



GENERAL
LIBRARY

الجزء الثايعشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المتكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصاري

نابيف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مُظَلَّلٌ

الطبعة الثانية

چاپ مہراستوار قم - چار راہ شاہ

الجزء الثاني عشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقيه الاكبر الشيخ الانصاري ره

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالی

الطبعة الثانية

چاپ مهراستوار قم - چهارراه شاه



الحمد لله على ما أولينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق وفضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة و على آله العلماء بالله الامناء على حاله وحرامه - وبعد فهذا هو الجزء الثاني عشر من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا لطبعه والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق.

اخذ الاجرة على الواجبات

(قوله قدده الخامس مما يحرم التكسب به ما يجب على الانسان فعله عينا او كفاية تعبدا او توصلا الخ) اقول في المسألة اقوال (الاول) هو المنع مطلقا نسبة المصنف ره الى المشهور (الثاني) ما نسب الى السيد المرتضى ره وهو الجواز في الواجب الكفائي كتجهيز الميت وان كان تعبديا ، وفي النسبة ما اشار اليه المصنف ره (الثالث) ما عن المصائب عن فخر المحققين و هو التفصيل بين التعبدى فلا يجوز التوصلى فيجوز (الرابع) ما عن فخر المحققين ره فى الايضاح . وهو الجواز فى الكفائى التوصلى، و عدم الجواز فى غيره (الخامس) ما عن الرياض وهو الجواز فى الواجبات الكفائية التى تكون واجبة كفاية لانتظام المعاش وعدم الجواز فى غيرها (السادس) ما عن مفتاح الكرامة ، وهو التفصيل بين ما كان الغرض الاهم منه الدنيا فيجوز و بين

ما كان الغرض الاهم منه الاخرة فلا يجوز (السابع) ما عن المصاييح و هو الجواز فى الواجب التوصلى الكفائى و العينى الذى كان وجوبه للضرورة ، و عدم الجواز فى غيرهما (الثامن) ما يظهر من المصنف ره من التفصيل بين العينى التعينى والكفائى التعبدى فلا يجوز ، والكفائى التوصلى والتخييرى التوصلى فيجوز ، والتخييرى التعبدى فالتردد (التاسع) ما اختاره جمع من المحققين وهو الجواز مطلقا (وليعلم) انه لاسبيل فى هذه المسألة الى دعوى الاجماع والاستدلال به اذ مضافا الى معلومية مدرك المجمعين انه مع هذا الاختلاف بين الفقهاء كيف يمكن دعوى الاجماع فى المقام .

بيان موضوع هذه المسألة

(قوله قدہ واعلم ان موضوع هذه المسألة الخ) اقول لابد فى كل مسألة من الحفاظ على موضوعها و البحث فى خصوص الحثية التى يبحث عنها فى تلك المسألة وجعل الجهات الاخر مفروغا عنها كى لا تختلط تلك الجهة بغيرها و موضوع البحث فى المقام هى جهات ثلاث (الاولى) منافاة العبادية لاختدا لاجرة (الثانية) منافاة الوجوب بما هو له (الثالثة) منافاة الوجوب التعبدى النيابى لاختدا لاجرة ، نظراً الى عدم وقوعه قريبا عن المنوب عنه ، بعد الفراغ عن ساير الجهات المعتمدة فى صحة عقد الاجارة ، كان لا يكون العمل الذى وقعت الاجارة عليه مما اعتبر الشارع فيه المجانية ، فان الاجارة ح باطله لذلك وان كان ذلك العمل مستجبا كالاذان ، او مباحا او مكروها .

ثم ان نظر المصنف ره فى الكتاب لما كان الى خصوص الجهة الثانية ذكر مبنيها على ذلك امرين (الاول) ان موضوع هذه المسألة ما اذا كان الواجب على العامل منفعة تعود الى من يبذل بازائه المال كما لو كان كفائيا و اراد سقوطه منه ، فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لا يجوز اخذا لاجرة عليه لالوجوب بها بل لعدم وصول عوض المال الى باذله (اقول) لآس بالاشارة الاجمالية الى هذه الكبرى الكلية مقدمة للبحث وقد

13239F

FD2

2/5/10

استدل على اعتبار هذا الشرط بوجهين (الاول) ان الاجارة بدونه سفهية و اكل للمال بالباطل (الثانى) ان المبادلة فى الاجارة انما تكون بين منفعة معينة و العوض المعلوم فلا بد من عود المنفعة الى باذل العوض و الا انتفت المبادلة و الاجارة اذقوامها بدخول كل من العوضين فى المكان الذى خرج منه الاخر - وفيهما نظر (اما الاول) فلانه لادليل على بطلان كل معاملة سفهية كما سيأتى تنقيح القول فى ذلك فى الجزء الثالث عشر من هذا الشرح (مع) ان الموجر ربما ينتفع بمنفعة عائدة الى غيره كما اذا انتفع من تعلم احكام الصلاة مثلاً من فعل المستأجر صلاة الظهر عن نفسه (بل) يمكن ان يقال ان التسبب الى تحقق الخير و الاعانة على البر و التقوى مما يترتب عليه الثواب اى الفائدة الاخرية فالاستيجار المزبور لترتب هذه الفائدة عليه لا يكون سفهياً (اللهم) الا ان يقال ان هذه فائدة فعل الموجر نفسه و الذى يعتبر فى خروج الاجارة عن السفهية و كونها اكلاً للمال بالباطل كون العمل المستأجر عليه مما له فائدة عائدة الى الموجر اذ هو المقابل بالمال (مضافاً) الى ان كون الله مطاعاً لو كان هو المقصود من الاجارة لما كانت الاجارة سفهية كما لا يخفى (واما الثانى) فلان حقيقة الاجارة لا تقتضى ازيد من قابلية العمل لصيرورته مملوكاً للمستأجر و اما كون المنفعة راجعة اليه فهو مما لم يدل عليه دليل .

الامر الثانى ان الاستدلال على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب ، بمنافاة ذلك للاخلاص فى العمل ؛ غير تام ، لان العجز عن العمل لاجل عدم تمشى القرية موجود فى العبادات غير الواجبة ، و القدرة عليه لاجل عدم اعتبار القرية فى التوصلى من الواجب ثابتة ، فهذا الوجه غير مربوط بمورد النقض و الابرام ولا ملازم له كى يصح الاستدلال المزبور (وعليه) فلا يرد عليه ما اورده السيد الفقيه ، بقوله الانتقاص الطردى لا يضر بالاستدلال اذ لا مانع من كون الدليل اعم من المدعى فى الجملة و اما الانتقاص العكسى فهو مضر ان كان الغرض اثبات تمام المدعى كما هو الظاهر فى المقام لكن لا يخفى ان هذا الوجه لم يظهر مما ذكره فى قوله و اعلم الخ .

عدم منافاة التعبدية لاختذ الاجرة

وكيف كان فقد عرفت ان البحث هنا يقع فى مقامات (المقام الاول) فى ان التعبدية هل تنافى اخذ الاجرة ام لا ؛ و حيث ان المانع المتنازع فيه هى التعبدية فلا فرق فى هذا المقام بين الواجب والمستحب (وقد استدل) على عدم جواز اخذ الاجرة على التعبديات بوجوه .

الاول انه يعتبر فى صحة العبادات ان يؤتى بها بقصد القرية و اخذ الاجرة عليها بنافى القرية والاخلاص ، اذ قصد ذلك يوجب انقلاب داعى الاخلاص فى العبادة المستأجر عليها الى داعى اخذ الاجرة فيكون عقد الاجارة رافعا للتمكن من العمل المستأجر عليه و يوجب ذلك بطلان الاجارة لامحالة اذالتمكن منه شرط فى صحة الاجارة وما يلزم من صحته فساد باطل (اقول) بعد اصلاح ذلك بان المراد من شريك العلة وما ادعى كونه فى عرض قصد القرية ، ليس هو قصد تملك الاجرة لانه انما يكون بنفس الايجار لابل العمل الخارجى ، ولاتسلم الاجرة خارجا ، لانه يمكن للاجير تسلمها قبل العمل او بعد العمل الخالى عن قصد القرية ، او اخباره كذبا بالعمل (بل) المراد استحقاق مطالبة الاجرة (برد عليه) مضافا الى منع اقتضاء عقد الاجارة انقلاب الداعى دائما ، اذ يمكن ان يلاحظ العامل فى اتيان العمل استحقاق ذلك و يأتى به خالصا لوجه الله تعالى و ان علم بترتب ذلك عليه فيكون ذلك عنده من المقارنات ، ان العامل لما علم انه لا يستحق مطالبة الاجرة شرعا الا باتيان العمل المستأجر عليه المتوقف على قصد القرية ، لامحالة يقصد ذلك و يكون استحقاق المطالبة من قبيل الداعى الى الداعى لاشريك الداعى .

فان قلت انه اذا فرضا عدم كون الامثال بذاته داعيا بل من حيث كونه مقتضيا لاستحقاق الاجرة ، فلامحالة يكون الامثال علة ناقصة و متممها حيثية استحقاق الاجرة - فلاتكون العلة التامة هى قصد القرية (قلت) ان استحقاق الاجرة بما انه

غاية للفعل المغيى بالامثال لكون ذلك هو مورد الاجارة ، لالفعل وحده ولالغايته كك - فهو انما يكون علة لعلة الفعل لاعلة له ولاشريكاً لعلته ، ويكون الفعل منبعثاً عن قصد الامثال ، وقصد الامثال منبعثاً عن استحقاق الاجرة ، و الانبعاث الثانى لا يضر بالانبعاث الاول ، ولا يوجب نقصاً فيه (فان قلت) ان تحقق عنوان المستاجر عليه اعنى العبادة يتوقف على امرين - احدهما - ذات العبادة ، وهو فعل الصلاة مثلاً - الثانى - عنوان الامثال فالقاصد للعبادة يقصد تحقق العنوان المستاجر عليه بكل من جزئيه فيكون الداعى بالاضافة الى نفس الفعل امرين ، الاول تحقق هذا الجزء من المستاجر عليه - الثانى قصد الامثال فيكون من قبيل التشريك فى الداعى لامن قبيل الداعى للداعى ، وانما يكون من هذا القبيل ما اذا كان المستاجر عليه نفس الامثال ، و من البديهي ان المستاجر عليه هو العمل العبادى لا التعبد بالعمل ، و الى هذا الوجه استند المحقق النقى ره فى ان قصد استحقاق الاجرة فى عرض قصد الامثال لافى طوله (قلت) ان مورد الاجارة ؛ انما هو المقيّد بما هو مقيّد اى العبادة المقيّدة بهذا القيد لاذات المقيّد و القيد بما هما ملحوظان بنحو المعنى الاسمى ، فيكون قصد تحقق العنوان المستاجر عليه كقصد استحقاق الاجرة فى طول قصد الامثال لافى عرضه ، مع ، ان قصد تحقق العنوان المستاجر عليه غير معتبر فى سقوط الامر بالاجارة كما ستعرف .

الوجه الثانى ما استند اليه جماعة منهم المحقق النائينى ره و هو انه يعتبر فى تحقق العبادة الاخلاص طولاً كما يعتبر عرضاً والا لما وقعت العبادة ممحضة على وجه الاخلاص لان النتيجة تابعة لآخس المقدمات فاذا لم ينته سلسلة العلل و الدواعى بجميع حلقاتها الى الله تعالى فهى غير خالصة لوجه الله تعالى ، فيعود المحذور المتقدم وهو ان عقد الاجارة يوجب رفع النمكن من العمل المستاجر عليه واجيب عنه (تارة) بالنقض بعبادة اكثر الناس حيث انها تكون لاجل الخوف من عذابه او الطمع فى ثوابه ، ولا كلام لاحد فى صحة هذه العبادات و دلت عليها النصوص مثل

حسن (١) هارون عن الصادق عليه السلام العباد ثلاثة ، قوم عبدوا الله عز وجل خوفا فتلك عبادة العبيد وقوم عبدوا الله تبارك وتعالى طلبا للثواب فتلك عبادة الاجراء ، وقوم عبدوا الله عز وجل حباله فتلك عبادة الاحرار وهي افضل العبادات (وما) عن جماعة من بطلان العبادة اذا قصد بفعلها الثواب او الخلاص من العقاب ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه (يكون) المراد به ما كان هذا القصد هو الداعى الى العمل ، لا من قبيل الداعى الى الداعى نعم ، الدرجة العالية من العبادة ما كانت الغاية القصوى من العبادة هي الله فقط ويكون الخلوص طولا ايضا ، و هي مختصة بالمعصومين عليهم السلام ، فقد قال (٢) امير المؤمنين عليه السلام ما عبدتك خوفا من نارك ولا طمعا في جنتك لكن وجدتك اهلا للعبادة فعبدتك (واخرى) بالنقص بالصلاة لسعة الرزق ولاداء الدين ولقضاء الحاجة (واورد) عليه المصنف ره وتبعه المحقق النائيني ره وهو ايراد على الاول ايضا ، بانه فرق بين الغرض الدنيوى المطلوب من الخالق الذى يتقرب اليه بالعمل وبين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الاجرة فان طلب الحاجة من الله تعالى و لو كانت دنيوية محبوب عند الله فلا يقدح فى العبادة بل ربما يؤكدها (وفيه) ان كون النفع منه تعالى لا يوجب اتصاف الفعل بعنوان حسن مضاف الى المولى فان كل نفع و ضرر منه تعالى ولذا قطع الاصحاب ببطلان العبادة اذا اتى بها بداعى الثواب او دفع العقاب كما صرح به الشهيد ره ، ومعه لا يعقل تأكيد الاخلاص والعبادية بذلك .

ويمكن الجواب عن هذا الوجه مضافا الى ما مر بجواب حلى افاده بعض المحققين وهو ان الفعل المنبثق عن دعوة الامر عدل فى العبودية و احسان الى المولى وهو من العناوين الممدوح على فاعلها بالذات ، ولا يعقل تخلف هذا العنوان الحسن بالذات عن الفعل المأتى به بداعى الامر كما لا يعقل تخلف كونه ممدوحا على فاعله عن هذا العنوان الحسن بالذات و من الواضح ان ترتب فائدة دنيوية على هذا الفعل

١- الوسائل - باب ٩- من ابواب مقدمة العبادات حديث ١

٢- مرآة العقول باب النية ج ١ ص ١٠١

الممدوح على فاعله لا يخرج من كونه ممدوحا على فاعله ، فلا يعقل مانعيته عن وقوعه ممدوحا على فاعله مع فرض ترتبه عليه فان ما يتفرع على الشيء لا يعقل ان يكون مانعا عنه (مع) انه قد عرفت ان تملك الاجرة انما يكون بالايجار ، وتسلمها لا يتوقف على اتيان العبادة مع قصد القرية فالداعي الى الاتيان بالعمل المستأجر عليه صحيحا و عن قصد القرية الذي لا يطلع عليه الاعلام الغيوب ليس الا الاستحقاق شرعا و بعبارة اخرى امر المولى بالاتيان بما اشتغلت ذمته به من العبادة و المخوف من الله تعالى فهذا ايضا غرض مطلوب من الخالق فتدبر فانه دقيق .

الوجه الثالث ان دليل صحة الاجارة انما هو عموم (١) اوفوا بالعقود - وهو لا يعقل ان يشمل المقام اذا اللازم من شموله اخذ داعي الامر الذي هو قيد في متعلق الاجارة قيدا في متعلق الامر بالوفاء وهو باطل لما حقق في محله من عدم معقولة اخذ قصد الامر في متعلق الامر ، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق ما يكون دليلا على صحة الاجارة والاصل في المعاملات هو الفساد (وفيه اولا) انه قد حقق في محله امكان اخذ قصد الامر في متعلق الامر الاول ، وعلى فرض عدم امكانه يمكن اخذه في متعلق الامر الثاني (وثانيا) ان دليل صحة الاجارة لا ينحصر بالامر بالوفاء بالعقود بل في آية (٢) التجارة عن تراش غنى وكفاية .

الوجه الرابع ان دليل صحة الاجارة هو عموم (٣) اوفوا بالعقود وهو لا يمكن شموله للمقام ، اذا لوفاء عبارة عن اتيان العمل المستأجر عليه اداء لحق المستاجر و هذا لا يجتمع مع الاتيان به اداء لحق الله سبحانه و امثالا لامره (و عليه) فان قصد الوفاء فقد ذهب الخلوص و فسدت العبادة و هو مع ذلك لا يكون وفاء ، وان قصد الاخلاص فلم يقصد الوفاء بعقد الاجارة ، فلا بد وان يرفع اليد عن الامر بالوفاء لعدم التمكن من امتثاله على كل تقدير ، فاذا ذهب الامر بالوفاء لم يبق ما يكون دليلا على صحة الاجارة (وفيه اولا) ما تقدم من عدم انحصار دليل صحة الاجارة بعموم آية

الوفاء بالعقود (و ثانيا) ان الوفاء بالعقد الذى امر به ليس عبارة عن اتيان العمل المستأجر عليه بقصد انه مخصوص بالمستأجر ومملوك له ، بل هو عبارة عن اتيان ما يكون وفاء بألحمل الشايح اى مصداق هذا العنوان غير المتوقف تحققة على قصد كونه للمستأجر فلا يعتبر فى امثال الامر بالوفاء بالعقد قصد هذا العنوان كى يكون ذلك منافيا لقصد المخلص .

الوجه الخامس ان الامر العبادى المتعلق بالعبادة تعبدى ، و الامر الاجارى المتعلق بالعمل المستأجر عليه توصلى ، فيلزم من صحة الاجارة المتعلقة بها اجتماع امرين متخالفين فى شىء واحد وهو محال (وفيه) ان الفرق بين التوصلى والتعبدى انما هو من ناحية المتعلق ، بناء على ما حققناه فى محله من ان قصد الامر مأخوذ فى متعلق الامر اذ ربما يعتبر فيه قصد القرية لعدم حصول الغرض الابه فالواجب تعبدى - وربما لا يعتبر فيه ذلك فالواجب توصلى والامر فى الموردین واحد ولا تعدد فيه و (عليه) فالامر الاجارى المتعلق بالعبادة - انما يكون مثل الامر المتعلق بها نفسها - بلا تفاوت بينهما - والمتعلق لكل منهما انما هو ذات العمل مع قصد القرية فيندك احدهما فى الآخر و يكون امرا مؤكداً كما فى غير المقام (فتحصل) ان شيئا مما استدل به على منافاة صفة العبادية للاجارة لا يتم - و مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على العبادات و كك الاخذ بعنوان الجمالة اذا تمت ساير الشروط المعتمدة لعمومات صحة المعاملات - و يؤيدها النصوص المتضمنة للترغيب على العبادات بذكر فوائدها من سعة الرزق و اداء الدين وغيرهما و المثوبة على فعلها و الترهيب على تركها بذكر ما يستتبعها من الهلكة و العقوبة اذ هذه النصوص تدل على انه لا تنافى بين العبادات و الاتيان بهما لجلب المنافع و دفع المضرات فتدبر .

ثم ان للقوم مسالك اخر فى تصحيح العبادات التى تعلقت الاجارة بها و عدم منافاة صفة العبادية للاجارة (احدها) ان الوفاء بالعقد امر محبوب عقلا و شرعا و هو من صفات المؤمنين فغاية العمل العبادى ايضا محبوبة فلا تنتهى سلسلة العلل الى

غير الله تعالى (وفيه) ان هذا - في نفسه وان كان تاما - الان محل الكلام هو اعمال الاجراء الخارجية التى يؤتى بها بداعى استحقاق الاجرة لامن حيث ان الوفاء بالعقد محبوب شرعى .

ثانيها ما افاده المحققان كاشف الغطاء وصاحب الجواهر و هو ان المصحح للعبادية - هو الامر المتعلق بالعبادة - والامر الاجارى المتعلق بها لا ينافى فيها بل يؤكد الاخلاص (اقول) لا يبعد ان يكون مرادهما ما ذكرناه آنفا - من انحفاظ الاخلاص طولا - اذ الداعى الاول هو امثال الامر المتعلق بالعبادة والداعى الى هذا الداعى هو امثال الامر الاجارى اى استحقاق الاجرة شرعا الذى مرانه عبارة اخرى عن كون الداعى الامر الالهى ، والخوف منه سبحانه ، فسلالة العلل منتهية الى تعالى - وعليه - فهو متين غايته ولا يرد عليه شىء مما اورده المصنف ره من الايرادات الثلاثة ، (الاول) ان مقتضى ذلك الفرق بين الاجارة والجمالة حيث ان الجمالة لا توجب العمل على العامل (وفيه) ان صاحب الجواهر ادعى ان الاجارة من جهة تسببها الوجوب ايضا يؤكد الاخلاص ولم يدع انه المصحح للعبادية حتى يرد عليه ما ذكر فلازم ما ذكره عدم تأكد الخلوص فى الجمالة لعدم تحقق الاخلاص (الثانى) انه ان اريد ان تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الاخلاص فلا ريب ان الوجوب الحاصل بالاجارة توصلى وان اريدانه يؤكد تحقق الاخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعاً لان ما لا يترتب عليه اجرة نبوى اخلاص مما يترتب عليه ذلك وجدانا (وفيه) ما عرفت من ان الداعى الى اتيان العبادة بقصد الامر ليس الا الاستحقاق شرعا للاجرة والامر الاجارى بالاتيان بما اشتغلت ذمته به من العمل ، لانملك الاجرة ولا تسلمها (الثالث) ان تأكد الاخلاص انما يكون بالتعبد بالامر بن والتعبد بالامر الاجارى لا يتحقق الا ان يؤتى بمتملقه بقصد حصول الوفاء و اتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له و هذا المعنى ينافى وجوب اتيان الفعل لاجل استحقاقه تعالى اياه (وفيه) ما تقدم من ان المأمور به بالامر الاجارى ليس هو اتيان العمل المستأجر عليه بقصد انه وفاء ، بل

المأمور به ذات ماهو وفاء اى ما يصدق عليه الوفاء بالحمل الشايح ، فلا يعتبر فى امتثاله الاثيان بالعمل من حيث استحقاق المستأجر له كى ينافى ذلك الاخلاص فراجع و تدبر .

ثالثها ما افاده السيد الفقيه فى حاشيته وغيره ، و هو الغاء الامر بالصلاة عن الوساطة و تصحيح العبادة بنفس امثال الامر الاجارى ولهم فى ذلك تقريبان (الاول) ان الامر الاجارى وان كان توصليا الا ان التوصلى ما لا يعتبر فى سقوطه قصد الامر لانه لا يمكن التقرب به وعليه فلو اتى بالعبادة المستأجر عليها بداعى امثال الامر الاجارى صحت و وقعت عبادة (وفيه) ان مورد الاجارة اما ذات تلك العبادة من غير قصد القربة فلازم صحة الاجارة سقوطا امرها باتيانها وان لم يقصد القربة لكون هذا الامر توصليا و هو خلف ، و ان كان هو العمل المقيد بقصد الامر المتعلق به نفسه فالمفروض فى هذا الوجه عدم كفايته فى الخلوص و ان كان هو العمل المقيد بداعى امثال الامر الاجارى ، فهو يرجع الى التقريب الثانى وستعرف ما فيه التقريب (الثانى) ان الامر الاجارى ليس مطلقاً توصليا ، بل هو تابع للغرض المترتب على متعلقه فان كان مترتباً على العمل مع عدم قصد القربة فالامر توصلى وان كان مترتباً عليه معه فهو تعبدى فان كان مورده مثل الصلاة والصيام كان مرجع الامر الاجارى الى ايجاب الصلاة والصوم وهما تعبديان وان كان مورده مثل الكتابة والخطاطة كان مرجعه الى الامر بالخطاطة والكتابة وهما توصليتان والدليل على كون الامر الاجارى فى المورد الاول تعبدى هو الدليل على كون الامر بالصلوة والصيام تعبدى اذ لافرق فى الصوم الذى سنخه سنخ التعبدى بين انحاء الامر به (وفيه) ان المخذور لم يكن عدم قابلية الامر المتعلق بتلك العبادة المستأجر عليها لان يكون قصده موجبا للعبادية كى يدفع المحذور بذلك بل المحذور كان هو ان الاثيان بداعى استحقاق الجرة ينافى الخلوص وفى هذا المحذور لافرق بين قصد الامر المتعلق بتلك العبادة وبين قصد الامر الاجارى (فالصحيح) ما ذكرناه من ان قصد استحقاق الجرة انما يكون فى طول قصد الامر

فلا يضر بالعبادة (مع) انه لو سلم كونه في عرضه او اعتبرنا الاخلاص طولا ايضا فقصده استحقاق الاجرة لا ينافيها بل هو قصد عبادي ايضا .

ثم لو تنزلنا عن جميع ما ذكرناه و سلمنا ان قصده غير قربي ويكون في عرض قصد القرية بدخل المقام في الكبرى الكلية المذكورة في كتاب الصلاة في مبحث النية من ان الضمانات غير المحرمة هل تضر بصحة العبادة ام لا وقد ذكرنا ان هناك صوراً (الاولى) ان يكون كل من الداعيين ضعيفا بحيث لو كان وحده لما اثر في صدور الفعل (الثانية) ان يكون الداعي القربي مستقبلا في الداعوية وغيره تبعيا (الثالثة) عكس ذلك (الرابعة) ان يكون كل منهما مستقلا في الداعوية الا انه انما يستند الفعل اليهما من باب عدم معقولية اجتماع علتين تامتين على معلول واحد ، (لا كلام) في الصحة في الصورة الثانية والفساد في الصورة الاولى والثالثة وقد وقع الخلاف في الصورة الرابعة (و اختار) جمع من الاساطين الصحة فيها فعلى هذا الوجه للحكم بالبطلان مطلقا في المقام وتام الكلام في هذه الكبرى الكلية موكل الى محله و قد اشبعنا الكلام فيها في الجزء الرابع من هذا الشرح .

عدم منافاة الوجوب بما هو لاخذ الاجرة

المقام الثاني في بيان ان الوجوب بما هو هل ينافي اخذ الاجرة ام لا - اقول يقع الكلام في هذا المقام في موارد (الاول) في الواجب العيني التعيني غير النظامي (الثاني) في الواجب الكفائي (الثالث) في الواجب التخبري (الرابع) في الواجبات النظامية (اما المورد الاول) فمقتضى العمومات هو صحة الاجارة وعدم مانعيتها عنها . وقد ذكر في وجه المنافاة وجوه (الاول) ان عمل الحر في نفسه ليس بمال وانما يقابل بالمال لما دل على انه محترم ، فاذا وجب فقد سقط احترامه (وفيه) ان المالية من الاعتبار العقلية وانما يعتبرها العقلاء لكل ما يرغبون اليه لما فيه من الاغراض والفوائد العقلية ومن البديهي ان عمل الحر من تلك الامور فهو مال ، و لو تنزلنا عن ذلك فلا ريب انه يصير مالا بمجرد وقوع المعاملة عليه نظير الكلى في

الذمة - ولذا الكلام في انه لو فوت احد عمل الحريكون ضامنا له وهذا المقدار يكفي في صحة المعاملة كما سيأتى التعرض له في كتاب البيع (مع) انه لو فرض عدم ماليتة لوجه للحكم بانه يقابل بالمال لا احترامه اذ الدليل انما دل على ثبوت الحرمة لمال المسلم فان كان للعمل حرمة فهي لكونه مالا - ومع فرض عدمه لحرمة له .

الوجه الثانى ما استند اليه المصنف ره ، وهو ان عمل الحروان كان مالا في نفسه لكنه اذا وجب سقط احترامه لان الوجوب عليه رافع لاختياره وتسلبه على الترك فهو مقهور على ايجاده و يستوفى العمل منه من دون دخل لرضاه و اذنه المقومين لاحترام المال في ذلك ، واستشهد لذلك بانه لو فرض ان المولى امر بعض عبيده بعمل وكان يرجع نفعه الى غيره فاخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عدا كلا للمال مجانا وبلا عوض (اقول) ان كان المدعى ان الوجوب الشرعى يوجب سلب المالية عن العمل (فيرد عليه) ان الوجوب انما يوجب سلب الاحترام بمعنى انه لا يجوز التصرف فيه لاحد الامع اذنه ورضاه وله السلطان عليه وليس لاحد مزاحمته ولا يوجب سلب الاحترام من حيث ماليتة المقتضية ان لا يذهب هدرا وبلا تدارك و نظير المقام ترخيص الشارع المارة فى الاكل من التمرة و ترخيص الاكل من بيوت الاقارب فان هذا الترخيص يوجب سلب الاحترام بالمعنى الاول ولا يوجب سلب المالية كى لا يصح اخذ العوض فى هذين الموردين (وان كان) المدعى ان العمل الواجب على المكلف لا يعقل ان يصير واجبا ثانيا بالوجوب الاجارى (فيرد عليه) انه يلتزم بالتأكد فيكون لازم الامتثال من جهتين (و ان كان) المدعى انه يعتبر فى صحة الاجارة ان يكون للمستأجر اجبار الاجير على ذلك العمل فاذا كان الفعل واجبا عليه فهذا الحق ثابت له قبل الاجارة من باب الامر بالمعروف فلا يترتب عليها ثمره فلا تصح (فيرد عليه) انه بالاجارة يثبت هذا الحق فيكون ثابتا من ناحيتين ، و تظهر الثمرة فى موردين (الاول) ما اذا لم يمكن اجباره على الفعل من باب الامر بالمعروف وامكن اجباره من باب كونه مملوكا له ولو بالرجوع الى المحاكم العرفية (الثانى)

ما اذا كان من وجب عليه جاهلا بالوجوب (وبالجمله) مجرد الوجوب الشرعى لا يوجب سلب المالىة عن الشىء ومعه لاوجه لمنافاته مع صحة الاجارة .

الوجه الثالث ما افاده المحقق النائينى ره وهو انه يعتبر فى صحة المعاملة ، مضافا الى كون كل من المتعاملين مالكا لما يبذله او يحكمه ، وايجادها بسبب خاص وآلة مخصوصة ان لا يكون محجورا عن التصرف فيه من جهة تعلق حق الغير به او غير ذلك من اسباب الحجر ، ليكون له السلطنة الفعلية على التصرف فيه ، والايجاب يوجب سقوط ملك التصرف وسلب الاختيار و دفع السلطنة فلا محالة تفسد المعاملة (وفيه) ان توقف نفوذ المعاملة على السلطنة الوضعية المستتبة لكون مورد المعاملة ملكا طلقا ولم يتعلق به حق الغير ، والمتعاملين بالغين عاقلين مختارين غير محجورين باحد اسباب الحجر بديهي ، واما كون الايجاب موجبا لسلب هذه السلطنة فهو اول الكلام .

نعم ، الايجاب يوجب رفع السلطنة التكليفية المنتزعة من جواز الفعل والترك ونفوذ المعاملة غير متوقف عليها (فان قلت) انه يعتبر فى صحة المعاملة القدرة على التسليم ومع الوجوب لا قدرة له على الفعل و الترك اذ القدرة متقومة بالطرفين الفعل و الترك (قلت) انه لم يرد آية ولا رواية دالة على اعتبار القدرة على التسليم وانما نقول به لانه مقتضى وجوب الوفاء بالعقد اولا نعتاد الاجماع عليه ، او للنبوى (١) نهى النبى عن بيع الغرر و وجوب العمل لا ينافى مع ما تقتضيه هذه الادلة ، اما الاول فلانه يتأكد وجوب العمل بوجوب التسليم ، واما الثانى فلان المتيقن منه امكان وصول العمل الى المستأجر و المفروض فى المقام تحققه ، و اما الثالث ، فلانه لا غرر مع امكان الوصول كما لا يخفى .

الوجه الرابع مانسب الى الشيخ الكبير كاشف الغطاء قده وهو ان ايجاب العمل يوجب صيرورته مملوكا لله تعالى ومستحقا له ، وفيما كان راجعا الى حقوق الغير يوجب صيرورة الغير مستحقا لذلك العمل من هذا العامل ، و لا يجوز تمليك المملوك ثانيا (وفيه) انه لو كان المدعى ان الايجاب يقتضى كون العمل مملوكا لله

بالملكية الاعتبارية نظير ملكية العمل لاحد المخلوقين (فيرد عليه) ان الايجاب ليس الا ابراز شوق المولى بالفعل وهذا غير الملكية، وان كان المدعى انه يوجب خروج العمل عن تحت سلطة العبد ودخوله في سلطان المولى و ما هو داخل في سلطان الغير لا يجوز تملكه (فيرد عليه) ان جميع افعال العباد تحت سلطان المولى تشريعا لان تكويننا من غير فرق بين ما اذا اوجبها و ما اذا لم يوجبها فان السلطة التشريعية عبارة اخرى عن ان زمام هذا العمل بيد الشارع وله جعل اى حكم ارادله وهذا المعنى ثابت قبل الايجاب فالايجاب لا يوجب حدوث سلطة مانعة عن التملك نعم هو يوجب سلب سلطة المكلف تشريعا عن هذا العمل و هو لا ينافى التملك كما تقدم (وبالجملة) المراد من الملكية لله، ان كان هي الملكية الاعتبارية فالايجاب لا يقتضى تلك وان كان ثبوت سلطة تكوينية وسلب سلطة العبد تكوينيا فهو خلاف الواقع وجدانا وان كان بمعنى السلطة التشريعية فهي ثابتة قبل الايجاب، وكونه موجبا لسلب سلطة العبد تشريعا لا ينافى التملك هذا فيما اذا لم يكن الايجاب للغير، واما فى ما كان له، فهو لا يوجب ملكية ذلك الغير له ولذا يجوز استيجار الاجير لخيطة ثوب الغير فان العمل مملوك للمستأجر لذلك الغير فتدبر حتى لا يشتبه عليك جعل العمل للغير بايجابه له (هذا هو) الحق فى الجواب لا ما ذكره الاستاذ الاعظم وفاقا لغيره من الاساطين، من ان ملكية المستأجر انما هى فى طول ملكيته تعالى، واجتماع الملكيتين الطوليتين امر ممكن لا محذور فيه، و لا ما ذكره بعض آخر من ان ملكيته تعالى ليست من سنخ ملك العباد فانها بمعنى الاحاطة الوجودية بالا ملاك وملاكها، (اذبرد) على الاول انه لم يظهر لنا الفرق بين الملكيتين العرضيتين والطوليتين بل الظاهر هو استحالة اجتماعهما مطلقا، و يرد على الثانى ان المدعى يدعى ان الايجاب يوجب ثبوت ملكية اعتبارية له تعالى غير تلك الملكية فتدبر .

(الوجه الخامس) ما نسب الى الشيخ الكبير ايضا، وهو ان الاجارة لو صحت كان لازما ملكية المستأجر لذلك العمل، ومن لوازم الملكية التى لا تنفك عنها، جواز الابرء والاقالة والتأجيل وحيث ان هذه الاثار لا تثبت للواجب المستأجر عليه فيكشف ذلك عن عدم الملك

و هو يكشف عن بطلان الاجارة (وفيه) ان هذه الآثار انما تثبت للمستأجر عليه من حيث الامر الاجارى وعدم ثبوتها له من حيث وجوبه من قبل الله تعالى لاينافى صحة الاجارة فالبراء فى المورد يوجب عدم استحقاق المستأجر للعمل - و التأجيل يوجب عدم لزوم التعجيل من حيث استحقاقه ، و الاقالة ، توجب انتفاء الوجوب الاجارى .

الوجه السادس ما نسب الى المحقق النائيني ره ايضا ، وهو انه يعتبر فى صحة الاجارة كون الاجير مالكا لعمله كى يملكه المستأجر بالاجارة ، والوجوب يوجب نفى ملكيته له ، وبعبارة اخرى يعتبر ان يكون العمل ممكن الحصول للمستأجر فلو لم يكن كذلك كما اذا تعلق تكليف عليه مباشرة لم تصح الاجارة (وفيه) ان الوجوب الذى حقيقته ابراز شوق المولى لا يوجب سلب الملكية عن العمل كما تقدم ، و اعتبار كونه ممكن الحصول انما هو يرجع الى اعتبار القدرة على التسليم الذى عرفت انه لاينافى مع الوجوب .

الوجه السابع ما نسب الى المحقق الخراسانى ره احتماله ، و هو ان بذل العوض على ما يتعين على الاجير لغو (وفيه) انه لا لغوية فيه مع عدم العلم بصدوره منه ، اولان يكون له اجباره على الفعل (مع) ان الوجوب لفساد الاجارة مع لغوية بذل العوض ليس الا كون المعاملة سفهية ، وهو لا يوجب البطلان كما تقدمت الاشارة اليه .

الوجه الثامن ان الايجاب انما يكون ناشئا عن مصلحة موجودة فى الفعل عائدة الى من يجب عليه ، فاخذ العوض على ما تعود فائدته اليه اكل للمال بالباطل (وفيه) ان الوجوب لكون اخذ العوض اكلا للمال بالباطل ، انما هو عدم كونه ذافائدة عائدة الى المستأجر وعدم ترتب غرض عقلائى له عليه ولو كون الله تعالى مطاعا لا كونه ذافائدة عائدة الى الاجير فتدبر .

الوجه التاسع ما نسب الى المحققين النزاقين و المحقق القمى ره وهو انه لا يجوز توقيف الواجب على شرط و صحة الاجارة تستلزم ذلك لانها توجب توقيف الواجب على اخذ الاجرة (وفيه) انه لا يعتبر فى صحة الاجارة كون الشخص غير بان على الفعل فلا مانع من استيجاره على عمل لو لم يستأجره ايضا كان

يأتى به فتصح الاجارة ولا يلزم منه توقيف الواجب على شرط (فنهض) ان شيئاً مما استدل به على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب لا يدل عليه ، فالأظهر جوازه ، فعلى هذا لا يبقى مورد للبحث فى الموارد الثلاثة الأخر ، فان الجواز فى تلك الموارد أولى من الجواز فى هذا المورد و لكن لأبأس بالتكلم فيها بناءً على عدم الجواز هنا .

اخذ الاجرة على الواجب الكفائي

اما المورد الثانى ، فقد اختار المصنف ره جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائى التوصلى ، (واستدل) له الاستاذ الأعظم بان من يجب عليه الفعل فى الواجب الكفائى انما هو عنوان احد المكلفين و من الواضح ان ايقاع الاجارة على مباشرة شخص معين ، و اخذ الاجرة على تلك الخصوصية ليس من قبيل اخذ الاجرة على الواجب فان ما اخذت عليه الاجرة ليس بواجب وما هو واجب لم تؤخذ عليه الاجرة (اقول) يرد عليه (اولاً) ، ان المكلف فى الواجب الكفائى انما هو جميع آحاد المكلفين ، غاية الامر يكون التكليف المتوجه الى كل احد تكليفاً مشروطاً بعدم اتيان الآخرين به و على هذا اذا وقعت الاجارة على مباشرة شخص معين مع ترك الآخرين فقد وقعت على الواجب (و ثانياً) انه لو سلم كون المكلف هو عنوان احد المكلفين ، و لكن لا كلام فى ان الفعل الصادر من احدهم انما يكون مصداقاً للواجب لصديق عنوان احد المكلفين عليه واذا كان العمل من احد المكلفين مملوكاً لله تعالى ومسلوب الاحترام والقدرة فعمل الاجير مصداق لما هو مملوك له ومسلوب الاحترام والقدرة فلا يجوز اخذ الاجرة عليه (فالأظهر) انه تجرى عمدة الوجوه المتقدمة فى الواجب الكفائى ايضا لاسيما اذا تعين على الاجير لعدم اقدام احد على العمل ، او امتناع الكل عن العمل مجاناً كما لا يخفى .

ثم انه قد استدل لعدم جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائى بما نقله المصنف ره بقوله (ان الفعل متعين له فلا يدخل فى ملك آخر و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه الخ)

توضيح هذا الوجه ان الواجب الكفائي انما يعود نفعه من المصلحة المقترضة لاجابه والثواب المترتب عليه الى الاجير نفسه فهو متعين له و مختص به لاختصاص فوائده به وما يكون كك لا يمكن ان يدخل في ملك آخر اذ دخول العمل في ملك الغير انما هو فيما يعود نفعه اليه - وبهذا ظهر امران (الاول) ان قوله وبعدم نفع المستاجر الخ تفسير لقوله بان الفعل متعين له لادليل آخر ويشهد لذلك مضافا الى ما تقدم اقتصار المصنف على جواب واحد (الثاني) ان ما ذكره السيد الفقيه في تعليقه من ان هذا الوجه يرجع الى الوجه السابق وهو التنافي بين الوجوب والتملك غير تام و الظاهر ان هذا اليراد نشأ من الخلط بين قول متعين له و متعين عليه فندبر حتى لا يشتبه عليك الامر (والجواب) عن ذلك هو ما اشار اليه المصنف في صدر المبحث و هو ان في جميع الواجبات الكفائية فائدة تعود الى المستاجر و هو سقوط التكليف عن المستاجر بمباشرة الاجير (و اما) ما ذكره في المقام بما حصله ان الثواب المترتب على الواجب الكفائي يرجع الى المستاجر (فبرد عليه) ان ثواب الفعل لو قصد الاجير به القرية لا يعود الى المستاجر وانما الذي يحصله المستاجر هو ثواب التسبب الى فعل الخير الذي هو مترتب على فعل نفسه .

(قوله قد علم ان صلح ذلك الفعل المقابل بالاجرة لامثال الايجاب المذكور او اسقاطه به او عنده سقط الوجوب الخ) اقول قد وقع الخلاف بين المحشين في بيان المراد من هذه العبارة لما فيه من القلق و الاضطراب حتى ان السيد الفقيه قال واما السقوط عنده فلم افهم المراد منه (والذي) يخطر بالبال في بيان مراده انه ان الفعل المقابل بالاجرة (تارة) يصلح لامثال الايجاب وهو انما يكون فيما اذا قصد امثال الامر في اتيان العمل المستاجر عليه مع قصد استحقاق الاجرة بناءً على المختار من عدم منافاته للخلوص او بدونه بناءً على المنافسة (واخرى) يصلح لاسقاط الواجب به - وهو ما اذا كان العمل المستاجر عليه توصلياً و اتى به الاجير لا بقصد امثال الامر فانه يسقط الواجب به ويستحق الاجرة (وثالثة) يصلح لسقوط

الواجب عنده وهو فيما اذا كان الواجب المستأجر عليه توصليا وقد اوجبه الشارع بعنوان المجانية فأتى به الاجير بقصد الاجرة كدفن الميت اذا أتى به الاجير لامجانا بل بقصد اخذ الاجرة وعليه فلا يقع مصداقا للواجب ولكن مع ذلك يسقط الوجوب لارتفاع الموضوع، وفي جميع هذه الصور يستحق الاجرة.

(قوله قدده وان لم يصلح استحق الاجرة الخ) هذا فيما اذا كان المستأجر عليه عبادة و بنينا على منافاة قصد اخذ الاجرة للخلوص فان الواجب ح لا يسقط وجوبه ومع ذلك يستحق الاجرة لاحترام عمله، وعليه، فان بقى الوقت وجبت الاعادة والا عوقب على تركه، هذا ما يرجع الى شرح العبارة، ولكن الاظهر عدم استحقاق الاجرة في الصورتين الاخيرتين كما سيظهر وجهه فانتظر.

أخذ الاجرة على الواجب التخييري

و اما المورد الثالث، وهو اخذ الاجرة على احد فردى الواجب التخييري بالخصوص، فقد استدل الاساذ الاعظم على جوازه (بان) الواجب انما هو عنوان احد الفردين، ومتعلق الاجارة انما هو الاتيان بفرد خاص، فما هو واجب غير ما يؤخذ الاجرة عليه (اقول) ان مورد الاجارة ان كان تخصيص الواجب بخصوصية خارجه عن حريم متعلق الوجوب قابلة للانفكاك عن الواجب او غير قابلة له، كما اذا استأجره لان يمثل الامر بالدفن الواجب عليه بتخصيصه بارض صلبة، او ان يستأجره الخياط الذى وجب عليه خياطة ثوب زيد، و كان مخيرا فى موضع الخياطة، بان يخطط ذلك الثوب فى منزله لتعلق غرض عقلائى به صح ما ذكر فان تخصيص الواجب بهذه الخصوصية ليس بواجب، واما ان كان مورد الاجارة هو المحصة الخاصة والفرد الخاص وبعبارة اخرى، الواجب المتخصص بالخصوصية فلا يتم، اذ العمل المستأجر عليه حين وقوعه يقع مصداقا لما هو مملوك لله تعالى، و مسلوب الاحترام والقدرة، وما يجوز ان يقهر عليه فعلى فرض كون هذه الامور مانعة عن صحة الاجارة لم تصح فى المقام

(وبما ذكرناه) ظهر ما في استدلال المصنف ره للجواز بانه محترم لا يقهر المكلف عليه فجاز اخذ الاجرة بازائه نعم لو كان مراده الفرض الاول كما لعله الظاهر من عبارة المكاسب تم ما ذكره .

(قوله قدّم ثم انه قد يفهم من ادلة وجوب الشيء كفاية كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين الخ) اقول بناء على عدم مانعية الوجوب عن صحة الاجارة كما هو المختار، او عدم ما نعية الوجوب الكفائي عن صحة الاجارة كما اختاره المصنف ره، كونه حقا لا يكفي في عدم جواز الاخذ، ما لم يثبت كونه حقا مجانيا، ومع ثبوته لا فرق بين كونه حقا للمخلوق وما لم يكن كذلك، (وبالجملة) المدار على المجانية لا على حقيقته للمخلوق اما عدم جواز اخذ الاجرة، في الفرض الاول فواضح، واما جوازه فيما كان حقا للمخلوق فلما تقدم في المورد الاول، في جواب الوجه الرابع من ان ايجاب العمل للغير، غير جعل العمل له وهو لا يوجب مالكية ذلك الغير فلا يمنع عن اخذ الاجرة فراجع ما ذكرناه، (لا يقال) ان مرجع هذا الجواب الى منع ثبوت حق للمخلوق في العمل، وان الثابت انما هو حكم ينتفع به ذلك الغير، (فانه يقال) ان ذلك تام ولكن ندعى انه في الموارد التي ادعوا ثبوت حق للمخلوق كتجهيز الميت و تعليم الجاهل لا يستفاد من الادلة ازيد من ما ذكرناه - ولا يمكن استفادة كون العمل مملوكاً ومستحقاً له، و لذا احوالوا استفادة ذلك فيها الى لطف قريحة (نعم) لو ثبت في مورد ان الشارع الاقدس اعتبر الاستحقاق لا يبعد دعوى ظهوره في كونه بنحو المجانية (فما ذكره) بعض المحققين من انه اذا كان اعتبار الاستحقاق تارة بنحو المجانية و اخرى بنحو العوضيه فمجرد دلالة الدليل على الاستحقاق للعمل لا يجدي في سقوط الاحترام ما لم يدل على ان استحقاق العمل بنحو المجانية، - وحيث - انه عمل محترم لا دليل على اسقاط احترامه فللعامل مطالبة اجرة مثل عمله (خلاف الظهور) ولكن منه يظهر وجه آخر لعدم مانعية ثبوت الحق عن اخذ العوض و هو حسن فتدبر .

اخذ الاجرة على الواجبات النظامية

و اما المورد الرابع فالظاهر انه لاختلاف بينهم فى جواز اخذ الاجرة على الواجبات النظامية اى ما وجب لحفظ النظام من الحرف والصناعات المتوقف عليها النظام ، و حيث ان المنسوب الى اكثر الاصحاب عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب جعل ذلك نقضاً عليهم ، و هم اجابوا عنه باجوبة ، و لكن بناءً على ما عرفت من جواز اخذ الاجرة على الواجب مطلقاً لا مورد لهذا الايراد اصلاً و كيف كان فقد اجابوا عنه بامور.

الاول خروج ذلك بالاجماع و السيرة القطعيين ، (و فيه) ان مستند المنع لم يكن عدم الدليل فى مقام الاثبات على الجواز او الدليل على عدمه ، كى يخرج عنه بذلك ، بل كان المانع مانعاً ثبوتياً و انه لا يعقل صحة الاجارة مع كون موردها واجبا ، فلو قام الدليل على الجواز فى مورد لابد من الالتزام باحدا من على سبيل منع الخلو كشف ذلك الدليل عن بطلان تلك القاعدة ، اورد ذلك الدليل و عدم العمل به.

الثانى ما عن المحقق الثانى من اختصاص جواز الاخذ بصورة قيام من به الكفاية فلا يكون ح واجبا . (وفيه) انه ان اريد بذلك وجود من يقوم به ، فمرجع ذلك الى جواز اخذ الاجرة على الواجب الكفائى مطلقاً وقد انكر ذلك المحقق ، و ان كان المراد قيام الغير به فيرد عليه انه لاختلاف بينهم فى جواز اخذ اول من يقوم بالفعل الاجرة على عمله.

الثالث ما افاده المحقق النائينى ره، وهو ان الواجب على الاجير هو بذل عمله اى تعلق التكليف او الوضع بالمعنى المصدري لانتيجة عمله التى هى المعنى لاسم المصدر فان الطبيب و ان وجب عليه الطبابة عينا لانه مالك لعمله والاجرة تقع بازاء العمل الذى هو مناط مالية المال لابازاء قوله من حيث الاصدار (وبالجملة) متعلق الوجوب

فى الواجبات النظامية هو العمل بالمعنى المصدري ، وعليه ، فلان مانع من اخذ الاجرة على نتيجة العمل ، (وفيه) ان الفعل من حيث المعنى المصدري عين الفعل من حيث اسم المصدر و الفرق بينهما اعتبارى كما حقق فى محله ، و عليه فالواجب بعينه هو العمل المستاجر عليه .

الرابع ما عن مفتاح الكرامة ، والرياض ، من ان المنع مختص بالواجبات النفسية التى وجبت لذاتها ، كدفن الميت دون الواجبات الغيرية كالصناعات التى هى مقدمة لحفظ النظام الواجب (وفيه اولا) ان المانع المتوهم انما هو الوجوب من حيث هو وجوب ولا فرق فى ذلك بين النفسى والغيرى (وثانيا) انه قد حقق فى محله ان السبب التولىدى واجب بعين الوجوب المتعلق بالسبب لاجبوجوب آخر ، وفعل الصنائع والحرف بالنسبة الى ما يترتب عليها من حفظ النظام من هذا القبيل اذلا واسطة بين هذه الافعال و حفظ النظام وانما يحفظ النظام بها .

الخامس ان حفظ النظام انما يتوقف على تلك الصناعات والحرف وهى و هى ان لم تتوقف على اخذ الاجرة و تجويزه ، ولكن بما ان اكثر الناس انما يتصدون للصناعات الشاقة طمعا فى الاجرة او زيادتها فمع عدم جواز اخذ الاجرة بتركونها او يختارون الاعمال السهلة دون الشاقة فلا ينحفظ النظام لاجل العصيان فقاعدة اللطف تقتضى تسويغ اخذ الاجرة تقريبا للعباد الى امتثال التكاليف النظامية و بهذا ظهر مقابلة هذا الوجه للوجه السابع فى المتن فما افاده المحقق الايروانى ره من ان مال هذا الوجه الى الوجه السابع غير تام (والمصنف) ره دفعه بان المشاهد بالوجدان ان اختيار الناس للصنائع الشاقة ليس ناشئا عن زيادة الاجرة بل عن دواعى اخرى ، وظاهره تسليم هذا الوجه على هذا التقدير (اقول) ان ما اقتضته قاعدة اللطف فى جميع التكاليف من جعل الثواب على الموافقة والعقاب على المخالفة كاف فى التقريب الى الامتثال هنا ولا حاجة الى شىء آخر .

السادس ان هذه الصناعات انما تجب لحفظ النظام وهو انما يتوقف على

التكسب بها، فايجابها تبرعا نقض للغرض (وفيه) ان من المشاهد بالوجدان استقامة النظام لو اتى بها تبرعا فالصغرى ممنوعة .

السابع ما عن كاشف الغطاء قده ، وهو ان وجوب تلك الصناعات ليس مطلقا بل هو مشروط بالعوض ، فلا يعقل ان يكون اخذ العوض منافيا له (وفيه) انه ان اريد بذلك كون اخذ العوض شرطا للوجوب بمعنى انه لا وجوب لها قبل الايجار ، فيرد عليه ، ان لازمه عدم الوجوب قبل الايجار وقبل ان يبذل البازل العوض ولازم ذلك عدم انحفاظ النظام و ان اريد به كونه شرط الواجب كما يظهر من تمثيله ببذل الطعام و الشراب للمضطر فيرد عليه (اولا) انه لا ريب في عدم وجوب اخذ العوض اذلا كلام في انه يجوز العمل مجانا و (ثانيا) ان العمل ح يصير واجبا غاية الامر بالوجوب الضمني ، ولم يفرق المشهور بين الواجب الضمني والاستقلالي ؛ في عدم جواز اخذ الاجرة عليه فتدبر .

الثامن ان وجوب تلك الصناعات ليس لاجل ذاتها بل لاجل اقامة النظام و هي لا تتوقف على العمل تبرعا بل تحصل به و بالعمل بالاجرة فالواجب هو العمل لا بشرط من المجانية و اخذ العوض ، (وفيه) ان مقتضى هذا الوجه جواز اخذ الاجرة على جميع الواجبات سوى ما وجب مجانا ، و بعبارة اخرى ان المانع المتوهم لم يكن ظهور الأدلة في المجانية بل كان هو التنافي بين صفة الوجوب و اخذ العوض فلا يعقل على هذا جعل الوجوب على شيء مشروطا بالعوض ولا مطلقا بالنسبة اليه (ثم ان) المصنف ره اختار لاجل عدم تمامية هذه الوجوه عنده عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب النظامي اذا كان وجوبه عينيا تعينيا ، (وحيث) توجه الى ان المشهور ملتزمون بجواز اخذها حتى في هذه الصورة كما اذا تعينت الطبابة على طبيب ، فلذا تصدى للجواب عنه ، بان اخذ العوض انما يكون لمقدمة هذا الواجب التي هي واجبة بالوجوب الكفائي اذا الطبابة مثلا انما تتوقف على الجمع بين الطبيب و المريض و هو كما يكون بحضور الطبيب عند المريض كك يكون باحضار الاولياء المريض عند الطبيب (اقول) يرد عليه قده ان الطبابة بمعنى اعلام الدواء واجبة على

الطبيب ومقدمة هذا الواجب التي يعقل ان تصير واجبة بالوجوب المقدمى انما هي ما يكون فعل الطبيب نفسه ، ولا يعقل ان يجب الاحضار بالوجوب المقدمى المترشح من وجوب الطباية المتوجه الى الطبيب كما لا يخفى فالحضور ايضا واجب عيني لا يجوز اخذ العوض عليه (مع) ان لازم هذا الوجه هو عدم جواز اخذ العوض في صورة الاحضار وبناء المشهور على الجواز في هذه الصورة ايضا .

(قوله قدده واما اخذ الوصى الاجرة على تولى اموال الخ) اقول ان المصنف ره بعد بنائه على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب العيني التعيينى اورد على نفسه بنقوض ثلاثة (الاول) جواز اخذ الوصى الاجرة على عمله حتى مع وجوب العمل عليه عينا واجاب عنه بوجهين ، (احدهما) ما افاده سابقا ، وهو ان هذا حكم شرعى لامن باب المعاوضة (ثانيهما) ما افاده فى المقام ، وهو انه من جهة الاجماع والنصوص المستفيضة الدالة على ان للوصى ان يأخذ شيئا ، المحمول على اجرة المثل فتوى ونصا ، بملاحظة احترام عمله - اقول ففى كلا الوجهين نظر (اما الاول) فمضافا الى مناقضته للوجه الثانى ، اذ لو لم يكن عوضا بل كان حكما تعديدا لما كان العمل محترما فى نظر الشارع كى يحمل ذلك على اجرة المثل ، انه ينافى مع صحيح (١) هشام بن الحكم قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه فقال عليه السلام ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر لهم فليأكل بقدر ذلك ، فان ظاهره كون ما يأخذه الوصى عوضا عن عمله (واما الثانى) فلانه اذا كان اخذ العوض على الواجب مناقضا لوجوبه عقلا ولا يجتمعان فلا بد من توجيه تلك النصوص والفتاوى (فالصحيح) ان يقال انه بناء على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب كما هو المفروض فى هذه النقوض تحمل النصوص على ان الشارع الاقدس ولاية اعتبار كون الصغير مستحقا لعمل الوصى بعوض فكانه عامل الطرفان على ذلك فلا يكون من قبيل اخذ العوض على الواجب بل ايجاب العمل نشأ من استحقاق الصغير له - فهو من قبيل وجوب اداء ما يستحقه الغير .

النقض الثانى انه يجب بذل المال للمضطر مع انه لا كلام فى لزوم العوض عليه (واجاب) عنه بان العوض انما هو للمبذول والواجب هو البذل فما هو الواجب غير ما جعل العوض له (واورد عليه) السيد الفقيه بانه فى المقام ايضا يرجع بعوض المبذول الذى هو العمل والواجب انما هو بذل العمل فما هو الواجب شىء وما يؤخذ عوضه شىء آخر (اقول) يرد على السيد قده ان بذل العمل ليس الا ايجاده وقد حقق فى محله ان الايجاد والوجود متحدان ذاتا ومنغايران بالاعتبار ، فالعمل عين بذله و ايجاده لاشىء فى مقابله وهذا بخلاف بذل الاعيان فانه غير المبذول (ويرد) على المصنف ره ان ملاك عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب عند المصنف ره هو سقوط احترامه وان استيفائه منه لا يتوقف على طيب نفسه ، وهذا الملاك بعينه موجود فى المبذول ايضا ، اذ الواجب وان كان بذله الان لازمه عدم دخل طيب نفسه فى التصرف فى المبذول واتلافه الذى هو الملاك فى سلب الاحترام عنده - والمفروض ان المال الذى لاحترام له لا يجوز اخذ العوض عليه - فلا مناص عن الالتزام بعدم جواز اخذ العوض اذا وجب البذل عينا ، على هذا المسلك لكنك عرفت فساد المبنى .

النقض الثالث انه يجب على الام المرضعة ارضاع اللبائع ابناء على توقف الحيوية عليه ، مع انه يجوز اخذ العوض عليه (واجاب) عنه بجوابين ، احدهما اذ ذكره فى الجواب عن النقض الاول ، الثانى ما اجاب به عن النقض الثانى ، وقد عرفت ما فى كليهما .

اخذ الاجرة على المستحب

(قوله قده واما المستحب والمراد منه ما كان له نفع الخ) بعد ما بين حكم اخذ الاجرة على الواجب فى المقام ، و حكم اخذ العوض على الحرام فى اوائل الكتاب و اشار الى حكم المباح والمكروه . تصدى لبيان حكم اخذ العوض على المستحب الذى يكون المشهور بين الاصحاب جوازه ، وفصل فيه ، بين ان تكون فائدة ذلك العمل التى هى ملاك صحة الاجارة مترتبة عليه اذا اتى به مع قصد الاخلاص

كالصلاة المعادة التي نفعها جواز الاقتداء به ، المتوقف على تحقق الاخلاص ، فاختر عدم جواز اخذ الاجرة وبين ما لم تكن الفائدة كك بل كانت مترتبة على العمل وان لم يتحقق الاخلاص كبناء المساجد ونحوه ، فاختر الجواز (وحيث) ان مبنى هذا التفصيل منافاة صفة العبادية للاجارة ، وقد اشبعنا الكلام في ذلك وعرفت ان الاتيان بقصد استحقاق الاجرة لا ينافي الاخلاص فلامرور لهذا التفصيل فالظاهر هو جواز اخذ الاجرة على المستحب مطلقا .

(قوله قدومه ما كان له نفع قابل لان يرجع الى المستاجر الخ) اقول قد عرفت في اول هذا المبحث انه لا يعتبر في صحة الاجارة ان يكون للعمل المستاجر عليه نفع عائد الى المستاجر فراجع ما حققناه .

حقيقة النيابة في العبادات

المقام الثالث ، فيما يتعلق بالنيابة في العبادات و ما اورد عليها من الاشكال الذي ذكر مانعا عن اخذ الاجرة على العمل العبادي النيابي - و تلك الايرادات ثلاثة (الاول) ما تقدم من الاشكال في اخذ الاجرة على التعديلات غير النيابة من منافاة اخذ الاجرة للاخلاص المعتبر في العبادة (الثاني) ان النائب لا امر له الا بالنيابة و هو مضافا الى كونه توصليا لو قصد به التقرب كان ذلك تقربا له بالنسبة الى امر نفسه لا بالامر المتوجه الى المنوب عنه المتعلق بالعبادة (الثالث) ما نسب الى المحقق الخراساني ره وهو ان تقرب النائب يوجب حصول القرب لنفسه لا للمنوب عنه اذ القرب المعنوي كالقرب الحسي ، فالتقرب المعتبر في العمل العبادي النيابي غير قابل للنيابة .

اما الايراد الاول فقد اجابوا عنه باجوبة ، كلها مبتنية على تسليم منافاة اخذ الاجرة للاخلاص ، وحيث عرفت عدم منافاته له فلا مورد لهذا الايراد اصلا (احدها) ما فهمه الاستاذ الاعظم وغيره من كلام المصنف ره في المقام ، وهو ان للنائب فعلين

، احدهما، فعل جانحي قلبي وهو جعل نفسه بدلا عن المنوب عنه في الاثيان بتكاليفه و
تنزيل نفسه منزلته - وهذا هي حقيقة النيابة والامر المتعلق به امر غير عبادي، والاجرة
انما تجعل في مقابل هذا الفعل ، ثانيهما ، ماهو فعل جارحي وهو ذات العمل كالصلاة
والحج ، والامر المتعلق به امر تعبدى و لم تجعل الاجرة بازائه و لكل من الفعلين
غاية مترتبة عليه فلا تنافى بين كون النيابة بقصد اخذ الاجرة و ذات العبادة بداعى
الاخلاص وهذا الوجه هو الذى ذكره المصنفه في كتاب القضاء (وفيه) انه اذا كانت
الاجرة بازاء النيابة نفسها لم استحقاقها بمجرد ذلك التنزيل القلبي وان لم يأت بالمنوب
فيه و هو يدهى البطلان و ان كانت بازاء نفس العمل عبادا المحذور (ثانيها) ماهو
المستفاد من عبارة المكاسب في المقام وعبارة الفرائد في مبحث اصاله الصحة (وحاصله)
ان العبادة النيابة كالصلاة اذا تحققت في الخارج كان لها اعتباران ، و باعتبار هي
فعل النائب و لذا يجب عليه مراعاة الاجزاء والشرايط ، وباعتبار ، هي فعل المنوب
عنه و لذا يراعى فيها القصر والانمام ، وهي بالاعتبار الاول لا يجب التقرب فيها كى
يمنع عن اخذ الاجرة ، و بالاعتبار الثانى عبادية لا يؤخذ عليها الاجرة فلا مانع من
وقوعها قرباً محضاً عن المنوب عنه (و بالجملة) العبادة النيابة فعل لشخصين اعتبارا
وهى باحدا الاعتبارين قريبة وباعتبار الاخر غير قريبة، والاجرة انما تكون بازائها باعتبار
الثاني (وفيه) انه بما ان الفعل الخارجى واحده حقيقة وهو منسوب الى النائب بالذات والى
المنوب عنه بالعرض والمحرك والداعى نحو هذا الفعل ، امران على القرض، امثال
الامر المتعلق به واستحقاق الاجرة فعلى فرض كون ذلك مانعا عن الخلو لم يتمحض
الفعل فى الاخلاص، وبعبارة اخرى، ماهو منسوب الى النائب بالذات بعينه منسوب الى
المنوب عنه بالعرض فلا يعقل ان يكون الداعى لكل منهما غير الداعى الى الاخر (وبالجملة)
الموجود الخارجى واحد والداعى انما يدعوا الى ذلك فاذا كان الداعى متعددا لزم عدم
تمحضه فى الاخلاص (ثالثها) ما حكاه المصنفه في كتاب القضاء عن غيره (وحاصله)
ان النية مشتملة على قيدين، احدهما كون الفعل خالصا لله، ثانيهما كونه عن الغير باجرة او

بغيرها، و ما يؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى اعنى النيابة عن المنوب عنه بمعنى انه مستأجر على النيابة ، وقيد القربة على حاله لاتعلق للاجارة به الا من حيث كونه قيد للعمل المستأجر عليه (و بالجملة) ما يؤخذ عليه الاجر انما هو القيد الثانى دون المقيد بقصد القربة او نفس امتثال الامر (وفيه) ان هذا الوجه مع دقته يوجب رفع الاشكال من حيث الشريك فى الداعى خاصة ، واما محذور عدم تمحض الخلوص طولاً فهو يبقى على حاله اذ الصلاة عن قصد القربة انما يؤتى بها لا لجل الاجرة فلا اخلاص طولاً ، و المفروض فى هذا المقام لزومه (رابعها) ان عنوان النيابة يلحق الفعل المنوب فيه وبه يصير متعلقاً للاجارة وهو كون العمل عن فلان ، فالعمل من حيث ذاته عبادة ومن حيث وصفه اى تقيده بكونه عن الغير معاملة محضة يؤخذ عليه الاجرة (وفيه) انه من حيث كون الفعل واحداً حقيقة وخارجاً فالداعيان المفروضان اما ان يكونا محررين نحوه فى عرض واحد فيلزم عدم الخلوص عرضاً ، او يكون اخذاً للاجرة فى طول الداعى القريبى فيلزم عدم تمحض الخلوص طولاً (فتحصل) انه على فرض منافاة اخذ الاجرة للعبادة لا يمكن تصحيح العبادات النيابية بوجه.

و اما الايراد الثانى فقد اجاب عنه المحقق اليزدى فى درره بما حاصله ان مباشرة الفاعل (تارة) تكون دخيلة فى حصول الغرض المترتب على الفعل فلا يسقط الامر بفعل الغير و ان لم يكن العمل عبادياً (و اخرى) لا تكون دخيلة فيه ؛ فلا مانع من صيرورة الامر المتعلق به محرراً للغير لايجاد ذلك الفعل مراعاة لصديقه واستخلاصه من المحذورات المترتبة على ذلك الامر من العقاب و البعد عن ساحة المولى و الظاهر ان الى هذا نظر المحقق النائينى قده ، حيث قال ان الامر الاجارى تعلق باتيان العبادة بداعى الامر المتوجه الى المنوب عنه (وفيه) انه اذا كان الغرض مترتباً على فعل كل واحد منهما بما هو لازم كون الامر متوجها اليهما غاية الامر بما ان الغرض واحد ويحصل بفعل كل منهما يكون الوجوب كفاثاً فيخرج عما هو محل الكلام ، و ان كان مترتباً على فعل المنوب عنه خاصة غاية الامر اعم من المباشرة

والتسببى، وما بالذات وما بالعرض، فمثله لا يصلح الا لتوجه الامر الى المنوب عنه المحرك نحو الفعل اعم من المباشرة و التسبب و لكن هذا الامر لا يعقل ان يكون محركا للنائب نحو الفعل اذ التكليف غير المتوجه اليه كيف يحركه ، نعم اذا كان الغرض يحصل بفعله و كان الواجب توصليا لزم سقوط التكليف بفعله لحصول الغرض لا للامثال (و بالجملة) الامر المتعلق به لا يعقل محر كيته نحو عمل غيره الصادر باختياره و ارادته (و ربما يجاب) عنه كما عن بعض المحققين ره ، بان النيابة من الاعتبار العقلانية لها آثار عند العقلاء فاذا امضاها الشارع الا قدس لزم ترتب تلك الآثار عليها فاذا كان المنوب فيه من العبادات ، كان مقتضى امضاء النيابة توجه التكليف المتوجه الى المنوب عنه الى النائب ايضا (وفيه) انه ان اريد بذلك توجه ذلك التكليف اليه فهو غير معقول اذا لفرد الشخص كيف يمكن توسعته وان اريد انتسابه اليه بالعرض ، فيرد عليه ان البعث العرضى لا يجدى فى الانبعث الحقيقى و ان اريد توجه تكليف آخر الى النائب فهو يحتاج الى دليل فتدبر (و الصحيح) فى الجواب عن هذا الايراد ان يقال انه دلت النصوص المستفيضة على توجه امر استحبابى الى جميع الناس فى النيابة عن الميت و الحى فى بعض الموارد وهو امر عبادى نظير الامر المتوجه الى المنوب عنه وهو متعلق بالفعل المعنون بعنوان النيابة عن الغير (وعليه) فالنائب انما يأتى بالعبادة بداعى الامر المتوجه الى نفسه لا بالامر العبادى المتوجه الى المنوب عنه.

و اما الايراد الثالث و حاصله ان التقرب المعنوى كالتقرب الحسى لا يقبل النيابة اذ لا يعقل تقرب النائب وحصول القرب للمنوب عنه وما لم ينتسب الى المنوب عنه عمل قربى لم تفرغ ذمته عن العمل القربى المكلف به ، ولهذا الايراد التزم بعض بان باب النيابة باب اهداء الثواب ، و التزم المحقق الخراسانى ره على ما نسب اليه بعدم لزوم قصد التقرب على النائب وان رضا المنوب عنه بما نسب اليه كاف فى مقربة العمل له (ولكن) بما ان باب النيابة ممتاز عن باب اهداء الثواب ، وحديث كفاية

رضا المنوب عنه في مقربة العمل له لا يجدي بالنسبة الى الميت، فلا بد من جواب آخر (والحق) في هذا المقام ان يقال ان سقوط التكليف عن المنوب عنه انما هو لحصول الغرض من اتيان النائب بذلك العمل نيابة عنه الذي عرفت انه مأمور به بالامر الاستجابي وقصد النائب التقرب انما يكون لاجل الامر المتوجه الى النائب نفسه، و حصول القرب المعنوي بالمعنى الملازم لفراغ الذمة عن التكليف انما يكون لاجل فراغ ذمة المنوب عنه عنها وبالمعنى الاخر لا نتعقله، واعطاء الثواب انما هو باختيار الله تعالى فقد وعد على اعطائه بالمنوب عنه لو اتى النائب بالعمل نيابة عنه .

الطواف المستاجر عليه لا يحتسب عن نفسه

(قوله قدده كك لا يؤتى على وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغير منه بالاجارة الخ) الظاهر تمامية ما افاده ره بناءً على منافاة اخذ الاجرة للعبادة، اذ كما ان لازم تلك عدم صحة الاجارة على العبادة كما تقدم كك لازمها عدم وقوع ما يؤتى به لاستحقاق الغير بالاجارة، على وجه العبادة لنفسه لفرض عدم اجتماع الخلوص مع الاتيان بداعي استحقاق الغير بالاجارة (فلا يرد عليه) ما اورده السيد الفقيه ره من ان عمدة المنع في المسألة السابقة انما كان عدم امكان الخلوص في التعبدات ولزوم كون الاكل بالباطل واللغو والسفهية في غيرها وفي المقام لا يجري شيء من الوجهين (واضعف) من ذلك استدلال المحقق النقي لما افاده المصنف ره بان اكل المال بازاء هذا الفرد الواجب اكل له بالباطل، اذ المدعى ليس عدم استحقاق الاجرة، بل عدم وقوعه عبادة عن نفسه .

(قوله قدده فلو استوجرا لطافة صبي او مغمى عليه فلا يجوز الاحتساب الخ) محصل القول في هذا الفرع انه ان قلنا بان في اطافة الصبي غير المميز والمغمى عليه يكون الطائف هو المحمول والحامل ليس الا كالعادة . فحكم هذا الفرع حكم الفرع الا اني وستعرف تنقيح القول فيه (وان قلنا) بان الطواف من فعل الحامل و هو الطائف حقيقة

فقد يقال بان المثال داخل في الكبرى الكلية المتقدمة لان هذا الطواف الشخصى وقع مصب الاجارة فلا يصح ان يؤتى به على وجه العبادية لنفسه ولعله الى هذا نظر المصنف ربه حيث بنى عدم وقوعه عبادة عن نفسه في هذا الفرع على ما ذكره في المسألة السابقة ثم عنون الفرع الاثنى واستدل له بوجه آخر (ولكن) يرد عليه انه طواف كل شخص هي الحركة القائمة به حول البيت وانما يقال بان الحامل طائف من جهة ان تلك الحركة توجد بفعله ويعتبر في صحته ما يعتبر في طواف نفسه (وعليه) فحيث انه في الاطافة تكون حركتان قائمتان بالحامل والمحمول فلامحالة يكون لهما ايجادان لاتحاد اليجاد والوجود ذاتا فلا مانع من كون احدهما موردا لاجارة والاخر مأمورا به بالامر العبادى الايجابى ولا يلزم اتحاد مورد الاجارة مع مورد ذلك الامر كى يلزم المحذور المتقدم.

الاجير لحمل غيره في الطواف

(قوله قد هبل كك لو استؤجر لحمل غيره في الطواف الخ) اقول في المسألة اقوال (احدها) جواز الاحتساب مطلقا وقد استظهره المصنف ربه من الشرايع (الثانى) ما عن المسالك من انه يحتسب لكل من الحامل والمحمول في صورة كون الحامل متبرعا او حاملا بجعالة او كان مستأجرا للحمل في طوافه لنفسه اما لو استؤجر للحمل مطلقا لم يحتسب للحامل (الثالث) ما عن جماعة منهم الاسكافى وهو انه لا يجوز الاحتساب عن نفسه فيما اذا استؤجر للاطافة بغيره او لحمله في الطواف ولو كان الحمل في طواف نفسه وبه يفرق عما في المسالك (الرابع) ما عن المختلف من انه يجوز الاحتساب عن نفسه لو استؤجر للحمل في الطواف ولا يجوز ذلك لو استؤجر للطواف (واما) ما عن الدروس من انه يحتسب لهما الا ان يستأجره على حمله لافى طوافه فان اريد به استثناء الاستيجار لا فى طوافه اى المقيد بعدم حمله في طواف نفسه فهو يرجع الى القول بالجواز مطلقا لان القائل بالجواز كك لا يقول به في هذه الصورة وان اريد به استثناء الاستيجار على الحمل مطلقا الا على الحمل في طواف نفسه من جواز الاحتساب فهو يرجع الى ما عن المسالك فهو ليس

قولا خامسا على كل تقدير .

و التحقيق هو القول الاول اذا يستحقه المستأجر انما هو الحمل فقط فلا ينافى مع طواف نفسه (ودعوى) انه اذا آجره على الحمل في الطواف تكون حر كته حول البيت مملوكة للمستأجر فكيف يسوغ له ان يحتسبها من طواف نفسه كما عن المحقق الايروانى (مندفعة) بما تقدم من ان المملوك هي حركة المحمول لا الحامل و ان كانا متلازمين (مع) انه قدم في مبحث اخذ الاجرة على الواجب عدم التنافى بين المملوكة والوجوب (نعم) لو كان نائبا عن الغير في الطواف لم يصح ان يحتسب به عن نفسه اذ الفعل الواحد لا يعقل وقوعه عن شخصين و امثالا للامرين المتوجهين الى النائب المقتضى كل منهما اللاتيان بفرد غير ما يقتضيه الآخر فهو نظير ما لو كان عليه قضاء صلوة ظهر وكان في وقت ظهر اليوم فكما انه لا يجوز ان يأتى بصلوة واحدة امثالا للامرين القضائى والادائى فكك في المقام بل تفاوت اصلا (ومما) يدل على ما اخترناه من الجواز في صورة الحمل و الاطافة حسن (١) حفص بن البختري عن الامام الصادق عليه السلام في العرثة تطوف الصبى وتسعى به هل يجزى ذلك عنها وعن الصبى فقال عليه السلام نعم - وحسن (٢) الهيثم التميمي عنه عليه السلام عن رجل كانت معه صاحبة لا تستطيع القيام على رجلها فحملها زوجها في محمل فطاف بها طواف الفريضة بالبيت وبالصفا والمروة ايجز به ذلك الطواف عن نفسه طوافه بها فقال ايها الله ذاه فانهما يدلان على ان حمل الغير في الطواف واطافة الصبى لا ينافيان مع قصد الحامل و المطوف الطواف عن نفسه لكون كل منهما مالا مساس له بالاخر فكك اذا وقع الحمل او الاطافة مصب الاجارة (مع) ان مقتضى اطلاقهما الجواز في فرض الاجارة وقد عرفت ان هذا هو مقتضى القاعدة ايضا والله العالم .

اخذ الاجرة على الاذان

(قوله قد علم انه قد ظهر مما ذكرناه من عدم جواز الاستيجار على المستحب الخ)

اقول حيث عرفت انه يجوز اخذ الاجرة على الواجب والمستحب من غير فرق بين التعدييات و التوصلات فلا مورد للاستدلال بالقاعدة التي اشار اليها على عدم جواز اخذ الاجرة على الاذان (ولكن) يدل على عدم الجواز النصوص الخاصة كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام لا تصل خلف من يبغى على الاذان و الصلوة بالناس اجرا و لا تقبل شهادته ، فانه يدل على ان الآخذ فاسق لا يجوز الصلوة خلفه ولا تقبل شهادته وحسن (٢) حمرا عن الصادق (ع) الوارد في فساد الدنيا و اضمحلال الدين ، و رأيت الاذان بالاجر و الصلوة بالاجر ، ويؤيده خبر (٣) زيد بن علي المذكور في المتن ، الذي هو ضعيف السند لحسين بن علوان وغيره وخبر (٤) السكوني قال النبي ﷺ لعلي عليه السلام و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على اذانه اجرا (ثم ان) مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين الاذان للصلوة ، و الاذان الاعلامي ان ثبت مشروعيتها كونه غير اذان الصلوة و من غير فرق بين اعتبار قصد القرية في الاذان الاعلامي، وعدمه ، ومن غير فرق بين كون الاذان مما ينتفع به و ان لم يتقرب به وعدمه و بذلك يظهر ما في ترديد المصنف رده في الحكم بعدم الجواز في الاذان الاعلامي، و اضعف منه افتاء جمع بالكراهة .

(قوله قد و لو اتضحت دلالة الروايات الخ) اما عدم ظهور الا ولى - فلعدم الملازمة بين المبعوضة و كونه فاعلا للمحرم ، لا مكان كون بعض مراتب المبعوضة على ارتكاب المكروه ، و يؤيده اقترانه باخذ الاجرة على تعليم القرآن الذي دلت النصوص على جوازه ، و اما عدم ظهور الثانية ، فلانه لا ريب في ان المراد باضمحلال الدين تعطيل احكامه و عليه فيمكن ان يكون المراد به في الخبر شيوع

١ - الوسائل - باب ٣٢ - من ابواب الشهادات - حديث ٦

٢ - الوسائل - باب ٤١ - من ابواب الامروالتهى من كتاب الامر بالمعروف حديث ٦

٣ - الوسائل - باب ٣٠ - من ابواب ما يكتسب به حديث ١

٤ - الوسائل - باب ٣٨ - من ابواب الاذان والاقامة حديث ١

ارتكاب المكروه وهو اخذ الاجر للاذان لا ارتكاب المحرم ، و لكن الانصاف ان هذا خلاف ظاهر الحسن مضاف الى ما تقدم من ان الصحيح كالنص في عدم الجواز فاذا لا تريد في الحكم .

اخذ الاجرة على الامامة

(قوله قد وه من هنا يظهر وجه ما ذكره في هذا المقام من حرمة اخذ الاجرة على الامامة الخ) اقول مضافا الى ما عرفت من ان مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على الواجب والعبادة ؛ انه بناء على عدم جواز اخذها عليهما يجوز اخذ الاجرة على الامامة على القاعدة اذا الامامة لا يعتبر في تحققها قصد الامام لها فضلا عن اعتبار قصد القرية ، ولذا وصلى واقتدى به جماعة من غير ان يلتفت هو بذلك صحت الجماعة (وعليه) فلو اخذ الاجرة على الخصوصية لاعلى اصل الصلوة صحت الصلوة وتحققت الامامة فاخذ الاجرة على الامامة لا مانع منه حتى على هذا المسلك (نعم) يدل على عدم جوازه صحيح محمد بن مسلم المتقدم بل وكك حسن حران بناء على دلالة على عدم الجواز وارادة الصلوة بالناس ، من قوله والصلوة بالاجر اما المبنى الاول فقد مر ما فيه ، واما الثاني فالانصاف عدم ظهوره في ذلك وعلى ذلك فالعمدة هو الصحيح .

اخذ الاجرة على الشهادة

(قوله قد وه ثم ان من الواجبات التي يحرم اخذ الاجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة بناء على وجوبه الخ) اقول المشهور بين الاصحاب لزوم تحمل الشهادة وادائها (ويشهد له) من الكتاب قوله تعالى (١) ولا ياب الشهداء اذا ماعوا» المفسر في الصحيح بالدعاء للتحمل وقوله تعالى (٢) ولا تكتموا الشهادة ومن يكتتمها فانه آثم قلبه» ومن السنة نصوص كثيرة وقد عقد لها في الوسائل باباً ، وذكر فيها جملة

منها - اما اخذ الاجرة عليهما فقد استدل لعدم جوازه (نارة) بانه لا يجوز اخذ الاجرة على الواجب (واخرى) بان المستفاد من الأدلة ، ان تحمل الشهادة وادائها حقان ثابتان للمشهود له على الشاهد - فالموجود في الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا يقابل بالمال للزوم مقابلة حق الشخص بشيء من مساله فيرجع الى اكل المال بالباطل وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم مستوفى من جواز اخذ الاجرة على الواجب (واما الثانى) فلان المستفاد من الأدلة انما هو حكم شرعى على نهج سائر الاحكام الشرعية غاية الامر كونه ايجابا للغير ، والفرق بينه ، وبين جعل العمل للغير فى غاية الوضوح (مع) انه لو ثبت كونهما حقين انه اذا كان اعتبار الاستحقاق بنحو المجانية لم يجوز اخذ الاجرة عليهما ، واما اذا لم يكن كك فالظاهر جوازه كما تقدم فى اخذ الاجرة على الواجب الكفائى ، و عليه ، فحيث لم يثبت ذلك فى المقام فالظاهر جواز اخذ الاجرة (نعم) لو امتنع المشهود له عن اداء لاجرة ، فان كان ذلك بعد عقد الاجارة وجب على الشاهد التحمل والاداء بالعوض المسمى ، وان كان قبله وجب ايجابا . (قوله قد نعلم نعم لوان احتاج الى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه الخ)

اقول ان قلنا بان المستفاد من الأدلة حرمة الالباء و الكتمان للشهادة - فعدم وجوب بذل المال واضح اذا يتوقف امتثال هذا التكليف على الحضور انما استحضره بل هو يمثل بعدم الالباء والامتناع لو حضرت الواقعة عنده ، وان قلنا بان التحمل والاداء واجبان ، فهما وان كانا واجبين مطلقين ومقدمة الواجب المطلق واجبة الا انه بمقتضى حديث نفى الضرر ، يحكم بعدم وجوبه .

(قوله قد نعلم بقى الكلام فى شيء الخ) اقول قد تقدم الكلام فى هذا الفرع فى مبحث الرشوة مفصلا ، وعرفت ان الارتزاق من بيت المال المعد لمصالح المسلمين جائز لمن قام بالوظائف التى يعود نفعها الى المسلمين وان لم يجوز اخذ الاجرة عليها لان الارتزاق غير اخذ الاجرة ، وعرفت ان الاظهر ما هو المشهور بين الاصحاب من جواز الارتزاق حتى مع عدم الحاجة فتقييد المصنف له فى المقام بالحاجة غير

تام (مع) انه قد مر من المصنف ره جواز اعطاء الامام من خراج الاراضى للقاضى وان لم يكن محتاجا ان رأى مصلحة فى ذلك (نعم) ، ما كان من الحقوق مختصا بالفقراء كالكفارات والاقواف المختصة بهم لا يجوز اعطائه بغير المحتاج فتدبر .

حرمة بيع المصحف

(قوله قدده الاولى صرح جماعة... بحرمة بيع المصحف والمراد به الخ)

اقول قبل التعرض لحكم المسألة لابد من تقديم امرين (الاول) ان المصحف عبارة عن الاوراق المتضمنة للخطوط على حد سائر الكتب دون خصوص الخط كما عن الدروس وارتضاه المصنف ره والشاهد على ذلك هو الفهم العرفى - الا ترى ان احداً لا يَحتمل ان يكون المراد بالجواهر عند اطلاقها خصوص الخطوط المنقوشة فى ذلك الكتاب (و بالجملة) لا ظن التردد فى ذلك بحسب المتفاهم العرفى (الثانى) ان الخطوط المنقوشة سواء كانت من قبيل الجواهر كالخطوط المنقوشة بالحبر - او كانت من قبيل الاعراض او هيئات الاموال ، انما تقابل بالمال لانها يرغب اليها و يبذل بازائها العوض بل ربما تكون عمدة النظر اليها ولانظر الى الاوراق اصلا - كما انه ربما يكون كل منهما منظوراً اليها ويجعل العوض بازائهما معا (و بالجملة) لا يعتبر فى صدق مفهوم البيع كون المبيع من الجواهر مضافا الى ما تقدم من انها ربما تكون من قبيل الجواهر وعليه (فما اورده) الاستاذ الاعظم على المصنف بان الخط بما هو خط غير قابل للبيع (غير وارد) اذا عرفت هذين الامرين .

فاعلم ان النصوص الواردة فى المقام على طائفتين (الاولى) مادل على المنع وهى قسمان (الاول) ما يكون ظاهراً فى المنع عن بيع الاوراق المشتملة على الخطوط المقيمة بها التى عليها يحمل المصحف عند اطلاقه كخبر (١) سماعة عن الصادق (ع) لا يبيعوا المصاحف فان بيعها حرام قلت فما تقول فى شرائها قال اشتر منه الدفتين والحديد والغلاف و

ايساك ان تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب فيكون عليك حراما و على من باعه حراما ، والظاهر من قوله و اياك ان تشتري منه الورق وفيه القرآن مكتوب ، بيع الورق المقيد بالخطوط المنقوشة فينطبق على ما فى صدره من النهى عن بيع المصاحف (و لكن) الخبر ضعيف السند ، لان فى طريقه الحسن بن على ابن ابى حمزة الذى هو ضعيف (والغريب) تعبير المصنف ره عن هذا الخبر بالموثق وخبر (١) عبدالرحمن بن سليمان ، فى الوسائل عبدالرحمن بن سبابة ، وتبعه المصنف عن الصادق عليه السلام ان المصاحف لن يشتري فاذا اشتريت فقل انما اشترى منك الورق و مافيه من الاديم و حليته و مافيه من عمل يدك بكذا و كذا وهذا الخبر مجهول لعبدالرحمن وخبر (٢) جراح المدائنى عن الصادق عليه السلام فى بيع المصاحف قال لا تبع الكتاب و لا تشتره و بيع الاديم والورق والحديد وهذا الخبر ايضا ضعيف ، لقاسم بن سليمان و جراح (القسم الثانى) ما يكون ظاهرا فى المنع عن بيع الخطوط المنقوشة كموثق (٣) سماعة عن الصادق عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها ، فقال لا تشتر كتاب الله عز وجل ولكن اشتر الحديد والورق والدفن و قل اشترى منك هذا بكذا و كذا و ظاهره حرمة جعل الخطوط مبيعا سواء جعلت كك مستقلة او فى ضمن بيع المجموع (ورواه) الشيخ فى محكى التهذيب : وفيه لا تشتر كلام الله الخ (ثم انه) قديتوهم التنافى بين الاخبار الثلاثة الاخيرة و الخبر الاول ، بدعوى انها تدل على جواز بيع الورق والخبر الاول يدل على عدم جوازه (وقد دفع) التنافى صاحب الجواهر ره بحمل الاخبار المجوزة على ارادة شراء الورق قبل ان يكتب بها على ان يكتبها فيكون العقد فى الحقيقة متضمنا لمورد البيع ومورد الاجارة بقرينة قوله عليه السلام و ما علمته يدك بكذا ضرورة عدم صلاحية العمل لكونه موردا للبيع فلا بد من تنزيهه على الاجارة (وفيه) ان قوله و ما علمته الخ الظاهر ان المراد به هو مثل التصحييف و خياطة الكرايس لا الكتابة وايضا الظاهر ان المراد

به هو الأثر الحاصل من هذه الأعمال لأنفس الفعل والأفلاوجه لجعل العمل بعد وقوعه مورداً للأجارة فالمتعين في دفع المنافع أن يقال أن المراد من الخبر الأول الورق المشتمل على الخطوط كما تقدم و من الأخبار المجوزة الورق المجرد .

الطائفة الثانية ما دل على الجواز كصحيح (١) أبي بصير عن الصادق عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها فقال عليه السلام إنما كان يوضع عند القامة والمنبر إلى أن قال اشتره أحب إلى من أن يبعه و نحوه خبر (٢) روح بن عبد الرحيم و خبر (٣) عنبسة الوراق المهمل المجهول ، عن الصادق عليه السلام قال فقلت له أنارجل أبيع المصاحف فإن نهيتني لم أبعها فقال الست تشتري ورقاً وتكتب فيه قلت بلى وأعالجها قال لأبأس به (وقد جمع) المصنفه بين الطائفتين بحمل الأخبار المأخوذة على المنع عن بيع الخط والأخبار المجوزة على جواز بيع ما عدى الخط لعدم التعرض فيها للكيفية بدعوى أن نصوص الجواز واردة في مقام بيان أن الناس قصرت همهم عن تحصيل المصاحف إلا بالمال و أما أن كفية شرائها وأنه هل كانت المعاملة على ما عدى الكتابة أو معها فهي غير متعوضة لذلك ففي ذلك يرجع إلى النصوص المانعة (وفيه) أن مورد نصوص الجواز بيع المصاحف و المصحف أن كان عبارة عن خصوص الخط كما عليه بناءه قد تبعاً للدروس فهي صريحة في جواز بيع ما تضمنت نصوص المنع المنع عن بيعه وإن كان عبارة عن الأوراق المشتملة على الخطوط فحيث أن الكتابة مقومة لمصحفية المصحف لعدم صدق المصحف على ما عدى الكتابة بالبداية فهي كالصريحة في جواز إيقاع المعاملة على ما يشمل الكتابة فعلى كل تقدير هذا حمل تبرعاً لأشاهد له (واضعف منه) ما ذكره بعض مشايخنا المحققين وهو حمل المانعة على المنع عن إيقاع المعاملة على القرآن و كلام الله أي جعل هذا عنواناً للمبيع و حمل نصوص الجواز على إرادة بيع ما ينطبق عليه القرآن من دون أن يقصد في البيع هذا العنوان المنطبق عليه فيكون محصل الكلام عبر بالجلد والحديد و أثر عمل الله ولا تعبر بالقرآن و المصحف

(فالصحيح) في مقام الجمع حمل نصوص المنع على الكراهة لصراحة قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيح أبي بصير اشتريه أحب إلى من أن يبيعه في الجواز (ثم انه) على فرض ابقاء ظهور الاخبار المانعة على حاله لا يستفاد منها الا الحرمة التكليفية وهي لا تلازم الفساد كما تقدم في اول الكتاب مفصلاً .

