماع على عدم صحة انشاء المعاملة بها - ولكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم لا ريب فى اختصاصه بصورة

القدرة على التوكيل اذ مع العجز عنه والقطع بان الشارع لا يرضى بان لا يعامل
الأخرس اصلا - لامتناع عن البناء على صحة معاملاته بالاشارة .

وقد استدلل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين (احدهما)
اصالة عدم جوب التوكيل (و اورد) عليه المصنفه بان الاصل فى المعاملات الاشتراط
(اقول) مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للاشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة
على التكلم و اما فى صورة العجز و ان كان قادرا على التوكيل فلا اجماع على عدم
الصحة فمقتضى العمومات الصحة ولو شك فى الاشتراط و عدمه يكون الاصل عدمه
وعليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنفه (الثانى) فحوى ما ورد من النص على جوازها
فى الطلاق وفيه تامل

(واما الموضوع الثالث) فعن المحقق النائينى عدم كفاية الكتابة (واستدل له)
بالاجماع على عدم تأثيرها فى غير الوصية - و بانها - ليست مصداقا فى العرف و العادة
لعنوان عقد او ايقاع فليست آلة لايجاد عنوان بها (اقول) يرد على الاول انه اجماع
منقول مع ان المتيقن منه صورة القدرة على التكلم لا مطلقا ويرد على الثانى - ان
عناوين العقود والايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية و اللفظ وما يقوم مقامه
مبرز لذلك (وعليه) فكما انه يصح الاخبار بالكتابة كك يصح الانشاء بها لعدم
الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق فى محله (مع) انه قد ورد فى بعض
اخبار الطلاق انه يصح الطلاق بالكتابة بل تقدمه على الطلاق بالاشارة فلو لم يكن
انشاء الطلاق بها ممكناً لما كان وجه للحكم بوقوعه (ثم انه) بعد ما عرفت من
ان كفاية الاشارة و الكتابة انما تكون على القاعدة فلا معنى للمزاع فى تقدم
الكتابة او الاشارة (نعم) فى خصوص الطلاق بحث موكول الى محله - كما
ان مقتضى ذلك شمول ما ذكرناه لكل عاجز عن التكلم ولو لم يصدق
عليه الاخرس .

فى خصوصيات الفاظ العقد

(قوله قد ثم الكلام فى الخصوصيات المعتبرة فى اللفظ الخ) هذا هو المقام الثانى من البحث - وملخص القول فيه بعد مالا كلام فى صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية قرينة ولو صارفة - وبالمجاز المشهور الذى يحتاج ارادة المعنى الحقيقية الى قيام القرينة بقضى التكلم فى مواضع - الاول - فى انشاء المعاملة بالكنائيات - الثانى - فى المجازات - الثالث - فى المشترك اللفظى - الرابع - فى المشترك المعنوى (اما الموضوع الاول) فالمشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم عدم وقوع العقد بالكنائيات - و المراد بالكنائية فى المقام ليس ما هو من اقسام المجاز وهو استعمال اللفظ الموضوع لل لازم المعاملة فى معنى تلك المعاملة الذى هو الملزوم مجازا - بل المراد بها استعمال اللفظ فى معناه الحقيقية وهو اللزوم للانتقال الى الملزوم - والشاهد على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكنائية ذهب الى انعقاد المعاملة بالفاظ تكون موضوعة لمعنى هو لازم المعاملة (فما) هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الاول كما - يشير اليه - قوله قد و ربما يبدل الخ - وقوله قد بعد ذلك ومن الكناية ما افاد لازم الخ (غير صحيح) .

و كيف كان - فقد اختار المحقق النائنى ره عدم الانعقاد بها (واستشهد) لذلك بان انشاء اللزوم و ايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا و كون الملزوم مقصودا و داعيا من ايجاد اللزوم لا اثر له لان الدواعى لا اثر لها فى باب العقود والايقاعات ثم اورد على نفسه بان الملزوم وان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا وفى المرتبة الثانية - واجاب عنه - بان ال ايجاد بهذا النحو فى كمال الضعف من الوجود فى نصرف الاطلاق عنه ولا تشمل العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة .

(اقول) يرد عليه اولا انه قد صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصدق للزومه كالتسليط ينعقد به - ولم يظهر الفرق بين الفعل والقول فى ذلك (وثانيا) انه لا فرق بين الاخبار والانشاء الا فى الداعى كما اشرنا اليه غير مرة فكما يصح الاخبار بالكنائية كما يصح الانشاء بها ولو سلم كون الانشاء ايجاد الامر لاظهار أقول انه بعد فرض الملازمة بين

اللازم والملزوم اذا وجد اللازم فى اى وعاء كان لامحالة يوجد الملزوم فى تلك الوعاء (وبالجملة) لا يعتبر فى الانشاء سوى كون اللفظ ماله ظهور عرفى فى المراد ولا اشكال فى ان اظهار اللازم عرفا لظهور الملزوم (ودعوى) انصراف الاطلاق عنه - لا تسمع فالأظهر انعقاد البيع وغيره من المعاملات بالكنايات

(واما الموضع الثانى) فقد فصل المصنف ره بين كون القرينة حالية او مقالية واختار الانعقاد فى الثانى دون الاول - وبه جمع بين كلمات القوم ونسبه اليهم (واستدل له) بانه اذا كانت القرينة لفظية فيرجع الافادة بالاخرة الى الوضع ولا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع او افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضوح على ارادة المطلب من ذلك اللفظ - وهذا بخلاف ما اذا كانت القرينة حالية - فان الافادة لا تكون باللفظ والمفروض عدم العبارة بغير الاقوال فى انشاء المعاملات (وفيه) ان الدال على المعنى فى الاستعمال المجازى انما هو اللفظ وذو القرينة والقرينة انما تدل على ذلك اى ارادة المعنى من ذى القرينة لا ان جزء من المعنى يستفاد من ذى القرينة وجزء منه من القرينة مثلا فى قولنا رأيت اسدا يرمى يكون يرمى قرينة على ارادة الرجل الشجاع من الاسد - وعليه - ففى جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللفظ (فلا يظهر) صحة الانشاء بالمجاز وان كان بعيدا .

وبما ذكرناه ظهر الحال فى المشترك اللفظى اذا كانت افادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينة .

(واما الموضع الرابع) اى المشترك المعنوى فقد اختار المحقق النائنى ره عدم صحة الانشاء به - اذا كان مشترك بين العقود التمليلية وغيرهما من النقل الخارجى كلفظ نقلت (واستدل له) بان امتياز النقل الخارجى عن النقل الاعتبارى ليس بعين ما به اشتراكهما فلامحالة ينشأ الجنس العالى اولاً ثم يميز بالفصل فيلزم التدريجية فى الوجود (وفيه) انه وان كان اللفظ مكرراً لانه لا يكون ذلك الاعتبار النفسانى البسيط تدريجياً من حيث الاظهار والابرار - بل يصير مبرزاً بالمجموع - فلا يظهر صحة الانشاء بالمشارك المعنوى ايضا .

فى الفاظ الايجاب والقبول

(قوله قدده اذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول منها لفظ بعث الخ)
اقول انه قد بعد ما بين الاقوال فى المسألة و بين وجه الاشكال فى انشاء المعاملات
بالمشترك والمجاز اذا كانت القرينة الدالة على ارادة المعنى من غير الالفاظ شرع فى
بيان الصغرى والكلام فيها وقع فى موارد .

(وهنا) لفظ بعث والكلام فيه من جهة انه من الاضداد كما اختاره المصنف او
مشترك معنوى بمعنى التملك بعوض اعم من ان يكون صريحا او ضمنيا (اقول) المتفاهم
منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمن راجع الدر تركز فى ذهنه
فلو سلم كونه فى اللغة موضوعا لكل منهما او للجماع بينهما - لا ينبغي التامل فى ان
المتفاهم منه عرفا هو البيع وهذا يكفى فى صحة انشاء البيع به فلا حاجة الى تطويل
الكلام فى ذلك .

(وهنا) لفظ شريت - والمصنف ره بعد تسليمه كونه من الاضداد استشكل فى
انشاء البيع به بقلة استعماله فيه عرفا وكونه محتاجا الى القرينة المعينة وعدم نقل
الايجاب به فى الاخبار وكلمات العلماء (اقول) يرد عليه مضافا الى ما تقدم من انه لاشكال
فى صحة الانشاء وان كانت القرينة المعينة حالية (ان) القرينة المعينة دائما تكون لفظية
لان الشراء اذا استعمل فى البيع يكون مفعوله الاول مال نفسه وغير مصدر بالباء - واذا
استعمل فى الشراء يكون مفعوله الاول مال الطرف ومال نفسه يصدر بالباء - فالقرينة
المعينة دائما تكون هى الهيئة .

(وهنا) لفظ ملكت والكلام فيه ليس فى صحة انشاء البيع به لما ذكره المصنف
من ان حقيقة البيع هى التملك بعوض - بل الكلام فيه انما هو فى ما ذكره المصنف
ره بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة او المصالحة منه بمنية على صحة عقد بلفظ
غيره مع النية (فانه اورد) عليه السيد - والمحقق النائينى ره بان ما ذكره يتم فى الصاح
ولا يتم فى الهبة المعوضة - فان الهبة المجانية والمعووضة من التملك حقيقة (وفيه) ان

الهبة المعوضة من التمليك المجانى لا التمليك بعوض اذ العوض فيها ليس فى مقابل المال الموهوب - والصنفه يدعى ان الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض ولم يدع عدم كونها من التمليك فتدبر فى كلماته .

(وهنما) لفظا شترت والصنفه قال ان الاشكال المتقدم فى شريت اولى بالجريان هنالان شريت استعمل فى القرآن الكريم فى البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشترت (و رفع) الاشكال فى تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا (غير صحيح) لان الاعتماد على القرينه غير اللفظية فى تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه (اقول) يرد عليه ما ذكرناه من الوجهين فى شريت انما الاشكال فيه يكون من جهة اخرى (وهى) ان هيئة الافتعال انما وضعت لمعنيين (احدهما) قبول المادة كالاكتساب و الاحتطاب و الاقتراب (ثانيهما) قبول المادة من الغير كالانتقاض وشبهه - و فى كل مورد لا بد من الرجوع الى اهله فى انه استعمل فى اى المعنيين وليس لنا التصرف (وعليه) فحيث ان اشترت فى الكلمات انما استعمل فى قبول المادة من الغير لافى قبول المادة فاستعماله فى الايجاب لا يصح

وما ذكرناه ظهور وقوع القبول - بلفظ قبلت ورضيت وشريت واشترت انما الكلام فيه فى الفاظ - امضيت - اجزت - انفذت - واشباهها - ومنشأ الاشكال ان الانفاذ والامضاء والاجازة انما تتعلق بماله مضى وجواز ونفوذ و ما يترقب منه ذلك هو السبب النام وهو العقد لا الايجاب خاصة (ولكن) يمكن دفعه بان هذه العناوين بما انما من لوازم تحقق العقد بل حقوق القبول للايجاب و يكون القبول ملزوما لها فانشاء القبول بهما من قبيل الاستعمال الكنائى وقد عرفت صحة الانشاء بالكنايات

(قول قدده فرع لو وقع العقد بالالفاظ المشتركة كـ الخ) لاختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالالفاظ المشتركة بل لو كان بالالفاظ المختصة وكان الاختلاف فى المتقدم يجرى هذا الفرع (ثم ان) الحكم بالتحالف انما هو فيما اذا كان هناك اثر مترتب على كل من الدعويين كما لو كان كل من العوضين حيوانا - والا فصاحب الحيوان

هو المنكر - ولكلام في هذا الفرع محل آخر -

اعتبار العربية

(قوله قدح المحكى عن جماعة اعتبار العربية للناسي الخ) اقول
قد امتدل على اعتبار العربية في الصيغة بوجه (الاول) الناسي فان النبي (ص) والائمة
عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية (وفيه) انه لم يدل دليل على لزوم الناسي او
مجبوبيته في كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه الا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربي
ولم يتوهم احد لزومه او استحبابه ولعل انشاء معا ملاتهم بها من هذا القليل (مع) ان
مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات والاطلاقات له (مضافا) الى
عدم لزوم الناسي غايته الاستحباب (الثاني) ان اعتبار الماضوية في العقد يستلزم اعتبار
العربية بالاولوية (وفيه) ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان
اعتبارها يستلزم اعتبار العربية بل هي خصوصية في كل لغة - فهما خصوصيتان في عرض
واحد (الثالث) ان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتيب الاثر على شيء من العقود والتمتعن مما
خرج عن هذا الاصل هو العقد بالعربية فلا بد من رعايتها (وفيه) انه يتوقف على عدم جواز
التمسك بالعمومات والمطلقات في دفع احتمال اعتبار شيء في الاسباب وقد عرفت في
اول هذا الجزء صحته (الرابع) عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي
(وفيه) انه لا يكفي صدق التجارة والبيع عليه في نفوذه (وثانيا) ان العقد من مقولة المعنى
فما معنى عدم صدقه على غير العربي وصدقه على العربي - واضعف من ذلك دعوى عدم صدقه
عليه مع التمكن من العربي

(فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار العربية (ويشهد) له مضافا الى ذلك انه لو كان ذلك
معتبرا لا شهر و كان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس
بالمعاملات فنفس عدم اشتهار ذلك وعدم نقل ورود رواية دالة على ذلك دليل قطعي
على عدم الاعتبار مع قيام السيرة عليه (م) في خصوص النكاح ادعى الاجماع على اعتبار

العربية مع التمكن فان ثبت والافا لعمومات تقتضى عدم اعتبارها فيه ايضا فلا يظهر صحته بغير العربى

(قوله قد نهى هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة الخ) لم يظهر وجه ترتيبه قد هذا البحث على اعتبار العربية بل هذا بحث مستقل وهو انه هل يعتبر عدم اللحن فى اللفظ الذى ينشأ به المعاملة ام لا (اقول) اللحن كان فى المارة او الهيئة ان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا فى ارادة المعاملة الخاصة كما لو قال بعثك بالفتح صح العقد ولا يعتبر عدمه للعمومات (نعم) على القول بلزوم الاقتصار على المتيقن من الاسباب لا بد من العقد مع عدم اللحن. لكن عرفت انه بمراحل عن الواقع. وان كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتك بدل زوجتك اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الاشياء بما يكون مظهراً لتلك المعاملة عرفاً. ولعله الى هذا نظر من فصل بين المثاليين - لاما ذكره المصنف به اذ لازم ما ذكره صحة العقد بوزجته - اذ لا معنى صحيح له سوى التزويج مع انه لا تأمل فى فساده فالمعيار ما ذكرناه

(قوله قد نهى هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول كالثمن والتمن الخ) اقول يقع الكلام فى موردين (الاول) انه هل يعتبر ذكر العوضين فى عقد البيع ام لا (الثانى) انه على فرض اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعربية ام لا (اما الاول) فالظاهر لزوم ذكرهما اذ العوضان فى البيع نظير الزوجين فى النكاح - اذ المبادلة انما تكون بين المالين ولا بد من انشاء هذا المعنى فاذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع ولم كان من قصده تبديل هذا المال بذاك لعدم العبارة بالقصد المجرد فى انشاء المعاملات (واما الثانى) فجميع ما ذكر فى وجه اعتبار العربية فى الصيغة تدل على اعتبارها فى اجزاء الايجاب والقبول سوى الاولوية - ويمكن قد عرفت فساد الجميع فالظاهر عدم اعتبارها فيها (قوله قد نهى هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً الخ) اقول ما ذكره رده من اعتبار كون المتكلم عالماً بمعنى اللفظ فى الجملة مما لا ينكر لان استعمال اللفظ فى المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى والافلا يعقل ذلك و يكون التلفظ مجرد

لقلقة اللسان وليس تكلمها بالعربى مثلاً ولكن ذلك لا يقتضى اعتبار العلم التفصيلى
بالنحو الذى افاده كما لا يخفى

اعتبار الماضوية

(قوله قدّم المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية الخ)

وقد استدلل على اعتبارك بوجوه (الاول) الاجماع وهو كما ترى
(الثانى) ما فى المتن وهو ان الماضى صريح فى الانشاء والمستقبل اشبه بالوعد
والامر استدعاء لايجاب - (وفيه) انه ان اريد من صراحة الماضى فى الانشاء عدم
احتياج ظهوره فى الانشاء الى قرينة حالية او مقالية - فيرد عليه - ان تلك الهيئة
مشتركة بين الانشاء والاخبار - بمعنى ان الموضوع له والمستعمل فيه فى هيئة
الصيغة المشتركة بين الانشاء والاخبار - مثل بعت شئ واحد وهى النسبة المتحققة
بين المسند وهو الاعتبار النفسانى - والمسند اليه وهو المتكلم - وانما يفترقان
فى الداعى كما حقق فى محله فلا بد فى افادتها الانشاء الى القرينة - وان اريد من
صراحته عدم كون الماضى المستعمل فى الانشاء من قبيل الكناية او المجاز فهو و
ان كان متيناً - الا ان الفعل المضارع المستعمل فى الانشاء ايضا كك - فان هيئة
المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالبدء فى حال التكلم او بعده - فاذا
استعملت فى مقام الانشاء فقد استعملت فى ما وضعت له (وما افاده) المحقق النائينى
ره من انها تدل على تلبس الفاعل بالبدء وهذا ملازم للتحقق لا انه صريح فيه بل
لازمه (يرد عليه) ان التلبس عين التحقق لانه لازمه - وان شئت قلت انها موضوعة
للتحقق ايضا وتمام الكلام فى محله (وبما ذكرناه) يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية
- نحو - انا بايع - فى مقام الانشاء - فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب
البيع الى البايع فيصح استعمالها فى مقام انشاء البيع - فظهر ان الحكم فى باب
الطلاق بوقوعه - بانث طالق - ليس على خلاف القاعدة (واما الامر) فهو موضوع

للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم - و عليه -
 فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية - لان انشاء المعاملة باظهار
 كون وقوعه متعلقا المشوق من قبيل الاستعمال الكنائى و قد عرفت صحة الانشاء
 بالكناية وسيأتى تمام الكلام فى ذلك فى المسألة الاتية (الثالث) ان قصد الانشاء
 فى المستقبل خلاف المتعارف (وفيه) ان التعارف لا يوجب تقييد اطلاق الادلة كما لا
 يخفى (فلاظهر) صحة الانشاء بغير الماضى للمعومات والاطلاقات (ويشهد له) مضافا
 اليه النصوص الواردة فى بيع العبد الا بقى والجارية الابقية وبيع الصحف واللبن فى الضرع
 والنكاح من الوقوع بفعل المضارع والامر وحمل جميعها على ارادة المقاوله و الوعد و
 الاستدعاء خلاف الظاهر جدا

فى جواز تقديم القبول على الايجاب

(قوله قدده الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول الخ) - اقول -
 الاقوال فى المسألة ثلاثة (الاول) وهو الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا
 (الثانى) ما عن الشيخ فى كتاب النكاح من المبسوط والمحقق فى الشرايع والعلامة فى
 التحرير والشهيدى فى بعض كتبهم ما وغيرهم فى غيرها وهو جواز التقديم مطلقا (الثالث)
 التفصيل بين الصيغ التى ينشأ بها القبول وهو الذى اختاره المصنف ره - وربما ينسب الى
 بعض التفصيل بين البيع والنكاح بجواز التقديم فى النكاح بلفظ الامر دون البيع لكن
 الظاهر عدم صحة النسبة (ثم ان) القبول تارة يكون بلفظ قبلت ورضيت - واخرى - يكون
 بلفظ الامر - وثالثة - يكون - بلفظ اشتريت وما شابهه

فان كان بلفظ قبلت ورضيت فقد استدلى على عدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوده

(الاول) الاجماع - وهو كما ترى

(الثانى) ما فى المتن و حاصله ان القبول فى المعاضات انما يتضمن لاهرين -

احدهما الرضا بالايجاب - الثانى - نقل ماله من حين القبول - وهذا الامر ان متحققا فى

القبول المتأخر باى لفظ كان فانه لاحالة منتظرة للنقل سوى لحوقه - وكك حاصل ان مع القبول المتقدم اذا كان بلفظ اشترى - فانه انشاء لنقل ماله الذى هو العوض (واما) اذا كان القبول بلفظ قبلت وقدم ذلك - فالامر الاول موجود - الا ان الثانى غير متحقق - لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالاتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البايع تمليك ماله بازاء مال القابل فهو يكون نقلا من حين تحقق الايجاب من الموجب لامن حين القبول - وبعبارة اخرى - ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب ولازم ذلك عدم تحققه الا حين تحققه من ذلك الغير

(وفيه) اولاً - انه لا يعتبر فى القبول نقل ماله الى الغير بل يكفى رضاه بنقل الغير ماله اليه فى مقابل تملك ماله - بل وظيفة القابل ليست الا ذلك - فان البايع انما يعتبر ملكية ماله للمشتري بازاء ملكية ماله لنفسه وهذا الاعتبار النفسانى المظهر بالايجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء والشارع الامع رضا المشتري بذلك فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لا غير (وثانيا) انه لو سلم اعتبار النقل فيه ايضا - لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل فى الحال (وثالثا) ان المراد من النقل فى الحال ان كان هو النقل فى اعتباره فهو ممكن من حين القبول وان قدم لانه فعلة الاختيارى - وان كان هو النقل فى اعتبار العقلاء والشارع فهو مما لا يتصور فى الايجاب المتقدم ايضا لفرض عدم النقل عندهم الا بعد تمامية العقد

(الثالث) ما افاده المحقق النائينى ره - وهو ان هذا اللفظ اى قبلت ظاهر فى مطاوعة شىء وانفاذا امر اوجده وهذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الاخر كتفرع الانكسار على الكسر فان مطاوعة الامر المتأخر والافعال والتأثر من الايجاب فعلا تمتنع عقلا (وفيه) ان المطاوعة الماخوذة فى القبول انما هى مطاوعة انشائية لاحقية فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب

(وان كان) القبول بلفظ الامر - فقد استدلى على عدم جواز تقديمه على الايجاب بامور (الاول) ما افاده المصنف ره فى قبلت بتقريب انه انما يدل على الرضا بالمعاملة

ولا يكون متضمنا لنقل المال فى الحال - وقد عرفت ما فيه (الثانى) ما ذكره المحقق النائينى ره فى الصورة الثالثة - و ستعرف تقريره و ما يرد عليه (الثالث) انه يعتبر الماضوية فى صيغ العقود - (و فيه) ما عرفت من عدم اعتبارها

(قوله قدّه و اما على ما قويناه سابقا فى مسألة المعاوضة من ان البيع العرفى الخ) اقول ما ذكره قدّه فى وجه عدم جواز التقديم فى الموردين لاربط له باعتبار اللفظ فى الانشاء بل هو قيد آخر وهو تضمن القبول للنقل الفعلى (وعليه) فلا فرق فى هذا المقام بين مسلك المشهور ومسلكه قدّه - ولعله لذلك امر بالتأمل . (وان كان) القبول المقدم بلفظ اشترى وابتعت ونحوهما - فقد اختار المصنف ره جواز التقديم (واستدل) له بان المعتبر فى القبول امر ان - الرضا بالايجاب - و نقل الثمن فى الحال الى البايع - وهما - متحققان - فى اشترى وشبهه - اما الاول فواضح - واما الثانى - فالانه انشاء ملكيته للمبيع بازاء ماله عوضا - ولا يعتبر فيه شيء زايد اعلى ذلك

(واورد عليه) بامور (الاول) ما افاده المحقق النائينى ره - و هو انه يعتبر فى القبول باى لفظ كان مطاوعة الايجاب والانفعال و التاثر منه - والا كان غير مرتبط بالايجاب بل هو ايجاب مستقل وتضمنه المطاوعة يستدعى تاخره عن الايجاب (وفيه اولا) انه لا يعتبر فى القبول سوى الرضا بالايجاب - وهذا لا يمنع عن جواز التقديم كما تقدم ولا يلزم منه عدم الارتباط بالايجاب كما هو واضح (و ثانيا) ما تقدم من ان المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم وليست كالمطاوعة الحقيقية (الثانى) الاجماع على اعتبار القبول فى العقد وهو متضمن لمعنى المطاوعة (وفيه) ان المتيقن من الاجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالايجاب (الثالث) ان الاشتراء او الابتاع بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدء فان كان بعنوان اتخاذ المبدء من الغير فهو مطاوعة قصدية و ان كان بعنوان اتخاذ المبدء ابتداء فيكون من انشاء

بيع مال الغير فضولا لا انشاء الملكية قبولا (وفيه) اولان المطاوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم (ونانيا) ان صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال منضمنة للمطاوعة دائما (الرابع) ما اوجب تردد المصنف ره وهو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعمود من النصيغة (وفيه) ان التعارف لا يوجب تقييد المطلقات وانصرافها (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول مطلقا لاطلاق ادلة امضاء البيع والتجارة والعقود المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة فى موارد مخصوصة المتقدمة الاشارة اليها

(قوله قدده واما ما لا انشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كارت تهنت الخ) ثم انه قدده لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتاخير فى العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذالشىء من عمل او منفعة او عين او تسليط - اراد بيان حكمه فى العقود غير المعاوضية (وحاصل) ما ذكره فيها انها على قسمين (منها) ما لا يعتبر فى قبوله سوى الرضا بالايجاب وهى العقود الاذنية كالو كالتو العارية وشبههما مما ليس فيه اعطاء واخذ اصل بل انما يفيد اباحة او سلطنة على التصرف او الحفظ (ومنها) ما يعتبر فى قبوله عنوان المطاوعة كالرهن والهبة والقرض وشبهها مما يتضمن اعطاء من طرف واخذ من الاخر والوجه فى اعتباره فى قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن والمترب والمقترض ليمتدح عليها احكامها وتلك العناوين تتحقق بالقبول فيعتبر فى قبولها عنوان المطاوعة - وفى القسم الاول لا مانع من تقديم القبول لان الرضا يتعلق بالامر المتاخر - وفى القسم الثانى لا يجوز التقديم اذ المطاوعة والانفعال بما يوجبها لا يتحقق قبل الفعل والايجاب

اقول يرد عليه قدده امور (الاول) ان الفرق بين القسمين بلا فارق ان كما انه رتب الاحكام فى القسم الثانى على المرتهن مثلا - كذلك رتب فى القسم الاول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبههما - وهذه العناوين لا تتحقق قبل القبول والمحقق لها هو القبول (الثانى) ان العناوين المشار اليها فى القسمين ليست عناوين قصدية وانما

هي تصدق على القابل بعد تحقق العقد وان لم يكن القابل ملتقما اليها كعنوان البايع والمشتري (الثالث) ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الايجاب واما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه ولم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة في حال القبول (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول في القسمين

(قوله وقده و اما المصلحة المشتملة على المداوغة الخ) محصل ما ذكره فيها ان القبول فيها منحصر بلفظ قبلت من جهة ان الالتزامين من المتسالمين متساويان ولذا كان ابتدا الالتزام بهما جائزا من الطرفين فنسبتهما اليهما على حد سواء فان انشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا والا كانا ايجابين غير مرتبطين - فاذا لم كون قبولها بلفظ قبلت لم تاخيره لما عرفت من ان قبلت اذا قدم لا يدل على النقل في الحال

(اقول) يرد عليه مضاف الى ما تقدم من انه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما انشاء الموجب وانه لا يعتبر النقل في الحال في القبول - انه في تحقق عنوان المصلحة كعنوان البيع لا يعتبر ازيد من كون انشاء التسالم من احدهما - وقبول ذلك من الاخر كان بلفظ قبلت او تصالحت او غيرهما (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود

في اعتبار الموالاة

(قوله وقده ومن جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه وقبوله الخ) اقول قد استدلل لا اعتبار الموالاة بوجوه

الاول - ما عن الشهيد ره وحاصله ان كل امرين او اموريهما عنوان واحد كالمصلاوة الاذان ونحوهما يعتبر في تحقق ذلك العنوان و انطباقه عليها عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق صورة اتصالية وصيرورة كل واحد عنوانا مستقلا ومن هذا القبيل العقد فانه عبارة عن ربط انشاء احدهما بانشاء الاخر فلو انفصل القبول عن

الايجاب بزمان معتد به عرف الما صدق عليهم ما العقد فلا يترتب عليهم الاثر المترقب منه (واجاب)
 عن هذا الوجه المصنفه بان حكم الملك واللزوم فى المعاملة لو كان منوطا بصدق العقد
 كان ما ذكر تاما - واما لو كان منوطا بصدق البيع او النجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد
 (واورد) على هذا الجواب المحقق النافى به تأييدا للشهيد به بايرادات (منها)
 انه ليس البيع والتجارة والصالح والنكاح الا العقود المتعارفة (وفيه) ان التعارف لا يوجب
 الانصراف الذى يعمد عليه فى تقييم اطلاق الادلة كما حقق فى محله و ان اريد به عدم
 صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو بديهي الفساد - (ومنها) ان ادلة امضاء البيع
 و النجارة عن تراض من جهة عدم ورودها فى مقام البيان من جميع الجهات لا سبيل الى التمسك
 باطلاقها (وفيه) انه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات و لذانينا على التملك
 باطلاقها لامضاء الاسباب - مع - ان الشك فى كونها فى مقام البيان يكفى فى الحكم
 بالاطلاق فتدبر (ومنها) انه لا يمكن التفكيك بين الصحة واللزوم الا بدليل خارجى
 من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او لاجنبى
 (وعليه) فحيث ان هذه المعاملة اى الايجاب والقبول الذين تحلل الفصل بينهما - لا تكون
 مشمولة لدليل - او فوا بالعقود - الذى هو دليل اللزوم و لاجل ذلك لا يحكم بالزومها
 فلا بد من البناء على فسادها ايضا (وفيه) اولا قد عرفت ان دليل لزوم البيع لا ينحصر به
 (وثانيا) انه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة واللزوم (وثالثا) انه لو سلم
 ذلك - فلا يمكن دليل الصحة بضميمة عدم الفصل بين الصحة واللزوم كافي فى الحكم باللزوم
 وعدم شمول دليل او فوا بالعقود لا يدل على عدم لزومه كى يحكم بضميمة عدم الفصل
 بالفساد فانه يقتضى لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة
 اذ لا اقتضاء لا يعارضه مقتضى لشيء .

(ويمكن) الجواب عن الشهيد به بوجه آخر - وهو ايراد على المصنفه ايضا
 حيث سلم عدم صدق العقد عليه - وهو ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ وهو عبارة عن
 ربط احد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على امر واحد وهو كون احد المالين

بازاء الآخر وهذا لا يقتضى الابقاء الالتزام الاول على - الهوان تخلل زمان طويل (نعم) اذا لم يكن الالتزام الاول باقيا فى نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثانى به وهذا ايضا لافرق فيه بين تخلل زمان قصير او طويل - فلا يظهر عدم تمامية هذا الوجه .

(الوجه الثانى) ما افاده المحقق النائينى ره وهو ان فى العقود المعاوضية خلعاو لبسا او ايجاد علة فلا بد وان يكون مقارنا للخلع لبس وهكذا مقارنا لايجاد العلة قبول والاتقع الاضافة او العلة بلا حمل ومضاف اليه (وفيه) اولا النقص بالزمان القصير الفاصل بين الايجاب والقبول قهرا فى جميع الموارد فانه لافرق فى هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل (وثانيا) ان الخلع فى اعتبار الموجب وان تحقق من حين الايجاب الان اللبس فى اعتباره ايضا كذلك واما فى اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس الا بعد القبول ليس خلع كك فتدبر فانه دقيق

(الوجه الثالث) ما افاده المحقق الايروانى ره - وهوانه يلزم من الفصل المخل بالموالاة - عدم تطابق الايجاب والقبول - فان الايجاب نقل من حينه فاذا تاخر القبول فاما ان يكون قبولا لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد و ذلك باطل او يكون قبولا لبعض مضمونه اعنى النقل من حين تحقق القبول فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب والقبول (وفيه) انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق (مع) ان النقل فى اعتبار العقلاء والشارع لا يقع الا بعد تمامية العقد فى جميع الموارد (فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول.

(قوله قد وهى مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه الخ) اقول الظاهر ان مراده ان ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشأ للتنبيه على اعتبار الاتصال فى غيره من الموارد المشابهة له - ووجه ظهور اعتباره فيه - احدا من (الاول) ما افاده المصنفه بقوله ويحتمل بعيدا الخ وهوان المستثنى من الملاحظات التى توجب خروج الكلام من الكذب الى الصدق فلا بد من اتصاله كى يخرج الكلام عن الكذب

بحسب ظاهره (الثاني) ان كلمة الا - بمان معناها معنى حرفي متقوم بالطرفين فلا بد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كي تتحقق تلك النسبة والربط .
 (قوله قد وه منه النورية في استنباط المراد الخ) الظاهر ان مراد الشهيد عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة فلو اخرها لم تقبل خلافا لمن قال انها تقبل وان تاب بعد ثلاثة ايام - لاما ذكره المصنف ره في تفسير كلام الشهيد وهو عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة
 (قوله قد وه منه تحريم المأموهين في الجمعة قبل الر كوع الخ) يعني ان ما دل على اعتبار العدد في الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم في الصلاة قبل الر كوع على وجه يعد الوجوع اي تمام الصلاة فعلا لاجمعهم .

في اعتبار التمييز

(قوله قد وه من جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التمييز الخ) لا يخفى ان المعلق بحسب التصوير العقلي احدا موز ثلاثة (الاول) الانشاء (الثاني) المنشأ كالمملكة مثلا (الثالث) متعلق المنشأ - كما لو آجر دارا فعلا ليسكن فيه بعد سنة فان المنشأ كالانشاء ليس معاقبال المعلق هو متعلق المنشأ اي سكنى الدار والافال مستأجر يملك فعلا على الموجد منفعة الدار عدسة .

(اما الاول) فالتعليق فيه امر غير معقول - من غير فرق بين ان يكون المراد به آلة الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار النفساني - اما الاول - فلان الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ في المعنى كان عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ - ام كان عبارة عن اراز الاعتبار النفساني باللفظ بداعي تنفيذه - فلا يعقل فيه التعليق (و اما الثاني) فلان الاعتبار فعل تكويني فكما لا يعقل التعليق في وقوع الضرب على احد وكذا غيره من الافعال التكوينية - كك لا يعقل التعليق في الاعتبار - والظاهر ان هذا ليس محل الكلام في المقام .

(واما الثالث) اى التعليق فى متعلق المنشأ - فهو انما يصح فيما اذا كان من الاعراض والافعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقييد بالزمان او الزمانى - مثلاً منفعة الدار فى هذه السنة غير منفعتها فى السنة الآتية فالتعليق فيها امر ممكن وواقع لامجذور فيه - واما الجواهر كالدّار - فلا يتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لا يتعدد بتعدد الزمان والزمانى مثلاً - الدار فى هذه السنة ليس غير الدار فى السنة الآتية فاذا كان متعلق المنشأ جوهراً خارجياً لا يعقل التعليق فيه - فان كان هناك تعليق وشرط فلا بد وان يرجع الى المنشأ - ولعل هذا هو وجه الفرق بين الاجارة والبيع حيث لم يقع الخلاف فى صحة التعليق فيما على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على بطلان التعليق فى البيع وعدم امكن تصحيحه بوجه فدخل الكلام انما هو التعليق فى المنشأ .

وقبل الشروع فى البحث فيه وبينان وجوه المنع - لابد من التنبيه على امر - وهو ان ما صرح به المصنفه فى المقام فى مقام بيان صحة التعليق فى المنشأ بقوله فلا ريب فى انه متصور وواقع فى العرف والشرع كثيراً فى الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات - ينافى ما نسب اليه فى التقريرات فى مبحث الواجب لمشروط من امتناعه . وكيف كان تصور التعليق فى المنشأ على ما ذكره المصنفه ثمان - الا ان الظاهر انها اثني عشر (وذلك) لان المعلق عليه - ان كان امراً حالياً - فتارة يكون معلوم التحقق واخرى يكون مشكوك التحقق - وعلى التقديرين فتارة يكون مماله دخل فى صحة العقد واخرى لا يكون - فخيلافه - وان كان امراً استقباليا فهذه التقادير الاربعة تتصور فيه - باضافة - انه على اى تقدير - ربما يكون القيد ما خوذ فيه على نحو الشرط المتأخر بمعنى انه ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الامر فى المستقبل وربما يكون بنحو الشرط المقارن بمعنى انه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه (فان كان) المعلق عليه - امراً استقبالياً مشكوك الحصول - ولم يكن صحة العقد متوقفة عليه وكان التعليق بنحو الشرط المقارن - فالظاهر انه ورد اتفاق الاصحاب

القائلين بمبطلية التعليق - فلو كان الاجماع تعديا كان هو الحجة فى المقام ولادليل عليه سوى ذلك - فانه قد استدل للمبطلان بغير الاجماع بوجوده .

(الاول) ما عن جماعة وهو اعتبار الجزم فى العقد وهو مناف للتعليق - (وفيه) انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح - وان اريد به الجزم بالامتناع فى نظره اى تحقق الملكية الاعتبارية جزما - فهو محل الكلام وان تنسك بالاجماع على اعتباره فسيأتى الكلام فيه .

(الثانى) ان الاسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن وهو العقد الخالى عن التعليق (وفيه) ان هذا يتم اذا لم يكن هناك عمومات ومطلقات من قبيل احل الله البيع واوفوا بالعقود والمفروض وجودها .

(الثالث) انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء وهو غير معقول (وفيه) ان هذه شبهة اوردها على الواجب المشروط وقد اجابنا عنها فى حاشيتنا على الكفاية مفصلا ونقتصر فى المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذى هو ادل دليل على امكانه لاحظ الوصية و النذر والتدبير والواجب المشروط .

(الرابع) ما عن المحقق النائينى ره وهو انصراف العقود الى العقود غير المتعلقة المتعارفين عامة الناس فلا يشمل ادلة العقود والعناوين العقد المعلق (وفيه) اعضفا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق - ان التعليق فى العقد واقع كثيرا كما تقدم .

(الخامس) ان ظاهر خطاب اوفوا بالعقود كظاهر ساير الخطابات ان الحكم مطلق غير مشروط بشئ فيكون ظاهره ترتيب الاثر على العقد (وعليه) فان التزم بترتيب الاثر فعلا قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق ولا سبيل اليه - وان التزم بعدم ترتيب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولا لهذا الخطاب فلا دليل على لزوم الوفاء به وترتيب الاثر عليه (وفيه) اولا - ان العقد ليس هو اللفظ كما تقدم بل هو ربط احد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر - والوفاء به عبارة عن اتمامه ومعنى ذلك

فيما اذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله ونقضه لانه لا ترتيب الاثار عليه ومن الواضح ان في هذا الذي ذكرناه لافرق بين العقد المعلق والمنجز (وثانيا) ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود - بل هناك ادلة اخر من قبيل احل الله البيع التي لايجرى فيها هذا الوجه ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز - ولا يخفى ان هذا الايراد انما يرد على المستدل لو كان مفاد - احل الله البيع الحلية الوضعية - ولا يرد عليه - لو كان مفاده الحلية التكليفية فان ما ذكر في وجه اختصاص او فوا بالعقود يجرى فيه طابق النعل بالنعل (و بذلك) ظهر ان المصنف ره حيث التزم في مبحث المعا طاة - بان مفاده الحلية التكليفية ليس له هذا الايراد .

(كما) ان ايراده عليه - بقوله - مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا ليس في حله - اذ التخلف مع دليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال - اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير ولو بني على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن فتدبر (فتحصل) مما ذكرناه انه ليس في مقابل العمومات والمطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع .

وفي مقابل هذه الصورة - صورتان (احديهما) ما اذا كان المعلق عليه امر احياليا معلوم الحصول مع كونه مما يتوقف صحة العقد عليه (ثانيتهما) ما اذا كان المعلق عليه امرا استقباليا كك - مع - كون القيد مأخوذا على نحو الشرط المتأخر - فانه لايجرى فيهما شيء من المحاذير المتقدمة حتى الاجماع بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما .

واما ان كان المعلق عليه امرا حاليبا معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد - او كان امرا استقباليا كك مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر - فلايجرى فيهما شيء من الوجوه المتقدمة سوى ما افاده المحقق النائيني من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها - والظاهر انها غير داخلين في معقد الاجماع فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما .

(واها) ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن - فمقتضى الوجه الثانى والثالث والخامس - بطلانه - وكك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا يتوقف صحة العقد عليه - وقد عرفت عدم تمامية شىء منها - واما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما - فلا وجه للحكم بالبطلان .

(وما ذكره) الشهيد ره فى محكى قواعده من الحكم بالبطلان فى الصورتين معللا - بان الجزم ينافى التعليق لانه بعرضة عدم الحصول ولو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد (يرد عليه) انه يتم لو كان بطلان العقد المعلق مفاد آية اورواية - ولم يحرز كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لافىما اذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدمة فراجع .

(واما) ان كان المعلق عليه امرا حاليا مشكوك الحصول - او كان استقباليا كك - مع كونه بنحو الشرط المقارن او التاخر كان المعاق عليه مما يتوقف صحة العقد عليه املا - فالظاهر شمول معقد الاجماع - لها فلاحظ .

تنبيهات

ثم انه ينبغى التنبيه على امور (الاول) هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم واليه يشعر ما فى المتن فى آخر المسألة (فاذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للاحتياط وقلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من ابرازه بصورة التنجيز) ام يرجع هذا الشرط الى المعنى المقصود - بان يعتبر فى المعاملة ان لا يكون القصد اليها معلقا على امر - كما هو صريح المحقق النائينى ره حيث قال (لا ينحصر التعليق فى اداة الشرط بل كل ما كان فى معنى التعليق ولو بغير الاداة) وجهان - اقواهما الثانى اذ الظاهر من كلماتهم ومعقد اجماعهم هو ذلك

كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار اليها المذكورة لبطلان التعليق .

(الثانى) ان القادح انما هو التعليق فى العقد - فلو كان مترددا فى ترتيب الاثر على العقد الذى ينشأ شرعا وانه صحيح او فاسدا كلام فى صحته فانه لا يكون هذا الترديد مورنا للتعليق فى ما ينشأ - اذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعاملة فضلا عن الترديد فيه - هذا فيما اذا كان مترددا فى تأثيره شرعا - ولو كان مترددا فى تأثيره عرفا - فان كان ما يحتمل دخله فى ترتيب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة وتحققها كالزوجية بالاضافة الى الطلاق - لامحالة يكون ذلك منافيا للتنجيز - والا فلا - (وبما ذكرناه) ظهر - ان ما افاده المصنف به بقوله .

(واما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد وان كان المستثنى الخ) تام - وان مراده ما ذكرناه - لان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة (فلا يرد عليه) ما افاده السيد فى الحاشية بقوله مقتضى ما ذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان فى هذه الصورة ايضا تدبر .

(الثالث) هل هناك فرق بين الامور التى يتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق العقد عليها و بين ما لا يتوقف صحة العقد عليه فالتعليق عليه مبطل - ام لا وجهان - قد استدلل للاول - الشيخ لا كبير فى محكي المبسوط - بان التعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضراظهاره و شرطه واستدل المحقق النائينى به له بالانصراف (اقول) هذان الوجهان وان كانا فاسدين اما الثانى فلما تقدم واما الاول - فلان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتيب الاثر الشرعى على العقد دون انشاء عدلول الكلام - فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء كما ذكر المصنف به - الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع فمثل هذه الكلمات توجب الترديد فى شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه - فيتعين الرجوع الى المطلقات والعمومات الدالة على الصحة .

في اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول

(قوله قد هو من جملة شروط العقد المتطابق بين الإيجاب والقبول الخ) أقول

ان اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من القضايا التي قياساتها معها فانه مع عدم التطابق كما لو انشأ أحدهما بعنوان البيع وقبل الآخر بعنوان الهبة - لا يتحقق العقد فانه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين أو مع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد وان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضا بالإيجاب بل هو حقيقة فمع عدم كونه قبولا لما انشأه الموجب لما كان قبولا فلا يتحقق العقد بل كانا ايقاعين غير مرتبطين (وبالجملة) اعتبار التطابق من الواضحات

(انما الكلام) في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردنا (فان) عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج الى بيان - كما لو اختلفا في عنوان المعاملة او في اركانها وهي المبيع والتمن في البيع - مثل مالو باع العبد بمائة دينار وقبل بيع الجارية (كما) ان تحقق التطابق في بعض موارد اخر واضح - كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى - كان يقول البائع بعثك - فقال قبلت الشراء

ومحل الخلاف موارد (منها) ما اذا وجب البائع مشروطا بشرط وقبل القابل البيع بلا شرط (ومن هنا) ما اذا وجب البائع البيع لشخصين فقبل أحدهما نصف المبيع بنصف الثمن (ومن هنا) مالو باع البائع شيئين بثمن معين فقبل القابل أحدهما بنصف الثمن (اما الاول) فصريح المصنفه والمحقق النائيني ره بطلان البيع من جهة عدم

المطابقة (أقول) الظاهر هو تحقق التطابق الذي دل الدليل على اعتباره وذلك لانه لا خلاف بينهم في ان تخلف الشرط او تعدده او فساده لا يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحا غاية الامر غير لازم فيستكشف من ذلك ان المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط وعليه - فالقبول بلا شرط مطابق للإيجاب - وان شئت قلت - ان الشرط لو كان قيد للمعاملة لازم بطلانها عند تخلفه فالقول بان تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبنياً على كونه التزاما

فى ضمن التزام بالمعنى الذى سياتى تحقيقه فى محله (وعليه) فالالتزام البيعى غير معلق على شىء فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب - ولعله الى هذا يرجع ما ذكره بعضهم من ان فساد الشرط اذالم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذى تضمنه الايجاب اولى بعدم الاخلال

(واما الثانى) فصرح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا بالطلان لعدم التطابق ولكن الظاهر الصحة والتطابق وذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة كما يدل عليه افتناء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان فيما لو قبلا وفسخ احدهما البيع فى المجلس بالقياس الى غير الفاسخ فاذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احد البيعين والقبول متحققة فلاوجه للبطلان - بل غاية ما هنالك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى (وبما ذكرناه) ظهر الحال فى الثالث - فان الاظهر الصحة لعين ما ذكرناه فى سابقة (وما) افاده المحقق النائينى ره فى المقام من انه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذى هو ان العقد الصحيح لانه لا بد او لامن صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ للصحة (يرد عليه) ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لاثبات الخيار فلاحظ وتدبر (فتحصل) مما ذكرناه ان اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول مما لا ينبغى انكاره الا ان جملة من الموارد التى ذكرها المصنفه من موارد عدم المطابقة ليست منها بل فيها التطابق متحقق وعليك بالتأمل فى كل مورد ثم الحكم بالصحة او الفساد من جهة وجود التطابق وعدمه فتدبر

فى اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء

(قوله قد وه من جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء الخ) اقول يقع الكلام فى موضعين - الاول فى عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاقد والتعاقد - الثانى - فى عدم الاهلية الموجب لعدم

كون العقد عن رضا معتبر (اما الاول) ففيه اقوال - الاول - ما اختاره المصنف ره و المحقق النائيني ره وهو اعتبار واجدية كل منهما لجميع القيود المعتبرة في تحقيقه في حال انشاء الآخر - الثاني - عدم اعتبارها فيهما اختاره المحقق الايرواني ره - الثالث - اعتبار واجدية القابل لها في حال الايجاب وعدم اعتبارها بالنسبة الى الموجب ذهب اليه السيد ره في بعض الفروض - الرابع - عكس ذلك .

(اقول) تنقيح القول في المقام يقتضي التكلم في موارد - الاول - في الايجاب - الثاني - في القبول - الثالث فيما بينهما .

(اما المورد الاول) فقد استدل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود (بأن) المعاقدة والمعاودة لا تتحقق بدونها - هذا ما افاده في المتن (وايده) المحقق الاصفهاني ره - بأن مناط المعاودة مع الغير يقتضي كونهما معا كك في حال الايجاب والقبول اذ معية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت الى ما يلتزم للغير ويلتزم الغير لهو الا فلا ينقذ القصد الجدي في نفس العاقل الى المعاودة مع من هو كالجدار او كالحمار وعلمه بالنفاته فيما بعد لا يصحح المعاودة معه فعلا (وفيه) اولاً - ان عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد وليس منطبقا على الايجاب خاصة وانما شأن الموجب هو الالتزام النفساني وبراظه وهو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه - فاذا كان باقيا الى حين القبول و التزم القابل الال لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لامحالة وتحقق عنوان العقد (ودعوى) عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة الى من هو كالجدار - كما ترى اذ العاقل الملتفت الى مالكية من يفرض كالجدار كيف لا ينقذ في نفسه القصد الجدي (وثانيا) انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود .

(فالاولى) ان يستدل له - بانه بعد ما لا ريب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفساني - ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة - فاذا كان الطرف غير قابل

للمتخاطب فلاظهار له كلا اظهار فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للمتخاطب حال الايجاب فتدبر فانه دقيق .

(واما المورد الثانى) فيشهد لاعتبار واجدية الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار اليه و يمكن ان يقال فى هذا المورد بانه بما ان فى حال القبول يتم العقد ويخرج المال عن ملك كل منهما فلا بد وان يكون الموجب ايضا ممن يكون اهلا لذلك كى يترتب الاثر على التزامه النفسانى (واما) ما ذكر فى وجهه من عدم تحقق المعاقدة والمعاهدة - من جهة انتفاء الالتزام النفسانى بالاعضاء والجنون مثلا - فليس هناك التزام من الموجب كى يرتبط بالتزام القابل (فيرد عليه) ان الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك ولذا لا شك لاحد فى ان العهود والالتزامات لا تبطل بالموت فضلا عن النوم والاعضاء ولا فرق بين الموت قبل لحوق القبول و بعده - اذ ضم التزام آخر اليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت .

(و بما ذكرناه) ظهر الحال فى المورد الثالث - وانه لا يعتبر الاهلية بينهما كما لا يخفى .

(واما الموضوع الثانى) ففيه ايضا اقوال و ملخص القول فيه - انه قد استدل المصنف به لاعتبار واجدية كل منهما لتلك القيود فى حال انشاء الاخر بعدم تحقق معنى المعاقدة والمعاهدة و لعل نظره الشريف الى ما افاده بعض المحققين بان رضاهما بعد ان كان فى نظر الشارع الاقدس كالرضا والمفروض ان رضاهما مما يعتبر فى تحقق مفهوم التعاقد لا جرم كان تعاقدتهما فى نظره كالعدم فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا .

(اقول) ان حقيقة العقد هى ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد كان ذلك مع رضاهما بذلك او بدونه فالرضا بالعقد لا يعتبر فى تحققه - وعدمه لا يخل به من غير فرق بين عدم الرضا اصلا او عدم الاعتبار به شرعا - وانما هو شرط فى تاثير انشاء كل منهما نفسه - فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر مما لا اصل له - ولاجل

ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره اذ الحقه الرضا انما تكون على القاعدة (مع) انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود كما تقدم .

(قوله قدّه واما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط حقيقة الخ) هذا دفع لما توهم من انه لا كلام فى صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى - فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة (وحاصل الدفع) ان حقيقة الوصية ليست الا الايضاء ولا يعتبر فى تحققها القبول بل هى من الايقاعات و قبولها قبول الوصية وردها ردّها لانها جزء للوصية (نعم) فى الوصية التمليلية - من جهة ان ادخال المال فى ملك الغير من دون رضاه مناف لسلطنة الناس على انفسهم - وليس من شئون السلطنة على المال السلطنة على الغير فلا محالة يتوقف نفوذ التملك على الرضا او عدم الرد على الخلاف الا ان القبول الكاشف عن الرضا او عدم الرد شرط لنفوذ الوصية لانه جزء للعقد - و تمام الكلام فى محله .

(قوله قدّه و الاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ الخ) مراده ان الوجه فى الالتفات الى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر فى تحقق المعاقدة - وضوح فساد الايجاب بفسخ الموجب وعدم رضا القابل به - فعلمنا من ذلك مدخلية رضا كل منهما حال انشاء الاخر فى تحقق معنى المعاقدة (فلا يرد عليه) ما ذكره المحقق الايزوانى ره بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لاصلها ومأخذها (ولكن) يرد على المصنف ره ان لغوية الايجاب بفسخ الموجب اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الايجاب باقيا كى يلحقه القبول و يرتبط به و يتحقق عنوان العقد وهذا غير مانع فيه الذى يكون الالتزام والايجاب باقيا كما عرفت .

فى اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغة

(قوله قد فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا فى شروط الصيغة
الخ) (اقول) يقع الكلام فى موارد (الاول) فى القيود التى ينحصر دليلها بالاجماع
(الثانى) فى ما لدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدى الصفات الى فعل الاخر
(الثالث) فيما لدليل اعتباره اطلاق مع السراية .

(اما الاول) فالظاهر صحة العقد كما هى مقتضى العمومات والمطلقات والمتعقبات
من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب و
القبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما نشأ ففيه يرجع الى العمومات المقتضية للصحة .
(واما المورد الثانى) ففيه اقوال - الاول - الصحة مطلقا - الثانى - عدم الصحة
كذلك - الثالث - التفصيل بين كون العقد فاسدا فى نظر الجميع بحيث لا قائل بصحته
كما لو فرضنا انه لا قائل بنفوذ العقد الفارسى المقدم ايجابه على قبوله - فعدم الصحة
وبين غيره فالصحة .

(وقد ابتنى) الشيخ الاعظم ره الاولين على ان الاحكام الظاهرية المجتهدة فيها
بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالاجاب بالفارسى من المجتهد القائل بصحته عند من
يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس - ام هى احكام ظاهرة لا يعذر فيها الا من اجتهد
او قلد فيها .

(ر اررد عليه) بوجهين - الاول - ما افاده المحقق الخراسانى ره بان مجرد كونه
حكما واقعيًا وبمنزلته لا يكفى فى الحكم بالصحة بل لابد وان يقيد بما اذا كان كك
حتى فى حق الغير الذى له مساس بالعقد - فلو كان حكما واقعيًا فى حق المنشئ
خاصة لم يجد فى الحكم بالصحة بالاضافة الى غيره (و فيه) انه بما ان الملكية من
الاحكام المجعولة الوضعية و من الاعتباريات لامن الامور الواقعية - فاذا فرضنا ان
لا يجاب بالفارسى وان كان عند القابل مما لا صلاحة فى نفسه فى جعل الملكية بعده الا

انه من جهة قيام الامارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك فلا محالة للآخر القابل ترتيب الاثر لانه لا كشف خلاف لذلك ولا معنى للقول بان المصلحة انما هى فى حق الموجب خاصة - والملكية المجمولة انما تكون له خاصة فتدبر قانه دقيق .

(الثانى) ما افاده السيد فى الحاشية وتبعه بعض مشايخنا المحققين ره وهو ان ماذكر على القول يكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية انما يتم بالنسبة الى مالو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعا لحكم الاخر - كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسى فزوج امرأة بالعقد الفارسى فانه يكون العقد صحيحا عنده فلا يجوز لغيره الذى يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة - ولا ينفع بالنسبة الى ما اذا كان المتعلق معروضا لحكمه ولحكم غيره فى عرض واحد - كما لو ذكى الذبح بغير الحديد - فانه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الا كل من تلك الذبيحة (و السرفيه) ان ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعا لحكم غيره فلا يجوز لغيره المخالف له فى الرأى الا كل منه - وما نحن فيه من قبيل الثانى - لان البيع فعل واحد تشريكى بمعنى انه قائم بطرفين ويجب على كل من المتبايعين ايجاد عقد البيع ولا يجوز لواحد منهما الا كل الا بعد ذلك - وبالجمله - الصحة لاحد الطرفين ليست موضوعا لحكم الطرف الاخر بل لابد من احراز كل منهما صحة مجموع السبب (و فيه) ان هذا فى الصحة الفعلية واما الصحة التاهلية - فهى انما تكون لكل من الايجاب والقبول مستقلا وهى فى الايجاب مثلا تكون موضوعا لحكم القابل فتدبر - فما افاده المصنف ره متين .

(و اما المورد الثالث) فقد افاد المصنف ره ان العقد باطل حتى على القول

بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية والفرق بينه وبين المورد الثانى ان فى ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة الى فعل الاخر والمفروض صحته من المعتقد فى نظر الاخر - وهذا بخلاف هذا المورد فان تلك الصفة تسرى الى فعل الاخر مثلا اذا انشأ الموجب العقد معلقا والقابل ان قبل مطلقا لم يعد التوافق بين الايجاب

والقبول وان قبل معلقا كان فعله فى نظره فاقدا للوصف المعتبر فى العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لامن جهة فساد فعل طرفه - وملخص القول - ان فساد احد الجزئين لايسرى الى الاخر على هذا المسلك ولكن منشأ الفساد يسرى اليه ويوجب ذلك فساده .

(قوله قد وه الترتيب الخ) وقد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التى تسرى الى فعل الاخر اذ القابل اذ اقدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه - فيلزم منه تاخر الايجاب والمفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعينه (ولكن) يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الايجاب وعدم جواز تقديم القبول عنده قد عدم كون القبول نقلا فى الحال وهذه الخصوصية لا تسرى الى الايجاب فهو من قبيل الاول لا الثانى .

(قوله قد وه فيما مل) لعله اشارة الى ان الموالاة انما تكون شرطا لصحة القبول لا الايجاب اذ لا معنى لصحة الايجاب الا وقوعه على نحو اول حقه القبول الواحد للشروط لانر وهو مع فقد الموالاة كك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز .

فى المقبوض بالعقد الفاسد

(قوله قد وه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه الخ) اقول ان محل الكلام فى المقام انما هو فرض التلف و اما فى صورة الاتلاف فلا ظن توهم الخلاف فى الضمان من جهة قاعدة - من اتلف (ثم ان) الكلام انما يقع فى مقامين - الاول فى الحكم التكميلى - الثانى - فى الحكم الوضعى .

(اما الاول) فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله - راضيا بالفعل فى التصرف فى ماله حتى مع فساد العقد كما لو علم بالفساد و سلطه عليه كذلك - فلا اشكال فى جواز التصرف وان لم يكن راضيا بالرضى الفعلى ولكن كان راضيا بالرضى التقديرى بمعنى انه لو كان عالما بالفساد وان المال ماله كان راضيا بالتصرف فيه - جاز التصرف بناء على

كفاية الرضى التقديرى فى حلية التصرف - والا - فلا يجوز لما دل على انه لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه (ودعوى) ان فساد المعاملة لا يوجب زوال الاذن والرضا بالتصرف الذى كان فى ضمن العقد لان الجنس لا يتقوم بفصل خاص (فاسدة) فان الرضا من قبيل ما يكون مابه اشتراكه عين مابه امتياز - فاذا لم يترتب على الرضا الموجود فى ضمن المعاملة اثر - والمفروض انه ليس هناك رضى آخر فلا مورد للقول بالجواز .

(واما الثانى) فقد مر فى التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة وما يرد عليه - وانما الكلام فى المقام فى انه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامنا لو تلفام لا - المشهور بين الاصحاب هو الاول وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه .

(واستدل له) فى المتن بوجهين (الاول) النبوى المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) وهو وان كان ضعيف السند الا انه لا اعتماد الاصحاب عليه واستدلالهم به لامجل للمناقشة فى سننه وانما المهم دفع ما ورد على الاستدلال به - وهو انما يكون امرين .

(الاول) ان كلمة (على) ظاهرة فى الحكم التكليفى - من جهة ان ظاهر كلمة (على) هو الاستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل فى التكليف اقرب الى المعنى الحقيقى مما يتصور بالنسبة الى الوضع .

ويمكن الجواب عنه بوجوه (منها) ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا و يقدر يجب ونحوه بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى وهو خلاف الظاهر (ومنها) انه يستدعى تقدير فعل من الافعال من قبيل رده او حفظه وهذا التقدير ايضا خلاف الظاهر (و منها) ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية - اذ يكون مفاده ح انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد فتكون الغاية تحديدا للموضوع وهو بعيد فى الغاية ولا يناسب ايضا ارادة دفع البذل اذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البذل - ومع عدم امكانها لا غاية

كى يفى بها - فالمتعين حمل الحديث على الوضع (ثم) الوضع المراد من الحديث - هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن والمنسوب الى المشهور - ام هو بمعنى دخول الماخوذ فى العهدة والعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وادائه مع التمكن واداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا العظام - وجهان اقواهما الثانى - لان ما قبل الغاية من جهة كونه معنى بالاداء لابد وان يكون امرا ثابتا فعليا مستمر الى ان يتحقق الاداء وهذا ينطبق على الوجه الثانى - واما على على الوجه الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء مالم يتلف .

(الايراد الثانى) ما عن المحقق النائينى ره وهو ان الاخذ هو الاستعلاء على الشئ ، بالقهر والغلبة كما تشهد به موارد استعماله - لاحظ قوله تعالى (و كذلك اخذ ربك اذا اخذ القرى) وقوله (ولاخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) وقوله تعالى (فاخذناه اخذ عزيز مقتدر) وغير ذلك من موارد استعماله - وعليه فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل غير ذلك - المورد من موارد اذن المالك الحقيقي وتسليط انمالك ماله للمشتري (وفيه) ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشئ كان عن قهر و غلبة ام لم يكن - واستعماله فى غير موارد الاخذ بالغلبة والقهر كثير لاحظ قوله تعالى (خذ العفو) وقوله عز اسمه (خذ من اموالهم صدقة) وقوله (ع) خذها فانى اليك معتذر وغير ذلك من الموارد (فتحصل) ان الحديث يدل على الضمان فى مطلق الموارد

قوله قدوة من هنا كان النتيجة صحة الاستدلال به على ضمان الصغير (الخ) ويرد عليه انه يتم على القول باستقلال الاحكام الوضعية فى الجعل واما بناء على مسلكه قدوة من انها منتزعة من الاحكام التكليفية فى موارد ما فلا يتم كما لا يخفى و ما ذكره بعض مشايخنا العظام - بقوله ويمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو اريد من الجملة الانشاء والجعل واما لو اريد منه الاخبار بالتعهد وان الاخذ متعهد بما اخذه وانه يشبث عليه ويتوجه اليه تمام ما فى الماخوذ من التكاليفات والخسارات المتوجبة طبعاً الى مالكه فلا يلزم شئ ويكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع

من التكليف (يرد عليه) مضافا الى كونه خلاف الظاهر اذ الظاهر من الجملة كونها فى مقام الانشاء لا الاخبار - ان الامر الانتزاعى يتبع منشأ انتزاعه فعلا وتقديراً - فاذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه

و اما ما افاده فى رسالة الاستصحاب بما حاصله ان ضمان الصغير حكم وضعى ينتزع من الخطاب المتوجه اليه بعد صيرورته بالغاً بان يغرم ما تلفه فى حال صغره فيرد عليه ان فعلية الامر الانتزاعى مع كون منشأ انتزاعه امراً استقباليا لا تعقل

(الوجه الثانى) الرواية الشريفة الواردة فى الامة المبتاعة اذ وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري - الدال على انه ياخذ الرجل ولده بالقمية بدعوى انها تدل على ضمان المنفعة التى لم يستوفها المشتري فتدل بالاولوية على ضمان العين فى صورة التلف (وجه الاولوية) ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الايمان فاذا كانت اليد التابعة موجبة للضمان فالمتصلة اولى بذلك (وفيه) انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة و كان اللقاح من الرجل - او قيل بان الولد ينعقد رقاباً بصير حراً بالولادة يكون ذلك اتلافاً حقيقة والضمان فى صورة الاتلاف مما لا كلام فيه واما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل وانه ينعقد رقاباً فمن حيث اخذ الولد منها حراً وان كان لاتلاف ولا استيفاء للمنفعة الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم ولا اقل من كونه اتلافاً فانها كانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنه ذلك باشغالها بنطفته وعليه فاذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبدام حصاً وتم استدلال المصنف به واما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك - فلا يتم ولا يبعد دعوى ظهوره فى الثانى ولا اقل من الاجمال (فتحصل) انه لا يصح الاستدلال به من جهتين (تم انه) فى مورد الخبر لا بد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطاى ايضا فانه منفعة استوفاه عن ملك الغير فتدبر

فى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده

(قوله قد علم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده الخ) اقول التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث على اليد - اقتضاء كل يد للضمان - بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصاً او تخصصاً (وعليه) فلا يرد عليه ما ذكره بعضهم من ان هذه القاعدة اصلاً ر عكسالم ترد مورد رواية ولا معقد اجماع كى تكون مدركاً لضماني المقبوض بالعقد بالفساد فلا فائدة اصلاً فى التكلم فيها (ثم ان) الكلام فى المقام يقع فى جهات .

(الاولى) فى معنى الضمان (فعن) بعض الاساطين تفسيره - بكون تلفه عليه وانه يتلف مملوكاً له (و فيه) انه لا دليل ولا وجه لتقدير التالف ملكاً لذن تلف فى يده البناء على القول بكون اداء البدل من قبيل الدعاوضة القهرية الشرعية وستعرف ما فى المبنى (مع) ان الانسان لا يكون ضاعفاً لامواله التالفة ولا بكون ذلك خسارة عليه و ان كان خسارة منه (و فى المتن) تفسيره بكون المال متداركاً بالعوض بمعنى كون خسارته و در كه فى ماله الاصاى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه

(ويورد عليه) اولاً ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذى هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة والمتفاهم العرفى (و ثانياً) ان لازم هذا المعنى عدم فعالية الضمان قبل التالف فى العقود الفاسدة (و ثالثاً) ان الثابت فى العقود الصحيحة تملك للمال بالعوض لا تدارك بالعوض فليس عنوان الدرك التدارك فى الصحيح - (ورابعاً) - ان التلف لا يدخل له فى الضمان فى الصحيح وانما تمام الموضوع فيه هو العقد (فالحق) فى معنى الضمان - ان يقال - ان المراد به فى الجملتين هو المراد به فى ساير موارد استعماله بل ساير موارد استعمال مشتقاته - وهو التعهد المالى - ففى العقود الصحيحة يكون هذا المعنى اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبب من المتعاقدين مع انضاء الشارع وفى العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع فالضمان فى الجملتين اريد به التعهد السالى

(قوله قدده وثالثه بازاء اقل الامرين الخ) وقد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض - اقول - في المسألة اقوال - (الاول -) عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان اختاره العلامة وولده علي مانسب اليهما (الثاني) - ما عن جماعة وهو تعين دفع المسمى (الثالث) - ما عن المسالك واختاره المصنف ره وهو وجوب اقل الامرين من المسمى والعوض الواقعي للعين - (وجه الاول) انه في الهبة المعوضة لا يجب على المتهب دفع العوض غاية الامر مع بقاء العين للواهب الرجوع اذا لم يدفع المتهب العوض - ففي صورة التلف لا يجب عليه شيء لا العوض المسمى كما هو واضح - ولا الواقعي لفرض انه هبة صحيحة.

(وجه الثاني) عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقد - غاية الامر انه في صورة وجود العين يكون المتهب مخيرا بين ردها ودفع المسمى - فاذا تعذر الاول للتلف تعين الثاني.

(وجه الثالث) - ان المتهب قبل التلف مخير بين دفع المشتروط ورد العين و اذا تلف يكون هذا الخيار باقيا لانه اذا تعذر دفع العين يقوم بدلها مقامها في الطرفية للتخير - فيكون في فرض التلف مخيرا بين دفع المشتروط - والعوض الواقعي فالواجب عليه - اي ما لا بد منه هو دفع اقل الامرين و تمام الكلام في هذه المسألة وكول الى محله .

قوله قدده اذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضية نظير المعاطاة الخ) (وفيه) ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضية كل منهما الاخر مطلقا - لاعدام امضائه لها في زمان خاص او مع عدم الشرط المخصوص (وعليه) فتعين كل منهما للعوضية عند تلف احدهما مناقض لفرض الفساد وانما يلتزم بذلك في المعاطاة لما عرفت من انها صحيحة بمضاه غاية الامر تكون مشروطة بشرط وهو تلف احدهما -

فضمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد .

الجهة الثابتة فى ان عموم العقود هل هو انواعى - او اصنافى - ام افرادى (اقول) ظاهر العموم و ان كان هو الاخير كما هو الشأن فى كل طبيعة واقعة فى متلوااة العموم - كقوله (ع) كل شىء طاهر - او كل مسكر حرام وما شابههما - الا ان ظاهر قوله يضمن بصحيحه يضمن بفساده وجود الفردين فى ما هو الموضوع لهذا الحكم - ولو حمل العام على الافرادى تعين حمل الصحيح على الفرض والتقدير فيقال ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به فكذلك فى هذا الفرض و هو خلاف الظاهر (فما) احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا (ضعيف) فيدور الامر بين كونه - انواعيا - او اصنافيا .

والاظهر هو الثانى اذ لو كانت انواعيا حيث (انه) قد يتفق فى نوع واحد ما يضمن بصحيحه و مالا يضمن به - كالعارية فأن فى عارية الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما - وكالصلح - فانه ربما يكون معاوضيا وربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى البراء والتمليك المجانى - فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان - فلا بد من البناء على عدم الضمان فى الافراد الفاسدة منها مطلقا وهو مما لا يمكن الالتزام به (وان شئت) قلت انه مع وجود القسمين فى نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه - او ما لا يضمن به (وبعبارة ثالثة) ان ظاهر الجملة اتحاد القسمين فى جميع ما يعتبر فى الضمان وعدمه الا فى الجهة الموجبة للفساد فيتعين كون العموم اصنافيا .

(تولده ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح (الخ) اورد عليه السيد به بان العقد مع الشرط ومجردا عنه صنفان متغايران و بعد اعادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال فى ان المراد اعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه او بضميمة الشرط (اقول) ان الشرط تارة يكون مؤثرا فى اقتضاء العقد للضمان - وبعبارة اخرى يوجب ضمان

متعلق العقد - كما فى العارية المضمونة فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير
يدضمان - واخرى - لا يكون كك بل يوجب الضمان فى غير متعلق العقد كما
لو استأجر اجارة فاسدة واشترط فيها ضمان العين وقلنا بصحة هذا الشرط فان متعلق العقد
هو المنفعة دون العين ففى الاول يتم ما ذكره المحشى ولا يتم فى الثانى كما لا يخفى
(قوله قدّه اوباع بلا ثمن الخ) الظاهر عدم معقولية البيع بالثمن فان حقيقة
البيع متقومة بالثمن كما تقدم فى اول الكتاب و سيأتى الكلام فى هذا الفرع عند
ذكر مدرك القاعدة

(الجهة الثالثة) فى بيان معنى الباء فى بصحيحه و بفاسده - (اقول)
محتملات الباء فى المقام ثلاثة - السببية التامة - السببية الناقصة - الظرفية - لاسبيل
الى الالتزام بالاول - لانه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما فى
باب الصرف و السلم - فيكون القبض جزء العلة - واما الثانى - فالالتزام به فى
بصحيحه وان كان لا بأس به لانه لا يتم فى بفاسده - اذ فى العقد الفاسد الموجب للضمان هو
القبض دون العقد .

و قد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان (الاول) ان العقد
منشأ و سبب للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان - فهو سبب للسبب -
(وفيه) ان سبب السبب وان كان سبباً الا ان ذلك فيما اذا كانت السببية فى المورد
من سنخ واحد تكوينية او تشريعية - واما اذا كانت فى احدهما تكوينية وفى الآخر
تشريعية فلا يصح هذا الاطلاق - كما لا يخفى والمقام كك فان سببية العقد الفاسد
للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان - و ان شئت قلت - ان الظاهر من
هذه الجملة ان السببية المترتبة من هذه القاعدة هى الشرعية لا الخارجية .

(الثانى) ان العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض (وفيه) ان الموجب
للضمان هو القبض - والسببية المشار اليها من قبيل الوصف بحال المتعلق - فعلى
هذا بما ان الظاهر بقرينة وحدة السياق ارادة شىء واحد من كلمة الباء - فيتعين

حملها على ارادة الظرفية - كما فى قوله تعالى (ولقد نصركم الله بيدركم) وقوله (ونجيناهم
بمسحر) وغير ذلك من الاستعمالات

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(قوله قد ثم ان المدرك لهذه الكلية على ما ذكره فى المسالك الخ) وقد ذكر
فى مدرك هذه القاعدة وجوه (الاول) (الاجماع) وفيه انه لو تم الاجماع حيث انه غير
تعبدى لمعلومية مدرك المجمعين فلا يعتنى به (الثانى) اقدام الاخذ على الضمان - وهو
وان دخل على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى لكنه اذا لم يسلم له المسمى
رجع الى المثل او القيمة .

و اورد عليه المصنف ره بايرادات (منها) انه ربما يكون اقدام موجوداً و
لا ضمان كما قبل القبض (وفيه) ان الضمان فى الصحيح ضمان بالمسمى وهو متحقق
قبل القبض و انما يكون التلف من مال بايعه لمادل على ذلك من جهة انفساح العقد
بالتلف او من جهة الشرط الارتكازى الضمنى وهو ضمان البايع لو تلف المال قبل قبضه
وعلى اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود

(ومنها) انه ربما لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما اذا قال بعثك
بلا ثم وكما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البايع اذا تلف فى يد المشتري (ولكن)
يرد على المقض الاول - ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع - الا بان يقصد ذلك
بقوله بعثك وقوله بلا ثم يكون اسقاطا للعوض و ابراء الذمة المشتري - فان قوام البيع
وحقيقته انما يكون بجعل المال بازاء الثمن - فيكون هذا الكلام من الاغلاط وذكر
المتناقضين - وان قصد البيع بقوله بعثك خاصة فقد اقدم على الضمان - وان قصد به التمليك
فهو هبة اذ التمليك بلا عوض هو الهبة وعليه - فان صح انشاء عقد بالالفاظ الموضوعه
لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة - و الا ففاسدة - فعلى جميع التقادير لا يصح
هذا النقض

(ويرد) على الثاني ان الاقدام على الضمان المعاوضى موجود و كك الضمان غاية الامر هناك شرط لضمان البايع المبيع (ومنها) انها انما اقدما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى

(واورد) عليه المحقق الخراساني ره على ما نسب اليه بانهما انما اقدما على اصل الضمانات في ضمن الاقدام على ضمان خاص والشارع انما لم يهض الضمان الخاص لاصله (وفيه) ان الاقدام الموضوع للانزاع هو الاقدام القصدى لا القهرى ومعلوم ان ما تراصيا عليه وقصداه هو الضمان بشئ خاص وهذا لا ينحل الى التراضى بمطلق الضمان - وكونه بشئ خاص فلا يكون الاقدام على الضمان بالاسمى اقداما على مطلق الضمان - (فالاولى) ان يورد على المصنف بان ما ذكره اخص من المدعى اذ ربما يكون المسمى مقدارا كلياً منطبقاً على القيمة الواقعية - وربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية - وفي هذين الموردين يكون المتقدم عليه هو الذى يحكم بشبوته

(ومنها) انه لا دليل على سببية الاقدام للضمان وهذا هو الحق في الجواب عن هذا الدليل

(الثالث) خبر اليد المتقدمة - وقد تقدم ان ضعف سند منجبر بالشبهة - ودلالته على الضمان ظاهرة (واورد) عليه بان مورده مختص بالاعيان ولا يشمل المنافع والاعمال المضمونة في الاجارة الفاسدة

(اقول) وجه الاختصاص امران (احدهما) ما افاده المصنف في الامر الثالث - وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (وفيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارية الخاصة والالزم عدم شمول الخبر لجملة من الاعيان كالدار والعقار - فلامحالة يكون الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشئ والتعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازماً غالباً الى الاستيلاء بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين وان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضمونة

فان المنفعة هي قابلية العين للركوب والسكنى مثلاً وهذه القابلية من مراتب وجود العين و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها ومنها القابلية للانتفاع

(ثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو عدم صدق التأدية في المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة المأخوذ مغياة باداء نفس الماخوذ - و المنافع لتدرجها في الوجود لاداء لها بعد اخذها في حد ذاتها (ولا يمكن) - رفعه بان المنفعة و ان كانت تدرج في الوجود لانها واحدة وجوداً فيصدق الاخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والاداء باداء طرفه الاخر - لان المقصود اثبات ضمان المنافع وهذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى (كما انه) لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل - الخبر على ضمان الماخوذ غير المؤدى - اذ الظاهر منه ما كان من شأنه ان يؤدي بعد اخذه (وفيه) ان الغاية في الخبر ليس اداء شخص ما اخذ والابقى الضمان في صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص بل المراد منها اعم من اداء الشخص واداء العوض - غاية الامر يكون بنحو الطولية فاذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان لالغاء شخصها وفي صورة التلف يرتفع باداء عوضها - والمنافع وان لم يمكن ردها - الا انه يمكن رد عوضها - هذا كله مضافا الى انه يمكن ان يقال انه وان اختص مورد الخبر بالاعيان ولا يشمل المنافع الا ان اخذ العين له احكام منها ضمان منافعها فتدبر (فتحصل) ان الاظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع

(الرابع) قاعدة احترام مال المسلم الثابتة - بقوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه - وقوله (ص) حرمة ماله كحرمة دمه - وقوله لا يصالح ذهاب حق احد (وتقريباً) دلالة حديث لا يحل - ان الحلال هو ما لا يتبعه له - فاذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية و اذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسار من قبله - فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضى المالك يكون المال مماله تبعة وخسارة وعوض

(وفيه) اولا ان ظاهر هذا التركيب فى نفسه ارادة الحلية التكليفية و يقدر التصرف كما فى نظائر المقام - كقوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم) وقوله (احلت لكم الطيبات) وغيرهما (وثانيا) ان حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة فى قوله الا عن طيب نفسه فان ظاهره صدور شىء عن الطيب فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا (وثالثا) ان الحديث لودل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التى استوفيت - ولا يدل على الضمان فى المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الاجير بالاجارة الفاسدة من دون تسبیب من المستأجر فانها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف (رابعاً) انه لا يشمل عمل الحر بناءً على ما تقدم منه فى اول كتاب البيع من التامل فى صدق المال عليه

(واما) حديث حرمة ماله كحرمة ماله (فتقريب) الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الى المال - وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال - و احترامه كك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله المالية بتداركها - فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه فرعاية ماليته رده او رد عوضه لو تلف

(وفيه) اولا ان ظاهر الخبر و لو بقرينة السياق ارادة الحرمة التكليفية منه - فان قبله هكذا (سباب المؤمن فسوق وقتنا له كفر - واكل لحمه معصية) فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة ماله شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر - (وثانيا) انه ايضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الاجير غير العائد نفعه الى المستأجر (وثالثا) ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية ماليته وهى لا تقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه لاتداركه لو تلف (ورابعاً) انه لا يشمل عمل الحر بناءً على عدم كونه مالا

(واما) حديث لا يصلح ذهاب حق احد - فعلى تقدير كونه رواية - لا يدل على الضمان لان الكلام انما هو فى ثبوت الحق فى المقام - و الحكم لا يصلح لاثبات موضوعه

(الخامس) قاعدة نفى الضرر بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضررى على المالك فينتفى الحديث نفى الضرر فيحكم بالضمان (اقول) بعد تسليم مبنيين الذين بنى عليهما المصنف ارضه في حمله وعليهما يبتنى الاستدلال بالمقام (احدهما) ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية الا بجعولة بل كل ما هو من الاسلام وجوديا كان او عدميا (ثانيهما) ان بدلول حديث لا ضرر نفى الحكم الناشى من قبله الضرر كان الضرر ناشئاً من متعلقه ام كان ناشئاً من نفسه كلزوم البيع الغبنى (انه) لا يصح الاستدلال به فى المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفى الحكم الناشى من قبله الضرر ان الضرر يكون منفياً فى عالم التشريع ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى - فلو تضرر احد فى تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره وهذا من الوضوح بمكان - وفى المقام .. اذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفى الضرر فالحديث لا يثبت ذلك (مع) ان الحديث لو كان مثبتاً للزوم التدارك لما كان وجهه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفائه به ولا اتلافه فليكن سد ضرره من بيت مال المسلمين - فالأظهر ان قاعدة نفى الضرر ايضا لا تقى باثبات المطلب - فالعمدة - حديث اليد - وهو انما يختص بالاعيان والمنافع - ولا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى .

قوله قدّه ثم انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان الخ الصور المتصورة اربع - علمهما بالفساد - وجهلها به - و علم الدافع مع جهل القابض - والعكس - والاشكال انما هو فى صورتين منها - وهما - علم الدافع و جهل القابض - و علمهما به - وفى الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها - (اما الاشكال) المشترك فهو ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطاً مجانياً وامانة مالكية - (و فيه) انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذى بنى عليه تشريعاً - و بعبارة اخرى - بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث فى المقام و اما اذا

سلطه مجاناً فلا كلام في عدم الضمان - و اما الاشكال المختص فهو ان الدافع اذا كان عالماً بالفساد والقباض جاهلاً به - لامحالة يكون الدافع غاراً و القباض مغروراً فلا يكون ضامناً لقاعدة الغرور (وفيه) ان القباض انما قبضه لامجاناً بل مع العوض واقدم على ذلك فلا يكون مغروراً

(قوله قدده باطلاق النص الخ) المراد به حديث على اليد - ثم انه اجاب عن اشكال مقدر - وهو انه قد خرج عن عمومه اليد الا مانية المنطبقة على المقام - بقوله و تسليط الدافع العالم لا يجعلها امانة مالكية لانه دفعه على انه ملك المدفوع اليه

في قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(قوله قدده واما عكسها وهو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده الخ) اقول يقع الكلام في مواضع (الاول) ان الكلام في مواد القضية هو ما تقدم في اصل القضية الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظة الباء في هذه القاعدة انها لو كانت للسببية - لم تجد هذه القضية للمحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد اذ هي انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان و لا ينافي ذلك اقتضاء اليد او غير ها للضمان - فالمتعين حملها على ارادة الظرفية

(الثاني) في مدرك هذه القاعدة - فعن الشيخ في المبسوط الاستدلال لها - (بان) الضمان لا بدوان يكون لاقدام الآخذ - اولحكم الشارع به - والعقد الصحيح الذي ليس فيه اقدام على الضمان ولا حكم الشارع به فيه - فالفاسد منه ايضاً كك - فانه ليس فيه اقدام - ولا حكم للشارع فيه - اما الاول فواضح - واما الثاني فلان حكمه به مع عدم التعبد الشرعي الخاص به لا بدوان يكون من جهة امضاء ما يقتضى الضمان المفقود في المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع

(اقول) هذا الاستدلال مبني على مسلكه في الضمان في فاسد العقود التي يضمن بصحيحها - من التمسك بقاعدة الاقدام - و اما بناءً على كون المدرك حديث على

اليد فهذا الاستدلال اجنبى عن المقام

(ثم أن) ظاهر كلام شيخ الطائفة - هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح والفساد - وقوله فكيف بفاسده اريد به التعجب اذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول - لا بالاولوية كما فهمه الشيخ الاعظم ره (ثم انه) على فرض ارادته الاولوية - مراده اولوية الفساد بعدم الضمان من صحيحة - لا اولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحة من فاسد ما يضمن بصحيحة كما هو ظاهر توجيه المصنف ره .

(ثم أن) الشيخ الاعظم ره استدل على عدم الضمان فى غير التملك بلاعوض اعنى الهبة - فى مقابل اليد المقتضية له (بعموم) ما دل على ان من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمة - وحاصله - ان حقيقة الاستيمان المالكى هى التسليط عن الرضا مجاناً الموجود فى فاسد العقود التى لا يضمن بصحيحها .

واستدل له فى الهبة (بفحوى) ما دل على خروج صورة الاستيمان فان استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق اولى - و لمن تاخر عنه فى كل من المورد بن كلام .

(واما المورد الاول) فاورد عليه المحقق الايروانى بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة ومقيدا بها ثم ظهر عدم الصحة لم يكن هناك واقعا تسليط منه فكانت اليد باقية تحت عموم على اليد القاضية بالضمان (وفيه) ان حقيقة الاستيمان كما عرفت هى التسليط عن الرضا - وحيث ان دفع ما وقع عليه العقد فى هذه الموارد ليس عن اللابدية فلامحالة يكون دفعه المال تسليطاً عن الرضا و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة .

(واما المورد الثانى) فقد اورد عليه المحقق الخراسانى بان الاولوية انما تكون فيما اذا لم يكن هناك اتلاف والا فالضمان ثابت فى الاصل مع ان فى المقبوض بالهبة الفاسدة لاضمان مطلقاً (اقول) الظاهر ان مراد المصنف ره انه فى الاصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونة و المالك سلطها عن الرضا غاية

الامر بما ان فى تلك الموارد لا اذن ولا رضا فى التصرف المتلف فيلحق ذلك التصرف حكمه - وهذا بخلاف الهبة فان فى ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه - ووجه الاولوية ان فى تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا وفى الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه ووصلها بالموهوب له (فتحصل) ان ما افاده المصنف ره حق لا ريب فيه .

(ويمكن) ان يستدل على عدم الضمان فى العقد الفاسد الذى لا يضمن بصحيحه - بوجهين آخرين (احدهما) السيرة العقلانية على عدم الضمان فى العقود المتضمنة للتسليط المجانى - وهى تخصص قاعدة اليد - ولا تصلح هى ان تكون رادعة عنها بعمومها كما حقق فى الاصول (الثانى) انصراف حديث على اليد المستندة الى التسليط المجانى ولعل وجهه ان قاعدة اليد انما تكون عقلائية مدخلة شرعا لاتعبدية صرفة وهى انما تكون لاجل احترام المال ولا ريب فى سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا - فاذا لا ينبغى التوقف فى عموم هذه القاعدة (نعم) يختص ذلك بما اذا كان التسليط المشار اليه باقيا الى حين التلف او الاتلاف - فلو وهب ماله لذى رحمه بهبة فاسدة واعتقد صحتها ولم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده ولا يستترده لاعتقاده لزومها لاشكال فى الضمان فى صورة التلف والاتلاف لعموم قاعدة اليد والاتلاف وعدم المخصص .

فى الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة فيها

(الثالث) فى الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة اصلا وعكسا فيها (منها) ضمان العين المستأجرة - فان الاجارة الصحيحة لا توجب ضمانها مع ان فاسدها يوجب الضمان (اقول) الكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فى انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا (الثانى) فى انه هل الضمان ثابت ام لا .

(اما الاول) فقد افاد المصنف رة فى وجه عدم كونه نقضا (بان) المراد

بالمضمون مورد العقد ومورده فى الاجارة المنفعة والعين فى حكمها يرجع الى القواعد - فاذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها (وادرد عليه) المحقق الخراسانى رة بان حقيقة الاجارة جعل العين فى الكراء وملك المنفعة لازمها الغالبى والاخر بما تقتضى ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضى ملك لبنها - فمورد عقد الاجارة هو العين لا المنفعة (ولكن) يمكن دفعه - بان كون مورد العقد هو العين او المنفعة اجنبى عما هو الميزان والملاك للقاعدة - فان الضابط هو ان العقد الصحيح اذا اوجب الضمان المعاضى ففى الفاسد منه ضمان الغرامة واذا لم يكن فى صحيحه الضمان من ناحية لعقد ففى فاسده ايضا لاضمان والاجارة انما توجب الضمان بالاضافة الى المنفعة وان كان مورد العقد العين ولا فطر لها الى العين ولا تكون مقتضية بالقياس اليها اثباتا ونقيا - وعليه - فما افاده المصنف رة متين .

(واما المورد الثانى) فقد اختلفت كلماتهم فيه - وملخص القول فيه - انه فى

الموارد التى لا يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها وهى الركوب على استيلائه لا مكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان اذ بعد ما ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا فتكون العين امانة مالكية - لما تقدم من ان حقيقة الاستيتمان المالكى التسليط عن الرضا (واما) فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال فى عدم الضمان ايضا - من جهة الامانة المالكية - وان لم يكن باقيا - فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متباينين على عدم ضمان العين - لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان ومع هذا التباين واسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد - فاذا لا دليل على الضمان والاصل عدمه بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك - فالأظهر

عدم الضمان على جميع التقادير .

وقد استدل على الضمان بوجهين ذكرهما المصنف ره في المتن (الاول) ان دفع الموجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها الحق الانتفاع فيه و المفروض عدم الاستحقاق فيده يد عدوان موجبة للضمان (وفيه) ما عرفت من انه في بعض الموارد - يكون يده يد امانية لاعدوانية - وفي بعضها الاخر لا تقتضي الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء - وبذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثاني وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد فتدبر .

(ومنها) الصيد الذي استعاره المحرم من المملوك بناءً على فساد العارية فان المنسوب اليهم ضمان المحرم بالقيمة مع ان صحيح العارية لا يضمن به (اقول) لا بداولا من الاشارة الاجمالية الى حكم المسألة - ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة ام لا

(اما الجهة الاولى) فمجمل القول فيها - انه ان قلنا بعدم حرمة امساك الصيد للمحرم وان المحرم هو حدوث ذلك لا باقائه - فلا اشكال في صحة العارية و عدم الضمان الامع الاتلاف - والا - فبناءً على وجوب رده الى مالكه تقدير الحق المخلوق على حق الخالق او مع الفداء جمعاً بين الحقين - فلا وجه للضمان لان العا فن بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستيमान المالكى والمفروض عدم وجوب الارسال لا يتوهم الضمان من ناحيته - واما ان قلنا بوجوب الارسال - فلا كلام في الضمان اريد لارسال اذا عد تلفاً عرفاً (و اما قبله) فقد نسب الى المشهور الضمان من حي وجوب الارسال .

واستدل له بوجهين (الاول) ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية والا لزم التصرف في مال الغير من غير اذنه - فيشملة ما دل على ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن - اذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين و اتلاف ملكيتها مع بقائها - فتكون القيمة ثابتة من حين العارية - ولعله الى هذا

نظر المصنف ره حيث قال - ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب لضمان ملك الغير في كل عقد لاسبب التلف .

((اقول)) في كل من الصغرى والكبرى نظر (اما الاولى) فلان التمسك باصالة العموم انما هو فيما اذا احرز الفردية للعام وشك في شمول حكمه له كما لو علم عالمية زيد و شك في وجوب اكرامه - فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه - و اما لو احرز الحكم وشك في فرديته للعام كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد وشك في انه عالم فيكون عموم اكرم العلماء مخصصا - او غير عالم فليس هناك تخصيص فلا مجال للتمسك باصالة العموم والحكم بعدم الفردية كما تحقق في محله - والتمسك بعموم مادل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام انما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى فلا مورد للتمسك به (مع) انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر وهو مادل على ان اختيار المال بيد مالكة وانه مسلط عليه - وهذا يناقض مع خروجه عن ملكه قهراً (مضافا) الى ان لازم هذا انه لو عصى ورده المحرم الى مالكة يكون الضمان باقيا مع ان الاصحاب افتوا ببرائة ذمته في هذا الفرض (واضف) الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معا ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح .

