



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عيد ميلاد
عمر الکرمان

www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.ir

مَهَلِكُ الْقُلُوبِ

وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ

أَلَيْسَ

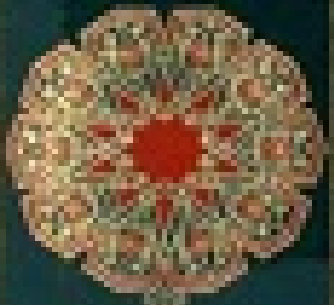
فِيهَا الْعَجَبُ

لِجَمْعِ الْقَدَمِ وَاللَّيْلِ وَالنَّجْمِ

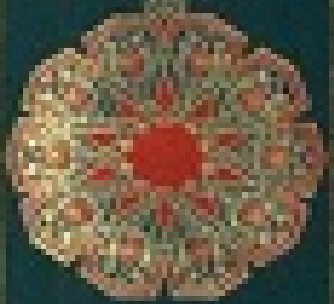
الَّذِي يَحْتَضِرُ لَيْلًا وَيَجِيءُ نَجْمًا

أَلَيْسَ

بِجَمْعِ الْقَدَمِ



مَهَلِكُ الْقُلُوبِ وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

انوار الهدى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٣
١٣	اشارة
١٣	الجزء الثالث
١٣	[مقدمة المؤلف]
١٣	كتاب البيع (١)
١٤	اشارة
١٤	تعريف البيع و بيان حقيقته
١٤	اشارة
١٦	ضابط ما يصح جعله معوضا و عوضا و ما لا يصح
١٩	جعل المنفعة عوضا
١٩	جعل عمل الحر عوضا
٢١	حقيقة الحق و اقسامه
٢٥	تعريف الفقهاء للبيع
٢٥	اشارة
٢٦	فالاولى تعريفه بأنه انشاء تمليك عين بمال (١)
٢٦	اشارة
٢٦	نعم يبقى عليه امور:
٢٧	اشارة
٢٧	منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملكت
٢٧	و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه
٢٧	و منها: انه يشمل التمليك بالمعاطاة
٢٨	و منها: صدقه على الشراء،

- ٢٨ ومنها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبة المعوضة.
- ٣١ و يظهر فى بعض من قارب عصرنا استعماله فى معان اخر غير ما ذكر (١)
- ٣١ احدها: التملك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري
- ٣١ الثانى: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال
- ٣٢ الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب و القبول
- ٣٢ [المناقشة فى هذه الاستعمالات]
- ٣٤ البيع حقيقة فى الصحيح أو الأعم
- ٣٤ اشارة
- ٣٧ التمسك بالاطلاق [لإمضاء كل مظهر]
- ٣٨ بيع المعاطاء
- ٣٨ اشارة
- ٤٥ الاقوال فى المعاطاء
- ٤٦ دليل المختار فى المعاطاء
- ٥٢ ادلة عدم افادة المعاطاء الملكية
- ٥٣ كلام بعض الاساطين و ما يرد عليه
- ٥٩ اصالة اللزوم [أو أدلتها]
- ٥٩ - استصحاب بقاء الملك
- ٦٦ دليل السلطنة
- ٦٧ لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١)
- ٦٨ آية التجارة عن تراض
- ٦٩ دليل لزوم خصوص البيع
- ٧٠ آية الوفاء بالعقد
- ٧١ دليل الشرط
- ٧٢ ادلة عدم لزوم المعاطاء و الجواب عنها

- ٧٨ و ينبغي التنبيه على امور:
- ٧٨ الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع (١)
- ٧٨ اشارة
- ٧٩ اعتبار شرائط البيع فيها
- ٨٣ جريان الربا فى المعاطاة
- ٨٤ جريان الخيارات فيها
- ٨٤ الأمر الثانى: ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين (١)
- ٨٤ اشارة
- ٨٥ بيان مورد المعاطاة
- ٨٧ الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية
- ٨٩ الرابع: أن اصل المعاطاة و هى اعطاء كل منهما الآخر
- ٨٩ اشارة
- ٩٠ اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطيين
- ٩٣ التصرفات المتوقفة على الملك
- ٩٥ الاذن فى التصرفات المتوقفة على الملك
- ١٠٠ الاباحة بالعوض
- ١٠٣ الخامس: فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه. (١)
- ١٠٩ السادس: فى ملزمات المعاطاة
- ١٠٩ اشارة
- ١١١ من الملزمات تلف العينين
- ١١١ اشارة
- ١١٣ تلف احدى العينين
- ١١٥ إذا كان احد العوضين ديناً فى الذمة
- ١١٦ نقل العين بالعقد اللازم

- ١١٦ اشارة
- ١١٨ نقل العين بعقد جائز
- ١١٩ لو باع ثالث العين فضولا
- ١٢٠ من الملزمات الامتراج و التغير
- ١٢٢ جواز الرجوع لا يورث بالموت
- ١٢٣ السابع: ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاء بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة.
- ١٢٣ اشارة
- ١٢٣ ثبوت الخيار فى المعاطاء
- ١٢٤ الثامن: لا إشكال فى تحقق المعاطاء المصطلحة التى هى معركة الآراء بين الخاصة و العامة
- ١٢٤ اشارة
- ١٢٥ حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة
- ١٢٨ مقدمة: فى خصوص الفاظ عقد البيع (١)
- ١٢٨ اشارة
- ١٣٠ خصوصيات الفاظ العقد
- ١٣٤ الفاظ الايجاب و القبول
- ١٣٤ اشارة
- ١٣٤ [أما الإيجاب]
- ١٣٤ منها لفظ بعث فى الايجاب
- ١٣٥ و منها لفظ شريت
- ١٣٥ و منها لفظ ملكت بالتشديد
- ١٣٦ و أما الايجاب باشترت،
- ١٣٧ و أما القبول، فلا ينبغى الاشكال فى وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشترت و شريت و ابتعت و تملك و ملكت مخففا (١)
- ١٣٧ فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول
- ١٣٧ [شروط عقد البيع]

- مسألة: المحكى عن جماعة منهم: السيد عميد الدين و الفاضل المقداد، و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد ١٣٧
- مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية، ١٣٩
- مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول ١٤١
- اعتبار الموالاة ١٤٨
- و من الشرائط التنجيز في العقد ١٥٢
- اشارة ١٥٢
- تنبيهات [التعليق في العقد] ١٥٧
- اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول ١٥٩
- اعتبار وقوع العقد في حال يجوز لكل منهما الانشاء ١٦٠
- فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا في شروط الصيغة ١٦٣
- مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد] ١٦٥
- اشارة ١٦٥
- [الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد] ١٦٥
- اشارة ١٦٥
- قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٦٩
- مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ١٧٤
- قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ١٧٩
- الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها ١٨١
- الثاني: من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فورا الى المالك. (١) ١٨٦
- الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد (١) [كان عليه عوضها] ١٨٨
- اشارة ١٨٨
- حكم المنافع غير المستوفاة ١٩١
- الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله ١٩٤
- اشارة ١٩٤

- ١٩٨ بيان ما هو المرجع عند الشك فى المثلية و القيمية
- ٢٠٠ ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمية
- ٢٠٥ الخامس: ذكر فى القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد
- ٢٠٥ اشارة
- ٢٠٦ إذا سقط المثل عن المالية
- ٢١٠ السادس: لو تعذر المثل فى المثلى (١) فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك،
- ٢١٠ اشارة
- ٢١٢ العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم
- ٢١٥ لا فرق بين التعذر البدوى و الطارى
- ٢١٦ المراد من اعواز المثل
- ٢١٨ فى معرفة قيمة المثل
- ٢١٨ الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف
- ٢١٩ لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة
- ٢١٩ السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيما،
- ٢١٩ اشارة
- ٢٢٢ تعيين القيمة [بحسب ما تقتضيه الاصول العلمية]
- ٢٣٤ ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة
- ٢٣٤ بدل الحيلولة
- ٢٣٦ مورد بدل الحيلولة
- ٢٣٧ الزام المالك باخذ البديل
- ٢٣٨ فى ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح
- ٢٣٩ فى ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا
- ٢٤٣ حق الأولوية
- ٢٤٤ حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة السوقية

- ٢٤٥ إذا ارتفع التعذر يجب رد العين
- ٢٤٨ الكلام فى شروط المتعاقدين (١)
- ٢٤٨ مسألة: [امن شروط المتعاقدين البلوغ]
- ٢٤٨ اشارة
- ٢٤٨ عقد الصبى
- ٢٤٩ اشارة
- ٢٥٧ ادلة القول بصره عقد الصبى
- ٢٥٩ المستثنيات
- ٢٦١ معامله الصبى فى الاشياء اليسيرة
- ٢٦٦ مسألة و من جمله شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الذى يتلفظان به (١)
- ٢٦٦ اشارة
- ٢٦٧ لا بد من تمييز البائع من المشتري
- ٢٦٧ لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له
- ٢٧١ تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع
- ٢٧٣ مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار (١)
- ٢٧٣ اشارة
- ٢٧٤ ادلة بطلان عقد المكره
- ٢٧٦ حقيقة الاكراه
- ٢٧٧ اعتبار العجز عن التفصى بما لا ضرر فيه
- ٢٨٢ لو اكره الشخص على احد امرين
- ٢٨٤ لو اكره احد الشخصين على فعل واحد
- ٢٨٥ صور تعلق الاكراه
- ٢٨٧ [فروع]
- ٢٨٧ اشارة

- ٢٨٧ الاكراه على بيع عبد من عبيدين
- ٢٩٠ الاكراه على الطلاق
- ٢٩٤ لو تعقب الرضا عقد المكره
- ٢٩٨ بقى الكلام فى ان الرضا المتأخر ناقل أو كاشف
- ٢٩٩ تعريف مركز القائمة باصفهان للتمريات الكمبيوترية

منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٣

اشارة

سرشناسه : روحانى، محمدصادق ، شارح.
 عنوان قراردادى : المكاسب. شرح.
 عنوان و نام پديدآور : منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم / محمدصادق الروحانى.
 مشخصات نشر : قم:انوار الهدى ، ١٤٢٨ق = ٢٠٠٧م = ١٣٨٦.
 مشخصات ظاهري : ٦ ج. در ٣ مجلد.
 شابك : ج.١: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٠٢ ؛ ج.٢: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦١٩ ؛ ج.٣: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٢٦ ؛ ج.٤: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٣٣ ؛ ج.٥: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٤٠ ؛ ١٥٠٠٠ ريال (بهاى هر جلد: ج.٦: ٩٧٨٩٦٤٨٨١٢٦٥٧ ؛ ١٥٠٠٠ ريال (بهاى هر جلد)
 وضعيت فهرست نویسی : فييا
 يادداشت : عربى.
 يادداشت : جلد پنجم اين كتاب قبلا توسط انتشارات سپهر منتشر شده است.
 يادداشت : کتابنامه.
 مندرجات : ج. ١ و ٢ المكاسب المحرمة .-ج. ٣ و ٤. بيع .-ج. ٥ و ٦. خيارات.
 عنوان ديگر : التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم.
 موضوع : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب -- نقد و تفسير.
 موضوع : معاملات (فقه).
 شناسه افزوده : انصارى، مرتضى بن محمدامين، ١٢١٤ - ١٢٨١ق. المكاسب. شرح.
 رده بندى كنگره : BP١٩٠/١/الف٨م٣٤٧٠٣٤١٣٨٦
 رده بندى ديويى : ٢٩٧/٣٧٢
 شماره كتابشناسى ملي : ١١٢٨٨٧٩

الجزء الثالث

[مقدمة المؤلف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولانا من التفقه فى الدين و الهداية الى الحق، و افضل صلواته و اكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، و على آله العلماء بالله الامناء على حاله و حرامه، سيما بقيه الله فى الارضين ارواح من سواه فداه.
 و بعد فهذا هو الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة و قد وفقنا الى طبعه، و المرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقيه المجلدات فانه ولى التوفيق.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٥

كتاب البيع (١)

إشارة

تعريف البيع و بيان حقيقته

إشارة

(١) وفيه مقاصد:

الأول: في تعريف البيع و بيان حقيقته.

و قد اختلفت كلمات الاصحاب رضوان الله تعالى عليهم في ذلك بعد اتفاقهم ظاهرا على انه لا حقيقة شرعية، أو متشعبة له.

و قبل بيان حقيقته لا بد من بيان امر لا يستغنى عنه.

و هو: ان في البيع و كذا سائر المعاملات امورا اربعة:

احدها: اعتبار الملكية القائم بالمتبايعين.

ثانيها: اعتبارها القائم بالعقلاء.

ثالثها: الاعتبار القائم بالشارع الاقدس.

رابعها: اظهار المتبايعين اعتبارهما النفساني بمظهر خارجي من لفظ أو غيره.

و ما اشتهر - من ان حقيقة الانشاء عبارة عن ايجاد معنى كالملكية و غيرها باللفظ لا واقع له إذ الوجود الحقيقي للمعنى لا يمكن

ايجاده الا بسبابه الخارجية، و اللفظ و ما ضاهاه ليسا منها بالضرورة، و الوجود الاعتباري أي اعتبار المعبر قائم بنفسه، و لا دخل للفظ

و غيره في تحققه،

نعم - تسمية الانشاء ايجادا بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفساني موضوع لاعتبار الشارع و العقلاء حيث ان بناء العقلاء على عدم اعتبار

الملكية في البيع مثلا الا مع اعتبار المتبايعين بقيد الاعلام به، لا بأس بها،

و على هذا فلا سببية في باب العقود و الايقاعات اصلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦

و هو في الاصل كما عن المصباح مبادلة مال بمال (١)

(١) و حيث انه لا حقيقة شرعية و لا متشعبة للبيع فنظره قده الى بيان الموضوع بحسب العرف و اللغة كى يحمل عليه في الاحكام

المرتبة على هذا العنوان و بما ان تعيين العرف و اللغة في هذا الزمان لا يفيد بالنسبة الى زمان الشارع الاقدس و لذا في الهامش يفيد

و (الظاهر عرفا و لغة بضميمة اصالة عدم النقل) التي هي من الاصول العقلية الى يستند إليها الكل في ابواب الفقه و كيف كان فقد

عرف البيع بتعاريف الاول ما عن المصباح من تعريفه بانه مبادلة قال بمال و اورد على التعريف المذكور بامور:

الأول: ان المبادلة قائمة بالطرفين كما هو الشأن في باب المفاعلة، و لا يصح التعبير بها عما يقوم بطرف واحد، مع ان البيع عندهم ليس

هو ذلك بل عبارة عن التبديل.

و ما افاده المحقق الاصفهاني قدس سره من انكار تقوم المفاعلة بطرفين مستشهدا بقوله تعالى: (يخادعون الله) «١» و قوله عز و جل (و

من يهاجر في سبيل الله) «٢» و نافقوا، و شاقوا، و غير ذلك من الاستعمالات مدعيا ان هذه الهيئة انما وضعت لتعديء المادة و انهاؤها

الى الغير، مثلا الكتابة لا تقتضى الا تعديده المادة الى المكتوب فيقال كتب الحديث من دون تعديتها الى المكتوب إليه، بخلاف قولهم كاتبه فانه يدل على تعديتها الى الغير، بحيث لو اريد افادة هذا المعنى بالمجرد لقليل كتب إليه، ثم قال: ان الهيئته المجردة و ان افادت هذه الخصوصية فى بعض الموارد كضرب زيد عمروا الا انها غير ملحوظة فى الهيئته و تكون من لوازم النسبة، بخلاف ضارب زيد عمروا فان هذه الخصوصية ملحوظة فيه و ان كان لطيفا، الا انه يرد عليه: ان هذه الامور ليست امورا برهانية بل سماعية لا بد فيها من الرجوع الى اهله، و هم قد صرحوا بذلك و جعلوا له موارد استثنائية منها الآيات المشار إليها.

(١) سورة البقرة: آية ٩.

(٢) سورة النساء: آية ١٠١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧

...

الثانى: ان لازم هذا التعريف عدم كون بيع الكلى يباعا لانه ليس مالا قبل البيع، فليس مبادلة مال، و عدم صحته جعل عمل الحر عوضا على القول بعدم كونه مالا قبله. الثالث: ان مطلق المبادلة ليس يباعا قطعاً، بل لو كانت المبادلة يباعا فانما هى المبادلة فى الملكية. الرابع: ان التبدل و المبادلة لازم غالبى للبيع لا انه مفهومه لما نوره على تعريف جامع المقاصد. الخامس: ان مقتضى هذا التعريف لزوم دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، مع انه لا- يعتبر ذلك، أ لا- ترى ان الانسان يعطى الدرهم الى الخباز و يقول: اعط الخبز للفقير، فان هذا بيع مع انه لا مبادلة فيه، و الالتزام بانه، يملك الفقير الدرهم اولا ثم يعطى الخباز، أو انه يوكله فى تملكه الخبز اياه ثم اعطائه للفقير، خلاف الواقع الذى عليه بناء العرف و العقلاء فى امثال هذه المعاملة.

و بما ذكرناه يظهر ما فى تعريفه بانه: تبادل عين بمال، أو تملكها به، أو نحو ذلك من التعاريف.

و المحقق النائنى قدس سره بعد اعترافه بان هذه التعاريف تقريبية اختار فى تعريفه انه: تبادل مال بمال، و ان فى البيوع المتعارفة بين الناس انما يكون التبدل فى الأموال لا- فى الملكية، و ذكر فى توضيح ذلك: ان الملكية عبارة عن اضافة حاصله بين المالك و المملوك، و هى تكون متحققة فى عالم الاعتبار و تكون منشأ للآثار و لا تكون قابلة للتبدل ابتداء لانه ليس للمالك ملكية على الملكية بل فى باب المعاوضات يتبدل المالك بخلاف باب الارث فان فيه يتبدل المالك، فالبايع انما يحل الاضافة القائمة بالطعام و يجعلها قائمة بالدرهم و لا يكون هناك تبادل فى الملكية فيكون البيع هو تبادل مال بمال

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين، فلا يعم ابدال المنافع بغيرها، (١) و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع، نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها

و يرد عليه:

اولا: ان بيع الكلى يباع مع انه قبل البيع ليس طرف الاضافة كى يكون هناك تبادل.

و ثانيا: ان لازم ذلك عدم كون بيع آلات المسجد بالغلة الموقوفة عليه يباعا، فانها لا تصير ملكا لأحد كى ينطبق عليه هذا التعريف.

و ثالثا: ان الملكية لا حقيقة لها سوى الاعتبار و هو بسيط قائم بالمالك و المملوك، فلا يعقل تبدل احد طرفيها مع بقائها، فلا محالة لا بد من تبديلها. و بعبارة اخرى: المشتري لا يملك المبيع الا باعتبار كونه ملكا له، و خلع البائع الملكية عن نفسه و لبسها به و معه تتبدل الملكية لا محالة فلا يتصور بقاء ملك الاضافة و تبديل طرفها. فالحق في تعريف البيع بنحو يكون جامعا و مانعا ان يقال: انه اعطاء شيء بازاء شيء، و هذا بحسب الموارد مختلف اثره، فقد يكون اثره ملكية العوضين كما في غالب موارد، و قد يكون اثره الانعتاق كما في بيع العبد ممن ينعق عليه، فان اثر اعطاء البائع اياه بازاء شيء انقطاع اضافته، و حيث لا يعقل دخوله في ملك المشتري ينعق عليه قهرا، و قد يكون اثره السقوط كما في بيع الدين ممن هو عليه، و قد يكون اثره قيام المبيع مقام عوضه فيما له من التعلق و الاضافة بجهة كالات المشتراة من غلة العين الموقوفة للمسجد مثلا.

ضابط ما يصح جعله معوضا و عوضا و ما لا يصح

فقد قال المصنف قدس سره في ضابط ما يصح جعله مبيعا (١) و الظاهر اختصاص المعوض بالعين فلا يعم ابدال المنافع غيرها تنقيح القول في المقام بالبحث في موضعين الاول في بيان المراد من العين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩

...

الثاني في انه هل يعتبر ان يكون المبيع عينا ام لا. اما المقام الأول: فالمراد من العين هو الموجود المتعين الخارجي و ما لو وجد لكان من المتعينات الخارجية، فتشمل العين الشخصية، و الكلي المشاع، و الكلي في المعين، و الكلي الذمي. و تخرج المنفعة و الحق، و لا إشكال في شيء من ذلك الا في الكلي الذمي، فانه اشكل على جعله مبيعا بوجهين:

الأول: ان الملكية من الاعراض، فلا بد لها من معروض، و لا وجود للكلي الذمي حتى يكون معروض الملكية. و اجاب عنه المحقق النراقي قده: بان البيع ليس هو التملك، بل عبارة عن نقل الملك، و حيث انه لا محذور في نقل الملك في ظرف وجوده- و ان كان متأخرا فعلا لعدم كون النقل من الاعراض- فلا اشكال في صحة البيع. و قال: و الحاصل ان البيع نقل الملك بالغير بالفعل سواء كان الملك ايضا فعليا أو قويا مترقب الحصول. و فيه: اولاً: ان لازم ذلك بطلان البيع إذا تعذر تسليم الكلي، أو لم يحصل للبائع، لانه يكشف انه باع ما ليس له، مع انه لا يكون باطلا بالاتفاق.

و ثانيا: ان النقل مطلقا لا بد و ان يكون بملاحظة مكان أو اضافة، و ليس له استقلال في التحصل، فلو كان حقيقة البيع هو النقل كان بمعنى نقل الملك، فكما ان الملكية غير معقولة كما هو المفروض، كذلك النقل لا يكون فعليا، فلا نقل بالفعل و انما هو معلق على أمر متأخر، و التعليق في البيع باطل بالاجماع.

و اجاب عنه السيد الفقيه: بان الملكية و ان كانت من الاعراض الخارجية الا ان حقيقتها ليست الا اعتبارا عقليا، فيمكن ان يكون محلها موجودا اعتباريا فنقول:

العقلاء يعتبرون الكلي الذمي شيئا موجودا تتعلق به الملكية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠

...

وفيه: اولاً: انه لا يصح الجمع بين العرض الذى هو امر واقعى مقولى، و بين الاعتبار الذى لا ثبوت له الا فى افق الاعتبار. و ثانياً: انه من المعلوم ان العقلاء فى باب اعتبار ملكية الكلى الذمى ليس لهم اعتبار ان احدهما متعلق بوجوده، و ثانيهما متعلق بملكيتهم.

فالحق فى الجواب ان يقال: ان الملكية انما هى من الاعتباريات و الاعتبار لا يحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار و هو كما يكون عينا خارجية يمكن ان يكون كليا فى الذمة، و الظاهر ان المستشكل خلط بين الملكية التى هى من الاعراض الخارجية- و هى الهيئة الحاصلة للجسم من احاطة شىء به- كالهيئة الحاصلة للرأس من احاطة العمامة به، و بين الملكية التى هى من الاعتباريات التى تعتبر لفائدة مترتبة على اعتبارها. و الذى لا يمكن ان يتحقق بلا محل موجود انما هى الملكية بالمعنى الأول، و اما الملكية الاعتبارية فهى لا تتوقف الا- على محل موجود فى افق الاعتبار بنفس الاعتبار، و عليه فكما يمكن ان يكون ذلك عينا موجوده فى الخارج يمكن ان يكون كليا فى الذمة، بل ربما يكون المالك ايضا كليا ككلى الفقير و السيد فى باب الزكاة و الخمس.

و بهذا البيان يظهر انه يمكن ان يكون المالك امرا اعتباريا كالحكومة التى هى من الامور الاعتبارية العقلانية و يعتبرونها لشخص أو لعدة اشخاص، و لذا ترى ان العقلاء يعتبرون لهم الملكية بما انهم هيئة حاكمه، و الفرق بين ملكيتهم بما هم كذلك و بين ملكيتهم بما هم اشخاص انه لو مات احدهم أو جميعهم فى الأول لا ينتقل المال الى الورثة، و لو انتقلت عنهم الحكومة يخرج المال عن تحت سلطانهم بخلافه فى الثانى. و تمام الكلام فى ذلك موكول الى محل آخر.

الاشكال الثانى: انه يعتبر فى البيع كون المبيع مالا قبل البيع و الكلى فى الذمة

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٣، ص: ١١

...

ليس كذلك،

و يرد عليه: انه لم يدل دليل من عرف أو شرع على اعتبار ان يكون المبيع قبل البيع مالا، و تعريف المصباح لا حجية له، بل يعتبر شرعا و عرفا كون المبيع قابلا لان يعرض عنه، و ضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض و معلوم ان الكلى كذلك.

و أما المقام الثانى: فالأرجح فى النظر اعتبار كون المبيع من الاعيان و ذلك لان البيع من المفاهيم العرفية و الامضاء الشرعى متعلق به، و لعل اختصاص البيع بنقل الاعيان و تملكها و عدم شموله لنقل المنافع من الامور الواضحة عندهم بحسب المتفاهم العرفى.

و الظاهر انه الى هذا نظر الفقهاء حيث استدلوا للاختصاص تارة: بالتبادر، و اخرى:

بصحة سلب البيع عن تملك المنفعة بعوض، و ثالثه: بانصراف الادلة الى ما هو المعهود خارجا من جعل المعوض فى البيع عينا.

لا يقال: ان البيع بحسب متفاهم اهل هذا الزمان و ان اختص بنقل الاعيان الا ان

المعيار هو عرف زمان الشارع الاقدس.

فانه يتوجه عليه اولاً: انه ان ثبت ذلك فى هذا الزمان يبنى على كونه كذلك فى زمانه صلى الله عليه و آله لأصالة عدم النقل المعبر عنها بالاستصحاب القهقرى، الذى على جريانه بناء العقلاء و سيرة العلماء و لولا لانه لانسد عليهم باب الاجتهاد لعدم احراز كون الروايات ظاهرة فى المعانى التى تكون الآن ظاهرة فيها فى زمانه صلى الله عليه و آله الا بذلك.

و ثانياً: ان الشك فى شمول البيع لنقل المنافع مانع عن التمسك بعمومات الصحة، و يتعين معه البناء على الاختصاص لأصالة الفساد.

و يؤيد ما اخترناه من الاختصاص: استقرار اصطلاح الفقهاء عليه فى تعيين الثمن و المثمن، يعنى انهم إذا ارادوا تمييز البائع عن

المشترى و المثلث عن الثمن جعلوا مالك العين بائعا و مالك المنفعة مشترى، و الاجماع، و انه لا فرق بين الاجارة و البيع الا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢

بل يظهر من كثير من الاخبار (١) كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر، و بيع سكنى الدار التي لا يعلم صاحبها، (٢) و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها.

(٣) و الظاهر انها مسامحة في التعبير كما ان لفظ الاجارة يستعمل عرفا في نقل بعض الاعيان كالثمرة على الشجرة (٤)

في ان البيع لنقل الاعيان و الاجارة لنقل المنافع بناء على ما حققناه في كتاب الاجارة من ان حقيقتها تملك المنفعة بعوض. و استدلل للتعميم بوجهين:

الأول: ان ما عن المصباح من تعريف البيع بانه مبادلة مال بمال كما يشمل نقل الاعيان يشمل نقل المنافع.

(١) الثانى: ما فى المتن قال بل يظهر ذلك من كثير من الاخبار.

حيث اطلق البيع على نقل المنافع فى جملة من النصوص

(٢) منها: النصوص الدالة على بيع سكنى الدار: كموتق اسحاق بن عمار «١» و منها: ما دل على بيع خدمة المدبر: كخبر السكونى «٢»

و منها: ما ورد فى بيع الاراضى الخراجية «٣» و فيهما نظر:

اما الأول: فلما تقدم من عدم تمامية تعريف المصباح و عدم حجيته.

و أما الثانى فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، و اصالة الحقيقة انما يرجع إليها لتشخيص المراد لا لتعيين الموضوع له بعد معلومية المراد،

فالأظهر اختصاص البيع بنقل الاعيان

(٤) قوله كالثمرة على الشجرة.

الظاهر ان مراده ليس ما إذا آجر الشجرة لثمرتها قبل وجودها كما افاده السيد قدس سره بل مراده ما إذا تعلقنا لإجارة بنفس الثمرة- فانها التي تكون بيعا قطعاً كما فى رواية «٤»

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب التدبير من كتاب التدبير و المكاتب و الاستيلاء حديث ٤.

(٣) الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو و ما يناسبه من كتاب جهاد.

(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣

و أما العوض فلا اشكال فى جواز كونها منفعة (١) كما فى غير موضع من القواعد و عن التذكرة و جامع المقاصد و لا يبعد عدم الخلاف فيه، نعم نسب الى بعض الاعيان (و هو البههاني) الخلاف فيه، و لعله لما اشتهر فى كلامهم من ان البيع لنقل الاعيان و الظاهر ارادتهم بيان البيع نظير قولهم ان الاجارة لنقل المنافع.

الحلبى عن الامام الصادق عليه السلام الواردة فى بيع الثمار و ان لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر،

أى لا تشتتر كما هو صريح ساير الاخبار

جعل المنفعة عوضا

هذا كله في المعوض،

و أما في العوض فقد قال المصنف قدس سره:

(١) اما العوض فلا اشكال في جواز كونه منفعة.

و الكلام في المقام يقع في موارد:

الأول: في بيان حقيقة المنفعة.

الثاني: في جواز جعلها عوضا.

الثالث: في جواز جعل عمل الحر عوضا.

الرابع: في الحقوق.

اما المورد الأول: فالمنفعة عبارة عما به يكون المال مالا، و بعبارة 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 لا- من اعراض الدابة، بل المضاييف لفعل الراكب الذي يصير فعليا بالاستيفاء الذي هو عبارة عن الانتفاع.

و بهذا البيان ظهر ان ما افاده السيد الفقيه في حاشيته من: ان الثمرة تعد منفعة الشجرة عرفا، لا يمكن المساعدة عليه، إذ حقيقة العين مغايرة لحقيقة المنفعة فلا يعقل انطباق احدهما على الاخرى.

و أما المورد الثاني: فقد استدل لعدم جواز جعلها عوضا بوجوه:

الأول: ما اشتهر في كلامهم من ان البيع نقل الاعيان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤

و أما عمل الحر فان قلنا: انه قبل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال (١)

و الا ففيه اشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين في البيع مالا قبل المعاوضة كما يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

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 منصرفه الى نقل غيرها.

و في كل نظر اما الأول: فلأن البيع - كما عرفت - انما هو عمل البائع، فهم في مقام بيان ما ينتقل من البائع، و هذا منهم نظير ما ذكره من ان الاجارة لنقل المنافع، مع انه لا كلام بينهم في صحة جعل العوض فيها عينا.

و أما الثاني: فلما عرفت من ان الملكية امر اعتباري، فيصح اعتبارها بالاضافة الى المنفعة التي هي مقدره الوجود بتبع وجود العين القابلة لاستيفاء المنافع عنها.

و أما الثالث فلان الانصراف الناشئ عن قلة وجود فرد لا يصلح لتقييد المطلقات، فالأظهر جواز جعلها عوضا.

جعل عمل الحر عوضا

(١) اما المورد الثالث: فقال المصنف قدس سره: و أما عمل الحر فان قلنا انه قابل المعاوضة عليه من الاموال فلا اشكال.

محصل كلامه: انه لا إشكال في جواز جعل عمل الحر عوضا إذا كان ذلك بعد وقوع المعاوضة عليه، كما إذا كان اجيرا لغيره فانه

يجوز لذلك الغير جعله عوضا، و يكون كعمل العبد حينئذ الذي لا كلام في انه مال و يصح جعله عوضا و أما إذا كان ذلك قبل وقوع المعاوضة عليه فجواز جعله عوضا مبني على كونه منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥
...

من الأموال و ان لم يعد منها لا يجوز ذلك.

يقع الكلام في هذا المورد في جهتين:

الاولى: في انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه ام لا؟ الثانية: في انه على كل من التقديرين هل يصح جعله عوضا ام لا؟ اما الجهة الأولى: فالحق انه مال، لانه المالىة من الاعتبار العقلانية و انما تعتبر للشىء من جهة كونه مما يرغب إليه و يميل إليه النوع، أو ان نظام الاجتماع يتوقف عليه،

كما في اعتبار المالىة للذهب و الفضة،

و هذا الذى يسمى بالمال تارة يعتبرونه ملكا لشخص و اخرى لا يعتبر ذلك كما في المباحات الاصلية، و على هذا فمن الواضح ان عمل الحر و ان لم يكن ملكا لفاعله - لان ملكية العمل انما تكون عن سبب و هو مفقود - الا انه مال و لا فرق بينه و بين عمل العبد، و لا بين قبل وقوع المعاوضة عليه و بين بعده.

و استدلال لعدم كونه مالا بوجوه:

الأول: ان المالىة صفة وجودية: و لا بد لها من محل، و العمل المعدوم لا يكون محلا لها.

الثانى: انه لو كان عمل الحر مالا - و كان صاحبه ذا مال، لتعلق به الاستطاعة إذا كان قادرا على عمل، يكون عوضه مما تتحقق به الاستطاعة و خرج عن كونه فقيرا.

الثالث: انه لو كان مالا لكان حابسه ضامنا.

و فى كل نظر اما الأول: فلما مر من ان الامور الاعتبارية تقوم بمحل يكون موجودا تقديرا، و المقام كذلك، فان عمل الحر يقدر وجوده بتبع وجود العامل و قدرته عليه و أما الثانى: فلأن الاستطاعة تتوقف على ملكا و صاحبه ذا مال، و عمل الحر و

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦

و أما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال (١)

ان كان مالا - الا انه ليس ملكا لعامله، فلا تتحقق به الاستطاعة نعم لمجرد سلطنة على تملكه للغير يخرج عن كونه فقيرا و لا يصدق عليه هذا العنوان.

و أما الثالث: فلأن الضمان لا بد له من سبب، و هو، اما الاتلاف، أو اليد، أو الاستيفاء، و شىء منها لا يكون فى المقام اما الأول: فلأنه ليس مال العامل حتى يشمل، من اتلف مال الغير فهو له ضامن،

و أما الثانى: فلأن عمل الحر لا يكون تحت اليد و الاستيلاء لا بنفسه و لا بتبع الاستيلاء على الحر، و بعبارة اخرى: قاعدة اليد انما تجرى فى صورة الاستيلاء، و الحر لا يدخل تحت استيلاء غيره و أما الثالث: فواضح.

فتحصل: ان الأظهر انه مال قبل وقوع المعاوضة عليه.

و أما الجهة الثانية: فبناء على كونه مالا، ما ذكر وجها لعدم جواز جعل المنفعة عوضا جار هنا، و الجواب ما ذكرناه، و على فرض عدم كونه مالا استدلال على عدم الجواز - مضافا الى ذلك - بانه يعتبر فى المبيع و الثمن ان يكونا من الأموال قبل البيع.

وفيه: انه لم يدل دليل على اعتبار ذلك لا من العرف ولا من الشرع، و تعريف المصباح لا حجية له، بل يعتبر عرفا و شرعا كون المبيع قابلا لان يعوض عنه، و ضابط ذلك كونه متعلقا للاغراض، و معلوم ان عمل الحر كذلك. فالأظهر انه يصح جعل عمل الحر عوضا.

حقيقة الحق و اقسامه

و أما المورد الرابع: ففي المتن.

(١) و أما الحقوق فان لم يقبل المعاوضة بالمال.

تنقيح القول في المقام انما يكون بالبحث في جهات:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧

...

الاولى: أنه: في الادلة عناوين ثلاثة: الملك، و الحكم، و الحق اما الملك: فقد تقدم انه امر اعتبارى و أما حقيقة الحكم فواضحة و مذكورة في محلها انما الكلام في حقيقة الحق بنحو يمتاز عن الملك و الحكم الحق في اللغة: هو الثبوت، و بهذا الاعتبار يطلق عليه سبحانه الحق من جهة ان ثبوته من اعلى مراتب الثبوت، و يقال للأمر الموافق للواقع انه حق من جهة ثبوته، و هكذا سائر موارد استعماله.

و أما بحسب الاصطلاح فقد يقال: ان الحق هو الملك، و لعله المراد من قول السيد في الحاشية: انه مرتبة ضعيفة من الملك بل نوع منه، و لذا عبر عن حق الخيار بملك فسخ العقد، غاية، الأمر المملوك، تارة: يكون العين بما لها من الشئون، و اخرى: جهة خاصة منها، و ثالثة: عمل من اعمال الحر، و في الجميع الملكية واحدة و انما المملوك مختلف.

و به يندفع: ما اورد على هذا: بان الملك ملزوم للسلطنة المطلقة، مع ان الحق سلطنة خاصة على تصرف خاص.

و لكن يرد على هذا: انه ربما يضاف الحق الى ما لا يكون له اعتبار الملكية شرعا كحق الاختصاص بالخمير التي كانت خلا قبالا، أو كحق الاولوية في الأرض المحجرة التي لا تملك الا بالاحياء.

و قد يقال: انه مرتبة ضعيفة من الملك.

وفيه: ان الملكية التي هي امر اعتبارى بسيطة لا- يكون لها مراتب، و اختلاف المملوك سعة و ضيقا اجنبى عن اختلاف مراتب الملكية.

فالحق ان يقال: انه عبارة عن اعتبار السلطنة على شىء أو شخص في جهة خاصة، مثلا حق الشفعة عبارة عن السلطنة على الفسخ و الامضاء، و هكذا سائر الحقوق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨

كحق الحضائنة و الولاية فلا اشكال (١) و كذا لو لم يقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار (٢)

و لا يخفى ان هذا ليس حقيقة شرعية له، إذ مضافا الى عدم الدليل عليه: ان الحق يستعمل كثيرا في الاخبار و كلمات علمائنا الابرار في الحكم، و عليه: فتشخيص كون مورد خاص من قبيل الحكم أو الحق بالمعنى الذى ذكرناه يتوقف على ملاحظة الخصوصيات و القرائن، و لا يستفاد ذلك من مجرد اطلاق الحق عليه.

الجهة الثانية: في بيان اقسام الحقوق.

فقد جعل المصنف لها اقساماً:

(١) الاول: ما لا يقبل المعاوضة بالمال: كحق الحضائنة والولاية.

و المراد به بحسب الظاهر - لا سيما مع ملاحظة التمثيل - هو ما لا يقبل النقل ولا الإسقاط، و يحتمل بعيداً ان يكون المراد به ما كان له اسقاطه و نقله الا انه مجاناً لا بالعوض، كحق القسم، فانه ذكر العلامة قدس سره: ان لكل من الأزواج نقله الى ضررتها و اسقاطه، الا انه ليس لها اخذ المال بازاء ذلك.

(٢) الثاني ما يقبل الاسقاط و لا يقبل النقل: كحق الشفعة و حق الخيار.

الثالث: ما يكون قابلاً للنقل و الانتقال و الاسقاط كحق التحجير و اورد على هذا التقسيم بالنحو الذي استظهرناه المحقق النائيني بان كون شيء حقاً و غير قابل للاسقاط لا يعقل فانه لو لم يقبل الاسقاط فكيف تكون له السلطنة، و كيف يكون زمام امره بيده، بل الضابط للحق و الفرق بينه و بين الحكم كونه قابلاً للاسقاط، و تبع في هذا الضابط شيخنا السعيد الشهيد قدس سره.

و فيه: ان مقتضى سلطنة الانسان على شيء هو كون امره بيده لا أمر السلطنة بيده، و الانسان مسلط على العين - أو العمل - لا انه مسلط على سلطانه و مالك له، و بهذا البيان التزمنا بان الناس مسلطون على اموالهم «١» لا يدل على صحة الاعراض

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩

لان البيع تمليك الغير (١)

و بالجملة: كما ان الحكم امره بيد الحاكم، كذلك الحق امره بيد المعبر و من بيده الاعتبار، فإذا لم يجعل المعبر امر رفع هذا الاعتبار و نقله الى الغير بيد من اعتبر له ليس له ذلك، فالحق ان من اقسام الحق ما لا يقبل الاسقاط.

ثم معرفة ان الحق الفلاني هل هو قابل للاسقاط و النقل ام لا؟ لا بد و ان تكون من الدليل و ليس لذلك ضابط كلي يمتاز به الحقوق كل منها عن غيره،

و تمام الكلام في ذلك موكول الى محل آخر.

الجهة الرابعة: في حكم جعل الحقوق عوضاً.

بعد ما لا كلام و لا إشكال في عدم صحة جعل ما هو من قبيل القسم الأول - اي ما لا يقبل الانتقال و الاسقاط عوضاً - وقع الخلاف في القسمين الاخيرين، و هاهنا اقوال:

الأول: عدم صحة جعل شيء منهما عوضاً، اختاره المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: جواز جعل ما يقبل الانتقال خاصة عوضاً الثالث جواز جعل كل منهما عوضاً، غاية الأمر في ما لا يقبل الانتقال يصح جعل اسقاطه عوضاً.

قد استدلل المصنف وفاقاً لغيره من الاعلام لعدم جواز جعل ما لا يقبل النقل عوضاً:

(١) بان البيع تمليك الغير.

مراده: ان حقيقة البيع هو التمليك من الطرفين، فما لا يقبل النقل لا يقبل التمليك فلا يصح جعله عوضاً.

و لما كان صاحب الجواهر بعد ما نقل هذا من استاذه و ذكر في وجهه: ان البيع من النواقل لا من المسقطات، فلا يصح جعله عوضاً

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠

و لا ينتقض ببيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط و لذا جعل الشهيد في قواعد الابرء مرددا بين الاسقاط و التملك.

و الحاصل انه يعقل ان يكون ان يكون مالكا في ذمته فيؤثر تمليكه السقوط و لا يعقل ان يتسلط على نفسه (١)

(١) و تصدى المصنف قدس سره لجواب هذا الاشكال: بانه فرق بين الموردين، فانه في بيع الدين على من هو عليه تحدث الملكية آنا ما، و تسقط، و لا- مورد لتقرير ذلك في الحق بان ترجع حقيقة الاسقاط المجعول عوضا الى نقل الحق الى من هو عليه، و يؤثر ذلك في سقوطه، و يدعى ان ما دل على انه لا يقبل النقل يكون المراد به النقل على وجه الاستقرار لا على هذا الوجه، فان نقل الحق الى من عليه و لو آنا ما محال لاستلزام ذلك اتحاد المسلط و المسلط عليه، و قد تقدم تنقيح ذلك.

و بهذا البيان الذي بينا مراد المصنف قدس سره يندفع جملة مما اورده المحشون عليه.

و قد استدل المحقق النائيني قدس سره على عدم جواز جعل نفس الحق عوضا: بان البيع حقيقته تبديل طرف الاضافة بمثله، و لازم ذلك دخول كل من الثمن و المثل، في ملك مالك الاخر، و معلوم ان الحق ليس كذلك، فانه مباين مع الملك سنخا، فلا يصلح للحلول محل المثل في الملكية كي يصدق البيع.

و استدل قدس سره على عدم جواز جعل الاسقاط عوضا بان: نفس الاسقاط بما انه فعل من الافعال و اثره و هو السقوط بما انه اسم المصدر ليس من الافعال التي تقبل للملوكية نظير الخياطة، فان هذا المعنى معنى حر في غير قابل لان يتمول الا باعتبار نفس الحق، و قد عرفت ما فيه.

و يرد على ما افاده في نفس الحق: ان تعريف البيع بما ذكر مضافا الى ما مر ما فيه من المحاذير، انه ليس مورد آية أو رواية حتى يجعل صدقة أو عدم صدقه مبنى للاحكام الشرعية، و قد مر ان حقيقة البيع ليست الا جعل شيء بازاء شيء، فإذا جعل المبيع بازاء حق التحجير بان يصير هذا الحق لمالك المبيع في مقابل خروجه عن ملكه فقد جعل شيء بازاء شيء فهو بيع حقيقة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١

و السر ان مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد (١)

بخلاف الملك فانها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج الى من يملك عليه حتى يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم

و أما ما ذكر في الاسقاط فيرد عليه- مضافا الى ذلك- ان نفس الاسقاط و ان كان معنى حرفيا لا- يتمول، و الحق في نفسه غير الملك، الا انه لا مانع من صيرورة الحق سببا و واسطة في قابلية اسقاطه للملكية، و نظير ذلك ان العلم بنفسه لا يملك لكنه يصير سببا لزيادة مالية العبد المتصف به.

و بالجملة: عدم قابلية الحق للملوكية لا ينافي صيرورته واسطة في كون اسقاطه قابلا للتمول و المملوكية فتدبر فانه دقيق.

الجهة الرابعة: كل حق قابل للنقل هل يجوز نقله الى من عليه الحق فلا ام لا؟

(١) صريح المتن و المحقق النائيني قدس سره: عدم الجواز.

و استدلاله بان الحق لما كان نحو من السلطنة على من عليه الحق يعقل نقله إليه،

لان الانسان لا يمكن ان يتسلط على نفسه بالنحو الذي كان لطرفه.

و بالجملة: لا يعقل قيام طرفي السلطنة بشخص واحد.

و شيد بعضهم هذا الوجه بان المسلط و المسلط عليه متضائفان و التضاييف من اقسام التقابل فكيف يعقل اجتماعهما فى واحد و يرد عليه اولا ان المسلط عليه انما هو بمعنيين: الأول: طرف السلطنة، الثانى: من بضرره السلطنة، مثلا فى حق الخيار و حق الشفعة الذين هما مورد كلام المصنف قدس سره، حل العقد فى الأول و تملك الشريك ما اشتراه المشتري ببذل الثمن فى الثانى مسلط عليهما بالمعنى الأول، و من عليه الحق فى الموردين هو المسلط عليه بالمعنى الثانى، و فى جميع الحقوق التى فيها من عليه الحق يكون الأمر على هذا المنوال، و عليه فنقل الحق الى من عليه الحق لا- يلزم منه اتحاد المسلط و المسلط 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 ارى محذورا فى اجتماعهما فى شخص واحد، و ليس كل ما هو من اقسام التضاييف من انحاء التقابل، بل ما

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٢

و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التجير و نحوه فهى و ان قبلت النقل و قبلت بالمال فى الصلح الا ان فى جواز وقوعها عوضا للبيع اشكالا (١) من اخذ المال فى عوضى المبيعة لغه و عرفا (٢) مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين، و لما يصح ان يكون اجرة فى الاجارة فى حصر الثمن فى المال. (٣)

كان بينهما تغاير فى الوجود كالعلىة و المعلولىة منها و الا فالعالمية و المعلومية أو المحببة و المحبوبة من اقسام التضاييف، و ليستا من انحاء التقابل و تجتمعان فى شخص واحد و بحب الانسان نفسه و يعلم بنفسه.

و السلطنة من هذا القبيل، فان معناها كون الشخص قاهرا على شخص و كون الغير تحت ارادته و اختياره، و هذا المعنى يمكن اجتماعه فى شخص واحد، بل سلطنة الانسان على نفسه من اعلى مراتب السلطنة، كيف و قد ورد. (الناس مسلطون على انفسهم) و لم يستشكل احد فى معقولية ذلك. فتدبر فانه دقيق.

فتحصل: ان الأظهر جواز نقله الى من عليه الحق.

الجهة الخامسة فى انه فى الحقوق القابلة للانتقال هل يصح جعلها عوضا فى خصوص البيع ام لا يجوز

(١) و قد اشكل المصنف قدس سره فى ذلك و استدلل لعدم جواز جعل ما يقبل النقل عوضا للبيع بوجهين

(٢) احدهما عدم صدق المال على الحق و لو بعد البيع، و قد اخذ المال فى عوضى المبيعة لغه و عرفا.

(٣) ثانيهما ظهور كلمات الفقهاء فى حصر الثمن فى المال و يرد على الدليل الأول ان البيع ليس هو التملك من الطرفين، بل هو اعطاء شىء بازاء شىء و لو كان الشىء الثانى سقوط الحق فلا مانع من جعل سقوط الحق عوضا و ان لم يقبل النقل، و قد تقدم تامة ما اورده صاحب الجواهر من النقض و عدم صحة جواب المصنف قدس سره عنه.

و يرد على الثانى: ان المال ان كان هو ما يبذل بازاء الشىء لكونه موردا لرغبة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣

ثم الظاهر ان لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعية بل هو باق على معناه العرفى كما سنوضحه ان شاء الله. الا ان الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه، (١) ففى المبسوط و التذكرة و غيرهما، انتقل عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و (٢) و حيث ان فى هذا التعريف مسامحة واضحة.

العقلاء و ميلهم من جهة ما فيه من الاغراض العقلانية فالحق مال، و ان كان المال بحسب المفهوم العرفى اخص من ذلك كما ادعى، فالحق و ان لم يكن مالا الا انه لا دليل على اعتبار المال بهذا المعنى فى عوضى المبيعة، و مجرد تعريف المصباح أو ما شابه لا يصلح لذلك كما تقدم، فان حقيقة البيع اعطاء شىء بازاء شىء، و لا يعتبر فى صدقه سوى كون العوض أو المعوض مما يبذل بازائه الشىء

و الحق كذلك.

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.

تعريف الفقهاء للبيع

اشارة

(١) إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عرف البيع بتعاريف: آخر الاول: ما عن جماعة كالشيخ فى محكى المبسوط و العلامة فى التذكرة و غيرهما فى غيرهما من

(٢) انه انتقال عين من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى.

و اورد عليه جماعة منهم السيد الفقيه فى الحاشية: بان الانتقال اثر للبيع، و ايضا انه فعل، و الانتقال انفعال، و ايضا هو مناف لسائر تصاريفه.

وفيه: ان ملكية المشتري فى اعتبار العقلاء و الشارع اثر للبيع، بمعنى انه موضوع لها، و أما الملكية فى اعتبار المتبايعين فهى عين النقل و التملك لا انها اثره، فان ايجاد الملكية اعتبارا و وجودها كذلك متحدا بالذات و مختلفان بالاعتبار، و عليه 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 أو الشارع، فيرد عليه الايراد الأول و الثالث دون الثانى كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤

عدل آخرون الى تعريفه بالايجاب و القبول الدالين على الانتقال (١) و حيث ان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنى و الا لم يعقل انشاؤه باللفظ (٢) عدل جامع المقاصد الى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة (٣)

فالأولى ان يورد على هذا التعريف: بان البيع بما له من المعنى المرتكز فى الازهان قائم بالبائع لا بالعوضين، و لانتقال قائم بهما، مع انه لا يعتبر الرضا فى مفهوم البيع و الا لم يكن بيع المكروه و بيع غير المقذور على تسليمه يباع.

(١) هذا هو التعريف الثانى و عن المشهور و هو تعريفه بالعقد المركب من الايجاب و القبول الدالين على الانتقال. و عن العلامة دعوى الاجماع عليه.

و اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بان اللفظ من 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.

(٢) وارد عليه فى المتن بان البيع من مقولة المعنى دون اللفظ و الا لم يعقل انشاؤه باللفظ، و مراده بذلك: ان البيع - بحسب المرتكز العرفى - هو النقل و التملك الخارجى لا الوجود اللفظى للانشاء، و الا لما كان معنى لانشاءه، بل كان اظهاره اخبارا لا إنشاء و ظاهر التعريف المذكور بقرينة توصيف الايجاب و القبول بالدلالة ارادة الوجود اللفظى منهما.

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورد على المصنف قدس سره بان البيع ليس من مقولة المعنى و الا لزم كونه كلاما نفسيا، إذ لا يعقل كونه من مقولة المعنى الا جعله من باب النقل القلبي و هو راجع الى الكلام النفسى، و قد بين فى محله بطلان الكلام النفسى.

و يرد على هذا التعريف - مضافا الى ذلك - ان البيع على ما يظهر من مشتقاته قائم بالبائع لا به و بالمشتري معا.

(٣) الثالث: ما فى جامع المقاصد من تعريفه بنقل الملك من مالك الى آخر بصيغة مخصوصة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥

و يرد عليه مع ان النقل ليس مرادفا للبيع، (١) و لذا صرح فى التذكرة بأن ايجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و ان المعاطاة عنده بيع مع حلوها عن الصيغة (٢) ان النقل بالصيغة ايضا لا يعقل انشاءه بالصيغة (٣) و لا يندفع هذا بان المراد ان البيع نفس النقل الذى هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة اشارة الى تعيين ذلك الفرد من النقل لا انه مأخوذ فى مفهومه حتى يكون مدلول بيعت نقلت بالصيغة لأنه ان اريد بالصيغة خصوص بيعت لزم الدور لان المقصود معرفة مادة بيعت و ان اريد بها ما يشمل ملكت و جب الاقتصار على

و اورد عليه المصنف بايرادات.

(١) احدها ان النقل ليس مرادفا للبيع.

و اجاب عنه المحقق الايروانى قدس سره: بانه بعد تقييد النقل فى التعريف بان يكون بالصيغة المخصوصة لا وجه لهذا الايراد.

الظاهر انه تخيل ان مراد المصنف قدس سره من الايراد اعمية النقل عن البيع، فأجاب عنه بذلك، و الظاهر انه يريد تغاير البيع و النقل مفهوما، فان البيع إذا كان بمعنى التمليك يكون عبارة عن التسليط، و لازم ذلك إذا كان الشيء مملوكا له هو النقل نظير ان المشى مغاير للنقل و الانتقال فى المكان، لكنه لازم لهما مع انه ليس لازمه دائما، فان تمليك عمل الحر يكون بيعا و لا نقل لعدم كونه مالكا له قبله، و بيع الكلى فى الذمة يصح و لا نقل هناك،

فهذا الايراد تام. نعم إذا كان المقصود الاشارة الى المعاملة المتداولة كى يكون التعريف لفظيا صح ذلك فانه يكفى فيه الملازمة الغالبية.

(٢) ثانيها: ان المعاطاة عنده بيع مع حلوها عن الصيغة.

و يمكن الجواب عنه: بان مراد المحقق قدس سره ليس دخل هذا القيد فى حقيقة البيع بل الاشارة به الى سنخ النقل، و عليه فلا تضر اخصيته.

(٣) ثالثها: انه ان اريد دخل هذا القيد فى ماهية البيع. يرد عليه: ان النقل بالصيغة لا يعقل انشاءه بالصيغة، و ان اريد به الاشارة الى النقل الخاص يرد عليه: أنه ان اريد بالصيغة خصوص بيعت لزم الدور، و ان اريد بها غير بيعت من سائر الصيغ لزم الاقتصار على سائر الصيغ غير بيعت.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦

مجرد التمليك و النقل.

فالاولى تعريفه بأنه انشاء تمليك عين بمال (١)

اشارة

و لا يلزم عليه شىء مما تقدم.

نعم يبقى عليه امور:

إشارة

وفيه: ان الظاهر ان مراده هو الشق الثانى، و عليه فيمكن ارادة الجامع بين صيغته بعت و غيرها من الصيغ من الصيغ، و لا يلزم محذور الدور لانه مع سعة دائرة الكاشف لا يلزم دور، و لا محذور لزوم الاقتصار. فالعمدة الاشكال الأول.

(١) الرابع: ما فى المتن من تعريفه: بانه انشاء تمليك عين بمال.

و ترد عليه امور:

احدها: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره من: ان التمليك الانشائى إذا كان مادة بعت فلا يعقل انشاؤه بالصيغة، إذ القابل للوجود الانشائى نفس المعنى لا الموجود الانشائى.

ثانيها: ان هذا التعريف يصدق على الشراء ايضا لشموله للانشاء الصريح و الضمنى، مع ان مقصوده الصريح خاصة.

ثالثها: ما افاده بعض المحققين قدس سره من: ان ظاهر هذا التعريف تعلق الجار بالتمليك،

فيكون هو تعريفا للهبه المعوضة، فان العوض فيها للفعل و هو التمليك لا للعين، و فى البيع يكون العوض عوضا لما تعلق به التمليك.

رابعها: انه لا يمكن الالتزام بالتمليك فى جملة من الموارد: منها: اشتراء آلات المسجد من غلة العين الموقوفة عليه، فانه لا يملكها احد كما لا يملك الغلة.

و منها: انه لا يشمل بيع العبد ممن ينعق عليه، فانه ليس هناك تمليك و تملك و ذلك لوجهين:

الأول: انه إذا امتنع الملك الحقيقى شرعا أو عقلا لما كان فرق بين زمان طويل أو قصير، فلا يمكن الالتزام بحصول الملك آنا ما ثم الانعتاق.

و دعوى انه يمكن الالتزام بالملك الحكمى،

مندفعة بان مرجع ذلك الى القول بترتب آثار البيع من دون حصول الملكية، فان التزم بكونه يبيعا حقيقة لزم بطلان التعريف المذكور و الا لزم بقاء العوضين على ملك مالكهما لعدم المعاوضة الحقيقية.

الثانى: ان ظاهر الادلة ترتب الانعتاق على نفس الشراء، فالالتزام بالملكية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٧

منها: انه موقوف على جواز الايجاب بلفظ ملك

و الا لم يكن مرادفا له و يرده انه الحق كما سيجىء

و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الانسان لا يملك ما لا على نفسه، (١) و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه (فى ذمته) و رجوعه الى سقوطه عنه (٢) نظير تملك ما هو مساو لما فى ذمته و سقوطه بالتهاتر انه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الالفاظ، و لذا قال فخر الدين ان معنى بعت فى لغة العرب ملكت غيرى فإذا لم يعقل ملكية ما فى ذمة نفسه لم يعقل شىء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها: انه يشمل التمليك بالمعاطة

مع حكم المشهور بل دعوى الاجماع على انها ليست بيعا، و فيه ما سيجىء من كون المعاطة بيعا لأن مراد النافين نفى صحته.

و لو آنا ما مناف لذلك.

و ما عن الجواهر من: ان الجمع بين هذه الادلة و بين ما دل على عدم العتق الا فى ملك يقتضى الالتزام بتقدم الملك على الاعتناق تقدا ذاتيا.

يرد عليه: ان الملكية من الامور الاعتبارية و لا يعقل الاعتبار الا فى الزمان، فالملكية فى غير الزمان مما لا نتعقله.

(١) و منها: انه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه، فان الانسان لا يملك ما لا على نفسه لعدم ترتب الاثر على هذه الملكية فيلغو اعتبارها.

(٢) و ما ذكره قدس سره فى الجواب عن ذلك من تعقل تملك ما فى ذمته و رجوعه الى سقوطه عنه،

غير تام، فان السقوط ان كان لاجل ما اشرنا اليه من لغوية اعتبار الملكية فهو مانع عن الحدوث كالبقاء و ان كان لكونه اثر تلك الملكية فيرد عليه: ان ثبوت الشيء لا يكون علته لسقوطه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٨

و منها: صدقه على الشراء،

فان المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه ان التمليك فيه ضمنى (١) و انما حقيقته التملك بعوض، و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الايجاب أو تأخر، و به يظهر اندفاع الايراد بانتقاضه بمستأجر العين (٢) حيث ان الاستئجار يتضمن تمليك العين بمال اعنى المنفعة

و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال و بالهبة المعوضة.

و فيه ان حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليس هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الاصلى هو التسالم. (٣) و لذا لا يتعدى بنفسه الى المال. نعم هو متضمن

(١) قوله و فيه ان التمليك فيه ضمنى و انما حقيقته التملك بعوض.

و فيه ان الشراء حقيقته ليس هو اعطاء شيء بازاء شيء الذى هو حقيقة البيع، كما مر، و لا إنشاء تمليك عين بمال الذى هو البيع عنده، بل الشراء مطاوعة لذلك، و الذى يوجب ملكية المعوض للمشتري و العوض للبائع انما هو فعل البائع الذى تعلق به القبول (٢) و أما الاجارة: فقد فرق المصنف قدس سره بينها و بين البيع بان البيع تمليك العين بعوض و الاجارة تمليك المنفعة به، و لكن على القول بصحة جعل المعوض فى البيع منفعة لا بد من بيان فرق آخر بينهما و قد يقال: ان الفرق بينهما انما يكون فى ان البيع يتعلق بكل من العين و المنفعة، و إذا 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 ملك منافعه بالتبع و يكون له حق القبض على العين لاستيفاء المنافع، فالبيع انما هو اعطاء للعين أو المنفعة بازاء العوض، و أما الاجارة فانما هى لنقل ذلك الحق، بمعنى انها تتعلق بالعين لنقل ذلك الحق. و تمام الكلام موكول الى محله.

(٣) و أما الصلح: فالفرق بينه و بين البيع هو ما ذكره المصنف قدس سره من: ان حقيقة الصلح هو التسالم، و يكون متعلقه فى بعض الموارد ملكية العين أو المنفعة، و فى بعض الموارد غير ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩

للتملك إذا تعلق بعين (١) لا انه نفسه و الذى يدللك على هذا ان الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التملك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليط، و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الاسقاط أو الانتقال. و قد يتعلق بتقرير امر بين المتصالحين، كما فى قول احد الشريكين لصاحبه صالحتك على ان يكون الربح لك و الخسران عليك، فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المفادات الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق الا ان يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقه، فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التملك لا ان مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو انشاء التملك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم اقرارا له بخلاف طلب التملك.

و أما الهبة المعوضة و المراد (٢) بها هنا ما اشترط فيها العوض فليست انشاء تملك بعوض على جهة المقابلة (٣) و الا- لم يعقل تملك احدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر.

و لا ايراد عليه سوى ما ذكره من

(١) انه إذا تعلق الصلح بالعين يكون متضمنا للتملك،

فانه يرد عليه: انه لا يتعلق بالعين، بل هو نظير الالتزام لا يعقل تعلقه الا بفعل أو نتيجة كالملكية، و لذا لا يصح جعل مفعوله الثانى العين كما لا يخفى.

(٢) و أما الهبة المعوضة: فتتصور على وجوه:

الأول: ان يهب المال و يشترط على المتهب هبة شىء.

الثانى: ان يهبه المال و يكون داعيه هبة المتهب شيئا.

الثالث: ان يهب المال و يشترط النتيجة، أى كون ذلك المال ملكا له.

الرابع: ان يهبه بازاء ذلك الشىء.

الخامس: ما اضافه السيد الفقيه و هو: ان يهبه فى مقابل هبته، بحيث تكون المقابلة بين الهبتين و مقتضى المقابلة بطلان احد المتقابلين بفقد الآخر.

(٣) اما فى الوجه الاول و الثانى: فيكون اعطاء المال اعطاء لا يازاء شىء بل مجانا،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠

مع ان ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب بالهبة بل غاية الأمر ان المتهب لو لم يؤد العوض، كان للواهب الرجوع فى هبته. فالظاهر ان التعويض المشروط فى الهبة كالتعويض الغير المشروط فيها فى كونه تملكيا مستقلا (١)

يقصد به وقوعه عوضا لا- ان حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشروط فى ضمن الهبة الأولى،

فقد تحقق مما ذكرنا ان حقيقة تملك العين بالعوض ليست الا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا، كان بيعا و لا يصح صلحا و لا هبة معوضة و ان قصدهما إذ التملك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحا و لا- هبة فلا- يقعان به، نعم لو قلنا بوقوعها بغير الالفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما فما قيل من ان البيع هو الاصل فى تملك الاعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة محل تأمل،

بل منع لما عرفت من ان تملك الاعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو اتى بلفظ التملك بالعوض و احتمل ارادة غير حقيقته كان

مقتضى الاصل اللفظي حمله على المعنى الحقيقي فيحكم بالبيع، لكن الظاهر ان الاصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم و سيجيء توضيحه في مسألة المعاطاء في غير البيع ان شاء الله.

و الفرق بينها و بين البيع حينئذ واضح غاية الأمر في الصورة الأولى إذا لم يهب المتهب ذلك الشيء يكون للواهب الخيار، و لا يكون ذلك في الصورة الثانية.

و أما في الوجه الثالث: فان قلنا بعدم صحة شرط النتيجة فلا كلام،

(١) و ان قلنا بصحته فذلك الشيء و ان كان يصير ملكا له الا انه للشرط لا لعقد الهبة و المال الموهوب انما يعطى مجانا لا بإزاء شيء، و هذا بخلاف البيع.

و أما في الوجه الرابع: فهو بيع حقيقة بلسان الهبة، و سيأتي الكلام في انه هل يصح البيع بلسان الهبة ام لا.

و أما في الوجه الخامس: فقد افاد السيد قدس سره في الفرق بينها و بين البيع: ان في البيع المقابلة انما تكون بين المالكين، و في هذه الهبة تكون بين الفعليين.

و ما ذكره من الفرق على تقدير صحة هذه الهبة متين، الا ان الكلام في صحتها، و ذلك لانه ان اريد بها تعليق هبته على هبة الآخر، فلو لم يهب الطرف لا يكون هبة من هذا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١

بقي القرض داخلا في ظاهر الحد و يمكن اخراجه بأن مفهومه ليس نفس المعاوضة بل هو تملكك على وجه ضمان المثل أو القيمة (١) لا معوضة للعين بهما و لذا لا يجري فيه ربا المعاوضة (٢)

الطرف ايضا لتقيدها بهبة الآخر، فهذا هو التعليق المجمع على بطلانه.

و ان اريد بها انه يملك هبته في مقابل تملك هبة الآخر فيرد عليه: ان في الهبة التملك انما يتعلق بالمال و ليس هناك تملك متعلق بهذا العمل من الحر، نعم يصح ذلك فيما إذا وقع عقد آخر على هذا العمل بحيث صار مملوكا بواسطة عقد آخر، و لكنه خارج عن المقام.

(١) و أما القرض: فقد فرق المصنف قدس سره بينه و بين البيع بان القرض حقيقته ليست هي المعاوضة بل هي تملكك على وجه ضمان المثل أو القيمة.

و يرد عليه: ان التملك المزبور لا يخلو عن أحد وجهين: اما ان يكون تملكيا بازاء بدله في الذمة، فهو معاوضة حقيقة، و أما ان يكون تملكيا مجانيا و اشترط في ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل أو القيمة، فهذا غير معقول، إذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه.

فالحق ان يقال: ان حقيقة القرض تملكك للعين - اي لخصوصيتها - مجانا و جعل لماليتها في الذمة، ففي الحقيقة هو ينحل الى انشاءين: تملكك مجاني بالنسبة الى العين، و تضمين لمالية العين و استئمان لها في ذمة المقترض الى اجل معين: و عليه فالفرق بينه و بين البيع في غاية الوضوح.

و أما ما استشهد به المصنف قدس سره لعدم كون القرض من المعاوضات فهي امور:

(٢) منها: قوله لا يجري فيه ربا المعاوضة.

و ذكر السيد قدس سره في بيان مراد المصنف قدس سره: انه لا يشترط في تحقق الربا فيه ما يعتبر في تحققه في سائر المعاوضات من اشتراط كون العوضين من المكيل و الموزون و كونها من جنس واحد بل يجري فيه مطلقا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢

و لا الغرر المنفى فيهما (١) و لا ذكر العوض (٢) و لا العلم به (٣) فتأمل. ثم ان ما ذكرنا تعريف للبيع المأخوذ في صيغة بعت و غيره من المشتقات

و اورد عليه: بان سعة دائرة الربا فيه لدليل خاص لا تنافي كونه من المعاوضات.

لكن: الظاهر ان مراده عدم جريان الربا الذي يجرى في البيع في القرض، و ذلك في مثل بيع الريال الذي يساوي اربعة دراهم مثلا و يكون بحسب الوزن اكثر منها بها، فان ذلك ربا محرم و هذا لا يجرى في القرض فان من اقترض الريال له ان يؤدي اربعة دراهم و للمقرض اشتراط ذلك و ليس ذلك غير جائز، و السر فيه ما ذكرناه من ان حقيقة القرض تمليك للعين مجانا و استثمار للمالية في ذمة المقرض، فما في ذمته مالية الريال لا عينه و هي عين مالية اربعة دراهم فيجوز تطبيقها عليها. (١) و منها: عدم جريان الغرر المنفى فيه.

و فيه: ان جماعة من الأصحاب صرحوا بلزوم العلم بمقدار العين المقترضة و انه لا يجوز بالمكيال المجهول، و جماعة اخرى و ان كان ظاهرهم على ما عن الجواهر عدم اعتبار ذلك الا ان جريان الغرر في مطلق المعاوضات ليس متفقا عليه، فهذا لا يكون شاهدا على عدم كونه من المعاوضات عندهم.

(٢) و منها: عدم لزوم ذكر العوض فيه، فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين في مقام انشاء المعاوضة.

(٣) و منها: عدم لزوم العلم بالعوض، مع انه في المعاوضات لا بد من العلم به.

و اورد عليه و على سابقه: بان العين المقترضة اما ان تكون من المتليات أو تكون من القيميات، و على كل حال العوض معلوم و لا يحتاج الى الذكر.

و فيه: اولاً: ان بعض الاشياء ربما لا يعلم الانسان حين القرض انه مثلي أو قيمي فيقترض المال و يستعلم الحال قبل الاداء. و ثانياً: انه ربما يعلم انه قيمي و لكن لا يعلم مقدار القيمة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣

و يظهر في بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر غير ما ذكر (١)

احدها: التمليك المذكور لكن بشرط تعقبه بتملك المشتري

و إليه نظر بعض مشايخنا حيث اخذ قيد التعقب بالقبول في تعريف البيع المصطلح، و لعله لتبادر التمليك المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحة السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال باع فلان ماله الا بعد ان يكون قد اشتراه غيره، و يستفاد من قول القائل بعت مالي انه اشتراه غيره، لا انه اوجب البيع فقط

الثاني: الأثر الحاصل من الايجاب و القبول و هو الانتقال

كما يظهر من المبسوط و غيره

الثالث: نفس العقد المركب من الايجاب والقبول

و إليه ينظر من عرف البيع بالعقد،

لا يعتبر تعقب القبول في صدق البيع

(١) التنبيه الثاني: قال المصنف قدس سره: و يظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله في معان اخر لا يخفى انه لم يظهر لنا وجه ما صنعه المصنف قدس سره في المقام حيث ذكر اولا تعريف المصباح و انتقل الى بيان امور اخر ثم عاد إليه بذكر سائر التعاريف، ثم كرر العود إليه في هذا الموضوع، مع ان ما ذكره هنا بعينه ما تقدم من المعانى.

و لكن الذى يهمننا في المقام بيان انه هل يعتبر في صدق البيع تعقب القبول ام لا؟ و فيه اقوال:

الأول: ما في المتن و هو: عدم اعتباره، و تبعه المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: اعتباره اما بكونه اسما لمجموع أو فعل البائع بشرط التعاقب على نحو الشرط المتأخر، اختاره السيد و المحقق الايروانى.

الثالث: اعتبار قابليته لتعقب القبول، اختاره بعض مشايخنا المحققين.

و الأظهر هو الأول، و ذلك يظهر من ملاحظة انشاء البائع، فانه إذا قال بعث اظهر بذلك اعتبار نفسه، و المشتري انما يقبل ذلك لا ان

فعله دخيل في ما ينشؤه البائع، هذا مضافا الى ملاحظة سائر مشتقاته كالبائع وغيره، مع انه لو نذر ان يبيع داره صح هذا النذر،

و لو كان البيع فعل المجموع أو فعل البائع بشرط التعقب بالقبول لما صح

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤

قال: بل الظاهر اتفاهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين ابواب المعاملات (١)

حتى الاجارة و شبهها التى ليست هى فى الأصل اسما لأحد طرفى العقد.

[المناقشة فى هذه الاستعمالات]

اقول: اما البيع بمعنى الايجاب المتعقب للقبول فالظاهر انه ليس مقابلا للأول و انما هو فرد انصرف إليه اللفظ فى مقام قيام القرينة على

ارادة الايجاب المثمر إذ لا ثمرة فى الايجاب المجرد فقول المخبر بعث انما اراد الايجاب المقيد،

فالقيد مستفاد من الخارج لا أن البيع مستعمل فى الايجاب المتعقب للقبول، و كذلك لفظ النقل (٢) و الا بدال و التملك و شبهها مع

انه لم يقل احد بأن تعقب القبول له دخل فى معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال فى الخارج لا فى نظر الناقل إذ التأثير لا ينفك

عن الأثر فالبيع و ما يساويه معنى من قبيل الايجاب و الوجوب لا الكسر و الانكسار كما تخيله بعض فتأمل. و منه يظهر ضعف اخذ

القيد المذكور فى معنى البيع المصطلح فضلا عن ان يجعل احد معانيها.

لكون جزء المنذور أو شرطه خارجا عن تحت القدرة و يؤيده قوله صلى الله عليه و آله البيعان بالخيار «١» إذ لو كان البيع اسما لفعل

المجموع لما كانا بيعين بل كانا معا بائعا.

(١) قوله بل الظاهر اتفاهم على ارادة هذا المعنى فى عناوين انواع المعاملات بل الظاهر عدمه فان مورد البحث فى تلك الابواب

نفس المعاملات و لذا يعنونون اعتبار الايجاب و القبول و يقولون، يعتبر فى البيع الايجاب و القبول و لو كان مرادهم منه العقد كان

هذا التعبير من الفساد بمكان- و سيصرح المصنف قدس سره بعد اسطر بخلاف ذلك- و يقول و الحاصل ان البيع الذى يجعلونه من

العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر الخ.

(٢) قوله و كذلك لفظ النقل النقل و التمليك انما هما للمعنى الجامع بين النقل بعوض أو مجانا- فعدم اعتبار القبول فى صدقهما لا يلازم عدم اعتباره فى البيع و قد استدلل للثانى:
بالتبادر، و بصحة السلب عن المجرد، و لهذا لا يقال باع فلان ماله الا بعد ما اشتراه غيره،

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٥

و أما البيع بمعنى الاثر و هو الانتقال فلم يوجد فى اللغة و لا فى العرف و انما وقع فى تعريف جماعة تبعاً للمبسوط و قد يوجه بان المراد بالبيع المحدود المصدر من المبنى للمفعول اعنى المبيعية و هو تكلف حسن و أما البيع بمعنى العقد فقد صرح الشهيد الثانى بأن اطلاقه عليه مجاز لعلاقة السببية. (١) و الظاهر ان المسبب هو الأثر الحاصل فى نظر الشاعر لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من انه حاصل بنفس انشاء الموجب من دون توقف على شىء كحصول وجوب الضرب فى نظر الأمر بمجرد الأمر و ان لم يصر واجبا فى الخارج فى نظر غيره و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم فى الخارج فى نظر غيره و إلى هذا نظر جميع ما ورد فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا بيع بينهما أو اقاله فى البيع و نحو ذلك.

و الحاصل ان البيع الذى يجعلونه من العقود يراد به النقل بمعنى اسم المصدر مع اعتبار تحققه فى نظر الشارع المتوقف على تحقق الايجاب و القبول،

فاضافة العقد الى البيع بهذا المعنى ليست بيانية، و لذا يقال انعقد البيع، و لا ينعقد البيع، ثم ان الشهيد الثانى نص فى

و بان البيع من العقود و لو تحقق البيع بمجرد انشاء البائع لزم كونه ايقاعاً و باستعماله فى المتعقب بالقبول فى النصوص و الفتاوى من قولهم لزم البيع أو وجب أو لا بيع بينهما أو اقاله البيع أو نحو ذلك.

و فى كل نظر اما الأولان: فلأن التبادر و صحة السلب انما يتمان فى مثل بعت دارى فى مقام الاخبار الذى قامت القرينة على كونه لبيان البيع المثمر، و لا يتمان فى غير هذا المورد.

و أما الثالث: فلأن العقد و الايقاع اصطلاحان، و المراد بالأول ما يعتبر فيه القبول، و بالثانى ما لا يعتبر، و لا كلام فى اعتباره فى صحة البيع و ترتب الاثر عليه.

و أما الرابع: فلأن الاستعمال اعم من الحقيقة، لا سيما مع قيام القرينة على ارادة موضوع الأثر.

(١) قوله لعلاقة السببية قد مر فى اول الكتاب ما فى اطلاق السبب و المسبب فى باب المعاملات و ان ذلك بمعزل عن الصواب فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٦

كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح (١) مجاز فى الفاسد لوجود خواص الحقيقة و المجاز كالتبادر و صحة السلب (٢) قال: و من ثم حمل الاقرار به عليه (٣) حتى لو ادعى ارادة الفاسد لم يسمع اجماعاً، و لو كان مشتركاً بين الصحيح و الفاسد لقبلى تفسيره باحدهما كغيره من الالفاظ المشتركة و انقسامه الى الصحيح و الفاسد اعم من الحقيقة، انتهى.

و قد استدلل للثالث: بان البيع اسم للصحيح العرفى، و الصحيح العرفى فى اجزاء السبب ما كان قابلاً لان يلتئم منه المجموع، فيكون

البيع معناه انشاء التمليك القابل للحقوق القبول.

و فيه ما سيأتى من فساد المبنى و ان البيع ليس موضوعا للصحيح العرفى، فالحق عدم اعتباره فى مفهوم البيع لا بنحو الجزئية و لا بنحو الشرطية.

نعم هو معتبر فى صحة البيع عرفا و شرعا.

البيع حقيقة فى الصحيح أو الأعم

إشارة

(١) قوله ثم ان الشهيد الثانى نص فى كتاب اليمين من المسالك على ان عقد البيع و غيره من العقود حقيقة فى الصحيح. هذا هو التنبيه الثالث و الكلام فيه يقع فى مقامين الاول فى بيان ما افاده المصنف قدس سره فى المقام الثانى فى بيان ما هو الحق و قبل التعرض للبحث فى المقامين لا بأس بالتعرض لما افاده الشهيدان

(٢) قوله و صحة السلب الموجود فى المسالك و عدم صحة السلب فيرد عليه مضافا الى ما تقدم انه لا كلام فى عدم صحة سلبه عن الصحيح انما الكلام فى اختصاصه به.

(٣) قوله و من ثم حمل الاقرار به عليه.

و الظاهر ان السر فيه ظهور حال المسلم فى عدم اختيار الفاسد لا وضع البيع لذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧

و قال الشهيد الأول فى قواعد الماهيات الجعليه كالصلاة و الصوم و سائر العقود لا يطلق على الفاسد (١) الا الحج لوجوب المضى فيه، و ظاهره ارادة الاطلاق الحقيقى و يشكل ما ذكره بأن وضعها للصحيح يوجب عدم جواز التمسك باطلاق نحو احل الله البيع و اطلاقات أدلة سائر العقود فى مقام الشك فى اعتبار شىء فيها مع أن سيرة علماء الاسلام التمسك بها فى هذه المقامات. نعم يمكن ان يقال

(١) قوله قال الشهيد الاول ... لا يطلق على الفاسد يمكن توجيه كلامه قده بقرينة ما فى ذيله فلو حلف على ترك الصلاة و الصوم اكتفى بمسمى الصحة و هو الدخول فيها، فلو افسدها بعد ذلك لم يزل الحنث، و يحتمل عدمه لانه لا يسمى صلاة شرعا و لا صوما مع الفساد، و أما لو تحرم فى الصلاة، أو دخل فى الصوم مع مانع من الدخول لم يحنث قطعا- بانه قده ليس فى مقام بيان المفاهيم و انها موضوعه للصحيحة، حتى يرد عليه ما تقدم، بل فى مقام بيان ان ما يتعلق به النذر انما هو الصحيح و انه لا ينذر الا ان لا يصلى صلاة صحيحة، و ان لا يبيع بالبيع الصحيح الشرعى، و انه بعد الفراغ عن ذلك يفصل بين ما هو الفاسد من الاول، و بين ما لو انعقد صحيحا ثم افسد فى الاثناء.

اما المقام الأول: فقد يقال: ان الفاظ المعاملات من البيع و غيره اسام للصحيحة و انما تستعمل فى غيرها مجازا.

و اورد عليه بايرادين:

الأول: ان لازم ذلك الالتزام بالحقيقة الشرعية فى المعاملات، مع انه بالبدهة ليس كذلك، كيف و قد كان الشارع المقدس يستعمل اسامها فيما كان يستعمل فيه العرف و لم يصرح فى مورد بكون مراده غير ما يفهمه العرف.

الثانى: ان لازم ذلك عدم جواز التمسك باطلاقات ادلة العقود ك (أحل الله البيع) «١» و نحوه لنفى اعتبار ما شك فى اعتباره فيها، إذ

مع الشك المزبور لا محالة يشك

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨

ان البيع و شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر (١) الذي يراد من قول القائل بعت عند الانشاء لا يستعمل حقيقة الا فيما كان صحيحا مؤثرا و لو في نظرهم. ثم إذا كان مؤثرا في نظر الشارع كان يبيعا عنده و الا كان صورة بيع نظير بيع الهازل عند العرف فالبيع الذي يراد منه ما حصل عقيب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقيقة في الصحيح المفيد للأثر و مجاز في غيره، الا ان الافادة و ثبوت الفائدة مختلف في نظر العرف و الشرع. و أما وجه تمسك العلماء باطلاق ادلة البيع و نحوه.

في صدق الموضوع، و معه لا مجال للتمسك بالاطلاق مع ان سيرة علماء الاسلام على التمسك به في هذه المقامات. (١) و اجاب المصنف قدس سره عن الاول: بان البيع أو شبهه في العرف إذا استعمل في الحاصل من المصدر- اي المسبب و المنشأ- لا يستعمل الا فيما هو مؤثر و صحيح و لو في نظرهم، ثم إذا كان مؤثرا عند الشارع كان يبيعا عنده ايضا و الا كان صورة بيع، فالموضوع له انما هو الصحيح المفيد للأثر، و لا اختلاف في هذا المفهوم بين العرف و الشرع، و انما الاختلاف في المصداق، فان اهل العرف يرون بعض البيوع مفيدا مؤثرا و الشارع لا يراه كذلك.

لا يقال ان تخطئة الشارع العرف انما تتصور فيما له واقع في عالم العين و الوجود، و لا تتصور فيما لا واقع محفوظ له و كان في ذاته مختلفا باختلاف الانظار كالبيع، فانه ان كان موضوعا لاعتبار الملكية في نظر العرف و ان لم يعتبرها الشارع كان موضوعا للاعم، و ان كان موضوعا لاعتبارها في نظر الشارع عاد المحذور، و على اي تقدير لا معنى للتخطئة المذكورة. فانه يتوجه عليه: ان اعتبار الملكية كان المعترف هو العقلاء أو الشارع انما يكون عن مصلحة داعية إليه، و اهل العرف ربما يعتقدون وجودها فيعتبرون الملكية و الشارع المقدس يخطأهم في ذلك لكونه محيطا بالواقعات، و يرى انه ليس في هذا الاعتبار منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩

فلان الخطابات لما وردت على طبق العرف حمل لفظ البيع، و شبهه في الخطابات الشرعية على ما هو الصحيح المؤثر عند العرف (١) أو على المصدر الذي يراد من لفظ بعت (٢) فيستدل باطلاق الحكم بحله أو بوجوب الوفاء على كونه مؤثرا في نظر الشارع ايضا فتأمل. فان للكلام محلا آخر.

مصلحة غير مزاحمة بالمفسدة كما في بيع الربوي، فالتخطئة انما تكون في المنشأ للاعتبار.

و اجاب قدس سره عن الايراد الثاني بوجهين

(١) احدهما: ان البيع و ان كان موضوعا للصحيح المؤثر الا ان المخاطب بالخطابات الشرعية بما انه اهل العرف فيحمل دليل امضاء البيع على امضاء ما هو الصحيح المؤثر عندهم، و لو كان مراده خلاف ما عليه العرف لزم عليه نصب القرينة، فمع عدمه يكون الموضوع هو البيع الصحيح عند العرف. و هذا التقريب لا دخل له بتخطئة الشارع نظر العرف أو تصويبه، إذ صريح عبارته ان الموضوع هو الصحيح المؤثر عند العرف. فلاحظ.

(٢) ثانيهما: حمل لفظ البيع أو شبهه الواقع في ادلة الامضاء على المصدر الذي يراد من لفظ بعت اي انشاء تمليك عين بعوض، الذي

هو فعل الموجب، و اختاره في تعريف البيع، فإذا حكم الشارع عليه بالحل أو بوجوب الوفاء يستكشف منه كونه مؤثرا في نظر الشارع، و الا لما كان له حلية و لا وجوب الوفاء، و مقتضى اطلاقه كون انشاء النقل يوجب النقل شرعا. هذا محصل كلامه بتوضيح منا. و المحقق النائيني قدس سره اورد على ما ذكره ثانيا في وجه التمسك بالاطلاق: بان المطلقات الواردة في الكتاب و السنة كلها واردة في مقام امضاء المسببات دون الاسباب لانها اسام للمسببات و اورد على ما ذكره اولاً بانه إذا كان الدليل واردا في مقام امضاء المسببات- اى المعاملات الرائجة عند العرف كالزوجة و المبادلة مع قطع النظر عن الاسباب التي منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠

...

يتوسل بها إليها- فلا يدل على امضاء الاسباب.

و بعبارة اخرى: المسبب له وجود غير وجود السبب، فإمضاؤه لا يكون امضاء للسبب، نعم إذا لم يكن له سبب متيقن اصلا لا محالة يكون امضاؤه امضاء له و الا يلزم اللغو، و فى المقام السبب المتيقن موجود كما هو واضح.

و دعوى 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 لا فى التطبيق، فهم و ان رأوا حصول المسبب عند وجود امر خاص الا ان امضاء المسبب لا دليل على كونه امضاء لنظرهم فى التطبيق ايضا.

و لكن: يمكن دفع الثانى: بان مقتضى اطلاق دليل المسبب الافرادى امضاء كل فرد من افراد المسبب عند العرف، و لازم ذلك امضاء كل سبب يتسبب به إليه و الا كان اطلاق دليل المسبب مقيدا بغير ما حصل من ذلك السبب الذى يشك فى امضائه، و لعله الى هذا يرجع ما نقله قدس سره عن التقريرات و ذكرناه بقولنا: و دعوى و عليه فهو حق و لكن الذى يرد عليه: ما تقدم فى أول الكتاب من أن ما هو المعروف من كون الانشاء عبارة عن ايجاد امر باللفظ أو شبهه مما لا أساس له.

و اجاب المحقق النائيني قدس سره، عن الاشكال بوجه آخر و هو: ان نسبة صيغ العقود الى المعاملات ليست نسبة الاسباب الى المسببات، بل نسبتها إليها نسبة الآلة الى ذى الآلة، و الارادة متعلقة بنفس المعاملة ابتداء بداهة ان الموجد للملكية ليس قول بعت نظير الالقاء الموجد للاحراق، بل الموجد لها ارادة البائع، فإذا لم يكن من قبيل الاسباب و المسببات فليس هناك موجودان خارجيان حتى لا يكون امضاء احدهما امضاء للآخر،

بل الموجود واحد، غاية الأمر انه باختلاف الآلة ينقسم الى اقسام عديدة، فإذا كان المتكلم فى مقام البيان و لم يقيد بنوع خاص يستكشف منه عمومه لجميع الانواع.

وفيه: مضافا الى ضعف المبنى لما اشرنا إليه فى اول الكتاب: ان وجود ذى الآلة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١

...

مغاير مع وجود الآلة بالوجدان، و الارادة و ان تعلقت حين البيع بذى الآلة ابتداء و بالآلة تتعلق تبعا الا انه فى مقام الجعل، لا بد من لحاظ الآلة مستقلا كى يرى صلاحية كل آلة عرفية لذلك أو آلة خاصة، و عليه فإذا كان الاطلاق مسوقا لبيان امضاء ذى الآلة لا يصح التمسك بالاطلاق لصلاحية كل آلة لذلك الا بالتقريب الذى ذكرناه، فلا فرق بين كونها من قبيل الاسباب و المسببات أو الآلة و ذى الآلة.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه يقع فى موضعين الأول: فى ان الفاظ المعاملات اسام للصحيحة أو الأعم.

الثاني: في التمسك باطلاقات ادلة الامضاء.

اما الموضوع الأول: فقد يقال- كما عن جملة من المحققين منهم المحقق الخراساني قدس سره و المحقق النائيني-: انها ان كانت موضوعة للمسببات لا مجال للنزاع المذكور، إذ لو كانت اسامى للمسببات لا تتصف الا بالوجود و العدم دون الصحة و الفساد. و لكن الحق في المقام ان الصحة و الفساد لا يتصف بهما الا الموجود الخارجي، و اتصافه بهما انما يكون بلحاظ انطباقه على ما اخذ طرفا للحكم أو الاعتبار الشرعى و عدمه، و عليه فالمسببات ايضا تتصف بهما و ذلك لان في باب المعاملات كالبيع امورا اربعة:

احدها: اعتبار المتعاملين الملكية.

ثانيها: اعتبار العقلاء و امضائهم لذلك.

ثالثها: اعتبار الشارع اياها.

رابعها: اظهار ذلك الأمر النفساني بمظهر خارجي.

و لا ريب في انها ان كانت اسامى للمسببات تكون اسامى للاعتبارات

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢

...

الصادرة من المتعاملين لا-الصادرة من العقلاء و الشارع، مثلا البيع اسم لفعل البائع و لا يطلق على الشارع و العقلاء البائع، و حيث ان الشارع المقدس لم يعتبر الملكية في كل مورد اعتبرها المتعاملان بل في بعض موارد- كما إذا كان مظهرها بلفظ أو غيره من المظاهرات الخارجية و كان المعتبر غير محجور عليه و غير ذلك من الخصوصيات- فكل اعتبار خارجي شخصي ان كان منطبقا على ما هو موضوع للاعتبار الشرعى و طرف له فهو صحيح، و الا فهو فاسد،

فالمعاملات و ان كانت اسامى للمسببات تتصف بالصحة و الفساد ايضا، و قد مر ان البيع اسم للمسبب، اى الاعتبار الصادر من البائع. الظاهر كونه اسما للاعم لا لخصوص الصحيح بالمعنى المتقدم، فان الصحة انما تنتزع عن مطابقة المأتى به لما هو طرف الاعتبار، فهي متأخرة عن الامضاء، فكيف يمكن اخذها في المرتبة السابقة عليه- فتدبر- فانه يمكن ان يقال بوضعها للخصص الخاصة الملازمة للامضاء الشرعى، مع ان المعاملات امور عرفية امضاها الشارع الاقدس و ضرورى انه لم يتصرف في وضعها و لم يستعملها في غير ما وضعت تلك الالفاظ له في العرف، بل استعملها في معانيها، غاية الأمر اعتبر في امضائها قيودا.

التمسك بالاطلاق [إمضاء كل مظهر]

و أما الموضوع الثاني: فبناء على ما اخترناه من ان البيع مثلا اسم للاعتبار الصادر من المتعاملين و انه لا يعتبر في صدقه شىء آخر، و ان دعوى كون باب المعاملات من قبيل ايجاد امر باللفظ و نحوه فاسدة بل هي اعتبارات قائمة بالمتعاملين تظهر باللفظ و غيره منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣

...

الأظهر جواز التمسك باطلاقات ادلة امضاء كل ما هو مظهر لها، و ذلك لان ادلة امضاء المعاملات مثل قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) «١» كما ان لكل واحد منها اطلاقا فراديا، و يدل على امضاء كل فرد من افراد البيع مثلا، كذلك له اطلاق احوالى، فمقتضى (أحل الله

البيع)

امضاء كل فرد من افراد البيع في جميع حالاته، اي سواء ابرز بالعربي أو بالفارسي أو بغيرهما، و لازم ذلك امضاء كل مظهر. و لو تنزلنا عن ذلك و سملنا دخل شيء آخر غير الاعتبار القائم بالمتعاملين في المعاملات، و انه لا تصدق اساميتها بمجرد تلك الاعتبارات، فلا يخلو ذلك من امور:

احدها: اعتبار امضاء العرف و العقلاء، بمعنى ان كل معاملة واقعة بين المتعاقدين ممضاه عند العرف فهي بيع أو غيره و الا فلا. ثانيها: اعتبار امضاء الشارع فيها.

ثالثها: اعتبار وجود المصلحة و المناسبة الواقعية، بمعنى ان كل معاملة واقعة عن المصلحة و المناسبة الواقعية فهي بيع أو غيره. رابعها: ان يكون البيع مثلا- موضوعا لأمر واقعي، و يكون نظر العرف و الشرع طريقا إليه، و عليه يكون النهي تخطئة للعرف في المصدق.

فلو كان المعبر هو الأمر الأول، لو شك في دخالة شيء في امضاء العرف و العقلاء لما صح التمسك بالاطلاق لنفي اعتباره للشك في صدق الموضوع، و أما لو احرز ذلك و شك في دخالته في الامضاء الشرعي فيتمسك بالاطلاق لنفيه. و لو كان المعبر هو الثاني لا يصح التمسك بالاطلاق لنفي اعتباره ما شك في اعتباره لا بالإطلاق اللفظي و لا بالإطلاق المقامي، اما الأول: فللشك في صدق الموضوع و أما الثاني فلوجود القدر المتيقن في المعاملات الرائجة عند العرف.

(١) البقرة ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤

الكلام في المعاطاة:

اعم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر (١) و هو يتصور على وجهين: احدهما: ان يبيع كل منهما للآخر التصرف فيما يعطيه من دون نظر الى تملكه. الثاني: ان يتعاطيا على وجه التملك، و ربما يذكر وجهان آخران:

و يمكن ان يكون اعتماد الشارع الاقدس عليه.

و لو كان المعبر هو احد الأخيرين يمكن التمسك بالاطلاق لنفي ما شك في اعتباره شرعا مع احراز عدم دخالته عرفا، بتقريب: ان للشارع جهتين: احدهما كونه مشرعا و جاعلا للاحكام، ثانيتهما: كونه من العرف و العقلاء، بل هو رئيسهم، فإذا قال احل الله البيع و لم يعين البيع الشرعي لا محالة يحمل على ارادة امضاء البيع العرفي، كما هو الشأن في جميع المفاهيم الواقعة في الأدلة الشرعية، و عليه فيتمسك بالاطلاق لنفي اعتباره شرعا. فتحصل مما ذكرناه: انه يصح التمسك بالاطلاق على جميع الوجوه و الاقوال الا- بناء على كون البيع و كذا غيره من المعاملات موضوعا للصحيح عند الشارع.

بيع المعاطاة

إشارة

المقصد الثاني في المعاطاة:

(١) قال المصنف قدس سره: اعلم ان المعاطاة على ما فسره جماعة ان يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر لفظ المعاطاة لم

يرد في 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 و فيما ذكره قدس سره فى تعريفها مسامحة واضحة، إذ المعاطاة التى وقع النزاع فى منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٥

احدهما: ان يقع النقل من غير قصد البيع، و لا تصريح بالاباحة المزبورة بل يعطى شيئا ليتناول شيئا فدفعه الآخر إليه. (١)
و الثانى: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع و يرد الأول بامتناع خلو الدافع (الواقع) عن قصد عنوان من عناوين البيع، أو الاباحة أو العارية أو الوديعة أو القرض أو غير ذلك من العنوانات الخاصة. (٢)

انها بيع صحيح لازم ام لا، لا يكون كلا طرفيها اعطاء الشىء عوضا، بل احدهما اعطاء بعوض، اى احد الشئيين عوض و الآخر معوض. و محل النزاع هو المعاطاة التى تتخلف عن البيع المنشأ باللفظ المخصوص فى الصيغة مع اشتمالها على جميع الجهات و الخصوصيات، و عليه فهى لا تتصور الا على وجه واحد و هو ما لو قصد بها التمليك.
و أما المعاطاة بالمعنى الاوسع من ذلك فقد ذكروا انها تتصور على وجوه:
احدها: ان يقصد بها التمليك.

ثانيها: ان يقصد بها اباحة التصرفات.

(١) ثالثها: ما فى الجواهر و هو: ان يقع الفعل من المتعاطين من غير قصد البيع و لا تصريح بالاباحة، بل يعطى البقال مثلا شيئا ليتناول عوضه فيدفعه إليه.

(٢) و اورد عليه المصنف فده: بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوين البيع أو الاباحة أو غير ذلك من العنوانات الخاصة. و لكن: الذى يظهر من كلام صاحب الجواهر قدس سره - بقرينه قوله فى ما بعد ذلك و لعل القائل باشتراط الصيغة فى البيع يشرعه ايضا على جهة الاباحة التى هى كالاصل فيما يقصد به مطلق التسليط، فغيرها محتاج الى قصد آخر بخلافها فانه يكفى فيها قصد هذا التسليط المطلق. انتهى ان مراده ان يقصد التسليط المطلق من دون ان يقصد شىء من الفصول الوجودية، و نتيجة ذلك الاباحة المالكية، حيث انه يكون التسليط المطلق غير المتفصل

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦

و الثانى: بما تقدم فى تعريف البيع من أن التمليك بالعوض على وجه المبادلة هو (١) مفهوم البيع لا- غير. نعم يظهر من غير واحد منهم فى بعض العقود كبيع لبن الشاء مدة و غير ذلك كون التمليك المطلق اعم من البيع، ثم ان المعروف بين علمائنا فى حكمها انها مفيدة لإباحة التصرف و يحصل الملك بتلف احدى العينين.

و عن المفيد و بعض العامة القول بكونها لازمة كالبيع و عن العلامة رحمه الله فى النهاية احتمال كونها بيعا فاسدا فى عدم افادتها لإباحة التصرف

يفصل وجودى هو الاباحة، لان فصلها امر عدمى و هو عدم قصد شىء من العناوين الخاصة من قبيل قطع اضافة الملك عن نفسه.

و لكن يرد عليه: ان هذا يرجع الى الوجه الأول.

رابعها: ما فى الجواهر و هو: ان يقصد الملك المطلق دون خصوص البيع.

(١) و يرد عليه: ما اوردته فى المتن من: ان التمليك بالعوض هو حقيقة البيع لا شىء آخر.

خامسها: ما عن المحقق الرشتى - و قد ذكره فى توجيه الوجه الثالث المحكى عن الجواهر ردا على الشيخ قدس سره - قال:

و يمكن دفعه بان النقل فى المقام كاللفظ فى العقود قد يكون مسلوب المعنى، نعم لا بد فى الفعل الاختيارى من غرض، فإذا كان هو

محض التوصل الى الآخر تم الفرض.

و فيه: ان هذا و ان كان يتصور فى اعطاء الظالم لدفع شره، فانه لا مبيح و لا مملك،

لكنه لا يتصور فى المعاطاة المعاملية.

سادسها: ما افاده بعض المحققين، و هو: ما اختلف فيه العوضان فى جهة التمليك و الاباحة بان كانت الاباحة بازاء التمليك.

سابعها: ان يقصد كل منها الاعراض عن ملكه بازاء اعراض صاحبه عن ملكه، و يتملك كل منهما مال الآخر بالحيازة.

فتحصل: ان المعقول منها اربع صور.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٧

و لا- بد اولاً من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة أو فى المقصود بها التمليك (١) الظاهر من الخاصة و العامة هو

المعنى الثانى، و حيث ان الحكم بالاباحة بدون الملك قبل التلف و حصوله بعده لا يجمع ظاهراً قصد التمليك من المتعاطين نزل

المحقق الكركى الاباحة فى كلامهم على الملك الجائز المتزلزل و انه يلزم بذهاب احدى العينين و حقق ذلك فى شرحه على

القواعد و تعليقه على الارشاد بما لا مزيد عليه.

(١) قوله و لا بد اولاً من ملاحظة ان النزاع فى المعاطاة المقصود بها الاباحة أو فى المقصود بها التمليك و قد عرفت ان محل النزاع

هو خصوص المعاطاة المقصود بها التمليك، و صاحب الجواهر ايضا لا ينكر ذلك و انما يدعى ان مورد النفي و الاثبات ليس شيئاً

واحداً بل المعاطاة- التى نفوا عنها افادة الملكية- هى ما قصد بها التمليك، و المعاطاة التى اثبتوا لها الافادة للاباحة هى ما قصد بها

الاباحة.

و بالجملة: نزاع المعاطاة انما هو فى المعاملات الرائجة عند العرف التى لا شبهة فى ان المقصود بها التمليك، و مورد نزاع الفقهاء

ايضا ذلك، فان كلماتهم كالصريحة فى ان مورد النزاع هو ما يكون واجداً لجميع الجهات سوى الصيغة.

و ربما يقال: ان المعاطاة الرائجة بين الناس لا تسيب فيها الى شىء من الملكية و الاباحة، و ان نزاع المعاطاة بين العامة و الخاصة ان

الخاصة يقولون انه يعتبر فى انعقاد البيع الايجاب و القبول و لو بالفعل،

و العامة يقولون انه ينعقد بمجرد التعاطى الخالى عن الانشاء، كما انه ينعقد بالانشاء.

اما دعواه ان المعاملة الرائجة هى ما لم يقصد فيها التمليك و نظرها بالتقابض الواقع بعد الصيغة فبينه الفساد، يكذبها الوجدان،

و أما دعوى ان نزاع الخاصة انما هو فى ذلك فهى تندفع بملاحظة كلمات القوم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٨

لكن بعض المعاصرين لما استبعد هذا الوجه التجأ الى جعل محل النزاع هى المعاطاة المقصود بها مجرد الاباحة (١) و رجح بقاء

الاباحة فى كلامهم على ظاهرها المقابل للملك. و نزل مورد حكم قدماء الاصحاب بالاباحة على هذا الوجه و طعن على من جعل

محل النزاع فى المعاطاة، بقصد التمليك قائلاً ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة

فضلاً عن اعظم الاصحاب و كبرائهم و الانصاف ان ما ارتكبه المحقق الثانى فى توجيه الاباحة بالملك المتزلزل بعيد فى الغاية عن

مساق كلمات الاصحاب مثل الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الحلى فى السرائر و ابن زهرة فى الغنية و الحلبى فى الكافى و العلامة

فى التذكرة و غيرها بل كلمات بعضهم صريحة فى عدم الملك كما ستعرف الا ان جعل محل النزاع ما إذا قصد الاباحة دون التمليك

ابعد منه بل لا يكاد يوجد فى كلام احد منهم ما يقبل الحمل على هذا المعنى، و لننقل اولاً

بقى الكلام فى انه مع ظهور كلمات الاصحاب فى ان المعاطاة التى قصد بها التمليك تفيد اباحة جميع التصرفات، لاحظ كلماتهم

التي ذكرها المصنف في المتن و ستمر عليك فانك لا- ترتاب في ظهورها في ذلك افاد المحقق الكركي: ان مراد الأصحاب من الاباحة الملك المتزلزل

(١) و افاد صاحب الجواهر: ان مراد الاصحاب من المعاطاة المبيحة للتصرفات هي ما قصد به الاباحة لاما قصد به التملك. و الظاهر ان الذي اوجب التزامهما بما ذكرناه انه يلزم من التحفظ على ظواهر كلمات الفقهاء من كلتا الجهتين وقوع ما لم يقصد، و عدم وقوع ما قصد،

و بعبارة اخرى: تخلف العقود عن القصود بل قصد قطع اضافة الملكية عن نفسه ينافي بنفسه مع الاباحة المالكية- اي اباحة ملكه لغيره- و لذا قال صاحب الجواهر قدس سره:

ان القول بالاباحة الخالية عن الملك مع قصد الملك مما لا ينسب الى اصاغر الطلبة فضلا عن اعظم الاصحاب و لكن يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستبعاد باحد وجهين نذكرهما بعد نقل كلمات القوم التي ذكرها المصنف قدس سره في الكتاب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٩

كلمات جماعة ممن ظفروا على كلماتهم ليظهر منه بعد تنزيل الاباحة على الملك المتزلزل كما صنعه المحقق الكركي و ابعديه جعل محل الكلام في كلمات قدمائنا الاعلام ما لو قصد المتعاطيان مجرد اباحة التصرفات دون التملك.

فنقول: و بالله التوفيق قال في الخلاف: إذا دفع قطعة الى البقلى أو الشارب فقال اعطني بها بقالا- أو ماء فاعطاه، فانه لا يكون يباعا و كذلك سائر المحقرات، و انما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من دون ان يكون ملكه، و فائدة ذلك ان البقلى إذا اراد ان يسترجع البقل أو اراد صاحب القطعة ان يسترجع قطعته كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما، و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة: يكون يباعا صحيحا و ان لم يوجد الايجاب و القبول و قال ذلك في المحقرات دون غيرها، دليلنا ان العقد حكم شرعى و لا دلالة في الشرع على وجوده هنا فيجب ان لا يثبت.

و أما الاباحة بذلك فهو مجمع عليه لا يختلف العلماء فيها انتهى. و لا يخفى صراحة هذا الكلام في عدم حصول الملك. و في ان محل الخلاف بينه و بين ابي حنيفة ما لو قصد البيع، لا الإباحة المجردة كما يظهر ايضا من بعض كتب الحنيفة حيث انه بعد تفسير البيع بمبادلة مال بمال، قال و ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى و ايضا فتمسكه بأن العقد حكم شرعى يدل على عدم انتفاء قصد البيعة و الا لكان الاولى بل المتعين التعليل به إذ مع انتفاء حقيقة البيع لغة و عرفا لا معنى للتمسك بتوقيفيه الاسباب الشرعية كما لا يخفى.

و قال في السرائر بعد ذكر اعتبار الايجاب و القبول و اعتبار تقدم الاول على الثانى ما لفظه فإذا دفع قطعة الى البقلى أو الى الشارب فقال: اعطني فانه لا يكون يباعا و لا عقدا لان الايجاب و القبول ما حصل، و كذلك سائر المحقرات و سائر الاشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب و الحيوان أو غير ذلك، و انما يكون اباحة له فيتصرف كل منهما فيما اخذه تصرفا مباحا من غير ان يكون ملكه أو دخل في ملكه و لكل منهما ان يرجع فيما بذله لأن الملك لم يحصل لهما و ليس ذلك من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف فيما صار الى كل واحد منهما، و انما ذلك، على جهة الاباحة انتهى فان تعليقه عدم الملك بعدم حصول الايجاب و القبول يدل على أن ليس المفروض ما لو لم يقصد التملك مع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٠

ان ذكره في حيز شروط العقد يدل على ما ذكرنا و لا ينافي ذلك قوله و ليس هذا من العقود الفاسدة الخ، كما لا يخفى.

و قال ابن زهرة في الغنية بعد ذكر الايجاب و القبول في عداد شروط صحة انعقاد البيع كالتراضى و معلومية العوضين، و بعد بيان الاحتراز بكل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الايجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و الايجاب من البائع بأن يقول بعينه بألف فيقول بعتك بألف فانه لا ينعقد بذلك بل لا بد ان يقول المشتري، بعد ذلك

اشترت أو قبلت حتى ينعقد و احترازا ايضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو ان يدفع الى البقلى قطعة و يقول اعطني بقلا فيعطيه، فان ذلك ليس ببيع. و انما هو اباحة للتصرف يدل على ما قلناه الاجماع المشار إليه و ايضا، فما اعتبرناه مجمع على صحة العقد به و ليس على صحته بما عداه دليل. و لما ذكرنا (من اعتبار الايجاب و القبول اللفظيين) نهى صلى الله عليه و آله عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة على التأويل الآخر و معنى ذلك ان يجعل اللبس بشيء و النبذ له و القاء الحصاة بيعا موجبا، انتهى. فان دلالة هذا الكلام على ان المفروض قصد المتعاطين التمليك من وجوه متعددة منها ظهور ادلته الثلاثة في ذلك، و منها احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد، و قال فى الكافى بعد ذكر انه يشترط فى صحة البيع امور ثمانية ما لفظه و اشترط الايجاب و القبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع الى ان قال: فان اختلف شرط من هذه لم ينعقد البيع، و لم يستحق التسليم و ان جاز التصرف مع اخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع انتهى.

و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية.

و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع و لا- يكفى التقابض من غير لفظ و ان حصل من الامارات ما دل على ارادة البيع، انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على انه لا عبرة بقصد البيع من الفعل، و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة الأشهر عندنا انه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقيقير مثل اعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه و به قال الشافعى مطلقا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥١

لأصالة بقاء الملك و قصور الافعال عن الدلالة على المقاصد و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل، و قال احمد ينعقد مطلقا و نحوه قال مالك: فانه قال: ينعقد بما يعتقده (كذا فى التذكرة) الناس بيعا، انتهى. و دلالة على قصد المتعاطين للملك لا يخفى من وجوه ادونها جعل مالك موافقا لأحمد فى الانعقاد من جهة انه قال ينعقد بما يعتقده الناس بيعا و قال الشهيد فى قواعد بعد قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى و ذكر امثلة لذلك ما لفظه. و أما المعاطاة فى المبايعات فهى تفيد الاباحة لا الملك و ان كان فى الحقيقير عندنا انتهى و دلالتها على قصد المتعاطين للملك مما لا يخفى هذا كله مع ان الواقع فى ايدى الناس هى المعاطاة بقصد التمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس مع انهم صرحوا بارادة المعاملة المتعارفة بين الناس. ثم انك قد عرفت ظهور اكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك بل صراحة بعضها فالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد انهم ارادوا بالاباحة الملك المترزل فقال المعروف بين الاصحاب ان المعاطاة بيع و ان لم يكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد و لا يقول احد من الاصحاب بانها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية. و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى: احل الله البيع يتناولها لأنها بيع، بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون هى بيع فاسد.

و قوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) فانه عام الا ما اخرجه الدليل و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخري الاصحاب من انها تفيد الاباحة و تلزم بذهاب احدى العينين يريدون به عدم اللزوم فى اول الامر و بالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع ارادة الاباحة المجردة من اصل الملك إذ المقصود للمتعاطين انما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، و لم يجز التصرف فى العين و كافة الاصحاب على خلافه و ايضا فان الاباحة المحضة لا تقتضى الملك اصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده، و انما الافعال لما لم يكن دلالتها على المراد فى الصراحة كالأقوال و انما تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا فمع تلف احدى العينين يمتنع التراد و يتحقق اللزوم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٢

لأن احدهما فى مقابل الآخر و يكفى تلف بعض احدى العينين لامتناع التراد فى الباقي إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر، انتهى.

و نحوه المحكى عنه فى تعليقه على القواعد و زاد فيه ان مقصود المتعاطين اباحة مترتبة على ملك الرقبه كسائر البيوع فان حصل مقصودهما ثبت ما قلنا و الا لوجب ان لا تحصل اباحة بالكليه بل يتعين الحكم بالفساد، إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرع النماء و جواز وطى الجارية و من منع فقد اغرب انتهى و الذى يقوى فى النفس ابقاء ظواهر كلماتهم على حالها، و انهم يحكمون بالاباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطين التمليك و ان الاباحة لم تحصل بانشائها ابتداء بل انما حصلت كما اعترف به فى المسالك من استلزام اعطاء كل منهما سلطه عليها الأذن فى التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمه.

و حاصله ان المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الاباحة ان كانت من المالك فالمفروض انه لم يصدر منه الا التمليك و ان كانت من الشارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد الى نص فى ذلك مع ان الغاء الشارع للأثر المقصود و ترتيب غيره بعيد جدا مع ان التأمل فى كلامهم يعطى ارادة الاباحة المالكية لا الشرعية و يؤيد ارادة الملك ان ظاهر اطلاقهم اباحة التصرف شمولها للتصرفات التى لا تصح الا- من المالك كالوطى و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنة لهذه التصرفات، كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد. و سيجىء ما ذكره بعض الاساطين من ان هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة، لكن الانصاف ان القول بالتزامها لهذه الأمور اهون من توجيه كلماتهم، فان هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الاصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع ان المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس أو زكاة و كوطى الجارية، و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من ارادتهم الاباحة المجردة مع قصد المتعاطين التمليك انه قد صرح الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر كظاهر العلامة فى القواعد بعدم حصول الملك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٣

باهداء الهدية بدون الايجاب و القبول و لو من الرسول. نعم يفيد ذلك اباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطى الجارية. ثم ان المعروف بين المتأخرين ان من قال بالاباحة المجردة فى المعاطاة قال: بأنها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد اجماع الغنية و ما بعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من ارادة نفى اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر و يدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد بأن الايجاب و القبول من شرائط صحة انعقاد البيع بالصيغة.

و أما الأول فان قلنا بأن البيع عند المتشعبة حقيقة فى الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع، من ان البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل. فان كان فى نظر الشارع أو المتشعبة من حيث انهم متشعبة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا، و الا كان صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفى البيعية على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع إذا عرفت ما ذكرنا

و بعد ملاحظة كلمات القوم يمكن توجيه كلام المشهور و دفع الاستبعاد باحد وجهين احدهما: ما افاده المحقق الخراسانى قدس سره و هو: ان الأصحاب ملتزمون بالاباحة قبل التصرف المتوقف على الملك و قبل التلف- و الملكية بعد احدهما- و عليه فهم ملتزمون بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الملكية غاية الأمر مشروطة بالتصرف أو التلف و يكون المقام نظير توقف الملكية فى باب الصرف على القبض، و انما يباح التصرف قبل حصول الملكية للسيرة، و على ذلك فلا يلزم تخلف العقود عن القصد، فان ما قصده المتعاملان يقع، و الاباحة ليست من مقتضيات العقد، بل مقتضاه الملكية، و انما يباح التصرف للسيرة.

ثانيهما: ان عدم تخلف العقود عن القصد ليس امرا لا يقبل التخصيص، فإذا حكم الشارع الأقدس بان ما قصده المتعاملان- و هي الملكية- لا يقع لبطان هذا البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٤

...

و انما يباح التصرفات تعبدا لا محذور فيه و بعبارة اخرى: ان ما التزم به القوم هي الاباحة الشرعية لا الاباحة المالكية، و باب هذه الاباحة باب ترتب الحكم على موضوعه لا ترتب الامر التسيبي على سببه.

و ربما يوجه كلام المشهور بوجهين آخرين احدهما: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان عدم ترتب الملكية على المعاطاة المقصود بها التمليك انما هو لاجل ان الفعل لا يكون بالحمل الشائع الصناعي مصداقا للبيع، فقصده و ايجاد ما هو غير مصداقه لا يفيد الملك (و سيأتي توضيح ذلك عند ذكر الأدلة على الأقوال)،

و أما ترتب الاباحة عليه مع عدم قصدها فلأن الاباحة المالكية ليست الا التسليط الخارجى و ادخال المالك العين تحت استيلاء الغير، و الفعل بنفسه مصداق للتسليط الخارجى و لا- يعتبر فيه قصدها، و لا- يضر قصد خلافها، كما هو الشأن فى جميع العناوين الثانوية المترتبة على الفعل قهرا كالايلام المترتب على الضرب، فانه يترتب عليه و ان قصد به خلاف الايلام.

و يرد على هذا ما ذكره هو قدس سره من: ان لازم ذلك هو الالتزام باباحة التصرفات فى المقبوض بالعقد الفاسد، مع ان عدم جواز التصرف فيه اجماعى،

مضافا الى ان الاباحة المالكية انما هي من الامور التى يتوقف تحققها على القصد،

و لا- تحصل بدونها، و الفعل الخارجى انما يكون مشتركا بينها و بين التمليك و القرض و العارية و نحو ذلك، و يتميز كل عن غيره بالقصد.