ثم ان متعلق الحكم كراهة او حرمة تكليفية ام وضعية ، هو البيع واستفادة ثبوت هذا الحكم لجميع انحاء النقل والانتقال متوقعة على فهم المناط ، او ثبوت ان الخطوط لا تكون كساير الاموال ولا تكون مملوكة لاحد ، واما كما ترى لاسيما الاخير كيف وقد دلت الروايات على ان المصحف من الحبوكة ويكون مختصاً بالولد الاكبر ومع عدمه ينتقل الى ساير الورثة (فما) افاده المحقق الايرواني ره من انه يمكن جعل الاخبار المانعة اشارة الى عدم قبول المصحف للنقل ولو بالاسباب غير الاختيارية كالارث (ضعيف) - ثم ان النصوص المانعة لا تشمل مبادلة المصحف بالمصحف اذ الظاهر منها ان النهي عن بيعه انما هو لاجل تعظيم القرآن وانه اجل من ان يجعل بازاؤه ثمن بخس ، وهذا المحذور لا يترتب على المبادلة المزبورة (ثم ان) مقتضى القاعدة جواز اخذ الاجرة على كتابة القرآن لكونها عملاً محترماً ، ولم يثبت التلازم في الحكم بين اخذ الاجرة على الكتابة والبيع (مع) انه يدل على جوازه جملة من النصوص كصحيح (١) على ابن جعفر قال وسأله عن الرجل هل يصلح له ان يكتب المصحف بالاجر قال لا بأس ونحوه غيره .

المراد من حرمة بيع المصحف

(قوله قد بقى الكلام في المراد من حرمة البيع والشراء الخ) محصل ما ذكره

ره انه لا ريب في ان الكاتب للمصحف في الاوراق المملوكة له ، مالك للاوراق مع ما فيها من الخطوط والنقوش وعلى ذلك ، فاما ان تكون النقوش من الاعيان المملوكة

اولا وعلى الثانى فلاحاجة الى النهى عن بيع الخط فانه لا يقع بازائه جزء من الثمن حتى يقع فى حيز البيع ، وعلى الاول ، فاما ان يبقى الخط فى ملك البايع او ينتقل الى المشتري ، فان بقى فى ملك البايع لزم كون المصحف مشتركا بين البايع والمشتري وهو بديهى البطـلان ومخالف للاتفاق ، وان انتقل الى المشتري فى مقابل جزء من الثمن فهو البيع المنهى عنه ، وان انتقل اليه تبعا لغيره - فهو خلاف مقصود المتبايعين لفرض بناءهما على ايقاع المعاوضة على غير الخط و يعتبر فى مايدخل فى الملك تبعا لغيره عدم بناء المتعاملين على عدم الدخول كما لا يخفى مع ان هذا مجرد تكليف صورى ، وبهذا البيان يظهر ان الالتزام بكون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه على نحو دخول التقيد و خروج القيد لا يفيد - هذا محصل كلامه - و به يندفع بعض ما اورد عليه الناشئ عن عدم التأمل فى ما افاده قده .

والتحقيق ان يقال - ان فى المقام احتمالا آخر ، ويدور الامر بين الالتزام به وبين الالتزام بالاحتمال الثالث ، ففى الحقيقة يدور الامر لمن اراد القرار من ايقاع المعاملة المرجوحة ، بين احتمالين (الاول) ان يكون المبيع هو الجلد والورق والغلاف والحديد مشروطا بان يملك البايع الخطوط والنقوش مجانا ولا يعتبر التصريح بذلك لقيام القرينة القطعية على ان عليه بناء المتعاملين فى العقد اذ من المعلوم ان غرض المشتري هو تملك المصحف (الثانى) ان يكون المبيع بالاصالة هو ما عدى الخط ، وانما ينتقل الخطوط الى المشتري تبعا وقهر ابحكم من الشارع الاقدس (فان قلت) لازم كل من الاحتمالين عدم ثبوت الخيار لو ظهر عيب فى الخطوط - والظاهر انه خلاف الاتفاق (قلت) انه يمكن ان يكون وجه ثبوت الخيار ح هو تخلف الشرط المبني عليه العقد وهى صحة الخطوط فيكون الثابت ح خيار تخلف الشرط .

بيع المصحف من الكافر

(قوله قدّه ثم ان المشهور بين العلامة ره ومن تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر الخ) اقول قد استدل على عدم جواز بيعه من الكافر - على تقدير القول بجواز بيعه من المسلم ، بوجوه غير مختصة بالبيع بل هي على فرض الدلالة جملة منها تدل على عدم تملك الكافر للمصحف ، وبعضها يدل على عدم جواز تملكه اياه ، فهيهنا قسمان من الوجوه (الاول) ما استدل به على عدم تملك الكافر للمصحف - وهو امران .

احدهما النبوى (١) المعروف - الاسلام يعلو ولا يعلى عليه - بدعوى ان ملك الكافر للمصحف المتضمن لجميع المعارف الاسلامية علو للكافر على الاسلام (وفيه اولاً) ان النبوى ضعيف السند غير منجبر بشيء (وثانياً) ان المصحف لا يكون متضمناً للمعارف الاسلامية بل هو متضمن لنقوش وخطوط كاشفة عن تلك المعارف والاستعلاء على الخطوط ليس استعلاءً على الاسلام ومعارفه (وثالثاً) ما ذكره السيد الفقيه ، بقوله ، ان هذا الخبر يحتمل معان خمسة (احدها) بيان كون الاسلام اشرف المذاهب وهو خلاف الظاهر جداً (الثانى) بيان انه يعلو من حيث الحجة والبرهان (الثالث) انه يعلو بمعنى يغلب على ساير الاديان (الرابع) انه لا ينسخ (الخامس) ما اراده الفقهاء من ارادة بيان الحكم الشرعى الجعلى بعدم علو غيره عليه واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال (اقول) بل الظاهر منه غير الاخبار اذ ارادة الانشاء من مثل هذه الجملة الخبرة خلاف الظاهر فتدبر ،

ثانيهما فحوى ما دل (٢) على عدم تملك الكافر للمسلم ، اذ العبد ان لم يملكه الكافر بمجرد اتصافه بالايمان فالقرآن الذى هو حقيقة الاحكام الشرعية والمعارف

١- الوسائل - باب ١ من ابواب موانع الارث - حديث ١١

٢- الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب عقد البيع وشروطه

الالهية اولى بعدم التملك (وفيه اولا) انه لادليل على عدم تملكه اياه بل مقتضى ما دل على انه يجبر على البيع وانه يجب عليه ذلك هو تملكه له (و ثانيا) ان فى تملك الكافر للمسلم وتسليطه عليه ذلالية واهانة بخلاف تملك المصحف فانه ليس فى ذلك ذل ، (وثالثا) ان الاولوية ممنوعة لما تقدم آنفا من ان المصحف انما هو خطوط و نقوش كاشفة عن تلك الاحكام والمعارف و افضليتها من المؤمن ممنوعة الا ترى انه لودار الامر بين اتلافه و قتل النفس المحترمة لاريب فى تقديمه عليه (واما) القسم الثانى ، فهو امران (الاول) ان تملك المصحف للكافر هتك له وهو حرام (وفيه) ان مجرد تملكه اياه لا يكون هتكا مطلقا (نعم) ربما يوجب تسليط له هتكا كما انه ربما يلزم تسليط المسلم عليه هتكا ، وبعبارة اخرى النسبة بين تسليط الكافر على المصحف وبين هتكه عموم من وجه (مع) ان ذلك من صغريات الاعانة على الاثم اذا عطاء المصحف له لا يكون هتكا ، بل هو اعانة عليه كما لا يخفى وقد تقدم فى مسألة بيع العنب ممن يجعله خمرا انه لادليل على حرمة الاعانة على الاثم (مع) ان هذا الوجه لو تم لدل على الحرمة وهى لا تستلزم الفساد (الثانى) ان تملكه للكافر يستلزم تنجيسه للعلم العادى بان الكافر يمسح مع الرطوبة (وفيه اولا) انه لاعلم بالملازمة بل الظاهر ان النسبة بين العنوانين عموم من وجه (و ثانيا) انه لو سلمت الملازمة فانما هى بين الاعطاء الخارجى والتنجيس لا بين التملك والتنجيس (و ثالثا) ان هذا ايضا من صغريات الاعانة على الاثم (ورابعا) ان الحرمة لا تستلزم الفساد (فتحصل) ان الاقوى تملك الكافر للمصحف وجواز بيعه له ، على القول بجواز بيعه من المسلم.

حكم بيع ابعاض المصحف

(قوله قد و الظاهر ان ابعاض المصحف فى حكم الكل الخ)
اقول يقع الكلام فى موردين ، الاول فى بيع ابعاض للمسلم على القول بعدم جواز بيعه له الثانى فى تملكها للكافر (اما المورد الاول) فان كانت ابعاض مستقلة

لا يجوز بيعها ، لان القرآن وكلام الله وكتاب الله ، تصدق على الكل وعلى البعض (مع) انه من الضروري عدم دخل ضم بعض القرآن الى بعض فسى هذا الحكم (مضافا) الى ان قوله عَلَيْهِ السَّلَام في خبر سماعة المتقدم ، وياك ان تشتري الورق وفيه القرآن شامل لاي ورق كتب فيه القرآن بلا ريب (وان كانت) متفرقة في تضاعيف الكتب للاستشهاد والاستدلال ككتب الفقه وغيرها فلا شبهة في جواز البيع لقيام السيرة القطعية على ذلك (واما المورد الثاني) فالظاهر انه لا فرق بين القرآن وابعاضه وفي ابعاضه بين المستقلة والمتفرقة في الكتب (واستدل) المصنف ره للجواز في الابعاض المتفرقة ، بعدم تحقق الاهانة (وفيه اولا) ان الدليل للمنع لم يكن منحصرًا بحرمة الاهانة ، بل المصنف ره لم يستدل بذلك (وثانيا) انه اذا تحققت الاهانة لم يكن فرق بين المستقلة وغير المستقلة .

(قوله قدّه دون المقر بالله المحترم الخ) (وفيه) اولا ان المدرك للمنع لو كان هو عدم جواز العلو لم يكن فرق بين فرق الكفار ، وثانيا ، ان الاقرار بالله لا يلزم احترامه لجميع اسمائه تعالى كما لا يخفى .

(قوله قدّه لانه اعظم من كلامه الخ) اقول لم يقيموا دليلا على الاعظمية سوى انه لا يجوز للمحدث مس اسمه ويجوز له مس كلامه ، ولكنه غير تام ، اذ لو تم ذلك لما كان يثبت به الاعظمية الا ترى انه يجوز مس المحدث لبدنه مع انه اعظم من اسمه بلا كلام فتدبر .

جوائز السلطان - الصورة الاولى

(قوله قدّه جوائز السلطان و عماله بل مطلق المال المأخوذ الخ) اقول محل البحث انما هو كل مال اخذ من اى شخص لا يتورع ولا يجتنب عن الحرام والتخصيص بجوائز السلطان و عماله انما هو لاجل الغلبة (ثم ان) المال المأخوذ من الجائر مجانا او بعنوان المعاملة لا يخلو عن احوال ، اذ لا تخذربما لا يعلم بوجود مال حرام في اموال الجائر او يعلم بوجوده ولكن يعلم بعدم كون المأخوذ من تلك الاموال ؛ و

ربما يعلم بوجوده فيها و على الثانى ، فاما ان لا يعلم بوجود مال حرام فى المأخوذ او يعلم بذلك ، و على الاخير ، تارة يعلم بوجود الحرام فيه تفصيلا واخرى يعلم به اجمالا فالصور اربع .

الصورة الاولى ان يأخذ المال من الجائر مع عدم علمه بوجود حرام فى امواله يصلح ان يكون المأخوذ من ذلك ، لاشكال فى جواز الاخذ فى هذه الصورة وذلك لوجوه (الاول) عموم قاعدة اليد، التى هى من القواعد التى عليها بناء العقلاء وعمل المتدينين و تدل عليها جملة من النصوص و هى امانة للملكية ما تحت يد كل شخص له ، كما اشبعنا الكلام فى ذلك فى رسالة القواعد الثلاث (الثانى) اصاله الصحة الجارية فى اعطاء الجائر مجانا او مع العوض - و اورد عليها بايرادين (احدهما) ما افاده الاستاذ الاعظم ، و هو ان مدرك هذا الاصل انما هو السيرة و هى من الادلة اللبية فلا بد من الاخذ بالمتيقن، و هو نفس العقود و الايقاعات مع احراز اهلية المنصرف للتصرف فلا يكون المقام مجرى لها اذا لشك فى المقام فى اهلية الجائر للاعطاء ، (وفيه) ما حققناه فى الرسالة المشار اليها ، من ان اصاله الصحة تجرى فى موارد الشك من ناحية شرائط العوضين والمتعاقدين ايضا كما تجرى فى موارد الشك فى صحة العقد من جهة الشك فى شرائط العقد لقيام السيرة على ذلك (ثانيهما) ما افاده بعض مشايخنا المحققين ره و هو ان اصاله الصحة لا تنفع فى جواز القبض فيما كان القبض جزءا لناقل كالهبة فان جوازه فيها ليس مترتبا على صحة العقد مع ان صحة العقد تتوقف على جوازه (وفيه) ان الشك فى جواز القبض لا يعتنى به لجريان اصاله الصحة فى نفس الاعطاء الخارجى ولا يدفع هذا الاحتمال باجراء اصاله الصحة فى العقد كى يرد المحذور المذكور فتدبر .

الثالث الروايات الخاصة الواردة فى المقام كصحيح (١) ابى ولاد قال قلت لابى عبدالله عليه السلام ما ترى فى رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الا من اعمالهم و انا

امر به فانزل عليه فيضيقتني ويحسن الى وربما امر لي بالدرهم والكسوة وقد ضاق صدرى من ذلك فقال لي كل وخدمته فلك المهنا وعليه الوزر - وصحيح (۱) ابى المعز قال سأل رجل ابا عبد الله عليه السلام وانا عنده فقال اصلحك الله امر بالعامل فيجيزني بالدرهم آخذها قال عليه السلام نعم قلت واحج بها قال عليه السلام نعم ونحوهما غيرهما وهذه النصوص اما مختصة بهذه الصورة او تدل على حكمها بالاطلاق او بالاولوية كما سيأتى (ثم ان) المصنف ره استدل على جواز الاخذ فى هذه الصورة بوجهين آخرين (احدهما) الاجماع (وفيه) ان مدرك المجمعين معلوم فليس هو اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم (ثانيهما) الاصل ، اقول ان اريد به قاعدة اليد ، او اصاله الصلحة ، فلا استدلال به متين ، و ان اريد به اصاله الاباحة ؛ فيرد عليه ان هذا الاصل محكوم لاصالة عدم انتقال ذلك المال الخاص الى الجائر من مالكة السابق و عدم صيرورة الجائر مال كاله (ثم ان) المصنف ره احتمل انه لا يجوز الاخذ من الجائر الامع العلم باشتمال امواله على مال حلال و استدل له بخبر (۲) الحميرى عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلاً لمافى يده و لا يتورع عن اخذ ماله ربما نزلت فى قريته وهو فيها وادخل منزله وقد حضر طعامه فيدعوني اليه فان لم آكل طعامه عاداني عليه فهل يجوز لى ان آكل من طعامه و اتصدق بصدقة و كم مقدار الصدقة الى ان قال الجواب ، ان كان لهذا الرجل مال او معاش غير مافى يده فكل طعامه و اقبل بره و الافلا (و اورد) عليه السيد الفقيه و تبعه الاستاذ الاعظم بان مورد كلامنا هى الصورة الاولى وهى ما اذا لم يعلم باشتمال اموال الجائر على مال محرم و مفروض الرواية عكس ذلك و ثبوت مال محرم فيها لان مال الوقف الذى فى يده مال محرم و يحتمل ان يكون ما اخذه السائل منه (اقول) يمكن ان يقال ان نظر المصنف ره الى ان الرواية شاملة للمورد من جهة انه يمكن فى مورد

۱- الوسائل - باب ۵۱ - من ابواب ما يكتسب به حديث ۲-

۲- الوسائل - باب ۵۱ - من ابواب ما يكتسب به حديث ۱۵

الرواية ان يكون مال الوقف معيناً علم السائل بصرفه في غير محله ولا يحتمل ان يكون ما اعطى لعمنه ولكن احتمل ان يكون من حرام آخر لعدم تورعه عن الحرام فمن عدم الاستفصال يستكشف ثبوت الحكم في هذه الصورة ايضاً، هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه كلامه ولكن في النفس من ذلك شيئاً (فالصحيح) ان يورد عليه بضعف سند الرواية لارسالها .

الصورة الثانية

(قوله قد ه اما الثانية فان كانت الشبهة غير محصورة فحكمها كالصورة الاولى الخ) اقول الصورة الثانية هي مالو علم باشتمال اموال الجائر على الحرام ويحتمل كون المأخوذ من ذلك الحرام و قد افاد المصنفه ان لهذه الصورة موردان (الاول) كون الشبهة فيها غير محصورة او كون احد الاطراف خارجاً عن محل الابتلاء (الثاني) كون الشبهة محصورة و كون جميع الاطراف داخله في محل الابتلاء (وقال) انه في المورد الاول يكون حكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى اذ العلم الاجمالي انما يوجب التنجز اذا كان التكليف المعلوم فعلياً على كل تقدير والافوجود هذا العلم كعدمه فلو كان بعض الاطراف خارجاً عن محل الابتلاء حيث ان التكليف لو كان في ذلك الطرف لا يكون فعلياً منجزاً بل يكون الحكم معلقاً على التمكن فلا يكون هذا العلم الاجمالي منجزاً (اقول) انه قد حققنا في حاشيتنا على الكفاية ان الدخول في محل الابتلاء لا يكون من شرائط صحة التكليف و بعبارة اخرى اذا فرضنا الشيء مقدوراً عقلاً يصح التكليف به ولو كان خارجاً عن محل الابتلاء (وعليه) فالعلم الاجمالي بوجود التكليف في احد الاطراف التي يكون بعضها خارجاً عن محل الابتلاء يكون منجزاً كما انه حققنا ان كون الشبهة غير محصورة لا يوجب عدم تنجز العلم الاجمالي نعم اذا كان بعض الاطراف غير مقدور بالقدرة العقلية لا يكون العلم الاجمالي منجزاً ، و تمام الكلام في ذلك مو كول الى محله .

ولكن لا بأس بالتنبيه على امر وهوان الشيخ الاعظم قد ه في فرائده بعدما اختار عدم تنجيز العلم الاجمالي اذا كان بعض الاطراف خارجا عن محل الابتلاء عنون مسألة اخرى (وهي) انه اذا شك في كون احدا الاطراف داخل في محل الابتلاء او خارجا عنه هل يكون العلم الاجمالي منجزا ام لا واختار فيها التنجيز (واستدل) له بان مقتضى الاطلاقات هو ثبوت التكليف لو كان في ذلك الطرف ولا يعتنى باحتمال خروجه عن محل الابتلاء (و عليه) فالعلم الاجمالي المزبور يكون منجزا (واورد عليه) السيد الفقيه في حاشيته في المقام بان الابتلاء لو كان شرطا فانما يكون بالنسبة الى التنجز لا الى اصل التكليف فهو شرط عقلي في مرتبة متأخرة عن مرتبة المطلق فلا يكون الاطلاق واقفا بدفع الشك الرجوع الى حكم العقل فهو نظير الشك في شرائط طريق الامتثال (اقول) ان ما افاده المصنف رهوان لم يكن تاما لكونه تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية و هو لا يجوز ، الا ان هذا الابرار لا يرد عليه اذ لا يعقل كونه شرطا لتنجز التكليف ، وذلك لان المراد من عدم تنجز التكليف ان كان انه في صورة الترك وعدم الفعل في الشبهات التحريمية لا يعاقب عليه ، فهو في جميع المحرمات الداخلة في محل الابتلاء كك وان كان المراد ان التكليف يكون بنحو لو خولف لا يعاقب عليه فهذا مما لا يمكن الالتزام به اذ فرض ذلك فرض الابتلاء فتدبر فانه دقيق ، فعلى فرض كونه شرطا فانما هو شرط لفعلية التكليف و عليه فيصح التمسك بالاطلاق مع قطع النظر عما ذكرناه ، و كيف كان فتحصل ان حكم هذا المورد حكم المورد الثاني وسيجيء تنقيح القول في ذلك فانتظر .

لا يكره اخذ المال من الجائر لو جاز

(قوله قد ه ثم انه صرح جماعة بكراهة الاخذ الخ) اقول وقد استدل على الكراهة في مورد جواز الاخذ بوجوه (الاول) ما عن المنتهى و هو احتمال ان يكون المأخوذ حراما واقعيا وان جاز الاخذ والتصرف ظاهرا (وفيه) ان هذا الاحتمال موجود

حتى فيما يؤخذ من عدول المؤمنين ولا اختصاص له بما يؤخذ من الجائر (مع) ان هذا لا يصلح مدركا للكرهية الشرعية غاية الامر كونه منشأ لرجحان التجنب تحفظا على الوقوع في الحرام الواقعي ولا يترتب على هذا الرجحان سوى الفرار من الوقوع في المحرم الواقعي (الثاني) النصوص الدالة على حسن الاحتياط كقوله (١) عَلَيْكُمْ دَعَا مَإْيَرِيكَ إِلَى مَا لَا يَرِيكَ ، وقوله (٢) عَلَيْكُمْ الوقوف عند الشبهات خير من الاقتحام في الهلكة ، ونحوهما غيرهما (اقول) تارة نقول ان هذه الاخبار مختصة بما اذا اشتبه الحكم الظاهري ايضاً بمعنى ان الواقعة غير معلوم الحكم حتى ظاهراً ، فهي اجنبية عن المقام لكون الحكم الظاهري و هو الجواز معلوما لقاعدة اليد ، واخرى نقول بشمولها لما اذا اشتبه حكمها الواقعي و ان كان الحكم الظاهري معلوما فيرد على الاستدلال بها . انه على هذا لا يختص هذا الحكم بما يؤخذ من يد الجائر ، لوجود احتمال الحرمة الواقعية في نوع الاموال حتى المأخوذة من عدول المؤمنين - مع - ان مفاد هذه الاخبار ليس هو الكراهة الشرعية ؛ فانها تدل على الرجحان العقلي الذي لا يترتب عليه سوى عدم الوقوع في المحتمل (الثالث) ان اخذ المال يوجب محبتهم فان القلوب مجبولة على حب من احسن اليها ويترتب عليه من المفساد ما لا يخفى (وفيه) ان المنهى عنه هو محبتهم فالموضوع ليس هو المال المشتبه بل من هذه الجهة لا فرق بين المشتبه ومعلوم الحلية (الرابع) ما في الصحيح (٣) ان احداكم لا يصيب من دنياهم شيئا الا اصابوا من دينه مثله (وفيه) انه ليس في مقام انشاء الحكم بل الظاهر منه . كونه ارشادا الى ان ذلك يستلزم محبة بقائهم و هي مرجوحة ، و لا اقل من احتمال ذلك ، مع ، ان هذا لا يختص بالمال المشتبه (الخامس) قول الكاظم عليه السلام في رواية (٤) الفضل والله لولا انني ارى من ازوجه بهامن عزاب بنى ابي طالب لثلا

١-٢- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب صفات القاضي - حديث ٢٧٢-٢٨

٣- الوسائل - باب ٤٢ - من ابواب ما يكتسب به - حديث ٥

٤- الوسائل - باب ٥١ - من ابواب ما يكتسب به - حديث ١١

ينقطع نسله ما قبلتها ابداً، فانه يدل على ان قبول الهدية فى نفسه مرجوح وانما قبلها الامام لمصلحة اهم وهى بقاء نسل ابي طالب (وفيه) ان الظاهر ولا اقل من المحتمل كون منشأ مرجوحية قبولها له عليه السلام انما هو كراهة قبول المنة منهم لا كراهة قبول الهدية شرعا ، ويشهد لذلك انما اخذه عليه السلام من الرشيد ان كان من امواله الشخصية او من بيت المال او من مجهول المالك جازله اخذه من غير كراهة اما على الاول فواضح واما على الاخيرين فلان بيت المال ومجهول المالك للامام عليه السلام وان كان من معروف لم يجز اخذه حتى لاستيفاء هذه المصلحة المهمة فتدبر (فتحصل) انه لا دليل على الكراهة شرعا .

رافع الكراهة عن جوائز السلطان

(قوله قدّمه ثم انهم ذكروا ارتفاع الكراهة بامور منها اخبار المجيز بحليته الخ)
اقول و ان نسب الى المشهور ارتفاع الكراهة على تقدير ثبوتها باخبار المجيز بحليته وانه من امواله الشخصية بل عن بعضهم نفى الخلاف فيه، ولكن لم يذكروا لذلك مستندا ، سوى ما فى المتن بانه يمكن ان يكون المستند مادل على قبول قول ذى اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البيئة على تملكه ، و هو فاسد ، فان اخباره بحليته يكون اماراة الملكية كما ان يده اماراة لها فان كانت الكراهة ثابتة مع اليد من جهة احتمال الحرمة ، كانت ثابتة مع اخباره بها اذ به لا يقطع بالحلية (و عليه) فما استدل به على ثبوت الكراهة يدل على ثبوتها حتى مع الاخبار لو تمت دلالة عليه (و ما ذكره) المصنف رده من ان الموجب له كون الظالم مظنة الظلم والغصب لا مجرد احتمال ذلك فاذا اخبر المجيز بحلية الجائزة و كان مأمونا فى خبره لا محالة لا يكون مظنة ذلك بل يكون احتمالا مجردا وهو لا يوجب الكراهة (فيه) ان مقتضى الادلة المتقدمة كون الموجب مجرد الاحتمال الموجود مع الاخبار ايضا .

الثانى مما ذكر كونه رافعا للكراهة اخراج الخمس ، و قد استدل لكونه رافعا للكراهة بوجهين (احدى هما) ما عن العلامة ره و هو ان الخمس يظهر المال المختلط بالحرام يقينا فمحتمل الحرمة اولى بها لتظهر منه ، فان المستفاد من النصوص الواردة فى المقيس عليه صيرورة المال حلالا واقعا بعد اخراج الخمس و مقتضى جريانه بالاولوية فى المقام الحلية الواقعية فلا يبقى اشتباه حتى تبقى الكراهة (و اورد عليه) المصنف ره بان الحلال المختلط بالحرام المعلوم وجوده المجهول قدره انما يكون طاهرا ذاتا و انما صار قدرا عرضا بواسطة الاختلاط بالحرام فيمكن تطهيره باخراج الخمس فكان الشارع جعل ذلك مصالحة و الخمس بدلا عما فيه من الحرام ، وهذا لايجرى فى مورد يحتمل كون المال بتمامه حراما و قدرا ذاتا فسانه لاعمى لتطهيره باخراج خمسه (اقول) يمكن الجواب عن هذا الايراد بان فى المقيس عليه انما يحكم بطهارة المال و ان كان فى الواقع مقدار الحرام ازيد من الخمس فاذا فرضنا صيرورة الحرام الواقعى طاهرا وحلالا واقعا باخراج الخمس لكون ذلك مصالحة فى نظر الشارع فليكن فى المحتمل كك و مجرد احتمال القذارة الذاتية فى مجموع المال لا يمنع من ذلك فيكون المقام نظير مالو كان مال مرددا بين شخصين وتصالحا على النصف مثلا فتدبر (مع) انه يمكن تصوير صورة يكون المقام مثل المقيس عليه ، و هسى مالو علم بحلية بعض الجائزة و احتمل حرمة الباقي مع الجهل بقدره فاذا ثبت استحباب الخمس فى هذه الصورة و ارتفعت الكراهة بذلك ثبت الاستحباب و ارتفعت الكراهة فى غير هذه الصورة ايضا بعدم القول بالفصل .

فالاولى فى مقام الايراد على اصل الاستدلال ، ان يقال ، ان الاولوية ظنية لاعتبار بها اذ لعل التخمين يحكم العلم بالحرام لواقع الحرام ، مع ان مقتضى هذا الوجه هو الحكم بوجوب التخمين لاستحبابه لان ذلك لازم اتحاد الملاك فى الموردين (ثانيهما) ان النصوص الدالة على حلية المال المختلط باخراج خمسه مطلقة شاملة

لما اذا احتمل كون جميع المال حراما ، لو لم يكن ذلك هو الغالب من موردها ومع ذلك فاذا اثر التخميس في حلية البقية كان معناه ان التخميس يرفع كل منقصة في المال وبعبارة اخرى كان معناه رفع اثر العلم الاجمالي و الشك البدوي ، فاذا كان رافعا لاثر الاحتمال هناك كان رافعا لاثر الاحتمال في المقام لعدم القول بالفصل و للعلم بعدم دخل اقتران العلم في رفع اثر الاحتمال (وفيه) انه لا دليل على رفع اثر الاحتمال والشك البدوي ، فان غاية ما يستفاد من تلك النصوص ارتفاع اثر العلم الاجمالي فاذا فرضنا احتمال الحرمة في جميع المال وكون اثر ذلك كراهة الاخذ فلا تدل النصوص على رفع هذه الكراهة .

تذييل

ثم انه قد استدلل على استحباب اخراج الخمس في المقام وان لم يكن رافعا لاثر الكراهة ، بوجوه (احدها) فتوى النهاية التي هي كالرواية باستحباب الخمس في جوائز السلطان ، فان ذلك بضميمة اخبار من بلغ يوجب ثبوت الاستحباب (وفيه) ان اخبار من بلغ لا تشمل فتوى الفقيه وفتوى النهاية كالرواية وليست برواية ثانيها (١) موثق عمار عن الصادق عليه السلام انه سئل عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل ، قال لا الا ان لا يقدر على شيء ولا يأكل ولا يشرب ولا يقدر على حيلة ؛ فان فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه الى اهل البيت (وفيه) ان ظهور الامر في الوجوب بضميمة ما ارتكز في الاذهان من وجوب الخمس في ارباح المكاسب ، يوجب ظهور الخبر في ارادة ثبوت الخمس بعنوان ربح المكاسب لا بعنوان المال المشتبه ولا قل من اجماله و احتمال ارادة ذلك (ثالثها) ما دل على وجوب الخمس في الجائزة مطلقا وحيث ان المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزة فتحمل تلك الاخبار على الاستحباب (وفيه) ان تلك النصوص حملت على الاستحباب او اقيمت على ظاهرها من الوجوب

تكون دالة على ثبوت الخمس في الجائزة بعنوان ربح المكسب لا بعنوان آخر فيعتبر زيادتها عن مؤونة السنة ومضى الحول وهذا غير ما هو محل الكلام (فتحصل) انه كما لادليل على ارتفاع الكراهة باخراج الخمس لادليل على استحبابه فيها بعنوان المال المشتبه (الثالث) مما ذكر كونه رافعاً للكراهة وجود مصلحة في الجائزة هي اهم في نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة ، واستدل لذلك المصنف ره باعتذار الكاظم عليه السلام عن قبول الجائزة بتزويج عزاب الطالبين لئلا ينقطع نسلهم (وفيه) ما عرفت من ان الوجه في امتناعه عن قبولها انما هو لزوم المنة والمهانة لا الكراهة (مع) ان هذه الكبرى الكلية لو تمت لم تفد شيئاً اذ الشأن انما هو في تشخيص الصغرى وهو مشكل فتدبر .

(قوله قدّه ويمكن ان يكون اعتذاره (ع) اشارة الخ) محصل مراده انه يمكن ان يكون اخذه (ع) للمال من الجائر بعنوان انه مجهول المالك وصرفه فسي مصارفه ، وعليه ، فهو اجنبى عن المقام ، ويحتمل ان يكون ، مراده ان اعتذاره يدل على رفع الكراهة بصرف المال في مصارف المظالم ، فيكون هذا بخصوصه رافعاً للكراهة ولادلالة فيه على كون مطلق المصلحة رافعاً لها (اقول) ايأ منهما كان مراده يرد عليه - انه خلاف الظاهر ، اذ الظاهر ، من التعليل بعدم انقطاع النسل - و تزويج عزاب آل ابي طالب ، ان المصلحة الموجبة للقبول هي ذلك لا كون آل ابي طالب مصارف له فتدبر .

(قوله قدّه وان كانت الشبهة محصورة بحيث تقتضى قاعدة الاحتياط الخ) هذا هو المورد الثانى مما ذكره المصنف ره لهذه الصورة وقد عرفت ان حكم المورد الاول ، حكم هذا المورد ، و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين - الاول - فيما تقتضيه القواعد ، الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة - اما المقام الاول (فتارة) يجيز الجائر بعض امواله المعين لاحد مجاناً او مع العوض ، او يجيز التصرف فيه ، (واخرى) يجيز جميع امواله ، او يجيز التصرف فى الجميع (وثالثة) يجيز التصرف فى

شيء غير معين منها على سبيل العموم البدلي .

اما المورد الاول فالحق هو انحلال العلم الاجمالي بوجود الحرام في امواله الى العلم التفصيلي بحرمة التصرف في بقية امواله اما لكونها مغسوبة او لعدم اذن الجائر في التصرف فيها ، والشك البدوي في جواز التصرف في خصوص الجائزة ؛ و عليه ، فمقتضى قاعدة اليد هو جواز التصرف ، ولا تعارضها قاعدة اليد في بقية الاموال لما تقدم من حرمة التصرف فيها على كل تقدير (نعم) اذا فرضنا ان المكلف مخاطب بخطاب بالنسبة اليها كما اذا جعل الجائر بقية امواله في معرض البيع و تمكن المكلف من شرائها - تسقط قاعدة اليد بالمعارضة لكن ذلك فرض نادر الوقوع في اموال الاشخاص الذين يكون الشخص عالما بوجود الحرام في اموالهم من الجائر وعماله و الآكلين للرباء والغاصبين لاموال الناس و السارقين و غيرهم (ولعله) الى ما ذكرناه نظر المصنف ره من ما ذكره من ان القاعدة لا تقتضي لزوم الاجتناب في هذا المورد - حملا (بقوله) لان تردد الحرام بين مملكه الجائر وبين غيره من قبيل التردد بين ما ابتلى به المكلف و مالم يبتل به فلا يحرم قبول مملكه لدوران الحرام بينه و بين مالم يعرضه لتمليكه فالتكليف بالاجتناب عن الحرام الواقعي غير منجز عليه انتهى ، و ان كان ذلك غير ظاهر منه ولكن لامناص من حملة عليه كما لا يخفى (وتدل) على جواز التصرف في الجائزة في هذا المورد بعد انحلال العلم الاجمالي اصاله الصحة بالتقريب المتقدم في الصورة الاولى (وعليه) فلا يراد على المصنف حيث علل الجواز بقوله ، حملا لتصرفه على الصحيح بانه ان اريد باصاله الصحة حمل فعل المسام على الصحيح فيما اذا كان ذا وجهين فهي لا توجب ترتيب آثار الصحيح عليه ، وان اريد بها اصاله الصحة في العقود والايقات فلا ريب انها لا تثبت كون العوضين ملكا للمبتاعين كما عن الاستاذ الاعظم (غير صحيح) اذ الظاهر ان مراده هو الثاني وقد عرفت دفع هذا الايراد فراجع .

ثم انه قد استدلل على الجواز في هذا المورد بوجوده اخر (منها) ان الشبهة من قبيل غير المحصور من جهة ان مجموع الاشخاص الذين يكون العلم حاصلًا بوجود

الحرام فى اموالهم من السلطان وعماله والاكلين للربا و السارقين و غيرهم بمنزلة شخص واحد بالنسبة الى هذا المكلف ومن المعلوم ان اموالهم من حيث المجموع من غير المحصور (وفيه) مضافا الى ما تقدمت الاشارة اليه من عدم الفرق فى تنجيز العلم الاجمالى بين كون الشبهة محصورة او غير محصورة ان الشبهة على هذا التقدير من باب الكثير فى الكثير (ومنها) لزوم العسر والخرج من التجنب عن اموالهم لسد باب المعاش (وفيه) ان هذا لو تم لاقتضى عدم التجنب فى كل مورد لزم منه ذلك فلو فرضنا عدم لزومه فى مورد او بالنسبة الى شخص خاص لما اقتضى هذا الوجه جواز تصرفه لما حقق فى محله من ان المنفى فى ادلة نفى العسر والخرج هو الشخصى منهما النوعى (ومنها) ان الجائر باعطاء الجائزة يدعى ملكيتها ضمناً وحيث انه لامعارض له فى هذه الدعوى فلا بد من سماعها (وفيه) انه وان دل خبر (١) منصور بن حازم على ان من ادعى كون شىء ملكا له ولا معارض له يحكم بانه له ، الا انه غير مربوط بالمقام الذى يعلم بوجود الحرام فى الاموال التى تحت يد الجائر الذى يكون تسلطه عليها متضمنا لدعوى ملكية الجميع كما لا يخفى (ومنها) اصالة الحل (وفيه) ان الاستدل بها يتم فيما كان المأخوذ من المباحات الاصلية وشك فى حرمة من جهة احتمال ان يكون غير المميز قد حازه وقد اخذ الجائر منه ظلما واما فى الاموال التى تكون مسبوقه بيد اخرى يقينا فهذا الاصل محكوم لاصالة عدم الانتقال .

واما المورد الثانى كما اذا كان للجائر مائة تومان واجاز لاحد ان يتصرف فيها او ملكها اياه وعلم ذلك الشخص بكون مقدار منها مال الغير وقد اخذه ظلما افلا ريب فى عدم جواز التصرف للعلم الاجمالى غير المنحل فى هذا المورد الموجب لعدم جريان شىء من القواعد والاصول الدالة على جواز التصرف فى المال المشتبه المأخوذ من الغير .

واما المورد الثالث فالقول بجواز التصرف فيه وعدمه مبنيان على انحلال العلم الاجمالى وعدمه ، اذ على الاول يجوز لما ذكرناه فى المورد الاول وعلى الثانى

لا يجوز لما تقدم في المورد الثاني وقد اختار المصنف ره عدم الانحلال وتبعه الاستاذ الاعظم ، وذهب المحقق النائيني وتبعه المحقق الايرواني الى الانحلال (اقول) الحق هو الثاني وذلك بناء على ما حققناه في الاصول من شمول ادلة الاصول لاطراف العلم الاجمالي بنحو التخيير وعدم لزوم محذور في ذلك ، غاية الامر التزاما بلزوم الاجتناب عن جميع الاطراف للنصوص الخاصة الواردة في الموارد المخصوصة حيث ان المستفاد منها كبرى كلية واضحة . فان مورد تلك النصوص ما اذا تمكن المكلف من ارتكاب جميع الاطراف ، ففيما لا يمكن ذلك يكون المرجع هي ادلة الاصول (واما) على القول بعدم شمولها لها ولو بنحو التخيير ، فلان عدم جريان الاصول في طرفي العلم الاجمالي انما يكون لاجل التعارض ، وهو انما يكون من جهة ان من جريانهما معا يلزم الترخيص في المعصية فاذا فرضنا انه لا يلزم من جريانهما معا الترخيص في المعصية لعدم القدرة على الجمع بين الاطراف تكوينيا او تشريعا لامانع من جريانهما معا ، وتام الكلام في ذلك موكول الى محله (ولكن) الانصاف عدم جواز التصرف في هذا المورد حتى مع انحلال الاجمالي اذ قد عرفت ان المجوز للتصرف في مورد الشك انما هو قاعدة البدو اصاله الصحة وجريان كل منهما في مورد يتوقف على احتمال صحة التصرف حتى في ظاهر الشرع ولو احرز انه لا يجوز له ذلك ولو في ظاهر الشرع لما كان المورد مورد الشيء منهما كما لا يخفى (وعليه) فاذا اجاز الظالم مع علمه بحرمة بعض ما تحت يده في التصرف في الجميع بنحو العموم البدلي فهو قد اجاز التصرف في المحرم المعلوم تفصيلا او اجمالا وعلى كل تقدير ليس له ذلك فاذا لم تجر قاعدة البدو اصاله الصحة وحيث يحتمل حرمة التصرف فيما يختاره و مقتضى الاصول الموضوعية المشار اليها سابقا عدم جواز التصرف فلا يجوز له ذلك .

وبما ذكرناه ظهر انه في المورد الاول اذا لم يحتمل صحة تصرفه في ظاهر الشرع كما اذا احرز انه اجازه من المال المختلط في اعتقاده بالحرام لا يجوز التصرف فيه (فتحصل) ان مقتضى القواعد عدم جواز التصرف في الجائزة في الموردين

الاخيرين ، وفي المورد الاول اذا علم ان المجيز اقدم على التصرف في الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده

(قوله قدده وقد تقرر حكومة قاعدة الاحتياط على ذلك الخ) اورد عليه الاستاذ الاعظم بان المعجب من المصنف ره حيث انه في الاصول شيد اساس تقديم ادلة البرائة على ادلة الاحتياط فكيف التزم في المقام بحكومة قاعدة الاحتياط على البرائة (اقول) ان ما افاده في الاصول انما هو في الاحتياط الشرعى ، وكلامه في المقام في الاحتياط العقلى الذى هو مقتضى العلم الاجمالى وقد شيد في الاصول اساس تقديمه على ما كان من قبيل قولهم (١) كل شيء لك حلال او كل ما كان (٢) فيه حلال وحرام فهو لك حلال راجع الفرائد .

اما المقام الثانى ، فقد استدل على جواز التصرف فى المأخوذ من الجائر فى هذه الصورة بطوائف من النصوص .

الاولى النصوص الدالة على حل الاشياء ما لم يثبت حرمتها كقوله (٣) ^{عَلَيْكَ} كل شيء فيه الحلال والحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام فتدعه بعينه ونحوه غيره (و فيه) ان هذه النصوص لا تختص بما يؤخذ من يد الجائر وقد تقرر فى الاصول عدم شمولها لاطراف العلم الاجمالى اما لامتناعه او لاجل النصوص الواردة فى خصوص العلم الاجمالى كما هو الحق .

(قوله قدده فهو على طرف النقيض مما تقدم عن المسالك الخ) اما على القول بان القاعدة فى الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط فلانه التزم فى المسالك بكون القاعدة هو الوجوب واما على القول بان مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الاصحاب فلانه التزم بخروجه عنه تخصيصا

٢-١- الوسائل - باب ٦١ - من ابواب اطعمة المباحة - حديث ٢-١

٣- الوسائل - باب ٦١ - من ابواب اطعمة المباحة - حديث ٧ - و باب ٤ من

ابواب ما يكتسب به - حديث ١ .

لاتخصصا فتدبر .

الطائفة الثانية النصوص الواردة في باب الربا الدالة على ان ما اخذ زائداً عن رأس المال اذ لم يعلم صاحبه فهو حلال كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في المال الذي ورثه من كسان يربى ، ان كنت تعلم بان فيه مسالاً معروفاً ربا و تعرف اهله فخذ رأس مالك ورد ماسوى ذلك وان كان مختلطاً فكله هنيئاً فان المال مالك ونحوه غيره وقد ذكرها السيد في الحاشية واستدل بها لهذا القول (وفيه) انها واردة في الربا ودالة على ان المال المأخوذ بهذا العنوان يصير حلالاً بالتوبة اذا اختلط ويكون هذا المورد كجملة من الموارد التي اذن الشارع الاقدس في التصرف في مال الغير من غير رضاه و كونه حلالاً واقعا كاكل المارة و اكل اللقطة و التصرف في الاراضى المتسعة وغيرها فلا يكون هناك حرام بل جميع المال للمتصرف و عليه فهي اجنبية عن المقام .

ثم انه قد استدل في ضمن الاستدلال بهذه الطائفة بخبرين آخرين (احدهما) موثق (٢) سماعة عن الصادق (ع) ان كان خلط الحرام حلالاً فاختلط جميعاً فلا يعرف المحلال من الحرام فلا بأس (وفيه) انه وارد في مقام بيان حكم ما تحت يده من مال مخلوط و يدل على حليته مطلقاً ولكن لا بد في مقام الجمع بينه وبين نصوص التخميس التي هي اخص منه من حملها على ارادة الحلية بعد التخميس ثم للجمع بينه و بين سائر النصوص يحمل على صورة الجهل بقدر الحرام وصاحبه كما اشبعنا الكلام في ذلك في الجزء السادس من هذا الشرح في كتاب الخمس . (ثانيهما ٣) خبر محمد بن ابي حمزة عن رجل قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اشترى الطعام فيجىء من يتظلم و يقول ظلمنى فقال عليه السلام اشتره (وفيه) مضافاً الى ضعف سنده للارسال انه غير ظاهر في

١ - الوسائل - باب ٥ - من ابواب الربا - حديث ٣

٢ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٢

٣ - الوسائل - باب ٥٢ - من ابواب ما يكتسب به - حديث ٣

صورة العلم الاجمالى بوجود الحرام فى مال ذلك العامل و مجرد دعوى الظلم لا يفيد لاثباته .

الطائفة الثالثة النصوص الدالة على جوار اخذ الجائزة من الجائر سواء كان
الاخذ مع العوض او بدونه - (كصحيح ١) ابنى ولا دقال قلت لابى عبدالله عليه السلام ماترى
فى رجل يلى اعمال السلطان ليس له مكسب الامن اعمالهم و انا امر به فانزل عليه
فيضيفنى ويحسن الى و ربما امرلى بالدرهم والكسوة وقد ضاق صدرى من ذلك فقال
لى كل وخذ منها فلك المهنا و عليه الوزر (و اورد) عليه المصنف ره بان الاستشهاد
به ان كان من حيث حكمه عليه السلام بحل مال العامل المجيز للسائل - فيرد عليه ان الحكم
بالحل ح انما يكون من حيث احتمال كون ما يعطى من غير اعيان ما يأخذه من السلطان
بل مما اقترضه واشتره فى الذمة ، لظهوره بقربة قوله عليه السلام و عليه الوزر الظاهر
فى ارادة وزر ما يأخذه من الاجرة ، فى حرمة ما يأخذه عمال السلطان بازاء عملهم له
وان العمل للسلطان من المكاسب المحرمة ، و عليه فمقاده اجنبى عن المقام لاختصاصه
بما اذا علم بحرمة بقية امواله تفصيلا وشك فى حرمة خصوص الجائزة ولا اشكال فى
الجواز فى هذا الفرض بحسب القواعد ايضا ، لجريان قاعدة اليد فيها بلامعارض ، و
اين ذلك مما هو مفروض الكلام اى العلم الاجمالى بوجود الحرام فى امواله مع
كون الشبهة محصورة و كون جميع اطرافه محل الابتلاء المقتضى للزوم الاحتياط
(وان كان) من حيث حكمه عليه السلام بان ما يقع من مال العامل بيد السائل لكونه من مال
السلطان حلال لمن وجده ، فيرد عليه ، ان الحكم بالحل على هذا التقدير غير وجيه
الاعلى تقدير كون المال المذكور من الخراج والمقاسمة المباحين للشيعه اذ لو كان
من صلب مال السلطان او غيره لم يتجه حله لغير مالكة بغير رضاه اذا لمفروض حرمة
على العامل لعدم احترام عمله .

(اقول) الظاهر دلالة الخبر على جواز التصرف فيما يؤخذ من عمال السلطان

حتى في مورد اقتضاء القواعد عدم الجواز على كل من التقديرين (اما) على التقدير الاول فلم يتم اختصاصه بالصورة المفروضة بل مقتضى اطلاقه هو الجواز حتى في مال يعلم تفصيلا بحرمة بقية امواله ، بل علم اجمالا بوجود المال الحرام في امواله المحتمل ان يكون المأخوذ منه وقوله - ليس له مكسب غيره - لا يقتضي الاختصاص بها بل غاية معرضة ماعنده لان يكون من الاموال المأخوذة من السلطان (واما) على التقدير الثاني فلان مقتضى اطلاق الرواية جواز الاخذ مع احتمال كون المأخوذ من الخراج والمقاسمة وحملها على صورة العلم بكونه من احدهما مضافا الى منافاته للاطلاق حمل على الفرد النادر فتدل على حلية المأخوذ بمجرد احتمال كونه من الاموال المباحة للسائل حتى مع العلم الاجمالي بوجود الحرام في امواله ، ولولم ندع اختصاصها بهذا المورد .

وبما ذكرناه ظهر دلالة ساير النصوص على الجواز والحلية (كصحيح) ابى المعزا المتقدم وحسن (١) زرارة و محمد بن مسلم ، او صحيحهما قال اسمعناه يقول جوائز العمال ليس بها بأس ، وغير ذلك من الروايات المطلقة (والمصنف) ره حملها باجمعها على الشبهة غير المحصورة او المحصورة التي يكون بعض اطرافها خارجا عن محل الابتلاء ، ثم قال انه لو فرض نص مطلق في حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف وعدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط في الشبهة المحصورة (اقول) يرد على ما افاده (اولا) انه خلاف اطلاق النصوص فانها مطلقة شاملة للشبهة المحصورة وغيرها فتخصيصها بمورد خاص يحتاج الى دليل مخصص مفقود و يرد على ما افاده (ثانيا) ان المحقق في الاصول عنده قده و قد تبعناه ان العلم الاجمالي بالنسبة الى الموافقة القطعية انما يكون بنحو الاقتضاء لالعية اي تجب الموافقة القطعية ما لم يرد ترخيص في المخالفة الاحتمالية والا فلا تجب وعلى ذلك فالعلم الاجمالي المقتضى للاحتياط لا يصلح لرد هذه النصوص (مع) انه قد عرفت

انحلال العلم الاجمالي في المورد من الموارد الثلاثة المتقدمة الذين هم محل الكلام فراجع (وبما ذكرناه) ظهر اندفاع ماورده الاستاذ الاعظم على الاستدلال بهذه النصوص على الجواز ، بان المدعى ان ادعى انها تدل على الحلية الواقعية فيرد عليه ان العمل باطلاقها يقتضى اباحة اخذ الجائزة من الجائر حتى مع العلم التفصيلي باشمالها على الحرام ولم يتفوه به احد ، وان ادعى ظهورها في الحلية الظاهرية فيرد عليه ان تلك الاخبار لا يمكن شمولها لجميع الاطراف فانه ترخيص في المعصية ، ولبعضها دون بعض ترجيح بلا مرجح و اذا فتخرج موارد العلم الاجمالي الذي يسوجب التنبه عن حدود تلك الاخبار تخصصا ، فانه (يرد عليه) ان العلم الاجمالي لا يكون منجزا كما عرفت في المورد الاول والثالث الذين هم محل الكلام (وان شئت قلت) ان تلك الاخبار انما تدل على حلية ما يؤخذ من الجائر مجانا او مع العوض الذي هو احد اطراف العلم الاجمالي ولا تدل على حلية جميع امواله حتى الباقية تحت يده ، وعليه ، فلا يلزم من القول بشمولها لبعض الامراف ترجيح بلا مرجح فلا مانع من شمولها له ثم انه في ضمن كلماته اورد على الاستدلال بهذه النصوص بايراد آخر وهو ان الظاهر من موثق (١) اسمحاق بن عمار قال سألته عن الرجل يشتري من العامل وهو يظلم قال يشتري ، منه ما لم يعلم انه يظلم فيه احدا تقييد الحكم بصورة الشك فقط (وفيه) ان السائل فرض ظلم العامل و مع ذلك سئل عن حكم الاشتراء منه فمورده لامحالة يكون هو العلم الاجمالي بوجود الحرام ، و جوابه **يُجِبُّ** ظاهر في ارادة انه ان لم يعلم بالظلم في خصوص ما يؤخذ منه تفصيلا او اجمالا ، لا بأس بالاشتراء و به يقيد اطلاق ساير النصوص (فنحصل) ان الظاهر من الروايات جواز التصرف في جوائز الظلمة سواء اخذت منهم مجانا او مع العوض ، و ان علم اجمالا بوجود الحرام في اموالهم ما لم يعلم بوجوده في خصوص الجائزة والله العالم بالاحكام

لو علم تفصيلا كون الجائزة محرمة

(قوله قدده واما الصورة الثالثة فهو ان يعلم تفصيلا حرمة ما ياخذها فلا اشكال في حرمة الخ) الكلام يقع اولا في حكم المأخوذ في هذه الصورة، ثم في الفروع والامور التي تعرض لها المصنفه.

اما الجهة الاولى فمقتضى القواعد حرمة التصرف فيه لفرض كونه مال الغير وقد استدل المحقق الايرواني ره على جواز التصرف فيه (باطلاق) النصوص المتقدمة . ثم قال نعم لا تشمل الرواية صورة معرفة المالك بعينه او في اطراف محصورة وفيه (اولا) ان تلك النصوص ليست في مقام بيان اثبات الحلية الواقعية والافقتضى اطلاقها الحلية حتى في الموردين المزبورين ولم يتفوه بذلك فقيه بل هي في مقام بيان جعل الحلية الظاهرية وهي انما تكون مجعولة في صورة الشك والاحتمال فمع القطع بالحرمة لا معنى لجعلها كما لا يخفى (وثانيا) انه لو سلم شمولها لهذه الصورة وجب تقييد اطلاقها بمفهوم موثق اسحاق المتقدم كما عرفت فلا ظهر عدم جواز التصرف فيه . ثم ان هذا هو مراد المصنفه من قوله لا اشكال في حرمة على الاخذ لما سيفتي بجواز الاخذ بنية الرد .

و اما الجهة الثانية فقد ذكر في المقام امور (الامر الاول) انه هل يجوز الاخذ من الجائر ام لا ، ثم ماذا حكم المأخوذ من حيث الضمان والكلام في هذا الامر يقع في موردين ، المورد الاول ان يعلم بحرمة الجائزة قبل استقرارها في يده ، الثاني ما لو علم بذلك بعده (اما) المورد الاول فقد فصل المصنف ره بين ان يكون الاخذ بغير نية الرد الى صاحبه وما اذا كان بتلك النية واختار عدم الجواز والضمان لو اخذ بغير نية الرد والجواز وعدم الضمان لو تلف في ما اذا كان بنية الرد (و استدل له) بانه ان اخذ بغير تلك النية كان غاصبا ومتصرفا في مال الغير عدوانا وبغير رضا صاحبه

فترتب عليه احكام الغاصب وان اخذ بنية الرد كان محسنا وقد دل الدليل (١) على ان المحسن مضافا الى ان فعله حسن وعدل ومحبوب ليس عليه من سبيل و يكون المال فى يده امانة فلا يضمن لو تلف (اقول) ان الاخذ بنية الرد الى المالك اما ان يكون مع علم الاخذ برضا صاحبه كما هو الغالب او يكون مع علمه بعدم رضاه او يكون مع الشك فى رضا المالك ظاهر المصنف ره هو الجواز فى جميع الصور الثلاث.

ولكن الاظهر عدم الجواز الا فى الصورة الاولى فلنا دعويان (الاولى) الجواز فى الصورة الاولى ودليله واضح لانه يجوز التصرف فى اموال كل احد مع رضاه بالتصرف ان لم يكن محجورا (الثانية) عدم الجواز فى الصورتين الاخيرتين (و يشهد له) الادلة الدالة على عدم جواز التصرف فى مال الغير مع عدم رضا صاحبه المحرز فى الصورة الثانية بالوجدان وفى الصورة الثالثة بالاستصحاب كقوله فلا فى خبر (٢) الاحتجاج فلا يحل لاحدان يتصرف فى مال غيره بغير اذنه و نحوه موثق (٣) سماعة وغيره - وقد استدل على الجواز فى الصورتين او فى الصورة الاخيرة بوجهين (الاول) مادل من الايات والروايات على جواز الاحسان ومحبوبيته بدعوى ان الاخذ لحفظ المال ورده الى مالكة مصداق للعدل والاحسان (وفيه) ان اخذ مال الغير مع عدم احراز رضاه ليس احسانا ولذا ترى انه لم ينفوه فقيه بجواز المعاملة مع اموال الغير بغير رضاه للاسترباح مستندا الى انه احسان بل هو اسائة و ظلم اذ التصرف فى مال الغير مع عدم احراز رضا صاحبه ظلم وعدوان لاعدل واحسان (الثانى) ما استند اليه الاستاذ الاعظم وهو عدم صدق التصرف على مجرد الاخذ بنية الرد الى المالك اذ التصرف عبارة عن التقلب والتقلب ولا نسلم صدقه على ذلك ثم قال واذا سلمنا صدقه لغة فانه منصرف عنه عرفا (وفيه) ان الامساك والتحفظ تصرف فى الشيء

١ - سورة التوبة - الآية ٩٢

٢ - الاحتجاج ص ٢٤٧ - عن الاسدى عن العمري عنه (ع)

٣ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١

ولذا ترى انه التزم بالحرمة في صورة احراز عدم رضا المالك بذلك ولو لاصدق التصرف على الاخذ لما كان وجه لعدم الجواز (و بالجملة) المناقشة في صدق التصرف على اخذ مال الغير و حفظه للرد اليه لاسبيل اليها و ما يرى من ان العرف و العقلاء المتدينين يأخذون مال الغير ليس ذلك من جهة انهم لا يرون الاخذ تصرفا بل من جهة احراز هم رضا صاحبه بذلك كما تقدم فلا يظهر انه مالم يحرز رضا صاحبه لا يجوز الاخذ حتى مع نية الرد كما انه يجوز الاخذ مع احراز الرضا و ان كان لابنية الرد فالضابط هو احراز الرضا وعدمه (و اما الضمان) لو تلف المال تحت يده فلا ريب في ثبوته في صورة الاخذ مع عدم رضا صاحبه ان لم يصدق عليه الاحسان كما هو الصحيح لقاعدة ضمان اليد و اما لو اخذه مع احراز رضاه فهو غير ثابت اذ المأخوذ يكون امانة مالكية نظير الوديعة المالكية و اما لو اخذه مع عدم احراز الرضا و بنينا على جوازه لكونه احسانا فهو يكون عنده امانة شرعية فلا ضمان.

(قوله قد وه التقية تتادى بقصد الرد الخ) لا يقال انه لا يعتبر في التقية عدم المندوحة ولذا لو اقتضت التقية التكفير في الصلاة في سعة الوقت و تمكن المكلف من الاتيان بالصلاة بغير تكفير في آخر الوقت صحت صلاته لو صلى مع التكفير، فكيف اعتبره المصنف ره في المقام (فانه يقال) انه فرق بين وجود المندوحة حال العمل كما لو تمكن في المثال من الصلاة بغير تكفير لاجل وجود قائل منهم بعدم لزومه مثلا و بين وجود المندوحة بالنسبة الى اصل العمل كما فيما فرضه الخصم، فانه في الفرض الاول لا يشمل ادلة التقية لعدم صدق التقية وفي الفرض الثاني تشمل لصدق الموضوع و اطلاق الأدلة و مانحن فيه من قبيل الاول كما لا يخفى (و اما المورد الثاني) و هو ما لو علم بكون الجائزة مغسوبة بعد استقرارها في يده ، فظاهر المتن و صريح السيد الفقيه ، ان هنا مسألتين (الاولى) انه هل يكون الاخذ بنية التملك مع الجهل بكونه للغير موجبا للضمان ام لا (الثانية) انه اذا حكمنا بالضمان هل يبقى حكمه حتى لو نسوى الحفظ بعد العلم بكونه للغير ورده الى صاحبه ، ام يتغير الحكم بتغير العنوان .

اما المسألة الاولى فالمشهور بين الاصحاب على ما يظهر منهم في نظائر المقام

كإعارة الغاصب أو بيعه أو رهنه لمال الغير وغير ذلك هو القول بالضمان وعن المسالك والمفاتيح في المقام عدم الضمان وكك عن المحقق والعلامة في مسألة الاستعارة من الغاصب .

واستدل لعدم الضمان في المقام بوجوده (الاول) انه لا موجب لتوهم الضمان سوى قاعدة اليدوى لانشمل المقام اذا مأخوذ في مفهوم الاخذ هو التعدى والدوان ومع الجهل بكونه للغير لا يصدق هذا العنوان (وفيه) ان هذا الوجه وان اختاره المحقق الثانى ره لكنه غير تام ، اذ مفهوم الاخذ اوسع من ذلك ، ولذا ترى انه لا يتوهم احد اختصاص هذا المبحث بكون الاخذ من السلطان و عماله على نحو التعدى من جهة تعبيرهم عن الموضوع بالجوائز المأخوذة من السلطان و عماله فتدبر (الثانى) ما ذكره المحقق التقى ره وهو قوله (١) ^{عليه السلام} فلك المهناء وعليه الوزر - بدعوى ان الضمان وزر وظاهر الرواية اختصاص الوزر بالعامل فلا وزر على الآخذ (وفيه) ما تقدم آنفا من اختصاص تلك النصوص بالصورتين الاولتين من الصور الاربع لموثق اسحاق فراجع (الثالث) ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده عدم ضمان الآخذ لان اعطاء الجائزة من باب الهبة المجانية وهى ليس فى صحيحها الضمان فكذا فى فاسدها وكذا الودیعة والعارية و نحوز ذلك (وفيه) ان الضمان المدعى انما هو للمالك لا للمعطى وهو لم يهب ماله ولم يسقط احترامه - و من اسقط احترامه لم يكن له ذلك فتدبر (الرابع) ان الغاصب اقوى من الاخذ لانه مغرور من قبله فيستند الائلاف اليه دونه وكذا فى صورة التلف السماوى (وفيه) ان الاقوائية لا توجب عدم ضمان الاضعف - وقاعدة الغرور انما تقتضى جواز رجوع المغرور الى من غره لا عدم جواز رجوع المالك اليه فتدبر (الخامس) ان الشارع قدر خص فى اخذ الجائزة عند الجهل بكونها مغبوبة فهى امانة شرعية فى حال الجهل وبعد العلم يشك فى الضمان فيستصحب بدلا لمانة (وفيه) ان الترخيص فى حال الجهل ترخيص ظاهرى - لا ترخيص

واقعى ، فلا ينافى حكم الشارع بالضمان الواقعى - وإن شئت قلت - أن اذن الشارع فى وضع اليد على مال الغير أن كان لمصلحة المالك من حفظه له وإيصاله إليه كان ذلك موجبا لرفع الضمان ، وإن كان لغير ذلك كما فى المقام حيث أنه اذن فى التملك ظاهرا فهو لا يوجب رفعه (مع) أنه للعلم بكونه للغير يرتفع الاذن الذى هو المنطوق فى عدم الضمان على الفرض (فتحصل) أن الاظهر هو الضمان لعموم (١) على اليد .

وأما المسألة الثانية وهى أنه على القول بالضمان - هل يرتفع هذا الحكم بنية الرد الى المالك بعد العلم بالحال كما اختاره السيد الفقيه ره - أم لا يرتفع كما احتمله المصنف ره قويا ، واختاره صاحب الجواهر ره رجحان - (قد استدل للاول) فى الحاشية بأن اليد إذا انقلبت من العدوان والخيانة الى الاحسان والامانة ينقلب الحكم ايضا ، اذ مقتضى عموم (٢) ما على المحسنين ونحوه من ادلة الامانات المسخصصة لعموم على اليد كون الضمان مادامت اليد عدوانية ، فلا يصفى الى ما قيل من أن علة الضمان الاخذ العدوانى من الاول فلا يفيد الانقلاب (وفيه) مضافا الى عرفت من أنه لا يصح الحكم بعدم الضمان للدلة المشار اليها وليست هى مخصصة لعموم على اليد انه لو سلم صحة الحكم بعدم مستنداً اليها ، لا تصلح هى للدلالة على عدم الضمان فى المقام ، وذلك لان غاية ما تدل عليه هذه الأدلة أن يد الامين لا تقتضى الضمان لانها تقتضى عدم الضمان (وعليه) فحيث أن مقتضى عموم على اليد ، أن وضع اليد على مال الغير علة للضمان الباقي ما لم يؤد ، فلا تصلح اليد الفعلية الحادثة التى هى يد امانية لمزاحمة اليد السابقة إذا ما اقتضاء له لا يزاحم ماله الاقتضاء (فظهر) أن ما افاده المصنف ره فى وجه الحكم ببقاء الضمان وإن تبدلت اليد بيد الامانة ، من عموم على اليد هو الصحيح ، نعم ، إذا علم الاخذ برضا المالك بحفظ ماله بقصد الايصال اليه وكانت الامانة مالكية يرتفع الضمان لأن ذلك فى قوة القبض والاستيداع (وبما ذكرناه) ظهر أن ما ذهب اليه المشهور فى نظائر المقام من أن اليد غير الامانية ، إذا عادت اليها

يبقى الضمان ، الا اذا اذن المالك فى استدامة القبض ، هو الصحيح .

يجب على المجازر رد الجائزة الى اهلها

(قوله قده و على اى حال فيجب على المجازر رد الجائزة الخ)
 اقول يقع الكلام فى مقامين (الاول) ما اذا كان مالك المأخوذ معلوما (الثانى) ما اذا كان مجهولا (اما) المقام الاول فلا ريب ولا كلام فى وجوب رد المأخوذ الى اهله ، كان المال فى يده امانة ام لم يكن كذلك لقاعدة على اليد فى الثانى ، ومادل على وجوب رد الامانة من الآية الشريفة (١) « ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها » و غيرها فى الاول والنصوص الخاصة الواردة فى المقام الاثنى بعضها الدالة على وجوب رد المأخوذ الى صاحبه اذا كان معلوما .

انما الكلام فى موردين (الاول) فى معنى الاداء وانه هل هو مجرد اعلام المالك بذلك والتخلى بينه وبين ماله ، ام هو حمل اليد واقباضه منه ، ام كل من الامرين مصداق للاداء والرد ، ام يختلف باختلاف الموارد (اقول) ان حقيقة الرد والاداء ايصال الشئ الى محله (وح) فاذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخلى بينه وبين ما لكه لان بها يخلع الامين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشئ الى محله ، و اما محل المال خارجا فهو كل مكان رضى به المالك او الشارع الا قدس و حيث ان وجود المال عند الامين خسار جسا انما يكون برضا المالك او بساذن من ولى امره اى الشارع الا قدس فلا يكون فسى غير محله كى يكون مكلفا بالرد الخارجى واما اذا كان المال مقصوبا فاذا رده انما يكون بالتخلى والاقباض منه اذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير محله فلا بد من ايصاله الى محله كذلك كونه عند خارجا يكون فى غير محله فلا بد من ايصاله اليه بالاقباض منه (ومن ماذكرناه) علم انه لو نقل الامين الوديعه من بلد الابداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ وبدون اذن المالك او الشارع يجب ردها الى بلد الابداع (فتحصل) انه يعتبر فى غير الامانة الاقباض من المالك

وفيهما يكفي التخليه ولعل هذا هو المشهور بين الاصحاب فتدبر (ثم ان) المصنف رده استشكل في حمل الامانة للاقباض في مورد كفاية التخليه من جهة انه تصرف لم يؤذن فيه الا اذا كان الحمل مساويا لمكانه الموجود فيه او احفظ (ولكن) الاظهر جواز الحمل اذا كان المال في حفظه وان كان الابقاء في المحل احفظ، اذ لا يجب تحري الاحفظ في الامانة بل يكفي كونها في حفظه و حراسته في اى مكان و ضعت ما لم ينه المالك عن وضعها في مكان خاص.

المورد الثانى فى كون وجوب الرد فوراً و الظاهر ان وجهه فيما اذا كانت اليد غير امانية هو مادل على حرمة التصرف فى مال الغير و امساكه اذ لا فرق بين التصرف القليل والكثير - وفيما اذا كانت اليد امانية انه بالتأخير تثبت اليد على مال الغير زائداً على المقدار المأذون فيه باذن المالك او الشارع و هو ظلم و عدوان و يشملها ح مادل على حرمة التصرف فى مال الغير و امساكه.

حكم مجهول المالك

واما المقام الثانى وهو ما اذا كان المالك مجهولاً فتتقيد القول فيه يقتضى التكلم فى مواضع (الموضع الاول) هل يجب الفحص عن المالك ام لا ، فيه قولان قد استدلل للقول الثانى (باطلاق) النصوص الواردة فى مقام بيان مصرف مجهول المالك التى ستمر عليك .

واستدل للقول الاول بوجهين (الاول) ما فى المتن وهو ان الاداء الواجب متوقف عليه فيجب مقدمة له - واورد عليه (تارة) بان الاداء انما يكون وجوبه مشروطاً بالقدرة كسائر التكاليف الشرعية فلو علم بانه لو تفحص لوجده وجب الاداء والفحص ولو شك فى ذلك فلا محالة يشك فى القدرة عليه فيشك فى التكليف ومعه يرجع الى اصالة البرائة عن الوجوب (واخرى) بان اطلاق النصوص الاتية يقتضى عدم وجوب الاداء والفحص مع الجهل بالمالك وبه يقيد اطلاق مادل على وجوب الاداء - وفيهما نظر (اما الاول) فلان المحقق فى محله

ان البرائة لاتجرى فى مورد الشك فى القدرة على امتثال التكليف ان لم تكن شرطاً شرعياً كما فى المقام ، اما كونها شرطاً لتنجز التكليف لالصله اولبناء العقلاء على ذلك او غير ذلك (واما الثانى) فلان النسبة بين مادل على وجوب الاداء - والنصوص المشار اليها - عموم من وجه ، اذ الطائفة الاولى اعم من حيث شمولها لسما اذا كان المالك معلوماً ، واخص من حيث اختصاصها بصورة التمكين العقلى من الاداء والفحص والطائفة الثانية اخص من الجهة الاولى لاختصاصها بمجهول المالك واعم من الجهة الثانية كما لا يخفى ، و حيث ان دلالة كل منهما على المجمع انما تكون بالاطلاق فيتساقطان معاً ، فيرجع الى مادل على عدم جواز التصرف فى مال الغير من غير رضا صاحبه فتأمل فان المختاراً خيراً تعين الرجوع الى الاخبار العلاجية فى هذا القرض ايضا .

الوجه الثانى هو دلالة طوائف من النصوص عليه (منها) ما تضمن الامر به فى الدين مجهول المالك كصحيح (١) معاوية عن الصادق عليه السلام فى رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري احيى هو ام ميت ولا يعرف له وارث ولا نسب ولا بلد - قال اطلبه قال ان ذلك قد طال فانصدق به قال اطلبه ، وعن الفقيه وروى فى هذا خبر آخر ان لم تجد له وارثاً و علم الله منك الجهد فتصدق به (وفيه) ان مورده العلم بالمالك مع الجهل بموضعه ومحل الكلام انما هو مجهول المالك ، الا ان يدعى العلم بعدم الفرق بين الجهل بالمالك ، والجهل بموضعه كما ادعى عدم الفرق بين الدين والعين (ومنها) مادل (٢) على وجوب تعريف اللقطة ، (وفيه) ان تلك النصوص المتضمنة للتعريف سنة ثم التصديق بها بعدها مختصة باللقطة و التعدى يحتاج الى دليل مفقود (ومنها) مادل على وجوب الفحص عن الاجير الذى يبقى اجرته كموثق (٣) هشام ابن سالم قال سأل حفص الاعور ابا عبد الله عليه السلام وانا عنده جالس قال انه كان لابي اجير

كان يقوم فى رحاه وله عند نادراهم وليس له وارث فقال ابو عبد الله عليه السلام تدفع الى المساكين ثم قال رأيتك ثم اعد المسألة فقال مثل ذلك فاعاد عليه المسألة الثالثة فقال ابو عبد الله عليه السلام تطلب وارثا فان وجدت وارثا و الالفه كسبيل مالك و نحوه غيره و قد استدل بها السيد الفقيه (وورد عليها) ماوردناه على الطائفة الاولى (ومنها) ما استدل به المحقق الايروانى رده هو ماورد (١) فى ابداع اللص ، دراهم او متاعا عند مسلم واللص مسلم فانه دل على ان الوديعة بمنزلة اللقطة فيعرفها حولا ، فان اصاب صاحبها ردها اليه والا تصدق بهاعنه (واورد) عليه الاستاذ الاعظم بانه ضعيف السند لان فى طريقه قاسم بن محمد و حفص بن غياث ، و بوروده فى قضية خاصة فلاوجه للتعدى منها الى غيرها (ولكن) يمكن الجواب عن الاول بما عن صاحب الجواهر من ان ضعف السند منجبر بعمل المشهور ، (فتحصل) مما ذكرناه وجوب الفحص لوجهين فلاحظ .

لا تسمع دعوى المدعى له مالم يثبت شرعا

(قوله قد ه ثم لو ادعاه مدع ففى سماع قول من يدعيه الخ) اقول هذا هو الموضوع الثانى ، وفى المسألة وجوه (الاول) انه يعطى مجهول المالك لمن يدعيه مطلقا (الثانى) انه يعطى اياه مع التوصيف (الثالث) انه لا يعطى اياه مالم يثبت كونه له شرعا و قد استدل للاول بخبر (٢) منصور الوارد فى الكيسر الواقع بين الجماعة الدال على انه لمن يدعيه ، بدعوى ، ان المستفاد منه قاعدة كلية وهى سماع دعوى كل من لا معارض له (وبالاجماع) والسيرة على القاعدة المشار اليها و بقوله (٣) عليه السلام فى صحيح البزنطى الوارد فى اللقطة وان جائك طالب لا تتمهمه رده عليه وبالنصوص (٤)

١- الوسائل - باب ١٨ من ابواب اللقطة حديث ١

٢- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

٣- الوسائل - باب ١٥ - من ابواب اللقطة - حديث ١

٤- الوسائل - باب ٢ - من ابواب اللقطة

الآخر الواردة فى اللقطة الدالة على جواز التملك او التصديق الان يجىء لها طالب كقوله **الْبَيْتُ** فان جاء لها طالب والافهى كسبيل ماله ونحوه غيره (وبادلة) حمل فعل المسلم وقوله على الصحة - وفى الكل نظر (اما الاول) فلاختصاصه بما اذا لم يكن المال فى يد واحد مأمور بايصاله الى مالكة ، (مع) ان فى كون المقام من قبيل دعوى من لا معارض له ، نظرا بل منعاً - فانه مأمور بحفظ المال عن غير مالكة وعليه فهو يمنعه عن التصرف فيه ، وبذلك ظهر ما فى الوجه الثانى ، مضافا الى ان المتيقن منهما غير المقام (واما) صحيح البنطى فلم يعمل به فى مورده (واما) ساير النصوص فالظاهر منها بعد التدبر هو العلم بكونه مالكا ، ولو ابيت الاعن ظهورها فى جواز الدفع بمجرد الطالب ، فبرد عليها انه لم يعمل بها فى موردها فكيف فى غير موردها (واما) ادلة حمل فعل المسلم وقوله على الصحة فلانها تدل على عدم معاملة الفاسق والكاذب معه لا انه يترتب عليهما آثار الواقع (واما الوجه الثانى) فقد استدلل بالنصوص (١) الواردة فى اللقطة الدالة على انه يعطى اللقطة لمن بدعيها مع التوصيف ، بدعوى انه لخصوصية لللقطة (اقول) ان هذا الحكم غير ثابت فى الاصل فضلا عن الفرع ، مع انه لو تم فى اللقطة لوجه للتعدي بعد احتمال الاختصاص (فتحصل) ان الاقوى هو الوجه الثالث ، اذ لا يحصل البرائة لمن وضع يده على مال غيره الا بالاداء الى مالكة .

بقى شىء وهو انه لو دفعه الى من يدعيه مع ثبوت كونه مالكا ثم تبين كون المالك غيره ، فهل يضمن الدافع مطلقا ، ام لا يضمن كك ، ام يفصل بين صورة العلم وغيره من الطرق فيضمن فى الاولى ، ام يفصل بين قيام البيئة وغيرها فلا يكون ضامنا فى الصورة الاولى ، ام يحكم بالضمان الا فى صورة الزام الحاكم بالدفع ، ام يفصل بين دفع العين والقيمة فيكون ضامنا فى الثانى ، وجوه لو لم تكن اقوالا (اقوالها) الاول لان مقتضى ادلة الضمانات والامانات بقاء المال فى عهدة من تحت يده مال غيره الا ان يؤديه اليه ، فغاية الضمان هو الاداء الى المالك (وحديث) لا ضرر لا يصلح لرفع الضمان اذ الحكم بعدمه ضرر على المالك فيتعارض الضرران (ومادل) على نفى السبيل

على المحسنين - اجنبى عن المقام لان من اعطى مال شخص الى غيره لا يكون محسنا بالنسبة الى مالكة .

اجرة الفحص عن المالك

الموضع الثالث ، اذا احتاج الفحص عن المالك الى بذل مال فهل هو على الاخذ او على المالك فقد استدلت المصنف به على الاول (بان) الفحص عن المالك واجب على الاخذ فيجب عليه بذل المال مقدمة له (و اجاب) عنه الاستاذ الاعظم بان مقدمة الفحص الواجب انما هي طبيعى بذل المال سواء كان من كيسه ام من كيس المالك واذن فلا يتعين البذل على الآخذ الا بدليل خاص وهو منفى فى المقام (وفيه) ان المقدمة وان كانت هي الطبيعى الان الواجب منها هو ما يكون فعل الآخذ نفسه ولا يعقل ان يجب بذل المال على المالك بالوجوب المقدمى المترشح من وجوب الفحص المتوجه الى الآخذ (فان قيل) ان المدعى ان طرف التخيير اعطاء الآخذ من مال المالك فلا يلزم المحذور المذكور (قلت) انه على هذا لا يكاد يجب هذا الفرد بالوجوب المقدمى لحرمة الموجبة لاختصاص الوجوب بغيره .

فالاولى فى الجواب عن اصل الدليل ان الفحص بما انه لا يتوقف على بذل المال دائما ففي مورد توقفه عليه لا مانع من الرجوع الى دليل نفى الضرر ، اذالم يكن ارتفاع الحكم الضررى على خلاف الامتنان (توضيح ذلك) ان من وضع يده على مال غيره ، ربما يكون عن وجه شرعى كاللقطة و اخذ المال من السارق مع العلم برضا صاحبه و نحو ذلك وربما يكون على غير وجه شرعى كالغصب والسرقة و نحوهما فان كان من قبيل الاول كان اجرة الفحص على المالك بمعنى ان الاخذ يصرفها من كيسه فان وجده اخذها منه والا فمال الذى فى يده ويتولى ذلك الحاكم حسبة لمادل على نفى السبيل على المحسنين ، ولحدیث نفى الضرر المتقدمين فتأمل ، وان كان من قبيل الثانى ، كانت الاجرة على الاخذ والوجه فى ذلك مضافا الى عدم شمول ادلة نفى الضرر

السبيل على المحسنين ، اما الثانى فواضح واما الاول فلكونه خلاف الامتنان - ما دل على ان الغاصب يجب عليه رد المقتسوب وان تضرر بكثير ، كما اذا توقف الرد على هدم البناء ونحوه ، فعن على عليه السلام فى نهج البلاغة (١) الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها .

مقدار الفحص عن المالك

الموضع الرابع فى مقدار الفحص ، فعن الاكثر ان حده اليأس وعن جماعة ان حده السنة ، وربما يقال بكفاية طبعى الفحص عن المالك .

و الاقوى هو الاول بناء على ما عرفت من ان مدرك وجوب الفحص هو حكم العقل لكونه مقدمة لا يصلح المال الى مالكة اذ بعد ما لم ييأس من الظفر به يكون مأوراً بالرد اليه فيجب الفحص مقدمة له (وقد استدلل) له المصنف رحمه مضافا الى ذلك ؛ بقوله قد مضافا الى ما ورد من الامر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفة المالك كما فى الرواية الواردة فى بعض عمال بنى امية الخ اشار بذلك الى خبر (٢) على بن ابي حمزة عن الصادق عليه السلام انه قال لصديق له من كتاب بنى امية فاخرج من جميع ما اكتسبت فى ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت به الخ وجه الاستدلال به مع انه مطلق غير آمر بالفحص انه مطلق وغاية ما ثبت تقييده هو لزوم الفحص الى حد اليأس ففى الزايد عن هذا الحد يرجع الى اطلاق الخبر وبحكم بعدم وجوبه (ويمكن) ان يقال فى توجيهه ان المراد من عدم المعرفة هو عدم التمكن من المعرفة لاعدم المعرفة الفعلية وذلك للعلم بعدم الاكتفاء بمجرد عدم المعرفة الفعلية اذ لا ريب فى وجوب الفحص لو علم بانه لو تفحص لظفر بالمالك وهذا العنوان لا يحصل بعد اليأس (اقول) يرد على التوجيه الاول انه يتم اذا كان حصول اليأس قبل تمام السنة وهو فاسد اذ النسبة بين العنوانين عموم من وجه فقد يتقدم اليأس وقد يتقدم مضى السنة نعم التوجيه الثانى لا بأس به .

و استدلل للمقول الثانى بخبر (٣) حفص بن غياث الوارد فى ايداع اللص

١- الوسائل - باب ١ من ابواب الغصب حديث ٥

٢- الوسائل - باب ٢٧ من ابواب ما يكتسب به - حديث ١

٣- الوسائل - باب ١٨ من ابواب اللقطة حديث ١

دراهم او متاعا عند مسلم البدال على ان الوديعة بمنزلة اللقطة فيعرفها الودعي حولا ، المذكور في المتن بدعوى ان ظاهره ان مناط الفحص الى سنة وملاكه في اللقطة هو كونها مالا مجهول المالك وقع في يده فيتعدى منه الى كل ما كان كك (وفيه) ان الخبر مختص بايداع اللص ولا يبعد دعوى التعدي الى غيره من افراد الغاصب و الى كل مورد كان المال مأخوذا بعنوان الامانة والحفظ و اما التعدي الى كل مال مجهول المالك وان اخذ لمصلحة الاخذ فالظاهر انه قياس محض ، بل دعوى اختصاصه بمورده و عدم التعدي حتى من الجهتين الاولتين قريبة و بالنصوص (١) الواردة في اللقطة المحددة للفحص فيها بالسنة (وفيه) انها مختصة باللقطة والتعدي الى كل مال مجهول المالك يحتاج الى دليل (و استدل) للقول الاخير بانه يكفي في امثال الامر بصرف الوجود من الطبيعة (وفيه) ما تقدم من ان مدرك وجوب الفحص انما هو حكم العقل لا التعبد (فتحصل) ان الاقوى هو القول الاول .

مصرف مجهول المالك

(قوله قدده ثم الحكم بالصدقة هو المشهور فيما نحن فيه الخ) هذا هو الموضوع الخامس من البحث ، والكلام في هذا الموضوع ، تارة يقع في تعيين مصرف مجهول المالك ، واخرى في ولاية الصرف وانها للحاكم ، اول من يكون المال تحت يده و حيث لاشبهة في ان الحاكم بنفسه ليس مصرفا لهذا المال فلا وجه لعدال دفع الى الحاكم في عرض التصديق والامساك كما في المتن و الحواشي فهبنا بحثان (الاول) في تعيين المصرف (الثاني) فيمن له ولاية الصرف ، و في كل منهما تارة يقع البحث فيما تقتضيه القواعد ، واخرى فيما تقتضيه النصوص الخاصة ، فتنبه القول في هذا الموضوع يقتضي التكلم في موارد .

الاول في تعيين المصرف بحسب القواعد والمحتملات متعددة ، تعيين الصدقة

، وتعين الامساك والحفظ، والتخير بينهما ، وجواز التملك (اقواها) الاخير، ثم الثانى،
و ذلك لان المال الذى يكون الشخص مأبوسا عن الظفر بما لكه لا يعتبرونه
العقلاء ملكا لمالكه اذ اعتبار الملكية العقلائى الذى هو الموضوع لا اعتبار
الشارع لابدوان يكون بلحفاظ ثمرة عملية واثمر مترتب على الملكية فالملكية
التي لا يترتب عليها اثر لامعنى لاعتبارها ، وعليه ، فهو يخرج عن ملك مالكه بعد اليأس
عن الظفر به فيكون من المباحات فيجوز تملكه (وبهذا) البيان يمكن الافتاء بجواز
المشى فى الشوارع التى استحدثوها التى كانت املاكا للناس و اخذت من مالكيها
ظلما وعدوانا (ولونزلنا) عن ذلك فالمتعين هو الوجه الثانى ، لعدم جواز
تملك مال الغير ، والتصدق به (وما استدله) على وجوب التصديق ، من انه احسان
بالمالك ، و انه اقرب طرق الايصال الى المالك ، و ان الابقاء معرض للتلف (كلها
كما ترى) اذ لدليل على جواز الاحسان بمال الغير ، و ان شئت قلت انه ليس احسانا
فان التصرف فى مال الغير بغير اذنه ظلم و اسائة لاعدل و احسان و الدليل انما دل
على لزوم ايصال المال الى مالكه لاعلى لزوم اقرب طرق الايصال اليه اوجوازه و
كون الابقاء معرضا للتلف لا يوجب جواز اتلافه (لا يقال) انه بعد العلم الاجمالى
بتخصيص ما دل على عدم جواز التصرف فى مال الغير مالم يحرز رضاه به ،
بواحد من التصديق و الامساك للابدنية احدهما و كل منهما فى نفسه تصرف
لم يؤذن فيه لامانع من التمسك بادلة التصديق اذ المانع ليس الاعدم جواز التصرف
فى مال الغير الساقط فى المقام (فانه يقال) ان التصديق اتلاف لمال الغير و هو
محرم وان لم يكن دليل على حرمة التصرف فى مال الغير ، وبعبارة اخرى ، التصديق
تصرف و اتلاف فعدم الدليل على حرمة من الجهة الاولى لسقوط ما دل على حرمة
التصرف لا يستلزم سقوط ما دل على حرمة من الجهة الثانية ، و ان شئت قلت ، انه
انما يحكم بعدم شمول ادلة حرمة التصرف للتصدق و الامساك للعلم بعدم شمولها
لهمامعا ، و عليه ، فان كان شمولها لاحدهما دون الاخر ترجيحا بلا مرجح لاشمل

شيئا منهما و الافتشمل ما فيه الترجيح (و حيث) ان التصديق يكون اتلافا ايضا فتشمله تلك الادلة خاصة (مع) انه لو سلم شمول ادلة التصديق له من طرف المتصدق لكنها معارضة مع ادلة عدم جواز التصرف فيه من ناحية المتصدق عليه فتساقطان و يرجع الى اصالة الفساد .

المورد الثاني فيمن له الولاية بحسب القواعد (اقول) لو بنينا على جواز التملك فلا مورد لهذا البحث واما لو بنينا على تعيين الامساك والحفظ؛ او التصديق او التخيير بينهما، فان ثبت ان الحاكم ولي الغائب نفسه . وان له الولاية العامة فيتعين الدفع اليه ليكون هو المتولى لذلك والا، فيتولاه الاخذ بنفسه ولا يخفى وجهه .

المورد الثالث في تعيين المصروف بحسب النصوص الخاصة . اقول الوجود المحتملة بل الاقوال المنقولة، كثيرة (الوجه الاول) ان ذلك يكون للامام عليه السلام و قد استدل له المصنف ره بخبر (١) داود بن ابي يزيد عن الصادق عليه السلام قال قال له رجل اني قد اصببت مالا واني قد خفت فيه على نفسي فلو اصببت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه قال فقال له ابو عبد الله (ع) لو اصبته كنت تدفعه اليه فقال اي والله قال فانا والله ما له صاحب غيري قال فاستحلفه ان يدفعه الي من يامره قال فحلف قال فاذهب وقسمه بين اخوانك ولك الامن الخ (وفيه) اولان الخبر مجهول لحجبال (وثانيا) انه يحتمل فيه وجوده ذكرت جملة منها في مرآت العقول (الاول) ما فهمه المصنف ره وهو كون ما اصابه لقطعة من غيره لكنه تكون له (الثاني) ان يكون ما اصابه لقطعة من ماله عليه السلام فامر بالصدقة على الاخوان تطوعا (الثالث) ان يكون ما اصابه لقطعة من غيره و لكنه علم بموت صاحبه حين السؤال وانه لم يترك وارثا غير الامام عليه السلام (الرابع) ان يكون ما اصابه من عمال السلطان و كان ذلك مما يخص به او من الاموال التي له التصرف فيها و قد استظهر المجلسي ره هذا الوجه وكيف كان فمع هذه الاحتمالات لا يبقى مورد للاستدلال بهذا الخبر على المقصود (واماما) في حاشية السيد الفقيه، يمكن منع الدلالة فان المراد من صاحب

الولى وصاحب الاختيار (فغير سديد) اذ المراد من المصاحب فى الجواب، هو المراد به فى السؤال ومعلوم ان المراد به فيه المالك فتدبر .

الوجه الثانى ان يكون مجهول المالك لمن وضع يده عليه و استدل له المحقق الايروانى ره تبعاً للمحقق الهمداني قدسه (بقوله عليه السلام) فى صحيح (١) على بن مهزيار كتب اليه ابو جعفر عليه السلام كتابا فيه فالغنائم و الفوائد يرحمك الله فهى الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجائزة من الانسان للانسان التى لها خطر والميراث الذى لا يحتسب من غراب ولا ابن ومثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله و مثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب (وفيه اولا) ان الظاهر من قوله عليه السلام مال يؤخذ هو ارادة اللفظة لامطلق مجهول المالك ، وقد دلت النصوص الكثيرة على ان لواجدها تملكها بعد تعريفها حولا (و ثانيا) ان الخبر وارد فى مقام بيان وجوب الخمس فى كل غنيمة ومنها مال يوجد ولا يعرف صاحبه فغاية ما يستفاد منه ان مجهول المالك يجوز تملكه فى الجملة ، واما ان حكمه كذ مطلقا ام يختص ذلك ببعض اقسامه كاللفظة ، فلا يكون الخبر فى مقام بيانه كى يتمسك باطلاقه فيتعين الاخذ بالمتيقن (واما) ما ذكره الاستاذ الاعظم ، من ان الخبر ليس صريحا فى جواز التملك بعد اخراج خمسة وانما هو مطلق بالنسبة اليه فيقيد بالروايات الدالة على لزوم التصديق بمجهول المالك (فيرد عليه) ان الظاهر منه بقرينة عده من مصاديق الغنيمة والفائدة هو كونه ملكا لمن وضع يده عليه ، والا فلو تعين التصديق لما صح عده من افراد الغنيمة والفائدة .