((و اما الثانية)) فلان الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان

و اما اتلاف الملكية وازالة العلقه فلم يدل دليل على انه موجب للضمان .

((الوجه الثاني)) ان من اسباب الضمان الحيولة بين المال و مالكة

- وهي - كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا - وفي المقام على تقدير وجوب الارسال لا يتمكن المستعير من رده اليه شرعا ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيولة الضمان - (وفيه) ان المالك وتمكن عقلا وشرعا من الاسترداد وانما لا يتمكن المستعير من الرد وهذا ليس مورد القاعدة (مع) ان دفع بدل

الحيولة انما هو من احكام العين المضمونة ولا يكون عدم التمكن من الاداء بنفسه من المضمنات ومعلوم ان يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان - مضافا - الى ان المالك مع علمه بنفسه وخيل في ذلك فلا وجه لضمن المستعير - وهناك وجوه اخر بينة الفساد - فالظاهر عدم الضمان قبل الارسال كما عن العلامة ره وغيره واما الجهة الثانية فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام - وان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الاتلاف فعدم ورود النقض واضح فانه انما يصح النقض اذا حكم به مع صدق التلف دون الاتلاف اذ في صورة الاتلاف في صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا فتدبر

(وهيها) ضمان المنافع غير المستوفاة في البيع الفاسد مع انها غير مضمونة في البيع الصحيح - هكذا ذكر المصنف ره هذا النقض - ولكن يرد عليه (اولا) ما سيأتى منه قدم من نقل الاقوال الخمسة في ضمان المنافع التي لم يستوفها المشتري في الامر الثالث فليس الحكم بالضمان مسلما (وثانيا) ان التخصيص بغير المستوفاة لاوجه له فان المستوفاة ايضا مضمون بها في الفاسد دون الصحيح (لا يقال) ان وجه الضمان فيها انما هو الاتلاف ومورد القاعدة هو التلف (فانه يقال) انه لا فرق بينهما فان الاتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاة ايضا بامساك العين .

وكيف كان فالكلام في المقام انما هو في انه على فرص الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة ام لا والمصنف ره سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة في العقد الصحيح لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة

(واورد عليه) السيد قدم بان المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة في القيمة وزيادة الثمن وهذا المقدار يكفي في صدق كونها مضمونة (وفيه) ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين و ان كان على عالم الصورة لم يندفع الاشكال بذلك - وان شئت قلت - انه لا ريب في ان المال في البيع ليس بازاء المنفعة وان كانت هي الداعية لجعل المال في مقابل العين - ولذا لو فسخ البيع و كان المشتري

مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن ولا يلاحظ شىء منه فى قبالة المنفعة وعليه فلا يتم هذا الجواب

(والصحيح) فى وجه عدم ورود النقض ان يقال ان حكم المنفعة فى البيع حكم العين فى الاجارة وهى لكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا يكون نقضاً على القاعدة (مع) انه ستعرف انه يمكن ان يقال ان القاعدة انما هى فى مورد التلف و المنافع التى يحكم بضمانها انما هى فى صورة الاتلاف من جهة امسك العين

(وهى) حمل المبيع فاسد افانه غير مضمون فى الصحيح مع انه مضمون فى البيع الفاسد - (والمنصف) ره اجاب عنه بانه يمكن ان يكون القول بالضمان فى صورة الاشتراط ان جعل الحمل جزء من المبيع - وح لا نقض على القاعدة فان فى صحيحه ايضا الضمان (اقول) انه لا نقض على القاعدة وان قيل بالضمان فى صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة والعقد بالنسبة اليه لا اقتضاء

(ثم ان) الاظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه على البيع الملازم للتسليم على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل وكونه امانة مالكية فلا يشمل حديث على اليد كما تقدم تمام الكلام فى محله

(وهى) الشركة الفاسدة بناء على انه لا يجوز التصرف بها - فانهم حكموا بضمان ما اخذ احد الشريكين عدوانا (وفيه) ان عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كى يقال انه فى صورة الفساد لا يجوز فيكون المتصرف ضامنا بل هو انما يكون فى صورة الاذن فى التصرف وعليه فلا فرق بين الصحيح والفاسد فى عدم الضمان اذ لو اقتضى الاذن عدم الضمان فى الصحيح اقتضاه فى الفاسد ايضا

(قوله قد وه عن الدروس توجيه كلام العلامة الخ) اى ما افاده فى التذكرة

من الحكم بالضمان .

(قوله قد وه فان قلت ان الفاسد وان لم يكن له دخل الخ) لا يخفى ان هذا اليراد

هو بعينه ما افاده بعنوان الخدشة على الاولوية فلاحظ وتدبر .

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فوراً

(قوله قدّمه الثاني من الامور المتفرقة على عدم تملك المقبوض بالعقد الفاسد الخ) اقول الكلام في هذا الامر يقع في جهات (الاولى) في مدرك وجوب الرد وقد استدلل له - بوجوده .

(الاولى) الاجماع (وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه .
(الثاني) التوقيع المروي عن الاحتجاج - لا يجوز لاحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه - بتقرير ان الامساك ولو آناً تصرف في مال الغير بلا رضا منه فلا يجوز فيجب الرد (واورد عليه) بان التصرف من الصرف فالمراد به التقليل والنقل ولا يصدق ذلك على مجرد الامساك والظاهر من الكتاب تردد المصنف به في تمامية هذا اليراد (ولكن) عدم تمامية الاستدلال به واضح اذ ولو كان الامساك تصرفاً - لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد - البناء على مقدمة ترك الضد لوجود ضده (والمراد بالضامين في المقام ما يعم المتماثلين اى ما لا يجتمعان) ووجوب نقيض الحرام فانه ح يكون الرد ضد الامساك فاذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمة وهو الامساك واذا حرم الترك وجب الفعل وفي كلتا المقدمتين نظر بل منع وعليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد

(الثالث) موثق سماعة عن الصادق عليه السلام في حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفسه (اقول) لا يرد على هذا الحديث الايراد الاول على الخبر المتقدم حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلاذنه - الا ان الاشكال الثاني يرد عليه (لا يقال) ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد (فانه يقدح ل) ان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل

(فالحق) ان يستدل له بانه المستفاد من النصوص المتفرقة - ففي صحيح البرنطى الوار دفي اللقطة وان جائك طالب لا تتهمه رده عليه - وفي خبر آخر في ذلك الباب في الطير الذى يعرف صاحبه - قال (ع) اذا عرف صاحبه رده اليه وغير ذلك من النصوص - فان المستفاد منها لاسيما بعدما لاحظت الاية الشريفة الواردة في الامانات (ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) وتسالم الاصحاب على هذا الحكم - وجوب رد مال الغير الى صاحبه

(الثانية) فى معنى الرد والاداء وانه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك والتخلية بينه وبين ماله - ام هو حمله اليه واقباضه منه - ام كل من الامرين - صدق للاداء والرد - ام يكون ذلك فى الامانة بالتخلية - و فى غيرها بالا قباض من المالك كما علمه المشهور

(اقول) الاظهر هو الاخير فان حقيقة الرد والاداء اىصال الشئ الى محله - وح اذا كان المال امانة عند شخص فرد له ليس الا بالتخلية بينه وبين مالكه لان بها يخلع الامين نفسه عن السلطنة عليه ويدخله تحت سلطنة المالك ويوصل الشئ الى محله واما محل المال خارجا فهو كل مكان رضى به المالك او الشارع الاقدس وحيث ان وجود المال خارجا عند الامين انما يكون برضا المالك او باذن من ولى امره اى الشارع الاقدس فلا يكون فى غير محله كى يكون مكلفا بالرد الخارجى - و اما اذا كان المال مغصوبا فاداءه ورده انما يكون بالا قباض منه اذ كما ان كونه تحت سلطة الغاصب فى غير محله فلا بد من اىصاله الى محله - كك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله فلا بد من اىصاله اليه بالا قباض منه (و بما ذكرناه) ظهر انه لو نقل الامين الودعة من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ وبدون اذن مالكه والشارع يجب ردها الى بلد الايداع

(الجهة الثالثة) فى انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الامانة فيكفى فى رده التخلية ام يكون من قبيل المغصوب فيجب الاقباض - والاظهر هو الاول - وذلك

فى العقود الجائزة واضح لانه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لامحالة يكون دفعه للمال عن الرضا وقد مر ان الاستيمان المالكى هو التسليط عن الرضا واما فى العقود اللازمة فلانه حين اتمامه على العقد - المقتضى للدفع لامحالة كان راضيا بالدفع والتسليط والظاهر بقائه على حاله نوعا الى ما بعد العقد وهذا هو الوجه فى كون يده امانية فلا يرد عليه ما ذكره المصنفه بقوله انه انما ملكه اياه عوضا فاذا انتفت صفة العوضية اخذ الوجه فى كونه استيمانا هو الاذن الخارجى لا الاذن العقدى (وبما ذكرناه) ظهر انه يمكن ان يقال ان النزاع فى المقام صغرى اذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما اذا احرز رضا المالك بالتصرف فى ماله ولو كان رضا تقديرى - من يقول بالعدم فانما هو فى غير هذه الصورة فتدبر

(الجهة الرابعة) فى انه اذا وقف الرد على المؤنة فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الا به - ام لا يجب لقوله (ع) لا ضرر ام هناك تفصيل بين المؤنة القليلة والكثيرة فيجب البذل فى الاولى ولا يجب فى الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة بخلاف بذل المؤنة الكثيرة كما هو الظاهر من المتن فى بادى النظر - ام يفصل بين ما اذا كانت المؤنة بمقدار ما يقتضيه طبع اردمال الغير فهو على القابض وان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن وصريح المحقق النائينى ره وجوه (اقواها الاخير) وذلك لانه اذا كانت المؤنة بمقدار ما يقتضيه طبع اردمال المال لامحالة يكون دليل وجوب الردا خص من حديث لا ضرر فيخصص به - وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل

فى ضمان المنافع المستوفاة

قوله قدّمه الثالث انه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهما المشتري قبل الرد الخ الكلام فى هذا الامر يقع فى مقامين - الاول - فى المنافع المستوفاة الثانى - فى المنافع غير المستوفاة (اما الاول) فالكلام فيه يقع فى موردين - احدهما - فى الدليل على

الضمان - ثانيهما - فيما استدل به على عدم الضمان

(اما المورد الاول) فيمكن ان يستدل له بوجوده (الاول) عموم على اليد - بناءً على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان - وان الحديث يدل على الضمان (الثانى) الرواية الواردة فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري الدالة على انه يأخذ الجارية صا حبيهاو يأخذ الرجل ولده بالقيعة بالتقريب المتقدم فى اول هذا المبحث (الثالث) صحيح ابي ولاد الاتى الدال على ضمان منفعة المنصوب المستوفاة نعم هذا ان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف (الرابع) قاعدة من اتلف الاستفادة من النصوص الواردة فى موارد خاصة و جملة منها موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى والتفريط و جملة منها فى غيرها - مثل ماورد فى القصار يخرق الثوب من قوله ^{عليه السلام} فهو ضمان بما جنت به يده - وغيره - (ودعوى) عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها فى اول الكتاب (ثم انه) قد استدل له بوجوده آخر - (منها) قاعدة احترام مال المسلم (و منها)

قاعدة نفى الضرر وقد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه

(واما المورد الثانى) فقد استدل على عدم الضمان بالنبوى المرسل - (الخراج بالضمان) - بتقريب انه يدل على ان من ضمن شيئاً وتقبله لنفسه فخرجه اى منافعه له مجاناً (اقول) تنقيح القول فى النبوى بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به - مع انه محل نظر فانه وان استدل شيخ الطائفة به فى جملة من الموارد فى محكى المبسوط - والعلامة ره فى باب الغصب من كتاب التذكرة الا ان هذا المقدار لا يكفى فى جبر ضعف السند - وبعد تسليم ان اذ كره العلامة ره من اختصاص النبوى بالبيع انما هو اجتهاد منه - فى تطبيقه على البيع

ان فيه احتمالات (احدها) ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري و كونه بمعنى التعهد المالى - فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للمعين وان كان

ضمانه قهر عليه كما فيه ابو حنيفة (ثانها) ان المراد بالضمان هو المعنى المصدري
 اى احداث الضمان اعضاء الشارع ام لا فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على
 الضمان فيشمل العقود المعاوضية صحيحة كانت ام فاسدة ولا يشمل موارد عدم اتمام
 الشخص على الضمان - وهو الذى فهمه ابن حمزة وجعله مدركا لعدم ضمان المنافع
 فى المقبوض بالعقد الفاسد (ثالثها) ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع اعضاء
 الشارع له - فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة والظاهر انه الذى فهمه المشهور
 منه (رابعها) ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص يعنى ان المنافع تكون
 لمن كانت العين ملكه بحيث لو تلفت تلفت من ملكه وهو الذى فهمه شيخ الطائفة
 من الخبر - فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين فيكون اجنبيا عن المقام
 (خامسها) ان المراد بالضمان احد المعان الثلاثة الاول ولكن مع كون المراد به
 ضمان نفس المنفعة لا العين - فيكون مفاده ان المنافع تملك بالملك للعين - ويدل
 على صحة الاجارة (سادسها) ان المراد به ضمان الارض والمراد بالخراج الضريبة
 المعينة للاراضى الخراجية - فيكون مفاده ان الخراج يثبت فى عهدة ضامن الارض
 ومتقبلها - (سابعها) ان المراد به ضمان التكفل - فيكون مفاده ان فائدة العين انما
 تكون بازاء دخول العين فى كفالة مالكها بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته و
 حفظه واصلاحه .

(واما) الاحتمال الاخير - فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين
 لا لكونها فى كفالته - مع - انه يختص الخبر بمثل الحيوان ولا يشمل غيره (واما)
 الاحتمال السادس - فهو خلاف اطلاقه فان حذف المتعلق يفيد العدم (واما) الاحتمال
 الرابع فقد مر ما فيه - فى بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (واما)
 الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابى ولاد الا ترى الدال على ضمان المنافع زيادة على
 ضمان العين (واما) الاحتمال الثانى فيدفعه انه مع عدم اعضاء الشارع لا تحقق حقيقة
 لاحداث الضمان (مع) انه يلزم منه ح ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل

التسليم (مع) انه يلزم منه انه لو ضمن بشىء فى ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه - فيدور الامر بين الثالث - والخامس .

والاظهر هو الاول فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التى هى الداعية اليه - ومعلوم ان الداعى للاقدام على الضمان فى العقود المعاوضية هى المنافع - ومع الاغماض عن ما ذكرناه لاجمال الخبر لا يستند اليه فى الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاة .

(قوله قد دور بما يقتضى ما ذكرناه فى معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث انه الخ) ويمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره الاصنف ره فى معنى الخبر ووفقا للشهور وقويناه هو ثبوته فى الذمة دون كون العين فى العهدة ومعلوم ان هذا المعنى لا يكون فى العارية المضمونة ويختص بالعقود المعاوضية الصحيحة (مع) انه فى العارية المضمونة ايضا ككفانه لافرق بين تملك المنفعة والانتفاع فان معنى كون الخراج له - انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة او الانتفاع ولعل الامر بالتأمل فى الكتاب اشارة الى ذلك .

فى حكم المنافع غير المستوفاة

(قوله قد دور اما المنفعة الغائية بخير استيفاء فالشهور فيها ايضا الخ) هذا هو المقام الثانى من البحث - والكلام فى هذا المقام ايضا يقع فى موردين الاول - فى دليل الضمان - الثانى فيما استدل به على عدم الضمان .

(اما المورد الاول) فيدل على الضمان حديث علي اليد بناء على ما تقدم فى بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع (ويشهد له ايضا) قاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا (وعن) الحقق الخراسانى ره الاستدلال له - بان من آثار ضمان العين ضمان

منافعها فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها (اقول) ان اريد بذلك انه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد - وان اريد به ما ذكره المحقق الايروانى ره من ان اداء العين المجهول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها وفروعها - فيرد عليه - انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين فى ضمانها فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لاشى آخر - وان اريد به غير ذلك فعليه البيان .
(واما المورد الثانى) فقد استدل لعدم الضمان بوجوده .

(الاول) ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ذلك - فان المنافع لا تضمن فى العقد الصحيح فكذلك فى فاسده (وفيه) اولاً - ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الانلاف وقد عرفت صدق الانلاف على تلف المنافع (وثانياً) ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - ضمان المنافع فى الاجارة الفاسدة وبضميمة عدم الفصل بين البيع والاجارة يثبت الضمان فى المقام (وثالثاً) ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه القاعدة اصلاً وعكسها مخصصة بما هو مصب العقد .
(الثانى) ان البايع فى صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً (وفيه) ان البايع لا ينظر له الى المنافع وانما يسلط المشتري على العين اذ ليس متعلق العقد بالمنفعة وانما هو العين مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاة كما لا يخفى .

(الثالث) قوله ^{عليه السلام} فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري انه يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بالقيمة - بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة وساكنت عن ضمان غيرها فى مقام البيان (وفيه) ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة وانه يكون الولد حراً وعليه قيمته ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الاخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما (والغريب) ان المصنف ره فى اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد ذكر

الرواية وجعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة - وفى المقام جعلها من المستوفاة وقد تقدم ماهو الحق عندنا .

(الرابع) صحيح قيس الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه قل ^{طالع} الحكم ان يأخذ الوليدة وابنها بتقريب انه ساكت عن المنافع الفائتة وهو وان ورد فيما اذا كانت العين لغير البائع الا انه يدل على حكم المقام بالاولوية - ويرد عليه - ما اوردها على سابقه .

(الخامس) صحيح ابي ولاد الانى الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها - واذا ثبت عدم الضمان فى المصوب ثبت فى المقام بالاولوية (وفيه) انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة فانه وان كان يتصور لها منفعة اخرى - الا انها تضاد مع المستوفاة - وبعبارة اخرى - كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البذل - وحيث - انه استوفى واحدة منها ولم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة (مع) انه ^{عليه} فى هذا الصحيح فى مقام الرد على ابي حنيفة وبيان ان عليه كرى البغل وليس فى مقام بيان احكام اخر (فتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان

(قوله قد حصل من ذلك كله ان الاقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة الخ) - اقول - لا يخفى ما فى عد التوقف فى الحكم مطلقا - او مع العلم بالفساد من الاقوال فى المسألة - فالاقوال ثلاثة .

(قوله قد وه على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة الخ) لا يخفى انه قد حكم بالضمان اولا - ثم بعده - ثم توقف فى حكم المسألة ثم قوى الضمان - واورد عليه السيد فى الحاشية بانه ان لم يتم ما ذكر وجها للضمان - لما صح القول به لاجل الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول وعدم معلومية الشمول للمقام فتدبر .

فى المثللى والقيمى

(قوله قد رابع اذا تلف المبيع فان كان مثلياً وجب مثله الخ) اقول الكلام فى هذا الامر يقع فى مواضع - الاول - فى تعريف المثللى والقيمى - الثانى - فى انه لو شك فى مورد فى انه يجب رد المثل او القيمة مقتضى الاصول العملية ردايهما - الثالث - فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية - وقبل الشروع فى الكلام فى هذه المواضع لابد من التنبيه على امر .

(وهو) انه لم يقع لفظاً المثللى والقيمى فى شىء من الروايات (نعم) المشهور بين الاصحاب انه لو تلف شىء تحت يد غير المالك الذى لا يكون مازوناً فيه - يجب رد مثله ان كان من المثلليات ورد قيمته ان كان من القيميات .. بل ادعى عليه الاجماع (وحيث) ان المثللى والقيمى - ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق واختلفت كلماتهم فيهما فى جملة من الموارد (فقد وقع) الخلاف فى انه هل يرجع الى العرف فى تفسيرهما ولا يتبع تفسير العلماء وان اتفقوا على امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف ام لابد من البناء على المثلية فى خصوص ما اذا اتفقت كلماتهم على كون شىء كك ولا يرجع فى ذلك الى العرف - ام لا اعتبار بالعرف - ولا باتفاق العلماء بل يرجع فى كل مورد الى ما يفهم من اطلاقات ادلة الضمان .

(ومشأ) هذا الخلاف ان الاجماع على ضمان المثللى بالمثل والقيمى بالقيمة - هل هو من قبيل الاجماع على القاعدة ويكون الاجماع كاشفاً عن صدور الحكم عن المعصوم ^{عليه السلام} متعلقاً بهذين العنوانين - ام هو من قبيل الاجماع على الحكم فى الموارد الخاصة بجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين - ام هو من قبيل الاجماع على تفسير الاطلاقات الواردة فى الضمان وليس من قبيل الاجماع على القاعدة ولا من قبيل الاجماع على الحكم (اذ) على الاول لابد من الرجوع فى تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن فى العناوين المأخوذة فى متون النصوص ولا عبرة بتفسير الفقهاء

- وعلى الثانى - لابد من الاخذ بما اتفق عليه المجمعون ولا عبرة بنظر العرف وفهمهم كما هو واضح - وعلى الثالث - لا عبرة بشىء منهما - وحيث انه لم يثبت كون الاجماع فى المقام من اى قسم من هذه الاقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف ولا بتفسير الفقهاء - وعليه فيتعين الرجوع الى الادلة واستعرف مقتضاها - فلا اثر للنزاع فى ان المثللى ما هو - وكيف كان فقد عرفت انه يقع الكلام فى مواضع .

الاول فى تعريف المثللى والقيمى - فعن المشهور تفسير المثللى - بانه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة - والمراد من الاجزاء الجزئيات والافراد والمراد من التساوى التساوى من غير جهة الكم - فمحصل المراد ان المثللى ماله مماثل فى الصورة و الصفات التى تختلف بها الرغبات وتفاوت بها القيم - واظن ان (ما) عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه وتماثلت صفاته (وما) عن الدروس والروضة - من انه - المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات (وما) عن بعضهم من انه ما يجوز بيعه سلما (وما عن) آخر ما يجوز بيع بعضه ببعض - ايضا ترجع الى هذا المعنى ولا اختلاف بينهم بحسب المراد .

وقد اورد على هذا التعريف بايرادات (الاول) انه ان اريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعروف اذ ما من مثلى الا واجزائه مختلفة فى القيمة كالحنطة فان قفيزا من حنطة تساوى عشرة ومن اخرى تساوى عشرين وان اريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب والارض (وفيه) ان الميزان وجود المماثل له كان الجامع بينهما هو الصنف او النوع او الجنس - ففى الحنطة يكون كل صنف منها مثليا - وهذا هو مراد كل من جعلها مثلية .

(الثانى) انه ان اريد تساوى الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساوى حقيقيا فقلما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك فى اكثر القيميات (وفيه) ان المراد هو الاول وعرفت ان المراد هو التساوى فى الصفات الموجبة لاختلاف القيم - وعليه - فدعوى

اختلاف افراد الصنف الواحد فى الصفات الموجب لاختلافها فى المالية مجازفة - و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة فى المالية بالنسبة الى الافراد من صنف واحد وان كان لا ينكر الا انه لا يضر بالمثلية .

(الثالث) انه ربما يوجد لبعض ماهو من القيميات مماثل بهذا المعنى - كما لو فرضنا حيوانين مثليين فى جميع الخصوصيات مع انه لا ريب فى كون الحيوان قيميا (وفيه) ان اليزان هو وجود المماثل نوعا وبحسب الغالب ولا عبرة بوجود المثل فى النادر اذ العرف يحكمون بضمن القيمة فى هذه الموارد .

(ثم ان) القيدىن الاخرين الذين ذكرهما المحقق النائينى ره (احدهما) ان يكون التساوى فى الصفات بحسب الخلقة الالهية كالجوبات لا ما كان كك بحسب الصناعة البشرية - فالمسكوكات من القيميات لا المثلثيات (ثانيهما) ان لا يتغير بالبقاء او بتأثير من الهواء كالفواكه (لا يكونان معتبرين) اذ لوجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الاشياء - اى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية - وما يتغير بالبقاء وبتأثير الهواء من القيميات - مع انه يكون الاختلاف فى ذلك بحسب الازمان والامكنة والكيفيات ومن الواضح انه لو كان شىء مثليا فى زماننا - كالشوب - و الكتاب وغيرهما يعامل معه معاملة المثلثى وان كان فى سالف الزمان من القيميات .

فى بيان ماهو المرجع عند الشك فى المثلية و القيمة

الموضع الثانى - فى بيان المرجع عند الشك فى المثلية و القيمة وفيه وجوه واقوال (الاول) ان الاصل الذى يرجع اليه هو تخيير الضامن بين المثل او القيمة (الثانى) انه تخيير المالك بينهما (الثالث) الضمان بالمثل (الرابع) الضمان بالقيمة (الخامس) القرعة (السادس) الرجوع الى الصلح القهرى .

وقد استدلل للاول - باصالة برائة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره .

واورد عليه - بايرادات (الاول) ان الاجماع قائم على عدم التخيير بين المثل او القيمة فانه اما يتعين المثل او القيمة - وفيه (اولا) انه فى الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا بل هو ايضا محتمل (وثانيا) ان اجماع عليه - انما هو عدم التخيير واقعا لاعدمه ولو فى الظاهر .

(الثانى) ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائنى والمحقق الاصفهانى رهو ان المقام من قبيل دوران الامر بين المتباينين - فان المراد بالقيمة ليست هى المالية السارية فى كل مال بالحمل الشايع - حتى يقال ان وجوب اداء المالية متيقن والشك فى وجوب رعاية امر زائد وهى خصوصية الطبيعة المماثلة للتالف فيجرى عنها البرائة - بل المراد بها المالية المحضة التى لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم والدينار واشباههما ولذا ليس للضامن ان يؤدى بدل القيمة التالف شيئا آخر فتعين النقود فى القيمات شاهد كون القيمة هى المالية المحضة - لا المالية السارية - فالتفاوت بين المثل والقيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا - والماهية بشرط شئ وهما متباينان فلا بد من الاحتياط ولا مورد للبرائة (وفيه) ان القيمة التى يضمن بها فى القيمات - هى صرف المالية - لا المالية بشرط لا - وحيث ان مطابقتها للنقود واما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخر فللمالك طلب النقد خاصة والامتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها البازل - ولذا لورضى المالك بشئ آخر غير النقدين كان ادائه وفاء لما فى ذمته ولا يحتاج الى معاملة جديدة (وعليه) ففى مورد الشك فى المثلية والقيمة يصح ان يقال ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم والشك انما هو فى الاشتغال بالخصوصية الزائدة والاصل عدمه وحيث ان الشك المزبور سبب للشك فى لزوم اعطاء صرف المالية المعراة عن الخصوصية تحصيليا لرضا المالك وثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها فيجرى البرائة عن ذلك ايضا - فتكون نتيجة الاصلين تخيير الضامن فى دفع ايها شاء .

(الثالث) ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الامر بين التباينين فهو من قبيل دوران الامر بين التعيين والتخيير والاصل فيه التعيين فيجب رد المثل (وفيه) ما حققناه فى محله من ان الاصل فى الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين .

(الرابع) ان الحكم الظاهرى يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع و الا فلا يكون مجعولا - وفى المقام اذا علمنا بان الواقع اما المثل معيننا - او القيمة كك - فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع فلا وجه للبناء عليه (وفيه) ان التخيير الذى بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الاصول بل هو نتيجة جريان البراهتين التين لاعلم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع والعلم بمخالفتهم معا للواقع لا تضر بجريانهما معاً (فتحصل) ان الاظهر هو تخيير الضامن .

(وقد استدلل) على الثانى وهو تخيير المالك - بانه اذا لم تجر اصالة البرائة بالقياس الى الضامن لما تقدم وتعين عليه دفعهما فاذا اختار المالك احدهما لاريب فى كونه مسقطا للذمة لان ما يختاره اما هو البديل الواقعى - او يكون بديل البديل من جهة رضاء المالك بغير الجنس فى مقام الوفاء وعلى اى تقدير يكون مسقطا - فما يختاره المالك يكون مسقطاً قطعاً و غيره مشكوك و الاصل عدم السقوط الا بما يختاره المالك (وفيه) ان محل الكلام انما هو فما اذا لم يرض المالك الا بما هو حقه - ولم يرض الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا - واما صورة تراضيها على امر فهى خارجة عن محل الكلام فانه فى هذه الصورة لا كلام فى جواز رد القيمة وان تعين دفع المثل وكك العكس ومن المعلوم ان اختيار المالك ليس معيننا لما يجب دفعه ولا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى .

(واستدل للثالث) وهو تعيين المثل - بوجهين (الاول) ان المثل والقيمة من قبيل الاقل والاكثر - والدوران بينهما من قبيل دوران الامر بين التعيين والتخيير والاصل فى هذا المورد هو التعيين (وفيه) ما حققناه فى محله من ان الاصل فيه هو التخيير (الثانى) ان مقتضى عموم على اليد هو تعيين دفع المثل مطلقا خرج عنه بالاجماع

القيميّات و من الواضح ان الاجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع فى صورة الشك هو عموم العام - (و فيه) انه لو سام كون مقتضى عموم على اليد هو تعيين المثل مطلقا - ان الخارج عنها بالاجماع ليست هى الموارد الخاصة بل عنوان القيمى - فلو شك فى شىء انه قيمى او مثلى يكون من الشك فى المصداق وليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية.

(والاستدلال) للقول الرابع - بان مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقا خارج منه المثلى فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام - (وفيه) مضافا الى ما ستعرف من عدم دلالة النبوى فى نفسه على ذلك - انه عند الشك فى كون شىء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كما تقدم آنفا .

(والاستدلال) للقول الخامس - بعموم ادلة القرعة - (و فيه) اولا انه انما يرجع اليها فى صورة عدم تعيين الوظيفة بالامارة او الاصل - وقد عرفت ان مقتضى الاصل هو تخيير الضامن - (ونائبا) انه تختص اولتها بالشبهة الموضوعية ولا تشمل الشبهة الحكمية.

(والاستدلال) للقول السادس - بانه من جهة ان الامر دائر بين المتباينين و كما يجب على الضامن دفعهما معاقضاء للعلم الاجمالى لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الاجمالى بحرمة اخذ احدهما فلا مناص الاعن الصلح - (و فيه) ما عرفت من ان الاصل يقتضى تخيير الضامن .

فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية والقيمية

(الموضع الثالث) فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية فى هذا المقام - والادلة التى ركنوا اليها فى المقام ثلاثة.

(الاول) - النبوى المتقدم - على اليد ما اخذت حتى تؤدى - وقد استظهر المصنفه منه تخيير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على

بقاء عهدة العين وانه لاراع لها سوى ادائها - وقد قام الاجماع على سقوطها بدفع ما رضى به المالك وبقى الباقي (اقول) الوجوه المحتملة فى الحديث اربعة (احدها) ان يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور (حتى) فى كون مدخولها رافعا لما قبلها - وغاية لها - وظهور ذلك فى كونه ممكن الحصول - اذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت فى المغيبا بحال وجود العين (ثانيها) ان يكون الحديث دالاعلى كون العين فى العهدة مادام وجودها وبتلفها تتقلب العهدة الى ذمة المثل او القيمة كما عليه المشهور - من جهة ان مقام الحديث كون الماخوذ تلفه على الآخذ (ثالثها) ان يكون المراد به بقاء العين فى العهدة ولو بعد التلف ويكون دفع المثل او القيمة مسقطا لها وقد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين (رابعها) ان يكون مفاده بقاء العين فى العهدة حتى بعد التلف ودفع المثل او القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين يعنى حق المالك لمطالبة العين وحق الضامن كى لا يكلف بغير المقدور.

وما ذكره لا يتم على شىء من هذه الوجوه (١٠١) على الاول فواضح (و اما) على الثانى فلان سقوط العهدة بالتلف معلوم والشك انما هو فيما ثبت فى الذمة فلا وجه التمسك بالعموم فى هذا المقام (واما) على الثالث فلان التخصيص الذى قام الاجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك بل هو انما يكون - بالمثل او القيمة فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لاسمى الى التمسك بالعموم - وعلى القول بانهما من قبيل الاقل والاكثر - وان كان يتمسك بالعموم فى الشبهة المفهومية ولكن لازمه تعيين المثل - مع - انه لا يرجع اليه فى الشبهة الموضوعية (واما) على الرابع فلا شك فى بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم بل وجوب دفع البذل انما يكون ثابتا بدليل آخر (ثم انه) يدفع الاحتمال الاول - لزوم ركاكة هذا الكلام اذ كون اداء العين رافعا ومسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج الى بيان - مع ان ما ذكر من ظهور الجملة فى كون الغاية ممكن الحصول - انما يتم بالقياس الى ما لا يمكن حصوله لاما اذ امكن فى

زمان دون زمان كما لا يخفى - و يدفع الا حتمال الاخير الضرورة و الاجماع فيدور الامر بين الثاني و الثالث (و الاظهر) هو الثالث - اذ كون العين بنفسها في العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها وعدمها في عالم العين لا ينافي وجودها في عالم الاعتبار - و حيث ان الظاهر من الحديث كون الماخوذ بنفسه في العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

(الثاني) ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات والامانات المفترط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل اذ هي على كثرتها لا تكون متعوضة لبيان المضمون به الا ما شذ وندر فيعلم من ذلك اتكاله علي ما هو المتعارف عند الناس - و من المعلوم ان المتعين عندهم تعين رد ما هو الاقرب الى العين بعد عدم امكان رد العين نفسها - والاقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية والخصوصيات الفاتئة التي تختلف بها الرغبات - فيتعين ذلك (ثم انه) في صورة عدم التمكن من رده ايضا - يراعى ما هو الاقرب الى التالف بعد المثل و هو القيمة من النقدين و شبههما لان غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف ومعلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من الشتمل عليها - وبعبارة اخرى ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما .

(وفيه) اولا انه لو تم لاختص لزوم اداء المثل بما اذا كان موجودا نوعا اذا المعلوم من حل العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمنين بالاقرب مطلقا فلا عبرة بوجوده احيانا - (وثانيا) ان الاقربى ليست مناط الحكم بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس - و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالية و لذا تربهم لا يطالبون المثل لوسقط عن المالية و لا يلتفتون اليه ولا يلزمون بدفعه اذ ازاد قيمته - (وبالعجالة) المعيار عندهم هو القيمة - و عليه - فهذا الوجه يقتضى تعيين القيمة (الثالث) قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم قيل انه يدل على تعيين المثل في المثلى والقيمة في غيره

بتقريب ان مماثل ما اعتدى هو المثل فى المثل والقيمة فى القيمة
(و اورد عليه) بوجوه (الاول) انه مختص بالمثل عدوانا (الثانى) ان
مدلوله اعتبار المماثلة فى مقدار الاعتداء لا المعتدى به (الثالث) ان النسبة بين مقتضاه
و مذهب المشهور عموم من وجه - فقد يضمن بالمثل بمقتضى الاية الشريفة ولا يضمن
به عند المشهور كما لو اتلف عليه عبدا و لى ذمة المالك بسبب القرض عبده و صوف
بصمات التل فان مقتضى الاية الشريفة التهاثر القهرى - و المشهور غير ملتزمين
بذلك وقد ينعكس الامر - كما لو فرض نقصان المثل - عن التلف من حيث القيمة
نقصانا فاحشا فان مقتضى الاية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضاءها اعتبار
المماثلة فى الحقيقة والمالية و المشهور ملتزمون بتعين المثل و قد يجتمعان فى
المضمون به و فى الكل نظر (اما الاول) فلعدم القول بالفصل (و اما الثانى) -
فلان الظاهر من الاية المماثلة فى المعتدى به - لان حملها على ارادة المماثلة فى
الاعتداء يستلزم - كون الباء زائدة و كون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف - وهو
اعتداء - وهذا خلاف الظاهر (و اما الثالث) فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال
بالاية الشريفة مع انه ستعرف ما فيه

(ولكن) الانصاف ان مقتضى اطلاق الاية الشريفة لاسيما بعد ملاحظة موردھا
وهو مقاتلة المشركين فى الشهر الحرام (و ما) عن التهذيب عن الامام الصادق (ع) فى رجل
قتل رجلا فى الحرم وسرق فى الحرم فقال (ع) يقام عليه الحد وصغار له لانه لم ير للحرم
حرمة وقد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم يعنى فى الحرم
وقال فلا تعدوا ان الاعلى الظالمين هو ارادة اعم من المماثلة فى الاعتداء و المعتدى
به و كيفياته لانهم لا تدل على الضمان واشتغال الذمة بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل فلو
تصرف فى حنطته جاز له التصرف فى حنطته ايضا ولا تدل على ازيد من ذلك .

ثم انه يقع الكلام فى انه على فرض دلالة الاية على الضمان هل تدل على ان
ضمان المثل انما يكون بالمثل و القيمة كما عن شيخ الطائفة او تدل

على وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف - ام تدل على غير ذلك

أقول - محتملا أنها اربعة (الاول) ان يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة - اي المماثلة في الحقيقة والمالية - من جهة ان المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية - ولارم ذلك ما افاده المصنف ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجزى به في مقام الاداء - (الثاني) - ان يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة - من جهة انها المماثلة العرفية - ولازمه ما افاده المشهور من تعيين المثل مطلقا وان نقص قيمته عن التالف - (الثالث) ان يراد بها المماثلة في المالية من جهة ان الاغراض العقلانية في باب الاموال متعلقة بحيشية المالية ولازمه - تعيين القيمة مطلقا - (الرابع) ان يراد بها مطابق المماثلة اي المماثلة من اي وجه كان - ولازمه التخيير في اداء ايهما شاء - والظاهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه

فظهر مما ذكرناه امور - الاول - ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الآية على ان المثلى يضمن بالمثل والقيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه وتطبيق الآية عليه - الثاني ان ما اختاره الشيخ الاعظم ره خلاف الظاهر - (الثالث) ان ما اختاره المشهور هو الذي تدل عليه الآية على فرض دلالتها على الضمان -

(قوله قدده لكن اعلمه من جهة صدق اداء القرض الخ) (وفيه) انه اذا كان المفروض عدم حل نقد القرض - وكون المتمعين في القيميات القيمة ازم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ما ثبت في الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لامناص من بنائه على كون ردها حلالا عقد القرض - ار ان القيمة في القيميات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق - و عليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل . .

(قوله قدده وعموم الآية الخ) ما ذكره قدده لا يتم في الشبهة المصدقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا .

(قوله قدده مضافا الى الخبر الوارد في ان اللازم على من عليه دراهم الخ) النص

هو صحيح معاوية - و مكاتبة يونس و ظاهرهما فى بادى النظر و ان كان سقوط المالية الدراهم رأسا الا انهما قبالان للحمل على نقص القيمة - و بازائهما - مكاتبة اخرى ليونس و الترجيح للاولين .

(قوله قدده الحق بالقيمي الخ) ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائى قدم من انه بناء على الرجوع الى عموم مادل على وجوب المثل مطلقا فى مورد الشك فى المثلية و القيمة كما هو مختاره قدده على ما صرح به قبل اسطر لافرق بين ما علم مثليته و ما شك فيها - فكما انه فى المورد الاول يجب اداء المثل و ان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع عن قيمة التالف كك فى المورد الثانى لا يدمر البناء عليه - فلا وجه للبناء على اللاحاق بالقيمي (اقول) الظاهر هو الفرق بينهما - فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد و الا قد صرح قبل ذلك بان مقتضى الاية و اطلاقات الضمان عدم الزام المالك بالمثل لاقتضاءهما اعتبار الممانلة فى الحقيقة و المالية - وعلى هذا ففى مورد الشك حيث لا اجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين .

(قوله قدده فى المثل) اقول الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على مسلكه من دلالتها على اعتبار الممانلة فى الحقيقة و المالية - هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لا الرجوع الى القيمة مطلقا -

اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل

(قوله قدده الخامس ذكر فى القواعد انه لو لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد الخ) اقول قبل الشروع فى البحث لا بد من تقديم مقدمات (الاولى) انه اذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية او لترقى القيمة السوقية - و ان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من اوصافها او جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد و

ان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها بل
لوسطت عن المالية بالكلية لايجب عليه رد شيء آخر

(الثانية) ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الاداء بمعنى

كون العين في العهدة وان الانتقال الى المثل او القيمة انما هو حين الاداء

(الثالثة) ان محل الكلام في المقدم ليس هو ما اذا ازادت القيمة السوقية

للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه - فانه لا اشكال في هذا المورد في

وجوب الشراء فانه ان اريد اداء القيمة لابد من اداء قيمة يوم الاداء فعلى اى تقدير يتعين

صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشراء لاضرر وغيره بل محل

البحث ما ذالم بوجود المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال - والاقوال فيه ثلاثة (الاول)

وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة و المصنف ره (الثاني) عدم وجوب

الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل وسيأتى اختاره جمع آخرون (الثالث)

ما افاده السيد ره وغيره وهو التفصيل بين ما لو علم الاخذ بعدم الاستحقاق - وما لو لم

يعلم بذلك فيجب الشراء في الاول دون الثاني

(واستدل) للاول باطلاق النص والفتوى (وفيه) ان اطلاق النص يرفع اليد عنه

لحديث لاضرر لما حكم على جميع ادلة الاحكام الواقعية (واردد) على التمسك بحديث

لا ضرر في المقام - بايرادات .

(الاول) ان هذا الحكم بنفسه ضررى في جميع الموارد فلا محالة يكون دليلا

مخصصا للحديث (وفيه) انه يتم بالنسبة الى المقدار الزايد كما لا يخفى

(الثاني) ان جر يان دليل الضرر في الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع

المالك من مطالبة المثل بحقه (وفيه) ان كون حقه المثل في هذا الفرض اول

الكلام .

(الثالث) انه لا ضرر في متعلق التكليف وهو دفع المثل و انما الضرر - في

مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل - فلا وجه للتمسك بحديث نفى

الضرر لعدم وجوبه - (و فيه) اولا ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر (و ثانيا) ان حديث لا ضرر لا يختص بما اذا كان متعلق بالحكم ضرريا - بل يدل على نفى الحكم الناشى من قبله للضرر - وفي المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل .

(الرابع) انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق (و فيه) اولا انه لو تم فانما هو فى صورة العام بعدم الاستحقاق واما فى صورة الجهل فلا يتم - و بذلك ظهر مدرك القول الثالث (و ثانيا) ان اخذ العين انما يكون اقداما على ضمان المثل - و ان كان لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل اذا كان حكمه فى الشريعة هو ذلك فلا يصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور - وبعبارة اخرى - الاقدام على الضرر انما يكون متوقفا على ثبوت هذا الحكم - ولو توقف ذلك عليه لزم الدور - (و ثالثا) ان الاقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا ضرر - الا فى الموارد التى يكون رفع الحكم خلاف الامتنان او غير موافق له (و الغريب) ان السيد قد فى العروة بناءه على ذلك ولذا افتى بطلان وضوء من تحمل الضرر و نوضاً - و مع ذلك فى المقام استند الى قاعدة الاقدام (و رابعا) ان الاقدام المانع عن جريان الحديث و التمسك به هو الاقدام على الضرر كما لو توضأ بالماء مع كون الوضوء ضرريا - واشترى شيئا مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة - و اما لو فعل فعلا الذى لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرريا كما لو اكل فى الليل شيئا يكون اكله سببا لكون الصوم ضرريا عليه او اجنب نفسه مع كون الغسل ضرريا عليه - فلا يكون ذلك الاقدام سببا لعدم شمول الحديث فتدبر فانه رقيق والمقام من قبيل الثانى فان اخذ العين هو المقدم عليه وهو ليس ضرريا او الضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشملة لا ضرر (فتحصل) ان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء (ويشهد له) مضافا الى ذلك ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثير امبذولا - والا فهو قيهى - ولا فرق فى ذلك بين كون

عزة الوجود بدوية او طارية فكون الشيء مثليا في زمان لا يوجب كونه كك الى الابد - فلا يظهر عدم وجوب الشراء -
و مما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه .

إذا سقط المثل عن المالية

(قوله قدّه بل ربما أحتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل في زمان الدفع عن المالية الخ) اقول قد تقدم انه لا اشكال في انه اذا سقطت العين المأخوذة عن المالية من دون ان ينقص منها شيء ولا من صفاتها ومنافعها لا يجب عليه شيء سوى ردّها - انما الكلام فيما اذا تلفت وكانت مثلية وسقط المثل عن المالية - و الاظهر هو عدم الانتقال الى القيمة وكفاية رد المثل - وذلك فان مقتضى الادلة وجوب المثل واما المالية المنتزعة من ميل الناس ورغبتهم او اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول في هذا الزمان فهي لا تكون مضمونة - وان شئت قلت ان العين بمالها من الخصوصيات تكون في العهدة الى حين الاداء - وهي في الفرض حين الاداء لقيمة لها فلا وجه للانتقال الى القيمة - و اداء قيمة يوم الاخذ او يوم التلف والفائت انما هو رغبات الناس او اعتبار المعتبر لاشيء من المأخوذ .

ويشهد لما اخترناه مضافا الى انه مقتضى القاعدة - (صحيح) معاوية بن سعيد - عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شيء صاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس - فقال (ع) لصاحب الدراهم - الدراهم الاولى .