و الانصاف ان هذا التوجيه ابعد من أصل المطلب.

ثانيهما: انه للملك مراتب: ملك العين، ملك المنفعة، ملك الانتفاع، و الاخير مساوق للاباحة، فبناء المشهور على افادة المعاطاة المقصود بها الملكية للاباحة التزام بوقوع بعض ما قصد، و هذا غير وقوع ما لم يقصد، و لا محذور فى ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٥

فالأقوال فى المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم (١) ستلزم مطلقا كما هو ظاهر عن المفيد (٢) و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا انه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا حكي عن بعض معاصرى الشهيد الثانى (هو السيد حسن (قده)) و بعض متأخرى المحدثين (لكن فى عد هذه الأقوال فى المعاطاة تأمل)

و فيه: ان الاباحة ليست عبارة عن ملك الانتفاع، بل ملك الانتفاع ليس له معنى معقول، و انما يكون جواز الانتفاع من آثار ملك المنفعة أو اباحة المالك، مع ان البيع ليس الا- تمليكا للعين و المنفعة و ليس هو تمليكا للانتفاع، بل ملكية الانتفاع- على فرض معقوليتها- تابعة لمك المنفعة، فالصحيح ما ذكرناه.

و لكن مع ذلك كله يرد على المشهور امران:

الأول: ما افاده الشيخ الكبير قدس سره و هو: ان الاصحاب لم يفرقوا بين التصرفات المتوقفة على الملك، و التصرفات غير المتوقفة عليه، و حكموا باباحة جميعها، و الالتزام بهذا مع القول بعدم الملك بعيد، و سيأتي تمام الكلام فيه عند نقل المصنف قدس سره كلامه.

الثاني: انهم ملتزمون باباحة التصرفات المتوقفة على الملك من أول تحقق المعاطاة، و جوازها متوقف على الملك بنحو الجواز المشروط، و عليه فلا يجتمع ذلك مع القول بعدم حصول الملكية.
ثم مع الاغماض عن ذلك كله لا بد في اثبات هذه الدعوى من اقامة الدليل عليه في مقام الاثبات و ستعرف عدم الدليل عليه.

الاقوال في المعاطاة

(١) إذا عرفت ما ذكرناه فالاقوال في المعاطاة على ما يساعده ظواهر كلماتهم سبعة
(٢) احدها افادتها الملك اللازم، و هو المحكى عن المفيد و مال إليه في محكى المسالك، و في محكى شرح الارشاد و اختاره المحدث الكاشاني و جمع من محققى متأخرى الأصحاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٦

و الملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثاني (١) و نسبه الى كل من قال بالاباحة و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبارة كثير بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالاباحة يسوغ جميع التصرفات و اباحة ما لا يتوقف على الملك. و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى اهداء الجارية من دون ايجاب و قبول. و القول بعدم اباحة التصرف مطلقا نسب الى ظاهر النهاية. لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة بل لم نجد قائلا به الى زمان المحقق الثاني الذى قال به، و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه الى الاصحاب، نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة التحرير حيث قال فيه الأقوى ان المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية، فان تلفت لزم، انتهى. و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك.

و أما قوله و الأقوى الى آخره فهو اشارة الى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و اطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و اطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار ايضا، و كذا اللزوم و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقفها على الايجاب و القبول، ثم قال: و هل يستغنى عن الايجاب و القبول فى هدية الاطعمة الاقرب عدمه، نعم يباح التصرف بشاهد الحال، انتهى. و صرح بذلك ايضا فى الهدية فإذا لم يقل فى الهبة بصحة المعاطاة فكيف يقول بها فى البيع،

(١) ثانيها- انها تفيد الملك غير اللازم، اختاره المحقق الكركي، قال: المعروف بين الأصحاب انها- اى المعاطاة- بيع و ان لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر المفيد،

و لا يقول احد من الأصحاب بانها بيع فاسد سوى العلامة قدس سره فى النهاية، و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنه.

ثالثها- انها تفيد الملكية اللازمة بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٥٧

و ذهب جماعة تبعاً للمحقق الثاني الى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التصرف فيه (١) بالعتق و البيع و الوطى و الايضاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك.

حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثاني و بعض متأخرى المحدثين، و لعل المراد اعتبار ان يكون هناك لفظ دال على المساومة و ان كان الانشاء بالمعاطاة.

و عليه فلا يرد عليه ما عن المصنف قدس سره فى الحاشية: لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاة تأملا، فان هذا يصح إذا كان

مرادهما انشاء البيع باللفظ، فانه حينئذ يخرج عن المعاطاة، غاية انه لا يعتبر لفظ مخصوص. ولا يتم على ما ذكرناه. رابعها- انها تفيد اباحة التصرفات غير المتوقفة على الملك، و هو الظاهر من حواشى الشهيد على القواعد. سادسها- انها لا تفيد الاباحة أيضا، ذهب إليه الشيخ فى النهاية و ان رجع عنه. سابعها- انها معاملة مستقلة تفيد الملكية، اختاره الشيخ الكبير. هذه هى الأقوال فى المسألة

دليل المختار فى المعاطاة

و الأظهر انها تفيد الملك و اللزوم، فلا بد من البحث فى موردين لاثبات المدعى: الأول: فى انها تفيد الملك، أو الاباحة، ام لا تفيد شيئا منهما. الثانى: فى انها هل تفيد اللزوم ام لا. اما المورد الأول: فالكلام فيه يقع اولاً: فيما استدل به أو يمكن الاستدلال به على المدعى. ثم فيما استدل به على عدم افادتها الملكية. اما الأول: فقد استدل له بوجوه:

(١) الاول: السيرة المستمرة على معاملة المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملك فى التصرف فيه بالعق و البيع و الوطاء و الايضاء و التوريث و غير ذلك من آثار الملك منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٨ ...

و اورد المصنف عليه بما اورد قدس سره على الاستدلال بالآية و سيأتى بعد صفحات و هو: ان غاية ما ثبت بالسيرة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك، و ثبوت الملكية من اول الأمر باباحتها متوقف على ثبوت الملازمة عقلاً أو شرعاً، و لم يثبت شىء منهما، اما الملازمة الشرعية فلأن المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات و لا يقولون بالملك من الأول، و أما الملازمة العقلية فلأن القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آنا ما لا من الأول. ثم قال: اما السيرة على التوريث فهى كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة فى الدين مما لا يحصى فى عباداتهم معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى. و يرد عليه قده امور:

الأول: انه ما الفرق بين السيرة على التوريث و السيرة على جواز التصرفات،

حيث لم يناقش فى الثانية و ناقش فى الأولى، فان تطرق هذا الاحتمال فى الأولى تطرق فى الثانية طابق النعل بالنعل.

الثانى: ان السيرة قائمة على الفرض على التصرفات المتوقفة على الملك، و لازم ذلك ثبوت الملكية من الأول، فان اباحة التصرفات لا تدور مدار فعليته التصرفات، بل هى تثبت من اول الأمر، و عليه فان ثبتت الملكية من الأول ثبت المطلوب، و الا فقد ابيح تلك التصرفات لغير المالك، و هو مناف لأدلة توقفها على الملك.

و بعبارة اخرى: هذه الاباحة مع انها اباحة مشروطة بالملك تكون ثابتة من الأول فلا يعقل الالتزام بعدم الملك.

الثالث: انه يمكن الالتزام بحدوث الملكية آنا ما فى التوريث قبل الموت ان امكن الالتزام به فى سائر ما يتوقف على الملك، فلم يظهر

وجه تفرقة بينهما.

والحق ان يورد على هذا الوجه: بان السيرة فى هذه الازمنة و ان ثبتت الا ان اتصالها الى زمان المعصوم غير ثابت، إذ لعل هذه نشأت عن افتاء المراجع بالملكية أو منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٥٩

...

اباحة التصرفات، ألا ترى ان جواز الصلاة فى اللباس المشكوك فيه مما افتي به اكثر المتأخرين، فإذا فرضنا افتاء الجميع به فى بعض الاعصار يكون عمل الناس جميعا عليه،

فيتوهم ثبوت السيرة، مع ان عدم الجواز فى القديم كان كالمجمع عليه.

الثانى: سيرة العرف و العقلاء فى كل ملء و نحلة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطة معاملة الملكية، و حيث لم يردع عنها الشارع الاقدس فيستكشف امضاؤه لها،

ولا يتوهم ان ادلة توقف البيع و العتق و الوطاء على الملك رادعة، فان السيرة ليست على جواز تلك التصرفات لغير المالك، بل على المعاملة مع المأخوذ بها معاملة الملك و ربما يقال: انه يكفى فى الرادعية ادلة الاستصحاب، فان مقتضاها الحكم ببقاء الملكية ما لم يعلم زوالها، و لا دليل على زوالها فيجب الحكم ببقائها، فتكون تلك الادلة رادعة عن ثبوت الملك بالمعاطة.

و اجيب عنه: بان رادعية تلك الادلة غير معقولة لاستلزامها الدور، إذ رادعية الادلة عن السيرة متوقفة على عدم حجيتها، و الا فلا محالة تكون مخصصة لها، و عدم حجيتها متوقف على رادعتها، و هذا دور واضح.

و اورد عليه: بان اثبات حجية السيرة أيضا دورى، إذ هى متوقفة على عدم الردع عنها و لو بالعموم، و عدم الردع فى المقام يتوقف على حجيتها.

ورد ذلك: بان فى حجية السيرة لا نحتاج الى اثبات عدم الردع، بل يكفى فيها عدم ثبوت الردع.

و لكن يرد عليه: ان فى حجية العمومات و صلوحها للرادعية أيضا يكفى عدم ثبوت التخصيص، إذ الدليل العام حجة ما لم يثبت خلافه.

و الحق فى الجواب عن اصل الاشكال - اى عن رادعية ادلة الاستصحاب -

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٠

و يدل عليه أيضا عموم قوله تعالى: (و احل الله البيع) حيث انه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع (١) بل قد يقال بأن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنه محل تأمل (٢)

ان يقال: ان عمل العقلاء و معاملتهم مع المأخوذ بالمعاطة معاملة الملكية انما يكون لبنائهم عليها و جزمهم بها، و ليسوا شاكين فى ذلك، و عليه فلا يعقل رادعية ادلة الاستصحاب المتضمنة لبيان حكم الشك من دون تعرض للموضوع كما هو الشأن فى جميع الادلة المتضمنة لبيان الأحكام، فان بناء العقلاء متكفل لعقد الوضع، و تلك الادلة متكفلة لعقد الحمل، فلا يتواردان على محل واحد كى تصلح العمومات للرادعية.

(١) الثالث: قوله تعالى (احل الله البيع) «١» و الاستدلال به يتوقف على اثبات

دلالة الآية على حصول الملكية بالبيع. و اثبات صدق البيع عليها بالكلام يقع فى موضعين الاول فى اثبات دلالة الآية على افادة البيع الملكية.

و محصل الكلام فيه: ان احتمالات الحل ثلاثة: الحل الوضعى اى الصحة و النفوذ، و التكليفى اى الجواز و الرخصة، و الاعم منهما، و لعل الجامع بينهما هو جعله مرخى العنان فى مقابل المنع و التقييد. اما على الأول: فالآية تدل على امضاء البيع مطابقة، و هذا الوجه هو الذى اراده المصنف بقوله (٢) بل قد يقال بان الآية داله عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفى، لكنه محل تأمل. و الظاهر ان منشأ تأمله هو ظهور الحل فى الحلية التكليفية المؤكد هذا الظهور بمقابلة (و حرم الربا). و لكن يرد عليه، انه من جهة استناده الى نفس البيع ظاهر فى ارادة الوضعى منه، و هكذا فى الحرمة المنسوبة الى الربا.

(١) البقرة: ٢٧٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦١

...

و أما على الثانى: اى ارادة الحلية التكليفية من احل، فحيث انه لا موهم لحرمة البيع لا بما هو فعل و لا بما هو تسيب للملك، فلا بد من تقدير التصرفات، و عليه فيمكن استفادة مملكية 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 و الوطاء و نحوهما، من آثار الملكية، فإذا دلت الآية على جوازها دلت على الملكية بالملازمة العقلية،

و هذا الوجه هو الوجه الأول فى كلامه، و مورد نقضه و إبرامه و تأمل 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، و مرجع ذلك الى حلية الاكل عن هذا السبب، و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية، كما ان اللازم العرفى لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت. و هذا الوجه هو الذى ركن إليه فى آخر الامر.

و بما ذكرناه ظهر ان ما اورده المحقق الايروانى قدس سره عليه من ان المصنف قدس سره التجأ الى اختيار ما جعله محل التأمل، غير تام، فان ما اختاره غير ما تأمل فيه.

و أما على الثالث: فحيث ان احل انتسب الى البيع و لا معنى لحيته التكليفية و التقدير خلاف الأصل، فلا محالة يراد به حينئذ الحلية الوضعية، و عليه فتدل الآية بالمطابقة على صحة البيع و مملكته.

فتحصل: ان الآية على جميع التقادير تدل على صحة البيع و مملكته، و مقتضى اطلاقها الاحوالى - بالتقريب الذى ذكرناه قبل الشروع فى مبحث المعاطاة - هو امضاء

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٢

و أما منع صدق البيع، عليه عرفا فمكابرة (١) و أما دعوى الاجماع فى كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا كابن زهرة فى الغنية (٢) فمرادهم بالبيع، المعاملة اللازمة التى هى احد العقود، و لذا صرح فى الغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع (٣) و دعوى ان البيع الفاسد عندهم ليس بيعا قد عرفت الحال فيها.

كل بيع و عدم اعتبار شىء مما شك فى اعتباره فى اظهاره و ابرازه، ففى المقام يشك فى اعتبار اللفظ فيه فيتمسك باطلاقها و يحكم

بعدم اعتباره و تحققة بالاظهار بالفعل

(١) الموضع الثاني: فى انه هل يصدق عليها البيع ام لا؟ ربما يقال بعدم، لان العناوين المنشأة بالقول أو الفعل لا بد و ان يكون القول أو الفعل مصداقا لذلك العنوان بالحمل الشائع الصناعى، و الا لا يتحقق ذلك العنوان و ان قصد تحققة، فلو مشى بقصد انشاء البيع لما تحقق، و التعاطى الخارجى حيث لا يكون بالحمل الشائع مصداقا للبيع الذى هو عبارة عن تبديل احد طرفى الاضافة بمثله، فقصدته و ايجاد ما هو غير مصداقه لا يوجب تحقق عنوان البيع.

و فيه أن القول أو 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 ما لم يبرز باللفظ أو الفعل لا يكون ممضى عند العقلاء و الشارع، و ابرازه لا بد و ان يكون بما يكون مبرزا له عند العقلاء، و حيث عرفت ان حقيقة البيع هو اعطاء شىء بازاء شىء و هذا المعنى عند العرف يبرز باعطاء شىء خارجا و اخذ ما بازائه، فلا اشكال، و ان شئت ان تعبر مسامحة بان الفعل الخارجى مصداق لهذا العنوان على هذا المبنى فلا مشاحة (٢) و أما دعوى الغنية الاجماع على عدم كونها بيعا فمراده نفي اللزوم أو الصحة لا الحقيقة.

(٣) قوله و لذا صرح بالغنية بكون الايجاب و القبول من شرائط صحة البيع الظاهر ان مراده الاستشهاد بكلامه حيث جعل الايجاب و القبول من شرائط الصحة لا أصل التحقق - على ان المعاطاة عنده بيع - فيكون المراد من قولهم المعاطاة ليست بيعا منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٦٣

و مما ذكر يظهر وجه التمسك بقوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض) (١)

و أما قوله (الناس مسلطون على اموالهم) (٢) فلا دلالة فيه على المدعى لأن عمومه باعتبار انواع السلطنة (٢) فهو انما يجدى فيما إذا شك فى ان هذا النوع من السلطنة ثابتة المالك و ماضية شرعا فى حقه ام لا. اما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة فى حقه ماضية شرعا

انها ليست بيعا صحيحا أو لازما- و عليه- فلا يرد على المصنف انه يفيد عكس المدعى كما افاده السيد قدس سره ثم انه قد وجه كلام المصنف قدس سره بما هو خلاف الظاهر جدا

(١) الرابع: قوله تعالى: (لا- تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض. «١») و تقريب الاستدلال به: انه بعد ما لا ريب فى ان المراد من الأكل هو معناه الكنائى - لا معناه الموضوع له و هو واضح- يكون المراد بالاكل احد معنيين: الأول: كونه كناية عن مطلق التصرفات حتى المتوقفة على الملك و عليه فتجرى فى هذه الآية الوجوه الثلاثة التى ذكرناها لدلالة الآية المتقدمة على صحة المعاطاة لو اريد باحل الحلية التكليفية، فلا نعيد.

الثانى: جعل الاكل كناية عن التملك،

و عليه فهى بالمطابقة تدل على صحة المعاطاة و كونها موجبة للملكية، و دعوى عدم كونها تجارة عن تراض مكابرة واضحة.

(٢) الخامس: النبوى: الناس مسلطون على اموالهم. «٢» تقريب الاستدلال به:

انه يدل على ان الناس مسلطون على اموالهم بجميع انحاء التصرفات و من جملة البيع المعاطاتى.

و اورد عليه بايرادات:

(٣) الاول: ما فى المتن و هو: ان عمومه انما هو باعتبار- انواع السلطنة

(١) النساء آية ٢٩.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٤

لكن شك في ان هذا التملك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطى مع القصد ام لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على اموالهم.

فلو احرز ثبوت سلطنته خاصة له كتمليك ماله غيره، و شك في انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام، لا بد من القول الدال عليه، فلا يجوز التمسك به على مملكية المعاطاة.

ان كان مراده قده انه في مقام اثبات مشروعية كل نوع في الجملة و ليس له اطلاق افرادى، فيرد عليه: ان له اطلاقا افراديا، و يدل على ثبوت السلطنة على كل تصرف من التصرفات، و لذا لو شك في ان فردا خاصا من نوع من التصرف كالأكل هل يكون جائزا ام لا يتمسك به،

و السرفيه ان السلطنة هي القدرة، و من المعلوم انها لا تتعلق بالمال بل بالتصرف فيه و حذف المتعلق يفيد العموم، فمعنى النبوى: ان الناس قادرون على كل تصرف فى اموالهم، و الاختصاص بنوع منه بلا وجه.

و ان كان مراده انه فى مقام امضاء المسببات لا الأسباب، فيرد عليه: ان هذا اشكال اورد على الاستدلال بآية الحل ايضا بناء على كون الفاظ المعاملات اسامى للمسببات لا الأسباب، و قد تقدم الجواب عنه.

الثانى: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره و هو: ان المستفاد منه كونه فى مقام بيان عدم محجورية المالك لا فى مقام تشريع السلطنة بانحائها.

و فيه: 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، و هو: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٥

...

السلطنة فى موضوع المال، و لا يدل على السلطنة على اذهاب هذا الموضوع و ازالة السلطان.

و فيه: انه ان اريد بذلك انه يدل على ثبوت السلطنة على المال لا على رفع هذه السلطنة،

فيرد عليه: ان هذا يتم فى الاعراض، و لا يتم فى البيع الذى حقيقته اعطاء المال للغير، و لازمه رفع السلطنة عن نفسه،

و ان اريد به ان الظاهر من الحديث التسلط على التصرفات فى موضوع المال.

و بعبارة اخرى: مع اضافة المال إليه، و اخراج المال عن الملك ليس منها كما هو واضح،

فيرد عليه: ان الظاهر من الحديث ثبوت السلطنة مع انحفاظ الاضافة حال السلطنة لا حال التصرف كما لا يخفى.

فالحق ان شيئا مما اورد على الاستدلال بالنبوى ليس بوارد.

و ربما يستدل لمملكية المعاطاة بالآية الشريفة أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و سيأتى تنقيح القول فيها عند ذكر ادلة اللزوم فانتظر.

و قد ظهر مما ذكرناه مدارك سائر الأقوال،

إذ من يقول بانها مفيدة للملك لكنها ليست بيعا يستند فى عدم كونها بيعا الى ما تقدم فى آية حل البيع، و فى كونها معاملة مستقلة

ممضاه الى عموم آية التجارة عن تراض.

و أما من يقول باباحة التصرفات دون الملك فقد استند في الاباحة الى ما تقدم من السيرة، و الآية، و إلى عدم كونها مفيدة للملك بما سيمر عليك.

و أما من يقول بانها لا تفيد الملكية و لا الاباحة فقد استند الى ان الآيات انما هي في مقام امضاء المسببات، فلا نظر لها الى الاسباب، و السيرة اما غير ثابتة على الاباحة أو غير مفيدة.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٦

و منه يظهر ايضا عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة، و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية، اللهم الا يقال انهما لا تدلان على الملك،

(١) و انما تدلان على اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطي و العتق و الايضاء و اباحة هذه التصرفات انما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الاجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم حيث اطلق القائلون بعدم الملك اباحة التصرفات،

و صرح في المسالك بأن من اجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الامر انه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فان الجمع بين اباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من اول الأمر ليقال ان مرجع هذه الاباحة ايضا الى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم (٢) كما لا يخفى

(١) قوله اللهم الا ان يقال انهما لا تدلان على الملك.

ضمير التثنية ترجع الى الآيتين التين مفاد هما شيء واحد، و السيرة و حاصل، ما يفيد و ان اشرنا إليه سابقا ان غاية ما يدل عليه هذه الادلة جواز التصرفات حتى المتوقفة على الملك و استلزام ذلك لثبوت الملكية من اول الامر و عدم ملائمتها مع الملكية قبل التصرف المذكور،

يتوقف على ثبوت الملازمة عقلا أو شرعا، و لم يثبت تلك اما الملازمة الشرعية فلعدم الدليل عليها بل المشهور قائلون باباحة جميع التصرفات و لا- يقولون بالملك من الاول و أما الملازمة العقلية فلان القدر اللازم بحكم العقل هو حصول الملك قبل التصرف المتوقف على الملك و لو آنا

(٢) و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيراتهم الناشئة عن المسامحة و قد مر الكلام على ما افيد عند ذكر الادلة على افادة الملكية للمعاطاة و اجبنا عن ذلك باجوبة ثلاثة فراجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٧

و دعوى انه لم يعلم من القائل بالاباحة جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك (١) كما يظهر من المحكى عن حواشي الشهيد على القواعد من منع اخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى و عدم جواز وطى الجارية المأخوذة بها. و قد صرح الشيخ رحمه الله بالاخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعة بأنه و ان لم يثبت ذلك الا- انه لم يثبت ان كل من قال باباحة جميع هذه التصرفات قال: بالملك من اول الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام اباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا- من اول الأمر فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن

المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا (٢) هذا مع امكان اثبات صحة المعاطاء في الهبة والاجارة ببعض اطلاقاتها و تتميمه في البيع بالاجماع المركب هذا مع ان ما ذكر من ان للفقيه التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه.

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

(٢) قوله بان المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا محصل ما ذكره قده ان الآية الشريفة تدل على حلية جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك الا انها لا تدل على مجرد ذلك بل على حلية التصرفات المترتبة على البيع، و مرجع ذلك الى حلية الاكل من هذا السبب، و لازم ذلك عرفا ثبوت الملكية،

كما ان اللازم العرفي لما تضمن حرمة الاكل عن سبب عدم الملكية كقوله عليه السلام ثمن العذرة سحت و بذلك يظهر ان ما افاده المحقق الايرواني من ان المصنف التجأ الى اختيار ما تأمل فيه اولا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٨

...

غير تام- فان ما تأمل فيه هو كون المراد من حلية البيع في الآية الكريمة الحلية الوضعية فتدل الآية بالدلالة المطابقة على ثبوت الملكية، و ما يختاره هو اراده الحلية التكليفية فتدبر

ادلة عدم افادة المعاطاء الملكية

و قد استدل لعدم افادتها الملكية بوجوه:

الأول: اصالة عدم الملك المعترضه بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثاني.

وفيه: ان الأصل انما يستند إليه مع عدم الدليل، و قد عرفت وجوده:

الثاني: الاجماع المدعى في الغنية و القواعد هنا و في المسالك في مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول.

وفيه: اولا: ان الاجماع المنقول ليس بحجة.

و ثانيا: ان مدرك المجمعين معلوم.

الثالث: الخبر المروي عن النبي صلى الله عليه و آله الناهي عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة «١» بتقريب: انه يدل على النهي عن انشاء البيع بهذه الافعال، و بضميمة عدم القول بالفصل يثبت ذلك في سائر الافعال، و حيث ان ظاهر النهي في امثال المقام الارشاد الى الفساد فيدل على عدم صحة البيع المعطاتي.

وفيه: اولا: انه نبوي عامي ضعيف و ثانيا: ان الظاهر منه- و لا اقل من المحتمل- النهي عن تعيين المبيع بهذه الافعال، و الوجه في البطلان حينئذ كونه يباعا غرريا لا النهي عن انشاء البيع بها.

و ثالثا: ان عدم القول بالفصل بين هذه الافعال و غيرها لم يثبت.

الرابع: قوله عليه السلام: انما يحلل الكلام و يحرم الكلام. «٢»

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١٣.

(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٦٩

...

و فيه: انه سيأتي عند تعرض المصنف قدس سره لهذا الخبر بيان المراد منه، و ستعرف انه اجنبي عن ما استدل به له.

الخامس: جملة من النصوص «١» الخاصة المتضمنة لذكر الصيغة الواردة في بيع المصحف، و بيع اطنان القصب، و بيع الآبق مع الضميمة، و في المزارعة و في غيرها، ففي الموثق: لا- تشتت كتاب الله و لكن اشتر الحديد و الجلود و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا.

و نحوه غيره.

و فيه: انه لا- إشعار في هذه النصوص بالاشتراط فضلا عن الدلالة، لورودها في مقام بيان احكام اخر لاشتراط الصيغة، و ليس لها مفهوم كي تدل على عدم الصحة إذا كانت المعاملة بغير اللفظ.

فتحصل انه لا دليل على عدم افادة المعاطاة الملكية، فالمتع هو ما دل على افادتها تلك.

كلام بعض الاساطين و ما يرد عليه

و الشيخ الكبير في شرحه على القواعد ذكر محاذير للقول بافادة المعاطاة الاباحة قبل التصرف و التلف و الملكية بعد احدهما، و تلك المحاذير انما تكون على قسمين:

احدهما: ما يرجع الى بطلان القول بافادة المعاطاة المقصود بها الملكية الاباحة، و هو الأول و الثالث مما عدده في كلامه ثانيهما ما يرجع الى بطلان القول بحدوث الملكية آنا ما قبل التصرف أو التلف.

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يكتسب به و باب ١٩ و ١١ من أبواب

عقد البيع و شروطه و باب ٨ من أبواب كتاب المزارعة و غيرها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٠

و لذا ذكر بعض الاساطين في شرحه على القواعد في مقام الاستبعاد ان القول بالاباحة مع فرض قصد المتعاطين التملك، و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة. منها ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد.

و منها ان يكون ارادة التصرف من المملكات فيملك العين أو المنفعة بارادة التصرف بهما أو معه دفعة و ان لم يخطر ببال المالك الأول الأذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حيث الدفع لأنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال اعتق عبدك عنى و تصدق بمالي عنك.

و منها ان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاصة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفى بالاصل، فتكون متعلقة بغير الاملاك و ان صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا الى غرابه استناد الملك الى التصرف.

و منها جعل التلف السماوي من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معيناً للمسمى من الطرفين و لا رجوع الى

قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت، و مع حصوله في يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بانه المطالب لانه تملك بالغصب أو التلف في يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيدا جدا مع ان في التلف القهري ان ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته، و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول في الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيره و بناء المتعاطيين.

و منها ان التصرف ان جعلناه من النواقل القهرية فلا يتوقف على النية فهو بعيد و ان اوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطنا بالشبهة، و الجاني عليه و المتلف له «١» جانيا على مال الغير و متلفا له. و منها ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه حدوثه مملكا له دون العين فبعيدا و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الاكثر و شمول الاذن له خفي

(١) تذكير الضمير في عليه و له باعتبار المأخوذ بالمعاطاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧١

و منها قصر التملك على التصرف مع الاستناد فيه الى اذن المالك فيه اذن في التملك فيرجع الى كون المتصرف في تملكه نفسه موجبا قابلا، و ذلك جار في القبض بل هو اولي منه لاقتترانه بقصد التملك دونه، انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا- ان الوجوه المذكورة تنهض في مقابل الاصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداوله بين الفقهاء. اما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصد. (١) ففيها اولا ان المعاطاة ليست عند القائل بالاباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فان تبعية العقد للقصد و عدم انفكاكه عنه انما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الاثر المقصود عليه، فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه. (٢) اما المعاملات الفعلية التي لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الاثر المقصود عليها، كما نبه عليه الشهيد في كلامه المتقدم من ان السبب الفعلي لا- يقوم مقام السبب القولي في المبيعات. نعم إذا دل الدليل على ترتب اثر عليه حكم به و ان لم يكن مقصودا.

و كيف كان: فمن جملة المحاذير التي ذكرها:

(١) ان لازم ذلك ان العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصد: و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بجوابين:

الأول: الجواب الحلّي

(٢) و حاصله: ان التبعية المزبورة انما هي في العقود الصحيحة، إذ لا يعقل صحة العقد مع عدم ترتب الاثر المقصود عليه، و أما العقد الفاسد فعدم ترتب الاثر المقصود عليه لا محذور فيه بل لا معنى للفساد الا ذلك، و أما ترتب شيء آخر عليه بتعبد من الشارع فلا ينافي شيئا من القواعد،

و المقام كذلك، فان القوم قائلون بعدم كون المعاطاة بيعا صحيحا، فلا تترتب عليها الملكية و ان قصد بها تلك و انما تترتب عليها الاباحة الشرعية لا المالكية بتعبد من الشارع المستكشف من السيرة و غيرها، و ليس ذلك تسيبا بالعقود و لا مضمونها حتى يقال وقع بالعقد ما لم يقصد،

فما قصد و ان لم يقع الا انه لا محذور فيه لان لازم الفساد ذلك، و ما وقع و ان لم يقصد الا انه لم يقع بالعقد حتى يقال انه وقع ما لم يقصد بل انما هو حكم شرعي:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٢

و ثانيا ان تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير، فانهم اطبقوا على ان عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر في ضمان كل من

العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد، الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحه مع انها لم يقصد الا ضمان كل منهما بالآخر (١) و توهم ان دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه الا بعضهم معطوفا على الوجه الأول و هو اقدامها على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة الا مقرونه به غير مفسد عند أكثر القدماء (٢)

و بهذا البيان ظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه و المحقق النائيني قدس سره عليه بان تبعية العقد للقصد مشتركة بين العقود و المعاملات الفعلية و ليست حكما تعديا كى تختص بمورد دون آخر.

وجه الاندفاع: ان المصنف قدس سره لم يدع انه لا محذور فى تخلف العقد عن القصد فى المعاملات الفعلية بل ادعى انه لا يلزم ذلك. فتدبر فيما ذكرناه.

الجواب الثانى: النقض، و هو ان التخلف فى المقام انما يكون نظير التخلف فى الموارد الخمسة، يعنى ليس تخلفا حقيقه لا انه تخلف جائز.

(١) المورد الاول: ان الاصحاب اتفقوا على ان المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد عندهم الضمان فيما يقتضيه صحيحه، مع انها يقصد الاضمان كل منهما بالآخر.

وفيه: ان السبب للضمان فى هذا المورد ليس هو العقد بل القبض كان الوجه فيه الاقدام ام قاعدة اليد، فما لم قصد به الضمان بالمسمى هو العقد، و ما ترتب عليه الضمان بالقيمة هو القبض، فلا يكون نظيرا للمقام.

(٢) المورد الثانى: الشرط الفاسد، فانه لم يقصد المعاملة الا مقرونه به، و هو غير مفسد عند أكثر القدماء.

وفيه: ان مبنى عدم مفسديته عدم تقييد البيع به، و كون الشرط التزاما فى التزام، بمعنى ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى، و لازم ذلك ان تخلفه يوجب الخيار لا البطلان، فلا يلزم من ذلك تخلف العقد عن القصد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٧٣

و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل (١) و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك مع اجازته على قول كثير (٢) و ترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبة فى المسالك و كشف اللثام الى المشهور. (٣)
نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه ان التخلف عن القصد يحتاج الى الدليل المخرج عن ادلة صحة العقود، و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للاصل. و أما ما

(١) المورد الثالث: انه لو باع ما يملك و ما لا يملك بعقد واحد فانهم التزموا بوقوع بيع ما يملك و صحته مع انه لم يقصد الا بيعه مقرونا بما لا يملك.

وفيه: ان مدرك صحته انحلال العقد عليهما الى عقدين، و عليه فاحدهما صحيح و لم يتخلف عن القصد، و ثانيهما باطل اى ما قصد لا يقع و لا يقع ما لم يقصد حتى يلزم المحذور المذكور.

(٢) المورد الرابع: بيع الغاصب لنفسه، فانه إذا اجازه المالك يقع للمالك مع ان الغاصب قصد وقوعه لنفسه.

وفيه: ان منشأ الصحة على المشهور ان الغاصب يوقع البيع للمالك غاية الأمر بينى على انه المالك، فالتخلف انما يكون فى هذا الاعتقاد المقارن لا فى العقد. و تمام الكلام فى محله.

(٣) المورد الخامس: إذا قصد بالصيغة فى النكاح الانقطاع و ترك ذكر الاجل فانهم حكموا بوقوعه دائما، فما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد.

وفيه: انهم التزموا بان النكاح حقيقة واحدة، و الفرق بين الدوام و الانقطاع هو الفرق بين المطلق و المشروط بشيء، و عليه فحيث ان النكاح من الانشائيات فإذا ترك ذكر الأجل لا تتحقق الخصوصية الزائدة لعدم انشائها و انما يقع المطلق لقصد و انشائه و الانصاف: ان شيئاً مما ذكرناه ليس ايراداً على المصنف قدس سره، لانه ليس بصدد بيان موارد تخلف العقد عن القصد بل في مقام بيان ان مثل هذا التخلف الذى هو تخلف صورى لا حقيقى واقع كثيراً.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٧٤

ذكره من لزوم كون ارادة التصرف مملكا (١) فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز التصرف المطلق و ادلة توقف بعض التصرفات على الملك (٢) فيكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطى و البيع و العتق و شبهها.

(١) و منها ان تكون ارادة التصرفات من المملكات القهرية الموجبة لحصول الملكية قبل التصرف أو معه بنحو تكون الارادة سببا لها، و هذا مناف لدليل سلطنة المالك،

و لا- يقاس باعتق عبدك عنى و تصدق بمالى عنك، فانه فى هذين الموردين توكيل فى التمليك، و التملك قبل التصرف، و هذا بخلاف المقام فان كلا من المتعاطين يقصد الملك حال التعاطى و لا يقصد الملك حال التصرف.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك، و دليل جواز التصرف المطلق، و استصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف، هو ذلك، اى حصول الملك بعد ارادة التصرف، و يكون كتصرف ذى الخيار و الواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك. و يرد عليه امران:

الأول: ان غرض الشيخ الكبير قدس سره ليس عدم الدليل على مملكية ارادة التصرف كى يصح الجواب عنه بان مقتضى الجمع بين القواعد ذلك، إذ لا يعتبر فى الدليل على السببية ورود دليل بالخصوص، بل غرضه ان القول بذلك غريب لا نظير له فى الفقه، فلا ينفع هذا الجواب.

الثانى: ان تنظير المقام بتصرف الواهب و ذى الخيار فى غير محله، فان فى ذينك البابين الواهب و من له الخيار يقصدان الفسخ و الرجوع بالتصرف و لهما ذلك، فالتصرف بنفسه يكون رجوعاً أو كاشفاً عنه، و هذا بخلاف المقام فانه ليس هناك قصد التمليك و التملك على الفرض، فيقال كيف تكون ارادة التصرف مملكة مع عدم قصد الملكية.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٧٥

و أما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها (١) مع ان تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقات الزكاة لا يتوقفان على الملك.

و أما الايراد على المصنف قدس سره كما ذكره المحقق النائنى بانه ليس فيما ينقل عن الشيخ الكبير كون ارادة التصرف من المملكات بل انه جعل محط الاشكال كون نفس التصرف ملكاً،

فغير صحيح، فان ما نقله الشيخ قدس سره كالصريح فيما استفاده منه و لعل المحقق النائنى لاحظ شرح القواعد و لم يجده موافقاً لما ذكره المصنف قدس سره.

و الحق فى الجواب عما ذكره الشيخ الكبير ان يقال: انه يمكن ان يلتزم المشهور بان السبب للملكية هى المعاطاة، و انما يكون التصرف أو ارادته شرطاً للملكية نظير القبض الذى هو شرط لحصولها فى بيع الصرف.

و منها: ان يصير ما ليس من الاملاك بحكم الاملاك، فان الاخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و غيرها مما هو

مترتب على الاملاك تتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه. و اجاب المصنف قدس سره عنه بقوله:
(١) و أما ما ذكره من تعلق الاخماس و الزكوات الى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها.
و هذا يحتمل معنيين:

احدهما: ان تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة مع عدم الملك لا مانع منه سوى الاستبعاد فيلتزم به. و دفعه بمخالفته للسيرة حيث ان بناء المتشعبة على المعاملة مع المأخوذ بالمعاطاة معاملة الملكية بحيث لو سألوا عن وجه تعلق المذكورات به اجابوا بكونه كسائر الاملاك، رجوع الى الاستدلال بالسيرة على الملك، و المفروض عدم تماميته عند هذا القائل و الا لالتزم بالملك.
ثانيهما: ان الالتزام بعدم تعلقها به لا محذور فيه سوى الاستبعاد، و دفعه بقيام السيرة على التعلق، رجوع إليها، فيخصص بها ما دل على عدم تعلقها بغير الاملاك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٦

و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. (١)

و الظاهر هو الأول، لان كاشف الغطاء استبعد التعلق كما لا يخفى.

و فيه: ان هذا الجواب لا يفيد في دفع ما افاده الشيخ الكبير، فانه يقول: لا كلام في تعلق هذه الامور بالمأخوذ بالمعاطاة، و المفروض انه ليس بملك، فيلزم ان يكون غير الملك، بحكم الملك و هذا في نفسه بعيد لا انه لا دليل عليه.
و الحق ان يقال: انه لو كان اشكال و استبعاد فانما هو في الاخماس و الزكوات و حق الشفعة، و أما سائر المذكورات كالاستطاعة و حق الديان و النفقات و غيرها فتتعلق بغير الاملاك لتحقيق الاستطاعة بالبذل و الاباحة، و الدين يجب ادائه من مال اذن صاحبه في الاداء منه إذا كان حالا و النفقة واجبة من مال يجوز له الانفاق منه، و الوارث يرث من الميت كل ما تركه من حق أو مال، مع انه يمكن الالتزام على هذا المسلك بالملكية المورث آنا ما قبل الموت، و تصح الوصية ايضا، و الربا يجري في البيع و ان لم يفد الملك و هكذا البقية.

و أما تعلق الخمس و الزكاة و حق الشفعة، و المراد به ان المباح له بالمعاطاة له الاخذ بالشفعة لو باع شريكه المالك به، فان ثبت بدليل فيكون هو المخصص لما دل على توقفه على الملك، لكن يبقى استبعاد الشيخ بحاله، و الا فالقائلون بالاباحة منكرون للتعلق.

و منها: كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر.

(١) و اجاب المصنف عنه بقوله ظهر جوابه و لكن الجواب المتقدم الذي ذكره عن ملكية التصرف من انه مقتضى الجمع بين القواعد لا يكفي في المقام لانه يقتضى ملكية المتصرف لما في يده تصحيحا لتصرفه المتوقف على الملك، و لا يقتضى ملكية غير المتصرف، نعم الجواب الذي ذكرناه يكون جوابا عن هذا الايراد ايضا كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٧

و أما كون التلف مملكا للجانبين، فان ثبت باجماع أو سيرة (١) كما هو الظاهر كان كل من المالكين مضمونا بعوضه فيكون تلفه في يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه في يد البائع لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الاجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين اصالة عدم الملك الا في الزمان المتيقن بوقوعه فيه توضيحه ان الاجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذي اليد رعاية لعموم على اليد ما اخذت فذلك الاجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية الواردة في ان تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذي اليد، فلا بد من ان يقدر في آخر ازمته امكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما يقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد.

و منها: كون التلف من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين معينا للمسمى من الطرفين، و انه لا رجوع بالمثل أو القيمة.

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك بقوله: و أما كون التلف مملكا للجانبين فان ثبت الى آخر ما ذكره.

توضيحه: ان مقتضى عموم على اليد «١» و ان كان هو الضمان ببدله الواقعي، الا انه لما قام الاجماع على عدم ضمان المثل و القيمة، يدور الأمر بين ان يكون المال قبل التلف ملكا لذى اليد فيبقى عموم على اليد على حاله، و بين ان يكون باقيا على ملك مالكة الأول فيكون الاجماع و السيرة مخصصين لعموم على اليد، و قد ثبت في محله ان التخصص مقدم على التخصيص عند الدوران، و عليه فلاجل ذلك- بضميمة استصحاب عدم الملك الى آن قبل التلف- يحكم بحصوله قبله آنا ما هذا هو مراده قده لا ما افاده بعضهم من ان غرضه ثبوت مملكية التلف بالاجماع و السيرة:

و لكن يرد على المصنف قدس سره امران:

الأول: ان اليد في المقام يد امانية شرعية أو مالكية و لا تكون مشمولة لقاعدة على اليد على التقديرين.

الثاني: ان التمسك بالعموم- اى تقديم التخصص على التخصيص- انما هو

(١) سنن البيهقي، ج ١٦، ص ٩٠، كنز العمال، ج ٥، ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٨

و أما ما ذكره من صورة غضب المأخوذ بالمعاطاة (١) فالظاهر على القول بالاباحة ان لكل منهما المطالبة ما دام باقيا (٢) و إذا تلف فظاهر اطلاقهم التملك بالتلف تلفه من مال المغصوب منه (٣) نعم لو لا قام اجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله.

فيما إذا لم يكن الحكم معلوما، و أما إذا علم ذلك و شك في كون ما علم عدم ثبوت حكم العام له من افراد العام كى يكون ذلك تخصيصا أو غيره فلا مورد للتمسك باصالة العموم حفظا للعام عن ورود التخصيص عليه.

فالحق في الجواب عن الشيخ الكبير: انه في صورة التلف من الجانبين لا- ضمان لعدم المقتضى، مع انه يمكن الالتزام بمالكية كل منهما قبل التلف، و في صورة التلف من جانب واحد انما يكون الطرف الآخر مالكا لما في يده بسبب المعاطاة المشروط تأثيرها في الملكية عندهم بالتصرف المتوقع على الملك أو التلف.

(١) و منها: انه لو غضب المأخوذ بالمعاطاة غاصب، فلا بد و ان يكون المطالب هو المالك المبيح لا المباح له، و هو خلاف ظاهر الاصحاب، و القول بتملكه بالغصب، فيكون حق المطالبة له من هذه الجهة بعيد.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عنه: بان لكل منهما المطالبة ما لم يتلف، ما المالك فلما لكيته، و أما المباح له فللفرض ان له السلطان على المأخوذ، و الانتزاع من الغاصب من مراتب السلطنة.

(٣) و أما في صورة التلف فالمطالب للقيمة هو المباح له لصيرورته مالكا بالتلف.

و يرد على المصنف قدس سره: ان المالك بعد كون عوض المال تحت يده ليس له حق المطالبة و الا- لزم الجمع بين العوض و المعوض.

و منها: ان النماء الحادث قبل التصرف ان جعلناه ملكا للمباح له دون العين فيعيد،

أو مع ملكية العين فكذلك، و كلاهما مناف لظاهر الاكثر، و مع عدم كونه ملكا له و دخوله في ملك المالك- حيث ان شمول الاذن له خفى- فلازمه عدم جواز التصرف فيه، و هو خلاف السيرة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٧٩

و أما ما ذكره من حكم النماء فظاهر المحكى عن بعض ان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالأخذ بل حكمه حكم اصله، و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة (١) ثم انك مما ذكرنا تقدر على التخلص عن سائر ما ذكره مع انه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد و الانصاف انها استبعادات فى محلها.

و بالجملة فالخروج عن اصالة عدم الملك المعترضه بالشهرة المحققة الى زمان المحقق الثانى و بالاتفاق المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الايجاب و القبول مشكل و رفع اليد عن عموم ادلة البيع، و الهبة و نحوها المعترضه بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى بناء على تأويله لكلمات القائلين بالاباحة اشكل،

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن ذلك: بان القائل بالاباحة لا يقول بانتقال النماء بالاخذ، بل حكمه حكم اصله، و يحتمل ان يحدث النماء فى ملكه بمجرد الاباحة.

و فيه: ان الاحتمال الاول هو الذى اجاب عنه الشيخ الكبير بان شمول الاذن له خفى، و أما الاحتمال الثانى فهو الذى استبعده.

و لكن يمكن الجواب عنه: بان الاباحة الثانية اباحة شرعية لا المالكية، فلا تتوقف على الاذن.

و منها: انه فى التلف، ان ملك التالف قبل التلف فعجيب للزوم تقدم المسبب على السبب، و ان ملكه معه فبعيد، لانه لا استقرار له حتى يملكه، و ان ملكه بعده فهو ملك المعدوم.

و فيه: انه يلتزم بالأول و يقال بتأثير المعاطاة فى الملكية و شرطها التلف بنحو الشرط المتأخر، أو يقال بكونه كاشفا عن السبب.

و منها: ان التصرف ان لم يتوقف على النية فهو بعيد، و ان توقف عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة.

و فيه: انه بنفسه شرط التأثير فى الملكية لامع النية، فلا بعد فيه، مع انه لو توقف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٠

فالقول الثانى لا يخلو عن قوة و عليه فهل هى لازمة ابتداء مطلقا (١) كما حكى عن ظاهر المفيد رحمه الله أو بشرط كون الدال على التراضى لفظا كما حكى عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و قواه جماعة من متأخرى المحدثين أو هى غير لازمة مطلقا فيجوز لكل منهما الرجوع فى ماله كما عليه اكثر القائلين بالملك، بل كلهم عدا من عرفت

عليها كان الواطئ للجارية من غيرها زانيا لا واطئا بالشبهة.

و منها: قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه الى ان اذن المالك فى التصرف اذن فى تمليك نفسه، فيتحد الموجب و القابل.

و هذا بعينه يجرى فى القبض الذى هو اول تصرف يصدر من المتعاطين، بل هو اولى لكونه مقرونا بقصد التمليك دونه.

و فيه: اولاً: ان حصول الملكية قبل التصرف أو معه ليس من حيث الاذن فى تمليك نفسه بل هو بنفسه مملك.

و ثانياً: ان هذا لا يجرى فى القبض لعدم توقفه على الملك كى يقتضى الجمع بين الادلة حصول الملكية قبله أو معه.

و ثالثاً: انه لو كانت مملكية التصرف من باب الاذن فى التمليك فلم لا يلتزم بحصول الملكية بالتعاطى، إذ لا فرق بين هذا الفعل الذى

ينشأ به التمليك و غيره؟ و لكن الانصاف ان ما افاده الشيخ الكبير جملة منه استبعادات فى محلها، و قد مر ان القول بالاباحة مما لا يمكن اثباته بالدليل، و انه يقتضى القول بالملك. فراجع.

اصالة الزوم [و أدلتها]

– استحباب بقاء الملك

(١) قوله فهل هي لازمة ابتداء مطلقا هذا هو المورد الثانى: و هو ان الملك الحاصل بالمعاطاة لازم ام جائز؟ و الكلام فيه يقع فى مقامين:

الأول: فيما استدل به للزوم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨١

وجوه اوفقها بالقواعد هو الاول بناء على اصالة اللزوم فى الملك للشك فى زواله (١) بمجرد رجوع مالكة الاصلى، و دعوى ان الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعد الرجوع، و الفرد الثانى كان مشكوك الحدوث من اول الأمر فلا ينفع الاستصحاب (٢) بل ربما يزداد استصحاب بقاء علقه المالك الأول (٣) مدفوعه مضافا الى امكان دعوى كفاية تحقق القدر المشترك فى الاستصحاب (٤) فتأمل.

و قد استدل للزوم بامور.

احدها استصحاب بقاء الملك بعد الفسخ للشك فى زواله بعد القطع بوجوده فيستصحب بقاءه، و إليه اشار المصنف بقوله.

(١) بناء على اصالة اللزوم فى الملك للشك فى زواله.

و اورد عليه بايرادين.

(٢) الاول: انه من قبيل استصحاب الكلى فى القسم الثانى و هو لا يجرى، لان الفرد القصير، و هو الملك المتزلزل، مقطوع الارتفاع بعد الرجوع، و الملك اللازم مشكوك الحدوث فيجرى استصحاب عدم حدوثه.

(٣) الثانى: ان هذا الاصل محكوم باستصحاب علقه المالك الاول.

و المصنف قدس سره لم يتعرض فى المقام للجواب عن الاول و اجاب عن الثانى.

(٤) اولاً بان الاستصحاب يجرى فى القسم الثانى من اقسام الكلى.

و ثانياً: بان استصحاب بقاء الملك من قبيل استصحاب الشخص لا الكلى، و علله بما سيمر عليك.

و على فرض الشك فى كون المستصحب شخصيا ام كليا يجرى الاصل و ان كان على فرض ثبوت كونه كليا لا يجرى فيه الاصل.

تحقيق القول فى المقام يقتضى البحث فى مواضع:

الأول: فى ان الملك المستصحب فى المقام هل هو كلى أو شخصى؟ بمعنى انه القدر المشترك الجامع بين الملك المتزلزل و المستقر، أو هو شخص معين لعدم كون الجواز و اللزوم من الامور المنوعة أو المفردة؟ الثانى: فى انه لو ثبت كونه شخصيا هل يجرى الأصل فيه ام لا، و لو ثبت كونه كليا فهل يجرى فيه الاصل ام لا، و لو شك فى ذلك فهل يكون مجرى الاستصحاب ام لا

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٢

بان انقسام الملك الى المتزلزل و المستقر، ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته و انما هو باعتبار حكم الشارع عليه فى بعض المقامات بالزوال برجوع المالك الاصلى،

و منشأ هذا الاختلاف حقيقة السبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب (١) و يدل عليه مع انه يكفى فى الاستصحاب الشك فى ان اللزوم من خصوصيات الملك أو من لوازم السبب المملك و مع ان المحسوس بالوجدان. انشاء الملك فى الهبة اللازمة و غيرها على نهج واحد (٢) ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون تخصيص القدر المشترك باحدى الخصوصيتين بجعل المالك أو بحكم الشارع فان كان الأول كان اللازم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع و قصد عدمه أو عدم قصده و هو بديهى البطلان إذ

لا تأثير لقصد المالك في الرجوع و عدمه و ان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ و هو باطل فى العقود (٣) لما تقدم ان العقود المصححة عند الشارع تتبع القصد

الثالث: فى انه فى المقام هل يكون اصل حاكم عليه.

و بعبارة اخرى: هل يجرى استصحاب بقاء علقه المالك الأول ام لا؟

(١) اما الموضع الاول: فالمصنف قدس سره ذهب الى ان اللزوم و الجواز من الاحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب.

و استدلل له بوجهين:

(٢) احدهما: ان الملكية ليست من الامور الواقعية أو التعبدية الشرعية حتى يقال انا لا نعرف حقيقتها، بل هى امر اعتبارى يعتبرها المتعاقدان و عليه فحيث نرى بالوجدان و الحس ان انشاء الملك فى البيع و الهبة على نهج واحد فيستكشف من ذلك اتحاد حقيقة الملك.

(٣) الثانى: ان اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصيات الملك فاما ان يكون التخصيص بجعل المالك أو الشارع.

فان كان الأول لزم التفصيل بين اقسام التمليك المختلفة بحسب قصد الرجوع و عدمه، و هو بديهى البطلان لعدم دخل قصد المالك فى الرجوع و عدمه.

و ان كان الثانى لزم امضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشئ، و هو باطل فى العقود.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٣

و ان امكن القول بالتخلف هنا فى مسألة المعاطاء بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب امضاء المعاملات الفعلية على طبق قصد المتعاطين،

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ما افاده السيد الفقيه فى الحاشية، و هو: ان الظاهر ان الاختلاف بينهما اختلاف فى حقيقتها، فان الملكية فى انظار العرف قسمان، و انهم يرون الملكية الموجودة فى الهبة مغايرة مع الموجودة فى العقود اللازمة.

و فيه: انه بعد التوجه الى ان الملكية من الامور الاعتبارية و يعتبرها المالك لغيره،

لا يشك احد فى ان المعتبر فى المورد شىء واحد، و ان الاختلاف انما هو من ناحية الحكم الشرعى بجواز الفسخ و الرجوع فى مورد دون آخر.

الثانى: ما افاده ايضا فيها، و هو: ان اختلاف السبب إذا لم يكن موجبا لاختلاف المسبب لا يكون مقتضيا لاختلاف الاحكام.

و فيه: ان المصنف قدس سره يدعى ان اللزوم و الجواز من احكام السبب نفسه لا من احكام المسبب، فلا وجه لهذا الايراد.

الثالث: ما افاده قده ايضا و تبعه المحقق الايروانى قدس سره، و هو: انه على فرض اتحاد الحقيقة يكفى فى الاشكال التعدد الفردى كما فى الحيوان المردد بين زيد و عمرو فى الدار إذا كان قاطعا بخروج احدهما المعين.

و فيه: ان المصنف قدس سره يدعى عدم التعدد الفردى ايضا و ان الملك لا يختلف فى الحقيقة النوعية و لا فى الخصوصية الزائدة على الحقيقة، فالمتيقن هو الملك الشخصى المتعين من جميع الجهات حتى من جهة السبب اى المعاطاء، و انما الشك فى ان هذا

الشخص هل يكون سببه محكوما باللزوم أو 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 أو الى ساعتين.

الرابع: ما افاده السيد ايضا ايرادا على الوجه الثانى الذى ذكره المصنف قدس سره برهانا لمختاره، و هو: ان التخصيص بالنسبة الى النوعين من المعاملة كالبيع و الهبة مثلا انما يكون منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٤
لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشمل العقود ايضا.

من قبل المتعاقدين، و بالنسبة الى النوع الواحد كالبيع انما يكون من قبل الشارع و لا بأس بامضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، فان هذا المقدار من الاختلاف مغتفر.

و فيه: ان لازم ما افاده فى القسم الأول دوران اللزوم و الجواز فى النوعين مدار قصد المنشئ، و هو بديهى الفساد. و أما ما ذكره فى القسم الثانى فيرد عليه: ان المصنف لا يدعى استحالة امضاء الشارع على غير ما قصده المنشئ، بل يدعى انه إذا لم يرد دليل الا على امضاء ما انشأه المتعاقدان كان لازم ذلك وقوع المنشأ على نحو ما قصده، و هذا امر بديهى.

الخامس: ان اختلاف السبب مستلزم لاختلاف المسبب، إذ المتباينان لا يعقل تأثيرهما فى شىء واحد.

و فيه: ان المؤثر فى الملك انما هو الجامع بين السببين، و الاختلاف انما يكون فى خصوصيات السبب المؤثر فى اللزوم و الجواز. فتحصل: ان شيئا مما اورد على المصنف قدس سره لا يرد عليه.

و يشهد لعدم كونهما من مقومات الملك و عدم كون الاختلاف بينهما فى حقيقة الملك - مضافا الى ما ذكره المصنف قدس سره - و جهان آخران.

احدهما: انه يلزم ان لو انشأ الملكية و لم يقصد اللزوم أو الجواز - و لو بالقصد الى الملكية التى من شأنها ذلك - ان لا تقع الملكية، إذ الجامع لا يعقل وجوده بدون الفصل المميز.

الثانى: انه لو كانا من مقوماتها لزم امتناع معروضية الملكية الواحدة تارة للزوم و اخرى للجواز مع وضوح خلافه، فان المبيع المنشأ باللفظ تكون الملكية الحاصلة منه فى زمان الخيار جائزة و بعده لازمة.

و بما ذكر كما ظهر ان الملكية ليست نوعين، كذلك ظهر انها ليست ذات مراتب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٥

...

و ان الملك الجائر و اللازم ليسا فردين من الملك، نعم لا ننكر ان الاحكام الشرعية التكليفية و الوضعية تابعة للملاكات و لازم ذلك ان الملك المتخصص بكونه عن سبب تقتضى المصلحة الحكم عليه أو على سببه باللزوم تارة و بالجواز اخرى، و لكن مثل هذه الخصوصية لا يعقل ان تكون من مفردات الملك الاعتبارى كما لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه: ان الجواز و اللزوم حكمان شرعيان جعللا للسبب أو للمسبب لا يعقل ان يكونا من مقومات الملك و قيوده، و الا لزم تقدم ما هو متأخر، فالملك فى الموردین شىء واحد.

و أما الموضوع الثانى: فالكلام فيه يقع فى جهات:

الأولى: إذا كان الملك فى الموردین شيئا واحدا فعلى القول بجريان الاستصحاب فى الاحكام لا كلام فى جريان هذا الأصل.

و أما على القول بعدم جريانه فيها فقد يقال بعدم جريانه فيه لكونه من الاحكام.

و لكن يمكن ان يقال: ان الوجه فى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام انما هو محكوميته لاستصحاب عدم الجعل كما حققناه فى محله، و عليه ففى المقام بما ان جعل الملكية المستمرة مما لا شك فيه، و انما يكون منشأ الشك فى بقاء الملك بعد الفسخ و الرجوع

الشك في جعل حق الفسخ و الرجوع و الأصل يقتضى عدمه.

فاستصحاب عدم جعل الحكم بنحو يكون باقيا في زمان الشك الجارى في سائر المقامات- كما لو شك في جعل وجوب صلاة الجمعة في زمان الحضور خاصة ام الى يوم القيامة، فانه يجرى فيه اصالة عدم جعل الوجوب لها في زمان الغيبة الحاكم على استصحاب بقاء الحكم.

لا يجرى في المقام، و على ذلك فمقتضى الأصل بقاء الملكية.

الجهة الثانية: بناء على تعدد الملك اللازم و الجائز، هل يجرى استصحاب بقاء القدر المشترك بينهما ام لا؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٦

...

المصنف قدس سره في الأصول اختار جريان استصحاب الكلى في امثال المقام- اى القسم الثانى من اقسام استصحاب الكلى- و لكن في المقام بعد ما اشار الى مختاره قال:

فتأمل، و قد صار هذا الأمر بالتأمل سببا للايراد على هذا الأصل بايرادات.

و حيث ان بعضها ايراد على جريان الأصل في هذا القسم مطلقا فقد اغمضنا عن ذكره، لأن محله في الاصول و قد اشبعنا الكلام فيه في زبدة الاصول.

و بعضها ايراد على جريانه في خصوص المقام.

و هو امور:

الأول: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره و هو: 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 جائزا لا يكون فيه اقتضاء البقاء بعده، فيكون نظير الحيوان المردد بين الفيل و البق.

و فيه: ان الشك في المقتضى الذى ذهب المصنف قدس سره في الاصول الى عدم جريان الاستصحاب فيه هو ما إذا كان عمر المستصحب و امده في عمود الزمان مشكوكا فيه تكوينيا أو تشريعا، كالزوجية المرددة بين الانقطاع و الدوام، و الحيوان المردد بين البق و الفيل، و أما إذا كان عمره معلوما و انه غير محدود بالزمان و كان الشك في رفعه- و لو كان منشأ الشك في وجود المصلحة الداعية في الامور الاعتبارية- فهو من الشك في الرفع. و تمام الكلام في محله.

و المقام من قبيل الثانى، إذ الملكية الحاصلة بالمعاطاة كانت لازمة أو جائزة تكون باقية في عمود الزمان، و انما الشك في رفعه بالفسخ.

الثانى: ان الأصل المزبور لا يثبت عنوان اللزوم.

و فيه: ان الآثار مترتبة على الملكية الجامعة لا على عنوان اللزوم، فلا حاجة الى اثباته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٧

...

الثالث: ما افاده المحقق النائيني قدس سره و هو: ان استصحاب الكلى انما يجرى إذا كان له مع قطع النظر عن الارتفاع و البقاء نوعان: كالحدث المردد بين الأصغر و الأكبر، و أما في المقام فلا اختلاف في الملك الا بنفس الارتفاع و البقاء، إذ لو ارتفع بالفسخ فهو جائز، و لو بقى بعد فهو لازم، فإذا كان تنوعه بنفس اللزوم و الجواز- اى البقاء و الارتفاع- فلا يجرى الاستصحاب فيه، إذ معنى

استصحاب الملك حينئذ هو استصحاب الملك الباقي - اي اللزوم - و هو على الفرض مشكوك الحدوث. و مرجع هذا الاشكال فى الحقيقة الى أن النوعين من الملك متباينان بتمام هويتهم، و فى كل منهما أحد ركنى الاستصحاب منتف، إذ الملك الجائر مقطوع الارتفاع، و اللزوم مشكوك الحدوث من الأول.

وفيه: ان تنوع الملك ليس باللزوم و الجواز، بل هما على هذا المسلك قسمان من الملك، و يمتاز كل منهما عن الآخر، مع قطع النظر عن البقاء و الارتفاع، غاية الأمر ليس لكل منهما اسم خاص، و الا فلا فرق بين الملك و الحدث، فكما ان الثانى ينقسم الى الأصغر و الأكبر و الكاشف عن الاختلاف فى الأثر، كذلك الأول فتدبر.

فالحق ان يقال: ان استصحاب بقاء الكلى فى القسم الثانى انما يجرى فى الموضوعات من جهة ان استصحاب عدم حدوث الفرد الطويل لا يترتب عليه عدم الكلى، لعدم كون الترتب شرعياً، و ليس بقاء الكلى فيها عين بقاء الفرد، فان ذلك و ان تم فى عالم العين الا انه لا يتم فى عالم الاعتبار و التشريع كما فصل ذلك فى محله.

و لا يكون جارياً فى الاحكام من جهة ان جعل الجامع فيها انما يكون بجعل الفرد.

فلو علم بعدم وجود فرد، و كان مقتضى الاصل عدم وجود الفرد الآخر لا- يكون الشك فى بقاء الكلى باقياً، إذ لا وجود له سوى وجود الفرد و المقام من قبيل الثانى، فان الملكية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٨٨

و بالجملة فلا اشكال فى اصالة اللزوم فى كل عقد شك فى لزومه شرعاً،

و كذا لو شك فى ان الواقع فى الخارج هو العقد اللزوم أو الجائر (١) كالصلح من دون عوض و الهبة

انما هى من الاعتبارات الشرعية، فإذا فرضنا العلم بارتفاع الملك الجائر على فرض حدوثه، و جرت اصالة عدم حدوث الملك اللزوم، ثبت من ذلك عدم بقاء الملك الجامع بينهما.

لا يقال: ان استصحاب عدم حدوث الملك اللزوم يعارض استصحاب عدم حدوث الملك الجائر فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء القدر المشترك.

فانه يقال: أن الملك اللزوم بما انه يترتب عليه جميع آثار الملك الجائر - غير ارتفاعه بالفسخ - فاستصحاب عدم حدوث الملك الجائر لعدم الاثر لا يجرى، نعم لو كان يثبت به ان الحادث هو الملك اللزوم كان جارياً، لكنه لا يثبت.

فتحصل: ان الأظهر عدم جريان استصحاب القدر المشترك فى المقام.

و لعله الى هذا نظر المصنف قدس سره حيث امر بالتأمل، كما ان هذا هو مراد السيد الفقيه فى حاشيته، فلا يرد عليه شىء مما اورده عليه.

و لا- يخفى انه بناء على ما اخترناه و حققناه فى الاصول من جريان الأصل فى الفرد المردد - من جهة ان الموجود و ان كان مردداً عندنا و لكن لا يضر ذلك بتيقن وجوده سابقاً فيستصحب بقاء ذلك المتيقن سابقاً.

لا مانع من استصحابه، و معه لا حاجة الى استصحاب بقاء القدر المشترك، إذ اثر القدر المشترك اثر لكل واحد من الفردين، فلا مانع من اجراء الاستصحاب فى الشخص الواقعى المعلوم سابقاً.

الجهة الثالثة: انه بناء على عدم جريان الاستصحاب فى الكلى فى امثال المقام و جريانه فى الشخصى، لو شك فى ان الملك اللزوم و الجائر قسمان ام هما شىء واحد،

فهل يجرى الاستصحاب فيه لو شك فى زواله بالفسخ ام لا؟

(١) و المصنف قدس سره ذهب الى جريانه قال و كذا لو شك في ان الواقع في الخارج هو العقد اللازم أو الجائز. و اورد عليه السيد في الحاشية- و جمع من المحققين- بانه مع هذا الشك لا يكون منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٨٩

...

المستصحب محرزا فكيف يكون جاريا.

و لكن يمكن توجيه ما افاده المصنف قدس سره: بان عدم جريان الاستصحاب في الكلي في القسم الثاني انما يكون من جهة جريان اصالة عدم حدوث الفرد الطويل، و الاعم عدم جريان الاصل فيه للتعارض أو لغيره لا ريب في جريان الاصل في الكلي. و في المقام بما انه لم يحرز كون الملك اللازم فردا أو نوعا آخر لا تجرى اصالة عدم حدوثه، و معه لا مانع من اجراء الأصل في الملك الموجود كان كليا ام شخصيا.

فتدبر فانه دقيق.

و أما الموضوع الثالث: فقد قيل: انه يعارض هذا الأصل اصلان آخران، و هما مقدمان للحكومة.

احدهما: اصالة بقاء علقه المالك الأول، فانه يشك في ان علقه المالك الأول هل انقطعت بالمره بالمعاطاة، ام بقيت مرتبه ضعيفه منها اثرها جواز الرجوع فيستصحب بقائها- بعد كون قوة العلقه و ضعفها من مراتب شىء واحد لا أنهما امران متباينان- فإذا جرى هذا الأصل لا يبقى شك في بقاء الملك كى يستصحب، فان الشك في بقائه بعد الرجوع مسبب عن الشك في ثبوت هذا الحق و عدمه. و فيه: ان العلقه الثابته للمالك لم تكن الا للملكيه، و تتبعها السلطنه على التصرفات، اما الملكيه فهى قد زالت بالبيع و الا لزم اجتماع المالكين على شىء واحد- و لم يبق منها شىء لعدم ثبوت المراتب لها- و أما السلطنه فهى تابعه للملكيه فلا محاله تكون زائله.

و دعوى ان للشخص سلطنه على ماله و سلطنه على تسليط الغير عليه حدوثا و بقاء و بالبيع زالت السلطنه عليه، و كذلك السلطنه على تسليط الغير حدوثا، اما السلطنه على تسليط الغير بقاء فهى مشكوكه الارتفاع فيستصحب بقاؤها، و نتيجة ذلك منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٠

نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة (١)

جواز رفع سلطنه الغير بالفسخ.

مندفعه بان السلطنه على رد الملك سلطنه جديده 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 و بقائه بعد الافتراق، فيستصحب بقاؤه. و فيه: ان ذلك الحق قد زال بالافتراق قطعا لقوله عليه السلام فإذا افترقا وجب البيع «١» فلو كان الحق باقيا فهو حق آخر مشكوك الحدوث تجرى اصالة عدم ثبوته.

و الكلي الجامع بينهما لا يجرى الاصل فيه لان الاستصحاب حينئذ من قبيل القسم الثالث من اقسام الكلي، و المختار عندنا عدم جريان الأصل فيه الا إذا عد الفردان مرتبتين من شىء واحد حتى فيما إذا احتمل حدوث الفرد الآخر مقارنة لحدوث الفرد الزائل قطعا. مضافا الى انه من قبيل استصحاب الحكم الشرعى، و المختار عدم جريانه.

فتحصل مما ذكرناه: ان استصحاب بقاء الملك يجرى و يحكم بواسطته باللزوم.

(١) قوله نعم لو تداعيا احتمل التحالف في الجملة و ذلك فيما إذا تعلق الغرض بتعيين السبب لا الملكية بعد الفسخ إذ لا أصل يعين الواقع في الخارج، و أما فيما إذا كان الغرض متعلقا ببقاء الملك بعد الفسخ و عدمه، فيكون مدعى اللزوم منكرا و مدعى الجواز مدعى لموافقة قول المدعى للزوم للاصل.

دليل السلطنة

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الخيار، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩١

و يدل على اللزوم مضافا الى ما ذكر عموم قولهم (قوله) الناس مسلطون على اموالهم (١) فان مقتضى السلطنة ان لا يخرج عن ملكيته (ملكه) بغير اختياره فجاوز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسلطنة المطلقة فاندفع ما ربما يتوهم ان غاية مدلول الرواية سلطنة الشخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلي. و لما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله في الشرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السلطنة و نحوه العلامة رحمه الله في موضع آخر

(١) هذا هو الدليل الثاني: و هو قوله صلى الله عليه و آله الناس مسلطون على اموالهم «١» و تقريب الاستدلال به وجهان:

احدهما: التمسك بعموم هذا الدليل و اطلاقه الزماني أو الاحوالى الشامل لما بعد الفسخ بان يقال: ان مقتضى عمومه ثبوت السلطنة للمالك بعد فسخ المالك الأول و رجوعه، و لازم ذلك عدم تأثير الفسخ و رجوعه.

و فيه: ان موضوع السلطنة هو مال الانسان و ملكه، و ثبوته بعد الفسخ غير محرز، إذ لو كان الفسخ مؤثرا لما كان الموضوع باقيا، و مع الشك في صدق الموضوع لا مجال للتمسك بالاطلاق.

ثانيهما: التمسك باطلاق هذا الدليل الشمولى لجميع انحاء التصرفات، و من جملتها دفع مزاحمة الاجانب و منهم المالك الأول، و لازمه عدم تأثير فسخه.

و بعبارة اخرى: خروج المال من ملكه بغير اختياره مناف لسلطنة المالك على ماله، فمقتضى اطلاق دليل السلطنة عدم خروجه و عدم تأثير رجوع المالك الأول.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الدليل انما يدل على سلطنة المالك على ماله لا على عدم ثبوت السلطنة لغيره، فلا يدل على عدم ثبوت هذا الحق للمالك الأول.

و فيه: ان لازم السلطنة التامة على جميع التصرفات سلطنة مطلقة عدم سلطنة الغير على ما يزاحم سلطنته، و الا لم تكن سلطنة مطلقة، فتملك الغير بلا رضا منه مناف

(١) البحار، ج ٢، ص ٢٧٢، الطبع الحديث و ج ١، ص ١٥٤، الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٢

للسلطنة المطلقة فليس له ذلك.

الثانى: ان دليل السلطنة انما يدل على عدم محجورية المالك و استقلاله فى التصرفات، و لا يدل على ازيد من ذلك.

و يرد عليه: ما تقدم عند ذكر الاستدلال به على مملكية المعاطة. فراجع.

الثالث: ان حق الفسخ على فرض ثبوته للمالك الأول فى المقام انما هو بمعنى حق فسخ العقد.

و بعبارة اخرى: متعلقه العقد لا العين فلا ينافى ثبوته السلطنة.

و فيه: ان نتيجة ثبوت هذا الحق بما انها خروج المال عن ملكه بغير رضا منه،

فثبوته ينافى السلطنة المطلقة الثابتة به للمالك، فينتفى به.

الرابع: ان السلطنة المنافية لسلطنة المالك انما هى السلطنة على التصرف فى ماله،

و أما التصرف المزيل للموضوع فلا ينافى السلطنة المنافية فى المال.

و بعبارة اخرى: ان هذا الدليل كسائر الأدلة انما يدل على ثبوت الحكم فى ظرف ثبوت الموضوع و لا يكون متعرضا لبقاء الموضوع و

ارتفاعه، و عليه فكما ان هذا الدليل لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، كذلك لا يدل على عدم

سلطنة الغير على ازالتها.

و ان شئت قلت: ان هذا الدليل كما لا يدل على سلطنة المالك على ازالة الملكية،

كذلك لا يدل على السلطنة على ابقائها كى تكون سلطنة الغير على ازالتها منافية لسلطنة المالك على ماله.

و لا- يتوهم انا ندعى عدم دلالة على تسلط المالك على تمليك ماله للغير. لما عرفت فى البحث عن مملكية المعاطة الفرق بين

تمليكه ماله للغير و بين ازالة الملكية عن نفسه بالاعراض، و ان هذا الدليل يدل على ثبوت الأول دون الثانى، و عليه فهو يدل على

عدم سلطنة احد على تملك مال الغير بلا عوض أو معه، و لا يدل على عدم سلطنته

منهاج الفقه (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٣

و منه يظهر جواز التمسك بقوله عليه السلام

لا يحل مال امرء الا عن طيب نفسه (١)

حيث دل على انحصار سبب حل مال الغير أو جزء سببه فى رضا المالك، فلا يحل بغير رضاه و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه

مال الغير بعد الرجوع اول الكلام مدفوع بما تقدم من ان تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشمل التملك ايضا،

فلا يحل التصرف فيه و لا تملكه الا بطيب نفس المالك

على ازالة الملكية عنه بالرجوع- فتدبر فانه دقيق.

فالأظهر انه لا يدل على اللزوم.

(١) هذا هو الثالث: من ادلة اللزوم و هو ما دل على انه: لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه «١».

و تقريب الاستدلال به بوجهين كما فى دليل السلطنة، بل التقريب الثانى المتقدم هناك فى المقام اوضح، فان صريح مدلوله عدم

جواز التصرف فى مال الغير بلا رضاه،

و الجواب عن الوجهين ما تقدم.

و يمكن ان يجاب عن التقريب الثانى- الذى هو العمدة فى المقامين- فى هذا المقام بجواب آخر و هو:

ان الحلية من جهة استنادها الى المال لا إلى المعاملات ظاهرة في الحلية التكليفية، ألا ترى انه لم يحتمل احد في قوله عليه السلام كل شيء حلال ان يدل على نفوذ المعاملات.

و بالجملة: لا ريب في ظهورها في الحلية التكليفية، وقد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح: ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، و عليه فهذا الدليل اما لا يشمل الفسخ للعلم بعدم حرمة تكليفها، أو يشملها و لا يدل على عدم نفوذه.

(١) هذا المضمون في كثير من الاخبار راجع الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلى و المستدرک ج ١، ص ٢٢٢، و فروع الكافي ج ١، ص ٤٢٦ و الاحتجاج ص ٢٦٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٤

و يمكن الاستدلال ايضا بقوله تعالى: (و لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض). (١) و لا- ريب ان الرجوع ليست تجارة و لاعن تراض، فلا يجوز اكل المال و التوهم المتقدم في السابق غير جار هنا لأن حصر مجوز اكل المال في التجارة انما يراد به اكله على ان يكون ملكا للأكل لا لغيره (٢) و يمكن التمسك ايضا بالجملة المستثنى منها حيث ان اكل المال و نقله عن مالكة بغير رضی المالك اكل و تصرف بالباطل عرفا (٢) نعم بعد اذن المالك الحقيقي و هو الشارع و حكمه التسلط على فسخ المعاملة من دون رضی المالك يخرج عن البطلان.

آية التجارة عن تراض

(١) هذا هو الدليل الرابع: و هو قوله تعالى: (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم «١»). و قد استدل المصنف رحمه الله بكل من المستثنى و المستثنى منه.

اما الأول: فقد استدل به بتقريبين:

الأول: ما في اول الخيارات و هو انه يدل على جواز الاكل مطلقا بسبب التجارة عن تراض حتى فيما بعد الفسخ، و لازم ذلك عدم نفوذ الفسخ.

و فيه: ما تقدم في دليل السلطنة من انه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية، حيث انه لا يعلم بقاء الملك بعد الرجوع. مع انه يتوقف الاستدلال على ارادة جميع التصرفات من الأكل لا التملك.

(٢) التقريب الثاني: ما ذكره في المقام من انه حصر مجوز الاكل في التجارة،

و المراد به اكله على ان يكون ملكا للاكل، و من المعلوم ان الفسخ ليس تجارة و لاعن تراض.

و فيه: انه قد سيصرح في مبحث الاكراه بان الاستثناء منقطع غير مفرغ، و هو لا يفيد الحصر، و هذا هو الظاهر من هذا الاستثناء كما سيمر عليك، و عليه فلا دلالة لهذه الجملة على الحصر، فلا وجه للاستدلال بها.

(٣) و أما المستثنى منه فقد استدل به بتقريب: ان اكل مال الغير و تملكه بغير رضاه

(١) النساء: ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٥

و لذا كان اكل المارة من الثمرة الممرور بها اكلا بالباطل لو لا اذن المالك الحقيقي. و كذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخيار و غير

ذلك من الاسباب القهرية هذا كله مضافا الى ما دل على لزوم خصوص البيع، مثل قوله صلى الله عليه وآله البيعان بالخيار ما لم يفترقا. (١)

اكل و تصرف بالباطل عرفا.

وفيه: اولاً: انه وان كان المراد بالباطل هو الباطل العرفي لا الشرعي، الا انه حيث يكون اذن المالك الحقيقي موجبا للخروج عن كونه باطلاً و يحتمل في المقام اذنه في الفسخ، فكون الفسخ من الباطل مشكوك فيه، و مع الشك في صدق الموضوع كيف يتمسك بحكمه.

و ثانياً: انه يحتمل اختصاص الآية بالمعاوضات من جهة التعبير ب اموالكم بينكم الظاهر في اعطاء مال واخذ مال، و الرجوع ليس منها، فانه رد للملك، و يستتبع ذلك رجوع العوض لا انه تملك بعوض.

و ثالثاً: ان الفسخ إذا كان حلاً للعقد فلا تشمله الآية الشريفة لانه ليس سبباً للاكل،

بل هو انما يرفع السبب المملك، و بعده يكون الملك بالسبب الأول.

فتحصل: انه لا يصح الاستدلال على اللزوم بهذه الآية الشريفة.

دليل لزوم خصوص البيع

(١) الخامس: قوله عليه السلام: البيعان بالخيار ما لم يفترقا. «١» و تقريب الاستدلال به بعد فرض صدق البيع على المعاطاء و البيع على المتعاطى.

واضح.

و اورد عليه.

تارة: بانه يدل على اللزوم الحيثي لا اللزوم من جميع الجهات، و لذا لا ينافي ثبوت خيار الحيوان و الشرط و نحوهما.

و اخرى: بانه في مقام جعل الخيار لا جعل اللزوم، فلا وجه للتمسك باطلاقه.

و ثالثة: بما افاده المحقق النائيني قدس سره و هو انه: انما يدل على اللزوم و الجواز

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الخيار حديث ٣ و بمضمونه اخبار اخر في ذلك الباب.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٦

و قد يستدل ايضا بعموم قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) بناء على ان العقد

الحقين لا اللزوم الحكمي، و في المعاطاء ان ثبت اللزوم فهو حكمي.

و في الجميع نظر.

اما الأول: فلكونه خلاف اطلاق الخبر.

و أما الثاني: فلأنه في مقام جعل الخيار قبل التفرق، و اللزوم بعده، و لذا في بعض

النصوص قال عليه السلام بعد ذلك: فإذا افترقا فلا خيار لهما.

و أما الثالث: فلأن اللزوم مطلقاً حكمي، بمعنى انه مجعول شرعي لا من منشآت المتعاقدين، و لذا لو اوقعا العقد غير قاصدين له بل

للجواز لا يتصف العقد الا به كما لا يخفى.
فالأظهر صحة الاستدلال بهذا الوجه للزوم المعاطاة.

آية الوفاء بالعقد

(١) هذا هو الوجه السادس و هو قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» و تنقيح القول فيه برسم امور:
الأول: ان العقد غير العهد، فان العهد، هو الجعل و القرار، و هو يشمل العهود الالهية،
اي التكاليف و سائر مجعولاته، و لو كان ذلك من قبيل المناصب كالخلافه، كما في قوله تعالى: لا ينال عهدى الظالمين «٢».
و أما العقد: فهو ربط شيء بشيء، و منه عقد الأزار لربطه، و عقده اللسان لارتباطه المانع عن ارساله.
و العقد في اصطلاح الفقهاء في قبال الايقاع، و هذا معنى شامل للارتباطات الواقعة في النفس و الارتباطات المتعلقة بالاعتباريات،
فالعقد انما يطلق على البيع باعتبار ارتباط كل من المتعاقدين بالآخر.

(١) المائدة، آيه ٢.

(٢) البقرة، ١٢٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٩٧

هو مطلق العهد كما في صحيحه عبد الله بن سنان، أو العهد المشدد كما عن بعض اهل اللغة (١) و كيف كان فلا- يختص باللفظ
فيشمل المعاطاة

و بما ذكرناه ظهر ان ما في المتن تبعا لجملة من اللغويين و تبعه جمع من المحشين.

(١) من تفسيره بالعهد أو المشدد منه، غير صحيح.

كما ان ما افاده المحقق النائيني قدس سره في وجه عدم صدق العقد على المعاطاة: بان العقد انما يسمى عقدا لكونه مفيدا للعهد
المؤكد و الميثاق، اي التزام المتبايعين بما أنشئاه و الفعل قاصر عن افادة هذا المعنى، فانه انما يفيد تبديل احد طرفي الاضافة بمثله، و
لا يدل على الالتزام المزبور، و هذا بخلاف اللفظ فانه يدل عليه بالالتزام.

غير تام، فان العقد لا دخل للفعل و القول فيه، بل هو امر نفساني، يكون الكاشف عنه تارة القول و اخرى الفعل.

الثاني: ان الوفاء عبارة عن التمام أو ما يقاربه، و الايفاء عبارة عن الانتماء و الانهاء، 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 و نقضه.
و بذلك يظهر امران.

الأول: ان ما افاده بعضهم من ان المراد بالوفاء بالعقد في المقام تسليم العوضين،

غير تام، إذ العقد لم يتعلق بترتيب آثار الملك، فهو اجنبى عن الوفاء به.

الثاني: ان ما افاده المحقق الايروانى قدس سره من ان العقد على النتيجة لا يكون مشمولاً للآية- إذ العقد عليها اما ان يؤثر في وقوعها
او لا، و على كل حال لا عمل خارجي له من العاقد حتى يخاطب بخطاب او فوا.

في غير محله.

الثالث: ان الأمر بالوفاء اما ان يكون ارشاديا، أو يكون امرا مولويا نفسيا، و على الأول: حيث انه لا معنى لكونه ارشادا الى الصحة- لما

عرفت من ان الوفاء بالعقد فى المقام عبارة عن اتمامه و عدم رفع اليد عنه و هذا فرع نفوذه و صحته - فلا محالة يكون منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٨
و كذلك قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم (١) فان الشرط لغه مطلق الالتزام فيشمل ما كان بغير اللفظ.

ارشادا الى اللزوم.

و قد ادعى المحقق النائينى ظهوره فى ذلك بدعوى انه كما يكون للأمر و النهى فى باب المركبات ظهور ثانوى فى الارشاد الى الجزئية و المانع، كذلك فى المعاملات يكون، ارشادا الى حكم وضعى، و هو فى المقام اللزوم و عدم تأثير الفسخ و الرجوع، فعلى هذا دلالة على لزوم المعاطاة واضحة، و لكن لم يثبت هذا الظهور.
و ان كان مولويا نفسيا: فيمكن تقريب دلالة على اللزوم و عدم تأثير الفسخ بوجهين:
احدهما: ان وجوب الوفاء و عدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناس عدم ثبوت هذا الحق له، فيكون من قبيل حرمة الظلم، و لا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق، و من عدم الحق يستكشف عدم تأثيره.
ثانيهما: الاجماع على انه لو كان حراما كان غير مؤثر، و انه لو كان مؤثرا لما كان حراما.
فتحصل: ان الأظهر دلالة هذه الآية الشريفة على اللزوم فى المعاطاة.

دليل الشرط

(١) هذا هو الوجه السابع: و هو قوله عليه السلام: المسلمون عند شروطهم. «١» و تقريب الاستدلال به على المشهور: ان الشرط لغه: مطلق الالتزام، فيشمل ما كان بغير اللفظ.
و فيه ان الاستدلال به على اللزوم انما يتوقف على امرين:
صدق الشرط على المعاملات كالبيع.
و دلالة على اللزوم.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٩٩

...

اما الأول: فمع قطع النظر عما سيأتى فى مبحث الشروط من الكلام فى صدق الشرط على الالتزامات المعاملية، حيث انه يعتبر فى صدقه كون الالتزام فى ضمن التزام لا يصدق الشرط على الالتزام الابتدائى.

و بعبارة اخرى: الشرط هو الالتزام التابع كما يظهر لمن راجع موارد استعماله، و لذا قال فى محكى القاموس: الشرط الزام الشئ أو التزامه فى البيع و نحوه، و لا يصدق على الالتزام المستقل الابتدائى، فلا يصدق الشرط على البيع.

و أما الثانى: فالأظهر انه انشاء حكم تكليفى لا وضعى، و ذلك لان مضمونه لو كان عدم انفكاك الشرط عن المؤمن كان يحتمل ارادة اللزوم منه أو الصحة، و لكن بما ان مضمونه عدم انفكاك المؤمن عن شرطه - و هذا ليس صفة فى الشرط كى يكون ذلك ارشادا الى صحته أو لزومه بل هو صفة فى المؤمن - فلا محالة يكون ظاهرا فى كونه أمرا بالوفاء بالشرط تكليفا. و عليه فيجرى 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، و حيث ان الشارع الاقدس لم يردع عنها- لما ستعرف من عدم تامية ما استدل به على عدم اللزوم- فيستكشف من ذلك امضاؤه لها.

التاسع: النصوص الخاصة استدل بها السيد الفقيه قدس سره.

مثل صحيح جميل عن الامام الصادق عليه السلام الوارد فيمن اشترى طعاما و ارتفع أو نقص في القيمة و قد اکتال بعضه فابى صاحب الطعام ان يسلم له ما بقى و قال: ان لك ما قبضت، فقال: ان كان يوم اشتراه ساعره على انه له فله ما بقى. «١»

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب احكام العقود حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٠

و الحاصل ان الحكم باللزوم في مطلق الملك و في خصوص البيع، مما لا ينكر الا ان الظاهر فيما نحن فيه قيام الاجماع على عدم لزوم المعاطاة (١) بل ادعاه صريحا بعض الاساطين في شرح القواعد و يعضده الشهرة المحققة بل لم يوجد به قائل الى زمان بعض متأخرى المتأخرين فان العبارة المحكية عن المفيد رحمه الله في المقنعة لا تدل على هذا القول كما عن المختلف الاعتراف به فان المحكى عنه انه قال: ينعقد البيع، على تراض بين الاثنيين فيما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالابدان، انتهى.

وجه الدلالة: انه عليه السلام حكم باللزوم بمجرد المساعدة، و ان لم يكن الانشاء باللفظ و نحوه غيره.

و فيه: ان هذه النصوص واردة في مقام بيان حكم آخر فلا يصح التمسك باطلاقها.

فتحصل مما ذكرناه: ان الاستصحاب، و السيرة و دليل وجوب الوفاء بالعقد، و دليل لزوم البيع بالخصوص، تدل على لزوم المعاطاة.

ادلة عدم لزوم المعاطاة و الجواب عنها

المورد الثاني: فيما استدل به على عدم اللزوم:

و هو امور.

(١) احدها: الاجماع.

و تقريره من وجهين:

الأول: الاجماع البسيط على عدم اللزوم، و قد ادعاه غير واحد.

و فيه: اولاً: انه غير ثابت، كيف و ان ظاهر ما عن العلامة قدس سره في التذكرة و المختلف من نسبة اعتبار الصيغة في اللزوم الى الأشهر و الاكثر وجود قائل معتد به بعدم الاعتبار.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠١

و يقوى ارادة بيان شروط صحة العقد الواقع بين اثنين و تأثيره في اللزوم و كانه لذلك حكى كاشف الرموز عن المفيد و الشيخ رحمه الله انه لا بد في البيع عندهما من لفظ مخصوص و قد تقدم دعوى الاجماع من الغنية على عدم كونها بيعا و هو نص في عدم اللزوم و لا يقدح كونه ظاهرا في عدم الملكية الذي لا نقول به و عن جامع المقاصد يعتبر اللفظ في العقود اللازمة بالاجماع.

نعم قول العلامة رحمه الله في التذكرة ان الأشهر عندنا انه لا بد من الصيغة يدل على وجود الخلاف المعتد به في المسألة و لو كان

المخالف شاذ العبر بالمشهور و كذلك نسبه في المختلف الى الأكثر و في التحرير ان الأقوى ان المعاطاة غير لازمة، ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء على عدم لزومها مع ذهاب كثيرهم أو أكثرهم الى انها ليست مملكة، و انما تفيد الاباحة لم يكن هذا الاتفاق كاشفا (١) إذ القول باللزوم فرع الملكية و لم يقل بها الا بعض من تأخر عن المحقق الثاني تبعاً له، و هذا مما يوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذكور

(١) و ثانياً: ان اغلب المجمعين بانون على عدم افاده المعاطاة للملكية، فيكون الاتفاق تقييداً لا يفيد. و لا يكون كاشفاً إذ القول باللزوم فرع الملكية و لا يقول الاكثر بها.

و ثالثاً: ان مدرك المجمعين معلوم، فلا يكون اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم.
الثاني: الاجماع المركب.

بتقريب: ان الأصحاب بين من يقول بعدم افادتها الملك، و من يقول بعدم لزومها.
فالقول باللزوم احداث للقول الثالث.

وفيه: اولاً: انه ليس اجماعاً لوجود القائل باللزوم.

و ثانياً: ان ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم كما تقدم.

و ثالثاً ان كون الأصحاب على قولين لا يفيد في الاجماع المركب ما لم يكن اجماعاً على عدم الثالث، و في المقام، حيث ان القائلين بعدم افادتها الملك لم يصرحوا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٢

لان قول الأكثر بعدم اللزوم سالبه بانتفاء الموضوع. نعم يمكن ان يقال بعد ثبوت الاتفاق المذكور ان اصحابنا بين قائل بالملك الجائر و بين قائل بعدم الملك رأساً.

فالقول بالملك اللازم قول ثالث فتأمل.

و كيف كان فتحصيل الاجماع على وجه استكشاف قول الامام عن قول غيره من العلماء كما هو طريق المتأخرين مشكل لما ذكرنا و ان كان هذا لا يقدر في الاجماع على طريق القدماء كما بين في الأصول.

و بالجملة فما ذكره في المسالك من قوله بعد ذكر قول من لم يعتبر مطلق اللفظ في اللزوم ما احسنه و ما امتن عليه ان لم ينعقد الاجماع على خلافه في غاية الحسن و المتانة و الاجماع، و ان لم يكن محققاً على وجه يوجب القطع الا ان المظنون قويا تحققه على

عدم اللزوم مع عدم لفظ دال على انشاء التمليك سواء لم يوجد لفظ اصلا ام وجد، و لكن لم ينشأ التمليك به بل كان من جملة القرائن على قصد التمليك بالتقابض. و قد يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار (١) بل يظهر منها ان ايجاب البيع باللفظ دون مجرد

التعاطى كان متعارفاً بين اهل السوق و التجار،

بعدم اللزوم على تقدير القول بالملك، فلا يفيد.

الثالث: الاخبار الخاصة التي اشار إليها المصنف قدس سره بقوله.

(١) و يظهر ذلك من غير واحد من الاخبار.

و يمكن ان يكون نظره الى ما تقدم في ادلة افاده المعاطاة الملك من الخبر الوارد في بيع المصحف «١» و الوارد في بيع اطنان القصب «٢».

و يمكن ان يكون نظره الى ما سينقله من الأخبار التي ادعى اشعارها أو ظهورها.

فان كان نظره الى الأول فيرد عليه ما تقدم، و ان كان الى الثاني فسيأتى ما فيه.

(١) الوسائل، باب ٣١ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٣

بل يمكن دعوى السيرة على عدم الاكتفاء في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضي (١) نعم ربما يكتفون بالمصافقة فقول البائع برك الله لك أو ما ادى هذا المعنى بالفارسية. نعم يكتفون بالتعاطى في المحقرات و لا يلتزمون بعدم جواز الرجوع فيها بل ينكرون على الممتنع عن الرجوع مع بقاء العينين. نعم الاكتفاء في اللزوم بمطلق الانشاء القولى غير بعيد للسيرة و لغير واحد من الاخبار كما سيجىء ان شاء الله تعالى في شروط الصيغة

(١) الرابع سيرة المتشرعة، فان بناءهم في البيوع الخطيرة التي يراد بها عدم الرجوع على عدم الاكتفاء بالمعاطاة، و في المحقرات ينكرون على من امتنع عن الرجوع مع بقاء العينين إذا 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 تفيد.

الخامس: ما افاده المحقق الثاني قدس سره، و حاصله: ان اللزوم على قسمين: لزوم حكى، و لزوم حقى.

و الأول: انما هو ما يجعله الشارع الأقدس في موارد لمصلحة تدعو الى ذلك كما فى الهبة بذى الرحم، و اثر هذا عدم جواز جعل الخيار و عدم صحته الاقالة، و يقابل هذا الجواز الحكى كما فى الهبة بغير ذى الرحم، و اثره عدم جواز الاسقاط. و الثانى: انما يكون بانشاء المتعاقدين كما فى البيع اللفظى، فان البائع ينشأ باللفظ امرين: احدهما: تبديل أحد طرفى الاضافة بمثله، ثانيهما: الالتزام ببقاء بدلية المبيع للثمن.

و الأول مدلول مطابق للفظ، و الثانى مدلول التزامى له و يقابل هذا الجواز الحقى و هو ما جعل فيه الخيار.

و فى المعاطاة ليس شىء من اللزومين، اما الأول: فلعدم الدليل عليه، و أما الثانى:

فلأن الفعل قاصر عن افادة الالتزام ببقاء البدلية و ان قصد المتعاقدان ذلك، إذ مجرد البقاء القلبي ما لم ينشأ لا- يفيد فى باب المعاوضات، و الفعل من جهة عدم كونه مصداقا لهذا العنوان لا يصلح لكونه انشاء له، فادلة اللزوم من جهة تضمنها اللزوم الحقى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٤

بقى الكلام فى الخبر الذى تمسك به فى باب المعاطاة تارة على عدم افادة المعاطاة اباحة التصرف، و اخرى على عدم افادتها اللزوم جمعا بينه و بين ما دل على صحته مطلق البيع، كما صنعه فى الرياض و هو قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام و توضيح المراد منه يتوقف على بيان تمام الخبر، و هو ما رواه ثقة الاسلام فى باب بيع ما ليس عنده و الشيخ فى باب النقد و النسبة عن ابن ابي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نحيج، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يجيئنى و يقول اشتر لى هذا الثوب و اربحك كذا و كذا فقال:

أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك قلت: بلى، قال: لا بأس انما يحلل الكلام و يحرم الكلام. (١) و قد ورد بمضمون هذا الخبر روايات اخر مجردة عن قوله عليه السلام انما يحلل انتهى. كلها تدل على انه لا بأس بهذه المواعدة و المقاوله ما لم يوجب بيع المتاع قبل ان يشتريه من صاحبه. و نقول ان هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الرواية تحتمل وجوها:

- الذى لا يمكن القول به فى المعاطاة- لا تشملها، و تختص بالبيع اللفظية، فتكون المعاطاة جائزة لا بالجواز الحكمى التعبدى و لا بالجواز الحقى من جهة عدم تحقق منشأ اللزوم.

وفيه: اولاً: ان اللزوم مطلقاً يكون بجعل الشارع، و لذا لو قصد المتعاقدان الجواز فى البيع اللفظى لما حكم به، غاية الأمر فى بعض الموارد جعل حق الخيار و الاقالة، و فى بعض الموارد لم يجعل ذلك و الا فاللزوم مطلقاً انما يكون بجعل منه و عليه فالادلة الدالة على لزوم البيع انما تكون دالة على لزوم المعاطاة كالباع اللفظى بلا فرق بينهما اصلاً.

و ثانياً: ان الفعل كما يكون قاصراً عن افادة الالتزام ببقاء البديء، كذلك اللفظ قاصر عن افادته، إذ ليس ذلك لازماً لقصد تبديل المال بالمال كى يكون اللفظ الدال عليه دالاً عليه بالدلالة الالتزامية.

(١) السادس: خبر خالد بن نجيب «١» - أو الحجاج- المذكور فى المتن.

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٥

الأول: ان يراد من الكلام فى المقامين اللفظ الدال على التحريم و التحليل (١) بمعنى ان تحريم شىء، و تحليله لا- يكون الا بالنطق بهما فلا يتحقق بالقصد المجرد عن الكلام و لا بالقصد المدلول عليه بالافعال دون الاقوال.

و تقريب الاستدلال به: انه عليه السلام حصر المحلل و المحرم فى الكلام- اى اللفظ- فلا يكون الفعل محللاً و محرماً.

و فيه أن هذا الحديث مجهول على تقدير و حسن على تقدير آخر، إذ لو كان الخبر مروياً عن ابن نجيب فهو مجهول، و لو كان عن ابن الحجاج يكون حسناً، و حيث لم يثبت كونه عن ابن الحجاج فمن حيث السند لا يتم الاستدلال به.

و أما من حيث الدلالة فقد ذكر المصنف قدس سره للمراد من الجملة التى ذكرت علة، اى قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام- احتمالات اربعة، و ستمر عليك.

و هنا احتمال خامس لعلم الظاهر من الخبر ذكره صاحب الجواهر قدس سره و المحقق الخراسانى و المحقق الاصفهاني و المحقق الايروانى.

و حاصله: ان المراد بالكلام الالتزام البيعى، و المراد بالمحلل و المحرم المنسوبتين إليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري، و اطلاق الكلام على الالتزام شائع، مثل (كلام الليل يمحوه النهار).

فالمتحصل من الخبر: ان المشتري حيث انه ان شاء اخذ و ان شاء ترك فيكشف ذلك عن عدم تحقق المعاملة، و انما الواقع صرف المواعدة و المقاوله، فلا بأس لعدم كونه حينئذ من بيع ما ليس عنده، و هذا بخلاف ما إذا تحقق ايجاب البيع، و انطبق هذه الجملة

على جوابه عليه السلام على هذا فى غاية الوضوح، و عليه فهذا الخبر اجنبى عما استدل به له و هو اعتبار اللفظ فى اللزوم.

و أما الاحتمالات التى ذكرها المصنف قدس سره فشىء منها لا يخلو عن الاشكال، و هى اربعة.

(١) الاول: ان يكون المراد بالكلام اللفظ، فيكون المراد انحصار المحلل و المحرم باللفظ دون القصد المجرد، و دون الفعل مع القصد.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٦

الثانى: ان يراد بالكلام: اللفظ مع مضمونه كما فى قولك: هذا الكلام صحيح أو فاسد لا مجرد اللفظ اعنى الصوت و يكون المراد ان المطلب الواحد يختلف الحكم الشرعى حلاً و حرمة باختلاف المضامين المؤدات بالكلام مثلاً: المقصود الواحد و هو التسليط على

البضع مدة معينة يتأتى بقولها ملكتك بضعى أو سلطتك عليه أو آجرتك نفسى أو احللتها لك و بقولها تمتعت نفسى بكذا، فما عدا

الآخر موجب لتحريمه و الآخر محلل (١) و على هذا المعنى ورد قوله عليه السلام انما يحرم الكلام فى عدة من روايات المزارعة. منها ما فى التهذيب عن ابن محبوب عن خالد بن جرير عن أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال لا ينبغي له ان يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض ازرع فى ارضك و لك منها كذا و كذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط و لا يسمى بذرا و لا بقرا فانما يحرم الكلام.

و يرد عليه امور:

منها: لزوم تخصيص الاكثر، فان التذكية تحلل الحيوان، و ذهاب الثلثين يحلل العصير المغلى بالنار، و انقلاب الخمر خلا يحلل الخمر، و الحيازات تحلل الأموال، و موت المورث يحلل المال للورثة، الى غير تلكم من الموارد. و منها: ان لازم هذا عدم افادة المعاطاة الاباحة و لا التمليك، و هو خلاف الاجماع. و منها: عدم انطباقه على جواب الامام عليه السلام، فانه فى صدد بيان ان بيع ما ليس عنده فاسد، و ان مجرد المقاوله لا بأس به، و عليه فالتعليل المذكور غير مربوط بهذا كما لا يخفى.

(١) الثانى: ان يكون المراد ان المضمون الواحد يختلف حكمه باختلاف الالفاظ المفيدة له، مثلا التسليط على البضع مدة معينة يتحقق بتمتع نفسى بكذا، و يكون هذا محللا له، و لا يتحقق بملكته بضعى بكذا، و يكون هذا محرما له. و يرد عليه:

اولا: انه لا ينطبق على المورد، فان فى المورد مضمونين احدهما: المواعدة:

و ثانيهما: البيع، و الامام عليه السلام بصدد بيان ان الأول لا بأس به و الثانى فيه باس

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٠٧

الثالث: ان يراد بالكلام فى الفقرتين الكلام الواحد و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه فيكون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعكس أو باعتبار محله و غير محله، فيحل فى محله و يحرم فى غيره (١) و يحتمل هذا الوجه الروايات الواردة فى المزارعة.

الرابع: ان يراد من الكلام المحلل خصوص المقاوله و المواعدة و من الكلام المحرم ايجاب البيع و ايقاعه (٢) ثم ان الظاهر عدم ارادة المعنى الأول لأنه مع لزوم تخصيص الأكثر حيث ان ظاهره حصر اسباب التحليل و التحريم فى الشريعة، فى اللفظ يوجب عدم ارتباطه بالحكم المذكور فى الخبر جوابا عن السؤال مع كونه كالتعليل له لأن ظاهر الحكم كما يستفاد من عدة روايات اخر تخصيص الجواز بما إذا لم يوجب البيع على الرجل قبل شراء المتاع من مالكة و لا دخل لاشتراط النطق فى التحليل و التحريم فى هذا الحكم اصلا، فكيف يعلل به

و ثانيا: ان التحريم على هذا ليس مستندا الى الكلام.

و ثالثا: ان المناسب لهذا المعنى تنكير الكلام فى الموردین:

(١) الثالث: ان يكون المراد بالكلام فى الموردین الكلام الواحد، و يكون تحليله و تحريمه باعتبار وجوده و عدمه، أو باعتبار محله و غير محله، مثل: عقد النكاح يحلل إذا كان العاقد محلا، و يحرم إذا كان محرما.

و يرد عليه: ان التحليل و التحريم باعتبار الوجود و العدم فى غاية البعد، فانه مضافا الى ان الظاهر منه ما هو بالحمل الشائع كلام- أ لا ترى انه لم يحتمل احد ارادة العدم فى غير المقام، مثلا لم يحتمل احد فى قوله تعالى و لله على الناس حج البيت ان المراد عدم الحج- ان تقدير العدم ينافى وحدة السياق.

مع ان نسبة المحللية الى عدم الشيء لا تصح، إذ عدم لا يؤثر في الصحة.

و أما باعتبار وقوع الكلام في محله و في غير محله فهو ايضا لا يتم، إذ الايجاب الواقع في غير محله لا يكون محرما، لان عدم الحلية انما يكون لعدم حصول الايجاب الصحيح لا لحصول الايجاب الفاسد.

(٢) الرابع: ان يراد بالكلام المحلل خصوص المقاوله، و من الكلام المحرم ايجاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٨

و كذا المعنى الثانى، إذ ليس هنا مطلب واحد حتى يكون تأديته بمضمون محللا و بآخر محرما، فتعين المعنى الثالث و هو ان الكلام الدال على الالتزام بالبيع لا يحرم هذه المعاملة الا وجوده قبل شراء العين التى يريد بها الرجل لأنه يبيع ما ليس عنده و لا يحلل الا عدمه، إذ مع عدم الكلام الموجب لالتزام البيع، لم يحصل الا التواعد بالمبايعه هو غير مؤثر فحاصل الروايه ان سبب التحليل و التحريم فى هذه المعاملة منحصر فى الكلام عدما و وجودا و المعنى الرابع، و هو ان المقاوله و المراضاه مع المشتري الثانى، قبل اشتراء العين محلل للمعاملة و ايجاب البيع معه محرم لها و على كلاً-المعنيين يسقط الخبر عن الدلاله على اعتبار الكلام فى التحليل كما هو المقصود فى مسأله المعاطاه.

نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر (١) بعد ما عرفت من أن المراد بالكلام هو ايجاب البيع: بأن يقال أن حصر المحلل و المحرم فى الكلام لا يتأتى الا مع انحصار ايجاب البيع فى الكلام إذ لو وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام الا-ان يقال ان وجه انحصار ايجاب البيع فى الكلام فى مورد الروايه هو عدم امكان المعاطاه فى خصوص المورد إذ المفروض أن المبيع عند مالكة الأول،

البيع. و بعبارة اخرى: يكون المراد ان العبارة الواحدة يختلف حكمها باعتبار قصد الانشاء منها أو صرف المقاوله.

و يرد عليه: ان المقاوله لا تكون محلله لشيء، كما ان البيع الفاسد لا يحرم شيئا.

و يمكن تصوير احتمالات اخر فى الخبر، الا انه لا يهمننا التعرض لها، و قد عرفت ان الأظهر هو ما اخترناه تبعا للاساطين، و عليه فالخبر اجنبى عن المقام.

(١) قوله: نعم يمكن استظهار اعتبار الكلام فى ايجاب البيع بوجه آخر.

هذا لا يتم بناء على الاحتمال الذى استظهرناه.

و أما بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من الخبر فغايه ما يمكن ان يقال فى تقريب دلالة الخبر على اعتبار اللفظ فى البيع: انه حصر المحلل و المحرم فى الكلام، و لو لم ينحصر ايجاب البيع به و وقع بغير الكلام لم ينحصر المحلل و المحرم فى الكلام.

و لكنه غير تام، إذا الحصر على الاحتمال الرابع لوحظ بالاضافه الى الايجاب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٠٩

فتأمل (١) و كيف كان فلا يخلو الروايه عن اشعار أو ظهور كما يشعر به قوله عليه السلام فى روايه اخرى وارده فى هذا الحكم ايضا، و هى روايه يحيى بن الحجاج عن ابى عبد الله عليه السلام عن رجل، قال لى اشتر لى هذا الثوب أو هذه الدابه و بعينها اربحك فيها كذا و كذا. قال: لا بأس بذلك اشتراها و لا تواجهه البيع قل ان تستوجبها أو تشتريها،

فان الظاهر ان المراد من مواجهه البيع (٢) ليس مجرد اعطاء العين للمشتري و يشعر به ايضا روايه العلاء الوارده فى نسبة الربح الى اصل المال، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يريد ان يبيع بيعا فيقول ابيعك بده دوازده أو ده يازده فقال: لا بأس انما هذه المراضه فإذا جمع البيع جعله جمله واحدة فان ظاهره على ما فهمه بعض الشراح انه لا يكره ذلك فى المقاوله التى قبل العقد، و انما يكره حين العقد و فى صحيحه ابن سنان: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه.

ثم تشتري له نحو الذي طلب، ثم توجهه على نفسك ثم تبعه منه بعد.

في مقابل المقابلة لا- بالإضافة الى اللفظ في قبال الفعل مثلا. و على الاحتمال الثالث لوحظ بالإضافة الى وجود الايجاب في قبال عدمه، أو بالإضافة الى وقوعه في محله في مقابل وقوعه في غير محله. نعم لو كان للوصف مفهوم صح ما ذكر. (١) قوله فتأمل.

لعله اشارة الى انه في المعاطاة لا- يعتبر الاعطاء من الطرفين بل يكفي الاعطاء من طرف واحد فلو اعطى المشتري الثمن قاصدا به الاستيجاب واخذ البائع بقصد الايجاب تحقق البيع على كلام يأتي. أو الى انه لا دلالة في الخبر على عدم كون المبيع عنده خارجا بل ظاهر قوله اشترى لي هذا الثوب هو حضور الثوب عندهما. (٢) قوله فان الظاهر ان المراد من مواجهة البيع ليس مجرد اعطاء العين. الانصاف انه لا إشعار في شيء من هذه النصوص «١» بذلك فضلا عن الظهور. فتحصل: ان الاظهر بحسب الادلة ان المعاطاة تفيد الملك و تكون لازمة.

(١) راجع الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٠

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع (١)

اشارة

بل الظاهر من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد انه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة في النهاية و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى:

(احل الله البيع). و أما على القول بافادتها للاباحة فالظاهر انه بيع عرفي لم يؤثر شرعا الا الاباحة فنفي البيع عنها في كلامهم و معاهد اجماعهم هو البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقا من ان مقصود المتعاطيين في المعاطاة التملك و البيع. و أما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من ان محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الاباحة فلا اشكال في عدم كونها بيعة عرفا و لا شرعا و على هذا فلا بد عند الشك في اعتبار شرط فيها من الرجوع الى الأدلة الدالة على صحة هذه الاباحة العوضية من خصوص أو عموم و حيث ان المناسب لهذا القول التمسك في مشروعيتها بعموم الناس مسلطون على اموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفي شرطية غير ما ثبت شرطيته كما انه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس.

و الحاصل ان المرجح على هذا عند الشك في شروطها هي ادلة هذه المعاملة سواء اعتبرت في البيع ام لا.

و أما على المختار من ان الكلام فيما قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع (٢) مطلقا ام لا، كذلك ام يبتنى على القول بافادتها للملك و القول بعدم افادتها الا الاباحة وجوه.

اعتبار شرائط البيع فيها

(١) قوله الظاهر ان المعاطاة قبل اللزوم على القول بافادتها الملك بيع. هذا هو التنبيه الاول من التنبيهات التي يتعرض لها المصنف.

و هو ان المعاطاة هل هي بيع يترتب عليه جميع احكام البيع ام لا، ام هناك تفصيل بين المسالك. و حق القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

(٢) الاول: في انه هل يعتبر في المعاطاة شروط البيع كمعلومية العوضين و وجوب منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١١

يشهد للأول: كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه في البيع (١)

التقابض في الصرف و السلم و غيرهما، و هل تلحقها احكامه ككون تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه ام لا؟ الثاني: في انه هل يجرى فيها الربا ام لا.

الثالث: في جريان الخيار فيها.

اما الأول: فان قلنا ان المعاطاة معاملة مستقلة مفيدة للملك و لا تكون بيعا، فان كان دليل امضائها مما له اطلاق ك (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١». و نحو ذلك.

فالأظهر عدم اعتبار شيء من الشرائط فيها، إذ تلك شرائط للبيع على الفرض،

و المعاطاة ليست بيعا، و مقتضى اطلاق ذلك الدليل عدم اعتبارها فيها بناء على ما عرفت من صحة التمسك باطلاق ادلة المعاملات لنفي اعتبار ما شك في اعتباره في الأسباب و ان كانت الفاظها اسامي للمسيبات.

و ان كان دليل امضائها السيرة التي ليس لها اطلاق، فان فرضت على عدم اخذ ذلك الشيء في مقام التعاطي فعدم الاعتبار واضح، و ان لم يثبت ذلك فلا بد من رعايتها لقصور الدليل اللبي، و الأصل يقتضى عدم ترتب الأثر عليها عند فقدانها.

و به يظهر حال المعاطاة المقصود بها الاباحة.

و أما ان لم نقل بانها معاوضة مستقلة و قصد بها الملكية، فتارة: نقول انها تفيد الملك اللازم، و اخرى: نقول انها تفيد الملك الجائز، و ثالثة: نقول انها تفيد الاباحة.

(١) فان قلنا انها تفيد الملك اللازم فالأظهر اعتبار جميع الشروط فيها و لحوق جميع احكامه لها، و ذلك لان دليل اعتبار ذلك الشرط ان كان له اطلاق يدل على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا فالأمر واضح لانها بيع، و ان لم يكن له اطلاق - كما إذا ثبتت شرطية شيء للبيع بالاجماع.

فقد يتوهم انه من جهة ذهاب جمع من المجمعين الى عدم كون المعاطاة بيعا

(١) المائة، ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٢

و يؤيده ان محل النزاع بين العامة و الخاصة في المعاطاة هو ان الصيغة معتبرة في البيع كسائر الشرائط ام لا، كما يفصح عنه عنوان المسألة في كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان، و ان فرض مشاركا له في الحكم و لذا ادعى في الحدائق ان المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل شروط البيع

لا يكون اجماع على اعتباره في المعاطاة، فلا وجه لاعتباره فيها.
ولكنه توهم فاسد، فانه فرق بين موارد التخصيص و التخصص.

توضيح ذلك: انه تارة: ينعقد الاجماع على وجوب اكرام العلماء، ولكن المجمعين مع بنائهم على ان النحويين من العلماء ذهبوا- أو جمع منهم- الى عدم وجوب اكرامهم.

وفي هذا المورد يؤخذ بالمتيقن و يحكم بعدم وجوب اكرام النحويين و اختصاص الاجماع بغيرهم.

و اخرى: ينعقد على وجوب اكرام كل عالم، الا ان جماعة منهم ذهبوا الى عدم وجوب اكرام النحويين لبنائهم على انهم ليسوا بعلماء. فمثل هذا الاجماع لا يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلو كان النحوي عندنا من العلماء نحكم بوجوب اكرامه.
و المقام من قبيل الثاني، إذ من يقول بعدم اعتبار ذلك الشرط في المعاطاة انما يقول به لاجل انه لا يراها بيعا، و عليه فلا وجه للأخذ بالمتيقن من الاجماع.

و بالجملة: فتاوى العلماء من قبيل النص انما يرجع إليها في تعيين الحكم الكلي، و أما صدق الموضوع على فرد و عدمه فلا بد فيه من التماس وجه آخر.

و لا فرق فيما ذكرناه بين كون مدرك افادة المعاطاة الملك و اللزوم هي ادلة امضاء البيع ام كان هي السيرة.

و عن المحقق الاصفهاني قدس سره: انه ان كان دليل نفوذ المعاطاة هي السيرة و قد فرضت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٣

غير الصيغة المخصوصة، و انها تفيد اباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض، و مقابل المشهور في كلامه قول العلامة رحمه الله في النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف في اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شرائط البيع.

على عدم اخذ ذلك الشيء- الذي دل النص مثلا على اعتباره في البيع الشرعي مطلقا في مقام التعاطي- كانت مخصصة لدليل اعتبار الشرط و دالة على اختصاصه بالقولي.

و فيه: ان المراد بهذه السيرة ان كان هي السيرة العقلائية فلا يعقل كونها مخصصة لدليل اعتبار ذلك الشرط، فان ذلك الدليل انما يدل على دخله في البيع الشرعي- كما سيمر عليك- فلا محالة لا بد من تقديمه على السيرة على عدم اخذه في البيع العرفي كما لا يخفى.