الوجه الثالث انه يجوز لمن وضع يده عليه ان يعمل فيه ويخرجه صدقة قليلا قليلا حتى يخرج واستدل له (٢) بخبر نصربن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى العبد الصالح عليه السلام لقد وقعت عندى مائتا درهم واربعة دراهم وانا صاحب فندق ومات صاحبها ولم اعرف له ورثة فرأيتك فى اعلامى حالها وما صنعت بها فقد ضقت بها ذرعا - فكتب عليه السلام اعمل فيها واخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج (وفيه) اولا ان الخبر مجهول لنصر

١- الوسائل - باب ٨- من ابواب ما يجب فيه الخمس حديث ٥

٢- الوسائل باب ٤ من ابواب ميراث الخشي وما اشبهه حديث ٣-

وثانياً ، انه لم يفت احد بظاهرة لاسيما اذا كان المراد بقوله عليه السلام اعمل فيها، التجارة بها واخراج الصدقة من ربحها (واما) ما اورده عليه الاستاذ الاعظم بان من المحتمل ان صاحب المال قد مات ولم يترك وارثا غير الامام ، وانه عليه السلام بما هو وارث اجاز لصاحب الخان ان يتصرف في ذلك المال ويتصدق به قليلا قليلا ، واحتمال وجود وارث غير الاب والام مدفوع بالاصل واحتمال وجودهما لعله كان مقطوع العدم (فيرد عليه) ان مجرد احتمال كون وجود الاب والام مقطوع العدم لا يكفي في الابرار على الاستدلال مع عدم الاستفصال فتدبر .

الوجه الرابع انه يتعين الحفظ والايصاء به عند الوفاة واستدل له بخبر (١) هيثم بن ابي روح صاحب الخان ، قال كتبت الى العبد الصالح عليه السلام اني اتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة لا عرفه ولا عرف بلاده ولا ورثته فيبقى المال عندي كيف اصنع به ولمن ذلك المال فكتب (ع) اتركه على حاله (وبعدة) روايات رواها هشام (منها) موثقة المتقدم في الموضع الاول ومنها خبره (٢) الآخر المروى عن الفقيه سأل حفص الاعور ابا عبد الله عليه السلام وانا حاضر فقال كان لابي اجير وكان له عنده شيء فهلك الاجير ولم يدع وارثا ولا قرابة وقد ضقت بذلك فكيف اصنع به فقال عليه السلام رأيك المساكين رأيك المساكين فقلت اني ضقت بذلك ذرعا فكيف اصنع قال عليه السلام هو كسبيل مالك فان جاء طالب اعطيته ومنها (٣) صحيحه قال سأل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدها وبقي له من اجره شيء ولا يعرف له وارث قال فاطلبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين وحرك يديه قال فاعاد عليه قال اطلب واجهد فان قدرت عليه والافه كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وفيهما نظر (اما) الاول فلانه ضعيف السند لان الهيثم مهمل مجهول مع ان الظاهر منه ارادة ما قبل الفحص

والياس عن الظفر بالمالك (واما) اخبار هشام فيرد عليها (اولا) انه لا يبعد اتحاد الاولين
وعليه فهي رواية مضطرب المتن اذ في الاول امر عليه السلام اولا بالدفع الى المساكين ثم
قال عليه السلام والافهو كسبيل مالك (وثانيا) ان قوله عليه السلام كسبيل مالك مجمل يحتمل ان
يراد به لزوم الامساك والحفظ اى تنحفظ عليه في ضمن اموالك ويحتمل ان يراد به
التملك بالملكية المتزلزلة غير المنافية لوجوب الدفع ان جاء له طالب (وثالثا) انها
ظاهرة في موت الاجير وعدم وجود وارث له فيكون المال له عليه السلام ويمكن ان يكون
المراد به اطلب مالكة الذي هو عليه السلام ولا يبين له للتقية (ورابعا) ان موردها الدين وهو
ليس في معرض التلف ومحل الكلام العين الخارجية (و خامسا) ان موردها معلوم
المالك الذي لا يمكن الوصول اليه فلامساس لها بمجهول المالك .

الوجه الخامس لزوم التصديق به ويدل عليه جملة من النصوص كخبر (١) على
ابن ابي حمزة الوارد في عامل بنى امية وفيه فاخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم فمن
عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت له وانا ضمن لك على الله عز وجل الجنة
و خبر (٢) على بن ميمون الصائغ عن الصادق عليه السلام عما يكتس من التراب
فا يبيعه فما اصنع به قال عليه السلام تصدق به فمالك واما لاهله ونحوه خبره (٣) الاخر
و خبر (٤) ابي على بن راشد عن ابي الحسن عليه السلام قلت جعلت فداك اشتريت
ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال عليه السلام لا يجوز
شراء الوقف ولا تدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت لا اعرف لها
ربا قال تصدق بغلتها ، وحسن (٥) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام في رجل ترك غلاما
له في كرم له يبيعه عنب او عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه الى

١ - الوسائل باب ٢٧ من ابواب ما يكتسب به حديث ١

٢-٣- الوسائل باب ١٦ - من ابواب الصرف حديث ٢-١

٤ - الوسائل باب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

٥ - الوسائل - باب ٥٥ - من ابواب ما يكتسب به حديث ١

ان قال ان افضل خصال هذه التي باعها الغلام ان يتصدق بثمنها و مصحح (١) يونس الوارد في من بقي بعض متاع رفيقه ولا يعرف صاحبه ، فقال عليه السلام بعه واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك اهل الولاية قال نعم ، الى غير ذلك من النصوص الواردة في الموارد الخاصة (وما افاده) السيد في الحاشية من ان صحيح (٢) معاوية عن الصادق عليه السلام في رجل كان له على رجل حق فقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احى هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا قال عليه السلام اطلب قال فان ذلك قد طال فانصدق به قال عليه السلام اطلبه ، يدل على عدم جواز التصديق فيعارض النصوص المتقدمة (في غير محله) اذ هو انما يدل على انه لا يتصدق مادام يكون مأمورا بالفحص والطلب اي مادام لم يأس من الظفر بمالكه ، وقد عرفت انه يدل على ذلك غير هذا الصحيح ايضا وبها يقيد اطلاق هذه النصوص ، وتختص هذه بما اذا يأس عن الظفر بمالكه بل يستفاد منه ان وجوب التصديق به كان مغروسا في ذهن السائل وانما سئل عن ان طول المدة هل يوجب سقوط الطلب ام لا فاجاب عليه السلام بعدم موجبيته له (وبما) ذكرناه ظهر مدرك القول بالتخيير بين التصديق والامساك الذي اختاره السيد ، والقول بالتخيير بينهما وبين التملك والجواب عنهما اذ لا منشأ لهما سوى ان ذلك مقتضى الجمع بين النصوص (وحيث) عرفت عدم دلالة ما استدل به على التملك والامساك عليهما فالمتعين هو التصديق خاصة.

المورد الرابع في بيان تعيين من له ولاية الصرف بعد ملاحظة النصوص الخاصة والاقوال في ذلك اربعة (الاول) انها للحاكم مطلقا (الثاني) انها لمن وضع يده على المال ، (الثالث) ثبوت الولاية لكل منهما (الرابع) التفصيل بين الدين والعين ، فتكون الولاية للحاكم في الاول و للاخذ في الثاني .

وقد استدل للاول (بان) النصوص الآمرة بالتصدق واردة في بيان المصرف ولا تكون متعرضة لحكم مباشرة التصديق فيتولاه الحاكم ولاية (وبانها) وان تضمنت

١- الوسائل - باب ٧ - من ابواب اللقطة - حديث ٢

٢- الوسائل - باب ٤ - من ابواب ميراث الخنثى وما شابهه - حديث ٢

الاذن فى مباشرة الآخذ للتصدق الان الظاهر منها ولاقل من المحتمل انه اذن منه ^{للمرئى} للسائل بمباشرة التصديق بالولاية الشرعية لانه بيان للحكم الشرعى من هذه الجهة فيتولاه الحاكم حسبة - وفيهما نظر (اما الاول) فلان النصوص كالصريحة فى الامر بمباشرة التصديق (واما الثانى) فلان الظاهر من كلمات الشارع الاقدس وخلفائه المعصومين عليهم السلام الواردة فى مقام الجواب عن السؤال عن الوظائف الشرعية هو ورودها لبيان الحكم الشرعى فظاهر النصوص هو بيان الحكم الشرعى حتى من حيث مباشرة التصديق وبذلك ظهر مدرك القول الثانى .

واستدل للقول الثالث بوجوه (الاول) ان ذلك مقتضى الجمع بين هذه النصوص وبين ما دل على ولاية الحاكم الشرعى على الغائب (الثانى) ان للحاكم ولاية على مستحقى الصدقة فكما يجوز الدفع اليهم انفسهم كك يجوز الدفع الى وليهم (الثالث) ان الحاكم اعرف بمواقعها ممن وضع يده عليها - وفى الكل نظر (اما الاول) فلان ولاية الحاكم انما تكون من باب الحسبة ولم يثبت ولايته على الغائب من غير هذه الجهة و عليه فلا بد من الاقتصار على المتيقن وهو ما اذا لم يكن له ولى آخر و حيث ان مقتضى النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للآخذ فلا يبقى مورد لولاية الحاكم (واما الثانى) فلانه مضافا الى عدم ولايته على المستحقين بعد كونهم ممن يمكن الوصول اليه ، ان مقتضى اطلاق نصوص الباب عدم ثبوت الولاية له (واما الثالث) فلان مقتضاه ان تعيين مصرف مجهول المالك ليس من وظيفة الجاهل بل هو وظيفة العالم وهذا امر لا ينكر و اما بعد الرجوع اليه و تعيينه المصرف فهل يجب اوجوز الدفع اليه ام لا ، فهذا الوجه لا يدل على شىء منها .

واستدل للقول الرابع (بان) الكلى لا يشخص للغريم الاقبض الحاكم الذى هو وليه وهذا بخلاف العين الخارجية فانها متعينة فى نفسها (وفيه) ان مقتضى النصوص المتقدمة ثبوت الولاية للآخذ مطلقا (فنحصل) ان الاقوى عدم اعتبار اجازة الحاكم فى صرف مجهول المالك وانه لا يجب بل لا يجوز الدفع اليه ، الا بعنوان توكله فى ابصالة

إلى موارده نعم ، الاحوط اختيار أحد الأمرين للقول بوجوبه .

(قوله قدّم ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلاً الخ)

أقول ، إن المستفاد من النصوص المتقدمة الأمر بالتصدق بمجهول المالك إن المالك إن الموجب لذلك ومناطه هو تعذر الإيصال إلى المالك ، وعليه ، فلا فرق بين أن يكون المالك مجهولاً بقول مطلق وبين كونه مردداً بين أشخاص غير محصورين و بين كونه معلوماً يتعذر الوصول إليه .

تنبيهات (الأول) إن هذا الحكم أي التصديق إنما يتعين مالم يحرز رضا صاحب المال بصرفه في جهة خاصة والأفلا ريب في عدم وصول النوبة إلى التصديق بل بصرف فيما أحرز رضا صاحبه بصرفه فيه (وعليه) فيخرج سهم الإمام عليه السلام عن موضوع هذا المبحث للعلم برضاه عليه السلام بصرف سهمه في تشييد الدين وإعلام كلمة الإسلام ومن ذلك إعطائه لأهل العلم .

الثاني الظاهر من بعض المحققين أنه ينوي الصدقة عن المالك ، ولكن مقتضى إطلاق الأخبار عدم تعيين نية ذلك ، وعلى فرض اعتبارها لا يلزم أن ينوي كونها عنه ولو أجاز بعد تبينه ، وعن نفسه إن ردها ، بل ينوي عن المالك والنص دل على أنها تحسب له إن ردها .

الثالث إن ظاهر خبري ابن ميمون جواز أن يبيع المال ويتصدق بثمنه ، ولكن الاحوط لزوماً إعطاء نفس العين ، لضعف الخبرين سنداً - فالبيع تصرف لم يؤذن فيه .

الرابع إذا مات المالك فإن علم بوجود الوارث له يتصدق عنه ، وإن لم يعلم بعدم وجوده يكون المال للإمام لأنه وارث من لا وارث له ، وإن شك في وجود الوارث حتى الأب والأم فيلحقه حكم مجهول المالك لإطلاق الأخبار ، وإن شك في وجوده مع العلم بموت أبيه وأمه ، فهل يلحقه حكم مجهول المالك لإطلاق الأخبار أم حكم ميراث من لا وارث له ، لإصالة عدم وارث آخر والمفروض أن الحكم معلق على

عدم الوارث وجهان اقواهما الثاني.

(قوله قده ثم ان مستحق هذه الصدقة هو الفقير الخ) اقول يشهدله مضافا الى ما افاده المصنفه من ان المتبادر من اطلاق الامر بالتصدق هو ذلك الآية الشريفة (١) «انما الصدقات للفقراء والمساكين» و جملة من النصوص (وبذلك) يظهر ضعف ما عن الجواهر من انه يجوز اعطاء هذه الصدقة للاغنياء ايضاً عملاً باطلاق النصوص (واضعف) منه ما ابتنى عليه من جواز اعطاء مال الامام عليه السلام للاغنياء بدعوى ان المالك و ان كان معلوما الا انه لتعذر الوصول اليه يتصدق عنه ، لما عرفت من ان سهم الامام خارج عن هذا المبحث موضوعا .

(قوله قده وفي جواز اعطائها للهاشمي قولان الخ) قد استدل على عدم الجواز في مقابل المطلقات المقنضية للجواز بانها صدقة واجبة فاذا كانت عن غير هاشمي تحرم على الهاشمي لما دل على ان الصدقة الواجبة محرمة على الهاشمي اذا كانت عن غير الهاشمي كخبر (٢) جعفر بن ابراهيم الهاشمي عن الصادق عليه السلام قلت له اتحل الصدقة لبنى هاشم فقال عليه السلام انما الصدقة الواجبة على الناس لاتحل لنا فاما غير ذلك فليس به بأس الخ (و فيه اولاً) ان الاظهر تبعاً لجمع من الاساطين كالسيد و الشيخ والعلامة والمحقق وغيرهم - حلية الصدقات الواجبة غير الزكاة على الهاشمي (ويشهدله) جملة من النصوص المفسرة للصدقة الواجبة المحرمة على بنى هاشم كخبر (٣) اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام عن الصدقة التي حرمت على بنى هاشم ما هي فقال عليه السلام هي الزكاة ونحوه خبر (٤) زيد الشحام (وثانياً) انه لو سلم حرمة الصدقات الواجبة على الهاشمي مطلقاً، لايجري هذا الحكم في المقام اذ الصدقة لا تكون واجبة بعنوانها في المقام بل تكون واجبة من جهة انطباق عنوان عرضي عليها نظير ما لو نذر ان يتصدق يوم الجمعة بدرهم ، و ان شئت قلت انها صدقة مندوبة عن المالك و ان وجبت على من

١ - التوبة آية ١٤

٢ - الوسائل - باب ٣١ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٣

٣ - ٢ - الوسائل - باب ٣٢ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ٥ - ٤

تحت يده فهو نظير مالو آجر زيد شخصا و وكله في ان يتصدق عنه ، فلا يظهر جواز اعطائها للهاشمي ، هذا اذا كانت الصدقة لغبر الهاشمي ، والا فلا كلام في الجواز .

التصدق بمجهول المالك لا يوجب الضمان

(قوله قد عده ثم ان في الضمان لو ظهر المالك الخ) اقول في ضمان من تصدق بمجهول المالك لو ظهر مالكة بعد التصديق ولم يرض به ، وجوه اقول (الاول) الضمان مطلقا (الثاني) عدمه كك (الثالث) التفصيل بين ما اذا كان المال مسبوقا باليد العادية فيحكم بالضمان وبين عدمه فيحكم بعدمه . وتنقيح القول في المقام يقتضي التكلم في مقامات (الاول) فيما يستفاد من النصوص الخاصة (الثاني) في مفاد الادلة الاجتهادية العامة (الثالث) في ما تقتضيه الاصول العملية .

اما المقام الاول فالظاهر انها تقتضي عدم الضمان مطلقا ، وذلك لوجهين (الاول) ان خبر علي بن ابي حمزة الوارد في قصة عامل بني امية المتقدم كالصريح في ذلك اذ العامل قد طلب من الصادق عليه السلام المخرج عما اخذه من اموال الناس فجوابه - عليه السلام بالتصدق بما تحت يده ان لم يعرف صاحبه و ضمانه له بذلك المجنة ، كالصريح في عدم الضمان اذ لو كان التصديق موجبا للضمان لما جعله عليه السلام مخرجا له (الثاني) اطلاق النصوص الامرة بالتصدق (لا) بدعوى ان الاذن في التصديق بما هو مسقط له الان يعلم انه على وجه الضمان ، كي يرد عليه بان مطلق الاذن لاحكم له بل الضمان معلق على كون الاذن ضمانيا ، وعدمه على كونه مجانيا وبعبارة اخرى الراجع للضمان هو اسقاط الاحترام الذي لا يصدق الامع الاذن المجاني (ولا) بدعوى ان المستفاد من النصوص بدلية يد الفقير من يد المالك ليكون الواقع في يد الفقير كالواقع في يد المالك (بل) لان الظاهر ورودها في مقام بيان كل حكم متعلق بالمال المجهول مالكة اذ السائل انما كان يسأل عما هو وظيفته الشرعية بالنسبة الى ذلك المال فجوابه عليه السلام بالامر بالتصدق والسكوت عن الضمان يكون دالا على عدمه .

وقد استدل على الضمان في مقابل ذلك بوجوه (منها) ان المرسلة التي تقدم ذكرها وهي ما عن السرائر روى انه بمنزلة اللقطة تدل عليه (ومنها) استفادة ذلك من خبر ايداع اللص المتقدم (و منها) استفادته من النصوص الواردة في اللقطة - وفي الكل نظر (اما الاول) فلانه مضافا الى ارسالها لم يثبت كونها غير خبر ايداع اللص كما اعترف بذلك المصنف ره فيما تقدم (و اما الثاني) فلما تقدم من عدم التعدي عن مورده و ما ذكره المصنف ره في المقام في وجه التعدي من انه يستفاد منه ان التصديق على هذا الوجه حكم اليأس عن المالك - قد مر الجواب عنه فراجع ، (واما الثالث) فلان التعدي عن نصوص اللقطة يتوقف على احراز عدم الخصوصية وهو كما ترى كيف ويجوز تملك اللقطة و لا يجوز ذلك في المقام (فتحصل) انه بحسب النصوص الخاصة الاظهر هو عدم الضمان مطلقا - وعلى ذلك فلا يبقى مجال للتكلم في المقامين الآخرين وانما يتكلم فيهما على فرض التنزل وعدم استفادة ذلك من النصوص .

و اما المقام الثاني فملخص القول فيه ، ان دليل الضمان ، احد امور ثلاثة - قاعدة اليد - و قاعدة الاتلاف - و الدليل الخاص ، اما الاخير فمفروض العدم في المقام ، و اما قاعدة الاتلاف فحيث لا كلام في ان التصديق حين وقوعه لا يقع عن المتصدق لعدم نفوذ الصدقة بمال الغير اذ لا صدقة الا في ملك ، و كك لا كلام في ان التصديق لا يكون مراعى كالفصولي اذ لم يقل احد برجوع المالك على الفقير وعدم جواز تصرف الفقير فيه ، فلا محالة يقع التصديق عن المالك ، ويعود نفعه اليه فعلى ذلك يمكن دعوى عدم شمول القاعدة للمقام بوجهين (الاول) انه لو كانت هي شاملة له لزم القول بثبوت بدله في ذمة المتصدق ، وحيث انه ايضا مجهول المالك لزم التصديق به وهكذا فيلزم التسلسل فيستكشف من ذلك عدم الضمان بالصدقة (الثاني) ان مقتضى الآية الشريفة (١) «ما على المحسنين من سبيل» التي حكموها على قاعدة اليد عدم الضمان و هي تقدم على قاعدة الاتلاف .

ثم ان المصنف ره ذكر في وجه عدم شمولها للمقام امرين (الاول) ان الظاهر من دليل الاتلاف هو الاتلاف على المالك ، لا الاتلاف له والا حسان اليه و استجوده السيد ره في الحاشية وتبعهما الاستاذ الاعظم ، (وفيه) انه لا وجه لهذا الا ستظهار بعدم عموم الدليل سوى دعوى الانصراف وهو لسو سلم بدوى يزول لايتمد عليه ، الا ترى افتاء الفقهاء بضمنان من قدم طعام المالك الى نفسه فاكله من غير اطلاع منه بانه طعامه (الثانى) ان الظاهر من دليل الاتلاف كونه علة تامة للضمنان وليس كك فيما نحن فيه لما تسالم الفقهاء عليه من انه لو رضى المالك بالتصدق لاضمان عليه فلا محالة على فرض الضمان يكون الاتلاف جزء العلة و جزئها الاخررد المالك او عدم اجازته فهو لا يشمل المقام (وفيه) انه مع قطع النظر عما ذكرناه اذا احتملنا ثبوت الضمان من حين التصديق على تقدير الرد او عدم الاجازة يكون العموم المذكور دليلا عليه ويثبت به الضمان على هذا التقدير من حين التصديق لامن حين الرد كى يرد المحذور المتقدم (مع) ان مقتضى العموم المزبور ثبوت الضمان من حين الاتلاف وفي المقام اذا ثبت عدم الضمان الى حين الرد يكون ذلك مخصصا له بالنسبة الى هذه القطعة من الزمان واما بعدها فلا مانع من التمسك به تقدير .

و افاد بعض مشايخنا المحققين ره فى وجه عدم شمول القاعدة للمقام بان الاتلاف ظاهر فى اتلاف الذات والتصدق بالمال اتلاف لوصف ماليته ولا ينصرف اليه اطلاق الاتلاف بل خلاف ظاهره (وفيه) ان الاتلاف ليس الا اخلاء كيس المالك منه الصادق فى المقام فالصحيح هو ما ذكرناه (واما قاعدة اليد) ففيما اذا كانت يد المتصدق يدامانة مالكية او شرعية لاموردها اصلا ، كما لا يخفى وفيما اذا كانت مسبوقة بالضمان يشهد لعدم شمولها للمقام الوجه الاول الذى ذكرناه فى قاعدة الاتلاف (واما) ما افاده بعض المحققين ره من انه بدل على عدم الضمان عموم ما على المحسنين من سبيل بدعى ان المتصدق فى تصدقه محسن الى المالك لان نفعه راجع اليه فقد تقدم الجواب عنه مفصلا وعرفت ان الاية انما تدل على انه لا مقتضى لضمنان المحسن

وقاعدة اليد تدل على ثبوت المقتضى له مالم يتحقق الاداء الى المالك، ومن البديهي ان مالا اقتضاء له لا يزاحم ماله الاقتضاء (فتحصل) انه بحسب القواعد لا يمكن اثبات الضمان في المقام مع انه لو سلم اثباته بها يتعين الخروج عنها بالادلة الخاصة الواردة في المقام الدالة على عدم الضمان كما عرفت .

واما المقام الثالث فان كانت اليد الموضوعة على مجهول المالك ابتداءً يدامانة يجرى استصحاب عدم الضمان لانه يشك في حدوث الضمان به فيجرى استصحاب عدمه وان كانت يده مسبوقه بالضمان (فان قلنا) ان حقيقة الضمان هي اشتغال الذمة بالبدل بعد التلف و اما حال قيام العين فلا تكليف الابداء نفس العين فمقتضى الاستصحاب ايضا عدم الضمان لانه يشك في اشتغال الذمة بالبدل بالتصدق فيستصحب عدمه و كون اليد بيد ضمان قبل التصديق بمعنى اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بغير الصدقة لا يكفي في استصحاب الضمان واثبات اشتغال الذمة بالبدل على تقدير التلف بالصدقة فانه من قبيل اسراء الحكم من موضوع الى آخر و ليس هذا شأن الاستصحاب (و اما) ان قلنا بان حقيقة الضمان هي كون العين في العهدة الى حين ردها او بدلها كما هو الصحيح فيجرى في هذه الصورة استصحاب الضمان لان الشك ح يكون في سقوطه بالتصدق و على ذلك فان ثبت عدم الفصل بين صورتين تعارض الاستصحابان، فيرجع الى البرائة وبما ذكرناه ظهر ما في كلمات المصنفه في هذا المقام فتدبر .

(قوله قد نهى الضمان هل يثبت بمجرد التصديق الخ) قبل الدخول في البحث لابد وان يعلم انه بناءً على ما لعله الحق من ان العين بنفسها تستقر في الذمة والعهدة الى حين الاداء وان تلفت قبله لا مجال لهذا البحث لعدم ترتب ثمرة عليه اذ على جميع الوجوه يجب اداء قيمة يسوم الاداء لاقيمة يوم الاخذ ولاقيمة يوم التصديق ولاقيمة يوم الرد ولاغير ذلك من المحتملات فالثمره لهذا البحث تظهر بناءً على انه بتلف العين ينتقل بدلها من المثل او القيمة الى الذمة فانه على القول بالضمان من حين التصديق يجب اداء قيمة ذلك اليوم ، وعلى القول بالضمان من حين الرد يجب

اداء قيمة يوم التفرغ .

ثم ان المصنف ذكر وجوها ثلاثة في المسالة، الضمان بالتصدق، والضمان بالرد من حينه، والضمان بالرد من حين التصديق (واستدل للاول) بدليل الاتلاف والاستصحاب والظاهر ان مراده بالاستصحاب استصحاب بقاء ضمان اليد فيما اذا كانت اليد ضمان الذي استدل به سابقا فان مقتضى استمرار الضمان مع فرض خروج العين بالتصدق عن كس المالك وتلفها عليه - اشتغال الذمة بالبدل من حينه (اقول) يرد على الاول ما عرفت من انه على فرض شمول دليل الاتلاف للمقام يمكن الالتزام بكونه سببا للضمان من حين الرد لاحظ ماوردناه على الوجه الثاني من الوجهين الذين ذكرهما لعدم شموله للمقام. ويرد على الثاني ما استعرف عند بيان ما هو الحق عندنا (واستدل للثاني) باصالة عدم الضمان قبل الرد والظاهر ان مراده بها اصابة البرائة عن الضمان التي اشار اليها آتفا (واستدل) للقول الثالث بظاهر خبر الودعي وتقريب الاستدلال به، انه لا ريب في ظهوره في ان الاجر على تقدير اختياره انما يثبت من حين التصديق بقريضة المقابلة يسكتشف منه ثبوت الغرم ايضا كك (وفيه) ما استعرف من ثبوت الاجر له على كل تقدير من حين التصديق الى حين الرد فانظر .

و الحق في المقام ان يقال بناء على القول بالضمان ، انه لا ريب في ان الصدقة حين وقوعها تقع عن المالك كما تقدم - ويقع الاجر له وليس ذلك مراعى بالاجازة وعدم الرد ، والالزم عدم ثبوت الاجر له اذا لم يظهر المالك و هو خلاف النص والفتوى ، ومع ثبوت الاجر له لا معنى للضمان ولذا لورد و بنينا على الضمان يكون الاجر للمتصدق (مع) ان ثبوت الضمان من حين التصديق و كون الاجازة وعدم الرد رافعة له ، مضافا الى ورود المحذور العقلي المتقدم عليه من لزوم التسلسل لازمه اشتغال ذمة المتصدق واقعا لو لم يظهر المالك و يترتب عليه ما يترتب على ساير ديونه وهو مقطوع بعدم - فالأظهر على القول بالضمان ثبوته من حين الرد .

(قوله قده و لومات المالك ففى قيام وارثه مقامه الخ) اقول تحقيق القول فى المقام انه تارة يكون موت المالك قبل التصديق و اخرى يكون بعده (فان كان) قبله لا ينبغي التأمل فى قيام وارثه مقامه لانه حين التصديق كان مالكا لامورثه (و ان كان) بعده ، فان قلنا بثبوت الضمان فى الفرع السابق من حين التصديق والاجازة رافعة له ، لامحالة يقوم الوارث مقامه فانه من قبيل ساير الديون و اما ان قلنا بعدم ثبوت الضمان الا بالرد ، فالظاهر انه لا يقوم مقامه اذا الوارث لا يكون مالكا حتى يثبت له هذا الحق (ودعوى) ان هذا الحق الثابت للمورث بنفسه ينتقل الى الوارث (مندفعة) بان من الحقوق ما يكون قائما بالشخص و لا يقبل الانتقال و هو لا يكون متروكا بعد الموت بل به ينعدم فلا شىء حتى يكون لوارثه و ان شئت فعبر عنه بالحكم و حيث انه من المحتمل كون هذا الحق من قبيل ذلك فلا دليل على ثبوته للوارث وبما ذكرناه ظهر ما فى كلمات المصنفه .

(قوله قده و لومات المتصدق فرد المالك فالظاهر خروج الغرامة الخ) اقول خروج الغرامة من ماله ينتنى على القول بضمانه من حين التصديق فانه يكون مديونا فيخرج دينه من ماله و اما على القول بضمانه من حين الرد فحيث انه يحتمل كون ذلك من قبيل الاحكام لا الحقوق القابلة للانتقال فلا وجه للمتعدى عن المتصدق الى ورثته - كما لا يتعدى من المالك الى ورثته كما عرفت ، وبذلك ظهر انه لا وجه لاستظهار المصنف اخراج الغرامة من تركته مع تردده فى المسألة السابقة.

(قوله قده و لودفعه الى الحاكم فتصدق به بعد الياس الخ) اقول ان بنينا على ثبوت الولاية للحاكم على الغائب ومن يحكمه من الحاضر غير المعروف بعينه ، لودفع من وضع يده على مجهول المالك الى الحاكم لا يكون ضامنا وان لم يقصد الدفع اليه بعنوان انه ولى ، اذ دفع مال المولى عليه الى وليه بوجب سقوط الضمان وان لم يقصد ذلك ، وان بنينا على عدم ثبوت الولاية له كما هو الاظهر لعدم الدليل عليه فالدفع اليه لا يوجب رفع الضمان كما تقدم ، وهذا بالنسبة الى الدافع واما

الحاكم فان تصدق بالمال ثم ظهر المالك ولم يرض به وبنينا على ثبوت الضمان اذا باشر الدافع اليه التصديق ، يكون هو ايضا ضامنا ان كان مكلفا بالتصدق نفسه ، و ان كان وكيلا في الدفع الى الفقراء يكون الضامن هو الموكل كما لا يخفى (ثم انه) ان صار الحاكم ضامنا هل يدفع البديل من بيت المال كما عن الاستاذ الاعظم ، لمادل على ان ما اخطأت القضاة فهو من بيت المال ام من مال نفسه وجهان (اقواهما) الثاني لان دليل ما اخطأت القضاة لا يشمل مثل المقام مما يكون التصديق لابما هو حاكم بل من جهة ان في يده مجهول المالك .

الصورة الرابعة

(قوله قدده واما الصورة الرابعة وهي ما علم اجمالا اشتغال الجائزة على الحرام الخ) محصل القول فيها ، ان الاشتباه تارة يكون موجبا لحصول الاشاعة كخلط السمن بالسمن ، واخرى لا يكون موجبا لذلك كما اذا اجازته الظالم فراشين علم ان احدهما له والاخر غصب .

اما في المورد الاول فقد يكون المالك ، و مقدار الحرام ، معلومين ، وقد يكوننا مجهولين . و قد يكون المقدار معلوما و المالك مجهولا ، و قد يكون بعكس ذلك ، قال المصنف ره و على الاول فلا اشكال (اقول) انه ان كان الخلط على نحو الاشاعة الواقعية كما اذا اعطاه الجائر مالا مشتركا بينه وبين غيره من دون اذن من ذلك الغير يجب دفع حصة الغير اليه ، وان كان على وجه الامتزاج الموجب للاشاعة الظاهرية يجب دفع ما يعادل حصته من المجموع ، هذا اذا لم يكن على وجه الاستهلاك (وان كان) على ذلك الوجه فان لم تكن المالية باقية ايضا لا يكون عليه ضمان ان لم يكن بفعله ، وان كان بفعله ضمن قيمة التالف ، وان كانت المالية باقية ، فهل يكون ذلك موجبا للشركة في العين ، ام يجب دفع قيمة ماله الذي يعتبر موجودا بمالينه وان لم يكن موجودا بعينه وجهان .

وعلى الثانى وهو ما اذا كان المالك و المقدار مجهولين (فالمشهور) بين الاصحاب اخراج الخمس (وعن) العماني والاسكافي والمفيد وسار وسيد المدارك وغيرهم عدم الوجوب وعدم حليته بالتخميس (والمحقق) الهمداني ره قوى التخيير بين التخميس وبين التصديق بجميع ما فيه من الحرام باى وجه امكن (وعن) بعض المحققين حليته بدون التخميس والتصديق (والاقوى) هو الاول ، وقد اشبعنا الكلام فيه فى الجزء السادس من هذا الشرح .

وعلى الثالث وهو ما اذا كان المقدار معلوماً والمالك مجهولاً ، يجب التصديق كسائر افراد مجهول المالك كما هو المشهور (وعن) ظاهر النهاية والغنية والوسيلة والنافع والشرايع والتبصرة واللمعة وجوب الخمس فى هذا الفرض ايضا ولم يستبعد السيد فى الحاشية قوته واختاره صاحب الحقائق ، (وقوى) الشيخ الاعظم فى كتاب الخمس لزوم دفع ذلك المقدار خمسا لصدقة قل او كثر ، والاول اقوى ، وقد حققناه فى الجزء السادس من هذا الشرح ولعله يظهر مما قدمناه فى الصورة السابقة .

وعلى الرابع وهو ما اذا كان المالك معلوماً والمقدار مجهولاً ، ففى المتن وجب التخلص بالمصالحة (وعن) العلامة ره فى التذكرة تعيين تخميسه وحلية المال به ان لم يرض بالصلح (وعن) جماعة دفع الاقل المعلوم الى المالك والرجوع فى الزايد المشكوك فيه الى القرعة وقواه الشيخ الاعظم ره فى بعض الصور (وعن) كشف الغطاء وجوب صلح الاجبار واستقرب المحقق الهمداني ره وجوب اعطاء الاكثر ، (والاظهر) وفاق الجماعة وجوب دفع الاقل والاكتفاء به اذا كان المال فى يده لان فى المقدار الزايد المشكوك فيه يرجع الى قاعدة اليد الحاكمة بالملكية بناءً على ما هو الحق من انها اماراة للملكية بالنسبة الى الشخص نفسه (واما فى المورد الثانى) فالمصنف ره قال بتعين القرعة او البيع والاشتراك فى الثمن ، ولكن الاظهر جريان الاقسام الاربعة المذكورة فى المورد الاول فى هذا المورد وذكرنا تفصيل ذلك فى الجزء السادس .

(قوله قد و اعلم ان اخذ ما فى يد الظالم ينقسم باعتبار نفس الاخذ

الى الاحكام الخمسة (الخ) مراده بذلك ان الاخذ باعتبار العناوين الثانوية المنطبقة عليه ينقسم الى احكام خمسة ، فاخذ مال الغير من دون رضاه حرام واخذ حق الناس من الجائر قد يكون واجبا ، واخذ المال منه مع عدم العلم بالحرمة لمصلحة كتزويج عزاب آل ابي طالب مستحب ، واخذ المشتبه منه مكروه على المعروف واخذ المال منه لغير ماذكر مباح ، (وعليه) فلا يرد عليه ما اورده المحقق الايرواني ره من ان الاخذ لاحكم له بنفسه سوى الاباحة.

(قوله قدده وباعتبار نفس المال الى المحرم (الخ) اقول (المحرم) ما علم كونه مال الغير مع عدم رضاه بالاخذ (والمكروه) ما ذكره المصنف ره وهو المال المشتبه ، وقد تقدم الكلام فيه مفصلا ، وعرفت في اول هذا المبحث انه لا دليل على كراهته (والواجب) قدم له المصنف ره بما يجب استنقاذه من يده من حقوق الناس اقول لا دليل على وجوب استنقاذ حقوق الناس منه ان امكن ، نعم لو كان مال الغير تحت يده وغصبه الجائر يجب استنقاذه منه ان تيسر لو وجوب رده الى مالكه ويكون هذا مقدمة له والاولى اضافة (المباح) اليها لان اخذ مال الغير منه مع احراز رضا صاحبه مباح . (قوله قدده حتى انه يجب على الحاكم الشرعي استنقاذ (الخ) اقول لا اشكال في جواز ذلك ، واما وجوبه ، فلم اجده ما يمكن الاستدلال به له ، سوى ما عن بعض من انه ولي بيت مال المسلمين فيجب عليه حفظه عن التلف واخذه من ذمم الناس و لو بالمقاصة من اموالهم ، ولكن يمكن المناقشة فيه ، اذ كونه وليا يقتضى عدم جواز اتلاف بيت المال و وجوب حفظه عن التلف واما وجوب اخذه من الذمم مع عدم دخول عدم الاخذ في اتلافات الولي ، فهو لا يدل عليه ، الا ان الانصاف كون عدم الاستنقاذ منه خلاف الحفظ الراجع اليه و يعد من خياناته واتلافاته فلا يظهر وجوبه - و اما جوازه - لآحاد المستحقين مع اذن الحاكم فلا كلام فيه ، واما جوازه لهم من دون الاستيذان ، فلعل وجهه انه يصدق على كل فرد منهم انه ذو الحق لثبوت ذلك بالنسبة الى الكلى المنطبق عليه .

(قوله قدده وكيف كان فالظاهر انه لا اشكال في كون ما في ذمته الخ)

الى هنا كان الكلام في حكم اخذ المال من الجائر ، و الكلام فعلا يقع في حكم الجائر نفسه (اقول) ان كان ما اخذه ظلما باقيا يجب رده الى صاحبه و ان كان تالفا يجب رد بدله لقاعدة ضمان اليد و الاتلاف هذا اذا كان حيا و ان مات فان كان مال الغير باقيا لا كلام في وجوب رده الى مالكة و ان كان تالفا كان بدله من جملة ديونه فيخرج من اصل التركة (وخالف) كاشف الغطاء في ذلك ومنع كونه من الديون فلا يلحقه حكمهما من التقديم على الوصايا والموارث واستدل له بوجهين (الاول) ان ما دل على ان الدين يخرج من اصل التركة منصرف عن مثل هذا الدين (الثاني) ان السيرة القطعية قائمة على ان الضمانات الثابتة في امثال المقام لا تخرج من اصل التركة (اقول) يرد عليهما ما ذكره المصنفه (اما الاول) فلمنع الانصراف ، اذ لافرق في وجدنا بين اتلاف الظالم وبين اتلاف غيره وايضا لافرق بين اتلافه نسيانا ، ام عدوانا (مع) انه لا اشكال في اجراء احكام الدين عليه في حال حياته فاي فرق في احكام الدين بين حال حياته ومماته (واما الثاني) فلان هذه السيرة لو تمت ناشئة عن قلة المبالاة بالدين لا يعتمد عليها في رفع اليد عن الادلة .

الحقوق الثابتة في الاموال ثلاثة

(قوله قدده الثالثة ما ياخذها السلطان المستحل لاخذ الخراج الخ) اقول

لا بد من التنبيه على امر قبل الشروع في هذا المبحث ، وهو ان الحقوق الثابتة في اموال الناس متعددة (منها) الخمس (ومنها) الزكاة (ومنها) الخراج والمقاسمة وهما ما يجعل على الاراضي الخراجية وهي الارض التي فتحت عنوة او صلحا على ان يكون الارض للمسلمين ، قال المقدس الاردبيلي ، الخراج على ما فهم من كلامهم انه كالاجرة المضروبة على الارض التي فتحت عنوة وكانت عامرة حين الفتح وفي معناه المقاسمة سواء كانت عين حاصل الارض كالثلث او من النقد بل غيره ايضا ، وقيل انه مختص بالقسم الثاني

والمقاسمة بالاول (وعليه) فالاولى جعل الاخيرين قسما واحدا، والظاهر ان المخرج هو الاعم مما يؤخذ من حاصل الارض ومما يؤخذ ضريبة المعروف في ايران «بالماليات» كما صرح به المحقق النائيني ره (و منها) ما يجعل على ارض الجزية وهى الارض التى صولح عليها على ان يكون الارض لهم و عليهم كسدا وكذا من المال والثلث او الربع او نحوهما من حاصل الارض، من غير فرق بين جعل الجزية على الرؤوس او ان تكون الجزية من باب حق فى الارض (ومنها) ما اذا كانت الارض اسلم اهلها طوعا اذ اتركوا اعمارها فان للامام تقبيلها ممن يعمرها و يؤدى طسقتها على ما ذكره المشهور، ولا بأس بتعميم الخراج بنحو يشمل هذين الحقيين الاخيرين وعلى ذلك فالحقوق ثلاثة .

اذا عرفت هذا فاعلم ان الكلام يقع فى جهات (الاولى) اذا اخذ السلطان الجائر الحقوق المذكورة من المسلمين فهل تبرع ذمهم عنها كما هو المشهور بل فى الجواهر نفى الخلاف عن ذلك. ام لا كما هو الظاهر من المصنف ره حيث قال وكيف كان فما يأخذه الجائر باق على ملك المأخوذ منه الخ وجهان (اقول) مقتضى القاعدة وان كان هو الثانى لفرض عدم صرف المال فى محله وعدم اعطائه لاهله، ولكن يدل على الاول (مضافا) الى امكان استفادة براءة الذمة من النصوص الاتية الدالة على جواز اخذ تلك الاموال من الجائر . اذ لو لم تكن ذمة المعطى بريئة . و كان المال باقيا على ملكه وجب الرد اليه ولم يجز اخذه والتصرف فيه، جملة من النصوص كصحيح (١) يعقوب بن شعيب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن العشور التى تؤخذ من الرجل ايحتسب بها من زكاته قال عليه السلام نعم ان شاء وصحيح (٢) عبيص بن القاسم عنه عليه السلام فى الزكاة ما اخذ منكم بنوامية فاحتسبوا به ولا تعطوهم شيئا ما استطعتم فان المال لا يبقى على هذا ان يزكياه مرتين، ونحوهما غيرهما مما ورد فى الزكاة والخمس (بل) الظاهر من بعض النصوص جواز احتساب ما يأخذه الجائر بعنوان الخراج زكاة كصحيح (٣) رفاعة قال سألت

١ - ٢ - الوسائل - باب - ٢٠ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١ - ٣ -

٣ - الوسائل - باب ١٠ من ابواب زكاة الغلات حديث ٢

الصادق عليه السلام عن الرجل له الضيعة فيؤدى خراجها هل عليه فيها عشر قال عليه السلام لا ، وقريب منه غيره ، ولكن لم يعمل بها احد كما فى الجواهر (واما) مظاهره عدم جواز الاحتساب كصحيح (١) زيد الشحام قال للصادق عليه السلام جعلت فداك ان هؤلاء المصدقين يأتون ويأخذون منا الصدقة فنعطيهما اياها تجزى عنا قال عليه السلام لا انما هؤلاء قوم غصبوكم اوقال - ظلموكم - اموالكم وانما الصدقة لاهلها - فمحمول على صورة التمكن من عدم الدفع - اوعلى استحباب الاعادة كما عن الشيخ فى التهذيب .

لا يجوز للجائر اخذ تلك الحقوق

الجهة الثانية هل يجوز للجائر اخذ الحقوق المذكورة من الناس ام لا - قد يقال - بان الولاية وان كانت للسلطان العادل وتصدى الجائر وتقمصه بذلك القميص غصب وحرام واثم - الا انه بعد تصديه لذلك المقام له التصرف فى تلك الحقوق و صرفها فى مصالح المسلمين ، فان موضوع تلك الاحكام هو الى المسلمين و من كان فى مقدمهم و حاملا لرأية الاسلام ولو عن غير حق (واستدل) لذلك باطلاق لفظ الوالى و الامام فى الاخبار الدالة على ان امر اراضى الخراج مفوض اليه لعدم تقيدهما بالوالى بالولاية المحقة (و فيه) ان الغاصب لمنصب الولاية انما يكون والياً بنظره وبنائه لافى اعتبار الشارع فقول الشارع فذلك الى الامام ، اوالى الوالى ، يسراد به الوالى عن حق - و بعبارة اخرى من غصب الولاية لا يكون والياً لافى اعتباره و اعتبار تابعيه لافى اعتبار الشارع - و هذا نظير من تملك مال الغير غصباً فان احكام الملكية لا يترتب عليه - ولم يتوهم احد القول بان ما دل على عدم جواز التصرف الا باذن المالك يشمل الغاصب ايضا ، فاذن لادليل على هذا المدعى فلا ينبغى التوقف فى عدم الجواز .

ثم انه لو عصى واخذ هل تبرء ذمته اذا صرف تلك الاموال فى مصالح المسلمين

ام لا .. صريح المصنف ره الضمان، وذهب السيد الفقيه الى براءة ذمته منها (واستدل له) بان الائمة عليهم السلام اذنوا لشيعتهم شراء الصدقة والخراج من الجائر وقبولهما منه مجاناً وهم الولاة الشرعيون فيكون تصرف الجائر كتصرف الغاصب اذا انضم اليه اذن المالك ومعه لا يمكن بقاء ضمانه اذ لا يعقل تصحيح المعاملة من احد الطرفين دون الآخر فلا يمكن التفكيك بين البيع و الشراء بحسب الواقع كما هو واضح (واورد عليه) الاستاذ الاعظم بان اذن الشارع في اخذ تلك الحقوق من الجائر انما هو لتسهيل الامر على الشيعة لئلا يقعوا في المضيق والشدة فلا اشعار فيه ببرائة ذمة الجائر فضلاً عن الدلالة عليها فمقتضى قاعدة اليد هو الضمان (اقول) ان ما ذكره انما هو حكمة الاذن ، والسيد قد يدعى انه بعد الاذن في الشراء لا يعقل بقاء ضمان الجائر بالنسبة الى عين الصدقة ، اذ لا يخلو الامر من صحة بيع الجائر ، وفساده ، وعلى الاول لا معنى لضمانه ، وعلى الثاني لزم فساد الشراء والمفروض الحكم بصحته و بعين هذا البرهان يبنى على عدم الضمان في الهبة ايضاً في موارد اذنهم في قبولها ، و احتمال كون الهبة ح نظير الائلاف موجبة لانتقال البدل الى ذمة الجائر وان كان ممكناً في مقام الثبوت الا انه خلاف ظاهر الادلة بحسب المتفاهم العرفي فتدبر ، فالأظهر انه اذا صرف الجائر تلك الحقوق في المصارف المأذون فيها برئت ذمته منها.

يجوز اخذ الصدقات والخراج من الجائر

الجهة الثالثة هل يجوز اخذ الحقوق الشرعية من الزكوات و المقاسمات و اشباههما من الجائر المستحل لذلك ويملكها الاخذام لا ، المشهور بين الاصحاب هو الاول وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن الرياض انه استفاض نقل الاجماع عليه ، وعن الفاضل القطيفي ، و المحقق الاردبيلي ره عدم الجواز (والأظهر) هو الاول و يشهد له طوائف من النصوص (منها) ما دل على اباحة جوائز السلطان و قد تقدم في البحث عن جوائز السلطان فراجع، و(منها) النصوص الواردة في خصوص المقام ،

وهی متعددة .

منها صحيح (١) الحذاء عن الامام الباقر عليه السلام قال سألته عن الرجل من يشتري من عمال السلطان من ابل الصدقة وغنم الصدقة و هو يعلم انهم يأخذون منهم اكثر من الحق الذي يجب عليهم قال فقال ما الابل الا مثل الحنطة والشعير و غير ذلك لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه قيل له فمسا تقول في مصدق يبيعنا فيأخذ مناصدقات اغنا منافقون بعناها فيبيعنا ها فما ترى في شرائها منه فقال ان كان قد اخذها وعزلها فلا بأس قيل له فما ترى في الحنطة والشعير يبيعنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيال فما ترى في شراء ذلك الطعام منه فقال ان كان قبضه بكيال وانتم حضور ذلك فلا بأس بشرائه منه من غير كيل ومورد الاستدلال به، فقرات ثلاث .

الاولى قوله عليه السلام لا بأس حتى تعرف الخ و تقريب الاستدلال به ان السائل من جهة عدوله عن السؤال عن اصل الجواز الى السؤال عن الشبهة الناشئة من اخذهم ازيد من المجمعول غضبا، جعل جواز اخذ الصدقات من الجائر مفروغا عنه ، والامام عليه السلام اجابه بذلك و هو كالصريح في مفروغية جواز ما يأخذونه من الحق وان الحرام هو الزايد (واورد عليه) بايرادات (الاول) ان من الجائر كون المراد من السلطان ، العادل ، فتكون الرواية غريبة عن المقام (وفيه) مضافا الى بعد اخذ عمال سلطان العادل اكثر من الحق الذي يجب عليهم ففرض ذلك يوجب ظهورها في ارادة الجائر ان السائل انما يسئل عن الواقعة التي تكون محلا للابتلاء و معلوم ان في ذلك الزمان لم يكن سلطان عادل مبسوط اليد كي يصح حمل الرواية عليه (مع) ان ترك الاستفصال يكفي في الحكم بالعموم (الثاني) ان المراد من الشراء في الخبر الاستفاد (وفيه) مضافا الى بعده في نفسه، ان هذا لو تم فانما هو فيما لو كان المشتري هو المأخوذ منه وظاهر هذه الفقرة بقرينه قوله - و هو يعلم انهم يأخذون منهم - كون المشتري غير المأخوذ منه (الثالث) ما ذكره المقدس الاردبيلي في محكي كلامه بقوله

(ان قوله عليه السلام لا بأس به حتى يعرف الحرام منه لا يدل الاعلى جواز شراء ما كان حلالا بل مشتبهها وعدم جواز ما كان معروفا انه حرام بعينه ولا يدل على جواز شراء الزكاة بعينها صريحا ، نعم ظاهرها ذلك لكن لا ينبغي الحمل عليه لمنافاته العقل و النقل ويمكن ان يكون سبب الاجمال فيه التقية) اقول يرد عليه (اولا) ان الرواية اذا كانت مخالفة للنقل والعقل فان كانت بنحو لا يمكن الاخذ بهما والجمع بين الدليلين وتعين طرح تلك الرواية لما كان هناك فرق بين كونها ظاهرة او صريحة (وثانيا) نها صريحة فى المطلوب اذ الضمير فى قوله عليه السلام لا بأس به يرجع الى شراء ابل الصدقة وغنمها و (ثالثا) انه ره اعترف اول بالظهور ثم عاد الى دعوى الاجمال (ورابعا) ان ما دل من النقل والعقل على عدم جواز التصرف فى ملك الغير من دون رضا صاحبه قابل للتخصيص وقد خصص فى بعض الموارد كالنصرف فى الاراضى المتسعة والانهار الكبار وغيرها (وخامسا) ان عدم جواز التصرف فى المال المأخوذ من الجائر بعد ما عرفت من خروجه عن ملك المأخوذ منه وتعيينه فى العنوان الذى اخذ بذلك العنوان من الخراج او غيره انما يكون لاجل اعتبار اذن الولى الشرعى وهذه النصوص انما تتضمن اذن الولاية الشرعيين (و عليه) فلا يلزم من الحكم بالجواز مخالفة لادليل فرض فندير .

الفقرة الثانية قوله عليه السلام ان كان قد اخذها وعزلها فلا بأس بالوارد فى جواب السؤال عن شراء الانسان صدقات نفسه من الجائر (و اورد عليه) بعض مشايخنا المحققين بانه لا ظهور فى كون المصدق من قبل السلطان و عماله فلعلمه من قبل الامام او من قبل الفقراء (و فيه) ان الامام عليه السلام فى زمان هذا السؤال لم يكن مبسوط اليد ولم يكن عليه السلام يرسل العامل لجباية الصدقات وكان المتعارف اخذ عمال السلطان للصدقات لا الفقراء بانفسهم (وبالجملة) الظاهر من المصدق هو من كانت حرفته و شغله جباية الصدقات وحيث لم يكن السلطان العادل حين السؤال مبسوط اليد ولا يكون السؤال الا عن حكم الواقعة المبتلى بها لا قضية فرضية فلا مناص عن البناء على كون المصدق هو عامل الجائر .

الفقرة الثالثة ما تضمن حكمه بالحال بكفاية الكيل السابق فى الشراء و هذه الفقرة ظاهرة فى جواز شراء المقاسمات - واورد عليه (تارة) بماعن المستند من منع ارادة المقاسمة المصطلحة من هذه الجملة فان لفظ القاسم يستعمل فى صدقات الغلات ايضا (و اخرى) بما ذكره بعض مشايخنا المحققين تبعا للفاضل القطيفى ، و المقدس الاردبيلى ، من انه لعل المراد هو مالك الارض او وكيله (اقول) اما الابرار الاول ، فالجواب عنه انه اذا ثبت الحكم فى الزكاة ثبت فى المقاسمة بضميمة عدم القول بالفصل - مع - ان مقابلة القاسم بالمصدق فى الخبر ظاهرة فى ارادة كل من المقاسمة المصطلحة و الصدقة - و اما الابرار الثانى - فيمكن الجواب عنه ، بان اطلاق لفظ القاسم من دون تقييد على غير من حرفته القسمة لا يصح ، فهو بنفسه ظاهر فى ارادة العامل الموظف لذلك (مع) ان اتحاد السياق يقتضى ان يراد من القاسم هو العامل ، ثم انه ربما اورد على الاستدلال بالخبر بانه مختص بالشراء فلا بد من الاقتصار فى مخالفة القواعد عليه (و الجواب) عن ذلك بما فى المتن ، من ان العدول من التعبير بالجواز الى التعبير بالحلل مشعر بمناط جواز الشراء و هو كون المال حلالا بالنسبة الى الاخذ و مقتضى ذلك حلية كل تصرف له باذن السلطان (قابل) للمناقشة كما لا يخفى ، و لكن الذى يسهل الخطب دلالة جملة من الروايات الاخر على حلية سائر التصرفات .

و منها (١) موثق اسحاق بن عمار قال سألته عن الرجل يشتري من العامل و هو يظلم ، قال بالحال يشتري منه ما لم يعلم انه ظلم فيه احدا ، و قد استدل به المصنف به بتقريب ان الظاهر من الشراء من العامل شراء ما هو عامل فيه و هو الذى يأخذ من الحقوق من قبل السلطان ؛ و علق عليه السيد الفقيه ، بقوله مع ان ترك الاستفصال يكفى فى العموم (اقول) ان العامل فى هذه الرواية و سائر ما ورد بمضمونها التى ذكرها السيد فى الحاشية ، يمكن ان يكون المراد به مطلق

من يعمل للسلطان و لو بان يكون عاملا في تولى الحكومات ، و لا يكون صريحا و لا ظاهرا في ارادة العامل في جباية الصدقات ، و على ذلك فغاية ما تدل عليه هذه النصوص ان الاشتراء من العامل يجوز ما لم يعلم بان المبيع حرام ، و لا تكون في مقام بيان تعيين الحلال ، و تمييزه عن الحرام فلا تدل على حلية ما يأخذه من الحقوق للمشتري ، و بهذا البيان يظهر انه اذا لم يكن الشراء من العامل ظاهرا في شراء ما هو عامل فيه لا يجدي ترك الاستفصال في الحكم بالجواز في المقام (نعم) لو كان المراد من العامل ، هو عامل جباية الصدقات و من الشراء منه شراء ما هو عامل فيه ، تم الاستدلال به ولكن في كلا الامرين نظرا وقد تقدم .

ومنها (١) خبر ابي بكر الحضرمي قال دخلت على ابي عبد الله عليه السلام وعنده ابنه اسماعيل فقال ما يمنع ابن ابي سماك ان يخرج شباب الشيعة فيكفونه ما يكفي الناس ويعطيهم ما يعطى الناس قال ثم قال لي لم تركت عطائك قلت مخافة على ديني قال ما منع ابن ابي سماك ان يبعث اليك بعطائك اما علم ان لك في بيت المال نصيبا . فان ظاهر صدره حلية ما يعطى من بيت المال اجرة للعمل فيما يتعلق به . و ظاهر ذيله حلية ما يعطى عطاء ولذا قال المحقق الكركي ان هذا الخبر نص في الباب (اقول) يرد عليه . مضافا الى ما في سند الخبر من الجهالة لعبد الله بن محمد الحضرمي ، ان صدر الخبر لمعارضته مع ما دل على عدم جواز كون الانسان عونا للظالم المتقدم في مبحث معونة الظالم لا بد من طرحه (واما) ذيله ، فهو انما يدل على ان ما يأخذه السلطان بعنوان الزكاة او غيرها ، يخرج عن ملك المأخوذ منه ويتعين لذلك وانه اذا كان للشخص حق في بيت المال يجوز الاخذ من تلك الحقوق ولا يدل على جواز المعاملة مع السلطان واخذ المال منه ما لم يكن مصرفا له فتأمل (واما) ما اورده المحقق الاردبيلي ره عليه بان غاية ما يدل عليه الخبر انه ربما يكون في بيت المال ما يجوز اخذه واعطائه للمستحقين بان يكون منذورا او وصية لهم بان يعطيهم ابن ابي سماك وغير ذلك (فيرد عليه) انه خلاف

الظاهر جدا كما لا يخفى .

ومنها الاخبار الواردة في تقبل الارض وتقبل خراجها وخراج الرجال والروس من السلطان الجائر ، وهي كثيرة مذكورة في الوسائل في كتاب الجهاد (١) وقد نقل المصنف ره جملة منها في المتن وفي تعليقه السيد الفقيه الانصاف ان هذه الاخبار كالنص في هذا المضمار واطهر ما في هذا الباب ولكن الانصاف امكان منع دلالتها على حكم المقام وذلك لان هذه النصوص فرقان (احداها) واردة في الارض واعطاء الخراج (ثانيها) واردة في تقبل الخراج والجزية . اما الطائفة الاولى فهي انما تدل على جواز تقبل الارض واعطاء خراجها فليس هناك معاملة على الخراج التي هي محل الكلام ، واما الطائفة الثانية ، فهي انما تكون واردة في مقام بيان امور اخر من غير تعرض لجواز اصل التقبل بل هو مفروغ عنه فيها (وعليه) فحيث يحتمل اختصاص الجواز برخصة الامام واذنه كما يظهر من بعض الروايات من ان عادة اصحابهم عليهم السلام كانت جارية على الاستيذان منهم في المعاملة مع السلطان لاحظ صحيحه جميل وصفوان المذكورين في المتن ، وليس هناك اطلاق يتمسك به على الفرض ، فلا يمكن الاستدلال بها على المقام فتدبر .

واما ما افاده المحقق الايرواني ره في وجه اجنبية هذه النصوص عن المقام بعد كون اصل جواز التقبل فيها مفروغا عنه من انه لعل يكون جوازه لاجل ان السلطان يأخذ ما يأخذه البتة وبعد ذلك كل مستعمل الارض يرضون ان يتقدم واحد ويضمن للسلطان ما هو آخذ منهم ثم هم يدفعون ما هو عليهم لهذا المتقبل بطيب النفس لدفعه الظلامة والاذى عنهم (فهو) في نفسه لا بأس به و به يمكن الحكم بجواز تقبل سائر الظللمات من الكمارك ونحوها ثم اخذها ممن عليهم ذلك اذا كان ذلك بطيب انفسهم و ان كان منشأ طيب النفس علمهم بمقهوريتهم في الاخذ منهم (الا ان) ظاهر نصوص الباب يأبى عن الحمل على ذلك فانها تدل على جواز تقبل الخراج واعطاء ما في ذمم الاشخاص للسلطان وبرائة ذممهم من الخراج و

نحوه ، و لازم ما افاده ره اشتغال ذمهم بتلك الحقوق فالصحيح ما ذكرناه .

شراء الحقوق من الجائر قبل اخذها

(قوله قدّه وينبغي التنبيه على امور الاول ان ظاهر عبارات الاكثر بل الكل ان الحكم مختص بما يأخذه الخ) اقول ان ظاهر عبارات الاصحاب اختصاص الحكم بما بعد الاخذ وعدم جواز الشراء من السلطان قبل الاخذ ولكن المصنف ره تبعاً للمحقق الثاني وسيد الرياض وغيرهما اختار جواز المعاملة على الخراج قبل قبضه (واستدل له) بظاهر الاخبار المتقدمة الواردة في قبالة الارض وجزية الرؤوس الدالة على انه يحل ما في ذمة مستعمل الارض من الخراج لمن تقبل الارض من السلطان (وحيث) عرفت عدم دلالتها على ذلك وسائر النصوص مختصة بما بعد الاخذ بل هو صريح صحيح (١) الحداء وفيه - ان كان قد اخذها وعزلها فلا بأس - فلا يظهر هو الاختصاص .

(قوله قدّه والظاهر من الاصحاب في باب المساقات حيث يذكر ان خراج السلطان الخ) هذا الاستظهار مبني على كون الخراج في ذمتك البابين على المستعمل، فانه ح يكون حكم الاصحاب بكفاية دفع المالك بمعنى من هي بيده، للخراج عن الزارع و الساقى ، مبتنيا على جواز المعاملة عليه قبل اخذ السلطان له ، اذ المالك حعامل عليه ويدفعه الى السلطان قبل اخذ السلطان اياه و حيث ان للمنع عن ذلك مجالا واسعا ، فان الخراج من الاول يكون على المالك الامع الشرط كما تدل عليه جملة من النصوص وقد ذكرها السيد في الحاشية فلا يصح استظهار ان بناء الاصحاب على جواز المعاملة قبل الاخذ من هذه الفتوى .

حكم الاراضى الخراجية حال الغيبة

(قوله قدّه الثانى هل يختص حكم الخراج من حيث الخروج عن قاعدة كونه مالا مغصوبا محرما بمن ينتقل اليه فلا استحقاق للجائر الخ)
اقول لا كلام بينهم فى ان الاراضى الخراجية ملك للمسلمين ، وان امر التصرف فيها الى الامام عليه السلام والمأذون من قبله ، كما دلت على كلا الامرين جملة من النصوص ، مذكورة فى الوسائل فى كتاب الجهاد وانما الاختلاف فى حكمها فى حال الغيبة ، وقد كثرت الاقوال فيه (الاول) ما عن جماعة من المحققين المذكورين فى المتن وهو انه لا يجوز التصرف فى الاراضى ولا فى الخراج الا باذن السلطان الجائر وانهولى هذا الامر بعد غصبه الخلافة ، و عن الكفاية انه نقل بعضهم الاتفاق عليه و بعض هؤلاء صرح بانه مع عدم امكان الرجوع الى الجائر فالامر الى الحاكم الشرعى ، والباقيون ساكتون عن ذلك (الثانى) ما عن المسالك ، وهو ان الامر اولا الى الحاكم الشرعى ومع عدمه او عدم امكان تصرفه فالى الجائر ولا يجوز التصرف الا باحد الوجهين على الترتيب المذكور (الثالث) ان الامر الى الحاكم الشرعى الا انه اذا تصرف الجائر يكون تصرفه فيها و فى خراجها نافذا من غير حاجة الى الاستيذان من الحاكم الشرعى وان امكن ، وهذا هو الظاهر من كثير من متأخري المتأخرين و ظاهرهم انه لا بد من احد الامرين (الرابع) ان الامر الى الحاكم الشرعى ومع عدمه او عدم امكان الاستيذان منه يجوز لاحاد الشيعة التصرف فيها و لكن مع مبادرة الجائر الى التصرف يكون تصرفه نافذا و لا يحسب الاستيذان من الفقيه (الخامس) ما عن المبسوط والمستند وهو انه يجوز لاحاد الشيعة التصرف فيها من غير توقف على الاستيذان من احد لامن الحاكم الشرعى و لا من الجائر (السادس) انه يجوز الرجوع الى كل منهما فى حال الاختيار و يتعين احدهما مع عدم امكان الاخر ، (السابع) انه يجب الاستيذان من الحاكم الشرعى اذا امكن

حتى فى صورة تصرف الجائر ، وعدم جواز الاكتفاء به .

اقول الاقوى بحسب الادلة هو الرابع ، لانه مقتضى الجمع بين ما دل على ان امر التصرف فى الاراضى الخراجية الى ولى امر المسلمين و السلطان العادل و ما دل على ان الامور التى لا بد من تحققها فى الخارج ، و احتمال كونها مشروطة فى وجودها بنظر شخص خاص ، يعتبر فيها اذن الفقيه و له الولاية عليها ، و بين ما دل على نفوذ تصرفات الجائر و ان امكن الاستيذان من الفقيه كما لا يخفى .

ثم ان مقتضى القاعدة هو الاقتصار على المتيقن من موارد نفوذ تصرف الجائر وهى صورة عدم التمكن من الامتناع على التسليم اليه ، فلو دفع اليه اختيارا لما كان تصرفه نافذا (و يشهد له) مضافا الى ذلك قوله عليه السلام فى صحيح العيص المتقدم (و لا تعطوهم شيئا ما استطعتم فان المال لا ينبغي ان يزكى مرتين) فانه وان ورد

فى خصوص الزكاة الا انه يثبت فى الخراج و المقاسمات بعدم القول بالفصل (و اما) ما استدل به المصنف ره على هذا فستعرف ما فيه عند شرح عبارة الكتاب

وقد استدل للقول الاول المنسوب الى المشهور (بان) الجائر انما غصب الخلافة والولاية و هو فى ذلك آثم و معاند لله و رسوله ، الا ان امر التصرف فى الاراضى الخراجية جعل للوالى وان كان باطلا ، و عليه فهو الولى فى هذا الامر و نظير ذلك مالو وقف احد ارضا وجعل توليتها لسلطان الوقت (و بان) المستفاد من نصوص

المقام ان المجعول اولو و ان كان هو ولاية التصرف للعادل ، الا ان الولاية الشرعيين بانفسهم جعلوا ولاية هذا الامر للجائر ، فهذا المال من الاموال التى لها متول مخصوص - وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم فى اول هذا المبحث فراجع (و اما الثانى)

فلانه لا يستفاد من تلك النصوص سوى نفوذ تصرفاته ولا يستفاد منها جعل الولاية الخاصة فتدبر (وبذلك) ظهر ما فى القول السادس اذ لا مدرك له سوى توهم انه مقتضى الجمع

بين جعل الولاية لكل من الحاكم الشرعى والجائر (و اما القول الثانى) فيرد عليه انه لا دليل على جعل الولاية للجائر حتى مع عدم وجود الحاكم الشرعى ، وعليه ، فعند

فقدته الولاية انما تكون لعدول المؤمنين (واما القول الثالث) فيمكن ارجاعه الى الرابع الذى اخترناه (واما القول الخامس) فقد استدل له بطائفتين من النصوص (الاولى) النصوص (١) الدالة على تحليل مالهم لشيعتهم ، فانه يكون الاخذ من السلطان ح من باب الاستنفاذ استدل بهاصحاب المستند (الثانية) الاخبار (٢) الدالة على تحليل الاراضى بناءً على اطلاقها للاراضى الخراجية وعدم اختصاصها بالانفال استدل بها بعض مشايخنا المحققين ره ، و فيهما نظر (اما الاولى) فلانه لو ثبت العموم لتسلك الاخبار ، لما كانت شاملة للمقام اذا الاراضى الخراجية انما تكون للمسلمين لالسلام عليه السلام وان كانت الدنيا وما فيها له عليه السلام (واما الثانية) فلان تلك النصوص مختصة بالانفال كما حقق في محله (واما القول السابع) فيرده اطلاق نصوص الباب بل الظاهر منها انها متضمنة للاذن العام فى جميع الموارد فلا حاجة الى الاستيذان من الفقيه (فتحصل) ان الاظهر هو القول الرابع ، وهوان الولاية انما تكون للحاكم الشرعى ومع عدم وجوده فلعدول المؤمنين الا انه اذا تصرف الجائر يكون تصرفه نافذا ولا حاجة الى الاستيذان من الفقيه وان امكن .

(قوله قددها لبداية او الغاية الخ) اما الاولى فلحرمة قبض الجائر فالاقباض اعانة عليه واما الثانية فلحرمة تصرفات الجائر فى الحق بعد القبض .
(قوله قدده فان اوضح محامل هذا الخبر الخ) اقول ان ظاهره ان ضريسا كان مورد هذا الحق لانه عليه السلام قال هو له ومحل الكلام انما هو امتناع من عليه الحق فهو اجنبى عن المقام (مع) ان محل الكلام هو السلطان المستولى ، وظاهر هذا الخبر ان بنى امية حين صدور هذا الخبر كانوا مستضعفين ، فالامتناع فى هذا المورد غير الامتناع فى محل البحث .

(قوله قدده واما الامر باخراج الخمس الخ) اقول الامر به انما هو من زراعة والامام عليه السلام لم يقرره على ذلك بل قوله عليه السلام هو له ، يصلح ان يكون

رادعائه .

(قوله قدده انه يمكن ان يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرمة الخ) اقول هذا هو المتعين ، فان وجوه الخراج و المقاسمات و الصدقات خارجة عن اموالهم وانما هي لاهلها ، وقوله بالحال اتق اموال الشيعة ظاهر في ارادة عدم اخذ ما هو لهم وليس هو الا وجوه الظلم المحرمة .

(قوله قدده مخالف لظاهر العام الخ) الظاهر ان المراد به الشيعة ، ومحصل مراده ان اموال الشيعة التي امر بالانقاع منها ليست الا الخراج و المقاسمات ، و اموال وجوه الظلم فهي ليست اموال الجميع الشيعة بل لاشخاص خاصة ، وكذا الزكاة اما بناء على الاجتزاء بما يعطى للجائر عنها ، فلانها انما تكون لخصوص الفقراء ، و اما بناء على عدم الاجتزاء ، فلانها انما تكون لخصوص المالك (ولكن) يرد عليه ، انه مخالف لمقابلة الجمع بالجمع .

(قوله قدده ولا دخل له بقوله فان قلت وقلت الخ) اقول الظاهر من كلامه ره ارادة فتاوى العلماء المذكورين بجواز تولى الفقيه لاخذ الخراج لا اخذهم الخراج خارجا فيتم الارتباط .

(قوله قدده وهذا لا اشكال فيه الخ) و فيه انه اذا لم يجب الدفع الى الموكل لما وجب الدفع الى الوكيل .

(قوله قدده ان اراد وقف الخ) في حاشية السيد قدده الظاهر ان مراده وقف السلطان للأرض الخراجية او وقفه شيئا يصلح للوقف من مال الخراج بان يشتري به شيئا ويفقه وكذا المراد من الصدقة صدقة السلطان للخراج .

ما يأخذه الجائر باسم الخراج من غير الاراضى الخراجية

(قوله قدده الثالث ان ظاهر الاخبار و اطلاق الاصحاب حل الخراج و المقاسمة الماخوذتين من الاراضى التي الخ) اقول تحقيق المقام ان الارض

التي يأخذ الجائر منها الخراج (تارة) تكون من الاراضى الخراجية عندنا (واخرى) لا تكون منها باتفاق الفريقين ، كالاراضى المخصصة بشخص خاصة ولو كانت ملك الامام عليه السلام بما هو شخص خاص لا من حيث انه امام ورئيس ، و منها الارض التي اسلم اهلها طوعا (وثالثة) تكون من الاراضى الخراجية عندهم و من الاموال المخصصة بالامام عليه السلام بما هو امام عندنا ، كاراضى الانفال ومجهول المالك و نحوهما .

اما القسم الاول فلاريب ولا كلام فى شمول الاخبار المتقدمة والادلة المشار اليها له وهو المتيقن من موردها .

واما القسم الثانى فلاريب فى عدم شمولها له ، ويكون اخذ الخراج منه ظلما فى مذهبه ايضا فلايجرى مناط الحكم فيه الذى هو النية ، بل يمكن ان يقال ان موثق اسحاق (١) الذى استدل به فى المسألة يدل على عدم ثبوت الحكم فى هذا القسم ، لقوله عليه السلام يشترى منه مالم يعلم انه ظلم فيه احدا ، بل لا يبعد دعوى دلالة صحيح الحذاء الا ترى عليه لاشتماله على قوله عليه السلام لا بأس به حتى يعرف الحرام بعينه وسيأتى لذلك زيادة توضيح فانتظر .

و اما القسم الثالث فهو الذى وقع الكلام فيه وهذا التنبيه انعقد لبيان حكمه وقد استظهر المصنفه خلافا لما استظهره المحقق الكركى من كلمات الاصحاب جريان الحكم فيه ، وقد استدل له (بانه) الذى يقتضيه نفى الحرج (وباطلاق) الاخبار ، و فيهما نظر (اما الاول) فلانه مضافا الى ما تقدم من عدم كونه مدركا لهذا الحكم ، انه ان اريد به لزوم الحرج على الاخذين للاموال المذكورة عن الظلمة فهو باطل اذ اى حرج فى ترك الشراء من الغاصب ولو تم ذلك لزم جواز شراء كل مافى ايدى الغاصبين ، مع ، انه بناء على ما عرفت فى مبحث جوائز السلطان من ان المال المأخوذ من الجائر مالم يعلم انه حرام بعينه يحل التصرف فيه و ان علم اشتمال

امواله على الحرام يجوز التصرف فيما يؤخذ منهم مالم يعلم انه من تلك الاموال . وان اريد به لزوم الحرج على الذين يؤخذ منهم هذا الحق فهو ايضا باطل اذ لا يلزم ببقاء شيء في عهدتهم حتى يلزم منه الحرج عليهم (واما الثانى) فلانه لا اطلاق لها الورودها فى مقام بيان الحلبة من ناحية تصرف الجائر خاصة لامن الجهات الاخر فهى لا تسوغ سوى امر واحد ، ولا نظر لها الى الجهات الاخر فيجب التحفظ عليها فاذا كانت الارض من الانفال التى ابيحت للشيعه فاخذ الحق منها ظلم فى نفسه مع قطع النظر عن تصدى الجائر لذلك (بل) يمكن ان يقال ان ظاهر صحيح (١) الحذاء و موثق اسحاق المتقدم عدم اجراء الحكم فيه . اما الاول فلقوله عليه السلام فيه فى جواب السؤال عما يشترى من عمال السلطان مع العلم بانهم يأخذون اكثر من الحق الذى يجب عليهم - لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه - . فانه يدل على ان ما يؤخذ غير الحق الواجب حرام - واما الثانى فلما تقدم ، فالأظهر عدم جريان الحكم فى هذا القسم (نعم) ما يؤخذ من غيرنا ممن يعتقد بكون هذا القسم من الاراضى الخراجية يمكن تحليله و اجراء الحكم المذكور فيه لقاعدة الالتزام بالتقريب المتقدم فى اول هذا المبحث .

اختصاص الحكم بالسلطان المدعى للرياسة العامة

(قول قده الرابع ظاهر الاخبار ومنصرف كلمات الاصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرياسة العامة وعماله الخ) اقول البحث فى هذا التنبيه يقع فى موردين (الاول) فى انه هل يختص الحكم بالسلطان المستولى على البلاد - ام يشمل من تسلط على قرية او بلدة خروجا على سلطان الوقت (الثانى) فى انه هل يختص الحكم بالمخالف الذى يرى نفسه خليفة ، ام يعم كل سلطان مسلم يرى نفسه خليفة عملا مخالفا كان ام شيعيا - كما قيل فى هارون الرشيد وابنه المأمون - . ام يعم كل سلطان مسلم ، ام

يعم مطلق السلاطين - وقد استدلت على التعميم من الجهتين (بقاعدة) الحرج والعسر (وباطلاق) الاخبار لاسيما بعضها ، كقوله عليه السلام في صحيح (١) الحلبي لأبأس ان يتقبل الارض واهلها من السلطان وغيره (وبان) وجه الاذن منهم عليهم السلام هو توسل الشيعة الى حقوقهم الثابتة في بيت مال المسلمين كما اشعر به قوله عليه السلام في الحسن (٢) اما علم ان لك في بيت المال نصيبا (اقول يرد) على الوجه الاول ما تقدم غير مرة من عدم صلاحية تلك القاعدة لاثبات ، الحكم ، مضافا ، الى انه ان اريد به لزوم الحرج على الآخذين من تلك الظلمة فيرد عليه ما ذكرناه في التنبيه المتقدم - وان اريد به لزوم الحرج على الذين يؤخذ منهم هذه الحقوق لبقائها في عهدتهم ، فيرد عليه ان لازم ذلك انه كلما اجبر هم ظالم او غاصب على اعطاء تلك الحقوق تبرء ذمهم منها ، وان شئت قلت ان الحرج لولزم فانما هو من اخذ الظالمين لامن بقاء الحقوق فتدبر (ويرد) على الوجه الثاني ان النصوص التي يصح الاستدلال بها على اصل هذا الحكم لا اطلاق لها من هذه الجهة وانما هي واردة في اشخاص مخصوصين وانما يتعدى عنهم الى من يماثلهم وليسوا هم الا الذين يرون انفسهم خليفة عملا وان لم يعتقدوا بذلك (وبالجمله) ليست النصوص متضمنة لبيان قضية حقيقية كى يستدل باطلاقها (ويرد) على الوجه الثالث ان صحيح الحذاء ظاهر في غير من له في بيت المال نصيب (ثم انه) على تقدير القول باطلاق النصوص ، ربما يقال بعدم شمولها للكافر لانصراف النصوص الى غيره ، ولما دل (٣) على نفى السبيل للكافر على المؤمن (ولكن) يرد على الاول انه لا منشأ لهذا الانصراف ، و على الثاني ، ان نفوذ تصرفاته من باب اجازة الفضولي ليس سبيلا له على المؤمن وانما السبيل يكون لو قبل بولاية السلطان وقد عرفت ان القول بها بمراحل عن الواقع (و الحق) ان الاستفادة من النصوص ثبوت الحكم في كل سلطان مستول على البلاد الذي يكون وضع سلطنته ومملكته على اخذ الخراج بعنوانه

١- الوسائل - باب ١٨ من ابواب المزارعة حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٥١ - من ابواب ما يكتب به حديث ٦

٣- النساء آية ١٤١

الشرعى ، من غير فرق بين كونه موافقا ، ام مخالفا ، ام كافرا . وعدم ثبوته فيمن لاسلطنة له على البلاد ومن ليس وضع سلطنته على ذلك من غير فرق بين الاقسام الثلاثة .

لا يختص الحكم بالمعتقد ولاية الجائر

(قوله قدده الخامس الظاهر انه لا يعتبر في حل الخراج الماخوذ ان يكون الماخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الاخذ الخ) اقول لا ينبغي التأمل في عدم اختصاص هذا الحكم بما اذا كان المأخوذ منه من المخالفين لان مدرك هذا الحكم ليس هو قاعدة الالتزام وحدها بل جملة من النصوص تدل عليه كما تقدم وبعضها وارد في خصوص المؤمن كصحيح الحذاء (و اما دعوى) اختصاص الحكم بمن يعتقد ولاية الجائر للتصرف في الاراضى الخراجية وان كان مؤمنا (فيدفعها) اطلاق النصوص والجواب عنها باختصاص صحيح الحذاء بغير المعتقد، لا يصح كما لا يخفى .

ليس للخراج قدر معين

(قوله قدده السادس ليس للخراج قدر معين بل المناط فيه الخ) اقول في المسألة اقول (الاول) ان المناط فيه ما تراضى السلطان ومستعمل الارض وان كان مضرا بحاله (الثانى) ان المناط ذلك مشروطا بعدم كونه مضرا (الثالث) اختصاص الحكم بما يتصرف به الامام العادل فالزائد والناقص غير نافذين منه (واستدل) للاول بان الخراج هو اجرة الارض فيناط تقديره برضى الموجه والمستأجر (وفيه) ان الموجه اذا كان مالكا تم ما ذكره ولكن اذا كان وليا على المالك فلا يتم فانه لا بد له فى الاجارة من مراعاة مصلحة المولى عليه فلو خفف الموجه فى هذا القسم لالمصلحة راجعة الى المولى عليه بل لدواعى نفسانية لم تصح الاجارة وفى المقام الجائر وان لم يكن وليا الا انه فضول اجاز المولى معاملته (واستدل) للثانى بقول ابى الحسن عليه السلام فى مرسل (١) حماد الطويل عن ابى الحسن عليه السلام والارضون التى اخذت عنوة بخيل اوركاب فهى موقوفة

متروكة فى يدى من يعمرها ويحييها ويقوم عليها على صلح ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الحق النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا ولا يضرهم (وفيه) ان المرسل وارد فى الوالى وهو السلطان العادل ومتضمن لبيان سيرته ومعلوم انه لا يجحف فى المعاملة ولا تعرض له لكيفية معاملة الجائر (و يشهد) للقول الثالث بالاضافة الى طرف النقيصة ما تقدم وبالنسبة الى طرف الزيادة عدم الدليل على نفوذ تصرفات الجائر فى هذا الفرض ادلا اطلاق لدلة جواز المعاملة معه كى يتمسك به لنفوذ تصرفاته فى هذا الفرض فلا بد من الاخذ بالمتيقن وهو ما اذا لم يزد على المقدار المتعارف و لم يجحف فى المعاملة هذا فيما اذا لم يجبر الزارع و لم يكرهه على المعاملة و اما فى صورة الاكراه و الالغاء فعدم نفوذ المعاملة اوضح لعموم حديث (١) رفع الاكراه (ثم انه) فى موارد عدم نفوذ معاملته من جهة الزيادة لاسبيل الى دعوى وقوع الاجارة على ما عدى الزيادة وانما يحرم اخذ المقدار الزايد اذ المعاملة واحدة فمع عدم نفوذها على النحو الذى وقعت لامناص عن البناء على بطلانها (و عليه) فلوزرع الزارع فيها مع ذلك يثبت اجرة المثل فى ذمته كمالو استعمالها قبل تعيين الاجرة.

اخذ غير المستحق للخراج والزكاة

(قوله قدده السابع ظاهر اطلاق الاصحاب انه لا يشترط فيمن يصل اليه الخراج الخ) اقول لا اشكال فى انه يجوز شراء الخراج والصدقة من الجائر كان الآخذ مستحقا وموردا لهما ام لم يكن، اذ لا يعتبر فى صحة الشراء كون المشتري مستحقا ومصرفا لهما (وبدل عليه) اطلاق الاخبار وكذلك بالنسبة الى شراء الارض الخراجية مع وجود المسوغ للبيع وتقبلها وتقبل الخراج (واما) الاخذ من الجائر مجانا فان كان الآخذ مستحقا ومصرفا لما يأخذه فلا كلام انما الكلام فيما اذا لم يكن مصرفا له، (فقد يقال) ان مقتضى اطلاق النصوص المتضمنة

لحلية جوائز السلطان ، حليته وجواز الاخذ مطلقا (واورد عليه) المصنف ره بانه لا اطلاق لها وانما هي واردة فى اشخاص خاصة فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال (وفيه) ان بعض تلك النصوص مطلق ، كمخبر زرارة (١) ومحمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام جوائز العمال ليس بها باس ، و نحوه غيره (فالاولى) ان يورد عليه ، بان تلك النصوص كما بيناه فى تلك المسئلة واردة فى مقام بيان الحلية الظاهرية لا الواقعية فراجع - و عليه - فحلية الخراج والزكوة مع عدم كون الشخص مصرفا لا بدلها من التماس دليل آخر مفقود (فالظاهر) هو عدم الجواز كما هو واضح (وقد استدلل) لهذا القول بقوله عليه السلام فى خبر الحضرمي المتقدم - اما علم انك فى بيت المال نصيبا - وبتعليل العلامة ره اصل الحكم ، بان الخراج حق لله اخذه غير مستحقه فبرئت ذمته وجاز شرائه (ويرد) على الاول ، انه لا يدل على جواز اخذ من لانصيب له فى بيت المال ، وانما هو متضمن للتعريض على ابن ابي سمارك فى عدم اعطائه من له نصيب فيها (ويرد) على الثانى مضافا الى عدم تمامية هذا التعليل فى نفسه كما لا يخفى انه لا ينافى حكم الشارع بجواز اخذه من الجائر مع عدم كونه مصرفا له ، و بعبارة اخرى انه لا اشعار فيه فى اعتبار الاستحقاق فى المصرف .

(قوله قدده ثم اشكل من ذلك تحليل الزكوة الخ) لم يظهر فرق بين الزكوة والخراج من هذه الجهة بل هما من واد واحد اذ لكل منهما مصرف خاص ولم يقد دليل على جواز صرف شىء منهما فى غير مصرفه فلا وجه لجعل احدهما اشكل من الآخر .

شروط الاراضى الخراجية

(قوله قدده الثامن ان كون الارض الخراجية - يتوقف على امور ثلاثة الاول

كونها مفتوحة عنوة الخ) ، اقول قد تقدم ان هناك قسمين آخرين من الاراضى يكونان من الاراضى الخراجية (احدهما) ما لوصولها على ان يكون الارض لهم و

عليهم كذا وكذا من المال او الثلث او نحوه من حاصل الأرض (ثانيهما) الأرض التي اسلم أهلها طوعا اذا تركوا عمارتها فراجع، وكيف كان، فثبوت كون الأرض مفتوحة عنوة انما يكون بالشباع المفيد للعلم، والبيئة، وخبر العدل الواحد بناءً على حجته في الموضوعات كما هو المختار. وقد ذكر وافي عداد ما ثبت به ذلك، امورا اخرى (منها) الشباع المفيد للظن المتأخم للعلم بناءً على كفايته في كل ما يمسر اقامة البيئة عليه كالنسب والوقف (اقول) لم اقف عاجلا على ما يمكن الاستدلال به لهذه الكبرى الكلية سوى وجوه اربعة (الاول) مرسل (١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البيئة اذا اقيمت على الحق ايحل للقاضي ان يقضى بقول البيئة من غير مسألة اذا لم يعرفهم، فقال عليه السلام خمسة اشياء يجب على الناس الاخذ فيها بظاهر الحكم، الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والمواريث فاذا كان ظاهر الرجل ظاهر امونا جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه بتقريب ان المراد بالحكم هي النسبة الخبرية و ظهور هذه النسبة عبارة اخرى عن الشيوع فبدل المرسل على انه يجوز الاخذ بالشيوع في هذه الامور الخمسة (وفيه) ان الظاهر ارادة النسبة من الحكم لا الخبر عنها و ظهور النسبة غير ظهور الخبر عنها و شيوعه، الا ترى انه ربما يكون ولدية زيد لعمر و ظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا والشاهد على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره في ذلك قوله عليه السلام في ذيل المرسل، فاذا كان ظاهره الخ، فانه صريح في ان الظاهر مقابل الباطن، وعن بعض نسخ التهذيب (ظاهر الحال) بدل ظاهر الحكم و عليه فالامر اوضح فيكون المتحصل من الخبر، انه في هذه الموارد الخمسة يجوز الاخذ بظاهر الحال ففي مورد الشهادات اذا كان الشاهد ظاهر الصلاح عند الناس تقبل شهادته (الثاني) صحيح (٢) حريز المتضمن لقصة اسماعيل وفيه، فقال اسماعيل يا اباي لم اره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون فقال عليه السلام يا بني ان الله عز وجل يقول في كتابه «يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين» يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تأتمن شارب الخمر، بتقريب انه عليه السلام

١- الوسائل باب ٢١ - من ابواب الشهادات ١ حديث ٢

٢- الوسائل باب ٦ - من ابواب احكام الودعة حديث ١

امرت بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس الذي هو عبارة عن الشيعاء وجعل عليه السلام من يقول الناس انه يشرب الخمر ، شارب الخمر (وفيه) ان المأمور به ليس بترتيب جميع آثار الواقع بل بخصوص ما ينفع المخبر اليه ولا يضر المخبر عنه. وبعبارة اخرى انه لا ملازمة بين تصديق المخبر ، المأمور به في الخبر ، وبين العمل على طبق قوله ، و يشهد لما ذكرناه قوله عليه السلام في خبر آخر (٢) كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة انه قال قولا وقال لم اقله فصدقه وكذبهم ، فانه عليه السلام امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق الواحد وليس ذلك الا لما ذكرناه (الثالث) ان الظن الحاصل من الشيعاء اقوى من الظن الحاصل من البيعة العادلة (وفيه) انه لم يثبت كون ملاك حجة البيعة افادتها الظن بل الثابت خلافه (الرابع) اجراء دليل الانسداد في كل ما يعسر اقامة البيعة عليه كالنسب والوقف بتقريب ان تحصيل العلم فيه عسر وكذا البيعة العادلة ، و يلزم من اجراء الاصل كاصالة عدم النسب الوقوع في خلاف الواقع كثيرا ، والاحتياط متعذرا ومتعسرا ، فلا مناص عن التنزل الى الظن (وفيه) ان المقدمة الثانية لاتفيد ما لم ينضم اليها ان الوقوع في خلاف الواقع منافي لغرض الشارع اذ لو لم يحرز ذلك كما في باب الطهارة لما كان محذورا في اجراء الاصل (وحيث) ان هذا غير ثابت فلا يتم هذا الوجه (فتحصل) انه لا دليل على حجة الشيعاء الظني مطلقا ولا في كل ما يعسر اقامة البيعة عليه .

ومنها استمرار السيرة على اخذ الخراج من ارض (وفيه) انه ان اريد به استمرار سيرة سلاطين الجور - فيرد عليه - ان الجائرين المرتكبين للفجائع غير التابعين للمعصومين عليهم السلام كيف تكشف سيرتهم عن رضا المعصوم عليه السلام (مع) انه لو كانت سيرتهم كاشفة عن رأيه عليه السلام لكان مختصا بما اذا كان اعتقادهم استحقاق الخراج من خصوص الاراضي الخراجية ولما تم فيما لو اعتقدوا استحقاقهم الخراج من الانفال ايضا وحيث ان المفروض هو الثاني لاخذهم الخراج من القسم الثاني ايضا .