وقد استدل على ضمان المالية في هذه الصورة - بوجوه - (الاول) ان الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها فان الماء في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ - و الثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف - فاذا اخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف - تكون خصوصية الزمان والمكان في عمدة الضامن - و

لا يكون ردهما في الشاطيء والشتاء - اداء للمأخوذ فلا مناص عن رد القيمة اداء للخصوصيتين - (وفيه) مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية اذا سقطت العين عن المالية - وتدارك النقصان اذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة - مع انهم غير ملتزمين بذلك - ان الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية - بل اصل القيمة وترقيها ينشآن من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها تنشآن من كثرة الوجود وقلة الطالب - بلا دخل للزمان والمكان في ذلك - فان الثلج في الصيف اذا كثرا وقل طالبه ينقص ماليته او يسقط عنها - وهو في الشتاء اذ قل وكثر راعبه يصير غاليا - فالمعيار ما ذكرناه (وبالجملة) سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما اذا صار الثلج ماء - و اخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لاجل كثرة وجوده او غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصيات ففي الاول يحكم بالضمان لعدم ادلته ولا يحكم به في الثاني.

((الثاني)) حديث لا ضرر بتقريب ان المأخوذ حين اخذه كان له مالية - فاذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضرر اعلى المالك والحديث ينفيه (وفيه) انه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الاعظم ره وهو نفى الضرر غير المتدارك ثم ما ذكر فان لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالامر به في الشريعة المقدسة - و ان كان ثبوت ضمان الآخذ على هذا الوجه ايضا لا يخلو من اشكال فان غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك اما كون المتدارك هو الآخذ فلا يدل عليه فليكن التدارك من بيت المال (ولكن) قد حقهنا في محله ضعف المبنى - و ان الحديث انما ينفي الاحكام الضرورية ولا يثبت به به حكم - فلا يثبت به الضمان في المقام

((الثالث)) ما افاده المحقق الاصفهاني ره - وهو ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلا على التضمن والتغريم فلا بد من رعاية حيثية المالية اذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال ثم قال ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية و سقوطه المثل عن المالية فان رد المالك بلحاظ ملكيتها لا باحاط

ماليتها لكن التضمين و التفریم بلحاظ ماليتها فيجب حفظ المالية في الثانى دون الاول (اقول) يرد عليه قده امران (الاول) انه لا فرق بين العين و المثل و وجوب رد كليهما انه ثابت عموم على اليد و هو بالنسبة اليهما على حد سواء فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لامناص عن القول به في العين (الثانى) ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها - والمثل بعد تلفها ان كان مثليا وقد تقدم ان المماثلة المعتبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة و حيث ان المالية ليست صفت في العين او المثل - فلا وجه لضمانها (وان شئت قلت) ان العين بعد تلفها انما تكون في العهدة الى حين الاداء و هي على الفرض لامالية لها حينه فلا وجه لادائها فتدبر (فتحصل) ان الاظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر رد و احتمله في القواعد من انه اذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض الى القيمة بل يكفى رد المثل

قوله قده ثم انه لا فرق في جواز مطالبة المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف الخ اقول لا ينبغي التوقف في جواز مطالبة المالك لماله من العين او المثل في اى مكان كان - اعموم الناس مساطون على اموالهم - و كذا لا اشكال في وجوب رد العين اذا كانت موجودة - و المثل اذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمته في مكان التلف - انما الكلام فيما اذا كانت قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمته في مكان التلف - وفيه وجوه واقوال (الاول) وجوب رده على الضامن (الثانى) عدم وجوبه (الثالث) التفصيل بين البلدان التى نقل الضامن العين اليها - وبين غيرها - فان طالبه في احد تلك البلدان وجب الرد وان طالبه في غيرها لا يجب (واستدل) السيد قده للاخير بانصراف ادلة الضامن نظير ما يقال في القرض من الانصراف الى بلد وقوعه فان المستفاد منه وجوب الرد والافع في مكان ذلك المال ولا يفهم جواز الالتزام بذلك في كل مكان اراد المالك (وفيه) انه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا - وهذا بخلاف باب الضامن (والاظهر) هو الاول - لان العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم فمال المالك

في عهد الضامن. ومقتضى عموم على اليد ما اخذت وغيره من الادلة لزوم الخروج عن عهده في اى مكان كانت المطالبة .

لو تعذر المثل في المثلى

قوله قد السادس لو تعذر المثل في المثلى فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة (الخ) اقول- الكلام في هذا الامر يقع في مقامات (الاول) في انه اذا تعذر المثل في المثلى هل يكون مضمونا بالقيمة - ام لا- والكلام في هذا المقام يقع في موردين (الاول) في ما اذا طالب المالك (الثانى) فى فرض عدم مطالبته:

(اما المورد الاول) فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه (احدها) ما ذكره المصنف ره بقوله لان منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقيقين - (وفيه) ان الامتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما اذا كان حقه هو القيمة فى فرض تعذر المثل و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه فثبوت الاستحقاق به دورى (الثانى) ما افاده السيد فى الحاشية والمحقق النائينى ره وهو ان للمعين جهات ثلاث الخصوصية الشخصية - و الخصوصية النوعية - والحيشية المالية - فمقتضى الادلة وجب رد جميعها على الآخذ - فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الآخريتين - كذلك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة فيجب رد القيمة من هذه الجهة (وفيه) ان المالية الواجب ردها فى المثلى انما هى المالية الخاصة الموجودة فى المثل - فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر (الثالث) ما استند اليه السيد ره ايضا وهو حديث لاضرر فانه يدل على نفى كل حكم وجودى او عدمى ينشأ منه الضرر فى الشريعة و من تلك الاحكام هذا الحكم - (وفيه) ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان ومن باب تعذر ادائه - و اما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا

يكون ضررا عليه فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه و اثبات حقه به دور واضح (الرابع) ما افاده المصنفه ايضا وهو قوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) بتقريب ان الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى - (وفيه) ان الاية على فرض دلالتها على الضمان انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل - ولاتدل على ان الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه - والالزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل .

(والصحيح) ان يستدل له بما تقدم من ان الشئ اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى - من غير فرق بين التعذر فى جميع الاعصار او فى عصر واحد - ومن باب الانفاق - فالمثل المتعذر مثله قيمى فللمالك مطالبة القيمة لانها حقه - (والغريب) ان المحقق النائنى ره مع تصريحه بهذا فى الامر السابق - لم يلتزم به فى المقام بل صرح بخلافه فراجع .

(الهو رد الثاني) فى انه اذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا - فيه وجهان بل قولان - اظهرهما الاول فانه بناء على ما عرفت فى وجه لزوم اداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا فى القيمة قبل المطالبة فللضامن الزامه بقبول حقه (نعم) بناء على ما افاده المصنف ره فى وجه ذلك اولا - ليس للضامن الزامه بذلك - فان الانتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع بين الحقين فاذا لم يطالب المالك لما كان وجه الانتقال - وبهذا التقريب يظهر انه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى ره - من انه اذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة فجاز الزامه باخذ القيمة وتفرغ ذمة الضامن عن حقه .

فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم

المقام الثانى فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم - والوجوه

المحتملة التي بعضها اقوال خمسة عشر - الا ان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف ومنشأ الاختلاف الخلاف فى امرين (احدهما) ان المدار فى القيمى على قيمة يوم الدفع - او قيمة يوم الغصب - او قيمة يوم التلف - او اعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم الدفع - او الاعلى من يوم الاخذ الى يوم التلف - وسيأتى فى الامر السابع تنقيح القول فى ذلك (ثانيهما) انه بناء على الانتقال الى القيمة هل العين تصير قيمية - او القدر المشترك بينهما يكون قيميا - (وحق) القول فى المقام يقتضى التكلم فى موردين - الاول فى بيان المختار - الثانى - فى بيان الوجوه التى ذكرت او يمكن ان تذكر لسائر الاقوال .

(اما الاول) فحيث عرفت ان العين تكون فى العهدة الى زمان الاداء - وعرفت فى ضابط القيمى والمثلى ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية - وستعرف ان العبرة فى القيميات بقيمة يوم الاداء فلا محالة تعرف ان المدار فى المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع .

(واما الثانى) (فان قيل) ان الماخوذ بنفسه يصير قيميا يأتى فيه احتمالات خمسة - وهى - قيمة يوم الاخذ - قيمة يوم التلف - قيمة يوم الاداء - اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف - اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع (و ان قيل) ان المثل يصير قيميا جاء فيه ايضا احتمالات خمسة - وهى - قيمة يوم الغصب وهو يوم تلف العين فانه يوم غصب المثل و كونه فى الذمة الى يوم اعواز المثل - قيمة يوم الاداء - قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل - اعلى القيم من يوم تلف العين الذى يوم غصب المثل الى يوم اعواز المثل الذى هو يوم تلفه - اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء - (وان قيل) ان الجامع بينهما يصير قيميا - جاء فيه ايضا احتمالات خمسة وهى - قيمة يوم الاداء - وقيمة يوم الغصب وهو يوم غصب العين اذ غصب القدر المشترك يكون بغصب العين - وقيمة يوم التلف - وهو يوم اعواز المثل فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من ادائه واعلى القيم

من يوم الغصب الى يوم الدفع - واعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف - (وحيث) ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيميا - وهما الاولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون الماخوذ قيميا - وهما الثانى والثالث - كما لا يخفى - واحتمالات اربعة من القول بكون الجامع بصير قيميا وهى غير الاخير ينطبق مع احتمالات القولين الاولين وانما لا ينطبق خصوص الاخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الاعلى من يوم غصب العين الى يوم الاعواز فالمتحصل من هذه المسالك ان الاحتمالات التى لها وجه تسعة - وهناك احتمال آخر وهو كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناء على ان انقلاب المثل اليها انما هو حينها - هذه هو الاحتمالات التى لها وجه - واما غير ذلك من الاحتمالات فاما لاساس لها - اولا تتفاوت بها القيمة مع المحتملات المذكورة .

(فحصل) ان المحتملات التى لها وجه عشرة - الاول - قيمة يوم قبض العين الثانى - قيمة يوم تلفها - الثالث قيمة يوم اعواز المثل - الرابع قيمة يوم الدفع - الخامس - اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الدفع - السادس اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء - السابع اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها - الثامن اعلى القيم من يوم قبض المثل الى تلف العين الى يوم الاعواز - التاسع اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الاعواز - العاشر قيمة يوم المطالبة - وبذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المحقق النائينى ره وهو ان الاحتمالات ثمانية - مع - ان المحتمل الثالث فى كلامه قد متحد مع الخامس فراجع وتدبر .

لا فرق بين التعذر البدوي والطارى

المقام الثالث - ظاهر كلام العلامة اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طرو التعذر - لاماتعذر فيه المثل ابتداء وعن جامع المقاصد انه ح يتعين كون التالف قيميا - وذكر فى وجه التفصيل امور .

(الاول) انه في صورة التعذر ابتداء لا يكون التكليف باداء المثل منجز افي وقت من الاوقات وهذا بخلاف صورة التعذر الطاري - واورد عليه المصنف ره - بان التمكن من الاداء ليس شرطا في الحكم الوضعي اى اشتغال الذمة بالمثل كما لا يشترط في استقراره استداعة (اقول) يرد على المصنف ره ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امرا اعتباريا استقلاليا - بل هو منتزع من التكليف الفعلي باداء البديل - واساس اليراد انما هو كونه امرا اعتباريا مستقلا في الجعل فهما لا يردان على مبنى فارد - فالحق ان يورد عليه بانه بناء على كونه امرا اعتباريا ان صح اعتباره في فرض التعذر الطاري صح في الابتدائي ايضا فانه اذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشئ مع عدم التمكن من ادائه صح ذلك في التعذر البدوي - والا لما صح بقاء ايضا .

(الثاني) ما ذكره المصنف ره وهوان الادلة في مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوي - واما اذا طرء العجز فلا دليل على سقوط المثل او انقلابه قيما - (وفيه) انه اذا كانت الادلة في مقام الاثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائي لزم ان لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة في القيمي مع تعذر ادائها ابتداء .

(الثالث) ما ذكره بعض اكابر المحققين وهوان الفرق بين العجز البدوي و الطاري - عدم صدق ضابط المثلية في الاول - وصدقه في الثاني (توضيحه) ان ضابط كون الشئ مثليا كون الشئ ذا مائل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا - و عليه فمع العجز البدوي لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طر و العجز - (و فيه) انه اذا كان ضابط المثلية كون الشئ ذا مماثل موجود فعند طر و التعذر لا يكون بقاء كك فلا مناص عن القول بالانقلاب فتحصل انه لا فرق بين الصورتين (ثم ان) هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل او القيمة - واما على المختار من كون العين في العهدة فعدم الفرق اوضح .

فى المراد من اعواز المثل

(المقام الرابع) - فى بيان المراد من الاعواز - فمن العلامة ان المراد به عدم وجوده فى البلد وما حوله وعن المسالك زيادة اقوله مما ينقل اليه عادة وعن المحقق الثانى الرجوع فيه الى العرف والمصنف ره ذهب الى الاخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز - واما اذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز ومعبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الاخص وهو المتعذر - ثم مال قدده الى مانع العلامة من جهة النص الوارد فى السلم انه اذا لم يقدر المسلم اليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري - بتقريب انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفى ذلك ثم قال وهذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه .

(أقول) ان الاعواز والتعذر لم يردا فى رواية ولا آية - ولاهما معقد اجماع تعبدى حتى ينازع فى صدقهما - بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما - وعليه - فيشعين ملاحظة القواعد (ومحصل الكلام) ان هناما سئلتين بعدم فروع وغية انه اذا كان المثل موجودا ليس للمالك مطالبة القيمة والزام الضامن بادائه وله الالزام باداء المثل - الاولى انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل - الثانية - انه متى للمالك الزامه باداء القيمة - اما الاولى - فليس للمالك الزامه بادائه - اذا لم يتمكن عقلا او شرعا بان كان الاداء ضرريا عليه او حرجيا وبعبارة اخرى متى انتفى احد الشروط للتكليف من غير فرق فى ذلك بين وجود المثل فى البلد او غيره - كما ان له الزامه به اذا كانت شروط التكليف موجودة ولو كان المثل فى بلد بعيد - واما الثانية - فليس له الزامه بادائها الا اذا تعذر عقلا اداء المثل - و الا فلو لم يكن متعذرا عقلا و لكن كان ادائه حرجيا او ضرريا له ان يتحمل الضرر و الحرج و يؤدى المثل - و هذا ايضا لا يرق فيه بين البلد و غيره .

في معرفة قيمة المثل

المقام الخامس - في معرفة قيمة المثل - قل قد - ثم ان في معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالا - الظاهر هو الاول الخ اقول منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الايام والفصول - فقد تقدم الكلام في تعيينها وان كان اختلاف الامكنة فسيأتى الكلام فيه - و ان كان اختلاف الايام في عزة الوجود و كثرته . فالميزان هو قيمة اليوم الذى عين لذلك كان هو يوم الغصب او يوم التلف او يوم الاداء او غير ذلك (و بالجملة) حيث عرفت ان العين انما تكون في العهدة الى حين الاداء ولذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الاداء - فيفرض العين موجودة يوم الاداء وتقوم وتؤدى تلك القيمة الفرضية فلا اشكال في المسألة . قوله قد فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه الخ هذا الفرض اجنبى عن محل البحث فان العبرة في القيمة بالقيمة السوقية لا ما يطالبه المالك ولا يحب دفع تلك القيمة كما هو واضح -

الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف

(السادس) اذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمته في بلد التلف فهل الاعتبار ببلد المطالبة - او ببلد التلف - او بتخير المالك في التعيين - او بتخير الضامن فيه - وجوه - اقول المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره وقد عرفت ان الاظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك - و عليه - فالعبرة في المقام ببلد المطالبة

قوله قد وفصل في المبسوط الخ محصل تفصيله - ان للمالك مطالبة القيمة في كل مكان كان له مطالبة المثل فان كان المثل مما لا مؤنة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا

وان كان فى نقله مؤنة - فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا
وان كان فى نقله مؤنة - وكانت القيمتان مختلفتين فليس له المطالبة بقيمة بلد التلف
(اقول) يرد عليه ان الضرر الذى لاجله حكم فى الصورة الاخيرة بعدم ازوم اداء المثل
- او قيمته فى بلد المطالبة - ان كان من جهة الاحتياج الى مؤنة النقل - فهو موجود فى
الصورة الثانية - وان كان من جهته زيادة القيمة فهو موجود فى الصورة الاولى وان كان
من جهة مجموع الامرين فيرد عليه ان الانضمام يوجب زيادة الضرر لا اصله
فالالتزام بالتفصيل و ان له المطالبة فى اى مكان شاء فى الصورتين اليتين و
ان العبرة ببلد التلف فى الاخيرة مما لا وجه له

لو تمكن من الملل بعد دفع القيمة

(السابع) لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل - فلا قوى عدم
عود المثل فى ذمته - و ذلك بناء على المختار من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيما
واضح - فانه مع صيرورته قيما وادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته فلا موجب لاشتغال
الذمة بالمثل - وان شئت قلت - ان القيمة بدل للمعين لا للمثل فلا موهم لكون القيمة
بدل الحيلولة للمثل - واما بناء على ان المثل يصير قيما فان قلنا ببقاءه فى الذمة لى حين
الاداء وان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة ويطالب المالية ولذلك له ان يصبر
الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل فى ذمته ايضا وكك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة
من المثل الى قيمته - (نعم) بناء على القول ببقاء المثل فى الذمة - يعقل اعتبار بدل
الحيلولة - من جهة انه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة وانما يؤدى القيمة لان ينتفع
بها الى ان يتيسر المثل

فى ضمان القيمي بالقيمة

قوله قد السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيما فقد حكى الاتفاق على

كوفه مضمونا بالقيمة الخ الكلام فى هذا الامر يقع فى موارد (الاول) انه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة فى القيميات ام تبقى العين فى العهدة الى حين الاداء - المشهور بين الاصحاب هو الاول و الحق هو الثانى - لما تقدم فى الامر السابق من ظهور حديث على اليد فى ذلك - ولا ينافيه شىء من الاخبار (اما) ما دل على الضمان فواضح - (و اما) النصوص المعينة للقيمة .

فلان جملة منها مثل (خبر) السكونى عن الصادق عليه السلام الوارد فى السفارة المطروحة الكثيرة لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين - فقال امير المؤمنين (ع) يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن (و خبر) عبد الله بن جعفر عن الكاظم (ع) فى رجل اصاب شاة فى الصحراء الدال على انه ياكلها و ان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه (و مرسل) الصدوق عن الصادق (ع) فى الطعام الذى وجد فى مفازة - المضمن - انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء - وغير ذلك من النصوص التى تكون بهذا المضمون - انما تكون فى مقام بيان ان الواجد ولاية على ان يبيع ما وجده عن صاحبه لنفسه و يبقى الثمن فى ذمته الى ان يجيبه صاحب المال و اجنبية عن المقام بالمرّة

(و جملة) اخرى منها لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء

وهذا بالائتم مع كون العين فى العهدة

(و اما) ما ذكره المصنف به فى عداد النصوص التى ادعى منافاته لهذا القول بقوله ومنها ما دل على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف (فيرد عليه) مضافا الى انه ليس فى نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انهم ما يترادون الفضل اذا كان لاحد الامرين من الرهن و الدين عند تلفه فضل و انه اذا كان الرهن يساوى ما رهنه فليس عليه شىء (انه) ايضا لا ينافى كون العين فى العهدة بعد فرض ان اداها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا او وفاءً - وان ذلك انما يكون

باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للمضامن كما لا يخفى .

(الثانى) انه لا ريب ولا كلام فى انه عند تعذر المثل فى القيميات يكفى رد القيمة وانما الخلاف المتوهم فى صورة وجود المثل من جميع الجهات او ما يصدق عليه المثل فالمشهور بين الاصحاب انه يكفى رد القيمة - وعن الاسكافى والمحقق انه يجب رد المثل - وظنى انهما غير مخالفين للمشهور فان مورد كلامهما القرض ولا يبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل ولو فى بعض الصفات و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق فى باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة فمدعى عدم الخلاف فى كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف - وكيف كان - فالاولى بيان ماهو المستفاد من الادلة وقد تقدم فى الامر السابق - ان حديث على اليد لا نظر له الى هذه الجهة - وآية الاعتداء لا تدل على الضمان - وان الاطلاق المقامى والاجماع يقتضيان تعين القيمة فراجع .

قوله قدّه وعلى تقديره ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل الخ مراده قدّه انه على تقدير الاجماع على وجوب القيمة مع تيسر ما يصدق عليه المثل عرفا - ففى شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلا حرازة فى كلامه - لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع والادلة بالنسبة الى الصورتين على حد سواء .

قوله قدّه فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة الخ قد مر عدم دلالة الروايات على الاتّاب - مع ان خلاف الجماعة انما هو فى القرض لافى غيره - فلا تكفى الروايات فى ردّهم مع احتمال الفصل - مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك كله فهو المتيقن من الروايات فلا حاجة الى الاطلاق .

(فى تعيين القيمة)

(قوله قدّه ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد

(الخ) الاقوال و الوجوه المحتملة المسألة - خمسة (احدها) كون المدار يوم القبض - نسب الى الاكثر (الثانى) يوم التلف نسب الى الشيخين واتباعهما بل عن الدروس و الروضة نسبه الى الاكثر (الثالث) يوم الدفع (الرابع) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف (الخامس) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع (و اما) ما عن المفيد و القاضى والحلبى من ان الاعتبار بيوم البيع - فالظاهر ارادته يوم القبض فهو يرجع الى القول الاول - وتنقيح القول فى المقام بالتكلم فى مواضع (الاول) فيما تقتضيه اصول العملية (الثانى) فيما يقتضيه القواعد - (الثالث) فيما يقتضيه صحيح ابي ولاد وغيره من النصوص الخاصة .

(اما الموضع الاول) فعن العلامة وغيره انها تقتضى القول الخامس - اذا اشتغال ذمته بحق المالك معلوم ولا يحصل البرائة الا بالاعلى (واورد عليه) بان الاصل فى المقام البرائة لكون الشئ فى التكليف بالزائد (و اجاب) عنه المصنف - بان الاصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة وان كان هو البرائة - الا ان الاصل فى الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب

(و حق) القول فى المقام - انه ان قلنا بان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية فى مرادها كما اختاره المصنف - فالمرجع اصالة البرائة اذ لا شئ ميجعول سوى لزوم دفع القيمة والمفروض دورانها بين الاقل والاكثر فتجرى البرائة عن الزائد - وان قلنا بان الحكم الوضعى كالتكليفى متاصل فى الجعل - فان قلنا فى المقام بالانقلاب بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب الى المشهور - فالمرجع هو البرائة ايضا لان شغل الذمة بالزائد مشكوك فتجرى البرائة - وان قلنا يكون العين فى العهدة الى حال اداء العوض - فالمرجع هو استصحاب بقاء العين وعدم السقوط الا بدفع الاكثر وبما ذكرناه ظهر ان ما افاده العلامة حق على المملك المختار من بقاء العين فى العهدة بعد تلفها - كما ظهر ان جواب المصنف له لا يتم على مسلكه فتدبر .

(واما الموضع الثانى) فقد استدل العلا للمقول الاول على ما نسب اليه - بانه زمان ازالة يد المالك (توضيحه) ان القابض انما وضع يده على ماله مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية - والصفات النوعية المالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص فوجب عليه رده بماله من الحشيات اذا لم يكن الرد - وان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف وجب رد تلك المالية الخصوصية الواقعة تحت اليد - ولا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من الماليات - فانها ماليات واردة على ما هو تحت العهدة لان العهدة واردة عليها (وفيه) اولا ان المالية المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لاتقع تحت اليد ولا تكون مضمونة كما تقدم (وثانيا) ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية ولكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص (وثالثا) ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم التلف - لان على اليد لا يختص بحدوث اليد بل يشمل بقاءها فكل زمان من ازمة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك فوجب ان يغرم اكثرها .

(واما استدلال) للمقول الثانى فى المتن - بان معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهده ومعنى ذلك وجوب تداركه ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف وتداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه (وفيه) انه بناءً على المسلك الحق من بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى .

(وبه يظهر) ان الحق هو القول الثالث - وهوان العبرة بقيمة يوم الدفع .
(واما استدلال) للمقول الرابع بوجوه (احدها) قاعدة نفى الضرر (وفيه) اولا ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الادلة المثبتة للحكم وتدل على نفيه - ولا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر (وثانيا) انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين (ثانيا) انها اذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناء على ان العبرة بيوم التلف فبكك اذا حبل بينها وبين المالك حتى تلفت فيضمن

الاعلى ولو تنزلت يوم التلف لان الغاصب منع المالك عن التصرف فى اليوم الذى ارفعت قيمتها (وفيه) مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين - وانه لاعبرة بيوم التلف - انه لادليل على كون الحيلولة سببا للضمان فتدبر (ثالثها) ما اساسه يبنى على امرين - احدهما شمول على اليد للمالية وكونها مضمونة ثانيهما - الانقلاب بمعنى اشتغال الذمة حين الشلف بالقيمة - وقد عرفت ما فى كلا الامرين .

(و استدل) للقول الخامس - بالوجهين الاولين المذكورين فى سابقه الذين تقدم ما فيها (وبما) يبنى على امرين - الاول بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء - الثانى - كون تفاوت الرغبات كالمصافات داخلا تحت الضمان - وقد مر ما فى الثانى (فتحصل) ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع .

(واما الموضع الثالث) - فالكلام فيه يقع فى موردين - الاول فى صحيح

ابى ولاد - الثانى فى غيره من النصوص .

(اما المورد الاول) فقبل التكلم فيه لابد من تقديم مقدمة (وهى) ان الصحيح

مختص بالمغصوب - واستدل المتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين (احدهما) ما عن الجلى من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم (وفيه) انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعديا مع ان ثبوته ممنوع (ثانيهما) ما افاده المصنف ره - وحاصله - انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدى عنه - واما لو كان ظاهرها - ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدى عنه وذلك لانه اذا كان قيمة المغصوب يوم التلف او الدفع اكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان والتدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف او يوم الدفع ارفاق بالغاصب والتخفيف عليه وكون غيره اسوء حالا منه وهذا مما يقطع بخلافه فلا محالة يستكشف ان المجموع هو قيمة يوم الاخذ مطلقا - وبالجمل - التحفظ على

ظهور الرواية فى كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا والا لزم كون غير الغاصب اسوه حالامنه .

(ثم ان) السيد قدس - افاد فى وجه مراد الاصنف ره - انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البديل مقام الشىء يوم التلف - فاذا دل الصحيح على ان العبرة فى باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لا يكون المغصوب واجب التدارك - وهذا بخلاف ما لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البديل مقام الشىء فى زمان انقطاع يده عنه وعليه فظهور الصحيح فى كون المدار على يوم الاخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك وان الذى فهمناه خطأ (و اورد) عليه - بانه يمكن ان يقال - ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه - و بحسب يوم التلف الا ان اطلاقه يقتضى كون المناط على قيمة يوم التلف وهذا لا ينافى بقيمته بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه (ولكن) الظاهر ان مراده ما ذكرناه.

اذا عرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه قد استدل فى المقام بصحيح ابى ولاد الذى رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد الحنات ورواه الكليني ره عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد مثله (وحيث) انه مشتمل على احكام كثيرة فالاولى نقل الخبر بتمامه .

قال - اكثرت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا وخرجت فى طلب غريم لى فاماصرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته ووظفرت به وفرغت مما بينى وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابى ومجيئى خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذرى واردت ان اتحلل منه مما صنعت وارضيت فبذلت له خمسة عشر درهما فابى ان يقبل فتراضينا بى حنيفة واخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لى ما صنعت بالبغلة قلت رجعت سليما

قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال اريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال ابى ما ارى لك حقا لانه اكثر اه الى قصر بنى هبيرة فيخالف فر كبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة البغل وسقط الكراء فلما ردا البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء قل فخرجنا من عنده واخذ صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتنى به ابو حنيفة واعطيته شيئا وتعلمت منه وحجبت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله (ع) بما افتنى به ابو حنيفة فقال (ع) في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها وتحبس الارض بر كاتها فقلت لابي عبد الله (ع) فما ترى انت جعلت فداك قال (ع) ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل وذاهبا من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه قال فقلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال (ع) لالانك غاصب قلت ارايت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمنى قال - نعم قيمة بغل يوم خالفته - قلت فان اصاب البغل عقر او كسرا ودبر قل عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه - قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو فاما ان يحلف هو فيلزمك وان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك - او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا - وكذا فيلزمك فقلت انى كنت قد اعطيته دراهم ورضى بها وحللتى فقال (ع) انما رضى بها وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظالم - المخبر

(ثم ان) محل الاستشهاد فيه فقرات ثلاث

(الاولى) قوله (ع) (نعم قيمة بغل يوم خالفته) والاحتمالات فى اليوم ثلاثة

احدها ان يكون قيد القيمة - فتكون الصحيحة ظاهرة فى ان العبرة بقيمة يوم الغصب

وذكر المصنفه فى تقريب كونه قيدا لها وجهين (الاول) اضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا فيكون المعنى قيمة يوم الخلفه للبغل (وفيه) انه ان اراد بذلك اضافة المضاف نفسه اليه ثانيا - فمضافا الى انه لا معنى ح لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة - لان يصح فان الشئ الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين - وبعبارة اخرى -

المضاف الى شىء لا يضاف ثانياً. وان اراد به اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه فمضافا الى انه لا يصح قوله - فيكون اسقاط الخ اذ لا دليل على انه لا بد وان لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف - يرد عليه ان المجموع - يتضمنه النسبة الاضافية التى هى من الحروف لا يضاف اذ المعنى الحرفى لا يقع طرفا - و بعبارة اخرى الاضافة - من خواص الاسماء والحرف لا يضاف (الثانى) جعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل و الظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف و العامل فيه الاختصاص الحاصل من الاضافة فانه معنى حرفى - و العامل لا بد وان يكون فعلا او شبه فعل - بل مراده قيادية اليوم المقيمة المضافة الى البغل - وهى مضافا الى كونها معنى حديثا فى نفسها فانها ما يقوم بالشىء من المالية - انه لو سلم كونها معنى جامداً بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا فتدبر (و فيه) ان هذا وان كان لا محذور فيه - الا ان قيادية اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لاريب فى كونها محتملة و الاحتمال مسقط للاستدلال .

(الثانى) كون اليوم قيدا للبغل باضافة البغل اليه فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات - فقد يقال كما عن المحقق النائينى ره بان الخبر على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة - اذ حيث لا يختلف الاعيان باختلاف الايام فبدلالة الاقتضاء لا بد وان يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته فى ذلك اليوم - (وفيه) انه حيث لاريب فى ان للبغل بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الايام قيم مختلفة ولا كلام ايضا فى ان هذا الاختلاف مضمون فى باب الضمان و الخلاف انما هو فى اختلاف القيم المستند الى اختلاف السوق والرغبات - فيمكن ان يكون يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا فان الشعب والهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية فى ذلك اليوم و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف او يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى وقت التلف او يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الاداء او وقت التلف فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح اجنبيا عن ما هو المقصود .

((الثالث)) كون اليوم تيد القول (ع) نعم الذي هو في قوة قوله يلزمك او يكون لفظ يلزمك مقدرا بعده فيكون اليوم وعاء توجه التكليف في يوم القيمة على هذا ما سكوت عنه في الصحيحة - و اورد على هذا الاحتمال بوجهين - (الاول) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى اداء القيمة في يوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب (و فيه) ان نعم - جواب عن السؤال و هو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف فيكون ظاهراً في لزوم اداء القيمة على تقدير التلف - و معلوم ان هذا التكليف العليقي انما يتوجه من حين الغصب (ثانيهما) ما افاده المصنف ره و هو ان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان - فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته - (و فيه) اولا ان السائل لم يقل ما يلزمي كي يكون ظاهراً فيما ذكر بل قال اليس كان يلزمي فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذي هو المسؤول عنه اصل اللزوم فكيف يجعل السؤال عما يلزمه - (وثانيا) انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة او غير هافجوابه (ع) ناظر الى ذلك (فتحصل) انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم

(ثم انه) ربما يقال كما عن المحقق النائيني ره - بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الامر بالالتزام لا بالمطابقة - اذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين في العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب اذ مالية المال اذ اقدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم لانه لا يعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا ويقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة (وفيه) ان التكليف المتوجه براءة القيمة في يوم المخالفة ليس تكليفاً فعلياً تنجز بابل هو تكليف تعليقي وهو لزوم اداء القيمة على فرض التلف فزمان فعلية الالتزام تنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة

(فتحصل) مما ذكرناه ان محتملات هذه الفقرة ثلاثة - وعلى الاول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة ولا تدل على ذلك على الاخيرين - وحيث انه اذا لم ندع ظهورها في الاحتمال الثالث فلا ريب في كون احتماله مساويا لغيره - فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الفقرة .

الفقرة الثانية - (ع) (و يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرى كذا وكذا) و تقرب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده المصنف ره في المتن - وهو ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على انه يوم المخالفة لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة و من المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج ومعلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة - (وفيه) ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب - انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الاوقات وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف او يوم الاداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوما ايضا كما سيصرح هو قد به وبؤكد ذلك ان الظاهر من الفقرة الواردة لبيان معرفة تفارقت قيمة الصحيح والمعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها - بحيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه (مع) انه لو سلم الاختلاف - بما ان هذه الفقرة غير واردة لبيان حكم شرعى بل في مقام بيان موضوع عرفى كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفة الشرعية - فيمكن ان يقال انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الاداء سهلة كما لا يخفى - (فتحصل) ان هذه الفقرة ايضا لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد .

الفقرة الثالثة - قوله (ع) فى جواب السؤال عن اصابة العيب (عليك قيمة

ما بين الصحة والعيب يوم ترده) و ملخص القول فيها - انه بناءً على وجود اليوم فى الرواية - الاحتمالات فيها اربعة .

(أحدها) رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلى فلا

عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده ويعتبر زيادته حال رد العين - وعلى هذا فهي اجنبية عن المقام وغير متعوضة لهذا الحكم واورده عليه بايرادين (الاول) ما افاده المصنف رده وهو ان العيب قد يرتفع او ينقص يوم الرد ولازم هذا الوجه ان لا يوجب ضماناً فى الصورة الاولى وان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه وارتفع فى الثانية - مع - ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك (و فيه) ان المسألة خلافية وفيها اقوال نالها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن ومالم يكن كك كوصف الصحة (الثانى) ما افاده المحقق النائيني رده وهو ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر وهو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل ولا يمكن اشراب معناه فيه - (وفيه) ان الجوامد على قسمين قسم لا يتقدر بالزمان وقسم يتقدر به و الاول لا يتعلق به الظرف - والثانى لا مانع من تعلق الظرف به والمقام من قبيل الثانى .

(ثانياً) رجوعه الى قوله (ع) عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة (واورد

على هذا الاحتمال ان التكليف باداء الارش و الضمان انما يكونان فى يوم حدوث العيب لا يوم الرد - وان اريد به يوم رد البغلة (و فيه) انه بناءً على المختار من ان العبارة فى القيميات بقيمة يوم الدفع هذه الفقرة على هذا الوجه تدل على ذلك - فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه فى العهدة بل انما يكون عهده بتبع عهدة العين فاذا خرجت العين عن العهدة بادائها لا عين فى العهدة يقال ان صحيحها كذا ومعيبها كذا وليس على الضامن الا عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها فى العهدة فلا محالة يكون المعيار فى مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين فتدبر فانه دقيق .

(ثالثاً) رجوعه الى القيمة - و ارادة رد الارش من قوله يوم ترده - ويدفع هذا الاحتمال

ان الضمير ح ان كان مرجعه - قيمة ما بين الخ لزم تأنيثه - وان كان ما بين - لزم رعاية
عناية لعدم صدق الرد الاعلى الماخوذ دون بدله - واما ما ذكره المصنف رة من انه لا عبرة
فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا فيرد عليه ان المسألة خلافية وقد عرفت ان مقتضى القواعد
ان العبرة بيوم الرد وقد اثنى بذلك جمع - (مع) انه لو سلم قيام الاجماع عليه فليس هو
اجماعا تعديدا - مضافا الى احتمال الفرق بين العين والنقص -

(وابيها) رجوعه الى القيمة رارة رد البغلة - وتقريب لالتها على المختار من ان العبرة
بيوم الرد ما ذكرناه فى المحتمل الثانى (فتحصل) ان هذه الفقرة ضافا الى انها لا دلالة فيها
على ان العبرة بيوم لمخالفة يمكن دعوى دالتها على ان الميزان قيمة يوم الاداء فتدبر
بقى الكلام فى الصحيح فى جهات ثلاث (الاولى) فى الاشكال الذى اورده على قوله (ع)
فى جواب قول السائل ومن يعرف ذلك قال انت وهو امان يحلف هو على القيمة فيلزمك
فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه اوباتى صاحب البغل بشهد يشهدون على
ان قيمة البغل يوم ا كثرى كذا وكذا فيلزمك - والجواب عنه (الثانية) فيما افاده المصنف
رء من ان هذه الجملة يؤيد القول بان العبرة بيوم التلف (الثالثة) فى ان الصحيح هل يمكن
ان يستدل به على اعلى القيم ام لا

(اما الجملة الاولى) فمحصل الاشكال - ان المالك دائما يدعى الزيادة فقوله يخالف
للاصل - فيكون هو مدعى ووظيفته اقامة البينة - والغاصب منكرا ووظيفته الحلف اورد
الحلف فكيف حكم (ع) بانه يحلف المالك وان لم رد الحلف على الغاصب - ثم على فرض
كونه منكرا - فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته - واجيب عن الاشكال بوجوه (احدها)
انه (ع) نى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة - وقضية البينة على
المدعى واليمين على من انكر - انما هى فى المخاصمات - وذلك من جهة ظهور
السؤال و الجواب فى ذلك - حيث ان السؤال انما يكون عن الاعارف - واجاب ع بانه
امان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله - وان تحلف انت من جهة كونه عندك فى
مدة - او يقيم المالك البينة لو لم تعرف انت ولم يعرف هو فتكون الصحيحة غير مر بوطه

بموازين القضاء

(والذى) : وهن هذا الجواب وان ذهب اليه جمع منهم السيد الفقيه والمحققان
 الاصفهائى والايروانى - قوله ع فلزمك - وقوله لزمه - اذا لزم انما هو حلف من
 وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لاحلف كل احد وان توافق الطرفان عليه اللهم الا
 ان يقل ان الا نسان بحسب الغالب يطعن بحلف غيره (ثانيها) حمل الصحيح على
 التعبد وجعله مخصصا للقاعدة العامة وهو غير بعيد فى نفسه اذ من شر بن اخذ الغاصب
 باشق الاحوال عدم قبول قوله مالم يرد الحلف عليه وان لا يطالب منه بشىء من موازين
 القضاء بل بوجه الخطاب الى المالك - والتزم به الشيخ فى محكى النهاية والمفيد فى
 محكى المقنعة وعن العلامة نسبتته الى الاكثر - وبذلك ظهر ما فى تضعيف المصنف ره
 هذا الوجه (ثالثها) ان تكون هذه الفقرة فى مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع و
 يسكون الحلف وظيفة المالك فى صورة وهى مالو كان قوله موافقا للاصل - و البينة
 وظيفته فى صورة اخرى وهى مالو كان قوله مخالفا للاصل اختاره المصنف ره (وفيه) ان
 هذا مناف لظاهر الصحيح بل صريحه فانه صريح فى رد حلف المالك الغاصب بسماع البينة
 من المالك كلها على مورد واحد فتحصل ان الواجهة فى دفع الاشكال الوجه الثانى ثم الاول.
 (والوجه الثانى) فقد افاد المصنف ره فى وجه كون هذه الفقرة واردة للقول بان
 العبرة بيوم التلف - بعد حملها على الموردين انه اذا كان المعيار يوم التلف يمكن
 توجيه الاشكال المتقدم بوجه قريب وهو حمل الخبر على موردين متعارفين (وهما)
 ما اذا اتفقا فى السابق على قيمة البغل وادعى الغاصب نقصانها فى يوم التلف عن قيمته فى
 السابق - وما اذا اتفقا على انه لم يتفاوت قيمة البغل وانما اختلفا فى السابقة
 من حيث الزيادة و النقصان - فانه فى المورد الاول يسكون وظيفة المالك
 اليمين لموافقة قوله للاصل و فى المورد الثانى يسكون وظيفته البينة لمخالفة قوله
 للاصل - وهذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة فان فرض صورة يسكون قول
 المالك موافقا للاصل و وظيفته الحلف على هذا انما يسكون فرضا نادرا - وهو ما اذا اتفقا
 على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او الا لا حق له وادعى الغاصب نقصانه عن تلك

يوم المخالفة - ومعلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر
 (اقول) يرد عليه امور (الاول) ما تقدم من منافاة حمل الخبر على مورد بن اظاھرہ
 بل صريحه (الثاني) ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة
 واما ان المدار قيمة يوم التلف او يوم الدفع فالخبر اجنبى عنه ح (الثالث) انه يمكن
 فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل و تكون تلك الصورة متعارفة وان
 قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة (رہى) ما اذا اتفقا على قيمة البغل واي على الغاصب انه
 كان معيوباً حين المخالفة فان قول المالك بكونه صحيحاً موافق للاصل فيكون
 وظيفة الحلف

(واما الجهة الثالثة) ففي المتن لم يعلم لذلك وجه صحيح ولم اظفر به من وجه
 دلالتها على ذلك - ووجهها المحقق الناعمي ره - بان قوله ع يوم خالفته بيان لان
 المخالفة موجبة للضمان والمفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطة الغاصب فالغاصب
 خالف المالك فيه ولا موجب لان تكون القيمة ملحوظة في اول حدوث المخالفة بل اذا
 فرض قيمة العبن اعلى في يوم من سائر الايام يضمنها الغاصب وان تنزلت بعد ذلك
 ولا امتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الادنى تحت الاعلى وينحصر في الاعلى
 (ويرد عليه) مضافا الى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب لعدم صحة
 الاستدلال به (ومضافا) الى ما عرفت من ان المالية ليست مضمونة و داخله تحت على
 اليد - ان الظاهر من يوم خالفته هو اول يوم حدوث المخالفة

(واما المورد الثاني) فقد استدل لان العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص
 (الاولى) ما ورد في باب الرهن وقد تقدم في ارل هذا التنبيه وعرفت انه لا ينافى مع القاعدة
 فراجع (الثانية) ما ورد في عبد اعتق عضه - ففي خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي
 عبد الله ع عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي فقال
 ع نعم يؤخذ بما بقي بقيته يوم اعتق ونحوه غيره (وفيه) ان من المحتمل كون قوله
 يوم اعتق قيلاً ليؤخذ لالقيمة وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين

العق وساكنت عن ان مابه الضمان هل هو قيمة يوم التلف اريوم الاداء (فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة كون الميزان قيمة يوم الاداء والدفع قوله قدده ثم انه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف الخ وقد عرفت ان الحق اعتبارها من جهة بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها الذي هو مختار جمع من المحققين

ارتفاع القيمة بسبب الامكنة

قوله قدده واما اذا كان بسبب الامكنة فالظاهر عدم اعتبار محل التلف الخ يحتمل في العبارة وجهان - احدهما مع لفظ عدم - الثاني - بدونه (ومراد) على الاول ان خصوصية المكان من الخصوصيات والاولى - ف التي تكون دخيلة في المالية وتختلف المالية باختلافها وان اختلاف المالية فيها ليس مستند الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء (وعليه) فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التي مرت بها العين لاقيمة يوم التلف (ومراد) على الثاني ان معنى الضمان وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له في مكان التلف قائم مقامه .

(ولكن) يرد على الوجه الاول ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية بل اصل القيمة و ترقبها ينشأ من كثرة الراغب و قلة لوجو كما ان عدمها و تنزلها ينشأ من كثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل المزمأ و المكان في ذلك - و يرد على الوجه الثاني ما تقدم من بقاء العين في العهدة الى حين الاداء (و الصحيح) انه بناء على المختار من بقاء العين في العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج (نعم) في المقام مسألة اخرى و هي انه اذا كانت القيمة في مكان ازيد من مكان التلف و الاخذ - هل للمالك ان يطالبها ام لا وقد تقدم الكلام في ذلك .

بدل الحيلولة

(قوله قدّه ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل او القيمة حكم تعذر الوصول اليه الخ) تنقيح القول في المقام بالتكلم في جهات (الاولى) انه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول الى ماله اذ اصدق عليه التلف عرفا للدالة المتقدمة - وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقا و مفهوما الواردة في السرقة والضياع و لا حاجة الى نقلها .

(انما الكلام) فيما اذا لم يصدق عليه التلف عرفا - وقد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البذل - المسمى عندهم ببذل الحيلولة بوجوه .