و ان اريد بها سيرة المتشعبة المستمرة كان ما ذكر تاما- ان ثبت- لكن دون اثباتها خرط القتاد.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على هذا المسلك و لحوق جميع احكامه لها.

و ان قلنا: انها تفيد الملك الجائز، ففيها اقوال و وجوه:

احدها: اعتبار جميع شرائط البيع فيها.

الثاني: عدم اعتبار شيء منها فيها.

الثالث: التفصيل بين الشرائط التي ثبت اعتبارها بالنص فتعتبر فيها، و ما ثبت اعتباره فيها بالاجماع فلا يعتبر.

الرابع: التفصيل بين ان يكون دليل نفوذ المعاطاة الادلة اللفظية فتعتبر فيها شرائط البيع.

و بين ان يكون دليل النفوذ السيرة فلا تعتبر فيها.

و الأظهر هو الأول، لان الأدلة الدالة على اعتبار الشرائط في البيع تدل على اعتبارها في كل ما يصدق عليه البيع سواء كانت من الادلة

اللفظية أو اللبية، و المعاطاة بيع على الفرض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٤

و يشهد للثاني: ان البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم فيه باللزوم (١)

و ثبت له الخيار فى قولهم البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه. اما على القول بالاباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشرع إذ لا نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت اطلاق الشارع عليه فى مقام فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم.

و قد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الاجماع على عدم كون المعاطاة بيعا، بيان ذلك: و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف الى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار و قولهم ان الأصل فى البيع اللزوم، و الخيار انما ثبت لدليل و ان البيع بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك.

و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ان اطلاق البيع فى النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه الا بفسخ عقده بخيار أو بتقاييل،

(١) و استدلل للثانى فى المتن: بان البيع إذا 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، و قالوا: الأصل 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 جوازا حقا و المعاطاة و ان كانت بيعا الا انها محكومة بالجواز الحكمى، فلا تشملها ادلة الشرائط.

و فيه: اولاً: ان اللزوم و الجواز على ما اعترف به سابقا من احكام السبب لا من خصوصيات المسبب، و البيع اسم للمسبب، فلا مورد لدعوى انصراف البيع الى البيع اللازم.

و ثانياً: انه لو سلم كون البيع قسمين: لازما و جائزا، و لكن لا وجه لدعوى الانصراف الى اللازم، لأن الغالب تحقق البيع بالتعاطى، و على فرض التنزل لا غلبة للقولى، مضافا الى ان الغلبة لا تكون منشأ للانصراف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٥

و وجه الثالث ما تقدم للثانى على القول بالاباحة: من سلب البيع عنه، و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه، حيثئذ و ان لم يكن لازما، و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل على البيع العرفى و ان لم يفد عند الشارع الا الاباحة و بين ما ثبت بالاجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين الى العقد اللازم (١) و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك، كما عرفت من جامع المقاصد.

و بالجملة: بعد ما لا شبهة فى ان صدق البيع على المعاطاة ليس ضعيفا بحيث تكون خارجة عن حقيقة البيع عند العرف، فلا مورد لدعوى الانصراف.

(١) و استدلل للثالث: بان الانصراف المزبور انما هو فى كلمات العلماء، و لا يكون فى الاخبار، و عليه فما ثبت اعتباره بالاخبار يكون معتبرا فى المعاطاة، و ما ثبت اعتباره بالاجماع فهو لانصرافه عندهم الى البيع القولى لا يكون معتبرا فيها.

و بانه لا بد من الاخذ فى الأدلة اللبية بالمتيقن، و هو يقتضى الاختصاص لتصريح جماعة منهم بعدم الاعتبار فى المعاطاة، و هذا بخلاف الدليل اللفظى.

و فيهما نظر.

اما الأول: فلما تقدم من منع الانصراف.

و أما الثاني: فلما مر من ان الاخذ بالمتيقن انما هو في مورد التخصيص لا التخصص، و المقام من قبيل الثاني، فراجع.

و استدل للراجع: بما تقدم هو و جوابه في المورد الأول، اى بناء على القول بافادة المعاطة الملك اللازم. فراجع.

فالأظهر اعتبار جميع الشرائط في المعاطة بناء على افادتها الملك مطلقا.

و ان قلنا: بانها تفيد الاباحة الشرعية، فقد استدل لاعتبار الشرائط فيها بوجهين:

الأول: انها بيع عرفي و ان لم تفد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشرائط هو البيع العرفي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٦

و أما على القول بالاباحة: فلانها لم يثبت الا في المعاملة الفاقدة للصيغة فقط، فلا تشمل الفاقدة للشرط الآخر ايضا (١) ثم انه حكي

عن الشهيد رحمه الله في حواشيه على القواعد انه بعد ما منع من اخراج المأخوذ بالمعاطة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدى الا بعد

تلف العين، يعنى العين الاخرى ذكر انه يجوز ان يكون الثمن و المثل في المعاطة مجهولين لأنها ليست عقدا، و كذا جهالة الأجل،

وانه لو اشترى امه بالمعاطة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن، انتهى. و حكي عنه في باب الصرف ايضا انه لا- يعتبر التقابض في

المجلس في معاطة التقدين.

اقول: حكمه قدس سره بعدم جواز اخراج المأخوذ بالمعاطة في الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح في عدم

افادتها للملك، الا ان حكمه قدس سره بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللا بأن المعاطة ليست عقدا، يحتمل ان

يكون باعتبار عدم الملك

(١) الثاني: ان الاصل في المعاطة على القول بعدم الملك الفساد، و عدم تأثيره شيئا، خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث

اللزوم و العدم- و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة- و بقى الباقي.

و فيهما نظر.

أما الأول، فلأنه فرق بين دليل امضاء البيع و دليل اعتبار شىء فيه، و الأول لا بد و ان يكون موضوعه البيع العرفي لانه القابل للامضاء،

و الثاني لا يعقل ان يكون موضوعه ذلك، بل لا بد و ان يكون البيع الشرعي، إذ هو المشروط بنظره بشىء اما البيع العرفي فلا يعقل

اناطته بشىء من ما اعتبره، إذ اعتبار شخص كيف يعقل ان يكون منوطا بنظر شخص آخر.

و أما الثاني: فلأن دليل امضاء المعاطة- كان هو الدليل اللفظي أو السيرة- يكون عاما شاملا للفاقد لتلك الشرائط كما تقدم.

و بهذا ظهر مدرك القول بعدم اعتبارها فيها، و يأتي فيه التفصيلان المتقدمان مع جوابهما.

و الأظهر اعتبارها فيها على هذا المسلك ايضا لما تقدم من ان المعاطة على هذا المسلك ايضا بيع شرعي، غاية الأمر تأثيرها في

حصول الملك مشروط بالتصرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٧

حيث ان المفيد للملك منحصر في العقد، و ان يكون باعتبار عدم اللزوم حيث ان الشروط المذكورة لشرائط للبيع العقدي اللازم و

الاقوى: اعتبارها و ان قلنا بالاباحة لأنها بيع عرفي، و ان لم يفد شرعا الا الاباحة و مورد الادلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع

العرفي لا- خصوص العقدي، بل تقيدها بالبيع العقدي تقييد بغير الغالب، و لما عرفت من ان الاصل في المعاطة بعد القول بعدم

الملك: الفساد و عدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا

الصيغة و بقى الباقي، و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه ايضا (١) و ان خصصنا الحكم بالبيع.

المتوقف على الملك، و التصرف نظير القبض المشروط بيع الصرف به، و قد تقدم توجيه ذلك، و عليه فيعتبر فيها كل ما هو من شرائط البيع.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار جميع الشرائط فيها على جميع هذه المسالك الثلاثة.

جريان الربا في المعاطة

المورد الثاني: في جريان الربا فيها و عدمه قال المصنف.

(١) و بما ذكرناه ظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا.

و ملخص القول فيه انه تارة: نقول بجريان الربا في كل معاوضة و ان لم تكن يباعا كما هو الأظهر و المشهور. لعموم الآية الشريفة و حرم الربوا «١» فان الربا هي الزيادة في احد العوضين - المتجانسين، و لخصوص الاخبار الدالة على اشتراط المثلية في المعاوضة مع اتحاد الجنس كقوله عليه السلام في صحيح الحلبي: الفضة بالفضة مثلا بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل، ليس فيه زيادة و لا نقصان الزائد و المستريد في النار «٢». و في صحيح ابى بصير: الحنطة و الشعير رأسا برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر «٣».

(١) البقرة، آية ٢٧٥.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الصرف حديث ١.

(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الربا حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٨

بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك (١) لانها معاوضة عرفية و ان لم يفد الملك، بل معاوضة شرعية اعترف بها الشهيد رحمه الله في موضع من الحواشي حيث قال ان المعاطة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة، انتهى. و لو قلنا بأن المقصود للمتعاطين الاباحة لا الملك فلا يبعد ايضا جريان الربا (٢) لكونها معاوضة عرفا، فتأمل.

و في حديث آخر: الدقيق بالحنطة و السويق بالدقيق مثلا بمثل لا بأس به و نحوهما غيرهما.

و اخرى: نقول انه مختص بالبيع كما عن الحلبي و العلامة رحمهما الله.

فعلى الأول يجرى الربا في المعاطة، كانت معاوضة مستقلة ام كانت يباعا مفيدة للملك اللازم أو الجائر أو الاباحة، اما على الثلاثة الاول فواضح، و أما على الأخير فلما تقدم من انها مفيدة للملك، غاية الأمر مشروطة بشرط متأخر.

نعم، إذا كان المقصود بها الاباحة لا يجرى فيها الربا، لأنه مختص بالمعاوضات الناقلة للملك.

و على الثاني لا يجرى فيها إذا كانت معاوضة مستقلة أو قصد بها الاباحة.

(١) قوله بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يريها مفيدة للملك.

ان كان مراده انه كذلك على التخصيص و هو و ان كان يلائم مع ما ذكره بقوله و بما ذكرناه يظهر وجه تحريم الربا فان علتة حينئذ هي كونها يباعا عرفيا.

لكن يرد عليه ان التعليل لذلك بقوله لانها معاوضة عرفية و ان لم تفد الملك - لا يصح.

و ان كان مراده انه كذلك على التعميم.

فيرد عليه ان الربا مختص بالمعاوضات المفيدة للملك - فمع فرض عدم افادتها له لا يجرى فيها الربا - الا بناء على ما ذكره سابقا من انها بيع عرفا بالتقريب المتقدم و عليه فلا بد من التعليل بذلك لا بأنها معاوضة.

(٢) قوله فلا يبعد ايضا جريان الربا.

بل هو بعيد كان الربا مختصا بالبيع أو عاما لكل معاوضة اما على الاول فواضح فانها حينئذ ليست بيعا عرفيا ولا شرعيا. و أما على الثاني فلانه مختص بالمعاوضة الملكية و لعله الى ذلك اشار بقوله فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١١٩

و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم (١) فيمكن نفيه على المشهور لأنها اباحة عندهم فلا معنى للخيار، و ان قلنا بافادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا، بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتي عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمان المعاطاة (٢) الا- ان اثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح اسقاطه و المصالحه عليه قبل اللزوم، و يحتمل ان يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع، فلا- يجرى لاختصاص ادلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة الى الرد دون الأرش، فيجرى لعموم ادلتها.

و أما حكم الخيار بعد اللزوم فسيأتي بعد ذكر الملزمات.

جريان الخيارات فيها

(١) قوله و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم.

هذا هو المورد الثالث: و هو في جريان الخيارات فيها.

فان قلنا: انها معاوضة مستقلة، فالخيارات المختصة بالبيع لا تجرى فيها لعدم كونها بيعا، و ما لا يختص بالبيع يجرى فيها، و هذا واضح.

و ان قلنا: انها بيع، فبناء على افادتها للملك اللازم تجرى جميع الخيارات فيها.

و أما بناء على افادتها للملك الجائر، فقال المصنف قدس سره.

(٢) فيمكن القول بثبوت الخيار فيها مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم،

كما سيأتي عند تعرض الملزمات، فالخيار موجود من زمان المعاطاة.

و يرد عليه: انها ان كانت بيعا فهي بيع قبل اللزوم، إذ اللزوم لا يصيرها بيعا.

و قد يقال: انه بناء على هذا المسلك لا- معنى لثبوت الخيار فيها قبل اللزوم لكونه تحصيليا للحاصل، و يلزم منه اجتماع المثليين، و

اللغوية لفرض كونها جائزة.

و يرد عليه: اولاً: ان جوازها حكمي، و الخيار جواز حقي، و الأول لا يجوز اسقاطه و نقله، و لا يورث بالموت، و الثاني يجوز اسقاطه

و نقله و يورث بالموت، فلا يلزم من ثبوته المحاذير المذكورة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٠

الأمر الثاني: ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطي فعلا من الطرفين (١)

فالمملك أو الاباحة في كل منهما بالاعطاء

و ثانيا: لو سلمنا كون جوازه ايضا حقيقيا، يمكن الجواب عنه بما اجاب به المصنف قدس سره في الخيارات فيما إذا اجتمع سببان من الخيار ككون المبيع حيوانا و معيبا،
و هو: ان الخيار و جواز الفسخ واحد و له اسباب متعددة، و لو اسقط ذو الخيار احدهما يكون الآخر باقيا.
و بعبارة اخرى: يكون الجواز واحدا و له علل متعددة، و لا محالة عند اجتماعها يستند المعلول الى مجموعها، و لو انعدم احد العلل يكون المعلول باقيا لبقاء علته و مستندا الى الباقي من العلل.
و ثالثا: 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 إذا ثبت الخيار.
فالأظهر جريانها فيها على هذا المسلك ايضا.
و أما بناء على افادتها الاباحة، فحيث عرفت انها بيع، غاية الأمر حصول الملكية يكون مشروطا بالتلف أو بالتصرف المتوقع على الملك، فتجرى فيها الخيارات، و ما في المتن من انه لا معنى للخيار مما لا وجه له.
نعم لو قصد بالمعاطاة الاباحة لا تجرى فيها الخيارات، اما الخيارات المختصة بالبيع فواضح، و أما الخيارات التي ادلتها تعم غير البيع فلانه ليس هناك سبب معاملي يمكن حله و ازالته.

بيان مورد المعاطاة

(١) قوله الامر الثاني ان المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين.

هذا الامر: في بيان المراد من المعاطاة و موردها.

و ملخص القول فيه: ان الصور المتصورة خمس:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢١

فلو حصل الاعطاء من جانب واحد لم يحصل ما يوجب اباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا الاباحة رأسا لأن كلا منهما ملك أو مباح في مقابل ملكية الآخر أو اباحته. الا ان الظاهر من جماعة من متأخري المتأخرين تبعا للشهيد في الدروس جعله من المعاطاة (١) و لا- ريب انه لا- يصدق معنى المعاطاة لكن هذا لا يقدح في جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فيكون اقباض احد العوضين من مالكة تمليكا له بعوض، أو مبيحا له به واخذ الآخر له تملكا له بالعوض أو اباحة له بازائه، فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء، واخذه يبع للمثمن به فيحصل الايجاب و القبول الفعليين بفعل واحد في زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة، إذ يدل عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين.
و أما على القول بالاباحة فيشكل بانه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الاباحة. اللهم الا ان يدعى قيام السيرة عليها كقيامها

الاولى التعاطى من الطرفين و هو المتيقن، و الفرد الواضح المنطبق عليه عنوان المعاطاة،

و لكن لا- بد و ان يعلم ان المقصود بالتعاطى ان كان هي المبادلة و المعاوضة لا يتوقف تحققها على العطاء من الجانبين بل هي تتم بالعطاء من جانب و الاخذ من جانب آخر،

فان المعطى ينشأ البيع باعطائه، و الاخذ يقبله باخذه، فالعطاء من جانب القابل لا محالة يكون بعنوان الوفاء لما التزم به في اخذه، بل لو

لم يكن منشئاً للقبول باخذه كانت المعاملة فاسدة، فان العطاءين المقصود بهما التمليك و المعاوضة من قبيل الايجابين الصادرين من الطرفين، و لا- تتحقق بهما المعاملة. نعم إذا قصد بهما الاباحة تتحقق لعدم كونها حينئذ معاملة، و ان كان داعي كل منهما للاباحة اباحة صاحبه.

(١) الصورة الثانية: الاعطاء من جانب واحد و الاخذ من الطرف الآخر، و هذا و ان لم يصدق عليه عنوان المعاطاء حقيقة، الا ان هذا العنوان لم يرد في آية و لا رواية كى يدور الحكم بالنفوذ و عدمه مدار صدقه و عدمه، و المراد بها فى كلمات العلماء: ما يشمل الاعطاء من جانب، و لذا تراهم يعنونون جريان المعاطاء فى الهبة، مع انه ليس فى ذلك الباب الا الاعطاء و الاخذ. و عليه: فلا بد من ملاحظة الادلة، و قد عرفت انه فى موارد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٢

على المعاطاء الحقيقية، و ربما يدعى انعقاد المعاطاء بمجرد اىصال الثمن و اخذ المثل من غير صدق اعطاء اصلا (١) فضلا عن التعاطى كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفللس فى المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات و نحوها، و من هذا القبيل دخول الحمام و وضع الأجرة فى كوز صاحب الحمام مع غيبته. فالمعيار فى المعاطاء: وصول العوضين أو احدهما مع الرضا بالتصرف.

و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله ايضا فى مسألة المعاطاء و سيأتى توضيح ذلك فى مقامه ان شاء الله

التعاطى ايضا يكون انشاء البيع بالاعطاء من جانب و الاخذ من جانب آخر، و يكون اعطاء الاخذ و فاء لما التزم به، فنفس ما هو موضوع للحكم فى الموردین واحد، فلا وجه لدعوى عدم شمول الادلة للمورد الثانى.

الصورة الثالثة: ما إذا لم يكن هناك اعطاء اصلا، بل كان اىصال و وصول، كما تعارف اخذ الماء مع غيبة السقاء، و وضع الفللس فى المكان المعد له، إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك، و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات.

(١) و الى هذه نظر المصنف بقوله و ربما يدعى انعقاد المعاطاء بمجرد اىصال الثمن.

و لو فرضنا تحقق سائر شرائط البيع من معلومية العوضين و غيرهما- كما هو المفروض فى هذا المقام- تصحيح البيع فى المقام يتوقف على احد امور:

اما كون السقاء مثلا قاصدا بوضع الماء تمليك كل من شرب الماء بازاء ما تعارف فيه من العوض، و ان صاحب البقل قصد تمليك كل من اخذ البقل بوضعه فى ذلك المكان بعوضه المتعارف، و هكذا.

و أما كون وضع المال فى المحل الخاص فى الامثلة توكيلا للأخذ فى البيع، فيكون هو متصديا لطرفى العقد.

و أما كون وضع الدراهم فى كوز السقاء و اخذ الماء منه انشاء للبيع من الطرفين،

و السقاء بعد اطلاعه عليه يجيز هذه المعاملة برضائه بها.

و الظاهر ان شيئا منها ليس فى المعاملات الخارجية.

اما الأول: فلعدم تمليك صاحب المال بالنحو المذكور، مع انه يلزم منه الفصل بين الايجاب و القبول، و سيأتى اعتبار عدمه فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٣

ثم انه لو قلنا بان اللفظ الغير المعتبر فى العقد كالفعل فى انعقاد المعاطاء امكن خلو المعاطاء من الاعطاء و الاىصال رأسا فيتناولان على مبادلة شىء بشىء من غير اىصال (١) و لا- يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك. و أما على القول بالاباحة فالاشكال المتقدم هنا اكد.

و أما الثاني: فلعدم توكيل المالك شخصا معينا و لا جميع الاشخاص، بل عدم توجهه الى ذلك، كما ان الاخذ لا يكون قاصدا للايجاب و القبول.

و أما الثالث: فلعدم قصد الاخذ بالنحو المذكور، مضافا الى ان بناء المتشعبة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الاجازة، بل و عدم اجازة صاحب المال.

فالأظهر انه في هذه الموارد اباحة بالعوض، و الدليل على نفوذها و صحتها هي السيرة. و بعبارة اخرى: يكون تصرفا بالرضا و اذنا في الاتلاف بالعوض المسمى، و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع.

الصورة الرابعة: ما إذا لم يكن ايصال ايضا، بل كانت نتيجة كما إذا كان المالكان عندهما بسبق امانة أو اشتباه أو غير ذلك فقصد البيع و التبديل بلا فعل من كل منهما، بل قصدها بالبقاء، و الظاهر انه لا يتحقق البيع لعدم وجود قول أو فعل كاشف عن قصد المعاملة و مجرد القصد لا- يكفي، اللهم الا- ان يقال ان ابقاء كل منهما ما له تحت يد صاحبه و امساكه ماله فعلان اختياريان، فيمكن انشاء البيع بهما.

(١) هذه هي الصورة الخامسة: و هي ان ينشأ البيع باللفظ غير المعتمد في العقد، أى اللفظ غير الصحيح، كما في الانشاء باللفظ المتعارف استعماله في مقام المقابلة، و الظاهر عدم انعقاد البيع، فان البيع الممضى بعد ما لم يكن مجرد القصد الساذج، و اعتبرنا اظهارة بفعل أو قول، فلا بد و ان يكون باللفظ أو الفعل الذى له مظهرية لذلك المعنى فى نفسه، و لا ينعقد بكل فعل أو لفظ. فتأمل هذا على القول بالملك.

و أما على القول بالاباحة التعبدية الشرعية فالأمر اوضح لعدم احراز السيرة على مثله ليحكم عليه بالاباحة نعم بناء على الاباحة المالكية لا إشكال فى ثبوتها به لان المناط فيها احراز الرضا.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٤

الثالث: تمييز البائع من المشتري فى المعاطاة الفعلية

مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدينير و الفلوس المسكوكة و اوضح (١) فان صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف.

تمييز البائع عن المشتري

(١) الامر الثالث: تمييز البائع عن المشتري فى المعاطاة، مع كون احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و ما شاكل و اوضح. انما الكلام فيما لو كان العوضان من غيره.

و تنقيح القول بالبحث فى موردين:

احدهما: فيما هو الحق.

ثانيهما: فيما افاده المصنف و سائر الاساطين، و ما يرد عليهم.

اما المورد الأول: فلتوضيح المطلب لا بد من تقديم مقدمة، و هي:

ان المعاملة البيعية و سائر المعاملات حتى الهبة انما تكون متقومة بامرین: تملك من طرف، و مطاوعة و قبول من الآخر، و لو كان هناك تملك بلا قبول كانا ايجابين و لم ينطبق عليهما عنوان البيع و لا غيره من عناوين المعاملات.

إذا عرفت هذه المقدمة، فاعلم: انه فى 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 و العروض .
 و أما في مقام الاثبات ففي المعاملة الفعلية لا محالة يكون المعطى ماله اولا هو البائع لانه يملك ماله بعوض، اللهم الا ان يكون قصده من الاعطاء كونه امانه عند صاحبه الى ما بعد المعاملة فيكون في الحقيقة اقباضا للعوض قبل البيع، و لا يتصور في اعطاء المعطى الأول غير ذلك، فانه لا يمكن ان يكون قبولا مقدما بان ينشأ به تملك مال صاحبه، و هذا بخلاف المعاملة اللفظية فانه يتصور فيه ذلك.
 و لو كان الاعطاء من الطرفين في آن واحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٥

و أما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام الثمن في العوضيه (١) فإذا اعطى الحنطة في مقابل اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطة يسوى درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطة و إذا انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدرهم و الدينار هو الثمن و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ الا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام الثمن في العوضيه أو لوظ القيمة في كليهما بأن لوظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق و مقاوله تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا، ففي كونه يباع و شراء

فان قصد كل منهما باعطائه التمليك لم يكن يباعا، بل لا يكون صلحا و لا معاملة مستقلة.
 اما عدم كونه صلحا فلانه في الصلح ايضا يعتبر انشاء المسالمة من طرف و القبول من آخر.
 و أما عدم كونها معاملة مستقلة فلأن دليل امضاء المعاوضات اما السيرة أو آية «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) أو آية تجارة عن تراض. «٢» و شيء منها لا يصلح لاثبات صحة هذه المعاملة.
 اما الأولى: فلأن عدم قيامها على مثل هذه المعاملة واضح.
 و أما الثانية: فلعدم كون الايجابين عقدا الذي حقيقته الربط بين شيئين كما تقدم.
 و أما الثالثة: فلعدم صدق التجارة عن تراض عليهما كما لا يخفى.
 و ان شئت قلت: انه لا دليل على امضاء الشارع غير ما هو من العقود المتعارفة،
 و هذه ليست منها.

(١) و المصنف قدس سره في مقام التمييز ذكر انه إذا كان احد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم كان صاحب الثمن هو المشتري، و ان كانا من غير ذلك فان قصد باحدهما قيامه مقام الثمن في العوضيه كان صاحبه المشتري، و الا ففيه احتمالات:

(١) المائة، آية ٢.

(٢) النساء، آية ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٦

بالنسبة الى كل منهما، بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادله مال بمال و الاثراء ترك شىء و الأخذ بغيره (١) كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم:

أنه باعه بحنطة و أنه اشترى الحنطة فيحتمل لو حلف على عدم بيع اللحم، و عدم شراء الحنطة. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري لانصرفهما (٢) في أدلة الاحكام الى من اختص بصفة البيع أو الشراء، فلا- يعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين أو كونه يباع بالنسبة الى من يعطى أولا لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة الى الأخذ لكونه قابلا عرفا

منها: كون كل منهما بائعا و مشتريا.

و منها: كون المعطى اولاً هو البائع، و الآخر مشتريا.

و منها: كون ذلك مصالحةً أو معاوضةً مستقلةً. ثم اختار قدس سره الثانى.

وفيه: - مضافاً الى ان لازم ما افاده قدس سره كون كل من المتبايعين فى بيع الصرف مشتريا، و مضافاً الى انه لم يظهر المراد من قصد قيام احد العوضين مقام الثمن فى العوضيه، فان كان المراد ان يلاحظ قيمته و مقدار تموله من النقود فهذا امر موجود فى كل منهما فى غالب البيوع، و ان اراد به المعامله عليه بالدرهم ثم جعل الدرهم عوضاً فهو بديهى الفساد، و ان اراد غير ذلك فالعبارة غير وافية به.

ان ما ذكره قدس سره لو تم فانما هو فى مقام الاشتباه فى مقام الاثبات، و لا يفيد فى مقام الثبوت.

(١) و فيه ان هذا لازم للاشتراء، و الا فهو قبول الشراء و البيع.

مع انه يلزم صدق المشتري على كل منهما فى جميع الموارد.

(٢) و فيه انه لو سلم اختصاص كل منهما بحكم مع انه ممنوع كما ستعرف دعوى الانصراف لا تسمع.

و من الغريب فى هذا المقام، ما افاده المحقق النائينى قدس سره و هو:

انه لو وقع التبديل بين العروضين بالاغطاء من الطرفين دفعةً واحدةً و لم يقصد باحدهما القيام مقام الثمن و لم يكن بسبق مقاوله، كان احدهما لا على التعيين بائعا و الآخر مشتريا من دون امتياز بينهما واقعا، إذ هناك معاملة قائمة، بصرف الوجود من تبديل احدهما و قبول الآخر، و صرف الوجود يتحقق باحدهما من دون تمييز بينهما حتى واقعا لعدم خصوصية فى احدهما دون الآخر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٢٧

أو كونها معاطاةً مصالحهً لأنها بمعنى التسالم على شىء و لذا حملوا الرواية الواردة فى قول أحد الشريكين لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى: على الصلح أو كونها معاوضةً مستقلةً لا يدخل تحت العناوين المتعارفة و جوه لا يخلو ثانياً عن قوة لصدق تعريف البائع لغةً و عرفاً على الدافع دون الآخر و صدق المشتري على الأخذ أولاً دون الآخر فتدبر.

الرابع: أن اصل المعاطاة و هى اعطاء كل منهما الآخر

إشارة

ماله يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه: (١)

فانه يرد عليه: انه لا يعقل تحقق شىء فى عالم العين و عدم تعينه واقعا، إذ المردد لا ماهية له و لا وجود فان كان البيع انشاءً للتبديل و الاشتراء قبولاً لذلك كما اعترف به،

فان انشأ فى المعاملة المفروضة احدهما و قبل الآخر فالمنشئ بائع و القابل مشتر، و ان قصداً معاً الانشاء فحيث لا يعقل وقوعهما معاً - و كونهما بيعاً كما اعترف به و كون احدهما المعين بيعاً و الآخر اشتراءً ترجيح بلا مرجح، واحدهما لا بعينه لا وجود له - فلا مناص عن البناء على البطلان.

و أما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره فى هذا المقام بما حاصله: ان البائع هو من بذل خصوصيات ماله و اغمض النظر عنها و لكن امسك على ماليته باخذ البدل، و فى ذلك لا - نظر له الا الى حفظ تموله، و أما المشتري فهو بعكس ذلك يقال لكل من رغب فى خصوصيات الاعيان التى يتلقاها من المأكولات و غيرها، و إذا كانت خصوصيات العين مرغوبةً لكل من الجانبين كما فى تبديل

كتاب بكتاب لم يكن ذلك يباع بل معاوضة مستقلة.

فيرد عليه: - مضافا الى ان لازم ما ذكره عدم كون بيع الاجناس بالتاجر الذي غرضه من المعاملة حفظ تموله و ازدياده يباع- ان ما ذكر لا شاهد له من العرف و لا من الشرع، و لم يعتبر احد في البيع ذلك. فالصحيح ما ذكرناه.

اقسام المعاطاة بحسب قصد المتعاطين

(١) الامر الرابع: قال المصنف: ان اصل المعاطاة- و هي اعطاء كل منهما الآخر ماله- يتصور بحسب قصد المتعاطين على وجوه، ثم ذكر وجوها اربعة.

و اورد عليه السيد في الحاشية: بان الوجوه و الاقسام ازيد مما ذكره فانه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٨

أحدها: أن يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر (١) فيكون الآخر في أخذه قابلا- و متملكا بازاء ما يدفعه فلا يكون في دفعه العوض انشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه فيكون الايجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الأخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا- العوضين فيكون اطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا- من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين. و مثله في هذا الاطلاق لفظ المصالحة و المساقات و المزارعة و المؤاجرة و غيرها و بهذا الاطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن عطاء و في صحته تأمل.

منها ما إذا كانت المقابلة بين المالين مع كون القبول بالاعطاء.

و منها: ما إذا كانت المقابلة بين المال و التملك، أو بين التملك و المال، و كذلك في طرف الاباحة.

و منها: غير ذلك.

و فيه: ان غرض المصنف قدس سره من التعرض لهذا التنبيه هو بيان الصور التي فيها اشكال و كلام، و مورد للنقض و الابرار، و الصور التي هذه حالها منحصرة في اربع عنده، إذ الاشكال في الصورة الاولى انما هو من ناحية عدم صدق المعاطاة، و في الثانية من جهة عدم صدق البيع، و في الثالثة و الرابعة بما ذكره قدس سره مفصلا- و سيأتي-، و أما باقى الصور فكانت عنده خالية عن الاشكال و الكلام فلم يتعرض لها.

و لكن الأولى اضافة صورة اخرى إليها، و هي المبادلة بين المال و التملك، فانها ايضا وقعت محل الكلام و الاشكال.

و كيف كان: فأحد الوجوه الاربعة التي ذكرها:

(١) ان يقصد كل منهما تملك ماله بمال الآخر فيكون الآخر في أخذه قابلا و متملكا بازاء ما يدفعه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٢٩

...

فلا يكون في دفعه العوض انشاء تملك بل دفع لما التزمه على نفسه بازاء ما تملكه،

فيكون الايجاب و القبول بدفع العين الاولى و قبضها، فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة.

و قد اورد عليه بايرادين:

الأول: ما عن السيد قدس سره: بانه يمكن ان يكون انشاء القبول بدفع العوض ايضا بان يكون اخذ المعوض من باب الاستيفاء لا بعنوان

القبول، و كان على الشيخ قدس سره ان يذكر هذا الوجه ايضا لانه مضافا الى امكانه هو الغالب.

الثاني: ما عن المحقق النائيني قدس سره: بانه لا يكون القبول بالاخذ في مورد، بل المعاملة تتحقق بفعل كل منهما، و فعل البائع بمنزلة الايجاب القولي، و اعطاء المشتري بمنزلة القبول القولي، و اخذ كل منهما وفاء بالمعاملة و التزام بآثارها.

و لكن قد عرفت في التنبيه الثاني انه في المعاطاة دائما يكون الايجاب بالاعطاء من طرف، و القبول بالاخذ و اعطاء الآخر انما يكون وفاء لما التزم به، و لو لم يكن الآخر منشئا للقبول بالاخذ لم يجد اعطائه، و ان قصد به التملك فان الاعطاء ين حينئذ بمنزلة ايجابين غير مرتبطين لا ايجاب و قبول.

و يرد عليهما: - مضافا الى ذلك- ان كون الاخذ بعنوان الوفاء بالمعاملة و من باب الاستيفاء لم يظهر وجهه في الاخذ الاول، فانه حين الاخذ لم تتم المعاملة، فما معنى الاخذ بعنوان الوفاء بها.

و يرد على السيد قده: - مضافا الى ذلك- ان عدم التعرض لهذا في المكاسب انما هو من جهة ما ذكره قدس سره في التنبيه الثاني من ان المتيقن من مورد المعاطاة هو صورة التعاطي من الطرفين، و انه لا إشكال فيها، و انما الاشكال كان في هذا المورد، و لذا تعرض له خاصة في هذا التنبيه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٠

ثانيها: ان يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بازاء تملك ماله اياه. فيكون تملك بازاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، و المعاملة متقومة بالاعطاء من الطرفين (١) فلو مات الثاني قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة، و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب الى الهبة المعوضة لكون كل من المالكين خاليا عن العوض، لكن اجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل، إذ لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التملك من الاول لانه انما ملكه بازاء تملكه فما لم يتحقق تملك الثاني لم يتحقق تملكه، الا ان يكون تملك الآخر له ملحوظا عند تملك الأول على نحو الداعي لا- العوض فلا- يقدح تخلفه فالأولى أن يقال انها مصالحة و تسالم على أمر معين أو معاوضة مستقلة.

(١) ثانيها: ان يقصد كل منهما تملك الآخر ماله بازاء تملك ماله اياه فيكون تملك بازاء تملك، فالمقابلة بين التملكين لا الملكين، و المعاملة متقومة بالاعطاء من الطرفين.

الكلام في هذا الوجه يقع في موارد ثلاثة:

الأول في معقوليته، و الأظهر عدمها، فانه ان اريد به تعليق التملك على تملك الآخر فهو هبة معلقة، و ان اريد به اشتراط التملك بالتملك الآخر فهو هبة مشروطة، و ان اريد به كون احد التملكين معوضا و الآخر عوضا، كما هو ظاهر المتن- فحيث ان صيرورة التملك معوضا انما تحتاج الى انشاء و جعل متعلق بذلك، و التملك، اي انشاء الملكية: انما هو جعل لذلك نفسه لا- جعل لمعوضيته، فلا- يعقل ان يكون تملك الآخر عوضا عن هذا التملك، إذ عوضيته اما ان تكون بنفسه أو بجعل الملكية و انشائها، أو بجعل آخر، و الأول غير معقول و هو واضح، و كذلك الثاني، فان كونه معوضا يحتاج الى جعل آخر متعلق به، و الثالث مفروض العدم، فالتملك بازاء التملك مما لا أتعلقه.

الثاني: انه على فرض معقوليته هل يمكن ان يكون القبول بالأخذ أم لا يمكن الا ان يكون بالتملك الثاني؟ صريح المتن هو الثاني.

و اورد عليه السيد المحشى قده و المحقق الايرواني: بانه يمكن ان يكون بالاخذ،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣١

فيكون التمليك واجبا على الثاني من باب الوفاء.

قالا: بل يمكن ان يقال ان هذا هو المتعين.

ولكن الظاهر تمامية ما افاده الشيخ قدس سره، فان المعاوضة إذا كانت بين التملكين لم يكن الايجاب تاما الا بعد تحقق التمليك و تماميته، و هو متقوم بايجاب و قبول، فالأخذ و ان كان قبولا الا انه قبول للتمليك لا البيع، فهو دائما يكون جزءا من الايجاب لا قبولا للمعاملة، فلا محالة يكون قبولها بالاعطاء من الآخر بقصد التمليك.

و بالجملة: في هذا الوجه خصوصية و هي: ان المعوض انما هو التمليك المتوقف تحققه على القبول، فلا يمكن ان يكون الأخذ قبولا لذلك و للمعاملة.

الثالث: ان هذه المعاملة على فرض معقوليتها هل هي بيع، أو هبة معوضة، ام تكون مصالحة، أو معاوضة مستقلة؟ و الظاهر عدم كونها بيعا، لان البيع هو المبادلة بين المالين، و في هذه المعاملة لا مبادلة بينهما بل المعاوضة بين الفعلين، اللهم الا ان يقال: ان المعاوضة بحسب الصورة و ان كانت بين التملكين الا- ان النظر اليهما آلى، و في الحقيقة و اللب تكون المعاوضة بين المالين، و بهذا الاعتبار يمكن دخوله في البيع. فلو تم ذلك فهو اولا فهي هبة معوضة، إذ التمليك انما يكون تملিকা للشئء مجانا و بلا عوض.

و الايراد عليه كما في المتن من انه لو لم يملكه الثاني هنا لم يتحقق التمليك من الأول لأنه انما ملكه بازاء تملكه، فما لم يتحقق تمليك الثاني هنا لم يتحقق تملكه،

و الهبة في حاقها مأخوذة المجانية.

غير تام، فان المجانية المعتبرة في الهبة انما هي في المال، و عدم جعل شئء في مقابل المال، و هذا مفروض في المقام، إذ العوض انما هو للتمليك لا للمال.

فتحصل: انها اما بيع أو هبة معوضة، و لا تكون مصالحة و لا معاوضة مستقلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٢

ثالثها: أن يقصد الأول اباحة ماله بعوض فيقبل الآخر بأخذه اياه (١) فيكون الصادر من الأول الاباحة بالعوض، و من الثاني بقوله لها التمليك كما لو صرح بقوله: أبحث لك كذا بدرهم.

رابعها: أن يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة آخر (أخرى (٢)) فيكون اباحة بازاء اباحة أو اباحة لداعى اباحة على ما تقدم نظيره في الوجه الثاني من امكان تصورهما على نحو الداعى، و على نحو العوضيه و كيف كان فلاشكال في حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطين لهما،

و أما الصورة التي اضفناها، و هي: ما إذا كانت المقابلة و المعاوضة بين المال و التمليك، بان يقصد احدهما تمليك ماله بتمليك الآخر، و هو الفعل الخارجى الصادر من المشتري، فيكون من بيع الأموال بالاعمال.

فقد اشكل المحقق النائيني قدس سره فيها، و قال: ان البيع باطل في المقام و ان صح بيع الاموال بالاعمال. و استدله. بان العمل الذى يقابل بالمال يشترط كونه مقصودا بالاستقلال كى يبذل بازاء نفسه المال كخياطة الثوب و نحوه، و التمليك ليس كذلك، بل هو آلى و طريقى لتحصيل المال، إذ التمليك بالمعنى المصدري ليس مالا، بل المال هو الحاصل من المصدر، و ليس هذا الفعل الا آلة لحصول اسم المصدر، فلا يمكن ان يقابل بالمال، فلا يصح جعله عوضا.

و فيه: ان ضابط صحة جعل شئء عوضا كونه متعلقا للغرض، سواء كان منشأ كونه كذلك طريقته لتحصيل المال، أو كونه بنفسه مالا، و لا يعتبر فيه ازيد من ذلك، و التمليك متعلق للغرض و لو بواسطة طريقته لحصول المال.

فالأظهر صحة جعله عوضا نظير سائر الاعمال.

(١) ثالثها ان يقصد الاول اباحة ماله بعوض، فيقبل الآخر باخذه اياه، فيكون الصادر من الأول الاباحة بالعوض، و من الثاني بقبوله لها التمليك كما لو صرح بقوله:

ابحت لك كذا بدرهم.

(٢) رابعها ان يقصد كل منهما الاباحة بازاء اباحة اخرى، فتكون اباحة بازاء اباحة اخرى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٣

و منشأ الاشكال أو لا الاشكال في صحة اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف (١) بأن يقول أبحت لك كل تصرف من دون ان يملكه العين

و قد استشكل المصنف في هذين الوجهين باشكالين لا يكون شيء منهما مربوطا بمسألة المعاطاة:

(١) اما الاشكال الاول: و حاصله: ان المالك انما يجوز له اباحة التصرف في ماله بالنسبة الى التصرفات السائغة لغير المالك، و ليس له اباحة ما لا يجوز لغير المالك الا بايجاد موضوعه بتمليكه اياه، و المفروض في المقام عدمه، و دليل السلطنة لا يكون مشرعا لما منع عنه الشارع، ألا ترى انه لم يتوهم احد دلالة على جواز وطء عبد الغير باذنه؟ فهو اشكال عام لجميع اقسام الاباحة سواء كانت باللفظ أو الفعل، مع قصد العوض أو مجاناً.

و عليه فيما ان هذا البحث استطرادي لا بأس بتقديم بحث آخر استطرادي 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 و عرفت عدم التوقف.

بقي في المقام امور:

منها: اخراج المال في الخمس و الزكاة.

و منها: ثمن الهدى.

و منها: وطء الجارية.

و منها: العتق.

و منها: البيع.

و شيء منها لا يتوقف على الملك:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٤

...

اما الأول: فلأنه ان قلنا بان الخمس و الزكاة يتعلقان بالذمة، فيكون سبيلهما سبيل سائر الديون، فكما يجوز وفاء الدين بمال الغير لو اذن لما دل «١» على جواز اداء الدين من غير مال الدائن و التبرع بوفائه.

كذلك يجوز الخمس و الزكاة من مال الغير، و كون الخمس و الزكاة من العبادات لا- ينافي ذلك، و ان كان منافيا لتبرع الغير بادائهما، فان المباشر في المقام من وجبا عليه.

و ان قلنا بتعلقهما بالعين، فحيث ان للمكلف تبدلها من العين و ادائهما من مال آخر، فله التبديل بادائهما من مال الغير ان اذن في

ذلك.

و أما الثاني: فلما ذكرناه في سابقه، لأنه أيضا من الديون.

مضافا الى ما ورد من النصوص «٢» في جواز الذبح عن العبد و الصبي، و ان رسول الله صلى الله عليه و آله ذبح عن امهات المؤمنين بقره بقره، إذ لو جازت النيابة جاز الهدى بملك الغير، و كذلك ثمنه.

و أما الثالث: فلأنه يجوز بالاباحة للنص، «٣» غاية الأمر يعتبر ان يكون لفظ خاص،

و هو: احللت، و لا ينعقد بلفظ ابحت.

و أما ما «٤» ظاهره توقف الوطاء على الملك فلا مناص من ان يكون المراد به ملك التصرف كي يعم جميع موارد الوطاء الحلال.

و أما الرابع: فقد ذكر في وجه توقفه على الملك: انه دلت النصوص على انه لا اعتق الا في ملك.

ففي خبر ابن مسكان: من اعتق ما لا يملك فلا يجوز «٥» و نحوه غيره

(١) الوسائل باب ٤٦ من أبواب المستحقين للزكاة و باب ٣ من أبواب الدين و القرض و باب ١٢ من أبواب مقدمات

النكاح و باب ١٠٦ من أبواب احكام الاولاد و غيرها.

(٢) الوسائل باب ٢ و ٣ و ٨ من أبواب الذبح من كتاب الحج.

(٣) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

(٤) الوسائل باب ٣٥ من أبواب مقدمات النكاح و باب ٤١ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

(٥) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب العتق حديث ٤.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٥

و ثانيا الاشكال في صحته الاباحة بالعوض الراجعة الى عقد مركب من اباحة و تملك فنقول أما اباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة

على الملك فالظاهر أنها لا تجوز، إذ التصرف الموقوف على الملك لا يسوغ لغير المالك بمجرد اذن المالك،

فان اذن المالك ليس مشرعا و انما يمضى فيما يجوز شرعا فإذا كان بيع الانسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن

ملك غيره، غير معقول كما صرح به العلامة في القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه (١) نعم يصح ذلك بأحد وجهين كلاهما

في المقام مفقود.

و فيه: ان احتمالات هذه النصوص التي وردت نظائرها في البيع امور الأول: ان المعتق لا بد و ان يكون رقاً و مملوكاً كي يقبل

الانعتاق، و المبيع لا بد و ان يكون مملوكاً حتى يقبل التملك.

الثاني: انه يعتبر في العتق و البيع ان يكون البائع و المعتق مالكين لهما لا مالكين للمال.

الثالث: انه يعتبر فيهما كون البائع و المعتق مالكين للمال، من دون نظر لها الى كون من يقع البيع: له- اى يدخل الثمن في ملكه- و من

ينعتق عليه الرق مالكين.

الرابع: انه يعتبر فيهما كون البيع و العتق للمالك.

و الاستدلال بها يتوقف على ارادة الأخير- كما لا يخفى- و هي غير ظاهرة فيه،

لو لم تكن ارادة غيره اظهر كما هو واضح.

و أما الخامس: فقد استدلل له- مضافا الى النصوص المشار إليها مع جوابها-: بوجه عقلي اشار إليه في المتن و نقله عن العلامة في

القواعد، و هو

(١) انه لا يعقل خروج المبيع عن كيس شخص و دخول الثمن في ملك شخص آخر. و غاية ما قيل في تقريبه: ان المعاوضة من المعاني النسبية التعلقية، فلا بد و ان تكون العوضية في شيء، فإذا كانت المعاوضة في الملكية فلا بد من قيام كل من الثمن و المثلن مقام الآخر في الاضافة الملكية لصاحبها، و مقتضى ذلك انتقال كل منهما الى مالك الاخر، و عليه فالاذن في بيع مال الغير لنفسه اذن في امر غير معقول.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٦

...

و فيه: ان عنوان المعاوضة ليس موضوعا للآثر، بل الموضوع هو البيع، و قد عرفت ان حقيقته اعطاء شيء بازاء شيء لا مجانا، و هذا يصدق مع عدم دخول العوض في ملك مالك المعوض، و قد تقدم تنقيح القول في ذلك. فراجع.

إذا 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 المتوقفة على الملك

و أما لو قلنا بان بعض التصرفات كالبيع و العتق متوقف على الملك. فيقع الكلام في صحة اباحة جميع التصرفات و عدمها.

و لما كان على هذا المسلك عدم الصحة في بادئ النظر واضحا، من جهة ان دليل السلطنة انما يدل على تسلط الناس على اموالهم فيما لم يمنع عنه الشارع، فإذا منع الشارع عن بيع غير المملوك و حكم بعدم نفوذه لا يصلح دليل السلطنة لتجويزه و الترخيص فيه و مع ذلك يظهر من قطب الدين و الشهيد قدس سره في باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري للبائع الغاصب على الثمن و الاذن في اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئا.

و يظهر ايضا من العلامة في المختلف انه لو علم البائع للجارية غصيبة ما جعل ثمنها لها يجوز للمشتري وطئها.

و كانت ايضا مسائل ثلاث مشهورة بين الأصحاب:

احداها: انه لو قال الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى و اعتقه المالك يقع العتق عن الأمر.

ثانيتها: ان الرجل إذا اشترى احد عموديه ينعق عليه مع انه لا يملكهما.

ثالثتها: انه لو تصرف الواهب و ذو الخيار فيما وهبه و باعه بالبيع الخيارى

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٣٧

احدهما: أن يقصد المبيع بقوله أبحث لك أن تبيع مالي لنفسك أن ينشأ (انشاء توكيل) توكيلا له في بيع ماله ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة (١) أو في نقله أولا الى نفسه ثم يبعه (٢) أو تملكها له بنفس هذه الاباحة، فيكون انشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح في التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد اعتق عبدك عنى بكذا، استدعاء لتمليكه و اعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء، (٢) فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما فيكون هذا بيعا ضمينا لا يحتاج الى الشروط المقررة لعقد البيع،

بالبيع أو العتق، صح ذلك و كان هو فسحا فعليا، تصدى المصنف قدس سره في المقام لتوجيه ذلك و لبيان حكم تلك المسائل و الوجه في الالتزام بالملكية فيها و عدم انطباق تلك الوجوه على المقام، و ذكر في كل واحدة من تلك المسائل وجها غير ما ذكره في غيرها، و قبل بيان تلك الوجوه ذكر وجهين لتصحيح الاذن في البيع.

(١) احدهما: ان يقصد المبيح بقوله ابحت لك ان تبيع مالى لنفسك انشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن الى نفسه بالهبة.

(٢) ثانيهما ان يقصد به نقله اولا الى نفسه ثم يبعه.

وردهما: بان المفروض ان قصد المبيح ليس شيئا منهما.

و يرد عليهما- مضافا الى ذلك:- انه فى كل منهما فرض التوكيل فى الهبة، و هى من الانشائيات و لا تتحقق بمجرد القصد، فلو كان من قصده ايضا ذلك لم يفد شيئا، بل احتاج الى انشاء الهبة باللفظ أو الفعل.

(٣) اما ما ذكره فى مسألة اعتق عبدك عنى، فمحصلة: ان قول الرجل لمالك العبد:

اعتق ... الخ استدعاء لتمليكه، و اعتاق المولى جواب لذلك الاستدعاء، فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما.

وقال: هذا الوجه لا ينطبق على المقام، إذ المبيح لم يقصد التمليك بالاباحة المذكورة، و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو بالاجمال فى تلك المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٣٨

ولا- شك ان المقصود فيما نحن فيه ليس الاذن فى نقل المال الى نفسه اولا و لا فى نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التمليك بالاباحة المذكورة و لا قصد المخاطب،

التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو اجمالا فى مسألة اعتق عبدك عنى، و لذا عد العامة و الخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك: من دلالة الاقتضاء التى عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم يتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه فمثلوا للعقل بقوله تعالى: و اسأل القرية و للشرعى بهذا المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس الا مجرد الاباحة. (١)

يرد على ما ذكره فى مسألة العتق امور:

الأول: انه إذا كان العتق هو المملك- لكونه جوابا للاستدعاء- فما وجه الالتزام بحصول الملك قبل العتق آنا ما. و بعبارة اخرى: حيث ان التمليك من الانشائيات، و لا يتحقق بدون الانشاء- و المفروض ان انشاءه هو العتق- فكيف يقدر و جودة قبل العتق؟ و ان التزم بحصوله بالعتق يلزم منه اجتماع الملك و زواله فى زمان واحد، و هو غير معقول، مع انه لا يفيد شيئا إذ المفروض توقف العتق بالحمل الشائع على الملك، فإذا كان هو متوقفا على العتق لزم الدور.

الثانى: ان لازم ذلك تأثير العتق فى حصول الملك و زواله، و هو فى غاية البعد.

الثالث: ان التمليك و التملك من الامور القصدية، فلو فرض ان المستدعى و المعتق غير ملتفتين اليهما و لم يقصداهما فكيف يلتزم بحصول الملك.

(١) و يرد على ما ذكره قدس سره من الفرق بين المسألتين بعدم القصد الى التمليك فى المقام، و بدلالة الكلام فى مسألة العتق على التمليك بدلالة الاقتضاء ان المفروض فى المسألتين عدم القصد الى التمليك، فان كان القصد الى العتق كافيا فى قصد التمليك من جهة كونه قصدا اجماليا له، فكذلك فى المقام.

و يرد على ما افاده فى مسألة العتق ان الامر به يبيع ضمنى لا يحتاج الى الشروط المقررة للبيع انه لم يدل دليل على صحة هذا البيع، كى يقال ان مقتضاه سقوط اعتبار تلك الشروط المفقودة، و مجرد كون البيع ضمنيا لا يصلح لذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٣٩

و بالجملة: لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة.

و الحق عدم كونه تمليكاً في البابين.

و قد التزم المحقق النائيني قدس سره في مسألة اعتق عبدك عنى بدخول العبد في ملك الامر و انعقائه، لا من جهة توقف العتق على الملك، بل من جهة انه إذا امر الامر بايجاد عمل محترم، أو باتلاف مال محترم غير مجاني يرجع نفعه إليه و امثل الأمور ذلك يكون الاستدعاء و استيفائه له مقتضياً لضمان المستوفى، إذ المفروض انه لم يصدر عن المأمور تبرعاً، بل بالعوض المسمى، و حيث ان ضمانه ليس من باب الغرامة بل ضمان معاملي، و تكون تلك المعاملة الواقعة بين الأمر و المأمور ذلك بامر و استدعائه، و هذا بامثاله و عمله صحيحة لعموم تجارة عن تراض، فلا محالة يكون لازمه دخول المضمون به في ملك الضامن.

و فيه، ان الملك من الامور التي يتوقف تحققها على القصد و الانشاء فإذا فرضنا عدم قصد الأمر و المأمور التملك و التملك لما كان وجه للالتزام بحصول الملك، و مجرد كون الضمان لا من باب الغرامة لا يقتضى دخول المضمون به في ملك الضامن. مع انه يرد عليه الايراد الثاني الذي اوردناه على المصنف قدس سره.

فالأظهر انه ان كان العتق غير متوقف على الملك فيلزم بالصحة في المثال و ضمان الامر ان لم يكن استدعائه على وجه المجانية، و ان كان متوقفاً عليه فلا يصح و يكون نظير عكس المسألة اعتق عبدى عنك، و به يظهر حال مسألتنا هذه.

و أما ذكر في مسألة العمودين و توهم انطباقه على المقام، و لاجله التزم بالملك التقديرى الفرضى، بمعنى فرض الملك و تقديره لغاية خاصة و هو الاعتاق في مسألة العمودين، فحاصله: انه كما ان الجمع بين الأدلة في تلك المسألة - و هي ما دل على انه لا عتق الا في ملك، و ما دل على ان شراء العمودين جائز، و ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه و ينعقان عليه لو اشتراهما، و ما دل على توقف صحة البيع بل حقيقته على دخول كل من العوضين في كيس من خرج الآخر عن كيسه - يقتضى الالتزام بالملك

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٤٠

الثاني: ان يدل دليل شرعى على حصول الملكية للمباح له بمجرد الاباحة فيكون كاشفاً عن ثبوت الملك له عند ارادة البيع، أنا ما، فيقع البيع في ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيع بلا فصل بعد البيع، فيكون ذلك شبه دخول العمودين في ملك الشخص أنا ما لا يقبل غير العتق، فانه حينئذ يقال: بالملك المقدر أنا ما للجمع بين الأدلة (١)

التقديرى الفرضى بالمعنى المتقدم.

كذلك في المقام الجمع بين ما دل على توقف جملة من التصرفات كالبيع و العتق على الملك، و دليل السلطنة الدال على جواز اباحة جميع التصرفات هو الالتزام بالملك التقديرى، و اجاب المصنف قدس سره بما ستعرف تقريبه فيقع الكلام اولاً: في مسألة العمودين، ثم في المقام

(١) اما الاول: فالموهم للتنافى بين الأدلة الموجب للالتزام المذكور اما ان يكون ما دل على انه لا عتق الا في ملك «١» - بدعوى انه ينافى مع ما دل على ان الانسان لا يملك عموديه «٢» أو يكون هو ما دل على توقف الشراء على دخول العمودين في ملك المشتري، و هو ينافى مع ما دل على عدم تملكهما.

و شىء منهما لا يوجب التنافى المزبور اما الأول: فمضافاً الى ما تقدم في معنى لا عتق الا في ملك: انه لو سلم دلالاته على لزوم مالكية من ينعق عليه للعبد. انه انما يدل على انه لا عتق - الذى هو فعل اختياري - الا في ملك، و لا يدل على انه لا اعتاق الا في ملك كى ينافى مع ما دل على عدم تملكهما.

و أما الثاني: فلما تقدم في اول البيع و اشرنا إليه في اول هذا التنبيه من عدم توقف صدق البيع و الشراء على هذا، بل حقيقة البيع جعل

شئ و اعطائه بازاء شئ، و هذا بحسب الموارد يختلف اثره، و قد يكون اثره الانعتاق كما فى المثال، فان اثر اعطاء

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب العتق.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب العتق.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤١

و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض انه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الاباحة العامة و اثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على اموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداها لقواعد اخر مثل توقف انتقال الثمن الى الشخص على كون المثلن مالا له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الاذن فى مطلق التصرف و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل: لم يوجد خلاف فى أنه لو دفع الى غيره مالا- و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الاذن فى اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء (١) لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد. و علله فى بعضها بأنه لا يعقل شراء شئ لنفسه بمال الغير و هو كذلك، فان مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه،

(٢) و الا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد اباحة التصرف لكن لا يجوز و طى الجارية (٣) مع ان الاباحة المتحققه من الواهب يعم جميع التصرفات،

البائع اياه بازاء شئ انقطاع اضافته، و حيث لا يمكن دخوله فى ملك المشتري ينعتق 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 إذا ملك الرجل والديه انعتقا عليه، فهو ينافى ما دل على ان الرجل لا يملك احد عموديه.

و العلاج انما يكون باحد النحويين: اما الالتزام بان المراد بالأول الملك العقدى فيكون قوله عليه السلام إذا ملكوا بمنزلة إذا بيعوا، أو الالتزام بالملك الحقيقى غير المستقر- و المراد بالثانى الملك المستقر- و على اى حال لا وجه للالتزام بالملك التقديرى

(١) بان يشتري الطعام لنفسه بثلثين فى ذمته ثم يفتى دينه بمال الغير.

(٢) قد مر فى اول كتاب البيع عدم كون البيع معاوضة بهذا المعنى.

(٣) و فله ان محل الكلام الاباحة المالكية و مورد كلام الشيخ و الشهيد الاباحة الشرعية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٢

و عرفت ايضا ان الشهيد فى الحواشى لم يجوز اخراج المأخوذ بالمعاظة فى الخمس و الزكاة. و ثمن الهدى و لا و طى الجارية مع ان مقصود المتعاطيين الاباحة المطلقة و دعوى ان الملك التقديرى هنا ايضا لا يتوقف على دلالة دليل خاص، بل يكفى الدلالة بمجرد الجمع بين عموم الناس مسلطون على اموالهم،

الدال على جواز هذه الاباحة المطلقة. و بين ادلة توقف مثل العتق و البيع على الملك نظير الجمع بين الأدلة فى الملك فى الملك التقديرى مدفوعه بأن عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على تسلط الناس على اموالهم لا على احكامهم فمقتضاه امضاء الشارع لإباحة المالك كل تصرف جائز شرعا، فالاباحة و ان كانت مطلقة الا انه لا يباح بتلك الاباحة المطلقة الا ما هو جائز بذاته فى الشريعة.

و من المعلوم ان بيع الانسان مال غيره لنفسه غير جائز بمقتضى العقل و النقل الدال على لزوم دخول العوض فى ملك مالك المعوض، فلا- يشمله العموم فى الناس مسلطون على اموالهم حتى يثبت التنافى بينه و بين الأدلة الدالة على توقف البيع على الملك

فيجمع بينهما بالتزام الملك التقديرى آنا ما.

و بالجملة دليل عدم جواز بيع ملك الغير أو عتقه لنفسه حاكم (١) على عموم الناس مسلطون على اموالهم

و أما المقام الثانى فالحق هو عدم انطباق ما ذكر فى تلك المسألة على ما نحن فيه لو تم، و ذلك لوجهين:

(١) الاول: ما ذكره المصنف قدس سره من حكومه دليل عدم جواز البيع و العتق الا فى ملك على عموم دليل السلطنة، فان دليل السلطنة انما يدل على ان له ان يبيح التصرفات المحرمة من جهة عدم رضا مالكة و لا يدل على ان له ان يبيح التصرف الممنوع شرعا لجهة اخرى كما تقدم تقريبه، و حيث ان دليل عدم الجواز ينفي 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، و حيث ان النسبة بينهما عموم من وجه، و الترجيح مع ذلك الدليل، فيقدم و لا وجه للجمع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٣

الدال على امضاء الاباحة المطلقة من المالك على اطلاقها نظير حكومه دليل عدم جواز عتق مال الغير على عموم وجوب الوفاء بالندى و العهد. إذا نذر عتق عبد غيره له أو لنفسه، فلا يتوهم الجمع بينهما بالملك القهرى للناذر.

نعم لو كان هناك تعارض و تراحم من الطرفين بحيث امكن تخصيص كل منهما لأجل الآخر امكن الجمع بينهما بالقول بحصول الملك القهرى آنا ما فتأمل. (١)

و أما حصول الملك فى الآن المتعقب بالبيع، أو العتق فيما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه، فليس ملكا تقديريا نظير الملك التقديرى فى الديو بالنسبة الى الميت (٢)

بالنحو المذكور. و لكن الذى يهون الخطب ما تقدم من عدم توقف البيع و العتق على الملك، فلا معارض لدليل السلطنة.

(١) قد عرفت ان مقتضى القواعد على فرض التعارض هو الرجوع الى المرجحات لا الجمع المذكور و لعله لذلك امر بالتأمل فى ذيل كلامه و أما ما ذكر فى مسألة بيع الواهب عبده الموهوب أو عتقه و ادعى انطباقه على ما نحن فيه، فمحصله: انه كما يلتزم فى تلك المسألة بصيرورة العبد ملكا للواهب قبل التصرف المتوقع على الملك، فكذلك يلتزم به فى المقام.

(٢) قوله نظير الملك التقديرى فى الديو بالنسبة الى الميت بان يقال ان حكم «١» الشارع بانتقال الديو الى الورثة و انه يؤدى ديونه منها يستدعى صيرورتها ملكا للميت و انتقالها عنه إليهم- و حيث انه لا- يمكن الالتزام بملكيتها له فى حال الحياة و الا لزم تقدم المعلول على علته و لا بملكيتها له حال الموت و الا لزم اجراء احكام دية الجناية على الاعضاء بعد الموت فيلتزم بملكيتها له فى حال الحياة بالملكية بالتقريب المتقدم و فيه ان الادلة انما دلت على ان ديون الميت تؤدى من ماله و ان ما تركه الميت من ماله فلوارثه- و لم يدل دليل على انه لا يؤدى ديونه من غيره و انه ليس للورثة ما لم يتركه الميت و عليه فإذا دل الدليل على انه يؤدى ديونه من الديو و انها تنتقل

(١) راجع الوسائل باب ٢٤ من ابواب كتاب الدين و الفرض.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٤

أو شراء العبد المعتق عليه. بل هو ملك حقيقى حاصل قبل البيع من جهة كشف البيع عن الرجوع قبله فى الآذن المتصل بناء على الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع (١)

و ليس كذلك فيما نحن فيه و بالجمله فما نحن فيه لا ينطبق على التمليك الضمنى المذكور اولاً فى: اعتق عبدك عنى لتوقفه على القصد و لا على الملك المذكور ثانياً فى شراء من يعتق عليه، لتوقفه على التنافى بين دليل التسلط و دليل توقف العتق على الملك، و عدم حكومة الثانى على الأول، و لا على التمليك الضمنى المذكور ثالثاً فى بيع الواهب، و ذى الخيار لعدم تحقق سبب الملك هنا سابقاً بحيث يكشف البيع عنه فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن فى بيع ماله لغيره (٢)

سواء صرح بذلك كما لو قال بع مالى لنفسك أو اشتر بمالى لنفسك ام ادخله فى عموم قوله ابحت لك كل تصرف. فإذا باع المباح له على هذا الوجه وقع البيع للمالك اما لازماً بناء على ان قصد البائع البيع لنفسه غير مؤثر أو موقوفاً على الاجازة بناء على ان المالك لم ينو تملك الثمن هذا

الى الورثة فلا موجب للالتزام بالملكية

(١) قوله بناء الاكتفاء بمثل هذا فى الرجوع و ليس كذلك فيما نحن فيه.

محصل ما افاده المصنف قدس سره انه فى تلك المسألة انما يلتزم به من جهة كشف التصرف المتوقف على الملك على قصد الرجوع قبله، و هذا يكفى فى الرجوع و الفسخ، و لكنه لا ينطبق على ما نحن فيه، إذ فى صيرورة شىء ملكاً لشخص يعتبر الانشاء و لا يكفى مجرد القصد (٢) قوله فلم يبق الا الحكم ببطلان الاذن فى بيع ماله لغيره.

و قد تقدم ان الاظهر صحة الاذن فى ذلك لعدم توقفه على الملك و لكن يرد على ما ذكره قدس سره فى تلك المسألة امور:

الأول: ان لازم ذلك ان يكون قول الواهب و البائع بالخيار: فسخت اخباراً عن الرجوع لا إنشاء له.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٥

و لكن الذى يظهر من جماعة منهم قطب الدين و الشهيد رحمه الله فى باب بيع الغاصب ان تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن و الاذن فى اتلافه يوجب جواز شراء الغاصب به شيئاً، و انه يملك المثلن بدفعه إليه، فليس للمالك اجازة هذا الشراء و يظهر ايضا من محكى المختلف حيث استظهر من كلامه فيما لو اشترى جارية بعين مغصوبة: ان له و طى الجارية مع علم البائع بغصبيته الثمن فراجع، و مقتضى ذلك ان يكون تسليط الشخص لغيره على ماله و ان لم يكن على وجه الملكية،

يوجب جواز التصرفات المتوقفة على الملك فتأمل (١) و سيأتى توضيحه فى مسألة الفضولى ان شاء الله. و أما الكلام فى صحة الاباحة بالعوض (٢)

الثانى: ان الرجوع و الفسخ من الانشائيات لانهما يوجبان صيرورة الشىء ملكاً له، و لا بد فيهما من الانشاء و الاظهار، و لا يكفى 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 فى تلك المسألة، فعلى القول بتوقف البيع و العتق على الملك لا مناص عن البناء على البطلان فى تلك المسألة.

(١) قوله فتأمل و لعل وجهه انه يمكن ان يكون نظر الجماعة الى ان اعطاء المشتري ماله للغاصب مع علمه بغصبيته المبيع تسليط له على ماله مجاناً و موجب لصيرورته ملكاً له فيكون تصرفه فى ماله لا فى مال الغير المباح له.

(٢) الاشكال الثانى الذى اورده المصنف على القسمين الاخيرين، هو الاشكال فى صحة الاباحة بالعرض الرجعة الى عقد مركب من اباحة و تملك،

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٦

سواء صححنا اباحة التصرفات المتوقفة على الملك ام خصصنا الاباحة بغيرها، فمحصله ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العرض الآخر بل كلاهما ملك للمبيح الا أن المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فى صدق التجارة عليها، فضلا عن البيع (١)

(١) و حاصله ان هذا النحو من الاباحة المعوضة ليست معاوضة مالية ليدخل كل من العوضين فى ملك مالك العرض الآخر، بل كلاهما ملك للمبيح، الا ان المباح له يستحق التصرف فيشكل الامر فيه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا، مع التأمل فى صدق التجارة عليها ... الى آخر ما افاده.

و هذا الاشكال ايضا لا يختص بالمعاطاة، بل يعم ما إذا كانت الاباحة باللفظ، فالكلام فيه ايضا استطرادى. و كيف كان فتنقيح القول فى هذا المقام بالبحث فى موارد الأول: فى حقيقة الاباحة بالعرض، و انها هل تكون بيعا أو اجارة، ام صلحا ام معاوضة مستقلة؟ الثانى: فى الدليل على صحتها و نفوذها.

الثالث: فى انها لازمة ام جائزة.

اما المورد الاول فلا خلاف و لا ريب فى أنها ليست تملكيا للعين و لا للمنافع و لا للانتفاع، اما الأولان: فواضح.

و أما الاخير: فلأن المبيح ليس مالكا للانتفاع- الذى هو قائم بالمباح له- و من افعاله فكيف يملكه له؟ و كذلك ليست اعطاء حق به، فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لا- من الحقوق، و لذا ليس للمالك اسقاطه و لا- نقله الى غيره، بل هى اباحة تكليفية للتصرفات و رفع للمنع عنها، و عليه فهى ليست اعطاء شىء للمباح له بازاء شىء فلا تكون بيعا، و لا تكون نقلا للمنافع.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٧

الا ان يكون نوعا من الصلح لمناسبة له لغة لانه فى معنى التسالم على امر (١) بناء على انه لا يشترط فيه لفظ الصلح كما يستفاد من بعض الاخبار الدالة على صحته بقول المتصالحين لك ما عندك و لى ما عندى و نحوه ما ورد فى مصالحة الزوجين و لو كانت معاملته مستقلة، كفى فيها عموم

الناس مسلطون على اموالهم

(٢)

فلا تكون اجارة، و ليست انشاء للتصالح و التسالم على امر- كما هو واضح- فلا تكون صلحا

(١) قوله لانه فى معنى التسالم على امر و ما ذكره المصنف قدس سره فى وجه كونها صلحا من انه عبارة عن التسالم على امر و لا يعتبر فيه لفظ خاص و استشهد لذلك

بصحيحى محمد بن مسلم و منصور بن حازم عن السيدين الصادقين عليهما السلام: فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى فقال عليهما السلام لا بأس بذلك

«١». و هذا المعنى ينطبق على الاباحة المعوضة فهى صلح، يرد عليه: ان الصلح ليس هو التسالم على امر، و الا- لزم كون جميع المعاملات صلحا، بل الصلح المقابل لسائر العقود مسالمة عقدية و انشاء للتسالم، و من الواضح ان هذا لا ينطبق على المقام.

و أما الصحيحان: فليس فيهما ما يدل على ان تلك المعاملة التى نفى البأس عنها صلحا، بل من الجائز ان تكون معاملته مستقلة فيتعين

ان تكون معاملة مستقلة.

(٢) و أما المورد الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لصحتها بعموم

الناس مسلطون على اموالهم

«٢» و اورد عليه: بانه هذا ينافى ما ذكره قدس سره فى المعاطاة من انه لا يصح الاستدلال به على صحتها

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٨

و المؤمنون عند شروطهم

(١) و على تقدير الصحة ففى لزومها مطلقا لعموم (٢)

المؤمنون عند شروطهم

أو من طرف المباح له حيث انه يخرج ماله عن ملكه دون المبيع، حيث ان ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه أقواها اولها، ثم اوسطها.

و فيه: انه فى تلك المسألة بنى على عدم صحة الاستدلال به نظرا الى ان عمومها انما هو باعتبار انواع السلطنة، و انه لو احرز ثبوت سلطنة خاصة كالبيع له و شك فى انه هل يحصل بمجرد التعاطى ام لا، لا مورد للتمسك بعمومه و هذا الوجه لا يجرى فى المقام، بل مقتضى عمومها الانواعى الذى اعترف بانه له صحة هذه المعاملة الخاصة التى هى نوع من الأنواع فالحق تمامية هذا الوجه.

(١) و أما

قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم

«١» الذى استدل به المصنف قدس سره فى المقام فقد تقدم فى المعاطاة ما فيه و انه مختص بالشروط فى ضمن العقود و لا يشمل الشروط الابتدائية.

و يشهد لصحتها- مضافا الى دليل السلطنة السيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى- كما هو المتعارف فى اجارة

الدكاكين و ما شابها- فان الشخص يستأجر الدكان من مالكة شهرا بمقدار معين،

ثم يبينان على ان كلما بقى المستأجر يعطى الاجرة بذلك المقدار، بل التصرف فى الحمامات و الأمكنة المعدة لنزول المسافرين و

نحو ذلك كلها من هذا القبيل. فتأمل.

و دليل التجارة.

و دعوى عدم صدقها على الاباحة المعوضة من جهة انها عبارة عن التكسب بالمال، مندفعة بمنع ذلك، بل هى عبارة عن التكسب و

الاسترباح الشامل للمقام فالحق انها صحيحة نافذة.

(٢) و أما المورد الثالث، و هو انها لازمة أو جائزة

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار- فى الخبر المسلمون بدل- المؤمنون.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٤٩

اما حكم الاباحة، بالاباحة فلاشكال، فيه ايضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه و الأقوى فيها ايضا الصحة و اللزوم للعموم أو الجواز من

الطرفين لأصالة التسلط

فيشهد لزومها قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١) و اورد عليه: بانه يعارض في طرف الاباحة بعموم «٢» دليل السلطنة، إذ المفروض بقاء المال على ملكه.

وفيه: ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال و لا يدل على السلطنة على العقد، و الاباحة اللازمة في المقام انما هي اباحة عقديّة لا إباحة مستندة الى الاذن.

و ان شئت قلت: انه إذا كان العقد صادرا من المالك و باختياره- و بدليل السلطنة بنينا على ان له ذلك- فلزوم العقد المزبور لا ينافي سلطنته على المال، كما لا ينافيها في مورد الاجارة، مع ان العين باقية على ملكه.

و بالجملة: كما لو شرط في ضمن عقد لازم اباحة مال احد المتعاقدين للآخر كان له ذلك و كان لازما، و لا يكون منافيا لدليل السلطنة كذلك في المقام.

و لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا التعارض يكون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مقديما بناء على ما هو الحق من الرجوع الى المرجحات إذا تعارض عامان من وجه، فان الترجيح مع الآية الشريفة، فانه إذا كانت موافقة الكتاب من المرجحات كان الكتاب مقديما عند التعارض.

هذا بناء على ما هو الحق من انه إذا تعارض العام و المطلق لا يكون الأول مقديما:

و الا فتقديم الآية اظهر، لان الجمع المحلى بالالف و اللام من الفاظ العموم، كما انه لو قلنا بشمول اخبار العرض للمخالفة بالعموم من وجه يكون تقدم الآية الشريفة في غاية الوضوح.

و لو تنزلنا عن ذلك ايضا و سلمنا التسايط يكون المرجح استصحاب بقاء الاباحة، اي الاباحة العقديّة لا الإباحة المستندة الى الاذن، كى يقال

(١) المائدة: آية ٢.

(٢) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم و ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٠

الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه. (١)

انه لا سبيل الى استصحابها لتقومها بالرضا المرتفع.

فالأظهر أنها معاوضة مستقلة صحيحة لازمة.

جريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات

(١) قوله الخامس: في حكم جريان المعاطاة في غير البيع من العقود و عدمه.

ملخص القول في المقام: ان صحة المعاطاة في البيع ان كانت بدليل تعبدى شرعى من الاجماع و السيرة فلا كلام في عدم جريانها في غير البيع الا ما قام الدليل الخاص على صحته،

و ان كانت على القاعدة من جهة صدق البيع عليها فهي تجرى في غيره من المعاملات، فانه في كل باب يتمسك بعموم دليل ذلك الباب لصحتها لو كان، و الا يتمسك بعموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و لا إشكال في ذلك.

نعم فى بعض الموارد- كما فى باب الطلاق- دل «١» الدليل الخاص على ان الطلاق لا يصح انشاؤه الا بصيغته خاصة، فلا تجرى المعاطاة فيه لذلك.

و أما سائر الموارد فتجرى المعاطاة فيها،

و قد ذكروا فى بيان المانع عن جريان المعاطاة فى جملة من العقود امورا:

منها: ان بعض المعاملات لا يكون الفعل فيه مصداقا لعنوان تلك المعاملة، مثلا اطلاق العبد و فكه عن الخدمة مع قصد العتق لا ينطبق عليه عنوان العتق، و فى هذه المعاملات لا يصح الاستدلال بادلتها.

و منها: ما إذا دل الدليل فى باب على انه لازم كالرهن، و حيث ان المعاطاة جائزة بالاجماع فلا تجرى فيه.

و منها: انه فى بعض الموارد يكون الفعل محرما شرعا كما فى النكاح بالوطء.

(١) راجع الوسائل باب ١٥ و ١٦ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٥١

...

و النهى عن المعاملة يدل على الفساد.

و لنا عن هذه الوجوه جوابان: اجمالى و تفصيلى.

اما الاجمالي منهما فمحصله: انه يرد على الوجه الأول: انا لا نتصور معاملة لا يكون فعل فيها مصداقا لتلك المعاملة بالمعنى المعقول، و هو كون الفعل مظهرا عرفا للاعتبار النفسانى لا أقل من الافعال التى يفهم الاخرس مقاصده بها، مثلا: إذا سأل احد مالک العبد: هل تعتق عبدك؟ فحرك رأسه قاصدا به انشاء العتق، يكون هذا الفعل - بضميمة القرينة الموجودة - مصداقا لعنوان العتق بالمعنى المعقول، و هكذا فى باب الوصية و غيرها مع انه قد عرفت ان عناوين المعاملات موضوعات لحقائقها، اى المسببات و الاعتبارات النفسانية و الاسباب مبرزات لها لا انها من مصاديقها.

و بالجملة: المظهر كان هو القول أو الفعل يكون خارجا عن مسمى المعاملة، فلا-وجه للفرق بين الافعال اللهم الا ان يقال: ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفسانى المجرد، و عدم ترتيبه على الاعتبار المبرز بما لا يكون له شأنية، ذلك عندهم كما لو مشى بقصد انشاء الزوجية و عليه فالحق فى الجواب ما تقدم.

و يرد على الوجه الثانى: ما تقدم من ان الأصل فى المعاطاة هو اللزوم.

و يرد على الوجه الثالث: ما تقدم فى اول الجزء الاول من عدم دلالة النهى عن المعاملة على الفساد، لا سيما إذا تعلق بالاسباب.

و أما الجواب التفصيلى، فملخص القول: انه من المعاملات التى وقع فيها النزاع:

النكاح و قد استدلل لعدم جريان المعاطاة فيه بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٢

...

احدها: ما افاده المحقق النائينى قدس سره، و هو: ان الفعل فيه مصداق لضده، و هو الزنا و السفاح، فان مقابل النكاح ليس الا الفعل المجرد عن الانشاء القولى و عما جعله الشارع سببا للحلية.

و فيه: اولاً: ان هذا الوجه مختص بانشائه بالوطء و لا يشمل انشاءه بفعل آخر كتمكين الزوجة و غيره، و هذا الجواب يجرى فى جميع

الوجوه الآتية.

و ثانيا: ان مورد الكلام ما إذا وطء بقصد انشاء الزوجية لا مجردا عن القصد، و معه و ان كان سفاحا وزنا لكنه لا مانع من كونه مبرزا للزوجية، و ليست الزوجية و الزنا متقابلتين و متضادتين، فان الاولى من الاعتبارات، و الثانى من عناوين الفعل الخارجى، فلا مانع من مبرزيته لها.

ثانيها: ان النكاح عقد لازم للنص و الاجماع، و المعاطاة جائزة بالاجماع.

و فيه: ما تقدم من ان الأصل فى المعاطاة هو اللزوم،

مع انه يمكن ان يقال: ان الاجماع على جواز المعاطاة مختص بالمعاملة التى تجتمع الصحة فيها مع الجواز و لا يشمل ما لا تجتمع معه. و بعبارة اخرى: المجمع عليه عدم اللزوم مع الصحة، و أما عدم اللزوم غير المجتمع معها فلا يكون مشمولاً له مضافاً الى انه يمكن ان يجعل هذا بنفسه دليل اللزوم فيه فيقال ان المعاطاة تفيد اصل النكاح، و أما اللزوم فهو ثابت بمقتضى الدليل الخاص الدال على ان كل نكاح صحيح لازم.

ثالثها: ان لازم جريانها فى النكاح حصر الزنا بصورة الاكراه و الزنا بذات البعل و نحوهما، و هذا كما ترى.

و فيه: ان الوطء مع الرضا تارة يكون مع قصد الزوجية، و اخرى بدونه. و محل الكلام هو الأول، و أما الثانى فلا ريب فى انه زنا و سفاح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٣

اعلم انه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد على ما حكى عنه ان فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة (١) و كذا فى الهبة و ذلك لأنه إذا امره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة، و لو كانت هذه اجارة فاسدة لم يجز له العمل،

رابعها: ان الوطء يحتاج الى سبب محلل، فلو كان سببا لحلية نفسه لزم اتحاد السبب و المسبب فى مرتبة واحدة، مع امتناع تأثير الشئ فى نفسه.

و فيه: ان أول الوطء الأول سبب للزوجية، و هى سبب لحلية الوطء فى الآتات المتأخرة و الوطء اللاحق، فلا يلزم اتحاد السبب و المسبب.

خامسها: ان السبب المبعوض لا يؤثر، فالوطء المؤثر فى الزوجية مشروط بالحلية و المفروض انها من مقتضيات الزوجية، فتتوقف حلية الوطء على تأثيره، و يتوقف تأثيره على حليته، و هذا دور واضح.

و فيه: ما تقدم من ان النهى عن المعاملات- لا سيما الاسباب منها- لا يدل على الفساد، مع ان ترتب الحلية على الزوجية، و الزوجية على الوطء- الذى هو سبب لها- انما يكون ترتيباً رتبياً و أما فى الزمان فالجميع فى زمان واحد، فالوطء حين تحققه متصف بالجواز. فتحصل: انه لا مانع عقلا و لا شرعا عن جريان المعاطاة فى النكاح، و لكن قام الاجماع على عدم الجريان، و هو المستند لو كان و كان تعديدا لا مستندا الى الوجوه المتقدمة.

و منها: الاجارة

(١) قوله فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الاجارة فى المسألة اقوال احدها جريانها فيها مطلقاً ثانيها عدم الجريان كذلك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٤

...

ثالثها التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول، و بين الاجارة على العمل فالثانى.

والاظهر هو الاول، بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود و الايقاعات بكل ما يكون ميرزا لها، بلا اعتبار اللفظ في الميرز، كما حققناه في البيع و اوضحناه.

و استدل لعدم الجريان فيها تارة بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها في البيع من جهة الاجماع و السيرة، و هما غير ثابتين في المقام. و اخرى بان الاجارة لازمة كما يأتي، و المعاطاة اما مفيدة للملكية الجائزة أو الاباحة، فلا تجرى فيها.

و ثالثه بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به، فان اعطاء العين و دفعها يلائم مع تملكها لا تملك منافعها، و لا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة.

و كل مردود،

اما الاول فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها في جميع العقود و الايقاعات.

و أما الثاني: فلما مر في البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة مع انه لو دل الدليل على عدم لزومها في مورد خاص يقيد به اطلاق ما دل على لزومها.

و أما الثالث فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل، و لم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كي يقتصر على مورد تحقق التعاطي.

و عليه فلو تم هذا الوجه، فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجى و لا- يجرى في جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس- كما لو سأل سائل: هل تؤجر دارك بزيد؟ فحرك رأسه، و ما شابه ذلك- فلا يعتمد عليه.

مع انه غير تام، فان اعطاء العين اعم من الهبة و الصلح و القرض و البيع و الاجارة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٥

و لم يستحق اجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك. و كذا لو وهب بغير عقد. فان ظاهرهم جواز الاتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز (١) بل منع من مطلق التصرف و هو ملحظ وجيه انتهى.

فكما يقال انه بالتساوم على البيع مثلا و قصد ذلك يكون الاعطاء مصداقا للبيع على المشهور و ميرزا له عرفا على المختار، كذلك في المقام نقول ان تسليم العين في اول المدّة بقصد اجارتها في جميعها يكون مع التساوم قبله مصداقا أو ميرزا لها.

و استدل للثالث بانه في اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل ميرز لعنوان الاجارة، و لا يوجد ذلك في اجارة الحر نفسه للعمل، فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجى، و هذا ليس مصداقا للاجارة المتعلقة بالنفس، فلا تجرى فيها.

و فيه- مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تم فانما هو في الاعطاء لا- في كل فعل و لو كان هو الاشارة:- انه إذا فرضنا التساوم على الاجارة، يكون الشروع في العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوم عليه ايجابا للاجارة.

فالظاهر جريان المعاطاة في الاجارة مطلقا.

و يجوز ان يكون الايجاب بالقول و القبول بالفعل، لإطلاق الادلة و عمومها.

و استدل لعدم الجواز بانه ليس عقدا و لا معاطاة.

و فيه: انه لم يرد دليل على لزوم الانشاء بالعقد أو المعاطاة، بل الدليل دل على لزوم الابراز بلا تعيين لخصوص ميرز، فالظاهر كفايته.

(١) و بما ذكرناه يظهر الحال في كثير من ابواب الفقه حيث منع من جريان المعاطاة فيها من جهة عدم وجود فعل يكون مصداقا لتلك المعاملة منها الهبة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٦

و فيه ان معنى جريان المعاطاة في الاجارة على مذهب المحقق الثانى الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الامر، العمل المعين على المأمور به (١) و لم نجد من صرح به في المعاطاة. و أما قوله لو كانت اجارة فاسدة لم يجز له العمل، فموضع نظر

لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل (٢)

سيما إذا لم يكن العمل تصرفاً في عين من أموال المستأجر، وقوله لم يستحق أجره مع علمه بالفساد ممنوع، لأن الظاهر ثبوت أجره المثل (٢) لأنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد عوضاً لم يسلم له. وأما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز اتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها، (٤) إلا إذا قلنا في المعاطاة بالإباحة.

فإن جماعة كالشيخ والحلي والعلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك. لكن المحقق الثاني رحمه الله ممن لا يرى بكون المعاطاة عند القائلين بها مفيدة للإباحة المجردة

(١) يرد عليه أمران الأول أن المفروض أن أحد طرفي عقد الإجارة هو العمل الخارجي فلا تكون الإجارة المزبورة نظير الإجارة اللفظية موجبة للحكم بملك أحدهما الآخر المعين على الآخر والآخر العمل المعين - وبالجملة - أمر الأمر وحده ليس عقد الإجارة الثاني: أن الأصحاب وأن لم يصرحوا في الإجارة بما ذكره - إلا أنهم لم يصرحوا في البيع أيضاً بالملك.

(٢) وفيه أن مورد كلام المحقق صورة استلزام العمل التصرف في أموال المستأجر - وأما في صورة عدم استلزامه ذلك فلا ريب في عدم المنع - وفي هذه الصورة مقتضى فساد الإجارة عدم جواز التصرف ودعوى أنه يجوز للرضا به مندفعه بان الرضا من جهة تخيل صحة الإجارة لا يجدي.

(٣) ولكن ظاهر العبارة الموجودة في جامع المقاصد المحكية في المتن ثبوت الإجارة المسماة لا أجره المثل.

(٤) وفيه أن الأصحاب كما صرحوا في البيع المعاطاتي بالإباحة ككحكوا في الهبة المعاطاتية بالإباحة - والمحقق قدس سره في كلا البابين حمل كلماتهم على إرادة الملك المترئز فلا إيراد مخصوص بالمقام عليه.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٥٧

وتوقف الملك في الهبة على الإيجاب والقبول كاد أن يكون متفقاً عليه كما يظهر من المسالك. ومما ذكرنا يظهر المنع في قوله بل مطلق التصرف. وهذا ولكن الأظهر بناء جريان المعاطاة في البيع، جريانها في غيره من الإجارة والهبة لكون الفعل مفيداً للتمليك فيهما.

وظاهر المحكي عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع وغيره، حيث قال في باب الرهن أن الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والإيجاب عليه المذكور في البيع آت هنا، انتهى. لكن استشكله في محكي جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ما هنا.

ولعل وجه الأشكال عدم تأتى المعاطاة بالاجماع في الرهن على النحو الذي أجروها في البيع، (١) لأنها هناك أما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف والأول غير متصور هنا. وأما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن (٢)

(١) قوله ولعل وجه الأشكال عدم تأتى المعاطاة بالاجماع في الرهن لعل مراد المحقق قده أن ما هو ثابت في المعاطاة بالاجماع جار في البيع دون الرهن لعدم معقولية الجواز فيه وعليه، فما ذكره المصنف قدس سره في وجه اشكاله قده تام، ولا يرد عليه ما أورده المحقق الأيرواني قدس سره من أن هذا من الاجتهاد في مقابل النص لتصريحه بان منشأ الأشكال عدم شمول الاجماع على حكم المعاطاة للرهن.

ومنها الرهن فقد اشكل في جريان المعاطاة فيه بوجهين:

(٢) أحدهما: أن المعاطاة ثبت جوازها بالاجماع، والجواز غير متصور في الرهن لأنه ينافى الوثوق الذي به قوام مفهوم الرهن، وأن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفاً للاجماع.

و الجواب عنه: ما ذكرناه فى النكاح جوابا عن الوجه الثانى. فراجع.

ثانيهما: ان القبض شرط فى باب الرهن، و العقد مقتضى، فيلزم من انشاء الرهن بالقبض اتحاد المقتضى مع الشرط، و هو محال كما حقق فى محله.

و اجيب عنه: بان الشرط هو القبض، و المقتضى هو الاقباض، لان به ينشأ الرهن فلا يلزم الاتحاد المزبور.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٨

خصوصا بملاحظة انه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها الى اللزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض الأحيان، و ان جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما اطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ، و كان هذا هو الذى دعا المحقق الثانى الى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الاجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرهن،

نعم من لا يبالي مخالفة ما هو المشهور. بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا يشمل الرهن.

ولذا جوز بعضهم، الايجاب بلفظ الأمر كخذه، و الجملة الخبرية امكن ان يقول بافادة المعاطاة فى الرهن اللزوم، لإطلاق بعض ادلة الرهن، و لم يقد هنا اجماع على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف (١) بأن يكتفى فيه بالاقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم: من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع (٢) فتأمل.

نعم احتمال الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله

و فيه: ان المقتضى هو الاقباض و القبض معا، لأن الرهن من العقود و متقوم بالايجاب و القبول، فالقبض جزء المقتضى فيلزم الاتحاد. فالحق فى الجواب عنه ان يقال: - مضافا الى ما تقدم من عدم انحصار الفعل الذى ينشأ به الرهن بالقبض - انه ليس فى النصوص ما يدل على كون القبض شرطا فى الرهن، بل هذا اصطلاح من الفقهاء، و الموجود فى النصوص اعتبار القبض فيه الملازم ذلك مع كونه بنحو الاقتضاء.

مع: انه فى باب التشريعات و الاعتباريات ليس تأثير من الافعال الخارجية فيها حتى يكون شىء مقتضيا و الآخر شرطا، بل انما هى موضوعات للمجعولات الشرعية و تكون موضوعيتها تتبع جعل الشارع و تمام الكلام فى محله.

(١) و منها الوقف و اورد على القول بجريان المعاطاة فيه - بوجهين

(٢) الاول ما فى المتن و هو ان القول باللزوم فيه مناف لما اشتهر بينهم من توقف

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٥٩

ثم ان الملزم للمعاطاة فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع كما سننبه به بعد هذا الأمر.

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، و لم يدل دليل على عدم اجتماع الوقف و الجواز، بل الوقف قبل القبض جائز،

اللهم الا ان يقال: ان القبض جزء المؤثر، فقبله لا يكون المؤثر تاما كى يكون لازما أو جائزا،

و قد ورد عنهم عليهم السلام ما كان لله فلا رجعة فيه «١» و ظاهر ذلك: ان ما كان لله لا يلائمه الرجوع و هذا غير قابل للتخصيص.

و كيف كان ففى الجواب الأول غنى و كفاية.

الثانى: ما عن المحقق النائنى قدس سره، و هو مختص ببعض اقسام الوقف، و حاصله: ان بعض اقسامه كالوقف الخاص أو لمصرف

خاص كالوقف لتعزية سيد الشهداء سلام الله عليه من جهة عدم كون فعل مصداقا له لا تجرى فيه المعاطاة. وفيه: ما عرفت من عدم تصور عقد أو ايقاع لا يكون فعل مبرزا له. فراجع. ومنها: القرض.

و الكلام فيه اشكالا و جوابا ما في الرهن فراجع.

فتحصل: ان الأظهر جريان المعاطاة في جميع العقود و الايقاعات سوى ما دل الدليل الخاص على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح أو لفظ خاص فيه كالطلاق و التحليل.

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب الوقوف و الصدقات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٠

السادس: في ملزمات المعاطاة

إشارة

على كل من القول بالملك و القول بالاباحة. (١) اعلم ان الاصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة. (٢)

ملزمات المعاطاة

(١) الامر السادس في ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالاباحة.

ان بنينا على لزوم المعاطاة- كما هو الحق و مر تفصيله- يسقط هذا الأمر و لا مورد له، و ان بنينا على جوازها- فحيث انه في بعض الموارد الجواز متيقن، كما في صورة بقاء العينين و عدم تحقق شيء من الملزمات، و في بعض الموارد اللزوم متيقن كصورة تلف العينين أو الامتراج أو نحو ذلك فينبغي اولا تأسيس الأصل في المقام كى يرجع إليه عند الشك و عدم الدليل على اللزوم أو الجواز. (٢) و قد ذهب المصنف قدس سره الى ان الاصل هو اللزوم على القول بالملك، و استند في ذلك الى الوجوه الثمانية المتقدمة من العمومات و استصحاب بقاء الملكية.

و اورد عليه: تارة: بتمسكه بالعمومات مثل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و اخرى: بتمسكه بالاستصحاب.

اما الأول: فاورد السيد الفقيه في حاشيته و المحقق الاصفهاني قدس سره و غيرها عليه:

بان التمسك بها ينافي ما بنى عليه في كتبه فقها و اصولا من انه إذا ورد عام و لم يكن له عموم ازماني بل كان عمومه افراديا، و ثبوت حكم كل فرد في جميع الأزمنة بالاطلاق،

كما إذا ورد اكرم كل عالم، حيث ان عمومه افرادى و بقاء حكم كل فرد في عمود الزمان يستفاد من الاطلاق، ثم خصص العموم الافرادى و خرج فرد من العام عن تحته في زمان و شك في الحكم بعد ذلك الزمان، كما إذا ورد لا تكرم زيدا في يوم الجمعة و شك في يوم السبت في وجوب اكرامه و عدمه، لا يصح التمسك بعموم العام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦١

بل يكون مورد الاستصحاب حكم المخصص، فان عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وغيره من العمومات افرادى، و الزمان فيها انما يكون ظرفا لاستمرار الحكم كما صرح بذلك فى خيار الغبن.

و عليه فلا بد من البناء على جريان استصحاب الحكم الخاص بعد كونها مختصة بالاجماع على الجواز حين الانعقاد كما هو المفروض لا التمسك بالعمومات.

و فيه: ان الجواز الثابت بالاجماع لو كان هو الجواز من كل وجه كان الايراد تاما،

و لكن الجواز الثابت انما هو الجواز الخاص، و هو الجواز المتعلق بتراد العينين.

و أما الجواز من وجه آخر فهو مشكوك فيه من اول الأمر، و هذا لا يمنع عن التمسك بعموم العام، مثلا إذا علم جواز البيع من جهة شرط رد الثمن و شك فى جوازه من الجهات الاخر يتمسك بعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و يحكم بلزومه من تلك الجهات من اول الأمر، ففى الحقيقة ليس هذا تمسكا بعموم العام بعد ذلك الزمان.

بل تمسك به من اول الأمر بلحاظ الجهات الاخر.

و بالجملة: حيث ان الجواز الثابت بالاجماع هو جواز تراد العينين دون فسخ المعاملة مطلقا و من كل وجه، فالشك فى اللزوم بعد امتناع التراد شك فى اللزوم من جهة اخرى، و مورد 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 العام لما ذكر، و قد صرح بهذا المصنف قدس سره بعد اسطر،

حيث قال: و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخيارى حتى يستصحب بعد التلف ... الى آخره، و سيأتى تمام الكلام فى ذلك.

هذا بناء على ما بنى عليه فى كتبه اصولا وفقها،

و أما بناء على ما حققناه من ان المرجع عموم العام مطلقا فالأمر اسهل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٢

و أما على القول بالاباحة فالاصل عدم اللزوم (١) لقاعدة تسلط الناس على اموالهم (٢) و اصالة سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة (٢) و هى حاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

و أما الثانى: فقد اورد المحقق الاصفهاني قدس سره 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، و من الواضح ان ترتب زوال الملك على الرجوع شرعى.

و السيد قده و ان اورد عليه بهذا الايراد، الا انه اشكل على هذا الأصل بانه لا يجرى عند الشيخ لكونه من الشك فى المقتضى.

اما: اشكال السيد قده و ان كان فى غير محله- من جهة ان الشك فى المقتضى 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، و ذلك لعدم جريان

استصحاب الجواز من جهة ان موضوعه التراد، فبعد امتناعه و ارتفاع الموضوع لا مورد لاستصحاب الحكم.

فتحصل: ان ما افاده المصنف قدس سره على القول بالملك تام.

(١) و أما على القول بالاباحة، فقد ذهب المصنف الى ان الاصل عدم اللزوم و استدلل له بوجهين:

(٢) احدهما اصالة بقاء سلطنة المالك الثابتة قبل المعاطاة، الحاكمة على اصالة بقاء الاباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها.

(٣) الثانى: قاعدة تسلط الناس على اموالهم.

و اورد على الوجه الثانى بايرادين:

الأول: ما عن المحقق النائيني قدس سره و هو: ان ما ذكره الشيخ قدس سره فى المقام ينافى ما اختاره فى الأمر الرابع فى الاباحة بالعرض من ان الاقوى اللزوم
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٣

...

لعموم:

المسلمون عند شروطهم

«١» و فيه: انه فرق بين المقامين، فانه فى ذلك المقام الاباحة عقدية مالكية و بالتزام المالك نفسه، و أما الاباحة فى المقام فهى اباحة تعبدية شرعية غير عقدية و ثابتة بخلاف مقتضى العقد، فذلك الوجه لا يجرى فى المقام.
الثانى: ما اورده المحقق الايروانى، و هو: ان الاباحة الثابتة فى مورد المعاطاة المقصود بها الملك بما انها اباحة تعبدية شرعية، ثابتة على خلاف سلطنة المالك لثبوتها فى موضوع عدم رضا المالك بالتصرف، فدليل السلطنة و قاعدتها لا تنهض لاثبات سلطنة المالك على رفع الاباحة الشرعية لعدم صلاحيتها لاثبات سلطنة المالك على تغيير الاحكام الشرعية.
و فيه: ان غاية ما ثبت بالدليل على خلاف السلطنة انما هو جواز تصرف المباح له فى مال الغير من دون رضاه، و أما انه هل يباح له حتى مع منع المالك ام لا، فلا يستفاد من هذا الدليل، فالمرجع فيه عموم دليل السلطنة، إذ لا بد من التمسك بالعام عند الشك فى التخصيص الزائد.

و ان شئت قلت: ان دليل السلطنة قد خصص بما دل على جواز التصرف مع عدم رضاه، و أما انه إذا منع عن التصرف هل يجوز ذلك ام لا فالدليل المخصص غير شامل له،
فلا بد من الرجوع الى العام.
فتحصل: ان ما ذكره المصنف قدس سره على القول بالاباحة تام.
هذا بناء على القول بالاباحة الشرعية،
و أما على القول بالاباحة المالكية- من جهة الرضا الضمنى- فالأمر اوضح كما لا يخفى.

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٤

إذا عرفت هذا فاعلم ان تلف العوضين ملزم اجماعا (١) على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر، اما على القول بالاباحة فواضح لأن تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه (٢) و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيحىء.

من الملزمات تلف العينين

إشارة

إذا عرفت ما ذكرناه فاعلم: انه قد عد من الملزمات امور

(١) احدها: تلف العوضين و قد ادعى الاجماع عليه غير واحد،

بعد ما لا- كلام على الظاهر في ان تلف العينين من الملزمات على القول بجواز المعاطاة، للاجماع، تصدى المصنف قده لبيان وجه اللزوم على القولين، اى القول بالاباحة و القول بالملك.

(٢) و استدل قده لذلك على القول بالاباحة: بان تلفه من مال مالكة، و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه،

لأن ما يتوهم كونه سببا للضمان هي قاعدة الضمان باليد، و هي لا تجرى في المقام لان هذه اليد قبل تلف العين لم تكن يد ضمان. وفيه: أن ما ذكره في المقام ينافي ما ذكره في جواب استبعاد الشيخ الكبير من كون التلف من الجانبين معنا للمسمى من الطرفين. بما حاصله:

ان الجمع بين الادلة يقتضى الالتزام بدخول التالف في ملك من تلف في يده قبل التلف آنا ما، و وجهناه بان المؤثر في الملك هو المعاطاة و التلف أو ارادة التصرف المتوقع على الملك من تمام السبب المملك كالتقبض في الصرف و السلم، و على ذلك فيجرب على هذا القول ايضا ما ذكرناه على القول الآخر، بل اللزوم هنا اولى لعدم جريان استصحاب الجواز من وجه آخر غير ما ذكرناه مضافا الى عدم جريان الاستصحاب في الاحكام مطلقا،

و هو ان الجواز الثابت سابقا هو الجواز لا في ملك، و ما يكون مشكوكا فيه لاحقا هو الجواز في الملك. فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٥

و أما على القول بالملك فلما عرفت من اصالة اللزوم (١) و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع، و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري حتى يستصحب بعد التلف لأن ذلك الجواز من عوارض العقد لا العوضين، فلا- مانع من بقاءه بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه، فان الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا- يبقى بعد التلف متعلق الجواز، بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد، لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة هذا

(١) و أما على القول بالملك فقد استدل له: باصالة اللزوم، بدعوى ان المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين، و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و اورد عليه بايرادات، عمدتها ايرادان احدهما: ان المراد بتراد العينين: التراد في الملكية، اى رد الربط الملكى القائم بالعين، و هذا لا يمكن مع بقاء العقد بعد عدم كون الفسخ و الرجوع معاملة جديدة، فمتعلق الجواز دائما هو العقد، فلا فرق بين الموردين.

ثانيهما: ما عن المحقق الخراساني قدس سره و هو: ان متعلق التراد ملكية العينين لا أنفسهما و الملكية كما يصح انتزاعها من الموجود، كذلك يصح انتزاعها من التالف، فانها من الاعتباريات و هي مما لا يتوقف على موضوع موجود، و عليه فالموضوع و ان كان هو العينين الا انه يمكن التراد بعد التلف ايضا.

الذى يخطر بالبال في توضيح كلام المصنف قدس سره بنحو يندفع هذان الايرادان و سائر ما اورد عليه ان المراد من التعلق بالعقد هو التعلق به من كل وجه.

و المراد من التعلق بالعين فسخ العقد من جهة خاصة و هي تراد العينين خاصة كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٦

مع ان الشك في ان متعلق الجواز، هل هو اصل المعاملة أو الرجوع في العين، أو تراد العينين يمنع من استصحابه، فان المتيقن تعلقه بالتراد (١) إذ لا دليل في مقابلة اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما،

و منه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين، أو بعضها على القول بالملك (٢) و أما على القول بالاباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالكة (٢) اصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالک العين الموجودة و ملكه لها.

و على ذلك فإذا كان جواز المعاطاة هو الجواز بالمعنى الثانى فلا محالة يكون مرتفعا بعد تلف العينين، و المفروض لزوم المعاملة من الجهات الاخر، فلا مورد للرجوع،

و على هذا فما افاده المصنف قدس سره فى غاية المتانة.

(١) و بهذا يظهر تمامية ما ذكره المصنف قدس سره فى ما لو شك فى ان متعلق الجواز هل هو اصل المعاملة أو الرجوع فى العين أو تراد العينين من ان المتيقن تعلقه بالتراد، إذ لا دليل فى مقابل اصالة اللزوم على ثبوت ازيد من جواز تراد العينين الذى لا يتحقق الا مع بقائهما، فان التريديد حينئذ من قبيل التريديد بين الاطلاق و التقييد لا من قبيل التريديد بين المتباينين بحيث يكون موضوع احدهما قابلا للبقاء دون الآخر.

فتحصل: ان الأظهر كون تلف العينين من الملزمات.

تلف احدى العينين

(٢) و مما ذكرناه يعلم حكم ما لو تلف احدى العينين أو بعضها على القول بالملك، إذ لا فرق بينه و بين تلف العينين اصلا كما هو واضح.

(٣) و أما على القول بالاباحة، فقد نقل المصنف عن بعض معاصريه تبعا للمسالكة:

انه ليس بملزم و استوجه بعض مشايخه ان الاصل عدم اللزوم لاستصحاب بقاء ملك مالک العين الموجودة و سلطنته عليها إذ و ان كان يحتمل زوال ملكه و معه لا مورد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٦٧

و فيه انها معارضة باصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته (١) و التمسك بعموم على اليد هنا فى غير محله، بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، بل و لا بعده إذا بنى مالک العين الموجودة على امضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع (٢) انما الكلام فى الضمان إذا اراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعاً هذا

للتمسك بدليل السلطنة، الا انه يستصحب ملكه لها و سلطنته عليها.

و به يظهر اندفاع ما اورده السيد الفقيه قدس سره و غيره بقولهم:

لا مجال لاستصحاب السلطنة مع وجود قاعدتها، فلا معارض للبراءة، إذ الدليل لا يعارض الأصل.

(١) و اورد هو قدس سره على القوم: بانه يعارض مع اصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته للقطع بعدم مجانية التلف، أو للاجماع على التلازم بين جواز رجوع مالک العين الباقية و جواز رجوع مالک العين التالفة بديلها.

لا يقال: ان مقتضى عموم على اليد «١» الضمان فلا يجرى الأصل المزبور.

(٢) فانه يقال: ان هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان، و كذا بعده إذا لم يرجع مالک العين الموجودة.

انما الكلام فى ضمانه إذا رجع، و قاعدة اليد لا تصلح لاثبات الضمان فى هذا المورد لوجهين احدهما ان مقتضى هذه القاعدة الضمان المطلق لا الضمان المشروط. و بعبارة اخرى: مقتضاها العلية التامة للضمان لا الناقصة، اى كون اليد جزء العلة و جزئها الآخر

رجوع مالك العين الموجودة.

ثانيهما: ان المال المأخوذ بما انه خرج عن تحت عموم على اليد في زمان و هو قبل التلف و بعده قبل الرجوع، فلا يرجع إليه بعد الرجوع، لان المورد من موارد الرجوع الى استصحاب الحكم الخاص لا إلى عموم العام لعدم كون الزمان مفردا للعام. ثم انه قد اورد على نفسه توجيهها لكلام الاساطين بامور ثلاثة:

(١) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٨

و لكن يمكن ان يقال ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة (١) مع ان ضمان التالف ببدله معلوم الا ان الكلام في ان البدل هو البدل الحقيقي، اعني المثل أو القيمة أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة فلا اصل. (٢) هذا مضافا الى ما قد يقال: من ان عموم الناس مسلطون على اموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه. و على المال التالف بأخذ ببدله الحقيقي، و هو المثل أو القيمة (٢) فتدبر.

(١) الاول: ان اصالة بقاء السلطنة حاكمة على اصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة، إذ الشك في الضمان ناش عن الشك في بقاء السلطنة، إذ لو كانت باقية و رجع لا محالة يكون ضامنا بالمثل أو القيمة.

(٢) الثاني: ان الضمان المطلق معلوم، و الشك انما هو في ان البدل هو البدل الحقيقي - أي المثل - أو القيمة - أو البدل الجعلي - اعني العين الموجودة - فلا يجري الأصل في شيء منهما للتعارض بعد العلم الاجمالي بثبوت احدهما.

(٣) الثالث: ان عموم الناس مسلطون على اموالهم «١» يدل على سلطنة مالك العين التالفة ايضا عليها باخذ بدلها و هو المثل أو القيمة، و مع وجود الدليل الاجتهادي لا مورد لأصل البراءة.

و فيما ذكره قدس سره مواقع للنظر:

الأول: تسليمه لجريان اصالة بقاء السلطنة، فانه ينافي ما تقدم منا و منه من انه على القول بالاباحة لا بد من البناء على ان التالف قبل تلفه آنا ما يصير ملكا لمن هو تحت يده، و كذلك العين الموجودة تصير ملكا للآخر، فإذا ملك كل منهما مال الآخر فحكم المقام على هذا القول بعينه حكمه على القول بالملك بلا تفاوت اصلا، و لا مورد لجريان اصالة السلطنة لخروج المال عن ملكه، فالسلطنة الثابتة قد زالت قطعا.

الثاني: ما ذكره قدس سره من حكومة اصالة السلطنة على اصالة البراءة،

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٦٩

و لو كان احد العوضين ديناً في ذمة احد المتعاطيين (١) فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه.

فانه يرد عليه: ان لانزم بقاء السلطنة و نفوذ الرجوع و ان كان ضمان بدل التالف لما تقدم، الا ان الثاني ليس اثرا شرعيا للاول كي يترتب على استصحابه.

الثالث: ما ذكره قدس سره من عدم جريان اصالة البراءة في نفسها للعلم الاجمالي،

فانه يرد عليه: ان هذا العلم منحل لجريان استصحاب بقاء ضمان المسمى الثابت قبل التلف، فانه على هذا تجرى اصالة البراءة من

ضمان المثل أو 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 التالفه. فتحصل: انه من الملزمات مطلقا.

إذا كان احد العوضين ديناً فى الذمة

(١) ثانيها: ما لو كان احد العوضين ديناً فى ذمة احد المتعاطيين، ذكره جماعة ربما يقال: انه لو قلنا بان تلف احدى العينين ليس من الملزمات، لا مورد لهذا البحث، لان غاية ما فى المقام سقوط ما فى الذمة و هو بمنزلة التلف و لكن يمكن ان يقال: انه إذا كان احد العوضين ديناً، و الآخر مما يخرج عن ملك من انتقل إليه، كما إذا اشترى احد عموديه، أو كان العوضان ديناً، لا يلغو هذا البحث. و كيف كان: فلو كان احد العوضين ديناً فالكلام يقع تارة: بناء على القول بالملك و اخرى: بناء على القول بالاباحة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٠

و الظاهر انه فى حكم التلف، لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف (١)
و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة (٢) فافهم،

(١) اما على الاول: فقد استظهر المصنف قدس سره كونه فى حكم التلف، معللاً بان الساقط لا يعود، ثم احتمل العود و استضعفه. و فيه أنه بعد سقوط ما فى الذمة لا بد من البناء على اللزوم على القول بان تلف احدى العينين من الملزمات - الساقط عاد ام لم يعد و ان كان ما ذكره من ان الساقط لا يعود متين، فانه ان عاد ليس هو شخص ما فى الذمة الساقطة على الفرض، لانه يتشخص بتشخص اطرافه، فمع سقوط ما فى الذمة انعدم ذلك الشخص، و اعادة المعدوم محال. و الوجه فى ملزميته - على كل تقدير - ان حق الرجوع بالسقوط ذهب، و رجوع الذمة مشغولة باشتغال جديد لا يصح تعلق الحق به ثانياً، إذ بعد سقوطه عوده يحتاج الى دليل، و ان اريد ارجاعها مشغولة بالفسخ فالأمر اوضح، إذ لا بد و ان يكون متعلق الحق ثابتاً قبل الفسخ كى يتعلق الحق به فيفسخ و يأخذ بحقه.

و أما على القول بالاباحة ففى المتن

(٢) و الظاهر ان الحكم كذلك على القول بالاباحة،

و هذه العبارة يحتمل فيها وجهان:

احدهما: ان الحكم هو اللزوم، كما هو كذلك على القول بالملك، و هذا هو الذى فهمه السيد من العبارة.

ثانيهما: ان جعل الدين عوضاً على القول بالاباحة يوجب سقوط ما فى الذمة كما هو كذلك على القول بالملك، إذ لا معنى لإباحة ما فى الذمة سوى سقوطه و البراء عنه.

اما الحكم باللزوم - بناء على عدم اللزوم على القول بالاباحة لو تلفت احدى العينين - فلا ارى له وجهاً، إذ غاية ما فى الباب سقوط ما فى الذمة، و هو فى حكم التلف.

و لكن السقوط يرد عليه: اولاً: انه لو سلم عدم معنى معقول لإباحة ما فى الذمة

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧١

و لو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم فهو كالتلف (١) على القول بالملك لامتناع التراد، و كذا على القول بالاباحة إذا قلنا باباحة التصرفات الناقلة

لزم البناء على بطلان المعاملة لا الحكم بسقوط ما فى الذمة.

و ثانيا: ان اباحة ما فى الذمة امر معقول، لامكان 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. و أما ما افاده المحقق النائنى قدس سره من عدم معقولية تسلط الانسان على ما فى ذمته، فغريب، فان الانسان لا يملك ما فى ذمته، و لا مانع من تسلطه عليه بنقله و غيره. فتحصل: انه على القول بالاباحة لا تصير المعاملة لازمة بخلافه على القول بالملك.

نقل العين بالعقد اللازم

اشارة

(١) الثالث: من الملزمات التى ذكره المصنف ما لو نقل العينان أو احدهما بعقد لازم.

و الحق كونه من الملزمات على القولين اما على القول بالملك: فلخروجه عن ملكه، و المفروض ان الجواز انما ثبت بدليل لبي، و المتيقن منه ما إذا بقيت العين على صفة الملكية لمن انتقلت إليه، مع انه إذا كان الناقل من العقود اللازمة امتنع التراد، و معه لا معنى لفسخ المعاملة لما تقدم من ان الجواز الثابت فى المعاطاة انما هو جواز التراد.

و أما على القول بالاباحة: فكذلك ان كان النقل بالتصرف المتوقف على الملك،

و كذا ان كان بغيره لامتناع التراد، فلا معنى لبقاء الجواز.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٢

و لو عادت العين بفسخ ففى جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكة وجهان:

(١) اجودهما ذلك إذا لم يثبت فى مقابلة اصالة اللزوم جواز التراد بقول المطلق. بل المتيقن منه غير ذلك. فالموضوع غير محرز فى الاستصحاب، و كذا على القول بالاباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ

(١) و لو عادت العين بفسخ، ففى جواز التراد و عدمه وجهان، اختار المصنف الجواز بعد احتمال وجهين على القول بالملك، و وجوها على القول بالاباحة.

و محصل ما ذكره قدس سره فى المقام: انه على القول بالملك يحتمل جواز التراد إذا عادت العين بالتفاسخ و الاقالة لاستصحاب الجواز الذى موضوعه ما يملكه المتعاطيان، و هو محفوظ قبل النقل و بعد الفسخ، فلا مانع من استصحابه بعد احتمال ان يكون تخلل النقل رافعا للحكم عن موضوعه عند ثبوته.

و بهذا البيان يندفع ما اورده السيد قدس سره بان المفروض سقوط الجواز بنقل العين.

فبعد العود الأصل بقاءه على السقوط،

إذ 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 و حيث ان المتيقن ذلك- اى كون الموضوع ما يملكه المتعاطيان قبل النقل- فلا بد فى غير ذلك من الرجوع الى اصالة اللزوم.

و بما ذكرناه ظهر اندفاع ما اورده السيد قدس سره عليه: بان المستصحب معلوم الزوال لا ان الموضوع غير محرز، فان المحرز زوال القدر المتيقن لا المستصحب.