١- الوسائل - باب ٦ - من ابواب الويعة - حديث ١

٢- الوسائل باب ١٥٧ من ابواب احكام العشرة من كتاب الحج حديث ٤

فلا يتم ذلك، وإن أريد به استمرار سيرة المؤمنين الآخذين من السلطان الجائر خراج الاراضى المشتبهة، فيرد عليه (اولا) ان هذا ممنوع صغرى (وثانيا) انه يتم اذا لم يعتقدوا جواز اخذ خراج اراضى الانفال من يد السلطان (وثالثا) انه يتم اذا علمنا بانهم اخذوه منه مع علمهم بكون المأخوذ من خراج تلك الارض وهو كماترى .

و منها حمل فعل المسلم على الصحة (وفيه) انه ان اريد به حمل فعل الجائر على الصحة، فيرد عليه ان اخذ الجائر للخراج حرام على اى تقدير و معه لامورد لحمل فعله على الصحة (و دعوى) ان اخذه الخراج من غير الاراضى الخراجية اكثر فسادا من اخذ الخراج من الاراضى الخراجية، فلا بد من حمل فعله على الأقل فسادا عند الاشتباه (متدفعه) بانه لادليل على حمل فعل المسلم على الأقل فسادا، (مع) انه لو تم ذلك لما تم فى المقام اذ معلوم ان الجائرين يأخذون الخراج مع عدم احراز كون الارض خراجية، وإن أريد به حمل فعل المؤمن المتلقى لذلك الخراج من السلطان، على الصحة، فهو متين لو ثبت ذلك، ولكن مع ذلك لا يثبت به كون الارض خراجية لعدم حجية اصاله الصحة فى مثبتاتها وان كانت من الامارات كما حققناه فى رسالة القواعد الثلاث .

ثم انه فى موارد عدم ثبوت كون الارض خراجية و الشك فى ذلك (تارة) يعلم بكونها ملكا للغير ويشك فى انتقالها منه الى المسلمين او الامام (واخرى) يعلم بانتقالها منه ويشك فى الانتقال الى المسلمين او الامام (اما) فى الصورة الاولى فمقتضى استصحاب بقاء المالك اذا احتمل بقاءه واستصحاب بقاء العمودين لو لم يعلم بموتهما عادة مع العلم بموت المالك نفسه هو عدم الانتقال الى الامام ولا الى المسلمين. وفى هذين الموردين، ان عرف المالك فهو والافيعامل معه معاملة مجهول المالك. وان علم بموته وعدم بقاء العمودين يبنى على كون الارض للامام لاستصحاب عدم وجود وارث آخر وهو عليه السلام وارث من لا وارث له (واما) فى الصورة الثانية فاصالة عدم دخولها فى ملك المسلمين معارضة باصالة عدم دخولها فى ملك الامام مع العلم بدخولها فى

ملك احدهما ولا تدخل بذلك فى الانفال من جهة ان الاصل عدم رب لها فتدخل فى هذا الموضوع من الانفال للعلم بدخولها فى ملك احدهما ، و لا يعامل معها معاملة مجهول المالك لان ذلك مختص بما اذا اشتبه المالك بين غير محصورين وفى المقام المالك اما هو الامام او المسلمون فالمالك مردد بين محصورين فلا بد من اجراء ذلك الحكم من التنصيف او القرعة او غيرهما كل على مسلكه .

(قوله قدده فمحل اشكال لان الاصل الخ) لا يخفى ما فى العبارة من المسامحة فان ظاهرها ان علة الاشكال الاصل المذكور مع انه على فرض حجية قول من يوثق به من المؤرخين فى نفسه يكون ذلك حاكما على الاصل فهو لا يصلح مانعا عن حججته فتدبر .

(قوله قدده الثانى ان يكون الفتح باذن الامام (ع) الخ) الكلام فى هذا الشرط يقع فى مقامين (الاول) فى اعتبار هذا الشرط وعدمه (الثانى) فى الشبهة الموضوعية اما المقام الاول فالمشهور بين الاصحاب اعتباره وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ، و عن المنتهى والمدارك والمستند وغيرها عدم اعتباره وعن النافع التوقف فيه (واستدل) للمشهور بخبر (١) الوراق عن رجل سماه عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا غزا قوم بغير اذن الامام فغنموا كانت الغنمة كلها للامام واذا غزا و ابا امر الامام فغنموا كان للامام الخمس ، واورد عليه (تارة) بضعف السند للجهالة (واخرى) بمعارضته مع حسن (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام فى الرجل من اصحابنا يكون فى لوائهم فيكون معهم فيصيب غنيمة قال عليه السلام يؤدى خمسا ويطيب له وفيهما نظر (اما الاول) فلان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب (واما الثانى) فلانه متضمن لقضية شخصية فاعله كان ذلك القتال بامر الامام عليه السلام او برضائه او ان الامام عليه السلام حل البقية (والصحيح) ان يورد على الاستدلال به ، بان هذا الخبر معارض مع النصوص (٣) الدالة على ان الاراضى التى فتحت بالسيف للمسلمين ، والنسبة عموم من

١- الوسائل - باب ١- من ابواب الانفال حديث ١٦

٢- الوسائل - باب ٢- من ابواب ما يجب فيه الخمس حديث ٨

٣- الوسائل - باب ٧٢- من ابواب جهاد العدو

وجه اذ المرسل اعم لشموله للمنقولات وتلك النصوص اعم لشمولها لما اذا كان القتال بغير اذن الامام والمجمع الذى هو مورد المعارضة هى الاراضى التى اخذت بغير اذن الامام فهى بمقتضى المرسل ملك للامام وبمقتضى تلك النصوص ملك للمسلمين فيرجع الى الاخبار العلاجية وهى تقتضى تقديم تلك النصوص كما لا يخفى (وما افاده) السيد الفقيه، من حكومة المرسل على النصوص لكونه بصدد بيان اشتراط الاذن فى كون الغنيمة للمسلمين وهذه فى مقام بيان حكم الارض المأخوذة بالسيف فكأنه قال كل ما اخذ عنوة فهو للمسلمين ويشترط فى الاخذ ان يكون باذن الامام (يرد عليه) ان المرسل ليس لسانه اشتراط الاذن فى كون الغنيمة للمسلمين، بل لسانه ان الغنائم المأخوذة باذن الامام للمسلمين، وما اخذ بغير اذنه عليه السلام للامام عليه السلام و عليه فلا وجه لدعوى الحكومة .

و اضعف من هذه الدعوى، دعويه ان هذه الاخبار ليست بذلك الظهور فى كونها وكون حاصلها للمسلمين حتى فى صورة عدم اذن الامام عليه السلام بخلاف المرسل اذ لا وجه للفرق بين الظهورين بعد كون كل منهما بالاطلاق (فتحصل) ان الاظهر عدم اعتبار هذا الشرط ثم على القول باعتباره يقع الكلام فى المقام الثانى .

واما المقام الثانى فمقتضى اصاله عدم كون الفتح باذنه عدم كونها ملكا للمسلمين ولا يكون هذا الاصل مثبتا اذ موضوع كون الارض للمسلمين هو الفتح عنوة باذن الامام فاذا كان احد جزئى الموضوع محرزا بالوجدان والاخر بالاصل يترتب عليه حكمه وان ابيت الاعن كون الموضوع هو الفتح المستند الى اذن الامام عليه السلام لا يجرى هذا الاصل الا انه يجرى اصاله عدم الاستناد بناء على جريان الاصل فى عدم الازلى كما هو الحق .

وقد ذكر وافي الخروج عن هذا الاصل وجوها (منها) خبر (١) جابر الجعفى عن ابي

١ - الخصال - ابواب السبعة - باب ان الله يمتحن اوصياء الانبياء فى حياة الانبياء فى سبعة

مواطن وبعثوا فاتهم فى سبعة مواطن.

جعفر (ع) انه اتى يهودى امير المؤمنين (ع) في منصرفه عن وقعة نهروان فسله عن مواطن الامتحان وفيه قوله (ع) واما الرابعة يا اخا اليهود فان القائم بعد صاحبه كان يشاورنى في موارد الامور فيصدرها عن امرى و يناظرنى في غوامضها فيمضيها عن راي لا علمه احدا ولا يعلمه اصحابى ولا يناظرنى غيره (وفيه اولا) ان الخبر ضعيف السند (وثانيا) انه مختص بالفتوحات في زمان الثانى ولا يشمل غيرها (وثالثا) انه لم يكن يشاور امير المؤمنين عليه السلام في الامور المهمة الراجعة الى الدين قطعا (ومنها) حضورا بى محمد الحسن عليه السلام في بعض الغزوات ودخول بعض خواص امير المؤمنين من الصحابة كعمار فى امرهم (وفيه) انه لا يكون كاشفا عن كون الغزو من العسكر بالاذن والفتح لا يستند اليهم خاصة كما لا يخفى (مع) انه اخص من المدعى (ومنها ١) صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألت عن سيرة الامام عليه السلام فى الارض التى فتحت بعد رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ان امير المؤمنين عليه السلام قد سار فى اهل العراق بسيرة فهى امام لسائر الارضين. وحيث لا ريب فى ان ارض العراق خراجية فلامحالة كان امير المؤمنين يأخذ منها المخرج فاذا كانت ارض العراق اماما لسائر الارضين ثبت استحقاق المخرج من سائر الارضين (وفيه) انه من المحتمل كون السؤال والجواب ناظرين الى مقدار المخرج لا اصله وعليه فهو اجنبى عن المقام (ومنها) انه يكتفى من اذن الامام بالعلم بشاهد الحال برضا المعصومين عليهم السلام بالفتوحات الاسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين (وفيه) اننا نعلم انهم راضون بالنتيجة ولم يحرز رضاهم باجراء الفتوحات بايدي المتصدين للامر. وان شئت قلت. انه لو بني على كفاية شاهد الحال حتى مثل ذلك لم يبق لمرسلة الوراق موضوع فان الغزو والمشتل على الغنيمة يكون الامام عليه السلام راضيا به قطعا فلا يبقى للغنيمة الحاصلة بغير الاذن مورد ، وبالجمله ، ظاهر كون الغزو عن اذن الامام لا يشمل رضاه به كما لا يخفى (ومنها) حمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على وجه الصحيح

وهو كونه بامر الامام عليه السلام (وفيه) ان كون الفتح بغير اذن الامام ليس من الفاسد بل تكون الغنيمة ح للامام لا للمسلمين بخلاف ما اذا كان باذنه و مورد الحمل على الصحة - انما هو ما اذا كان الفعل ذا وجهين - الصحة و الفساد كما هو واضح (فنحصل) ان شيئا مما ذكر للخروج عن الاصل المتقدم لا يصلح لذلك .
(قوله قدده الثالث ان ثبت كون الارض المفتوحة عنوة باذن الامام محيطة حال الفتح لتدخل في الغنائم ويخرج منها الخمس اولا الخ) اقول يقع الكلام في مواضع (الاول) في ثبوت الخمس في الاراضى المفتوحة عنوة باذن الامام (على القول باعتبارها) المحيطة حال الفتح ، والمشهور بين الاصحاب ذلك وعن بعض دعوى الاجماع عليه (ويشهد له) عموم قوله تعالى (١) « واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه و للرسول و لذي القربى » ومثله اخبار الغنيمة واورد على هذا الوجه (تارة) بانصراف هذه الادلة الى غير الارض (واخرى) بان خطاب الخمس فيها متوجه الى الاشخاص و ظاهرها ملك الاشخاص للغنيمة ملكا شخصيا و الاراضى ليست كك وانما هي ملك للنوع (وثالثة) بانها تخصص بما وورد من الاخبار من قصر الخمس على ما ينقل كصحيح (٢) ربيع وغيره مما اشتمل على قسمة الغنيمة اخماسا و اسداسا عليهم و على الغانمين ، ولا يتصور ذلك في الاراضى لعدم استحقاق الغانمين لذلك . (و رابعة) بخلو الاخبار الواردة في بيان حكم الارض المفتوحة عنوة عن ذلك - فان مقتضى ذلك ظهورها في كون الارض جميعها للمسلمين - وفي الكل نظر (اما الاول) فلمنع الانصراف الموجب لتقييد الاطلاقات (واما الثانى) ، فلان خطاب الخمس متوجه الى المالك سواء كان هو الشخص او النوع ، غاية الامر اذا كان الشيء ملكا للنوع كما ان امر التصرف فيه بالايجار و صرف مال الاجارة في مصالح المسلمين بيد الولي كك امر اخراج الخمس بيده (واما الثالث) فلان نصوص تقسيم الغنيمة اخماسا و اسداسا ، لا مفهوم لها كى تدل على عدم ثبوت الخمس فيما عدى المنقولات فلا تصلح لتخصيص الآية (واما الرابع) فلان عدم

١ - سورة الانفال - الآية ٢٢

٢ - الوسائل - باب ١ من ابواب قسمة الخمس حديث ٣

التعرض لشيء لا يعارض المتعرض لثبوته ويشهد لثبوته مضافا الى عموم الاية الشريفة و اخبار الغنيمة جملة من النصوص كخبر (١) ابى بصير عن الباقر عليه السلام كل شيء قوتل عليه على شهادة ان لا اله الا الله و ان محمداً رسول الله ﷺ فان لنا خمسة و لا يحل لاحد ان يشتري من الخمس شيئاً حتى يصل اليها حقنا و خبر (٢) ابى حمزة عن الباقر عليه السلام ان الله جعل لنا اهل البيت سهاما ثلاثة فى جميع الفىء الى ان قال و قد حرمناه على جميع الناس ما خلا شيعةنا و الله يا ابا حمزة ما من ارض تفتح و لا خمس يخمس فيضرب على شيء منه الا كان حراما على من يصيبه فرجا كان او مالا ونحوهما غيرهما ، فالظاهر ثبوت الخمس .

الموضع الثانى فى اعتبار كون الارض محياة حين الفتح المشهور بين الاسحاب ذلك (واستدل له) السيد ره بان اخبار الارض المفتوحة عنوة منصرفة الى المحياة منها والافدعوى ان الموات كانت ملكا للامام قبل الفتح وكانت مغبوبة فى ايديهم كما ترى ، (وفيه) انه يمكن دفع هذا المحذور ، بالالتزام بان من احبب ارضا فهى له ولو كان المحببى كافرا (مع) ان الالتزام بذلك لا ارى له محذورا لو وافقه الدليل كما هو المفروض ، واستدل له المصنف (باطلاق) ما دل على ان الموات من الاراضى للامام عليه السلام (اقول) يمكن ان يقال ان تلك الاخبار موردها ذلك لانها بالاطلاق تدل عليه ، اذا الاراضى كلها كانت للكفار ، فلو لم تكن الموات منها للامام لم يبق لمادل على انها من الانفال مورد ، اذا الارض التى سلمها اهلها طوعا للمسلمين والارض التى انجلت عنها اهلها ، انما تكون للامام محياتاً كانت ام مواتا .

الموضع الثالث اذا كانت الارض محياة حال الفتح ثم ماتت فهل هى باقية فى ملك المسلمين كما اختاره الشيخ الاعظم ره وتبعه جمع ، ام تدخل فى ملك الامام كما ذهب اليه جمع آخرون ، وجهان (قد استدل) للاول باختصاص ادلة الموات بما اذا لم يجر عليه

١- الوسائل باب ٢- من ابواب ما يجب فيه الخمس حديث ٥

٢- الوسائل - باب ٢- من ابواب الانفال حديث ١٩

ملك مسلم دون ما عرف صاحبه ، فان تلك الأرض ح باقية في ملك مالكها سواء كان هو الشخص كما لو احيى احدى ارضاءم كان هو النوع كما في المقام ، (وفيه) ان اطلاق مادل (١) على ان الأرض المحياة حال الفتح للمسلمين ، و مادل (٢) على ان من احيى ارضا فهي له لا يشمل ارضاء ماتت بعد ذلك اذ الحكم حدوثا وبقاءا تابع لفعلية الموضوع والمفروض انعدامه ، واستصحاب بقاء الملكية مضافا الى عدم جريانه في الشبهات الحكمية لا يجدي في المقام لمحكوميته لمادل على ان مو تان الأرض له عليه السلام ويشير الى ماد كرناه النصوص الدالة على تملك المحيى وان كانت مسبوقه بملك الغير كصحيح (٣) الكابلى فان تركها و اخر بها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و احيها فهاحق بها من الذى تركها ونحوه غيره فالأظهر انها بعد الموت تكون للامام عليه السلام .

الموضع الرابع كل ما يثبت به الفتح عنوة يثبت به كون الأرض محياة حال الفتح . ولو شك في ذلك فان كانت الأرض تحت يد من يدعى ملكيتها يحكم بانها له - وان كانت تحت يد السلطان اى يده الثابتة على عامة الاراضى الخراجية لا يحكم بانها منها لان يدها عادية ، فيتعين الرجوع الى الاصل - وهو يقتضى عدم كونها للمسلمين لانه يستصحب عدم فتح الأرض على صفة الحياة - فان هذا له حالة سابقة كك كما لا يخفى - بل يمكن ان يقال انه يستصحب عدم الحياة الى حين الفتح (ودعوى) انه مثبت - اذ لا يثبت به وقوع الفتح على الموات (مندفعة) بان المتر تب على هذا الاصل هو عدم كونها ملكا للمسلمين - وهذا يكفى للحكم بانها للامام - اذ كما ان الموات حين الفتح له عليه السلام كك الأرض التى لارب لها له فتدبر ثم ان الكلام فى كون اى ارض ثبت كونها محياة حين الفتح ، او اى ارض فتحت عنوة - و اى ارض لم تكن كك مو كول الى محل آخر .

١- الوسائل - باب ٢١ من ابواب عقد البيع وشروطه

٢- الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات

٣- الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات - حديث ٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

فى تعريف البيع وبيان حقيقته

(قوله قدده كتاب البيع وهو فى الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال الخ)

وقد اختلفت كلمات القوم فى تعريف البيع و بيان حقيقته بعد اتفاقهم ظاهراً على انه لا حقيقة له شرعية ولا متشرعية وقبل بيان حقيقته و ذكر تعريف القوم لابد من التنبيه على امر .

— وهو — ان فى البيع و كذا ساير المعاملات امور اربعة احدها — اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين — ثانيها — اعتبارها القائم بالعقلاء — ثالثها — الاعتبار القائم بالشارع الاقدس — رابعها — اظهار المتبايعين اعتبارهما النفسانى بمظهر 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 و اللفظ و ماضاهه ليسامنها بالضرورة — والوجود الاعتبارى اى اعتبار المعبر قائم بنفسه ولا دخل للفظ وغيره فى تحققه — نعم — تسمية الانشاء ايجاداً 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 - لابس بها - وعلى هذا فلا سببية فى باب العقود والابقاعات اصلاً .

اذ عرفت هذا فاعلم انه قد عرف البيع بتعاريف (الاول) ماعن جماعة كالشيخ فى محكى المبسوط والعلامة فى النذكرة 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 والانتقال انفعال و ايضاً هو مناف لسائر تصاريفه - اقول - ان ملكية المشتري فى اعتبار العقلاء والشارع اثر للبيع بمعنى انه موضوع لها واما الملكية فى اعتبار المتبايعين فهى عين النقل والتمليك لانها اثره فان ايجاد الملكية اعتباراً او وجودها كك متحدان 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 والثالث دون الثانى كما لا يخفى . (فالاولى) ان يورد على هذا التعريف بان البيع بماله من المعنى السرتركز فى الازهان قائم بالبائع لا بالعوضين و الانتقال قائم بهما - مع - انه لا يعتبر الرضا فى مفهوم البيع والالم يكن بيع المكروه وبيع غير المقدور على تسليمه بيعاً .

الثانى ماعن المشهور من تعريفه - بالمقدد 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 مسن مقولة الكيف و البيع فعل و المقولات العشر متباينات لا يصدق بعضها على بعض (وفيه) ان البيع فعل عرفى لا مقولى كالتكلم الذى هو من مقولة الكيف . (واورد عليه) فى المتن بان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ والالم يعقل انشائه باللفظ - ومراذه بذلك - ان البيع بحسب المرتكز العرفى هو النقل والتمليك الخارجى - لا الوجود اللفظى للانشاء و الالم كان معنى لانشائه بل كان اظهاره اخباراً بالانشاء و اظهر التعريف المذكور بقرينة توصيف الايجاب والقبول بالدلالة ارادة الوجود اللفظى منهما (وبهذا) البيان ظهر اندفاع ما اورد على المصنف ره بان البيع

ليس من مقولة المعنى والا لزم كونه كلاما نفسيا اذ لا يعقل من مقولة المعنى الاجعله من باب النقل القلبى وهو راجع الى الكلام النفسى وقد بين فى محله بطلان الكلام النفسى (ويرد) على هذا التعريف مضافاً الى ذلك ان البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم بالبايع لابهو بالمشتري معاً .

الثالث ما فى جامع المقاصد من تعريفه . بنقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة . وورد عليه المصنف بايرادات (احدها) ان النقل ليس مراداً للبيع . واجاب عنه المحقق الايروانى ره بانه بعد تقييد النقل فى التعريف بان يكون بالصيغة المخصوصة لا وجه لهذا الايراد . اقول . الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف ره من الايراد اعمية النقل عن البيع فاجاب عنه بذلك و الظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهوماً - فان البيع اذا كان بمعنى التمليك يكون عبارة عن التسليط و لازم ذلك اذا كان الشيء مملوكا له هو النقل نظير ان المشى مغاير للنقل و الا تنقل فى المكان لكنه لازم لهما مع انه ليس لازمه دائماً فان تمليك عمل الحريك يكون بيعا و لا نقل لعدم كونه مال كاله قبله و بيع الكلى فى الذمة يصح و لا نقل هناك فهذا الايراد تام - نعم - اذا كان المقصود الاشارة الى المعاملة المتداولة كى يكون التعريف لفظياً صح ذلك فانه يكفى فيه الملازمة الغالبة . (الابراء الثانى) ان المعاطات عنده بيع مع خلوها عن الصيغة - و يمكن الجواب عنه بان مراد المحقق ره ليس دخل هذا القيد فى حقيقة البيع بل الاشارة به الى نسخ النقل و عليه فلا يضر اخصيته . (الابراء الثالث) انه ان اريد دخل هذا القيد فى مهية البيع يرد عليه ان النقل بالصيغة لا يعقل انشاءه بالصيغة . وان اريد به الاشارة الى النقل الخاص - يرد عليه - انه ان اريد بالصيغة خصوص بيعت لزوم الدور - وان اريد بها غير بيعت من ساير الصيغ لزم الاقتصار على ساير الصيغ غير بيعت - وفيه - ان الظاهر ان مراده هو الشق الثانى و عليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغة بيعت وغيرها من الصيغ - من الصيغة و لا يلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور - و لا محذور لزوم الاقتصار فالعمدة الاشكال الاول .

الرابع ما فى المتن من تعريفه - بانه انشاء تمليك عين بمال - اقول - يرد عليه

امور (احدها) ما عن المحقق الخراساني ره من ان التملك الانشائي اذا كان مادة بعث فلا يعقل انشائه بالصيغة اذ القابل للوجود الانشائي نفس المعنى لا الوجود الانشائي (ثانيها) ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضاً لشموله للانشاء الصريح والضمني مع ان مقصوده الصريح خاصة (ثالثها) ما افاده بعض المحققين ره من ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك فيكون هو تعريفا للهبه المعوضة فان العوض فيها عوض للفعل وهو التملك للعين. وفي البيع يكون العوض عوضاً لماتعلق به التملك (رابعها) انه لا يمكن الالتزام بالتمليك في جملة من الموارد . (منها) اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه - فانه لا يملكها احد كما لا يملك الغلة (و منها) بيع العبد ممن ينعق عليه - فانه ليس هناك تملك و تملك وذلك لوجهين - الاول - انه اذا امتنع الملك الحقيقي شرعاً او عقلاً لما كان فرق بين زمان طويل او قصير - فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آنأماً ثم الانعتاق و ، دعوى ، انه يمكن الالتزام بالملك الحكمي ، مندفعة ، بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية فان التزم بكونه بيعاً حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور و الالتزام بقاء العوضين على ملك مالهما لعدم المعاوضة الحقيقية - الثاني - ان ظاهر الأدلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء فالالتزام بالملكية ولو آنأماً مناف لذلك - وما - عن الجواهر من ان الجمع بين هذه الأدلة وبين ما دل على عدم العتق الا في ملك يقتضي الالتزام بتقديم الملك على الانعتاق 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 ما لا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيلغو 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 اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء وان كان لكونه اثر تملك الملكية فيرد عليه ان ثبوت الشيء لا يكون علة لسقوطه .

الخامس ما عن المصباح من تعريفه - بانه مبادلة مال بمال - فهو ايضاً غير تام

لانه يرد عليه امور . (الاول) ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن فى باب المفاعلة ولا يصح التعبير بهاعما يقوم بطرف واحد مع ان البيع عندهم ليس هو ذلك بل عبارة عن التبديل (ومما افاده) المحقق الاصفهانى ره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله (١) تعالى (يخادعون الله) وقوله (٢) عز وجل (ومن يهاجر فى سبيل الله) ونافقوا - وشاقوا - وغير ذلك من الاستعمالات مدعى ان هذه الهيئة انما وضعت لتعديدية المادة وانها تها الى الغير مثلا الكتابة لاتقتضى الاتعديدية المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب اليه بخلاف قولهم كاتبه فانه يدل على تعديتها الى الغير بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد لقل كتب اليه ثم قال ان الهيئة المجردة وان افادت هذه الخصوصية فى بعض الموارد كضرب زيد عمرو والا انها غير ملحوظة فى الهيئة وتكون من لوازم النسبة بخلاف ضارب زيد عمرو فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه (وان كان لطيفا) الا انه يرد عليه ان هذه الامور ليست امورا برهانية بل سماعية لابد فيها من الرجوع الى اهله وهم قد صرحوا بذلك وجعلوا له موارد استثنائية منها الايات المشار اليها فتدبر (الثانى) - ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلى بيعا لانه ليس مالا قبل البيع فليس مبادلة مال - وعدم صحة جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه مالا قبله (الثالث) ان مطلق المبادلة ليس بيعا قطعيا بل لو كانت المبادلة بيعا فانما هى المبادلة فى الملكية (الرابع) ان التبديل والمبادلة لازم غالبى 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 الخبز ويقول اعطى الخبز للفقير فان هذا بيع مع انه لامبادلة فيه والالتزام بانه يملك الفقير الدرهم اولائى يعطى الخبز - او انه يوكله فى تملكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف والعقلاء فى امثال هذه المعاملة .

وبما ذكرناه يظهر مافى تعريفه بانه ، تبديل عين بمال ، او تملكها به ، او نحو ذلك من التعاريف .

ثم ان المحقق النائينى ره بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقريبية اختار فى تعريفه انه - تبديل مال بمال - وان فى البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبديل فى الاموال لا فى الملكية - و ذكر فى توضيح ذلك ان الملكية عبارة عن اضافة حاصلة بين المالك والمملوك وهى تكون متحققة فى عالم الاعتبار وتكون منشأ للاثار و لا تكون قابلة للتبديل 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 بالدراهم ولا يكون هناك تبديل فى الملكية فيكون البيع هو تبديل مال بمال (اقول) يرد عليه (اولا) ان بيع الكلى بيع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كى يكون هناك تبديل - (وثانيا) ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه بيعا فانها لانصير ملكا لاحد كى ينطبق عليه هذا التعريف (وثالثا) ان الملكية لاحقية لها سوى الاعتبار و هو بسيط قائم بالمالك و المملوك فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقائها فلا محالة لابد من تبدلها - و بعبارة اخرى - المشتري لا يملك المبيع الا باعتبار كونه ملكا له - وخلع البايع الملكية عن نفسه ولبسها به و معه تنهدل الملكية لامحالة فلا يتصور بقاء ملك الاضافة وتبديل طرفها فتدبر .

فالحق فى تعريف البيع بنحو يكون جامعا و مانعا ان يقال انه (اعطاء شىء بازاء شىء) وهذا بحسب الموارد مختلف اثره فقد يكون اثره ملكية العوضين كما فى غالب موارد - وقد يكون اثره الانعتاق كما فى بيع العبد ممن ينعتق عليه فان اثر اعطاء البايع اياه بازاء شىء انقطاع اضافته وحيث لا يعقل دخوله فى ملك المشتري ينعتق عليه قهرا - وقد يكون اثره السقوط كما فى بيع الدين ممن هو عليه - وقد يكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق و الاضافة بجهة كالالات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلا .

ثم انه بقى فى المقام بيان الفرق بين البيع و بين الشراء و الاجارة و الصلح و الهبة المعوضة و القرض .

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 (وبذلك ظهر) ما فى كلام المصنف ره من ان القبول تمليك ضمنى و بذلك فرق بين البيع والشراء - فانه ليس تمليكا ولو ضمنا .

واما الاجارة فقد فرق المصنف ردها وبين البيع - بان البيع تمليك العين بعوض و الاجارة تمليك المنفعة به - ولكن على القول بصحة جعل المعوض فى البيع منفعة لابد من بيان فرق آخر بينهما - و (قديقال) ان الفرق بينهما - انما يكون فى ان البيع يتعلق بكل من العين و المنفعة و اذا تعلق بالعين يكون اثره ملكيتها فيما يكون قابلا لذلك و هذا بخلاف الاجارة فانها تتعلق بالعين خاصة و اثرها نقل المنافع (توضيحه) ان من ملك شيئا ملكه منافعه بالتبع و يكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع - فالبيع انما هو اعطاء للعين او المنفعة بازاء العوض واما الاجارة فانما هى لنقل ذلك الحق - بمعنى انها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق و تمام الكلام هو كقول الى محله .

و اما الصلح فالفرق بينه و بين البيع هو ما ذكره المصنف ره من ان حقيقة الصلح هو التسالم و يكون متعلقه فى بعض الموارد ملكية العين او المنفعة و فى بعض الموارد غير ذلك و لا ايراد عليه، سوى ما ذكره من انه اذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمنا للتمليك - فانه يرد عليه - انه لا يتعلق بالعين - بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه لا 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 و يكون اداعيه هبة المتهب شيئا - الثالث - ان يهب المال ويشترط النتيجة اى كون ذلك المال ملكا له - الرابع - ان يهبه بازاء ذلك الشىء الخامس

ما اضافہ السيد الفقيه و هو ان يهبه فى مقابل هبته بحيث تكون المقابلة بين الهبتين ومقتضى المقابلة بطلان احدا المتقابلين بفقد الآخر - اما فى الوجه الاول - والثانى - فيكون اعطاء المال اعطاء لا بازاء شىء بل مجاناً والفرق بينها وبين البيع ح واضح غاية الامر فى الصورة الاولى اذالم يهب المتهب ذلك الشىء يكون للواهب الخيار ولا يكون ذلك فى الصورة الثانية - واما فى الوجه الثالث - فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام - وان قلنا بصحته فذلك الشىء وان كان يصير ملكاً له الا انه للشرط لالعقد الهبة و المال الموهوب انما يعطى مجاناً لا بازاء شىء و هذا بخلاف البيع - و اما 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 الآخر فلولم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا الطرف ايضاً لتقيدها بهبة الآخر - فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه - و ان اريد بها انه يملك هبته فى مقابل تملك هبة الآخر - فيرد عليه ان فى الهبة التملك انما يتعلق بالمال و ليس هناك تملك متعلق بهذا العمل من الحر - نعم - يصح ذلك فيما اذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكاً بواسطة عقد آخر ولكنه خارج عن المقام .

واما القرض فقد فرق المصنف ره بينه وبين البيع بان القرض حقيقته ليست هى المعاوضة بل هى تملك على وجه ضمان المثل او القيمة - ويرد عليه - ان التملك المزبور لا يخلو عن احد وجهين اما ان يكون تملكاً بازاء بدله فى الذمة - فهو معاوضة حقيقية - واما ان يكون تملكاً مجاناً واشترط فى ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة - فهذا غير معقول اذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه . (فالحق) ان يقال ان حقيقة القرض تملك للعين اى لخصوصيتها مجاناً وجعل لماليتها فى الذمة

ففى الحقيقة هو ينحل الى انشائين تملك مجانى بالنسبة الى العين و تضمين لمالية العين واستيمان لها فى ذمة المقرض الى اجل معين - وعليه فالفرق بينه وبين البيع فى غاية الوضوح .

بقى فى المقام ما استشهد به المصنف به لعدم كون القرض من المعاوضات وهى امور (منها) انه لا يجرى فيه ربا بالمعاوضة - وذكر السيد قدده فى بيسان مراد المصنف به انه لا يشترط فى تحقق الربا فيه ما يعتبر فى تحققه فى ساير المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل والموزون وكونهما من جنس واحد بل يجرى فيه - طلقا (واورد عليه) بان سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لاتنافى 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 مثلا ويكون بحسب الوزن اكثر منها بها - فان ذلك ربا محرم - وهذا لا يجرى فى القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدى اربعة دراهم وللمقرض اشتراط ذلك و ليس ذلك غير جائز - والسرفيه ما ذكرناه من ان حقيقة القرض تملك العين مجانا و استيمان للمالية فى ذمة المقرض - فما فى ذمته مالية الريال لاعينه وهى عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها (ومنها) عدم لزوم ذكر العوض فيه - فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين فى مقام انشاء المعاوضة (ومنها) عدم لزوم العلم بالعوض مع انه فى المعاوضات لابد من العلم به - واورد - عليه وعلى سابقه بان العين المقرضة اما ان تكون من المثليات او تكون من القيميات وعلى كل حال العوض معلوم ولا يحتاج الى الذكر - وفيه اولا - ان بعض الاشياء ربما لا يعلم الانسان حين القرض انه مثلى او قيمى فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الاداء - وثانيا - 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 بالمكيل المجهول - و جماعة اخرى وان كان ظاهرا على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر فى مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه - فهذا لا يكون شاهداً على عدم

كونه من المعاوضات عندهم .

ضابط ما يصح جعله عوضا ومعوضا وما لا يصح

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - (الاول) في ضابط ما يصح جعله معوضا وعوضا وما لا يصح - فقد قال المصنف رده في ضابط ما يصح جعله مبيعا .

(والظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع بغيرها الخ)

اقول يقع الكلام في مقامين - الاول - في بيان المراد من العين - الثاني - في انه هل يعتبر ان يكون المبيع عيناً ام لا .

اما المقام الاول - فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجى و ماله وجدل كان من المتعينات الخارجية فتشمل العين الشخصية - والكلى المشاع - والكلى فى المعين - والكلى الذمى - وتخرج المنفعة والحق - ولا اشكال فى شىء من ذلك الا فى الكللى الذمى فانه اشكل على جعله مبيعا - بوجهين .

الاول ان الملكيه من الاعراض فلا بدلها من معروض ولا وجود للكللى الذمى حتى يكون معروض الملكيه (واجاب عنه) المحقق النراقى قده - بان البيع ليس هو التمليك - بل عبارة عن نقل الملك - وحيث انه لامحذور فى نقل الملك فى ظرف وجوده وان كان متأخرا فعلا لعدم كون النقل من الاعراض فلا اشكال فى صحة البيع وقال - والحاصل ان البيع نقل الملك بالغير بالفعل سواء كان الملك ايضاً فعليا وقويا مترقب الحصول (وفيه) اولا ان لازم ذلك بطلان البيع اذا تعذر تسليم الكللى - او لم يحصل للبائع - لانه يكشف انه باع ما ليس له - مع انه لا يكون باطلا بالانفاق - و ثانيا - ان النقل مطلقا بدوان يكون بملاحظة مكان او اضافه وليس له استقلال فى التحصل فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك - فكما ان الملكيه غير معقولة كما هو المفروض - فكك النقل لا يكون فعليا - فلان نقل بالفعل و انما هو معلق على امر

متأخراً والتعليق في البيع باطل بالاجماع (واجاب) عنه السيد الفقيه بان الملكية وان كانت من الاعراض الخارجية الا ان حقيقةها ليست الاعتبار اعقلا ثانيا فيمكن ان يكون محلها موجوداً اعتباراً فانقول العقلاء يعتبرون الكلى الذمى شيئاً موجوداً يتعلق به الملكية (وفيه اولا) انه لا يصح الجمع بين العرض الذي هو امر واقعى مقولى - وبين الاعتبار الذى لا ثبوت له الا فى افق الاعتبار (وثانيا) انه من المعلوم ان العقلاء فى باب اعتبار ملكية الكلى الذمى ليس لهم اعتبار ان - احدهما متعلق بوجوده - ثانيهما متعلق بملكيته.

فالحق فى الجواب ان يقال ان الملكية انما هى من الاعتباريات و الاعتبار لا يحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار وهو كما يكون عيناً خارجية يمكن ان يكون كليا فى الذمة - و الظاهر ان المستشكل خلط بين الملكية التى هى من الاعراض الخارجية - وهى الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شىء به - كالهيئة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة به - وبين الملكية التى هى من الاعتباريات التى تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها - والذى لا يمكن ان يتحقق بلا محل موجود - انما هى الملكية بالمعنى الاول واما الملكية الاعتبارية فهى لا تتوقف الا على محل موجود فى افق الاعتبار بنفس الاعتبار وعليه فكما يمكن ان يكون ذلك عيناً موجودة فى الخارج يمكن ان يكون كليا فى الذمة بل ربما يكون المالك ايضا كليا ككلى الفقير والسيد فى باب الزكاة والخمس (وبهذا البيان) يظهر انه يمكن ان يكون المالك امراً اعتبارياً كالحكومة التى هى من الامور الاعتبارية العقلانية ويعتبرونها لشخص او لعدة اشخاص ولذا ترى ان العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمة و الفرق بين ملكيتهم بما هم كك و بين ملكيتهم بما هم اشخاص انه لو مات احدهم او جميعهم فى الاول لا ينتقل المال الى الورثة ولو انتقل عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه فى الثانى - وتمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر .

الاشكال الثانى انه يعتبر فى البيع كون المبيع مالا قبل البيع والكلى فى الذمة ليس كك (ويرد عليه) انه لم يدل دليل من عرف او شرع على اعتبار ان يكون المبيع

قبل البيع مالا و تعريف المصباح لاحجية له - بل يعتبر شرعا و عرفا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض ومعلوم ان الكلى كك.

واما المقام الثانى فالارجح فى النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان. وذلك لان البيع من المفاهيم العرفية والامضاء الشرعى متعلق به ولعل اختصاص البيع بنقل الاعيان وتمليكها وعدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفى (والظاهر) انه الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلو بالاختصاص - تارة - بالتبادر - واخرى - بصحة سلب البيع عن تمليك المنفعة بعوض - وثالثة - بانصراف الادلة الى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض فى البيع عينا (لایقال) ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان و ان اختص بنقل الاعيان الان المعيار هو عرف زمان الشارع الاقدس - فانه يقال (اولا) انه ان ثبت ذلك فى هذا الزمان يبنى على كونه كك فى زمانه (ص) لاصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب الفهقرى الذى على جريانه بناء العقلاء وسيرة العلماء ولولاه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة فى المعانى التى تكون الان ظاهرة فيها - فى زمانه (ص) الا بذلك (و ثانيا) ان الشك فى شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة ويتعين 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 و مالك المنفعة مشتريا (والاجماع) (وانه) لافرق بين الاجارة والبيع الا فى ان البيع لنقل الاعيان والاجارة لنقل المنافع بناء على ما حققناه فى كتاب الاجارة من ان حقيقتها تمليك المنفعة بعوض .

واستدل للتعميم - بوجهين - (الاول) ان ما عن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الاعيان - يشمل نقل المنافع (الثانى) اطلاق البيع على نقل المنافع فى جملة من النصوص - منها - النصوص الدالة على بيع سكنى السدار

كموثق (١) اسحاق بن عمار الاثنى - ومنها - ما دل على بيع خدمة المدبر كحبر (٢) السكونى الاثنى - ومنها - ما ورد (٣) فى بيع الاراضى الخراجية - وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصباح وعدم حجتيه - واما الثانى - فلان الاستعمال اعم من الحقيقة واصالة الحقيقة انما يرجع اليها لتشخيص المراد - لالتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد فالظاهر اختصاص البيع بنقل الاعيان .

(قوله قدده كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر الخ) وهو خبر (٤) السكونى عن على عليه السلام قال باع رسول الله صلى الله عليه وآله خدمة المدبر ولم يبع رقبته ونحوه غيره .
(قوله قدده ويبيع سكنى الدار الخ) كخبر (٥) اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام عن رجل فى يده دار ليست له ولم تزل فى يده ويد آباءه من قبله قد اعلمه من مضى من آباءه انها ليست لهم ولا يدرون لمن هى فيبيعها وياخذ ثمنها - قال (ع) ما احب ان يبيع ما ليس له الى ان قال يبيع سكنها او مكانها فى يده فيقول ابيعك سكنى وتكون فى يدك كما هى فى يدى قال عليه السلام نعم يبيعها على هذا .

(قوله قدده وكاخبار بيع الخ) وقد تقدم فى مسألة الخراج و المقاسمة نقل تلك النصوص .

(قوله قدده كالثمرة على الشجرة الخ) اقول الظاهر ان مراده ليس ماذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السيد به بل مراده ما اذا تعلقت الاجارة بنفس الثمرة - فانها التى تكون بيعا قطعاً - كما فى رواية (٦) الحلبي عن الصادق (ع) الواردة فى بيع الثمار وان لم يتبين لك ثمرها فلا تستاجر - اى لا تشتريها - كما هو صريح ساير الاخبار - ثم ان الكلام فى صحة اجارة الشجرة لثمرتها وعدمها من جهة ان الثمرة ليست منفعتها بل هى من الاعيان - موكل الى محل آخر .

١-٥- الوسائل - باب ١ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٥

٢-٤- الوسائل باب ٣ - من ابواب التدبير من كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاء حديث ٣

٣- الوسائل باب ٧١ - من ابواب جهاد العدو وما يناسبه من كتاب الجهاد

٤- الوسائل - باب ٢ - من ابواب بيع الثمار - حديث ٣

يجوز جعل المنفعة عوضا

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 عوضا (الثالث) في جواز جعل عمل الحر عوضا (الرابع) في الحقوق .

اما المورد الاول فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا - وبعبارة اخرى - عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل - فمنفعة الدابة ليست ما هو فعل الراكب الذي هو من اعراضه لامن اعراض الدابة بل المضايغ لفعل الراكب الذي يصير فعليا بفعلية ما هو قائم بالراكب - فحيثية كون الدابة مركبا منفعتها - وهذه انما تصير فعلية بالاستيفاء - الذي هو عبارة عن الانتفاع (وبهذا) البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه في حاشيته من ان الثمرة تعد منفعة الشجرة عرفا - 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 عوضا بوجوه (الاول) ما ذكره المصنفه بقوله (ولعله لما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الايمان الخ) (الثاني) ان المنفعة غير موجودة فغير قابلة للمملوكية فلا يصح جعلها عوضا و هو المحكى عن الشهيد (الثالث) انه لعدم تعارف جعل المنفعة عوضا تكون ادلة نفوذ البيع منصرفا 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 الناشى عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد المطلقات فالأظهر جواز جعلها عوضا .

يجوز جعل عمل الحر عوضا

اما المورد الثالث - فقال المصنفه (واما عمل الحر فان قلنا انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال الخ) محصل كلامه انه لا اشكال فى جواز جعل عمل الحر عوضا اذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه كما اذا كان اجيراً لغيره فانه يجوز لذلك الغير جعله عوضا - و يكون كعمل العبد الذى لا كلام فى انه مال ويصح جعله عوضا - واما اذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه - فجواز جعله عوضا مبنى على كونه من الاموال وان لم يعد منها لا يجوز ذلك (اقول) بقبح الكلام فى هذا المورد فى جهتين (الاولى) فى انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه ام لا (الثانية) فى انه على كل من التقديرين هل يصح جعله عوضا ام لا .

اما الجهة الاولى فالحق انه مال - لان المالية من الاعتبار العقلية وانما تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب اليه ويميل اليه النوع او ان نظام الاجتماع يتوقف عليه كما فى اعتبار المالية للذهب والفضة - وهذا الذى يسمى بالمال تارة يعتبرونه ملكا لشخص واخرى لا يعتبر ذلك كما فى 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 والعمل المعدوم لا يكون محلها (الثانى) انه لو كان عمل الحر مالا وكان صاحبه ذاملا - لتعلق به الاستطاعة اذا كان قادرا على عمل يكون عوضه مما يتحقق به الاستطاعة وخرج عن كونه فقيراً (الثالث) انه لو كان مالا لكان حابسه ضامنا - وفى

الكل نظر (اما الاول) فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم بمحل يكون موجودا تقديرا والمقام كك فان عمل الحر يقدر وجوده بتبع وجود العامل وقدّر ته عليه (واما الثانى) فلان الاستطاعة تنوقف على الملكية وكون الشخص ذاملا وعمل الحر وان كان مالا الا انه ليس ملكا لعامله فلا يتحقق به الاستطاعة - نعم - لمجرد سلطنته على تملكه للغير يخرج عن كونه فقيرا ولا يصدق عليه هذا العنوان (واما الثالث) فلان الضمان لا بدله من سبب وهو اما - الاتلاف - او البد - او الاستيفاء وشىء - منها لا يكون فى المقام - اما الاول - فلانه ليس مال العامل حتى يشمل منه اتلف مال الغير فهو له ضامن - واما الثانى - فلان عمل الحر لا يكون تحت اليد والاستيلاء لى نفسه ولا بتبع الاستيلاء على الحر - وعبارة اخرى قاعدة اليد انما تجرى فى صورة الاستيلاء و الحر لا يدخل تحت استيلاء غيره - واما الثالث فواضح - (فتحصل) ان الاظهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه .

و اما الجهة الثانية فبناء على كونه مالا ما ذكر و جهها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا والجواب ما ذكرناه - وعلى فرض عدم كون مالا (استدلل) على عدم الجواز مضافا الى ذلك بانه يعتبر فى المبيع والتمن ان يكونا من الاموال قبل البيع (وفيه) انه لم يبدل دليل على اعتبار ذلك لامن العرف ولامن الشرع وتعريف المصباح لاحجية له بل يعتبر عرفا وشرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه وضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض ومعلوم ان عمل الحر كك فالأظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا .

حقيقة الحق واقسامه

واما المورد الرابع فى المتن (واما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال كحق الحضانة الخ) تنبى القول فى المقام انما يكون بالنكاح فى جهات .
الاولى ان فى الادلة عناوين ثلاثة الملك والحكم والحق (اما) الملك فقد تقدم انه امر اعتبارى (و اما) حقيقة الحكم فواضحة ومذكورة فى محلها - انما الكلام فى

حقيقة الحق بنحو يمتاز عن الملك و الحكم (اقول) الحق فى اللغة هو الثبوت - وبهذا الاعتبار يطلق عليه سبحانه الحق - من جهة ان ثبوته من اعلى مراتب الثبوت و يقال للامر الموافق للواقع انه حق من جهة ثبوته وهكذا ساير موارد استعماله . (واما) 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 الحروفى الجميع الملكية واحدة وانما المملوك مختلف (وبه يندفع) ما ورد 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 التى كانت خلاقبلا او كحق الاولوية فى الارض المحجرة التى لا تملك الا بالاحياء . (وقد يقال) انه مرتبة ضعيفة من الملك (وفيه) ان الملكية التى هى امر اعتبارى بسيطة لا يكون لها مراتب واختلاف المملوك سعة وضيقا اجنبى عن اختلاف مراتب الملكية (فالحق) ان يقال انه عبارة عن اعتبار السلطنة على شىء او شخص فى جهة خاصة مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة على ضم حصة الشريك الى حصته بتملكه عليه قهرا و حق الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والامضاء وهكذا ساير الحقوق (ثم) لا يخفى ان هذا ليس حقيقة شرعية له اذ مضافا الى عدم الدليل عليه ان الحق يستعمل كثيرا فى الاخبار وكلمات علمائنا الا برار فى الحكم (وعليه) فنشخص 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 ردها اقسام (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 ونقله الا انه مجانا لا بالعوض - كحق القسم فانه ذكر

العلامة رهان لكل من الأزواج - نقله الى ضررتها واسقاطه الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك (الثاني) ما يقبل الاسقاط ولا يقبل النقل كحق الشفعة والخيار (الثالث) ما يكون قابلا للنقل والانتقال والاسقاط كحق التحجير (واورد) على هذا التقسيم بالنحو الذي استظهرناه المحقق النائيني رهان كون شئ عاقوا غير قابل للاسقاط لاي عقل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف يكون له السلطنة وكيف يكون زمام امره بيده بل الضابط للحق والفرق بينه وبين الحكم كونه قابلا للاسقاط - و تبع في هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد ره (اقول) ان مقتضى سلطنة الانسان على شئ هو كون امره بيده لا امر السلطنة بيده والانسان مسلط على العين - او العمل - لانه مسلط على سلطانه و مالك له و بهذا البيان التزمنا بان (١) (الناس مسلطون على اموالهم) لا يدل على صحة الاعراض و بالجملة كما ان الحكم امره بيد الحاكم كالحق امره بيد المعتبر ومن بيده الاعتبار فاذا لم يجعل المعتبر امره مرفوع هذا الاعتبار ونقله الى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك (فالحق) ان من اقسام الحق ما يقبل الاسقاط (ثم ان) معرفة ان الحق القلاني هل هو قابل للاسقاط والنقل ام لا لا بد وان تكون من الدليل وليس لذلك ضابط كلي يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره - وتمام الكلام في ذلك مو كول الى محل آخر.

الجهة الثالثة كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق ام لا (صريح) المتن والمحقق النائيني ره عدم الجواز (واستدل له) 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 طرف في السلطنة بشخص واحد (وشيد) بعضهم هذا الوجه - بان المسلط والمسلط عليه متضائقان - والتضائفات من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما في واحد . اقول برده عليه (اولا) ان المسلط عليه انما هو بمعنى - الاول طرف السلطنة - الثاني - من بضرره السلطنة - مثلا في حق الخيار و حق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف ره - حل العقد في الاول و تملك الشريك ما اشتراه

المشتري ببذل الثمن فى الثانى - مسلط عليهما بالمعنى الاول - ومن عليه الحق فى الموردین هو المسلط عليه بالمعنى الثانى وفى جميع الحقوق التى فيها من عليه الحق يكون الامر على هذا المنوال - وعليه فنقل الحق الى من عليه الحق لا يلزم منه اتحاد المسلط والمسلط عليه بمعنى قيام طرفى السلطنة بشخص واحد كى يكون امرا غير معقول (و ثانيا) انه لو سلم كون المسلط عليه هو من عليه الحق - فلا رى محذور فى اجتماعهما فى شخص واحد وليس كل ما هو من اقسام التضائف من انحاء التقابل بل ما كان بينهما تغاير فى الوجود كالعلية والمعلولة منها والافعال والمعلومية والمحبوبة والمحبوبة من اقسام التضائف وليستا من انحاء التقابل وتجتمعان فى شخص واحد ويحب الانسان نفسه ويعلم بنفسه - والسلطنة من هذا القبيل فان معناها كون الشخص قاهر اعلى شخص وكون الغير تحت ارادته واختياره وهذا المعنى يمكن اجتماعه فى شخص واحد بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة كيف وقد ورد - الناس مسطون 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 عوضا (اقول) بعدما لا كلام ولا اشكال فى عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الاول اى ما لا يقبل الانتقال والاسقاط عوضا وقع الخلاف فى القسمين الاخيرين وهما اقول (الاول) عدم صحة جعل شىء منهما عوضا اختاره المحقق النائينى ره (الثانى) جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضا (الثالث) جواز جعل كل منهما عوضا غاية الامر فى ما لا يقبل الانتقال يصح جعل اسقاطه عوضا (وقد استدل) المحقق النائينى ره على عدم جواز جعل نفس الحق عوضا - بان البيع حقيقته تبديل طرف الاضافة بمثله ولازم ذلك دخول كل من الثمن و الثمن فى ملك مالك الاخر - و معلوم ان الحق ليس كك فانه مباين مع الملك سنخا فلا يصلح للحلول محل الثمن فى الملكية كى يصدق البيع (و استدل) ره على عدم جواز جعل الاسقاط - عوضا - بان نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال واثره و هو السقوط بما

انه اسم المصدر ليس ممن الافعال التي تقبل للمملوكية نظير الخياطة فان هذا المعنى معنى حرفي غير قابل لان يتمول الابعبار نفس الحق وقد عرفت ما فيه (اقول) يرد على ما افاده في نفس الحق ان تعريف البيع بما ذكر مضافا الى ما مر ما فيه من المحاذير - انه ليس مورد آية او رواية حتى يجعل صدقه أو عدم صدقه مبنى للاحكام الشرعية - وقد مر ان حقيقة البيع ليست الاجعل شيء بازاء شيء فاذا جعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع في مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شيء بازاء شيء فهو بيع حقيقة (و اما) ما ذكر في الاسقاط فيرد عليه مضافا الى ذلك - ان نفس الاسقاط وان كان معنى حرفيا لا يتمول - والحق في نفسه غير الملك الا انه لامانع من صيرورة الحق سببا واسطة في قابلية اسقاطه للملكية. ونظير ذلك - ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به (وبالجملة) عدم قابلية الحق للمملوكية لا ينافي صيرورته واسطة في كون اسقاطه قابلا للتمول والمملوكية فتدبر فانه دقيق .

ثم ان المصنف ره وفاقا لغيره من الاعلام استدل لعدم جواز جعل مالا 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 (و لما) كان صاحب الجواهر بعدم نقل هذا من استاذه و ذكر في وجهه ان البيع من النواقل لامن المسقطات 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 في الحق ايضا بذلك (تصدي) المصنف ره لجواب هذا الاشكال بانه فرق بين الموردین فانه في بيع الدين على من هو عليه يحدث الملكية آنأما ويسقط ولا مورد لتقرر ذلك في الحق بان يرجع حقيقة الاسقاط المجهول عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه ويؤثر ذلك في سقوطه ويدعى ان مادل على انه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لاعلى هذا الوجه فان نقل الحق الى من عليه ولو آنأما محال لاستلزام ذلك اتحاد المسلط والمسلط عليه وقد تقدم تنقيح

ذلك وبهذا البيان الذى بينا مراد المصنف ره يندفع جملة مما اورده المحشون ره عليه (واستدل) بعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضا بعدم صدق المال على الحق و لو بعد البيع وقد اخذ المال فى عوضى المبايعة لغة وعرفا (اقول) يرد على الدليل الاول ان البيع ليس هو التملك من الطرفين بل هو اعطاء شىء بازاء شىء ولو كان الشىء الثانى سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا و ان لم يقبل النقل وقد تقدم تمامية ما اورده صاحب الجواهر من النقص و عدم صحة جواب المصنف ره عنه (و يرد على الثانى) ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشىء لكونه موردا لرغبة العقلاء و ميلهم من جهة ما فيه من الاغراض العقلائية فالحق مال - و ان كان المال بحسب المفهوم العرفى اخص من ذلك كما ادعى - فالحق وان لم يكن مالا - لانه لا دليل على اعتبار المال فى عوضى المبايعة و مجرد تعريف المصباح أو ما شابهه لا يصلح لذلك كما تقدم - فان حقيقة البيع اعطاء شىء بازا شىء - ولا يعتبر فى صدقه سوى كون العوض او المعوض مما يبذل بازائه الشىء او الحق كك (فتحصل) ان الاظهر جواز جعل كل من القسمين عوضا غاية الامر فى القسم الاول يجعل سقوط الحق عوضا - و فى القسم الثانى يجوز جعل سقوطه عوضا كما يجوز نقله عوضا .

لا يعتبر تعقب القبول فى صدق البيع

التنبه الثانى (قال المصنف ره و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر الخ) لا يخفى انه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف ره فى المقام حيث ذكرنا ولا تعريف المصباح وانتقل الى بيان امور اخر ثم عاد اليه بذكر ساير التعاريف ثم كرر العود اليه فى هذا الموضع مع ان ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعانى - و لكن الذى يهمنا فى المقام - بيان انه هل يعتبر فى صدق البيع تعقب القبول ام لا و فيه اقوال (الاول) ما فى المتن وهو عدم اعتباره وتبعه المحقق النائينى ره (الثانى)

اعتباره اما بكونه اسما للمجموع او فعل البايع بشرط التعقب على نحو الشرط المتأخر اختاره السيد و المحقق الأبروانى (الثالث) اعتبار قابليته لتعقب القبول اختاره بعض مشايخنا المحققين (والأظهر) هو الأول . وذلك يظهر من ملاحظة إنشاء البايع فانه اذا قال بعث اظهر بذلك اعتبار نفسه والمشتري انما يقبل ذلك لان فعله دخيل فى ما ينشأ البايع - هذا مضافاً - الى ملاحظة سائر مشتقاته كالبايع وغيره مع انه لو نذر ان يبيع داره صح هذا النذر ولو كان البيع فعل المجموع - او فعل البايع بشرط التعقب بالقبول لما صح لكون جزء المنذور او شرطه خارجاً عن تحت القدرة (يؤيده) قوله ص (١) البيعان بالخيار - اذ لو كان البيع اسماً لفعل المجموع لما كانا يبيعين بل كانا معا بايعاً فتدبر .

وقد استدلل للثانى (بالتبادر) (وبصحة) السلب عن المجرد و لهذا لا يقال باع فلان ماله الا بعد ما اشتراه غيره (وبان) البيع من العقود ولو تحقق البيع بمجرد إنشاء البايع لزم كونه ايقاعاً (وباستعماله) فى المتعقب بالقبول فى النصوص والفتاوى من قولهم لزم البيع او وجب او لا يبيع بينهما او اقاله البيع او نحو ذلك - وفى الكل نظر (اما الاولان) فلان التبادر وصحة السلب انما يتمان فى مثل - بعث دارى فى مقام الاخبار - الذى قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر ولا يتمان فى غير هذا المورد (و اما الثالث) فلان العقد و الايقاع اصطلاحان و الم - راد بالاول ما يعتبر فيه القبول و الثانى ما لا يعتبر و لا كلام فى اعتباره فى صحة البيع و ترتب الاثر عليه (و اما الرابع) فلان الاستعمال اعم من الحقيقة لاسيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الاثر .

وقد استدلل للثالث (بان) البيع اسم للصحيح العرفى والصحيح العرفى فى اجزاء السبب ما كان قابلاً لان يلتزم منه المجموع فيكون البيع معناه إنشاء التملك القابل للحقوق القبول (اقول) سيأتى فساد المبنى وان البيع ليس موضوعاً للصحيح العرفى فالحق عدم اعتباره فى مفهوم البيع لانه نحو الجزئية ولا ينحو الشرطية نعم هو معتبر فى صحة

البيع عرفا وشرعا .

(قوله قدده بل الظاهر اتفاقهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين ابواب المعاملات الخ) اقول بل الظاهر عدمه فان مورد البحث فى تلك الابواب نفس المعاملات ولذا يعنونون اعتبار الايجاب والقبول ويقولون - يعتبر فى البيع الايجاب والقبول ولو كان مرادهم منه العقد كان هذا التعبير من الفساد بمكان - و سيصرح المصنف به بعد اسطر بخلاف ذلك - ويقول والحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ .

(قوله قدده وكلك لفظ النقل الخ) النقل والتملك انما هما للمعنى الجامع بين النقل بسعوض او مجانا - فعدم اعتبار القبول فى صدقه لا يلزم عدم اعتباره فى البيع .

(قوله قدده لعلاقة السببية الخ) قدم فى اول الكتاب ما فى اطلاق السبب والمسبب فى باب المعاملات وان ذلك بمعزل عن الصواب فراجع .

البيع حقيقة فى الصحيح أو الاعم

التنبه الثالث (قال قدده - ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح الخ) اقول يقع الكلام فى مقامين - الاول - فى بيان ما افاده المصنف به فى المقام - الثانى فى بيان ماهو الحق .

اما المقام الاول فقد يقال ان الفاظ المعاملات من البيع وغيره اسم للصحيح وانما تستعمل فى غيره مجازا . واورد عليه بايردين (الاول) ان لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية فى المعاملات مع انه بالبداهة ليس كك كيف وقد كان الشارع المقدس يستعمل اسمها فيما كان يستعمل فيه العرف ولم يصرح فى مورد بكون مراده غير ما يفهمه العرف (الثانى) ان لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات ادلة العقود كاحل

الله البيع (١) ونحوه - لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره فيها - اذمع الشك المزبور لا محالة يشك فى صدق الموضوع ومعه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع ان سيرة علماء الاسلام على التمسك به فى هذه المقامات .

واجاب المصنف ره عن الاول بان البيع أو شبهه فى العرف اذا استعمل فى الحاصل من المصدر اى المسبب والمنشأ لا يستعمل الا فيما هو مؤثر وصحيح ولو فى نظرهم - ثم اذا كان مؤثراً عند الشارع كان بيعاً عنده ايضا والا كان صورة بيع - فالموضوع له انما هو الصحيح المفيد للآثر ولا اختلاف فى هذا المفهوم بين العرف والشرع وانما الاختلاف فى المصداق فان اهل العرف يرون بعض البيوع مفيداً مؤثراً أو الشارع لا يراه كذلك (لا يقال) ان تخطيط الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع فى عالم العين والوجود - ولا تتصور فيما لا واقع محفوظ له وكان فى ذاته مختلفاً باختلاف الانظار كالبائع فانه ان كان موضوعاً لاعتبار الملكية فى نظر العرف وان لم يعتبرها الشارع كان موضوعاً للأعم وان كان موضوعاً لاعتبارها فى نظر الشارع عاداً المحذور وعلى اى تقدير لا معنى للتخطيط المذكورة (فانه يقال) ان اعتبار الملكية كان المعبر هو العقلاء او الشارع انما يكون عن مصلحة داعية اليه - و اهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية والشارع المقدس يخطئهم فى ذلك لكونه محيطاً بالواقعات ويرى انه ليس فى هذا الاعتبار مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما فى بيع الربوى - فالتخطيط انما تكون فى المنشأ للاعتبار فتدبر .

واجاب ره عن الايراد الثانى بوجهين (احدهما) ان البيع و ان كان موضوعاً للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه اهل 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 يدخل له بتخطيط الشارع نظر العرف او تصويبه - اذ صريح عبارته

ان الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف فلا حظ (ثانيهما) حمل لفظ البيع أو شبهه الواقع فى ادلة الامضاء على المصدر الذى يـراد من لفظ بعت أى انشاء تمليك عين بعوض - الذى هو فعل الموجب واختاره فى تعريف البيع - فاذا حكم الشارع عليه بالحل أو بوجوب الوفاء يستكشف منه كونه مؤثراً فى نظر الشارع والالما كان له حلية ولا وجوب الوفاء ومقتضى اطلاقه كون كل انشاء النقل يوجب النقل شرعاً - هذا محصل كلامه بتوضيح منا .

والمحقق النائينى رده اورد على ما ذكره ثانياً فى وجه التمسك بالاطلاق (بان) المطلقات الواردة فى الكتاب والسنة كلها واردة فى مقام امضاء المسببات دون الاسباب - لانها اسام للمسببات - واورد على ما ذكره اولاً (بانه) اذا كان الدليل وارداً فى مقام امضاء المسببات أى المعاملات الرائجة 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 امضاءً للسبب (نعم) اذا لم يكن له سبب متيقن اصلاً لامحالة يكون امضائه امضاءً له والى يلزم اللغوية - وفى المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح - (ودعوى) ان اهل العرف حيث يرون حصول المسبب بسبب معين عندهم فامضاء المسبب يستلزم امضاء السبب (مندفعة) بان المتبع هو انظار اهل العرف فى تعيين المفاهيم لافى التطبيق - فهم وان رأوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان امضاء المسبب لا دليل على كونه امضاءً لنظرهم فى التطبيق ايضاً (اقول) يمكن دفع الثانى - بان مقتضى اطلاق دليل المسبب الافرادى امضاء كل فرد من افراد المسبب عند العرف ولازم ذلك امضاء كل سبب يتسبب به اليه والا كان اطلاق دليل المسبب مقيداً بغير ما حصل من ذلك السبب الذى يشك فى امضائه ولعله الى هذا يرجع ما نقله رة 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 أو 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 والارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداءً بداهة ان الموجد للملكية ليس قول بعث نظير الالتقاء الموجد للاحراق بل الموجد لها ارادة البايع فاذا لم يكن من قبيل الاسباب والمسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء احدهما امضاء للآخر بل الموجود واحد غاية الامر انه باختلاف الالة ينقسم الى اقسام عديدة فاذا كان المتكلم فى مقام البيان ولم يقيد بنوع خاص يستكشف منه عمومته لجميع الانواع (وفيه) مضافا الى ضعف المبنى لما اشرنا اليه فى اول الكتاب - ان وجود ذى الالة مغاير مع وجود الالة بالوجدان - والارادة وان تعلقت حين البيع بذى الالة ابتداءً وبالالة تتعلق تبعالائه فى مقام الجعل لا بد من لحاظ الالة مستقلا كى يرى 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 الذى ذكرناه فلا فرق بين كونها من قبل الاسباب والمسببات او الالة وذى الالة .

واما المقام الثانى فالكلام فيه يقع فى موضعين الاول - فى ان الفاظ المعاملات اسام للصحيحة والاعم - الثانى - فى التمسك باطلاقات ادلة الامضاء .

اما الموضع الاول فقد يقال كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراسانى ره والمحقق النائينى انها ان كانت موضوعة للمسببات لامجال للنزاع المذكور اذ لو كانت اسامى للمسببات لا تنصف الا بالوجود والعدم دون الصحة والفساد .

ولكن الحق فى المقام ان الصحة والفساد لا يتصف بهما الا الموجود الخارجى واتصافه بهما انما يكون بلحاظ انطباقه على ما اخذ طرفا للحكم او الاعتبار الشرعى وعدمه (وعليه) فالمسببات ايضا تنصف بهما وذلك لان فى باب المعاملات كالبيع امورا اربعة - احدها - اعتبار المتعاملين الملكية - ثانيها - اعتبار العقلاء و امضائهم لذلك - ثالثها - اعتبار الشارع اياها - رابعها - اظهار ذلك الامر النفسانى بمظهر

خارجى - ولا ريب فى انها ان كانت اسامى للمسببات تكون اسامى للاعتبارات الصادرة من المتعاملين - لا الصادرة من العقلاء والشارع مثلا البيع اسم لفعل البائع ولا يطلق على الشارع والعقلاء البائع وحيث ان الشارع المقدس لم يعتبر الملكية فى كل مورد اعتبرها المتعاملان بل فى بعض موارد كما اذا كان مظهرا بلفظ او غيره من المظاهرات الخارجية و كان المعتبر غير محجور عليه و غير ذلك من الخصوصيات فكل اعتبار خارجى شخصى ان كان منطبقا على ماهو موضوع للاعتبار الشرعى و طرف له فهو صحيح - و الا فهو فاسد - فالمعاملات وان كانت اسامى للمسببات تنصف بالصحة والفساد ايضا - وقد مر ان البيع اسم للمسبب اى الاعتبار الصادر من البائع .

ثم ان الظاهر كونه اسما للاعم - لالخصوص الصحيح بالمعنى المتقدم - فان الصحة انما تنزع عن مطابقة المأنى به لما هو طرف الاعتبار فهى متأخرة عن الامضاء فكيف يمكن اخذها فى المرتبة السابقة عليه - فتدبر - فانه يمكن ان يقال بوضعها للحصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعى - مع - ان المعاملات امور عرفية امضاها الشارع الاقدس و ضرورى انه لم يتصرف فى وضعها ولم يستعملها فى غير ما وضعت تلك الالفاظ له فى العرف بل استعملها فى معانيها غاية الامر اعتبر فى امضاها قيودا -

التمسك بالاطلاق

واما الموضع الثانى - فبناء على ما اخترناه من ان البيع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين وانه 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 وغيره - الاظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة الامضاء لا مضاء كل ما هو مظهر لها - و ذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل قوله تعالى (١) احل الله البيع كما ان لكل واحد منها اطلاقا افراديا و يدل على امضاء كل فرد من افراد البيع مثلا - كك له اطلاق

احوالى .. فمقتضى احل الله (١) 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 شىء آخر غير الاعتبار القائم بالمعاملين
 فى المعاملات وانه لا تصدق اساميهام بمجرد تلك الاعتبارات .. فلا يخلو ذلك من امور
 (احدها) اعتبار امضاء العرف والعقلاء بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين
 ممضاة عند العرف فهى 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 - فهى بيع او غيره (رابعها) ان يكون البيع مثلاموضوع الامر
 واقعى ويكون نظر العرف والشرع طريقا اليه وعليه يكون النهى تحطئة للعرف فى المصدق
 (فلو كان)المعتبر هو الامر الاول - لو شك فى دخالة شىء فى امضاء العرف والعقلاء لما صح
 التمسك بالاطلاق لنفى اعتباره للشك فى صدق الموضوع واما لو احرز ذلك وشك فى
 دخالته فى الامضاء الشرعى فيتمسك بالاطلاق لنفيه (ولو كان)المعتبر هو الثانى - لا يصح
 التمسك بالاطلاق لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره لا بالاطلاق اللفظى ولا بالاطلاق المقامى اما
 الاول فللشك فى صدق الموضوع .. واما الثانى .. فلو جود القدر المتيقن فى المعاملات
 الرائجة عند العرف ويمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه (ولو كان)المعتبر هو
 احدا الاخيرين .. يمكن التمسك بالاطلاق لنفى ما شك فى اعتباره شرعا مع احرار عدم
 دخالته عرفا (بتقريب) ان للشارع جهتين .. احدا هما كونه مشرعا وجاعلا للاحكام
 ثانيتهما - كونه من العرف والعقلاء - بل هو رئيسهم - فاذا قال احل الله البيع
 ولم يعين البيع الشرعى لامحالة يحمل على ارادة امضاء البيع العرفى .. كما هو
 الشأن فى جميع المفاهيم الواقعة فى الادلة الشرعية (وعليه) فيتمسك بالاطلاق لنفى
 اعتباره شرعا (فتحصل) مما ذكرناه انه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه
 والا قوال 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) و الظاهر 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 بقرينة ما فى ذيله (فلو حلف على ترك الصلاة والصوم اكتفى بمسمى الصحة وهو
الدخول فيها فلو افسدها بعد ذلك لم يزل الحنث و يحتمل عدمه لانه لا يسمى صلوة
شرعا ولا صوما مع الفساد واما لو تحرم فى الصلاة او دخل فى الصوم مع مانع 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
الصحيح وانه لا ينذر الا ان لا يصلى صلوة صحيحة - و ان لا يبيع بالبيع الصحيح
الشرعى - وانه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الاول - وبين ما لو انعقد
صحيحا ثم افسد فى الاثناء فتدبر .

فى بيع المعاطاة

(قوله قدّه اعلم ان المعاطاة على ما فسرّه جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا
عما يأخذونه 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 النفسانى (ثم ان) فيما ذكره ره فى تعريفها مسامحة
واضحة اذ المعاطاة التى وقع النزاع فى انها بيع صحيح لازم ام لا لا يكون كلا
طرفيها اعطاء الشئ وعوضا بل احدهما اعطاء بعوض اى احد الشئيين عوض والاخر معوض .
ثم ان محل النزاع هو المعاطاة التى تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص

في الصيغة مع اشتمالها على جميع الجهات والخصوصيات وعليه فهي لا تتصور الا على وجه واحد وهو ما لو قصد بها التملك .

واما المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكروا انها تتصور على وجوه (احدها) ان يقصد بها التملك ثانيا ان يقصد بها اباحة التصرفات ثالثها ما في الجواهر وهو ان يقع الفعل من المتعاطيين من غير قصد البيع ولا نصريح بالاباحة بل يعطى البقال مثلاً شيئاً ليتناول عوضه فيدفعه اليه (و اورد عليه) الشيخ الاعظم قدّمه بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع او الاباحة او غير ذلك من العنوانات الخاصة (اقول) الذي يظهر من كلام صاحب الجواهره .. بقرينة قوله في ما بعد ذلك - ولعل القائل باشتراط الصيغة في البيع بشرعه ايضا على جهة الاباحة التي هي كالاصل فيما يقصد به مطلق التسليط فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفي فيها قصد هذا التسليط المطلق انتهى - ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شيء من الفصول الوجودية و نتيجة ذلك الاباحة المالكية حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل بفصل وجودي هو الاباحة لان فصلها امر عديمي و هو عدم قصد شيء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه - ولكن يرد عليه ان هذا يرجع الى الوجه الاول. (رابعها) ما في الجواهر و هو ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع - و يرد عليه ما اوردته في المتن من ان التملك بالعوض هو حقيقة البيع لشيء آخر (خامسها) ما عن المحقق الرشتي - و قد ذكره في توجيه الوجه الثالث المحكي عن الجواهر رداً على المصنف ره قال - و يمكن دفعه بان النقل في المقام كاللفظ في العقود قد يكون مسلوب المعنى - نعم - لا بد في الفعل الاختياري من غرض فاذا كان هو محض التوصل الى الاخر تم الفرض (وفيه) ان هذا وان كان يتصور في اعطاء الظالم لدفع شره فانه لا يبيع ولا يملك لكنه لا يتصور في المعاطاة المعاملية (سادسها) ما افاده بعض المحققين - و هو ما اختلف فيه العوضان في جهة التملك والاباحة بان كانت الاباحة بازاء التملك

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

(قوله قدده ولا بداء ولا من ملاحظة ان النزاع السخ) قد عرفت ان محل النزاع هو خصوص المعاطاة المقصود بها التملك . و صاحب 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 للإباحة هي ما قصد بها الإباحة (وبالجملة) نزاع المعاطاة انما هو في المعاملات الرائجة عند العرف التي لا شبهة في ان المقصود بها التملك و مورد نزاع الفقهاء ايضا ذلك فان كلماتهم كالصريحة في ان مورد النزاع هو ما يكون واجدا لجميع الجهات سوى الصيغة (وربما) يقال ان المعاطاة الرائجة بين الناس لا تنسب فيها الى شيء من الملكية و الإباحة وان نزاع المعاطاة بين العامة والخاصة - ان الخاصة يقولون انه يعتبر في انعقاد البيع الإيجاب والقبول ولو بالفعل - والعامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطى الخالي عن الانشاء كما انه ينعقد بالإنشاء (اقول) اما دعوته ان المعاملة الرائجة هي ما لم يقصد فيها التملك ونظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغة فيبينة الفساد - يكذبها الوجدان - واما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو في ذلك فهي تندفع بملاحظة كلمات القوم .

(قوله قدده لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هي المعاطاة السخ) اقول بعد ما عرفت من ان صاحب الجواهر لا ينكر كون النزاع في المعاطاة التي قصد بها التملك ان ظاهر كلمات جمع كثير من الاصحاب انه اذا قصد بالمعاطاة التملك تكون مفيدة لإباحة جميع التصرفات وقد ذكر المصنف كلمات جمع منهم والانصاف ظهورها في ذلك (والذي) الجأ المحقق الكركي ره الى القول بان الاصحاب قائلون بافادتها الملك المنزل و (الجأ) صاحب الجواهر ره الى القول بان مراد الاصحاب من افادة المعاطاة الإباحة المعاطاة التي قصد بها الإباحة لا ما قصد بها التملك - هو ان لازم ظاهر ما نسب الى المشهور هو وقوع ما

لم يقصد وعدم وقوع ما قصد وبعبارة اخرى تخلف العقود عن القصد بل قصد قطع
 اضافة الملكية عن نفسه ينافى بنفسه مع الاباحة البنية اى اباحة ملكه لغيره ولذا قال
 صاحب الجواهر انه ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مسما لا ينسب
 الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب (ولكن) يمكن توجيه كلام المشهور ودفع
 الاستبعاد - باحد وجهين . (احدهما) ما افاده المحقق الخراسانى ره - وهو ان
 الاصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك وقبل التلف - و
 الملكية بعد احدهما - وعليه 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 القصد - فان ما قصده المتعاملان يقع - والاباحة
 ليست من مقتضيات العقد بل مقتضاه الملكية - وانما يباح التصرف للسيرة . (ثانيهما)
 ان عدم تخلف العقود عن القصد - ليس امرا لا يقبل التخصيص - فاذا حكم
 الشارع الاقدس بان ما قصده المتعاملان وهى الملكية لا يقع لبطلان هذا البيع - وانما
 يباح التصرفات تبعا لامحذور فيه - وبعبارة اخرى - ان ما التزم به القوم هى الاباحة
 الشرعية لا الاباحة المالكية - و باب هذه الاباحة باب ترتب الحكم على موضوعه
 لا ترتب الامر التسيبى على سببه .

و ربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين (احدهما) ما افاده المحقق
 النائينى ره - وهو ان عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التملك انما هو
 لاجل ان الفعل لا يكون بالحمل الشايع الصناعى مصداقا للبيع فقصدته وايجادها هو
 غير مصداقه لا يفيد الملك (وسيأتى توضيح ذلك عند ذكر الأدلة على الأقوال) واما
 ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدتها فلان الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجى
 وادخال المالك العين تحت استيلاء الغير و الفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجى
 ولا يعتبر فيه قصدتها ولا يضر قصد خلافها - كما هو الشأن فى جميع العناوين الثانوية

المرتبة على الفعل قهرا كالإيلاء المترتب على الضرب - فانه يترتب عليه وان قصد به خلاف الإيلاء (ويرد) على هذا ما ذكره هو قدس من ان لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات في المقبوض بالعقد الفاسد - مع ان عدم جواز التصرف فيه اجماعى (مضافا) الى ان الاباحة الملكية انما هي من الامور النية يتوقف تحققها على القصد ولانحصل بدونه - والفعل الخارجى انما يكون مشتركا بينها وبين التمليك والقرض والعارية ونحو ذلك ويتميز كل عن غيره بالقصد - و الانصاف ان هذا التوجيه ابعد من اصل المطلب (ثانيهما) ان للملك مراتب - ملك العين - ملك المنفعة - ملك الانتفاع والاخير مساوق للاباحة - فبناء المشهور على افادة المعاطاة المقصود بها الملكية للاباحة التزام بوقوع بعض ما قصد وهذا غير وقوع ما لم يقصد ولا محذور في ذلك (وفيه) ان الاباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول وانما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة او اباحة المالك (مع) ان البيع ليس الاتمليكا للعين والمنفعة و ليس هو تمليكا للانتفاع - بل ملكية الانتفاع على فرض معقوليتها تابعة لملك المنفعة فالصحيح ما ذكرناه .

ولكن مع ذلك كله يرد على المشهور امران (الاول) ما افاده الشيخ الكبيره 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 - و سيأتى تمام الكلام فيه عند نقل المصنف ره كلامه فانتظر (الثانى) 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 فى اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل عليه فى مقام الالبات وستعرف عدم الدليل عليه.

الاقوال فى المعاطاة

(قوله قده اذا عرفت ما ذكرنا فالاقوال فى المعاطاة على ما يساعده
ظواهر كلماتهم ستة الخ) اقول الاقوال فى المسألة سبعة (الاول) افادتها الملك
اللازم - وهو المحكى عن المفيد ومال اليه فى محكى المسالك و فى محكى شرح
الارشاد و اختاره المحدث الكاشانى و جمع من محققى متأخرى الاصحاب (الثانى)
انها تفيد الملك غير اللازم اختاره المحقق الكركى قال المعروف بين الاصحاب
انها اى المعاطاة بيع وان لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر المفيد ولا يقول احد
من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنفه فى النهاية و قدر جمع عنه فى كتبه المتأخرة
عنه (الثالث) انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضى او المعاملة لفظا
حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثانى وبعض متأخرى المحدثين - ولعل المراد اعتبار
ان يكون هناك لفظ دال على المساومة وان كان الانشاء بالمعاطاة (وعليه) فلا يرد عليه ما عن
المصنفه فى الحاشية (لكن فى عد هذا من الاقوال فى المعاطاة تأملا فان هذا يصح
اذا كان مرادها انشاء البيع باللفظ فانه يحخرج عن المعاطاة غاية انه لا يعتبر لفظ
مخصوص - ولا يتم على ما ذكرناه (الرابع) انها تفيد اباحة جميع التصرفات حتى
المتوقفة على الملك وهو المنسوب الى المشهور (الخامس) انها تفيد اباحة التصرفات
غير المتوقفة على الملك وهو الظاهر من حواشى الشهيد على القواعد (السادس)
انها لاتفيد الاباحة ايضا ذهب اليه الشيخ فى النهاية و ان رجع عنه (السابع) انها
معاملة مستقلة تفيد الملكية اختاره الشيخ الكبير هذه هى الاقوال فى المسألة .

دليل المختار فى المعاطاة

والاظهر انها تفيد الملك - و اللزوم - فلا بد من اليكلم فى موردين لاثبات المدعى
(الاول) فى انها تفيد الملك - او الا باحة - ام لاتفيد شيئا منهما (الثانى) فى انها

هل تفيد اللزوم ام 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 فى التصرف فيه بالعتق والبيع والوطء والايباء والتوريث وغير ذلك من آثار الملك (واورد) المصنف ره عليه بما اورد على الاستدلال بالاية - وهوان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك وثبوت الملكية من اول الامر باباحتها بتوقف على ثبوت الملازمة عقلا او شرعا - ولم يثبت شىء منهما (اما) الملازمة الشرعية فلان المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات ولا يقولون بالملك من الاول (و اما) الملازمة العقلية فلان القدر اللازم بحكم العقل - و حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك ولو آنأما لامن الاول (ثم) قال - اما السيرة على التوريث فهى كسابر سيراتهم الناشئة عن المسامحة وقلة المبالاة فى الدين مما لا يخصصى فى عباداتهم ومعاملاتهم وسياساتهم كما لا يخفى .

اقول يرد عليه قده - امور (الاول) انه ما الفرق بين السيرة على التوريث و السيرة على جواز التصرفات حيث لم يناقش فى الثانية وناقش فى الاولى - فان تطرق هذا الاحتمال فى الاولى تطرق فى الثانية طسابق النعل بالنعل (الثانى) ان السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك و لازم ذلك ثبوت الملكية من الاول - فان اباحة التصرفات لا تدور مدار فعلية التصرفات بل هى تثبت من اول الامر - و عليه - فان ثبت الملكية من الاول ثبت المطلوب و الا فقد ابيع تلك التصرفات لغير المالك وهو مناف لادلة توقفها على الملك (وبعبارة اخرى) هذه الاباحة مع انها اباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الاول فلا يعقل الالتزام بعدم الملك (الثالث) انه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آنأما فى التوريث قبل الموت ان امكن الالتزام به فى ساير ما يتوقف على الملك فلم يظهر وجه تفرقه بينهما .

والحق ان يورد على هذا الوجه بان السيرة في هذه الازمنة و ان ثبتت الا ان اتصالها الى زمان المعصوم غير ثابت اذ لعل هذه نشأت عن افتاء المراجع بالملكية او اباحة التصرفات الاثرى ان جواز الصلاة في اللباس المشكوك فيه مما افتى به اكثر المتأخرين فاذا فرضنا افتاء الجميع به في بعض الاعصار يكون عمل الناس جميعا عليه فيتوهم ثبوت السيرة مع ان عدم الجواز في القديم كان كالمجمع عليه فتدبر .

الثاني سيرة العرف و العقلاء في كل ملة و نحلة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية وحيث لم يردع عنها الشارع الاقلس فيستكشف امضائها لابنائهم - ان ادلة توقف البيع و العتق و الوطء على الملك رادعة - فان السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك - بل على المعاملة مع المأخوذ بها معاملة الملك فتدبر (و ربما يقال) انه يكفي في الرادعية ادلة الاستصحاب فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية مالم يعلم زوالها ولادليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها فتكون تلك الادلة رادعة عن ثبوت الملك بالمعاطاة - (و اجيب عنه) بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لاستلزامها الدور اذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها والافلا محالة تكون مخصصة لها وعدم حجيتها متوقفة على رادعيتها وهذا دور واضح (و اورد عليه) بان اثبات حجية السيرة ايضاً دورى اذ هي متوقفة على عدم الردع عنها ولو بالعموم وعدم الردع في المقام يتوقف على حجيتها (ورد ذلك) بان في حجية السيرة لاحتياج الى اثبات عدم الردع بل يكفي فيه عدم ثبوت الردع (ولكن يرد عليه) ان في حجية العمومات وصلوحها للرادية ايضاً يكفي عدم ثبوت التخصيص اذ الدليل العام حجة مالم 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 و جزمهم 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 السوضع - و تلك

الادلة متكافلة لعقد الحمل فلا يتواردان على محل واحد كى تصلح العمومات للرادعية فتدبر .

الثالث قوله تعالى (١) احل الله البيع والاستدلال به يتوقف على اثبات صدق البيع عليها . ثم اثبات دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع فالكلام يقع فى موضعين (الاول) فى انه هل يصدق عليها البيع ام لا ربما يقال بالعدم لان العناوين المنشأة بالقول او الفعل لا بد وان يكون القول او الفعل مصداقا لذلك العنوان بالحمل الشايع الصناعى والا لا يتحقق ذلك العنوان وان قصد تحققه فلو مشى بقصد انشاء البيع لما تحقق و التعاطى الخارجى حيث لا يكون بالحمل الشايع مصداقا للبيع الذى هو عبارة عن تبديل احد طرفى الاضافة بمثله فقصدته و ايجاد 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 المالم يبرز باللفظ او الفعل لا يكون ممضا عند العقلاء والشارع و ابرازه لا بد وان يكون بما يكون مبرز له عند العقلاء و حيث عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شىء بازاء شىء وهذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شىء خارجا و اخذ ما بازائه فلا اشكال وان شئت ان تعبر بمساحة بان الفعل الخارجى مصداق لهذا العنوان على هذا المبنى فلا مشاحة و اما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونه بيعا فمراده نفى اللزوم او - الصحة لا الحقيقة .

الثانى فى اثبات دلالة الآية على افادة البيع الملكية - ومحصل الكلام فيه ان محتملات الحل ثلاثة - الحل الوضعى اى الصحة والنفوذ - والتكليفى اى الجواز والرخصة - والاعم منهما ولعل الجامع بينهما هو جعله مرخى العنان فى مقابل المنع والتقييد (اما على الاول) فالآية تدل على امضاء البيع مطابقة وهذا الوجه هو الذى اراده المصنف ره بقوله (بل قد يقال بان الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع

لامجرد الحكم التكليفى لكنه محل تأمل الخ) والظاهر ان منشأ تامله هو ظهور الحل فى الحلية التكليفية المؤكدهذا الظهور بمقابلة 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 تسبيب 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 - و بين الملكية كما تقدم (ثانيها) ان جواز التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والوطء ونحوهما - من آثار الملكية فاذا دلت الآية على جوازها - دلت على الملكية بالملازمة العقلية و هذا الوجه هو الوجه الاول فى كلامه ومورد نقضه و ابرامه وتامل فيه بما ذكرناه فى السيرة مع الجواب عنه فراجع (ثالثها) ان الآية الشريفة و ان دلت على اباحة التصرفات الا انها لا تدل على حلية مجرد التصرفات المتوقفة على الملك - بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع ومرجع ذلك الى حلية الاكل عن هذا السبب ولازم ذلك عرفاً ثبوت الملكية - كما ان اللازم العرفى لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية - كقوله (ع) ثمن العذرة سحت - و هذا الوجه هو الذى ركن اليه فى آخر الامر .

و بما ذكرناه ظهر ان ما اورده المحقق الايروانى ره عليه من ان المصنف ره التجأ الى اختيار ما جعله محل التامل - غير تام - فان ما اختاره غير ما تأمل فيه فتدبر (واما على الثالث) فحيث ان احل انتسب الى البيع ولا معنى لحليته التكليفية والتقدير خلاف الاصل فلا محالة يراد به ح الحلية الوضعية و عليه فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع ومملكته (فتحصل) ان الآية على جميع التقادير تدل على صحة البيع ومملكته - و مقتضى اطلاقها الاحوالى - بالتقريب الذى ذكرناه قبل الشروع فى مبحث المعاطاة - هو امضاء كل بيع وعدم اعتبار شىء مما شك فى اعتباره فى اظهاره

وابرازه ففي المقام يشك في اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها ويحكم بعدم اعتباره و تحققة 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 بيعا انها ليست بيعا صحيحا ولا زما - وعليه - فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى كما افاده السيد ره - ثم انه قدده وجه كلام المصنف ره بما هو خلاف الظاهر جداً فراجع .

الرابع قوله (١) تعالى لانا كلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض - وتقريب الاستدلال به - انه بعدما لا ريب في ان المراد من الاكل هو معناه الكنائى - لامعناه الموضوع له وهو واضح - يكون المراد بالاكل احدهم عنين (الاول) كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك و عليه فتجرى في هذه الآية الوجوه الثلاثة التي ذكرناها لدلالة الآية المتقدمة على صحة المعاطاة لو اريد باحل - الحلية التكليفية فلانعيد (الثانى) جعل الاكل كناية عن التملك - وعليه فهي بالمطابقة تدل على صحة المعاطاة وكونها موجبة للملكية - و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة .

الخامس - النبوى (٢) الناس مسيطون على اموالهم - تقريب الاستدلال به انه يدل على ان الناس مسيطون على اموالهم بجميع انحاء التصرفات من جملتها البيع المعاطاتى واورد عليه - بايرادات (الاول) ما في المتن وهو ان عمومها انما هو باعتبار انواع السلطنة فلو احرز ثبوت سلطنة خاصة له كتمليك ماله لغيره - و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام لابد من القول الدال عليه فلا يجوز التمسك به على ملكية

المعاطاة (اقول) ان كان مراده قده انه فى مقام اثبات مشروعية كىل نوع فى الجملة وليس له اطلاق افرادى - فيرد عليه - ان له اطلاقا افراديا و يدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات - و لذا لو شك فى ان فردا خاصا من نوع من التصرف كالا كل هل يكون جائزا ام لا يتمسك به - و السر 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 اموالهم و الاختصاص بكل نوع منه بلاوجه - وان كان مراده انه فى مقام امضاء المسببات لالاسباب - فيرد عليه - ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية الحل ايضا بناء على كون الفاظ المعاملات اسامى للمسببات لالاسباب وقد تقدم الجواب عنه (الثانى) ما عن المحقق الخراسانى ره وهوان المستفاد منه كونه فى مقام بيان عدم محجورية المالك لافى مقام تشريع السلطنة بانحائها (وفيه) ان حمل السلطنة التى هى القدرة على التصرفات مطلقا - على ارادة عدم المحجورية اى عدم المانع من التصرف خلاف الظاهر (الثالث) ما افاده جمع من المحققين - وهوان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة فى موضوع المال - ولا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع وازالة السلطان (وفيه) انه ان اريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لاعلى رفع هذه السلطنة (فيرد عليه) ان هذا يتم فى الاعراض - ولا يتم فى البيع الذى حقيقته اعطاء المال للغير و لازمه رفع السلطنة عن نفسه - وان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات فى موضوع المال وبعبارة اخرى مع انحفاظ اضافة المال اليه واخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح (فيرد عليه) ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لالحال التصرف كما لا يخفى (فالحق) ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوى ليس بوارد .

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

مرجع الضمير الايتان والسيرة كما عرفت بيان مراده قده فراجع

(قوله قده و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة الخ) حاصل هذه الدعوى ان انكار الملازمة الشرعية بين اباحة جميع التصرفات و الملكية الثابتة بالاجماع و غيره فى المقام يبتنى على اختيار المشهور فى المقام اباحة جميع التصرفات حتى المتوقعة على الملك و هذا غير ثابت فلا وجه لانكارها (و حاصل رده) قده ان الملازمة تحتاج الى دليل و مجرد عدم الدليل على عدمها لا يكتفى فى ثبوتها.

(قوله قده فالاولى ح التمسك فى المطلب الخ) اشار بذلك الى الوجه الثالث من الوجوه التى ذكرناها لدلالة آية حل البيع على مملكته بناءً على ارادة الحلية التكليفية منها و عرفت ان هذا غير ما تأمل فيه قبل اسطر فراجع (ثم انه) ربما يستدل على ملكية المعاطة بالآية الشريفة (١) « او فوا بالعقود » و سيأتى تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانظر (ثم انه) قد ظهر مما ذكرناه مدارك ساير الاقوال... اذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعاً يستند فى عدم كونها بيعاً الى ما تقدم فى آية حل البيع و فى كونها معاملة مستقلة مضادة الى عموم آية النجارة عن تراض (و اما) من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند فى الاباحة الى ما تقدم من السيرة و الآية و الى عدم كونها مفيدة للملك بما سبم عليك (و اما) من يقول بانها لا تنفذ الملكية ولا الاباحة فقد استند الى ان الايات انما هى فى مقام امضاء المسببات فلا نظر لها الى الاسباب و السيرة اما غير ثابتة على الاباحة او غير مفيدة.

ادلة عدم افادة المعاطة الملكية

ثم انه قد استدل على عدم افادتها الملكية بوجوه (الاول) اصالة عدم الملك المعتضدة بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى (وفيه) ان الاصل انما يستند اليه مع عدم الدليل و قد عرفت وجوده (الثانى) - الاجماع المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الایجاب و القبول (وفيه اولاً) ان الاجماع المنقول

ليس بحجة (وثانيا) ان مدرك المجمعين معلوم (وثالثا) لم يثبت بناء جميع من نسب اليهم القول بعدم الملك - عليه . (الثالث) الخبر المروى (١) عن النبي ﷺ الناهى عن بيع المنابذة والملاسة وعن بيع الحصاة (بتقريب) انه يدل على النهى عن انشاء البيع بهذه الافعال وبضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك فى ساير الافعال وحيث ان ظاهر النهى فى امثال المقام الارشاد الى الفساد - فيدل على عدم صحة البيع المعاطاتى (وفيه اولا) انه نبوى عامى ضعيف (وثانيا) ان الظاهر منه ولا اقل من المحتمل النهى عن تعيين المبيع بهذه الافعال والوجه فى البطلان ح كونه بيعا غريبا - لانهى عن انشاء البيع بها (وثالثا) ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال و غيرها لم يثبت (الرابع) قوله (٢) عَلَيْهَا - انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - (وفيه) انه سيأتى عند تعرض المصنف له لهذا الخبر - بيان المراد منه وستعرف انه اجنبى عن ما استدل به له (الخامس) جملة من النصوص (٣) الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة فى بيع المصحف - وبيع اطنان القصب وبيع الابى مع الضميمة - وفى المزارعة وفى غيرها - ففى الموثق لا تشر كتاب الله ولكن اشتر الحديد والجلود وقل اشترى منك هذا بكذا وكذا ونحوه غيره (وفيه) انه لا اشعار فى هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة - لورودها فى مقام بيان احكام اخر - لاشتراط الصيغة وليس لها مفهوم كى تدل على عدم الصحة اذا كانت المعاملة بغير اللفظ (فتحصل) انه لا دليل على عدم افادة المعاطاة الملكية - فالمتبع هو ما دل على افادتها تلك .

١ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١٣

٢ - الوسائل باب ٨ - من ابواب احكام العقود - حديث ٤

٣ - الوسائل باب ٣٠ - من ابواب ما يكتسب به وباب ١٩ - ١١٩ من ابواب عقد البيع

وشروطه وباب ٨ - من ابواب كتاب المزارعة وغيرها.

كلام بعض الاساطين ومايرد عليه

(قوله قدده ولذا ذكر بعض الاساطين فى شرحه على القواعد فى مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة الخ) لا يخفى ان مصادره الشيخ الكبيره من المحاذير للقول بافاده المعاطاة الاباحة قبل التصرف والتلف و الملكية بعد احدهما انما يكون على قسمين (احدهما) مايرجع الى بطلان القول بافاده المعاطاة المقصود بها الملكية الاباحة - وهو الاول والثالث مما عده فى كلامه (ثانيهما) مايرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آنأما قبل التصرف اوالتلف . وكيف كان فمن جملة المحاذير التى ذكرها (ان) لازم ذلك ان العقود ومقام مقامها لاتتبع القصد .

و اجاب المصنف ره عن ذلك بجوابين (الاول) الجواب الحلى (وحاصله) ان التبعية المزبورة انما هى فى العقود الصحيحة اذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه - و اما العقد الفاسد فعلم ترتب الاثر المقصود عليه لامحذور فيه بل لا معنى للفساد الا ذلك و اما ترتب شىء آخر عليه بتعبد من الشارع فلا ينافى شيئاً من القواعد و المقام كك فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعاً صحيحاً فلا يترتب عليها الملكية و ان قصد بها تلك و انما يترتب عليها الاباحة الشرعية لا الملكية بتعبد من الشارع المستكشف من السيرة وغيرها - وليس ذلك تسبباً بالعقود ولا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد مالم يقصد - فما قصد وان لم يقع الا انه لامحذور فيه لان لازم الفساد ذلك - وما وقع وان لم يقصد - الا انه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع مالم يقصد بل انما هو حكم شرعى فتدبر (وبهذا) البيان ظهر اندفاع ماورده السيد الفقيه و المحقق النائينى ره عليه بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية وليست حكماً تعبدياً كى تخصص بمورد دون آخر (وجه الاندفاع) ان المصنف ره لم يدع انسه لامحذور فى تخلف العقد عن القصد فى المعاملات

الفعلية - بل ادعى انه لا يلزم ذلك فتدبر فيما ذكرناه .

الجواب الثاني - النقض - وهو ان التخلف في المقام انما يكون نظير التخلف في الموارد الخمسة - يعنى ليس تخلفا حقيقة لانه تخلف جائز (المورد الاول) ان الاصحاب اتفقوا على ان عقد المعاوضة اذا كان فاسداً يؤول في ضمان كل من العوضين القيمة لافادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه مع انهما لم يقصدا الاضمان كل منهما بالآخر (وفيه) ان السبب للضمان في هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه - الاقدام - ام قاعدة اليد - فما قصد به الضمان بالمسمى هو العقد وما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض فلا يكون نظير للمقام (المورد الثاني) الشرط الفاسد فانه لم يقصد المعاملة المقرونة به و هو غير مفسد عند اكثر القداماء (وفيه) ان مبنى عدم مفسدته عدم تقييد البيع به و كون الشرط التزاما في التزام بمعنى ربط الالتزام العقدي بالالتزام الشرطي و لازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لابطالان - 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 و صحته مع انه لم يقصد الابيعه مقرونا بما لا يملك (و فيه) ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين - وعليه - فاحدهما صحيح ولم يتخلف عن القصد و ثانيهما باطل اي ما قصد لا يقع و لا يقع مالم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور (المورد الرابع) بيع الغاصب لنفسه فانه - اذا اجازه المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه (و فيه) ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الامر يبنى على انه المالك فالتخلف انما يكون في هذا الاعتقاد المقارن لافى العقد و تمام الكلام في محله (المورد الخامس) اذا قصد بالصيغة في 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 و انما يقع المطلق لقصد و انشائه فتدبر (والانصاف) ان شيئاً مما ذكرناه ليس ايراداً على المصنف ره لانه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل فى مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذى هو تخلف صورى لاحقيقى واقع كثيراً فتدبر .

و منها ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف او معه بنحو تكون الارادة سبباً لها وهذا مناف لدليل سلطنة المالك ولا يقاس - باعق عبدك عنى و تصدق بما الى عنك - فانه فى هذين الموردين توكيل فى التملك والتملك قبل التصرف و هذا بخلاف المقام فان كلا من المتعاطيين يقصد الملك حال التعاطى ولا يقصد الملك حال التصرف .

و اجاب المصنف ره عن ذلك بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك - ودليل جواز التصرف المطلق - واستصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف - هو ذلك اى حصول الملك بعد ارادة التصرف - و يكون كتصرف ذى الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك (اقول) يرد عليه - امران (الاول) ان غرض الشيخ الكبير ره 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 لانظير له فى الفقه فلا ينفع هذا الجواب (الثانى) ان تنظير المقام بتصرف الواهب و ذى الخيار فى غير محله فانه فى ذينك البابين الواهب ومن له الخيار يقصدان الفسخ والرجوع بالتصرف ولهما ذلك - فالتصرف بنفسه يكون رجوعاً او كاشفاً عنه - و هذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التملك والتملك - على الفرض فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية (واما) الايراد على المصنف ره كما ذكره المحقق النائنى بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف مملكا (فغير صحيح)

فان مانقله المصنف ره كالصريح فيما استفاده منه ولعل المحقق النائنى لاحظ شرح القواعد ولم يجده موافقاً لما ذكره المصنف ره .

و الحق 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 .

و منها ان يصير ماليس من الاملاك بحكم الاملاك - فان الاخماس والزكوات والاستطاعة والديون والنفقات وغيرها مما هو مترتب على الاملاك تتعلق بمافى اليدمع العلم ببقاء مقابله وعدم التصرف فيه واجاب المصنف ره عنه بقوله .

(و اما ما ذكره من تعلق الاخماس والزكوات الى آخر ما ذكره فهو

استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع اليها) و هذا يحتمل معنيين (احدهما) ان تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لامانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به - ودفعه بمخالفته للسيرة حيث ان بناء المتشريعة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لوسألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كسائر الاملاك - رجوع الى الاستدلال بالسيرة على الملك والمفروض عدم تماميته عند هذا القائل والالاتزم بالملك (ثانيهما) ان الالتزام بعدم تعلقها به لامحذور فيه سوى الاستبعاد ودفعه بقيام السيرة على التعلق - رجوع اليها فيخصص بها ما دل على عدم تعلقها بغير الاملاك - و الظاهر هو الاول - لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى (وفيه) ان هذا الجواب لا يفيد فى دفع ما افاده الشيخ الكبير فانه يقول لا كلام فى تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة والمفروض انه ليس بملك فيلزم ان يكون غير الملك بحكم الملك وهذا فى نفسه بعيد لانه لا دليل عليه .

والحق ان يقال انه لو كان اشكال واستبعاد فانما هو فى الاخماس والزكوات

وحق الشفعة - و اما سائر المذكورات كالاستطاعة وحق الديان والنفقات وغيرها فتتعلق بغير الاملاك - لتحقق الاستطاعة بالبذل والاباحة والدين يجب ادائه من مال

اذن صاحبه فى الاداء منه اذا كان حالا . والتنفقة 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 بمالكية المورث آنأما قبل الموت - وتصح الوصية ايضاً - والربا يجرى
فى البيع وان لم يفد الملك وهكذا البقية (واما) تعلق الخمس والزكاة وحق الشفعة
و المراد به ان المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك - به - فان
ثبت بدليل فيكون هو المخصص لمادل على توقفه على الملك لكن يبقى استبعاد
الشيخ بحاله - والافالقائلون بالاباحة منكرون للتعلق .

ومنها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الاخر (واجاب) المصنف ره
عنه بقوله فقد ظهر جوابه ولكن الجواب المتقدم الذى ذكره عن ملكية 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 الابراد ايضاً كما لا يخفى .

و منها كون التلف من جانب مملكا للجانب الاخر والتلف من الجانبين معينا
للمسمى من الطرفين وانه لارجوع بالمثل او القيمة (واجاب) المصنف ره عن ذلك
بقوله (واما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت النخ) توضيحه - ان مقتضى
عموم على اليد (١) وان كان هو الضمان ببدله الواقعى - الا انه لما قام الاجماع على عدم
ضمان المثل والقيمة - بدور الامر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا لذى اليد فيبقى
عموم على اليد على حاله - وبين ان يكون باقيا على ملك مالكة الاول فيكون الاجماع
و السيرة مخصصين لعموم على اليد - وقد ثبت فى محله ان التخصيص مقدم على
التخصيص عند الدوران - وعليه - فلاجل ذلك بضميمة استصحاب عدم الملك الى
آن قبل التلف يحكم بحصوله قبله آنأما - هذا هو مراده قده - لاما افاده بعضهم - من
ان غرضه ثبوت ملكية التلف بالاجماع و السيرة - و لكن يرد على المصنف ره
امران (الاول) ان اليد فى المقام يد امانية شرعية او مالكية ولا تكون مشمولة 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 بالمالكية كل منهما قبل التلف وفى صورة التلف من جانب واحد - انما يكون الطرف الاخر مالكا لما فى يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها فى المالكية عندهم بالتصرف المتوقف على الملك او التلف .

ومنها انه لو غصب المأخوذ بالمعاطاة غاصب - فلا بد وان يكون المطالب هو المالك المبيع لا المباح له وهو خلاف ظاهر الاصحاب - والقول بتملكه بالغصب فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة - بعيد - (واجاب) المصنف رده عنه - بان لكل منهما المطالبة مالم يتلف اما المالك فللمالكيته - واما المباح له فلفرض ان له السلطان على المأخوذ و الانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة - و اما فى 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 .

و منها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح له دون العين فبعيد - او مع ملكية العين فكك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر - و مع عدم كونه ملكا له ودخوله فى ملك المالك حيث ان شمول الاذن له خفى فلازمه عدم جواز التصرف فيه وهو خلاف السيرة (واجاب) المصنف رده عن ذلك بان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالاخذ بل حكمه حكم اصله ويحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة (وفيه) ان الاحتمال الاول هو الذى اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفى - واما الاحتمال الثانى فهو الذى استبعده (و لكن) يمكن الجواب

عن الشيخ بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا المالكية فلا تتوقف على الاذن .
ومنها انه في التلف - ان ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب
على السبب و ان ملكه معه فبعيد لانه لاستقرار له حتى يملكه وان ملكه بعده فهو
ملك المعدوم (وفيه) انه يلتزم بالاول ويقال بتأثير 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 - و ان توقف عليها
كان الواطى لتجارية من غيرها واطثا بالشبهة (وفيه) انه بنفسه شرط التأثير في
الملكية لامع النية فلا بعد فيه مع انه لو توقف عليها كان الواطى للجارية من غيرها
زانبا لواطثا بالشبهة .
و منها قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك في
التصرف اذن في تملك نفسه - فيتحد الموجب والقابل - وهذا بعينه يجرى في القبض
الذى هو اول تصرف يصدر من المتعاطيين بل هو اولى لكونه مقرونا بقصد التملك
دونه (وفيه اولا) ان حصول الملكية قبل التصرف او معه ليس من حيث الاذن في
تملك نفسه بل هو بنفسه مملك (وثانيا) ان هذا لا يجرى في القبض لعدم توقفه على
المالك كى يقتضى الجمع بين الادلة حصول الملكية قبله او معه (وثالثا) انه لو كانت
مملكية التصرف من باب الاذن في التملك - فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطى
اذ لافرق بين هذا الفعل الذى ينشأ به التملك وغيره (و لكن) الانصاف ان ما افاده
الشيخ الكبير جملة منه استبعادات في محلها - وقد مر ان القول بالاباحة مما لا يمكن
اثباته بالدليل - وانه يقتضى القول بالملك فراجع .

احالة الزوم = استصحاب بقاء الملك

المورد الثانى فى ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم ام جائز - والكلام فيه يقع

فى موضعين الاول - فيما استدل به على الزوم .

(قال قده - اوقفها بالقواعد هو الاول بناء على اصاله للزوم في الملك

الخ) وقد استدل للزوم بامور (احدها) استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك في زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقاءه - و اورد عليه - بايرادين (الاول) ان هذا الاصل محكوم باستصحاب بقاء علة المالك الاول (الثاني) انه من قبيل استصحاب الكلى في القسم الثاني - وهو لا يجرى - لان الفرد القصير وهو الملك المتزلزل مقطوع الارتفاع بعد الرجوع - والمالك اللازم مشكوك الحدوث فيجرى استصحاب عدم حدوثه والمصنف ره لم يتعرض في المقام للجواب عن الاول - واجاب عن الثاني - (اولاً) بان الاستصحاب يجرى في القسم الثاني من اقسام الكلى (و ثانياً) بان استصحاب بقاء الملك في المقام من قبيل استصحاب الشخص لا الكلى و علله بما سيمر عليك - و على فرض الشك في كون المستصحب شخصياً كلياً يجرى الاصل - وان كان على فرض ثبوت كونه كلياً لا يجرى فيه الاصل (اقول) تحقيق القول في المقام يقتضى التكلم في مواضع (الاول) في ان الملك المستصحب في المقام هل هو كلى او شخصى بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين انملك المتزلزل والمستقر - او هو شخص معين لعدم كون الجواز و اللزوم من الامور المنوعة او المفردة (الثاني) في انه لو ثبت كونه شخصياً هل يجرى الاصل فيه ام لا - و لو ثبت كونه كلياً فهل يجرى فيه الاصل ام لا - ولو شك في ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا (الثالث) في انه في المقام هل يكون اصل حاكم عليه و بعبارة اخرى هل يجرى استصحاب بقاء علة المالك الاول ام لا .

اما الموضع الاول فالمصنف ره ذهب الى ان اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة في المسبب - و استدلل به بوجهين (احدهما) - ان الملكية ليست من الامور الواقعية او التعبدية الشرعية حتى يقال انا لانعرف حقيقتها بل هي امر اعتبارى يعتبرها المتعاقدان (و عليه) فحيث نرى بالوجدان والحس ان انشاء الملك في البيع والهبة على نهج واحد فيستكشف من

ذلك اتحاد حقيقة الملك (الثانى) ان اللزوم والجواز 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 بديهى البطلان لعدم دخل قصد المالك فى الرجوع وعدمه - وان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ وهو باطل فى العقود.

و اورد عليه بايرادات (الاول) ما افاده السيد الفقيه فى الحاشية - و هو ان الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف فى حقيقتها فان الملكية فى انظار العرف قسمان وانهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الموجودة فى العقود اللازمة (و فيه) انه بعد التوجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية ويعتبرها المالك لغيره. لا يشك احد فى ان المعتبر فى الموردین شىء واحد وان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعى بجواز الفسخ والرجوع فى مورد دون آخر.

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

الثالث ما افاده قده ايضا و تبعه المحقق الايروانى ره - و هو انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفى فى الاشكال التعدد الفردى كما فى الحيوان المرددين زيد وعمر و فى الدار اذا كان قاطعا بخروج احدهما المعين (و فيه) ان المصنف ره يدعى عدم التعدد الفردى ايضا و ان الملك لا يختلف فى الحقيقة النوعية ولا فى الخصوصية الزائدة على الحقيقة .. فالمتيقن هو الملك الشخصى المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اى المعاطاة و انما 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 بانيا على البقاء الى ساعة او الى

ساعتين فتدبر .

الرابع ما افاده السيد ايضا ايراد على الوجه الثانى الذى ذكره المصنف ره
برهانا لمختاره - وهو ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع والهبة
مثلا انما يكون من قبل المتعاقدين - وبالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انما يكون
من قبل الشارع ولا بأس بمضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ فان هذا المقدار
من الاختلاف مقتفر (وفيه) ان لازم ما افاده فى القسم الاول دوران اللزوم و الجواز
فى النوعين مدار قصد المنشئ وهو بديهي الفساد واما 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 انشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على
نحو ما قصده وهذا امر بديهي (الخامس) ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب
اذا لم يتباينان لا يعقل تأثيرهما فى شئ واحد (وفيه) ان المؤثر فى الملك انما هو
الجامع بين السببين والاختلاف انما يكون فى خصوصيات السبب المؤثرة فى اللزوم
والجواز (فتحصل) ان شيئا ما اورد على المصنف ره لا يرد عليه (ويشهد) لعدم كونهما
من مقومات الملك وعدم كون الاختلاف بينهما فى حقيقة الملك - مضافا الى ما ذكره
المصنف ره - وجهان آخر ان (احدهما) انه يلزم ان لو انشأ الملكية و لم يقصد
اللزوم او الجواز - ولو بالقصد الى الملكية التى من شأنها ذلك - ان لانفع الملكية
اذ الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز (الثانى) انه لو كانا من مقوماتها لزم
امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم واخرى للجواز مع وضوح خلافه فان
المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه فى زمان الخيار جائزة وبعده لازمة -
وبما ذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين كك ظهر انها ليست ذات مراتب و ان
الملك الجائز و اللازم ليسا فردين من الملك (نعم) لانكر ان الاحكام الشرعية
التكليفية والوضعية تابعة للملاكات ولازم 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 تكون من مفردات الملك الاعتبارى كما لا يخفى (فتحصل) مما ذكرناه ان الجواز واللزوم حكمان شرعيان جعلاً للسبب او للمسبب - لا يعقل ان يكونا من مقومات الملك وقيوده والالزم تقدم ماهو متأخر - فالملك فى الموردين شىء واحد .

واما الموضع 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 و 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 (وعليه) فى المقام بما ان جعل الملكية المستمرة مما لا شك فيه و انما يكون منشأ الشك فى بقاء الملك بعد الفسخ والرجوع - الشك فى جعل حق الفسخ والرجوع والاصل يقتضى عدمه 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 اصاله عدم جعل الوجوب لها فى زمان الغيبة المحاكم على استصحاب بقاء الحكم لا يجرى فى المقام و على ذلك فمقتضى الاصل بقاء الملكية .

الجهة الثانية بناءً على تعدد الملك اللازم والجائز - هل يجرى استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما - ام لا - والمصنفه فى الاصول اختار جريان استصحاب الكلى فى امثال المقام - اى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى - و لكن فى المقام بعد ما اشار الى مختاره - قال - فتأمل - وقد صار هذا الامر بالتأمل سبباً للايراد على هذا الاصل بايرادات (وحيث) 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 ماعن المحقق الخراساني ره وهو ان الشك في بقاء الكلى في المقام من قبيل الشك في المقتضى حيث انه يشك في 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 القيل والبق (وفيه) ان الشك في المقتضى الذى ذهب المصنف ره في الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما اذا كان عمر المستصحب وامده في عمود الزمان مشكوكا فيه تكوينا او تشريعا - كالزوجة المردة بين الانقطاع والدوام - والحيوان المردد بين البق والقيل . واما اذا كان عمره معلوما وانه غير محدود بالزمان وكان الشك في رفعه ولو كان منشأ الشك الشك في وجود المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية فهو من الشك في الراجع وتام الكلام في محله والمقام من قبيل الثانى - اذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة او جائزة تكون باقية في عمود الزمان وانما الشك في رفعه بالفسخ .

الثانى ان الاصل المزبور لا يثبت عنوان للزوم (وفيه) ان الاثار مترتبة على الملكية الجامعة لاعلى عنوان للزوم فلا حاجة الى اثباته .

الثالث ما افاده المحقق النائيني ره وهو ان استصحاب الكلى انما يجرى اذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع والبقاء نوعان كالحدث المردد بين الاصغر والاكبر واما في المقام فلا اختلاف في الملك الانفس الارتفاع والبقاء اذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز ولو بقي بعده فهو لازم فاذا كان تنوعه بنفس الزوم والجواز اى البقاء والارتفاع فلا يجرى الاستصحاب فيه اذ معنى استصحاب الملك ح هو استصحاب الملك الباقي اى اللزوم وهو على الفرض مشكوك الحدوث (ومرجع) هذا الاشكال في الحقيقة الى ان النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهما وفي كل منهما احد ركنى الاستصحاب منتف اذ الملك الجائز مقطوع الارتفاع واللازم مشكوك الحدوث من الاول (وفيه) ان تنوع الملك ليس بالزوم والجواز - بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك و يمتاز كل منهما عن الاخر مع قطع النظر عن البقاء والارتفاع غاية الامر

ليس لكل منهما اسم خاص - والا فلا فرق بين الملك والحدث فكما ان الثانى ينقسم الى الاصغر و الاكبر 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 شرعيا و ليس بقاء الكلى فيها عين بقاء الفرد فان ذلك وان تم فى عالم العين الا انه لا يتم فى عالم الاعتبار والتشريع كما فصل ذلك فى محله - ولا يكون جاريا فى الاحكام من جهة ان جعل الجامع فيها انما يكون بجعل الفرد - فلو علم بعدم وجود فرد - و كان مقتضى الاصل عدم وجود الفرد الاخر لا يكون الشك فى بقاء الكلى باقيا اذ لا وجود له سوى وجود الفرد (والمقام) من قبيل الثانى - فان الملكية انما هى من الاعتبارات الشرعية فاذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائز على فرض حدوثه و جرت اصاله 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 يجرى (نعم) لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللازم كان جاريا لكنه لا يثبت (فتحصل) ان الاظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك فى المقام (ولعله) الى هذا نظر المصنف ره حيث امر بالتأمل - كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه فى حاشيته فلا يرد عليه شيء مما اوردوه عليه (ولا يخفى) انه بناء على ما اخترناه وحققناه فى الاصول من جريان الاصل فى الفرد المردد من جهة ان الموجود وان كان مرددا عندنا و لكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده سابقا فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقا - لا مانع من استصحابه ومعه لاحاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك اذا 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 الشخصى - لو شك في ان الملك اللازم و الجائز قسمان - ام هما
شيء واحد فهل يجرى الاستصحاب فيه لو شك في زواله بالفسخ ام لا - و المصنف
ره ذهب الى جريانه (واورد عليه) السيد في الحاشية وجمع من المحققين - انه مع
هذا الشك لا يكون المستصحب محرزاً فكيف يكون جارياً (اقول) يمكن توجيهه
ما افاده المصنفه - بان عدم جريان الاستصحاب في الكلى في القسم الثانى - انما
يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل - والا فمع عدم جريان الاصل
فيه للتعارض او لغيره لا ريب في جريان الاصل في الكلى وفي المقام بما انه لم يحرز
كون الملك اللازم فرداً او نوعاً آخر لا يجرى اصالة عدم حدوثه و معه لا مانع من
اجراء الاصل في الملك الموجود كان كلياً ام شخصياً فتدبر فانه دقيق.

واما الموضع الثالث - فقد قيل انه يعارض هذا الاصل اصلان آخران وهما
مقدمان للحكومة (احدهما) اصالة بقاء علقه المالك الاول - فانه يشك في ان علقه
المالك الاول هل انقطعت بالمرّة بالمعاطاة ام بقيت مرتبة ضعيفة منها اثرها جواز
الرجوع فيستصحب بقاؤها - بعد كون قوة العلقه وضعفها من مراتب شيء 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 الملكية وبتبعها السلطنة على التصرفات - اما الملكية
فهى قد زالت بالبيع والالزم اجتماع المالكين على شيء واحد - ولم يبق منها شيء
لعدم ثبوت المراتب لها - واما السلطنة فهى تابعة للملكية فلا محالة تكون زائلة
(ودعوى) ان للشخص - سلطنة على ماله وسلطنة على تسليط الغير عليه حدوثاً وبقاءً و
بالبيع زالت السلطنة عليه و كذلك السلطنة على تسليط الغير حدوثاً - اما السلطنة على

تسلط الغير بقاءاً فهي مشكوك الارتفاع فيستصحب بقائها ونتيجة ذلك جواز رفع سلطنة الغير بالفسخ (مندفعة) بان السلطنة على رد 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 الاولى (ثانيهما) استصحاب بقاء حق الفسخ الثابت في زمان ثبوت خيار المجلس - فانه يشك في زواله وبقائه بعد الافتراق فيستصحب بقاءه (وفيه) ان ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعاً لقوله (١) فإذا افتراقا وجب البيع - فاو كان الحق باقياً فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجري اصاله عدم ثبوته - و الكلى الجامع بينهما لا يجري الاصل فيه لان الاستصحاب ح من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلى والمختار عندنا عدم جريان الاصل فيه الا اذا عد الفردان مرتبتين من شيء واحد حتى فيما اذا احتمل حدوث الفرد الاخر مقارنة لحدوث الفرد الزائل قطعاً (مضافاً) الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعى و المختار عدم جريانه (فتحصل) مما ذكرناه ان استصحاب بقاء الملك يجري ويحكم بواسطته بالزوم.

(قوله قدہ نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة الخ) و ذلك فيما اذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعد الفسخ اذا اصل بعين الواقع في الخارج - واما فيما اذا كان الغرض متعلقاً ببقاء الملك بعد الفسخ و عدمه فيكون مدعى الزوم منكراً ومدعى الجواز مدعياً لموافقة قول المدعى للزوم للاصل.

دليل السلطنة

الثانى دليل السلطنة وهو قوله وَالْمَلِكُ يَتَرَكُ النَّاسَ (٢) مسلطون على اموالهم - وتقريب الاستدلال به وجهان (احدهما) التمسك بعموم هذا الدليل واطلاقه الزمانى والاحوالى الشامل لما بعد الفسخ - بان يقال ان مقتضى عموم ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ

١- الوسائل باب ١- من ابواب الخيار - حديث ٤

٢- البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ - الطبع الحديث - وج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم

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 مؤثرا لما كان الموضوع باقيا - ومع الشك في صدق الموضوع لامجال للتمسك بالاطلاق (ثانيهما) التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولي لجميع انحساء التصرفات و من جعلتها 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 .

و اورد 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 سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزا حرم سلطنته و الا لم تكن سلطنة مطلقة فتملك الغير بلا رضامنه مناف للسلطنة المطلقة فليس له ذلك (الثاني) ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك واستقلاله في 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 في المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد - وبعبارة اخرى متعلقة العقد لا العين فلا ينافي ثبوته السلطنة (وفيه) ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه فثبوته ينافي السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك فينتفى به (الرابع) ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هي السلطنة على التصرف في ماله واما التصرف المزبل للموضوع فلا ينافي السلطنة المنافية في المال (وبعبارة اخرى) ان هذا الدليل كسابر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم في 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 السلطة على ابقائها كى تكون سلطة الغير على ازالها منافية لسلطة المالك على ماله (ولايتوهم) انادعى عدم دلالة على تسلط المالك على تمليك 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 بلاعوض او معه - ولا يدل على عدم سلطته على ازالة الملكية عنه بالرجوع فتدبر فانه دقيق - فالأظهر انه لا يدل على الزوم الثالث من ادلة الزوم - مادل على انه (١) لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه وتقريب الاستدلال به وجهين كما فى دليل السلطة بل التقريب الثانى المتقدم هناك فى المقام اوضح فان صريح مدلوله عدم جواز التصرف فى مال الغير بلا رضاه - و الجواب عن الوجهين ماتقدم (ويمكن) ان يجاب عن التقريب الثانى الذى هو العدة 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 **لَا يَحِلُّ** كل شىء حلال - ان يدل على نفوذ المعاملات (و بالجملة) لاريب فى ظهورها فى الحلية التكليفية وقد تقدم فى اول الجزء الحادى عشر من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد - وعليه - فهذا الدليل اما لا يشمل الفسخ للعلم بعدم حرمة تكليفها او يشمل ولا يدل على عدم نفوذه فتدبر .

آية التجارة هن قراض

الرابع قوله تعالى (٢) **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ** الا ان تكون تجارة عن تراص منكم. وقد استدلل المصنف ره بكل من المستثنى والمستثنى منه .

١- هذا المضمون فى كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى

والمستدرك ج ١، ص ٢٢٢ وفروع الكافى ج ١، ص ٢٢٦ والاحتجاج ص ٢٦٧

أما الأول فقد استدل به بتقريبين (الأول) ما في أول الخيارات و هو انه يدل على جواز الاكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ ولازم ذلك عدم نفوذ الفسخ (وفيه) ما تقدم في دليل السلطة من انه تمسك بالعام في الشبهة المصداقية حيث انه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع (مع) انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الاكل لا التملك (التقريب الثاني) ما ذكره في المقام من انه حصر مجوز الاكل في التجارة والمراد به اكله على ان يكون ملكا للاكل - و من المعلوم ان الفسخ ليس تجارة ولا عن تراض (و فيه) انه قد سيصرح 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 .

وأما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب ان اكل مال الغير وتملكه بغير رضاه اكل وتصرف بالباطل عرفا (وفيه اولا) انه وان كان المراد بالباطل هو الباطل العرفي لا الشرعي - الا انه - حيث يكون اذن المالك الحقيقي موجبا للخروج عن كونه باطلا ويحتمل في المقام اذنه في الفسخ فكون الفسخ من الباطل مشكوك فيه و مع الشك في صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه (وثانيا) انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاضات من جهة التعبير - باموالكم بينكم - الظاهر في اعطاء مال واخذ مال والرجوع ليس منها فانه رد للملك ويستتبع ذلك رجوع العوض لانه تملك بعوض (وثالثا) 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 الزوم بهذه الآية الشريفة .

دليل لزوم خصوص البيع

الخامس قوله (١) **بَيِّعَ** البيعان بالخيار مالم يفترقا وتقريب الاستدلال به بعد

١- الوسائل باب ١- من ابواب الخيار حديث ٣- وبمضمونه اخبار اخر في ذلك الباب

فرض صدق البيع على المعاطاة والبيع على المتعاطى - واضح .
 واورد عليه (تارة) بانه يدل على اللزوم الحيثى لا اللزوم من جميع الجهات
 ولذا لا ينافى ثبوت خيار الحيوان والشرط و نحوهما (و اخرى) بانه فى مقام جعل
 الخيار لا جعل اللزوم فلا وجه للتمسك باطلاقه (وثالثة) بما افاده المحقق النائنى ره و
 هو انه انما يدل على اللزوم والجواز الحقيقين لا اللزوم الحكمى و فى المعاطاة ان
 ثبت اللزوم فهو حكمى - وفى الكل نظر (اما الاول) فلكونه خلاف اطلاق الخبر و
 (اما الثانى) فلانه فى مقام جعل الخيار قبل التفرق واللزوم بعده ولذا فى بعض النصوص
 قال عليه السلام بعد ذلك فاذا افترقا فلا خيار لهما (و اما الثالث) فلان اللزوم مطلقا
 حكمى بمعنى انه مجعول شرعى لامن منشآت المتعاقدين ولذا لو اوقعا العقد غير
 قاصدين له بل للجواز لا ينصف العقد الابه كما لا يخفى (فلا يظهر) صحة الاستدلال بهذا
 الوجه للزوم المعاطاة فتدبر .

آية الوفاء بالعقد

السادس قوله (١) تعالى اوفوا بالعقود وتنقيح القول فيه برسم امور:
 الاول ان العقد غير العهد فان العهد هو الجعل والقرار وهو يشمل العهد والالهية
 اى التكليف وسائر مجعولاته و لو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافة - كما فى
 قوله تعالى (٢) لا ينال عهدى الظالمين - واما العقد - فهو ربط شىء بشىء و منه عقد
 الازار لربطه - و عقدة اللسان لارتباطه المانع عن ارساله - و العقد فى اصطلاح
 الفقهاء فى قبال الايقاع - وهذا معنى شامل للارتباطات الواقعة فى النفس والارتباطات
 المتعلقة بالاعتباريات فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط اعتبار كل من
 المتعاقدين بالآخر وبما ذكرناه ظهر (ان ما) فى المتن تبعا لجملة من اللغويين وتبعه

جمع من المحشين من تفسيره بالعهد او المشدد منه (غير صحيح) كما ان ما افاده المحقق النائيني ره في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة بان العقد انما يسمى عقداً لكونه مفيداً للعهد المؤكد والميثاق اى التزام المتبايعين بما انشأ والفعل قاصر عن افادة هذا المعنى - فانه انما يفيد تبديل احد طرفى الاضافة بمثله - ولا يدل على الالتزام المزبور - وهذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام (غير تام) فان العقد لادخل للفعل والقول فيه بل هو امر نفسانى يكون الكاشف عنه تارة القول واخرى الفعل.

الثانى ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه و الايفاء عبارة عن الاتمام 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 و عدم رفع اليد عنه بحله ونقضه . وبذلك يظهر امران (الاول) ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد فى 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 مشمولا لاية اذ العقد عليها اما ان يؤثر فى وقوعها او لا وعلى كل حال لا عمل خارجى له من الماقد - حتى يخاطب بخطاب او فوا - فى غير محله .

الثالث ان الامر بالوفاء اما ان يكون ارشاديا - او يكون امرا مولويا نفسيا . و على الاول حيث انه لا معنى لكونه ارشادا الى الصحة لما عرفت من ان الوفاء بالعقد فى المقام عبارة عن اتمامه وعدم رفع اليد عنه وهذا فرع نفوذه وصحته - فلا محالة يكون ارشادا الى اللزوم . وقد ادعى المحقق النائيني - ظهوره فى ذلك بدعوى انه كما يكون للامر والنهى فى باب المركبات ظهور ثانوى فى الارشاد الى الجزئية و المانعية كك فى المعاملات يكون - ارشادا الى حكم وضعى وهو فى المقام اللزوم و عدم تأثير الفسخ والرجوع . فعلى هذا دلالة على لزوم المعاطاة واضحة و لكن لم يثبت هذا الظهور - وان كان مولويا نفسيا - فيمكن تقريب دلالة على اللزوم وعدم تأثير الفسخ بوجهين (احدهما) ان وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو

بمناط عدم ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم - ولا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق - ومن عدم الحق يستكشف عدم تأثيره (ثانيهما) الاجماع على انه لو كان حراما كان غير مؤثر وانه لو كان مؤثرا لما كان حراما - (فتحصل) ان الاظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم في المعاطاة .

دليل الشرط

السابع قوله عَلَيْهِ السَّلَام (١) المسلمون عند شروطهم - وتقريب الاستدلال به على ما في 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 في مبحث الشروط من الكلام في صدق الشرط على الالتزامات المعاملية حيث انه يعتبر في صدقه كون الالتزام في ضمن التزام ولا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائي (وبعبارة اخرى) الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله - ولذا قال في محكي القاموس - الشرط الزام الشيء او التزامة في البيع ونحوه - ولا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائي فلا يصدق الشرط على البيع (واما الثاني) فلا يظهر انه انشاء حكم تكليفي لا وضعي - وذلك لان مضمونه لو كان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه او الصحة - ولكن بما ان مضمونه عدم انفكاك 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 تكليفيا (و عليه) فيجربى 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 الاقلس لم يردع عنها لما استعرف من عدم تمامية ما استدل به على عدم اللزوم فيستكشف من ذلك امضائه لها .

التاسع النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه - مثل صحيح (١) جميل عن الصادق (ع) الوارد فيمن اشترى طعاما وارفع او نقص في القيمة وقد اكتال بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقى وقال ان لك ما قبضت فقال ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقى - وجه الدلالة انه (ع) حكم باللزوم بمجرد المساعدة و ان لم يكن الانشاء باللفظ نحوه غيره - وفيه - ان هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها (فتحصل) مما ذكرناه ان الاستصحاب - والسيرة و دليل وجوب الوفاء بالعقد - و دليل لزوم البيع بالخصوص .. تدل على لزوم المعاطاة .

ادلة عدم لزوم المعاطاة والجواب عنها

المورد الثاني - فيما استدل به على عدم اللزوم - وهو امور:

احدها الاجماع - وتقريبه من وجهين (الاول) الاجماع البسيط على عدم اللزوم وقد ادعاه غير واحد (وفيه اولا) انه غير ثابت كيف وان ظاهر ما عن العلامة في التذكرة والمختلف - من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم الى الاشهر والاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار (وثانيا) ان اغلب المجمعين بانون على عدم افادة المعاطاة للملكية فيكون الاتفاق تقييدا لا 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 الملك - ومن يقول بعدم لزومها .. فالقول باللزوم احداث للقول الثالث (وفيه) اولا - انه ليس اجماعا لوجود القائل باللزوم - وثانياً - انه ليس اجماعا تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم كما اتقدم - وثالثا - ان كون الاصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع

المركب ما لم يكن اجماعا على عدم الثالث و فى المقام حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصبر حوا بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك فلا يفيد .

الثالث سيرة المتشعبة فان بنائهم فى البيوع الخطيرة التى يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة - وفى المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين اذا كان انشاء البيع بالتعاطى (وفيه) ان هذه السيرة لم يثبت كونها مستمرة الى زمان المعصوم ^{عليه السلام} بل يحتمل قويا كونها مستندة الى فتوى المراجع و الفقهاء فلا يفيد .

الرابع الاخبار الخاصة التى اشار اليها المصنف ره بقوله (ويظهر ذلك من غير واحد من الاخبار) ويمكن ان يكون نظره الى ما تقدم فى ادلة افادة المعاطاة الملك من الخبر (١) الوارد فى بيع المصحف والوارد (٢) فى بيع اطنان القصب - ويمكن ان يكون نظره الى ما سبقه من الاخبار التى ادعى اشعارها او ظهورها - فان كان نظره الى الاول فيرد عليه ما تقدم - وان كان الى الثانى فسيأتى ما فيه .

الخامس ما افاده المحقق النائينى ره (و حاصله) ان اللزوم على قسمين - لزوم حكيمى - ولزوم حقى - والاول - انما هو ما يجعله الشارع الاقدس فى موارد لمصلحة تدعو الى ذلك كما فى الهبة بذى الرحم واثر هذا عدم جواز جعل الخيار وعدم صحة الاقالة - و يقابل هذا الجواز الحكيمى كما فى الهبة بغير ذى الرحم - واثره عدم جواز الاسقاط - و الثانى - انما يكون بانشاء المتعاقدين كما فى البيع اللفظى فان البايع ينشأ باللفظ امرين - احدهما تبديل احد طرفى الاضافة بمثله - ثانيهما الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن والاول مدلول مطابق للفظ والثانى مدلول التزامى له - ويقابل هذا الجواز الحقى وهو ما جعل فيه الخيار - و فى المعاطاة ليس شىء من اللزومين - اما الاول - فلعدم الدليل عليه - واما الثانى - فلان الفعل قاصر عن افادة

١ - الوسائل - باب ٣١ - من ابواب ما يكتسب به

٢ - الوسائل - باب ١٩ - من ابواب عقد البيع و شروطه

الالتزام ببقاء البدلية وان قصد المتعاقدين ذلك اذ مجرد البقاء القلبي مالم ينشأ لا يفيد في باب المعاوضات والفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشأاً له فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى الذى لا يمكن القول به فى المعاطاة لاتشملها وتختص بالبيع اللفظية فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكيمى 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 اللفظى لما حكم به غاية الامر فى بعض الموارد جعل حق الخيار والاقالة وفى بعض الموارد لم يجعل ذلك و الا فاللزوم مطلقا انما يكون بجعل منه وعليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالبيع اللفظى بلافق 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 دالا عليه بالدلالة الالتزامية فتدبر.

السادس خبر (١) خالد بن نجيع - او الحجاج - قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يجىء فيقول اشتر هذا الثوب و اربحك كذا وكذا فقال اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال عليه السلام لا بأس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - و تقريب الاستدلال به انه عليه السلام حصر المحلل والمحرّم فى الكلام اى اللفظ فلا يكون الفعل محللا ومحرما . (اقول) هذا الحديث مجهول على تقدير وحسن على تقدير آخر اذ لو كان الخبر مرويا عن ابن نجيع فهو مجهول - ولو 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 التى ذكرت غلة - اى قوله عليه السلام انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - احتمالات اربعة - و ستمر عليك - وهنا احتمال خامس لعلة الظاهر من الخبر - ذكره صاحب الجواهر ره والمحقق الخراسانى والمحقق الاصفهاني و المحقق الايرواني . (وحاصله) ان المراد بالكلام الالتزام البيعى و المراد بالمحلية

والمحرمة المنسوبتين اليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري والتمن على البايع
ومحرمة المبيع على البايع والتمن على المشتري واطلاق الكلام على الالتزام شايع.
مثل «كلام الليل بمحوه النهار» (فالمتحصل) من الخبر - ان المشتري حيث انه ان شاء اخذ
وان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة و انما الواقع صرف المواعدة و
المقاوله 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 استدل 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 والمحرر باللفظ
دون القصد المجرد ودون الفعل مع القصد - ويرد عليه امور (منها) لزوم تخصيص الاكثر -
فان التذكية تحلل الحيوان - وذهاب الثلثين يحلل العصير المغلى بالنار - وانقلاب الخمر
خلا يحلل الخمر - والحيازات تحلل الاموال - وموت المورث يحلل المال للورثة الى
غير ذلك من الموارد (و منها) ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة ولا
التمليك و هو خلاف الاجماع (و منها) عدم انطباقه على جواب الامام (ع) فانه
في صدد بيان ان بيع ما ليس عنده فاسد و ان مجرد المقاوله لا بأس به وعليه فالتعليق
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 محلل له - ولا يتحقق - بملكك بضعى بكذا ويكون هذا
محرما له . ويرد عليه (اولا) انه لا ينطبق على المورد فان في المورد مضمونين احدهما
المواعدة وثانيهما البيع والامام (ع) في صدد بيان ان الاول لا بأس به والثاني فيه بأس -
(وثانيا) ان التحريم على هذا ليس مستندا الى الكلام (وثالثا) ان المناسب لهذا المعنى
تنكير الكلام في المورد (الثالث) ان يكون المراد بالكلام في الموردين الكلام
الواحد ويكون تحليله وتحريمه باعتبار وجوده وعدمه او باعتبار محله وغير محله

مثل عقد النكاح يحلل اذا كان العاقد محلا - ويحرم اذا كان محرما (ويرد عليه) ان التحليل والتحرير باعتبار الوجود والعدم في غاية البعد فانه مضافا الى ان الظاهر منه ما هو بالمحمل الشايع كلام - الا نرى انه لم يحتمل احد ارادة العدم في غير المقام مثلا لم يحتمل احد في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت) ان المراد عدم الحج (ان) تقدير العدم يناسف وحدة السياق مسح ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لانصح اذ العدم لا يؤثر في الصحة - و اما باعتبار وقوع الكلام في محله و في غير محله فهو ايضا لا يتم اذ الايجاب الواقع في غير محله لا يكون محرما لان عدم المحلية انما يكون لعدم حصول الايجاب الصحيح للحصول الا بجواب الفاسد (الرابع) ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقابلة ومن الكلام المحرم ايجاب البيع وبعبارة اخرى يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها او صرف المقابلة (ويرد عليه) ان المقابلة لا تكون محطلة لشيء كما ان البيع الفاسد لا يحرم شيئا .

ثم انه يمكن تصوير احتمالات اخر في الخبر الا انه لا يهمننا التعرض لها وقد عرفت ان الاظهر هو ما اخترناه تبعا للاساطين وعليه فالخبر اجنبى عن المقام .

(قوله قد نعلم نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام في ايجاب البيع الخ) اقول هذا لا يتم بناء على الاحتمال الذي استظهرناه (و اما) بناء على ما استظهره المصنفه من الخبر - فغاية ما يمكن ان يقال في تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ في البيع انه يحصر المحلل والمحرر في الكلام ولو لم ينحصر ايجاب البيع به ووقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل والمحرر في الكلام (ولكنه غير تام) اذ الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافة الى الايجاب في مقابل المقابلة لا بالاضافة الى اللفظ في قبال الفعل مثلا . وعلى الاحتمال الثالث لوحظ بالاضافة الى وجود الايجاب في قبال عدمه - او بالاضافة الى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله - فتدبر (نعم) لو كان للوصف مفهوم صحيح مذكر .

(قوله قده فتامل) لعله اشارة الى انه فى المعاطة لا يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفى الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشتري الثمن قاصدا به الاستيجاب واخذ البايع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام باتى - او الى انه لادلالة فى الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشترى هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما .

(قوله قده فان الظاهر ان المراد من مواجهة الخ) الانصاف انه لاشعار فى شىء من هذه النصوص (١) بذلك فضلا عن الظهور فتدبر -
(فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة ان المعاطة تفيد الملك و تكون لازمة .

تنبيهات المعاطة - التنبيه الاول - يعتبر شرائط البيع فيها

(قوله قده الظاهر ان المعاطة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع بل الظاهر من كلام الخ) - حق القول فى المقام يقتضى التكلم فى موارد (الاول) فى انه هل يعتبر فى المعاطة شروط البيع كمعلومية العوضين وجوب التقابض فى الصرف والسلم وغيرهما و هل يلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بايعه ام لا (الثانى) فى انه هل يجرى فيها الربا ام لا (الثالث) فى جريان الخيار فيها .

اما الاول فان قلنا ان المعاطة معاملة مستقلة مفيدة للملك و لا تكون بيعا - فان كان دليل امضاها - مما له اطلاق (٢) كاو فوابالعقود ونحو ذلك فالظاهر عدم اعتبار شىء من الشرائط فيها اذ تلك شرائط للبيع على الفرض و المعاطة ليست بيعا و مقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على ما عرفت من صحة

التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره فى الاسباب و ان كانت الفاظها اسامى للمسببات - و ان كان دليل امضائها السيرة التى ليس لها اطلاق فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشئ فى مقام التعاطى فعدم الاعتبار واضح وان لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل الببى والاصل يقتضى عدم ترتب الاثر عليها عند فقدما (وبه) يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة . (واما) ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة وقصد بها الملكية فتارة نقول انها تفيد الملك اللازم . واخرى نقول انها تفيد الملك الجائز وثالثة نقول انها تفيد الاباحة .

فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فالأظهر اعتبار جميع الشروط فيها ولحوق جميع احكامه لها و ذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره فى البيع الشرعى مطلقا فالامر واضح لانها بيع وان لم يكن له اطلاق كما اذا ثبت شرطية شئ للبيع بالاجماع فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعا لا يكون اجماع على اعتباره فى المعاطاة فلا وجه لاعتباره فيها (ولكنه) توهم فاسد فانه فرق بين موارد التخصيص والتخصص (توضيح ذلك) انه تارة يعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء ولكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا - او جمع منهم الى عدم وجوب اكرامهم وفى هذا المورد يؤخذ بالمتيقن وبحكم بعدم وجوب اكرام النحويين واختصاص الاجماع بغيرهم - واخرى يعقد 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 النحوى عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه والمقام من قبيل الثانى اذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط فى المعاطاة انما يقول به لاجل انه لا يراها بيعا (وعليه) فلا وجه للاخذ بالمتيقن من الاجماع (وبالجملة) فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع البها فى تعيين الحكم الكلى واما صدق الموضوع على فرد وعدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر .

ثم انه لافرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك واللزوم هى ادلة امضاء البيع ام كان هى السيرة (وعن) المحقق الاصفهانى ره انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هى السيرة وقد فرضت على عدم اخذ ذلك الشىء الذى دل النص مثلا على اعتباره فى البيع الشرعى مطلقاً فى مقام النعاطى كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط ودالة على اختصاصه بالقولى (اقول) ان المراد بهذه السيرة ان كان هى السيرة العقلانية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط فان ذلك الدليل انما يدل على دخله فى البيع الشرعى كما سيمر عليك - فلا محالة لابد من تقديمه على السيرة على عدم اخذه فى البيع العرفى كما لا يخفى - وان اريد بها سيرة المتشعبة المستمرة كان ما ذكر تاما ان ثبتت لكن دون اثباتها خرط القتاد - فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك ولحقوق جمع احكامه لها .

وان قلنا انها تفيد الملك الجائز - ففيها اقوال ووجوه (احدها) اعتبار جميع شرائط البيع فيها (الثانى) عدم اعتبار شىء عندها فيها (الثالث) التفصيل بين الشرائط التى ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها و ما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر (الرابع) التفصيل بين ان يكون دليل نفوذ المعاطاة الادلة اللفظية فيعتبر فيها شرائط البيع وبين ان يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها (والظاهر) هو الاول - لان الادلة الدالة على اعتبار الشرائط فى البيع تدل على اعتبارها فى كل ما يصدق عليه البيع سواء كانت من الادلة اللفظية - او اللبية - والمعاطاة بيع على الفرض .

واستدل للثانى فى المتن - بان البيع اذا وقع موضوعا فى النص و الفتوى للاحكام ظاهر فيما حكم فيه باللزوم و المعاملة اللازمة من غير جهة الخيار - و لذا قالوا البيعان بالخيار ما لم يفترقا - وقالوا - الاصل فى البيع اللزوم و الخيار انما ثبت لدليل - و قالوا ان البيع من العقود اللازمة - (و بالجملة) البيع فى النصوص و كلمات العلماء ظاهر فيما كان مبنيا على اللزوم الذى لو ثبت فيه الجواز كان جواز احقيا - والمعاطاة وان كانت بيعا لانها محكومة بالجواز الحكمى -

فلاتشملها ادلة الشرائط (وفيه اولا) ان اللزوم والجواز على ما اعترف به سابقا من احكام السبب لا من خصوصيات المسبب و البيع اسم للمسبب فلا مورد لدعوى انصراف البيع الى البيع اللازم (وثانيا) انه لو سلم كون البيع قسمين - لازما وجائزا - ولكن لوجه لدعوى الانصراف الى اللازم لان الغالب تحقق البيع بالتعاطى وعلى فرض التنزل لاغلبة للقولى - مضافا الى ان الغلبة لا تكون منشأ لانصراف (وبالجملة) بعدما لا شبهة فى ان صدق البيع على المعاطة ليس ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف فلا مورد لدعوى الانصراف .

و استدلل للثالث (بان) الانصراف المزبور انما هو فى كلمات العلماء ولا يكون فى الاخبار (وعليه) فمأثبت اعتباره بالاخبار يكون معتبرا فى المعاطة - وما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لا نصرافه عند هم الى البيع القولى لا يكون معتبرا فيها (وبانه) لا بد من الاخذ فى الادلة اللبية بالمتيقن وهو يقتضى الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار فى المعاطة وهذا بخلاف الدليل اللفظى . وفيهما نظر (اما الاول) فلما تقدم من منع الانصراف (واما الثانى) فلما مر من ان الاخذ بالمتيقن انما هو فى مورد التخصيص لا التخصص والمقام من قبيل الثانى فراجع .

واستدل للرابع - بما تقدم هو وجوابه - فى المورد الاول اى بناء على القول بافادة المعاطة الملك اللازم فراجع (فالأظهر) اعتبار جميع الشرائط فى المعاطة بناء على افادتها الملك مطلقا .

و ان قلنا بانها تفيد الاباحة الشرعية - فقد استدلل المصنف ره على اعتبار الشرائط فيها - بوجهين - (الاول) انها بيع عرفى وان لم تغد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفى (الثانى) ان الاصل فى المعاطة على القول بعدم الملك الفساد وعدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم وهو المعاملة الجامعة للشروط عدى الصيغة وبقى الباقي (اقول) يرد على الوجه الاول انه فرق بين دليل امضاء البيع - ودليل اعتبار شىء

فيه - والاول لابد و ان يكون موضوعه البيع العرفي لانه القابل للامضاء - و الثاني لا يعقل أن يكون موضوعه ذلك بل لابد وان يكون البيع الشرعى - اذ هو المشروط بنظره بشىء اما البيع العرفي فلا يعقل اناطته بشىء من ما اعتبره اذ اعتبار شخص كيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر (واما الثانى) فلان دليل امضاء المعاطاة كان هو الدليل اللفظى او السيرة - يكون عاما شاملا للفاقد 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 مشروط بالصرف المتوقف على الملك اذ التالف نظير القبض المشروط ببيع الصرف به و قد تقدم توجيه ذلك وعليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع (فتحصل) ان الاظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

فى جریان الربا فى المعاطاة

المورد الثانى فى جریان الربا فيها وعدمه . و ملخص القول فيه انه (تارة) نقول بجريان الربا فى كل معاوضة و ان لم تكن بيعا كما هو الاظهر و المشهور . لعموم الآية الشريفة (١) و حرم الربوا فان الربوا هى الزيادة فى احد العوضين - المتجانسين و لمخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية فى المعاوضة مع اتحاد الجنس (كقوله) ^{عنه} (٢) الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل والذهب بالذهب مثلا بمثل ليس فيه زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد فى النار - و فى صحيح ابى بصير (٣) الحنطة والشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر - و فى حديث آخر (٤)

١ - البقرة الآية ٢٧٥

٢ - الوسائل - باب ١ من ابواب الصرف حديث ١

٣ - الوسائل باب ٨ من ابواب الربا حديث ٣

٤ - الوسائل باب ٩ من ابواب الربا - حديث ٤

الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لأبس به ونحوهما غيرهما (وأخرى)
نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلى والعلامة رحمهما الله - فعلى الأول يجرى
الربا فى المعاوضة - كانت معاوضة مستقلة أم كانت بيعاً مفيدة للملك اللازم أو الجائز
أو الإباحة أما على الثلاثة الأول فواضح - وأما على الأخير فلما تقدم من أنها مفيدة للملك
غاية الأمر مشروطة بشرط متأخر (نعم) إذا كان المقصود بها الإباحة لا يجرى فيها
الربا - لأنه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك - وعلى الثانى لا يجرى فيها إذا كانت
معاوضة مستقلة أو قصد بها الإباحة .

(قوله قدّه بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يريها الخ) ان كان مراده
انه كك على التخصيص وهو ان كان يلائم مع ما ذكره بقوله وبما ذكرناه يظهر وجه
تحريم الربا فان علته ح هي كونها بيعاً عرفياً (لكن يرد عليه) ان التعليل لذلك بقوله
- لأنها معاوضة عرفية وان لم تغد الملك - لا يصح - وان كان مراده انه كذلك على
التعميم - (فيرد عليه) ان الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك - فمع فرض عدم
إفادتها له لا يجرى فيها الربا - البناء على ما ذكره سابقاً من انها بيع عرفى بالتقريب
المتقدم وعليه فلا بد من التعليل بذلك لابانها معاوضة .

(قوله قدّه فلا يبعد أيضاً جريان الربا الخ) اقول بل هو بعيد كان الربا مختصاً
بالبيع أو عاماً لكل معاوضة أما على الأول فواضح فانها ح ليست بيعاً عرفياً ولا شرعياً
و أما على الثانى فلانه مختص بالمعاوضة الملكية و لعله الى ذلك اشار بقوله
فنامل .

فى جريان الخيارات فيها

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

الخيارات فيها (واما بناءً) على افادتها الملك الجائر . فقال المصنف ره فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقاً بناءً على صيرورتها بيعاً بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة - (و يرد عليه) انها ان كانت بيعاً فهي بيع قبل اللزوم اذ اللزوم لا يصيرها بيعاً وقد يقال (انه بناءً على هذا المسلك لا معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيلاً للحاصل . ويلزم منه اجتماع المثلين . و اللغوية لفرض كونها جائزة - و يرد عليه (اولاً) ان جوازها حكمي . و الخيار جواز حقي والاول لا يجوز اسقاطه ونقله و لا . يورث بالموت والثاني يجوز اسقاطه ونقله ويورث بالموت فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة (وثانياً) لو سلمنا كون جوازه ايضاً حقياً . يمكن الجواب عنها بما اجاب به المصنف ره في الخيارات فيما اذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيواناً ومعيياً . وهوان الخيار وجواز الفسخ واحد وله اسباب متعددة - ولو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الآخر باقياً - وبعبارة اخرى - يكون الجواز واحداً وله علل متعددة ولا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها . و لو انعدم احد العلل يكون المعلول باقياً لبقاء علته و مستنداً الى الباقي من العلل (وثالثاً) ان الجواز الاصلى متعلق بالتراد 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 - فالأظهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضاً (واما بناءً) على افادتها الاباحة فحيث عرفت انها بيع غاية الامر حصول الملكية يكون مشروطاً بالتلف او التصرف المتوقف على الملك فتجرى فيها الخيارات (وما) في المتن من انه لا معنى 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 حله و ازالته .

بيان مورد المعاطاة

(قوله قد هذا الامر الثانى ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين الخ) اقول الصور المنصورة خمس (الاولى) التعاطى من الطرفين وهو - المتيقن والفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة (ولكن) لا بد وان يعلم ان المقصود بالتعاطى ان كان هى المبادلة والمعاوضة - لا يتوقف تحقها على العطاء من الجانبين بل هى تتم بالعطاء من جانب والاخذ من جانب آخر فان المعطى ينشأ البيع باعطائه والاخذ يقبله باخذه فالعطاء من جانب القابل لامحالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به فى اخذه بل لو لم يكن منشأ للقبول باخذه كانت المعاملة فاسدة - فان العطاءين المقصود بهما التملك والمعاوضة - من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين ولا يتحقق بهما المعاملة (نعم) اذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونها ح معاملة وان كان داعى كل منهما للاباحة اباحة صاحبه .

الصورة 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 ولذا تربهم يعنونون جريان المعاطاة فى الهبة مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء والاخذ (وعليه) 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 الموردین واحد فلا وجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثانى .

الصورة الثالثة ما اذا لم يكن هناك اعطاء اصلا بل كان ابصال و وصول كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء ووضع الفلاس فى المكان المعدله اذا علم من حال السقاء الرضا بذلك وكذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات (اقول) انه

لو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين وغيرها كما هو المفروض في هذا المقام تصحيح البيع في المقام يتوقف على احدا من (اما كون) السقاء مثلاً قاصداً 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 وهكذا (واما كون) وضع المال في المحل الخاص في الأمثلة توكيلاً للاخذ في البيع فيكون هو متصدياً للطرف في العقد (واما كون) وضع الدراهم في كوز السقاء و اخذ الماء منه انشاءاً للبيع من الطرفين والسقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها والظاهر ان شيئاً 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 شخصاً 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 - وبعبارة اخرى - يكون تصرفاً بالرضا واذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع .

الصورة الرابعة ما اذا لم يكن ايصال ايضاً بل كانت نتيجة كما اذا كان المالك عندهما سبق امانة او اشتباه او غير ذلك فقصد البيع والتبديل بلا فعل من كل منهما بل 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 فعلاً اختياريان فيمكن انشاء البيع بهما .

الصورة الخامسة ان ينشأ البيع باللفظ غير المعبر في العقد اي اللفظ غير الصحيح كما في الانشاء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المقابلة والظاهر عدم انعقاد البيع فان البيع الممضى بعدم الم يكن مجرد القصد الساذج واعتبرنا اظهاره بفعل او قول فلا بدوان

يكون باللفظ أو الفعل الذي له مظهرية لذلك المعنى في نفسه ولا ينعقد بكل فعل أو لفظ فتامل - هذا على القول بالملك (و اما) على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالامر اوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة (نعم) بناء على الاباحة المالكية لاشكال في ثبوتها به لان المناط فيها احراز الرضا .

تميز البائع عن المشتري

(قوله قدده الثالث تميز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية مع كون احد العوضين مما تعارف الخ) اقول يقع الكلام ولا فيما هو الحق ثم فيما افاده المنصف ره وسائر الاساطين وما يرد عليهم .

اما المقام الاول فلتوضيح المطلوب لابد من تقديم مقدمة (و هي) ان المعاملة البيعية وسائر المعاملات حتى الهبة انما تكون متقومة بامر ين تمليك من طرف ومطوعة و قبول من الاخر - ولو كان هناك تمليك بلا قبول كانا ايجابين ولم ينطبق عليهما عنوان البيع ولا غير من عناوين المعاملات اذا عرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه في مقام الثبوت كل من ملك ماله بعوض هو البائع و طرفه القابل هو المشتري من غير فرق بين المعاملة الفعلية والقولية . و من غير فرق بين الاثمان والعروض (واما) في مقام الاثبات ففي المعاملة الفعلية لامحالة يكون المعطى ماله او لاهو البائع لانه يملك ماله بعوض (اللهم) الا ان يكون قصده من الاعطاء كونه امانة عند صاحبه الى ما بعد المعاملة فيكون في الحقيقة اقباضا للعوض قبل البيع - ولا يتصور في اعطاء المعطى الاول غير ذلك فانه لا يمكن ان يكون قبولا مقدما بان ينشأ به تملك مال صاحبه وهذا بخلاف المعاملة اللفظية فانه يتصور فيه ذلك - ولو كان الاعطاء من الطرفين في آن واحد فان قصد كل منهما باعطائه التمليك - لم يكن بيعا - بل لا يكون صلحا ولا معاملة مستقلة - اما عدم كونه صلحا فلانه في الصلح ايضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف والقبول من آخر - و اما عدم كونها معاملة مستقلة فلان دليل امضاء

المعاوضات اما السيرة - او آية (١) او فو بالعقود - او آية (٢) تجارة عن تراض - وشى عنهما لا يصلح لا ثبات صحة هذه المعاملة (اما الاولى) فلان عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح (واما الثانية) فلعدم كون الايجابين عقدا الذى حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم (واما 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 رده فى مقام التمييز ذكر انه اذا كان احدا العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري وان كانا من غير ذلك - فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن فى العوضية - 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 الثانى (و فيه) مضافا الى ان لازم ما افاده قده كون كل من المتبايعين فى بيع الصرف مشتريا - ومضافا الى انه لم يظهر المراد من قصد قيام احدا العوضين مقام الثمن فى العوضية - فان كان المراد ان يلاحظ قيمته ومقدار تموله من النقود فهذا امر موجود فى كل منهما فى غالب البيوع - و ان اراد به المعاملة عليه بالدراهم ثم جعل الدراهم عوضا فهو بدهى الفساد - وان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به (ان) ما ذكره ره لوثم فانما هو فى مقام الاشتباه فى مقام الاثبات ولا يفيد فى مقام الثبوت .

(قوله قده والاشترى ترك شىء و الاخذ بغيره الخ) و فيه: ان هذا لازم الاشترى والافهو قبول الشراء والبيع - مضافا - الى ان لازم ذلك صدق المشتري على كل من الطرفين فى جميع المقامات - ومن المعلوم ان هذا التنبيه انعقد لبيان تمييز البائع عن المشتري بمالهما من المعنيين الذين لا يجتمعان فى مورد واحد .

(قوله قده لانصرافهما فى ادلة تلك الاحكام الخ) وفيه انه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما استعرف فى محله - دعوى الانصراف لا تسمع - ولذا هو قدس سره التزم بالحنث لو حلف على عدم بيع اللحم وعدم شراء الحنطة فلاحظ .

و من الغريب في هذا المقام - ما افاده المحقق الثاني ره - و هو انه لو وقع التبديل بين العروضين بالاعطاء من الطرفين دفعة و احدة ولم يقصد باحدهما القيام مقام الثمن ولم يكن بسبق مقاوله - كان احدهما لاعلى التعيين بايعا و الاخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا - اذ هناك معاملته قائمة بصرف الوجود من تبديل احدهما و قبول 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 تعينه واقعا - اذ المردد لاماهية له ولا وجود - فان كان البيع انشائا للتبديل و الاشتراء قبولا لذلك كما اعترف به - فان انشأ في المعاملة المفروضة احدهما و قبل الاخر فالمنشئ بايع و القابل مشتر - وان قصد امعا الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معا و كونهما بيعا كما اعترف به و كون احدهما المعين بيعا و الاخر اشتراعا ترجيح بلامرجح - واحدهما لابعينه لا وجود له - فلا مناص عن البناء على البطالان فتدبر .

و اماما افاده المحقق الايرواني ره في هذا المقام بما حاصله ان البائع هو من بذل خصوصيات ماله و اغمض النظر عنها ولكن امسك على ماليته باخذ البذل - و في ذلك لا نظر له الا الى حفظ تموله - و اما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب في خصوصيات الاعيان التي يتلقاها من المأكولات و غيرها - و اذا كانت خصوصيات العين مرغوبة لكل من الجانبين كما في تبديل كتاب بكتاب لم يكن ذلك بيعا بل معاوضة مستقلة (فيرد عليه) مضافا الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذي غرضه من المعاملة حفظ تموله و ازدياده بيعا - ان ما ذكره لا شاهد له من العرف ولا من الشرع ولم يعتبر احد في البيع ذلك فالصحيح ما ذكرناه .

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين

(قوله قدده الرابع ان اصل المعاطاة وهي اعطاء كل منهما الاخر ماله يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه الخ) وقد اورد عليه السيد في الحاشية بان

الوجوه والاقسام ازيد مما ذكره فانه (منها) ما اذا كانت المقابلة بين المالكين مع كون القبول بالاعطاء (ومنهما) ما اذا كانت المقابلة بين المال والتملك او بين التملك والمال وكك في طرف الاباحة (ومنهما) غير ذلك (اقول) ان غرض المصنف ره من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التي فيها اشكال وكلام ومورد للنقض والابرار والصور التي هذه حالها منحصرة في اربع عنده اذا الاشكال في الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة وفي الثانية من جهة عدم صدق البيع - وفي الثالثة والرابعة بما ذكره ره مفصلاً وسيأتى واما باقى الصور فكانت 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 قد احدثها ان يقصد كل منهما تملك ماله بمال الاخر - فلا يكون في دفعه العوض انشاء تملك الخ) وقد اورد عليه بايرادين (الاول) ما عن السيد قد بانة يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضا بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لابعنوان القبول وكان على المصنف ره ان يذكر هذا الوجه ايضا لانه مضافا الى امكانه هو الغالب (الثانى) ما عن المحقق النائين ره بانة لا يكون القبول بالاخذ في مورد بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما وفعل البائع بمنزلة الايجاب القولى واعطاء المشتري بمنزلة القبول القولى واخذ كل منهما وفاء بالمعاملة والتزام بآثارها (اقول) قد عرفت في التنبيه الثانى انه في المعاطاة دائما يكون الايجاب بالاعطاء من طرف و القبول بالاخذ واعطاء الاخر انما يكون وفاء ألما التزم به و لو لم يكن الاخر منشأ للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه وان قصد به التملك فان الاعطائين ح بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لايجاب وقبول (ويرد عليهما) مضافا الى ذلك - ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة ومن باب الاستيفاء لسم يظهر وجهه في الاخذ الاول فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة فاما معنى الاخذ بعنوان الوفاء بها . (ويرد) على السيد قد مضافا الى ذلك - ان عدم التعرض لهذا في المتن انما هو من جهة ما ذكره ره في التنبيه

الثانى من ان المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطى من الطرفين و انه لا اشكال فيها وانما الاشكال كان فى هذا المورد و لذاتعرض له خاصة فى هذا التنبيه .

(قوله قدده ثانيها ان يقصد كل منهما تمليك الاخر ماله بازاء تمليك ماله اياه
فيكون تمليك بازاء تمليك الخ) اقول الكلام فى هذا الوجه يقع فى موارد ثلاثة
(الاول) فى معقوليته - و الاظهر عدمها فانه ان ارد به تعليق التمليك على تمليك الاخر
فهو هبة معلقة وان ارد به اشتراط التمليك بالتمليك الاخر فهو هبة مشروطة وان ارد
به كون احد التمليكين معوضا والاخر عوضا كما هو ظاهر المتن فحيث ان صيرورة
التمليك معوضا انما تحتاج الى انشاء وجعل متعلق بذلك والتمليك اى انشاء الملكية
انما هو جعل لذلك نفسه لاجل لمعوضيته فلا يعقل ان يكون تمليك الاخر عوضا عن
هذا التمليك اذ عوضيته اما ان تكون بنفسه او يجعل الملكية وانشاؤها - او يجعل آخر - والاول
غير معقول وهو واضح وكك الثانى فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق
به والثالث مفروض العدم - فالتمليك بازاء التمليك ممالا اتعقله .

الثانى انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالاخذام لا يمكن الا
ان يكون بالتمليك الثانى صريح المتن هو الثانى (واورد عليه) السيد المحشى قدده
المحقق الايروانى بانه يمكن ان يكون بالاخذ فيكون التمليك واجبا على الثانى من
باب الوفاء قال بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين (اقول) الظاهر تمامية ما افاده المصنف
ره - فان المعاوضة اذا كانت بين التمليكين لم يكن الايجاب تاما الا بعد تحقق التمليك
و تماميته - و هو متقوم بايجاب وقبول - فالاخذ وان كان قبولا الا انه قبول للتمليك
لا البيع فهو دائما يكون جزءا عن الايجاب لا قبولا للمعاملة فلا محالة يكون قبولها بالايعطاء
من الاخر بقصد التمليك (وبالجمله) فى هذا الوجه خصوصية وهو ان المعوض انما
هو التمليك المتوقف تحققه على القبول - فلا يمكن ان يكون الاخذ قبولا لذلك و
للمعاملة فتدبر .

الثالث ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هى بيع - او هبة معوضة - ام

تكون مصالحة - او معاوضة مستقلة - والظاهر عدم كونها بيعا - لان البيع هو المبادلة بين المالكين وفي هذه المعاملة لمبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفاعلين (اللهم) الا ان يقال ان المعاوضة بحسب الصورة وان كانت بين التمليكين الا ان النظر اليهما آلى وفي الحقيقة واللب تكون المعاوضة بين المالكين و بهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع - فلو تم ذلك فهو (والا) فهي هبة معاوضة اذا التملك انما يكون تملكيا للشيء مجانا و بلا عوض (والايراد عليه) كما في المتن من انه لو لم يملكه الثاني هنالم يتحقق التملك من الاول لانه انما ملكه بازاء تملكه فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه و الهبة في حاقها مأخوذة المجانية (غير تام) فان المجانية المعتبرة في الهبة انما هي في المال وعدم جعل شيء في مقابل المال وهذا مفروض في المقام اذا عوض انما هو للتملك لا للمال (فتحصل) انها اما بيع او هبة معاوضة - ولا تكون مصالحة ولا معاوضة مستقلة واما الصورة التي اضعفناها (وهي) ما اذا كانت المقابلة والمعاوضة بين المال والتملك بان يقصد احدهما تملك ماله بتملك الاخر وهو الفعل الخارجى الصادر من المشتري فيكون من بيع الاموال بالاعمال (فقد اشكل) المحقق الثائني ردها وقال ان البيع باطل في المقام وان صح بيع الاموال بالاعمال (و استدله) بان العمل الذي يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كي يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب و نحوه والتملك ليس كذلك بل هو آلى وطريقى لتحصيل المال اذا التملك بالمعنى المصدري ليس مالا بل المال هو الحاصل من المصدر وليس هذا الفعل الآلة لتحصول اسم المصدر فلا يمكن ان يقابل بالمال فلا يصح جعله عوضا (وفيه) ان ضابط صحة جعل شيء عوضا كونه متعلقا للغرض سواء كان منشأ كونه كذلك طريقته لتحصيل المال - او كونه بنفسه مالا ولا يعتبر فيه ازيد من ذلك - والتملك متعلق للغرض ولو بواسطة طريقته لتحصول المال فالأظهر صحة جعله عوضا نظير سائر الاعمال .

(قوله قد وثالثها ان يقصد الاول ابا حة ماله بعوض - وكيف كان فالاشكال في حكم القسمين الاخيرين (الخ) لا يخفى ان شيئا من الاشكالين لا يكون مربوطا

بمسألة المعاطاة (اما الاشكال الاول) وحاصله ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك و ليس له اباحة مالم يجوز له لغير المالك الا بايجاد موضوعه بتمليكه اياه والمفروض في المقام عدمه و دليل السلطنة لا يكون مشرعا لما منع عنه الشارع - الا ترى انه لم يتوهم احد دلالة على جواز وطء عبد الغير باذنه فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواء كانت باللفظ او الفعل مع قصد العوض او مجانا (وعليه) فيما ان هذا البحث استطرادى - لا باس بتقديم بحث آخر استطرادى مربوط به .

التصرفات المتوقفة على الملك

و هو انه هل هناك تصرف متوقف على الملك ام لا - و ملخص القول فيه ان جملة من الامور التي ذكروا توقفها على الملك تقدم ما فيها وعرفت عدم التوقف - بقي في المقام امور (منها) اخراج المال في الخمس والزكاة (و منها) ثمن الهدى (ومنها) وطء الجارية (ومنها) العتق (ومنها) البيع - وشيء منها لا يتوقف على الملك .

اما الاول فلانه (ان قلنا) بان الخمس والزكاة يتعلقان بالذمة فيكون سبيلهما سبيل ساير الديون فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن - لمدل (١) على جواز اداء الدين من غير مال الدائن و التبرع بوفائه كك يجوز الخمس و الزكاة من مال الغير و كون الخمس والزكاة من العبادات لا ينافي ذلك و ان كان منافيا لتبرع الغير بادائهما - فان المباشر في المقام من وجبا عليه (وان قلنا) بتعلقهما بالعين - فحيث ان للمكلف تبديلها من العين و ادائهما من مال آخر فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن في ذلك .

١- الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب المستحقين للزكاة - وباب ٣٠ - من ابواب الدين و القرض و باب ١٢ - من ابواب مقدمات النكاح - وباب ١٠٤ - من ابواب احكام الاولاد و غيرها .

واما الثاني فلما ذكرناه في سابقه لانه ايضا من الديون - مضافا الى ماورد من النصوص (١) في جواز الذبح عن العبد - والصبي - وان رسول الله ﷺ ذبح عن امهات المؤمنين بقره بقره اذلوجازت النيابة جازالهدى بملك الغير وكذلك ثمنه .
و اما الثالث فلانه يجوز بالاباحة للنص (٢) غاية الامر يعتبر ان يكون بلفظ خاص و هو احللت ولا ينعقد بلفظ ابحت و اما ما (٣) ظاهره توقف الوطاء على الملك فلا مناص من ان يكون المراد به ملك التصرف كي يعم جميع موارد الوطاء الحلل .

واما الرابع فقد ذكر في وجه توقفه على الملك - انه دلت النصوص على انه لا عتق الا في ملك - ففي خبر (٤) ابن مسكان من اعتق مالا يملك فلا يجوز ونحوه غيره (وفيه) ان محتملات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع امور (الاول) ان المعتق لا بد وان يكون رق او مملوكا كي يقبل الانعتاق والمبيع لا بد وان يكون مملوكا حتى يقبل التملك (الثاني) انه يعتبر في العتق و البيع ان يكون البايع و المعتق مالكين لهما لا مالكين للمال (الثالث) انه يعتبر فيهما كون البايع و المعتق مالكين للمال - من دون نظر لها الى كون من يقع البيع له اى يدخل الثمن في ملكه - و من يعتق عليه الرق - مالكين (الرابع) انه يعتبر فيهما كون البيع و العتق للمالك والاستدلال به ايتوقف على ارادة الاخير كما لا يخفى وهي غير ظاهرة منها ولم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح .

و اما الخامس فقد استدل له مضافا الى النصوص المشار اليها مع جوابها - بوجه عقلى اشار اليه في المتن ونقله عن العلامة ره في القواعد (وهو) انه لا يعقل

١- الوسائل - باب ٢- ٣- ٨٠ من ابواب الذبح من كتاب الحج

٢- ٣- الوسائل - باب ٣٥- من ابواب مقدمات النكاح - و باب ٢١ - من ابواب نكاح

العبد والاماء

٢- الوسائل - باب ٥- من ابواب كتاب العتق - حديث ٣

خروج المبيع عن كيس شخص ودخول الثمن في ملك شخص آخر - وغاية ما قيل في تقريبه ان المعاوضة من المعانى النسبية المتعلقة فلا بد وان تكون العوضية في شيء فاذا كانت المعاوضة في الملكية فلا بد من قيام كل من الثمن والمثلن مقام الآخر في الاضافة الملكية لصاحبها و مقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الآخر (وعليه) فالاذن في بيع مال الغير لنفسه اذن في امر غير معقول (وفيه) ان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للآثر - بل الموضوع هو البيع - وقد عرفت ان حقيقته اعطاء شيء بازاء شيء ولا مجانا وهذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض وقد تقدم تنقيح القول في ذلك فراجع اذا عرفت هذا (فاعلم) انه لو قلنا بانه لا يكون شيء من التصرفات متوقفا على الملك فلا اشكال في صحة مثل هذه الاباحة.

الاذن في التصرفات المترتبة على الملك

واما لو قلنا بان بعض التصرفات كالبيع والعنق متوقف على الملك - فيقع الكلام في صحة اباحة جميع التصرفات وعدمها (اقول) لما كان على هذا المسلك عدم الصحة في بادي النظر واضحا - من جهة ان دليل السلطنة انما يدل على تسلط الناس على اموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع - فاذا منع الشارع عن بيع غير المملوك وحكم بعدم نفوده لا يصلح دليل السلطنة لتجويزه و الترخيص فيه - و مع ذلك يظهر من قطب الدين والشهيد ره في باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن والاذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا - ويظهر ايضا من العلامة في المختلف انه لو علم البائع للجارية غصبية ما جعل ثمنها يجوز للمشتري وطئها . و كانت ايضا مسائل ثلاث مشهورة بين الاصحاب (احديها) انه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى - واعتقه المالك يقع العنق عن الامر (ثانيتهما) ان الرجل اذا اشترى احد عموديه يعتق عليه مع انه لا يملكهما (ثالثتهما) انه لو تصرف الواهب و ذوالخيار فيما وهبه وباعه بالبيع الخيارى - بالبيع او العنق صح ذلك وكان هو فسخا

فعليا (تصدى) المصنف ره فى المقام لتوجيه ذلك وليبيان حكم تلك المسائل والوجه فى الالتزام بالملكية فيها و عدم انطباق تلك الوجوه على المقام - وذكر فى كل واحدة من تلك المسائل وجها غير مذكوره فى غيرها - وقبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الاذن فى البيع (احدهما) ان يقصد المبيع بقوله ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك انشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة (ثانيهما) ان يقصد به نقله اولا الى نفسه ثم يبيعه (وردهما) بان المفروض ان قصد المبيع ليس شيئا منهما (اقول) يرد عليهما مضافا الى ذلك انه فى كل منهما فرض التوكيل فى الهبة و هى من الانشائيات ولا يتحقق بمجرد القصد فلو كان من قصده ايضا ذلك لم يفد شيئا بل احتاج الى انشاء الهبة باللفظ او الفعل .

اما مذكوره فى مسألة اعتق عبدك عنى (فمحصله) ان قول الرجل لمالك العبد اعتق الخ استدعاء لتملكه - واعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل والانتقال بهذا الاستدعاء والجواب ويقدر وقوعه قبل العتق آنأما - وقال هذا الوجه لا ينطبق على المقام اذ المبيع لم يقصد التملك بالاباحة المذكورة ولا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تملك ضمنى مقصود للمتكلم والمخاطب كما كان مقصودا ولو بالاجمال فى تلك المسألة (اقول) يرد على ما ذكره فى مسألة العتق امور (الاول) انه اذا كان العتق هو المملك لكونه جوابا للاستدعاء فما وجه الالتزام بحصول الملك قبل العتق آنأما و بعبارة اخرى حيث ان التملك من الانشائيات ولا يتحقق بدون الانشاء والمفروض ان انشائه هو العتق فكيف يقدر وجوده قبل العتق وان التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع الملك وزواله فى زمان واحد و هو غير معقول مع انه لا يفيد شيئا اذ المفروض توقف العتق بالحمل الشايع على الملك فاذا كان هو متوقفا على العتق لزم الدور (الثانى) ان لازم ذلك تأثير العتق فى حصول الملك وزواله وهو فى غابة البعد (الثالث) ان التملك والتملك من الامور القصدية فلو فرض ان المستدعى والمعتق غير ملتفتين اليهما ولم يقصداهما فكيف يلتزم بحصول

الملك (ويرد على) ما ذكره رة من الفرق بين المسألتين بعدم القصد الى التملك في المقام وبدلالة الكلام في مسألة العتق على التملك بدلالة الاقتضاء (ان) المفروض في المسألتين عدم القصد الى التملك فان كان القصد الى العتق كافيا في قصد التملك من جهة كونه قصدا اجماليا له فكك في المقام (وبالجملة) لافرق بين المسألتين من هذه الجهة والحق عدم كونه تملكيا كافيا البابين .

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

ثم ان المحقق النائيني رة في مسألة اعتق عبدك عنى التزم بدخول العبد في ملك الامر وانعاقه لامن جهة توقف العتق على الملك . بل من جهة انه اذا امر الامر بايجاد عمل محترم او باتلاف مال محترم غير مجانى يرجع نفعه اليه وامثل المأمور ذلك يكون الاستدعاء واستيفائه له 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 بامره واستدعائه و هذا بامثاله وعمله صحيحة لعموم - تجارة عن تراض - فلامحالة يكون لازمه دخول المضمون به في ملك الضامن (وفيه) ان الملك من الامور التى يتوقف تحققها على القصد والانشاء فاذا فرضنا عدم قصد الامر والمأمور التملك والتملك لما كان وجهه للالتزام بحصول الملك و مجرد كون الضمان لامن بسبب الغرامة لا يقتضى دخول المضمون به في ملك الضامن (مع) انه يرد عليه الايراد الثانى الذى اوردناه على المصنف رة (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 نظيره عكس المسألة اعتق عبدى عنك وبه يظهر حال مسألتنا هذه (واما) ما ذكر فى مسألة العمودين وتوهم انطباقه على المقام ولاجله التزم بالملك التقديرى الفرضى

بمعنى فرض الملك وتقديره لغاية خاصة وهو الانعتاق فى مسألة العمودين (فحاصله) انه كما ان الجمع بين الادلة فى تلك المسألة - وهى ما دل على انه لا اعتق الا فى 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 حقيقته على دخول كل من العوضين فى كيس من خرج الاخر عن كيسه - يقتضى الالتزام بالملك التقديرى الفرضى بالمعنى المتقدم - كك فى المقام الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع والعق على الملك - ودليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديرى (واجاب) المصنف ره بما ستعرف تقريبه (اقول) يقع الكلام اولا فى مسألة العمودين - ثم فى المقام .

اما الاول فالموهم للتنافى بين الادلة الموجب للالتزام المذكور اما ان يكون ما دل على انه لا اعتق الا فى ملك - بدعوى انه ينافى مع ما دل على ان الانسان لا يملك عموده - او يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين فى ملك المشتري وهو ينافى مع ما دل على عدم تملكهما - وشيء منهما لا يوجب التنافى المزبور (اما الاول) فمضافا الى ما تقدم فى معنى لا اعتق الا فى ملكه انه لو سلم دلالة على لزوم ملكية من ينعق عليه للعبد انه انما يبدل على انه لا اعتق الذى هو فعل اختيارى الا فى ملك ولا يبدل على انه لا اعتق الا فى ملك كى ينافى مع ما دل على عدم تملكهما (واما الثانى) فلما تقدم فى اول البيع - واشرنا اليه فى اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع والشراء على هذا بل حقيقة البيع - جعل شيء واعطائه بازاء شيء - وهذا بحسب الموارد يختلف اثره وقد يكون اثره الانعتاق كما فى المثال فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء شيء انقطاع اضافته وحيث لا يمكن دخوله فى ملك المشتري ينعق عليه قهرا - هذا كله مضافا الى ان الالتزام بالملك 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 انعتقا عليه - فهو ينافى ما دل على ان الرجل لا يملك احد عموده (والعلاج) انما

يكون باحد النحويين - اما الا لئلا بان المراد بالاول الملك العقدي فيكون قوله طالما اذا ملكوا بمنزلة اذا بيعوا او الالتزام بالملك الحقيقي غير المستقر . والمراد بالثاني الملك المستقر - وعلى اى حال لوجه للالتزام بالملك التقديرى .

واما المقام الثانى فالحق هو عدم انطباق ماذكر فى تلك المسألة على مانحن فيه لو تم وذلك لوجهين (الاول) ماذكره المصنف رده من حكومة دليل عدم جواز البيع و العتق الا فى ملك على عموم دليل السلطنة - فان دليل السلطنة انما يدل على ان للمالك ان يبيع التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكة - ولا يدل على ان له ان يبيع التصرف الممنوع شرعا لجهة اخرى كما تقدم تقريبه (وحيث) ان دليل عدم الجواز ينفى مشروعية هذا التصرف من جهة اخرى فلا محالة يكون رافعا لموضوع دليل السلطنة (الثانى) 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 (ولكن) الذى يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع والعتق على الملك فلا معارض لدليل السلطنة .

(قوله قدده او استيفاء الدين منه الخ) بان يشتري الطعام لنفسه بضمن فى ذمته ثم يفي دينه بمال الغير باذنه .

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

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

(قوله قدده - فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى الخ) وقد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع الى المرجحات لا الجمع المذكور ولعله لذلك امر بالتأمل فى ذيل كلامه .