(الاول) قاعدة نفى الضرر بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبذل (و فيه) ان قاعدة نفى الضرر انما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري و لا تدل على ثبوت حكم دلا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله

(الثاني) قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها يكون باداء بدل الحيلولة (رفيه) ان مقدار حديث على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببذل الحيلولة واضح . وان كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين ما دامت موجودة و تدارك مآليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف و بعبارة اخرى ما دامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة اداءا لها ولذا لا تخرج عن ملك مالكيها ولو كان ذلك اداءا لها كان اللزوم خروجها عن ملكه فتدبر .

(الثالث) ان في ادائه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع البذل الى الضامن لو ارتفع التعذر (وفيه) ان الحق الثابت للمالك انما هو بالاضافة الى العين نفسها لا بد لها مع بقائها (مع) انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر

وهو الزام الضامن بالشراء بل هذا الجمع اولى كما لا يخفى.

(الرابع) قاعدة السلطة - اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه - او بدعوى - ان من شئون السلطة على العين السلطة على مالياتها وبعبارة اخرى للمعين شئون ثلاثة من حيث الشخصية و من حيث الطبيعة النوعية ومن حيث المالية وتعذر مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبة غيرها - او بدعوى - السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بما له و فى الكل نظر (اما الاولى) فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردّها ثابتة و لازمها السعى فى ذلك بالسعى فى مقدماته لارد البدل - ومع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة والامتناع بالاختيار وان كان لا ينافى الاختيار الا انه عقابا لخطايا - (واما الثانية) فلان مالية العين القائمة بها اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين والمالية القائمة بمبدلها حصة اخرى من المالية ولم يثبت السلطنة على مطالبته (و اما الثالثة) فلان السلطنة على الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر (الخامس) انه فوت سلطنة المالك وانلفها فيجب عليه تدارك ذلك (وفيه) ان مال المالك انما هو الملك لا السلطة بل هى من الاحكام المترتبة عليه فلا يتعلق بها الضمان. (السادس) اطلاق لنصوص المتقدمة - وفيه انها ظاهرة او منصرفة الى صورة صدق التلف عرفا

(السابع) الاجماع وهو كما ترى - (فنهصل) انه لا دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين (نعم) بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامنا للمنافع وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية فى بيان مورد بدل الحيلولة - فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يرد بل حال بين العين ومالكها ليس هناك بدل الحيلولة بل يكون

الغاصب مكلفا برد العين كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الانتفاعات فى جميع
الازمنة خرجت بذلك عن الملكية كصيرورة الغل خمرا ام لا - كما اذا انكسرت
المرآة - او تلف بعض الانتفاعات فى جميع الازمنة كما لو صار الحيوان موطوءا فانه لم
يتلف منه الا الانتفاع به دائما فى بلد الوطن لافى سائر البلاد - ليس هناك بدل الحيلولة
بل مورده ما اذا تلف جميع الانتفاعات فى بعض الازمنة لعدم تمكن الضامن من الرد

(ثم ان) مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجى - وما اذا كان ذلك من جهة ان
رد العين مستلزم لخروجها عن المالمية كالخيط المغموص الذى خيط به الثوب اذ قد يكون
اخراجها من الثوب موجبا لتلفه - او لخلطه بمال آخر فلا يكون مورداً لبديل
الحيلولة

(ثم انه) لا يعتبر فيه سوى ما ذكر وعليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها
المال بالتلف - اذ بما يرجى فيها التمكن من العين قريبا وربما يرجى بعد مضي مدة
طويلة - وعلى التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعادة العين وانما يرجى ان تعود
بنفسها كطائر اعتاد العود واما ان لا يتعذر وعلى القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت فى
جميع هذه الصور ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة (نعم)
اذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمو لا لما تقدم من الادلة .

(الجهة الثالثة) فى بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر
المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه ومن التعذر العرفى - و جهان - قد استدل
للاول (باصالة) عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذى
كان قبل التعذر خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف
(و بانه) مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين - ولا يجتمع التكليف
برد العين و البديل (وفيهما نظر) اما الاول فلان الادلة التى اقاموها على
ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوتها فى مورد التعذر العرفى ايضا
و معه لا مورد للرجوع الى الاصل (و اما الثانى) فلان مورد

التكليف بالبديل زمان الاشتغال بالمقدمات و مورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات (و لكن الحق) فى المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا جدا - فلا يكون ثابتا و بين غيره فيكون ثابتا و لا يخفى وجهه.

(ثم ان) السيد الفقيه اورد على المصنف ره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر بل هو نفس الوجه الاخير الذى ايدى بان فيه جمعا بين الحقيقتين كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الاول و هو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار (وفيه) ان فى المقام بحثين (احدهما) انه هل يعتبر فى ثبوته اليأس عن الوصول الى الابدان لا (الثانى) فى انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا - و بين الجهتين عموم من وجه - اذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا - كما ان العلم بوجوده اوجبه قديوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلى وعلى هذا فلا مورد لا يراده.

الزام المالك باخذ البديل

الجهة الرابعة فى الاحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته - و تنبج القول فيها فى ضمن مسائل (الاولى) ما ذكره المصنف ره.

(بقوله) ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كغشوها مع تلفها (الخ) و حصل الكلام انه وقع الكلام فى انه هل يكون دفع البديل - حقا للضامن فله الزام المالك باخذه ام ليس له ذلك - وقد استدلل المصنف ره على الثانى - بقاعدة تسلط الناس على اموالهم (وفيه) ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيولة (فيرد عليه) ان بدل الحيولة ان صار ملكا له مع عدم مطالبته فامتناعه عن قبوله كما امتناعه عن

قبول نفس العين لا يؤثر فى عدم الخروج عن العهدة بدفعه - وان لم يصرم ملكه فلاضافة له اليه كى يشمل له دليل السلطنة (وان) كان المراد به السلطنة على الامتناع من اخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله وبعبارة اخرى السلطنة على الامتناع من اخذ بدل ماله (فيرد عليه) ان بدل الحيلولة ان قلنا اندغرامة يدفعها الضامن وليس بازاء العين - فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله - وان قلنا انه عوضه فغيرا فليل السلطنة لا يمنع عنه لاختصية دليله ح من دليلها (بعم) بناء على ان للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك لكنه بمراحل عن الواقع .

والحق فى المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه - اذ لو كان مدركه قاعدة اليد او اطلاق النصوص كان ذلك حقة للضامن فان حاله ح كحل ساير امواله - واما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر - او كون ذلك من باب الجمع بين الحقين او الاجماع - فللمالك الامتناع من اخذه - فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك فى مطالبة البدل - كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك و قاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى اخذ بدله فله ان لا يطالب - والعتيقن من الاجماع صورة المطالبة .
(قوله قدده فكذلك اخرجوه عن التقويم الخ) لظاهر كون الخروج عن التقويم من التلف الحقيقى اذ المراد بالتلف هنا تلف المالية .

فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح

(المسألة الثانية) - فى ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له او مباح - فقد استدلل اللثانى بوجهين (الاول) ما ذكره المصنف به ومحصله ان الفئات بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين - فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين لان معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن ولازم ذلك فيما اذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكية قيام مقابله

مقامه فى السلطنة لا فى الملكية ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة
فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة وحيث ان السلطنة على الانتفاعات
لا تقتضى الملك من اول الامر عنده قدم - فلذا اختار الاباحة لولا الاجماع (اقول)
اما ان الاباحة المطلقة هل تقتضى الملك من اول الامرام لا فقد اشبعنا الكلام فيه
فى العادة .

(واما) ان ادلة بدل الحملولة هل تدل على الملك او الاباحة فالحق هو التفصيل
اذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك ازيد من الاباحة
و لو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك (اذ) قاعدة اليد تدل على كون
المبدول بدلا عن مالية العين - كما ان قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مطالبة مالية
ماله تقتضى ذلك اذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار مالية ماله
بل اعتبار مالية غير ماله - وقاعدة نفى الضرر ايضا تقتضى ذلك - فان ضمان
القيمة هناك كضمانها فى صورة التلف بقاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البدل لان
عدمه ضررى .

(الثانى) انه حيث تكون العين باقية على ملكه فلو ملك البدل لزم منه الجمع
بين العوض والمعوض (وفيه) اولا انه سيأتى الكلام فى ان العين تنتقل عنه ام لا
(وثانيا) انه يمكن ان يقال ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة فتأمل (ثم ان)
هذا كله فى غير صورة التلف العرفى - واما فى تلك الصورة فلا ينبغي التوقف فى الملكية
للدالة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة فتدبر

فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

المسألة الثالثة - فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا - اقول لا اشكال فى
عدم الانتقال بناء على عدم صيرورة البدل ملكا للمالك - و اما بناء على الملكية
ففى موارد التلف الحقيقى او العرفى لا كلام ايضا فى خروجه عن ملكه اما فى الاول
فواضح واما فى الثانى فلان الملكية من الاعتبارات و الاعتبار انما يكون بلحاظ

الاثر وبدونه لغو فلا يكون هناك اعتبار الملكية - واما فى غير ذينك الموردین - فقد اضطرب فيه كلمات الاعلام غاية الاضطراب

ومحصل القول ان فى المسألة وجوها واقوالا (احدها) ان الضامن يملك العين التى ادى عوضها مطلقا - الثانى - انه لا يملكها كك - الثالث - ما مال اليه المصنف ره وهو عدم الملكية فيما اذا كان الفئات معظم الانتفاعات - و الملكية فيما اذا لم يكن الفئات البعض ما ليس به قوام الملكية

والاظهر هو الاول - وذلك لوجهين (الاول) ان العرف يفهمون من الامر بدفع البديل حصول المعاوضة والمبادلة بين العینین و صيرورة كل منهما ملكا للآخر و بدلا عنه (الثانى) ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع فرض عدم التلف و بقاء مقدار من المالية للمتعذر لو حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامه بعنوان تدارك ما فى العهدة و بعنوان انه اداء للمتعذر لامناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه و حيث ان كون المتعذر من المباحات الاصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن

(واستدل) (لثانى) (بمنع) تلك الاستفادة والفهم العرفى من ادلة الضمان (وبان) التكليف باداء البديل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية و الغرامة لا تقتضى كون العين ملكا للضامن فان العين الثالثة يضمن الضامن قيمتها ولا تكون ملكا له وبالجمله الغرامة سادة المثلمة التى وردت على ملك المالك فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لانها ليست بدلا عن نفس العين (وفيه) انه مع بقاء العين على مقدار من المالية سدا للمثلمة لا يكون باعطاء كمال القيمة فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك ما فى العهدة يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها فى ملك الضامن

(واستدل الثالث) بانه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون اداء القيمة غرامة وهى لا تقتضى انتقال العين الى الغارم - و اما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة

لا يقتضى اداء تمام القيمة فالامر باداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية (وفيه) ان ما ذكره فى الشق الاول يتم فى صورة التلف العرفى واما فى غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت (فتحصل) ان الاظهر صيرورته ملكا للضامن

(قوله قدّه لان القيمة عوض الاوصاف والاجزاء الخ) بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها بلحاظ الاوصاف الا انها عوض عن الاوصاف فتدبر (ثم ان) ظاهر هذه العبارة انه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين الى الضامن وهذا وان كان حقا الا انه ينافى ما تقدم منه ره حيث قال وعلى اى حال فلا تنتقل العين الى الضامن فهى غرامة لا تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين فى ملكه

(قوله قدّه قال فى شرح القواعد فيما لو خا ط ثوبه بخيوط منصوبة ولو طلب المالك نزعها الخ) احتمل فى هذا المورد وامثاله امور (منها) ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله (و منها) اشتراك مالك الثوب و مالك الخيوط فى قيمة الثوب بعد الخياطة (و منها) كونها من موارد التلف

(والاظهر) هو الاخير - اذ قيمة الثوب وان زادت بالخياطة الا ان زيادتها ولو مقدارا منها ليست بازاء الخيوط وان صارت هى سببا لازدياد قيمة العين - وقدم عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة - بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف فيكون الغاصب ضامنا لقيمة الخيوط - وقدم ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن - وعليه فلا يجب نزعها وان طلبه المالك وتجوز الصلاة فى هذا الثوب المخيوط كما افتى به فى محكمى مجمع البرهان واستجوده صاحب الجواهر ره

(قوله قدّه بل الامر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمقابل الخ) ولعل الوجه فى وجوب الرد فى المقام مع عدم شمول الادلة له لان موضوعها المال وماله عهدة مالية والفروض خروج المغصوب عن ذلك و كونه المغصوب غير مال اطلاق قوله تعالى

المغضوب مردود - فتدبر .

(قوله قدّه امكن سقوطه الخ) لحديث لا ضرر - اللهم الا ان يدعى ان مادل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالية المال فلا يرفع حكمه بحديث لا ضرر ولعله اشار الى ذلك بامره بالتأمل - الا ان الشأن فى مدرك هذه العبارة . (قوله قدّه فلا تنافى ما تقدم منه سابقا الخ) لان عدم جوب الرد فى المقام انما هو لاجل المانع لاعدم المقتضى وهو الملكية .

حق الاولوية

(قوله قدّه ثم ان هنا قسما رابعا وهو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الاولوية الخ) الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات - الاولى - فى بقاء حق الاولوية بعد زوال الملكية - وقد استدل به بامور (الاول) - ما افاده المحقق النائينى ره وغيره وهو ان الحق ليس امرا مغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة الامدكة تحت القوى لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهى حاصلية للمالك ومحفوظة فى جميع الحالات المتواردة على الملك (وفيه) ان الملكية والحق من الاعتباريات الشرعية والعرفية لامن المقولات والاعتبار لا اشتداد فيه ولا حركة - وكل من الملك والحق اعتبارى غير الاخر (الثانى) ان حق الاولوية من آثار الملك فمع زواله غاية الامر يشك فى ارتفاعه فيستصحب بقائه (وفيه) ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكميلى من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير حق الاولوية مع ان لازم كونه اثر ا له ارتفاعه بارتفاعه وبالجملية حق الاولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك (الثالث) انه قد دل الدليل على ان المالك احق بماله - فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك - ولو شك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (وفيه) ان مادل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف فى ماله من غيره وهذا غير نبوت حق الاولوية (الرابع) الاجماع - وفيه - انه ليس تعبدى ولعل مستند

المجمعين ما تقدم (فالصحيح) ان يستدل بثبوتها بالسيرة العقلانية وبناء العقلاء على ذلك واطن انه لا ريب في بنائهم عليه وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضائه لذلك .

(الجهة الثانية) في وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن - اقول بناءاً على ثبوت حق الاولوية لاشك في وجوبه فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق و لو شك في وجوب رد متعلق الحق فهل يجرى استصحابه نظر الى كون الملكية من الجهات التعليمية لوجوب الرد لا التقيدية فالموضوع عند العرف يكون باقياً - ام لا يجرى لكونه من الجهات التقيدية - وجهان اظهرهما الاول - واما بناءاً على عدم ثبوته فحرج بان الاستصحاب رده عدمه مبنيان على ما تقدم .

(الجهة الثالثة) في انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك او الضامن والاظهر هو الثانى - لاقتضاء الغرامة ذلك ولبناء العقلاء عليه - فالضامن احق به من غيره .

حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة في حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة - فعن العلامة رده و بعض آخر ضمان المنافع ورجحه في موضع من جامع المقاصد - و الظاهر ان المشهور بين الاصحاب عدم - و هو الاظهر - اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكاً للضامن فواضح و اما على المملك الاخر - فلانه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادى ماليتها فليس له بعد ادائها عهدة العين الشابتة بعلى اليد و غيره من ادلة الضمان فلا شيء يقتضى الضمان (نعم) اذا وضع يده عليه ثانياً او على نمائها حصل الضمان - و بالجملة - بعد خروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالاضافة الى ذلك الملك حال غيره من الاجانب وعليه فكون النماء حادثاً في ملك المالك لا يقتضى ضمانه - كما ان اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضى ذلك فالأظهر عدم الضمان (واستدل) للقول الاخر بان المال حيث يكون باقياً على ملك مالكه وارتفعت

ماليتها وقيمتها فالضامن كما يكون سبباً للحيلولة بين المال وصاحبه - يكون سبباً للحيلولة بين تلك الزيادة و المالك - و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلاً للمالية فعلاً - فيجب تداركها (وفيه) ان هذه الحيلولة ليست حيلولة اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة والمفروض انه خرج عن عهدها

(قوله قد حصل بعد التعذر وقبل الدفع الخ) قد عرفت ان مقتضى القاعدة ضم ان الارتفاع بعد التلّف قبل الدفع ايضاً - و على فرض الالتزام بالانتقال و اشتغال الذمة بالقيمة عند التلّف الذي هو بهي عدم ضمان الارتفاع بعد التلّف نلتزم به في المقام من حين التعذر فانه من اول تحقق التعذر لا يكون مكلفاً برد العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين الى القيمة فتدبر

(اذا ارتفع التعذر يجب رد العين)

المسألة الخامسة - قال قد (ثم انه لا اشكال في انه اذا ارتفع تعذر رد العين وصار ممكناً وجب ردها الخ وقد استدل على ذلك بوجوده (الاول) ما في المتن وهو ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت المغيب بالاداء هو ذلك (وفيه) انه ان قلنا بالملكية اي العين بدفع الغرامة تصير ملكاً للضامن فلا موضوع لعلى اليد - و ان قلنا ببقائها على ملك المالك - فيرد عليه انه على الفرض خرج عن عهده العين بدفع البدل و اداء المالية فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه نائياً (ودعوى) ان العموم المزبور يدل على تعهد الاخذ بالعين تداركاً ورداً ودفع الغرامة انما يكون تداركاً للمالية - و انما يسقط وجوب الرد حين التعذر للتعذر العقلي و اذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الاخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين ولعله الى هذا يشير قوله قد و دفع البدل لاجل الحيلولة الخ - (مندفعة) بان على اليد انما يدل على

كون المال الماخوذ فى العهدة مالم يؤد فاذا فرضنا كون دفع البدل اداءً لاجله لوجوب الاداء ثانياً - و بعبارة اخرى انما يجب دفع البدل من جهة كونه اداءً ومعه لا وجه لوجوبه ثانياً - و ان شئت قلت انه لا يدل على وجوب الرد تكليفاً وانما يدل على الضمان خاصة

(الثانى) ما فى المتن ايضا وهو استصحاب وجوب الرد - (و فيه) انه ان اريد به استصحاب الوجوب التنجيزى فيرد عليه انه ارتفع بالتعذر فلا وجه لاستصحابه وان اريد استصحاب الوجوب التعليقى فيرد عليه ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعاً بل هو شرط عقلى فى كل واجب فلا يكون الوجوب بسببه تعليقياً - اللهم الا ان يقال - انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعاً فلا محالة يصير الوجوب تعليقياً لا مانع من استصحابه فى المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقى و ان قلنا بانه شرط عقلى بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى و ان كان التكليف باقياً شرعاً فيستصحب الوجوب التنجيزى فى المقام وعليه (فالحق) ان يورد على هذا الاصل بانه مع الخروج عن عهدة العين لا يجب ردها تكليفاً لا اختصاص الادلة بصورة العهدة

(الثالث) ما افاده السيد قده و المحقق النائنى ره وحاصله - ان البدلية المفهومة من الادلة انما هى بداية مادام التعذر و موقته فاذا ارتفع التعذر يعود كما كان (وفيه) انه فى موارد صدق التلف عرفاً تكون الغرامة بدلاً دائماً بمقتضى اطلاق النصوص و فى موارد بدل الجبولة على القول بمقتضى الادلة من على اليد وغيره كون دفع البدل فى حال التعذر اداءً للعين و خروجاً عن عهدها لا مادام متعذراً و بعبارة اخرى التعذر علة للمحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجوداً وعدماً - ولو شك فى ذلك لكفى الاستصحاب فى بقاء البدلية

(الرابع) الاجماع - و هو كما ترى (فالصحيح) ان يستدل له ببناء العقلا بدعوى ان بنائهم على العود فى امثال المقام مما يكون البدل لا من باب الابرأء عن الخصوصية

او المعاوضة الشرعية بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية كون المتنازل هو المالك او الشارع ولاية عليه فتدبر فانه دقيق

(و بما ذكرناه) يظهر وجه عود الغرامة الى الضامن بعد ارتفاع التعذر (نعم) يمكن ان يقال ان بناء العقلاء فيها انما يكون مع مطالبة مالك العين و اما بدونها و رضاء المالك بعدم رد العين لا بناء منهم على عود الغرامة - ففي الحقيقة يكون العود بالنسبة الى المالك باختياره - وبالنسبة الى الضامن لا باختياره بل باختيار المالك

(قوله قدده) فان الترافقة عوض السلطنة الخ (وفيه) ان العزامة على فرض كونها بدل السلطنة انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة اى امكان وضع اليد على العين ولو بواسطة قدرة الغاصب - لاعتن السلطنة الفعلية ولذا لو كان الغاصب من الاول قادرا على الدفع لم يكن بدل الحيلولة نابضا قوله قدده ولذا لا يباح لغيره بمجرد بدل الخ مراده ان البديل لو كان بدل السلطنة على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تملك كالولى فان له السلطنة على المطالبة مال المولى عليه من الغاصب - فلان المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة وهى له مع انه لا يباح له الغرامة بلا كلام فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها (وفيه) ان المدعى كونها بدلا عن السلطنة على المطالبة المالك له لانه لينتفع به لا مطلق السلطنة على المطالبة

قوله قدده ومما ذكرناه ظهر انه ليس للغاصب حبس العين الخ ما ذكره ره اولا من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لامورده حبس الغاصب العين اذا لم يرد العين لا يستحق الغرامة فكيف يجوز له حبسها لاجلها و ان كان تاما - الا ان الاظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناء على عود الغرامة الى الغاصب كانت الغرامة بدلا عن العين او السلطنة - اذ جواز الحبس حكم تعبدى ثبت فى المعاملات وفى غيرها لا دليل عليه - فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس و عدمه مدار كون العين عوضا او معاوضا - غير تام.

الكلام فى شروط المتعاقدين

عقد الصبي

قوله قد ه مسألة المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي الخ - اقول معاملة الصبي تنصور على وجوه (الاول) كونه مستقلا فيها كان ذلك فى امواله او فى اموال غيره - اذن الولى ام لم يأذن (الثانى) ما اذا اذن الولى مع كون المعاملة مستندة اليه ويكون من قبيل الوكيل المفوض (الثالث) كونه آلة محضة بمعنى كون المعاملة معاملة الولى ان كانت فى امواله ومعاملة الموكل ان كانت فى اموال غيره ويكون الصبي منشأ فقط - ومرجع منعه عن التصرف على النحو الاخير الى كون قصد الانشاء كلاً قصد ومن قبيل بيع الهازل والنائم (ثم ان) محل الكلام هو الصبي المميز واما غير المميز فلا اشكال فى بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمداول العقد (والمصنف) ره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا ومورد استظهاره منها - استثناءه ايصال الهدية واذنه فى دخول الدار من التصرفات التى ادعى الاجماع على محجوريته فيها - مع انها ليس من التصرفات القولية او الفعلية فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (اقول) يرد عليه قد ان عدم حجية فعله فى الاول وقوله فى الثانى فى حكايتهما بالتصرف فى مال الغير باخذ الهدية والدخول فى الدار لا يقتضى عدم العبارة بقصده للانشاء لر جوع ذلك الى عدم تصديق الصبي كالفاسق فاستثناءهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (وبعبارة اخرى) استثناءه اياهما من كون الصبي محجورا عليه شرعا يقتضى حمل كلامه على ارادة الايصال والاذن الذين هما من التصرفات الشرعية لا الالية المحضة فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل او قوله الكاشفين عن اهداء المالك

واذنه في الدخول ولا كلام في ان هذا التصرف تصرف استقلالاً للصبي وليس من قبيل اجراء الصيغة - وعلى هذا فتبوت الشهرة والاجماع على بطلان عقده بالمعنى الاخير - محل نظر بل منع وكيف كان فلا بد من التكلم في الادلة - و الكلام فيها يقع في مقامين - الاول - في ادلة المنع - الثاني في ادلة الجواز (اما الاول) فقد استدل له بامور

(الاول) الاية الشريفة (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) وتقريب الاستدلال بها على المنع - ان الظاهر من الاية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء والامتحان - وغير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين البلوغ والرشد فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة - او الصباوة و ليس ذلك الا من جهة حجره في تصرفاته - بل المراد من عدم الدفع ذلك (فان قلت) ان ظاهر الاية الشريفة من جهة الامر بالدفع وجوب الدفع بعد البلوغ والرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك وهذا يلائم مع الجواز فلا تدل الاية على عدم الجواز (قلت) اولاً - انه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز امساك مال الغير - فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك ووجوب حفظ امواله وعدم رده اليه (وثانياً) ان هذا الامر لو ورد مورداً للحضر والمنع لا يستفاد منه الوجوب فدلالة الاية الشريفة على محجورية الصبي في الجملة مما لا كلام فيها (انما الاشكال) في انها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلاً بالمعنى الاول خاصة - ام تدل على المنع عنها بالمعنى الثاني ام تدل على الغاء تصرفه بالمرة (اقول) الظاهر هو الوسط - فان الاية من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولي وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ - تدل على عدم استقلال الصبي في معاملاته في امواله وان اذن له الولي - ولكنها لا تدل على جعل انشاءه كلائشاء مع عدم كون التصرف تصرفاً له بل من تصرفات وليه وكون البيع بيعه مثلاً فالاية تدل على عدم نفوذ ما يعد تصرفاً له ولو مع اذن الولي - وهي وان اختصت بامواله الا انه يكفي في منعه عن التصرفات في مد غيرهِ عدم القول بالفصل

(الثاني) حديث رفع القلم عن الصبي - الذي (رواه) في محكي الخصال عن ابن الغلبان عن امير المؤمنين (ع) في سقوط الرجم عن الصبي - ابعلمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن

الصبي حتى يحتلم الحديث (وروى) عن قرب الاسناد عن علي (ع) في سقوط القصاص والدية في ماله وقد رفع عنهما القلم (وفي موق) عمار عن الصادق ع عن الغلام متى يجب عليه الصلاة قال ع اذا اتى عليه ثلاث عشر سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم الحديث ونحوها غيرها - وعن الشيخ في المبسوط في مسألة الاقرار ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم

و اورد عليه بايرادات ((احدها)) ما في المتن وهو ان الظاهر منه قلم المؤاخظة لا قلم جعل الاحكام (وفيه) اولانه لاشاهد لهذا الحمل بل الظاهر منه قلم جعل الاحكام ولاقل من الاطلاق و (ثانيا) ان مورد بعض هذه النصوص القصاص و ثبوت الدية وهما ليسا من قبيل المؤاخظة على مخالفة التكليف بل من قبيل الحكم الوضعي (وثالث) ان المراد لو كان رفع فعلية المؤاخظة مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو - كان ذلك مما يقطع بخلافه وان كان المراد رفع الاستحقاق فهو لا يصح الا مع رفع الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي .

((ثانيها)) ما في المتن ايضا وهو ان المشهور على الالسنه ان الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلما منع من كون عقده سببا فعليا للوجوب التعليقي اى وجوب الوفاء بعد البلوغ - ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشأه بالوجوب الفعلي المنجز (وفيه) ان ما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع في حقه في الجملة في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق لا ثبوت الاحكام الوضعية في حقه مطلقا كيف وقد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي .

((ثالثها)) ما في المتن ايضا وهو انه لو سلمنا اختصاص الاحكام الوضعية ايضا بالبالغين لكن لامانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ بان يكون الجزء الآخر البلوغ ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد موضوعا للوجوب الوفاء وان لم يؤثر في الملكية كما في معاملة الفضولي مع الاصيل فانه يجب على الثاني الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائيني

ره عليه بانه لا يمكن التفكيك فى الآثار بين البالغ و غيره اذ لو افاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن ان لا يؤثر فعلا ويصير ذا اثر بعد البلوغ (وفيه) انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لاسيما الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر . (راجعها) ما افاده المحقق الايروانى ره و هو ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص النكاليف الالزامية و ذلك بقرينة الرفع فان مناسب مادة الرفع رفع ما فى حمله كلفة وثقل ومشقة وليس ذلك الا فى الاحكام للزومية (وفيه) انه يصح اسناد الرفع الى كل ما يصح اسناد الوضع اليه لانهما متقابلان فلا وجه للاختصاص ببعض الاحكام .

(خامسها) ما افاده المحقق الايروانى ره ايضا - و هو ان تأثير الانشاء فى حصول عنوانه المنشأ كالبيع تأثير تكوينى فى امر اعتبارى فيكون كتأثير سيفه فى القطع وهذا لا يرفعه حديث الرفع واما رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنوان المتولد على ان لا يكون البيع الحاصل بانشاءه محكما باحكام البيع فذلك فى البشاعة يساق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه ومعلوم بالقطع ان حديث الرفع لا يرفع الا احكاما مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير لا احكاما مترتبة عليه حتى مع الوساطة (وفيه) ان تأثير الانشاء فى حصول العنوان ليس تكوينيا بل جعلى غاية الامر حصوله فى نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية و ان كان حصوله فى نظر العاقد غير متوقف عليه (وبالجملة) قد مر فى اول الكتاب ان فى البيع مثلا يعتبر البايع والمشتري الملكية و يتحقق ذلك فى اعتبارهما . ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا والا فلا - و كك بالاضافة الى الشارع فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الاقدس لا يعتبر الملكية ولا يكون العنوان متحققا فى اعتباره و هذا لا يستلزم شيئا من المحاذير المتقدمة .

(ثم ان) المحقق النائينى ره اختار دلالة على بطلان عقد الصبي حتى بالمعنى

الثالث - بدعوى انه يدل على كون الصبي مسلوب العبارة فان الظاهر من قوله (ع) رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس والدائر على السنتهم من ان فلانا رفع القلم عنه ولا حرج عليه واعماله كاعمال المجانين فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم ورفع عنه ما جرى عليه القلم فلا ينفذ فعله ولا يمضى عنه فان ما صدر عنه لا ينسب اليه. (اقول) انه يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبي - ولازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث فان العقد الصادر من الصبي باذن الولى له نسبتان نسبة الى الصبي ونسبة الى الولى غاية الامر نسبته اليه انما تكون بالتسيب ولا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بال مباشرة ونفوذ ما هو عقد الولى - اذ القلم رفع عن الصبي لا عن الولى هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبي مع كونه مجرى الصيغة خاصة وكون طرف المعاملة عند العرف هو الولى والا فعدم دلالة على سلب عبارته اوضح .

الثالث - النصوص الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز امر الصبي فى البيع و الشراء - و تقريب الاستدلال بها - انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه وشراؤه حتى مع اذن الولى فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير (و اورده عليه) المحقق النائيني ره بانها فى مقام بيان ان الاحتلام شرط فى نفوذ امر الصبي وليست فى مقام بيان عدم نفوذ امره قبله ولومع اذن الولى (و فيه) ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله - ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى وعدمه (والحق) ان يقال ان دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الاولين لا تنسكرا - الا انها لا تدل على البطلان بالمعنى الاخير - اذ لو كان الصبي مجرى الصيغة خاصة لا يستند البيع والشراء اليه و على هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه - فالبيع انما يكون بيع الولى - او الموكل - و الامر امره - و مجرد الصيغة لا يكون موضوع النفوذ وعدمه - و لو تنزلنا عن ذلك فلا اقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبي - و نسبة الى الولى - او الموكل - فلا

مانع من نفوده و مضيه بالاعتبار الثانى كما تقدم
 (قوله قدّه ويشهد له الاستثناء فى بعض تلك الاخبار الخ) وجه الشهادة ان
 السفية ليس مسلوب العبارة فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم استقلاله فى التصرف
 (وفيه) انه لو كان مفاد هذه الاخبار بحسب ظواهرها عدم نفوذ امر الصبي ولو فى
 اجراء الصيغة خاصة هذا الاستثناء لا ينافيه بل غاية ما هناك كذا نقول ان هذه الاخبار
 تدل بالاطلاق على كونه ايضا مسلوب العبارة الا ان الدليل دل على خلاف ذلك فلا
 يحكم بكونه مسلوب العبارة لدليل آخر. لو كان والا فلا مانع من الالتزام بكونه
 ايضا مسلوب العبارة

(قوله قدّه وكذا لو وقع ايجاب النكاح او قبوله لغيره باذن وليه الخ) (وفيه)
 انه بناء على ما ذكرناه فى معنى هذه النصوص لاحاجة الى اذن الولي فى ما اذا
 صار وكيلًا عن الغير فى معاملة خاصة لعدم كون المعاملة ح امر الصبي فتدبر
 ((الراجع)) النصوص المتضمنة لكون عمد الصبي خطأ (كصحيح) محمد بن
 مسلم عن الصادق (ع) عمد الصبي وخطأ واحد و تقريب الاستدلال بها انها تدل
 على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد والعمد لا تترتب على افعال
 الصبي و ان اعماله عن قصد كالأعمال الصادرة عن غيره بلا قصد فعقده كعقد الهازل
 و النائم

اقول يقع الكلام فى جهتين (الاولى) فى انها هل تدل على ان قصد الصبي
 كلاقصد - ام تدل على ان عمده اى الفعل الصادر عن عمد خطأ اى حكمه حكم
 الفعل الخطأى - ظاهر الاخبار بل صريحها هو الثانى (مع) ان حملها على الاول
 مستلزم لتخصيص الاكثر اذ لازمه صحة صلاته لو تعمد بالتكلم و ايجاد غيره من
 الموانع - وصحة صومه لو اكل من الصبح الى الغروب و انه لو حاز شيئاً لا يملكه
 و يجوز اخذه منه و غير ذلك من الاحكام التى لامتناع عن الالتزام بخروجها عنها
 بناء على هذا المعنى

((الثانية)) في انه على المعنى المختار هل يعم النصوص باب المعاملات ام تختص
 بباب الجنائيات وجهان اقواهما الثانى - وذلك لوجهين (الاول) ان العمد والخطأ
 انما يتصوران في الامور التي لها واقع محفوظ وذلك الامر قد يترتب على سببه قهر او
 آخر عن قصد واما الامور المتوقف تحققها على القصد كالعقود والايقاعات حيث انها
 لا تتحقق بدون القصد فلا يتصور فيها الخطأ اذ لو قصدها تقع والا فلا لانها تقع خطأ.
 (الثانى) ان تنزيل شىء منزلة آخر انما يصح اذا كان للمنزل عليه اثر ليكون
 التنزيل بلحاظه - كما في القتل فان اثر الخطأ منه كون الدية على العاقلة و اما
 ما لاحكم لخطأه كباب المعاملات على فرض تسليم الخطأ فيها فلا يصح فيه هذا التنزيل
 وبعبارة اخرى انها تدل على وحدة حكم عمد الصبي وخطاه وهذا انما يصح فيما كان لكل
 منهما حكم يخصه فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد فى خصوص الصبي ومعلوم - أن
 تعدد حكم العمد والخطأ واختلافهما فى الحكم انما يكون فى خصوص باب الجنائيات.
 ((ثم ان)) السيد قدمه فى الحاشية ذكر وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب
 الجنائيات (احدهما) ان في ذيل بعض تلك النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة ولا ريب
 فى ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنائيات وهى تكون قرينة على غيرها (وفيه)
 انه لا وجه لحمل المطلق فى المقام على المقيد لكونهما مثبتين (ثانيهما) ان النصوص غير
 المذيلة بما ذكر انما تكون مطلقة لاعامة والقدر المتيقن منها باب الجنائيات (وفيه)
 ان القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق فالصحيح ما ذكرناه.

((ثم)) ان المصنف ره بعدما اشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد
 الصبي - قال بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون والصبي
 استظهار المطلوب من حديث رفع القلم - وهو (ما) عن قرب الاسناد بسنده عن ابي البختري
 عن جعفر عن ابيه عن ابي (ع) انه كان يقول المجنون والمعتوه الذى لا يفريق والصبي
 الذى لم يبلغ عمد هما خطأ يحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم - و تقريب استظهار
 المطلوب منه - ان قوله وقد رفع عنهما القلم لا وجه لذكره الا كونه علة للحكم وهو -

ثبوت الدية على العاقلة - او معلولا لقوله (ع) عمدهما خطأ - وعلى اى تقدير يدل على ان قصد الصبى كالا قصد - فانه يدل ح على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذة - اندعام لكل ما التزم على نفسه مالا باقرار او معاوضة - ويدل انه لا اثر له فى الزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى وعدمه - و عدم ترتب الاثر على التزامه حتى مع اذن الولى لا يكون الا لسلب قصده وعدم العبرة بانشاءه

(اقول) (برد عليه) (مضافا) الى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم فى رفع جميع الاحكام فى نفسه ومع ذلك لا يدل على سلب قصده فراجع انه ليس علة للحكم - ولا معلولا لعمد هما خطأ - (الاول) فليخلوه عن اللام والفاء الداليتين على ذلك (مضافا) الى انه امان يؤخذ العلة رفع القلم مطلقا او رفع القلم فى باب الجنائيات فان كان الاول فاجنبية العلة عن الحكم المعمل واضحة اذ اى ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم والصلاة و ثبوت الدية على العاقلة - وان كان الثانى - فغاية ما يمكن ان يقال فى توجيه الارتباط ان دم المسلم لا بدوان يتدارك ولا يكون ذلك من بيت المال فلا بدوان يكون من مال الصبى او من العاقلة - فحيث ان القلم مرفوع عن الصبى فيكون من العاقلة - وهذا مضافا الى مخدوشيته فى نفسه اذ اى دليل على لزوم التدارك ثم اى دليل على عدم كونه من بيت المال واى دليل على الدوران المزور - ان لازم ذلك تعليل ثبوت احد الضدين بنفى الضد الآخر وهو كما ترى (واما الثانى) اى عدم كونه معلولا - فلمخالفته فى كيفية التعبير من حيث الاشتمال على - قد - الدالة على تحقق مدخولها و خلو جملة تحملها العاقلة عنها (مضافا) الى ان من المعلوم ان هذه الجملة اى جملة عمدهما خطأ ليست فى مقام بيان امر تكوينى بل متضمنة لبيان امر تشريعى وعليه فيتحد مفارها مع مفاد رفع القلم فلا وجه لجعل احدهما علة للآخر

(والحق) فى المقام ان يقال ان عمدهما خطأ - متكفل فى نفسه لبيان حكمين

بنحو الاجمال وقد بينهما الامام (ع) بجملتين اخريين - احدهما ثبوت الية على العاقلة و الاخرى عدم ثبوت شىء على الصبي - وبين الاول بقوله تحمله العاقلة و الثاني بقوله وقد رفع فها تان الجملتان تفسير ان للجملة الاولى من دون ان يكون هناك علية او معلولية (فتحصل) من مجموع ما ذكرناه ان المستفاد من الادلة بطلان عقد الصبي اذا كان مستقلا وصحته اذا كان باذن الولي او اجازته

ادلة القول بصحة عقد الصبي

واما المقام الثانى فقد استدلل لجواز عقد الصبي بوجوه
 (الاول) الآية الشريفة (و ابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم) وتقريب الاستدلال بها - من وجهين .
 (احدهما) ما افاده ابو حنيفة ووافقه بعض المعاصرين و هو ان ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى وقوله تعالى (حتى) سواء كانت للغاية ام للابتداء - و الظاهر من الابتلاء بالاموال على الاموال بان يأذنوا لهم فى البيع و الشراء قبل البلوغ وذلك يقتضى صحة تصرفاتهم - (اقول) لا اشكال فى دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة - الا انها لا تدل على كونه مستقلا فى التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولي او اجازته - وحيث ان ظاهر ذيل الآية الشريفة كما مر عدم صحة تصرفاته استقلا فلا بد من البناء على ذلك .
 (ثانيهما) ما افاده المحقق الايروانى ره وهو ان المستفاد من الآية الشريفة ان المدار فى صحة معاملات الصبي على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الآية و انه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و ان اعتبار البلوغ طريقى اعتبر امارة الى الرشد بلا موضوعية له (و فيه) انه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لامطلق الرشد لم يكن وجه

لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ و كان ذكر حتى اذا ابلغوا النكاح زايده - وحمله على
الطريقة الى الرشد خلاف الظاهر .

(الثاني) مرسل المبسوط و روى انه اذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جاز
التصرف (وفيه) انه لا رساله و عدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه

(الثالث) النصوص الدالة على جواز وصيته و صدقته و عتقه فانه لو ائتمن بخرجها
عن حديث رفع القلم يرد عليه ابناء سياقه عن التخصيص (وفيه) اولا ان الدليل لم يكن
مختصا بحديث رفع القلم - وثانيا - انه غير آت عن التخصيص هذا على فرض جواز تلك
التصرفات والا فالامر اسهل

(الرابع) السيرة التي ادعاها سيد الرضا على ما نقل عنه المصنف - والانصاف
انه لا ينبغي التشكيك فيها الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء بل سيد الرضا
ادعاها في هذا المورد - ولا مورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة
بالدين

(الخامس) خبر السكوني عن الصادق عليه السلام قال نهى رسول الله ﷺ عن
كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعة يد - ونهى عن كسب الغلام
الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق - فان حصر كراهة التصرف فيما
اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده و احتمال سرقة اقوى شاهد على نفوذ
معاملاته

(واجاب) عنه المصنف ره بانه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبى -
اما بان لا يكون هناك معاملة اصلا كالالتقاط المترتب عليه الملكية - او مع كون المعاملة
من الولي كالاجارة التي اوقعها الولي - او مع كونها عن الصبى على نحو يجمع فساد
المعاملة كاستحقاق اجرة المثل في الاجارة التي اوقعها الصبى بغير اذن الولي او عمل
عملا بامر آمر - ومن الواضح ان جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لا يكشف

عن نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي (وفيه) ان قبض الصبي المال في هذه الموارد كما اعترف به قدمه قبيل ذلك لا اثر له لفرض كون اجرة المثل كسبية و كسك الاجرة المسمى بحسب الغالب و هو لا يتعين بقبض الصبي (و بالجملة) غايه ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة و لكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه بل هو باق على ملكه فيحرم للولى غير التصرف فيه و به يظهر حال الالتقاط فانه اذا كان فعل الصبي كالمعدم لا اثر لا لتقاطه ايضا

(فالحق) في المقام ان يقال ان المنهى عنه اما ان يكون هو الكسب اى المعنى المصدري - او يكون هو المكسوب .

فان كان الاول - فلا محالة يكون الموجه اليه الخطاب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدى المعاملات الا فى الصناعة - وعليه فان كان النهى تحريهيا لا يدل على نفوذ معاملاته بوجهه وان كان - تنزيهيا وان كان يشعر بذلك الا انه لا دليل على حمل النهى عليه .

وان كان الثانى كما علمه الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الاول - فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي انما يكون من وجوه (احدها) من جهة التعليل اذ لو لم تكن المعاملة نافذة كان المتعين التعليل بذلك فانه ح كان التصرف فيه حراما لكونه ملك الغير وان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرقة (ثانيها) من جهة التقيد اذ لو كانت معاملة الصبي غير نافذة من اصلها لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعة بيده ومن لا يحسن (ثالثها) من جهة الحكم اذ المشهور بين الاصحاب حمل هذا النهى على الكراهة فهذه آية نفوذ المعاملة والا كان التصرف حراما .

وفي الكل مناقشة (اما الاول) فلان هذا النهى انما هو بلحاظ هذا الاحتمال اى احتمال السرقة ولا نظر فى ذلك الى نفوذ المعاملة وعدمه كى يدل على نفوذها مع عدم ذلك (مع) ان المنهى عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بذلك ام بغيرها فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه (واما الثانى)

فلان الفرق بين من يحسن صناعة يديه وغيره واضح فانه فى الاول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره - فيكون ذكر القيد لتحقيق الموضوع (مع) ان القيد لا مفهوم له (واما الثالث) فلمعنى القرينة لحمل النهى على الكراهة (مع) ان هذا النهى انما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة ولا نظر فيه الى جهات اخر (فتحصل) ان المستفاد من مجموع الادلة بطلان عقد الصبى اذا كان مستقلا فى المعاملة ونفوذ اذا كان باذن الولى -

فى المستثنيات

قوله قدّم ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها آلة للحكم عدم مؤاخذتهما بالانلاف الخ اقول قد استثنى من رفع القلم عن الصبى مواضع (منها) اتلافه فان المشهور بين الاصحاب كونه موجبا لضمانه وقد استدلوا على ذلك بوجوده

(أحدها) ما يستفاد من كلمات المصنف وهوان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الافعال المعتبر فيها القصد لى مقتضاها كانشاء العقود فيخرج مثل الانلاف (وفيه) ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف او وضع عن الصبى كان سببه فعله القصدى او غير القصدى (ثانيها) ما ذكره المحقق الاصفهاني وهو ان مقتضى مناسبة الحكم والموضوع ان كل اثر منوط ترتيبه على الفعل بالعقل وكمالها واستشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبى فمثل الضمان المترتب على مجرد الانلاف غير المنوط بشيء خارج عن عموم الانار المرفوعة (وفيه) ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة والا فرب غير بالغ اعقل من البالغ .