و أما على القول بالاباحة: فاحتمل فيه وجوها:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٣

الى ملك الثاني (١) فلا- دليل على زواله بل الحكم هنا اولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب. بل المحقق اصالة بقاء سلطنة المالك الأول، المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا: بأن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل (٢) فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك الى المالك الأول و ان كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه، كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكة الأول، أو عائدا إليه بفسخ. و كذا لو قلنا بأن البيع لا يتوقف على سبق الملك (٣) بل يكفي فيه اباحة التصرف و الاتلاف و يملك الثمن بالبيع، كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان. بل الأقوى رجوعه بالفسخ الى البائع، (٤)

(١) الاول: ان يكون التصرف الناقل كاشفا عن سبق المالك آنا ما، فبالفسخ يرجع المباح له الى ملك الثاني، و لا دليل على زواله، بل الحكم هنا اولى لانه لم يتحقق هنا جواز تراد الملك، فان الثابت في السابق سلطنة الشخص على ملكه لا جواز رد ملك الغير، فلا مورد للاستصحاب.

الثاني: ما ذكره بقوله

(٢) نعم لو قلنا بان الكاشف عن الملك هو العقد الناقل و الظاهر ان مراده كون العقد علة لحصول الملك للبائع و خروجه عن ملكه، فتكون ملكية المباح له باقتضاء العقد، فإذا ارتفع العقد كما يرتفع معلوله الآخر كذلك يرتفع هذا المعلول فيدخل في ملك المبيح بالفسخ، فيكون مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

(٣) الثالث: عدم كشف التصرف عن سبق الملك و لا كونه علة، بل المال يخرج من ملك المبيح و يدخل في ملك المشتري، و على هذا بالفسخ يرجع الى ملك المبيح، فمقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد.

(٤) ثم استضعف الوجهين الخيرين و اختار الاول و يرد عليه قده امور:

الأول: ان الظاهر كون تخصيصه مورد البحث بالفسخ من جهة وضح انه لو عادت العين بسبب مملك جديد لا مورد للتراد من جهة ان به يحصل الملك الجديد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٤

...

فلا يتوهم معه عود الحق،

مع انه لا فرق بين السبب الجديد و الفسخ، فان الحاصل بالفسخ ايضا ملك جديد لعدم معقولية عود عين الملك الزائل.

الثاني: ان الاستصحاب الذي احتمل جريانه على القول بالملك لا يجرى لوجهين:

الأول: كونه استصحابا تعليقيا.

الثاني: كونه استصحابا حكيميا، و المختار عدم جريانه.

الثالث: ما ذكره قدس سره القول بالاباحة من قوة الوجه الأول غير تام لما عرفت في التنبيه الرابع من اقوائية الوجه الثالث. فراجع.

الرابع: ما ذكره قدس سره على القول بالاباحة من البناء على الوجه الثاني مردود، فان العقد و ان كان علة لحدوث الملكية للمباح له الا ان لازم ذلك ليس رجوع المال الى المبيح، فان الفسخ حل للعقد من حينه لا من حين وقوعه، فلا يصلح لرفع هذا الأثر من العقد. الخامس: ان ما أفاده قدس سره على الوجه الثالث من انه بالفسخ يرجع المباح الى مالكة الأول، يرد عليه: انه إذا نقل المباح الى ثالث فلا- محالة أخرجه من ملك مالكة الأول، و هو اما لا- يملك ما جعل بازاء ذلك في المعاطاة، أو يملكه. و على الأول: اما لا يكون المباح له ضامنا لمثل ماله أو قيمته، أو يكون ضامنا.

لا- سبيل الى شىء من الأولين، لأن المفروض ان المباح له اتلف ماله، و هو و ان كان باذنه الا انه لم يكن اذنا مجانيا بل بعوض، و العوض انما هو العوض المسمى لا- المثل و القيمة، فلا محالة يملك ما جعل بازائه، و المباح له يملك الثمن الذى جعل فى العقد الثانى فبالفسخ يرجع المال الى البائع الثانى لا المالك الاول لزوال ملكه عما جعل عوضا فى المعاطاة. فتدبر فانه دقيق. فتحصل: انه لا يجوز التراد بعد الفسخ على القولين.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٥

و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل فيه بالرجوع و لا رجوعه، بنفسه الى عينه (١) فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب، و كذا على القول بالاباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة، و قلنا بأن التصرف فى مثله لا يكشف عن سبق الملك إذ لا عوض فيه حتى لا يعقل كون العوض مالا لو احد و انتقال المعوض الى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك الى المتهب، فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة الى المالك لا الواهب، اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الاخرى، أو عودها الى مالكةا بهذا النحو من العود، إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف.

نقل العين بعقد جائز

(١) قوله و لو كان الناقل عقدا جائزا، لم يكن لمالك العين الباقية الزام الناقل بالرجوع فيه، و لا رجوعه بنفسه الى عينه. محصل ما افاده فى المقام: ان الناقل ربما يكون معاوضة جائزة، و اخرى يكون غير معاوضة كالهبة.

و ان كان معاوضة: فعلى القول بالملك تصير المعاواة لازمة لعدم تحقق التراد، و تحصيله غير واجب لانه موضوع الجواز، و كذا على القول بالاباحة إذ المعاوضة كاشفة عن سبق الملك، و ان كان غير معاوضة كالهبة: فكذلك على القول بالملك.

و أما على القول بالاباحة و القول بعدم توقفها على الملك بل هى ناقلة للملك عن ملك مالكة الى المتهب، فللمالك الرجوع لخروج المال عن ملكه دون الواهب، فيتجه الحكم بجواز التراد و يكون الرجوع فى المعاطاة بواسطة الرجوع فى الهبة، أو يكون كاشفا عنه كتصرف ذى الخيار مع بقاء العين الاخرى أو عودها الى مالكةا بهذا النحو من العود، إذ لو كادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف، فان السلطنة الثابتة لمالك العين

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٧٦

...

الموجودة- المفروض رجوعها عن الاجنبى إليه- باقية على اباحتها للآخر، و انما تقتضى جواز الرجوع بسلب اباحتها عنه إذا لم يلزم من اعمالها اشتغال ذمة المالك بعوض العين التى كانت مباحة عنده، و الا فحكمه حكم المعاوضة و التلف، و يجرى فيه ما ذكرناه فيهما. فإذا لم تكن العين الاخرى باقية أو كان عودها بسبب جديد كالارث لا تكون مباحة له فلا محالة تشتغل ذمته بالعوض. فتدبر

جيدا.

و يرد على ما افاده قده امور:

الأول: ان ظاهر ما ذكره في المعاوضة على القول بالملك: انه لو كان له الزام الناقل تحقق التراد، مع انه ليس كذلك فانه لو عادت العين كانت الملكية غير ما كانت ثابتة قبل النقل.

الثاني: ان حصره عدم جواز التراد على القول بالاباحة في المعاوضة بانها كاشفة عن سبق الملك، في غير محله، فانه إذا لم تكن كاشفة عنه بل قلنا بان المال يخرج عن ملك المبيح و يدخل في ملك الثاني، ليس له الرجوع، فان المباح له انما نقله عن نفسه لاعتن المالك، فحكم جواز الرجوع انما يكون له لثبوته للناقل دون المالك.

الثالث: ما ذكره من الفرق بين الهبة و المعاوضة على القول بالاباحة ان قلنا بان التصرف في مثله لا يكشف عن سبق الملك، غير تام، فان المباح له بما انه اتلف مال المبيح و اخرجه عن ملكه، فهو يكون ضامنا، و ضمانه انما يكون بالمسمى فلا محالة يملك ما جعل عوضا 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، و المفروض انتفاء موضوعه. و ان كان المراد الجواز الثابت للهبة فهو انما يكون للواهب لانه وهبه عن نفسه لاعتن مالكة فيكون جواز الرجوع له لا للمالك.

فتحصل: ان الناقل من الملزمات مطلقا.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٧

و لو باع العين ثالث فضولا- فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقله. و لو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة (١) و لكل منهما رده العين قبل اجازة الآخر و لو رجع الأول فاجاز الثاني، فان جعلنا الاجازة كاشفة لغى الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و يلغوا الاجازة، و ان جعلناها ناقلة لغت الاجازة قطعاً

لو باع ثالث العين فضولا

(١) و لو باع ثالث العين فضولا، ففي المتن: فاجاز المالك الاول على القول بالملك لم يبعد كون اجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقله، و لو اجاز المالك الثاني نفذ بغير اشكال، و ينعكس الحكم اشكالا و وضوحا على القول بالاباحة، انتهى. محصل ما افاده: انه على القول بالملك لا إشكال في نفوذ اجازة المالك الثاني، و الوجه فيه ظاهر، و في نفوذ اجازة المالك الأول كان مرددا و لم يستبعد نفوذها، و الوجه في ترده ليس ما افاده المحقق النائيني قدس سره من ان رد البيع ليس كرد ذى الخيار ما انتقل عنه في تحققه بكل فعل أو قول، بل لا بد و ان يكون بالدلالة المطابقة، و هي تتحقق برد العين لا بإجازة الفضولى، فانها لازمة للرد، لان لازم هذا الاشكال في 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 لا رجوع له، و لم يقصده ايضا.

ثانيهما: ان الاجازة انما تكون على خلاف القاعدة، و هي تكون ثابتة للمالك، و ثبوتها لمن يصير مالكا و لو بها لم يدل عليه دليل. و لكن الوجهين ضعيفان.

اما الأول: فلأن الاجازة و ان كانت انفاذا لتصرف الغير الا انها بنفسها تصرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٨

...

و موجبة لصيرورة العقد و التمليك عقده و تمليكه.

و أما الثاني: فلما سيأتي من انها ثابتة على القاعدة، فكما انه بالبيع يجوز الفسخ،

كذلك بالاجازة فلا اشكال في نفوذ اجازته ايضا و أما على القول بالاباحة فقد استشكل بنفوذ اجازة المباح له بعد جزمه بنفوذ اجازة المالك.

اما وضوح نفوذ اجازة المالك فلا ينكر، و أما الاشكال في نفوذ اجازة المباح له فلا ارى له وجهها سوى الوجه الثاني المتقدم في اجازة المالك الأول على القول بالملك، و قد عرفت ما فيه. فالأظهر ان لكل منهما الاجازة على القولين و لو باع العين ثالث فضولا فهل لكل منهما رده قبل اجازة الآخر لا؟ الظاهر انه على القول بالملك لكل منهما ذلك، اما للمالك الفعلي فواضح، و أما المالك الأول فان قصد برده البيع الفضولي الرجوع في المعاطاة كان له ذلك فانه رجوع.

نعم لو لم يقصد به رد المعاطاة ليس له ذلك لكونه اجنبيا عن المالك، و الرد حق للمالك،

و أما على القول بالاباحة فللمالك المبيح ذلك.

و في ثبوته للمباح له تأمل بل منع من جهة عدم كونه مالكا، و ليس الرد من التصرفات الناقلة كى يكشف عن سبق الملك، و قصده التملك به لا يفيد، فان قصد التملك بل و انشائه لا يفيد في الملكية.

و لو رجع الأول فاجاز الثاني فهل تلغو الاجازة أو الرجوع. وجهان ينبغي اولا تعيين محل الكلام ثم بيان حكمه.

اما الأول: فتارة يكون البيع الفضولي واقعا على المثل، و اخرى: على الثمن، و على التقديرين تارة: يرجع البائع في المعاطاة و يجيز المشتري فيها، و اخرى: يكون الامر بالعكس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٧٩

و لو امتزجت العينان أو احدهما سقط الرجوع على القول بالملك (١) لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف.

فان كان البيع واقعا على المثل، و رجع المشتري و اجاز البائع، أو كان البيع واقعا على الثمن و رجع البائع و اجاز المشتري نفذا معا،

إذ الرجوع في الموردين يوجب صيرورة المميز مالكا لما وقع البيع الفضولي عليه قبل الاجازة، فله اجازة البيع الواقع على ملكه،

فالكلام انما هو في صورتين الاخيرتين فانه يقع التنافي بين الرجوع و الاجازة.

فتارة: نقول في الاجازة بالنقل، و اخرى: نقول بالكشف الانقلابي، و ثالثة: نقول بالكشف الحقيقي،

اما على الأولين: فلا اشكال في لغوية الاجازة لصدورها ممن ليس له تلك،

و أما على الاخير: فقد يقال انها حيث تكشف عن سبق الملك، فيكون الرجوع واقعا في غير محله.

و لكن يدفعه، ان الاجازة و ان كانت كاشفة الا- انه يعتبر فيها ان تكون صادرة ممن لو لم يجز كان مالكا، لا من لو لم يجز لم يكن

مالكا، كما في المقام، حيث ان الرجوع اوجب خروجه عن ملكه.

فالأظهر تقدم الرجوع مطلقا.

من الملزمات الامتزاج و التغير

(١) قوله: لو امتزجت العينان أو احدهما. سقط الرجوع على القول بالملك ان كان المزج موجبا للتلف الحقيقي، أو كان موجبا للتلف

عرفا- كما لو صيغ شيئا باللون المشتري بالمعاطاة- جرى عليه حكم التلف، و ان لم يكن موجبا له لا عرفا و لا حقيقة- كما لو مزج منا من الدهن المشتري بالمعاطاة بمن آخر- فبناء على القول بالملك يكون ذلك ملزما، فانه ان قلنا بحصول الشركة بالمزج القهري فقد تبدلت الملكية الاستقلالية الى الاشاعية، فلا يمكن التراد لا خارجا و لا ملكا

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٠

اما على القول بالاباحة فالاصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به. (١) نعم لو كان المزج ملحقا له بالاتلاف جرى عليه حكم التلف.

لا يقال: ان ذلك فيما لو مزجه بمال الغير لا فيما إذا مزجه بمال نفسه.

فانه يقال: نعم، و لكن لو رجع في المعاطاة و صار ملكا للبائع يملك بالاشاعة لا استقلالا،

و ان لم نقل بذلك فالتراد الملكي و ان كان ممكنا الا انه لعدم امكان التراد الخارجى لا يجوز الرجوع، إذ المتيقن من دليله هو الفسخ بالتراد الخارجى غير الممكن فى المقام،

مع ان العين قد تغير و وصف من اوصافها، فلا دليل على جواز الرجوع فى هذا المورد.

(١) و أما بناء على الاباحة، فقد ذهب المصنف قدس سره الى عدم اللزوم لأصالة بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع مالك الممتزج به.

و فيه: أنه تارة تزيد قيمة المأخوذ بالمعاطاة، و اخرى تنقص، و ثالثة لا تزيد و لا تنقص.

فان نقصت قيمته لا ينبغي التوقف فى اللزوم: لان المشتري اتلف وصفا من اوصاف المأخوذ، و حيث انه لم يكن مجانيا فلا وجه لعدم ضمانه، و لا وجه لضمانه المقدار الناقص لعدم كون ضمانه مثليا أو قيميا، و لم يجعل فى المعاطاة فى مقابل الناقص شىء كى يملكه، فلا مناص عن الالتزام بتملكه جميع ما جعل عوضا فى المعاطاة، فيصير المباح له مالكا لما تحت يده، فلا مورد لأصالة بقاء التسلط بعد ارتفاع موضوعه.

و ان لم تنقص قيمته، فان بنينا على حصول الشركة فى المزج القهري فحيث ان الملكية الاستقلالية تبدلت الى الملكية الاشاعية، فلا يكون موضوع الجواز باقيا،

و الا فحيث ان التراد الخارجى غير ممكن لعدم تمييز الاجزاء المتقلبة منه الى غيره.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨١

و لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا للصورة (١) كطحن الحنطة، و فصل الثوب فلا لزوم على القول بالاباحة و على القول بالملك. ففى اللزوم و جهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد منشأ الاشكال ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى أو حقيقى ثم انك قد عرفت مما ذكرنا انه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداء و فى ضمن المعاملة، بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة و على القول بالاباحة نظير الرجوع فى اباحة الطعام (٢) بحيث يناط الحكم فيه بالرضا الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف.

و بعبارة اخرى: تغير و وصف من اوصافها فلا وجه للجواز.

فتحصل: ان المزج مطلقا من الملزمات.

(١) و لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا- للصورة فان صار التصرف المغير موجبا لنقص القيمة فلا اشكال فى اللزوم، إذ تلف و وصف موجب لنقص القيمة من الملزمات كما تقدم فى المزج و ان لم تنقص قيمته فيمكن ان يقال ان المتيقن تعلق الجواز برد شخص العين

المنتقلة عنه بما لها من الصورة و الاوصاف التي تتفاوت بها الرغبات، إذ لا دليل في مقابل اصالة اللزوم على ازيد من ذلك، و عليه فهو من الملزمات مطلقا، و لا مورد للاستصحاب لعدم احراز الموضوع. و بذلك ظهر ما في كلمات المصنف قدس سره في المقام.

جواز الرجوع لا يورث بالموت

هل جواز الرجوع في مسألة المعاطاة نظير الفسخ في العقود اللازمة فيورث بالموت و يسقط بالاسقاط ابتداء أو في ضمن المعاملة، ام لا يكون نظيرا له بل هو حكم لا يترتب عليه شيء من احكام الحقوق؟ وجهان:
(٢) اختار المصنف قده الثاني، و قال بل هو على القول بالملك نظير الرجوع في الهبة، و على القول بالاباحة نظير الرجوع في اباحة الطعام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٢

فلو مات احد المالكين لم يخبر لوارثه الرجوع على القول بالملك (١) للاصل لان من له و إليه الرجوع هو المالك الاصلى و لا يجرى الاستصحاب.

و اورد عليه جمع من المحققين: بانه لم يعرف مما ذكره سوى كون متعلق الجواز في البيع المعاطاتي تراد العينين، و في البيوع اللازمة العقد، و مجرد ذلك لا- يقتضى كونه حكما لا- يورث، و لذا ترى ان الفقهاء اتفقوا على ان الخيار في البيوع اللازمة يورث، مع اختلافهم في ان متعلق الجواز هو العقد أو التراد.

(١) و كيف كان: فعلى القول بالملك لا يورث الجواز، لان توهم ثبوته للوارث ان كان من جهة ثبوته للمورث فيشمله ما دل على ان ما تركه الميت من حق أو مال فلوارثه،

فيرد عليه: ان ظاهر كلمات القوم كونه حكما، لانك تراهم في المقام لم يعدوا من الملزمات الاسقاط، مع انهم ذكروه في الخيار في العقود اللازمة،

مع ان الشك في كونه حكما أو 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 للمتعاطي لا لعنوان المالك،

و معه لا مورد لجريان الاستصحاب لعدم احراز الموضوع،

و أما رجوع المالك الحي الى الوارث فهو ايضا لا يجوز من جهة ان الثابت جواز التراد، و مع عدم ثبوته للوارث لا يمكن التراد.

و بما ذكرناه يظهر حكم الاسقاط و انه لا يسقط به و أما على القول بالاباحة، فقد عرفت ان هذه الاباحة ليست اباحة مالكية ضمنية بل اباحة تعبدية شرعية فلا- تكون كما ذكره المصنف قدس سره منوطة بالرضا الباطن بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف و لكن مع ذلك لا تكون هي ثابتة للوارث، إذ المتيقن من دليلها ثبوته للمورث،

فهى حكم لا يورث، و عليه فلا بد من الالتزام باحد امرين: اما حصول الملك بالموت، أو بطلان المعاملة رأسا، و على اى تقدير لا يكون للوارث الرجوع كما لا يخفى.

و الأظهر هو الأول كما اعترف به المصنف قدس سره في جواب بعض الاساطين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٣

و لو جن احدهما، فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع على القولين (١)

السابع: ان الشهيد الثانى ذكر فى المسالك وجهين فى صيرورة المعاطاء بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة.

إشارة

قال يحتمل الأول: لأن المعاوضات محصورة و ليست احداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج الى دليل. و يحتمل الثانى: لاطباقتهم على انها ليست بيعا حال وقوعها فيكيف يصير بيعا بعد التلف، و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حيث المعاطاء أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم انها ليست بيعا، و الثانى بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها، اللهم الا ان يجعل المعاطاء جزء السبب و التلف تمامه. و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على انها ليست لازمة و انما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما ان خيار المجلس منتف، انتهى. و الظاهر ان هذا تفريع على القول بالاباحة فى المعاطاء.

عند رد استبعاداته. فراجع فتحصل: انه لا يورث و لا يسقط بالاسقاط على اى تقدير.

(١) قوله و لو جن احدهما فالظاهر قيام وليه مقامه غاية ما يمكن ان يذكر فى وجه ذلك، ان كل ما يقبل النيابة، يقوم فيه الولى مقام المولى عليه و حيث ان مباشرة المالك فى الرد غير معتبرة- فيقوم مقامه إذا جن و لكن يرد عليه: ان الثابت بالدليل ولاية المولى فى امواله و حقوقه، و حيث عرفت ان جواز الرجوع حكم لاحق فلا- دليل على ولايته فيه، و تمام الكلام فى محله و على ذلك فحكم الجنون حكم الموت كما لا يخفى.

ثبوت الخيار فى المعاطاء

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٤

و أما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغى الكلام فى كونها معاوضة مستقلة أو بيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم. (١) إذ الظاهر انه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا اشكال فى ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى. فإذا لم صار بيعا لازما فيلحقه احكام البيع، عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لو لا الخيار، و قد تقدم ان الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى انها على القول بالاباحة بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه الا بعد تلف احدى العينين أو ما فى حكمه، و بعد التلف يترتب عليه احكام البيع عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من اول الأمر، و المحكى عن حواشى الشهيد ان المعاطاء معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة. و الظاهر انه اراد التفريع على مذهبه: من الاباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الاخرى، لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد ان يقول بالاباحة اللازمة فافهم.

(١) و قد مر الكلام فى ذلك بنحو الكبرى الكلية فى التنبيه الاول و عرفت المختار هناك، انما الكلام فى المقام يقع فى امر و هو: انه بعد ما عرفت من انه على القول بالاباحة يكون حصول الملك بالتلف انما هو من جهة شرطيته لتأثير المعاطاء نظير شرطية القبض فى الصرف و السلم، فلا محالة تصير بيعا بعد حصول الشرط و تكون الخيارات ثابتة لها من حين حصول الشرط. و قد وقع الكلام فى خيارين.

احدهما: خيار الحيوان فيما إذا كان التالف حيوانا، الثانى، خيار المجلس.

اما الأول: فقد ذكر في وجه عدم ثبوته وجوه:

الأول: ان الظاهر من الأدلة ثبوت خيار الحيوان فيما إذا كان باقيا لاما إذا تلف.

وفيه: انه لو كان لسان دليله هكذا: يرد الحيوان كان لهذه الدعوى وجه، و حيث ان لسانه هكذا: صاحب الحيوان بالخيار فلا مورد لها اصلا كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٥

...

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه لو كان التالف الحيوان فما لم يتلف لا خيار لعدم صيرورتها بيعا، و إذا تلف غير متعلق به الخيار، فمن اين يثبت به المثل أو القيمة.

وفيه: انه قد عرفت انه على هذا المسلك لا بد من الالتزام بحصول الملكية آنا ما قبل التلف، و عليه فتلك الملكية الثابتة هي الملكية مع خيار الحيوان، فيتلف الحيوان كذلك، اي متعلقا به الخيار.

الثالث: ان خيار الحيوان يمتنع ثبوته في الفرض، لان معنى الخيار ملك فسخ العقد، و عليه فيما ان المسلم عندهم ان التلف في زمان الخيار ممن لا- خيار له، اي موجب لبطلان المعاملة، فثبوت خيار الحيوان في الفرض موجب لانفساخ المعاملة و امتناع فسخها لانه تحصيل الحاصل،

و بعبارة اخرى: ليس قادرا على الحل و الابقاء، فإذا امتنع ذلك امتنع ثبوته يلزم من وجوده عدمه، و ما هو كذلك محال. فتدبر فانه دقيق.

و أما الثاني: فاورد على ثبوت خيار المجلس بوجهين:

الأول: ما عن المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان هذا الخيار من جهة ما في ذيل دليله فإذا افترقا وجب البيع يختص ثبوته لانه بالعقد اللازم من غير هذه الجهة، و لا يكون ثابتا في العقد الجائر في نفسه كما في المعاطاة، و قد تقدم الجواب عنه في التنبيه الأول. فراجع.

الثاني: ان المعاطاة تصير بيعا بعد التلف أو ما بحكمه، ففي مجلس المعاطاة لا تصير كذلك حتى تلحقها احكامه.

وفيه: اولاً: ما تقدم من انها بيع من الأول،

و ثانياً: انه يمكن ان يطول المجلس الى تحقق احد الملزمات من النقل و غيره فالأظهر ثبوت خيار المجلس و عدم ثبوت خيار الحيوان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٦

الثامن: لا إشكال في تحقق المعاطاة المصطلحة التي هي معركة الآراء بين الخاصة و العامة

إشارة

بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الاباحة بالفعل و هو قبض العينين.

اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم. (١)

فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشيء (٢) زائد على الانشاء اللفظي، كما قويناه سابقا بناء على التخلص بذلك عن اتفاقهم على توقف العقود اللازمة على اللفظ فلا أشكال في صيرورة المعاملة بذلك عقدا لازما و ان قلنا بمقالة المشهور من اعتبار امور زائدة على اللفظ

فهل يرجع ذلك الانشاء القولى الى حكم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العين معه، أو لا يتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل انشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالانشاء القولى السابق كالعدم لا عبرة به ولا بوقوع القبض بعده خاليا عن قصد الانشاء بل بانيا على كونه حقا لازما، لكونه من آثار الانشاء القولى السابق نظير القبض فى العقد الجامع للشرائط. ظاهر كلام غير واحد من مشايخنا المعاصرين الاول تبعا لما يستفاد من كلام المحقق و الشهيد الثانيين. قال المحقق فى صيغ عقود، (على ما حكى عنه، بعد ذكره الشروط المعترية فى الصيغة) انه لو اوقع البيع بغير ما قلناه، و علم التراضى منهما كان معاطاة انتهى.

حكم العقد الفاقد لبعض شرائط الصيغة

(١) قوله اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم بعد ما لا كلام فى تحقق المعاطاة المصطلحة بما إذا تحقق انشاء التمليك أو الاباحة بالفعل وقع الكلام فى انها هل تحصل بالقول غير الجامع للشرائط ام لا.

و تنفيح القول فيه بالبحث فى موارد:

المورد الاول فى عنوان المصنف قدس سره هذا الامر، فانه اورد عليه بامرین احدهما ما عن المحقق الخراسانى قدس سره و هو ان قوله فده

(٢) فان قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشىء يكون خلفا لقوله، اما إذا حصل بالقول الغير الجامع لشرائط اللزوم ثانيهما: ان اخذ محل الكلام ما إذ كان القول فاقدا للشرائط اللزوم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٧

و فى الروضة فى مقام عدم كفاية الاشارة مع القدرة على النطق انها تفيد المعاطاة مع الافهام الصريح، انتهى.

و ظاهر الكلامين صورة وقوع الانشاء بغير القبض بل يكون القبض من آثاره و ظاهر تصريح جماعة منهم المحقق و العلامة: بانه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملك، و كان مضمونا عليه: هو الوجه الاخير لأن مرادهم بالعقد الفاسد اما خصوص ما كان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصيغة، كما ربما يشهد به ذكر هذا الكلام بعد شروط الصيغة و قبل شروط العوضين و المتعاقدين. و أما يشمل هذا و غيره كما هو الظاهر و كيف كان فالصورة الأولى داخله قطعا و لا يخفى ان الحكم فيها بالضمان مناف لجريان حكم المعاطاة.

ظاهر فى كونه جامعا لشرائط الصحة، و مثل هذا العقد لا كلام من احد فى صحته،

و بعبارة اخرى، المفروغ عن صحته كيف يكون محل الخلاف من حيث الصحة و الفساد و الجواب عنهما: ان مراده من القول الفاقدا لشرائط اللزوم، الذى اخذه فى العنوان،

هو القول الفاقدا، للعربية، و الماضوية، و نحوهما من الامور التى وقع الخلاف فى كونها شروطا للصحة أو اللزوم و بعبارة اخرى التعبير المزبور لمجرد المعرفية فلا اشكال عليه من هاتين الجهتين و المورد الثانى: فى بيان منشأ التعرض لهذا التنبيه،

و الظاهر ان التعرض له من جهة دفع ما يترأى من التنافى بين كلمات الفقهاء، حيث ان بناءهم على ان المقبوض بالعقد الفاسد لا تترتب عليه الملكية، و لا يجوز التصرف فيه، و يجب رده الى مالكه،

و هذا ينافى مع ما يظهر من كلمات جماعة تبعا للمحقق و الشهيد الثانيين من انه لو اوقع المتعاقدان العقد فاقدا لشروط الصيغة يكون معاطاة و المصنف قدس سره تعرض لهذا التنبيه للجمع بين كلماتهم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٨٨

و ربما يجمع بين هذا الكلام و ما تقدم من المحقق و الشهيد الثانيين، فيقال ان موضوع المسألة في عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا الا بزعم صحة المعاملة (١) فإذا انتفت الصحة انتفى الاذن، لترتبه على زعم الصحة فكان التصرف تصرفا بغير اذن و اكلا- للمال بالباطل، لانحصار وجه الحل في كون المعاملة بيعا، أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا باكل المال من غير عوض. و الأولان قد انتفيا بمقتضى الفرض، و كذا البواقي للقطع من جهة زعمها (أى المتعاطين) صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شيء في المقابل. فالرضاء المقدم كالعدم، فان تراضيا بالعوضين بعد العلم بالفساد و استمر رضا هما فلا كلام في صحة المعاملة و رجعت الى المعاطاة كما إذا علم الرضا من اول الأمر باباحتهما التصرف بأى وجه، اتفق سواء صحت المعاملة أو فسدت فان ذلك ليس من البيع الفاسد في شيء.

اقول المفروض ان الصيغة الفاقدة لبعض الشرائط لا يتضمن انشاء واحدا هو التملك. و من المعلوم ان هذا المقدار لا يوجب بقاء الاذن الحاصل في ضمن التملك بعده ان كان انشاء آخر في ضمن التقابض خرج عن محل الكلام لأن المعاطاة حينئذ انما تحصل به لا بالعقد الفاقدة للشرائط، مع انك عرفت ان ظاهر كلام الشهيد و المحقق الثانيين: حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الاشارة المفهومة بقصد البيع، و بنفس الصيغة الخالية عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما، و منه يعلم فساد ما ذكره من حصول المعاطاة بتراض جديد بعد العقد غير مبنى على صحة العقد.

المورد الثالث: في بيان ما قيل في وجه الجمع و ما يمكن ان يقال.

و قد ذكروا في وجه الجمع امورا منها: ما عن بعض و هو محكى في المتن.

(١) و حاصله: ان الحكم بالضمنان في المقبوض بالعقد الفاسد انما هو فيما إذا كان الرضا بالتصرف لزعم صحة المعاملة، و الحكم بصحته معاطاة انما هو فيما إذا علم الرضا بالتصرف على التقديرين.

و اورد المصنف قدس سره عليه بايرادات:

(٢) الاول: ان المفروض في المقام هو تقييد الرضا بانشاء التملك، فلا يكون مع فرض العلم بالفساد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٨٩

ثم ان ما ذكره من التراضى الجديد بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غيره من الصور (١) مع ان كلام الجميع مطلق يرد عليه أن هذا التراضى ان كان تراضيا آخر حادثا بعد العقد، فان كان لا على وجه المعاطاة بل كل منهما رضى بتصرف الآخر في ماله من دون ملاحظة رضاء صاحبه بتصرفه في ماله فهذا ليس من المعاطاة (٢) بل هي اباحة مجانية من الطرفين تبقى ما دام العلم بالرضا، و لا- يكفى فيه عدم العلم به و بالرجوع، لأنه كالأذن الحاصل من شاهد الحال و لا يترتب عليه اثر المعاطاة من اللزوم بتلف احدى العين أو جواز

(١) الثانى: ان لازم ذلك هو الحكم بوقوعه معاطاة فيما إذا علما بفساد العقد لا مطلقا.

(٢) الثالث: ان الرضا بالتصرف انما يفيد اباحة التصرفات كالاذن فيها، و هذا اجنبى عن المعاطاة.

و منها: ما عن المحقق الخراسانى قدس سره، و هو ان الحكم بالضمنان في تلك المسألة اقتضائى- اى من حيث كونه عقدا- فلا ينافى صحته معاطاة.

و فيه: ان كلماتهم ظاهرة لو لم تكن صريحة في الضمان الفعلى لا الحيثى.

و منها: غير ذلك مما يظهر ما فيه من بيان حق القول في المقام، و هو:

انه إذا كان المفقود الشروط التى دل دليل خاص على اعتبارها فى ما ينشأ به البيع لا كلام فى عدم صحته معاطاة، إذ المعاطاة انما

تصح لكونها يبيعا مشمولاً للدلالة و العمومات على الفرض.

نعم لو قلنا بان مدرك صحة المعاظة الدليل التعبدى الخاص لا العمومات، و فرضنا شمول موضوع ذلك الدليل للقول الفاقد لذلك الشرط كان معاظة لكن المبنيين فاسدان، و عليه فإذا بقى رضاهما بعد ذلك العقد الى حين التقابض و لم يكن مقيدا بل كان رضا بالتصرف - صحت المعاملة ام فسدت - جاز التصرف فيه،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٠

التصرف الى حين العلم بالرجوع، و ان كان على وجه المعاظة فهذا ليس الا التراضى السابق على ملكية كل منها لمال الآخر، و ليس تراضيا جديدا بناء على ان المقصود بالمعاظة التملك، كما عرفته من كلام المشهور خصوصا المحقق الثانى، فلا يجوز له أن يريد بقوله المتقدم عن صيغ العقود ان الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضى، يدخل فى المعاظة التراضى الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة.

و تفصيل الكلام ان المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط. اما ان يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما فى تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما، أو على احدهما و اجبارا على العمل بمقتضى العقد، فلا اشكال فى حرمة التصرف فى المقبوض على هذا الوجه، و كذا ان وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما فى كل قبض وقع على هذا الوجه، لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة فى الرضا ينتفى بانتفائها فى الواقع، كما فى نظائره.

و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه فى حرمة التصرف فى العوضين كما انه لا إشكال فى الجواز إذا أعرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التملك ليكون معاظة صحيحة عقيد فاسد. و أما ان وقع الرضا بالتصرف بعد العقد، من دون ابتناؤه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لانشاء التملك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لو لاهما كان الرضا ايضا موجودا و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف و اوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه انه لو سئل كل منهما من رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التملك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا، فادخال هذا فى المعاظة يتوقف على امرين:

الأول: كفاية هذا الرضاء المركز فى النفس بل الرضاء الشأنى لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا فى نظره، و قد صرح بعد من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره الى هذا، و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركز فى النفس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩١

الثانى: انه لا يشترط فى المباحات انشاء الاباحة أو التملك بالقبض بل و لا بمطلق الفعل بل يكفى وصول كل من العوضين الى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور و فيه اشكال من ان ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو: العقد الفعلى كما ينبى عنه قول العلامة رحمه الله فى رد كفاية المعاظة فى البيع: ان الافعال قاصرة عن افادة المقاصد، و كذا استدلال المحقق الثانى على عدم لزومها بأن الافعال ليست كالأقوال فى صراحة الدلالة، و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله فى قواعده من ان الفعل فى المعاظة لا يقوم مقام القول، و انما يفيد الاباحة، و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم ان البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى. و من ان الظاهر ان عنوان التعاطى (التقابض) فى كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و ان عمدة الدليل على ذلك هى السيرة، و لذا تعدوا الى ما إذا لم يحصل الا قبض احد العوضين و السيرة موجودة فى المقام، فان بناء الناس على اخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين اربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس فى الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس فى كوز الحمامى فالمعيار فى المعاظة وصول المالىن أو احدهما مع التراضى بالتصرف، و هذا ليس يبيعد على القول بالاباحة.

و لكنه لا- يكون معاطاة، لان المعاطاة التي تكون موضوعه لهذا المبحث هي التي قصد بها التمليك لا الإباحة، و ان اعرضنا عن اثر العقد و تقابضا بقصد انشاء التمليك يكون التقابض معاطاة.

و أما إذا كان المفقود الشروط التي اعتبروها من باب الاخذ بالمتيقن، فالظاهر وقوعه صحيحا و بيعا شرعيا مشمولاً للعمومات على المختار من تصحيح المعاطاة على القاعدة لا بالدليل الخاص من الاجماع و السيرة، و كذلك لو قلنا بصحتها للسيرة العقلائية لعدم الفرق عندهم بين الفعل و القول الفاقد، و ان قلنا بصحتها بالاجماع فلا بد من الاقتصار على المتيقن و هو ما إذا كان انشاء التمليك بالفعل لا بالقول الفاقد للشروط.

هذا تمام الكلام في المباحث المتعلقة بالمعاطاة، و الحمد لله اولا و آخرا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٢

مقدمة: في خصوص الفاظ عقد البيع (١)

إشارة

قد عرفت ان اعتبار اللفظ في البيع، بل في جميع العقود مما نقل عليه الاجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة، مع الاشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة. اما مع العجز عنه كالاخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ، و قيام الاشارة مقامه (٢)

الفاظ عقد البيع

(١) قوله مقدمة في خصوص الفاظ عقد البيع.

و الكلام في هذه المقدمة يقع في موردين:

الأول: فيمن يعتبر في حقه اللفظ في معاملاته.

الثاني: في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ الذي ينشأ به البيع.

(٢) اما المورد الاول: فقد يقال: انه على فرض اعتبار اللفظ يختص ذلك بغير العاجز عن التكلم و أما العاجز عنه كالاخرس فلا يعتبر في معاملاته اللفظ.

و حق القول في الأخرس يقتضى البحث في مواضع:

الأول: في معاطاته و انه هل تكون هي كمعاطاة غيره لا تفيد الملكية أو اللزوم،

او لا تكون مثلها.

الثاني: في اشارته.

الثالث: في كتابته.

اما الموضوع الأول: فان قلنا باعتبار اللفظ في الملكية أو اللزوم- من جهة ان التعاطى الخارجى غير قابل لان تنشأ به الملكية و انه قاصر عن افادة الملكية أو اللزوم- فالحق عدم افادة معاطاة الاخرس ايضا ذلك، إذ معاطاته كمعاطاة غيره غير صالحة لذلك، فمع الانشاء كيف يمكن الحكم بتحقيق المنشأ،

و ان قلنا باعتباره فيها للاجماع، و الا فالمعاطاة في نفسها مشموله للعمومات و غير قاصرة عن افادة دينك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٣

فتارة: يقال ان التقييد باللفظ فى كلماتهم لخصوصية فيه،

و اخرى: يقال بان التقييد به من جهة انه الغالب، و الا فالمعتبر هو كل ما يقدر عليه مما يكون كاللفظ و لا يكون ذا وجوه و لا يتطرق فيه الاشتباه.

و على 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.

و أما على الأول: فيبنى على ان معاطاته كمعاطاة غيره،

و لو شك فى انه من قبيل الاول أو الثانى: فلا محالة يشك فى تخصيص العمومات بالاضافة إليه، و الأصل عدمه و صحة معاطاته.

و أما الموضوع الثانى: فلا ينبغى الريب فى ان انشاء المعاملات كما يكون باللفظ يكون بالاشارة لما نرى بالوجدان ان العقلاء فى مقام

تفهم مراداتهم من الأمر و النهى و غيرهما يبرزونها بالاشارة، و ليس الانشاء الا ابراز امر نفسانى بداعى تنفيذ العقلاء و الشارع ذلك

الأمر، و ليست كالاعطاء ذا وجوه كى يقال انها قاصرة عن افادة الملكية و عليه فمقتضى العمومات قيامها مقام اللفظ و صحة المعاملة

بالاشارة حتى على القول بعدم صحة المعاطاة و عدم افادتها الملكية لقصور الفعل عن انشاء الملكية به.

و هذا من غير فرق بين القدرة على التوكيل و عدمها،

الا ان يدعى الاجماع على عدم صحة انشاء المعاملة بها،

و لكنه على فرض ثبوته حتى مع العجز عن التكلم لا-ريب فى اختصاصه بصورة القدرة على التوكيل، إذ مع العجز عنه و القطع بان

الشارع لا يرضى بان لا يعامل الاخرس اصلا، لا مناص عن البناء على صحة معاملاته بالاشارة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٤

و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه (١) كما قيل، لان الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل (٢) بل

لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس (٢) فان حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل المطلق على الفرد النادر مع

ان الظاهر عدم الخلاف فى عدم الوجوب، ثم لو قلنا بأن الأصل فى المعاطاة اللزوم بعد القول بافادتها الملكية.

فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ.

و قد استدل لقيام اشارته مقام اللفظ مع القدرة على التوكيل بوجهين آخرين:

(١) احدهما: اصالة عدم وجوب التوكيل.

(٢) و اورد عليه المصنف قدس سره: بان الأصل فى المعاملات الاشتراط.

مراد المستدل انه بعد شمول العمومات للاشارة القدر المتيقن خروجه هو صورة القدرة على التكلم، و أما فى صورة العجز و ان كان

قادرا على التوكيل فلا اجماع على عدم الصحة، فمقتضى العمومات الصحة.

و لو شك فى الاشتراط و عدمه يكون الأصل عدمه،

و عليه فلا يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره.

(٣) الثانى ما ذكره المصنف قدس سره بقوله بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ فى طلاق الاخرس لا خلاف و لا إشكال فى انه

يقع طلاق الاخرس بالكتابة و الاشارة و الفعل الدال عليه، و كذا كل من يتعذر عليه النطق، و النصوص شاهدة به لاحظ.

صحيح البنزطى عن الامام الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة يصمت و لا يتكلم قال عليه السلام اخرس هو قلت نعم و

يعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها أ تجوز ان يطلق عنه وليه قال عليه السلام لا و لكن يكتب و يشهد على ذلك قلت فانه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها قال عليه السلام بالذى منه من افعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها «١» و نحوه غيره من النصوص الكثيرة الدالة على الاكتفاء بالكتابة أو كل فعل اعم من الاشارة و غيرها فتأمل.

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٥

و الظاهر ايضا كفاية الكتابة مع العجز عن الاشارة (١) لفحوى ما ورد من النص على جوازها فى الطلاق مع ان الظاهر عدم الخلاف فيه. و أما مع القدرة على الاشارة فقد رجح بعض الاشارة و لعله لانها اصرح فى الانشاء من الكتابة. و فى بعض روايات الطلاق ما يدل على العكس (٢) و إليه ذهب الحلبي رحمه الله هناك

(١) و أما الموضوع الثالث: فعن المحقق النائيني عدم كفاية الكتابة،

و استدل له: بالاجماع على عدم تأثيرها فى غير الوصية و بانها ليست مصداقا فى العرف و العادة لعنوان عقد أو ايقاع، فليست آلة لإيجاد عنوان بها.

و يرد على الأول: انه اجماع منقول، مع ان المتيقن منه صورة القدرة على التكلم لا مطلقا.

و يرد على الثانى: ان عناوين العقود و الايقاعات اسام للامور الاعتبارية النفسانية و اللفظ، و كذا ما يقوم مقامه مبرز لذلك، و عليه فكما انه يصح الاخبار بالكتابة، كذلك يصح الانشاء بها لعدم الفرق بينهما من هذه الجهة كما حقق فى محله،

(٢) مع انه قد ورد فى بعض اخبار الطلاق انه يصح الطلاق بالكتابة، بل تقدمه على الطلاق بالاشارة، لاحظ صحيح البنظى المتقدم آنفا فلو لم يكن انشاء الطلاق بها ممكنا لما كان وجه للحكم بوقوعه.

و بعد ما عرفت من ان كفاية الاشارة و الكتابة انما تكون على القاعدة فلا معنى للنزاع فى تقدم الكتابة أو الاشارة.

نعم فى خصوص الطلاق ذهب الحلبي الى تقديم الكتابة لانها اقوى و لكن الاقوائية ليست موجبة للتقديم الاعلى نحو الاولوية و قد يستدل لما ذهب إليه - بذكرها اولا فى صحيح البنظى المتقدم و هو ايضا لا يصلح للتقديم على وجه اللزوم و من ما ذكرناه يظهر عدم الخصوصية للأخرس و ان الحكم بشمل كل عاجز عن التكلم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٦

ثم الكلام فى الخصوصيات المعترية فى اللفظ (١) تارة يقع فى مواد الالفاظ من حيث افادة المعنى بالصرحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية و من حيث اللغة المستعملة فى معنى المعاملة و اخرى فى هيئة كل من الايجاب و القبول من حيث اعتبار كونه بالجملة الفعلية و كونه بالماضى. و ثالثه فى هيئة تركيب الايجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالات. أما الكلام من حيث المادة فالمشهور عدم وقوع العقد بالكنايات (٢) قال فى التذكرة الرابع من شروط الصيغة: التصريح فلا يقع بالكناية بيع مع النية مثل قوله ادخلته فى ملكك أو جعلته لك أو خذه منى بكذا أو سلطتك عليه بكذا، عملا باصالة بقاء الملك، و لأن المخاطب لا يدري بم خوطب، انتهى.

و زاد فى غاية المراد على الأمثلة مثل قولك اعطيتك بكذا، أو تسلط عليه بكذا

(١) قوله ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ.

هذا هو المورد الثانى للبحث و ملخص القول فيه ان الخصوصيات المعتبرة فيه قسمان احدهما ما يعرض الالفاظ انفسها ثانيهما: ما يكون خارجا عنها.

اما الأول: فملخص القول فيه: بعد ما لا ريب فى صحة الانشاء بالحقيقة الدالة على المعنى بلا عناء- قرينه و لو صارفة، و بالمجاز المشهور الذى يحتاج ارادة المعنى الحقيقى منه الى قيام القرينه، يقتضى البحث فى مواضع: الأول: فى انشاء المعاملة بالكنايات.

الثانى: فى المجازات.

الثالث: فى المشترك اللفظى.

الرابع: فى المشترك المعنوى.

اما الموضوع الأول: ففى المتن.

(٢) فالمشهور بين الاصحاب- على ما نسب إليهم- عدم وقوع العقد بالكنايات.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٧

و ربما يبدل هذا باشتراط الحقيقة فى الصيغة فلا ينعقد بالمجازات حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب و البعيد، و المراد بالصرح- كما يظهر من جماعه من الخاصة و العامة- فى باب الطلاق و غيره، ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لغه أو شرعا، و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع (١) فيفيد ارادة نفسه بالقرائن و هى على قسمين عندهم جلية و خفية، و الذى يظهر من النصوص المتفرقة فى ابواب العقود اللازمة و الفتاوى المتعرضة لصيغها فى البيع،

بقول مطلق، و فى بعض انواعه و فى غير البيع من العقود اللازمة هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفى معتد به فى المعنى المقصود فلا فرق بين قوله بعث و ملكت و بين قوله نقلت الى ملكك أو جعلته ملكا لك بكذا، و هذا هو الذى. قواه جماعه

و المراد بالكناية فى المقام ليس ما هو من اقسام المجاز- و هو استعمال اللفظ الموضوع للازم المعاملة فى معنى تلك المعاملة الذى هو الملزوم مجازا بل المراد بها استعمال اللفظ فى معناه الحقيقى، و هو اللازم للانتقال الى الملزوم و الشاهد على ذلك ان بعض المانعين عن الانعقاد بالكناية ذهب الى انعقاد المعاملة بالفاظ تكون موضوعه لمعنى هو لازم المعاملة فما هو ظاهر المصنف من حملها على المعنى الأول

(١) حيث قال و من الكناية ما افاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع غير صحيح و كيف كان: فقد اختار المحقق النائينى رحمه الله عدم الانعقاد بها،

و استشهد لذلك: بان انشاء اللازم و ايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا، و كون الملزوم مقصودا و داعيا من ايجاد اللازم لا أثر له، لان الدواعى لا أثر لها فى باب العقود و الايقاعات.

ثم اورد على نفسه: بان الملزوم و ان لم ينشأ اصالة الا انه منشأ تبعا، و فى المرتبة الثانية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ١٩٨

من متأخرى المتأخرين، و حكى عن جماعه ممن تقدمهم كالمحقق على ما حكى عن تلميذه كاشف الرموز أنه حكى عن شيخه المحقق أن عقد البيع لا يلزم منه لفظ مخصوص. و انه اختاره ايضا.

و حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه أنه جوز البيع بكل لفظ دل عليه مثل أسلمت اليك و عاوضتك و حكاه فى المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين بل هو ظاهر العلامة فى التحرير حيث قال: ان الايجاب اللفظ الدال على النقل مثل بعتك أو ملكتك أو ما

يقوم مقامهما و نحوه المحكى عن التبصرة و الارشاد و شرحه لفخر الاسلام فإذا كان الايجاب هو اللفظ الدال على النقل فكيف لا ينعقد بمثل نقلته الى ملكك أو جعلته ملكا لك بكذا، بل ربما يدعى انه ظاهر كل من أطلق اعتبار الايجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص كالشيخ و أتباعه فتأمل.

و قد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالا بلفظ السلم. و صرح جماعة أيضا في بيع التولية بانعقاده بقوله وليتك العقد أو وليتك السلعة و التشريك في المبيع بلفظ شركتك، و عن المسالك في المسألة تقبل احد الشريكين في النخل حصه صاحبه بشيء معلوم من الثمرة ان ظاهر الاصحاب جواز ذلك بلفظ التقبل مع انه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثة لازمة عند جماعة، هذا ما حضرني من كلماتهم في البيع.

و أما في غيره فظاهر جماعة في القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله تصرف فيه أو انتفع به و عليك رد عوضه أو خذه بمثله و اسلفتك و غير ذلك مما عدوا مثله في البيع من الكنايات مع ان القرض من العقود اللازمة على حسب لزوم البيع و الاجارة، و حكى عن جماعة في الرهن: ان ايجابه يؤدي بكل لفظ يدل عليه مثل قوله هذه وثيقه عندك و عن الدروس تجويزه بقوله خذه أو امسكه بملكك، و حكى عن غير واحد تجويز ايجاب الضمان الذي هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال، و تقلدته و شبه ذلك. و قد ذكر المحقق و جماعة ممن تأخر عنه جواز الاجارة بلفظ العارية معللين بتحقيق القصد و تردد جماعة في انعقاد الاجارة بلفظ بيع المنفعة. و قد ذكر جماعة جواز المزارعة بكل لفظ يدل على تسليم الأرض للمزارعة، و عن مجمع البرهان كما في غيره،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ١٩٩

انه لا خلاف في جوازها بكل لفظ يدل على المطلوب مع كونه ماضيا. و عن المشهور جوازها بلفظ أزرع، و قد جوز جماعة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرينة الدالة على ارادة الوقف مثل ان لا يباع، و لا يورث، مع عدم الخلاف كما عن غير واحد على انهما من الكنايات و جوز جماعة وقوع النكاح الدائم بلفظ التمتع مع انه ليس صريحا فيه، و مع هذه الكلمات كيف يجوز ان يسند الى العلماء أو اكثرهم و جوب ايقاع العقد باللفظ الموضوع له، و انه لا يجوز بالالفاظ المجازية خصوصا مع تعميمها للقريبه و البعيدة كما تقدم عن بعض المحققين و لعله لما عرفت من تنافي ما اشتهر بينهم من عدم جواز التعبير بالالفاظ المجازية في العقود اللازمة، مع ما عرفت منهم من الاكتفاء في اكثرها بالالفاظ الغير الموضوعه لذلك العقد جمع المحقق الثاني على ما حكى عنه في باب السلم و النكاح بين كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة على المجازات البعيدة، و هو جمع حسن، و الأحسن

و اجاب عنه: بان الايجاد بهذا النحو في كمال الضعف من الوجود، فيصرف الاطلاق عنه، و لا تشمل العمومات ايضا لخروجه عن الاسباب المتعارفة.

و يرد عليه:

اولا: انه قد صرح بانه لو قصد البيع بالفعل المصدق للزومه كالتسليط ينعقد به، و لم يظهر الفرق بين الفعل و القول في ذلك.

و ثانيا: انه لا فرق بين الاخبار و الانشاء الا في الداعي كما اشرنا إليه غير مرة،

فكما يصح الاخبار بالكناية، كذلك يصح الانشاء بها،

مع انه لو سلم كون الانشاء ايجادا لأمر لا إظهارا.

يرد عليه انه بعد فرض الملازمة بين اللازم و الملزوم إذا وجد اللازم في اي وعاء كان لا محالة يوجد الملزوم في تلك الوعاء.

و بالجملة: لا يعتبر في الانشاء سوى كون اللفظ مما له ظهور عرفي في المراد، و لا إشكال في ان اظهار اللازم عرفا اظهار للملزوم.

و دعوى: انصراف الاطلاق عنه لا تسمع فالأظهر انعقاد البيع و غيره من المعاملات بالكنايات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٠

منه ان يراد باعتبار الحقائق فى العقود اعتبار الدلالة اللفظية الوضعية سواء كان اللفظ الدال على انشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فيه مجازا بقرينة لفظ موضوع آخر، ليرجع الافادة بالآخرة الى الوضع (١) إذ لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ، وهذا بخلاف اللفظ الذى يكون دلالاته على المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد،

فان الاعتماد عليه فى متفاهم المتعاقدين، و ان كان من المجازات القريبة جدا رجوع عما بنى عليه: من عدم العبرة بغير الأقوال فى انشاء المقاصد، و لذا لم يجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال تدل على ارادة البيع جزما، و مما ذكرنا يظهر الاشكال فى الاقتصار على المشترك اللفظى اتكالا على القرينة الحالية المعينة، و كذا المشترك المعنوى و يمكن ان ينطبق على ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فى عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا يدري بم خوطب إذ ليس المراد ان المخاطب لا يفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجية، بل المراد ان الخطاب بالكناية لما لم يدل على المعنى المنشأ ما لم يقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب، بل المطرد فى الكنايات لا يدل على الملزوم ما لم يقصد المتكلم خصوص الفرد الجامع مع الملزوم الخاص

و أما الموضوع الثانى: فقد فصل المصنف قدس سره بين كون القرينة حالية أو مقالية، و اختار الانعقاد فى الثانى دون الأول. و به جمع بين كلمات القوم و نسبة إليهم.

(١) و استدل له: بانه إذا كانت القرينة لفظية فترجع الافادة بالآخرة الى الوضع، و لا يعقل الفرق فى الوضوح الذى هو مناط الصراحة بين افادة اللفظ للمطلب بحكم الوضع،

أو افادته له بضميمة لفظ آخر يدل بالوضع على ارادة المطلب من ذلك اللفظ، و هذا بخلاف ما إذا كانت القرينة حالية، فان الافادة حينئذ لا تكون باللفظ، و المفروض عدم العبرة بغير الأقوال فى انشاء المعاملات.

و فيه ان الدال على المعنى فى الاستعمال المجازى انما هو اللفظ و ذو القرينة، و القرينة انما تدل على ذلك- اى ارادة المعنى من ذى القرينة- لا ان جزءا من المعنى يستفاد من ذى القرينة، و جزءا منه من القرينة، مثلا فى قولنا: رأيت اسدا يرمى، يكون

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠١

فالخطاب فى نفسه محتمل لا- يدري المخاطب بم خوطب، و انما يفهم المراد بالقرائن الخارجية الكاشفة عن قصد المتكلم و المفروض على ما تقرر فى مسألة المعاطاة ان النية بنفسها، أو مع انكشافها بغير الاقوال لا تؤثر فى النقل و الانتقال،

فلم يحصل هنا عقد لفظى يقع التفاهم به، لكن هذا الوجه لا يجرى فى جميع ما ذكره من امثلة الكناية، ثم انه ربما يدعى ان العقود المؤثرة فى النقل و الانتقال اسباب شرعية توقيفية كما حكى عن الايضاح من ان كل عقد لازم وضع له الشارع صيغته مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار على المتيقن، و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوى العلماء فضلا عن الروايات المتكثرة الآتية بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فيه من الخصوصية المأخوذة فى الصيغة شرعا هى اشمالها على العنوان المعبر عن تلك المعاملة به فى كلام الشارع.

فإذا كانت العلاقة الحادثة بين الرجل و المرأة معبرا عنها فى كلام الشارع بالنكاح أو الزوجية أو المتعة، فلا بد من اشمال عقدها على هذه العناوين، فلا- يجوز بلفظ الهبة أو البيع أو الاجارة أو نحو ذلك، و هكذا الكلام فى العقود المنشئة للمقاصد الاخر كالبيع، و الاجارة و نحوهما، فخصوصية اللفظ من حيث اعتبار اشمالها على هذه العناوين الدائرة فى لسان الشارع أو ما يرادفها لغة أو عرفا لأنها بهذه العناوين موارد للاحكام الشرعية التى لا تحصى، و على هذا فالضابط وجوب ايقاع العقد بانشاء العناوين كما لو لم تقصد المرأة الهبة نفسها أو اجارة نفسها مدة الاستمتاع، لم يترتب عليه الآثار المحمولة فى الشريعة على الزوجية الدائمة أو المنقطعة، و ان كانت بقصد هذه العناوين دخلت فى الكناية التى عرفت ان تجويزها رجوع الى عدم اعتبار افادة المقاصد بالاقوال، فما ذكره الفخر

رحمه الله مؤيد لم ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إليه يشير ايضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ينعقد عقد بلفظ آخر ليس من جنسه.

و ما عن المسالك من انه يجب الاقتصار على العقود اللازمة على الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هي المأثورة في كلام الشارع،

و عن كثر العرفان في باب النكاح انه حكم شرعى حادث، فلا بد له من دليل يدل على حصوله و هو العقد اللفظي المتلقى من النص منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٢

ثم ذكر لإيجاب النكاح الفاظا ثلاثة و عللها بورودها في القرآن، و لا يخفى ان تعليقه هذا كالصريح فيما ذكرناه من تفسير توقيفية العقود، و انه متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار على المتيقن و من هذا الضابط تقدر على تمييز الصريح المنقول شرعا المعهود لغة من الالفاظ المتقدمة في ابواب العقود المذكورة من غيره من غيره و ان الاجارة بلفظ العارية غير جائزة و بلفظ بيع المنفعة أو السكنى مثلا لا يبعد جوازه و هكذا.

يرمى قرينه على ارادة الرجل الشجاع من الأسد، و عليه ففي جميع المجازات يكون الدال على المعاملة هو اللفظ.

فالأظهر صحة الانشاء بالمجاز و ان كان بعيدا.

و بما ذكرناه ظهر الحال في المشترك اللفظي إذا كانت افادة اللفظ فيه للمعنى المراد مع القرينه.

و أما الموضوع الرابع- اى المشترك المعنوي:- فقد اختار المحقق النائيني قدس سره عدم صحة الانشاء به إذا كان مشتركا بين العقود التمليلية و غيرها من النقل الخارجى كلفظ نقلت.

و استدلل له: بان امتياز النقل الخارجى عن النقل الاعتبارى ليس بعين ما به اشتراكهما، فلا محالة ينشأ الجنس العالى اولا ثم يميز بالفصل، فيلزم التدريجية فى الوجود.

و فيه: انه و ان كان اللفظ مركبا، الا انه لا يكون ذلك الاعتبار النفسانى البسيط تدريجيا من حيث الاظهار و الابرار، بل يصير ميرزا بالمجموع.

فالأظهر صحة الانشاء بالمشارك المعنوي ايضا.

الفاظ الايجاب و القبول

اشارة

و مما ذكرناه من صحة الانشاء بالكنايات و المجازات، و المشترك اللفظي،

و المعنوي يظهر انه يصح الانشاء بجميع الالفاظ التى وقع الخلاف فى صحة الانشاء بها التى ستمر عليك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٣

إذا عرفت هذا فلنذكر الفاظ الايجاب و القبول:

[أما الإيجاب]

منها لفظ بعث فى الايجاب

و لا خلاف فيه فتوى و نصاب، و هو و ان كان من الاضداد (١) بالنسبة الى البيع و الشراء لكن كثرة استعماله فى وقوع البيع به تعينه،

و منها لفظ شريت

فلا اشكال فى وقوع البيع به لو ضعه له، كما يظهر من المحكى عن بعض اهل اللغة بل قيل لم يستعمل فى القرآن الكريم الا فى البيع. و عن القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع، و باعه كاشتره فهما ضد و عنه ايضا كل من ترك شيئا و تمسك بغيره، فقد اشتره و ربما يستشكل فيه بقله استعماله عرفا فى البيع (٢) و كونه محتاجا الى القرينة المعينة، و عدم نقل الايجاب به فى الاخبار و كلام القدماء و لا يخلو عن وجه.

و أما على القول الآخر: فقد وقع الكلام فى انشاء البيع بطائفة من الالفاظ من ناحية الصغرى، و انها داخله فى ما يصح الانشاء به، أو فيما لا يصح، و هى متعددة: منها: لفظ بعث.

(١) و الكلام فيه من جهة انه من الاضداد- كما اختاره المصنف قدس سره- أو مشترك معنوى بمعنى التمليك بعوض اعم من ان يكون صريحا أو ضمينا.

الظاهر ان: المتفاهم منه عرفا كونه موضوعا للبيع المقابل للشراء كما يظهر لمن راجع المرتكز فى ذهنه، فلو سلم كونه فى اللغة موضوعا لكل منهما أو للجوامع بينهما، لا ينبغى التأمل فى ان المتفاهم منه عرفا هو البيع، و هذا يكفى فى صحة انشاء البيع به، فلا حاجة الى تطويل الكلام فى ذلك. و منها لفظ شريت.

(٢) و المصنف قدس سره بعد تسليمه كونه من الاضداد استشكل فى انشاء البيع به، بقله استعماله فيه عرفا، و كونه محتاجا الى القرينة المعينة، و عدم نقل الايجاب به فى الاخبار و كلمات العلماء.

و يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من انه لا إشكال فى صحة الانشاء و ان كانت القرينة المعينة حالية-: ان القرينة المعينة دائما تكون لفظية، لان الشراء إذا استعمل فى البيع منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٠٤

و منها لفظ ملكت بالتشديد

و الاكثر على وقوع البيع به، بل ظاهر نكت الارشاد الاتفاق حيث قال: انه لا يقع البيع بغير اللفظ المتفق عليه كبعث و ملكت، و يدل عليه ما سبق فى تعريف البيع من ان التمليك بالعوض المنحل الى مبادلة العين بالمال هو المرادف للبيع عرفا و لغة، (١) صرح به فخر الدين حيث قال: ان معنى بعث فى لغة العرب ملكت غيرى، و ما قيل من ان التمليك يستعمل فى الهبة بحيث لا يتبادر عند الاطلاق غيرها فيه ان الهبة انما يفهم من تجريد اللفظ عن العوض لا من مادة التمليك، فهى مشتركة معنى بين ما يتضمن المقابلة و بين المجرد عنها، فان اتصل بالكلام ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض افاد المجموع المركب بمقتضى الوضع التركيبى البيع، و ان تجرد عن ذكر العوض اقتضى تجريده الملكية المجانية. و قد عرفت سابقا ان تعريف البيع بذلك تعريف بمفهومه الحقيقى فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة، بنى على صحة عقد بلفظ غيره مع النية، (٢) و يشهد لما ذكرنا قول فخر الدين فى شرح الارشاد: ان معنى بعث فى لغة العرب ملكت غيرى.

يكون مفعوله الأول مال نفسه و غير مصدر بالباء و إذا استعمل في الشراء يكون مفعوله الأول مال الطرف و مال نفسه يصدر بالباء- فالقرينة المعينة دائما تكون هي الهيئة. و منها: لفظ ملكت.

و الكلام فيه ليس في صحة انشاء البيع به

(١) لما ذكره المصنف قدس سره من ان حقيقة البيع هي التمليك بعوض.

(٢) بل الكلام فيه انما هو فيما ذكره المصنف قدس سره بان صحة العقد به بارادة الهبة المعوضة أو المصالحة منه مبنية على صحة عقد بلفظ غيره مع النية،

فانه اورد عليه السيد و المحقق النائيني قدس سره: بان ما ذكره يتم في الصلح و لا يتم في الهبة المعوضة، فان الهبة المجانية و المعوضة من التمليك حقيقة.

و فيه: ان الهبة المعوضة من التمليك المجاني لا التمليك بعوض، إذ العوض فيها ليس في مقابل المال الموهوب، و المصنف قدس سره يدعى ان الهبة المعوضة ليست من التمليك بعوض، و لم يدع عدم كونها من التمليك. فتدبر في كلماته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٥

و أما الإيجاب باشتريت،

ففي مفتاح الكرامة انه قد يقال بصحته كما هو الموجود في بعض نسخ التذكرة، و المنقول عنها في نسختين من تعليق الارشاد. اقول و قد يستظهر ذلك من عبارة كل من عطف على بعث و ملكت شبههما أو ما يقوم مقامهما إذا ارادة ما يقوم مقامهما في اللغات الاخر للعاجز عن العربية ابعده، فيتعين ارادة ما يرادفهما لغة أو عرفا فيشمل شريت و اشتريت لكن الاشكال المتقدم في شريت اولي بالجريان هنا لأن شريت استعمل في القرآن الكريم في البيع، بل لم يستعمل فيه الا فيه (١) بخلاف اشتريت و دفع الاشكال في تعيين المراد منه بقرينة تقديمه الدال على كونه ايجابا. اما بناء على لزوم تقديم الايجاب على القبول. و أما لغلبة ذلك غير صحيح لأن الاعتماد على القرينة الغير اللفظية،

في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه، (٢) الا ان يدعى ان ما ذكر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حيث دلالته على خصوص العقد و تميزه عما عداه من العقود. و أما تميز ايجاب عقد معين عن بقوله الراجع الى تميز البائع عن المشتري فلا يعتبر فيه الصراحة، بل يكفي استفادة المراد و لو بقرينة المقام أو غلبته و نحوهما، و فيه اشكال.

و منها: لفظ اشتريت.

(١) و المصنف قدس سره: قال ان الاشكال المتقدم في شريت اولي بالجريان هنا، لان شريت استعمل في القرآن الكريم «١» في البيع، بل لم يستعمل فيه الا فيه بخلاف اشتريت.

و ربما يتوهم انه يمكن دفع الاشكال المتقدم و هو قلة استعماله في البيع بانه لو قدم ذلك يتعين ارادة الايجاب منه.

(٢) و اجاب المصنف قدس سره عنه بان الاعتماد على القرينة غير اللفظية في تعيين المراد من الفاظ العقود قد عرفت ما فيه.

و يرد عليه ما ذكرناه من الوجهين في شريت انما الاشكال فيه يكون من جهة اخرى، و هي ان هيئة الافعال انما وضعت لمعنيين: احدهما: قبول المادة. كالا اكتساب

(١) سورة يوسف: آية ٢١ البقرة آية ١٠٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٦

و أما القبول، فلا ينبغي الاشكال في وقوعه بلفظ قبلت و رضيت و اشتريت و شريت و ابتعت و تملكيت و ملكت مخففا (١)

و أما بعث فلم ينقل الا من الجامع (لابن سعيد) مع أن المحكى عن جماعة من أهل اللغة اشتراكه بين البيع و الشراء، و لعل الاشكال فيه كأشكال اشتريت في الايجاب.

و اعلم ان المحكى عن نهاية الاحكام و المسالك ان الاصل في القبول قبلت و غيره بدل لأن القبول على الحقيقة مما لا يمكن به الابتداء و الابتداء بنحو اشتريت و ابتعت ممكن، و سيأتي توضيح ذلك في اشتراط تقديم الايجاب، ثم ان في انعقاد القبول بلفظ الامضاء و الاجازة و الانفاذ و شبهها وجهين. (٢)

فرع لو اوقعا العقد بالالفاظ المشتركة بين الايجاب و القبول

ثم اختلفا في تعيين الموجب و القابل (٣) اما بناء على جواز تقديم القبول، و أما من جهة اختلافهما في المتقدم فلا يبعد الحكم بالتحالف، ثم عدم ترتيب الآثار المختصة بكل من البيع و الاثراء على واحد منهما.

و الاحتطاب و الاقتراب.

ثانيهما: قبول المادة من الغير كالانتقاض و شبهه، و في كل مورد لا بد من الرجوع الى اهله في انه استعمل في اي المعنيين و ليس لنا التصرف، و عليه فيحتمل ان اشتريت في الكلمات انما استعمل في قبول المادة من الغير لا في قبول المادة، فاستعماله في الايجاب لا يصح.

(١) و مما ذكرناه ظهر وقوع القبول بلفظ قبلت، و رضيت، و شريت، و اشتريت

(٢) انما الكلام فيه في الفاظ امضيت، اجزت، انفذت و اشباهها و منشأ الاشكال ان الانفاذ و الامضاء و الاجازة انما تتعلق بما له مضي و جواز و نفوذ، و ما يترقب منه ذلك هو السبب التام، و هو العقد لا الايجاب خاصة.

و لكن يمكن دفعه: بان هذه العناوين بما انها من لوازم تحقق العقد بلحوق القبول للايجاب و يكون القبول ملزوما لها، فانشاء القبول بها من قبيل الاستعمال الكنائى، و قد عرفت صحة الانشاء بالكنايات.

(٣) لا اختصاص لهذا الفرع بايقاع العقد بالالفاظ المشتركة بل لو كان بالالفاظ

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٧

[شروط عقد البيع]

مسألة: المحكى عن جماعة منهم: السيد عميد الدين و الفاضل المقداد، و المحقق و الشهيد الثانيان اعتبار العربية في العقد

، (١) للتأسي (٢) كما في جامع المقاصد، و لان عدم صحته بالعربي الغير الماضى يستلزم عدم صحته بغير العربي بطريق اولى (٣) و في الوجهين ما لا يخفى و اضعف منهما منع صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي. فالاقوى صحته بغير العربي.

المختصة و كان الاختلاف في المتقدم يجرى هذا الفرع ثم ان الحكم بالتحالف انما هو فيما إذا كان هناك اثر مترتب على كل من الدعويين، كما لو كان كل من العوضين حيوانا، و الافصاح الحيوان هو المنكر، و للكلام في هذا الفرع محل آخر. اعتبار العربية

و أما الثاني: فالكلام في ما قيل باعتباره في طي مسائل:

(١) الاولى: المحكى عن جماعة منهم السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق و الشهيد الثانيان: اعتبار العربية في العقد. و استدلل له بوجوه

(٢) الاول: التأسى، فإن النبي صلى الله عليه و آله و الائمة عليهم السلام كانوا يعاملون بالعربية.

و فيه: انه لم يدل دليل على لزوم التأسى أو محبوبيته في كل ما كانوا عليهم السلام يفعلونه،

ألا ترى انهم كانوا يتكلمون بالعربي و لم يتوهم احد لزومه أو استحبابه، و لعل انشاء معاملاتهم بها من هذا القبيل مع ان مطلوبيتها لا تستلزم فساد الانشاء بغيرها بعد شمول العمومات و الاطلاقات له، مضافا الى عدم لزوم التأسى غايته الاستحباب.

(٣) الثاني: ان اعتبار الماضي في العقد يستلزم اعتبار العربية بالاولوية.

و فيه: ان الماضي ليست من خصوصيات اللغة العربية حتى يقال ان اعتبارها يستلزم اعتبار العربية، بل هي خصوصية في كل لغة فهما خصوصيتان في عرض واحد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٨

و هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة بناء على اشتراط العربي؟ الاقوى ذلك (١) بناء على ان دليل اعتبار العربية هو لزوم الاقتصار على المتيقن من اسباب النقل، و كذا اللحن في الاعراب.

الثالث: ان مقتضى اصالة الفساد عدم ترتب الأثر على شيء من العقود، و المتيقن مما خرج عن هذا الأصل هو العقد بالعربية، فلا بد من رعايتها.

و فيه: انه يتوقف على عدم جواز التمسك بالعمومات و المطلقات في دفع احتمال اعتبار شيء في الاسباب، و قد عرفت في اول هذا الجزء صحته.

الرابع: عدم صدق العقد على غير العربي مع التمكن من العربي.

و فيه: اولاً: انه يكفي صدق التجارة و البيع عليه في نفوذه.

و ثانياً: ان العقد من مقولة المعنى، فما معنى عدم صدقه على غير العربي و صدقه على العربي؟ و اضعف من ذلك دعوى عدم صدقه عليه مع التمكن من العربي.

فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار العربية،

و يشهد- له مضافا الى ذلك-: انه لو كان ذلك معتبرا لاشتهر و كان يجب على كل مكلف تعلم صيغ العقود لكثرة ابتلاء الناس بالمعاملات، فنفس عدم اشتها ذلك و عدم نقل ورود روايه داله على ذلك دليل قطعي على عدم الاعتبار، مع قيام السيرة عليه.

نعم في خصوص النكاح ادعى الاجماع على اعتبار العربية مع من التمكن، فان ثبت و الا فالعمومات تقتضى عدم اعتبارها فيه ايضا، فالأظهر صحته بغير العربي.

ثم انه على القول باعتبار العربية وقع الكلام في امور

(١) احدها: انه هل يعتبر عدم اللحن من حيث المادة و الهيئة كما اختاره المصنف ام لا؟ الظاهر: إن اللحن فيهما ان كان بنحو لا يضر بظهور الكلام عرفا في ارادة المعاملة الخاصة كما لو قال: بعتك بالفتح صح العقد و لا 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، و ان كان بنحو يضر به كما لو قال جوزتك بدل زوجتك اعتبر عدمه لما عرفت من لزوم كون الانشاء بما يكون مظهرًا لتلك المعاملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٠٩

و حكى عن فخر الدين الفرق بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال:

جوزتك بدل زوجتك، فصحح الأول دون الثاني (١) الا مع العجز عن التعلم و التوكيل، و لعله لعدم معنى صحيح في الأول الا البيع بخلاف التجويز (٢) فان له معنى آخر فاستعماله في الترويح غير جائز. و منه يظهر ان اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم يتغير بها المعنى.

ثم هل المعتبر عريية جميع اجزاء الايجاب، و القبول، كالثمن و المثلن ام يكفي عريية الصيغة (٣) الدالة على انشاء الايجاب و القبول حتى لو قال: بعتك:

اين كتاب را به درهم، كفى و الاقوى هو الأول لأن غير العربي كالمعدوم فكأنه لم يذكر في الكلام. نعم لو لم يعتبر ذكر متعلقات الايجاب كما لا يجب في القبول، و اكتفى بانفهامها و لو من غير اللفظ صح الوجه الثاني، لكن الشهيد رحمه الله في غاية المراد في مسألة تقديم القبول نص على وجوب ذكر العوضين في الايجاب.

(١) و لعله الى ما ذكرنا نظر فخر الدين حيث فصل بين ما لو قال بعتك بفتح الباء و بين ما لو قال جوزتك بدل زوجتك فصحح الاول دون الثاني، لا إلى ما افاده المصنف قدس سره

(٢) بقوله لعدم معنى صحيح في الاول الا البيع بخلاف التجويز.

فان لازم ما ذكره صحة العقد بزواجك، إذ لا معنى صحيح له سوى الترويح، مع انه لا تأمل في فساده فالمعيار ما ذكرناه

(٣) قوله ثم هل المعتبر عريية جميع اجزاء الايجاب و القبول كالثمن و المثلن ام يكفي عريية الصيغة.

يقع الكلام في موردين:

الأول: انه هل يعتبر ذكر العوضين في عقد البيع ام لا؟ الثاني: انه على فرض اللزوم هل يعتبر ان يكون بالعريية ام لا؟ اما الأول: فالظاهر لزوم ذكرهما، إذ العوضان في البيع نظير الزوجين في النكاح، إذ المبادلة انما تكون بين المالين و لا بد من انشاء هذا المعنى، فإذا لم يذكر العوضين لم ينشأ البيع و لو كان من قصده تبديل هذا المال بذلك لعدم العبرة بالقصد المجرد في انشاء المعاملات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٠

ثم انه هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا، بمعنى اللفظ (١) بأن يكون فارقا بين معنى بعث و ابيع و انا بايع أو يكفي مجرد علمه بأن هذا اللفظ، يستعمل في لغة العرب لانشاء البيع الظاهر هو الأول لأن عريية الكلام ليست باقتضاء نفس الكلام، بل يقصد المتكلم منه المعنى الذى وضع له عند العرب فلا يقال انه تكلم و ادى المطلب على طبق لسان العرب، الا إذا ميز بين معنى بعث و ابيع و اوجدت البيع و غيرها، بل على هذا لا يكفي معرفة ان بعث مرادف لقوله: فروختم حتى يعرف ان الميم في الفارسى عوض تاء المتكلم فيميز بين بعثك و بعث بالضم و بعث بفتح التاء، فلا ينبغي ترك الاحتياط و ان كان في تعيينه نظر و لذا نص البعض على عدمه.

مسألة: المشهور كما عن غير واحد اشتراط الماضوية،

بل في التذكرة الاجماع على عدم وقوعه بلفظ ابيعك أو اشتر منى، و لعله لصراحته في الانشاء (٢) إذ المستقبل اشبه بالوعد

و أما الثاني: فجميع ما ذكر في وجه اعتبار العريية في الصيغة تدل على اعتبارها في اجزاء الايجاب و القبول سوى الاولوية، و لكن قد

عرفت فساد الجميع،

فالأظهر عدم اعتبارها فيها.

(١) قوله ثم: هل يعتبر كون المتكلم عالما تفصيلا بمعنى اللفظ اعتبار كونه عالما بمعنى اللفظ في الجملة مما لا ينكر، لان استعمال اللفظ في المعنى يتوقف على لحاظ اللفظ و المعنى، و الا فلا يعقل ذلك و يكون التلفظ مجرد لقله اللسان و ليس تكلما بالعربى مثلا و لكن ذلك لا يقتضى اعتبار العلم التفصيلى.

عدم اعتبار الماضوية

الثانية: المشهور كما عن غير واحد: اشتراط الماضوية.

و قد استدلل لاعتبارها بوجوه الأول: الاجماع و هو كما ترى.

(٢) الثانى: ما فى المتن و هو ان الماضى صريح فى الانشاء، و المستقبل اشبه بالوعد،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١١

و الامر استدعاء لا إيجاب، (١) مع ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف (٢)

و فيه: انه ان اريد من صراحة الماضى فى الانشاء عدم احتياج ظهوره فى الانشاء الى قرينة حالية أو مقالية فيرد عليه: ان تلك الهيئة مشتركة بين الانشاء و الاخبار، بمعنى ان الموضوع له و المستعمل فيه فى هيئة الصيغة المشتركة بين الانشاء و الاخبار- مثل بعث- شىء واحد،

و هى النسبة المتحققة بين المسند- و هو الاعتبار النفسانى- و المسند إليه- 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 أو المجاز فهو و ان كان متينا الا ان الفعل المضارع المستعمل فى الانشاء ايضا كذلك، فان هيئة المضارع وضعت للدلالة على تلبس الذات بالمبدئى فى حال التكلم أو بعده، فإذا استعملت فى مقام الانشاء فقد استعملت فى ما وضعت له.

و ما افاده المحقق النائينى قدس سره من انها تدل على تلبس الفاعل بالمبدئى و هذا ملازم للتحقق لانه صريح فيه بل لازمه يرد عليه: ان التلبس عين التحقق لانه لازمه.

و ان شئت قلت: انها موضوعه للتحقق ايضا. و تمام الكلام فى محله.

و بما ذكرناه يظهر صحة استعمال الجملة الاسمية نحو انا بائع فى مقام الانشاء،

فان هذه الهيئة وضعت للدلالة على انتساب البيع الى البائع، فيصح استعمالها فى مقام انشاء البيع، فظهر ان الحكم فى باب الطلاق بوقوعه بانت طالق ليس على خلاف القاعدة.

(١) و أما الامر فهو موضوع للدلالة على ان صدور المادة من المخاطب متعلق لشوق المتكلم، و عليه فصحة الانشاء به تتوقف على صحة الانشاء بالكناية، لان انشاء المعاملة باظهار كون وقوعه متعلقا للشوق من قبيل الاستعمال الكنائى، و قد عرفت صحة الانشاء بالكناية، و سيأتى تمام الكلام فى ذلك فى المسألة الآتية.

(٢) الثالث ان قصد الانشاء فى المستقبل خلاف المتعارف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٢

و عن القاضى فى الكامل و المهذب عدم اعتبارها، و لعله لإطلاق البيع و التجارة و عموم العقود، (١) و ما دل فى بيع الآبق و اللبن فى الضرع من الايجاب بلفظ المضارع، (٢) و فحوى ما دل عليه فى النكاح و لا يخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فى الانشاء

على وجه لا يحتاج الى قرينه المقام، فتأمل.

مسألة: الأشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول

، (٢) و به صرح فى الخلاف و الوسيلة و السرائر و التذكرة، كما عن الايضاح و جامع المقاصد

و فيه: ان التعارف لا يوجب تقييد اطلاق الادلة كما لا يخفى،

(١) فالظاهر صحة الانشاء بغير الماضى للمعلومات و الاطلاقات.

(٢) و تشهد له - مضافا إليها -: النصوص الواردة فى بيع العبد الآبق، و الجارية الآبقة، و بيع المصحف، و اللبن فى الضرع، و النكاح،

من الوقوع بفعل المضارع و الأمر «١» و حمل جميعها على ارادة المقاوله و الوعد و الاستدعاء خلاف الظاهر جدا.

تقديم القبول على الايجاب

(٣) قوله الاشهر كما قيل لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا.

الأقوال فى المسألة ثلاثة الأول: - و هو الأشهر كما قيل - لزوم تقديم الايجاب على القبول مطلقا.

الثانى: ما عن الشيخ فى كتاب النكاح من المبسوط، و المحقق فى الشرائع، و العلامة قدس سره فى التحرير، و الشهيدان فى بعض

كتبهما و غيرهم فى غيرها، و هو جواز التقديم بل عن المبسوط و السرائر دعوى الاجماع عليه فى كتاب النكاح

(١) الوسائل باب ٨ و ١١ من أبواب عقد البيع و باب ٣١ من أبواب ما يكتسب به. و باب ١٨ من أبواب المتعة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٣

و لعله الاصل بعد حمل آية و جوب الوفاء على العقود المتعارفة (١)

كإطلاق البيع و التجارة فى الكتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الايجاب فلا يتقدم عليه و أنه تابع له، فلا يصح تقدمه عليه و

حكى فى غاية المراد عن الخلاف الإجماع عليه و ليس فى الخلاف فى هذه المسألة إلا أن البيع مع تقديم الايجاب متفق عليه فيؤخذ

به فراجع، خلافا للشيخ فى المبسوط فى باب النكاح،

و أن وافق الخلاف فى البيع الا انه عدل عنه فى باب النكاح، بل ظاهر كلامه عدم الخلاف فى صحته بين الامامية حيث أنه بعد ما ذكر

أن تقديم القبول بلفظ الأمر فى النكاح بأن يقول الرجل زوجنى فلانه جائز بلا خلاف، قال: أما البيع فإنه إذا قال بعنيها، فقال: بعتكها

صح عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا- يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى. و كيف كان فنسب القول الأول إلى

المبسوط مستند إلى كلامه فى باب البيع و أما فى باب النكاح فكلامه صريح فى جواز التقديم كالمحقق فى الشرائع و العلامة فى

التحرير و الشهيدان فى بعض كتبهما. و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، و فحوى جوازه فى النكاح

الثابت بالأخبار (٢) مثل خبر ابان بن تغلب الوارد فى كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة أتزوجك متعة على

كتاب الله و سنة رسول الله صلى الله عليه و آله إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهى امرأتك و انت أولى الناس بها و رواية سهل الساعدي

المشهور فى كتب الفريقين كما قيل: المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ زوجنيها.

الثالث: التفصيل بين الصيغ التى ينشأ بها القبول، و هو الذى اختاره المصنف و سيمر عليك و ربما ينسب الى بعض التفصيل بين البيع

و النكاح بجواز التقديم فى النكاح بلفظ الامر دون البيع، لكن الظاهر عدم صحة النسبة.

(١) و قد استدلل للاشتراط مطلقا بالاصل بعد حمل ادلة الامضاء على العقود المتعارفة،

و يردده انه لا وجه له سوى الانصراف الذي هو بدوى لا يصلح للتقليد
(٢) و بازاء ذلك استدلال لعدم الاشتراط بفحوى جوازه فى النكاح الثابت بالاخبار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٤

...

و قد ذكر المصنف قدس سره من الروايات المثبتة روايتين احدهما خبر ابان بن تغلب عن ابى عبد الله عليه السلام قال قلت له عليه السلام كيف اقول لها إذا خلوت بها فقال عليه السلام تقول اتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه لا وارثه و لا مورثه كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهمها و تسمى من الاجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت و هى امرأتك و انت اولى الناس بها الحديث «١» ثانيتها و خبر سهل الساعدى المروى عند الخاصة و العامة و عن المسالك انه المشهور بين العامة و الخاصة و رواه كل منهما فى الصحيح و هو ان امرأة اتت الرسول صلى الله عليه و آله فقالت يا رسول الله صلى الله عليه و آله وهبت نفسى لك و قامت قياما طويلا فقام رجل و قال يا رسول الله صلى الله عليه و آله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة الى ان قال فقال رسول الله صلى الله عليه و آله زوجتك بما معك من القرآن «٢» لكن لم يرو هذا الخبر من اصحابنا غير الاحسائي فى غوالى اللثالى نعم فى صحيح محمد بن مسلم ما يقرب هذا المضمون «٣» و تقريب الاستدلال بهذه النصوص انه ليس فيها ان الزوج اعاد القبول فيكون امره قبولا- مقدما على الايجاب و فيه ان قول الرجل فى خبر سهل و محمد بن مسلم لا يكون قبولا بل هو طلب النكاح و لذا طلب منه المهر،

اضف إليه الفصل الطويل بين ذلك و ايجاب النبى صلى الله عليه و آله و أما خبر ابان و ما بمضمونه فقد استدلال بها على جواز ان يكون الايجاب من الزوجة و سيأتى الكلام فيه فى تلك المسألة.

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المتعة حديث ١.

(٢) المستدرک باب ٢١ من ابواب مقدمات النكاح حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب المهور حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٥

و التحقيق ان القبول اما ان يكون بلفظ قبلت و رضيت. و أما ان يكون بطريق الأمر و الاستيجاب نحو بعنى، فيقول المخاطب: بعتك و أما ان يكون اشتريت و ملكت مخففا و ابتعت، فإن كان بلفظ قبلت. فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت فى صدر المسألة، بل المحكى عن الميسية و المسالك و مجمع الفائدة انه لا خلاف فى عدم جواز تقديم لفظ قبلت، و هو المحكى عن نهاية الاحكام و كشف اللثام فى باب النكاح و قد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين ايضا، بل المحكى هناك عن ظاهر التذكرة الاجماع عليه (١) و يدل عليه مضافا الى ما ذكروا الى كونه خلاف المتعارف من العقد: ان القبول الذى هو احد ركنى عقد المعاوضة فرع الايجاب، فلا يعقل تقدمه عليه. (٢)

و ليس المراد من هذا القبول الذى هو ركن للعقد، مجرد الرضا بالايجاب حتى يقال ان الرضا بشىء لا يستلزم تحققه قبله، فقد يرضى الانسان بالأمر المستقبل. بل المراد منه الرضا بالايجاب على وجه يتضمن إنشاء نقل ماله فى الحال الى الموجب على وجه العوضيه لأن المشتري ناقل كالبائع، و هذا لا يتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الايجاب، إذ مع تقدمه لا يتحقق النقل فى الحال فإن من رضى بمعاوضة ينشئها الموجب فى المستقبل، لم ينقل فى الحال ماله إلى الموجب بخلاف من رضى بالمعاوضة التى أنشأها الموجب سابقا، فإنه يرفع بهذا الرضا يده من ماله و ينقله الى غيره على وجه العوضيه. و من هنا يتضح

و ملخص القول فى المقام 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 لعدم جواز تقديمه على الايجاب بوجوه:

(١) الاول: الاجماع، و هو كما ترى.

(٢) الثانى ما فى المتن و حاصله: ان القبول بالمعاوضات انما يتضمن لامرين:

احدهما: الرضا بالايجاب. الثانى: نقل ماله من حين القبول. و هذان الأمران متحققان فى القبول المتأخر باى لفظ كان، فانه لا حالة منتظرة للنقل سوى لحوقه، و كذلك حاصلان مع القبول المتقدم إذا كان بلفظ اشتريت، فانه انشاء لنقل ماله الذى هو العوض.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٦

فساد ما حكى عن بعض المحققين فى رد الدليل المذكور، و هو كون القبول فرع الايجاب و تابعا له و هو ان تبعية القبول للايجاب ليست تبعية اللفظ، للفظ و لا القصد للقصد حتى يمتنع تقديمه و انما هو على سبيل الفرض و التنزيل، بأن يجعل القابل نفسه متناولا لما يلقى إليه من الموجب، و الموجب متناولا- كما يقول السائل فى مقام الانشاء انا راض بما تعطينى و قابل لما تمنحنى، فهو متناول قدم انشاءه أو أخر فعلى هذا يصح تقديم القبول و لو بلفظ: قبلت و رضيت ان لم يجمع على خلافه انتهى.

و وجه الفساد ما عرفت سابقا من ان الرضا بما يصدر من الموجب فى المستقبل من نقل ماله بازاء مال صاحبه، ليس فيه انشاء نقل من القابل فى الحال،

بل هو رضا منه بالانتقال فى الاستقبال، و ليس المراد: ان اصل الرضا بشىء تابع لتحقيقه فى الخارج أولا قبل الرضا به حتى يحتاج الى توضيحه بما ذكره من المثال، بل المراد الرضا الذى يعد ركنا فى- العقد

و أما إذا كان القبول بلفظ قبلت و قدم ذلك، فالأول موجود، الا ان الثانى غير متحقق، لان القبول بهذا اللفظ انما يتضمن نقل ماله بالالتزام من جهة ان ذلك لازم رضاه بانشاء البائع تمليك ماله بازاء مال القابل، فهو يكون نقلا من حين تحقق الايجاب من الموجب لا من حين القبول.

و بعبارة اخرى: ان النقل الحاصل بهذا اللفظ انما يكون بعنوان الرضا بنقل الموجب، و لازم ذلك عدم تحققه الا حين تحققه من ذلك الغير.

و فيه: اولاً: انه لا يعتبر فى القبول نقل ماله الى الغير، بل يكفى رضاه بنقل الغير ماله إليه فى مقابل تملك ماله، بل وظيفة القابل ليست الا- ذلك، فان البائع انما يعتبر ملكية ماله للمشتري بازاء ملكية ماله لنفسه، و هذا الاعتبار النفسانى المظهر بالايجاب لا يصير وحده موضوعا لاعتبار العقلاء و الشارع الا مع رضا المشتري بذلك، فالمعتبر هو رضاه المظهر باللفظ لا غير.

و ثانياً: انه لو سلم اعتبار النقل فيه ايضا، لكن لم يدل دليل على اعتبار النقل فى الحال.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢١٧

و مما ذكرنا يظهر الوجه فى المنع عن تقديم القبول بلفظ الأمر (١) كما لو قال بعنى هذا بدرهم، فقال: بعتك لأن غاية الأمر دلالة طلب المعاوضة على الرضا بها، لكن لم يتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقبلة نقل فى الحال للدهرم الى البائع كما لا يخفى، و أما ما يظهر من المبسوط من الاتفاق هنا على الصحة به فموهون بما ستعرف من مصير الأكثر على خلافه. و أما فحوى جوازه فى النكاح، ففيها بعد الاغماض عن حكم الاصل بناء على منع دلالة رواية سهل على كون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد ايجاب النبى صلى الله عليه و آله و يؤيده انه لولاه يلزم الفصل الطويل بين الايجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية ابان من حيث

اشتمالها على كفاية قول المرأة، نعم، في الايجاب.

و ثالثا: ان المراد من النقل في الحال ان كان هو النقل في اعتباره فهو ممكن من حين القبول و ان قدم لانه فعله الاختيارى و ان كان هو النقل في اعتبار العقلاء و الشارع فهو مما لا يتصور في الايجاب المتقدم ايضا لفرض عدم النقل عندهم الا بعد تمامية العقد. الثالث: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان هذا اللفظ - أى قبلت - ظاهر في مطاوعة شىء و انفاذ أمر أوجده، و هذا المعنى يتفرع على وقوع ايجاد من الآخر كتفرع الانكسار على الكسر، فان مطاوعة الأمر المتأخر و الانفعال و التأثر من الايجاب فعلا يمتنع عقلا.

و فيه: ان المطاوعة المأخوذة في القبول انما هي مطاوعة انشائية لا حقيقية، فلا مانع عن تقدم قبلت على الايجاب.

و ان كان القبول بلفظ الأمر، فقد استدل لعدم جواز تقديمه على الايجاب بامور:

(١) الاول: ما افاده المصنف قدس سره في قبلت بتقريب: انه انما يدل على الرضا بالمعاملة و لا يكون متضمنا لنقل المال في الحال. و قد عرفت ما فيه.

الثاني: ما ذكره المحقق النائيني قدس سره في الصورة الثالثة، و ستعرف تقريبه و ما يرد عليه الثالث انه يعتبر الماضوية في صيغ العقود، و فيه ما عرفت من عدم اعتبارها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٨

ثم اعلم ان في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الاصحاب، فقال في المبسوط: ان قال بعنيها بالف، فقال: بعتك صح و الاقوى عندي انه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت و اختار ذلك في الخلاف و صرح به في الغنية، فقال: و اعتبرنا حصول الايجاب من البائع و القبول من المشتري حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري و هو ان يقول بعنيه بألف، فيقول: بعتك، فإنه لا- ينعقد حتى يقول المشتري بعد ذلك اشتريت أو قبلت، و صرح به ايضا في السرائر و الوسيلة و عن جامع المقاصد ان ظاهرهم ان هذا الحكم اتفاقي، و حكي الاجماع عن ظاهر كل من اشترط الايجاب و القبول.

و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع، و نسبته الينا مشعر بقريته السياق الى عدم الخلاف فيه بيننا،

فقال: إذا تعاقدا فإن تقدم الايجاب على القبول، فقال: زوجتك، فقال: قبلت التزويج صح، و كذا إذا تقدم الايجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف. و أما ان تأخر الايجاب و سبق القبول، فإن كان في النكاح، فقال الزوج: زوجنيها.

فقال: زوجتكها، صح و ان لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدي قال الرجل: زوجنيها يا رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: زوجتكها بما معك من القرآن فتقدم القبول و تأخر الايجاب، و ان كان هذا في البيع، فقال: بعنيها، فقال: بعتكها، صح عندنا و عند قوم من المخالفين، و قال: قوم منهم لا يصح حتى يسبق الايجاب، انتهى.

و حكي جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضى في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم الى كل من جوز تقديم القبول على الايجاب بقول مطلق، و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدي المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج، الا ان المحقق رحمه الله مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب صرح بجواز تقديم القبول على الايجاب، و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الايجاب، و جعله خارجا عن قيد اعتبار الايجاب و القبول كالمعاطاة، و جزم بعدم كفايته، مع انه تردد في اعتبار تقديم القبول، و كيف كان فقد

عرفت ان الاقوى المنع في البيع لما عرفت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢١٩

بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ: قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضيه فيما دل على القبول، ثم ان هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب، من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم، و عدم القول بكفاية مطلق الصيغه في الملك. و اما على ما (اخترناه) قويناه سابقا في مسألة المعاطاء من ان البيع العرفي موجب للملك، (١) و ان الاصل في الملك اللزوم، فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يتم اجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعامله عن الانشاء باللفظ رأسا، أو كان اللفظ المنشئ به المعامله مما قام الاجماع على عدم افادتها للزوم. و أما في غير ذلك فالأصل اللزوم، و قد عرفت ان القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى عن الكامل ايضا، فتأمل.

و ان كان التقديم بلفظ اشترت و ابتعت أو تملك أو ملكت هذا بكذا، فالأقوى جوازه (٢) لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقه انشاء المعاوضه كالبائع الا ان البائع ينشأ ملكيه ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه، و المشتري ينشأ ملكيه مال صاحبه

(١) قوله و أما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاء من ان البيع العرفي موجب للملك ما ذكره قده في وجه عدم جواز التقديم في الموردین لا- ربط له باعتبار اللفظ في الانشاء بل هو قيد آخر و هو تضمن القبول للنقل الفعلي و عليه فلا فرق في هذا المقام بين المسلك المشهور و مسلكه قده- و لعله لذلك امر بالتأمل. و ان كان القبول المقدم بلفظ اشترت و ابتعت و نحوهما (٢) فقد اختار المصنف قدس سره جواز تقديم. و استدلل له بان المعبر في القبول امران: الرضا بالايجاب، و نقل الثمن في الحال و لا يعتبر فيه شيء زائدا على ذلك. و اورد عليه بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه يعتبر في القبول باى لفظ كان مطاوعه منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٠

ففي الحقيقه كل منها يخرج ماله الى صاحبه، و يدخل مال صاحبه في ملكه الا ان الادخال في الايجاب مفهوم من ذكر العوض، و في القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس، و حينئذ فليس في حقيقه الايجاب من حيث هو معنى القبول. لكنه لما كان الغالب وقوعه عقيب الايجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعه و مفهوم القبول اطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الايجاب المتأخر لأن المشتري إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا، و البائع إنما ينشأ انتقال الثمن إليه كذلك، لا بمدلول الصيغه.

و قد صرح في النهايه و المسالك على ما حكى: بأن اشترت ليس قبولا حقيقه، و إنما هو بدل و ان الأصل في القبول قبلت، لأن القبول في الحقيقه ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشترت يجوز الابتداء به، و مرادهما أنه بنفسه لا يكون قبولا فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تملك البائع، كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا، و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشترت بالنسبه إلى إفاده نقل المال و مطاوعه البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان

الايجاب و الانفعال و التأثير منه، و الا كان غير مرتبط بالايجاب بل هو ايجاب مستقل، و تضمنه للمطاوعة يستدعى تأخره عن الايجاب. و فيه: اولاً: انه لا- يعتبر في القبول سوى الرضا بالايجاب، و هذا لا يمنع عن جواز التقديم- كما تقدم- و لا يلزم منه عدم الارتباط بالايجاب كما هو واضح.

و ثانياً: ما تقدم من ان المطاوعة الانشائية قابلة للتقدم و ليست كالمطاوعة الحقيقية.

الثاني: الاجماع على اعتبار القبول في العقد، و هو متضمن لمعنى المطاوعة.

و فيه: ان المتيقن من الاجماع اعتبار القبول الشامل للرضا بالايجاب.

الثالث: ان الاشتراء أو الاتباع بمفهومه متضمن لاتخاذ المبدأ، فان كان بعنوان اتخاذ المبدأ من الغير فهو مطاوعة قصديّة، و ان كان بعنوان اتخاذ المبدأ ابتداء فيكون من انشاء بيع مال الغير فضولاً لا إنشاء الملكية قبولاً.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢١

فان قلت ان الاجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشترت حتى يقع قبولاً لأن إنشاء ملكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تملكك الغير له، يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر، فيكون اشترت متأخراً التزاماً بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد انشاء الملكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول، كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا قبول فيه رأساً.

قلت: المسلم من الاجماع هو اعتبار القبول من المشتري بالمعنى الشامل للرضا بالايجاب.

و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الاثر، فلا، فقد تبين من جميع ذلك ان انشاء القبول لا بد ان يكون جامعاً لتضمن انشاء النقل و للرضا بانشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر انشاء انفعال نقل البائع، فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ: اشترت وفاقاً لمن عرفت، بل هو ظاهر اطلاق الشيخ في الخلاف حيث انه لم يتعرض الا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الايجاب. و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشترت: و كذا السيد في الغنية حيث اطلق اعتبار الايجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الايجاب و كذا ظاهر اطلاق الحلبي (أبو الصلاح) في الكافي، حيث لم يذكر تقديم الايجاب من شروط الانعقاد.

و الحاصل ان المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء: الحلبي و ابن حمزة،

فمن التعجب بعد ذلك حكاية الاجماع عن الخلاف على تقديم الايجاب، مع انه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الايجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمرى ان مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الاجماع المنقول.

و قد نبهنا على امثال ذلك في مواردنا نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الايجاب (١) و لا فرق بين المتعارف هنا، و بينه في المسألة الآتية، و هو الوصل. بين الايجاب و القبول

و فيه اولاً: ان المطاوعة الانشائية لا تمنع من التقديم كما تقدم.

و ثانياً: ان صيغة الافتعال ليست كصيغة الانفعال متضمنة للمطاوعة دائماً.

(١) الرابع: ما اوجب تردد المصنف قدس سره و هو كون تقديم القبول خلاف المتعارف المعهود من الصيغة.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٢

فالحكم لا يخلو عن شوب الاشكال، ثم ان ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدي بانشاء مستقل كالاجارة التي يؤدي قبولها بلفظ تملك منك منفعة كذا، أو ملكت و النكاح الذي يؤدي قبوله بلفظ نكحت و تزوجت. و أما ما لا إنشاء في قبوله الا قبلت أو ما يتضمنه كارتنت. (١) فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه، إذ لا- التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله الى البائع، بل لا ينشأ به معنى غير الرضا بفعل الموجب.

و قد تقدم ان الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق، فيجوز ان يقول رضيت برهنك هذا عندي، فيقول رهنك و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى انه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص الا بعد تحقق الرهن لان الايجاب انشاء للفعل (للتنقل) و القبول انشاء للانفعال (للتنقل) و كذا القول في الهبة و القرض فانه لا يحصل من انشاء القبول فيهما التزام بشيء، و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوها قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التملك بغير عوض،

و فيه: ان التعارف لا يوجب تقييد المطلقات و انصرافها.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول مطلقا لإطلاق ادلة امضاء البيع و التجارة و العقود.

المؤيد بالنصوص الخاصة الواردة في موارد مخصوصة المتقدمة الاشارة إليها.

(١) قوله و أما ما لا إنشاء في قبوله الا قبلت أو ما يتضمنه كارتهمت.

لما فرغ من بيان حكم القبول من حيث التقديم و التأخير في العقود المعاوضية المستلزمة لكون القابل فيها باذلا لشيء من عمل أو منفعة أو عين أو تسليط، اراد بيان حكمه في العقود غير المعاوضية.

و حاصل ما ذكره فيها انها على قسمين.

منها ما لا يعتبر في قبوله سوى الرضا بالايجاب و هي العقود الإذنية كالوكالة و العارية و شبههما مما ليس فيه اعطاء و اخذ اصلا، بل انما يفيد اباحة أو سلطنة على التصرف أو الحفظ.

و منها ما يعتبر في قبوله عنوان المطاولة كالرهن و الهبة و القرض و شبهها

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٣

أما المصالحة المشتملة على المعاوضة (١) فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، و كان نسبتها إليهما على وجه سواء، و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا،

مما يتضمن اعطاء من طرف و اخذ من الآخر.

و الوجه في اعتباره في قبولها لزوم تحقق عنوان المرتهن و المتهم و المقترض ليرتب عليها احكامها، و تلك العناوين تتحقق بالقبول، فيعتبر في قبولها عنوان المطاوعة.

و في القسم الاول: لا مانع من تقديم القبول، لان الرضا يتعلق بالأمر المتأخر.

و في القسم الثاني: لا يجوز التقديم، إذ المطاوعة و الانفعال بما يوجبه الموجب لا تتحقق قبل الفعل و الايجاب.

و يرد عليه قدس سره امور:

الأول: ان الفرق بين القسمين بلا- فارق، إذ كما انه رتب الاحكام في القسم الثاني على المرتهن مثلا، كذلك رتب في القسم الأول على العناوين الخاصة من المستعير و الوكيل و شبههما، و هذه العناوين لا تتحقق قبل القبول، و المحقق لها هو القبول.

الثاني: ان العناوين المشار إليها في القسمين ليست عناوين قصديه، و انما هي تصدق على القابل بعد تحقق العقد، و ان لم يكن القابل ملتفتا إليها كعنوان البائع و المشتري.

الثالث: ان الممتنع تحقق عنوان المطاوعة في الوعاء المناسب له قبل الايجاب،

و أما انشاء ذلك العنوان المتحقق بعد الايجاب فلا مانع فيه، و لم يدل دليل على اعتبار تحقق عنوان المطاوعة في حال القبول.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول في القسمين:

(١) قوله اما المصالحة المشتملة على المعاوضة.. موجبا لصدق الموجب عليه.

محصل ما ذكره فيه ان القبول في المصالحة المشتملة على المعاوضة. منحصر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٤

ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول، لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك، كان إيجابا آخر فليزم تركيب العقد من إيجابين، و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت.

وقد عرفت ان قبلت و رضيت مع التقديم لا- يدل على انشاء لنقل العوض في الحال. فتلخص مما ذكرنا ان القبول في العقود على اقسام: لأنه اما ان يكون التزاما بشيء من القابل كنقل مال عنه أو زوجية. و أما ان لا يكون فيه سوى الرضا بالايجاب، و الأول على قسمين، لأن الالتزام الحاصل من القابل اما ان يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغيرا كالاشتراء. و الثاني: ايضا على قسمين، لأنه اما ان يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض. و أما ان لا يثبت فيه اعتبار ازيد من الرضا بالايجاب، كالوكالة و العارية و شبههما فتقديم القبول على الايجاب لا يكون الا في القسم الثاني من كل من القسمين،

بلفظ قبلت من جهة ان الالتزامين من المتسالمين متساويان، و لذا كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين، فنسبتها اليهما على حد سواء، فان انشأ القبول بلفظ قبلت كان الايجاب معه عقدا، و الا كانا ايجابين غير مرتبطين، فان كان قبولها بلفظ قبلت لزم تأخيرها لما عرفت من ان قبلت إذا قدم لا يدل على النقل في الحال.

و يرد عليه- مضافا الى ما تقدم من انه لا يعتبر في القبول سوى الرضا بما انشأه الموجب، و انه لا يعتبر النقل في الحال في القبول. انه في تحقق عنوان المصالحة كعنوان البيع لا يعتبر ازيد من كون انشاء التسالم من احدهما، و قبول ذلك من الآخر كان بلفظ قبلت أو تصالحت أو غيرهما.

فتحصل: ان الأظهر جواز تقديم القبول في جميع العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٥

ثم ان مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام ايجابه اعتبار عرفي فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضيه لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على ان يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا، و بعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض، فهو البائع فكل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشتري، و إلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و يملك مال غيره بإزاء ماله. و من جملة شروط العقد: الموالاة بين ايجابه و قبوله (١) ذكره الشيخ في المبسوط في باب الخلع، ثم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد،

قال الشهيد في القواعد الموالاة معتبرة في العقد و نحوه، و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى (الاستثناء) و المستثنى منه (٢) و قال بعض العامة لا يضر قول الزوج بعد الايجاب الحمد لله و الصلاة على رسول الله قبلت نكاحها،

اعتبار الموالاة

(١) قوله و من جملة شروط العقد الموالاة بين ايجابه و قبوله.

و هو: المحكى عن الشيخ في المبسوط في باب الخلع و العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و الشيخ المقداد و غيرهم من الاساطين.

(٢) قوله و هي مأخوذة من اعتبار الاتصال بين المستثنى و المستثنى منه.

الظاهر ان مراده ان ظهور اعتبار الاتصال بينهما صار منشئا للتنبه على اعتبار الاتصال فى غيره من الموارد المشابهة له. و وجه ظهور اعتباره فيه - احد امرين.

احدهما ما افاده المصنف قدس سره بعد اسطر بقوله و يحتمل بعيدا الخ.

و هو ان المستثنى من الملحقات التى توجب خروج الكلام من الكذب الى الصدق،

فلا بد من اتصاله كى يخرج الكلام عن الكذب بحسب ظاهره.

ثانيهما ان كلمة الـ بما ان معناها معنى حرفى متقوم بالطرفين فلا بد من اتصال المستثنى بالمستثنى منه كى تتحقق تلك النسبة و الربط.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٢٦

و منه الفورية فى استتابة المرتد (١) فيعتبر فى الحال، و قيل: الى ثلاثة ايام، و منه السكوت فى اثناء الاذان، فإن كان كثيرا ابطله، و منه السكوت الطويل فى اثناء القراءة أو قراءة غيرها (خلالها)، كذا التشهد و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع (٢) فان تعمدوا أو نسوا حتى ركع فلا- جمعة، و اعتبر بعض العامة تحريمهم معه قبل الفاتحة، و منه الموالاة فى التعريف بحيث لا ينسى انه تكرر و الموالاة فى سنة التعريف، فلو رجع فى اثناء المدة استونفت ليتوالى، انتهى.

اقول: حاصله ان الامر المتدرج شيئا فشيئا إذا كان له صورة اتصالية فى العرف فلا بد فى ترتب الحكم المعلق عليه فى الشرع من اعتبار صورته الاتصالية،

فالعقد المركب من الايجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدين بمنزلة كلام واحد مرتبط ببعضه ببعض فيقدح تخلل الفصل المخل بهيئته الاتصالية (٢) و لذا لا يصدق المعاقدة إذا كان الفصل مفردا فى الطول كسنة أو ازيد، و انضباط ذلك انما يكون بالعرف فهو فى كل أمر بحسبه،

(١) قوله و منه الفورية فى استتابة المرتد.

الظاهر ان مراد الشهيد قدس سره عدم الفصل بين الاستتابة و التوبة بحيث يظهر كون التوبة اجابة للاستتابة، فلو اخرها لم تقبل خلافا لمن قال انها تقبل و ان تاب بعد ثلاثة ايام.

لا ما ذكره المصنف قدس سره فى تفسير كلام الشهيد و هو عدم الفصل بين الارتداد و الاستتابة.

(٢) قوله و منه تحريم المأمومين فى الجمعة قبل الركوع.

يعنى ان ما دل «١» على اعتبار العدد فى الجمعة يقتضى اعتبار دخولهم فى الصلاة قبل الركوع على وجه يعد المجموع أى تمام الصلاة فعلا لجميعهم.

و استدلال اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول بوجوه.

(٣) الاول: ما عن الشهيد قدس سره و حاصله: ان كل امرين أو امور يجمعها عنوان واحد كالصلاة و الاذان و نحوهما يعتبر فى تحقق

ذلك العنوان و انطباقه عليها عدم الفصل بينها بنحو يوجب عدم تحقق الصورة الاتصالية و صيرورة كل واحد عنوانا مستقلا.

و من هذا القليل العقد، فانه عبارة عن ربط انشاء احدهما بانشاء الآخر، فلو انفصل

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب صلاة الجمعة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٢٧

فيجوز الفصل بين كل من الايجاب و القبول بما لا يجوز بين الكلمات بما لا يجوز بين الحروف كما في الاذان و القراءة، و ما ذكره حسن لو كان حكم الملك و اللزوم في المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا، كما هو مقتضى التمسك بأية الوفاء بالعقود و باطلاق كلمات الاصحاب في اعتبار العقد في اللزوم، بل الملك، اما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد. (١) و أما جعل المأخذ في ذلك اعتبار الاتصال بين الاستثناء و المستثنى منه فلأنه منشأ. الانتقال الى هذه القاعدة، فإن اكثر الكليات انما يلتفت إليها من التأمل في مورد خاص، و قد صرح في القواعد مكررا بكون الاصل في هذه القاعدة كذا، و يحتمل بعيدا ان يكون الوجه فيه ان الاستثناء اشد ربطا بالمستثنى منه من سائر اللواحق لخروج المستثنى منه معه عن حد الكذب الى الصدق فصدقه يتوقف عليه، فلذا كان طول الفصل هناك اقبح فصار اصلا في اعتبار الموالاة بين اجزاء الكلام، ثم تعدى منه الى سائر الأمور المرتبطة بالكلام لفظا، أو معنى، أو من حيث صدق عنوان خاص عليه لكونه عقدا أو قراءة أو أذانا و نحو ذلك،

القبول عن الايجاب بزمان معتد به عرفا لما صدق عليهما العقد، فلا يترتب عليهما الاثر المترقب منه.

(١) و اجاب: عن هذا الوجه المصنف قدس سره: بان حكم الملك و اللزوم في المعاملة لو كان منوطا بصدق العقد كان ما ذكر تاما، و أما لو كان منوطا بصدق البيع أو التجارة عن تراض فلا يضره عدم صدق العقد.

و اورد على هذا الجواب المحقق النائيني قدس سره تأييدا للشهيد قدس سره بايرادات:

منها: انه ليس البيع و التجارة و الصلح و النكاح الا العقود المتعارفة.

و فيه: ان التعارف لا يوجب الانصراف الذي يعتمد عليه في تقييد اطلاق الادلة كما حقق في محله.

و ان اريد به عدم صدق البيع كما لا يصدق العقد عليه فهو بديهي البطلان.

و منها: ان ادلة امضاء البيع و التجارة عن تراض من جهة عدم ورودها في مقام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٨

ثم في تطبيق بعضها على ما ذكره خفاء كمسألة توبة المرتد. فإن غاية ما يمكن ان يقال في توجيهه ان المطلوب في الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بد من اعادته في اقرب الاوقات.

و أما مسألة الجمعة فلأن هيئة الاجتماع في جميع احوال الصلاة من القيام و الركوع و السجود مطلوبة، فيقدح الاخلال بها و للتأمل في هذه الفروع و في صحة تفريعها على الاصل المذكور مجال،

البيان من جميع الجهات لا سبيل الى التمسك باطلاقها.

و فيه: انه قد عرفت انها مطلقة من هذه الجهات، و لذا بنينا على التمسك باطلاقها لإمضاء الاسباب، مع ان الشك في كونها في مقام البيان يكفي في الحكم بالاطلاق.

و منها: انه لا يمكن التفكيك بين الصحة و اللزوم الا بدليل خارجي من الاجماع و نحوه من جعل الشارع الخيار للمتعاقدين أو جعلهما لأنفسهما أو لأجنبي، و عليه فحيث ان هذه المعاملة- اي الايجاب و القبول الذي تخلل الفصل بينهما- لا تكون مشمولة لدليل أو فؤوا بِالْعُقُودِ (١) الذي هو دليل اللزوم- و لأجل ذلك لا يحكم بلزومها- فلا بد من البناء على فسادها ايضا.

و فيه: اولاً: قد عرفت ان دليل لزوم البيع لا ينحصر به.

و ثانياً: انه لم يدل دليل على عدم التفكيك بين الصحة و اللزوم.

و ثالثاً: انه لو سلم ذلك، فليكن دليل الصحة- بضميمة عدم الفصل بين الصحة و اللزوم- كافيا في الحكم باللزوم، و عدم شمول دليل

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لا يدل على عدم لزومه كى يحكم بضميمة عدم الفصل بالفساد، فانه يقتضى لزوم كل عقد لا عدم لزوم غير العقد، فلا يصلح لمعارضة دليل الصحة، إذ الاقتضاء لا يعارض المقتضى لشيء.