واما ما ذكر في مسألة بيع الواهب عبده الموهوب او عتقه وادعى انطباقه على مانحن فيه (فمحصله) انه كما يلتزم في تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقف على الملك - فكك يلتزم به في المقام (واجاب) المصنف ره عنه بانه في تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله و هذا يكفي في الرجوع والفسخ ولكنه لا ينطبق على مانحن 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 و البايع بالخيار - فسخت اخبارا عن الرجوع لانشاء آله (الثاني) ان الرجوع والفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشيء ملكا له ولا بد فيهما من الانشاء و الاظهار ولا يكفي مجرد القصد (الثالث) ان لازم هذا البيان قصر الحكم على مورد قصد الرجوع و الفسخ مع ان كلمات القوم مطلقة (فالحق) ان يقال انه حيث لم يرد نص خاص في تلك المسألة فعلى القول بتوقف البيع والعتق على الملك لامتناع البناء على البطلان في تلك المسألة .

(قوله قد عه نظير الملك التقديرى فى الدية بالنسبة الى الميت الخ)

بان يقال ان حكم (١) الشارع بانتقال الدية الى الورثة وانه يؤدى ديونه منها يستدعى صيرورتها ملكا للميت وانتقالها عنه اليهم - وحيث انه لا يمكن الالتزام بملكيته له فى حال الحياة و الا لزم تقدم المعلول على علته و لا بملكيته له حال الموت و الا لزم اجراء احكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيته له فى حال الحياة بالملكية التقديرية بالتقريب المتقدم (وفيه) ان الادلة انما دلت على ان ديون الميت تؤدى من ماله وان مات تركه الميت من ماله فلوارثه - ولم يدل دليل على انه لا يؤدى ديونه من غيره و انه ليس للورثة مالم يتركه الميت (وعليه) فاذا دل الدليل على انه

١- راجع الوسائل - باب ٢٢ - من ابواب كتاب الدين والغرض وباب ٣١ - من

ابواب كتاب الوصايا .

يؤدى 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 فى ذلك لعدم توقفه على الملك .
 (قوله قدده فتأمل الخ) ولعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان
 اعطاء المشتري ماله للغاصب مع علمه بغصبية المبيع تسليط له على ماله مجانا وموجب
 لصيرورته ملكا له فيكون تصرفه فى ماله لافى مال الغير المباح له .

الاباحة بالعوض

(قوله قدده و اما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض الخ) هذا هو
 الاشكال الثانى الذى اورده على القسمين الاخيرين من المعاطاة . وهو ايضا لا يختص
 بالمعاطاة بل يعم ما اذا كانت الاباحة باللفظ - والكلام فى هذا المقام يقع فى موارد
 (الاول) فى حقيقة الاباحة بالعوض وانها هل تكون بيعا او اجارة ام صلحا ام معاوضة
 مستقلة (الثانى) فى الدليل على صحتها ونفوذها (الثالث) فى انها لازمة ام جائزة .
 اما المورد الاول فاقول لاريب فى انها ليست تمليكا للعين ولا للمنافع ولا
 للانتفاع - اما الاولان فواضح واما الاخير فلان المبيع ليس مالكا للانتفاع الذى
 هو قائم بالمباح له ومن افعاله فكيف يملكه له - وكذلك ليست اعطاء حق به - فان
 جواز التصرف من الاحكام التكليفية لامن الحقوق ولذا ليس للمالك اسقاطه ولانقله
 الى غيره - بل هى اباحة تكليفية للتصرفات ورفع المنع عنها وعليه فهى ليست اعطاء
 شىء للمباح له بازاء شىء فلا تكون بيعا - ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة .
 وليست انشاءا للتصالح والتسالم على امر كما هو واضح فلا تكون صلحا (وما ذكره)
 المصنف ره فى وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر ولا يعتبر فيه لفظ
 خاص واستشهد لذلك بصحيحى (١) محمد بن مسلم ومنصور بن حازم عن الصادق (ع)

عليهما السلام في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندي. فقال **الاباح** لا بأس بذلك. وهذا المعنى ينطبق على الاباحة المعوضة فهي صلح (يرد عليه) ان الصلح ليس هو التسالم على امر والا لزم كون جميع المعاملات صلحا - بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقديّة وإنشاء للتسالم ومن الواضح ان هذا لا ينطبق على المقام. واما الصحيحان فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التي نفى البأس عنها صلحا، بل من الجائز ان تكون معاملة مستقلة - فيتعين ان تكون معاملة مستقلة.

واما المورد الثاني فقد استدل المصنف به لصحتها - بعموم (١) الناس مسلمون على اموالهم (واورد عليه) بانه هذا ينافي ما ذكره في المعاطاة من انه لا يصح الاستدلال به على صحتها (وفيه) انه في تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظراً الى ان عمومها انما هو باعتبار انواع السلطنة وانه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له وشك في انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام لا لا مورد للتمسك بعمومه - وهذا الوجه لا يجرى في المقام بل مقتضى عمومه الا نواعى الذى اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التي هي نوع من الانواع (فالحق) تمامية هذا الوجه - واما قوله (ع) المسلمون (٢) عند شروطهم الذى استدل به المصنف به في المقام فقد تقدم في المعاطاة ما فيه وانه مختص بالشروط في ضمن العقود ولا يشمل الشروط الابتدائية (و يشهد) لصحتها مضافا الى دليل السلطنة (السيرة) العقلانية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى كما هو المتعارف في اجارة الدكاكين وما شابهها فان الشخص يستأجر الدكان من مالكة شهرا بمقدار معين - ثم يبينان على ان كل مابقى المستأجر يعطى الاجرة بذلك المقدار - بل التصرف في الحمامات والا مكنة المعدة لنزول المسافرين ونحو ذلك كلها من هذا القبيل فتأمل (و دليل التجارة) ودعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكبس بالمال (مندفعة) بمنع ذلك بل هي عبارة عن التكبس والاسترباح الشامل للمقام (فالحق) انها صحيحة نافذة.

واما المورد الثالث فيشهد للزومها قوله تعالى او فوا بالعقود (١) واورد عليه بانه يعارض فى طرف الاباحة بعموم (٢) 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 (وان شئت قلت) انه اذا كان العقد صادرا من المالك وباختياره وبدليل السلطنة بنينا على ان له ذلك فلزوم العقد المزبور لا ينافى سلطنته على المال - كما لا ينافيها فى مورد الاجارة مع ان العين باقية على ملكه (وبالجملة) كما لو شرط فى ضمن عقد لازم اباحة مال احد المتعاقدين للآخر كان له ذلك وكان لازما ولا يكون منافيا لدليل السلطنة كك فى المقام (ولو) تنزلنا عن ذلك وسلمنا التعارض يكون او فوا بالعقود مقدما بناء على ما هو الحق من الرجوع الى المرجحات اذا تعارض عامان من وجه - فان الترجيح مع الاية الشريفة فانه اذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقدما عند التعارض - هذا بناء على ما هو الحق من انه اذا تعارض العام والمطلق لا يكون الاول مقدما والافتقار الى اية اظهر لان الجمع المحلى بالالف واللام من الفاظ العموم (كما انه) لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه يكون تقدم الاية الشريفة فى غاية الوضوح (ولو) تنزلنا عن ذلك ايضا وسلمنا التساقط يكون المرجع استصحاب بقاء الاباحة اى الاباحة العقدية لا الاباحة المستندة الى الاذن كى يقال انه لا سبيل الى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع (فلا يظهر) انها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

جريان المعاظة فى جميع العقود والايقات

(قوله قدده الخامس فى حكم جريان المعاظة فى غير البيع من العقود وعدمه الخ) اقول ان صحة المعاظة فى البيع ان كانت بدليل تعبدى شرعى من الاجماع

١ - المائة - الاية ٢

٢ - البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

والسيرة فلا كلام فی عدم جريانها فی غیر البیع الاما قام الدلیل الخاص علی صحته . وان كانت علی القاعدة من جهة صدق البیع علیها فهي تجری فی غیره من المعاملات فانه فی کل باب يتمسک بعموم دلیل ذلك الباب لصحتها لو كان والا يتمسک بعموم اوفوا بالعقود ولا اشکال فی ذلك (نعم) فی بعض الموارد كما فی باب الطلاق دل (١) الدلیل الخاص علی ان الطلاق لا یصح انشاءه الا بصیغة خاصة فلا تجری المعاطاة فیہ لذلك واما سایر الموارد فتجری المعاطاة فیها وقد ذکرنا فی بیان المانع عن جریان المعاطاة فی جملة من العقود امورا (منها) ان بعض المعاملات لا یكون الفعل فیہ مصداقا لعنوان تلك المعاملة مثلا اطلاق العبد وفكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ینطبق علیہ عنوان العتق - وفی هذه المعاملات لا یصح الاستدلال بادلثها (ومنہا) ما اذا دل الدلیل فی باب علی انه لازم كالرهن - وحيث ان المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجری فیہ (ومنہا) انه فی بعض الموارد یكون الفعل محرما شرعا كما فی النکاح بالوطء . والنهی عن المعاملة بدل علی الفساد .

(اقول) لنا عن هذه الوجوه جوابان - اجمالی - وتفصیلی .

اما الاجمالی منهما (فمحصله) انه یرد علی الوجه الاول - اننا لانتصور معاملة لا یكون فعل فیها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنی المعقول وهو كون الفعل مظهر اعرفا للاعتبار النفسانی لا اقل من الافعال التي يفهم الاخرس مقاصده بها - مثلا - اذا سأل احد عن مالك العبد هل تعتق عبدك فحرك رأسه قاصدا به انشاء العتق یكون هذا الفعل بضمیمة القرينة الموجودة مصداقا لعنوان العتق بالمعنی المعقول وهكذا فی باب الوصية وغيرها (مع) انه قد عرفت ان عناوین المعاملات موضوعات لحقائقها ای المسببات والاعتبارات النفسانية والاسباب میرزات لها لانها من مصادیقها (وبالجملة) المظهر كان هو القول او الفعل یكون خارجا عن مسمى المعاملة - فلا وجه للفرق بین الافعال (اللهم) الا ان یقال ان بناء العقلاء علی عدم ترتیب آثار المعاملة علی الاعتبار

النفسانی المجرد - وعدم ترتیبه على الاعتبار المبرز بما لا يكون له شأنیه 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 الجزء الحادي عشر من عدم دلالة النهی عن المعاملة على الفساد لاسيما اذا تعلق بالاسباب.

و اما الجواب التفصيلی - فملخص القول - انه من المعاملات التي وقع

فيها النزاع .

النكاح وقد استدل على عدم جریان المعاطاة فيه بوجوه (احدها) ما افاده المحقق النائینی ره وهو ان الفعل فيه مصداق لضده وهو الزنا والسفاح فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولي وعما جعله الشارع سببا للحلية (وفيه اولا) ان هذا الوجه مختص بانشائه بالوطء ولا يشمل انشائه بفعل آخر كتمكين الزوجة وغيره و هذا الجواب يجري في جميع الوجوه الاثنية (وثانيا) ان مورد الكلام ما اذا وطء بقصد انشاء الزوجية لا مجرد اذن القصد ومعه وان كان سفاحا وزنا لكنه لا مانع من كونه مبرزا للزوجية وليست الزوجية والزنا متقابلتين ومتضادتين فان الاولى من الاعتباريات - والثاني من عناوين الفعل الخارجی فلامانع من مبرزته لها. (ثانيها) ان النكاح عقد لازم للنص والاجماع - والمعاطاة جائزة بالاجماع (وفيه) ما تقدم من ان الاصل في 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 الزوم مع الصحة - واما عدم اللزوم غير المجتمع 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 في النكاح حصر الزنا بصورة الاكراه والزنا بذات البعل ونحوهما - وهذا كما ترى (وفيه) ان الوطء مع الرضا تارة يكون

مع قصد الزوجية - واخرى بدونه ومحل الكلام هو الاول واما الثاني فلاريب في انه زنا وسفاح (رابعها) ان الوطء يحتاج الى سبب محلل فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب والمسبب في مرتبة واحدة مع امتناع تأثير الشيء في نفسه (وفيه) ان اول الوطء الاول سبب للزوجية .. وهى سبب لحلية الوطء في الآتات المتأخرة والوطء اللاحق فلا يلزم اتحاد السبب والمسبب . (خامسها) ان السبب المبغوض لا يؤثر فالوطء المؤثر في الزوجية مشروط بالحلية والمفروض انها من مقتضيات الزوجية فتتوقف حلية الوطء على تأثيره وتتوقف تأثيره على حليته وهذا دور واضح (وفيه) ما تقدم من ان النهى عن المعاملات لاسيما الاسباب منها لا يدل على الفساد (مع) ان ترتب الحلية على الزوجية والزوجية على الوطء الذى هو سبب لها انما يكون ترتيبا ترتيبيا .. واما في الزمان فالجميع في زمان واحد فالوطء حين تحققه متصف بالجواز (فتحصل) انه لا مانع عقلا ولا شرعا عن جريان المعاطاة في النكاح - و لكن قام الاجماع على عدم الجريان - وهو المستند لو كان و كان تعبد بالاستئناس الى الوجوه المتقدمة .

ومنها الرهن .. فقد اشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين .

احدهما ان المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع .. والجواز غير متصور في الرهن لانه ينافي الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن وان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا للاجماع .. والجواب عنه ما ذكرناه في النكاح جوا با عن الوجه الثاني فراجع (ثانيهما) ان القبض شرط في باب الرهن والعقد مقتضى فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط وهو محال كما حقق في محله (واجيب) عنه بان الشرط هو القبض والمقتضى هو الاقباض لان به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور (وفيه) ان المقتضى هو الاقباض والقبض معالان الرهن من العقود ومتقوم بالايجاب والقبول .. فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد (فالحق) في الجواب عنه ان يقال مضافا الى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذى ينشأ به الرهن بالقبض .. انه ليس في النصوص ما يدل على كون

القبض شرطاً فى الرهن بل هذا اصطلاح من الفقهاء والموجود فى النصوص اعتبار القبض فيه الملائم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء (مع) انه فى باب التشريعات والاعتباريات ليس تأثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مفتضيا والاخر شرطاً بل انما هى موضوعات للمجموعات الشرعية وتكون موضوعيتها بتبع جعل الشارع و تمام الكلام فى محله .

ومنها الوقف - و اورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين (الاول) ما فى المتن - وهوان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع (و فيه) مضافا الى ما تقدم فى سابقه - انه لا مانع من جواز الوقف ولم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف و الجواز - بل الوقف قبل القبض جائز (اللهم) الا ان يقال ان القبض جزء المؤثر قبله لا يكون المؤثر تا ما كى يكون لازماً او جائزاً - و قد ورد 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 ففى الجواب الاول غنى و كفاية (الثانى) ما عن المحقق النائينى ره وهو مختص ببعض اقسام الوقف (و حاصله) ان بعض اقسامه كالوقف الخاص او لمصرف خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداق له لايجرى فيه المعاطاة (وفيه) ما عرفت من عدم تصور عقد اويقاع لا يكون فعل ميرزا له فراجع .

ومنها القرض - والكلام فيه اشكالا وجوابا ما فى الرهن فراجع (فتحصل) ان الاظهر جريان المعاطاة فى جميع العقود والايقاعات سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح او لفظ خاص فيه كالطلاق والتحيال .

(قوله قدّه وفيه ان معنى جريان المعاطاة فى الاجارة على مذهب الخ)
يرد عليه امران (الاول) ان المفروض ان احد طرفى عقد الاجارة هو العمل الخارجى فلا تكون الاجارة المزبورة نظير الاجارة اللفظية موجبة للحكم بملك احدهما الاجرا المعين على

الاخر والاخر العمل المعين . وبالجمله . امر الامر وحده ليس عقد الاجارة (الثانى)
ان الاصحاب و ان لم يصرحوا فى الاجارة بما ذكره - الا انهم لم يصرحوا فى البيع
ايضا بالملك .

(قوله قدده لان فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل سيما الخ) وفيه ان مورد
كلام المحقق صورة استلزام العمل التصرف فى اموال المستاجر . واما فى صورة عدم
استلزامه ذلك فلا ريب فى عدم المنع . وفى هذه الصورة مقتضى فساد الاجارة عدم
جواز التصرف (ودعوى) انه يجوز للرضاءه (مندفعة) بان الرضا من جهة تخيل صحة
الاجارة لا يجدى .

(قوله قدده لان الظاهر ثبوت اجرة المثل الخ) ولكن ظاهر العبارة الموجودة
فى جامع المقاصد المحكية فى المتن ثبوت الاجرة المسماة لاجرة المثل .

(قوله قدده اما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب الخ) وفيه
ان الاصحاب كما صرحوا فى البيع المعطائى بالاباحة كك حكموا . وفى الهبة المعطائية
بالاباحة - والمحقق رده فى كلا البابين حمل كلماتهم على ارادة الملك المتزلزل فلا
ايراد مخصوص بالمقام عليه .

(قوله قدده ولعل وجه الاشكال عدم تاتى المعاطاة الخ) لعل مراد المحقق قدده
ان ما هو ثابت فى المعاطاة بالاجماع جار فى البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز
فيه و عليه - فما ذكره المصنف رده فى وجه اشكاله قدده تام - ولا يرد عليه ما اورده
المحقق الا برواى رده من ان هذا من قبيل الاجتهاد فى مقابل النص لتصريحه بان منشأ
الاشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن .

ملزمات المعاطاة

(قوله قدده اعلم ان الاصل على القول بالملك لزوم لما عرفت الخ)
اقول ان بنينا على لزوم المعاطاة كما هو الحق ومر تفصيله فيسقط هذا الامر ولا

مورد له - وان بنينا على جوازها - فحيث انه فى بعض الموارد الجواز متيقن - كما فى صورة بقاء العينين وعدم تحقق شىء من المازمات - وفى بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين كما استقف عليه - وفى بعض الموارد يشك فى اللزوم و الجواز كصورة بقاء احدى العينين او الاتزاج او نحو ذلك - فينبغى اولا تأسيس الاصل فى المقام كى يرجع اليه عند الشك وعدم الدليل على اللزوم او الجواز.

وقد ذهب المصنف ره الى ان الاصل هو اللزوم على القول بالملك - و استند فى ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملكية (واورد عليه) نارة بتمسكه بالعمومات مثل او فوا بالعقود - واخرى بتمسكه بالاستصحاب.

اما الاول فاورد السيد الفقيه فى حاشيته والمحقق الاصفهاني ره و غيرهما عليه بان التمسك بها ينافى ما بنى عليه فى كتبه فقها و اصولا - من انه اذا ورد عام ولم يكن له عموم ازمانى بل كان عمومه افراديا و ثبوت حكم كل فرد فى جميع الارمنة بالاطلاق - كما اذا ورد اكرم كل عالم - حيث ان عمومه افرادى و بقاء حكم كل فرد فى عموم الزمان يستفاد من الاطلاق - ثم خصص العموم الافرادى و خرج فرد من العام عن تحته فى زمان وشك فى الحكم بعد ذلك الزمان - كما اذا ورد لانكرم زيد فى يوم الجمعة وشك فى يوم السبت فى وجوب اكرامه وعدمه - لا يصح التمسك بعموم العام بل يكون مورد الاستصحاب حكم المخصص - فان عموم او فوا بالعقود وغيره من العمومات افرادى والزمان فيها انما يكون ظر فلا استمرار الحكم كما صرح بذلك فى حيار 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 - و لكن الجواز الثابت انما هو الجواز الخاص وهو الجواز المتعلق بتراد العينين - واما الجواز من وجه آخر فهو مشكوك فيه من اول الامر - وهذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام مثلا - اذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الثمن - وشك فى جوازه من الجهات

الاخر يتمسك بعموم اوفوا بالعقود و يحكم بلزومه من تلك الجهات من اول الامر ففى الحقيقة ليس هذا تمسكا بعموم العام بعد ذلك الزمان بل تمسك به من اول الامر بلحاظ الجهات الاخر (وبالجملة) حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقا ومن كل وجه - فالشك فى اللزوم بعد امتناع التراد شك فى اللزوم من جهة اخرى ومورد للتمسك بعموم العام حتى على مسلكه قده (نعم) بناء على مسلك من يرى جواز المعاطاة من كل وجه بلحاظ توقف اللزوم على اللفظ لا يصح التمسك بعموم العالم لما ذكر وقد صرح بهذا المصنف ره بعد اسطر - حيث قال - و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف الخ و سيأتى تمام الكلام فى ذلك - هذا بناء على ما بنى عليه فى كتبه اصولا وفقها - واما بناء على ما حققناه من ان المرجع عموم العام مطلقا فالامر اسهل .

واما الثانى فقد اورد المحقق الاصفهاني ره على استصحاب بقاء الملكية بانه محكوم لاستصحاب الجواز الثابت اصله بالاجماع - فان معنى الحكم بجواز المعاطاة الحكم بزوال الملك بالرجوع فالتعبد به تعبد بعدم الملك عند الرجوع فلا يبقى شك فى زوال الملك حتى يستصحب ومن الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع شرعى (والسيد) قده وان اورد عليه بهذا الايراد الا انه اشكل على هذا الاصل بانه لايجرى عند المصنف لكونه من الشك فى المقضى (اقول) اشكال السيد قده وان كان فى غير محله - من جهة ان الشك فى المقضى هو الشك فى بقاء المستصحب فى عمود الزمان لا الشك فى مقدار استعداده بالنسبة الى الزمانيات كما حقق فى محله - الا ان اصل الايراد لا يكون موجها وذلك لعدم جريان استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد فبعد امتناعه وارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم (فتحصل) ان ما افاده المصنف ره على القول بالملك تام .

واما على القول بالاباحة - فقد ذهب المصنف ره الى ان الاصل عدم اللزوم و

استدل له بوجهين (أحدهما) أصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة . الحاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها (الثاني) قاعدة تسلط الناس على أموالهم - وأورد على الوجه الثاني بايرادين (الأول) ما عن المحقق النائيني ره وهو أن ما ذكره المصنف ره في المقام ينافي ما اختاره في الأمر الرابع في الإباحة بالعوض من أن الأقوى للزوم (١) لعموم المسلمون عند شروطهم (وفيه) أنه فرق بين المقامين فإنه في ذلك المقام الإباحة عقدية مالكية و بالتزام المالك نفسه و أما الإباحة في المقام فهي إباحة تعبدية شرعية غير عقدية و ثابتة بخلاف مقتضى العقد فذلك الوجه لا يجري في المقام . (الثاني) ما أورده المحقق الأيرواني . وهو أن الإباحة الثابتة في مورد المعاطاة المقصود بها الملك بما أنها إباحة تعبدية شرعية ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها في موضوع عدم رضا المالك بالتصرف - فدليل السلطنة وقاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الإباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الأحكام الشرعية (وفيه) أن غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة إنما هو جواز تصرف المباح له في مال الغير من دون رضاه . و أما أنه هل يباح له حتى مع منع المالك أم لا فلا يستفاد من هذا الدليل فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة - إذ لا بد من التمسك بالعام عند الشك في التخصيص الزائد . و انشئت قلت - اندليل السلطنة قد خصص بمادل على جواز التصرف مع عدم رضاه و أما أنه إذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك أم لا فالدليل المخصص غير شامل له فلا بد من الرجوع إلى العام (فيحصل) أن ما ذكره المصنف ره على القول بالإباحة تمام - هذا بناءً على القول بالإباحة الشرعية و أما على القول بالإباحة المالكية من جهة الرضا الضمني فالأمر أوضح كما لا يخفى .

من الملزمات تلف العينين

(قوله قد اذ عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعا (الخ) اقول بعد ما لا كلام على الظاهر عنده وعند غيره في ان تلف العينين من الملزمات على القول بجواز المعاطاة - للاجماع - تصدى قد لبيان وجه اللزوم على القولين 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 في البيع الخيارى كى يستصحب بعد التلف 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 فلا فرق بين الموردین (ثانيهما) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان متعلق التراد ملكية العينين لانفسهما والملكية كما يصح انتزاعها من الموجود كك يصح انتزاعها من التالف فانها من الاعتباريات وهى مما لا يتوقف على موضوع موجود - وعليه فالموضوع وان كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التالف ايضا (اقول) الذى يخطر بالبال فى توضيح كلام المصنف ره بنحو يندفع هذان 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 مرتفعا 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 المصنف ره فى ما لوشك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة او الرجوع فى العين او تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالتراد اذ لا دليل

فى مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الامسح بقائهما فان التردد ح من قبيل التردد بين الاطلاق والتقييد لامن قبيل التردد بين المتباينين بحيث يكون موضوع احدهما قابلا للبقاء دون الاخر .

واستدل قده لذلك على القول بالاباحة بان تلفه من مال ملكه ولم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه لان ما يتوهم كونه سببا للضمان هى قاعدة الضمان باليد - وهى لا تجرى فى المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان (اقول) ما ذكره فى المقام ينافى ما ذكره فى جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين (بما حاصله) ان الجمع بين الادلة يقتضى الالتزام بدخول التالف فى ملك من تلف فى يده قبل التلف آنا ما ووجهناه بان المؤثر فى الملك هو المعاطاة والتلف او ارادة التصرف المتوقف على الملك من تمام سبب الملك كالقبض فى الصرف والسلم وعلى ذلك فيجرى على هذا القول ايضا ما ذكرناه على القول الاخر بل اللزوم هنا اولى لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه مضافا الى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام مطلقا - و هو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لافى ملك وما يكون مشكوكا فيه لاحقا هو الجواز فى الملك فنامل (فتحصل) ان الاظهر كون تلف العينين من الملزمات .

تلف احدى العينين

(قوله قده ومنه يعلم حكم مالو تلف احدى العينين او بعضها الخ) اقول على القول بالملك حكم تلف احدى العينين حكم تلف كليهما بلافراق اصلا واما على القول بالاباحة (فمحصل) ما افاده قده ان جماعة من الاساطين بنوا على اصالة عدم اللزوم - لاستصحاب بقاء ملك مالك العين الموجودة وسلطنته عليها اذ وان كان يحتمل زوال ملكه ومعه لامورد للتمسك بدليل السلطنة الا انه يستصحب ملكه لها و سلطنته عليها (وبه يظهر) اندفاع ما اورده السيد الفقيه رة وغيره بقولهم لامجال لاستصحاب

السلطنة مع وجود قاعدتها فلا معارض للبرائة اذ الدليل لا يعارض الاصل - واورده هو قد
على القوم - بانه يعارض مع اصالة برائة ذمته عن مثل التالف عنده او قيمته - للقطع
بعدم مجانية التلف - او للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالك العين الباقية
وجواز رجوع مالك العين التالفة ببدلها (لا يقال) ان مقتضى عموم (١) على اليد الضمان
فلا يجرى الاصل المزبور (فانه يقال) ان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان
وكذا بعده اذ لم يرجع مالك العين الموجودة .

انما الكلام في ضمانه اذ يرجع - وقاعدة اليد لا تصلح لاثبات الضمان في هذا المورد
لوجهين (احدهما) ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط
وبعبارة اخرى مقتضاها العلية التامة للضمان لا الناقصة اى كون اليد جزء العلة و
جزئها الاخر رجوع مالك العين الموجودة (ثانيهما) ان المال الماخوذ بما انه خرج
عن تحت عموم على اليد في زمان وهو قبل التلف وبعده قبل الرجوع فلا يرجع اليه
بعد الرجوع لان المورد من موارد 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 في
الضمان ناش عن الشك في بقاء السلطنة اذ لو كانت باقية ورجع لامحالة يكون ضامنا
بالمثل او القيمة (الثاني) ان الضمان المطلق معلوم والشك انما هو في ان البدل هو
البدل الحقيقي اى المثل او القيمة او البدل الجعلى اعنى العين الموجودة فلا يجرى
الاصل في شيء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالى بثبوت احدهما (الثالث) ان عموم (٢)
الناس مسلطون على اموالهم يدل على سلطنة مالك العين التالفة ايضا عليها باخذ بدلها
وهو المثل او القيمة ومع وجود الدليل الاجتهادى لامورد لاصل البرائة - وفيما ذكره
مواقع للنظر (الاول) تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة فانه ينافى مانع تقدم مناومته
من انه على القول بالاباحة لا بد من البناء على ان التالف قبل تلفه آناً ما يصير ملكاً لمن

هو تحت يده وكك العين الموجودة تصير ملكا للآخر فاذا ملك كل منهما مال الاخر
فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلانفاوت اصلا ولا مورد
لجريان اصاله السلطنة لخروج المال عن ملكه فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعا (الثاني)
ما ذكره من حكومة اصاله السلطنة على اصاله البرائة - فانه يرد عليه ان لازم بقاء
السلطنة ونفوذ الرجوع وان كان ضمان بدل التالف لما تقدم الا ان الثاني ليس اثرا شرعيا
للاول كى يترتب على استصحابه (الثالث) ما ذكره من عدم جريان اصاله البرائة فى
نفسها للعلم الاجمالى - فانه يرد عليه ان هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء
ضمان المسمى الثابت قبل التلف فانه على هذا يجرى اصاله البرائة عن ضمان
المثل او القيمة بلا معارض (الرابع) ما افاده قده من ان دليل السلطنة يدل على
السلطنة على المال التالف باخذ بدله - فانه يرد عليه ان هذا خلاف ظاهر دليل السلطنة
الذى موضوعه اموالهم فانها لا تشمل الاموال المعدومة التالفة (فتحصل) انه من
الملزمات مطلقا .

اذا كان احد العوضين ديناً فى الذمة

(قوله قده ولو كان احد العوضين ديناً فى ذمة احد المتعاطين (الخ)

ربما يقال انه لو قلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمات لامورد لهذا البحث
لان 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 عموديه - او كان العوضان ديناً لا يلفو هذا البحث - و كيف كان فلو
كان احد العوضين ديناً فالكلام يقع تارة بناءً على القول بالملك واخرى بناءً على
القول بالاباحة .

اما على الاول فقد استظهر المصنف ره 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 مذكوره من ان الساقط لا يعود متين فانه ان عاد ليس هو شخص الذمة الساقطة على الفرض لانها تشخص بتشخص اطرافها فمع سقوط مافى الذمة انعدم ذلك الشخص واعادة المعدوم محال . والوجه فى مازميته على كل تقدير ان حق الرجوع بالسقوط ذهب ورجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لا يصحح تعلق الحق به ثانيا اذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل وان اراد رجاها مشغولة بالفسخ فالامر اوضح اذ لا بد و ان يكون متعلق الحق ثابتا قبل الفسخ كى يتعلق الحق به فيفسخ ويأخذ بحقه .

واما على القول بالاباحة ففى 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 الذى فهمه السيد من العبارة (ثانيهما) ان جعل الدين عوضا على القول بالاباحة يوجب سقوط مافى الذمة كما هو كك على القول بالملك اذ لا معنى لاباحة ما فى الذمة سوى سقوطه والابراء عنه (اقول) اما الحكم باللزوم بناء على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلف احدى العينين فلا يرى له وجهها اذ غاية ما فى الباب سقوط مافى الذمة وهو فى حكم التلف . لكن السقوط يرد عليه (اولا) انه لو سلم عدم معنى معقول لاباحة ما فى الذمة لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط مافى الذمة (وثانيا) ان اباحة ما فى الذمة امر معقول لا مكان نقل ما يملكه الغير فى ذمته باذنه و رضاه - نعم - لو كانت الاباحة الثابتة فى المعاطاة اباحة تكليفية خاصة لما كان يتصور لها معنى معقول فى المقام ولكنه بمراحل عن الواقع (واما) ما افاده المحقق النائنى ره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما فى ذمته (فغريب) فان الانسان لا يملك ما فى ذمته ولا مانع من تسلطه عليه بنقله وغيره (فتحصل) انه على القول بالاباحة لا تنصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك .

نقل العين بالعقد اللازم

(قوله قدده لوني نقل العينان او احدهما بعقد لازم فهو كالتلف الخ) اقول الحق كونه من الملزومات على القولين . اما على القول بالملك فلخروجه عن ملكه والمفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبي والمتيقن منه ما اذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت اليه (مع) انه اذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع الترادومعه لامتني لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت في المعاطاة انما هو جواز التراد - و اما على القول بالاباحة فكذلك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك وكذا ان كان بغيره لامتناع التراد فلامعنى لبقاء الجواز .

(قوله قدده ولو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد على القول بالملك الخ) محصل ما ذكره ره في المقام - انه على القول بالملك (يحتمل) جواز التراد اذا عادت العين بالتفاسخ والاقالة - لاستصحاب الجواز الذي موضوعه ما يملكه المتعاطيان و هو محفوظ قبل النقل وبعد الفسخ فلا مانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن الموضوعه عند ثبوته (وبهذا) البيان يندفع ما اورده السيدره بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين فبعد العود الاصل بقائه 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 يجرى 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 (وبما ذكرناه) ظهر اندفاع ما اورده السيدره عليه - بان المستصحب معلوم الزوال لا ان الموضوع غير محرز (فان) المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب (و اما) على القول بالاباحة فاحتمل فيه وجوها (الاول) ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق الملك آنما قبل التفاسخ يرجع

المباح له الى ملك الثانى ولا دليل على زواله بل الحكم هنا اولى لانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك فان الثابت فى السابق سلطنة الشخص على ملكه لاجواز رد ملك الغير فلا مورد للاستصحاب (الثانى) مذكوره (يقوله نعم لوقلنا بان الكاشف الخ) والظاهر ان مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع و خروجه عن ملكه فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد فاذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الاخر كك يرتفع هذا المعلول فيدخل فى 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 فى ملك المشتري وعلى هذا بالفسخ يرجع الى ملك المبيع فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد - ثم استضعف الوجهين الاخيرين واختار الاول.

اقول يرد عليه قده امور (الاول) ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالتفاسخ من جهة وضوح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لامورد للتراد من جهة ان به يحصل الملك الجديد فلا يتوهم معه عود الحق - مع - انه لا فرق بين السبب الجديد والفسخ فان الحاصل بالفسخ ايضا ملك جديد لعدم معقولية عود عين الملك الزائل (الثانى) ان الاستصحاب الذى احتمل جريانه على القول بالملك لايجرى لوجهين (الاول) كونه استصحابا تعليقيا (الثانى) كونه استصحابا حكما والمختار عدم جريانه (الثالث) ما ذكره ره على القول بالاباحة من قوة الوجه الاول غير تام لما عرفت فى التنبيه الرابع من اقوائية الوجه الثالث فراجع (الرابع) ما ذكره ره على القول بالاباحة من البناء على الوجه الثانى مردود - فان العقد و ان كان علة لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيع فان الفسخ حل للعقد من حينه لامن حين وقوعه فلا يصلح لرفع هذا الاثر من العقد (الخامس) ان ما فاده ره على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى ملكه الاول - يرد عليه - انه اذا نقل المباح الى ثالث فلا محالة اخرجه من ملك ملكه الاول وهو اما لا يملك ما جعل بازاء ذلك فى المعاطاة - او يملكه - وعلى الاول اما لا يكون المباح له ضامنا لمثل ماله او قيمته او يكون ضامنا - لاسبيل الى شىء من الاولين

لان المفروض ان المباح له اتلف ماله و هو وان كان باذنه الا انه لم يكن اذا
مجانبا بل بعوض - والعوض انما هو العوض المسمى لا المثل والقيمة - فلا محالة
يملك ما جعل بازائه - والمباح له يملك الثمن الذى جعل فى العقد الثانى - فبالفسخ
يرجع المال الى البايع الثانى لا المالك الاول فانه لا موجب لزوال ملكه عما جعل
عوضا فى المعاطاة فتدبر فانه دقيق (فتحصل) انه لا يجوز التراد بعد الفسخ
على القولين .

نقل العين بعقد جائز

(قوله قد هو لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الخ)

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 المعاوضة كاشفة عن سبق الملك (وان كان) غير معاوضة كالهبة فكك على القول
بالملك (واما) على القول بالاباحة والقول بعدم توقفها على الملك بل هى ناقلة
للملك عن ملك مالكه الى المتهم فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون
الواهب فيتجه 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
السلطة الثابتة لمالك العين الموجودة المفروض رجوعها عن الاجنبى اليه باقية على
اباحتها للآخر - انما تقتضى جواز الرجوع بسلب اباحتها عنه اذا لم يلزم من اعمالها
اشتغال ذمة المالك بعوض العين التى كانت مباحة عنده - والافحكه حكم المعاوضة
والتلف و يجرى فيه ما ذكرناه فيهما - فاذا لم تكن العين الاخرى باقية او كان عودها
بسبب جديد كالارث لا تكون مباحة له فلا محالة تشتغل ذمته بالعوض فتدبر جيدا .

اقول يرد على ما افاده قده امور (الاول) ان ظاهر ما ذكره في المعاوضة على القول بالملك - انه لو كان له الزام الناقل بتحقيق التراد مع انه ليس بك فانه لو عادت العين كانت 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 و يدخل في ملك الثاني ليس له الرجوع فان المباح له انما نقله عن نفسه لا عن المالك فحكم جواز الرجوع انما يكون له لثبوته للناقل 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 اتلف مال المبيع و اخرجه عن ملكه فهو يكون ضامناً و ضمانه انما يكون بالمسمى فلا محالة يملك ما جعل عوضاً في المعاطاة - و عليه - فان اريد من الجواز الثابت له جواز المعاطاة فهو غير ثابت و معلوم 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 لا عن ملكه فيكون جواز الرجوع له لا للمالك (فتحصل) ان الناقل من الملزمات مطلقاً .

لرباع العين ثالث فضولا

(قوله قده ولرباع العين ثالث فضولا الخ) اقول محصل مدعاه انه على القول بالملك لا اشكال في نفوذ اجازة المالك الثاني - والوجه فيه ظاهر - وفي نفوذ اجازة المالك الاول كان مرددا ولم يستبعد نفوذها - والوجه في ترده - ليس ما افاده المحقق الثائبي ره من ان رد البيع ليس كرد ذى الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل او قول بل لابد وان يكون بالدلالة المطابقة و هي 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 المجيز 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 و ثبوتها لمن يصير مالكا ولو بها لم يدل عليه دليل. ولكن الوجهين ضعيفان
 (اما الاول) فلان الاجازة وان كانت انفاذ لتصرف الغير الا انها بنفسها تصرف وموجبة
 لصيرورة العقد والتمليك تمليكه (واما الثانى) فلما سيأتى من انها ثابتة على القاعدة
 فكما انه بالبيع يجوز الفسخ كذلك بالاجازة فلا اشكال فى نفوذ اجازته ايضا (واما)
 على القول بالاباحة - فقد استشكل ره فى نفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ
 اجازة المالك - اقول اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر و اما الاشكال
 فى نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجها سوى الوجه الثانى المتقدم فى اجازة
 المالك الاول على القول بالملك وقد عرفت ما فيه - فلا ظهران لكل منهما الاجازة
 على القولين .

(قوله قدده ولكل منهما رده الخ) اقول على القول بالملك لكل منهما ذلك اما للمالك
 الفعلى فواضح - واما للمالك الاول فان قصد برده البيع الفضولى الرجوع فى المعاطاة
 كان له ذلك فانه رجوع (نعم) لو لم يقصده ردا للمعاطاة 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 الملك و قصده التملك به لا يفيد فان قصد التملك بل و انشائه
 لا يفيد فى الملكية فتدبر .

(قوله قدده ولورجع الاول فاجاز الثانى الخ) اقول ينبغى اول تعيين محل الكلام ثم
 بيان حكمه - اما الاول - فتارة يكون البيع الفضولى واقعا على المثلث واخرى على الثمن
 وعلى التقديرين تارة يرجع البايع فى المعاطاة ويجيز المشتري فيها و اخرى يكون

الامر بالعكس. فان كان البيع واقعا على المضمن ورجع المشتري واجاز البايع - او كان البيع واقعا على الثمن ورجع البايع واجاز المشتري نفذ معا اذا الرجوع في المورد ينوجب صيرورة المعجز مال كالمالما وقع البيع الفضولى عليه قبل الاجازة فله اجازة البيع الواقع على ملكه فالكلام انما هو في الصورتين الاخيرتين - فانه يقع التنافى بين الرجوع والاجازة (اقول) تارة نقول في الاجازة بالنقل و اخرى نقول بالكشف الانقلابى وثالثة 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 لامن لو لم يجز لم يكن مالكا كما فى المقام حيث ان الرجوع او جب خروجه عن ملكه فلا ظهر تقدم الرجوع مطلقا .

من الملزمات الامتزاج والتغير

(قوله و لو امتزجت العينان او احدهما سقط الرجوع الخ) اقول ان كان المزج موجبا للتلف الحقيقى - او كان موجبا للتلف عرفا كما لو صبغ شىء باللون المشتري بالمعاطاة - جرى عليه حكم التلف - وان لم يكن موجبا لاعرفا ولا حقيقة كما لو مزج منامن الدهن المشتري بالمعاطاة بمن آخر فبناء على القول بالملك يكون ذلك ملزما - فانه ان قلنا بحصول الشركة بالمزج القهرى فقد تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية فلا يمكن التراد لاجارجا ولا ملكا - لا يقال - ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما اذا مزجه بمال نفسه - فانه يقال - نعم ولكن لو رجع فى المعاطاة وصار ملكا للبائع يملك بالاشاعة لاستقلاله - وان لم نقل بذلك - فالتراد الملكى و ان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجى لا يجوز الرجوع اذا المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجى غير الممكن فى المقام مع ان العين قد تغير وصف من

اوصافها فلا دليل على جواز الرجوع في هذا المورد (واما) بناءً على الاباحة فقد ذهب المصنف ره الى عدم اللزوم لاصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به (اقول) تارة يزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة - و اخرى تنقص - وثالثة لا تزيد ولا تنقص (فان) نقصت قيمته لا ينبغي التوقف في اللزوم من جهة ان المشتري اتلف و صفا من او صاف المأخوذ و حيث انه لم يكن مجانيا فلاوجه لعدم ضمانه - ولاوجه لضمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثليا او قيميا ولم يجعل في المعاطاة في مقابل الناقص شيئا كى يملكه فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضا في المعاطاة فيصير المباح له مالكا لما تحت يده فلا مورد لاصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه - وان لم تنقص قيمته فان بنينا على حصول الشركة في المزج القهرى فحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية فلا يكون موضوع الجواز باقيا والا فحيث ان التراد الخارجى غير ممكن لعدم تميز الاجزاء المنتقلة منه الى غيره و بعبارة اخرى تغير وصف من اوصافها فلاوجه للجواز (فتحصل) ان المزج مطلقا من الملزمات .

(قوله قدده ولو تصرف في العين تصرفا مغيرا الخ) اقول ان صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلا اشكال في اللزوم اذ تلف وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم في المزج - و ان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين المنتقلة عنه بمالها من الصورة والوصاف التي يتفاوت بها الرغبات اذ الدليل في مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك (وعليه) فهو من الملزمات مطلقا ولا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع وبذلك ظهر ما في كلمات المصنف ره في المقام .

جواز الرجوع لا يورث بالموت

(قوله قد علمت أنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة الخ) وقد اورد عليه جمع من المحققين بأنه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطاتي تراد العينين و في البيوع اللازمة العقد ومجرد ذلك لا يقتضى كونه حكما لا يورث ولذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار في البيوع اللازمة يورث مع اختلافهم في ان متعلق الجواز هو العقد او التراد (وكيف كان) فعلى القول بالملك لا يورث الجواز لان تسوهم ثبوته للوارث ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله ما دل على ان ما تركه الميت من حق او مال فلو ارثه (فيرد عليه) ان ظاهر كلمات القوم كونه حكما لانك تريهم في المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط مع انهم ذكروه في الخيار في العقود اللازمة مع ان الشك في كونه حكما او حقا يكفي في عدم الحكم بثبوته للوارث للشك في الموضوع كما لا يخفى. و ان كان من جهة ثبوت الجواز لعنوان المالك المنطبق على الوارث (فيرد عليه) ان المتيقن منه في مقابل اصالة اللزوم ثبوته للمعاطى لا لعنوان المالك و معه لا مورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع و اما رجوع المالك الحي الى الوارث فهو ايضا لا يجوز من جهة ان الثابت جواز التراد ومع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد وبما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط وانه لا يسقط به (واما) على القول بالاباحة فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمنية بل اباحة تعبدية شرعية فلا تكون كما ذكره المصنف ره منوطة بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجزله التصرف. و لكن مع ذلك لان تكون هي ثابتة للوارث اذ المتيقن من دليلها ثبوته للمورث فهي حكم لا يورث. 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 قدده و لوجن احدهما فالظاهر 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 اذا جن - 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 .

جريان الخيار في المعاطة

(قوله قدده السابع ان الشهيد الثاني ذكر في لك وجهين في صيرورة المعاطة بيعا بعد التلف الخ) اقول قد مر الكلام في ذلك بنحو الكبرى الكلية في التنبيه الاول و عرفت 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 المعاطة نظير شرطية القبض في الصرف و السلم فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط وتكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط - و قد 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 الأدلة ثبوت خيار الحيوان فيما اذا كان باقيا - لاما اذا تلف - (وفيه) انه لو كان لسان دليلا 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 المائني ره و هو انه لو كان التالف الحيوان - فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعا و اذا تلف تلف غير متعلق به الخيار فمن اين يثبت به المثل او القيمة (وفيه) انه قد عرفت انه على هذا

المسلك لا بد من الالتزام بحصول الملكية آنأ ما قبل التلف - و عليه - فتلك الملكية الثابتة هي الملكية مع خيار الحيوان فيتلف الحيوان كك اى متعلقا به الخيار (الثالث) ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته فى الفرض - لان معنى الخيار ملك فسخ العقد - وعليه - فيما ان المسلم عندهم ان التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له اى موجب لبطلان المعاملة فثبوت خيار الحيوان فى الفرض موجب لانفساخ المعاملة و امتناغ فسخها لانه تحصيل الحاصل وبعبارة اخرى ليس قادرا على الحل والابقاء - فاذا امتنع ذلك امتنع ثبوته لانه يلزم من وجوده عدمه وما هو كك محال فتدبر فانه دقيق .

واما الثانى فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين (الاول) ما عن المحقق النائنى ره وهو ان هذا الخيار من جهة ما فى ذبل دليله فاذا افترقا وجب البيع يختص ثبوته بالعقد اللازم من غير هذه الجهة و لا يكون ثابتا فى العقد الجائز فى نفسه كما فى المعاطاة وقد تقدم الجواب عنه فى التنبيه الاول فراجع (الثانى) ان المعاطاة تصير بيعا بعد التلف او ما يحكمه فى مجلس المعاطاة لاتصير كك حتى يلحقها احكامه (وفيه) اولا ما تقدم من انها بيع من الاول (وثانيا) انه يمكن ان بطول المجلس الى تحقق احد - الملزمات من النقل وغيره فلا يظهر ثبوت خيار المجلس وعدم ثبوت خيار الحيوان .

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

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

المورد الاول فى عنوان المصنف ره هذا الامر - فانه اورد عليه بامر ين (الاول) ما عن المحقق الخراسانى ره وهو ان قوله قدده فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء يكون خلفا لقوله اما اذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم (الثانى) ان اخذ محل الكلام ما اذا كان القول فاقدا لشرائط اللزوم ظاهر فى كونه جامعا لشرائط الصحة - ومثل هذا العقد لا كلام من احد فى صحته - و بعبارة اخرى - المفروغ عن صحته كيف يكون

محل الخلاف من حيث الصحة والفساد (والجواب) عنهما ان مراده من القول الفاقد لشرائط اللزوم الذى اخذه فى العنوان هو القول الفاقد للعربية والماضوية ونحوهما من الامور التى وقع الخلاف فى كونها شروطا للصحة او اللزوم - و بعبارة اخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفة فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين .

المورد الثانى فى وجه التعرض له - والظاهر ان التعرض له من جهة دفع ما يترأى من التنافى بين كلمات الفقهاء حيث ان بائهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لا يترتب عليه الملكية ولا يجوز التصرف فيه ويجب رده الى مالكه وهذا ينافى مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعاً للمحقق والشهيد الثانى من انه لو اوقع المتعاقد ان العقد فاقداً لشروط الصيغة يكون معاطاة والمصنف رده تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم .

المورد الثالث فى بيان ما قيل فى وجه الجمع وما يمكن ان يقال وقد ذكروا فى وجه الجمع اموراً (منها) ما عن بعض وهو محكى فى المتن وحاصله ان الحكم بالضممان 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 - و اورد المصنف رده عليه بايرادات (الاولى) ان المفروض فى المقام هو تقييد الرضا بانشاء التملك فلا يكون مع فرض العلم بالفساد (الثانى) ان لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة فيما اذا علم بفساد العقد لامطلقاً (الثالث) ان الرضا بالتصرف انما يفيد اباحة التصرفات كالاذن فيها وهذا اجنبى عن المعاطاة (ومنها) ما عن المحقق الخراسانى رده وهو ان الحكم بالضممان فى تلك المسألة اقضي اى من حيث كونه عقد افلا ينافى صحته معاطاة (وفيه) ان كلما منهم ظاهرة لوازم تكن صريحة فى الضمان الفعلى لا الحشى - و منها غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول فى المقام (وهو) انه اذا كان المفقود الشروط التى دل دليل خاص على اعتبارها فى ما ينشأ به البيع لا كلام فى عدم صحته معاطاة اذا المعاطاة انما تصح لكونها بيعاً مشمولاً للدلالة والعمومات على الفرض (نعم) لو قلنا بان مدرك صحة المعاطاة الدليل التعبدى الخاص لا العمومات وفرضنا شمول موضوع ذلك

الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاطاة لكن المبنيين فاسدان .. و عليه - فاذا بقى رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض ولم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف صحت المعاملة ام فسدت جاز التصرف فيه ولكنه لا يكون معاطاة - لان المعاطاة التي تكون موضوعا لهذا المبحث هي التي قصد بها التملك لا الاباحة - و ان اعرضاعن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التملك يكون التقابض معاطاة (و اما) اذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن فالظاهر وقوعه صحيحا و بيعا شرعيا مشمولا للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع و السيرة - و كك 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 و لاو آخرا .

في الفاظ عقد البيع

(قوله قدّمه مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع الخ) اقول هذا البحث منه مبنى 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 - و كيف كان فالكلام في هذا المبحث يقع في مقامين (الاول) فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملاته (الثاني) في خصوصيات الالفاظ .

اما المقام الاول فقد يقال انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز عن التكلم - و اما العاجز عنه كالاخرس فلا يعتبر في معاملاته اللفظ .. وحق القول في الاخرس يقتضى التكلم في مواضع (الاول) في معاطاته و انه هل تكون هي كمعاطاة غيره لانفيد الملكية او اللزوم اولا تكون مثلها (الثاني) في اشارته (الثالث) في كتابته .

اما الموضع الاول فان قلنا باعتبار اللفظ في 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 الاخرس ايضا ذلك اذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك فمع عدم الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقيق المنشأ (وان قلنا) باعتباره فيها للاجماع والافالمعاطاة 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 والافالمعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ ولا يكون ذا وجوه ولا ينطرق فيه الاشتباه. وعلى الثانى فحيث انه لا كلام فى ان الاخرس 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.

واما الموضع الثانى فلا ينبغى الرب 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 براز امر نفسانى بداعى تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك الامر وليست كالايعطاء 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 (الان) 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 و القطع بان الشارع لا يرضى بان لا يعامل الاخرس اصلا - لامناص عن البناء على صحة معاملاته بالاشارة.

وقد استدلل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين (احدهما) اصالة عدم وجوب التوكيل (واورد) عليه المصنف ره بان الاصل فى المعاملات الاشتراط (اقول) مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للاشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم واما فى صورة العجز وان كان قادرا على التوكيل فلا جماع على عدم

الصحة فمقتضى العمومات الصحة ولو شك في الاشتراط وعدمه يكون الاصل عدمه وعليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ره (الثاني) فحوى ما ورد من النص (١) على جوازها في الطلاق وفيه تأمل .

واما الموضوع الثالث فمن المحقق النائي عدم كفاية الكتابة (واستدل له) بالاجماع على عدم تأثيرها في غير الوصية - وبانها - ليست مصداقا في العرف والعادة 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 الثاني ان عناوين العقود و الايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية واللفظ وكذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك - وعليه - فكما انه يصح الاخبار بالكتابة كك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق في محله - مع - انه قد ورد في بعض (٢) 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 للنزاع فسي تقدم الكتابة او الاشارة (نعم) في خصوص الطلاق بحث موكول الى محله - كما ان مقتضى ذلك شمول ما ذكرناه لكل عاجز عن التكلم و لو لم يصدق عليه الاخرس .

في خصوصيات الفاظ العقد

(قوله قد ه ثم الكلام في الخصوصيات المعتمدة في اللفظ الخ) هذا هو المقام الثاني من البحث - وملخص القول فيه بعدم الاكلام في صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناية قرينة ولو صارفة - وبالمجاز المشهور الذي يحتاج ارادة المعنى الحقيقي منه الى قيام القرينة يقتضى التكلم في مواضع - الاول - في انشاء المعاملة بالكنايات

- الثانى - فى المجازات - الثالث - فى المشترك اللفظى - الرابع - فى المشترك المعنوى .
 اما الموضع الاول فالمشهور بين الاصحاب على مانسب اليهم عدم وقوع العقد
 بالكنايات . و المراد بالكناية فى المقام ليس ماهو من اقسام المجاز و هو استعمال
 اللفظ الموضوع لل لازم المعاملة فى معنى تلك المعاملة الذى هو الملزوم مجازا
 بل المراد بها استعمال اللفظ فى معناه الحقيقى وهو اللزوم للانتقال الى الملزوم . والشاهد
 على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية 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 - و قوله قد بعد ذلك ومن الكناية ما افاد
 لازم الخ (غير صحيح) وكيف كان - فقد اختار المحقق الثانى ره عدم الانعقاد بها
 (واستشهد) لذلك بأن انشاء اللزوم وايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا
 وكون الملزوم مقصودا وداعيا من ايجاد اللزوم لاثاره لان الدواعى لاثارها فى باب
 العقود والايقاعات - ثم اورد - على نفسه بان الملزوم وان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا وفى
 المرتبة الثانية - واجاب عنه - بان اليجاد بهذا النحو فى كمال الضعف من الوجود
 فينصرف الاطلاق عنه ولا تشمل العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة (اقول)
 يرد عليه (اولا) انه قد صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصدق لل لازم 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 بالكناية كك يصح الانشاء بها - مع - انه لو
 سلم كون الانشاء ايجادا لا مراهظا اقول انه بعد فرض الملازمة بين اللزوم و الملزوم
 اذا وجد اللزوم فى اى وعاء كان لا محالة يوجد الملزوم فى تلك الوعاء (وبالجملة)
 لا يعتبر فى الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفى فى المراد ولا اشكال فى ان
 اظهار اللزوم عرفا اظهارا للملزوم (ودعوى) انصراف الاطلاق عنه لا تسمع فالظاهر انعقاد
 البيع وغيره من المعاملات بالكنايات .

واما الموضع الثانى فقد فصل المصنف ره بين كون القرينة حالية او مقالية و

اختار الانعقاد فى الثانى دون الاول - وبه جمع بين كلمات القوم ونسبه اليهم (واستدل له) بانه اذا كانت القرينة لفظية فيرجع الافادة بالاحرة الى الوضع ولا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطالب بحكم الوضع وافادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ - وهذا بخلاف ما اذا كانت القرينة حالية - فان الافادة ح لانكون باللفظ والمفروض عدم لبرة بغير الاقوال فى انشاء المعاملات (وفيه) ان الدال على المعنى فى الاستعمال المجازى انما هو اللفظ والقرينة والقرينة انما تدل على ذلك اى ارادة المعنى من ذى القرينة لان جزءا من المعنى يستفاد من ذى القرينة وجزءا 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 النائينى ره عدم صحة الانشاء به اذا كان مشترك كابين العقود التمليلية وغيرها من النقل الخارجى كلفظ نقلت (واستدل له) بان امتياز النقل الخارجى عن النقل الاعتبارى ليس بعين مابه اشتراكهما فلامحالة ينشأ الجنس العالى ولا ثم يميز بالفصل فيلزم التدرى بجهة فى الوجود (وفيه) انه وان كان اللفظ مر كبا الا انه لا يكون ذلك الاعتبار النفسانى البسيط تدرى بجهة من حيث الاظهار والابراز - بل يصير سبورا بالمجموع - فلا يظهر صحة الانشاء بالمشارك المعنوى ايضا .

فى الفاظ الايجاب والقبول

(قوله) قد اذ عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب والقبول منها لفظ بعث الخ) اقول انه قد بعد ما بين الاقوال فى المسألة وبين وجه الاشكال فى انشاء المعاملات بالمشارك والمجاز اذا كانت القرينة الدالة على ارادة المعنى من غير الفاظ

شرع فى بيان الصغرى والكلام فيها وقع فى موارد .

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

ومنها لفظ شريت - والمصنفه بعد تسليمه كونه من الاضداد استشكل فى انشاء البيع به بقلة استعماله فيه عرفا و كونه محتاجا الى القرينة المعينة و عدم نقل الايجاب به فى الاخبار و كلمات العلماء (اقول) يرد عليه مضافا الى ما تقدم من انه لا اشكال فى صحة الانشاء وان كانت القرينة المعينة الحالية (ان) القرينة المعينة دائما تكون لفظية لان الشراء اذا استعمل فى البيع يكون مفعوله الاول مال نفسه و غير مصدر بالباء - و اذا استعمل فى الشراء يكون مفعوله الاول مال الطرف و مال نفسه يصدر بالباء - فالقرينة المعينة دائما تكون هى الهيئة .

و منها لفظ ملكت و الكلام فيه ليس فى صحة انشاء البيع به لما ذكره المصنف من ان حقيقة البيع هى التمليك بعوض - بل الكلام فيه انما هو فيما ذكره المصنفه بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة او المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية (فانه اورد) عليه السيد و المحقق النائنى ره بان ما ذكره يتم فى الصلح و لا يتم فى الهبة المعوضة - فان الهبة المجانية والمعوضة من التمليك حقيقة (وفيه) ان الهبة المعوضة من التمليك المجانى لا التمليك بعوض اذا العوض فيها ليس فى مقابل المال الموهوب - والمصنفه يدعى ان الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض ولم يدع عدم كونها من التمليك فتدبر فى كلماته .

و منها لفظ اشتريت و المصنفه قال ان الاشكال المتقدم فى شريت اولى

بالجريان هنالان شريت استعمل فى القرآن الكريم (١) فى البيع بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشترت - و رفع - الاشكال فى تعيين المراد منه بقريئة تقديمه الدال على كونه ايجابا - غير صحيح - لان الاعتماد على القرينة 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 للمعنيين - احدهما - قبول المادة كالاكتساب والاحتطاب والاقتراب - ثانيهما - قبول المادة من الغير كالانتقاض وشبهه - وفى كل مورد لابد 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 لا فى قبول المادة فاستعماله فى الايجاب لا يصح .

ومما ذكرناه ظهر 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 وما يترقب منه ذلك هو السبب التام وهو العقد لا الايجاب خاصة (ولكن) يمكن دفعه بان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بل حقوق القبول للايجاب ويكون القبول ملزوما لها فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائى وقد عرفت صحة الانشاء بالكنائيات .

(قوله قد عرفت فروع لواوقعا العقد بالالفاظ المشتركة 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 - وللکلام فى هذا الفرع محل آخر -

اعتبار العربية

(قوله قدح المحكى عن جماعة - اعتبار العربية للتأسي الخ) اقول
 قد استدل على اعتبار العربية في الصيغة بوجوه (الاول) التأسي فان النبى (ص) والائمة
 عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية (وفيه) انه لم يدل دليل على لزوم التأسي او
 محبوبيته في كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه الا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربى
 ولم يتوهم احد لزومه او استحبابه ولعل انشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل (مع) ان
 مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات والاطلاقات له (مضافا) الى
 عدم لزوم التأسي غايته الاستحباب (الثانى) ان اعتبار الماضوية فى العقد يستلزم اعتبار
 العربية بالاولوية (وفيه) ان الماضوية ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان
 اعتبارها يستلزم اعتبار العربية بل هى خصوصية فى كل لغة فهما خصوصيتان فى عرض
 واحد (الثالث) ان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتيب الاثر على شىء من العقود والمتيقن مما
 خرج عن هذا الاصل هو العقد بالعربية فلا بد من رعايتها (وفيه) انه يتوقف على عدم جواز
 التمسك بالعمومات والمطلقات فى دفع احتمال اعتبار شىء على الاسباب وقد عرفت فى
 اول هذا الجزء صحته (الرابع) عدم صدق العقد على غير العربى مع التمكن من
 العربى (وفيه اولا) انه يكفى صدق التجارة و البيع عليه فى نفوذه (وثانيا) ان العقد
 من مقولة المعنى فاما معنى عدم صدقه على غير العربى و صدقه على العربى - واضعف
 من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربى (فنحصل) ان الاظهر عدم
 اعتبار العربية (ويشهد) له مضافا الى ذلك انه لو كان ذلك معتبرا لاشتهر وكان يجب
 على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات فنفس عدم اشتها
 ذلك وعدم نقل ورود رواية دالة على ذلك دليل قطعى على عدم الاعتبار مع قيام السيرة
 عليه (نعم) فى خصوص النكاح ادعى الاجماع على اعتبار العربية مع التمكن فان
 ثبت والا فالعمومات تقتضى عدم اعتبارها فيه ايضا فالأظهر صحته بغير العربى .

(قوله قدّه وهل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة الخ) لم يظهر وجه ترتيبه قدّه 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 المادة او الهيئة ان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفاً 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 الانشاء بما يكون مظهرأ لتلك المعاملة عرفاً . ولعله الى هذا نظر من فصل بين المثالين . لاما ذكره المصنف ره اذ لازم ما ذكره صحة العقد بوزجته اذ لا معنى صحيح له سوى التزويج مع انه لا تأمل فى فسادها لمعيار ما ذكرناه .

(قوله قدّه ثم هل المعتبر عربية جميع اجزاء الايجاب والقبول كالثمن والمثمن 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 ولو كان من قصده تبديل هذا المال بذاك لعدم العبرة 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 . ولكن قد عرفت فساد الجميع فالظاهر عدم اعتبارها فيها .

(قوله قدّه ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالماً تفصيلاً الخ) اقول ما ذكره ره من اعتبار كون المتكلم عالماً بمعنى اللفظ فى الجملة مما لا ينكر لان استعمال اللفظ فى المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ والمعنى والا فلا يعقل ذلك ويكون التلفظ مجرد لقلقة اللسان وليس تكلماً بالعربى مثلاً ولكن ذلك لا يقتضى اعتبار العلم التفصيلى بالنحو الذى افاده كما لا يخفى .

عدم اعتبار الماضوية

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

و قد استدل على اعتبار تلك بوجوه (الاول) الاجماع و هو كما ترى (الثانى) ما فى المتن و هو ان الماضى صريح فى الانشاء والمستقبل اشبه بالوعد والامر استدعاء لايجاب (وفيه) انه ان اريد صراحة الماضى فى الانشاء عدم احتياج ظهوره فى الانشاء الى قرينة حالية او مقالية - فيرد عليه - ان تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء و الاخبار - بمعنى ان الموضوع له و المستعمل فيه فى هيئة الصبغة المشتركة بين الانشاء و الاخبار - مثل بعث - شىء واحد وهى النسبة المتحققة بين المسند و هو الاعتبار النفسانى - والمسند اليه و هو المتكلم - و انما يفترقان فى الداعى كما حقق فى محله فلا بد فى افادتها الانشاء الى القرينة - و ان اريد من صراحته عدم كون الماضى المستعمل فى الانشاء من قبيل الكناية او المجاز فهو و ان كان متينا الا ان الفعل المضارع المستعمل فى الانشاء ايضا كك - فان هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدء فى حال التكلم او بعده - فاذا استعملت فى مقام الانشاء فقد استعملت فى ما وضعت له (و ما افاده) المحقق الثانى ره من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدء وهذا ملازم للتحقق لانه صريح فيه بل لازمه (يرد عليه) ان التلبس عين التحقق لانه لازمه - و ان شئت قلت انها موضوعة للتحقق ايضا و تمام الكلام فى محله (و بما 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 بان طالق - ليس على خلاف القاعدة (و اما الامر) فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم - و عليه - فصحة الانشاء به تنوقف على صحة الانشاء بالكناية - لان انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من

قبيل الاستعمال الكنائى و قد عرفت صحة الانشاء بالكناية و سأتى تمام الكلام فى ذلك فى المسألة الثانية (الثالث) ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف (وفيه) ان المتعارف لا يوجب تقييد اطلاق الادلة كما لا يخفى (فلا يظهر) صحة الانشاء بغير الماضى للعمومات والاطلاقات (وبشدهله) مضافا اليه النصوص (١) الواردة فى بيع العبد الابق و الجارية الابقه و بيع المصحف واللبن فى الضرع و النكاح من الوقوع بفعل المضارع و الامر و حمل جميعها على ارادة المقاوله و الوعد و الاستدعاء خلاف الظاهر جدا.

فى جواز تقديم القبول على الايجاب

(قوله قده الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول الخ)

اقول - الاقوال فى المسألة ثلاثة (الاول) و هو الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا (الثانى) ما عن الشيخ فى كتاب النكاح من المبسوط و المحقق فى الشرايع و العلامة فى التحرير و الشهيد بن فى بعض كتبهما و غيرهم فى غيرهما و هو جواز التقديم مطلقا (الثالث) التفصيل بين الصبيغ التى ينشأ بها القبول و هو الذى اختاره المصنف - و ربما ينسب الى بعض التفصيل بين البيع و النكاح بجواز التقديم فى النكاح بلفظ الامر دون البيع لكن الظاهر عدم صحة النسبة (ثم ان) القبول تارة يكون بلفظ قبلت و رضيت - و اخرى - يكون بلفظ الامر - و ثالثة - يكون بلفظ اشتريت و ما شابهه - فان كان بلفظ قبلت و رضيت فقد استدل على عدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوه (الاول) الاجماع - و هو كما ترى (الثانى) ما فى المتن و حاصله ان القبول فى المعاوضات انما يتضمن لا مرين - احدهما - الرضا بالايجاب - الثانى - نقل ماله من حين القبول - و هذان الامران متحققان فى القبول المتأخر باى لفظ كان فانه لاحالة منتظرة للنقل سوى لحوقه - و كك حاصلان مع القبول المتقدم اذا كان بلفظ اشتريت - فانه انشاء لنقل ما له الذى هو - العوض (و اما) اذا كان القبول

بلفظ قبلت و قدم ذلك . فالاول موجود .. الا ان الثانى غير متحقق .. لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البايع تملك ماله بازاء مال القابل فهو يكون نقلا من حين تحقق الإيجاب من الموجب لامن حين القبول - وبعبارة اخرى - ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب و لازم ذلك عدم تحققه الا حين تحققه من ذلك الغير (وفيه اولا) 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 يصبر وحده موضوعا لاعتبار العقلاء و الشارع الامع رضا المشتري بذلك فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لاغير (و ثانيا) 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 الإيجاب المتقدم ايضا لفرض عدم النقل عندهم الا بعد تمامية العقد (الثالث) ما افاده المحقق النائنى ره . وهو ان هذا اللفظ اى قبلت ظاهر فى مطاوعة شىء وانفاذا مراوجده وهذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الاخر كتفرع الانكسار على الكسر فان مطاوعة الامر المتاخر والانفعال والتاثر من الإيجاب فعلا تمتنع عقلا (وفيه) ان المطاوعة الماخوذة فى القبول انما هى مطاوعة انشائية لاحقيقية فلا مانع عن تقدم قبلت على الإيجاب (وان كان) القبول بلفظ الامر - فقد استدل على عدم جواز تقديمه على الإيجاب 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 النائنى ره فى الصورة الثالثة - وستعرف تقريبه وما يرد عليه (الثالث) انه يعتبر الماضوية فى صيغ العقود (وفيه) ما عرفت من عدم اعتبارها .

(قوله قدّمه وأما على ما قويناه سابقاً في مسألة المعاوضة من أن البيع العرفي (الخ) أقول ما ذكره قدّمه في وجه عدم جواز التقديم في الموردين لارتباطه باعتبار اللفظ في الإنشاء بل هو قيد آخر وهو تضمن القبول للنقل الفعلي (وعليه) فلا فرق في هذا المقام بين المسلك المشهور ومسلكه قدّمه - وعلّمه لذلك أمر بالتأمل .

(وإن كان) القبول المقدم بلفظ اشتريت وابتعت ونحوهما - فقد اختار المصنف ره جواز التقديم (واستدل) له بأن المعتبر في القبول أمران - الرضا بالإيجاب - ونقل الثمن في الحال إلى البائع - وهما متحققان في اشتريت وشبهه - أما الأول فواضح - وأما الثاني - فلأنه إنشاء ملكيته للمبيع بازاء ماله عوضاً ولا يعتبر فيه شيء زائد على ذلك - وأورد عليه بأمور (الأول) ما أفاده المحقق الثائني ره - وهو أنه يعتبر في القبول بأي لفظ كان مطاوعة الإيجاب والانفعال والتأثر منه - والآن غير مرتبط بالإيجاب بل هو إيجاب مستقل وتضمنه للمطاوعة يستدعي تأخره عن الإيجاب (وفيه أولاً) أنه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بالإيجاب - وهذا لا يمنع عن جواز التقديم كما تقدم ولا يلزم منه عدم الارتباط بالإيجاب كما هو واضح (وثانياً) ما تقدم من أن المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم وليست كالمطاوعة الحقيقية (الثاني) الإجماع على اعتبار القبول في العقد وهو متضمن لمعنى المطاوعة (وفيه) أن المتيقن من الإجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالإيجاب (الثالث) أن الاشتراء أو الابتياح بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدء فإن كان بعنوان اتخاذ المبدء من الغير فهو مطاوعة قصدية وإن كان بعنوان اتخاذ المبدء ابتداءً أي يكون من إنشاء بيع مال الغير فصولاً لا إنشاء الملكية قبولاً (وفيه أولاً) أن المطاوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم (وثانياً) أن صيغة الانفعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائماً (الرابع) ما أوجب تردد المصنف ره وهو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة (وفيه) أن التعارف لا يوجب تقييد المطلقات وانصرافها (فتحصل) أن الأظهر جواز تقديم القبول مطلقاً لاطلاق أدلة امضاء البيع والتجارة والعقود المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة

الإشارة إليها .

(قوله قده واما ما لانشاء فى قبوله الا قبلت او ما يتضمنه كار تهنت الخ)

ثم انه قده لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم والتأخير فى العقود المعاوضة المستلزمة لكون القابل فيها باذالاشىء من عمل او منفعة او عين او تسليط - اراد بيان حكمه فى العقود غير المعاوضة (وحاصل) ما ذكره فيها انها على قسمين (منها) مالا يعتبر فى قبوله سوى الرضا بالإيجاب و هى العقود الاذنية كالوكالة والعارية وشبههما مما ليس فيه اعطاء واخذ اصلا بل انما يفيد اباحة او سلطنة على التصرف او الحفظ (ومنها) ما يعتبر فى قبوله عنوان المطاوعة كالرهن و الهبة و القرض و شبههما مما يتضمن اعطاء من طرف واخذ من الآخر والوجه فى اعتباره فى قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن و المنتهب والمقترض ليترتب عليها احكامها وتلك العناوين بتحقيق بالقبول فيعتبر فى قبولها عنوان المطاوعة . وفى القسم الاول لامانع من تقديم القبول لان الرضا يتعلق بالامر المتأخر و فى القسم الثانى لا يجوز التقديم اذ المطاوعة و الانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل و الإيجاب .

اقول يرد عليه قده امور (الاول) ان الفرق بين القسمين بلا فارق اذ كما ان مرتب الاحكام فى القسم الثانى على المرتهن مثلا - كذلك رتب فى القسم الاول على العناوين الخاصة من المستعير والوكيل وشبههما - و هذه العناوين لا تتحقق قبل القبول والمحقق لها هو القبول (الثانى) ان العناوين المشار اليها فى القسمين ليست عناوين قصدية و انما هى تصدق على القابل بعد تحقق العقود ان لم يكن القابل ملتفتا اليها كعنوان البائع والمشتري (الثالث) ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة فى الوعاء المناسب له قبل الإيجاب و اما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الإيجاب فلا مانع فيه و لم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة فى حال القبول (فتحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول فى القسمين .

(قوله قده و اما المصالحة المشتملة على المعاوضة الخ) محصل ما ذكره

ره فيها ان القبول فيها منحصر بلفظ قبلت من جهة ان الالتزام من المتسالمين متساويان و لذا كان ابتداء الالتزام بهاجائزا من الطرفين فنسبتها اليهما على حد سواء فان انشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا والا كانا ايجابين غير مرتبطين - فاذا لم يكن قبولها بلفظ قبلت لزم تاخيرها لما عرفت من ان قبلت اذا قدم لا يدل على النقل فى الحال (اقول) يرد عليه مضافا الى ما تقدم من انه لا يعتبر فى القبول سوى الرضا بما انشأه الموجب و انه لا يعتبر النقل فى الحال فى القبول - انه فى تحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر ازيد من كون انشاء التسالم من احدهما - و قبول ذلك من الاخر كان بلفظ قبلت او تصالحت او غيرهما (فتمحصل) ان الاظهر جواز تقديم القبول فى جميع العقود.

فى اعتبار الموالات

(قوله قده و من جملة شروط العقد الموالات بين ايجابه و قبوله الخ)

اقول قد استدلل لاعتبار الموالات بوجوه:

الاول - ما عن الشهيد ره و حاصله ان كل امرين او امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة الاذان و نحوهما يعتبر فى تحقق ذلك العنوان و انطباقه عليهما عدم الفصل بينهما بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية و صيرورة كل واحد عنوانا مستقلا و من هذا القبيل العقد فانه عبارة عن ربط انشاء احد هما بانشاء الاخر فلو انفصل القبول عن الايجاب بزمان معتدبه عرفا لما صدق عليهما العقد فلا يترتب عليهما الاثر المترتب منه (واجاب) عن هذا الوجه المصنف ره بان حكم الملك وال لزوم فى المعاملة لو كان منوطا بصدق العقد كان ما ذكرنا مأى و اما لو كان منوطا بصدق البيع او التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد (واورد) على هذا الجواب المحقق الثانى ره تأييدا للشهيد ره بايرادات (منها) انه ليس البيع والتجارة والصلح والنكاح الا العقود المتعارفة (وفيه) ان التعارف لا يوجب الانصراف الذى يعتمد عليه فى تقييد اطلاق الادلة كما حقق فى محله وان ارى بده عدم

صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو يديهي الفساد - (ومنها) ان ادلة امضاء البيع والتجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام البيان من جميع الجهات لا سبيل الى التمسك باطلاقها (وفيه) انه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات ولذا بنينا على التمسك باطلاقها لامضاء الاسباب - مع - ان الشك في كونها في مقام البيان يكفي في الحكم بالاطلاق فتدبر (ومنها) انه لا يمكن التفكيك بين الصحة وال لزوم الابدل خارجي من الاجماع ونحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين او جعلهما لانفسهما او لاجنبي - و عليه فحيث ان هذه المعاملة اى الايجاب والقبول الذين تخلل الفصل بينهما لا تكون مشمولة لدليل - اوفوا بالعقود (١) الذى هو دليل اللزوم ولاجل ذلك لا يحكم بلزومها 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 وال لزوم (وثالثا) انه لو سلم ذلك - فليكن دليل الصحة بضميمة عدم الفصل بين الصحة وال لزوم كافيا في الحكم باللزوم - وعدم شمول دليل اوفوا بالعقود لا يدل على عدم لزومه كى يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد فانه يقتضى لزوم كل عقد لاعدم لزوم غير العقد فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة اذ اللاقتضاء لا يعارض المقتضى لشيء (ويمكن) الجواب عن الشهيد ره بوجه آخر - وهو ايراد على المصنف ره 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 الا بقاء الالتزام الاول على حاله وان تخلل زمان طويل (نعم) اذا لم يكن الالتزام الاول باقيا في نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثانى به وهذا ايضا لا فرق فيه بين تخلل زمان قصير او طويل - فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه .

الوجه الثانى ما افاده المحقق النائيني ره وهو ان في العقود المعاوضة خلعا و لبسا او ايجاد علقه فلا بد وان يكون مقارنا للخلع لبس وهكذا مقارنا لايجاد العلقه قبول والانقح الاضافة او العلقه بلامحل ومضاف اليه (وفيه اولا) النقص بالزمان القصير

الفصل بين الإيجاب والقبول قهراً في جميع الموارد فإنه لا فرق في هذا المحذور بين الزمان القصير والطويل (وثانياً) إن الخلع في اعتبار الموجب وإن تحقق من حين - الإيجاب إلا أن اللبس في اعتباره أيضاً كذلك وإما في اعتبار العقلاء والشارع فكما ليس لبس الأبعد القبول ليس خلع كك فتدبر فإنه دقيق .

الوجه الثالث ما أفاده المحقق الأيرواني ره - وهو أنه يلزم من الفصل المخل بالموالات - عدم تطابق الإيجاب والقبول - فإن الإيجاب نقل من حينه فإذا تأخر القبول فإما أن يكون قبولاً لتمام مضمون الإيجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد وذلك باطل أو يكون قبولاً لبعض مضمونه أعني النقل من حين تحقق القبول فيلزم عدم المطابقة بين الإيجاب والقبول (وفيه) أنه يستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق (مع) أن النقل في اعتبار العقلاء والشارع لا يقع الأبعد تمامية العقد في جميع الموارد (فتحصل) أن الأظهر عدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول . (قوله قد وهى ماخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى والمستثنى منه

(الخ) أقول الظاهر أن مراده أن ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشأً للتنبيه على اعتبار الاتصال في غيره من الموارد المشابهة له - ووجه ظهور اعتباره فيه - أحداً من (الأول) ما أفاده المصنف ره بقوله ويحتمل بعيد الخ وهو أن المستثنى من الملحقات التي توجب خروج الكلام من الكذب إلى الصدق فلا بد من اتصاله كي يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره (الثاني) أن كلمة إلا - بما أن معناها معنى حرفي متقوم بالطرفين فلا بد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كي تتحقق تلك النسبة والربط .

(قوله قد وهى منه الفورية في استتابة المرتد الخ) الظاهر أن مراد الشهيد ره عدم الفصل بين الاستتابة والتوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة فلو أخرها لم تقبل خلافاً لمن قال إنها تقبل وإن تأب بعد ثلاثة أيام - لا مذكره المصنف ره في تفسير كلام الشهيد وهى عدم الفصل بين الارتداد والاستتابة .

(قوله قدّه و منه تحريم المأمومين في الجمعة قبل الركوع السخ)
يعنى ان مادل (١) على اعتبار العدد في الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم في الصلاة قبل
الركوع على وجه بعد المجموع اى تمام الصلاة فعلا لجميعهم .

في اعتبار التنجيز

(قوله قدّه ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة التنجيز السخ)
لا يخفى ان المعلق بحسب التصوير العقلي احد امور ثلاثة (الاول) الانشاء (الثاني)
المنشأ كالملكية مثلا (الثالث) متعلق المنشأ - كما لو آجر دارا فعلا يسكن فيه بعد سنة
فان المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ اى سكنى الدار والا
فالمستاجر يملك فعلا على الموجر منفعة الدار بعد سنة (اما الاول) فالتعليق فيه امر
غير معقول - من غير فرق بين ان يكون المراد به آلة الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار
النفسانى (اما الاول) فلان الانشاء وجه من وجوه استعمال اللفظ فى المعنى كان
عبارة عن ايجاد المعنى باللفظ - ام كان عبارة عن ابراز الاعتبار النفسانى باللفظ بداعى
تنفيذه - فلا يعقل فيه التعليق (واما الثانى) فلان الاعتبار فعل تكوينى فكما لا يعقل
التعليق فى وقوع الضرب على احد وكذا غيره من الافعال التكوينية - كك لا يعقل
التعليق فى الاعتبار - والظاهر ان هذا ليس محل الكلام فى 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 - مثلا منفعة الدار فى
هذه السنة غير منفعتها فى السنة الآتية فالتعليق فيها امر ممكن وواقع لا محذور فيه
واما الجواهر كالدّار - فلا يتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لا يتعدد
بتعدد الزمان والزمانى مثلا - الدار فى هذه السنة ليست غير الدار فى السنة الآتية
فاذا كان متعلق المنشأ جوهر خارجيا 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 في صحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على بطلان التعليق في البيع وعدم امكان تصحيحه بوجه فمحل الكلام انما هو التعليق في المنشأ .

وقبل الشروع في البحث فيه و بيان وجوه المنع . لابد من التنبيه على امر وهو ان ما صرح به المصنف ره في المقام في مقام بيان صحة التعليق في المنشأ بقوله فلا ريب في انه متصور وواقع في العرف والشرع كثيرا في الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات - ينافي مانسب اليه في التقارير في مبحث الواجب المشروط من امتناعه وكيف كان فصور التعليق في المنشأ على ما ذكره المصنف ره ثمان - الا ان الظاهر انها اثنا عشر (وذلك) لان المعلق عليه - ان كان امرا حاليا - فتارة يكون معلوم التحقق واخرى يكون مشكوك التحقق - وعلى التقديرين فتارة يكون مما له دخل في صحة العقد واخرى لا يكون دخيلا فيه - وان كان امرا استقباليا فهذه التقادير الاربعة تنصور فيه - باضافة - انه على اى تقدير ربما يكون القيد ماخوذا فيه على نحو الشرط المتأخر بمعنى انه ينشأ الملكية الفعلية على فرض تحقق ذلك الامر في المستقبل و ربما يكون بنحو الشرط المقارن بمعنى انه ينشأ الملكية على تقدير تحققه بعد تحققه .

فان كان المعلق عليه - امرا استقباليا مشكوك الحصول - ولم يكن صحة العقد متوقفة عليه وكان التعليق بنحو الشرط المقارن - فالظاهر انه مورد اتفاق الاصحاب القائلين بمبطلية التعليق - فلو كان الاجماع تعبديا كان هو الحجة في المقام ولادليل عليه سوى ذلك - فانه قد استدلل للبطلان بغير الاجماع بوجوه (الاول) ما عن جماعة وهو اعتبار الجزم في العقود - وهو مناف للتعليق (وفيه) انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح - وان اريد به الجزم بالمنشأ في نظره اى تحقق الملكية الاعتبارية جزما - فهو محل الكلام وان تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتى الكلام فيه

(الثاني) ان الاسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن وهو العقد الخالي عن التعليق (وفيه) ان هذا يتم اذالم 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 اجبنا عنها في حاشيتنا على الكفاية مفصلا ونقتصر في المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذي هو ادل دليل على امكانه لاحظ الوصية والنذر والتدبير والواجب المشروط (الرابع) ما عن المحقق النائيني ره وهو انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس فلا يشمل ادلة العقود والعناوين العقد المعلق (و فيه) مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيّد للاطلاق - ان التعليق في العقد واقع كثيرا كما تقدم (الخامس) ان ظاهر خطاب اوفوا بالعقود (١) كظاهر ساير الخطابات ان الحكم مطلق غير مشروط بشيء فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد - وعليه - فان التزم بترتب الاثر فعلا قبل تحقق ماعلق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق ولاسبيل اليه - وان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لم يمتنع كونه مشمولا لهذا الخطاب فلا دليل على لزوم الوفاء به و ترتيب 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 لاترتب الاثار عليه ومن الواضح انه في هذا الذي ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق والمنجز (وثانيا) ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود - بل هناك ادلة اخر من قبيل احل الله البيع (٢) التي لايجرى فيها هذا الوجه ولا فرق في ذلك بين المعلق والمنجز - ولا يخفى - ان هذا الابرادانما يرد على المستدل لو كان مفساد احل الله البيع الحلية الوضعية - ولا يرد عليه - لو كان مفاده الحلية التكليفية فان ما ذكر في وجه اختصاص اوفوا بالعقود يجرى فيه طابق النعل بالنعل (وبذلك) ظهر

ان المصنف ره حيث التزم في مبحث المعاطاة - بان مفاده الحلية التكليفية ليس له هذا الايراد (كما) ان ابراده عليه - بقوله - مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا ليس في محله - اذ التخلف مع دليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال - اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير ولو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن فتدبر (فتحصل) مما ذكرناه انه ليس في مقابل العمومات و المطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع .

وفي مقابل هذه الصورة - صورتان (احديهما) ما اذا كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما يتوقف صحة العقد عليه (ثانيتها) 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 حاليا 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 مافيها - والظاهر انها غير داخلين في معقد الاجماع فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما .

واما ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن فمقتضى الوجه الثاني والثالث و الخامس بطلانه - وكك مقتضى الوجه الرابع هوذلك لو كان المعلق عليه مما لا يتوقف صحة العقد عليه وقد عرفت عدم تمامية شيء منها - واما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما - فلا وجه للحكم بالبطلان (وما ذكره) الشهيد ره في محكي قواعده من الحكم بالبطلان في الصورتين معللا - بان الجزم ينافي 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 الوجود المتقدمة فراجع .

واما ان كان المعلق عليه امرأ حاليا مشكوك الحصول - او كان استقباليا كك مع كونه بنحو الشرط المقارن او المتأخر كان المعلق عليه مما يتوقف صحة العقد عليه ام لا - فالظاهر شمول معقدا لاجماع لهما فلاحظ .

تنبیهات

ثم انه ينبغى التنبيه على امور (الاول) انه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم و اليه 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 اذا ظاهر من كلماتهم و معاقدا لاجماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار اليها المذكورة لبطلان التعليق . (الثانى) ان القادح انما هو التعليق فى العقد - فلو كان مترددا فى ترتب الاثر على العقد الذى ينشأه شرعا وانه صحيح او فاسد لا كلام فى صحته فانه لا يكون هذا الترديد مورثا للتعليق فى ما ينشأه - اذا العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعاملة فضلا عن الترديد فيه - هذا فىما اذا كان مترددا فى تأثيره شرعا - ولو كان مترددا فى تأثيره عرفا - فان كان ما يمتثل دخله فى ترتب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة و تحققها كالزوجية بالاضافة الى الطلاق - لامحالة يكون ذلك منافيا للتنجيز - والا فلا (وبما ذكرناه) ظهر ان ما افاده المصنف ره بقوله .

و اما اذا انشأ من غير تعليق صح العقد و ان كان المنشئ السخ)

تام - وان مراده مذكرناه - لان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة (فلا يرد عليه) ما افاده السيد فى الحاشية بقوله مقتضى مذكره العلامة والشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان فى هذه الصورة ايضا فتدبر (الثالث) هل هناك فرق بين الأمور التى يتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق العقد عليها وبين ما لا يتوقف صحة العقد عليه فال تعليق عليه مبطل ام لا - وجهان - قد استدلل الاول الشيخ الاكبر فى محكى المبسوط - بان التعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه - واستدل المحقق النائينى رهله بالانصراف (اقول) هذان الوجهان وان كانا فاسدين - اما الثانى فلما تقدم - واما الاول - فلان المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الاثر الشرعى على العقد دون انشاء مدلول الكلام - فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء كما ذكره المصنف ره - الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع فمثل هذه الكلمات توجب التردد فى شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه - فيتعين الرجوع الى المطلقات والعمومات الدالة على الصحة .

فى اعتبار المطابقة بين الإيجاب والقبول

(قوله قدده ومن جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب والقبول الخ)

اقول ان اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول من القضايا التى قياساتها معها فانه مع عدم التطابق كما لو انشأ احدهما بعنوان البيع وقبل الاخر بعنوان الهبة - لا يتحقق العقد فانه مع عدم ورود الالتزامين على مورد واحد لا يكونان مرتبطين و مع عدم الربط لا يصدق عليهما عنوان العقد - وان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضا بالايجاب بل هو حقيقة فمع عدم كونه قبولا لما انشأه الموجب لما كان قبولا فلا يتحقق العقد بل كانا ايقاعين غير مرتبطين (وبالجمله) اعتبار التطابق من الواضحات .
انما الكلام فى تطبيق هذه الكبرى الكلية على موارد (فان) عدم التطابق فى

بعض الموارد واضح لاحتاج الى بيان . كما لو اختلفا فى عنوان المعاملة او فى اركانها وهى المبيع والتمن فى البيع - مثل مالو باع العبد بمائة دينار وقبل بيع الجارية (كما) ان تحقق التوافق فى بعض موارد اخر ووضح - كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى - كان يقول البايع بعنك - فقال قبلت الشراء .

ومحل الخلاف موارد (منها) ما اذا اوجب البايع مشروطا بشرط وقبل القابل البيع بلا شرط (ومنها) ما اذا اوجب البايع البيع لشخصين فقبل احدهما نصف المبيع بنصف الثمن (ومنها) مالو باع البايع شيئين بثمن معين فقبل القابل احدهما بنصف الثمن (اما الاول) فصريح المصنف ره والمحقق النائينى ره بطلان البيع من جهة عدم المطابقة (اقول) الظاهر هو تحقق التوافق الذى دل الدليل على اعتباره وذلك لانه لا خلاف بينهم فى ان تخلف الشرط او تعذر 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 للايجاب - وان شئت قلت ان الشرط لو كان قيد للمعاملة لزم بطلانها عند تخلفه فالقول بان تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبتنياً على كونه التزاما فى ضمن التزام بالمعنى الذى سيأتى تحقيقه فى محله - وعليه - فالالتزام البيعى غير معلق على شيء 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) فصريح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا البطلان لعدم التوافق (ولكن) الظاهر الصحة والتوافق وذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة كما يدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة وعدم البطلان فيما لو قبلوا وفسخ احدهما البيع فى المجلس بالقياس الى غير الفاسخ فاذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احدا البيعين والقبول متحققة فلا وجه للبطلان - بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبايع كما لا يخفى (وبما ذكرناه) ظهر الحال فى الثالث - فان الاظهر الصحة لعين ما ذكرناه فى سابقه (وما) افاده المحقق النائينى ره فى المقام من انه لا يفيد لصحة العقد المختلف فيه من حيث

الانشاء ثبوت خيار تبعض الصفقة الذى هو اثر العقد الصحيح لانه لا بد او لا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ للصحة (برد عليه) ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لاثبوت الخيار فلا حظو تدبر (فتحصل) مما ذكرناه ان اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول مما لا ينبغي انكاره الا ان جملة من الموارد التى ذكرها المصنف ره من موارد عدم المطابقة ليست منها بل فيها التوافق متحقق وعليك بالتأمل فى كل مورد ثم الحكم بالصحة او الفساد من جهة وجود التوافق وعدمه فتدبر .

