تحلیل بالنسبة الی دلیل الماتن و هو قوله:«لانه متقوم بطرفین»

ان الماتن – کما رأیتم – کجمع آخر بنی رأیه بالبطلان علی ان العقد متقوم بطرفین و الصحة و البطلان لا یتبعضّان و المخالف لا ینکر تقوّم العقد بالطرفین و لا ینکر عدم امکان التبعض فی الواقع و نفس الامر[1] و لکنه لا یری استلزام التقوّم و عدم امکان التبعض البطلان بالنسبة الی الطرفین فی ظاهر الامر بعد افتراض ان العبرة فی القبض و البسط باقتضاء الحجة علیهما و علیه فاذا کان مقتضی الحجة الصحة بالنسبة الی البائع فلا وجه لرفع الید عن هذا الاقتضاء و ان کان مقتضی الحجة علی المشتری البطلان و التفکیک بهذا القدر المنسوب الی الاختلاف فی اقتضاء الحجج غیر عزیز و لا بعید و یقبله الطبع السلیم وعلیه العقلاء فی سلوکهم و شرعیاتهم فسلوک التبعیض لیس سلوکا غیر عرفی تعبّد به. فالمتن صحیح بالنسبة الی اثبات امر وغیر صحیح بالنسبة الی ما رامه الماتن. نعم له موقع فی اثبات الباطل فی الافتراض الاول الذی اتینا به فی التحقیق عن المسالة.

نعم ان فی رأی الماتن و من رای رأیه من البطلان سهولة لا تری فی رأی الخلاف الذی قد یقال باستلزامه محاذیر فی الاسواق و بعض المنازعات و کالجمع بین العوض و المعوض فی بعض الافتراضات ان قلنا بجواز التصرف للطرف الذی قیل بالبطلان فی حقه من دون تملکه العین لعدم کونها ملکه و نحو ذلک؛ و لکن علی الفقیه ان یرفع هذه المحاذیر من دون عدوله عمّا راه کونه مقتضی القاعدة.

و لهم - قدس الله اسرارهم - فیما یشابه المورد بعض محاولات لرفع بعض هذه المحاذیر کالقول بالملکیة آنا ما فی البیع معاطاة و تلف المبیع قبل قبضه و تعلق الدیة بالمقتول و بدل الحیلولة و شراء من ینعتق علیه و ... .

(المسالة ۵۶): فی المرافعات اختیار تعیین الحاکم بید المدعی الا اذا کان مختار المدعی علیه اعلم؛ بل مع وجود الاعلم و امکانِ الترافع الیه الاحوط الرجوع الیه مطلقا.

توضیحات

- من الواضح ان افتراض الماتن فی القضاء کان علی شکله الدارج فی عصره الذی کان اختیار الحاکم و القاضی بید المدعیین و لم یکن فیه نظم متمرکز خاصّ یسلب فیه اختیار الطرفین او الاطراف فی اختیار من بیده القضاء کما فی عصرنا هذا.

  نعم قد یتوافق المترافعان شخصیّا علی فصل خصومتهما شرعیا من غیر مراجعة الی المراجع و المحاکم الرسمیة و حینئذ فلمقالة السید وجه و أرضیة فی عصرنا هذا ایضا .

---

۱. فکان استدلاله – قدس سره – بکونه متقوما بطرفین لاثبات مرامه لایتجاوز عن المصادرة الی المطلوب.

- من الجدیر الالتفات الیه الترکیز علی قوله – قدس سره - :«الا اذا کان مختار المدعی علیه اعلم»، من جهة ان هذا من حکم المانع او الشرط ؟ و کأنّ الظاهر من المتن: الثانی و لازمه ان امر الاختیار یقع بید المدعی علیه فی افتراض واحد و هو ما اذ اثبتت اعلمیة من اختاره و انتخبه فلو شک فی ذلک فی الاعلمیة فالامر باق بید المدعی.
- و من جهة المراد من الاعلمیة فهل العبرة فیها بالافضلیة فی الفقه ام کونه افضل و اقدر فی فهم الموضوع و سائر جهات المسالة کالاعلمیة فی فهم القانون فی النظم المتمرکزة فی القضاء؟

قال الفقیه النجفی فی ذلک: «و الظاهر ان المدار علی الفضیلة فی الفقه و لو باعتبار الفضیلة فی المقدمات علی وجه یعدّ افقه اما ما لا مدخلیة له فیه فلا عبرة به».[۲]

و کأنّ مراده من قوله: «و لو باعتبار الفضیلة فی المقدمات» مقدمات استنباط الاحکام و استخراجه من الاسناد و ان کان غیر دخیل فی فصل الخصومة المفروضة.[؟!] و فی هذا کلام یأتی عند الاشارة الی التعلیقات ثم التحقیق و الاقتراح.

- والمسالة حصرت فی بیان افتراض کون احدهما مدعیا و الآخر مدعی علیه و لم یتعرض السید الی بیان المسالة فی افتراض التداعی و کون کل منهما مدعیا و منکرا.
- فی المسالة جهات اخری توضح التعرض الیها حالها و لکن یؤتی بها فی بیان التعالیق و ما بعدها.

۲ .**جواهر الکلام** ، ج۴۰، ص ۴۶.