و يمكن الجواب عن الشهيد قدس سره بوجه آخر- وهو ايراد على المصنف قدس سره ايضا حيث سلم عدم صدق العقد عليه- وهو: ان العقد من مقولة المعنى لا اللفظ، وهو عبادة عن ربط

(١) المائدة، آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٢٩

ثم ان المعيار فى الموالاة موكول الى العرف كما فى الصلاة و القراءة و الاذان و نحوه، و يظهر من رواية سهل الساعدي المتقدمة فى مسألة تقديم القبول، جواز الفصل بين الايجاب و القبول بكلام طويل اجنبى، بناء على ما فهمه الجماعة من ان القبول فيها قول ذلك الصحابى زوجيها و الايجاب قوله بعد فصل طويل زوجتها بما معك من القرآن، و لعل هذا موهن آخر للرواية، فافهم.

احد الالتزامين بالآخر باعتبار ورودهما على امر واحد، و هو كون احد المالين بازاء الآخر، و هذا لا يقتضى الا بقاء الالتزام الأول على حاله و ان تخلل زمان طويل. نعم إذا لم يكن الالتزام الأول باقيا فى نفس الموجب بان اعرض عنه مثلا لم يرتبط الالتزام الثانى به، و هذا ايضا لا فرق فيه بين تخلل زمان قصير أو طويل. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

الوجه الثانى: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان فى العقود المعاوضية خلعا

و لبسا أو ايجاد علقه، فلا بد و ان يكون مقارنا للخلع لبس، و هكذا مقارنا لايجاد العلقه قبول، و الاتقع الاضافة أو العلقه بلا محل و مضاف إليه.

وفيه: اولاً- النقض بالزمان القصير الفاصل بين الايجاب و القبول قهرا فى جميع الموارد، فانه لا- فرق فى هذا المحذور بين الزمان القصير و الطويل.

و ثانياً: ان الخلع فى اعتبار الموجب و ان تحقق من حين الايجاب الا- ان اللبس فى اعتباره ايضا كذلك، و أما فى اعتبار العقلاء و الشارع فكما ليس لبس الا بعد القبول، ليس خلع كذلك. فتدبر فانه دقيق.

الوجه الثالث: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: انه يلزم من الفصل المخل بالموالاة عدم تطابق الايجاب و القبول، فان الايجاب نقل من حينه، فإذا تأخر القبول فاما ان يكون قبولاً لتمام مضمون الايجاب فيلزم حصول النقل قبل حصول تمام العقد و ذلك باطل أو يكون قبولاً لبعض مضمونه- اعنى النقل من حين تحقق القبول- فيلزم عدم المطابقة بين الايجاب و القبول.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٠

و من جملة الشرائط التى ذكرها جماعة التنجيز فى العقد (١) بأن لا يكون معلقاً على شىء بأداة الشرط، بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فى صورة وجود ذلك الشىء لا فى غيرها، و ممن صرح بذلك الشيخ و الحلى و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدى و المحقق الثانى و غيرهم قدس الله ارواحهم و عن فخر الدين فى شرح الارشاد فى باب الوكالة ان تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الامامية و كذا غيره من العقود، لازمه كانت أو جائزة.

و عن تمهيد القواعد دعوى الاجماع عليه و ظاهر المسالك فى مسألة اشتراط التنجيز فى الوقف الاتفاق عليه.

و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد (٢) و ان لم يتعرض الأكثر فى هذا المقام،

وفيه: انه ستعرف عدم اعتبار التطابق بينهما بنحو يشمل مثل هذا التطابق.
مع ان النقل في اعتبار العقلاء و الشارع لا يقع الا بعد تمامية العقد فى جميع الموارد.
فتحصل: ان الأظهر عدم اعتبار الموالاته بين الايجاب و القبول.

و من الشرائط التنجيز فى العقد

اشارة

(١) الخامسة: صرح جماعة منهم الشيخ، و الحلّى، و العلامة و جميع من تأخر عنه كالشهيدىن و المحقق الثانى، و غيرهم: بانه يعتبر فى العقد التنجيز، بان لا يكون معلقا على شىء باداة الشرط، بان يقصد المتعاقدان انعقاد المعامله فى صورة وجود ذلك الشىء لا فى غيرها. و فى المتن.

(٢) و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد.

و عن جماعة: دعوى الاجماع عليه.

و تنقيح القول فى المقام: ان المعلق بحسب التصوير العقلى احد امور ثلاثه:
الأول: الانشاء.

الثانى: المنشأ كالملكيه مثلا.

الثالث: متعلق المنشأ، كما لو آجر دارا فعلا ليسكن فيها بعد سنه فان المنشأ كالانشاء ليس معلقا بل المعلق هو متعلق المنشأ اى سكنى الدار، و الا فالمستأجر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣١

...

يملك فعلا على المؤجر منفعة الدار بعد سنه.

اما الأول: فالتعليق فيه امر غير معقول، من غير فرق بين ان يكون المراد به آله الانشاء كاللفظ ام نفس الاعتبار النفسانى.

اما الأول: فلأن 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.

و أما الثانى: فلأن الاعتبار فعل تكوينى، فكما لا يعقل التعليق فى وقوع الضرب على احد و كذا غيره من الأفعال التكوينية، كذلك لا يعقل التعليق فى الاعتبار، و الظاهر ان هذا ليس محل الكلام فى المقام.

و أما الثالث: - اى التعليق فى متعلق المنشأ - فهو انما يصح فيما إذا كان من الاعراض و الافعال من جهة تصوير التعدد فيها بلحاظ التقييد بالزمان أو الزمانى، مثلا منفعة الدار فى هذه السنه غير منفعتها فى السنه الآتية، فالتعليق فيها امر ممكن و واقع لا محذور فيه، و أما الجواهر كالدار فلا يتصور فيها التعليق من جهة ان الوجود الجوهرى لا يتعدد بتعدد الزمان و الزمانى، مثلا الدار فى هذه السنه ليست غير الدار فى السنه الآتية،

فإذا كان متعلق المنشأ جوهرًا خارجيًا لا يعقل التعليق فيه، فان كان هناك تعليق و شرط فلا بد و ان يرجع الى المنشأ.

و لعل هذا هو وجه الفرق بين الاجارة و البيع، حيث لم يقع الخلاف فى صحة التعليق فيها على بعض الوجوه المتقدم مع اتفاقهم على

بطلان التعليق في البيع و عدم امكان تصحيحه بوجه.

فمحل الكلام انما هو التعليق في المنشأ.

و قبل الشروع في البحث فيه و بيان وجوه المنع لا بد من التنبيه على امرين.

احدهما نقل كلمات القول في المقام و حيث ان المصنف ذكر كلماتهم فلاحظ المتن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٢

و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاهد الاجماع في اشتراط التنجيز في الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التي يكفى فيها كلما دل على الاذن، حتى ان العلامة ادعى الاجماع- على ما حكى عنه- على عدم صحة ان يقول الموكل: انت وكيلي في يوم الجمعة ان تبع عبدى، و على صحة قوله انت وكيلي و لا تبع عبدى الا في يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا في معنى التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع انيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و ان افادت فائدتها، فإذا كان الامر كذلك عندهم في الوكالة فكيف الحال في البيع.

و بالجملة فلا شبهة في اتفاهم على الحكم. و أما الكلام في وجه الاشتراط فالذى صرح به العلامة في التذكرة انه مناف للجزم حال الانشاء بل جعل الشرط هو الجزم. ثم فرع عليه عدم جواز التعليق قال الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد على شرط لم يصح و ان كان الشرط المشية للجهل بثبوتها حال العقد،

و بقائها مدته و هو احد قولى الشافعى، و اظهرهما عندهم الصحة، لأن هذه صفة يقتضيها اطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهى كلامه، و تبعه على ذلك الشهيد رحمه الله في قواعده قال: لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا الا مع الجزم و الجزم ينافى التعليق، انتهى.

و مقتضى ذلك ان المعتبر هو عدم التعليق على امر مجهول الحصول، كما صرح به المحقق في باب الطلاق و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان في الجامع و المسالك في مسألة ان كان لى فقد بعته ان التعليق انما ينافى الانشاء في العقود و الايقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد في قواعده ذكر في الكلام المتقدم ان الجزم ينافى التعليق لأنه بعرضه عدم الحصول، و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق على الوصف لأن الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الأفراد، ثم قال: فإن قلت فعلى هذا يبطل قوله في صورة انكار التوكيل: ان كان لى فقد بعته منك بكذا، قلت: هذا تعليق على واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع، و كذا القول لو قال في صورة انكار وكالة التزويج و انكار التزويج حيث تدعيه المرأة ان كانت زوجتى فهى طالق، انتهى كلامه رحمه الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٣

و علل العلامة في القواعد صحة ان كان لى فقد بعته بأنه امر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا، و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكاً في البيع و لا وقوفه، انتهى.

و تفصيل الكلام ان المعلق عليه، اما ان يكون معلوم التحقق، و أما ان يكون محتمل التحقق و على الوجهين: اما ان يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل، و على التقادير، فاما ان يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء مما يصح تملكه شرعا، أو مما يصح اخراجه عن الملك كغير ام الولد و غير الموقوف و نحوه، و كون المشتري ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا و ممن يجوز العقد معه، بأن يكون بالغاً، و أما ان لا يكون كذلك، ثم التعليق اما مصرح به و أما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة، و قوله في القرض و الهبة خذ هذا، بعوضه أو خذ بلا عوض يوم الجمعة فإن التملك معلق على تحقق الجمعة في الحال أو في الاستقبال و لهذا احتمل العلامة في النهاية، و ولده في الايضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد و ان كان منجزاً في الصورة الا- انه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك، فما كان منها معلوم الحصول حين العقد

فالظاهر انه غير قادح، وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني والصيمري. وحكى ايضا عن المبسوط والايضاح في مسألة ما لو قال: ان كان لى فقد بعته بل لم يوجد فى ذلك خلاف صريح، ولذا ادعى فى الرياض فى باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا، وما كان منها معلوم الحصول فى المستقبل وهو المعبر عنه بالصفة، فالظاهر انه داخل فى معقد اتفاهم على عدم الجواز وان كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجرى فيه، كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه ونحو الشهيد الثانى فيما حكى عنه، بل يظهر من عبارة المبسوط فى باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنه قال إذا قال الواقف: إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع والهبة وعندنا مثل العتق ايضا، انتهى. فإن ذيله يدل على ان مماثلة الوقف للبيع والهبة غير مختص

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٤

بالامامية. نعم مماثلته للعتق مختص بهم، وما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة عليه فى الواقع كقدوم الحاج، فهو المتيقن من معقد اتفاهم، وما كان صحة العقد معلقة عليه كالأمتلة المتقدمة. فظاهر اطلاق كلامهم يشمله، الا ان الشيخ فى المبسوط حكى فى مسألة ان كان لى فقد بعته، قولا من بعض الناس بالصحة وان الشرط لا يضره مستدلا بأنه لم يشترط الا ما يقتضيه اطلاق العقد،

لأنه انما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان اذن له فى الشراء، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره وشرطه كما لو شرط فى البيع تسليم الثمن أو تسليم المثلثن أو ما اشبه ذلك انتهى. وهذا الكلام وان حكاه عن بعض الناس الا ان الظاهر ارتضائه له. وحاصله انه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه فى الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالزام بما يقتضى العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الاطلاق معلقا عليه ومقيدا به، وهذا الوجه وان لم ينهض لدفع محذور التعليق فى انشاء العقد، لأن المعلق على ذلك الشرط فى الواقع هو ترتب الاثر الشرعى على العقد دون انشاء مدلول الكلام الذى هو وظيفة المتكلم، فالمعلق فى كلام المتكلم غير معلق فى الواقع على شىء، والمعلق على شىء ليس معلقا فى كلام المتكلم على شىء بل ولا منجزا، بل هو شىء خارج عن مدلول الكلام الا ان ظهور ارتضاء الشيخ له كاف فى عدم الظن بتحقيق الاجماع عليه، مع ان ظاهر هذا التوجيه لعدم قرح التعليق يدل على ان محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه وعدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم.

ويؤيد ذلك ان الشهيد فى قواعد جعل الاصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه، كقول البائع بعتك ان قبلت و يظهر منه ذلك ايضا فى آخر القواعد، ثم انك قد عرفت ان العمدة فى المسألة هو الاجماع، وربما يتوهم ان الوجه فى اعتبار التنجيز هو عدم قابلية الانشاء للتعليق، وبطلانه واضح لأن المراد بالانشاء ان كان هو مدلول الكلام، فالتعليق غير متصور فيه الا ان الكلام ليس فيه، وان كان الكلام فى انه كما يصح انشاء الملكية المتحققة على كل تقدير

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٥

فهل يصح انشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر، كقوله هذا لك ان جاء زيد غدا، وخذ المال قرضا أو قراضا إذا اخذته من فلان ونحو ذلك، فلا ريب فى انه امر متصور واقع فى العرف والشرع كثيرا فى الأوامر والمعاملات من العقود والايقاعات (١)

الثانى ان ما صرح به المصنف قدس سره فى المقام فى بيان صحة التعليق فى المنشأ بقوله.

(١) فلا ريب فى انه متصور واقع فى العرف والشرع كثيرا فى الاوامر والمعاملات من العقود والايقاعات.

ينافى ما نسب إليه فى التقارير فى مبحث الواجب المشروط من امتناعه.

و كيف كان: فصور التعليق فى المنشأ على ما ذكره المصنف قدس سره ثمان.

الا ان الظاهر انها اثنتا عشرة و ذلك لان المعلق عليه.

ان كان امرا حاليا فتارة: يكون معلوم التحقق، و اخرى: يكون مشكوك التحقق.

و على التقديرين فتارة: يكون مما له دخل في صحة العقد، و اخرى: لا يكون دخيلا فيه.

و ان كان امرا استقباليا فهذه التقادير الاربعة تتصور 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، و لم تكن صحة العقد متوقفة عليه، و كان التعليق بنحو الشرط المقارن، فالظاهر انه مورد اتفاق الاصحاب القائلين بمبطلية التعليق، فلو كان الاجماع تعديدا كان هو الحجة في المقام، و لا دليل عليه سوى ذلك. فانه قد استدلل للبطلان- بغير الاجماع- بوجوه:

الأول: ما عن جماعة، و هو: اعتبار الجزم في العقد، و هو مناف للتعليق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٦

و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من ان ظاهر ما دل على سبب العقد ترتب مسبه عليه حال وقوعه فتعليق اثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك (١) و فيه بعد الغض عن عدم انحصار ادلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لأن دليل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم كاف في اثبات ذلك (٢)

ان العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) الا مفاد اوفوا بالعهد في ان العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب لعدم الوفاء بالعهد.

و فيه: انه ان اريد به الجزم بالانشاء فهو حاصل كما هو واضح، و ان اريد به الجزم بالمنشأ في نظره- اى تحقق الملكية الاعتبارية جزما- فهو محل الكلام، و ان تمسك بالاجماع على اعتباره فسيأتى الكلام فيه.

(١) الثانى: ان ظاهر خطاب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) «١» كظاهر سائر الخطابات: ان الحكم مطلق غير مشروط بشىء، فيكون ظاهره ترتب الاثر على العقد، و عليه فان التزم بترتب الاثر فعلا قبل تحقق ما علق عليه كان ذلك منافيا للانشاء المعلق، و لا سبيل إليه. و ان التزم بعدم ترتب الاثر فعلا لزم عدم كونه مشمولا لهذا الخطاب، فلا دليل على لزوم الوفاء به و ترتيب الأثر عليه. و فيه اولاً: ان دليل الصحة لا ينحصر ب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)، بل هناك ادلة اخر من قبيل (احل الله البيع) «٢» التى لا يجرى فيها هذا الوجه، و لا فرق في ذلك بين المعلق و المنجز.

و لا- يخفى ان هذا الايراد انما يرد على المستدل لو كان مفاد (احل الله البيع) الحلية الوضعية، و لا- يرد عليه لو كان مفاده الحلية التكليفية، فان ما ذكر في وجه اختصاص (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) يجرى فيه طابق النعل بالنعل. (٢) و بذلك ظهر ان المصنف قدس سره حيث التزم في مبحث المعاطاة بان مفاده الحلية

(١) المائدة، ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٧

و الحاصل انه ان اريد بالمسبب هو مدلول العقد فعدم تخلفه عن انشاء العقد من البديهيات التى لا يعقل خلافها، و ان اريد به الاثر الشرعى و هو ثبوت الملكية فيمنع كون اثر مطلق البيع الملكية المنجزة، بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق كان اثره الشرعى

الملك الغير المعلق، و ان كان معلقا فأثره الملكية المعلقة مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا (١)

التكليفية ليس له هذا الايراد.

(١) كما ان ايراده عليه بقوله مع ان تخلف الملك عن العقد كثير جدا.

ليس في محله، إذ التخلف مع الدليل لا يوجب سلب الظهور المدعى في الاستدلال، اللهم الا ان يكون مراده ان التخلف كثير، و لو بنى على الظهور المزبور لزم تخصيص الاكثر المستهجن.

و ثانيا: ان العقد ليس هو اللفظ كما تقدم، بل هو ربط احد الالتزامين الواردين على مورد واحد بالآخر، و الوفاء به عبارة عن اتمامه، و معنى ذلك فيما إذا كان متعلقه النتيجة هو عدم حله و نقضه لا ترتيب الآثار عليه، و من الواضح انه في هذا الذى ذكرناه لا فرق بين العقد المعلق و المنجز.

الثالث: انه يلزم تخلف المنشأ عن الانشاء، و هو غير معقول.

و فيه: ان هذه شبهة اوردوها على الواجب المشروط و قد اجبنا عنها في كتابنا زبدة الاصول مفصلا.

و تقتصر في المقام على الاشارة الى وقوع ذلك الذى هو ادل دليل على امكانه،

لاحظ، الوصية، و النذر، و التدبير، و الواجب المشروط.

الرابع: ما عن المحقق النائيني قدس سره، و هو: انصراف العقود الى العقود غير المعلقة المتعارفة بين عامة الناس، فلا تشمل ادلة العقود و العناوين العقد المعلق.

و فيه: مضافا الى ان التعارف لا يوجب الانصراف المقيد للاطلاق، ان التعليق فى العقد واقع كثيرا كما تقدم

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٣٨

مع ان ما ذكره لا يجرى فى مثل قوله: بعتك ان شئت، و ان قبلت فقال قبلت فانه لا يلزم هنا تخلف اثر العقد عنه، مع ان هذا لا يجرى فى الشرط المشكوك المتحقق فى الحال فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا موقوفا، مع ان ما ذكره لا يجرى فى غيره من العقود التى قد يتأخر مقتضاها عنه كما لا يخفى، و ليس الكلام فى خصوص البيع، و ليس على هذا الشرط فى كل عقد دليل على حدة، ثم الاضعف من الوجه المتقدم التمسك فى ذلك بتوقيفية الاسباب الشرعية، الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن، و ليس الا العقد العارى عن التعليق (١) إذ فيه ان اطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على اموالهم وحل التجارة عن تراض، و وجوب الوفاء بالعقود و أدلته سائر العقود كاف فى التوقيف.

و بالجملة فإثبات هذا الشرط فى العقود مع عموم ادلتها و وقوع كثير منها فى العرف على وجه التعليق بغير الاجماع محققا أو منقولا مشكل، ثم ان القادح هو تعليق الانشاء.

(١) الخامس: ان الاسباب الشرعية توقيفية لا بد فيها من الاقتصار على المتيقن،

و هو العقد الخالى عن التعليق.

و فيه: ان هذا يتم إذا لم تكن هناك عمومات و مطلقات من قبيل احل الله البيع و فتحصل مما ذكرناه: انه ليس فى مقابل العمومات و المطلقات الدالة على الصحة ما يدل على بطلان العقد المعلق سوى الاجماع.

و فى مقابل هذه الصورة صورتان.

احدهما: ما إذا كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما تتوقف صحة العقد عليه.

ثانيتها: ما إذا كان المعلق عليه امرا استقباليا كذلك، مع كون القيد مأخوذا على نحو الشرط المتأخر، فانه لا يجرى فيهما شىء من

المحاذير المتقدمة حتى الاجماع، بل لعل الاجماع قائم على عدم بطلان العقد المعلق فيهما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٣٩

...

و أما ان كان المعلق عليه امرا حاليا معلوم الحصول مع كونه مما لا يتوقف عليه صحة العقد، أو كان امرا استقباليا كذلك مع كون الشرط بنحو الشرط المتأخر، فلا يجرى فيهما شيء من الوجوه المتقدمة.

سوى ما افاده المحقق النائيني من دعوى الانصراف التي عرفت ما فيها، و الظاهر انهما غير داخلين في معقد الاجماع. فلا ينبغي التوقف في عدم البطلان فيهما.

و أما ان كان المعلق عليه امرا استقباليا معلوم الحصول مع كون الشرط على نحو الشرط المقارن.

فمقتضى الوجه الثاني و الثالث و الخامس بطلانه، و كذلك مقتضى الوجه الرابع هو ذلك لو كان المعلق عليه مما لا يتوقف صحة العقد عليه، و قد عرفت عدم تمامية شيء منها.

و أما الاجماع فالمتيقن منه غيرهما فلا وجه للحكم بالبطلان.

و ما ذكره الشهيد قدس سره في محكي قواعده من الحكم بالبطلان في الصورتين معللا بان الجزم ينافي التعليق لانه بعرضه عدم الحصول و لو 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 أو رواية، و لم يحرز كون الجهل بحصول الشرط هو العلة لذلك لا فيما إذا كان البطلان من جهة الوجوه المتقدمة.

فراجع.

و أما ان كان المعلق عليه امرا حاليا مشكوك الحصول، أو كان استقباليا كذلك مع كونه بنحو الشرط المقارن أو المتأخر، كان المعلق عليه مما يتوقف صحة العقد عليه ام لا فالظاهر شمول معقد الاجماع لهما فلا حظ.

تنبيهات [التعليق في العقد]

و ينبغي التنبيه على امور:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٠

و أما إذا انشأ من غير تعليق صح العقد، و ان كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا (١) كمن ينشئ البيع و هو لا يعلم ان المال له، أو ان المبيع مما يتمول أو ان المشتري راض حين الايجاب ام لا أو غير ذلك مما يتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا، بل الظاهر انه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب الأثر عليه إذا تحقق القصد الى التملك العرفي، و قد صرح بما ذكرنا بعض المحققين، حيث قال: لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يكن سببا لارتفاع القصد، نعم ربما يشكل الأمر في فقد الشروط المقومة كعدم الزوجية أو الشك فيها في إنشاء الطلاق، فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية

الاول: ان القادح انما هو التعليق في العقد، فلو كان مترددا في ترتب الاثر على العقد الذي ينشؤه شرعا و انه صحيح أو فاسد لا كلام في صحته، فانه لا يكون هذا التردد مورثا للتعليق في ما ينشؤه، إذ العلم بالفساد يجتمع مع القصد الى المعاملة فضلا عن التردد فيه.

هذا فيما إذا كان مترددا في تأثيره شرعا، و لو كان مترددا في تأثيره عرفا فان كان ما يحتمل دخله في ترتب الاثر عرفا مقوما لعنوان المعاملة و تحققها كالزوجية بالاضافة الى الطلاق، لا محالة يكون ذلك منافيا للتنجيز، و الا فلا.

و بما ذكرناه ظهر ان ما افاده المصنف قدس سره.

(١) بقوله: و أما إذا انشأ من غير تعليق صح العقد، و ان كان المنشئ مترددا في ترتب الاثر عليه شرعا أو عرفا. تام، و ان مراده ما ذكرناه، لا ان مراده كون التنجيز من شرائط الصيغة.

فلا يرد عليه ما افاده السيد في الحاشية بقوله: مقتضى ما ذكره العلامة و الشهيد من كون الوجه اعتبار الجزم البطلان في هذه الصورة ايضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤١

و كذا الرقية في العتق، و حينئذ فإذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الانشاء على ما هو شرط فيه، فلا بد من إبرازه بصورة التنجيز (١) و ان كان في الواقع معلقا، أو يوكل غيره الجاهل بالحال بايقاعه و لا يقدر فيه تعليق الوكالة واقعا على كون الموكل مالكا للفعل لأن فساد الوكالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الاذن الا ان ظاهر الشهيد في القواعد الجزم بالبطلان، فيما لو زوج امرأة يشك في انها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلك بعدم الجزم حال العقد، قال: و كذا الايقاعات كما لو خالغ امرأة أو طلقها و هو شاك في زوجيتها أو ولى نائب الامام عليه السلام قاضيا لا يعلم اهليته، و ان ظهر اهلا ثم قال:

و يخرج من هذا بيع مال مورثه لظنه حياته، فبان ميتا لأن الجزم هنا حاصل، لكن خصوصية البائع غير معلومة و ان قيل بالبطلان امكن لعدم القصد الى نقل ملكه،

و كذا لو زوج امه ابيه فظهر ميتا، انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بامكان الجزم فيهما دون مثال الطلاق، فافهم.

الثاني: انه هل يكون هذا الشرط من شرائط الصيغة كالعربية كما يظهر من بعض كلماتهم و إليه يشعر ما فى المتن.

(١) فإذا مست الحاجة الى شىء من ذلك للاحتياط و قلنا 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 إليها معلقا على امر، كما هو صريح المحقق النائيني قدس سره حيث قال: لا ينحصر التعليق فى اداء الشرط بل كل ما كان فى معنى التعليق و لو بغير الاداء؟ وجهان.

اقوامها الثانى، إذ الظاهر من كلماتهم و معاهد اجماعاتهم هو ذلك كما هو مقتضى الوجوه الخمسة المشار إليها المذكورة لبطلان التعليق.

الثالث: هل هناك فرق بين الامور التى تتوقف صحة العقد عليها فلا مانع من تعليق العقد عليها، و بين ما لا تتوقف صحة العقد عليه فالتعليق عليه مبطل ام لا؟ وجهان.

قد استدلل للاول الشيخ الاكبر فى محكى المبسوط: بان التعليق على ما تتوقف صحة العقد، عليه ليس الا شرطا لما يقتضيه اطلاق العقد، فإذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٢

و قال فى موضع آخر و لو طلق بحضور خنثيين فظهر رجلين، امكن الصحة، و كذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا، و يشكلان فى العالم بالحكم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح، انتهى.

و من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول (١) فلو اختلفا فى المضمون، بأن اوجب البائع البيع على وجه خاص من حيث خصوص المشتري،

أو المثلث أو الثمن أو توابع العقد من الشروط،

و استدلال المحقق النائيني قدس سره له بالانصراف.

و هذا الوجهان و ان كانا فاسدين.

اما الثاني. فلما تقدم.

و أما الاول فلأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الاثر الشرعي على العقد دون انشاء مدلول الكلام، فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء كما ذكره المصنف قدس سره. الا انه حيث عرفت انحصار المدرك لهذا الشرط بالاجماع، فمثل هذه الكلمات توجب الترييد في شمول معقد الاجماع للتعليق على ما يتوقف صحة العقد عليه، فيتعين الرجوع الى المطلقات و العمومات الدالة على الصحة.

اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول

(١) السادسة: من جملة شروط العقد التطابق بين الايجاب و القبول.

كما صرح به غير واحد.

بل الظاهران اعتبار التطابق بين الايجاب و القبول من القضايا التي قياساتها معها،

فانه مع عدم التطابق - كما لو انشأ احدهما بعنوان البيع و قبل الآخر 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.

و ان شئت قلت ان القبول قوامه بالرضا بالايجاب، بل هو حقيقته، فمع عدم كونه قبولا - لما انشأه الموجب لما كان قبولا، فلا يتحقق العقد، بل كانا ايقاعين غير مرتبطين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٣

فقبل المشتري على وجه آخر لم ينعقد (١) و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالايجاب، فحينئذ لو قال بعته من موكلك بكذا، فقال: اشتريته لنفسى لم ينعقد، و لو قال: بعث هذا من موكلك فقال الموكل: الغير المخاطب: قبلت صح، و كذا لو قال: بعثك فأمر المخاطب و كيله بالقبول فقبل،

انما الكلام في تطبيق هذه الكبرى الكلية على مواردنا: فان عدم التطابق في بعض الموارد واضح لا يحتاج الى بيان.

كما لو اختلفا في عنوان المعاملة أو في اركانها و هي المبيع و الثمن في البيع، مثل ما لو باع العبد بمائة دينار و قبل بيع الجارية.

كما ان تحقق التطابق في بعض موارد اخر واضح.

كما لو اختلفا من حيث اللفظ مع اتحاد المعنى كأن يقول البائع بعثك، فقال: قبلت الشراء.

و محل الخلاف موارد:

منها: ما إذا اوجب البائع مشروطا بشرط و قبل القابل البيع بلا شرط.

و منها: ما إذا اوجب البائع البيع لشخصين فقبل احدهما نصف البيع بنصف الثمن.

و منها: ما لو باع البائع شيئين بثمن معين فقبل القابل احدهما بنصف الثمن.

(١) اما الاول: فصريح المصنف قدس سره و المحقق النائيني قدس سره: بطلان البيع من جهة عدم المطابقة.

و لكن: الظاهر هو تحقق التطابق الذي دل الدليل على اعتباره، و ذلك لانه لا خلاف بينهم في ان تخلف الشرط أو تعذره أو فساده لا

يوجب بطلان العقد بل يقع صحيحا، غاية الأمر غير لازم، فيستكشف من ذلك ان المعاقدة واقعة على الفاقد للشرط، و عليه فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

و ان شئت قلت: ان الشرط لو كان قييدا للمعاملة لزم بطلانها عند تخلفه، فالقول بان تخلفه لا يوجب البطلان يكون مبتنيا على كونه التزاما في ضمن التزام بالمعنى الذي سيأتى تحقيقه في محله، و عليه فالالتزام البيعى غير معلق على شىء، منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٤

و لو قال بعتك العبد بكذا، فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد (١) و كذا لو قال: بعتك العبد بمائة درهم، فقال: اشتريته بعشرة دنانير، و لو قال للثنين بعتهما العبد بالف فقال احدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع، و لو قال كل منهما ذلك لا يبعد الجواز، و نحوه لو قال البائع بعتك العبد بمائة فقال المشتري اشتريت كل نصف منه بخمسين، و فيه اشكال.

فالقبول بلا شرط مطابق للايجاب.

و لعله الى هذا يرجع ما ذكره بعضهم من: ان فساد الشرط إذا لم يخل بصحة العقد فعدم قبول المشتري للشرط الذى تضمنه الايجاب اولى بعدم الاخلال.

(١) و أما الثانى: فصريح المحققين المتقدم ذكرهما ايضا البطلان لعدم التطابق،

و لكن الظاهر الصحة و التطابق، و ذلك لان البيع لشخصين ينحل الى بيعين حقيقة، كما يدل عليه افتاء الفقهاء بالصحة و عدم البطلان فيما لو قبلا- و فسخ احدهما البيع فى المجلس بالقياس الى غير الفاسخ، فإذا كان هناك بيعان فالمطابقة بين احد البيعين و القبول متحققه فلا وجه للبطلان، بل غاية ما هناك ثبوت الخيار للبائع كما لا يخفى.

و بما ذكرناه ظهر الحال فى الثالث، فان الأظهر الصحة لعين ما ذكرناه فى سابقه.

و ما افاده المحقق النائينى قدس سره 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 اولا من صحة العقد باتحاد المنشأ ثم اثبات الخيار فيه، فما يترتب على الصحة لا يمكن ان يكون منشأ الصحة.

يرد عليه: ان المثبت للصحة هو الاتحاد بالتقريب المتقدم لا ثبوت الخيار. فلاحظ و تدبر.

فتحصل مما ذكرناه: ان اعتبار المطابقة بين الايجاب و القبول مما لا ينبغى انكاره،

الا ان جملة من الموارد التى ذكرها المصنف قدس سره من موارد عدم المطابقة ليست منها، بل فيها التطابق متحقق، و عليك بالتأمل فى كل مورد ثم الحكم بالصحة أو الفساد من جهة وجود التطابق و عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٥

و من جملة الشروط فى العقد ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل واحد منهما الانشاء (١) فلو كان المشتري فى حال ايجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الايجاب لم ينعقد (٢) ثم ان عدم قابليتهما ان كان لعدم كونهما قابلين للتخاطب كالموت و الجنون و الاغماء، بل النوم فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذ. (٣)

اعتبار وقوع العقد فى حال يجوز لكل منهما الانشاء

(١) السابعة: من جملة الشروط فى العقد: ان يقع كل من ايجابه و قبوله فى حال يجوز لكل منهما الانشاء بلا خلاف فيه فى الجملة، بل الظاهر انه متفق عليه.

و تنقيح القول فيه بالبحث في موضعين:

الأول: في عدم الاهلية المانع عن تحقق التعاقد و التعاقد.

الثاني: في عدم الاهلية الموجب لعدم كون العقد عن رضا معتبر.

اما الأول: ففيه اقوال:

(٢) الاول: ما اختاره المصنف قدس سره و المحقق النائيني قدس سره و هو: اعتبار واجديء كل منهما لجميع القيود المعتبرة في تحققه في حال انشاء الآخر.

الثاني: عدم اعتبارها فيهما، اختاره المحقق الايرواني قدس سره.

الثالث: اعتبار واجديء القابل لها في حال الايجاب و عدم اعتبارها بالنسبة الى الموجب، ذهب إليه السيد قدس سره في بعض الفروض. الرابع: عكس ذلك.

و تنقيح القول في المقام يقتضى البحث في موارد:

الأول: في الايجاب.

الثاني: في القبول.

الثالث: فيما بينهما.

اما المورد الاول: فقد استدلل لاعتبار واجديء القابل لتلك القيود: في المتن.

(٣) بان المعاهدة و المعاهدة لا تتحقق بدونها، هذا ما افاده المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٦

...

و ايده المحقق الاصفهاني قدس سره بان مناط المعاهدة مع الغير يقتضى كونها معا كذلك في حال الايجاب و القبول، إذ معية المتعاقدين انما هي معية شاعر ملتفت الى ما يلتزم للغير و يلتزم الغير له، و الا فلا ينقذح القصد الجدى في نفس العاقل الى المعاهدة مع من هو كالجدار أو كالحمار، و علمه بالتفاته فيما بعد لا يصحح المعاهدة معه فعلا.

و فيه: اولاً: أن عنوان العقد انما ينطبق على الالتزامين الواردين على مورد واحد و ليس منطبقاً على الايجاب خاصة، و انما شأن الموجب هو الالتزام النفساني و ابرازه،

و هو انما يكون باقيا ما لم يرفع اليد عنه، فإذا كان باقيا الى حين القبول و التزم القابل الاهل لذلك حين القبول فقد ارتبط الالتزامان لا محالة و تحقق عنوان العقد.

و دعوى عدم تحقق الالتزام في نفس الموجب بالنسبة الى من هو كالجدار.

كما ترى، إذ العاقل الملتفت الى مالكية من يفرض كالجدار كيف لا ينقذح في نفسه القصد الجدى.

و ثانياً: انه لا ينحصر دليل النفوذ باوفوا بالعقود.

فالأولى ان يستدل له: بانه بعد ما لا ريب في انه يعتبر في ترتيب العقلاء و الشارع الاثر على الالتزام النفساني ان يظهره لمن هو طرفه في المعاملة، فإذا كان الطرف غير قابل للتخاطب فالأظهار له كلا اظهاراً، فلاجل ذلك يعتبر قابلية القابل للتخاطب حال الايجاب، فتدبر فانه دقيق.

و أما المورد الثاني: فيشهد لاعتبار واجديء الموجب لتلك القيود حال القبول الوجه المشار إليه.

و يمكن ان يقال في هذا المورد: بما أنه في حال القبول يتم العقد و يخرج المال عن ملك كل منهما فلا بد و ان يكون الموجب ايضاً

ممن يكون اهلا لذلك كى يترتب الاثر على التزامه النفساني.

و أما ما ذكر فى وجهه من عدم تحقق المعاقدة و المعاهدة، من جهة انتفاء الالتزام النفساني بالاغماء و الجنون مثلا، فليس هناك التزام من الموجب كى يرتبط بالتزام القابل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٧

و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فهو (١) شرط حقيقة لا ركن، فإن حقيقة الوصية الايضاء، و لذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلك، و ان كان لعدم الاعتبار برضاها، فلخروجه ايضا عن مفهوم التعاقد و التعاقد لأن المعتمد فيه عرفا، رضا كل منهما لما ينشؤه الآخر حين انشاء (انشاءه) كمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق، لو فرض أو مرض موت و الاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ قبل القبول لغى الايجاب السابق (٢)

فيرد عليه: ان الالتزامات النفسانية لا تزول بذلك، و لذا لا شك لأحد فى ان العهود و الالتزامات لا تبطل بالموت، فضلا عن النوم و الاغماء، و لا فرق بين الموت قبل لحوق القبول و بعده، إذ ضم التزام آخر إليها لا يوجب بقائها ان كانت تزول بالموت. و بما ذكرناه ظهر الحال فى المورد الثالث، و انه لا يعتبر الاهلية بينهما كما لا يخفى.

(١) قوله و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الوصى فهو شرط.

هذا دفع لما توهم من انه لا كلام فى صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصى فيستكشف من ذلك ان موت الموجب لا يكون مانعا عن تحقق المعاقدة.

و حاصل الدفع ان حقيقة الوصية ليست الا- الايضاء و لا يعتبر فى تحققها القبول بل هى من الايقاعات و قبولها قبول الوصية و ردها ردها لا انه جزء للوصية.

نعم فى الوصية التمليكية، من جهة ان ادخال المال فى ملك الغير من دون رضا مناف لسلطنة الناس على انفسهم، و ليس من شئون السلطنة على المال السلطنة على الغير، فلا محالة يتوقف نفوذ التمليك على الرضا، أو عدم الرد على الخلاف الا ان القبول الكاشف عن الرضا أو عدم الرد شرط لنفوذ الوصية لا انه جزء للعقد، و تمام الكلام فى محله.

(٢) قوله و الاصل فى جميع ذلك ان الموجب لو فسخ ... لغى الايجاب السابق.

مراده ان الوجه فى الالتفات الى ما ذكرناه من اعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر فى تحقق المعاقدة، وضح فساد الايجاب بفسخ الموجب و عدم رضا القابل به،

فعلنا من ذلك مدخلية رضا كل منهما حال انشاء الآخر فى تحقق معنى المعاقدة.

فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره بقوله ان هذا عين المسألة المبحوث عنها لا أصلها و مأخذها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٤٨

و كذا لو كان المشتري فى زمان الايجاب غير راض أو كان ممن لا يعتبر رضاه كالصغير، فصحة كل من الايجاب و القبول يكون معناه قائما فى نفس المتكلم من اول العقد الى ان يتحقق تمام السبب، و به يتم معنى المعاقدة فإذا لم يكن هذا المعنى قائما فى نفس احدهما، ام قام، و لم يكن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة (١) ثم انهم صرحوا بجواز لحوق الرضا ببيع المكره و مقتضاه عدم اعتباره من احدهما حين العقد بل يكفى حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الايجاب و قبل القبول، اللهم الا ان يلتزم بكون الحكم فى المكره على خلاف القاعدة لأجل الاجماع.

و لكن يرد على المصنف قدس سره: ان لغوية الايجاب بفسخ الموجب، اجنبية عن المقام فان الفسخ موجب لحل الالتزام حقيقة فلا

يكون الايجاب باقيا كى يلحقه القبول و يرتبط به، و يتحقق عنوان العقد، و هذا غير ما نحن فيه الذى يكون الالتزام و الايجاب باقيا كما عرفت.

و أما الموضوع الثانى: ففيه ايضا اقوال.

و ملخص القول فيه: انه قد استدل المصنف قدس سره لاعتبار واجديئ كل منهما لتلك القيود فى حال انشاء الآخر.

(١) بعدم تحقق معنى المعاقد و المعاهدة حينئذ.

و لعل نظره الشريف الى ما افاده بعض المحققين بان رضاهما بعد ان كان فى نظر الشارع الأقدس كلا رضا، و المفروض ان رضاهما مما يعتبر فى تحقق مفهوم التعاهد، لا جرم كان تعاهدهما فى نظره كالعدم، فلا يكون عقدهما عقدا معتبرا شرعيا.

و فيه: ان حقيقة العقد هى ربط الالتزامين الواردين على مورد واحد- كان ذلك مع رضاهما بذلك أو بدونه- فالرضا بالعقد لا يعتبر فى تحققه، و عدمه لا يخل به، من غير فرق بين عدم الرضا اصلا أو عدم الاعتبار به شرعا و انما هو شرط فى تأثير انشاء كل منهما نفسه، فاعتبار رضا كل منهما حال انشاء الآخر مما لا أصل له، و لأجل ذلك نلتزم بان صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا انما تكون على القاعدة، مع انه لو سلم توقف تحقق العقد على الرضا الا ان دليل الصحة لا ينحصر باوفوا بالعقود كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٤٩

فرع لو اختلف، المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغة

فهل يجوز ان يكتفى كل منهما بما يقتضيه مذهبه ام لا وجوه: (١)

ثالثها: اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فى النقل، كما لو فرضنا انه لا قائل بجواز تقديم القبول على الايجاب و جواز العقد بالفارسية أدرؤها اخيرها

اختلاف المتعاقدين فى شروط الصيغة

(١) فرع: لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فى شروط الصيغة، فهل يجوز لكل واحد منهما ان يكتفى بما يقتضيه مذهبه، ام لا. ام يجوز الا- فى صورة كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا للنقل كما لو فرضنا انه لا قائل بصحة العقد بالفارسية مع تقديم القبول على الايجاب، و كان العقد بالفارسية صحيحا عند احدهما، و تقديم القبول جائزا عند الآخر، فاقعا العقد كذلك؟ وجوه:

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد:

الأول: فى القيود التى ينحصر دليلها بالاجماع.

الثانى: فى ما لدليل اعتباره اطلاق مع عدم سراية احدى الصفات الى فعل الآخر.

الثالث: فى ما لدليل اعتباره اطلاق مع السراية.

اما الأول: فالظاهر صحة العقد كما هو مقتضى العمومات و المطلقات، و المتيقن من الاجماع على اعتبار ذلك القيد كالعربية مثلا هو غير المقام الصادر فيه الايجاب و القبول عن اعتقاد كل منهما صحة ما انشأه، ففيه يرجع الى العمومات المقتضية للصحة.

و أما المورد الثانى: ففيه اقوال:

الأول: الصحة مطلقا.

الثانى: عدم الصحة كذلك.

الثالث: التفصيل بين كون العقد فاسدا فى نظر الجميع، بحيث لا قائل بصحته،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٠

و الاولان مبنيان على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية (١) فالايجاب بالفارسية من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا اشارة الاخرس و ايجاب العاجز عن العربية و كصلاة المتيتم بالنسبة الى واجد الماء ام هي احكام عذرية لا يعذر فيها الا من اجتهد أو قلد فيها؟ و المسألة محررة في الأصول، هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفين مستندا الى فعل الآخر كالصراحة و العربية و الماضية

كما لو فرضنا انه لا قائل بنفوذ العقد الفارسي المقدم ايجابه على قبوله فعدم الصحة، و بين غيره فالصحة.

(١) و قد ابنتي المصنف قدس سره الاولين على ان الاحكام الظاهرية المجتهد فيها بمنزلة الواقعية الاضطرارية، فالايجاب بالفارسي من المجتهد القائل بصحته عند من يراه باطلا بمنزلة اشارة الاخرس، ام هي احكام ظاهرة لا يعذر فيها الا من اجتهد أو قلد فيها؟ و اورد عليه بوجهين:

الأول: ما افاده المحقق الخراساني قدس سره: بان مجرد كونه حكما واقعا و بمنزلته لا يكفي في الحكم بالصحة، بل لا بد و ان يقيد بما إذا كان كذلك حتى في حق الغير الذي له مساس بالعقد، فلو كان حكما واقعا في حق المنشئ خاصة لم يجد في الحكم بالصحة بالاضافة الى غيره.

وفيه: انه بما ان الملكية من الاحكام المجعولة الوضعية، و من الاعتباريات لا من الامور الواقعية، فإذا فرضنا ان الايجاب بالفارسي و ان كان عند القابل مما لا مصلحة في نفسه في جعل الملكية بعده، الا انه من جهة قيام الامارة عند الموجب تحدث فيه مصلحة بهذا العنوان مقتضية لذلك، فلا محالة للآخر القابل ترتيب الاثر، لأنه لا كشف خلاف لذلك، و لا معنى للقول بان المصلحة انما هي في حق الموجب خاصة، فالملكية المجعولة انما تكون له خاصة. فتدبر فانه دقيق.

الثاني: ما افاده السيد في الحاشية و تبعه بعض مشايخنا المحققين قدس سره، و هو: ان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥١

و الترتيب (١)

و أما الموالاة و التنجيز و بقاء المتعاقدين على صفات صحة الانشاء إلى آخر العقد. فالظاهر أن اختلافها يوجب فساد المجموع لأن بالإخلال بالموالاة أو التنجيز أو البقاء على صفات صحة الانشاء يفسد عبارة من يراها شروطا فإن الموجب إذا علق مثلا أو لم يبق على صفة صحة الانشاء إلى زمان القبول باعتقاد مشروع ذلك لم يجز من القائل ببطلان هذا تعقيب هذا الايجاب بالقبول، و كذا القابل إذا لم يقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك يجب على الموجب إعادة ايجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة، فتأمل (٢)

ما ذكر على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية انما يتم بالنسبة الى ما لو كان الحكم المجتهد فيه مع متعلقه موضوعا لحكم الآخر، كما لو كان رأيه جواز النكاح بالفارسي فزوج امرأة بالعقد الفارسي فانه يكون العقد صحيحا عنده، فلا يجوز لغيره الذي يرى اعتبار العربية تزويج تلك المرأة، و لا ينفع بالنسبة الى ما إذا كان المتعلق معروضا لحكمه و لحكم غيره في عرض واحد، كما لو ذكى الذبح بغير الحديد فانه لا يجوز لمن يرى اعتبار كونه بالحديد الأكل من تلك الذبيحة.

و السر فيه: ان ذلك بعنوانه المجتهد فيه ليس موضوعا لحكم غيره، فلا يجوز. لغيره المخالف له في الرأي الاكل منه.

(١) قوله و الترتيب.

و قد اورد عليه بان الترتيب من الصفات التي تسرى الى فعل الآخر إذا لقابل، إذا قدم قبوله على الايجاب لزعمه جوازه، فيلزم منه تأخر الايجاب، و المفروض ان الموجب يرى بطلان العقد المؤخر ايجابه عن قبوله فليس الايجاب بعده.

و لكن يمكن دفعه بان مدرك لزوم تقديم الايجاب و عدم جواز تقديم القبول عنده قده عدم كون القبول نقلا في الحال و هذه الخصوصية لا تسرى الى الايجاب فهو من قبيل الاول لا الثانى.

(٢) قوله فتأمل.

لعله اشارة الى ان الموالاة انما تكون شرطا لصحة القبول لا الإيجاب، إذ لا معنى لصحة الايجاب، الا وقوعه على نحو لو لحقه القبول الواجد للشرائط لأثر، و هو مع فقد الموالاة كذلك فالموالاة من قبيل الترتيب لا التنجيز.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٢

...

و كيف كان فيما نحن فيه من قبيل الثانى، لان البيع فعل واحد تشريكي، بمعنى انه قائم بطرفين و يجب على كل من المتبايعين ايجاد عقد البيع، و لا يجوز لواحد منهما الاكل الا بعد ذلك.

و بالجملة: الصحة لأحد الطرفين ليست موضوعة لحكم الطرف الآخر، بل لا بد من إحراز كل منهما صحة مجموع السبب.

و فيه: ان هذا في الصحة الفعلية، و أما الصحة التأهيلية، فهي انما تكون لكل من الايجاب و القبول مستقلا، و هي في الايجاب مثلا تكون موضوعة لحكم القابل.

فما افاده المصنف قدس سره متين.

و أما المورد الثالث: فقد افاد المصنف قدس سره: ان العقد باطل حتى على القول بكون الاحكام الظاهرية بمنزلة الواقعية الاضطرارية، و الفرق بينه و بين المورد الثانى انه فى ذلك المورد لا يوجب سراية تلك الصفة الى فعل الآخر، و المفروض صحته من المعتقد فى نظر الآخر.

و هذا بخلاف هذا المورد، فان تلك الصفة تسرى الى فعل الآخر إذا انشأ الموجب العقد معلقا، و القابل ان قبل مطلقا لزم عدم التطابق بين الايجاب و القبول، و ان قبل معلقا كان فعله فى نظره فاقدا للوصف المعتبر فى العقد فيوجب ذلك الفساد من هذه الجهة لا من جهة فساد فعل طرفه.

و ملخص القول: ان فساد احد الجزئين لا يسرى الى الآخر على هذا المسلك، و لكن منشأ الفساد يسرى إليه و يوجب ذلك فساد.

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٣

مسألة [أحكام المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد، لم يملكه

[الأول ضمان المقبوض بالعقد الفاسد]

إشارة

و كان مضمونا عليه (١) اما عدم الملك فلائنه مقتضى فرض الفساد. و أما الضمان بمعنى كون تلفه عليه و هو أحد امور متفرعة على القبض بالعقد الفاسد فهو المعروف، و ادعى الشيخ فى باب الرهن و فى موضع من البيع الاجماع عليه صريحا، و تبعه فى ذلك فقيه عصره فى شرح القواعد.

و فى السرائر أن البيع الفاسد يجرى عند المحصلين مجرى الغصب فى الضمان، و فى موضع آخر نسبه الى اصحابنا و يدل عليه النبوى

(١) قوله لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه و كان مضمونا عليه.

بلا خلاف و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل هو فى الجملة من الواضحات.

و الوجه فيه واضح، لأن ذلك مقتضى فرض الفساد، و تترتب عليه امور:

الأول: انه لا يجوز له التصرف فيه، و كان مضمونا عليه كما هو المعروف، و عن شيخ الطائفة فى باب الرهن و فى موضع من البيع، و الحلّى فى موضعين من السرائر،

و العلامة فى التذكرة و المختلف، و غيرهم فى غيرها: دعوى الإجماع عليه.

و ليعلم ان محل البحث فى المقام انما هو فى فرض التلف، و أما فى فرض الإتلاف فلا- اظن توهم الخلاف فى الضمان، من جهة قاعدة من اتلف.

و كيف كان: فالكلام فى موردين:

الاول فى الحكم التكليفى، و هو جواز التصرف و عدمه.

الثانى فى الحكم الوضعى.

اما الأول: فان كان المالك المسلط للمشتري على ماله راضيا بالفعل فى التصرف فى ماله حتى مع فساد العقد- كما لو علم بالفساد و سلطه عليه كذلك- فلا اشكال فى جواز التصرف. و ان لم يكن راضيا بالرضا الفعلى و لكن كان راضيا بالرضا التقديرى، بمعنى انه لو كان عالما بالفساد و ان المال ماله كان راضيا بالتصرف فيه، جاز التصرف بناء على كفاية الرضا التقديرى فى حلية التصرف. و الا فلا يجوز لما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه. «١»

(١) راجع الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى و المستدرک ج ١ ص ٢١٢

و فروع الكافى ج ١- ص ٤٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥٤

المشهور: على اليد ما أخذت حتى تؤدى. (١) و الخدشة فى دلالتها بأن كلمة على ظاهرة فى الحكم التكليفى، فلا يدل على الضمان

(٢) ضعيفة جدا، فإن هذا الظهور انما هو إذا اسند الظرف الى فعل من افعال المكلفين، لا إلى مال من الأموال كما يقال عليه دين،

و دعوى ان فساد المعاملة لا يوجب زوال الأذن و الرضا بالتصرف الذى كان فى ضمن العقد، لأن الجنس لا يتقوم بفصل خاص.

فاسدة، فان الرضا من قبيل ما يكون ما به اشتراكه عين ما به امتياز. فإذا لم يترتب على الرضا الموجود فى ضمن المعاملة اثر- و المفروض انه ليس هناك رضا آخر- فلا مورد للقول بالجواز.

و أما الثانى: فقد مر فى 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 ضامنا لو تلف ام لا.

المشهور بين الأصحاب هو الأول، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليه.

و استدل له في المتن بوجهين.

(١) الاول: النبوى المشهور: على اليد ما اخذت حتى تؤدى «١».

و هو و ان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الأصحاب عليه و استدلالهم به لا مجال للمناقشة فى سنده، و انما المهم دفع ما اورد على الاستدلال به، و هو انما يكون امرين.

(٢) الاول: ان كلمة على ظاهرة فى الحكم التكليفى، من جهة ان ظاهر كلمة على هو الاستعلاء و الاستعلاء المعقول الحاصل فى التكليف اقرب الى المعنى الحقيقى مما يتصور بالنسبة الى الوضع. و يمكن الجواب عنه بوجه.

منها: ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا و يقدر يجب و نحوه، بخلاف ما لو حمل الحديث على الوضع كما لا يخفى، و هو خلاف الظاهر.

(١) سنن البيهقى ج ٦- ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥- ص ٢٥٧ الرقم ٥١٩٧، تفسير أبو الفتوح رازى ج ١، ص ٧٨٤، عوالى اللئالى، ج ٢، ص ٣٤٥، ج ١٠- المستدرک كتاب الغصب باب ١، حديث ٤، نقل عنهما.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٥٥

فان لفظه على حينئذ لمجرد الاستقرار فى العهدة عينا كان أو دينا (١)

و منها: انه يستدعى تقدير فعل من الأفعال من قبيل رده أو حفظه، و هذا التقدير ايضا خلاف الظاهر.

و منها: ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لا يناسب الغاية، إذ يكون مفاده حينئذ انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد، فتكون الغاية تحديدا للموضوع، و هو بعيد فى الغاية.

و لا يناسب ايضا ارادة دفع البدل، إذ مع امكان الغاية لا يجب دفع البدل، و مع عدم امكانها لا غاية كى يفى بها. فالتعین حمل الحديث على الوضع.

(١) ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة و هو كون دركه عليه مع تلفه كما هو صريح المتن و المنسوب الى المشهور.

ام هو بمعنى دخول المأخوذ فى العهدة و للعهد آثار تكليفية و وضعيه من حفظه و ادائه مع التمكن و اداء بدله لو تلف- كما اختاره بعض مشايخنا العظام؟ وجهان.

اقواما الثانى، لأن ما قبل الغاية من جهة كونه مغياً بالأداء لا بد و ان يكون امرا ثابتا فعليا مستمرا الى ان يتحقق الأداء، و هذا ينطبق على الوجه الثانى، و أما على الوجه الأول فلا امر مستمر الى حال الأداء ما لم يتلف.

الايراد الثانى: ما عن المحقق النائينى قدس سره، و هو: ان الأخذ هو الاستعلاء على الشىء بالقهر و الغلبة كما تشهد به موارد استعماله- لاحظ قوله تعالى: (و كذلك اخذ ربك إذا اخذ القرى) «١» و قوله: (لأخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين) «٢» و قوله تعالى:

(فأخذناهم اخذ عزيز مقتدر) «٣» و غير ذلك من موارد استعماله. و عليه فيختص الحديث بصورة الغصب و لا يشمل غير ذلك المورد من موارد اذن المالك الحقيقى و تسليط المالك ماله للمشتري.

(٢) الحاقه، ٤٦.

(٣) القمر، ٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٦

و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير (١) بل المجنون إذا لم يكن يدهما ضعيفه، لعدم التمييز و الشعور،

و فيه: ان الأخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر و غلبه ام لم يكن،

و استعماله في غير موارد الأخذ بالغلبه و القهر كثير، لاحظ قوله تعالى: (خذ العفو) «١» و قوله عز اسمه: (خذ من اموالهم صدقه) «٢» و قوله عليه السلام: خذها فاني اليك معتذر. و غير ذلك من الموارد فتحصل: ان الحديث يدل على الضمان في مطلق الموارد..

(١) قال المصنف قدس سره: و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به على ضمان الصغير.

و يرد عليه: انه يتم على القول باستقلال الأحكام الوضعيه في الجعل، و أما بناء على مسلكه قده من انها منتزعه من الأحكام التكليفيه في مواردها فلا يتم كما لا يخفى.

و ما ذكره بعض مشايخنا العظام بقوله: و يمكن دفعه بان ذلك انما يتوجه لو اريد من الجملة الانشاء و الجعل، و أما لو اريد منه الاخبار بالتعهد، و ان الاخذ متعهد بما اخذه، و انه يثبت عليه و يتوجه إليه تمام ما في المأخوذ من التكاليف و الخسارات المتوجهه طبعاً الى مالكة، فلا يلزم شيء، و يكشف عن ثبوت منشأ انتزاع هذا الوضع من التكليف.

يرد عليه: - مضافاً الى كونه خلاف الظاهر، إذ الظاهر من الجملة كونها في مقام الانشاء لا الأخبار.

ان الأمر الانتزاعي يتبع منشأ انتزاعه فعلاً و تقديراً، فإذا لم يكن بالنسبة الى الصغير تكليف لا يكون وضع على مسلكه.

و أما ما افاده في رساله الاستصحاب بما حاصله: ان ضمان الصغير حكم وضعى ينتزع من الخطاب المتوجه إليه بعد صيرورته بالغاً بان يغرم ما اتلفه في حال صغره.

فيرد عليه: ان فعلية الأمر الانتزاعي مع كون منشأ انتزاعه امراً استقبالياً لا تعقل.

(١) الاعراف، ١٩٩.

(٢) التوبه، ١٠٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٧

و يدل على الحكم المذكور ايضاً قوله عليه السلام في الامه المبتاعه إذا وجدت مسروقه بعد ان اولدها المشتري انه: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمه (١)

فإن ضمان الولد بالقيمه مع كونه نماء لم يستوفه المشتري يستلزم ضمان الأصل بطريق اولي، فليس استيلادها من قبيل إتلاف النماء بل من قبيل أحداث نمائها غير قابل للملك فهو كالتالف لا كالمثل فافهم.

(١) هذا هو الوجه الثاني للضمان و هو.

مرسل جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فأولدها فوجدت الجارية مسروقه قال عليه السلام يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته. «١» بدعوى انه يدل على ضمان المنفعة التي لم يستوفها المشتري، فيدل بالاولويه على ضمان العين في صورة التلف.

وجه الاولويه: ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، فإذا كانت اليد التابعة موجبه للضمان فالمتأصله اولي بذلك.

وفيه: انه لو قيل بتكون الولد من نطفة المرأة و كان اللقاح من الرجل.

أو قيل بان الولد ينعقد رقا و يصير حرا بالولادة.

يكون: ذلك اتلافا حقيقة، و الضمان في صورة الإلتلاف مما لا كلام فيه.

و أما لو قيل بتكونه من نطفة الرجل و انه ينعقد رقا، فمن حيث اخذ.

الولد منها حرا و ان كان لا إلتلاف و لا استيفاء للمنفعة، الا انه من حيث اشغال الرحم بتربيته ما وضعه فيها استيفاء لمنفعة الرحم، و لا

أقل من كونه اتلافا، فانها كانت مستعدة لإنماء نطفة الرق فسلب عنها ذلك باشغالها بنطفته.

و عليه فإذا كان مفاد الحديث ثبوت ضمان الولد بالقيمة كان ذلك تعبدا محضا و تم استدلال المصنف قدس سره به، و أما لو كان

مفاده ثبوت ضمان قيمة ولد مملوك فلا يتم، و لا يبعد دعوى ظهوره في الثاني، و لا أقل من الإجمال.

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٨

ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة، كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده

(١) و هذه القاعدة اصلا و عكسا و ان لم اجدها بهذه العبارة في كلام من تقدم على العلامة الا انها يظهر من كلمات الشيخ رحمه الله

في المبسوط، فانه علل الضمان في غير واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل على ان يكون المال مضمونا عليه.

و حاصله ان قبض المال مقدما على ضمانه بعوض واقعي أو جعلى موجب

للضمان، و هذا المعنى يشمل القبوض بالعقود الفاسدة التي تضمن بصحيحها. و ذكر ايضا في مسألة عدم الضمان في الرهن الفاسد:

ان صحيحه لا يوجب الضمان،

فكيف يضمن بفاسده، و هذا يدل على العكس المذكور، و لم اجد من تأمل فيها عدا الشهيد في المسالك فيما لو فسد عقد السبق،

فهل يستحق السابق اجرة المثل ام لا،

و كيف كان فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها.

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.

قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

و في مفتاح الكرامة نسب الى الأصحاب انهم استدلوا للضمان مضافا الى ما تقدم بالقاعدة المشهورة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن

بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و في الجواهر بالنسبة الى الجملة الأولى انه يظهر من بعضهم الإجماع عليها.

(١) و في المتن: ثم ان هذه المسألة من جزئيات القاعدة المعروفة كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و ما لا يضمن بصحيحه لا

يضمن بفاسده،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٥٩

فتقول و من الله الاستعانة: ان المراد بالعقد اعم من الجائز و اللازم، بل مما كان فيه شائبة الايقاع، أو كان اقرب إليه فيشمل الجعالة و

الخلع، و المراد بالضمان فى الجملتين هو كون درك المضمون عليه بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه معه. (١)

و قد اورد على المصنف قدس سره بان هذه القاعدة اصلا و عكسا لم ترد مورد رواية و لا معقد اجماع كى تكون مدركا لضمان المقبوض بالعقد الفاسد فلا فائدة فى البحث فيها.

و فيه ان التعرض لذلك بعد بنائه على ان مقتضى حديث على اليد- اقتضاء كل يد للضمان، بيان ما خرج عن تحت هذه القاعدة تخصيصا أو تخصصا.

و كيف كان: فالمهم بيان معنى القاعدة اصلا و عكسا، ثم بيان المدرك فيها.

فلا بد من البحث فى مقامين:

الأول: فى الأصل، و الكلام فيه فى جهات:

الأولى: فى معنى الضمان، فعن بعض الأساطين تفسيره بكون تلفه عليه و انه يتلف مملوكا له.

و فيه: انه لا- دليل و لا- وجه لتقدير التالف ملكا لمن تلف فى يده الا- بناء على القول بكون اداء البدل من قبيل المعاوضة القهرية الشرعية، و ستعرف ما فى المبني.

مع ان الانسان لا يكون ضامنا لأمواله التالفة و لا يكون ذلك خسارة عليه و ان كان خسارة منه. و فى المتن.

(١) تفسيره بكون المال متداركا بالعوض بمعنى كون خسارته و دركه فى ماله الاصلى، فإذا تلف وقع نقصان فيه لوجوب تداركه منه. و يرد عليه:

اولا: ان هذا لا يناسب معنى الضمان الذى هو من مادة ضمن يضمن بحسب اللغة و المتفاهم العرفى.

و ثانيا: ان لازم هذا المعنى عدم فعلياً الضمان قبل التلف فى العقود الفاسدة.

و ثالثا: ان الثابت فى العقود الصحيحة التملك للمال بالعوض لا التدارك بالعوض،

فليس عنوان الدرك و التدارك فى الصحيح.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٠

و أما مجرد كون تلفه فى ملكه بحيث يتلف مملوكا له كما يتوهم فليس هذا معنى للضمان اصلا، فلا يقال ان الانسان ضامن لأمواله،

ثم تداركه من ماله تارة يكون باء عوضه الجعلى الذى تراضى هو و المالك على كونه عوضا و امضاء الشارع كما فى المضمون

بسبب العقد الصحيح و اخرى باء عوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و ان لم يتراضيا عليه، و ثالثة باء اقل الامرين: (١) من العوض

الواقعى و الجعلى، كما ذكره بعضهم فى بعض المقامات مثل تلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض (٢) فإذا ثبت هذا

فالمراد بالضمان بقول مطلق هو لزوم تداركه بعوضه الواقعى، لأن هذا هو التدارك حقيقة. و لذا لو اشترط ضمان العارية

و رابعا: ان التلف لا دخل له فى الضمان فى الصحيح، و انما تمام الموضوع فيه هو العقد.

فالحق فى معنى الضمان ان يقال: ان المراد به فى الجملتين هو المراد به فى سائر موارد استعماله، بل سائر موارد استعمال مشتقاته، و

هو التعهد المالى. ففى العقود الصحيحة يكون هذا المعنى- اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع-

و فى العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع، فالضمان فى الجملتين اريد به التعهد المالى.

(١) قوله و ثالثة باء اقل الامرين من العوض الواقعى و الجعلى.

(٢) و قد مثل لذلك بتلف الموهوب بشرط التعويض قبل دفع العوض.

و في المسألة اقوال.

الاول عدم وجوب دفع العوض و عدم الضمان، اختاره العلامة، و ولده على ما نسب اليهما.

الثاني ما عن جماعة، و هو تعيين دفع المسمى.

الثالث، ما عن المسالك، و اختاره المصنف قدس سره و هو وجوب اقل الامرين من المسمى و العوض الواقعي للعين.

وجه الاول انه في الهبة المعوضة، لا- يجب على المتهب دفع العوض، غاية الامر مع بقاء العين للواهب الرجوع إذا لم يدفع المتهب

العوض، ففي صورة التلف لا يجب عليه شيء، لا العوض المسمى كما هو واضح، و لا الواقعي لفرض انه هبة صحيحة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦١

لزم غرامة مثلها أو قيمتها، و لم يرد في اخبار ضمان المضمونات من المغصوبات و غيرها عدا لفظ الضمان بقول مطلق.

و أما تداركه بغيره فلا بد من ثبوته من طريق آخر مثل تواطئهما عليه بعقد صحيح يمضيه الشارع فاحتمال ان يكون المراد بالضمان

في قولهم يضمن بفاسده هو وجوب اداء العوض المسمى، نظير الضمان في العقد الصحيح ضعيف في الغاية لا لأن ضمانه بالمسمى

يخرجه من فرض الفساد، إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و ان كان عند تلف احدهما يتعين

الآخر للعوضي، نظير المعاطاة (١) على القول بالاباحة بل لأجل ما عرفت من معنى الضمان و ان التدارك بالمسمى في الصحيح

لامضاء الشارع ما توطئا على عوضيته، لا لأن معنى الضمان في الصحيح مغاير لمعناه الفاسد حتى يوجب ذلك تفكيكا في العبارة

فافهم.

و وجه الثاني عموم ما دل على لزوم الوفاء بالعقد- غاية الامر انه في صورة وجود العين يكون المتهب مخيرا بين ردها و دفع المسمى-

فإذا تعذر الاول للتلف تعين الثاني.

و وجه الثالث ان المتهب قبل التلف مخير بين دفع المشتراط ورد العين و إذا تلف يكون هذا الخيار باقيا لانه تعذر دفع العين يقوم

بدلها مقامها في الطرفية للتخير.

فيكون في فرض التلف مخيرا بين دفع المشتراط و العوض الواقعي فالواجب عليه أي ما لا بد منه هو دفع اقل الامرين و تمام الكلام في

هذه المسألة موكول الى محله.

(١) قوله إذ يكفي في تحقق فرض الفساد بقاء كل من العوضين على ملك مالكة و ان كان عند تلف احدهما يتعين الآخر للعوضي

نظير المعاطاة.

و فيه ان معنى الفساد عدم امضاء الشارع لعوضي كل منهما للآخر مطلقا، لا عدم امضائه لها في زمان خاص، أو مع عدم الشرط

المخصوص.

و عليه فتعين كل منهما للعوضي، عند تلف احدهما، مناقض لفرض الفساد.

و انما يلتزم بذلك في المعاطاة لما عرفت من انها صحيحة ممضاه، غاية الامر تكون مشروطة بشرط، و هو تلف احدهما فضمانه

بالمسمى يخرجه من فرض الفساد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٢

ثم العموم في العقود ليس باعتبار خصوص الانواع (١) ليكون افراده مثل البيع، و الصلح و الإجارة و نحوها، لجواز كون نوع لا يقتضى

بنوعه الضمان، و إنما المقتضى له بعض اصنافه. فالفرد الفاسد من ذلك الصنف يضمن به، دون الفرد الفاسد من غير ذلك الصنف

مثلا الصلح بنفسه لا يوجب الضمان، لأنه قد لا يفيد الا فائدة الهبة الغير المعوضة أو البراء، فالموجب للضمان هو المشتمل على

المعاوضة بالفرد الفاسد من هذا القسم موجب للضمان ايضا، و لا يلتفت الى ان نوع الصلح الصحيح من حيث هو لا يوجب ضمانا،

فلا يضمن بفساده و كذا الكلام في الهبة المعوضة، و كذا عارية الذهب و الفضة.

نعم ذكروا في وجه عدم ضمان الصيد الذي استعاره المحرم، ان صحيح العارية لا يوجب الضمان، فينبغي ان لا يضمن بفسادها، و لعل المراد عارية غير الذهب و الفضة و غير المشروط ضمانها

(١) الجهة الثانية: في ان عموم العقود هل هو انواعي، أو اصنافي، ام افرادي؟ ظاهر العموم و ان كان هو الأخير- كما هو الشأن في كل طبيعة واقعة في متلو اداء العموم كقوله عليه السلام كل شيء طاهر، أو كل مسكر حرام و ما شابهما. الا ان ظاهر قولنا يضمن بصحيحه يضمن بفساده وجود الفردين في ما هو الموضوع لهذا الحكم، و لو حمل العام على الأفرادي تعين حمل الصحيح على الفرض و التقدير فيقال: ان هذا البيع الفاسد لو كان صحيحا كان يضمن به، فكذلك في هذا الفرض، و هو خلاف الظاهر.

فما احتمله صاحب الجواهر من كون العموم افراديا ضعيف.

فيدور الأمر بين كونه انواعيا أو اصنافيا.

و الأظهر هو الثاني، إذ لو كان انواعيا حيث انه قد يتفق في نوع واحد، ما يضمن بصحيحه، و ما لا يضمن به، كالعارية: فان في عارية الذهب و الفضة ضمان دون عارية غيرهما، و كالصلح فانه ربما يكون معاوضيا، و ربما لا يكون كذلك فلا يفيد سوى الإبراء و التمليك المجاني، فالجامع بين القسمين لا محالة لا يكون موجبا للضمان،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٣

ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه (١) فلو اقتضاه الشرط المتحقق في ضمن العقد الصحيح، ففي الضمان بالفساد من هذا الفرد المشروط فيه الضمان تمسكا بهذه القاعدة اشكال كما لو استأجر اجارة فاسدة، و اشترط فيها ضمان العين. و قلنا بصحة هذا الشرط فهل يضمن بهذا الفاسد لأن صحيحه يضمن به و لو لأجل الشرط ام لا و كذا الكلام في الفرد الفاسد من العارية المضمونة.

و يظهر من الرياض اختيار الضمان بفسادها مطلقا تبعا لظاهر المسالك، و يمكن جعل الهبة المعوضة من هذا القبيل بناء على انها هبة مشروطة لا معاوضة.

و ربما يحتمل في العبارة ان يكون معناه ان كل شخص من العقود يضمن به لو كان صحيحا يضمن به مع الفساد، و رتب عليه عدم الضمان فيما لو استأجر بشرط ان لا أجره كما اختاره الشهيدان أو باع بلا ثمن كما هو احد وجهي العلامة في القواعد، و يضعف بأن الموضوع هو العقد الذي وجد له بالفعل صحيح و فاسد،

لا ما يفرض تارة صحيحا و اخرى فاسدا، فالمتمتع بمقتضى هذه القاعدة الضمان في مسألة البيع، لأن البيع الصحيح يضمن به نعم ما ذكره بعضهم من التعليل لهذه القاعدة بأنه اقدم على العين مضمونة عليه لا يجري في هذا الفرع لكن الكلام في معنى القاعدة لا في مدركها.

فلا بد من البناء على عدم الضمان في الأفراد الفاسدة منه مطلقا و هو مما لا يمكن الالتزام به.

و ان شئت قلت: انه مع وجود القسمين في نوع فهل يتبع الفاسد ما يضمن بصحيحه، أو ما لا يضمن به.

و بعبارة ثالثة: ان ظاهر الجملة اتحاد القسمين في جميع ما يعتبر في الضمان و عدمه الا في الجهة الموجبة للفساد، فيتعين كون العموم اصنافيا.

(١) قوله ثم المتبادر من اقتضاء الصحيح للضمان اقتضائه له بنفسه.

اورد عليه السيد قدس سره: بان العقد مع الشرط و مجردا عنه صنفان متغايران، و بعد ارادة الصنف من مدخول كل لا يبقى اشكال في ان المراد اعم من ان يكون اقتضاء الصحيح بنفسه أو بضميمة الشرط.

و فيه: ان الشرط تارة يكون مؤثرا في اقتضاء العقد للضمان- و بعبارة اخرى:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٤

ثم ان لفظه الباء في بصحيحه و بفساده. اما بمعنى (١) في بأن يراد كلما تحقق الضمان في صحيحه تحقق في فاسده، و أما لمطلق السببية الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحيح قد لا يوجب الضمان الا بعد القبض، كما في السلم و الصرف بل مطلق البيع حيث ان المبيع قبل القبض مضمون على البائع بمعنى ان دركه عليه و يتداركه برد الثمن فتأمل. و كذا الاجارة و النكاح و الخلع فإن المال في ذلك كله مضمون على من انتقل عنه الى ان يتسلمه من انتقل إليه. و أما العقد الفاسد فلا يكون علة تامة أبدا بل يفتقر في ثبوت الضمان الى القبض فقبله لا ضمان،

فجعل الفاسد سببا. اما لأنه المنشأ للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان (٢)

يوجب ضمان متعلق العقد، كما في العارية المضمونة، فان الشرط يوجب صيرورة يد المستعير يد ضمان.

و اخرى لا يكون كذلك، بل يوجب الضمان في غير متعلق العقد كما لو استأجر اجارة فاسدة و اشترط فيها ضمان العين و قلنا بصحة هذا الشرط، فان متعلق العقد هو المنفعة دون العين.

ففي الأول يتم ما ذكره المحشى و لا يتم في الثاني كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان لفظه الباء في بصحيحه و بفساده اما بمعنى في.

هذه هي الجهة الثالثة: و هي في بيان الباء في بصحيحه و بفساده.

محتملات الباء في المقام ثلاثة: السببية التامة، السببية الناقصة، الظرفية.

لا سبيل الى الالتزام بالأول، لأنه ربما لا يوجب العقد الصحيح الضمان الا بعد القبض كما في باب الصرف و السلم، فيكون القبض جزء العلة.

و أما الثاني: فالالتزام به في بصحيحه و ان كان لا بأس به الا انه لا يتم في بفساده،

إذ في العقد الفاسد الموجب للضمان هو القبض دون العقد، و قد ذكر المصنف وجهين لسببية العقد الفاسد للضمان:

(٢) الاول ان العقد منشأ و سبب للقبض على وجه الضمان الذي هو سبب للضمان، فهو سبب للسبب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٥

و أما لانه سبب الحكم بالضمان بشرط القبض (١) و لذا علل الضمان الشيخ و غيره، بدخوله على ان يكون العين مضمونة عليه و لا

ريب انه دخوله على الضمان انما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما يقبضه و الغرض من ذلك كله، دفع ما يتوهم ان سبب

الضمان في الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فكيف يقاس الفاسد على الصحيح في سببية الضمان و يقال: كلما يضمن بصحيحه

يضمن بفساده و قد ظهر من ذلك ايضا فساد توهم ان ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان في الفاسد الى القبض فلا بد من تخصيص

القاعدة باجماع و نحوه، ثم ان المدرك لهذه الكلية (٢) على ما ذكره في المسالك

و فيه: ان سبب السبب و ان كان سببا الا ان ذلك فيما إذا كانت السببية في الموردين من سنخ واحد تكوينية أو تشريعية، و أما إذا

كانت في احدهما تكوينية و في الآخر تشريعية فلا يصح هذا الاطلاق كما لا يخفى، و المقام كذلك، فان سببية العقد الفاسد للقبض

ليست تشريعية بخلاف سببية القبض للضمان. و ان شئت قلت: ان الظاهر من هذه الجملة ان السببية المترتبة من هذه القاعدة هي

الشرعية لا الخارجية.

(١) الثاني: ان العقد الفاسد سبب الحكم بالضمان بشرط القبض.

وفيه: ان الموجب للضمان هو القبض، و السببية المشار إليها من قبيل الوصف بحال المتعلق، فعلى هذا بما ان الظاهر بقريته وحدة السياق ارادة شىء واحد من كلمة الباء،

فيتعين حملها على ارادة الظرفية، كما فى قوله تعالى: (و لقد نصركم الله ببدر) «١» وقوله:

(و نجيناهم بسحر) «٢» و غير ذلك من الاستعمالات.

مدرک قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده

(٢) قوله ثم ان المدرك لهذه الكلية.

هذه هي الجهة الرابعة: و هي فى مدرک هذه القاعدة و قد ذكر له وجوه.

الأول: الإجماع.

وفيه: انه لو تم الإجماع حيث انه غير تعبدى لمعلومية مدرک المجمعين فلا يعتنى به.

(١) آل عمران، آية ١١٩.

(٢) القمر، آية ٣٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٦

فى مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعا بعد انقضاء الأجل، هو اقدام الاخذ على الضمان (١) ثم اضاف الى ذلك قوله صلى الله عليه و آله على اليد ما أخذت حتى تؤدى.

و الظاهر انه تبع فى استدلاله بالاقدام الشيخ فى المبسوط حيث علل الضمان فى موارد كثيرة من البيع و الاجارة الفاسدين بدخوله على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى فإذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة، و هذا الوجه لا يخلو عن تأمل لأنهما انما اقداما و تراضيا و توطئا بالعقد الفاسد على ضمان خاص (٢) لا الضمان بالمثل و القيمة و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية، حتى يتقوم بخصوصية اخرى، فالضمان بالمثل أو القيمة ان ثبت، فحكم شرعى تابع لدليله

(١) الثاني: اقدام الاخذ على الضمان، و هو و ان دخل على ان يكون المال مضمونا عليه بالمسمى، لكنه إذا لم يسلم له المسمى رجع الى المثل أو القيمة.

و اورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

(٢) منها: انهما انما اقداما على ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القيمة،

و المفروض عدم امضاء الشارع لذلك الضمان الخاص، و مطلق الضمان لا يبقى بعد انتفاء الخصوصية حتى يتقوم بخصوصية اخرى.

و اورد عليه المحقق الخراساني قدس سره على ما نسب إليه: بانهما انما اقداما على اصل الضمان فى ضمن الأقدام على ضمان خاص، و الشارع انما لم يرض الضمان الخاص لا أصله.

وفيه: ان الأقدام الموضوع للأثر هو الأقدام القصدى لا القهرى، و معلوم ان ما تراضيا عليه و قصده هو الضمان بشىء خاص، و هذا لا

ينحل الى التراضى بمطلق الضمان، و كونه بشيء خاص، فلا يكون الأقدام على الضمان بالمسمى اقداما على مطلق الضمان. فالاولى: ان يورد على المصنف قدس سره: بان ما ذكره اخص من المدعى، إذ ربما يكون المسمى مقدارا كلياً منطبقاً على القيمة الواقعية، و ربما يكون المسمى هو القيمة الواقعية. و فى هذين الموردین يكون المقدم عليه هو الذى يحكم بثبوتہ.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٧

و ليس مما اقدم عليه المتعاقدان. هذا كله مع ان مورد هذا التعليل اعم من وجه من المطلب إذ قد يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض (١) و قد لا يكون اقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان (٢) كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري و كما إذا قال بعتك بلا ثمن، أو آجرتك بلا اجرة، نعم قوى الشهيدين فى الأخير عدم الضمان و استشكل العلامة فى مثال البيع فى باب السلم. و بالجملة فدليل الاقدام مع انه مطلب يحتاج الى دليل لم نحصله منقوض طردا و عكسا.

(١) و منها: انه ربما يكون الاقدام موجودا و لا ضمان كما قبل القبض.

و فيه: ان الضمان فى الصحيح ضمان المسمى، و هو متحقق قبل القبض، و انما يكون التلف من مال بائعه لما دل على ذلك من جهة انفساخ العقد بالتلف أو من جهة الشرط الارتكازى الضمنى، و هو ضمان البائع لو تلف المال قبل قبضه. و على اى تقدير الضمان المقدم عليه قبل القبض موجود.

(٢) و منها: انه ربما لا يكون الاقدام فى العقد الفاسد مع تحقق الضمان، كما إذا قال بعتك بلا ثمن، و كما إذا شرط فى عقد البيع ضمان المبيع على البائع إذا تلف فى يد المشتري.

و لكن يرد على النقض الأول: ان المنشأ لهذا البيع لا يتمكن من قصد حقيقة البيع الا بان يقصد ذلك بقوله بعتك، و قوله بلا ثمن يكون اسقاطا للعرض و ابراء الذمة المشتري،

فان قوام البيع و حقيقته انما يكون بجعل المال بازاء الثمن، فيكون هذا الكلام من الأغلاط و ذكر المتناقضين، و ان قصد البيع بقوله بعتك خاصة فقد أقدم على الضمان، و ان قصد به التمليك فهو هبة، إذ التمليك بلا عوض هو الهبة. و عليه فان صح انشاء عقد بالألفاظ الموضوعه لعقد آخر كانت هذه هبة صحيحة، و الا ففاسدة، فعلى جميع التقادير لا يصح هذا النقض.

و يرد على الثانى: ان الأقدام على الضمان المعاوضى موجود، و كذلك الضمان،

غاية الأمر هناك شرط لضمان البائع المبيع.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٦٨

و أما خبر اليد فدلالته و ان كانت ظاهرة و سنده منجبرا (١) الا ان مورده مختص بالاعيان فلا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجارة الفاسدة. (٢)

و منها: انه لا دليل على سببية الأقدام للضمان، و هذا هو الحق فى الجواب عن هذا الدليل.

(١) الثالث: خبر على اليد المتقدم، و قد تقدم ان ضعف سنده منجبر بالشهرة و دلالة على الضمان ظاهرة.

(٢) و اورد عليه: بان مورده مختص بالاعيان و لا يشمل المنافع و الاعمال المضمونه فى الاجارة الفاسدة.

وجه الاختصاص بها امران.

احدهما: ما افاده المصنف فى الأمر الثالث، و هو عدم صدق الأخذ بالإضافة الى المنافع.

و فيه: انه ليس المراد بالأخذ الأخذ بالجرحه الخاصة، و الا لزم عدم شمول الخبر لجملة من الأعيان كالدار و العقار، فلا محالة يكون

الأخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء، و التعبير عنه بالأخذ باليد من جهة كونه لازماً غالباً له، و الأخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع، إذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين، و ان لم يستوف المنفعة و لم تكن العين مضمونة، فان المنفعة هي قابلية العين للركوب و للسكنى مثلاً، و هذه القابلية من مراتب وجود العين، و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها، و منها القابلية للانتفاع. ثانيهما: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو عدم صدق التأديء في المنافع، فان الظاهر قوله حتى تؤدي كون عهدة المأخوذ باداء نفس المأخوذ، و المنافع لتدرجها في الوجود لا أداء لها بعد أخذها في حد ذاتها. و لا يمكن دفعه بان المنفعة و ان كانت تدريجية الوجود الا انها واحدة وجوداً فيصدق الأخذ بالاستيلاء على طرف هذا الواحد و الأداء باداء طرفه الآخر، لأن المقصود اثبات ضمان المنافع، و هذا التقريب يوجب عدم الضمان بعد رد العين كما لا يخفى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٦٩

اللهم الا ان يستدل على الضمان فيها بما دل على احترام مال المسلم (١)
و انه لا يحل الا عن طيب نفسه، و ان حرمة ماله كحرمة دمه و انه لا يصلح ذهاب حق احد

كما انه لا يفيد جعل الغاية محددة للموضوع فيدل الخبر على ضمان المأخوذ غير المؤدى، إذ الظاهر منه ما كان من شأنه ان يؤدي بعد اخذه.

و فيه: ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذ و الا بقي الضمان في صورة التلف و اداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص، بل المراد منها اعم من اداء الشخص و اداء العوض غاية الأمر يكون بنحو الطولية، فإذا كانت العين موجودة لا يرتفع الضمان الا باداء شخصها، و في صورة التلف يرتفع باداء عوضها، و المنافع و ان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها. هذا كله مضافاً الى انه يمكن ان يقال: انه و ان اختص مورد الخبر بالأعيان و لا يشمل المنافع، الا ان اخذ العين له احكام منها ضمان منافعها.

فتحصل: ان الأظهر دلالة الخبر على ضمان المنافع.

(١) الرابع: قاعدة احترام مال المسلم الثابتة بقوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه. (١) و قوله صلى الله عليه و آله: حرمة ماله كحرمة دمه (٢). و قوله: لا يصلح ذهاب حق احد. (٣) و تقريب دلالة حديث لا يحل: ان الحلال هو ما لا تبعه له، فإذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه، فيستفاد منه الحلية التكليفية. و إذا 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 تبعه و خسارة و عوض. و فيه: اولاً: ان ظاهر هذا التركيب في نفسه ارادة الحلية التكليفية، و يقدر التصرف

(١) بمضمونه اخبار- في الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى- و المستدرک ج ١، ص ٢١٢- و فروع الكافي ج ١- ص ٢٢٦- و الاحتجاج ص ٢٦٧.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

(٣) الوسائل- باب ٤٠- من ابواب كتاب الشهادات حديث ١ و ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٠

كما في نظائر المقام، كقوله تعالى: (حرمت عليكم امهاتكم) «١» وقوله عز وجل: (احل لكم الطيبات «٢» وغيرهما. و ثانيا: ان حمل الحلية على الوضعية لا- يلائم مع حرف المجاوزة في قوله الا عن طيب نفسه، فان ظاهره صدور شئ عن الطيب، فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا.

و ثالثا: ان الحديث لو دل على الضمان فانما هو بالنسبة الى المنفعة التي استوفيت، ولا يدل على الضمان في المنافع غير المستوفاة، والعمل الصادر من الأجير بالإجارة الفاسدة من دون تسيب 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 التأمل في صدق المال عليه. و أما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به: ان الحرمة انما نسبت الى المال، و ظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال، و احترامه كذلك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية بتداركها، فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه، فرعاية ماليته رده او رد عوضه لو تلف.

و فيه: اولاً: ان ظاهر الخبر- و لو بقرينة السياق- ارادة الحرمة التكليفية منه، فان قبله هكذا: سباب المؤمن فسوق، و قتاله كفر، و اكل لحمه من معصية الله فيكون المراد من حرمة ماله- بواسطة تنظيره بحرمة دمه- شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر. و ثانيا: انه ايضا لا يشمل المنافع غير المستوفاة و العمل الصادر من الأجير غير العائد نفعه الى المستأجر. و ثالثا: ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته،

(١) النساء، ٣٣.

(٢) المائدة، ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧١

مضافا الى ادلة نفي الضرر (١) فكل عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيله لغرضه، فلا بد من اداء عوضه لقاء عديته الاحترام و نفي الضرر. ثم انه لا يبعد ان يكون مراد الشيخ و من تبعه من الاستدلال على الضمان بالاقدام و الدخول عليه بيان ان العين و المنفعة اللذين تسلمهما الشخص لم يتسلمهما مجانا و تبرعا حتى لا يقضى احترامهما بتداركهما بالعوض كما في العمل المتبرع به و العين المدفوعة مجانا أو امانة، فليس دليل الاقدام دليلا مستقلا بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الاموال و احترام الاعمال. نعم في المسالك ذكر كلا من الاقدام و اليد دليلا مستقلا فيبقى عليه ما ذكر سابقا من النقص و الاعتراض.

و هي لا تقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه، لا تداركه لو تلف.

و رابعا: انه لا يشمل عمل الحر بناء على عدم كونه مالا.

و أما حديث لا يصلح ذهاب حق احد فهو لا يدل على الضمان، لأن الكلام انما هو في ثبوت الحق في المقام، و الحكم لا يصلح لإثبات موضوعه.

(١) الخامس: قاعدة نفي الضرر، بدعوى ان حكم الشارع بعدم ضمان من تلف المال تحت يده ضررى على المالك فينتفى لحديث نفي الضرر «١»، فيحكم بالضمان.

و لكن بعد تسليم المبنيين اللذين بنى عليهما المصنف قدس سره في محله، و عليهما يبتنى الاستدلال في المقام.

احدهما: ان المنفى بحديث لا ضرر ليس خصوص الأحكام الوجودية المجعولة،

بل كل ما هو من الإسلام وجوديا كان أو عدميا.

ثانيهما: ان مدلول حديث لا ضرر نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، كان الضرر ناشئا من متعلقه ام كان ناشئا من نفسه، كلزوم البيع الغبني.

انه لا يصح الاستدلال به في المقام من جهة ان حديث لا ضرر انما يدل على نفي الحكم الناشئ من قبله الضرر، و ان الضرر يكون منفيا في عالم التشريع،

(١) الوسائل - باب ١٢ و ٧- من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٥- من ابواب كتاب الشفعة و باب ١ من ابواب موانع الارث و غيرها من كتب الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٢

و يبقى الكلام حينئذ في بعض الاعمال المضمونة التي لا يرجع نفعها الى الضامن و لم يقع بأمره كالمسبق في المسابقة الفاسدة، حيث حكم الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق اجرة المثل، خلافا لآخرين و وجهه ان عمل العامل لم يعد نفعه الى الآخر و لم يقع بأمره ايضا، فاحترام الاموال التي منه الاعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه لأنه ليس كالمستوفى له، و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة حيث انه بذل مال في مقابل عمل لا ينفع الباذل و تمام الكلام في بابه.

ثم انه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض (١) و توهم ان الدافع في هذه الصورة هو الذي سلطه عليه و المفروض ان القابض جاهل مدفوع، باطلاق النص و الفتوى، و ليس الجاهل مغرورا لأنه اقدم على الضمان قاصدا و تسليط الدافع العالم لا يجعلها امانة مالكية لأنه دفعه على انه ملك المدفوع إليه لا انه امانة عنده أو عارية. و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به و سيأتي تنمؤ ذلك في مسألة بيع الغاصب مع علم المشتري هذا كله في اصل الكلية المذكورة.

و لا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي، فلو تضرر احد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره، و هذا من الواضح بمكان.

و في المقام إذا حكم الشارع بالضمان فهو انما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر، فالحديث لا يثبت ذلك.

مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لما كان وجهه للالتزام بلزوم التدارك على من هو طرف العقد مع عدم انتفاعه به و لا إتلافه، فليكن سد ضرره من بيت المال المسلمين.

فالأظهر ان قاعدة نفي الضرر ايضا لا تفي باثبات المطلب. فالعمدة حديث اليد، و هو انما يختص بالأعيان و المنافع، و لا يشمل مثل عمل الحر كما لا يخفى.

(١) قوله لا فرق فيما ذكرنا من الضمان في الفاسد بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض. الصور المتصورة اربع: علمهما بالفساد، و جهلهما به، و علم الدافع مع جهل القابض، و العكس.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٣

و أما عكسها: و هو ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده (١) فمعناه ان كل عقد لا يفيد صحيحه ضمان مورده ففساده لا يفيد ضمانا، كما في عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية الغير المضمونة، بل المضمونة بناء على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان افادته بنفسه لا بأمر خارج عنه، كالشرط الواقع في متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائرة،

و الأشكال انما هو في صورتين منها، و هما: علم الدافع و جهل القابض، و علمهما به. و في الصورة الاولى منهما اشكال آخر مختص

بها.

اما الأشكال المشتركة فهو: ان الدافع ماله العالم بفساد العقد لا محالة يكون دفعه تسليطا و امانة مالكية.

و فيه: انه يمكن ان يكون الدفع بعنوان استحقاقه الذى بنى عليه تشريعا.

و بعبارة اخرى: بعد تصوير ذلك يكون هذا هو محل البحث فى المقام.

و أما إذا سلطه مجانا فلا كلام فى عدم الضمان.

و أما الأشكال المختص فهو: ان الدافع إذا كان عالما بالفساد و القابض جاهلا به لا محالة يكون الدافع غارا و القابض مغرورا، فلا

يكون ضامنا لقاعدة الغرور.

و فيه: ان القابض انما قبضه لا مجانا بل مع العوض و اقدم على ذلك، فلا يكون مغرورا.

قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده

(١) المقام الثانى: فى عكس القاعدة، و هو: ان ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده.

و الكلام فيه فى مواضع:

الأول: ان الكلام فى مواد القضية هو ما تقدم فى اصل القضية، الا انه يشهد لعدم ارادة السببية من لفظ الباء فى هذه القاعدة انها لو

كانت للسببية. لم تجد هذه القضية

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٧٤

...

للحكم بعدم الضمان فى شىء من الموارد، إذ هى انما تدل على عدم اقتضاء الفاسد من العقود للضمان، و لا ينافى ذلك اقتضاء اليد

أو غيرها للضمان، فالمتعين حملها على ارادة الظرفية.

الثانى: فى مدرك هذه القاعدة. فعن الشيخ فى المبسوط: الاستدلال لها: بان الضمان لا بد و ان يكون لأقدام الاخذ، أو لحكم الشارع

به، و العقد الصحيح الذى ليس فيه اقدم على الضمان و لا حكم الشارع به فيه فالفساد منه ايضا كذلك فانه ليس فيه اقدم،

و لا حكم للشارع فيه.

اما الأول: فواضح.

و أما الثانى: فلأن حكمه به مع عدم التعبد الشرعى الخاص به لا بد و ان يكون من جهة امضاء ما يقتضى الضمان المفقود فى المقام

بنحو السالبة بانتفاء الموضوع.

و لكن هذا الاستدلال مبنى على مسلكه فى الضمان فى فاسد العقود التى يضمن بصحيحها من التمسك بقاعدة الاقدام.

و أما بناء على كون المدرك حديث على اليد فهذا الاستدلال اجنبى عن المقام.

و ظاهر كلام شيخ الطائفة هو الاستدلال باشتراك العلة الموجبة لعدم الضمان بين الصحيح و الفاسد، و قوله فكيف بفساده اريد به

التعجب، إذ مع وحدة العلة كيف يختلف المعلول.

لا بالاولوية كما فهمه المصنف قدس سره.

ثم 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 قدس سره.

وقد استدلل المصنف قدس سره فيما سيأتى من كلامه على عدم الضمان فى غير التملك بلا عوض - اعنى الهبة - فى مقابل اليد المقتضية له: بعموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ماله غير ضامن، بل ليس له ان يتهمه. «١»

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب الوديعه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٥

...

و حاصله: ان حقيقة الاستئمان المالكى هى التسليط عن الرضا مجانا الموجود فى فاسد العقود التى لا يضمن بصحيحها.

و استدلل له فى الهبة بفحوى ما دل على خروج صورة الاستئمان «١»، فان استئمان

المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق اولى.

و لمن تأخر عنه فى كل من الموردین كلام.

اما المورد الأول: 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.

و فيه: ان حقيقة الاستئمان كما عرفت هى التسليط عن الرضا، و حيث ان دفع ما وقع عليه العقد فى هذه الموارد ليس عن اللابديه فلا محالة يكون دفعه المال تسليطا عن الرضا، و ان وقع باعتقاد صحة المعاملة.

و أما المورد الثانى: فقد اورد عليه المحقق الخراسانى: بان الاولوية انما تكون فيما إذا لم يكن هناك اتلاف، و الا فالضمان ثابت فى الأصل، مع انه فى المقبوض بالهبة الفاسدة لا ضمان مطلقا.

و لكن: الظاهر ان مراد المصنف قدس سره انه فى الأصل انما يحكم بعدم الضمان من جهة ان اليد مأذونه و المالك سلطها عن الرضا، غاية الأمر بما انه فى تلك الموارد لا إذن و لا رضا فى التصرف المتلف، فيلحق ذلك التصرف حكمه، و هذا بخلاف الهبة، فانه فى ذلك المورد يكون المأذون فيه مطلق التصرف حتى المتلف منه.

و وجه الاولوية انه فى تلك الموارد انما يكون هو التسليط عن الرضا، و فى الهبة يكون ذلك بزيادة قطع اضافة الملكية عن نفسه و وصلها بالموهوب له.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٦

ثم ان مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا، لان صحيح الاجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به فى القواعد و التحرير. و حكى عن التذكرة و اطلاق الباقي الا - ان صريح الرياض الحكم بالضمان، و حكى فيها عن بعض نسبه الى المفهوم من كلمات

الاصحاب (١)

فتحصل: ان ما افاده الشيخ قدس سره حق لا ريب فيه.

و يمكن ان يستدل على عدم الضمان فى العقد الفاسد الذى لا يضمن بصحيحه بوجهين آخرين.

احدهما: السيرة العقلانية على عدم الضمان فى العقود المتضمنة للتسليط المجانى، و هى تخصص قاعدة اليد، و لا تصلح هى ان تكون رادعة عنه بعمومها كما حقق فى الأصول.

الثاني: انصراف الحديث عن اليد المستندة الى التسليط المجاني، و لعل وجهه ان قاعدة اليد انما تكون عقلائية ممضاة شرعا لا تعبدية صرفة، و هي انما تكون لأجل احترام المال، و لا ريب في سقوط احترام المال بتسليط المالك غيره عليه مجانا. فإذا لا ينبغي التوقف في عموم هذه القاعدة.

نعم يختص ذلك بما إذا كان التسليط المشار إليه باقيا الى حين التلف أو الإتلاف، فلو وهب ماله لذي رحمه بهبة فاسدة و اعتقد صحتها و لم يكن راضيا ببقاء الموهوب تحت يده و لا يسترده لاعتقاد لزومها، لا إشكال في الضمان في صورة التلف و الإتلاف لعموم قاعدة اليد و الإتلاف و عدم المخصص.

الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة فيها

الثالث: في الموارد التي توهم عدم اطراد القاعدة اصلا و عكسا فيها:

(١) منها: ضمان العين المستأجرة، فان الاجارة الصحيحة لا توجب ضمانها، مع ان المنسوب الى الاصحاب ان فاسدها يوجب الضمان. الكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في انه على فرض ثبوت الضمان هل يكون ذلك نقضا لعكس القاعدة ام لا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٧

و الظاهر ان المحكى عنه هو المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة، و ما ابعده ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد، حيث قال في باب الغصب: ان الذي يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة، و الذي ينساق إليه النظر هو الضمان لأن التصرف فيه حرام لأنه غصب فيضمنه، ثم قال: الا ان كون الاجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها. مناف لذلك، فيقال انه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و ان لم يكن مستحقا و الاصل براءة الذمة من الضمان فلا يكون العين بذلك مضمونة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلائه بغير حق و هو باطل انتهى.

و لعل الحكم بالضمان في المسألة اما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن، لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد في الاجارة المنفعة، فالعين يرجع في حكمها الى القواعد. (١)

الثاني: في انه هل الضمان ثابت ام لا؟ اما الأول: فقد افاد المصنف قدس سره في وجه عدم كونه نقضا.

(١) بان المراد بالمضمون مورد العقد، و مورده في الاجارة المنفعة، و العين في حكمها يرجع الى القواعد.

فإذا اقتضت ضمانها لا يكون ذلك نقضا لها.

و اورد عليه المحقق الخراساني قدس سره: بان حقيقة الاجارة جعل العين في الكراء و ملك المنفعة لازمها الغالبى، و الا فربما تقتضى ملك العين كاجارة الشاة فانها تقتضى ملك لبنها، فمورد عقد الاجارة، هو العين لا المنفعة.

و لكن يمكن دفعه: بان كون مورد العقد هو العين أو المنفعة اجنبى عما هو الميزان و الملايك للقاعدة، فان الضابط، هو ان العقد الصحيح إذا اوجب الضمان المعاوضى ففي الفاسد منه ضمان الغرامة، و إذا لم يكن في صحيحه الضمان من ناحية العقد ففي فاسده ايضا لا ضمان، و الاجارة انما توجب الضمان بالإضافة الى المنفعة، و ان كان مورد العقد العين، و لا نظر لها الى العين، و لا تكون مقتضية بالقياس إليها اثباتا و نفيًا. و عليه فما افاده المصنف قدس سره متين.

و أما المورد الثاني: فقد اختلفت كلماتهم فيه، و ملخص القول فيه: انه في الموارد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٧٨

و حيث كانت في صحيح الاجارة امانة مأذونا فيها شرعا، و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان. و أما في فاسدها فدفعت المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه و المفروض عدم الاستحقاق فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان. (١) و أما (لأن) قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد (٢)

و الاقوى عدم الضمان فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة، ثم انه يشكل اطراد القاعدة في موارد

التي لا- يتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لا يتوقف استيفاء المنفعة منها و هي الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق لا يكون ضمان، إذ بعد ما لا ملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا، فتكون العين امانة مالكية لما تقدم من ان حقيقة الاستئمان المالكى التسليط عن الرضا.

و أما في الموارد التي يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط، فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال في عدم الضمان ايضا من جهة الأمانة المالكية، و ان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الإجارة مبنية على عدم الضمان، و مع هذا التبانى و اسقاط المالك احترام ماله لا تكون العين مشمولة لحديث اليد لما عرفت من انصرافه عن هذه الموارد. فإذا لا دليل على الضمان و الأصل عدمه، بل يمكن الاستدلال عليه ببناء العقلاء على ذلك.

فالأظهر عدم الضمان على جميع التقادير.

و قد استدلل للضمان بوجهين ذكرهما المصنف قدس سره في المتن الأول.

(١) ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع منه، و المفروض عدم الاستحقاق، فيده عليه يد عدوان موجبة للضمان.

و فيه: ما عرفت من انه في بعض الموارد تكون يده امانية لا عدوانية، و في بعضها الآخر لا تقتضى الضمان لانصراف حديث اليد و بناء العقلاء.

و بذلك كله يظهر الجواب عن الوجه الثانى.

(٢) و هو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٧٩

منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل (١) بناء على فساد العارية فانهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع ان صحيح العارية لا يضمن به، و لذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى الصحة و الفساد. الا ان يقال ان وجه ضمانه بعد البناء على انه يجب على المحرم ارساله و اداء قيمته.

(١) و منها: الصيد الذى استعاره المحرم من المحل بناء على فساد العارية فان المنسوب إليهم ضمان المحرم بالقيمة، مع ان صحيح العارية لا يضمن به.

لا بد اولا من الإشارة الإجمالية الى حكم المسألة.

ثم ملاحظة انه هل يكون نقضا على القاعدة. ام لا.

اما الجهة الأولى: فمجمل القول فيها: انه ان قلنا بعدم حرمة امسك الصيد للمحرم و ان المحرم هو حدوث ذلك لا إبقاؤه، فلا اشكال فى صحة العارية و عدم الضمان الا مع الإلتلاف، و الا فبناء على وجوب رده الى مالكة تقديمه لحق المخلوق على حق الخالق أو مع الفداء جمعا بين الحقيين، فلا- وجه للضمان، لأن العارية بنفسها لا تقتضيه من جهة الاستئمان المالكى، و المفروض عدم وجوب

الإرسال، فلا يتوهم الضمان من ناحيته.

و أما ان قلنا بوجوب الإرسال فلا كلام في الضمان.

و كذا بعد الإرسال إذا عد تلفا عرفا.

و أما قبله فقد نسب الى المشهور الضمان من حين وجوب الإرسال.

و استدل له بوجهين.

الأول: ان وجوب ارسال الصيد كاشف عن خروجه عن ملك مالكة بالعارية و الا لزم التصرف في مال الغير من غير اذنه، فيشمله ما

دل على ان من اتلف مال الغير فهو له ضامن. إذ لا فرق في هذه الكبرى الكلية بين اتلاف العين و اتلاف ملكيتها مع بقائها،

فتكون القيمة ثابتة من حين العارية. و لعله الى هذا نظر المصنف قدس سره حيث قال.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٠

ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين (١) فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب

لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف،

(١) ان المستقر عليه قهرا بعد العارية هي القيمة لا العين، فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف بسبب وجوب الاتلاف الذي هو سبب

لضمان ملك الغير في كل عقد لا بسبب التلف.

و في كل من الصغرى و الكبرى نظر:

اما الاولى: فلأن التمسك باصالة العموم انما هو فيما إذا احرز الفردية للعام و شك في شمول حكمه له، كما لو علم عالمية زيد و

شك في وجوب اكرامه، فيتمسك بعموم اكرم العلماء لوجوبه.

و أما لو احرز الحكم و شك في فرديته للعام، كما لو علم عدم وجوب اكرام زيد و شك في انه عالم فيكون عموم اكرم العلماء

مخصصا، أو غير عالم، فليس هناك تخصيص، فلا مجال للتمسك باصالة العموم، و الحكم بعدم الفردية كما حقق في محله،

و التمسك بعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير من دون رضاه في المقام، انما يكون من قبيل الثاني كما لا يخفى، فلا مورد

للمسك به.

مع انه لو صح التمسك به لعارضه عموم آخر، و هو ما دل على ان اختيار المال بيد مالكة و انه مسلط عليه، و هذا يناهض مع خروجه

عن ملكه قهرا.

مضافا الى ان لازم هذا انه لو عصى و رده المحرم الى مالكة يكون الضمان باقيا، مع ان الأصحاب افتوا ببراءة ذمته في هذا الفرض.

و اصف الى ذلك كله ان المعير في صورة العلم دخيل في التلف، فان التلف بهذا المعنى اثر فعلهما معا، و معه لا وجه للحكم بضمان

المستعير كما هو واضح.

و أما الثانية: فلأن الدليل انما دل على ان اتلاف مال الغير موجب للضمان، و أما اتلاف الملكية و ازالة العلقة فلم يدل على انه

موجب للضمان.

الوجه الثاني: ان من اسباب الضمان الحيلولة بين المال و مالكة، و هي كما تتحقق بعدم تمكنه عقلا من التصرف فيه، كذلك تتحقق

بعدم تمكنه شرعا. و في المقام على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨١

و يشكل اطراد القاعدة ايضا في البيع فاسدا بالنسبة الى المنافع التي لم يستوفها،

فإن هذه المنافع غير مضمونة في العقد الصحيح مع انها مضمونة في العقد الفاسد (١) الا ان يقال ان ضمان العين يستتبع ضمان المنافع

فى العقد الصحيح و الفاسد.

تقدير وجوب الإرسال لا يتمكن المستعير من رده إليه شرعا، و معه يكون مقتضى قاعدة الحيلولة الضمان. و فيه: ان المالك متمكن عقلا و شرعا من الاسترداد، و انما لا يتمكن المستعير من الرد، و هذا ليس موردا للقاعدة. مع ان دفع بدل الحيلولة انما هو من احكام العين المضمونة و لا يكون عدم التمكن من الأداء بنفسه من المضمنات، و معلوم ان يد المستعير يد مأذونة غير موجبة للضمان، مضافا الى ان المالك مع علمه بنفسه دخيل فى ذلك، فلا وجه لضمان المستعير. و هناك وجوه اخر بينة الفساد. فالأظهر عدم الضمان قبل الإرسال كما عن العلامة قدس سره و غيره.

و أما الجهة الثانية: فان بنينا على عدم الضمان فلا كلام، و ان بنينا على الضمان فحيث ان مدركه صدق الإلتلاف فعدم ورود النقض واضح، فانه انما يصح النقض إذا حكم به مع صدق التلف دون الإلتلاف، إذ فى صورة الإلتلاف فى صحيح العارية ايضا يكون الضمان ثابتا.

(١) و منها: ضمان المنافع غير المستوفاه فى البيع الفاسد، مع انها غير مضمونة فى البيع الصحيح. هكذا ذكر المصنف قدس سره هذا النقض.

و لكن يرد عليه: اولاً: ما سيأتى منه قده من نقل الأقوال الخمسة فى ضمان المنافع التى لم يستوفها المشتري فى الأمر الثالث، فليس الحكم بالضمان مسلما.

و ثانيا: ان التخصيص بغير المستوفاه لا وجه له، فان المستوفاه ايضا مضمون بها فى الفاسد دون الصحيح.

فان قيل: ان وجه الضمان فيها انما هو الإلتلاف، و مورد القاعدة هو التلف.

توجه عليه: انه لا فرق بينهما، فان الإلتلاف يصدق بالنسبة الى غير المستوفاه ايضا بامساك العين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و فيه: نظر لان نفس المنفعة غير مضمونة بشىء فى العقد الصحيح (١) لان الثمن انما هو بازاء العين دون المنافع، و يمكن نقض القاعدة ايضا: بحمل المبيع فاسدا (٢) على ما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة و التحرير من كونه مضمونا على المشتري خلافا للشهيدين، و المحقق الثانى و بعض آخر، تبعا للعلامة فى القواعد مع ان الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناء على انه للبائع و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول فى البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة (٣)

و كيف كان: فالكلام فى المقام انما هو فى انه على فرض الحكم بالضمان هل يكون ذلك نقضا على عكس القاعدة ام لا؟

(١) و المصنف قدس سره سلم ورود النقض من جهة ان المنفعة غير مضمونة فى العقد الصحيح، لأن الثمن انما هو بازاء العين دون المنفعة.

و اورد عليه السيد قدس سره: بان المنافع و ان لم تكن مقابلة بالمال الا انها ملحوظة فى القيمة و زيادة الثمن، و هذا المقدار يكفى فى صدق كونها مضمونة.

و فيه: ان الميزان ان كان على عالم اللب لزم عدم ضمان العين، و ان كان على عالم الصورة لم يندفع الأشكال بذلك.

و ان شئت قلت: انه لا ريب فى ان المال فى البيع ليس بازاء المنفعة و ان كانت هى الداعية لجعل المال فى مقابل العين، و لذا لو فسخ البيع و كان المشتري مستوفيا لمقدار من المنفعة مع بقاء العين بحالها يرد جميع الثمن، و لا يلاحظ شىء منه فى قبال المنفعة، و عليه فلا يتم هذا الجواب.

و الصحيح فى وجه عدم ورود النقض ان يقال: ان حكم المنفعة فى البيع حكم العين فى الإجارة، و هى لكونها خارجة عن مورد

العقد لو حكم فيها بالضمان للقواعد لا- يكون نقضا 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 الإتلاف من جهة امسك العين.

(٢) و منها: حمل البيع فاسدا، فانه غير مضمون في الصحيح، مع انه مضمون في البيع الفاسد.

(٣) و المصنف قدس سره اجاب عنه: بانه يمكن ان يكون القول بالضمان في صورة الاشرط- اى جعل الحمل جزءا من المبيع- و حينئذ لا نقض على القاعدة، فان في صحيحه ايضا الضمان.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٣

و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة (١) بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان. ثم أن مبنى هذه القضية السالبة على ما تقدم من كلام الشيخ في المبسوط هي الاولوية. و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده.

و توضيحه ان الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع امضاء الشارع له،

فالفاسد الذي هو بمنزلة العدم لا- يؤثر في الضمان لأن اثر الضمان. اما من الاقدام على الضمان و المفروض عدمه، و الا لضمن بصحيحه.

و أما من حكم الشارع بالضمان بواسطة هذه المعاملة الفاسدة، و المفروض انها لا تؤثر شيئا. و وجه الأولوية ان الصحيح إذا كان مفيدا للضمان امكن ان يقال ان الضمان من مقتضيات الصحيح فلا يجرى في الفاسد، لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريره من انه اقدم على ضمان خاص، و الشارع لم يمضه، فيرتفع اصل الضمان لكن يخذشها انه يجوز ان يكون صحة الرهن و الاجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة في رفع الضمان بخلاف الفاسد

و فيه: انه لا نقض على القاعدة و ان قيل بالضمان في صورة عدم الاشرط من جهة خروج الحمل عن مورد القاعدة و العقد بالنسبة إليه لا اقتضاء.

ثم ان الأظهر هو عدم الضمان من جهة ان اقدامه على البيع الملازم للتسليط على الحمل بناء من المتعاقدين على عدم الضمان بالقياس الى الحمل و كونه امانة مالكية، فلا يشمله حديث على اليد كما تقدم. و تمام الكلام في محله.

(١) و منها: الشركة الفاسدة بناء على انه لا يجوز التصرف بها، فانهم حكموا بضمان ما اخذه احد الشريكين عدوانا.

و فيه: ان عقد الشركة بنفسه لا- يوجب جواز التصرف كى يقال انه في صورة الفساد لا يجوز، فيكون المتصرف ضامنا، بل هو انما يكون في صورة الأذن في التصرف، و عليه فلا فرق بين الصحيح و الفاسد في عدم الضمان، إذ لو اقتضى الأذن عدم الضمان في الصحيح اقتضاه في الفاسد ايضا.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٤

الذى لا يوجب تسلطا لهما على العين، فلا اولوية.

فإن قلت ان الفاسد و ان لم يكن له دخل في الضمان، الا ان مقتضى عموم على اليد هو الضمان خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض، و بقى الباقي. قلت: ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها، و هى عموم ما دل على ان من لم يضمنه المالك سواء ملكه اياه بغير عوض، أو سلطه على الانتفاع به، أو استأمنه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه أو العمل فيه بلا- اجرة أو معها، أو غير ذلك فهو غير ضامن. اما في غير التملك بلا عوض، اعنى الهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان عموم ما دل على ان من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك ان تتهمه. اما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد، بفحوى ما دل على خروج مورد (صورة) الاستئمان. فإن استئمان المالك

لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له، اقتضى التسليط المطلق عليه مجاناً عدم ضمانه بطريق أولى، والتقييد بالمجانبة لخروج التسليط المطلق بالعوض، كما في المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن ان من دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعي اعنى المثل و القيمة، ولا جعلى فليس عليه ضمان.

الثاني: من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً الى المالك. (١)

و الظاهر انه مما لا خلاف فيه على تقدير عدم جواز التصرف فيه، كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح في التذكرة كما عن جامع المقاصد: ان مؤنة الرد

يجب رد المقبوض بالعقد الفاسد الى مالكه فوراً

(١) الثاني من الامور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد: وجوب رده فوراً.

و الكلام في هذا الأمر يقع في جهات:

الأولى: في مدرك وجوب الرد، وقد استدلل له بوجوه:

الأول: الإجماع.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٥

على المشتري لوجوب ما لا يتم الرد الا به، و اطلاقه يشمل ما لو كان في رده مؤنة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفي الضرر، و يدل عليه أن الامساك آناً ما تصرف في مال الغير بغير اذنه، فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه لا يجوز لأحد ان يتصرف في مال غيره الا باذنه (١) و لو نوقش في كون الامساك تصرفاً (٢) كفى عموم قوله صلى الله عليه و آله لا يحل مال امرء مسلم لآخيه الا عن طيب نفسه (٣)

وفيه: انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) الثاني: التوقيع المروي عن الاحتجاج: لا- يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره الا- باذنه. «١» بتقريب: ان الامساك و لو آناً ما تصرف في مال الغير بلا رضا منه، فلا يجوز فيجب الرد.