(ثالثها) ما افاده المحقق الايروانى ره وهوان فى بعض النصوص جمع بين عمد الصبى خطأ ورفع القلم عنه وهو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمدان المرفوع احكام اخذ فى موضوعها العمد ومعه لا يبقى لرفع القلم عموم - وذلك الحديث يوجب

سقوط ساير النصوص المشتبهة على رفع الحكم عن الصبي - فمثل الاتفاق غير مشمول لها - (وفيه) اولا ان عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه ومجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم ارادة العموم منه (وثانيا) انه لا وجه لصيرورته مسقطا لعموم ساير الروايات

(ومنها) ان حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان يختص بما في رفعه عنة ولا منة على الامة في رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير - افاده المحقق الاصفهاني ره (وفيه) انه لا قرينة لكونه واردا مورد الامتنان بل لازم ذلك عدم شموله ليعنه اذ ليس في رفع حليته منة على الصبي فالعمدة في استثنائه الاجماع ان ثبت وكان تعبديا .

(ومنها) التعزير وقد افاد المصنف ره في وجه خروجه - ان المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير (وفيه) اولا انه لا شاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عموم شموله لكل من الامرين (وثانيا) ان هناك شاهد اعلى خلاف ذلك فان مجرد الفرق بين الصبي و البالغ في المؤاخذة واختلاف حكمهما لا يصحح اسناد رفع القلم اليه كما لا يخفى .

(فالصحيح) في وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم .

(ومنها) انه اذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينحبس ولو تحقق في حقه سبب الجنابة يجنب كما هو المشهور بين الاصحاب - و الوجه في ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه - وذلك لانه يعتبر ان يكون الحكم المرفوع به مترتبا على فعل الصغير بما هو فلا يعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقة والجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه واما عدم شمول ما دل على انه لا يجوز امر الصبي لهما فواضح .

(ومنها) القبض - وما يخص القول فيه ان القبض ربما يكون معينا للكلية و اخر يكون قبضا لمال معين و على التقديرين ربما يكون جزء السبب المملك

كما فى بيع الصرف والهبة - وربما لا يكون كك - وعلى التقادير ربما يكون باذن الولى و قد يكون بغير اذنه - فقد يقال يترتب الاثر على قبضه مطلقا - واستدل له السيد (بالسيرة) عليه فى الصدقات (وباطلاق) نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير (وبما) فى الزكاة الدال على جواز اعطائها بالصغير.

(ولكن) المتيقن من السيرة اعطائها باذن الولى ونصوص الكفارة و الزكاة واردة فى مقام بيان حكم آخر لا يصح الاستدلال بها فى المقام ففى محكى الجواهر ثم لا يخفى ان المراد من اعطاء الاطفال فى النص و الفتوى الايصال اليهم على الوجه الشرعى بان يسلم بيد وليهم .

(والحق) فى المقام ان يقال ان المقبوض ان كان شخصا - فان لم يكن مال الصبى و لم ياذن المالك فى القبض لا كلام فى عدم كونه مبرراً للذمة وان اذن مالكه فى القبض كان ذلك مبرراً للذمة لان ذلك قبض منه و استيلاء على المال اذ القبض الذى يترتب عليه الاثر ليس هو الاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق فى الفرض - وان شئت قلت ان المبرر للذمة اداء مال الغير فتبرء الذمة وان امر بالقائه ماله فى البحر - وان كان المال مال الصبى فان اذن له الولى فى اقباضه او اذن الصبى فى قبضه برأت ذمته لانه قبض للولى - (وما) افاده العلامة ره من ان ذلك تضييع لمال الصبى فلا يجوز و ان اذن الولى (غير تام) لعدم كونه تضييعا بل اقباض للولى - و ان كان بدون اذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا

وان كان كلياً فان كان بدون اذن الولى ان كان ماله او مال الصبى - او بدون اذن مالكه ان كان لغيرهما لم تبرء ذمته وبقى المقبوض على ملكه - وان كان مع اذنه كان ذلك قبضا معيناً للملكى - ولا اقل من كونه توكيلاً منه فى قبض حقه و تعيينه فيما يبدون دفعه الى الصبى - فافهم واغتنم

في معاملة الصبي في الأشياء البسيطة

(قوله قدّه ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء البسيطة الخ) (اقول) قد استدل علي نفوذ معاملة الصبي في الاشياء البسيطة بوجوده

(الاول) ان الاية والنصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الاشياء الخطيرة بقرينة مناسبة الحكم والموضوع بتقريب انها بمناسبة الحكم والموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كاهل العقل وغيره و هو انما يكون في الاشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لا يتفاوت فيه الصغير والكبير (وفيه) ما تقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لا العلة والا قرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ

(الثاني) لزوم الحرج من تصدى البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات - (وفيه) ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع (نعم) لا ننكر لزومه من منهم عن المعاملة مطلقا و لكن قد مر ان الاظهر جواز معاملاتهم في صورة اذن الاولياء حتى في المجملات

(الثالث) ان سيرة اهل العرف من كل دلة ونحلة جرت على ايكال المعاملات في المحقرات الي الصبيان - (واجاب) عنه المحقق النائيني ره بان السيرة مختلفة باختلاف الاشياء فانهم ياكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول والى من بلغ ثمانية بيع اللحوم وهكذا وثبتت السيرة من عصرنا الى عصر الائمة من المتدينين بهذا التفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للدولة (اقول) يرد عليه قدّه ان المستدل استدل بالسيرة العقلانية و ما ذكره ره انما يصلح جوابا عن سيرة المشرعة و بينهما فرق واضح كما لا يخفى

(فالحق) ان يقال - ان الاستدلال! ان كان بالسيرة العقلانية فالادلة الدالة

على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضاءها و ان كان استدلالا بسيرة المتشركة فيرد عليه ان ثبوتها فى صورة عدم اذن الاولياء ممنوع (ثم ان) كاشف الغطاء ره بعد المنع عن صحة عقد الصبى وكالة ايضا التزم بصحة المعاملة فى الموارد التى يكون الصبى بمنزلة الآلة و الواسطة فى الايصال من جهة ان المعاملة واقعة حقيقة بين الولى و الطرف الآخر - وقد مر تنقيح القول فى ذلك فى التنبيه الثانى من تشبيهات المعاطاة و عرفت انه غير تام فراجع ما ذكرناه ولا نعيد

فى اعتبار القصد

قوله قد مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصد هما المدلول العقد الخ - اقول تنقيح القول فى هذه المسألة انما يكون بالبحث فى مباحث (الاول) ان للعاقدين بحسب قصد اللفظ و قصد معناه احوال اربعة (الاول) - ان يكون اللفظ صادر عنه عن غير قصد كاللفظ الصادر من النساء او الغالط (الثانى) ان يكون اللفظ مقصودا له دون معناه - كما اذا قيل - بعث على وزن خفت (الثالث) ان يكون المعنى مقصودا به بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية كما اذا انشأ البيع بمعنى استعمال الصيغة فى معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفسانى ونظيره فى الاخبار ما اذا اخبر عن شىء وحكى عنه بداعى الهزل لا الجدى (الرابع) ان يكون المعنى مقصودا به بالارادة الجدية و لكنه لم يكن عن طيب النفس (ثم ان) اعتبار القصد بالمعنى الثلاثة الاول فى صحة العقود من القضايا التى قياساتها معها فان عناوين المعاملات امور قضدية ومع عدم هذه القصور لا تتحقق تلك - و اما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا وسيأتى الكلام فيه فى محله

(ثم انه) ظهر مما ذكرناه امور (الاول) ان ما افاده المصنف ره فى المقام من قياس الامر الصورى بالكذب فى الاخبار وتشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث فى الانشاء

كلام متين - ولا يرد عليه ما أورده المحقق النائيني ره من ان شبهه الكذب في الاخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار اى اعتبار الشارع واما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذى يكون الامر الصورى شبهه به فلا يكون ذلك مثل الكذب في الاخبار فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال

(الثاني) ان جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث الذى هو مورد كلام المصنف ره من شرائط المتعاقدين اولى من جعله من شرائط العقد فانه ليس من شئون الصيغة بل مما يعتبر في البايع بالحمل السابع - وما ذكره المحقق النائيني ره في وجه اولوية جعله من شرائط العقد - من انه لا يتحقق العقد بدونه - يرد عليه انه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين او العوضين لا يتحقق العقد فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الامور التى تكون معتبرة في ترتيب الانواع على العقد مع كون مركزها المتعاقدين والافمقتضى هذا البرهان عدم كون شىء من الشروط شرطاً للمتعاقدين حتى مثل البلوغ اذ العقد لا يتحقق مع عدمه

(الثالث) ان ما افاده الشهيد ره من ان الفضولى والمكره غير قاصدين لمدلول العقد خلط قصد بقصد اذا لمكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لانه غير قاصد لمدلوله وتمام الكلام في محله

لابد من تمييز البايع من المشتري

المبحث الثانى - صرح صاحب المقاييس بانه يجب ان يميز البايع من المشتري اذا امكن الوصفان في كل منهما (اقول) لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البايع من المشتري بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك - واما اذا كانا متعددا - ولكن لم يميز احدهما من الآخر كما اذا قال بعت منأمن حنطة احد هذين بتومان في ذمة صاحبه - فستعرف حكمه في المبحث الا ترى

يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له

(المبحث الثالث) وقع الكلام في انه هل يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له مطلقا - فلو باع او اشترى للملكى - كما اذا اشترى لموكله اى هذا العنوان مع تعدده او للفرد المبهم كما اذا اشترى لاحد موكلية مبهمة ابها ما واقعيا بطل العقد - ذمب اليه صاحب المقاييس - ام يجب التعيين اذا كان العوضان كليين - او كان احدهما كك - اختاره المصنف ره ام لا يجب التعيين مطلقا - وقد استدل الاول بوجوه .

(الاول) انه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلا مالك معين فى نفس الامر (وفيه) انه لا محذور فى بقاء المملوك بلا مالك معين ونظيره فى الشرع مالكية الفقراء للزكاة و العناوين الكلية للاوقاف لها - ومالكية احدرجلين للمال المنذور لاحدهما (مع) انه يمكن الالتزام بصحته وصيرورة من يعين بعد ذلك او يستخرج بالقرعة مالكا اما من حين العقد او بعد التعيين على الخلاف فى كونه كاشفا او ناقلا .

(الثانى) انه ان صح لزم ان لا يحصل الجزم بشئ من العقود التى لم يتعين فيها العوضان ولا بشئ من الاحكام والاثار المترتبة على ذلك (وفيه) ان الجزم بالعقد وبما يترتب عليه من الاثار والاحكام متحقق وانما المققود الجزم بوقوعه لشخص معين وهذا مما لا دليل على اعتباره (مع) انه يمكن ان يقال بان الجزم بذلك ايضا متحقق وهو وقوعه لمن يعين بعد ذلك فتأمل .

(الثالث) ان الادلة لا تشمل العقد المبهم لانصرافها الى ما هو الشايع المعروف من الشريعة والعادة (وفيه) ان الانصراف الناشئ عن شيوع فرد وندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق .

(الرابع) انه لا دليل على تأثير التعيين المتعقب (وفيه) انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعيين ولو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعى والا فيرجع الى

ادلة القرعة التى هى المرجع فى هذه الموارد فاذا لادليل على اعتبار التعيين .
 (واما القول الثانى) فقد استدل له المصنف به بان الكلى مالم يضاف الى ذمة
 شخص معين لا يكون مالا فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية
 مافى الذمم على تعيين صاحب الذمة (وفيه) ان المفهوم الكلى مالم يضاف الى الذمة لا يعتبر
 له المالية ولكن كما له المالية اذا اضيف الى ذمة شخص معين كك له المالية اذا اضيف الى
 ذمة الكلى او احد الشخصين مع صيرورة من فى ذمته معين بعد ذلك اما بالقرعة او بالتعيين
 فالحق انه لا دليل على اعتبار التعيين مطلقا.

(ثم ان) هناك نزاعا آخر وهو انه فى المبيع الشخصى او الكلى المضاف
 الى ذمة شخص معين لو قصد البيع اى اوقعه لغير المالك ولغير من فى ذمته فهل يبطل
 البيع كما يظهر من المقاييس ام يصح ويلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب اليه
 المصنف به - ام يصح ويقع عنه وجوه .

(وحق) القول فى المقام انه ان بنيينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لا جانا كما
 هو الحق فى الصور المفروضة المذكورة فى المتن - من يبيع مال نفسه عن غيره - ويبيع
 مال غيره عن نفسه - ويبيع مال غيره عن غيره - ان كان ذلك مع اذن المالك ومن يشتري له او
 اجازته صح على ما اوقعه والابطل لذلك - واما بناء على ما بنى عليه المصنف به - وفاقا
 لجمع من ان البيع حقيقة متقومة بالمعاوضة ويلزم فيه دخول العوض فى كيس من خرج عن
 كيسه المعوض فان لم يقصد المعاوضة بطل العقد - وان قصدها - فان كان مراده من قصده وقوع
 البيع لغير المالك رجوع نفعه اليه بمعنى ان يهبه بعد المعاملة فلا كلام - وان كان
 مراده منه دخول العوض فى كيسه فيمكن تصحيحه والالتزام بلغوية القصد المزبور
 بالتقرير الذى سيأتى فى مبحث الفضولى - وبما ذكرناه يظهر مافى كلمات القوم فى المقام .

فى تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع

المبحث الرابع فى تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع -
 والكلام فى هذا المبحث يقع فى جهتين (الاولى) فى بيان ماهو محل كلام المصنف به

(الثانية) فى بيان ماهو الحق فى المقام .

(أما الأولى) فالذى يظهر من الاستدلال بظاهر الكلام - ان مورد كلامه - انه هل يكون ظاهر كلام البايع او المشتري الموجه الى الطرف هو كون شخص المخاطب طرفا للمعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره - ام ليس له ذلك فيلائم مع كونه اصيلا او وكيل او وليا (وبه) يظهر تمامية ايراد المصنف ره على من فرق بين البيع ونحوه - وبين النكاح - بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى ساير العقود (بان) هذا يصلح وجه الوجوب التعيين فى النكاح لالعدم الوجوب فى البيع - كما ان ما ذكره فى وجه الفرق تام كما ستعرف .

(وأما الجهة الثانية) فملخص القول فيها ان الكلام وقع فى موارد (الاول) انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البايع مثلا بان مخاطبه هو المشتري بالاصالة - او انه وكيل عنه او لى عليه وبعبارة اخرى هل يجب ان يكون عالما بمن ينتقل اليه ماله و ينتقل ماله اليه ام لا ام يفصل بين العقود - و الحق فى هذا المقام هو التفصيل بين البيع ونحوه - و النكاح و شبهه - فانه فى النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين كما انه فى الوقف يختلف الاغراض باختلاف الموقوف عليهم فيلزم التعيين واما فى البيع فلا يختلف الغرض باختلاف المالك بل الركن فيه العوضان وعليه فلا يجب فيه التعيين (نعم) لا يبعد القول بوجوب التعيين فى صورة كون العوض هو الكلى فى الذمة فانه يختلف الاغراض باختلاف من فى ذمته ذلك (مع) انه من جهة اعتبار معلومية العوض لابد من تعيين من فى ذمته الكلى لاختلاف ما فى الذمم باختلافها فتدبر .

(المورد الثانى) فى انه هل يكون للكلام ظهور فى كون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره ولا ظهور له فى ذلك ذاتا او قرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتى ام هناك فرق بين المعاملات والظاهر هو الاخير - والصحيح فى وجهه ما افاده المصنف ره - (وحاصله) ان فى البيع ونحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام فى كون المخاطب به هو طرف المعاملة بالاصالة وتلك القرينة

هى ان الغرض فيه متعلق بالمبادلة و وصول كل منهما الى عوض ماله - اذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدى و لا يمتنى معه ظهور فى ذلك واما فى النكاح و شبهه فلا صارف عن الظهور الذاتى للكلام بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفى العقد يؤكّد ذلك الظهور

(المورد الثالث) فى انه مع العلم بكون الطرف وكيلا او نائبا هل يصح فى مقام اجراء الصيغة ان يجعله طرفا فى المعاملة ام لا بدمن ذكر الموكل او المولى عليه ام يفصل بين المعاملات - و الاظهر هو الاخير فانه فرق بين النكاح و نحوه و البيع و شبهه لامن جهة ان معنى انكحتك جعلتك زوجا - و معنى بعتك جعلتك بايعا و البائع يصدق على المولى و الوكيل و لا يصدق الزوج عليهما - فانه يمكن ان ينتقض عليه بما اذا انشأ البيع بلفظ ملكتك فان معناه جعلتك مالكا و المالك لا يصدق على الوكيل و المولى (بل) من جهة انه على القول باعتبار الصراحة فى ما ينشأ به المعاملة بما انه تعارف فى البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الاعم - و لم يتعارف ذلك فى النكاح فيجوز فى الاول دون الثانى من جهة وجود الصراحة بمعنى ان العرف يفهمون منه المراد فى الاول دون الثانى .

قوله قدّه و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري الخ وفيه انه مع تعارف توجيه الكلام الى المخاطب بعنوانه الاعم بحيث يفهم العرف المراد منه مع عدم نصب قرينة - لامحالة لا يكون للكلام ظهور فى ارادة الخصوصية - وعليه - فلا وجه لعدم سماع قوله فى دعوى كونه غير اصيل - ولعله الى هذا اشار بقوله فتأمل

من شرائط المتعاقدين الاختيار

قوله قدّه و من شرائط المتعاقدين الاختيار والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس الخ اقول الكلام فى هذه المسألة انما هو فى اعتبار امر آخر واء القصد المقوم للعقد الذى انعقد له المسألة السابقة .. وهو انه هل يعتبر صدور

العقد عن طيب النفس والرضا فلا يجوز ان وقع عن كره - ام لا يعتبر ذلك (فما) يظهر من جماعة منهم الشهيدان حيث قالوا ان المكروه قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله - من ارجاع هذا البحث الى البحث السابق و جعل المكروه من مصاديق غير القاصد (فى غير محله) - (وما ذكره) المصنف ردفى توجيهه بان مرادهم ان المكروه غير قاصد لوقوع مضمون العقد فى الخارج (فيه) انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله ووقوع مضمون العقد فى الخارج ليس مدلوله كما هو واضح .

(ثم ان) المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة (الاول) ان تكون لاجل جلب المنفعة (الثانى) ان تكون لاجل البغى والادفع الضرر (الثالث) ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب على شىء آخر كما اذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشترى به منه طعاما - فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع - و بعبارة اخرى تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه اليه المترتب على امر آخر (الرابع) ان تكون لاجل ترتيب الضرر المترتب على ترك المعاملة كما لو اكره عليها

(لاشكل) فى صحة المعاملة فى القسمين الاولين - واما المعاملة فى القسم الثالث فى مشمولة للعمومات بلا كلام وما يتوهم ان يكون دليلا على بطلانها امران (احدهما) ما دل على اعتبار طيب النفس الذى سيمر عليك (الثانى) حديث الرفع - و شىء منها لا يصلح لذلك (اما الاول) فلو جود الرضا وطيب النفس بها باى معنى كان (واما الثانى) فلان حديث الرفع لوروده مورد الامتنان يختص بما اذا كان فى رفع الحكم منة على العباد وحيث لامنة فى رفع اثر مثل هذه المعاملة فلا تكون مشمولة للحديث (واما) ما افاده المحقق النائيني فى وجه عدم الشمول - من ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما يكون نفس المعاملة اضطرارية و اما اذا كانت المعاملة مما يدفع بها الاضطرار فلا يدل الحديث على رفعها كما انه لو كان الخطاء او النسيان متعلقا بامر آخر غير نفس المعاملة وصدرت المعاملة عن عمد و التفات فهذه لا ترتفع

بالحديث (فيرد عليه) اولا بالنقض بما اذا كانت المعاملة غير جائزة في نفسها كما لو نذر ان لا يبيع داره فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع مع انه لا اظن ان يلتزم به (و نانيا) بالحل وهو ان الاضرار اذا تتعلق بشيء وكانت المعاملة رافعة له لا محالة يتعلق الاضرار بها ايضا فالصحيح ما ذكرناه

ادلة بطلان عقد المكره

و اما القسم الرابع وهو الذى انعقد له هذه المسألة - وهو عقد المكره - فقد استدل على بطلانه فى مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما اذا كان واجد الجميع ما يعتبر فى الصحة من قصد اللفظ والمعنى و غير ذلك من القيود - بوجوده (الاول) ما دل على اعتبار الرضا وطيب النفس - وهو آية التجارة عن تراض - وحديث لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه - والكلام فيهما يقع فى موردين (الاول) فى ان عقد المكره فاقد للرضا (الشانى) فى دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا فى صحة العقد (اما الاول) فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه والمحقق الاصفهاني - والمحقق الايرواني - الى انه غير فاقد للرضا وان الرضا ملازم للارادة وقد افاد المحقق الاصفهاني به فى وجه ذلك ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا اذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى والا فلا ينقدح بسببها الشوق فى النفس كى يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات وهذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالباصرة وغيرها وربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما فى شرب المريض الدواء - وربما تجتمعان - فاما من فعل ارادى الا وهو يصدر اما عن شوق طبيعى او عن شوق عقلى فليس الرضا وراه الارادة ومباذباها - فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلى غالب على الكراهة الطبيعية والا لمصادر (وفيه) ان الرضا بحسب المتفاهم العرفى يلزم ابتهاج النفس فى مقابل انقباضها وذلك ربما يكون مع ارادة الفعل و آخر لا يكون كما فى المكره - واما فى المضطر فهو موجود

دائما وان شئت فاختبر ذلك من حال العرف فهل يتوهم احدان يكون قول انى فعلت ذلك باختيارى عن غير رضى منى اذا كان مكرها عليه متهاقنا فى كلامه هذا (وبالجملة) لا ينبغي التأمل فى ان الرضا بحسب المتفاهم العرفى غير الارادة ومباديها .

(واما المورد الثانى) فالظاهر عدم دلالة الالية والرواية على اعتبار الرضا .

(اما الالية) فلانه اذا كان الاستدلال بالمستثنى منه وهو - لا تأكلوا اموالكم بينكم

بالباطل بدعوى ان عقد المكره اى الصادر عن غير رضاه من مصاديق الباطل (فيرد عليه) انه مع اذن المالك الحقيقى الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف فى المقام من العمومات لامجال للاستدلال به - وان كان الاستدلال بالمستثنى - وهو - الا ان تكون تجارة عن قراض (فيرد عليه) ان الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر .

(واما الرواية) فلان ظاهر الحلية من جهة استنادها الى المال لالى المعاملات

الحلية التكليفية وقد تقدم فى اول الجزء الاول من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد - وعليه فهذه الرواية اما لا تشمل عقد المكره - لعدم حرمة تكليفها او تشملها ولا تدل على عدم نفوذه .

(الثانى) حديث الرفع - ودلالته على بطلان عقد المكره بناء على ما حققناه فى

حاشيتنا على الكفاية من عموم الحديث لجميع الانار والاحكام التكليفية والوضعية

واضحة - فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكره (واما) ما افاده الشيخ الاعظم ره من انه

يدل على ذلك حتى بناء على كونه ظاهرا فى رفع المؤاخذة - من جهة ان استشهاد الامام

(ع) به فى رفع بعض الاحكام الوضعية كما فى صحيح البزنطى حيث استدل (ع) به

على عدم وقوع آثام ما حلف به من الطلاق والعتاق - يدل على ان المراد بالنبوى ليس

خصوص المؤاخذة (فيرد عليه) انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعتاق غير صحيح

عندنا من دون الاكراه ايضا - لامحالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق ولا يكون

الحديث منطبقا على المورد وعايه فلا وجه لصرف النبوى عن ظاهره اذ لامنشأ له سوى

دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل ومع فرض كون التطبيق جاريا على وفق التقيية لا يبقى لذلك محل فافهم واغتتم فالصحيح ما ذكرناه .
(الثالث) النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه (كحسن) زرارة عن الباقر (ع) عن طلاق المكره وعتقه فقال (ع) لبس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق ونحوه غيره - بضميمة عدم الفرق -

حقيقة الاكراه

قوله قدّه ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر الخ لا يخفى انه ما بعد عرفت من ان الميزان في صحة المعاملة و فسادها صدق كونها مكرها عليها وعدمه واز وجود طيب النفس والرضا وعدمه اجنبيان عن هذا المقام - لا بد من بيان حقيقة الاكراه و بيان ما يعتبر فيها - فاقول حقيقة الاكراه حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في صدقه امور

(الاول) ان يكون بحمل الغير على الفعل واما اذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة او خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه.

(الثاني) ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة او بالالتزام كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع كما لو وعده بان ينصبه واليا اذ اباع داره - لا يكون ذلك مكرها عليه

(الثالث) ان يكون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه فلو قال بع دارك والاقبلك قصاصا و كان مستحقا عليه او الاطالبتك بالدين الذي لي عليك لا يصدق الاكراه (الرابع) ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة - فلو حمله على اعطاء مال وتوقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع انه مكره عليه - وان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له فان رفعه تضيق لا توسعة وقد مر انه يعتبر

فى شموله كون رفعه منة و توسعة .

(الخامس) ان يحتمل ترتب الضرر المتوعد به و لا يعتبر العلم به ولا الظن -
و لا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الأمر او من غيره - فلو امره أمر
بفعل و خاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه
مكره عليه .

إذا أمكن التفصلي بما لا ضرر فيه

قوله قدده ثم انه هل يعتبر فى موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان
التفصلي عن الضرر المتوعد به الخ الاقوال فى المسألة خمسة (الاول) اعتبار العجز
عن التفصلي بالتورية او غيرها فى صدقه (الثانى) عدم اعتباره (الثالث) التفصيل بين
التورية وغيرها فيعتبر العجز عن التفصلي بها (الرابع) التفصيل بينهما حكما لاموضوعا
(الخامس) انه يعتبر فى الاكراه الرافع للحكم التكليفى العجز عن التفصلي بالتورية
و غيرها - و اما فى الاكراه الرافع لاثر المعاملة فلا يعتبر ذلك - بل يكفى العجز
الفعلى المتحقق مع امكان التفصلي وستعرف تقريبا ذلك و الكلام فى المقام يقع
فى جبهتين (الاولى) فى بيان المختار و وجهه (الثانية) فى بيان وجه سائر الاقوال
وقبل البحث فى الجبهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية .

(وهى) ان يلقى المتكلم كلاما له ظهور فى معنى - وهو يريد منه غير ذلك المعنى و
يكون المعنى المراد مطابقا للمواقع دون المعنى الظاهر كما اذا استأذن رجل بالباب و
قال الخادم له ماهو ههنا مشيرا الى موضع خال فى البيت - ويعتبر فى صدقها -
امران آخران (احدهما) ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفى ظاهرا فى غير ما افاده
المتكلم فلو كان ظاهرا فيه ولكن المخاطب لقصور فهمه لم ينتبه له لم يكن ذلك من

التورية (ثانيهما) ان يكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة - فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من التورية مثلا لو قال اعطيت زيدا خمسين درهما - و اراد به درهما واحدا و قد اعطاه في الواقع درهما لم يكن ذلك من التورية - وعلى هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للمواقع موضوعا اذا عرفت هذا فاعلم - ان الاقوى .

(هو القول الاول) (وذلك) لانه يعتبر في صدق المكروه عليه على الفعل كونه صادرا عن الاجراء والضرورة فمع امكان التفضي لا يصدق ذلك وبعبارة اخرى ان من يتمكن من التفضي عن الفعل المكروه عليه يكون مجبولا على الجامع بينه وبين ما اكروه عليه فاختيار ذلك الفعل لامحالة يكون لخصوصية اخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفضي - فيستند ذلك الفعل لامحالة الى غير الاكراه .

(واما الجهة الثانية) فقد استدل للمقول الثاني - وهو عدم اعتبار التفضي مطلقا بوجوه (الاول) ان الاكراه انما هو على الفعل وهو مكروه عليه ابتداءً والتفضي انما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه فلا كراهة تحقق ولو لم يتفص (الثاني) ان حمل النصوص ومعاهد الاجتماعات على صورة عدم امكان التفضي حمل بعيد بل غير صحيح اذ في كل مورد فرض الاكراه لامحالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية او عدم القصد او غير ذلك (الثالث) خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام لا يمين في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكره قلت اصلحك الله وما الفرق بين الجبر والاكراه قال عليه السلام الجبر من السلطان ويكون الاكراه من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء .

(وفي الكل نظر) (اما الاول) فلانه مع التمكن من الفرار عما اكروه عليه لا يصدق انه مكروه عليه لما عرفت من انه يعتبر في صدقه ترتيب الضرر المتوعد به على تركه فمع امكان التفضي لا يترتب ذلك على تركه فلا يصدق عليه الاكراه (واما الثاني) فلان الغالب ان المكروه حين الاكراه لا يلتفت الى عدم كونه مكروها على القصد ولا جملته يرى نفسه مكروها على القصد ايضا (مع) انه لو سلم كون ذلك فردا نادرا لا محذور فيه اذ حمل المطلق على الفرد النادر

مستهمجن - وأما إذا أخذ في الموضوع عنوان له أفراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه والمقام من قبيل الثاني كما هو واضح (وأما الثالث) فلا نه اجنبى عن المقام إذا ما نلتزم بان الام او الزوجة او الاب تقدر على الاضرار لو ترك ما اكراه عليه فهو يدل على انه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا او ضعيفا واما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتيب الضرر على ترك الفعل المكروه عليه فيكون ح خلاف المتفق عليه .

((واستدل للقول الثالث)) بانه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكروه او يظن بانه لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكروه بالكسر لا وقع في الضرر ومن المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصلي بالتورية ولا يصدق مع التمكن من التفصلي بغيرها اذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه وعدم وقوع الضرر عليه (وفيه) ان المعتبر في صدقه انه لو امتنع يحتمل او يظن وقوع الضرر عليه فمع العلم بعدم التفات المكروه بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه فلا يصدق عليه الاكراه - الا ترى - انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربه وهو يقبل قوله لو قبل شربتها و يتمكن من عدم الشرب و اظهار الشرب انه لا يجوز له الشرب من جهة انه لو اطلع المكروه على الامتناع لا وقع في الضرر .

((واستدل للقول الرابع)) (بالاخبار) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه (وبما ورد) في قضية عمار وابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى ابواه فقتلا و اظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء الى النبي ﷺ فنزلت الاية «من كفر بالله الخ» فقال ﷺ «والله لو

له ان عادوا عليك فعد ولم ينبهه على التورية .

((وفيها نظر)) (اما الاول) فلان عدم الاشارة الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها ولا يمكن له التورية الا بالتروى وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا وخرج شديد (وأما الثاني) فلان السب و التبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى آخر لان مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير وهذا المنطوق موجود مع عدم قصد ايضا .

(ثم) ان المحقق النائمى به اجاب عن الوجه الاول - بان التورية ايضا من الكذب المحرم ولاجله لم ينبه عليها (وفيه) ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا .
 (واما القول الخامس) الذى اختاره المصنفه (فحاصله) الفرق بين الاكراه الرافع لاثر المعاملات - فيكفى فيه العجز عن التفضى فعلا وان كان قادرا على ان يقدر نفسه عليه - واما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق فمن كان قادرا على التفضى ليس له ارتكاب المحرم المكروه عليه - واستند فى ذلك الى ان المنطوق فى الاكراه الرافع لاثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع العجز الفعلى وان امكن التفضى ومثل لذلك بمن كان قاعدا فى محل فارغ للعبادة فجاءه من يكرهه على بيع داره وهو فى هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره و له خدم فى الخارج لو خرج اليهم يكفونه شر المكروه ولكن يكره الخروج - فالظاهر صدق الاكراه الرافع لاثر المعاملة - و اما الاكراه المسوغ للمحرمات فهو عبارة عن الجبر غير الصادق فى المبال المتقدم الذى اليه يتبادر لفظ الاكراه وعليه يحمل حديث الرفع وغيره .

(اقول) اولاً قد عرفت انه لا دليل على اعتبار الرضى وطيب النفس فى صحة المعاملات بل الرافع هو الاكراه وعليه فلا فرق بين المعاملات والتكليفات فى ان الرافع و المسوغ هو الاكراه (و ثانيا) - انه لو سلم اعتبار الرضى و طيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الا ما يقابل الكره ففى كل مورد لم يكن الرضا موجودا لامحالة يصدق الاكراه مثلاً فى المبال المتقدم اذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجيا ولا ضرر ياكما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا و طيب النفس و ان كان حرجيا او ضرريا فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه فتحصل ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفضى مطلقا .

لواكره الشخص على اعدامه

قوله قدّه ومن هنا لم يتامل احد فى انه اذا اكره الشخص على اعدامه

المحرمين لا بعينه الخ) اقول - ان الاكره تارة يكون على الافراد الطولية - و اخرى يكون على الافراد العرضية (و قد افاد) المحقق النائيني في الصورة الاولى بالفرق بين المحرمات و المعاملات فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعا لايجوز له المبادرة اليه في اول الوقت اذ لا بد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب فاذا لم يكن حين الشرب ملزما فاختياره فعلا لايجوز له - و اما لو كان مكرها على بيع داره موسعا فاقدامه على البيع في اول الوقت لايخرجه عن الاكره (وفيه) انه بعد ما عرفت من ان الراجع لانر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحدة الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين .

(فالحق) في المقام ان يقال ان الاكره تارة يكون على الجامع - و اخرى على الفردين على البديل - فان كان على الجامع الذي هو موضوع الاثر - فحيث ان وجود الجامع في الخارج لا بد وان يكون مع خصوصية من الخصوصيات - و المفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصيات فكل ما وجد في الخارج يقع مكرها عليه و الخصوصية الملازمة وان لم تكن مكرها عليها الا انه لا اثر لها حتى يرتفع بالاكره كي يقال انه لا اكره عليها - و اما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر و غيره - كالاكره على بيع داره صحيحا او فاسدا - فحيث ان الجامع المكره عليه لا اثر له - و ماله الاثر هو الخصوصية لا اكره عليها وان كانت هي او مقابلهام لا بد منه - فلا يرتفع شيء بالاكره وسيأتي لذلك زيادة توضيح في القسم الثاني .

و اما ان كان على الفردين على البديل - فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني به بالفرق بين باب المعاملات و المحرمات ففي الاول لو اختار احدهما وان كان هو موضوع الاثر دون مقابله يقع مكرها عليه ولا يترتب عليه الاثر - اذ المفروض انه ومقابله كليهما مكره عليهما على البديل فكل منهما يقع في الخارج يتصف بكونه مكرها عليه و اختيار كل منهما اختيار البديل الا كراهي - وفي الثاني لايجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كك كما في الاكره على شرب الخمر

او المماء اذ الملاك في المحرمات هو الاضطرار ومع وجود البديل المباح لا اضطرار الى الحرام

و لكني برد عليه (اولا) ان المسوغ للمحرمات مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه فمع صدق المكروه عليه على محرم يرتفع حرمة به و ان لم يصدق عليه المضطر اليه فلا وجه للفرق بين البابين (و ثانيا) ان الاكراه على البديل لا يزيد على الاكراه التعييني فقد مر انه مع امكان التفصلي في الاكراه التعييني لا يصدق الاكراه ولا يرتفع الاثر به فكك في الاكراه على البديل - فاذا كان احدهما موضوع الاثر دون الاخر فيمكن التفصلي عما هو موضوع الاثر فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه و ان شئت قلت انه في الاكراه على البديل بين ما هو موضوع الاثر و ما لا اثر له - يصرح المكروه باتيان موضوع الحكم او التفصلي عنه فلا مورد لادلة الاكراه فتدبر (فتحصل) انه لو اكره على فردين احدهما مباح والاخر حرام او احدهما صحيح و الآخر فاسد فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكروها عليه (ومنه) يظهر حكم مالو كان حكم احدهما اشد - كما لو اكره على شرب النجس او النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني فانه بالنسبة الى المغصوب يمكن التفصلي فتدبر

لو اكره احد الشخصين على فعل واحد

قوله قد ه ثم ان اكره احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه وليهما كناية (الخ) في المسألة وجوه و اقوال (احدها) ما في المتن وهو ان فعل كل منهما يقع مكروها عليه و ان علم ان صاحبه يفعل (ثانيها) ما اختاره المحقق النائيني ره وهو انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لا يقع فعله مكروها عليه والافيقع كك و ان علم ان صاحبه يفعل لدفع الاكراه (ثالثها) ما اختاره السيد الفقيه وهو انه ان علم بان صاحبه يفعل وان فعل هذا لا يقع فعله مكروها عليه والافيقع كك

وان علم انه يفعله ان لم يبادر هذا الى الفعل (رابعها) ما اختاره المحقق الايرواني
 ره و هو ان اكره كل مختص بصورة عدم اتيان الاخر فاذا احتمل كل اتيان صاحبه
 لم يكن فعله عن اكره (خامسها) ما هو الحق في المقام و ستعرفه و قبل بيان
 ما هو الحق ينبغي التنبيه على مقدمة .

(و هي) ان اكره احد الشخصين على فعل واحد كما يجابه عليهما على
 نحو الكفاية فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الامر بالتكليف المشروط
 بعدم اتيان الاخر ولهذا ينبغي الواجب الكفائي على ان كلا منهما يبادر الى الفعل
 يكون فعله مصداقا للواجب و يشاب عليه ولو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد
 يقع كل منها مصداقا له و يشاب عليه كك كل منهما مكره على الفعل في المقام
 في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل - نعم - بين البابين فرق - من ناحية اخرى
 - وهي - ان في صدق الاكره يعتبر عدم امكان التفصي والتخلص عن المكره عليه كما
 عرفت .

اذا عرفت هذا فاعلم ان المكره عليه ان كان فعلا واحدا ولم يكن ترتيب الاثر
 او الحكم بالاحاط حيثية الصدور - كما لو اكره احد الوليين على بيع مال الصبي كل
 منهما فعل يقع فعله مكرها عليه و ان علم ان صاحبه يفعله فان ما هو موضوع
 الاثر وهو البيع على مال الصبي لا يمكن التفصي عنه و المفروض وقوع الاكره
 عليه - وان كان المكره عليه فعلا واحدا او كانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم -
 كما لو اكره احد الشخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية - فان علم
 ان صاحبه شر به لا يجوز له الشرب ولو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان
 التفصي و التخلص بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر - ولو علم ان صاحبه لا يفعله
 يجوز له الشرب و يقع فعله مصداقا للمكره عليه - ولو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل
 ام لا وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكره العلم بترتيب الضرر على فرض
 الترك ام يكفي احتمال ترتيبه اذ على الاول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتيبه - وعلى

الثانى يجوز - وحيث عرفت ان الاظهر هو الثانى - فلا قوى هو الجواز الا اذا علم بان صاحبه يفعل به فتدبر

صور تعلق الأكره

قوله قد علم ان الأكره قد يتعلق بالمالك العاقد كما تقدم وقد يتعلق بالمالك دون العاقد (الخ) اقول قد تقدم حكم تعلق الأكره بالمالك العاقد - والكلام فى المقام انما هو فى صورتين (الاولى) ما لو تعلق الأكره بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل فى بيع ماله (الثانية) ما انعكس الامر وهى ما لو أكره العاقد دون المالك

اما الصورة الاولى - فلا اشكال فى فساد التوكيل فالعاقد يكون فضولى فى بيعه فلو تعقبه الاجازة صح و الا فلا - وهذا ممالا كلام فيه - انما الكلام فى انه اذا كان مورد الوكالة ايقاع دون العقد كما لو أكره على التوكيل فى طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولى من الايقاعات و ان عقبه الاجازة - وبينما على الكشف دون النقل - ان على النقل لا يصح فى المقام كما هو واضح - والحق ان يقال انه ان كان المعقد الاجماع عدم صحة الايقاع الذى تعلق به الاجازة - ففى المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق و ان كان المعقد ان الايقاع لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح فى المقام فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة و المتوقف على متوقف على شىء متوقف عليه فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح (فتحصل) ان الاظهر عدم الصحة تعلق الاجازة بالايقاع او التوكيل

واما الصورة الثانية - وهى ما لو تعلق الأكره بالعاقد دون المالك - فقد يكون المكروه هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بع دارى او طلق زوجتى وقد

يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكراه الوكيل على بيع دار موكله او طلاق زوجته و الى هاتين الصورتين نظر المسالك وتكون الصورة الاولى هى الفرع الاول المذكور فيها - و الصورة الثانية هى الفرع الثانى - وقد ذكرهما المصنف ره فى المتن

و فى المقام اقوال (احدها) الصحة فى الفرعين ذهب اليه المصنف ره وغيره (ثانيها) البطلان فيهما (ثالثها) التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة فى الفرع الاول والبطلان فى الثانى اختاره المحقق النائينى ره .

وقد استدل للبطلان فى الموردين بوجوده - عمدتها وجهان (الاول) ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد - واجاب عنه المصنف ره بقوله ان الحديث انما يرفع حكما ثابتا على المكروه لولا الاكراه ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه (وليس) مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذى على المكروه لا الذى له من جهة ان ذلك هو المناسب للامتنان الذى احتمله السيد الفقيه - فانه يرد عليه ان لازمه صحة قبول الهبة اكراها - مع - انه لا يعتبر فى شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه بل يكفى كونه منافيا لغرضه (كما انه) ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به و اثر العقد فى الغرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضا فانه يرد عليه انه لا دليل على هذا التقييد (بل الظاهر) ان مراده ان لفعل الوكيل جهتين - احدهما - جهة العقدية - ثانيتهما - جهة قيامه بالوكيل - والاكراه لا يؤثر فى فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية و نحوها بعد كونه مستجمة لها - والجهة الثانية غير دخيلة فى ترتيب الاثر و حصول النقل و الانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل و المفروض عدم كونه مكراها - فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الاكراه به و ما يتعلق الاكراه به لا اثر له وهو حسن

(الثانى) ان القصد الى المعنى شرط فى صحة العقد و مع الشك فى ذلك

لا اصل يحزر به كون المكره قاصدا له اذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها (و فيه) اولان الكلام انما هو بعد احراز القصد (وثانيا) ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش (واستدل) للبطلان في الفرع الثاني المحقق النائي ره بان المكره اذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا (و فيه) ان محل الكلام هو كون التعاقد وكيلا مفوضا و فعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة فالأظهر هي الصحة في الفرعين

الأكره على بيع عبده من عبدين

فوله قد فرغ ولو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبدين فباعهما او باع نصف احدهما الخ اقول في المسألة صور

الاولى - ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجا فقد جعل المصنف وقوع الاول مكرها عليه دون الثاني هو الظاهر - و احتمال الرجوع اليه في التعيين - و اورد جل من تاخر عنه بانه لا وجه لهذا الاحتمال اذ بعد انطباق عنوان احدهما على بيع الاول قهرا و ارتفاع لسان المكره عنه و اندفاع ضرره به احصول مقصوده لا وجه لوقوع الثاني مكرها عليه

(ولكن) يمكن ان يقال ان نظر المصنفه الى انه لو باع الاول بالبيع الخياري ثم باع الثاني - فله ان يفسخ البيع الاول فيقع الثاني مصداقا للمكره عليه وله ان يبقيه على حاله فيكون الاول مصداقا له فيكون البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى و اما في صورة لزوم العقد الاول فلا يحتمل في حق المصنف ره احتمال وقوع الثاني مكرها عليه

(الصورة الثانية) ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة ففي

المسألة وجوه (الاول) صحة الجميع ذهب اليه المصنف و جل الاساطين ممن تاخر عنه (الثاني) بطلان الجميع (الثالث) بطلان احدهما وصحة الاخر و يرجع في التعيين الى القرعة

و استدلل الاول بوجهين (الاول) ما في المتن و اختاره المحقق النائيني ره و هو ان ما صدر عنه خارجا غير ما اكره عليه و ما اكره عليه لم يصدر و مجرد اشتمال المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما فضلا عن كليهما (وفيه) ان المكروه عليه ليس يبيع احدهما بشرط لا كي لا يصدق على يبيع احدهما في المقام بل يبيع احدهما لا بشرط الحصول في ضمن بيعهما - لان لا بشرط يجتمع مع الف شرط فضم يبيع آخر اليه لا يخرجهما عما اكره عليه

(الثاني) ما افاده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني ره ويمكن استظهاره من كلمات المصنف ره - و هو ان يبيعهما معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما ومعه لا يؤثر الاكراه شيئا لان المفروض ان ما الزمه المكروه وهو يبيع احدهما غير معين نفس ما هو راض به فلا يكون اكراها على ما لا يرضاه (وفيه) ان يبيع المجموع لا يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما في مفروض المسألة وهو كونه كارها لبيع كل منهما لولا الاكراه بل يمكن ان يكون ناشئا عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا وولدا او انه لا يوجد من يشتري احدهما منفردا او نحو ذلك فمح يكون يبيع كل منهما مكروها - و لكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكروه عليه في صدق الاكراه و هذا المعنى لا ينطبق على كل منهما الاعلى البذل فلا محالة يقع احدهما مكروها عليه دون الآخر - وحيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح - والقرعة لامورد لها في المقام اذ الظاهر من ادلتها كونها معينة لما له التعيين واقعا لاحظ قوله (ع) القرعة سهم من سهام الله وسهم الله لا يخطئ - فانه اذا لم يكن له واقع معين لاهمى لخطاها وعدمه - فيتعين البناء على بطلانها معا .

(الصورة الثالثة) ان يكون المكروه عليه واحدا معينيا فباعهما دفعة - لا ينبغي

التوقف في صحة بيع ما لم يكره على بيعه و ان كان لولا الاكراه على المعين لما باعه لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه - كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكره عليه - لصدق الاكراه بالاضافة اليه.