فى اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء

(قوله قدده ومن جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه وقبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء الخ) اقول يقـع الكلام فى موضعين الاول - فى عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاقد و التعاقد - الثانى - فى عدم الاهلية الموجب لعدم كـون العقد عن رضا معتبر (اما الاول) ففيه اقوال الاول - ما اختاره المصنف ره و المحقق الثانى ره و هو اعتبار واجدية كل منهما لجميع القيود المعتمدة فى تحققه فى حال انشاء الآخر - الثانى - عدم اعتبارها فيهما اختاره المحقق الايروانى ره - الثالث - اعتبار واجدية القابل لها فى حال الايجاب و عدم اعتبارها بالنسبة الى الموجب ذهب اليه السيد ره فى بعض الفروض - الرابع - عكس ذلك (اقول) تنفيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى موارد - الاول - فى الايجاب - الثانى - فى القبول - الثالث - فيما بينهما .

اما المورد الاول فقد استدل لاعتبار واجدية القابل لتلك القيود (بان) المعاقدة و المعاهدة لا تحقق بدونها - هذا ما افاده فى المتن (وايده) المحقق الاصفهانى ره بان مناط المعاهدة مع الغير يقتضى كونهما معا كفى فى حال الايجاب و القبول اذ معية المتعاقدين انما هى معية شاعر ملتفت الى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له و الا فلا ينقدح

القصد الجدى في نفس العاقل الى المعاهدة مع من هو كالجدار او كالحمار و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا (وفيه اولا) ان عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد وليس منطبقا على الايجاب خاصة و انما شأن الموجب هو الالتزام النفساني و ابرازه و هو انما يكون باقيا مالم يرفع اليد عنه فاذا كان باقيا الى حين القبول و التزم القابل الال لذللك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لامحالة و تحقق عنوان العقد (و دعوى) عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة الى من هو كالجدار - كما ترى اذ العاقل الملتفت الى مالكية من يفرض كالجدار كيف لا ينقدح في نفسه القصد الجدى (وثانيا) انه لا ينحصر دليل النفوذ با و فوا بالعقود .

فالاولى ان يستدل له - بانه بعد ما لارب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء والشارع الاثر على الالتزام النفساني - ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة - فاذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالإظهار له كلا اظهار فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب فتدبر فانه دقيق .

واما المورد الثاني فيشهد لاعتبار و اجدية الموجب لتلك القبول حال القبول الوجه المشار اليه - و يمكن ان يقال في هذا المورد بانه بما ان في حال القبول يتم العقد و يخرج المال عن ملك كل منهما فلا بد و ان يكون الموجب ايضا ممن يكون اهلا لذلك كي يترتب الاثر على التزامه النفساني (واما) ما ذكر في وجهه من عدم تحقق المعاقدة و المعاهدة - من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالاغماء والجنون مثلا فليس هناك التزام من الموجب كي يرتبط بالتزام القابل (فيرد عليه) ان الالتزامات النفسانية لانزول بذلك و لذا لا شك لاحد في ان العهود و الالتزامات لا تبطل بالموت فضلا عن النوم والاغماء ولا فرق بين الموت قبل لحقوق القبول و بعده اذ ضم التزام آخر اليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت (و بما ذكرناه) ظهر الحال في المورد الثالث و انه لا يعتبر الاهلية بينهما كما لا يخفى .

و اما الموضع الثاني ففيه ايضا اقوال و ملخص القول فيه - انه قد استدل المصنف

ره لاعتبار و اجدية كل منهما لتلك القيود في حال انشاء الاخر بعدم تحقق معنى المعاقدة والمعاودة ح - ولعل نظره الشريف الى ما افاده بعض المحققين بان رضاهما بعد ان كان في نظر الشارع الاقدس كالأرضاء والمفروض ان رضاهما مما يعتبر في تحقق مفهوم التعاقد لاجرم كان تعاودهما في نظره كالعدم فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا (اقول) ان حقيقة العقد هي ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد كان ذلك مع رضاهما بذلك او بدونه فالرضا بالعقد لا يعتبر في تحققه - و عدمه لا يخل به من غير فرق بين عدم الرضا اصلا او عدم الاعتبار به شرعا - وانما هو شرط في تأثير انشاء كل منهما نفسه - فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر مما لا اصل له - ولأجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره اذ الحق الرضا انما تكون على القاعدة (مع) انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر با وفوا بالعقود كما تقدم .

(قوله قد وه اما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو شرط حقيقة الخ) هذا دفع لما توهم من انه لا كلام في صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة (و حاصل) الدفع ان حقيقة الوصية ليست الا الايصاء ولا يعتبر في تحققها القبول بل هي من الايقاعات و قبولها قبول الوصية وردها لانه جزء للوصية (نعم) في الوصية التمليلية - من جهة ان ادخال المال في ملك الغير من دون رضاه مناف لسلمة 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 - وتام الكلام في محله .

(قوله قد وه الاصل في جميع ذلك ان الموجب لو فسخ الخ) مراده ان الوجه في الالغيات الى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الاخر في تحقق المعاقدة - وضوح فساد الايجاب بفسخ الموجب وعدم رضا القابل به - فعلمنا من ذلك مدخلة رضا كل منهما حال انشاء الاخر في تحقق معنى المعاقدة (فلا يرد عليه) ما ذكره

المحقق الأيرواني ره بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لأصلها و مأخذها (ولكن) يرد على المصنف ره ان لغوية الإيجاب بفسخ الموجب اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا يكون الإيجاب باقيا كي يلحقه القبول و يرتبط به و يتحقق عنوان العقد وهذا غير مانحن فيه الذي يكون الالتزام و الإيجاب باقيا كما عرفت.

في اختلاف المتعاقدين في شروط الصيغة

(قوله قد فرغ لو اختلف المتعاقدان اجتهادا او تقليدا في شروط الصيغة الخ) (اقول) يقع الكلام في موارد (الاول) في القيود التي ينحصر دليها بالاجماع (الثاني) في ما للدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدى الصفات الى فعل الآخر (الثالث) فيما للدليل اعتباره اطلاق مع السراية .

اما الاول فالظاهر صحة العقد كما هي مقتضى العمومات والمطلقات و المتيقن من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلاً و غير المقام الصادر فيه الإيجاب و القبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما نشأ فيه يرجع الى العمومات المقتضية للصحة . واما المورد الثاني ففيه اقوال - الاول - الصحة مطلقا - الثاني - عدم الصحة كذلك - الثالث - التفصيل بين كون العقد فاسدا في نظر الجميع بحيث لا قائل بصحته كما لو فرضنا انه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم ايجابه على قبوله فعدم الصحة و بين غيره فالصحة - وقد ابتنى الشيخ الأعظم ره الاولين على ان الاحكام الظاهرية المجتهدة فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية فالإيجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس - ام هي احكام ظاهرية لا يعذر فيها الا من اجتهد و قلد فيها - و اورد عليه بوجهين (الاول) ما افاده المحقق الخراساني ره بان مجرد كونه حكما واقعا و بمنزلة لا يكفي في الحكم بالصحة بل لابد وان يقيد بما اذا كان كك

حتى فى حق الغير الذى له مساس بالعقد - فلو كان حكما واقعا فى حق المنشئ خاصة لم يجد فى الحكم بالصحة بالاضافة الى غيره (وفيه) انه بما ان الملكية من الاحكام المجعولة الوضعية ومن الاعتباريات لامن الامور الواقعية - فاذا فرضنا ان الايجاب بالفارسي و ان كان عند القابل مما لامصلحة فى نفسه فى جعل الملكية بعده الا انه من جهة قيام الامارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك فلامحالة للاخر القابل ترتيب الاثر لانه لا كشف خلاف لذلك ولا معنى للقول بان المصلحة انما هى فى حق الموجب خاصة - فالملكية المجعولة انما تكون له خاصة فتدبر فانه دقيق (الثانى) ما افاده السيد فى الحاشية وتبعه بعض مشايخنا المحققين ره وهو ان ما ذكر على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية انما يتم بالنسبة الى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعا لحكم الاخر - كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي 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 الذبيح بغير الحديد - فانه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الا كل من تلك الذبيحة (والسرفيه) ان ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعا لحكم غيره فلا يجوز لغيره المخالف له فى رأى الاكل منه - ومانحن 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 الاكل الا بعد ذلك - و بالجملة - الصحة لاحد الطرفين ليست موضوعا لحكم الطرف الاخر بل لا بد من احراز كل منهما صحة مجموع السبب (وفيه) ان هذا فى الصحة الفعلية واما الصحة التأهيلية - فهى انما تكون لكل من الايجاب والقبول مستقلا وهى فى الايجاب مثلا تكون موضوعا لحكم القابل فتدبر - فما افاده المصنف ره متين .

واما المورد الثالث فقد افاد المصنف ره ان العقد باطل حتى على القول بكون

الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية والفرق بينه وبين المورد الثاني انه في ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة الى فعل الاخر والمفروض صحته من المعتقد في نظر الاخر - و هذا بخلاف هذا المورد فان تلك الصفة تسرى الى فعل الاخر اذا انشأ الموجب العقد معلقا و القابل ان قبل مطلقا لزم عدم التطابق بين الایجاب والقبول وان قبل معلقا كان فعله في نظره فاقدا للوصف المعتبر في العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه - و ملخص القول - ان فساد احد الجزئين لا يسرى الى الاخر على هذا المسلك ولكن منشأ الفساد يسرى اليه و يوجب ذلك فساده .

(قوله قدده و الترتيب الخ) و قد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التي تسرى الى فعل الاخر اذ القابل اذا قدم قبوله على الایجاب لزعمه جوازه - فيلزم منه تاخر الایجاب والمفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الایجاب بعده (ولكن) يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الایجاب وعدم جواز تقديم القبول عنده قدده عدم كون القبول نقلا في الحال وهذه الخصوصية لا تسرى الى الایجاب فهو من قبيل الاول لا الثاني .

(قوله قدده فتأمل) لعله اشارة الى ان الموالاة انما تكون شرطا لصحة القبول لا الانجاب اذلا معنى لصحة الایجاب الا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواجد للشرائط لاثّر وهو مع فقد الموالاة كك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز .

في المقبوض بالعقد الفاسد

(قوله قدده لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه الخ) اقول ان محل الكلام في المقام انما هو فرض التلف واما في صورة الانتلاف فلا ظن توهم الخلاف في الضمان من جهة قاعدة من اتلف (ثم ان) الكلام انما يقع في مقامين الاول - في الحكم التكليفي - الثاني - في الحكم الوضعي .

اما الاول فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله - راضيا بالفعل في التصرف في ماله حتى مع فساد العقد كما لو علم بالفساد وسلطه عليه كذلك - فلا اشكال في جواز التصرف وان لم يكن راضيا بالرضا الفعلي ولكن كان راضيا بالرضا التقديرى بمعنى انه لو كان عالماً بالفساد وان المال ماله كان راضياً بالتصرف فيه - جاز التصرف بناءً على كفاية الرضا التقديرى في حلية التصرف - والا - فلا يجوز لما دل (١) على انه لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه (ودعوى) ان فساد المعاملة لا يوجب زوال الاذن والرضا بالتصرف الذى كان في ضمن العقد لان الجنس لا يتقوم بفصل خاص (فاسدة) فان الرضا من قبيل ما يكون مابه اشتراكه عين ما به امتياز - فاذا لم يترتب على الرضا الموجود في ضمن المعاملة اثر - و المفروض انه ليس هناك رضا آخر فلا مورد للقول بالجواز .

و اما الثانى فقد مرفى التنبيه الثامن من تنبيهات المعاطاة ما عن بعضهم من حصول الملك بالقبض الواقع بعد المعاملة الفاسدة و ما يرد عليه - و انما الكلام فى المقام فى انه مع عدم حصول الملك هل يكون ضامناً وتلف ام لا - المشهور بين الاصحاب هو الاول و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه .

و استدله فى المتن بوجهين (الاول) النبوى المشهور (٢) على اليد ما اخذت حتى تؤدى و هو وان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الاصحاب عليه واستدلالهم به لا مجال للمناقشة فى سنده و انما المهم دفع ماورد 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

١ - راجع الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى والمستدرك ج ١ ص ٢١٢

و فروع الكافى ج ١ - ص ٢٢٦ - و الاحتجاج ص ٢٦٧

٢ - سنن يهقى ج ٦ - ص ٩٠ - و كنز العمال ج ٥ - ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧

على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الطرف لفوا و يقدر يجب و نحوه بخلاف
 مالو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى وهو خلاف الظاهر (ومنها) انه يستدعى
 تقدير فعل من الافعال من قبيل رده او حفظه و هذا التقدير ايضا خلاف الظاهر (ومنها)
 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 و
 هو بعيد فى الغاية ولا يناسب ايضا ارادة دفع البدل اذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البدل - 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 در كه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن
 المنسوب الى المشهور - ام هو بمعنى دخول الماخوذ فى العهدة وللعهدة آثار تكليفية و
 وضعية من حفظه وادائه مع التمكن واداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا العظام -
 و جهان اقوا هما الثانى - لان ما قبل الغاية من جهة كونه مغيبى بالاداء لا بد وان يكون
 امراً ثابتاً فعلياً مستمراً الى ان يتحقق الاداء وهذا ينطبق على الوجه الثانى - و اما على
 على الوجه الاول فلا امر مستمر الى حال الاداء ما لم يتلف . (الابراد الثانى) ما عن
 المحقق النائينى ره و هو ان الاخذ هو الاستعلاء على الشئ بالقهر و الغلبة كما
 تشهد به موارد استعماله - لاحظ قوله تعالى (١) وكذلك اخذ ربك اذا اخذ القرى و
 قوله (٢) ولا خذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين و قوله تعالى (٣) فاخذناهم اخذ عزيز
 مقتدر، و غير ذلك من موارد استعماله - و عليه فيختص الحديث بصورة الغصب
 ولا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقى و تسليط المالك ماله
 للمشتري (وفيه) ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشئ كان عن قهر و غلبة ام لم
 يكن و استعماله فى غير موارد الاخذ بالغلبة و القهر كثير لاحظ قوله تعالى (٤) خذ العفو
 و قوله عز اسمه (٥) خذ من اموالهم صدقة و قوله (٤) خذها فانى اليك معتمر

١ - هود الآية ١٠٢ ٢ - الحاقة الآية ٤٦ ٣ - القمر الآية ٢٢

٢ - الاعراف الآية ١٩٩ ٥ - التوبة الآية ١٠٣

و غير ذلك من الموارد (فتحصل) ان الحديث يدل على الضمان فى مطلق الموارد.
(قوله قدّه و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير الخ)
و يرد عليه انه يتم على القول باستقلال الاحكام الوضعية فى الجعل و اما.
بناءً على مسلكه قدّه من انها منتزعة من الاحكام التكليفية فى موارد هافلا يتم كما لا يخفى
و ما ذكره بعض مشايخنا العظام - بقوله و يمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه
لواريد من الجملة الانشاء و الجعل و اما لو اريد منه الاخبار بالتعهد و ان الاخذ متعهد
بما اخذه و انه يثبت عليه و يتوجه اليه تمام ما فى الماخوذ من التكاليفات و الخسارات
المتوجهة طبعاً الى مالكه فلا يلزم شىء و يكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع
من التكليف (يرد عليه) مضافاً الى كونه خلاف الظاهر اذا الظاهر من الجملة كونها فى مقام
الانشاء لا الاخبار. ان الامر الانتزاعى يتبع منشأ انتزاعه فعلاً و تقديرأ فاذا لم يكن بالنسبة
الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه (واما) ما افاده فى رسالة الاستصحاب
بما حاصله ان ضمان الصغير حكم وضعى ينتزع من الخطاب المتوجه اليه بعد صيرورته
بالغا بان يغرم ما اتلفه فى حال صغره (فيرد عليه) ان فعلية الامر لا انتزاعى مع كون منشأ
انتزاعه امراً استقبالياً لا نعقل .

(الوجه الثانى) الرواية (١) الشريفة الواردة فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة
بعد ان اولدها المشتري - الدالة - على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة بدعى 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 البدعى الاعيان فاذا كانت
اليد التابعة موجبة للضمان فالمتاملة اولى بذلك (وفيه) انه لو قيل بتكون البوالم من
نطفة المرثة و كان اللقاح من الرجل - او قيل بان الولد ينعقد رقاً و يصير حراً بالولادة
يكون ذلك اتلاًفاً حقيقة و الضمان فى صورة الاتلاف مما لا كلام فيه و اما لو قيل بتكونه
من نطفة الرجل و انه ينعقد رقاً فمن حيث اخذ الولد منها حر او ان كان لا اتلاف ولا استيفاء

للمنفعة الا انه من حيث اشغال الرحم بتربية ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم ولا اقل من كونه اتلافا فانها كانت مستعدة لانماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطقته وعليه فاذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبدا مسحوا وتم استدلال المصنف رده واما لو كان مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك - فلا يتم ولا يبعد دعوى ظهوره في الثاني ولا اقل من الاجمال (فتحصل) انه لا يصح الاستدلال به من جهتين - ثم انه في مورد الخبر لا بد من البناء على اشتغال ذمة المشتري بالوطء ايضا فانه منفعة استوفاه عن ملك الغير فتدبر .

في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(قوله قدّم ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد

يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الخ) اقول التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث علي اليد - اقتضاء كل بدل للضمان - بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا او تخصصا (و عليه) فلا يرد عليه ما ذكره بعضهم من ان هذه القاعدة اصلا وعكسها لم ترد مورد رواية ولا معقد اجماع كي تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة اصلا في التكلم فيها (ثم ان) الكلام في المقام يقع في جهات .

الاولى في معنى الضمان (فعن) بعض الاساطين تفسيره - بكون تلفه عليه وانه يتلف مملوكه (وفيه) انه لا دليل ولا وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف في يده الابناء على القول بكون اداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية وستعرف ما في المبنى (مع) ان الانسان لا يكون ضامنا لامواله التالفة ولا يكون ذلك خسارة عليه وان كان خسارة منه (وفي المتن) تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته ودركه في ماله الاصلى فاذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه - ويرد عليه (اولا) ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذي هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة والمتفاهم العرفي (وثانيا) ان لازم هذا المعنى عدم فعلية الضمان قبل التلف في العقود الفاسدة

(وثالثاً) ان الثابت فى العقود الصحيحة التملك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض فليس عنوان الدرك والتدارك فى الصحيح (ورابعاً) ان التلف لا دخل 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 - فى العقود الصحيحة يكون هذا المعنى اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع وفى العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع فالضمان فى الجملتين اريد به التعهد المالى.

(قوله قدده وثالثة بازاء اقل الامرين الخ) وقد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض - اقول - فى المسألة اقوال (الاول) عدم وجوب دفع العوض وعدم الضمان اختاره العلامة وولده على مانسب اليهما (الثانى) ما عن جماعة وهو تعين دفع المسمى (الثالث) ما عن المسالك واختاره المصنف ره وهو وجوب اقل الامرين من المسمى والعوض الواقعى للعين (وجه الاول) انه فى الهبة المعوضة لا يجب على المتهب دفع العوض غاية الامر مع بقاء العين للواهب الرجوع اذا لم يدفع المتهب العوض - فى صورة التلف لا يجب عليه شىء لا للعوض المسمى كما هو واضح - ولا الواقعى لفرض انه هبة صحيحة (وجه الثانى) عموم ماد (١) على لزوم الوفاء بالعقد - غاية الامر انه فى صورة وجود العين يكون المتهب مخيراً بين ردها ودفع المسمى - فاذا تعذر الاول للتلف تعين الثانى (وجه الثالث) ان المتهب قبل التلف مخير بين دفع المشترط ورد العين واذا تلف يكون هذا الخيار باقياً لانه اذا تعذر دفع العين يقوم بدلها مقامها فى الطرفية للتخير - فيكون فى فرض التلف مخيراً بين دفع المشترط والعوض الواقعى فالواجب عليه اى ما لا بد منه هو دفع اقل الامرين وتمام الكلام فى هذه المسألة مو كول الى محله .

(قوله قدده اذ يكفى فى تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك

مالكه وان كان عند تلف احدهما يتعين الاخر للعوضية نظير المعاطة (الخ)
 (و فيه) ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضية كل منهما للاخر مطلقا
 لاعدام امضائه لها فى زمان خاص او مع عدم الشرط المخصوص (و عليه) فتعين كل
 منهما للعوضية عند تلف احدهما مناقض لفرض الفساد وانما يلتزم بذلك فى المعاطة
 لما عرفت من انها صحيحة ممضاة غاية الامر تكون مشروطة بشرط وهو تلف احدهما
 فزمانه بالمسمى يخرج من فرض الفساد .

الجهة الثانية فى ان عموم العقود هل هو - انواعى - او اصنافى - ام افرادى
 (اقول) ظاهر العموم وان كان هو الاخير كما هو الشأن فى كل طبيعة واقعة فى متلو
 اداة العموم - كقوله (ع) كل شىء طاهر - او كل مسكر حرام وما شابههما - الا ان
 ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وجود الفردين فى ماهو 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 فكك فى هذا الفرض و
 هو خلاف الظاهر (فما) احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا (ضعيف)
 فيدور الامر بين كونه - انواعيا - او اصنافيا - والظاهر هو الثانى اذ لو كان انواعيا حيث
 انه قد يتفق فى نوع واحد ما يضمن بصحيحه وما لا يضمن به - كالعارية فان فى عارية
 الذهب والفضة ضمان دون عارية غيرهما - وكالصلح فانه ربما يكون معاوضيا و
 ربما لا يكون كك فلا يفيد سوى البراء والتمليك المجانى - فالجامع بين القسمين
 لامحالة لا يكون موجبا للضمان - فلا بد من البناء على عدم الضمان فى الافراد الفاسدة
 منه 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 .

(قوله قد ه تم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه فلو

اقتضاء الشرط المتحقق فى ضمن العقد الصحيح (الخ) اورد عليه السيد ره بان العقد مع الشرط ومجردا عنه صنفان متغايران و بعد ارادة 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 بد المستعير بضمان 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 قدده اوباع بلا ثمن الخ) الظاهر عدم معقولية البيع بلا ثمن فان حقيقة البيع منقومة بالثمن كما تقدم فى اول الكتاب وسيأتى 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 النامة - السببية الناقصة - الظرفية - لاسبيل الى الالتزام بالاول - لانه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما فى باب الصرف والسلم - فيكون القبض جزء العلة واما الثانى - فالالتزام به فى بصحيحه و ان كان لا بأس به الا انه لا يتم فى بفاسده - اذفى العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد وقد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان (الاول) ان العقد منشأ وسبب للقبض على وجه الضمان الذى هو سبب للضمان فهو سبب للسبب (و فيه) ان سبب السبب وان كان سببا لان ذلك فيما اذا كانت السببية فى المورد من سنخ واحد تكوينية او تشريعية - واما اذا كانت فى احدهما تكوينية وفى الاخر تشريعية فلا يصح هذا الاطلاق كما لا يخفى و المقام كك فان سببية العقد الفاسد للقبض ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان - وان 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 (و فيه) ان الموجب للضمان هو القبض - و السببية المشار اليها من قبل الوصف بحال المتعلق - فعلى هذا بما ان الظاهر بقربة وحدة السياق ارادة شيء واحد من كلمة الباء - فيتعين حملها على ارادة الظرفية - كما فى قوله تعالى (١) و لقد نصركم الله ببدر وقوله (٢) ونجيناهم بسحر - وغير ذلك من الاستعمالات .

مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(قوله قد علم 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. واورد عليه المصنف ره بايرادات (منها) انه ربما يكون اقدام موجوداً و لا ضمان كما قبل القبض (و فيه) ان الضمان فى الصحيح ضمان بالمسمى وهو متحقق قبل القبض وانما يكون التلف من مال بايعه لمادل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف او من جهة الشرط الارتكازى الضمنى و هو ضمان البايع لو تلف المال قبل قبضه وعلى اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود (و منها) انه ربما لا يكون الاقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان كما اذا قال بعثك بلائمن وكما اذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البايع اذا تلف فى يد المشتري (و لكن يرد) على النقض الاول - ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع - الابان يقصد ذلك بقوله بعثك وقوله بلائمن يكون اسقاطا للعوض و ابراءاً لذمة 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 اذا التمليك بلا عوض هو الهبة و

عليه - فان صح انشاء عقد بالالفاظ الموضوعه لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة - و
 الافساد - فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض (و يرد) على الثانى ان الاقدام
 على الضمان المعاوضى موجود وكك الضمان غاية الامر هناك شرط لضمان البايع
 المبيع (ومنها) انها انما اقدا على ضمان خاص لا الضمان بالمثل او القيمة والمفروض
 عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص ومطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية
 حتى يقوم بخصوصية اخرى (واورد) عليه المحقق الخراسانى ره على ما نسب اليه
 بانهما انما اقدا على اصل الضمان فى ضمن الاقدام على ضمان خاص والشارع انما
 لم يرض الضمان الخاص لاصله (وفيه) ان الاقدام الموضوع للآثر هو الاقدام القصدى
 لا القهرى ومعلوم ان ماتراضيا عليه وقصده هو الضمان بشىء خاص وهذا لا ينحل الى
 التراضى بمطلق الضمان - وكونه بشىء خاص فلا يكون الاقدام على الضمان بالمسمى
 اقدا على مطلق الضمان (فالاولى) ان يورد على المصنف بان ما ذكره اخص من
 المدعى اذ ربما يكون المسمى مقدارا كليا منطبقا على القيمة الواقعية - وربما يكون
 المسمى هو القيمة الواقعية - وفى هذين الموردين يكون المقدم عليه هو الذى يحكم
 بشيئته (ومنها) انه لا دليل على سببية الاقدام للضمان - وهذا هو الحق فى الجواب عن
 هذا الدليل .

الثالث خبر (١) على اليد المتقدم - وقد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة - و
 دلالة على الضمان ظاهرة (واورد) عليه بان مورده مختص بالاعيان ولا يشمل المنافع
 والاعمال المضمونة فى الاجارة الفاسدة (اقول) وجه الاختصاص امران (احدهما)
 ما افاده المصنف فى الامر الثالث - وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (وفيه)
 انه ليس المراد بالاخذ والاخذ بالجراحة الخاصة والالزم عدم شمول الخبر لجملة من
 الاعيان كالدار والمقار - فلا محالة يكون الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشىء و
 التعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازما غالبياله والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة

الى المنافع اذا استيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين وان لم يستوف
 المنفعة ولم تكن العين مضمونة فان المنفعة هي قابلية العين للركوب وللسكنى مثلا
 وهذه القابلية من مراتب وجود العين والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها
 ومرتبات وجودها ومنها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو
 عدم صدق التأدية في المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة المأخوذ باداء نفس
 المأخوذ - والمنافع لتدرجها في الوجود لا اداء لها بعد اخذها في حد ذاتها (ولا يمكن)
 دفعه بان المنفعة وان كانت تدريجي الوجود الا انها واحدة وجوداً فيصدق الاخذ
 بالاستيلاء على طرف هذا الواحد والاداء بساداء 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 المأخوذ غير المؤدى اذا الظاهر منه ما كان
 من شأنه ان يؤدي بعد اخذه (وفيه) ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذوا لابقى 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
 الا باداء 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
 لا يظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع .

الرابع قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله (ع) (١) لا يحل مال امرء مسلم
 الا عن طيب نفسه وقوله (ص) (٢) حرمة ماله كحرمة دمه . وقوله (٣) لا يصلح ذهاب حق احد

١ - بمضمونه اخبار - في الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - والمستدرك

ج ١ ص ٢١٢ - وفروع الكافي ج ١ - ص ٢٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧

٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب القصاص في النفس حديث ٣

٣ - الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب كتاب الشهادات حديث ٢٠١

(وتقريب) دلالة حديث لا يحل - ان الحلال هو ما لا تبعة له - فاذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية واذا نسب الى المال كما في المقام كان معناه ما لا خسارة من قبله فمعنى لا يحل في المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مما له تبعة وخسارة وعوض (وفيه اولا) ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحلية التكليفية ويقدر التصرف كما في نظائر المقام - كقوله تعالى (١) حرمت عليكم امهاتكم - وقوله عز وجل (٢) احل لكم الطيبات وغيرهما (وثانيا) ان حمل الحلية على الوضعية لا يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الا عن طيب نفسه فان ظاهره صدور شيء عن الطيب فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا (وثالثا) ان الحديث لودل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التي استوفيت ولا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة والعمل الصادر من الاجير بالاجارة الفاسدة من دون تسبب من المستأجر فانها غير مربوطة بالمستأجر حتى يشملها الحديث الشريف (و رابعا) انه لا يشمل عمل الحر بناء على ما تقدم منه في اول كتاب البيع من التامل في صدق المال عليه (واما) حديث حرمة ماله كحرمة دمه (فتقريب) الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الى المال - وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال - واحترامه كك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بتداركها - فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه فرعاية ماليته رده اورد عوضه لو تلف (وفيه اولا) ان ظاهر الخبر ولو بقرينة السياق ارادة الحرمة التكليفية منه - فان قبله هكذا (سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمة من معصية الله) فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة دمه 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 وهي لا تقتضي ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه

لاتداركه لو تلف (ورابعا) انه لا يشمل عمل الحر بناءً على عدم كونه مالا (واما) حديث
لا يصلح ذهاب حق احد فهو لا يدل على الضمان لان الكلام انما هو في ثبوت الحق
في المقام - والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه .

الخامس قاعدة نفى الضرر بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال
تحت يده ضررى على المالك فينتفى لحديث (١) نفى الضرر فيحكم بالضمان (اقول)
بعد تسليم مبنيين الذين بنى عليهما المصنف ره في محله وعليهما يبتنى الاستدلال في
المقام - احدهما - ان المنفى بحديث لا ضرر ليس بخصوص الاحكام الوجودية المجعولة
بل كل ما هو من الاسلام وجوديا كان او عدميا - ثانيهما - ان مدلول حديث لا ضرر نفى
الحكم الناشئ من قبله الضرر كان الضرر ناشئاً من متعلقه - ام كان ناشئاً من نفسه
كلزوم البيع الغبني (انه) لا يصح الاستدلال به في المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما
يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر وان الضرر يكون منقياً في عالم التشريع
ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى - فلو تضرر احد
في تجارته مثلاً لا يجب على المسلمين تدارك ضرره وهذا من الواضح بمكان - وفي
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 وجه الالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم
انتفاعه به ولا اتلافه فليكن سد ضرره من بيت مال المسلمين - فالظاهر ان قاعدة نفى
الضرر ايضا لانفى باثبات المطلب - فالعمدة حديث اليد - وهو انما يختص بالاعيان
والمنافع - ولا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى .

(قوله) قدده ثم انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان (الخ) الصور المتصورة
اربع - علمهما بالفساد - وجهلها به - وعلم الدافع مع جهل القابض - والعكس

١- الوسائل باب ١٢ - و٧ من ابواب كتاب احياء الموات وباب ٥ - من ابواب كتاب

الشفعة وباب ١ - من ابواب موانع الارث وغيرها من كتب الحديث .

والاشكال انما هو في صورتين منها - وهما - علم الدافع وجهل القابض - وعلمهما به - وفي الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص بها (اما الاشكال) المشترك فهو ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لامحالة يكون دفعه تسليطاً مجانياً وامانة مالكية - (وفيه) انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذي بنى عليه تشريعاً - و بعبارة اخرى بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث في المقام و اما اذا سلطه مجاناً فلا كلام في عدم الضمان (واما الاشكال) المختص فهو ان الدافع اذا كان عالماً بالفساد والقابض جاهلاً به - لامحالة يكون الدافع غاراً و القابض مغروراً فلا يكون ضماناً لقاعدة الغرور (وفيه) ان القابض 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 - وهوانه قد خرج عن عمومه اليد الامانية المنطبقة على المقام - بقوله و تسليط الدافع العالم لا يجعلها امانة مالكية لانه دفعه على انه ملك المدفوع اليه.

في قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(قوله قدده واما عكسها وهو ان مالا 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 الباع في هذه القاعدة انها لو كانت للسببية - لم تجد هذه القضية للحكم بعدم الضمان في شيء من الموارد اذ هي انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان ولابنا في ذلك اقتضاء اليد او غيرها للضمان فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثاني في مدرك هذه القاعدة - فعن الشيخ في المبسوط الاستدلال لها (بان) الضمان لا بد و ان يكون لاقدام الاخذ - اول حكم الشارع به - والعقد الصحيح الذي ليس فيه اقدام على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفاسد منه ايضاً كك - فانه

ليس فيه اقدام - و لاحكم للشارع فيه - اما الاول فواضح - واما الثانى فلان حكمه به مع عدم التعبد الشرعى الخاص به لا بد وان يكون من جهة امضاء ما يقتضى الضمان المفقود فى المقام بنحو السالبة بانتفاء الموضوع (اقول) هذا الاستدلال مبنى على مسلكه فى الضمان فى فاسد العقود التى يضمن بصحيحها - من التمسك بقاعدة الاقدام - و اما بناءه على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال اجنبى عن المقام ثم ان ظاهر كلام شيخ الطائفة - هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح و الفاسد - و قوله 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 الفاسد بعدم الضمان من صحيحه - لا اولوية فاسد ما لا يضمن بصحيحه من فاسد ما يضمن بصحيحه كما هو ظاهر توجيه المصنف ره .

ثم ان الشيخ الاعظم ره استدل على عدم الضمان فى غير التملك بلاعوض اعنى الهبة - فى مقابل اليد المقتضية له (بعموم) مادل على (١) ان من استأمنه المالك على ماله غير رضا من بل ليس له ان يثمه - و حاصله - ان حقيقة الاستيمان المالكى هى التسليط عن الرضا مجانا الموجود فى فاسد العقود التى لا يضمن بصحيحها . و استدل له فى الهبة (بفحوى) مادل على (٢) خروج صورة الاستيمان فان استيمان المالك لغيره على ملكه اذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى - و لمن تاخر عنه فى كل من الموردین كلام . اما المورد الاول (فاورد) عليه المحقق الايروانى بان تسليط المالك ان وقع بزعم صحة المعاملة و مقيدا 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 - و حيث ان دفع ما وقع عليه العقد فى هذه الموارد ليس عن اللابدية

فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الرضا و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة .
 و اما المورد الثانى فقد (اورد) عليه المحقق الخراسانى بان الاولوية انما تكون
 فيما اذا لم يكن هناك اتلاف و الا فالضمان ثابت فى الاصل مع انه فى المقبوض
 بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا (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 انه فى تلك الموارد لا اذن ولا رضا فى التصرف المتلف فيلحق ذلك التصرف
 حكمه - وهذا بخلاف الهبة فانه فى ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف
 حتى المتلف منه - ووجه الاولوية انه فى تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا
 وفى الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها 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 العقلائية
 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 ممضاة 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 الا تلاف - فلو وهب ماله لذى رحمه بهبة فاسدة و اعتقد صحتها و لم يكن
 راضيا ببقاء الموهوب تحت يده ولا يسترده 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 لاتوجب ضمانها مع ان فاسدها يوجب الضمان (اقول) الكلام فيه يقع فى مورد ين (الاول) ففى 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 رده 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 (واورد عليه) المحقق الخراسانى رده بان حقيقة الاجارة جعل العين فى الكراء وملك المنفعة لازمها الغالبى والا فربما تقتضى ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضى ملك لبئها - 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 اذاوجب الضمان المعاوضى ففى الفاسد منه ضمان الغرامة واذالم يكن فى صحيحه الضمان من ناحية العقد ففى فاسده ايضا لاضمان والاجارة انما توجب الضمان بالاضافة الى المنفعة وان كان مورد العقد العين ولا نظر لها الى العين ولا تكون مقتضية بالقياس اليها اثباتا ونفيا - وعليه - فما افاده المصنف رده متين .

و اما المورد الثانى فقد اختلف كلماتهم فيه - و ملخص 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 المالمزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا فتكون العين امانة مالكية - لما تقدم من ان حقيقة الاستيمان المالكى التسليط عن الرضا - واما - فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة فيها 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 - و ان لم يكن باقيا فيمكن ان

يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متباينان على عدم ضمان العين - لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان ومع هذا التباين واسقاط المالك احترام ماله لانكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد - فاذا لادليل على الضمان والاصل عدمه - بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك - فالأظهر عدم الضمان على جميع التقادير - وقد استدلل على الضمان بوجهين ذكرهما المصنف رده فى المتن (الاول) اندفع الموجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه المفروض عدم الاستحقاق فيه يدعدوان موجبة للضمان (وفيه) ما عرفت من انه فى بعض الموارد يكون يده يد امانية لاعدوانية - وفى بعضها الاخر لا تقتضى الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء - وبذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثانى وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد فتدبر .

و منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناءً على فساد العارية فان المنسوب اليهم ضمان المحرم بالقيمة مع ان صحيح العارية لا يضمن به (اقول) لا بد اولاً 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 فى صحة العارية و عدم الضمان الامع الانلاف - والا - فبناءً على وجوب رده الى مالكه تقديماً لحق المخالوق على حق المخالق اومسح القداء جمعاً بين الحقين - فلا وجه للضمان لان العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستيمان المالكى والمفروض عدم وجوب الارسال فلا يتوهم الضمان من ناحيته - واما ان قلنا بوجوب الارسال - فلا كلام فى الضمان وكذا بعد الارسال اذا عدتلفا عرفاً (واما قبله) فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الارسال - واستدل له بوجهين (الاول) ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكه بالعارية والالزم التصرف فى مال الغير من غير اذنه - فيشمله ما دل على ان من اتلف مال

الغير فهو له ضامن - اذ لا فرق فى هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين واتلاف ملكيتها مع بقائها - فتكون القيمة ثابتة من حين العارية - ولعله الى هذا نظر المصنف ره حيث قال ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف (اقول) فى كل من الصغرى والكبرى نظر (اما الاولى) فلان التمسك باصالة العموم انما هو فيما اذا حرز الفردية للعام وشك فى شمول حكمه له كما لو علم عالمية زيد وشك فى وجوب اكرامه - فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه - واما لو احرز الحكم وشك فى فرديته للعام كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد وشك فى انه عالم فيكون عموم اكرام العلماء مخصصا - او غير عالم فليس هناك تخصيص فلا مجال للتمسك باصالة العموم والحكم بعدم الفردية كما حقق فى محله - والتمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف فى مال الغير من دون رضاه فى المقام انما يكون من قبيل الثانى كما لا يخفى فلا مورد للتمسك به (مع) انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر وهو ما دل على ان اختيار المال بيد مالكة وانه مسلط عليه - وهذا يناهى مع خروجه عن ملكه قهرا (مضافا) الى ان لازم هذا انه لو عصى ورده المحرم الى مالكة يكون الضمان باقيا مع ان الاصحاب افتوا ببرائة ذمته فى هذا الفرض (واضف) الى ذلك كله ان المعبر فى صورة العلم دخيل فى التلف فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معا ومعه لا وجه للحكم بضمان المستعير كما هو واضح (واما الثانية) فلان الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان واما اتلاف الملكية وازالة العلق فلم يدل دليل على انه موجب للضمان (الوجه الثانى) ان من اسباب الضمان الحيولة بين المال ومالكة وهى - كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه كذلك تتحقق بعدم تمكنه شرعا - وفى المقام على تقدير وجوب الارسال لا يتمكن المستعير من رده اليه شرعا ومعه يكون مقتضى قاعدة الحيولة الضمان (وفيه) ان المالك و متمكن عقلا وشرعا من الاسترداد وانما لا يتمكن المستعير من الرد وهذا ليس - مورداً للقاعدة (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 دخل فى ذلك فلا وجه لضممان المستعير - وهناك وجوه اخرى بينة الفساد - فالظاهر عدم الضمان قبل الارسال كما عن العلامة وغيره .

واما الجهة الثانية فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام - وان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الائلاف فعدم ورود النقض واضح فانه انما يصح النقض اذا حكم به مع صدق التلف دون الائلاف اذ فى صورة الائلاف فى صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا فتدبر .

ومنها ضمان المنافع غير المستوفاة فى البيع الفاسد مع انها غير مضمونة فى البيع الصحيح - هكذا ذكر المصنف ره هذا النقض - و لكن يرد عليه (اولا) ما سيأتى منه قد مر من نقل الاقوال الخمسة فى ضمان المنافع التى لم يستوفها المشتري فى الامر الثالث فليس الحكم بالضمان مسلما (وثانيا) ان التخصيص بغير المستوفاة لا وجه له فان المستوفاة ايضا مضمون بها فى الفاسد دون الصحيح (لا يقال) ان وجه الضمان فيها انما هو الائلاف ومورد القاعدة هو التلف (فانه يقال) انه لا فرق بينهما فان الائلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاة ايضا بامساك العين - وكيف كان فالكلام فى المقام انما هو فى انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة ام لا (والمصنف ره) سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة فى العقد الصحيح لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة (واورد عليه) السيد قد مر بان المنافع وان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة فى القيمة وزيادة الثمن وهذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونة (وفيه) ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين وان كان على عالم الصورة لم يندفع الاشكال بذلك - وان شئت قلت - انه لا ريب فى ان المال فى البيع ليس بازاء المنفعة وان كانت هى الداعية لجعل المال فى مقابل العين ولذا لو فسخ البيع وكان المشتري مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن ولا يلاحظ شىء منه فى قبال المنفعة وعليه فلا يتم هذا الجواب و

(الصحيح) في وجه عدم ورود النقض ان يقال ان حكم المنفعة في البيع حكم العين في الاجارة و هي اكونها خارجة عن مورد العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا يكون نقضاً على القاعدة (مع) انه ستعرف انه يمكن ان يقال ان القاعدة انما هي في مورد التلف و المنافع التي يحكم بضمانها انما هي في صورة الائتلاف من جهة امسالك العين .

ومنها حمل المبيع فاسد افانه غير مضمون في الصحيح مع انه مضمون في البيع الفاسد (والمصنف) ره اجاب عنه بانه يمكن ان يكون القول بالضمان في صورة الاشتراط اى جعل الحمل جزءاً من المبيع - وح لانقض على القاعدة فان في صحيحه ايضا الضمان (اقول) انه لانقض على القاعدة وان قيل بالضمان في صورة عدم الاشتراط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة والعقد بالنسبة اليه لاقتضاء (ثم ان) الاظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقامه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل و كونه امانة مالكية فلا يشمل حديث على اليد كما تقدم وتمام الكلام في محله .

ومنها الشركة الفاسدة بناءً على انه لا يجوز التصرف بها - فانهم حكموا بضمان ما اخذه احد الشريكين عدواناً (وفيه) ان عقد الشركة بنفسه لا يوجب جواز التصرف كى يقال انه في صورة الفساد لا يجوز فيكون المتصرف ضامناً بل هو انما يكون في صورة الاذن في التصرف وعليه فلا فرق بين الصحيح والفاسد في عدم الضمان اذ لو اقتضى الاذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاء في الفاسد ايضا .

(قوله قدّه و عن الدروس توجيهه كلام العلامة الخ) اى ما افاده ره في التذكرة من الحكم بالضمان .

(قوله قدّه فان قلت ان الفاسد وان لم يكن له دخل الخ) لا يخفى ان هذا الابرار هو بعينه ما افاده بعنوان الخدشة على الاولوية فلاحظ و تدبر .

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فوراً

(قوله قدّه الثانی من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد)

(الخ) اقول الكلام فى هذا الامر يقع فى جهات .

الاولى فى مدرك وجوب الرد وقد استدلل له - بوجوه (الاول) الاجماع (وفيه) انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه (الثانى) التوقيع المروى عن الاحتجاج (١) لا يجوز لاحد ان يتصرف فى مال غيره الا باذنه - بتقريب ان الامساك ولو آناً ماتصرف فى مال الغير بلا رضامته فلا يجوز فيجب الرد (واورد عليه) بان التصرف من الصرف فالمراد به التقلب والتقلب ولا يصدق ذلك على مجرد الامساك والظاهر من الكتاب تردد المصنف ره فى تمامية هذا اليراد (ولكن) عدم تمامية الاستدلال به واضح اذ لو كان الامساك تصرفاً لمادل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد - الانباء على مقدمة ترك الضد لوجود ضده (والمراد بالضدين فى المقام ما يعم المتماثلين اى ما لا يجتمعان) ووجوب نقبض الحرام فانه ح يكون الرد ضد الامساك فاذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمته ذى المقدمة وهو الامساك واذا حرم الترتك وجب الفعل وفى كلتا المقدمتين نظير منع و عليه فلا يبدل هذا الخبر على وجوب الرد (الثالث) موثق (٢) سماعة عن الصادق عليه السلام فى حديث عن رسول الله ﷺ من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرء مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (اقول) لا يرد على هذا الحديث اليراد الاول على الخبر المتقدم حيث ان حذف المتعلق بفيد العموم فبدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلاذنه - الا ان الاشكال الثانى يرد عليه (لا يقال) ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر فى وجوب الرد (فانه يقال) ان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل .

١- الاحتجاج ص ٢٦٧ - عن الاسدى العمري عنه (ع)

٢- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١

فالحق ان يستدل له بانه المستفاد من النصوص المتفرقة - ففى (١) صحيح
البنزطى الوارد فى اللقطة وان جائك طالب لانتهمه رده عليه .. وفى (٢) صدره فى
الطير الذى يعرف صاحبه - قال عليه السلام اذا عرف صاحبه رده اليه وغير ذلك من النصوص
فان المستفاد منها لاسيما بعد ملاحظة الآية الشريفة (٣) الواردة فى 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 مصداق للاداء والرد
- ام يكون ذلك فى الامانة بالتخلية وفى غيرها بالاقباض من المالك - كما لعله المشهور
(اقول) الاظهر هو الاخير فان حقيقة الرد والاداء ايصال الشئ الى محله - وح اذا
كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخلية بينه وبين مالكة 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 - واما اذا كان المال
مغصوبا فادائه ورده انما يكون بالاقباض منه اذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب فى غير
محله فلا بد من ايصاله الى محله - كذلك كونه عند خارجا يكون فى غير محله فلا بد من
ايصاله اليه بالاقباض منه (وبما ذكرناه) ظهرا نه لو نقل الامين الودعة من بلد الى بلد
الى بلد آخر بغير داعى الحفظ وبدون اذن مالكة و الشارع يجب ردها الى بلد
الايداع .

الجهة الثالثة فى انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الامانة فيكفى

فى رده التخلية ام يكون من قبل المصنوب فيجب الاقباض - والظاهر هو الاول - وذلك فى العقود الجائزة واضح لانه مع عدم كون المالك ملزما بالدفع لامحالة يكون دفعه للمال عن الرضا وقدمران الاستيمان المالكى هو التسليط عن الرضا واما فى العقود اللازمة فلانه حين اقدمه على العقد المقتضى للدفع لامحالة كان راضيا بالدفع والتسليط و الظاهر بقائه على حاله نوعا الى ما بعد العقد وهذا هو الوجه فى كون يده امانية فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ره بقوله انه انما ملكه اياه عوضا فاذا انتفت صفة العوضية الخ اذ 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 - ومن يقول بالعدم فانما هو فى غير هذه الصورة تقدير .

الجهة الرابعة فى انه اذا توقف الرد على المؤونة فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الابى - ام لا يجب لقوله ^{لا ضرر} (١) ام هناك تفصيل بين المؤونة القليلة والكثيرة فيجب البذل فى الاولى ولا يجب فى الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة بخلاف بذل المؤونة الكثيرة كما هو الظاهر من المتن فى بady النظر - ام يفصل بين ما اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعيا رد مال الغير فهو على القابض وان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن وصريح المحقق النائينى ره وجوه (اقواها الأخير) وذلك لانه اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبعيا رد المال لامحالة يكون دليل وجوب الراد اخص من حديث لا ضرر فيخصص به وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

في ضمان المنافع المستوفاة

(قوله قدّمه الثالث انه لو كان للعين المتباعدة منفعة استوفاهها المشتري قبل

الرد (الخ) الكلام في هذا الامر يقع في مقامين - الاول - في المنافع المستوفاة - الثاني في المنافع غير المستوفاة (اما الاول) فالكلام فيه يقع في موردين - احدهما - في الدليل على الضمان - ثانيهما - فيما استدل به على عدم الضمان

اما المورد الاول فيمكن ان يستدل له بوجوه (الاول) عموم (١) على اليد - بناءً على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان - وان الحديث يدل على الضمان (الثاني) الرواية (٢) الواردة في الامة المتباعدة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة بالتقريب المتقدم في اول هذا المبحث (الثالث) صحيح (٣) ابي ولاد الاتي الدال على ضمان منفعة المقصوب المستوفاة نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف (الرابع) قاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة و جملة منها (٤) موارد العقود الاستيمانية كالمضاربة و الرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط و جملة منها في غيرها - مثل ماورد (٥) في القصار يخرق الثوب من قوله فان يخرق فهو ضامن او غرمه بما جنت به يده - وغيره - (و دعوى) عدم صدق المال على المنفعة قد مر

١ - سنن يهقي ج ٦ - ص ٩٠ - وكذا العمال ج ٥ ص ٢٥٧

٢ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العيب والاماء حديث ٣

٣ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب الغصب - و باب ١٧ - من ابواب كتاب

الاجارة حديث ١ .

٤ - الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب المضاربة - و باب ٧ - من ابواب كتاب الرهن

٥ - الوسائل - باب ٢٩ - من ابواب كتاب الاجارة

جوابها فى اول الكتاب (ثم انه) قد استدل له بوجوه آخر - (منها) قاعدة احترام مال المسلم (ومنها) قاعدة نفسى الضرر و قد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه .

واما المورد الثانى فقد استدل على عدم الضمان بالنبوى المرسل (١) (الخراج بالضمان) -- بتقريب انه يدل على ان من ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخرجاهى 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 - و العلامة ره فى باب الغصب من كتاب التذكرة الا ان هذا المقدار لا يكفى فى جبر ضعف السند - و بعد تسليم ان مذكره 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 للعين و ان كان ضمانه قهرا عليه كما فهمه ابو حنيفة (ثانيها) ان المراد بالضمان هو المعنى المصدري اى احداث الضمان امضاء الشارع ام لا فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان فيشمل العقود المعاوضة صحيحة كانت ام فاسدة ولا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان - وهو الذى فهمه ابن حمزة وجعله مدر كعدم ضمان المنافع فى المقبوض بالعقد الفاسد (ثالثها) ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له - فيختص الخبر بالعقود المعاوضة 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 و هو الذى فهمه شيخ الطائفة من الخبر - فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين فيكون اجنبيا عن المقام (خامسها) ان المراد بالضمان احد المعانى الثلاثة

١ - راجع صحيح الترمذى ج ٥ ص ٢٨٥ - وسنن ابى داود ج ٢ ص ٢٥٥ والمبسوط كتاب البيوع

الاوله ولكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لالعين - فيكون مفاده ان المنافع تملك بلاملك للعين ويسدل 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 مالكيها بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه (اما) الاحتمال الاخير - فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لالكونها فى كفالته - مع - انه يختص بالخبر بمثل الحيوان ولايشمل غيره (واما) الاحتمال السادس - فهو خلاف اطلاقه فان حذف المتعلق يفيد العموم (واما) الاحتمال الرابع فقد مر فبه - فى بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (واما) الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابى ولاد الانى الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين (واما) الاحتمال الثانى فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لانحقق حقيقة لاحداث الضمان (مع) انه يلزم منه 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 (والظاهر) هو الاول فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشىء 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 قدده وربما ينتقض ما ذكرنا فى معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث انه الخ) ويمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذى اختاره المصنفه فى معنى الخبر وفاقا للمشهور 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 كك فانه لافرق بين تملك المنفعة والانتفاع فان

معنى كون الخراج له - انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة والانتفاع ولعل الامر بالتأمل في الكتاب اشارة الى ذلك .

في حكم المنافع غير المستوفاة

(قوله قدّه واما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا (الخ) مذهبو المقام الثاني من البحث - والكلام في هذا المقام ايضا يقع في موردين - الاول في دليل الضمان - الثاني فيما استدل به على عدم الضمان . اما المورد الاول فيدل على الضمان حديث على اليد بناء على ما تقدم في بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده من شمول الحديث للمنافع (ويشهد له ايضا قاعدة الائتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها ائتلاف لمنافعها عرفا (وعن) المحقق الخراساني 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 الايرواني ره من ان اداء العين المجموع غايه للضمان لا يكون الا ابادائها بمنافعها و فروعها - فيرد عليه - انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدي شمول الحديث للعين في ضمانها فان الغاية اداء نفس ما يكون تحت اليد لاشيء آخر - و ان اريد به غير ذلك فعليه البيان .

و اما المورد الثاني فقد استدل لعدم الضمان بوجوه . (الاول) ان مقتضى قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ذلك - فان المنافع لا تضمن في العقد الصحيح فكذلك في فاسده (وفيه اولاً) ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الائتلاف وقد عرفت صدق الائتلاف على تلف المنافع (وثانياً) ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - ضمان المنافع في الاجارة الفاسدة

وبضميمة عدم الفصل بين البيع والاجارة يثبت الضمان فى المقام (وثالثا) ماتقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد ومصبه والقاعدة اصلا وعكسا مختصة بما هو مصب العقد (الثانى) ان البايع فى صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجانا (وفيه) ان البايع لانظر 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 (١) فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمة - بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة وساكت عن ضمان غيرها فى مقام البيان (وفيه) ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة و انه يكون الولد حرا وعليه قيمته ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الاخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما (والغريب) ان المصنف رده فى اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان فى المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية و جعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاة - وفى المقام جعلها من المستوفاة وقد تقدم ما هو الحق عندنا (الرابع) صحيح محمد بن قيس (٢) الوارد فى من باع وليدة ابية بغير اذنه قال عليه السلام خذ وليدتك وابنها. بتقريب انه ساكت عن المنافع الفاتئة و هو وان ورد فيما اذا كانت العين لغير البايع الا انه يدل على حكم المقام بالاولوية - ويرد عليه - ما اورده على سابقه (الخامس) صحيح (٣) ابي ولاد الا ترى الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها - واذا ثبت عدم الضمان فى المغصوب ثبت فى المقام بالاولوية (وفيه) انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة فانه وان كان يتصور له منفعة اخرى - الا انها تضاد مع ما استوفاه - وبعبارة اخرى - كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البذل - وحيث - انه استوفى واحدة منها ولم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائنة

١- الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العيد والاماء حديث ٣

٢- الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العيد والاماء - حديث ١

٣ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة (مع) انه ^{لا يخلو} 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 قدده فيتحصل 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 قدده و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة الخ)

لا يخفى انه قدده 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 بعدم حجية الاجماع المنقول وعدم معلومية الشمول للمقام فتدبر .

فى المثلى والقيمى

(قوله قدده الرابع اذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله الخ)

اقول الكلام فى هذا الامر يقع فى مواضع - الاول - فى تعريف المثلى و القيمى - الثانى - فى انه لو شك فى مورد فى انه يجب رد المثل او القيمة مقتضى الاصول العملية ردا بهما - الثالث - فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية .. وقبل الشروع فى الكلام فى هذه المواضع لابد من التنبيه على امر .

وهو انه لم يقع لفظا المثلى والقيمى فى شىء من الروايات (نعم) المشهور بين الاصحاب انه لو تلف شىء تحت يد غير المالك الذى لا يكون ماذونا فيه - يجب رد مثله ان كان من المثليات و رديمته ان كان من القيميات - بل ادعى عليه الاجماع (وحيث) ان المثلى و القيمى ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق و اختلفت كلماتهم فيها 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 لا بد 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 (ومنشأ) هذا الخلاف ان الاجماع على ضمان المثلى بالمثل والقيمى
 بالقيمة هل هو من قبيل الاجماع على القاعدة ويكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن
 المعصوم عليه السلام متعلقا بهذين العنوانين - ام هو من قبيل الاجماع على الحكم فى الموارد الخاصة
 يجمعها 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 لا بد من الرجوع فى تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن فى
 العناوين المأخوذة فى متون النصوص ولا عبرة بتفسير الفقهاء - وعلى الثانى - لا بد
 من الاخذ بما اتفق عليه المجمعون ولا عبرة بنظر العرف وفهمهم كما هو واضح - و
 على 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 المثلى ما هو
 وكيف كان فقد عرفت انه يقع الكلام فى مواضع .

الاول فى تعريف المثلى والقيمى - فمن المشهور تفسير المثلى - بانه ما
 يتساوى اجزائه من حيث القيمة - والمراد من الاجزاء الجزئيات والافراد والمراد
 من التساوى التساوى من غير جهة الكم - فمحصل المراد ان المثلى ماله مماثل فى
 الصورة والصفات التى تختلف بها الرغبات وتتفاوت بها القيم - واظن ان (ما) عن
 التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته (وما) عن الدروس والسروضة
 من انه المتساوى الاجزاء او المنفعة المتقاربة 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 شيء من الموارد اذ هما من مثلى الا
 واجزائه مختلفة فى القيمة كالحنطة فان قفيزا من حنطة تساوى عشرة ومن اخرى تساوى
 عشرين - و ان اريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الارض
 (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 باحقيقا 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 و عرفت ان المراد هو التساوى فى
 الصفات الموجبة لاختلاف القيم - وعليه - فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد
 فى الصفات الموجب لاختلافها فى المالية مجازفة - واختلاف 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 ما هو من القيميات مماثل
 بهذا المعنى - كما لو فرضنا حيوانين مثليين فى جميع الخصوصيات مع انه لا ريب فى
 كون الحيوان قيميا (وفيه) ان الميزان هو وجود المماثل نوعا وبحسب الغالب ولا
 عبرة بوجود المثل فى النادر اذ اهل العرف يحكمون بضممان القيمة فى هذه الموارد (ثم)
 ان القيدىن الاخرين الذين ذكرهما المحقق النائنى ره (احدهما) ان يكون التساوى
 فى الصفات بحسب الخلقة الالهية كالحبوبات لا ما كان كك بحسب الصناعة البشرية
 فالمسكوكات من القيميات لا المثليات (ثانيهما) ان لا يتغير بالبقاء وبتأثير من الهواء
 كالقواكه - 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 الارمان و الامكنة
 والكيفيات ومن الواضح انه لو كان شى عمليا فى زمانيا - كالثوب والكتاب وغيرهما يعامل
 معه معاملة المثلى وان كان فى سالف الزمان من القيميات .

في بيان ماهو المرجع عند الشك في المثلية والقيمة

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

وقد استدل للاول - باصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره . واورد عليه بايرادات (الاول) ان الاجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و لقيمة 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 (ثانيا) ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لاعدمه ولو فى الظاهر (الثانى) ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائنى والمحقق الاصفهانى وهوان المقام من قبيل دوران الامر بين المتباينين - فان المراد بالقيمة ليس هى المالية السارية فى كل مال بالحمل السابع - حتى يقال ان وجوب اداء المالية متيقن والشك فى وجوب رعاية امر زائد وهى خصوصية الطبيعة المماثلة للثالف فيجرى عنها البرائة - بل المراد بها المالية المحضة التى لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم والدينار واشباههما ولذا ليس للضامن ان يؤدى بدل القيمى الثالف شيئا آخر فتعين النقود فى القيمات شاهد كون القيمة هى المالية المحضة - لا المالية السارية فالتفاوت بين المثل و القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا والمساهية بشرط شىء وهما متباينان فلا بد من الاحتياط و لامورد للبرائة (وفيه) ان القيمة التى يضمن بها فى القيمات - هى صرف المالية - لا المالية بشرط لا - وحيث ان مطابقهاى النقود و اما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخر فللمالك طلب النقد خاصة والامتناع عن قبول الخصوصية التى يبذلها البازل - ولذا الورضى المالك بشىء

آخر غير النقدين كان ادائه وفاء لما فى ذمته ولا يحتاج الى معاملة جديدة (و عليه)
 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 تحصيلها
 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 ايهما شاء .
 (الثالث) ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الامر بين المتباينين فهو من قبيل
 دوران الامر بين التعيين والتخير والاصل فيه التعيين فيجب رد المثل (وفيه) ماحققناه
 فى محله من ان الاصل فى الدوران بينهما هو التخير لا التعيين (الرابع) ان الحكم
 الظاهرى يعتبر فيه عدم العلم بمخالفة للواقع و الا فلا يكون مجعولا - و فى المقام
 اذا علمنا بان الواقع اما المثل معين او القيمة كك - فيعلم بان التخير غير مطابق
 للواقع فلا وجه للبناء عليه (وفيه) ان التخير الذى بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من
 الاصول بل هو نتيجة جريان البرائتين التين لاعلم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع
 والعلم بمخالفة لهما معا للواقع لا تضر بجريانهما معا (فتحصل) ان الاظهر هو تخيير الضامن .
 وقد استدل على الثانى وهو تخيير المالك - بانه اذا لم تجر اصالة البرائة بالقياس
 الى الضامن لما تقدم و تعين عليه دفعهما و اختار المالك احدهما لا ريب فى كونه
 مسقطا للذمة لان ما يختاره اما هو البدل الواقعى - او يكون بدل البدل من جهة رضاء
 المالك بغير الجنس فى مقام الوفاء و على اى تقدير يكون مسقطا - فما
 يختاره المالك يكون مسقطا قطعاً وغيره مشكوك فيه والاصل عدم السقوط الا بما يختاره
 المالك (وفيه) ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يرض المالك الا بما هو حقه - ولم يرض
 الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا - و اما صورة تراضيهما 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 معيناً لما يجب دفعه ولا هو بنفسه موضوع

للمحكم 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 في هذا المورد هو التعيين (وفيه) ما حققناه في محله من ان الاصل فيه هو التخيير (الثاني) ان مقتضى عموم على اليد هو تعيين دفع المثل مطلقا خرج عنه بالاجماع القيمات ومن الواضح ان الاجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع في صورة الشك هو عموم العام (وفيه) انه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعيين المثل مطلقا - ان الخارج عنه بالاجماع ليس هي الموارد الخاصة بل عنوان القيمي -- فلو شك في شيء انه قيمي او مثلي يكون من الشك في المصادق وليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصادقية .

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

واستدل للقول الخامس - (١) بعموم ادلة القرعة - (وفيه اولا) انه انما يرجع اليها في صورة عدم تعيين الوظيفة بالامارة او الاصل - وقد عرفت ان مقتضى الاصل هو تخيير الضامن (وثانيا) انه تختص ادلتها بالشبهة الموضوعية ولا تشمل الشبهة الحكمية .

واستدل للقول السادس - بانه من جهة ان الامر دائر بين المتباينين و كما يجب على الضامن دفعهما معا قضاء العلم الاجمالي لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الاجمالي بحرمة اخذ احد هما فلا مناص الاعن الصلح (وفيه) ما عرفت من ان الاصل يقتضى تخيير الضامن .

في ما تقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك في المثلية والقيمة

الموضع الثالث فيما تقتضيه الادلة الاجتهادية في هذا المقام والادلة التي ركنوا اليها في المقام ثلاثة .

الاول - النبوى (١) المتقدم - على اليد ما اخذت حتى تؤدي - وقد استظهر المصنف رحمه الله تعالى المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على بقاء عهدة العين وانه لا رافع لها سوى ادائها - وقد قام الاجماع على سقوطها بدفع مارضى به المالك وبقي الباقي (اقول) الوجوه المحتملة في الحديث اربعة (احدها) ان يكون الحديث مخنصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة (حتى) في كون مدخولها رافعا لما قبلها - وغاية لها - وظهور ذلك في كونه ممكن الحصول - اذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت في المضي بحال وجود العين (ثانيها) ان يكون الحديث دالا على كون العين في العهدة مادام وجودها وتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل او القيمة كما عليه المشهور - من جهة ان مفاد الحديث كون الماخوذ تلفه على الآخذ (ثالثها) ان يكون المراد به بقاء العين في 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 في العهدة حتى بعد التلف ودفع المثل او القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين يعني حق المالك لمطالبة العين وحق الضامن كي لا يكلف بغير المقدور ، وما ذكره ره لا يتم على شيء من هذه الوجوه (اما) على الاول فواضح (واما) على الثاني فلان سقوط العهدة بالتلف معلوم والشك انما هو فيما ثبت في الذمة فلا وجه للتمسك بالعموم في هذا المقام (واما) على الثالث فلان التخصيص الذي قام الاجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك بل هو انما يكون بالمثل او القيمة

فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لاسبيل الى التمسك بالعموم - وعلى القول بانهما من قبيل الأقل 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 البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر (ثم انه) يدفع الاحتمال الاول - لزوم ركازة هذا الكلام اذ كون اداء العين رافعا و مسقطا 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 لامسا اذ امكن فى زمان دون زمان كما لا يخفى - ويدفع الاحتمال الاخير الضرورة و الاجماع فيدور الامر بين الثانى و الثالث (و الاظهر) هو الثالث اذ كون العين بنفسها فى العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها و عدمها فى عالم العين لا يتنافى وجودها فى عالم الاعتبار - و حيث ان الظاهر من الحديث كون الماخوذ بنفسه فى العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

الثانى ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة فى المفصوبات والامانات المفرط فيها وغير ذلك هو الضمان بالمثل اذهى على كثرتها لان تكون متعرضة لبيان المضمون به الا ماشذوندر فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس - ومن المعلوم ان المتعين عندهم تعيين رد ما هو الاقرب الى العين بعد عدم امكان رد العين نفسها - والاقرب هو المثل لكونه تدار كالمالية و الخصوصيات الفاتئة التى تختلف بها الرغبات - فبتعين ذلك (ثم انه) فى صورة عدم التمكن من رده ايضا - براعى ما هو الاقرب الى التالف بعد المثل وهو القيمة من النقيدين أو شبههما لان غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف ومعلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها. وبعبارة اخرى ان غير النقيدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما . (و فيه اولاً) انه لو تم لاختصاص لزوم اداء المثل بما اذا كان موجودا

نوعا اذا المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمين بالاقرب مطلقا فلا عبرة بوجوده احيانا (وثانيا) ان الاقربى ليست مناط الحكم بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس - ومن المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالية ولذا تريحهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية ولا يلتفتون اليه ولا يلزمون بدفعه اذ ا زاد قيمته (وبالعجلة) المعيار عندهم هو القيمة - وعليه - فهذا الوجه يقتضى تعين القيمة.

الثالث قوله تعالى (١) : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم قبل ان ياتكم بادل من مثله ذلك من غير ظفر في القيمة في المثلى والقيمة في غيره بتقريب ان مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلى والقيمة في القيمة (واورد عليه) بوجوه (الاول) انه مختص بالمتلف عدوانا (الثاني) ان مدلوله اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء لا المعتدى به (الثالث) ان النسبة بين مقتضاه ومذهب المشهور عموم من وجه - فقد يضمن بالمثل بمقتضى الآية الشريفة ولا يضمن به عند المشهور كما لو اتلف عليه عبدا وله في ذمة المالك بسبب القرض عبدا موصوف بصفات التالف فان مقتضى الآية الشريفة التهاثر القهري والمشهور غير ملتزمين بذلك - وقد ينعكس الامر كما لو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا فان مقتضى الآية عدم جواز الزام المالك بالمثل لاقتضاها اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية والمشهور ملتزمون بتعين المثل وقد يجتمعان في المضمون به - وفي الكل نظر (اما الاول) فلعدم القول بالفصل (واما الثاني) فلان الظاهر من الآية المماثلة في المعتدى به - لان حملها على ارادة المماثلة في الاعتداء يستلزم كون الباء زائدة وكون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف - وهو الاعتداء - وهذا خلاف الظاهر (واما الثالث) فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالآية الشريفة مع انه ستعرف سافيه (ولكن) الانصاف ان مقتضى اطلاق الآية الشريفة لاسيما بعد ملاحظتها موردها وهو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام

(وما) عن التهذيب (١) عن الامام الصادق (ع) في رجل قتل رجلا في الحرم أو سرق في الحرم قال (ع) يقام عليه الحد وصاغرا لانه لم ير للحرم حرمة وقد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فقال هذا هو في الحرم وقال لاعدوان الا على الظالمين - هو ارادة الاعم من المماثلة في الاعتداء والمعتدى به وكيفياته الا انها لا تدل على الضمان واشتغال الذمة بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل فلو تصرف في حنطته جاز له التصرف في حنطته ايضا ولا تدل على ازيد من ذلك .

ثم انه يقع الكلام في انه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلى انما يكون بالمثل والقيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة او تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة والمالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف - ام تدل على غير ذلك - اقول - محتملاتها اربعة (الاول) ان يراد بالمماثلة المطلقة - اي المماثلة في الحقيقة والمالية - من جهة ان المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية ولازم ذلك ما افاده المصنف ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتزى به في مقام الاداء (الثاني) ان يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة - من جهة انها المماثلة العرفية - ولازمه ما افاده المشهور من تعين المثل مطلقا وان نقص قيمته عن التالف (الثالث) ان يراد بها المماثلة في المالية من جهة ان الاغراض العقلانية في باب الاموال متعلقة بحيثية المالية ولازمه تعين القيمة مطلقا (الرابع) ان يراد بها مطلق المماثلة اي المماثلة من اي وجه كان - ولازمه التخيير في اداء ايها 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 الذى تدل عليه الآية على فرض دلالتها على الضمان .

(قوله قدده لكن لعله من جهة صدق اداء القرض الخ) و فيه انه اذا كان المفروض عدم حل عقد القرض و كون المتعين فى القيميات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ماثبت فى الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لامناص من بنائه على كون ردّها حلا لعقد القرض او ان القيمة فى القيميات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق . وعليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل .

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

(قوله قدده مضافا الى الخبر الوارد فى ان اللازم على من عليه دراهم الخ) النص هو صحيح (١) معاوية ومكاتبه (٢) يونس وظاهرهما فى بادي النظر وان كان سقوط مالية الدراهم رأسا الا انهما قابلان للحمل على نقص القيمة - وبازائهما - مكاتبه (٣) اخرى ليونس والترجيح للاولين .

(قوله قدده الحق بالقيمى الخ) ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائى قدده من انه بناء على الرجوع الى عموم ما دل على وجوب المثل مطلقا فى مورد الشك فى المثلية والقيمة كما هو مختاره قدده على ما صرح به قبل اسطر لافرق بين ما علم مثليته وما شك فيها - فكما انه فى المورد الاول يجب اداء المثل وان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع عن قيمة التالف كك فى المورد الثانى لا بد من البناء عليه - فلا وجه للبناء على اللاحاق بالقيمى (اقول) الظاهر هو الفرق بينهما - فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد والافقد صرح قبل ذلك بان مقتضى الآية واطلاقات الضمان عدم ازام المالك بالمثل لاقتضاءهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة والمالية - و على هذا ففى مورد الشك حيث لا اجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين .

(قوله قدده فتامل) اقول الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على

مسلكه من دلالتها على اعتبار المماثلة في الحقيقة والمالية - هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لا الرجوع الى القيمة مطلقا .

اذالم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل

(قوله قده الخامس ذكر في القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففي وجوب الشراء تردد الخ) اقول قبل الشروع في البحث لابد من تقديم مقدمات (الاولى) انه اذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها وان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية أو لترقى القيمة السوقية - وان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من اوصافها او جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد وان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب 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 المقام ليس هو ما اذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلقه - 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 للاضرار وغيره بل محل البحث ما اذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال .. والاقوال فيه ثلاثة (الاول) وجوب الشراء كما عن جمع منهم العلامة والمصنف ره (الثاني) عدم وجوب الشراء وان حكمه حكم تعذر المثل وسيأتى اختياره جمع آخرون (الثالث) ما افاده السيده وغيره هو التفصيل بين مالو علم الاخذ بعدم الاستحقاق ومالو لم يعلم بذلك فيجب الشراء في الاول دون الثاني .

واستدل للاول باطلاق النص والفتوى (وفيه) ان اطلاق النص يرفع اليد عنه بحديث لا ضرر (١) الحاكم على جميع ادلة الاحكام الواقعية (واورد) على التمسك

١- الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من ابواب المتقدم اليها

بحديث لا ضرر في المقام بإيرادات (الأول) أن هذا الحكم بنفسه ضروري في جميع الموارد فلا محالة يكون دليلاً مخصصاً للحديث (وفيه) أنه يتم بالنسبة إلى المقدار الزائد كما لا يخفى (الثاني) أن جريان دليل الضرر في الزام الضامن بالشراعية عارض مع منع المالك من مطالبة المثل بحقه (وفيه) أن كون حقه المثل في هذا الفرض أول الكلام (الثالث) أنه لا ضرر في متعلق التكليف وهو دفع المثل و إنما الضرر في مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل - فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه (وفيه أولاً) أن المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر (وثانياً) أن حديث لا ضرر لا يختص بما إذا كان متعلق الحكم ضرورياً - بل يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر - و في المقام الضرر إنما ينشأ من وجوب دفع المثل . (الرابع) أنه أقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق (وفيه أولاً) أنه لو تم فإنما هو في صورة العلم بعدم الاستحقاق و إنما في صورة الجهل فلا يتم وبذلك ظهر مدرك القول الثالث (وثانياً) أن أخذ العين إنما يكون اقتداءً على ضمان المثل و إن كان لم يوجد إلا بكثرة من ثمن المثل إذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك فلا يصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور . وبعبارة أخرى - الأقدام على الضرر إنما يكون متوقفاً على ثبوت هذا الحكم - ولو توقف ذلك عليه لزم الدور (وثالثاً) أن الأقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا ضرر - إلا في الموارد التي يكون رفع الحكم خلاف الامتنان أو غير موافق له (و الغريب) أن السيد قد في العروة بنائه على ذلك ولذا افتى ببطالان وضوء من تحمل الضرر و تَوْضُأً - و مع ذلك في المقام استند إلى قاعدة الأقدام (و رابعاً) أن الأقدام المانع عن جريان الحديث والتمسك به هو الأقدام على الضرر كما لو تَوْضُأً بالماء مع كون الموضوع ضرورياً - أو اشترى شيئاً مسع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة - و أما لو فعل فعلاً الذي لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرورياً كما لو أكل في الليل شيئاً يكون أكله سبباً لكون الصوم ضرورياً عليه أو اجنب نفسه مسع كون الغسل

ضروريا عليه - فلا يكون ذلك الاقدام سببا لعدم شمول الحديث فتدبر فانه دقيق و
المقام من قبيل الثانى فان اخذ العين هو المقدم عليه وهو ليس ضروريا و الضرر انما
ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشمله لاضرر (فتنحصل) ان مقتضى حديث
لا ضرر عدم وجوب الشراء (ويشهدله) مضافا الى ذلك ما تقدم من ان وجوب رد المثل
انما هو فيما لو كان المثل كثيرا مبذولا - والا فهو رقيقى - ولا فرق فى ذلك بين كون
عزة الوجود بدوية او طارية فكون الشئ مثليا فى زمان لا يوجب كونه كلك الى الابد
فلا يظهر عدم وجوب الشراء .

ومما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث وجوابه .

اذا سقط المثل عن المالية

(قوله قد بهل ربما احتمل بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع
عن المالية الخ) اقول قد تقدم انه لا اشكال فى انه اذا سقطت العين المأخوذة عن
المالية من دون ان ينقص منها شئ ولا من صفاتها و منافعها لا يجب عليه شئ سوى
ردها - انما الكلام فيما اذا تلفت وكانت مثلية وسقط المثل عن المالية. والظاهر هو عدم
الانتقال الى القيمة وكفاية رد المثل - وذلك فان مقتضى الأدلة وجوب المثل و اما
المالية المنزعة من ميل الناس ورغبتهم او اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول
فى هذا الزمان فهى لا تكون مضمونة. وان شئت قلت ان العين بمالها من الخصوصيات
تكون فى العهدة الى حين الاداء - وهى فى القرض حين الاداء لقيمة لها فلا وجه
للانتقال الى القيمة - واداء قيمة يوم الاخذ او يوم التلف والفائت انما هو رغبات الناس
او اعتبار المعتبر لاشئ من المأخوذ .

ويشهد لما اخترناه مضافا الى انه مقتضى القاعدة - صحيح (١) معاوية بن سعيد
عن رجل استقرض دراهم عن رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شئ

أصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التي تجوز بين الناس - فقال **للصاحب 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 - والثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف - فاذا اخذ الماء في المفازة والثلج في الصيف - تكون خصوصية الزمان والمكان في عهدة الضامن و لا يكون ردهما في الشاطئ والشتاء اداءً للمأخوذ فلا مناص عن رد القيمة اداءً 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 متزمين بذلك - ان الزمان والمكان ليسا دخيلين في المالية بل اصل القيمة وترقيها ينشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشآن من كثرة الوجود وقلة الطالب بل ادخل للزمان والمكان في ذلك - فان الثلج في الصيف اذا كثر ولو قل طالبه ينقص ماليته او يسقط عنها - وهو في الشتاء اذ قل وكثر راغبه يصير غالبا فالمعيار ما ذكرناه (وبالجملة) سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما اذا صار الثلج ماءً واخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لاجل كثرة وجوده او غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصية ففي الاول يحكم بالضمان لعموم ادلته ولا يحكم به في الثاني (الثاني) حديث (١) لا ضرر بتقريب ان المأخوذ حين اخذه كان له مالية فاذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك والحديث بنفيه (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 ، وان 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 حققنا في محله ضعف المبنى - وان الحديث انما ينفي الاحكام الضرورية ولا يثبت به حكم - فلا يثبت به الضمان في المقام (الثالث) ما افاده المحقق الاصفهاني ره - وهو ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلا على التضمنين و التغريم فلا بد من رعاية حثية المالية اذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال ثم قال و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عن المالية فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها لكن التضمنين و التغريم بلحاظ ماليتها فيجب حفظ المالية في الثاني دون الاول (اقول) يرد عليه قده امران (الاول) انه لا فرق بين العين والمثل ووجوب رد كليهما انما ثبت بعموم على اليدو هو بالنسبة اليهما على حد سواء فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل لامتناع عن القول به في العين (الثاني) ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها والمثل بعد تلفها ان كان مثليا و قد تقدم ان المماثلة المعبرة هي المماثلة من حيث الحقيقة وحيث ان المالية ليست ان المالية ليست صفة في العين او المثل - فلا وجه لضمائنها (وان شئت قلت) ان العين بعد تلفها انما تكون في العهدة الى حين الاداء وهي على الفرض لامالية لها حينه فلا وجه لادائها فتدبر (فتحصل) ان الاظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره واحتمله في القواعد من انه اذا سقط المثل عن المالية لا ينتقل الفرض الى القيمة بل يكفي 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 - لعموم (١) الناس مسلطون على اموالهم - وكذا الاشكال في وجوب رد العين اذا كانت موجودة - والمثل 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 (الثاني) عدم وجوبه (الثالث) التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين اليها - وبين غيرها - فان طالبه

في احد تلك البلدان وجب الرد - وان طال به في غيرها لا يجب (واستدل) السيد قدس له للاخير بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال في القرض من الانصراف الى بلد وقوعه فان المستفاد منها وجوب الرد والدفع 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 حقيقيا .. وهذا بخلاف باب الضمان .

و الاظهر هو الاول - لان العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم فمال المالك في عهدة الضامن - ومقتضى عموم على اليدما اخذت وغيره من الادلة لزوم الخروج عن عهده في اى مكان كانت المطالبة .

لو تعذر المثل في المثلى

(قوله قدس السادس لو تعذر المثل في المثلى فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة السخ) 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 يقس في موردين (الاول) في ما اذا طالب المالك (الثاني) في 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 الحقين (وفيه) ان الامتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما اذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل والافلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه فثبوت الاستحقاق به دورى (الثاني) ما افاده السيد في الحاشية والمحقق الثابتي ره - وان للعين جهات ثلاث الخصوصية الشخصية والخصوصية النوعية - والحيشية المالية - فبمقتضى الادلة وجب رد جميعها على الآخذ - فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الاخيرتين - كذلك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة فيجب رد القيمة من هذه الجهة (وفيه) ان المالية الواجب

ردها في المثلى انما هي المالية الخاصة الموجودة في المثل - فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون النالف مثليا يحتاج الى دليل آخر (الثالث) ما استند اليه السيدره ايضا وهو حديث (١) لا ضرر فانه يدل على نفى كل حكم وجودى او عدمى ينشأ منه الضرر في الشريعة و من تلك الاحكام هذا الحكم (وفيه) ان لزوم الصبر على المالك وجواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل وان كانا ضررين الا انهما عقليان ومن باب تعذر ادائه - واما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه واثبات حقه به دور واضح (الرابع) ما افاده المصنف ره ايضا وهو قوله تعالى (٢) (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 - ولا تدل على ان الاعتداء المأمور به هو ما لا يزيد على ما اعتدى عليه - و الا لزم جواز المطالبة بالقيمة حتى مع عدم تعذر المثل (والصحيح) ان يستدل له بما تقدم من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى - من غير فرق بين التعذر فسى جميع الاعصار او فى عصر واحد - ومن باب الاتفاق - فالمثلى المتعذر مثله قيمى فللمالك مطالبة القيمة لانها حقه (والغريب) ان المحقق النائينى ره مع تصريحه بهذا فى الامر السابق - لم يلتزم به فى المقام بل صرح بخلافه فراجع .

المورد الثانى 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 فسى 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

١ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب المتقدم اليها الاشارة

٢ - البقرة الآية ١٩٤

بين الحقين فاذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال - 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 ونفريغ 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 التى بعضها اقوال خمسة عشر - الا ان ما يمكن ان يذكر له وجه عشرة كما ستعرف و منشأ الاختلاف الخلاف فى امرين (احدهما) ان المدار فى القيمي على قيمة يوم الدفع - او قيمة يوم الغصب - او قيمة يوم التلف - او على القيم من يوم الاخذ الى يوم الدفع - او الاعلى من يوم الاخذ الى يوم التلف - و سياتى فى الامر السابع تنقيح القول فى ذلك (ثانيهما) انه بناء على الانتقال الى القيمة هل العين تصير قيمة 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 لساير الاقوال .

اما الاول فحيث عرفت ان العين تكون فى العهدة الى زمان الاداء - وعرفت فى ضابط القيمي والمثلى ان العين المتعذر مثلها تصير قيمة - 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 بأتى 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 و

هو يوم تلف العين فانه يوم غضب المثل وكونه فى الذمة الى يوم اعواز المثل - قيمة يوم الاداء - قيمة يوم الاعواز باعتبار كونه يوم تلف المثل - اعلى القيم من يوم تلف العين الذى هو يوم غضب المثل الى يوم اعواز المثل الذى هو يوم تلفه - اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الاداء (وان قيل) ان الجامع بينهما يصير قيما - جاء فيه ايضا احتمالات خمسة وهى - قيمة يوم الاداء - وقيمة يوم الغضب وهو يوم غضب العين اذ غضب القدر المشترك يكون بغضب العين - وقيمة يوم التلف و هو يوم اعواز المثل فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل وعدم التمكن من ادائه - واعلى القيم من يوم الغضب الى يوم الدفع - واعلى القيم من يوم الغضب الى يوم التلف - (وحيث ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيما - وهما الاولان - ينطبقان مع احتمالين من القول بكون الماخوذ قيما - وهما الثانى والثالث - كما لا يخفى - و احتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيما وهى غير الاخير ينطبق مع احتمالات القولين الاولين و انما لا ينطبق خصوص الاخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الاعلى من يوم غضب 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 المحتملات التى لها وجه و اما غير ذلك من الاحتمالات فاما لا اساس لها - اولاً تتفاوت بها القيمة مع المحتملات المذكورة .

(فتحصل) 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 اى تلف العين الى يوم الاعواز - التاسع اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الاعواز - العاشر قيمة يوم المطالبة - و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المحقق النائيني ره وهو ان المحتملات ثمانية - مع ان المحتمل الثالث فى

كلامه قدہ متحد مع الخامس فراجع وتدبر .

لا فرق بين التعذر البدوى والطارى

المقام الثالث - ظاهر كلام العلامة ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طرو التعذر - لا ما تعذر فيه المثل ابتداءً - وعن جامع المقاصد انه يحتمل كون المؤلف قيمياً - وذكر في وجه التفصيل امور (الاول) انه فى صورة التعذر ابتداءً لا يكون التكليف باداء المثل منجزاً فى وقت من الاوقات وهذا بخلاف صورة التعذر الطارى (واورد) عليه المصنف ره - بان التمكن من الاداء ليس شرطاً فى الحكم الوضعى اى اشتغال الذمة بالمثل كما لا يشترط فى استقراره استدامة (اقول) يرد على المصنف ره ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امراً اعتبارياً استقلالياً - بل هو منتزع من التكليف الفعلى باداء البذل - و اساس الايراد انما هو كونه امراً اعتبارياً مستقلاً فى الجعل فهما لا يردان على مبنى فارد - فالحق ان يورد عليه بانه بناءً على كونه امراً اعتبارياً ان صح اعتباره فى فرض التعذر الطارى صح فى الابتدائى ايضا فانه اذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشىء مع عدم التمكن من ادائه صح ذلك فى التعذر البدوى - والالما صح بقاء (الثانى) ما ذكره المصنف ره وهوان الادلة فى مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوى - واما اذا طرء العجز فلا دليل على سقوط المثل او انقلابه قيمياً و (فيه) انه اذا كان الادلة فى مقام الاثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائى لزم ان لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة فى القيمى مع تعذر ادائها ابتداءً (الثالث) ما ذكره بعض اكابر المحققين وهوان الفرق بين العجز البدوى والطارى عدم صدق ضابط المثلية فى الاول - و صدقه فى الثانى (توضيحه) ان ضابط كون الشىء مثلياً كون الشىء ذامماً لوجود لا كونه ذامماً لثبوت نوعاً - وعليه فمع العجز البدوى لا يكون المؤلف مثلياً بخلاف صورة طر والعجز (وفيه) انه اذا كان ضابط المثلية كون الشىء ذامماً لثبوت وجود فعد طرو التعذر لا يكون بقاء كك فلا مناص

عن القول بالانقلاب فتحصل انه لافرق بين الصورتين (ثم ان) هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل او القيمة - واما على المختار من كون العين فى المهددة فعدم الفرق اوضح .

فى المراد من اعواز المثل

المقام الرابع - فى بيان المراد من الاعواز - فعن العلامة ان المراد به عدم وجوده فى البلد و ماحوله - و عن المسالك زيادة قوله مما ينقل اليه عادة - و عن المحقق الثانى الرجوع فيه الى العرف - والمصنف رده ذهب الى الاخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز - و اما اذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الاخص وهو المتعذر - ثم مال قده الى ما عن العلامة من جهة النص الوارد فى السلم انه اذا لم يقدر المسلم اليه على ابقاء المسلم فيه تخير المشتري بتقريب انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفى ذلك ثم قال و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه (اقول) ان الاعواز والتعذر لم يردا فى رواية ولاهما معقد اجماع تعبدى حتى ينازع فى صدقهما - بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما - وعليه - فيتعين ملاحظة القواعد (ومحصل الكلام) ان هنا مشكلتين بعد مفروغية انه اذا كان المثل موجودا ليس للمالك مطالبة القيمة والزام الضامن بادائها وله الالتزام باداء المثل - الاولى - انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل - الثانية - انه متى للمالك الزامه باداء القيمة - اما الاولى - فليس للمالك الزامه بادائها 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 المثل - والافلو لم يكن متعذرا عقلا ولكن كان ادائه حرجيا او ضرريا له ان يتحمل الضرر و الحرج ويؤدى

المثل - وهذا ايضا لافرق فيه بين البلد وغيره .

فى معرفة قيمة المثل

المقام الخامس - فى معرفة قيمة المثل - قال قده - (ثم ان فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه اشكالا - الظاهر هو الاول الخ) اقول منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الايام والفصول - فقد تقدم الكلام فى تعيينها و ان كان اختلاف الامكنة فسيأتى الكلام فيه - وان كان اختلاف الايام فى عزة الوجود وكثرته ، فالميزان هو قيمة اليوم الذى عين لذلك كان هو يوم الغصب او يوم التلف او يوم الاداء وغير ذلك (وبالعجملة) حيث عرفت ان العين انما تكون فى العهدة الى حين الاداء ولذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الاداء - يفرض العين موجودة يوم الاداء و تقوم وتؤدى تلك القيمة الفرضية فلا اشكال فى المسألة .