و اورد عليه: بان التصرف من الصرف، فالمراد به التقلب و التقلب، و لا يصدق ذلك على مجرد الامساك.

(٢) و الظاهر من الكتاب تردد المصنف قدس سره في تمامية هذا الايراد.

و لكن عدم تمامية الاستدلال به واضح، إذ لو كان الامساك تصرفاً لما دل هذا التوقيع الشريف على وجوب الرد الا بناء على مقدمية ترك الضد لوجود ضده، و المراد بالضدين في المقام ما يعم المتماثلين اي ما لا يجتمعان، و وجوب نقيض الحرام، فانه حينئذ يكون الرد ضداً للإمساك، فإذا حرم الامساك حرم ترك الرد لحرمة ذى المقدمه و هو الامساك، و إذا حرم الترك وجب الفعل، و في كلتا المقدمتين نظر بل منع، و عليه فلا يدل هذا الخبر على وجوب الرد.

(٣) الثالث: موقق سماعه عن مولانا الصادق عليه السلام في حديث عن رسول الله صلى الله عليه و آله:

من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله الا بطيبة نفس منه. «٢»

(١) الاحتجاج ص ٢٦٧- عن الاسدى العمري عنه عليه السلام.

(٢) الوسائل- باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٦

حيث يدل على تحريم جميع الافعال المتعلقة به التي منها كونه في يده

و لا يرد على هذا الحديث الايراد الأول على الخبر المتقدم، حيث ان حذف المتعلق يفيد العموم فيدل على حرمة كل فعل له مساس بمال الغير بلا اذنه، الا ان الأشكال الثاني يرد عليه.

لا يقال: ان ذلك لا يلائم مع صدر الحديث الظاهر في وجوب الرد.

فانه يرد: بان ظهور التعليل مقدم على ظهور المعلل.

فالحق ان يستدل له: بانه المستفاد من النصوص المتفرقة. ففي صحيح البنزطي الوارد في اللقطة: و ان جاءك طالب لا تتهمه رده عليه. و في صدره في الطير الذي يعرف صاحبه قال عليه السلام: إذا عرف صاحبه رده إليه «١». و غير ذلك من النصوص.

فان المستفاد منها لا سيما بعد ملاحظة الآية الشريفة الواردة في الأمانات إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا «٢» و تسالم الأصحاب على هذا الحكم، و جوب رد مال الغير الى صاحبه.

الثانية: في معنى الرد و الأداء، و انه هل يكون مجرد اعلام المالك بذلك و التخليه بينه و بين ماله، ام هو حمله إليه و اقباضه منه، ام كل من الأمرين مصداق للأداء و الرد، ام يكون ذلك في الأمانة بالتخليه و في غيرها بالإقباض من المالك كما لعله المشهور؟ اقول. الأظهر هو الأخير، فان حقيقة الرد و الأداء ايصال الشيء الى محله، و حينئذ إذا كان المال امانة عند شخص فرده ليس الا بالتخليه بينه و بين مالكة، لأن بها يخلع الأمين نفسه عن السلطنة عليه و يدخله تحت سلطنة المالك و يوصل الشيء الى محله. و أما محل المال خارجا فهو كل مكان رضى به المالك أو الشارع الأقدس،

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب كتاب اللقطة حديث ١.

(٢) النساء الآية، ٥٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٧

و أما توهم ان هذا باذنه حيث انه دفعه باختياره فمندفع بانه انما ملكه اياه عوضا، فإذا انتفت صفة العوضيه باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا انتفى الاذن (١) و المفروض ان كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشأها المالك،

و كونه مالا للمالك و امانة في يده ايضا مما لم يؤذن فيه و لو اذن له فهو استيداع جديد كما انه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة، هذا، و لكن الذي يظهر من المبسوط عدم الاثم في إمساكه معللا بانه قبضه باذن مالكة و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب و هو ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

و حيث ان وجود المال خارجا عند الأمين انما يكون برضا المالك أو باذن من ولى امره - اى الشارع الأقدس - فلا يكون في غير محله كى يكون مكلفا بالرد الخارجى.

و أما إذا كان المال مغصوبا فأداؤه و رده انما يكون بالإقباض منه، إذ كما ان كونه تحت سلطنة الغاصب في غير محله - فلا بد من ايصاله الى محله.

كذلك كونه عنده خارجا يكون في غير محله، فلا بد من ايصاله إليه بالإقباض منه.

و بما ذكرناه ظهر انه لو نقل الأمين الوديعة من بلد الايداع الى بلد آخر بغير داعى الحفظ و بدون اذن مالكة و الشارع، يجب ردها الى بلد الايداع.

الجهة الثالثة: في انه هل يكون المقبوض بالعقد الفاسد من قبيل الأمانة فيكفي في رده التخليه، ام يكون من قبيل المغصوب فيجب الاقباض؟ و الأظهر هو الأول، و ذلك في العقود الجائزة واضح، لأنه مع عدم كون المالك ملزماً بالدفع لا محالة يكون دفعه للمال عن الرضا، و قد مر أن الاستئمان المالكى هو التسليط عن الرضا، و أما في العقود اللازمة فلأنه حين اقدمه على العقد المقتضى للدفع لا محالة كان راضياً بالدفع و التسليط، و الظاهر بقائه على حاله نوعاً الى ما بعد العقد، و هذا هو الوجه في كون يده امانية، فلا يرد عليه ما ذكره المصنف قدس سره.

(١) بقوله: انه انما ملكه اياه عوضاً، فإذا انتفت صفة العوضيه ... انتفى الاذن.

إذ الوجه في كونه استئماناً هو الأذن الخارجى لا الإذن العقدى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٨٨

الثالث: أنه لو كان للعين المبتاعه منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد (١) [كان عليه عوضها]

إشارة

و بما ذكرناه ظهر انه يمكن ان يقال: ان النزاع في المقام صغرى، إذ من يقول بجواز التصرف يقول بذلك فيما إذا احرز رضا المالك بالتصرف في ماله و لو كان رضا تقديرية، و من يقول بالعدم فانما هو في غير هذه الصورة.

الجهة الرابعة: في انه إذا توقف الرد على المئونة.

فهل يجب بذلها على المشتري من جهة انه لا يتم الرد الا به.

ام لا يجب لقوله عليه السلام لا ضرر «١».

ام هناك تفصيل بين المئونة القليلة و الكثيرة، فيجب البذل في الأولى و لا يجب في الثانية من جهة عدم صدق الضرر على بذل القليلة، بخلاف بذل المئونة الكثيرة، كما هو الظاهر من المتن في بادئ النظر.

ام يفصل بين ما إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد مال الغير فهو على القابض، و ان كانت زائدة عليه فلا يجب بذلها كما هو محتمل المتن و صريح المحقق النائيني قدس سره؟ وجوه:

اقواها الأخير، و ذلك لأنه إذا كانت المئونة بمقدار ما يقتضيه طبعاً رد المال لا محالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لا ضرر فيخصص به، و ان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب البذل.

ضمان المنافع المستوفاه

(١) الثالث: فيما لو كان للعين المبتاعه منفعة استوفاهها المشتري قبل الرد.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مقامين:

الأول: في المنافع المستوفاه.

الثاني: في المنافع غير المستوفاه.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات - و غيره من الابواب المتقدمة إليها الاشارة.

كان عليه عوضها على المشهور، بل ظاهر ما تقدم من السرائر من كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم

اما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

احدهما: في الدليل على الضمان.

ثانيهما: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيمكن ان يستدل له بوجوه:

الأول: عموم على اليد «١». بناء على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما يكون بتبع اليد على الأعيان، و ان الحديث يدل على الضمان. الثاني: الرواية الواردة في الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري، الدالة على انه يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بالقيمة «٢». بالتقريب المتقدم في اول هذا المبحث.

الثالث: صحيح ابي ولاد «٣» الآتى الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاء،

نعم هذان الوجهان لا يصلحان للمعارضة مع دليل عدم الضمان كما ستعرف.

الرابع: قاعدة من اتلف، الاستفادة من النصوص الواردة في موارد خاصة، و جملة منه موارد العقود الاستثنائية كالمضاربة و الرهن و غيرها «٤». فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى و التفريط، و جملة منها في غيرها، مثل ما ورد في القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام: فهو ضامن، أو غرمه بما جنت به يده «٥». و غيره.

و دعوى عدم صدق المال على المنفعة قد مر جوابها في اول الكتاب.

(١) سنن البيهقي ج ٦- ص ٩٠- و كنز العمال ج ٥، ص ٢٥٧.

(٢) الوسائل- باب ٨٨- من ابواب نكاح العيب و الاماء 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.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٠

و يدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرء مسلم لأخيه الا عن طيب نفسه بناء (١)

على صدق المال على المنفعة. و لذا يجعل ثمننا في البيع و صداقا في النكاح، خلافا للوسيلة فنفي الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان كما في النبوي المرسل (٢)

و تفسيره ان من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه له، فالباء للسببية أو المقابلة فالمشتري لما اقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه، بتقبيل البائع و تضمينه اياه على ان يكون الخراج له، مجانا، كان اللازم من ذلك ان خراجه له على تقدير الفساد كما ان الضمان عليه على هذا التقدير ايضا.

و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمه و الفائدة بإزاء الغرامة. و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله في مقام الاستشهاد على كون منفعة المبيع في زمان الخيار للمشتري: ألا ترى أنها لو أحرقت كانت من مال المشتري؟ و نحوه في الرهن و غيره و فيه ان هذا الضمان ليس هو ما اقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه.

و انما هو امر قهري حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذي بازائه الخراج الترام الشيء على نفسه و تقبله له مع امضاء الشارع له،

ثم انه قد استدل له بوجوه آخر.

(١) منها: قاعدة احترام مال المسلم.

و منها: قاعدة نفى الضرر.

و قد تقدم انه لا يمكن اثبات الضمان بهذه الوجوه.

و أما المورد الثاني: فقد استدل على عدم الضمان.

(٢) بالنبوي المرسل الخراج بالضمان «١».

بتقريب: انه يدل على ان من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخرجه - اي منافعه - له مجاناً.

و تنقيح القول في النبوي المرسل بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به - مع انه محل نظر - فانه و ان استدل شيخ الطائفة به في جملة من الموارد في محكي المبسوط،

(١) راجع صحيح الترمذى، ج ٥، ص ٢٨٥ - و سنن ابي داود،

ج ٢، ص ٢٥٥، و المبسوط كتاب البيوع فصل الخراج بالضمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩١

...

و العلامة قدس سره في باب الغصب من كتاب التذكرة، الا ان هذا المقدار لا يكفي في جبر ضعف السند. و بعد تسليم ان ما ذكره العلامة قدس سره من اختصاص النبوي بالبيع انما هو اجتهاد منه في تطبيقه على البيع. أنه فيه احتمالات:

احدها: ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدري، و كونه بمعنى التعهد المالي فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين، و ان كان ضمانه قهراً عليه كما فهمه أبو حنيفة.

ثانيها: ان المراد به المعنى المصدري، اي احداث الضمان امضاه الشارع ام لا،

فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان، فيشمل العقود المعاوضيَّة، صحيحة كانت ام فاسدة، و لا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان، و هو الذي فهمه ابن حمزة و جعله مدركا لعدم ضمان المنافع في المقبوض بالعقد الفاسد.

ثالثها: ان المراد بالضمان المعنى المصدري مع امضاء الشارع له، فيختص الخبر بالعقود المعاوضيَّة الصحيحة، و الظاهر انه الذي 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 الذي فهمه شيخ الطائفة من الخبر.

فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين، فيكون اجنبيا عن المقام.

خامسها: ان المراد بالضمان احد المعاني الثلاثة الأولى، و لكن مع كون المراد به ضمان نفس المنفعة لا- العين، فيكون مفاده: ان المنافع تملك بلا ملك للعين، و يدل على صحة الإجارة.

سادسها: ان المراد به ضمان الأرض، و المراد بالخراج الضريبة المعينة للأراضي الخراجية، فيكون مفاده: ان الخراج يثبت في عهدة ضامن الأرض و متقبلها.

سابعها: ان المراد به ضمان التكفل، فيكون مفاده: ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين في كفالة مالكها، بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته و حفظه و اصلاحه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٢

و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة (١) حيث انه اقدم على ضمانها مع ان خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة، و انما تملك الانتفاع الذي عينه المالك، فتأمل.

اما الاحتمال الأخير: فيدفعه: ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لا لكونها في كفالته، مع انه يختص الخبر حينئذ بمثل الحيوان، و لا يشمل غيره.

و أما الاحتمال السادس: فهو خلاف اطلاقه، فان حذف المتعلق يفيد العموم.

و أما الاحتمال الرابع: فقد مر ما فيه في بيان المراد من قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

و أما الاحتمال الأول: فيدفعه صحيح ابي ولاد الآتي الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين.

و أما الاحتمال الثاني: فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لا تحقق حقيقة لاحداث الضمان، مع انه يلزم منه حينئذ ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم، مع انه يلزم منه انه لو ضمن بشيء في ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه.

فيدور الأمر بين الثالث و الخامس.

و الأظهر هو الأول، فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشيء عليه التي هي الداعية إليه، و معلوم ان الداعي للأقدام على الضمان في العقود المعاوضية هي المنافع، و مع الاغماض عن ما ذكرناه لإجمال الخبر لا يستند إليه في الحكم بعدم ضمان المنافع المستوفاه.

(١) قوله و ربما ينتقض ما ذكرنا في معنى الرواية بالعارية المضمونة.

يمكن دفعه بان المراد بالضمان على المعنى الذي اختاره المصنف قدس سره في معنى الخبر وفاقا للمشهور و قوبناه هو ثبوته في الذمة دون كون العين في العهدة و معلوم ان هذا المعنى لا يكون في العارية المضمونة و يختص بالعقود المعاوضية الصحيحة.

مع انه في العارية المضمونة ايضا كك فانه لا فرق بين تملك المنفعة و الانتفاع فان معنى كون الخراج له- انه ينتفع بمنافعه مجانا كان ذلك لملكية المنفعة أو الانتفاع و لعل الامر بالتأمل في الكتاب اشارة الى ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٣

و الحاصل ان دلالة الرواية لا تقصر عن سندها في الوهن، فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله الا عن طيب النفس، و ربما يرد هذا القول بما ورد في شراء الجارية المسروقة من ضمان قيمة الولد، و عوض اللبن بل عوض كل ما انتفع.

و فيه ان الكلام في البيع الفاسد الحاصل بين مالكي العوضين من جهة ان مالك العين جعل خراجها له بازاء ضمانها بالثمن لاما كان فساده من جهة التصرف في مال الغير، و اضعف من ذلك رده بصحيفة ابي ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاه ردا على ابي حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغضب سقط كراهها، كما يظهر من تلك الصحيفة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول ابي حنيفة في اطلاق القول بأن الخراج بالضمان، انتهضت الصحيفة و ما قبلها ردا عليه. هذا كله في المنفعة المستوفاه. و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء (١) فالمشهور فيها ايضا الضمان.

(١) قوله و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها ايضا الضمان.

هذا هو المقام الثاني: و هو فى المنافع الفائتة بغير استيفاء.

فالمشهور فيها ايضا الضمان.

و الكلام فيه فى موردين:

الأول: فى دليل الضمان.

الثانى: فيما استدل به على عدم الضمان.

اما المورد الأول: فيدل على الضمان حديث على اليد بناء على ما تقدم فى بيان مدرك قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده من شمول الحديث للمنافع.

و تشهد له ايضا قاعدة الإلتلاف، فان حبس العين و منع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا.

و عن المحقق الخراسانى قدس سره: الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها، فالدليل على ضمان العين دليل لضمان منافعها.

وفيه: ان اريد بذلك انه يصدق الاستيلاء و اليد على المنافع بالاستيلاء و اليد

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٩٤

و لعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين (١) فهى مقبوضة فى يده و لذا يجرى على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين،

فتدخل المنفعة فى ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن فى السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا،

و كذا الدار المجعول سكنها ثمنا مضافا الى انه مقتضى احترام مال المسلم، إذ كونه فى يد غير مالكة مدة طويلة من غير اجرة مناف

للاحترام لكن يشكل الحكم بعد تسليم كون المنافع اموالا حقيقة: بأن مجرد ذلك لا يكفى فى تحقق الضمان،

الا- ان يندرج فى عموم على اليد ما اخذت فلا اشكال فى عدم شمول صلة الموصول للمنافع، و حصولها فى اليد بقبض العين لا

يوجب صدق الأخذ، و دعوى انه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فى المنافع بقبض الاعيان مشكلة. و أما احترام مال المسلم فإنما

يقضى عدم حل التصرف فيه و اتلافه بلا عوض، و انما يتحقق ذلك فى الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الايضاح أو

مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم، مضافا: الى انه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن

بفساده.

على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث اليد.

و ان اريد به ما ذكره المحقق الايروانى قدس سره من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لا يكون الا بادائها بمنافعها و فروعها، فيرد

عليه: انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدى شمول الحديث للعين فى ضمانها، فان الغاية اداء نفس ما

يكون تحت اليد لا شىء آخر، و إن اريد به غير ذلك فعليه البيان.

(١) قوله و لعله لكون المنافع اموالا فى يد من بيده العين.

هذه هى الصغرى لقياس تكون النتيجة الضمان، فلا بد و ان تنضم إليها ما يدل على الضمان من قاعدة اليد، او الاتلاف، أو الاحترام، و

شىء منها لا يصلح للحكم بالضمان كما مر.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لعدم الضمان بوجوه:

الأول: ان مقتضى قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده. ذلك، فان المنافع لا تضمن فى العقد الصحيح فكذلك فى فاسده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٥

ومن المعلوم ان صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتري للمنفعة، لأنها له مجانا ولا يتقسط الثمن عليها، و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الاتلاف، فلا ينافي القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة الى التلف لا الإتلاف مضافا، الى الاخبار الواردة في ضمان المنافع المستوفاه من الجارية المسروقة المبيعة الساكنة من ضمان غيرها في مقام البيان. (١)

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان القاعدة انما تختص بصورة التلف ولا تشمل صورة الإتلاف، وقد عرفت صدق الإتلاف على تلف المنافع. و ثانياً: ان مقتضى قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ضمان المنافع في الإجارة الفاسدة، و بضميمة عدم الفصل بين البيع و الإجارة يثبت الضمان في المقام.

و ثالثاً: ما تقدم من ان المنافع خارجة عن مورد العقد و مصبه، و القاعدة اصلا و عكسا مختصة بما هو مصب العقد.

الثاني: ان البائع في صورة علمه بالفساد مقدم على استيلاء المشتري على المنافع مجاناً.

وفيه: ان البائع لا- نظر له الى المنافع، و انما يسلط المشتري على العين، إذ ليس متعلق العقد بالمنفعة، و انما هو العين، مع ان هذا لا يختص بغير المستوفاه كما لا يخفى.

(١) الثالث: قوله عليه السلام في الامة المتباعدة إذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشتري: يأخذ الجارية صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته. «١» بتقريب: انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاه، و ساكت عن ضمان غيرها في مقام البيان.

وفيه: ان الخبر وارد في مقام بيان منفعة واحدة، و انه يكون الولد حراً، و عليه قيمته، و لذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاه الآخر من الطبخ و التنظيف و غيرهما.

و الغريب ان المصنف قدس سره في اول هذا المبحث عند ذكر الدليل على الضمان في

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العيب و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٢٩٦

و كذا صحيحه محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، فقال عليه السلام:

الحكم ان يأخذ الوليدة و ابنها (١) و سكت عن المنافع الفاتئة. فإن عدم الضمان في هذه الموارد مع كون العين لغير البائع يوجب عدم الضمان هنا بطريق اولي.

و الانصاف ان للتوقف في المسألة كما في المسالك تبعاً للدروس و التنقيح مجالاً،

و ربما يظهر من القواعد في باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الاشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهره السيد العميد و المحقق الثاني من عبارة الكتاب، و عن الفخر حمل الأشكال في العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء

المقبوض بالعقد الفاسد ذكر الرواية، و جعل هذه المنفعة من المنافع غير المستوفاه، و في المقام جعلها من المستوفاه، و قد تقدم ما هو الحق عندنا.

(١) الرابع: صحيح محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليده ابيه بغير اذنه، قال عليه السلام:

خذ وليدتك و ابنها «١».

بتقريب: انه ساكت عن المنافع الفاتئة، و هو و ان ورد فيما إذا كانت العين لغير البائع، الا انه يدل على حكم المقام بالأولوية.

و يرد عليه ما اوردها على سابقه.

الخامس: صحيح ابي ولاد الآتى الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها «٢». و إذا ثبت عدم الضمان فى المغصوب ثبت فى المقام بالأولوية.

وفيه: انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة، فانه و ان كان يتصور له منفعة اخرى، الا انها تضاد مع ما استوفاه. و بعبارة اخرى كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل، و حيث انه استوفى واحدة منها و لم تكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة، كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة. مع انه عليه السلام فى هذا الصحيح فى مقام الرد على ابي حنيفة و بيان ان عليه كرى البغل و ليس فى مقام بيان احكام اخر.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العيب و الاماء حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٩٧

فيتحصل من ذلك كله: ان الاقوال فى ضمان المنافع الغير المستوفاة خمسة:

الاول الضمان و كانه للـ اكثر الثانى عدم الضمان كما عن الايضاح الثالث: الضمان الا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع الرابع: التوقف فى هذه الصورة (١)، كما استظهره جامع المقاصد، و السيد العميد من عبارة القواعد الخامس: التوقف مطلقا كما عن الدروس و التنقيح و المسالك، و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين، و قد عرفت ان التوقف اقرب الى الانصاف، الا ان المحكى من التذكرة ما لفظه: ان منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية، فلو غصب عبدا أو جارية أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منفعه، سواء ا تلفها بأن استعملها أو فانتت تحت يده بأن بقيت مدة فى يده لا يستعملها، عند علمائنا اجمع، و لا يبعد ان يراد باليد العادية مقابل اليد الحقه، فيشمل يد المشتري فيما نحن فيه خصوصا مع علمه سيما مع جهل البائع به، و اظهر منه ما فى السرائر فى آخر باب الاجارة من الاتفاق ايضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة، مع قوله فى باب البيع ان البيع الفاسد عند اصحابنا بمنزلة الشىء المغصوب الا فى ارتفاع الاثم عن امساكه، انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة (٢) و ان المتراءى من ظاهر صحيحه ابي ولاد اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به الى غير محل الرخصة، الا انا لم نجد بذلك عاملا فى المغصوب الذى هو موردها.

(١) قوله الرابع التوقف فى هذه الصورة لا- يخفى ما فى عد التوقف فى الحكم مطلقا- أو مع العلم بالفساد من الاقوال فى المسألة- فالاقوال ثلاثة.

(٢) قوله و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة لا يخفى انه قده حكم بالضمان اولا- ثم بعدمه- ثم توقف فى حكم المسألة- ثم قوى الضمان و اورد عليه السيد فى الحاشية بانه ان لم يتم ما ذكر وجهها للضمان- لما صح القول به لاجل الاجماعين المنقولين بعد عدم حجية الاجماع المنقول و عدم معلومية الشمول للمقام فتحصل مما ذكرناه ان الاظهر هو الضمان منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٢٩٨

الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله

بلا خلاف (١) الا ما يحكى عن ظاهر الاسكافي وقد اختلف كلمات اصحابنا في تعريف المثلى، فالشيخ وابن زهرة وابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم (قدس الله ارواحهم)، بل المشهور على ما حكى

المثلى و القيمى

(١) الرابع: إذا تلف المبيع فان كان مثليا وجب مثله بلا خلاف.

و الكلام فى هذا الأمر يقع فى مواضع:

الأول: فى تعريف المثلى و القيمى.

الثانى: فى انه لو شك فى مورد فى انه يجب رد المثل أو القيمة، مقتضى الأصول العملية رد ايهما.

الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية.

وقبل الشروع فى البحث فى هذه المواضع لا بد من التنبيه على امر و هو: انه لم يقع لفظا المثلى و القيمى فى شىء من الروايات. نعم المشهور بين الأصحاب: انه لو تلف شىء تحت يد غير المالك- الذى لا يكون مأذوناً فيه- يجب رد مثله ان كان من المثليات، ورد قيمته ان كان من القيميات. بل ادعى عليه الإجماع، و حيث ان المثلى و القيمى ليسا من المفاهيم الواضحة المصاديق، و اختلفت كلماتهم فيهما فى جملة من الموارد.

فقد وقع الخلاف فى انه هل يرجع الى العرف فى تفسيرهما و لا يتبع تفسير العلماء و ان اتفقوا على امر مخالف لما هو المتفاهم عند العرف ام لا بد من البناء على المثلية فى خصوص ما إذا اتفقت كلماتهم على كون شىء كذلك و لا يرجع فى ذلك الى العرف، ام لا اعتبار بالعرف، و لا باتفاق العلماء، بل يرجع فى كل مورد الى ما يفهم من اطلاقات ادلة الضمان.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٢٩٩

انه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة (١) و المراد باجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة، و المراد بتساويها من حيث القيمة، تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة الى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار. و لذا قيل فى توضيحه أن المقدار منه إذا كان يساوى قيمة، فنصفه يستوى نصف تلك القيمة و من هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من التقدين قيميا، قال: إذ لو انفصلت نقصت قيمتها.

قلت: و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذا لو انكسر نصفين نقص قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع، الا ان يقال: ان الدرهم مثلى بالنسبة الى نوعه و هو الصحيح، و لذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة و لا الدقاقة مثلا للارز.

و منشأ هذا الخلاف: ان الإجماع على ضمان المثلى بالمثل و القيمى بالقيمة هل هو من قبيل الإجماع على القاعدة و يكون الإجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم عليه السلام متعلقا بهذين العنوانين ام هو من قبيل الإجماع على الحكم فى الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين لها بذينك العنوانين ام هو من قبيل الإجماع على تفسير الاطلاقات الواردة فى الضمان و ليس من قبيل الإجماع على القاعدة و لا- من قبيل الإجماع على الحكم إذ على الأول لا بد من الرجوع فى تفسيرهما الى العرف كما هو الشأن فى العناوين المأخوذة فى متون النصوص و لا عبرة بتفسير الفقهاء و على الثانى لا بد من الأخذ بما اتفق عليه المجمعون و لا عبرة بنظر العرف و فهمهم كما هو واضح.

و على الثالث لا عبرة بشىء منهما.

و حيث انه لم يثبت كون الإجماع فى المقام من اى قسم من هذه الأقسام فلا دليل لكون العبرة بنظر العرف و لا بتفسير الفقهاء، و عليه فيتعين الرجوع الى الأدلة- و ستعرف مقتضاها- فلا اثر للنزاع فى ان المثلى ما هو.

و كيف كان: فقد عرفت انه يقع الكلام فى مواضع:

الأول: فى تعريف المثلى و القيمى. فعن المشهور تفسير المثلى

(١) بانه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة و المراد من الأجزاء الجزئيات و الأفراد، و المراد من التساوى التساوى من غير جهة الكم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٠

و من هنا يظهر ان كل نوع من انواع الجنس الواحد بل كل صنف من اصناف نوع واحد مثلى بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف، فلا يرد ما قيل من أنه ان أريد التساوى بالكليّة فالظاهر عدم صدقه على شىء من المعرف، إذ ما من مثلى الا و اجزأه مختلفة فى القيمة كالحنطة فان قفيزا من حنطة تساوى عشرة و من اخرى تساوى عشرين، و ان اريد التساوى فى الجملة فهو، فى القيمى موجود كالثوب و الأرض (١) انتهى. و قد لوح هذا المورد فى آخر كلامه الى دفع ايراده بما ذكرنا من ان كون الحنطة مثلية، معناه ان كل صنف منها مماثل الأجزاء و متساو فى القيمة، لا بمعنى ان جميع ابعاض هذا النوع متساوية فى القيمة. فإذا كان المضمون بعضا من صنف لواجب دفع مساويه من هذا الصنف لا القيمة، و لا بعض من صنف آخر لكن الانصاف ان هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه، و اطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية انواعه أو اصنافه و ان لم يكن بعيدا الا ان انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا، الا ان يهملوا خصوصيات الاصناف

فمحصل المراد: ان المثلى ما له مماثل فى الصورة و الصفات التى تختلف بها الرغبات و تتفاوت بها القيم.

واظن ان ما عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته و ما عن الدروس و الروضة من: انه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و ما عن بعضهم من: انه ما يجوز بيعه سلما، و ما عن آخر ما يجوز بيع بعضه ببعض. ايضا ترجع الى هذا المعنى، و لا اختلاف بينهم بحسب المراد.

و قد اورد على هذا التعريف بايرادات:

(١) الاول: انه اريد بالتساوى بالكليّة فالظاهر عدم صدقه على شىء من الموارد، إذ ما من مثلى الا- و اجزأه مختلفة فى القيمة كالحنطة، فان قفيزا من حنطة تساوى عشرة و من اخرى تساوى عشرين. و ان اريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الأرض.

و فيه: ان الميزان وجود المماثل له، كان الجامع بينهما هو الصنف أو النوع أو الجنس، ففى الحنطة يكون كل صنف منها مثليا و هذا هو مراد كل من جعلها مثلية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠١

الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها، كما التزمه بعضهم غاية الأمر و جوب رعاية الخصوصيات عند اداء المثل عوضا عن التالف أو القرض و هذا ابعدا، مضافا الى انه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا: بأنه ان اريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا، فقل ما يتفق ذلك من الصنف الواحد من النوع، لأن اشخاص ذلك الصنف لا- يكاد يتساوى فى القيمة، لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها، كما لا يخفى، و ان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و ان لم يتساو حقيقة، تحقق ذلك فى اكثر القيميات (١) فإن لنوع الجارية اصنافا متقاربة فى الصفات الموجبة لتساوى القيمة، و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها.

و لذا اختار العلامة فى باب القرض من التذكرة- على ما حكى عنه- على ان ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون فى القرض بمثله.

و قد عد الشيخ فى المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع ان كل نوع منها مشتمل على اصناف متقاربة فى القيمة، بل متساوية

عرفا، ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمة عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية، لم يوجب ذلك اصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلي، بالمثل والقيمي، بالقيمة ثم انه قد عرف المثلي بتعاريف اخر اعم من التعريف المتقدم أو اخص

(١) الثاني: انه ان اريد تساوي الاجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا، فقلما يتفق ذلك في الصنف الواحد من النوع. وان اريد تقارب اجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة تحقق ذلك في اكثر القيميات.

وفيه: ان المراد هو الأول، و عرفت ان المراد هو التساوي في الصفات الموجبة لاختلاف القيم، و عليه فدعوى اختلاف افراد الصنف الواحد في الصفات الموجب لاختلافها في المالية مجازفة، و اختلاف الرغبات بملاحظة بعض الخصوصيات غير الدخيلة في المالية بالنسبة الى الأفراد من صنف واحد و ان كان لا ينكر الا انه لا يضر بالمثلية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٢

فعن التحرير انه ما تماثلت اجزائه و تقاربت صفاته. و عن الدروس و الروضة أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات. و عن المسالك و الكفاية: أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غايه المراد: ما تساوي أجزاءه في الحقيقة النوعية. و عن بعض العامة انه ما قدر بالكيل أو الوزن، و عن آخر منهم: زيادة جواز بيعه سلما. و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض. الى غير ذلك مما حكا في التذكرة عن العامة، ثم لا يخفى انه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية و لا متشعبة، و ليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثلية لغو المماثل. فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطرد، (١) و ليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه، نعم وقع هذا العنوان في معقد اجماعهم على ان المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة.

و من المعلوم انه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الاجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقيين، و حينئذ فينبغي ان يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا اشكال في ضمانه بالمثل، للاجماع و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم،

كالذهب و الفضة الغير المسكوكين، فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات و ظاهر غيره كونهما مثليين، و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فإن ظواهر عبارة المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمية و عبارة التحرير صريحة في كون اصولها مثلية و ان كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ في المبسوط

الثالث: انه ربما يوجد لبعض ما هو من القيميات مماثل بهذا المعنى، كما لو فرضنا حيوانين مثليين في جميع الخصوصيات، مع انه لا ريب في كون الحيوان قيميا. و إلى هذا نظر المصنف ره حيث قال

(١) فان اريد من جميع الجهات فغير منعكس و ان اريد من بعضها فغير مطرد.

وفيه: ان الميزان هو وجود المماثل نوعا و بحسب الغالب، و لا عبرة بوجود المثل في النادر، إذ اهل العرف يحكمون بضمان القيمة في هذه الموارد.

و أما القيدان الآخران اللذان ذكرهما المحقق النائيني ره:

احدهما: ان يكون التساوي في الصفات بحسب الخلقة الالهية كالجوبات لا ما كان كذلك بحسب الصناعة البشرية، فالمسكوكات من القيميات لا المثليات.

ثانيهما: ان يتغير بالبقاء أو بتأثير من الهواء كالفواكه.

فلا يكونان معتبرين، إذ لا وجه لتوهم اعتبارهما سوى عد جمع من العلماء هذه الأشياء-

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٣

بكون الرطب و العنب قيميا و التمر و الزبيب مثليا.
 و قال فى محكى المختلف ان فى الفرق اشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب، و العنب مثليين، و قد حكى عن
 موضع من جامع المقاصد ان الثوب مثلى و المشهور خلافه و ايضا فقد مثلوا للمثلى بالحنطة و الشعير، و لم يعلم ان المراد نوعهما
 او كل صنف و ما المعيار فى الصنف، و كذا التمر.
 و الحاصل ان موارد عدم تحقق الاجماع على المثلية فيها كثيرة، فلا بد من ملاحظة ان الاصل الذى يرجع إليه عند الشك هو الضمان
 بالمثل أو بالقيمة، أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة، و لا يبعد ان يقال ان الاصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته
 عما زاد على ما يختاره (١) فإن فرض اجماع على خلافه، فالاصل تخيير المالك

أى ما تساوت جزئياته بحسب الصناعة البشرية، و ما يتغير بالبقاء و بتأثير الهواء من القيميات- مع انه يكون الاختلاف فى ذلك بحسب
 الأزمان و الأمكنة و الكيفيات، و من الواضح انه لو كان شىء مثليا فى زماننا كالثوب و الكتاب و غيرهما- يعامل معه معاملة المثلى و
 ان كان فى سالف الزمان من القيميات.

بيان ما هو المرجع عند الشك فى المثلية و القيمة

الموضع الثانى: فى بيان المرجع عند الشك فى المثلية و القيمة و فيه وجوه و اقوال:

(١) ان الأصل الذى يرجع إليه هو تخيير الضامن بين المثل و القيمة.

(٢) انه تخيير المالك بينهما.

(٣) الضمان بالمثل.

(٤) الضمان بالقيمة.

(٥) القرعة.

(٦) الرجوع الى الصلح القهرى.

و قد استدل للأول

(١) باصالة براءة ذمة الضامن عما زاد على ما يختاره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٤

...

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان الإجماع قائم على عدم التخيير بين المثل و القيمة، فانه اما يتعين المثل أو القيمة.

وفيه: اولاً: انه فى الشبهة الحكمية لم يثبت اجماع تعبدى على عدم التخيير بينهما واقعا، بل هو ايضا محتمل.

و ثانياً: ان المجمع عليه انما هو عدم التخيير واقعا لا عدمه و لو فى الظاهر.

الثانى: ما عن جماعة من المحققين منهم المحقق النائنى و المحقق الأصفهانى،

و هو: ان المقام من قبيل دوران الأمر بين المتباينين. فان المراد بالقيمة ليس هى المالية السارية فى كل مال بالحمل الشائع- حتى يقال

ان وجوب اداء المالية متيقن و الشك فى وجوب رعاية امر زائد و هى خصوصية الطبيعة المماثلة للتالف فيجرى عنها البراءة- بل

المراد بها المالية المحضة التي لا مطابق لها الا المالية القائمة بالدرهم و الدينار و اشباههما، و لذا ليس للضامن ان يؤدي بدل القيمي التالف شيئاً آخر، فتعين النقود في القيميات شاهد كون القيمة هي المالية المحضة لا المالية السارية، فالتفاوت بين المثل و القيمة كالتفاوت بين الماهية بشرط لا، و الماهية بشرط شيء و هما متباينان، فلا بد من الاحتياط، و لا مورد للبراءة.

و فيه: ان القيمة التي ضمن بها في القيميات هي صرف المالية لا المالية بشرط لا، و حيث ان مطابقتها هي النقود، و أما غيرها فيكون له مع قطع النظر عن المالية خصوصيات اخرى، فللمالك طلب النقد خاصة و الامتناع عن قبول الخصوصية التي يبذلها الباذل. و لذا لو رضى المالك بشيء آخر غير النقدين كان اداءه و فاء لما في ذمته و لا يحتاج الى معاملة جديدة. و عليه ففي مورد الشك في المثلية و القيمة يصح ان يقال: ان اشتغال الذمة بصرف المالية معلوم، و الشك انما هو في الاشتغال بالخصوصية الزائدة، و الأصل عدمه، و حيث ان الشك المزبور سبب للشك في لزوم اعطاء صرف المالية المعرأة عن الخصوصية

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٥

لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك (١) مضافا الى عموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر (٢) و الاقوى تخيير المالك من اول الأمر لأصالة الاشتغال (٣) و التمسك باصالة البراءة لا يخلو من منع

تحصيلا لرضا المالك و ثبوت حقه فيها على وجه يكون له الامتناع عن الخصوصية لو اراد الضامن دفعها، فتجربى البراءة عن ذلك ايضا. فتكون نتيجة الأصلين تخيير الضامن في دفع ايهما شاء.

الثالث: ان الدوران بينهما ان لم يكن من قبيل دوران الأمر بين المتباينين فهو من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، و الأصل في الدوران بينهما هو التخيير لا التعيين.

الرابع: ان الحكم الظاهري يعتبر فيه عدم العلم بالمخالفة للواقع، و الا فلا يكون مجعولا. و في المقام إذا علمنا بان الواقع اما المثل معيناً أو القيمة كذلك، فيعلم بان التخيير غير مطابق للواقع، فلا وجه للبناء عليه.

و فيه: ان التخيير الذي بنينا عليه ليس بنفسه مفاد اصل من الأصول، بل هو نتيجة جريان البراءتين اللتين لا علم بمخالفة كل واحدة منهما للواقع، و العلم بمخالفتها معا للواقع لا يضر بجريانهما معا.

فتحصل: ان الأظهر هو تخيير الضامن.

و قد استدلل المصنف لتخيير المالك بوجوه

(١) الاول اصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك

(٢) الثاني ان مقتضى عموم على اليد عدم ارتفاع الضمان بغير اداء العين خرج ما إذا رضى المالك بشيء آخر و سيأتى الكلام على ذلك في الموضع الثالث

(٣) اصالة الاشتغال توضيح هذا الوجه، انه إذا لم تجر اصالة البراءة بالقياس الى الضامن لما تقدم و تعين عليه دفعهما و اختار المالك احدهما لا ريب في كونه مسقطا للذمة، لأن ما يختاره اما هو البدل الواقعي، أو يكون بدل البدل من جهة رضا المالك

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٦

نعم يمكن ان يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال، و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين اعنى، تعيين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة، و لا للضامن الامتناع، و بين تعيين القيمة، كذلك فلا متيقن في البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل

بغير الجنس في مقام الوفاء. و على أى تقدير يكون مسقطا، فما يختاره المالك يكون مسقطا قطعا و غيره مشكوك فيه و الأصل عدم السقوط إلا بما يختاره المالك.

و فيه: ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يرض المالك الا بما هو حقه، و لم يرض الضامن الا بدفع ما يجب عليه دفعه واقعا. و أما صورة تراضيهما على امر فهى خارجة عن محل الكلام، فانه فى هذه الصورة لا- كلام فى جواز رد القيمة و ان تعين دفع المثل، و كذلك العكس، و من المعلوم ان اختيار المالك ليس معينا لما يجب دفعه و لا هو بنفسه موضوع للحكم كما لا يخفى.

و استدل للثالث- و هو تعين المثل - بوجهين:

الأول: ان المثل و القيمة من قبيل الأقل و الأكثر، و الدوران بينهما من قبيل دوران الأمر بين التعيين و التخيير، و الأصل فى هذا المورد هو التعيين.

و فيه: ما حققناه فى محله من ان الأصل فيه هو التخيير.

الثانى: ان مقتضى عموم على اليد هو تعين دفع المثل مطلقا، خرج عنه بالإجماع القيميات، و من الواضح ان الإجماع انما يكون حجة فيما ثبت قيمته فالمرجع فى صورة الشك هو عموم العام.

و فيه: انه لو سلم كون مقتضى عموم على اليد هو تعين المثل مطلقا، ان الخارج عنه بالإجماع ليس هى الموارد الخاصة بل عنوان القيمي، فلو شك فى شىء انه قيمي أو مثلى يكون من الشك فى المصدق، و ليس المرجع فيه عموم العام لعدم جواز التمسك بالعام فى الشبهة المصدقية.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٠٧

...

و استدل للقول الرابع: بان مقتضى النبوى هو لزوم دفع القيمة مطلقا، خرج منه المثلى، فمع الشك فيه يرجع الى عموم العام.

و فيه: - مضافا الى ما ستعرف من عدم دلالة النبوى فى نفسه على ذلك- انه عند الشك فى كون شىء مثليا بالشبهة الموضوعية لا يرجع الى عموم العام كما تقدم آنفا.

و استدل للقول الخامس: بعموم ادلة القرعة «١».

و فيه: اولاً: انه انما يرجع إليها فى صورة عدم تعيين الوظيفة بالأمانة أو الأصل، و قد عرفت ان مقتضى الأصل هو تخيير الضامن.

و ثانياً: انه تختص ادلتها بالشبهة الموضوعية و لا تشمل الشبهة الحكمية.

و استدل للقول السادس: بانه من جهة ان الأمر دائر بين المتباينين، و كما يجب على الضامن دفعهما معا قضاء للعلم الإجمالى، لا يجوز على المالك اخذهما للعلم الإجمالى بحرمة اخذ احدهما، فلا مناص الا عن الصلح.

و فيه: ما عرفت من ان الأصل يقتضى تخيير الضامن.

ما تقتضيه الأدلة الاجتهادية عند الشك فى المثلية و القيمة

الموضع الثالث: فيما تقتضيه الأدلة الاجتهادية فى هذا المقام،

و الأدلة التى ركنا إليها فى المقام ثلاثة:

الأول: النبوى المتقدم: على اليد ما اخذت حتى تؤدى و قد استظهر المصنف ره منه تخيير المالك بتقريب انه يدل من جهة جعل الغاية اداء العين خاصة على بقاء عهدة العين، و انه لا رافع لها سوى ادائها، و قد قام الإجماع على سقوطها بدفع ما رضى به المالك و

بقي الباقي.

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى كتاب القضاء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٨

...

و هذا هو الذي مر في الموضوع الثاني من نقل عبارته و وعدنا البحث فيها في هذا الموضوع و فيه ان الوجوه المحتملة في الحديث اربعة: احدها: أن يكون الحديث مختصا بما قبل التلف من جهة ظهور كلمة حتى في كون مدخولها رافعا لما قبلها و غاية له، و ظهور ذلك في كونه ممكن الحصول، إذ عليه تكون الغاية قرينة على اختصاص الحكم الثابت في المغيا بحال وجود العين.

ثانيها: ان يكون الحديث دالا- على كون العين في العهدة ما دام وجودها و بتلفها تنقلب العهدة الى ذمة المثل أو القيمة كما عليه المشهور من جهة ان مفاد الحديث كون المأخوذ تلفه على الاخذ ثالثها: ان يكون المراد به بقاء العين في العهدة و لو بعد التلف و يكون دفع المثل أو القيمة مسقطا لها و قد اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين.

رابعها: ان يكون مفاده بقاء العين في العهدة حتى بعد التلف، و دفع المثل أو القيمة انما يكون من باب الجمع بين الحقين، يعني حق المالك لمطالبة العين، و حق الضامن كي لا يكلف بغير المقدور.

و ما ذكره ره لا يتم على شيء من هذه الوجوه اما على الأول: فواضح.

و أما على الثاني: فلأن سقوط العهدة بالتلف معلوم، و الشك انما هو فيما ثبت في الذمة، فلا وجه للتمسك بالعموم في هذا المقام.

و أما على الثالث: فلأن التخصيص الذي قام الإجماع عليه ليس بعنوان ما يختاره المالك، بل هو انما يكون بالمثل أو القيمة.

فعلى القول بانهما من قبيل المتباينين لا- سبيل الى التمسك بالعموم، و على القول بانهما من قبيل الأقل و الأكثر، و ان كان يتمسك بالعموم في الشبهة المفهومية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٠٩

هذا و لكن يمكن ان يقال ان القاعدة المستفادة من اطلاقات الضمان في المغصوبات، و الامانات المفرط فيها، و غير ذلك هو

الضمان بالمثل لأنه اقرب الى التالف من حيث المالية و الصفات (١) ثم بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما،

لأنهما اقرب من حيث المالية لأن ما عدهما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما، و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر

على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها. قد نص الشارع فيه على ذكر المضمون، به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها

الضمان، فلو لا الا الاعتماد على ما هو المتعارف

و لكن لازمه تعيين المثل، مع انه لا يرجع إليه في الشبهة الموضوعية و أما على الرابع: فلا شك في بقاء العهدة حتى يتمسك بالعموم،

بل و جوب دفع البدل انما يكون ثابتا بدليل آخر.

و يدفع الاحتمال الأول لزوم ركائز هذا الكلام، إذ كون اداء العين رافعا و مسقطا لعهدتها واضح لا يحتاج الى بيان مع ان ما ذكر من

ظهور الجملة في كون الغاية ممكن الحصول انما يتم بالقياس الى ما لا- يمكن حصوله لا ما إذا امكن في زمان دون زمان كما لا

يخفى.

و يدفع الاحتمال الأخير الضرورة و الإجماع فيدور الأمر بين الثاني و الثالث.

و الأظهر هو الثالث، إذ كون العين بنفسها في العهدة امر معقول ثبوتا حتى بعد تلفها،

وعدمها في عالم العين لا- ينافي وجودها في عالم الاعتبار، وحيث ان الظاهر من الحديث كون المأخوذ بنفسه في العهدة فلا وجه لصرف ذلك عن ظاهره.

(١) الثاني: ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة في المغصوبات و الامانات المفراط فيها ذلك هو الضمان بالمثل، إذ هي على كثرتها لا تكون متعرضة لبيان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٠

لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان، وقد استدل في المبسوط و المختلف على ضمان المثلي بالمثل و القيمي بالقيمة بقوله تعالى (١) (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)

المضمون به الا ما شذ و ندر، فيعلم من ذلك اتكاله على ما هو المتعارف عند الناس. و من المعلوم ان المتعين عندهم تعين رد ما هو الأقرب الى العين بعد عدم امكان رد، العين نفسها، و الأقرب هو المثل لكونه تداركا للمالية، و الخصوصيات الفائتة التي تختلف بها الرغبات، فيتعين ذلك.

و في صورة عدم التمكن من رده ايضا يراعى ما هو الأقرب الى التالف بعد المثل، و هو القيمة من النقدين أو شبههما، لأن غيرهما مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف، و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها.

و بعبارة اخرى: ان غير النقدين انما يلاحظ مساواته للتالف بعد ارجاعه اليهما.

و فيه: اولاً- انه لو تم لا-ختص لزوم اداء المثل بما إذا كان موجودا نوعا، إذ المعلوم من حال العقلاء رعاية للحكمة عدم التضمين بالأقرب مطلقا، فلا عبرة بوجوده احيانا.

و ثانيا: ان الأقربية ليست مناط الحكم، بل العبرة على التقريب المتقدم بما هو المتعارف عند الناس، و من المعلوم من حالهم انه لا نظر لهم في هذا المقام الا الى المالية،

و لذا تراهم لا يطالبون المثل لو سقط عن المالية، و لا يلتفتون إليه و لا يلزمون بدفعه إذا زادت قيمته.

و بالجملة: المعيار عندهم هو القيمة، و عليه فهذا الوجه يعين القيمة.

(١) الثالث: قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) «١» قيل: انه يدل على تعين المثل في المثلي و القيمي في غيره، بتقريب ان مماثل ما اعتدى

(١) البقرة الآية ١٩٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١١

بتقريب أن مماثل ما اعتدى هو المثل في المثلي، و القيمة في غيره، و اختصاص الحكم بالمتلف عدوانا (١) لا يقدح بعد عدم القول بالفصل، و ربما يناقش في الآية بأن مدلولها اعتبار المماثلة في مقدار الاعتداء، لا المعتدى به. (٢)

و فيه نظر نعم الانصاف عدم وفاء الآية كالدليل السابق عليه، بالقول المشهور لأن

هو المثل في المثلي و القيمة في القيمي.

و اورد عليه بوجوه

(١) الاول: انه مختص بالمتلف عدوانا.

(٢) 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 و لا يضمن به عند المشهور، كما لو اتلف عليه عبدا و له في ذمة المالك بسبب القرض عبد موصوف بصفات التالف، فان مقتضى الآية الشريفة التهاثر القهري، و المشهور غير ملتزمين بذلك.

وقد ينعكس الأمر 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 و المالية، و المشهور ملتزمون بتعيين المثل، و قد يجتمعان في المضمون به. و في الجميع نظر:

اما الأول: فلعدم القول بالفصل.

و أما الثاني: فلأن الظاهر من الآية المماثلة في المعتدى به، لأن حملها على ارادة المماثلة في الاعتداء يستلزم كون الباء زائدة، و كون المثل صفة لمفعول مطلق محذوف- و هو الاعتداء و هذا خلاف الظاهر. و أما الثالث: فلعدم كونه اشكالا على الاستدلال بالآية الشريفة، مع انه ستعرف ما فيه.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٢

مقتضاهما وجوب المماثلة العرفية في الحقيقة و المالية، (١) و هذا يقتضى اعتبار المثل حتى في القيميات، سواء وجد المثل فيها ام لا. اما مع وجود المثل فيها، كما لو اتلف ذراعا من كرباس طوله عشرون ذراعا متساوية من جميع الجهات. فإن مقتضى العرف و الآية الزام الضامن بتحصيل ذراع آخر من ذلك، و لو باضعاف قيمته و دفعه الى مالك الذراع المتلف، مع أن القائل بقيمة الثوب لا يقول به، و كذا لو اتلف عليه عبدا و له في ذمة المالك بسبب القرض أو السلم عبد موصوف بصفات التالف، فانهم لا يحكمون بالتهاثر القهري، كما يشهد به ملاحظة كلماتهم في بيع عبد من عبيدين. نعم ذهب جماعة منهم الشهيدان في الدروس و المسالك

و لكن الانصاف ان مقتضى اطلاق الآية الشريفة- لا سيما بعد ملاحظة موردها و هو مقاتلة المشركين في الشهر الحرام، و ما عن التهذيب عن الإمام الصادق عليه السلام في الرجل قتل رجلا في الحرم أو سرق في الحرم قال عليه السلام: يقام عليه الحد و صاغرا لانه لم يهرج للحرم حرمة و قد قال الله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (فَلَا عُذْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ) فقال: هذا هو في الحرم، و قال: (فَلَا عُذْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ) «١» هو ارادة الأعم من المماثلة في الاعتداء و المعتدى به و كفيافته، الا انها لا تدل على الضمان و اشتغال الذمة، بل تدل على جواز الاعتداء بالمثل، فلو تصرف في حنطه جاز له التصرف في حنطته ايضا، و لا تدل على ازيد من ذلك.

ثم يقع الكلام في انه على فرض دلالة الآية على الضمان هل تدل على ان ضمان المثلي انما يكون بالمثل و القيمي بالقيمة كما عن شيخ الطائفة

(١) أو تدل على وجوب المماثلة في الحقيقة و المالية في جميع الموارد كما اختاره المصنف ره ام تدل على غير ذلك. محتملاتها اربعة:

الأول: ان يراد بالمماثلة المماثلة المطلقة- اي المماثلة في الحقيقة و المالية- من جهة ان المماثلة المطلقة هي المماثلة بلا عناية، و لازم ذلك ما افاده الشيخ ره من انه لو نقص قيمة المثل عن التالف لا يجتري به في مقام الأداء.

الثاني: ان يراد بها المماثلة في الحقيقة خاصة، من جهة انها المماثلة العرفية

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٣

الى جواز رد العين المقترضة إذا كانت قيمية، لكن لعله من جهة صدق اداء القرض بآداء العين (١) لا من جهة ضمان القيمي بالمثل، و لذا اتفقوا على عدم وجوب قبول غيرها و ان كان مماثلا لها من جميع الجهات.

و أما مع عدم وجود المثل للقيمي التالف، فمقتضى الدليلين عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر، كما لو تعذر المثل في المثلي فيضمن بقيمته يوم الدفع كالمثلي و لا يقولون به، و ايضا فلو فرض نقصان المثل عن التالف من حيث القيمة نقصانا فاحشا، فمقتضى ذلك عدم وجوب إلزام المالك بالمثل، لاقتضائهما اعتبار المماثلة في الحقيقة و المالية مع أن المشهور كما يظهر من بعض إزماء به.

و لازمه ما افاده المشهور من تعين المثل و ان نقص قيمته عن التالف.

الثالث: ان يراد بها المماثلة في المالية، من جهة ان الأغراض العقلانية في باب الأموال متعلقة بحيثية المالية، و لازمه تعين القيمة مطلقا. الرابع: ان يراد بها مطلق المماثلة- اي المماثلة من اي وجه كان- و لازمه التخيير في اداء ايهما شاء. و الأظهر منها هو الثاني كما لا يخفى وجهه.

فظهر مما ذكرناه امور:

الأول: ان ما نسب الى شيخ الطائفة من دلالة الآية على ان المثلي يضمن بالمثل و القيمي بالقيمة لا يمكن تصحيحه و تطبيق الآية عليه. الثاني: ان ما اختاره المصنف ره خلاف الظاهر.

الثالث: ان ما اختاره المشهور هو الذي تدل عليه الآية على فرض دلالتها

(١) قوله لكن لعله من جهة صدق بآداء القرض بآداء العين.

و فيه انه إذا كان المفروض عدم حل عقد القرض و كون المتعين في القيميات القيمة لزم عدم كفاية رد العين لعدم كونها من مصاديق ما ثبت في الذمة فمن يفتى بجواز رد العين لا مناص من بنائه على كون ردها حلا لعقد القرض أو ان القيمة في القيميات لا تكون متعينة بل ادائها من باب الارفاق- و عليه فكما يجوز رد العين يجوز رد المثل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٤

و أن قوى خلافه بعض بل ربما احتمل جواز دفع المثل. و لو سقط من القيمة بالكلية و أن كان الحق خلافه فتبين أن النسبة بين مذهب المشهور و مقتضى العرف و الآية عموم من وجه فقد يضمن بالمثل بمقتضى الدليلين و لا يضمن به عند المشهور، كما في أكثر الأمثلة، ثم أن الإجماع على ضمان القيمي بالقيمة على تقدير تحققه، لا يجدي بالنسبة إلى ما لم يجمعوا على كونه قيميا، ففي موارد الشك يجب الرجوع إلى المثل بمقتضى الدليل السابق و عموم الآية (١) بناء على ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما المتردد بين الأقل و الأكثر،

لا يخرج عن الحجية بالنسبة إلى موارد الشك فحاصل الكلام إن ما اجمع على كونه مثليا يضمن بالمثل مع مراعاة الصفات التي يختلف بها الرغبات و إن فرض نقصان قيمته في زمان الدفع أو مكانه عن قيمة التالف بناء على تحقق الإجماع على إهمال هذا التفاوت مضافا إلى الخبر الوارد في أن اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة من اقترض دراهم و أسقطها السلطان و روج غيرها هي الدراهم الأولى (٢) و ما أجمع على كونه قيمتا يضمن بالقيمة، بناء على ما سيجيء من الاتفاق على ذلك و إن وجد مثله

(١) قوله و عموم الآية ما ذكره قده لا يتم في الشبهة المصدقية لعدم جواز التمسك بالعام فيها مطلقا.

(٢) قوله مضافا الى الخبر الوارد في ان اللازم على من عليه دراهم الثابت في ذمة ... هي الدراهم الاولى النص هو صحيح معاوية عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شيء الا صاحب الدراهم الاولى أو الجائزة التي

تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الدراهم الاولى «١» و مكاتبة يونس الى ابي الحسن الرضا عليه السلام انه كان لى على رجل دراهم و ان السلطان اسقط تلك الدراهم و جاءت دراهم اعلى من الدراهم الاولى و لها اليوم وضعية فأى شىء له عليه الاولى التى اسقطها السلطان

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٥

أو كان مثله فى ذمة المالك و ما شك فى كونه قيميا أو مثليا يلحق بالمثل مع عدم اختلاف قيمتى المدفوع و التالف، و مع الاختلاف الحق بالقيمي (١)
فتأمل. (٢)

أو الدراهم التى اجازها السلطان فكتب عليه السلام لك الدراهم الاولى «١» و ظاهرهما فى بادئ النظر و ان كان سقوط مالىة الدراهم رأسا الا انها قابلان للحمل على نقص القيمة و بازائهما مكاتبة اخرى ليونس قال كتبت الى ابي الحسن الرضا عليه السلام ان لى على رجل ثلاثة آلاف درهم و كانت تلك الدراهم تنفق بين الناس تلك الايام و ليست تنفق اليوم فلى عليه تلك الدراهم باعيانها أو ما ينفق اليوم بين الناس قال فكتب عليه السلام الى لك ان تأخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس و الترجيح للاولين (١) قوله و مع الاختلاف الحق بالقيمي ربما يورد عليه كما عن جمع من المحشين منهم السيد الطباطبائي قده من انه،

بناء على الرجوع الى، عموم ما دل على وجوب المثل مطلقا فى مورد الشك فى المثلية و القيمة، كما هو مختاره قده على ما صرح به قبل اسطر لا فرق بين ما علم مثلية و ما شك فيها، فكما انه فى المورد الاول يجب اداء المثل و ان فرض نقصان قيمته فى زمان الدفع عن قيمة التالف كذلك فى المورد الثانى لا بد من البناء عليه، فلا وجه للبناء على اللاحق بالقيمي و لكن الظاهر هو الفرق بينهما: فانه فيما علم مثليته انما حكم بذلك للاجماع المختص بذلك المورد، و الا فقد صرح قبل ذلك بان مقتضى الآية و اطلاقات الضمان عدم الزام المالك بالمثل لاقتضائهما اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالىة، و على هذا ففى مورد الشك حيث لا إجماع على ذلك فلا يكون هو المتعين.

(٢) قوله فتأمل الظاهر انه اشارة الى ان مقتضى الادلة المتقدمة على مسلكه من دلالتها على اعتبار المماثلة فى الحقيقة و المالىة- هو دفع المثل مع تفاوت القيمة لا الرجوع الى القيمة مطلقا.

(١) نفس المصدر ح: ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٦

الخامس: ذكر فى القواعد انه لو لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل ففى وجوب الشراء تردد

إشارة

- انتهى - (١)

اقول كثرة الثمن ان كانت لزيادة القيمة السوقية للمثل بأن صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فالظاهر انه لا إشكال فى وجوب

الشرء و لا خلاف (٢) كما صرح به فى الخلاف حيث قال: إذا غضب ماله مثل كالجوب (كاللحوم) و الادهان فعليه مثل ما تلف فى يده يشتره بأى ثمن كان بلا خلاف. و فى المبسوط يشتره بأى ثمن كان اجماعاً، انتهى.

إذا لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل

(١) قوله الخامس: ذكر فى القواعد: انه لو لم يوجد المثل الا بأكثر من ثمن المثل

ففى وجوب الشرء تردد.

قبل الشرء فى البحث لا بد من تقديم مقدمات:

الاولى: انه إذا كانت العين موجودة بنفسها يجب ردها و ان زادت قيمتها من جهة الزيادة العينية، أو لترقى القيمة السوقية. و ان نقصت قيمتها فان كان ذلك من جهة تلف وصف من اوصافها أو جزء منها يجب رد تفاوت القيمة لعموم على اليد، و ان كان ذلك من جهة تنزل القيمة السوقية يكتفى بردها لعدم اشتغال ذمته الا بها، بل لو سقطت عن المالية بالكلية لا يجب عليه رد شىء آخر. الثانية: ما تقدم من ان الحق شغل الذمة بنفس العين الى حين الأداء، بمعنى كون العين فى العهدة و ان الانتقال الى المثل أو القيمة انما هو حين الأداء.

(٢) الثالثة: ان محل الكلام فى المقام ليس هو ما إذا ازدادت القيمة السوقية للمثل بان صار قيمته اضعاف قيمة التالف يوم تلفه، فانه لا إشكال فى هذا المورد فى وجوب الشرء فانه ان اريد اداء القيمة لا بد من اداء قيمة يوم الأداء. فعلى اى تقدير يتعين صرف هذا المقدار من المال فلا وجه لتوهم عدم وجوب الشرء للضرر و غيره، بل محل البحث ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمانى غال و هى الصورة الثانية للمسألة ذكرها المصنف قدس سره بعد التعرض لمسألة اخرى و هى

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣١٧

و وجهه عموم النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى و يؤيده فحوى حكمهم بأن تنزل قيمة المثل حين الدفع عن يوم التلف لا يوجب الانتقال الى القيمة، بل،

ربما احتمال بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية (١) كالماء على الشاطى، و الثلج فى الشتاء.

إذا سقط المثل عن المالية

(١) قوله: بل ربما احتمال بعضهم ذلك مع سقوط المثل فى زمان الدفع عن المالية.

قد تقدم انه لا إشكال فى انه إذا سقطت العين المأخوذة عن المالية من دون ان ينقص منها شىء و لا من صفاتها و منافعها لا يجب عليه شىء سوى ردها.

انما الكلام فيما إذا تلفت و كانت مثلية و سقط المثل عن المالية و الأظهر هو عدم الانتقال الى القيمة و كفاية رد المثل، و ذلك فان مقتضى الأدلة وجوب المثل، و أما المالية المنتزعة من ميل الناس و رغبتهم أو اعتبار من بيده الاعتبار كالتومان المتداول فى هذا الزمان فهى لا تكون مضمونة.

و ان شئت قلت: ان العين بما لها من الخصوصيات تكون فى العهدة الى حين الأداء، و هى فى الفرض حين الأداء لا قيمة لها، فلا وجه للانتقال الى القيمة، و اداء قيمة يوم الأخذ أو يوم التلف و الفائت انما هو رغبات الناس أو اعتبار المعبر لا شىء من المأخوذ و يشهد لما اخترناه- مضافاً الى انه مقتضى القاعدة:

صحيح معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل و سقطت تلك الدراهم أو تغيرت و لا يباع بها شيء الصاحب الدراهم الدراهم الأولى، أو الجائزة التي تجوز بين الناس؟ فقال عليه السلام: لصاحب الدراهم الدراهم الأولى. «١» و قد استدلت لضمان المالية في هذه الصورة بوجوه:

الأول: ان الزمان و المكان من خصوصيات العين الدخيلة في ماليتها، فان الماء

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٨

...

في مفازة الحجاز غير الماء على الشاطئ، و الثلج في الشتاء غير الثلج في الصيف، فإذا اخذ الماء في المفازة و الثلج في الصيف تكون خصوصية الزمان و المكان في عهده الضامن و لا- يكون ردهما في الشاطئ و الشتاء أداء للمأخوذ، فلا مناص عن رد القيمة أداء للخصوصيتين.

وفيه: - مضافا الى ان لازم ذلك لزوم تدارك المالية إذا سقطت العين عن المالية،

و تدارك النقصان إذا نقص المثل عن التالف من حيث القيمة، مع انهم غير ملتزمين بذلك- ان الزمان و المكان ليسا دخيلين في المالية، بل اصل القيمة و ترقيقها ينشئان من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشئان من كثرة الوجود و قلة الطالب بلا دخل للزمان و المكان في ذلك، فان الثلج في الصيف إذا كثر لو قل طالبه تنقص ماليته أو يسقط عنها، و هو في الشتاء إذا قل و كثر راغبه يصير غالبا. فالمعيار ما ذكرناه.

و بالجملة: سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص في ذلك الشيء كما إذا صار الثلج ماء، و اخرى يكون من جهة عدم احتياج الناس لأجل كثرة وجوده أو غير ذلك مع بقاءه على ما هو عليه من الخصوصيات، ففي الأول يحكم بالضمان لعموم ادلته، و لا يحكم به في الثاني.

الثاني: حديث لا ضرر «١» بتقريب: ان المأخوذ حين اخذه كان له مالية، فإذا رد مثله مع عدم المالية له من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك، و الحديث ينفيه.

وفيه: انه لو كان مفاد الحديث ما اختاره بعض معاصري الشيخ الأعظم ره- و هو نفى الضرر غير المتدارك- تم ما ذكر، فان لازمه ثبوت التدارك في موارد الضرر بالأمر به في الشريعة المقدسة، و ان كان ثبوت ضمان الاخذ على هذا الوجه ايضا لا يخلو من اشكال، فان غاية ما يقتضيه هذا المسلك لزوم التدارك، اما كون المتدارك هو الاخذ فلا يدل عليه، فليكن التدارك من بيت المال. و لكن قد حققنا في محله ضعف المبني و ان

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣١٩

و أما ان كان لأجل تعذر المثل و عدم وجدانه الا عند من يعطيه بأزيد مما يرغب فيه الناس مع وصف الاعواز بحيث يعد بذل ما يريد مالكة بازائه ضررا عرفا، و الظاهر ان هذا هو المراد بعبارة القواعد لأن الثمن في الصورة الاولى ليس بأزيد من ثمن المثل، بل هو ثمن المثل،

الحديث انما ينفي الأحكام الضرورية ولا يثبت به حكم، فلا يثبت به الضمان فى المقام.
الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني ره، و هو: ان دليل وجوب رد المثل انما يكون دليلا على التضمين و التغريم، فلا بد من رعاية
حيثية المالىة، إذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال. ثم قال: و منه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالىة و سقوط المثل عن المالىة،
فان رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها، لكن التضمين و التغريم بلحاظ ماليتها،
فيجب حفظ المالىة فى الثانى دون الأول.

و لكن يرد عليه قده امران الأول: انه لا فرق بين العين و المثل، و وجوب رد كليهما انما ثبت بعموم على اليد،
و هو بالنسبة اليهما على حد سواء، فلو قلنا بلزوم غرامة المالىة فى المثل لا مناص عن القول به فى العين.
الثانى: ان ادلة الضمان انما تدل على وجوب رد العين مع وجودها، و المثل بعد تلفها ان كان مثليا، و قد تقدم ان المماثلة المعتبرة هى
المماثلة من حيث الحقيقة، و حيث ان المالىة ليست صفة فى العين أو المثل، فلا وجه لضمانها.
و ان شئت قلت: ان العين بعد تلفها انما تكون فى العهدة الى حين الأداء، و هى على الفرض لا مالىة لها حينه، فلا وجه لأدائها.
فتحصل: ان الأظهر بحسب القواعد ما اختاره صاحب الجواهر ره و احتمله فى القواعد من انه إذا سقط المثل عن المالىة لا ينتقل
الفرض الى القيمة بل يكفى رد المثل

(الصورة الثانية)

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٠

و انما زاد على ثمن التالف يوم التلف. و حيثئذ فيمكن التردد فى الصورة الثانية كما قيل من ان الموجود بأكثر من ثمن المثل
كالمعدوم، كالرقبة فى الكفارة و الهدى و انه يمكن معاندة البائع و طلب اضعاف القيمة و هو ضرر، و لكن الاقوى مع ذلك وجوب
الشراء (١) وفاقا للتحرير، كما عن الايضاح و الدروس و جامع المقاصد بل اطلاق السرائر و نفي الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما
ذكر فى الصورة الاولى. (٢)

و كيف كان فلاقوال فى ما هو محل البحث و هو ما إذا لم يوجد المثل الا عند من لا يبيعه الا بثمن غال ثلاثة
(١) الاول ما عن جماعة منهم المصنف ره و هو وجوب الشراء الثانى: عدم وجوب الشراء و ان حكمه حكم تعذر المثل - و سيأتى -
اختاره جمع آخرون.

الثالث: ما افاده السيد ره و غيره و هو التفصيل بين ما لو علم الاخذ بعدم الاستحقاق، و ما لو لم يعلم بذلك، فيجب الشراء فى الأول
دون الثانى.

(٢) و استدلل للاول: باطلاق النص و الفتوى بوجوب المثل فى المثلى.

و فيه: ان اطلاق النص ترفع اليد عنه بحديث لا ضرر «١» الحاكم على جميع ادلة الأحكام الواقعية.

و اورد على التمسك بحديث لا ضرر فى المقام بايرادات:

الأول: ان هذا الحكم بنفسه ضررى فى جميع الموارد، فلا محالة يكون دليله مخصصا للحديث.

و فيه: انه لا يتم بالنسبة الى المقدار الزائد كما لا يخفى.

الثانى: ان جريان دليل الضرر فى الزام الضامن بالشراء يعارض مع منع المالك من مطالبته المثل بحقه.

و فيه: ان كون حقه المثل فى هذا الفرض اول الكلام.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من ابواب المتقدمة إليها الاشارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢١

...

الثالث: انه لا- ضرر في متعلق التكليف و هو دفع المثل، و انما الضرر في مقدماته و هو شراء المثل بازيد من ثمن المثل. فلا وجه للتمسك بحديث نفى الضرر لعدم وجوبه.

وفيه: اولاً: ان المقصود دفع وجوب الشراء بحديث لا ضرر.

و ثانياً: ان حديث لا ضرر لا يختص بما إذا كان متعلق الحكم ضرورياً، بل يدل على نفى الحكم الناشئ من قبله الضرر. و في المقام الضرر انما ينشأ من وجوب دفع المثل.

الرابع: انه اقدم الضامن بنفسه عليه بقبضه مال الغير بلا استحقاق.

وفيه: اولاً: انه لو تم فانما هو في صورة العلم بعدم الاستحقاق، و أما في صورة الجهل فلا يتم.

و ثانياً: ان اخذ العين انما يكون اقداً على ضمان المثل و ان كان لم يوجد الا باكثر من ثمن المثل إذا كان حكمه في الشريعة هو ذلك، فلا يصح تعليل الحكم بذلك لاستلزامه الدور. و بعبارة اخرى: الأقدام على الضرر انما يكون متوقفاً على ثبوت هذا الحكم، و لو توقف ذلك عليه لزم الدور.

و ثالثاً: ان الأقدام على الضرر ليس من موانع جريان حديث لا- ضرر الا- في الموارد التي يكون رفع الحكم خلاف الامتنان أو غير موافق له.

و الغريب ان السيد قد في العروة بنائه على ذلك، و لذا افتى ببطلان وضوء من تحمل الضرر و توضأ، و مع ذلك في المقام استند الى قاعدة الأقدام.

و رابعاً: ان الإقدام المانع عن جريان الحديث و التمسك به هو الأقدام على الضرر- كما لو توضأ بالماء مع كون الوضوء ضرورياً، أو اشترى شيئاً مع علمه بعدم مساواته مع الثمن قيمة. و أما لو فعل فعلاً، الذي لو حكم الشارع بحكم يكون ذلك الحكم ضرورياً، كما لو اكل في الليل شيئاً يكون اكله، سبباً لكون الصوم ضرورياً عليه، أو اجنب نفسه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٢

ثم انه لا فرق في جواز مطالبه المالك بالمثل بين كونه في مكان التلف أو غيره (١)

و لا- بين كون قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمة في مكان التلف ام لا، وفاقاً لظاهر المحكى عن التحرير و التذكرة و الايضاح و الدروس و جامع المقاصد، و في السرائر انه الذي يقتضيه عدل الاسلام و الأدلة و اصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم، هذا مع وجود المثل في بلد المطالبة، و أما مع تعذره فسيأتي حكمه في المسألة السادسة.

مع كون الغسل ضرورياً عليه- فلا يكون ذلك الأقدام سبباً لعدم شمول الحديث. فتدبر فانه دقيق.

و المقام من قبيل الثاني، فان اخذ العين هو المقدم عليه و هو ليس ضرورياً، و الضرر انما ينشأ من حكم الشارع بوجوب رد المثل فيشملة لا ضرر.

فتحصل: ان مقتضى حديث لا ضرر عدم وجوب الشراء و يشهد له: - مضافاً الى ذلك- ما تقدم من ان وجوب رد المثل انما هو فيما لو كان المثل كثيراً مبدولاً، و الا فهو قيمى، و لا فرق في ذلك بين كون عزة الوجود بدوية أو طارئة، فكون الشئ مثلياً في زمان لا يوجب كونه كذلك الى الأبد. فالأظهر عدم وجوب الشراء.

و مما ذكرناه ظهر مدرك القول الثالث و جوابه.

(١) قوله لا فرق في جواز مطالبه المالك بين كونه في مكان التلف أو غيره.

لا ينبغي التوقف في جواز مطالبه المالك لماله من العين أو المثل في أي مكان كان لعموم الناس مسلطون على أموالهم «١» وكذا لا إشكال في وجوب رد العين إذا كانت موجودة، والمثل إذا كانت قيمته في مكان المطالبة مساوية لقيمته في مكان التلف،
انما الكلام فيما إذا كانت قيمته في مكان المطالبة ازيد من قيمته في مكان التلف،
وفيه وجوه و اقوال:

الأول: وجوب رده على الضامن.

الثاني: عدم وجوبه.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٣

السادس: لو تعذر المثل في المثلي (١) فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبه المالك،

إشارة

لأن منع المالك ظلم و الزام الضامن بالمثل منفي بالتعذر (٢)

فوجب القيمة جمعا بين الحقيين

الثالث: التفصيل بين البلدان التي نقل الضامن العين إليها و بين غيرها، فان طالبه في احد تلك البلدان وجب الرد، و ان طالبه في غيرها لا يجب.

و استدل السيد قده للأخير: بانصراف ادلة الضمان نظير ما يقال في القرض من الانصراف الى بلد وقوعه فان الاستفادة منها وجوب الرد و الدفع في مكان ذلك المال، و لا يفهم جواز الالتزام في كل مكان اراد المالك.

و فيه: انه في باب القرض يتم ما ذكر لكون الانصراف هناك عقديا، و هذا بخلاف باب الضمان.

و الأظهر هو الأول، لأن العين لا تخرج عن العهدة بعد تلفها كما تقدم، فمال المالك في عهدة الضامن، و مقتضى عموم على اليد ما اخذت و غيره من الأدلة لزوم الخروج عن عهده في أي مكان كانت المطالبة.

لو تعذر المثل في المثلي

(١) قوله السادس: لو تعذر المثل في المثلي.

و الكلام في هذا الأمر يقع في مقامات:

الأول: في انه إذا تعذر المثل في المثلي هل يكون مضمونا بالقيمة ام لا؟ و الكلام في هذا المقام يقع في موردين:

الأول: في ما إذا طالب المالك.

الثاني: في فرض عدم مطالبته.

اما المورد: فقد استدل على الانتقال الى القيمة بوجوه:

(٢) احدها: ما ذكره المصنف ره بقوله: لان منع المالك ظلم، و الزام الضامن بالمثل

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٤

...

منفى بالتعذر فوجب القيمة جمعا بين الحقين.

وفيه: ان الامتناع عن اداء القيمة انما يكون ظلما إذا كان حقه هو القيمة في فرض تعذر المثل، و الا فلو كان حقه هو المثل فهو بنفسه متعذر لا انه ممنوع عن حقه، فثبوت الاستحقاق به دورى.

الثانى: ما افاده السيد فى الحاشية و المحقق النائيني ره، و هو: أنه للعين جهات ثلاثا: الخصوصية الشخصية، و الخصوصية النوعية، و الحيثية المالية. فبمقتضى الأدلة و جب رد جميعها على الاخذ فكما انه إذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الأخيرتين.

كذلك إذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة، فيجب رد القيمة من هذه الجهة.

وفيه: ان المالية الواجب ردها فى المثلى انما هى المالية الخاصة الموجودة فى المثل، فوجوب رد مالية اخرى مجردة عن الخصوصية النوعية مع كون التالف مثليا يحتاج الى دليل آخر.

الثالث: ما استند إليه السيد قدس سره ايضا، و هو حديث لا ضرر «١» فانه يدل على نفى كل حكم وجودى أو عدمى ينشأ منه الضرر فى الشريعة و من تلك الأحكام هذا الحكم.

وفيه: ان لزوم الصبر على المالك و جواز تأخير الضامن بالقياس الى المثل و ان كانا ضررين الا انهما عقليان و من باب تعذر ادائه و أما عدم لزوم اداء القيمة فهو لا يكون ضررا عليه، فان الامتناع عما لا يستحقه لا يكون ضررا عليه، و اثبات حقه به دور واضح.

(١) الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب احياء الموات و غيره من الابواب المتقدمة إليها الاشارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٥

مضافا الى قوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) فَإِنَّ الضَّامِنَ إِذَا زَمَّ بِالْقِيَمَةِ مَعَ تَعَذُّرِ الْمَثَلِ لَمْ يَعْتَدِ عَلَيْهِ أَزِيدَ مِمَّا اعْتَدَى (١) و أما مع عدم مطالبه المالك (٢) فلا دليل على الزامه بقبول القيمة لأن المتيقن ان دفع القيمة علاج لمطالبه المالك، و جمع بين حق المالك بتسليطه على المطالبة. و حق الضامن بعدم تكليفه بالمعدور أو المعسور. و ما مع عدم المطالبة فلا دليل على سقوط حقه عن المثل، و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التذكرة و الايضاح

(١) الرابع: ما افاده المصنف ره ايضا، و هو قوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) «١» بتقريب: ان الضامن إذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل لم يعتد عليه ازيد مما اعتدى.

وفيه: ان الآية على فرض دلالتها على الضمان، انما تدل على لزوم الاعتداء بالمثل، و لا 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.

و الصحيح ان يستدل له بما تقدم من ان الشئ إذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى، من غير فرق بين التعذر فى جميع الأعصار أو فى عصر واحد و من باب الاتفاق.

فالمثلى المتعذر مثله قيمى، فللمالك مطالبه القيمة لأنها حقه.

و الغريب ان المحقق النائيني ره مع تصريحه بهذا فى الأمر السابق لم يلتزم به فى المقام بل صرح بخلافه. فراجع.

(٢) المورد الثانى: فى انه إذا لم يطالب المالك فهل للضامن الزام المالك بقبول القيمة ام لا؟ فيه وجهان بل قولان:

اظهرهما الأول: فانه بناء على ما عرفت في وجه لزوم اداء القيمة لو طالب المالك يكون حق المالك ثابتا في القيمة قبل المطالبة، فللضامن الزامه بقبول حقه.

(١) البقرة: ١٩٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٦

حيث ذكرنا في رد بعض الاحتمالات الآتية في حكم تعذر المثل ما لفظه ان المثل لا يسقط بالاعواز أ لا ترى ان المغضوب منه لو صبر الى زمان وجدان المثل ملك المطالبة به، و انما المصير الى القيمة وقت تغريمها، انتهى. لكن اطلق كثير منهم: الحكم بالقيمة عند تعذر المثل، و لعلمهم يريدون صورة المطالبة و الا فلا دليل على الاطلاق و يؤيد ما ذكرنا ان المحكى عن الأكثر في باب القرض ان المعتذر في المثلى المعتذر و قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضهم بيوم الدفع، فليتأمل. و كيف كان فلنرجع الى حكم المسألة فنقول أن المشهور أن العبرة في قيمة المثل المعتذر بقيمته يوم الدفع (١) لأن المثلى ثابت في الذمة الى ذلك الزمان و لا دليل على سقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر ادائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق

نعم بناء على ما افاده المصنف ره في وجه ذلك اولا ليس للضامن الزامه بذلك، فان الانتقال الى القيمة انما يكون من جهة الجمع بين الحقين، فإذا لم يطالب المالك لما كان وجه للانتقال. و بهذا التقريب يظهر انه لا يرد عليه ما ذكره المحقق الايرواني قدس سره من انه إذا جاز للمالك مع تعذر المثل مطالبة القيمة كشف ذلك عن ان حقه هو القيمة، فجاز الزامه باخذ القيمة و تفرغ ذمة الضامن عن حقه.

العبرة في قيمة المثل المعتذر بقيمة اى يوم

المقام الثانى: فى ان العبرة فى قيمة المثل المعتذر بقيمة اى يوم فى المتن

(١) المشهور ان العبرة فى قيمة المثل المعتذر بقيمة يوم الدفع.

و الوجوه 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 القيمى على قيمة يوم الدفع، أو قيمة يوم الغضب، أو قيمة يوم التلف، أو اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم الدفع، أو الأعلى من يوم الأخذ الى يوم التلف. و سياتى فى الأمر السابع تنقيح القول فى ذلك.

ثانيهما: انه بناء على الانتقال الى القيمة هل العين تصير قيمة أو القدر المشترك بينهما يكون قيميا؟

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٧

الثانى، و قد عرفت من التذكرة و الايضاح ما يدل عليه، و يحتمل اعتبار وقت تعذر المثل و هو للحلى فى البيع الفاسد. و للتحريير فى باب القرض، و محكى عن المسالك لأنه وقت الانتقال الى القيمة و يضعفه انه ان اريد بالانتقال انقلاب ما فى الذمة الى القيمة فى ذلك الوقت: فلا دليل عليه و ان اريد عدم وجوب اسقاط ما فى الذمة الا بالقيمة فوجوب الاسقاط بها و ان حدث يوم التعذر مع المطالبة، الا انه لو اخر الاسقاط، بقى المثل فى الذمة الى تحقق الاسقاط و اسقاطه فى كل زمان باداء قيمته فى ذلك الزمان، و ليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صدق عليه الاسقاط فى الزمان الأول. هذا و لكن لو استندنا فى لزوم القيمة فى المسألة الى ما تقدم سابقا من الآيه و من ان المتبادر من اطلاقات الضمان هو وجوب الرجوع الى اقرب الاموال الى التالف بعد تعذر المثل، توجه القول بصيرورة

التالف قيميا بمجرد تعذر المثل (١) إذ لا- فرق في تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما في القيميات و بين طروره بعد التمكن، كما في نحن فيه و دعوى اختصاص الآيه و اطلاقات الضمان بالحكم بالقيمة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم ثم ان في المسألة احتمالات اخر ذكر اكثرها في القواعد.

و حق القول في المقام يقتضى البحث في موردين:

الأول: في بيان المختار.

الثاني: في بيان الوجوه التي ذكرت أو يمكن ان تذكر لسائر الأقوال.

اما الأول: فحيث عرفت ان العين تكون في العهدة الى زمان الأداء و عرفت في ضابط القيمي و المثلي ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية،

و ستعرف ان العبرة في القيميات بقيمة يوم الأداء،

فلا محالة تعرف ان المدار في المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع.

(١) و أما الثاني: فان قيل: ان المأخوذ بنفسه يصير، قيميا تأتي فيه احتمالات خمسة، و هي: قيمة يوم الاخذ. قيمة يوم التلف. قيمة يوم الأداء اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف. اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٨

و قوى بعضها في الايضاح و بعضها بعض الشافعية. و حاصل جميع الاحتمالات في المسألة مع مبانيها انه اما نقول باستقرار المثل في الذمة الى اوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذى اخترناه تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الاقباض، و ذكره في القواعد خامس الاحتمالات. و أما ان نقول بصيرورته قيميا عند الاعواز، فإذا صار كذلك. فإما ان نقول: ان المثل المستقر في الذمة قيمي (١) فيكون القيمة صفة للمثل. بمعنى انه لو تلف و جب قيمته. و أما ان نقول: ان المغصوب انقلب قيميا بعد ان كان مثليا.

فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار في القيمي بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة يوم الاعواز، كما صرح به في السرائر في البيع الفاسد. و التحرير في باب القرض لأنه يوم تلف القيمي.

و ان جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما هو القول الآخر في القيمي كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه اول ازمته و جوب المثل في الذمة، المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه

(١) و ان قيل ان المثل يصير قيميا، جاء فيه احتمالات خمسة و هي: قيمة يوم تلف العين فانه يوم غصب المثل و كونه في 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 غصب المثل الى يوم اعواز المثل الذى هو يوم تلفه، اعلى القيم من يوم تلف العين الى يوم الأداء.

و ان قيل: ان الجامع بينهما يصير قيميا، جاء فيه ايضا احتمالات خمسة، و هي:

قيمة يوم الأداء و قيمة يوم الغصب و هو يوم غصب العين، إذ غصب القدر المشترك يكون بغصب العين. و قيمة يوم التلف، و هو يوم اعواز المثل، فان تلف القدر المشترك يكون بتعذر المثل و عدم التمكن من ادائه و اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع. و اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و حيث ان احتمالين من احتمالات كون المثل قيميا- و هما الأولان- ينطبقان مع احتمالين من القول بكون المأخوذ قيميا- و هما الثاني و الثالث- كما لا يخفى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٢٩

و هذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغضب كما عن الأكثر.

و ان جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان الى زمان التلف، كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغضب، كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين الى زمان الاعواز، و ذكر هذا الوجه فى القواعد ثانى الاحتمالات.

و ان قلنا: ان التالف انقلب قيميا، احتمال الاعتبار بيوم الغضب، كما فى القيمى المغضوب، و الاعتبار بالأعلى منه الى يوم التلف. و ذكر هذا اول الاحتمالات فى القواعد.

و ان قلنا: ان المشترك بين العين و المثل صار قيميا، جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان الى يوم تعذر المثل، لاستمرار الضمان فى ما قبله من الزمان. اما للعين، و أما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب الى التلف. و هذا ذكره فى القواعد

ثالث الاحتمالات، و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب الى دفع المثل، و وجهه فى محكى التذكرة و الايضاح بأن المثل،

لاستمرار الضمان فى ما قبله من الزمان. اما للعين، و أما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغضب الى التلف. و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات، و احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الغضب الى دفع المثل، و وجهه فى محكى التذكرة و الايضاح بأن المثل

لا يسقط بالاعواز، قالوا: ألا ترى انه لو صبر المالك الى وجدان المثل استحقه، فالمصير الى القيمة عند تغريمها (١) و القيمة الواجبة على الغاصب اعلى القيم.

و حاصله ان وجوب دفع قيمة المثل يعتبر من زمن وجوبه الى وجوب مبدله اعنى العين فيجب اعلى القيم منها، فافهم.

و احتمالات اربعة من القول بكون الجامع يصير قيميا، و هى غير الأخير تنطبق مع احتمالات القولين الأولين، و انما لا ينطبق خصوص الأخير من جهة انه على هذا المسلك يكون هو الأعلى من يوم غضب العين الى يوم الاعواز.

فالمتحصل من هذه المسالك: ان الاحتمالات التى لها وجه تسعة. و هناك احتمال آخر،

(١) و هو: كون المدار على قيمة يوم المطالبة بناء على ان انقلاب المثل إليها انما هو حينهما. هذه هى المحتملات التى لها وجه، و أما غير تلكم من الاحتمالات فاما لا أساس له، او لا تتفاوت به القيمة مع المحتملات المذكورة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٠

إذا عرفت هذا، فاعلم ان المناسب لإطلاق كلامهم لضمان المثل فى المثلى هو انه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة، غاية الامر يجب اسقاطه مع مطالبه المالك، فالعبرة بما هو اسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة الا يوم الاسقاط و تفرغ الذمة. و أما بناء على ما

ذكرنا من ان المتبادر من ادلة الضمان التغريم بالأقرب الى التالف فالأقرب، كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما فى القيمى، أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة. فالقيمة قيمة للمغضوب من حين صار قيميا، و هو حال الاعواز فحال

الاعواز معتبر من حيث انه اول ازمنة صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين. فعلى القول باعتبار يوم التلف فى القيمى، توجه ما اختاره الحلوى رحمه الله و لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغضب الى حين التلف، كما عليه

جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغضب الى زمان الاعواز، إذ كما ان ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائه المتدارك لارتفاع القيم كذلك بشرط تعذر المثل فى المثلى، إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية،

و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثليا كان اداء مثلها عند تلفها كرد عينها فى الغاء ارتفاع القيم، فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل.

فإن قلنا ان تعذر المثل يسقط المثل كما ان تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغضب الى زمان الاعواز، و هو اصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية على ما قيل.

وان قلنا: ان تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين، كان ارتفاع القيم فيما بعد تعذر المثل ايضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب الى حين دفع القيمة، و هو المحكى عن الايضاح، و هو اوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣١

ثم اعلم ان العلامة ذكر في عنوان هذه الاحتمالات: أنه لو تلف المثلى و المثل موجود، ثم اعوز (١) و ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل، بعد تيسره في بعض ازمته التلف لاما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد انه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف، و لعله لعدم تنجز التكليف

فتحصل ان المحتملات التي لها وجه عشرة:

الأول: قيمة يوم قبض العين.

الثاني: 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 الأداء.

السابع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم تلفها.

الثامن: اعلى القيم من يوم قبض المثل - اي تلف العين - الى يوم الأعواز.

التاسع: اعلى القيم من يوم قبض العين الى يوم الأعواز.

العاشر: قيمة يوم المطالبة.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المحقق النائيني ره، و هو: ان المحتملات ثمانية،

مع ان المحتمل الثالث في كلامه قد متحدا مع الخامس. فراجع و تدبر.

لا فرق بين التعذر البدوي و الطاري

(١) المقام الثالث: ظاهر كلام العلامة ره اختصاص هذه الاحتمالات بصورة طروء التعذر، لاما تعذر فيه المثل ابتداء.

و عن جامع المقاصد: انه حينئذ يتعين كون التالف قيميا. و ذكر في وجه التفصيل امور:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٢

بالمثل عليه في وقت من الاوقات (١) و يمكن ان يחדش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه في الذمة ابتداء (٢) كما لا

يشترط في استقراره استدامتا على ما اعترف به مع طروء التعذر بعد التلف. و لذا لم يذكر احد هذا التفضيل في باب القرض.

و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل ان قيد بالتمكن، لزم الحكم بارتفاعه بطروء التعذر و الا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من اول الأمر، الا

ان يقال ان ادلة وجوب المثل ظاهرة في صورة التمكن و ان لم يكن مشروطا به عقلا، فلا تعم صورة العجز، (٣) نعم إذا طرأ العجز فلا

دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميا.

و قد يقال على المحقق المذكور: ان اللازم مما ذكره انه لو ظفر المالك بالمثل قبل اخذ القيمة لم يكن له المطالبة و لا أظن احدا

يلتزمه و فيه تأمل

(١) الاول: انه في صورة التعذر ابتداء لا يكون التكليف لأداء المثل منجزا في وقت من الأوقات، و هذا بخلاف صورة التعذر الطارئ.
(٢) و اورد عليه المصنف ره: بان التمكن من الاداء ليس شرطا في الحكم الوضعي، اي اشتغال الذمة بالمثل، كما لا- يشترط في استقراره استدامة.

و لكن: يرد على المصنف ره: ان مبنى التوجيه المزبور على ان الضمان ليس بنفسه امرا اعتباريا استقلاليا، بل هو منتزع من التكليف الفعلي باداء البدل، و اساس الايراد انما هو كونه امرا اعتباريا مستقلا في الجعل، فهما لا يردان على مبنى فارد.
فالحق ان يورد عليه: بانه بناء على كونه امرا اعتباريا، ان صح اعتباره في فرض التعذر الطارئ صح في الابتدائي ايضا، فانه إذا لم يكن مانع من اشتغال الذمة بالشئ مع عدم التمكن من ادائه صح ذلك في التعذر البدوي، و الا لما صح بقاء ايضا.
(٣) الثاني: ما ذكره المصنف ره، و هو: ان الادلة في مقام الاثبات قاصرة عن الشمول لصورة التعذر البدوي، و أما إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل أو انقلابه قيما.

و فيه: انه إذا كانت الأدلة في مقام الأثبات قاصرة عن شمول صورة التعذر الابتدائي، لزم ان لا تكون الذمة مشغولة بالقيمة في القيمي مع تعذر ادائها ابتداء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٣

ثم ان المحكى عن التذكرة ان المراد باعواز المثل ان لا يوجد في البلد و ما حوله. (١)
و زاد في المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا في انقطاع المسلم فيه.

و عن جامع المقاصد الرجوع فيه الى العرف و يمكن ان يقال: ان مقتضى عموم وجوب اداء مال الناس و تسليطهم على اموالهم اعيانا كانت ام في الذمة،

وجوب تحصيل المثل، كما كان يجب رد العين اينما كانت و لو كانت في تحصيله مئونة كثيرة، و لذا كان يجب تحصيل المثل بأي ثمن كان، و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة.

الثالث: ما ذكره بعض اكابر المحققين، و هو: ان الفرق بين العجز البدوي و الطارئ عدم صدق ضابط المثلية في الأول، و صدقه في الثاني.

توضيحه: ان ضابط كون الشئ مثليا كون الشئ ذا مماثل موجود لا كونه ذا مماثل نوعا، و عليه فمع العجز البدوي لا يكون التالف مثليا بخلاف صورة طروء العجز.

و فيه: انه إذا كان ضابط المثلية كون الشئ ذا مماثل موجود، فعند طروء التعذر لا- يكون بقاء كذلك، فلا- مناص عن القول بالانقلاب.

فتحصل: انه لا فرق بين الصورتين.

ثم ان هذا كله على مسلك المشهور من اشتغال الذمة بالمثل أو القيمة و أما على المختار من كون العين في العهدة، فعدم الفرق اوضح.

المراد من اعواز المثل

المقام الرابع: فى بيان المراد من الأعواز.

(١) فعن العلامة: ان المراد به عدم وجوده فى البلد و ما حوله، و عن المسالك زيادة قوله: مما ينقل إليه عادة، و عن المحقق الثانى: الرجوع فيه الى العرف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٤

نعم لو انعقد الاجماع على ثبوت القيمة عند الاعواز، تعين (١) ما عن جامع المقاصد كما ان المجمعين إذا كانوا بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه، نعم ورد فى بعض اخبار السلم انه إذا لم يقدر المسلم إليه (عليه) على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. (٢)

و من المعلوم ان المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر، بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة، و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه (٢)

(١) و المصنف ره ذهب الى الاخير بناء على الاجماع على ثبوت القيمة عند الأعواز، و أما إذا كان المجمعون بين معبر بالاعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع الى الأخص و هو المتعذر.

(٢) ثم مال قده الى ما عن العلامة من جهة النص الوارد فى السلم انه إذا لم يقدر المسلم إليه على ايفاء المسلم فيه تخير المشتري. بتقريب: انه من المعلوم ان المراد بعدم القدرة بحسب المتفاهم العرفى ذلك.

(٣) ثم قال: و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه.

و لكن الأعواز و التعذر لم يردا فى رواية، و لا هما معقد اجماع تعبدى حتى ينازع فى صدقهما، بل الفقهاء بعد استخراجهم الحكم من القواعد عبروا بهما، و عليه فيتعين ملاحظة القواعد.

و محصل الكلام: ان هنا مسألتين - بعد مفروغية انه إذا كان المثل موجود أ ليس للمالك مطالبه القيمة و الزام الضامن بادائها و له الالتزام باداء المثل.

الأولى: انه متى ليس للمالك الزام الضامن بالمثل.

الثانية: انه متى للمالك الزامه باداء القيمة.

اما الأولى: فليس للمالك الزامه بادائه إذا لم يتمكن عقلا أو شرعا، بان كان الأداء ضروريا عليه أو حرجيا. و بعبارة اخرى: متى انتفى احد الشروط للتكليف، من غير فرق فى ذلك بين وجود المثل فى البلد أو غيره، كما ان له الزامه به إذا كانت شروط التكليف موجودة، و لو كان المثل فى بلد بعيد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٥

ثم ان فى معرفه قيمة المثل (١) مع فرض عدمه اشكالا من حيث ان العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزّة كالفاكهة فى أول زمانها أو آخره أو وجود المتوسط،

الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه الا ان يبذله بازاء عتاق الخيل و شبهها فان الراغب فى الجمد فى العراق من حيث أنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه، و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا، أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد هذا الفرد من المثل لم يقدر فى صدق التعذر،

كما ذكرنا فى المسألة الخامسة فكل موجود لا يقدر وجوده فى صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده فى

و أما الثانية: فليس له الزامه بادائها الا- إذا تعذر عقلا المثل، و الا فلو لم يكن متعذرا عقلا و لكن كان ادائه حرجيا أو ضروريا له ان يتحمل الضرر و الحرج، و يؤدي المثل. و هذا ايضا لا فرق فيه بين البلد و غيره.

في معرفة قيمة المثل

(١) المقام الخامس: في معرفة قيمة المثل.

منشأ اختلاف القيمة ان كان اختلاف الأيام و الفصول، فقد تقدم الكلام في تعيينها و ان كان اختلاف الأمكنة فسيأتي الكلام فيه و ان كان اختلاف الأيام في عزة الوجود و كثرته، فالميزان هو قيمة اليوم الذي عين لذلك، كان هو يوم الغصب أو يوم التلف أو يوم الأداء أو غير ذلك.

و بالجملة: حيث عرفت ان العين انما تكون في العهدة الى حين الأداء- و لذلك بنينا على ان المدار على قيمة يوم الأداء- فيفرض العين موجودة يوم الأداء، و تقوم و تؤدي تلك القيمة الفرضية. فلا اشكال في المسألة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٦

صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده في التقييم عند عدمه ثم أنك قد عرفت أن للمالك مطالبه الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان في غير بلد الضمان و كان قيمة المثل هناك أزيد، أما مع تعذره و كون قيمة المثل في بلد التلف مخالفا في بلد المطالبة فهل له المطالبة باعلى القيمتين ام يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف و جوه (١) و فصل الشيخ في المبسوط في باب الغصب (٢) بأنه أن لم يكن في نقله مئونة كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء كانت القيمتان مختلفتين أم لا، و إن كان في نقله، مئونة فان كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا، لأنه لا ضرر عليه في ذلك، و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصير حتى يوفيه بذلك البلد، ثم قال أن الكلام في القرض كالقرض في الغصب، و حكى نحو هذا عن القاضي أيضا فتدبر، و يمكن أن يقال أن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الاطلاق، لانصراف العقد إليه و ليس في باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف

الاعتبار ببلد المطالبة أو بلد التلف

(١) السادس: إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة مخالفة لقيمتها في بلد التلف،

فهل الاعتبار ببلد المطالبة، أو ببلد التلف، أو يتخير المالك في التعيين، أو يخير الضامن فيه؟ وجوه:

المسألة مبنية على مسألة مطالبه المثل مع عدم تعذره، و قد عرفت ان الأظهر جواز المطالبة في كل مكان شاء المالك، و عليه فالعبرة في المقام ببلد المطالبة.

(٢) و فصل في المبسوط، بما محصاه: ان للمالك مطالبه القيمة في كل مكان كان له مطالبه المثل، فان كان المثل مما لا مئونة في نقله كان له المطالبة بالقيمة مطلقا، و ان كان في نقله مئونة فان كانت القيمتان متساويتين فله المطالبة بها ايضا مطلقا، و ان كان في نقله مئونة و كانت القيمتان مختلفتين فليس له الا مطالبه قيمة بلد التلف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٧

بقي الكلام في انه هل يعد من تعذر المثل، خروجه عن القيمة (١) كالماء على الشاطئ إذا أتلفه في مفازة و الجمد في الشتاء إذا أتلفه

فى الصيف، أم لا؟ الأقوى بل المتعين هو الأول، بل حكى عن بعض نسبه إلى الاصحاب وغيرهم و المصرح به فى محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل فى تلك المفازة،
و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية.
فرع لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله، ثم تمكن من المثل (٢) فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله. و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة،
لأن المثل كان دينا فى الذمة سقط بإداء عوضه مع التراضى، فلا يعود كما لما لو تراضيا بعوضه مع وجوده، هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالاعواز. و أما على القول بسقوطه و انقلابه قيميا.

و لكن يرد عليه: ان الضرر الذى لأجله حكم فى الصورة الأخيرة بعدم لزوم اداء المثل أو قيمته فى بلد المطالبة: ان كان من جهة الاحتياج الى مئونة النقل، فهو موجود فى الصورة الثانية، و ان كان من جهة زيادة القيمة فهو موجود فى الصورة الأولى، و ان كان من جهة مجموع الأمرين فيرد عليه: ان الانضمام يوجب زيادة الضرر لا أصله، فالالتزام بالتفصيل، و ان له المطالبة فى اى مكان شاء فى صورتين الأوليتين و ان العبرة ببلد التلف فى الأخيرة مما لا وجه له.
(١) قد مر الكلام على ذلك و عرفت ان روايتين يمكن استفادة حكم المقام منهما- و ان ارجحهما ما يدل على انه من تعذر المثل و سيأتى تمام الكلام فيه

لو تمكن من المثل بعد دفع القيمة

(٢) السابع: لو دفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل،
فالأقوى عدم عود المثل فى ذمته، و ذلك بناء على المختار من ان التالف إذا تعذر مثله يصير قيميا واضح. فانه مع صيرورته قيميا و ادى الضامن القيمة فقد برئت ذمته، فلا موجب لاشتغال الذمة بالمثل.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٣٨
فان قلنا بأن المغصوب انقلب قيميا عند تعذر مثله فأولى بالسقوط لأن المدفوع نفس ما فى الذمة.
و ان قلنا ان المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قيميا (١) احتمل وجوب المثل عند وجوده لان القيمة حينئذ بدل الحيلولة عن المثل، و سيأتى ان حكمه عود المبدل عند انتفاء الحيلولة.

السابع: لو كان التالف المبيع فاسدا قيميا،

إشارة

فقد حكى الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة (٢)

و ان شئت قلت: ان القيمة بدل للعين لا للمثل، فلا موهم لكون القيمة بدل الحيلولة للمثل.

(١) و أما بناء على ان المثل يصير قيميا،

فان قلنا ببقائه في الذمة الى حين الأداء و ان المالك يسقط خصوصية المماثلة للطبيعة و يطالب المايئة و لذلك له ان يصبر الى ان يتيسر المثل فلا يعود المثل في ذمته ايضا،

و كذلك لو قلنا بانقلاب شغل الذمة من المثل الى قيمته.

نعم بناء على القول ببقاء المثل في الذمة يعقل اعتبار بدل الحيلولة من جهة انه بالتعذر لا يسقط المثل عن الذمة، و انما يؤدي القيمة لأن ينتفع بها الى ان يتيسر المثل

ضمان القيمي بالقيمة

(٢) السابع، لو كان التالف المبيع فاسدا قيما فقد حكي الاتفاق على كونه مضمونا بالقيمة.

و الكلام في هذا الأمر يقع في موارد:

الاول: انه لا ريب و لا كلام في انه عند تعذر المثل في القيميات يكفي رد القيمة و انما الخلاف المتوهم في صورة وجود المثل من جميع الجهات أو ما يصدق عليه المثل، فالمشهور بين الأصحاب انه يكفي رد القيمة، و عن الاسكافي و المحقق: انه يجب رد المثل.

و ظني انهما غير مخالفين للمشهور، فان مورد كلامهما القرض، و لا يبعد فيه دعوى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٣٩

و يدل عليه الاخبار المتفرقة في كثير من القيميات، فلا حاجة الى التمسك بصحيحة أبي ولاد الآتية في ضمان البغل، و لا بقوله عليه السلام من أعتق شقصا من عبد قوم عليه، بل الأخبار كثيرة. بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق أدلة الضمان في القيميات، هو ذلك بحسب المتعارف (١) -إلا- أن المتيقن من هذا المتعارف ما كان المثل فيه متعذرا، بل يمكن دعوى انصراف الاطلاقات الواردة في خصوص بعض القيميات كالبغل و العبد و نحوهما لصورة تعذر المثل، كما هو الغالب.

فالمرجع في وجوب القيمة في القيمي و ان فرض تيسر المثل له كما في من اتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلك العبد بعينه، و كما لو اتلف عليه ذرعا من مائة ذراع كرباس منسوج على طريقة واحدة لا تفاوت في اجزائه اصلا هو الاجماع كما يستظهر و على تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل. (٢)

ان المتعارف الشرط الضمني برد المثل و لو في بعض الصفات.

و يؤيد ما ذكرناه تصريح المحقق في باب الغصب و المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة، فمدعى عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تيسر المثل غير مجازف.

(١) و كيف كان: فالاولى بيان ما هو المستفاد من الادلة، و قد تقدم في الامر السابق ان حديث على اليد لا نظر له الى هذه الجهة و آية الاعتداء لا تدل على الضمان،

و ان الاطلاق المقامي و الإجماع يقتضيان تعيين القيمة. فراجع.

(٢) قوله و على تقديره ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل مراده قده انه على تقدير الاجماع، على وجوب القيمة، مع تيسر ما يصدق عليه المثل عرفا، ففي شموله لصورة تيسر المثل من جميع الجهات تأمل فلا حزازة في كلامه لكن يرد عليه ان التفصيل خرق للاجماع و الادلة بالنسبة الى صورتين على حد سواء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٠

خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى: (فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) (١) بناء على ان القيمة مماثل للتالف في المايئة، فإن ظاهر ذلك جعلها من باب الاقرب الى التالف بعد تعذر المثل، و كيف كان فقد حكي الخلاف في ذلك عن

الاسكافي، و عن الشيخ و المحقق في الخلاف و الشرائع في باب القرض، فإن ارادوا ذلك مطلقا حتى مع تعذر المثل، فيكون القيمة عندهم بدلا عن المثل حتى يترتب عليه وجوب قيمة يوم دفعها كما ذكروا ذلك احتمالا في مسألة تعيين القيمة، متفرعا على هذا (ذلك) القول فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة (٢) منها صحيحة أبي ولاد الآتية، و منها رواية تقويم العبد و منها ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه (٣)

بحساب ذلك، فلو لا ضمان التالف بالقيمة لم يكن وجه لسقوط الدين بمجرد ضمان التالف. و منها غير ذلك من الاخبار الكثيرة و ان ارادوا انه مع تيسر المثل يجب المثل لم يكن بعيدا، نظرا الى ظاهر آية الاعتداء و نفي الضرر، لأن خصوصيات الحقائق قد تقصد اللهم الا- ان يحقق اجماع على خلافه و لو من جهة ان ظاهر كلمات هؤلاء اطلاق القول بضمن المثل، فيكون الفصل بين التيسر و عدمه قولا ثالثا في المسألة

(١) قوله خصوصا مع الاستدلال عليه كما في الخلاف و غيره بقوله تعالى (فَاعْتَدُوا) ... و فيه انه قد عرفت في المسألة السابقة ان الآية الكريمة لا تدل على الضمان و على فرض دلالتها لا تدل على ما اختاره الشيخ الاكبر فراجع.
(٢) قوله فيرده اطلاقات الروايات الكثيرة في موارد كثيرة.

قد مر عدم دلالة الروايات على الانقلاب، مع ان خلاف الجماعة انما هو في القرض لا في غيره، فلا تكفي الروايات في ردهم مع احتمال الفصل،

مضافا الى انه لو اغمض عن ذلك كله فهو المتيقن من الروايات فلا حاجة الى الاطلاق.

(٣) قوله و منها ما دل على انه إذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه و فيه انه ليس في نصوص الرهن عنوان، السقوط بل فيها انهما يتردانا الفصل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤١

...

إذا كان لأحد الأمرين من الرهن و الدين عند تلفه فضل، و انه إذا كان الرهن يساوي ما رهنه فليس عليه شيء.

الثاني: في انه هل تشتغل الذمة حين التلف بالقيمة في القيميات، ام تبقى العين في العهدة الى حين الأداء؟ المشهور بين الأصحاب هو الأول.

و الحق هو الثاني لما تقدم في الأمر السابق من ظهور حديث على اليد في ذلك.

و لا ينافيه شيء من الأخبار،

اما ما دل على الضمان فواضح،

و أما النصوص المعينة للقيمة فلأن جملة منها مثل خبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام الوارد في السفرة المطروحة الكثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوم ما فيها ثم يؤكل لأنه يفسد و ليس له بقاء، فان جاء طالبها غرموا له الثمن. (١)

و خبر على بن جعفر عن الإمام الكاظم عليه السلام في رجل اصاب شاة في الصحراء الدال على انه يأكلها و ان جاء صاحبها يطلب ثمنها رده عليه. (٢) و مرسل الصدوق عن مولانا الصادق عليه السلام في الطعام الذي وجد في مفازة،

المتضمن انه يقوم على نفسه لصاحبه فيرد على صاحبه القيمة ان جاء (٣).

و غير ذلك من النصوص التي تكون بهذا المضمون تكون في مقام بيان ان للواجد ولاية على ان يبيع ما وجدته عن صاحبه لنفسه و

يبقى الثمن في ذمته الى ان يجئ صاحب المال، و اجنبية عن المقام بالمرّة و جملة اخرى منها لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الأداء، و هذا يلائم مع كون العين في العهدة.

(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.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٢

ثمّ انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد (١) فالمحكي في غاية المراد عن الشيخين و أتباعهما تعين قيمة يوم التلف. و عن الدروس و الروضة نسبه إلى الأكثر.

تعيين القيمة [بحسب ما تقتضيه الاصول العلمية]

(١) قوله ثمّ انهم اختلفوا في تعيين القيمة في المقبوض بالبيع الفاسد.

الأقوال و الوجوه المحتملة في المسألة في كون المدار على أي يوم خمسة:

(١) القبض، نسب إلى الأكثر.

(٢) يوم التلف، نسب إلى الشيخين و أتباعهما، و عن الدروس و الروضة: نسبه إلى الأكثر.

(٣) يوم الدفع.

(٤) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٥) أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم الدفع.

و أما ما عن المفيد و القاضي و الحلبي من الاعتبار بيوم البيع، فالظاهر ارادة يوم القبض، فهو يرجع إلى القول الأول.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مواضع:

الأول: فيما تقتضيه الأصول العملية.

الثاني: فيما تقتضيه القواعد.

الثالث: فيما يقتضيه صحيح ابى ولاد و غيره من النصوص الخاصة.

اما الموضوع الأول: فعن العلامة و غيره: انها تقتضى القول الخامس، إذ اشتغال ذمته بحق المالك معلوم، و لا تحصل البراءة الا بالأعلى.

و اورد عليه: بان الأصل في المقام البراءة لكون الشك في التكليف الزائد.

و اجاب عنه المصنف ره: بان الأصل بالنسبة إلى لزوم دفع القيمة و ان كان هو

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٣

...

البراءة الا ان الأصل في الضمان المستفاد من على اليد هو الاستصحاب.

و حق القول في المقام، انه ان قلنا بان الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية في مواردّها - كما اختاره المصنف قدس سره -

فالمرجع اصالة البراءة، إذ لا شيء مجعول سوى لزوم دفع القيمة، و المفروض دورانها بين الأقل و الأكثر، فتجري البراءة عن الزائد. و ان قلنا بان الحكم الوضعي كالتكليفى متأصل فى الجعل، فان قلنا فى المقام بالانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة كما هو المنسوب الى المشهور- فالمرجع هو البراءة ايضا، لأن شغل الذمة مشكوك فيه فتجري البراءة. و ان قلنا بكون العين فى العهدة الى حال اداء العوض، فالمرجع هو استصحاب بقاء العين و عدم السقوط الا بدفع الأكثر.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده العلامة حق على المسلك المختار من بقاء العين فى العهدة بعد تلفها، كما ظهر أن جواب المصنف ره لا يتم على مسلكه.

و أما الموضوع الثانى: فقد استدل العلامة للقول الأول- على ما نسب إليه:- بانه زمان ازالة يد المالك. توضيحه: ان القابض انما وضع يده على ماله، مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية، و الصفات النوعية. مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص، فوجب عليه رده بما له من الحيثيات إذا امكن الرد. و ان لم يمكن رد الخصوصية و الصفات النوعية للتلف و جب رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد، و لا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من الماليات، فانها ماليات واردة على ما هو تحت العهدة، لا ان العهدة واردة عليها. و فيه: اولاً: المالية المنتزعة من رغبة الناس و ميلهم لا تقع تحت اليد، و لا تكون مضمونة كما تقدم.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٤

و الوجه فيه على ما نبه عليه جماعة منهم: العلامة فى التحرير ان الانتقال الى البدل انما هو يوم التلف إذ الواجب قبله هو رد العين. و ربما يورد عليه ان يوم التلف يوم الانتقال الى القيمة اما كون المنتقل إليها قيمة يوم التلف فلا، و يدفع بأن معنى ضمان العين عند قبضه كونه فى عهده و معنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كأنه لم يتلف و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه (١) و مما ذكرنا ظهر ان الاصل فى ضمان التالف ضمانه بقيمة يوم التلف، فإن خرج المغصوب من ذلك مثلاً فبدليل خارج.

و ثانياً: ان لازم ذلك انه لو كانت العين باقية و لكن نقصت قيمتها لزوم دفع ما نقص.

و ثالثاً: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الأخذ الى يوم التلف، لأن على اليد لا يختص بحدوث اليد، بل يشمل بقائها، فكل زمان من ازمته كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك، فوجب ان يغرم اكثرها.

(١) و استدل للقول الثانى فى المتن بان معنى ضمان العين عند قبضها كونها فى عهده، و معنى ذلك وجوب تداركها ببدلها عند التلف حتى تكون عند التلف كأنها لم تتلف، و تداركها على هذا النحو بالتزام مال معادل لها قائم مقامها.

و فيه: انه بناء على المسلك الحق من بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء لا وجه لرعاية قيمة يوم التلف كما لا يخفى، و به يظهر ان الحق هو القول الثالث، و هو ان العبرة بقيمة يوم الدفع.

و استدل للقول الرابع بوجوه:

احدها: قاعدة نفى الضرر.

و فيه: اولاً: ان قاعدة نفى الضرر حاكمة على الأدلة المثبتة للحكم، و تدل على نفيه و لا تدل على ثبوت حكم يرتفع به الضرر.

و ثانياً: انها لو دلت على ذلك لزم البناء على لزوم دفع ما نقص من القيمة مع بقاء العين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٥

...