(الصورة الرابعة) ما لو اكره على بيع واحد من فباع نصفه - فتارة يشمل اكراه المكره لبيعه دفعتين واخرى لا يشمل - فاذا شمله - فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الآخر فلا كلام في كونه مكرها عليه - و ان باعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف فقد اختار المصنف له كونه ايضاً مكرها عليه و خالفه المحقق النائيني ره بدعوى ان البيع كك غير ما تعلق الاكراه به فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف .

(أقول) الحق ما افاده المصنف ره فان من يدفع النصف الى المكره وداعيه الى الدفع هو الاكراه و انما يدفعه لرجاء ان يقنع المكره - يكون ذلك استدعاءً منه لان يتبدل الاكراه التعييني بدفع التمام الى الاكراه التخيري بين دفع التمام و دفع النصف فكما انه في صورة التخير ابتداءً يقع كل من فردي التخير مكرها عليه كك في التخير بعد الاستدعاء (وبالجملة) لا ينبغي التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف ما اكره عليه لدفع شره ورضى المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه - الا ترى انه لو اجبر ظالم شخصاً باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه واستدعى منه قبوله ذلك وعدم اضراره يصدق عليه انه مكره عليه ولا سبيل الى دعوى انه هبة صحيحة لانه غير ما اكره عليه والسر فيه ما ذكرناه .

وبهذا البيان ظهر انه لو اكره على دفع شيء و اعطى شيئاً آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه - لانه بفعله هذا يستدعى منه تبديل اكراهه التعييني الى الاكراه التخيري فيصير دفعه هذا احد فردي التخير فيصدق عليه انه مكره عليه - وبهذا ظهر حكم ما اذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه .

(قوله قدّه لکن فی سماع دعوی البایع ذلك مع عدم الامارات نظر الخ)
 لم يظهر لى فرق بين هذا المورد وبين ما لو اكره على بيع شيء معين فباعه فكما
 ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كك في ذلك المورد
 فما الوجه في سماعه دعواه هناك وعدم سماعها هنا - وان شئت قلت ان اصابة الجد
 التي عليها بناء العقلاء لا تجرى في امثال هذه المقامات فتدبر.

الاکراه علی الطلاق

(قوله قدّه بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير)
 قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق الخ
 اقول قبل الشروع في بيان محتملات الفرع المذكور و بيان ما هو الحق فيه - لا بد
 من التنبيه على مقدمة .

(وهي) ان المصنف ره تعرض لامر هنا كان المناسب ذكره في المحل الذي
 ذكر مفهوم الاكراه ونحن ايضا غفلنا عن ذكره هناك وهو انه اذا كان الضرر المتوقع
 به على ترك المكروه عليه هو ما يترتب على المكروه بالكسر لا بالمكروه - كما لو قال
 طلق زوجتك والاقطعت نفسي - فهل يصدق عليه الاكراه ام لا فقد استشكل المصنف
 ره في ذلك - والحق هو التفصيل فانه ربما يعد ضرر المكروه ضرراً للمكروه بالفتح
 كما لو كان المكروه بالكسر هو العبد او الابن - والمكروه بالفتح هو المولى او الاب
 فان ضرر العبد او الابن بالقتل يعد ضرراً على المولى والاب - وفي هذا المورد يصدق
 الاكراه اذ لافرق في ترتب الضرر المعتبر في صدقه بين كونه ضرراً مع الواسطة
 او بلا واسطة و لذا لو قال الاجنبى بع دارك و الاقتلت ابنك يكون ذلك اكراها و
 ربما لا يعد ضرره ضرراً عليه كما لو كان المكروه بالكسر هو الاجنبى و قال طلق
 زوجتك والاقتلت نفسي فانه لا يعد ضرراً عليه فلا يصدق الاكراه - ومن هذا القبيل

ما لو كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكروه بالكسر كما لو قيل الاجنبى طلق زوجته و الازنيت باهراً اجنبية - فان طلاق زوجته لثلا يقع فعل محرم فى الخارج ليس طلاقاً ناشئاً عن خوف ترتب الضرر فلا يصدق عليه انه مكروه عليه.

اذا عرفت هذا فاعلم انه يقع الكلام فى موردين (الاول) فى بيان وجه فتوى العلامة ره بالصحة (الثانى) فى بيان محتملات هذا الفرع فى نفسه و احكامها (اما الاول) فالظاهر ان نظر العلامة ره الى انه لو اكره على الطلاق وان لم يقصد المعنى الذى يكون عند العامة طلاقاً شرعياً مع النطق بالصريح فطلق ناوياً فالاقرب وقوع الطلاق فانه غير مكروه عليه (وايراد) المصنف ره عليه بانه يمتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصى بالتورية فى صدق الاكراه اذ لافرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره - مندفع (اولاً) بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية فى صدقه (وثانياً) بالفرق بينهما بعد كون المكروه راضياً بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ وتامل فى الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه فى المقام .

(واما المورد الثانى) فلاحتمالات المتصورة خمسة .

(الاول) ان لا يكون للاكراه دخل فى الطلاق بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه والمكروه لجهله بحاله اكرهه عليه - لاشكال ولا كلام فى صحة هذا الطلاق. (الثانى) ان يكون كل من الاكراه والرضا سبباً مستقلاً بحيث لولا الاكراه كان يوقعه - ولولا الرضا لوقعه دفعا للاكراه .

فعن المحقق النائنى ره الحكم بالبطلان (بدعوى) ان كل علتين مستقلتين اذا و ردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كل منهما كاجتماع الرياء وقصد الامر فى العبادات - فهذه المعاملة وان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضا - او انها وان لم تكن عن اكراه الا انها لا تكون تجارة عن تراض (وفيه) اولاً ان المكروه اذا كان راضياً لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكروه

عليه بل يصدق عليه هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لو لم يكن راضيا كان مكرها عليه وبالعجالة مع وجود الرضا لا يصدق الاكراه ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض ويكون مبطلا للصلاة بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقى شرع في الصلاة امام الناس فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته الخوف من الله تعالى - وحفظ مقامه عند الناس فهل يتوهم القول ببطالان صلاته لان ما بقى من صلاته يقع عن سببين مستقلين فتدبر - (وثانيا) انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا و الاكراه فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا و بعبارة اخرى الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان كما هو الحال في الرياء بل يوجب عدم تأثير العقد المستند اليه فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا . (و ثالثا) ان حديث الرفع - من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق لان رفع اثره خلاف الامتنان - فلاظهر هي الصحة في هذه الصورة .

(الثالث) ان يكون كل من الاكراه و الرضا جزء السبب بحيث انه لو لا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما - وقد حكم المصنف ره بالصحة في هذه الصورة و تبعه السيد ره واستدل له بصدق كون الفعل عن الرضا و ان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير .

وارد عليه بايرادين (احدهما) ما افاده المحقق الايرواني ره - و هو انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا فيشملة دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض - كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه فيشملة دليل رفع ما استكروهوا عليه - (وفيه) اولا ان الاكراه لا يقتضي الفساد كي يعارض ما يقتضى الصحة كما تقدم (و ثانيا) انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة او الايقاع (ثانيهما) ما افاده المحقق النائيني ره و هو ان الرضا و الاكراه ان ورد ادفعه على المسبب فالفعل مستند اليهما و الاكراه وان لم يقتض الفساد الا ان مقتضى للصحة

ايضا لم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض .

(وفيهِ) ما عرفت من انه لا دليل على اعتبار الرضا في صحة العقد و ان الدليل منحصر بمادل على رفع اثر المكروه عليه وعليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة .
(والحق) في المقام ان يقال انه ان لم يصدق صدور العقد عن الأكراه فلا ينبغي التامل في الصحة لعدم المانع - و ان صدق فيمكن دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكرهوا عليه هو ما لو كان الأكراه سببا تاما لصدوره فلا يشمل المقام فالأظهر هي الصحة .

(الرابع) ان يكون احدهما سببا مستقلا و الآخر ضميعة فلا كلام في انه يلحقه حكمه فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة و ان كان هو الأكراه حكم بالبطلان .

(الخامس) ان يكون الأكراه داعيا على الداعي على الطلاق اما لاعتقاده ان المحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصدا او لجهله بالحكم الشرعي فزعم ان الطلاق يقع مع الأكراه فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه فقد حكم المصنف به بتحقيق الأكراه في هذه الصورة - وخالفه المحقق النائيني به .

(والاستدلال) للصحة بانه طلق ناريا و يريد اللطلاق ثم احتمل البطلان من جهة ان الأكراه صار عللة لارادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستند اليه و ان كان الداعي الثانوي اختياريا و رده بان لازمه بطلان اغلب المعاملات فانها بالاخرة تنتهي الى غير الاختيار .

(أقول) الحق ما افاده المصنف به فان توطين النفس و ارادة الفعل و اسم المصدر لا ينافي مع الأكراه بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا و آخر الى الأكراه والافهم عدم الارادة لا يصدق انه صدر عنه الطلاق عن أكراه بل لم يصدر عنه وحديث رفع الأكراه انما يرفع اثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى انه صدر عن أكراه

(ودعوى) انه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات (غريبة)
فانه انما يحكم بالبطلان هناك لتحديث رفع الاكراه ولاربط اذلك بمسألة الاختيار و
عدمه - فالظاهر هو البطلان في هذه الصورة
(ثم انه) لا يهمننا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة ره و ما يمكن
ان يورد عليه

لو تعقب الرضا عقده المكره

(قوله قدّه ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله صح
العقد الخ) اقول قد مر في اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع
ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك وعليه فالاستدلال ببطلان بعدم
قصد المكره لللفظ - او عدم قصده للمعنى - او عدم قصده لوقوع مضمون العقد في
الخارج في غير محله بل عمدة الوجه ببطلان في مقابل الاطلاقات والعمومات الدالة
على صحة معاملة المكره - امران -

(الاول) قوله تعالى (لانا كلوا اموالكم بينكم بالباطل - الان تكون تجارة
عن تراض) بتقريب انه يدل على انحصار التجارة المضاة بما اذا كانت ناشئة عن الرضا
ومن المعلوم ان عقد المكره وان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا بل هو عقد و
رضا (واجاب) عنه المصنف ره بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر فيرده ان الاستثناء
منقطع غير مفرغ

واورد عليه بايرادات (الاول) ان المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ وغير مفرغ
فانه اذا كان مفرغا يكون متصلا بالمنقطعا مثلا اذا قال ما جائني الاحمار بقدر المستثنى
منه ما يشمل الاحمار ايضا اذ لا داعى الى تقدير لفظ القوم ح (وفيه) انه يمكن ان يكون
المستثنى منه المقدّر منقطعاً كما اذا قيل هل جائك القوم فقال ما جائني الاحمار

إذا المقدر في الجواب هو المسئول عنه والظاهر ان غرض المصنف ره ان الاستثناء منقطع
مذكور فلا يحتمل فيه الاتصال

(الثاني) ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل في اللب اذ لابد من ان يكون
المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى والا فلا يصح الاستثناء مثلاً يكون المراد
من ما جئني القوم - القوم ومن يرتبط بهم - والشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ما
جئني زيد الامر - وايضاً لا يصح ان يقال ما جئني القوم الاحمار اذا لم يكن الاحمار
متعلقاً بهم وعلى ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر
(وفيه) اولاً ان الاستثناء لا يقتضي الدخول حقيقة بل ربما يكون المصحح نوهم الدخول
كما في قوله تعالى (وسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس) فانه حيث كان بينهم و
ان لم يكن منهم يتوهم الدخول في الحكم فلذا اخرجهم وعليه فكون الابعنى الاخراج
لا يقتضي رجوع المنقطع الى المتصل (وثانياً) ان ارجاع المنقطع الى المتصل لا وجه
له سوى التحفظ على ظهور الافى الاخراج وان حملها على لكن خلاف الظاهر والممنوع
عن ظهورها في ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف في المستثنى منه بحمله على خلاف
ظاهره بارادة الاعم مجال واسع ولا اقل من الاجمال.

(الثالث) ان المراد بالباطل في الآية الشريفة هو الباطل الشرعى والغرض
بيان كون كل اكل باطلاً الا التجارة عن تراض فيكون المعنى لا تأكلوا اموالكم
بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا التجارة عن تراض فذكر الباطل
ليبين علة الحكم وعليه فالاستثناء في الآية الشريفة يكون متصلاً - (وفيه) انه خلاف
الظاهر اذ الظاهر منه كون الباطل موضوعاً لعلة للحكم وايضاً الظاهر منه ارادة الباطل
العرفى فتدبر فالحق تمامية جواب المصنف ره (ويرد عليه) مضافاً الى ذلك ان المراد
من التجارة ليس هو العقد كي يعتبر ان يكون عن الرضا بل المراد بها الكسب والاكتساب
وهو لا يحصل شرعاً الا بعد الرضا فيكون تجارة عن تراض .

(الامر الثاني) حديث الرفع بتقريب انه يدل على رفع اثر ما استكرهوا عليه

تكليفاً كان أم وضعاً فانبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه و لو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا خلاف مقتضى الحديث.

والجواب عنه المصنفه باجوبة (الاول) ما ظاهره - ان حديث الرفع بمقتضى وروده فى مقام الامتنان يختص بالآثار التى تكون على المكره - و لا يشمل الاثر الذى له و لا الاثر المتوجه الى غيره - و عليه - فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكره على الرضى وان له ان يرضى وله ان لا يرضى - حكم له لاعليه - والزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره او يفسخ الزام لغيره - ومعنى صحة عقد المكره ان رضى هو ذلك فلا تكون الصحة بهذا المعنى مشمولة للحديث

واورد عليه بايرادين (احدهما) ما عن السيد الفقيه والمحققين النائينى ره و الاصفهاني - وهو ان الحديث لو سلم انه لا يرفع الاثر الذى للمكره فانما يختص بالآثر الثابت للعقد لو لا حديث رفع الاكراه واما الاثر الثابت له بعد وروده فلا يصلح الحديث لرفعه والصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع اذ مع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعلية التأثير لا وقوفه على الرضا فلا يصلح حديث الرفع لرفعه ولا نظره اليه

اقول يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا اليراد وحاصله ان اثر العقد هو الملكية من حين العقد الى الابد - و اذا كان حديث الرفع مختصاً بما فى رفعه منة يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافياً للامتنان و هو الملكية قبل الرضا و اما الملكية بعد الرضا التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع فحيث انه لا امتنان فى رفعها فهى لا ترتفع بالحديث - وبالجمله - المرفوع بالحديث انما هو مقدار من الملكية التى هى باجمعتها اثر العقد ويكون فى رفعه منة و اما المقدار الذى لامنة فى رفعه وهى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعاً بالحديث

(الایراد الثانى) ما اورده السيد الفقيه ره والمحقق النائينى ره وهو ان المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره بل المرفوع مطلق الآثار - (وفيه) ان

الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره نظير ما لو اكره على النكاح فوقع النكاح عن كره فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة وكون الزناء معها زنا بذات البعل ونحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره - وقسم منها يكون مترتبا على ذلك الفعل مستقلا نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره حيث انه مترتب على العقد مستقلا -

وما ذكره يتم في القسم الاول دون الثاني فتدبر - فظهر ان هذا الجواب متين (الجواب الثاني) ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكره عليه لولا الاكراه واما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه وهو واضح و الاثر الثابت للعقد مع قطع النظر عن الاكراه السببية المستقلة و المدعى نبوته له هو ووقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالاكراه (تم اورد) على نفسه بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث وثبوت السببية الداقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود فيرجع الى اصالة الفساد (واجاب عنه) بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث فيكون المستفاد منها بعد الجمع ان العقد المرضى به بالرضا السابق او اللاحق يكون مؤثرا - ولا حكمة للحديث على ذلك اذ البيع المرضى به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه و اما المرضى به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه وبدونه و ان كان يعرضه الا انه لا اثر له اذ كونه جزء المؤثر امر عقلى قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضى به و على هذا فالمطلقات المقيدة بالرضا الاعم من السابق او اللاحق دليل صحة هذا العقد .

(اقول) يرد عليه امور (احدها) ما تقدم من انه لولا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا في العقد (ثانيها) ان الجزئية للمؤثر وان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بجمع جعله جزء المؤثر وهو قابل للرفع (ثالثها) انه على هذا لا يكون

حديث الرفع من الأدلة في هذا المبحث - فالحق عدم تمامية هذا الجواب نعم جوابه الأول تام.

(أو يمكن) ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر وهو ان الآثار انما تترتب على المنشآت لا الانشآت وهى امور باقية اعتبارا فلها حدوث وبقاء ومن الواضح ان المرفوع انما هو المكروه عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات فما دام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر واذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثر ابقاءا - ونظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس فى المسجد فانه ما دام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة فاذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه بقاء (فتحصل) ان الاظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكروه اذا تعقبه الرضا .

بيع الفضولي

قوله قد وه من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكيين او مأذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولي لا يصح الخ اقول الكلام فى هذا المقام قبل الشروع فى المسائل يقع فى جهات .

(الأولى) ان الكلام فى المقام ليس فى ترتب اللزوم على عقد الفضولى و عدمه - بل فى صحته الفعلية وعدمها وانه هل يترتب عليه الاثر ام لا - فما فى المتن من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف .

(الثانية) ان الفضول جمع الفضل و هو فعل ما لا يعنى بالشخص ولا يهمله و الفضول من الجموع الذى جاء بمعنى المفرد اذا استند الى الشخص - فهو يطلق على من يعمل عملا لا يهمله وغير مربوط به وليس له فى الاصطلاح معنى خاص - بل عبارة - عمن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها - اما لعدم مالكيته للعين التى هى مورد المعاملة كبيع مال الغير - او لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون - او لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كمنكاح بنت الاخ حيث انه يعتبر فى صحته اذن

عمته لو كانت زوجته - ويترتب على ما ذكرناه امران (احدهما) ان الاولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الاضافة لالبيع الفضولي بنحو التوصيف (ثانيهما) ان مراد المصنف به بقوله - ان يكونا مالكيين - ان كان مالكيتهما للمتصرف اغنى عن ذكر قسميه - و ان كان مالكيتهما للعين فيرد عليه ان مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما للمتصرف لتعلق حق الغير مثلا بما هو مورد المعاملة .

(الجهة الثالثة) ان المصنف به ارسل عدم جريان الفضولي في الايقاعات ارسال المسلمات ونقل دعوى الاجماع عليه من غاية المرام (والحق) ان يقال انه ان بنينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود و خرجنا عنها لدليل خاص فلا يصح ايقاع الفضولي لعدم الدليل - و اما بناءً على صحته مع الاجازة على القاعدة فلا وجه لما افاده - وذلك لانه لم يذ كر دليلا على بطلان ايقاعه عموما سوى الاجماع (ويرد عليه) اولانه غير ثابت بل المتتبع يقف على شواهد يطمئن بعدمه - فان ظاهر جمع منهم و صريح آخرين البناء على صحته مع الاجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناءً على انها ايقاع - و عتق الرهن العبد المرهون و عتق المرتهن اياه وغير ذلك من الموارد - ولذا قال في الجواهر بل عرفت مما قدمناه جريانه في العقود وغيرها من الافعال كالتقبض ونحوه والاقوال التي رتب الشارع الاحكام الا ما خرج بالدليل كما اومى عليه في شرح الاستاد (وثانيا) انه لو ثبت فليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فلا يستند اليه .

(الجهة الرابعة) في انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرن برضى المالك من دون اذن منه صريحا او فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب ام لا يشمل به بل يكفي مجرد رضاه في صحة العقد و ترتب اثره كما اختاره المصنف به - ام يفصل بين ما اذا كانت الاجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفي وبين ما اذا كانت لجهة اخرى كالعين المرهونة اذا باعها مالكا فان اجازة المرتهن ليست لاجل تحقيق استناد العقد اليه بل لان العين وثيقته -

كما اختاره السيد الفقيه وجوه .

وقد استدل للثانى بوجوه .

(الاول) عموم وجوب الوفاء بالعقود (واورد عليه) جمع منهم المحقق النائي
 ره بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى التوزيع اى كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده
 وعقد الفضولى لا يكون عقد المالك به مجرد رضاه لان كونه عقداً له يتوقف على
 مباشرته او نيابة الغير عنه بالاذن او الاجازة بعد صدور العقد من الفضولى - (وفيه)
 اولاً ان هذا لو تم لاقتضى البناء على القول الثالث لا الاول (وثانياً) انه لا يتم - فان
 المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه اوجد العقد - لانه لا يصدق مع الاجازة
 بل مع الاذن الذى حقيقته الترخيص واظهار الرضا به لتوقف صدقه على كون الفعل
 صادراً عنه بالمباشرة او التسبيب وشئ منهما ليس فى مورد الاذن فضلاً عن الاجازة
 بل المراد منه هو الاستناد بمعنى انه عقده وبيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة فان
 ظاهر قوله تعالى اوفوا بالعقود - عقودكم لا ما عقدتم - وعليه فهذا المعنى من الاستناد
 كما يتحقق بالاجازة التى حقيقته اظهار الرضا بما وقع - يتحقق بالرضا به -
 (وبالجملة) المعنى المصدري لا يستند الى المجيز ولا الراضى بل ولا الاذن والمعنى
 الاسم المصدري ينسب اليه بمجرد الرضا (ودعوى) ان الاجازة التزام بالعقد ولذا
 لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا و لذا يصح رضا الاجنبي بالعقد (مردودة) لان
 الالتزام بالعقد لا تصور له معنى سوى الرضا به .

(وبما ذكرناه) ظهر صحة الاستدلال باحل الله البيع - ولا يرد عليه ما اورده
 جمع من ان البيع لا سيما المعنى المصدري منه لا ينسب الى المالك به مجرد
 الرضا .

(الثانى) مما استدل به المصنف ره قوله تعالى - تجارة عن تراض - واورد
 عليه بما اورده على سابقه والجواب الجواب .

(الثالث) قوله - ولا يحل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه (وفيه) ما تقدم من انه فى مقام بيان شرط الحلبة التكليفية و لا كلام فى انه يشمل الرضا النفسانى (مع) انه انما يدل على اعتبار الرضا لاعلى كفايته والفرق واضح.

(الرابع) ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه - (واورد عليه) جمع من الاساطين بان السكوت عن مثل النكاح له خصوصية وهى كاشفيته النوعية عن الرضا - (وفيه) ان هذه الخصوصية لا تنكر الا انها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية والرضا المستكشف من قرينة خاصة (وبالجملة) غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا وبذلك يظهر صحة الاستدلال بما دل على كفاية سكوت الباكرة.

(الخامس) رواية عروة البارقي - وسأئى الكلام فيها مفصلا - ويمكن الاستدلال له مضافا الى ذلك كله (بصحيح) الحميرى الا ترى - الضيقة لا يجوز ابتياعها الا عن مالها او بامر او رضا منه (فتحصل) ان الاظهر هو ما ذهب اليه المصنف ره (وبما ذكرناه) ظهر مدرك القول الاول والجواب عنه - (ودعوى) ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود والايقاعات (مندفعة) بان ذلك انما هو فى المؤثر وهو العقد دون الشروط ولا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت.

(كما انه) ظهر مدرك القول الاخير - فانه استدلال لعدم الاكتفاء به فى معاملة غير المالك بما تقدم و لكفايته فى معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذى الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه وقد عرفت الجواب عنه.

قوله قدّه لكن ليس كل فضولى يتوقف لزمه على الاجازة الخ ليس الكلام فيما يسمى بهذا الاسم بل فى احتياج العقد المقرون برضا المالك الى الاجازة وعدمه فلا يزيد هذا الجواب على سابقه.

(قوله قده مع انه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع الخ) ان اكتفينا فى الاجازة بالرضا اكتفينا فى الاذن به بطريق اولى والا فلا .

بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع

(قوله قده الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن الخ) الاقوال فى المسألة ثلاثة - الاول - الصحة على القاعدة - الثانى - الصحة بواسطة النص - الثالث - البطلان - ذهب الى كل جمع .
وقد استدل المصنف ره للاول بان مقتضى العمومات مثل اوفوا بالعقود - واحل الله البيع - وغيرهما ترتب الاثر على كل عقد - وقد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتب الاثر بالرضا وتوقفه عليه - والمتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق - فالعقد الملحق بالرضا يشك فى ترتب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك .

(وفيه) اولاً - انه بناءً على ما أسس في الاصول - من انه اذا فرض خروج بعض الافراد فى بعض الازمنة عن العموم ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازماني بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد لا يصح التمسك بالعموم بل لابد من الرجوع الى الاستصحاب - لوجه لتمسكه بالعمومات فى المقام اذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة لانه لم يقل احد بوجوب الوفاء عليه بان يجيزه - فبعد الاجازة يشك فى انه يجب الوفاء به ويترتب عليه الاثر ام لافحيث انه ليس له عموم ازماني فلا مورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضى لعدم ترتب الاثر (وثانياً) ان المستفاد من الادلة بحسب المتفاهم العرفى كما تقدم لزوم انتساب العقد والمعاملة الى المالك وليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد - وبالجمله -

ان المستفاد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه فليس الموضوع كل عقد كى
يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب وقد اعترف قده بذلك فى مبحث الاجازة -
قال - ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقلين - ومن المعلوم ان المالك لا
يصير عاقدا او بمنزلة الا بعد الاجازة - فلا بد من تنقيح ذلك و انه هل ينتسب
العقد والمعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا وقد تقدم تقريب اضافته اليه بالاجازة
فى الحاشية السابقة (وحاصله) ان المعتبر انما هو استناد المسببات لا الاسباب وهى
تستند اليه بالاجازة و على هذا البيان لا يرد ماوردناه اولا على الشيخ الاعظم فان
العقد قبل الاجازة لا يكون مشمولا للعمومات لا انه مشمول لها و خارج عنها
للمخرج فتدبر .

(واورد) السيد الفقيه ره على هذا الوجه - بان الاجازة لا تغير ماوقع عليه
بحيث تنقلب النسبة - الا ترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه -
ولكن لو ضربه احد واطلع هو عليه بعد ذلك فرضى به لا يصدق انه ضربه (وفيه) ان
ما ذكره ره يتم فى الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب والاسباب فى باب
العقود والايقاعات ولذا ذكرنا انها لا تستند اليه بالاجازة و لا يتم فى الموجودات
الاعتبارية وهى المسببات فى المقام فانها تستند اليه بالاجازة فتشملها العمومات
(فتحصل) ان مقتضى العمومات صحة الفضولى .

ويمكن ان يستدل لها بالسيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع الاقدس عنها .
(واما) ما افاده المحقق الايروانى ره فى وجه الصحة - بان الاجازة بنفسها انشاء من
قبل المبيع فمع انشاء الاصيل عقد تشمله العمومات (فيرد عليه) انه على هذا عقد فاقد
للتوالى بين الايجاب والقبول ومقدم قبوله على ايجابه فيما اذا كان الاصيل مشترى
فالحق ما ذكرناه .

(ثم انه) قد استدل على صحة الفضولى بالدلة الخاصة .

(أحدهما) ماتضمن قضية عروة البارقي - حيث انه دفع اليه النبي ﷺ ديناراً ليشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما في الطريق بدينار فأتى النبي ﷺ بالشاة والدينار فقال له رسول الله ﷺ بارك الله في صفقة يمينك - فان شرائه وبيعه وقعا فضولين - وقد افاد المصنف رحمه الله انه يمكن توجيه شرائه بنحو يخرج عن الفضولية ولم يذكر التوجيه - وافيد فيه امور (منها) ما افاده المحقق النائيني ره وهو انه مسبوق بالاذن الفحوى حيث ان اذنه بشراء شاة بدينار يقتضى اذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولي (وفيه) انه ان كان النبي ﷺ اعد دينار الصرفة في شراء الشاة كان هذا متيناً وامكنه ﷺ انما اراد شاة واحدة للاضحية - ومعه لاسمى الى دعوى الاذن الفحوى كما لا يخفى (ومنها) ما افاده السيد الفقيه - وهو ان المراد جنس الشاة الصادق على الواحد وال متعدد (وفيه) مضاف الى انه خلاف الظاهر في نفسه ياباه بيع عروة احدى الشاتين - ومنها غير ذلك مما هو واضح الدفع .

ولكن يرد على الاستدلال به امران (الاول) انه ضعيف السند لانه مروى من طرق العامة وعروة لم يوثق مضافاً الى نقل الشيخ ره والعلامة اياه من عرفة - و القدماء من الاصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لاسمى الى دعوى عملهم به كى يجبر به ضعف السند (الثاني) انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معد الخدمة النبي ﷺ كان وكيلاً مفوضاً في امر البيع والشراء فلم يكن بيعه ولا شرائه فضولياً وحيث انه قضية في واقعة ولا اطلاق لها فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال .

وقد اورد على الاستدلال به المصنف ره بايرادين (أحدهما) انه حيث كان عروة قبض الثمن واقبض الشاة - ولا سمى الى دعوى انه فعل حراماً لمنافاته لتقرير النبي ﷺ ولا الى جواز التصرف في المبيع الفضولي قبل الاجازة بناءً على كونها كاشفة لاناقله لما سيجىء من ضعفه - ولا الى دعوى علم عروة برضا النبي ﷺ باقباض ماله للمشتري حتى يستاذن - وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه

لثمن بيد البائع على وجه الامانة - فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن الفضولي (وفيه) اولا لوجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث اذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلا وهو غير ثابت مع انه لو كان جاهلا يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستيمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق اى على جميع التقادير على انه ان كان مالكا فبما انه مالكا والا فبما انه امين - نعم - المصنفه لا يحتاج الى اثبات فساد بل مجرد الاحتمال الرابع بسقطه عن الاستدلال (وثانيا) ان المعاملة المقرونة برضى المالك الفعلى خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديرى والحكم من قبيل الثانى (ثانيتها) ان الظاهر وقوع المعاملة فى مورد الرواية بنحو المعاوضة بين رسول الله ﷺ ومشتري الشاة ويكون عروة آلة محضة فى اصال العوضين ويكفى فى صحة المعاوضة وصول العوضين الى المالكين مع رضاهما وان كان الموصل غير ذى شعور (وفيه) اولا ان ظاهر قوله ﷺ ببارك الله فى صفقة يمينك التبريك فى المعاملة الصادرة منه لاعلى كونه آلة فى اصال الثمن والمثمن (وثانيا) ان الكافى على فرض القول به القصد الى انشاء البيع باصال العوض باى وجه اتفق - وما هو موجود فى المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه .

(ثانيتها) صحيح محمد بن قيس عن سيدنا الباقر (ع) قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابني بغير اذننى فقال (ع) الحكم ان ياخذ وليدته وابنها فاشده الذى اشتراها فقال له خذا بنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع فلما راه ابوه قال له ارسل ابني قال لا والله لا ارسل ابني حتى ترسل ابني فلما راى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه - وعن الدروس ان فيه دلالة على صحة الفضولى اقول الكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى فقه الحديث (الثانية) فى دلالة على صحة الفضولى (اما الاولى) فقد يقال انه مشتمل على احكام لا يمكن الالتزام بها ولاجل ذلك يرد علمه الى اهله (منها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها قبل ان يسمع من المشتري دعواه ولعلمه كان يدعى اذن السيد او رضاه فكان يتعين تكليفه باقامة البيعة ومع

عدمها ان يكلف السيد بالحلف اورد الحلف كما هو الشأن فى ساير موارد المخاصمات (وفيه) انه حيث كان نقل ابي جعفر (ع) هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة - لم يكن وظيفته (ع) بيان جميع الخصوصيات فلعله لم يكن المشتري مدعيا للاذن او الوكالة او الرضا او انه انما حكم (ع) بذلك بعد تكليفه باقامة البينة (و منها) حكمه (ع) باخذ الولد مع انه حر اذ الظاهر ان الوطاء كان بالشبهة - (وفيه) انه يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته - وان ابيت عن استحقاق القيمة الاعلى تقدير عدم الاجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة (ومنها) حكمه (ع) باخذ ابن السيد مع ان غاية الامر كونه غاصبا (وفيه) انه لاجل صيرورته سببا لتلك الخسارة و غاصبا للثمن لا مانع من ذلك للتوصل به الى حقه (ومنها) تعليمه (ع) اياه الحيلة - مع ان وظيفة الحاكم ليست ذلك (وفيه) اولا لم يثبت كون ذلك قضاة بل لعله كان جوابا عن المسألة وبياننا للحكم الشرعى (وثانيا) لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة (ومنها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الاجازة (وفيه) انه بيان للمحكم فى فرض عدم الاجازة (ومنها) انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد - والاجماع قام على عدم نفوذها - و سيأتى الجواب عن ذلك (واما الثانية) - فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولى بانه ظاهر فى تأثير الاجازة المسبوقه بالرد - وهو خلاف الاجماع - الكلام فى ذلك يقع فى موردين الاول فى ظهوره فى ذلك الثانى فى انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولى ام لا (اما الاول) فقد استند المصنف به فى دعواه تلك - الى امور

(احدها) اطلاق حكمه (ع) بتعين اخذ الجارية وابنها من المالك اذ لو لم يكن راد للبيع وجب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد (وفيه) انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضا فلعله كان مرددا فى الرد والاجازة فحكم (ع) باخذهما ما لم يجز (ثانيها) ظهور المخاصمة فى ذلك (وفيه) انها ظاهرة فى كراهة البيع لافى الرد الذى هو حل للعقد ورفع له ومجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس ردا بل يمكن منع ظهورها فى ذلك ايضا لعلها كانت لاجل استحصال

نمن الجارية الذى اخذه ابوه (ثالثها) مناشدة المشتري للامام (ع) والحاحه اليه فى علاج فكك ولده - (وفيه) انه حيث لم يجهز البيع واسترد ماله ونمائه الى ان ينفك باداء قيمته طلب منه (ع) علاج اليه جيز البيع - (رابعها) قوله حتى ترسل ابني الظاهر فى انه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة - (وفيه) انه ظاهر فى عدم الاجازة لافى الرد - اذ للمالك التصرف فى ماله قبل الاجازة حتى على الكشف (فتحصل) انه لا ظهور للرواية فى كون الاجازة بعد الرد - فالاستدلال به على صحة الفضولي لا اشكال فيه (واما الثانى) فقد ذهب السيد الفقيه ره الى ان الرواية تكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد ولا مانع من العمل بها (وفيه) انه خلاف الاجماع لا يمكن المصير اليه وافاد المصنف ره فى وجه صحة الاستدلال به فى المقام بان هذا الخبر المتضمن لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ حتى ينفذ لك البيع - وقوله اجاز بيع ابنه - ظاهر فى ان حكم الفضولي ذلك - وعليه فيتصرف فى ظهور صدره فى الاجازة بعد الرد ويؤل بارادة عدم الجزم بالاجازة والرد او غير ذلك (وفيه) ان الظاهر من قول الامير (ع) البيع ارادة البيع الخاص الذى اوقعه الابن وصريح قول الباقر (ع) ذلك فهو ظاهر فى القضية الشخصية وحيث انه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره فلا بد من تاويله ومعه يصير مجملا فلا يمكن الاستدلال به (ودعوى) انه بالدلالة المطابقة يدل على صحة الفضولي فى المورد - و بالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالاجازة والجماع المشار اليه يوجب سقوط الاولى لا الثانية - مندفعة بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة وجودا وحجية فتدبر فالحق ما ذكرناه .

(ثالثها) النصوص الواردة فى النكاح الدالة على نفوذه بالاجازة وتقريب الاستدلال بها من وجوه .

(الاول) بعموم التعليل الوارد فى صحة نكاح العبد باجازة المولى حيث علمه عليه السلام بان نكاحه مشروع ذاتا وليس معصية لله تعالى بل انما يكون عدم نفوذه من

باب كونه عصيانا للسيد فاذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل عاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر والخنزير - بل انما لا تكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازة من اعتبر رضاه فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبدل كراهته بالرضا .

(الثاني) ما افاده صاحب الجواهر ره وهو ان ماورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالاجازة باطلاقه يشمل ما اذا تضمن الصداق بيعا كما اذا باع شخص مال زيد من عمرو فضولا بمائة دينار وتزوج له هنذا بتلك الدنانير فاطلاق تلك الاخبار يقتضى صحة هذا النكاح - ولازمه صحة البيع ايضا ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب (وفيه) اولا - ان الاخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة ولا نظر لها الى الجهات الاخر فلاوجه للتمسك باطلاقها (وثانيا) ان النكاح لعدم توقفه على المهر لان بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم امضائه في الفرض امضاء الميع وانفاذه فتدبر .

(الثالث) ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة - فاذا صح تمليك البضع بالاجازة صح تمليك ماله بها بالاولوية اما لان الاول لا عوض له بخلاف الثاني - او لان النكاح مبنى على الاحتياط واخرى بشدة الاهتمام لانه يكون منه الولد .

والكلام فيه يقع في جهات - الاولى في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح الثانية في التعدي عنه الى ساير العقود بحسب القواعد - الثالثة - في ان الرواية التي اشار اليها المصنف هل تمنع عن هذه الاولوية ام لا .

(اما الاولى) فعن الشيخ في المبسوط والخلاف انكاره فيه من الاصل وعن فخر المحققين ايضا ذلك وعن ابي حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها دون غيرها - واستشكل السيد الفقيه في التعدي عن تلك الموارد المخصوصة

والمشهور بين الاصحاب التعدى بل نقل الاجماع عليه غير واحد (اقول) صحة نكاح الفضولى فى الجملة مما لا ينبغى التوقف فيه لورود جملة من الاخبار - فى نكاح الاب لابنه والاخ لاخته والعم لابن اخيه والام لابنه ونكاح الوصى - وغير ذلك من الموارد وفيها الصحاح والموثقات .

واما التعدى عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك - لان غاية ما ذكر فى وجه عدم التعدى ان موارد النصوص الواردة فى المقام ما بين ما يكون العاقد عاقدا لنفسه الا انه منوط برضا الغير - وما بين ما يكون العاقد وليا شرعيا او عرفيا فالتعدى عنها الى ما اذا كان العاقد عاقدا لغيره ولم يكن وليا يحتاج الى دليل - ولكنه فاسد - وذلك لوجهين (احدهما) ان من جملة تلك النصوص ماورد فى نكاح الاخ والعم وهما ليسا عاقلين لانفسهما ولا ولاية لهما عرفا ايضا (ثانيهما) ان من جملة ما ورد فى عبد مملوك بين رجلين زوجه احدهما والاخر لا يعلم به وعلم به بعد ذلك - قال عليه السلام للذى لم يعلم ولم يأذن ان يفرق بينهما وان شاء ترك على نكاحه ونحوه ماورد فى جارية مملوكة بين رجلين - فانهما يدلان على توقف نكاح احدا الشريكين على اجازة الاخر من حيث انه تصرف ورد على ماله ومعلوم انه ليس عاقدا لنفسه ولا ولاية له عرفا ولا شرعا - فاذا ثبت ذلك فى مطلق نكاح الفضولى مما لا ينبغى التوقف فيه .

(واما الجهة الثانية) فالحق عدم صحة التعدى الى ساير العقود - لعدم تمامية الوجهين المتقدمين (اما الاول) فلان فى النكاح لا يملك البضع بل هناك تسلط محض (مع) انه لايجرى فى الهبة والصلح فى موردها مضافا الى ان هذه الاولوية ظنية اخفاء المصالح المقتضية لجعل الاحكام (واما الثانى) فلان الشارع الاقدس وان اهتم بالنكاح وهو احرى بالاحتياط الا ان ذلك فى مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سببا له وفى موارد الشبهات الحكمية والموضوعية ولا ربط لذلك بجعل الشارع فتوسعة الشارع فى اسباب النكاح لا تستلزم توسعته فى اسباب البيع بل

الشارع الاقدس اعتبر فى ساير العقود مالم يعتبر فى هذا العقد كالتقايض فى الصرف والسلام - ووسع فى اسباب النكاح بتشريع عقد التمتع وملك اليمين وجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز الاقتصار على السكوت فى مقام الاذن والرضا (وبالجملة) اهمية النكاح ربما تستدعى التوسعة فى اسبابه لئلا يقع الناس فى الزناء (فتحصل) ان الاظهر عدم التعدى الى ساير العقود .

(والله اعلم بالحق) فقد افاد المصنف انه ربما توهن بالنص الوارد فى الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول الخ النص المشار اليه هو صحيح العلان سبابة عن الصادق عليه السلام وفيه ما جور هذا الحكم وفسده ان النكاح احرى واجدر ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد وذكر المصنف انه حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع اولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافا للعامة - وعليه فلا يجوز التعدى عما دل على صحة النكاح الفضولى الى صحة البيع (اقول) بعد التنبيه على امرين - الاول - ان الحكم الواقعى عدم الفرق بين النكاح وغيره فى مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل - الثانى - ان العامة لم يكونوا معلمين الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط بل انما علموه بوجه استحسانى - حيث انه عليه السلام لما سأل الراوى عما يقول العامة - قال - ويقولون المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد (ان) الامام عليه السلام لما لم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه - ولا من بيان بطلان ما ركنوا اليه راعى جانب الاحتياط واجاب بان النكاح بما انه مهم فى نظر الشارع واخرى بان يحتاط فيه من غيره من العقود فيمتنع فيه الاستناد الى حجة شرعية ولا يعتمد الى القياس والاستحسان وما شابهما من الوجوه العلية - وقد عقبه عليه السلام بقضاء امير المؤمنين عليه السلام الذى يكون متبعاً عندهم لقوله عليه السلام اقضاكم على عليه السلام (وعليه) فهو لا يدل على ما ذكره المصنف به وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه ره فى المقام فى الرد على المصنف ره وحاصله

انه ^{عليه السلام} بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم الاحتياط و انه ليس كذلك والا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه وان الاحتياط لو كان مقتضيا للصحة في البيع ففي النكاح بالاولوية فانه يرد عليه ما عرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط .

(قوله قدّه ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة مثل موثقة جميل الخ) حاصل ما افاده في اخبار المضاربة انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة في صحة المعاملة المزبورة كانت هي مما يستأنس به على الحكم في المقام لا شرا كهما في عدم لزوم الاذن السابق - وان قلنا بلزومها في صحتها كانت دليلا على جريان الفضولي في العقد السابق وصحته في المورد الخاص وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تايد للمطلب - اقول في كلاشقي كلامه نظر - اما الاول - فلانه اذا دل الدليل على عدم اعتبار الرضا في مورد خاص كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعا و انما الكلام في اعتبار سبقه و اما الثاني - فلانه ان ينسأ على صحة ما صدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك اذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها - والبايع اما ان يستحق اجرة لان عمل المسلم محترم اولا يستحقق لانه عمل من دون امر

و الحق ان يقال ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد اي اشتراط المالك على العامل ان لا يشتري الا الجنس الفلاني وعليه فاذا تخلف الشرط و اشترى غير الذي امر به فان خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك ولانه لا معالة يرد العقد وان ربح فيه فلا معالة لا يفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينهما و بهذا يظهر ان النصوص موافقة للقاعدة و اجنبية عن المقام و ان ابيت عن كون ذلك مما يقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة في المقام

قوله قدّه و من هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الوالي في مال اليتيم

وان الربح المبييم الخ) اقول ما افاده فى وجه ادخال المسألة فى الفضولى امر ان (الاول) انها تحمل على صورة اجازة الولى (الثانى) ان الحكم بالمضى اجازة الهية لا حقة للمعاملة - ويرد على الاول - انه ليس فى النصوص ما يستفاد منه ارادة معاملة غير الولى بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولى (مع) انه ليس فيها ما يشهد باجازة الولى - ويرد على الثانى - ان التاجر ان كان مأذونا من قبل الله تعالى لاتكون معاملته فضولية والحق اختصاصها بصورة معاملة الولى وتكون اجنبية عن مسألة الفضولى

(قوله قد ورد بما يؤيد المطلب برواية ايضا ابن اشيم - بناء على انه لو لا كفاية الاشترار بعين المال الخ) اقول ان ما يتوهم ان يكون مؤيد للمطلب حكمه (ع) بكون العبد لورثة الميت اذا اقاموا البينة - واما بالنسبة الى مولى العبد فالظاهر انه كان مأذونا من قبله واما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطلة بلا كلام - والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة واذنين اياه فيها - وعليه فيخرج عن محل الكلام.

قوله قد ورد ومما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي فان الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره الخ) بل لا ينطبق على صحة بيع الفضولى - اذ الحكم بفساد الاقالة فى الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية لازمه الاستحالة من المشتري الاول لالحكم برد ما زاد وعدم الفرق بين البيع بالازيد وبالمساوى وبالاتقص - ولا يبعد عوى ان الرواية ظاهرة فى كراهة الاقالة بالوضعية كما ذهب اليها ابن الجنيد و استحباب رد ما زاد فتكون اجنبية عن المقام .

(قوله قد ورد ويمكن التأييد له بموثقة عبد الله الخ) الظاهر من الرواية هو الاحتمال الثانى وهو اشتراط الخيار على المأذون .

(قوله قد ورد فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه الخ) الظاهر ان الاشتباه لم يكن فى مراد صاحب الورق وهو كان معلوما لدى السائل وانما كان يسأل عن حكمه .

(قوله قدده وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على فساد نكاح العبد الخ) قد مر أنها تدل على المطلب فراجع .

أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها

قوله قدده أما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد الخ) وقد أجاب عن الاستدلال به باجوبة (الاول) أنه لا مفهوم له وقد اشبعنا الكلام في ذلك في اول مبحث الاكراه والمعاطاة - وعرفت أنه لا يدل على الحصر - (الثاني) أن التجارة التي هي اسم للمسبب لا السبب إنما تكون تجارة للمالك بعد الاجازة فتكون عن تراض - وقد مر في اول مبحث الفضولي تمامية ذلك ايضا (الثالث) أنه يحتمل أن يكون عن تراض خبرا بعد خبر لا يكون على قراءة نصب التجارة لاقيدا لها (وحاصله) أنه يحتمل أن يكون اسم كان مقدرا وهو سبب الاكل ويكون له خبران - الاول تجارة - الثاني - عن تراض - ولكن لا ينحو الاستقلال بل ينحو الاشتراك كما في قولنا - الرمان حلوحامض فيكون مفاده سببية التجارة و التراضى - وهي متحققة في بيع الفضولي (وفيه) أنه لا يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة - اذ السبب لو كان هو المجموع لما كان منبعثا عن التراضى وان كان خصوص التجارة لزم قيدية التجارة بصورها عن التراضى - وان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضى وهو خلف (مع) أنه على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد - اذ احتمال كونه خبرا واسم هو التجارة - يدفعه ان لازمه تعريف التجارة - فالصحيح هو الاول .

(قوله قدده فهو مع تسليمه مخصوص الخ) لا يخفى أنه لو سلم سياق التحديد لم يكن مناس من تسليم الدلالة على المفهوم - ولم يكن مورد لحمل القيد على الغالب إذ تلك القيود لا يؤتى بها في مقام التحديد .

(قوله قدّه واما السنة فهي اخبار منها النبوى المستفيض وهو قوله (ص)
لعكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك الخ) لا يخفى ان اقصية النبوى صلى الله عليه وسلم المذكورة
فى كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها مروية من طرقنا برواية عقبه متفرقة على
حسب تفرق الابواب وعليه فهذا النبوى مروى عن طرقنا وعن طرق العامة فلا سبيل
الى الخدشة فى سندها - هذا بحسب السند .

(واما من حيث الدلالة) فما قيل او يمكن ان يقال فى الجواب عن الاستدلال
به وما يساوقه من النبوى الآخر لا بيع الا فيما يملك - و التوقيع لا يجوز بيع ما
ليس يملك للمبطلان امور .

(الاول) انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس
عنده وفى بعضها وهو صحيحا عبد الرحمان بن العجاج عن الصادق (ع) - وفى الاول
منهما - عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال (ع)
ليس به باس قلت انهم يفسدون عندنا - قال (ع) و اى شىء يقولون فى السلم قلت
لا يرون به بأسا يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا
يصح فقال (ع) فاذا لم يكن الى اجل كان اجود - ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام
وليس هو عند صاحبه حالا والى اجل الحديث و قريب منه الآخر - تحمل هذه على
التقية - لتكذيبه (ع) فيهما للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده (وفيه) ان الجمع
بينهما يقتضى تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك
النصوص ببيع الكلى - او حملها على بيع كل ما خرج عن السلطنة و ان كان المبيع
كليا كما لو باع الكلى فى ذمة الغير - و لعل الثانى اظهر - وتكذيبه (ع) للعامة
يمكن ان يكون فى تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلى فى ذمة نفسه لا فى
اصل الحديث .

(الثانى) ما افاده المصنف به بقوله - و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع
لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الادلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس

عند العاقد لمالكه اذا اجاز (وفيه) انه بناء على ما استظهره المصنف ره من ان المراد من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين - تكون النسبة عموما من وجه لاختصاص النبوى من هذه الجهة فلا وجه لتقديم تلك.

(الثالث) ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده سواء اكان مملوكا له ام لا - قدر على تسليمه ام لا - كليما ام شخصا - وحيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حماله - اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له - او على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه - وان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربية الاول و اما النبوى الآخر و التوقيع فيحتمل ان يكون يملك فيهما مبنيا للمفعول فلا ربط لهما بما نحن فيه .

(الرابع) ان المنفى لبيع غير المالك - فنختص هذه النصوص بالمسألة الاتية وهى مالو باع الغاصب لنفسه - ولاربط لهما بهذه المسألة - وهى البيع للمالك (الخامس) ان النهى فى هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع اذ البيع اسم للمنشأ والسبب لالانشاء كما تقدم مع انه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطعاً بل المتعلق هو حقيقة البيع - وهى بالاجازة تنتسب الى المالك فيكون بيع ما عنده - وبعبارة اخرى - ان الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولى تدل على عدم وقوع البيع للفضولى ولا نظار لها الى وقوعه للمالك اذا اجاز - اذ المنفى فيها وقوع البيع لنفسه فينتفى هذا وهو لا يلزم عدم وقوع البيع ولو للمالك اذ سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم - فاذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتا عنه فى هذه الاخبار فيرجع فيه الى الادلة المتقدمة الدالة على الوقوع فتدبر

قوله قدده واما الروايتان الخ الظاهر ان مراده بهما روايتا يحيى و خالد اللتان اشار اليهما فى ضمن جوابه الاول عن النبوى كما لا يخفى

قوله قدده و اما الحصر فى صحبة محمد بن مسلم والتوقيع فانما هو فى مقابلة عدم رضا الخ) توضيح ما افاده انه لا يستفاد من الخبرين الا النهى عن الشراء

الفاقد للرضا رأسا وهذا لا يدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الاجازة ولا يدل على صحته ايضا فالنهي فيها لا يدل الا على بطلان العقد الفاقد للرضا بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود ونحن نقول به - واما في البيع الماحق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة - وبهذا البيان يظهر ان ما افاده في التوضيح ليس جوابا آخر كما افاده السيد الفقيه

(ثم ان) ان المحقق النائيني ره قال ان دلالة خبر الحميري على صحة الفضولي اظهر - فان مقابلة الرضا بالامر ظاهرة في كفاية الاجازة اللاحقة فان الرضا المقابل للشراء عن المالك او بامره هو الرضا اللاحق لا المقارن فانه متحقق حين الامر (وفيه) انه يمكن ان يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية فراجع (فالحق) ان يقال ان مقتضى اطلاق الخبرين النهي عن الاشتراء الا بالرضا تقدم او تأخر فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلا في المستثنى (مع) ان المراد بالاشتراء حقيقة وهو انما يكون اشتراء للمالك بعد الاجازة فيشمله الخبران كان المراد بالرضا فيهما الرضا المقارن -

قوله قد وهما تو قيع الصفار فا اظهر منه نفى جواز البيع فلما لا يملك الخ (وفيه) ان الجواز عبارة عن الصحة - و عدمه عبارة عن الفساد - فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم ان عدم الجواز لم يضاف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لا يملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد

قوله قد وهما تو قيع الصفار فا اظهر منه نفى جواز البيع فلما لا يملك الخ (وفيه) ان الجواز عبارة عن الصحة - و عدمه عبارة عن الفساد - فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم ان عدم الجواز لم يضاف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لا يملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد

قوله قد وهما تو قيع الصفار فا اظهر منه نفى جواز البيع فلما لا يملك الخ (وفيه) ان الجواز عبارة عن الصحة - و عدمه عبارة عن الفساد - فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم ان عدم الجواز لم يضاف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لا يملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد

(الاول) ان العقد على مال الغير متوقفا لاجازته غير قاصد لترتيب الاثار

عليه ليس تصرفا فيه - واورد عليه - بايرادين (احدهما) ما افاده المحقق الايروانى
 ره وهو انه وان فرض كون العقد علة تامة لحصول الانار عرفا لم يكن مجرد
 العقد تصرفا فى العين و قبيحا فلاوجه للتقيد فى كلامه - و مرجعه الى عدم كون
 التصرف الاعتبارى غير المماس بالعين تصرفا عرفا فى العين بل هو تصرف فى لسان
 العقاد - (وفيه) انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجا للمال عن ملك صاحبه قهرا
 عليه لكان ذلك تصرفا فيه و قبيحا لكونه ظلما بل من اقيح افراده نعم مجرد العقد
 غير المؤثر فى حصول النقل والانتقال عرفا و شرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا ولا اعتبارا
 (ثانيهما) ما افاده السيد الفقيه فى تعليقه - وهو ان الفضولى انما يقصد النقل والانتقال
 جدا مطلقا لا هزلا ولا معلقا على الاجازة ويصدق التصرف عليه عرفا (وفيه) ان
 العقد غير المؤثر عرفا و شرعا وان قصد به الجبد لا يعد تصرفا لا خارجا ولا اعتبارا - اما
 الاول فواضح واما الثانى فلغرض عدم التأثير - ومجرد تأثيره فى اعتباره لا يكفى
 فى صدق التصرف عرفا او شرعا - فما افاده المصنف ره تام

(الثانى) انه لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستظائة
 والاصطلاء بنور الغير وناره (وفيه) ان الجواز فى المثالب انما يكون من جهة عدم صدق
 التصرف عليهما - او السيرة على الجواز و الاعم صدق التصرف لا سبيل الى دعوى
 استقلال العقل بجواز التصرف

(الثالث) انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن فى هذا من المقال او الحال
 (وفيه) اولا ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية وثانيا ان المستدل يمكن
 ان يكون ملتزما بالصحة فى خصوص هذا المورد و الفساد فى ساير الموارد
 (الرابع) ان تحريره لا يدل على الفساد - اقول هذا الجواب ايضا متين وقدر فى اول
 الجزء الاول من هذا الشرح تحقيق القول فى ذلك .

(الخامس) انه لودل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم
 استقلاله فى ذلك والقابل بالصحة لا ينكر ذلك (وفيه) ان البناء على الفساد كان من

جهة كون السبب تصرفاً ومبغوضاً للشارع فلا سببية له - أم كان من جهة كون المسبب منهياً عنه ومبغوضاً - ينافي مع هذا الجواب اذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي و كان كالعدم كيف يحكم بالصحة مع اجازة المالك كما انه اذا ألغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شيء حتى يجيزه المالك (فتحصل) ان الحق في الجواب هو الاول والثالث .

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

قوله قد هذه المسألة الثانية ان يسبقه منع المالك والمشهور الضابطته الخ
اقول ان صحة بيع الفضولي - إما ان تكون على القاعدة - او تكون للاختصاص
الخاصة

أما على الاول - فلا تتوقف الصحة الاعلى العقد واستناده الى المالك الموجودين
في المقام - ولا يضر النهي السابق وذلك لان ما قيل في وجه مضرته - امور (احدها)
ان العقد اذا كان منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كاف في الرد فلا ينفع
الاجازة اللاحقة (وفيه) ان الكراهة النفسانية وان ابرزت ليست ردافانه عبارة عن حل
العقد وفسخه كما ان النهي الذي هو تسييب الى اعدام الشيء بعدم ايجاده غير الرد
(ثانيها) ان الكراهة المتخللة بين اركان العقد كالا يجاب والقبول مانعة عن تحقق
المعاهدة والمعاقدة وحيث ان منها الاجازة فالكراهة المتخللة بينها وبين العقد
مانعة عن تحققها والمفروض في المقام وجودها (وفيه) ان الكراهة المتخللة لا تمنع عن
ذلك ولذا بنينا على صحة عقد المكره اذ الحقه الرضا (ثالثها) ان المالك اذا نهى عن
ايقاع المعاملة على ماله نهياً عما شاها ملازم ان العقد - كان ذلك في قوة ان يقول لا ارضى
ان توقع العقد على مالي ولوا وقعته كان مردوداً وباطلاً - فيكون ذلك انشاءً
للرد غاية الامر الانشاء متقدم على العقد والمنشأ متاخر عنه - فلا تنفع الاجازة بعد

ذلك (وفيه) اولاً ان النهى ليس الا التسيب الى عدم ايجاد العقد واما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطاً بالنهى (وثانياً) ان ذلك من قبيل ايجاب مال يجب وسيأتى عدم العبرة به (وثالثاً) ان وجه عدم نافية الاجازة بعد الرد هو الاجماع و المتيقن منه - ما اذا كان انشاءه بعد العقد (فتمحصل) ان الاظهر هو الصحة على القول بصحة الفضولي على القاعدة و اما على الثانى - فالنصوص التى سلمنا دلالتها على صحة الفضولي انما هى صحيحة محمد بن قيس - ونصوص نكاح العبد المتضمنة للتعليل للصحة - بانه لم يعص الله و انما عصى سيده (اما) صحيح قيس فقد افاد المصنف ره فى وجه شموله للمقام انه بترك الاستفصال يشمله (وفيه) ان ظهور قوله فى مقام المخاصمة وليدتى باعها ابنى بغير اذنى - فى صورة عدم النهى لا ينكر والا كان يقول باعها مع نهى فهو لا يشمل المقام .

(واما) نصوص النكاح ففي المتن ان رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيد (وفيه) ان عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهى عنه بل بما ان العبد لا بد وان يكون اعماله عن اذن مولاه فاذا فعل بلا اذن منه كان خارجاً عن رسم العبودية وبعد عاصياً بذلك - فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا اذن منه كما هو صريح الرواية (ودعوى) ان اطلاقها يشمل المقام (مندفعة) بانها انما وردت ليبيان ان عصيان السيد من حيث هو لا يمنع عن صحة العقد بالاجازة واما ان نهيه هل يمنع من ذلك ام لا فان نصوص ساكنة عنه - فالأظهر انه على القول بالصحة فى المسألة السابقة بواسطة الاخبار الخاصة لاسبيل الى البناء عليها فى المقام .

قوله قدّم من بيع مال اليتيم والمنصوب الخ قول اما فى بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقاً لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولي - واما المنصوب فلم ينقل سابقاً ليلال يدل على صحة بيعه .

(قوله قدّمه فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف الخ) هذا اجتهد في مقابل نص الفقهاء فانه قدّمه نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف امارّة عدم الرضا .

بيع الفضولي لنفسه

(قوله قدّمه المسألة الثالثة ان يبيع الفضولي لنفسه و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب وقد يتفق الخ) بل كثيرا ما يتفق من غيره كما في البيوع المبنية على الامارات والاصول الظاهرية من اليد واصالة الصحة ونحوهما - وكيف كان ففي المسألة اقوال (احدها) الصحة وهو المشهور (ثانيها) التفصيل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادريس (ثالثها) التفصيل في الغاصب بين علم المشتري و جهله كما عن العلامة وغيره (اقول) ان بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة في المقام - فان عمدة المستند على هذا - صحيح ابن قيس - ونصوص نكاح العبد - وشيء منهما لا يشمل المقام اما الاول فلانه لو كان الابن بايعا للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه اولى لانه ادخل في الانكار - و اما الثاني - فلان موردّها وان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لالمولاه

واما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهي تقتضي الصحة في المقام ايضا بالافرق وقد ذكروا في وجه الفرق وانه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام امورا (الاول) نصوص يبيع ما ليس عنده بناءً على ان موردّها بيع الفضولي لنفسه وقد مر الجواب عنها .

(الثاني) انه غالبا يكون منع المالك من البيع موجودا في المغصوب ويعتبر عدم سبق المنع - (وفيه) مضافا الي ما عرفت من عدم اعتباره ان المنع غير موجود في غير المغصوب بل و فيه ايضا اذ الغصب امارّة عدم الرضا بالبيع للغاصب لامطلقا .

((الثالث)) ان الفضولى اذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه - فما يقصده هذا الفضولى ليس بيعا .
 ((وإجاب)) عنه المصنف ره بان البائع فى هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا - وهذا يجعل وان كان لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الادعائى حقيقية نظير المجاز الادعائى فى الاصول

واورد عليه بايرادين ((الاول)) ما افاده السيد فى التعليقة وهو انه لو كان المالك ذلك لزم البناء على الصحة فيما اذا احرز هذا البناء اذ مع عدمه لوجه له ولم ينقل التفصيل عن احد (وفيه) ان المصنف لا يدعى ان المصحح هو التنزيل حال العقد - بل يدعى ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا وانما يبنى بالسرقه والغصب على ان الاضافة الملكية منسوبة اليه باعها ام لم يبعها - فاذا باع فهو يبيع ما يراه ملكا له بعد سرقة الاضافة - واما غير الغاصب فبنائه على ملكية نفسه واضح .

((الثانى)) ما افاده المحقق الايروانى ره - من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعى ثم يدعى انه هو هو لاجل تملك العوض - فيكون له قصدان قصد كبرى وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعى وقصد صغرى وهو قصد انه المالك الواقعى - فيرد عليه ان الوجدان يكذب ان يكون للغاصب قصدان وانما له قصد واحد للمعاملة فى حق نفسه كالمالك - وان ادعى انه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه وكان مصححه دعواه الملكية فيرد عليه ان ادعاء كونه مالكا لا يصحح القصد الى المعاوضة الحقيقية فان المعاوضة المبنية على الادعاء لا تكون حقيقية وكيف يكون حقيقيا ما اساسه الادعاء .

((اقول)) الظاهر ان مراده الثانى ويمكن ان يدفع هذا اليراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بازاء ملكيته

للمن فطرفاها امران اعتباريان وعليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء وبناء البايع على كونه مالكا .

(وقد أجاب) عن الاشكال - السيد الفقيه ره - بان حقيقة البيع ليست الا مبادلة مال بمال من غير نظر الى كونه لنفسه او لغيره وهذا المعنى موجود فى بيع الغاصب وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته ولا ينافيه ايضا (وفيه) مضافا الى تصريحه ره فى اول كتاب البيع بان البيع ليس بمبادلة بل تملك وتملك بعوض - ان حقيقة المبادلة لا تتم الا بلحاظ شىء آخر - وهو فى المقام الملكية - وقصد المبادلة فى الملكية التى هى صفة اضافية قائمة بالمال وصاحبه يستدعى قصدا انتقال المال عن ملك مالكه ودخول عوضه فى ملك صاحب هذا المال - وهذا ينافى مع قصد وقوع البيع لنفسه

والحق ما تقدم فى اول هذا الجزء من ان البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كى يرد الاشكال المزبور بل حقيقته اعطاء شىء لامجانا فراجع ما حققناه وعليه فلا يرد هذا المحذور

(الرابع) - ان الفضول اذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البايع كان منافيا لصحة العقد لان معناها صيرورة الثمن لمالك الممنون باجازه - و ان تعلقت بغير المقصود كانت عقدا مستأنفا فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشئ واجابوا عنه باجوبة

(ههنا) ما عن المحقق القمى ره و ما نقل عنه امران - احدهما - ان مرجع الاجازة فى المقام الى تبديل رضى الغاصب بالبيع لنفسه برضى المالك بالبيع لنفسه وظاهره التصرف فى الايجاب فقط - واورد عليه بعدم تطابقه ح لقبول المشتري لان قبوله انما تعلق بايجاب البايع لا بمضمون الاجازة - ولكن للتأمل فى ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق فى هذه الموارد مجالا واسعا (ثانيهما) ان مرجع الاجازة فى المقام الى التصرف فى طرفى العقد معا و مفادها ان العقد الذى قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البايع الغاصب والمشتري العالم

قد بدلتہ بكونه على هذا الملك بعينه لنفسى فيكون عقداً جديداً (و اورد عليه)
المصنف ره بان هذا مخالف للاجماع و العقل - ولم يذكر وجه مخالفته للعقل
وذكروا فى وجه امورا (الاول) ان تبديل قصد وقوعه لنفسه و رضاه به
يقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع وهو محال (وفيه) ان المراد ان العقد
الواقع المضاف الى الغاصب ملغى هذه الخصوصية منه بمعنى انها لا تؤثر و بالاجازة
يضاف الى المالك و يكون بذلك مؤثرا - فلا يلزم الانقلاب (الثانى) ان
المالك لا سلطنة له على المشتري فكيف يبدل قبوله (و فيه) ان عدم سلطنة المالك
على المشتري شرعى لاعقلى (مع) ان تبديل قبوله ليس من شئون سلطنته عليه بل على
ماله - فان المشتري انما ملك ماله للبائع لا مجاناً بل بازاء مال المالك فللمالك
من حيث سلطنته على ماله ان يجيز بدلية ماله لمال المشتري بان يسقط خصوصية البائع
فى طرفيته لمال المشتري بازاء ماله فتدبر (الثالث) ان لازم ما ذكر اتحاد اليجاب
والقبول مع انه لا يعقل ذلك (وفيه) ان المحقق لا يدعى كون الاجازة عقداً وانما ادعى
كونها بمنزلة العقد الجديد اى تكون تصرفاً فى اليجاب و القبول باسقاط
الخصوصيتين غير القابلتين للاجازة فالانصاف ان ما افاده المحقق القمى ره غير مناف
للعقل .

(و منها) ما افاده المصنف ره وهو ان ايجاب البائع الغاصب يتضمن امرين
احدهما تملك المشتري المال بعوض - الثانى - دخول العوض فى ملكه والثانى
خارج عن مضمون اليجاب - نعم - مقتضى طبع المعاوضة دخوله فى ملك مالك
المبيع - وحيث ان المبيع ملك للمجيز واقعا فيدخل العوض فى ملكه كك فى فرض
الاجازة وحيث انه مالك ادعاءً و اعتقاداً فيكون بانما على تملكه العوض
- و عليه - فلا مانع من تعلق الاجازة بما هو مضمون اليجاب (ثم اورد) على نفسه - بانه

لا يتم فيما لو كان الفضول مشترى لنفسه بمال الغير وقال المبيع تملك منك او ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم اذ مفهومه شىء واحد وهو تملك الفضول للثوب ولا يكون ذلك منحلا الى شيئين كى يتعلق الاجازة باحدهما دون الآخر - ثم تفصى عن الاشكال بان نسبة الملك الى الفضول ليست بما هو هو بل بما هو مالك فحيثية المالكية مأخوذة فيه ومن المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية فى الحقيقة مترتب على تلك الحيثية - فيكون المنسوب اليه الملك هو المالك والاجازة تتعلق بهذا المضمون - غاية الامر ان الفضولى لما بنى على انه المالك اسند ملك العوض الى نفسه (وفيه) اولا كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابت بل الظاهر كونها حيثية تعليمية ان المالك انما يبيع او يشتري لنفسه - لالمالك - (وثانيا) ان الحيثية التقييدية المفروضة هى كونه مالكا كادعاء الحقيقة وإيقاع العقد للمالك الادعائى غير قابل للتأثير بالا جازة - ووقوعه للمالك الحقيقى بالا جازة موجب لكون المجاز غير منشئ والمنشأ غير مجاز (والحق) فى المقام يقتضى ان يقال - ان بيع الفضولى لنفسه على اقسام .

(الاول) ان يكون دأيه من البيع التصرف فى الثمن والا يوقعه للمالكه - وفى هذا القسم لا كلام فى انه لو اجازته المالك صح ووقع له و يكون المنشأ مجازا (الثانى) ان يبيع لنفسه من غير بناء على مال كيته للمبيع ويقصد خروج المعوض عن ملك مالكة ودخول عوضه فى ملكه - وهذا القسم على مسلك المصنف ره موافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلا وغير قابل للتأثير بالا جازة - ولكن على المسلك الحق من كون البيع هو الاعطاء لامجانا قابل للصحة بالا جازة - فان اجازته على ما وقع وقع للبائع - وان اجازته لنفسه صح ويكون قصد وقوعه لنفسه ملغى ولغوا

(الثالث) ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مال كية نفسه - وهذا القسم هو الذى يكون مورد الكلام المصنف وقد عرفت ما فى تصحيحه ووقوعه للمالك مع الاجازة - ولكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر - وهو انشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة يدل على تملكه للمعوض - وبالدلالة الالتزامية يدل على التبادل بالمعنى

المذكور اى دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامى فيقع له - كماله اجازة المدلول المطابقى فيقع للغاصب .

(الرابع) ان يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتين احدهما التملك ثانيهما انشاء البيع لنفسه وبعبارة اخرى - ينشأ التملك و ينشأ البيع لنفسه مترتباً عليه - وفى هذا القسم لو اجاز المالك التملك يقع البيع للبائع - لا للمالك - كما لو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو ولعل هذا هو مراد كاشف الغطاء ره مما نقله عنه المصنف ره - و عليه فلا يرد عليه ما افاده المصنف ره بان الاجازة لا دليل على تأثير هافى تأثير بناء الغاصب على الملكية فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن اذ الاذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته لان ابراده مبتن على ان يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون انشاء للملكية وقد عرفت انه يمكن ان يكون مراده التملك بنفس البيع ولحوق الاجازة له لا بأس به فتدبر

قوله قد ه ثم انهما ذكرنا من ان نسبة ملك - يظهر اندفاع اشكال آخر فى صحة البيع لنفسه مختص بصورة عالم المشتري الخ ملخص الكلام ان الاشكال انما يكون من جهتين (الاولى) ان المشتري العالم بكون البائع غاصبا كيف يملكه الثمن بازاء تملكه مال الغير (الثانية) انه - لو سلط المشتري العالم الفضول على الثمن - ليس له الرجوع على البائع بالثمن لورد المالك البيع على ما حكم به الاصحاب وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلاً للاجازة لكونه بيعاً بلا ثمن اذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشتري برد البيع (اما الاشكال) من الجهة الاولى فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال بان الغاصب كيف يقصد المعاوضة الذى مر - وبه يظهر ان ما ذكره المصنف ره من انه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين - ولا يرد عليه ما افاده المحقق الايروانى ره

بقوله لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال كى يحصل به الجواب عنه
(واما الاشكال) من الجهة الثانية فيمكن الجواب عنه بان هذا الحكم لم
يفت الاصحاب جميعا به بل فى المسألة قولان آخران - احدهما - الضمان
مطلقا كما افتوا به جميعا فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد - ثانيهما - الضمان
مع بقاء العين - واجاب عنه المصنف ره بجوابين آخرين (احدهما) ان التسليط
المذكور انما يكون تسليطا مجانيا فى صورة الرد خاصة لامطلقا (وفيه) ان
هذا يكون تمليكا معلقا وهو غير نافذ (ثانيهما) ان هذا الاشكال لو تم فانما هو على
القول بالنقل ولا يتم على القول بالكشف فانه على هذا المسلك يكشف الاجازة
عن كونه تسليطا على مال الغير (وفيه) ان الكشف الذى يمكن الالتزام به هو
الكشف الحكمى لا الحقيقى فقبل الاجازة لا يكون المال منتقلا عنه فتدبر

لو كان مال الغير فى ذمته لا عيننا

(قوله قد اوردنا اول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير
عينا او دينيا فى ذمة الغير الخ) اقول بعد ما لا كلام فى عدم الفرق فى الفضولى بين كون
مال الغير عينا او فى ذمة الغير فى الجملة وقع الكلام فى جهات .

(الاولى) فيما به يتشخص مافى الذمة - والمصنف ره افاد ان تشخيصه انما
يكون باضافة الذمة الى الغير - ومقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائنى ره
عدم الفرق بين الاضافة اليه لفظا او قصدا - او بقصد العقد له - لفظا او قصدا - وذكر
فى وجه كفاية الثانى ان تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول احد العوضين فى
كيس من خرج عنه الاخر - يكون تعيينا لمن فى ذمته الثمن - ولكن يرد عليه -
انه بما ان الكلى مالم يصف الى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء
فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من فى ذمته الثمن لا يكفى ولا يغنى عن

اضافة الكلى اليه فلا بد من الاضافة المزبورة - فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة .
(الجهة الثانية) انه لو لم يصدق الطرف الاخر قصد الفضولي البيع او الشراء
لغيره - ففي المسألة اقوال - الاول - ما عن جمع من الاساطين و هو الحكم بوقوع
العقد للفضولي ظاهرا - الثاني - الحكم بوقوعه له واقعا - الثالث - الحكم بعدم
الوقوع (اقول) مجمل القول في المقام - انه تارة يكذب كل منهما الاخر - كما لو ادعى
البائع ان المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمته وهو ايضا قصد ذلك وادعى المشتري
انه يقصد الشراء لغيره والبائع ايضا قصد ذلك - واخرى - يدعى مدعى الفضولية
انه قصد غير ما قصده طرفه وتخيل انه ايضا قاصد لذلك والاصل ينكر ذلك ويدعى
انه قصد عين ما قصده وهو الشراء مثلاً لنفسه (اما) الصورة الاولى فهي من قبيل التداعى
فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب (واما) الصورة الثانية فحيث ان المدعى هو من يدعى
الفضولية له مخالفة قوله لظاهر العقد و اصاله الصحة اذ على ما يدعيه يكون العقد
باطلا وعلى قول طرفه يكون صحيحا - فمقتضى القاعدة هو اقامة البينة واذا لم يتمكن
منها يحلف المنكر فان حلف براء وحكم ببطالان العقد وان لم يحلف ورد الحلف
فان تمكن المدعى من الحلف على العلم بالقصد وحلف فيحكم له - وان لم يتمكن
من الحلف على العلم - حكم له ايضا - وتام الكلام في كتاب القضاء .

(الجهة الثالثة) لو جمع بين المتنافيين - بان قال - اشتريت هذا لفلان بدينار
في ذمتي - او اشتريت هذا لنفسى بدينار في ذمة فلان - و اجاز من اضيف اليه
ففي الاول احتمال المصنف البطلان لانه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله - و
احتمل الغاء احد القيدين وجزم المحقق النائيني ره بالصحة والغاء قيد لفلان لان
وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف اليه ولم يلحقه بما ينافي به - والا فيقع لنفسه
كما هو مقتضى اطلاق العقد - وجزم السيد ره بالبطلان على مسلك المصنف ره
من كون البيع هو المعاوضة .

(اقول) حق القول فيه بنحو يظهر الحق وما في سائر الاقوال - انه بناء على

المختار من كون البيع هو الاعطاء لامجانا - يصح البيع المذكور ويقع للغير و يشتغل ذمة نفسه بالدرهم - نعم - يعتبر اجازة ذلك الغير اذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه مناف لتسلط الناس على انفسهم (و اما) بناءاً على كونه هو المعاوضة كما اختاره المصنف ره وغيره فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على ملكيته له فاذا اجاز المالك يقع له فانه يقال في المقام انه يشتري لغيره بدرهم في ذمة نفسه بعد البناء على ملكيته لما في ذمته وتسلطه عليه ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على مافي ذمته وهو نفسه فيصح البيع ويلغى قيد وقوع البيع للغير وبذلك يظهر مافي كلمات الاساطين هذا كله في الاول (وبه) يظهر الحال في الثاني - اذ على المختار يقع لنفسه اذا اجاز ذلك الغير البيع على ما وقع - وان اجازة لنفسه صح له ويلغى قيد وقوعه لنفسه - وعلى مسلك المصنف ره يقع للمجيز بالتقرير المتقدم - ولا وجه لما احتمله من الصحة بالغاء قيد ذمة الغير - فانه يلزم منه وقوع مالم يقصد كما هو واضح .

(الجهة الرابعة) لوجمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف اليه - بطل العقد وعن العلامة ره في التذكرة وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ الى آخر ما نقله المصنف ره وهذا الكلام حيث انه بظاهره لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحيحه . وقد ذكر المحقق النائيني ره له توجيهين (احدهما) ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير وح فان اجاز الغير التولية يكون العقد له ويكون اجازته من قبيل القبول وان رد بيع للعاقد (وفيه) ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من ماله الى المجيز لانه الى العاقد ومنه الى المجيز فتدبر (ثانيهما) ان يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته ويكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناءاً على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيكون كل منهما ضامنا بنحو الطولية ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال وهو المالمز به اولا ولكن اذا اجاز

من قصد العقد له ينصرف عن المباشر اليه واذا رد يبقى فى ذمته (وفيه) اولا ان الغير اذا لم
يجزلا معنى لكون الضامن ملزما ولا لوقوع البيع له - وثانيا - يلزم انه لو لم يؤد الغير
المال بعد اجازة البيع - ان يجب على العاقد ان يؤديه وهو كما ترى
(فاله ححيح) فى توجيه كلام العلامة ره ان يقال ان مراده - ان يشتري شيئا بمن من
الحنطة مثلا ويلتزم هو بادائه اما من مال زيد فيكون الشراء له او من ماله فيكون الشراء
لنفسه و ينحل هذا الشراء الى شرايين طويلين - فان اجاز الغير يقع له وان رد يقع
للعاقد - ومثل هذا التعليق لا يوجب البطالات - لان المتيقن من معقد الاجماع
غير هذا المورد الذى ينشأ شرايين فتدبر .

الفضولى فى المعاطاة

قوله قد هذه الثانى الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين
البيع العقدى والمعاطاة الخ اقول فى المسألة وجوه و بعضها اقوال - نالها
التفصيل بين القول بالاباحة فلا يجرى الفضولى فى المعاطاة و القول بالملك فيجرى -
رابعها - التفصيل بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقا و كونه
على طبقها فيجرى - خامسها - التفصيل - بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلا
يجرى و بين كونها على طبقها فيجرى (و حق) القول فى المقام يقتضى التكلم فى
مقامين - الاول - بناء على القول بافادة المعاطاة الملك الثانى - بناء على القول بافادتها
الاباحة - اما الاول فالكلام فيه يقع فى موردين - الاول - بناء على كون الفضولى
على طبق القاعدة - الثانى بناء على استفادته من النصوص الخاصة
(اما المورد الاول) فان قلنا بان افادة المعاطاة الملك انما تكون على
خلاف القاعدة يتعين البناء على عدم جريان الفضولى فيها اذ المتيقن منه تعاطى المالكين
- وان قلنا بان افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو
البناء على الجريان

وقد استدلل لعدم الجريان بوجوده

(الاول) ان الاقباض الذى يحصل به التملك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه اثر (وفيه) اولا ان النهى النفسى عن المعاملة لا يدل على فسادهما كما حققناه فى اول الجزء الاول من هذا الشرح (وثانيا) انه قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير لما تقدم فى مبحث المعاطاة من كفاية العطاء من جانب واحد والاخذ من الاخر واجاب عنه المصنف بجوابين آخرين (احدهما) انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك (وفيه) ما تقدم من اتباعه قده من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية اللهم الا ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض والاقباض والرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه واحد هما غير الاخر فتدبر (ثانيهما) انه لودل النهى على الفساد لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض فى السببية فالينافى كونه جزء سبب (وفيه) انه لودل النهى على الفساد لزم منه الغاء المنهى عنه فى نظر الشارع الاقدس و كانه لم يتحقق فلا محالة لا يصلح لكونه جزء سبب - وان شئت قلت - ان تأثير اعطاء مال الغير واقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العملية التامة فلودل النهى على الفساد لا يقتضى الغاء هذا الاثر لا ما ليس له فى نفسه فالصحيح هو الوجهان الاولان .

(الثاني) ما افاده صاحب المقاييس وهو ان المعاطاة منوطة بالتراضى مع قصد التملك او الاباحة وهما من وظائف المالك - (وفيه) اولا ان هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولى فى غيرها ايضا والكلام فى المقام بعد جريانه فيه (وثانيا) ان التملك الانشائى ليس من وظائف المالك خاصة و الاثروان كان مترتبا على رضا المالك الا ان المفروض فى المقام تحققه بالاجازة .

(الثالث) ما افاده المحقق النائينى ره (وحاصله) ان الاجازة لا بد وان تتعلق بامر مستمر باق كى ينتسب بها الى المالك وهذا فى العقد القولى موجود اذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولى ويستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك واما فى العقد الفعلى اى الاعطاء فليس حاصل مصدره امرا مستمرا باقيا بل هو

العطاء وهو لا ينفك عن الاعطاء وباجازة المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه (رفيه) ما تقدم فى مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما وعليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما فى الانشاء القولى وتعلق الاجازة به فالظاهر جريان الفضولى فيها .

(واما المورد الثانى) فان كان مدرك صحة الفضولى عموم التعليل فى نصوص النكاح فهو يقتضى جريانه فى المعاطاة لعموم العلة - وان كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له - وترك الاستفصال فى صحيح محمد بن قيس لا يفيد بعد عدم كونه فى مقام البيان من هذه الجهة وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ بارك الله فى صفقة يمينك فى رواية البارقى لظهوره فى وقوع المعاملة معاطاة فان صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية ان يكون الانشاء بصفقة اليمين .

(قوله قدّه حيث ان الظاهر وقوع المعاطاة الخ) ان كان منشأ استظهاره ما ذكرناه فقد عرفت مافيه وان كان هو غلبة ذلك فى المعاملات فى المحقرات فهى ممنوعة .

(واما المقام الثانى) فقد استدل المصنف به لعدم جريان الفضولى فيها على القول بالاباحة بوجهين (احدهما) ان افادة المعاطاة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين (الثانى) ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (اقول) انه لو قلنا بالاباحة - من باب ان المعاطاة مفيدة للملك غاية الامر يشترط فيه التصرف - او التلف وقبله يحكم بالاباحة الشرعية لدليل خاص - فالفضولى يجرى فى المعاطاة لما تقدم نعم لا يحكم بالاباحة ما لم يجر - واما لو قلنا بانها مفيدة للاباحة - وتكون الاباحة شرعية فدليله الاول متين ولا يتم الثانى اذ نسبة الاباحة الى ما قبل الاجازة وما بعدها على حد سراء بعد فرض ان المالك قاصد للملك فحصولها قبلا لامانع منه - واما اذا قلنا بالاباحة المالكية المنشأة

بالفعل فيمكن الاستدلال بادلّة نفوذ المعاطاة من قبل اوفوا بالعقود لجريان الفضولي فيها لاستناد العقد الى المالك بعد الاجازة فتدبر .

وبذلك قد تم الجزء الثاني من كتابنا (منهاج الفقهاء) و يتلوه الجزء الثالث انشاء الله تعالى من اول مباحث الاجازة الى آخر كتاب البيع والحمد لله اولاً وآخراً.

ملاحظة

بالرغم من كل ما بذلناه من الجهود في تصحيح الكتاب فقد وقعت اغلاط طفيفة وسقطات لكن من جهة عدم صعوبة تصحيحها - الاغماض عن بيانها اولى .

فهرس الجزء الثانى من كتاب منهاج الفقاهة

الموضوع	الصفحة
تعريف البيع وبيان حقيقته	٢
ما ذكره الاصحاب من تعاريف البيع وما يرد عليها	٣
ما هو الحق فى تعريف البيع	٨
الفرق بين البيع وبين الشراء والاجارة والصاح والمبة المعوضة والقرض	٨
ضابط ما يصح جعله عوضا ومعوضا وما لا يصح	١١
جعل المنفعة عوضا	١٥
جعل عمل الحر عوضا	١٦
حقيقة الحق	١٨
اقسام الحق	١٩
نقل الحق الى من عليه الحق	٢٠
جعل الحق عوضا	٢١
لا يعتبر تعقب القبول فى صدق البيع	٢٣
البيع حقيقة فى الصحيح او الاعم	٢٥
التمسك باطلاقات ادلة الامضاء	٢٩
المعاطاة	٣١
المعاطاة تتصور على وجوه	٣٢

الصحيفة الموضوع

محل النزاع فى المعاطاة	٣٣
توجيه كلام المشهور	٣٤
الاقوال فى المعاطاة	٣٦
المختار فى المعاطاة ودليله	٣٧
ادلة افادة المعاطاة الملك	٣٧
ما استدل به على انها لا تفيد الملك والجواب عنه	٤٤
كلام بعض الاساطين وما يرد عليه	٤٥
اصالة اللزوم - استصحاب بقاء الملك	٥٢
الجواز واللزوم - حكم شرعيان ولا يكونان من مقومات الملك	٥٣
بناء على تعدد الملك اللازم والجائز لا يجرى استصحاب القدر المشترك	٥٦
ولو شك فى التعدد يجرى الاستصحاب	٥٨
ما ذكر من الاصول المتوهم معارضة هذا الاصل	٥٩
دليل السلطنة	٦٠
آية التجارة	٦٢
دليل خصوص البيع	٦٣
آية الوفاء بالعقد	٦٤
دليل الشرط	٦٥
ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها	٦٧
تنبيهات المعاطاة - التنبيه الاول - يعتبر شرائط البيع فيها	٧٢
فى جريان الربو فى المعاطاة	٧٦

الموضوع الصحيفة

٧٧	فى جريان الخيارات فيها
٧٨	بيان مورد المعاطاة
٨٢	تمييز البايع عن المشتري
٨٤	اقسام/المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين
٨٧	التصرفات المتوقفة على الملك
٨٩	الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك .
٩٥	حقيقة الاباحة بالعوض - ودليل نفوذها - ولزومها .
٩٧	جريان المعاطاة فى جميع العقود والايقاعات .
١٠٢	ملزومات المعاطاة .
١٠٣	ما يقتضيه الاصل فى المقام .
١٠٥	تلف العينين .
١٠٧	تلف احدى العينين .
١٠٩	اذا كان احد العوضين دينافى الذمة ،
١١٠	لو نقل العين بالعقد اللازم .
١١٣	لو نقل العين بالعقد الجائز .
١١٤	ولو باع العين ثالث فضولا .
١١٦	من الملزومات الامتزاج والتغير .
١١٨	جواز الرجوع لايورث .
١١٩	جريان الخيار فى المعاطاة .
١٢٠	حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة .

الموضوع	الصفحة
فى الفاظ عقد البيع .	١٢٢
معاملة الاخرس .	١٢٣
خصوصيات الفاظ العقد .	١٢٥
الفاظ الايجاب والقبول .	١٢٧
لا تعتبر العربية .	١٢٩
اعتبار الماضوية .	١٣١
تقديم القبول على الايجاب .	١٣٢
اعتبار الموالاة	١٣٦
اعتبار التنجيز	١٣٩
المطابقة بين الايجاب والقبول .	١٤٥
اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء .	١٤٦
اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغة .	١٥٠
المقبوض بالعقد الفاسد .	١٥٢
القبض بالعقد الفاسد موجب للمضمان .	١٥٣
قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده .	١٥٦
معنى الضمان	١٥٦
عموم العقود اصنافى .	١٥٨
معنى الباء فى بصحيحه .	١٥٩
مدرك هذه القاعدة .	١٦٠
قاعدة مالا يضمن .	١٦٥
مدرك القاعدة .	١٦٥

المحيفة الموضوع

الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة فيها .	١٦٧
يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فورا .	١٧٣
فى ضمان المنافع المستوفاة .	١٧٥
فى حكم المنافع غير المستوفاة .	١٧٨
فى المثلى والقيمى .	١٨١
فى بيان ماهو المرجع عند الشك فى المثلية والقيمية	١٨٣
فى بيان ما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية والقيمية	١٨٦
اذالم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل	١٩١
اذ اسقط المثل عن المالية	١٩٤
لو تعذر المثل فى الشعلى	١٩٧
فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم	١٩٨
لا فرق بين التعذر البدوى والطارى	٢٠٠
فى المراد من اعواز المثل	٢٠٢
فى معرفة قيمة المثل	٢٠٣
الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف	٢٠٣
لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة	٢٠٤
فى ضمان القيمى بالقيمة	٢٠٤
فى تعيين القيمة	٢٠٦
فى صحيح ابى ولاد	٢٠٩
ارتفاع القيمة بسبب الامكنة	٢١٩

الموضوع	الصفحة
بدل الحيلولة وادلته	٢٢٠
مورد بدل الحيلولة	٢٢١
الزام المالك باخذ البدل	٢٢٣
بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح.	٢٢٤
فى ان العين هل تنقل الى الضامن ام لا .	٢٢٥
حق الاولوية .	٢٢٨
حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية .	٢٢٩
اذا ارتفع النعذر يجب رد العين .	٢٣٠
عقد الصبى يتصور على وجوه .	٢٣٣
ادلة المنع عن نفوذ عقده ومقدار دلائلها .	٢٣٤
ادلة القول بصحة عقد الصبى .	٢٤١
فى المستثنيات .	٢٤٤
معاملة الصبى فى الاشياء اليسيرة .	٢٤٧
اعتبار القصد .	٢٤٨
لابد من تمييز البايع من المشتري .	٢٤٩
يجب تعيين من يشتري له ومن يبيع له .	٢٥٠
فى تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البايع .	٢٥١
من شرائط المتعاقدين الاختيار .	٢٥٣
ادلة بطلان عقد المكره .	٢٥٥
حقيقة الاكراه .	٢٥٧

الموضوع

الصفحة

اذا امكن التفصى بما لاضرر فيه .	٢٥٨
لواكره الشخص على احد امرين .	٢٦١
لواكره احد الشخصين على فعل واحد .	٢٦٣
صور تعلق الاكراه .	٢٦٥
الاكراه على بيع عبد من عبيدين .	٢٦٧
الاكراه على الطلاق .	٢٧٠
لو تعقب الرضا عقد المكره .	٢٧٤
بيع الفضولى .	٢٧٨
جريان الفضولى فى الايقاعات .	٢٧٩
العقد المقرون بالرضا ليس فضوليا .	٢٨٠
بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع .	٢٨٢
مقتضى العمومات صحة الفضولى .	٢٨٢
الدلة الخاصة التى اقيمت على صحة الفضولى .	٢٨٤
المؤيدات المذكورة لصحة الفضولى .	٢٩١
ادلة بطلان بيع الفضولى والجواب عنها .	٢٩٣
اخبار بيع ما ليس عنده .	٢٩٤
فى الاحتجاج للبطلان بدليل العقل .	٢٩٦
بيع الفضولى للمالك مع سبق المنع .	٢٩٨
بيع الفضولى لنفسه .	٣٠٠
اشكالات صحة هذا البيع والجواب عنها .	٣٠١
لو كان مال الغير فى ذمته لايئنا .	٣٠٦
الفضولى فى المعاطاة .	٣٠٩

LIBRARY
OF
PRINCETON UNIVERSITY

Princeton University Library



32101 073839027