(قوله قده فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه الخ) هذا الفرض اجنبى عن محل البحث فان العبرة فى القيمة بالقيمة السوقية لاما يطالبه المالك ولا يجب دفع تلك القيمة كما هو واضح -

الاعتبار ببلد المطالبة او بلد التلف

السادس اذا كانت قيمة المثل فى بلد المطالبة مخالفة لقيمته فى بلد التلف فهل الاعتبار ببلد المطالبة او ببلد التلف - او يتخير المالك فى التعيين او يتخير الضامن فيه - وجوه - اقول المسألة مبنية على مسألة المطالبة المثل مع عدم تعذره وقد عرفت ان الاظهر جواز المطالبة فى كل مكان شاء المالك - وعليه - فالعبرة فى المقام ببلد المطالبة .

(قوله قده وفصل فى المبسوط الخ) محصل تفصيله - ان للمالك مطالبة القيمة فى كل مكان كان له مطالبة المثل فان كان المثل ممالاً مؤونة فى نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا وان كان فى نقله مؤونة - فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا وان

كان فى نقله مؤونة . وكانت القيمتان مختلفتين فليس له الامطالبة قيمة ببلد التلف (اقول) يرد عليه ان الضرر الذى لاجله حكم فى الصورة الاخيرة بعدم لزوم اداء المثل او قيمته فى بلد المطالبة . ان كان من جهة الاحتياج الى مؤونة النقل . فهو موجود فى الصورة الثانية . و ان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود فى الصورة الاولى و ان كان من جهة مجموع الامرين فيرد عليه ان الانضمام بوجوب زيادة الضرر لاصله فالالتزام بالتفصيل وان له المطالبة فى اى مكان شاء فى الصورتين الاوليتين وان العبرة ببلد التلف فى الاخيرة مما لوجه له .

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

السابع لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل . فالاقوى عدم هود المثل فى ذمته . وذلك بناءً على المختار من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيميا واضح . فانه مع صبر و رته قيميا وادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل . وان شئت قلت . ان القيمة بدل للعين لا للمثل فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل . واما بناءً على ان المثل يصير قيميا فان قلنا ببقائه فى الذمة الى 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) بناءً 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 قده السابع لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة الخ) الكلام فى هذا الا مريقع فى موارد (الاول) فى انه هل تشتغل

الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات ام تبقى العين في العهدة الى حين الاداء المشهور بين الاصحاب هو الاول والحق هو الثاني - لما تقدم في الامر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك - ولا ينافيه شيء من الاخبار (اما) ما دل على الضمان فواضح (واما) النصوص المعينة للقيمة فلان (جملة) منها مثل خبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام الوارد في السفر المطروحة الكثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين - فقال امير المؤمنين (ع) يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن - وخبر (٢) على بن جعفر عن الكاظم (ع) في رجل اصاب شاة في الصحراء الدال على انه ياكلها وان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه ومرسل (٣) الصدوق عن الصادق (ع) في الطعام الذي وجد في مفازة - المتضمن - انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء - وغير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون - تكون في مقام بيان ان اللواجد ولاية على ان يبيع ما وجدته عن صاحبه لنفسه ويبقى الثمن في ذمته الى ان يجيء صاحب المال واجنبية عن المقام بالمرة (وجملة) اخرى منها لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء وهذا يلائم مع كون العين في العهدة (واما) ما ذكره المصنفه في عداد النصوص التي 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 في نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انها يترادان الفضل اذا كان لاحد الامرين من الرهن والدين عند تلفه فضل وانه اذا كان الرهن يساوي مارهنه فليس عليه شيء (انه) ايضا لا ينافي كون العين في العهدة بعد فرض ان ادائها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا او وفاء - وان ذلك انما

١ - الوسائل باب ٢٣ من ابواب كتاب اللقطة حديث ١

٢ - الوسائل باب ١٣ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٧

٣ - الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٩

يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن كما لا يخفى .
 الثاني انه لا ريب ولا كلام في انه عند تعذر المثل في القيميات يكفي رد القيمة
 وانما الخلاف المتوهم في صورة وجود المثل من جميع الجهات او ما يصدق عليه
 المثل فالمشهور بين الاصحاب انه يكفي رد القيمة - وعن الاسكافي والمحقق انه يجب
 رد المثل - وظنى انهما غير مخالفين للمشهور فان مورد كلاهما القرض ولا يبعد فيه
 دعوى ان المتعارف الشرط الضمنى برد المثل ولو في بعض الصفات - ويؤيد ما ذكرناه
 تصريح المحقق في باب الغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة فمدعى عدم
 الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف - وكيف كان - فالاولى بيان
 ما هو المستفاد من الأدلة وقد تقدم في الامر السابق - ان حديث على اليد لا نظره
 الى هذه الجهة - وآية الاعتداء لا تدل على الضمان - وان الاطلاق المقامى والاجماع
 يقتضيان تعين القيمة فراجع .

(قوله قدده وعلى تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات
 تأمل النخ) مراده قدده انه على تقدير الاجماع على وجوب القيمة مع تيسر ما يصدق
 عليه المثل عرفا - ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلاحرازة
 في كلامه - لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع والأدلة بالنسبة الى الصورتين
 على حد سواء .

(قوله قدده فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة النخ) قدم عدم دلالة الروايات
 على الانقلاب - مع ان خلاف الجماعة انما هو في القرض لافى غيره - فلا تكفى
 الروايات في رددهم مع احتمال الفصل - مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك كله فهو
 المتيقن من الروايات فلاحاجة الى الاطلاق .

فى تعيين القيمة

(قوله قدده ثم انهم اختلفوا فى تعيين القيمة فى المقبوض بالبيع الفاسد السخ) الاقوال والوجوه المحتملة فى المسألة خمسة (احدها) كون المدار على يوم القبض نسب الى الاكثر (الثانى) يوم التلف نسب الى الشخير واتباعهما وعن الدروس والروضة نسبته الى الاكثر (الثالث) يوم الدفع (الرابع) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم التلف (الخامس) اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع (واما) ما عن المفيد والقاضى والحلبى من الاعتبار بيوم البيع - فالظاهر ارادته يوم القبض فهو يرجع الى القول الاول - وتنقيح القول فى المقام بالتكلم فى مواضع (الاول) فيما تقتضيه الاصول العملية (الثانى) فيما يقتضيه القواعد (الثالث) فيما يقتضيه صحيح ابى 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 الشك فى التكليف بالزايد (واجاب) عنه المصنفه بان الاصل بالنسبة الى لزوم دفع القيمة وان كان هو البرائة - الا ان الاصل فى الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب - وحق القول فى المقام - انه ان قلنا بان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية فى موارد كاختاره المصنفه فالمرجع اصالة البرائة اذ لا شىء مجعول سوى لزوم دفع القيمة والمفروض دور انها بين الاقل والاكثر فتجرى البرائة عن الزايد - 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 بالزايد مشكوك فيه فتجرى البرائة - وان قلنا بكون العين فى العهدة الى حال اداء العوض فالمرجع هو استصحاب بقاء العين وعدم السقوط الا بدفع الاكثر - وما ذكرناه ظهر ان ما افاده العلامة حق على

المسلك المختار من بقاء العين فى العهدة بعد تلفها - كما ظهر ان جواب المصنف ره لا يتم على مسلكه فتدبر .

واما الموضع الثانى فقد استدل العلامة للقول 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 - مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص فوجب عليه رده بماله من الحيثيات اذا امكن الرد - وان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف وجب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد - ولا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من المالبات - فانها مالبات واردة على ما هو تحت العهدة لان العهدة واردة عليها (وفيه اولا) ان المالية المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لانقع 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 البدل يشمل بقائها فكل زمان من ازمة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك فوجب ان يغرم اكثرها (واستدل) للقول الثانى فى المتن - بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها فى عهدته ومعنى ذلك وجوب تداركها ببديلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تلف وتداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها (وفيه) انه بناء 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 - وهو ان العبرة بقيمة يوم الدفع (واستدل) للقول الرابع بوجوه (احدها) قاعدة نفى الضرر (وفيه) اولا ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الادلة المثبتة للحكم و تدل على نفيه - و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر - و ثانيا - انها لودلت على ذلك لزوم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين (ثانيها) انه اذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناء على ان العبرة بيوم التلف فكذلك اذا حيل بينها وبين المالك حتى تلفت فيضمن

الاعلى ولونزلت يوم التلف لان الغاصب منع المالك عن التصرف فى اليوم الذى ارتفعت 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 يبتنى على امرين - احدهما شمول على اليد للمالية وكونها مضمونة ثانيهما الانقلاب بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة - وقد عرفت ما فى كلا الامرين (واستدل) للقول الخامس - بالوجهين الاولين المذكورين فى سابقه الذين تقدم ما فيهما - وبما - يبتنى على امرين - الاول بقاء العين فى العهدة الى حين الاداء - الثانى كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان - وقد مرافى 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 للتعدى منه الى المقبوض بالبيع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين (احدهما) ما عن المحلى من دهورى 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 - و حاصله انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب اعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب وعدم التعدى عنه - واما لو كان ظاهرا - 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 الارفاق بالغاصب والتخفيف عليه و كون غيره اسوء حالا منه وهذا مما يقطع بخلافه فلما محالة يستكشف ان المجموع هو قيمة يوم الاخذ مطلقا - و بالجملة - التحفظ على ظهور الرواية فى كون العبرة بقيمة يوم المخالفة

يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا والالزم كون غير الغاصب اسوء حالا منه. (ثم ان) السيد قدده - افاد في وجه مراد المصنف ره - انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف - فاذا دل الصحيح على ان العبرة في باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لا يكون المغصوب واجب التدارك - وهذا بخلاف ما لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء في زمان انقطاع يده عنه و عليه فظهور الصحيح في كون المدار على يوم الاخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك و ان الذي فهمناه خطأ (واورد) عليه - بانه يمكن ان يقال ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه و بحسب يوم التلف الا ان اطلاقه يقتضى كون المناطق على قيمة يوم التلف وهذا لا ينافي تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه (ولكن) الظاهر ان مراده ما ذكرناه .

اذ عرفت هذه المقدمة (فاعلم) انه قد استدل في المقام بصحيح (١) ابي ولاد الذي رواه الشيخ باسناده عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابي ولاد الحناط ورواه الكليني ره عن عدة من اصحابنا عن احمد بن محمد مثله (وحيث) انه مشتمل على احكام كثيرة فالاولى نقل الخبر بتمامه قال - اكرتيت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا وجائيا بكذا وكذا و خرجت في طلب غريم لى فلما صبرت قيرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد قاتبعته وظفرت به وفرغت مما بينى وبينه ورجعت الى الكوفة وكان ذهابي و مجيئي خمسة عشر يوما فاخبرت صاحب البغل بعذري و اردت ان اتحمل منه مما صنعت وارضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فابي ان يقبل فتراضينا بابي حنيغة فاخبرته بالقصة واخبره الرجل فقال لى ما صنعت بالبلغلة قلت قد دفعته اليه سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال اريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال ما ارى لك حقالا انه اكرتاه الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل والى بغداد فضمن قيمة

البغل وسقط الكراء فلما رد البغل سليما وقبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده وجعل صاحب البغل يسترجع فرحمته مما افتى به ابو حنيفة واعطيه شيئا وتحملت منه وجمعت تلك السنة فاخبرت ابا عبد الله (ع) بما افتى به ابو حنيفة فقال (ع) فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء مائها وتحبس الارض بركااتها فقلت لابى عبد الله (ع) فما ترى انت جعلت فداك قال (ع) ارى له عليك مثل كراء بغل ذاهبا من الكوفة الى النبل وذاهبا من النبل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه قال فقلت جعلت فداك فقد علفته بدرهم فلى عليه علفه قال (ع) لالانك غاصب قلت ارأيت لو عطب البغل ونفق اليس كان يلزمنى قال - نعم قيمة بغل يوم خالفته - قلت فان اصاب البغل عقر او كسر او دبر قال عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه - قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة 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 اعطيته دراهم ورضى بها وحللنى فقال (ع) انما رضى بها وحللك حين قضى عليه ابو حنيفة بالجور والظلم - الخبر .

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 ح ظاهرة فى ان العبرة بقيمة يوم الغصب وذكر المصنف ره فى تقريب كونه قيدالها وجهين (الاول) اضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة 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 - يرد عليه ان الشئ الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين - وبعبارة اخرى - المضاف الى شئ لا يضاف ثانيا - وان اراد به اضافة مجموع المضاف والمضاف اليه فمضافا الى انه لا يصح قوله - فيكون اسقاط الخ اذ لا دليل على انه لا بد و ان لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف .. يرد عليه ان المجموع

لتضمنه النسبة الإضافية التي هي من الحروف لا يضاف اذا المعنى الحرفي لا يقع ظرفا وبعبارة اخرى الاضافة من خواص الاسماء و الحرف لا يضاف (الثاني) جعل اليوم قيداً للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل. والظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف والعامل فيه الاختصاص الحاصل من الاضافة فانه معنى حرفي و العامل لا بد وان يكون فعلاً او شبه فعل .. بل مراده قيدية اليوم للقيمة المضافة الى البغل - وهى مضافا الى كونها معنى حدثيا فى نفسها فانها ما يقوم بالشىء من المالية - انه لو سلم كونها معنى جامداً بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا فتدبر (وفيه) ان هذا وان كان لامحذور فيه .. الا ان قيدية اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لاريب فى كونها محتملة و الاحتمال مسقط للاستدلال (الثالث) كون اليوم قيداً للبغل باضافة البغل اليه فيكون المقام من قبل تنابع الاضافات - فقد يقال كما عن المحقق الثائني 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 قيما مختلفة ولا كلام ايضا فى ان هذا الاختلاف مضمون فى باب الضمان والخلاف انما هو فى اختلاف القيم المستند الى اختلاف السوق وال رغبات .. فيمكن ان يكون يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا فان التعب والهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لالخصوصية فى ذلك اليوم وهذا 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 (الرابع) كون اليوم قيد القول عَلَيْهِ نعم الذى هو فى قوة قوله يلزمك او يكون لفظ يلزمك مقدرا بعده فيكون اليوم ح و عاء توجه التكليف فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيحة - واورد على هذا الاحتمال بوجهين (الاول)

ما افاده المحقق الايرواني ره هو ان العين مادامت قائمة لا يتوجه التكليف الى اداء القيمة فيوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب (وفيه) ان نعم - جواب عن السؤال وهو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف فيكون ظاهر أفي لزوم اداء القيمة على تقدير التلف - ومعلوم ان هذا التكليف التعليقي انما يتوجه من حين الغصب (ثانيهما) ما افاده المصنف ره وان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان - فقولہ نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته (وفيه) اولان السائل لم يقل ما يلزمنى كى يكون ظاهرا فيما ذكر بل قال اليس كان يلزمنى فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذى 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 غيرها فجوابه (ع) ناظر الى ذلك (فتحصل) انه لا مانع من تعلق الطرف بنعم .

ثم انه ربما يقال كما عن المحقق النائيني ره - بانه على هذا التقدير ايضا يسدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الامر بالالتزام لا بالمطابقة - اذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين فى العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب اذ مالية المال اذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم لانه لا يعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا او يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة (وفيه) ان التكليف المتوجه باداء القيمة فى يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجزيا بل هو تكليف تعليقي وهو لزوم اداء القيمة على فرض التلف فزمان فعلية الالتزام وتنجزه 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 فى الاحتمال الثالث فلا ريب فى كون احتمالها مساويا لغيره - فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الفقرة.

الفقرة الثانية قوله عليه السلام وبأني صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا - وتقریب 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 لاجدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناءً على انه يوم المخالفة لان الظاهر من الخبر مخالفيه للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة ومن 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 سبصرح هو قد به ويؤكد ذلك ان الظاهر من الفقرة الواردة لبيان معرفة تفاوت 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 وارادة لبيان حكم شرعى بل في مقام بيان موضوع عرفى كما يشهد له قول السائلين من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية - فيمكن ان يقال انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذ اعينت 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 عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده - و ملخص القول فيها - انه بناءً على وجود اليوم في الرواية - المحتملات فيها اربعة . (احدها) 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 متعرضة لهذا الحكم - واورد عليه بايرادين (الاول) ما افاده المصنف ره وهو ان العيب قد يرتفع او ينقص يوم الرد

ولازم هذا الوجه ان لا يوجب ضمانا في الصورة الاولى وان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه وارتفع في الثانية مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك (وفيه) ان المسألة خلافية وفيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن ومالم يكن كك كوصف الصحة (الثاني) ما افاده المحقق النائيني ره 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 والاول لا يتعلق به الظرف - و الثاني لا مانع من تعلق الظرف به و المقام من قبيل الثاني . (ثانيها) رجوعه الى قوله ^{عليه السلام} عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة (وورد) على هذا الاحتمال ان التكليف باداء الارش والضمان انما يكون في يوم حدوث العيب لا يوم الرد وان اريد به يوم رد البغلة (وفيه) انه بناء على المختار من ان العبرة في القيمات بقيمة يوم الدفع هذه الفقرة على هذا الوجه تدل على ذلك فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه في العهدة بل انما يكون عهده بتبع عهدة العين فاذا خرجت العين عن العهدة بادائها لاعتين في العهدة ليقال ان صحيحها كذا ومعيها كذا وليس على الضامن الاعهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها في العهدة فلا محالة يكون المعيار في مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين فتدبر فانه دقيق . (ثالثها) رجوعه الى القيمة .. واردة رد الارش من قوله يوم تردده .. ويدفع هذا الاحتمال ان مرجع الضمير ح ان كان قيمة ما بين الخ لزم تأنيثه - وان كان ما بين - لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الاعلى الماخوذ دون بدله - واما ما ذكره المصنف ره من انه لا عبرة في ارش العيب بيوم الرد اجماعا - فيرد عليه ان المسألة خلافية وقد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد وقد اتي بذلك جمع - مع - انه لو سلم قيام اجماع عليه فليس هو اجماعا تعديدا .. مضافا الى احتمال الفرق بين العين والنقص (رابعها) رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة - وتقريب دلالتها على المختار من ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه في المحتمل الثاني (فتحصل) ان هذه الفقرة مضافا الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الاداء فتدبر .

بقی الکلام فی الصحیح فی جهات ثلاث (الاولی) فی الاشکال الذی اوردوه علی قوله ع فی جواب قول السائل ومن یعرف ذلك قال انت وهو اما ان یحلف هو علی القيمة فلیز مک فان رد اليمين عليك فحلفت علی القيمة لزمه اوباتی صاحب البغل بشهود يشهدون علی ان قيمة البغل يوم اکثری کذا و کذا فیلزمک والجواب عنه (الثانية) فیما افاده المصنف ره من ان هذه الجملة تؤید القول بان العبرة بیوم التلف (الثالثة) فی ان الصحیح هل يمكن ان يستدل به علی اعلى القيم ام لا .

اما الجهة الاولى فمحصل الاشکال - ان المالك دائماً يدعی الزیادة فقوله مخالف للاصل - فیکون هو مدعیاً ووظیفته اقامة البينة - و الغاصب منکر - را و وظیفته الحلف اورد الحلف فكيف حکم ع بانه یحلف المالك وان له رد الحلف علی الغاصب ثم علی فرض کونه منکر - فما معنی جعل اقامة البينة ووظیفته - واجیب عن الاشکال بوجوه (احدها) انه ع فی مقام بیان طریق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة - وقضية البينة علی المدعی واليمين علی من انکر انما هی فی المخاصمات - وذلك من جهة ظهور السؤل والجواب فی ذلك - حیث ان السؤل انما یكون عن العارف - واجاب (ع) بانه اما ان یحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله - او ان تحلف انت من جهة کونه عندک فی مدة - او یقیم المالك البينة لو لم تعرف انت ولم یعرف هو فتكون الصحیحة غیر مربوطة بموازين القضاء (والذی) یوهن هذا الجواب وان ذهب الیه جمیع منهم السيد الفقیه والمحققان الاصفهانی والایروانی - قوله (ع) فیلزمک - وقوله لزمه - اذ المازم انما هو حلف من وظیفته بحسب الجعل الالهی ذلك لا حلف کل احد وان توافق الطرفان علیه اللهم الا ان یقال ان الانسان بحسب الغالب یطمئن بحلف غیره (ثانیها) حمل الصحیح علی التعبد وجعله مخصصاً للقاعدة العامة وهو غیر بعيد فی نفسه اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله امام یرد الحلف علیه وان لا یطالب منه بشیء من موازين القضاء بل یوجه الخطاب الی المالك - والنزم به الشیخ فی محکی النهاية - والمفید فی محکی المقنعة وعن العلامة نسبه الی اکثر - وبذلك ظهر ما فی تضعیف المصنف ره هذا الوجه (ثالثها) ان تكون هذه الفقرة فی مقام بیان حکم صورتین من صور النزاع و

يكون - الحلف وظيفة المالك في صورة وهي مالو كان قوله موافقا للاصل - والبيئة وظيفته في صورة أخرى وهي مالو كان قوله مخالفا للاصل اختاره المصنفه (وفيه) ان هذا مناف لظاهر الصحيح بل صريحه فانه صريح في ورود حلف المالك والغاصب وسماع البيئة من المالك كلها على مورد واحد (فنهض) ان الواجهة في دفع الاشكال! لوجه الثاني ثم الاول .

واما الجهة الثانية فقد افاد المصنفه في وجه كون هذه الفقرة مؤيدة 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 (وعما) ما اذا اتفقا في السابق على قيمة البغل وادعى الغاصب نقصانها في يوم التلف عن قيمته في السابق - وما اذا اتفقا على انه لم يتفاوت قيمة البغل وانما اختلفا في السابقة من حيث الزيادة والنقصان - فانه في المورد الاول يكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للاصل و في المورد الثاني يكون وظيفته البيئة لمخالفة قوله للاصل - وهذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل وظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا - وهو ما اذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة او اللاحق له وادعى الغاصب نقصانها 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 موردين لظاهره بل صريحه (الثاني) ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لاعبرة بقيمة يوم المخالفة واما ان المدار قيمة يوم التلف او يوم الدفع فالخير اجنبى عنه ح (الثالث) انه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للاصل وتكون تلك الصورة متعارفة و ان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة (وهي) ما اذا اتفقا على قيمة البغل وادعى الغاصب انه كان معيوباً حين المخالفة فان قول المالك بكونه صحيحاً موافق للاصل فيكون وظيفته ح الحلف .

واما الجهة الثالثة ففي المتن لم يعلم لذلك وجه صحيح ولم اظفر بمن وجه

دلالتها على ذلك - ووجهها المحقق النائني ره - بان قوله (ع) يوم خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان والمفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه ولا موجب لان تكون القيمة ملحوظة في اول حدوث المخالفة بل اذا فرض قيمة العين اعلى في يوم من ساير الايام يضمنها الغاصب وان تنزلت بعد ذلك ولامتناع 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 استدلل لان العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص (الاولى) ماورد (١) في باب الرهن وقد تقدم في اول هذا التنبيه وعرفت انه لاينا في مع القاعدة فراجع (الثانية) ماورد في عبد اعترق بعضه ففي خبر (٢) عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله (ع) عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعترق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعترق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقى فقال (ع) نعم يؤخذ بما بقى (منه بقيته يوم اعترق خ) ونحوه غيره (وفيه) انه من المحتمل كون قوله يوم اعترق قيذا لبؤخذ للقيمة وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق وسأكت عن ان ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف او يوم الاداء (فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة كون الميزان قيمة يوم الاداء والدفع .

(قوله قده 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 قدّه واذا كان بسبب الامكنة - فالظاهر عدم اعتبار محل التلف الخ)
 يحتمل في العبارة وجهان - احدهما مع لفظ عدم - الثاني بدونه (ومراده) على
 الاول ان خصوصية المكان من الخصوصيات والافصاف التي تكون دخيلة في المالية
 وتختلف المالية باختلافها وان اختلاف المالية فيها ليس مستنداً الى مجرد تفاوت
 الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء - وعليه - فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد
 التي مرت بها العين لقيمة يوم التلف (ومراده) على الثاني ان معنى الضمان وجوب
 تداركه ببذله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف وتداركه على هذا النحو
 بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه (ولكن) يرد على الوجه الاول ان خصوصية
 المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية بل اصل القيمة وترقيها ينشأ من
 كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشأ من كثرة الراغب وقلة الطالب
 بلا دخل للزمان والمكان في ذلك - ويرد على الوجه الثاني ما تقدم من بقاء العين في
 العهدة الى حين الاداء (والصحيح) انه بناء على المختار من بقاء العين في العهدة
 يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج (نعم) في المقام مسألة اخرى وهي انه
 اذا كانت القيمة في مكان ازيد من القيمة في مكان التلف والاخذ - هل للمالك ان يبطلها 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 اذا صدق
 عليه التلف عرفاً للدلة المتقدمة - وللنصوص الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً

الواردة في السرقة والضياع ولا حاجة الى نقلها .

انما الكلام فيما اذا لم يصدق عليه التلف عرفاً - وقد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البدل المسمى عندهم ببطل الحيلولة بوجوه (الاول) قاعدة (١) نفى الضرر بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجازله الزام الغاصب بالبدل (وفيه) ان قاعدة نفى الضرر انما تنفي الحكم الضرري وحكم الموضوع الضرري ولا تدل على ثبوت حكم ولا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله (الثاني) قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باءاء بدلها عند تلفها يكون باءاء بدل الحيلولة (وفيه) ان مفاد حديث (٢) على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببطل الحيلولة واضح وان كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين مادامت موجودة وتدارك ماليتها باءاء حصة مماثلة لها بعد التلف وبعبارة اخرى ما دامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة اداءً لها ولذا لا تخرج عن ملك مالكتها ولو كان ذلك اداءً لها كان اللازم خروجها عن ملكه فتدبر (الثالث) ان في ادائه جمعاً بين الحقيقين بعد فرض رجوع البدل 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 الحقيقين بوجه آخر وهو الزام الضامن بالشراء بل هذا الجمع اولى كما لا يخفى . (الرابع) قاعدة السلطنة (٣) اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذها - او بدعوى - ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها وبعبارة اخرى للعين شئون ثلاثة من حيث الشخصية ومن حيث الطبيعة النوعية ومن حيث المالية وتعذر مطالبة الاولى لا يمنع عن مطالبة غيرها - او بدعوى - السلطنة على

١ - راجع الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات وغيره من الابواب

٢ - سنن يهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ .

٣ - البحار ج ١ - ص ١٥٢ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

مطالبة السلطنة على الانتفاعات بما له وفي الكل نظر (اما الاولى) فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة ولازمها السعى في ذلك بالسعى في مقدماته لا رد البدل - و مع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة - و الامتناع بالاختيار وان كان لا ينافي الاختيار الا انه عقاباً لأخطأ (واما الثانية) فلان مالية العين القائمة بها اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين و المالية القائمة ببديلها حصة اخرى من المالية ولم يثبت السلطنة على مطالبتها (و اما الثالثة) فلان السلطنة على الانتفاعات بماله ساقطة للتعذر (الخامس) انه فوت سلطنة المالك وانلفها فيجب عليه تدارك ذلك (وفيه) ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة بل هي من الاحكام المترتبة عليه فلا يتعلق بها الضمان (السادس) اطلاق النصوص المتقدمة (وفيه) انها ظاهرة او منصرفة الى صورة صدق التلف عرفاً (السابع) الاجماع وهو كما ترى - (فتمحصل) انه لا دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين (نعم) بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامناً للمنافع وقد تقدم تفصيل القول في ذلك .

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية في بيان مورد بدل الحيلولة - فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يرد بل حال بين العين وما لكها ليس هناك بدل الحيلولة بل يكون الغاصب مكلفاً ببرد العين - كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الانتفاعات في جميع الازمنة خرجت بذلك عن الملكية كصيرورة الخل خمرًا ام لا كما اذا انكسرت المرأة - او تلف بعض الانتفاعات في جميع الازمنة كما لو صار الحيوان موطوءاً فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائماً في بلد الوطء لافى ساير البلاد - ليس هناك بدل الحيلولة بل مورده ما اذا تلف جميع الانتفاعات في بعض الازمنة لعدم تمكن الضامن من الرد (ثم ان) مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجي - واما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخييط المفصوب الذي خيط به

الثوب اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه - او لخلطه بمال آخر فلا يكون مورد البديل الحيلولة (ثم انه) لا يعتبر فيه سوى ما ذكر عليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف - اذ ربما يرجى التمكن من العين قريبا و ربما يرجى بعد مضي مدة طويلة - و على 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 في جميع هذه الصور ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعدمدة طويلة (نعم) اذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمولا لما تقدم من الأدلة.

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف برد العين او الاعم منه ومن التعذر العرفي - . قد استدلل للاول (باصالة) عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف (وبانه) مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين - ولا يجتمع التكليف برد العين والبذل - وفيهما نظر (اما الاول) فلان الأدلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضا ومعه لا مورد للرجوع الى الاصل (واما الثاني) فلان مورد التكليف بالبذل زمان الاشتغال بالمقدمات ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات (ولكن) الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا جدا فلا يكون ثابتا وبين غيره فيكون ثابتا ولا 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 الذي ايده بان فيه جمعا بين الحقيين كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الاول وهو اليأس من الوصول فلا وجه للتكرار (وفيه) ان في المقام بحثين (احدهما) انه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول الى الابدان (لا الثاني) في انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا - وبين الجهتين عموم من وجه - اذ اليأس من الحصول ربما لا يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا - كما ان العلم بوجوده او رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلي وعلى هذا فلا مورد لابراده.

الزام المالك باخذ البدل

الجهة الرابعة فى الاحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته - وتنقيح القول فيها فى ضمن مسائل (الاولى) ما ذكره المصنف ره (بقوله ثم ان ثبوت القيمة مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها الخ) و محصل الكلام انه وقع الكلام فى انه هل يكون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالك باخذه ام ليس له ذلك - و قد استدل المصنف ره على الثانى - بقاعدة (١) تسلط الناس على اموالهم (وفيه) ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة (فبرد عليه) ان بدل الحيلولة ان صار ملكا له مع عدم مطالبته فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر فى عدم الخروج عن العهدة بدفعه - وان لم يصبر ملكه فلاضافة له اليه كى يشمل دليلا 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 (فبرد) عليه ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامة يدفعها الضامن وليس بازاء العين فلا يترحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله - وان قلنا له عوضه قهرا فدليل السلطنة لا يمنع عنه لاختصية دليلا ح من دليلها (نعم) بقاء 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 حقا للضامن فان حاله ح كحال ساير امواله - واما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر - او كون ذلك من باب الجسع بين الحقين - او الاجماع - فللمالك الامتناع من اخذه - فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك فى مطالبة البدل - كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك وقاعدة السلطنة على فرض دلالتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبة ماله للتوسل به الى اخذ بدله فله ان لا يطالب - والمتيقن من الاجماع صورة المطالبة (قوله قد فكذا خروجه عن التقويم الخ) الظاهر كـون الخروج عن

التقويم من التلف الحقيقي اذ المراد بالتلف هنا تلف المالية .

في ان بدل الحيولة ملك للمضمون له او مباح

المسألة الثانية - في ان بدل الحيولة هل هو ملك للمضمون له او مباح - فقد استدلل للثاني بوجهين (الاول) ما ذكره المصنف ره ومحاصله ان الغائث بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين - فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين لان معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن ولارم ذلك فيما اذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه وفوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا وتداركا للسلطنة الغائثة فالندارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة وحيث ان السلطنة على الانتفاعات لا تقتضى الملك من اول الامر عنده قده - فلذا اختار الاباحية لولا الاجماع (اقول) اما ان الاباحية المطلقة هل تقتضى الملك من اول الامر ام لا فقد اشبعنا الكلام فيه في المعاطاة (واما) ان ادلة بدل الحيولة هل تدل على الملك او الاباحية فالحق هو التفصيل اذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقيين لما اقتضى ذلك ازيد من الاباحية ولو 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 مائه 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 في صورة التلف وقاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البديل لان عدمه ضررى (الثانى) انه حيث تكون العين باقية على ملكه فلو ملك البديل لزم منه الجمع بين العوض والمعوض (وفيه اولا) انه سيأتى الكلام في ان العين تنتقل عنه ام لا (وثانيا) انه يمكن ان يقال ان ثبوت البديل من باب الغرامة لا المعاوضة فتأمل (ثم ان) هذا كله في غير صورة التلف العرفى - واما في تلك الصورة فلا ينبغي التوقف في الملكية للدالة الدالة على ثبوت البديل فيها

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 بناءً على عدم صيرورة البدل ملكاً للمالك - واما بناءً على الملكية فى موارد التلف الحقيقى او العرفى لا كلام ايضاً فى خروجه عن ملكه اما فى الاول فواضح واما فى الثانى فلان الملكية من الاعتباريات والاعتبار 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 مطلقاً - الثانى - انه لا يملكها كك - الثالث - ما مال اليه المصنف ره وهو عدم الملكية فيما اذا كان الفأث معظم الانتفاعات - والملكية فيما اذا لم يكن الفأث الا بعض ما ليس به قوام الملكية (والاظهر) هو الاول - وذلك لوجهين (الاول) ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البدل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين وصيرورة كل منهما ملكاً للآخر وبدلاً عنه (الثانى) ان مقضى عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع فرض عدم التلف وبقاء مقدار من المالىة للمتعدّر لو حكم الشارع بتدارك مالىته بتمامه بعنوان تدارك ما فى العهدة وبمعنوان انّه اداء للمتعدّر لامناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه وحيث ان كون المتعدّر من المباحات الاصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكاً للضامن واستدل للثانى (بمنع) تلك الاستفادة والفهم العرفى من ادلة الضمان (وبان) التكليف باءاء البدل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البدلية والغرامة لا تقتضى كون العين ملكاً للضامن فان العين النالفة يضمن الضامن قيمتها ولا تكون ملكاً له وبالجمله الغرامة سادة للثلثة التى وردت على ملك المالك فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لانها ليست بدلاً عن نفس العين (وفيه) انه مع بقاء العين على مقدار

من المالية سدالثمة 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 للثالث) بانه مع فوات معظم الانفعالات لامحالة يكون اداء القيمة غرامة وهى لا تقتضى انتقال العين الى الغارم - واما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضى اداء تمام القيمة فالامر باداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية (وفيه) ان مذكوره 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 قدده لان القيمة عوض الاوصاف والاجزاء الخ) بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها بلحاظ 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 يناهى 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 قدده قال فى شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة ولو طلب المالك نزعها الخ) احتمل فى هذا المورد و امثاله امور (منها) ان يجب بدل الحيولة لتعذر وصول المالك الى ماله (ومنها) اشتراك مالك الثوب ومالك الخيوط فى قيمة الثوب بعد الخياطة (ومنها) كونها من موارد التلف (والظاهر) هو الاخير اذ قيمة الثوب وان زادت بالخياطة الا ان زيادتها ولو مقدار امنا ليست بازاء الخيوط وان صارت هى سببا لازدياد قيمة العين - وقد مر عدم كسور المورد من موارد بدل الحيولة - بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف فيكون الغاصب ضامنا لقيمة الخيوط - وقد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن - وعليه فلا يجب نزعها وان طلبه المالك وتجوز الصلاة فى هذا الثوب المخيط كما افق به فى محكى

مجمع البرهان واستجوده صاحب الجواهر ره .

(قوله قدده بل الامر بوجهها مجرد تكليف لا يقابل بالمال الخ) ولعل الوجه فى وجوب الرد فى المقام مع عدم شمول الادلة لان موضوعها المال وماله عهدة مالية والمفروض خروج المغصوب عن ذلك وكونه غير مال اطلاق قوله (١) فلا لان الغصب كله مردود - فتدبر .

(قوله قدده امكن سقوطه الخ) لحدیث لا ضرر - اللهم الا ان يدعى ان مادل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالية المال فلا يرفع حكمه بحدیث لا ضرر ولعله اشار الى ذلك بامرہ بالتأمل - الا ان الشأن فى مدرك هذه العبارة .

(قوله قدده فلاننا فى ما تقدم عنه سابقاً الخ) لان عدم وجوب الرد فى المقام انما هو لاجل المانع لالعدم المقتضى وهو الملكية .

حق الاولوية

(قوله قدده ثم ان هناقسما رابعا وهو مالوخرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الاولوية الخ) الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات - الاولى - فى بقاء حق الاولوية بعد زوال الملكية - وقد استدلل له بامور (الاول) . ما افاده المحقق النائینی ره وغيره وهو ان الحق لبس امرا مغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة المنذكة تحت القوى لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهى حاصلة المالك 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 التكليفى من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير

حق الاولوية مع ان لازم كونه اثراله ارتفاعه بارتفاعه وبالجمله حق الاولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك (الثالث) انه قد دل الدليل ان على المالك احق بماله - فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك - ولوشك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (وفيه) ان ما دل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف فى ماله من غيره وهذا غير ثبوت حق الاولوية (الرابع) الاجماع (وفيه) انه ليس تعديا ولعل مستند المجمعين ما تقدم (فالصحيح) ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلانية وبناء العقلاء على ذلك واظن انه لا ريب فى بنائهم عليه وحيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضائه لذلك (الجهة الثانية) فى وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن - اقول بناء على ثبوت حق الاولوية لاشك فى وجوبه فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق ولوشك فى وجوب رد متعلق الحق فهل يجرى استصحابه نظراً الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية فالموضوع عند العرف يكون باقيا - ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية - وجهان اظهرهما الاول - واما بناء على عدم ثبوته فجرى ان الاستصحاب وعدمه مبنيان على ما تقدم (الجهة الثالثة) فى انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك او الضامن والاظهر هو الثانى - لاقتضاء الغرامة ذلك ولبناء العقلاء عليه - فالضامن احق من غيره .

حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة فى حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة - فمن العلامة رده و بعض آخر ضمان المنافع ورجحه فى موضع من جامع المقاصد - والظاهر ان المشهور بين الاصحاب العدم - وهو الاظهر - اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعذرة ملكاً للضامن فواضح واما على الملك الاخر - فلانه قد خرج الضامن عن عهدة العين وادى مالبنتها فليس له بعد ادائها عهدة العين الثابتة بعلى اليد وغيره من

ادلة الضمان فلا شىء يقتضى الضمان (نعم) اذا وضع يده عليه ثانيا او على نمائها
 حصل الضمان - وبالجمله - بعد خروج الضامن عن عهدة العين يكون حاله بالاضافة
 الى ذلك الملك حال غيره من الاجانب وعليه فكون النماء حادثا فى ملك المالك
 لا يقتضى ضمانه - كما ان اليد السابقة التى خرج عن عهدها لا تقتضى ذلك فلا يظهر
 عدم الضمان (واستدل) للقول الاخر بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة
 وارتفعت ماليته وقيمتة فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين المال وصاحبه - يكون
 سببا للحيلولة بين تلك الزيادة والمالك - و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا
 المالية فعلا - فيجب تداركها (وفيه) ان هذه الحيلولة ليست حيلولة اخرى بل بقاء
 لتلك الحيلولة والمفروض انه خرج عن عهدها .

(قوله قدح الحاصل بعد التعذر وقبل الدفع الخ) قد عرفت ان مقتضى
 القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع ايضا - وعلى فرض الالتزام بالانتقال
 واشتغال الذمة بالقيمة عند التلف الذى هو مبنى عدم ضمان الارتفاع بعد التلف
 نلتزم به فى المقام من حين التعذر فانه من اول تحقق التعذر لا يكون مكلفا برد
 العين بل برد القيمة فينتقل التكليف من العين الى القيمة فتدبر .

اذا ارتفع التعذر يجب رد العين

المسألة الخامسة - قال قدح (ثم انه لا اشكال فى انه اذا ارتفع تعذر رد
 العين وصار ممكنا وجب ردها الخ) وقد استدل على ذلك بوجوه (الاول) ما
 فى المتن وهو ان مقتضى (١) عموم على اليد ما اخذت المغيبى بالاداء هو ذلك (وفيه)
 انه ان قلنا بالملكية اى العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن فلا موضوع لعلى اليد
 وان قلنا ببقائها على ملك المالك - فيرد عليه انه على الفرض حيث خرج عن عهدة
 العين بدفع البدل واداء المالية فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه

ثانياً (ودعوى) ان العموم المزبور يدل على تعهد الاخذ بالعين تداركا وردا ودفع الغرامة انما يكون تداركا للمالصة - وانما يسقط وجوب الرد حين التعذر للتعذر العقلى واذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الاخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين ولعله الى هذا يشير قوله قدح ودفع البدل لاجل الحيلولة السخ (منفعة) بان على اليد انما يدل على كون المال الماخوذ فى العهدة ما لم يؤد فاذا فرضنا كون دفع البدل اداءً فلا وجه لوجوب الاداء ثانياً - وبعبارة اخرى انما يجب دفع البدل من جهة كونه اداءً ومعه لا وجه لوجوبه ثانياً - وان شئت قلت انه لا يدل على وجوب الرد تكليفاً وانما يدل على الضمان خاصة (الثانى) ما فى المتن ايضا وهو استصحاب وجوب الرد . (وفيه) 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 قبود الطلب شرعاً بل هو شرط عقلى فى كل واجب فلا يكون الوجوب بسببه تعليقاً - اللهم لان يقال - انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعاً فلا محالة يصير الوجوب تعليقاً ولا مانع من استصحابه فى المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقى وان قلنا بانه شرط عقلى بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى وان كان التكليف باقياً شرعاً فيستصحب الوجوب التنجيزى فى المقام وعليه (فالحق) ان يورد على هذا الاصل بانه مع الخروج عن عهدة العين لا يجب ردّها تكليفاً لا اختصاص الادلة بصورة بقاء العهدة (الثالث) ما افاده السيد قدح وهو المحقق الثانى ره وحاصله - ان البدلية المفهومة من الادلة انما هى بدلية مادام التعذر موقته فاذا ارتفع التعذر يعود كما كان (وفيه) انه فى موارد صدق التلف عرفاً تكون الغرامة بدلاً دائماً بمقتضى اطلاق النصوص وفى موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الادلة من على اليد وغيره كون دفع البدل فى حال التعذر اداءً للعين وخروجاً عن عهدها لا مادام متعذراً وبعبارة اخرى التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجوداً وعدمه - ولو شك فى ذلك الكفى الاستصحاب فى بقاء البدلية (الرابع)

الاجماع - وهو كما ترى (فالصحيح) ان يستدل له ببناء العقلا بدعوى ان بنائهم على العود في امثال المقام مما يكون البذل لامن باب الابراء عن الخصوصية او المعاوضة الشرعية بل تناز لاعتن الخصوصية الشخصية كون المتنازل هو المالك او الشارع ولاية عليه فتدبر فانه دقيق (وبما ذكرناه) يظهر وجه عود الغرامة الى الضامن بعد ارتفاع التعذر (نعم) يمكن ان يقال ان بناء العقلا فيها انما يكون مع مطالبة مالك العين واما بدونها ورضاء المالك بعدم رد العين لانباع منهم على عود الغرامة نفى الحقيقة بكون العود بالنسبة الى المالك باختياره - وبالنسبة الى الضامن لباختياره بل باختيار المالك .

(قوله قد ههنا فان الغرامة عوض السلطنة الخ) وفيه ان الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة اى امكن وضع اليد على العين ولو بواسطة قدرة الغاصب - لاعتن السلطنة الفعلية ولذا لو كان الغاصب من الاول قادر على الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا .

(قوله قد ههنا ولذا) يباح لغيره بمجرد بذل الخ) مراده ان البذل او كان بدل السلطنة على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولى فانه السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب - فان 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 مطالبة المالك لما له لينتفع به لا مطلق السلطنة على المطالبة .

(قوله قد ههنا وما ذكرناه ظهر انه ليس للغاصب حبس العين الخ) ما ذكره اولاً من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لا مورد لحبس الغاصب العين اذ ما لم يرد العين لا يستحق الغرامة فكيف يجوز له حبسها لاجلها وان 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 في المعاملات وفى غيرها لا دليل عليه - فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس وعدمه مدار كون العين عوضا او معوضا - غير تام .

الكلام في شروط المتعاقدين

عقد الصبي

(قوله قدومه مسألة المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي الخ)

اقول معاملة الصبي تنصور على وجوه (الاول) كونه مستقلا فيها كان ذلك في امواله او في اموال غيره اذن الولي ام لم يأذن (الثاني) ماذا اذن الولي مع كون المعاملة مستندة اليه ويكون من قبيل الوكيل المفوض (الثالث) كونه آلة محضة بمعنى كون المعاملة معاملة الولي ان كانت في امواله و معاملة الموكل ان كانت في اموال غيره ويكون الصبي منشأ فقط - ومرجع منعه عن التصرف على النحو الاخير الى كون قصده للانشاء كلافصدوم قبيل بيع الهازل والنائم (ثم ان) محل الكلام هو الصبي المميز و اما غير المميز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمدلول العقد (والمصنف) ره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا ومورد استظهاره منها استثنائه ايهال الهدية واذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادعى الاجماع على محجوريته فيها - مع انها ليسا من التصرفات القولية او الفعلية فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (اقول) برده عليه قد انعدم حجية فعله في الاول وقوله في الثاني في حكايتهما بالتصرف في مال الغير باخذ الهدية والدخول في الدار لا يقتضي عدم العبرة بقصده للانشاء لرجوع ذلك الى عدم تصديق الصبي كالفاسق فاستثنائهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله - وبعبارة اخرى - استثنائه اياهما من كون الصبي محجورا عليه شرعا يقتضي حمل كلامه ره على ارادة الايهال والاذن الذين هما من التصرفات الشرعية لا الالية المحضة فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل او قوله الكاشفين عن اهداء المالك و اذنه في الدخول ولا كلام في ان هذا التصرف تصرف استقلالي للصبي و

ليس من قبيل اجراء الصيغة - وعلى هذا فثبتت الشهرة و الاجتماع على بطلان عقده بالمعنى الاخير محل نظر بل منع وكيف كان فلا بد من التكلم فى الادلة - والكلام فيها يقع فى مقامين .. الاول - فى ادلة المنع - الثانى فى ادلة الجواز (اما الاول) فقد استدل له بامور .

الاول الاية الشريفة (١) وابتلوا اليئامى 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 فى تصرفاته - بل المراد من عدم الدفع ذلك (فان قلت) ان ظاهر الاية الشريفة من جهة الامر بالدفع وجوب الدفع بعد البلوغ و الرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك وهذا يلائم مع الجواز فلان تدل الاية على عدم الجواز (قلت اولا) انه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز امساك مال الغير - فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك وجوب حفظ امواله وعدم رده اليه (و ثانيا) ان هذا الامر لو روده مورد الحظر والمنع لا يستفاد منه الوجوب فدلالة الاية الشريفة على محجورية الصبى فى الجملة لا كلام فيها (انما الاشكال) فى انها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلا بالمعنى الاول خاصة ام تدل على المنع عنها بالمعنى الثانى ام تدل على الغاء تصرفه بالمرّة (اقول) الظاهر هو الوسط - فان الاية من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولى وتضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ تدل على عدم استقلال الصبى فى معاملاته فى امواله وان اذن له الولى - ولكنها لا تدل على جعل انشائه كل انشاء مع عدم كون التصرف تصرفا له بل من تصرفات وليه و كون البيع بيعه مثلا فالاية تدل على عدم نفوذ ما بعد تصرفه ولو مع اذن الولى - وهى وان اختلفت بامواله الا انه يكفى فى منعه عن التصرفات فى مال غيره عدم القول بالفصل .

الثانى حديث (٢) رفع القلم عن الصبى - الذى رواه فى محكى الخصال عن ابن

الطيبان عن امير المؤمنين عليه السلام فى سقوط الرجم عن الصبى - اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة
 عن الصبى حتى يحتمل الحديث وروى (١) عن قرب الاسناد عن على عليه السلام فى سقوط القصاص
 والدية فى ماله وقد رفع عنهما القلم وفى موثق (٢) عمار عن الصادق عليه السلام عن الغلام
 متى يجب عليه الصلاة قال عليه السلام اذا اتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتمل قبل ذلك فقد
 وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم الحديث ونحوها غيرها - وعن الشيخ فى المبسوط
 فى مسألة الاقرار ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم - واورد عليه بايرادات
 (احدها) مافى المتن وهوان الظاهر منه قلم المؤاخذه لا قلم جعل الاحكام (وفيه اولا)
 انه لا شاهد لهذا الحمل بل الظاهر منه قلم جعل الاحكام ولاقل من الاطلاق (وثانيا) ان
 مورد بعض هذه النصوص القصاص و ثبوت الدية وهما ليسا من قبيل المؤاخذه على
 مخالفة التكليف بل من قبيل الحكم الوضعى (وثالثا) ان المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذه
 مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو كان ذلك مما يقطع بخلافه - وان كان المراد
 رفع الاستحقاق فهو لا يصح الامع رفع الحكم الذى هو منشأ هذا الحكم العقلى (ثانيها)
 مافى المتن ايضا وهوان المشهور على الالسنه ان الاحكام الوضعية ليست مختصة
 بالبالغين فلا مانع من كون عقده سببا فعليا للوجوب التعليقى اى وجوب الوفاء بعد البلوغ
 ويكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشأ بالوجوب الفعلى
 المنجز (وفيه) انما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع فى حقه فى الجملة فى قبال عدم
 ثبوت التكليف اللزومى بقول مطلق لاثبوت الاحكام الوضعية فى حقه مطلقا كيف و
 فداشتهر بينهم بطلان عقد الصبى (ثالثها) مافى المتن ايضا وهوانه لو سلمنا اختصاص
 الاحكام الوضعية ايضا بالبالغين لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ
 بان يكون الجزء الآخر البلوغ ومع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد
 موضوعا لوجوب الوفاء وان لم يؤثر فى الملكية كما فى معاملة الفضولى مع الاصيل فانه

١- الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

٢- الوسائل - باب ٢ - من ابواب مقدمة العبادات - حديث ١٢

يجب على الثانى الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية - وبهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائنى ره عليه بانه لا يمكن التفكيك فى الآثار بين البالغ وغيره اذ لو افاد عقد الصبى الملكية فلا يمكن ان لا يؤثر فعلا وبصير ذا اثر بعد البلوغ (وفيه) انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لاسبيل الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر (رابعها) ما افاده المحقق الايروانى ره وهو ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد بخصوص التكليف الالزامية وذلك بقربة الرفع فان مناسب مادة الرفع رفع مافى حملة كلفة و نقل و مشقة وليس ذلك الا فى الاحكام اللازمة (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 - وهو ان تأثير الانشاء فى حصول عنوانه المنشأ كالبيع تأثير تكوينى فى امر اعتبارى فيكون كتأثير سيفه فى القطع و هذا لا يرفع حديث الرفع و اما رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنسان المتولد على ان لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما باحكام البيع فذلك فى البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه و معلوم بالقطع ان حديث الرفع لا يرفع الا احكاما مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير لاحكاما مترتبة عليه حتى مع الوسطة (وفيه) ان تأثير الانشاء فى حصول العنوان ليس تكوينيا بل هو جعلى غاية الامر حصوله فى نظر الشارع متوقف على القبود الشرعية وان كان حصوله فى نظر العاقد غير متوقف عليه (وبالجملة) قدم فى اول الكتاب ان فى البيع مثلا يعتبر البايع والمشتري الملكية ويتحقق ذلك فى اعتبارهما ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا والا فلا - وكل بالاضافة الى الشارع فلو كان الباوع من تلك القيود بنظره الاقدس لا يعتبر الملكية ولا يكون العنوان متحققا فى اعتباره وهذا لا يستلزم شيئا من المعاذير المتقدمة .

ثم ان المحقق النائنى ره اختار دلالة على بطلان عقد الصبى حتى بالمعنى

الثالث - بدهوى انه يدل على كون الصبى مسلوب العبارة فان الظاهر من قوله (ع)

رفع القلم عنه ماهو 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 ماجرى عليه القلم فلا ينفذ فعله ولا يمضى عنه فان ما صدر عنه لا ينسب اليه. (اقول) انه يدل على رفع قلم الوضع والتكليف عن الصبى - و لازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث فان العقد الصادر من الصبى باذن الولى له نسبتان نسبة الى الصبى ونسبة الى الولى غاية الامر نسبتته اليه انما تكون بالتسبيب ولا منافاة بين عدم نفوذ ماهو عقد الصبى بالمباشرة ونفوذ ماهو عقد الولى - اذ القلم رفع عن الصبى لاعن الولى هذا على فرض تسليم صدق كون العقد والبيع عقد الصبى مع كونه مجرى الصيغة خاصة وكون طرف المعاملة عند العرف هو الولى والافعدم دلالة على سلب عبارته اوضح .

الثالث .. النصوص (١) الدالة بالمنطوق والمفهوم على عدم جواز امر الصبى فى البيع والشراء - وتقريب الاستدلال بها - انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه وشرائه حتى مع اذن الولى فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير (واورد عليه) المحقق النائينى ره بانها فى مقام بيان ان الاحتلام شرط فى نفوذ امر الصبى وليست فى مقام بيان عدم نفوذ امره قبله ولو مع اذن الولى (وفيه) ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله - ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى و عدمه (و الحق) ان يقال ان دلالتها على بطلان عقد الصبى بالمعنيين الاولين لاتنكر لانها لاتدل على البطلان بالمعنى الاخير .. اذ لو كان الصبى مجرى الصيغة خاصة لا يستند البيع والشراء اليه وعلى هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغة لعدم صدق البيع عليه .. فالبيع انما يكون ببيع الولى - او الموكل - و الامر امره - و مجرد الصيغة لا يكون موضوع النفوذ و عدمه .. ولو تنزلنا عن ذلك فلاقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان نسبة الى الصبى .. ونسبة الى الولى او الموكل .. فلا

مانع من نفوذه ومضيه بالاعتبار الثانى كما تقدم .

(قوله قدده 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 الصبى ولو فى اجراء الصيغة خاصة هذا الاستثناء لا ينافيه بل غاية ما هناك كنا 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 قدده وكذلك وقع ايجاب النكاح او قبوله لغيره باذن وليه الخ)

وفيه انه بناء على ما ذكرناه فى معنى هذه النصوص لاحاجة الى اذن الولى فى ما اذا صار وكىلا عن الغير فى معاملة خاصة لعدم كون المعاملة ح امر الصبى فتدبر .

الرابع النصوص المتضمنة لكون عمد الصبى خطاء كصحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عمد الصبى وخطاه واحد و تقريب الاستدلال بها انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد والعمد لا ترتب على افعال الصبى وان اعماله عن قصد كالا عمال الصادرة عن غيره بلا قصد فعقد كعقد الهازل والنائم - اقول يقع الكلام فى جهتين (الاولى) فى انه هل تدل الاخبار على ان قصد الصبى كلاقصد - ام تدل على ان عمده اى الفعل الصادر عن عمد خطاه 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 وايجاد غيره من الموانع وصحة صومه لو اكل من الصبح الى الغروب و انه لو حاز شيئا لا يملكه و يجوز اخذه منه و غير ذلك من الاحكام التى لا مناص عن الالتزام بخروجها عنها بناء على هذا المعنى (الثانية) فى انه على المعنى المختار هل يعد النصوص بساب المعاملات

ام تختص بباب الجنابات و جهان اقوامها الثانى - و ذلك لوجهين (الاول) ان العمد والخطاء انما يتصوران فى الامور التى لها واقع محفوظ وذلك الامر قد يترتب على سببه قهرا و آخر عن قصد و الامور المتوقف تحققها على القصد كالعقود و الايقاعات حيث انها لا تتحقق بدون القصد فلا يتصور فيها الخطاء اذ لو قصد ما تقع و الا فلا لانها تقع خطأ (الثانى) ان تنزيل شىء منزلة آخر انما يصح اذا كان للمنزل عليه اثر ليكون التنزيل بلحاظه . كما فى القتل فان اثر الخطأ منه كون الدبة على العاقلة و امامالا حكم لخطأه كباب المعاملات على فرض تسليم الخطأ فيها فلا يصح فيه هذا التنزيل و بعبارة اخرى انها تدل على وحدة حكم عمد الصبى و خطاه و هذا انما يصح فيما كان لكل منهما حكم يخصه فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد فى خصوص الصبى و معلوم ان تعدد حكم العمد والخطاء واختلافهما فى الحكم انما يكون فى خصوص باب الجنابات .

ثم ان السيد قدده فى الحاشية ذكر وجهين آخرين لاختصاص النصوص بباب الجنابات (احدهما) ان فى ذيل بعض (١) تلك النصوص هذه العبارة تحملها العاقلة او - جعل الدبة على قومه ولا ريب فى ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنابات وهى تكون قرينة على غيرها (وفيه) انه لا وجه لحمل المطلق فى المقام على المقيد لكونهما مثبتين (ثانيهما) ان النصوص غير المذبذبة بما ذكر انما تكون مطلقة لا عامة والقدر المتيقن منها باب الجنابات (وفيه) ان القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق فالصحيح ما ذكرناه . ثم ان المصنف ره بعد ما اشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبى - قال بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون والصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم - وهو ما (٢) عن قرب الاسناد بسنده عن ابى

١- الوسائل - باب ١١ - من ابواب العاقلة - حديث - ٣ - ٥ - و باب ٣٦ - من ابواب

القصاص فى النفس .

٢- الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب القصاص فى النفس حديث ٢

البخترى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام انه كان يقول فى المجنون والمعتوه الذى لا يفىق والصبى الذى لم يبلغ عمدهما خطاء تحمله العاقلة وقد رفع عنهما القلم - وتقريب استظهار المطلب منه - ان قوله وقد رفع عنهما القلم لوجه لذكره الا كونه علة للحكم وهو ثبوت الدية على العاقلة - او معلولا لقوله (ع) عمدهما خطاء وعلى اى تقدير يدل على ان قصد الصبى كلاقصد - فانه يدلح على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذه وانه عام لكل ما التزم على نفسه من المال باقرار او معاوضة - ويدل انه لا اثر له فى الزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولى و عدمه - وعدم ترتب الاثر على التزامه حتى مع اذن الولى لا يكون الا لسلب قصده وعدم العبرة بانثائه (اقول) يرد 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 لعمدهما خطاء (اما الاول) فلمخلوه عن اللام والفاء الدالتين على ذلك (مضافا) الى انه اما ان يؤخذ العلة رفع القلم مطلقا او رفع القلم فى باب الجنائيات فان كان الاول - فاجنبية العلة عن الحكم المعلل واضحة اذ اى ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم والصلاة وثبوت الدية على العاقلة - وان كان الثانى - فغاية ما يمكن ان يقال فى توجيه الارتباط ان دم المسلم لا بد وان يتدارك ولا يكون ذلك من بيت المال فلا بد وان 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 المزبور - ان لازم ذلك تعليل ثبوت احد الضدين بنفى الضد الاخر وهو كما ترى (واما الثانى) اى عدم كونه معلولا - فلمخالفته فى كيفية التعبير من حيث الاشتمال على كلمة - قد - الدالة على تحقق مدخولها واخلو جملة تحملها العاقلة عنها (مضافا) الى انه من المعلوم ان هذه الجملة اى جملة عمدهما خطاء ليست فى مقام بيان امر تكوينى بل متضمنة لبيان امر تشريعى وعليه فيتحد مفادها مع مفاد رفع القلم فلا وجه لجعل

احدهما علة للآخر (والحق) في المقام ان يقال ان عمد هما خطأ متكفل في نفسه لبيان حكمين بنحو الاجمال و قد بينهما الامام عليه السلام بجملة من اخرين - احدهما ثبوت الدية على العاقلة و الآخر عدم ثبوت شيء على الصبي - وبين الاول بقوله تحمله العاقلة والثاني بقوله وقد رفع فهاتان الجملتان تفسير ان للجملة الاولى من دون ان يكون هناك علة او معلولية (فنحصل) 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 الثاني فقد استدل لجواز عقد الصبي بوجوه .

الاول الاية الشريفة (١) وابتلوا 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 وهو ان ظاهر الاية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى وقوله تعالى (حتى) سواء كانت للغاية ام للابتلاء - والظاهر من الابتلاء الابتلاء بالمعاملات على الاموال بان يأذنوا لهم في البيع والشراء قبل البلوغ وذلك يقتضى صحة تصرفاتهم (اقول) لاشكال في دلالتها على عدم كون الصبي مسلوب العبارة - الا انها لاتدل على كونه مستقلا في التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولي او اجازته - وحيث ان ظاهر ذيل الاية الشريفة كما مر عدم صحة تصرفاته استقلا فلا بد من البناء على ذلك (ثانيهما) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو ان المستفاد من الاية الشريفة ان المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الاية وانه مع استيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال ولا ينتظر البلوغ وان اعتبار البلوغ طريقى اعتبار امانة الى الرشد بلاموضوعية له (وفيه) انه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن

وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ وكان ذكر حتى اذا بلغوا النكاح زايدا - وحمله على الطريقة الى الرشد خلاف الظاهر (الثانى) مرسل المبسوط وروى انه اذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جازى التصرف (وفيه) انه لارساله وعدم العمل حتى من مرسله به لايعتمد عليه (الثالث) النصوص (١) الدالة على جواز وصيته وصدقته وعقده فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباة سياقه عن التخصيص (وفيه) اولاً ان الدليل لم يكن مختصاً بحديث رفع القلم - وثانياً - انه غير آتب عن التخصيص هذا على فرض جواز تلك التصرفات والا فالامر اسهل (الرابع) السيرة التى ادعاها سيد الرياض على ما نقل عنه المصنف ره - والانصاف انه لاينبغى التشكيك فيها الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء بل سيد الرياض ادعاها فى هذا المورد ولا مورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين (الخامس) خبر (٢) السكونى عن الصادق عليه السلام قال نهى رسول الله ﷺ عن كسب الاماء فانه ان لم تجد زنت الامة قد عرفت بصنعة يد - ونهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق - فان حصر كراهة التصرف فيما اكتسبه الغلام بما اذا لم يحسن صناعة بيده واحتمل 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 اصلاً كالانقطاع المترتب عليه الملكية - او مع كون المعاملة من الولي كالاجارة التى اوقعها الولي - او مع كونها عن الصبى على نحو يجمع فساد المعاملة كاستحقاق اجرة المثل فى الاجارة التى اوقعها الصبى بغير اذن الولي او عمل عملاً بامر امر - و من الواضح ان جواز التصرف فى المكسوب فى هذه الموارد لا يكتشف عن نفوذ معاملات الصبى بما هو صبى (وفيه) ان قبض الصبى المال فى هذه الموارد كما اعترف

١- الوسائل - باب ١٥ - من ابواب كتاب الوقوف والصدقات - وباب ٥٤ من ابواب

كتاب العتق - وباب ٢٢ - من ابواب كتاب الوصايا .

٢- الوسائل - باب ٣٣ - من ابواب ما يكتسب به من كتاب التجارة

به فده قبيل ذلك لاثاره لفرض كون اجرة المثل كلية وكك الاجرة المسماة بحسب الغالب وهو لا يتعين بقبض الصبي (وبالجملة) غايه ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة ولكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه بل هو باق على ملكه فيحرم للولى وغيره التصرف فيه وبه يظهر حال الالتقاط فانه اذا كان فعل الصبي كالعدم لاثار للقطاؤه ايضا.

فالحق فى 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 الخطا ب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدى المعاملات الا فى الصناعة و عليه فان كان النهى تحريما لا يبدل على نفوذ معاملاته بوجهه و ان كان تنزيها و ان كان يشمر بذلك الا انه لا دليل على حمل النهى عليه و ان كان الثانى كما لعله 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 و ان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرق (ثانيا) 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 . وفى 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 مطلقا مما حصله الصبي كان بتلك ام بغيرها فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه (واما الثانى) فلان الفرق بين من يحسن صناعة بيده وغيره واضح فانه فى الاول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره - فيكون ذكر القيد لتحقيق الموضوع - مع - ان القيد لا مفهوم له (واما الثالث) فلعدم 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 الأدلة بطلان عقد الصبي اذا كان مستقلا في المعاملة ونفوذه اذا كان باذن الولي.

في المستثنيات

(قوله قد علم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهم بالاتلاف الخ) اقول قد استثنى من رفع القلم عن الصبي مواضع .
 منها اتلافه فان المشهور بين الاصحاب كونه موجبا لضمانه - وقد استدلو ا على ذلك بوجوه (احدها) ما يستفاد من كلمات المصنف وهو ان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها كانشاء العقود فيخرج مثل الاتلاف (وفيه) ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف او وضع عن الصبي كان سببه فعله القصدى او غير القصدى (ثانيها) ما ذكره المحقق الاصفهاني وهو ان مقتضى مناسبة الحكم والموضوع ان كل اثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل وكماله واستشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبي فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشئ عوارج عن عموم الآثار المرفوعة (وفيه) ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة والا فرب غير بالغ اعقل من البالغ (ثالثها) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو انه في بعض (١) النصوص جمع بين عدم الصبي خطأ ورفع القلم عنه وهو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمدوان المرفوع احكام اخذ في موضوعها العمدو معه لا يبقى لرفع القلم عموم و ذلك الحديث يوجب سقوط سائر النصوص المشتملة على رفع الحكم عن الصبي - فمثل الاتلاف 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 سائر الروايات (رابعها) ان حديث رفع القلم لوروده مورد الامتنان يختص بما

في رفعه منة ولامنة على الامة في رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير افاده المحقق الاصفهاني ره (وفيه) انه لاقرينة لكونه واردا مورد الامتنان بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه اذ ليس في رفع حليته منة على الصبي فالعمدة في استثنائه الاجماع ان ثبت وكان تعديدا .

و منها 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 شاهدا على 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 ينجس ولو تحقق في حقه سبب الجنابة يجنب كما هو المشهور بين الاصحاب - والوجه 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 و الجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه و اما عدم شمول ما دل على انه لا يجوز امر الصبي لهما فواضح .

ومنها القبض - وملخص القول فيه ان القبض ربما يكون معينا للكلية و آخر يكون قبضا لمال معين - وعلى التقديرين ربما يكون جزء السبب المملك كما في بيع الصرف والهبة - وربما لا يكون كك - وعلى التقديرين ربما يكون باذن الولي و قد يكون بغير اذنه - فقد يقال بترتب الاثر على قبضه مطلقا - واستدل له السيد (بالسيرة) عليه في الصدقات (وباطلاق) (١) نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير

(وبما) في الزكاة الدال على جواز إعطائها بالصغير (ولكن) المتيقن من السيرة إعطائها باذن الولي ونصوص الكفارة والزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر لا يصح الاستدلال بها في المقام ففي محكي الجواهر ثم لا يخفى ان المراد من إعطاء الاطفال في النص والفتوى الايصال اليهم على الوجه الشرعي بان يسلم بيدوليهم (والحق) في المقام ان يقال ان المقبوض ان كان شخصا - فان لم يكن مال الصبي و لم ياذن المالك في القبض لا كلام في عدم كونه مبرءا للذمة وان اذن مالكة في القبض كان ذلك مبرءا للذمة لان ذلك قبض منه واستيلاء على المال اذ القبض الذي يترتب عليه الاثر ليس هو الاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض - وان شئت قلت ان المبرء للذمة اداء مال الغير فتبرء الذمة وان امر بالقاء ماله في البحر فالقاءه - وان كان المال مال الصبي فان اذنه الولي في اقباضه او اذن الصبي في قبضه برأت ذمته لانه قبض للولي (وما) افاده العلامة ره من ان ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز وان اذن الولي (غير تام) لعدم كونه تضييعا بل اقباض للولي - وان كان بدون اذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلا (وان كان) كليا فان كان بدون اذن الولي ان كان ماله او مال الصبي - او بدون اذن مالكة ان كان لغيرهما لم تبرء ذمته وبقي المقبوض على ملكه - وان كان مع اذنه كان ذلك قبضا معنا للكل ولا اقل من كونه توكيلا منه في قبض حقه وتعيينه فيما بيده ثم دفعه الى الصبي - فافهم و اغتنم .

في معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة

(قوله قد عده ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الأشياء اليسيرة (الخ) اقول قد استدلل على نفوذ معاملة الصبي في الأشياء اليسيرة بوجوه (الاول) ان الآية والنصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الأشياء الخطيرة بقربة

مناسبة الحكم والموضوع بتقريب انها بمناسبة الحكم و الموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبى فيما له شأن يتفاوت فيه كمال العقل وغيره وهو انما يكون فى الاشياء الخطيرة دون المحقرات التى لها ثمن معين لا يتفاوت فى الصغير والكبير (وفيه) ما تقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لالعلة والا فرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ (الثانى) لزوم الحرج من تصدى البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات (وفيه) ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين فى المعاملة ممنوع (نعم) لانكر لزومه من منعهم عن المعاملة مطلقا ولكن قد مر ان الاظهر جواز معاملاتهم فى صورة اذن الاولياء حتى فى المجملات (الثالث) ان سيرة اهل العرف من كل ملقة نحلة جرت على ايكال المعاملات فى المحقرات الى الصبيان (واجاب) عنه المحقق النائنى ره بان السيرة مختلفة باختلاف الاشياء فانهم يوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول والى من بلغ ثمانية بيع اللحوم وهكذا وثبوت السيرة من عصر الائمة من المتدينين بهذا التفصيل مشكل بل المعلوم عدمها فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للدالة (اقول) يرد عليه قده ان المستدل استدل بالسيرة العقلية و ما ذكره ره انما يصلح جوابا عن سيرة المتشعبة وبينهما فرق واضح كما لا يخفى (فالحق) ان يقال - ان الاستدلال ان كان بالسيرة العقلية فالدالة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضاها وان كان استدلالا بسيرة المتشعبة 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 والواسطة فى الاتصال من جهة ان المعاملة واقعة حقيقة بين الولى والطرف الآخر - وقد مر تنقيح القول فى ذلك فى التنبيه الثانى من تنبيهات المعاطاة وعرفت انه غير تام فراجع ما ذكرناه ولا نعيد .

في اعتبار القصد

(قوله قدومه مسألة ومن جملة شرائط المتعاقدين قصدهما المدلول العقد الخ)
 أقول تنقيح القول في هذه المسألة انما يكون بالبحث في مباحث (الاول) ان للعاقـد بحسب قصد اللفظ وقصد معناه احوال اربعة (الاول) ان يكون اللفظ صادرا عنه عن غير قصد كاللفظ الصادر من النائم او الغالط (الثاني) ان يكون اللفظ مقصودا دون معناه كما اذا قال بعث على وزن خفت (الثالث) ان يكون المعنى مقصودا له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية كما اذا انشأ البيع بمعنى استعمل الصيغة في معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفساني ونظيره في الاخبار ما اذا اخبر عن شيء وحكى عنه بداعي الهزل لا الجد (الرابع) ان يكون المعنى مقصودا بالارادة الجدية ولكنه لم يكن عن طيب النفس (ثم ان) اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الاول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها معها فان عناوين المعاملات امور قصدية ومع عدم هذه القصد لاتتحقق تلك - واما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا وسيأتي الكلام فيه في محله .

ثم انه ظهر مما ذكرناه امور (الاول) ان ما افاده المصنف ره في المقام من قياس الامر الصوري بالكذب في الاخبار وتشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الانشاء كلام متين - ولا يرد عليه ما اورده المحقق النائيني ره من ان شبهه الكذب في الاخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم الاعتبار اي اعتبار الشارع واما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الامر الصوري شبيها به فلا يكون ذلك مثل الكذب في الاخبار فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال (الثاني) ان جعل اعتبار هذا القصد بالمعنى الثالث الذي 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 الشايع - و ما 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 ايضا فالمراد من شرائط المتعاقدين فى مقابل شرائط العقد هى الامور التى تكون معتبرة فى ترتيب الاثر على العقد مع كون مركزها المتعاقدين و الافمقضى 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 القضولى و المكره غير قاصدين لمداول العقد خلط قصد بقصد اذ المكره لا طيب نفس له بمضمون العقد لانه غير قاصد لمداوله وتام الكلام فى محله .

لا بد من تمييز البائع من المشتري

المبحث الثانى - صرح صاحب المقاييس بانه يجب ان يميز البائع من المشتري اذا امكن الوصفان فى كل منهما (اقول) لا ينفى التشكيك فى لزوم تمييز البائع من المشتري بمعنى تعددهما لنقوم حقيقة البيع بذلك - واما اذا كانا متعددا . ولكن لم يميز احدهما من الاخر كما اذا قال بعث منأمن حنطة احد هذين بتومان فى ذمة صاحبه - فستعرف حكمه فى المبحث الاخرى .

لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له

المبحث الثالث وقع الكلام فى انه هل يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له مطلقا - فلو باع او اشترى للكلى - كما اذا اشترى لموكله اى هذا العنوان مع تعدده او للفرد المبهم كما اذا اشترى لاحد موكله مبهما ابهاما واقعا بطل العقد ذهب اليه صاحب المقاييس - ام يجب التعيين اذا كان العوضان كليين - او كان احدهما كك اختاره المصنفه - ام لا يجب التعيين مطلقا .

وقد استدلل الاول بوجوه (الاول) انه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلامالك 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 - و

مالكية 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 في كونه كاشفا او ناقلا (الثاني) انه انصح لزم ان لا يحصل الحزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان ولا بشيء من الاحكام والاثار المترتبة على ذلك (و فيه) ان الجزم بالعقد وبما يترتب عليه من الاثار والاحكام متحقق وانما المفقود 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 و ندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق (الرابع) انه لا دليل على تأثير التعيين المتعقب (وفيه) انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعين ولو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعى والا ف يرجع الى ادلة القرعة التي هي المرجع في هذه الموارد فاذا لا دليل على اعتبار التعيين .

واما القول الثانى فقد استدلل له المصنف ره بان الكلى مالم يضاف الى ذمة شخص معين لا يكون مالا لتعيين الشخص فى الكلى انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى 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 كلك له المالية اذا اضيف الى ذمة الكلى او احد الشخصين مع صيرورة من فى ذمته معيناً 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 ره - ام يصح ويقع عنه وجوه . (وحق) القول فى المقام انه ان بنينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لامجانا كما هو الحق ففى الصور المفروضة المذكورة فى

المتن - من بيع مال نفسه عن غيره - وبيع مال غيره عن نفسه - وبيع مال غيره عن غيره ان كان ذلك مع اذن المالك ومن يشتري له او اجازته صح على ما وقع و الا بطل لذلك واما بناء على ما بنى عليه المصنف - وفاقا لجمع من ان البيع حقيقته متقومة بالمعاوضة وبازم فيه دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المدوخ 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 بلفظية القصد المزبور بالتقريب الذى سياتى فى مبحث الفضولى وبما ذكرناه يظهر ما فى 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 ما هو محل كلام المصنف - (الثانية) فى بيان ما هو الحق فى المقام .

اما الاولى فالذى يظهر من الاستدلال بظاهر الكلام - ان مورد كلامه انه هل يكون ظاهر كلام البائع 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 وكلا او ليا (وبه) يظهر تمامية ايراد المصنف - على من فرق بين البيع ونحوه وبين النكاح بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود (بان) هذا يصلح وجهها لوجوب التعيين فى النكاح لالعدم الوجوب فى البيع - كما انما ذكره فى وجه الفرق تام كما ستعرف .

واما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان الكلام وقع فى موارد (الاول) فى انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البائع مثلا بان مخاطبه هو المشتري بالاصالة .. او انه

وكبل عنه اوولى عليه. وبعبارة اخرى هل يجب ان يكون عالما بمن ينتقل اليه ماله و ينتقل ماله اليه ام لا ام يفصل بين العقود - والحق في هذا المقام هو التفصيل بين البيع ونحوه والنكاح وشبهه .. فانه في النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين كمسا انسه في الوقف يختلف الاغراض باختلاف الموقوف عليهم فيلزم التعيين واما في البيع فلا يختلف الغرض باختلاف المالك بل الركن فيه العوضان و عليه فلا يجب فيه التعيين (نعم) لايبعد القول بوجوب التعيين في صورة كون العوض هو الكلى في الذمة فانه يختلف الاغراض باختلاف من في ذمته ذلك (مع) انه من جهة اعتبار معلومية العوض لابد من تعيين من في ذمته الكلى لاختلاف ما في الذم باختلافها فتدبر (المورد الثاني) في انه هل يكون للكلام ظهور في كون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره ولا ظهور له في ذلك ذاتا او لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتي ام هناك فرق بين المعاملات والظاهر هو الاخير والصحيح في وجهه ما افاده المصنف ره - (وحاصله) ان في البيع ونحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة بالاصالة وتلك القرينة هي ان الغرض فيه متعلق بالمبادلة و وصول كل منهما الى عوض ماله - اذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي ولا يبقى معه ظهور في ذلك واما في النكاح وشبهه فلا صارف عن الظهور الذاتي للكلام بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفي العقد يؤكد ذلك الظهور (المورد الثالث) في انه مع العلم بكون الطرف وكيلا او نائبا هل يصح في مقام اجراء الصيغة ان يجعله طرفا في المعاملة ام لابد من ذكر الموكل او الموالي عليه ام يفصل بين المعاملات - والظاهر هو الاخير فانه فرق بين النكاح ونحوه و البيع وشبهه لامن جهة ان معنى انكحتك جعلتك زوجا - ومعنى بعتك جعلتك بايعا والبائع يصدق على الولى والوكيل و لا يصدق الزوج عليهما - فانه يمكن ان ينتقض عليه بما اذا نشأ البيع بلفظ ملكتك فان معناه جعلتك مالكا والمالك لا يصدق على الوكيل و الولى (بل) من جهة انه على القول باعتبار الصراحة في ما

ينشأ به المعاملة بما انه تعارف فى البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الاعم.. ولم يتعارف ذلك فى النكاح فيجوز فى الاول دون الثانى من جهة وجود الصراحة بمعنى ان اهل العرف يفهمون منه المراد فى الاول دون الثانى.

(قوله قدده ولا 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 _ و عليه _ فلا وجه لعدم سماع قوله فى دعوى كونه غير اصيل .. ولعله الى هذا اشار بقوله فتأمل تم الجزء الثانى عشر من كتاب فقه الصادق - ويتلوه الجزء الثالث عشر من مبحث بيع المكروه الى آخر مباحث البيع. والحمد لله اولو آخره .

فهرس الجزء الثاني عشر من كتاب فقه الصادق

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣٣	اخذ الاجرة على الامامة والشهادة	٢	اخذ الاجرة على الواجبات
٣٤	حرمة بيع المصحف	٣	بيان موضوع هذه المسألة
٣٩	المراد من حرمة بيع المصحف	٥	عدم منافاة التعبدية لاختذ الاجرة
٤١	بيع المصحف من الكافر		عدم منافاة الوجوب بما هو لاختذ
٤٢	حكم بيع ابعاض المصحف	١٢	الاجرة
٤٣	خليفة جوائز السلطان الجائر	١٧	اختذ الاجرة على الواجب الكفائي
٤٧	عدم كراهة اخذ الجائزة لوجاز	١٩	اختذ الاجرة على الواجب التخييري
٤٩	رافع الكراهة عن جوائز السلطان	٢١	اختذ الاجرة على الواجبات النظامية
	دليل استحباب الخمس في المقام	٢٤	اختذ الوصى الاجرة على عمله
٥١	ونقده	٢٥	اختذ الاجرة على المستحب
	حكم الجائزة مع العلم الاجمالي	٢٦	حقيقة النيابة في العبادات
٥٣	بوجوب رد الحرام في امواله	٢٧	الاشكال في العمل النيابة ودفعه
	حكم ما لو علم ان الجائزة محرمة		الطواف المستاجر عليه لا يحتسب
٤١	تفصيلا	٣٠	عن نفسه
٤٤	رجوب رد الجائزة الى اهلها	٣١	الاجير لحمل غيره في الطواف
٤٧	حكم مجها في المالك	٣٣	اختذ الاجرة على الاذان

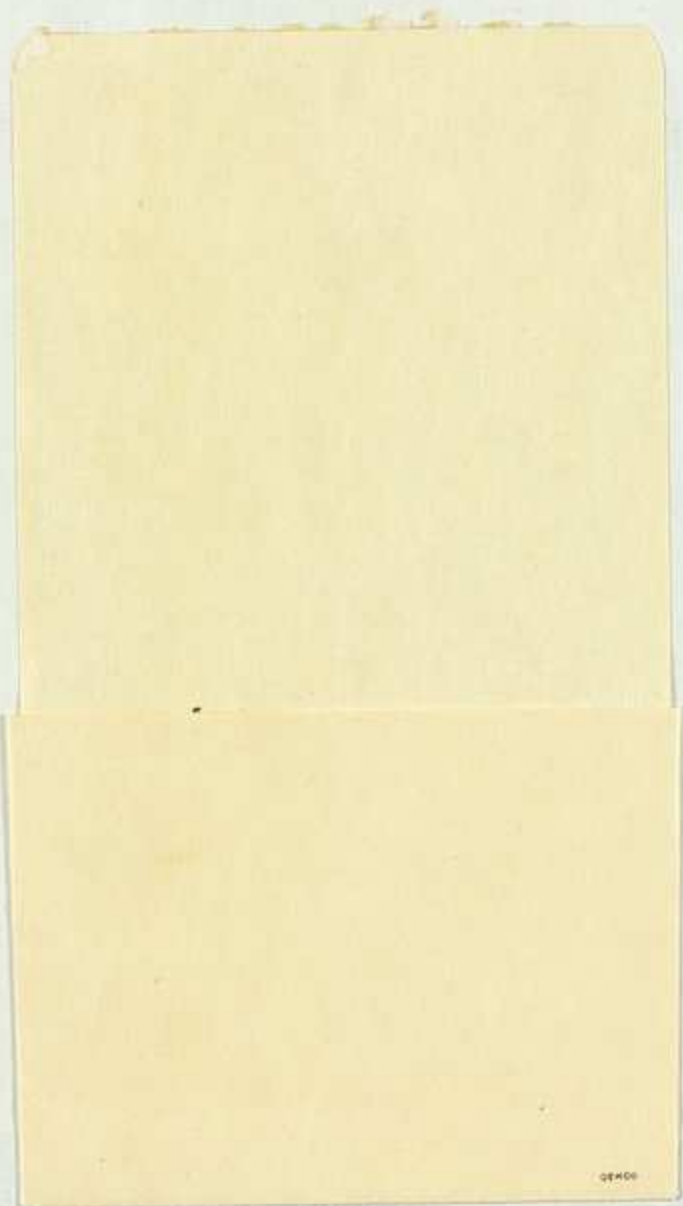
الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	اختصاص الحكم بالسلطان المدعى	٧١	اجرة الفحص عن المالك
١٠٧	لرئاسة العامة	٧٢	مقدار الفحص عن المالك
١٠٩	ليس للخراج قدر معين	٧٣	معرفة مجهول المالك
١١٠	اخذ غير المستحق للخراج والزكاة	٧٩	فيمن له ولاية الصرف
١١١	شرائط الاراضى الخراجية	٨١	حكم مال تغذر ايصاله الى مالكه
١٢١	فى تعريف البيع وبيان حقيقته	٨٢	جواز اطلاق هذه الصدقة للهاشمى
١٣٠	بيان المراد من العين		التصدق بمجهول المالك لا يوجب
١٣١	اشكال بيع الكلى والجواب عنه	٨٣	الضمان
١٣٢	فى اعتبار كون المبيع عينا		حكم مالومات المالك او المتصدق
١٣٤	بيان حقيقة المنفعة		لو علم اجمالا الاشتغال بالجائزة على
١٣٥	جواز جعل عمل الحر عوضا	٨٩	الحرام
١٣٦	حقيقة الحق واقسامه	٩٢	الحقوق الثابتة فى الاموال الثلاثة
١٣٨	نقل الحق الى من عليه الحق	٩٤	عدم جواز اخذ الحقوق للجار
١٣٩	جواز جعل الحق عوضا	٩٥	جواز اخذ الصدقة والخراج من الجائر
	عدم اعتبار تعقب القبول فى صدق		جواز شراء ما يات به الجائر باسم
١٤١	البيع	٩٦	الزكاة
١٤٣	البيع حقيقة فى الصحيح او الاعم		شراء الحقوق من الجائر قبل اخذها
١٤٨	فى التمسك بالاطلاق فى المعاملات		حكم الاراضى الخراجية فى حال
١٤٩	فى بيع المعاطاة	١٠٢	الغيبية
١٥٥	مدرك افادة المعاطاة الملكية		ما يات به الجائر باسم الغير
	ما استدل به على عدم افادة المعاطاة		الاراضى الخراجية
١٦١	الملكية	١٠٤	

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
كلام بعض الاساطين حول المعاطاة	١٤٣	جريان المعاطاة فى جميع العقود و	
الاستدلال للزوم المعاطاة بالاصل	١٧٠٠	الايقاعات	٢١٥
الاستدلال للزوم المعاطاة بالادلة		الاصل فى بيع المعاطاة للزوم	٢٢٠
الاجتهادية	١٧٧	من الملزمات تلف العينين او احدهما	٢٢٣
ما استدل به على عدم لزوم المعاطاة		حكم ما كان احدا العوضين دينافى الذمة	٢٢٦
ونقده	١٨٤	نقل العين من الملزمات	٢٢٨
نظرة فى الخبر المذكور حول		من الملزمات الامتزاج والتغير	٢٣٣
المعاطاة	١٨٨	جواز الرجوع لايورث	٢٣٥
فى اعتبار شروط البيع فى المعاطاة	١٨٩	جريان الخيار فى المعاطاة	٢٣٦
فى جريان الربا فى المعاطاة	١٩٣	حكم العقد الفاقد لبعض شرائط	
جريان الخيارات فى المعاطاة	١٩٥	الصيغة	٢٣٧
بيان مورد المعاطاة	١٩٦	فى الفاظ عقد البيع	٢٣٩
تمييز البايع عن المشتري فى البيع		الاشارة والكتابة- تقومان مقام اللفظ	٢٤٠
المعاطاتى	١٩٨	فى خصوصيات الفاظ العقد	٢٤١
اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين	٢٠١	فى الفاظ الايجاب والقبول	٢٤٣
التصرفات التى قالوا بتوقفها على		عدم اعتبار العربية فيهما	٢٤٦
الملك	٢٠٤	عدم اعتبار الماضوية فى الصيغة	٢٤٨
فى صحة اباحة جميع التصرفات	٢٠٦	جواز تقديم القبول	٢٤٩
حكم شراء المودين وبيع الواهب عبده		فى عدم اعتبار الموالاة بين الايجاب و	
الموهوب	٢٠٩	القبول	٢٥٣
حقيقة الاباحة بالعوض ودليل صحتها		من الشرائط التى ذكرها جماعة	
ولزومها	٢١٢	التنجيز	٢٥٧

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣١٥	بقية اي يوم	٢٤١	في اعتبار المطابقة بين الايجاب والقبول
	عدم الفرق بين التعذر الطارى و البدوى		في اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء
٣١٧	بيان المراد من اعواز المثل	٢٤٣	في اختلاف المتعاقدين في شروط الصبغة
٣١٨	في ان العبرة ببلد المطالبة	٢٤٤	في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد
٣١٩	في ضمان القيمي بالقيمة		في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
٣٢٠	بقاء العين في الهبة الى حين الاداء	٢٧٢	مدرك القاعدة
٣٢١	في تعيين القيمة بحسب الاصل العملى	٢٧٤	في قاعدة ما لا يضمن
٣٢٣	في تعيين القيمة بحسب القواعد	٢٨١	في الموارد التى توهم عدم اطراد القاعدة فيها
٣٢٤	في ما يستفاد من صحيح ابى ولاد	٢٨٣	وجوب رد المقبوض بالعقد الفاسد
٣٢٥	ارتفاع القيمة بسبب الامكنة	٢٨٩	في ضمان المنافع المستوفاة وغيرها
٣٢٦	بدل الحيلولة	٢٩٢	في المثلى والقيمي
٣٢٧	بيان مورد بدل الحيلولة	٢٩٧	بيان ماهو المرجع عند الشك فى المثلية والقيمة
٣٢٩	في الزام المالك باخذ البدل	٣٠٠	حكم ما لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل
	في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له او مباح	٣٠٨	حكم ما لو سقط المثل عن المالية
٣٤٠	في ان العين تنتقل الى الضامن ام لا	٣١٠	حكم ما لو تعذر المثل فى المثلى
٣٤١	حق الاولوية	٣١٣	في ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر
٣٤٣	حكم الزيادة العينية وارتفاع القيمة السوقية		
٣٤٤	في وجوب رد العين بعد ارتفاع التعذر		
٣٤٥	في شروط المتعاقدين - عقد انصبى		
٣٤٨	في اعتبار قصد مدلول العقد		
٣٤٣	في اعتبار تعيين الموجب والقابل		

جدول الخطاء والصواب

صواب	خطاء	صفحة	
مستقلا	مستقبلا	٧	١٢
الاطافة	الاطافة	١٨	٣٢
من حرمة	حرمة	العنوان	٣٩
تسليطه له	تسليطه	٨	٤٢
يستكشف	يسكتشف	١٢	٨٧
للخراج قدر	للخرج اقدر	العنوان	١٠٩
السببية	الببية	٢	١٥٢
التكلم	اليكلم	٢٠	١٥٤
٦	١٦	٢٣	١٦٧
فلما الكيته	فللما الكيته	١٢	١٦٨
للجارية	لتجارية	٧	١٦٩
ونحوها	ونحوه	١٦	٢٠٣
العام	العالم	٧	٢٢١
فتحصل	فيحصل	١٨	٢٢٢
الايجاب	الاتجاب	١٦	٢٤٨
متمكن	ومتمكن	٢١	٢٨٦
زماننا	زمانيا	٢٢	٢٩٩
لايضر	لاتضر	١٤	٣٠١
يبقاء	يبقاء	١٦	٣٢٠
مخالفته	مخالفيه	٥	٣٣٠
على ان	ان على	٢	٣٤٤



FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882559