ثانياً: انه إذا تلفت العين فى يوم ارتفاع قيمتها ضمن الاعلى بناء على ان العبرة بيوم التلف، فكذلك إذا حيل بينها و بين المالك حتى

تلفت فيضمن الأعلى، و لو تنزلت يوم التلف، لأن الغاصب منع المالك عن التصرف في اليوم الذي ارتفعت قيمتها. وفيه: - مضافا الى انه لو تم لاقتضى لزوم دفع ما نقص من القيمة مع رد العين، و انه لا- عبرة بيوم التلف- انه لا- دليل على كون الحيلولة سببا للضمان.

ثالثها: ما اساسه يبتنى على امرين: احدهما: شمول على اليد للمالية و كونها مضمونة. ثانيهما: الانقلاب- بمعنى اشتغال الذمة حين التلف بالقيمة- و قد عرفت ما فى كلا الأمرين.

و استدلل للقول الخامس: بالوجهين الأولين المذكورين فى سابقه اللذين تقدم ما فيهما.

و بما يبتنى على امرين.

الأول: بقاء العين فى العهدة الى حين الأداء الثانى: كون تفاوت الرغبات كالصفات داخلا تحت الضمان. و قد مر ما فى الثانى.

فتحصل: ان القواعد تقتضى كون العبرة بيوم الدفع.

و أما الموضوع الثالث: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فى صحيح ابى ولاد.

الثانى: فى غيره من النصوص.

اما المورد الأول: فقبل البحث فيه لا بد من تقديم مقدمة و هى: ان الصحيح مختص بالمغصوب، و استدلل للتعدي منه الى المقبوض

بالباع الفاسد على فرض دلالة الصحيح على حكم مخالف للقاعدة بوجهين:

احدهما: ما عن الحلّى من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم.

وفيه: انه على فرض ثبوت الاتفاق لم يثبت كونه تعديا، مع ان ثبوته ممنوع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٤٦

نعم لو تم ما تقدم عن الحلّى فى هذا المقام من دعوى الاتفاق على كون البيع فاسدا بمنزلة المغصوب الا فى ارتفاع الاثم، الحقناه

بالمغصوب ان ثبت فيه حكم مخالف لهذا الأصل، بل يمكن ان يقال إذا ثبت فى المغصوب الاعتبار بقيمة يوم الغصب، كما هو ظاهر

صحيحه ابى ولاد الآتية، كشف ذلك عن عدم اقتضاء اطلاقات الضمان لاعتبار قيمة يوم التلف، إذ يلزم حينئذ ان يكون المغصوب

عند كون قيمته يوم التلف اضعاف ما كانت يوم الغصب غير واجب التدارك، عند التلف لما ذكرنا من ان معنى التدارك التزام بقيمته

يوم وجوب التدارك (١) نعم لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم، امكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى

التدارك مؤاخذه له باشق الأحوال، فالمهم حينئذ صرف الكلام

(١) ثانيهما: ما افاده المصنف ره، و حاصله: انه لو فرض دلالة الصحيحة على وجوب أعلى القيم امكن تخصيصها بالغاصب و عدم

التعدي عنه، و أما لو كان ظاهرها ان الاعتبار بيوم الغصب وجب التعدي عنه، و ذلك لأنه إذا كان قيمة المغصوب يوم التلف أو الدفع

اكثر من قيمة يوم الغصب لزم من البناء على ان قاعدة الضمان و التدارك تقتضى كون العبرة بقيمة يوم التلف أو يوم الدفع الإرفاق

بالغاصب، و التخفيف عليه، و كون غيره اسوأ حالا منه، و هذا مما يقطع بخلافه، فلا محالة يستكشف ان المجعول هو قيمة يوم الأخذ

مطلقا.

و بالجملة: التحفظ على ظهور الرواية فى كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يستلزم البناء على انه المعيار مطلقا، و الا- لزم كون غير

الغاصب اسوأ حالا منه.

ثم ان السيد قد افاد فى وجه مراد المصنف ره: انه لو قلنا بان معنى التدارك اقامة البدل مقام الشيء يوم التلف، فإذا دل الصحيح على

ان العبرة فى باب الغصب بيوم الغصب لزم ان لا يكون المغصوب واجب التدارك، و هذا 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 الأخذ كاشف عن كون معنى التدارك ذلك، و ان الذي فهمناه خطأ.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٧

الى معنى الصحيحة بعد ذكرها ليلحق به البيع الفاسد.

اما لما ادعاه الحلبي. و أما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان، كما هو احد الاقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد، و حيث ان الصحيحة مشتملة على احكام كثيرة، و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا، و ان كان الغرض متعلقا ببعضها، فروى الشيخ في الصحيح عن ابي ولاد، قال: اكرتت بغلا الى قصر بنى هبيرة ذاهبا و جاثيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لى، فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان

صاحبى توجه الى نحو النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه، و رجعت الى الكوفة و كان ذهابى و مجيئى خمسة عشر يوما، فاخبرت صاحب البغل بعذرى، و اردت ان اتحلل منه فيما (مما) صنعت و ارضيه، فبدلت له خمسة عشر درهما، فأبى ان يقبل فتراضينا بأبى حنيفه و اخبرته بالقصة و اخبره الرجل، فقال لى: ما صنعت بالبغلة، قلت رجعت (فقلت قد دفعته) سليما، قال: (فقال) نعم، بعد خمسة عشر يوما، قال فما تريد من الرجل قال: اريد كراء بغلى، فقد حبسه على خمسة عشر يوما، فقال: انى ما ارى لك حقا لأنه اكرته الى قصر بنى هبيرة فخالف فركبه الى النيل و إلى بغداد، فضمن قيمة البغل و سقط الكراء، فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء، قال: فخرجنا من عنده واخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما افتى به أبو حنيفه، و اعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتى به أبو حنيفه، فقال فى مثل هذا القضاء و شبهه تمنع السماء ماءها و تحبس الأرض بركاتهما فقلت لأبى عبد الله عليه السلام فما ترى انت جعلت فداك؟ قال عليه السلام: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة و توفيه اياه، قال: قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب، قلت: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى، قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته، قلت: فإن اصاب البغل عقر أو كسر أو دبر، قال: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم رده عليه، قلت فمن يعرف ذلك؟ قال: انت، و هو اما ان يحلف هو فيلزمك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٨

و ان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتت كذا و كذا فيلزمك، فقلت انى كنت اعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال عليه السلام انما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفه بالجور و الظلم، و لكن ارجع إليه فاخبره بما افتيتك به، فان: جعلك فى حل بعد معرفته، فلا شىء عليك بعد ذلك الخبر و محل الاستشهاد فيه فقرتان:

الاولى: قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته (١) الى ما بعد، فإن الظاهر ان اليوم قيد للقيمة اما باضافة القيمة المضافة الى البغل إليه ثانيا يعنى قيمة يوم المخالفة للبغل (٢) فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للاضافة لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل، و القيمة انما هى قيمة المثل.

و اورد عليه: بانه يمكن ان يقال: ان التدارك له معنى جامع شامل للتدارك بحسب يوم قبضه و بحسب يوم التلف، الا- ان اطلاقه يقتضى كون المناطق على قيمة يوم التلف،

و هذا لا ينافى تقييده بيوم آخر بالنسبة الى مورد خاص، فلا يكشف الخبر عن خطأ ما بنى عليه. و لكن الظاهر ان مراده ما ذكرناه.

إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم: انه قد استدل فى المقام بصحيح «١» ابي ولاد الذى هو المذكور فى المتن.

و محل الاستشهاد فيه جمل ثلاث:

(١) الاولى: قوله عليه السلام: نعم قيمة البغل يوم خالفته.

و الاحتمالات في اليوم ثلاثة:

احدها: ان يكون قيذا للقيمة، فتكون الصحيحة حينئذ ظاهرة في ان العبرة بقيمة يوم الغصب.

و ذكر المصنف قدس سره في تقريب كونه قيذا لها وجهين:

(٢) الاول: اضافة القيمة المضافة الى البغل إليه ثانيا، فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٤٩

و إما بجعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل. (١)

وفيه: انه ان اراد بذلك اضافة المضاف نفسه إليه ثانيا، فمضافا الى انه لا معنى حينئذ لقوله فيكون اسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة.

يرد عليه: ان الشيء الواحد لا يضاف الى شيئين مرتين.

و بعبارة اخرى: المضاف الى شيء لا يضاف ثانيا.

و ان اراد به اضافة مجموع المضاف و المضاف إليه، فمضافا الى انه لا يصح قوله:

فيكون اسقاط... الخ، إذ لا دليل على انه لا بد و ان لا يصدر جزء المضاف بحرف التعريف.

يرد عليه: ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافية التي هي من الحروف لا يضاف، إذ المعنى الحرفي لا يقع ظرفا.

و بعبارة اخرى: الاضافة من خواص الأسماء و الحرف لا يضاف.

(١) الثاني: جعل اليوم قيذا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل،

و الظاهر ان مراده ليس جعل متعلق الظرف و العامل فيه الاختصاص الحاصل من الاضافة، فانه معنى حرفي، و العامل لا بد و ان يكون فعلا أو شبه فعل.

بل مراده قيدياً اليوم للقيمة المضافة الى البغل، و هي مضافا الى كونها معنى حدثيا في نفسها فانها ما يقوم بالشيء من المالية، انه لو

سلم كونها معنى جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا.

وفيه: ان هذا و ان كان لا- محذور فيه، الا- ان قيدياً اليوم لنعم لو لم تكن اظهر لا- ريب في كونها محتملة، و الاحتمال مسقط للاستدلال.

الثالث: كون اليوم قيذا للبغل باضافة البغل إليه، فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات. فقد يقال كما عن المحقق النائيني قدس سره:

بان الخبر على هذا ايضا يدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة، إذ حيث لا تختلف الأعيان باختلاف الأيام، فبدلالة الاقتضاء لا بد و ان

يكون اضافة البغل الى اليوم باعتبار قيمته في ذلك اليوم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٠

و أما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله نعم (١) القائم مقام قوله عليه السلام يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد

جدا، بل غير ممكن لان السائل انما سئل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم يكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان

(٢) كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني،

فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. وقد اطلب بعض من جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه، و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوى و لا المتفاهم العرفى.

و فيه: انه حيث لا ريب فى ان للبلغ بحسب الصفات و الخصوصيات المتفاوتة بحسب الأيام قيما مختلفه، و لا كلام ايضا فى ان هذا الاختلاف مضمون فى باب الضمان،

و الخلاف انما هو فى اختلاف القيم المستندة، الى اختلاف السوق و الرغبات، فيمكن ان يكون يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا، فان التعب و الهزال انما عرضه بعد الحركة العنيفة لا لخصوصية فى ذلك اليوم، و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف أو يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى وقت التلف أو يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الأداء أو وقت التلف، فعلى هذا الاحتمال يكون الصحيح اجنيا عن ما هو المقصود.

(١) الرابع: كون اليوم قيما لقوله عليه السلام نعم الذى هو فى قوة قوله يلزمك أو يكون لفظ يلزمك مقدرًا بعده، فيكون اليوم حينئذ وعاء توجه التكليف، فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيحة.

و اورد على هذا الاحتمال بوجهين:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره، و هو: ان السائل انما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان، فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته.

و فيه: اولًا: ان السائل لم يقل ما يلزمنى كى يكون ظاهرا فيما ذكر، بل قال أ ليس كان يلزمنى فالواقع عقيب اداة الاستفهام الذى هو المسئول عنه اصل اللزوم،

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٥١

...

فكيف يجعل السؤال عما يلزمه.

و ثانيًا: انه لو سلم كون اصل الضمان مفروغا عنه يمكن ان يحمل السؤال على ان المضمون به هل هو القيمة أو غيرها، فجوابه عليه السلام ناظر الى ذلك.

ثانيهما: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان العين ما دامت قائمة لا يتوجه التكليف الى اداء القيمة، فيوم انتقال التكليف الى اداء القيمة هو يوم تلف العين لا يوم الغصب.

و فيه: ان نعم جواب عن السؤال، و هو لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، فيكون ظاهرا فى لزوم اداء القيمة على تقدير التلف، و معلوم ان هذا التكليف التعليقى انما يتوجه من حين الغصب.

فتحصل: انه لا مانع من تعلق الظرف بنعم.

و ربما يقال- كما عن المحقق النائينى قدس سره:- بانه على هذا التقدير ايضا يدل الخبر على ان العبرة بيوم المخالفة غاية الأمر بالالتزام لا بالمطابقة، إذ لو لم يكن يوم المخالفة الا يوم دخول العين فى العهدة لكان ذكر القيمة بلا موجب، إذ مالية المال إذا قدرت بالقيمة يوم المخالفة فلا محالة تكون القيمة قيمة ذلك اليوم، لأنه لا يعقل ان يكون الضمان بقيمة يوم المخالفة فعليا و يقدر قيمة يوم ما بعد المخالفة.

و فيه: ان التكليف المتوجه باداء القيمة فى يوم المخالفة ليس تكليفا فعليا تنجزيا بل هو تكليف تعليقى و هو لزوم اداء القيمة على فرض التلف، فزمان فعلية الالتزام و تنجزه زمان التلف لا يوم المخالفة.

فتحصل مما ذكرناه: ان محتملات هذه الجملة ثلاثة.

و على الأول منها تدل على ان العبرة بقيمة يوم المخالفة و لا تدل على الأخيرين.

و حيث انه ان لم ندع ظهورها في الاحتمال الثالث فلا ريب في كون احتمالها مساويا لغيره، فلا يبقى مورد للاستدلال بهذه الجملة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٢

الثانية: قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل يوم اكرتري كذا و كذا (١) فإن إثبات قيمة يوم الاكترتري من حيث هو يوم الاكترتري لا جدوى فيه،

لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة، بناء على انه يوم الاكترتري، لأن الظاهر من صدر الرواية انه خالف المالك بمجرد خروجه من الكوفة.

و من المعلوم ان اكترتري البغل لمثل تلك المسافة القليلة، انما يكون يوم الخروج أو في عصر اليوم السابق، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة. (٢)

(١) الجملة الثانية: قوله عليه السلام: و يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكرتري كذا و كذا.

(٢) و تقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة ما افاده المصنف و هو: ان اثبات قيمة يوم الاكترتري يكون لاثبات قيمة يوم المخالفة، لأن الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج عن الكوفة، و من المعلوم ان اكترتري البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج، و معلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة.

و فيه: ان نكتة التعبير بيوم الاكترتري - بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب - انما هو وجود المكارين حينه دون سائر الأوقات.

و هذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف أو يوم الأداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوما ايضا كما سيصرح هو قد به.

و يؤكد ذلك ان الظاهر من الجملة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح و المعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها حيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه.

مع انه لو سلم الاختلاف - بما ان هذه الجملة غير واردة لبيان حكم شرعى بل في مقام بيان موضوع عرفى كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية - فيمكن ان يقال: انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٣

و أما قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده (١) فالظرف متعلق بعلبك (٢) لا - قيد للقيمة، إذ لا - عبرة في ارش العيب بيوم الرد إجماعا (٣) لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم قيمته لأصل العين، فالمعنى عليك اداء الارش يوم رد البغلة

إذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الأداء سهلاً كما لا يخفى.

فتحصل: ان هذه الجملة ايضا لا تدل على خلاف ما تقتضيه القواعد.

(١) الجملة الثالثة: قوله عليه السلام في جواب السؤال عن اصابة العيب: عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده.

و ملخص القول فيها: انه بناء على وجود اليوم في الرواية، لمحتملات فيها اربعة.

(٢) احدهما ما في المتن و هو: رجوعه الى قوله عليه السلام عليك فلا تعرض فيها ليوم هذه القيمة.

و اورد على هذا الاحتمال: ان التكليف باداء الارش و الضمان انما يكون فى يوم حدوث العيب لا يوم الرد، و ان اريد به يوم رد البغلة. و فيه: انه بناء على المختار من ان العبرة فى القيميات بقيمة يوم الدفع، هذه الجملة على هذا الوجه تدل على ذلك، فانه بما ان التالف مع وجود العين وصف من اوصافها فلا يلاحظ بنفسه فى العهدة، بل انما يكون عهده بتبع عهدة العين، فإذا خرجت العين عن العهدة بادائها لا عين فى العهدة ليقال ان صحيحها كذا و معيها كذا، و ليس على الضامن الا عهدة ما به يتفاوت صحيحها حال كونها فى العهدة، فلا محالة يكون المعيار فى مثل هذا التالف قيمة يوم رد العين. فتدبر فانه دقيق.

ثانيها: رجوعه الى القيمة، و ارادة رد الارش من قوله يوم ترده.

و يدفع هذا الاحتمال: ان مرجع الضمير حينئذ ان كان قيمة ما بين ... الخ لزم تأنيته،

و ان كان ما بين لزم رعاية عناية لعدم صدق الرد الا على المأخوذ دون بدله.

(٣) و أما ما ذكره المصنف قدس سره من انه لا عبرة فى ارش العيب بيوم الرد اجماعا.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٥٤

و يحتمل ان يكون قيذا للعيب (١) و المراد العيب الموجود فى يوم الرد.

لا احتمال ازدياد العيب الى يوم الرد، فهو المضمون دون العيب القليل الحادث اولا لكن يحتمل ان يكون العيب قد تناقص الى يوم الرد و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب (العيب) لو رد الى الصحة أو نقص لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى، فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف (٢) ايضا، فتعين تعلقه بقوله عليك

فيرد عليه: ان المسألة خلافية، و قد عرفت ان مقتضى القواعد ان العبرة بيوم الرد،

و قد افتى بذلك جمع، مع انه لو سلم قيام الإجماع عليه فليس هو اجماعا تعديدا، مضافا الى احتمال الفرق بين العين و النقص.

(١) ثالثها: رجوع يوم ترده الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلى، فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده، و يعتبر زيادته حال رد العين، و على هذا فهى اجنبية عن المقام و غير متعرضة لهذا الحكم.

و اورد عليه بايرادين:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره، و هو: ان العيب قد يرتفع أو ينقص يوم الرد، و لازم هذا الوجه ان لا يوجب ضمانا فى الصورة الأولى و ان لا يوجب الضمان بالنسبة الى ما حدث منه و ارتفع فى الثانية، مع ان مقتضى الفتوى خلاف ذلك.

و فيه: ان المسألة خلافية و فيها اقوال ثالثها التفصيل بين الوصف القابل للزيادة كالسمن، و ما لم يكن كذلك كوصف الصحة.

الثانى: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان المراد منه هنا الحاصل من المصدر و هو معنى اسمى ليس فيه معنى الفعل و لا يمكن اشراب معناه فيه.

و فيه: ان الجوامد على قسمين: قسم لا يتقدر بالزمان، و قسم يتقدر به، و الأول لا يتعلق به الظرف، و الثانى لا مانع من تعلق الظرف به، و المقام من قبيل الثانى.

رابعها: رجوعه الى القيمة و ارادة رد البغلة. و تقريب دلالتها على المختار من ان العبرة بيوم الرد ما ذكرناه فى المحتمل الثانى.

فتحصل: ان هذه الجملة مضافا الى انها لا دلالة فيها على ان العبرة بيوم المخالفة،

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٥٥

و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض فى الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل يوم الغصب، و يحتمل يوم حدوث العيب الذى هو يوم تلف و وصف الصحة الذى هو بمنزلة جزء العين فى باب الضمانات و المعاوضات، و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له فى اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا ايضا على ذلك.

نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحة، بأنه لا يبعد ان يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوما، و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفة، دفع ما ربما يتوهمه امثال صاحب البغل من العوام، ان العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و ان نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذى اشترى به البغلة، و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية بيوم الاكتراء، فإن فيه اشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة،

من حيث انه يوم المخالفة الا- ان يقال ان الوجه فى التعبير بيوم الا-كتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة اقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء، لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث انه زمان المخالفة، فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة، بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينه كاليمين فى مقابل قول السائل،

و من يعرف ذلك؟ فتأمل. و يؤيده ايضا قوله عليه السلام فيما بعد فى جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال انت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه. (١)

يمكن دعوى دلالتها على ان الميزان قيمة يوم الأداء.

بقى الكلام فى الصحيح فى جهات ثلاث:

الأولى: فى الأشكال الذى اوردوه على قوله عليه السلام فى جواب قول السائل: و من يعرف ذلك؟ قال: انت، و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكرت كذا و كذا فيلزمك. و الجواب عنه.

(١) الثانية: فيما افاده المصنف قدس سره من ان هذه الجملة تؤيد القول بان العبرة بيوم التلف

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٥٦

أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون على ان قيمة البغل يوم اكرت كذا و كذا، فيلزمك الخبر، فإن العبرة لو كان بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك مع كونه مخالفا للأصل، ثم لا وجه لقبول بينته، لأن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه (١) و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدق فيه من دون محاكمة (٢) و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة ان المالك اعرف بقيمة بغله، فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف فانه يمكن ان يحمل توجه اليمين على المالك

الثالثة فى انه هل يمكن ان يستدل بالصحيح على ان العبرة باعلى القيم ام لا.

اما الجهة الاولى: فمحصل الأشكال: ان المالك دائما يدعى الزيادة، فقوله مخالف للأصل، فيكون هو مدعى و وظيفته اقامة البينة، و الغاصب منكرا و وظيفته الحلف أو رد الحلف، فكيف حكم عليه السلام بانه يحلف المالك و ان له رد الحلف على الغاصب.

(١) ثم على فرض كونه منكرا، فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته؟ و اجيب عن الأشكال بوجوه:

(٢) احدها: انه عليه السلام فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض مخاصمة،

و قضية البينة على المدعى و اليمين على من انكر انما هى فى المخاصمات.

و ذلك من جهة ظهور السؤال و الجواب فى ذلك، حيث ان السؤال انما يكون عن العارف، و اجاب عليه السلام: بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله، أو ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة أو يقيم المالك البينة لو لم تعرف انت و لم يعرف هو، فتكون الصحيحة غير مربوطة بموازين القضاء.

والذى يوهن هذا الجواب- وان ذهب إليه جمع منهم السيد الفقيه و المحققان الأصفهاني و الإيرواني. قوله عليه السلام فيلزمك، و قوله لزمه إذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لا حلف كل احد و ان توافق الطرفان عليه.

اللهم الا ان يقال ان الانسان بحسب الغالب يطمئن بحلف غيره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٧

على ما إذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاهما، أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا (١) و لا شك حينئذ ان القول قول المالك، فيكون سماع البينة فى صورة اختلفاهما فى قيمة البغل سابقا مع اتفاهما على بقائه عليها الى يوم التلف (٢) فيكون الرواية قد تكفلت بحكم صورتين من صور تنازهما، و يبقى بعض الصور، مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة، و لعل حكمها اعنى حلف الغاصب يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية. و أما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة، فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة و لا يخفى بعده و ابعده منه حمل النص على التعبد. (٣)

ثانيها ان تكون هذه الجملة فى مقام بيان حكم صورتين من صور النزاع.

(١) و يكون الحلف وظيفه المالك فى ما لو اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاهما على قيمته سابقا فيكون قول المالك موافقا للاصل.

(٢) و البينة وظيفته فى صورة اخرى و هى صورة اختلفاهما فى قيمته سابقا مع اتفاهما على بقائه عليها الى يوم التلف فيكون قول المالك مخالفا للاصل و اختار المصنف هذا الوجه.

وفيه: ان هذا مناف لظاهر الصحيح، بل صريحه، فانه صريح فى ورود حلف المالك و الغاصب و سماع البينة من المالك كلها على مورد واحد.

ثالثها: حمل الصحيح على التعبد و جعله مخصصا للقاعدة العامة، و هو غير بعيد فى نفسه، إذ من شئون اخذ الغاصب باشق الأحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه،

و ان لا يطالب منه بشىء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك. و التزم به الشيخ فى محكى النهاية، و المفيد فى محكى المقنعة، و عن المصنف: نسبه الى الأكثر. و بذلك ظهر ما فى تضعيف المصنف قدس سره هذا الوجه. و قال.

(٣) و ابعده منه حمل النص على التعبد.

فتحصل: ان الأوجه فى دفع الأشكال الوجه الثالث ثم الأول.

و أما الجهة الثانية: فقد افاد المصنف قدس سره فى وجه كون هذه الجملة مؤيدة للقول:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٨

و جعل حكم خصوص الدابة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى من كون البينة على المدعى و اليمين على من انكر كما حكى عن الشيخ فى بابى الاجارة و الغصب، و اضعف من ذلك: الاستشهاد بالرواية على اعتبار اعلى القيم من حين الغصب الى التلف، كما حكى عن الشهيد الثانى إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح (١) و لم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب،

بان العبرة بيوم التلف بعد حملها على الموردين انه إذا كان المعيار يوم التلف يمكن توجيه الأشكال المتقدم بوجه قريب و هو حمل الخبر على موردين متعارفين، و هما ما إذا اتفقا فى السابق على قيمة البغل و ادعى الغاصب نقصانها فى يوم التلف عن قيمته فى

السابق، و ما إذا اتفقا على انه لم تتفاوت قيمة البغل و انما اختلفا في السابقة من حيث الزيادة و النقصان. فانه في المورد الأول تكون وظيفة المالك اليمين لموافقة قوله للأصل،
 و في المورد الثاني تكون وظيفته البينة لمخالفة قوله للأصل، و هذا بخلاف ما لو قلنا ان المدار على يوم المخالفة، فان فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل و وظيفته الحلف على هذا انما يكون فرضا نادرا، و هو ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له و ادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة، و معلوم انه لا يصح حمل الصحيح على هذا الفرض النادر. و لكن يرد عليه امور:

الأول: ما تقدم من منافاة حمل الخبر على الموردين لظاهره بل صريحه.

الثاني: ان غاية ما يدل عليه الوجه المزبور انه لا عبرة بقيمة يوم المخالفة، و أما ان المدار قيمة يوم التلف أو يوم الدفع فالخبر أجنبى عنه حيثئذ.

الثالث: انه يمكن فرض صورة يكون قول المالك موافقا للأصل، و تكون تلك الصورة متعارفة، و ان قلنا بان المدار قيمة يوم المخالفة، و هي ما إذا اتفقا على قيمة البغل و ادعى الغاصب انه كان معيوباً حين المخالفة، فان قول المالك بكونه صحيحاً موافق للأصل، فتكون وظيفته حينئذ الحلف.

و أما الجهة الثالثة: ففي المتن.

(١) لم يعلم لذلك وجه صحيح، و لم اظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلوب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٥٩

نعم استدلو على هذا القول: بان العين مضمونة في جميع تلك الأزمنة التي منها زمان ارتفاع قيمته. و فيه ان ضمانها في تلك الحال ان اريد به وجوب قيمة ذلك الزمان لو تلف فيه فمسلم. إذ تداركه لا يكون الا بذلك، لكن المفروض انها لم تتلف فيه، و ان اريد به استقرار قيمة ذلك الزمان عليه فعلا، و ان تنزلت بعد ذلك،

فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضمان ارتفاع القيمة مع رد العين و ان اريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف، فهو ان لم يخالف الاتفاق، الا انه مخالف لأصالة البراءة من غير دليل شاغل، على ما حكاه في الرياض عن خاله العلامة (قدس الله تعالى روحهما) من قاعدة نفي الضرر الحاصل على المالك،

و فيه نظر كما اعترف به بعض من تأخر، نعم يمكن توجيه الاستدلال المتقدم من كون العين مضمونة في جميع الأزمنة: بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صار ماليتها مقومة بتلك القيمة، فكما انه إذا تلفت حينئذ يجب تداركها بتلك القيمة،

فكذا إذا حيل بينها و بين المالك حتى تلفت، إذ لا فرق مع عدم التمكن منها بين ان تتلف أو تبقى، نعم لو ردت. تدارك تلك المالية بنفس العين و ارتفاع القيمة السوقية امر اعتباري لا يضمن بنفسه، لعدم كونه مالا، و انما هو مقوم لمالية المال و به تمايز الاموال و قلة.

و وجهها المحقق النائيني بان قوله عليه السلام يوم خالفته بيان لان المخالفة موجبة للضمان و المفروض ان كلما كان الشيء تحت سلطنة الغاصب خالف المالك فيه، و لا موجب لأن تكون القيمة ملحوظة في اول حدوث المخالفة، بل إذا فرض قيمة العين اعلى في يوم من سائر الأيام يضمنها الغاصب و ان تنزلت بعد ذلك، و لامتناع اجتماع الضمانات لعين واحدة يدخل الأدنى تحت الأعلى و ينحصر في الأعلى.

و يرد عليه: - مضافا الى ما تقدم من تطرق احتمالات في يوم خالفته الموجب لعدم صحة الاستدلال به، و مضافا الى ما عرفت من ان المالية ليست مضمونة و داخله تحت على اليد- ان الظاهر من يوم خالفته هو اول يوم حدوث المخالفة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٠

والحاصل ان للعين في كل زمان من ازمته تفاوت قيمته مرتبة من المالية ازيلت يد المالك، منها و انقطعت سلطنته عنها، فإن ردت العين، فلا مال سواها يضمن، و ان تلفت استقرت عليها تلك المراتب لدخول الادنى تحت الاعلى، نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتة متضادة، حيث انه يضمن الأعلى منها، و لأجل ذلك استدلت العلامة في التحرير للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان ازاله يد المالك، و نقول في توضيحه ان كل زمان من ازمته الغصب قد ازيلت فيه يد المالك من العين على حسب ماليته، ففي زمان ازيلت من مقدار درهم. و في آخر عن درهمين، و في ثالث عن ثلاثة، فإذا استمرت الازالة الى زمان التلف وجبت غرامة اكثرها، فتأمل. و استدلت في السرائر وغيرها على هذا القول باصالة الاشتغال لاشتغال ذمته بحق المالك، و لا يحصل البراءة الا بالاعلى. و قد يجاب بأن الأصل في المقام البراءة حيث ان الشك في التكليف بالزائد، نعم لا بأس بالتمسك باستصحاب الضمان المستفاد من حديث اليد، ثم انه حكى عن المفيد والقاضي والحلي الاعتبار بيوم البيع فيما كان فساده من جهة التفويض الى حكم المشتري و لم يعلم له وجه، و لعلهم يريدون به يوم القبض، لغلبة اتحاد زمان البيع و القبض فافهم.

و أما المورد الثاني: فقد استدلت لأن العبرة بيوم التلف بطائفتين من النصوص:

الأولى: ما ورد في باب الرهن «١»، و قد تقدم في اول هذا التنبيه و عرفت انه لا ينافي مع القاعدة. فراجع.

الثانية: ما ورد في عبد اعتق بعضه، ففي خبر عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه، هل يؤخذ بما بقي؟ فقال عليه السلام: نعم يؤخذ بما بقي (منه بقيته يوم اعتق) (خ) «٢» و نحوه غيره.

و فيه: انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيذا ليؤخذ لا للقيمة، و عليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين التعلق و ساكت عن ان ما به الضمان هل هو قيمة يوم التلف أو يوم الأداء. فتحصل: ان الأظهر بحسب الأدلة كون الميزان قيمة يوم الأداء و الدفع.

(١) الوسائل - باب ٧ - من ابواب كتاب احكام الرهن.

(٢) الوسائل - باب ١٨ - من ابواب كتاب العتق حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦١

ثم انه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال (١) الا انه تردد فيه في الشرائع، و لعله كما قيل من جهة احتمال كون القيمي مضمونا بمثله، و دفع القيمة انما هو لاسقاط المثل، و قد تقدم انه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوى، ثم ان ما ذكرنا من الخلاف انما هو في ارتفاع القيمة بحسب الازمنة. و أما إذا كان بسبب الامكنة، كما إذا كان في محل الضمان بعشرة و في مكان التلف بعشرين،

و في مكان المطالبة بثلاثين. فالظاهر اعتبار محل التلف (٢) لأن ماليته الشيء تختلف بحسب الاماكن، و تداركه بحسب ماليته.

(١) قوله ثم انه لا عبرة بزيادة القيمة بعد التلف على جميع الاقوال.

و قد عرفت ان الحق اعتبارها من جهة بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها الذي هو مختار جمع من المحققين، لاما احتمله قده من كون القيمي مضمونا بمثله.

ارتفاع القيمة بسبب الأمكنة

(٢) قوله و أما إذا كان بحسب الامكنة ... فالظاهر اعتبار محل التلف.

يحتمل في العبارة وجهان:

احدهما: مع لفظ عدم.

الثاني: بدونه.

و مراده على الأول: ان خصوصية المكان من الخصوصيات و الأوصاف التي تكون دخيلة في المالية و تختلف المالية باختلافها، و ان اختلاف المالية فيها ليس مستندا الى مجرد تفاوت الرغبات فتكون نازلة منزلة الجزء، و عليه فالمضمون به اعلى القيم من قيم البلاد التي مرت بها العين لا قيمة يوم التلف.

و مراده على الثاني: ان معنى الضمان وجوب تداركه ببدله عند التلف حتى يكون عند التلف كانه لم يتلف، و تداركه على هذا النحو بالتزام مال معادل في مكان التلف قائم مقامه.

و لكن يرد على الوجه الأول: ان خصوصية المكان كخصوصية الزمان ليست دخيلة في المالية، بل اصل القيمة و ترقبها ينشآن من كثرة الراغب و قلة الوجود، كما ان عدمها و تنزلها ينشآن من كثرة الوجود و قلة الطالب، بلا دخل للزمان و المكان في ذلك منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٢

ثم ان جميع ما ذكرنا من الخلاف انما هو في ارتفاع القيمة السوقية الناشئة من تفاوت رغبة الناس. و أما إذا كان حاصلًا من زيادة في العين، فالظاهر كما قيل عدم الخلاف في ضمان اعلى القيم، و في الحقيقة ليست قيم التالف مختلفة، و انما زيادتها في بعض اوقات الضمان لأجل الزيادة العينية الحاصلة فيه النازلة منزلة الجزء الفات، نعم يجرى الخلاف المتقدم في قيمة هذه الزيادة الفائتة، فإن العبرة بيوم فواتها أو يوم ضمانها، أو اعلى القيم، ثم ان في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة حكم تعذر الوصول إليه (١) و ان لم يهلك، كما لو سرق أو غرق أو ضاع أو ابق لما دل على الضمان بهذه الامور في باب الامانات المضمونة و هل يقيد ذلك بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه أو بعدم رجاء وجدانه أو يشمل ما لو علم وجدانه في مدة طويلة يتضرر المالك من انتظارها أو لو كانت قصيرة، وجوه. ظاهر ادلة ما ذكر من الأمور الاختصاص بأحد الاولين

و يرد على الوجه الثاني: ما تقدم من بقاء العين في العهدة الى حين الأداء،

و الصحيح انه بناء على المختار من بقاء العين في العهدة يكون الاعتبار بقيمة العين في محل الخروج.

نعم في المقام مسألة اخرى، و هي: انه إذا كانت القيمة في مكان ازيد من القيمة في مكان التلف و الأخذ، هل للمالك ان يطالبها ام لا؟ و قد تقدم الكلام في ذلك.

بدل الجبلولة

لا باس بالتعرض لحكم ما لو لم تتلف العين و لكن تعذر الوصول إليها.

(١) فقد صرح المصنف و غير واحد: بانه في حكم تلف العين في جميع ما ذكر من ضمان المثل أو القيمة.

و تنقيح القول فيه بالبحث في جهات:

الأولى: انه لا كلام في الضمان في صورة تعذر الوصول الى ماله إذا صدق عليه التلف عرفًا للأدلة المتقدمة، و للنصوص الكثيرة الدالة

عليه منطوقا و مفهوما الواردة في السرقة و الضياع، و لا حاجة الى نقلها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٣

لكن ظاهر اطلاق الفتاوى الاخير كما يظهر من اطلاقهم ان اللوح المغصوب في السفينة إذا خيف من نزع غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن يبلغ الساحل، و يؤيده أن فيه جمعا بين الحقين (١) بعد فرض رجوع القيمة إلى ملك الضامن عند التمكن من العين،

انما الكلام فيما إذا لم يصدق عليه التلف عرفا.

و قد استدل على الضمان بمعنى لزوم دفع البديل المسمى عندهم ببديل الحيلولة - بوجوه:

الأول: قاعدة نفى الضرر «١» بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول إليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبديل.

و فيه: ان قاعدة نفى الضرر انما تنفى الحكم الضرري و حكم الموضوع الضرري،

و لا تدل على ثبوت حكم و لا على لزوم تدارك الضرر المتحقق كما حقق في محله.

الثاني: قاعدة اليد بدعوى ان اداء العين كما يكون باءا بدلهما عند تلفها يكون باءا بدل الحيلولة.

و فيه: ان مفاد حديث على اليد «٢» ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالة على الضمان ببديل الحيلولة واضح، و ان

كان بقاء العين في العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين ما دامت موجودة و تدارك ماليتها باءا حصه

مماثلة لها بعد التلف. و بعبارة اخرى: ما دامت موجودة لا يكون اداء بدل الحيلولة أداء لها، و لذا لا تخرج عن ملك مالكةا، و لو كان

ذلك أداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه.

(١) الثالث: ان في ادائه جمعا بين الحقين، بعد فرض رجوع البديل الى الضامن لو ارتفع التعذر.

و فيه: ان الحق الثابت للمالك انما هو بالإضافة الى العين نفسها لا بد لها مع بقائها.

مع انه على فرض التزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر و هو الزام الضامن بالشراء، بل هذا الجمع اولي كما لا يخفى.

(١) راجع الوسائل باب ١٢ من ابواب كتاب احياء الموات.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٤

فان تسلط الناس على مالهم الذي فرض كونه في عهده يقتضى جواز مطالبه الخروج عن عهده عند تعذر نفسه (١) نظير ما تقدم في

تسلطه على مطالبه القيمة للمثل المتعذر في المثلي، نعم لو كان زمان التعذر قصيرا جدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامة و

التدارك على اداء القيمة اشكل الحكم،

(١) الرابع: قاعدة السلطنة «١».

اما بدعوى السلطنة على مطالبه العين للتوسل بها الى مطالبه البديل واخذه.

أو بدعوى ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها. و بعبارة اخرى:

للعين شئون ثلاثة: من حيث الشخصية، و من حيث الطبيعة النوعية، و من حيث المالية.

و تعذر مطالبه الأولى لا يمنع عن مطالبه غيرها.

أو بدعوى السلطنة على مطالبه السلطنة على الانتفاعات بما له.

و في الجميع نظر.

اما الأولى: فلأن السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة و لازمها السعى في ذلك بالسعى في مقدماته لارد البدل، و مع عدم امكانه لا تكون ثابتة لعدم القدرة،

و الامتناع بالاختيار و ان كان لا ينافى الاختيار الا انه عقابا لا خطابا.

و أما الثانية: فلأن مالية العين القائمة بها، اى تلك الحصة الخاصة من المالىة يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين، و المالىة القائمة ببدلها حصة اخرى من المالىة، و لم تثبت السلطنة على مطالبتها.

و أما الثالثة: فلأن السلطنة على الانتفاعات بما له ساقطة للتعذر.

الخامس: انه فوت سلطنة المالك و اتلفها فيجب عليه تدارك ذلك.

و فيه: ان ما للمالك انما هو الملك لا السلطنة، بل هي من الأحكام المترتبة عليه، فلا يتعلق بها الضمان.

السادس: اطلاق النصوص المتقدمة.

و فيه: انها ظاهرة أو منصرفه الى صورة صدق التلف عرفا.

السابع: الإجماع، و هو كما ترى.

(١) البحار ج ١- ص ١٥٤ الطبع القديم- ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٥

...

فتحصل: انه لا- دليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين، نعم بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامنا للمنافع. و قد تقدم تفصيل القول في ذلك.

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية: في بيان مورد بدل الحيلولة.

فاعلم: انه إذا تمكن الغاصب من رد العين و لكنه لم يرد بل حال بين العين و مالكها، ليس هناك بدل الحيلولة، بل يكون الغاصب مكلفا برد العين، كما انه إذا تلفت العين أو تلف جميع الانتفاعات في جميع الأزمنة خرجت بذلك عن الملكية، كصيرورة الخل خمرا، ام لا، كما إذا انكسرت المرآة، أو تلف بعض الانتفاعات في جميع الأزمنة،

كما لو صار الحيوان موطوءا فانه لم يتلف منه الا الانتفاعات به دائما في بلد الوطاء لا في سائر البلاد، ليس هناك بدل الحيلولة.

بل مورد ما إذا تلفت جميع الانتفاعات في بعض الأزمنة لعدم تمكن الضامن من الرد.

ثم ان مورد ما إذا كان التعذر لعارض خارجي، و أما إذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالىة كالخيط المغصوب الذى خيط به الثوب- إذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه- أو لخلطه بمال آخر، فلا يكون موردا لبدل الحيلولة و لا يعتبر فيه سوى ما ذكر، و عليه فصوره اربع سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف، إذ ربما يرجى التمكن من العين قريبا، و ربما يرجى بعد مضي مدة طويلة. و على التقديرين اما ان يتعذر على المالك اعاده العين، و انما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود، و

أما ان لا يتعذر. و على القول بثبوت بدل الحيلولة يثبت في جميع هذه الصور، و لا وجه لتخصيصه بما إذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة. نعم إذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمولاً لما تقدم من الأدلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٦

ثم الظاهر عد اعتبار التعذر المسقط للتكليف، بل لو كان ممكنا بحيث يجب عليه السعي في مقدماته، لم يسقط القيمة زمان السعي، لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر و هو الاوفق باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين (١) فتأمل

الجهة الثالثة: في بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف.

قد استدلل للاول بوجهين.

(١) احدهما ما في المتن و هو اصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذي كان قبل التعذر، خرج عن ذلك ما إذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف.

ثانيهما انه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين، و لا يجتمع التكليف برد العين و البديل. وفيهما نظر:

اما الأول: فلأن الأدلة التي اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته في مورد التعذر العرفي ايضا، و معه لا مورد للرجوع الى الأصل.

و أما الثاني: فلأن مورد التكليف بالبديل زمان الاشتغال بالمقدمات، و مورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات.

و لكن الحق في المقام هو التفصيل بين كون زمان الأشغال بالمقدمات، قصيرا جدا، فلا يكون ثابتا و بين غيره، فيكون ثابتا و لا يخفى وجهه.

ثم ان السيد الفقيه اورد على المصنف قدس سره بعد قوله ثم الظاهر عدم اعتبار التعذر المسقط للتكليف بقوله: لا يخفى ان هذا ليس مطلباً آخر، بل هو نفس الوجه الأخير الذي ايده بان فيه جمعا بين الحقيين، كما ان تعبير البعض بالتعذر هو نفس الوجه الأول و هو اليأس من الوصول، فلا وجه للتكرار.

و فيه: ان في المقام بحثين:

احدهما: انه هل يعتبر في ثبوته اليأس عن الوصول الى الأبد أم لا؟ الثاني: في انه هل يعتبر التعذر المسقط للتكليف ام لا؟ و بين الجهتين عموم من وجه، إذ اليأس من الحصول ربما لا- يوجب سقوط التكليف لعدم كونه متعذرا عقلا كما ان العلم بوجوده أو رجائه قد يوجب سقوط التكليف فعلا للتعذر العقلي، و على هذا فلا مورد لإيراده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٧

و لعل المراد به التعذر في الحال و ان كان لتوقفه على مقدمات زمانية يتاخر لاجلها ذو المقدمه، ثم إن ثبوت القيمة مع تعذر العين، ليس كثبوتها مع تلفها في كون دفعها حقا للضامن، فلا يجوز للمالك الامتناع، بل له أن يمتنع من أخذها،

و يصبر إلى زوال العذر، كما صرح به الشيخ في المبسوط و يدل عليه قاعدة تسلط الناس على اموالهم (١) و كما ان تعذر رد العين في حكم التلف، فكذا خروجه عن التقويم،

الجهة الرابعة: في الأحكام المتفرعة عليه بعد ثبوته.

و تنقيح القول فيها في ضمن مسائل:

الأولى: هل يكون دفع البدل حقا للضامن فله الزام المالك باخذه، ام ليس له ذلك.

(١) وقد استدل المصنف قدس سره على الثاني: بقاعدة تسلط الناس على اموالهم «١».

وفيه: ان المراد بذلك ان كان هو السلطنة على الامتناع من قبول بدل الحيلولة،

فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان صار ملكا له مع عدم مطالبته، فامتناعه عن قبوله كامتناعه عن قبول نفس العين لا يؤثر في عدم الخروج عن العهدة بدفعه.

وان لم يصير ملكا له فلا اضافة له إليه كى يشمله دليل السلطنة.

وان كان المراد به السلطنة على الامتناع من اخذ بدل الحيلولة من جهة كونه بدلا عن ماله- و بعبارة اخرى: السلطنة على الامتناع من اخذ بدل ماله- فيرد عليه: ان بدل الحيلولة ان قلنا انه غرامة يدفعها الضامن و ليس بازاء العين، فلا يزاحم ذلك للسلطنة الثابتة للمالك على ماله. و ان قلنا له عوضه قهرا فدليل السلطنة لا- يمنع عنه لأخصيه دليله حينئذ من دليلها. نعم بناء على ان للمالك المعاوضة الاختيارية يتم ذلك، لكنه بمراحل عن الواقع.

والحق في المقام اختلاف حكم المسألة باختلاف مداركه، إذ لو كان مدركه

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٨

ثم ان المال المبذول يملكه المالك بلا- خلاف كما في المبسوط و الخلاف و الغنية و السرائر و ظاهرهم ارادة نفى الخلاف بين المسلمين، و لعل الوجه فيه ان التدارك لا يتحقق الا بذلك و لو لا ظهور الاجماع، و ادلة الغرامة في الملكية لاحتملنا ان يكون مباحا له اباحة مطلقة و ان لم يدخل في ملكه (١) نظير الاباحة المطلقة في المعاواة على القول بها فيها، و يكون دخوله في ملكه مشروطا بتلف العين، و حكي الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمي رحمه الله في اجوبة مسائله،

قاعدة اليد أو اطلاق النصوص كان ذلك حقا للضامن، فان حاله حينئذ كحال سائر امواله.

و أما ان كان المدرك قاعدة نفى الضرر، أو كون ذلك من باب الجمع بين الحقين أو الإجماع، فللمالك الامتناع من اخذه، فان الضرر ينتفى بثبوت حق للمالك في مطالبته البدل، كما ان الجمع بين الحقين يكون بذلك، و قاعدة السلطنة على فرض داليتها على ذلك تدل على ان للمالك السلطنة على مطالبته ماله للتوسل به الى اخذ بدله، فله ان لا يطالب، و المتيقن من الإجماع صورة المطالبة.

في ان بدل الحيلولة ملك للمضمون له أو مباح

المسألة الثانية: في ان بدل الحيلولة هل هو ملك للمضمون له أو مباح؟ فقد استدل للثاني بوجهين:

(١) الاول: ما ذكره المصنف قدس سره، هلصحو: ان الفئات بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين، فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باداء مماثل العين، لأن معنى الضمان ذهاب العين من مال الضامن، و لازم تلك فيما إذا كان الضمان بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التي بها قوام الملكية قيام مقابله مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة،

فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة، وحيث ان السلطنة على الانتفاعات لا تقتضى الملك من اول الأمر عنده قده، فلذا اختار الإباحة لو لا الإجماع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٦٩

و على أى حال فلا- ينتقل العين الى الضامن (١) فهي غرامة لا- تلازم فيها بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين في ملكه، و ليست معاوضة ليلزم الجمع بين العوض و المعوض، فالمبدول هنا كالمبدول مع تلف العين في عدم البدل له و قد استشكل في ذلك المحقق و الشهيد الثانيان. قال: الأول في محكى جامعه ان هنا اشكالا، فإنه كيف يجب القيمة و يملكها الاخذ و يبقى العين على ملكه و جعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه، انتهى.

اما ان الإباحة المطلقة هل تقتضى الملك من اول الأمر ام لا، فقد اشبعنا الكلام فيه في المعاطاة. و أما ان ادلة بدل الحيلولة هل تدل على الملك أو الإباحة فالحق هو التفصيل، إذ لو كان المدرك هو الجمع بين الحقين لما اقتضى ذلك ازيد من الإباحة، و لو كان المدرك غيره كان مقتضاه هو الملك، إذ قاعدة اليد تدل على كون المبدول بدلا عن مالية العين، كما ان قاعدة السلطنة الدالة على السلطنة على مالته تقتضى ذلك، إذ مع عدم الملك لا يكون اعتبارها اعتبار مالية غير ماله، و قاعدة نفى الضرر ايضا تقتضى ذلك فان ضمان القيمة هناك كضمانها في صورة التلف و قاعدة نفى الضرر تدل على ضمان البدل لأن عدمه، ضررى.

الثاني: انه حيث تكون العين باقية على ملكه، فلو ملك البدل لزم منه الجمع بين العوض و المعوض.

و فيه: اولاً: انه سيأتى الكلام في ان العين تنتقل عنه ام لا.

و ثانياً: انه يمكن ان يقال: ان ثبوت البدل من باب الغرامة لا المعاوضة. فتأمل.

ثم ان هذا كله في غير صورة التلف العرفي، و أما في تلك الصورة فلا ينبغى التوقف في الملكية للأدلة الدالة على ثبوت البدل فيها المتقدمة.

في ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا

المسألة الثالثة: في ان العين هل تنتقل الى الضامن ام لا؟

(١) قال المصنف و على اى حال فلا ينتقل العين الى الضامن.

لا اشكال في عدم الانتقال بناء على عدم صيرورة البدل ملكا للمالك، و أما بناء على الملكية ففي موارد التلف الحقيقي أو العرفي لا كلام ايضا في خروجه عن ملكه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٠

و قال الثاني ان هذا لا- يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما مترزلا و توقف تملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن أجاز له التصرف،

كان وجهها في المسألة انتهى. و استحسنته في محكى الكفاية أقول: الذى ينبغى أن يقال هنا: أن معنى ضمان العين ذهابها من مال الضامن، و لازم ذلك إقامة مقابلة من ماله مقامه ليصدق ذهابه من كيسه ثم ان الذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقي، أو العرفي المخرج للعين عن قابلية الملكية عرفا و جب قيام مقابلة من ماله مقامه في الملكية، و إن كان الذهاب بمعنى انقطاع سلطنته عنه و فوات الانتفاع به في الوجوه التى بها قوام الملكية، و جب قيام مقابلة مقامه في السلطنة لا في الملكية ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفاتئة،

فالتدارك لا يقتضى ملكية المتدارك في هذه الصورة، نعم لما كانت السلطنة المطلقة المتداركة للسلطنة الفائتة متوقفة على الملك لتوقف بعض التصرفات عليها وجب ملكيته للمبدول تحقيقا لمعنى التدارك والخروج عن العهدة، وعلى أى تقدير، فلا ينبغى الاشكال فى بقاء العين المضمونة على ملك مالكةا (١) إنما الكلام فى البديل المبدول، و لا كلام أيضا فى وجوب الحكم بالاباحة و بالسلطنة عليها، و بعد ذلك فيرجع محصل الكلام حينئذ الى أن إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك، هل يستلزم الملك من حين الاباحة أو يكفى فيه حصوله من حين التصرف. و قد تقدم فى المعاطاة بيان ذلك،

اما فى الأول: فواضح.

و أما فى الثانى: فلأن الملكية من الاعتباريات، و الاعتبار انما يكون بلحاظ الأثر، و بدونه لغو، فلا يكون هناك اعتبار الملكية.

و أما فى غير ذينك الموردين، فقد اضطرت فيه كلمات الأعلام غاية الاضطراب، و محصل القول: ان فى مسألة وجوها و اقوالا:

احدها: ان الضامن يملك العين التى ادى عوضها مطلقا.

(١) الثانى: انه لا يملكها كذلك. اختاره المصنف قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧١

ثم انه قد تحصل مما ذكرنا ان تحقيق ملكية البديل، أو السلطنة المطلقة عليه، مع بقاء العين على ملك مالكةا انما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعد بذل البديل غرامة و تداركا، اما لو لم يفت الا بعض ما ليس به قوام الملكية فالتدارك لا يقتضى ملكه و لا السلطنة المطلقة على البديل و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامة قيمته، حينئذ لم يبعد انكشاف (كشف) ذلك عن انتقال العين إلى الغارم (١)

(١) الثالث ما مال إليه المصنف و اختاره بعض المحققين و هو عدم الملكية فيما إذا كان الفائت معظم الانتفاعات، و الملكية فيما إذا لم يكن الفائت الا بعض ما ليس به قوام الملكية.

و الاظهر هو الأول، و ذلك لوجهين:

الأول: ان اهل العرف يفهمون من الأمر بدفع البديل حصول المعاوضة و المبادلة بين العينين، و صيرورة كل منهما ملكا للآخر، و بدلا عنه.

الثانى: ان مقتضى عنوان التدارك و الغرامة ذلك، إذ مع فرض عدم التلف و بقاء مقدار من المالىة للمتعدر لو حكم الشارع بتدارك مالىته بتمامه بعنوان تدارك ما فى العهدة و بعنوان انه اداء للمتعدر لا مناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه، و حيث ان كون المتعدر من المباحات الأصلية لم يقل به احد فلا بد من البناء على صيرورته ملكا للضامن.

و استدلل للثانى: بمنع تلك الاستفادة و الفهم العرفى من ادلة الضمان.

و بان التكليف باء البديل يمكن ان يكون بعنوان الغرامة لا بعنوان البديلة، و الغرامة لا تقتضى كون العين ملكا للضامن، فان العين التالفه يضمن الضامن قيمتها و لا تكون ملكا له.

و بالجملة: الغرامة سادة للثلثة التى وردت على ملك المالك، فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لأنها ليست بدلا عن نفس العين.

و فيه: انه مع بقاء العين على مقدار من المالىة، سد الثلثة لا يكون باعطاء كمال القيمة، فاعطاء تمامها مع فرض كون الغرامة لا بعنوان

العقوبة و المجازاة بل بعنوان تدارك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٢

و لذا استظهر غير واحد ان الغارم، لقيمة الحيوان الذي وطئه يملكه، لأنه و ان وجب بالوطى نفيه عن البلد و بيعه فى بلد آخر لكن هذا لا يعد فواتا لما به قوام المالىة،

هذا كله مع انقطاع السلطنة عن العين مع بقائها على مقدار ملكيتها السابقة. اما لو خرج عن التقويم مع بقائها على صفة الملكية فمقتضى قاعدة الضمان، وجوب كمال القيمة مع بقاء العين على ملك المالك، لأن القيمة عوض الاوصاف و الاجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم (١) لا عوض العين نفسها، كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب، فإن بقائها على ملك مالكاها لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات فيقوى عدم جواز المسح بها الا باذن المالك،

ما فى العهدة، يستلزم خروج العين عن ملكه و دخولها فى ملك الضامن.

و استدلل للثالث: بانه مع فوات معظم الانتفاعات لا محالة يكون اداء القيمة غرامة،

وهى، لا تقتضى انتقال العين الى الغارم.

و أما مع فوات بعضها فعنوان الغرامة لا يقتضى اداء تمام القيمة، فالأمر باداء تمامها يكشف عن المعاوضة الشرعية.

و فيه: ان ما ذكره فى الشق الأول يتم فى صورة التلف العرفى، و أما فى غيره فليس التالف مما يسوى بتمام القيمة كما عرفت.

فتحصل: ان الأظهر صيرورته ملكا للضامن.

(١) قوله لان القيمة عوض الاوصاف و الاجزاء ... عن التقويم.

بل القيمة عوض عن العين بلحاظ ماليتها الثابتة لها، بلحاظ الاوصاف.

و ظاهر هذه العبارة انه لو كانت القيمة عوض العين نفسها لزم منه انتقال العين الى الضامن و هذا و ان كان حقا.

الا انه ينافى ما تقدم منه قدس سره، حيث قال و على أى حال، فلا تنتقل العين الى الضامن،

فهى غرامة لا تلازم فيه بين خروج المبدول عن ملكه و دخول العين فى ملكه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٣

و لو بذل القيمة، قال فى شرح القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة، و لو طلب المالك نزعها و ان أفضى إلى التلف وجب (١)

ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم يبق لها قيمة غرم جميع القيمة، انتهى. (٢)

و عطف على ذلك قوله و لا- يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك، كما سبق من ان جنائى الغاصب توجب اكثر الامرين، و لو

استوعب القيمة اخذها و لم تدفع العين، انتهى.

و عن المسالك فى هذه المسألة انه ان لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة، و لا يخرج بذلك عن ملك مالكة، كما سبق فيجمع بين

العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع، بل قال: يمكن ان لا يجوز و يتعين القيمة، لكونه

بمترلة التلف، و حينئذ يمكن جواز الصلاة فى هذا الثوب المخيط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبة الباقية

من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد اكمال الغسل و قبل المسح انتهى.

(١) عبارة القواعد هكذا و لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و جب نزعها مع الامكان فإن خيف تلفها فالقيمة انتهى.

احتمل فى هذا المورد و امثاله امور:

منها: ان يجب بدل الحيلولة لتعذر وصول المالك الى ماله.

و منها: اشتراك مالك الثوب و مالك الخيوط في قيمة الثوب بعد الخياطة.

(٢) و منها: كونها من موارد التلف.

و الأظهر هو الأخير، إذ قيمة الثوب و ان زادت بالخياطة الا- ان زيادتها و لو مقداراً منها ليست بازاء الخيوط، و ان صارت هي سببا لازدياد قيمة العين، و قد مر عدم كون المورد من موارد بدل الحيلولة، بل تعد هذه الموارد عند العرف من موارد التلف، فيكون الغاصب ضامناً لقيمة الخيوط، و قد مر ان ذلك يوجب صيرورتها ملك الضامن، و عليه فلا يجب نزاعها و ان طلبه المالك، و تجوز الصلاة في هذا الثوب المخيط كما افتي به في محكي مجمع البرهان و استجوده صاحب الجواهر قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٤

و استجوده بعض المعاصرين، ترجيحاً لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه، لصيرورته عوضاً شرعاً، و فيه أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء و ادلة الضمان قد عرفت ان محصلها يرجع الى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء كان الذاهب نفس العين، كما في التلف الحقيقي أو كان الذاهب السلطنة عليها التي بها قوام ماليتها كغرق المال، أو كان الذاهب الأجزاء أو الاوصاف التي يخرج بذها بها العين عن التقويم مع بقاء ملكيته و لا- يخفى أن العين على التقدير الأول خارج عن الملكية عرفاً، و على الثاني السلطنة المطلقة على البدل، بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين. و هذا معنى بدل الحيلولة، و على الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذها به عن التقويم لاعن نفس العين، فالمضمون في الحقيقة هي تلك الاوصاف التي تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية، كيف و لم تتلف هي و ليس له على تقدير التلف ايضاً عهدة مالية. بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال (١) بل، لو استلزم رده ضرراً مالياً على الغاصب امكن سقوطه (٢) فتأمل.

و لعل ما عن المسالك من ان ظاهرهم عدم وجوب اخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالاخراج، فتعين القيمة فقط، محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء المستدخل فيه الخشبة كما لا يابى عنه عنوان المسألة فلاحظ. و حينئذ فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً (٣) من بقاء الخيط على ملك مالكة و ان وجب بذل قيمته.

(١) قوله بل الامر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال.

و لعل الوجه في وجوب الرد في المقام، مع عدم شمول الادلة، لان موضوعها المال و ماله عهدة مالية، و المفروض خروج المغصوب عن ذلك و كونه غير مال.

اطلاق قوله «١» عليه السلام لان الغصب كله مردود.

(٢) قوله امكن سقوطه.

لحديث لا- ضرر، اللهم الا- ان يدعى ان ما دل على ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال يشمل الغاصب المؤدى لمالية المال، فلا يرفع حكمه بحديث لا ضرر.

و لعله اشار الى ذلك بامره بالتأمل، الا ان الشأن في مدرك هذه العبارة.

(٣) قوله فلا تنافي ما تقدم عنه سابقاً.

لان عدم وجوب الرد في المقام انما هو لاجل المانع لا لعدم المقتضى و هو الملكية.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الغصب حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٥

ثم ان هنا قسمين رابعاً، و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه (١) كما لو صار الخل المغصوب خمراً

فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة.

حق الأولوية

(١) قوله: ثم ان هنا قسما رابعا و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية.

الكلام فى هذا الفرع يقع فى جهات:

الأولى: فى بقاء حق الأولوية بعد زوال الملكية: وقد استدل له بامور:

الأول: ما افاده المحقق النائيني قدس سره و غيره، و هو: ان الحق ليس أمرا مغايرا للملك،

بل هو من شئونه و مراتبه الضعيفة المنذكة تحت القوى، لأنه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق و المستحق عليه، و هى حاصلة للمالك و محفوظة فى جميع الحالات المتواردة على الملك.

وفيه: ان الملكية و الحق من الاعتباريات الشرعية و العرفية، لا من المقولات،

و الاعتبار لا اشتداد فيه و لا حركة، و كل من الملك و الحق اعتبارى غير الآخر.

الثانى: ان حق الاولوية من آثار الملك، فمع زواله غاية الأمر يشك فى ارتفاعه،

فيستصحب بقائه.

وفيه: ان ما هو اثر الملك انما هو الحكم التكليفي من قبيل جواز التصرف فيه و نحوه، و هو غير حق الاولوية، مع ان لازم كونه اثر له ارتفاعه بارتفاعه.

و بالجملة: حق الأولوية الذى هو اعتبار خاص ليس من آثار الملك.

الثالث: انه قد دل الدليل على ان المالك احق بماله، فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك، و لو شك فى زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك.

وفيه: ان ما دل عليه الدليل المزبور انما هو اولوية المالك بالتصرف فى ماله من

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٦

و لعله من استصحاب وجوب ردها و من ان الموضوع فى المستصحب ملك المالك، إذ لم يجب الا رده و لم يكن المالك الا اولى به، الا ان يقال: ان الموضوع فى الاستصحاب عرفى. (١) و لذا كان الوجوب مذهب جماعة، منهم: الشهيدان و المحقق الثانى و يؤيده انه لو عاد خلا ردت الى المالك بلا خلاف ظاهر.

غيره، و هذا غير ثبوت حق الاولوية.

الرابع: الاجماع.

وفيه: انه ليس تعديا، و لعل مستند المجمعين ما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لثبوته بالسيرة العقلانية و بناء العقلاء على ذلك، و اظن انه لا ريب فى بنائهم عليه، و حيث لم يردع عنه الشارع فيستكشف امضاؤه لذلك.

الجهة الثانية: فى وجوب رده على القول بعدم انتقاله الى الضامن.

بناء على ثبوت حق الاولوية لا شك فى وجوبه، فانه كما يجب رد الملك يجب رد ما هو متعلق الحق.

و لو شك في وجوب رد متعلق الحق، فهل يجرى استصحابه نظرا الى كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية.
(١) فالموضوع عند العرف يكون باقيا.

ام لا يجرى لكونه من الجهات التقييدية؟ وجهان: اظهرهما الأول.

و أما بناء على عدم ثبوته، فجرى الاستصحاب و عدمه مبنيان على ما تقدم.

الجهة الثالثة: في انه مع فرض ثبوت حق الاولوية هل يكون ذلك للمالك أو الضامن؟ و الأظهر هو الثاني لاقتضاء الغرامة ذلك، و لبناء العقلاء عليه. فالضامن احق من غيره.

حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة السوقية

المسألة الرابعة: في حكم الزيادة العينية و ارتفاع القيمة. السوقية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٧

ثم ان مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهده العين و ضمانها، فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء كان للسوق أو للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمره، و لا يضمن منافعه (١) فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع، و قواه في المبسوط بعد أن جعل الاقوى خلافه. و في موضع من جامع المقاصد انه موضع توقف و في موضع آخر رجح الوجوب.

(١) قوله فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع ... و لا يضمن منافعه.

عن العلامة قدس سره و بعض آخر: ضمان المنافع، و رجحه في موضع من جامع المقاصد، و الظاهر ان المشهور بين الأصحاب العدم، و هو الأظهر.

اما على ما اخترناه من صيرورة العين المتعدرة ملكا للضامن فواضح.

و أما على المسلك الآخر فلأنه قد خرج الضامن عن عهده العين و ادى ماليتها،

فليس له بعد ادائها عهده العين الثابتة بعلى اليد و غيره من ادلة الضمان، فلا شيء يقتضى الضمان.

نعم إذا وضع يده عليها ثانيا أو على نمائها حصل الضمان.

و بالجملة: بعد خروج الضامن عن عهده العين يكون حاله بالإضافة الى ذلك الملك حال غيره من الأجانب، و عليه فكون النماء

حادثا في ملك المالك لا يقتضى ضمانه، كما ان اليد السابقة التي خرج عن عهدها لا تقتضى ذلك.

فالأظهر عدم الضمان.

و استدلل للقول الآخر: بان المال حيث يكون باقيا على ملك مالكة و ارتفعت ماليته و قيمته، فالضامن كما يكون سببا للحيلولة بين

المال و صاحبه، يكون سببا للحيلولة بين تلك الزيادة و المالك، و الغرامة المدفوعة تدارك للمالية قبلا لا المالية فعلا، فيجب

تداركها.

و فيه: ان هذه الحيلولة ليست اخرى بل بقاء لتلك الحيلولة، و المفروض انه خرج عن عهدها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٧٨

ثم ان ظاهر عطف التعذر على التلف في كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع

القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع (١) كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأن مع التلف يتعين القيمة، و

لذا ليس له الامتناع من اخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و يبقى العين في عهده الضامن في هذه المدة، فلو تلف كان له قيمتها من حين التلف أو اعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف، و الحاصل ان قبل دفع القيمة يكون العين الموجودة في عهده الضامن، فلا- عبرة بيوم التعذر، و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف، مع الحكم بضمان الاجرة و النماء الى دفع البدل، و ان تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا، فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع الى يوم دفع البدل، نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى، ثم انه لا إشكال فى انه إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا وجب ردها الى (٢) مالكها، كما صرح به فى جامع المقاصد فورا و ان كان فى احضارها مئونة كما كان قبل التعذر، لعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدى (٣)

(١) قوله الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع.

قد عرفت ان مقتضى القاعدة ضمان الارتفاع بعد التلف قبل الدفع ايضا، و على فرض الالتزام بالانتقال و اشتغال 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.

إذا ارتفع التعذر يجب رد العين

(٢) المسألة الخامسة: إذا ارتفع تعذر رد العين و صار ممكنا، فهل يجب ردها كما فى المتن ام لا؟ وجهان.
و قد استدلل لذلك بوجوه:

(٣) الاول: ما فى المتن و هو: ان مقتضى عموم على اليد ما اخذت المغيبى بالاداء هو ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٧٩

و دفع البدل لأجل الحيلولة. (١) انما افاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنى انه لو تلف لم يكن عليه قيمته بعد ذلك، و استلزم (و لازم) ذلك على ما اخترناه عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة، و سقوط وجوب الرد حين التعذر للعدر العقلى، فلا يجوز استصحابه بل مقتضى الاستصحاب (٢)

و العموم هو الضمان المدلول عليه، بقوله عليه السلام على اليد ما أخذت المغيبى بقوله حتى تؤدى.

و هل الغرامة المدفوعة تعود ملكها الى الغارم بمجرد طرو التمكّن فيضمن العين من يوم التمكّن ضمنا جديدا بمثله، أو قيمته يوم حدوث الضمان أو يوم التلف أو اعلى القيم أو انها باقية على ملك مالك العين، و كون العين مضمونة بها لا بشيء آخر فى ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملك المالك على الغرامة فلم يحدث فى العين الا حكم تكليفي بوجوب رده.

و فيه: انه ان قلنا بالملكية- اى العين بدفع الغرامة تصير ملكا للضامن- فلا موضوع لعلى اليد.

و ان قلنا ببقائها على ملك المالك، فيرد عليه: انه على الفرض حيث خرج عن عهده العين بدفع البدل و اداء المالىة- فلا وجه لعود مقتضى اليد مع عدم وضع اليد عليه ثانيا.

و دعوى ان العموم المزبور يدل على تعهد الاخذ بالعين تداركا و ردا، و دفع الغرامة انما يكون تداركا للمالية، و انما يسقط وجوب الرد حين التعذر للعدر العقلى، و إذا ارتفع التعذر وجب عليه الرد لكونه من آثار تعهده به حين الأخذ كما افاده بعض مشايخنا المحققين، و لعله الى هذا يشير.

(١) قوله قدس سره: و دفع البدل لاجل الحيلولة... الخ.

مندفعة بان على اليد انما يدل على كون المال المأخوذ في العهدة ما لم يؤد، فإذا فرضنا كون دفع البدل أداء فلا وجه لوجوب الأداء ثانيا.

و بعبارة اخرى: انما يجب دفع البدل من جهة كونه أداء، و معه لا وجه لوجوبه ثانيا.

و ان شئت قلت: انه لا يدل على وجوب الرد تكليفا، و انما يدل على الضمان خاصة.

(٢) الثانى: ما فى المتن ايضا، و هو: استصحاب وجوب الرد.

وفيه: انه ان اريد به استصحاب الوجوب التنجيزى، فيرد عليه: انه ارتفع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٠

و أما الضمان و عهدة جديدة فلا؟ وجهان، اظهرهما الثانى لاستصحاب كون العين مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما يزيل ملكيته عن الغرامة أو يحدث ضمنا جديدا (١) و مجرد عود التمكن لا يوجب عود سلطنة المالك حتى يلزم من بقاء ملكيته على الغرامة الجمع بين العوض، و المعوض، غاية ما فى الباب قدرة الغاصب على اعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها عليه، و حينئذ فإن دفع العين فلا اشكال فى زوال ملكية (مالكية) المالك للغرامة.

بالتعذر فلا وجه لاستصحابه.

و ان اريد استصحاب الوجوب التعليقى.

فيرد عليه: ان التمكن ليس من قيود الطلب شرعا، بل هو شرط عقلى فى كل واجب، فلا يكون الوجوب بسببه تعليقا.

اللهم الا- ان يقال: انه اما ان نقول باشتراط كل تكليف بالتمكن شرعا، فلا محالة يصير الوجوب تعليقا، و لا مانع من استصحابه فى المقام على القول بجريان الاستصحاب التعليقى.

و ان قلنا بانه شرط عقلى، بمعنى انه مع عدم التمكن لا يحكم العقل بلزوم متابعة المولى، و ان كان التكليف باقيا شرعا فيستصحب الوجوب التنجيزى فى المقام.

و عليه فالحق ان يورد على هذا الأصل: بانه مع الخروج عن عهده العين لا يجب ردها تكليفا لاختصاص الأدلة بصورة بقاء العهدة.

الثالث: ما افاده السيد قده و المحقق النائنى قدس سره، و حاصله: ان البدلية المفهومة من الأدلة انما هى بدلية ما دام التعذر و موقتة، فإذا ارتفع التعذر يعود كما كان.

وفيه: انه فى موارد صدق التلف عرفا تكون الغرامة بدلا دائما بمقتضى اطلاق النصوص، و فى موارد بدل الحيلولة على القول به مقتضى الأدلة من على اليد و غيره كون دفع البدل فى حال التعذر أداء للعين و خروجا عن عهدها لا ما دام متعدرا. و بعبارة اخرى:

التعذر علة للحدوث لا ان البدلية تدور مداره وجودا و عدما.

(١) و لو شك فى ذلك لكفى الاستصحاب فى بقاء البدلية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨١

و توهم: ان المدفوع كان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فى زمان التعذر،

فلا يعود لعدم عود مبدله ضعيف فى الغاية بل كان بدلا عن اصل السلطنة يرتفع بعودها، فيجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه أو خروجه عن ملكه بناقل لازم بل جائز،

و لا- يجب رد نمائه المنفصل و لو لم يدفعها لم يكن له مطالبه الغرامة أو لا، إذ ما لم يتحقق السلطنة لم يعد الملك إلى الغارم فإن الغرامة عوض السلطنة (١) لا عوض قدرة الغاصب على تحصيلها للمالك فتأمل.

نعم للمالك مطالبة عين ماله، لعموم: الناس مسلطون على اموالهم. و ليس ما عنده من المال عوضا من مطلق السلطنة، حتى سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها على الوجه المقصود من الاملاك، و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة (٢)

الرابع: الإجماع، و هو كما ترى.

فالصحيح ان يستدل له ببناء العقلاء، بدعوى ان بناءهم على العود في امثال المقام مما يكون البديل لا من باب البراء عن الخصوصية أو المعاوضة الشرعية، بل تنازلا عن الخصوصية الشخصية، كان المتنازل هو المالك أو الشارع ولاية عليه. فتدبر فانه دقيق. (١) قوله فان الغرامة عوض السلطنة.

و فيه ان الغرامة على فرض كونها بدل السلطنة، انما تكون بدلا عن السلطنة على المطالبة، أى امكان وضع اليد على العين، و لو بواسطة قدرة الغاصب.

لا عن السلطنة الفعلية و لذا لو كان الغاصب من الاول قادر اعلى الدفع لم يكن بدل الحيلولة ثابتا.

(٢) قوله و لذا لا يباح لغيره بمجرد بذل الغرامة.

مراده ان البديل لو كان بدل السلطنة.

على المطالبة لكان يباح لغيره ممن له تلك كالولى فان له السلطنة على مطالبة مال المولى عليه من الغاصب، فان المفروض كونه بدل السلطنة على المطالبة، و هى له مع انه لا يباح له الغرامة بلا كلام، فيستكشف من ذلك عدم كونها بدلا عنها. و فيه ان المدعى كونها بدلا عن السلطنة على مطالبة المالك، لما له لينتفع به، لا مطلق السلطنة على المطالبة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٢

و مما ذكرنا يظهر انه ليس للغاصب حبس العين (١) الى ان يدفع المالك القيمة، كما اختاره فى التذكرة و الايضاح و جامع المقاصد، و عن التحرير الجزم بأن له ذلك.

و لعله لأن القيمة عوض. اما عن العين، و أما عن السلطنة عليه و على أى تقدير،

فيتحقق التراد، و حينئذ فلكل من صاحبه العوضين حبس ما بيده حتى يتسلم ما بيد الآخر، و فيه ان العين بنفسها ليست عوضا و لا معوضا. و لذا تحقق للمالك الجمع بينها و بين الغرامة، فالمالك مسلط عليها و المعوض لغرامة السلطنة الفائتة التى هى فى معرض العود بالتراد، اللهم الا ان يقال له حبس العين من حيث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هى السلطنة الفائتة، و الاقوى الاول، ثم لو قلنا بجواز الحبس لو حبسه فتلفت العين محبوسا فالظاهر انه لا يجرى عليه حكم المغصوب لأنه حبسه بحق، نعم يضمنه لأنه قبضه لمصلحة نفسه. و الظاهر انه بقيمة يوم التلف على ما هو الاصل فى كل مضمون و من قال بضمان المقبوض باعلى القيم يقول به هنا من زمان الحبس الى زمان التلف. و ذكر العلامة فى القواعد انه لو حبس فتلف محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع القيمة الاولى. و الظاهر ان مراده بقيمة الآن مقابل القيمة السابقة، بناء على زوال حكم الغصب عن العين لكونه محبوسا بغير عدوان، لا خصوص حين التلف و كلمات كثير منهم لا يخلو عن اضطراب.

(١) قوله مما ذكرناه يظهر انه ليس للغاصب حبس العين.

ما ذكره قدس سره اولاً من انه مع بقاء الغرامة على ملك المالك لا مورد لحبس الغاصب العين إذ ما لم يرد العين، لا يستحق الغرامة، فكيف يجوز له حبسها لاجلها و ان كان تاما،

الا- ان الاظهر هو عدم جواز الحبس حتى بناء على عود الغرامة الى الغاصب، كانت الغرامة بدلا، عن العين أو السلطنة- إذ جواز الحبس، حكم تعبدى ثبت فى المعاملات،

و في غيرها لا دليل عليه.

فما يظهر من ذيل كلامه من دوران جواز الحبس و عدمه مدار كون العين عوضا أو معوضا- غير تام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٣

ثم ان اكثر ما ذكرناه مذکور في كلماتهم في باب الغضب، لكن الظاهر ان اكثرها بل جميعها حكم المغصوب من حيث كونه مضمونا، إذ ليس في الغضب خصوصية زائدة. نعم ربما يفرق من جهة نص في المغصوب مخالف لقاعدة الضمان، كما احتل في الحكم بوجوب قيمة يوم الضمان من جهة صحیحه أبي ولاد، أو أعلى القيم على ما تقدم من الشهيد الثاني دعوى دلالة الصحیحه عليه،

و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال، فلم نعرف له مأخذا واضحا. (١)

و لنختم بذلك احكام المبيع بالبيع الفاسد و ان بقى منه آخر اكثر مما ذكرنا و لعل بعضها يجيء في بيع الفضولى.

(١) قوله و أما ما اشتهر من ان الغاصب مأخوذ بأشق الاحوال فلم نعرف له ماخذا قد تطابق النص و الفتوى على ان الغاصب يلزم بالاشق على وجه تقدم على قاعدة لا ضرر و لا حرج.

و إليه يشير ما رواه السيد الرضى في نهج البلاغة قال امير المؤمنين عليه السلام الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها قال يروى هذا الكلام للنبي صلى الله عليه و آله «١».

فانه يدل على لزوم رد المال الى صاحبه و ان استلزم خراب الدار اجمع بل ظاهر كلمات جمع من الفقهاء ان هذه الجملة معقد اجماع. و في الجواهر بل قد يقال ان للمالك اخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه في كل حال و ان استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه الا في الحال المزبور انتهى.

(١) باب ١ من ابواب الغضب حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٤

الكلام في شروط المتعاقدين (١)

مسألة: [من شروط المتعاقدين البلوغ]

إشارة

المشهور كما عن الدروس و الكفاية بطلان عقد الصبي (٢) بل عن الغنية: الاجماع عليه و ان اجاز الولي. و في كنز العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي الى اصحابنا و ظاهره ارادة التعميم لصورة اذن الولي. و عن التذكرة: ان الصغير محجور عليه بالنص و الاجماع، سواء كان مميزا ام لا في جميع التصرفات الا ما استثني كعباداته و اسلامه و احرامه و تدبيره و وصيته و ايصال الهدية و اذنه في الدخول

إشارة

(١) المقصد الرابع: في شرائط المتعاقدين.

و هي: البلوغ، و العقل، و القصد و الاختيار.

تنقيح القول: بالبحث في مسائل:

(٢) الاولى: المشهور كما عن الدروس و الكفاية: بطلان عقد الصبي.

معاملة الصبي تتصور على وجوه:

الأول: كونه مستقلا فيها كان ذلك في امواله أو في اموال غيره، أذن الولي أو لم يأذن.

الثاني: ما إذا أذن الولي مع كون المعاملة مستندة إليه و يكون من قبيل الوكيل المفوض.

الثالث: كونه آلة محضه، بمعنى كون المعاملة معاملة الولي ان كانت في امواله،

و معاملة الموكل ان كانت في اموال غيره، و يكون الصبي منشئا فقط. و مرجع منعه من التصرف على النحو الاخير الى كون قصده

للانشاء كالا قصد، و من قبيل بيع الهازل و النائب و محل الكلام هو الصبي المميز.

و أما غير المميز فلا اشكال في بطلان معاملاته حتى بالنحو الاخير لعدم قصده لمدلول العقد.

و المصنف قدس سره استظهر من عبارة التذكرة دعوى الاجماع على بطلان عقده بالنحو الاخير ايضا، و مورد استظهاره منها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٨٥

على خلاف في ذلك انتهى. و استثناء ايصال الهدية و اذنه في دخول الدار يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق افعاله (١)

لأن الايصال و الاذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية.

و انما الأول آلة في ايصال الملك، كما لو حمله على حيوان أو ارسلها.

و الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه اباحة الدخول و هو رضا المالك،

(١) استثنائه ايصال الهدية، و اذنه في دخول الدار من التصرفات التي ادعى الاجماع على محجوريته فيها، مع انها ليسا من التصرفات

القولية أو الفعلية، فاستكشف من ذلك شمول المستثنى منه لمطلق افعاله.

و يرد عليه قده: ان عدم حجية فعله في الأول، و قوله في الثاني في حكايتهما بالتصرف في مال الغير باخذ الهدية و الدخول في الدار

لا يقتضى عدم العبرة بقصده للانشاء لرجوع ذلك الى عدم تصديق الصبي كالفاسق، فاستثنأوهما لا يكشف عن شمول المستثنى منه

لمطلق افعاله.

و بعبارة اخرى: استثنائه اياهما من كون الصبي محجورا عليه شرعا يقتضى حمل كلامه قدس سره على ارادة الايصال و الاذن - الذين

هما من التصرفات الشرعية - لا- الالية المحضه، فلا مناص عن حملهما على ارادة كونهما فعل الوكيل أو قوله الكاشفين عن اهداء

المالك و اذنه في الدخول، و لا كلام في ان هذا التصرف تصرف استقلالي للصبي و ليسا من قبيل اجراء الصيغة.

و على هذا فثبوت الشهرة و الاجماع على بطلان عقده بالمعنى الاخير محل نظر،

بل منع.

و كيف كان: فلا بد من البحث في الادلة.

و الكلام فيها يقع في مقامين.

الأول: في ادلة المنع.

الثانى: فى ادلة الجواز.

اما الأول: فقد استدل له بامور:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٦

...

الأول: الآية الشريفة (و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم) «١».

و تقريب الاستدلال بها على المنع: ان الظاهر من الآية الشريفة من جهة جعل البلوغ غاية الابتلاء و الامتحان، و غير ذلك من القرائن كون جواز الدفع مشروطا بشرطين: البلوغ و الرشد، فمفهومها عدم جواز الدفع مع السفاهة أو الصباوة، و ليس ذلك الا من جهة حجره فى تصرفاته، بل المراد من عدم الدفع ذلك.

فان قلت: ان ظاهر الآية الشريفة من جهة الامر بالدفع و جوب الدفع بعد البلوغ و الرشد فمفهومها عدم الوجوب قبل ذلك، و هذا يلائم مع الجواز.

فلا تدل الآية على عدم الجواز.

اجبنا عنه: اولاً: انه لو جاز الدفع لوجب لعدم جواز امساك مال الغير، فمفهومها عدم جواز الدفع قبل ذلك و وجوب حفظ امواله و عدم رده إليه.

و ثانياً: ان هذا الامر لو روده مورد الحظر و المنع لا يستفاد منه الوجوب، فدلالة الآية الشريفة على محجورية الصبى فى الجملة لا كلام فيها.

انما الاشكال فى انها هل تدل على المنع عن التصرفات مستقلاً بالمعنى الاول خاصة ام تدل على المنع عنها بالمعنى الثانى، ام تدل على الغاء تصرفه بالمرّة.

الظاهر هو الوسط، فان الآية من جهة توجيه الخطاب فيها الى الولى، و تضمنها المنع عن الدفع قبل البلوغ، تدل على عدم استقلال الصبى فى معاملاته فى امواله و ان اذن له الولى، و لكنها لا تدل على جعل انشائه كلاً انشاء مع عدم كون التصرف تصرفاً له، بل من تصرفات وليه، و كون البيع بيعه مثلاً، فالآية تدل على عدم نفوذ ما يعد تصرفاً له و لو مع اذن الولى، و هى و ان اختصت بامواله الا انه يكفى فى منعه عن التصرفات فى مال غيره

(١) النساء، آية ٦.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٧

و احتج على الحكم فى الغنية بقوله صلى الله عليه و آله رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ. (١) و قد سبقه فى ذلك الشيخ فى المبسوط فى مسألة الإقرار، و قال: أن مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم، و نحوه الحلّى فى السرائر فى مسألة عدم جواز وصية البالغ عشراً، و تبعهم فى الاستدلال به جماعة كالعلامة و غيره،

عدم القول بالفصل.

(١) الثانى: حديث رفع القلم عن الصبى الذى رواه فى محكى الخصال عن ابن الضبيان عن أمير المؤمنين عليه السلام فى سقوط الرجم عن الصبى: اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبى حتى يحتلم. الحديث «١».

و روى عن قرب الاسناد عن الامام على عليه السلام فى سقوط القصاص و الدية فى ماله:

و قد رفع عنهما القلم. «٢» و فى موثق عمار عن الامام الصادق عليه السلام عن الغلام متى يجب عليه الصلاة؟ قال عليه السلام: إذا اتى عليه ثلاث عشر سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة و جرى عليه القلم. الحديث «٣». و نحوها غيرها.
و عن الشيخ فى المبسوط فى مسألة الاقرار: ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم.
و اورد عليه بايرادات:

ثلاثة منها ما فى المتن و حيث ان المصنف يتعرض لها بعد اسطر فنحن تبعاً له نتعرض لها فى ما بعد/ رابعها: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان المراد بالقلم لو كان قلم التكليف كان المراد خصوص التكليف الالزامية، و ذلك بقرينة الرفع، فان مناسب مادة الرفع

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.

(٣) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٨

...

رفع ما فى حمله كلفه و ثقل و مشقه و ليس ذلك الا فى الاحكام اللزومية.

وفيه: انه يصح اسناد الرفع الى كل ما يصح اسناد الوضع إليه لانهما متقابلان، فلا وجه للاختصاص ببعض الاحكام.

خامسها: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره ايضا، و هو: ان تأثير الانشاء فى حصول عنوانه المنشأ كالباع تأثير تكوينى فى امر اعتبارى، فيكون كتأثير سيفه فى القطع، و هذا لا يرفعه حديث الرفع، و أما رفع الآثار الشرعية المترتبة شرعا على ذلك العنوان المتولد على ان لا- يكون البيع الحاصل بانشائه محكوماً باحكام البيع فذلك فى البشاعة يساوق القول بعدم ترتب آثار الموت على من مات بسيفه، و معلوم بالقطع ان حديث الرفع لا يرفع الا احكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير لا احكاماً مترتبة عليه حتى مع الواسطة.
وفيه: ان تأثير الانشاء فى حصول العنوان ليس تكوينياً بل هو جعلى، غاية الأمر حصوله فى نظر الشارع متوقف على القيود الشرعية، و ان كان حصوله فى نظر العقائد غير متوقف عليه.

و بالجملة: قد مر فى اول الكتاب ان فى البيع مثلاً يعتبر البائع و المشتري الملكية و يتحقق ذلك فى اعتبارهما، ثم ان كانت المعاملة واجدة للقيود المعتبرة عند العقلاء فيه يعتبر العقلاء ذلك ايضا، و الا فلا، و كذلك بالاضافة الى الشارع، فلو كان البلوغ من تلك القيود بنظره الاقدس لا تعتبر الملكية، و لا يكون العنوان متحققاً فى اعتباره، و هذا لا يستلزم شيئاً من المحاذير المتقدمة.

ثم ان المحقق النائينى قدس سره اختار دلالة على بطلان عقد الصبى حتى بالمعنى الثالث بدعوى انه يدل على كون الصبى مسلوب العبارة، فان الظاهر من قوله عليه السلام رفع القلم عنه ما هو المتعارف بين الناس و الدائر على ألسنتهم من ان فلاناً رفع القلم عنه و لا حرج عليه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٨٩

و استدلووا ايضا بخبر حمزة بن حرمان عن مولانا الباقر عليه السلام ان الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها و جاز امرها فى الشراء و الغلام لا يجوز امره فى البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمسة عشر سنة، الحديث. و فى رواية ابن سنان: متى يجوز امر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ اشده،

قال: ما أشده، قال: احتلامه. وفي معناهما روايات آخر لكن الانصاف ان جواز الامر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف لأن الجواز مرادف للمضى فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الاجازة، كما يقال بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف

و اعماله كاعمال المجانين، فهذه الكلمة كناية عن ان عمله كالعدم، و رفع عنه ما جرى عليه القلم، فلا ينفذ فعله و لا يمضى عنه، فان ما صدر عنه لا ينسب إليه.

وفيه: انه يدل على رفع قلم الوضع و التكليف عن الصبي، و لازم ذلك بطلان عقده بالمعنيين الاولين دون الثالث، فان العقد الصادر من الصبي باذن الولي له نسبتان: نسبة الى الصبي، و نسبة الى الولي، غاية الأمر نسبتبه إليه انما تكون بالتسيب، و لا منافاة بين عدم نفوذ ما هو عقد الصبي بالمباشرة و نفوذ ما هو عقد الولي، إذ القلم رفع عن الصبي لاعن الولي. هذا على فرض تسليم صدق كون العقد و البيع عقد الصبي مع كونه مجرى الصيغ، خاصة و كون طرف المعاملة عند العرف هو الولي، و الالفعدم دلالة على سلب عبارته اوضح. الثالث: النصوص الدالة بالمنطوق و المفهوم على عدم جواز امر الصبي في البيع و الشراء «١». و قد ذكر المصنف روايتين منها و هما خبر حمزة و رواية ابن سنان.

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه و باب ٢ من أبواب كتاب الحجر. و باب ٤٤ من أبواب الوصايا و غير تلكم من الابواب المختلفة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٠

و يشهد له: الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها (١) فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته. و انه إذا ساوم وليه متاعا و عين له قيمته و امر الصبي بمجرد ايقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلا، و كذا لو اوقع ايجاب النكاح أو قبوله لغيره باذن وليه.

و تقريب الاستدلال بها: انها بالاطلاق تدل على عدم نفوذ بيعه و شرائه حتى مع اذن الولي، فتدل على البطلان حتى بالمعنى الاخير. و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره: بانها في مقام بيان ان الاحتلام شرط في نفوذ امر الصبي و ليست في مقام بيان عدم نفوذ امره قبله و لو مع اذن الولي.

و فيه ان بعض تلك النصوص منطوقه يدل على عدم نفوذ امره قبله، و مقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولي و عدمه.

و الحق ان يقال: ان دلالتها على بطلان عقد الصبي بالمعنيين الاولين لا تنكر.

الا انها لا تدل على البطلان بالمعنى الاخير، إذ لو كان الصبي مجرى الصيغ خاصة لا يستند البيع و الشراء إليه، و على هذا بنوا عدم ثبوت خيار المجلس لمجرى الصيغ لعدم صدق البيع عليه، فالبيع انما يكون بيع الولي أو الموكل و الامر امره، و مجرد الصيغ لا تكون موضوع النفوذ و عدمه.

و لو تنزلنا عن ذلك فلا اقل من ان مثل هذا البيع له نسبتان: نسبة إلى الصبي، و نسبة إلى الولي أو الموكل، فلا مانع من نفوذه و مضيه بالاعتبار الثاني كما تقدم.

(١) قوله و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الاخبار بقوله الا ان يكون سفيها.

وجه الشهادة: ان السفيه ليس مسلوب العبارة، فمن استثنائه يعلم ان المراد عدم استقلاله في التصرف.

و فيه: انه لو كان مفاد هذه الاخبار - بحسب ظواهرها - عدم نفوذ امر الصبي و لو في اجراء الصيغ 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، و الا فلا مانع من الالتزام بكونه ايضا مسلوب العبارة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩١

و أما حديث رفع القلم ففيه:

أولاً: أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام (١) و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبي.

و ثانياً: أن المشهور على الألسنة أن الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين (٢) فلا مانع من ان يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ أو على الولي إذا وقع باذنه و اجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ، و حرمة تمكينه من مس المصحف

و قد اورد المصنف على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبي بوجوه.

(١) احدها: ان الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الاحكام.

و فيه: اولاً: انه لا شاهد لهذا الحمل، بل الظاهر منه قلم جعل الاحكام، و لا أقل من الاطلاق.

و ثانياً: ان مورد بعض هذه النصوص القصاص و ثبوت الدية و هما ليسا من قبيل المؤاخذة على مخالفة التكليف، بل من قبيل الحكم الوضعي.

و ثالثاً: ان المراد لو كان رفع فعلية المؤاخذة مع ثبوت الاستحقاق فيكون مقتضاه العفو كان ذلك مما يقطع بخلافه، و ان كان المراد رفع الاستحقاق فهو لا يصح الا مع رفع الحكم الذي هو منشأ هذا الحكم العقلي.

(٢) ثانياً: ان المشهور على الألسنة ان الاحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين،

فلا مانع من كون عقده سبباً فعلياً للوجوب التعليقي - اي وجوب الوفاء بعد البلوغ - و يكون هذا الوجوب منشأ انتزاع الوضع لعدم اختصاص منشئه بالوجوب الفعلي المنجز.

و فيه: ان ما هو المشهور انما هو ثبوت الوضع في حقه في الجملة في قبال عدم ثبوت التكليف اللزومي بقول مطلق لا ثبوت الاحكام الوضعية في حقه مطلقاً، كيف و قد اشتهر بينهم بطلان عقد الصبي.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٢

و ثالثاً: لو سلمنا اختصاص الاحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين (١) فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ.

و بالجملة: فالتمسك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي،

و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الاجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة، و الا فالمسألة محل اشكال، و لذا تردد المحقق في الشرائع في اجازة المميز باذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية و استشكل فيها في القواعد و التحرير، و قال في القواعد و في صحة بيع المميز باذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه ان اقوى الصحة مستدلاً بأن العقد إذا وقع باذن الولي، كان كما لو صدر عنه، و لكن لم اجده. فيه و قواه المحقق الاردبيلي على ما حكى عنه، و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الاجماع عنده حيث قال: و هل يصح بيع المميز و شرائه؟ الوجه عندي انه لا يصح و اختار في التحرير صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده، و ذكر المحقق الثاني انه لا يبعد بناء المسألة على ان افعال الصبي و اقواله شرعية ام لا، ثم حكم بأنها غير شرعية و ان الاصح بطلان العقد.

(١) ثالثها: انه لو سلمنا اختصاص الاحكام الوضعية ايضا بالبالغين، لكن لا مانع من كونه جزء السبب للملكية بعد البلوغ بان يكون الجزء الآخر البلوغ، و مع ذلك ليس للطرف الآخر نقض العقد لكون العقد موضوعا لوجوب الوفاء، و ان لم يؤثر في الملكية كما في معاملة الفضولي مع الاصيل، فانه يجب على الثانى الوفاء بالعقد مع عدم حصول الملكية.

و بهذا البيان اندفع ايراد المحقق النائيني قدس سره عليه بانه: لا يمكن التفكيك فى الآثار بين البالغ وغيره، إذ لو افاد عقد الصبى الملكية فلا يمكن ان لا يؤثر فعلا و يصير ذا اثر بعد البلوغ.

و فيه: انه بعد الالتزام باختصاص الاحكام الوضعية بالبالغين لا سبيل الى الالتزام بكون عقده جزء المؤثر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٣

و عن المختلف انه حكى فى باب المزارة عن القاضى كلاما يدل على صحة بيع الصبى.

و بالجملة فالمسألة لا يخلو عن اشكال و ان اطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتى الحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه فالانصاف ان الحجة فى المسألة هى الشهرة المحققة و الاجماع المحكى عن التذكرة بناء على ان استثناء الاحرام الذى لا يجوز الا باذن الولى شاهد على ان مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة،

لانفى الاستقلال فى التصرف و كذا اجماع الغنية بناء على ان استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول عقده للبيع باذن الولى، و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالاجازة، حتى يقال أن الاجازة عند السيد (ابن زهرة) غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل. و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى، و يؤيد الاجماعين ما تقدم عن كثر العرفان، نعم لقاتل أن يقول: إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقق الثانى: الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى يدل على عدم تحقق الاجماع، و كيف كان. فالعمل على المشهور و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد فى الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبى و خطاه واحد (١) كما فى صحيحة ابن مسلم و غيرها، و الاصحاب و ان ذكروها فى باب الجنائيات الا انه لا إشعار فى نفس الصحيحة. بل و غيرها بالاختصاص بالجنائيات.

(١) الرابع: النصوص المتضمنة لكون عمد الصبى خطأ:

كصحيح محمد بن مسلم عن مولانا الصادق عليه السلام: عمد الصبى و خطاه واحد. «١» و تقريب الاستدلال بها: انها تدل على ان الاحكام المترتبة على الافعال مع القصد و العمد لا تترتب على افعال الصبى، و ان اعماله عن قصد كالأعمال الصادرة عن غيره بلا قصد، فعقده كعقد الهازل و النائم.

و تنقيح القول بالبحث فى جهتين.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة من كتاب الدييات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٤

...

الاولى: فى انه هل تدل الاخبار على ان قصد الصبى كلا قصد، ام تدل على ان- اى الفعل الصادر عن عمد- خطأ، اى حكمه حكم الفعل الخطئى؟ ظاهر الاخبار بل صريحها هو الثانى، مع ان حملها على الأول مستلزم لتخصيص الاكثر، إذ لازمه صحة صلته لو تعمد بالتكلم، و ايجاد غيره من الموانع، و صحة 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: في انه على المعنى المختار هل تعم النصوص باب المعاملات ام تختص بباب الجنائيات؟ وجهان: اقواهما الثانى. و ذلك لوجهين.

الأول: ان العمد و الخطأ انما يتصوران فى الامور التى لها واقع محفوظ، و ذلك 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 الخطأ، إذ لو قصدتها تقع و الا فلا لا انها تقع خطأ.

الثانى: ان تنزيل شىء منزلة آخر انما يصح إذا كان للمنزل عليه اثر ليكون التنزيل بلحاظه، كما فى القتل، فان اثر الخطأ منه كون الديق على العاقلة، و أما ما لا حكم لخطئه كباب المعاملات- على فرض تسليم الخطأ فيها- فلا يصح فيه هذا التنزيل. و بعبارة اخرى: انها تدل على وحدة حكم عمد الصبى و خطأه، و هذا انما يصح فيما كان لكل منهما حكم يخصه، فاريد بهذه العبارة افادة الاتحاد فى خصوص الصبى، و معلوم ان تعدد حكم العمد و الخطأ و اختلافهما فى الحكم انما يكون فى خصوص باب الجنائيات.

و قد ذكر السيد قده فى الحاشية و جهين آخرين لاختصاص النصوص باب

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٥

و لذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر على ان اخلال الصبى المحرم بمحظورات الاحرام التى يختص حرمتها الكفارة فيها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى، و لا على الولى لأن عمدته خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعى تعلق بالافعال التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد، فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبى و ايقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و ايقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم (١) و هو ما عن قرب الاسناد بسنده عن ابى البخترى عن جعفر عن أبىه عن على عليه السلام انه كان يقول: المجنون و المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدتهما خطأ يحمله العاقلة. و قد رفع عنهما القلم، الى آخره. فإن ذكر رفع القلم فى الدليل ليس له وجه ارتباط، الا بأن تكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الديق على العاقلة أو بأن تكون معلولة لقوله عمدتهما خطأ، يعنى انه لما كان

الجنائيات:

احدهما: ان فى ذيل بعض «١» تلك النصوص هذه العبارة تحمله العاقلة أو جعل الديق على قومه و لا ريب فى ان مثل هذه النصوص مختصة بباب الجنائيات، و هى تكون قرينة على غيرها.

و فيه: انه لا وجه لحمل المطلق فى المقام على المقيد لكونهما مثبتين.

ثانيهما: ان النصوص غير المذيلة بما ذكر انما تكون مطلقة لا عامة، و القدر المتيقن منها باب الجنائيات.

و فيه: ان القدر المتيقن لا يمنع عن التمسك بالاطلاق، فالصحيح ما ذكرناه

(١) و المصنف ره بعد ما اشكل على دلالة حديث رفع القلم على بطلان عقد الصبى قال: بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد «٢» من هذه الاخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم.

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب العاقلة حديث ٣ و ٥ و باب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٦

قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع، وفي الواقع رفع القلم عنهما، ولا يخفى ان ارتباطها بالكلام على وجه العلية والمعلولية للحكم المذكور في الرواية، اعني عدم مؤاخذه الصبي والمجنون بمقتضى جنائية العمد وهو القصاص، ولا بمقتضى شبه العمد وهو الدية، في مالهما لا يستقيم الا بأن يرد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعا، من حيث العقوبة الاخروية والدينية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية. (١) وعدم ترتب ذلك على افعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد والتعمد لترتب عليه غرامة اخروية أو دنيوية، وعلى هذا، فإذا التزم على نفسه مالا باقرار أو معاوضة ولو باذن الولي فلا اثر له في الزامه بالمال ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ (٢) فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته، ولو كانت باذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده وعدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله وحجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذه شاملا لصورة اذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده في انشاءاته و اخباراته مسلوب الأثر.

(١) وتقريب استظهار المطلب منه: ان قوله وقد رفع عنهما القلم لا وجه لذكره الا كونه علة للحكم - وهو ثبوت الدية على العاقلة - أو معلولا لقوله عليه السلام عمدهما خطأ وعلى اي تقدير يدل على ان قصد الصبي كلا قصد، فانه يدل حينئذ على عدم اختصاص الرفع بالمؤاخذه وانه عام لكل ما التزم على نفسه من المال باقرار أو معاوضة، ويدل انه لا أثر له في الزامه بالمال ومؤاخذته به بعد البلوغ

(٢) ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين اذن الولي وعدمه، وعدم ترتب الاثر على التزامه حتى مع اذن الولي لا يكون الا لسلب قصده وعدم العبرة بانشائه.

و يرد عليه - مضافا الى ما عرفت من ظهور حديث رفع القلم في رفع جميع الاحكام في نفسه ومع ذلك لا يدل على سلب قصده. فراجع.

انه ليس علة للحكم، ولا معلولا لعمدهما خطأ اما الأول: فلخلوه عن اللام والفاء الدالتين على ذلك، مضافا الى انه ان تؤخذ العلة رفع القلم مطلقا، أو رفع القلم في باب الجنائيات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٣٩٧

...

فان كان الاول فاجنبية العلة عن الحكم المعلل واضحة، إذ اي ربط بين رفع قلم التكليف بالصوم والصلاة و ثبوت الدية على العاقلة، وان كان الثاني فغاية ما يمكن ان يقال في توجيه الارتباط: ان دم المسلم لا بد وان يتدارك، ولا يكون ذلك من بيت المال، فلا بد وان يكون من مال الصبي او من العاقلة،

فحيث ان القلم مرفوع عن الصبي فيكون من العاقلة وهذا مضافا الى مخدوشيته في نفسه إذ اي دليل على لزوم التدارك، ثم أي دليل على عدم كونه، من بيت المال، و أي دليل على الدوران المزبور، ان لازم ذلك تعليل ثبوت احد الضدين بنفي الضد الآخر، وهو كما ترى.

و أما الثاني: أي عدم كونه معلولا، فلمخالفته في كيفية التعبير من حيث الاشتمال على كلمة قد الدالة على تحقق مدخولها و خلو جملة تحمله العاقلة عنها،

مضافا الى انه من المعلوم انه هذه الجملة اي جملة عمدهما خطأ ليست في مقام بيان امر تكويني بل متضمنة لبيان امر تشريعي و عليه فيتحد مفادها مع مفاد رفع القلم، فلا وجه لجعل احدهما علة للآخر.

و الحق فى المقام ان يقال: ان عمدهما خطأ متكفل فى نفسه لبيان حكمين بنحو الاجمال، و قد بينهما الامام عليه السلام بجملتين اخريين: احدهما: ثبوت الدية على العاقلة، و الاخرى عدم ثبوت شىء على الصبى، و بين الأولى بقوله تحمله العاقلة و الثانية بقوله و قد رفع فهاتان الجملتان تفسير ان للجملته الاولى من دون ان يكون هناك عليه أو معلولة.

فتحصل من مجموع ما ذكرناه: ان الاستفادة من الادلة بطلان عقد الصبى إذا كان مستقلا، و صحته إذا كان باذن الولى أو اجازته.

ادلة القول بصحة عقد الصبى

و أما المقام الثانى: فقد استدل لجواز عقد الصبى بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٨

...

الأول: الآية الشريفة (و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم اموالهم) «١» و تقرب الاستدلال بها من وجهين.

احدهما: ما افاده أبو حنيفة و وافقه بعض المعاصرين، و هو: ان ظاهر الآية كون الابتلاء قبل البلوغ بقرينة التعبير باليتامى، و قوله تعالى حتى سواء كانت للغاية ام للابتداء، و الظاهر من الابتلاء بالاموال بان يأذنوا لهم فى البيع و الشراء قبل البلوغ، و ذلك يقتضى صحة تصرفاتهم.

وفيه: أنه لا إشكال فى دلالتها على عدم كون الصبى مسلوب العبارة، الا انها لا تدل على كونه مستقلا فى التصرف لحصول الابتلاء بالبيع مع اذن الولى أو اجازته، و حيث ان ظاهر ذيل الآية الشريفة - كما مر - عدم صحة تصرفاته استقلالا، فلا بد من البناء على ذلك. ثانيهما: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان الاستفادة من الآية الشريفة ان المدار فى صحة معاملات الصبى على الرشد بان تكون الجملة الاخيرة استدراكا عن صدر الآية، و انه مع استثناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و ان اعتبار البلوغ طريقى اعتبر امارة الى الرشد بلا موضوعية له و فيه انه لو لم يكن الامر بدفع المال متفرعا على الرشد بعد البلوغ لا مطلق الرشد لم يكن وجه لجعل غاية الابتلاء هو البلوغ، و كان ذكر حتى إذا بلغوا النكاح زائدا، و حمله على الطريقة الى الرشد خلاف الظاهر.

الثانى: مرسل المبسوط و روى: انه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف.

(١) النساء: آية ٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٣٩٩

...

وفيه: انه لارساله و عدم العمل حتى من مرسله به لا يعتمد عليه.

الثالث: النصوص «١» الدالة على جواز وصيته و صدقته و عتقه، فانه لو التزم بخروجها عن حديث رفع القلم يرد عليه اباة سياقه عن التخصيص.

وفيه: اولاً: ان الدليل لم يكن مختصا بحديث رفع القلم.

و ثانياً: انه غير آب عن التخصيص،

هذا على فرض جواز تلك التصرفات و الا فالأمر اسهل.

الرابع: السيرة التي ادعاها سيد الرياض على ما نقل عنه الشيخ قدس سره و الانصاف انه لا ينبغي التشكيك فيها، الا ان المتيقن منها المعاملة باذن الاولياء،

بل سيد الرياض ادعاها في هذا المورد، و لا مورد للايراد عليه بانها ناشئة عن عدم المبالاة بالدين.

الخامس: خبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعته يد، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعته بيده فانه ان لم يجد سرق «٢» فان حصر كراهته التصرف فيما اكتسبه الغلام بما إذا لم يحسن صناعته بيده و احتمال سرقة اقوى شاهد على نفوذ معاملاته.

و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه محمول على موارد عدم معاملة نافذة من الصبي، اما بان لا- تكون هناك معاملة اصلا- كالالتقاط المترتب عليه الملكية- أو مع كون المعاملة من الولي- كالأجارة التي اوقعها الولي- أو مع كونها عن الصبي على نحو يجامع فساد المعاملة- كاستحقاق اجرة المثل في الاجارة التي اوقعها الصبي بغير اذن الولي

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات ج و باب ٥٦ من أبواب كتاب العتق- و باب ٤٤- من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) الوسائل باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٠

...

أو عمل عملا بامر آمر، و من الواضح ان جواز التصرف في المكسوب في هذه الموارد لا يكشف عن نفوذ معاملات الصبي بما هو صبي.

و فيه: ان قبض الصبي المال في هذه الموارد- كما اعترف به قده قبيل ذلك لا أثر له لفرض كون اجرة المثل كليه، و كذلك الاجرة المسماة بحسب الغالب، و هو لا يتعين بقبض الصبي.

و بالجملة: غاية ما يثبت بما ذكره استحقاق الصبي للاجرة، و لكن لا يتعين ذلك فيما اقبضه من عليه، بل هو باق على ملكه، فيحرم للولي و غيره التصرف فيه،

و به يظهر حال الالتقاط، فانه إذا كان فعل الصبي كالعدم لا أثر لالتقاطه ايضا.

فالحق في المقام ان يقال: ان المنهى عنه اما ان يكون هو الكسب اي المعنى المصدري أو يكون هو المكسوب، فان كان الأول فلا محالة يكون الموجه إليه الخطاب الولي فيكون مفاده مرجوحية نصب الولي لهم لتصدى المعاملات الا في الصناعات، و عليه فان كان النهي تحريما لا يدل على نفوذ معاملاته بوجه، و ان كان تنزيها، و ان كان يشعر بذلك، الا انه لا دليل على حمل النهي عليه، و ان كان الثاني كما لعله الظاهر لعدم مناسبة العلة مع الأول.

فتقريب الاستدلال به على نفوذ معاملات الصبي انما يكون من وجوه:

احدها: من جهة التعليل، إذ لو لم تكن المعاملة نافذة كان المتعين التعليل بذلك،

فانه حينئذ كان التصرف فيه حراما لكونه ملك الغير، و ان علم بعدم السرقة لا التعليل بانه ان لم يجد سرق.

ثانيها: من جهة التقييد، إذ لو كانت معاملة غير الصبي غير نافذة من اصلها لم يكن هناك فرق بين من يحسن صناعته بيده و من لا يحسن.

ثالثها: من جهة الحكم، إذ المشهور بين الأصحاب حمل هذا النهي على الكراهة،

فهذه آية نفوذ المعاملة و الا كان التصرف حراما.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠١

ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالاتلاف (١) الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكى عن بعض، الا ان يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم، ولا يخلو من بعد ولكن هذا غير وارد على الاستدلال، لأنه ليس مبنيًا على كون رفع القلم علة للحكم، لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبي والمجنون، فيختص رفع قلم المؤاخذه بالافعال التي يعتبر في المؤاخذه عليها قصد الفاعل، فيخرج مثل الاتلاف، فافهم و اغتتم.

وفي كل مناقشة:

اما الاول: فلأن هذا النهي انما هو بلحاظ هذا الاحتمال اي احتمال السرقة و لا نظر في ذلك الى نفوذ المعاملة و عدمه كي يدل على نفوذها مع عدم ذلك، مع ان المنهى عن التصرف فيه ليس خصوص ما اكتسب بالمعاملة بل مطلق ما حصله الصبي كان بتلك ام غيرها، فلا يدل على نفوذ معاملته مع عدمه.

و أما الثاني: فلأن الفرق بين من يحسن صناعة بيده و غيره واضح، فانه في الأول يكون احتمال السرقة اضعف من غيره، فيكون ذكر القيد لتحقق الموضوع،

مع ان القيد لا مفهوم له.

و أما الثالث: فلعدم القرينة لحمل النهي على الكراهة، مع ان هذا النهي انما هو بلحاظ احتمال السرقة خاصة و لا نظر فيه الى جهات اخر.

فتحصل: ان المستفاد من مجموع الادلة بطلان عقد الصبي إذا كان مستقلا في المعاملة و نفوذه إذا كان باذن الولي.

المستنبات

(١) قوله عدم مؤاخذتهما بالاتلاف الحاصل منهما... فيخرج مثل الاتلاف و قد استثنى من رفع القلم عن الصبي مواضع: منها: اتلافه.

فان المشهور بين الأصحاب كونه موجبا لزمانه و قد استدلوا لذلك بوجوه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٢

...

احدها: ما استفاد من كلمات المصنف قدس سره، و هو: ان المستفاد من ادلة الباب بعد ضم بعضها ببعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعبر فيها القصد الى مقتضاها كإنشاء العقود، فيخرج مثل الاتلاف.

و فيه: ان مقتضى عموم حديث رفع القلم رفع كل تكليف، أو وضع عن الصبي كان سببه فعله القصدى أو غير القصدى ثانيها: ما ذكره المحقق الاصفهاني و هو: ان مقتضى مناسبة الحكم و الموضوع ان كل اثر منوط ترتبه على الفعل بالعقل و كما له، و استشعار الفاعل فهو مرفوع عن الصبي،

فمثل الضمان المترتب على مجرد الاتلاف غير المنوط بشيء خارج عن عموم الآثار المرفوعة.

و فيه: ان كمال العقل انما هو من باب الحكمة لا العلة، و الا قرب غير بالغ اعقل من البالغ.

ثالثها: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه في بعض «١» النصوص جمع بين عمد الصبي خطأ و رفع القلم عنه، و هو يصلح قرينة لقصر المرفوع بقلم العمد، و ان المرفوع احكام اخذ في موضوعها العمد، و 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: اولاً: ان عموم رفع القلم في ذلك الحديث لا محذور فيه، ومجرد تطبيقه على مورد خاص لا يصلح قرينة لعدم ارادة العموم منه.

و ثانياً: انه لا وجه لصيرورته مسقطاً لعموم سائر الروايات.

رابعها: ان حديث رفع القلم لو ورده مورد الامتنان يختص بما في رفعه منه ولا منة على الامة في رفع الضمان لكونه خلاف الامتنان بالنسبة الى الكبير افاده المحقق الاصفهاني

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٣

ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا- ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير (١) والحاصل ان مقتضى ما تقدم من الاجماع المحكى في البيع وغيره من العقود والاعبار المتقدمة، بعد انضمام بعضهما الى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الافعال المعبر فيها القصد الى مقتضاها كانشاء العقود اصالةً و وكالةً، والقبض والاقباض (٢) و كل التزام على نفسه من ضمان أو اقرار أو نذر أو ايجار.

وفيه: انه لا- قرينة لكونه وارداً مورد الامتنان، بل لازم ذلك عدم شموله لبيعه، إذ ليس في رفع حليته منة على الصبي، فالعمدة في استثنائه الاجماع ان ثبت و كان تعدياً و منها: التعزير.

(١) وقد افاد المصنف قدس سره في وجه خروجه: ان المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين فلا- ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير وفيه اولاً: انه لا شاهد لهذا التخصيص بل مقتضى عموم شموله لكل من الأمرين و ثانياً: ان هناك شاهداً على خلاف ذلك فان مجرد الفرق بين الصبي و البالغ في المؤاخذه و اختلاف حكمهما لا يصح اسناد رفع القلم إليه كما لا يخفى فالصحيح في وجه خروجه قيام الدليل الخاص عليه المخصص لعموم رفع القلم.

و منها: انه إذا لاقى جزء من بدنه مع النجاسة ينجس، و لو تحقق في حقه سبب الجنابة يجب كما هو المشهور بين الأصحاب. و الوجه في ذلك عدم شمول حديث رفع القلم لهما في نفسه، و ذلك لأنه يعتبر ان يكون الحكم المرفوع به مترتباً على فعل الصغير بما هو، فلا يعم مثل النجاسة المترتبة على الملاقاء و الجنابة المترتبة على سببها بلا دخل لفعل الصبي فيه، و أما عدم شمول ما دل على انه لا يجوز امر الصبي لهما فواضح.

(٢) و منها: القبض. و الاقباض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٤

و قال في التذكرة: و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة، و ان اتهب له الولي و لا لغيره و ان اذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حتى الى هذا الصبي فسلم مقدار (قدر) حقه إليه لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبي لان المالك ضيعه حيث دفعه إليه و بقي الدين لأنه في الذمة و لا يتعين الا بقبض صحيح، كما لو قال ارم حتى في البحر فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي الى الصبي أو القه في البحر لأنه امتثل أمره في حقه المعين،

و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان ياذن الولي

و ملخص القول فيه: ان القبض ربما يكون معيناً للكلية و آخر يكون قبضاً لمال معين.

و على التقديرين: ربما يكون جزء السبب المملك كما في بيع الصرف و الهبة، و ربما لا يكون كذلك، و على التقادير: ربما يكون باذن الولي و قد يكون بغير اذنه، فقد يقال بترتب الأثر على قبضه مطلقاً.

و استدلال له السيد: بالسيرة عليه في الصدقات و باطلاق نصوص الكفارة الدال على جواز اعطائها بيد الصغير «١» و بما في الزكاة الدال على جواز اعطائها بالصغير «٢» و لكن المتيقن من السيرة اعطائها باذن الولي و نصوص الكفارة و الزكاة واردة في مقام بيان حكم آخر لا- يصح الاستدلال بها في المقام، ففي محكي الجواهر: ثم لا- يخفى ان المراد من اعطاء الأطفال في النص و الفتوى الايصال إليهم على الوجه الشرعي بان يسلم بيد وليهم.

و الحق في المقام ان يقال: ان المقبوض ان كان شخصياً، فان لم يكن مال الصبي و لم يأذن المالك في القبض لا كلام في عدم كونه مبرءاً للذمة، و ان اذن مالكة في القبض كان ذلك مبرءاً للذمة، لان ذلك قبض منه و استيلاء على المال، إذ القبض الذي يترتب.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الكفارات من كتاب الايلاء و الكفارات.

(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة و وقت التسليم و النيء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٥

إذ ليس له تضييعها باذن الولي (١) و قال ايضا لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده، أو متاعاً الى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده الى الصبي، بل الى وليه ان كان. فلو امره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه براء من ضمانه إن كان المال للولي، و ان كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر، فإنه يلزمه ضمانه، و إذا تباع الصبيان و تقابضا و اتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى باذن الوليين فالضمان عليهما، و الا فلا ضمان عليهما، بل على الصبيين. و يأتي في باب الحجر تمام الكلام، و لو فتح الصبي الباب و اذن في الدخول على اهل الدار،

أو ادخل الهدية الى انسان عن اذن المهدي، فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه، انتهى كلامه رفع مقامه.

عليه الاثر ليس هو الاخذ باليد خاصة بل هو الاستيلاء على المقبوض المتحقق في الفرض.

و ان شئت قلت: ان المبرأ للذمة اداء مال الغير فتبرأ الذمة و ان امر بالقاء ماله في البحر فألقاه.

و ان كان المال مال الصبي فان اذن له الولي في اقباضه أو اذن الصبي في قبضه برئت ذمته لانه قبض للولي.

(١) و ما افاده العلامة قدس سره من ان ذلك تضييع لمال الصبي فلا يجوز و ان اذن الولي،

غير تام، لعدم كونه تضييعاً بل اقباضاً للولي.

و ان كان بدون اذنه لا يجوز لعدم العبرة بقبضه مستقلاً.

و ان كان كلياً، فان كان بدون اذن الولي- ان كان ماله أو مال الصبي- أو بدون اذن مالكة- ان كان لغيرهما- لم تبرأ ذمته و بقي المقبوض على ملكه.

و ان كان مع اذنه، كان ذلك قبضاً معيناً للكلية، و لا أقل من كونه توكيلاً منه في قبض حقه و تعيينه فيما بيده ثم دفعه الى الصبي. فافهم و اغتتم.

معاملة الصبي في الاشياء اليسيرة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٦

ثم انه ظهر مما ذكرنا انه لا فرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الاشياء اليسيرة أو الخطيرة (١) لما عرفت من عموم النص و الفتوى، حتى ان العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية ان ابا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فارسله ردها: بعدم الثبوت، و عدم الحجية، و توجيهه بما يخرج عن محل الكلام.

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من ان الأظهر جواز بيعه و شرائه، فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرص، (٢) انتهى. فإن الحرج ممنوع سواء اراد ان الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات، و التزام مباشرة البالغين لشرائها، ام اراد انه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة، ثم لو اراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون اذن الولي ليكون حاصله انه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفا للاجماع.

(١) قوله لا فرق في معاملة الصبي بين ان يكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة و قد استدل لنفوذها في الأشياء اليسيرة بوجوه: الأول: ان الآيه و النصوص المتقدمة مختصة بالمعاملة في الأشياء الخطيرة بقريته مناسبة الحكم و الموضوع.

بتقريب: انها بمناسبة الحكم و الموضوع تدل على عدم نفوذ امر الصبي فيما له شأن يتفاوت فيه كامل العقل و غيره، و هو انما يكون في الأشياء الخطيرة دون المحقرات التي لها ثمن معين لا يتفاوت في الصغير و الكبير.

و فيه: ما تقدم من ان كمال العقل انما هو من قبيل الحكمة لا العلة، و الا فرب غير بالغ اكمل عقلا من البالغ.

(٢) الثاني: لزوم الحرج من تصدى البالغين لجميع المعاملات حتى المعاملة على المحقرات.

و فيه: ان لزوم الحرج من كونهم مستقلين في المعاملة ممنوع، نعم لا ننكر لزومه

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٧

و أما ما ورد في رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام، (١) قال: و نهى النبي صلى الله عليه و آله عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه ان لم يجد سرق

من منعهم عن المعاملة مطلقا، و لكن قد مر أن الأظهر جواز معاملاتهم في صورة اذن الاولياء حتى في المجملات.

الثالث: ان سيرة أهل العرف من كل ملء و نحلة جرت على ايكال المعاملات في المحقرات الى الصبيان.

و اجاب عنه المحقق النائيني قدس سره: بان السيرة مختلفة باختلاف الأشياء،

فانهم يوكلون الى من بلغ اربع سنين معاملة البقول، و إلى من بلغ ثمانية بيع اللحوم، و هكذا، و ثبوت السيرة من عصر الأئمة عليهم السلام من المتدينين بهذا التفصيل مشكل، بل المعلوم عدمها،

فلا يمكن الالتزام بكون هذه السيرة مخصصة للأدلة.

و يرد عليه قده: ان المستدل استدل بالسيرة العقلائية، و ما ذكره قدس سره انما يصلح جوابا عن سيرة المتشعبة، و بينهما فرق واضح كما لا يخفى.

فالحق ان يقال: ان الاستدلال ان كان بالسيرة العقلائية فالأدلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها، فلا كاشف عن امضائها، و ان كان استدلالا بسيرة المتشعبة فيرد عليه: ان ثبوتها في صورة عدم اذن الاولياء ممنوع.

(١) قوله و أما ما ورد في رواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام.

اشار بذلك الى موثق «١» السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه و آله عن كسب الاماء فانها ان لم تجد زنت الا امة قد عرفت بصنعها يد و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق.

ظاهر هذه الرواية صحة معاملة الصبي اما مطلقا أو في صورة اذن الولي كما اخترناه على ما هو القدر المتيقن من اطلاقها، لتعليقه النهي

بانه لو لم يجد سرق حيث انه لو كان قصده كلا قصد كان المناسب تعليقه بما يفيد ذلك لا بما ذكر لان مقتضى ما ذكر عدم النهى لو علم بانه لا يسرق

(١) الوسائل باب ٣٣ من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٨

فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو اجرة عن اجارة او قعها الولي أو الصبي بغير اذن الولي، أو عن عمل امر به من دون اجارة، فاعطاه المستأجر أو الامر اجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي (١) لكن يستحب للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيه، لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن اموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات. و كيف كان فالقول المذكور في غاية الضعف، نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض (٢)

هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلهة ممن له اهلية التصرف من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك. و فيه اشكال من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين، كما في سيرهم الفاسدة. (٣)

و يؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي اصلا و معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع ان هذا مما لا ينبغي الشك في فساده خصوصا الاخير

مع انه لم يكن وجه للتقييد بالذي لا يحسن صناعة بيده، إذ على فرض كون قصده كلا قصد لم يكن فرق بينه و بين ما يقابله

(١) و اجاب عن ذلك المصنف في المتن بان الخبر انما يدل على الصحة لو كان الكسب في الخبر بمعناه المصدرى أى الاكتساب و ايجاد ما هو سبب لتحصيل المال، و ليس كذلك بل هو بمعناه الاسم المصدرى أى المكتسب و عوض الكسب و فائدته من التقاط أو اجرة عن اجارة او قعها الولي أو الصبي باذن الولي فان هذه كلها مملوكة للصبي و يستحب للولي و غيره الاجتناب عنه، و يرد عليه ان المعنى المصدرى و اسم المصدرى واحد و هما مختلفان اعتبارا فالتفصيل بينهما في غير محله (٢) قوله ربما صحح سيد مشايخنا و مثله صاحب مفتاح الكرامة، و استدلاله بالسيرة و اجاب المصنف عنه في الرياض.

(٣) بان السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٣، ص: ٤٠٩

مع ان الاحالة على ما جرت العادة به كاحالة على المجهول (١) فان الذي جرت عليه السيرة هو الوكول الى كل صبي ما هو فطن فيه بحيث لا يغلب في المساومة عليه فيكلون الى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس و إلى من بلغ ثمانية سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ اربعة عشر سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكون إليه امور التجارة في الاسواق و البلدان و لا يفرقون بينه و بين من اكمل خمسة عشر سنة و لا يكون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها الا بعد ان يحصل له التجارب و لا أظن ان القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل.

و كيف كان، فالظاهر ان هذا القول ايضا مخالف لما يظهر منهم، و قد عرفت حكم العلامة في التذكرة بعدم جواز رد المال الى الصبي إذا دفعه الى الناقد لينقده أو المتاع الذي دفعه المقوم ليقومه مع كونه غالبا في هذه المقامات بمنزلة الآلهة للولي، و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه باذن الولي مع انه بمنزلة الآلهة في ذلك غالبا.

و الحق ان يقال ان المراد بالسيرة ان كان هو السيرة العقلانية فالادلة الدالة على عدم نفوذ معاملات الصبيان تصلح رادعة عنها فلا كاشف عن امضائها،

و ان كان المراد بها سيرة المتشرعة فيرد عليه ان ثبوتها حتى مع عدم اذن الاولياء ممنوع

(١) قوله ان الاحالة على ما جرت به العادة به كاحالة على المجهول.

المحيل هو المحدث الكاشاني في عبارته المتقدمة، و ليس هذا ايرادا لو سلم السيرة فان لازم ما افاده المصنف الاقتصار على المتيقن و في الموارد المشكوك فيها يرجع الى عموم ما دل على عدم نفوذ معاملة الصبي، كما هو الشأن في جميع موارد الشبهة المفهومية و الاتمام الكلام في هذه المسألة و هو التمسك بالعام في الشبهة المفهومية إذا كان الدليل أى دليل الخاص مجملا و منفصلا محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٠

و قال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبي اصالة و وكالة ما لفظه، نعم ثبت الاباحة في معاملة المميزين إذا جلسوا مقام اوليائهم أو تظاهروا على رءوس الاشهاد حتى يظن ان ذلك من اذن الاولياء خصوصا في المحقرات، ثم قال: و لو قيل بتملك الأخذ منهم، لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى (١) اما التصرف و المعاملة باذن الأولياء سواء كان على وجه البيع، أو المعاطاة فهو الذي قد عرفت أنه خلاف المشهور و المعروف، حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة، لانها تصرف لا محالة، و ان لم يكن بيعا، بل و لا معاوضة، و ان اراد بذلك ان اذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبي هو المفيد للاباحة لا نفس المعاملة، كما ذكره بعضهم في اذن الولي في اعادة الصبي

(١) ما افاده كاشف الغطاء في وجه تصحيح المعاملة، يرجع الى ان صاحب المال انما يوكل كل من اخذه من الصبي بالاخذ للبيع فاخذه انشاء للبيع من جانب صاحب المال و قبول من ناحية نفسه فيكون موجبا و قابلا، و لكن يرد عليه ان صاحب المال لا- يوكل شخصا معينا، و لا جميع الاشخاص بل هو غير متوجه الى ذلك اذف إليه ان الاخذ لا يكون قاصدا للايجاب و القبول،

مع ان بناء المشرعة على التصرف في المأخوذ مع عدم احراز الاجازة بل و عدم اجازة صاحب المال و الحق انه في هذا المورد يكون اباحة بالعوض و الدليل على نفوذها و صحتها هي السيرة و بعبارة اخرى يكون تصرفا بالرضا و اذنا في الاتلاف بالعوض المسمى و دليل الامضاء السيرة بضميمة عدم الردع هذا على تقدير عدم صحة عقد الصبي حتى مع اذن الولي و الا فالظاهر ان ظاهر الحال كون الصبي مأذونا من قبل الولي في المعاملة فالمعاملة صحيحة بلا احتياج الى هذه التمحلات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١١

فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته (١) و هو انه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة،

كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح في الاشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الامارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، و كان الغالب في الاشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي تعين القيمة (٢) و الاختلاف الذي يتسامح به في العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع و الشراء، مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه في الاذن في دخول الدار. و في ايصال الهدية إذا ظهرت امارات الصدق، بل ما ذكرنا اولي بالجواز من الهدية من وجوه (٣) و قد استند فيه في التذكرة الى تسامح السلف.

(١) قوله ما ذكره بعض المحققين من تلامذته هو صاحب المقاييس ذكره في المقاييس في ثالث شروط المتعاقدين

(٢) قوله و كان الغالب في الاشياء التي يعتمد على قول الصبي تعين القيمة مراده تعين القيمة من الخارج من غير حاجة الى المساومة

فلا ينافى ما ذكره كاشف الغطاء

(٣) قوله بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية من وجوه احدها- وجود الامارات المفيدة للاطمينان بالاذن مثل الجلوس مقام اوليائهم و المعاملة بمرأى و مستمع من الناس فى المقام دون الهدية ثانياً تخصيص المال باليسير و تعميمه فى الهدية له و للخطير على ما هو ظاهر اطلاقهم ثالثاً ان الهدية من باب التملك و المقام من باب الاباحة و بديهى انه يتسامح فى الثانى بما لا يتسامح به فى الاول، و رابعها ان المقام فيه العوض بخلاف الهدية.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٤١٢

و بالجملة فالاعتماد فى الحقيقة على الاذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الا- عطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبى و معاملته من حيث انه كذلك، و كثيراً ما يعتمد الناس على الاذن المستفاد من غير وجود ذى يد اصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما فى دخول الحمام و وضع الاجرة عوض الماء التالف فى الصندوق، و كذا فى اخذ الخضر الموضوعه للبيع و شرب ماء السقائين، و وضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعد لهما، و غير ذلك من الأمور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك فى غير المعاوضات من انواع التصرفات، فالتحقيق ان هذا ليس مستثنى من كلام الاصحاب و لا منافيا له و لا يعتمد على ذلك ايضا فى مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و اظهر عدم الرضا، انتهى.

و حاصله ان مناط الاباحة و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين، أو بشخص منزل منزلة شخصين، بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله حتى لو فرضنا انه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق، كإطارة الريح و نحوها، فتراضيا على التصرف باخبار صبى، أو بغيره من الامارات كالكتابة و نحوها، كان هذه معاطاة أيضاً، و لذا كان وصول الهدية إلى المهدي إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضى المهدي بالتصرف، بل التملك كافياً فى إباحة الهدية بل فى تملكها، و فيه أن ذلك حسن، إلا- أنه موقوف أولاً- على ثبوت حكم المعاطاة من دون انشاء اباحة و تملك، و الاكتفاء فيها بمجرد الرضا و دعوى حصول الانشاء بدفع الولي المال الى الصبى مدفوعة بأنه انشاء اباحة لشخص غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول فى حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها، و به يفرق بين ما نحن فيه، و مسألة ايصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى: كون دفعه إليه للايصال اباحة أو تملكاً، كما ذكر ان اذن الولي للصبى فى الاعارة اذن فى انتفاع المستعير. و أما دخول الحمام و شرب الماء و وضع الاجرة و القمية فلو حكم بصحتها بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الانشاء انحصرت صحة وساطة الصبى فيما يكفى فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكفى فيه

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٣، ص: ٤١٣

و الحاصل ان دفع الصبى و قبضه بحكم العدم، فكلمة يكتفى فيه بوصول كل من العوضين الى صاحب الآخر بأى وجه اتفق، فلا يضر مباشرة الصبى. لمقدمات الوصول، ثم ان ما ذكر مختص بما إذا علم اذن شخص بالغ عاقل للصبى وليا كان ام غيره. و أما ما ذكره كاشف الغطاء اخيراً من صيرورة الشخص موجبا و قابلاً.

ففيه اولاً: ان تولى وظيفة الغائب و هو: من اذن للصغير ان كان باذن منه فالمفروض انتفاؤه (١) و ان كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به فى الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع (٢)

و ثانياً: ان المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الاطفال النيابة عن اذن للصبى، ثم انه لا وجه لاختصاص ما ذكره من الالية بالصبى، و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو جار فى المجنون و السكران، بل البهائم فى الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت فى الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آله فلا فرق فى الالية بينه و بين غيره، نعم من تمسك فى ذلك بالسيرة من غير ان يتجشم لادخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك الصبى لأنه المتيقن من موردها كما ان ذلك مختص بالمحقرات.

(١) قوله ان كان باذن منه فالمفروض انتفائه و فيه ان المفروض وجوده بعلائمه بل و بما يكون مظهرا بالفعل لا بالقول- و بعبارة اخرى انه قد عرفت ان مسألة المعاظة لا تختص بالاعطاء و الاخذ الخارجيين لعدم ورود هذا اللفظ في خبر و لا معقد اجماع بل المراد بها ما لو كان الانشاء بالفعل و لو مثل تحريك الرأس جوابا عن السؤال هل تبيع مالك، و عليه فالاعمال المفروضة انما يكون اذنا فعليا.

(٢) قوله و ان كان بمجرد العلم برضاه فلاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل سيجيء الكلام على ذلك في بحث الفضولي و ستعرف ان الاظهر ان الرضا النفساني كاف في الخروج عن الفضولية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٤

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدها لمدلول العقد الذي يتلفظان به (١)

إشارة

و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد، بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و لا إشكال فلا يقع من دون قصد الى اللفظ، كما في الغالط أو الى المعنى لا معنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق اذادته و ان اوجد مدلوله بالانشاء كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الاخبار كما في (٢) في الهازل أو قصد معنى يغير مدلول العقد بأن قصد الاخبار أو الاستفهام أو انشاء معنى غير البيع مجازا أو غلطا فلا يقع البيع لعدم القصد إليه، و لا المقصود إذا اشترط فيه عبارة خاصة

اعتبار القصد

(١) قوله من جملة شرائط المتعاقدين: قصدها لمدلول العقد.

هذه هي المسألة الثانية و تنقيح القول فيها انما يكون بالبحث في مباحث:

الأول: ان للعقد بحسب قصد اللفظ و قصد معناه احوالا اربعة:

الأول: ان يكون اللفظ صادرا عنه عن غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم أو الغالط.

الثاني: ان يكون اللفظ مقصودا له دون معناه، كما إذا قال بعث على وزن خفت.

الثالث: ان يكون المعنى مقصودا له بالارادة الاستعمالية دون الارادة الجدية، كما إذا انشأ البيع بمعنى استعمال الصيغة في معناها من دون ان يكون هناك اعتبار نفساني، و نظيره في الأخبار ما إذا اخبر عن شيء و حكى عنه بداعي الهزل لا الجد.

الرابع: ان يكون المعنى مقصودا بالارادة الجدية و لكنه لم يكن عن طيب النفس.

و اعتبار القصد بالمعاني الثلاثة الأول في صحة العقود من القضايا التي قياساتها معها، فان عناوين المعاملات امور قصدية و مع عدم هذه القصد لا تتحقق تلك و أما القصد بالمعنى الرابع فاعتباره انما يكون شرعيا و سيأتي الكلام فيه في محله.

و قد ظهر مما ذكرناه امور:

الأول:

(٢) ما ان افاده المصنف قدس سره في المقام من قياس الأمر الصوري بالكذب في الاخبار و تشبيههما بعدم القصد بالمعنى الثالث في الانشاء كلام متين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٥

ثم انه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره، كما صرح به في المسالك (١) حيث قال: انهما قاصدان الى اللفظ

دون مدلوله، وفيه انه لا دليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد، مضافا الى ما سيجيء في ادلة الفصولي. و
أما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

و لا يرد عليه ما اورده المحقق النائيني قدس سره من: ان شبهه الكذب في الأخبار منحصر في الانشاء في عدم وقوع المنشأ في عالم
الاعتبار، اي اعتبار الشارع- و أما مع عدم قصد عنوان المعاملة الذي يكون الأمر الصوري شبيها به فلا يكون ذلك، مثل الكذب في
الأخبار، 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 الصيغ، بل مما يعتبر في البائع بالحمل الشائع.

و ما ذكره المحقق النائيني قدس سره في وجه اولوية جعله من شرائط العقد من انه لا يتحقق العقد بدونه،

يرد عليه: انه مع فقد سائر شرائط المتعاقدين أو العوضين لا يتحقق العقد ايضا،

فالمراد من شرائط المتعاقدين في مقابل شرائط العقد هي الامور التي تكون معتبرة في ترتب الأثر على العقد مع كون مركزها
المتعاقدين، و الا فمقتضى هذا البرهان عدم كون شيء من الشروط شرطا للمتعاقدين حتى مثل البلوغ، إذ العقد لا يتحقق مع عدمه.

(١) الثالث: ان ما افاده الشهيد ره. من ان الفصولي و المكره غير قاصدين لمدلول العقد خلط قصد بقصد، إذ المكره لا طيب نفس له
بمضمون العقد لا انه غير قاصد لمدلوله. و تمام الكلام في محله.

لا بد من تمييز البائع من المشتري

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٦

و اعلم انه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل و الانتقال
بالنسبة إليهما أم لا (١) و ذكر أن في المسألة أوجها و أقوالا و أن المسألة في غاية الاشكال، و أنه قد اضطربت فيها كلمات الاصحاب
(قدس الله أرواحهم) في تضاعيف أبواب الفقه. ثم قال: و تحقيق المسألة أنه ان توقف تعيين المالك على التعيين حال العقد لتعدد
وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع اللفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد و الوكيل عنهما
و الولي عليهما في البيوع المتعددة،

فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره، و أن يميز البائع من المشتري إذا امكن الوصفان في كل منهما، فإذا عين
جهة خاصة تعينت، و إن أطلق فإن كان هناك جهة ينصرف إليها الاطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه (و بين) و غيره إذا
لم يقصد الابهام و التعيين بعد العقد و إلا وقع لاغيا، و هذا جار في سائر

المبحث الثاني: صرح صاحب المقاييس: بانه يجب ان يميز البائع من المشتري إذا امكن الوصفان في كل منهما.

لا ينبغي التشكيك في لزوم تمييز البائع من المشتري- بمعنى تعددهما لتقوم حقيقة البيع بذلك- و أما إذا كان متعددا و لكن لم يميز
احدهما من الآخر- كما إذا قال:

بعث منا من حنطة احد هذين بتومان في ذمة صاحبه- فستعرف حكمه في المبحث الآتي

لا يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له

(١) المبحث الثالث: وقع الكلام في انه هل يجب تعيين من يشتري له و من يبيع له مطلقا فلو باع أو اشترى للكلية - كما إذا اشترى لموكله اي هذا العنوان مع تعدده أو للفرد المبهم، كما إذا اشترى لأحد هو كلية مبهما ابهاما واقعيا بطل العقد ذهب إليه صاحب المقاييس، ام يجب التعيين إذا كان العوضان كليين، أو كان احدهما كذلك، اختاره المصنف قدس سره ام لا يجب التعيين مطلقا؟ و قد استدلل للأول بوجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٧

العقود من النكاح وغيره، و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعتها في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك (المملوك) بلا مالك معين في نفس الأمر (١) و إن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان (٢) و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك، و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم (٣) لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه، و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء تلفظ (وقع التعيين في اللفظ و النية خاصة) بذلك ام نواه و ان ابهم مع قصد الغير بطل و لا يوقف إلى أن يوجد له مجيز.

(١) الاول: انه لو صح ذلك لزم بقاء المملوك بلا مالك معين في نفس الامر و فيه: انه لا محذور في بقاء المملوك بلا مالك معين، و نظيره في الشرع مالكية الفقراء للزكاة و العناوين الكلية للاوقاف لها، و مالكية احد رجلين للمال المنذور لاحدهما مع انه يمكن الالتزام بصحته و صيرورة من يعين بعد ذلك أو يستخرج بالقرعة مالكا اما من حين العقد أو بعد التعيين، على الخلاف في كونه كاشفا أو ناقلا.

(٢) الثاني: انه ان صح لزم ان لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان، و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك.

و فيه: ان الجزم بالعقد و بما يترتب عليه من الآثار و الأحكام متحقق، و انما المفقود الجزم بوقوعه لشخص معين، و هذا مما لا دليل على اعتباره، مع انه يمكن ان يقال بان الجزم بذلك ايضا متحقق و هو وقوعه لمن يعين بعد ذلك. فتأمل.

(٣) الثالث: ان الأدلة لا تشمل العقد المبهم لانصرافها الى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة.

و فيه: ان الانصراف الناشئ عن شيوع فرد و ندرة آخر لا يصلح لتقييد الاطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤١٨

إلى أن قال. إن لم يتوقف تعين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين، و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكيهما، ففي وجوب التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا، أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح اوجه أقواها الأخير، و أوسطها الوسط (١) و اشبهها للأصول الأولى (٢) و في حكم المعين إذا ما عين المال بكونه في ذمته زيد مثلا. و على الاوسط لو باع مال نفسه عن الغير وقع عنه و لغا قصد كونه على الغير، و لو باع مال زيد عن عمرو، فإن كان وكيلا عن زيد صح عنه و إلا وقف عن إجازته و لو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد، فإن لم يكن وكيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود،

و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما، و لما لم يتعين احتمال البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة، و عن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو كما في المعين و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولا، فلم يجز فأجاز عمرو لم يصح عن أحدهما و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الاوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول، انتهى كلامه

و فيه: انه ان كان هناك ما يمكن ان يستشهد به للتعين- و لو مع الاحتياج الى اذن الحاكم الشرعى- و الا فيرجع الى ادلة القرعة التى هى المرجع فى هذه الموارد، فإذا لا دليل على اعتبار التعين.

(١) قوله اقواها الاخير و اوسطها الوسط لم افهم وجه الجمع بين اقوائه الاخير و اوسطه الوسط لانه من قبيل الجمع بين النقيضين كما صرح بذلك بعض المحققين.

(٢) قوله و اشبهها للاصول الاول،

الظاهر ان مراد بالاصول، اصابة الفساد و اصابة عدم ترتب الاثر

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤١٩

اقول مقتضى المعاوضة و المبادلة دخول كل من العوضين فى ملك الآخر، و إلا لم يكن كل منهما عوضا و بدلا و على هذا فالقصد الى العوض و تعيينه يعنى عن تعيين المالك الا- ان ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك، فإن من الاعراض ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج كالاغنيان، و منها ما لا يتشخص الا باضافته الى مالك كما فى الذمم، لأن ملكية الكلى لا تكون الا مضافا الى ذمة (١) و اجراء احكام الملك على ما فى ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا غير معهود، فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمة فصح على ما ذكرنا ان تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء فى العوض المعين أو فى الكلى، و ان اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة فى الشق الأول من تفصيله انما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه، لا لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا، فإن من اشترى لغيره فى الذمة إذا لم يعين الغير، لم يكن الثمن ملكا، لأن ما فى الذمة ما لم يضاف الى شخص معين لم يترتب عليه احكام المال من جعله ثمنا أو ثمنا

و أما القول الثانى: فقد استدلل له المصنف قدس سره:

(١) بان الكلى ما لم يضاف الى ذمة شخص معين لا يكون مالا فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمة.

و فيه: ان المفهوم الكلى ما لم يضاف الى الذمة لا تعتبر له المالية، و لكن كما له المالية إذا اضيف الى ذمة شخص معين كذلك له المالية إذا اضيف الى ذمة الكلى أو احد الشخصين مع صيرورة من فى ذمته معيناً بعد ذلك اما بالقرعة أو بالتعيين.

فالحق انه لا دليل على اعتبار التعيين مطلقا.

ثم ان هناك نزاعا آخر و هو: انه فى المبيع الشخصى أو الكلى المضاف الى ذمة شخص معين لو قصد البيع اى اوقعه لغير المالك و لغير من فى ذمته فهل يبطل البيع كما يظهر من المقاييس، ام يصح و يلغو قصد كونه عن غير المالك كما ذهب إليه المصنف قدس سره،

ام يصح و يقع عنه؟ وجوه:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٠

و كذا الوكيل أو الولى العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين فى الذمة بأن قال: بعت عبدا بألف، ثم قال: قبلت، فلا يصير العبد قابلا للبيع و لا- الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما الى معين، أو الى نفسه من حيث انه نائب عن ذلك المعين فيقول: بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشتري. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود

إذا كان هي المعاوضة الحقيقية التي قد عرفت ان من لوازمها العقلية، دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقاً لمفهوم العوضيه و البديئه، فلا حاجة الى تعيين من ينقل عنهما و إليهما العوضان، و إذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد.

فان جعل العوض من عين مال غير المخاطب الذي ملكه المعوض، فقال:

ملكتهك فرسى هذا بحمار عمر، فقال المخاطب: قبلت، لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه، و في وقوعه اشتراء فضولياً لعمرو كلام يأتي.

و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره (١) فلا اشكال في عدم وقوعه عن غيره، و الظاهر وقوعه عن البائع و لغويته قصده عن الغير لأنه امر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة، و هو معنى لغويته. و لذا لو باع مال غيره عن نفسه (٢)

وقع للغير مع اجازته كما سيجيء و لا يقع عن نفسه ابدأ، نعم لو ملكه فأجاز قيل:

بوقوعه له لكن لا- من حيث ايقاعه اولا لنفسه فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين يبعه عن نفسه أو عن مالكة فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه

و حق القول في المقام: انه ان بنينا على ان حقيقة البيع هو الاعطاء لا مجانا كما هو الحق - ففي الصور المفروضة المذكورة في المتن

(١) من بيع مال نفسه عن غيره

(٢) و بيع مال غيره عن نفسه و بيع مال غيره عن غيره ان كان ذلك مع اذن المالك و من يشتري له أو اجازته صح على ما أوقعه، و الا بطل لذلك.

و أما بناء على ما بنى عليه المصنف قدس سره وفاقاً لجمع من ان البيع حقيقته متقومة بالمعاوضة و يلزم فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، فان لم يقصد المعاوضة بطل العقد، و ان قصدها فان كان مراده من قصده وقوع البيع لغير المالك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢١

الا ان يقال ان وقوع بيع مال نفسه لغيره انما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم ارادته من البيع المبادلة الحقيقية أو على تنزيل الغير منزلة نفسه في مالكية المبيع، كما سيأتي ان المعاوضة الحقيقية في بيع الغاصب لنفسه لا يتصور الا على هذا الوجه، و حينئذ يحكم بطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقي. و من هنا ذكر العلامة و غيره في عكس المثال المذكور، انه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل، و كذا لو دفع مالا الى من يطلبه الطعام، و قال اشتر به لنفسك، طعاما هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة، و لغويته القصد المذكور، لانه راجع الى ارادة ارجاع فائدة البيع الى الغير، لا- جعله احد ركني المعاوضة. و أما حكمهم بطلان البيع في مثال الرهن و اشتراء الطعام، فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب، لا- ان المخاطب إذا قال: بعته لنفسي أو اشتريته لنفسي لم يقع لمالكة إذا اجازته.

و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه، و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك، ثم ان ما ذكرنا كله حكم: و جوب تعيين كل من البائع و المشتري، من يبيع له و يشتري له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشتري المخاطب و القابل لخصوص البائع (١) فيحتمل اعتباره، الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين

رجوع نفعه إليه بمعنى ان يهبه بعد المعاملة، فلا كلام،

و ان كان مراده منه دخول العوض في كيسه فيمكن تصحيحه و الالتزام بلغويته القصد المزبور بالتقريب الذي سيأتي في مبحث الفضولي.

و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع

(١) هذا هو المبحث الرابع: و هو فى تعيين الموجب لخصوص المشتري و القابل لخصوص البائع.

و الكلام فى هذا المبحث يقع فى جهتين.

الاولى فى بيان ما هو محل كلام المصنف قدس سره.

الثانية فى بيان ما هو الحق فى المقام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٢

كما فى غالب البيوع و الاجازات، فحينئذ يرد من ضمير المخاطب فى قوله ملكتك كذا، أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا، أو جعليا كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك باذن أو ولاية، و يحتمل عدم اعتباره الا فيما علم من الخارج ارادة خصوص الطرفين كما فى النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية، و الاقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية (١) و تبعية العقود للقصود، و على فرض القول الثانى فلو صرح- بارادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا- يجوز للقابل ان يقبل عن غيره. قال فى التذكرة: لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من ان الآخر انما قصد تملك العاقد، و هذا الاشكال و ان كان ضعيفا مخالفا للاجماع و السيرة الا انه مبنية (منبه) على ما ذكرنا من مراعاة ظاهر الكلام.

وقد يقال فى الفرق بين البيع و شبيهه، و بين النكاح، ان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود، و يختلف الاغراض باختلافهما، فلا بد من التعيين و توارد الايجاب و القبول على امر واحد و لأن معنى قوله بعثتك كذا بكذا، رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع، و المشتري يطلق على المالك و وكيله، و معنى قولها زوجتك نفسى، رضاهما بكونه زوجا، و الزوج لا- يطلق على الوكيل، انتهى.

و يرد على الوجه الأول من وجهى الفرق، ان كون الزوجين كالعوضين انما يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح، لا لعدم وجوبه فى البيع (٢) مع ان الظاهر

اما الاولى فالذى يظهر من

(١) الاستدلال بظاهر الكلام- ان مورد كلامه انه هل يكون ظاهر كلام البائع أو 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 أو وكيلًا أو وليا و به يظهر تمامية ايراد المصنف قدس سره على من فرق بين البيع و نحوه و بين النكاح بان الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود (٢) بان هذا يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم الوجوب فى البيع كما ان ما ذكره فى وجه الفرق تام كما ستعرف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٣

ان ما ذكرناه من الوقف و اخوته كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة، أو الفضولى فلا بد من وجه مطرد فى الكل.

و على الوجه الثانى ان معنى بعثتك، فى لغة العرب، كما نص عليه فخر المحققين و غيره هو ملكتك بعوض و معناه جعل المخاطب مالكا، و من المعلوم ان المالك لا- يصدق على الولي و الوكيل و الفضولى فالاولى فى الفرق: ما ذكرناه من ان الغالب فى البيع و الاجازة، هو قصد المخاطب لا من حيث هو بل بالاعتبار الاعم من كونه اصالة أو عن الغير (١)

و أما الجهة الثانية فملخص القول فيها ان الكلام وقع في موارد الأول في انه هل تصح المعاملة مع عدم علم البائع مثلا بان مخاطبه هو المشتري بالاصالة- أو انه وكيل عنه أو ولى عليه. و بعبارة اخرى: هل يجب ان يكون عالما بمن ينتقل إليه ماله و ينتقل ماله إليه ام يفصل بين العقود.

و الحق في هذا المقام هو التفصيل بين البيع و نحوه و النكاح و شبهه، فانه في النكاح تختلف الرغبات باختلاف الطرفين، كما انه في الوقف تختلف الاغراض باختلاف الموقوف عليهم، فيلزم التعيين. و أما في البيع: فلا يختلف الغرض باختلاف المالك، بل الركن فيه العوضان، و عليه فلا يجب فيه التعيين.

نعم لا يبعد القول بوجود التعيين في صورة كون العوض هو الكلى في الذمة، فانه تختلف الاغراض باختلاف من في ذمته ذلك، مع انه من جهة اعتبار معلومية العوض لا بد من تعيين من في ذمته الكلى لاختلاف ما في الذمم باختلافها.

المورد الثانى: في انه هل يكون للكلام ظهور في كون المخاطب طرف المعاملة بالاصالة فليس له ان يقبل عن غيره، أو لا ظهور له في ذلك ذاتا، أو لقرينة نوعية صارفة عن ظهوره الذاتى، ام هناك فرق بين المعاملات.

و الأظهر هو الأخير و الصحيح في وجهه ما افاده المصنف قدس سره

(١) و حاصله: ان في البيع و نحوه قرينة نوعية صارفة عن ظهور الكلام في كون المخاطب به هو طرف المعاملة، بالاصالة، و تلك

القرينة هي ان الغرض فيه متعلق بالمبادلة و وصول كل منهما الى عوض ماله

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٢٤

و لا ينافى ذلك عدم سماع قول المشتري في دعوى كونه غير اصيل فتأمل،

بخلاف النكاح و ما اشبهه. فإن الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد، بل ربما يستشكل في صحته ان يراد من القرينة المخاطب من حيث قيامه مقام الاصيل، كما لو قال زوجتك مريدا له باعتبار كونه وكيلا عن الزوج (١) و كذا قوله وقفت عليك و اوصيت لك و وكلتك و لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات على الوكيل فيها (٢) فلا- يقال للوكيل الزوج و لا الموقوف عليه و لا- الموصى له و لا- الموكل بخلاف البائع و المستأجر فتأمل، حتى لا يتوهم رجوعه الى ما ذكرناه، سابقا و اعترضنا عليه.

إذ هذا الغرض يكشف عن طور القصد العقدي و لا يبقى معه ظهور في ذلك، و أما في النكاح و شبهه فلا صارف عن الظهور الذاتى للكلام، بل اختلاف الرغبات باختلاف طرفى العقد يؤكد ذلك الظهور.

(١) المورد الثالث: في انه مع العلم بكون الطرف وكيلا أو نائبا، هل يصح في مقام اجراء الصيغة ان يجعله طرفا في المعاملة، ام لا بد من ذكر الموكل أو المولى عليه، ام يفصل بين المعاملات.

و الأظهر هو الأخير، فانه فرق بين النكاح و نحوه و البيع و شبهه لا من جهة ان معنى انكحتك جعلتك زوجا، و معنى بعتك جعلتك بائعا، و البائع يصدق على الولى و الوكيل، و لا- يصدق الزوج عليهما فانه يمكن ان يتقضى عليه بما إذا انشأ البيع بلفظ ملكتك فان معناه جعلتك مالكا،

و المالك لا يصدق على الوكيل و الولى

(٢) بل من جهة انه على القول باعتبار الصراحة في ما تنشأ به المعاملة بما انه تعارف في البيع توجيهه الى المخاطب بعنوانه الأعم، و لم يتعارف ذلك في النكاح،

فيجوز في الأول دون الثانى من جهة وجود الصراحة، بمعنى ان اهل العرف يفهمون منه المراد في الأول دون الثانى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٥

مسألة و من شرائط المتعاقدين: الاختيار (١)

إشارة

و المراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة و عدم طيب النفس لا الاختيار في مقابل الجبر. و يدل عليه

من شرائط المتعاقدين الاختيار

(١) قوله: و من شرائط المتعاقدين: الاختيار.

و المراد به: القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب النفس في مقابل الكراهة لا الاختيار في مقابل الجبر. و الكلام في هذه المسألة انما هو في اعتبار امر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقدت له المسألة السابقة، و هو انه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس و الرضا فلا يجوز ان وقع عن كره، ام لا يعتبر ذلك.

فما يظهر من جماعة- منهم الشهيدان- حيث قالوا: ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله- من ارجاع هذا البحث الى البحث السابق، و جعل المكره من مصاديق غير القاصد- في غير محله.

و ما ذكره في توجيهه بان مرادهم: ان المكره غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج فيه: انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله، و وقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلولاً له كما هو واضح.

و المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة:

الأول: ان تكون لاجل جلب المنفعة.

الثاني: ان تكون لا لجلب النفع و لا لدفع الضرر.

الثالث: ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر، كما إذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشتري بئمنه طعاماً، فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع، و بعبارة اخرى: تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه إليه المترتب على امر آخر.

الرابع: ان تكون لاجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة، كما لو اكره عليها

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٦

...

لا اشكال في صحة المعاملة في القسمين الأولين،

و أما المعاملة في القسم الثالث فهي مشمولة للعمومات بلا كلام،

و ما يتوهم ان يكون دليلاً على بطلانها امران:

احدهما: ما دل على اعتبار طيب النفس الذي سيمر عليك.

الثاني: حديث الرفع الآتي.

و شيء منهما لا يصلح لذلك اما الأول: فوجود الرضا و طيب النفس بها باى معنى كان.

و أما الثاني: فلائن حديث الرفع لو روده مورد الامتتان يختص بما إذا كان في رفع الحكم منة على العباد، و حيث لا منة في رفع اثر مثل هذه المعاملة فلا تكون مشمولة للحديث.

و أما ما افاده المحقق النائيني قدس سره في وجه عدم الشمول: من ان الاضطرار الى المعاملة عبارة عما تكون نفس المعاملة اضطرارية، و أما إذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضطرار، فلا يدل الحديث على رفعها، كما انه لو كان الخطأ أو النسيان متعلقا بامر آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد و التفات، فهذه لا ترتفع بالحديث فيرد عليه:
اولا: النقص بما إذا كانت المعاملة غير جائزة في نفسها، كما لو نذر ان لا يبيع داره،
فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع، مع انه لا أظن أن يلتزم به.
و ثانيا: ان الاضطرار إذا تعلق بشيء و كانت المعاملة دافعة له لا محالة يتعلق الاضطرار بها ايضا، فالصحيح ما ذكرناه.

ادلة بطلان عقد المكره

و أما القسم الرابع: و هو الذي انعقدت له هذه المسألة، و هو عقد المكره، فقد استدل على بطلانه- في مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما إذا كان واجدا لجميع ما يعتبر في الصحة من قصد اللفظ و المعنى و غير ذلك من القيود- بوجوه:
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٧
قبل الاجماع قوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض) و قوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (١)

(١) الاول: ما دل على اعتبار الرضا و طيب النفس، و هو آية التجارة عن تراض «١» و احاديث عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه «٢» و الكلام فيهما يقع في موردين:
الأول: في ان عقد المكره فاقد للرضا ام لا؟ الثاني: في دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا في صحة العقد.
اما الأول: فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه، و المحقق الاصفهاني، و المحقق الايرواني قدس سره الى انه غير فاقد للرضا، و ان الرضا ملازم للارادة.
و قد افاد المحقق الاصفهاني قدس سره في وجه ذلك: ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا إذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى، و الا فلا ينقذ بسببها الشوق في النفس كي يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات و هذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالباصرة و غيرها، و ربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء، و ربما تجتمعان، فما من فعل ارادى الا- و هو يصدر اما عن شوق طبيعي أو عن شوق عقلي، فليس الرضا وراء الارادة و مبادئها، فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلي غالب على الكراهة الطبيعية، و الا لما صدر.
و فيه: ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي يلزم ابتهاج النفس في مقابل انقباضها، و ذلك ربما يكون مع ارادة الفعل و آخر لا يكون معها كما في المكره و أما في المضطر فهو موجود دائما، و ان شئت فاختر ذلك من حال العرف، فهل يتوهم احد ان يكون قول: انى فعلت ذلك باختيارى عن غير رضا منى إذا كان مكرها عليه متهافتا في كلامه هذا.
و بالجملة: لا ينبغي التأمل في ان الرضا بحسب المتفاهم العرفي غير الارادة و مبادئها

(١) النساء: آية ٢٩.

(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلى و الاحتجاج ص ٢٦٧ و فروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦ و المستدرک ج ١ ص ٢١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٨

وقوله صلى الله عليه وآله في الخبر المتفق عليه بين المسلمين رفع أو وضع عن امتي تسعة أشياء أو ستة. ومنها ما اكرهوا عليه (١) و ظاهره وان كان رفع المؤاخذه الا ان استشهاد الامام عليه السلام به في بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذه فيه لمطلق الالتزام عليه بشيء. ففي صحيحه البنظي عن ابي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أ يلزمه ذلك.

فقال عليه السلام لا- قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن امتي ما اكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطوا و الحلف بالطلاق و العتاق و ان لم يكن صحيحا عندنا من دون الاكراه ايضا الا ان مجرد استشهاد الامام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدل على ان المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذه و العقاب الاخرى. هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة في طلاق المكره، بضميمة عدم الفرق.

و أما المورد الثاني: فالأظهر عدم دلالة الآيه و الروايات على اعتبار الرضا اما الآيه: فلأنه إذا كان الاستدلال بالمستثنى منه و هو (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل) بدعوى ان عقد المكره- اى الصادر عن غير رضا- من مصاديق الباطل، فيرد عليه: انه مع اذن المالك الحقيقي- الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف في المقام من العمومات- لا مجال للاستدلال به و ان كان الاستدلال بالمستثنى و هو: الا ان تكون تجارة عن تراض فيرد عليه: ان الاستثناء منقطع عن مفرغ، و هو لا يفيد الحصر.

و أما الروايات: فلأن ظاهر الحلية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات الحلية التكليفية، و قد تقدم في اول الجزء الاول من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد، و عليه فهذه الروايات اما لا تشمل عقد المكره لعدم حرمة تكليفها، او تشملها و لا تدل على عدم نفوذ.

(١) الثاني: حديث الرفع «١» و دلالاته على بطلان عقد المكره بناء على ما حققناه في

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ و ١٦ من ابواب كتاب الايمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٢٩

ثم انه يظهر من جماعة منهم الشهيدان: ان المكره قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله، بل يظهر ذلك من بعض كلمات العلامة. و ليس مرادهم انه لا قصد له الا الى مجرد التكلم، كيف و الهازل الذي هو دونه في القصد قاصد للمعنى قصدا صوريا، و الخالى عن القصد الى غير التكلم هو من يتكلم تقليدا أو تلقينا كالطفل الجاهل بالمعاني. فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد الى وقوع مضمون العقد في الخارج و ان الداعي له الى الانشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا ان كلامه الانشائي مجرد عن المدلول، كيف و هو معلول الكلام الانشائي إذا كان مستعملا غير مهمل. و هذا الذي ذكرنا لا يكاد يخفى على من له ادنى تأمل في معنى الا-كراه لغه و عرفا و ادنى تتبع فيما ذكره الاصحاب في فروع الا-كراه التى لا- يستقيم مع ما توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد و حكمهم بعدم وجوب التورية في التفصي عن الاكراه و صحة بيعه بعد الرضا و استدلالهم له بالاخبار الواردة في طلاق المكره و انه لا طلاق الا مع ارادة الطلاق حيث ان المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغه و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مداراه باهله الى غير ذلك.

و في ان مخالفة بعض العامة في وقوع الطلاق اكرها لا ينبغي ان تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمى خبرا و لا إنشاء، و غير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد الى وقوع اثر العقد،

و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم ارادة المعنى من الكلام، و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من ان المكروه و الفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله.

نعم ذكر في التحرير و المسالك في فروع المسألة ما يوهم ذلك قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد، انتهى.

و بعض المعاصرين (صاحب الجواهر) بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبني و عدم وقوع الطلاق في الفرض المزبور لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك و سيأتي ما يمكن توجيه الفرع المزبور به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٠

ثم ان حقيقة الاكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه (١) و يعتبر في وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقه نفسا أو عرضا أو مالا، فظهر من ذلك ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله في المكروه عليه، كيف و الافعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر،

زبدة الاصول من عموم الحديث لجميع الآثار و الاحكام التكليفية و الوضعية واضحة،

فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكروه.

و أما ما افاده المصنف قدس سره من انه يدل على ذلك حتى بناء على كونه ظاهرا في رفع المؤاخذه من جهة ان استشهاد الامام عليه السلام به في رفع بعض الاحكام الوضعية كما في صحيح البنظلي «١» - حيث استدل عليه السلام به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق و العتاق - يدل على ان المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذه.

فيرد عليه: انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق و العتاق غير صحيح عندنا من دون الاكراه ايضا، لا محالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق، و لا- يكون الحديث منطبقا على المورد، و عليه فلا- وجه لصرف النبوي عن ظاهره، إذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء و تصحيح التعليل، و مع فرض كون التطبيق جاريا على وفق التقيية لا يبقى لذلك محل فافهم و اغتتم.

فالصحيح ما ذكرناه.

الثالث: النصوص الواردة في طلاق المكروه و عتقه كحسن زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن طلاق المكروه و عتقه فقال عليه السلام: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق «٢». و نحوه غيره، بضميمة عدم الفرق.

حقيقة الاكراه

(١) قوله ثم ان حقيقة الاكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه.

بعد ما عرفت من أن الميزان في صحة المعاملة و فسادها صدق كونها مكرها

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان حديث ١٠.

(٢) الوسائل باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣١

و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعاد شخص يوجب صدق المكروه عليه، فإن من اكره على دفع مال و توقف على بيع بعض امواله. فالبيع الواقع منه لبعض امواله و ان كان لدفع الضرر المتوقع به على عدم دفع ذلك المال. و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرض

حرمته عليه لحلف أو شبهه الا- انه ليس مكرها فالمعيار في وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من اجل الاكراه المقترن بابعاد الضرر عن الاستقلال في التصرف بحيث لا يطيب نفسه بما يصدر منه ولا يعتمد إليه عن رضا. (١) و ان كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضررين إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الاعداد عليه بما يشق تحمله.

و الحاصل أن الفاعل قد يفعل لدفع الضرر، لكنه مستقل في فعله، و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله، و ان كان من باب علاج الضرر، و قد يفعل لدفع ضرر ابعاد الغير على تركه، و هذا مما لا يطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان،

عليها و عدمه، و ان وجود طيب النفس و الرضا و عدمه اجنبيان عن هذا المقام، لا بد من بيان حقيقة الاكراه و بيان ما يعتبر فيها. حقيقة الاكراه: حمل الغير على ما يكرهه.

و يعتبر في صدقه امور:

(١) الاول: بان يكون بحمل الغير على الفعل، و أما إذا لم يكن ذلك بل فعله لترضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه، كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة أو خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه. الثاني: ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة أو بالالتزام كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر، فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع- كما لو وعده بان ينصبه واليا إذا باع داره- لا يكون ذلك مكرها عليه. الثالث: ان يكون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه، فلو قال بع دارك و الا- قتلتك قصاصا و كان مستحقا عليه، أو و الا اطالبنك بالدين الذي لى عليك لا يصدق الاكراه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٢

ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه، أو حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة ام لا؟ (١) الذي يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية، لأن حمل عموم رفع الاكراه و خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره، و عتقه، و معاهد الاجتماعات و الشهرة المدعاة في حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا، بل غير صحيح في بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع ان القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا هذا

الرابع: ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة، فلو حمله على اعطاء مال و توقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع انه مكره عليه، و ان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له، فان رفعه تضيق لا توسعه، و قد مر انه يعتبر في شموله كون رفعه منه و توسعه.

الخامس: ان يحتمل ترتب الضرر المتوقع به، و لا- يعتبر العلم به و لا- الظن، و لا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الامر أو من غيره، فلو امره أمر بفعل و خاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه.

اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه

(١) و هل يعتبر في موضوع الاكراه أو حكمه عدم امكان التفصي عن الضرر المتوقع به ام لا؟ فيه اقوال خمسة:

الأول: اعتبار العجز عن التفصي بالتورية أو غيرها في صدقه.

الثاني: عدم اعتباره.

الثالث: التفصيل بين التورية و غيرها، فيعتبر العجز عن التفصي بها.

الرابع: التفصيل بينهما حكما لا موضوعا.

الخامس: انه يعتبر في الاكراه الراجع للحكم التكليفي العجز عن التفصي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٣

...

بالتورية و غيرها.

و أما في الاكراه الراجع لأثر المعاملة فلا يعتبر ذلك، بل يكفي العجز الفعلي المتحقق مع امكان التفصي، و ستعرف تقريبا ذلك.

و الكلام في المقام يقع في جهتين:

الاولى: في بيان المختار و وجهه.

الثانية: في بيان وجه سائر الأقوال.

و قبل البحث في الجهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية.

و هي ان يلقي المتكلم كلاما له ظهور في معنى، و هو يريد منه غير ذلك المعنى،

و يكون المعنى المراد مطابقا للواقع دون المعنى الظاهر، كما إذا استأذن رجل بالباب و قال الخادم له ما هو هاهنا، مشيرا الى موضع

خال في البيت.

و يعتبر في صدقها امران آخران:

احدهما: ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفي ظاهرا في غير ما افاده المتكلم،

فلو كان ظاهرا فيه و لكن المخاطب لقصور فهمه لم يتنبه له لم يكن ذلك من التورية.

ثانيهما: ان تكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة، فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من

التورية، مثلا لو قال اعطيت زيدا خمسين درهما و اراد به درهما واحدا و قد اعطاه في الواقع درهما لم يكن ذلك من التورية.

و على هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقتها المعنى المراد للواقع موضوعا.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان الأقوى هو القول الأول.

و ذلك لانه يعتبر في صدق المكروه عليه الفعل كونه صادرا عن الالغاء و الضرورة،

فمع امكان التفصي لا يصدق ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٤

و ربما يستظهر من بعض الاخبار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية ايضا في صدق الاكراه، مثل رواية ابن سنان عن

ابي عبد الله، قال: لا يمين في قطيعه رحم و لا في جبر و لا في اكراه، قلت اصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الاكراه، قال: الجبر من

السلطان و يكون الاكراه من الزوجة و الام و الاب و ليس ذلك بشيء، الخبر (١)

و يؤيده انه لو خرج عن الاكراه عرفا بالقدرة على التفصي بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لان المناط حينئذ انحصار التخلص عن

الضرر المتوقع في فعل المكروه عليه فلا فرق بين ان يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر. أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى

ان جريان حكم الاكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الاكراه كما ترى،

و بعبارة اخرى: ان من يتمكن من التفصی عن الفعل المكروه عليه يكون مجبولا- على الجامع بينه و بين ما اكروه عليه، فاختيار ذلك الفعل لا محالة يكون لخصوصية اخرى غير الجهة المشتركة بينه و بين التفصی، فيستند ذلك الفعل لا محالة الى غير الاكراه. و أما الجهة الثانية:

فاستدل للقول الثاني- و هو عدم اعتبار التفصی مطلقا بوجه:

الأول: ان الاكراه: انما هو على الفعل و هو مكروه عليه ابتداء، و التفصی انما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه، فالاكراه متحقق و لو لم يتفص.

الثاني: ان حمل النصوص و معاهد الاجماع على صورة عدم امكان التفصی حمل بعيد، بل غير صحيح، إذ في كل مورد فرض الاكراه لا محالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية أو عدم القصد أو غير ذلك.
(١) الثالث: خبر ابن سنان عن مولانا الصادق عليه السلام «١»: المذكور في الفتن.

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب كتاب الايمان حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٥

لكن الانصاف ان وقوع الفعل عن الاكراه لا- يتحقق الا مع العجز عن التفصی بغير التورية، لأنه يعتبر فيه ان يكون الداعي، عليه هو خوف ترتب الضرر المتوقع به على الترك و مع القدرة على التفصی لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكروه عليه، بل على تركه و ترك التفصی معا.

فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين، من فعل المكروه عليه، و التفصی، فهو مختار في كل منهما، و لا يصدر كل منهما الا باختياره، فلا اكراه و ليس التفصی من الضرر احد فردى المكروه عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الاكراه عنهما كما لو اكراه الى احد الأمرين، حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصی به مسقط عن المكروه عليه لا بدل له. و لذا لا يجرى عليه احكام المكروه عليه اجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا

و في كل نظر.

اما الأول: فلأنه مع التمكن من الفرار عما اكروه عليه لا يصدق انه مكروه عليه لما عرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوقع به على تركه، فمع امكان التفصی لا يترتب ذلك على تركه، فلا يصدق عليه الاكراه.

و أما الثاني: فلأن الغالب ان المكروه حين الاكراه لا يلتفت الى عدم كونه مكرها على القصد، و لأجله يرى نفسه مكرها على القصد ايضا.

مع انه لو سلم كون ذلك فردا نادرا لا محذور فيه، إذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن، و أما إذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه،

و المقام من قبيل الثاني كما هو واضح.

و أما الثالث: فلأنه اجنبى عن المقام، إذ إما نلتزم بان الام أو الزوجة أو الاب تقدر على الاضرار لو ترك ما اكروه عليه، فهو يدل على انه لا- فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا أو ضعيفا، و أما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكروه عليه، فيكون حينئذ خلاف المتفق عليه.

و استدل للقول الثالث: بانه يعتبر في صدق الاكراه ان يعلم المكروه أو يظن بانه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٦

وما ذكرناه وان كان جاريا في التورية، الا ان الشارع رخص في ترك التورية، بعد عدم امكان التفصي بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التورية، مع ان العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها في تلك الاخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه، خصوصا في قضية عمار و ابويه حيث اكرهوا على الكفر، فأبى ابواه فقتلا، و اظهر لهم عمار ما ارادوا فجاء باكياء الى رسول الله صلى الله عليه و آله فنزلت الآية: من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره و قلبه مطمئن بالإيمان فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله ان عادوا عليك فعد و لم ينهه على التورية. (١)

فإن التنبيه في المقام و ان لم يكن واجبا الا انه لا شك في رجحانه خصوصا من النبي صلى الله عليه و آله باعتبار شفقتة على عمار و علمه بكراهة تكلم عمار بالفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى هذا،

لو امتنع عن الفعل و اطلع عليه المكروه بالكسر لأوقعه في الضرر، و من المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصي بالتورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها، إذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه و عدم وقوع الضرر عليه.

و فيه: ان المعتبر في صدقه انه لو امتنع يحتمل أو يظن وقوع الضرر عليه، فمع العلم بعدم التفات المكروه بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه، فلا يصدق عليه الاكراه،

ألا ترى انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها و هو يقبل قوله لو قال شربتها و يتمكن من عدم الشرب و اظهار الشرب، انه لا يجوز له الشرب من جهة انه لو اطلع المكروه على الامتناع لأوقعه في الضرر.

(١) و استدلل للقول الرابع: بالاخبار «١» المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الاكراه و بما ورد «٢» في قضية عمار و ابويه حيث اكرهوا على الكفر فأبى ابواه فقتلا، و اظهرهم عمار ما ارادوا فجاء الى النبي صلى الله عليه و آله فنزلت الآية (من كفر بالله الى آخره) فقال صلى الله عليه و آله: له ان عادوا فعد و لم ينهه على التورية.

(١) الوسائل باب ١٢ من أبواب كتاب الايمان.

(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب الأمر و النهي و ما يناسبهما من كتاب الامر بالمعروف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٣٧

هذا، و لكن الاولى ان يفرق بين امكان التفصي بالتورية و امكانه بغيره، بتحقيق الموضوع في الأول دون الثاني لأن الاصحاح وفاقا للشيخ في المبسوط ذكروا من شروط تحقق الاكراه ان يعلم أو يظن المكروه بالفتح انه لو امتنع مما اكره عليه، وقع فيما توعد عليه و معلوم ان المراد ليس امتناعه عنه في الواقع و لو مع اعتقاد المكروه بالكسر عدم الامتناع بل المعيار في وقوع الضرر اعتقاد المكروه لامتناع المكروه.

و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية، و لا يصدق مع التمكن من التفصي بغيرها لأن المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكروه عليه و عدم وقوع الضرر عليه.

و الحاصل ان التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذي هو المعتبر في صدق الاكراه موجود مع التمكن بالتورية، لامع التمكن بغيرها، فافهم.

ثم أن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصي إنما هو في الإكراه المسوغ للمحرمات، و مناطه توقف دفع ضرر المكروه على ارتكاب المكروه عليه. و أما الاكراه الراجع لأثر المعاملات. فالظاهر ان المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة (١)

اما الأول: فلأن عدم الاشارة الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء الالفاظ الظاهرة فيها، ولا يمكن له التورية الا بالتروى،

و هو في مقام الخوف و الاكراه عسر جدا و حرج شديد.

و أما الثاني: فلأن السب و التبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى و قصد معنى آخر،

لأن مناط حرمة السب هو انتهاك المسبب عند الغير، و هذا المناط موجود مع عدم القصد ايضا.

و المحقق النائيني قدس سره اجاب عن الوجه الاول:

بان التورية ايضا من الكذب المحرم و لاجله لم ينه عليها.

و فيه: ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا.

(١) و أما القول الخامس - الذى اختاره المصنف قدس سره - فحاصله: الفرق بين الاكراه الرافع لأثر المعاملات، فيكفى فيه العجز عن

التفصى فعلا و ان كان قادرا على ان يقدر نفسه عليه، و أما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق، فمن كان قادرا

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٣، ص: ٤٣٨

و قد يتحقق مع امكان التفصى مثلا من كان قاعدا في مكان خاص خال عن الغير،

متفرعا لعبادة أو مطالعة فجاءه من اكرهه على بيع شىء مما عنده، و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرره و هو كاره للخروج

عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له فى الخارج خدم يكفونه شر المكروه فالظاهر صدق الاكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو

باع ذلك الشىء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده، و توقف دفع ضرر اكره الشخص على امر خدمه بدفعه و طرده، فإن هذا لا

يتحقق فى حقه الاكراه، و يكذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بكراهة الخروج عن ذلك المنزل، و لو فرض فى ذلك المثال

اكراهه على محرم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل.

فقد تقدم الفرق بين الجبر و الاكراه فى رواية ابن سنان فالاكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات، هو الاكراه بمعنى الجبر المذكور، و

الرافع لأثر المعاملات هو الاكراه الذى ذكر فيها انه قد يكون من الاب و الولد و المرأة و المعيار فيه عدم طيب النفس (١) فيها لا

الضرورة و الالغاء، و ان كان هو المتبادر من لفظ الاكراه. و لذا يحمل الاكراه فى حديث الرفع عليه فيكون الفرق بينه و بين الاضطرار

المعطوف عليه فى ذلك الحديث: اختصاص الاضطرار بالحاصل لا من فعل الغير كالجوع و العطش و المرض لكن الداعى على اعتبار

ما ذكرنا فى المعاملات هو ان العبرة فيها بالقصد الحاصل من طيب النفس حيث استدلووا على ذلك

على التفصى ليس له ارتكاب المحرم المكروه عليه.

(١) و استند فى ذلك الى ان المناط فى الاكراه الرافع لأثر المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة و هو يتحقق مع العجز الفعلى، و ان

امكن التفصى، و مثل لذلك بمن كان قاعدا فى محل فارغ للعبادة فجاءه من يكرهه على بيع داره و هو فى هذه الحال لا يقدر على

دفع ضرره و له خدم فى الخارج لو خرج إليهم يكفونه شر المكروه و لكن يكره الخروج. فالظاهر صدق الاكراه الرافع لأثر المعاملة.

و أما الاكراه المسوغ للمحرمات، فهو عبارة عن الجبر غير الصادق فى المثال

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٣، ص: ٤٣٩

بقوله تعالى: (تجارة عن تراض) و لا- يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم اعتبار الارادة فى صحة الطلاق و خصوص ما

ورد فى فساد طلاق من طلق للمدارة مع عياله فقد تلخص مما ذكرنا ان الاكراه الرافع لأثر الحكم التكليفى اخص من الرافع لأثر

الحكم الوضعى، و لو لوحظ ما هو المناط فى رفع كل منهما من دون ملاحظة عنوان الاكراه، كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لان

المناط فى رفع الحكم التكليفى، هو دفع الضرر. و فى رفع الحكم الوضعى هو عدم الارادة و طيب النفس، و من هنا لم يتأمل احد فى

انه اذا اكره الشخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه (١) فكل منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم لان المعيار في دفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل احدهما.

اما لو كانا عقدين، أو إيقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه، فقد

المتقدم الذى إليه يتبادر لفظ الاكراه، و عليه يحمل حديث الرفع و غيره.

و يرد عليه اولاً: قد عرفت انه لا دليل على اعتبار الرضا و طيب النفس في صحة المعاملات، بل الرفع هو الاكراه، و عليه فلا فرق بين المعاملات و التكليفات في ان الرفع و المسوغ هو الاكراه.

و ثانياً: انه لو سلم اعتبار الرضا و طيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الا ما يقابل الكره، ففي كل مورد لم يكن الرضا موجوداً لا محالة يصدق الاكراه، مثلاً في المثال المتقدم إذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجياً و لا ضرورياً كما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا و طيب النفس و ان كان حرجياً أو ضرورياً، فكما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه. فتحصل: ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفصى مطلقاً.

لو اكره الشخص على احد امرين

بقى الكلام في امور:

(١) الاول: لو اكره الشخص على احد الامرين المحرمين لا بعينه.

فتارة يكون الاكراه على الافراد الطولية،

منهاج الفقيه (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٠

استشكل غير واحد في ان ما يختاره من الخصوصيةين بطيب نفسه. و يرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الاكراه، مكره عليه باعتبار جنسه ام لا؟ بل افتى في القواعد بوقوع الطلاق و عدم الاكراه و ان حمله بعضهم على ما إذا قنع المكره (بالكسر) بطلاق احدهما مبهمه لكن المسألة عندهم غير صافية عن الاشكال من جهة مدخلة طيب النفس في اختيار الخصوصية، و ان كان الاقوى وفاقاً لكل من تعرض للمسألة تحقق الاكراه لغته و عرفاً مع انه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الاكراه اصلاً إذ الموجود في الخارج دائماً احدى خصوصيات المكره عليه إذ لا يكاد يتفق الاكراه بجزئى حقيقى من جميع الجهات

و اخرى يكون على الافراد العرضية.

و قد افاد المحقق النائنى في الصورة الاولى: بالفرق بين المحرمات و المعاملات،

فلو كان مكرهاً على شرب الخمر موسعاً لا يجوز له المبادرة إليه في اول الوقت، إذ لا بد في ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب، فإذا لم يكن حين الشرب ملزماً فاختياره فعلاً لا مجوز له، و أما لو كان مكرهاً على بيع داره موسعاً فاقدامه على البيع في اول الوقت لا يخرج عن الاكراه.

و فيه: انه بعد ما عرفت من ان الرفع لأثر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحده الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين.

فالحق في المقام ان يقال: ان الاكراه تارة يكون على الجامع، و اخرى على الفردين على البدل.

فان كان على الجامع الذى هو موضوع الاثر، فحيث ان وجود الجامع في الخارج لا بد و ان يكون مع خصوصية من الخصوصية، و المفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصية، فكل ما وجد في الخارج يقع مكرهاً عليه، و الخصوصية الملازمة و ان لم

تكن مكرها عليها الا انه لا أثر لها حتى ترتفع بالاكراه كى يقال انه لا إكراه عليها.

و أما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر و غيره- كالاكراه على بيع داره صحيحا أو فاسدا- فحيث ان الجامع المكره عليه لا أثر له، و ما له الاثر و هو الخصوصية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤١

نعم هذا الفرد مختار فيه من حيث الخصوصية و ان كان مكرها عليه من حيث القدر المشترك، بمعنى ان وجوده الخارجى ناش عن اكراه و اختيار. و لذا لا يستحق المدح أو الذم باعتبار اصل الفعل، و يستحقه باعتبار الخصوصية و تظهر الثمرة: فيما لو ترتب أثر على خصوصية المعاملة الموجودة، فإنه لا يرتفع بالاكراه على القدر المشترك. مثلا لو اكراهه على شرب الماء أو شرب الخمر، لم يرتفع تحريم الخمر لأنه مختار فيه و ان كان مكرها فى اصل الشرب، و كذا لو اكراهه على بيع صحيح أو فاسد، فإنه لا يرتفع اثر الصحيح، لأنه مختار فيه و ان كان مكرها فى جنس البيع لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع بالاكراه.

لا اكراه عليها- و ان كانت هى أو مقابلها مما لا بد منه- فلا يرتفع شىء بالاكراه. و سيأتى لذلك زيادة توضيح فى القسم الثانى. و أما ان كان على الفردين على البدل.

فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني قدس سره بالفرق بين باب المعاملات و المحرمات.

ففى الأول لو اختار احدهما- و ان كان هو موضوع الاثر دون مقابله- يقع مكرها عليه، و لا يترتب عليه الاثر. إذ المفروض انه و مقابله كليهما مكره عليهما على البدل،

فكل منهما يقع فى الخارج يتصف بكونه مكرها عليه، و اختيار كل منهما اختيار البدل الاكراهى.

و فى الثانى لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كذلك كما فى الاكراه على شرب الخمر أو الماء، إذ المسوغ فى المحرمات هو الاضطرار و مع وجود البدل المباح لا اضطرار الى الحرام. و لكن يرد عليه.

اولا: ان المسوغ للمحرمات- مع قطع النظر عن الاضطرار هو الاكراه، فمع صدق المكره عليه على محرم ترتفع حرمة به و ان لم يصدق عليه المضطر إليه، فلا وجه للفرق بين البابين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٢

و من هنا يعلم انه لو اكراه على بيع مال أو ايفاء مال مستحق، لم يكن اكراها لأن القدر المشترك بين الحق و غيره إذا اكراه عليه، لم يقع باطلا- و الا- لوقع الايفاء ايضا باطلا، فإذا اختار البيع صح لأن الخصوصية غير مكره عليها، و المكره عليه هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر و لو اكراهه على بيع مال، أو اداء مال غير مستحق كان اكراها لأنه لا يفعل البيع الا فرارا من بدله أو وعيده المضرين، كما لو اكراهه على بيع داره أو شرب الخمر، فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الاخرى، ببده أو التضمر الدنيوى بوعيده، ثم ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد (١) بمعنى الزامه عليهما كفاية، و ايعادهما على تركه كاكراه شخص واحد على احد الفعلين فى كون كل منهما مكرها.

و ثانيا: ان الاكراه على البدل لا يزيد على الاكراه التعيينى، فقد مر انه مع امكان التفصى فى الاكراه التعيينى لا يصدق الاكراه و لا يرتفع الاثر به، فكذلك فى الاكراه على البدل، فإذا كان احدهما موضوع الاثر دون الآخر فيمكن التفصى عما هو موضوع الاثر، فلا وجه لتطبيق ادلة الاكراه عليه.

و ان شئت قلت: انه فى الاكراه على البدل بين ما هو موضوع الاثر و ما لا أثر له يصرح المكره باتيان موضوع الحكم أو التفصى عنه،

فلا مورد لأدلة الاكراه.

فتحصل: انه لو اكره على فردين احدهما مباح و الآخر حرام، أو احدهما صحيح و الآخر فاسد، فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام و الصحيح فلا يكون مكرها عليه.
و منه يظهر حكم ما لو كان حكم احدهما اشد، كما لو اكره على شرب النجس أو النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثاني، فانه بالنسبة الى المغصوب يمكن التفصي.

لو اكره احد الشخصين على فعل واحد

(١) الثاني: لو اكره احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليها كفاية،

و ايعادهما على تركه، ففيه وجوه و اقوال.

احدها: ما اختاره المصنف و هو: ان فعل كل منهما يقع مكرها عليه و ان علم ان صاحبه يفعله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٣

...

ثانيها: ما اختاره المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لا يقع فعله مكرها عليه، و الا فيقع كذلك و ان علم ان صاحبه يفعله لدفع الاكراه.

ثالثها: ما اختاره السيد الفقيه، و هو: انه ان علم بان صاحبه يفعله و ان فعل هذا لا يقع فعله مكرها عليه و الا فيقع، كذلك و ان علم انه يفعله ان لم يبادر هذا الى الفعل.

رابعها: ما اختاره المحقق الايرواني قدس سره، و هو: ان اكره كل مختص بصورة عدم اتيان الآخر، فإذا احتمل كل اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه.

خامسها: ما هو الحق في المقام و ستعرفه.

و قبل بيان ما هو الحق ينبغي التنبيه على مقدمته، و هي:

ان اكره احد الشخصين على فعل واحد كايجابيه عليهما على نحو الكفاية، فكما ان كلا منهما في الفرض الثاني مكلف غاية الأمر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الآخر،

ولهذا بنينا في الواجب الكفائي على ان كلا- منهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب و يثاب عليه، و لو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد يقع كل منهما مصداقا له و يثاب عليه كذلك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل، نعم بين البابين فرق من ناحية اخرى، و هي انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي و التخلص عن المكره عليه كما عرفت.

إذا عرفت هذا فاعلم ان المكره عليه ان كان فعلا- واحدا و لم يكن ترتب الاثر أو الحكم بلحاظ حيثية الصدور، كما لو اكره أحد الوليين على بيع مال الصبي كل منهما فعل يقع فعله مكرها عليه، و ان علم ان صاحبه يفعله فان ما هو موضوع الاثر و هو البيع على مال الصبي لا يمكن التفصي عنه، و المفروض وقوع الاكراه عليه.

و ان كان المكره عليه فعلا واحدا و كانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم، كما لو اكره احد الشخصين على شرب اناء من الخمر معين على نحو الكفاية، فان علم

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٤

واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك و العاقد (١) كما تقدم، و قد يتعلق بالمالك دون العاقد كما لو أكره على التوكيل في بيع ماله، فإن العاقد قاصد مختار، و المالك مجبور، و هو داخل في العقد الفضولي بعد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الاكراه (٢)

ان صاحبه يشربه لا يجوز له الشرب، و لو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصي و التخلص، بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر، و لو علم ان صاحبه لا يفعله يجوز له الشرب و يقع فعله مصداقا للمكره عليه. و لو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل ام لا؟ وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك، ام يكفي احتمال ترتبه؟ إذ على الأول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه، و على الثاني يجوز. و حيث عرفت ان الأظهر هو الثاني فالأقوى هو الجواز الا إذا علم بان صاحبه يفعله.

صور تعلق الاكراه

(١) الثالث: قد يتعلق الاكراه بالعاقد و المالك.

و قد يتعلق بالمالك دون العاقد.

و قد يتعلق بالعاقد دون المالك.

و قد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد.

و الكلام في المقام انما هو في صورتين:

الأولى: ما لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد، كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله.

الثانية: ما لو انعكس الأمر، و هي ما لو اكره العاقد دون المالك.

(٢) اما الصورة الاولى: فلا اشكال في فساد التوكيل، فالعاقد يكون فضوليا في بيعه، فلو تعقبه الاجازة صح و الا فلا. و هذا مما لا كلام فيه.

انما الكلام في انه إذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد، كما لو اكره على التوكيل في طلاق امرأته و لم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٥

و قد ينعكس كما لو قال بع مالي أو طلق زوجتي، و الاقتلتك و الاقوى هنا، الصحة لأن العقد هنا من حيث انه عقد لا يعتبر فيه سوى القصد الموجود في المكره إذا كان عاقدا، و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض (١) فهذا اولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا.

و احتمال في المسالك عدم الصحة نظرا الى ان الاكراه يسقط حكم اللفظ،

كما لو امر المجنون بالطلاق فطلقها، ثم قال: و الفرق بينهما: ان عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره، فان عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الامر قاصدا لم يقدح اكراه الأمور، انتهى و هو حسن.

و قال ايضا لو اكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان (٢)

ايضا من تحقق الاختيار في الموكل المالك، و من سلب عبارة المباشر انتهى،

و ربما يستدل على فساد العقد في هذين الفرعين،

فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولى من الايقاعات، و ان عقبه الاجازة، و بنينا على الكشف دون النقل، إذ على النقل لا يصح فى المقام كما هو واضح.

و الحق ان يقال: انه ان كان معقد الاجماع عدم صحة الايقاع الذى تعلق به الاجازة، ففى المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق.

و ان كان المعقد ان الايقاع لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح فى المقام، فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة،

و المتوقف على متوقف على شىء متوقف عليه، فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح.

فتحصل: ان الأظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع أو التوكيل.

(١) و أما الصورة الثانية- و هى ما لو تعلق الاكراه بالعاقد دون المالك- فقد يكون المكروه هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بع دارى أو طلق زوجتى، و قد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكراه الوكيل على بيع دار موكله أو طلاق زوجته.

(٢) و إلى هاتين صورتين نظر المسالك و تكون الصورة الاولى، هى الفرع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٤٦

بما دل على رفع حكم الاكراه (١) و فيه ما سيجىء من انه إنما يرفع حكما ثابتا على المكروه لو لا الاكراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لو لا الاكراه (٢)

و مما يؤيد ما ذكرنا حكم المشهور بصحة بيع المكروه بعد لحوق الرضا، و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقد الذى هو أمر مستمر و هو النقل و الانتقال.

و أما التلطف بالكلام الذى صدر مكرها عليه فلا معنى للحقوق الرضا به لأن ما مضى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب.

الأول المذكور فى المتن و الصورة الثانية هى الفرع الثانى فيه.

و فى المقام اقوال:

احدها: الصحة فى الفرعين، ذهب إليه المصنف قدس سره و غيره.

ثانيها: البطلان فيهما.

ثالثها: التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة فى الفرع الأول، و البطلان فى الثانى اختاره المحقق النائينى قدس سره.

و قد استدلل للبطلان فى الموردین بوجوه، عمدتها وجهان:

(١) الاول: ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد.

و اجاب عنه المصنف قدس سره.

(٢) بقوله انه انما يرفع حكما ثابتا على المكروه لو لا الاكراه، و لا أثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لو لا الاكراه.

و ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذى على المكروه لا-الذى له، من جهة ان ذلك هو المناسب للامتتان الذى احتمله السيد الفقيه.

فانه يرد عليه: ان لازمه صحة قبول الهبة اكرها.

مع انه لا يعتبر فى شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه، بل يكفى كونه منافيا لغرضه.

كما انه ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به، و اثر العقد فى الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضا.

فانه يرد عليه: انه لا دليل على هذا التقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٧

نعم ربما يستشكل هنا في الحكم المذكور، بأن القصد الى المعنى و لو على وجه الاكراه شرط في الاعتناء بعبارة العقد، و لا يعرف الا من قبل العاقد، فإذا كان مختاراً امكن احرازه باصالة القصد في افعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها (١) اللهم الا- ان يقال ان الكلام بعد احراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغيا، أو مورياً و لو كان مكرها مع انه يمكن اجراء اصالة القصد هنا ايضاً، فتأمل.

بل الظاهر ان مراده ان لفعل الوكيل جهتين.

احدهما: جهة العقديّة.

ثانيتها: جهة قيامه بالوكيل.

و الاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية و نحوها بعد كونه مستجمعة لها، و الجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر و حصول النقل و الانتقال لكون الوكيل اجنبياً عن المال، بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل، و المفروض عدم كونه مكرها. فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الا-كراه به، و ما تعلق الاكراه به لا أثر له، و هو حسن.

(١) الثاني: ان القصد الى المعنى شرط في صحة العقد، و مع الشك في ذلك لا- أصل يحرز به كون المكره قاصداً له، إذ اصالة القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها.

و فيه: اولاً: ان الكلام انما هو بعد احراز القصد.

و ثانياً: ان اصالة القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرارية كحركة يد المرتعش.

و استدلل للبطلان في الفرع الثاني المحقق النائيني قدس سره:

بان المكره إذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد، و مجرد الرضا لا يصح الاستناد، كما ان الكراهة الباطنية ليست رداً.

و فيه: ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلاً- مفوضاً، و فعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة، فالأظهر هي الصحة في الفرعين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٨

[فروع]

إشارة

فرع و لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عبيد (١) فباعهما، أو باع نصف احدهما ففي التذكرة اشكال.

اقول اما بيع العبيد، فإن كان تدريجاً، فالظاهر وقوع الاول مكرها، دون الثاني (٢) مع احتمال الرجوع إليه في التعيين، سواء ادعى العكس ام لا،

(١) قوله فرع: لو اكرهه على بيع واحد غير معين من عباين فباعهما أو باع نصف احدهما ففي التذكرة: اشكال: هذا هو الفرع الرابع و فيه صور.

الأولى: ان يكون المكروه عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجا.

(٢) فقد جعل المصنف وقوع الاول مكروها عليه دون الثاني هو الظاهر، و احتمال الرجوع إليه في التعيين.

و اورد جل من تأخر عنه عليه: بانه لا وجه لهذا الاحتمال، إذ بعد انطباق عنوان احدهما على البيع الأول قهرا، و ارتفاع لسان المكروه عنه، و اندفاع ضرره به لحصول مقصوده، لا وجه لوقوع الثاني مكروها عليه.

و لكن يمكن ان يقال: ان نظر المصنف قدس سره الى انه لو باع الأول بالبيع الخياري ثم باع الثاني، فله ان يفسخ البيع الأول، فيقع الثاني مصداقا للمكروه عليه، و له ان يبقيه على حاله،

فيكون الأول مصداقا له، فيكون البائع هو المرجع في التعيين بهذا المعنى.

و أما في صورة لزوم العقد الأول فلا يحتمل في حق المصنف قدس سره احتمال وقوع الثاني مكروها عليه.

الصورة الثانية: ان يكون المكروه عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة، ففي المسألة وجوه:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٤٩

و لو باعهما دفعة، احتمال صحة الجميع، لأنه خلاف المكروه عليه، و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن اكراه (١) و بطلان الجميع لوقوع احدهما مكروها عليه، و لا ترجيح، و الاول اقوى،

الاول: صحة الجميع، ذهب إليها المصنف و جل الاساطين ممن تأخر عنه.

الثاني: بطلان الجميع.

الثالث: بطلان احدهما و صحة الآخر، و يرجع في التعيين الى القرعة.

و استدلل للاول بوجهين:

(١) الاول: ما في المتن، و اختاره المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان ما صدر عنه خارجا غير ما اكروه عليه، و ما اكروه عليه لم يصدر، و مجرد اشتمال المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما، فضلا عن كليهما.

و فيه: ان المكروه عليه ليس بيع احدهما بشرط لا- كي لا- يصدق على بيع احدهما في المقام، بل بيع احدهما لا بشرط الحصول في ضمن بيعهما، لان لا بشرط يجتمع مع الف شرط، فضم بيع آخر إليه لا يخرج عنه ما اكروه عليه.

الثاني: ما افاده السيد الفقيه و تبعه المحقق الايرواني قدس سره، و يمكن استظهاره من كلمات المصنف قدس سره، و هو: ان بيعهما معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما، و معه لا يؤثر الاكراه شيئا، لان المفروض ان ما الزمه المكروه- و هو بيع احدهما غير المعين- نفس ما هو راض به، فلا يكون اكراها على ما لا يرضاه.

و فيه: ان بيع المجموع لا- يكشف عن كون البائع راضيا ببيع احدهما في مفروض المسألة و هو كونه كارها لبيع كل منهما لو لا الاكراه، بل يمكن ان يكون ناشئا عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا و ولدا، أو انه لا يوجد من يشتري احدهما منفردا، أو نحو ذلك، فحينئذ يكون بيع كل منهما مكروها، و لكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكروه عليه في صدق الاكراه، و هذا المعنى لا ينطبق

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٠

و لو اكروه على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة، فالاقوى الصحة في غير ما اكروه عليه. (١)

و أما مسألة النصف، فإن باع النصف (بعد الاكراه على الكل) بقصد بيع النصف الآخر امتثالا للمكروه بناء على شمول الاكراه لبيع

المجموع دفعيتين، فلا اشكال في وقوعه مكرها عليه (٢) و ان كان لرجاء ان يقنع المكره بالنصف كان ايضا اكراها ((٣))

على كل منهما الا على البدل، فلا محالة يقع احدهما مكرها عليه دون الآخر، و حيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح، و القرعة لا مورد لها في المقام إذ الظاهر من ادلتها «١» كونها معينة لما له التعيين واقعا- لاحظ قوله عليه السلام: القرعة سهم من سهام الله و سهم الله لا يخطئ- فانه إذا لم يكن له واقع معين لا معنى لخطئها و عدمه، فيتعين البناء على بطلانها معا.

(١) الصورة الثالثة: ان يكون المكره عليه واحدا معين فباعهما دفعة.

لا- ينبغى التوقف في صحة بيع ما لم يكره على بيعه، و إن كان لو لا الاكراه على المعين لما باعه، لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه.

كما لا ينبغى التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكره عليه لصدق الاكراه بالاضافة إليه.

(٢) الصورة الرابعة: ما لو اكره على بيع واحد معين فباع نصفه، فتارة يشمل اكراهه المكره لبيعه دفعيتين، و اخرى لا يشمل. فإذا شمله فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الآخر فلا كلام في كونه مكرها عليه، و ان باعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف.

(٣) فقد اختار المصنف قدس سره كونه ايضا مكرها عليه، و خالف المحقق النائيني قدس سره بدعوى ان البيع كذلك غير متعلق الاكراه به، فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب و الرضا ببيع النصف.

و الحق ما افاده المصنف قدس سره، فان من يدفع النصف الى المكره و داعيه الى الدفع هو الاكراه- و انما يدفعه لرجاء ان يقنع المكره- يكون ذلك استدعاء منه لان يتبدل.

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب كيفية الحكم.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥١

و ان كان لرجاء ان يقنع المكره بالنصف كان ايضا اكراها، لكن في سماع دعوى البائع ذلك، مع عدم الامارات نظر. (١)

الاكراه التعييني بدفع التمام الى الاكراه التخييري بين دفع التمام و دفع النصف،

فكما انه في صورة التخيير ابتداء يقع كل من فردي التخيير مكرها عليه، كذلك في التخيير بعد الاستدعاء.

و بالجملة: لا ينبغى التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف ما اكره عليه لدفع شره و رضى المكره بذلك يصدق عليه ان مكره عليه، ألا ترى انه لو اجبر ظالم شخصا باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه و استدعى منه قبوله ذلك و عدم اضراره يصدق عليه انه مكره عليه، و لا سبيل الى دعوى انه هبة صحيحة، لانه غير ما اكره عليه، و السرفيه ما ذكرناه.

و بهذا البيان ظهر انه لو اكره على دفع شيء و اعطى شيئا آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه، لانه بفعله هذا يستدعى منه تبديل اكراهه التعييني الى الاكراه التخييري، فيصير دفعه هذا احد فردي التخيير فيصدق عليه انه مكره عليه.

و بهذا ظهر حكم ما إذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعيتين، فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه.

(١) قوله لكن في سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الامارات نظر.

لم يظهر لي فرق، بين هذا المورد، و بين ما لو اكره على بيع شيء معين فباعه، فكما ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كذلك في ذلك المورد، فما الوجه في سماع دعواه هناك و عدم سماعها هنا، و ان شئت قلت ان اصالة الجدل التي عليها بناء العقلاء لا تجرى في امثال هذه المقامات.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٢

بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور في التحرير قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا، فالاقرب وقوع الطلاق (١) انتهى ونحوه في المسالك بزيادة احتمال عدم الوقوع لأن الاكراه اسقط اثر اللفظ، و مجرد النية لا حكم لها، و حكي عن سبطه في نهاية المرام انه نقله قولاً، و استدل عليه بعموم ما دل من النص و الاجماع على بطلان عقد المكره، و الاكراه يتحقق هنا إذ المفروض انه لولاه لما فعله، ثم قال: و المسألة محل اشكال انتهى. و عن بعض الأجلة (كاشف اللثام) انه لو علم انه لا يلزمه الا اللفظ و له تجريده عن القصد فلا- شبهة في عدم الاكراه، و انما يحتمل الاكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و ان لم يرده المكره ام لا، انتهى.

الاکراه على الطلاق

(١) الخامس قال في التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق.

يقع الكلام في موردين:

الأول: في بيان وجه فتوى العلامة قدس سره بالصحة.

الثاني: في بيان محتملات هذا الفرع في نفسه و احكامها.

اما الأول: فالظاهر ان نظر العلامة قدس سره الى انه لو اكره على الطلاق و ان لم يقصد المعنى الذي يكون عند العامة طلاقاً شرعياً مع النطق بالصريح، فطلق ناويا، فالأقرب وقوع الطلاق، فانه غير مكره عليه.

و ايراد المصنف قدس سره عليه بانه يبتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصي بالتورية في صدق الاكراه، إذ لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى و قد مر عدم اعتباره.

مندفع اولاً: بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية في صدقه.

و ثانياً: بالفرق بينهما بعد كون المكره راضياً بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ و تأمل في الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه في المقام.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٣

ثم ان بعض المعاصرين (صاحب الجواهر) ذكر الفرع عن المسالك و بناء على أن المكره لا قصد له أصلاً فرده بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرهاً عليه، و فيه ما عرفت سابقاً من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ، و ليس هذا مراداً من قولهم إن المكره غير قاصد الى مدلول اللفظ. و لذا شرك الشهيد الثاني بين المكره و الفضولي في ذلك، كما عرفت سابقاً، فبناءً هذا الحكم في هذا الفرع على ما ذكر، ضعيف جداً، و كذا ما تقدم عن بعض الأجلة (كاشف اللثام) من أنه إن علم بكفاية مجرد اللفظ المجرد عن النية، فنوى اختياراً صح لأن مرجع ذلك الى وجوب التورية على العارف بها، المتفطن لها إذ لا فرق بين التخلص بالتورية و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغياً و قد عرفت ان ظاهر الأدلة و الاخبار الواردة في طلاق المكره و عتقه، عدم اعتبار العجز عن التورية.

و توضيح الاقسام المتصورة في الفرع المذكور: ان الاكراه الملحق بوقوع الطلاق قصداً إليه راضياً به. اما ان لا يكون له دخل في الفعل اصلاً، بأن يوقع الطلاق قصداً إليه عن طيب النفس، بحيث لا يكون الداعي إليه هو الاكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوقع به و لا يخفى بدهاهة وقوع الطلاق هنا (١) و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه،

(١) الاول: ان لا يكون للاكراه دخل في الطلاق، بل يوقعه عن طيب نفسه و رضاه،

و المكره لجهله بحاله اكرهه عليه، لا إشكال و لا كلام في صحة هذا الطلاق.

الثاني: ان يكون كل من الاكراه و الرضا سببا مستقلا، بحيث لو لا الاكراه كان يوقعه،

و لو لا الرضا لأوقعه دفعا للاكراه.

فعن المحقق النائيني قدس سره: الحكم بالبطلان، بدعوى ان كل علتين مستقلتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما، كاجتماع الرياء و قصد الامر في العبادات، فهذه المعاملة و ان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضا، أو انها و ان لم تكن عن اكراه الا انها لا تكون تجارة عن تراض.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٤

فلا معنى لجعله في التحرير اقرب، و ذكر احتمال عدم الوقوع في المسالك، و جعله قولا في نهاية المرام و استشكاله فيه لعموم النص و الاجماع، و كذا لا- ينبغي التأمل في وقوع الطلاق لو لم يكن الاكراه مستقلا في داعى الوقوع (١) بل هو بضميمة شيء اختياري للفاعل،

وفيه: اولاً: ان المكره إذا كان راضيا لا يصدق على ما صدر عنه عنوان المكره عليه، بل يصدق هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لو لم يكن راضيا كان مكرها عليه.

و بالجملة: مع وجود الرضا لا- يصدق الا-كراه، و لا- يقاس المقام بالرياء في العبادات الذى هو متحقق في الفرض، و يكون مبطلا للصلاة.

بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقى شرع في الصلاة امام الناس، فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطال صلاته: الخوف من الله تعالى، و حفظ مقامه عند الناس، فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لان ما بقى من صلاته يقع عن سببين مستقلين؟ و ثانياً: انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا و الا-كراه، فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر، الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا.

و بعبارة اخرى: الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان- كما هو الحال في الرياء- بل يوجب عدم تأثير العقد المستند إليه، فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا.

و ثالثاً: ان حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق، لان رفع اثره خلاف الامتنان. فالأظهر هي الصحة في هذه الصورة.

الثالث: ان يكون كل من الاكراه و الرضا جزء السبب، بحيث انه لو لا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما.

(١) و قد حكم المصنف قدس سره بالصحة في هذه الصورة و تبعه السيد قدس سره.

و استدلل له: بصدق كون الفعل عن الرضا، و ان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٥

...

فيشمله دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض، كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه،

فيشمله دليل رفع ما استكرهوا عليه.

و فيه: اولاً: ان الاكراه لا يقتضى الفساد كى يعارض ما يقتضى الصحة كما تقدم.

و ثانياً: انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة أو الايقاع.

ثانيهما: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الرضا و الاكراه ان وردا دفعةً على المسبب بالفعل مستند اليهما، و الاكراه و ان لم يقتض الفساد الا ان المقتضى للصحة ايضاً لم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض.

و فيه: ما عرفت من انه لا- دليل على اعتبار الرضا فى صحة العقد، و ان الدليل منحصر بما دل على رفع اثر المكروه عليه، و عليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة.

و الحق فى المقام ان يقال: انه ان لم يصدق صدور العقد عن الاكراه فلا ينبغي التأمل فى الصحة لعدم المانع، و ان صدق فيمكن دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكرهوا عليه هو ما لو كان الاكراه سبباً تاماً لصدوره، فلا يشمل المقام. فالأظهر هى الصحة.

الرابع: ان يكون احدهما سبباً مستقلاً و الآخر ضميمه، فلا كلام فى انه يلحقه حكمه، فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة، و ان كان هو الاكراه حكم بالبطلان.

الخامس: ان يكون الاكراه داعياً على الداعى على الطلاق، اما لاعتقاد ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقةً فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصداً، أو لجهله بالحكم الشرعى فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه.

فقد حكم المصنف قدس سره بتحقيق الاكراه فى هذه الصورة، و خالفه المحقق النائيني قدس سره.

و استدلل للصحة: بانه طلق ناويا و مريدا للطلاق.

ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صار علّة لإرادة اسم المصدر، فالفعل بالآخرة يستند إليه و ان كان الداعى الثانوى اختيارياً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٦

و ان كان الداعى هو الاكراه. فأما ان يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر المتوقع به بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر (١) كمن قال له ولده:

طلق زوجتك و الاقتلتك أو قتلت نفسى، فطلق الوالد خوفاً من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعى على الفعل شفقةً دينيةً على المكروه بالكسر أو على المطلقة أو على غيرها ممن يريد نكاح الزوجة لثلاث يقع الناس فى محرم، و الحكم فى صورتين لا يخلو عن اشكال (٢)

ورده: بان لازمه بطلان اغلب المعاملات، فانها بالآخرة تنتهى الى غير الاختيار.

و الحق ما افاده المصنف كما سيمر عليك بعد التعرض لفرع آخر.

(١) قوله بل من جهة دفع الضرر اللاحق للمكروه بالكسر.

لا يخفى ان المصنف تعرض لأمر هنا كان المناسب ذكره فى المحل الذى ذكر مفهوم الاكراه، و نحن ايضاً غفلنا عن ذكره هناك.

و هو: انه إذا كان الضرر المتوقع به على ترك المكروه عليه هو ما يترتب على المكروه بالكسر لا المكروه - كما لو قال: طلق زوجتك و الاقتلت نفسى - فهل يصدق عليه الاكراه ام لا؟

(٢) فقد استشكل المصنف قدس سره فى ذلك.

و الحق هو التفصيل، فانه ربما يعد ضرر المكروه ضرراً للمكروه بالفتح، كما لو كان المكروه بالكسر هو العبد أو الابن، و المكروه بالفتح

هو المولى أو الأب، فان ضرر العبد أو الابن بالقتل يعد ضررا على المولى و الأب، و في هذا المورد يصدق الاكراه، إذ لا فرق في ترتب الضرر المعتبر في صدقه بين كونه ضررا مع الواسطة أو بلا واسطة، و لذا لو قال الاجنبي بع دارك و الاقتلت ابنك يكون ذلك اكرها.

و ربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الأجنبي و قال طلق زوجتك و الاقتلت نفسى فانه لا يعد ضررا عليه، فلا يصدق الاكراه.

و من هذا القبيل ما لو كان الداعى على الفعل شفقه دينية على المكره بالكسر كما لو قال الاجنبي طلق زوجتك و الا زنيت بامرأة اجنبية، فان طلاق زوجته لثلا يقع فعل محرم فى الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر، فلا يصدق عليه انه مكره عليه. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٧

و ان كان الفعل لداعى التخلص من الضرر، فقد يكون قصد الفعل لأجل اعتقاد المكره ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة (١) لغفلته عن ان التخلص غير متوقف على القصد الى وقوع اثر الطلاق و حصول البيونة، فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة و الاعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا، و هذا كثيرا ما يتفق للعوام،

و قد يكون هذا التوطن و الاعراض من جهة جهله بالحكم الشرعى أو كونه رأى مذهب بعض العامة، فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فإذا اكره على الطلاق طلق قاصدا لوقوعه لأن القصد إلى اللفظ، المكره عليه بعد اعتقاد كونه سببا مستقلا فى وقوع البيونة يستلزم القصد الى وقوعها، فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه، و هذا ايضا كثيرا ما يتفق للعوام، و الحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن اشكال، الا ان تحقق الاكراه اقرب.

(١) قوله لاجل اعتقاد المكره ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة.

ما افاده رجوع الى بيان ما هو الحق فى المسألة التى محل الكلام بعد التعرض لمسألة اخرى فى الوسط، و قد اشرنا الى انه بعد بيان ما عندنا فى تلك المسألة نشير الى ما هو الحق فى المقام.

الحق تمامية ما افاده المصنف قدس سره فان توطن النفس و ارادة الفعل و اسم المصدر لا ينافى مع الاكراه، بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا و آخر الى الاكراه، و الافع عدم الارادة لا يصدق انه صدر عنه الطلاق عن اكراه، بل لم يصدر عنه، و حديث رفع الاكراه انما يرفع اثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى انه صدر عن اكراه.

و دعوى انه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات.

غريبة، فانه انما يحكم بالبطلان هنا لحديث رفع الاكراه، و لا ربط ذلك بمسألة الاختيار و عدمه.

فالأظهر هو البطلان فى هذه الصورة.

ثم انه لا يهمننا التعرض لما قيل فى بيان مراد العلامة قدس سره و ما يمكن ان يورد عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٨

ثم ان المشهور بين المتأخرين، أنه لو رضى المكره بما فعله صح العقد (١)

بل عن الرياض تبعا للحدائق ان عليه اتفاقهم، لانه عقد حقيقى فيؤثر اثره مع اجتماع باقى شرائط البيع و هو طيب النفس.

و دعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد (٢) خالية عن الشاهد مدفوعة،

بالاطلاقات و اضعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقد (٣) اللازم، منه عدم كون عقد الفضولى عقدا حقيقة و اضعف من الكل، دعوى اعتبار طيب نفس العاقد فى تأثير عقده (٤) اللازم، منه عدم صحة بيع المكره بحق، و كون اكراهه على العقد تعبديا لا لتأثير فيه. و يؤيده فحوى صحة عقد الفضولى حيث ان المالك طيب النفس بوقوع اثر العقد، و غير منشئ للنقل بكلامه و امضاء انشاء الغير

ليس الا طيب النفس بمضمونه، و ليس انشاء مستأنفا، مع انه لو كان، فهو موجود هنا. فلم يصدر من المالك هنالك الا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن انشاء العقد و هذا موجود فيما نحن فيه مع زائد، و هو انشاؤه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من ان عقده انشاء حقيقي و توهم ان عقد الفضولي واجد لما هو به مفقود

لو تعقب الرضا عقد المكره

(١) قوله المشهور بين المتأخرين: انه لو رضى المكره بما فعله صح العقد. قد مر في اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ و المعنى و الجد و غير ذلك، و عليه فالاستدلال للبطلان، بعدم قصد المكره للفظ، أو عدم قصده للمعنى، أو عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج في غير محله. و قد استدل لعدم صحة العقد بلحوق الرضا بوجوه.

(٢) منها اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد.

(٣) و منها اعتبارها في مفهوم العقد.

(٤) و منها اعتبار طيب نفس العاقد في تأثير عقده.

و منها غير ذلك مما ذكره المصنف قدس سره في المتن و اجاب عنها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٥٩

هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا في صدق العقديّة إذ يكفي فيه مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه،

و لا في النقل و الانتقال لعدم مدخليه غير المالك فيه، نعم لو صح ما ذكر سابقا من توهم ان المكره لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا و انه قاصد نفس اللفظ الذي هو بمعنى الصوت، كما صرح به بعض صح انه لا يجدى تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ، لكن عرفت سابقا انه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع.

فظهر مما ذكرنا: ضعف وجه التأمل في المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثاني في جامع المقاصد، و ان انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى: (الا ان تكون تجارة عن تراض) الدال على اعتبار كون العقد عن التراضي (١) مضافا إلى النبوي المشهور الدال على رفع حكم الإكراه مؤيدا بالنقض بالهازل، مع انهم لم يقولوا بصحته بعد لحوق الرضا، و الكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي اما بمفهوم الحصر و أما بمفهوم الوصف و لا حصر كما لا يخفى لان الاستثناء منقطع غير مفرغ (٢) و مفهوم الوصف، على القول به مقيّد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في (ربائبكم اللاتي في حجوركم) و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة و سيجيء زيادة

بل عمدة الوجه للبطلان في مقابل الاطلاقات و العمومات الدالة على صحة معاملة المكره امران.

(١) الاول: قوله تعالى: (لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) «١».

بتقريب: انه يدل على انحصار التجارة الممضأة بما إذا كانت ناشئة عن الرضا،

و من المعلوم ان عقد المكره و ان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا، بل هو عقد و رضا.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر.

فيرده: ان الاستثناء منقطع غير مفرغ.

و اورد عليه بايرادات:

(١) النساء، ٢٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٠

...

الأول: ان المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ و غير مفرغ، فانه إذا كان مفرغا يكون متصلا لا منقطعا، مثلا إذا قال ما جاءني الا حمار يقدر المستثنى منه ما يشمل الحمار ايضا، إذ لا داعى الى تقدير لفظ القوم حينئذ.

و فيه: انه يمكن ان يكون المستثنى منه المقدر منقطعا كما إذا قيل هل جاءك القوم فقال ما جاءني الا حمار إذ المقدر فى الجواب هو المسئول عنه، و الظاهر ان غرض الشيخ قدس سره ان الاستثناء منقطع مذکور، فلا يحتمل فيه الاتصال.

الثانى: ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل فى اللب، إذ لا بد من ان يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى، و الا فلا يصح الاستثناء، مثلا يكون المراد من ما جاءني القوم و من يرتبط بهم، و الشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ما جاءني زيد الا- عمرو، و ايضا لا يصح ان يقال ما جاءني القوم الا حمار إذا لم يكن الحمار متعلقا بهم، و على ذلك فجميع الاستثناءات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر.

و فيه: اولاً: ان الاستثناء لا يقتضى الدخول حقيقة، بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما فى قوله تعالى: و سجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس فانه حيث كان بينهم- و ان لم يكن منهم- يتوهم الدخول فى الحكم، فلذا اخرجه، و عليه فكون الا بمعنى الاخراج لا يقتضى رجوع المنقطع الى المتصل.

و ثانياً: ان ارجاع المنقطع الى المتصل لا وجه له سوى التحفظ على ظهور كلمة الا فى الاخراج، و ان حملها على لكن خلاف الظاهر، و للمنع عن ظهورها فى ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف فى المستثنى منه بحمله على خلاف ظاهره بارادة الاعم مجال واسع، و لا أقل من الاجمال.

الثالث: ان المراد بالباطل فى الآية الشريفة هو الباطل الشرعى، و الغرض بيان كون كل اكل باطلا- الا التجارة عن تراض، فيكون المعنى: لا- تأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا التجارة عن تراض، فذكر الباطل لبيان علة الحكم، و عليه فالاستثناء فى الآية الشريفة يكون متصلا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦١

توضيح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى بيع الفضولى.

و أما حديث الرفع ففيه: اولاً ان المرفوع فيه هى المؤاخذة و الاحكام المتضمنة لمؤاخذة المكره، و الزامه بشىء (١) و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع الى ان له أن يرضى بذلك، و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ، و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذة و الإلزام عن غير المكره كما تقدم.

و أما الزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالا-كراه، لا- من احكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه، ثم ان ما ذكرنا واضح

و فيه: انه خلاف الظاهر، إذ الظاهر منه كون الباطل موضوعا لا علة للحكم، و ايضا الظاهر منه ارادة الباطل العرفى.

فالحق تمامية جواب المصنف قدس سره.

و يرد عليه- مضافا الى ذلك- ان المراد من التجارة ليس هو العقد كى يعتبر ان يكون عن الرضا، بل المراد بها الكسب و الاكتساب، و هو لا يحصل شرعا الا بعد الرضا، فيكون تجارة عن تراض.

الامر الثانى: حديث الرفع «١».

بتقريب: انه يدل على رفع اثر ما استكرهوا عليه تكليفا كان ام وضعا، فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه- و لو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا- خلاف مقتضى الحديث.

و اجاب عنه المصنف قدس سره باجوبة.

(١) الاول: ما ظاهره: ان حديث الرفع بمقتضى وروده فى مقام الامتتان يختص بالآثار التى تكون على المكره، و لا يشمل الاثر الذى له، و لا الأثر المتوجه الى غيره،

و عليه فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكره على الرضا و ان له ان يرضى و له ان لا يرضى، حكم له لا عليه، و الزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ الزام

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و ما يناسبه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٣، ص: ٤٦٢

...

غيره، و معنى صحة عقده ان رضى هو ذلك فلا تكون الصحة بهذا المعنى مشموله للحديث.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما عن السيد الفقيه و المحققين النائينى قدس سره و الاصفهاني، و هو: ان الحديث لو سلم انه لا يرفع الاثر الذى للمكره، فانما يختص بالآثار الثابت للعقد لو لا حديث رفع الاكراه، و أما الاثر الثابت له بعد وروده فلا يصلح الحديث لرفعه، و الصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع، إذ مع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعلية التأثير لا وقوفه على الرضا، فلا يصلح حديث الرفع لرفعه و لا نظر له إليه.

وفيه: أنه يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا الايراد.

وحاصله: ان اثر العقد هو الملكية من حين العقد الى الابد، و إذا كانت حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منه يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافيا للامتتان و هو الملكية قبل الرضا، و أما الملكية بعد الرضا- التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع- فحيث انه لا امتتان فى رفعها فهى لا ترتفع بالحديث.

و بالجملة: المرفوع بالحديث انما هو مقدار من الملكية التى هى باجمعها اثر العقد،

و يكون فى رفعه منه، و أما المقدار الذى لا منه فى رفعه- و هى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث.

الايراد الثانى: ما اوردته السيد الفقيه قدس سره و المحقق النائينى قدس سره، و هو: أن المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره، بل المرفوع مطلق الآثار.

وفيه: ان الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين: قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره، نظير ما لو اكره على النكاح فوقع النكاح عن كره، فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة و كون الزنا معها زنا بذات البعل، و نحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٣

على القول بكون الرضا ناقلا، وكذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لو لا الاكراه (١) يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه، كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان ايضا، و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن اثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه السببية المستقلة لنقل المال. و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكراه و هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكراه، حيث انه جزء العلة التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه.

و بعبارة اخرى اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث، و المدعى ثبوته للعقد بوصف الاكراه هو وقوفه على رضا المالك. و هذا غير مرتفع بالاكراه لكن يرد (٢) على هذا ان مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس، فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكروه و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه فيرجع الى اصالة الفساد، و بعبارة اخرى ادلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة، فإذا قيدت بغير المكروه لم يبق لها دلالة على حكم المكروه بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الاكراه حاكما عليه

و قسم منها يكون مترتبا على ذلك الفعل مستقلا، نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه و بين المكروه، حيث انه مترتب على العقد مستقلا. و ما ذكره يتم في القسم الاول دون الثاني - فتدبر. فظهر ان هذا الجواب متين.

(١) الجواب الثاني: ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكروه عليه لو لا الاكراه، و أما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه، و هو واضح، و الاثر الثابت للعقد - مع قطع النظر عن الاكراه - السببية المستقلة و المدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك، و هذا غير مرتفع بالاكراه.

(٢) و اورد على نفسه: بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث، و ثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود، فيرجع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٤

مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الاطلاقات المقيدة للسببية مقيدة (١) بحكم الأدلة الاربعه المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس، بالبيع المرضي به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضي به سابقا لا يعقل عروض الاكراه له. و أما المرضي به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف، و هو أصل البيع و لا نقول بتأثيره، بل مقتضى الأدلة الاربعه مدخلية الرضا في تأثيره و وجوب الوفاء به، فالاطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكروه عليه، و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكروه عليه بعض المؤثر التام. و هذا لا يرتفع بالاكراه لأن الاكراه مأخوذ فيه بالفرض كما ترتفع السببية المستقلة. و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه. و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا، و كيف كان فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا- يترتب عليه إلا- كونه جزء المؤثر التام. و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه، و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

(١) و اجاب عنه: بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا فى مرتبة سابقة على الحديث، فيكون المستفاد منها- بعد الجمع- ان العقد المرضي به بالرضا السابق أو اللاحق يكون مؤثرا، و لا حكومة للحديث على ذلك، إذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه، و أما المرضي به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه، و بدونه و ان كان يعرضه الا انه لا أثر له، إذ كونه جزء المؤثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به، و على هذا فالمطلقات المقيدة بما دل على اعتبار الرضا الاعم من السابق و اللاحق دليل صحة هذا العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٥

بقي الكلام في ان الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الاصل و عدم حدوث حل مال الغير الا عن طيب نفسه هو الاول الا ان الاقوى بحسب الادلة التقليدية هو الثاني كما سيجيء في مسألة الفضولي، و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا. و في الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فامضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل.

و فيه ان مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل، الا ان إنشاءه لما كان في زمان التكلم فإن كان ذلك الانشاء مؤثرا في نظر الشارع في زمان التكلم

يرد عليه امور:

احدها: ما تقدم من انه لو لا دليل رفع ما استكروها عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا فى العقد.

ثانيها: ان الجزئية للمؤثر و ان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر، و هو قابل للرفع.

ثالثها: انه على هذا لا يكون حديث الرفع من الادلة فى هذا المبحث.

فالحق عدم تمامية هذا الجواب.

نعم جوابه الأول تام.

و يمكن ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر، و هو:

ان الآثار انما يترتب على المنشآت لا الإنشاءات، و هى امور باقية اعتبارا، فلها حدوث و بقاء، و من الواضح ان المرفوع انما هو المكروه عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات، فما دام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر، و إذا تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثرا بقاء.

و نظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس فى المسجد، فانه ما دام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة، فإذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه بقاء.

فتحصل ان الأظهر ما هو المشهور من صحة عقد المكروه إذا تعقبه الرضا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٣، ص: ٤٦٦

حدث الاثر فيه و ان كان مؤثرا بعد حصول امر حدث الاثر بعده، فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر فى الحكم و لذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول، أو بعد القبض فى الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء زمان الخيار على مذهب الشيخ، غير مناف لمقتضى الايجاب، و لم يكن تبعضا فى مقتضاه بالنسبة الى الازمنة. (١)

فإن قلت: حكم الشارع بثبوت الملك، و ان كان بعد الرضا الا ان حكمه بذلك لما كان من جهة امضائه للرضا بما وقع، فكأنه حكم

بعد الرضا بثبوت الملك قبله، قلت: المراد هو الملك شرعا، و لا- معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك، و سيأتى توضيح ذلك فى بيع الفضولى ان شاء الله تعالى و ان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد، فإنه و ان كان حلا للعقد السابق و جعله كأن لم يكن، الا انه لا يرتفع به الملكية السابقة على الفسخ، لأن العبرة بزمان حدوثة لا بزمان متعلقه. ثم على القول بالكشف هل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا؟ يأتي بيانه فى الفضولى إن شاء الله.

(١) سيأتى الكلام على ذلك مستوفى فى مبحث الفضولى فلا فائدة فى البحث هنا.
ثم الجزء الثالث من كتابنا منهاج الفقاهة و يتلوه الجزء الرابع من اول بيع الفضولى و الحمد لله اولا و آخرا.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).
قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تليخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرُّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصفهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحداً من جهايزة هذه المدينة، الذى قد اشتهر بشغفه بأهل بيت النبى (صلوات الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه الشريف)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسة و طريقة لم ينطقى و مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.
مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصفهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطه من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافه الثقليين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعه - مكان البلايتي المبتدله أو الرديئه - فى المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضيه واسعة جامعته ثقافيه على أساس معارف القرآن و أهل البيت -عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافه القراءة و إغناء أوقات فراغه هواره برامج العلوم الإسلاميه، إناله المنابع اللازمه لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة فى الجامعه، و...

- منها العداله الاجتماعيه: التى يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثه متصاعده، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - فى آكناف البلد - و نشر الثقافه الإسلاميه و الإيرانية - فى أنحاء العالم - من جهه أخرى.
- من الأنشطة الواسعه للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقيه و مكتبيه، قابله للتشغيل فى الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثيه الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركه و... الأماكن الدينيه، السياحيه و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدده مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضيه، الخطابات و... للعرض فى القنوات القمرية

(و) الإطلاع و الدّعم العلمى لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائى و اليدوى للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخرى مع عشرات مراكز طبيعىة و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمىة، الجوامع، الأماكن الدينىة كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع " ما قبل المدرسة " الخاص بالأطفال و الأحداث المُشاركين فى الجلسة

(ى) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربى (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنّة

المكتب الرئيسى: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد/ " ما بين شارع "پنج رَمضان " و مُفترق " وفائى/ " بناية "القائمة"

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونى: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتى: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافى الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلميه الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائداً لإعانتهم - فى حد التمكن لكل احد منهم - إيانا فى هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولى التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصححان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

